

Juristische Wochenschrift

Herausgegeben vom Deutschen Anwaltverein.

Schriftleiter:

Justizrat Dr. Julius Magnus, Berlin, Rechtsanwalt Dr. Heinrich Dittenberger, Leipzig
unter Mitwirkung von Rechtsanwalt Dr. Max Hachenburg, Mannheim.

Verlag: W. Moeser Buchhandlung, Inh.: Oscar Brandstetter, Leipzig C 1, Dresdner Straße 11/13.
Fernsprecher Sammel-Nr. 72566 / Drahtanschrift: Imprimatur / Postfachkonto Leipzig Nr. 63673.

Die JW. erscheint wöchentlich. Bezugspreis monatlich M. 4.50; Einzelhefte kosten den halben Monatsbetrag. Für Studenten Referendare und Assessoren im Vorbereitungsdienst ist ein Vorzugspreis von monatlich M. 3.— festgesetzt; Auskunft hierüber erteilt der Verlag. — Der Bezug erfolgt am zweckmäßigsten durch die Post, doch nehmen auch die Buchhandlungen und der Verlag Bestellungen an. Beschwerden über mangelhafte Zustellung sind bei Postbezug ausschließlich bei der Post anzubringen.

Anzeigen die 6 gespaltene Millimeterhöhe 25 Pf., für den Stellenmarkt 17 Pf., $\frac{1}{2}$ Seite M. 325.—, $\frac{1}{2}$ Seite M. 170.—, $\frac{1}{4}$ Seite M. 90.—. Der Anzeigenraum wird in der Höhe von Trennungsstrich zu Trennungsstrich gerechnet. Bei Chiffreanzeigen kommen noch 75 Pf. Gebühren hinzu. Zahlungen ausnahmslos auf Postfachkonto W. Moeser Buchhandlung, Leipzig 63673, erbeten.

Für den Deutschen Anwaltverein sind Zuschriften nach Leipzig C 1, Marktplan 3, Zahlungen auf Postfachkonto Leipzig 10102 zu richten.

Bemerkungen zum Gnadenwesen.

Von Staatl. Gefängnisführer Dr. Albert Reys, Baugen.

I. Entwicklungsgeschichtliches.

Mit Wandlungen im Volksempfinden Schritt zu halten, ist eine wichtige Aufgabe einer parlamentarisch gebildeten Regierung. Und wenn sie sich dabei der Möglichkeit, die Volksmeinung ihrerseits von umfassenderen Gesichtspunkten aus zu beeinflussen, nicht ganz begibt, ist gegen diese Anpassung nichts einzuwenden. So haben diejenigen Behörden, die das Gnadenrecht in den deutschen Ländern ausüben, die Gesamtministerien (und die mit der entsprechenden Delegation versehenen Justizministerien) seit dem Krieg nahezu regelmäßig in den Fällen von ihrem Recht der Begnadigung Gebrauch gemacht, in denen sich die „allgemeine Meinung“ — die so vag und so bestimmt wie die *volonté générale* ist — als eine andere erwies als sie zu der Zeit war, in der unser Strafgesetzbuch Form und Gesetzeskraft gewann. Regelmäßig werden deshalb nach § 212 StGB. Verurteilte zu lebenslänglichem Zuchthaus begnadigt und zahlreichen wegen Abtreibung verurteilten Frauen wird ein beträchtlicher Teil des Strafrestes im Gnadenwege erlassen, während bei Verurteilungen wegen Meineids häufig gnadenweise Umwandlung der Zuchthaus- in Gefängnisstrafe erfolgt.

In solchen Fällen erfolgt eine Korrektur des *ius strictum* gewissermaßen im Namen des Volkes, weil das an sich auch im Namen des Volkes gefällte Urteil mehr im Namen des Buchstabens wohl oder übel vom Richter gefällt werden mußte.

Je mehr der Gnadenerweis der Nachkriegszeit als eine Korrektur unliebsamer Gebundenheit des Richters an veraltet erscheinende Gesetze erschien, desto beliebter wurde schließlich auch die Begnadigung in Fällen, in denen innere Gebundenheit, vor allem einseitige Hinorientierung des Richters nach dem *ius talionis* Urteile entstehen ließ, die mit der individualisierenden Handhabung neuerer Rechtspflege in Widerspruch standen. So wurde der Gnadenerweis als eine Nachverörterung der Strafzumessung Gewohnheit (vgl. die bayr. Bef. über Begnadigung usw. v. 5. März 1922, § 1 Abs. 3 [JMBl. 68]).

Die gewohnheitsmäßige Begnadigung erwies zum mindesten ihre Teilberechtigung auch dadurch, daß sie zu der Möglichkeit verhalf, Eigenschaften des Täters, die vor der Zeit der Strafverbüßung noch nicht bekannt oder noch nicht deutlich geworden waren (Strafwille, Reue, Schuldeinsicht) nachträglich zu der Beurteilung des Verurteilten heranzuziehen und so seine Beurteilung durch das Gericht objektiv zu ergänzen. So kam zur angestrebten Weite des Strafrahmens

(relative Strafbestimmung) ein weiterer Versuch der Individualisierung, der sich zwischen Rechtsicherheit und Gerechtigkeit gegenüber der Person hindurchschlängelt, der bedingte Erlass eines Strafrestes. Durch mannigfache Versuche gesetzgeberischer Art ist dieser Weg gekennzeichnet. In den Ländern sind besonders folgende gesetzmäßige Bestimmungen beachtlich:

Preußen: 1. AllgBfg. über Zuständigkeit und Verfahren in Gnadenfachen v. 19. Juni 1919 (JMBl. 341); 2. desgleichen v. 26. Aug. 1919 (JMBl. 405); 3. AllgBfg. des Justizministers . . . v. 19. Juni 1921 (JMBl. 369).

Sachsen: 1. WD. v. 24. März 1919 über die bedingte Begnadigung (JMBl. 29); 2. WD. über das Verfahren in Gnadenfachen v. 22. Dez. 1928 (JMBl. 1929, 1); 3. WD. über die Behandlung von Gnadengesuchen durch die Gefangenenanstalten v. 7. Jan. 1929 (JMBl. 5); 4. Bef. der neuen Fassung der WD. über den bedingten Aufschub der Strafvollstreckung v. 22. Juli 1925 (JMBl. 5).

Bayern: 1. Bef. über Begnadigung, Strafaufschub, Änderung des Strafrestes usw. v. 5. März 1922 (JMBl. 67); 2. Bef. über das Verfahren in Begnadigungsfachen v. 31. Dez. 1927 (JMBl. 83); 3. Bef. über Begnadigungen usw. v. 23. Juni 1924 (JMBl. 89).

II. Das Recht auf das Bestraftwerden.

a) Die Rechtsfolge bei Erfüllung eines strafgesetzlichen Tatbestandes.

Bei den autoritativen Feststellungen des Rechtswidrigen, die in den Paragraphen jedes Strafgesetzbuches enthalten sind, wird gewöhnlich vom gesetzlichen Tatbestand die „angedrohte Strafe“ unterschieden.

Wer jedoch an Strafanstalten, die ernstlich auf Menschenbehandlung basieren, tätig ist, bemerkt leicht, daß die Bezeichnung des „. . . wird mit . . . bestraft . . .“ unseres Strafgesetzbuches mit „Strafandrohung“ nur die generalpräventive Absicht des Gesetzgebers trifft (*no peccetur*), die spezialpräventive dagegen außer acht läßt.

Die Spezialprävention, die der Gesetzgeber ja zweifelsohne auch im Auge hat, ist dagegen erst dann erfüllt, die Voraussetzungen, für Ausbleiben des „Rückfalls“ sind erst dann gegeben, wenn aus dem Unwerturteil des Volkes bezüglich der Straftat (rechtskräftige Beurteilung i. S. von § 260 StPD.) ein klares Unwerturteil des Täters über die von ihm begangene Tat geworden ist. Denn der Erfolg dieser Entwicklung ist dann vermutlich der, daß der Täter

vor einer Wiederholung der Strafe aus Ekel vor ihr zurückschreckt. In dieser Entwicklung muß dem Staat natürlich liegen. Aber auch der Verurteilte selbst hat ein Anrecht darauf, daß ihm das Eintreten dieser Folge ermöglicht werde. Denn ihn nur als Popanz, an dem ein Exempel für andere statuiert wird, zu benutzen, widerspricht dem sittlichen Grundgesetz, der uns seit Kant deutlich geworden ist: Benutze keinen Menschen als Zweck.

Es dürfte daher nützlich sein, einerseits vom Tatbestand, aber andererseits ganz allgemein von der Rechtsfolge (also nicht von Strafandrohung) zu sprechen, die bei Erfüllung des Tatbestandes eintritt.

Die Rechtsfolge wirkt, im Verhältnis des Staates zu allen seinen Bürgern, als Strafandrohung; mit anderen Worten: wenn man den Rechtsfolge genannten Teil einer strafgesetzlichen Bestimmung unter generalpräventiven Gesichtspunkten betrachtet, steht dem subjektiven Strafanspruch des Staates dann die Strafduldungspflicht des Täters gegenüber.

Vom Gesichtspunkte der Spezialprävention dagegen beinhaltet die Rechtsfolge umgekehrt eine Strafpflicht des Staates und einen Rechtsanspruch des Bestraften auf Strafe bzw. Strafverbüßung.

Die Strafe ist also zwar durchaus Übelzufügung (Freiheitsentziehung), muß es aber, ja darf es nicht allein bleiben (Behandlung), soll sie ihrem doppelten Sinne gerecht werden.

Damit nicht der billige Einwurf gemacht wird, es handele sich hier um eine Theorie, die von einem Tische aus geschrieben ist, dessen Farbe grün ist, sei nur daran erinnert, daß den im Strafvollzug praktisch tätigen Menschen zahlreiche Fälle begegnen, die scharf beleuchten, inwiefern die Rechtsfolge im obigen Sinne auch eine Leistungspflicht des Staates und einen Rechtsanspruch des Täters bezeichnet.

Wie oft hören wir klagen: „Ach hätte ich doch gleich beim ersten Male herein (d. h. ins Gefängnis) müssen, dann wäre ich gleich gewarnt gewesen.“ Die vielen Äußerungen dieser Art beweisen eben, daß der Verzicht des Staates auf sein Strafrecht oft nahezu einer schuldhaften Veräumnis seiner Strafpflicht gleichkommt. Der Rechtsanspruch des Täters auf Ermöglichung, daß die sozialgefährliche Innenentwicklung, die oft Ursache der Straftat ist, beseitigt werde, zeigen noch ebenso zahlreiche Äußerungen Gefangener wie: „Welch ein Unterschied zwischen der wahnsinnigen Angst vor der Entdeckung und dann vor dem Urteil und die jetzige klare Erkenntnis meiner damaligen Dummheit. Vor mir liegt neues Land.“ usw. usw.

Die Herbeiführung bzw. Ermöglichung solcher Entwicklung ist zweifellos eine Aufgabe des Staates, auf deren Erfüllung der Täter einen Anspruch hat (vgl. auch Art. 148 Abs. 4 RVerf.). Durch diese Betrachtungsweise wird deutlich, daß es sich hier zwar um ein öffentlich-rechtliches Verhältnis handelt, das aber nicht allein die Form der Beziehung der potestas major zum Untertanen hat, sondern auch den Charakter eines Parteiverhältnisses fast i. S. des BGB. trägt. Interessant ist die Parallele im Strafprozeßrecht, auf die neulich R. Neumann hingewiesen hat (Der englische Strafprozeß im Lichte der deutschen Justizreform, JStW. Bd. 50 Heft 1).

