



Juristische Wochenschrift

Zeitschrift der Fachgruppe Rechtsanwälte (Deutscher Anwaltverein)
des
Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen e. V.

Herausgeber: Der Reichsfachgruppenleiter Rechtsanwalt Dr. Walter Raeke.

Unter Mitwirkung von

Rechtsanwalt Dr. Droege, Hamburg; Rechtsanwalt Dr. Freih. von Hodenberg, Celle;
Rechtsanwalt Dr. Mößmer, München; Rechtsanwalt Dr. Müller, Neustrelitz;
Rechtsanwalt Dr. Noack, Halle a. S.; Rechtsanwalt Dr. Römer, Hagen;
Rechtsanwalt Dr. Rudat, Königsberg/Pr.; Rechtsanwalt Dr. Wilh. Scholz, Berlin;
Patentanwalt Dr. Ullrich, Berlin.

Verlag: W. Moeser Buchhandlung, Inh.: Oscar Brandstetter, Leipzig E 1, Dresdner Straße 11/13.

Fernsprecher Sammel-Nr. 72 566 / Drahtanschrift: Imprimatur / Postkodierung Leipzig Nr. 63 673.

Geschäftsstelle in Berlin SW 48 Hedemannstr. 14. Fernsprecher Bergmann 217.

Die Deutsche Rechtsfront proklamiert den Deutschen Rechtsstand.

Aus Anlaß des Abschlusses der organisatorischen Arbeiten des Aufbaues der Deutschen Rechtsfront und des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen versammelte der vom Führer Adolf Hitler eingesetzte Reichsjuristenführer, Reichsjustizkommissar Dr. Hans Frank, die Reichsfachgruppenleiter der sämtlichen Berufsgruppen des deutschen Juristentums und aller mit dem Recht verwurzelten Amtsträger, einschließlich der Wirtschaftsrechtler, das sind die Volkswirte und Wirtschaftstreuhänder, im Hause der Deutschen Rechtsfront.

Es waren anwesend:

die Reichsgeschäftsführer des BNSDJ. Dr. Heuber und RA. Gonnella und sämtliche Reichsfachgruppenleiter.

Der Reichsjuristenführer Dr. Frank sprach seinen Milkämpfern und bewährten Mitarbeitern seine herzlichste Anerkennung aus und wiederholte ihnen den Dank der Bewegung für das weit über die Kreise der Juristengilde hinaus anerkannte mustergültige Arbeiten am organisatorischen Aufbau des Rechtsstandes. Der Reichsjuristenführer appellierte an das stolze Gefühl, daß dem Nationalsozialismus der Sieg Adolf Hitlers über eine verderbte Parteienwelt verlieh, und betonte erneut, daß der nationalsozialistische Jurist nur ein Ziel, nur einen Inhalt seines Lebens kennt, nämlich die Verwirklichung des deutschen Rechtes, zum Zwecke der Sicherung der Lebensvoraussetzungen des deutschen Volkes in die weiteste Zukunft hinein.

Der Reichsjuristenführer proklamierte, gestützt auf die ihm vom Führer Adolf Hitler vom 30. Mai 1933 schriftlich erteilte und wiederholt bestätigte Vollmacht, aus Anlaß des Abschlusses der organisatorischen Arbeiten nunmehr den einheitlich organisierten — gleichberechtigt neben die anderen Stände des deutschen Volkes tretenden und als solchen rechts- wie parteiamtlich anerkannten —

Deutschen Rechtsstand.

Der Deutsche Rechtsstand umfaßt alle Arbeiter am Recht, deren charakteristische Funktionen in der Betreuung und Durchsetzung des Rechtes in allen Lebensbereichen des deutschen Volkes liegen, ohne daß unter ihnen ein irgendwie gearteter sozialer Wertungsunterschied anerkannt werden kann. Der Deutsche Rechtsstand hat die Aufgabe, die Eingliederung des einzelnen Volksgenossen im Staat, die Beziehungen der deutschen Volksgenossen untereinander sowie die Verbindung der Lebens- und Arbeitsorganismen des nationalsozialistischen Lebenskörpers auf den Boden des Rechtes zu stellen und zu bewahren.

Der Deutsche Rechtsstand ist nicht nur unterstellt unter die Staatsführung Adolf Hitlers, sondern verpflichtet und berufen, sich zur Schaffung eines neuen Rechtes und einer neuen Wirtschaftsordnung mit allen ihm innenwohnenden Kräften einzufügen, ohne Unterschied auf die fachliche Vorbildung; im Sinne des gliederungsmäßigen Aufbaues des Nationalsozialismus umfaßt der Deutsche Rechtsstand die akademischen und nichtakademischen Rechtsdiener ganz gleichgültig, ob sie in Reichs-, Länder-, Gemeinde- oder Privatdienst oder in freien Berufen stehen, vom höchsten Richter bis zum jüngsten Justizanwärter. Der BNSDJ. und die Deutsche Rechtsfront als die Träger des Deutschen Rechtsstandes, umschließen alle auf dem Gebiete des Rechtes ehrlich schaffenden arischen deutschen Volksgenossen.

Der Deutsche Rechtsstand ist künftig im äußeren und inneren Aufbau eine Einheit nach nationalsozialistischen Organisationsgrundsätzen, aufgebaut nach dem Führerprinzip mit Autorität der einzelnen Amtsträger nach unten und Verantwortung nach oben. Der Führer des Deutschen Rechtsstandes, der Reichsjuristenführer, ist dem Führer Adolf Hitler unmittelbar unterstellt und ihm unmittelbar verantwortlich. Der Deutsche Rechtsstand wird in völliger Selbständigkeit und klarer Abgrenzung von den übrigen ständischen Organisationen des deutschen Volkes, der Arbeit, des Bauerntums, der Erzieher usw. — gleichzeitig aber in engstem Einvernehmen mit diesen —, alle Fragen des Rechtes umfassend behandeln. Seine Einheit ist durch die Verfassung des Nationalsozialismus, das Lebensrecht des deutschen Volkes zu sichern, begründet. Im Rahmen des inneren Aufbaues wird der Deutsche Rechtsstand die Betreuung der zu ihm Gehörigen — auch in so-

zialer Hinsicht — als Ehrenpflicht auffassen und die im Interesse der Lebenssicherung des Einzelnen gebotenen Einrichtungen schaffen.

Der Reichsjuristenführer Dr. Frank, dessen Stellvertreter in der Führung des BNSDJ. bekanntlich der preuß. Justizminister Kerrl und der Staatssekretär im preuß. Justizministerium Dr. Freisler sind, wiederholte unter einem stürmisch aufgenommenen Heil auf den Führer und das ewige deutsche Vaterland das Gelöbnis der Treue, das die deutschen Juristen dem Führer in so eindrucksvoller Weise aus Anlaß des deutschen Juristentages in Leipzig abgelegt hatten.

Generalklauseln und neues Recht.¹⁾

Von Oberregierungsrat und Privatdozent Dr. jur. Heinrich Lange, Dresden.
Mitglied der Akademie für Deutsches Recht.

I. Starre Rechtsätze und Generalklauseln, die Bausteine des Gesetzgebers, stehen als Begriffe in einem scharfen Gegensätze: Der starre Satz ist klar, aber unbegierig, die Generalklausel verschwommen, aber schmiegsam. In der Rechtsprechung freilich mildert sich dieser Gegensatz; auch der starre Satz wird von der juristischen Technik gebogen oder gebrochen, wenn er ihr nicht zusagt.

Dem liberalistischen Denken des 19. Jahrhunderts war die Generalklausel unwillkommen.

Wer in der Betätigungsreiheit des Einzelnen das Höchste sieht, dem konnte die Rechtsordnung nur notwendiges Übel sein, eine Zwangsortnung, die den Kampf aller gegen alle seiner größten Auswüchse entkleidet und das freie Spiel der Kräfte dadurch ermöglicht und gewährleistet, willkommen als Vollstrecker eigenen, unwillkommen als solcher fremden Eigentümers. Die Vermutung spricht für die Betätigungsreiheit, nur der klare, scharf umrissene Rechtsatz vermag ihr entgegenzutreten.

Die Rechtsordnung wird so ihres sittlichen Wesens entkleidet; der Rechtsatz ist äußere Fessel, nicht innere Bindung. Die Betätigungsreiheit fordert Voraussehbarkeit der Folgen eigenen wie fremden Tuns, sie benötigt eine sichere Grundlage. Die Berechenbarkeit, nicht die Gerechtigkeit herrscht darum. Auch die unbillige Folge ist Recht, wenn sie sich aus Rechtsäcken errechnen läßt: Das Recht tritt in den Raum des Handels und Verkehrs. Betätigungsreiheit und Berechenbarkeit drängen die Generalklausel zurück.

Die Rechtsordnung ist so eine Summe von Rechtsäcken, deren Folgen verstandesmäßig abgeleitet und errechnet werden. Die Rechtswissenschaft gliedert und ordnet den nüchternen Zweckbau des Rechtes; Folgerichtigkeit und Klarheit herrschen. Die Generalklausel in ihrer Verschwommenheit stört die klare Gliederung, sie erscheint darum als Schönheitsfehler im System. Der Verfall des Rechtes bedeutet für den Dogmatiker den Verfall des Rechtsystems, nicht den Verfall des Gerechtigkeitsgedankens. Die Byzantiner trifft deshalb die Verachtung der Rechtswissenschaft, denn sie haben es gewagt, sich im Tempel des römischen Rechtes ohne Rücksicht auf dessen Schönheit mit verschwommenen Generalklauseln schlecht und recht wohnlich einzurichten²⁾.

Diese Ansicht vom Recht fordert die Unterwerfung des Richters unter das Gesetz. Der Richter schafft nicht Recht, er wendet nur bestehendes Recht an, entnimmt die Entscheidung, die allein richtig ist, dem Räderwerk des Gesetzes. Sein Verstand allein befähigt ihn hierzu. Die Aufführung von Generalklauseln muß diese Bindung lockern, ihm Spielraum, Entscheidungsreiheit gewähren; das aber bedeutet für den Anhänger der Betätigungsreiheit und Berechenbarkeit, daß Recht der Willkür des Richters ausliefern. Lassen sich Generalklauseln nicht vermeiden, so versucht man auch hier, ihm einen festen Maßstab zu geben; an die Stelle des klaren Gesetzeswortlautes tritt das Urteil aller billig und gerecht Denkenden; ihren Willen muß der Richter vollstrecken. Er wechselt nur den Herrn.

Siegte so im 19. Jahrhundert die Rechtssicherheit über

die billige Entscheidung des Einzelfalles, so rüttelte seit der Jahrhundertwende der Individualismus auch an diesen lästigen Fesseln des Einzelschicksals. Die Freirechtschule kämpfte gegen die Unterwerfung des Einzelnen unter das Gesetz; sie stieß mit Recht gegen den hohen Positivismus, sie kämpfte aber auch gegen das Gesetz als solches, gegen Veraltetes wie Ehrwürdiges, gegen Wertloses wie Wertvolles und trug so deutlich die Züge ihrer rassefremden Volkämpfer und Nachläufer, die ein wurzelloses Weltrecht, nicht ein im deutschen Volkstum verwurzeltes deutsches Recht erstreben.

Auch das deutsche Rechtsleben löste sich mehr und mehr aus der Erstarrung, in die es nach dem Neubau des deutschen Rechtes versunken war. Wie nach jeder großen Gesetzgebung, so hatte auch in Deutschland der Stolz auf das Erreichte dazu verführt, das Endliche für unendlich, das Unvollkommene für vollkommen zu nehmen und aus Furcht vor der Zerstörung des Geschaffenen den Richter an den Wortlaut des Gesetzes zu fetten. Je mehr die Entwicklung des Volkslebens diesen Zeitraum hinter sich ließ, um so freier wurde die Stellung zum Gesetz; man erkannte seine Zeitgebundenheit und Unvollkommenheit. Der Wille des Gesetzgebers wird entthront, der durch die Bedürfnisse der Gegenwart bestimmte Wille des Gesetzes tritt an seine Stelle. Aus einem Diener, der das Werkzeug fremden Willens ist, wird der Diener, der seinen Herrn führt und beherrscht. Das unwillkommene Ergebnis wird bei biegamer Gesetzeswortlaut durch einschränkende Auslegung abgewendet, bei unbegierigem durch die exceptio doli befeitigt; das willkommene Ergebnis wird durch ausdehnende Auslegung erstrebzt und erzielt; stets aber hat die gezeitliche Regelung die Vermutung für sich, sie muß sich erst als unbillig erweisen, um beseitigt zu werden. Bei der Generalklausel dagegen besteht dieses Hindernis nicht, je weiteren Spielraum sie gestattet, um so eher ermöglicht sie eine volle Übereinstimmung von Entscheidung und Billigkeit. Die Erkenntnis, daß die Wielgestaltigkeit des Lebens von starren Rechtsäcken nie erfaßt werden kann, mögen sie noch so sehr sich in Einzelheiten verlieren, mögen sie noch so abstrakt gefaßt sein, führte zum Siege der Generalklauseln in den letzten Jahrzehnten.

Trotz dieses Sieges konnten die Generalklauseln im liberalistischen Staate ihre eigentlichen Aufgaben nicht erfüllen. Staat und Recht, die ihre Bestimmung darin sahen, das freie Spiel der Kräfte zu gewährleisten, jedem die gleiche Behandlung angedeihen zu lassen, mag er wertvoll oder wertlos, Volksfeind oder Volksgenosse sein, die alles verstehen und alles verzeihen, werfeten nur ungern, versuchten der Entscheidung auszuweichen und zwischen den gegnerischen Kräften zumitteln. Je mehr die Wirtschaft über den Staat, die Klasse über die Gemeinschaft siegte, um so mehr wurde das Recht zum Spielball dieser Kräfte. In einem vom Kampfe aller gegen alle erschütterten Staate werden die Generalklauseln darum zu hohlen Formeln, die der einzelne als Deckmantel für sein eigenmäßiges Streben verwendete. Für den Arbeitgeber bedeutete Treu und Glauben Lohnkürzung, für den Arbeitnehmer Lohnsteigerung, für den Gläubiger starres Festhalten am Vertrage, für den Schuldner Erleichterung der Verpflichtung; jede Partei, die durch den politischen Kampf sich des Staatsruders bemächtigte, nahm die Wahrung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung für sich in Anspruch und kämpfte in deren Namen gegen den Gegner. Der Richter mußte sich entscheiden, wenn auch Staat und Gesetz der Entscheidung auswichen. Er versuchte im Kampfe aller gegen

¹⁾ Aus dem neuesten Schrifttum vgl. J. W. Hedemann, Die Flucht in die Generalklauseln, Tübingen 1933; H. Nicolai, Die rassegegenseitige Rechtswissenschaft, 2. Aufl., München 1933; H. Dölle, „Das bürgerliche Recht im nationalsozialistischen deutschen Staat“: Schmollers Jahrb. 57 (1933), 657/58; Carl Schmitt, Staat, Bewegung, Volk, Hamburg 1933, S. 42f.; H. Kreller: Archiv für 138 (1933), 242/44.

²⁾ Das berücksichtigt Hedemann nicht, S. 2, 52, 74.

alle den Gedanken des billig und gerecht Denkenden hochzuhalten; er tat seine Pflicht, wenn er auch als Kind seiner Zeit dem Geiste seiner Zeit sich nicht entziehen konnte.

Rahmenbegriffe wie „Treu und Glauben“ und „die guten Sitten“ müssen unter dem Liberalismus dessen Züge tragen. Das Recht erzieht nicht, es fordert nicht mehr als das Durchschnittliche und nimmt seine Berechtigung zu dieser Forderung nicht aus seiner Stellung als Herrscher, sondern aus der gleichmäßigen Anerkennung durch alle billig und gerecht Denkenden³⁾. Es lehnt darum als Maßstab das darüber hinausgehende Feingefühl wie die dahinter zurückbleibenden Unsitzen ab⁴⁾. Dadurch werden Treu und Glauben und die guten Sitten zum Gegenstand des Streites und Beweises und offenbaren darin ihre Zerrissenheit. Unter der Herrschaft des Individualismus und Materialismus stellten beide keine allzu hohen Anforderungen an das Pflicht- und Gemeinschaftsgefühl des einzelnen, unter der Herrschaft des Liberalismus wurden sie oft zum Deckmantel, der Entscheidungsängstlichkeit und verschwommene Mildherzigkeit verbüllt musste.

Dennoch aber ist eins unabwiesbar: Wenn es dem deutschen Rechtsleben gelungen ist, hinter der stürmischen Entwicklung der letzten Jahrzehnte nicht allzu sehr zurückzubleiben, wenn es den Übergang vom bäuerlichen und kleinbürglerlichen Staatswesen zum Industriestaat, den von der Postkutsche zum Flugzeug, vom Segelschiff zum Dampfer mitgemacht hat, und wenn es jetzt den Übergang zum neuen Staat ohne Mühe findet, so verdankt es das nicht den starren Rechtszügen, sondern den Generalklauseln.

II.

Der Nationalsozialismus hat an die Stelle des liberalistischen Staates die Einheit geetzt, der einzelne ist dienendes Glied der Gemeinschaft und findet in dieser Verbundenheit seine Aufgabe und seinen Wert: „Du bist nichts, dein Volk ist alles.“ Der Staat ist totaler Staat, er ordnet nicht alles, ordnet sich aber alles unter und kennt keine Freiheit des einzelnen mehr gegen den Staat. Er ist jedoch nicht lediglich Machtstaat, leitet vielmehr einen Anspruch auf Führung aus dem Vertrauen der Volksgemeinschaft ab. Das Wort: „Du bist nichts, dein Volk ist alles“ bedeutet darum nicht, daß Staat und Recht rücksichtslos über das Einzelschicksal hinwegschreiten, sobald dieses mit ihnen in Berührung kommt, bedeutet keine Rechtsfertigung des Sages: „fiat iustitia, pereat mundus“, keinen Rückfall in primitives Rechtsdenken, der nur eine neue Kluft zwischen dem Rechtsgefühl der Gegenwart und der Rechtshandhabung öffnen würde. Staat und Recht finden Inhalt und Zweck in der Volksgemeinschaft.

Wo diese das Opfer des einzelnen erheischen, dort gehen sie über dessen Schicksal hinweg. Der Gedanke der Rechtsicherheit, insbes. der der Abschreckung vor gemeinschädlichem Handeln, kann dazu zwingen, den einzelnen bewußt hart anzufassen, die starre Gerechtigkeit über die billige Entscheidung des Einzelfalles zu setzen. Wo dies aber nicht der Fall ist, fordert der Gedanke der Volksgemeinschaft über die Einstellung des Liberalismus hinaus eine Vertiefung der äußereren Zwangsordnung zur inneren Lebensordnung. Das Recht wurzelt in der artbestimmten Volksgemeinschaft, es ist darum mit

³⁾ RG. seit RG. 48, 124.

⁴⁾ RG. seit RG. 55, 372; 58, 217.

dem Verstände allein nicht zu errechnen, ist vielmehr vom Volksgenossen aus der Volksverbundenheit heraus zu erfahren und zu erleben. Das Recht als Lebensordnung steht so über dem einzelnen, es ist die Lebensanschauung der nationalsozialistischen Gemeinschaft. Dadurch wird im Gegensatz zum Liberalismus das Verhältnis von Gesetz und Recht umgedreht. Die verstandesmäßige Ableitung von Rechtsfolgen ist nicht Selbstzweck, sie ist Mittel zum Zwecke der gerechten Entscheidung des Einzelfalles und findet in dieser ihr Ziel und ihre Grenze. Damit verliert die Berechenbarkeit ihren Eigenwert gegenüber der Gerechtigkeit. Das unbillige Ergebnis wird nicht durch seine klare Ableitung aus bestehenden Normen gerechtfertigt. Der ehrbare Volksgenosse bestimmt sein Handeln aus seinem sittlichen Empfinden, nicht aus seiner Kenntnis des Gesetzes. Selbst der Rechtsbrecher kennt nur als Gewohnheitsverbrecher das Gesetz, berechnet dessen Lücken und die zu erwartende Strafe und wurde darin vom Liberalismus geschützt. Steht dagegen die Gerechtigkeit im Vordergrunde, so kann sich der Entartete nicht dagegen wehren, daß sein Handeln nach der artbestimmten Rechtsanschauung gewertet wird, mag sie im Gesetz niedergeselegt sein oder in Generalklauseln leben.

Die starre Norm kann sich mit der gerechten Lösung decken, die Generalklauseln muß das tun, wenn sie unter einheitlichen Gesichtspunkten gehandhabt wird. Hier aber zeigt sich der wesentliche Unterschied des liberalen und des nationalsozialistischen Staates.

Der Nationalsozialismus hat mit dem leeren Staatsbürgerbegriffe des liberalen Staates gebrochen. Er hat an die Stelle der Summe von unverbundenen Individuen nach Ausscheiden der Artfremden und Volksfeinde die blutsverbundene Volksgemeinschaft gesetzt. Er überläßt im Gegensatz zum liberalen Staat den einzelnen nicht mehr seinem selbstbestimmten Eigensein, erzieht vielmehr bewußt mit allen ihm zur Verfügung stehenden Formungsmitteln die Volksgemeinschaft zur Gesinnungsgemeinschaft. Diese gibt dem Volksleben und damit dem Rechtsleben klare Maße und einheitliche Wertungen, bricht so mit der liberalistischen Vielheit der Interessengegenseitigkeiten und schafft damit auch den Generalklauseln eindeutig Inhalt und Gestalt bei der Anwendung auf den einzelnen Fall.

Solange noch nicht die in der alten Anschauungswelt wurzelnden starren Normen dem Rechtsdenken des nationalsozialistischen Staates angepaßt sind, solange sind die Generalklauseln die Einbruchsstellen, durch die das neue Rechtsdenken das alte Rechtsleben überflutet. Solange aber der neue Staat die gerechte Entscheidung des Einzelfalles als seine Aufgabe betrachtet, solange wird er auch bei Schaffung des neuen Rechtes die Generalklauseln in ihrer artgebundenen Bestimmtheit nicht entbehren können.

Für die am deutschen Rechtsleben Beteiligten ergibt sich daraus die hohe Aufgabe, das Recht nicht nur verstandesmäßig zu erfassen und anzuwenden, sondern aus der Gemeinschaftsverbundenheit heraus das deutsche Recht zu erfahren und zu gestalten. Erst dadurch wird die Kluft geschlossen werden, die zwischen dem Rechtsgefühl des deutschen Volkes und der Rechtshandhabung eines gemeinschaftsentfremdeten Juristenstandes Jahrhundertelang bestanden hat, erst dadurch wird die Krise im deutschen Recht überwunden werden.

Das Gesetz gegen Missbräuche bei der Eheschließung und der Annahme an Kindes Statt v. 23. Nov. 1933 (RGBl. I, 979 ff.)¹⁾.

Von Dr. Hans Dölle, o. Professor der Rechte an der Universität Bonn.

Die Bezeichnung, welche die Reichsregierung der soeben erlassenen Familienrechtsnovelle gegeben hat, läßt deutlich das mit ihr verfolgte Ziel erkennen: sie will bestimmten Handlungen entgegentreten, durch welche die Rechtseinrichtungen der Ehe und der Adoption zur Errichtung ihnen wesensfremder Zwecke missbraucht werden sollen. Damit ist ein Schritt getan zur Erfüllung der immer wieder vom Nationalsozialis-

mus gestellten Forderung nach der möglichst weitgehenden Deckung von Recht und Sittlichkeit; jenes darf seine Normen nicht so gestalten, daß unter ihrem Schutz scheinbar Familienbande, also sittliche Beziehungen geknüpft werden, in Wahrheit aber vertierlicher Geschäftsgeschäft oder bloße Eitelkeit ihre Rechnung finden können. Darüber hinaus ist bei der Neugestaltung des Adoptivrechts der andere (soziale) Gedanke anerkannt worden, daß die Annahme an Kindes Statt nicht dem Willen eines adoptionsbereiten Individuums allein überlassen werden darf, weil es sich um einen Vorgang handelt,

¹⁾ Ein weiterer Aufsatz über die Adoption bestimmen der Novelle folgt im nächsten Heft.

an dem aus manigfachen Gründen der Familienverband und die Volksgemeinschaft interessiert sein mag (vgl. Dölle: Schmollers Jahrb. 1933, 26).

Der neue Ehenichtigkeitsgrund des § 1325a BGB.

1. Voraussetzungen; Heilung; Stellung der Kinder.

a) Dem bisher geltenden Recht waren nur die Ehenichtigkeitsgründe der §§ 1324—1328 BGB. (Formmangel, Erklärungsunfähigkeit, Doppelheirat, Verwandtschaft und Schwangerschaft, Ehebruch) bekannt. Eine Ehe war insbes. (im Gegensatz zum kanonischen Recht; codex iur. can. c. 1086 § 2) nicht deswegen nichtig, weil nach der Absicht der Verlobten eine eheliche Lebensgemeinschaft zwischen ihnen nicht begründet werden sollte, gleichviel aus welchen Gründen immer sie die Eheschließung dennoch erstreben möchten. Auch nach der Novelle reicht jene negative Voraussetzung allein nicht zur Begründung der Nichtigkeit aus; nach dem neu geschaffenen § 1325a Abs. 1 muß das positive Erfordernis hinzukommen, daß die Ehe ausschließlich oder vorwiegend zu dem Zweck geschlossen ist, der Frau die Führung des Familiennamens des Mannes zu ermöglichen. Praktische Erfahrungen der Nachkriegszeit haben den Gesetzgeber offenbar veranlaßt, aus dem Kreis der hier in Betracht kommenden Sachverhalte die am häufigsten begegnenden mit dem Makel der Nichtigkeit zu treffen. Liegt also der Verlobten an dem Namen des Mannes nichts, empfindet sie sogar die Pflicht, ihn künftig zu tragen, als belastend, heiratet sie aber trotzdem, lediglich um versorgt zu sein und im Einverständnis mit dem Manne darüber, daß eine eheliche Lebensgemeinschaft zwischen den Gatten durch die Ehe nicht begründet werden solle, so ist eine solche Ehe auch nach der Novelle voll gültig. Eine nichtige „Namensehe“ i. S. des § 1325a BGB. liegt nur dann vor, wenn bei der Eheschließung die gemeinsame Absicht der Eheschließenden mindestens vorwiegend auf die künftige Führung des Namensnamens durch die Frau gerichtet war, ohne daß die eheliche Lebensgemeinschaft zwischen den Gatten begründet werden sollte. Es ist zu billigen, daß die Novelle den Fehler vermieden hat, der den § 226 BGB. so gut wie unpraktisch macht, und neben dem ausschließlichen das vorwiegende Bezugswesen genügen läßt. Gerade bei Vorgängen, wie es die von der Novelle bezielten sind, mischen sich häufig Nebenmotive ein, ohne daß sie an dem unsittlichen oder Scheincharakter des Geschäfts etwas zu ändern vermöchten. Wünscht die Hochstaplerin A. den Grafen B. in erster Linie wegen seines Namens, sodann aber auch deswegen zu heiraten, weil ihr die Eheschließung die Möglichkeit eröffnet, die Wohnung ihres Mannes zu beziehen und in ihr, die sich dafür besonders eignet, einen Spielklub zu eröffnen, so muß diese Ehe der Nichtigkeit verfallen, wenn an die Begründung der ehelichen Lebensgemeinschaft nicht gedacht war.

b) Die nach § 1325a BGB. nichtige Ehe wird (ähnlich wie die wegen Formmangels vernichtbare Ehe gemäß § 1324 BGB.) mit rückwirkender Kraft geheilt, wenn die Ehegatten nach der Eheschließung fünf Jahre oder, falls einer von ihnen vorher gestorben ist, bis zu dessen Tod, jedoch mindestens drei Jahre als Ehegatten miteinander gelebt haben, sofern nicht in dem die Heilung bringenden Zeitpunkt bereits die Nichtigkeitsklage erhoben ist (§ 1325a Abs. 2). Selbstverständlich vermag der Zeitablauf nur den Mangel der Namensehe zu heilen; war die Ehe noch mit einem anderen Fehler behaftet, z. B. Doppelheirat oder ehebrecherische Ehe i. S. der §§ 1312, 1328 BGB., so bleibt dieser Nichtigkeitsgrund bestehen. Andererseits haben die Ehegatten der Namensehe die Möglichkeit, der Vernichtung ihrer Ehe oder ihrer Heilung zuvorzukommen, indem sie die Eheschließung gemäß § 1309 Abs. 1 Satz 2 BGB. wiederholen. Freilich setzt das voraus, daß sie im Zeitpunkt der Wiederholung nicht ausschließlich oder vorwiegend der Frau die Führung des Mannesnamens ermöglichen wollen, sondern von anderen Motiven geleitet sind.

c) Solange eine nichtige Ehe nicht vernichtet ist, müssen die aus ihr stammenden Kinder wie eheliche behandelt werden. Das gilt auch für Kinder aus Namensehen. Kann aber

die Nichtigkeit der Ehe unbeschränkt geltend gemacht werden, so wird das Kind der Namensehe gemäß einem dem § 1699 BGB. neu hinzugefügten Abs. 3 schlechthin als unehelich angesehen. Es ist also schlechter gestellt als die Kinder aus sonstigen nichtigen Ehen, denn diese gelten nur dann als unehelich, wenn beide Gatten die Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschließung gekannt haben (§ 1699 Abs. 1). Freilich werden in aller Regel die Gatten einer Namensehe, da sie gemeinsam ehewidrige Zwecke bei der Eheschließung verfolgen und also die die Nichtigkeit begründenden Tatsachen kennen, auch mit der Nichtigkeit selbst vertraut sein; aber Ausnahmen sind namentlich in der ersten Zeit nach dem Inkrafttreten der Novelle denkbar und für den Zeitraum, auf welchen das Gesetz zurückwirkt (Art. IV), selbstverständlich. § 1703 BGB. findet Kraft seines durch die Novelle neu geschaffenen Abs. 2 auf Kinder aus Namensehen Anwendung und bringt einen Ausgleich für die soeben erwähnte strenge Behandlung: das Kind hat gegen den Vater einen Unterhaltsanspruch wie ein eheliches Kind; es steht sogar besser als dieses, insofern der Vater in seiner Bestimmung über Art und Zeit der Unterhaltsgewährung beschränkt ist und daher regelmäßig eine Geldrente vierteljährlich im voraus zahlen muß.

2. Vernichtung der Ehe und Feststellung der Vernichtungsfolgen.

a) Die nichtige Namensehe ist in Wahrheit eine „vernichtbare“ Ehe, denn § 1329 BGB. gilt auch für sie, und danach kann die Nichtigkeit, solange nicht die Ehe für nichtig erklärt oder aufgelöst ist, nur im Wege der Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden. Die Ehe wird also mit rückwirkender Kraft vernichtet insbes.: durch den Tod eines Gatten, durch rechtskräftige Scheidung oder Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft und durch rechtskräftiges Nichtigkeitsurteil. Auf die Nichtigkeit einer vernichteten Ehe kann sich jeder Interessierte auf jede Weise, inzidenter oder durch Feststellungsfrage berufen.

b) Nach der Nov. Art. II § 1 ist Träger des Vernichtungsflagrechts allein der Staat, der hier durch den Staatsanwalt als Partei Kraft Amtes repräsentiert wird. Darin liegt eine Einschränkung des § 632 BPD. Passiv legitimiert sind nach § 632 Abs. 2 BPD. nur beide Ehegatten gemeinsam als echte notwendige Streitgenossen i. S. der zweiten Alternative des § 62 Abs. 1 BPD. Das Verfahren unterliegt den in Ehesachen geltenden Regeln der §§ 606 ff. BPD. Eine Neuerung bringt die Nov. im Art. II § 3 Abs. 3, insofern dem Staatsanwalt, wenn der mitvertragte Mann vor der Rechtskraft des Nichtigkeitsurteils stirbt, ausdrücklich gestattet wird, nunmehr zu einer Klage gegen die Frau allein „überzugehen“, welche zum Ziel hat die Feststellung der Nichtigkeit der durch den Tod des Mannes aufgelösten Ehe (s. unten c), und wenn die Frau stirbt, zu einer Klage gegen das aus der Namensehe stammende Kind „überzugehen“, welche zum Ziel hat die Feststellung seiner sich aus § 1699 Abs. 3 BGB. (s. oben 1c) ergebenden Unehelichkeit (s. unten 2c). Der Klagantrag muß entsprechend umgestellt, und weder aus der Änderung des Streitgegenstandes noch aus dem Parteiewchsel können unter dem Gesichtspunkt der Klageänderung oder unter einem sonstigen Gesichtspunkt Einwände gegen diesen modus procedendi hergeleitet werden.

c) Wird die Namensehe durch den Tod des Mannes oder durch Scheidung aufgelöst, so ist sie in Wahrheit mit rückwirkender Kraft vernichtet (s. oben 2a). In diesem Fall kann nach Nov. Art. II § 2 Abs. 1 der Staatsanwalt gegen die überlebende Frau auf Feststellung der Nichtigkeit der Ehe flagen. Das Verfahren hat nichts zu tun mit den Rechtsstreitigkeiten, welche die Feststellung des Nichtbestehens einer Ehe „zwischen den Parteien“ zum Gegenstand haben (§§ 606 Abs. 1, 638 BPD.), unterliegt aber Kraft ausdrücklicher Vorchrift des Art. II § 3 Nov. den Vorschriften über die Ehenichtigkeitsklage. Zuständig ist das Gericht, das zur Zeit der Auflösung der Ehe für die Nichtigkeitsklage zuständig gewesen wäre (s. § 606 BPD.). Zweck des Verfahrens ist die autoritative Klärstellung der Frage, ob die aufgelöste Ehe schon von An-

sang am nichtig war. Es handelt sich um eine echte Feststellungsklage, nicht etwa um eine Gestaltungsklage. Gegenstand der Feststellung ist nach dem Wortlaut des Gesetzes die „Nichtigkeit“ der Ehe. Es wird also in dem der Klage stattgebenden Urteil nicht nur festgestellt, daß eine Ehe zwischen den Gatten gegenwärtig nicht besteht (dafür liegt nach dem Tod eines Gatten oder nach der Scheidung der Ehe kein Bedürfnis vor), sondern daß die Ehe von Anfang an nichtig war. Streng genommen geht diese Feststellung weiter, als sie nach § 256 BGB. möglich wäre. Das Urteil muß für und gegen alle Rechtskraft wirken (per anal. § 629 BGB.). Dies findet seine Rechtfertigung in dem öffentlichen Interesse an einer allgemeinen Klarstellung von Standesverhältnissen und in den das Verfahren begleitenden Garantien. Auch folgt es daraus, daß in § 629 BGB. sogar das das Bestehen oder Nichtbestehen einer Ehe zwischen den Parteien feststellende Urteil mit Rechtskraft inter omnes ausgestattet ist. Stirbt die Frau vor der Rechtskraft des Feststellungsurteils, so kann der Staatsanwalt zur Klage gegen das Kind übergehen (s. oben 2b), welche zum Ziel hat die Feststellung seiner sich aus § 1699 Abs. 3 BGB. ergebenden Unehelichkeit (Art. II § 3 Abs. 3 Satz 2 Nov.).

Mit dieser Klage kann der Staatsanwalt nach dem Tode der Frau von vornherein gegen das Kind vorgehen, wenn die Namensehe der Eltern durch den Tod der Frau vernichtet worden ist oder wenn die schon vorher eingetretene Vernichtung der Ehe (z. B. durch Tod des Mannes oder durch Scheidung) beim Tode der Frau noch nicht durch Urteil gegen diese festgestellt war (Art. II § 2 Abs. 1 u. 2 Nov.). Bezeichnenderweise ist hier eine Klage auf Feststellung der Ehenichtigkeit gegen den überlebenden Mann nicht vorgesehen; das Gesetz will eben vornehmlich die Personen treffen, die zu Unrecht den Namen des Ehemannes der Namensehe tragen. Auf die Feststellungsklage gegen das Kind finden die Vorschriften über die Klage auf Feststellung eines Eltern- und Kindesverhältnisses entsprechende Anwendung (Art. II § 3 Nov.). Das auf die Klage ergehende Urteil ist ein echtes Feststellungsurteil, das inter omnes wirkt (§ 643 BGB.).

d) Wird die Namensehe durch rechtskräftiges Urteil vernichtet, so ist dies (auf Grund der durch die Staatsanwaltschaft an den Standesbeamten vorgenommenen Übersendung einer Urteilsausfertigung [vgl. die auf Grund des § 83 PersStG. erlassenen Ausführungsverordnungen des Bundesrats, § 25, ergänzt durch VO. v. 30. Nov. 1923, RGBl. I, 1157, Art. II Nr. 4 und VO. v. 13. März 1924, RGBl. I, 257, Art. I Nr. 6]) gemäß § 55 PersStG. am Rande der über die Eheschließung bewirkten Eintragung zu vermerken. Erfolgt die Feststellung der Abstammung eines Kindes erst nach der Eintragung des Geburtsfalls oder erleiden seine Standesrechte eine Veränderung, so ist dieser Vorgang, sofern er durch öffentliche Urkunden nachgewiesen wird, auf Antrag eines Beteiligten am Rande der über den Geburtsfall vorgenommenen Eintragung zu vermerken gemäß § 26 PersStG. Zur Ergänzung dieser Normen ordnet die Novelle in Art. II § 4 an, daß auf Eruchen des Staatsanwalts die Feststellung der Nichtigkeit der Ehe (s. oben 2c) in der Heiratsurkunde, die Feststellung der Unehelichkeit eines Kindes (a. a. O.) in der Geburtsurkunde des Kindes am Rande zu vermerken sei. Dem Eruchen muß eine mit dem Rechtskraftzeugnis versehene Ausfertigung des Feststellungsurteils beigefügt sein. Werden durch die Nichtigkeit der Namensehe die Standesverhältnisse anderer Personen betroffen, z. B. die Frau des aus der Namensehe stammenden Sohnes, so kann der Staatsanwalt auf Grund des Nichtigkeitsurteils um die Beschreibung entsprechender Randvermerke ersuchen. Nach dem Text des Gesetzes soll er dies auch tun können auf Grund des „Aufhebungsurteils“. Hier handelt es sich augenscheinlich um einen Redaktionsfehler; statt Aufhebungsurteil muß es heißen: Feststellungsurteil. Gemeint sind offenbar die die Nichtigkeit der Ehe oder die Unehelichkeit des Kindes feststellenden Urteile, von denen die §§ 2 und 3 des Art. II der Novelle handeln.

3. Die zeitliche Geltung des Gesetzes.

Selbstverständlich wirkt das Gesetz in die Zukunft und trifft alle Ehen, die nach seinem Inkrafttreten geschlossen wor-

den sind. Außerdem erfaßt es aber in der Vergangenheit gemäß Art. IV Nov. diejenigen Namensehen, die vor dem Inkrafttreten der Novelle nach dem 8. Nov. geschlossen wurden. Das bedeutet:

Ist eine solche Ehe seitdem aufgelöst worden, z. B. durch Tod oder Scheidung, so ist sie in Wahrheit mit rückwirkender Kraft vernichtet; die aus ihr stammenden Kinder sind unehelich, und jeder Interessierte kann dies auf jede Weise getestet machen. Freilich kann der Staatsanwalt die auf Feststellung der Nichtigkeit und Feststellung der Unehelichkeit gerichteten und mit besonderen Garantien umkleideten Klagen, welche die Novelle gewährt, nur binnen einer Ausschlußfrist von sechs Monaten seit dem Inkrafttreten der Novelle erheben. Nach dem Ablauf dieser Frist kann auch der Staatsanwalt sich nur auf dem gewöhnlichen Wege auf die Nichtigkeit und die Unehelichkeit berufen, der jedermann offensteht. Es ist wichtig, zu beachten, daß die Beendigung des staatsanwaltlichen Klagerights keineswegs die Bedeutung hat, die Gültigkeit der aufgelösten Namensehen und die Ehelichkeit der aus ihnen stammenden Kinder vor Angriffen sicherzustellen.

Besteht die Namensehe beim Inkrafttreten der Novelle noch, so kann sie durch Nichtigkeitsurteil vernichtet werden, sofern der Staatsanwalt die Nichtigkeitsklage innerhalb einer Ausschlußfrist von sechs Monaten seit dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes erhebt. Aber auch diese Ehen werden, selbst wenn der Staatsanwalt die Frist verstreichen läßt, ohne von seinem Klageright Gebrauch zu machen, durch ihre Auflösung später unrettbar vernichtet und die Kinder demgemäß unehelich. Dies kann dann jeder Interessierte unbeschränkt geltend machen; auch für den Staatsanwalt gilt dann nichts Besonderes mehr.

4. Kritik.

Die Form der Novelle ist nicht so vollständlich gehalten wie beispielsweise das preußische Erbhofgesetz. Der vorstehende Bericht dürfte gezeigt haben, welche Fülle von Konsequenzen in den abstrakten Formulierungen der Novelle enthalten sind, die dem Laien naturgemäß selbst bei aufmerksamster Lektüre verborgen bleiben müssen. Auch mit dem Verweisungswesen hat das Gesetz nicht aufgeräumt. Indes würde es mir ungerecht erscheinen, den Gesetzesverfassern daraus einen Vorwurf zu machen. Es handelt sich zum größten Teil um Bestimmungen, welche andere Gesetze, insbesondere das BGB. ergänzen oder abändern sollen. Sollte eine einigermaßen organisch wirkende Eingliederung gelingen, so konnte man nicht wohl anders vorgehen, als es geschehen ist. Namentlich die höchst komplizierten Normen des BGB. über die Ehenichtigkeit schrieben hier einen Weg vor, den man nur verlassen konnte, wenn man sich hätte entschließen wollen, das gesamte Ehenichtigkeitsrecht äußerlich umzugestalten. Es ist verständlich, daß man dies im Zusammenhang mit einer verhältnismäßig geringfügigen Novelle nicht getan hat, zumal da eine große allgemeine Reform bevorsteht.

Seinem Inhalt nach muß das Gesetz, wie schon hergehoben, als ein Schritt gewertet werden zur Einheit von Legalität und Moralität. Aber es ist nicht zu verkennen, daß es (auch in seinem Bereich) nur ein kleiner Schritt ist. Zahlreiche andere Sachverhalte, die unser sittliches Empfinden mindestens ebenso verletzen wie der Abschluß einer bloßen Namensehe, bleiben geeignet, voll wirksame Ehen zu begründen: die Ehe zwischen Zuhälter und Dirne, die zwischen deutschem Kommunisten und der Russin, die durch Erwerb der Staatsangehörigkeit der Ausweisung entgehen will, die nur zur Erlangung eines Ehestandsdarleihns geschlossene Ehe und viele andere. Die ewige Antinomie zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit, auf die so unendlich viele juristische Probleme lehentlich zurückführen, hat offenbar auch hier dem Gesetzgeber die Beschränkung auf diejenigen Fälle nahegelegt, die sich zu einem allgemeinen und besonders empörend empfundenen Unwesen entwickelt hatten. — Die aus den Namensehen stammenden Kinder werden besonders hart betroffen. Sie können nie die Unehelichkeit entgehen, es sei denn, daß die Ehe der Eltern durch Zeitablauf geheilt oder gültig neu geschlossen wird, denn sonst wird spätestens im Zeitpunkt der Auflösung der elterlichen Ehe durch den

Tod eines Teils, wie oben dargelegt, diese vernichtet und damit das Kind unehelich. Wird auch häufig genug ein Angriff auf seine Ehelichkeit nicht erfolgen, möglich bleibt er immer, auch noch nach Generationen! Ich würde es für erwägenswert halten, die Heilung der Namensehe materiell-rechtlich zu erleichtern, wenn aus ihr Kinder hervorgegangen sind. Wird auch gewiß die eheliche Lebensgemeinschaft nicht durch gelegentliche geschlechtliche Vereinigung hergestellt, so spricht doch, wenn Kinder aus der Verbindung hervorgegangen sind, eine gewisse Vermutung dafür, daß die Ehegatten es mit ihrer Gemeinschaft ernster nehmen, als sie ursprünglich beabsichtigt hatten. In der Praxis wird an den Be-

weis, daß es sich trotz dem Vorhandensein von Kindern um eine bloße Namensehe handele, ein besonders strenger Maßstab angelegt werden müssen und zweifellos angelegt werden, so daß dadurch die erhobenen Bedenken zum großen Teil ausgeräumt sein würden. Aber man vergesse nicht, daß es für die Disqualifizierung der Ehe genügt, wenn die Ehegatten bei der Eheschließung jene gemäßbilligten Absichten verfolgt haben. Ist dies dargetan, so kann nach der Novelle ein späterer Gesinnungswandel, der sich im Zusammenleben und der Erzeugung von Kindern zeigt, nur helfen, wenn der im Gesetz vorgesehene Heilungstatbestand oder eine gültige Wiederholung der Eheschließung verwirklicht ist.

Zum Gesetz gegen Missbräuche bei der Ehe und der Annahme an Kindes Statt.

Von Ministerialrat im Reichsjustizministerium Dr. Brandis, Berlin.

A. Allgemeines.

Eine der unerfreulichsten Erscheinungen der letzten Jahrzehnte bildeten unzweifelhaft die sog. Namensgeschäfte und Adelsläufe. Mitglieder alter, bekannter Familien haben sich leider oft nicht gescheut, mit ihren Namensrechten einen unwürdigen Handel zu treiben, indem sie unter Missbrauch familienrechtlicher Einrichtungen kapitalträchtigen Personen den Erwerb eines klangvollen Namens ermöglichen. Die Wege, die sich dafür boten, waren die Ehe und die Adoption. Jedem mit den Verhältnissen Vertrauten sind Fälle bekannt, in denen verarmte, haltlos gewordene Adlige, aber auch Mitglieder angesehener Bürgerhäuser, zweifelhafte Frauenspersonen geheiratet und mit ihnen vereinbart haben, daß ein Zusammenleben nicht oder nur für kurze Zeit stattfinden und daß sobald als möglich die Ehescheidung herbeigeführt werden sollte. Andere Träger alter Namen haben reiche Leute, oft zugleich mit Frau und Kindern, an Kindes Statt angenommen; auch hier war man sich einig, daß ein Familienband, wie es zum Wesen der Kindesannahme gehört, nicht begründet werden sollte, die Vertragsschließenden sind vielmehr gleich nach der Adoption wieder auseinandergegangen und haben sich nicht mehr umeinander gekümmert. Diese schamlosen und verächtlichen Machenschaften, bei denen es dem einen Teil allein auf das Geld, dem anderen auf Befriedigung seiner Eitelkeit oder auf die Verdeckung allerlei dunkler Geschäfte ankam, hat besonders in der Nachkriegszeit einen immer größeren Umfang angenommen. Der Grund liegt einmal in dem moralischen Niedergang, wie wir ihn nach der Revolution von 1918 auf so vielen Gebieten haben beklagen müssen, dann aber auch (soweit es sich um adlige Namen und um die gerade hier besonders zahlreichen Adoptionen handelt) in der veränderten Bedeutung, die der Adelsbegriff gegenüber der Vorkriegszeit seit der Weimarer Verfassung erlangt hat. Bekanntlich war früher der Adel ein Standesvorrecht; er gehörte dem der Kompetenz der Landesgesetzgebung unterliegenden öffentlichen Rechte an und konnte nach den Gesetzen sämtlicher Bundesstaaten nur durch Ehe oder eheliche Geburt, nicht aber durch Legitimation oder durch Annahme an Kindes Statt übertragen werden. Nach der Weimarer Verfassung (Art. 109 Abs. 3 Satz 2) bildet der Adel lediglich einen Bestandteil des Namens; er geht also kraft Reichsrechts (§ 1758 BGB.) ohne weiteres auf den Umgangenen über. Diese Änderung der Gesetzeslage haben sich in bemerkenswertem Umfange Träger jüdischer Namen zunutze gemacht. Interessant ist, daß in zahlreichen Fällen die „Namensveräußer“ sich nicht auf ein einziges Geschäft beschränkt, sondern an der Sache Gefallen gefunden und im Laufe der Zeit immer weitere Namensschließungen vorgenommen haben: es gibt Fälle, wo ein Adliger sich mehr als ein halbes Dutzend mal verheiratet hat und sich dann hat wieder scheiden lassen, oder wo ein altes adliges Fräulein eine größere Anzahl den Adel erstrebender Personen verschiedenen Alters, Geschlechts und Standes adoptiert und sich damit recht erhebliche Einnahmen verschafft hat.

Man fragt sich, wie es möglich war, daß Missstände, die so offenkundig jedem gefunden Rechtsgefühl widersprechen, sich in diesem beschämend großen Ausmaß haben entwickeln können. Der Grund ist einmal in der Gestaltung unseres Ehe- und Kindesannahmeverfahrens zu suchen. Im Interesse möglichster Aufrechterhaltung der Ehe sind die Voraussetzungen, unter denen eine Ehe für richtig erklärt werden kann, eng begrenzt; die Ehe ist nur aus den in den §§ 1323—1328 BGB. bezeichneten Gründen richtig, dagegen ist eine Nichtigkeitsklage mit der Begründung, daß die Ehe aus unlauteren Beweggründen geschlossen sei, und daß die Eheleute ein wirkliches eheliches Zusammenleben nicht beabsichtigt haben, im Gesetz nicht zugelassen. Ein Kindesannahmevertrag, durch den ein dem Eltern- und Kindesverhältnis entsprechendes Familienband gar nicht hergestellt werden soll, sondern der in Wahrheit lediglich zum Zwecke der Übertragung eines klangvollen Namens auf den Angenommenen geschlossen wird, ist zwar bereits nach § 138 BGB. nichtig; die Gerichte wären also an sich schon nach bisherigem Recht oft in der Lage gewesen, durch Versagung der nach §§ 1742, 1754 BGB. erforderlichen Bestätigung das Zustandekommen derartiger sittenwidriger Annahmeverhältnisse zu verhindern, haben aber die ihnen unterbreiteten Adoptionssverträge offenbar nicht immer scharf genug unter die Lupe genommen, auch die Unlauterkeit des vertraglichen Willens wohl oft nicht richtig erkennen können (man denke an die zahlreichen Fälle, wo die Beteiligten, um ihre sittenwidrige Tum zu verborgen, wiederholt den Wohnsitz gewechselt haben und deshalb keinem der mit der Bestätigung der Verträge nach § 66 RFG. befaßten Richter bekannt waren). Nun wird zwar ein gegen die guten Sitten verstößender Annahmevertrag auch durch die Bestätigung nicht geheilt; gleichwohl fehlt es an einem Verfahren, in dem die Nichtigkeit auch gegen den Willen der Vertragsschließenden mit Wirkung für und gegen alle festgestellt werden kann.

Durch diese frivole Herabwürdigung altherwürdiger Einrichtungen wie Ehe und Kindesannahme werden, wie keiner näheren Begründung bedarf, berechtigte Interessen zahlreicher ehrenwerter Familien geschädigt, die es mit ansehen müssen, wie fremde Eindringlinge sich der Zugehörigkeit zu einem alten, verdienten Geschlecht rühmen dürfen, ja sogar manchmal den sittenwidrig erlangten Namen als Aushängeschild zu allerlei lichtscheuen Machenschaften benutzen. Verlebt ist aber vor allem die Allgemeinheit, der Staat, der es nicht dulden kann, daß die Grundlagen unserer Familienrechtsordnung zu schmutzigen Schachgefäßen missbraucht werden. Durch das Gesetz gegen Missbräuche bei der Ehe und der Annahme an Kindes Statt vom 23. Nov. 1933 (RGBl. I, 979) wird diesen Auswüchsen, die schon einen viel zu großen Umfang angenommen hatten, ein für allemal ein Riegel vorgeschoben. Künftig soll jede Ehe, die ausschließlich oder vorwiegend zum Zwecke der Namensübertragung an die Frau geschlossen ist, ohne daß die eheliche Gemeinschaft begründet werden soll, auf Klage des Staatsanwalts für nichtig erklärt wer-

den können. Einem Adoptionsvertrag muß die Bestätigung schon dann versagt werden, wenn begründete Zweifel vorliegen, daß ein wahres, dem Eltern- und Kindesverhältnis entsprechendes Familienband nicht begründet werden soll. Diese Bestätigung soll übrigens fortan im Interesse der Familie oder der Allgemeinheit auch aus anderen wichtigen Gründen versagt werden können.

Wenn man hoffen darf, daß die neuen Vorschriften die Eingehung sittenwidriger Ehen und den Abschluß unlauterer Adoptionsverträge für die Zukunft ausschließen werden, so würde doch der Zweck des Gesetzes nur unvollkommen erreicht, wenn die bereits bestehenden Ehen und Kindesannahmeverträge unangetastet blieben. Es sollen daher auch frühere Ehen und Adoptionen, soweit sie seit dem 9. Nov. 1918 zustande gekommen sind, für nichtig erklärt werden können, die Ehe im Wege der Nichtigkeitsklage, die Adoption auf Antrag der höheren Verwaltungsbehörde in einem besonderen amtsgerichtlichen Verfahren. Die Verfahren müssen binnen sechs Monaten seit dem Inkrafttreten des Gesetzes, also bis zum 26. Mai 1934, eingeleitet werden.

B. Bekämpfung sittenwidriger Ehen.

I. Materielle Voraussetzungen der Ehenrichtigkeit.

Nach § 1323 BGB. ist eine Ehe nur in den Fällen der §§ 1324—1328 nichtig. Das bedeutet, daß die allgemeinen Grundsätze über die Nichtigkeit einer Willenserklärung auf die Erklärungen der Eheschließenden vor dem Standesbeamten (§ 1318) keine Anwendung finden; insbesondere gilt dies von den Vorschriften über die Nichtigkeit einer Willenserklärung wegen Scheines (§ 117) und wegen Verstoßes gegen die guten Sitten (§ 138), so daß auch eine Ehe, die keiner der beiden Verlobten ernstlich gewollt hat oder die aus unlauteren Beweggründen oder unter sittenwidrigen Abreden geschlossen ist, gültig ist und durch Nichtigkeitsklage nicht beseitigt werden kann. Das BGB. hat damit, wie nicht geleugnet werden kann, den Grundsatz tunlichster Aufrechterhaltung der Ehe überspannt, und zwar an einer für eine Überbetonung des Prinzips recht wenig geeigneten Stelle. In dem vorliegenden Gesetz wird eine Besserung dadurch versucht, daß unter Aufrechterhaltung der im § 1323 enthaltenen grundsätzlichen Regelung den bisherigen Nichtigkeitsgründen ein neuer Nichtigkeitsstatbestand hinzugefügt wird, der sich inhaltlich als ein Anwendungsfall sowohl des § 117 wie des § 138 — vor allem des letzteren — darstellt: der Fall der bloßen Namensehe ohne Gemeinschaftswillen (§ 1325a BGB.).

Die Nichtigkeit der Ehe nach § 1325a setzt voraus:

1. die eheliche Lebensgemeinschaft hat von den Eheschließenden nicht begründet werden sollen;
2. die Ehe ist ausschließlich oder vorwiegend zu dem Zweck geschlossen worden, der Frau die Führung des Familiennamens des Mannes zu ermöglichen.

Sämtliche Voraussetzungen müssen nebeneinander gegeben sein.

1. Der Begriff der ehelichen Lebensgemeinschaft bestimmt sich nach geltendem Recht. Wenn es im § 1353 BGB. heißt, daß die Ehegatten zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet sind, so ist hierunter die Gesamtheit der Beziehungen zu verstehen, die dem Wesen der Ehe als eines vorwiegend sittlichen Verhältnisses entsprechen und mit der rechten ehelichen Gesinnung vereinbar sind (vgl. Staudinger-Engelmann-Reidel, BGB. § 1353 Num. 1). Im einzelnen gehört hierher die in der ethischen Auffassung von der Ehe begründete, beiden Teilen obliegende Verpflichtung zum Zusammenleben, zur Wahrung der ehelichen Treue, zur gegenseitigen Unterstützung, zur Leistung der ehelichen Pflicht. Im Wesen der ehelichen Gemeinschaft liegt es auch, daß es sich um eine Gemeinsamkeit für die Dauer handeln muß, und zwar für die gesamte Dauer der Ehe.

a) Aus der Fassung der Vorschrift: „ohne daß die eheliche Gemeinschaft begründet werden soll“ ergibt sich, daß der Mangel des Gemeinschaftswillens auf Seiten beider Ehe-

leute gegeben sein muß. Eine Ehe ist also nach § 1325a nur nichtig, wenn beide Ehegatten bei der Eheschließung nicht beabsichtigt haben, eine eheliche Gemeinschaft zu begründen (und zugleich die zu 2 erwähnten Voraussetzungen — Namenschiebung — vorliegen). Geht die Frau bei Eingehung der Ehe davon aus, daß eine wirkliche Ehe geschlossen werden soll, während der Mann sich insgeheim vorbehält, eine eheliche Gemeinschaft überhaupt nicht zu wollen, so liegen die Voraussetzungen des § 1325a nicht vor: die Ehe ist hier allenfalls nach § 1333 anfechtbar oder die Frau kann nach § 1568 auf Scheidung klagen.

b) Die Richtigkeit der Ehe nach § 1325a wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Eheleute — in der Absicht, den Sachverhalt zu verschleiern — nach der Eheschließung eine gewisse Zeit hindurch in häuslicher Gemeinschaft leben oder eine schon vorher bestehende gemeinsame Wirtschaftsführung noch eine Weile weiter fortführen. Denn eine eheliche, d. h. für die Dauer bestimmte Gemeinschaft ist hier nicht gewollt (s. o.); daran wird auch dadurch nichts geändert, daß die Eheleute nach der Eheschließung eine Zeitlang geschlechtlichen Umgang miteinander pflegen.

c) Daß zum Wesen der ehelichen Gemeinschaft grundsätzlich auch die Erfüllung der ehelichen Pflicht als Mittel zur Erzeugung ehelicher Nachkommenschaft gehört, wurde bereits oben dargelegt; gleichwohl kommt hier alles auf die Umstände des Falles, das Lebensalter, die Gesundheit der Eheleute usw. an. Selbstverständlich kann danach z. B. die Gültigkeit einer von Personen höheren Alters geschlossenen Ehe, bei der die Eheleute einen gemeinsamen Haushalt führen, in guten und schlechten Tagen zusammenhalten, sich gegenseitig unterstützen usw., nicht etwa auf Grund des § 1325a mit der Gründung angezeifelt werden, daß die Ausübung des Geschlechtsverkehrs oder die Erzielung von Nachkommen ausgeschlossen sei, und daß die Eheleute dies bei der Eheschließung gewußt hätten.

d) Ebensowenig gehören hierher gewisse Fälle, in denen die Eheleute nach Lage der Sache bei der Eheschließung eine begründete Aussicht auf ein eheliches Zusammenleben nicht haben können, z. B. die Ehe mit einem Sterbenden. Das Gesetz will lediglich die Nichtigkeit solcher Ehen herbeiführen, die aus unehrhaften Beweggründen eingegangen sind. Besteht an der lauteren Gesinnung der Eheschließenden kein Zweifel, so liegt kein Anlaß vor, die Gültigkeit einer solchen Ehe anzutasten.

2. Die Erlangung des Mannesnamens muß der ausschließliche oder vorwiegende Zweck der Eheschließung sein.

a) Meist wird sich, wie schon einleitend bemerkt, die Sache so abspielen, daß der Träger eines alten, bekannten, meist adeligen Namens diesen einer Frau „verkauft“, d. h. sich gegen Entgelt zur Eingehung der Ehe mit der „Käufstin“ bereitfinden läßt. Regelmäßig wird hier die Frau kein anderes Interesse als die Erlangung des klangvollen Namens haben. Daß sie dem Manne ein Entgelt zahlt, ist zwar nicht notwendige Begriffs voraussetzung, aber die beinahe ausnahmslose Regel.

b) Vorwiegend: z. B. der Frau liegt nicht nur daran, den Namen selber zu tragen, sondern sie will ihn auch ihren Kindern verschaffen, die der Mann (mit oder ohne Berechtigung) als von ihm erzeugt anerkannt hat oder bei der Eheschließung anerkennt. Diese Fälle — bei denen die Ehegatten weder eine eheliche Gemeinschaft (s. oben zu 1) noch ein wirkliches Familienband zwischen Mann und Kind herbeiführen wollen — gehören keineswegs zu den Seltenheiten.

c) Auch hier (s. oben 1a) müssen beide Eheleute die sittenwidrige Namensübertragung gewollt haben (vgl. die Fassung: „wenn die Ehe zu dem Zwecke geschlossen ist“).

d) Ist es der Ehefrau in Wahrheit ausschließlich oder doch hauptsächlich (z. B. neben Versorgungswünschen) um die Erlangung des klangvollen Familiennamens des Mannes zu tun, und hat der Mann dies auch erkannt, haben aber beide Beteiligten bei der Eheschließung die Absicht gehabt, wie Ehegatten miteinander zu leben, so fehlt es an einem für die Anwendung des § 1325a erforder-

lichen Begriffsmerkmal; die Ehe steht hier sicherlich nicht auf besonderer sittlicher Höhe, vom Standpunkt des § 1325 a kann aber gegen ihre Rechtsgültigkeit nichts eingewendet werden.

e) In den verlorenen Jahren hat das Problem der sog. „Zeitehe“, „Probehe“, „Kameradschaftshe“ u. dgl. eine große Rolle gespielt (heute dürfte der gesunde Sinn der Jugend im großen und ganzen mit diesen Nachkriegsscheinungen aufgeräumt haben). Eine solche Ehe fällt nicht unter § 1325 a. Zwar fehlt hier die Absicht, eine eheliche Lebensgemeinschaft, d. h. eine Gemeinsamkeit für die Dauer, zu gründen; andererseits ist aber der ausschließliche oder vorwiegende Eheschließungszweck nicht die Namensübertragung, sondern der Wunsch nach Zusammenleben und Geschlechtsverkehr gewesen. Es liegt übrigens auch kein innerer Grund vor, derartige Ehen als nichtig zu behandeln. Vielfach sind sie nachträglich „wirkliche“ Ehen geworden, soweit dies aber nicht der Fall ist, würde eine erleichterte Trennungsmöglichkeit geradezu eine nachträgliche Sanktionierung der „Zeitehe“ bedeuten.

3. Wie bereits erwähnt, müssen die zu 1 und 2 genannten Begriffspräsuppositionen nebeneinander gegeben sein. Auf Ehen, die zwar ohne Gemeinschaftswillen, andererseits aber nicht oder nicht vorwiegend zu Namenszwecken geschlossen werden, findet das Gesetz keine Anwendung. Solche Fälle liegen außerhalb seines Rahmens; hier soll allein der besonders häufige und recht unerfreuliche Typ des Namensschachers getroffen und nach Möglichkeit beseitigt werden. Sittenwidrige Ehen anderer Art sind übrigens verhältnismäßig selten; eine generelle Nichtigkeitsvorschrift könnte zudem leicht auch solche Fälle treffen, gegen deren Weiterbestehen selbst vom Standpunkt geläuterter Betrachtungsweise nichts eingewendet werden kann.

4. Der Mangel des Gemeinschaftswillens und der Willensloser Namensübertragung müssen im Zeitpunkt der Eheschließung vorhanden sein. Nur dann ist § 1325 a anwendbar; haben die Beteiligten zunächst beabsichtigt, wie Ehegatten miteinander zu leben, und sich erst auf Grund eines nach der Eheschließung erfolgten Willensentschlusses voneinander getrennt, so kann eine Nichtigkeit der Ehe im Sinne jener Vorschrift nicht in Frage kommen. Wegen des umgekehrten Falles, wo die Beteiligten zunächst eine eheliche Zusammenleben nicht beabsichtigt hatten, sich später aber eines anderen besonnen und die Gemeinschaft aufgenommen haben, vgl. Abs. 2 a. a. O.

5. Im § 1325 a Abs. 2 wird nach dem Vorgange des § 1324 Abs. 2 den Beteiligten die Möglichkeit eröffnet, durch eine Art von „tätiger Reue“, nämlich durch nachträgliche Begründung eines der wirklichen Ehe entsprechenden Gemeinschaftsverhältnisses, die Heilung der sittenwidrig geschlossenen Ehe herbeizuführen. Die Beteiligten müssen während eines bestimmten Zeitraumes „als Ehegatten“ (d. h. unter Verstärkung ehelicher Gesinnung und mit dem Willen, dauernd zusammenzubleiben) miteinander gelebt haben; alsdann soll die Ehe von Anfang an gültig sein. Gefordert wird ein Zusammenleben während der Dauer von fünf Jahren nach der Eheschließung oder, falls ein Beteiligter vorher gestorben ist, bis zu seinem Tode, jedoch mindestens für die Dauer von drei Jahren; die Fristen sind also gegenüber den im § 1324 Abs. 2 bezeichneten wesentlich verkürzt. Vor Ablauf dieser Fristen ist die in sittenwidriger Weise geschlossene Ehe von der Gefahr der Vernichtung bedroht, selbst wenn die Beteiligten zusammengezogen sind und wie Eheleute miteinander leben; doch wird in solchen Fällen der Nachweis, daß die Ehe seinerzeit aus unsaurer Beweggründen geschlossen sei, oft nicht leicht zu führen sein, da das Verhalten der Eheleute nach der Eheschließung naturgemäß als besonders wichtiges Indiz für das Vorhandensein des Gemeinschaftswillens gewertet wird.

II. Geltendmachung der Ehenichtigkeit.

1. Nichtigkeitsklage. Der neue Nichtigkeitstatbestand der „Namensehe ohne Gemeinschaftswillen“ ist im BGB. hinter § 1325 eingefügt, schließt sich also räumlich den Fällen

an, in denen auch ohne die Sonderregelung des § 1323 ff. eine Nichtigkeit der von den Beteiligten abgegebenen Willenserklärungen bereits aus allgemeinen Gesichtspunkten (Form- und Willensmängel, §§ 1324, 1325) gegeben wäre; auch in vorliegendem Falle würden ja die Eheschließungserklärungen an und für sich auf Grund der §§ 138 u. 117 nichtig sein. Aus dieser Stellung der neuen Vorschrift im BGB. in Verbindung mit dem auf die §§ 1325—1328 Bezug nehmenden § 1329 ergibt sich, daß die im § 1325 a behandelte sittenwidrige Ehe nicht etwa wie die formwidrige, nicht ins Heiratsregister eingetragene Ehe des § 1324 als absolut nichtig anzusehen ist, sondern daß es sich hier wie in den Fällen des § 1329 um eine sog. relative Nichtigkeit handelt, d. h. daß die Nichtigkeit, solange die Ehe nicht für nichtig erklärt oder aufgelöst ist, nur im Wege der Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden kann und daß bis dahin die Ehe sowohl unter den Ehegatten selbst wie in ihrem Verhältnis zu Dritten oder unter Dritten als rechtswirksam behandelt werden muß.

2. Das Verfahren bei der Ehenichtigkeitsklage nach § 1325 a ist das gleiche wie bei sonstigen Ehenichtigkeitsklagen; doch gelten hier folgende Besonderheiten:

a) Abweichend von § 628 BPD. ist zur Erhebung der Klage ausschließlich der Staatsanwalt befugt (Art. II § 1 des Ges.). Den Beteiligten selbst, die seinerzeit unter Mißachtung von Sitte und Anstand die unsaurere Ehe geschlossen haben, die Befugnis zur Klageerhebung einzuräumen, erschien aus naheliegenden Gründen nicht angezeigt; ebenso wenig empfahl es sich aber auch, Dritten, etwa Familienangehörigen des Ehemannes, ein solches Recht zu gewähren. Wie bereits in der Einleitung hervorgehoben, kann es der heutige Staat nicht mehr dulden, daß altehrwürdige Einrichtungen seiner Familienrechtsordnung zu unsaureren Machenschaften benutzt werden. Der Staat ist in erster Reihe durch die sittenwidrige Eheschließung verletzt; mag auch die Familie des Mannes an der Beseitigung der Namensehe interessiert sein, das Interesse des Staates an der Reinhaltung seiner Rechtseinrichtungen und an der Wiederherstellung der gestörten Rechtsordnung wiegt ungleich schwerer. Bei dieser Sachlage erschien es nur gerechtfertigt, wenn die Privatparteien hier völlig ausgeschaltet sind und dem Staatsanwalt die alleinige Initiative zur Klageerhebung überlassen ist. Private Interessenten, vor allem Angehörige des Ehemannes, die sich durch den Abschluß einer Namensehe verletzt fühlen, können also während des Bestehens der Ehe, wo die Nichtigkeit nur im Wege der Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden kann (§ 1329 BGB.), gegen den Bestand der Ehe nur in der Weise vorgehen, daß sie beim Staatsanwalt wegen Erhebung der Nichtigkeitsklage vorstellig werden. Der Staatsanwalt wird — das ergibt der Zweck des Gesetzes — für verpflichtet zu erachten sein, die bei ihm eingehenden Vorstellungen zu prüfen, insbes. Familienangehörige, Familienverbände, bei adligen Namen unter Umständen auch die Deutsche Adelsgenossenschaft zu hören und demnächst die Nichtigkeitsklage in allen den Fällen zu erheben, in denen sie ihm Erfolg verspricht. Natürlich braucht der Staatsanwalt solche Vorstellungen nicht abzuwarten, sondern er kann und wird in zweifelhaften Fällen auch von Amts wegen Ermittlungen anstellen und von sich aus gegen sittenwidrig geschlossene Ehen vorgehen; vielfach werden ihm entsprechende Mitteilungen auch von den Behörden der inneren Verwaltung, z. B. von den Standesämtern zugehen, die in Preußen mit einer Durchprüfung ihres gesamten Materials nach Fällen dieser Art beauftragt sind (vgl. RdErl. d. MdJ. v. 18. Dez. 1933 PrMBlW. S. 1474). Von sich aus braucht der Staatsanwalt jedenfalls eine allgemeine Nachforschung nach einschlägigem Material nicht anzustellen. Lehnt er die Erhebung der Nichtigkeitsklage ab, so bleibt einem Interessenten, der dies für unberechtigt hält, lediglich die Aufsichtsbeschwerde.

b) Abweichend von § 628 BPD. kommt beim Tode eines Ehegatten der Rechtsstreit nicht in jedem Falle zur Erledigung, vielmehr ist der Staatsanwalt in diesem Falle befugt, von der Nichtigkeitsklage „zu einer der im Art. II § 2 des Ges. vorgesehenen Feststellungsklagen überzugehen“. Über diese Klagen wird noch unter IV zu sprechen sein.

III. Wirkungen der Ehenichtigkeit.

1. Im allgemeinen. Die Wirkungen eines auf Grund des § 1325a erlassenen Ehenichtigkeitsurteils sind im großen und ganzen die gleichen wie bei anderen Richtigkeitsurteilen. Die Ehe fällt nachträglich in sich zusammen; sie wird von Anfang an als richtig angesehen, als ob sie niemals bestanden hätte. Vor allem darf (das ist in diesem Zusammenhang naturgemäß von besonderer Bedeutung) die Frau den Familiennamen des Mannes nicht mehr führen. Zur stärkeren Sicherung der durch das Richtigkeitsurteil geschaffenen Rechtslage und um den Wegfall der Ehe auch Dritten gegenüber in die Errscheinung treten zu lassen, ist die Eintragung der Richtigkeit im Heiratsregister vorgeschrieben (§ 55 PStG.); die Eintragung hat von Amts wegen auf Grund einer dem Standesbeamten vom Staatsanwalt zu übersendenden Urteilsaussertigung zu erfolgen (§ 25 der reichsrechtl. AusfVorschr. z. PStG. [RGBl. 1898, 225; 1923 I, 1157]). Es wird sich empfehlen, bei der Eintragung zu vermerken, daß das Richtigkeitsurteil auf Grund des § 1325a ergangen ist, einerseits, um erkennbar zu machen, daß trotz der Richtigkeit der Ehe die Möglichkeit einer Wiederholung der Eheschließung besteht (s. unten 2), andererseits wegen der von den allgemeinen Grundsätzen abweichenden Regelung der Rechtsverhältnisse der Kinder aus solchen Ehen (s. unten 3; vgl. auch die in dem erwähnten preuß. RdErl. für die Eintragung vorgeschlagenen Muster). Abweichend von § 25 AusfVorschr. z. PStG. — in der durch die Novelle von 1923 veränderten Fassung — wird es daher hier angebracht sein, dem Standesbeamten nicht eine abgekürzte, sondern eine vollständige Urteilsaussertigung mitzuteilen. Über den Vermerk der Richtigkeit in den Personenstandsakten dritter, durch die Richtigkeit in ihren Standesverhältnissen betroffenen Personen s. unten V.

2. Wegen der sonstigen Wirkungen des Richtigkeitsurteils vgl. §§ 1344 ff. Ein sittenwidriges Entgegelt für den mit der Eheschließung bewirkten „Verkauf des Familiennamens“ kann nicht zurückfordert werden (§ 817 BGB.). Selbstverständlich können die Ehegatten der für nichtig erklärt Ehe miteinander eine neue Ehe schließen, wenn sie nunmehr entschlossen sind, dauernd wie Ehegatten zusammen zu leben oder ein bereits bestehendes Zusammenleben als eheliches fortzusetzen, mit anderen Worten wenn sie eine wirkliche Ehe wollen. Sie brauchen dabei die Rechtskraft des Richtigkeitsurteils nicht abzuwarten, wie ja auch sonst Eheleute, die einen begründeten Zweifel an der Rechtsgültigkeit der von ihnen geschlossenen Ehe haben, berechtigt sind, zwecks Ausräumung dieser Zweifel die Eheschließung zu wiederholen (Staudinger-Engelmann-Reidels BGB. § 1309 Bem. 3). Die Befugnis zur Wiederholung steht den Eheleuten nach § 1309 BGB. sogar dann zu, wenn ein Richtigkeitsurteil noch gar nicht ergangen, ja selbst dann, wenn eine Klage überhaupt noch nicht erhoben ist. Freilich dürfte der Fall, daß Personen der hier in Betracht kommenden Art ihre sittenwidrige Ehe nachträglich sanktionieren, aller Voraußicht nach nicht allzu häufig eintreten.

3. Besonderes gilt im Falle der Richtigkeit der Ehe für die aus der Ehe hervorgegangenen Kinder.

a) Gegenüber der in dieser Hinsicht getroffenen Regelung in Art. I Nr. 2, 3 des Ges. (Zusätze zu §§ 1699 und 1703 BGB.) ist namentlich in der Tagespresse die Frage aufgeworfen worden: ist der Fall, daß aus einer nach § 1325a nichtigen Ehe Nachkommenchaft erwächst, überhaupt denkbar? es handelt sich doch um eine Ehe, bei der eine eheliche Gemeinschaft nicht in Frage kommt, die Beteiligten vielmehr ganz andere, dem Wesen der Ehe fremde Zwecke verfolgen; wie kann aus einer solchen Verbindung ein Kind hervorgehen? Und umgekehrt: schließt nicht das Vorhandensein eines Kindes die Sittenwidrigkeit i. S. unserer Vorschrift aus? Wird dadurch nicht bewiesen, daß eine eheliche Gemeinschaft in der Tat bestanden hat und gewollt war?

Hierzu ist zu bemerken: Da eine der Voraussetzungen des § 1325a der mangelnde Wille der Eheschließenden ist,

die eheliche Gemeinschaft zu begründen, und da sie diese auch meist nicht begründen werden, so werden Kinder aus einer solchen Ehe, die nach der Eheschließung erzeugt sind, nur außerordentlich selten sein. Gebiert die Frau auf Grund einer während der Ehe erfolgten Zeugung ein Kind, so wird den Eheleuten in aller Regel ein Mangel des Gemeinschaftswillens nicht nachgewiesen werden können; dies wird eigentlich nur in Fällen möglich sein, wo die Beteiligten eine Namensehe mit der Abrede geschlossen haben, eine Zeitlang zusammenzuleben (oben I 1b) oder wo sie nachweisbar zunächst eine Gemeinschaft nicht haben begründen wollen, aber später, und zwar noch vor der Heilung der Richtigkeit (§ 1325a Abs. 2), zusammengezogen sind. Häufiger werden die Fälle sein, wo die Frau vor der Eheschließung ein Kind außerehelich geboren hat und der Mann dies vor oder bei der Eheschließung (bei der es sich im übrigen um eine reine Namensehe ohne Gemeinschaftswillen handelt) zu Recht oder zu Unrecht als von ihm erzeugt anerkennt. Hier gilt nach § 1720 der Mann als Vater des Kindes; das Kind hat die rechtliche Stellung eines ehemaligen Kindes der Ehegatten, gilt also als „Kind aus der — nach § 1325a nichtigen — Ehe“. Gerade in solchen Fällen wird manchmal die Frau die sittenwidrige Ehe erstreben, um nicht nur sich selbst, sondern auch dem Kind den Namen des Mannes zu verschaffen. Ähnlich liegen die Dinge, wenn eine schwangere Frau einen Mann ohne Gemeinschaftswillen heiratet, um das Kind als eheliches zur Welt kommen zu lassen und selber als verheiratete Frau mit einem Chenamen zu erscheinen.

b) Nach den §§ 1699 ff. BGB. gilt ein Kind aus einer nichtigen Ehe als ehelich, wenn auch nur einem der Ehegatten die Richtigkeit der Ehe bei der Eheschließung unbekannt gewesen ist; haben beide die Richtigkeit der Ehe gekannt, so gilt das Kind als nicht ehelich (§ 1703). In der Rechtsprechung wird angenommen, daß sich die Kenntnis der Ehegatten nicht nur auf die die Richtigkeit begründenden Tatsachen beschränkt darf, sondern daß die Eheleute auch wissen müssen, daß diese Tatsachen die Rechtsfolge der Richtigkeit nach sich ziehen (Staudinger-Engelmann-Reidels § 1699 Anm. 2). Nun wird zwar im Falle des § 1325a, wo beide Ehegatten die sittenwidrige Ehe in vollem Bewußtsein ihrer Sittenwidrigkeit geschlossen haben, ihnen in aller Regel auch die Rechtsfolge ihres Tuns, die Richtigkeit der Ehe, bekannt sein (über die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes geschlossenen Ehen s. u. VI); daraus würde sich für die Mehrzahl der Fälle die Unehelichkeit auch ohne besondere Regelung ergeben. Für eine Reihe von Fällen würden gleichwohl Zweifel bleiben; hier wäre alles davon abhängig, ob das mit der Sache befaßte Gericht eine Kenntnis beider Teile von der Sittenwidrigkeit als gegeben ansäße oder nicht. Um hier klare Verhältnisse zu schaffen und zu verhindern, daß unter Umständen die Ablömmlinge der Frau (die vielleicht gar nicht von dem Manne abstammen, also von ihm wissentlich oder unwissentlich zu Unrecht anerkannt sind) trotz der Richtigkeiterklärung der Ehe berechtigt bleiben, den ihrer Mutter aberkannten Namen des Ehemannes zu führen, werden in dem neuen Abs. 3 zu § 1699 die Kinder aus solcher Ehe generell für unehelich erklärt.

c) Hat der Ehemann einem von der Frau vor der Eheschließung außerehelich geborenen Kinde auf Grund von § 1706 BGB. seinen Namen erteilt, und wird die Ehe später für nichtig erklärt, so ist es im Schrifttum wie in der Rechtsprechung streitig, ob das Kind berechtigt ist, den Chenamen weiterzuführen oder ob (wie ich annehmen möchte) die Befugnis zugleich mit der ihre Grundlage bildenden Ehe wegfällt (Enneccerus-Kipp-Wolff, BGB. 7. Aufl., S. 407³). Im vorliegenden Fall kann die Frage auf sich beruhen; denn es liegt auf der Hand, daß das lediglich nach § 1706 „einbenannte“ Kind nicht günstiger gestellt sein darf als das aus der Ehe selbst stammende Kind. Verliert letzteres mit der Richtigkeit der Ehe Ehelichkeit und Vatersnamen, so kann auch das einbenannte Kind keinen Anspruch mehr auf diesen Namen erheben.

d) Nach allgemeinen Grundsätzen kann die Unehelichkeit

erst von der Rechtskraft des auf Grund des § 1325a ergehenden Nichtigkeitsurteils an geltend gemacht werden. Nach Ablauf der in § 1325a Abs. 2 bezeichneten Fristen ist das Kind in jedem Falle ehelich.

e) Nach Art. I Nr. 3 werden auf die Kinder, die einer nach § 1325a nichtigen Ehe entstammen, die Vorschriften des § 1703 BGB. für anwendbar erklärt.

IV. Die Feststellungsklagen des Art. II des Ges. gegen Frau und Kinder.

1. Feststellungsklage gegen die Frau. Auf Grund des bisherigen Rechts kann nach dem Tode eines Ehegatten oder nach Auflösung des Ehebandes durch Scheidung die Nichtigkeit einer dahin noch nicht für nichtig erklärt Ehe nicht mehr mit Wirkung für und gegen alle, sondern nur von Fall zu Fall geltend gemacht werden; das Urteil wirkt nur unter den Prozeßparteien (§ 1329). Diese Regelung reichte für die hier in Betracht kommenden Fälle nicht aus: nach dem Tode des Mannes oder nach der Scheidung der Ehe würde der Frau der sittenwidrig erlangte Name nicht mehr mit absoluter Wirkung entzogen werden können! Es mußte deshalb nach einer Möglichkeit gesucht werden, um auch für diesen Fall dem beleidigten Rechtsgefühl der Familie und der Allgemeinheit Genugtuung zu verschaffen. Dabei erschien es freilich nicht angebracht, gegenüber der bereits beendeten Ehe noch eine nachträgliche Ehen-Nichtigkeitsklage zuzulassen; es genügte, die Nichtigkeit im Wege einer nach den Vorschriften der Nichtigkeitsklage zu behandelnden Feststellungsklage, also mit Wirkung für und gegen alle, festzustellen (Art. II § 2 Abs. 1). Die Klage ist gegen die Frau — nicht auch gegen den geschiedenen Mann! — zu richten (Abweichung von § 632 Abs. 2 BGB.); denn die Frau ist es, die den Namen einer fremden Familie auf unehrliche Weise erworben hat und ihn nun wieder hergeben soll. Mit der Rechtskraft des Urteils steht zugleich für und gegen alle fest, daß die Kinder aus der Ehe nicht mehr als ehelich gelten (§ 1699 Abs. 3 n. F.) und den Mannesnamen nicht mehr führen dürfen.

2. Feststellungsklage gegen die Kinder. Ist die Frau gestorben, bevor die Ehe für nichtig erklärt ist (hier hat die Ehe bis zum Tode der Frau bestanden) oder bevor die Nichtigkeit nach Art. II § 2 festgestellt ist (hier war die Ehe vor dem Tode der Frau durch den Tod des Mannes oder durch Scheidung aufgelöst), so kann der Staatsanwalt — auch hier nur dieser, nicht etwa auch der die Frau überlebende Mann oder ein Dritter — gegen ein Kind der Frau, das sonst als eheliches Kind des Mannes gelten würde, auf Feststellung seiner Unehelichkeit nach § 1699 Abs. 3 klagen; das Verfahren richtet sich nach demjenigen für Kindshaftssachen (§§ 640 ff.). Sind mehrere Kinder vorhanden, so wird gegen alle zu klagen sein, zweckmäßig im gleichen Verfahren. Die rechtskräftige Feststellung bewirkt u. a., daß die Kinder und ihre Abkömmlinge nicht mehr berechtigt sind, den Namen des Ehemanns zu führen. Im Fall des Todes eines Kindes wird es zulässig sein, die Klage gegen seine Abkömmlinge zu richten. Das Klagerrecht wird auch nicht dadurch ausgesetzt.

geschlossen, daß die aus der nichtigen Ehe stammende Tochter infolge ihrer Verheiratung einen andern Namen führt; andernfalls könnte sie nach Auflösung der Ehe den Namen ihres Vaters wieder annehmen!

3. Verfahren. Zuständig für die zu a und b erwähnten Feststellungsklagen ist das Gericht, das zur Zeit der Auflösung der Ehe für die Ehen-Nichtigkeitsklage zuständig gewesen wäre. Maßgebend ist also auch hier — gleichviel wo die beklagte Frau oder die beklagten Kinder wohnen — der (jetzige oder frühere) ordentliche Gerichtsstand des Mannes. Im Interesse einer Erleichterung des Verfahrens ist es zugelassen, daß der Staatsanwalt nach dem Tode des Mannes — abweichend von § 628 BGB. — von der Nichtigkeits- zur Feststellungsklage gegen die Frau übergeht (Klageänderung, gegen die ein Widerspruch nicht möglich ist). Stirbt die Frau, so kann der Staatsanwalt von der Nichtigkeitsklage oder der gegen die Frau gerichteten Feststellungsklage zur Feststellungsklage gegen das Kind übergehen.

4. Die Feststellung der Ehen-Nichtigkeit ist im Heiratsregister, die Feststellung der Unehelichkeit ist im Geburtsregister des Kindes am Rande zu vermerken (Art. II § 4).

V. Dritte, die durch Nichtigkeits- oder Feststellungsurteile betroffen werden.

Nach Art. II § 4 Abs. 2 kann der Staatsanwalt in den Standesurkunden von Personen, die nicht Belegte des Nichtigkeits- oder Feststellungstreites sind — z. B. Abkömmlinge der Frau, die Ehefrau eines Abkömmlings, Abkömmlinge oder angenommene Kinder eines Abkömmlings —, die Beschreibung von Vermerken über die Nichtigkeitserklärung oder die Feststellung der Nichtigkeit verlangen (statt „Aufhebungsurteils“ muß es im Text „Feststellungsurteils“ heißen; berichtigt RGBl. I, 1064).

Frühere Ehen.

Bereits eingangs wurde bemerkt, daß der Zweck des Gesetzes nur unvollkommen erreicht werden würde, wenn die in der Vergangenheit geschlossenen sittenwidrigen Ehen unangetastet blieben. Abweichend von dem Grundsatz des Art. 198 EGBGB. sollen deshalb auch Ehen, die bereits vor dem Inkrafttreten des Gesetzes geschlossen sind, den neuen Vorschriften unterworfen sein (Art. IV des Ges.). Dabei erschien es freilich im Interesse der Rechtsicherheit unerlässlich, zeitlich nicht weiter als unbedingt geboten zurückzugehen und sich auf die seit dem 9. Nov. 1918 geschlossenen Ehen zu beschränken (vorher sind sittenwidrige Ehen nur in ganz geringem Umfange vorgekommen). Daß die Klagen spätestens bis zum 26. Mai 1934 erhoben werden müssen, wurde bereits oben erwähnt.

Wegen der Folgen der Nichtigkeit s. o. III. Wichtig ist hier insbesondere der dem § 1703 zugefügte neue Absatz: ohne diese Vorschrift würden, da die Eheleute die — erst jetzt im § 1325a statuierte — Ehen-Nichtigkeit nicht gekannt haben können, die Kinder aus solchen Ehen weiterhin als ehelich zu gelten haben und den Namen des Mannes weitersführen dürfen, was vom Standpunkt des Gesetzes aus natürlich verhindert werden müßte.

(Schluß folgt.)

Bagatellverfahren und Rechtspfleger.

Von Geh. Justizrat Professor Dr. Kirsch, München.

Auf dem Leipziger Juristentag 1933 hat der Verfasser dieser Zeilen in seinem Refeat über die Reform des Zivilprozesses den Gedanken abgelehnt, die Entscheidung geringwertiger Streitfachen dem Rechtspfleger zu übertragen. Diese Bemerkung hat zu gewissen Missverständnissen Anlaß gegeben, deren Aufklärung Zweck der folgenden Ausführungen sein soll.

Zunächst versteht es sich von selbst, daß in der Ablehnung der Rechtspfleger als Bagatellrichter keine Geringschät-

zung des genannten Standes erblickt werden darf. Eine solche Überheblichkeit gegenüber anderen Ständen, wie sie den „studierten Juristen“ von jeher nicht angestanden hätte, würde besonders schlecht in die heutige Zeit bewußt gewordener Volksgemeinschaft passen. So habe ich denn auch in meinem Vortrage die wesentlichen Verdienste, die sich der Rechtspfleger um unsere Justiz erworben hat, rückhaltlos und aus vollster Überzeugung anerkannt.

Wenn ferner bei dem einen oder anderen ununterrichteten Hörer der Eindruck entstanden sein sollte, als ob die von mir bekämpfte Übertragung der Bagatellfachen auf die Rechtspfleger von dieser Beamtengruppe gefordert worden sei, so weiß jeder Kundige, daß die Idee einer solchen Übertragung besonders lebhaft von Schiffer vertreten worden ist, daß dagegen gerade die Standesorganisation der Rechtspfleger es ausdrücklich ablehnt, sozusagen als Richter zweiter Klasse mit jenen Streitentscheidungen betraut zu werden. Der grundsätzliche Standpunkt, wie er in einer Reihe von Denkschriften jener Organisation wiederholt zum Ausdruck gekommen ist, geht vielmehr dahin, daß die Grenze zwischen der Zuständigkeit des Rechtspflegers und des Richters dort zu ziehen sei, wo die Streitentscheidung anfängt. Und die sachlichen Gründe, welche diesen Standpunkt rechtfertigen, sind durch jene Denkschriften in durchaus unbefangener und objektiver Weise anerkannt.

Der entscheidende Grund ist für mich ein sozialer. Zwar ist nicht zu bezweifeln, daß manche Bagatellprozesse, namentlich bei einfacher Lagerung der tatsächlichen und rechtlichen Umstände, von einem erfahrenen Rechtspfleger in durchaus sachgemäßer Weise erledigt werden könnten. Aber es bleibt doch auch hier die Tatsache bestehen, daß nun einmal in der öffentlichen Meinung — ob mit Recht oder Unrecht, kann dahingestellt bleiben — der Stand des Rechtspflegers demjenigen des Richters nicht gleichgestellt wird. Und es muß unbedingt vermieden werden, daß bei den Parteien des Bagatellprozesses, die vielfach den bescheidenen Volkskreisen angehören, das Gefühl aufkommen kann, als sei für sie der Richter zu gut. Es ist m. E. für die Volkstümlichkeit der Rechtspflege ungleich wichtiger, daß der Mann aus dem Volke aller Garantien sorgsamer und sachkundiger Prozeßverhandlung teilhaftig werde, als daß die sozial höherstehenden Schichten mit den Gerichten zufrieden sind. Und wenn uns der Satz der Gleichheit aller Deutschen vor dem Gesetz selbstverständlich ist, so müßte dies nicht minder für den Satz der Gleichheit aller Deutschen vor dem Richter gelten.

Zu diesem für mich ausschlaggebenden Gesichtspunkt kommen noch andere Erwägungen. Zunächst: was heißt Bagatellprozeß? Soll eine rein ziffernmäßige Grenze entscheiden? Indessen müßte jede solche Begrenzung, ebenso wie übrigens der im Einzelfall errechnete Streitwert, das Moment des Zufälligen an sich tragen. Vor allem aber: für den „kleinen Mann“ kann eine Summe, die dem Großindustriellen lächerlich erscheint, schon eine recht ernste Angelegenheit sein. Und überdies erschöpft sich die Bedeutung eines Rechtsstreits für die Partei keineswegs in dem Geldwert des Streitgegenstandes; hinter der begehrten Summe können ganz andere soziale, ethische, immaterielle Interessen stehen, auch wenn der Fall nicht so klar ist wie beim „Berbrochenen Krug“ von Kleist, wo auf die Frage der Eve

„Wer wollte doch um einen ir'd'nen Krug
Sich einen Aufruhr, soviel Unheil stift'n?“

Frau Marthe antwortet:

„Dein guter Name lag in diesem Topse
Und vor der Welt mit ihm ward er zerstochen,
Wenn auch vor Gott nicht und von mir und dir!“

Übrigens darf nicht vom Einzelfall ausgegangen werden. Besteht die Gefahr, daß eine größere Anzahl von Prozessen geringeren Streitwertes unrichtig entschieden wird, so ist im ganzen genommen der Schaden nicht geringer — sondern im Ergebnis größer —, als wenn ein einzelner hochwertiger Prozeß einer unrichtigen Lösung anheimfällt.

Schließlich ist auch die juristische Schwierigkeit des Falles ganz unabhängig von der Höhe seines Streitwertes; auch im Bagatellprozeß können Rechtsfragen auftauchen, zu deren Lösung die volle juristische Ausbildung des Richters erforderlich ist.

Rückt man aber die ganze Frage in einen höheren Zusammenhang, so erweist sich, daß der hier abgelehnte Standpunkt einer Trennung zwischen „höherer und niedrigerer Gerichtsbarkeit“, wie er besonders eindringlich in den bekannten Schriften Schiffers vertreten wird, nichts anderes ist als ein besonders kennzeichnender Ausfluß einseitig kapitalistischer Betrachtungsweise. Nach ihr soll der materielle Gesichtspunkt entscheiden für die Qualität der dem Volke zur Verfügung gestellten Rechtspflegeorgane. Dabei wird übersiehen, daß der Prozeß, auch wenn er um Geld oder Geldeswert geht, doch im Dienst einer höheren Idee, nämlich der Gerechtigkeit, zu stehen hat. Wenn zur Verwirklichung dieser Idee Richterpersönlichkeiten von bestimmter fachlicher Ausbildung — mit Recht — für erforderlich gehalten werden, so müssen diese auch dort in Funktion treten, wo der Streit um Recht und Unrecht an einem (mehr oder minder zufällig) geringen Vermögensgegenstand entbrennt. So richtig es ist, daß — wie auf allen Gebieten der Staatsaktivität — auch auf demjenigen der Rechtspflege der Gesichtspunkt sparsamer Geschäftsführung seine Berechtigung hat, so wenig darf er auf Kosten der Qualität der Rechtsprechung durchgeführt werden, am wenigsten zum Nachteil minderbemittelter Volkskreise. Den Satz, den ich als junger Professor vor fast 30 Jahren in einem Büchlein über „Unsere Gerichte und ihre Reform“ ausgesprochen habe, daß nämlich die Waage der Justitia keine Kaufmannswaage sei, muß ich noch heute aufrechterhalten, wenn er mir auch seitens Schiffers Hohn und Spott eingetragen hat. Mir will scheinen, als ob dieser Satz zur Idee der Gerechtigkeit, übrigens auch zur Gedankenwelt des neuen Staates, einigermaßen besser paßt, als eine rein kaufmännische Betrachtung, welche die Rechtspflege zu einer Angelegenheit kalkulatorischer Erwägungen macht.

Natürlich denkt kein Vernünftiger daran, sich gegen die wünschenswerte Verbilligung, Vereinfachung, Beschleunigung des Gerichtsverfahrens zu wenden. Der geeignete Weg hierzu kann aber nicht darin erblickt werden, daß man dem Richter seine vornehmste und eigentliche Aufgabe, nämlich die Streitentscheidung, in wesentlichem Umfang entzieht. Im Gegenteil: es gilt, ihn gerade für diese seine Hauptfunktion möglichst frei zu halten, indem man ihn von anderen, weniger wichtigen Geschäften tunlichst entlastet.

Hier ist denn auch das gegebene Feld der Betätigung für den Rechtspfleger — eine dankbare und verantwortungsvolle Betätigung! Wie weit man deren Grenze ziehen soll, kann und wird Gegenstand von Zweifeln und Meinungsverschiedenheiten sein. Bekanntlich sind es im Streitverfahren (also von der Vollstreckung abgesehen) vier Geschäfte, für deren Übernahme die Rechtspfleger sich einsetzen: Erlaß von Anerkennungs- und Versäumnisurteil, Gewährung des Armenrechts, Erdigung der Zeugenvernehmungen im Rechtshilfverfahren, endlich Durchführung des Güteverfahrens. Alle diese Vorschläge werden bei der bevorstehenden Reform der bürgerlichen Rechtspflege sorgfältig zu erwägen sein. Was namentlich das Güteverfahren betrifft, so möchte ich, ohne natürlich der künftigen Regelung voregrenzen zu wollen, die Ansicht der Rechtspflegerorganisation meinerseits teilen, daß es nicht zweckmäßig ist, die beiden Funktionen des Schlichtens und des Richtens zwingend in die Hand eines und desselben Organs zu legen. Dazu damit die Aufgabe des Schlichtens und der darinliegenden Förderung des Rechtsfriedens nicht gering gewertet sein soll, bedarf kaum der Betonung. Wie hoch sie von allen Beteiligten eingeschätzt wird, ergibt sich ja schon daraus, daß sich für deren Übernahme, außer den Rechtspflegern, noch andere Gruppen, nämlich die Notare und auch, wenn ich recht unterrichtet bin, Teile der Rechtsanwaltschaft interessieren. Dieses Problem ausreichender Fürsorge für die Verwirklichung des Schlichtungsgedankens unter tunlichster Reinhaltung der eigentlich richtenden Funktion wird bei der Neugestaltung des Zivilprozesses mit allem Ernst zu prüfen sein.

Die Verantwortlichkeit der Schriftleiter nach dem neuen Schriftleitergesetz.

Von Ministerialrat im Reichsministerium des Innern Dr. Hoche, Berlin.

Das Schriftleitergesetz v. 4. Okt. 1933 (RGBl. I, 713), das die deutsche Presse zu einem Träger öffentlicher Aufgaben umwandeln will und zu diesem Zwecke die Pressearbeit von der Person und der schaffenden Tätigkeit des Schriftleiters aus staatlich erfaßt, hat auch die Verantwortlichkeit der Schriftleiter in bewußter Abweichung von den bisher geltenden Vorschriften des Pressegesetzes v. 7. Mai 1874 geregelt. Unter Vorfall der Einrichtung des verantwortlichen Redakteurs i. S. des Pressegesetzes für Zeitungen und politische Zeitschriften stellt § 20 SchriftleiterG. den Grundsatz auf, daß Schriftleiter einer Zeitung für deren geistigen Inhalt die berufs-, straf- und zivilrechtliche Verantwortung so weit tragen, als sie ihn selbst verfaßt oder zur Aufnahme bestimmt haben.

Die amtliche Begründung zu dem Schriftleitergesetz enthält über diese grundsätzliche Neuregelung der Verantwortlichkeit folgende Ausführungen:

„Die Bestimmungen darüber bedeuten, den Grundgedanken des Gesetzes folgend, eine völlige Abkehr von der bisherigen Regelung dieser Frage. Im Mittelpunkt der bisherigen Regelung steht die Einrichtung des verantwortlichen Redakteurs, der, ohne der wirklich Schuldige, ja, ohne auch nur wirklich ein berufsmäßiger Schriftleiter sein zu müssen, in der Stellung einer Art Privatzensors der Staatsgewalt gegenüber die Haftung für den Inhalt der Zeitung zu tragen hat. An die Stelle dieser rein polizei- und strafrechtlichen Verantwortung setzt der Entwurf die persönliche, durch nichts zu verschleiernde oder zu beschränkende Berufsverantwortung des einzelnen Schriftleiters. Unverantwortliche Schriftleiter soll es nicht mehr geben. Die Verantwortung ist nicht nur straf- und zivil-, sondern auch vor allem berufsrechtlicher Art, d. h. der Schriftleiter muß mit seiner Berufsexistenz für die Erfüllung seiner Aufgabe und die Wahrung seiner Pflichten und seiner Verantwortung einstehen; er setzt sich sonst dem berufsgerichtlichen Verfahren, nötigenfalls mit dem Ziel seiner Entfernung aus dem Beruf aus. Seine Verantwortung ist ähnlich gestaltet wie die eines Beamten. Ihrem Umfang nach geht sie so weit wie die tatsächliche Selbständigkeit des Schriftleiters bei der Art seiner Berufstätigkeit.“

Der Person nach trifft die Verantwortung für den geistigen Inhalt einer Zeitung also jeden in Frage kommenden Schriftleiter. Schriftleiter ist nach § 1 des Gej., wer im Hauptberuf oder auf Grund der Bestellung zum Hauptgeschäftsführer an der Gestaltung des geistigen Inhalts der im Reichsgebiet herausgegebenen Zeitungen und politischen Zeitschriften durch Wort, Nachricht oder Bild mitwirkt. Die Mitwirkung braucht nicht im Betriebe der Zeitung selbst, sondern kann auch bei einem Unternehmen stattfinden, das zur Belieferung von Zeitungen mit geistigem Inhalt (Wort, Nachricht oder Bild) bestimmt ist (§ 4). Während der zum Hauptgeschäftsführer Bestellte — nach § 18 muß für jede Zeitung ein Hauptgeschäftsführer bestellt werden — sowohl bei hauptberuflicher wie bei nebenberuflicher Tätigkeit die Pflichten und Rechte eines Schriftleiters hat, ist sonst die Eigenschaft eines Schriftleiters i. S. dieses Gesetzes nur gegeben, wenn die Schriftleitertätigkeit hauptberuflich ausgeübt wird. Unter dieser Voraussetzung sind daher Schriftleiter und verantwortlich gemäß § 20 Abs. 1 Satz 1 nicht nur Redakteure, sondern z. B. auch Korrespondenten, Reporter, Gerichtsberichterstatter, Theaterkritiker, Musikreferenten, Pressephotographen usw. Dagegen sind Personen, die nur nebenberuflich die Redaktionstätigkeit ausüben oder auf andere Weise, z. B. durch Lieferung von Aufsätzen, Nachrichten oder Bildern, nebenberuflich an der Gestaltung des geistigen Inhalts der Zeitungen mitwirken, keine Schriftleiter.

Der Umfang der Verantwortung eines Schriftleiters geht so weit, als der Schriftleiter den in Frage kommenden Beitrag entweder selbst verfaßt oder zur Aufnahme bestimmt hat. Schriftleiter, die an der Gestaltung des geistigen Inhalts einer Zeitung durch ihre Tätigkeit an einem Unternehmen der im § 4 bezeichneten Art mitwirken,

sind für den Inhalt im Umfang ihrer Mitwirkung verantwortlich (§ 21). Die Haftung geht also so weit, aber auch nur so weit, wie tatsächlich eine eigene Tätigkeit des Schriftleiters vorliegt. Mehrere Schriftleiter können nebeneinander für den Inhalt eines einzelnen Beitrags in einer Zeitung verantwortlich sein, z. B. neben dem Redakteur, der den Beitrag zur Aufnahme bestimmt hat, der hauptberufliche Berichterstatter, der ihn verfaßt hat, oder der Leiter des Nachrichtenbüros, der den Beitrag der Zeitung übermittelt hat.

In dem angegebenen Umfange tragen die Schriftleiter „die berufs-, straf- und zivilrechtliche Verantwortung“. Die berufsrechtliche Verantwortung findet ihre Verwirklichung durch das ehrengerichtliche Verfahren vor den Berufsgerichten der Presse, das gemäß § 31 zulässig ist, wenn der Schriftleiter gegen seine öffentlichen Berufspflichten verstößt. Das ehrengerichtliche Verfahren ist also zulässig, wenn der Schriftleiter, der den in Frage kommenden Beitrag verfaßt oder zur Aufnahme bestimmt hat, hierdurch den Vorschriften der §§ 13—15 zuwidergehandelt hat, die die Magna Charta des Berufsethos der Schriftleiter bilden. — Nicht ganz klar ist, welche Bedeutung die Auferlegung der strafrechtlichen Verantwortung im § 20 Abs. 1 Satz 1 hat. Daß der Schriftleiter, der einen beleidigenden Aufsatz verfaßt oder zur Aufnahme bestimmt hat, wegen Beleidigung, sei es allein, sei es als Mittäter, strafbar ist, folgt schon aus allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen und bedürfte keines besonderen gesetzlichen Ausspruches. Es fragt sich, ob etwa durch die Beleidigung eine gesetzliche Täterschaftsvermutung für den Schriftleiter geschaffen werden sollte, wie sie § 20 Abs. 2 PresG. für den verantwortlichen Redakteur enthält, des Inhalts, daß vermutet wird, der Schriftleiter habe den Beitrag auf seine Strafbarkeit geprüft und ihn vorsätzlich in Kenntnis und Verständnis seines Inhalts verfaßt oder zur Aufnahme bestimmt. Ich glaube nicht, daß diese Vorschrift, über deren Tragweite sich die amtliche Begründung nicht äußert, so weit ausgelegt werden kann. Abgesehen von ihrem Wortlaut spricht dagegen vor allem auch, daß, in Abweichung von § 20 Abs. 2 PresG., kein Ausschluß der Annahme der Täterschaft durch besondere Umstände vorgesehen ist. Dafür aber, daß den Schriftleitern durch diese Vorschrift eine von jedem Verschulden unabhängige strafrechtliche Erfolgshaftung auferlegt werden sollte, ist nichts ersichtlich. Die Worte „strafrechtliche Verantwortung“ im § 20 Abs. 1 Satz 1 SchriftleiterG. können daher nur deklarative Bedeutung haben, und zwar nach doppelter Richtung hin: Die Schriftleiter werden hierdurch besonders deutlich auf eine gewissenhafte Ausübung ihrer Berufstätigkeit hingewiesen, deren Verleugnung nicht nur berufsrechtliche, sondern auch strafrechtliche Folgen haben kann. Ferner wird hierdurch unterstrichen, daß das neue Gesetz nicht mehr die besondere Haftung eines ad hoc bestellten verantwortlichen Redakteurs kennt, sondern daß jeder Schriftleiter in jeder, also auch in strafrechtlicher Hinsicht, für vorsätzliche oder fahrlässige Verleugnung seiner Berufspflichten einzustehen hat. Die strafrechtliche Verantwortung nach § 20 Abs. 1 Satz 1 trägt daher der Schriftleiter nur, wenn er schuldhaft, d. h. vorsätzlich oder fahrlässig, gehandelt hat. — Aus denselben Erwägungen ist auch der Auferlegung der zivilrechtlichen Verantwortung nur deklarative Bedeutung beizumessen und hierin nicht etwa ein neben §§ 823 ff. BGBl. neugeschaffener zivilrechtlicher Haftungsgrund zu erkennen.