Es erhebt sich nun die Frage, ob die heute in Deutschland übliche und häufigste Begnadigung, bei der nur das Verfahren geregelt wird, die Durchführung aber zeitlich völlig unabhängig von der festgesetzten Strafdauer erfolgt, dieser Strafpflicht des Staates und dem, was ihr als bei weitem wichtigeres Gegenstück entspricht, dem Strafanspruch des Täters, Genüge leistet.

b) Strafverfahren und Strafvollstreckung.

Das Gericht hat dem wohlverstandenen Interesse des Staates, das dieser an der Erhaltung der Rechtsgüter hat, Genüge zu leisten und dabei das Wohl des Angekl. durch Berücksichtigung der Persönlichkeit (Gerichtshilfe usw.) nicht außer acht zu lassen¹⁾.

¹⁾ Hierbei ist noch zu beachten, daß bei den Gerichten noch keineswegs die Erkenntnis voll durchgedrungen ist, daß die Erfolgsaussichten für den Strafvollzug bei den Strafen verringert ist, die die Dauer von neun Monaten nicht erreichen und die von etwa zwei Jahren

Der Strafvollzug hat andererseits das wirkliche Wohl des verurteilten Gefangenen in den Vordergrund zu stellen („Besserung“ usw.) und darf dabei die Interessen des Staates („Sicherheit“ usw.) nicht außer acht lassen.

Was vom Standpunkte des Gerichts aus Freiheitsstrafe ist, bedeutet für den Strafvollzug vor allem die Erfüllung der wichtigsten Voraussetzung für die Behandlung: die unbedingte räumliche Erreichbarkeit des Verurteilten auf eine bestimmte Zeit.

Und was das Gericht als Tatbestandserfüllung interessieren muß, ist für den Strafvollzug wichtiger mehr als Indikation der sozialen Verschrobenheit (Art, Grad) des Täters. Die Straftat mag auch in den Fällen als eine solche Indikation dienen können, in denen mit der Verletzung eines besonders hochgeschätzten und deswegen streng geschützten Rechtsgutes ein sehr geringer Grad von Sozialität des Täters zusammenfällt (z. B. Tötung auf Verlangen).

Die eigentliche Aufgabe des Strafvollzugs (wozu ich auch Sondereinrichtungen wie die Gefängnisfürsorge Sachsens rechnen will) ergibt sich aus dieser Haltung — an der Verhütung des Rückfalls so mitzuwirken, daß dessen Verursachung beseitigt wird.

Die Durchführung dieser Aufgabe erfordert im einzelnen

1. Anamnese,
2. Versuch des Aufbaues,
3. Empfänglichkeit des Verurteilten,
4. Wirkungsmöglichkeit des Therapeuten.

Wir müssen im folgenden nun untersuchen, welche Wirkung das heutige Gnadenwesen auf die einzelnen Behandlungsmaßnahmen im Strafvollzug ausübt.

III. Die Behandlung des Gefangenen und das Gnadenwesen.

a) Die Anamnese.

Die Bewußtmachung der Erlebnisse, die das bisherige Leben des Gefangenen ausmachen, ist zeitlich meistens dasjenige, was zuerst in der Behandlung erfolgen muß. Wichtig ist dabei, daß der Gefangene sich in den dafür angelegten Aussprachen völlig unbekümmert seinen frei aufsteigenden Assoziationen überläßt²⁾.

Mag von der herrschenden Moral auch noch so sehr Verpöntes bei der Aussprache ans Tageslicht kommen, zurückhalten darf es der Analytiker keineswegs, soll die beabsichtigte Wirkung, eben die „Lösung“ erfolgen. Dann kommt es natürlich oft vor, daß noch andere Straftaten, die niemandem bisher zu Ohren kamen und noch nie Gegenstand polizeilicher oder gerichtlicher Untersuchungen waren, freimütig berichtet werden.

Wie aber, wenn der Analytische ein Mensch ist, der bei der späteren Gnadenentscheidung durch Erstattung eines Gutachtens mitwirken muß? Und noch dazu bei einer Gnadenentscheidung, die von der unbestimmten Meinung abhängt, der Entlassene werde sich keine Straftat wieder zuschulden kommen lassen. Der Gefangene muß sich fragen, ob durch das freiwillige Bekenntnis bedenklicher Vergangenheit die Meinung des Behandelnden über ihn nicht so ungünstig beeinflusst wird, daß dies in dem späteren Gutachten, das derselbe zu erstatten hat, unbedingt in einer ihn „schädigenden“ Form zum Ausdruck kommen muß.

So bleiben denn viele Gefangenen beim Verschweigen oder Tragen in die Analyse künstlich Zurechtgemachtes hinein. Der Inhalt der Behandlung ist dann nicht Anamnese, sondern Täuschung. Es gelingt zwar zuweilen dann doch, den Widerstand zu brechen, oder zahlreiche Symptome unbewußten Geständnisses lassen trotzdem das Versteckte erahnen. Dennoch ist diese Form der Behandlung ohne Mitteilung aller Triebregungen nicht möglich, denn diese allein bedeutet ja Rückgängigmachen der Verdrängung. Diese Mitteilung ist aber nur demjenigen gegenüber möglich, den man „liebt“. Diese libidinäre Bindung wird aber verhindert oder muß unvollständig bleiben gegenüber einem Menschen, der einem gegebenenfalls das Gesicht „verkümmeln“ kann. Furcht und Wille zur Vorsicht werden durch das jetzige Gnadenwesen

überschreiten. Eine dementsprechende Urteilspraxis wäre allerdings die Voraussetzung für das Aufgeben des jetzigen Gnadenbetriebes.

²⁾ Freud, Die Frage der Latenzanalyse, 1928, und Reik, Geständniszwang und Strafbedürfnis, 1925.

herborgehoben und vereiteln auch bei größtmöglichstem Geschick des Behandelnden manchen Erfolg.

b) Aufbau.

1. Was nun den Aufbau im Rahmen des Erziehungsplanes betrifft, so sind Anpassung und Arbeitssamkeit nicht durch das Gnadenwesen gefährdet. Im Gegenteil, die Furcht vor Nichtbegnadigung steigert die Anpassung an die im Gefängnis zu beobachtenden Regeln und erhöht auch die tatsächliche Arbeitsleistung. Diese Erscheinungen sind freilich nicht allzu günstig zu beurteilen, weil die Erfahrungen uns häufig genug lehren, daß Anstaltsbravheit alles andere bedeuten kann als Gewähr für die Zukunft.

2. Die Kultivierung der Freizeit wird im neuzeitlichen Strafvollzug, wie er z. B. in Sachsen versucht wird, durch Vorträge, Ruhetagsfeiern, Gefangenenorchester, Chöre, Sprechchöre, Besprechungsstunden, Spiel- und Leseabende usw. angestrebt. Betätigungen dieser Art sollen dem Gefangenen möglichst zu einer Gewohnheit werden, die auch für die Zeit nach der Entlassung beibehalten wird. Wichtig sind besonders die Abende, an denen den Gefangenen volle Selbständigkeit in diesen Betätigungen eingeräumt wird, und wo sie ohne Anleitung und auch ohne Aufsicht sich selbst überlassen sind.

Auch hier richtet das Gnadenwesen Schaden an. Das Ziel, die Gefangenen zum Nachdenken und zum Erörtern vernünftiger Fragen zu bringen, ist vielleicht eine Kultur des Gesprächs anzubahnen (die ja nicht unbedingt von „Bildung“ abhängt), wird durch sein Bestehen nur schwer erreicht. Und warum?

Weil beispielsweise die Tatsache, daß meinetwegen Müller „heute mit der Hälfte raus ist“, denjenigen drängt, davon ausgiebig zu sprechen, der, sagen wir, zwei Drittel seiner Strafe bereits verbüßt hat und noch nicht zur gnadenweisen Entlassung gekommen ist. Ist der Betreffende gar noch Familienvater, der Arbeit nachweisen kann, der Begnadigte aber ledig und ohne Arbeit, dann ist der — Klatsch fertig. Ihm entziehen sich nur sehr wenige selbständige Naturen, da verständlicherweise alle an der Strafabbürzung stark brennend interessiert sind, wenn sie eben möglich ist. Dieser Klatsch ist besonders zäh, weil ja die Gnadenmaßnahmen den Gefangenen, die nur wenige Seiten der Gnadenerwägung begreifen oder ahnen können, mehr oder weniger unverständlich bleiben müssen. Gefängnis-Klatsch wird sich ja nie ganz beseitigen lassen; der durch die Gnadenpraxis hervorgerufene ist jedoch besonders gefährlich, weil er sich durch die Erlebnisstufe des reinen Egoismus auszeichnet. Er ist besonders geeignet, die mühsamen Versuche der im Strafvollzug tätigen Erzieher, eine pädagogische Atmosphäre zu schaffen und auf den Genius loci einzuwirken, zu durchkreuzen.

Betrachtet man als das Endziel der Behandlung des Gefangenen die Harmonisierung seiner Persönlichkeit (weil diese allein die staatlicherseits gewünschte „Beförderung des Rückfalls“ einigermaßen zu gewährleisten vermag), so erscheint die Erreichung auch dieses Ziels durch die heutige Gnadenpraxis erschwert. Aus der Behandlung, auf die der Verurteilte seinen Anspruch geltend macht („Strafwilligkeit“), wird durch dasselbe eine zeitlich-rechnerische Angelegenheit, die es durch möglichst geschickte Anstrengungen zu verkürzen gilt. Jeder wird zwar, wenn er nicht lebensflüchtig ist, eine Verkürzung der ihm auferlegten Strafzeit begrüßen. Aber das Bedenkliche ist doch, daß diese Strafabbürzung dauernd im Vordergrund des Bewußtseins steht, weil ihr Ausmaß von willkürlichen Handlungen des Gefangenen selbst abhängt. Dadurch steht bei den Gefangenen die Freiheitsentziehung als solche (die durch den Staat gewollte Übelzufügung) stark im Vordergrund, und viele Maßnahmen der Behandlung erscheinen ihm leicht nur als der Versuch, die Übelzufügung zu verschleiern.

3. Beobachtet man im Anfang der Strafverbüßung bei vielen Gefangenen oft, wie sehr sie auf Änderung ihrer Fehlentwicklung bedacht und wie sie geneigt sind, die Zeit ihrer zwangsweisen Anwesenheit als die Voraussetzung für ihre Umstellung zu bejahen, so muß man bald, dank der sich einstellenden „Gnaden-Unruhe“, häufig feststellen, daß diese fruchtbare Haltung mehr und mehr schwindet. Der Schuldenanteil an dieser Entwicklung, den das Gnadenwesen hat, bleibt auch dann bestehen, wenn man den Anteil, der auf das

Konto der träge machenden Gefängnisgewohnung kommt, völlig berücksichtigt.

Als eine willkürliche Maßnahme, die frühere Entlassung herbeiführen kann, gilt unter den Gefangenen mit Recht diejenige, „Eindruck zu schinden“. Der Schritt zur Heuchelei ist nicht groß. Die Briefe, die der Gefangene schreibt, die dem behandelnden Beamten zur Einsichtnahme vorgelegt werden, sinken so häufig von wichtigen, für die Persönlichkeit des Absenders symptomatischen Urkunden zu mehr oder weniger plumpen Bluffversuchen herab. Viele Gnadengesuche, die zuweilen von einem wortgewandten Mitgefangenen inspiriert scheinen, werden zur wahllosen Aufzählung von Schlagwörtern in Superlativform. Typisch dafür ist folgender Auszug aus einem Gesuch: „... Infolge meiner Straftat sind meine lieben alten Eltern tief betrübt und seelisch niedergebrochen. Ich gräme mich ja darüber am allermeisten, denn mein Fernsein wird sie in ihrer weichherzigen Gemütsveranlagung dem frühen Grabe zuführen. Meine Straftat bereue ich tief, nur durch falsche Auffassung, durch die Überredungskunst anderer Menschen und nicht zuletzt von meinem gewissen Leichtsinn bin ich gestraucht. Meinem Charakter aber habe ich im Gefängnis gestählt und mir fest vorgenommen, nie wieder straffällig zu werden. In tiefstempfundener Reue...“

Auch der Teil der Behandlung, der die „Wendung zum anderen Menschen“³⁾ beabsichtigt, ist gefährdet, wenn die Möglichkeit besteht, durch an keine Fristen gebundene Gesuche die Strafe abzukürzen. Denn die Urinstinkte der Freiheit, die durch diese Möglichkeit immer wieder neu angestachelt werden, stärken gerade jene primitiven Motivreihen, die die Natur dem Gebewesen zur Verfügung stellt, die aber gerade beim Menschen leicht zu einem sozialgefährlichen Egoismus führen.

Soll Strafe Behandlung sein, ist alles abzustellen auf den Willen des Behandelten. Sagt er nicht Ja zu seiner Strafe, empfindet er sie nicht als einen Anspruch, den geltend zu machen ihm nützt, ist er für die verwirkende Behandlung verloren. Dieses Ja sagen zu der verwirkten Strafe ist an sich schon eine recht starke Zumutung, wenn man die manchmal fürchterlichen Nebenfolgen staatsbürgerlicher, wirtschaftlicher oder sonstiger Art berücksichtigt. Es ist daher alles zu vermeiden, was diese Zumutung ganz unmöglich macht. Das aber ist der Fall, wenn der Blick immer wieder auf die Freiheitsentziehung als solche hingelenkt wird.

4. Die Arbeitsmöglichkeit des Therapeuten wird überhaupt, wie schon für den Sonderfall der Anamnese angedeutet, durch den Gnadenarwohn gefährdet. Die Größe der Gefahr erhellt aus einer Statistik, aus der hervorgeht, daß von 100 „Sprechern“ sich durchschnittlich 25 nur wegen eines Gnadengesuchs vormelden, während etwa 50 die Gesuchsangelegenheit im Verlaufe ihrer Vorprache erwähnen.

Es bedarf eines doppelten Quantums innerer Energie, um die Bindung des Gefangenen an den Behandelnden, die ja Voraussetzung ist für den Erfolg, durch den Gnadenarwohn nicht zerstören zu lassen. Oft ist der Gefängnisfürsorger als „gnadenmächtige Person“ Gegenstand einer nur „unechten Gesinnung“⁴⁾. Und er muß großes Geschick entfalten, um zu erreichen, daß aus der unechten Gesinnung nicht wirkliche Täuschung werde und daß im Gegenteil die unechte Gesinnung als Schrittmacher einer echten Gesinnung Auswertung finde.

Rein zeitlich ist das Gnadenwesen dadurch hinderlich, daß die Gutachtentätigkeit viel Arbeit erfordert, die dadurch der eigentlichen therapeutischen Tätigkeit entzogen wird. Die Bestimmungen, die die Länder für Eindämmung der Gesuchsfut getroffen haben, brachten zwar Erleichterung, aber keine wirkliche Änderung⁵⁾. Zusammenfassend muß also gesagt werden, daß das Institut der zeitlich nicht gesetzlich geregelten Begnadigung den Charakter der Strafe als Einsperrung immer wieder in den Vordergrund schiebt und die Gefängnisatmosphäre verdirbt und damit den Grundsätzen des modernen Strafvollzugs widerspricht.

³⁾ Vgl. meine demnächst in den „Blättern für Gefängnis-Kunde“ (Heft 3) erscheinende „Methode der Gefängnisfürsorge“.

⁴⁾ Pfänder, Zur Psychologie der Gesinnungen, 1913.

⁵⁾ Frangen, Gnadenwesen und Strafmilderung in Preußen, 1927, S. 33.

IV. Gnade als Ausgleich für wirtschaftliche Härten?

Um uns vor Einseitigkeit der Betrachtungsweise zu hüten, wie sie entstehen würde, wenn wir nur als Erzieher unsere Frage erörtern würden, haben wir die wirtschaftlichen Gründe, die für Begnadigung sprechen, zu beachten. Denn sonst verfielen man zu leicht in einen schulmeisterlichen Rigorismus, der aufbegehrt, wenn ihm der arme Behandlungsgegenstand (der Gefangene) vorzeitig entzogen wird.

Viele Gnadengesuche werden ja tatsächlich mit Darlegungen wirtschaftlicher Art begründet. Die „Arbeitsbescheinigung“, die beigebracht werden soll, spielt eine große Rolle. Sie spielt aber auch eine große Rolle als bequemes Presfionsmittel. Unter vielen Beispielen sei eins herausgegriffen: „... bestätigen Ihnen hiermit heute folgende Vereinbarung getroffen zu haben. Wir stellen Sie per sofort, spätestens aber am 12. Aug. 1929 bei uns als Reisender ein, und zwar gegen ein Fixum von 300 M. Bezüglich des Termins betonen wir ausdrücklich, daß wir Ihnen dieses nur ausnahmsweise getan haben und außerdem unser Herr R. ab 12. August in Urlaub geht und zu dieser Zeit den Posten unbedingt besetzen müssen. Sollten Sie dann, wir hoffen allerdings schon früher, die Stellung nicht antreten können, so sind wir leider gezwungen, von unserer Vereinbarung zurückzutreten. Es wäre uns lieb, wenn Sie uns diesbezüglich baldmöglichst Bescheid zukommen lassen könnten, denn wir müßten uns sonst nach einem anderen Herrn umsehen. . .“ Arbeitsbescheinigungen gleichen Wertes — der Adressat hat bezeichnenderweise am 12. August seinen Geburtstag — kommen in großer Häufigkeit vor.

Aber auch abgesehen von diesen Täuschungen lehrt die Erfahrung immer wieder, daß meistens der frühere Zeitpunkt der Entlassung die wirtschaftlichen Schwierigkeiten nicht wesentlich verringert. Sie bleiben ungeheuer groß, meist unabhängig davon, ob der Entlasttag früher oder später fällt.

Als Ausnahmen sind zu betrachten selbständige Geschäftsleute, Gutbesitzer, landwirtschaftliche Arbeiter und Saisonarbeiter. Letzteren könnte auch bei der später vorzuschlagenden Regelung Aufschub der Strafe dergestalt gewährt werden, daß der dann erfolgende Strafantritt die spätere Entlassung in den Wiederbeginn der Saisonarbeit fallen läßt. Ähnliches gilt von den zuerst Genannten.

Das strafrechtliche Interesse und die wirtschaftlichen Belange der einzelnen Person gewissermaßen unter einen Hut zu bringen, dürfte freilich nur durch eine weise Strafzumessung seitens des Richters möglich sein, die auch unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten berücksichtigt, in welche Zeit das Strafende fällt.

V. Sind die für die Gnadenentschließung benannten Faktoren übersehbar?

Das jetzt übliche Gnadenverfahren erweckt Bedenken auch wegen der Bedingungen an die eine Gnadenbesürwortung geknüpft zu sein pflegt. Die Gefahr des Rückfalls soll nämlich verneint werden können. Wer denkt da nicht an die zahlreichen Fälle, in denen verdächtige Individuen sich nach der Entlassung wider Erwarten glänzend bewährten, während andererseits Leute, für die man die Hand (halb) ins Feuer gelegt hatte, kurze Zeit nach der Entlassung Schiffbruch erlitten? Außerdem werden alle Berechnungen und Erwartungen erfahrungsgemäß wie ein Kartenhaus umgeworfen, wenn innere oder äußere Not Hemmungen beseitigen.

Es ist m. E. einfach nicht möglich, zu einem einigermaßen zureichenden Urteile über die Gefahr des Rückfalls eines Menschen zu kommen. Auch aus diesem Grunde erscheint also das Gnadenwesen bedenklich.

VI. Die Gefährdung der Rechtshoheit

ist damit gegeben und bedarf keines weiteren Beweises, da jedes Urteil nie gilt, sondern stets forrigiert wird.

VII. Der Strafnachlaß.

Das Recht der Übelzufügung und die Pflicht zur Durchführung der Rechtsfolge (s. II b) auf Seiten des Staates und auf der Seite des Bürgers, der einen gesetzlichen strafbaren Tatbestand erfüllte, die Strafvollzugspflicht und sein Recht auf Strafe (Behandlung) stellen ein durchaus zwei-

seitiges Rechtsverhältnis dar. Die Änderung dieses Rechtsverhältnisses ist ein Rechtsgeschäft. Für die zeitliche Veränderung soll im folgenden eine Form vorgeschlagen werden, die einiges aus der englischen Praxis entnimmt und in Anlehnung an das dort gebräuchliche Wort „remission“ Strafnachlaß genannt werden soll.

Wir brauchen einen Verwaltungsakt, der die Straf- abkürzung verwaltungsrechtlich durchführt. Folgende Bedingungen hat er zu erfüllen: In rechtlicher Beziehung muß er den Charakter eines Verwaltungsaktes auf Unterwerfung (Jacobi) haben. Regelmäßigkeit bei Voraussetzungs- erfüllung, überschaubarkeit der Voraussetzungs- faktoren (z. B. nur: „gute Führung“) und Beschwerderecht müssen gegeben sein. In erzieherlicher Beziehung muß er zweitens die Nachteile, die der gnadenmäßige Erlaß des Strafrestes mit seiner Unruhefistung mit sich bringt, vermeiden, d. h. der Entlast- tag darf in seiner einmal erfolgten Festsetzung nicht be- lieblich verändert werden. Er muß aber auch die Vorteile des „alten“ Gnadenwesens bieten, z. B. die Möglichkeit der Auflage und des Widerrufs (vgl. folgende Briefstelle: „... aber ich behalte den Kopf hoch, und sollte er mir weg- gerissen werden, so leime ich mir wieder an. Du, ich sage Dir, wenn ich keine Familie hätte und keine Bewährungs- frist, da hätte ich mir einen Gummiknüppel gekauft und mich mal richtig ausgearbeitet, aber durch die Bewährung wird man launfroh und zerbeißt sich nur die Zähne und bohrt sich die Hosentaschen mit die geballten Fäuste durch, Siddy wird gar nicht fertig mit Hosentaschen flicken . . .“).

A. Die Remission in England.

Manche diese Erfordernisse erfüllt die englische Regelung vorzeitiger Straferlassung. Die erzieherlichen Nachteile wer- den zwar nicht von Gesetzeswegen ausdrücklich vorgeschlagen, denn die einschlägige Rule 37 a von 1907 bestimmt:

A convicted prisoner sentenced to imprisonment, whether by one sentence or cumulative sentences for a period exceeding one calendar month, shall be eligible, by special industry and good conduct to earn a remission of a portion of the imprisonment not exceeding one-sixth of the whole sentence

(. . . kann sich den Erlaß eines Restes von höchstens $\frac{1}{6}$ der Strafe verdienen . . .) Aber eine Kommission stellte fest⁶⁾, daß in der Praxis es anders aussieht:

Every prisoner, whose sentence exceeds a calendar month, is released when five-sixths of his sentence has expired, unless he has, by idleness or bad conduct, forfeited the whole or a part of his remission.

(Jeder Gefangene, der eine mehr als einmonatige Strafe verbüßt, wird nach Ablauf von fünf Sechsteln derselben entlassen, wenn er nicht durch schlechte Führung den Erlaß ganz oder teilweise verscherzt hat. Bei Zuchthausgefangenen ist es ähnlich [S. 472]⁶⁾).