Die straf- oder zivilrechtliche Verantwortung anderer Personen wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß auch ein Schriftleiter straf- oder zivilrechtlich verantwortlich ist (§ 20 Abs. 1 Satz 2). Wenn also z. B. jemand, der nicht Schriftleiter ist, einen beleidigenden Aufsatz verfaßt hat, so bleibt er auch dann strafbar, wenn der Schriftleiter, der den Aufsatz zur Aufnahme bestimmt hat, wegen des beleidigenden Inhalts des Aufsatzes bestraft worden ist. Ebenso ist die preßrechtliche Fahrlässigkeitshaftung gemäß § 21 PresG.

unberührt geblieben (mit der Maßgabe, daß an die Stelle des hier erwähnten verantwortlichen Redakteurs gemäß § 45 Abs. 2 SchriftleiterG. der nach den §§ 20 Abs. 1, 21 dieses Gesetzes verantwortliche Schriftleiter getreten ist). Satz 2 des § 20 Abs. 1 schafft kein neues materielles Recht, sondern dient nur der Klärstellung.

Grundsatz der Neuregelung ist, wie bereits mehrfach erwähnt, daß an die Stelle der Haftung des verantwortlichen Redakteurs die Haftung jedes Schriftleiters im Umfang der Ausübung seiner Berufstätigkeit getreten ist. Auch der Hauptgeschäftsführer ist nicht etwa in die Stellung des bisherigen verantwortlichen Redakteurs eingetreten. Hauptgeschäftsführer i. S. des Gesetzes ist, wer vom Verleger gemäß § 18 zum Hauptgeschäftsführer bestellt, d. h. mit der Wahrnehmung der Aufgaben eines leitenden Redakteurs betraut ist. Auch der Hauptgeschäftsführer ist Schriftleiter i. S. des Gesetzes. Er ist daher wie jeder andere Schriftleiter gemäß § 20 Abs. 1 Satz 1 so weit verantwortlich, als er den in Frage kommenden Beitrag entweder selbst verfaßt oder zur Aufnahme bestimmt hat. Der Hauptgeschäftsführer als solcher trägt aber noch eine besondere Verantwortung. Hierüber sagt § 20 Abs. 2:

„Der Hauptgeschäftsführer ist für die Gesamthaltung der Textteiles der Zeitung verantwortlich.“

Die Bedeutung dieses Satzes ist nicht ohne weiteres klar. Die amtliche Begründung sagt hierzu nur, daß der Hauptgeschäftsführer für die gesamte geistige Haltung einer Zeitung verantwortlich ist. Es fragt sich, wem gegenüber diese Verantwortung besteht, d. h. ob sie, wie die Verantwortung der Schriftleiter nach § 20 Abs. 1 Satz 1, berufs-, straf- und zivilrechtlicher Natur ist. Wie überhaupt das Schwerpunkt der Verantwortlichkeitssregelung der Schriftleiter auf berufsrechtlichem Gebiet liegt, so ist auch die Verantwortung des Hauptgeschäftsführers nach § 20 Abs. 2 im wesentlichen eine berufsrechtliche. Widerpricht die Gesamthaltung des Textteiles einer Zeitung in ihrem Inhalt den Grundsätzen, die in den §§ 13, 14 SchriftleiterG. für eine den Erfordernissen des nationalsozialistischen Staates entsprechende geistige Gestaltung des Inhalts der deutschen Presse enthalten sind, so trägt der Hauptgeschäftsführer hierfür die Verantwortung. Ein Hauptgeschäftsführer, der z. B. veranlaßt oder duldet, daß in seiner Zeitung planmäßig Interessen einer bestimmten Wirtschaftsgruppe in einer die Öffentlichkeit irreführenden Weise unter Vermengung eigenmütiger mit gemeinnützigen Zwecken vertreten werden, verläuft durch diese Gestaltung der Gesamthaltung der Zeitung gegen § 14 Nr. 1 SchriftleiterG. und trägt hierfür die berufsrechtliche Verantwortung, deren Verwirklichung durch das ehrengerichtliche Verfahren vor den Berufsgerichten der Presse geschieht. Theoretisch denkbar ist auch der Fall, der allerdings praktisch kaum im Bereich der Möglichkeit liegt, daß eine bestimmte Gestaltung der Gesamthaltung einer Zeitung eine straf- oder zivilrechtliche Verantwortung begründen kann; strafrechtlich z. B. bei einer landesverräterischen Gesamthaltung der Zeitung, zivilrechtlich bei planmütiger, gegen die guten Sitten verstörender Schadenszufügung. In solchen Fällen kann auch den Hauptgeschäftsführer schon nach allgemeinen straf- oder bürgerlich-rechtlichen Grundsätzen eine Verantwortung treffen. Durch § 20 Abs. 2 wird für ihn eine besondere straf- oder zivilrechtliche Verantwortung ebensowenig begründet, wie dies nach dem oben Ausgeführten durch Abs. 1 Satz 1 gegenüber dem Schriftleiter der Fall ist. Der Abs. 2 des § 20 hat daher eine materielle Bedeutung nur so weit, als er dem Hauptgeschäftsführer eine berufsrechtliche Verantwortung für die Gesamthaltung des Textteiles auferlegt.

§ 20 Abs. 3 ergänzt die Vorschriften der Abs. 1, 2 dadurch, daß er dem Hauptgeschäftsführer besondere Pflichten auferlegt, deren Erfüllung die Lückenlosigkeit der Verantwortungsverteilung unter den Schriftleitern und die Verwirklichung der straf- und zivilrechtlichen Verantwortung sichern soll. Die hier niedergelegten Pflichten sind öffentliche Berufspflichten des Hauptgeschäftsführers, deren Nichterfüllung ein Berufsvergehen mit den Folgen eines solchen darstellt (§ 31 Abs. 1 Satz 1).

Hierunter hat der Hauptgeschäftsführer zunächst dafür zu sorgen,

dass in eine Zeitung nur solche Beiträge aufgenommen werden, die von einem Schriftleiter verfaßt oder zur Aufnahme bestimmt sind. Durch diese Bestimmung soll Sicherheit dafür geschaffen werden, daß für jeden Beitrag ein gemäß § 20 Abs. 1 Satz 1 verantwortlicher Schriftleiter vorhanden ist. Diese Vorschrift hat also zur Folge, daß stets ein hauptberuflicher, als Schriftleiter zugelassener Redakteur über die Aufnahme der einzelnen Beiträge Bestimmung zu treffen hat, soweit es sich nicht ausschließlich um Beiträge handelt, die von Schriftleitern i. S. des Gesetzes, also z. B. von den Inhabern von Korrespondenzbüros, verfaßt worden sind. Die Durchführung dieser Vorschrift wird bei kleinen Zeitungen, besonders bei der sog. Heimatpresse, nicht immer ganz einfach sein. Zwar müssen auch solche Blätter, bei denen bisher die Redaktionstätigkeit in der Regel nebenberuflich ausgeübt wurde, vom Inkrafttreten des Schriftleitergesetzes an einen gemäß § 18 bestellten Hauptgeschäftsführer haben, der in die Berufsstufen der Schriftleiter eingetragen ist. Wenn dieser nun selbst über die Aufnahme der Beiträge wacht, ist der Vorschrift des § 20 Abs. 3a Genüge getan. Schwierig wird es aber in dem Fall, daß der Hauptgeschäftsführer durch irgendeinen Umstand, z. B. durch Krankheit, an der Ausübung seiner Tätigkeit verhindert wird. Es wird dem Verleger dann nicht immer leicht sein, sofort einen Vertreter herbeizuziehen, der in die Berufsstufen der Schriftleiter eingetragen ist. Eine nicht in die Berufsstufen der Schriftleiter eingetragene Person darf nämlich auch vertretungsweise nicht über die Aufnahme solcher Beiträge, die nicht von einem Schriftleiter verfaßt sind, bestimmen. Praktisch kann sich der Verleger nur dadurch helfen, daß er rechtzeitig dafür Vorsorge trifft, daß er stets auf einen solchen Vertreter für den Hauptgeschäftsführer zurückgreifen kann, der den Anforderungen des Schriftleitergesetzes entspricht. Andernfalls muß der Verleger während der Behinderung des Hauptgeschäftsführers das Erscheinen seines Blattes einstellen. Eine Strafbarkeit des Verlegers, der bei plötzlicher Behinderung des Hauptgeschäftsführers vorübergehend eine Person, die nicht Schriftleiter ist, mit der Redaktionstätigkeit betraut oder — ohne selbst in die Berufsstufe der Schriftleiter eingetragen zu sein — die Redaktionstätigkeit selbst ausübt, wird allerdings nicht gegeben sein. In Frage käme nur § 37 SchriftleiterG. Diesem hat der Verleger in solchen Fällen jedoch nicht zu widergehandelt. Denn einen Hauptgeschäftsführer hat er benannt, auch wenn der Hauptgeschäftsführer zeitweise an der Ausübung seiner Tätigkeit verhindert ist. Er hat auch nicht „eine nicht in die Berufsstufen eingetragene Person mit den Arbeiten eines Schriftleiters im Hauptberuf betraut“, da die als Vertreter herangezogene Person regelmäßig nicht hauptberuflich, sondern nebenberuflich tätig wird. — In den Fällen, in denen der Vorschrift des § 20 Abs. 3a zuwider eine nicht in die Berufsstufen eingetragene Person allein die Redaktionstätigkeit ausübt, ist tatsächlich kein gemäß § 20 Abs. 1 verantwortlicher Schriftleiter vorhanden. Diese Fälle können aber nur praktisch werden, wenn entweder der Hauptgeschäftsführer seiner Verpflichtung aus § 20 Abs. 3a zu widergehandelt hat, was für ihn ein berufsgerichtliches Verfahren zur Folge hat, oder wenn in Fällen der bezeichneten Art der Verleger an Stelle des unverschuldet verhinderten Hauptgeschäftsführers vorübergehend nebenberuflich eine nicht in die Berufsstufen eingetragene Person mit den Redaktionsgeschäften betraut. In diesem letzten Falle ist aber eine Sanktion weder gegen den Hauptgeschäftsführer, noch, aus den angeführten Gründen, gegen den Verleger möglich. Die Lücke, die hier anscheinend besteht, wird jedoch nur bei kleinen Blättern in Erscheinung treten können.

Nach Abs. 3 b des § 20 ist der Hauptgeschäftsführer verpflichtet, dafür zu sorgen, daß auf jeder Nummer einer Zeitung der Vor- und Zuname sowie der Wohnort des Hauptgeschäftsführers und seines Vertreters sowie jedes Schriftleiters, dem die Leitung eines bestimmten Teilgebietes der Zeitung übertragen ist, angegeben wird. Diese Vorschrift ergeht für Zeitungen und politische Zeitschriften die bisher im § 7 PreßG. enthaltenen Vorschriften über das Impressum auf periodischen Druckschriften. Auch für Zeitungen und politische Zeitschriften sind jedoch die Vorschriften des § 6 PreßG. über Angabe von Namen und Wohnort des Druckers und des Ver-

legers in Geltung geblieben. Zweck der Vorschrift ist, daß ohne weitere Nachfrage sofort jene den verantwortlichen Schriftleiter festgestellt werden kann. Allerdings wird dies auf Grund des Impressums allein nicht in allen Fällen möglich sein. Es trägt nämlich z. B. nicht etwa der Leiter des innenpolitischen Teiles einer Zeitung die Verantwortung für alle innenpolitischen Beiträge der Zeitung, sondern nur für solche, die er entweder selbst verfaßt oder zur Aufnahme bestimmt hat. Bei großen Zeitungsunternehmen liegt es durchaus im Bereich der Möglichkeit, daß einmal ein Aufsatz nicht von dem Abteilungsleiter, sondern von einem anderen Schriftleiter zur Aufnahme bestimmt wird. In diesem Falle trägt dieser und nicht der Abteilungsleiter die Verantwortung für den Beitrag.

Damit die straf- und zivilrechtliche Verantwortung verwirklicht werden kann, ist der *Haupt*schriftleiter verpflichtet, jedem, der ein rechtliches Interesse glaubhaft macht, auf Anfrage darüber Auskunft zu geben, welcher Schriftleiter die Verantwortung für einen Beitrag trägt, soweit sich die Verantwortung nicht aus dem Impressum ergibt (§ 20 Abs. 3c). Die Auskunftsverpflichtung des *Haupt*schriftleiters ist öffentlich-rechtlicher Natur, wie sich daraus ergibt, daß sie im § 31 Abs. 1 Satz 1 als öffentliche Verpflichtung bezeichnet wird. Ebenso wie in dem ähnlich liegenden Falle des Berichtigungszwanges nach § 11 PreßG. wird also eine Zivilklage auf Erteilung der Auskunft nicht zuzulassen sein. Dagegen ist Abs. 3c des § 20 als ein Schutzgesetz i. S. des § 823 Abs. 2 BGB. anzusehen, so daß bei Verweigerung der Auskunft oder bei vorfällig oder fahrlässig falscher Auskunft die Möglichkeit einer Schadensersatzklage gegeben ist. Unter strafrechtliche Sicherung ist die Erfüllung der Auskunftsverpflichtung nicht gestellt.

Das Verlangen nach Auskunftserteilung kann jeder stellen, der „ein rechtliches Interesse glaubhaft machen“ will. Da die Auskunftsverpflichtung nur der Verwirklichung der strafrechtlichen und zivilrechtlichen Verantwortung der Schriftleiter dient, wird nur ein solches rechtliches Interesse zu berücksichtigen sein, das die Einleitung eines Strafverfahrens oder zivilrechtlichen Verfahrens gegen einen Schriftleiter ermöglicht. Der Auskunftsberichtigte soll z. B. in die Lage versetzt werden, wegen eines beleidigenden Aufsatzes gegen den hierfür verantwortlichen Schriftleiter einen Strafantrag wegen Beleidigung stellen oder eine zivilrechtliche Klage wegen unerlaubter Handlung erheben zu können. Ein rechtliches Interesse nach anderer Richtung hin, das der Anfragende an dem in Frage kommenden Beitrag nimmt, wird nach dem Zweck der Vorschrift den *Haupt*schriftleiter nicht zur Auskunft verpflichten. Bringt z. B. eine Zeitung die Nachricht, daß bei einem Schiffungslück eine bestimmte Person ertrunken sei, so sind nicht etwa die als Erben des angeblich Ertrunkenen in Frage kommenden Personen berechtigt, zwecks Nachprüfung der Richtigkeit der Nachricht auf Grund dieser Vorschrift von dem *Haupt*schriftleiter Angabe des für die Aufnahme der Nachricht verantwortlichen Schriftleiters zu verlangen. An die „Glaubhaftmachung“ des rechtlichen Interesses werden keine strengen Anforderungen zu stellen sein. Dieser Begriff, der sonst in der Gesetzes-

sprache im allgemeinen nur für einen geringeren Grad der Beweisführung gegenüber Behörden angewandt wird, ist hier lediglich nach dem Sprachgebrauch auszulegen. Er bedeutet also: Glaubhafte Darlegung des rechtlichen Interesses.

Gegenstand der Auskunftsverpflichtung ist die Angabe, welcher Schriftleiter die Verantwortung für einen Beitrag trägt, d. h. welcher Schriftleiter den Beitrag entweder selbst verfaßt oder zur Aufnahme bestimmt hat. Sind mehrere Schriftleiter verantwortlich, so wird es für genügend zu erachten sein, wenn der *Haupt*schriftleiter einen der Verantwortlichen angibt. Hierdurch ist den Interessen des Anfragenden Genüge getan. Dies folgt auch aus der Fassung des Wortlauts: „Welcher Schriftleiter die Verantwortung trägt“, nicht „Welche Schriftleiter die Verantwortung tragen“. Nur einen verantwortlichen Schriftleiter anzugeben, ist der *Haupt*schriftleiter verpflichtet, nicht etwa auch den Verfasser, der kein Schriftleiter ist, oder den, der das Material zu dem Beitrag geliefert hat. Wie die amtliche Begründung ausdrücklich hervorhebt, wird durch die Auskunftsverpflichtung das im § 53 Abs. 1 Nr. 4 StPO. vorge sehene Zeugnisverweigerungsrecht des Redakteurs nicht berührt. Im Strafprozeß ist also ebenso wie jeder Redakteur auch der *Haupt*schriftleiter nach wie vor berechtigt, als Zeuge seine Aussage über die Person des Verfassers oder Einsenders eines Beitrags strafbaren Inhalts zu verweigern, wenn die im § 53 Abs. 1 Nr. 4 StPO. bezeichnete Voraussetzung vorliegt, daß nämlich ein Redakteur der Druckschrift als Täter bestraft ist oder seiner Bestrafung kein rechtliches Hindernis entgegensteht. Dabei ist zu beachten, daß der Begriff des Redakteurs im § 53 Abs. 1 Nr. 4 StPO. unverändert geblieben und nicht gleichbedeutend mit Schriftleiter i. S. des Schriftleitergesetzes ist. Der *Haupt*schriftleiter ist also im Strafprozeß auch dann zeugnisverweigerungsberechtigt, wenn ein nebenberuflicher Redakteur — ein solcher ist gemäß § 1 SchriftleiterG. kein Schriftleiter — wegen der Veröffentlichung bestraft werden kann.

Die Auskunftsverpflichtung des *Haupt*schriftleiters besteht nur insoweit, als sich die Verantwortung nicht aus dem gemäß § 20 Abs. 3b vorgeschriebenen Impressum ergibt. Wie oben bei Erörterung dieser Vorschrift schon ausgeführt ist, wird die Verantwortlichkeit für den einzelnen Beitrag nicht immer dem Impressum entsprechen. Der *Haupt*schriftleiter darf daher auf diese Angaben nur dann verweisen, wenn sie im Einzelfall den tatsächlich verantwortlichen Schriftleiter erkennen lassen.

Zum Schluß sei zur Vermeidung von Mißverständnissen noch ausdrücklich darauf hingewiesen, daß die Neuregelung der Verantwortung der Schriftleiter, wie sie die §§ 20, 21 SchriftleiterG. enthalten, nur für solche Pressezeugnisse gilt, die diesem Gesetz unterliegen, also nur für Zeitungen und politische Zeitschriften. Für unpolitische Zeitschriften gelten dagegen die bisherigen Vorschriften des Preßgesetzes, insbesondere dessen §§ 7, 8, unverändert weiter. Welche Zeitschriften als politisch i. S. dieses Gesetzes anzusehen sind, bestimmt der Reichsminister für Volksaufklärung und Propaganda, der diese Entscheidung im Einvernehmen mit der zuständigen obersten Reichs- oder Landesbehörde trifft, wenn die Zeitschrift ein bestimmtes Fachgebiet betrifft.

Treu und Glauben im Zivilprozeßrecht.

Von Amts- und Landrichter Dr. Benkendorff, Stettin.

Noch vor nicht langer Zeit bildete die Frage nach der Zulässigkeit oder dem Verbot der Prozeßlüge mangels einer positivrechtlichen Regelung den Gegenstand lebhaften Streites. Rechtswissenschaftliche Gründe verschiedenster Art wurden von den Gegnern angeführt, wobei man kaum erkannte, daß es sich hierbei im Grunde genommen eigentlich um eine Frage der Weltanschauung handelte. So ist es kaum zu verwundern, daß es erst jetzt der Weltanschauung des Nationalsozialismus gelungen ist, den Streit gesetzlich zu beenden. Nicht viel anders lag es mit dem umfassenderen Problem der Geltung des Treu- und Glaubenprinzips im Zivilprozeß. Da die ZPO.

darüber keine ausdrückliche Vorschrift enthält, bildete die Frage nach der Geltung dieses Grundsatzes im Prozeßrecht den Gegenstand mancher Kontroversen (ablehnend z. B. Conrad Schneider, *Treu und Glauben im Zivilprozeß*, 1903, S. 3, 21, 22 und in ZBP. Bd. 31, 276; Görres, das. Bd. 34 S. 7, 32, 33; Planck, Lehrb. des Deutschen Zivilprozeßrechts I, 359; Nussbaum, Prozeßhandlung S. 68; Stein-Jonas V 7 vor § 128). So wurde darauf verwiesen, daß die Prozeßordnung als Kampfesrecht zweier Parteien im Gegensatz zu dem Friedensrecht des BGB. ein Verhalten nach Treu und Glauben nicht vorschreiben könne, gegenüber Aus-

wünschen auch genügend Sicherungsvorschriften enthalte, insbesondere durch Säumnis-, Verzögerungs- und Kostenfolgen. Auch wurde betont, die Geltung dieses Grundsatzes vertrage sich nicht mit der Rechtsicherheit. Man übersah dabei aber, daß sich das materielle Recht erst im Prozeß recht bewährt und ein arglistig geführter Rechtsstreit sich oft viel schwerwiegender gegen die Gerechtigkeit auswirkt als ein arglistiges außerprozeßuale Verhalten. Man kannte auch, daß eine noch so weitgehende Ausgestaltung einzelner gesetzlicher Vorschriften gegen Schikane und Missbrauch die unübersehbare Mannigfaltigkeit des täglichen Geschehens vor Gericht nicht erschöpfen und daß die Prozeßordnung sich in ihren positiven Vorschriften nur mit dem typischen Geschehen befassen konnte. Auch bedeutete es eine Überspannung der Forderung nach Rechtsicherheit, nun unverdrossen das Treu- und Glaubensprinzip für den Prozeß auszuschließen.

Trotz solcher verschiedentlich ablehnenden Stellungnahme kann man jedoch feststellen, daß bereits vor dem Siege des Nationalsozialismus die überwiegende Meinung in der Rechtslehre die Geltung von Treu und Glauben auch für das Prozeßrecht anerkannte. Die Notwendigkeit einer solchen überpositiven Orientierung eingehend und überzeugend nachgewiesen zu haben, ist das Verdienst von Sauer (Grundlagen des Prozeßrechts, 2. Aufl., 1929, S. 31, 32, 180, 578 ff.). Neues braucht man seinen Postulaten, auch die Prozeßordnung dürfe sich mit der Idee der Gerechtigkeit nicht verfeinden, das Gesetz könne nie und nimmer ein der Gerechtigkeit entgegenstehendes Ergebnis wollen, nicht hinzuzufügen. Von dieser höheren Warte aus, von der man das Prozeßrecht nicht isoliert, sondern als Teil der ganzen Rechtsordnung betrachtet, erscheint es unzweifelhaft, daß auch das Verfahrensrecht von den allgemeinen Rechtsgedanken beherrscht ist, an denen das bürgerliche Recht reich ist und die ein Ausdruck des Gerechtigkeitsprinzips sind. Verbot der Schikane und des Verstoßes gegen die guten Sitten, Gebot der Beachtung von Treu und Glauben müssen auch im Prozeßrecht die letzte Entscheidung abgeben (vgl. noch aus der Rechtslehre: Wach: Archiv für 64, 214; Gruch. 7, 115, 292; Franz Klein, Zeit- und Geistesströmungen im Prozeß S. 21, 23; Trutte, Bona fides im Zivilprozeß S. 2, 8, 14, 115; Neuner, Privatrecht und Prozeßrecht S. 62; Baumgärtner, ZPO, 7 G vor § 128; Staub-Pinner-Bondi, HGB, Anm. 37a der Allg. Einl.). Wie selbstverständlich die Geltung von Treu und Glauben im Prozeßrecht geworden ist, dafür bietet die Rechtsprechung wohl das beste Beispiel. Bekanntlich haben die Gerichte, ihnen voran das RG, diesen Grundsatz wie überhaupt für das gesamte öffentliche Recht so auch für das Prozeßrecht stets betont und verschiedentlich praktisch angewandt. Die ausgesprochen weltanschauliche Grundlage hierfür geht eindeutig aus der Tatsache hervor, daß die Rechtsprechung eine besondere Begründung für diese Stellungnahme niemals gegeben hat (vgl. für das öffentliche Recht, und zwar für das Beamtenrecht RG.: JW. 1933, 2581; 1932, 491, 2705, 3253; 1931, 735, 1964; 1930, 1188; 1929, 2334, 3377 = RG. 125, 318; JW. 1928, 1503; 1927, 2186, 2193 = RG. 113, 78; Obd. Ger. Danzig: JW. 1933, 1962; für das Abgabenrecht Pr. OVG.: DJB. 1931, 774; für das Polizeirecht OVG. Karlsruhe: JW. 1933, 1960 und für das Prozeßrecht die unten angegebenen Entsch.).

Die Schwierigkeit besteht für die Gegenwart somit hauptsächlich nur darin, den anerkannten Grundsatz mit den speziellen Anforderungen des Verfahrensrechtes in Einklang zu bringen und im Einzelfalle festzustellen, in welchem Maße der möglicherweise durch das Prozeßrecht modifizierte Grundsatz von Treu und Glauben durchgreift. Rein äußerlich kann man für die Systematik unterscheiden, daß entsprechend dem Prozeßrechtsverhältnis der Rechtsatz von Treu und Glauben sowohl für die Beziehungen der Parteien zum Gericht und umgekehrt für ihre Beziehungen zueinander gilt, wobei allerdings vielfach eine klare Grenzlinie nicht zu ziehen sein wird. Grundsätzlich wird man auch davon auszugehen haben, daß für alle diese Beziehungen das Treu- und Glaubensprinzip Anwendung findet. Trotzdem müssen aber gewisse Ausnahmen gemacht werden. Solche werden von vornherein für alle prozeßualen Tatbestände anzunehmen sein, deren positiv-

rechtliche Regelung bereits den Ausdruck des Treu- und Glaubensprinzips darstellt. Hier sei erinnert an die Kostenvorschrift des § 97 Abs. 2, an die Zustellungs vorschrift des § 187, die Vorschriften über Verzögerungs- und Verspätungsfolgen der §§ 278 ff., 529 u. a. Aus diesen Spezialbestimmungen über den Treu- und Glaubengrundsatz wird man schließen müssen, daß auf diesen Gebieten nach dem Willen des Gesetzgebers kein Raum mehr für eine Anwendung des überpositiv-rechtlichen Grundsatzes sein soll. Ebenso wird man alle die Tatbestände auszunehmen haben, die eine bewußt abschließende Regelung durch den Gesetzgeber und damit den Ausschluß des Treu- und Glaubengrundsatzes erkennen lassen. Diese Einschränkung entspricht der Rechtsprechung des RG, wie sie bereits für andere Gebiete des öffentlichen Rechts eingangen ist (vgl. für das Beamtenrecht RG.: JW. 1928, 1503; 1929, 3377; RG. 125, 315, 318). Dabei wird sich allerdings vielfach nur recht schwierig feststellen lassen, wann eine solche abschließende Regel vorliegt. In Zweifelsfällen sollte man das im Interesse eines gerechten Ergebnisses eher verneinen als bejahen. Dabei wird auch zu beachten sein, daß man sich zur Zeit der Schaffung der ZPO der Geltung des Treu- und Glaubensprinzips für das öffentliche Recht mangels eines positiv-rechtlichen allgemeinen Teils und mangels zureichender wissenschaftlicher Durchdringung der allgemeinen Grundlagen des öffentlichen Rechts kaum bewußt gewesen ist. Als Beispiel für eine abschließende Regelung mag angeführt werden, daß der Vollstreckungsschutz über die §§ 811, 850 ZPO und über die §§ 3 u. 4 LohnbeschlG. hinaus aus dem Treu- und Glaubensprinzip nicht erweitert werden kann, wenn auch für die Auslegung dieser einzelnen Vorschriften dieser Grundsatz mit zu verwerten ist. Ähnlich liegt es z. B. bei § 41 betr. die Ausschließung von Gerichtspersonen, bei den §§ 253 ff. über die Arten der Klage sowie bei § 274 über die prozeßhindernden Einreden und bei den §§ 384 f. über das Zeugnisverweigerungsrecht. Eine abschließende Regelung wird man ferner bei allen Vorschriften über Tritten anzunehmen haben. Hier bietet die Wiedereinführung in den vorigen Stand das einzige Sicherheitsventil.

Im übrigen wird man für alle andern prozeßualen Tatbestände und Rechtslagen die Geltung des Treu- und Glaubensprinzips anerkennen müssen. Hier bedarf es aber stets sorgfältiger Prüfung, inwieweit sich der Grundsatz von Treu und Glauben mit der Eigenart und den besonderen Bedürfnissen sowie mit den Grundlagen des Verfahrensrechts vereinbaren läßt. Das wird auch von der Rechtsprechung für die übrigen Gebiete des öffentlichen Rechts betont, auf denen die gleiche Frage praktisch geworden ist (vgl. besonders RG. 113, 78). Es ist nicht zu verkennen, daß die Prozeßordnung im öffentlichen Interesse der Rechtsicherheit ein wesentlich starres Gefüge aufweisen muß als das Privatrecht. Klare prozeßuale Tatbestände, möglichst nicht verweichlicht durch Generalklauseln, entsprechen diesem öffentlichen Interesse. So würde es sich z. B. niemals mit dem öffentlichen Interesse an der Rechtsicherheit vereinigen lassen, ein formwidriges Rechtsmittel lediglich deshalb zuzulassen, weil der Gegner die Formwidrigkeit veranlaßt habe, während sich im Gegensatz dazu im Privatrecht bekanntlich der auf den Formmangel eines Rechtsgeschäfts nicht berufen kann, der diesen Formmangel selbst herbeigeführt hat (vgl. RG. 115, 41 = JW. 1927, 765; 119, 166 = JW. 1928, 168; JW. 1930, 2950). Wie die Anfechtung eines prozeßualen Rechtsgeschäfts wegen Irrtums und arglistiger Täuschung unzulässig ist (vgl. Stein-Jonas V 6 vor § 128; RG. 105, 355; JW. 1930, 2568; PrOOG: JW. 1930, 3503), so kann es im Interesse der Rechtsicherheit auch nicht gestattet sein, die Wirkung eines solchen Rechtsgeschäfts unter Berufung auf Treu und Glauben, insbes. auf den Mangel der Geschäftsgrundlage zu negieren. Wie sehr dem öffentlichen Interesse der Vorrang vor den Interessen der Parteien im Prozeß gebührt, geht daraus hervor, daß die im öffentlichen Interesse erlassenen Vorschriften regelmäßig zwingenden Rechte sind. Bei diesen zwingenden Vorschriften wird daher besondere Vorsicht bei der Anwendung des Treu- und Glaubensprinzips geboten sein, während die nachgiebigen Vorschriften weiteren Spielraum abgeben.

Der materielle Inhalt des Treu- und Glaubenprinzips selbst kann auch im Prozeßrecht so vielgestaltig sein wie im Privatrecht, so daß sich eine erschöpfende Klärstellung des Inhalts niemals wird geben lassen. Anschließend sollen an Hand der bisherigen Rechtsprechung einige Richtlinien aufgezeigt werden.

Die Prozeßordnung dient dazu, daß materielle Recht durchzuführen. Jeder Missbrauch formeller Rechte, der diesem Ziel entgegensteht, ist daher unzulässig. So wird fast regelmäßig (abweichend Stein-Jonas § 771 III 4) dem im Interventionsprozeß Bell. die Einrede der Arglist gewährt, falls er sich dem Kl. gegenüber auf sein Vermieterpfandrecht berufen kann, wobei nur streitig ist, ob der Bell. zuvor einen Titel für sein Pfandrecht erworben haben muß (vgl. z. B. Facusiel: JW. 1928, 2689; Bauer-Mengelberg: JW. 1930, 2998; dagegen z. B. RG.: JW. 1921, 1247; LG. Berlin: JW. 1928, 760; OLG. Naumburg: JW. 1930, 2998; Frankfurt: JW. 1929, 2855; Baier: JurKösch. 1930, 109). Ähnlich liegt es mit der Berufung auf §§ 419 oder 1480 BGB. gegenüber der Interventionsklage (vgl. RG. 68, 424 = JW. 1908, 477 und 1912, 347; OLG. Karlsruhe: JW. 1928, 2735). Die gleichen Fragen sind auch neuerdings in dem Vollstreckungsschutzverfahren nach § 18 BD. v. 26. Mai 1933 aufgetaucht (vgl. Heinrichs: JW. 1933, 2196; Mittelstein und Hinke: JW. 1933, 2445 f.). In diesem Zusammenhang ist ferner die Entscheidung des OLG. Stuttgart: Rpr. 40, 404 von Bedeutung, daß der intervenierende Abzahlungsverkäufer arglistig handle, wenn er vom beklagten Pfandgläubiger die Annahme der restlichen Kaufpreisraten ablehne und damit den Übergang des Eigentums an den Pfandsachen auf den Pfandschuldner verhindere (vgl. hierzu auch Stein-Jonas § 857 II 9 mit Angaben Anmerkung 133, wo auf § 162 BGB. verwiesen wird).

Überhaupt wird der Missbrauch formeller Rechte grundsätzlich für unzulässig erklärt. So dürfte die Auffassung des RGSt. 59, 105 = JW. 1925, 1498 einhellige Billigung finden, daß der Richter den Erlaß eines Zahlungs- und Vollstreckungsbefehls abzulehnen habe, falls der Antragsteller diesen im Einverständnis mit dem Gegner zwecks Schädigung eines Dritten erwirken will. Das wird man unbedenklich auf das Klageverfahren ausdehnen können. Mit Recht wird dem Beklagten und Berufungsbeklagten auch die Einrede der Arglist gewährt, falls der Kläger oder Berufungskläger entgegen einem vertraglichen Versprechen zur Rücknahme die Klage oder Berufung aufrecht erhält (RG. 102, 220 = JW. 1921, 1244; 106, 265; 123, 84 = JW. 1929, 851; Warn-Rspr. 1928 Nr. 18; 1923 Nr. 26; OLG. Celle: Seuff-

Arch. 67 Nr. 91; OLG. Oldenburg: SeuffArch. 44 Nr. 90; OLG. Hamburg: BZ. 1920, 934). Eine ähnliche Rechtslage ergibt sich bei der Vollstreckung aus einem Urteil entgegen einem vertraglichen Versprechen, nicht vollstreckt zu wollen (vgl. Kohler: ArchivPr. 80, 195/96). Einen Missbrauch formeller Rechte stellt auch die querulatorische Wiederholung von Ablehnungsgesuchen dar. Betreffend werden diese Gesuche daher für unerheblich erachtet (RG. 44, 402; 92, 230). Einer Nachprüfung wert wäre auch die Frage, ob die formelle Mitverklagung einer Person, um diese als Zeugen auszuschließen, zulässig ist.

Ebenso ist die arglistige Umgehung prozeßualer Vorschriften unstatthaft. Einheitlich wird so dem vorgeschobenen armen Bessonar eines Anpruchs das Armenrecht wegen Umgehung der Vorschriften über Kostenvorschüsse versagt (RG. 81, 175 = JW. 1913, 370; Breslau: SeuffArch. 51, 216; Stuttgart: SeuffArch. 54, 438; RG.: SeuffArch. 65, 222). Verschiedentlich wird auch die arglistige Begründung des inländischen Gerichtsstandes nach § 23 BPD. für unwirksam erklärt (vgl. Stein-Jonas § 23 Anm. 38 mit Angaben; abweichend z. B. Baumhach § 23 Anm. 1).

Schließlich ist in der Rechtsprechung verschiedentlich betont, daß ein bestimmtes früheres — prozeßuale oder außerprozeßuale — Verhalten einer Prozeßpartei dem Gegner die Berufung auf Treu und Glauben bei einem davon abweichenden Verhalten eröffnet. Nach der Entscheidung des OLG. Naumburg: JW. 1930, 3866 steht der Erneuerung einer zurückgenommenen Beschwerde die Arglisteinrede entgegen, falls der Beschwerdeführer bei der Rücknahme damit rechnen mußte, daß der Gegner daraufhin vermögensrechtliche Entschließungen treffen würde. Auch unterliegt nach der Entscheidung des OLG. München: DRJ. 1930 Nr. 723 eine Interventionsklage der Abweisung, sofern der Kläger den Pfandschuldner nach außen hin stets als Eigentümer hat auftreten lassen. Vermisene sei hier ferner auf die von der Rechtsprechung angenommene Umkehrung der Beweislast, falls der Gegner die Beweisführung schulhaft unmöglich gemacht oder erschwert hat (z. B. RG. 87, 440 = JW. 1916, 407; RG. 105, 259; JW. 1933, 2393). Denkbar wäre es auch, dem Gegner gegenüber einem zu langen Zuwarthen mit der Geltendmachung prozeßualer Rechte die Einrede der prozeßrechtlichen Verwirkung zu gewähren (vgl. allgemein für das öffentliche Recht RG.: JW. 1931, 735). So dürfte es vielfach gegen Treu und Glauben verstoßen, falls der Gewährsmittelhaber noch jahrelang nach der Pfändung die Verlezung des § 809 BPD. geltend machen wollte.

Die Verletzung ererbter Unterlassungspflichten.

Von Gerichtsassessor Dr. Kühne, Berlin.

I. Im Geschäftsleben werden häufig einzelne Vereinbarungen durch Versprechen einer Vertragsstrafe besonders bestärkt und gesichert, d. h. der einen Partei werden in einem Vertrage für ein bestimmtes, genau festgelegtes Verhalten Nachteile angedroht. Diese Nachteile können in einer Geldzahlung oder in einer anderen Leistung, z. B. der Übergabe einer Sache, dem Verzicht auf ein Recht, der Vernahme einer Handlung, bestehen. Von einer Vertragsstrafe i. e. S. spricht man dann, wenn die Strafe für die Nichterfüllung einer bestehenden Rechtspflicht versprochen wird¹⁾. Gerade im Zusammenhang mit der Übernahme „negativer Verbindlichkeiten“ finden sich solche Strafvereinbarungen, insbes., um die oft sehr schwierigen oder sogar unmöglichen Schadensersatzberechnungen überflüssig zu machen. Neben den bekannten durch Vertragsstrafen gesicherten und verstärkten Konkurrenzverboten, die meist einen streng persönlichen Charakter tragen und daher ohne weiteres mit dem Tode des Verpflichteten ihr Ende finden²⁾, gibt es auch negative Verbind-

lichkeiten, die nicht so sehr an eine bestimmte Person, sondern z. B. an ein bestimmtes Unternehmen anknüpfen, und ebenfalls durch Vertragsstrafen gesichert werden. Es ist dabei u. a. an folgende Fälle zu denken:

Der Erwerber eines Geschäfts verpflichtet sich, dafür einzustehen, daß die von ihm miterworrene Firma nur so lange für das Geschäft fortgeführt wird, als dieses der gleichen oder doch ähnlichen Branche dient. Im Falle der Nichteinhaltung dieser Verpflichtung, d. h. im Falle des Missbrauchs der Firma in der angegebenen Weise soll eine Vertragsstrafe in bestimmter Höhe verwirkt sein. Unter Umständen übernimmt der Erwerber diese Verpflichtung auch für den Fall einer weiteren Veräußerung des Geschäfts an einen Dritten;

oder

jemand ist als Inhaber eines bestimmten Geschäfts Mitglied eines Kartells und bestimmte seiner Verpflichtungen sind durch Vertragsstrafen gesichert;

oder

der Eigentümer eines Grundstückes hat sich dem Nachbar-

¹⁾ Vgl. Heck, Grundriß des Schulrechts (Tübingen 1929) S. 151; Planck (4. Aufl.) § 339 Erl. 1 a d.

²⁾ Siehe unten III 3.

eigentümer obligatorisch zu gewissen Unterlassungen verpflichtet, deren Innehaltung durch die Vereinbarung einer Vertragsstrafe gesichert worden ist.

In allen derartigen Fällen entsteht die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Vertragsstrafe verwirkt ist, wenn der ursprünglich Unterlassungsverpflichtete verstorben ist und erst durch eine Handlung seiner Erben gegen die Vertragsvereinbarung verstoßen wird³⁾.

II. 1. Hinsichtlich der rechtlichen Zulässigkeit solcher Vereinbarungen bestehen grundsätzlich keine Bedenken; im Einzelfall ist § 138 BGB. zu beachten. Das Bestehen und Fortbestehen eines berechtigten und schutzwürdigen Interesses des Gläubigers an der Unterlassung ist jeweils zu prüfen; für die folgenden Untersuchungen wird es als vorhanden vorausgesetzt.

2. Nach § 339 Satz 2 BGB. tritt die Verwirkung der Vertragsstrafe, sofern die geschuldete Leistung in einem Unterlassen besteht, mit der Zuwidderhandlung ein. Es besteht Streit, ob diese Zuwidderhandlung schulhaft erfolgt sein muß oder ob bereits die Tatsache der objektiven Verleugnung der Unterlassungspflicht die Verwirkung der Vertragsstrafe herbeiführt. Die Rechtsprechung⁴⁾ steht überwiegend auf dem Standpunkt, daß die objektive Zuwidderhandlung ohne Rücksicht auf ein etwaiges Verschulden zur Verwirkung der Vertragsstrafe ausreichend ist; sie stützt ihre Ansicht auf den Wortlaut des Gesetzes und die Absicht des Gesetzgebers⁵⁾. Gerade aus der Gegenüberstellung von Satz 1 und 2 des § 339 BGB. soll sich die Richterforderlichkeit des Verschuldens ergeben. Das Schrifttum⁶⁾ ist geteilter Ansicht, neigt jedoch neuerdings wohl immer mehr dazu, eine Verwirkung der Vertragsstrafe nur bei schulhaftem Zuwidderhandeln gegen die Unterlassungspflicht anzunehmen. Geht man davon aus, daß ein Verzug bei Unterlassungsverbindlichkeiten begrifflich nicht denkbar ist⁷⁾, weil jede Verzögerung bereits eine Zuwidderhandlung und damit eine völlige oder teilweise Unmöglichkeit ist, und berücksichtigt man den engen Zusammenhang der gesetzlichen Regelung über die Verwirkung einer Vertragsstrafe bei Zuwidderhandlung gegen eine Unterlassungspflicht und bei Verleugnung einer Leistungspflicht, dann liegt die Annahme nahe, daß lediglich das Erfordernis der „Verzögerung“ durch das Erfordernis der „Zuwidderhandlung“ hat erfüllt werden sollen, während das Erfordernis des Verschuldens in beiden Fällen gelten sollte. Der Wortlaut des Gesetzes läßt diese gleichmäßige Auslegung zu; ein nicht genügend und eindeutig zum Ausdruck gebrachter Wille des Gesetzgebers kann kein zwingender Grund für die geringe Auslegung sein. Es kann auch nicht anerkannt werden, daß die mutmaßliche Absicht der Vertragschließenden bei der Sicherung einer Unterlassungsverbindlichkeit — im

³⁾ Die gleiche Frage entsteht bei Fusionen für die aufnehmende Firma; sie ist entsprechend zu behandeln und zu lösen.

⁴⁾ Vgl. RG. 55, 79; 63, 117; 79, 38 = JW. 1912, 582 (besonders eingehend); RG.: Recht 1924 Nr. 1216 a. u. 1927 Nr. 2405; RG.: JW. 1911, 38¹⁸; Warn. 1911 Nr. 425; 1913 Nr. 311; 1914 Nr. 148; 1915 Nr. 105; vgl. auch RG. 95, 202; BayObRg.: Seuff-Arch. 56 Nr. 245; DKG. Augsburg: BayRpfLJ. 1931, 112 u. 113; a. A. DKG. Hamburg: Seuff-Arch. 72 Nr. 155 = DKG. 36, 18.

⁵⁾ Vgl. Mot. II S. 278 (§ 422).

⁶⁾ Verschulden verlangen: Staudinger (9. Aufl.) § 339 Bem. 3, Heid a. a. O. S. 152, Brodmann in Ehrenb. HdB. IV 2 S. 247, Reichel: DJB. 1912, 857, Tize, Unmöglichkeit S. 103, Enneckerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 1930, § 37 II 2, Planck-Siber a. a. O. Erl. 2 b, der die gegenteilige Ansicht als die „prinzipielle und unbillige Durchbrechung des im Satz 1 anerkannten Prinzips“ bezeichnet und besonders darauf hinweist, daß die herrschende Lehre auch bei Handlungsunfähigkeit des Unterlassungsverpflichteten und bei unverschuldeten Unkenntnis von dem Bestehen der Verpflichtung Verwirkung der Vertragsstrafe nach erfolgter objektiver Zuwidderhandlung annehmen müßte; Düringer-Hachenburg, 3. Aufl. 1932, § 348 Anm. 13 HGB. Gegen das Erfordernis des Verschuldens: RGKomm. § 339 Bem. 2 BGB., Staub, 14. Aufl. 1933, § 348 Anm. 9 HGB., Dertmann § 339 Bem. 2 b BGB., v. Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 3, 1917, S. 371.

⁷⁾ Vgl. Staudinger, Vorber. 1 a. E. zu §§ 284 f., § 284 Bem. C BGB.; Enneckerus-Lehmann a. a. O. § 51 I. Gegen die herrschende Meinung, aber auch nur für gewisse Fälle, Planck-Siber a. a. O. § 284 Bem. 2 a BGB.

Gegenseit zur Sicherung einer Leistungspflicht — auf die Begründung einer „Garantiehaftung“ geht, wie die Motive annehmen, die daraus die unterschiedliche gesetzliche Regelung rechtfertigen. In der Regel will doch der Schuldner bei der Vereinbarung einer Vertragsstrafe gar keine Verschärfung seiner Haftung dem Grad nach, und der Gläubiger wird eine derartige Verschärfung der Haftung sehr viel schwerer durchsetzen können als die Festsetzung eines „abstrakten Schadens“. Darüber besteht jedoch Einigkeit, daß § 339 BGB. nachgiebiges Recht⁸⁾ enthält. Die Parteien haben es also — im Rahmen der allgemeinen Vorschriften: § 138 BGB. — in der Hand, die Verwirkung der Vertragsstrafe vom Verschulden des Verpflichteten unabhängig zu machen, so daß aus der Vereinbarung einer Vertragsstrafe eine Art Garantiever sprechen wird. Auch aus den jeweiligen Umständen, unter denen die Vertragsstrafe vereinbart worden ist, aus den besonderen Bestimmungen über die zu sichernde Verbindlichkeit und die Höhe der Vertragsstrafe wird sich oft ein Anhaltspunkt dafür entnehmen lassen, ob die Vertragsstrafe unabhängig vom Verschulden des Verpflichteten verwirkt werden kann oder nicht.

3. Geht man davon aus, daß bereits kraft Gesetzes, sofern die geschuldete Leistung in einem Unterlassen besteht, die Verwirkung einer Vertragsstrafe mit der objektiven Zuwidderhandlung eintritt, oder aber, daß die Parteien das Richterfordernis eines Verschuldens besonders vereinbart haben, so ist es doch zweifelhaft, in welcher Weise sich diese Tatsache des Richterforderlichseins eines Verschuldens zur Verwirkung der Vertragsstrafe gegen die Erben des Verpflichteten auswirkt.

III. 1. Gemäß § 1967 BGB. haften die Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten und nur für diese. Zu den Nachlaßverbindlichkeiten gehören einmal die Verbindlichkeiten des Erblassers und zum anderen die durch den Erbfall selbst erst entstandenen Verbindlichkeiten. Bei dem Anspruch auf Zahlung einer vom Erblasser versprochenen Vertragsstrafe kann es sich nur um eine sog. Erblasserschuld handeln.

2. Für eine bereits zu Lebzeiten unbedingt entstandene Schuld, also verwirkzte Strafe, wird ohne weiteres gehaftet. Wenn nun aber die die Verwirkung der Vertragsstrafe begründende Tatsache erst nach dem Tode des Versprechenden eingetreten ist, d. h. wenn erst durch die Erben gegen die unter Strafe gestellte vertragliche Verpflichtung zuwidderhandelt worden ist, dann kann eine Nachlaßverbindlichkeit nur vorliegen, sofern die Erben in die vom Erblasser eingegangene Verbindlichkeit auch wirklich als Schuldner eingetreten sind. Das zwischen dem Erblasser als Schuldner und dem Gläubiger bestehende Schuldverhältnis darf also nicht durch den Tod des Verpflichteten erlöschend sein, was unter Umständen durch die Natur der zu erbringenden Leistung bedingt sein kann (vgl. z. B. § 613 BGB.). Ist allerdings die Obligation auf der Schuldnerseite vereblich, dann muß es für die Frage, ob eine Nachlaßverbindlichkeit vorliegt, unerheblich sein, ob die Tatsache, die einen Anspruch aus dem Schuldverhältnis auslöst — also die Zuwidderhandlung gegen die Unterlassungspflicht — bereits zur Zeit des Todes des Verpflichteten eingetreten war oder erst später eingetreten ist. Denn immer handelt es sich dann um eine Nachlaßverbindlichkeit deshalb, weil die Verbindlichkeit selbst vom Erblasser eingegangen und in Fortentwicklung dieser Verbindlichkeit der Anspruch „unbedingt“ entstanden ist⁹⁾. Verstoßt der Erbe gegen eine reine Nachlaßverbindlichkeit, so ist die daraus entstehende Schadensersatzpflicht ja auch keine Nachlaßverbindlichkeit¹⁰⁾.

3. Voraussetzung der Vererblichkeit der Schuldnerstellung im Falle einer vereinbarten Vertragsstrafe ist, da die Ver-

⁸⁾ Vgl. Staub a. a. O., Brodmann a. a. O., Staudinger § 339 Bem. 3 a. E. und RG. 79, 40 = JW. 1912, 582. Die Vertragsfreiheit im Schuldrecht erlaubt es, das Risiko einer „zuviel“ Unmöglichkeit der Vertragserfüllung von dem Berechtigten auf den Verpflichteten abzuwälzen.

⁹⁾ Vgl. Kipp: JW. 1926, 1809; Leonhardt, Erbrecht, 1912, § 1967 Anm. V A BGB.; RG.: JW. 1911, 447¹² a. E. betr. die Verpflichtung aus einer vom Erblasser übernommenen Kreditbürgschaft in Ansehung des nach dem Tode des Erblassers gewährten Kredits.

¹⁰⁾ Vgl. Kipp, Erbrecht (8. Bearb. 1930) S. 240.

tragsstrafe ja akzessorischer Natur ist¹¹⁾, daß die Hauptverbindlichkeit, zu deren Sicherung und Bestärkung sie dient, auf Seiten des Schuldners vererblich ist. Die gesicherte Hauptverbindlichkeit besteht nun in einem Unterlassen. Das BGB. behandelt grundsätzlich die Verpflichtung zu einem positiven Tun und die Verpflichtung zu einem Unterlassen gleich. Dabei darf jedoch nicht verkannt werden, daß jede Unterlassungspflicht eine Dauerverpflichtung ist, die eine persönliche Bindung des Erben zur Folge hat und infolgedessen eine große Belastung bedeutet, der er sich nur durch Ausschlagung der Erbschaft entziehen kann, sofern keine gesetzliche Lösungsmöglichkeit besteht¹²⁾. Die Unterlassungsverpflichtungen werden daher in viel größerem Umfange persönlicher Natur sein als die Verpflichtungen zu einem bestimmten positiven Tun. Ja, die Unterlassungspflichten werden oft so an die Person des Unterlassungsverpflichteten gebunden sein, daß sich bereits aus dem Inhalt des Schuldverhältnisses die Unvererblichkeit der Schuldnerstellung ergibt¹³⁾. Denn rein persönliche Verpflichtungen des Erblassers gehen ja auf den Erben nicht über, da sie nicht zum Vermögen (§ 1922 Abs. 1 BGB.) gehören¹⁴⁾. Ist aber die Unterlassungspflicht nicht vererblich, dann ist auch die Schuldnerstellung aus der Vertragsstrafenvereinbarung nicht vererblich, da diese ja das Bestehen einer Hauptverbindlichkeit zur Voraussetzung hat; erlischt die Hauptverbindlichkeit, so wird auch das Strafgedinge hinfällig¹⁵⁾. Dadurch, daß für eine rein persönliche Verpflichtung eine Vertragsstrafe versprochen wird, entsteht noch keine vermögensrechtliche und damit vererbliche Verpflichtung, da sich ja das Wesen der persönlichen Verpflichtung nicht nach der Vertragsstrafe, sondern diese sich nach der persönlichen Verpflichtung richtet. Sowie sich allerdings die Unterlassungspflicht selbst als ein Passivum des Vermögens des Erblassers darstellt, ist diese und damit auch die „bedingte“ Vertragsstrafe vererblich. Denn dann handelt es sich für den Erben nur darum, eine bestimmte, zum Nachlaß gehörige Vermögensmacht nicht in bestimmter Richtung zu gebrauchen¹⁶⁾. In den obenerwähnten Fällen wird man die übernommenen Unterlassungsverpflichtungen als Passiven des Vermögens der Erblasser ansehen müssen und nicht nur als rein persönliche, also unvererbliche Pflichten. Denn die Unterlassungspflicht bezieht sich jeweils nur auf einen bestimmten Teil des Vermögens, nämlich das übernommene Geschäft, das Unternehmen, das Grundstück. Die Unterlassungspflicht stellt sich insoweit als eine Art Belastung des einzelnen Gegenstandes mit vermögensrechtlicher Wirkung dar, die sich nicht in der möglichen Verwirkung der Vertragsstrafe äußert, sondern darin, daß der Wert dieser Gegenstände durch die auf ihnen lastende Unterlassungspflicht gemindert wird, da eine Beschränkung ihrer Benutzbarkeit damit verbunden ist. Daß zur Erfüllung dieser Unterlassungspflicht ein bestimmtes persönliches Verhalten der Erben erforderlich ist¹⁷⁾, kann daneben nicht mehr von Bedeutung sein. Es ist daher davon auszugehen, daß in den gegebenen Fällen die Unterlassungspflichten auf die Erben übergegangen sind.

4. Es bleibt noch zu untersuchen, unter welchen Umständen durch Zu widerhandlung des Erben gegen die auf ihn

11) Vgl. Staudinger, Vorber. I zu §§ 339/345 BGB.; Düringer-Hachenburg § 348 Anm. 2 HGB.

12) Der Einfluß des Todes auf dauernde Schuldverhältnisse ist im Gesetz in zahlreichen Fällen besonders geregelt, so in den §§ 569, 596, 605, 672, 673, 727, 736, 750 BGB. Ein Beweis dafür, daß ein gesetzlich anerkanntes Bedürfnis nach einer Lösungsmöglichkeit von solchen Verbindlichkeiten für den Erben besteht.

13) Leonhard § 1967 Anm. V A 2 nimmt in diesen Fällen Unvererblichkeit kraft stillschweigender Parteiaabrede an. Zwar gibt es auch Fälle, in denen sich aus dem Willen der Parteien die Unvererblichkeit gewisser Rechte und Pflichten ergeben wird; man wird aber weiter gehen und die Unvererblichkeit in vielen Fällen aus objektiven Gründen herleiten müssen. Wie oben auch Blanck-Strohal (1930), Vorber. II S. 5/6 zum Erbrecht und Staudinger § 1922 Anm. IV 2 c BGB.

14) Kipp a. a. D. S. 236 und Staudinger a. a. D.

15) Vgl. Gierke a. a. D. S. 370.

16) Vgl. Kipp: JZ. 1926, 1809.

17) Vgl. Gierke a. a. D. S. 65: alles Unterlassen ist persönliche Leistung.

übergegangene Unterlassungspflicht die Vertragsstrafe verwirkt wird. Dabei bietet nur der Fall Schwierigkeiten, daß nach dem Gesetz oder Vertrag ein Verschulden des Zu widerhandelnden nicht erforderlich sein soll. Man muß davon ausgehen, daß dem Erblasser, da er ja die Verpflichtung eingegangen war, die Möglichkeit¹⁸⁾ der Zu widerhandlung gegen die Unterlassungspflicht und damit die Möglichkeit der Verwirkung der Vertragsstrafe bewußt war. Wenn daher durch eine Zu widerhandlung des Erben gegen die vom Erblasser eingegangene Unterlassungspflicht die Vertragsstrafe verwirkt sein soll, so ist Voraussetzung dafür, daß auch ihnen diese „Möglichkeit“ einer Zu widerhandlung gegen eine bestehende Unterlassungspflicht bekannt war oder doch hätte bekannt sein müssen. Denn es handelt sich ja nicht nur um die Erfüllung einer bereits bestehenden Schuld, bei der es allerdings gleichgültig ist, ob die Erben die Person des Gläubigers kennen, sondern um die Erfüllung einer beim Erbfalle noch bedingten Schuld, wobei die Bedingung nicht außerhalb des Wirkungskreises der Erben liegt, sondern gerade durch sie selbst gesetzt werden muß¹⁹⁾. Die Erben sind als Schuldner an die Stelle des Erblassers getreten und haften daher genau so wie dieser, d. h. gleichgültig, ob die Vertragsstrafe nur durch schulhaftes Zu widerhandeln oder auch ohne schulhaftes Zu widerhandeln gegen die Unterlassungspflicht verwirkt wird, stets muß jedenfalls die Möglichkeit einer die Vertragsstrafe auslösenden Zu widerhandlung dem Erben bekannt sein oder insofern von Fahrlässigkeit unbekannt sein. Hinsichtlich dieser Kenntnis von dem Bestehen einer Nachlaßverbindlichkeit und der Möglichkeit der Verwirkung einer Vertragsstrafe durch — wenn auch im konkreten Falle schuldloses — Zu widerhandeln gegen die Unterlassungspflicht gelten die allgemeinen Vorschriften des BGB. (§ 276 BGB.) und nicht die besonderen Vereinbarungen zwischen dem Erblasser und dem Gläubiger oder die besonderen gesetzlichen Bestimmungen über den davon zu unterscheidenden Fall der konkreten Verwirkung der Vertragsstrafe. Danach genügt also fahrlässige Unkenntnis von dem Bestehen einer zum Nachlaß gehörigen und durch die Vereinbarung einer Vertragsstrafe gesicherten Unterlassungspflicht, um auch bei schuldloser Zu widerhandlung gegen diese Unterlassungspflicht den Anspruch auf die Vertragsstrafe unbedingt zur Entstehung zu bringen.

5. Den Nachweis für das Vorliegen dieser Fahrlässigkeit bei unstreitig erfolgter Zu widerhandlung gegen die Unterlassungspflicht durch die Erben braucht der Gläubiger nicht zu erbringen. Vielmehr müssen die Erben nachweisen, daß sie trotz Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt von dieser Verbindlichkeit keine Kenntnis gehabt haben. Liegt die Vereinbarung der Vertragsstrafe lange Zeit zurück, ist sie vielleicht gar nicht in einem förmlichen Vertrag niedergelegt oder handelt es sich um entferntere Erben, so wird dieser Nachweis durchaus zu erbringen sein.

IV. Der Krieg und die Inflation werden in der Regel an dem grundsätzlichen Bestand einer einmal wirksam vereinbarten und noch jetzt einem berechtigten Interesse dienenden Unterlassungspflicht nichts geändert haben. Für die vor dem Währungsverfall veriprochenen Vertragsstrafen, die erst nach der Inflation verwirkt worden sind, ist dann noch die Frage der Aufwertung zu prüfen, die unter Anwendung des § 242 nach billigen Ermeessen, unter Abwägung aller konkreten Umstände und unter Berücksichtigung des Verarmungsfaktors zu erfolgen hat²⁰⁾.

18) Unkenntnis über den Umfang der Verbindlichkeit, irgende Vertragsauslegung u. ä. sind demgegenüber etwas anderes; sie beziehen sich auf die Frage des Verschuldens. Vgl. auch Dertmann a. a. D., der zwar kein Verschulden verlangt, aber doch das Vorliegen einer „bewußten“ Zu widerhandlung.

19) Hier zeigt sich der Gegensatz zum Garantievertrag. Würde ein echter Garantievertrag vorliegen, dann müßten die Erben bei Eintreten des „Ver sicherungsfalles“ unabhängig von der Kenntnis dieses Vertrages haften. Denn ihre Kenntnis von dem bestehenden Vertrage ist unabhängig von dem Eintreten des „Ver sicherungsfalles“, da sie ihn ja nicht herbeiführen. Also auch wenn ein Verschulden zur Verwirkung der Vertragsstrafe nicht erforderlich ist, liegt kein Garantievertrag vor.

20) Vgl. RGKomm. § 339 Anm. 1 BGB.; RG. 110, 40 = JZ. 1925, 1380.

Wann wirkt bei der Vertretungsmacht die bloße Überschreitung des zwischen Vertreter und Vertretenem bestehenden Innenverhältnisses auf das Außenverhältnis zwischen Vertretenem und Drittem ein?

Von Referendar Ernst Hammel, Solingen.

Die folgenden Erörterungen sollen ein Beitrag zu der Frage sein, wann sich ein Dritter, der mit einem Vertreter abgeschlossen hat, entgegenhalten lassen muß, daß der innerhalb des Rahmens seiner nach außen wirkenden Vertretungsmacht handelnde Vertreter die ihm im Innenverhältnis dem Vertretenen gegenüber obliegenden Pflichten verlegt und damit das Recht zur Vertretung dem Vertretenen gegenüber überschritten hat. Im Zusammenhang damit soll ferner untersucht werden, welche gezielten Bestimmungen auf ein von dem Vertreter unter Überschreitung des Innenverhältnisses vorgenommenes Rechtsgeschäft anzuwenden sind, wenn sich der Dritte die Überschreitung entgegenhalten lassen muß.

Bei der Darstellung wird behandelt unter

I. die Überschreitung des Innenverhältnisses bei der auf Rechtsgeschäft beruhenden Vertretungsmacht, der Vollmacht, unter

II. die Überschreitung des Innenverhältnisses bei der gezielten Vertretungsmacht, unter

III. die gezielten Bestimmungen, die auf ein von dem Vertreter unter Überschreitung des Innenverhältnisses vorgenommenes Rechtsgeschäft anzuwenden sind, wenn sich der Dritte die Überschreitung entgegenhalten lassen muß.

Schließlich soll noch unter

IV. die auf die Fälle eines Missbrauchs der Vertretungsmacht den § 181 analog anwendende Auffassung kritisch gewürdigt werden.

I. 1.¹⁾ a) In Bd. 52, 99 und 58, 356²⁾) nimmt das RG. den Standpunkt ein, daß der Bevollmächtigte grundsätzlich keinen dem ihm bekannten Willen des Machtgebers widersprechenden Willen erklären darf, und daß ein Dritter, der um den entgegenstehenden Willen des Machtgebers weiß und auch weiß, daß die Vollmacht missbraucht wird, keine Rechte gegen den Machtgeber aus von dem Bevollmächtigten unter Überschreitung des Innenverhältnisses vorgenommenen Handlungen herleiten kann, mögen die Handlungen des Vertreters sich auch im Rahmen der nach außen wirkenden Vollmacht halten. In diesen beiden Entscheidungen vertritt das RG. noch die Meinung, daß der Dritte positiv von dem Missbrauch Kenntnis haben muß³⁾). Andernfalls könnte sich der Vertretene dem Dritten gegenüber nicht auf den Missbrauch der Vertretungsmacht berufen. Fahrlässige Unkenntnis von dem Missbrauch auf Seiten des Dritten genüge hierzu nicht.

Weiter geht RG.²⁾ 71, 222 = JW. 1909, 453. Indem das RG. hier sagt: „Ist freilich das betreffende Geschäft von dem Bevollmächtigten unter offenbarem, dem anderen Teil erkennbarem Missbrauche seiner Vollmacht dem Interesse des Vollmachtgebers zuwider abgeschlossen . . . dann würde der Vertretene entweder die Abmachung des Bevollmächtigten überhaupt nicht als für sich verbindlich anzuerkennen haben“, erkennt es, insbesondere mit „erkennbarem“ Missbrauche, an, daß Fahrlässigkeit auf Seiten des Dritten genügt. Diesen Standpunkt verdeutlicht das RG. später noch mit den Worten: „. . . daß sich der Dritte sagen müßte, der Vollmachtgeber könne ein derartiges Geschäft unmöglich im Sinne gehabt haben“ und (S. 224) „nach Treu und Glauben hätte erkennen müssen, es handle sich hierbei um einen Missbrauch der Vollmacht“. Zu demselben Ergebnis kommt RG. 75, 301 = JW. 1911, 399. In Bd. 83, 353 = JW. 1915, 299 sagt das RG. dazu noch ausdrücklich, daß unter diesem Kennenmüssen nicht nur grobfahrlässiges, sondern gemäß § 122 Abs. 2 BGB. jedes fahrlässige Nichtkennen zu verstehen sei.

¹⁾ Vgl. zu dem Folgenden insbes. Kipp im Bd. II der Zeitschrift für Juristische Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des RG. S. 273 ff., insbes. S. 281 ff.

²⁾ Gemeint sind immer die Entscheidungen des RG. in Zivilsachen.

³⁾ Kipp a. a. O. S. 282.

b) Wann liegt nun ein Missbrauch vor, den der Dritte hätte kennen müssen, und was hätte der Dritte alles kennen müssen? Dies ist am klarsten aus RG. 75, 301 = JW. 1911, 399 zu entnehmen. Zunächst sei erwähnt, daß von einem Missbrauch natürlich nur dann die Rede sein kann, wenn der Vertreter im Innenverhältnis dem Vertretenen gegenüber zu seinem Handeln nicht berechtigt war. In Bd. 75, 301 sagt das RG. nun, daß ein Missbrauch, den der Vertretene dem Dritten entgegenhalten kann, dann vorliegt, „wenn der Vertreter bewußt die Vollmacht zum Nachteil des Vertretenen missbraucht hat und der Dritte dies hätte erkennen müssen“. Das RG. verlangt also auf Seiten des Vertreters bewußten Missbrauch zum Nachteil des Vertretenen und auf Seiten des Dritten Kennenmüssen sowohl des objektiv vorliegenden Missbrauchs als auch des bewußt missbräuchlichen Handelns des Vertreters zum Nachteil des Vertretenen. Es verlangt also auf Seiten des Dritten sowohl Kennenmüssen des objektiven als auch des beim Vertreter vorliegenden subjektiven Moments. Auf demselben Standpunkt stehen Kipp⁴⁾, RGRKomm.⁵⁾ und Nipperdey⁶⁾. Bei dem Letzgenannten ist allerdings nicht ganz klar, ob er auch das Kennenmüssen des in der Person des Vertreters liegenden subjektiven Moments fordert. Jedenfalls tut dies Kipp, wenn er a. a. O. sagt, daß der Dritte „den Dolus des Vertreters hätte durchschauen müssen“.

Weiter geht neuerdings RG. 134, 71/72 = JW. 1932, 576. Hier liegt nach der Ansicht des RG. ein Missbrauch, den sich der Dritte entgegenhalten lassen muß, dann vor, „wenn der Geschäftsgegner weiß oder sich sagen muß, daß der Abschluß dem Interesse des Vollmachtgebers zuwiderlaufe und er den Abschluß keinesfalls beabsichtigt haben könnte. Das Handeln wider Treu und Glauben“, fährt das RG. fort, „liegt hier darin, daß der Geschäftsgegner unter Berufung auf die formelle Vertretungsmacht des Bevollmächtigten dem Machtgeber ein Geschäft aufzuzeigen sucht, von dem er sich sagen muß, daß dieser es nicht gewollt hat, weil es dessen Interesse zuwiderläuft“. Hiermit läßt das RG. bereits das Erfordernis des Kennenmüssens des bewußten Handelns des Vertreters fallen. Es stellt nur darauf ab, ob der Dritte objektiv einen dem von dem Vertreter erklärten Willen entgegenstehenden Willen des Vertretenen erkennen mußte. Für die Beurteilung des zwischen dem Dritten und dem Vertretenen bestehenden Verhältnisses ist also nun ein Willensfehler in der Person des Vertreters vollkommen belanglos; es kommt nur auf einen in der Person des Dritten liegenden Willensfehler an, nämlich darauf, ob er den objektiv vorliegenden Missbrauch hätte erkennen müssen. Später erkennt das RG., indem es sagt: „Diese Grundsätze sind zum mindesten rechtsähnlich auch dann anzuwenden, wenn es sich nicht um Abreden handelt, die dem Interesse des Vollmachtgebers zuwiderlaufen, sondern um eine Tatsache, deren Kenntnis ihn vom Vertragsschluß abgehalten hätte“, ferner an, daß es sich nicht um ein gegen das Interesse des Vollmachtgebers verstörendes, sondern nur um ein Geschäft handeln muß, das dem dem Dritten bekannt sein müßenden Willen des Vertretenen zuwiderläuft. Das RG. begnügt sich also mit einer dem Dritten erkennbar sein müßenden Überschreitung des Innenverhältnisses und stellt darauf ab, ob der Dritte dieses objektive Moment kennen mußte, wogegen die in der Person des Vertreters liegenden Tatsachen unbeachtlich sind. Zu demselben Ergebnis scheint Soergel⁷⁾ zu kommen, wenn er auch zunächst den vom RG. bis Bd. 71, 219 = JW. 1909, 453 vertretenen Standpunkt einfach wiedergibt. Jedenfalls ist

⁴⁾ a. a. O. S. 286.

⁵⁾ § 164 Num. 4 Abs. 4 (7. Aufl. 1929).

⁶⁾ Enneckerus-Nipperdey, BGB., 11. Aufl. Teil I, 170 I, 4 S. 561.

⁷⁾ Soergel, BGB., 5. Aufl., § 177 Num. 11, S. 271.

dem in RG. 134, 71/72 zum Durchbruch kommenden weiteren Standpunkt zuzustimmen.

2. Die gesetzliche Grundlage für seinen Standpunkt deutet das RG. einmal in Bd. 75, 301 an: § 168 zeigt, daß die an und für sich abstrakte Vollmacht doch nicht ganz von dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis losgelöst ist. In den Fällen der §§ 169—172 BGB kann das Erlöschen der Vollmacht einem Dritten, der das Erlöschen weder kannte noch kennen mußte, nicht entgegenhalten werden. Es wäre nun eine ungerechtfertigte ungleichartige Behandlung, wollte man dem Vertretenen nicht zubilligen, dem Dritten den vom Vertreter gegen den Willen des Vertretenen mit der Vollmacht getriebenen Missbrauch dann entgegenzuhalten, wenn der Dritte den Missbrauch kannte oder hätte kennen müssen. „Das Gesetz will dem berechtigten Verkehrsinteresse Schutz gewähren, aber schutzbedürftig sind nicht nur die Interessen des Dritten, sondern auch die des Vertretenen.“ Dies bedarf genauerer Darlegung, wobei auch § 173 in die Erörterung einzubeziehen ist.

In den §§ 169—173 BGB will, wie das RG. mit Recht sagt, das Gesetz dem berechtigten Verkehrsinteresse Schutz gewähren. Dem Dritten ist das einer Vollmacht zugrunde liegende Innenverhältnis grundsätzlich nicht zugänglich. Er muß also so lange geschützt werden, wie er, sei es aus der zeitlich unbegrenzten Vollmachtsurkunde oder aus anderen Umständen, auf das Fortbestehen der Vollmacht schließen darf. Das Gesetz hat infolgedessen zum Schutz Dritter in den §§ 170 bis 172 BGB das Erlöschen der Vollmacht im Außenverhältnis von ihrem Erlöschen im Innenverhältnis grundsätzlich unabhängig gemacht. Dieser Vertrauenschutz wird dem Dritten dagegen gemäß §§ 169, 173 BGB. nicht gewährt, wenn er das Erlöschen der Vertretungsmacht im Innenverhältnis kennt oder kennen muß, also auch dann nicht, wenn er es aus Fahrlässigkeit nicht kennt. Hiermit hat das Gesetz für den Fall des Erlöschens der Vollmacht zum Ausdruck gebracht: Wenn die Vollmacht auch grundsätzlich abstrakt und vom Innenverhältnis losgelöst ist, so ist sie doch insoweit mit ihm verbunden, als der Dritte, der auf Grund der Vollmacht mit dem Bevollmächtigten kontrahiert, das Innenverhältnis insoweit berücksichtigen muß, als es ihm bekannt ist oder bekannt sein müßte. Unterläßt er dies, so kann ihm ein Vertrauenschutz nicht zugestellt werden. Dieser tritt dann vielmehr für den Vollmachtgeber in Kraft, und dieser kann die Berufung des Dritten auf die nach außen wirkende und das Geschäft umfassende Vollmacht mit dem Einwand schlagen, daß der Dritte, der das Innenverhältnis kannte oder hätte kennen müssen, sich alle Einwendungen aus diesem entgegenhalten lassen muß, also auch die auf Grund des Innenverhältnisses nicht mehr bestehende Vertretungsmacht. Dieser Grundgedanke ist, genau so wie ihn die §§ 169, 173 BGB. für das Erlöschen der Vollmacht aufstellen, durch analoge Anwendung dieser Paragraphen auf jede Überschreitung des Innenverhältnisses anzuwenden. In beiden Fällen ist der Rechtsgrund derselbe: Der Dritte soll aus der Vollmacht keine Rechte herleiten können, wenn er hätte wissen müssen, daß der nach außen formell durch die Vollmacht berechtigte Vertreter im Innenverhältnis dem Vertretenen gegenüber zu seiner Handlungsweise nicht berechtigt war. Die abstrakte Natur der Vollmacht soll dem Schutz des Dritten dienen, ihn aber nicht berechtigen, die Interessen des Vertretenen gänzlich außer Acht zu lassen, vor allem dann nicht, wenn er wußte oder hätte wissen müssen, daß der Vertreter auf Grund des zwischen ihm und dem Vertretenen bestehenden Innenverhältnisses nicht zu seiner Handlungsweise berechtigt war. Ob diese Nichtberechtigung auf einem Erlöschen der Vertretungsmacht im Innenverhältnis oder auf einer anderen Überschreitung der dem Vertreter nach dem Innenverhältnis zustehenden Befugnisse beruht, ist schließlich gleichgültig; denn in beiden Fällen liegt im Innenverhältnis eine Überschreitung der nach außen wirkenden Vertretungsmacht vor.

Auch wenn der Vertreter selbst um die Überschreitung des Innenverhältnisses nicht weiß, der Dritte sie aber kennt oder kennen muß (ähnlich so der Fall in RG. 134, 67—72), muß man die bisher aufgestellten Grundsätze anwenden. Denn der in den §§ 169, 173 BGB. enthaltene Grundsatz, daß sich der Dritte Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis des Innenverhältnisses entgegenhalten lassen muß, ist unabhängig davon

anzuwenden, ob der Vertreter weiß oder nicht weiß, daß sein Verhalten durch das zwischen ihm und dem Vertretenen bestehende, für die Vollmacht maßgebende Innenverhältnis nicht gerechtfertigt wird. Es kommt hier nur auf einen Willensmangel in der Person des Dritten an; dieser ist von einem beim Vertreter vorliegenden Willensmangel vollkommen unabhängig. Es kommt lediglich darauf an, ob der Dritte weiß oder wissen muß, daß der Vollmachtgeber ein derartiges Geschäft überhaupt nicht beabsichtigt hat, und daß der Vertreter nicht befugt ist, gegen den Willen und das Interesse des Vertretenen zu handeln. Weiß er dies, oder liegen derart starke Verdachtsmomente vor, daß er sich darüber vergewissern muß, tut er es aber dennoch nicht, so besteht sein Willensfehler darin, daß er unter Auflösung der notwendigen Rücksichtnahme auf die Interessen und den Willen des Vertretenen diesem ein nicht von diesem gewolltes Geschäft aufzwingt. Dieser Willensmangel soll gemäß §§ 169, 173 zu Lasten des Dritten gehen und ihm keine Ansprüche gegen den Vertretenen verschaffen. Dies bringt bezüglich des Erlöschens der Vollmacht am besten § 169 BGB. zum Ausdruck, da in den beiden dort erwähnten Fällen der §§ 674, 729 BGB. die Vollmacht erloschen ist, ohne daß der Vertreter darum weiß, der Dritte sich dieses Erlöschen aber bei Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis desselben trotzdem entgegenhalten lassen muß. Dies heißt auf den Oberbegriff gebracht, der auf sämtliche Fälle einer Überschreitung der Vollmacht im Innenverhältnis anzuwenden ist:

Handelt der Vertreter im Rahmen seiner nach außen wirkenden Vertretungsmacht, aber überschreitet er dabei die ihm nach dem Innenverhältnis zustehenden Befugnisse, und wußte der Dritte dies oder hätte er es wissen müssen, so muß er sich gemäß der den §§ 169—173 BGB. zugrunde liegenden Rechtsgedanken von dem Vertretenen die Überschreitung des der Vertretungsmacht zugrunde liegenden Innenverhältnisses entgegenhalten lassen, und zwar auch dann, wenn der Vertreter selbst um die Überschreitung des Innenverhältnisses nicht wußte.

Natürlich ist im einzelnen Fall immer genau zu prüfen, ob eine Überschreitung des Innenverhältnisses vorliegt, und ob der Dritte dies hätte erkennen müssen. Dabei kann wohl in den meisten Fällen zugrunde gelegt werden, daß die Vollmacht den Vertreter nach dem Innenverhältnis normalerweise nur berechtigen soll, den Willen des Vertretenen zu erklären und in seinem Interesse zu handeln, daß also ein Dritter regelmäßig mindestens fahrlässig das Innenverhältnis nicht kennt, wenn er, ohne sich bei dem Vertretenen nach dessen Willen zu erkundigen, mit dem Vertreter abschließt, obgleich er Verdacht schöpfen mußte, ob das Rechtsgeschäft, das der Vertreter für den Vertretenen mit ihm abschließt, dem Interesse oder dem Willen des Vertretenen entspreche. So, wie oben unter I 1 b Abs. 2 dargelegt, neuerdings anscheinend auch das RG. in Bd. 134, 71/72.

II. Inwieweit finden nun die vorstehend dargelegten Grundsätze bei gesetzlicher Vertretungsmacht Anwendung?

Das RG. scheint sie in Bd. 71, 222 = JW. 1909, 453 ihrem ganzen Umfang nach nur auf die auf Rechtsgeschäft beruhende Vertretungsmacht, die Vollmacht, anwenden zu wollen, während es ihre Anwendung bei gesetzlicher Vertretungsmacht und anscheinend auch bei teils auf Gesetz, teils auf Rechtsgeschäft beruhender Vertretungsmacht, wie in den Fällen des § 126 HGB. und des § 37 GmbHG., auf den Fall einer Kollusion, eines wesentlichen Mitwirkens des Dritten zu vorläufiger Schädigung des Vertretenen, beschränkt wissen will. Ebenso ein Teil der Literatur⁹⁾.

Diese Auffassung ist zu eng. Gegen sie wendet sich mit Recht Kipp⁹⁾. Er will nicht einsehen, warum man, wenn man die Lehre nun schon einmal aufgestellt und dazu schon teilweise auf die gesetzliche Vertretungsmacht für anwendbar erklärt hat, sie nicht in gleichem Umfang wie für die rechts-

⁸⁾ Vgl. insbes. Staub, Komm. z. HGB., Bd. I, 12.—13. Aufl., Anh. zu § 58 Anm. 16, S. 327.

⁹⁾ Kipp a. a. O. S. 286; ebenso Enneckerus-Nipperdey, § 170 I, 4 S. 561; Enneckerus-Kipp-Wolff, Familienrecht, 6. Aufl., § 80 II, 2 S. 322 i. Verb. m. § 116 II S. 506.

geschäftliche auch für die gesetzliche Vertretungsmacht gelten lassen will. Dem ist zuzustimmen. Der Grundgedanke der ganzen Lehre ist doch, besonders wenn man der Analogie aus den §§ 169—173 BGB. folgt, daß der dem Dritten zustehende Vertrauenschutz dann entfallen soll, wenn er erkannte oder hätte erkennen müssen, daß nach dem Innenverhältnis eine Überschreitung der Vertretungsmacht vorlag, daß in solchen Fällen nicht er, sondern vielmehr der Vertretene schutzbedürftig ist. Der Vertretene ist nun aber bei gesetzlicher Vertretungsmacht nicht weniger schutzbedürftig als bei rechtsgeschäftlicher. Ich glaube sogar, daß der Dritte gerade im Fall einer gesetzlichen Vertretungsmacht, in dem er wegen deren meist vorliegender Unbeschränktheit weitgehendsten Vertrauenschutz genießt, erst recht nicht geschützt werden soll, wenn er unter gänzlicher Außerachtlassung der Interessen des Vertretenen vorsätzlich oder fahrlässig gegen das ihm bekannte oder das ihm bekannt sein müßende Interesse oder den ihm bekannt sein müßenden Willen des Vertretenen kontrahiert. Denn der, zu dessen Gunsten das Gesetz eine Schutzvorschrift aufstellt, ist erst recht verpflichtet, diese Schutzvorschrift nicht zum Nachteil eines anderen auszubeuten, und er muß wegen des ihm gegebenen Schutzes und der damit verbundenen Vorzugsstellung erst recht darauf bedacht sein, zu verhüten, daß anderen aus seiner Vorzugsstellung ein Schaden erwächst. Wenn die Umstände nun so liegen, daß der Dritte sich sagen muß, der Vertreter verstöße mit dem von ihm vorgenommenen Geschäft gegen das Interesse oder den Willen des Geschäftsherrn und sei diesem gegenüber zu seinem Handeln nicht berechtigt, so muß er sich bei gesetzlicher Vertretungsmacht wegen des ihm durch deren grundsätzliche Unbeschränktheit weitgehend eingeräumten gesetzlichen Schutzes erst recht um die Berechtigung der Vertretungshandlung nach dem Innenverhältnis kümmern. Tut er dies nicht, so ist dies eine ihm zuzurechnende vorsätzliche oder fahrlässige Unkenntnis des Innenverhältnisses.

Diesen Darlegungen kann für die nur auf Gesetz beruhende Vertretungsmacht nicht entgegengehalten werden, die §§ 169—173 BGB. sprächen nur von der Vollmacht, und bei der gesetzlichen Vertretungsmacht — ich denke hier vor allem an die Vertretungsmacht des Vaters und Vormundes — sei niemand vorhanden, gegen dessen Willen die Vertretungsmacht gehandhabt werde. Bei der auf Gesetz beruhenden Vertretungsmacht ist eben das Gesetz der Vollmachtgeber¹⁰⁾, und dessen Wille bezüglich des Innenverhältnisses zwischen Vertretenem und Vertreter ist dem Dritten noch besser zugänglich als der Wille des Vertretenen bei der auf Rechtsgeschäft beruhenden Vertretungsmacht, der Vollmacht. Auch aus diesem Grunde kann man dem Dritten bei der gesetzlichen Vertretungsmacht keinen weitergehenden Vertrauenschutz zubilligen als bei der Vollmacht. Es ist vielmehr der Vertrauenschutz des Vertretenen stärker heranzuhoben, weil er hier einen viel geringeren Einfluß auf die Handlungen des Vertreters hat als bei der Vollmacht. Diese Erwägungen stellt auch RG. 75, 302 für den Fall eines Testamentsvollstreckers an, läßt sie jedoch nur Platz greifen, weil die Testamentsvollstreckung auf dem Willen des Erblassers beruhe und deshalb eine Art rechtsgeschäftlicher Vertretung darstelle. In Bd. 83, 353 wendet das RG. sie ohne weiteres auf den Fall einer Testamentsvollstreckung an. Daraus schließt der RGKomm.¹¹⁾ ihre Anwendung auf die gesetzliche Vertretung für den Fall, daß der Dritte den entgegenstehenden Willen des Gesetzes hätte erkennen müssen. Er kommt also bezüglich der Anwendung der vom RG. in Bd. 83, 353 aufgestellten Grundsätze zu demselben Ergebnis wie die vorstehenden Ausführungen bezüglich des dargelegten weiteren Grundsatzes, den das RG. in Bd. 134, 71/72 angedeutet hat.

Die oben unter I 2 aufgestellten Grundsätze sind also in jeder Hinsicht in gleichem Umfang auf rechtsgeschäftliche und gesetzliche Vertretung anzuwenden, wobei bei der nur auf Gesetz beruhenden Vertretungsmacht die Interessenregelung und der Wille des Gesetzes an die Stelle des Willens des Machtgebers und der zwischen ihm und dem Vertreter vereinbarten Interessenregelung bei der Vollmacht treten, während bei der

teils auf Gesetz, teils auf Rechtsgeschäft beruhenden Vertretungsmacht sowohl der Wille und die Interessenregelung des Gesetzes als auch der Wille des Vertretenen und die zwischen ihm und dem Vertreter erfolgte Interessenregelung zu berücksichtigen sind, soweit sich hier die Regelung durch das Gesetz und durch den Vertretenen nicht gegenseitig ausschließen.

III. Wir kommen nun zu der Frage, welche Vorschriften auf ein unter Überschreitung des Innenverhältnisses vorgenommenes Rechtsgeschäft anzuwenden sind, wenn der Dritte sich die Überschreitung entgegenhalten lassen muß. Es kommen die für die von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht vorgenommenen Rechtsgeschäfte geltenden Bestimmungen der §§ 177 ff. BGB. zur Anwendung. Dies ist, soweit ich feststellen kann, zum erstenmal von Kipp¹²⁾ gesagt worden, wo auch die hieraus sich ergebenden Einzelheiten näher dargestellt sind¹³⁾. Es ergibt sich vollkommen zwangslässig, wenn man der analogen Anwendung der §§ 169, 173 BGB. folgt. Denn sowohl das auf Grund einer im Innenverhältnis erlöschenden, aber nach außen noch wirksamen Vertretungsmacht als auch das auf Grund einer anderen Überschreitung des Innenverhältnisses, aber nach außen es umfassenden Vertretungsmacht abgeschlossene Rechtsgeschäft wird im Innenverhältnis durch die Vertretungsmacht nicht gedeckt. Beide Arten von Rechtsgeschäften stellen sich vom Standpunkt des Innenverhältnisses aus als von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht vorgenommene Rechtsgeschäfte dar. Bei analoger Anwendung der §§ 169—173 BGB. ist also, ebenso wie bei dem dem Dritten entgegenhaltbaren Erlöschen der Vertretungsmacht nach dem Innenverhältnis, auch bei jeder anderen dem Dritten entgegenhaltbaren Überschreitung des Innenverhältnisses das vom Vertreter vorgenommene Geschäft als von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht vorgenommen anzusehen. Außer Kipp kommen Nipperdeh¹⁴⁾ und anscheinend auch Soergel¹⁵⁾ zu demselben Ergebnis, das, weil es am besten der Behandlung der Fälle unter dem Gesichtspunkt der den §§ 169—173 BGB. zugrunde liegenden Rechtsgedanken entspricht, besser ist als die Lösungen des RG., die nur der Vollständigkeit halber hier noch erwähnt seien.

Das RG. spricht einmal von einer dem Vertretenen zustehenden Einrede der Arglist¹⁶⁾; ein anderes Mal sagt es, daß der Dritte aus einem solchen Rechtsgeschäft keine Rechte erwerben¹⁷⁾ oder herleiten¹⁸⁾ könne, wieder an anderer Stelle¹⁹⁾, daß der Vertreter das Geschäft überhaupt nicht als für sich verbindlich anerkennen müsse oder es anfechten oder einem Anspruch des Dritten die Einrede der Arglist entgegensetzen könne. Es scheint sich jetzt in Bd. 134, 72 allerdings endgültig für die Einrede der Arglist entschieden zu haben und gibt diese dem Vertretenen auch bei nur fahrlässiger Unkenntnis des Dritten. Es sagt in Bd. 134, 72: „Weiß der Geschäftsgegner oder muß er sich wenigstens sagen, daß der Vollmachtgeber bei Kenntnis der Tatsachen nicht abgeschlossen hätte..., so würde es Treu und Glauben widersprechen, wenn er sich später auf die Kenntnis des Bevollmächtigten... als dem Geschäftsherrn zurechenbar beriese.“ Mit der Einrede der Arglist läßt das RG. das Geschäft, außer bei Vorliegen besonderer Umstände, schlechthin hinfällig werden.

IV. Es sei zum Schluß noch kritisch Stellung genommen zu einer weitverbreiteten Auffassung²⁰⁾, die in den Fällen eines Missbrauchs der Vertretungsmacht den § 181 BGB. analog anwenden will, indem sie sagt, der § 181 BGB. sei auf alle diejenigen Fälle analog anzuwenden, in denen der Vertreter nicht mit sich selbst kontrahiere, aber durch ein

¹²⁾ Kipp: RGTestchr. II S. 287.

¹³⁾ Kipp a. a. D. S. 287/88.

¹⁴⁾ Enneckerus = Nipperden § 170 I, 4.

¹⁵⁾ BGB. § 177 Anm. 11, S. 271.

¹⁶⁾ RG. 58, 356.

¹⁷⁾ RG. 52, 100.

¹⁸⁾ RG. 75, 301 = JZB. 1911, 399; RG.: JZB. 1931, 2230³.

¹⁹⁾ RG. 71, 222 = JZB. 1909, 453.

²⁰⁾ Predari: GruchBeitr. 63, 675 ff., insbes. S. 684/85, 690; Bauer-Mengelberg, Generalvollmacht S. 37 ff., 54 ff.; ders.: JZB. 1931, 2229/30³; Staudinger, Komm. z. BGB., 9. Aufl., § 181 Anm. 9 a, S. 741; Hoeniger: DJB. 1910, 1347/48; Ban-ObLG.: SeuffBl. 77, 268.

Geschäft im Namen des Vertretenen für sich selbst interzediere, ohne daß ihm dies nach dem Innenverhältnis gestattet sei.

1. Die Anhänger einer analogen Anwendung des § 181 sagen: Der Oberbegriff des § 181 ist „Kontrahieren für eigenes Interesse“²¹⁾. Dieser Grundgedanke hat im § 181 einen zu engen Ausdruck gefunden, wenn dort nur der offensichtlichste und stärkste Fall des Interessenwiderstreits, das Insichgeschäft, erwähnt wird²²⁾. Hiermit will das Gesetz nicht sagen, daß dieser Oberbegriff nur in diesem Spezialfall Anwendung finden soll. § 181 stellt vielmehr als Grundsatz auf, daß Vertretungsmacht, auch wenn sie unbeschränkt ist, grundsätzlich nur im Interesse des Vertretenen ausgeübt werden darf, daß unter ihrem Deckmantel keine Geschäfte vorgenommen werden dürfen, bei denen die Interessen des Vertretenen und des Vertreters in Widerstreit zueinander stehen, es sei denn, daß dies dem Vertreter ausdrücklich gestattet ist²³⁾. Das Gesetz hat im § 181 den Fall eines Interessenwiderstreits zugunsten des Vertretenen entschieden²⁴⁾. § 181 ist eine allgemeine Schutzvorschrift gegen den Missbrauch der Vertretungsmacht²⁵⁾.

2. Gegen eine analoge Anwendung des § 181 BGB. wendet sich vor allem das AG.²⁶⁾: § 181 will die Art des Zustandekommens eines Rechtsgeschäfts durch Insichgeschäft verbieten, ohne dabei die dem Geschäft zugrunde liegende Interessenslage irgendwie berücksichtigen zu wollen²⁷⁾. Mag der gesetzgeberische Grund zum Erlass der Bestimmung auch gewesen sein, daß man durch sie die bei einem Insichgeschäft bestehende Gefahr eines Interessenwiderstreits ausschließen wollte, so ist mit Rücksicht auf die Verkehrssicherheit bei der Wortfassung des Paragraphen lediglich auf die Form des Geschäftsschlusses abgestellt worden, und man hat es absichtlich unterlassen, die Interessenslage irgendwie damit in Verbindung zu bringen²⁸⁾. Ein Interessenwiderstreit ist für die Anwendung des § 181 BGB. weder erforderlich noch genügend²⁹⁾. Eine analoge Anwendung des § 181 auf die Fälle eines Interessenwiderstreits ist deshalb nicht zuzulassen. Ebenso ein großer Teil der Literatur³⁰⁾.

3. Der die analoge Anwendung des § 181 BGB. ablehnenden Meinung ist zuzustimmen. Schon die Protokolle³¹⁾ rechtfertigen dies. Denn der die Interessenslage berücksichtigende Antrag 4 wurde in der Beratung über die Formulierung des § 181 BGB. mit der Begründung abgelehnt, daß, wenn er auch das richtige Prinzip am treffendsten zum Ausdruck bringe, doch bei Berücksichtigung der Interessenslage die Wirksamkeit eines Aktes des Selbstkontrahierens von einem Moment abhängig gemacht werde, das wegen seiner Unbestimmtheit und Unerkennbarkeit für Dritte die Verkehrssicherheit gefährde. Der Gesetzgeber hat also nicht den Interessen-

²¹⁾ Bauer-Mengelberg a. a. D. S. 38; Staudinger § 181 Anm. 9 a; Hoeniger a. a. D.

²²⁾ Staudinger a. a. D.

²³⁾ Hoeniger a. a. D.

²⁴⁾ Predari a. a. D. S. 684.

²⁵⁾ Predari a. a. D. S. 684.

²⁶⁾ AG. 68, 175/76 = J.W. 1908, 311; 71, 164; 71, 220 = J.W. 1909, 453; 76, 89 = J.W. 1911, 544; 77, 140 = J.W. 1911, 48; 101, 73; 103, 418; 108, 407 = J.W. 1925, 240; AG. 1931, 2230³.

²⁷⁾ AG. 68, 175/76 = J.W. 1908, 311; 103, 418; 108, 407; AG.: J.W. a. a. D.; DKG. 13, 330; AG.: SteuffArch. 56, 80; DKG. München: Bahnhofslg. 56, 80.

²⁸⁾ Siehe Anm. 27, insbes. AG. 68, 176 und DKG. München a. a. D.

²⁹⁾ Siehe Anm. 27, insbes. AG. 71, 164 und AG.: J.W. a. a. D.

³⁰⁾ Enneckerus-Nipperdey § 168 Anm. 12, S. 553; v. Tuhr II, 2 S. 366; Blanck, Komm. z. BGB., 4. Aufl., § 181, 1 e S. 481; Staub, Anh. zu § 58 BGB. Anm. 33, S. 332; AG-Komm. § 181 S. 303 u. 305, unter teilweiser Abänderung seines früheren Standpunkts; Dertmann, Komm. z. BGB., Allg. Teil, 3. Aufl., § 181, 5 d mit gew. Einschränkungen in Anm. 5 b; DKG. 13, 330/31.

³¹⁾ Mugdan, Materialien I S. 759.

widerstreit, sondern nur die Art des Geschäftsschlusses durch Selbstkontrahieren verbieten wollen. Wenn ihn hierzu allerdings auch der Wille veranlaßte, einen Interessenwiderstreit nach Möglichkeit zu verhindern, so hat er dies in der Gesetzesnorm absichtlich nicht zum Ausdruck gebracht, da dieser Grundgedanke bei Anwendung des § 181 BGB. wegen der sonst eintretenden Verkehrssicherheit nicht berücksichtigt werden soll. Auf die Entstehungsgeschichte des § 181 BGB. können sich also nicht die Vertreter einer analogen Anwendung des § 181 BGB.³²⁾ berufen, sondern die Gegner derselben³³⁾.

Vor allem ist aber folgendes zu berücksichtigen: der § 181 interpretiert gewissermaßen in jede Vollmacht hinein: „Nedoch ist dem Vertreter ein Insichgeschäft außer bei besonderer Gestaltung oder einem ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit bestehenden Rechtsgeschäft verboten.“ Er schränkt hiermit den Umfang einer jeden, auch sonst unbeschränkten Vertretungsmacht gesetzlich ein. Diese Einschränkung soll die nach außen wirkende Vertretungsmacht selbst treffen, nicht aber eine Wirkung des Innen- auf das Außenverhältnis darstellen. Sie macht das Insichgeschäft ungültig, unabhängig davon, ob ein Interessenwiderstreit vorliegt oder nicht. Ferner ist das Insichgeschäft ungültig ohne Rücksicht darauf, ob der Dritte wüßte oder hätte wissen müssen, daß es sich um ein Insichgeschäft handele. § 181 stellt es also weder auf die Interessenslage noch auf das Kennen oder Kennenmüssen des Vorliegens eines Insichgeschäfts ab. Beides wird aber bei der analogen Anwendung des § 181 berücksichtigt. Bezüglich der Interessenslage ist dies schon dargelegt. Die Analogie will ja gerade die Fälle eines reinen Interessenwiderstreits erfassen. Würde sie, wie § 181 für das Insichgeschäft, dies tun, ohne Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis des Dritten von dem Interessenwiderstreit zu verlangen, so würde damit in unzulässiger Weise in den Vertrauenschutz eingegriffen. Es würde eine ungeheure Gefährdung der Verkehrssicherheit eintreten. Jeder Dritte, der beim besten Willen eine äußerst versteckt vorliegende Interessenkollision nicht erkennen könnte, würde gegenüber dem Vertretenen rechlos werden. Die Vertretung würde den größten Teil ihres Wertes verlieren. Die Anhänger einer analogen Anwendung des § 181 verlangen deshalb auch Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis des Dritten von dem Interessenwiderstreit, indem sie ihm eine Nachprüfungspflicht auferlegen für den Fall, daß er bezüglich eines Interessenwiderstreits hätte Verdacht schöpfen müssen³⁴⁾. Sie interpretieren also in den § 181 eine in ihm nicht enthaltene Berücksichtigung der Interessenslage hinein und damit gleichzeitig ein im § 181 nicht enthaltenes subjektives Moment, das Kennen oder Kennenmüssen eines Interessenwiderstreits. Eine analoge Anwendung des § 181 auf die Fälle eines Interessenwiderstreits ist daher abzulehnen. Zu demselben Ergebnis, zu dem die Anhänger einer analogen Anwendung des § 181 mit dieser Analogie kommen wollen, kommt man m. E. ebensogut, aber zwangloser mit der oben dargelegten Anwendung der den §§ 169—173 zugrunde liegenden Rechtsgedanken, mit der sich sogar noch wesentlich mehr erreichen läßt als mit einer analogen Anwendung des § 181, da sich mit der analogen Anwendung der §§ 169—173 nicht nur, wie bei einer analogen Anwendung des § 181, die Fälle erfassen lassen, in denen der Vertreter in unzulässiger Weise für sich selbst interzediert, also seine Vertretungsmacht im eigenen Interesse missbraucht, sondern alle Fälle, in denen der Vertreter lediglich objektiv — ob im eigenen Interesse oder nicht, ob bewußt oder unbewußt — das Innenverhältnis überschreitet und dem Dritten dies bekannt war oder hätte bekannt sein müssen.

³²⁾ Bauer-Mengelberg: J.W. 1931, 2229; Hoeniger: DKG. a. a. D.

³³⁾ AG. 68, 176 = J.W. 1908, 311.

³⁴⁾ Hoeniger: DKG. a. a. D.; Bauer-Mengelberg, Generalvollmacht S. 40 und J.W. 1931, 2230.

Die Rechtsprechung des Reichsfinanzhofs zur Wertzuwachssteuer.

Von Reichssinanzrat Dr. Voethke, München.

Einleitung.

Die Zuwachssteuer war ursprünglich als Reichssteuer gestaltet. Das RZuwStG. v. 10. Febr. 1911 sah aber schon vor (§ 58), daß an dem Ertrage der Steuer die Bundesstaaten, Gemeinden und Gemeindeverbände zu insgesamt $\frac{50}{100}$ beteiligt sein sollten. Durch RGes. v. 3. Juli 1913 wurde der Reichsanteil außer Acht gelassen, so daß die Steuer aufhörte, eine Reichssteuer zu sein. Die Verwaltung der Steuer stand den Landesbehörden zu; für die gerichtliche Entscheidung waren an oberster Stelle die obersten Landesverwaltungsgerichte zuständig, und wo keine Verwaltungsgerichtsbarkeit bestand, das RG.

Die Wandlungen darzustellen, die seitdem die Steuer erfahren hat, ist in dem Rahmen dieser Ausführungen nicht möglich¹⁾. Zur Zeit werden Zuwachssteuern jedenfalls nur auf Grund landesrechtlicher Vorschriften erhoben, denen das RZuwStG. in weitem Maße als Muster gedient hat. Früher hatte die Reichsfinanzverwaltung dafür gesorgt, daß durch amtliche Veröffentlichung der grundsätzlichen oberstgerichtlichen Entscheidungen Rechtseinheit gesichert wurde. Die „Amtlichen Mitteilungen über die Zuwachssteuer“, die allmählich zum „Reichssteuerblatt“ umgestaltet wurden, dienten diesem Zwecke. Jetzt fehlt es an einer solchen Zeitschrift, so daß es schwer ist, die Rechtsprechung in den einzelnen Ländern zu verfolgen. Es wird deshalb als zweckmäßig empfunden werden, wenn wenigstens die Rechtsprechung des ThürG., der zur Zeit für die Zuwachssteuern von Thüringen, Lübeck und Lippe an oberster Stelle zuständig ist, einmal, übersichtlich geordnet, mitgeteilt wird.

Die Landesgesetze werden den Lesern dieser Zeitschrift nicht immer leicht zugänglich sein²⁾; während das RZuwStG. im RGBl. leicht aufzufinden ist. Deshalb sind die Rechtsätze des ThürG., soweit es möglich ist, so mitgeteilt, als seien sie zu den entsprechenden Vorschriften des Reichsgesetzes ergangen. Im übrigen soll durch die kurzen Erläuterungen das Verständnis erleichtert werden. Für Thüringen kommt das Gesetz über die Inflationszuwachssteuer vom 28. April 1928 in Betracht. Das Gesetz über die allgemeine Wertzuwachssteuer nimmt auf das andere Gesetz Bezug und hat nur wenige Sondervorschriften. In Lübeck gilt das Gesetz über die Erhebung einer Wertzuwachssteuer v. 28. März 1928; in Lippe das WertzuwachssteuerG. v. 26. Sept. 1927.

Rechtsfälle.

1. § 14 Nr. 3 RZuwStG. (§ 17 I Nr. 3 ThürGef.).

Zu den Verbesserungen kann nicht ein hinzuerworbenes und mit dem Hauptgrundstück verbundenes Landstück gerechnet werden (Urt. v. 3. Febr. 1931, II A 620/30 [Kartei³⁾] ThürGef. § 17 I Nr. 3 R. 1]).

Der Wert der Aufwendungen und sonstiger Verbesserungen, die der Veräußerer gemacht hat, sind dem Erwerbspreis zuzurechnen. Wird das Grundstück durch Erwerb eines Landstücks vergrößert, so ist das keine Verbesserung in diesem Sinne. Dieses Landstück ist steuerlich für sich zu betrachten.

2. § 16 RZuwStG. (§ 17 I Nr. 5 ThürGef.).

Bei den Berechnungen des § 17 Nr. 5 sind nicht nur volle Kalenderjahre zu berücksichtigen. Maßgebend ist vielmehr die natürliche, aus § 188 Abs. 2 BGB. sich ergebende Zeitmessung und die sich danach ergebende Zahl voller Jahre (Urt. v. 3. Febr. 1931, II A 630/30 [Kartei ThürGef. § 17 I Nr. 3 R. 1]).

Das Reichsgesetz ergibt klar, daß Kalenderjahre gemeint sind. Gerade daraus ist zu folgern, daß das ThürGef. bloße Zeitjahre meint. Danach sind die Hunderthalte festzustellen, die

¹⁾ Vgl. Markull, Reichs- und Landesrecht der Zuwachssteuer, Heft Stuttgart 1928; Voethke: DStBl. 1929, 33.

²⁾ Sie sind bei Markull a. a. O. abgedruckt.

³⁾ Unter „Kartei“ ist die Kartei von Mrozek (jetzt Arlt und Grünwald), Verlag Dr. O. Schmidt, Köln, Hanfhausen, gemeint.

dem Erwerbspreis für jedes Jahr der für die Steuerberechnung maßgebenden Zeitdauer zuzurechnen sind.

3. § 16 RZuwStG. (§ 17 II ThürGef.).

Als „Tag, der für die Feststellung des Erwerbspreises in Betracht kommt“ i. S. von § 17 Abs. 2 ist anzusehen: falls ein zur Eigentumsübertragung verpflichtendes Veräußerungsgeschäft abgeschlossen war, der Tag des Abschlusses des Rechtsgeschäfts, sonst der Tag der Vollendung des Rechtsvorganges, der die Rechtsänderung bewirkt hat (Urt. vom 7. Juli 1931, II A 124/31 [ThürG. 29, 122 = Kartei § 17 I Nr. 2 R. 1]).

Das ThürGef. sieht, wie auch andere Landesgesetze, im Gegensatz zum RZuwStG., vor, daß die Steuerpflicht nicht durch den (sachenrechtlichen) Eigentumsübergang, sondern durch das schuldrechtliche Geschäft aufgelöst wird. Es fragt sich, welches der Tag des Erwerbes ist. Voraussetzung für die Entstehung einer Inflation zuwachssteuer ist zwar, daß der Veräußerer innerhalb der Zeit vom 1. Jan. 1919 bis zum 31. Dez. 1924 das bürgerlich-rechtliche Eigentum erworben hat (§ 18 FinAusglG.; ThürG. 24, 85). Für die Frage aber, welcher Tag bei der Zurechnung von Zuschlägen als Erwerbstag gilt, ist der Tag maßgebend, der für die Feststellung des Erwerbspreises in Betracht kommt, und das ist der Tag des schuldrechtlichen Erwerbsgeschäftes.

4. §§ 17 Abs. 1, 20 Abs. 1 RZuwStG. (§ 15 I Nr. 2 ThürGef.).

Ist das Grundstück durch ein aus entgeltlichem Geschäft und aus Schenkung gemischem Geschäft erworben, so ist hinsichtlich des Erwerbwertes das Grundstück in einen entgeltlich und in einen unentgeltlich erworbenen Anteil nach dem Verhältnis des Entgelts zu dem das Entgelt übersteigenden Teil des gemeinen Wertes zu zerlegen. Danach ist die Steuer für jeden Teil gesondert festzustellen, und zwar unter Aufteilung auch des Veräußerungspreises nach dem bezeichneten Verhältnis (Urt. v. 21. Sept. 1932, II A 162/32 [Kartei ThürGef. § 15 Abs. 1 Nr. 2 R. 1]). Diese Entscheidung steht im Einklang mit der Rechtsprechung des preuß. und sächs. DVG. zum RZuwStG.

5. § 22 Nr. 1 RZuwStG. (§ 22 ThürGef.).

Zu den Kosten der Veräußerung und Übertragung können auch Werbungskosten (z. B. Zeitungsanzeigen, Reisen) gehören (Abweichung von der Rechtsprechung des PrDVG.) (Urt. v. 19. Febr. 1930, II A 33/30 [Kartei ThürGef. § 22 R. 1]).

Diese Entscheidung betrifft Kosten, die vom Veräußerungspreis abgerechnet werden können. Im Gegensatz zum PrDVG. wird angenommen, daß auch Werbungskosten, die die Veräußerung ermöglichen sollten, zu diesen Kosten gehören.

6. § 29 Abs. 1 RZuwStG. (§ 28 I ThürG.).

a) Sucht ein dinglicher Gläubiger aus einem zur Konkursmasse gehörenden Grundstück abgesonderte Besiedigung, so scheidet das Grundstück dadurch allein, nicht aus der Konkursmasse aus.

b) Beantragt der Gläubiger die Zwangsversteigerung, so gehört die aus Anlaß der Versteigerung entstandene Zuwachssteuer zu den Masselosten, nämlich zu den Kosten der Verwaltung der Masse, auch wenn der Konkursverwalter dem Versteigerungsverfahren nicht beigetreten ist.

c) Ist im Zwangsversteigerungsverfahren der Bischlag erteilt, so ist der Umstand, daß die Zwangsversteigerung unzulässig war, auf die Steuerpflicht ohne Einfluß. Wird später auf dem Vergleichungswege die Zahlung des Erstehers gegenüber dem Konkursverwalter erhöht, so tritt nicht erhöhte Steuerpflicht ein, insbesondere dann nicht, wenn der Vergleich sich nur auf die Rechte bezieht, die dem Konkursverwalter aus der von ihm behaupteten Unzulässigkeit der Versteigerung entstanden sein sollen (Urt. v. 27. Aug. 1929, II A 422/29 [ThürG. 25, 328 = Kartei RZuwStG. § 29 Abs. 1 R. 1 = J.W. 1929, 3337]).

Diese Entscheidung betrifft die überaus wichtige Frage, ob die Steuer, wenn während des Konkursverfahrens das Grundstück auf Antrag eines dinglichen Gläubigers versteigert worden ist, die Steuer aus der Masse zu zahlen ist. Der RTfH. bejaht das. Das PrDVG. hatte es verneint. Seine Auffassung ist die, daß die Masse nur haftet, wenn der Konkursverwalter am Verfahren beteiligt war. Das kann aber nicht richtig sein. Entweder fällt die Steuer stets der Masse oder stets dem Gemeinschuldner zur Last. Alles andere ist sinnwidrig.

7. § 29 Abs. 1 RZuwStG. (§§ 28 I 33, 34 ThürGes.).

Kann bei der Veräußerung (Zwangsvorsteigerung) eines zur Konkursmasse gehörenden oder aus ihr ausgeschiedenen Grundstücks die Abgabe einer Wertzuwachssteuererklärung gefordert werden? (Urt. v. 16. Dez. 1931, II A 582/31 [RStBl. 1932, 152]).

Die Frage ist bejaht, weil immerhin eine Möglichkeit besteht, daß eine Steuer zur Hebung kommt.

8. § 29 Abs. 1 RZuwStG. (§ 28 Abs. 1 ThürGes.).

Wird ein an sich zur Konkursmasse gehöriges Grundstück während des Konkurses versteigert, nachdem es vom Konkursverwalter freigegeben worden war, so haftet nicht die Konkursmasse, sondern der Gemeinschuldner für die Wertzuwachssteuer. Auch § 10 RAbgO. n. F. schlägt regelmäßig nicht ein (Urt. v. 6. April 1932, II A 393/31 [RTfH. 30, 264 = Kartei § 29 Abs. 1 R. 1 = JW. 1932, 1479 nebst Ann. Erler]).

Durch diese Entscheidung ist nicht etwa die Entscheidung v. 27. Aug. 1927 (oben zu 6) ausgegeben. Das Unbefriedigende des Rechtszustandes ist berührt, da selbst bei sehr hoher Steuer (wie sie bei den hohen Inflationsgewinnen keine Seltenheit ist) der Steuergläubiger nicht zu seinem Rechte kommt. Abhilfe ist nur durch Gesetz möglich.

9. § 29 Abs. 1 Satz 2 RZuwStG. (§ 28 Abs. 1 Satz 2 ThürGes.).

Die Vorschrift: „Mehrere Steuerpflichtige haften als Gesamtschuldner“ bezieht sich nicht auf den Fall, daß mehrere Bruchteilseigentümer ein Grundstück veräußern. Sie kann sich nur auf Gesamthandverhältnisse beziehen (Urt. v. 19. Okt. 1932, II A 39/32).

Diese Entscheidung steht im Einklang mit der früheren

Rechtsprechung des PrDVG. und des BadVerwG. zur Reichszuwachssteuer.

10. § 16 ThürGes.

Restaufgeldverpflichtungen und Restaufgeldhypotheken, die bei Erwerb des Grundstücks begründet worden sind, gehören nicht zu den „übernommenen“ Verpflichtungen und Lasten i. S. des § 16 (Urt. v. 2. Febr. 1932, II A 466/31 [Kartei § 16 R. 1]).

§ 16 handelt von Aufwertungshypothen usw., die beim Erwerb des Grundstücks in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen worden sind.

11. § 29 Abs. 3 ThürGes.

Steuerfreiheit ist nicht ausgeschlossen, wenn der Veräußerer mit der Herstellung neuer Wohnungen begonnen hat, schon ehe der Veräußerungsvertrag zustande gekommen ist. Voraussetzung ist nur, daß der Entschluß, neue Wohnungen herzustellen, mit der Veräußerung in ursächlichem Zusammenhang steht und daß bei Baubeginn hinreichend sichere Aussicht auf das Zustandekommen der Veräußerung besteht (Urt. v. 18. März 1930, II A 66/30 [Kartei § 29 Abs. 2 R. 1]).

Die Vorschrift gibt ein Recht auf Stundung und Erlaß, wenn der Veräußerer den ganzen Veräußerungspreis innerhalb eines Jahres seit dem steuerpflichtigen Rechtsvorgang zur Herstellung von Wohnungen ohne speulative Absicht verwendet.

12. § 29 Abs. 3 ThürGes.

Die Annahme, daß der Veräußerer den gesamten Veräußerungspreis zur Herstellung von Wohnungen verwendet hat, wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß er einen noch nicht weit fortgeschrittenen Rohbau erwirbt und dann ausbaut. Dies gilt besonders dann, wenn der Bauunternehmer, von dem das Grundstück erworben ist, planmäßig Rohbauten herstellt und dann liegen läßt, bis sich ein Käufer findet, der den Bau nach eigenen Wünschen fertigstellt (Urt. v. 18. März 1930, II A 46/30 [Kartei § 29 Abs. 3 R. 2]).

13. § 17 Abs. 1 LübeckGes.

Die Befreiungsvorschrift des § 17 setzt voraus, daß der erzielte und bezahlte Kaufpreis und nicht anderes Geld für Neubau- (Umbau-) Zwecke verwendet ist (Urt. v. 6. März 1932, II A 441/31 [Kartei § 17 Abs. 1 R. 1]).

Wie wirkt eine nach dem Gesetz über die Einziehung kommunistischen Vermögens v. 26. Mai 1933 erfolgte Einziehung eines Grundstücks auf eine bereits angeordnete Zwangsverwaltung dieses Grundstücks?

Wird ein einer Zwangsvollstreckung unterliegendes Grundstück auf Grund des Gesetzes über die Einziehung kommunistischen Vermögens v. 26. Mai 1933 für den Staat, in dem es liegt, eingezogen, so fragt es sich, welche Wirkung das auf die Zwangsverwaltung und die Rechte des Zwangsverwalters hat.

Zur Lösung dieser im Ges. v. 26. Mai 1933 ausdrücklich nicht geregelten Frage könnte man zunächst daran denken, die Einziehung auf Grund des Ges. v. 26. Mai 1933 einer auf Grund des PrEnteigG. v. 11. Juli 1874 erfolgten Enteignung gleichzusetzen und, wie das die herrschende Meinung bei der Enteignung annimmt (vgl. Jaekel-Güthe, zu § 161 ZwVerfG. Ann. 6; Meinhard-Müller, zu § 26 ZwVerfG. Ann. II 1, zu § 161 Ann. I 7 u. 8), auch hier bei der Einziehung die Ansicht vertreten, daß zugleich mit dem Übergang des Eigentums auf den Staat die Zwangsverwaltung endige und der die Zwangsverwaltung aufhebende Beschluß lediglich ein formeller Abschluß der Akten ohne konstitutive Kraft sei. Die beiden Fälle, Enteignung und Einziehung des Grundstücks auf Grund des Ges. v. 26. Mai 1933 sind aber durchaus verschieden. Während auf Grund des § 45 EnteigG. alle Rechte an dem zu enteignenden Grundstücke erloschen, bleiben nach dem Ges. v. 26. Mai 1933 gemäß § 3 grundsätzlich alle Rechte an dem Grundstück bestehen. Bleiben sie aber bestehen, so muß auch die Möglichkeit gegeben sein, diese Rechte zu verfolgen; es muß also noch eine Zwangsverwaltung eingeleitet werden und eine bereits eingeleitete bestehen bleiben können.

Schon eher ließe sich die Parallele zur Enteignung ziehen, wenn auch die Hypothek an dem Grundstück für erloschen erklärt worden ist. Das ist nach § 3 des Ges. v. 26. Mai 1933 dann möglich, wenn mit der Hingabe des Gegenwerts eine Förderung kommunistischer Bestrebungen absehbar war. Aber auch hier besteht ein gewisser Unterschied zwischen beiden Fällen. Die Enteignung darf nur zu bestimmten

Zwecken, die im öffentlichen Interesse liegen, durchgeführt werden. Daß eine Zwangsvorwaltung mit diesem Zwecke unvereinbar ist und daher nach erfolgter Enteignung nicht mehr bestehen kann, leuchtet ein. Der persönliche Gläubiger muß dann diesem öffentlichen Interesse weichen. Eine derartige Widmung für einen öffentlichen Zweck besteht jedoch bei der Einziehung kommunistischen Vermögens nicht. Diese dient lediglich dazu, die Kommunistische Partei zu schwächen und für ihre staatsfeindlichen Bestrebungen zu bestrafen. Mit diesem Zweck ist die Durchführung einer Zwangsvorwaltung zugunsten eines privaten Gläubigers durchaus vereinbar. Sollte die Zwangsvorwaltung in diesem Falle fortfallen, so hätte das ausdrücklich im Gesetz bestimmt werden müssen. Die Zwangsvorwaltung dauert daher, wenn sie von einem Hypothekengläubiger zugleich wegen seiner persönlichen Forderung betrieben worden war, wegen dieser persönlichen Forderung noch fort. Man kann nicht etwa sagen, daß dadurch, daß die Hypothek für erloschen erklärt worden ist, stillschweigend zugleich auch die Erlöschenserklärung der persönlichen Forderung ausgesprochen worden sei. Das würde dem Sinne und Zweck des Gesetzes widersprechen. Das Gesetz will, wie schon dargelegt, die Kommunistische Partei schwächen und strafen. Würde man auch die persönliche Forderung des Hypothekengläubigers für erloschen erklären, so würde damit weben eine Stärkung des Staates noch auch eine Schwächung der Kommunistischen Partei erreicht. Vielmehr würde lediglich die Kommunistische Partei bzw. ihre Rechtsnachfolger von einer persönlichen Schulden befreit und zwar vielleicht zum Nachteil eines politisch im übrigen durchaus unbelasteten Kreditinstituts. Das liegt aber keinesfalls im Sinne des Ges. vom 26. Mai 1933. Die Erklärung des Staates, durch die die Hypothek für erloschen erklärt wird, läßt sich also — dem Sinn des Gesetzes entsprechend — nicht dahin auslegen, daß auch zugleich die persönliche Forderung für erloschen erklärt worden sei. Die wegen der persönlichen und dinglichen Forderung des Hypothekengläubigers angeordnete Zwangsvorwaltung dauert also noch wegen der persönlichen Forderung an.

Sollte nun — zweifellos dem Sinn des Gesetzes widersprechend — auch durch Staatsakt die persönliche Forderung für erloschen er-

klärt worden sein, so endet damit die Zwangsverwaltung auch noch nicht. Der Staat kann jetzt nur, wenn der betreibende Gläubiger von sich aus den Zwangsverwaltungsantrag nicht zurücknimmt, die Aufhebung der Zwangsverwaltung nach § 767 BGB. erreichen. Bis zu diesem Zeitpunkt dauert aber die Zwangsverwaltung noch fort. Denn die Zwangsverwaltung, die durch einen Staatsakt des Zwangsverwaltungsrichters eingeleitet worden ist, kann nicht durch den Staatsakt einer anderen Behörde, wie des PolPräf., sondern nur durch einen auf Aufhebung des die Zwangsverwaltung anordnenden Beschlusses gerichteten Beschluß des Zwangsverwaltungsrichters beendet werden.

Ist also eine Zwangsverwaltung über ein nach dem Ges. vom 26. Mai 1933 eingezogenes Grundstück angeordnet, so läuft sie bis zu der förmlichen Aufhebung des Verwalters noch fort. Der Staat darf also, wie jeder Erwerber eines der Zwangsverwaltung unterliegenden Grundstücks, den Zwangsverwalter nicht in seinem Besitz stören, er darf die Mieten nicht einzischen, keine erheblichen Veränderungen am Grundstück vornehmen usw. Stört er trotzdem den Zwangsverwalter, so stehen ihm die Besitzansprüche aus §§ 861, 867 BGB. zu.

Diese Besitzansprüche sind auch im ordentlichen Rechtsweg verfolgbar. Erhebt der Zwangsverwalter sie gegen den Staat, so wendet er sich nicht etwa gegen den Staatshoheitsakt der Entziehung oder der Beschlagnahme der Hypothek. Ihm erkennt er vielmehr durchaus an, er bestreitet nicht, daß der Staat Eigentümer und auch lastenfreier Eigentümer geworden ist. Man kann auch nicht etwa sagen, daß Zwangsverwalter und Staat im Verhältnis der Über- und Unterordnung zueinander standen. Beide sind vielmehr durchaus gleichgeordnet. Es liegen hier zwei Staatshoheitsakte vor, einmal die Entziehung des Grundstücks für den Staat und ferner der Beschluß über die Anordnung der Zwangsverwaltung und die Einsetzung des Zwangsverwalters. Beides sind Staatshoheitsakte, da sie nur von einem zuständigen Beamten vorgenommen werden konnten (PolPräf. kraft Delegation und Zwangsverwaltungsrichter auf Grund des ZwVerfG.). Beide Staatshoheitsakte lösten aber in gleicher Weise privatrechtliche Wirkungen aus. Der Zwangsverwalter hat das Recht zum Besitz des Grundstücks erlangt und der Staat ist Eigentümer des Grundstücks mit allen privatrechtlichen Rechtsfolgen geworden. Da nach § 26 ZwVerfG. der Eigentumsübergang auf den Fortgang der Zwangsverwaltung keinen Einfluß hat, ist der Staat, der zwar auf Grund eines Staatshoheitsaktes Eigentümer geworden ist, nunmehr aber in gleicher Weise wie jeder andere Eigentümer dem Privatrecht untersteht, verpflichtet, den Zwangsverwalter, solange die Zwangsverwaltung andauert, in seinem Besitz nicht zu stören. Für die Regelung der Besitzverhältnisse stehen sich also Zwangsverwalter und Staat durchaus als Gleichberechtigte gegenüber. Beide haben ihr Recht — der Zwangsverwalter sein Besitzrecht und der Staat sein Eigentum — auf Grund eines Staatshoheitsaktes erlangt, beide sind jedoch, soweit es sich um die Wirkungen des Staatshoheitsaktes handelt, dem Privatrecht unterstellt.

Es ergibt sich mithin, daß, solange die Zwangsverwaltung eines nach dem Ges. v. 26. Mai 1933 für den Staat eingezogenen Grundstücks andauert, der Zwangsverwalter gegen den Staat einen im ordentlichen Rechtsweg verfolgbaren Anspruch auf Unterlassung jeder Störung seines Besitzes als Zwangsverwalter hat.

R. Dr. Anne-Gudrun Meier-Scherling,
Naumburg a. d. S.

der Urteilschelte aus, auch wenn er die Rechtsfälle noch so elegant entwickelt und auf den Tatbestand so, wie er ihn festgestellt hat, richtig zur Anwendung gebracht hat.

Die Gefahr, hier nicht mit der gebotenen Vorsicht zu verfahren, ist bei schriftlichen Verfahren besonders groß, auch um deswillen, weil an die Beweismittel nicht so strenge Anforderungen von dem Gesetzgeber gestellt werden als im mündlichen Prozeßverfahren. Wenn das Gesetz nicht bestimmte Garantien schafft, die erfahrungsgemäß eine zuverlässige Ermittlung der Wahrheit erleichtern, sondern es dem freien Ermessens des Richters überläßt (§ 48 Abs. 1 LandwEntschG.), so darf doch diese Ermessensfreiheit nicht gleichgesetzt werden mit Ermessenswillkür. Nur an ein pflichtig gemäßes Ermeßen denkt der Gesetzgeber.

Ich habe den Eindruck, als ob mitunter von den Gerichten verkannt wird, daß sie für ihre Entscheidungen allein verantwortlich sind, daß sie sich daher nicht etwa darauf beschränken dürfen, von dem Gemeindeworsteher, dem Amtswohler oder dem Landrat eine Bescheinigung einzuholen und dann, wenn diese dem Antragsteller ungünstig lautet, ohne weiteres den Antrag auf Öffnung des Entschuldungsverfahrens abzulehnen. Das ließe sich ausnahmsweise vielleicht noch rechtfertigen, wenn sich diese Äußerungen nicht darauf beziehen, ein Urteil abzugeben, sondern auch die Tatsachen anzuführen, die ihrer Meinung nach ihr Urteil begründen und wenn sie die Quellen angeben, aus denen sie ihre Erkenntnis geschöpft haben. Wenn sich die Behörden aber nur mit einem summarischen Urteil begnügen, daß nach ihren Erkundigungen Persönlichkeit und Wirtschaftsweise des Antragstellers keine Gewähr für eine erfolgreiche Durchführung des Entschuldungsverfahrens böten, so handelt der Richter pflichtwidrig, wenn er sich mit einer solchen nichtssagenden Plausibilis begnügt und ohne weitere Ermittlungen den Öffnungsantrag ablehnt. Denn dann hat er sich in Wirklichkeit gar nicht selbst eine eigene Überzeugung gebildet, sondern hat unbedingt ohne eigene Nachprüfung, ja auch nur ohne die Möglichkeit irgend einer Nachprüfung, die Beurteilung der Sachlage durch den Gemeindeworsteher usw. seiner Entscheidung zugrunde gelegt. Der Richter hat dann nur formal selbst eine Entscheidung getroffen; inhaltlich handelt es sich um eine Entscheidung der Auskunftsperson. Der Richter aber und nicht die Verwaltungsbehörde soll diese Entscheidung, die von grösster Tragweite ist, treffen.

Erhebliche Schwierigkeiten macht in einzelnen Fällen die Entscheidung der Frage, ob ein landwirtschaftlicher, forstwirtschaftlicher oder gärtnerischer Betrieb vorliegt oder nicht.

Wiederholt ist mir die irrite Ansicht begegnet, daß nur solche landwirtschaftlichen usw. Betriebe Anlaß zur Schuldenregelung für den Betriebsinhaber bilden könnten, die wenigstens den Umfang einer selbstständigen Ackernahrung hätten. Während aber das RERhG. v. 29. Sept. 1933 (RGBl. I, 685) sich nur auf Grundbesitz bezieht, der in indefens den Umfang einer Ackernahrung hat und im Gegensatz unter das RSiedlG. v. 11. Aug. 1919 (RGBl. 1429) i. d. Fass. des Ges. v. 27. Juni 1923 (RGBl. I, 364) nur Siedlungen bis höchstens im Umfang einer Ackernahrung fallen, bestehen für das LandwEntschG. keinerlei Bestimmungen über die Größe des Betriebes. Auch läßt sich nicht mittelbar aus irgendwelchen Bestimmungen des Gesetzes entnehmen, daß es sich wie das RERhG. nur auf Grundstücke im Umfang wenigstens einer Ackernahrung beziehen soll. Insbesondere kann man das auch nicht aus § 106 Abs. 2 entnehmen, wonach das Gesetz auf Siedlungsbetriebe — gemeint sind nur Siedlungsbetriebe im Sinn des RSiedlG. (vgl. Hartmening-Pähöld S. 298) — keine Anwendung finden soll. Der Grund für diese Ausnahmebestimmung ist der, daß für solche Siedlungsbetriebe besondere Sicherungsvorschriften bestehen, welche die Öffnung eines besonderen Entschuldungsverfahrens auf Grund des LandwEntschG. entbehrlich machen. Alle anderen Betriebe im Umfang von weniger als einer Ackernahrung, wenn sie nicht Siedlungsbetriebe (i. S. des RSiedlG.) sind, werden von dem LandwEntschG. auch erfaßt.

Voraussetzung ist lediglich, daß irgendein landwirtschaftlicher usw. Betrieb vorliegt. Seine Größe ist gleichgültig. Man kann allerdings, wie Hartmening-Pähöld S. 44 hinzufügen, von einem Betrieb nur dann sprechen, wenn die Anlage „eine gewisse Bedeutung“ hat. Unter welchen Umständen man einen Betrieb eine derartige Bedeutung zusprechen muß und unter welchen Umständen er als bedeutungslos, als Scheinbetrieb, zu gelten hat, darüber sagen die Kommentatoren nichts. Und das mit gutem Grunde. Denn allgemeine Regeln lassen sich hier kaum aufstellen, da es wesentlich auf die konkreten Umstände des einzelnen Falles ankommt, ob man von einem solchen Betrieb sprechen kann oder nicht. Intensiv ausgenutztes Land, das gärtnerisch benutzt wird, so mit Unzucht von Gemüse, oder eine Obstplantage, wird auch, wenn es geringen Umfang hat, eher als ein Betrieb angesehen werden können als ein Stück Wiese, ein Acker, ein Stück Wald in der gleichen Größe.

Einige Beispiele aus der Praxis der Beschwerdekammer des LG. Potsdam mögen zeigen, wie diese Grundsätze hier in der Praxis gehandhabt werden.

In 6 T 1048/33 ist ausgeprochen worden, daß schon die drei Morgen, die dem Antragsteller zu Eigentum gehören und die er mit Obstbäumen bepflanzt hat, „bei weitem ausreichen, um die Grundlage eines Obstbaubetriebes zu bilden“. Hinzugerechnet werden müßten dann aber auch noch die sieben Morgen, die zur Zeit noch nicht bepflanzt sind, von dem Antragsteller aber für die Bepflanzung mit Obstbäumen in Aussicht genommen worden sind. Denn „auch durch vorübergehende anderweitige Benutzung oder durch vorübergehendes Brachliegen verliert ein für die Landwirtschaft bestimmtes und geeignetes Grundstück nicht seinen Charakter als landwirtschaftliches Grundstück“.

In 6 T 1049/33 handelt es sich um ein nur 1238 qm großes Grundstück, das mit Obstbäumen und Beerensträuchern bepflanzt ist und mit Kartoffeln und Gemüse bestellt wird. Die Erzeugnisse werden von dem Antragsteller für seine Familie verbraucht. Hier hat das LG. ausgeführt, daß es sich um einen Grenzfall handle, bei dem erst nach weiteren Ermittlungen entschieden werden könnte, ob es sich um einen gärtnerischen Betrieb handle oder nicht. Es wird dabei ausgeführt, daß schon durch den Zusatz „gewisse“ zum Ausdruck komme, daß die Anforderungen an die Bedeutung des Betriebes nicht zu hoch gespannt werden dürften. Im Zweifel sei anzunehmen, daß ein Betrieb vorliege. Zweifelhaft sei, ob der Maßstab, den man anlegen müsse, ein objektiver oder ein subjektiver sei müsse, ob es also auf die wirtschaftliche Bedeutung des Betriebes für die Allgemeinheit abzustellen sei oder ob entscheidend sei die Bedeutung, die der gärtnerische Betrieb für den Betriebsinhaber habe. Eine Entscheidung dieser Zweifelsfrage hat das LG. nicht gegeben, weil das nach Lage der Sache hier nicht nötig war. Ich neige aber zu der Ansicht, daß ein objektiver Maßstab anzulegen ist, weil es sonst zu noch schwereren Ungleichheiten kommt als im andern Fall. So kann ein 100 qm großer Garten für einen Erwerbslosen wirtschaftlich von erheblich größerer Bedeutung sein als ein 50 mal größerer Garten für einen Fabrikbesitzer. Und doch wäre es unbefriedigend und schwer verständlich, wenn man zwar den Kleingarten des Erwerbslosen als schutzwürdigen Betrieb ansehen wollte, dem großen Garten des Fabrikbesitzers aber diesen Schutz entziehen würde.

In 6 T 1181/33 handelt es sich um einen gelernten Gärtner, der, seitdem er im Jahre 1924 das Grundstück gekauft hatte, auf ihm Frühbeetkulturen betrieb, Stauden, Schnittblumen, Knollen, Primeln, Flieder, Gemüse, Obst und Beerenobst heranzog und verkaufte. Obwohl das Grundstück nur 1500 qm groß ist, sprach sich die Beschwerdekommission dahin aus, daß kein Zweifel darüber bestehe, daß es sich um einen entzuldigungsfähigen Betrieb handle. In dem Beschluß wird folgendes ausgeführt: „Bloße Scheinbetriebe und bloße Haushäfen von geringfügiger Bedeutung können allerdings nicht als Betrieb im Sinne des Gesetzes angesehen werden. Die Grenze ist flüssig. Die Beschwerdekommission steht auf dem Standpunkt — ohne diese Frage, die hier nicht zur Erörterung steht, hiermit entscheiden zu wollen —, daß sogar ein intensiv gärtnerisch genutzter Haushof als ein gärtnerischer Betrieb im Sinne des Gesetzes auch dann anzusehen ist, wenn der Inhaber des Betriebes das Gemüse und Obst nur zum Selbstgebrauch, nicht zum Verkauf, zieht. Daran aber kann nach der Überzeugung der Beschwerdekommission nicht der geringste Zweifel bestehen, daß ein gelernter Gärtner, der seinen 15 a großen Haushof zu Erwerbszwecken gärtnerisch ausnutzt, als Inhaber eines gärtnerischen Betriebes anzusehen ist. Bei einem gelernten Gärtner, der seinen Haushof zu Erwerbszwecken gärtnerisch ausnutzt, wird man sogar dann, wenn dieser Haushof noch erheblich kleiner ist, die Frage bejahen müssen, daß es sich um einen gärtnerischen Betrieb im Sinne des Gesetzes handle. In einem solchen Fall wird man sogar die Auffassung vertreten müssen, daß selbst ein ganz kleiner Haushof genügt, außer wenn es sich um einen Scheinbetrieb handelt.“

Es wäre von Interesse, auch von anderen Beschwerdekommissionen Entscheidungen über diese Grundfrage zu erhalten.

LGDir. Dr. Albert Hellwig, Potsdam.

Der Vollstreckungsschutz nach dem ErbhofG. in seinem Verhältnis zum allgemeinen und landwirtschaftlichen Vollstreckungsschutz.

I.

Während § 19 b zw. Vollstr. MagazinWD. v. 26. Mai 1933 (RGBl. 302) das Verhältnis zwischen allgemeinem und landwirtschaftlichem Vollstreckungsschutz regelt, fehlt eine entsprechende Vorschrift im ErbhofG. Es ist deshalb zweifelhaft, ob neben den Vollstreckungsbeschränkungen des ErbhofG. für Erbhöfe weiterhin der allgemeine und landwirtschaftliche Vollstreckungsschutz nach den WD. v. 26. Mai 1933 und v. 14. Febr. 1933 (RGBl. 63) nebst den AusfWD. gilt. Wegen man - Höpp., Ann. 3 zu § 38 scheinen die §§ 38, 39, 59 ErbhofG. als abschließende Regelung anzusehen, ebenso Vogels, wenn er in J.W. 1933, 2308 sagt, der Gläubiger könne unbeschränkt in das außer dem Erbhof vorhandene Vermögen voll-

strecken; in seinem Kommentar (Ann. 4 zu § 38) verweist Vogels dagegen auf die Vorschriften über den Vollstreckungsschutz. Nach Vollert (Schleswig-Holsteinischer Bauernbund 1933 Nr. 43 S. 3) gelten die Vollstreckungsschutz-Notverordnungen neben dem ErbhofG.

Es ist allerdings wohl nicht richtig, wie Vollert damit zu argumentieren, daß der Bauer durch das ErbhofG. nicht schlechter gestellt werden sollte als bisher. Im landwirtschaftlichen Vollstreckungsschutz gibt es eine ganze Reihe von privilegierten Forderungen, wegen deren in das Vermögen des Landwirts ohne andere Beschränkungen als § 811 BPD. vollstreckt werden kann (vgl. z. B. § 8 der 1. AusfWD. zu der VollstrSchWD. v. 14. Febr. 1933 (RGBl. 64)). Wegen dieser Forderungen kann aber in den Erbhof überhaupt nicht vollstreckt werden, wohl aber, wenn die §§ 38, 39, 59 ErbhofG. eine abschließende Regelung bedeuten, in Vermögensstücke des Bauern, die nicht zum Erbhof gehören. Bei einem Vergleich des Vollstreckungsschutzes nach der WD. v. 14. Febr. 1933 und nach dem ErbhofG. wird man kaum in Bausch und Bogen sagen können, daß die eine oder die andere Regelung dem Schuldner eine bessere Stellung verschafft.

Man wird von dem Gedankeninhalt des ErbhofG., daß ein „totales“ Gesetz sein will, ausgehen müssen, nicht von der WD. v. 14. Febr. 1933, die nur eine vorübergehende Notmaßnahme darstellt. Das ErbhofG. hat in den §§ 7—9 genau umschrieben, was zu einem Erbhof gehört und daher nach § 38 Abs. 1 der Vollstreckung nicht unterworfen ist. Es hätte dem Gesetzgeber freigestanden, den Begriff des Erbhofes so weit zu fassen, daß praktisch überhaupt kein erbhoffreies Vermögen vorhanden wäre. Er hat von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht, obwohl der landwirtschaftliche Vollstreckungsschutz nur befristet ist. Der Gesetzgeber hat also damit rechnen müssen und gerechnet, daß in absehbarer Zeit Vermögensstücke des Bauern, die nicht zum Erbhof gehören, der Vollstreckung nach den allgemeinen Vorschriften unterliegen würden. Mit anderen Worten: der Gesetzgeber hat nur diejenigen Vermögensstücke des Bauern geschützt, die geschützt werden müssten, um den Hof bei Kräften zu erhalten.

Von diesem Standpunkt aus wird auch das Verhältnis zum landwirtschaftlichen Vollstreckungsschutz klar: Dieselbe Funktion, die die WD. v. 14. Febr. 1933 nebst den AusfWD. für die ganze Landwirtschaft erfüllen sollte — nämlich die wirtschaftliche Substanz zu erhalten —, dieselbe Funktion erfüllt heute für die Erbhöfe der § 38 ErbhofG. Anders ausgedrückt: der Vollstreckungsschutz nach dem ErbhofG. stellt eine Regelung dar, die die Anwendung der Vorschriften über den landwirtschaftlichen Vollstreckungsschutz ausschließt. Es kann also z. B. vollstreckt werden außer in landwirtschaftliche Erzeugnisse (§ 39 Abs. 1) in Luxusgegenstände, bares Geld, Bank- oder Sparkassenguthaben und in Forderungen, die aus der Bewertung der im Betrieb gewonnenen Erzeugnisse stammen.

Nach dem eben Gesagten ist auch das Verhältnis des § 38 ErbhofG. zu dem allgemeinen Vollstreckungsschutz nach der WD. v. 26. Mai 1933 zu beurteilen: Der allgemeine Vollstreckungsschutz findet keine Anwendung, sofern die Vorschriften über den landwirtschaftlichen Vollstreckungsschutz Platz gegriffen hätten, wenn sie nicht für Erbhöfe durch das ErbhofG. ausgeschlossen worden wären.

RA. Dr. E. R. Prölß, Hamburg.

II.

Der in dem vorstehenden Aufsatz niedergelegten Rechtsauffassung möchte ich nicht zustimmen. Für die Meinung des Verf. spricht zwar, daß § 26 Abs. 3 SchuldenregelungG. v. 1. Juni 1933 es für erforderlich gehalten hat, die allgemeinen Vollstreckungsschutzvorschriften neben den Vorschriften des SchuldenregelungG. aufrechtzuhalten. Daraus, daß im ErbhofG. eine entsprechende Vorschrift fehlt, kann aber m. E. nicht der Schluß gezogen werden, daß die Rechtslage für das ErbhofG. anders zu beurteilen wäre. Das ErbhofG. schafft einen dauernden Rechtszustand, während das Vollstreckungsnotrecht nur eine Übergangsregelung für die Dauer der Notzeit schafft. Die beiden Gesetze sind also in ihrer Wirkungskraft nicht recht vergleichbar; das würde der erforderlich sein, um sagen zu können, daß das ErbhofG. als „totales“ Gesetz die Übergangsregelung des Vollstreckungsnotrechts ausschließt. Daß dies auch der Standpunkt des Gesetzgebers gewesen ist, erhellt aus der amtlichen Begründung zu dem Gef. v. 25. Okt. 1933 (RGBl. I, 779), durch das der landwirtschaftliche Vollstreckungsschutz bis zum 31. Dez. 1933 verlängert ist. Als Grund für die Notwendigkeit dieser Verlängerung ist dort angegeben, daß der allgemeine Vollstreckungsschutz trotz des Erbhofvollstreckungsschutzes deshalb noch weiter notwendig sei, weil im Einzelfall häufig noch nicht feststehe, ob ein Hof Erbhof ist, und weil auch das Entschuldigt für die Erbhöfe noch ausstelle. Gerade der letzte Grund beweist, daß der Gesetzgeber der Ansicht ist, daß der allgemeine Vollstreckungsschutz neben dem besonderen Erbhofvollstreckungsschutz für die Erbhöfe gilt.

MinR. Hartmann, Berlin.

Einige Fragen des landwirtschaftlichen Entschuldungsrechts.

Den Ausführungen des AGF. Pyrkosch: JW. 1933, 2628 ist zu den Fragen Nr. 1 u. 3 bis 5 beizutreten. Sie decken sich mit den entsprechenden Beantwortungen in dem führenden Kommentar von Harmening-Pähöld (zu 1: S. 261, Bem. 4d; zu 3: S. 47; zu 4: S. 261, Bem. 5; zu 5: S. 275, Bem. 3b u. S. 279/80, IV).

Die Frage zu 2 beantwortet sich aus dem Gesetz: „Sind die Tilgungsraten an die Entschuldungsstelle gezahlt, so hat diese die Forderung an den Gläubiger zu bezahlen, sobald die Tilgung der Forderung beendet ist“ (§ 14 Nr. 3 Satz 7). Beträgt nun aber die Verzinsung 4½% und die Tilgung ½%, so ist ohne besondere Vorschrift selbstverständlich, daß die Zinsen jeweils von der durch die Tilgung verkleinerten Forderung berechnet werden und der dadurch freigewordene Betrag der gleichbleibenden Jahresleistung als Tilgung angerechnet wird; die Tilgung wächst daher innerhalb der Jahresleistung von Mal zu Mal. Daran hat das Gesetz auch in den Fällen nichts geändert, in denen die Zinsen an den Gläubiger, die Tilgungsbeträge aber an die Entschuldungsstelle gezahlt werden. Freilich zahlt der Betriebsinhaber an beide jährlich gleichbleibende Beträge; in dem Zeitpunkt, zu dem die Forderung nach der obigen Berechnung getilgt ist, hat die Entschuldungsstelle dem Gläubiger die gesamte Forderung auszuzahlen, obwohl die immer gleichgebliebenen Tilgungsraten in ihrer Gesamtheit den Forderungsbetrag noch nicht erreicht haben können; die Entschuldungsstelle zahlt aber dem Gläubiger dessen ungeachtet den vollen Forderungsbetrag; das bedeutet: sie verzinst dem Gläubiger das Tilgungsguthaben mit 4½% (vgl. Harmening-Pähöld S. 109).

Die Ausführungen zur sechsten Frage müssen als versehlt bezeichnet werden. Der Verfasser hat verkannt, daß das Gesetz die Behandlung der nicht durch eine mündelichere Hypothek gesicherten Forderungen in den §§ 14—19 und die der mündelicher Forderungen in den §§ 83—85 regelt. Innerhalb dieser beiden Gruppen von Forderungen unterscheidet das Gesetz wiederum zwischen Forderungen, die vor dem 13. Juli 1931 entstanden sind, und Forderungen, die erstmalig und nicht im Wege der Schuldumwandlung nach dem 12. Juli 1931 entstanden sind. Die ersten behandelt das Gesetz in den §§ 14, 83 u. 84, die zweiten in den §§ 16, 17 Abs. 2 u. 85. Die Vorschrift des § 85 entspricht für die mündelicher Forderungen der für die nichtmündelicher Forderungen gegebenen Vorschrift des § 16; sie gilt ebenso wie die Vorschriften der §§ 83, 84, 86, 87 u. 91 bis 94 auf Grund des § 82 „für Entschuldungsbetriebe“; sie gilt daher sowohl für die im Entschuldungs- oder Zwangsvergleichsverfahren entstehenden Betriebe wie für diejenigen, die ohne Verfahren zu Entschuldungsbetrieben erklärt worden sind (Selbstentschuldung). Für die ungesicherten oder außerhalb der Mündelicherheitsgrenze gesicherten Forderungen gilt keiner der obengenannten Paragraphen; maßgebend für ihre Behandlung ist § 81 i. Verb. m. Art. 1 der 2. DurchfVO., d. h.: der Betriebsinhaber kann die Erklärung zum Selbstentschuldungsbetrieb nur beantragen, wenn für diese Forderungen eine bestimmte Höchstgrenze der für sie insgesamt aufzubringenden Jahresleistungen eingehalten wird und alle diese Forderungen unkündbare Tilgungsforderungen sind; diese Voraussetzungen sind außerhalb jeden Verfahrens im Wege freier Vereinbarung mit den Gläubigern von dem Betriebsinhaber herbeizuführen und bei Einreichung des Antrags dem Gericht nachzuweisen. Sind die Voraussetzungen erfüllt, so erklärt das AG. den Betrieb zum Entschuldungsbetrieb, indem es in Art. II des Grundbuchs einträgt: „Das Grundstück unterliegt der Entschuldung.“ Mit dieser Eintragung treten ohne weiteres Nutzen des Gerichts oder des Betriebsinhabers hinsichtlich der durch mündelichere Hypothek gesicherten Forderungen die in §§ 83—85 bestimmten Wirkungen ein. Für Steuerforderungen und andere öffentliche Abgaben, Rentenschulden, Reallasten und Forderungen, bei denen in erster Linie wiederkehrende Leistungen gefordert werden, gelten im Entschuldungs- und Zwangsvergleichsverfahren und bei der Selbstentschuldung, soweit es sich nicht um Rückstände handelt, an Stelle der Vorschriften der §§ 14—18 u. 83—85 des Gesetzes die besonderen Vorschriften des Art. 21 der 3. DurchfVO. Für diese Forderungen braucht daher der Betriebsinhaber der in § 81 i. Verb. m. Art. 1 der 2. DurchfVO. bestimmten Voraussetzungen weder nachzuweisen noch herbeizuführen, da ja auch im Verfahren ihre Regelung nicht „in bezug auf Verzinsung und Tilgbarkeit die Anforderung des § 14 erfüllen“ würde. Ebenso wird sich das Erfordernis der Festbeschreibung, Verzinsung und Tilgung auf laufende Lohnforderungen nicht erstrecken, da sie im Verfahren als nichtbeteiligte Forderungen behandelt werden würden.

GeAss. Dr. von Arnswaldt, Berlin.

Prozeßbürgschaft der Sparkassen.

Durch die VO. v. 13. Febr. 1924 ist die Bürgschaft als Prozeßbürgschaft üblich geworden. Da die Banken ihren Kunden durch solche „Prozeßbürgschaften“ helfen, fanden sich auch die Sparkassen dazu bereit. Die Bürgschaftsübernahme vollzieht sich aber bei einer Spar-

kasse in anderer Form als bei einer Bank. Die Nichtbeachtung dieser Unterscheidung hat wiederholt zu schweren Schädigungen der Bürgschaftsgläubiger geführt. Unter dem alten Sparkassenrecht hat sich die Rpr. wiederholt mit ungültigen Sparkassenbürgschaften beschäftigt. Zuletzt das RG. 127, 226 = JW. 1930, 1198. Es ist wiederholt vorgekommen, daß die Kassenbeamten — z. B. Rendant und Gegenbuchführer — die Bürgschaftsübernahme wie ein laufendes Geschäft behandelten und von ihnen unterschriebene Bürgschaftsscheine erstellten, während nach den Sparkassenregulierungen zur Gültigkeit die Unterschrift noch weiterer Personen, z. B. des Bürgermeisters als Vorsitzenden oder dessen Stellvertreter nötig war. Das neue Sparkassenrecht (VO. v. 20. Juli u. 4. Aug. 1932 [Ges. 241, 275], Ausf. Best. v. 12. Aug. 1932 [MBiB. 1932]) hat an der Formerschärfe für Bürgschaften nichts geändert. Wohl hat § 11 der neuen Mustersatzung (RdErl. v. 26. Aug. 1932 [MBiB. 853]) bei gewissen formbedürftigen Geschäften, z. B. bei Wechseln, Schecks, eine Erleichterung geschaffen, indem jetzt die Unterschrift von zwei vom Vorstand bestellten Beamten oder Angestellten genügt. Bei Bürgschaften verlangt aber § 11 die Unterschrift des Vorsitzenden des Vorstandes oder seines Stellvertreters gemeinsam mit der des Leiters der Sparkasse oder seines Stellvertreters unter Beifügung des Siegels der Sparkasse. Es fragt sich nun, ob das auch für Prozeßbürgschaften gilt.

Das OG. Düsseldorf hat — unter dem alten Sparkassenrecht — am 30. Dez. 1931, 3 U 158/31, für eine Bürgschaft, die zwecks Prozeßkauflauf gegeben war, eine Ausnahme statuiert. Es beurteilt den Streit einer, von einer Kreissparkasse-Zweigstelle gegebenen Bürgschaft, die entgegen ihrer Satzung allein von dem Leiter der Zweigstelle unterschrieben war. In der Begr. wird ausgeführt, daß die Sparkasse wie ein Bankunternehmen aufgetreten sei. In einem solchen Falle könne es auf die Best. der Satzung einem Dritten gegenüber nicht ankommen, wenn die Satzung besondere Erfordernisse aufstelle, die über das bankmäßig übliche hinausgehen. Die Best. der Satzung gästen nur für Geschäfte, die eine Sparkasse in Ausübung der ihr kraft öffentlichen Rechts zugeteilten Befugnisse ausführe. „Um solche handelt es sich bei der Gewährung einer Prozeßbürgschaft an einen Privatmann nicht.“ Es wird dann noch hinzugefügt, daß die Prozeßbürgschaft von einer Zweigstelle der Kreissparkasse gegeben worden und in der bei Prozeßkauflauf gebotenen kurzen Zeit gar nicht möglich sei, erst noch die Formersforderungen der Satzung zu erfüllen, also Einholung noch anderer Unterschriften als des Beamten der Zweigstelle. Dieser Begr. kann man nicht beitreten. Wenn die Sparkasse unter dem alten Sparkassenrecht Bankgeschäfte mache, so trat sie nicht aus dem Rahmen der gesetzlich zugewiesenen Befugnisse heraus, da sie schon durch Erl. v. 9. Okt. 1920 (MBiB. 388) und Erl. v. 15. April 1921 (MBiB. 128) zu Bankgeschäften, wenn auch mit gewissen Beschränkungen, ermächtigt war. In Fällen, wo die Sparkasse Wechselverbindlichkeiten übernommen hatte, ohne die in der Satzung dafür vorgeschriebenen besonderen Formersforderungen zu erfüllen, hat das OG. den Einwand nicht gelassen, daß die Sparkasse als Bankunternehmen gehandelt hätte (RG. 116, 227 = JW. 1927, 702 u. 247 = JW. 1927, 672). Auch unter dem neuen Sparkassenrecht ist es nicht anders. In der neuen Mustersatzung ist im § 34 die bankgeschäftliche Tätigkeit der Sparkassen geregelt, und wenn ihr Verfasser im § 11 die erschwerten Formersforderungen für Bürgschaftsübernahmen beibehält, so hat er natürlich auch an solche Bürgschaften gedacht, welche die Sparkasse innerhalb ihrer bankgeschäftlichen Tätigkeit übernimmt. Bürgschaften sind also auch noch heute nur gültig, wenn sie den Erfordernissen des § 11 der Mustersatzung entsprechen. Dies bezieht sich nun aber nicht nur auf normale, sondern auch auf Prozeßbürgschaften, da materiellrechtlich zwischen beiden kein Unterschied besteht. Nur ihr Zweck ist verschieden, und die Verschiedenheit des Zwecks kann die in den Satzungen vorgeschriebene Entstehungsart nicht beeinflussen. Deshalb ist auch abzulehnen, wenn das OG. meint, bei einer von einer Zweigstelle der Sparkasse gegebenen Bürgschaft müsse man eine Formereleichterung zugestehen, da Prozeßbürgschaften immer eilig seien, und die Notwendigkeit, erst noch Unterschriften von der Hauptstelle herbeizuführen, den Zweck vereiteln würde.

Nun befaßt sich das OG. des weiteren mit einer Formereleichterung, die es der Prozeßbürgschaft im allgemeinen, also nicht nur der von einer Sparkasse gegebenen, einräumt. In jenem Falle wurde der Einwand der Ungültigkeit der Bürgschaft erhoben, weil die Bürgschaftsurkunde nicht im Original dem Sicherheitsberechtigten zugegangen war, sondern nur in Form einer Abschrift, indem sie durch den Gerichtsvollzieher gemäß § 170 BPD. zugestellt war. Es wird ausgeführt, daß die Bürgschaft als prozeßuale Sicherheit „eigenen Voraussetzungen und Bedingungen“ folge, es liege ein Zwangsvorvertrag vor, zu dessen Abschluß der Sicherheitsberechtigte gezwungen werde; es genüge eine einseitige empfangsbedürftige Erklärung des Bürgen an den Sicherheitsberechtigten, um die Bürgschaft zum Entstehen zu bringen, also im Gegensatz zu einer normalen Bürgschaft, die ein vertragliches Zusammenspiel zwischen Sicherheitsberechtigten und Bürgen erfordert. Richtig ist, daß auch die Normen zu 108 u. 751 BPD., Stein-Jonas (14. Aufl.), Sydow-Busch, Baumann, Seufert-Walsmann für den Zugang der Prozeßbürgschaft an den Sicherheitsberechtigten nicht nur die Übergabe des Originals nach

§ 130 BGB., sondern auch die Übergabe der Abschrift in Form der Zustellung nach § 132 BGB. als zulässig erklären unter Bezugnahme auf die Rspr. J.W. 1927, 1322, jerner 1326. Ebenso auch die Lit. Juridisch. 1926, 160 und J.W. 1926, 2558. Trotz alledem erscheint es bedenklich, daß „Zugehen“ der Bürgschaftserklärung lediglich durch Zustellung nach § 132 BGB. vorzunehmen. Ebenfalls, welche diese Zustellung für ausreichend halten, betonen gleichzeitig, daß auch die Prozeßbürgschaft nur durch schriftlichen Vertrag zustande kommt, und zwar nach den Vorschriften des § 766 BGB.; die Sicherheitsanordnung des Gerichts erjezt nicht den Vertrag, sie begründet vielmehr nur einen Kontrahierungszwang (Stein-Jonas zu § 751, I, 2), d. h. es entsteht ein Zwangsvertrag, bei welchem die Annahme der Bürgschaftserklärung fungiert wird, so daß also der Empfänger auch dann als annehmend gilt, wenn er die Sicherheitsleistung durch Annahmeverweigerung sabotieren wollte. Wunderlich: J.W. 1926, 2558 sagt: „Das Gericht kann bei der Anerkennung der Sicherheitsbürgschaft von den materiell erforderlichen, allgemeinen oder speziellen Bedingungen z. B. den Vorschriften für Form und Zugehen der Erklärung nicht abweichen.“ Dabei wird für das „Zugehen“ verwiesen auf BG 61, 414. Hier verlangt das BG, aber, daß der Sicherheitsberechtigte die Verfügungsgewalt über die Bürgschaftsurkunde erhält. Das ist auch die richtige Folgerung aus dem Wortlaut des § 766, wonach die „schriftliche Erteilung“ der Bürgschaftserklärung erforderlich ist. Diese Ausdrucksweise „Erteilung“ kommt in einer Reihe von anderen Best. des BGB. vor, z. B. bei einer Quittung nach § 368 BGB. Auch sonst hat die Rspr. entschieden, daß die schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung neben der Schriftlichkeit der Erklärung Beifügung dieser an den Gläubiger verlangt (Vz. 1918, 1067; SeuffArch. 80, 145). Es würde aber auch eine erhebliche Gefährdung des auf die Bürgschaft Berechtigten bedeuten, wenn die Bürgschaftsurkunde in den Händen des Schuldners bleiben dürfte, wie es bei der Zustellung der Fall ist. Um dieser Gefährdung vorzubeugen, wird allerdings vielfach die Hinterlegung der Bürgschaftsurkunde angeordnet (daß die Hinterlegung nicht nötig ist, ist die einmütige Ansicht der zit. Lit.), aber dieser Hinterlegung stehen auch wieder Bedenken entgegen. So hat das OLG. Dresden die Möglichkeit der Hinterlegung verneint, weil es sich nicht um Wertpapiere i. S. des § 234 BGB. handele (J.W. 1926, 850). Zwischen Hinterleger und Hinterlegungsstelle kommt solchensfalls nur ein normaler Verwahrungsvertrag zustande, so daß der Hinterleger jederzeit die Urkunde von der Hinterlegungsstelle zurückverlangen kann. Daran kann auch nichts geändert werden, wenn der Hinterleger den Rücknahmeverzicht erklärt, da ein solcher mit den Grundsätzen der Verwahrung unvereinbar ist (J.W. 1926, 2559).

Nun will die herrschende Meinung den Prozeßbürgschaften noch eine weitere Forme erleichterung gewähren, aber diesmal nicht gegenüber den Vorschriften des materiellen Rechts, sondern gegenüber denen der ZPO., indem die nach §§ 130 oder 132 BGB. dem Sicherheitsberechtigten zugehende Bürgschaft nicht öffentlich beglaubigt zu sein braucht, so daß der Empfänger keine Gewähr für die Echtheit der Unterschrift hat. Es ist richtig, daß § 751 ZPO., der solche öffentliche Beglaubigung vorschreibt, auf Prozeßbürgschaften nicht paßt (v. auch Juridisch. a. a. D.), so daß die gegenteilige Meinung von Baumhach zu § 108, 6. Aufl., nicht haltbar ist. Aber immerhin sind die Bedenken Baumhachs vom praktischen Standpunkt aus richtig, wonach, wenn z. B. der Gläubiger im letzten Augenblick bei der Vollstreckung die unbeglaubigte Bürgschaft vorlegt, der Schuldner in eine üble Lage kommt, weil er zur Prüfung der Echtheit der Unterschrift keine Zeit mehr hat, während wenn öffentliche Beglaubigung der Unterschrift vorausgegangen ist, immerhin eine gewisse Garantie für die Echtheit gegeben ist.

Endlich sind noch Zweifel entstanden, ob die Prozeßbürgschaft, sei es, daß sie durch Übergabe im Original, sei es durch Zustellung geschieht, an den Sicherheitsberechtigten selbst oder an dessen Prozeßbevollmächtigten erfolgen muß, ob also hier § 176 ZPO. Platz greift. Stein-Jonas zu § 108 Abi. 5 verneint letzteres. „Jedenfalls ist es zweifelhaft, ob der Anwalt ohne weiteres zur Entgegennahme der Bürgschaftserklärung, also zum Abschluß des Bürgschaftsvertrages, für den Sicherheitsgläubiger befugt ist“ (Juridisch. a. a. D.).

Aus obigem geht hervor, in welcher unsicheren Lage der Sicherheitsberechtigte ist. Damit nun sein Anspruch nicht im Gestrich der Formalien hängen bleibt, wäre eine Formel zu empfehlen etwa dahin:

Die Sicherheitsleistung kann durch Bürgschaft seitens X. geleistet werden. Die Bürgschaft muß den Verzicht auf die Vorausklage enthalten; sie ist in öffentlich beglaubigter Urkunft Herrn Y. (Sicherheitsgläubiger) oder dessen Prozeßbevollmächtigten auszuhändigen.

Ist der Bürge eine Sparkasse, so wäre zur Vorsicht noch hinzuzufügen, daß die Bürgschaft von dem Vorsitzenden des Vorstandes oder seinem Stellvertreter und dem Leiter der Sparkasse oder seines Stellvertreters unterzeichnet sein muß.

JR. Dr. Preßler, Düsseldorf.

Die Parteivernehmung nach der neuen ZPO.

I.

Die wichtigste Neuerung der ZPO. in der neuen Fassung vom 8. Nov. 1933 ist diejenige über die Beweisaufnahme durch Parteivernehmung nach den §§ 445 bis 455.

Mit dieser Neuerung ist die Beweisaufnahme durch den Parteid aus unserem Prozeßverfahren verschwunden; hoffentlich zum Segen unserer Rechtspflege. Wenn früher alle anderen Beweismittel versagten, gab es als letzte Beweismöglichkeit nur noch die Eideszuschreibung. Der Gegner hatte die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der behaupteten Tatsache zu beschwören. Nach den bisherigen Bestimmungen war die Eideszuschreibung nur über ganz bestimmte Tatsachen und nur in ganz bestimmter Formulierung zulässig. Etwaige Einschränkungen oder Erweiterungen waren nach Normierung des Eides dem Schwurpflichtigen wie überhaupt nicht möglich; über ein etwas allgemeiner gehaltenes Beweisthema konnte der Eid nicht zugeschoben werden; es mußten dann schon mehrere einzeln genau formulierte Eide geschworen werden. Es ist genügend bekannt, wie in allen Fällen, in denen als letztes Beweismittel der Eid blieb, der Rechtsstreit sich meistens in einen Streit um die Beweislast verwandelte, wie jede Partei mit allen Mitteln versuchte, zum Eid zu kommen. Jeder Prozeßgegner war bereit, das Gegenteil zu beschwören wie der andere. Wo aber lag die Wahrheit? Und wo blieb die Heiligkeit des Eides? Dem geleisteten Eid folge nur zu oft von der unterlegenen Gegenseite die Meinungsänderung. Das wichtigste Moment hinsichtlich des Parteidels war aber seine Beweisstrafe nach der strengen Regel des § 463 ZPO., wonach eine richterliche Würdigung des Eides ausgeschlossen war und die beschworene Tatsache unumstößlich als richtig anzusehen war, im Falle der Eidesverweigerung aber die behauptete Tatsache als erwiesen galt. Diese Bedeutung des Eides führte dazu, seine Leistung durch bedingtes Endurteil anzutreden, wenn sich die Parteien nicht über Norm und Erheblichkeit einigten; hierdurch mußte aber, da die Rechtskraft des bedingten Endurteils abzuwarten war, eine Verzögerung des ganzen Rechtsstreites eintreten.

Dem allen wird durch die neue Regelung ein Ende gemacht. An Stelle der Eideszuschreibung, die es jetzt nicht mehr gibt, kann die beweispflichtige Partei über die Richtigkeit ihrer Behauptungen den Gegner als Zeugen vernehmen lassen. Dadurch sind ganz andere Möglichkeiten gegeben. Einmal kann die Vernehmung durch einfachen Beweisbeschuß angeordnet werden oder vielmehr sie wird stets durch solchen angeordnet; mithin fällt das ganze umständliche Verfahren des bedingten Endurteils fort, mit Zustellung, Fristablauf usw. Zum andern ist Gegenstand der Vernehmung nicht mehr nur die eine scharf formulierte Eidesformel, sondern das ganze Streitgebiet kann erfaßt werden. Wie schon bei Zeugenvernehmungen üblich, wird auch bei der Parteivernehmung nicht eine scharf formulierte Frage zu stellen und zu beantworten sein, sondern der gesamte streitige Fragenkomplex kommt eingehend zur Sprache. War könnte auch beim Parteid durch Vorhaltungen noch manches geklärt werden, aber diese Vorhaltungen waren Sache des Gegners, das Gericht hatte sich grundsätzlich nur darauf zu beschränken, den formulierten Eid abzunehmen. Jetzt aber kann und muß der Richter mit der Partei den Streitstoff durchsprechen, manche Widersprüche mögen dann zutage treten und sich klären. Im großen ganzen wird sehr viel mehr der richtige Sachverhalt ermittelt werden. Auch dem Gegner sind erheblich mehr Möglichkeiten für Vorhalte gegeben, während die zu vernehmende Partei auch ihrerseits unter Umständen durch erweiterte Aussagen zur Klärung beitragen kann. Fragen, die nicht unmittelbar zum Beweisthema gehören, aber sich im Laufe der Vernehmung als wesentlich herausstellen, können durch sofort zu erlassenden Beweisbeschuß zum Gegenstand der Vernehmung gemacht werden. Es wird daher gerade die, wenn auch zunächst unerlässliche Vernehmung, mehr zur Auffindung der reinen Wahrheit dienen als bisher der Parteid.

Die allergrößte Bedeutung aber ist dem § 453 ZPO. beizumessen. Bisher war der Richter an den einmal geleisteten Eid gebunden. Möchte er auch der Ansicht sein, daß die Partei nicht unbedingt einen richtigen Eid geleistet habe, so galt doch, solange nicht der Meineid nachgewiesen war, das, was beschworen war, als richtig, und es baute sich darauf die Entscheidung auf. Das Wefen des Eides ließ ja gar nichts anderes zu. Nun ist diese starre Beweisregel fortgesunken. Zunächst einmal hat das Gericht es völlig in der Hand, ob es die vernommene Partei vereidigen will. Erscheinen Zweifel an der Richtigkeit der gemachten Aussage, wird man unter Umständen von der Vereidigung absieben; die Gefahr des Meineides wird vermieden. Noch bedeutungsvoller ist, daß auch, wenn die Aussage beschworen ist, nicht ohne weiteres die beschworene Tatsache als richtig zu gelten hat. Die gesetzliche Beweisregel des § 463 ZPO. ist aufgehoben. Auch die beschworene Aussage unterliegt der freien Beweiswürdigung i. S. des § 286 ZPO. War das Gericht also früher an den einmal geleisteten Eid gebunden, so ist dieses jetzt nicht mehr der Fall, vielmehr hat der Richter den Wert der Parteiaussagen nach allen Umständen frei

zu würdigen. Eine einschneidende Neuerung und bei vernünftiger Anwendung und Würdigung eine erhebliche Verbesserung!

Mit diesen Neuerungen fällt natürlich auch der zurückgeschohene und der richterliche Eid selbstverständlich fort. Die Eidesrückziehung wird gewissermaßen dadurch erreicht, daß nach § 447 die beweispflichtige Partei selbst vernommen werden kann. Dieses wird der Beweispflichtige wohl stets selbst beantragen, es kann aber auch der Gegner beantragen; denn das Gesetz sagt nur „Wenn eine Partei es beantragt...“, die Gegenseite muß aber zustimmen. Auch kann das Gericht von sich aus ohne Rücksicht auf die Beweislast die eine oder die andere oder beide Parteien vernehmen, insoweit also gewissermaßen den Parteibetrieb ausschalten und von sich aus die reine Wahrheit zu erforschen suchen, da irgendwelche Voraussetzung für eine solche richterliche Maßnahme nicht vorgesehen ist. Natürlich kann nur eine der vernommenen Parteien vereidigt werden, worüber das Gericht nach freiem Ermeessen entscheidet.

Überhaupt ist es ja Grundsatz, daß die Partei zunächst unbedingt zu vernehmen ist. Es wird erwartet, daß durch geschickte Vernehmung sich oft schon so der wahre Sachverhalt ergibt. Gewissermaßen hilfsweise kann die Beeidigung nach § 452 erfolgen. Beide Parteien sind berechtigt, die Beeidigung zu beantragen, richterlichem Ermeessen aber ist es überlassen, die Beeidigung anzuordnen. Während bisher die Eidesverweigerung die Folge hatte, daß die vom Gegner behauptete Tatsache als richtig galt — gesetzliche Beweisregel also —, hat auch jetzt wieder das Gericht nach § 446 Abs. 2 die Ablehnung einer Partei, sich vernehmen zu lassen oder nach erfolgter Vernehmung den Eid zu leisten (§ 453), nicht ohne weiteres als Zugeständnis der behaupteten Tatsache anzusehen, sondern diese Ablehnung auch wieder völlig frei zu würdigen. Bleibt die Partei im Termint zu ihrer Vernehmung oder Beeidigung aus, so gilt dieses Ausbleiben nicht wie bisher nach § 465 als Eidesverweigerung mit allen daran geknüpften Folgen, sondern das Gericht entscheidet wieder nach freier Würdigung, ob der Eid als verweigert anzusehen ist und welche Bedeutung dem Ausbleiben beizumessen ist.

Mit Rücksicht auf die Neuregelung konnten die bisherigen §§ 456—477 wegfallen, der § 473 ist sinngemäß durch § 453 ersetzt. Die Bestimmungen über die Abnahme des Eides müssen bleiben.

Durch diese Neuerung ist wieder eine starre, gesetzliche Beweisregel gefallen, ein unzulängliches Beweismittel beseitigt und der freien richterlichen Würdigung ein weiteres Feld eingeräumt, wie es der Stellung unserer verantwortungsbewußten und verantwortungsfreudigen Justiz auch besser entspricht.

Aff. Schmidt, Schwerin i. Mecklbg.

II.

Den Ausführungen des vorstehenden Aufsatzes kann grundsätzlich im wesentlichen zugestimmt werden. Nur zweierlei sei zur Vermeidung von Missverständnissen hervorgehoben.

1. Im neuen Verfahren ist die Beweislastfrage keineswegs ausgeräumt. Denn niemand kann seine eigene Vernehmung beantragen, sondern es kann nur eine beweispflichtige Partei verlangen, daß über eine von ihr zu beweisende Tatsache ihr Gegner gehört wird. Geht z. B. der Kläger davon aus, daß das Vorbringen des Beklagten eine Einrede darstelle, die dieser zu beweisen habe, während der Beklagte sein Vorbringen für substantiiertes Bestreiten hält und deshalb den Gegner für beweispflichtig erachtet, so kann es kommen, daß jede Partei selbst über den streitigen Sachverhalt vernommen werden will und sich weigert, die Vernehmung des Gegners zu beantragen. Hier kann das Gericht nur nach Feststellung der Beweislast entscheiden, welche Partei durch dieses Verhalten beweisfällig geblieben ist. Würde allerdings nach Außerung des Gerichts zur Beweislast die vom Gericht für beweispflichtig gehaltene Partei die Vernehmung des Gegners beantragt haben und der Gegner vernommen sein, so könnte die Berücksichtigung dieser Aussage im Rechtsmittelverfahren nicht mit der Begründung bemängelt werden, daß entgegen § 445 ZPO die beweispflichtige Partei vernommen worden sei. Denn, wenn in Verkennung der Beweislast die Vernehmung der beweispflichtigen Partei beantragt wird und diese sich verteidigt, so sind die Voraussetzungen des § 447 ZPO erfüllt. Dadurch wird allerdings, und das kann nur erwünscht sein, die praktische Bedeutung der Beweislastfrage für die Parteivernehmung wesentlich zurücktreten. Der theoretisch mögliche Fall, daß die Partei, deren Gegner ihre Vernehmung beantragt, erklärt, sie sei selbst beweispflichtig, wolle sich deshalb nicht vernehmen lassen, sondern beantrage ihrerseits Vernehmung des Gegners, wird kaum praktisch werden. Sollte er doch vorkommen, so wird, wenn der Partei, die zuerst die Vernehmung ihres Gegners beantragt hat, einverstanden ist, auf Wunsch des Gegners selbst auszufragen, § 447 eingreifen, wir hätten in solchem Falle also einen der alten Zurückziehung des Eides ähnlichen Vorgang. Besteht dagegen in diesem

Falle die Partei, die die Vernehmung des Gegners beantragt hat, auf ihrem Antrage und der Gegner auf der Weigerung, sich vernehmen zu lassen, so würde das Gericht aus dieser Weigerung Schlüsse zuungunsten des sich Weigernden nur herleiten können, wenn es in Gegensatz zu dessen Auffassung, die andere Partei, die seine Vernehmung beantragt hatte, für beweispflichtig erachtet. Denn die Anwendung des § 446 ZPO geht in allen Fällen einen nach § 445 ZPO zulässigen Antrag voraus.

2. Die in § 448 dem Gericht eingeräumte Möglichkeit, „auch ohne Antrag einer Partei und ohne Rücksicht auf die Beweislast die Vernehmung einer Partei oder beider Parteien anzuordnen“, ist nicht „an keinerlei Voraussetzungen gebunden“. Die Voraussetzungen sind die gleichen, die früher beim richterlichen Eid gegeben waren, nämlich die Maßnahme ist nur zulässig, „wenn das Ergebnis der Verhandlungen und einer etwaigen Beweisaufnahme nicht tauglich ist, um die Überzeugung des Gerichts von der Wahrheit oder Unwahrheit einer zu erweisenden Tatsache zu begründen“. Die herrschende Meinung schloß mit Recht aus der entsprechenden Fassung des durch § 448 erweiterten § 475 ZPO, daß die Verhandlungen oder eine etwa vorgenommene Beweisaufnahme bereits irgendein, wenn auch unvollständiges Ergebnis gehabt haben müssen, zu dessen Ergänzung der richterliche Eid dienen sollte, daß also, wenn einfach Aussage gegen Aussage stand, ohne daß der Prozeßverlauf irgendwelches Zugunsten der einen oder anderen Partei verwertbares Material geliefert hatte, der richterliche Eid nicht in Frage kommen konnte (vgl. z. B. Stein-Jonas zu § 475 ZPO und die dort Zitierten; abweichend RG. 35, 105). Ferner nahm man an, daß, ehe zum richterlichen Eid gegripen werden konnte, alle Beweisanträge, soweit sie für erheblich zu erachten waren, erledigt sein müssten. Von derselben Auffassung wird man auch gegenüber § 448 auszugehen haben. Ein Gericht würde also nicht dem Gesetz entsprechen, wenn es, ehe sich aus dem Prozeßverlauf überhaupt irgendwelche Ergebnisse erkennen lassen, von Amts wegen mit der förmlichen Parteivernehmung begönne. Sehr oft kann das Gericht dagegen Anlaß haben, wenn die Vernehmung einer Partei beantragt und angeordnet ist, zum Vernehmungsstermin das persönliche Erscheinen der Gegenpartei anzuordnen, um unter Umständen diese zur Verbesserung des aus der Vernehmung der anderen Partei gewonnenen Bildes unter Berufung auf § 448 ebenfalls zu vernehmen. Das Gesetz hat absichtlich dem Gericht diesen Spielraum gelassen, damit die Möglichkeit besteht, daß in geeigneten Fällen, ohne den Grundsatz des § 445 zu verletzen, das Gericht, wie es in Österreich die Regel bildet, beide Parteien vernehmen kann. Aus den Erfahrungen, die künftig gemacht werden, wird dann entnommen werden können, ob es für die abschließende Prozeßreform richtiger ist, die grundätzliche Regelung des § 445 beizubehalten oder ganz der von Antrag und Beweislast abhängenden österreichischen Regelung zu folgen.

Abschließend sei noch auf eins hingewiesen. Dadurch, daß das Gesetz die Gerichte von den Formalien und dem Zwang des alten Eidesrechtes befreit, bürdet es ihnen zugleich auch eine schwierige Aufgabe und eine große Verantwortung auf. Denn die richtige Würdigung der Aussage einer so interessierten Auskunftsperson, wie es die Partei selbst ist, die Entscheidung darüber, ob es angebracht ist, die Partei zu vereidigen und im Falle der Vernehmung beider Parteien, welche zu vereidigen ist, erfordert ein hohes psychologischen Scharfblicks. Von dem Maße, in dem die Praxis dieser Bedingung gerecht wird, hängt der Erfolg der neuen Regelung ab.

MinDir. Dr. Volkmar, Berlin.

Ist die Deutsche Arbeitsfront Rechtsnachfolgerin der früheren Gewerkschaften?

Im unmittelbaren Anschluß an den überwältigenden Verlauf der Kundgebungen zum „Tage der Arbeit“ wurden am 2. Mai 1933 schlagartig die Gewerkschaften — soweit sie noch nicht aufgelöst oder in nationalsozialistische Bahnen übergeleitet worden waren — befebt und der Leitung von Beauftragten der NSBO unterstellt. Ende Juni 1933 fand die endgültige Eingliederung der einzelnen Verbände in die Arbeiter- oder Angestelltenräte der Deutschen Arbeitsfront (DAF) statt. In der Zwischenzeit waren zwar die leitenden Stellen der Gewerkschaften ausgeschaltet, ihre Geschäfte wurden aber ohne sonstige organisatorische Veränderungen von den NSBO-Beauftragten fortgeführt. Bis zum 1. Juli 1933 wurde sämtlichen Angestellten der Freien Gewerkschaften teils fristlos teils unter Einhaltung der im Amtstellungsverträge vereinbarten Frist gefeuigt. Die befristeten Kündigungen wurden sodann im Laufe des Juli 1933 auf Anweisung der Reichsleitung der DAF in fristlose Entlassungen umgewandelt.

Diese Ereignisse bilden den Gegenstand einer großen Zahl

von im ganzen Reich anhängigen Arbeitsgerichtsverfahren, in denen die entlassenen Gewerkschaftsangestellten, die sich durchweg im Sinne der SPD. betätigt hatten, ihr Gehalt für die Zeit bis zum Ablaufe der ordnungsgemäßen Kündigungsfrist einzulagen. Es erscheint daher an der Zeit, eine zusammenfassende Übersicht über den heutigen Stand der Rechtsprechung zu geben.

I. Insofern die Klagen nicht gegen den Hauptvorstand oder die Reichsleitung des jeweiligen Verbandes der DAF., sondern gegen die örtliche Verwaltungsstelle gerichtet sind, unterliegen sie ohne weiteres der Abweisung wegen mangelnder Prozeßfähigkeit der Beklagten (ArbG. Harburg-Wilhelmsburg vom 20. Juli 1933, 1 AC 306/33). In der Mehrzahl wird die Reichsleitung vertreten durch den örtlichen oder bezirklichen Verbandsleiter, als Beklagte genannt, und demzufolge die Klage an das örtlich oder bezirklich zuständige Gericht gerichtet. Es fragt sich daher zunächst, ob der Rechtsstreit an das für den Sitz der Reichsleitung örtlich zuständige Gericht zu verweisen ist? Dies ist zu verneinen. Zwar sind die Anstellungsverträge in der Regel mit den Hauptvorständen der früheren Gewerkschaften abgeschlossen und auch von den bei den Hauptvorständen eingesetzten NSBO.-Beauftragten gefündigt worden, ihre Erfüllung vollzog sich aber am Sitz der örtlichen Verwaltungsstelle. Demnach ist der Gerichtsstand des Erfüllungsortes (§ 29 BGB.) gegeben, wenn er vom Kläger nach dessen Wahl (§ 35 BGB.) angerufen worden ist (so auch ArbG. Freiberg vom 13. Okt. 1933 [Ang. 44/33]).

II. Aber auch im übrigen sind derartige Klagen von vornherein zur Abweisung verurteilt, und zwar aus je nach dem einzelnen Tatbestande verschiedenen Gründen.

a) Soweit die Klage gegen den Hauptvorstand der früheren Gewerkschaft gerichtet und noch vor deren Überleitung in die DAF. anhängig gemacht worden ist, ergibt sich ihre Abweisung aus § 626 BGB. In der Rechtsprechung ist allgemein anerkannt, daß ein wichtiger Grund dann vorliegt, wenn dem einen Teil wegen eines in subjektiver oder objektiver Hinsicht eingetretenen Ereignisses auf der Seite des anderen Teiles die Fortsetzung des Dienstverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann. Die früheren Gewerkschaften sind von der neugebildeten DAF. unter gänzlich neuen Voraussetzungen und mit völlig andersgearteten Zielen übernommen worden. Diese Neugründung ist eine Teilerscheinung der nationalsozialistischen Revolution, der sich gerade die SPD. von Anfang an auf schärfste entgegengestellt hat. Es kann daher den neuen Verbänden unmöglich zugemutet werden, Angestellte, die sich im Sinne der SPD. betätigt haben, weiter zu beschäftigen (vgl. ArbG. Offenbach b. 18. Juli 1933, AC 341/33, sowie das im „Informationsdienst“ der NSBO. 1933 Nr. 35 veröffentlichte Urteil des ArbG. Hildesheim).

b) In der Mehrzahl der Fälle richten sich die Klagen gegen die Reichsleitung der in der DAF. zusammengefaßten Verbände. Sie sind daher wegen fehlender Passiblegitimation der Beklagten abzuweisen. Dabei ist zunächst davon auszugehen, daß die Verbände der DAF. nicht die Rechtsnachfolger der früheren Gewerkschaften sind; denn eine Gesamtnachfolge kann nach einheitlicher Auffassung in Rechtsprechung und Schriftum nur in den gesetzlich bestimmten Fällen der §§ 45/46, 738, 1438, 1483, 1490/1491, 1992, 2033, 2037 und 2139 BGB. sowie der §§ 304/308 HGB. eintreten. Auch eine Haftung aus § 419 BGB. kann nicht in Frage kommen. Dies wird freilich zu Unrecht in einigen Entscheidungen damit begründet, daß der Übergang des Vermögens der früheren Gewerkschaften auf die Verbände der DAF. nicht durch Vertrag, sondern durch revolutionären Akt eingetreten sei (so ArbG. Hamburg b. 1. Aug. 1933, Ang. 272/33; ArbG. 1933, 71; ArbG. Hannover b. 11. Okt. 1933, 10 S. 167/33). Vielmehr ist das Vermögen der Gewerkschaften von den neuen Verbänden überhaupt nicht „übernommen“ worden, dieses hat vielmehr der Staat im Interesse der Sicherung der Vermögensrechte der Mitglieder beschlagnahmt. Die Beschlagnahme ist alsdann durch das Ges. v. 14. Juli 1933 (RGBl. I, 479) sowie durch die VO. v. 5. Aug. 1933 (RGBl. I, 572) im Wege der Gesetzgebung bestätigt worden. Hieraus ergibt sich, daß das gesamte Vermögen der Freien Gewerkschaften den Verbänden der DAF. vom Staat zu treuen Händen überlassen worden ist (ArbG. Frankfurt a. M. b. 12. Okt. 1933; ArbG. Samml. 19 [ArbG.] 69; ArbG. Hamburg b. 4. Okt. 1933 ebenda S. 73).

Aber auch eine sinngemäße Anwendung des § 419 BGB. ist abzulehnen. Läßt sich doch die Vermögensübernahme durch die Verbände der DAF. nicht privatrechtlich verstehen, sondern beruht auf einem öffentlich-rechtlichen Ursprung, nämlich dem von Staats wegen eingeleiteten Aufbau der neuen Wirtschaftsordnung (vgl. Strizke: JZ. 1933, 2094). Für derartige Fälle ist aber die Haftung nach § 419 BGB. um deswillen abzulehnen, weil diese nach öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen sind (vgl. AG. 68, 216 — JZ. 1908, 221).

Vielfach werden die Klagen damit begründet, daß die neuen Verbände in tatsächlicher Beziehung an die Stelle der früheren Gewerkschaften getreten seien und deshalb deren Rechtspersönlichkeit fortsetzen würden. Diese Behauptung steht jedoch im Wider-

spruch mit den tatsächlichen Gegebenheiten und kann daher deshalb nicht zum Ziele führen.

Dabei ist grundsätzlich davon auszugehen, daß die Verbände der DAF. nicht per se gleich mit den früheren Gewerkschaften sind. Die Gewerkschaften waren als Berufsverbände privatrechtliche Vereine, die nach ihren Satzungen im Regelfalle nicht eingetragen waren. Nun kann zwar ein Verein während seines Bestehens seiner Satzungsgemäßen Zweck ändern, hierzu bedarf es jedoch nach § 23 BGB. regelmäßig der Zustimmung aller Mitglieder vorbehaltlich einer abweichenden Bestimmung der Satzung. Die Kontinuität des Vereins trotz Änderung des Zweckes erfordert demnach eine auf dem Verein beruhende, in der Form der Satzung sich vollziehende Willensbildung. Liegt diese nicht vor, so bedeutet der Zusammenschluß der Mehrheit zur Durchführung eines neuen Vereinszwecks die Bildung eines neuen Vereins (vgl. AG. 119, 185 — JZ. 1928, 644). Der Zweck der Gewerkschaften ist ihrer geistl. Entstehung nach auf der marxistischen Klassenkampftheorie aufgebaut und erschöpft sich in der Wahrung der Interessen ihrer Mitglieder zur Erlangung besserer Arbeitsbedingungen gegenüber dem Unternehmer. Anders die Verbände der DAF., die nach einer innungsähnlichen Zusammenfassung der sämtlichen Arbeitkräfte des gleichen Wirtschaftsstandes und damit einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft hinstreben (vgl. Strizke a. a. O.). Ihr Zweck steht sonach mit dem der früheren Gewerkschaften in einem wesentlichen und unvereinbaren Gegensatz. Diese Änderung des Vereinszwecks beruht nicht auf der Willensbildung des früheren Vereins, vielmehr auf dem von der Regierung eingeleiteten Neubau der Wirtschaft und findet ihren Ausgangspunkt in der von dem Leiter des Aktionskomitees zum Schutze der deutschen Arbeit erlassenen Anordnung v. 4. Mai 1933. Daran ändert auch nichts die Tatsache, daß sich die Mitglieder in der Hauptfache diesem Willen unterordnet haben. Wohl ist sonach der Mitgliederbestand, die ältere Organisation und die Einrichtung der früheren Gewerkschaften in die neuen Verbände übergegangen. Dem Wesen nach ist aber etwas völlig Neues geschaffen worden. Es kann demzufolge nicht dem Urteil des ArbG. Hamburg b. 22. Aug. 1933, LA. Bf. 220/33, beigetreten werden, daß es sich nur um einen Wechsel der leitenden Organe, des Namens und einiger Bestimmungen der Satzung handle (ArbG. Frankfurt a. M. b. 12. Okt. 1933; ArbG. Samml. 19 [ArbG.] 69).

e) Die Passiblegitimation der neuen Verbände ist nur begründet, wenn sie in den einzelnen Anstellungsvertrag eingetreten sind und von sich aus die aus ihm herrührenden Verbindlichkeiten übernommen haben (vgl. ArbG. Frankfurt a. M. b. 12. Okt. 1933 a. a. O.). Dies ist nur in den verhältnismäßig wenigen Fällen anzunehmen, in denen die Gewerkschaftsangestellten auch noch nach der endgültigen Überleitung ihres Verbandes in die DAF. tätig waren. Trotzdem sind derartige Klagen aus sachlichen Gründen abzulehnen. Ist es doch gerade den neu errichteten Verbänden nicht zu zuzumuten, Angestellte der früheren Freien Gewerkschaften weiter zu beschäftigen. Es steht ihnen daher das Recht zur fristlosen Aufkündigung der in Frage kommenden Anstellungsverträge zu (vgl. oben II a). Demgegenüber kann sich der Entlassene nicht auf die bereits früher ausgeprochene befristete Kündigung berufen, indem er in dieser einen Verzicht auf das Recht der fristlosen Entlassung erklären will. Ein solcher Verzicht, der sich überdies nur auf Gründe erstrecken kann, die dem Arbeitgeber bei der Kündigung bekannt waren (ArbG. Freiberg b. 13. Okt. 1933, Ang. 44/33), ist nur anzunehmen, wenn die Entlassung nicht innerhalb angemessener Frist nach Bekanntwerden des Kündigungsgrundes, spätestens aber bis zum Ablaufe der vertragsmäßigen Kündigungszeit, nach diesem Zeitpunkte ausgesprochen wird (ArbG. Samml. 9, 390 u. 543). Der Zeitraum zwischen der befristeten und der fristlosen Entlassung beträgt in den mir bisher bekannten Fällen etwa 3—5 Wochen. Diese Sparte ist aber, insbes. unter Berücksichtigung der mit der Übernahme der Gewerkschaften verbundenen organisatorischen Schwierigkeiten und im Verhältnis zu der in der Regel drei Monate währenden Kündigungsfrist der Gewerkschaftsangestellten, als angemessene Frist anzusehen, innerhalb deren die sofortige Entlassung noch möglich war.

Dr. jur. Weigelt, Freiberg.

Schuldnerschutz? Gläubigerschutz?

Die unbeschränkte Pfändung von Gehalts- oder Lohnansprüchen wegen des Unterhalts der Verwandten und Ehegatten ist bekanntlich nur wegen der Zeit nach Erhebung der Klage und wegen des vorhergehenden Vierteljahrs (kurz gesagt: wegen des laufenden Unterhalts) zulässig. Wegen der weiter zurückliegenden Zeit (kurz: wegen der Unterhalstrückstände) beweisen es dagegen bei den Pfändungsbeschränkungen. Es kommt nun gelegentlich vor, daß das AG. im Drang der Geschäfte versehentlich wegen der bezeichneten Unterhalstrückstände einen Lohnanspruch unbeschränkt pfändet, und bis dieser Fehler im

Wege der Erinnerung behoben ist, hat der Drittschuldner häufig schon bezahlt. Ein Rückerstattungsanspruch gegen den Drittschuldner besteht nicht, da sein guter Glaube an die Richtigkeit des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses nach § 836 Abs. 2 BGB. geschützt wird. Hat nun der Schuldner gegen den Gläubiger einen Anspruch auf Rückerstattung?

Das Gesetz verfolgt das Ziel, dem meistens in Not befindlichen Unterhaltsgläubiger möglichst schnell und restlos zu seinem Gelde zu verhelfen. Andererseits soll aber auch der Schuldner nicht durch Kahlpfändung wirtschaftlich so ruiniert werden, daß er der öffentlichen Armenpflege zur Last fällt. Diese beiden gesetzgeberischen Tendenzen geraten also hier miteinander in Konflikt. Welche verdient den Vorzug oder, um in der freirechtlichen Terminologie zu reden, welches Interesse ist das schutzwürdigere?

RG. 106, 206 erklärt die Vorschriften des § 850 BGB. für absolutes Recht und daher einen dagegen verstehenden Pfändungsbeschluß für nichtig. Das OVG. Marienwerder hingegen in der bei M u g d a n - F a l c k m a n n Bd. 10 S. 378 abgedruckten Entscheidung ist der Auffassung, auch eine unzulässige Pfändung sei ein Staatsakt und somit nicht nichtig. Dieser letzteren Auffassung hat sich das AG Neukölln in einem Urteil v. 17. Okt. 1930, 20 C 783/30, und das LG. Berlin II als BG. in dem Urteil v. 23. Jan. 1931, 38 S 88/30, angeschlossen. M. E. verkennt aber diese Auffassung das Wesen des „Staatsaktes“ der Pfändung. Der Pfändungs- und Überweisungsbeschluß soll nur den Widerstand des Schuldners, der sich weigert, die Forderung abzutreten, brechen und seine Abtretungserklärung erseken (vgl. § 836 Abs. 1 BGB.). Er ersezt aber weder Rechtsmängel der Forderung, noch solche der Abtretungserklärung. Wenn die ge pfändete Forderung gar nicht besteht oder nicht dem Schuldner zusteht, so wird dieser Mangel durch den Pfändungs- und Überweisungsbeschluß nicht behoben. Und wenn der Schuldner in der Verfügung über die Forderung durch Gesetz oder Rechtsgeschäft beschränkt ist (z. B. durch Mängel seiner Geschäftsfähigkeit, durch Anordnung der Nachberfolge, durch Verwaltung und Nutzung u. dgl.), so werden auch diese Mängel durch den Gerichtsbeschluß nicht geheilt. Daselbe muß auch für die Verfügungsbeschränkung des § 400 BGB. gelten. Hier nach kann eine Forderung insoweit, als sie der Pfändung nicht unterworfen ist, nicht abgetreten werden. Und dieses „Nichtkönnen“, das nach der Terminologie des BGB. absolute Richtigkeit zur Folge hat, wird auch durch den Pfändungs- und Überweisungsbeschluß nicht geheilt. Die Staatsautorität erleidet hierdurch keinerlei Einbuße. Denn der Staat will dem Schuldner gar nicht — unter Verlehung der von ihm selbst gegebenen Gesetze — mehr Rechte geben, als ihm nach dem BGB. oder nach sonstigen Vorschriften zustehen. Er will nur die Brücke bauen zwischen dem widerstreben Willen des Schuldners und dem seine Befriedigung erreichenden Gläubiger. So kann ja auch eine Eintragung des Grundbuchrichters, die gleichfalls einen Staatsakt darstellt, aus verschiedenen Gründen unrichtig oder anfechtbar sein, ohne daß die Staatsautorität darunter Schaden leidet.

Nun hängt aber die eingangs aufgeworfenen Frage, ob der Schuldner einen Rückerstattungsanspruch gegen den Gläubiger hat, gar nicht einmal davon ab, ob § 850 BGB. absolutes oder dispositives Recht enthält, denn durch die Einlegung der Erinnerung gibt der Schuldner ja sehr deutlich zu erkennen, daß er auf die Geltendmachung der Pfändungsbeschränkungen keineswegs verzichten will. Mag also der Pfändungsbeschluß nichtig oder nur relativ unwirksam sein, so bleibt dennoch die Frage offen, ob der Schuldner, nachdem sich herausgestellt hat, daß der Pfändungsbeschluß unter Verlehung von zum Schutze des Schuldners erlassenen Vorschriften ergangen ist, Rückerstattung vom Gläubiger fordern kann. Die Frage hat auch deswegen große praktische Bedeutung, weil im Falle ihrer Beurteilung der Rechtspfleger, der den prozeßordnungswidrigen Pfändungs- und Überweisungsbeschluß abgesetzt hat, Regrechanprüche zu befürchten hat.

Durch den Pfändungs- und Überweisungsbeschluß wird der Gläubiger ermächtigt, die Forderung einzuziehen. Er hat dieselbe Rechtsstellung, wie wenn ihm der Schuldner die Forderung abgetreten oder ihn zur Einziehung bevo ltmächtigt hätte, nicht mehr und nicht weniger. Die Rechtslage ist also die gleiche, als wenn überhaupt kein Pfändungsbeschluß ergangen wäre, der Gläubiger vielmehr auf Grund einer rechtsgeschäftlichen Abtretungserklärung des Schuldners die Lohnforderung eingezogen hätte. Wenn sich nun herausstellt, daß der Schuldner zur Abtretung nicht befugt war (z. B. als Ehefrau beim gesetzlichen Güterstande oder als Konkurrenzschuldner), und wenn andererseits der gute Glaube des Drittschuldners nach § 409 Abs. 1 BGB. geschützt wird, z. B. im Falle einer Abtretungsurkunde, so hat der Gläubiger mit Rechtswirksamkeit gegen den Schuldner über die Forderung verfügt und ist nach § 816 BGB. zur Rückerstattung an den Zedenten verpflichtet. Die Zahlung des Drittschuldners ist nicht etwa ohne rechtlichen Grund erfolgt, sondern zur Tilgung der Lohnforderung. Andererseits ist die Unterhaltsforderung bei rechtswirksamer Abtretung nicht etwa der Rechtsgrund für die Zahlung des Drittschuldners, sondern lediglich der Rechtsgrund für die Abtretung.

An dieser durchaus klaren Rechtslage wird m. E. nichts geändert, wenn sich an Stelle der rechtsgeschäftlichen Abtretung ein

gerichtlicher Pfändungs- und Überweisungsbeschluß dazwischenstellt. Denn wie bereits ausgeführt, erschöpft sich der Zweck des gerichtlichen Pfändungsaktes darin, die zur Verfügung über die Lohnforderung erforderliche rechtsgeschäftliche Erklärung des Schuldners zu ersegen. Das Gericht verfügt nicht selbst über die Forderung, sondern ermächtigt nur den Gläubiger zur Einziehung. Der Pfändungsbeschluß schafft auch keinen neuen Rechtsgrund für die Zahlung des Drittschuldners; wohl aber bildet er in Verbindung mit dem Unterhaltsanspruch die Rechtsgrundlage für den Übergang der Lohnforderung auf den Gläubiger. Beides, sowohl der durch Urteil oder sonstigen Schuldtitel festgestellte Unterhaltsanspruch als auch ein prozeßordnungsgemäßer Pfändungs- und Überweisungsbeschluß, sind notwendig, damit die Zwangsaufsetzung, d. h. der im Wege der Pfändung und Überweisung erfolgte Übergang der Lohnforderung auf den Gläubiger, rechtswirksam — nicht „ohne rechtlichen Grund“ — ist. Fehlt es an einem der beiden Erfordernisse, war z. B. das Urteil nicht vorläufig vollstreckbar oder wird es in der Verf. aufgehoben, so ist der Forderungsübergang, obwohl er durch Staatsakt erfolgt ist, ohne rechtlichen Grund erfolgt und verpflichtet den Gläubiger gemäß §§ 812, 816 BGB. zur Rückerstattung. Daselbe muß m. E. gelten, wenn der Pfändungs- und Überweisungsbeschluß unter Verlehung prozeßrechtlicher Vorschriften ergangen war. Es ist genau das gleiche, wie wenn der Schuldner unter Verlehung des § 400 BGB. die Lohnforderung unbeschränkt zur Deckung von Unterhaltsrückständen abgetreten hat, oder wenn die Abtretungserklärung mit Willensmängeln behaftet war.

Die Überweisung einer Lohnforderung erfolgt in der Praxis meist nicht an Zahlungs statt, sondern zahlungshalber. Der Unterhaltsanspruch geht also nicht schon durch die Überweisung, sondern erst durch die Zahlung des Drittschuldners unter. Wenn nun der Gläubiger verpflichtet ist, den zum Zwecke der Befriedigung des Unterhaltsanspruchs eingezogenen Lohn zurückzuerstatte, so lebt der Unterhaltsanspruch wieder auf, und es entsteht die Frage, ob der Gläubiger gegenüber dem Rückerstattungsanspruch mit diesem Unterhaltsanspruch aufrütteln kann. Die Frage wäre zu vernieinen, wenn der Rückerstattungsanspruch unpfändbar und somit nach § 394 BGB. gegen ihn die Aufrechnung unzulässig wäre. Nun ist der Rückerrstattungsanspruch zwar kein Lohnanspruch im eigentlichen Sinne. Trotzdem glaube ich, daß man hier das Gesetz extensiv interpretieren muß. Wenn sich ein Beamter Gehalt auf die Bank überweisen läßt, so ist sein Anspruch gegen die Bank aus dem Depositenvertrag auch kein Lohnanspruch. Trotzdem hat die Rechtsprechung neuerdings die Pfändungsbeschränkungen auch auf derartige Ansprüche gegen Banken ausgedehnt. Das ArbG. erklärt das ArbG. auch bezüglich solcher Deliktsansprüche für zuständig, die mit einem Arbeitsverhältnis im Zusammenhang stehen. Hier kommt überall die Tendenz zum Ausdruck, die für Lohnansprüche geltenden Rechtsvorschriften nicht eng herzig, sondern mit sozialem Wohlwollen anzuwenden. Ein solches Wohlwollen scheint mir gerade bei dem von mir erörterten Rückerstattungsanspruch angebracht. Denn die Unpfändbarkeit des ursprünglichen Lohnanspruchs ist durch ein Versehen des Gerichts durchkreuzt worden, und dieses Versehen sollte durch Gewährung der Aufrechnungsbefugnis sanktioniert werden?

Eventuell müßte m. E. § 850 BGB. durch einen hinter Abs. 1 Nr. 9 bzw. das LohnbeschG. durch einen am Schlus des § 1 einzufliegenden Absatz etwas folgender Fassung ergänzt werden:

„Als Arbeits- oder Dienstlohnanspruch im Sinne vorstehender Vorschriften gelten auch solche Ansprüche, die mit einem Dienst- oder Arbeitsverhältnisse in rechtlichem oder tatsächlichem Zusammenhange stehen, insbesondere Ansprüche auf Rückerstattung rechtswidrig gepfändeten Arbeits- oder Dienstlohnes.“

Der Anspruch auf den laufenden Arbeitslohn verdient m. E. gegenüber dem eingefrorenen Anspruch auf Unterhaltsrückstände den Vorzug. In praeteritum non vivitur.

R. H. Hans Jäckel, Berlin.

Die Zwangsvollstreckung in nicht voll valutierte Kreditsicherheiten.

Die Ausführungen von Michels: JW. 1933, 1639 und eingehender RheinWestAnwBl. 1933, 83 können nicht unverstanden bleiben. Michels versucht dort den Nachweis dafür zu erbringen, daß der pfändende Gläubiger eine ihm gegenüber wirksame weitere Kreditlinie seitens des Kreditgebers an den Schuldner und damit eine weitere Aushöhlung der noch nicht voll valutierten Kreditsicherheit verhindern kann. Michels stützt sich für seine Ansicht auf § 288 StGB., der ein Veräußerungsverbot i. S. des § 135 BGB. enthalte. In der weiteren Kreditlinie liege (unter der Voraussetzung des Vorliegens des subjektiven Tatbestandes des § 288 StGB.) eine strafbare Veräußerung von Vermögensbestandteilen durch den Schuldner, und zwar eine Veräußerung z. B. des zur Eigentümergrundschuld gewordenen Teils einer Hypothek, die der Kreditgeber daher nur dann in dem erweiterten Umfang einer weiteren Kreditlinie als Sicherung erwerbe,

wenn er hinsichtlich des sich aus § 288 StGB. ergebenden Veräußerungsverbotes gutgläubig sei (§ 135 Abs. 2 BGB.). Da ihm fahrlässige Unkenntnis nicht Schade, müsse der Vollstreckungsgläubiger ihn zugleich mit der Zustellung des Pfändungsbeschlusses über die Sach- und Rechtslage aufklären, zerstreue damit seinen guten Glauben, so daß trotzdem vorgenommene weitere Kreditlinienabgaben ihm gegenüber in Ansehung der Haftung der Kreditsicherheit unwirksam seien. Dadurch werde also im praktischen Ergebnis die weitere Kreditlinienabgabe verhindert.

Diese Ansicht von Michaels erscheint unzutreffend. Zutreffend ist zwar, daß § 288 StGB. als Veräußerungsverbot i. S. des § 135 BGB. anzusehen ist (vgl. Stauning 1 § 135 Ann. 9). Zutreffend ist ferner, daß eine Zwangsvollstreckung auch bei bereits begonnener Vollstreckung noch „droht“, wenn diese nur noch nicht beendet ist (vgl. RGS. 35, 62 ff.). Das rechtfertigt jedoch noch nicht die von Michaels gezogenen Schlüssefolgerungen.

Zunächst eine Frage der praktischen Durchführung: Wie soll die nach Michaels erforderliche Aufklärung des Kreditgebers durch den pfändenden Gläubiger erfolgen? In die Zustellungsurkunde kann sie jedenfalls nicht aufgenommen werden. Ist der Kreditgeber verpflichtet, derartige Belehrungen des Gläubigers, seien sie auch durch dessen Anwalt erfolgt, für zutreffend zu halten? Kann er nicht anderer Auffassung sein? Ist er, falls er an diejenen Belehrungen des Gläubigers (nur zu berechtigte) Zweifel hegt, etwa verpflichtet, die Kosten für ein Rechtsgutachten des Anwaltes seines Vertrauens aufzuwenden? Diesen Fragen braucht indessen nicht nachgegangen zu werden, da, wenn man die Richtigkeit der Ansicht von Michaels einmal unterstellt, eine solche Belehrung des Kreditgebers durch den pfändenden Gläubiger gar nicht erforderlich ist. Das Veräußerungsverbot ist ja in dem Pfändungsbeschluß ausdrücklich ausgesprochen (§ 829 BGB.), einer Heranziehung des § 288 StGB. bedarf es also gar nicht.

Unabhängig hiervom sind auch die von Michaels gezogenen Folgerungen unzutreffend. Es sind nur zwei Möglichkeiten denbar. Entweder der Schuldner hat zugunsten des Kreditgebers unbedingt über die Kreditsicherheit verfügt. Dann liegt bei ferner Kreditlinienabgabe nicht jeweils ein neuer Erwerb der Kreditsicherheit durch den Kreditgeber vor. Er hat die Kreditsicherheit ja bereits in seinem Vermögen. Oder der Schuldner hat zugunsten des Kreditgebers über die Kreditsicherheit bedingt verfügt. Dann wird der Kreditgeber nicht durch § 135 BGB. daran gehindert, die Kreditsicherheit in dem erweiterten Umfange ferner Kreditlinienabgabe zur Sicherung des Kredites zu erwerben, sondern im Gegenteil in diesem Erwerb durch § 161 BGB. geschützt.

Handelt es sich im besonderen um eine Hypothek, die bereits zum Teil endgültig zur Eigentümergrundschuld geworden ist, so ist dieser Teil für den Kreditgeber als Sicherung überhaupt ausgechieden. Der zur Eigentümergrundschuld gewordene Teil der Hypothek wird also durch eine weitere Kreditlinienabgabe nicht ohne Weiteres als Sicherung erfaßt. Handelt es sich dagegen um eine vorläufige Eigentümergrundschuld, wie sie z. B. bei der als Kreditsicherheit vornehmlich in Betracht kommenden Höchstbetragshypothek besteht, so kann durch ihre Pfändung die weitere Kreditlinienabgabe nicht gehindert werden. Hier greift eben zugunsten des Kreditgebers der § 161 BGB. ein (so auch Schmidt-Ernsthause: JZ. 1933, 668).

Es bleibt also dabei, daß der pfändende Gläubiger keine Möglichkeit hat, die weitere Kreditlinienabgabe an seinen Schuldner zu verhindern. Das ist auch nicht mehr als recht und billig. Der pfändende Gläubiger hat nicht den geringsten Anspruch darauf, den Kreditgeber aus seiner gesicherten Stellung zu verdrängen, wenn diese Sicherung sich in normalen, den guten Sitten entsprechenden Grenzen hält. Nur um solche Fälle kann es sich hier aber handeln, da andernfalls die Bestellung der Kreditsicherung überhaupt nicht wärde.

Ref. Dr. Chr. Hart Nörting, Berlin.

II. Pfändung von Versicherungsansprüchen mit Wiederherstellungsklausel.

I. Daß eine mit der Wiederherstellungsklausel belastete Gebäudebrandentschädigung auch von anderen als den in § 98 BGB. Benannten gepfändet werden kann, wie Benkendorff: JZ. 1933, 2630, nachzuweisen versucht, wird seit Jahren von der Versicherungspraxis und von fast der gesamten versicherungsrechtlichen Spezialliteratur angenommen (vgl. Kisch: VersWissR. 1920, 24; Schneider: VersWissR. 1917, 165/166; Hallbauer: Recht 1908, 693; Hennings, Pfändung und Verpfändung der Versicherungsforderung 25; vgl. auch Bruck, Ann. 8 zu § 98). Um dem mit der Feuerversicherungspraxis nicht Vertrauten Enttäuschungen zu ersparen, scheint es mir indessen geboten, darauf hinzuweisen, daß eine Pfändung nur in den seltenen Fällen Erfolg haben wird, wo sich die mit der Wie-

derherstellungsklausel belastete Entschädigung in einen reinen Zahlungsanspruch verwandelt hat. Es handelt sich um folgende Fälle:

a) die Hypothekengläubiger erklären sich mit einer vorbehaltlosen Zahlung an den Versicherungsnehmer ausdrücklich einverstanden (§ 18 [3] Satz 2 AllgFeuerVersBed.);
b) der Versicherer teilt den Gläubigern mit, daß er ohne Sicherung der Verwendung an den Versicherungsnehmer leisten werde, ohne daß die Gläubiger binnen Monatsfrist widersprechen (§§ 99 Abs. 1 BGB., 1128 Abs. 1 BGB.);

c) das Gebäude ist aus freien Mitteln, also ohne Zuhilfenahme der Entschädigung, wieder aufgebaut;

d) der Versicherungsnehmer kann die Wiederherstellungsobliegenheit schuldlos nicht erfüllen, z. B. bei einem polizeilichen Wiederaufbauverbot (§ 6 Abs. 2 BGB.); der Anspruch gegen den Versicherer wird damit zu einem reinen Zahlungsanspruch.

Was den Fall d) betrifft, so sei vor einem Mitverständnis der Benkendorff'schen Ausführungen gewarnt: Der Pfändungsgläubiger kann nicht etwa unter Berufung auf RG. 133, 117 = JZ. 1931, 3189¹ Barzahlung der Entschädigung an sich verlangen, weil er schuldlos keine Möglichkeit habe, den Wiederaufbau herbeizuführen. Auch nach der Pfändung der Versicherungsforderung sind die Obliegenheiten weiter vom Versicherungsnehmer zu erfüllen (Bruck, PrivVersR. 757; Kaiser, AllgFeuerVersBed., Ann. 60 zu § 18; Hennings a. a. D. 40, 47/48; RG. 72, 213 = JZ. 1910, 71; DGS. Köln: BlaßwPrivVerl. 1908 Ann. S. 101); es kommt also allein auf das Verschulden des Versicherungsnehmers an. Dem Versicherungsnehmer ist es aber regelmäßig möglich, die Wiederherstellungsobliegenheit zu erfüllen: da der § 98 BGB. nach RG. 95, 207 ein relatives Veräußerungsverbot zugunsten der Baugläubiger schafft — nicht oder jedenfalls nicht unmittelbar zugunsten der Realgläubiger, wie Benkendorff meint — ist der Versicherungsnehmer nicht gehindert, den Anspruch auf die Brandentschädigung an die im § 98 BGB. benannten abzutreten (vgl. Kisch a. a. D. 21 u. 24). Tritt der Versicherungsnehmer aber die Entschädigung ab und intervenieren die nach § 98 BGB. begünstigten gegen die Pfändung des nicht privilegierten Gläubigers — sie können das nur, wenn ihnen die Forderung als Besitzaren oder Pfändungsgläubigern zusteht (Kisch a. a. D. 15, 17, 23 und Schneider a. a. D. 167) —, so muß der Versicherer an sie leisten. Die Erfüllung der Wiederherstellungsobliegenheit kommt also dem Pfändungsgläubiger nicht zugute, da ja auf Grund der Abtretungen an die Baugläubiger gezahlt werden muß.

Erfüllt der Versicherungsnehmer die Obliegenheit nicht, obwohl er, wie oben gezeigt, regelmäßig dazu in der Lage ist, so erwirkt der Pfändungsgläubiger keine Rechte; er hat insbes. keine Möglichkeit, den Versicherungsnehmer zum Wiederaufbau zu zwingen.

Abgesehen von dieser Schwierigkeit muß in den Fällen b) und d) der Pfändungsgläubiger damit rechnen, daß die Hypothekengläubiger, denen nach §§ 1127 ff. BGB. ein gesetzliches Pfandrecht an der Forderung gegen den Versicherer zusteht, mit Erfolg intervenieren.

II. In diesem Zusammenhang muß ferner darauf hingewiesen werden, daß nach §§ 7, 9, 38 Abs. 1 ErbhofG. in den Anspruch auf Brandentschädigung nicht vollstreckt werden kann. Bei dem Zweck des ErbhofG. ist anzunehmen, daß die Pfändung eines nicht privilegierten Gläubigers absolut unzulässig ist (die Pfändung eines Baugläubigers muß dagegen für zulässig gehalten werden, weil sie dem Zweck dient, den Wiederaufbau des Gebäudes zu sichern und damit den Hof zu erhalten).

III. Es wird viel zu häufig übersehen, daß trotz der Wiederherstellungsklausel jeder Gläubiger mit Erfolg in einen Teil der Forderung gegen den Feuerversicherer vollstrecken kann, nämlich in die Zinsen (§ 18 [1] Satz 2 AllgFeuerVersBed., § 94 Abs. 1 BGB.). Die Zinsen gehören nicht zur Entschädigungssumme; sie sind daher auch zu entrichten, wenn ihr Betrag zusammen mit der Entschädigung die Versicherungssumme übersteigt (Bruck, Ann. 9 zu § 94; Begr. zum BGB. bei Gerhard-Hagen S. 405); andernfalls müßte § 50 BGB. eingreifen. Der Zinsanspruch ist auch nicht mit der Wiederaufbaulklausel belastet, wie der Zweck der Klausel und das den §§ 18 [1] AllgFeuerVersBed., 94 Abs. 1 BGB. zugrunde liegende Motiv — Zinsen = Ausgleich für die verzögerte Auszahlung (vgl. Begründung zum BGB. bei Gerhard-Hagen S. 405) — ergeben.