In rechtlicher Beziehung besticht, daß für den Eintritt der Remission nur gute Führung maßgebend ist (S. 115). Daß diese durch „gute Punkte“ (remission marks) festgestellt wird, mutet uns etwas schulungsenhaft an, und wir würden es vermutlich nach wie vor vorziehen, bei der direkten Fest- stellung zu verbleiben, ob gute Führung vorliegt oder nicht.

Die Auflage kommt in England, soweit mir bekannt ist, nur gegenüber Zuchthausgefangenen vor (Prevention of Crime Act 1908) und enthält die Verpflichtung zur Melde- und Arbeitspflicht, zu „nüchternem Leben“ und guter Füh- rung sowie die Unterstellung unter Schutzaufsicht.

Die Möglichkeit des Widerrufs ist ebenso vorhanden.

B. Bayern und andere deutsche Länder.

In Bayern existiert eine Regelung, die der englischen verwandt ist. Wenigstens könnte das so scheinen, wenn man den § 9 der WD. von 1927 (s. S. 2985) liest: „... verbüßt der Verurteilte eine längere Freiheitsstrafe, so wird er- mittelt, wie er sich am Straforte führt . . .“ und daraus schließt, daß wenigstens die im Strafvollzuge tätigen Beamten nur den überschaubaren Voraussetzungs- faktor, eben die gute Führung, zu prüfen haben.

§ 29 der erwähnten WD. setzt einen Termin für den

⁶⁾ English Prisons To-Day, edited by Stephen Hobbouse. Longmans, Green and Co. London 1922.

Strafnachlaß fest, der in enger Anlehnung an die erkannte Strafdauer bestimmt wird. Er kommt daher der Vermeidung der im Abschnitt VII genannten Nachteile nahe. Wichtig ist, daß im § 34 der bayr. WD. von 1922 gegen die Strafnachlassentscheidungen der Gerichte Beschwerde eingelegt werden kann. Damit geht Bayern einen entschiedenen Schritt auf dem Wege vom Hoheitsrecht der Begnadigung zur Verwaltungsmaßnahme des Strafnachlasses vorwärts.

C. Zusammenfassung.

Der oben skizzierte Strafnachlaß, dessen einzelne Ausarbeitung hier vorzulegen nicht der Ort ist, würde als Verwaltungsakt der Unterwerfung das öffentliche Rechtsgeschäft eines Subjekts der Verwaltung ohne Geltendmachung obrigkeitlicher Gewalt sein. Wenn auch bei dieser Verwaltungsmaßnahme das entscheidende Wort selbstverständlich die Beschlußbehörde hat, so hängt doch deren Rechtswirkung von der Zustimmung des Betroffenen ab. Den Eintritt des Strafnachlasses kann also der Betroffene durch Verufung auf sein Recht auf Strafe abwenden; er kann die Strafe bis zum letzten Tage verbüßen. Der Strafnachlaß hätte etwa denselben Rechtscharakter wie die Verwaltungsmaßnahme der Naturalisation. Doch kann dies hier nur angedeutet und nicht begründet werden.

VIII. Die Notwendigkeit der Individualisierung.

Aber die Individualisierung? Sie wird zwar schon vom Gericht bei der Strafzumessung durch die Berücksichtigung der Täterpersönlichkeit nicht außer acht gelassen. Aber sollte man sich nicht auch im Strafvollzug der individuell abgestuften Strafverkürzung bedienen?

Wegen der oben aufgezählten Mängel, die die individuell abgestufte Strafverkürzung mit sich bringt, ist diese Frage entschieden zu verneinen.

Das Gericht hat mit Recht individualisierende Tendenzen bei der Bemessung der Strafdauer, denn nicht die Tat, sondern der Täter ist zu bestrafen.

Der Strafvollzug aber hat die Länge der Strafzeit als eine unveränderliche oder nur durch generelle Regelung veränderliche Größe hinzunehmen. Denn ihm, in seiner vorwiegend spezialpräventiven Tätigkeit ist der bestrafte Täter der zu behandelnde Mensch. Der individualisierte Strafvollzug, der durch die Behandlung entsteht, steht und fällt viel-

mehr mit der verhältnismäßigen Unabänderlichkeit der Strafdauer, die dem Gefangenen die nötige Ruhe und den Strafwillen nicht zerstört, den der Behandelnde notwendig braucht.

IX. Schlußbemerkungen.

Die Forderung, daß die durch das Urteil festgesetzte Strafe nur regelmäßig und in enger Anlehnung an die Strafdauer abgekürzt wird, erscheint im besten Sinne zeitgemäß und im Sinne der Entwicklung liegend, die mehr und mehr den Ausschluß des Gewohnheitsrechtes erstrebt. Wurde früher vom Herrscher bestraft, wann es ihm beliebte und wird dieser Zustand als mit einem demokratischen Staatswesen als unvereinbar heute schon erkannt, so ist man merkwürdigerweise mit dem Charakter des Gnadenwesens noch einverstanden, das eine gewisse Willkürlichkeit doch nicht verleugnen kann und grundsätzlich mittelalterlich anmutet, da er ohne jedes Verdienst erteilt werden kann und an keinerlei Schranken in seinem Inhalt, seiner Art und seiner Ausdehnung gebunden ist (Fragen a. a. O. S. 3).

Als gewohnheitsmäßige Massenerscheinung ist das Gnadenwesen daher wohl abzulehnen. Für Ausnahmefälle mag die echte Begnadigung bestehen bleiben.

Ausschlaggebend für die obigen Vorschläge war übrigens nicht die Beobachtung, wie sehr durch das Gnadenwesen alle Justizbehörden belastet werden, auch nicht die in Abschnitt III mitgeteilten Beobachtungen, sondern vor allem die Erfahrungen, die mir zahlreiche direkte und indirekte Befragungen Gefangener aller Bildungsschichten sowie Arbeitsgemeinschaften mit Gefangenen eingebracht haben. Es ergab sich, daß die Gefangenen selbst im Grunde unter dem Gnadenwesen leiden und eine der obigen Vorschlägen entsprechende Regelung begrüßen würden. Daß es in erster Linie nicht auf die Zustimmung der Gefangenen ankommen kann, ist selbstverständlich; sie ist aber als Äußerung der Hauptbeteiligten beachtlich, wenn unsere objektiven Erwägungen durch sie Bestätigung finden.

Daß die Strafwilligkeit sich selten — psychologisch gesehen! — zum ausgesprochenen Geltendmachen des Strafanpruches steigert, ist bekannt und verständlich. Das hindert aber nicht, bei der juristischen Erörterung des Wesens der besprochenen Einrichtungen vom Strafanspruch des Täters zu sprechen (dem durch das jetzt übliche Gnadenwesen nicht Genüge geleistet wird).

Der Kommentar von Löwe-Rosenberg.¹⁾

I.

Von Kammergerichtsrat Körner, Berlin.

Einem Buche von dem unbestrittenen Wert und Range des Erläuterungswerkes von Löwe-Hellweg-Rosenberg (R.) beim Erscheinen einer neuen Auflage noch Anerkennung zu zollen, hieße ein müßiges Unterfangen. Bei seiner Besprechung handelt es sich um die für Praktiker und Wissenschaftler wichtige Frage, ob es auf der Höhe geblieben sei, ob es sich die neuesten Ergebnisse der Rechtsprechung und des Schrifttums in dem seinem Umfange und seiner führenden Stellung entsprechenden Maße zu eigen gemacht und vor allem, ob der Fortsetzer des Werkes sich dazu verstanden habe, veraltete Ansichten aufzugeben. Gewiß darf ihn hierzu noch nicht der Zweifel an ihrer Richtigkeit, sondern erst die Überzeugung von ihrer Unhaltbarkeit bestimmen, und bei einem Buche, das seit länger als einem Menschenalter der stets befragte Führer eines jeden Strafrechtlers ist, muß es einen besonders schweren Entschluß kosten, von einer in einer ganzen Reihe von Auflagen vertretenen Auffassung abzugehen, um

mit einer abweichenden herrschenden oder gar festen Rechtsprechung der Gerichte, die auf die Worte des Kommentators nicht zu schwören pflegen, in Einklang zu kommen. Diesen Aufgaben ist R. in weitem Umfange gerecht geworden.

Der die Vorbemerkungen entlastende Ausbau der bisher auf die Quellen, Entstehungsgeschichte und Reformversuche beschränkten Einleitung ist zweckmäßig, wie die Zusammenfassung der Begriffe des materiellen Strafrechts in der Einleitung des 17. Komm. gelehrt hat. Die Darstellung der Hauptbegriffe und Prinzipien des Strafprozesses (Prozeßvoraussetzungen, Prozeßhindernisse usw.) ist klar und übersichtlich. Der Ansicht, daß die Rechtshängigkeit in der RevJnst. von Amts wegen zu berücksichtigen sei (S. 39), kann jedoch nicht beigetreten werden. Die S. 39 Anm. 9 für diese Ansicht angeführten Entsch. RGSt. 29, 178 und 41, 109 äußern sich über die Frage, ob die Rechtshängigkeit in der RevJnst. von Amts wegen zu prüfen sei, überhaupt nicht. Die entgegengesetzte Ansicht vertreten das RG. (RGSt. 37, 56) und das RG. mit ausführlicher Begründung im Ur. v. 16. Juni 1928 2 S 280/28 (JW. 1928, 2288¹⁰). Bei der Rechtskraft (S. 39/40) wird auf die teilweise Rechtskraft und ihre Bedeutung (RGSt. 62, 13 = JW. 57, 2991²⁶; a. M. RG.: GoldArch. 73, 127) nicht eingegangen. Nach Anm. 9 (S. 40) soll die RGJspr. bezüglich der Rechtskraft unterscheiden, ob materielle oder prozessuale Rüge erhoben ist, und nur im ersteren Falle die Prüfung von Amts wegen zulässig sein. Wenn materielle

¹⁾ Die Strafprozessordnung für das Deutsche Reich v. 22. März 1924 nebst dem Gerichtsverfassungsgeß. Kommentar von Dr. E. Löwe, weil. Senatspräsidenten des Reichsgerichts. 18. neubearbeitete Auflage von Werner Rosenberg, Ehren doktor der Universität Münster, Reichsgerichtsrat i. R. Berlin und Leipzig 1929. Walter de Gruyter & Co. 1332 S.

Rüge erhoben ist, hat das RevG. aber doch die Anwendung des sachlichen Rechts nach allen Seiten hin zu prüfen und kann mithin von einer Prüfung von Amts wegen keine Rede mehr sein.

Zu § 23: In Anm. 2 verdient Erwähnung, daß ein Richter von der Mitwirkung bei der Entsch. des RevG. ausgeschlossen ist, auch wenn er nur im ersten Rechtszuge als Vorsitzender des SchöffG. bei der Entsch. mitgewirkt hat (JW. 57, 1949^o).

Zu § 44 Anm. 4a: Zu § 162 ist zu bemerken, daß auch eine falsche Rechtsmittelbelehrung durch den Vorsitzenden als unabwendbarer Zufall angesehen wird (RG. 21. Mai 1927, 2 W 255/27) und daß der 2. Str.Sen. des RG. in der Unterlassung der vorgeschriebenen Belehrung des Angekl. (siehe § 268 III und die in Anm. 7 vor § 296 gen. AllgVf. — Belehrung in Preußen auch gegenüber Abwesenden! —), namentlich in der Nichtbeilegung des bef. blauen Zettels bei der Zustellung des Urteils, allgemein einen Wiedereinsetzungsgrund sieht.