Allerdings erstreckt sich nach § 1128 Abs. 2 i. Verb. m. § 1289 BGB. das Recht des Hypothekengläubigers auch auf die Zinsen (Schneider a. a. D. 128). Wie die §§ 1127 Abs. 2, 1130 BGB., 98 BGB. zeigen, geht aber im Falle der Wiederaufbaupflicht das Gesetz davon aus, daß dem Hypothekengläubiger Genüge geschehen ist, wenn das Haftungsobjekt wieder hergestellt worden ist. Es ist also anzunehmen, daß die Regelung der §§ 1289, 1128 Abs. 2 BGB. durch die Wiederherstellungsklausel geändert worden ist, der Hypothekengläubiger in diesem Falle keinen An-

spruch auf die Zinsen hat und der die Zinsen pfändende Gläubiger daher auch eine Intervention des Hypothekars nicht zu fürchten braucht.

Ebenso begnügt sich n. E. das ErbhofG. seinem gedenklichen Inhalt nach damit, daß das Gebäude wiederhergestellt worden ist; die Zinsen sind daher nicht zu den Versicherungsforderungen des § 9 ErbhofG. zu rechnen und somit frei pfändbar.

R. Dr. E. R. Bröll, Hamburg.

Gewerbestener für deutsche Lieferungen nach Frankreich.

Die angespannte Finanzlage in Frankreich hat die Steuerbehörden veranlaßt, vorhandene Steuermöglichkeiten schärfer zu erfassen. ll. a. hat man ein altes Gesetz v. 15. Juli 1880 ausgegraben, auf Grund dessen einer Gemeinde-Gewerbesteuer (contribution des patentés) unterworfen wird „tout individu français ou étranger qui exerce en France une commerce, une industrie ou une profession“ (Art. 1), sofern es sich um Lieferungen an Behörden oder öffentliche Körperschaften handelt. Durch Art. 2 des Gesetzes vom 27. Dez. 1927 ist eine Ausnahme gemacht für Verkäufer, die Gegenstände eigener Fabrikation liefern.

Trotzdem sind deutsche Firmen, die Gegenstände eigener Fabrikation nach Frankreich liefern, zur Steuer herangezogen worden. Die Steuerbehörden stützen sich darauf, daß sie in Frankreich ein Gewerbe ausüben, wenn sie dort Vertreter unterhalten. Diese Auffassung ist zum Teil von dem conseil d'état als oberstem Steuergericht gebilligt worden. In der Sache „The Lautaro Nitrate Company“ ist entschieden, daß die Steuerpflicht vorliegt, wenn die Verträge durch den in Paris wohnenden Präsidenten des Verwaltungsrates einer englischen Gesellschaft abgeschlossen werden (Beschl. v. 27. Juni 1930 Nr. 75 661—99 128). In der Sache „Bunge & Vorne“ waren Gegenstände in Buenos Aires auf französischem Hafen verkauft, und der Vertrag in Frankreich durch den Generalvertreter der Lieferfirma unter Zugabe französischer Makler abgeschlossen worden. Auch in diesem Fall wurde angenommen, daß ein Gewerbe in Frankreich ausgeübt worden sei, besonders deshalb, weil als Zahlungsort Paris gewählt war (Beschl. v. 22. Dez. 1930 Nr. 74 378). Immerhin sind auch gegenteilige Entsch. bekannt geworden (z. B. Beschl. v. 6. Juli 1929, Revue des impôts, Nov. 1929 Nr. 2739), da es Tatfrage ist, ob die Ausübung eines Gewerbes in Frankreich angenommen werden darf. Zweifelhaft und bisher nicht geklärt ist die Frage besonders dann, wenn die Verträge von der Lieferfirma im Ausland unterschrieben wurden und der französische Vertreter nur als Vermittler tätig war.

Nach Auffassung der Steuerbehörde kann die Ausnahmefestimmung, daß Verkäufer für Lieferungen eigenen Fabrikats von der Steuer befreit sind, auf Ausländer nicht angewendet werden. Diese Auffassung ist jetzt vom conseil d'état (Beschl. v. 21. Juli 1933, Gazette du Palais v. 7. Nov. 1933) bestätigt worden. Zunächst ist gesagt, daß in Frankreich Handel ausgeübt wird, wenn vom Lieferanten bereits unterschriebene Verträge dort vom Besteller unterzeichnet werden,

denn damit sei der Vertrag in Frankreich und nicht im Ausland zustande gekommen. Weiterhin ist ausgeführt, daß die Steuerbefreiung nur vorgesehen ist, um die doppelte Besteuerung als Fabrikant und als Lieferant zu vermeiden. Da ausländische Fabrikanten ihre Fabrikate in Frankreich nicht zu versteuern haben (soweit es sich um die Gewerbesteuer handelt), müßten sie als Lieferanten besteuert werden.

Die Steuer beträgt 0,25% vom Liefergegenstand, vervielfacht mit einem jährlich festzuhaltenden Faktor, der für 1932 auf ungefähr 7,9 festgesetzt war, zugleich eines bestimmten Grundbetrages. Insgesamt ist mit einem Satz von ungefähr 2% zu rechnen.

Gerüff. P. Berthmann, Nürnberg.

Voraussetzungen für die Rechtswirksamkeit der auf Grund der 4. NotW. des Präl. v. 8. Dez. 1931 in Preußen erlassenen polizeilichen Maßnahmen.

Lüdtke bezweifelt J.W. 1933, 2626 f. die Rechtswirksamkeit der von den RegPräf. über Waffenmissbrauch getroffenen Maßnahmen zu Utrecht.

§ 1 Kap. I Teil 8 der genannten NotW. überläßt die Durchführung der getroffenen Maßnahmen den obersten Landesbehörden oder den von diesen beauftragten Stellen. In Preußen sind durch Bd. des MdJ. v. 10. Dez. 1931 (G.S. 257) die Befugnisse auch den RegPräf. und dem PolPräf. von Berlin übertragen worden.

Die Anordnungen der RegPräf. sollen nach Lüdtkes Ansicht ungültig sein, soweit sie (was wohl allgemein der Fall sein dürfte) ohne Zustimmung des BezAussch. ergangen sind. Lüdtke meint, mangels abweichender Best. müßten die Vorschr. des PrPolVerwG. zur Anwendung kommen, insbes. § 58 PolVerwG. Daraus, daß § 58 PolVerwG. auf § 32 e PolVerwG. verweise, ergebe sich, daß der BezAussch. zustimmen müsse. — Es ist aber doch so, daß gerade, weil § 58 PolVerwG. Anwendung findet, keine Zustimmung des BezAussch. nötig ist. Der in § 58 PolVerwG. angezogene § 32 e verlangt nur die Angabe der für die Zustimmung vorgeesehenen Stellen, soweit die Zustimmung vorgeordnet ist. Das Erfordernis der Zustimmung selbst für den Erlass von eigentlichen PolW. ist in §§ 25 ff. PolVerwG. enthalten, auf die aber in § 58 nicht verwiesen ist. Daher beziehen sich die Worte im Anfang von § 58 „falls das Gesetz nichts anderes bestimmt“ nicht — wie Lüdtke glaubt — darauf, ob die Zustimmung erfolgen muß. Sie bedeuten vielmehr, daß die erfolgte oder noch einzuholende Zustimmung, wenn sie gesetzlich vorgeschrieben ist, in der allgemeinen Anordnung angegeben sein muß, soweit das Gesetz nicht über diese Angabe etwas anderes bestimmt¹⁾. — Weder in der NotW. noch in der PrAusW. ist aber die Zustimmung des BezAussch. vorgesehen.

Regüff. Dr. Cremer, Altona.

¹⁾ Gegen das Erfordernis der Zustimmung u. a. auch Schaefer-Wichards-Wille, Komm. z. PolVerwG. §§ 25—29 Anm. E 1; Jenke, N. u. PrVerwBl. 33, 891 f.

Schrifttum.

Die Einsendung von Büchern begründet keinen Anspruch auf Besprechung. Eine Rücksendung kann in keinem Fall erfolgen.

Dr. Hans Frank und Dr. Helmut Nicolai: Reden gehalten auf der Ersten Kundgebung der Berufsgruppe Verwaltungsbeamte im Bund Nationalsozialistischer Deutscher Juristen am 14. September 1933 in Berlin. Mit 2 Bildnissen. (Volk, Recht und Wirtschaft im Dritten Reich.) Berlin 1933. Verlag Reimar Hobbing. 48 S. Preis in Leinen 2 RM.

Das mit einer Einleitung von Landrat Dr. Biltke versehene Werk vermittelt zwei Reden, die außerordentliche Beachtung gefunden haben. In einer Versammlung der Verwaltungsjuristen legte der Reichsfachgruppenleiter der Verwaltungsbeamten im BNSDf., Dr. Nicolai i., die Aufgaben und Ziele des nationalsozialistischen Verwaltungsbeamten klar. Einleitend weist er darauf hin, daß die Kraft des aufrechten deutschen Verwaltungsbeamten der Vorkriegszeit durch die Revolte von 1918 und ihre Folgezeit nicht gebrochen werden konnte. In klaren Worten umrißt Nicolai i. die Stellung des Verwaltungsjuristen im Bund Nationalsozialistischer Deutscher Juristen und bezeichnet es als wichtigste Aufgabe für den nationalsozialistischen Verwaltungsjuristen, dem Volk Führer im rechtlichen Denken zu sein, da der Verwaltungsbeamte mitten im Volk steht und seine feinsten Regungen zu erfassen vermag.

Reichsjustizkommissar Dr. Frank spricht in weltanschaulich tief fundierten Worten von den hohen Aufgaben der Rechtserneuer-

rung und der notwendigen Mitarbeit der Verwaltungsjuristen an dieser gewaltigen Aufgabe. Der Staat lebe dem Volk gegenüber nur durch seine Beamten. Sie seien die Lebensträger. Der Staat, ja jede politische Zielrichtung habe in dem Entwicklungspunkt ihrer Verwirklichung den Rechtsrah. Die Beamten seien Offiziere des Staates auf einem ganz bestimmten Gebiete, nämlich auf dem Gebiete der Rechtsverwirklichung und der Rechtserneuerung. In Übereinstimmung mit Dr. Nicolai sieht der Reichsjuristenführer Dr. Frank in der Organisation der Verwaltungsjuristen im BNSDf. eine rein berufsständische Vereinigung, die nichts zu tun habe mit den früheren rein gewerkschaftlichen Zusammenschlüssen der Beamten. Die Lauterkeit des Staates vertrage keinen Klassenunterschied innerhalb des Staatsorganismus. Das Bülein gehört in die Hand jedes Juristen, insbes. jedes Verwaltungsjuristen, um klar den Sinn und Zweck der Organisation im Bund Nationalsozialistischer Deutscher Juristen zu erkennen. Der Verleger hat sich durch die Herausgabe der beiden bedeutsamen Reden ein Verdienst erworben.

DR. REG. S. Schraut, Berlin.

Kasse und Recht. Vortrag gehalten auf dem Juristentag des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen am 2. Oktober 1933 in Leipzig von Regierungspräsident Dr. Helmut Nicolai. (Band VI der Schriftenreihe „Volk,

Recht, Wirtschaft im Dritten Reich".) Berlin 1933.
Verlag von Reimar Hobbing. 76 S. Preis in Ganzleinen geb. 2,40 RM.

Das Buch stellt einen Abdruck einer der bedeutendsten Reden des Juristentages 1933 dar. Der Verf. ist längst als einer der besten Köpfe der neuen Rechtsbewegung bekannt. Dies beweist auch der grundlegende Vortrag des Verf., der durch sein früheres Werk „Rassengesetzliche Rechtslehre“ mit Recht die Aufmerksamkeit auf sich gezogen hat. Der Verf. geht von der Feststellung aus, daß zwischen Rasse und Recht unlösliche Beziehungen bestehen. In einem ersten Abschnitt, „Die Rasse in der Rechtsgeschichte“, wird der Nachweis erbracht, daß das Recht des rassereinen nordischen Urvolkes in erster Linie getragen war von dem Streben, die Rasse zu erhalten. Diese Tatsache erhärtet den Verf. an den alten nordischen Ehegesetzen, an der Stellung des Vaterohnes, an den Strafschriften, die sich gegen die Bastardierung der nordischen Erbstämme wandten und an vielen anderen Beispielen. Damit kommt der Verf. mit vollem Recht zu einer vollkommen neuen Betrachtung der gesamten Rechtsgeschichte, die von außerordentlicher Bedeutung sein wird. In einem 2. Abschnitt: „Die Rasse und die Rechtsphilosophie“ fordert der Verf. die wissenschaftliche Ausbildung einer einheitlichen Rechtsphilosophie des nationalsozialistischen Staates und Rechtes, die rassengesetzlich sein müsse, solle sie dem Ideal der reinen Rasse, dem nordischen Gedanken entsprechen. Das Werk schließt mit dem Abschnitt: „Die Rechtserneuerung auf rassischer Grundlage“. Danach sind die Aufgaben der Rechtserneuerung in der Umbildung des dualistischen liberalen Staates in den totalen Staat und in der Wiedereinführung des Rassegedankens in das deutsche Rechtssystem zu erbliden. Die Durchsetzung des totalen Staatsgedankens führt zur Beseitigung sowohl des liberalen wie des römischen Rechtsgedankens und zu dessen Ersatz durch den deutschen Rechtsgedanken, der alle „Berechtigung“ unter dem Gesichtswinkel der Pflicht betrachte. Aus der totalen Staatsaufsicht ergebe sich auch die Schlufolgernung, daß die Teilung des gesamten Rechtsstoffes in öffentliches und privates Recht zu beseitigen sei. Der Verf. betont die hohe Stellung des deutschen Juristen, der gewissermaßen der Priester des Gewissens des Volkes und der Rasse sein müsse. Mit Recht kann der Verf. als Bahnbrecher der neuen Rechtsanschauung und Gestaltung bezeichnet werden. Die vorzügliche Arbeit verdient die weiteste Verbreitung. In der Hand derer, die mit der Gesetzgebung zu tun haben, ist sie unentbehrlich.

DR. REG. SCHRAUT, Berlin.

Reinhold Breust: Ist ein Weltfrieden möglich? Wittenberg 1922. Julius Zwitsler, Inh. Kallmeyer. 94 S.

Die Schrift, die schon vor 11 Jahren erschienen ist, hat ihre Bedeutung behalten, weil die darin berührten Fragen von hoher Warte aus behandelt sind und die grundsätzliche Fragestellung sich nicht verändert hat.

Sie nennt sich eine rechtsphilosophische Kritik des Pazifismus. Der Verf. läßt das Wertproblem beiseite und geht davon aus, daß der Krieg ein Übel darstellt, dessen Beseitigung zu wünschen ist. So stellt sich der Pazifismus als ein Ideal dar, an dessen Wert nicht zu zweifeln ist.

Die Frage aber, ob es möglich ist, in der Wirklichkeit dieser Welt einen Zustand zu schaffen, der dem vorgestellten Ideal entspricht, ist ein wissenschaftliches Problem. Nur von dieser Seite her wird die Frage aufgerollt. Nach einer Entwicklung der Begriffe Krieg und Frieden kommt die Stellung der beiden Hauptfragen: 1. Kann der Zustand des ewigen Friedens auf dieser Welt erreicht werden? 2. Kann im internationalen Leben ein Friedenzustand erreicht werden, der dem Grade seiner Sicherheit nach dem im Innern der einzelnen Staaten bestehenden Friedenzustand entspricht?

Die Beantwortung der ersten Frage ist besonders ausführlich. Die ethische Begründung des Weltfriedensgebots bei Kant, Fried, Nicolai wird dargestellt, welche drei Systeme zu dem gleichen Ergebnis kommen, daß sich ein ewiger Weltfriede mittels der Ethik grundsätzlich in alle Ewigkeit nicht schaffen läßt. Auf erfahrungswissenschaftlichem Wege kommen wir zu dem gleichen Ergebnis. Die Möglichkeit ethischer Irrtums und verbrecherischen Willens läßt sich aus der Welt nicht befreiten. Es werden dann die sich ergebenden Begriffe von Notwehr und Notstand dargestellt. Aber auch durch äußere Gewalt ist ein Weltfriede nicht erreichbar. Schon im Innern eines Staates ist die Gefahr einer Revolution nicht unbedingt zu beseitigen, um so mehr gilt dies für das Völkerrecht. Nachdem so das weitere Ziel des Weltfriedens aus den angeführten Gründen nicht erreichbar ist, wird wenigstens die zweite Frage gestellt. Hier kommt der Verf. zum gleichen negativen Ergebnis wie vorhin. Wir werden ihm unbedenklich zustimmen.

Es gibt eine gute nationale Rechtspflege, während es international viel schwieriger ist. Der auf gleichem Blut und Boden zusammengesetzte Staat völkischer Art verfügt über ganz andere innere und äußere Bindungsmittel wie das bestgewollte internationale Vertragswerk. Selbst ein Druck äußerer Gewalt vermag ein Volk zusammenzupressen zu einer Einheit, auf der anderen Seite aber zum Lebenskampf = Krieg zu drängen.

Um dem Buch berührt wohltuend, daß es jede Phrase vermeidet und kühl wissenschaftlich den Dingen nachspürt. So bedauerlich vom deutschen Standpunkt aus, da wir das friedliebendste Volk der Erde sind, das Ergebnis ist, die geschichtlichen Tatsachen und die Weltpolitik der letzten Jahrzehnte erläutern seine Meinung.

GERALD. GEORG BAUERLE, Berlin.

Dr. jur. Willi Schumacher I., Rechtsanwalt in Bonn, und Dr. Pia Schumacher-Weber, Rechtsanwältin und Diplomvolkswirtin in Bonn: Die Blutprobe als zivil- und strafprozeßuale Beweismittel nach deutschem und ausländischem Recht. (Veröffentlichungen aus dem Gebiete der Medizinalverwaltung Bd. XLI, Heft 3.) Berlin 1933. Richard Schötz. 132 S. gr. 8°. Preis 5 RM.

An einer zusammenfassenden Erörterung der rechtlichen Bedeutung der Blutgruppenprobe als Beweismittel hat es bisher gefehlt. Es ist dankenswert, daß die Verf. den Versuch gemacht haben, diese Lücke auszufüllen. Der Versuch ist auch im wesentlichen durchaus geglückt. Es kann nicht oft genug betont werden, daß der Blutgruppenbeweis im Strafverfahren und im Zivilprozeß ein Beweis von ganz hervorragender Beweiskraft ist und daß es daher im Interesse der Wahrheitsermittlung, zur Verminderung der Fehlleistungen der Rechtspflege und zur Verminderung der Meineide dringend erwünscht ist, daß von ihm in allen geeigneten Fällen Gebrauch gemacht wird, und zwar vor eidlicher Vernehmung von Zeugen. Ich kann den rechtlichen Darlegungen der Verf. fast durchweg zustimmen.

Zu bedauern ist es, daß die Arbeit offenbar schon vor etwa zwei Jahren abgeschlossen worden ist, weshalb eine Reihe von wichtigen Veröffentlichungen nicht mehr herangezogen werden konnten. Vor allem ist es nur dadurch zu erklären, daß sich die ganze Erörterung lediglich auf die Blutgruppen A, B, AB und Null erstreckt und §. 15 Anm. 5 behauptet wird, daß sich Rsp. und Rechtsliteratur noch nicht mit den Bluteigenschaften M und N beschäftigt hätten. Das trifft jetzt jedenfalls nicht mehr zu. Ich verweise auf die Aufsätze von Schiff (Dtch. Med. Wochenschr. 1933, 199), Bauer (Dtch. f. d. ges. gerichtl. Med. 19, 457), Mayer (Arztl. Sachverständig. 1932 Nr. 15), Hellwig (Zürndsch. 1932, 30), Lüdike, Der heutige Stand der Blutgruppenuntersuchung und ihre Bedeutung für den Unterhaltsprozeß, Trebitz in Schlesien, 1933, S. 23, 25. Die Denken von Müller-Heß (Dtch. Med. Wochenschr. 1933, 201) sind nicht begründet.

Erfreulich ist es, daß Verf. §. 16 sich auch für die Verwertung der Blutgruppenprobe im Meineidverfahren einzegen. Das muß heute trotz der Angriffe Weblers (Bl. f. Jugendrecht 1932, 203) und v. Goroncys (Dtch. Btschr. f. d. ges. gerichtl. Med. 22, 36) mehr denn je betont werden. Die Angriffe sind vom Standpunkt der Naturwissenschaft aus verständlich, erkennen aber die Tatsache, daß höchste Wahrscheinlichkeit genügt, um die Schuld eines Angekl. als gewiß anzusehen.

Die grundsätzliche Kritik der Stellungnahme des 8. ZivSen. des AG. (S. 28 ff., 33) ist durchaus begründet. Für die allgemeinen Fragen verweise ich noch auf meinen Aufsatz in der Monatsschr. f. Geburtshilfe 1931, 410.

Verf. vertreten §. 62 ff. mit der herrschenden Auffassung die Ansicht, daß ein Zwang zur Mitwirkung bei der Blutgruppenprobe im Zivilprozeß unzulässig ist. Zu prüfen bleibt die Frage, ob dieser Standpunkt, den auch ich bisher für richtig gehalten habe, sich nach der Wandlung unserer Auffassung vom Wesen des Rechtsstreits, wie er insbes. auch in der Einführung des Grundsatzes der Wahrheitspflicht zum Ausdruck kommt, sich künftig noch halten läßt. Interessant ist der Standpunkt der Verf. §. 92 ff., daß schon nach geltendem Recht im Strafverfahren eine Mitwirkung erzwungen werden könne. Es bedarf der Nachprüfung, ob dieser Standpunkt haltbar ist. Der Aufsatz Wachingers: ZW. 1932, 3041, der diese Frage entgegenge setzt, beantwortet, war den Verf. noch nicht bekannt.

Darüber aber wird kein Zweifel bestehen, daß es erforderlich ist, dafür zu sorgen, daß künftig im Zivilprozeß wie im Strafprozeß die Ermittlung der Wahrheit durch Anwendung der Blutgruppenprobe nicht mehr dadurch unmöglich gemacht werden darf, daß ein Beteiligter sich weigert mitzuwirken. Die sorgsame Lektüre des besprochenen Buches wird dazu beitragen, daß diese Erkenntnis sich durchsetzt.

LGDIR. DR. ALBERT HELLWIG, Potsdam.

Dr. Bruno A. Schulz: Erbkunde, Rassenkunde, Rassenpflege.
Leitsaden zum Selbststudium und für den Unterricht mit 167 Abbildungen und 2 Karten. München 1933. J. F. Lehmanns Verlag. Preis geh. 2,20 RM, Leinen 3 RM.

Die jetzt anerkannte Notwendigkeit, erbbiologisch zu denken, bedingt, daß jeder Jurist die Elemente der Vererbungslehre, der differentiellen Anthropologie (Rassenkunde) und der Rassenhygiene in gewissem Grade kennen muß. Der Verf. hat auf 98 Seiten aus allen drei Gebieten dasjenige zusammengestellt, was in erster Linie wissenswert ist. Dem bisher unkundigen Leser gibt er eine Fülle von interessantem Material, das hier übersichtlicher als in irgendeinem anderen Werke zusammengestellt und durch zahlreiche gute Illustrationen erläutert ist. Besonders wichtig für den Richtnaturwissenschaftler sind die Bemerkungen über den unterschiedlichen seelischen Charakter der menschlichen Rassen. Hier bieten sich auch für die praktische deutsche Rechtspflege wichtige Anregungen, daß unterschiedliche Verhalten der Menschen in sehr zahlreichen Fällen zu verstehen und entsprechend zu würdigen. Ebenso sind die Bemerkungen über die fortschreitende und künftig drohende Entnordung und über die hochbedeutende Bedeutung des Geburtenrückgangs für jeden wichtig, der im realen Leben steht und z. B. als Jurist Fragen des „richtigen Rechts“ und des Taktes der Menschenbehandlung abwägen muß.

Die kurze Fassung des Buches und die Vielseitigkeit der Aufgabe läßt es als entzündbar erscheinen, daß nicht alle Teile der Darstellung gleich gut gelungen sind. Auf der Rassenkarte S. 66 wird das Wohngebiet der nordischen Rasse sehr viel umfangreicher dargestellt, als es tatsächlich ist. Der Verf. schweigt davon, daß neben der Rasse die Umwelt auf Mentalität und Verhalten starken Einfluß hat, in der ein Mensch und seine näheren Vorfahren gelebt haben, z. B. sind westliche Menschen auf den britischen Inseln anders als in Palermo, der nordische Mensch hat im südlichen Klima eine weit kürzere Reaktionszeit als etwa in Friesland, und auch seine Kinder zeigen diesen Unterschied, wenn sie aus irgendeinem Grunde wiederum im kälteren Klima aufwachsen. Ob die ostliche Rasse „seit sehr alten Zeiten in Europa zerstreut niedergelassen hat“ (S. 61) oder nicht vielmehr als Rest früherer Bewohner anzusehen ist, die in Rückzugsgebiete gedrängt wurden, ist sehr zweifelhaft. Auf S. 45 wird nicht nur der sittliche Gehalt der etwas nüchternen Lehre Kungfus, sondern vor allem die enorme biologische Wirkung verkannt, die auf dem unbeugsamen generativen Willen der Chinesen von ihm ausgegangen ist. Im Abschnitt über Eugenik hätte die unterschiedliche Bevölkerungsbewegung einzelner Volksteile deutlicher erörtert, die Beziehungen der Städte und der geistig arbeitenden Berufe stärker hervorgehoben, andererseits die biologische Sonderstellung der alten Geschlechter und das Prinzip der Immunisierung erwähnt werden können.

Noch viele andere Ungenauigkeiten des teilweise etwas sehr derb abgesetzten Buches ließen sich erwähnen. Dies hindert aber nicht, daß Hunderttausende aus den knapp gesetzten und inhaltreichen Darstellungen wichtige Belehrung schöpfen können. Für unseren Wiederaufbau und insbesondere für das Durchdringen eugenischer Ideen ist es außerordentlich wichtig, daß die gesamte Nation hier möglichst bald über Tatsachen, Gefahren und Möglichkeiten unterrichtet, zum Denken angeregt und an generative Pflicht erinnert wird. Hierzu ist die kurzgefasste Darstellung von Schulz in hohem Maße nützlich.

R. Ludwig Flügge, Berlin.

Walter Riese: Das Triebverbrechen. Untersuchungen über die unmittelbaren Ursachen des Sexual- und Affektdelikts sowie ihre Bedeutung für die Zurechnungsfähigkeit des Täters. Nebst einem Anhang über die rechtsgerichtliche und eidgenössische Rechtsprechung in der Frage der Zurechnungsfähigkeit. Bern 1933. Verlag Hans Huber. VI, 136 S. Preis geb. 6,80 RM.

Die vorl. Untersuchung verdankt ihre Entstehung, wie der Verf. im Vorwort bemerkt, Überlegungen über die Kausalität im biologischen und psychologischen Geschehen, insbes. über das Kausalproblem der Neurose, die ja mit dem Verbrechen weitgehend in enger Beziehung steht, wobei die Untersuchung über die unmittelbaren Ursachen des Affekt- und Sexualverbrechens dem Nachweis dienen soll, daß auch im biologischen Geschehen Kausalität herrscht, und zwar eine komplexe und individuelle Kausalität. Zu diesen Untersuchungen ist Verf. letzten Endes durch die Beobachtung angeregt worden, daß die Methoden und Ergebnisse der medizinischen Psychologie und Psychoanalyse im Gerichtssaal wenig oder gar keinen Raum gefunden haben, offenbar wegen der Unmöglichkeit, die Ergebnisse dieser Disziplinen in nennenswertem Umfange am Einzelfalle objektiv aufzeigen zu können, so daß sie einer Nachprüfung durch den Richter zugänglich werden. Im wesentlichen handelt es sich bei diesen Methoden um Deutungen genereller Art, nicht am Einzelfalle gewonnen, sondern

mehr oder weniger intuitiv auf ihn übertragen, und kommen dabei rein subjektive Erlebnisse des Täters zur Beurteilung, so entbehren die vom Sachverständigen vorgetragenen Ausführungen fast stets der für den Richter notwendigen Überzeugungskraft. Diese Klippe sucht Verf. dadurch zu vermeiden, daß er neben der Begründung der innerseelischen Vorgänge die äußerer Tatumsände mehr betont, als dies in der letzten Zeit von den Vertretern der medizinischen Psychologie, insbes. der Lieferpsychologie, geschehen ist, ohne dabei in den Fehler der rein deskriptiv versahrenden Bewußtseinspsychologie in ihrer Anwendung auf kriminelle Vorgänge zu verfallen (vgl. Bohne: *BStW.* 50, 471). Das Verfahren des Verf. hat den Vorzug, einerseits die kriminale Psychologische Untersuchung generell dem Richter näherzubringen, andererseits im Einzelfall die seelische Struktur und Verhaltensweise des Täters aus den äußerer Tatumsänden überzeugender als bisher darzutun, ja auch gewisse Schlussfolgerungen auf den seelischen und körperlichen Zustand des Täters zur Zeit der Verbrechensbegangen ziehen zu lassen. Letzteres besonders dann, wenn es sich, wie bei Sexual- und Affektdelikten in der Regel, um besonders sinnfällige und drastische Ausdrucksformen der Tat handelt (vgl. Vorwort S. VI). Die Methode des Verf. hat aber, abgesehen von der größeren Überzeugungskraft, die dem medizinischen Gutachten dadurch gegeben wird, den weiteren Vorteil, den Sachverständigen selbst bei der Prüfung der Zurechnungsfähigkeit zu einem methodisch fruchtbaren Vorgehen anzuregen.

Die Untersuchung zerfällt in zwei Teile, einen biologisch-psychologischen und einen forensisch-psychologischen. Im ersten Teil behandelt Verf. auf Grund teils authentischen Aktenmaterials, teils eigener Beobachtung die großen Sexualverbrechen des letzten Jahrzehnts (Fall Kürten und Haarmann), den Fall Angerstein, eine Reihe kleiner Sexualdelikte, das Affektdelikt (insbes. den Fall Seiz und Fleiss), sowie den Aufbau des Triebdelikts. Dabei erfaßt die Untersuchung vor allem den Aufbau der Tat, den Anteil psychologischer, personenhafter Anteile im Sexual- und Triebleben, die Bedeutung der Aktual- und Situationsstreize, die Periodizität der Handlungen, den Zustand des Täters zur Zeit der Tat und die daraus zu folgernde Berechnung- oder Unzurechnungsfähigkeit des Täters, einschließlich einer Prüfung der strafrechtlichen Schuldformen und der etwa vorhandenen und für die strafrechtliche Beurteilung relevanten Überlegung. Diese Untersuchung zeigt insbes., daß es für das Sexualdelikt einen aus Aktual- und Situationsstreizen optischer, mechanischer und chemischer Natur sich ergebenden Aufbau gibt, und daß der mehr oder weniger plötzlich einsetzende und im ganzen rasch ablaufende Vorgang, der meist als eine dem Wesen und der Persönlichkeit des Täters bis dahin fremde Persönlichkeitsauswirkung erscheint, einen Automatismus darstellt, der der willkürlichen Beherrschung durch die personenhaften Anteile des Individuums entzogen ist (S. 54; so schon in bezug auf den Exhibitionismus des Verf. Abhandlung in der *Dtsch. Ztschr. f. d. ges. gerichtl. Med.* 18 H. 1). Daraus ergibt sich in vielen, besonders den typischen Fällen eine Zwangsläufigkeit des Ablaufs und demzufolge eine sog. Unwiderstehlichkeit der Tat. Entsprechend dieser Einsicht behandelt Verf. auch nur Fälle solcher mehr oder weniger automatischen Vorgänge, ohne damit aber irgendwie behaupten zu wollen, daß es nicht auch Sittlichkeitsdelikte gäbe, bei denen ein außerhalb der bewußten Willenssphäre des Täters bestehender Situationsaufbau sich nicht oder doch nur schwer nachweisen läßt. Das unterscheidende Merkmal zwischen beiden Verbrechentypen liegt daher im wesentlichen darin, daß die Gleichartigkeit des Tataufbaues für ein Zurücktreten der Persönlichkeit in ihrer individuellen Besonderheit hinter der Allgemeinheit des Naturablaufs spricht (S. 54 f.), wobei sich der Automatismus des Triebdelikts aus folgenden Merkmalen ergibt: plötzlicher Beginn der Handlung, rascher Ablauf, Abschluß mit dem Gefühl leichter Befriedigung und Erleichterung, Stereotypie der Ausführung bei wiederholten Handlungen, Kontrast der Handlung zum sonstigen Verhalten des Täters (auch subjektive Empfindung als Persönlichkeitsfremder Einbruch in die Kontinuität der Psyche) und fehlende oder unvollständige bewußte Motivierbarkeit der Tat (vgl. S. 88).

Besonders instruktiv sind im Anschluß hieran im zweiten Teil der Untersuchung die Ausführungen über die Zurechnungsfähigkeit im allgemeinen und beim Sexual- und Affektdelikt im besonderen, sowie über die Überlegung, vor allem auch beachtlich durch den Hinweis, daß auch bei der Feststellung einer dem Täter unbewußten Motivation zur Tat die Zurechenbarkeit nicht ausgeschlossen ist. „Das Problem der Verantwortlichkeit wird durch Einführung unbewußter Tatgründe nicht gelöst, sondern nur vertagt“, da stets „du erklären wäre, ob die Tat, mag sie auch aus unbewußten Motiven sich herleiten, nicht gleichwohl dem Täter insoweit zuzurechnen ist, als ihm eben jene unbewußten Motive zuzurechnen sind“ (S. 106). Und ebenso weist Verf. sehr mit Recht und guter Begründung darauf hin, daß auch die krankhafte Richtung des Geschlechtstriebes von sich aus noch nicht eine Unzurechnungsfähigkeit des Täters zu begründen vermag (S. 110), selbst dann nicht, „wenn der Grund für die abnorme Triebrichtung in konstitutionellen Schwächen, abnormalen Veranlagungen geucht wird“, die den Täter „als von vornherein auf die abnorme Betätigung des Triebes und ihre kriminologischen Kon-

sequenzen festgelegt erscheinen lassen". Dagegen wird man andererseits bei automatischen Sexualdelikten, bei denen gleichzeitig eine Unwiderstehlichkeit des Triebes anzunehmen ist, auch begründete Zweifel an der Berechnungsfähigkeit haben müssen, so daß für diese Fälle zwar keine Strafe, aber eine Sicherungsverwahrung (eventuell Haftstrafe) in Frage käme (§. 113). Es ist überraschend anerkennenswert, daß Verf. so sehr er eine exakte medizinische Analyse befürwortet, doch auf dem Standpunkt steht, daß der Mensch prinzipiell „seiner Schwächen Herr zu werden habe“, also aus einer solchen Schwäche eine erhöhte Ausgabe gegenüber der Gemeinschaft herleiten müsse, während die liberalistische Epoche auf dem Standpunkt stand, daß in solchen Fällen die Gemeinschaft ihrerseits erhöhte Ausgaben gegenüber dem labilen, psychisch belasteten Menschen habe. Daß damit allerdings nicht die Aufgaben der Psychotherapie unterschätzt werden sollen, die dem Schwachen die Wege zur Eingliederung in die Gemeinschaft weist, ist selbstverständlich und wird auch vom Verf. nicht verkannt (§. 116 f.).

Im Anhang teilt Verf. neuere Entsch. des RG. und der eidgenössischen Aspr. zur Frage der Berechnungsfähigkeit und Urteilsfähigkeit im Auszug mit, die vor allem für den medizinischen Gutachter von Bedeutung sind.

Prof. Dr. G. Bohne, Köln.

Rudolf M. Maher: Die gerichtliche Schriftuntersuchung. Mit 59 Abbildungen im Text. (Aus: Handbuch der biologischen Arbeitsmethoden, herausgegeben von Emil Abderhalden. Lieferung 421.) Berlin und Wien 1933. Verlag Urban & Schwarzenberg. 143 S. Preis 8,50 RM.

Verf. bringt Ausführungen über den Nachweis sekundärer Schriftverschlüsse einschließlich der Begutachtung von Schreibmaschinenschriften sowie Ausführungen über die Schriftvergleichung als Mittel der Feststellung oder des Ausschlusses bestimmter Urheberschaft. Ein ausführliches Inhaltsverzeichnis beschließt die Arbeit.

Die sehr ausführliche und auf großer Sachkenntnis beruhende Arbeit stellt eine wesentliche Bereicherung unserer Literatur dar. Die gesamte bisher erzielte und erwart zu nehmende Literatur ist in ihr verarbeitet. Beachtenswert ist, daß Verf. am Schlusse seiner Ausführungen nochmals auf die Schwierigkeiten der Schriftuntersuchung hinweist. Der praktisch tätige Gutachter solle daraus die eine Schlußfolgerung ziehen, keine Begutachtung überreilt vorzunehmen und sich selbst erst ein abschließendes Urteil zu bilden, wenn er die in Frage kommenden Schriftstücke nach allen, aber auch wirklich allen Gesichtspunkten geprüft hat.

Gerade wegen dieser kritischen, zurückhaltenden Einstellung des Verf. sei das Buch allen Interessenten, insbesondere auch Richtern und Anwälten, empfohlen.

Dr. Reg. Med. Dr. Schüß, Leipzig.

Dr. jur. Walter Kraegeloh: Handbuch des fürsorgerechtlichen Erstattungsrechts. (Die Erstattungsansprüche des Fürsorgeverbandes gegen den Unterstützten und gegen Dritte.) Stuttgart 1933. Verlag Otto Berger, GmbH. XXIV, 187 S. Preis geb. 7,80 RM.

Der Verfasser behandelt zunächst in einem allgemeinen Teil Umgrenzung und Grundlagen, gegenwärtige Theorien, geschichtliche Entwicklung des fürsorgerechtlichen Erstattungsanspruchs (einschließlich Übersicht über die erstattungsrechtlichen Normen des geltenden Rechts), die Erstattungsforderung sowie den Fürsorgeverband als Erstattungsgläubiger.

Der besondere Teil zerfällt, wie schon der Titel des Buches erscheint läßt, in zwei Hauptabschnitte. Die Erstattungsansprüche des Fürsorgeverbandes gegen den Unterstützten (I. Abschnitt) können sich ergeben wegen veränderter Vermögensverhältnisse (§ 25 RFürVO), aus ungerechtfertigter Vereicherung, unerlaubter Handlung oder vertraglicher Verpflichtung; mit der Sicherstellung der Erstattungsforderung befaßt sich ein eigener Paragraph. Die Erstattungsansprüche gegen Dritte (II. Abschnitt) gliedern sich in zwei, in der Inhaltsübersicht durch Druck nicht recht günstig hergehobene Unterabschnitte, nämlich: auf gesetzlichen Vorschriften (1. Unterabschnitt) und auf vertraglicher Vereinbarung (2. Unterabschnitt) beruhende Erstattungsansprüche. Das 1. Kapitel des 1. Unterabschnittes handelt von dem auf der Bestimmung des § 21 a Abs. 1 RFürVO beruhenden allgemeinen Erstattungsanspruch (seiner rechtlichen Natur, Voraussetzung, dem Umfang im allgemeinen wie einzelnen und der Geltendmachung), dagegen werden die auf Sondervorschriften beruhenden Erstattungsansprüche im 2. Kapitel geschildert; sie richten sich gegen die nach bürgerlichem Recht Unterhaltspflichtigen (Ehegatten, Eltern usw.), gegen die Träger der Sozial-, Angestellten- und Arbeitslosenversicherung, sowie gegen den Arbeitgeber des Unterstützten. In dem bereits erwähnten 2. Unterabschnitt finden sich Ausführungen über den Erstattungsanspruch gegen den Dritten aus vertraglicher Verpflichtung und auf Grund vertraglicher Ver-

einbarung mit dem Unterstützten (Abtretung). Abgesehen von dem üblichen Literatur-, Abkürzung- und Sachverzeichnis wird am Schlusse auch noch ein Gesetzesverzeichnis gebracht; es erleichtert sehr das Nachschlagen einzelner gerade benötigter Vorschriften und ihrer Erläuterungen.

Dem Buche kommt deshalb erhöhte Bedeutung zu, weil es in ausführlicher Weise den Rechtszustand darlegt, wie ihn im wesentlichen erst die 2. VO. des RPräs. zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen v. 5. Juni 1931 (RGBl. I, 279, 305) geschaffen hat; bis zum 7. Juni 1931 (dem Tage des Inkrafttretens der neuen Vorschriften) „konnte die als rechtswirksam angenommene allgemeine Rückerstattungsform, sofern sie dem Fürsorgerecht damals überhaupt schon rechtswirksam war, nur in allgemeinen Grundsätzen des ungeschriebenen Rechts gefunden werden“. Die Frage des Übergangsrechts ist in einer gesonderten, in der Württ. RIfZ. 1933, 129 ff. erschienenen Abhandlung unterrichzt worden, auf die in der Einleitung verwiesen wird. Alles in allem gebührt dem Verf. das Verdienst der erstmaligen zusammenfassenden Darstellung des neuen Rechts; das Buch darf daher einer freudigen Aufnahme und weiten Verbreitung in den beteiligten Kreisen sicher sein.

SenPräf. Dr. Arendts, Berlin.

Wiederherstellung des Berufsbeamtentums. Die Gesetze und Verordnungen des Reiches und die Ausführungsverordnungen Preußens in der am 15. Okt. 1933 gültigen Fassung. Zusammengestellt von Dr. Harald Nasch. Berlin 1934. Carl Heymanns Verlag. 56 S. Preis kart. 1,20 RM.

Das Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums ist seit seinem Erscheinen mehrfach erläutert, ergänzt und geändert worden. Das Durchfinden an Hand des Reichsgesetzbuches ist daher sehr schwierig und zeitraubend. Die Zusammenstellung bringt zuverlässig und vollständig die nach dem Stande vom 15. Okt. 1933 gültige Fassung des Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums vom 7. April 1933 mit seinen amtlichen Erörterungen, der zweiten VO. zur Durchführung des Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums vom 4. Mai 1933 und die in der PrGS. veröffentlichten Ausführungsverordnungen.

Die Sammlung ist zu begrüßen. Sie wird in der Praxis gute Dienste leisten. Zu rügen ist, daß der Verleger der im November 1933 erschienenen Sammlung bereits das Erscheinungsjahr 1934 gibt. Das kann den Käufer irreführen.

Dr. Kurt v. Bohlen, Berlin.

Dr. jur. Paul Rözmel: Das Kreditgeschäft im Bankbetriebe. 8. neubearb. u. erweit. Aufl. 24. Tausend. Hamburg. Hanseatische Verlagsanstalt. 427 S. Preis in Leinen geb. 10,80 RM.

Rözmels Buch, das in den zehn Jahren nach dem Erscheinen seiner ersten Auflage für den Verf. einen sehr großen Erfolg bedeutete, liegt jetzt, mehrere Jahre nach dem Tode des Verf., in einer neuen, nach vielen Richtungen ergänzten und vervollständigten (achten) Auflage vor. Wenn auch der Absatz eines Werkes nicht immer im Verhältnis zu seiner Bedeutung steht, so ist der Wert dieses Werkes nur im höchsten Maße anzuerkennen. Wenn auf eine Reihe von Gesichtspunkten aufmerksam gemacht wird, so soll dies nicht eine Verängelung bedeuten, sondern denjenigen, der es noch nicht kennt, mit seinem Aufbau und seiner Ausgestaltung vertraut machen, damit hierüber nicht unrichtige Auffassungen Verbreitung finden.

Das Werk beschäftigt sich mit den bankmäßigen Krediten und erörtert alles, was dazugehört. Das bedeutet im Ergebnis eine Darstellung sämtlicher sog. Aktivgeschäfte des Bankbetriebes, mit Ausnahme nur der außergewöhnlichen Geschäfte, insbes. der großen Finanzierungsgeschäfte, welche in dem gewöhnlichen Betriebe eines Bankiers oder einer Bankniederlassung nicht vorzutreffen pflegen und nur in Sonderabteilungen der großen Institute bearbeitet werden.

Am besten läßt sich das Werk als ein Lesebuch beschreiben, dessen Lektüre nicht nur einem Bankbesitzer, sondern auch jedem Juristen und jedem Geschäftsmann warm empfohlen werden kann. Wer das Werk gelesen hat, wird einen richtigen Eindruck über das bankmäßige Kreditgeschäft gewonnen haben, und er wird, wenn er dann die ihm besonders interessierenden Teile wiederholt liest, eine Sachkunde besitzen, die der durchschnittliche Bankbeamte nur durch lange Beschäftigung in der betreffenden Abteilung erlangen kann. Dagegen ist das Buch nicht leicht als Nachschlagewerk zu gebrauchen. Die Darstellung hebt nur selten die springenden Punkte eines bestimmten Geschäfts darunter hervor, daß sich jemand über seine Einzelheiten schnell und scharf orientieren kann. Die Definitionen gehen niemals fehl, sie sind aber auch nicht von juristischer Prägnanz. Der bankmäßige Sachverständige wird in dem ersten Teil, „Das Kreditgeschäft und seine Be-

handlung", manche Ergänzung wünschen, während der Jurist dieselbe Auffassung hinsichtlich der Ausführungen im zweiten Teil, „Die Sicherstellung des Kredits“, haben wird. Aber gerade weil diese Abstraktion und Vollständigkeit nicht angestrebt wurde, ist das Buch wertvoll, um möglichst weite Kreise mit den Eigenarten des laufenden Bankgeschäfts vertraut zu machen.

Das Buch unterscheidet sich auch infolge von den zahllosen vorhandenen Büchern über Bankwesen, daß es nicht mit buchhalterischem Kleinram beschwert ist. Angaben dieser Art erweisen bei dem Leser, der aus dem Buch erst lernen will, was ein Geschäft bedeutet, zu leicht den unrichtigen Eindruck, die äußere Gestaltung der Buchungen sei eine unabänderliche Notwendigkeit, an der nicht gerüttelt werden darf, obgleich ein etwas geändertes Buchhaltungssystem die mitgeteilten Buchungsanfänge erheblich anders erscheinen lassen würde. Es geht bei Ro zum e nicht der Geist durch die Technik verloren.

In dem Buch finden sich auch eine ganze Reihe von Mustern für Verträge und rechtsgeschäftliche Erklärungen. Hier wäre es allerdings erwünscht, wenn sich diese Angaben mehr vom Text abheben würden und ihre Auffindbarkeit erleichtert wäre. Wenn dieses Buch auch kein Nachschlagewerk, noch weniger ein Formularbuch sein soll, so würde doch mancher Erwerber es begrüßen, wenn er, nachdem er es durchstudiert hat, bei einem vorkommenden Fall ein Muster schneller auffinden könnte.

Eine weitere Eigenart, hinsichtlich deren zu hoffen steht, daß bei einer späteren Auflage von den Bearbeitern abgewichen wird, besteht darin, daß grundsätzlich das Werk von Ro zum e nicht umgearbeitet, sondern nur ergänzt und fortgeführt würde. Wenn auch, soweit zu übersehen, Widersprüche durchaus vermieden sind, so erhält doch an einigen Stellen durch dieses System die Darstellung einen etwas schillernden Charakter. Ein Leser, der ein Kompaktkürzel vor sich zu haben glaubt, wird stupen und sich nicht befriedigt fühlen, dagegen wird die zusammenhängende Lektüre eines ganzen Abschnitts von oft 20 und mehr Seiten ein richtiges und recht plastisches Bild trotz der fließenden Methode entstehen lassen.

Zu wünschen wäre es, wenn das erste Kapitel „Das Kreditgeschäft in der allgemeinen Bankpolitik — Kreditgeschäft und Bankliquidität“ von der großen Allgemeinheit gelesen und die Allgemeinheit damit dem ganzen Problem des Bankwesens nähergebracht würde. Wenn auch in vielen Einzelheiten sich ein Widerspruch regt, so können doch die allgemeinen Ausführungen nur als eine herausragende Darstellung bezeichnet werden, eine Darstellung, die außerdem einen äußerst anregenden, ganz allgemeinen Lesestoff bietet.

Bei dem Umfang des Werkes ist es an dieser Stelle leider nicht möglich, sich wegen unzähliger kleiner Einzelheiten auseinanderzusehen, insbes. hinsichtlich der oft auf juristischen Gebiet liegenden Ausführungen des zweiten Teils über die Sicherstellung in ihren verschiedenen juristischen Formen. Der Jurist, auch wenn ihm das Bankwesen fremd ist, wird ohne weiteres gewisse angefahrbare Punkte herausfinden. Dieser Teil ist auch viel wertvoller für den Bankbeamten oder Geschäftsmann, der auf diese Weise, trotz der kleinen Vorbehalte hinsichtlich Einzelheiten, immer noch die beste Einführung in die auftauchenden juristischen Fragen erhält, während der Jurist im ersten Teil viel Neues und Wertvolles lernen wird.

R. A. C. Hermann Ohse, Berlin.

Verordnung zur Ausführung des Gesetzes über Errichtung von Zwangskartellen (Vorfahren vor der Einigungsstelle) vom 6. Oktober 1933 nebst ergangenen Anordnungen seit 15. Juli 1933. Erläutert von Dr. Heinz Müllensiefen, Mitglied der Geschäftsführung des Reichsstandes der Deutschen Industrie (Kartellstelle), und Dr. Wolfram Dörinkel, Rechtsanwalt in Berlin. I. Nachtrag zu: Das neue Kartell-, Zwangskartell- und Preisüberwachungsrecht. Gesetz vom 15. Juli 1933 betr. Änderung der Kartellverordnung, Errichtung von Zwangskartellen, Übertragung der Aufgaben und Befugnisse des Reichskommissars für Preisüberwachung; vom September 1933 betr. Reichsnährstand und Mühlenzusammenschluß verbunden mit einer systematischen Darstellung sämtlicher deutscher Kartell- und zusammenhängender Gesetze. Berlin 1934. Carl Heymanns Verlag. Preis 1,50 R.M.

Über den Kommentar von Müllensiefen-Dörinkel habe ich Bd. 1933, 2638 eine ausführliche Kritik gegeben. Die Verf. sind bestrebt, durch entsprechende Nachträge das Werk aktuell zu erhalten. Zunächst erfolgt eine Erörterung der Bd. über das Verfahren vor der Einigungsstelle v. 6. Okt. 1933. Hier geben die Verf. aus ihrer wirtschaftsrechtlichen Praxis heraus den Industrie wertvolle Hinweise, wie sie sich in Einigungsverfahren verhalten soll.

Vielleicht ist die Aufstellung, die in weiteren Nachträgen fortgesetzt werden soll, über die auf Grund des Ges. v. 15. Juli 1933 in der Zeit v. 5. Aug. bis 10. Okt. 1933 bereits getroffenen Zwangseintritte.

Was ich auf dem Gebiete des § 38 RMG. bzgl. der Zwangseintritte beobachte — daß sie nämlich meist ohne eine vorherige gründliche Untersuchung der Notwendigkeit der Stillegung, oft aus sogar persönlichen Gründen (Eigenutz eines Konkurrenten, der sich die Einführung auf die Stillegung erschlichen hat, wie ich dies in einer dem Reichsjustizkommissar eingereichten Denkschrift für Westdeutschland nachgewiesen habe) vorgenommen werden durch unerfahrene übereilige Beauftragte — scheint auch in gewissen Industriezweigen zu beobachten sein.

Die Tatsache, daß eine Stillegungsanordnung v. 30. Aug. 1933 bereits am 1. Okt. 1933 durch Anordnung v. 29. Sept. 1933 wieder aufgehoben wird (§. 185 der Schrift), spricht dafür.

Möge für die verantwortlichen Stellen das Wort unseres Reichskanzlers v. 6. Juli 1933 an die Reichsstatthalter immer eine beherzigenswerte Mahnung bleiben: „Die Ideen des Programms verpflichten uns nicht, wie Narren zu handeln und alles umzustürzen, sondern klug und vorsichtig unsere Gedankengänge zu verwirklichen.“ Begrüßenswert ist es, wenn aus dieser Erkenntnis heraus der Reichsnährstand minister jetzt zweijährige Referendarkurse für Diplomandinnen einrichtet, bevor er sie auf Stellen bringt, wo die ihnen anvertrauten Machtfestigungen zur Vernichtung gefüner Unternehmungen durch Stillegung infolge wirtschaftlicher Unserfahrtigkeit der Beauftragten unerfahrbare Nachteile der Volkswirtschaft bereiten. — Das Gleiche gilt auch für die Industrie, wo es gleichfalls Personen verstanden haben, sich leitende Posten zu sichern, ohne die dazu erforderliche Sachkunde zu besitzen. Meist sind es Spätlinge, die sich in die nationalsozialistische Volksgemeinschaft einzudringen versanden haben.

R. A. u. FachA. f. BerwR. E. Böttger, Berlin.

Prof. Dr. Ottmar Bühler: Bilanz und Steuer. (Steuerrechtliche Schriftenreihe.) Berlin 1933. Verlag von Franz Bahlen. Preis 2,85 R.M.

Ottmar Bühler, der wohl jetzt als der bedeutendste noch lebende Lehrer des Steuerrechts gelten darf, hat die von ihm herausgegebene Steuerrechtliche Schriftenreihe mit einer Darstellung des geltenden Steuerrechts der Erfolgsbilanz (Einkommen- und Körperhaftsteuerbilanz) eröffnet, die nicht nur den Neuling mit dem Fragenkreis in ausgezeichneter Weise bekannt macht, sondern auch dem, der als Steueranwalt täglich die Buch- und Betriebsprüfungsberichte in steuerlicher Beziehung nachzuprüfen hat, manche Anregung und eine erfreuliche Zusammenstellung der grundlegendsten Entscheidungen des RfH. bietet. Man merkt es dem Buch an, daß es nicht nur wissenschaftlicher Forschung, sondern vor allem auch praktischer Erfahrung — der Verf. ist ehrenamtliches Mitglied des FinGer. beim LfFinA. Münster — entspringt.

In den Mittelpunkt der Erläuterungen wird §. 28 gestellt, daß der Pflichtige nicht immer nur an einer Verkleinerung seines Gewinns interessiert sei, sondern auch aus Kreditgründen den tatsächlich entstandenen Verlust in einen singierten Gewinn zuweisen umwandelt. Oft wird der Pflichtige, wie hinzuzufügen ist, seinen Verlust auch deshalb möglichst gering angeben wollen, um wegen der Begrenzung des Verlustwortrages auf zwei Jahre erst in einem Gewinnjahre die tatsächlich erforderlichen Wertberichtigungen abschreibungen machen zu können. Wenn der Verf. §. 49 dem handelsrechtlichen Aktivierungrecht die steuerrechtliche Aktivierungspflicht gegenüberstellt, so hätte vielleicht neben dem steuerrechtlichen Passivierungspflicht auf die handelsrechtliche Passivierungspflicht hingewiesen werden können (vgl. § 261 Riff. 5 HGB. n. F.). Die §. 53 Num. 6 enthaltene Kritik an der Rechtsprechung des RfH., grundsätzlich keine Abschreibungen auf einen erworbenen Geschäftswert zuzulassen (vgl. hierzu neuestens das Urteil des RfH. vom 3. Mai 1933 — VI A 1717/31 [=RStBl. 1933, 957]), teile ich durchaus. Wohl kein Wert in der Bilanz ist so vergänglich wie der Geschäftswert, und jeder vorsichtige Kaufmann wird und muß m. E. bestrebt sein, diesen Geschäftswert sobald als möglich abzuschreiben. Wird alsdann das Geschäft abermals zu einem über dem Buchpreis liegenden Wert mit Rücksicht auf einen vorhandenen Geschäftswert veräußert, so wird hierdurch eine erneute Einkommen- (Körperhaft) Steuer ausgelöst. Besonders gut scheint mir der 7. Abschnitt über den Anschaffungswert und namentlich die Darlegung über Abschreibungen mit einer tabellarischen Darstellung der steuerlichen Auswirkung der verschiedenen Abschreibungsmethoden gelungen zu sein. Ratsam dürfte es vielleicht bei einer neuen Auslage sein, bei den Ausführungen über das Delcredere-Konto noch schärfer hervorzuheben, daß es sich um ein Wertberichtigungskonto handelt. Mit einem gewissen Bedauern habe ich Ausführungen über Treu und Glauben bei der steuerrechtlichen Bilanzierung

(vgl. den Grundsatz des „Estoppel“ im englischen Recht) vermißt. Wahrscheinlich sind Ausführungen hierüber im 2. Band des Büchler'schen Lehrbuchs des Steuerrechts zu erwarten.

Büchler regt in seinen Schlußausführungen insbes. an, den Antrag eines Pflichtigen auf mündliche Verhandlung vor dem FinGer. nicht zurückzuweisen, auch wenn die mündliche Verhandlung mehr Mühe verursacht als das schriftliche Verfahren. Dieses Urteil aus dem Munde eines anerkannten Sachkenners des Steuerrechts wird von der Antwortschaft ganz besonders begrüßt werden. Sowohl in dem Verfahren von dem FinGer. wie vor dem RfHg. sollte wieder zu einer größeren Benutzung des mündlichen Verfahrens übergegangen werden, die ja auch im Zivilprozeßrecht neuerdings wieder erstrebt wird. Jeder Steueranwalt weiß, wie sehr oft eine kurze Unterredung mit dem Sachbearbeiter beim FinA. und LFinA. ein Problem klärt und die gegenseitige Stellung abgrenzt, und ganz besonders sollte der Vortrag des gesprochenen Wortes beim FinGer., das mit Laienbeisitzern besetzt ist, dem Pflichtigen nicht verwehrt werden.

R. Dr. Heinrich Meilicke, Berlin.

Konkursverwalter Johann Nist: *Der Wegweiser für den Konkursverwalter und den Gläubiger im Konkurs.* Karlsruhe 1932. Verlag Johann Nist. Preis geb. 12,50 RM.

Das Werk ist, wie auch sein Verf. im Vorworte betont, darauf abgestellt, Konkursverwaltern und ihren Hilfsarbeitern eine Anleitung zur Durchführung und Abwicklung von Konkursverfahren zu geben. Er vermeidet deshalb bewußt eine Behandlung von wissenschaftlichen Streitfragen und bringt in kurzen Anmerkungen zu den einzelnen Paragraphen Erläuterungen über ihre Auswirkung auf das Verfahren unter Hinweis auf die Rechtsprechung und in besonders umstrittenen Fällen auch auf das Schrifttum. Durch kleine Beispiele und Entwürfe von Briefen und Anträgen wird der Inhalt des Gesetzes veranschaulicht und dem Leser nähergebracht. In einem umfangreichen Anhange wird nach recht lehrreichen und beherzigenswerten Ausführungen über die Geschäftsführung des Verwalters an Musterbeispielen die Entwicklung und Durchführung zweier Konkurse verschiedenem Umfang gezeigt. Für die Konkursgläubiger werden ferner die für sie besonders wichtigen Bestimmungen zusammengefaßt und durch Beispiele erläutert. Anschließend werden die neuen Bestimmungen des AG. Berlin-Mitte für die dort tätigen Konkursverwalter veröffentlicht.

Der große Vorteil des Buches liegt darin, daß es die Möglichkeit bietet, sich schnell darüber zu unterrichten, was im Einzelfalle zu geschehen hat, und daß es Fundgruben für die weitere Vertiefung des Wissens angibt. Es wird sicherlich schon manchem jungen und auch älteren Praktiker, der ein großes Wissen besitzt, aufgefallen sein, daß er trotz seiner Kenntnisse, zumal wenn er sich längere Zeit nicht mit dem zu bearbeitenden Gebiete beschäftigte, Schwierigkeiten hatte, diese sofort auf den praktischen Fall anzuwenden. Trotz großer Sorgfalt bestand das wenig angenehme Gefühl, etwas übersehen zu haben. Diese Mithelligkeiten auszuräumen, ist das vorliegende Werk für den Konkursfall geeignet. Infolge seiner offensichtlich großen Erfahrungen kennt der Verf. die Nöte der Verwalter und die üblichen Fehler und ist deshalb in der Lage die Wege, um sie zu vermeiden, aufzudecken. Da das Buch einfach und verständlich geschrieben ist, werden die auch nicht juristisch geschulten Hilfsarbeiter des Verwalters das Werk zur Einführung und bei der Bearbeitung von Konkursen mit Nutzen verwerten können.

Einige Bemerkungen seien zu dem Inhalte im einzelnen gestattet.

Die auf S. 329 näher beschriebenen Maßnahmen dürften zweckmäßig, da sie auch bei kleinen Konkursen zu beachten sind, an den Anfang der Beispiele über Abwicklung der Konkurse gesetzt werden.

Unter den Masselosten (S. 113) sind für den Fall des Anschlußkonkurses nach gerichtlichem Vergleichsverfahren die Gerichtskosten des gerichtlichen Vergleichsverfahrens, sowie die Ansprüche der Vertrauensperson auf Erfüllung für Auslagen und Vergütung zu erwähnen (§ 85 BGB.). Bei der Unsicherheit über die Frage der Tragung der Zuwachssteuer (S. 113) wird es für den Verwalter empfehlenswert sein, das Grundstück freizugeben, wenn ein Absonderungsberechtigter die Bewertung betreibt und für die Masse kein Erlös, wohl aber eine Finanzpruchnahme auf Zuwachssteuer zu erwarten ist (Jäger, Komm. zur RöD., 7. Aufl., § 58, Anm. 5).

Den Grundsatz (S. 116), daß Ruhegehaltsansprüche keine Masseschulden sind, hat das ArbG. verschiedentlich bestätigt (Konkurrenz, 32, S. 8, Nr. 1 = ArbG. 9, 337 [ArbG. 11, 157]).

Auf S. 117 wäre vielleicht noch auf § 769 BGB. zu verweisen, um einen einstweiligen Schutz gegen besonders ungeduldige Massegläubiger vor Durchführung eines Rechtsstreites zu erhalten.

Mit Jäger (Komm. z. RöD., 7. Aufl., § 60, Anm. 7a) bin ich der Ansicht, daß der Verwalter, wenn Massegläubiger gegen die Aufforderung gem. § 60 RöD. Einwendungen erheben, die um-

strittenen Beträge in sinngemäßer Anwendung des § 169 RöD. hinterlegt und nicht den Ausgang eines etwaigen Rechtsstreites abwartet; denn sein Amt ist, da das Verfahren nach § 204 RöD. einzustellen ist, beendet. Es ist Sache der streitenden Gläubiger, ihre Ansprüche durchzusetzen.

Die Zufstellung (S. 134) ist in den Fällen der §§ 189, 184, 182 RöD. auch nicht erforderlich.

Bei Genossenschaften ist Konkursgrund, solange sie bestehen, im allgemeinen nur Zahlungsunfähigkeit, es sei denn, daß die Überschuldung ein Viertel der Haftsummen der Genossen übersteigt. Erst nach ihrer Auflösung ist die Überschuldung ein Grund zur Konkursöffnung (§§ 98, 140 Gesetz die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften betr. in der Fassung des Gesetzes über die Pflicht zum Antrag auf Eröffnung des Konkurses oder des gerichtlichen Vergleichsverfahrens vom 25. März 1930, Art. V).

Auf S. 13 wäre die Fußnote zu ergänzen (ErmächtG. v. 24. März 1933) und auf S. 312 die Bezugnahme auf die Paragraphen der AbgD. (nach der Fass. vom 22. Mai 1931) in die §§ 104/105 zu ändern.

Außerdem dürfte es sich empfehlen, bei einer Neuauflage dem Druckfehler, der sein Unwenigen treibt, was recht störend wirkt, zu Leibe zu gehen. Ich verweise auf die Seiten 5, 3. 27; 7, 3. 4; 26, 3. 12; 88, 2. und 7. Abs.; 150, 3. 28; 281, 3. 18.

Dr. Thiesing, Berlin.

Dr. Franz Hennig: *Die Neugestaltung der Osthilfe-Entschuldung nach dem Schuldenregelungsgesetz vom 1. Juni 1933 nebst Durchführungsbestimmungen. Kommentar zum „Dörge-Hennig, Die Osthilfesicherungsverordnung“.* (Deutsche Wirtschaftsgesetze Bd. 17.) Berlin 1933. Verlag von Helmar Hobbing. 142 S. Preis geb. 5,20 RM.

Der um die Auslegung der Osthilfegesetzgebung verdiente Verf. R. Dr. Franz Hennig hat mit dem Ger. v. Dr. Heinrich Dörge den in JW. 1932, 452 und JW. 1933, 595 beprochenen Osthilfekommentar als ein neues Ergänzungswerk umgestaltet. Er hat den innerlich berechtigten und ihm gelungenen Versuch gemacht, den Sechsten Abschnitt des die Osthilfeschuldung behandelnden Schuldenregelungsg. aus dem letzteren herauszunehmen und wissenschaftlich für sich zu untersuchen. Berechtigt ist diese Trennung, weil, wie Dr. Hennig im Vorwort erwähnt, die grundlegende 6. OsthilfeDurchfV. v. 7. Juli 1933 bereits erlassen war, während zu den übrigen Abschnitten des Schuldenregelungsg. nach die Ausf. v. nur zum Teil vorliegen. Verf. bringt außerdem die 7. OsthilfeDurchfV. v. 12. Aug. 1933, das Einzelrichterungsg. f. Landw. Auslandskredit v. 20. Juli 1933 sowie die grundsätzlichen Erlassen des RMin. f. Ernährung u. Landw. zum Abdruck und erörtert alsdann in kommentarmäßiger Form die wichtige 3. DurchfV. v. 15. Sept. 1933 zum landw. Schuldenregelungsg. v. 1. Juni 1933.

Der Verf. ist bemüht, die für den Osthilfesbauern trotz der jahrelangen Osthilfegesetzgebung in ihrem größten Teil unverständliche mehr geistreiche als wirtschaftlich wertvolle Masse von Erläufen und Gesetzen — der liberalistische Geist, getragen von einem kostspieligen Beamtenapparat hat hier viel gesündigt — durch gut gewählte Beispiele verständlich zu machen und den Abwicklungsstellen sowie den Bauernberatern ein sicherer Führer zu sein. Der ersteilichste Erlass in der völlig versfahrenen Osthilfegesetzgebung ist der des Reichsnährungsministers v. 15. Juli 1933 über die Belebung der Abwicklung der Osthilfeschuldung. Ob hierzu die in Abschnitt II der 6. OsthilfeDurchfV. zugelassenen Wiederaufnahmeanträge, befristet auf den 31. Aug. 1933, beitragen werden, sei dahin gestellt. Anerkennung gebührt den Ministerialreferenten, die Jahre hindurch diese politisch verworfene Materie mit Scharfum bearbeiteten.

R. u. FachA. f. Berw. Ernst Böttger, Berlin.

Dr. Hans Gerber, o. Professor der Rechte an der Universität Tübingen: *Die Rechtsgestalt der Universität im Zusammenhang des staatlichen Lebens.* (Heft XII der Reihe „Die Universität, ihre Geschichte, Aufgabe und Bedeutung in der Gegenwart“.) Stuttgart 1933. Verlag W. Kohlhammer. 42 S. Preis brosch. 1,35 RM.

Der Verf. behandelt bedeutsame Probleme der Gegenwart. Auch wo der neue Staat inzwischen — der Vortrag, den die Schrift wiedergibt, wurde am 15. Febr. 1933 gehalten — zu ihrer Lösung geschritten ist, sind die Gründe des Verf. nicht veraltet. Sein Plädoyer für die Selbständigkeit der Hochschulen — in anregender Verbindung durch historisch und vergleichende (Tübingen / Preußen) Betrachtung unterbaut — ist nur einleuchtbar durch die neuen Ereignisse überholt: Führerprinzip und (ständische) Selbstverwaltung sind einer Synthese nicht unzugänglich. Abstrakter Wissenschaftspflege redet der Verf. nicht das Wort: die Universitäten sind national bedingte Pflegestätten der Wissenschaft. „Dass dies nicht ein Widerspruch in sich werde, hat ebenso höchste Sorge der Wissenschaft selbst zu sein wie des Staates.“ Ut.

Prof. Salvatore Galgano: Annuario di diritto comparato. IV., V. 1., 2. u. 3, VI. 1; VII. 1: Edizione dell' Istituto di Studi Legislativi. Roma.

Schon die ersten Jahrgänge des Annuario haben mit Recht weithin Beachtung gefunden. In den jetzt angezeigten Jahrgängen ist es dem Herausgeber Prof. Galgano gelungen, sein Werk zu einer noch reicheren Quelle der Belehrung und noch ergebigeren Fundgrube zu machen, als es schon bisher war. Das Werk ist jetzt so umfangreich, daß es nicht einmal möglich ist, den ganzen Inhalt anzugeben, geschweige die einzelnen Beiträge zu kritisieren, selbst wenn es einen Rezensenten gäbe, der hierzu die Kompetenz besäße. Die Bände IV und V. 1 enthalten neben Rezensionen und sehr wertvollen Bibliographien für einzelne Länder eine Reihe von wissenschaftlichen Arbeiten, die höchste Aufmerksamkeit verdienen. So z. B. der Aufsatz von Rabel und Wahl über die Entwicklung des BGBl. in der Rechtsprechung in der Zeit von 1900 bis 1925; er legt die Weiterbildung des Familien- und Erbrechts dar, während die Fortbildung der anderen Teile des BGBl. in den früheren Bänden dargestellt wurde. Ein Abschnitt enthält Aufsätze zu dem Entwurf eines einheitlichen französisch-italienischen Obligationenrechts, in dessen Beurteilung und Prüfung sich Wissenschaftler aller Länder teilen. So finden wir einen Aufsatz von Rieger über die Mängel des Konfenses, einen von Dertmann über ungerechtfertigte Bereicherung und unerlaubte Handlungen, welch letztere auch von Savatier und Winfield behandelt werden. G. Adler bespricht das Arbeitsrecht, R. Pollak die beweisrechtlichen Bestimmungen. Als Anhang ist eine ausführliche Darstellung des sowjetrussischen Arbeitsrechts von Danilova beigegeben. Der 2. Band enthält Gesetzesberichte hauptsächlich für die Jahre 1927 und 1928, doch greifen einige auch weiter zurück. Wir finden hier hauptsächlich die mitteleuropäischen Randstaaten, aber auch Belgien, Luxemburg, Holland, Spanien und sogar Japan. Der 3. Band enthält Berichte über die Rechtsprechung verschiedener Länder und der gemischten Schiedsgerichte. Viele Entscheidungen sind teils von Angehörigen des Rechtskreises, dem sie entstammen, teils von italienischen Gelehrten besprochen. Es braucht wohl nicht hervorgehoben zu werden, daß sich hierbei besonders interessante Perspektiven eröffnen. Der 1. Band des 6. Jahrgangs enthält in seiner wissenschaftlichen Abteilung hauptsächlich Aufsätze von Autoren verschiedener Länder über das neue italienische Strafrecht, aber auch einen Aufsatz von Fosseran über unentgeltliche Verträge, dann einen englischen und rumänischen Literaturbericht für 1929 bzw. 1928 und schließlich Rechtsprechungsberichte für Frankreich und die Schweiz. Wichtig auch eine Rechtsatlasammlung über das Internationale Privatrecht Frankreichs.

Der 7. Jahrgang bringt wieder wichtige Verbesserungen in der Editionstechnik. Von nun an erscheint das Annuario in Heften, um allen Artikeln und Berichten die volle Aktualität zu sichern. Die Gesetzesberichte werden in doppelter Form erscheinen. Ein repertorio verzeichnet die Gesetzgebung der verschiedenen Staaten — jetzt schon 120 — vollständig, aber nur mit dem Titel. Daneben gibt es Gesetzesberichte, die nur die wichtigeren gesetzeberischen Urteile aufnehmen, aber dafür auch kurz den Inhalt angeben. Die Rezension soll besonders gepflegt werden. Die Grundsätze, die Galgano für die Rezensionen aufstellt — das wichtigste ist der Bericht über den Inhalt des Buches —, sollten auch wir uns immer vor Augen halten. Neu gebildet wurde eine Abteilung, die der Rechtsstatistikforschung gewidmet ist. Vom 7. Band liegen jetzt 4 Hefte vor. Sie enthalten vor allem eine Serie von Artikeln über die internationalprivatrechtlichen Bestimmungen des Entwurfs zum neuen italienischen bürgerlichen Gesetzbuch. Galgano hat die Mitarbeit einer Reihe bekannter Autoren des internationalen Privatrechts zu gewinnen gewußt: Diena, Nibode, Lorenzen, Valéry, Audinet. Andere Artikel befassen sich mit den familienrechtlichen Bestimmungen des Entwurfs, einer mit dem Privatrecht Elsaß-Lothringens, einer mit der Vereinheitlichung des Wechselrechts. Dann finden wir Bibliographien für Griechenland, Holland, Estland, Jugoslawien, Rumänien und Spanien und eine besonders eingehende Übersicht über die Rechtsprechung in Deutschland im Jahr 1928. Die wichtigsten Urteile sind wörtlich abgedruckt und mit Anmerkungen versehen, die übrigens sind in eine Rechtsatlasammlung eingeordnet.

Prof. Dr. Robert Neuner, Prag.

La vie juridique des peuples, Bibliothèque de droit contemporain, sous la direction de H. Lévy-Ullmann et B. Mirkine-Guetzévitch. IV: Roumanie. Paris 1933. Librairie Delagrave. 452 S. Preis 36 Frs.

Zahlreiche angesehene rumänische Rechtsgelehrte haben mitgewirkt, daß der neue Band der hier schon mehrfach angezeigten Sammlung „La vie juridique des peuples“ das hohe Niveau der früheren wahrt. Der äußere Aufbau des gelungenen Werks ent-

spricht dem der früheren Bände. Das Zivilrecht tritt etwas zurück gegenüber den öffentlich-rechtlichen Teilen. Das ist wohl verständlich und begründet, soweit es sich um die an die französischen Kodifikationen angelehnten Gesetzeswerke handelt. Beispielsweise wird die knappe Aufzählung der Abweichungen des rumänischen Codul vom Code Napoléon (Tonasco S. 227 ff.) dem zentralen europäischen Leser lieber sein als eine Übersicht über das gesamte bürgerliche Recht, die jene Vergleichung nicht enthielte. Bedauerlich ist aber die geringe Berücksichtigung des Rechtes der rumänischen Gebietsteile und die nur sehr kurze Erwähnung der Reformarbeiten, denen jene u. E. nicht ganz gerecht wird (vgl. die amtlichen Motive zu den bisher veröffentlichten Teilen des Entwurfs: Consiliu Legislativ. Ante-Proiect Codului Civil. Vol. I Titlu Preliminar „Personale si Familia, Ante-Proiect Legili de Punere in Aplicare, 1932, sowie die Einführung von Stefan Laday, dem Präf. des Gesetzgebenden Rates: Rabes 3, 6, 741).

GeR. Dr. Karl Arndt, Berlin.

Eingegangene Bücher.

Dr. Erich Volkmar, Geh. RegR. MinDir. im RJM.: Zivilprozeßordnung in der vom 1. Jan. 1934 an geltenden Fassung mit GBG, dem EinfG., der EntwBG., dem LohnbefchG. und der LohnpfändBG. Textausgabe mit kurzen Verweisungen und Sachregister. 5. durchges. Aufl. unter Berücksichtigung der bis zum 25. Nov. 1933 eingetretenen Gesetzesänderungen. Mannheim 1934. Deutsches Druck- u. Verlagshaus GmbH. Preis 3 RM.

Proj. Dr. Heinrich Schulz, SenPräf. i. R.: Zivilprozeßordnung in der Neufassung v. 8. Nov. 1933 nebst GBG. u. einschlägigen Nebengesetzen. Textausgabe mit Verweisungen u. Sachverzeichnis. 23. Aufl. München 1934. C. H. Beck'sche Verlagsbuchh. Preis 4,20 RM.

Die neue Zivilprozeßordnung i. d. Fass. v. 8. Nov. 1933 mit GBG. u. Nebengesetzen. Textausgabe mit Einleitung, Verweisungen u. Sachregister. Hrsg. von Dr. Ludwig Zimmerle, RegR., Hilfsreferent im RJM. (Gutentagsche Sammlung von Textausgaben ohne Anmerkungen mit Sachregister.) Berlin u. Leipzig 1934. Walter de Gruyter & Co. Preis geb. 3,50 RM.

Zivilprozeßordnung. Textausgabe mit Inhaltsübersicht und ausführlichem Sachverzeichnis in der vom 1. Jan. 1934 an geltenden Fassung. 5. Aufl. Stuttgart. Verlag von W. Kohlhammer. Preis 2,10 RM.

Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. (Fassung der Bek. v. 8. Nov. 1933.) Textausgabe mit Inhaltsverzeichnis und Sachregister. (Stilkes Textausgaben Nr. 21. Die Gesetze des Deutschen Reichs.) Berlin 1934. Verlag von Georg Stilke. Preis 2,50 RM.

R. Dr. Walter Quetgebrune, Berlin: Die Stellung des Rechtsanwalts im neuen Staat. Vortrag vor dem Deutschen Juristentag in Leipzig am 1. Okt. 1933. München, Berlin u. Leipzig. J. Schweizer Verlag (Arthur Sellier). Preis 0,60 RM.

Staatsmin. Dr. Weber: Stellung und Aufgaben des Richters im neuen Staat. Weimar. Tripp Fink Verlag. 18 S. Preis 0,80 RM.

Dr. jur. F. A. Müllereisert, PrivDoz. an der Technischen Hochschule, Berlin: Entwurf einer Ehrengerichtsordnung für Hochschullehrer. Sonderabdruck aus der Zeitschrift „Nationalsozialistische Erziehung“. Herausgeber Hans Schlemm, M. d. R. Bayreuth 1933.

Dr. Hermann Teschemacher: Der Berufsstand im Lichte der Staatslehre und die Rechtsstellung der berufständischen Organisation im Rahmen des Art. 165 RVerf. München, Berlin u. Leipzig 1933. J. Schweizer Verlag (Arthur Sellier). Preis 3 RM.

Das nichtstaatliche Erziehungs- und Unterrichtswesen in Bayern. Die BD. v. 26. Aug. 1933 nebst Vollzugsbekanntmachung und ergänzenden Bestimmungen. Mit eingehenden Erläuterungen und Sachverzeichnis von Dr. Jakob Krämer, RegR. I. Klasse im Bayer. Staatsmin. für Unterricht und Kultus. VIII, 143 S. kl. 8. München 1933. C. H. Beck'sche Verlagsbuchh. Preis Leinenband 4,80 RM.

Hans Heinrich Ganten: Die Weimarer Reichsverfassung als System demokratischer Selbstkontrolle. Studien zu Hauptpunkten. Mit einem Anhang: Der Kontrollgedanke im nationalsozialistischen Staatsdenken. (Heft 15 der Öffentlich-rechtlichen Vorträge und Schriften. Hrsg. von UnivProf. Dr. Ernst Wolgast, Rostock i. M.) Königsberg i. Pr. 1933. Verlag Gräfe u. Unzer. 55 S. Preis 2 RM.

Das Recht im neuen Reich. Loseblattausgabe der Gesetze des Reichs mit den wichtigsten Ausf. best. in systemat. Anordnung. Hrsg. von Karl Waldmann, Staatsrat im württ. Staatsmin.,

Dr. Otto Müller, RegR. beim württ. Oberflz., Eugen Münster, RechR. beim württ. Oberflz. Stuttgart 1933. Verlag von W. Kohlhammer. Preis 5,40 R.M. 4. Nachdragslieferung zur Ausgabe Reich, 104 Nachlieferungsblätter.

Dr. jur. Detlev Himer: Kostfrachtgeschäft und laufende Versicherung. (Hamburger Rechtsstudien, hrsg. von Mitgliedern der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Hamburgischen Universität. Heft 17.) Hamburg 1933. Friedrichsen, de Grunten & Co. m. b. H. Preis 3 R.M.

Wechsel- und Scheidegesetz in der neuen Fassung nebst Einführungsgesetzen. Textausgabe mit einer Vergleichstabelle. Literaturangaben und Sachverzeichnis. (Zugleich Nachtrag zu Schmidt, HGB. Textausgabe. 23. Aufl.) III, 74 S. kl. 8. München 1933. C. H. Beck'sche Verlagbuchh. Preis kartoniert 1 R.M.

Preußisches Stempelsteuergesetz in neuester Fassung. Unter Berücksichtigung des ÄnderungsgG v. 23. Mai 1933 (GS. 186) nebst amtlicher Begründung zu diesem und den dazu ergangenen Ausführungsvorführungen. Textausgabe mit Verweisungen u. Sachregister. Mannheim, Berlin, Leipzig 1933. Deutsches Druck- u. Verlagshaus GmbH.

Dr. jur. Erich Anuschat, GerAss. a. D., Kriminalkommissar beim Polizeipräsidium Berlin: Kriminalistische Spurenkunde. 1. Band. Berlin 1933. Kamerabuch Verlagsgesellschaft mbH., Berlin W 35. 65 Abbildungen, 163 S. Preis 3 R.M.

Steuertabelle zum Ablesen der Einkommensteuer (Einkommensteuer zuzüglich des Zuschlags zur Einkommensteuer für die Einkommen von mehr als 8000 R.M., des Zuschlags zur Einkommensteuer der Ledigen und der Krisensteuer der Veranlagten). 22. Tausend.

Steuertabelle zum Ablesen des Steuerabzugs vom Arbeitslohn und der Ehestandshilfe bei monatlicher Entlohnung, gültig ab 1. Juli 1933. 108. Tausend.

Steuertabelle zum Ablesen des Steuerabzugs vom Arbeitslohn und der Ehestandshilfe bei vierzehntägiger Entlohnung, gültig ab 1. Juli 1933. 26. Tausend.

Steuertabelle zum Ablesen des Steuerabzugs vom Arbeitslohn und der Ehestandshilfe bei wöchentlicher Entlohnung, gültig ab 1. Juli 1933. 105. Tausend.

Steuertabelle zum Ablesen des Steuerabzugs vom Arbeitslohn und der Ehestandshilfe bei täglicher Entlohnung, gültig ab 1. Juli 1933. 11. Tausend.

Steuertabelle zum Ablesen des Steuerabzugs vom Arbeitslohn und der Ehestandshilfe bei zweistündiger Entlohnung, gültig ab 1. Juli 1933. 11. Tausend.

Verlag für Reichssteuertabellen m. b. H. Berlin NW 87. Preis je 0,80 R.M.

Die Gesetzgebung des Dritten Reiches.

Es wird bestimmt den Interessen der Praxis dienen, wenn fortlaufend unter diesem Titel die von H.A. Dr. Dittenberger in Heft 41 S. 2266 begonnenen kurzen Hinweise auf die neu erlassenen wichtigsten Gesetze des Reiches und der Länder fortgesetzt werden. Eine eingehendere Besprechung der neuen gesetzlichen Vorschriften wird damit nicht überflüssig. Es soll lediglich in kurzen Ausführungen auf das Wichtigste aufmerksam gemacht werden. Des Zusammenhangs wegen wird an die Zusammensetzung des RA. Dr. Dittenberger angeknüpft und die Gesetzgebung vom Okt. 1933 an berücksichtigt.

Auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts ist vor allem von Bedeutung das Gesetz gegen Mißbräuche bei der Eheschließung und der Annahme an Kindes Statt vom 23. Nov. 1933 (RGBl. I, 979). Nach dem neu eingeführten § 1325a BGB. soll eine Ehe nichtig sein, die vorwiegend zu dem Zwecke, der Frau die Führung des Familiennamens zu ermöglichen, geschlossen ist, es sei denn, daß die Ehegatten nach der Eheschließung fünf Jahre oder, falls einer von ihnen vorher gestorben ist, bis zu seinem Tode, jedoch mindestens drei Jahre als Ehegatten miteinander gelebt haben. Das Kind aus einer nach § 1325a nichtigen Ehe gilt als nicht ehelich (§ 1633 Abs. 3 neu). Die auf § 1325a gestützte Ehehinkungsklage kann nur von dem Staatsanwalt erhoben werden (Art. II §§ 1 ff. des Gesetzes).

§ 1754 in seiner neuen Fassung verbietet die Bestätigung eines Vertrages über die Annahme an Kindes Statt nach den durch das Gesetz zum Teil geänderten, zum Teil ergänzten Bestimmungen des Gesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit (§§ 66 ff.), wenn begründete Zweifel bestehen, ob durch die Annahme ein dem Eltern- und Kindesverhältnis entsprechendes Familienband hergestellt werden soll. Frühere Kindesannahmeverträge können durch Beschluß des AG. auf Antrag der höheren Verwaltungsbehörde für nichtig erklärt werden, wenn der Annahmevertrag in der Zeit zwischen dem 9. Nov. 1918 und dem Tag des Inkrafttretens des Gesetzes bestätigt wurde und anzunehmen ist, daß ein dem Eltern- und Kindesverhältnis entsprechendes Familienband nicht hergestellt werden sollte (Art. V des Gesetzes).

In das Gebiet des Nachbarrechtes greift einschließlich ein das Gesetz über die Beschränkung der Nachbarrechte gegenüber Betrieben, die für die Volksertüchtigung von besonderer Bedeutung sind v. 13. Dez. 1933 (RGBl. I, 1058). Danach kann der Eigentümer oder Besitzer eines Grundstücks, das durch Einwirkungen eines Betriebes, der wegen seiner besonderen Bedeutung für die Volksertüchtigung vom RMdJ. genehmigt worden ist, beeinträchtigt wird, die Einstellung des Betriebes nicht verlangen. Dabei bleiben jedoch die Ansprüche aus einem besonderen bürgerlich-rechtlichen Titel, z. B. auch aus Vertrag oder unerlaubter Handlung, unberührt (§ 1). Bei der Genehmigung des Betriebes ist besonders zu prüfen, ob den Betroffenen mit Rücksicht auf den Wert, den der Betrieb für die Volksertüchtigung hat, Nachteile, wie besondere Gefahr, Belästigungen der Allgemeinheit oder des Eigentümers oder Besitzers, zuzumuten sind. Die Genehmigung

gung kann mit Auflagen erfolgen. Bei erheblichen Nachteilen für die Betroffenen kann die Auflage in der Gewährung einer Entschädigung bestehen. Die Genehmigung kann jederzeit widerrufen werden (§ 2). Das Gesetz tritt mit der Verkündung (15. Dez. 1933) in Kraft. Bei anhängigen Rechtsstreitigkeiten, die durch das Gesetz erledigt werden, trägt jede Partei ihre außergerichtlichen Kosten und die Hälfte der gerichtlichen Auslagen (§ 3).

In Nr. 118 des RGBl. I, 749 ff. ist die 1. DurchfVd. zum ErbhofG., insbes. über Einrichtung und Verfahren der Anerbenebehörden, zum Wodruck gebracht. Hinsichtlich der Rechtsanwaltsgebühren bestimmt § 59, daß in einem Rechtszug nicht mehr als eine Gebühr erhoben werden darf. Für Preußen sind nähere Vorschriften über die Anlegung der Erbhöferolle nach dem ErbhofG. in der AmtlBsg. des PrJustMin. vom 29. Nov. 1933 (I 8466) — Deutsche Justiz S. 734 — ergangen.

Auf strafrechtlichem Gebiete ist von Bedeutung das TierSchG. v. 24. Nov. 1933 (RGBl. I, 987 ff.). Danach ist verboten, ein Tier unnötig zu quälen oder roh zu mißhandeln (§ 1). Grundsätzlich, von besonderen Ausnahmen abgesehen, sind die sog. Tierversuche verboten (§ 5). Die Strafbestimmungen enthalten die §§ 9—12. Das Gesetz tritt am 1. Febr. 1934 in Kraft (§ 15).

Eine wesentliche Änderung des StGB. ist durch das Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Besserung und Sicherung v. 24. Nov. 1933 (RGBl. I, 995 ff.) erfolgt. Der Kampf gilt im besonderen Maße dem Gewohnheitsverbrecher und der Sicherung der Volksgemeinschaft vor dem Verbrecher. Das Gesetz tritt, von § 254a abgesehen, am 1. Jan. 1934 in Kraft. Für Preußen sind nähere Vorschriften über die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung oder Entmannung in der AmtlBsg. des PrJustMin. v. 29. Nov. 1933 (I 5633) — Deutsche Justiz S. 770 — ergangen.

Mehr als eine Novelle ist das Gesetz zur Änderung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 27. Okt. 1933 (RGBl. I, 780 ff.). Das Gesetz bezieht sich in erster Linie die Beschleunigung des Prozeßverfahrens durch Vorschriften über die Wahrheitspflicht, durch Maßnahmen zur strafferen Zusammensetzung des Streitfusses, durch die Unmittelbarkeit des Weisungsverfahrens. Daneben bringt das Gesetz Änderungen des Eidesrechts, der Vorschriften über die Wiederaufnahme des Verfahrens, über die Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten und über das Armentrecht, der Vorschriften über die Zwangsvollstreckung und das Arrestverfahren und schließlich über das schiedsgerichtliche Verfahren. Das Gesetz tritt am 1. Jan. 1934 in Kraft. Mit der Beschleunigung des Rechtsganges befaßt sich außerdem die AmtlBsg. des PrJustMin. v. 9. Dez. 1933 (I 2343) — Deutsche Justiz S. 800 — über die Beschleunigung des Rechtsganges in Zivilsachen und die AmtlBsg. des PrJustMin. vom 13. Dez. 1933 (I 12912) — Deutsche Justiz S. 800 — über die Erledigung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten.

ORegR. Schraut, Berlin.

Rechtsprechung.

Nachdruck der Entscheidungen nur mit genauer Angabe der Quelle gestattet; Nachdruck der Anmerkungen verboten! D. S.

A. Ordentliche Gerichte.

Reichsgericht.

a) Zivilsachen.

Berichtet von den Rechtsanwälten beim Reichsgericht Justizrat Dr. Kaiser, Justizrat Dr. Kurlbaum, Justizrat Dr. Schrömbgens und Huber.

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

1. § 12 BGB.

1. Unbefugter Gebrauch eines Namens kann nicht nur dann vorliegen, wenn Verwechslungsgefahr besteht, sondern auch sonst und ohne diese.

2. Ist eine Firma allein aus Wörtern des gewöhnlichen Sprachgebrauchs gebildet, so besteht auch dann kein Verbotsrecht gegenüber einem anderen Gewerbetreibenden, wenn eine gewisse Verwechslungsgefahr gegeben ist.

Die Kl., deren Firma seit 17. Dez. 1920 in das Handelsregister eingetragen ist und in dem Bestandteil „Auto-Licht“ ein von ihr erfundenes Phantasiewort enthalten soll, betreibt ein Geschäft, das sich mit dem Einbau, dem Betrieb und den Ausbesserungsarbeiten der gesamten elektrischen Ausrüstung von Kraftwagen befasst. Die Befl. ist Inhaberin eines Geschäfts, das die Ausbesserung von Auto-Beleuchtungs- und Bündgegenständen sowie ihren Zubehörteilen vornimmt. Sie betreibt das Geschäft seit 1. April 1931 unter der nicht eingetragenen Firma „E. B. Autolicht- und Bünd-Reparaturen“. Ein Schild mit diesem Wortlaut ist über dem Eingang des Tores des Bordergebäudes angebracht, das zu ihrer im Hinterhaus befindlichen Werkstatt führt. Über der Tür ihrer Werkstatt selbst hatte sie ein Schild angebracht, das nur die Aufschrift „Auto-Licht Reparaturen“ enthielt. Die Kl. hat sich mit der Behauptung, Auto-Licht sei ihr seit elf Jahren mit einem Kostenaufwand von rund 200 000 RM in den Verkehr eingeführt und mit Kennzeichnungskraft für sie im Verkehr durchgesetztes Firmenschlagwort, auch ihre Telegrammadresse, unter Berufung auf ihr Namens- und Firmenrecht, sowie die §§ 16, 1 UlWG. gegen jeden Gebrauch der Worte Auto-Licht oder des vereinigten Wortes Autolicht durch die Befl. gewendet. Sie hat beantragt, die Befl. unter Strafandrohung zu verurteilen, die Bezeichnung „Auto-Licht“ allein oder i. Verb. in anderen Worten, gleichgültig, in welcher Schreibweise, nicht mehr zu verwenden. Dementsprechend hat das LG. erkannt. Auf die Berufung der Befl. hat das BG. die Klage abgewiesen, soweit der Befl. die Verwendung der Worte Auto-Licht in der Weise untersagt worden ist, daß hinter der Namensfirma „E. B.“ die Worte „Autolicht- und Bünd-reparatur“ in einer Darstellungsweise zueinander gebracht werden, die die Größe der Worthilber in keinem anderen Verhältnis bringt, als sich auf dem Lichtbild des Schildes am Bordergebäude ergibt. Die Rev. der Kl., die volle Verurteilung fordert, ist zurückgewiesen.

Die Firma der Kl., gem. § 4 GmbHG. zulässigerweise als Sachfirma mit dem ebenda gezeichneten Zusatz Gesellschaft „mit beschränkter Haftung“ gebildet, enthält neben dieser die Gesellschaftsart anzeigenenden und mit unterschiedender Kraft nicht ausgestatteten Bezeichnung allein das zusammengeführte Wort „Auto-Licht“. Da mit diesem Firmenbestandteil die Firma erschöpft ist, handelt es sich hier nicht um ein Firmen-„Schlagwort“, sondern um die Firma selbst, soweit ihr Unterscheidungskraft innenwohnt, den sog. Firmenkern (Urt. v. 12. Juni 1931, II 293/30; MuW. 1932, 143 = JGb. 1932, 730^o).

Der erste Richter ist der Ansicht, daß das Wort als allein wesentlicher Bestandteil der Firma der Kl. seit 1920 eine „schlagwortartige“, ihr Unternehmen in einem gewissen örtlichen Bereich kennzeichnende Geltung habe gewinnen und damit des Schutzes des UlWG. teilhaftig werden können, und er glaubt, ohne weiteres aus ihrem gerichtsbekannten jahrelangen Bestreben, ihr Unternehmen bekannt zu machen, herleiten zu können, daß es im Laufe der elf Jahre ihres Bestehens in der Tat Kennzeichnungskraft für die Kl. erlangt habe. Er bejaht weiter, daß die Befl. den für die Kennzeichnung der Kl. wesentlichen Firmenbestandteil in einer Weise nachgeahmt habe, die zu Verwechslungen zwischen beiden Firmen Anlaß geben könne. Hierdurch wird das allgemeine Verbot an die Befl. zur Benutzung des Wortes „Auto-Licht“ für die Kennzeichnung ihres Betriebes für geachtigt erachtet.

Damit werden die Worte „Autolicht- und Bündreparaturen“ als zur Firma der Befl. gehöriger Firmenzusatz i. S. von § 18 Abs. 2 Satz 2 HGB. behandelt, wie er gestaltet wäre, wenn die Befl. als Vollkaufmann zu betrachten und danach zur Annahme einer Firma verpflichtet und zur Beibehaltung einer abgeleiteten Firma berechtigt wäre. Der unerörtert gebliebene Punkt, ob die Befl. Voll- oder nach § 4 HGB. vom Firmenrecht ausgeschlossener Minderkaufmann ist, kann hier auf sich beruhen, da jedenfalls die Kl. Kaufmann ist und ihr Namens- und Firmenrecht samt den angezogenen Bestimmungen des UlWG. auch gegenüber dem in Wettbewerb trenden Minderkaufmann oder reinen Handwerker Platz greift. — Unrichtig ist die Meinung des Borderrichters, die Vorschriften der §§ 30, 37 HGB. könnten gegen die Befl. weil ihre Firmenzeichenung nicht im Handelsregister eingetragen sei, nicht angewendet werden (s. Düringer-Hachenburg-Hoeniger, § 37 Anm. 2, 4 m. Rspr.). Wer eine Firma als Firmenberechtigter führt und sie gesetzwidrig nicht eintragen läßt oder, ohne Vollkaufmann und damit firmenberechtigt zu sein, durch eine Firmenführung den Anschein eines Vollkaufmanns erweckt, kann in Anerkennung des Rechtsschutzes für den eingetragenen Firmenberechtigten nach § 37 Abs. 2 HGB. nicht günstiger gestellt sein als ein eingetragener Kaufmann. —

Das BG. hat die Verurteilung so bestehen lassen, daß das hintere Schild unmittelbar über der Werkstatt unterfragt bleibt. Autolicht darf nur als ein Wort und mit Bindestrich zum folgenden geschrieben werden. Es hat zwar die flägerische Behauptung über ihr Bekanntsein unter dem „Schlagwort“ Auto-Licht (verbunden oder in ein Wort zusammengezogen) unterstellt, aber abweichend vom ersten Richter die Verwechslungsgefahr mit den freigelassenen Geschäftsbezeichnungen der Befl. verneint.

Ohne die Entsch. zur Verwechslungsgefahr anzugreifen, wie mündlich ausdrücklich erklärt worden ist, stützt sich die Rev. auf eine Verlezung des Namensrechts der Kl. Sie bittet, sofern aus der Rspr. der Grundz. zu entnehmen sein sollte, daß die Verlezung eines fremden Namens nur dann eine unbefugt i. S. des § 12 HGB. sei, wenn Verwechslungsgefahr i. e. oder i. w. S. bestehet, um Nachprüfung dieses Standpunktes. Sie bringt dazu ihre Rechtsmeinung zum Ausdruck, die Benutzung eines fremden Namens sei stets unbefugt, wenn nicht dem Benutzer ein natürliches (durch Gleichnamigkeit gewordenes) oder gelegentliches (§ 22 HGB.; § 4 GmbHG.), vielleicht auch vertragliches Recht zur Seite stehe. Die Frage der Verwechslungsgefahr sei von Bedeutung für die sich aus § 12 BGB. ergebende Voraussetzung des Klageanspruchs, ob das Interesse des Namensträgers durch die Mitbenutzung seines Namens verletzt sei. Dieses Interesse könne aber auch in anderer Weise verletzt werden, vornehmlich dadurch, daß die Mitbenutzung die Gefahr der „Verwässerung“

nach sich ziehe, also die besondere dem Firmenschlagwort innenwohnende Kennzeichnungskraft abgeschwächt werde.

Mit Recht kommt die Rev. nicht auf § 37 Abs. 2 HGB. als Rechtsgrund der Klage zurück. Denn dieser trifft nur den firmenrechtlich unbefugten Gebrauch einer Firma (RG. 114, 90 [93/94]¹⁾). Ein solcher liegt hier nicht vor, da sich die noch strittige Geschäftsbezeichnung der Befl. wenn sie auch den Firmenkern der Kl. in anderer Schreibweise enthält, doch deutlich von der Firma der Kl. unterscheidet und bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen gem. den Vorschr. des § 30 HGB. unbedenklich eintragungsfähig wäre. Sofern die Befl. gem. § 4 HGB. vom Firmenrecht ausgeschlossen wäre, wäre sie doch hinsichtlich der Wahl einer Geschäftsbezeichnung, wie sie heutzutage auch im Kreisen der Minderkaufleute und Handwerker üblich ist, nicht weitergehenden Ansprüchen eines Firmeninhabers ausgesetzt als ein gelegentlich zugelassener Firmenführer.

Die Ber. der Rev. auf den Namensschutz nach § 12 BGB. gegen unbefugten Gebrauch hat zur Grundlage, daß auch der Name der juristischen Person des Handelsrechts diesen Namensschutz genießt (RG. 74, 114²⁾; 109, 213³⁾; 115, 401 = JW. 1927, 1585²¹⁾; 117, 215⁴⁾; JW. 1930, 1733^{33a)}). Vorausgelegt ist hierbei aber bei Sachfirmen das Vorhandensein der Unterscheidungskraft des gewählten Namens, die bei der Wahl von Worten, die dem allgemeinen Sprachgebrauch angehören, im allgemeinen nicht vorhanden ist (MuW. 1927/28, 497; 1932, 537; GewRsch. 1931, 773 = JW. 1931, 1916³⁰ mit 1932, 874⁸⁾). Eine Ausnahme hiervon gilt, wie z. B. in der vorstehend erwähnten zweiten Entsch. des erk. Sen., betr. die Bezeichnung „Markenschutzverband“ a. a. D. S. 538 eingehend dargelegt ist, wenn solche an und für sich nicht unterscheidungsfähige Worte, sei es durch die besondere Art der Zusammenstellung an sich nicht kennzeichnungsfähiger Bestandteile oder aus sonstigen Gründen, Verkehrsgeltung als Bezeichnung eines bestimmten Unternehmens erlangt haben sollten. Doch kann, wie a. a. D. weiter ausgeführt ist, das betr. Wort, auch wenn letzteres der Fall sein sollte, sofern das Wort dem allgemeinen Sprachschatz angehört, nicht in dem Sinne ausschließlich von einem einzelnen als „Berechtigten“ in Anspruch genommen werden, daß jeder Gebrauch desselben Wortes durch einen Dritten unbefugt und unzulässig wäre. Das ist nach Lage der Sache auch für den vorl. Fall entscheidend. Hier versagt der Namenschutz aus dem Grund, weil die Kl. das Wort „Autolicht“, zusammen oder getrennt geschrieben, nicht für sich allein mit Beschlag belegen kann. Zwar hat der erk. Sen. wiederholt mit aller Deutlichkeit ausgesprochen, daß es sich bei dem Fall der Verwechslungsgefahr nur um einen der verschiedenen, an sich möglichen Fälle unbefugten Namensgebrauchs handelt (vgl. z. B. das Kwattau-Urt.: RG. 109, 215⁵⁾; ferner das Neuerburg-Urt.: RG. 114, 94⁶⁾; ferner das Eskimo-Pie-Urt.: RG. 117, 219⁷⁾), stets heißt es dort: unbefugter Gebrauch schon deshalb, weil Verwechslungsgefahr vorliegt. Die Best. des § 12 BGB. ist, abweichend von der des § 16 UrW. nicht nur im Falle der Verwechslungsgefahr anwendbar. Der Namenschutz kann nicht durchgreifen, wenn ein rechtmäßiger Träger des gleichen Namens (insbes. Personennamens) auftritt und, soweit es sich um Firmenwahl handelt, den Vorschr. des § 30 HGB. Genüge getan wird (RG. 116, 209⁸⁾; JW. 1931, 1916³⁰ = GewRsch. 1931, 773). Unbefugter Gebrauch liegt auch dann vor, wenn ein Personennamen zu einer Firmenbildung, sei es auch mit genügenden unterscheidenden Zusätzen, verwendet wird, ohne daß dem Gebraucher der Name überhaupt zusteht (RG. 54, 42; 74, 308 [310]⁹⁾; 100, 182 [186]). Müßte der Borderrichter in irgendwelchem Umfang eine Verringerung der Kennzeichnungskraft des Namens für die Kl. und damit eine Interessenverlegung annehmen, so durfte er den Punkt nicht unentschieden lassen, ob „Autolicht“ eine freie Erfindung, ein Phantasiewort der Kl. ist. Dies muß aber verneint werden. (Wird eingehend ausgeführt.)

Die Kl. hat, wenn sie glauben sollte, die Bildung Autolicht von sich aus erfunden zu haben, damit doch unbewußt

nur ein Wort gewählt, das für den Gegenstand ihres Betriebes dem deutschen Sprachschatz ohne weiteres zu entnehmen war und in das Gebiet der Allgemeinheit vorzubehaltenden Sachbezeichnungen fällt. Der Allgemeinheit kann deswegen, weil allenfalls erwiesen werden kann, daß die Kl. das Wort Auto-Licht erstmals als Firmenzeichenbezeichnung verwendet hat, nicht auferlegt werden, sich in den Geschäftsbereichungen der schwerfälligen Form „Autoleuchtsanlage“ oder der grammatischen doch auch nur als Abkürzung hieron richtig gedachten Bezeichnung „Autoleuchtung“ zu bedienen. Auch die etwaige Kennzeichnungskraft im Verkehr kann hieran nichts ändern. Denn hier handelt es sich um eine, namentlich auch im Hinblick auf die Neigung des Verkehrs zu kurzer, schlagender Bezeichnung, notwendige Bildung der Art, wie sie schon in dem Urt. v. 8. März 1927, II 319/26: JW. 1927, 1563⁶⁾ zum Zeichenwort „Uralt“ vorbehalten ist. Der Kl. kann nur nach § 16 UrW. Schutz gegen Verwechslungsfähige Firmen- oder Namensbildungen oder sonstige Geschäftsbezeichnungen zugestanden werden. Bei Vorsorge gegen diese Gefahr hat auch das oben bereits mehrfach erwähnte Urt. v. 12. Juli 1932, II 36/32: MuW. 1932, 537, den Gebrauch des Wortes „Markenschutzverband“ zur Individualbezeichnung freigegeben, wiewohl es sich für den damaligen Kl. als Kennzeichen im Verkehr durchgelebt hatte. Verwechslungsgefahr mit der freigelassenen Form der Geschäftsbezeichnung der Befl. hat der Borderrichter jedoch aus im wesentlichen tatsächlichen Gründen verneint; ein Rechtsverstoß ist dabei nicht zu erkennen. Die Befl. gebraucht das Wort Autolicht, wenngleich innerhalb ihrer Firma, doch nur zur Bezeichnung ihrer Gewerbeart. Ein irgendwie gearteter Gebrauch des Geschäftsnamens der Befl. zur Warenbezeichnung ist nicht dargetan. Ein gewisses letztes, unumgängliches Maß von Verwechslungsgefahr muß die Kl. ebenso auf sich leiden, wie alle die, die sonst ein dem allgemeinen Sprachschatz angehöriges, als Sachbezeichnung dienendes Wort in ihre Firma aufnehmen (JW. 1931, 1916³⁰ = GewRsch. 1931, 773). Wer sein Unternehmen z. B. „Brauerei-A.G.“ heißen wollte und dafür örtlich mangels irgendwelcher Wettbewerber Kennzeichnungskraft erlangt hätte, könnte trotz dieses Maßes von Gefahr nicht verhindern, daß ein neues örtliches Konkurrenzunternehmen sich innerhalb der im übrigen unterscheidungsfähig gestalteten Firma des Wortes „Brauerei“ gleichfalls bedient. „Verwässerung“ ist als Auflösung bestehender Kennzeichnungskraft da kein beachtlicher Gesichtspunkt, wo von vornherein eine Beschlagsnahme des Wortes für den einzelnen nicht zu dulden ist. Hierzu ist auf die für das Warenzeichenrecht gültige Gesetzesbest. des § 13 WbzG. zu verweisen, die einen auch für das Firmenrecht gültigen Rechtsgedanken enthält (Urt. dieses Sen. v. 12. Mai 1933, II 27/33¹⁰⁾ [Benediktiner-Essenz]).

(U. v. 20. Juni 1933; II 35/33. — Dresden.) [Ku.]

2. §§ 249, 844 BGB.; § 10 KraftG. Bei der Berechnung des Schadens ist als schadenmindernd nicht in Rechnung zu stellen, was nur wirtschaftlich aus derselben Quelle wie früher fließt. Ist ein Schaden nur mit einer gewissen Quote erstattungsfähig, so müssen die den Schaden mindernden verbliebenen Bezüge abgezogen werden, bevor die Quotenberechnung erfolgte.†)

(U. v. 13. Juli 1933; VI 162/33. — Hamburg.)

Abgedr.: JW. 1933, 2700⁵.

¹⁰⁾ JW. 1933, 2048.

Zu 2. Meines Erachtens ist die Entsch. mit Unrecht auf den Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung allein abgestellt. Es ist wohl richtig, daß unter den von der Kl. behaupteten Umständen die Leistungen des G. nicht in adäquatem Zusammenhang mit dem von dem Befl. zu vertretenden Unfall ihres Mannes stehen und demnach nicht als ein Vorteil angesehen werden können, welchen dieser Unfall der Kl. neben dem durch ihn verursachten Nachteil gebracht hat. Aber diese Betrachtung ist nicht erschöpfend.

Meines Erachtens geht die Auffassung des Verk., daß die Zuwendungen G.s aus derselben Quelle fließen wie früher die Einnahmen des Chemannes der Kl., von der das RG. sagt, sie möge wirtschaftlich zutreffen, siege aber rechtlich neben der Sache, von einem rechtlich

¹⁾ JW. 1926, 2906. ²⁾ JW. 1910, 799. ³⁾ JW. 1926, 367.

⁴⁾ JW. 1927, 3045. ⁵⁾ JW. 1926, 367. ⁶⁾ JW. 1926, 2906.

⁷⁾ JW. 1927, 3045. ⁸⁾ JW. 1927, 1591. ⁹⁾ JW. 1911, 26.

3. § 276 BGB. Leitsätze für die Auswahl einer Bank, bei der der Notar das ihm in seiner amtlichen Eigenschaft anvertraute Geld als einem sicheren Bankkonto zuführen darf.†)

Zutreffend geht das BG. davon aus, daß der Befl. das Geld, das ihm auf Grund des von ihm beurkundeten Kaufvertrages gegeben worden war, in seiner amtlichen Eigenschaft als Notar bei der Handelsbank hinterlegt hat. Die weitere Annahme des BG. jedoch, daß der Befl. die ihm bei der Hinterlegung obliegende Sorgfaltspflicht verletzt habe, wird durch die bisherigen Feststellungen des BG. nicht getragen.

Das BG. hat in dieser Hinsicht ausgeführt, es genüge nicht, daß die Handelsbank am 25. Febr. 1932 nach allgemeiner Ansicht und nach der Ansicht der unmittelbar interessierten Handelskreise als ein durchaus sicheres Unternehmen gegolten habe, und daß der Befl. selbst auf Grund langjähriger Geschäftsverbindung sowie auf Grund laufender und bester Auskünfte diese Ansicht geteilt habe. Weder die eigene Ansicht des Befl., noch die des Publikums und selbst der Fachkreise könne als ein hinreichend sicherer Maßstab für die Güte einer Bank angesehen werden. Der Befl. habe mit Rücksicht auf die in den letzten Jahren selbst für Fachkreise völlig unerwarteten Zusammenbrüche größerer und kleinerer Bankhäuser die größtmögliche Vorsicht bei der Hinterlegung walten lassen müssen und diese habe hier darin bestanden, daß er die Gelder bei einer der Staatsbanken oder öffentlichen Kassen zum mindesten bei einer der D-Banken hätte hinterlegen müssen. Ein Notar könne wenigstens in der augenblicklichen Krisenzeite als Richtfachmann eine Güte einer Bank nicht mit hinreichender Sicherheit würdigen, wenn dies, wie die Tatsachen zeigten, nicht einmal den Fachkreisen möglich sei. Der Befl. habe daher bei der Hinterlegung den sichersten Weg wählen müssen und dieses Höchstmaß an Vorsicht sei gleichzeitig als das von ihm zu erfordernde Mindestmaß anzusehen. Damit würden dem Befl. auch keine untragbaren Pflichten aufgebürdet, denn

richtigen Gesichtspunkt aus. Der Befl. dürfe damit haben sagen wollen, daß diese Zuwendungen G.s in adäquatem Zusammenhang mit der früheren Erwerbsstellung des Chemannes stehen, und daß daher insoweit durch das schädigende Ereignis die von der ehemaligen Erwerbsstellung des Verunglückten ausgehende Kausalfreihe nicht unterbrochen worden und daher durch das Schadensereignis kein Schade gestiftet worden sei. Es läßt sich daher das in E. dem apriorischen Rechtsgefühl besser entsprechende Erkenntnis des Befl. auch rechtlich zutreffend mit dem maßgeblichen Gesichtspunkt begründen.

In ähnlicher Weise wie in unserem Urt. erscheint auch in dem von Kunick und Beith beprochenen Urt. des RG. v. 13. Juli 1933 (RG. 141, 365 = JW. 1933, 2383²) neben der Betrachtung der von dem Schadensereignis ausgehenden Kausalfreihe die Betrachtung derjenigen adäquaten Kausalfreihe vernachlässigt, welche von den vor Eintritt des Schadensereignisses vorhandenen Umständen ausgeht. Dort ist sie durch das Schadensereignis ganz unterbrochen worden, so daß man sich ihrem weiteren adäquaten Verlauf hypothetisch vorstellen hatte, um sich ein Bild der hypothetischen wirtschaftlichen Lage machen zu können, welche gemäß § 249 BGB. mit der durch das Schadensereignis hergestellten wirtschaftlichen Lage in Vergleich zu setzen ist. Das RG. macht in jener Entsch. dem RG. geradezu einen Vorwurf daraus, daß es einen nicht eingetretenen Umstand hinzudenke, obwohl dieser Umstand innerhalb der adäquaten Kausalfreihe lag, welche in Gang war (der Hausverwalter hatte die Verpflichtung übernommen, die Hauseinnahmen bei der zusammengebrochenen Bank zu hinterlegen), als das Schadensereignis auf sie traf. Es ist nicht zu erkennen, wie der Vergleich nach § 249 BGB. ohne das Hinzu denken des adäquaten Endes der durch das Schadensereignis unterbrochenen Kausalfreihe möglich sein soll. Auch in der Rpr. des RG. ist dies anerkannt, wenn es eine Krankheit berücksichtigt, welche die durch die Verlegung herbeigeführte Erwerbsunfähigkeit ihrerseits herbeigeführt hätte, wenn die Ursache für die Erkrankung zur Zeit der Verlegung schon vorgelegen hatte. In diesem Fall ist eben die Erwerbsunfähigkeit das hypothetische adäquate Ende der zur Zeit der Erkrankung laufenden Kausalfreihe (wie in dem Urt.: JW. 1933, 2383² die Anlegung und Belassung der Gelder bei einer bestimmten Bank und deren Zusammenbruch die hypothetische adäquate Fortsetzung der durch das Schadensereignis unterbrochenen Kausalfreihe war), während im Fall einer zur Zeit der Verlegung noch nicht verursachten Erkrankung, die durch eine solche herbeigeführte Erwerbsunfähigkeit außerhalb des hypothetischen adäquaten Verlaufs des unterbrochenen Zusammensetzung liegt, und dieses auch von dem Beispiel Dertmanns, Schulzverhältnisse, vor dem § 249 BGB. gilt, in

außerordentliche Verhältnisse stellen auch außerordentliche Anforderungen. Es sei mit der Stellung des Notars als des Beraters des Laienpublikums nicht vereinbar, von ihm nur das Maß der Sorgfalt zu verlangen, das in normalen Zeiten angemessen sein sollte, alle Schwierigkeiten und Gefahren aber auf das ratifizierende Publikum abzuwälzen. Die verkehrssübliche Sorgfalt müsse sich daher den Anforderungen des wirtschaftlichen Lebens anpassen.

Mit Recht rügt die Rev. demgegenüber, daß das BG. das Maß der dem Befl. nach der gegebenen Sachlage bei der Hinterlegung obliegenden Amtspflicht überspannt habe.

Nach den Feststellungen des BG. hatten Verkäufer und Käufer des Grundstücks dem Befl. Vorschriften darüber, wie er das ihm übergebene Kaufgeld bis zur Eintragung der Auflassungsvormerkung verwahren sollte, nicht gegeben. Daher war es Pflicht des Befl., das ihm anvertraute Geld entweder in eigene amtliche Verwahrung zu nehmen, oder aber es einem sicheren Bankkonto zuzuführen, das zum Unterschiede von dem Privatkonto des Notars als Sonderkonto für fremde Gelder eingerichtet sein mußte (AllgBdg. v. 6. Nov. 1922, II 1; Preuß. MBl. 1922, 474). Wählte der Befl. den letzteren Weg, so durfte er daher das Geld nur bei einer Bank hinterlegen, die er nach pflichtgemäßer Prüfung ohne Ver schulden für eine sichere Hinterlegungsstelle halten durfte.

Der Befl. hat zur Stütze seiner Behauptung, daß er die Handelsbank für eine sichere Hinterlegungsstelle gehalten habe und um darzutun, daß er sie auch für eine solche ohne Verlegung seiner Amtspflicht habe halten dürfen, unter Beweisantritt folgende Behauptungen aufgestellt:

Die Handelsbank sei nicht etwa eine Inflationsgründung, sondern bestehe seit 40 Jahren. Sie habe ganz allgemein als eine durchaus erstklassige einwandfreie Bank gegolten, die ein großes Kapital besessen und noch in den Jahren 1930 und 1931 eine Dividende von 10% ausgezahlt habe. Über die Handelsbank seien bis zu ihrem Zusammenbruch bei der Wölfle

welchem der Fall gesetzt wird, daß eine Sache durch Einbruchdiebstahl aus einem Hause entwendet wird, welches nachträglich abbrennt.

In derartigen Fällen ist es stets notwendig, daß neue Ereignis nicht nur unter dem Gesichtspunkt seiner Beziehung zu der von dem Schadensereignis ausgehenden adäquaten Kausalfreihe (positiver Umfang des Schadens, Vorteilsausgleichung), sondern auch unter dem Gesichtspunkt seiner Beziehung zu der adäquaten Kausalfreihe, auf die das Schadensereignis traf (negativer Umfang des Schadens), zu prüfen. Die beiden vorbesprochenen Fälle sind voneinander verschieden, weil sich in dem gegenwärtigen Urt. das neue schadensmindernde Ereignis als ein erhalten gebliebenes Stück der ursprünglichen Kausalfreihe darstellt, in der Entsch.: JW. 1933, 2383² aber als ein hypothetisches Stück des hypothetischen Endes der ursprünglichen adäquaten Kausalfreihe, dessen Vorstellung unerlässlich ist, um den in § 249 BGB. vorgeschriebenen Vergleich anstellen zu können; es muß nur eben eine richtige Vorstellung des adäquaten Endes sein.

Al. von Godin, Berlin.

Zu 3. Das Urt. ist insofern von Interesse, als es die für die Entwicklung des Instituts der Anderkonten besonders wichtige Frage, ob im Verhältnis zwischen dem Anderkonteninhaber und der von ihm betreuten Person die Gefahr einer Verschlechterung der Kontoförderung durch nicht voraussehbaren Vermögensverfall der kontoführenden Bank den Anderkonteninhaber trifft, überhaupt nicht erörtert, also die Verneinung offenbar für selbstverständlich ansieht. Wenigstens für eigentliche Treuhänderkonten (über den Unterschied s. Opiz, Anderkontenrecht, BankArch. 33, 81 ff.) ist sie nicht unbestritten (vgl. Friedmann, Gutachten, 36. DJT. I. Bd. 3. Lieferung S. 984; dagegen Neugster, Das Treuhänderkonto, ein Beitrag zum deutschen Treuhänderrecht, S. 85).

Im übrigen kann es zweifelhaft sein, ob das RG. mit Recht annimmt, daß der Anderkonteninhaber die Verschlechterung der Förderung nicht zu vertreten hat, weil er bei der Auswahl der Bank und der Belassung des Kontos bei ihr die bisher für ausreichend angesehene Sorgfalt angewandt hatte. Nach allem, was sich bis zum 25. Febr. 1932, dem Tage der Einzahlung, im deutschen Bankwesen ereignet hat, scheinen mir vielmehr die Anforderungen, die von der 2. Instanz an das Mindestmaß der zu verlangenden Sorgfalt gestellt worden sind, den Verhältnissen mehr zu entsprechen, zumal irgendwelche Interessen der betreuten Person, die gerade für die Hinterlegung bei dieser Bank sprachen, nicht in Frage kommen. Man wird dem Urt. keine allzu maßgebende Bedeutung beilegen dürfen.

Wirkl. Geh. Rat Prof. Dr. H. Göppert, Bonn.

— anders als in sonstigen Fällen — keine ungünstigen Gerüchte umgelaufen. Sie habe sich im Gegensatz zu den Großbanken gerade um die Zeit des wirtschaftlichen Zusammenbruchs glänzend gehalten und eine ganz andere Widerstandsfähigkeit als die D-Banken gezeigt. Zu ihrer als besonders zahlungsfähig geltenden Rücksicht hätten viele Kommissäre, Großschäfster und die großen Händler der Zentralmarkthalle gehört, die täglich große Beträge an die Bank gezahlt hätten. Auch große Firmen, wie z. B. die bekannte Firma Mannesmann-Röhren-GmbH., ferner der Berliner Anwaltverein und die Hans-Soldan-Stiftung, deren Mitglieder nur Anwälte seien, hätten ihre ständigen Konten bei der Handelsbank gehabt. Sie habe zu denjenigen Banken gehört, die gemäß den Vereinbarungen zwischen den Anwalts- und Bankorganisationen Anderkonten eingerichtet habe, die also von beiden Organisationen als hierfür geeignet angesehen worden sei. Durch einen Beschluß der 5. Kammer für Handelsfachkenntnisse des BG. I Berlin, der gerade während der Bankfeiertage am 16. Juli 1931 ergangen sei, sei dem Befl. sogar ausdrücklich gestattet worden, die Zwangsvollstreckung aus einem Wechselurteil durch Bürgschaft der Handelsbank in Höhe von 3100 RM abzuwenden. Auch von der Steuerbehörde sei die Bank als Hinterlegungsstelle angesehen worden. Bei der Reichsbank habe die Handelsbank gleichfalls den besten Ruf genossen und sei für so kreditfähig angesehen worden, daß die Reichsbank ihr noch Anfang 1932 einen Kredit von 2½ Millionen RM, und zwar nicht etwa zu Sanierungs- oder Stützungszwecken gewährt habe. Die Bank sei einwandfrei geleitet worden und der Zusammenbruch völlig unerwartet erfolgt. Der Befl. habe sich fortlaufend, auch noch kurz vor dem Zusammenbruch der Bank, über ihre Güte erkundigt, und zwar nicht deshalb, weil er Zweifel an ihrer Güte gehabt habe, sondern weil er es als gewissenhafter Notar für seine Pflicht gehalten habe, solche Erkundigungen einzuziehen. Daraufhin habe er die besten Auskünfte erhalten.

Alle diese Behauptungen des Befl. sind für die RevInst. als wahr zu unterstellen. Berücksichtigt man ferner, daß nach der Auskunft des Centralverbandes des deutschen Bank- und Bankierverbes v. 12. Juli 1932 diesem Verbande irgend etwas Nachteiliges über die Handelsbank und ihre Vorstandsmitglieder nicht bekannt geworden war und daß nach der Auskunft der Industrie- und Handelskammer zu Berlin v. 8. Nov. 1932 am 25. Febr. 1932 keine Anzeichen vorgelegen haben, die eine Erichärtung der Handelsbank hätten vermuten lassen können, und daß auch in den Handelskreisen, die zu der Bank in Beziehung standen, damals kein Bedenken obgeworfen hat, ihr einen Betrag von 3525 RM anzubutrauen, so kann nicht anerkannt werden, daß der Befl. bei der Auswahl der Bank als Hinterlegungsstelle seine ihm als Notar obliegende Amtspflicht schuldhaft verletzt habe.

Die Annahme des BG., daß weder die eigene Ansicht des Befl. noch die des Publikums, auch nicht die der Fachkreise als ein hinreichend sicherer Maßstab für die Güte einer Bank angesehen werden dürfe, geht fehl. Mit Recht weist die RevInst. darauf hin, daß ein Notar als Erkenntnisquelle für die Zahlungskraft und die Güte einer Bank doch nur die Auffassung der Fachkreise und die allgemeine Ansicht des Publikums verwerten kann. Die Auffassung der Fachkreise stützt sich, wie die RevInst. weiter zutreffend ausführt, auf das geschäftliche Gebaren der Bank, auf die von ihr veröffentlichten Bilanzen und auf die Ansicht der mit der Bank im Geschäftsverkehr stehenden Rücksicht. Das Publikum folgt sowohl aus dieser Ansicht der Fachkreise, wie aus seiner eigenen Erfahrung mit den Geschäften der Bank, ob diese zuverlässig und zahlungsfähig ist. Welche sonstigen Erkenntnisquellen dem Notar bei der Prüfung der Zuverlässigkeit und Güte einer Bank zur Verfügung stehen könnten, ist nicht erichtlich. Der Standpunkt des BG., daß der Befl. das Geld bei einer Staatsbank oder einer öffentlichen Kasse oder mindestens bei einer der D-Banken habe hinterlegen müssen, schränkt das dem Befl. zustehende pflichtgemäße Ermessen in unzulässiger Weise ein. Durfte der Befl. nach Lage der Sache auf Grund der ihm zu Gebote stehenden Erkenntnisquellen nach pflichtgemäßem Prüfung die Handelsbank als eine sichere Hinterlegungsstelle ansehen, so kann ihm daraus, daß er das ihm übergebene Geld bei dieser

Bank hinterlegte, eine Verlezung seiner Amtspflicht nicht zum Vorwurf gemacht werden.

(U. v. 14. Okt. 1933; 156/33 V. — Berlin.) [Sch.]

** 5. § 252 Abs. 3 HGB.; § 266 Abs. 1 HGB. in der Fassung der ARBö. über Aktienrecht, Bankenaufsicht u. a. v. 19. Sept. 1931 (ARBö.) nebst DurchfBö. v. 15. Dez. 1931. — Bestellung von Prüfern.

1. Der Ausschluß des Stimmrechtes nach § 252 Abs. 3 geht nicht über die dort geregelten Fälle hinaus auf solche, die mittelbar mit ihnen in Zusammenhang stehen.

2. Der Ausschluß des Stimmrechtes gem. § 266 Abs. 1 ARBö. für Aktionäre, die bei der Beschlusssfassung zugleich Mitglieder des Vorstandes oder Aufsichtsrates "sind", betrifft diese Personen auch dann, wenn sie Mitglieder zwar nicht mehr sind, aber es zu der Zeit der zu prüfenden Vorgänge waren.

3. Zum zeitlichen Inkrafttreten der ARBö. in ihren einzelnen Teilen, insbes. des § 266 Abs. 1 Satz 2.

4. Findet die Best. des § 266 Abs. 1 Satz 2 ARBö. auch Anwendung auf die Beschlusssfassung über die freiwillige Bestellung von Prüfern auf Grund des § 266 Abs. 1 Satz 1 der alten Fassung des HGB.?

Die Frage ist, ob P. S., der jedenfalls noch während des Geschäftsjahrs 1930/31 Mitglied des Aufsichtsrats der Befl. gewesen ist, gesetzlich am Mitschreiben in der Genvers. vom 8. Juni 1932 behindert war. Ein Stimmrechtsverbot ließe sich bezüglich des jetzt angegriffenen Beschl. aus § 252 Abs. 3 HGB. unzweifelhaft nicht herleiten. Denn die Beschlusssfassung über die Bestellung von Prüfern zur Prüfung der Bilanz nebst Gewinn- und Verlustrechnung und von Vorgängen bei der Geschäftsführung betrifft unmittelbar weder ein mit Mitgliedern der Verwaltungsgärne abzüglichendes Rechtsgeschäft, noch ihre Befreiung von einer Verbindlichkeit oder Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreits mit ihnen, noch ihre Entlastung. Daß die Prüfung und ihr Ergebnis für die Entscheidung der Genvers. in der einen oder anderen Richtung möglicherweise von Erheblichkeit sein könnte, wäre nicht von Belang; ein solcher bloß mittelbarer Zusammenhang

Bu 5. Die Entsch. verdient Zustimmung.

1. Sie bricht mit dem Grundsatz der engen Deutung der gesetzlichen Stimmrechtsbeschränkungen, den man zu § 252 Abs. 3 HGB. entwickelt hatte, einmal weil es sich um Ausnahmeverordnungen handelt und sodann weil gerade in der Frage der Stimmabstimmung für die Praxis klare und scharfe Grenzlinien unentbehrlich seien (vgl. namentlich BG. 81, 40 = JW. 1913, 210 und 119, 387 = JW. 1928, 1558).

Für § 252 HGB. wird in der obigen Entsch. zwar daran festgehalten; denn das BG. lehnt es ab, aus § 252 eine Stimmrechtsbeschränkung herzuleiten wegen der mittelbaren Bedeutung der Prüfung für eine etwaige Entscheidung der Genvers. in der einen oder anderen der in § 252 ausdrücklich angegebenen Richtungen. Dieses Festhalten an der bisherigen fest eingebürgerten Anspr. wird man verstehen können, auch wenn man die Feststellung skeptisch betrachtet, daß sich aus § 252 Abs. 3 ein Stimmrechtsverbot „unzweifelhaft“ nicht herleiten lasse. Ich möchte sehr bezweifeln, ob heute der bekannte Versuch Sachenburgs (LZ. 1907, 460), die Stimmrechtsbeschränkungen zu erweitern und das Mitschreiben dann als unzulässig zu erklären, wenn es missbraucht werde, um Rechte der Gesellschaft lahm zu legen oder sich auf ihre Kosten Vorteile zu verschaffen, noch auf die Ablehnung stoßen würde, die ihm damals durch das Schriftum und die Anspr. zuteil geworden ist.

Wenn das BG. den neuen § 266 Abs. 1 HGB. jetzt weitherziger deutet, so liegt das nicht bloß an einer entsprechend elastischeren Fassung der neuen Norm, sondern vor allem darin begründet, daß unsere Auslegungsmethoden freier geworden sind und daß das BG. heute statt auf den Wortlaut das Schwerpunkt auf das soziale Zweckstreben des Gesetzes legt. Das

hätte nach der in Rspr. und Rechtslehre herrschenden Meinung nicht genügt, um die Anwendbarkeit des § 266 Abs. 3 HGB zu rechtfertigen (z. B. Staub-Pinner, Anm. 1 zu § 266 a. F. HGB; Goldschmit, Aktienrecht, Anm. 3 zu § 267 HGB; Schlegelberger-Quassowski-Schmöller, BD über Aktienrecht, Anm. 4 zu § 266; Neufeld, Aktienrechtsnovelle, Anm. 3 zu § 266).

Nun bestimmt aber § 266 Abs. 1 HGB in der Fassung der ARBD. Teil 1, Vorschr. über AltG. usw. Art. VII, daß die GenVers. mit einfacher Stimmenmehrheit die Bestellung von Prüfern zur Prüfung von Vorgängen bei der Gründung oder der Geschäftsführung beschließen kann, und daß bei der Beschlusshaltung Aktionäre, die zugleich Mitglieder des Vorstands oder Aufsichtsrats „sind“, weder für sich selbst noch für einen anderen mitstimmen können, wenn die Prüfung sich auf Vorgänge erstrecken soll, die mit dem Vorstand oder Aufsichtsrat zu ermittelnden Entlastung oder der Einleitung eines Rechtsstreits zwischen Mitgliedern des Vorstands oder des Aufsichtsrats und der Gesellschaft im Zusammenhang stehen.

Der Verf. ist der Meinung, daß das Stimmrechtsverbot des § 266 Abs. 1 Satz 2 n. F. HGB hier gegenüber P. S. durchgreife, weil er zu der Zeit, in welche die zu prüfende Bilanz und die weiteren zu untersuchenden Geschäftsvorgänge — Entnahmen der Mitglieder der Verwaltungsgremien aus der Gesellschaftskasse — fielen, jedenfalls Mitglied des Aufsichtsrats der Befl. gewesen sei. Ob er dies auch noch zur Zeit der Abstimmung gewesen ist, erklärt der Verf. für unerheblich. Denn, so erwägt er weiter, durch das neue Stimmrechtsverbot solle einem Missbrauch der Mehrheit zur Unterdrückung der Rechte einer Minderheit vorgebeugt werden; Aktionäre sollten nicht mit abstimmen dürfen bei „derartigen“ Anträgen, die sich gegen sie selbst richten, das könne nur dann erreicht werden, wenn Aktionären, die bei den von dem Antrag betroffenen Vorgängen als Mitglieder des Vorstands oder Aufsichtsrats beteiligt seien, das Stimmrecht veragt werde, da ihnen andernfalls durch zwischenzeitliches Ausscheiden aus dem Amt als Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied ein Mitstimmen ermöglicht wäre; § 266 Abs. 1 Satz 2 n. F. HGB müsse jedenfalls so verstanden werden, daß Aktionäre, die an den zu prüfenden Vorgängen mitbeteiligt seien, von der Stimmabgabe ausgeschlossen seien. Dieser Auffassung war beizutreten.

Die Vorschr. der ARBD. sind nach Art. XIII Abs. 1 das. im allgemeinen mit dem 1. Okt. 1931 in Kraft getreten.

Reizvolle der Entscheidungsgründe besteht gerade darin, daß sie diese veränderte Einstellung an zwei Vorschr. illustrieren, die beide dem gleichen sozialen Zweckstreben entspringen. Gewiß hat das Gesetz in § 266 seinem Wortlaut nach nur diejenigen Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder von der Abstimmung ausgeschlossen, die zur Zeit der Abstimmung Mitglieder „sind“. Aber ebenso sicher scheint mir, daß es damit verhindern wollte, daß die an den nachzuprüfenden Vorgängen beteiligten Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder ihre Stimmzahl dann benutzen könnten, die Nachprüfung der fraglichen Geschäftsvorgänge zu verhindern oder zu ihren Gunsten und zum Nachteil der Gesellschaft irgendwie zu beeinflussen.

Aus diesem Zweckstreben heraus muß der Wortlaut des Gesetzes für den Fall ge deutet werden, wo die (sachliche) Beteiligung an dem Geschäftsvorgang als Vorstandsmitglied und die Zugehörigkeit zum Vorstand oder Aufsichtsrat im Augenblick der Beschlusshaltung nicht mehr zusammen treffen; hier muß die (sachliche) Beteiligung entscheiden. Der Ausschluß nicht beteiligter Vorstandsmitglieder, bloß weil sie zur Zeit der Abstimmung dem Vorstand und Aufsichtsrat angehören, würde dem Zweck der Best. in keiner Weise dienen können. Wo einem Organ als solchem Entlastung erteilt werden soll, sind natürlich alle Mitglieder, die dem Organ zur Zeit der Beschlusshaltung angehören, beteiligt. Die Zulassung an den Vorgängen Beteiligter wegen ihrer Nichtzugehörigkeit zum Vorstand bzw. Aufsichtsrat im Augenblick der Beschlusshaltung, würde umgekehrt die Erreichung dieses Zweckes geradezu gefährden. Sie würde einen Anteil bedeuten, vorübergehend auszuschließen, um die Stimmen in die Waagschale werfen zu können und dann zurückzukehren. Für diese weiterzige Deutung spricht aber auch die ganze Tendenz der modernen Aktienrechts gesetzgebung, die sich mit den bisherigen Stimmrechtsbeschränkungen nicht begnügt, sondern diese erweitert hat. Daraus ergibt sich

Eine Ausnahme hiervon gilt u. a. nach Art. XIII Abs. 3 das für die sich aus Art. VII ergebende neue Fassung des § 266 Abs. 1 Satz 1 HGB, infofern, als sie stufenweise mit der Einführung der Pflichtprüfung in Geltung tritt. Die gesetzliche Verpflichtung zur Bilanzprüfung (s. ARBD. Teil 1 Art. VI § 262 ff.) ist aber für AltG. mit einem Grundkapital von mehr als 3 Millionen RM — dazu gehört die Befl. — gem. Art. 3 der 1. DurchfBd. zur ARBD. v. 15. Dez. 1931 erstmals mit dem Jahresabschluß (Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung) desjenigen Geschäftsjahrs in Kraft getreten worden, das nach dem 30. Sept. 1931 begonnen hat. Hier handelt es sich nun um die Bilanz nebst Gewinn- und Verlustrechnung für das mit dem letzten genannten Tag endige Geschäftsjahr 1930/31 der Befl. Eine besondere Best. über das Inkrafttreten des § 266 Abs. 1 Satz 2 n. F. HGB ist in der Befl. nicht getroffen, und deshalb an und für sich anzunehmen, daß das neue Stimmrechtsverbot gem. Art. XIII Abs. 1 das. am 1. Okt. 1931 in Kraft getreten ist. Es ist aber im Schrifttum streitig geworden, ob das Stimmrechtsverbot des § 266 Abs. 1 Satz 2 n. F. HGB gilt auch für die Beschlusshaltung über die freiwillige Bestellung von Prüfern zur Prüfung der Bilanz auf Grund des § 266 Abs. 1 Satz 1 a. F. (s. darüber Quassowski: JW. 1933, 1369 ff.). Um eine solche „freiwillige“ Bilanzprüfung handelt es sich hier, da für die Bilanz des Geschäftsjahrs 1930/31 der Befl. die gesetzliche Bilanzprüfungs pflicht noch nicht bestanden hat. Indessen braucht zu dieser Streitfrage nicht Stellung genommen zu werden. Denn die Bestellung von Prüfern erstreckt sich nicht bloß auf die Prüfung der Bilanz nebst Gewinn- und Verlustrechnung für 1930/31, sondern darüber hinaus auch auf Vorgänge bei der Geschäftsführung, nämlich die Entnahmen der Mitglieder des Vorstands und Aufsichtsrats aus der Kasse der Gesellschaft während dieses Geschäftsjahrs. Für die Beschlusshaltung über die Bestellung von Prüfern zu solchem Zweck bejaht indessen selbst Quassowski a. a. O. die Anwendbarkeit des Stimmrechtsverbots des § 266 Abs. 1 Satz 2 n. F., wenn er sie auch bezüglich der freiwilligen Bestellung von Bilanzprüfern auf Grund des § 266 Abs. 1 a. F. HGB ablehnt. Die Beschlusshaltung über die Bestellung von Prüfern zur Prüfung der Bilanz einerseits und der bezeichneten Vorgänge der Geschäftsführung andererseits stellt sich nicht etwa als je rechtlich selbständige und nach dem Willen der GenVers. voneinander unabhängige Beschlüsse dar, vielmehr handelt es sich dabei in beiderlei Richtung um einen einheitlichen an sich zusammengehörigen Beschuß. Solchenfalls muß aber § 266 Abs. 1 Satz 2 n. F. HGB gegenüber dem Beschuß im ganzen zur Anwendung gelangen.

allein schon das Bedenkliche einer Beweisführung aus dem Ausnahmeharakter der Stimmrechtsbeschränkung. Gewiß ist die Zugehörigkeit zum Vorstand oder Aufsichtsrat im Augenblick der Abstimmung leichter feststellbar als die Beteiligung an den nachzuprügenden Vorgängen. Aber irgendwelche nennenswerten Bedenken für die Rechtmäßigkeit können sich aus der Notwendigkeit, die Zugehörigkeit zum Vorstand und Aufsichtsrat im Augenblick des nachzuprüfenden Vorgangs selbst festzustellen, unmöglich ergeben, wie das RG. mit Recht betont.

Geht man von diesen Grundgedanken aus, dann macht auch die Stellungnahme zu der vom RG. offen gelassenen Frage keine Schwierigkeiten, wie das Stimmrecht für den Fall der Entlastung eines Organs als solchen zu handhaben ist. Hier sind zunächst alle Mitglieder des Vorstands oder des Aufsichtsrats zur Zeit der Beschlusshaltung auch sachlich beteiligt. Aber auch die vorher ausgeschiedenen Mitglieder wird man insoweit beteiligt ansehen müssen, als die Entlastung des Organs, dem sie angehört haben, Geschäftsvorgänge decken würde, die mit der Entlastung im Zusammenhang stehen und sich zur Zeit ihrer noch bestehenden Zugehörigkeit zum Vorstand usw. abgespielt haben.

2. Gegenüber der hier herausgestellten Maßgeblichkeit der sachlichen Beteiligung an dem nachzuprüfenden Vorgang anstatt der bloß formlichen Zugehörigkeit zur Zeit der Abstimmung tritt die Bedeutung der Streitfrage zurück, ob die Vorschrift des § 266 Abs. 1 Satz 2 auch Anwendung auf die Beschlusshaltung über die freiwillige Bestellung von Prüfern zur Prüfung der Bilanz nach § 266 Abs. 1 Satz 1 a. F. HGB findet.

Quassowski hat sie bekanntlich mit eingehender Begründung verneint (JW. 1933, 1369 ff.). Das RG. entzieht sich der Beantwortung im vorliegenden Fall mit der zutreffenden Begründung.

Insofern hat auch die Rev. einen Angriff nicht erhoben. — Wenn sie aber unter Hinweis auf den Wortlaut des § 266 Abs. 1 Satz 2 n. F. darzulegen versucht, daß es schlechtweg für den Ausschluß des Stimmrechts auf die Zugehörigkeit zum Vorstand und Aufsichtsrat zur Zeit der Abstimmung ankomme, so kann ihr darin nicht beigetreten werden.

Gewiß hat das Stimmrechtsverbot des § 266 Abs. 1 Satz 2 n. F. außer dem schon erörterten Streit wegen seines Infratretens noch zu einer weiteren Streitfrage Anlaß gegeben, und zwar eben der, ob von der Abstimmung ausgeschlossen sind nur diejenigen Aktionäre, die zur Zeit der Abstimmung Mitglieder des Vorstands und Aufsichtsrats sind, oder mit auch diejenigen, die es zu der Zeit gewesen waren, auf die sich die Prüfung bezieht. Es ist der Rev. zuzugeben, daß der Wortlaut für ihre Auffassung zu sprechen scheint. Es wird ferner auch z. B. von Quassowski: JW. 1933, 1371 der Standpunkt vertreten und im einzelnen zu rechtfertigen unternommen, daß es für den Fall der Entlastung grundsätzlich auf die Zugehörigkeit zum Vorstand oder Aufsichtsrat im Zeitpunkt der Abstimmung ankommt; das aber doch immer nur dann, wenn es sich darum handelt, ob dem einen oder anderen Organ als solchem die Entlastung erteilt wird, weil eben damit alle einzelnen Mitglieder desselben bei der Beschlusssfassung beteiligt sind, letzteres aber für ausgeschiedene Mitglieder, gerade weil sie dem Organ nicht mehr angehören, nicht zutrifft. Es braucht indessen auch zu dieser Streitfrage im vorl. Fall nicht abschließend Stellung genommen zu werden. Denn hier handelt es sich nicht, jedenfalls nicht allein um die Prüfung von Vorgängen in Absicht auf die Entlastung des Vorstands- und Aufsichtsorgans als solchem, sondern die Prüfung soll gleichzeitig klären, ob und welche Entnahmen seitens der einzelnen Verwaltungsmittelglieder aus der Gesellschaftskasse während des Geschäftsjahrs 1930/31 gemacht worden sind und, ob diese Entnahmen des Einzelmitglieds berechtigt waren oder nicht, mit anderen Worten, ob hierwegen auch Erfahansprüche der Gesellschaft gegen das einzelne Mitglied erhoben werden könnten und erforderlichenfalls im Prozeßweg durchzuführen seien. Insofern stellen sich die Beschlüsse über die Bestellung von Prüfern mindestens zugleich als eine gegen die Einzelmitglieder der Verwaltungsräte selbst sich richtende Maßnahme dar; geflärt werden soll hinsichtlich der Entnahmen des einzelnen damaligen Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedes während des Geschäftsjahrs 1930/31, ob und was von seiner Seite etwa zuviel an Vergütung usw. abgehoben worden ist. Insofern war eben jedes einzelne der früheren Verwaltungsmittelglieder beteiligt, insbes. auch P. S., gleichviel ob er inzwischen ausgeschieden war oder nicht. In einem derartigen Fall tritt auch Quassowski: JW. 1933, 1371 die Auffassung, daß alsdann die früheren, an den zu prüfenden Vorgängen beteiligten Verwaltungsratsmitglieder vom Mitschreiben gem. § 266 Abs. 1 Satz 2 HGB. ausgeschlossen sind. Dem ist durchaus beizutreten. Der dem Stimmrechtsverbot des § 266 Abs. 1 Satz 2 n. F. HGB. zugrunde liegende Rechtsgedanke ist der, daß Aktionäre, welche bei den zum Gegenstand der Prüfung

gemachten Vorgängen der Geschäftsführung als Verwaltungsmittelglieder beteiligt waren, bei der Beschlusssfassung über die Prüferbestellung hierwegen nicht solle mitwirken dürfen, damit sie nicht mit ihrer Stimmenmacht die Nachprüfung der fraglichen Geschäftsvorgänge zu Fall bringen oder sonstwie in einer der Aufhellung des wahren Sachverhalts abträglichen Weise solle beeinflussen können. Daraus folgt aber ohne weiteres, daß es für die Anwendbarkeit des § 266 Abs. 1 Satz 2 HGB. trotz des Wortlauts entscheidend in erster Linie darauf ankommt, ob der einzelne Aktionär an den zu untersuchenden Geschäftsvorgängen als damaliges Organmitglied beteiligt war. Die von der Rev. vertretene Meinung, daß es schlechthin und ausschließlich auf die Zugehörigkeit zur Zeit der Abstimmung ankomme, würde zu ganz unannehbaren Folgen führen; so könnte z. B. danach ein Mitglied des Aufsichtsrats, das wegen Verfehlungen zum Nachteil der Gesellschaft aus seinem Amt abberufen worden war, bei einer späteren Beschlusssfassung über die Bestellung von Prüfern zum Zweck der Nachprüfung jener Geschäftsvorgänge mitabstimmen, während umgekehrt ein Aktionär, der vielleicht mit seinen Stimmen die Abberufung durchgeführt hat und an Stelle des Abberufenen in den Aufsichtsrat gewählt worden war, von der Stimmrechtsausübung ausgeschlossen wäre. Es liegt auf der Hand, daß dies nicht Sinn und Zweck des § 266 Abs. 1 Satz 2 n. F. HGB. sein kann. Gegen die hier vertretene Rechtsauffassung lassen sich auch vom Standpunkt der Rechtsicherheit aus gesehen Bedenken nicht herleiten. Die Zeit und Dauer der Zugehörigkeit eines Aktionärs zum Vorstand oder Aufsichtsrat läßt sich stets in Kürze ohne weiteres feststellen. In der Regel wird auch von vornherein klar und offen liegen, gegen die Geschäftsführung welcher derzeitigen oder früheren Verwaltungsmittelglieder die Prüfungsanträge sich richten. Das Stimmrechtsverbot des § 266 Abs. 1 Satz 2 n. F. HGB. gilt u. a. für die Prüfung von Geschäftsvorgängen, die mit der Einleitung eines Rechtsstreits gegen Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder im Zusammenhang stehen. Es genügt auch ein nur mittelbarer Zusammenhang. Ein solcher ist hier zweifellos vorhanden, sofern die Prüfung über die Entnahmen der Verwaltungsmittelglieder während des Geschäftsjahrs 1930/31 die Grundlagen auch für etwaige Rückgriffe und Rückgriffsprozesse gegen sie schaffen sollte (s. a. Schlegelberger-Quassowski-Schmöller, Bd. über Aktienrecht, Ann. 4 zu § 266 n. F.; Neufeld ebd. Ann. 3; Horowitz-Ullmann, Kommentar zum Neuen Aktienrecht, Ann. 5 zu § 266 n. F. HGB.; Staub-Pinner, Bd. über Aktienrecht, Ann. 6 zu § 266 n. F. HGB.).

Demgemäß ist aber der Vorderrichter mit Recht zu dem Ergebnis gelangt, daß P. S. gem. § 266 Abs. 1 Satz 2 HGB. nicht mitabstimmen durfte und deshalb die form- und fristgerecht angefochtenen GenVerfBeschl. v. 8. Juni 1932, welche auf der zu Unrecht erfolgten Stimmabgabe beruhten, für nichtig zu erklären sind.

(U. v. 24. Okt. 1933; II 99/33. — Dresden.) [Sch.]

dass die neuen Stimmrechtsbeschränkungen des § 266 Abs. 1 Satz 2 jedenfalls dann anwendbar seien, wenn sich die Beschlusssfassung nicht bloß auf die freiwillige Bestellung von Prüfern zur Prüfung der Bilanz beschränke, sondern darüber hinaus auch auf Vorgänge der Geschäftsführung erstrecke. Ich muß aber gestehen, daß mir die Ablehnung der Anwendbarkeit auf eine Beschlusssfassung mit der vorerwähnten Beschränkung nicht einleuchten will. Quassowskis Gründe scheinen mir rechtlich spitz. In § 266 Abs. 1 Satz 2 hat eine alte Forderung geschäftlicher Moral endlich ihre gesetzliche Anerkennung gefunden; Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder sollen ihre Stimmemacht nicht eigensüchtig gebrauchen dürfen, wo die Gesamtinteressen dadurch gefährdet werden können. Mit diesem Grundgedanken ist eine einengende Worideutung wenig verträglich. Der Vergleich Quassowski mit der Bestellung zur Pflichtprüfung der Bilanz nach § 262 b HGB. wirkt nicht überzeugend; er meint, für die Beschlusssfassung der GenVerf. über die Bestellung von Pflichtprüfern bestehe kein Stimmrechtsverbot für die Mitglieder des Vorstands und Aufsichtsrats. Aber daraus läßt nichts folgern für die Beschlusssfassung über eine freiwillige Bestellung von Bilanzprüfern. Denn die Pflichtprüfung ist durch das Gesetz (§ 262 a HGB.) vorgeschrieben, die Beschlusssfassung hat nur die Auswahl

der Personen zum Gegenstand; und insofern hat das Gesetz in § 262 c HGB. den Kreis der wählbaren Personen beschränkt, also Missbrächen der Stimmrechte einen Riegel vorgehoben. Bei der Beschlusssfassung über die freiwillige Bestellung von Bilanzprüfern steht aber das „ob“ der Prüfung im Vordergrund. Das Ergebnis der Prüfung kann zur weiteren Prüfung von Geschäftsvorgängen nötigen. Soll nun wirklich die Anwendbarkeit der Stimmrechtsbeschränkungen des § 266 Abs. 1 Satz 2 vom Wortlaut des Beschlusses abhängig sein, ob dieser sich nur auf die Bilanzprüfung beschränkt oder sofort gewisse Vorgänge als nachzuprüfende bezeichnet. Die Prüfung der Bilanz soll doch auch im ersten Fall erfolgen, um zur Entlastung oder Transpruchnahme eines Vorstandsmitglieds usw. Stellung nehmen zu können. Die Bilanz ist zwar kein Vorgang, aber ihre Aufstellung ist es.

Deshalb meine ich, daß eine Handhabung des § 266 Abs. 1 Ziff. 2, die dem sozialen Zweckstreben des Gesetzes und unseren heutigen Anschaulichkeiten von dem Vorrang der Gemeinchaftsinteressen entspricht, auch zur Anwendung auf Beschlüsse nötigt, die nur die Bestellung von freiwilligen Bilanzprüfern zum Gegenstand haben.

Prof. Dr. Heinrich Lehmann, Köln.

6. §§ 17 Abs. 2, 15 Abs. 2 GmbHG.

1. Neben der Genehmigungserklärung des alleinigen Gesellschafters ist nicht noch eine solche des Geschäftsführers erforderlich.

2. Der Grundsatz der Auslegung der Gesetze nach Sinn und Zweck führt dazu, die Vorschr.

Zu 6. Das Urt. ist in mehrfacher Hinsicht bemerkenswert.

I. Der 2. ZivSen. wendet sich deutlich dem Billigkeitsrecht zu. Denn er stützt seine Entsch. in erster Linie auf die Erfordernisse der Billigkeit: die Billigkeit verlange, daß die Parteien einen bei der Anteilsabtretung im September 1923 unterlaufenen Formfehler nicht geltend machen dürfen, weil sie doch seinerzeit die Abtretung übereinstimmend gewollt und damit auch wirtschaftlich vernünftige Ziele im Auge gehabt hätten. Erst hinterher stellt dann das RG. in ausführlichen, rechtsdogmatischen Ausführungen fest, daß der — von einer der Parteien behauptete — Formfehler gar nicht vorliege. Diese Art der Gedankenfolge legt die Vermutung nahe, daß der Senat den Billigkeitsverwägungen das Überge wicht geben möchte. Schreiten die Reichsrichter auf dieser Bahn fort, dann ist damit jedenfalls der bisher den Gerichten gegenüber so häufig erhobene Vorwurf einer volksfremden Wissenschaftsrechtsprechung entkräftet!

II. In sachlicher Hinsicht ist dem ersten Teil der Entsch. vollkommen beizupflichten. Das RG. bestätigt seine bisherige Anspr., wonach die zur Abtretung von GmbH.-Anteilen erforderliche Genehmigung der Gesellschaft nicht unter allen Umständen nur durch die Geschäftsführer erklärt werden dürfe. Vielmehr reicht ein einstimmiger Besluß sämtlicher Gesellschafter, insbes. also ein Besluß des Alleingesellschafters aus. Denn, so erklärt das RG. in RG. 130, 43, in solchem Falle sind die genehmigenden Gesellschafter ohne weiteres in der Lage, den Geschäftsführer abzusezzen und z. B. sich selbst zum Geschäftsführer zu bestellen.

III. Der zweite Teil der Entsch. — bei weitem der Hauptteil des Urt. — stellt eine Abkehr von der bisher geltenden Auslegung des § 15 Abs. 2 GmbHG. dar. Der Satz: „Erwirbt ein Gesellschafter zu seinem ursprünglichen Geschäftsanteil weitere Geschäftsanteile, so behalten dieselben ihre Selbständigkeit“ wurde bisher ganz überwiegend dahin ausgelegt, daß er zwingenden Rechtes sei, also weder durch Parteiabrede noch Gesellschafterbesluß beseitigt werden könnte. Dies war die durchaus herrschende Meinung, wenn man die Stimmen wägt und nicht zählt; den Kommentaren Hachenburg und Brodmann, denen sich Scholz in seinem Erläuterungswerk angelehnt hatte¹⁾, standen gegenüber Liebmann-Saenger, Neukamp-Becker und allerdings auch Feine in Ehrenbergs Handbuch, der aber immerhin zur Umgehung des § 15 Abs. 2 GmbHG. eine entsprechende Satzungsbestimmung verlangte. Zweifelhaft war die Frage, ob § 15 Abs. 2 einer autonomen Neustückelung der Geschäftsanteile entgegenstehe, lediglich bei der Goldmark-Umstellung nach der GoldBuBd. geworden; hier hatten mehrere Obergerichte eine Zusammenlegung kraft einstimmigen Gesellschafterbeschlusses trotz § 15 Abs. 2 GmbHG. für zulässig erachtet, weil die Goldumstellung eine Art Bausur im Leben der Gesellschaften darstelle (so BayObLG.: JFG. 3, 243 = ZW. 1925, 1644; SächsObLG.: JFG. 3, 248; das RG. hatte sich mehrfach dagegen ausgesprochen, vgl. ZW. 1925, 2337 und 2618; Recht 1927 Nr. 59; das RG. hatte die Frage, ob anlässlich der Goldumstellung Ausnahmen von § 15 Abs. 2 GmbHG. zulässig seien, offen gelassen, vgl. ZW. 1926, 2902). Abgesehen von diesem zweifelhaft gebliebenen Fall der Goldmarkumstellung war aber jedenfalls in der Anspr. und im maßgebenden Schriftum die Auffassung vertreten, daß die Vorschr. des § 15 Abs. 2 GmbHG. durchaus zwingender Natur sei. Der beste Beweis hierfür ist das in der besprochenen Entsch. selbst angezogene Urt. des gleichen Senats (RG. 130, 43 f.).

Im vorliegenden Urt. wird nun demgegenüber der Satz aufgestellt, daß der Grundsatz des Selbständiblebens der einzelnen Geschäftsanteile nur insoweit zwingenden Rechtes sei, als es der durch die Aufstellung dieses Prinzips vom Gesetz verfolgte Zweck, nämlich der Schutz der Gläubigerinteressen verlange. Es ist richtig, daß das gesetzgeberische Motiv für jenen Grundsatz der Gedanke gewesen ist, bei einer Verschmelzung ehemals selbständiger GmbH.-Anteile könnte der Rückgriff an die Bormänner wegen einer noch offenstehenden Einzahlung auf die Stammanteile bzw. wegen der Nachschufspflicht gefährdet sein. Daraus folgert das RG. jetzt, daß in den Fällen, in denen eine derartige Gefährdung von Gläubigerinteressen nicht vorliegen könne, also wenn die Stammeinlagen voll gezahlt seien und keinerlei Nachschufspflicht bestände, der Selbständigkeit grundsätzlich nicht zwingenden Rechtes sei, sondern durch Gesellschafterbesluß abgeändert werden könne. — Ganz ungefährlich ist diese Argumentation nicht:

¹⁾ Vgl. aber nunmehr den Aussatz von Scholz: ZW. 1933, 2805 ff.

§ 15 Abs. 2 GmbHG. dann nicht als zwingendes Recht anzusehen, wenn die Stammeinlagen voll eingezahlt sind und eine Nachschufspflicht nicht besteht.)

(U. v. 17. Okt. 1933; II 108/33.)

[Sch.]

Abgedr.: ZW. 1933, 2833^c.

so liegt z. B. auch bei § 313 BGB. ein bestimmtes gesetzgeberisches Motiv vor, der Schutz des Grundstücksv verkäufers vor Übereilung. Nach dem Gedankengang unseres Urt. könnte schließlich das Form erfordernis des § 313 BGB. durch den Nachweis beseitigt werden, daß sich der Verkäufer zu dem Verkauf des Grundstücks erst nach langer und ernstlicher Überlegung entschlossen habe! Zu solch gefährlichen Schlussfolgerungen gelangt man, wenn man formale Vest., die ohne Einschränkung im Gelegetext stehen, nur in den Fällen für zwingend erklärt, die der Gesetzgeber bei Schaffung der Vorschr. im Auge hatte. Der Rechtsicherheit dienlicher wäre es wohl, wenn Formalvorschriften die übliche zwingende Geltung unabhängig davon hätten, ob der gesetzgeberische Grund, der zu ihrer Aufnahme geführt hat, im konkreten Falle verwirklicht ist oder nicht.

Immerhin steht das Ergebnis des RG. fest: volleinbezahlte Gesellschafteranteile von GmbH. ohne Nachschufspflicht können durch Gesellschafterbesluß zusammengelegt und dann im Wege der Abtretung neu gestückelt werden; die Zusammenlegung kann ohne ausdrückliche Erklärung, lediglich als das gedankliche Zwischenglied einer formgerecht erklären Abtretung erfolgen.

IV. Das Ausmaß der Rechtsveränderung, die mit dem vorliegenden Urt. eingetreten ist, bedarf noch weiterer Klärung, da bei näherer Betrachtung eine ganze Anzahl formal- und materiellrechtlicher Probleme auftauchen.

Das RG. weist selbst darauf hin, daß die Zusammenlegung eine sie gestattende Satzungsbestimmung erfordert. Wenn diese Vest. im Gesellschaftsvertrag, wie bisher ja wohl durchweg, fehlt, dann ist der Zusammenlegungsbefehl zwar nicht richtig, jedoch anfechtbar. Allerdings gewährt das RG. die Unfechtungsbefugnis nur binnen angemessener Zeit und nur demjenigen Gesellschafter, der dem Besluß nicht zugestimmt hatte, und folgt hierin der herrschenden Meinung (vgl. Brodmann, GmbHG. 1930, 195 oben). Bei einstimmigen Zusammenlegungsbefehlslüssen sämtlicher Gesellschafter entfällt somit die Unfechtungsbefugnis überhaupt.

Es ist weiter zu erwägen, ob nicht die Zusammenlegung als solche Satzungänderung ist. Die Satzung muß das Beteiligungsverhältnis bei der Gründung angeben (§ 3 Ziff. 4). Zusammenlegung einzelner oder aller Anteile würde dieses Verhältnis verschlieben. Die Zulässigkeit der Teilung von Geschäftsanteilen, ohne daß es einer Eintragung bedarf (§ 17), kann für die Frage der Zusammenlegung nichts bejagen, weil die mehreren Teile anteile miteinander doch wieder den alten Geschäftsanteilen verkörpern, während eine Zusammenlegung ohne Rücksicht auf die Stammeinlagen der Satzung die in der Satzung getroffene Regelung aufhebt. Würde man demgemäß die Zusammenlegung als Satzungänderung ansehen, dann würde zur Rechtswirksamkeit gem. § 54 Abs. 3 Eintragung in das Handelsregister erforderlich sein, die bei einer Abtretung regelmäßig nicht erfolgt. Ein stillschweigender (konkludenter) Zusammenlegungsbefehl, wie ihn das RG. in der vorliegenden Entsch. annimmt, wäre also nur dann möglich, wenn aus besonderen Gründen eine Eintragung erfolgte. Das war im vorliegenden Falle geschehen, weil anlässlich der Goldmarkumstellung eine die Neustückelung enthaltende Satzungänderung ausdrücklich beschlossen und in das Handelsregister eingetragen worden war; das RG. brauchte sich deshalb mit der Frage der Satzungänderung auch nicht auseinanderzusetzen.

Weitere Entwicklungsmöglichkeiten, wie sie Scholz in seinem oben angeführten Aussatz der Entsch. entnehmen zu können glaubt, daß nämlich dann, wenn Rechte Dritter nicht berührt würden, zur rechtsgeschäftlichen Verschmelzung von GmbH.-Anteilen überhaupt nur noch die Entschließung des oder der Gesellschafter erforderlich sei, dem oder denen die zu verschmelzenden Anteile gehören und daß es auf Satzungsklausel und Gesellschafterbesluß gar nicht mehr ankomme, lassen sich auf das vorliegende Urt. wohl schwerlich stützen. Derartige Entwicklungstendenzen würden eine Abkehr von der gerade auch seitens des RG. immer betonten Formstreng des deutschen GmbH-Rechts bedeuten. Ob aber eine so grundlegende Änderung durch diese Entsch. eingeleitet werden soll, erscheint recht zweifelhaft, da das Urt. auf die besondere Unbilligkeit des vorliegenden Sachverhalts abstellt und somit Ausnahmeharakter trägt.

Die nähere Erörterung aller dieser Fragen ist im Rahmen einer Anmerkung jedoch nicht möglich.

V. Noch ein Wort zu der Frage der Billigkeit. Eine ausdrückliche Begründung für die Unbilligkeit des von den Bekl. erstrebten

7. §§ 50, 51 GmbHG.; § 271 HGB.; § 138 BGB.
Das durch die Satzung begründete und mit dem Gesetz im Einklang stehende Recht des Gesellschafters einer GmbH. auf Übernahme seiner Geschäftsanteile durch die Gesellschaft erzeugt einen Gläubigeranspruch und darf nicht durch Satzungsänderungen gegen seinen Willen verkürzt werden. Auch für die GmbH. gilt der Satz des Aktienrechtes, daß Beschlüsse, die einen Mißbrauch des Majoritätsrechtes darstellen, mit der Anfechtungsklage angegriffen werden können.†)

In der ursprünglichen Satzung der vertragten Kleinbahn-GmbH., an der Befl. ein Fünftel Geschäftsanteil hatte, war bestimmt:

„§ 6. Eine Einziehung von Geschäftsanteilen ist durch Beschluß der GenVers. zulässig, darf jedoch nur aus dem Reingewinn oder einem zu bildenden Amortisationsfonds geschehen. ... Als Abfindung ist der Nennbetrag der Stammeinlage zu gewähren, sofern nicht ein höherer oder niedriger Betrag vereinbart wird. Gesellschafter, welche ein Vierteljahr vor Jahresende erklären, daß sie ausscheiden wollen, können verlangen, daß jährlich zu dem Zweck des Aufkaufs der gekündigten Anteile im ganzen derjenige Teil des Reingewinns in Reserve gestellt wird, welcher nach Dotierung aller Fonds übrigbleibt, nachdem auf die Stammeinlagen vier Prozent Jahresdividende entfallen und daß aus diesen Reserven ihre Geschäftsanteile in Teilsraten abgenommen würden.“

Nach § 7 der Ursatzung ist zur Deckung der Kosten der Erneuerung der Bahnanlage und der Betriebsmittel ein Erneuerungsfonds zu bilden, dessen Speisung genau bestimmt ist. Zur Besteitung von Auslagen wegen außergewöhnlicher Elementareignisse und größerer Unfälle sollte nach § 8 ein „Spezialreservefonds“ dienen, dem eine aus dem Steinertrag zu entnehmende Rücklage von 2% desselben und die Zinsen des Fonds zugeführt werden sollten. Hinsichtlich der Speisung aus „Rücklagen“ ging der Erneuerungsfonds dem Spezialreservefonds vor (§ 9 der Satzung). Endlich sollen nach § 16 Abs. 3 Gesellschafter, deren Geschäftsanteile zusammen min-

Ergebnisses gibt das RG. nicht. Der Senat scheint die Unbilligkeit im wesentlichen mit dem Gedanken begründen zu wollen, daß jenes Ergebnis sich in Gegensatz setze „zu dem übereinstimmenden Willen der Parteien, der die Errichtung wirtschaftlich vernünftiger Zwecke zum Ziele hatte“. Diese Begründung trifft in vorliegenden Falle aber kaum zu, da es sich um ein Inflationsgeschäft (September 1923) handelt, das dem Verkäufer keinen wirklichen Gegenwert für die erbrachte Leistung gewährte und deshalb nicht als wirtschaftlich vernünftig angesehen werden kann. Wirtschaftlich handelte es sich um genau die gleiche Interessenslage, wie sie bei allen Grundstückskaufen der Hochinflationszeit, vornehmlich also bei den sog. Schwarzkaufen vorlag. Bei diesen Grundstückschwarzkaufen hat das RG. aber keine Bedenken gehe申t, ein späteres Abgehen der geschädigten Partei von dem in der Inflationszeit übereinstimmenden Parteilisten gutzuheißen.

Erheblich mehr Gewicht hätte der Gedanke der Bewirkung gehabt, da die Befl. erst im Jahre 1930 mit ihrer neuen Rechtsauffassung hervortrat. Zu dieser Frage hat sich das RG. aber nicht geäußert.

Der eigentliche Beweggrund für die Billigkeitsauffassung des Senats im vorliegenden Falle war aber wohl folgender: Das RG. wollte verhindern, daß sich jetzt mit der Auflösung der GmbH.-Anteilsverkäufe eine ähnliche „Industrie“ aufstut, wie es bei den Grundstücksverkäufen vor einigen Jahren der Fall gewesen ist. Hätte das RG. hier Recht gegeben, dann wäre die Folge gewesen, daß die Handelsregisterertragsungen und die Notariatsregister aus der Inflationszeit von gewerbsmäßigen Schnüfflern auf ähnliche Fälle durchsucht und Geschäfte, die von den Beteiligten trotz der wirtschaftlichen Unmöglichkeit längst ad acta gelegt waren, wieder neu aufgerollt würden. In der Tat wäre eine derartige „Industrie“ mit ihren bekannten unerfreulichen Begleiterscheinungen höchst unerwünscht. Aus diesem Grunde dürfte die vorstehende Entsch., trotz der mancherlei Bedenken, die sie hervorruft, im Ergebnis das Richtige getroffen haben.

RA. Dr. Kurt Frey, Berlin.

Zu 7. Das Recht, die Berufung der Gesellschafterversammlung zu verlangen, steht nach § 50 GmbHG. bereits Gesellschaftern zu, deren Anteile auch nur den zehnten Teil des Stammkapitals umfassen, erscheint also im vorl. Fall schon durch die

destens den fünften Teil des Stammkapitals ausmachen, berechtigt sein, die Berufung einer GenVers. zu verlangen. Nachdem der Kl. der Befl. mitgeteilt hatte, daß er gemäß § 6 Abs. 3 der Satzung ausscheiden wolle und deshalb die in § 6 Abs. 3 dafelbst vorgesehene Rückstellung aus dem Reingewinn zwecks Aufkaufs seines gekündigten Anteils durch die Befl. fordere, wurden in einer GenVers. der Befl. nun folgende Satzungsänderungen beschlossen:

1. zu § 6 Abs. 3: statt: „nachdem auf die Stammeinlagen 4% Jahresdividende entfallen sind“, „nachdem ... 8% Jahresdividende ausgeschüttet sind“.

2. §§ 7—9 zu streichen und dafür zu setzen:

a) als § 7: „Es ist ein Erneuerungsfonds und ein Spezialreservefonds zu bilden, für die die gesetzlichen Bestimmungen bzw. Vorchriften der Aufsichtsbehörden maßgeblich sind. Wenn es das Interesse des Unternehmens erfordert, kann die GenVers. auch höhere Rücklagen als vorgeschrieben beschließen.“

b) als § 8: „Es ist ein Bilanzreservefonds bis zur Höhe von 35 000 RM zu bilden, und zwar durch jährliche Rücklagen von mindestens 5% des Überschusses der reinen Betriebseinnahmen über die reinen Betriebsausgaben, sofern nicht die Gesellschafterversammlung von Fall zu Fall eine höhere Rücklage beschließt... Der Reservefonds soll dazu verwendet werden, um in schlechten Jahren eine Unterbilanz auszugleichen... Eine anderweitige Verwendung kann von der GenVers. beschlossen werden.“

c) als § 9: „Die Rücklagen für den Erneuerungsfonds gehen allen anderen aus dem Betriebsüberschuß zu befreitenden Ausgaben vor. Aus dem sodann verfügbaren Reingewinn hat an erster Stelle die Rücklage in den Spezialreservefonds, darnach die in den Reservefonds zu erfolgen.“

d) in § 16 Abs. 2 die Worte „dem fünften Teil“ zu streichen und dafür zu setzen: „dem dritten Teil“.

Der Kl. der diesen Beschlüssen widersprochen hat, hat Klage erhoben mit dem Antrag, festzustellen, daß dieselben ihm gegenüber unwirksam seien.

Das BG. hat erkannt, daß die Beschlüsse dem Kl. gegenüber insoweit, als der durch dessen Kündigung v. 29. Juni

Satzung in ihrer bisherigen Fassung um die Hälfte verkürzt. Die erneute Beeinträchtigung dieser Besugnis durch die angefochtene Satzungsänderung hätte daher dem RG. zunächst einmal Anlaß geben dürfen, die Frage nachzuprüfen, ob dieses unbestreitbare Minderheitenrecht überhaupt einer Änderung zu Ungunsten der Gesellschafter zugänglich ist. Damit hätte sich der immer sich mehr als Verlegenheitslösung darstellende Ausweg, dem Beschluß die Gültigkeit wegen Verstoßes gegen die guten Sitten zu versagen, vielleicht erübrigt. Jedenfalls hat eine Entsch., die § 50 als zwingendes Recht anerkennt, den Vorrang einer klaren, allgemein verwendbaren Richtlinie, während die Begründung aus § 138 BGB. stets nur auf die Besonderheiten des Tatbestands abzustellen vermag und deshalb nie frei ist von ansehbaren Rechtsentzugs, sehr häufig auch allgemein bedeutsame körperschaftsrechtliche Grundsätze und das Gesamtinteresse der Gesellschaft hinter dem Mitgesühl für den im Einzelfall betroffenen Gesellschafter zurücktreten läßt.

Für die zwingende Natur des § 50 treten ein: Feine, GmbH. (Ehrenbergs HdB. III, 3) S. 514; Brodmann, GmbH. § 50 A. 5; D. Gierke, Genossenschaftstheorie S. 268. Dagegen halten allerdings Hachenburg (§ 50 A. 17), Liebmann-Saenger (§ 50 A. 1), Scholz (§ 50 A. V) und auch das RG. (vgl. RG. 68, 213 = JW. 1908, 307; RZJ. 13, 232) den § 50 für abänderbar. Die für das Aktienrecht zu der parallelen Bestimmung des § 234 HGB. wohl überwiegend sich für Unanpassbarkeit aussprechende Literatur läßt sich als Unterstützung der strengerer Meinung wohl kaum heranziehen. Denn das Recht der GmbH. gestattet allgemein eine individuelle Ausgestaltung der Gesellschaftsrechte. Dieser letztere Gesichtspunkt ist gewiß zu treffend und rechtfertigt es, die Erhöhung der in § 50 bestimmten Quote durch die Ursatzung als unbedenklich anzusehen. Wenn die Gesellschafter sämlich — und das ist bei der in der Gründung erfolgenden Satzungsfeststellung gem. § 2 Abs. 1 S. 2 GmbHG. erforderlich — sich eine Beschränkung ihres Minderheitenrechts gesallen lassen, so wäre nicht zu verstehen, warum das Gesetz dem entgegenstehen sollte. Ganz anders liegt es aber bei späterer Änderung der Satzung. Hier gibt eben § 50 dem überstimmten Gesellschafter einen wirklichen Schutz gegen eine Beeinträchtigung seiner bisherigen Rechtsstellung. Und trifft auch die Abänderung des Gesellschaftsvertrags die Gesellschafter gleichmäßig, so zeigt doch der vorliegende Tatbestand mit Deutlichkeit, wie sehr sich eine solche Maßnahme rein als Kampfmittel gegen einen unbequemen Gesellschafter verivenden läßt, dem die

1931 entstandene Rückzahlungsanspruch betroffen werde, zu § 6 Abs. 3 und § 8 unwirksam seien.

Das AG. hat aufgehoben und auch den Beschlüsse zu §§ 7 und 9 für dem Abschichtungsanspruch des Kl. gegenüber unwirksam, den Beschlüsse zu § 16 aber für richtig erklärt.

Kl. hat kein Ausscheidungsbegehren formichtig gestellt.

Seine darauf gegründeten Ansprüche stellten echte Gläubigerrechte dar, die ihm, soweit nicht die Satzung etwas anderes bestimmte, einseitig von der Befl. weder entzogen noch inhaltlich oder umfänglich verkürzt werden konnten. Dass die Abfindungssumme nicht sofort zahlbar und die Anteilsübertragung selbst erst schrittweise nach Maßgabe der Abschlagszahlungen der Befl. sich vollziehen sollte, ändert an dieser Sach- und Rechtslage nichts. Der Borderrichter hat auch dem satzungändernden Beschlüsse zu § 6 Abs. 3 und § 8 Wirkamkeit gegenüber den durch Ausübung der Kündigungsbefugnis dem Kl. erwachsenen Abschichtungsansprüchen abgesprochen. Er verneint aber, dass gleiches für die weiteren Beschlüsse gelte. Seine Erwägungen werden von der Rev. mit Recht angegriffen. In §§ 7 und 8 der Satzung v. 17. März 1923 war genau bestimmt, aus welchen Quellen und in welcher Höhe jeweils der Erneuerungs- und Spezialreservefonds zu speisen waren. Die Satzungsvorsch. passten sich aufs engste der zu § 11 BrkleinBG. v. 28. Juni 1892 erlassenen Ausf. Anw. v. 13. Aug. 1898 an (s. Hein-Krüger, KleinBG. v. 21. Juli 1892, Bd. II S. 32 unter I und II), die unstreitig auch für die beklagte GmbH. gilt. Die in der Ausf. Anw. vorgeschriebenen Sätze sind freilich Mindestforderungen, die satzungsmäßig überschritten werden können. Nach Ausf. Anw. und Satzung ist aber die jährliche Rücklage beim Erneuerungsfonds aus dem Rohertrag, nämlich aus den Überschüssen der Betriebsausgaben zu entnehmen, mithin nicht etwa nur dem Reingewinn (s. a. Hein-Krüger, KleinBG. Bd. I S. 87 Ziff. 5). Wenn nun durch Beschl. der GenVers. vom 1. Dez. 1931 der GenVers. die Befugnis eingeräumt ist, über die in der Ausf. Anw. vorgesehenen Höchstsätze hinaus Rücklagen für den Erneuerungsfonds zu beschließen, so war damit keineswegs gesagt, dass dazu nur der verfügbare Reingewinn sollte verwendet werden dürfen, vielmehr war zum Ausdruck gebracht, dass den genannten Höchstschüssen auch höhere Prozentsätze als in der Ausf. Anw. vorgesehen zur Speisung des Erneuerungsfonds sollten entnommen werden können. Diese Befugnis ergab sich bisher aber weder aus dem Gesetz noch aus der Satzung, die gerade bezüglich der Dotie-

übrigen Gesellschafter als geschlossener Block gegenüberstehen. Der Einwand, dass gesetzliche Minderheitentrechte nicht dazu da sind, um dem Einzelnen seinen bisherigen Einfluss in der Gesellschaft zu garantieren, versagt wohl kaum. Gewiss verschließt sich bei Vereinbarung eines Einzelnen die Fragestellung. Man hat zunächst einmal zu prüfen, ob und inwieweit etwa ein körperschaftliches Individualrecht des Betroffenen besteht und berührt wird. Indes lässt sich doch wohl nicht bestreiten, dass gesetzliche Minderheitentrechte weder eine allgemeine noch eine zu Ungunsten Einzelner erfolgende Abschwächung vertragen, also insofern auch körperschaftliche Individualrechte zu schützen geeignet und bestimmt sind. Man ist deshalb sehr wohl berechtigt, ihnen aus den oben erwähnten Gründen im Fall nachträglicher Änderung der Satzung eine größere Festigkeit als bei dem Entwurf der Satzung zuzusprechen. Zwangende und nichtzwingende Rechtsätze sind kein ausschließlicher, Zwischenstufen nicht gestattender Gegensatz. Es gibt sehr wohl auch Normen, die nach der einen Richtung hin zwingend, nach einer anderen Richtung dagegen nachgiebig sind. § 50 hat selbst, allerdings in anderer Beziehung diesen Charakter, da eine Heraussetzung der Quote durchaus zulässig bleibt.

II. Verneint man die zwingende Natur des § 50, so bleibt allerdings nur der vom AG. eingeschlagene Weg übrig. Doch scheint mir der Tatbestand kaum die von dem AG. gezogenen Folgerungen zu rechtfertigen, wenngleich die Entsch. in den entwickelten Grundsätzen durchaus mit der bisherigen Hpr. des AG. in Einklang steht. Für die getroffene Maßnahme an sich zulässig, so kann ihr unsittlicher Charakter sich noch nicht daraus ergeben, dass an eine Kammermaßnahme gegenüber dem Kl. gedacht ist und deren Wirkung angeföhrt der bestehenden Geschlossenheit der übrigen Gesellschafter dem verfolgten Zweck entspricht. Offenbar liegen für die entstandenen Differenzen tiefere Ursachen vor, die aus dem mitgeteilten Tatbestand nicht ersichtlich sind ohne deren Aufhellung sich aber ein Urteil über die sittliche Berechtigung der gegenüber dem Kl. eingenommenen Haltung nicht fällen lässt. Jedenfalls kann aus dem Umstand allein, dass die

Rückzahlung des Erneuerungsfonds die Best. der Ausf. Anw. zur Satzungsnorm erhoben hatte. Schon deshalb erweist sich die Auffassung des Borderrichters, die bisherige Rechtslage sei durch den Beschl. v. 1. Dez. 1931 nicht geändert worden, als unzutreffend. Bezüglich des Spezialreservefonds bedeutet der Beschl. v. 1. Dez. 1931 eine Änderung des bisherigen Rechtszustands, weil nach demselben, wenn es das Interesse des Unternehmens erfordere, von der GenVers. auch eine höhere Rücklage als vorgeschrieben beschlossen werden könne. Hieraus konnte sich wiederum eine sehr wesentliche Beeinträchtigung der Abschichtungsansprüche des Kl. ergeben. Das „Interesse des Unternehmens“ ist ein äußerst dehnbarer Begriff, und darüber, ob es vorhanden ist und wie weit es reicht, hätte im Rahmen des kaufmännisch und wirtschaftlich überhaupt noch Vertretbaren immer die Mehrheit zu befinden. An Stelle der in § 8 der Satzung v. 1. März 1923 vorgesehenen festen Begrenzung von 2% wäre also eine außerordentlich elastische, dem Mehrheitswillen in weitem Ausmaß Spielraum gewährende Regelung getreten.

Schon nach dem bisher Ausgeföhrten erweist sich das angef. Urteilt zu diesem Punkt als nicht haltbar; vielmehr ist die Rechtslage insofern entscheidungsreich dahin, dass dem Kl. gegenüber hinsichtlich seines aus der Kündigung v. 29. Juni 1931 erwachsenen Abschichtungsanspruchs die hierzu gefassten Beschl. der GenVers. v. 1. Dez. 1931 ebenfalls unwirksam sind.

Dem Beschl. auf Änderung des § 16 Abs. 2 der Satzung dahin, dass Gesellschafter statt wie bisher mit einem Fünftel des Stammkapitals erst mit einer Beteiligung von einem Drittel desselben die Einberufung einer GenVers. zu verlangen berechtigt sein sollten, stand zwar § 50 GmbHG. nicht im Wege; der Kl. hatte insoweit kein besonderes Recht auf Fortdauer des seitherigen Zustandes. Der gefasste Beschl. verstieß insofern, aber auch nur insofern nicht gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung, als er formal gesehen alle Gesellschafter gleichmäßig traf, weil keiner von ihnen mit einem Drittel des Stammkapitals beteiligt war. Der angegriffene Beschl. verstieß auch nicht gegen §§ 138, 826 BGB. Nach feststehender Rpr. des erf. Sen. könnte eine absolute Nichtigkeit des fraglichen Beschl. wegen Verstoßes gegen § 138 BGB. nur dann in Betracht kommen, wenn er an und für sich betrachtet seinem Inhalt nach den guten Sitten widerstreiten würde. Davon kann hier keine Rede sein, denn ob eine Beteiligung von einem Fünftel oder einem Drittel des Stammkapitals das Recht gewährt, die Einberufung einer GenVers. fordern zu können, ist eine sittlich ganz „indiffe-

übrigen Gesellschafter sich in ihrem Verhalten gegen den Kl. einig sind, noch nichts erschlossen werden. Die beschlossene Satzungänderung trifft alle Gesellschafter gleichmäßig. Wenn es dem Kl. nun nicht mehr möglich ist, die Einberufung der Gesellschafterversammlung allein zu erzwingen und auch ein anderer Gesellschafter sich zu seiner Unterstützung nicht bereit findet, so ist das ein Nachteil, der nicht die unmittelbare Folgeerscheinung der beschlossenen Satzungänderung ist, sondern auf Ursachen anderer Art zurückgeht. Zudem kann die Lage sich jederzeit ändern, wenn die Einigkeit der übrigen Gesellschafter in die Brüche geht. Schließlich wird die rechtliche Situation des Kl. unter solchen Umständen nicht wesentlich gebessert, wenn er die Befugnis, die Einberufung der Gesellschafterversammlung zu verlangen, noch weiter behält, da seine Gegner in der Regel in der Lage sind ihn niederzustimmen. Andererseits kann man nicht behaupten, dass durch die getroffenen Änderungen die Lage des Kl. sich unerträglich gestaltet. Die GenVers. muss ja ohnedies in wichtigen Angelegenheiten einberufen werden, ohne dass es der Initiative eines Gesellschafters bedarf. Und über Angelegenheiten von besonderer Wichtigkeit (§§ 46, 49 Abs. 2 und 3) kann nur die GenVers. Beschluss fassen. Der Kl. ist auch keineswegs an der Fortentwicklung des Unternehmens noch interessiert, sondern gerade an seinem baldigen Auscheiden. Bei der Feststellung der Jahresrechnung, die der Gesellschafterversammlung zwingend obliegt, vermag er seine Rechte in dieser Hinsicht genügend zu wahren, d. h., soweit seine Stimmenmacht reicht, dafür zu sorgen, dass der für Übernahme seines Geschäftsanteils zur Verfügung stehende Überschuss nicht unzulässig durch Abschreibungen verringert wird. Entscheidend berührt wird er vielmehr nur durch die Satzungänderungen über die Bemessung der zum Rückkauf der Gesellschaftsanteile verfügbaren Überschüsse.

III. Dass die Beschlüsse über die Feststellung des zum Ankauf der Geschäftsanteile verbleibenden Reingewinns dem Kl. gegenüber unwirksam sind, leidet keinen Zweifel. Dass die Abschichtungsansprüche des Kl. durch die Satzungänderung praktisch

rente" best. Wohl aber kann ein Beschl. wenn er nach der Art und Weise seines Zustandekommens und den damit verfolgten Zwecken einen mit Treu und Glauben im gesellschaftlichen Verkehr nicht vereinbaren Machtmissbrauch der Mehrheit darstellt, mit der auch im Recht der GmbH. — trotz Fehlens einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung, wie sie § 271 HGB. für das Aktienrecht und § 51 GenG. für die eingetragenen Genossenschaften enthält — in Rspr. und Schrifttum allgemein anerkannten Unfechtungsklage von dem betroffenen Gesellschafter angegriffen werden. Nun kann keinem Zweifel unterliegen, daß der Kl. durch den gefassten Beschl. in seinen Gesellschafterrechten empfindlich getroffen ist; er könnte nicht mehr, wie ihm seine jetzige Beteiligung zu mehr als einem Fünftel des Stammkapitals bisher ermöglichte, die Einberufung einer Genvers. verlangen. Dieses Recht ruhte auch nicht etwa zufolge der von ihm hinsichtlich des größten Teils seines Geschäftsanteils zum 30. Juni 1931 erfolgten „Kündigung“. Er blieb nach wie vor auch insofern Gesellschafter mit den Rechten eines solchen bis die Befl. den gekündigten Anteil voll und ganz abgenommen hatte. Die in RG. 125, 114 ff.¹⁾ für die Kartellgesellschaft mbH. aufgestellten Grundsätze über das Ruhen der Mitgliedschaftsrechte sind hierher nicht anwendbar. Die beklagte GmbH. ist keine Kartellgesellschaft und hat auch sonst keine Nebenleistungspflichten. Das Einberufungsrecht war für den Kl. auch um so wertvoller, als die Möglichkeit, ob und in welchem Umfang der zu seiner Ablösung zu bildende Fonds gespeist werden konnte, weit hin von den betrieblichen und finanziellen Maßnahmen der Gesellschaft abhing. Das liegt offen zutage. Der Kl. stand in der Gesellschaft den übrigen Mitgesellschaftern als tatsächlich geschlossene Gruppe gegenüber, und es war deshalb so wie die Dinge lagen für ihn keine Aussicht vorhanden, einen zweiten Gesellschafter für ein Einberufungsbegehren zu gewinnen, während es sich auf Seiten der Mehrheitsgruppe gerade umgekehrt verhielt. Die Befl. hat im Ernst auch gar nicht bestritten, daß der beanstandete Beschl. eine Kampfmöglichkeit gegen den Kl. darstelle. Gegen einen Missbrauch des Einberufungsrechts durch den Kl. kann sich aber die Befl. offensichtlich genügend dadurch schützen, daß sie solchem Einberufungsverlangen nicht stattgibt und, wenn Kl. dann die Berufung selbst bewirkt, ihm die entstandenen Kosten gemäß § 50 Abs. 3 Satz 2 GmbHG. auferlegt. Der Beschl. auf Änderung des § 16 Abs. 2 der Satzung ist aber auch gerade bei Prüfung der Frage des sittenwidrigen Machtmissbrauchs durch die Mehrheit nicht für sich allein, sondern im Zusam-

¹⁾ RW. 1929, 2600.

illusorisch gemacht worden wären, liegt auf der Hand. Das Urteil, das die fraglichen Beschlüsse als dem Kl. gegenüber unwirksam erklärt, steht in dieser Hinsicht ganz auf dem Boden der bisherigen Rspr. des RG. Zutreffend wird den Beschlüssen die Wirksamkeit nur gegenüber dem Kl. abgesprochen, damit also ihre Wirkung im übrigen aufrechterhalten. Unklar bleibt nur, ob das RG. ihnen jede Wirksamkeit gegenüber dem Kl. absprechen wollte oder diesen Ausspruch wie das BG. lediglich auf die Beeinträchtigung der durch die Kündigung ausgelösten Abschichtungsansprüche beschränken wollte. Der Unterschied könnte Bedeutung gewinnen, wenn etwa späterhin der Kl. im Einverständnis mit der Befl. die Kündigung zurücknehmen würde. Richtiger Ansicht nach konnten aber die Beschlüsse gegen den Willen des Kl. überhaupt keine Bedeutung erlangen, selbst wenn es nicht zu dessen Kündigung gekommen wäre. Das Satzungsmäßig den Gesellschaftern zuführendes Abfindungsrecht ist reines körperschaftliches Individualrecht, lediglich deren außergesellschaftlichen Interessen dienend und daher der Verfügung durch die Gesellschafterversammlung entrückt. Durch die erfolgte Kündigung verdichtet es sich nur zu einem — so vom RG. richtig gekennzeichneten — Gläubigerrecht. Der Kl. hätte es gar nicht nötig gehabt, seinen Widerspruch gegen den Beschluss zu Protokoll anzumelden — höchstens um der Vermutung, daß er stillschweigend sein Einverständnis erklärt habe, zu entgehen — und eine besondere Feststellungsklage zu erheben. Er konnte unmittelbar zur Leistungsklage greifen, um seinen Anspruch so weit durchzusetzen, als nach Maßgabe der bisherigen Satzung und der ausgewiesenen Überschüsse der Reingewinn zum Ankauf seines Geschäftsanteils zu verwenden war.

Prof. Dr. Ruth, Halle a. d. S.

Zu 8. In einem Urt. v. 16. Mai 1930 hat der 2. ZivSen. des RG. ausgesprochen, daß ein Patentinhaber, der vor Patentverletzung warnt, dann nicht widerrechtlich handelt, wenn er im guten

Mengen und Zusammenhang mit den übrigen Satzungsänderungen Beschl. v. 1. Dez. 1931 zu würdigen. Durch diese Beschl. sollte Kl. in seinen Satzungswweise begründeten Abschichtungsansprüchen unverkennbar aufs empfindlichste verkürzt werden. Wenn die Behauptungen der Befl. über ihre betrieblichen und finanziellen Verhältnisse — die sie gegen sich gelten lassen müssen — zugrunde gelegt werden, könnte der Kl. in absehbarer Zeit überhaupt nicht darauf rechnen, mit seinen Abfindungsansprüchen zum Zug zu kommen. Bei dieser Sachlage ist die Annahme gerechtfertigt, daß es nicht ernstlich vertretbare Interessen der Befl. gewejen sind, welchen die Mehrheit gegenüber einem angeblich gesellschaftswidrigen Verhalten des Kl. bei Geltendmachung seines Einberufungsrechts Beachtung verschaffen wollte, sondern daß von ihr eben allein der Zweck verfolgt wurde, die Rechtsstellung des Kl. durch die beanstandete Änderung des § 16 Abs. 2 der Satzung in Absicht auf die Mitverwaltung tunlich zu kürzen. Ein solches Vorgehen bedeutet aber einen nicht zu billigenden Machtmissbrauch der Mehrheit, der die Nichtigkeit des angegriffenen Beschl. nach sich ziehen muß.

(U. v. 22. Sept. 1933; II 60/33. — Naumburg.) [Rk.]

8. Ein Patentinhaber, der vor einer Verletzung seines Patentes warnt, handelt widerrechtlich, wenn er dabei dem Schutzmfang eine zu weitgehende Bedeutung beimisst. Abweichend von der Meinung des 2. ZivSen. kommt es dabei auf den guten Glauben des Warners nicht an. — Zur Lehre von der mittelbaren Patentverletzung.†

Auf Grund einer vom Befl. am 27. Aug. 1926 eingereichten Patent anmeldung hat das RPatA. durch Beschl. v. 25. Juni 1929 die Befl. dieser Anmeldung betr. „Verfahren zur Herstellung von Schlüsse- und Appreturmitteln für Webketten und Gewebe jeder Art“ beschlossen. Zur Auslegung gelangten dabei am 11. Juli 1929 die nach langen Verhandlungen als gewährbar in Aussicht genommenen Patentansprüche:

1. Verfahren zur Herstellung von Schlüsse- und Appreturmitteln für Webketten und Gewebe jeder Art, unter Verwendung von Bestandteilen von Johannisbrotkernen, dadurch gekennzeichnet, daß man den gebräuchlichen, im wesentlichen aus Stärke, Dextrin od. dgl. bestehenden Schlüsse- und Appreturmitteln das aus den Keimhüllen von Johannisbrotkernen hergestellte, feinst ausgemahlene rein weiße Mehl

Glauben ist, also zwar einen zu weitgehenden Patentschutz in Anspruch nimmt, dabei aber nicht vorfällig oder aus fahrlässiger Unkenntnis der Grenzen seines Rechtes handelt.

Diemer Standpunkt ist der 1. ZivSen. des RG., wie schon in einer früheren Entscheidung, so auch in der zu beprechenden, nicht begetreten. Er bringt hierin zum Ausdruck, daß für eine Unterlassungsklage es nur ankomme auf die Feststellung eines objektiven widerrechtlichen Eingriffes in das geschützte Rechtsgut, ohne Rücksicht auf guten oder bösen Glauben des Warnenden.

Diesen Ausführungen des 1. ZivSen. des RG. kann m. E. nur beigepflichtet werden.

Es ist ein vom Gesetz verbürgtes Recht, daß jeder Gewerbetreibende einen unzulässigen Eingriff in das Rechtsgut seines eingetragenen Gewerbebetriebes verbieten kann. Zulässig ist ein Eingriff nur dann, wenn er sich auf ein dem Dritten, also dem Warnenden zustehendes, besseres Recht stützt. Jeder Eingriff ohne ein solches Recht — dazu gehört aber auch die Geltendmachung eines Rechtes in einem Umfang, der über das tatsächliche Recht hinaus geht, in Wirklichkeit also ein Nichtrecht ist — geschieht „wider eigenes Recht“, ist also widerrechtlich und daher unzulässig.

Daran kann m. E. der Umstand, daß ein solcher Eingriff böse oder gutgläubig erfolgt, nichts ändern, denn es ist ausgeschlossen, ein fehlendes Recht durch die Gutgläubigkeit des Warnenden zu ersezten. Gut- oder Bösgläubigkeit kann nur Bedeutung haben für eine Schadenserklärung, nicht aber für eine Unterlassungsklage. Aufgabe des Gerichtes bei der Unterlassungsklage kann nur sein, objektiv festzustellen, wie weit das Schutzrecht des Warnenden auf Grund seines Patentes reicht und inwieweit danach seine Warnung berechtigt ist. Dazu ist allerdings nicht nur die Bziehung eines technischen Sachverständigen schlechthin, sondern in höherem Maße als bisher die Bziehung eines auch patentrechtlich geschulten technischen Sachverständigen notwendig.

RatAnw. Dr. Ullrich, Berlin.

in Mengen von etwa 8—20%, berechnet auf den Gehalt an Stärke, Dextrin od. dgl. zusezt.

2. Abänderung des Verfahrens nach Anspruch 1, dadurch gekennzeichnet, daß man etwa vier Teile der gebräuchlichen, im wesentlichen aus Stärke, Dextrin od. dgl. bestehenden Schleiche- und Appreturmittel mit etwa einem Teil von aus den Keimhüllen von Johannisbrotkernen hergestellten, feinst ausgemahlenem rein weichem Mehl mischt.

Entsprechend einem vom Befl. an die Kl. gesandten Warnungsschreiben und ähnlichen an andere Fabrikanten und viele Abnehmer gerichteten Anzeigen hat die Kl. ein gerichtliches Verbot folgender Behauptungen beantragt:

1. Die Kl. sei verpflichtet, die Herstellung und den Vertrieb von Diagum zu unterlassen;

2. der Befl. allein sei berechtigt, gemahlene Keimhüllen von Johannisbrotkernen in feiner und heller Ausmahlung, wie die Kl. sie liefere, auf den Markt zu bringen;

3. fünfzig dürfen solche Mehlpprodukte nur noch vom Befl. bezogen werden, nicht aber von dessen Wettbewerbern, deren noch nicht ausgeführte Abschlüsse nicht einmal mehr erfüllt bzw. abgenommen werden dürfen.

Die Vorinstanzen haben diesen Anträgen entsprochen, das RG. hat aufgehoben.

Das OVG. geht zutreffend davon aus, daß die mit der Klage beanstandete Warnung vor Patentverlehung nur soweit verboten werden kann, als sie einen unzulässigen Eingriff in das Rechtsgut des eingerichteten Gewerbebetriebs der Kl. darstellt. Für die Unterlassungsklage, um die es sich hier allein handelt, kommt es dabei nur auf die objektive Rechtsverlehung an; dazu gehört aber die Feststellung eines widerrechtlichen Eingriffs in das geschützte Rechtsgut (RG. 116, 151¹) [153]. Widerrechtlich handelt ein Patentinhaber, der sich auf eine andere Berechtigung als sein Patent nicht berufen kann, schon dann, wenn er durch seine Warnung eine Handlung verhindern will, die sich nicht als Patentverlehung darstellt, wenn er also in seiner Warnung seinem Patent einen Schutzmfang beilegt, der ihm tatsächlich nicht zukommt (vgl. Urt. des erk. Sen. v. 5. Juni 1930: MuW. 1930, 480 und die ständige Praxis dieses Sen.; vgl. auch Krause, Anm. 12 B I zu § 4 PatG. S. 101). Allerdings hat der 2. ZivSen. des RG. in einem Urt. v. 16. Mai 1930 (MuW. 1930, 441) ausgesprochen, daß der Patentinhaber nicht widerrechtlich handle, wenn er mit seiner Warnung gutgläubig handelte, also zwar einen zu weitgehenden Patentschutz in Anspruch nahm, dabei aber nicht vorsätzlich oder aus fahrlässiger Unkenntnis der Grenzen seines Rechtes handelte. Dieser Ansicht kann jedoch nicht beigetreten werden, weil es für die objektive Widerrechtlichkeit der Verlehung eines Rechts oder Rechtsgutes auf guten oder bösen Glauben des Verlegers nicht ankommen kann. Obwohl nun das OVG. sich der Ansicht des 2. ZivSen. angeschlossen hat, bedarf es hier einer Stellungnahme der vereinigten ZivSen. des RG. nicht. Denn das OVG. hat den guten Glauben des Befl. — für den nach der Befl. seiner Anmeldung gem. § 23 Abs. 1 Satz 2 PatG. der vorläufige Schutz der bekanntgemachten Anmeldung gilt — verneint, weil der Befl. in seinen Warnungen objektiv unrichtige Angaben über den Schutzmfang seines Patents aufgestellt habe und sich dessen auch bewußt gewesen sei oder doch sich dessen bei sorgfältiger Prüfung hätte bewußt werden müssen. Die Begr. dieser Ansicht des OVG. ist, wie nachstehend zu erörtern sein wird, nicht frei von Rechtsirrtum. Deshalb muß das angefochtene Urt. aufgehoben werden, ohne daß die vorstehend dargelegte Ansicht des erk. Sen. über die Widerrechtlichkeit einer Warnung vor Patentverlehung entscheidend wäre (vgl. RG. 94, 11 [14]).

Das OVG. hat sich bemüht, klarzustellen, ob das, was der Befl. der Kl. und anderen Wettbewerbern verbieten will, dem Befl. durch die Befl. der Patentanmeldung geschützt ist, ob also das, was der Befl. verbieten will, sich als objektive Patentverlehung darstellt. Dabei ist das OVG. sich auch darüber klar, daß eine zulässige Warnung sich in gleicher Weise gegen die mittelbare wie gegen die unmittelbare Patentverlehung richten kann. Der Begriff der mittelbaren Patentver-

lehung, der sich in neuerer Zeit auf Grund eines zweifellos bestehenden praktischen Bedürfnisses in der Rspr. durchgesetzt hat (RG. 122, 246²); Rsp.: MuW. 1927/28, 312; 1929, 75; 1931, 209), ist nun allerdings vom BG. nicht in seinem vollen Umfang erkannt worden. Denn es übersteht, daß wie nach der älteren Rspr., die sich der rechtlichen Konstruktion der Beihilfe zur Patentverlehung durch den Benutzer bediente (vgl. GewRsch. 12, 77), auch nach neuerer Rspr. der Verkauf sog. „neutraler“ Ware dann als Patentverlehung angesprochen werden muß, wenn deren Vertrieb regelmäßig nur den Zweck haben kann, daß dem Patentinhaber geschützte Verfahren zur Anwendung zu bringen (vgl. Tsan, PatG., Anm. 36 zu § 4; Seligsohn, PatG., Anm. 7 zu § 4; Krause, MuW. 1927/28, 555). Etwas anderes sagt auch das von Tsan (a. a. O.) beanstandete Urt.: RG. 133, 326³) nicht; die dort behandelte Abweisung der Klage erfolgt aus Gründen, die hier nicht in Betracht kommen. Insofern fehlt ausreichende Prüfung durch das OVG.

Das OVG. hat ausgeführt, daß nach dem Gang des Erteilungsverfahrens dem Befl. Patentansprüche versagt würden, die sich auf das Herstellungsverfahren für ein reines und feines Mehl aus Keimhüllen der Johannisbrotkerne (also unter Ausscheidung der Schalen und der Keime) bezogen; und es folgert daraus, daß der Befl. jetzt nicht auf einem Umweg einen Schutz für dieses Verfahren beanspruchen könne. Das ist rechtlich einwandfrei; soweit die Rev. diese Ausführungen bestanden zu können glaubt, steht sie im Widerspruch zu der ständigen Rspr. des RG. (vgl. Urt. v. 19. Nov. 1932: Mitt. 1932, 341), während das OVG. damit übereinstimmt, auch soweit es dabei eine Erörterung des Standes der Technik ausschaltet.

Indessen genügt nicht, was das OVG. weiter hierzu ausführt. Es legt nämlich dar, daß nach seiner Überzeugung auch heute noch Appreturanstalten das Keimhüllmehl vielfach ohne Benutzung des patentierten Verfahrens verwenden; die Kl. hätte deshalb nicht mit patentverlehnender Verwendung des Mahlguts (Diagum) rechnen brauchen. Wie der Zusammenhang ergibt, versteht das OVG. unter dem patentverlegenden Verfahren nur die Verwendung des Mahlgutes als Zusatz in den in den Patentansprüchen angeführten Prozentsätzen. Dabei bleibt unklar, ob das Mahlgut wirklich seiner Beschaffenheit nach überhaupt zur Anwendung des geschützten Verfahrens geeignet ist, wenn es sich in dem Zustande befindet, in dem die Kl. es in den Handel bringt. Das OVG. läßt das dahingestellt, weil auch in diesem Falle das Verhalten der Kl. nicht habe beanstandet werden können. Das ist unzutreffend. Ist das Diagum oder ein unter anderem Namen vertriebenes Johannisbrot-Kernkeimhüllmehl ein Erzeugnis „neutraler“ Art in dem Sinne, daß es für die Anwendung des dem Befl. vorläufig geschützten Verfahrens in Betracht kommt, so muß klargestellt werden, ob der Verdacht des Befl., daß es tatsächlich auch so verwendet werden sollte, begründet war. Die gegenteilige Ansicht des OVG. bedarf daher einer tatsächlichen Begr., wobei auch die Buzierung eines Sachverständigen wahrscheinlich nicht zu entbehren sein wird. Vorfrage ist dabei aber stets, ob die vom Befl. beanstandeten Produkte überhaupt zur Anwendung des geschützten Verfahrens geeignet sind.

Nach der ausgelegten Patentanmeldung bezieht sich die Erfindung des Befl. auf die Anwendung von Keimhüllmehl „in geeignet vorbereiter Form“ und in „geeigneten Prozentsätzen“. Es ist nun allerdings letzteres, nicht aber erstes Merkmal der Erfindung klar verständlich. Die geeignete Form bedeutet offenbar die äußere Beschaffenheit, d. h. nach Feinheit und Farbe der Ausmahlung, wahrscheinlich aber noch mehr, nämlich auch die innere Beschaffenheit, die durch die Art der Behandlung bedingt ist. Insofern kann wesentlich sein, daß der Befl. selbst im Erteilungsverfahren eine chemische Vorbehandlung als schädlich bezeichnet hat, die die Kl. und andere Fabrikanten umstritten vornehmen. War die Benutzung solchen Mehls bereits bekannt, auch ohne daß es in den im Patentanspruch vorgesehenen Prozentsatz benutzt wurde, so ist allerdings die Annahme nicht gerechtfertigt, daß es jetzt

¹⁾ FB. 1927, 1471 (Anm.: 1997).

²⁾ FB. 1929, 1004.

³⁾ FB. 1932, 1826.

regelmäßig in patentverletzender Weise benutzt werde. Jedenfalls kann dann der weitere Vertrieb der schon früher vertriebenen Ware wegen der Möglichkeit patentverletzender Benutzung nicht beanstandet und nicht untersagt werden. Der Bell. ist für die Berechtigung seiner Warnung beweispflichtig; seine Behauptungen müssen also darauf geprüft werden, ob die Handlungen, vor denen er warnt, sich als mittelbare Benutzung des ihm vorläufig geschützten Verfahrens darstellen.

Die Klage ist hinsichtlich der eigentlichen Warnungen jedenfalls dann gerechtfertigt, wenn und soweit der Bell. damit einen Vertrieb von Waren verbieten will, die schon vor der Patentanmeldung zur Herstellung von Schlicht- und Appreturmitteln verwendet wurden. Denn daß er das nicht allgemein verbieten dürfe, müßte der Bell. wissen, der Befragung eines Sachverständigen bedürfte es dazu nicht, sie könnte ihn von der Verantwortung auch nicht befreien. Das DVG. hat aber nur festgestellt, daß das beanstandete Produkt in den Jahren 1926 und 1927 bereits vertrieben wurde. Das genügt nicht, weil es nur auf die Zeit vor der Patentanmeldung ankommt. Führt aber diese Untersuchung nicht zu einem der Kl. günstigen Ergebnis, so muß ermittelt werden, ob ein chemisch vorbehandeltes Produkt überhaupt bei seiner Verwendung nach der in der ausgelegten Patentanmeldung gegebenen Lehre in den Schuhbereich des Bell. fällt. Hierzu wird eine Erörterung des Standes der Technik zur Zeit der Patentanmeldung, wahrscheinlich unter Zugabe eines technischen Sachverständigen, nicht zu entbehren sein. Die Erörterungen des DVG. sehen davon ab, stützen sich allein auf das altemäßige Material des Erteilungsverfahrens, um zu dem Ergebnis zu gelangen, daß der Bell. auf Verlangen des Patentamts gerade auf denjenigen Schutzgegenstand verzichtet habe, den er jetzt in Anspruch nehme. Das steht im Widerspruch zu den ständigen Rspr. des RG., die nur ganz eindeutige Verzicht eines Anmelders und unmissverständlich beschränkende Verfügung des RPatA. berücksichtigt, wenn sie sich mit dem nach dem objektiven Stand der Technik ermittelten Erfindungsgedanken nicht decken, diesen vielmehr einschränken.

Danach kann das angefochtene Urt. nicht aufrechterhalten werden. Die Sache muß vielmehr zu erneuter Prüfung an das DVG. zurückverwiesen werden. Dabei ist es nötig, daß zunächst der Schuhumfang der ausgelegten Anmeldung — sofern nicht inzwischen das Patent versagt und damit rückwirkend der vorläufige Schuh wegfallen sein sollte — auf Grund eingehender Prüfung des Standes der Technik ermittelt wird. Das ist nicht etwa deshalb entbehrlich, weil das Schutzgegenstand des Bell. durch beschränkte Fassung der Auslegungsunterlagen sich nicht mehr ausdrücklich auf das erstreckt, was der Bell. durch seine Warnungen verbieten will. Maßgeblich ist dabei nach ständiger Praxis (vgl. RG. 80, 54 ff., bes. 57), daß die Ermittelung des Schuhumfangs nach dem Stande der Technik nur insoweit entbehrlich ist, als ein unzweideutiger Verzicht des Anmelders oder eine ausdrücklich verfügte Beschränkung des Schutzes durch das RPatA. eingreift. Weder das eine noch das andere hat das DVG. festgestellt; seine Ausführungen lassen vielmehr erkennen, daß die in RG. 80, 54 ff.⁴⁾ entwickelten Rechtsgrundsätze nicht beachtet sind. Bei der Ermittelung des Standes der Technik kommt es nicht nur auf neuheitsschädliche Vorveröffentlichungen, sondern auch auf offenkundige Vorbenuutzungshandlungen an. Es scheint, als ob das DVG. solche Vorbenuutzungshandlungen feststellen wollte. Indessen ist hierbei übersehen, daß neuheitsschädlich nur solche Handlungen sein können, die vor der Patentanmeldung liegen (§ 2 PatG.). Es bedarf also der Feststellung, ob die behaupteten Vorbenuutzungshandlungen offenkundig vor dem 27. Aug. 1926 vorgenommen worden sind. Ist so der Stand der Technik ermittelt, so muß geprüft werden, ob und inwieweit die zu I, 1—3 der landgerichtlichen Urteilsformel aufgeführten Verbote des Bell. auch Handlungen betreffen, die sich objektiv als Verlezung des dem Bell. vorläufig gewährten Schutzes erweisen. Dabei ist der Begriff der mittelbaren Patentverlezung in dem oben erörterten Sinne zu berücksichtigen.

Nur soweit danach die Warnung des Bell. auf Grund des

ihm zustehenden Schutzes objektiv berechtigt war, was der Bell. zu beweisen hat, kommt ein rechtswidriger Eingriff des Bell. in den Gewerbebetrieb der Kl. nicht in Betracht. Deshalb ist es auch ganz unerheblich, ob der Bell. den Patentanwalt vor Erlass der Warnungen um Rat gefragt hat und ob er glauben konnte, sich auf dessen Ansicht über den Schuhumfang der Patentanmeldung verlassen zu können. Letzteres mag für etwaige Schadenserfahrungrüche der Kl. bedeutsam sein; für die Unterlassungsklage kommt es darauf nicht an.

(U. v. 8. Juli 1933; I 95/33. — Frankfurt a. M.)

[K.A.]

9. Art. 129 RVerf.; Teil I Kap. II § 1 Nr. 1 PrSparVO. v. 12. Sept. 1931; § 3 Abs. 1 d VolksschLehrerBesoldG. v. 1. Mai 1928; § 49 Abs. 1 Rges. betr. Beamten usw. v. 30. Juni 1933.

1. § 49 Abs. 1 Ges. v. 30. Juni 1933 ergibt keine allgemeine Aufhebung des Art. 129 Abs. 1 S. 3 RVerf.

2. Die Streichung der Konrektorenzulage an Volksschulen mit weniger als 20 Schulklassen durch die PrSparVO. v. 12. Sept. 1931 verstößt nicht gegen wohl erworbene Beamtenrechte.†)

Die Kl. sind durch Verfügungen der zuständigen Schulaufsichtsbehörden im Jahre 1927 zu Konrektoren im Bereich des preuß. Volksschulwesens ernannt worden. Sie sind an städtischen Volksschulen mit mehr als sechs, aber weniger als zwanzig Klassen beschäftigt und bezogen seit dem 1. Okt. 1927 neben ihrem Grundgehalt auf Grund des § 3 Abs. 1 d VolksschLehrerBesoldG. v. 1. Mai 1928 eine ruhegehaltsfähige Stellenzulage von je 500 RM jährlich.

Durch die VO. des preuß. Staatsmin. v. 12. Sept. 1931, Teil I Kap. II § 1 Nr. 1 ist in Änderung des § 3 Abs. 1 d VolksschLehrerBesoldG. bestimmt worden, daß von den Konrektoren an Volksschulen nur diejenigen eine ruhegehaltsfähige Stellenzulage erhalten — und diese auch nur in Höhe von jährlich 300 RM —, die an Volksschulen mit mindestens zwanzig Klassen angestellt sind. Für die Kl. ist damit die Stellenzulage mit Wirkung ab 1. Okt. 1931 wegfallen.

Die Kl. halten die Streichung der Stellenzulage für ungültig, weil diese VO. ungültig sei; sie verleihe den Art. 129 RVerf.

Die Vorinstanzen haben der Klage auf Weiterzahlung der Stellenzulage stattgegeben; das RG. hat die Klage abgewiesen.