Zu § 117 Anm. 1: Erwähnung verdiente die B. des Pr.ZM. v. 15. Juli 1926 (JMWl. 273), daß die Wirkung der Sicherheitsleistung lediglich darin besteht, daß die Vollstreckung des — bestehenbleibenden — Haftbefehls gehemmt wird.

Zu § 140 Anm. 3: Der Abs. 3 des § 140 gilt nach der Rspr. des 2. Str.Sen. des RG. (f. GoldArch. 69, 188) nur für das Verfahren vor dem SchöffG., nicht aber für das Verfahren vor dem Amtsrichter. Von dieser Ansicht abzugehen liegt kein Grund vor. Die Ansicht im Gutachten des Str.Sen. des OLG. Stettin v. 11. Dez. 1924 (JMWl. 1925, 167; GoldArch. 69, 431), daß § 25 I der W.D. v. 4. Jan. 1924 (RGBl. I 15) die Neufassung des § 140 III rechtfertigt, trifft nicht zu (f. Wez: JW. 1925, 1473; vgl. Mannheim daf. S. 2812).

Zu § 141: In Anm. 1 Zeile 4 dürfte einzuschließen sein: Die Bestellung eines Verteidigers gemäß § 141 ist grundsätzlich ausgeschlossen, wenn der Beschuldigte einen Wahlverteidiger hat (GoldArch. 73, 199).

Zu § 150 Anm. 3: Die Höhe der Gebühren richtet sich jetzt nach der RAGebD. i. d. Fass. v. 5. Juli 1927 (RGBl. I 152).

Zu § 177 Anm. 1: Zeile 2 muß es heißen „(neue Fassung: RGBl. 1927, I 152)“!

Zu § 182: Abs. 2 muß entsprechend auch für den Beschl. gelten, durch den eine nochmalige Eröffnung und Ergänzung der Voruntersuchung angeordnet wird.

Zu § 210: Anm. 3 b erwähnt den Fall nicht, daß das Hauptverfahren entgegen dem Antrage der StA. auf Außerverfolgung vor einem Gericht niedriger Ordnung als dem nach dem Gesetz zuständigen eröffnet worden ist. Das RG. gibt auch dann der StA. das Recht der sofortigen Beschwerde (29. Aug. 1928, 2 W 525/28).

Zu Anm. 3 a vor § 213: R. hält an der schon bei Besprechung der 17. Aufl. (JW. 1927, 356) von Goldschmidt beanstandeten Ansicht fest, daß die Einstellung des Verfahrens bei Niederschlagung kein Akt der Rspr., sondern eine Maßregel der Justizverwaltung sei (3 a vor § 213, 3 zu § 260, Einl. S. 40). Ihr ist die Praxis — so das RG. in den Beschl. v. 26. Sept. 1928 (2 W 493, 572 und 590/28) — nicht gefolgt. Es ist das keine Begriffsspielerei, sondern von Bedeutung für die vom RG. bejahte Frage nach der Zulässigkeit der Prozeßbeschwerde nach § 304 gegen den Beschluß, durch den nach Eröffnung des Hauptverfahrens das Gericht auf Grund des Strafzweiges v. 14. Juli 1928 (RGBl. I 195) das Verfahren eingestellt hat. Dieses Gesetz enthält im Gegensatz zu § 212 des Strafzweiges v. 4. Aug. 1920 (RGBl. 1487) über eine Anfechtbarkeit keine Vorschrift. Es kann sich hier daher nur fragen, ob es sich bei der Einstellung um eine Entsch. handelt, die in der StPD. ihren verfahrensrechtlichen Grund findet und deshalb mit den dort vorgesehenen Rechtsmitteln angefochten werden kann. Unzweifelhaft bildet die Niederschlagung selbst zwar einen Staatshoheitsakt. Daraus folgt aber noch nicht, daß im Falle der Niederschlagung die Einstellung nicht die Eigenschaft einer Prozeßhandlung hat; denn ist bereits ein strafgerichtliches Verfahren anhängig, d. h. Anklage erhoben, so hat der Einstellungsbefehl jedenfalls die strafprozessuale Bedeutung,

daß er das Verfahren formell abschließt, indem er allerdings nicht rechtsbegründend die Niederschlagung anordnet, aber doch feststellt, daß das Verfahren zu den durch das Gesetz niedergeschlagenen gehört und daß somit für seine Fortsetzung die gesetzliche Grundlage fehlt. Der Einstellungsbeschluß unterliegt daher als Akt der Rspr. der Anfechtung durch das in der StPD. für die Anfechtung von Beschlüssen allgemein geltende ordentliche Rechtsmittel der Beschwerde (§ 304).

Zu § 220: In Anm. 4 empfiehlt sich der Zusatz: „Solche gestellten Zeugen werden aber anders behandelt (f. Anm. 2 a und 3 a zu § 245).“ Es muß daher in Anm. 5 auch nicht „oder“, sondern „und“ heißen.

Zu § 233 Anm. 5 c: Die Gewährung der Beschwerde gegen die Ablehnung des Antrags auf Entbindung von der Verpflichtung zum Erscheinen kann nicht gebilligt werden (f. Anm. 4 a. E. zu § 305 S. 750 und die ständige Rspr. des RG.: JW. 1928, 3011¹⁵). Selbst bei Billigung der einschränkenden Auslegung des § 305 in Anm. 4 zu § 305 S. 749 muß man die Anwendbarkeit des § 305 bejahen, weil die für die Entsch. maßgebliche Frage, ob die Anwesenheit des Angekl. für die Aufklärung des Sachverhalts erforderlich sei, von wesentlicher Bedeutung für die Urteilsfindung ist, mithin zwischen der Urteilsfällung und der Entsch. ein enger innerer Zusammenhang besteht.

Zu § 244 Anm. 11 S. 596 Z. 5/6 v. u.: Im Ur. vom 8. Febr. 1926 II 781/25 (JW. 1926, 1222¹¹) hat das RG. aber unter Hinweis auf RGSt. I, 418 ausgesprochen, daß unter Umständen die unvollständige Begründung des Beschlusses in den Urteilsgründen eine ausreichende Ergänzung finden kann (angegriffen von Belling; f. dort Fußn.).

Zu § 245 Anm. 5 e: Hier bedurfte es der Anführung des Ur. des RG. v. 9. Juli 1927, 2 S 342/27 (JW. 1927, 2476¹⁶), wonach bei allseitigem Verzicht wohl von der Erhebung des ganzen Sachverständigenbeweises, nicht aber von der Erhebung des die Begründung des Gutachtens enthaltenden Teiles des Beweismittels abgesehen werden kann.

Zu § 267 Anm. 3 b: Auf S. 682 ist zu §§ 221, 222 StGB. die Entsch. des RG. I 18. Jan. 1927 (JW. 1927, 2515²⁰) anzuführen.

Zu Anm. 2 vor § 296: Auf die Erwägung, eine dem § 516 Abs. 2, § 552 Abs. 2 ZPD. entsprechende Vorschrift finde sich in der StPD. nicht, läßt sich die — richtige — Ansicht, daß die Einlegung eines Rechtsmittels vor der Bekanntgabe der bereits erlassenen Entsch. wirksam ist, nicht stützen; denn der Abs. 2 mit dem Satz „Die Einlegung vor Zustellung des Urteils ist wirkungslos“ ist in den §§ 516 und 552 ZPD. durch die Zivilprozessnovelle v. 13. Febr. 1924 (RGBl. I 135) gestrichen.

Zu § 296: Der Zusatz in Anm. 1 a aus der Rspr. des RG. ist alte Rspr. des RG. (RGSt. 13, 211). Der Satz in Anm. 2 b S. 731, der Verurteilte könne seine Rev. nicht auf Verletzung eines schwereren Strafgesetzes durch Nichtanwendung stützen, ist in der Allgemeinheit nicht richtig. Die Nichtanwendung eines schwereren Strafgesetzes kann ihn sehr wohl beschweren und deshalb zur Einlegung eines Rechtsmittels berechtigen, wenn er nämlich dadurch die Unterlassung der Verfolgung wegen anderer Straftaten, die von der schwereren Strafbestimmung mitergriffen werden, erreichen kann, vornehmlich also, wenn das schwerere Strafgesetz ein gewerbs- oder gewohnheitsmäßiges Handeln bestraft (siehe RG. II v. 23. Juni 1926: JW. 1927, 2729¹⁴). In Anm. 5 ist außer dem Erlaß des württemb. ZM. auch der Erlaß des preuß. ZM. v. 5. Sept. 1924 (JMWl. 356) zu nennen.

Zu § 300: In Anm. 1 Ziff. 13 ist in der zweiten Klammer an erster Stelle RGSt. 60, 355 zu nennen.

Zu § 302: Die Annahme in Anm. 9 Satz 3, das RG. habe die allgemeine Ermächtigung zur Zurücknahme von Rechtsmitteln nicht für ausreichend erachtet, beruht auf einer unzutreffenden Auffassung dieses Urteils (JW. 1926, 2229²).

Zu § 305: Für Anm. 4 a. E. ist JW. 1928, 1949^o von Wert, wonach der Beschl. des erf. Ger., durch den das gegen einen Sachverständigen angebrachte Ablehnungsgesuch für unbegründet erklärt wird, der Beschw. nicht unterliegt.

Zu § 306: In Anm. 5 a Zeile 10 v. u. ist „RG. 22. Aug. 1928 (JW. 1928, 2738²²)“ einzuschließen.

Zu § 310: Zeile 10 von Anm. 3 muß es heißen: „Die Vorführung des Beschuldigten (§§ 134, 230) steht...“

Zu § 318 Anm. 2: Der Zusatz S. 765 Zeile 1 „a. M. die früheren Auflagen“ stimmt insofern nicht, als schon die 17. Aufl. (S. 704) sich der seit alters festen Rspr. des RG. (GoldArch. 68, 286, zuletzt Ur. v. 22. Juni 1929, 2S 298/29) angeschlossen hatte, daß die Beschränkung der Berufungsrechtfertigung die Beschränkung der Berufung enthält. Es würde freudig zu begrüßen gewesen sein, wenn R. in derselben Anm. sich auch in der Frage, ob die Auslegung der Berufungserklärung durch das BG. für das RevG. bindend sei, der Rspr. des RG. angeschlossen hätte, daß von jeher die Auslegung der Berufungserklärung als eine Sache des RevG. angesehen hat (JW. 1927, 3059³). Auf die Entsch. des BayObLG. v. 6. Nov. 1919 allein kann R. sich dabei schwerlich stützen; denn es entscheidet in dieser Frage bald so, bald anders (s. BayObLGSt. 19, 221, dagegen DRZ. 1926, 187 Nr. 655 und dagegen wieder DRZ. 1928, 238 Nr. 520). Übrigens teilt das RG., wie aus RGSt. 58, 372 folgt, die Ansicht, daß das RevG. zur Nachprüfung der vom BG. getroffenen Auslegung einer an sich zweifelhaften Berufungserklärung befugt ist.