1. Eine Erledigung des Rechtsstreits ist durch Kap. VIII (§§ 40 ff.) des Gesetzes zur Änderung von Vorschriften auf dem Gebiete des allgemeinen Beamten-, des Besoldungs- und des Versorgungsrechts v. 30. Juni 1933 nicht eingetreten. Diese gesetzlichen Bestimmungen regeln nur die Angleichung der Bezüge der Beamten der Länder und öffentlichen Körperschaften an diejenigen der Reichsbeamten. Sie erzeugen insoweit die entsprechenden Bestimmungen des Kap. I Teil 2 der 2. NotVO. des RPrä. v. 5. Juni 1931 i. d. Fass. der 3. NotVO. v. 6. Okt. 1931 Teil 1 Kap. II. In diesen VO. war in § 7 Abs. 3 im Hinblick darauf, daß Art. 129 RVerf. durch die dem RPrä. auf Grund des Art. 48 Abs. 2 RVerf. zustehende Diktaturgewalt nicht außer Kraft gesetzt werden konnte, lediglich zur Klärstellung hervorgehoben worden, daß wohl erworbene Rechte nach Art. 129 Abs. 1 S. 3 RVerf. trotz der Bestimmung in § 7 Abs. 1 und 2 unberührt blieben. Wenn nunmehr im Einklang mit dem Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich v. 24. März 1933 Art. 2 durch § 49 Abs. 1 des Ges. v. 30. Juni 1933 der vorerwähnte § 7 Abs. 3

Zu 9. Dieses Urt. ist insoweit von allgemeinem Interesse, als es sich über die derzeitige Bedeutung der im Art. 129 Weimarer Verf. ausgesprochenen Garantie der wohl erworbenen Beamtenrechte verbreiterter. Mit Recht wird dabei der Auffassung entgegengesetzt, daß Art. 129 heute allgemein als aufgehoben anzusehen sei. Richtig ist, daß das Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich in der Form eines Gesetzes der Reichsregierung heute die Möglichkeit bietet, die Garantien des Art. 129 außer Kraft zu setzen. Soweit dies aber nicht ausdrücklich geschehen ist, muß der Art. 129 noch heute als gültiges Recht angesehen werden. Art. 129 gehört insbes. nicht zu jenen Grundrechten,

⁴⁾ RW. 1910, 299.

aufgehoben worden ist, so bezieht sich nach dem Zusammenhang des § 49 Abs. 1 mit den übrigen Bestimmungen des Kap. VIII diese Aufhebung nur auf die in ihnen angeordnete Angleichung der Beamtenbezüge und ergibt keine allgemeine Aufhebung des Art. 129 Abs. 1 Satz 3 RVerf. hinsichtlich anderweitiger Beamtenansprüche.

2. Die Annahme des BG. von der Gültigkeit der BD. des preuß. Staatsmin. v. 12. Sept. 1931 (PrSparBD.), im allgemeinen und diejenige der zugrunde liegenden BD. des Präf. v. 24. Aug. 1931 steht im Einklang mit der Vspr. des Senats, an der festzuhalten ist.

Der Verf. hat jedoch die Bestimmung der PrSparBD., durch die den Kl. ihre ruhegehaltsfähigen Stellenzulagen entzogen worden sind, wegen Verstoßes gegen Art. 129 Abs. 1 Satz 3 RVerf. als ungültig erachtet. Er geht davon aus, daß, nachdem die Konrektorenstellen durch das VolksschLehrerBesoldG. v. 17. Dez. 1920 eingeführt worden seien, den Konrektoren ein Amt verliehen worden sei, welches durch eine höhere Bedeutung und größere Verantwortlichkeit ausgezeichnet und durch welches die Kl. über die übrigen Beamten dienstlich herausgehoben worden seien. Auf diese gehaltsmäßige Heraushebung hätten die Kl. ein wohlerworbenes Recht i. S. des Art. 129 RVerf. erworben derart, daß die Heraushebung trotz der Vorbehaltst Klausel des § 56 VolksschLehrerBesoldG. vom 1. Mai 1928 durch eine Kürzung auf Grund der PrSparBD. nicht wieder hätte entzogen werden können. Die völlige Streichung der Stellenzulagen bedeute einen Eingriff in die Grundlagen des Berufsbeamtentums, da das um die Stellenzulagen gekürzte Gehalt nach dem Wesen der eingeklagten Stellenzulagen nicht mehr dem Dienstrange der Kl. und der mit ihrer Stellung als Konrektor verbundenen Verantwortlichkeit entspreche.

Die Ausführungen des VerR. erkennen die Bedeutung und Tragweite der in RG. 134, 1 (15)¹⁾ ausgesprochenen Rechtsgrundsätze. Zwar ist dort ausgeführt worden, daß unter der Gewährleistung der Fortdauer der wesentlichen Grundlagen des Berufsbeamtentums dessen ganze Ordnung zu verstehen sei, wie sie in der verschiedenen Gliederung der einzelnen Beamtenklassen, in ihrem Aufbau von unten nach oben und auch in der Gewährung einer standesgemäßen, dem Range der ganzen jeweiligen Stellung und der mit dem Amte verbundenen Verantwortung angepaßten Unterhaltsrente zum Ausdruck komme. Damit haben aber nur solche auf die Vorbehaltst Klausel der Besoldungsgesetze gestützten Eingriffe als verfassungsrechtlich unzulässig gekennzeichnet werden sollen, die mit dem inneren Wesen des deutschen Berufsbeamtentums schlechterdings unvereinbar sind, insbes. solche, die auf eine Zerstörung seiner überkommenen Ordnung, sei es im ganzen, sei es in wesentlichen Teilen, hinauslaufen. Keineswegs darf aus dem, was in dem früheren Urteil gesagt worden ist, hergeleitet werden, daß jede besoldungsmäßige Heraushebung

¹⁾ JW. 1932, 50.

die schon gemäß der Weimarer Verf. aufgehoben werden konnten und im Zug dieser Bestimmung durch die NotBD. des Präf. v. 28. Febr. 1933 auch tatsächlich außer Kraft gesetzt worden sind. Art. 129 gehört vielmehr im Gegensatz zu anderen Bestimmungen, bei denen man vielleicht zweifeln kann, zu jenen Normen der bisherigen Verfassung, die durch die neue Verfassungsentcheidung der nationalen Revolution offenbar vorerst rezipiert worden sind, so daß also die endgültige Entscheidung über den inhaltlichen Fortbestand dieser Normen nicht im revolutionären Akte selbst, sondern erst durch die spätere Gesetzgebung gefällt werden wird. Die Frage, die sich das RG. hier vorzulegen hatte, war nun die, ob etwa in dem § 49 RGF. zur Änderung von Vorschriften auf dem Gebiet des allgemeinen Beamten-, des Besoldungs- und des Versorgungsrechts v. 30. Juni 1933 eine solche hierauf an sich mögliche generelle Aufhebung des Art. 129 erfolgt sei. Mit Recht hat das RG. dies verneint und dem § 49 die allein mögliche Interpretation gegeben, daß hier lediglich in dem eng begrenzten Rahmen bestimpter verwaltungsvororganisatorischer Maßnahmen, die schon durch frühere Notverordnungen aus dem Jahre 1931 eingeleitet worden waren, die i. J. 1931 noch bestehende Gebundenheit an den Art. 129 aufgehoben werden sollte. Will das Reich sich weiter von den Bindungen dieses Verfassungsartikels emanzipieren, so hat es gewiß in der Form des Regierungsgesetzes diese Möglichkeit, ohne jedoch bislang von ihr schon praktischen Gebrauch gemacht zu haben. Insbes. sind aber, was außerordentlich wichtig ist, an die beamten-

einer einzelnen Beamtengruppe, die in einer gewissen Über- oder Unterordnung ihren Grund findet, trotz gesetzlichen Kürzungsvorbehalts unter dem Schutz des Art. 129 Abs. 1 Satz 3 RVerf. steht.

Die PrSparBD. hat nun in der vorliegend in Betracht kommenden Bestimmung (Kap. II Teil 1 § 1 Nr. 1 d) nicht einmal die Einrichtung des Konrektorens an den Volksschulen als einer gehaltlich herausgehobenen Beamtenklasse völlig beseitigt, sondern hat sie bloß dahin eingeschränkt, daß nur noch die Konrektoren an den Volksschulen mit mindestens 20 Klassen noch eine ruhegehaltsfähige Stellenzulage erhalten. Demgegenüber ist es nicht von Bedeutung, daß das Amt als Konrektor – welches gesetzlich erst durch das VolksschLehrerDiensteinkG. v. 17. Dez. 1920 geschaffen worden war –, wie die maßgeblichen Erlasse (insbes. die Ausführungsanweisung v. 18. März 1921 [Beilage zum BBlUntVerw. Heft 7] später abgeändert durch Erlass v. 13. März 1922 [BBlUntVerw. S. 119]) erkennen lassen, durch die Amtsbezeichnung und die gehaltliche Besserstellung als nach fachlichen Voraussetzungen zu besetzende Beförderungsstelle gekennzeichnet war. Es ist auch unerheblich, daß der Konrektor durch die Dienstanweisung v. 3. April 1922 (BBlUntVerw. S. 188) insbes. mit der Vertretung des Schulleiters (Rektors) betraut wurde und ihm ein weiterer Aufgabenkreis auf dem Gebiete der Schulverwaltung zugewiesen werden konnte, welche Aufgaben er übrigens neben seiner vollen Unterrichtstätigkeit zu übernehmen hatte (Erlaß v. 18. März 1924: BBlUntVerw. S. 107).

Ferner war schon durch das VolksschLehrerBesoldG. vom 1. Mai 1928 gegenüber dem Rechtszustand, wie er auf Grund des VolksschLehrerDiensteinkG. bestanden hatte, eine Schlechterstellung der Konrektoren insoweit eingetreten, als die gehaltliche Gleichstellung mit den Leitern der Schulen (Rektoren) hinwegfiel und die Zahl der Konrektorenstellen beschränkt wurde. Nur noch an Volksschulen mit mindestens sieben Klassen wurden Konrektorenstellen vorgesehen und den hierauf ohne gesetzliche Stellenzulage verbleibenden Konrektoren in § 52 VolksschLehrerBesoldG. bloß eine persönliche Zulage bewilligt (vgl. auch die amtl. Begr. des preuß. L. 2. Wahlperiode 1925/28 Druck. Nr. 8969; Ausf.-Anm. v. 1. Juni 1928 Nr. 11, 12, 83 [BBlUntVerw. Heft 13 Sonderbeilage]; ferner RGUrt. v. 2. Dez. 1930, III 214/30).

Wenn nunmehr durch die PrSparNotBD. die Zahl der gehaltlich herausgehobenen Konrektorenstellen weiter eingeschränkt und die persönlichen Zulagen gestrichen wurden (§ 1 Nr. 8), so wurde hierdurch der Aufbau der Beamtenklassen bei den Lehrpersonen nicht in einer feinen Charakter völlig zerstörenden Art und Weise geändert. Ein wohlerworbenes Recht der durch die Sparmaßnahmen getroffenen einzelnen Konrektoren wurde insoweit nicht verletzt. Es trat vielmehr nur eine Herabsetzung ihres bisherigen Diensteinkommens ein,

rechtlichen Garantien der Weimarer Verf. nach wie vor gebunden die Länder.

Die übrigen Ausführungen des Senats über die Frage, wie weit denn nun die im Art. 129 gegebenen Garantien reichen, stellen stärker als die Entsch. (RG. 134, 1 ff.) v. 10. Juni 1931, die sich noch vorzüglich mit der Zulässigkeit eines Änderungsvorbehalts in den Besoldungsgesetzen beschäftigte und von hier aus Eingriffe in den Besoldungsstand des einzelnen Beamten rehfertigte, den Gedanken der institutionellen Garantie in den Vordergrund. Die eigentümliche Unsicherheit, mit der hier die Grenze zwischen Erlaubtem und Unerlaubtem gezogen wird, läßt dabei allerdings geringe Zweifel aufkommen, ob dem Richter, dem normalerweise immer der Schutz einigermaßen fest umrissener subjektiver Ansprüche obzuliegen pflegt, überhaupt die Entscheidung auferlegt werden sollte, wann und wo etwa das notwendig rechtlich unbestimmte „Wesen einer Institution“ in Frage gestellt wird. Solange die Gerichte den Art. 129 noch in erster Linie unter dem Gesichtspunkt des subjektiven Rechts anwandten, stand die Judikatur auf ungleich solideren Grundlagen als heute, ohne damit die verfassungstheoretische Bedeutung der von dem subjektiven Recht scharf geschiedenen institutionellen Garantie unterschätzen zu wollen. Es ist fraglich, ob das kommende Recht dem Richter die Kontrolle über den Besoldungsvorbehalt des Beamtentums als solchen belassen wird; vor allem anderen wird der Richter in Zukunft wohl wieder wie in der Vergangenheit zum Schutz bestimmter subjektiver Rechte berufen sein, mag diese Kontrollfunktion nun alle Beamtenrechte erfassen oder nur eine Auswahl.

dessen Gewährung unter dem Vorbehalt der gesetzlichen Kürzung (§ 56 Abs. 1 *VollschLehrerBesoldG.*) stand.

Nach dem Vorbringen der Kl. liegen aber auch keine Anhaltspunkte vor, welche aus allgemeinen Gesichtspunkten eine Verlegung des wohlerworbenen Rechts der Kl. auf standesgemüßen Unterhalt unter Berücksichtigung der allgemeinen Notlage und der notwendigen Herabshraubung aller Bedürfnisse erkennen lassen.

Die auf Weiterzahlung der Stellenzulage gerichtete Klage ist somit unbegründet.

(U. v. 11. Juli 1933, 92/33 III. — Berlin.) [Sch.]

****10. PrGebD. f. Notare. Unentgeltliche Tätigkeitsausübung eines Notars; deren rechtliche Zulässigkeit und Voraussetzungen.†)**

Bei Prüfung der Frage nach der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit der Tätigkeit des Notars ist grundsätzlich davon auszugehen, daß dem Notar, wenn seine amtliche Tätigkeit in Anspruch genommen wird, oder wenn ein Rechtssuchender zu ihm als einem Rechtskundigen in vertragliche Beziehungen tritt, in aller Regel ein Gebührenanspruch erwächst. Auch wenn der Notar zugunsten von Verwandten oder Freunden tätig wird, besteht keine Vermutung für die Freiwilligkeit und Unentgeltlichkeit seines Wirtens. Für anders gearbeitete Dienstleistungen unter Verwandten ist dies in der Rspr. des RG. anerkannt (RG.: JW. 1909, 670²⁶; RG. 74, 140/141). Für die amtliche und rechtsgeschäftliche Tätigkeit des Notars im Interesse befreundeter Personen muß dies in erhöhtem Maße gelten. Das schließt aber nicht aus, daß der Notar in einem einzelnen besonderen Fall aus persönlicher Verbundenheit und Freundschaft auf Entgelt für seine Tätigkeit ausdrücklich oder stillschweigend verzichtet, und es wird dies um so eher denkbar sein, wenn es sich zunächst lediglich um eine vorbereitende Tätigkeit des Notars handelt, mit der er die Herbeiführung einer Entsch. des anderen Teils über die Errichtung einer Urkunde bezieht, durch die ihm Gebühren in seltener Höhe erwachsen. Die rechtliche Möglichkeit und gesetzliche Zulässigkeit einer bloßen Gefälligkeit und unentgeltlich entfalteten Tätigkeit des Notars ist auch im Schrifttum und gerade in den Kreisen der Berufsgenossen des Notars anerkannt. So schreibt Oberneck („Das Notariatsrecht“, 8.—10. Aufl., S. 119): „Darüber bestand niemals Streit, daß der Notar in besonderen Fällen seine Gebühr ganz oder teilweise erlassen darf, namentlich ... wenn die Herabsetzung einer pflichtlichen Pflicht oder einer auf den Umstand zu nehmenden Rücksicht entspricht; so wird man Freunden, Verwandten, Kollegen, Angestellten oder früheren Angestellten die Gebühren erlassen oder ermäßigen“ (ähnlich Beushausen, Anm. 6 Abs. 2 zu § 26 Pr-GebD.).

Ob die Voraussetzungen für eine unentgeltliche Tätigkeit des Notars, die nach den vorstehenden Erörterungen rechtlich durchaus möglich ist, gegeben sind, hängt von den besondern Umständen des Einzelfalles ab und ist im wesentlichen von dem Tatrichter unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und der Beweisaufnahme zu entscheiden. Der VerR. hat diese Frage im vorl. Falle bejaht. Der VerR. sieht auf Grund des ihm unterbreiteten Streitstoffs und Beweismaterials den Beweis dafür als erbracht an, daß der Notar durch seine Anregung zur Abänderung des früher errichteten Testaments dem Bekl. in erster Reihe einen Freundschaftsdienst aus persönlicher Verbundenheit erweisen wollte und daher kein Entgelt dafür zu beanpruchen hat. Aber noch mehr: Der VerR. stellt ausdrücklich fest, der Notar habe in-

Bu 10. Der Tatbestand ergibt sich aus den in RG. 136, 307 mitgeteilten Urk., durch welches der erk. Sen. die Sache auf Rev. des Kl. in die Vorinstanz zurückgewiesen hatte. In dieser ist vom BG. festgestellt, der verstorbene Notar G. habe von sich aus auf Grund langjähriger Freundschaft den Bekl. zur Änderung seines früheren Testamentes angeregt und nicht als Notar, sondern als Familienfreund gehandelt, wenn er auch daneben die Absicht verfolgt habe, hohe Gebühren zu verdienen. Das Wesentliche der Entsch. ist darin begründet, daß das RG. die rechtliche Möglichkeit und gesetzliche Zulässigkeit einer aus bloßer Gefälligkeit unentgeltlich entfalteten Tätigkeit des Notars anerkannt und damit den Standpunkt D. genehmigt hat, der auch schon in einem früheren Beschl. des Ver. f. d. Not. in Rheinpr. zum Ausdruck gekommen war. Mit Nachdruck er-

folge dieser langjährigen persönlichen Verbundenheit und Familienfreundschaft gar nicht daran gedacht, für seine rein vorbereitende Tätigkeit ein Honorar zu verlangen. Da es auf der anderen Seite außer Zweifel steht, daß auch der Bekl. nicht die Absicht hatte, die vorbereitende Tätigkeit des Notars abzugelten, so ist damit die Willensübereinstimmung beider Teile über die Unentgeltlichkeit und Liberalität der Nähewaltung des Notars festgestellt.

Als rechtsirrig kann es auch nicht bezeichnet werden, wenn der VerR. bei Entsch. der Frage nach Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit der von dem Notar ohne Auftrag und aus eigener Entschließung entfalteten vorbereitenden Tätigkeit dem Umstand Bedeutung beimäßt, daß der Notar zu einem wesentlichen Teil auch eigene Interessen verfolgt habe. Daß ein solches Handeln bei jedem Dienstverpflichteten vorliegt und seinen Anspruch auf Entgelt weder beseitigt noch mindert, ist selbstverständlich. Ein gegenteiliger Ausspruch findet sich aber auch nicht in dem BuL. Der VerR. entnimmt vielmehr der Tatsache, daß der Notar erheblichen Wert auf die Neuerrichtung eines Testaments oder doch eines Entw. dazu und auf die Erlangung der damit verbundenen hohen Gebühren gelegt hat, ein Beweisanzeichen dafür, daß er für die rein vorbereitende Tätigkeit, bei der es sich zunächst nur darum gehandelt hat, den Bekl. für die Erteilung eines Auftrags zur Entfaltung amtlicher, dann freilich entgeltlicher Tätigkeit zu gewinnen, nicht daran dachte, ein Honorar zu beanpruchen. Es mag in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen werden, daß auch einem Verfertiger von Entwürfen und Vorarbeiten, die er lediglich freiwillig und nur in seinem eigenen Interesse, namentlich in dem Bestreben, einen anderen zu einer Bestellung zu veranlassen, angefertigt hat, ein Entgelt abgesprochen wurde, und zwar auch dann, wenn keine Bestellung erfolgt ist (WarnRspr. 1911 Nr. 113).

Das BuL. stellt ausdrücklich fest, durch das Schreiben des Bekl. an den Notar v. 16. Juli 1926 und durch eine sich anschließende mündliche Mitteilung habe der Bekl. — für den Notar klar erkennbar — zum Ausdruck gebracht, daß er eine weitere Behandlung der Angelegenheit nicht wünsche und daß sie für beide Teile erledigt sei. Ohne Rechtsverstoß nimmt ferner das BG. an, daß es selbst nach Übersendung des von dem Notar i. J. 1927 unaufgefordert hergestellten Testamentsentwurfs nicht zur Ausübung einer gebührenpflichtigen Berufstätigkeit des Notars gekommen ist, daß vielmehr vor einer rechtsgeschäftlichen Einigung der Parteien jede weitere Behandlung an der jetzt aufgeworfenen Honorarfrage gescheitert, daß sich dieser Rechtslage aber auch der Notar selbst in vollem Umfang bewußt gewesen ist. War aber die Tätigkeit des Notars — für ihn erkennbar — endgültig abgeschlossen, so ist es rechtlich nicht zu beanstanden, wenn der VerR. aus der Nichtübersendung einer Rechnung durch den Notar Schlüsse zieht.

(U. v. 17. Okt. 1933; III 118/33. — Düsseldorf.) [Sch.]

b) Strafsachen.

Berichtet von Rechtsanwalt Rudolf Hensen, Berlin und Generalstaatsanwalt Dr. Alfred Weber, Dresden.

L. Materielles Recht.

1. Strafgesetzbuch.

11. § 157 StGB. Bei einer Prüfung aus dem Gesichtspunkte des § 157 Ziff. 1 StGB. muß das

klärt dabei aber auch das RG., daß keine Vermutung für die Freiwilligkeit und Unentgeltlichkeit des Wirkens des Notars spreche, vielmehr in aller Regel ein Gebührenanspruch erwache, auch wenn er für Verwandte oder Freunde tätig werde. In der Tat ist ja im allgemeinen der Notar nicht berechtigt, von den durch die Gebührenordnung vorgeschriebenen Vergütungen abzuweichen, also auch nur in besonderen Fällen völlig ohne Vergütung zu arbeiten. Trotzdem mußte das RG. auf Grund der tatsächlichen Feststellungen des BG., daß unentgeltlich, lediglich Freundschaftsdienste geleistet worden seien, zur Abweitung der Rev. kommen. Es müssen also besonders schlüssige Tatsachen vorgelegen haben, die das BG. zur Abweitung von der allgemeinen Regel der Entgeltlichkeit gezwungen haben.

JR. Bleugels, Köln.

Gericht alle Verdachtsmöglichkeiten erwägen. Ist die Prüfung auch auf § 157 Biff. 2 StGB. zu er strecken, so darf die Strafe zwar nur einmal ermäßigt werden; gleichwohl bedarf es aber bezüglich aller Voraussetzungen zur Strafermäßigung (§§ 157, 158 StGB.) der Feststellung, ob und inwieweit sie gegeben sind.[†]

Bei der Erörterung der Frage, ob die Best. unter § 157 Biff. 1 StGB. dem Beschw. zugute komme, beschränkt sich das Urt. auf die Prüfung, ob für ihn Gefahr bestand, wegen Teilnahme an dem Diebstahl des A. strafgerichtlich verfolgt zu werden. Es verneint dies, weil der Beschw. während A. den Draht abschnitt, untätig dabei gestanden habe. Diese Erwägung ist unzulänglich. Denn unverkennbar hätte der Beschw. nach dem im Urt. festgestellten Sachverhalt bei wahrheitsgemäßer Aussage Umstände bekunden müssen, die an und für sich in gewissem Umfange den Verdacht hervorrufen könnten, daß der Angekl. und seine Ehefrau oder einer von ihnen beiden an dem von A. begangenen Diebstahl irgendwie, z. B. als Gehilfe, beteiligt sei. Als solche Umstände kamen vor allem die Tatsachen in Betracht, daß die Ehefrau des Beschw. dem A. das Messer gegeben hatte, mit dem dieser den gestohlenen Draht durchschnitten hat, und daß der Beschw. selbst von beiden Umständen — von der Hingabe des Messers und von seiner Verwendung — Kenntnis hatte. Nun genügt zwar für die Anwendung des § 157 Biff. 1 nicht schon die entfernte Möglichkeit, daß der Zeuge bei einer wahrheitsgemäßen Aussage durch diese in dem leisen Verdacht geraten kann, eine bestimmte strafbare Handlung begangen zu haben. Aber das angef. Urt. nimmt eine Abschätzung der Verdachtsmöglichkeiten, die durch die angeführten und etwa sonst gegebenen Umstände hervorgerufen werden könnten, überhaupt nicht vor. Es erörtert auch nicht, ob sie etwa nach dem damaligen Stande der Untersuchung durch andere, außerhalb der Zeugenaussage des Beschw. liegende Ermittlungsergebnisse eine Abschwächung oder umgekehrt eine Verstärkung erfahren und ob hiernach zur Zeit der Zeugenaussage bei verständiger sachlicher Betrachtung für den StA. ein greifbarer Anhalt bestand, daß eine Strafverfolgung gegen den Beschw. Aussicht auf Erfolg habe.

Schon dieser Mangel mußte zu einer Aufhebung des Urt. — jedoch nur im Strafaussprache (vgl. RGSt. 58, 382 und 397) — führen. Es kommt aber hinzu, daß die Gefahr einer strafgerichtlichen Verfolgung für den Beschw. noch nach einer anderen Richtung hin bestanden haben kann. Denn nach den Feststellungen hat er, als er vor Erhebung der Anklage gegen A. von der Polizei als Zeuge vernommen wurde, ebenso wie später in der Hauptverhandlung die Unwahrheit gesagt, und es liegt mindestens die Möglichkeit vor, daß er dies getan hat, um den A. dadurch der Bestrafung wegen des von ihm verübten Diebstahls zu entziehen. Es kam daher in Frage, ob etwa gegen den Beschw. die Gefahr einer Strafverfolgung wegen Begünstigung gegeben war. In dieser Beziehung läßt aber das Urt. jede Erörterung vermissen.

Bei dieser Sachlage erübrigt es sich, auf die Rüge einer Verlezung des § 157 Biff. 2 StGB. weiter einzugehen. In der neuen Verhandlung wird indessen auch die Unwendbarkeit

Zu 11. Die Entsch. bestätigt in allen Punkten die bisherige Rspr. I. Materiellrechtliches: 1. Zu § 157 Biff. 1 wiederholt RG. — gegen lauf. gewordene Zweifel — seine richtige Ansicht, daß es genügt, wenn der Staatsanwalt einen greifbaren Anhalt zur Strafverfolgung bekommt. Nicht erforderlich ist es, daß der Zeuge auch tatsächlich eine strafbare Handlung begangen hat, es genügt die naheliegende Gefahr der Strafverfolgung. (Auch tatsächlicher oder rechtlicher Justizirrtum ist gegebenenfalls in Betracht zu ziehen.) Vgl. darüber neuerdings gut Merzbach, Der Eidesnotstand, Rost. Dtsch. 1933 S. 12 f.

2. Der 2. Sen. hält an inzwischen vom 1. Sen.: J.W. 1933, 432¹⁶ in Zweifel gezogenen Meinung fest, daß durch uneidliche Aussage im Ermittlungsverfahren usw. Begünstigung begangen werden könne. Meine Bedenken muß ich aufrechterhalten (vgl. meine Ann. zum obigen Urt. des 1. Sen.).

3. Ebenso ist es schon wiederholt ausgesprochen, daß bei mehrfachen Vorliegen desselben oder verschiedener Milderungsgründe aus §§ 157, 158 dennoch der Strafrahmen nur einmal zu ernäßigen sei (vgl. neuerdings namentlich RGSt. 59, 229 = J.W. 1925, 2134²,

dieser Vorschr. erneut zu prüfen sein. Zwar darf die Strafe selbst dann, wenn die Voraussetzungen von § 157 Biff. 1 und 2 — ja sogar in beiden Beziehungen mehrfach — und außerdem auch noch die Voraussetzungen des § 158 gegeben sind, nur einmal ermäßigt werden, doch darf der Richter ein solches Zusammentreffen bei der Abmessung der Strafe innerhalb des gesetzlichen für sie festgelegten Rahmens berücksichtigen und daher bedarf es immer hinsichtlich aller der Feststellung, inwieweit sie nach irgendeiner Richtung gegeben sind (RGSt. 59, 87 und 230). Übrigens sind bei der Prüfung, ob die Voraussetzungen des § 157 vorliegen, die gesamten Befunde des Beschw. in der Hauptverhandlung gegen A. — sowohl die, welche vor, wie die, welche nach der Vernehmung der übrigen Zeugen von ihm gemacht worden sind — als einheitliches Ganzes zu werten, das erst in dieser Zusammenfassung die von dem Eide umfaßte Aussage des Beschw. bildet. Dann ist aber nach den bisherigen Feststellungen nicht zu erkennen, inwiefern dem Beschw. in Beziehung auf seine Ehefrau, auf deren Wissen, Verhalten oder Beteiligung überhaupt ein bewußt falsches oder unvollständiges Zeugnis zur Last fällt. Sollte letzteres in dem künftigen Urt. festgestellt werden, so käme es für die Anwendung des § 157 Biff. 2 darauf an, ob der Beschw. das falsche Zeugnis zugunsten seiner Ehefrau, also um sie vor Nachteilen zu schützen, und nicht zu seiner eigenen Sicherheit erstattet hat. Unerheblich wäre es dagegen, ob dem Beschw. bei seiner Zeugenvernehmung Fragen nach der Beteiligung seiner Ehefrau an dem Diebstahl des A. vorgelegt worden sind, da er auch ohne solche alle ihm bekannten Tatsachen angeben mußte, die über diesen Diebstahl Licht verbreiten könnten. Ebenso wäre es ohne Bedeutung, ob die Umstände, die der Beschw. etwa verschwiegen haben sollte, um seine Ehefrau vor jedem Teilnahmeverdacht zu schützen, nach der Auffassung des damaligen Gerichtsvorstehernden oder des jetzt erkennenden Gerichts solchen Verdacht wirklich begründeten.

(2. Sen. v. 6. Nov. 1933; 2 D 203/33.)

[W.]

12. § 224 StGB. Die Empfängnisfähigkeit wird durch den Ausdruck „Zeugungsfähigkeit“ im § 224 StGB. mit umfaßt. Denn ein verständlicher Grund, den Verlust der ersten weniger streng als den der letzteren zu bestrafen, ist nicht ersichtlich. Unter „Zeugungsfähigkeit“ ist daher i. S. von § 224 StGB. augenscheinlich die Fähigkeit, sich fortzupflanzen, zu verstehen.[†]

Nach dem von dem BG. für erwiesen erachteten Sachverhalt hat die Nebenklägerin die Fähigkeit, ein Kind zu empfangen, für immer verloren. Wenn der Sachverständige diese Folge nur als „mit aller Wahrscheinlichkeit“ eingetreten bezeichnet hat, so wollte er damit nach der Auffassung des BG. nur zum Ausdruck bringen, daß die angeführte Folge „nach dem gegenwärtigen Stande der ärztlichen Wissenschaft“ anzunehmen sei. Durch einen solchen Vorbehalt wird die für die Anwendung des § 224 StGB. erforderliche Feststellung, daß die in Frage kommende Folge eingetreten ist, nicht beeinträchtigt.

(2. Sen. v. 25. Sept. 1933, 2 D 1368/32.)

[Hn.]

1406¹⁰; 1926, 1181^{20a} gegen die letzte Entsch. Merkel in seiner Ann.).

II. Der prozeßuale Grundsatz, daß bei mehrfachem Vorliegen von Milderungsgründen nach §§ 157, 158 jeder einzelne Fall, bzw. jede einzelne Beziehung festzustellen sei, ist bereits ausgesprochen RGSt. 59, 229 = J.W. 1925, 2134². Dem Grundsatz ist zuzustimmen (vgl. auch Ann. von Alsborg zur leitgen. Entsch.). Die Feststellung dient der richtigen Strafzumessung innerhalb des nach I 3 festgestellten Strafrahmens. §§ 157, 158 StGB. enthalten vom Gesetz besonders hervorgehobene Milderungsgründe, die festzustellen sind, und zwar natürlich einzeln (§ 267 StPO.). Die Unterlassung macht das Urt. nach § 337 Biff. 7 revisibel.

Prof. Dr. Hellmuth Mayer, Rostock.

Zu 12. Wenn das RG. die Empfängnisfähigkeit der Frau der in § 224 StGB. erwähnten „Zeugungsfähigkeit“ gleichsieht, so hat es sich einer Methode der Auslegung bedient, die nicht auf den wörtlichen Ausdruck, sondern auf den diesem Ausdruck zugrunde liegenden Zweck des Gesetzes entscheidenden Wert legt. Rein sprachlich be-

**13. § 350 StGB. zum Begriff der „Zueignung“. Das Wesen der Zueignung besteht darin, daß die Sache selbst oder doch der in ihr verkörperte Sachwert vom Täter dem eigenen Vermögen einverlebt wird. Zuwendung der Sache an einen Dritten.[†])

Der Angekl., Verwalter einer Posthilfsstelle, hat im Verlauf mehrerer Monate in 38 Fällen Gelder, die er auf Postanweisungen und Zahlkarten empfangen hatte, darunter auch größere Beträge bis zu fast 400 RM, entgegen seiner Dienstanweisung nicht mit der nächsten Kraftpost an das Postamt in B. abgesandt, sondern zurückbehalten und erst nach Ablauf mehrerer Tage, bisweilen auch erst nach zwei Wochen mit den zugehörigen Postanweisungen und Zahlkarten abgeführt. Dabei hat er in der täglich auszufüllenden und mitzufügenden Annahmekarte das Geld erst als an dem Tage der tatsächlichen Ablieferung „abgegangen“ gebucht, was nach der ihm bekannten Dienstvorschrift nicht nur die Bedeutung hatte, daß er das Geld an diesem Tage abgeführt, sondern auch die, daß er es erst an diesem Tage oder spätestens tags zuvor nach Abgang der Kraftpost empfangen hatte. Darüber, wo die vorübergehend zurückbehaltenen Gelder in der Zwischenzeit verblieben sind, stellt die StrR. fest: Der Angekl. hat die Gelder nicht für sich verbraucht. Mit einem Teil von ihnen hat er jeweils „bekannten ausgeholfen, insbes. eingangene Nachnahmepakete für sie eingelöst und an sie ohne Barzahlung ausgehändigt“. Den Rest hat er so lange in der Kasse behalten, bis die Dritten, denen er ausgeholfen hatte, das Geld zurückgezahlt und den abzuführenden Betrag damit wieder auf die volle Höhe gebracht hatten.

Auf diesen Sachverhalt hat die StrR., die offensichtlich nur die Beträge als unterschlagen ansieht, mit denen der Angekl. „bekannten ausgeholfen“ hat, den § 350 StGB. mit der Begr. angewendet, der Angekl. habe, auch wenn er die Gelder nicht selbst verbraucht, sondern sie Dritten leihweise zuwendete, darüber wie ein Eigentümer verfügt und sie damit sich rechtswidrig zugeeignet, d. h. die in amtlicher Eigenschaft empfangenen Gelder unterschlagen. Die Rev. rügt unter Hinweis auf AGSt. 61, 228 die Verkennung des Begriffs der Zueignung. Richtig ist, daß, wie in dieser Entsch. und in zahlreichen anderen, insbes. den dort angeführten Urt. des AG. ausgesprochen ist, das eigenmächtige Verfügen über eine fremde Sache für den Zueignungsbegriff nicht genügt. Das Wesen der Zueignung besteht darin, daß die Sache selbst oder doch der in ihr verkörperte Sachwert vom Täter dem eigenen

trachtet deckt der Ausdruck „Zeugungsfähigkeit“ die Empfängnisfähigkeit nicht. Es kann auch angenommen werden, daß der Gesetzgeber von 1870 an letztere nicht gedacht, vielmehr offenbar nur den Verlust der männlichen Zeugungsfähigkeit, hervorgerufen durch Verletzungen der männlichen Genitalien, im Auge gehabt hat; die Vernichtung der Empfängnisfähigkeit des Weibes, wie sie in der Hauptfalle durch Ansteckung mit einer Geschlechtskrankheit herbeigeführt wird, stand damals, zu einer Zeit, die das Hauptgewicht auf den Zeugungsakt legte, noch nicht im Vordergrund der Betrachtung. Hätte der Gesetzgeber freilichthin die Aufhebung der menschlichen Fortpflanzungsfähigkeit als schwere Folge einer Körperverletzung ins Auge gefaßt, so hätte es nahegelegen, auch der Gebärfähigkeit der Frau Erwähnung zu tun, denn diese ist durch äußere Angriffe auf den Körper weit eher gefährdet als die Konzeptionsfähigkeit. Aber es ist richtig, daß der das Strafgesetz auslegende Richter sich nicht an den einstmaligen Willen des zeitgebundenen Gesetzgebers, vielmehr an den sich mit den Zeitsverhältnissen wandelnden Willen des Gesetzes zu halten hat; diese Wahrheit ist seit Josef Kohler (vgl. seinen Aufsatz in Grünhutz. Jahrg. 13) Gemeingut der deutschen Juristen geworden, sie sollte es wenigstens geworden sein. Zweifelhaft ist allerdings, ob, wenn das AG. den Tatbestand des § 224 StGB. auf den Verlust der Empfängnisfähigkeit erstreckt, dies erlaubte ausdehnende Auslegung oder unerlaubte analoge Anwendung des § 224 ist; die Grenzen zwischen beiden sind flüssig. Wir wissen, um ein Wort Bindungs zu gebrauchen, daß die nach h. M. in § 2 Abs. 1 StGB. (nullum crimen sine lege) verbotene Analogie sich häufig in die Maske der allgemein als zulässig anerkannten ausdehnenden Auslegung hüllt. Ebenso wahr ist aber ein anderes Wort des großen Dogmatikers, daß das, was der Strafgesetzgeber von 1870 als höchste Errungenschaft moderner Strafgesetzgebung erachtet hat — eben den aus der individualistischen Gedankewelt der großen französischen Revolution entsprungenen Grundsatz nulla poena sino lege —, in Wirklichkeit seine größte

Vermögen einverlebt wird. Das kann auch durch Zuwendung der Sache an einen Dritten geschehen. Wer aber, ohne das eigene Vermögen zu verändern, eigenmächtig über die Sache verfügt, eignet sie nicht sich zu, muß ihren wirtschaftlichen Wert nicht für sich aus. Hier ergibt nun die Begr. des angef. Urt. mit ausreichender Deutlichkeit, daß der Angekl., anders als in dem in AGSt. 61, 228 behandelten Falle, durch sein eigenmächtiges Verfügen über die fremden Gelder den Bestand seines eigenen Vermögens verändert hat. Denn indem er mit diesen Geldern als eigenen seinen Bekannten „aushalf“, sie dritten Personen „leihweise zuwendete“, erwirb er gegen diese Dritten einen Anspruch auf Rückzahlung der Darlehen, was eine Vermehrung seines Vermögens bedeutete. Es fehlt aber auch nicht an dem weiteren Erfordernis der Unterschlagung, daß der Zueignungswille durch eine nach außen erkennbare Handlung zum Ausdruck gebracht worden sein muß. Aus der allerdings recht knappen Begr. des angef. Urt. ist doch so viel zu entnehmen, daß der Angekl. die von der StrR. als unterschlagen angesehenen Beträge tatsächlich verausgabt hat. Das leuchtet ohne weiteres ein bei den Beträgen, die er dazu verwendet hat, um für Bekannte, ohne daß sie Barzahlung zu leisten brauchten, Nachnahmepakete „eingelöst“ hat. Damit will die StrR. offenbar zum Ausdruck bringen, daß er jeweils von den fremden, auf Postanweisungen oder Zahlkarten eingezahlten Geldern Beträge in Höhe der auf den Paketen ruhenden Nachnahmen alsbald — wie das bei eingelösten Nachnahmesendungen Aufgabe der Post ist — an die Absender der Pakete abgeführt hat. Aber auch in den anderen, nicht näher beschriebenen Fällen, in denen der Angekl. mit fremden Geldern Bekannten „ausgeholfen“ hat, hat er nach der erkennbaren Ansicht der StrR. diese Gelder entweder an die dritten Personen selbst oder in irgendeiner Weise für sie verausgabt. Die eigene Verteidigung des Angekl. geht ja dahin, er habe die Postanweisungen und Zahlkarten weiter befördert, sobald die Dritten, denen er ausgeholfen habe, das Geld zurückgezahlt und „den abzuführenden Betrag damit wieder auf die volle Höhe gebracht hätten“. Das kann gar nichts anderes heißen, als daß in der Zwischenzeit die auf Postanweisungen und Zahlkarten eingezahlten Beträge nicht in voller Höhe vorhanden gewesen sind.

Ein von der Rev. nicht hervorgehobenes Bedenken gegen die Anwendung des § 350 StGB. könnte sich aus der Entsch. des 1. StrSen.: AGSt. 65, 38 ergeben, die die Berechtigung eines Posthilfsstelleninhabers zur „amtlichen“ Entgegennahme von Postanweisungen und Zahlkarten in Abrede stellt. Der 3. StrSen. ist in AGSt. 65, 85 dieser Rechtsansicht ent-

Schwäche ist; denn hierdurch wird dem gerissenen gesetzeskundigen Brecher, der sich nach einer ungünstlichen Wendung v. Lissats auf das Strafgesetz als seine „magna charta“ beruft, ermöglicht, sich hart an der Grenze des Strafbaren zu bewegen, durch die Maschen des Gesetzes zu schlüpfen. Darum würde es auf dem Wege einer gerechten, zielbewußten Strafrechtspflege einen großen Fortschritt bedeuten, wenn das künftige deutsche StGB. nach dem Vorschlag der preuß. Denkschrift über nationalsozialistisches Strafrecht (S. 127) die Analogie zugunsten des Täters unter der Voraussetzung zuließe, daß die analoge Anwendung eines Strafgesetzes von dem ihm zugrunde liegenden Rechtsgedanken gefordert wird. Unter diesem Gesichtspunkte erschien die Auslegung des Begriffes „Zeugungsfähigkeit“ durch das AG., zu dem es schon de lege lata mittels teleologischer Betrachtungsweise gelangt ist, gewiß gerechtfertigt.

SenPräf. Prof. Dr. Klee, Berlin.

Zu 13. Das AG. hat sich schon seit längerer Zeit von einer formaljuristischen, inhaltsleeren Definition des Begriffs der rechtswidrigen Zueignung als einer eigenmächtigen Verfügung, wie sie nur dem Eigentümer zusteht, losgemacht und den Begriff i. S. der (von mir vertretenen) Vermögensdeliktstheorie, also im materiellen, wirtschaftlichen Sinn, erfaßt und damit zugleich der Strafrechtsreform den richtigen Weg gewiesen, ohne allerdings die Folgerungen hieraus restlos zu ziehen (vgl. m. e. i. Dtsch. Strafrecht II, 2. Aufl. 1932, S. 16 ff. und Objekt bei den strafbaren Angriffen auf vermögensrechtliche Interessen, Breslau 1897). Dass auch in der Zuwendung einer Sache an einen Dritten eine „Zueignung“ liegen kann, hat die Vermögensdeliktstheorie nie bestritten. Ich billige daher die vorl. Entsch., so sehr sie auch von anderer Seite getadelt werden mag.

Prof. Dr. Fr. Doerr, München.

gegengetreten, ohne bei der Lage des damals zu entscheidenden Falles zu einer Anerkennung der vereinigten Strafen genötigt zu sein. Auch der erf. Sen. kann die vom 1. Sen. entchiedene Frage auf sich beruhen lassen, weil im vorliegenden, ebenso wie in dem vom 3. Sen. behandelten Falle die Anwendung des § 350 StGB. auch vom Standpunkt des 1. Sen. gerechtfertigt sein würde. Die Str. ist erkennbar davon ausgängen, daß die zahlreichen und erheblichen Geldeinzahlungen, die an den Angell. bewirkt worden sind, von den Einzahlern nicht ihm persönlich, sondern daß sie in dem Glauben geleistet worden sind, es handle sich um Einzahlungen an die Postverwaltung zu Händen des zuständigen Beamten, und daß der Angell. sie, für die Einzahler erkennbar, in diesem Sinne entgegengenommen hat. Dann hat der Angell. aber, gleichviel, ob er zur Annahme verpflichtet oder auch nur berechtigt war, die Gelder in amtlicher Eigenschaft empfangen (RGSt. 21, 51).

Gegen die Anwendung der §§ 351, 354 StGB. bestehen aus den in RGSt. 65, 85, 88, 89 angegebenen Gründen keine Bedenken.

(6. Sen. v. 10. Nov. 1933; 4 D 156/33.)

[Hn.]

2. Sonstiges materielles Strafrecht.

14. § 1 Kap. III 8. Teil der VO. des RPräf. zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen und zum Schutze des inneren Friedens v. 8. Dez. 1931 ist auch dann anzuwenden, wenn ein Schriftleiter nur auf Grund der Vermutung der Kenntnis und des Verständnisses eines Zeitungsartikels gemäß § 20 Abs. 2 RPräfG. wegen übler Nachrede für schuldig zu befinden ist.

Für die Anwendung des sonstigen Strafrechts, insbes. auch der erwähnten NotVO., macht es keinen Unterschied, ob ein Angell. auf Grund einer nach den allgemeinen Verfahrensregeln durchgeföhrten Beweisaufnahme oder kraft gesetzlicher Beweisvermutung als Täter zu gelten hat.

Unter den im öffentlichen Leben stehenden Personen ist nicht jeder gemeint, der irgendwo im öffentlichen Leben steht, sei es auch im kleinen Kreise; wie die Entstehungsgeschichte lehrt, sollten vielmehr nur die im öffentlichen Leben des ganzen Volkes stehenden Personen besonders geschützt werden (RGSt. 67, 101). Zu diesen Personen gehört aber nicht ohne weiteres der Bürgermeister einer mittleren deutschen Stadt, auch wenn diese früher die Hauptstadt eines Bundesstaates gewesen ist.

(3. Sen. v. 9. Nov. 1933, 3 D 1080/33.)

[Hn.]

15. § 6 VO. d. RPräf. v. 28. Febr. 1933. Jeder, der sich mit der Verbreitung von Druckschriften befaßt, ist es zur Rechtspflicht gemacht, sich durch sorgfältige Prüfung Gewißheit über den Inhalt der Druckschrift zu verschaffen.†)

Das LG. nimmt rechtlich bedenkenfrei an, daß das von dem Angell. verbreitete Flugblatt nach seinem Inhalt zum gewaltsamen Kampfe gegen die Staatsgewalt oder zu dessen

Bu 15. 1. Man wird dem Urt. folgen müssen in der Auslegung des § 86 StGB. i. Verb. m. § 6 der VO. des RPräf. v. 28. Febr. 1933. Nicht wie weit die Handlung des § 86 StGB. von der Ausführung des Hochverrats entfernt ist, sondern daß sie überhaupt ein bestimmtes Unternehmen des Hochverrats vorbereitet, ist entscheidend. Daß es ein bestimmtes, ein konkretes Unternehmen sein müsse, welches vorbereitet wird, betonte die Wissenschaft bis in die letzten Jahre hinein mit Nachdruck (z. B. Etsch, Die Vorbereitungshandlungen zum Hochverrat, 1909, S. 88 f.; Bisoukides, Hochverrat, 1903, S. 110 f.; Beselet, Komm. über das StGB. für die Freien Staaten, 1851, S. 231, 232; John: Holzendorffs Handbuch III 1, 1872, S. 33 f., bes. S. 36; Lissat-Schmid § 165 III 2 [letzter Satz]). Es kann dahingestellt bleiben, ob solche Betonung übertriebene oder gut begründete rechtsstaatliche Sorgfalt war. Die gesamte kommunistische Agitation war zur Zeit der hier abgeurteilten Tat eindeutig auf ein bestimmtes Ziel gerichtet, daß insbes. in der hier in Frage stehenden Kampfsituation ohne weiteres klar ist, daß nicht allgemeines Gerede, sondern die Vorbereitung eines konkreten Unternehmens i. S. von §§ 81–86 vorlag. Überdies konnte

Vorbereitung, ferner daß es zu einem hochverräterischen Bestrebungen dienenden Generalstreik auffordert und anreizt und „daß es damit die Voraussetzungen des § 6 VO. d. RPräf. v. 28. Febr. 1933 (RGBl. I, 85) erfüllt. Nach der stänigen RPräf. des RG. wird der Tatbestand des Hochverrats nach dem § 86 StGB. durch jede — auch die entfernteste — ein hochverräterisches Unternehmen vorbereitende Handlung verwirklicht. Die Annahme des LG., daß die Worte des Flugblattes: „Das Handeln der Massen“, „Die Kampfdemonstrationen“, „Das letzte gewerkschaftliche Massenkampfmittel unter Ausnutzung aller Kampfespositionen“ hochverräterischen Bestrebungen dienten, und daß durch die Aufforderung und Anreizung zu einem so gearteten Vorgehen ein hochverräterisches Unternehmen vorbereitet werden soll, unterliegt keinen rechtlichen Bedenken, zumal das Flugblatt nach den Feststellungen des LG. „darüber hinaus zum Kampf für die Errichtung der Arbeiter- und Bauernrepublik“ auffordert; und zwar nimmt das LG. ersichtlich an, daß es sich dabei — wie der vom LG. festgestellte Satz des Flugblattes: „Jetzt schafft in allen Proletariervierteln die antifaschistischen Arbeiterbataillone!“ erkennen läßt — um die Vorbereitung eines gewaltsamen Umsturzes i. S. der §§ 81–86 StGB. handelt.

Damit sind in dem Flugblatt nach dem festgestellten Sachverhalt auch der Angriffsgegenstand des hochverräterischen Unternehmens — die wesentlichen staatsrechtlichen Grundlagen des Reiches und der Länder —, sein Ziel — die Errichtung der Arbeiter- und Bauernrepublik —, der Ort — die Städte, in denen Massendemonstrationen stattfinden —, die Zeit — „ein bestimmter“, ersichtlich den Führern bekannter „Zeitpunkt“ —, und das Mittel — „die Massen und die in allen Arbeitervierteln zu schaffenden antifaschistischen Arbeiterbataillone“ — hinreichend deutlich gekennzeichnet worden.

Auch nach der inneren Tatseite gibt das angefochtene Urt. keinen Anlaß zu rechtlichen Bedenken. Jeder, der eine Druckschrift des gekennzeichneten Inhalts verbreitet, macht sich nach dem § 6 VO. strafbar, wenn er bei sorgfältiger Prüfung der Schrift den strafbaren Inhalt hätte erkennen können. Es ist damit jedem, der sich mit der Verbreitung von Druckschriften befäst, zur Rechtspflicht gemacht, sich durch sorgfältige Prüfung Gewißheit über den Inhalt der Druckschrift zu verschaffen. Während ohne eine solche Gesetzesbestimmung der Verteiler nur dann bestraft werden können, wenn ihm nachgewiesen worden wäre, daß er den strafbaren Inhalt der Druckschrift gelernt oder daß er mit der Möglichkeit eines strafbaren Inhalts gerechnet und daß er die Verteilung auch für diesen Fall gewollt habe, ist nach dem § 6 VO. zu bestrafen, wer — gleichgültig, ob er die Druckschrift gelesen hat oder nicht — nach seinen persönlichen Fähigkeiten den strafbaren Inhalt bei sorgfältiger Prüfung hätte erkennen können.

Diese Neueinführung der fahrlässigen Verbreitung hochverräterischer Schriften rechtfertigte sich mit der häufigen Unmöglichkeit des Nachweises der Kenntnis des hochverräterischen Inhalts der verbreiteten Schriften und mit der alsdann eintretenden völligen Straffreiheit von Personen, die durch die Verbreitung solcher Schriften in immer zunehmendem Maße die verfassungsmäßigen Grundlagen des Reiches und der Länder zu untergraben suchten. Der Verteiler einer Druckschrift

kein Zweifel sein, daß § 6 Abs. 1 u. 2 der VO. v. 28. Febr. 1933 verwirklicht ist, da Worte wie diese in dem Flugblatt standen: „Das letzte gewerkschaftliche Massenkampfmittel unter Ausnutzung aller Kampfespositionen“, und „darüber hinaus zum Kampf für die Errichtung der Arbeiter- und Bauernrepublik“ aufgesfordert worden ist.

2. Von großer Bedeutung für das künftige Strafrecht kann der Teil des Urt. werden, in dem die „Neueinführung der fahrlässigen Verbreitung hochverräterischer Schriften“ als gesetzgeberische Notwendigkeit verteidigt wird. Es wäre m. E. eine wichtige Aufgabe, geschichtlich und dogmatisch den Begriff und die Anwendungsmöglichkeit der fahrlässigen politischen Straftat zu klären. Als Notgesetz scheint auch mit der § 6 der VO. zur Zeit unentbehrlich. Als allgemeiner Gedanke hat die weitere Verwendung der fahrlässigen politischen Straftat gewiß das für sich, daß hier die Verantwortlichkeit jedes einzelnen für das staatliche Gemeinwesen gestärkt wird. Andererseits bringt der normative, für richterliches Erneissen weiten Spielraum laßende Begriff der Fahrlässigkeit gerade bei den politischen Straftaten besonders große Gefahr. Es wäre bedenklich, wollte man ihn sich dazu dienen lassen, die Tatbestandsfestigkeit all-

ist nach dem § 6 VO. verpflichtet, sich die Zeit und Gelegenheit zur sorgfältigen Prüfung ihres Inhalts zu verschaffen; der Einwand, es habe ihm an Zeit und Gelegenheit zum Lesen gefehlt, ist unbeachtlich. Ausschlaggebend für das Vorliegen des inneren Tatbestandes ist allein die Feststellung, daß der Täter nach den Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen imstande gewesen wäre, den hochverräterischen Inhalt zu erkennen, wenn er die Schrift mit Sorgfalt geprüft hätte.

(3. Sen. v. 12. Okt. 1933; 3 D 771/33.)

[Hn.]

16. § 36 Abs. 1 Ziff. 3 DevVO. i. Verb. m. § 14 ist nicht Wirtschaftsrecht mit teils strafrechtlichen, teils zivilrechtlichen Bestandteilen, sondern eine reine Strafrechtsnorm. †)

Das RG. hat festgestellt, daß der Angekl. in der Zeit v. 4. März bis 1. Dez. 1932 wiederholt auf Reichsmark lautende Scheine, inländische Zahlungsmittel, zugunsten der Fa. R. J. in R., eines Ausländer im Inland, ausgehändigt hat. Der Einlaß des Angekl., daß er die gesetzlichen Vorschriften der Genehmigungspflichtigkeit dieser Geschäfte nicht bekannt habe, hat es Glauben geschenkt und ihn deshalb — in bewußter Abweichung von der Entsch. des ersten StrSen. vom 7. Febr. 1933 — 1 D 1528/32 — RGSt. 67, 114 — in Anwendung des § 59 StGB. und ersichtlich unter Annahme einer fortgesetzten Handlung wegen nur fahrlässiger Verletzung der §§ 14 Abs. 1, 36 Ziff. 3 (gemeint des Abs. 1) der DevVO. n. F. v. 23. Mai 1933 und auch nur für die Handlungen nach dem „24./28. Sept. 1932“ verurteilt. Die Annahme eines Fortsetzungszusammenhangs zwischen fahrlässig

zusehrt aufzulösen. Das käme in bedenkliche Nähe des schlechten Mälestaschrechtes der römischen Republik- und Kaiserzeit. Dagegen hebt sich in der VO. v. 28. Febr. 1933 das Anknüpfen an vorhandene, feste Tatbestände vorfälliger Verbrechen gut ab.

Weil das RG. selbst gelegberische Erwägungen anstelle, mag diese kleine Abschweifung in Fragen künftigen Rechtes gestattet sein. Vom geltenden Recht aus scheint mir das Urt. jedenfalls das einzige mögliche in dem vorl. Falle zu sein.

Prof. Dr. Arthur Wegner, Breslau.

Zu 16. Das RG. hält an der von ihm ständig vertretenen Auffassung, daß ein Irrtum über die Bestimmungen des Devisennotrechts strafrechtlich unbeachtlich sei, fest. Das ist bedauerlich. Denn die Ansicht des RG. ist in der Literatur und in der Rpr. der unteren Gerichte fast einhellig abgelehnt (vgl. Hartenstein: JW. 1933, 59 und die dortigen Literaturangaben; DVG. Karlsruhe: JW. 1932, 1025; DVG. Jena: JW. 1933, 474). Nachdem nun das RG. abermals unter ausdrücklicher Zurückweisung der von den Vertretern der Gegenseite vorgetragenen Gründe zu seiner Auffassung gestanden hat, dürfte die Frage für die Praxis vorläufig entschieden sein. Das darf aber nicht davon abhalten, auf die Unhaltbarkeit dieses Standpunktes hinzuweisen. Es führt zu einem bürokratischen Begriff der Schuld. Der vorsätzlich schuldhafe Rechtsbrecher wider Willen, der auf diese Weise konstruiert wird, ist ein Widersinn in sich.

Es ist hier nicht der Platz, auf die Theorie des RG. von der Unbeachtlichkeit des strafrechtlichen Irrtums einzugehen. Mag auch diese Theorie in der Wissenschaft fast einhellig abgelehnt sein, so hat die Unterscheidung von strafrechtlichem und außerstrafrechtlichem Irrtum doch ihre Berechtigung, und manche der sonstigen Theorien ist inhaltlich von der Theorie des RG. nicht so entfernt, wie es scheint.

Auszulehnen ist aber die Meinung des RG., daß die Frage, ob es sich um einen strafrechtlichen oder außerstrafrechtlichen Irrtum handelt, nach formalen Gesichtspunkten zu beurteilen sei. Nicht die Formulierung der Bestimmung und ihre Stellung im Gesetz kann ausschlaggebend dafür sein, ob eine Strafnorm vorliegt oder nicht. Die Gesetzestechnik hängt von den verschiedensten Faktoren ab und unterliegt nicht einheitlichen Gesichtspunkten. Zu welch unbefriedigenden Ergebnissen die rein formale Abgrenzung führt, ergibt sich besonders kräftig aus der Entsch. des RG. v. 27. Okt. 1932 (JW. 1933, 59). Das RG. erklärt hier, daß ein Irrtum über den Begriff „Zahlungsmittel“ bedeutsam sein würde, wenn die DevVO. denselben stillschweigend aus dem bürgerlichen Recht entnommen hätte. Da aber § 8 Abs. 1 (jetzt § 2 Abs. 1) der VO. eine Legaldefinition des Begriffes gebe, sei er Bestandteil der Strafrechtsnorm geworden; ein Irrtum darüber sei daher unbeachtlich. Mit andern Worten verlangt das RG., daß der Bürger den ganz neu umgrenzten Begriff „Zahlungsmittel“ genau beherrschen müsse, während ihm ein Irrtum über den landläufigen Begriff des Zahlungsmittels zugute kommen würde. Auch die Stellungnahme zu den Blankettstrafgesetzen zeigt, wie unhaltbar

begangenen Straftaten ist aber — von den hier nicht in Frage kommenden Dauerstraftaten (RGSt. 59, 53 und 282, 287) abgesehen — begrifflich ausgeschlossen. Im übrigen tritt der erf. Sen. dem vom ersten StrSen. in der angegebenen Entsch. eingenommenen Standpunkt bei. Es ist gleichfalls der Ansicht, daß der § 36 (§ 18 a. F.) Abs. 1 Ziff. 3 DevVO. in Verbindung jedenfalls mit dem dort angeführten § 14 nicht Wirtschaftsrecht mit teils strafrechtlichen, teils zivilrechtlichen Bestandteilen, sondern eine reine Strafrechtsnorm ist. Für die Ziff. 1 und 2 des § 18 Abs. 1 a. F. hat der erf. Sen. dies bereits in seiner Entsch. RGSt. 66, 401 ausgesprochen. Daran ist auch für die Ziff. 3 a. a. D. festzuhalten. Hieron abzugehen bieten auch die vom LG. übernommenen Ausführungen des DVG. Jena keinen Anlaß.

Es genügt daher für den inneren Tatbestand das Bewußtsein des Angekl. von dem Vorliegen aller den äußeren Tatbestand ausmachenden Umstände.

Es kommt nicht darauf an, ob der Irrtum des Angekl. entstehbar war oder nicht.

(3. Sen. v. 2. Nov. 1933; 3 D 1041/33.)

[Hn.]

II. Verfahren.

17. § 61 StPB. ; § 158 Abs. 2 StPB. Maschinenforschung mit Beglaubigungsvermerk kann die für einen wirksamen Strafantrag notwendige eigenhändige Unterzeichnung nicht ersetzen. †)

Für die Bekleidung des AGR. G., wegen deren die Angekl. im Hinblick auf die Eingaben v. 23. und 27. Juni 1932 verurteilt worden sind, liegt kein ordnungsmäßiger

diese Formalsprechung ist (s. LpzKomm., 1933, § 59 Anm. 7 b und die dort angeführte Rpr.).

Berechtigung hat die Abgrenzung zwischen strafrechtlichem und außerstrafrechtlichem Irrtum nur, wenn dabei von dem Wesen der Strafnorm ausgegangen wird. Das Strafgesetz ist der Ausdruck des sozialen Gewissens eines Volkes. Es dient dem Schutz der Interessen der Gemeinschaft. Niemand darf sich darauf berufen, daß er sich über die grundlegenden Forderungen der Gemeinschaft, in der er lebt, geirrt hat. „Demgegenüber kommt es nach nationalsozialistischer Auffassung darauf an, ob sich der Täter in Gegenwart zu den Interessen der Volksgemeinschaft und zu den in ihr herrschenden sittlichen Anschauungen stellen will...“ Dieser Satz der Denkschrift des preuß. JustMin. (Nat.-soz. Strafrecht S. 137) dürfte das Leitmotiv jeglichen Strafrechts sein. Wendet man diese Gesichtspunkte auf das Devisennotrecht an, so kann man die strafrechtliche Grundnorm des § 36 DevVO. etwa so fassen: „Du darfst nicht den zum Schutz der deutschen Währung erlassenen Vorschriften widersetzen.“ Welche Rechtshandlungen zu verbieten sind, bestimmt sich einzigt und allein nach wirtschaftlichen und währungspolitischen Erfordernissen. Daher sind die devisenrechtlichen Verbotsnormen rein wirtschaftsrechtlicher Natur, die Strafbestimmung des § 36 DevVO. dient lediglich der Sicherung ihrer Durchführung (vgl. Lion-Hartenstein, DevVO. S. 556 f. und Heinrich: JW. 1932, 3605, die von Strafbestimmungen „sekundärer Natur“ sprechen).

Nur dieser Standpunkt wird dem Rechtsempfinden gerecht. Wenn heute jemand in Unkenntnis der Bestimmungen der DevVO. ein verbotenes Rechtsgeschäft mit einem Ausländer vornimmt, so mag er fahrlässig handeln. Zu einem vorfälligen Rechtsbrecher, der ein Verbrechen begeht, welches mit Buchthaus bis zu 10 Jahren bedroht ist, wird er dadurch nicht. Gerade § 14 Abs. 1 DevVO. ,welcher die Aushändigung inländischer Zahlungsmittel an einen Inländer zugunsten eines Ausländer genehmigungspflichtig macht, ist wenig bekannt. Häufig wird dagegen verstößen, weil der Täter gar nicht auf den Gedanken kommt, daß ein solches Rechtsgeschäft den Bestimmungen des Devisennotrechts unterliegen könnte. Ihn dann wegen vorfälligen Verstoßes gegen das Devisennotrecht zu verurteilen, bedeutet eine vollständige Verwässerung des Schuldgedankens.

R. Dr. Reuter, Düsseldorf.

Zu 17. Das RG. hält in dieser Entsch. an dem Unterschriftenfordernis für einen Strafantrag fest (so bereits RGSt. 3, 442). Es ist zuzugeben, daß in der Regel ein unterzeichnete gegenübers einem nicht unterzeichneten Strafantrag die bessere Gewähr der Authentizität bietet. Aber doch nicht immer. Was für ein Unterschied besteht in dieser Hinsicht zwischen den Fassungen: „Ich, R. R. (volle Namensnennung!), stelle Strafantrag gegen X. Y. Z. wegen usw.“ und „Ich stelle Strafantrag usw. R. R.“?

Es liegt nahe, wie folgt, zu argumentieren: Soweit nicht das Gesetz für eine Urkunde die Unterschrift fordert, genügt, daß sich aus

Strafantrag vor. Nach § 158 Abs. 2 StPO „muß bei strafbaren Handlungen, deren Verfolgung nur auf Antrag eintritt, der Antrag bei ... der StA. schriftlich ... angebracht werden“. Der Antrag aber, der auf die Verfolgung jener Bekleidung zielte, ist der StA. in folgender Form zugegangen: er ist einschließlich der Unterschrift des OVG Präf. in Maschinenschrift hergestellt und einem Übersendungsschreiben beigelegt, das ebenfalls einschließlich der Unterschrift des OVG Präf. in Maschinenschrift hergestellt ist und das den Begehungsbeweis einer Justizangestellten trägt. Dem Erfordernis, daß der OVG Präf. den Antrag schriftlich bei der StA. anzubringen hatte, ist also keinesfalls genügt; denn zur Schriftlichkeit gehörte die eigenhändige Unterzeichnung der Willenskundgebung, und eine vom OVG Präf. eigenhändig unterzeichnete Willenskundgebung ist bei der StA. nicht eingegangen. Diesen Standpunkt hat das RG. in zahlreichen Entsch., die den gleichliegenden Fall der Einlegung der Rev. (§ 341 StPO) betreffen, eingenommen (vgl. Urt. 2 D 1082/28 und RGSt. 57, 280); an ihm ist festzuhalten. Unerörtert kann es bleiben, ob der in RGSt. 34, 137 vertretene noch schärfere Standpunkt aufrechtzuerhalten ist. Der Verleerte G. hat auch nicht persönlich Strafantrag gestellt.

(1. Sen. v. 4. Okt. 1933; 1 D 774/33.)

[W.]

dem Inhalte des Schriftstücks für den Destinatär (die Person, der durch die Urkunde bezeugt werden soll) der Aussteller ergibt. Destinatär eines Strafantrags ist in letzter Linie das Gericht, das zu prüfen hat, ob die Prozeßvoraussetzung genügenden Strafantrags vorliegt. Da Unterzeichnung des Strafantrags vom Gesetz nicht ausdrücklich verlangt wird und auch rationelle Auslegung des Gesetzes nicht mit Sicherheit entsprechende Willensmeinung des Gegebers ergibt, so reicht Erkennbarkeit des Ausstellers für das Gericht aus, und es liegt nicht Grund vor, dieses materielle Urkundserfordernis durch das Erfordernis der Unterzeichnung zu formalisieren. Das bloße Verlangen der Schriftlichkeit für eine Willensäußerung, insbes. einen Strafantrag, macht nicht das Schriftstück unterzeichnungsbedürftig (es müßte denn das Gesetz, z. B. §§ 126, 127 BGB, so bestimmt haben). Daß Unterzeichnung nicht Eigentale des Urkundsbelegs ist, lehrt schon der Wortlaut des § 439 BPD. usw.

Mit einer Unterzeichnung in beliebiger Form, so daß auch bloße Unterkreuzung, eine mechanisch (durch Schreibmaschine pp.) hergestellte Unterschrift usw. genügte, ein Dritter ermächtigt werden könnte, mit dem Namen des Urhebers der Erklärung zu unterzeichnen, wäre für die Erkennbarkeit des Ausstellers und als Indiz der Ernstlichkeit — des Strafantrags — wenig gewonnen. So erklärt sich, daß das RG. die Eigenhändigkeit der Unterzeichnung unter dem Strafantrag fordert, wie auch die Unterzeichnung der Revisionsbegründung durch den Verteidiger oder einen RA. gemäß § 345 Abs. 2 StPO. in diesem Sinne verstanden wird. Freilich sollte dann auch ein Faksimilestempel nicht als ausreichend erachtet werden (gegenteilig RGSt. 62, 54; auch Lobe, LpzKomm., 5. Aufl., I, 431), denn er ahmt doch nur eigenhändige Unterschrift nach, ist nicht eine solche. Eine telegraphisch übermittelte Willenserklärung hingegen hat als eigenhändig unterzeichnet zu gelten, wenn die Aufgabedepesche diesem Erfordernis entspricht.

Hier nach muß für den Strafantrag, wenn überhaupt Unterzeichnung, so deren Eigenhändigkeit gefordert werden. Infsofern ist dem RG. jedenfalls zuzustimmen.

Woll schlüssig aber ist m. E. weder in dieser, noch in früheren RGEntsch. das Erfordernis der Unterzeichnung des Strafantrags dargelegt (vgl. dagegen v. Kries, Lehrbuch des Strafprozeßrechtes S. 469 f.). Auch ich neige mich nach wie vor (JW. 1930, 1102) der Meinung zu, daß sich im Wege der Auslegung das vom RG. vertretene Gesetzesverständnis nicht gewinnen ließ. Eine Tendenz, die Antragstellung so zu normieren, daß dem Gerichte die Prüfung der Echtheit des Antrags wesentlich erleichtert oder diese gar zweifelsfrei garantiert wäre, ist aus dem Gesetz nicht zu entnehmen.

Aber unter einem anderen Gesichtspunkt wird man die Auseinandersetzung des RG. für maßgebend erachten müssen. Der in der Entsch. bezeugten, konstant geübten Praxis des RG., die für einen Strafantragschriftsatz gemäß § 158 Abs. 2 StPO. die Unterzeichnung erfordert (zweifelnd allerdings 2. StrSen.: RGSt. 62, 54, doch nicht i. S. eines Entscheidungsgrundes), ist die Bedeutung eines verbindlichen Gerichtsgebrauchs beizumessen. Das Gesetz hat über die Antragstellung nur im Umriß bestimmt, und innerhalb dieses Rahmens hat der Gerichtsgebrauch Raum. Das ist Ergänzung, nicht Änderung des Gesetzes. Der Gerichtsgebrauch, also die Form von Gewohnheitsrecht, die auf prozessualen Gebiete allein in Betracht kommt, hat der Prozeßordnung gegenüber nicht deragogische Kraft, denn der Aufbau des Verfahrens in ihr ist als einheitlicher, in sich zusammen-

Freiwillige Gerichtsbarkeit.

I. §§ 2197, 2222, 2368 BGB. Der alleinige Vorerbe kann nicht zum alleinigen Testamentsvollstrecker, wohl aber zum Mittestamentsvollstrecker bestellt werden. f)

Die Bestellung des alleinigen Vollerben zum einzigen Testamentsvollstrecker ist nach der höchstrichterlichen Rpr. unzulässig (RG. 77, 1771); RGSt. 33, 159; 38, 129; HöchstRPr. 1928 Nr. 1884). Das wird damit gerechtfertigt, daß es keinen Sinn hätte, diejenigen Rechte und Befugnisse, die dem Alleinerben in seiner Eigenschaft als Herr des Nachlasses durch die Anordnung einer Testamentsvollstreckung beschränkt werden sollten, ihm in seiner Stellung als Testamentsvollstrecker wieder zu gewähren. Dieselben Gründe sprechen auch gegen die Zulässigkeit der Bestellung eines alleinigen Vorerben zum einzigen Testamentsvollstrecker, soweit er zur Erfüllung der allgemeinen Testamentsvollstreckeraufgaben (§§ 2023 ff. BGB.) bestellt ist. Keine rechtlichen Bedenken bestehen dagegen, wie andererseits in Rpr. und Schrifttum anerkannt ist, gegen die Bestellung eines Miterben zum Testamentsvollstrecker, weil in diesem Falle die vorerwähnten Gesichtspunkte insoweit nicht Platz greifen können, als der Miterbe als Testamentsvollstrecker ein Tätigkeitsfeld zugewiesen erhält, daß er in der Eigenschaft als bloßer Miterbe, als Mitglied einer zur Verfügung über den Nachlaß und seine körperlichen Bestandteile berufenen Personengemeinschaft (§§ 2033 Abs. 2, 2038 bis 2040 BGB) nicht bestellt.

Ahnliche Gesichtspunkte wie bei der Beurteilung der Frage der Zulässigkeit der Bestellung des alleinigen Vorerben zum einzigen

¹⁾ JW. 1912, 41.

hängender Mechanismus gedacht, aus dem nicht durch die Rechtsanwendung einzelne Stücke herausgenommen und durch andere ersetzt werden können. Wohl ist dem Gerichtsgebrauch supplerisch die Bedeutung geblieben, und es hat sich ja die Praxis des RG. in dieser Funktion wiederholt förderlich bestätigt (es braucht nur an die Ergänzung unvollständiger Urteile, an die Fortbildung des Beweisrechts durch Herausarbeiten der Beweisablehnungsgründe pp. erinnert zu werden).

Hingegen besteht eine gleichmäßige Praxis des RG. im Hinblick auf die Frage eigenhändiger Unterzeichnung nicht. Denn faktisierte Unterschrift, wie sie insbes. RGSt. 62, 54 zugelassen worden ist, kann nicht als eigenhändig anerkannt werden. Über es ist dem 1. Senat darin Recht zu geben, daß er in der hier besprochenen Entsch. die Eigenhändigkeit fordert, denn die Gründe, welche für das Erfordernis der Unterzeichnung sprechen, stützen auch das Verlangen der Eigenhändigkeit.

Geh. Rat Prof. Dr. Detter, Würzburg.

Zu 1. Die den Ansatz des Streitfalles bildende Testamentsklausel wird vom RG. dahin ausgefaßt, daß der als Testamentsvollstrecker eingesetzte Vorerbe nicht mit den vollen Befugnissen der §§ 2203 ff. ausgestattet sein sollte, sondern nur zu dem Zwecke ernannt war, bis zum Eintritt der Nachfolge die Rechte des Nacherben ausüben und dessen Pflichten zu erfüllen (§ 2222 BGB.). Der Vorerbe war außerdem nicht als alleiniger Testamentsvollstrecker eingesetzt, sondern dadurch beschränkt worden, daß ihm ein Miterbervollstrecker beigegeben war. Mit Recht nimmt das RG. an, daß auch für eine gem. § 2222 begrenzte Miterbervollstreckerhaft die Best. gelten, denen mehrere Testamentsvollstrecker überworfene sind. Auch in diesem Falle entscheidet bei Meinungsverschiedenheit das Nachlaßgericht (§ 2224 Abs. 1), in gewissen Notfällen kann jeder allein handeln (§ 2224 Abs. 2), und, wie der Alleinvollstrecker, so kann auch der Miterbervollstrecker aus wichtigem Grunde vom Nachlaßgericht entlassen werden.

Zu entscheiden war hier nach allein die Frage, ob einem alleinigen Vorerben die Eigenschaft eines Miterbervollstrekers i. S. des § 2222 beigelegt werden kann. Zur Beantwortung dieser Frage war es weder notwendig noch förderlich, zunächst auf einige andere Fragen einzugehen, deren Lösung ganz gewiß völlig andere Erwägungen erfordert; so die Frage, ob ein alleiniger Vorerbe alleiniger Testamentsvollstrecker sein kann; ferner die Frage, ob ein Miterbe zum alleinigen Testamentsvollstrecker bestellt werden kann. Ja selbst die weitere Frage konnte dahingestellt bleiben, ob ein alleiniger Vorerbe zugleich alleiniger Testamentsvollstrecker i. S. des § 2222 sein dürfe. Denn jedenfalls bestehen, wie das RG. mit Recht ausführt, keine Bedenken dagegen, ihn zum Miterbervollstrecker zu bestellen.

Für die Bejahung dieser letzterwähnten Frage ergibt sich nun freilich nicht das Geringste aus der vom RG. betonten Erwähnung, daß der Erblasser den Vorerben von den meisten ihm nach dem Gesetz gegenüber dem Nacherben obliegenden Pflichten befreien könne (§ 2136); daß es dann aber auch zulässig sein müsse, den Nacherben dadurch zu beschränken, daß insoweit der Vorerbe Miterbervollstrecker werde. Vielmehr bietet Handhaben zur Entscheidung nicht „insbesondere“, wie das RG. sagt, sondern überhaupt lediglich ein Vergleich der Rechtslage des Nacherben, wie sie ohne Anordnung

allgemeinen Testamentsvollstrecker greifen Platz, wenn die Testamentsvollstreckung ausschließlich oder doch zugleich zur Wahrnehmung der Rechte des Nacherben gem. § 2222 BGB. angeordnet ist. Soweit die letztere in Frage kommt, handelt es sich allerdings nicht unmittelbar um einen Eingriff in den Machtbereich des Vorerben, sondern vielmehr in denjenigen des Nacherben, da diesem die Wahrnehmung seiner Rechte durch die Anordnung der Testamentsvollstreckung entzogen wird. Doch würden hier die Beschränkungen, die dem Erbrecht des Vorerben infolge der Anordnung der Nacherbefähigung nach dem Willen des Erblassers anhaften sollen, in ihrer Wirkung hinfällig gemacht werden, wenn der Vorerbe in einer Person gleichzeitig die durch die Nacherbefähigung auf seiner Seite begründeten Pflichten und die auf der Nacherbenseite gegen ihn bestehenden Rechte auszuüben in der Lage wäre.

Wie aber bei der Bestellung eines bloßen Miterben zum Testamentsvollstreckter die — durch das Mitrecht der anderen — beschränkte Erbenstellung und die von dieser Beschränkung freie Rechtsstellung als Testamentsvollstreckter in einer Person nebeneinander bestehen können, ohne daß dadurch die mit der Rechtseinrichtung der Testamentsvollstreckung vom Gelege verfolgten Zwecke durchkreuzt oder gefährdet werden, so sprechen überwiegende Gründe auch dafür, daß auch umgekehrt die durch ein Mitrecht anderer nicht beschränkte Rechtsstellung des Alleinerben (Voll- oder Vorerbe) und eine durch ein Mitrecht anderer beschränkte Rechtsstellung als Glied einer — grundsätzlich nur zu gemeinsamem Handeln berechtigten — Testamentsvollstreckergemeinschaft ohne Verletzung der Gesetzeszwecke nebeneinander bestehen können. Soweit zu dieser Frage im Schrifttum überhaupt Stellung genommen ist, wird sie bejaht (RGKomm., 6. Aufl., § 2197 BGB. Anm. 2; Staudinger, 9. Aufl., § 2197

der Mitvollstreckerschaft des Vorerben und mit dieser Anordnung sich darstellt. Dieser Vergleich fällt dahin aus, daß die Nacherbefähigung durch die Anordnung nicht so ge schwächt wird, daß nicht die Nacherbefähigung immer noch eine sinnvolle Best. bliebe. Insofern ist dem RG. also beizutreten, ohne daß es nötig wäre, die Gründe im einzelnen zu wiederholen oder noch zu verstärken. Die Kontrolle des Vorerben durch den anderen Mitvollstreckter schützt den Nacherben immerhin so viel, daß es noch Sinn behält, die gewollte Zuwendung als Nacherbefähigung zu gestalten.

Dies liegt weniger klar in dem vom RG. ohne Not außerdem noch erörterten Falle, wenn der Vorerbe zum alleinigen Testamentsvollstreckter ernannt ist, und zwar zum Testamentsvollstreckter ausschließlich mit den Befugnissen aus § 2222. Daß für diesen Fall ganz andere Überlegungen Platz greifen müssen, als wenn ein alleiniger Vorerbe zugleich zum Testamentsvollstreckter gemacht wird, deutet das RG. mit Recht an. Der Nacherbe muß nach § 2120 seine Einwilligung zu solchen Verfügungen erteilen, die zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich werden. Diese Einwilligungen hätte also der Vorerbe, wenn er zugleich Testamentsvollstreckter mit den Befugnissen aus § 2222 ist, selbst zu erteilen. In seiner Eigenschaft als Vorerbe steht er nur für diejenige Sorgfalt ein, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Als Testamentsvollstreckter dagegen haftet er für jedes Verchulden, und der Erblasser kann diese Haftung nicht mildern (§§ 2131, 2219, 2220). Hieraus folgt Kipp (Erbrecht, 8. Bearb., § 118 a. E.), die Vereinigung der Eigenschaften eines Vorerben und eines den Nacherben vertretenden Testamentsvollstreckers in einer Person sei unbedenklich; offenbar, weil er den Nacherben durch die volle Verchuldenhaftung des Testamentsvollstreckers als hinreichend geschützt ansieht. Nun ist sicher, daß der Nacherbe gegen ungetreues Verhalten des Vorerben nur schwach gesichert ist. Immerhin wird das Bestehen eines Nacherbefähigts in den Urkunden und in das Grundbuch eingetragen, und dieser Eintrag zerstört den guten Glauben des Erwerbers von Erbchaftsgegenständen (vgl. §§ 2113 Abs. 3, 2114 Satz 3); gewisse Verfügungen des Vorerben können sogar auch trotz guten Glaubens des Erwerbers den Nacherben nicht schädigen (§ 2114 Satz 1 und 2). Nur wenn der Nacherbe zugeimmt hat, kann er die Unwirksamkeit der Verfügung nicht mehr geltend machen (vgl. Herzfelder bei Staudinger, 9. Aufl., N. III B b zu §§ 2112 ff. S. 540). Ist nun der Vorerbe, weil zugleich Testamentsvollstreckter nach § 2222, in der Lage, die erforderliche Zustimmung des Nacherben selbst zu erteilen, so kann dies zu Schädigungen des Nacherben führen, die durch die rechtliche Struktur der Nacherbefähigung gerade ausgeschlossen sein sollten. Die Nacherbefähigung wird damit als solche sinnlos; der Gesetzgeber stellt, wie die §§ 2136, 2137 ergeben, die sog. befreite Vorerbschaft als äußerste Grenze der Häufung von Befugnissen in der Hand des Vorerben bereit. Diese Grenze würde überschritten (und damit die Nacherbefähigung jedes sinnvollen Inhalts beraubt), wenn auch die äußersten und unentziehbaren Schutzbefugnisse des Nacherben auf die Person des Vorerben, sei es auch in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstreckter, übertragen werden könnten. Diese unentziehbaren Schutzbefugnisse ergeben sich aus denjenigen Normen, die im § 2136 nicht genannt sind; also z. B. die Bejugalnis, unentgeltliche Verfügungen durch Vorenthalten der Einwilligung zu verhindern oder

BGB. III 2 f. Abs. 2; Warneyer, 2. Aufl., § 2197 Anm. V; Ennecerus-Wolff, Erbrecht 1930 § 118 Anm. 29 S. 428; Weißler, Nachlaßbehandlung Bd. II Kap. 18 S. 204). Auch das BahObLG. hat sich in der Entsch. BahObLG. 20, A 246 = Recht 1920 Nr. 2457 für die Gültigkeit ausgesprochen. Abweichende Entscheidungen höherer Gerichte sind nicht ermittelt. Der Senat tritt dem Standpunkt des BahObLG. bei.

Dadurch, daß der Alleinerbe die mit der Testamentsvollstreckung verbundenen Machtbefugnisse nur in Gemeinschaft mit anderen Personen ausüben kann, wird die Auswirkung der mit der Testamentsvollstreckung bezweckten Beschränkungen des Erben insofern ermöglicht, als grundsätzlich nur die Mehrheit im Zusammenwirken rechtmäßige Maßnahmen treffen kann, und für den Fall der Uneinigkeit der mehreren Testamentsvollstreckter das Gesetz in § 2224 BGB. die Möglichkeit der Anrufung des Nachlaßgerichts eröffnet. Dadurch wird es dem Erben rechtlich unmöglich gemacht, die mit der Testamentsvollstreckerausordnung bezeichnete Beschränkung des Erben durch eigenmäßige Ausübung des Vollstreckerkantons zu vereiteln, dies jedenfalls dann, wenn (wie es hier das Testament — in gem. § 2224 Abs. 1 letzter Satz zulässiger Weise — anordnet) auch der Wegfall des erzbefestigten Mitvollstreckers nicht den Übergang des Amtes auf den Vorerben allein zur Folge hat, sondern die Bestellung eines anderen Mitvollstreckers vorgehehen ist. Das in § 2224 BGB. dem einzelnen Testamentsvollstreckter ausnahmsweise gegebene Recht zum Alleinhandeln besteht nur für solche Maßnahmen, die zur Erhaltung eines der gemeinschaftlichen Verwaltung unterliegenden Nachlaßgegenstandes notwendig sind. Da die Beurteilung dieser Frage für den Geschäftsgegner nur selten möglich sein dürfte, wird sich so leicht niemand auf derartige Geschäfte mit nur einem von den grundsätzlich nur zum gemeinschaftlichen Handeln befähigten mehreren Testamentsvollstreckern

doch ihre Wirksamkeit gegenüber dem Nacherben dadurch auszuschließen. Daß hier die äußerste Grenze der Sicherung des Nacherbefähigten liegt, folgt klar aus § 2137, wonach sogar die Einsetzung auf den Überrest nur als eine sich im Rahmen des § 2136 haltende Befreiung des Vorerben aufgefaßt werden soll. Die Schutzbefugnisse des Nacherben können zwar einem Testamentsvollstreckter übertragen werden, nicht aber auf diesem Umwege dem Vorerben. Daß dieser als Testamentsvollstreckter verschärft haftet, verschlägt nichts gegenüber der Möglichkeit, daß der vermögenslose Vorerbe bei solcher Anhäufung von Befugnissen in seiner Hand den Nacherben willkürlich auch durch unentgeltliche Verfügungen schädigen könnte. Über man braucht nicht einmal an unrechte Handlungsweise zu denken. Auch zu nur objektiv schädigenden Handlungen, die aber der Nacherbe oder ein anderer Testamentsvollstreckter vielleicht verhindert hätten, stünde der Weg offen, und es läge in solcher Gestaltung überhaupt der Anreiz, alle Bindungen zugunsten des Nacherbefähigten in den Wind zu schlagen. Will der Erblasser solche Bindungen zum Schutz des Nacherbefähigten nicht verfügen — so will er eben keine Nacherbefähigung anordnen; genauer: er will nicht das anordnen, was der Gesetzgeber als Nacherbefähigung darbietet und zuläßt. Der Erblasser muß dann eben andere Wege einschlagen; etwa ein Vermächtnis unter ausschließender Bedingung wählen ob. dgl. Manchmal wird sich seine Anordnung gem. § 2084 in dieser Form aufrechterhalten lassen.

Fraglich bleibt hiernach noch, wie die Einsetzung des Vorerben zum alleinigen Testamentsvollstreckter zu beurteilen ist, wenn es sich nicht um eine befreite Vorerbschaft handelt. Obwohl auch hier die angedeuteten Gesichtspunkte zu beachten sind, daß in solcher Gestaltung ein Anreiz zum Vernachlässigen der Nacherbefähigung liegt, und daß eine unerwünschte Interessenkonflikte hervorgerufen wird, so ist demgegenüber doch folgendes in Betracht zu ziehen: Ein Teil der dem Vorerben so zugeschanzten Befugnisse hätte der Erblasser ihm auch auf dem direkten Wege überweisen können, indem er die Vorerbschaft als befreite gestaltet hätte. Insofern sind also Bedenken gegen die Testamentsvollstreckergemeinschaft des Vorerben nicht durchschlagend. Nur den unentziehbaren Rest (§ 2136) kann der Erblasser nicht auf dem dargestellten Umweg dem Vorerben auch noch zuweisen. Ob und wie eine solche Verfügung des Erblassers sich aufrechterhalten ließe, käme auf den näheren Inhalt des Testaments an. — Die Frage ist also weder so rundweg zu bejahen, wie Kipp und die Minderheit der Schriftsteller dies tun (vgl. Kipp a. a. D. Anm. 28), noch so glatt zu verneinen, wie dies in der Praxis der Gerichte und bei der Mehrheit der Schriftsteller geschieht. Und es geht zu weit, ist überdies auch zu formal ausgedrückt, daß der zum Testamentsvollstreckter i. S. des § 2222 bestellte Vorerbe „ja doch die Rechte und Pflichten des Nacherbefähigten gegenüber dem Vorerben nicht ausüben bzw. erfüllen könnte“ (so Herzfelder bei Staudinger a. a. D. N. 1 zu § 2222). Endlich ist es nur im oben umrissenen Rahmen richtig, daß „eine solche Testamentsvollstreckung gegen die geistliche Gestaltung der Nacherbefähigung verstößen würde“ (so Paul Meyer, Das Erbrecht des BGB., Lehrbuch I.—7. Liefer. 1923, § 53 N. 34 S. 334 f. — der überdies irrtig auch die bloße Mitvollstreckerschaft des Vorerben für ungültig hält).

— worüber das Testamentsvollstreckerzeugnis nach § 2368 Abs. 1 Satz 2 BGB. Auskunft zu geben hat — einlassen.

Auch für den von den Vorerben nicht besonders erörterten Fall, daß der Testamentsvollstrecker zur Wahrnehmung der Rechte der Nacherben gem. § 2222 bestellt ist, können überzeugende Gründe gegen die Zulässigkeit der Bestellung des alleinigen Vorerben zum Mitvollstrecker mit gemeinschaftlicher Amtsführungsberechtigung (§ 2224 Abs. 1 und 2 BGB.) nicht geltend gemacht werden. Für diesen Fall ist noch besonders zu berücksichtigen, daß der Erblasser rechtlich in der Lage ist, den Vorerben von den meisten ihm grundsätzlich gegenüber den Nacherben obliegenden Pflichten zu befreien (§ 2136 BGB.). Ist der Erblasser hierzu in der Lage, so kann es dem Gesetzeswillen nicht widersprechen, wenn dieselben Rechte, die dem Nacherben ohnehin durch Befreiung des Vorerben genommen werden können, dadurch beschränkt werden, daß der Erblasser diese Rechte durch den Vorerben als Mitvollstrecker ausüben läßt. Im vorliegenden Falle ist die Vorerbschaft eine befreite. Bei der Prüfung, ob die Bestellung des befreiten Vorerben zum Testamentsvollstrecker mit den Ausgaben des § 2222 BGB. dem Gesetzesgedanken zuwidert, ist insbes. auch die Rechtslage des Nacherben, wie sie ohne diese Anordnung wäre, mit denjenigen zu vergleichen, die durch die Eigenschaft des Vorerben als Mitvollstrecker geschaffen wird. Dabei zeigt es sich, daß die Rechte des Nacherben im letzteren Falle keine wesentliche Einbuße erleiden oder gefährdet werden. Die Erfüllung der Pflichten, die dem Vorerben gem. §§ 2116 ff. gegenüber dem Nacherben obliegen, wird — soweit der Vorerbe nicht bereit ist — dadurch gewährleistet, daß ein Mitvollstrecker vorhanden ist, und daß dieser berechtigt ist, bei pflichtwidriger Weigerung des Vorerben an der Mitwirkung zu einer rechtlichen Maßnahme nicht nur gem. § 2224 Abs. 1 Satz 1 BGB. das Nachlaßgericht anzurufen, sondern auch gegen ihn im Wege der Klage vorzugehen oder auf Grund des § 2227 BGB. seine Entlassung zu beantragen. Abgesehen hiervon, ist der Mitvollstrecker bei Interessenwidertreit in der Person des Vorerben hinsichtlich seiner Rechte als solcher und der Pflichten als Testamentsvollstrecker rechtlich in der Lage, die Testamentsvollstreckergeschäfte allein wahrzunehmen (RGKomm., 6. Aufl., § 2205 Ann. 3, § 2224 Ann. 3; RG. 58, 300; 61, 139; 98, 173).

(RG., 2. StrSen. 1 b, Beschl. v. 28. Sept. 1933, 1 b X 522/33.)

Ver. von LGR. Dr. Henke, Berlin.

Bayerisches Oberstes Landesgericht.

Berichtet von Oberstaatsgerichtsrat Dr. Hölldorfer und Rechtsanwalt Dr. Wilhelm Dieß, München.

I. Zur Bestrafung wegen Beihilfe ist es genügend, daß sich die Gehilfentätigkeit auf bloße Vorbereitungshandlungen erstreckt. Verbrauch der Strafklage bei mehreren Beihilfeshandlungen, von denen dem aburteilenden Gericht nur ein Teil bekannt war.

Der Angekl. wurde auf Grund der Feststellung, daß er zusammen mit einer schwangeren Frauensperson im Sept. 1931 zweimal nach N. reiste, um ihr die Abtreibung der Leibesfrucht zu ermöglichen, und daß dieser Erfolg auch eingetreten ist, wegen eines Vergehens der Beihilfe zu einem Vergehen der Abtreibung verurteilt. Dabei war dem aburteilenden Gericht nicht bekannt, daß die beiden schon im Aug. 1931 einmal nach R. und einmal nach N. gereist waren, um eine Abtreibung geeignete Persönlichkeit ausfindig zu machen. In einem neuen Strafverfahren wurde die Frage, ob in Anlehnung dieser letzteren Handlungen die Strafklage durch die frühere Verurteilung verbraucht sei, von dem erkennenden Gericht u. a. aus dem Grunde verneint, weil die Handlungen zwar dem Zwecke, die Abtreibung zu ermöglichen, gedient hätten, aber eine Abtreibung oder einen Abtreibungsversuch doch nicht unmöglich hätten unterstützen können. Es kommt aber nur darauf an, ob die gesamte, auf die Abtreibung der Leibesfrucht gerichtete Tätigkeit der Schwangeren als eine einheitliche Handlung im natürlichen Sinne anzusehen ist (RGSt. 58, 113), ob also ihre durch die beiden ersten Reisen nach R. und N. bekundeten Bemühungen, eine zur Abtreibung brauchbare Person ausfindig zu machen, sich mit ihren späteren, dem nämlichen Zweck dienenden Schritten und mit der schließlich Abtreibungstat selbst zu einer natürlichen Handlungseinheit zusammenschließen. Trifft dies zu, dann müssen auch alle mit Hilfe vorsätzlich begangenen Handlungen des Angekl., wodurch er diese einheitliche Handlung der Schwangeren vor ihrem Abschluß in irgendeinem Zeitpunkt irgendwie tatsächlich gefördert hat, als eine einheitliche Beihilfe oder doch als Kollektivebeihilfe (OpzKomm., 4. Aufl., Aufs. 8 zu § 49 StGB.) angesehen werden. Ein gegen den A. eingeleitetes Strafverfahren wegen Beihilfe zur Abtreibung erstreckte sich auf alle diese Handlungen, das aburteilende Gericht war verpflichtet, sie alle zum Gegenstand seiner Urteilsfindung zu machen (§ 264

StPO.), und durch das ergehende Urt. wurde im Falle des Eintritts seiner Rechtskraft hinsichtlich aller Beihilfeshandlungen die Strafklage verbraucht, auch wenn das Gericht aus irgendeinem Grunde tatsächlich sich nur mit einem Teil von ihnen befaßt hatte.

Dass die Beihilfe nicht zur Ausführung der Haupttat selbst geleistet werden muß, daß sie sich nicht auf ein zum Tatbestand der Haupttat gehöriges Merkmal zu erstrecken braucht, daß sie vielmehr schon zu bloßen Vorbereitungshandlungen des Täters stattfinden kann, ist ständige Rspr. des RG. Nicht erforderlich ist aber auch, daß der Erfolg der Haupttat durch die Gehilfentätigkeit ursächlich mit bewirkt, gefördert oder erleichtert werde. Notwendig ist nur, daß irgendeine der auf Begehung der Straftat hinzielenden Handlungen des Haupttäters, einschließlich der Vorbereitungshandlungen, durch das Tätigwerden des Gehilfen tatsächlich gefördert worden ist (RGSt. 58, 113).

Im gegebenen Fall war nach dem festgestellten Sachverhalt der Entschluß der Schwangeren, ihre Leibesfrucht abtreiben zu lassen, bereits bei ihren und des A. ersten gemeinschaftlichen Reisen vorhanden und diese Reisen schließen sich als Vorbereitungshandlungen zu der im Sept. 1931 der anfänglichen Absicht entsprechend ausgeführten Abtreibung mit allen späteren, diesem Zweck dienenden Handlungen der Schwangeren zu einer natürlichen Einheit zusammen. Der A. hat durch seine Tätigkeit im Aug. 1931 eine die spätere Abtreibung vorbereitende Handlung der Schwangeren gefördert, die Tätigkeit ist Beihilfe zu diesem Vergehen und hätte, wenn sie dem Gericht bei Erlassung des ersten Urt. bekannt gewesen wäre, ebenso einen Gegenstand der Urteilsfindung bilden müssen wie seine in diesem Urt. festgestellte spätere Tätigkeit. Die Verurteilung des Angekl. wegen Beihilfe erstreckt ihre Rechtskraftwirkung auch auf dieses, dem aburteilenden Gericht allerdings nicht bekannte, aber einen Bestandteil der abgeurteilten Tat bildende Verhalten des A. Deshalb ist eine weitere Strafverfolgung des Angekl. wegen der ihm jetzt zur Last gelegten Handlungen vom Aug. 1931 nicht mehr möglich. Die Strafklage ist verbraucht, ohne daß es auf die strafrechtliche Verurteilung, die man diesen Handlungen zuteil werden läßt, mehr ankommt.

(VorDStG., 2. StrSen., Urt. v. 24. April 1933, RevReg. II Nr. 96/32.) [H.]

*

2. §§ 267 u. 348 Abs. 2 StGB. Die Einträge in den Notariatsgebührenregistern und die Kostenvermerke auf Notariatsurkunden sind keine öffentlichen Urkunden i. S. § 267 StGB. Sie sind aber Urkunden i. S. § 348 Abs. 2 StGB.

Nach der ständigen Rspr. des RG. kommt die Eigenschaft einer öffentlichen Urkunde nicht jeder von einem Beamten nach Maßgabe der für ihn bestehenden Vorschr. gemachten schriftlichen Bemerkung, sondern nur solchen Vermerken zu, welche dazu bestimmt sind, unter der Autorität öffentlichen Glaubens ein für und gegen jedermann beweisbares Schriftstück herzustellen. Soll die amtliche Feststellung einer Tatsache nach der maßgebenden Anordnung nicht diesem Zwecke dienen, ist sie insbes. nicht für den Verkehr nach außen bestimmt, sondern für den inneren Verkehr, zur Herstellung von Ordnung und Übersicht in der Geschäftsführung, zur Überwachung der Beamten und zur gegenseitigen Kontrolle amtlicher Stellen im geschäftlichen Verkehr, so stellt der Beamte durch die Feststellung, auch wenn sie im übrigen allen Erfordernissen einer öffentlichen Urkunde entspricht, eine solche doch nicht her, weil es an dem staatlichen Willen, dieser Feststellung öffentlichen Glauben beizulegen, gebreicht.

Die in Frage stehenden Notariatsgebührenregister und Kostenvermerke beruhen auf Art. 56 des BayNotG. v. 9. Juni 1899 u. 21. März 1930 und auf §§ 44, 61, 139 der Geschäftsordnung für die Notariate in Bayern v. 30. Okt. 1913 und 22. März 1930. Die Führung der Register ist in der Geschäftsordnung ausdrücklich als zum inneren Dienst gehörig bezeichnet. Die Einträge im Register sind hiernach zwar amtliche Vermerke, aber nur für den inneren Dienst bestimmt; es fehlt an dem staatlichen Willen, ihnen öffentlichen Glauben beizumessen. Die Kostenvermerke auf den Notariatsurkunden sind keine Bestandteile dieser Urkunden dergestalt, daß sie als von der Form des Notariatsaktes mit gedeckt und aus diesem Grunde als vom Notar zum öffentlichen Glauben beurkundet zu gelten hätten. Denn der Vermerk folgt zeitlich dem Abschluß des Notariatsaktes nach und ist formlos. Er erzeugt auch keinerlei rechtliche Wirksamkeit weder für den Notar noch für den Kostenpflichtigen; weder ist der Notar gehindert, die Gebührenberechnung zu ändern, wenn er sich nachträglich von ihrer Unrichtigkeit überzeugt, noch der Kostenpflichtige, die Gebühren anderweitig festsetzen zu lassen. Auch der Kostenvermerk soll hiernach nicht unter der Autorität öffentlichen Glaubens Beweis für und gegen jeden Dritten liefern, er kann also ebenfalls nur als eine Maßregel des inneren Dienstbetriebes, als eine Ordnungsvorschr. angesehen werden.

Demzufolge begründet die unbefugte Veränderung von Registerinträgen und Kostenvermerken kein Verbrechen der Fälschung

öffentlicher Urkunden nach §§ 267, 268 Abs. 1 Nr. 2 StGB. Dagegen sind diese Einträge und Kostenvermerke Urkunden i. S. des § 348 Abs. 2 StGB. Die Strafandrohung dieser Vorschr. hat ihren Grund in dem Verhältnis, welches der Beamte zu einer bestimmten Urkunde hat und welches ihm die Vertrauenspflicht auferlegt, für die Erhaltung der Existenz, der Gebrauchsfähigkeit und der materiellen Richtigkeit der Urkunde zu sorgen. Daher fällt unter den Urkundenbegriff i. S. des § 348 Abs. 2 StGB. jedes Schriftstück, das vermöge seines geistlichen Inhalts bestimmt und geeignet ist, eine außerhalb seiner selbst, d. h. seines Daseins und seiner Beschaffenheit liegende rechtserhebliche Tatsache zu beweisen (vgl. RGSt. 7, 253; 23, 237; 38, 46; 45, 164; 61, 161; 62, 252, 253). Die hier fraglichen Urkunden dienen über ihren nächsten Zweck der dienstlichen Ordnung und Beaufsichtigung hinaus zum Beweise, daß und wie der Notar seine Gebühren und Auslagen berechnet hat, und können in dem Feststellungsverfahren gem. Art. 50 und 51 BayNotG. sowie in Straf- und Disziplinarverfahren Beweisbedeutung erlangen.

(BayObLG., 2. StrSen., Urt. v. 13. März 1933, RevReg. II Nr. 64/33.)

[D.]

Oberlandesgerichte.

a) Zivilsachen.

Berlin.

I. Materielles Recht.

1. §§ 242, 627, 626 BGBl. Fristlose Kündigung eines Vertrags betr. Beschäftigung eines jüdischen Regisseurs mit Rücksicht auf die Entwicklung der politischen Verhältnisse. †)

Die Parteien schlossen einen Vertrag, nach dem sich die Kl. verpflichtete, den in ihren Diensten stehenden Regisseur K. für die Regieführung und die Mitarbeit am Drehbuch bei der Herstellung des Films „Aus dem Tagebuch einer schönen Frau“ gegen Entgelt von 12 000 RM zur Verfügung zu stellen. Gleichzeitig räumte die Kl. der Bekl. das Recht ein, die Zurverfügungstellung des Regisseurs K. für einen weiteren Film gegen eine Vergütung von 15 000 RM für das Jahr 1933 zu fordern. Der Vertragsbeginn sollte zwischen dem 1. Jan. 1933 und 31. Dez. 1933 liegen, und der genaue Beginn sollte zwischen den Parteien noch vereinbart werden. Nachdem der Film „Aus dem Tagebuch einer schönen Frau“ fertiggestellt war, machte die Bekl. von dem ihr eingeräumten Optionsrecht durch Schreiben v. 21. Nov. 1932 Gebrauch und entrichtete den Betrag von 2500 RM. Am 14. Februar 1933 teilte die Bekl. der Kl. mit, daß ihr der Regisseur K. v. 15. März ab zur Verfügung stehen müsse. Sie zahlte noch einen Betrag von 1500 RM und lehnte dann die weitere Erfüllung des Vertrages ab. Nach mündlichen und schriftlichen

Zu 1. Die Entsc. trifft auf Grund sicherer Rechtsgefühls das Richtige. Die weitere Aushaltung des Vertrags v. 8. Juni 1932 über den 5. April 1933 hinaus war der Bekl. nicht zuzumuten.

Die Anknüpfung an das gelende Recht ist nicht näher erörtert. Die Untragbarkeit, Nichtzumutbarkeit, für die Bekl. wird gestützt auf das schon im März 1933 hervorgebrachte Bestreben der Reichsregierung, auch auf allen Gebieten des kulturellen Lebens den jüdischen Einfluß einzudämmen und auszuschließen, die damaligen Kundgebungen des Ministers Dr. Goebbels, seit 18. März 1933 als Minister für Volksaufklärung und Propaganda, Leiter des deutschen Filmwesens, den am 1. April 1933 (Borm. 9 Uhr wegen der ausländischen Greuelhekte schlagartig ausgebrochenen) Boykott gegen das Judentum, und die Feststellung, daß auch die Kl. vernünftigerweise sich sagen müsste, daß es der Bekl. nicht anzusinnen sei, noch einen Film von K. drehen zu lassen, und zwar wegen des damit verbundenen erheblichen geschäftlichen Risikos. Es war aber zu fragen, wie der naheliegende Einwand der Kl., dieses Risiko trage nach dem abgeschlossenen Vertrag die Bekl., auszuräumen ist.

Die Abstellung auf die Zumutbarkeit, welche an ähnliche dehnbare Tatbestände, wie „unbillige Härte“ in § 15 AufwG., § 6 Abs. 1 MSchG., „schwere Unbilligkeit“, § 4 Abs. 1 MSchG., „Nichtzumutbarkeit“, § 2 Abs. 2 MSchG. erinnert, berechtigt zu der Annahme, daß an die Anwendung der §§ 242, 257 BGBl. i. S. des in einem Festhalten an dem Vertrag zu findenden Verstoß gegen Treu und Glauben gedacht ist. Freilich ist es, wie ich zu der Frage des Rücktritts von Verlagsverträgen mit nichtarischen Verfassern (JW. 1933, 2366) angeführt habe, die erste und vornehmste Aufgabe des Richters, in seiner Rpr. den unabsehbaren Bedürfnissen des Lebens gerecht zu werden und sich in dieser Beziehung von den Erfahrungen des Lebens leiten zu lassen. Auch hier ist es die ungeahnte Umwälzung aller geistigen Verhältnisse, insbes. die durchgreifende Befinnung des deutschen Volkes auf seine Rasse und die Notwendigkeit ihrer Verteidigung und Erhaltung, die unbedingt ein Eingreifen des Richters in bestehende Vertragsverhältnisse dann erfordert, wenn anders nicht ein Treu und Glauben und jedem Gebote von Gerechtigkeit und

Verhandlungen erklärte schließlich die Bekl. im Schreiben v. 5. April, daß mit Rücksicht auf die obwaldenden politischen Verhältnisse eine Beschäftigung des Regisseurs K. mit Rücksicht auf seine jüdische Abstammung nicht nur als Regisseur, sondern auch als verantwortlicher Verfasser des Filmantrittskriptes der Öffentlichkeit gegenüber untragbar sei und schwere Schädigungen der beklagten Gesellschaft zur Folge haben müßte.