Zu § 319: Der auch für § 346 mögliche Fall, daß der *judex a quo* die Verwerfung ablehnt, wird nicht erwogen. Gegen einen solchen Beschluß ist keine Beschwerde zulässig; vielmehr ist dann ohne weiteres die Sache dem zur Entsch. über das Rechtsmittel zuständigen höheren Gericht vorzulegen (RG. v. 16. Okt. 1926, 2S 566/26). In Anm. 3 ist a. E. hinzuzufügen, daß, da durch den unangefochten gebliebenen Beschl. des AG. gemäß § 319 das Verfahren rechtskräftig abgeschlossen ist, gegen den Angekl. auch in der zweiten Instanz nicht mehr verhandelt werden darf (vgl. JW. 1927, 395²⁷ und 396^{27a}). Zu Anm. 5 ist zu bemerken, daß das RG. mit der h. M. die Entsch. des BG. gemäß § 319 II stets für unanfechtbar erklärt hat (JW. 1926, 1247; GoldArch. 69, 188). Die Entsch. des FerStrSen. v. 25. Juli 1925 (JW. 1925, 2378¹) ist ein Seitensprung (s. JW. 1925, 2808⁴ Fußn. und 1926, 1247² Fußn.).

Zu § 323 Anm. 13a: Wegen der besonderen Anträge (Abs. 2 Satz 2) ist von § 323 IV auszugehen. Daß eine Bescheidung wegen jedes einzelnen benannten Zeugen zu geschehen hätte, schreibt das Gesetz nicht vor. Durch die Ladung zum Hauptverhandlungstermin erhält der Angekl. Nachricht über die geladenen Zeugen. Er sieht daraus, welche von den von ihm benannten Zeugen geladen sind und kann die nicht geladenen entweder selbst laden oder auch ihre Ladung in der Hauptverhandlung beantragen.

Zu § 327 Anm. 3: Im Anschluß an den letzten Absatz war die Frage zu erwähnen, inwieweit das BG. bei einer auf das Strafmaß beschränkten Berufung auch hinsichtlich der Strafzumessung an die erstinstanzlichen Feststellungen zur Schuldfrage gebunden ist (RGSt. 61, 209).

Zu § 329 Anm. 1a: läßt sich aus der auf das Ausbleiben des Angekl. zurückgeführten Vermutung der Mot. (Sahn, Mat. z. d. RFG. III Abt. 1 S. 1025), er verzichte auf die Durchführung der Berufung, der Schluß herleiten, daß das Ausbleiben des Angekl. einer Zurücknahme der Berufung gleichzusetzen sei und deshalb ein etwa vorhandenes Prozeßhindernis nicht mehr Berücksichtigung verdiene? Die Ansicht der Mot. ist doch nur der Grund für die vorgeschlagene gesetzliche Regelung, in der Gesetzesbestimmung selbst aber nicht ausgedrückt. Im Falle des § 329 kann die Rüge der Verletzung sachlichen Rechts nicht nur die Kostenentsch. betreffen, sondern auch Prozeßvoraussetzungen, wie den Straf Antrag, die Verjährung, ne bis in idem, die gleichfalls materiellrechtlichen Charakter tragen. Das ist auch in einer neuerlichen Entsch. des RG. ausgesprochen (DRZ. 1929, 82 Nr. 211). Bei dem drittlezten Satz (str.) empfiehlt sich der Hinweis auf Dresden v. 5. Jan. 1927 (JW. 1927, 2079³⁶) und RG. II v. 18. Febr. 1928 (JW. 1928, 2088¹⁵).

Anm. 1b: Im letzten Satz bedürfen auch der Begriff des Ausbleibens und die neuesten Entsch. des RG. (RGSt. 61, 175 und JW. 1928, 417²⁹) der Erwähnung.

Anm. 1c: In der Klammer Zeile 7 fehlt RGSt. 61, 278.

Anm. 1f (neu): Zu ihr kommt R. im Anschluß an Fußn. (RZ. 20, 909, nicht 209) unter Hinweis auf RGSt. 61, 278, ohne jedoch zu überzeugen. Das RG. und das BG. (Ur.

v. 7. Juni 1928 und 22. Juni 1929, 4S 87/28 und 2S 306/29) sind der Ansicht, daß die strenge, auf das engste auszuwendende Ausnahmegvorschrift des § 329 auch dann unanwendbar ist, wenn die Strk. den Fall schon einmal abgeurteilt und das RevG. ihr Urteil im vollen Umfange aufgehoben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung an die Strk. zurückverwiesen hatte. Den Unterschied je nach der Aufhebung in vollem Umfange oder nur im Strafmaß zu machen fehlt es an einem inneren Grunde. Mag auch nach voller Aufhebung die Lage für das BG. die gleiche sein, als ob es zum erstenmal über die Berufung zu urteilen hätte, so ändert dies doch nichts daran, daß es eben an der Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 329 fehlt, daß der Angekl. zu Beginn der ersten Hauptverhandlung vor dem BG. nicht erschienen ist; denn § 329 gilt nur für den Beginn des Verfahrens vor dem erkennenden Gericht, nicht aber für spätere Abschnitte des Verfahrens im zweiten Rechtszuge. Um einen solchen handelt es sich indes, wenn nach der Zurückverweisung wiederum Hauptverhandlungstermin vorm BG. ansteht. Der bloße Hinweis auf RGSt. 61, 278 (jetzt auch 63, 10) vermag R.s Ansicht nicht zu stützen. Gewiß behandelte das Urteil des RG. v. 5. April 1927 einen Fall, wo das RevG. das Urteil der Strk. nur im Strafanspruch aufgehoben hatte. Es zieht daraus jedoch keine besonderen Folgerungen für die Frage der Anwendbarkeit des § 329, sondern nimmt (S. 280) ganz allgemein — ohne zwischen einer Aufhebung in vollem Umfange und im Strafmaß zu unterscheiden — an, daß § 329 unanwendbar ist, wenn auf Grund einer in Anwesenheit des Angekl. durchgeführten Hauptverhandlung ein Urteil gefällt, dieses vom RevG. aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung an das BG. zurückverwiesen worden ist.

Anm. 5: Der dem hier ausgesprochenen Meinungswechsel zugrunde liegende Beschluß des 2. StrSen. des RG. (GoldArch. 71, 351 und HöchstRspr. 3, 218) datiert v. 19. Febr. 1927. In derselben Anm. oder in Anm. 6 Satz 2 vor § 42 verdiente Erwähnung, daß es sich um eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand „gegen das Urteil“ handelt; das erhellt aus dem Sinne des § 329 II und dem Wortlaut der §§ 235, 315, 342 und 412. Dasselbe gilt für § 391 IV.

Zu § 333: In Anm. 2a S. 795 Z. 10 v. u. verlangt die Klarheit, daß hinter „öffentlicher Beleidigung“ der Zusatz (§ 186) gemacht werde.

Zu § 338: In Anm. 1 Z. 1 wäre m. E. zu sagen: § 338 stellt keine Revisionsgründe auf, sondern bestimmt nur, welche Verfahrensmängel die Aufhebung des Urteils zur notwendigen Folge haben (absolute Revisionsgründe).

Zu Anm. 18b: Zu der strittigen Frage, ob die Rüge der Verletzung des § 338 Z. 8 auch dann zulässig ist, wenn ein bedingter Beweis Antrag nicht durch förmlichen Beschl. abgelehnt, sondern in den Urteilsgründen als unerheblich zurückgewiesen worden ist, s. auch Wongarß in JW. 1928, 784 und Nottharth das. S. 95 und 2191!

Zu § 344 Anm. 5a: Der Angriff gegen RGSt. 44, 162 auf S. 830 a. E. erscheint mir unbegründet. Das RG. läßt gleichfalls die Revision zu, wenn der Angekl. in der Revisionsbegründung schlechthin Verletzung des § 329 rügt und nur mit den Worten des Gesetzes die Verkennung des Begriffs der nicht genügenden Entschuldigung des Ausbleibens geltend macht, ohne konkrete Tatsachen anzugeben (Ur. vom 11. Mai 1929, 2S 221/29). Es ist nicht einzusehen, welche Tatsachen die Revisionsbegründung in einem solchen Falle als Verfahrensverstoß denn noch anführen sollte. Anm. 5b Zeile 5 ist einzuschreiben: „Desgleichen eine andere Substantivierung der Rüge der Verletzung formellen Rechts.“

Zu § 346: Unter Anm. 8 zu § 346 und beim § 349 vermiße ich eine Stellungnahme zu der wichtigen Frage, ob die gemäß §§ 346, 349 I 1 ergehende Entsch. nur deklaratorische Wirkung hat oder ob für den Fall, daß die Revision rechtzeitig eingelegt, aber nicht ordnungsmäßig begründet ist, erst die nach §§ 346, 349 II zu treffende Entsch. die Rechtskraft schafft. Der 2. StrSen. des RG. hat sich im Gegenjah zum 1. StrSen. (GoldArch. 71, 43) und zum BG. (RGSt. 53, 236/237) für deklaratorische Wirkung entschieden und demzufolge angenommen, daß der Ablauf der Verjährungsfrist des § 67 StGB., auch wenn sie erst nach Einlegung der Rev. abgelaufen ist, dem Erlaß eines Urteils

auf Verwerfung der Revision nicht entgegensteht (JW. 1927, 3060⁶). Wegen der Zuständigkeit war im Hinblick auf § 50 Pr.-U. G. B. (G. S. 1925, 155) zu erwähnen, daß, sind die Revisionsanträge nicht in gehöriger Form angebracht, zur Entsch. sowohl auf die Revision als auch auf den Antrag aus § 346 II nicht das RG., sondern das örtlich zuständige OLG. berufen ist. Dies gilt namentlich auch, wenn die Revisionsanträge von einem unzuständigen Urundsbeamten aufgenommen sind (RG. v. 2. Juli 1926, 1 W 86/26). Zu Anm. 9: Kürzer faßt das RG. die Entsch.: „Der angefochtene Beschl. wird auf Kosten des Antragstellers aufrechterhalten.“ Bei Verpätung heißt es: „Der Antrag wird auf Kosten des Antragstellers als unzulässig verworfen.“ Bei Rechtzeitigkeit und Begründetheit: „Der angefochtene Beschl. wird aufgehoben. Dem Revisionsverfahren ist Fortgang zu geben.“

Zu § 349: Der letzte Satz in Anm. 2 verkennt, daß § 349 I 2 nur für das RG. gilt! — Für die OLG. besteht nach wie vor ein praktisches Bedürfnis, eine Revision im Wege der Auslegung als sog. Scheinrüge für unzulässig (§ 337) zu erklären (§ 349), weil, wenn die Revision auch Verletzung sachlichen Rechts rüge, doch ihre gesamten Ausführungen in dieser Richtung ergäben, daß die Revision sich insoweit in Wirklichkeit nur gegen die tatsächlichen Feststellungen und die Beweiswürdigung des Vorderrichters wende, nicht dagegen geltend mache, daß der Vorderrichter unter Zugrundelegung der einmal von ihm getroffenen Feststellungen zu Unrecht die Tatbestandsmerkmale des § x StGB. für gegeben erachtet habe.

Zu § 358: In Anm. 6 wäre es dienlich, statt nur auf RGSt. 44, 295 und 45, 64 (bes. 65) zu verweisen, hervorzuheben, daß § 358 II einen allgemeinen, nicht bloß für die untere Instanz geltenden Grundsatz aufstellt.

Zu § 359 Anm. 8: Eidlichen Zeugnissen stehen im Ausland abgelegte uneidliche Zeugnisse gleich, wenn das dortige Recht den Zeugniseid nicht kennt und der Zeuge sich durch Ablegung eines falschen Zeugnisses zum Nachteil des Angekl. einer dort strafbaren Verletzung der Zeugenpflicht (z. B. i. S. der §§ 106, 107 StGB., 141 StPD. von Zürich) schuldig gemacht hat (RG. v. 6. Okt. 1928, 2 W 593/28). Anm. 22: Ortsbesichtigung kein neues Beweismittel, da es dem Gericht jederzeit freistand, sich ihrer zu bedienen (RG.: JW. 1928, 1950¹¹).