Die Kl. hat die Zahlung eines Teilstabtes von 1050 RM nebst Zinsen verlangt. Beide Instanzen haben abgewiesen.

Es kann dahingestellt bleiben, ob es sich bei dem zwischen den Parteien getroffenen Abkommen um einen Dienstvertrag oder Werkvertrag oder um einen Vertrag eigener Art handelt, auf jeden Fall war es der Bekl. bei der Entwicklung, die die politischen Verhältnisse nach dem 30. Jan. 1933 in Deutschland genommen haben, nicht zu zumenten, als sie die Kündigung des Vertrages am 5. April 1933 aussprach, einen Film von dem jüdischen Regisseur K. drehen zu lassen. Das Bestreben der Reichsregierung geht dahin, den jüdischen Einfluß insbes. auch auf allen Gebieten des kulturellen Lebens einzudämmen und auch auszuschließen. Das wurde schon im März 1933 durch die wiederholten Kundgebungen des Führers und der verantwortlichen Minister offenkundig. Insbes. hatte der Minister Dr. Goebbels, dem seit dem 13. März 1933 als Minister für Volksaufklärung und Propaganda, das deutsche Filmwesen unterstand, in seinen Reden sich dahin ausgesprochen, daß der deutsche Lichtspieltheaterbesucher einen unabdingten Anspruch darauf habe, ihn berührende Fragen von Künstlern dargestellt zu sehen, die seinem eigenen Kulturkreis angehören und sein Bedürfnis nach Bildung und Unterhaltung durch ihn geistig und kulturell nahestehende Menschen befriedigt zu wissen (Amtl. Komm. zu der FilmkontingentVO.). Das ist alles gerichtskundig. Als dann noch der Judenboykott am 1. April 1933 eintrat, mußte sich die Kl. auch bei ruhiger und besonnener Beurteilung, bei der auch die Tatsache einer damals besonders starken Erhitzung der Gemüter in Anschlag gebracht wurde, sagen, daß es der Bekl. nicht anzusinnen wäre, noch einen Film von K. drehen zu lassen, weil sie damit ein unmittelbares geschäftliches Risiko von erheblichem Ausmaße und von einer bei Vertragsabschluß und auch noch beim „Ablauf“ des K. (am 14. Febr. 1933) gar nicht vorzustellenden Art auf sich nehme. Daß die Bekl. tatsächlich ein derartiges Risiko eingegangen wäre, wenn sie K. als Regisseur beschäftigt hätte, hat die spätere gesetzliche Regelung gezeigt. Nach der 4. VO. über die Vorführung ausländischer Bildstreifen vom 28. Juni 1933 werden nur solche Bildstreifen als deutsche Bildstreifen anerkannt, deren Produktionsteile, Regisseure sowie alle Mitwirkenden Deutsche sind. Deutscher i. S. dieser VO. ist, wer deutscher Abstammung ist und die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt. Bildstreifen, in denen ein jüdischer Regisseur mitgewirkt hat, gelten als ausländische Bildstreifen und unterliegen als solche den Beschränkungen der KontingentVO. Dazu kommt noch, daß nach der von der Bekl. überreichten Auskunft des Reichsverbandes Deutscher Lichtspieltheater vom 24. Mai 1933 der Reichsverband die von K. verfaßten und regie-

billigkeit hohnsprechender, einfach nicht zu ertragender Zustand geschaffen werden soll.

Es bedarf jedoch hier dieses, höchst hilfsmäßigen, Abhebens auf die Geschäftsgeschäftslage i. S. der clausula rebus sic stantibus nicht. Der Vertrag v. 8. Juni 1932, nach dem Kl. sich verpflichtete, „den in ihren Diensten stehenden (jüdischen) Regisseur K. für die Regieführung und die Mitarbeit am Drehbuch bei der Herstellung des Films „Aus dem Tagebuch einer schönen Frau“ gegen Entgelt von 12 000 RM zur Verfügung zu stellen“, und die Zurverfügungstellung für einen weiteren Film gegen eine Vergütung von 15 000 RM für das Jahr 1930 anbot, ist, da Kl. selbst weder ein Werk noch Dienste verpflichtet, weder Werk- noch Dienstvertrag, sondern ein Vertrag besonderer Art. Er muß hinsichtlich der auf ihn anzuwendenden Vorschriften nach seiner Eigenart beurteilt werden. Ob die besonderen Regeln des Werk- oder Dienstvertrags anzuwenden sind, das muß, wie ich a. a. O. darzulegen versucht, nach der besonderen Eigenart des Vertrags und des Streitpunktes beurteilt werden.

Wenn nun auch die Kl. selbst keine Dienste zu leisten versprach, sondern nur mit der eigenen Finanzierungnahme der ihr selbst von K. geschuldeten Dienste zugunsten der Dienstleistung gegenüber der Bekl. zurückzustehen sich bereit gefunden hat, so war doch im wesentlichen eine Dienstleistung des dritten Dienstverpflichteten versprochen und ausbedungen. Daran ändert es nichts, wenn etwa die Kl. aus der für sich ausbedungenen Gegenseitung auch die Vergütung an K. zu leisten, zugesagt hat. Es findet deshalb, weil selbst bei Annahme festster Bezüge, ein darüber des Dienstverhältnis bei der Bekl. nicht vorlag, die Zulässigkeit jederzeitiger Kündigung auch ohne wichtigen Grund im Falle der Störung des besonderen Vertrauens statt, auf Grund dessen solche Dienste höherer Art übertragen zu werden pflegen. Name und Ruf eines Regisseurs spielen in der Werbung in Presse, Anschlägen und Beschriftung beim Film eine wesentliche Rolle. Die Übertragung der Dienste an den Regisseur des Films erfolgt auf Grund des in ihm gesetzten Vertrauens, daß sein Name und Ruf erhalten bleibt. Ein Ereignis, das aus einem, mit seiner Persönlichkeit zusammenhängenden, Grunde beide untergräbt und sogar zu einem

mäßig bearbeiteten Filme ablehnt, weil das Publikum Theater, die Filme, bei deren Herstellung jüdische Schauspieler oder Regisseure mitgewirkt haben, herausbringen, wiederholt boykottiert hat und weil auch die behördliche Schließung solcher Theater vorgenommen worden ist.

Die Bekl. war demnach zur fristlosen Kündigung des Vertrages berechtigt.

(RG., 21. ZivSen., Urt. v. 17. Nov. 1933, 21 U 4598/33.)

Einges. v. RA Clemens Scholle, Berlin.

*

2. § 52 B. a. G.; § 111 GenG.; § 66, 71 BPD. In Anfechtungsprozessen aus § 52 B. a. G. § 111 GenG. können die nicht beteiligten Mitglieder den Klägern nicht als Nebeninterventen vertreten.†)

Die Kl. und die Nebeninterventen sind Mitglieder der Gemeinschuldnerin, eines Verjährungsvereins auf Gegenseitigkeit.

Durch Beschl. v. 15. Okt. 1932 hat das Konkursgericht eine Vorschubberechnung des bess. Konkursverwalters für vorläufig vollstreckbar erklärt.

Die Kl. haben hierauf die Anfechtungsklage gem. § 52 B. a. G. i. Verb. m. § 111 GenG. erhoben mit dem Antrage, festzustellen, daß die Vollstreckung aus der Vorschubberechnung gegen sie unzulässig sei.

Ihnen sind die Nebeninterventen als Streithelfer beigegeben.

Der Bess. hat dem Beitritt widersprochen, weil der Rechtsstreit auf die Verpflichtung der Interventen aus der Vorschubberechnung ohne Einfluß, die Nebenintervention daher unzulässig sei.

Das LG. hat durch Zwischenurteil die Nebenintervention für zulässig erklärt.

Es ist der Ansicht, die Nebeninterventen hätten ein Interesse an dem Obsiegen der Kl., soweit diese eine Heraffnung der Vorschubberechnung begehrten, da das rechtskräftige Urt. für und gegen alle beitragspflichtigen Mitglieder wirke, insbes. auch die Urteilsgründe an der Rechtskraft teilhätten.

Die sofortige Beschr. des Bess. hatte Erfolg.

Die Auslegung des § 111 GenG. durch das LG. ist, wie in der Rspr. (vgl. RG. 139, 168¹); Steuffl. 86, S. 339, Nr. 186)

Gründe der Ablehnung und Abschreckung macht, stört und beseitigt dieses Vertrauen.

Die Kündigung v. 5. April 1933 war daher wegen der gebotenen entsprechenden Anwendung von § 627 und, wo seine besonderen Voraussetzungen nicht als vorliegend anzunehmen wären, nach der Rspr. über die Kündigung von Dauerverträgen (JW. 1881, 141) und kraft entsprechender Anwendung von § 626 BGB. wegen des, sicherlich vorliegenden, wichtigen Grundes, zulässig. Dabei bedurfte es der, immerhin nicht bedenkfreien, Heranziehung der späteren Ereignisse, wie der 4. Bd. über die Vorführung ausländischer Bildstreifen vom 28. Juni 1933 und die Auskunft des Reichsverbandes Deutscher Lichtspieltheater v. 24. Mai 1933 nicht. Unterstellt ist, daß mit der Zahlung der 4000 RM für 1933 für die Mitwirkung in der Zeit vom 15. März bis 15. April 1933 die etwa erfolgte Leistungsvolle Vergütung erhalten hat.

LSR. Dr. Fromherz, Mannheim.

Zu 2. Der Beschl. des 9. ZivSen. ist unangreifbar. Wer als Genosse die Anfechtungsfrist nicht gewahrt hat, kann auf dem Umwege über die Streithilfe aus §§ 66, 71 BPD. die am die Wahrung der Formvorchr. der Anfechtungsklage, des einzigen Rechtsbehelfs für den Genossen, wie der SenBeschl. zutreffend betont (der nach § 767 BPD. zulässige Gegenanspruch bildet eine Ausnahme), gebundene für den Anfechtungskl. allein abänderbare Vorschubberechnung des Konkursverwalters keinesfalls auch für seine Nachschußverpflichtung dienstbar machen. Man darf nicht übersehen, daß § 115 Abs. 2 GenG. unter Hinweis auf § 168 Rd. den Konkursverwalter zur Rückbehaltung und Hinterlegung der Anteile auf solche Forderungen verpflichtet, über welche auf Grund eines Widerspruches ein Rechtsstreit schwelt. Eine Hinterlegungspflicht trifft also den Konkursverwalter lediglich, wenn der Nebenintervent den bereits schwelenden Anfechtungsstreit auch in der Frist des § 111 Abs. 1 GenG. begetreten ist. Der Gesetzeszweck zielt auf die Schaffung einer beschleunigten Rechtsicherheit (innerhalb Monatsfrist seit dem Verkündungstermin) für den Konkursverwalter im Gläubigerinteresse ab. Er hat infolgedessen, wenn der Anfechtungskl. obliegt, nicht mit einer Zuläsberechnung auch bei den Streitgenossen zu rechnen, die bei Wahrung der Anfechtungsfrist die Verpflichtung zur Vorschubleistung aus dem gleichen Grunde, mit gleichem Erfolge wie der obliegende Anfechtungskl. durch Urt. hätten abändern lassen können. Siegt der Kl. ob, legt dessen

und im Schrifttum (Uhlmann: ZurRdch. 1932, 181) bereits überzeugend dargelegt ist, unzutreffend.

Voraussetzung für die Zulassung der Nebeninterventen ist, daß sie ein rechtliches Interesse an dem Obsiegen der Partei glaubhaft machen, der sie zur Unterstützung begetreten sind (§§ 66, 71 BPD.).

Ein Obsiegen der Kl. im Anfechtungsprozeß bewirkt aber lediglich, daß ihnen gegenüber die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus der Vorschubberechnung festgestellt wird. Das gilt nicht nur für den Fall, daß die Kl. aus Gründen, die lediglich in ihrer Person liegen — z.B. wegen nicht entstandener oder aufgehobener Mitgliedschaft —, die Vorschubberechnung angefochten haben, sondern auch dann, wenn sie die sachliche Unrichtigkeit der Berechnung geltend gemacht haben und insoweit sich auf einen einheitlichen Klagegrund stützen. Nach § 111 Abs. 1 GenG. i. Verb. m. § 52 B. a. G. steht jedem Mitglied gegen die Fianspruchnahme aus der für vollstreckbar erklärten Vorschubberechnung nur unter gewissen Voraussetzungen die Anfechtungsklage als einziger Rechtsbehelf zu. Zweck dieser Best. ist die Beschleunigung der Erledigung des Konkursverfahrens. Sie umfaßt alle Anfechtungsgründe ohne Unterschied.

Infolgedessen können lediglich die Mitglieder, die die Voraussetzungen des § 111 Abs. 1 GenG. erfüllt haben (oder denen gegen eine Versäumnis der Fristen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt worden ist), überhaupt einer Zwangsvollstreckung aus der für vollstreckbar erklärten Vorschubberechnung entgegen treten. Gegenstand der einzelnen Anfechtungsklage kann schon deshalb allein der jeden Anfechtungskläger persönlich angehende Teil der Berechnung sein; dagegen bleibt die Berechnung hinsichtlich der Mitglieder, die die Anfechtungsklage nicht erhoben oder die Klagevoraussetzungen schuldhaft verjährt haben, von dem Anfechtungsprozeß unberührt. Dieser Ansicht steht die Vorschr. des § 111 Abs. 2 GenG., daß das rechtskräftige Urt. im Anfechtungsprozeß für und gegen alle beitragspflichtigen Mitglieder wirke, nicht entgegen. Die Best. bedeutet eine Erweiterung nicht des sachlichen, sondern lediglich des persönlichen Umfangs der Rechtskraft: Das rechtskräftige Urt. entscheidet endgültig und mit Wirkung nicht nur für die Prozeßparteien, sondern für alle anderen von der Vorschubberechnung betroffenen Mitglieder, daß der unterlegene Kl. gemäß der Vorschubberechnung zur Zahlung heranzuziehen ist, der

Fehlbetrag der Konkursverwalter auf die übrigen Genossen, darunter auch die Nebeninterventen, die verspätet ansichten; die Vorschubberechnung bleibt ihnen gegenüber wirksam.

Es ist unumwunden zuzugeben, daß die Fassung des § 111 Abs. 2 GenG. über die Wirkungen des rechtskräftigen Urt. „für und gegen alle beitragspflichtigen Genossen“ reichlich unklar ist bzgl. seiner durch das RG. erst seit dem Urt. v. 10. Juni 1932 (II 334/31) unmehr bindend festgelegten Einschränkung (vgl. RG.: JW. 1933, 110—112), von der noch die RGErsch. (RG. 132, 149 = JW. 1931, 2951) aus 1931 abwich!

Man hat gerade auf genossenschaftsrechtlichem Gebiete wiederholt Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Genossenschaftsponderat des RG. (25. ZivSen.) und dem RG. feststellen können. Das gilt insbes. wie RA Dr. E. H. Meyer-Berlin: JW. 1933, 108—110 in der Note Ziff. 4 mit Recht hervorhebt, in der für die Konkursverhütung bedeutsamen Frage der Erleichterung der Liquidation.

Wir bedürfen, nachdem die liberalistischen Auswüchse im Genossenschaftswesen durch die Tatkrat des Führers des Dritten Reiches beseitigt worden sind, einer Reihe von Rechtsänderungen zum Zwecke der Verhütung von Konkursen und zwecks Sicherstellung der Genossen für die Fälle, daß durch Untreue oder grobe Fahrlässigkeit (z.B. leichtfertige Überschreitung der Kreditgrenze zugunsten einflußreicher Genossen, was zum Zusammenbruch vieler Landbundgenossenschaften, an denen sich Großgrundbesitzer zu sanieren gedachten, führte) die Genossenschaft in Konkurs gerät. Dies kann evtl. durch eine Mithaftung des Revolutionsverbandes geschehen, der im Wege einer Verbandsicherung mit Rückdeckung die Schäden der Genossen ausgleicht. Durch Nov. v. 20. Juli 1933 (RGBl. I, 520) §§ 79a und 87a ist sein Aufgabenkreis erweitert. Dafür muß seine Haptung verstärkt werden.

Im Liquidationsverfahren muß in der künftigen Gesetzgebung ein Erhöhungsbefrei. stets zulässig sein. Inzwischen hat man die RGErspr.: JW. 1927, 2514; RG. 125, 196; JW. 1933, 107—110 durch Gesetzesänderung unwirksam gemacht. Durch das GenAbGef. v. 20. Juli 1933 ist ungeachtet der Auflösung eine Erhöhung des Genossenschaftsanteiles zugelassen. Diese Regelung bedeutet einen Sieg der stets vom 25. Sen. des RG. vertretenen Ansicht, daß die Genossenschaft in der Lage sein muß, auch noch im Liquidationszeitraum Mittel zur Abwendung des Konkurses bereitzustellen (vgl. § 87a GenG. v. 20. Juli 1933).

RA u. FachA. f. BerwR. Ernst Böttger, Berlin.

¹) JW. 1933, 16.

obliegende Kl. jedoch überhaupt nicht oder nicht in der in der Rechnung angegebenen Höhe herangezogen werden kann.

Hieraus folgt aber, daß die Nebeninterventen an dem Ob siegen der Kl., denen sie als Streithelfer beigetreten sind, kein rechtliches Interesse haben können. Die bei einem den Kl. günstigen Urt. diesen gegenüber festgestellte Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus der Vorschußberechnung kann vielmehr bewirken, daß der best. Konkursverwalter den durch den Wegfall der Kl. entstandenen Fehlbetrag durch eine Zusatzberechnung gen. § 113 GenG. auf die anderen Mitglieder umlegen muß. Der Umstand, daß die Kl. mit der Anfechtungslage durchdringen, führt, wie erwähnt, nicht eine Unwirksamkeit der vollstreckbaren Vorschußberechnung auch gegenüber den Nebeninterventen herbei. Dieser Umstand zwingt ferner nicht den Konkursverwalter zur gerichtlichen Geltendmachung der bei der Vorschußberechnung nicht berücksichtigten Regressforderungen; ob und mit welchem Ergebnis Regressklagen erhoben werden, bleibt unbestimmt. Ein Erfolg der Anfechtungslage läßt hierach auch nicht etwa ohne weiteres eine Vollstreckung der Vorschußberechnung gegen die Nebeninterventen als zwecklose Schädigung und offensche Unbilligkeit erscheinen.

(RG. 9. ZivSen., Beschl. v. 12. Okt. 1933, 9 W 3886/33.)

Ber. von AGRA. Sasse, Berlin.

Celle.

3. §§ 823, 845, 847 BGB. Haftung des Wegeunterhaltungspflichtigen für auf den Landstraßen befindliche Schienen.

In Ostfriesland sind in stark belasteten Landstraßen in den Jahren nach 1900 vielfach Schienen eingebaut, um eine Schonung der Straße herbeizuführen und um bei schweren Lasten die Zugtiere zu schonen. Diese 1½—4 cm aus dem Straßenpflaster hinausragenden Schienen, die anfangs von den Wegebauern dankbar begrüßt und fleißig benutzt wurden, haben sich jedoch infolge des geiteigerten Autoverkehrs als unzweckmäßig erwiesen, so daß ihre allmähliche Entfernung ins Auge gesetzt werden mußte. Ein Motorradfahrer ist an einer solchen Schiene zu Fall gekommen, verletzt und beschädigt worden. Für diesen Schaden macht er den Wegeunterhaltungspflichtigen haftbar. Das BG., welches den Klageanspruch als erste Instanz zur Hälfte dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt, sieht in der Tatsache, daß die Schienen zumindest 1½—2 cm aus dem Pflaster hervorragten, einen verkehrswidrigen Zustand, für den der Wegeunterhaltungspflichtige zu haften habe. Auf die Ber. des Bell. hin hat das OVG. Celle die Klage abgewiesen.

Es sieht zwar den Kausalzusammenhang zwischen der Beschaffenheit der Schienen und dem Unfall des Kl. mit seinen Folgen als erwiesen an, als nicht erwiesen jedoch den weiterhin notwen-

Zu 3. I. Erleidet jemand zufolge mangelhafter Beschaffenheit eines Weges Schaden, so kommen für Ersatzansprüche drei Rechtsgründe in Betracht:

a) Wer eine Sache dem öffentlichen Verkehr widmet, haftet rein bürgerlich-rechtlich (§ 823 Abs. 1 BGB.) für deren verkehrssicherer Zustand (Rieger: JW. 1932, 1039¹).

b) Daneben steht die Haftung aus Verlezung der öffentlich-rechtlichen Wegebaulast (RG. 121, 404 = JW. 1928, 2319). Sie schließt die Haftung zu a) grundsätzlich nicht aus (RG. 54, 53).

c) Endlich kann eine Haftung aus Verlezung der wegepolizeilichen Aufsichtspflicht gegeben sein.

II. Unser Urt. verbüllt sich nur über die Möglichkeit Ib. Zum Inhalt der Wegebaupflicht (Kraft: GruchBeitr. 58, 133) gehört auch die Erhaltung der Verkehrssicherheit. Es widerstreiten sich zwei Tendenzen:

a) Einerseits fordert man vom Verpflichteten, den Weg so zu unterhalten, daß er auch für nicht vorsichtige Benutzer ungefährlich ist. Mit Meissner: JW. 1933, 714² wird man das jedoch auf Unvorsichtigen beschränken müssen, die sich im Rahmen weit verbreiteter Übung halten, wie z. B. auf sehr schnelles Autofahren auf übersichtlichen Straßen.

b) Andererseits wird anerkannt, daß die Leistungsfähigkeit des Schuldners zu berücksichtigen ist, allerdings nicht, wie im Urt. anklängt, als Grund des Ausschlusses subjektiven Verjährdens. Vielmehr beschränkt mangelnde Leistungsfähigkeit den Inhalt der objektiven Verpflichtung. Unserem liberal eingestellten Zivilrecht ist eine solche Elastizität der Verpflichtung noch weitgehend unbekannt (Lang, Liberalismus, Nationalsozialismus und Bürgerl. Recht, S. 15). Hier aber handelt es sich um einen Anspruch, dessen Inhalt in erster Linie vom öffentlichen Rechte her geordnet wird. Wie nun für die Best. der Pflicht des Polizeischuldners alle der Obhut der Polizei anbertrauten öffentlichen Interessen gegeneinander abgewogen werden müssen (OG. 7, 256), so auch bei der Wegebaupflicht: „Die Notwendigkeit der Anlage eines öffentlichen Weges ist stets eine mehr oder weniger relative; insbes. kom-

digen Nachweis, daß der Bell. in seinen Organen die diesen obliegenden Pflichten schuldhaft außer acht gelassen hat. Es führt aus: einmal kann darin, daß sich auf der fraglichen Straße Schienen auf dem Fahrdamm befinden, eine Fahrlässigkeit nicht erblidt werden. Es mag sein, daß im Hinblick auf den geänderten Verkehr auf den Landstraßen heute derartige Schienen keinen Zweck mehr haben und durch eine andere Bauart erlegt werden können. Gleichwohl kann es aber dem Kreise nicht als Verschulden gereichen, wenn er diese Schienen nicht sofort reslös befestigt, sondern diese Schienen nach und nach erst entfernen läßt. Es ist dabei vornehmlich zu beachten, daß dem Wegeunterhaltungspflichtigen und Wegebaupflichtigen eine Pflicht zur Erneuerung der Straße nur im Rahmen des möglichen treffen kann. Es ist allgemein bekannt, daß dem Bell. nicht unbegrenzte Geldmittel zur Verfügung standen. Sind somit die noch vorhandenen Schienen als an sich zulässig zu erachten, so war es andererseits Pflicht der Organe des Bell. dafür zu sorgen, daß durch diese Einrichtung den Benutzern der Straße nicht Gefahren erwachsen, welche bei ordnungsmäßiger Aufsicht und Instandhaltung vermieden werden könnten. Es war demnach vornehmlich Pflicht der verantwortlichen Organe dafür zu sorgen, daß die Schienen nicht Hindernisse darstellten, welche eine über das gewöhnliche Maß hinausgehende Gefährdung bei dem Verkehr auf der Straße darstellten. Glätte bei Risse der Schienen und Unebenheiten im Pflaster sind nicht durchaus zu vermeiden. Es muß jedoch darauf geachtet werden, daß schlechte Wegestreifen bemerkt und im Rahmen des Möglichen, so schnell es angeht, verbessert werden. Es kommt somit in erster Linie darauf an, daß eine Organisation geschaffen ist, welche die Gewähr dafür bietet, daß diese Pflicht ordnungsmäßig erfüllt werden kann. Der Wegemeister besichtigt die Straße alle drei Wochen, d. h. also, er sieht jede Straßentrecke etwa alle drei Wochen. Bei 125 km Straßenzänge erscheint diese durchaus ausreichend. Ferner sind Hilfsarbeiter vorhanden, welche pflastern können und nur auf den Straßen beschäftigt werden, in denen Schienen liegen, und zwar insbes. auf der hier fraglichen Strecke. Weiter sind zwei Landstrassenwärter angestellt, welche außer dem Wegemeister auf das Pflaster zu achten haben. Solche Organisation muß unter den gegebenen Verhältnissen als ausreichend erachtet werden. Daß gerade bei der Art der Einbettung es sehr wohl vorkommen kann, daß, wenn gerade die Strecke besichtigt ist, kurz hinterher ein schweres, wegen seiner Spurweite etwa neben den Schienen fahrendes Fahrzeug das Pflaster der Bettung neben den Schienen tiefer eindrückt und somit ein Herausragen der Schienen verursachen kann, ist allgemeine Erfahrung. Hiergegen gibt es, so lange die Schienen liegen, eine sofortige Abhilfe nicht. Es müßte dann eine viel größere Zahl von Hilfskräften eingestellt werden, was bei Berücksichtigung der Haushaltsslage nicht dem Wegeunterhaltungspflichtigen zuzumuten ist. Die Entfernung der Schienen

men bei der Beurteilung derselben auch die Kosten in Betracht, welche die Herstellung erfordert. Diese können so bedeutend sein, daß um ihretwillen von einem an sich im Interesse des öffentlichen Verkehrs sehr wünschenswerten Wegebau Abstand zu nehmen sein wird“ (OG. 5, 222). Sofern öffentliche Körperschaften wegebaupflichtig sind, darf die Verpflichtung nicht so weit gezogen werden, daß jene ruiniert und zur Erfüllung anderer öffentlicher Aufgaben unfähig werden (Germershausen-Seydel, Wegerecht, 4. Aufl., Bd. I, S. 28 ff.). Daß dieser alte Grundsatz, der nicht minder für die Wegeunterhaltung gilt, heute besondere Aktualität erlangt, ist klar (OG. 1929, 33381; OG. Kassel: JW. 1932, 810¹ und JW. 1933, 714²). Es wird aber vielfach übersehen, daß für das Maß des Schadumfangs nicht der Augenblick des Schadefalles, sondern der Augenblick entscheidend ist, wo der Verpflichtete die Leistung zu bewirken hat (OG. 64, 481), und so wäre im Urt. die Frage zu erörtern gewesen, warum die Schienen nicht schon vor Ausbruch der heutigen Krise entfernt worden sind. Überhaupt ist zu bemängeln, daß das Urt. das auch sonst mit Tatsachenfeststellungen allzusehr spart, tatsächliche Unterlagen für die Leistungsunfähigkeit des Bell. gar nicht enthält. Mit klischeeartigen Formeln, wie etwa dem Hinweis darauf, daß dem Bell. nicht unbegrenzte Geldmittel zur Verfügung stehen, ist nicht das mindeste anzufangen (vgl. auch Herschel, Grundfragen der Schlichtung, S. 56 ff. Zutreffend Meissner a. a. D.).

Leider hat das Urt. auch nicht untersucht, ob es dem Bell. angeponnen werden konnte, durch Warnungstafeln auf den schlechten Wegezustand aufmerksam zu machen. Wenn der Pflichtige leistungsunfähig ist, so bleibt immer noch zu prüfen, ob er nicht in anderer Weise der Verkehrssicherheit dienen und einen Ausgleich schaffen kann. Und wie er zur Überwindung von Verkehrshindernissen u. U. Vorspann stellen muß (OG. 2, 245), so muß er auch über nicht oder schwer erkennbare Wegeängel aufklären (OG.: JW. 1927, 1265¹; OG. Kassel: JW. 1933, 714²).

Prof. Dr. Wilhelm Herschel, Köln.

aber ist hier wiederum nicht mit einem Male zu verlangen. Hier-nach kann ein Verschulden des Bekl. an dem fehlerhaften Zustand der Strafe und der Unfallstelle nicht als erwiesen erachtet werden.

(OLG. Celle, Urt. v. 21. Okt. 1933, 6 U 41/31.)

Ber. von Dr. Hans Söhns, Hannover.

*

Hamm.

4. §§ 133, 873, 874, 1113, 1163 BGB.; §§ 518, 519 ZPO.

I. Auch bei Prüfung der Frage, ob das Gericht über einen selbständigen Klageantrag entschieden oder in Wirklichkeit noch nicht entschieden hat, ist nicht nur vom Wortlaut des Urteilspruchs auszugehen, vielmehr sind die Entscheidungsgründe zur Auslegung heranzuziehen.

II. Bei Entscheidung der Frage, in welchem Umfange mit einer Rechtsmittelschrift eine Entscheidung angefochten werden soll, ist der wahre Wille der Partei, die das Rechtsmittel einlegt, zu erforschen.

III. Weicht der Inhalt des Eintragungsvermerks und der Eintragungsbewilligung über die Person des Schuldners der Hypothekenforderung von dem Inhalt der Einigung der Parteien ab, so entsteht die Hypothek nicht. In einem solchen Fall wird der Eigentümer regelmäßig verpflichtet sein, dem Gläubiger eine dem Inhalt der Einigung entsprechende Hypothek zu bestellen.⁷⁾

Es fragt sich zunächst, ob die von dem Kl. eingelegte Berufung sich auch gegen das Urt. des LG. insofern gerichtet hat, als der Kl. mit seinem Anspruch gegen den beklt. Chemann B. auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Vermögen der Ehefrau C. abgewiesen worden ist. Die Frage muß bejaht werden. Zunächst läßt sich nicht sagen, daß insofern eine Berufung aus dem Grunde gegenstandslos sein würde, weil das LG. zu ungünsten des B. nicht erkannt habe. Zwar hat das LG. in der Formel des Urt. nur ausgesprochen: „Die Klage gegen die Bekl. zu 2 (C.) wird abgewiesen.“ Es ist auch in den Entscheidungsgründen nicht besonders ausgesprochen, daß der Kl. mit seinem Anspruch gegen B. auf Duldung der Zwangsvollstreckung abgewiesen werde. Das Urt. läßt aber, wenn man die Formel und die Entscheidungsgründe im Zusammenhang würdigt, klar erkennen, daß auch der Anspruch gegen den Chemann B. auf Duldung der Zwangsvollstreckung abgewiesen werden sollte. Er fiel ja auch ohne weiteres mit dem Anspruch des Kl. gegen die Ehefrau C. Dem LG. lag es ganz fern, etwa ein Teilurteil erlassen zu wollen, wie schon die Kostenentscheidung verrät, und ebenso wenig kann davon die Rede sein, daß das LG. einen Anspruch übergegangen hätte. Vielmehr ist der Kl., wenn

Zu 4. Das obenstehende Urt. behandelt interessante verfahrensrechtliche und sachlich-rechtliche Fragen. Den verfahrensrechtlichen Ausführungen wird man im wesentlichen zustimmen können. In sachlich-rechtlicher Beziehung befriedigt die Begründung nicht ganz.

A. Irrtumfrei legt das OLG. zunächst die Entsch. des LG. dahin aus, daß auch die Klage gegen den Chemann auf Duldung der Zwangsvollstreckung abgewiesen werden sollte. Zwar ist bei der Auslegung des Urt. vom Urteilspruch (Tenor) auszugehen, aber auch, soweit es sich um die Frage handelt, insofern das Gericht überhaupt über den mit der Klage geltend gemachten verfahrensrechtlichen Anspruch entschieden hat, sind zur Auslegung des Urt. außer dem Urteilspruch auch Tatbestand und Entscheidungsgründe heranzuziehen. Ebenso liegt m. E. in der Auslegung, die das OLG. Hamm der Berufungsschrift angehoben läßt, kein Rechtsirrtum. Die Anträge der Berufungsschrift sind verfahrensrechtliche Willenserklärungen, die der Auslegung fähig und bedürftig sind. Bei der Auslegung von verfahrensrechtlichen Willenserklärungen und im Rechtsstreit erfolgenden tatsächlichen Erklärungen sollte man im Zweifel sich bemühen, daß jeder Partei im allgemeinen (in abstracto), Günstige auch im besonderen Falle (in concreto) als von ihr in einem ihr günstigen Sinn vorgetragen anzusehen.

B. Zu der sachlich-rechtlichen Seite des Falles ist folgendes zu bemerken:

I. Das OLG. Hamm legt die Erklärungen der Parteien unter Berücksichtigung der Interessenlage im Ergebnis m. E. rechtsirrtumfrei dahin aus, daß man sich über die Bestellung einer Hypothek zur Sicherung der Ansprüche des A. gegen B. (nicht gegen Frau C., geeinigt habe).

1. a) Allerdings gelten für die Auslegung von Willenserklärungen, die zu einer sachlich-rechtlichen Einigung i. S. des § 873 BGB. führen sollen, Auslegungsgrundsätze, die von der Regel des § 133 BGB. erheblich abweichen. Regelmäßig ist „nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften“, und grundsätzlich sind bei der Auslegung von Willenserklärungen auch solche Umstände zu berücksichtigen, die nur dem Erklärenden und dem Erklärungsgegner erkennbar waren. Die sachlich-rechtliche Einigung steht aber unter dem mit dem Gedanken des Schutzes des redlichen Verkehrs eng zusammenhängenden Grund-

man das Urt. richtig versteht, nicht nur mit seinem Anspruch gegen die Ehefrau C., sondern auch mit seinem Anspruch gegen B. auf Duldung der Zwangsvollstreckung abgewiesen worden. Nun ist dem Bekl. B. zuzugeben, daß, wenn man die Berufungsschrift für sich allein ins Auge sieht, in ihr eine sich gegen den Chemann B. richtende Berufungseinlegung nicht erklickt werden kann. Die beiden beklt. Eheleute werden als Bekl., nur die Ehefrau C. wird als VerBekl. bezeichnet. Der Anwalt sagt in der Berufungsschrift, es werde namens des Kl. Berufung eingelebt, soweit die Klage gegen die Bekl. zu 2 (C.) abgewiesen sei. Die besonderen Umstände des Falles müssen aber dazu führen, in der Berufungsschrift eine Berufungseinlegung auch gegen den Chemann B. zu erblicken. Der Grundsatz des § 133 BGB., daß bei der Auslegung einer Willenserklärung der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdruckes zu haften ist, findet auch auf prozeßuale Handlungen Anwendung, sogar auf Gesetze (RG. 139, 110¹⁾). Der Kl. hatte nicht den mindesten Grund, seinen Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung gegen den Chemann nicht neben dem Hauptanspruch gegen die Ehefrau weiter zu verfolgen. Der Anspruch gegen den Chemann war für ihn von höchster Wichtigkeit. Ganz offenbar hatte auch der Kl. nicht im Sinne, seinen Anspruch gegen den Chemann aufzugeben.

Das einzige, was sich gegen den Kl. sagen ließe, ist, er habe es aber durch die Art der Berufungseinlegung und dadurch, daß er bis zum Ablaufe der Berufungsfrist eine Berufungseinlegung gegen den Chemann nicht nachgeholt habe, getan. Dieser Standpunkt wird aber der Sachlage nicht gerecht. Wenn es auch im allgemeinen richtig ist, daß an die Erfüllung von Formvorschriften strenge Anforderungen zu stellen sind, so kann man doch nicht so weit gehen, um den Wortlaut der Berufungsschrift, wenn diese, für sich allein betrachtet, nicht deutsam ist, als allein maßgebend anzusehen. Wie bei der Auslegung des Urt. die Formel und die Gründe des Urt. zusammenzuhalten sind, so sind vorliegend das Urt. und die Berufungsschrift im Zusammenhang zu würdigen. Sieht man nur auf die Formel, so hat der Kl. gegen das Urt. in vollem Umfange Berufung eingelebt, soweit er mit der Klage abgewiesen worden ist. Bei der Formulierung der Berufungsschrift hat sich auch offenbar der Prozeßbevollmächtigte auf die Formel des Urt. verlassen. Dagegen konnte der Bekl. nicht zweifelhaft sein, daß lediglich der Umstand, daß der Kl. mit seinem Anspruch gegen den Chemann auf Duldung der Zwangsvollstreckung in etwas versteckter Form abgewiesen worden war, zu der bedenklichen Formulierung der Berufungsschrift geführt hat. Es erschließt also auch für die Bekl. zweifelsfrei, daß in Wahrheit der Kl. sich bei der Berufungsauslegung nur im Ausdrucke vergriffen hatte und etwas anderes wollte, als er erklärte. Hier nach ist festzustellen, daß der Kl. gegen die erfolgte Abweisung mit seinen Ansprüchen in vollem Umfange Berufung eingelebt

sag der Erkennbarkeit: Jeder Dritte muß den Inhalt eines beschränkt dinglichen Rechts an Liegenschaften allein durch eine der Verkehrs-auffassung entsprechende Auslegung der Urkunden über die Entstehung des Rechts (ob außer der Einigung und der Eintragungsbewilligung auch derjenigen über die dingliche Einigung, siehe hier dahn) erkennen können. Das dürfte wohl auch der Sinn der Ausführungen des RG.: SeuffArch. 79, 193 Nr. 117 = JW. 1930, 3852 sein.

Vielleicht wird man die Einschränkung vertreten können, daß es genügt, wenn sich in den maßgeblichen Urkunden wenigstens Andeutungen über von den Parteien zum Inhalt der Einigung gemachte, aber nicht in den Wortlaut der Urkunde aufgenommene Erklärungen finden, die auch einem Dritten die Möglichkeit geben, sich eine sichere Vorstellung über Inhalt und Bedeutung aller wesentlichen Erklärungen der Parteien (auch der nicht vollständig beurkundeten) zu machen (das RG. hat schon wiederholt ausgesprochen, daß auch die Auslegung der sachlich-rechtlichen Einigung nicht an Umständen vorübergehen dürfe, welche sich aus den besonderen und für jedermann ersichtlichen Verhältnissen des Einzelfalles ergeben: RG. 131, 168 = JW. 1931, 3434; RG.: HöhfeldRspr. 1933 Nr. 1642).

Zum Inhalt der Einigung über die Begründung der Hypothek gehört auch die Einigkeit darüber, daß die Hypothek eine bestimmte, von beiden Parteien gemeinte Forderung sichere (das läßt sich m. E. aus den §§ 1113, 1138, 1153, 1163 Abs. 1 BGB. und ähnlichen Bestimmungen ableiten; daher muß, wenn der Schuldner mit dem Eigentümer nicht personengleich ist, seine Person unter richtiger Bezeichnung in der Eintragungsvermerk enthalten sein; vgl. hierüber den lehrreichen mit vord. Fall gewisse Übereinstimmungen aufweisenden Fall JW. 1930, 846¹²⁾). Daß sich im vord. Fälle aus der Urkunde über die Bestellung der Hypothek auch nur andeutungsweise entnehmen läßt, daß die Beteiligten eine Sicherung eines dem Chemanne B. eingeräumten Kredites gemeint hätten, hat allerdings das OLG. Hamm nicht festgestellt, vielmehr berücksichtigt seine Auslegung, wenn ich sie richtig verstehe, nur Umstände, die nicht einmal andeutungsweise aus den Urkunden über die Bestellung der Hypothek ersichtlich sind.

b) Aber der erwähnte Grundsatz über die Beschränkung der Ver-

¹⁾ JW. 1933, 1121.

hat. Der Ausspruch des RG. in der Entschr. v. 24. Okt. 1931: „Für den Fall, daß der Empfänger einer prozeßualen Willenserklärung die vorgekommene Unrichtigkeit zweifelsfrei erkennen muß, ist sogar eine nachträgliche Richtigstellung für zulässig zu erachten“ muß schlimmstensfalls auch hier zur Anwendung zugunsten des Kl. kommen (RG. 134, 133²).

Es kommt sachlich-rechtlich nun folgender Sachverhalt in Betracht: Der Kl. A. stand mit dem bekl. Chemann B. in Geschäftsverbindung. Aus dieser Geschäftsverbindung war für A. gegen B. eine Forderung entstanden, über deren Höhe zwischen den Parteien Streit besteht. Es fanden Verhandlungen statt, die die Bestellung einer Sicherungshypothek für A. an einem Grundstück der verkl. Chefrau des B., C., betrafen. Unter Anwendung eines Formulars erklärte die Chefrau C. in Anwesenheit und unter Genehmigung des B., daß sie bekannte, von A. einen Kredit bekommen zu haben, und bemühte und beantragte die Eintragung einer Höchstbetragsicherungshypothek zur Sicherheit für alle Forderungen des A. aus diesem Geschäftsverkehr. Die Eintragung erfolgte unter Bezugnahme auf diese Bewilligung.

Später wurde auf dem gleichen Grundstück eine Höchstbetrags sicherungshypothek für D. und bei der für A. bestellten Hypothek eine Löschungsvormerkung zugunsten des D. eingetragen.

Der Kl. verlangt von der bekl. Chefrau in erster Linie „Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück“, hilfsweise Bestellung einer Höchstbetragsicherungshypothek für ihn zur Sicherung für alle Forderungen aus seinem Geschäftsverkehr mit dem verkl. Chemann zu dem Rang der bisher für ihn eingetragenen Hypothek und

wendung der Erkenntnisquellen bei der Auslegung sachenrechtlicher Willenserklärungen kann nicht weiter reichen als die Grenzen seines Zweckgedankens: Wo ein Schutz des rechtsgeschäftlichen Verkehrs nicht mehr in Betracht kommt, besteht keine Veranlassung, von dem viel weiteren Auslegungsgrundsatze aus § 133 BGB. abzuweichen (RG. 131, 169 = JW. 1931, 3434 sagt, dieser Auslegungsgrundatz stehe „in engstem Zusammenhange mit dem Grundsatz, daß dingliche Rechte zu ihrer Entstehung der Eintragung in das Grundbuch bedürfen und das Grundbuch über den Inhalt und Umfang der dinglichen Rechte für jeden gutgläubigen Grundstückserwerber die maßgebliche Auskunft erteilt“). In dieser Beziehung ist m. E. folgendes zu erwägen: Zur Identifizierung einer Forderung bedarf es grundsätzlich auch der Feststellung der Person des Schuldners; aber der Erwerber des Grundstücks, der nicht die richtige Vorstellung von der Person des Schuldners der Hypothekenforderung hat, wird insoweit nicht geschützt, sondern nur derjenige, der nicht weiß, daß im Widerspruch zu der Eintragung im Grundbuch eine Forderung überhaupt besteht oder daß sie in einem größeren Umfange besteht, als sich dies aus dem Grundbuch ergibt. Daß eine Forderung überhaupt besteht, ergab hier die Eintragung (d. h. Vermerk im Grundbuch und Eintragungsbewilligung, §§ 873, 874 BGB.). Auch wer die Hypothek erwartet, wird (im Rahmen von § 1138 BGB.) nur in dem guten Glauben geschützt, daß die Forderung überhaupt besteht und daß sie dem Gläubiger zu steht, aber nicht, wenn er nicht weiß, daß der Schuldner der Forderung eine andere Person ist als die, die das Grundbuch als verpflichtet ausweist (z. B. die Schuld war wirksam außerhalb des Grundbuchs übernommen).

Es ist daher m. E. im Ergebnis nicht zu beanstanden, wenn das OVG. Hamm allein aus außerhalb der Errichtungsurkunde liegenden Umständen die Feststellung trifft, daß die Parteien sich über eine Hypothek zur Sicherung einer Forderung gegen den Chemann geeinigt haben.

2. Die Eintragung lautet (gem. § 874 BGB. in Verbindung mit der Eintragungsbewilligung) auf eine Hypothek zur Sicherung der Ansprüche des Kl. gegen die bekl. Chefrau.

Hierach ist m. E. in der Tat festzustellen, daß die Hypothek, über die man sich geeinigt hatte, nicht entstanden war, weil sie nicht ins Grundbuch eingetragen worden ist, und die eingetragene Hypothek nicht, weil man sich über ihre Entstehung nicht geeinigt hatte. Der entscheidende Gesichtspunkt ist, daß die Eintragung, mangels Übereinstimmung mit der Einigung, die von den Parteien gewollte Wirkung aus § 873 BGB. nicht erzeugt hat, also nichtig ist (auch der 1. Sen. des RG.: RGJ. 39, A 175 hat angenommen, daß die verschriftlichte Eintragung eines unrichtigen Berechtigten einer Nichteintragung hinsichtlich des Rechts des Berechtigten und unrichtige Eintragung hinsichtlich des nichtberechtigten Rechts des Nichtberechtigten sei).

II. Es ist nun aber zweifelhaft, ob eine Fremdgrundschuld oder auf Grund von § 1163 Abs. 1 Satz 1 oder § 1196 Abs. 2 BGB. eine Eigentümergrundschuld entstanden ist.

1. Auf die nichtige Eintragung kann m. E. § 140 BGB. mangels Rechtsähnlichkeit auch nicht entsprechend angewendet werden.

2. Eine Umdeutung der Einigung in die Einigung über die Entstehung einer Grundschuld ist aber abzulehnen, weil die er-

von dem bekl. Chemann die Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut.

Danach scheitert die dingliche Klage des Kl. auf Duldung der Zwangsvollstreckung aus der eingetragenen Sicherungshypothek daran, daß der Kl. eine dingliche Sicherheit für seine Ansprüche gegen den Chemann B. nicht erlangt hat. Es fehlt an der nach § 873 BGB. erforderlichen Eintragung in das Grundbuch. Die erfolgte Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung war bei der Eintragung zulässig nach § 874 a. a. D. Eingetragen worden in das Grundbuch ist lediglich eine Sicherungshypothek zur Sicherheit für Ansprüche des Kl. gegen die Chefrau C. Hierach aber muß der Satz zur Geltung kommen: Stimmt das Eingetragene nicht mit dem Inhalt der Einigung überein, so ist das eingetragene Recht nicht zur Entstehung gelangt und ist daher das Grundbuch unrichtig (RGKomm. 1928, Bd. II, Ann. 10 zu § 873). Wenn auch die Beteiligten über eine Bestellung der Sicherungshypothek für die Ansprüche des Kl. gegen den Chemann B. einig geworden sind, so kann doch auf dieser Grundlage der Kl. mangels richtiger Eintragung nicht geltend machen, daß die Sicherungshypothek als Sicherheit für seine Ansprüche gegen den Chemann B. hafte.

Dagegen ist der persönliche Anspruch des Kl. auf Bestellung der Sicherungshypothek von 10 000 R.M. mit dem Range, welchen die unter Nr. 3 eingetragene Sicherungshypothek hatte, begründet. Der Kl. und die Cheleute B. und C. hatten im Frühjahr 1929 nichts anderes im Sinne als die Bestellung einer Sicherungshypothek zur Sicherheit für die Ansprüche des Kl. gegen den Chemann B.

In diesem Falle ist die Chefrau C. dem Kl. gegenüber ver-

klärt Einigung nicht „richtig“ ist. Das Rechtsgeschäft der Hypothekenbestellung ist vielmehr noch „unfertig“ (das überblickt allerdings das OVG. Hamm, wenn es lediglich feststellt, daß das Grundbuch unrichtig sei; auch im vorl. Fall liegt wie in RGJ. 39, A 175 nebeneinander Richteintragung und unrichtige Eintragung vor). Es liegt aber endlich auch keine der erfolgten Eintragung entsprechende richtige Einigung vor, vielmehr fehlt es insoweit an jedem Rechtsgeschäft.

3. Einer Auslegung der Erklärung der bekl. Chefrau im Sinne der Bewilligung aus § 1196 stehen die vom OVG. Hamm festgestellten tatsächlichen Umstände des Falles entgegen. Überdies würde es auch außerdem m. E. einer im vorl. Falle unmöglich anderweitigen Auslegung (§ 133) oder Umdeutung (§ 140) der Eintragung bedürfen.

Dass das OVG. Hamm in der Einigung über die Bestellung der Hypothek für A. zur Sicherung der Forderung gegen B. zugleich auch die Einigung über die Begründung einer Verpflichtung zur Bestellung einer solchen Hypothek (das *pactum de hypotheca danda*) erblickt, ist nicht zu beanstanden (vgl. RG.: Soergel 1914, 291).

III. Wohl aber hätte folgendes erwogen werden müssen: War eine dingliche Belastung überhaupt nicht entstanden, so rückte die nächstfolgende Hypothek (die des D.) auf. Die Bestellung der Hypothek für den Kl. wurde zwar nicht deswegen unmöglich, weil eine Löschungsvormerkung zugunsten des D. bestand; denn der Löschungsfall war noch nicht eingetreten und würde auch nicht mit der Bestellung der Hypothek zur Sicherung der Forderung des A. gegen B. eintreten; aber es war zu prüfen, ob der C. die Bestellung der Hypothek zu dem in dem *pactum de hypotheca danda* vorgesehenen Range noch möglich war.

Grundsätzlich darf der Bekl. so lange zur Leistung verurteilt werden, als die Möglichkeit der Leistung beitrifft und nicht festgestellt ist. Steht die Unmöglichkeit der Leistung fest, zugleich auch, daß der Bekl. sie nicht zu vertreten hat, dann kann er nicht mehr zur Leistung verurteilt werden, weil der Anspruch des Gläubigers nach § 275 BGB. erloschen ist; hat er die Unmöglichkeit nicht zu vertreten oder steht es nicht fest, ob er sie zu vertreten hat, dann darf der Bekl. nicht mehr verurteilt werden, weil dann für die auf Erfüllung gerichtete Klage das Rechtsdurchsetzerrecht fehlt (RG. 88, 78 = JW. 1916, 669; 107, 17 = JW. 1923, 826; RGKomm., 6. Aufl., Ann. I zu § 275).

Im vorl. Falle war zweifelhaft, ob die Unmöglichkeit der bekl. Chefrau, dem Kl. eine Hypothek mit dem aus der Eintragungsbewilligung sich ergebenden Rang zu verschaffen, schon jetzt feststeht. Es stand die Möglichkeit, daß die bekl. Chefrau sich diesen Rang verschaffte, indem sie die Hypothek des D. ablöste; allerdings war eine Mitwirkung des D. hierzu erforderlich. Die herrschende Lehre nimmt auch in derartigen Fällen m. R. an, daß der Gläubiger regelmäßig darzutun und erforderlichenfalls zu beweisen habe, daß der Schuldner in der Lage sei, das beim ersten Augenschein jedenfalls bestehende Unvermögen der Leistung zu beseitigen (RGKomm., 6. Aufl., Ann. II zu § 275 a. E.; Soergel, 4. Aufl., Bem. 7 vor § 275 a. E.). In dieser Richtung hätte das Vorbringen der Parteien im vorl. Rechtsstreit noch näher geprüft und im Urteil noch näher erörtert werden sollen. Allerdings war zu beachten, daß dem Schuldner in derartigen Fällen im Rahmen von § 242 BGB. zugumuten ist, Aufwendungen zu machen, um sein etwa bestehendes Unvermögen zur Leistung wieder zu beseitigen. Der Kl. würde wahrscheinlich der ihm obliegenden Darlegungs- und Beweislast ohne große Schwierigkeiten haben genügen können.

R. Dr. Matzke, Berlin.

2) JW. 1932, 682.

pflichtet, die Sicherungshypothek, so wie sie im Frühjahr 1929 beabsichtigt war, nachträglich zu bestellen. Sie war mit der Eintragung der Sicherungshypothek zur Sicherheit für die Ansprüche gegen ihren Ehemann B. einverstanden. Es bestand ein erklärtes Einverständnis zwischen dem Kl. und der Ehefrau C. darüber, daß die Hypothek an der Stelle im Grundbuche, welche die eingetragene Hypothek einnahm, bestellt werden solle. Ein solcher Vertrag bedurfte keiner Form. Ist es zu der Bestellung der Sicherungshypothek aus irgendwelchen Gründen bisher nicht gekommen, so ist die Ehefrau C. auf Grund ihrer Zusage verpflichtet, die Sicherungshypothek nachträglich zu bestellen. Wenn sie Unmöglichkeit der Erfüllung einwendet und sich darauf beruft, daß am 24. Nov. 1932 eine Bemerkung auf Löschung zugunsten des D. eingetragen worden sei, so kann sie hiermit nicht durchdringen. Denn die C. hat erst zu Zeiten, als der vorliegende Rechtsstreit bereits schwelte, die Löschungsvormerkung eintragen lassen. Diese ihre eigene Handlung hat sie zu vertreten.

(OLG. Hamm, Urt. v. 19. Mai 1933, 12 U 6/33.)

Einges. von Kl. Dr. Niemöller, Hamm.

Abln.

5. §§ 1333, 1339 BGB. Vorherliche geschlechtliche Beziehungen der Ehefrau zu einem Dritten berechtigen nicht unbedingt zur Anfechtung der Ehe.

Der Scheidungskläger kann im Laufe des Rechtsstreits die Anfechtungsfrage auch dann noch erheben, wenn die Anfechtungsfrist abgelaufen ist, aber zur Zeit der Erhebung der Scheidungsfrage noch liegt; der Scheidungsbeklagte dagegen kann im Laufe des Scheidungsprozesses die Anfechtungswiderklage nur dann erheben, wenn die Anfechtungsfrist zur Zeit der Erhebung der Widerklage noch läuft.†

Die Kl. erhob im Sept. 1932 die Scheidungsfrage, der Bekl. beantragte nur Klageabweisung; das OLG. erkannte auf Scheidung der Ehe. Der Bekl. legte am 22. März 1933 Berufung ein und erhob gleichzeitig Widerklage, mit der er die Ehe gem. § 1333 BGB. anfocht und hilfweise Ehescheidung begehrte.

OLG. wies die Anfechtungswiderklage ab.

Die zunächst zu prüfende Frage nach der Rechtswirksamkeit der mit der Widerklage in erster Linie geltend gemachten Anfechtung der Ehe ist zu verneinen. Nach der Vorschr. des § 1333 BGB., deren Anwendung hier in Frage steht, kann eine Ehe von dem Ehegatten angefochten werden, der sich bei der Eheschließung über solche persönlichen Eigenenschaften des anderen Ehegatten geirrt hat, die ihn bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Be-

Zu 5. Die Ausführungen in der Entsch. über den Ablauf der Frist zur Erhebung der Anfechtungswiderklage entsprechen der herrschenden Meinung. Auch für § 1339 gilt der Grundsatz des § 1572; die Anfechtung kann im Laufe des Rechtsstreites geltend gemacht werden, sofern zur Zeit der Klagerhebung die Frist noch nicht verstrichen war. Klagerhebung bedeutet im vorl. Fall die Erhebung der Widerklage. Hätte der beklagte Ehemann schon im ersten Rechtszug Widerklage auf Ehescheidung erhoben und hätte er dann vor dem OLG. mit der Widerklage in erster Linie die Ehe angesehen, so würde die Frist für die Anfechtung gewahrt sein; sein Anfechtungsrecht würde mit der Erhebung der Widerklage auf Ehescheidung in gewissem Sinne schon rechtshängig geworden sein. Dies ist jedoch nicht der Fall, da der Bekl. im ersten Rechtszug nur Klageabweisung begehrte, ohne eine Widerklage zu erheben.

Bedenklich ist dagegen die Auslegung, welche das OLG. dem Begriff des § 1339 BGB. „Entdeckung des Irrtums“ widerfahren läßt. Die Entsch. folgt hierbei dem Urt. des AG. v. 28. Nov. 1927: FB. 1928, 896, wonach zur Entdeckung des Irrtums eine volle Gewißheit nicht zu verlangen sei, wonach es vielmehr genüge, daß für das Bestehen des Anfechtungsgrundes Anhaltspunkte bekannt sind, die einen über die Vermutung hinausgehenden Schlüß gestatten und bei vernünftiger Überlegung zur Geltendmachung der Anfechtung ausreichen können. Wenn diese Auslegung für künftige Entsch. als Grundsatz dienen soll, so wird es kaum zu vermeiden sein, daß praktisch aus dem Entdecken ein Entdeckenkennen oder ein Entdecken müssen wird.

Dieselbe Entwicklung fand bei der Anwendung des § 852 BGB. statt, „wo auch schließlich trotz aller gegenteiligen Versicherung aus dem Erlangen der Kenntnis von dem verursachten Schaden in der praktischen Anwendung eine Berechnung des erkennbaren Schadens geworden ist“ (Endemann: FB. 1928, 896). Wegen dieser Gefahr darf die Auslegung des Begriffes „Entdecken“ i. S. des § 1339 nicht zu weit sein. Die Entdeckung des Irrtums fest grundätzlich eine sichere Kenntnis voraus (ebenso Staudinger, Bem. 2 b zu § 1339 und die dort zit. Entsch.; Endemann a. a. O.). Wenn jemand „entdeckt“, so muß er erkennen, was ist und wie es ist.

Dem Urt. ist darin beizutreten, daß vorherliche geschlechtliche Beziehungen der Ehefrau zu einem Dritten nicht immer und un-

jens der Ehe von der Eingehung der Ehe abgehalten haben würden. Der Bekl. stützt seine Anfechtung darauf, daß vor der Eheschließung der Parteien zwischen der Kl. und dem Zeugen S. geschlechtliche Beziehungen bestanden hätten, von denen er damals nichts gewußt habe. Wenn indes auch solche Beziehungen zwischen der Kl. und S. bestanden haben mögen, so erscheint die Annahme nicht hinreichend gerechtfertigt, daß die Kenntnis hiervom den Bekl. von der Eingehung der Ehe abgehalten haben würde. Berücksichtigt man, daß die Kl. die bei der Eheschließung mit dem Bekl. schon 47 Jahre alt war, verwitwet war und daß sie einen Bauernhof mit in die Ehe brachte, so sind nicht genügend Anhaltspunkte dafür vorhanden, daß der Bekl. bei einer von seinem Standpunkt aus vorgenommenen Abwägung der damals obwaltenden Umstände — wenn er von Beziehungen der Kl. zu S. Kenntnis gehabt hätte — aus diesem Grunde nicht zur Eheschließung mit der Kl. geschritten wäre. Es ist nicht hinreichend wahrscheinlich, daß früher unterhaltene Beziehungen der Kl. zu S. für die Einstellung des Bekl. als unbedingt wesentlich anzusehen wären, zumal er doch hätte erwarten können, daß derartige Beziehungen ihr Ende gefunden hätten und daß sich die Liebe der Kl. ihm allein zuwenden würde.

Die Anfechtung ist aber auch nicht rechtzeitig erfolgt. Die Anfechtung, die durch Erhebung der Anfechtungswiderklage oder Anfechtungswiderklage zu geschehen hat (§ 1341 BGB.), kann nur binnen sechs Monaten seit Entdeckung des Irrtums vorgenommen werden (§ 1339 BGB.). Es ist also zu prüfen, ob die gleichzeitig mit der Einlegung der Berufung erfolgte Erhebung der Anfechtungswiderklage innerhalb dieser Frist von sechs Monaten liegt. Die in der Berufungsschrift enthaltene Widerklage ist der Kl. am 25. März 1933 zugestellt worden. Der Bekl. war aber damals schon seit mehr als sechs Monaten nicht mehr in Unkenntnis über die früheren Beziehungen der Kl. zu S., die an sich nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme, insbes. auch nach den eigenen Bekundungen des S. in dem Strafverfahren 5 J 1027/29, als festgestellt angesehen werden müssen. In seiner Eingabe an das OLG. v. 13. Sept. 1932 sagt der Bekl. schon, daß er vor kurzem von dem Liebesverhältnis der Kl. zu S. aus der Zeit vor der Ehe der Parteien erfahren habe. Zur „Entdeckung des Irrtums“ i. S. des § 1339 BGB. bedurfte es keiner vollen Gewißheit; es genügte, wenn dem Bekl. Anhaltspunkte bekannt wurden, die einen über die bloße Vermutung hinausgehenden Schlüß gestatten (vgl. AG.: FB. 1928, 896¹⁰). Eine solche Kenntnis hatte aber der Bekl. schon einige Zeit vor dem 13. Sept. 1932, dem Tage der vorerwähnten Eingabe. Der Bekl. kann sich nicht etwa darauf berufen, zur Wahrung der Anfechtungsfrist genüge es, daß die gegenwärtige Scheidungsfrage innerhalb der sechs Monate erhoben sei. Es ist zwar richtig, daß mit der Erhebung der Scheidungsfrage auch das Anfechtungsrecht des Bekl., wie sich aus § 616 BGB. er-

bedingt zur Anfechtung der Ehe berechtigen. Bei der Prüfung, ob solche Beziehungen geeignet waren, den Widerkl. von der Eheschließung abzuhalten, ist sein subjektiver Standpunkt in erster Linie maßgebend; es ist aber auch ein objektives Moment zu berücksichtigen infofern, als davon auszugehen ist, daß der irrende Ehemann das Wesen der Ehe verständig gewürdigt hätte. Der Hinweis, daß die Widerbekl. bei der Eheschließung schon 47 Jahre alt war, daß sie verwitwet war und daß sie einen Bauernhof mit in die Ehe brachte, spricht dafür, daß der Ehemann durch die Kenntnis von vorherlichen Beziehungen zu dem Zeugen S. nicht von der Eingehung der Ehe abgehalten worden wäre. Diese Einstellung des Ehemannes würde aber eine andere sein, wenn er gewußt hätte, daß die Kl. ihre Beziehungen zu S. während des Aufgebotes noch nicht beendigt habe und daß sie nicht den Willen habe, ihre Liebe dem Widerkl. allein zuzuwenden. Die durch die Beweisaufnahme festgestellten Tatsachen, daß die Kl. sich zu einer dritten Person kurz vor der Eheschließung mit dem Widerkl. unter Anspielung auf das Aufgebot dahin äußerte, sie habe sich gegen ihren Sinn anschreiben lassen, und daß die Kl. den Zeugen S. nach ihrer Eheschließung weiter bei sich auf dem Hof behielt, sind Umstände, die dafür sprechen, daß die Kl. sich innerlich nicht von S. ab- und dem Widerkl. zugewandt hat. Wenn dem Widerkl. diese Umstände in Verbindung damit, daß zumindestens vor der Ehe geschlechtliche Beziehungen zu S. bestanden hatten, bekannt gewesen wären, hätte ihn dies sehr wohl von der Eingehung der Ehe abhalten können. Die Annahme einer persönlichen Eigenschaft i. S. des § 1333 muß nicht lediglich auf Umstände gegründet sein, die schon vor Abschluß der Ehe bestanden haben. Wenn Umstände erst nach der Eheschließung in Erscheinung treten, besteht doch die Möglichkeit — die dann allerdings sorgfältig zu prüfen ist —, den Schlüß auf das Vorhandensein einer dauernden, schon für die Zeit vor der Eheschließung feststellbaren Eigenschaft zu rechtfertigen (AG.: Warn. 1919 Nr. 173). Das OLG. hätte hiernach m. E. noch darauf eingehen müssen, ob die Kl. bei Eheschluß auch innerlich ihr Verhältnis zu S. geändert hatte und ob, wenn dies nicht der Fall gewesen wäre, der Widerkl. dann nicht von der Eingehung der Ehe abgehalten worden wäre.

KR. Dr. Herbert Kalies, Berlin.

gibt, in gewissem Sinne rechtshängig geworden ist, und der Scheidungskläger kann auch im Laufe des Rechtsstreites noch Anfechtung geltend machen, wenn die Anfechtungsfrist nur zur Zeit der Erhebung der Scheidungsklage noch liegt. Der Scheidungsklage kann aber in einem laufenden Scheidungsprozeß nur, solange die Anfechtungsfrist noch läuft, die Anfechtungswiderklage erheben (vgl. RG.: JW. 1928, 3061¹⁴). Dabei ist jetzt, wo die Widerklage nicht nur in der mündlichen Verhandlung, sondern auch durch Zustellung eines Schriftstücks erfolgen kann (§ 281 BGB.), die Anfechtungsfrist auch nicht einmal mehr, wie das früher der Fall war, für die Zeit von der Klagerhebung bis zur ersten mündlichen Verhandlung gehemmt. Nach alledem ist im vorl. Falle die Anfechtungswiderklage erst nach Ablauf der von der Entdeckung des Irrtums ab zu berechnenden Frist von sechs Monaten, also zu spät erhoben.

(OLG. Köln, 6. CivSen., Urt. v. 24. Okt. 1933, 6 U 115/33.)

Ber. von RA Dr. Neimig, Köln.

Berlin. II. Verfahren. Gebühren. Kosten.

6. §§ 16 Satz 2, 17 RAGB. Verhandlungsgebühr bei nichtstreitiger Verhandlung in Cheschachen. Weitere Verhandlungsgebühr. Bemessung der Gebühr im Läuterungsverfahren und in höherer Instanz.

RA. D. verlangt für die weitere Verhandlung im Läuterungstermin eine weitere Verhandlungsgebühr in Höhe der streitigen Verhandlungsgebühr, während der Urkundsbearbeiter nur die Hälfte dieses Saches festgelebt hat.

Es bestehen allerdings keine Bedenken, die Ausnahmebestimmung des § 16 Satz 2 RAGB. i. Verb. m. § 21 GKG., d. h. also u. a. für Cheschachen auch in den Fällen der weiteren Verhandlungsgebühr des § 17 RAGB. anzuwenden. Auch das OLG. Kiel: JW. 1933, 2228¹⁵ hat diesen Standpunkt jetzt anerkannt. Den Erwägungen des OLG. Kiel (in Übereinstimmung mit Friedlaender: JW. 1932, 2169 und Krakenbürger: JW. 1933, 546) vermag sich der Senat nur anzuschließen; denn dieselben Gesichtspunkte, die für die Bewertung der Verhandlung maßgebend sind, greifen auch bei der weiteren Verhandlung Platz.

Indes über sieht die Erinnerung, daß diese Ausnahmebestimmung nur gilt, sofern der Kläger verhandelt, gleichgültig, ob er im ersten Rechtszuge oder in der Rechtsmittelinstanz verhandelt (W. J. Friedlaender, 1932, Ann. 19 zu § 16 RAGB.). RA. D. hat hier aber die Beklagte, wenn auch als Berufsklägerin, vertreten. Für die einseitige Verhandlung durch den Rechtsmittelläger, der nicht die Parteirolle des Kl. hat, tritt aber nach § 16 Satz 3 RAGB. die Minderung der Verhandlungsgebühr nur dann nicht ein, wenn der Berufskläger oder der Revisionskläger ein Verzäumnisurteil beantragt. Der einseitige Antrag auf Läuterung des Urt. steht dem Antrag auf Verzäumnisurteil nicht gleich. Denn das Läuterungsurteil des § 462 Abs. 2 BGB. ist auch beim Ausbleiben einer Partei kein Verzäumnisurteil (RG. 14, 345).

Nun gilt die Ausnahmebestimmung zwar auch für den Widerkläger. Die Bell. tritt aber in der Ber. nicht als Widerklägerin auf.

Abgesehen von diesen Erwägungen versagt im vorl. Falle die Bezugnahme auf die Ausnahmebestimmung des § 16 Satz 2 RAGB. auch deshalb, weil der gesetzgeberische Grund des § 16 Satz 2 RAGB. für das Läuterungsverfahren überhaupt nicht zutrifft. Dann der innere Grund, daß trotz einseitiger Verhandlung in diesen Fällen eine weitgehende, nicht bloß formale Sachprüfung durch das Gericht zu erfolgen hat (W. J. Friedlaender, Ann. 8 zu § 16), sofern der Kläger verhandelt hat. Denn dann hat trotz der einseitigen Verhandlung eine weitgehende, nicht wie sonst bloß formale Sachprüfung durch das Gericht stattzufinden (Friedlaender, RAGB. 1932, Ann. 8 zu § 16).

Die Anwendbarkeit dieser Ausnahmebestimmung entfällt aber naturgemäß dann, wenn die in § 21 GKG. genannten Rechtsstreitigkeiten — hier speziell Cheschachen — sich in einem prozeßualen Verfahrenssabschnitt befinden, in welchem für eine einseitige kontraktorische Verhandlung der geschilderten Art kein Raum ist und das Verfahren sich von dem Verfahren in sonstigen Rechtsstreitigkeiten nicht unterscheidet. Das ist im Läuterungsverfahren der Fall. Mit der Rechtskraft des bedingten Endurteils hat auch die Besonderheit des entschiedenen Rechtsstreits ihr Ende gefunden. Das folgende Verfahren spielt sich bei allen Läuterungsverfahren in gleicher Weise ab. Es ist ohne Bedeutung, ob nur der Kl. oder nur der Bell. erscheint und den Antrag auf Läuterung des Urt. stellt. Denn die Folgen der Leistung oder Verweigerung des Eides sind rechtskräftig festgelegt. Die Tätigkeit des Gerichts im Läuterungsverfahren hat sich vielmehr — regelmäßig — auf die Prüfung der richtigen formalen Erledigung des Verfahrens sowie auf das Vorliegen etwaiger allgemein prozeßual erheblicher Momente (z. B. Unterbrechung) zu beschränken, und

zwar gilt trotz § 614 BGB. auch für das Läuterungsverfahren in Cheschachen (RG. 42, 372; 106, 222; JW. 1916, 424¹⁶).

Damit entfällt über der gesetzgeberische Grund, dem im Läuterungsverfahren einseitig verhandelnden Anwalt des Kl. die streitige, d. h. volle Verhandlungsgebühr zuzubilligen (so auch schon OLG. Kiel: JW. 1932, 1163¹⁷; dagegen Friedlaender: JW. 1932, 2169 Ann.).

(RG. Beschl. v. 4. Nov. 1933, 20 Wa 275/33.)

Ber. von LGR. Dr. Gaedele, Berlin.

*

7. § 1 ArmanwG. Der durch den Armenanwalt 2. Instanz nach Erlaß eines Zwischenurteils über den Grund unter Zurückweisung an die Vorinstanz geschlossene Vergleich über die Höhe der Klageforderung läßt regelmäßig keinen Anspruch auf Vergleichsgebühr aus der Staatskasse entstehen.

RA. S. war dem Kl. für die VerInst. als Pflichtanwalt beigeordnet. Das RG. hat den Anspruch durch Urt. v. 3. Febr. 1933 dem Grunde nach z. T. anerkannt und insoweit die Sache zur Entscl. über die Höhe an das OG. zurückverwiesen. Die Rev. des Kl. gegen dieses Urt. ist vom RG. durch Beschl. v. 12. Juni 1933 als unzulässig verworfen worden. Im Sept. 1933 hat RA. S. den von den Parteien außergerichtlich geschlossenen Vergleich zu den Akten überreicht.

Die von ihm für seine Mitwirkung zu dem Vergleichsschluß aus der Staatskasse verlangte Vergleichsgebühr ist ihm vom Urkundsbearbeiter mit Recht versagt worden.

RA. S. war dem Kl. nur für den zweiten Rechtszug als Armenanwalt beigeordnet. Mit der Beendigung dieser Instanz war seine Tätigkeit als Pflichtanwalt erledigt (§ 119 BGB.). Eine weitere nunmehr noch für die Partei ausgeübte Tätigkeit lag außerhalb des Rahmens der Beirordnung. Diese umfaßt nur die Vertretung der Partei für diejenige Instanz, in der die Beirordnung erfolgt ist (Bau am Bach, Reichssterrengefesse 1933, Ann. 2 B zu § 1 ArmanwG.; OLG. Köln: Recht 1931 Nr. 760). Diese Instanz war unzweifelhaft z. B. der Verwerfung der Rev. beendet. Für eine Tätigkeit des Armenanwalts der VerInst. in dieser seiner Eigenschaft, durch welche der Staatskasse gegenüber noch Gebührenansprüche des Armenanwalts hätten eintreten können, war dennoch mindestens nach diesem Zeitpunkt kein Raum mehr, zumal die Vergleichsverhandlungen auch nicht etwa noch während der Ver. begonnen haben.

Diese Beurteilung ändert sich auch nicht deshalb, weil das die VerInst. beendigende Urt. sich als Zwischenurteil über den Grund nach § 304 BGB. darstellt. Mit der Verweisung an die untere Instanz ist der Rechtsstreit nur noch dort anhängig. Nur der für die untere Instanz bestellte Armenanwalt ist mithin für die vergleichsweise Erledigung nunmehr zuständig.

Wie weit gerade in Fällen des § 304 BGB. eine Ausnahme insofern anerkannt werden kann, als die Tätigkeit des Armenanwalts zweiter Instanz noch zu dieser Instanz zu rechnen ist (wenn z. B. das Zwischenurteil noch nicht zugestellt oder zwar schon zugestellt, ein Rechtsmittel aber noch nicht eingelegt worden ist), braucht hier nicht erörtert zu werden. Denn die Gestaltung des vorl. Falles läßt eine derartige Ausnahme nicht zu.

(RG. Beschl. v. 15. Nov. 1933, 20 Wa 292/33.)

Ber. von LGR. Dr. Gaedele, Berlin.

*

Celle.

8. § 11 Abs. 1 GKG. In einem Rechtsstreit um die Anfechtung der Echtheit des Kindes eines Arbeiters ist der Streitwert nicht auf den niedrigsten zulässigen Betrag festzusehen.

Bei der Bemessung des Streitwertes in den Fällen des § 11 GKG. sind auch die Lebensverhältnisse der Beteiligten in Betracht zu ziehen. Es erscheint deshalb im Hinblick darauf, daß der Kl. als Spinnereiarbeiter in bescheidenen Verhältnissen lebt und den Prozeß im Armenrecht geführt hat, gerechtfertigt, unter den regelmäßigen Streitwert von 2000 RM herunterzugehen, jedoch nicht bis auf den niedrigsten überhaupt zulässigen Betrag von 500 RM, sondern nur bis auf 1000 RM als die Hälfte des regelmäßigen Streitwerts. Bei der großen Bedeutung, die ein auf die Feststellung der Abstammung und des Personenstandes eines Menschen abzielender Prozeß für die Beteiligten hat, würde die Festsetzung des Streitwerts auf das niedrigste überhaupt zulässige Maß nur dann zu billigen sein, wenn es sich um Personen handeln würde, die der niedrigsten Stufe der Bevölkerung zuzurechnen sind, also entweder um umherziehende Leute, wie Zigeuner, Landstreicher u. dgl., oder um sittlich tiefstehende Personen, wie Gewohnheitsverbrecher, Zuhälter usw. Bei Angehörigen des Arbeiterstandes dagegen würde eine so niedrige Bemes-

sung des Streitwerts der Bedeutung eines Prozesses dieser Art nicht gerecht werden und geeignet sein, den falschen Eindruck hervorzurufen, als käme ihm, so es sich um Angehörige des Arbeitersstandes handelt, eine geringere Bedeutung zu als in anderen Bevölkerungskreisen.

(DVG. Celle, 1. ZivSen., Beschl. v. 6. Nov. 1933, 1 W 621/33.)
Einges. von RA. Niemann, Osnabrück.

*

Hamm.

9. § 811 Biff. 5 BPD. Ein Gegenstand ist auch dann unentbehrlich, wenn er zwar von einem Gehilfen benutzt wird, der Wegfall des Gegenstands aber auch den Betrieb im übrigen, d. h. soweit er vom Schuldner persönlich gehandhabt wird, zum Erliegen bringen würde.

Es handelt sich um einen Wirtschafts- und Kabarettbetrieb, der von dem Chemann persönlich betrieben wird.

Der Flügel wird von der Kapelle benutzt, welche zu den Vorführungen und zum Tanz aufspielt. Das Grammophon wird zu demselben Zwecke, namentlich nach 1 Uhr nachts, benutzt, wenn die Kapelle ihre Darbietungen beendet hat. Nach der Art des Betriebes sind sowohl der Flügel als auch das Grammophon zur Fortsetzung des Betriebes unentbehrliche Gegenstände. Auch wenn Zusammensetzungen einer Kapelle denkbar sind, welche nicht in allen Fällen die Zugehörigkeit eines Klaviers erfordern, so kann doch ohne weiteres angenommen werden, daß auf die Dauer die Kapelle in einem derartigen Betriebe ohne Klavier ihren Zwecken nicht genügen würde.

Richtig ist allerdings, daß die Unpfändbarkeit des § 811 Biff. 5 BPD. grundsätzlich die Unentbehrlichkeit eines solchen Gegenstandes voraussetzt, welcher dem Schuldner persönlich dient, von ihm persönlich also und nicht durch einen Gehilfen zur Fortsetzung der Erwerbstätigkeit benutzt wird.

Das Grammophon wird von dem Schuldner persönlich benutzt. Das Auslegen der Platten liegt in dem Rahmen der Tätigkeit eines Kabarettinhabers, namentlich in späten Stunden. Dagegen wird der Flügel in allen Fällen ausschließlich durch Gehilfen benutzt. Gleichwohl war nach Auffassung des Senats auch hinsichtlich des Flügels die Voraussetzung der Unentbehrlichkeit zur persönlichen Fortsetzung der Erwerbstätigkeit erfüllt. Von der Regel, daß der Gegenstand von dem Schuldner in Ausübung der Erwerbstätigkeit auch persönlich bedient werden muß, muß nämlich in solchen Fällen abgesehen werden, in denen zwar der Gegenstand nur einem Gehilfen dient, der Wegfall des Gegenstandes und der damit ausgeübte Tätigkeit des Gehilfen aber zwingend auch den Betrieb im übrigen, soweit er also von dem Schuldner persönlich gehandhabt wird, zum Erliegen bringen würde. In einem solchen Fall dient auch ein solcher Gegenstand der persönlichen Fortsetzung der Erwerbstätigkeit des Schuldners (vgl. AGNspr. 31, 105).

(DVG. Hamm, 11. ZivSen., Beschl. v. 15. Nov. 1933, 11 W 657/33.)
Einges. von AGN. Dr. Meyer, Minden.

*

Kiel.

10. § 940 BPD. Ein Verlechter kann unter Umständen die Zahlung einer Rente, nicht aber zwecks Vergleichung ihm erwachsener Arztkosten eine Abschlagszahlung im Wege der EinstwVerf. von seinem Schuldner beanspruchen.

A., der durch Zusammenstoß mit dem Kraftwagen des B. verletzt ist und gegen B. einen langwierigen Prozeß führt, begehrt wegen der ihm entstandenen Heilungskosten, auf deren Vergleichung er gedrängt wird, im Wege der EinstwVerf. von B. eine Abschlagszahlung, und zwar ohne Erfolg.

Es liegt auf der Hand, daß § 935 BPD. auf den gegebenen Sachverhalt nicht anwendbar ist. Aber auch auf § 940 BPD. läßt sich die beabsichtigte EinstwVerf. nicht stützen. § 940 a. a. D. gestattet EinstwVerf. zum Zwecke der Regelung eines einstweiligen Zustandes in bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis, sofern diese Regelung, insbes. bei dauernden Rechtsverhältnissen, zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder aus anderen Gründen nötig ist. Eine solche Zustandsregelung kommt z. B. in Betracht, wenn ein Verunglücteter infolge eines Unfalls erwerbsunfähig wird und wenn er für die Zukunft laufender Beträge bedarf, um seinen Unterhalt oder die durch die noch fortdauernde Behandlung laufend weiter entstehenden Kosten zu decken. In solchen Fällen kann zur Regelung dieses einstweiligen Zustandes, falls die sonstigen Voraussetzungen des § 940 BPD. gegeben sind, dem BfsgsBell. im Wege einer EinstwBfsg. die Zahlung einer Rente aufgegeben werden, wie der Sen. in ständiger Nspr. annimmt. Der gegenwärtige Fall liegt aber ganz anders. BfsgsB. will in Wirklichkeit gar keinen Zustand geregt wissen, sondern er erstrebt, weil ihm der Hauptprozeß zu lange dauert, eine Abschlagszahlung, um seine bereits in der Vergangenheit entstandenen, ihn drückenden

Schulden bezahlen zu können und so zu vermeiden, daß ihm durch die Nichtbegleichung dieser Schulden Nachteile erwachsen. Ein solches Verlangen ist aber im Gesetz nicht begründet und läßt sich mit einer EinstwBfsg. aus § 940 BPD. nicht durchsetzen. Wollte man ihm nachgeben, so ließe das letzten Endes darauf hinaus, daß jeder Gläger, der von seinen Gläubigern bedrängt wird, auf seine eigenen Forderungen von seinen Schuldern im Wege des beschleunigten Verfahrens einer EinstwBfsg. Abschlagszahlungen ereichen könnte. Das kann nicht Rechtens sein, zumal wenn man bedenkt, daß jenes Verfahren seinem ganzen Wesen nach nicht entfernt die Rechtsicherheiten bietet wie das ordentliche Prozeßverfahren. Das Gesetz enthält denn auch nirgends eine Best. auf Grund derer es möglich wäre, einem Schuldner im Wege der EinstwVerf. eine Abschlags-, also Teilzahlung aufzuerlegen, damit sein Gläubiger seine eigenen Schulden bezahlen kann. Auch Teilleistungen sind in aller Regel nur im ordentlichen Prozeß zu erzwingen. In ihm ist deshalb die Möglichkeit geboten, sobald ein Forderungsteil spruchreif ist, ein Teilsturz nach § 301 BPD. zu erlassen, um so dem Gläubiger wegen des klargestellten Teils seines Anspruchs schleunigt zu seinem Rechte zu verhelfen.

(DVG. Kiel, 4. ZivSen., Beschl. v. 18. Jan. 1933, 4 W 5/33.)

Ber. von AGN. Schumacher, Altona.

*

Naumburg.

11. Nach Entziehung des Armenrechts ist dem Berufungskläger eine Frist aus § 519 Abs. 6 BPD. zu setzen, auch wenn bereits Versäumnisurteil ergangen war. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist ist das Verjährnisurteil aufzuheben; das kann auch durch Beschuß geschehen. Fristverlängerungen während der Hemmung sind ohne Bedeutung.

Der Sen. hatte der Kl. am 7. Dez. 1932 als Berufungskl. das Armenrecht bewilligt. In der Sitzung v. 24. Mai 1933 hat er ihr das Armenrecht entzogen, weil sie nicht den Nachweis ihrer Armut geführt hat und weil die weitere Rechtsverfolgung aussichtslos erscheine. An demselben Tage ist ihre Ver. durch Verjährnisurteil zurückgewiesen worden. Nachdem sie ordnungsmäßig Einspruch gegen dieses Urt. eingelegt hat, hat ihr der Vorsitzende Frist aus § 519 Abs. 6 BPD. am 20. Juni 1933 — zugestellt am 20. Juni 1933 — bis zum 14. Juli 1933 gesetzt. Er hat die Frist dann mehrfach verlängert, zuletzt bis zum 7. Okt. 1933. Am 24. Juni 1933 ist ein Gesuch der Kl. und ihres Chemannes bei Gericht eingegangen, in dem sie um Aufhebung des Entziehungsbefehl. bitten und andernfalls „Beschw. einlegen“. Das Gesuch, das sich als erneutes Armenrechtsgebot darstellt, hat die Kl. durch ihren Prozeßbevollmächtigten, nachdem sie durch Schreiben des SenBvgl. v. 26. Juni 1933 dahin beschieden war, daß der Sen. keinen Anlaß habe, seinen Beschl. v. 24. Mai 1933 zu ändern, am 13. Sept. und 7. Okt. 1933 wiederholt. Durch Sen-Beschl. v. 7. Okt. 1933, an diesem Tage auch zugestellt, ist der Antrag abgelehnt worden.

Die Ver. mußte nunmehr nach §§ 519 Abs. 6, 519 a BPD. als unzulässig verworfen werden unter Befürtigung des auf Zurückweisung des Rechtsmittels lautenden Verjährnisurteils. Da die Entsch. nach Abs. 2 des § 519a BPD. durch Beschl. erfolgen kann, erschien auch die Aufhebung des Verjährnisurteils in dieser Form zulässig.

Die nach Entziehung des Armenrechts angebrachten Gesuche um Bewilligung des Armenrechts gründen sich nicht auf neue Tatsachen und haben deshalb keine fristhemmende Wirkung (RG. VI v. 11. Mai 1933; SeuffArch. Bd. 87 Heft 9 [1933] S. 287). Dann ist die Frist am 7. Okt. 1933 abgelaufen.

Aber auch wenn man dem nach Entziehung des Armenrechts eingereichten Armenrechtsgebot fristhemmende Wirkung beimitzt, ist die Nachweisfrist fruchtlos verstrichen. Die Hemmung ist dann mit Eingang des ersten Gesuchs am 24. Juni 1933 eingetreten und hat ihr Ende gefunden mit Ablauf von zwei Wochen nach Zustellung des auf das Gesuch ergangenen Beschl. Die Bfsg. v. 26. Juni 1933 stellt einen solchen Beschl. nicht dar, maßgebend ist vielmehr der ablehnende SenBeschl. v. 7. Okt. 1933. Da er dem Prozeßbevollmächtigten der Kl. am 7. Okt. 1933 zugestellt ist, war die Nachweisfrist bis zum 21. Okt. 1933 gehemmt. Die Frist war, als die Hemmung eintrat, bis zum 14. Juli gesetzt, so daß sie mit dem zwanzigsten Tage seit dem 21. Okt., also am 10. Nov. 1933, ihr Ende gefunden hat. Daran ändern die verschiedenen Fristverlängerungen nichts, da sie sämtlich in die Zeit fallen, in welcher die Frist nicht lief. Sie sind nur vorsorglich angeordnet worden. Demnach war, wie geschehen, zu beschließen und im Kostenpunkt nach §§ 97, 344 BPD. zu befinden.

(DVG. Naumburg, 6. ZivSen., Beschl. v. 15. Nov. 1933, 6 U 312/32.)

Ber. von RA. Hudemann, Naumburg a. S.

Obergericht Danzig.

I. §§ 350, 351 StGB. Zum Begriff der Amtsunterschlagung unter unrichtiger Registerführung bei einem Gerichtsvollzieher. Handakten des Gerichtsvollziehers keine Register.†

Der Angekl. ist vom LG wegen fortgesetzter schwerer Amtsunterschlagung zu einer Gefängnisstrafe verurteilt worden. Seine Rev. rügt Verleugnung materiellen Rechts, insbes. der §§ 350, 351 StGB, und erwies sich auch als begründet.

Zwar bestehen keine Bedenken dagegen, daß die Strk. auch insofern den Tatbestand der Amtsunterschlagung als gegeben ansieht, als der Angekl. zur Vertuschung eines durch sein Verschulden entstandenen Fehlbetrages die für bestimmte Gläubiger eingegangenen Gelder an andere Auftraggeber abführte. Denn da er den Fehlbetrag aus eigener Tasche zu decken hatte, so befreite er sich durch sein Verhalten von der Erfüllung seiner eigenen sofort fälligen Schuld auf eine unbefristete und nicht übersehbare Zeit. Er hat damit die fremden Gelder wirtschaftlich für sich verwendet und sie sich damit zugeeignet. Diese Ausfassung entspricht insbes. AGSt. 62, 173... (Es werden dann zunächst andere Bedenken gegen Anwendung des § 350 StGB. erörtert.)

Noch weit erheblicheren Bedenken unterliegen aber die Feststellungen des Urt., daß die Voraussetzungen des § 351 StGB. gegeben seien. § 351 sieht, soweit er hier überhaupt in Frage kommen kann, voraus, daß der Beamte in Beziehung auf die Unterschlagung die zur Eintragung oder Kontrolle der Einnahmen oder Ausgaben bestimmten Rechnungen, Register oder Bücher unrichtig geführt habe. Nach dieser Richtung kommt zunächst das Dienstregister in Betracht, zu dessen Führung der Angekl. nach § 60 Abs. 1 GBollzD. verpflichtet ist. Es muß nach der angekl. Gesetzesbestimmung aber zur Eintragung oder Kontrolle der Einnahmen oder Ausgaben bestimmt sein. Das Formblatt für die Führung dieses Dienstregisters, wie es in dem Muster 3 zur GBollzD. (Sattelmacher-Lenz, Das Gerichtsvollziehern in Preußen S. 89) und mit ganz geringer Untercheidung auch in Danzig angeordnet ist, enthält nur eine Spalte (6) für die Gebühren und Auslagen bei Parteaufträgen und eine Spalte (7) für die Eingänge aus amtslichen Aufträgen. Die anderen Spalten kommen nach ihrer Überschrift für Kassenein- und -ausgänge überhaupt nicht in Frage. Hier handelt es sich aber, wie die Feststellungen des Urt. ergeben, im wesentlichen um Beträge, die von Schuldner an den Gerichtsvollzieher gezahlt oder von Gläubigern als Kostenworschüsse an ihn gelangt sind. Die Vorschrift des § 61 GBollzD. über die Ausfüllung der Spalten läßt nur unter Nr. 9 erkennen, daß der Gerichtsvollzieher Geldbeträge, die er als Vorbehalt von dem Auftraggeber erhalten hat, in der letzten Spalte des Dienstregisters (Bemerkungen) nachrichtlich anzugeben habe. Dazu dort auch die Zahlungen, die ein Schuldner an den Gerichtsvollzieher leistet, einzutragen seien, ist nirgends gesagt. Auch das Abreiterungsbuch (Spalte 8) hat nichts mit der Sache zu tun, wie § 61 GBollzD. zeigt. Mit den Geldern, die der Gerichtsvollzieher infolge der Zwangsvollstreckung erhält, beschäftigt sich lediglich § 85 der Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher (Sat-

Bu 1. Das Urt. des Danziger ObGer. ist ein Musterbeispiel dafür, welchen Schärfeinn der Strafrichter mitunter anwenden muß, um zu einer Entsch. zu gelangen, die dem aus der Worffassung des Gesetzes zu entnehmenden Willen des Gesetzes gerecht wird, ohne daß der gefundene Verstand des Mannes aus dem Volke einzusehen vermöchte, weshalb diese oder jene zwar die einen Fälle, nicht aber die anderen, die ihm wesentlich gleich zu liegen scheinen, unter den gesetzlichen Tatbestand fallen. Das liegt aber nicht am Richter, sondern an dem unvollkommenen Gesetz, dem es nicht gelungen ist, den von ihm verfolgten Gedanken so allgemein und rein zu fassen, daß nach der Lebensauffassung tatsächlich gleichliegende Fälle juristisch nicht verschieden behandelt werden müssen. Das in der Rspr. zu §§ 350, 351 StGB. sich zum Teil zeigende Bestreben, die Begriffe der zur Kontrolle der Einnahmen oder Ausgaben bestimmten Rechnungen, Register oder Bücher i. S. des § 351 einschränkend auszulegen (so muß z. B. nach AGSt. 43, 207 u. 58, 236 die Führung der Bücher ufw. auf amtlicher Anordnung beruhen), ist psychologisch wohl daher zu erklären, daß man in besonders gelagerten Fällen die schwere Strafe des § 351 vermeiden wollte. Vielleicht lag dieses Bedürfnis auch in dem vom Danziger ObGer. entschiedenen Falle, mindestens unbewußt, vor; womit nicht gesagt sein soll, daß es juristisch nicht haltbar ist, den Handakten eines Gerichtsvollziehers die Eigenschaft als Register, die eine fortlaufende Kontrolle ermöglichen, abzusprechen, wenn es auch zweifelhaft erscheint, ob den Handakten jene Eigenschaft gerade deshalb fehlt, weil in ihnen lediglich die auf eine Sache bezüglichen Vorgänge wahllos (?) zusammengeheftet werden. De lege ferenda wird schlechthin auf solche Eintragungen in Beziehung auf die Amtsunterschlagung abzustellen zu sein, die geeignet sind, die Tat zu verschleiern; vor allem aber wird der Strafraum so weit zu gestalten sein, daß sowohl schwere als leicht liegende Fälle dabei auf ihre Rechnung kommen.

SenPräf. Prof. Dr. Klee, Berlin.

telmacher-Lenz a. D. S. 184 f.). Der Gerichtsvollzieher hat nach § 85 Nr. 1 über die Geldbeträge, die infolge der Zwangsvollstreckung in seine Hände gelangt sind, in den Akten eine Berechnung aufzustellen, er hat nach Nr. 5 die auf die Gläubiger entfallenden Beträge unverzüglich an die Empfangsberechtigten abzuführen und nach Nr. 6 die Auszahlung durch Quittungen oder Postscheine zu belegen, aus denen sich die Einzahlung der Beträge zur Abführung an die Empfangsberechtigten durch die Post ergibt. Im Gegensatz zu den hier nach vorgezeigten Vermerken in den Handakten ist ein Vermerk im Dienstregister oder einem anderen Buch nicht angeordnet, so auffallend dieser Mangel im Interesse einer geordneten Buchführung auch erscheinen mag. Tatsächlich ist in Danzig, erst nachdem sich der hier abzurteilende Fall ereignet hatte, über die in Preußen geltenden Best. hinaus durch eine Anordnung des AGDir. den Gerichtsvollziehern die Führung von Kassenbüchern vorgeschrieben worden (GenAkten des AG. Danzig über die Vollstreckungstätigkeit der GBollz. 1 IX 5 a Bl. 131 ff.). Diese spätere Anordnung kann naturgemäß zur Beurteilung des vorl. Falles nicht herangezogen werden.

Hier nach könnten von den Fällen, in denen sich der Angekl. einer Amtsunterschlagung schuldig gemacht hat, nur diejenigen unter dem Gesichtspunkt einer unrichtigen Registerführung herangezogen werden, in denen er gegen die Vorschrift des § 61 Nr. 9 GBollzD. hinsichtlich der Eintragung in die letzte Spalte des Dienstregisters verstoßen hat. Hierzu fehlen aber im angef. Urt. ausreichende Feststellungen, ganz besonders auch unter dem Gesichtspunkt, daß nach den oben zu § 350 StGB. gegebenen Darlegungen bisher nicht sicher steht, in welchen Einzelfällen sich der Angekl. einer Amtsunterschlagung schuldig gemacht hat.

Wenn das angef. Urt. in einer Anzahl von Fällen bemerkt, daß das Dienstregister insofern unrichtig sei, als die Erledigung des Auftrags nicht eingetragen sei, so fehlt es auch hier an einer Vorschrift, durch die die Eintragung eines besonderen Erledigungsvermerks im Dienstregister vorgesehen wäre.

Das angef. Urt. findet den Verstoß des Angekl. gegen § 351 StGB. auch darin, daß er die Sonderakten unrichtig geführt habe, die „ohne Zweifel Register und Belege i. S. des § 351 StGB.“ seien. Hierzu ist zunächst zu beachten, daß unrichtige Belege in § 351 StGB. nur dann eine Rolle spielen, wenn dem Beamten die Vorlegung unrichtiger Abschlüsse oder Auszüge aus den vorerwähnten Rechnungen, Registern oder Büchern oder unrichtiger Belege zu denselben zum Vorwurf gemacht wird. Dieser Fall ist aber weder Gegenstand der Anklage noch im angef. Urt. überhaupt erörtert worden. Vielmehr handelt es sich lediglich um den ersten Fall des § 351, daß der Angekl. die zur Eintragung der Kontrolle der Einnahmen oder Ausgaben bestimmten Rechnungen, Register oder Bücher unrichtig geführt habe. Wird dem Angekl. die unrichtige Führung der Sonderakten vorgeworfen, was im Hinblick auf § 85 der Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher gerechtfertigt sein mag, so erfüllt dieser Tatbestand die Voraussetzungen des § 351 StGB. doch nur dann, wenn die Sonderakten unter den Begriff der „Rechnungen, Register oder Bücher“ fallen. Als ein Buch können die Handakten des Gerichtsvollziehers schon rein begrifflich nicht angesehen werden. Zum Wesen des Registers gehört es nach AGSt. 45, 296, daß man daraus fortlaufend eine Kontrolle üben kann. Wenn das AG.: AGSt. 59, 339 u. 67, 195 z. B. auch Blocks nebst den angeklebten Scheinen, wie sie an einer Gepäckkasse geführt werden, oder auch Quittungs-Doppelscheinen, wie sie der Vollz. Beamte eines FinA. zu führen hat, bereits als solche Register angesehen hat, so sind das doch wenigstens Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, eine fortlaufende Kontrolle zu ermöglichen. Das ist aber bei den Handakten des Gerichtsvollziehers, in denen lediglich die auf eine Sache bezüglichen Vorgänge wahllos zusammengeheftet werden, nicht der Fall. Sie können daher nicht als Register i. S. der angeführten Gesetzesbestimmung angesehen werden.

(ObGer. Danzig, SirSen, Urt. v. 24. Okt. 1933, 1 S 71/33.)

Ber. von ObG. Methner, Danzig.

Berlin.

Landgerichte.

I. Neben der einstweiligen Einstellung einer Pfändung in Wertvorräte unter Bewilligung von Zahlungsfristen nach § 18 Abs. 4 Ziff. 1 VollstrSchV. v. 26. Mai 1933 kann dem Schuldner nicht zugleich der freiändige Verkauf dieser Vorräte gestattet werden.

Dem Verlangen der Schuldnerin, ihr neben der einstweiligen Einstellung und Bewilligung von Zahlungsfristen den Verkauf der Pfandstücke zu gestatten, konnte nicht entsprochen werden, weil eine solche Gestaltung gesetzlich unzulässig wäre. Nach dem Gesetz kann nur entweder völlige Aufhebung oder einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung bewilligt werden. Einstweilige Einstellung ist ein feststehender Begriff und setzt jedensfalls Aufrechterhaltung der Verstrickung voraus. Diese ist begrifflich mit der begehrten Verkaufs-

erlaubnis unvereinbar. Diese Erlaubnis käme praktisch einer völligen Aufhebung der Pfändung gleich und würde die Gläubigerin gerade um diejenige Sicherung bringen, die ihr im Falle einstweiliger Einstellung der Zwangsvollstreckung unter allen Umständen gewahrt bleiben soll. Die Schuldnerin würde durch die Verkaufserlaubnis befugt werden, ohne jede Mitwirkung des Gerichtsvollziehers die gesamte Verstrickung sofort selbständig zu befreiten, während selbst bei Aufhebung durch das Gericht die Pfandstücke erst noch vom Gerichtsvollzieher freigegeben werden müßten. Auch die von der Schuldnerin angeregte Auflage, die Ablösung des Erlöses in eine besondere Kasse anzugeben, würde der Gläubigerin die erforderliche Sicherheit nicht erzeugen. Bestimmte Verkaufspreise vorzuschreiben, wäre das Gericht weder befugt noch sachkundig genug, und ohnedies könnte die Schuldnerin die Verstrickung ratsch befreiten und die Gläubigerin um jede Sicherheit bringen, indem sie die Pfandstücke wenigstens dem äußeren, unüberlegbaren Anschein nach weit unter ihrem Wert veräußern würde. Außerdem würde selbst bei der erwähnten Auflage der Erlös nicht zweifellos den strafrechtlichen Schutz genießen, mit dem die §§ 136, 137 StGB. die Verstrickung der Pfandstücke sichern.

(LG. Berlin, 57. ZR., Beichl. v. 17. Okt. 1933, 257 T 14478/33.)
Vor. von Dr. Robert Hoffmann, Berlin.

*

Glatz.

2. §§ 78 ff. GenG. Eine Erhöhung des Geschäftsanteils einer eingetr. Genossenschaft mbH. ist auch im Liquidationsstadium zulässig.†)

Die Rer. Genossenschaft setzte den Geschäftsanteil jedes einzelnen Genossen durch GenVersBeichl. v. 5. Nov. 1922 auf 1000 RM fest. Am 17. Dez. 1923 wurde der Geschäftsanteil nach Beendigung der Inflation auf 10 RM festgesetzt und gleichzeitig bestimmt, daß jeder Genosse für je 50 Morgen Landbesitz einen Geschäftsanteil erwerben müsse.

In der GenVers. v. 29. Nov. 1926 wurde der Bell. zum Mitglied des Aufsichtsrats der Genossenschaft gewählt. Er nahm die Wahl an und wurde auch als Aufsichtsratsmitglied längere Zeit hindurch tätig. Als Genosse trat er der Genossenschaft jedoch nicht bei. Die Genossenschaft erhöhte später in der GenVers. v. 29. März 1931 den Geschäftsanteil, welcher in der Zwischenzeit schon einmal auf 200 RM erhöht worden war endgültig auf 400 RM und beschloß daraufhin die Auflösung der Genossenschaft. Die Erhöhung des Geschäftsanteiles wurde am 2. April und der Liquidationsbeschluß am 4. April 1931 im Genossenschaftsregister eingetragen.

Die in Liquidation befindliche Genossenschaft trägt nun vor, daß der Bell. durch die Annahme der Aufsichtsratsmitgliedschaft die Verpflichtung übernommen habe, Genosse zu werden und dementsprechend auch verpflichtet sei, für den Genossenschaftsanteil von 400 RM einzustehen. Die Kl. hat beantragt, den Bell. zur Zahlung von 400 RM nebst Zinsen zu verurteilen. Der Bell. macht geltend, daß er niemals Mitglied des Aufsichtsrats im rechtlichen Sinne geworden sei, weil Mitglieder des Aufsichtsrats nur Genossen sein durften, er selbst aber ja niemals Genosse geworden sei. Außerdem wendet er ein, daß der Geschäftsanteil, für den er einzustehen habe, höchstens 1000 PM. betrage, weil die späteren Erhöhungsbeschlüsse nichtig seien. Die Erhöhung auf 10 RM sei gleichzeitig mit der Einführung des sog. Staffeltarifs beschlossen

Zu 2. 1. Vgl. zu diesem Urt. meine Ausführungen zu RG. oben S. 2919.

2. Das RG. war bei dieser begrüßenswerten, weil den Grundsätzen der nationalsozialistischen Volksgemeinschaft über die Sicherstellung des in den kleinsten ländlichen Genossenschaft eingebrachten Bauervermögens gerecht werdenenden Entsch. in einer eigenartigen Zwangslage. Zwar war die Erhöhung des Geschäftsanteiles am 2. April 1931, also zwei Tage vor der Eintragung des Liquidationsbeschl. in das Register zur Eintragung gelangt; es scheinen aber beide Beschl. über Anteilserhöhung wie Auflösung in der gleichen GenVers. v. 29. März 1931 gesetzt zu sein.

Das RG. würde in diesem Falle nach seiner ständigen Rspr. seit 1931 (JW. 1933, 110—112 und RG. 132, 149) den Erhöhungsbeschl. wegen Verwendung der Anteile zur Abwendung des Konkurses für nichtig erklärt haben.

Die freie Stellung des Richters der Volksgemeinschaft des Dritten Reiches rückte die wirtschaftlichen Vorteile der Abwendung des Konkurses in den Vordergrund seiner Entsch. und band sich nicht — er entschied in letzter Instanz — an die herrschende Rechtsmeinung.

Wir werden im vorl. Fall dieses Verfahrens durchaus billigen, um so mehr, als § 87a GenAbGef. v. 18. Mai 1933 (RGBl. I, 275) diese vom RG. im ständigen Rechtswidderstreite mit dem RG. vertretene Wirtschaftsauslegung gesetzgeberisch nunmehr verankert hat.

Es sei jedoch bei diesem Husarenritt eines RG. gegen die vom RG. festgelegte, für den Anwalt als Rechtsberater der Partei bindende Rechtsauffassung auf die Gefahren hingewiesen, die eine

worben. Ein derartiger Tarif sei unzulässig, er sei auch nicht einstimmig beschlossen worden. Gem. § 139 BGB. ergreife die Richtigkeit dieses Beschl. auch den gleichzeitig gefassten Erhöhungsbeschl. Die Erhöhung des Geschäftsanteiles auf 400 RM sei außerdem deshalb nichtig, weil sie erst während der Liquidation beschlossen worden sei. Schließlich sei der Klageanspruch auch verjährt. In der Verf. hat der zunächst in vollem Umfang verurteilte Bell. neu geltend gemacht, daß er seinen Geschäftsanteil in Höhe von 200 RM bezahlt habe.

Als er zum Aufsichtsrat gewählt worden sei, habe er den daran bestehenden Geschäftsanteil in Höhe von 10 RM alsbald bezahlt. Im September oder Oktober 1930 habe er auch die fehlenden 190 RM bezahlt, als der Geschäftsanteil auf 200 RM festgesetzt worden sei. Die spätere Erhöhung des Geschäftsanteiles auf 400 RM sei auf alle Fälle nichtig, weil diese Erhöhung lediglich vorgenommen worden sei, um für die Liquidation notwendige Gelde hereinzubekommen.

Durch die vom Bell. nachgewiesene Zahlung des Geschäftsanteils von 200 RM ist der Streit hinsichtlich der ersten 200 RM erledigt. Zu entscheiden war daher nur noch die Frage, ob die Erhöhung des Geschäftsanteils auf 400 RM rechtswirksam gewesen ist oder nicht. Das RG. lehnt allerdings die Erhöhung des Geschäftsanteils im Liquidationsstadium einer Genossenschaft ab, weil diese nach der Natur des Geschäftsanteils mit dem Liquidationszweck unvereinbar sei und praktisch auf eine verbotene Zubuße hinauslaufe. Dieser Standpunkt des RG., der inzwischen durch gesetzgeberische Maßnahmen v. 20. Juni 1933 überholt ist, erscheint auch nach der früheren Rechtslage nicht richtig. Die Liquidation dient vornehmlich der Schuldentlastung, wie dies ausdrücklich im § 88 GenG. gesagt ist. Eine Maßnahme der GenVers., welche auf die Schuldentlastung abzielt, kann daher niemals liquidationswidrig sein. Wenn das RG. die Geschäftsanteilserhöhung zu diesem Zwecke ablehnt, weil die Einzahlungen auf den Geschäftsanteil nur der Fortführung des Unternehmens dienen sollen, so verkennt es die Doppelnatürlichkeit des aus den Einzahlungen auf den Anteil gebildeten Guthaben. Dieses ist natürlich der Schaffung eines Betriebsvermögens gewidmet, daneben dient es aber auch den Gläubigern als Haftungskapital. Bei dieser Funktion des Geschäftsguthabens muß es auch zulässig sein, der GenVers. zu gestatten, eine Anteilserhöhung zu dieser Zweckbest. zu beschließen.

Aus diesen Gründen hat das erk. Gericht in Übereinstimmung mit dem RG. schon zu wiederholten Malen den Standpunkt vertreten, daß eine Erhöhung des Geschäftsanteils auch im Liquidationsstadium zulässig ist, weil allein dieser Standpunkt den praktischen Bedürfnissen Rechnung trägt. Das erk. Gericht hat keine Veranlassung gesehen, von diesem Standpunkt, der inzwischen durch die Gesetzgebung zum alleingültigen erhoben worden ist, im vorl. Falle abzugehen.

Danach ist der Bell., welcher durch die Annahme der Aufsichtsratsmitgliedschaft sich verpflichtet hatte, der Genossenschaft beizutreten, verpflichtet, auch den erhöhten Geschäftsanteil von 400 RM zu zahlen.

(LG. Glatz, Urt. v. 2. Nov. 1933, 3 S 151/33.)

Einges. von RA. Dr. Mohr, Neurode i. Guelgeb.

*

solche — hier unstreitig berechtigte — Abweichung von der RG-Rspr. dem Anwaltsstande bringen kann. Wer von der h. M. abweicht — sogar dann, wenn der FerSen. des RG. anders als der ordentliche Sen. entschieden hat, gilt nur des letzteren Urteils bei der Rechtsberatung als verbindlich — macht sich als Anwalt schadenshaftpflichtig seiner Partei gegenüber.

Wir werden aber öfters — insbes. in der Frage der Sittenwidrigkeit, wo sich unsere Anschauungen von denen des liberalistischen Zeitalters erheblich trennen — von unseren deutschen Richtern erwarten müssen, daß sie ihrem Richterschwert entsprechend im Dienste der nationalsozialistischen Volksgemeinschaft nicht erst abwarten, bis das RG. seine frühere Meinung aufgegeben hat.

Der Anwalt muß daher erwarten, daß auch die Beurteilung seiner Verantwortung bei Ratschlägen, die z. B. eine Ber. im Gegensatz zur bisherigen Rspr. für ausichtsvoll erklären, eine seiner Neuerstellung im Dritten Reich als Organ der Rechtspflege entsprechend mildere wird.

Unvermeidlich erscheint hierbei die Folge, daß ein den nationalsozialistischen Staatsgrundsätzen fremd gegenüberstehender Anwalt — was naturgemäß bei nichtarischen oder halbdeutschen Anwälten wohl stets der Fall sein dürfte — bei Bewertung der im liberalistischen Zeitalter „herrschenden Rspr.“ dann als erstaunlich angesehen werden muß, wenn er bewußt die Belange des Dritten Reiches aus wirtschaftlichen oder politischen Gründen aus dem Erwägungskreise seiner Beratungstätigkeit ausschließt. Hier tritt die Bedeutung des deutschen Anwaltes im Dritten Reich deutlich in die Erscheinung.

RA. und Fa. Ernst Böttger, Berlin.

Glogau.

3. §§ 1, 106 Ges. zur Regelung der landwirtschaftlichen Schuldverhältnisse v. 1. Juni 1933. Das Schuldenregelungsgesetz findet auf landwirtschaftliche Anliegerbetriebe nur insoweit keine Anwendung, als dem Inhaber des Betriebes der Ankauf des Siedlungslandes durch einen Kredit eines gemeinnützigen Siedlungsunternehmens ermöglicht worden ist.

Durch den angef. Beschluß ist der Antrag des Betriebsinhabers, das Entschuldungsverfahren für seinen landwirtschaftlichen Betrieb nach dem Ges. v. 1. Juni 1933 zu eröffnen, abgelehnt worden mit der Begründung, daß der Betrieb des Antragstellers ein landwirtschaftlicher Siedlungsbetrieb sei, auf den das Ges. v. 1. Juni 1933 nach seinem § 106 Abs. 2 keine Anwendung findet. Die hiergegen vom Antragsteller eingelegte sofortige Beschwerde erscheint gerechtfertigt.

Der § 1 Riedlg. v. 11. Aug. 1919 sieht vor: a) die Schaffung neuer Ansiedlungen (Neusiedlung), b) die Hebung bestehender Kleinbetriebe durch Landzulage auf höchstens die Größe einer selbständigen Ackerbauern (Anliegeransiedlung).

Bei der Stelle des Beschw. handelt es sich, wie das Grundbuch ergibt, um einen Betrieb im Sinne obiger Ausführung zu b. Nachdem in der Auskunft des Kulturamtes in G. sind durch § 106 Abs. 2 a. a. D. von der Entschuldung in erster Linie die Neusiedlungsbetriebe ausgeschlossen. Anliegeransiedlungsbetriebe jedoch nur dann, wenn für den Erwerb der Landzulage seitens des Kleinbesitzers ein Ankaufskredit der Deutschen Siedlungsbank gegeben worden wäre, was bei dem Beschw. nicht der Fall ist. Das Beschw.Ger. schließt sich diesem Standpunkt an.

(LG. Glogau, Beschl. v. 17. Aug. 1933, 3a T 177/33.)

Ber. von RA Dr. Horwath, Berlin.

*

Greifswald.

4. Wird die Fortsetzung des Zwangsversteigerungsverfahrens gemäß der Ausf.BD. zu der BD. des Präf. über den landwirtschaftlichen Vollstreckungsschutz v. 14. Febr. 1933 (RGBl. I, 64) angeordnet, so hat das Vollstreckungsgericht von Amts wegen zu prüfen, ob eine einstweilige Einstellung der Zwangsversteigerung gemäß § 5 BD. über Maßnahmen auf dem Gebiete der Zwangsvollstreckung vom 26. Mai 1933 (RGBl. I, 302) zu erfolgen hat.†)

Die Beschw. weist darauf hin, daß die einstweilige Einstellung von Zwangsversteigerungsverfahren landwirtschaftlicher Grundstücke sich ausschließlich nach der Ausf.BD. v. 14. Febr. 1933 (RGBl. I, 64) regelt, da in der BD. v. 26. Mai 1933 (RGBl. I, 302) scharf zwischen landwirtschaftlichen und anderen Grundstücken unterschieden sei; Abschn. VI dieser BD. mit seiner Verweisung auf die BD. v. 14. Febr. 1933 (RGBl. I, 63) lasse dies klar erkennen.

Dieser Einwand wird widerlegt durch den schon vom AG. heran-

Zu 4. Der Entsch. möchte ich nicht zustimmen.

Die Vorschriften der Ausf.BD. zur landwirtschaftlichen Vollstr. SchBD. v. 14. Febr. 1933 sind nach Art. 1 dieser BD. an die Stelle der §§ 18—19a der alten Vollstr.SchBD. getreten. Die alte Vollstr.SchBD. ist auf Grund des Art. 8 des Ges. v. 26. Mai 1933 unter dem gleichen Tage neu bekanntgemacht. Bei der Neubekanntmachung durften die an die Stelle der §§ 18—19a getretenen besonderen Vorschr. über den landwirtschaftlichen Vollstreckungsschutz nicht mit aufgenommen werden (Art. 8 Satz 3 des Ges. v. 26. Mai 1933). Waren die alten §§ 18—19a oder die an ihre Stelle getretenen landwirtschaftlichen Vollstr.SchBD. in die BD. v. 26. Mai 1933 mit aufgenommen, so könnte kein Zweifel sein, daß durch diese Vorschr. der landwirtschaftliche Immobilienvollstreckungsschutz endgültig und abschließend geregelt war. Lediglich aus der Tatsache, daß Art. 8 Satz 3 des Ges. v. 26. Mai 1933 die an die Stelle der alten §§ 18—19a getretene Regelung in eine besondere BD. verweis, nun das Gegenteil schließen zu wollen, geht doch nicht an. Die landwirtschaftliche Vollstr.SchBD. v. 14. Febr. 1933 ist vielmehr lex specialis; neben ihr kann § 5 BD. v. 26. Mai 1933 nicht angewendet werden (ebenso Jonas, Zwangsvollstreckungsnotrechte I 7 Nachtrag S. 3). Auch der Umstand, daß § 19b BD. v. 26. Mai 1933 dieselbe Folge für die Mobilienvollstreckung ausdrücklich zieht, kann nicht zum Beweise des Gegenteils herangezogen werden. Solche Gegenschlüsse sind immer und besonders auf dem Gebiet des Notrechts gefährlich. Daß jedenfalls der Gelehrte die Meinung des LG. Greifswald nicht teilt, geht aus dem jetzt erlassenen Gesetz über den landwirtschaftlichen Vollstreckungsschutz hervor, in dem ausdrücklich ausgesprochen wird, daß nach Ablauf des landwirtschaftlichen Vollstreckungsschutzes die Vorschr. der BD. v. 26. Mai 1933 nun auch für landwirtschaftliche Grundstücke gelten sollen. Ein solcher Auspruch wäre vom Standpunkt des LG. Greifswald aus nicht notwendig gewesen.

MinR. Harmening, Berlin.

gezogenen Art. 5 des Ges. v. 26. Mai 1933 (RGBl. I, 298) der besagt, daß die Art. 2—4 dieses Ges. keine Anwendung finden, soweit die BD. v. 14. Febr. 1933 Platz greift. Es darf daher auf § 5 BD. v. 26. Mai 1933 in der neuen Fassung durch Art. 1 des Ges. vom 26. Mai 1933 zurückgegriffen werden, denn sonst hätte in Art. 5 a. a. D. der Gelehrte die Anwendung des Art. 1 ausdrücklich ausgeschlossen.

Die Anwendung des § 5 BD. v. 26. Mai 1933 (RGBl. I, 302) entspricht in diesem Falle auch dem Sinne der Gelehrten über den landwirtschaftlichen Vollstreckungsschutz, da durch diese Gelehrten der für andere Grundstücke bestehende Schutz für landwirtschaftliche Grundstücke erweitert werden sollte (Art. 1 § 1 BD. v. 14. Febr. 1933).

In gleichem Sinne besagt § 19b BD. v. 26. Mai 1933 (RGBl. I, 302), daß die Vorschr. dieser BD. über den Vollstreckungsschutz bei beweglichen Sachen (§§ 18—19a) nicht angewendet werden dürfen, soweit die Ausf.BD. v. 14. Febr. 1933 Platz greift. In Umkehrung hierzu können daher die übrigen Best. auf landwirtschaftliche Grundstücke neben der Ausf.BD. v. 14. Febr. 1933 Anwendung finden.

Der Gefahr einer weiteren böswilligen Nichtzahlung der Zinsen, wie sie die Beschw. befürchtet, beugt der angefochtene Beschluß dadurch vor, daß er für einen solchen Fall die Fortsetzung der Zwangsversteigerung anordnet.

(LG. Greifswald, 3. ZR., Beschl. v. 16. Okt. 1933, 3 T 532/33.)

Einges. von Ger. Ass. Niestroj, Stettin.

*

Guben.

5. Staatenloser Kläger ist zur Sicherheitsleistung gemäß §§ 110ff. ZPO. verpflichtet.†)

Nach § 110 ZPO. haben Ausländer, welche als Kläger auftreten, dem Bekl. auf dessen Verlangen wegen der Prozeßkosten Sicherheit zu leisten. Die herrschende Lehre erstreckt diese Pflicht auch auf Staatenlose (vgl. Seuffert-Walsmann 1933, Ann. 1a zu § 110 ZPO.; Baumgärtner, 6. Aufl., Ann. 2 zu § 110 und DVG. Dresden: J.W. 1926, 388). Diefer Ansicht ist beizutreten. In der 14. Aufl. des Komm. von Stein-Jonas (Ann. I 1a zu § 110 ZPO.) wird allerdings — im Gegensatz zu den früheren Auflagen dieses Erläuterungsbuches — der Standpunkt vertreten, daß Gründe der Logik und dringende praktische Bedürfnisse es erforderten, Staatenlose von der Pflicht zur Sicherheitsleistung auszunehmen. Diese Ausführungen sind aber schon deswegen nicht zu billigen, weil sie dem geltenden Recht nur im Wege einer berichtigenden Gesetzesauslegung angepaßt werden könnten. Denn im geltenden Recht (§ 111 ZPO.) wird derjenige, der im Laufe eines Rechtsstreits „die Eigenschaft eines Deutschen verliert“, ausdrücklich neben dem „Ausländer“ aufgeführt. Dies ist ein Beweis dafür, daß das Gesetz in seiner derzeitigen Fassung auch dem Staatenlosen die Pflicht zur Sicherheitsleistung auferlegt wissen will. Eine berichtigende Ge-

Zu 5. Die Entsch. hat nur noch theoretische Bedeutung.

Durch das Ges. zur Änderung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten v. 27. Okt. 1933 (RGBl. I, 780) Art. 1, VII, 18 ist unter Abänderung der bisherigen Fassung des § 110 ZPO. mit Wirkung v. 1. Jan. 1934 ab die Streitfrage dahin entschieden, daß Sicherheitspflichtig neben den Angehörigen fremder Staaten auch Staatenlose sind, die ihren Wohnsitz nicht im Inland haben. Damit ist die vom Entw. einer ZPO. von 1931 in § 113 Abs. 1 Satz 2 vorgeschlagene Fassung Gesetz geworden.

Angefechtet dessen wäre jedes weitere Wort müßig, wenn nicht das in der Entsch. aufgerollte Problem noch in anderer Beziehung von Interesse wäre, nämlich im Hinblick auf die angewandte Auslegungsmethode.

Übereinstimmend mit der herrschenden Lehre (außer den in der Entsch. Bit.: Sydow-Busch-Kraatz, Ann. 1 zu § 110; Förster-Kann, Ann. 1a zu § 110; Rosenberg, Lehrb. § 81 I, 2a) findet die Entsch. die wesentliche gesetzliche Stütze für die behauptete Sicherheitspflicht jedes Staatenlosen in § 111 ZPO. Wird hiernach nämlich derjenige Kläger, der im Laufe des Rechtsstreits die Eigenschaft eines Deutschen verliert, sicherheitspflichtig — so folgt die Entsch. —, dann muß unter „Ausländer“ i. S. von § 110 ZPO. jeder Nichtdeutsche, also auch der Staatenlose schlechthin verstanden werden. Gemäßigt wird dieser Schluß allein von Stein-Jonas, 14. Aufl. (abw. 13. Aufl.), Ann. I, 1a zu § 110, und zwar mit Recht!

Schon im allgemeinen sind derartige Auslegungsmethoden bei der ZPO ebenso wie bei den übrigen Reichsjustizgesetzen nicht ungefährlich, weil sich bekanntlich noch nicht durch die Sorgfalt des Ausdrucks auszeichnen, wie sie den späteren Gesetzeswerken, besonders dem BGB, eigen ist. Hier ist eine solche Auslegung um so mehr unmöglich, als der im Brennpunkt der Erörterungen stehende Begriff des „Staatenlosen“ vom Gelehrten bei der Fassung des Gesetzes überhaupt nicht in Betracht gezogen worden ist, weil er ihm — i. J. 1877! — unbekannt war. Auch in Laband's „Staatsrecht

schesauslegung muß demgegenüber als unzulässig erachtet werden. Abgesehen hiervon treffen gerade die gesetzgeberischen Erwägungen, aus denen heraus der Ausländer für vorschußpflichtig erklärt worden ist, auch auf den Staatenlosen zu. Maßgebend für die Einführung der Vorschußpflicht ist und war der Gedanke, daß der von einem Nichtdeutschen verklagte Inländer bei der Beitrreibung der Projektkosten unter Umständen im Auslande vollstrecken müßte. Dabei macht aber das Gesetz unzweideutig keinen Unterschied zwischen Ausländern, die im Auslande wohnen, und solchen, die sich im Inlande aufzuhalten. Eine Vollstreckungsgefährdung in diesem Sinne ist aber auch bei Staatenlosen zu befürchten. Hierzu kommt, daß bei dem derzeitigen Wandel der staatsrechtlichen Auffassung und der bevorstehenden Schaffung eines deutschen Bürgerrechts, auch praktische Bedürfnisse dafür sprechen, den Staatenlosen — in Übereinstimmung mit der Wortfassung des Gesetzes im § 111 BGB. — für vorschußpflichtig zu erachten.

(LG. Guben, Urt. v. 30. Aug. 1933, 1 S 256/33.)

Ber. von RA. Wolfgang Egger, Cossen a. D.

*

Halberstadt.

6. Keine Verwirkung von Ansprüchen einer Genossenschaft aus der Mitgliedschaft.†)

Bekl. ist Mitglied der klagenden Genossenschaft. Diese hat i. J. 1924 den Geschäftsanteil auf 50 RM und 1931 auf 200 RM erhöht. Die Erhöhung ist auch im Genossenschaftsregister eingetragen worden. Die Kl. fordert Zahlung des bisher fälligen Geschäftsanteils.

Der Anspruch der Kl. ergibt sich aus der Mitgliedschaft des Bekl. Ein Ausscheiden des Bekl. kann nicht durch stillschweigenden Verzicht erfolgt sein, der darin erblickt werden könnte, daß zwischen den Parteien jahrelang keine Geschäftsvorbindungen bestanden. Eine derartige Möglichkeit wird durch die erschöpfenden Best. des GenG. ausgeschlossen. Danach ist ein Ausscheiden nur durch Kündigung und Ausschluß möglich (§§ 65 ff. GenG.).

des Deutschen Reiches“ von 1876, das der Staatsangehörigkeit auf vielen Seiten eingehende Ausführungen widmet, sucht man den „Staatenlosen“ vergebens.

Der einzige gangbare Weg ist daher der, zu fragen, welche Norm der Gesetzgeber für den Staatenlosen aufgestellt haben würde, wenn er diesen Begriff berücksichtigt hätte. Dazu muß auf den gesetzgeberischen Zweck der Sicherheitspflicht eingegangen werden. Dieser ist ein doppelter. Zunächst die allgemein hervorgehobene Rücksichtnahme auf den zu Unrecht mit einer Klage überzogenen Bekl., der u. U. seinen Kostenersstattungsanspruch im Auslande vollstrecken müßte, — ein Gedanke, der nur die Vorschußpflicht der im Auslande wohnenden Ausländer zu rechtfertigen vermag. Hinzukommt als weitere selbständige ratio die Anpassung an die meisten ausländischen Rechte, die gleichfalls die Sicherheitspflicht an die Ausländereignenschaft schlechthin, unabhängig vom Wohnsitz, knüpfen.

Beide Gründe treffen bei den im Inlande wohnenden Staatenlosen nicht zu, und es besteht deshalb kein Grund, wie Stein-Jonas a. a. D. zutreffend hervorhebt, auch diese der Sicherheitspflicht zu unterwerfen. Der Gesetzeswortlaut läßt auch diese Auslegung zu.

Damit ist nachgewiesen, daß auch mit der alten Gesetzesfassung bei sinngemäßer Auslegung das praktische und darum zutreffende Ergebnis erzielt werden kann, das nummehr zu besonderem gesetzlichen Ausdruck gelangt ist.

GerAß. Dr. Butteweg, Düsseldorf.

Zu 6. Dem Urteil ist zuzustimmen.

1. Eine Verwirkung der Mitgliedschaft als solcher scheidet aus. Verwirkt werden können nicht Rechtsverhältnisse, sondern nur Ansprüche. Die Verwirkung ist ein zeitweiliges Hindernis der Rechtsausübung (v. Boor in seiner ausgezeichneten Ann.: JW. 1933, 2276).

2. Der Zeitablauf allein kann keine Verwirkung zur Folge haben. Er ist nur ein Indiz dafür. Die Verwirkung setzt Redlichkeit des Bekl. voraus, d. h. der Bekl. darf nicht durch sein früheres Verhalten oder durch die Berufung auf die Verwirkung selbst gegen Treu und Glauben oder das Gesetz verstößen. Nun besteht zwischen dem Genossenschaftsverhältnis und den Rechtsverhältnissen, die sich einfach in der Gläubiger-Schuldner-Beziehung erschöpfen und den Verhältnissen, die durch die Verlegung absoluter Rechte entstehen (Warenzeichenrecht), ein erheblicher Unterschied. In den letztgenannten Fällen hat der Schuldner im allgemeinen nicht die Pflicht zum eigenen Tätigwerden, wohl aber der Genosse. Macht das Mitglied einer Genossenschaft Verwirkung geltend, so beruft es sich auf eine Pflichtverletzung des Vorstandes. Denn dieser hat nach § 7 Abs. 2 GenG. die Pflicht, die Geschäftsanteile notfalls im Klagegeuge einzuziehen (Krakenberger, Ann. 4 e). Schon durch § 705 BGB. wird es den Gesellschaftern zur Pflicht gemacht, die Errichtung des gemeinsamen Zweckes zu fördern. Die Förderungspflicht des Gesellschafters ergibt sich aus dem Wesen der Gesellschaft als einem in besonderer Masse auf Treu

Mit Recht hat das AG. den vom Bekl. erhobenen Einwand der Verwirkung abgelehnt. Auf einen Verstoß der Kl. gegen Treu und Glauben kann sich der Bekl. nicht berufen, wenn die Kl. nach jahrelangem Schweigen Ansprüche auf Einzahlung des Geschäftsanteils geltend macht. Diesem Einwande stehen die das Genossenschaftsrecht beherrschenden Grundsätze des GläubigerSchutzes entgegen. Die Best. des § 21 Abs. 2 GenG., nach der eine Einzahlung nicht erlassen werden darf, bestätigt diese Auffassung. Die Beziehungen zwischen Genossenschaft und einzelnen Genossen schließen Rechte und Pflichten in sich. Der genossenschaftliche Gedanke bringt es mit sich, daß die Pflichten der Genossen gegenüber der Genossenschaft stark betont werden müssen. Zu diesen Pflichten des Genossen gehört es, daß jeder Genosse sich über den Umfang seiner Rechte und Pflichten unterrichten muß. Wenn der Bekl. die öffentlichen Mitteilungen der Genossenschaft nicht beachtet hat, sich um die Genossenschaft überhaupt nicht gekümmert hat, und keinen Verlust gemacht hat, eine Verbindung mit der Genossenschaft herzustellen, so ist es seine Schuld, wenn er über eine Geschäftsführung und über die Beschlüsse der Kl. nichts erfahren hat. Wenn der Bekl. mit der Genossenschaft nichts mehr zu tun haben wollte, blieb ihm nur der eine Weg übrig, seine Mitgliedschaft zu kündigen.

(LG. Halberstadt, Urt. v. 9. Okt. 1933, 3 S 114/33.)

Eingej. v. RA. Dr. Pée, Halberstadt.

*

Hechingen.

7. Das Zwangsvollstreckungsrecht hat keinen Einfluß auf den Lauf der Frist aus § 31 ZwVerfG.†)

Der Gläubiger hat am 30. Jan. 1933 die Einstellung des Zwangsversteigerungsverfahrens bewilligt, die am 9. Febr. 1933 durch Beschluss des AG. ausgesprochen worden ist. Am 16. Febr. 1933 ist das Verfahren durch die BD. über den landwirtschaftlichen Vollstreckungsschutz v. 14. Febr. 1933 (RGBl. 302) kraft Gesetzes eingestellt worden. Der Gläubiger hat innerhalb der Sechzmonatsfrist aus

und Glauben aufgebauten Rechtsverhältnis. Der Gesellschafter hat deshalb, auch ohne daß es ausdrücklich im Gesellschaftsvertrag ihm auferlegt ist, eine gewisse positive Tätigkeit zu entfalten. Er muß die Gesellschaft z. B. mit Rat unterstützen, und er hat auch die Pflicht, wenn er dazu in der Lage ist, Nachteile, die der Gesellschaft drohen, von ihr abzunehmen (Staudinger § 705, IV, 2 c).

Diese Grundsätze müssen für das GenG. ergänzend herangezogen werden (§ 1 GenG.; Parisius-Trüger, Einleitung Abschn. 4), sie haben im Genossenschaftsrecht doppelte Geltung. Der Genosse hat seine Geschäftsanteile von selbst zu zahlen (§ 7 GenG.) und nicht zu warten, bis ihn der Vorstand dazu anhält. Merkt der Genosse, daß der Vorstand die ihm obliegende Pflicht verletzt, so ist es seine genossenschaftliche Pflicht, die geeigneten Schritte dazu zu ergreifen, den Vorstand zur Pflichterfüllung anzuhalten, also etwa dem Aufsichtsrat von der Lässigkeit Mitteilung zu machen. Dann verstößt es aber vollends gegen die genossenschaftlichen Pflichten, wenn der Genosse daraus, daß der Vorstand seine Pflichten verletzt hat, und daraus, daß er selbst pflichtwidrig die Säumnis des Vorstandes geduldet hat, Vorteile für sich herleiten will.

RA. Dr. Wallenfels, Berlin.

Zu 7. Der Entsch. des LG. Hechingen möchte ich nicht beitreten. Ich halte vielmehr die Entsch. des LG. Stettin (JW. 1933, 2532) für zutreffend.

In § 8 VollstrSchBD. v. 26. Mai 1933 ist bestimmt, daß die Frist des § 31 Abs. 2 ZwVerfG. erst mit dem Zeitpunkt beginnt, bis zu dem die Einstellung angeordnet war, wenn die Zwangsversteigerung gemäß §§ 5, 7 BD. einstweilen eingestellt ist. In der Landwirtschaftlichen VollstrAusfBD. vom 14. Febr. 1933 fehlt eine ähnliche Vorschrift; § 8 VollstrSchBD. ist aber sinngemäß auch bei der auf Grund der BD. über den landwirtschaftlichen Vollstreckungsschutz eintretenden einstweiligen Einstellung der Zwangsversteigerung anzuwenden (vgl. Jonas, Zwangsvollstreckungsnotrecht I 7 S. 64). Soweit ist alles klar. Wie ist es nun aber, wenn das Verfahren bei Einstellung der Zwangsversteigerung auf Grund der Notrechtsvorschriften bereits auf Grund einer Bewilligung des Gläubigers eingestellt war? Durch die Einstellung auf Grund der Notrechtsvorschriften verliert die auf die Bewilligung erfolgte Einstellung regelmäßig jede Bedeutung. Es ist zweifellos, daß der Gläubiger während der Zeit, in der das Verfahren auf Grund des Notrechts eingestellt ist, einen Fortsetzungsantrag nach § 31 Abs. 2 ZwVerfG. nicht stellen kann; die Fortsetzung des Verfahrens kann vielmehr nur unter den in den BD. v. 14. Febr. 1933 und 26. Mai 1933 angegebenen besonderen Voraussetzungen gestellt werden. Kann aber der Gläubiger einen Fortsetzungsantrag nach § 31 Abs. 2 ZwVerfG. während der gesetzlichen Einstellung überhaupt nicht stellen, dann ist nicht einzusehen, wieso das Nichtstellen eines solchen unzulässigen Antrags auf das Verfahren irgendwelchen Einfluß haben soll (ebenso Jonas, Zwangsvollstreckungsnotrecht I 7 S. 63/64).

MinR. Hartmann, Berlin.

§ 31 BGB keinen Fortsetzungsantrag gestellt. Das AG. hat das Verfahren daraufhin aufgehoben. Die Beschwerde des Gläubigers wurde zurückgewiesen.

Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung fehlt. Es trifft zu, daß der Fortsetzungsantrag keine unmittelbare Fortsetzung des Verfahrens gegenüber der gesetzlichen Einstellung erreichen kann und daß der Gläubiger es häufig bei dieser Sachlage für unnötig halten wird, einen Antrag zu stellen. Es trifft auch zu, daß bei Einstellungen ohne Bewilligung des Gläubigers grundsätzlich die Frist aus § 31 BGB erst sechs Monate nach Begebung der Einstellung endet. Hier aber laufen beide Arten der Einstellung, die bewilligte und die ohne Bewilligung erteilte, nebeneinander her. Sie dürfen nicht miteinander vermengt werden. Das folgt aus dem Sinn der Vollstreckungsgesetzgebung. Der Bauer sollte geschützt werden. Diesem Sinn würde es zuwiderlaufen, wenn die Schutzfrist des § 31 BGB beseitigt wird. Neben dem neu geschaffenen Vollstreckungsschutz sollte der alte Schutz gegen den das Verfahren vernachlässigenden Gläubiger nicht aufgegeben werden. Sonst würde die VollstreckungsschutzBd. zu einer Verschärfung des Vollstreckungzwanges führen.

(AG. Hachingen, Fer. Kl., Beschl. v. 21. Sept. 1933, I T 65/33.)

Ver. von LGR. Endertwitz, Hachingen.

Berlin.

Amtsgerichte.

1. §§ 123, 812 BGB. In der bewußt unwahren Behauptung, man habe ein günstigeres Angebot eines Konkurrenten erhalten, um so den Vertragsgegner zur Herabsetzung seines Preises zu veranlassen, liegt eine arglistige Täuschung. Nach Anfechtung hat der Vertragsgegner (hier Spediteur) aus ungerechtfertigter Bereicherung Anspruch auf Leistung des tariflichen Entgelts.

Der Bell. hat, um den Preis für den Möbeltransport herunterzudrücken, der Kl. vorgeredet, er habe ein billigeres Konkurrenzangebot, das er in Wirklichkeit gar nicht gehabt hat. In diesem Verhalten des Bell. liegt unbedingt eine arglistige Täuschung i. S. des § 123 BGB. Eine arglistige Täuschung kann allgemein durch Verschweigung wahrer Tatsachen oder umgekehrt durch Vorspiegelung falscher Tatsachen begangen werden. Einweise im ersten Falle eine Anfechtungsmöglichkeit wegen arglistiger Täuschung i. S. des § 123 BGB. besteht, ist vielfach nur der Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben zu urteilen, das heißt, es kommt im Falle des Verleugnens wahrer Tatsachen immer darauf an, inwieweit die betreffende Partei nach den Umständen des Einzelfalles und nach Treu und Glauben verpflichtet war, diejenigen Tatsachen, die sie verschwiegen hat, zu offenbaren. Wenn es sich aber um die Vorspiegelung falscher Tatsachen handelt, so liegt in jedem Falle eine arglistige Täuschung, die i. S. des § 123 BGB. zur Anfechtung berechtigt, vor (vgl. hierzu die Ben. bei Staudinger zu § 123). Das Vorbringen des Bell., welches dahin geht, daß im vorl. Falle gerade deswegen eine Anfechtung nicht möglich sei, weil doch der Kaufzusammenhang zwischen der angeblichen vom Bell. begangenen arglistigen Täuschung und dem für die Kl. eingetretenen Schaden durch den freien Entschluß der Kl. unterbrochen gewesen sei, erscheint unlogisch. Sinn und Wesen der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung besteht ja eben gerade darin, daß jemand durch die Täuschung zur Fassung eines Entschlusses bestimmt worden ist. Die Kl. war also zur Anfechtung berechtigt. Die Folge dieser Anfechtung ist, daß der fragliche Vertrag über den Möbeltransport als von Anfang an nichtig anzusehen ist (§§ 123, 142 BGB.). Da nun aber die Kl. durch den tatsächlich ausgeführten Transport dem Bell. dienstbar gewesen ist, kann sie aus dem Gesichtspunkte der ungerechtfertigten Bereicherung nach § 812 BGB. für den Transport den angemessenen tariflichen Betrag verlangen, hat also auch Anspruch auf die fraglichen 100 Rm.

(AG. Berlin, Abt. 171, Urt. v. 22. März 1933, 171 C 130/33.)

Einges. von RA. Dr. G. Schwarz, Berlin.

*

Düsseldorf.

2. §§ 138, 811 BPO. Die Sicherungsbereignung von unpfändbaren Gegenständen, deren Besitz für den Schuldner notwendig ist, ist unsittlich.

Der Zweck der §§ 810 ff. BPO. ist nicht der, dem Schuldner eine Wohltat zu erweisen, sondern ein sozialpolitischer. Der Staat hat ein erhebliches Interesse daran, daß der einzelne nicht durch Pfändung auf einen Stand der wirtschaftlichen Mittellosigkeit herabgedrückt wird, der ihm die Grundlage geordneter Befreiung seines Unterhalts zerstört. Daraus ist zu folgern, daß der § 810 BPO. zwingendes Recht enthält, das nicht abdingbar ist. Wenn aber die staatliche Pfändung selbst bei Einwilligung des Schuld-

ners in unpfändbare Sachen unzulässig ist, muß es auch als unstatthaft angesehen werden, wenn der Schuldner zu Sicherungszielen die notwendigen Hausratgegenstände einem Gläubiger überreignet. Es ist gerade das Verdienst der nationalsozialistischen Bewegung, daß heute wieder als klares Ziel erkannt wird, daß eine weitere Verproletarierung des Volkes unter allen Umständen zu verhindern ist. Eine Überreignung und Verpfändung des notwendigsten Hausrats muss aber zwangsläufig dazu führen. Die RSP. und sämtliche Rechtspflegeorgane haben rücksichtslos diese Ziele zu unterstützen, insbes. soweit ihnen durch Auslegung bestehender Gesetze hierzu die Möglichkeit geboten ist. Es bestehen daher keine Bedenken, die Sicherungsbereignung an notwendigen Gegenständen für unsittlich zu halten. Dieser Rahmen ist enger als der in § 811 BPO. gezogene, da § 811 Ziff. 1 BPO. den Begriff „angemessen“ verwendet. Eine Sicherungsbereignung an Gegenständen, die unter § 811 Ziff. 1 fallen, ist nicht ohne weiteres als unsittlich zu bewerten, soweit es sich um wertvolle Objekte handelt, die nicht unumgänglich zur Aufrechterhaltung eines Haushaltes notwendig sind, da sie als Kreditunterlagen zu verwenden dem einzelnen nicht verwehrt werden sollen. Bzgl. des notwendigen Hausrats ist aber der Sicherungsbereignungsvertrag nichtig.

(AG. Düsseldorf-Gerresheim, Urt. v. 26. Sept. 1933, 4 C 484/33.)

Einges. von RA. Dr. Joh. Raaffauf, Düsseldorf.

B. Arbeitsgerichte.

Reichsarbeitsgericht.

Berichtet von Rechtsanwalt Dr. W. Oppermann, Dresden.

1. § 620 BGB. Die Frage, ob ein ständiges Arbeitsverhältnis vorliegt, das nur durch Kündigung beendet werden kann, oder ein unständiges, das sich auf den einzelnen Arbeitstag oder auf eine bestimmte Arbeitsleistung beschränkt, ist nach dem für den Einzelfall festzustellenden Parteivillen zu entscheiden.

Geht der Vertragswillen dahin, daß der Arbeiter — auch wenn er nicht an allen Tagen der Woche beschäftigt wird — ständig bei Bedarf zur Verfügung des Arbeitgebers steht und dieser auch verpflichtet ist, ihn alsdann zur Arbeit heranzuziehen, so ist nichts einzubwenden gegen die Annahme eines ständigen Arbeitsverhältnisses, welches also nicht jeweils lediglich für die einzelne Arbeitsleistung oder den einzelnen Arbeitstag geschlossen wird (vgl. RAG 636/28: BenshSammL. 6, 208 und JW 1930, 437 — betr. Angestellte in einem Fleischereigeschäft, die lediglich Freitags und Samstags beschäftigt wurden). Allerdings kann solchenfalls der Inhalt des Arbeitsverhältnisses hinsichtlich der Dauer und des Umfangs der Arbeit in gewissem Maße unbestimmt und der Bezeichnung seitens des Arbeitgebers überlassen bleiben. Dem steht aber die sich nach §§ 315, 242 BGB. regelnde Verpflichtung des Arbeitgebers gegenüber, den sich ständig zu seiner Verfügung haltenden Arbeitnehmer bei vorkommendem Bedarf auch zu beschäftigen.

Mag auch im allgemeinen die Beschäftigung lediglich nach Bedarf, insbes. bei einer Tätigkeit, wie sie der Kl. als Entladern von Kohlenwagen ausgeübt hat, gegen die Annahme eines ständigen Arbeitsverhältnisses sprechen, so sind doch im vorl. Einzelfall vom LArbG. für die von ihm vorgenommene Feststellung des Parteivillens erheblich ins Gewicht fallende Umstände angeführt worden. Das LArbG. verweist auf die lange Jahre dauernde und ausschließliche Beschäftigung des Kl. in demselben Betriebe in Verbindung mit dem Umstande, daß sich die Arbeitspapiere des Kl. während dieser ganzen Zeit in den Händen dieses einen Arbeitgebers befanden. Hinzu kommt die Feststellung, daß die Bekl. den Kl. zunächst selbst als ständig Beschäftigten i. S. eines Daueraangestellten angesehen, dieser Auffassung auch nach außen hin dadurch Ausdruck gegeben hat, daß sie den Kl. als ständig Angestellten bei der Ortskrankenkasse bis ins Jahr 1932 angemeldet und versichert ließ.

Wischen den Parteien ist ferner unstrittig, daß der Kl. im Jahre 1931 von 305 Arbeitstagen an 252 und im Jahre 1932 von 307 Arbeitstagen an 246 beschäftigt worden ist. Auch dieser Umstand spricht für die vom LArbG. vorgenommene Feststellung des Parteivillens. Bedenken können auch nicht daraus hergeleitet werden, daß der Kl. tägliche Lohnzahlung, also sofort nach Beendigung der Arbeit, erhalten hat (§ 5 TarVertr. für das Handels- und Transportgewerbe in Kiel v. 2. Juni 1932). Es scheint zwar diese Art der Lohnzahlung im allgemeinen als die Entlohnung für die unständigen Arbeiter, so verweist doch das LArbG. mit Recht darauf, daß der Akkordlohn an sich für jeden einzelnen Tag und für die an diesem geleistete Arbeit berechnet werden mußte. Da

nun die Arbeitsleistung im Akkord grundsätzlich der Annahme einer ständigen Beschäftigung keineswegs entgegensteht, so nötigt auch die Akkordlohnzahlung jeweils nach Beendigung der Arbeit nicht zu einem Schluß auf den Willen der Parteien, lediglich ein unständiges Arbeitsverhältnis einzugehen, also Arbeitsverträge nur auf den einzelnen Arbeitstag oder eine bestimmte Arbeitsleistung abzuschließen. Zugleich konnte in der Bewilligung der Akkordbezahlung auch ein Ausgleich dafür liegen, daß die Beschäftigung nicht tagtäglich stattfand.

Endlich hat das BG. für die Feststellung der eigenen Auffassung der Parteien über die Natur des zwischen ihnen bestehenden Arbeitsverhältnisses mit Recht Gewicht auf die Tatsache gelegt, daß der Kl. im April 1931 zum Mitgliede und sogar Vorsitzenden des Betriebs- und Arbeiterrates gewählt worden und in dieser Eigenschaft von der Bekl. anerkannt und bis zu ihrer endgültigen Abstandnahme von seiner Weiterbeschäftigung im Jan. 1933 geduldet worden ist. Die Bekl. hat gegen die Wahl des Kl. nach keiner Richtung und in keiner Weise geltend gemacht, daß er nur ein unständig beschäftigter Arbeiter sei, dessen Arbeitsverhältnis und Betriebszugehörigkeit täglich endige und neu beginne, und sie muß sich daher die aus diesem Verhalten ohne rechtlichen Irrtum gezogenen Folgerungen gefallen lassen.

(ArbG., Urteil v. 23. Aug. 1933, RAG 175/33. — Kiel.)

Hamburg. Landesarbeitsgerichte.

1. §§ 419, 54, 730 BGB.

Die in der Deutschen Arbeitsfront organisierten Verbände sind nicht rechtfähige Vereine und daher passiv partei- und prozeßfähig. Die Deutsche Arbeitsfront und die früheren Gewerkschaften sind nicht identisch. Die Deutsche Arbeitsfront und die in ihr organisierten Verbände sind auch nicht Rechtsnachfolger der früheren Gewerkschaften.

§ 419 BGB. findet auch im Fall eines Vermögenserwerbs durch revolutionären Akt Anwendung. Trotzdem kann die Deutsche Arbeitsfront für die Verbindlichkeiten der freien Gewerkschaften nicht in Anspruch genommen werden, weil das Vermögen der freien Gewerkschaften nicht durch die Deutsche Arbeitsfront übernommen, sondern durch die Staatsanwaltschaft beschlagahmt worden ist. Die Angestellten der freien Gewerkschaften können aber ihre Gehaltsansprüche im Wege der Klage gegen ihre Gewerkschaft geltend machen, weil diese gemäß § 730 BGB. für die Beendigung der schwebenden Geschäft als fortbestehend gilt. Die Beschlagnahme des Vermögens hat lediglich zur Folge, daß die Klage gegen die Gewerkschaft, vertreten durch den Pfleger, bzw. unmittelbar gegen den Pfleger zu richten ist.

Der Kl. war seit dem 15. Mai 1924 bei dem Gesamtverband der öffentlichen Betriebe und des Personen- und Warenverkehrs, einer freien Gewerkschaft, angestellt. Zuletzt war er als Bezirkssekretär und als stellvertretender Bezirksleiter in der Bezirksverwaltung Nordmark tätig. Sein Gehalt hat er bis zum 31. Mai 1933 vom Gesamtverband erhalten. Am 2. Mai 1933 wurden im Zuge der Gleichschaltung der Gewerkschaften auch die Gewerkschaftsräume des Gesamtverbandes von der NSBO. besetzt. Ungeachtet dessen hat der Kl. seine bisherige Tätigkeit zunächst fortgesetzt. Am 16. Mai 1933 wurde ihm das Kundigungsschreiben v. 13. Mai 1933 zugestellt, welches der Beauftragte der NSBO. für den Gesamtverband unterzeichnet hatte. Durch dieses Schreiben wurde das Anstellungsvorhaben des Kl. fristgerecht auf den 30. Sept. 1933 getündigt. Am 16. Mai 1933 kam der Kl. für neun Tage in Schughärt. Nach seiner Entlassung aus dieser meldete sich der Kl. bei dem Beauftragten der NSBO., der ihm erklärte, daß er, sofern er im nationalsozialistischen Sinne arbeiten wolle, weiter arbeiten könne. Der Kl. erbat sich Bedenkzeit. Am 2. Juni 1933 erhielt er das Schreiben v. 1. Juni 1933, in welchem der Gesamtverband die fristlose Entlassung des Kl. aussprach. Auch dieses Schreiben ist von dem Beauftragten der NSBO. für den Gesamtverband unterzeichnet.

Der Kl. ist der Ansicht, daß er zu Unrecht fristlos entlassen sei und nimmt die Bekl., die Deutsche Arbeitsfront, vertreten durch den Deutschen Arbeiterverband der öffentlichen Betriebe, für die Weiterzahlung seiner Bezüge bis zum 30. Sept. 1933 in Anspruch. Er behauptet, daß letztere Rechtsnachfolgerin des Gesamtverbandes sei.

1. Die Bekl. hat in erster Linie ihre Partei- und Prozeßfähigkeit beschränkt. Sie trägt vor, daß die Deutsche Arbeitsfront zur Zeit lediglich eine Idee sei, die erst durch ein noch in Arbeit befindliches Reichsgesetz ihre Verkörperung finden werde. Solange

das nicht geschehen sei, fehle der Deutschen Arbeitsfront und den in ihr organisierten Verbänden die Partei- und Prozeßfähigkeit. Dieser Auffassung der Bekl. kann nicht beigetreten werden.

Zwischen den Parteien sind folgende Vorgänge der letzten Monate unstrittig. Am 10. Mai 1933 ist die Deutsche Arbeitsfront feierlich begründet worden. Am 11. Mai 1933 hat der Führer der Deutschen Arbeitsfront, Dr. Ley, eine Anordnung erlassen, die die Organisation der Bekl. in groben Zügen umreißt: Zentralbüro, kleiner Arbeitskongress, großer Arbeitskongress, sowie die drei Säulen der Arbeiter, Angestellten und Unternehmer sind in dieser Anordnung als Organisationsgrundlagen festgelegt und ins Leben gerufen worden. Die Anordnung v. 11. Mai gestaltet aber auch die innere Organisation der Bekl. in entscheidender Weise, wenn sie als obersten Grundsatz verkündet: „Grundsätzlich wird in keiner Organisation abgestimmt, der Führer wird ernannt und die Entsch. liegt immer in der Hand des ernannten Führers.“ In den folgenden Monaten sind die Arbeiter- und Angestelltenräte ausgebaut worden. Die Veröffentlichungen im ArbBl. 1933 Nr. 25 u. 27 II S. 365 und S. 380 ergeben, daß die Organisation des Gesamtverbandes der Deutschen Arbeiter und des Gesamtverbandes der Deutschen Angestellten in der Zwischenzeit im wesentlichen durchgeführt ist. Noch im Aufbau begriffen ist lediglich die Neugliederung der Unternehmerverbände und die Eingliederung der freien Berufe in die Arbeitsfront. Hält man sich diese Vorgänge der letzten Monate vor Augen, berücksichtigt man weiter, daß die Deutsche Arbeitsfront nach ihrer feierlichen Konstituierung im Mai 1933 nicht mehr eine Idee darstellt, sondern ein in jeder Hinsicht realer Faktor des staatlichen und wirtschaftlichen Lebens geworden ist, der sein Dasein alltäglich durch Lebensäußerungen fundiert und tatsächliche und rechtliche Wirkungen bedeutsamster Art auslöst, so kann der Bekl. die Partei- und Prozeßfähigkeit nicht schon deshalb abgesprochen werden, weil sie zur Zeit noch nicht die endgültige Form einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft gefunden hat, die ihr durch Gesetzgebungssakt in der Folge gegeben werden soll. Entscheidend ist, daß die Deutsche Arbeitsfront rein tatsächlich vom Staat, also öffentlich-rechtlich, als die berufliche Gliederung des deutschen Volks anerkannt ist. Schon dieser rein tatsächlich vom Staat geschützte und gebilligte Zustand muß die Partei- und Prozeßfähigkeit der Bekl. begründen. Die Bekl. verkennt aber auch, daß das geltende Recht gerade unter dem Einfluß deutscher Rechtsgedanken und unter bewußter Ablehnung römisches Recht, das lediglich die starren Formen der Korporation (universitas) und Gesellschaft (societas) kannte, Zwischenformen von Vereinigungen anerkannt und mit rechtlichen Wirkungen ausgestattet hat, die die Bedürfnisse des täglichen Lebens erforderten. Eine dieser vom Gesetz anerkannten Zwischenformen ist der nicht rechtfähige Verein, der zwar keine Rechtspersönlichkeit besitzt, der aber gleich einer Körperschaft mit einer Verfassung und Organen versehen ist und von dem Wechsel der Mitglieder unabhängig eine reale Verbandspersönlichkeit darstellt. Die Voraussetzungen eines nicht rechtfähigen Vereins erfüllen in ihrer augenblicklichen Gestaltung die Deutsche Arbeitsfront und die in ihr organisierten Verbände.

Die Bekl. kann auch nicht einwenden, daß die Deutsche Arbeitsfront eine Gestaltung neuen Geschehens darstelle, die sich in die Normen des geltenden Rechts nicht eingliedern läßt und die insbes. auch nicht als Verein oder Gesellschaft bürgerlichen Rechts gewertet werden könne. Richtig ist an diesem Einwand, daß das zur Zeit noch geltende Vereinsrecht das Schwergewicht auf die Mitgliederversammlung und auf die in ihr gefassten Beschlüsse legt (§ 32 BGB.). Diese Regelung ist aber nur dispositiv und abdingbar. Die Satzung kann anders bestimmen (§ 40 BGB.). Der Grundsatz, daß Abstimmungen nicht stattfinden und daß die Entscheidung allein in der Hand des ernannten Führers liegt, ist mit dem geltenden Vereinsrecht nicht schlechthin unvereinbar. Dann besteht aber auch kein Bedenken, die Deutsche Arbeitsfront und die in ihr organisierten Verbände, vorerst, solange sie noch nicht ihre endgültige Gestaltung durch Gesetz erfahren haben, in die Vereinigungsformen einzugliedern, die das geltende Recht kennt und in die sie, ohne ihrem Wesen Zwang anzutun, eingegliedert werden kann. Diese Eingliederung fordert auch schon das eigene Interesse der Bekl., wie auch die allgemeine Rechtssicherheit, die es nicht ertragen kann, daß ein derartig bedeutsamer Faktor des öffentlichen Lebens, wie die Deutsche Arbeitsfront, monatelang außerhalb der Rechtsordnung bleibt. Will man also nicht schon auf Grund tatsächlichen Geschehens die Partei- und Prozeßfähigkeit der Bekl. bejahen, so sind die Deutsche Arbeitsfront und die in ihr organisierten Verbände jedenfalls als nicht rechtfähige Verbände gem. § 50 Abs. 2 BGB. passiv partei- und prozeßfähig. Der Einwand der mangelnden Partei- und Prozeßfähigkeit ist daher unbegründet. Eines Eingehens auf die Frage, ob diesem Einwand nicht auch § 10 ArbG. entgegensteht, bedarf es bei dieser Sachlage nicht.

2. In zweiter Linie steht zur Erörterung der Einwand der

Passivlegitimation, den die Befl. mit dem Hinweis begründet, daß Kl. Angestellter des Gesamtverbandes gewesen sei und daß unmittelbare Rechtsbeziehungen zwischen ihr und dem Kl. niemals erwachsen seien.

a) Dieser Einwand hält der Kl. entgegen, daß die Befl. und der Gesamtverband als ein und dieselbe Rechtspersönlichkeit angesehen werden müßten. Wenn der Kl. in diesem Zusammenhang darauf hinweist, daß die Änderung des Namens eines nicht rechtsfähigen Vereins diesen noch nicht zu einem neuen mache, wenn Mitglieder, Organisation und Zweck im wesentlichen die gleichen geblieben seien, so bestehen gegen diese Ausgangspunkt der klägerischen Auffassung keine grundsätzlichen Bedenken. Es bedeutet aber eine völlige Verkennung der Vorgänge der letzten Monate, wenn der Kl. behauptet, daß sich Mitglieder, Organisation und Zweck der Deutschen Arbeitsfront und der in ihr organisierten Verbände auf einer Seite und des Gesamtverbandes, der den freien Gewerkschaften zugehörte, auf der anderen Seite decken.

Schon die Mitglieder der Befl. beziehungswise des Deutschen Arbeiterverbandes der öffentlichen Betriebe und des Gesamtverbandes sind nur zu einem Bruchteil die gleichen. Der Kl. läßt außer acht, daß nach der Eroberung der freien Gewerkschaften alle anderen Gewerkschaftsrichtungen (die christlichen, die Hirsch-Dunfernschen Gewerkschaften, die wirtschaftlich friedlichen Verbände) ihre Eingliederung in die Deutsche Arbeitsfront vollzogen haben, und daß der Deutsche Arbeiterverband der öffentlichen Betriebe damit nicht nur die Mitglieder des Gesamtverbandes, sondern auch die Angehörigen aller anderen Gewerkschaftsrichtungen und darüber hinaus auch noch eine große Anzahl bisher nicht organisierter Arbeiter umfaßt, die in der Zwischenzeit in die Deutsche Arbeitsfront eingetreten sind. Dieser Sachverhalt ist aber von derartiger Tragweite, daß unmöglich von einem gleichen Mitgliederbestand gesprochen werden kann.

Noch viel weniger kann der Kl. darauf hinweisen, daß die Organisation der Befl. und des Gesamtverbandes identisch ist. Wie schon eingangs erwähnt, ruht bei der Deutschen Arbeitsfront die Entsch. allein in der Hand des ernannten Führers. Grundsätzlich wird in keiner Organisation abgestimmt (Anordnung vom 11. Mai 1933). Der Führergedanke beherrscht in seiner vollen Tragweite die Arbeitsfront. Vergleicht man damit die Satzung des Gesamtverbandes (insbes. § 41 ff.), die, demokratischen Gedankengängen folgend, das Schwerpunkt auf die Mitgliederversammlung legt und dieser die Entsch. in allen lebenswichtigen Fragen einräumt, so bedarf es keiner näheren Erörterung, daß die Organisation der Befl. und des Gesamtverbandes einen durchaus entgegengesetzten Charakter aufweist.

Aber auch der Zweck, den die Befl. verfolgt, ist von dem des Gesamtverbandes völlig verschieden. Von untergeordneter Bedeutung ist es, daß schon durch die Gleichschaltung aller Gewerkschaftsrichtungen die Zwecke in Fortfall gekommen sind, die sich aus der parteipolitischen Einstellung der einzelnen Gewerkschaftsrichtungen ergaben. Entscheidend ist, daß die Deutsche Arbeitsfront es ablehnt, einseitig die Interessen der Arbeiter gegenüber dem Arbeitgeber zu vertreten, und daß sie im Gegensatz zu den Gewerkschaften den Klassenkampfgedanken verneint. Die Gewerkschaften sind erwachsen auf den liberalistischen Ideen des freien Arbeitsvertrages. Da im freien Spiel der Kräfte der einzelne Arbeiter gegenüber dem Arbeitgeber wirtschaftlich zu schwach war, so war der Zusammenschluß der Arbeiter auf dem Boden der Gewerkschaft erforderlich. Als geschlossene Masse sollte die Arbeiterschaft im Kampfe gegen den Arbeitgeber die Festlegung günstiger Arbeitsbedingungen durch Kollektivvereinbarungen, oder soweit dies nicht möglich, mit dem Mittel des Arbeitskampfes (Streik) erzwingen. Soweit sich aber die Gewerkschaften die Schulung und Fürsorge für ihre Mitglieder zur Aufgabe machten, geschah auch dieses unter besonderer Berücksichtigung der Kampfstellung gegenüber dem Arbeitgeber, die es erforderlich machte, den Arbeiter zu einem wirtschaftlich ebenbürtigen Gegner des Arbeitgebers zu erziehen.

Diese, die Gewerkschaft und ihren Zweck bestimmenden Gedanken sind der Deutschen Arbeitsfront fremd. Die Erfüllung besserer Arbeitsbedingungen ist nicht Aufgabe der Deutschen Arbeitsfront. Daher sind ihr auch die Mittel, die diesem Zweck dienen, Abschluß von Gesamtvereinbarungen und ihre Erzwingung mit dem Mittel des Arbeitskampfes, durch das Treuhändergesetz genommen. Die Arbeitsbedingungen steht an Stelle der Verbände der Treuhänder fest. Der Staat hat damit die Fürsorge für den Arbeiter übernommen. Der Staat sorgt jetzt dafür, daß jeder Arbeiter das, was er unter Wahrung der Interessen des Ganzen beanspruchen darf, auch erhält. Die Arbeitsfront will im Gegenzug zu den klassenkämpferischen Ideen der Gewerkschaft das Einigende, welches alle Volksgenossen verbindet, betonen, sie will Arbeiter, Angestellte und Unternehmer, die sämtlich in die Arbeitsfront eingegliedert sind, zur Volksverbundenheit erziehen. Sie will in jedem Arbeitmenschen das Verständnis dafür wecken, daß

der andere, sei er Arbeiter, Angestellter oder Unternehmer, für das Ganze, jeder an seinem Platze notwendig ist, und daß Staat und Wirtschaft nur durch verständnisvolles Einanderarbeiten aller Volksgenossen leben und gedeihen können. Darüber hinaus will die Arbeitsfront die geistige Fortentwicklung des einzelnen in seinem Beruf. Aber auch diese Aufgabe wird nicht unter dem Gesichtspunkt des Gegenübers zum Arbeitgeber erfüllt. Beherrschend ist vielmehr der Gedanke, daß in der neu zu schaffenden Wirtschaftsordnung, im wirtschaftsständischen Aufbau, nur dann ein Höchstmaß von Leistung erzielt werden kann, wenn jeder, sei er Arbeiter, Angestellter oder Unternehmer für den Posten, den er in dieser Ordnung einnehmen soll, entsprechend vorgebildet und erzogen ist.

Sind aber angesichts dieser Feststellungen nicht nur Name, sondern auch Mitglieder, Organisation und vor allem auch Zweck der Befl. denen des Gesamtverbandes völlig entgegengesetzt, so läßt sich die Auffassung des Kl., daß die Befl. mit dem Gesamtverband identisch sei, schlechterdings nicht begründen.

Nun meint allerdings der Kl., daß bei Prüfung der Frage der Identität berücksichtigt werden müsse, daß nach der Anfang Mai erfolgten Besetzung der freien Gewerkschaften diese in dem gleichen Geist und mit dem gleichen Ziel geleitet worden seien, die die Deutsche Arbeitsfront für sich in Anspruch nehme. Dieser Einwand verkennt die Bewegung, die am 2. Mai zur Besetzung der freien Gewerkschaften führte. Man hat seitens der NSBO-Befragten, die die Leitung der Gewerkschaften übernahmen, niemals daran gedacht, die bestehenden freien Gewerkschaften nunmehr im nationalsozialistischen Sinne umzubauen. Vorgesehen war von vornherein die Schaffung von etwas völlig Neuem, das ja auch wenige Tage später durch die Begründung der Deutschen Arbeitsfront ins Leben gerufen worden ist. Die freien Gewerkschaften sind daher auch nicht umgebaut worden, Organisation und Zweck blieben die gleichen wie bisher, die alte Satzung bestand weiter fort. Tatsächlich wurden allerdings die freien Gewerkschaften nach ihrer Besetzung im nationalsozialistischen Sinne geleitet, bis sie durch Überführung ihrer Mitglieder in die Deutsche Arbeitsfront der Auflösung verfielen. Das geschah aber satzungswidrig, kräft revolutionären Akts und unter Ausübung der tatsächlichen Macht, die die NSBO-Befragten ergriffen hatten. Hält man sich dies vor Augen, so kann der Tatsache, daß die freien Gewerkschaften in der letzten Zeit ihres Bestehens im nationalsozialistischen Sinne geleitet sind, für die Frage der Identität eine rechtliche Bedeutung nicht beigemessen werden. Eine Identität zwischen der Befl. und dem Gesamtverband hat niemals vorliegen.

b) Der Kl. trägt weiter vor, daß die Befl., wenn man die Identität verneine, jedenfalls als Rechtsnachfolgerin des Gesamtverbandes anzusprechen sei. Mit dieser Rechtsnachfolge sei begrifflich aber auch eine Haftung für die Verbindlichkeiten des Gesamtverbandes verbunden. Schon das ArbG. weist zutreffend darauf hin, daß eine Gesamtverbindlichkeit nur in bestimmten vom Gesetz festgelegten Fällen des Erbrechts und des ehelichen Güterrechts und für den Fall, daß das Vermögen eines Vereins dem Fiskus zufällt, Platz greift. Von diesen Fällen liegt hier keiner vor, so daß sich auch nicht i. Verb. m. einer Rechtsnachfolge eine Haftung der Befl. für die Verbindlichkeiten des Gesamtverbandes begründen läßt.

c) Von größerer Bedeutung ist die Behauptung des Kl., daß die Befl. das Vermögen des Gesamtverbandes übernommen und angesichts dieser Vermögensübernahme kräft zwingender Vorschr. für die Verbindlichkeiten des Gesamtverbandes einzustehen habe (§ 419 BGB.). Das ArbG. hält dieser Begr. entgegen, daß § 419 BGB. eine Vermögensübernahme durch Vertrag voraussetzt. An dieser Voraussetzung fehle es, da Grundlage der Vermögensübernahme im vorl. Falle ein revolutionärer Akt sei, der unmöglich mit einer vertraglichen Vermögensübernahme gleichgestellt werden könne. Es müsse also eine analoge Anwendung des § 419 BGB. ausscheiden.

Diese Begr. unterliegt Bedenken, auch wenn man vorerst mit dem ArbG. annimmt, daß eine Übernahme des Vermögens des Gesamtverbandes durch die Befl. stattgefunden hat. Der Hinweis, daß das geltende Recht die Fälle einer Vermögensübernahme durch revolutionären Akt nicht geregelt hat, läßt sich nicht zugunsten der Befl. vertreten. Ein Geley kann und will natürlich nur Vorgänge, die sich im Rahmen des Rechtslebens vollziehen, ordnen. Scheidet aber damit eine Lösung des hier zur Erörterung stehenden Problems durch das Gesetz aus, so wird man diesem nur dann voll gerecht, wenn man sich folgende Frage vorlegt:

Wie sollte die Stellung dessen, der das Vermögen eines anderen erlangt, zu den Gläubigern des bisherigen Besitzers dieses Vermögens schelthin und unabhängig vom einzelnen Fall nach geltendem Recht geregelt werden? Die Antwort auf diese Frage ergibt sich von selbst, wenn man sich vergegenwärtigt, daß bei der Regelung der Vermögensübernahme des § 419 BGB. die deutschen

Rechtsgrundsätze von Schuld und Haftung Anwendung gefunden haben.

Nach römischem Recht war das Schuldverhältnis ein juris vinculum, ein Rechtsband zwischen zwei bestimmten Personen. Wollte nach römischem Recht jemand die Verbindlichkeiten eines Schuldners übernehmen, so war dies nur im Wege der Novation durch Aufhebung des alten und Begr. eines neuen Schuldverhältnisses zwischen den nunmehr Beteiligten möglich. Im Gegensatz dazu legte das deutsche Recht das Schwergewicht nicht auf den persönlichen, sondern auf den sachlichen Inhalt des Schuldverhältnisses, also auf die Leistung, wobei das „Leistensollen“ nicht notwendig eine persönliche Verpflichtung erforderte, sondern auf eine reine Sachhaftung ohne persönliche Bindung beschränkt bleiben konnte. Dieser deutsche Rechtsgedanke hat, abgesehen von den Fällen der Grundschuld (dem typischen Fall der Sachhaftung), vor allem in denjenigen Best. des BGB. seinen Niederschlag gefunden, die den Übergang eines Vermögens regeln, also in den Fällen des Übergangs eines Vermögens durch Vertrag oder durch Erbsorge, die bei einem rechtlichen Verlauf der Dinge allein als Übergangsscheinungen in Frage kommen. Bestimmend für diese Regelung war der Gedanke, daß die Erfüllung der Verbindlichkeiten regelmäßig aus der Substanz erfolgt, der der Gegenwert der eingegangenen Verpflichtung zugeslossen ist, daß es dann aber als im höchsten Grade unbillig angesehen werden muß, den Gläubiger, der seine Leistung im Vertrauen auf die hinter dem Schuldner stehende Substanz bewirkt hat, lediglich auf die Person des Schuldners zu verweisen, wenn das Vermögen des Schuldners auf eine andere Person übergegangen ist. Andererseits erschien es aber auch billig, daß derjenige, der durch den Vermögensübergang in den Genuss der Vorteile dieses Vermögens gelangt ist, nunmehr auch für die Verbindlichkeiten dieses Vermögens bis zu seinem Bestand einzustehen hatte. So wurde ganz allgemein für den Fall der Vermögensübernahme der Grundsatz der Sachhaftung normiert, der dem Gläubiger das unabdingbare Recht gibt, seine Ansprüche bis zum Bestand des übernommenen Vermögens gegen den Vermögensübernehmer geltend zu machen. Ist aber damit der aus altem deutschen Recht übernommene Grundsatz der Sachhaftung Gedankengut des geltenden Rechts geworden, so bedeutet es auch nur eine folgerichtige Weiterentwicklung dieses Gedankens, wenn man auch in dem vom ArbG. angenommenen Fall des Vermögensvertrags durch revolutionären Art den § 419 BGB. analog zur Anwendung bringt. Dem Standpunkt des Kl. liefern sich also beachtliche Einwendungen nicht entgegenzusetzen, wenn der vom ArbG. angenommene Sachverhalt tatsächlich vorläge.

Der Ausgangspunkt des ArbG. ist aber, wie die im Termin vorgelegte Anordnung des Generalstaatsanwalts Berlin vom 12. Mai 1933 ergibt, unrichtig. Das Vermögen des Gesamtverbandes ist von der Befl. nicht übernommen worden. Dieses hat vielmehr die Staatsanwaltschaft beschlagnahmt. Zum Verfügungsberechtigten Pfleger ist der Führer der Deutschen Arbeitsfront, Dr. Leh, bestimmt worden. Von der Ermächtigung, Unterpfleger zu ernennen, hat die Verfügung des Generalstaatsanwalts vom 7. Juni 1933 Gebrauch gemacht. Durch diese sind für das Vermögen der Gewerkschaften, mit Ausnahme der Gewerkschaftskassen, der beauftragte Leiter der wirtschaftlichen Unternehmungen der Arbeiter- und Angestelltenverbände, Bankdirektor Carl Müller, Berlin SW, Wallstraße 65, und für die Verwaltung der Kassen der freien Gewerkschaften der Schatzmeister der Deutschen Arbeitsfront, Brinkmann, als Unterpfleger eingesetzt worden. Dieser Sachverhalt, der sich mit aller Deutlichkeit aus der Anlage X ergibt, nimmt dem Kl. die Möglichkeit, die Befl. unter Ber. auf eine Vermögensübernahme für die Verbindlichkeiten des Gesamtverbandes in Anspruch zu nehmen. Unbegründet ist aber bei dieser Sachlage auch der Eventualantrag des Kl. auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Gesamtverbandes. Auch gegenüber diesem Antrag ist die Deutsche Arbeitsfront nicht passiv legitimiert.

Dieser Antrag müßte sich vielmehr, wenn man ihn überhaupt neben der Leistungsklage gegen den Gesamtverband für zulässig erachtet, gegen den Pfleger Dr. Leh, bzw. gegen die bestellten Unterpfleger, denen die Verwaltung des Vermögens des Gesamtverbandes übertragen ist, richten.

d) Zuletzt bleibt noch zu erörtern, ob die Befl. um deswillen passiv legitimiert ist, weil sie in den Anstellungsvertrag des Kl. mit dem Gesamtverband eingetreten ist und die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten übernommen hat. Auch diese Auffassung des Kl. ist unzutreffend. Der Kl. hat niemals zu der Befl. bzw. zu dem in ihr organisierten Deutschen Arbeiterverband der öffentlichen Betriebe in einem Anstellungsverhältnis gestanden. Das Kündigungsbriefe vom 1. Juni 1933 beweist, daß der Kl. an diesem Tage von dem Beauftragten der NSBO. für den Gesamtverband fristlos entlassen ist. Mag nun auch schon zu diesem Zeitpunkt die Deutsche Arbeitsfront bestanden haben, so war damals noch nicht ins Leben ge-

rufen der Deutsche Arbeiterverband der öffentlichen Betriebe, in den die Mitglieder des Gesamtverbandes erst in der zweiten Hälfte des Monats Juni 1933 überführt sind. Diese tatsächlichen Feststellungen beweisen, daß niemals eine Übernahme des Anstellungsverhältnisses des Kl. durch die Deutsche Arbeitsfront erfolgt sein kann. Die in diesem Zusammenhang von dem Kl. vorgelegte Bezeichnung vom 19. Juli 1933 ist bedeutungslos, da ihr Inhalt mit dem tatsächlichen Sachverhalt im Widerspruch steht.

3. Zusammensetzung ergibt sich also, daß der Kl. zu Unrecht die Deutsche Arbeitsfront, vertreten durch den Deutschen Arbeiterverband der öffentlichen Betriebe für seine Forderungen in Anspruch nimmt. Die Befl. ist nicht passiv legitimiert. Diese Feststellung rechtfertigt aber noch keineswegs die Annahme des Kl., daß er rechtlos sei und daß er niemanden habe, an den er sich wegen seiner Ansprüche halten könne. Der Kl. war Angestellter des Gesamtverbandes und zu diesem stand er in vertraglichen Beziehungen. Wenn der Kl. glaubt, vom Gesamtverband zu Unrecht fristlos entlassen zu sein, so muß er sich wegen seiner Ansprüche an den Gesamtverband halten. Einer solchen Klage steht auch nicht entgegen, daß der Gesamtverband durch den Fortfall seiner Mitglieder aufgelöst ist und nicht mehr besteht. Der Gesamtverband war ein nicht rechtsfähiger Verein. Auf nicht rechtsfähige Vereine finden die Vorschr. über die Gesellschaften Anwendung. Im Falle der Auflösung eines nicht rechtsfähigen Vereins greifen also die Bestimmungen Platz, die das Gesetz für den Fall der Auflösung einer Gesellschaft normiert hat. Insbes. ist hier § 730 BGB. zu erwähnen, der feststellt, daß für die Bedeutung der schwedenden Geschäfte, für die dazu erforderliche Eingehung neuer Geschäfte sowie für die Erhaltung und Verwaltung des Gesellschaftsvermögens die Gesellschaft als fortbestehend gilt. Entsprechend dieser für die Gesellschaft getroffenen Regelung ist auch der Gesamtverband trotz seiner Auflösung für die Zwecke der Auseinandersetzung als fortbestehend anzusehen. Er ist insoweit nach wie vor parteifähig.

Schwierigkeiten ergeben sich lediglich aus der Tatsache, daß das Vermögen des Gesamtverbandes beschlagnahmt ist, daß der Gesamtverband dadurch das Recht verloren hat, über sein Vermögen zu verfügen und daß eine Güterpflegschaft angeordnet ist. Fraglich ist, ob dieser Sachverhalt den Gesamtverband lediglich prozeßfähig macht, oder ob er damit auch zur Sache nicht mehr legitimiert ist. Letzteres hätte zur Folge, daß etwaige Ansprüche nicht mehr gegen den Gesamtverband, vertreten durch seinen gesetzlichen Vertreter, also durch den für den Gesamtverband bestellten Pfleger, sondern unmittelbar gegen den Pfleger in seiner Eigenschaft als Verwalter des beschlagnahmten Vermögens, analog dem Konkursverwalter geltend gemacht werden mühten. Das sind aber nur Schwierigkeiten formeller Art, die in dem einen oder anderen Sinne zu entscheiden sind, die aber dem Kl. keineswegs die Verfolgung seiner Ansprüche unmöglich und ihn damit, wie er meint, rechtlos machen.

(ArbG. Hamburg, Urt. v. 4. Okt. 1933, LA Bf 248/33.)
Ber. von LGDir. Dr. Romelj, Hamburg.

C. Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte.

I. Reich.

Reichsfinanzhof.

Berichtet von Reichsfinanzrat Dr. Voethke, Reichsfinanzrat Arlt und Reichsfinanzrat Dr. Georg Schmauser, München.
[> Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsfinanzhofs abgedruckt.]

A. Gutachten.

> I. §§ 26 Abs. 3 259 Abs. 2 Nr. 3, 261 Abs. 2, 263 Abs. 2, 285 Nr. 2 RAbG. § 26 Abs. 1 Nr. 3 Steueraussch. i. d. Fass. nach dem Ges. v. 22. April 1933 (RGBl. I, 219). Zur Einlegung der einer Gemeinde in ihrer Eigenschaft als (am Steueraufstellungsverfahren beteiligter) Träger von Hoheitsrechten zustehenden Rechtsmittel gegenüber Entscheidungen, bei denen die Umlaufabteilung des Steuerausschusses mitgewirkt hat, ist neben dem Gemeindevorstand sowohl der für die Gemeinde nach § 26 Abs. 3 RAbG. bestellte Vertreter als auch der nach § 26 Abs. 1 Nr. 3 Steueraussch. i. d. Fass. nach dem Ges. v. 22. April 1933 (RGBl. I, 219) als Mitglied der Umlaufabteilung des Steuerausschusses bestellte Obmann befugt.

Der RfM. hat unter Berufung auf § 63 RAbG. den RfH. um Erstattung eines Gutachtens über die Rechtslage bei folgendem Sachverhalt erucht:

Durch die Steueraussch. v. 22. Mai 1931 sei die Möglichkeit geschaffen worden, Sachen, bei denen der Steueraussch. mitzuwirken habe, in einem vereinfachten Verfahren (Umlaufverfahren) zu erledigen. Leitender Gedanke sei dabei gewesen: der Steueraussch.

solle in seiner regelmäßigen Besetzung jeweils bei der Hauptveranlagung und der Hauptfeststellung mitwirken; dagegen sollten Fälle, die außerhalb der Hauptveranlagung und Hauptfeststellung der Mitwirkung des Steuerausschusses bedürfen, im Umlaufverfahren erledigt werden.

Beim Umlaufverfahren wirke eine besondere Abteilung des Steuerausschusses mit. Ihr gehörten fünf Personen an, nämlich: ein Beamter des FinA., ein Vertreter des Landes, ein Vertreter der Gemeinde und zwei gewählte Mitglieder. Die bisherige Fassung des § 26 Steuerausschuss. sehe vor, daß der Vertreter der Gemeinde in der Umlaufabteilung des Steuerausschusses wechsle, je nachdem der zu veranlagende Steuerpflichtige dieser oder jener Gemeinde angehöre. Dieser ständige Wechsel habe sich als eine Erschwerung des Umlaufverfahrens herausgestellt. Um dem Umlaufverfahren die erforderliche Beweglichkeit zu geben, sei es erforderlich, daß in der Umlaufabteilung des Steuerausschusses die Vertreter der Gemeinden nicht dauernd wechselten, sondern daß stets ein und derselbe Vertreter der Umlaufabteilung angehöre. Demgemäß spreche das Gesetz über die Neubildung der Steuerausschüsse v. 22. April 1933 (RGBl. I, 219) aus, daß die nach § 36 Abs. 3 RAbG. bestellten Mitglieder des Steuerausschusses (die Vertreter der Gemeinden) aus ihrer Mitte einen Obmann bestellten, der als Vertreter der Gemeinden der Umlaufabteilung des Steuerausschusses angehöre.

Im Besteuerungsverfahren könnten Rechtsmittel der Gemeinden insbes. in den folgenden Fällen in Frage kommen. Eine Gemeinde könnte Rechtsmittel einlegen: 1. als Steuerpflichtige, wenn die Gemeinde zu einer Steuer herangezogen werde; 2. als Partei im Berlegungsverfahren (§§ 384, 388 RAbG.) sowie die entsprechenden Vorschriften des bisherigen Rechtes; 3. als (am Steuerfestsetzungsverfahren beteiligter) Träger von Hoheitsrechten (zu val. hierzu auch RfH. 32, 258—260 = Partei RAbG. 1931 § 307 Abs. 1 Nr. 1). In den Fällen, in denen eine Gemeinde als (am Steuerfestsetzungsverfahren beteiligter) Träger von Hoheitsrechten Rechtsmittel einlegen könnte, sage das Gesetz (zu val. §§ 259 Abs. 2, 261 Abs. 2, 263 Abs. 2 u. 285 Nr. 2 RAbG.), daß „der Vertreter der Gemeinde, der bei der Entsch. des Steuerausschusses mitgewirkt habe oder zur Mitwirkung berechtigt gewesen sei (§ 36 Abs. 3 RAbG.), namens der Gemeinde zur Einlegung von Rechtsmitteln befugt sei“.

Diese Regelung sei auf die Fälle zugeschnitten, in denen im Steuerausschuss derjenige Vertreter der Gemeinde mitwirke, der gemäß § 36 Abs. 3 RAbG. bestellt worden sei. Nach dem Gesetz über die Neubildung der Steuerausschüsse v. 22. April 1933 (RGBl. I, 219) werde aber in Zukunft in der Umlaufabteilung des Steuerausschusses als Vertreter der Gemeinde nicht mehr der nach § 36 Abs. 3 RAbG. bestellte Vertreter, sondern ein Obmann mitwirken. Infolgedessen erhebe sich die Frage, wer gegenüber Entsch., bei denen die Umlaufabteilung des Steuerausschusses mitgewirkt habe, befugt sei, die Rechtsmittel einzulegen, die der Gemeinde in ihrer Eigenschaft (als am Steuerfestsetzungsverfahren beteiligtem) Träger von Hoheitsrechten zuständen.

Der RfM. fügt bei, daß die zuletzt gestellte Frage, die den Gegenstand des zu erstaatenden Gutachtens bildet, seines Erachtens dahin zu beantworten sei, daß nicht der Obmann, sondern der nach § 36 Abs. 3 RAbG. bestellte Vertreter der Gemeinde zur Einlegung der Rechtsmittel befugt sei.

Zur Bannahme von Rechtshandlungen im Namen einer Gemeinde ist in erster Linie der Gemeindevorstand befugt, der die Gemeinde nach staatsrechtlichen Grundsätzen nach außen hin vertrete. Diese Vertretungsmacht des Gemeindevorstandes kann allerdings durch gesetzliche Vorschrift für Fälle bestimmter Art eingeschränkt werden. Es ist jedoch nicht anzunehmen, daß durch die Vorschrift des § 259 Abs. 2 Nr. 3 RAbG. eine solche Einschränkung für die Einlegung der einer Gemeinde als Träger von Hoheitsrechten zustehenden Rechtsmittel in Steuersachen geschaffen werden sollte. Denn es ist kein sachhaltiger Grund erkennbar, der den Ausschluß der Vertretungsbefugnis des Gemeindevorstandes in diesen Fällen als geboten oder auch nur als zweckmäßig erscheinen ließe. Dann aber hätte ein solcher Ausschluß, wenn er vom Gesetzgeber gewollt gewesen wäre, ausdrücklich im Gesetz ausgesprochen werden müssen, was nicht geschehen ist. Die Vorschrift des § 259 Abs. 2 Nr. 3 RAbG. muß daher dahin ausgeschafft werden, daß die hier angeführten Personen neben dem allgemein zur Vertretung der Gemeinde berechtigten Gemeindevorstand, mag dieser eine Einzelperson oder eine Körperschaft sein, Rechtsmittel im Namen der Gemeinde einlegen können.

Zu diesen Personen zählt nach dem Wortlaut der Vorschrift jedenfalls der für die einzelne Gemeinde nach § 36 Abs. 3 RAbG. bestellte Vertreter. Die Befugnis dieses Vertreters zur Einlegung von Rechtsmitteln im Namen der Gemeinde wird für die Steueraffälle, die im Umlaufverfahren erledigt worden sind, nicht dadurch ausgeschlossen, daß er bei der Entsch. des Steuerausschusses in diesen Fällen infolge der Best. des § 26 Abs. 1 Nr. 3 der Steuerausschuss. nicht mitgewirkt hat. Denn nach § 259 Abs. 2 Nr. 3 RAbG. steht dem Vertreter der Gemeinde die Befugnis zur Rechts-

mittelseinlegung nicht nur zu, wenn er bei der Entsch. des Steuerausschusses mitgewirkt hat, sondern auch, wenn er zur Mitwirkung bei dieser Entsch. berechtigt war. Und berechtigt hierzu war der nach § 36 Abs. 3 RAbG. bestellte Vertreter an sich auch in den Fällen der hier fraglichen Art. Daß er in diesen Fällen in der Ausübung dieses Rechts zufolge der Sonderbest. des § 26 Abs. 1 Nr. 3 Steuerausschuss. durch den hiernach bestellten Obmann ersetzt worden ist, hat für die Auslegung des § 259 Abs. 2 Nr. 3 RAbG. keine Bedeutung. Es wäre auch nicht verständlich, wenn man dem für die einzelne Gemeinde nach § 36 Abs. 3 RAbG. bestellten Vertreter für die im Umlaufverfahren erledigten Steueraffälle die Befugnis zur Einlegung von Rechtsmitteln für die Gemeinde hätte aberkennen wollen; denn er wird in der Regel die Verhältnisse der in Frage kommenden Steuerpflichtigen am besten kennen und auch, wenigstens soweit es sich um den Vertreter einer größeren Gemeinde handelt, meist in steuerrechtlichen Fragen besonders bewandert sein, so daß er am ehesten als geeignet erscheint, die Erfolgsaussichten einzulegender Rechtsmittel zu beurteilen.

Es fragt sich schließlich noch, ob nicht auch der nach § 26 Abs. 1 Nr. 3 Steuerausschuss. bestellte Obmann als befugt anzusehen ist, gegen die Entsch., bei denen die Umlaufabteilung des Steuerausschusses mitgewirkt hat, im Namen der von ihm vertretenen Gemeinden Rechtsmittel einzulegen. Auch diese Frage muß bejaht werden. Der Obmann fällt jedenfalls nach Wortlaut und Sinn des § 259 Abs. 2 Nr. 3 RAbG. unter die hier genannten Gemeindevorsteher. Er hat ja gerade bei der Entsch. des einzelnen Steuerfalls, um deren Ansehung im Rechtsmittelverfahren es sich handelt, mitgewirkt, er wird sich daher auch in der Regel mit diesem Steuerfall vertraut gemacht haben. Der Anerkennung seiner Befugnis zur Rechtsmitteleinlegung steht auch nicht entgegen, daß in § 259 Abs. 2 Nr. 3 RAbG. nur die Vorschrift des § 36 Abs. 3 RAbG. und nicht auch die des § 26 Abs. 1 Nr. 3 Steuerausschuss. angeführt ist. Denn diese Gesetzeslücke, die sich ohne weiteres aus dem Umstand erklärt, daß die Vorschrift des § 259 Abs. 2 Nr. 3 RAbG. bereits durch die NotVO. v. 1. Dez. 1930, die Vorschrift des § 26 Abs. 1 Nr. 3 Steuerausschuss. aber erst durch das Gesetz v. 22. April 1933 eingeführt worden ist, vermag den Sinn der Vorschrift nicht abzuwandeln.

(RfH., GrSen., Gutachten v. 13. Nov. 1933, GrS D 6/33 S.)

B. Entscheidungen.

2. § 26 Abs. 3 Satz 3 RVerG. 1925; § 9a der 10. Durchf. v. 3. AufbrG. Ein Grundstück ist nur dann ein „typisches Geschäftshaus“ i. S. des § 26 Abs. 3 Satz 3 RVerG. 1925, wenn es nicht allein zu gewerblichen Zwecken bestimmt, sondern auch nach seinem baulichen Zustand hierfür geeignet ist und im wesentlichen gewerblichen Zwecken dient.†)

Die Feststellung des FinGer., daß das Fabrikgebäude einen gewerblichen Betrieb i. S. des § 26 Abs. 3 Satz 3 RVerG. 1925 bilde, ist nicht hinreichend begründet. Richtig ist, daß in dem Gebäude nicht gerade ein Gewerbe der Art betrieben zu werden braucht, zu dem es seiner Bauart und Einrichtung nach bestimmt ist (Urt. v. 17. Juli 1928, I A 243/27 [RStBl. 1929, 31]). Ebenso bezeichnet das FinGer. es mit Recht als unerheblich, daß nicht alle Räume vermietet sind, sondern einzelne Räume leer stehen. Die Beichw. hat aber schon im finanziellen Verfahren behauptet und in der R-Beschw. näher dargelegt, daß das Gebäude wegen eines „ruinenhaften Zustands“ überhaupt nicht mehr zur Verwendung für gewerbliche Zwecke geeignet sei, und daß nur einzelne Räume vermietet seien. Wenn diese Behauptung trifft, fällt das Gebäude nicht unter § 26 Abs. 3 Satz 3 RVerG. 1925, denn die Vorschr. setzt voraus, daß das zu gewerblichen Zwecken bestimmte Gebäude nach seinem baulichen Zustand am Stichtag auch tatsächlich hierfür geeignet ist, und daß es im wesentlichen gewerblichen Zwecken dient. Das FinGer., an das die nicht spruchreife Sache zurückgeht, wird erneut zu prüfen haben, ob diese Voraussetzung hier gegeben ist.

(RfH., 3. Sen., Urt. v. 22. Sept. 1933, III A 39/33.)

Zu 2. Dem Urt. kann nur im vollen Umfang zugestimmt werden, wenn es auch im ersten Augenblick zu überraschen scheint. § 26 Abs. 3 S. 3 RVerG. 1925 spricht schlechthin von „bebauten Grundstücksflächen, wenn die Gebäude ihrer Bauart und Einrichtung nach gewerblichen Zwecken zu dienen bestimmt sind“. Es bilden aber nicht etwa sämtliche derartige Grundstücksflächen einen gewerblichen Betrieb, sondern es findet auf sie die Vorschr. des Abs. 3 S. 1 Anwendung, wonach die Gegenstände „als solche nach Art und Menge im wesentlichen zur Ausübung eines selbständigen Gewerbebetriebes genügen würden.“ Daraus zieht das Urt. mit Recht den Schluß, daß auch bei dem einzelnen Gebäude geprüft werden muß, ob es im wesentlichen gewerblichen Zwecken überhaupt dienen kann.

R. Dr. Delbrück, Stettin.

Reichspatentamt.

I. § 24 PatG. Schlüssigkeit eines im Patenterteilungsverfahren erhobenen Einspruches trotz bloßer Benennung einer Patentschrift ohne nähere Erörterungen. Voraussetzungen für die Zulassung der Richtigstellung einer Unrichtigkeit bei der Benennung einer vom Einsprechenden entgegengehaltenen Patentschrift. Zurückweisung der auf Unzulässigkeit des erhobenen Einspruches gestützten Beschwerde des Patentanmelders gegen die Gewährung der Akteneinsicht durch die Prüfungsstelle.

Der angef. Beschluß geht davon aus, daß der von der Antragstellerin zur Begründung ihres Einspruchs entgegengehaltenen deutschen Patentschrift 418 051 die Möglichkeit einer patenthindernden Verjährung mit dem Gegenstande der Anmeldung ohne weiteres zu entnehmen sei. Dem war unbedenklich beizutreten. In diesem Sinne ist offenbar auch der dritte Absatz des Einspruchsschrifftages v. 20. Juni 1933 zu verstehen. Mit Recht hat daher die Anmeldeabteilung, den die Voraussetzung für eine Aktenoffenlegung bildenden Einspruch für schlüssig erachtet.

Nun war allerdings der Antragstellerin bei der Fertigung ihrer Einspruchsschrift insofern ein Versehen unterlaufen, als sie als Nummer der entgegengehaltenen Patentschrift die Zahl 18 051 anstatt 418 051 angab. Es lag indes von vornherein klar zutage, daß eine Unstimmigkeit vorliegen mußte. Die Richtigstellung „offenbarer Unrichtigkeiten“ ist im patentamtlichen Prüfungsverfahren zulässig. Der Anmelder hält eine Berichtigung in vorl. Falle trotzdem für unzulässig, weil die Anmeldeabteilung allein an Hand der Einspruchsschrift noch nicht ersehen konnte, welche Patentschrift die Antragstellerin im Auge gehabt hatte. Diese Aussäffung geht fehl. Auf Befragen der Anmeldeabteilung hat die Antragstellerin diejenige Patentschrift bezeichnet, die sie nach Lage der Sache zweifellos von vornherein gemeint hatte; und diese Richtigstellung eines bloßen Schreibfehlers ist auch nicht etwa erst nach geraumer Zeit erfolgt, sondern — wie nach der Entsh. der Beschwerdeabteilung v. 27. Juni 1928 (MuW. 1929, 89 f.) erforderlich — unverzüglich, nämlich wenige Tage nach Empfang des amtlichen Hinweises auf einen anscheinenden Schreibfehler. Damit sind vorliegend alle Bedingungen für eine Zulassung der Richtigstellung erfüllt.

(RVerfA., 13. Geschw. Sen., Entsh. v. 23. Nov. 1933, M 110634 VIIIa/21 a 1 XIII B 328/33.)

Ber. von ORegR. Konrad Bindewald, Berlin.

Reichsversicherungsamt.

Berichtet von Senatspräsident Dr. Zielke, Landgerichtsdirektor Dr. Kersting, Berlin.

[** Wird in den Amtl. Nachrichten für Reichsversicherung (Neue Folge der Amtl. Nachrichten des RVerfA.) abgedruckt.]

○ Wird in den „Entscheidungen und Mitteilungen“, herausgegeben von Mitgliedern des RVerfA. (EuM.), abgedruckt.]

1. § 537 Abs. 1 Nr. 4b RVO. Die Reinigung von Schulräumen stellt keine Tätigkeit im Gesundheitsdienst im Sinne der genannten Vorschrift dar. Das Reinigen von Klassenzimmern ist zwar der Gesundheit der in den Räumen zu unterrichtenden Kinder förderlich. Als „Tätigkeit im Gesundheitsdienst“ i. S. des § 537 Abs. 1 Nr. 4b kann aber das Reinigen von Räumen nicht angesehen werden.

(RVerfA., Besch. v. 4. Juli 1933, I 1100a 5/33: EuM. 34, 379.)

[8.]

2. § 547 RVO. Schraubendrehereien sind Betriebe der Metallbearbeitung und -verarbeitung i. S. der Nr. 18 der Anlage zur 2. BerufskrankheitenVO. v. 11. Febr. 1929. Eine durch Lärm in einem solchen Betriebe verursachte Taubheit oder an Taubheit grenzende Schwerhörigkeit ist infolgedessen als Berufskrankheit i. S. der VO. anzusehen.

(RVerfA., Urt. v. 17. Aug. 1933, Ia 144/32: EuM. 34, 481.)

*

3. § 547 RVO. Nach Nr. 14 der Anlage zur 2. BerufskrankheitenVO. v. 11. Febr. 1929 sind Erkrankungen der Muskeln, Knochen und Gelenke durch Arbeiten mit Preßluftwerkzeugen als Berufskrankheiten anzusehen. Die Dupuytrentsche Sehnenkontraktur ist keine „Erkrankung der Muskeln“. Es handelt sich bei ihr um eine Erkrankung der Hohlhandfaszie, der Palmaraponeurose, die als sehnennartiges Gebilde anzusehen ist. Dieses sehnennartige Gebilde ist aber nicht als „Muskel“ anzusehen. Muskel und Sehnen sind schon dem Sprachgebrauch nach verschiedenartige Be-

griffe. Sie können auch im medizinischen Sinne nicht einander gleichgestellt oder als eine Einheit betrachtet werden. Die Sehnen können wohl als Teil des Muskelsystems gelten, nicht aber als Teile einzelner Muskeln. Sie sind Erfolgsorgane der Muskeln, aber nicht selbst Muskeln. Auch dem Vorhandensein einzelner Muskelfasern in der Palmaraponeurose kann nicht die Bedeutung zukommen, daß das ganze Gebilde nunmehr als „Muskel“ anzusehen ist.

(RVerfA., Entsh. v. 1. Aug. 1933, Bk 4707/30: EuM. 34, 359.)

[8.]

*

4. § 547 RVO. Nach Nr. 16 der Anlage zur 2. BerufskrankheitenVO. v. 11. Febr. 1929 sind schwere Staublungenserkrankungen (Silikose) als Berufskrankheiten anzusehen, wenn sie durch berufliche Beschäftigung in einem Porzellanbetrieb verursacht sind. Steinzeugfabriken können aber nicht als „Porzellanbetrieb“ angesehen werden, und zwar auch dann nicht, wenn es sich um Steinzeug feiner Art handelt. Steinzeug und Steingut unterscheiden sich technologisch und in den physikalischen Eigenschaften deutlich von Porzellan, auch im Sprachgebrauch werden beide auseinandergehalten. Der Gesetzgeber hatte bei Schaffung der VO. nur die eigentlichen Porzellanbetriebe im Auge.

(RVerfA., Entsh. v. 20. Juni 1933, Ia 11731/31: EuM. 34, 361.)

[8.]

*

5. § 547 RVO. Bei den Berufskrankheiten im Sinne der Unfallversicherung kommt es lediglich auf die Verursachung, d. h. auf die Entstehung durch die berufliche Tätigkeit an; eine Entschädigungspflicht kommt daher nicht in Betracht, wenn die Krankheit durch Einwirkungen im Betriebe zwar nicht entstanden, sich aber verschlimmert hat oder nicht zur Heilung gelangt. Nach § 1 der 2. BerufskrankheitenVO. v. 11. Febr. 1929 sind als Berufskrankheiten solche Erkrankungen anzusehen, die in der Anlage zu dieser VO. aufgeführt sind, wenn sie durch berufliche Tätigkeit in einem daselbst bezeichneten Betriebe verursacht sind. Insoweit unterscheidet sich die Voraussetzung für eine Entschädigung der Folgen eines Unfalls von denjenigen der Folgen einer Berufskrankheit. Während bei einem Unfall Entstehung und wesentliche Verschlimmerung gleichgestellt sind, kommt es bei einer Berufskrankheit lediglich auf die Verursachung, grundsätzlich aber nicht auf eine Verschlimmerung durch Einwirkungen bei der Ausübung des Berufs an.

(RVerfA., Entsh. v. 23. Juni 1933, Ia 8708/32: EuM. 34, 358.)

[8.]

*

6. § 959 RVO. Die Unterhaltung von Obstbäumen an Wegen und Straßen bildet einen landwirtschaftlichen Betrieb, wenn mit ihr eine nicht ganz unbedeutende Obstnutzung verbunden ist.

(RVerfA., Entsh. v. 31. Jan. 1933, I B 435/31: EuM. 34, 365.)

[8.]

*

7. § 1583 RVO. Will ein Träger der Unfallversicherung eine zu Unrecht gezahlte Entschädigung zurückfordern, so hat er im Streitfall einen förmlichen Bescheid zu erteilen. Der Rückforderung kann der Empfänger nicht den Einwand entgegensetzen, daß er nicht mehr bereichert sei.

Früher hat die Rspr. den Standpunkt vertreten, daß zur Entscheidung von Streitigkeiten wegen Rückforderung zu Unrecht gezahlter Leistungen aus der Reichsversicherung die ordentlichen Gerichte zuständig seien. Diese Ansicht ist aber verlassen und vom Großen Senat des RVerfA. ausgeführt worden, daß der Anspruch auf Rückzahlung der Leistung eines Trägers der Krankenversicherung dem öffentlichen Recht angehört wie der Anspruch auf die Leistung selbst, und daß über die Rückforderung in dem für die Feststellung der Leistung selbst vorgeschriebenen Verfahren zu entscheiden ist. Das gilt auch für das Gebiet der Unfallversicherung. Die Leistungen der Unfallversicherung werden in den Fällen der förmlichen Feststellung (§ 1569 a RVO.) durch schriftlichen Bescheid des Versicherungsträgers festgestellt (§ 1583 RVO.). Ein solcher Fall lag hier vor. Also war auch über die Rückforderung durch förmlichen Bescheid zu entscheiden. Da es sich um einen öffentlich-rechtlichen Rückforderungsanspruch handelt, kommt die Vorschr. des § 818 Abs. 3 BGB. hier nicht in Betracht, wie das RVerfA. bereits in wiederholten Entsh. des näheren ausgeführt hat.

(RVerfA., Entsh. v. 5. April 1933, Ia 12504/31: EuM. 34, 368.)

[8.]

II. Länder.

Oberverwaltungsgerichte.

Bremen.

Preußisches Oberverwaltungsgericht.

Berichtet von SenPräf. Geh. RegR. von Kries u. RA. Dr. Görres,
Berlin.

I. Gutsbezirkseigenschaft. § 4 ÖstLGemD.; §§ 91, 92 II 7 ALR.

I. Mangels einer landesrechtlichen Verleihung der Gutsbezirkseigenschaft hängt der Nachweis einer solchen davon ab, ob dem Gutsherrn bis zur Aufhebung der Gutsuntertänigkeit das Recht, Untertanen zu haben, zugestanden hat, sei es als Besitzer eines Ritterguts gemäß § 91 II 7 ALR, sei es durch Erwerb gemäß § 92 a. a. D.

II. Eine Stadt darf ein ihr vom Landesherrn verliehenes Obrigkeitssrecht nicht selbstständig in ein andersgeartetes, also auch nicht in ein gutsherrliches umwandeln.

III. Aus dem Besitz der Gerichtsbarkeit, der Polizeigewalt und des Patronatsrechts allein ergibt sich noch nicht das Bestehen gutsherrlicher Rechte.

IV. Ein Erwerb gutsherrlicher Rechte durch „Verjährung“ setzt voraus, daß die in Anspruch genommenen Rechte bis zur Aufhebung der Gutsuntertänigkeit während der vorgeschriebenen Zeit auch durch Ansezung von Untertanen ausgeübt wurden.

V. Der Umstand, daß die Behörden jahrelang das Bestehen eines Gutsbezirks angenommen haben, ist ohne Bedeutung, wenn diese Annahme auf einem Rechtsirrtum beruht.

Bis zum Jahre 1925 hatten die Beteiligten und die Behörden das Bestehen eines zum Kreise R. gehörigen selbstständigen Gutsbez. W. angenommen. Da diese Eigenschaft streitig geworden war, hat die Stadt St., in deren Eigentum sich der weit überwiegende Teil der den Bezirk bildenden Grundstücke befindet, gemäß § 4 ÖstLGemD. von 1891 (GS. 233) mit Klage im Verwaltungsstreitverfahren die Feststellung beantragt, daß die in einem gleichzeitig vorgelegten Verzeichnis einzeln aufgeführten Grundstücke einen selbstständigen Gutsbezirk bilden, in dem die Stadt St. Gutsherrin ist. Nachdem der KrAussch. gemäß § 4 Abs. 2 a. a. D. vorläufig beschlossen hatte, daß der strittige Bezirk keinen selbstständigen Gutsbezirk, sondern einen Teil der Landsgem. W. bilde, bestellte er für das Verwaltungsstreitverfahren gemäß § 74 Abs. 3 LBG. einen Kommissar zur Wahrnehmung des öffentlichen Interesses und lud die Eigentümer der sonst noch zu dem angeblichen Gutsbezirk gehörigen Grundstücke bei. Der KrAussch. entschied, daß die von der Kl. aufgeführten Grundstücke einen selbstständigen Gutsbezirk nicht darstellen. Die Berufung hat der KrAussch. zurückgewiesen. Die Rev. konnte keinen Erfolg haben.

I. Best. darüber, unter welchen Umständen Gutsbezirke zur Entstehung gelangen, sind weder im ALR., das die Bezeichnung „Gutsbezirk“ überhaupt noch nicht kennt — sie ist zum ersten Male in dem Amtsblatt v. 31. Dez. 1842 (GS. 1843, 8) gebraucht —, noch in den komm. VerfassungsG., insbes. auch nicht in dem die Auflösung der Gutsbezirke behandelnden Teil des Ges. v. 27. Dez. 1927 (GS. 211), enthalten. Alle nachlandrechtl. Ges. gehen von dem rechl. Bestehen der vorhandenen Gutsbezirke aus. Das ALR. selbst kennt als Kommunalverbände nur die Gemeinden. Die auf sie bezügl. Vorschr. in Teil II Titel 6 u. 7 sollten auf Rittergüter, adlige Güter und Gutsherrschaften keine Anwendung finden (LBG. 7, 181). Hinsichtl. dieser beschränkt sich das ALR. auf die Regelung der Rechtsverhältnisse zwischen dem Gutsherrn und seinen Gutsuntertanen. Erst mit Aufhebung der Untertänigkeit durch die Edikte v. 9. Okt. 1807 (GS. 1806/10, 170) und v. 14. Sept. 1811 (GS. 281) trat das Eigentum der bäu. Gemeinde dem Eigentum des Gutsherrn gegenüber, entstanden Grenzen zwischen Gemeinden und Gutsbezirken (LBG. 2, 120). Soweit daher nicht durch landesherrl. Akt eine ausdrückl. Verleihung der Eigenschaft als Gutsbezirk stattgefunden hat, was hier nicht der Fall ist, setzt das Bestehen eines Gutsbezirkes voraus, daß dem Gutsbesitzer bis zur Aufhebung der Gutsuntertänigkeit das Recht, Untertanen zu haben, zugestanden hat. Diese Befugnis hat § 91 II 7 ALR. grundsätzl. nur den Besitzern von Rittergütern zugesprochen. Die Rechte der Stadt St. an dem Dorfe W. gründen sich auf die Verleihungsurkunde des Herzogs Barnim I. von Pommern vom Jahre 1277. Nach dem Besitzhatte von 1765 bestand der Besitz teils aus „vom Abel“ angekauften, teils aus vom Landesherrn geschenkten Grundstücken. Die Annahme, daß es sich wegen des Ursprungs aus adl. Besitz um ein adl. also ein Rittergut handelt und daß mit dessen Erwerb die den Rittergütern ohne weiteres zustehenden herrschaftl.

Rechte auf die Stadt übergegangen sind, ist ausgeschlossen. Denn nach einer nicht veröffentlichten Entsch. des Gerichtshofes v. 21. Febr. 1891, I. 191, entspricht es dem bei Beleihungen üblichen Verfahren, daß eine etwaige Absicht, dem Besitz einer Stadt als rittermäßig oder zu adligen Rechten zu verleihen, besonders zum Ausdruck gelangt. Das ist hier nicht gegeben. Nun konnten nach § 92 II 7 ALR. die im § 91 a. a. D. den Rittergutsbesitzern eingeräumten Vorrechte durch ProvinzialG., Privileg oder Verjährung auch von Besitzern freier Landgüter erworben werden. In Übereinstimmung mit dem KrAussch. ist jedoch der Gerichtshof zu der Ansicht gelangt, daß die Kl. einen derartigen Erwerb nicht nachzuweisen vermöcht hat.

Provinzialgesetz. Vorschr. i. S. § 92 II 7 ALR. sind, wie die Entsch. des ÖBG. v. 11. Juli 1899 (PrVerwBl. 21, 146) festgestellt hat, für Pommern nicht ergangen. Auch die von der Kl. zunächst in Bezug genommenen sog. Bauernd. sind nicht beweisend. Nun kann zwar Provinzialrecht auch durch Observanz entstehen (PrVerwBl. 27, 666). Der Erwerb gutsherrl. Rechte auf diesem Wege ist jedoch (LBG. 47, 145) deshalb ausgeschlossen, weil eine gemeinsame Rechtsüberzeugung sich nur innerhalb eines bestimmten Personenkreises bilden und deshalb nicht diesen Personenkreis selbst, nämlich die Gutsherrschaft im Verhältnis zu den Gutsinsassen, zur Entstehung bringen kann.

Auch auf ein Privileg kann sich die Kl. nicht stützen. Die Stadt hatte sonach mit der Verleihung zwar obrigkeitl., aber keine herrschaftl. Rechte erworben.

II. Der sich aus der Verleihungsurkunde ergebende Rechtszustand konnte auch durch die Entwicklung der späteren Jahre an sich noch keine Abänderung erfahren. Denn nach der in der Entsch. des ÖBG. v. 11. Juli 1899 (PrVerwBl. 21, 146) angezogenen, nicht veröffentlichten Entsch. v. 21. Febr. 1891, I. 191, darf eine Stadt ein ihr vom Landesherrn verliehenes Obrigkeitssrecht nicht selbstständig in ein andersgeartetes, also auch nicht in ein gutsherrl. umwandeln.

III. Nun hat sich die Kl. weiter darauf berufen, daß ihr die Gerichtsbarkeit, die Polizeiobrigkeit und das Patronatsrecht über W. zugestanden habe. Da diese Rechte nur vom Landesherrn hergeleitet werden können, würde allerdings der Schluss nahe liegen, daß durch einen späteren Landesherrl. Akt die Rechte der Stadt gegenüber der Urkunde von 1277 zu gutsherrl. Rechten erweitert sind. Der KrAussch. ist aber unter Heranziehung umfangreichen Materials zu der Überzeugung gelangt, daß die bezeichneten Sonderrechte lediglich ein Ausfluss des der Stadt in der Urkunde von 1277 verliehenen Obrigkeitssrechts gewesen sind. Diese durchaus begründeten Ausführungen werden noch dadurch unterstellt, daß nach der Entsch. des ÖTBib. 33, 290 ein Gut auch ohne Besitz der Gerichtsbarkeit, der Polizeiobrigkeit und der Patronatsrechte die Eigenschaft eines Rittergutes haben kann und daß es nach den Entsch. des ÖBG. 8, 85; 31, 113; 45, 128 darauf ankommt, ob neben dem Besitz solcher Rechte noch andere Umstände vorliegen, aus denen sich die erfolgte Übertragung gutsherrl. Rechte schlüssig ergibt.

IV. Auch ein Erwerb der gutsherrl. Rechte durch Verjährung hat nicht stattgefunden. Selbst wenn man die Möglichkeit einer solchen ungeachtet dessen annehmen wollte, daß, wie erwähnt, nach der Entsch. v. 21. Febr. 1891 der Charakter eines verliehenen Obrigkeitssrechts nicht abgeändert werden kann, so würde ein Verjährungsvererb, wie die gleiche Entsch. ausgeführt hat, voraussetzen, daß die Kl. die in Anspruch genommenen Rechte bis zur Aufhebung der Gutsuntertänigkeit während der vorschriftsmäßigen Zeit auch durch Ansezung von Untertanen ausgeübt hatte. Daß dies geschehen ist, hat die Kl. nicht nachgewiesen.

V. Somit hat ein Erwerb gutsherrl. Rechte nach Maßgabe des ALR. nicht stattgefunden. Damit fehlt es an einer Rechtsgrundlage für Entstehung eines Gutsbezirks. Deshalb ist die Berufung der Kl. darauf, daß die Verwaltungsbehörden jahrelang das Bestehen eines Gutsbezirks angenommen haben und daß insbes. die Regierung in der Bsg. v. 22. Dez. 1877 den städtischen Besitz W. ausdrücklich als eine Gutsherrschaft anerkannt hat, verfehlt. Denn wenn der Besitz rechtlich nicht die Eigenschaft eines Gutsbezirks hatte, so konnte er sie auch durch die Praxis der Verwaltungsbehörden, die nur das bestehende Recht anzuwenden haben, nicht erlangen (PrVerwBl. 13, 446).

(PrÖBG., 2. Sen., Urt. v. 10. Okt. 1933, II C 51/33.)

Berichtigungen.

In JW. 1933, 2713 Ziff. 10 muß in Zeile 2 des Rechtszahles das Wort „Anspruch“ ersetzt werden durch „Auspruch“.

JW. 1933, 2662 r. Sp. ist in der ersten Zeile der Überschrift zu der Entscheidung Nr. 12 statt der Jahreszahl 1933 die Zahl 1893 zu sehen.

D. S.