Zu § 360 Anm. 3: Hier und bei Anm. 1 zu § 453 ist die Entsch. des RG. v. 4. Febr. 1928, 2 W 64/28 (JW. 1928, 428¹⁶) nicht angegeben, daß, wenn ein Wiederaufnahmegesuch vorliegt, das Gericht einen Aufschub der Vollstreckung der Todesstrafe anordnen kann, auch wenn die Entschließung der zur Ausübung des Gnadenrechts berufenen Stelle noch nicht ergangen ist.

Zu § 364: In Anm. 1 Zeile 7 ist für die Ansicht des RG. außer GoldbArch. 68, 291 auch GoldbArch. 71, 259 und JW. 1927, 2073²⁹ und namentlich 1928, 1950¹¹ anzugeben; hier geht das RG. so weit, daß daran, daß jeder Wiederaufnahmeantrag, der so gedeutet werden muß, daß er sich auf der Behauptung aufbaue, die Grundlage des Urteils sei durch eine Verletzung der Eidspflicht zustande gekommen, nur aus § 359 Ziff. 2 zuzulassen ist, auch die Tatsache nichts ändert, daß in dem Antrage hervorgehoben wird, es solle nicht behauptet werden, daß der Zeuge bewußt oder fahrlässig falsch geschworen habe.

Zu § 372 Anm. 1a: Angebracht erschien Zeile 1 eine Andeutung, daß § 372 nur gemäß §§ 359—371 erlassene Beschlüsse betrifft (RG. v. 28. Nov. 1928, 2 W 660/28). Warum neue Tatsachen und Beweismittel zur Begründung der Wiederaufnahme in der Beschw. Inst. nicht vorgebracht werden können sollen, leuchtet nicht ein. Das RG. läßt sie unbedenklich zu. Der als Belegstelle in Anm. 1a angegebene Beschl. des RG. v. 17. Febr. 1926 besagt gerade, daß im Beschwerdeverfahren gegen den die Wiederaufnahme für unzulässig erklärenden Beschl. des LG. auch noch neue Tatsachen und Beweismittel vorgebracht werden können, sofern nur die Form des § 366 gewahrt ist.

Anm. 1b (neu): Zwischen ihr und der aus der 17. Aufl. übernommenen Anm. 6 zu § 311 besteht ein Widerspruch. Auch hier darf das Beschw. G. erst nach Ablauf der Frist — bis zur Entscheidung — eingehende Ausführungen nicht unberücksichtigt lassen; denn das Gesetz bestimmt für die Recht-

fertigung der sofortigen Beschw. keine Frist, wie sie z. B. § 45 für die Angabe — nicht auch die Glaubhaftmachung — der Verfümungsgründe beim Wiedereinsetzungsgeuch (RG. v. 18. Aug. 1926, 2 W 428/26) und § 345 für die Revisionsrechtfertigung vorsteht.

Zu § 374 Anm. 6 S. 897 Z. 4 v. u.: Hinter dem Wort „ausgeschlossen“ ist fortzufahren: „und können sie als Nebenkläger auftreten“.

Zu § 379 Anm. 3: Hier bedarf das Ges. über die Erstattung von Rechtsanwaltsgebühren in Armensachen vom 20. Dez. 1928 (RGBl. I 411), das in § 2 Privat- und Nebenklage betrifft, der Erwähnung.

Zu § 396: Unter Anm. 4 empfiehlt sich der Zusatz (Zeile 3 v. u.): Der Anschlußberechtigte kann nicht die Ermittlung von Tatsachen verlangen, auf die er ein Zulassungsrecht als Nebenkläger stützen könnte; vielmehr hat das Gericht über die Anschlußberechtigung nur auf Grund der z. B. der Anschlußerklärung vorliegenden Tatsachen und Behauptungen zu entscheiden (JW. 1928, 2288¹⁷).

Zu § 403 Anm. 2a: Die — übrigens schon in der 17. Aufl. aufgegebene — Ansicht, daß die Anschließung als Nebenkläger auch dann zulässig sei, wenn das Urteil erster Instanz bereits verkündet und damit der Anspruch auf Buße erloschen sei (§ 404), wird S. 946 nicht mehr aufrechterhalten. R. beruft sich dabei in erster Reihe auf RG. v. 7. Juni 1908 (richtig: 1918) in GoldbArch. 66, 284. Das RG. hat seine dortige ablehnende Haltung jedoch bereits im Beschl. vom 30. Dez. 1927, 2 W 635/27 (JW. 1928, 428¹⁷) mit eingehender Begründung aufgegeben und sich in Übereinstimmung mit dem R. G. (RGBlpr. 5, 358; RGSt. 11, 90; 41, 168; GoldbArch. 71, 205) zu der Auffassung bekannt, daß ein Verletzter, dem das Strafgesetz einen Anspruch auf Buße gewährt, sich auch dann noch der öffentlichen Klage als Nebenkläger anschließen kann, wenn er nicht bis zur Verkündung des Urteils erster Instanz den Antrag auf Zuerkennung einer Buße gestellt hat.

Zu § 422 Anm. 5: Auch das RG. (28. Okt. 1926, III 679/26; RStBl. 1926, 332 Nr. 28) ist, da weder die StPD. noch §§ 412 ff. ALGd. Bestimmungen über die Form von Strafbefehden enthalten, der Ansicht, daß grundsätzlich der den Strafbefehl unterzeichnende Beamte nicht mit vollem Namen zu unterschreiben braucht, daß vielmehr genügt, wenn zweifelsfrei erkennbar gemacht wird, daß der zuständige Beamte die Verantwortung für den Inhalt übernehmen will.

Zu § 458: In Anm. 2 verdient hinter Zeile 14 eingeschoben zu werden: Die Feststellung der Überzeugungstäterschaft (vgl. § 53 Ziff. 4 Pr.-DienstVollzD. v. 1. Aug. 1923, § 52 Strafvollzugsgrunds. v. 7. Juni 1923, RGBl. II 263) kann nur im Strafurteil getroffen werden; nachträglich kann das Gericht lediglich im Wege der Auslegung darüber entscheiden, ob in dem Urteil Überzeugungstäterschaft festgestellt ist (RG. v. 17. März 1928: JW. 1928, 1071⁷).

Zu § 465: Wegen des ersten Abs. ist auf § 41 JGG. hinzuweisen.

Zu § 473: Die Zeitangabe in Anm. 5b Satz 2 stimmt nicht (f. Ges. v. 21. Dez. 1922, RGBl. 1923, 1 Art. III Ziff. 2 und Art. VIII und RZM. v. 22. März 1924, RGBl. I 299).

Zu § 26 O. G. B. Zur Auslegung des Abs. 1 gehört ein Hinweis darauf, daß das „wenn“ sich auf alle drei vorher genannten Fälle bezieht. Gehört auch schwerer Rückfalldiebstahl hierher? Ja; denn er ist und bleibt doch immer schwerer Diebstahl. So Bumke, WD. v. 4. Jan. 1924 Ziff. 1 zu § 9; Nagler: GerS. 90, 414 Anm. 3; Mannheim: JW. 1925, 2812; a. M. Dresden: JW. 1925, 2811¹⁰. R. behandelt diese Frage nicht ausdrücklich, sondern in Anm. 5 nur zwischen den Zeilen. Dabei muß es in Zeile 2 statt „StPD.“ natürlich „StGB.“ heißen.

Zu §§ 157 ff. O. G. B.: Diese Vorschriften sind entsprechend anwendbar, wenn der Leiter einer Disziplinarbehörde ein LG. um Vernehmung und Vereidigung von Zeugen ersucht. Wird das Ersuchen abgelehnt (§ 159), so ist zur Entsch. über die dagegen erhobene Beschw. das OLG. zuständig. So RG. v. 22. Sept. 1926, 3 W 464/26; vgl. auch RGZ. 10, 1! Wegen der ärztlichen Ehrengerichte f. § 24 des preuß. Ges. v. 25. Nov. 1899 (G. S. 565)! Er erklärt

zwar die §§ 157 ff. GG. ausdrücklich nur auf Rechtshilfeersuchen der Disziplinarbehörden an die ordentlichen Gerichte um eibliche Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen für entsprechend anwendbar. Da aber die Rechtshilfeersuchen nicht auf das angegebene Gebiet von Beweiserhebungen beschränkt sind, läßt bereits der Umstand, daß die Disziplinarbehörde das ordentliche Gericht angegangen und es das Ersuchen abgelehnt hat, die Zuständigkeit des GG. zur Entsch. gemäß § 159 GG. als begründet erscheinen. Der Untersuchungskommissar des ärztlichen Ehrengerichts kann das ordentliche Gericht auch um verantwortliche Vernehmung des Angeeschuldigten ersuchen. Solche Ersuchen widersprechen nicht rechtsgrundfänglich dem Sinn und Zweck des Gef. v. 25. Nov. 1899 (RG. v. 7. Jan. 1929, 4 Gen. XII/1). Vgl. Anm. 4a zu § 159!

Zu § 174 GG.: Die Frage, ob der Anwalt seiner im Beweisternin nicht anwesenden Partei den Inhalt der unter den Schweigebefehl fallenden Beweisaufnahme mitteilen darf, findet keine Erwähnung. Von Kostock 27. Okt. 1927 verneint (ZW. 1928, 1527⁴⁰), von Werthauer bejaht (Fuchtwort dort).

Dann zwei Wünsche allgemeiner Natur! Es wird Zeit, sich der Sprache des Gef. (§§ 345 II, 366 II StPD. usw.) anzupassen und statt Gerichtsschreiber Urkundsbeamter der Geschäftsstelle oder kürzer einfach Urkundsbeamter zu sagen. Bei der Quellenangabe empfiehlt sich die strenge Durchführung einer einheitlichen Art. Es stört, wenn z. B. dieselben Belegstellen bald unter dem Jahrgang (ZW. 1927 in Anm. 1 f zu § 329), bald nach der Bandzahl (ZW. 56 in Anm. 1 g dafelbst) gebracht werden.

Endlich noch einige sinnstörende alte Druckfehler: Es muß heißen S. 39 Anm. 3: § 340 statt § 380, S. 538 Anm. 2a Z. 9: deshalb statt um deshalb, S. 686 Z. 4 v. u.: StPD. statt StGG., S. 727 Anm. 2c: § 319 statt § 317 StPD., S. 764 Anm. 6: Beschlußnahme statt Beschlagnahme, S. 780 Z. 22: Anm. 2a statt 3a, S. 802 Mitte: § 57 Nr. 3 statt § 56 Nr. 3, S. 824 Anm. 5g a. E.: Vorbem. 3a statt 2a, S. 858 Z. 4 v. u.: 1926 statt 1916, S. 951 Z. 5 v. u.: haben statt aben und S. 983 Anm. 4: Note 5 statt Note 6.

II.

Von Professor Dr. James Goldschmidt, Berlin.

Der Schriftleitung der Juristischen Wochenschrift gebührt Dank, daß sie die neue Auflage des Löwe-Rosenberg sowohl von einem Praktiker als auch von einem Theoretiker besprechen läßt. Denn der Kommentar ist für Praxis und Wissenschaft gleich bedeutsam. Ist er jener ein stets befragter Führer, so erfährt diese erst aus ihm die Brauchbarkeit ihrer Lehren für die Meisterung der Einzelheiten. Und kann ihm jene klagen, wo er gelegentlich noch versagt, so diese, wo sie sich unberücksichtigt oder mißverstanden glaubt. Die Wissenschaft kann es, weil sie auf Erhöhung hoffen darf. Hat doch der Praktiker R. nie verschmäht, Fühlung mit der Wissenschaft zu suchen. Dies sei von vornherein rühmend hervorgehoben. Daß es dieser Hervorhebung bedarf, ist traurig genug, aber leider nötig angesichts der Nichtbeachtung, deren sich die Wissenschaft in der Strafrechtspraxis gemeinhin zu erfreuen hat. Man durchmustere nur vergleichend die RG.-Entscheidungen in Zivil- und in Strafsachen. Während jene sich oft genug mit dem Schrifttum auseinandersetzen, machen diese es sich geradezu zum Prinzip, niemals ein Werk der Literatur anzuführen. Selbst die bahnbrechende Notstandsentscheidung des 1. StrSen. v. 11. März 1927 (C. 61, 242), die alles der Wissenschaft verdankt, vermeidet es doch peinlich, im Text irgendeine der Arbeiten, auf denen sie beruht, zu erwähnen. Und dabei ist gerade diese Entscheidung in der Sache als eine Wendung zum Besseren zu begrüßen. Für die Strafrechtspraxis gilt immer noch die von Levin, ZW. 1929, 1641 wieder ins Gedächtnis gerufene Mahnung des Deutschen Anwaltvereins v. 17. März 1912: „Nicht die Univerfität bringt zu wenig Praxis, sondern die Praxis entbehrt zu sehr der wissenschaftlichen Grundlage.“

Das dankenswerte Bestreben R.s. mit der Wissenschaft in Fühlung zu bleiben, tritt in der neuesten Auflage ganz besonders hervor. Die Einleitung, die bisher nur in drei Paragraphen die Quellen, deren Entstehungsgeschichte und

Reformversuche darstellte, ist um zwei Paragraphen vermehrt, welche die Hauptbegriffe und Prinzipien des Strafprozesses behandeln. Offenbar ist hier das Vorbild der Lobeschen Einleitung des LpzKomm. zum StGG. maßgebend gewesen, und hat R. von diesem Ausbau der Einleitung eine Entlastung der allerdings zu stark angeschwollenen Vorbemerkungen vor § 151 erhofft. Ich habe schon bei einer Besprechung des LpzKomm. (DZ. 1926, 608) Bedenken dagegen geäußert, daß ein Kommentar wichtige Lehren in die Einleitung verweist. Wenn es die Kunst des Lehrbuchschreibers ist, den Stoff vollständig in seinem System zu verarbeiten, so ist es die Kunst des Kommentators, die Theorien vollständig in seinem Stoff unterzubringen. Der Kommentator, der die Theorien seinem Werk in einer systematischen Einleitung vorausschickt, bricht nicht anders aus der für seine Arbeit angemessenen Methode aus, als ein Lehrbuchschreiber, der am Schluß den Text aller nicht verarbeiteter Gesetzesparagraphen abdrucken wollte. Ein solcher Methodenbruch führt notwendig dazu, daß dort die Befruchtung der Praxis durch die isoliert behandelten Theorien unterbunden wird, wie hier die Befruchtung der Wissenschaft durch den nicht verarbeiteten Stoff. Auch praktisch pflegt sich ein solcher methodischer Fehler zu rächen, indem die „Extravaganten“ gewöhnlich nicht gelesen werden. Es ist denn auch kein Zufall, daß gerade die wissenschaftlich wertvollsten Kommentare — Pland, Staudinger, Staub, Stein-Jonas, Förster-Kann, Jaeger, Frank — die Theorien in die Gesetzeserläuterungen hineinverarbeiten.

I. Bei den „Hauptbegriffen“ des Strafprozesses lehnt R. mit Recht die Lehre ab, daß im Strafprozeß über einen staatlichen „Strafanspruch“ entschieden werde. Aber ich muß entschieden Verwahrung dagegen einlegen, wenn S. 30 Anm. 1 durch die Anführung meines „Materiellen Justizrechts“ (Festgabe für Hübler, 1905) neben Rosenfelds Strafprozeßrecht der Ansicht erweckt wird, als verträte ich, gleich Rosenfeld, die abgelehnte Lehre. Meine Schrift war vielmehr — wohl als erste — der Bekämpfung der Lehre vom „Strafanspruch“ gewidmet. Das geht auch daraus hervor, daß R. wenige Zeilen später als eine Aufzählung aus meiner Schrift anführt, der Strafanspruch ginge in „Schall und Rauch“ auf. So lautete meine Äußerung nun zwar nicht dem Worte, aber doch dem Sinne nach. Sollte der unrichtige Wortlaut meiner Äußerung aus dem von R. angeführten Hübler (Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1917, S. 24 Anm. 2) stammen? Aber mir ist überhaupt zweifelhaft, ob R. den status causae et controversiae betr. den „Strafanspruch“ ganz zutreffend auffaßt, und unzweifelhaft, daß er aus der Ablehnung der Lehre vom „Strafanspruch“ nur zum Teil die zutreffenden Folgerungen zieht. R. meint, der „Strafanspruch“ umfasse erstens einen Anspruch auf Strafverfolgung gegen den Verdächtigen, zweitens einen Anspruch auf Verurteilung gegen den überführten Schuldigen, drittens einen Anspruch auf Strafvollstreckung gegen den rechtskräftig Verurteilten. Damit wird indessen R. der Lehre vom „Strafanspruch“ insofern nicht ganz gerecht, als sie ja gerade neben diesen prozessual gedachten Rechten einen davon völlig selbständigen materiellen Strafanspruch behauptet, der in thesi mit der Begehung des Verbrechens entsteht und der zum Inhalt hat, die Duldung der Strafe zu verlangen. Es ist begreiflich und gereicht mir zur größten Genugtuung, daß der Praktiker R. für einen solchen in „Rauch“ aufgehenden „Strafanspruch“ überhaupt kein Verständnis hat. Aber wenn auch mir immer wieder (so jetzt von Belling, Reichsstrafprozeßrecht, 1928, S. 7, 99; Sauer, ZStW. 49, 548 Anmerkung 17) der Vorwurf gemacht wird, ich leugnete ein „Strafrecht“, d. i. ein Recht, welches eine „Strafbarkeit“, ein „Straffälliggewordensein“ begründet, so trifft mich dieser Vorwurf nicht. Ich habe ihn oft genug (GJ. 54, 39; Berl. Festschrift für Brunner, 1914, S. 111; Prozeß als Rechtslage, S. 245 Anm. 1327) widerlegt. Aber gewisse Mißverständnisse scheinen unausrottbar zu sein. Ich wiederhole deshalb: Ich habe den „Strafanspruch“ bekämpft, weil das staatliche Strafrecht erstens kein „Anspruch“, sondern ein staatliches Hoheitsrecht ist, weil es zweitens außerhalb des Prozesses nicht realisierbar ist, und weil es deshalb drittens vom Staate im Prozeß nicht als Partei, sondern als Inhaber der Gerichtsbarkeit ausgeübt wird. Mir ist unerklärlich, wie

letzteres gerade von solchen bestritten werden kann, welche die Strafe als eine Äußerung der vergeltenden Gerechtigkeit ansehen. Aus allen diesen Gründen habe ich das Strafrecht als materielles Justizrecht bezeichnet. Ich möchte übrigens wirklich gern wissen, in welche Kategorie des öffentlichen Rechts es sonst gehören soll. Dagegen habe ich nie geleugnet, daß das staatliche Strafrecht, materiellrechtlich betrachtet, mit der Begehung des Verbrechens, ohne Rücksicht auf seine Beweisbarkeit, entsteht, und daß natürlich die Relation des „Straffälliggewordenseins“, d. i. des dem Strafrichter Verfallenseins, auch außerhalb des Strafprozesses und unabhängig von der tatsächlichen Möglichkeit einer Beurteilung rechtlich erheblich sein kann. Noch viel weniger habe ich irgendeine Zwischenkategorie zwischen Strafrecht und Strafprozessrecht behauptet, so wenig wie eine solche zwischen Privatrecht und Zivilprozessrecht; das von mir sog. „materielle Ziviljustizrecht“ ist nichts anderes als objektiv das öffentlich-rechtlich umgedachte Privatrecht, subjektiv der zum Klagerrecht umgedachte Anspruch. Das alles, aber auch nicht mehr steht in meinem „Materiellen Justizrecht“ (1905). In meinem „Prozeß als Rechtslage“ (1925) habe ich dann ausgeführt (§. 228 ff.), daß man jedes „materielle Justizrecht“ auch prozessual oder dynamisch auffassen kann, nämlich objektiv als einen Inbegriff von Entscheidungsnormen, subjektiv als einen Komplex von „Rechtsslagen“, insbes. von Möglichkeiten und Aussichten, die von der Feststellbarkeit ihrer Voraussetzungen abhängen. Insofern hat Beling (a. a. O. S. 100) ganz recht, wenn er meint, sein von hinreichendem Verdacht abhängiges „Strafklagerrecht“ falle unter meinen Begriff der „Rechtslage“. Aber gerade dieses „Strafklagerrecht“ verwirft R.; denn es ist nichts anderes als der von ihm verworfene „Anspruch auf Strafverfolgung gegen den Verdächtigen“. Mit Recht. Denn dieses „Strafklagerrecht“, mittels dessen Ausübung geltend gemacht werden soll, daß dem Kl. oder einem Dritten ein „Strafanspruch“ zustehe, fällt mit diesem.

Aber im weiteren Verlauf zieht R. aus seiner Ablehnung des „Strafanspruchs“ nicht die zutreffenden Folgerungen. Er spricht S. 395 ff. nach wie vor von einer „Strafklage“, deren Erhebung doch notwendig ein „Strafklagerrecht“ voraussetzt (so in der Tat R. Nr. 10 vor § 151). Ich habe diese Folgewidrigkeit R. bereits einmal (Prozeß als Rechtslage, S. 398 Anm. 2076) vorgehalten. R. könnte einwenden, daß er, wie schon seinerzeit Pland (vgl. Prozeß als Rechtslage, S. 242 Anm. 1326), unter „Strafklagerrecht“ nichts anderes als das staatliche Recht zur Strafverfolgung verstehe, welches nach Pland's ausdrücklichem Bekenntnis auch bei inquisitorischer Strafprozessgestaltung vorhanden sei (vgl. in der Tat R. Nr. 11A vor § 12 StGB.). Aber gegen diese Annahme spricht, daß R. S. 32 Anm. 2 das Privattlagerrecht, im Anschluß an Hellwig, dem Recht des Chemanns am Frauengut vergleicht. Diese von mir bereits Mater. JustizR., S. 116 Anm. 163, zurückgewiesene Parallele ist nur für den möglich, der, wie Hellwig, von einem „Strafanspruch“ ausgeht, an dem dem Privatkläger eine „Prozeßstandschaft“ zusteht. Im Strafprozeß gibt es, und zwar nur bei dessen akkusatorischer Gestaltung, lediglich ein Anklagerrecht, d. i. ein Recht, vom Richter zu verlangen, daß er das staatliche Strafrecht ausübe. Dies hat mir R. (3StW. 36, 529) ausdrücklich zugegeben. Auf der anderen Seite irrt R., wenn er S. 32 meint, mit der Anspruchstheorie falle auch die Parteientheorie. „Wenn der Staat keinen Strafanspruch gegen den Verbrecher hat, so kann er auch nicht Partei im Strafprozeß sein.“ Der strafberechtigte Staat allerdings nicht, da er seine Strafgewalt als Richter ausübt. Wohl aber der anklageberechtigte Staat, wie der anklageberechtigte Verletzte. Warum in aller Welt hat man denn die Funktionen des Anklägers und Richters voneinander getrennt? Doch, weil der von Amts wegen einschreitende Richter nicht „unparteiisch“ sein könne. Und nun sträubt man sich dagegen, daß die als solche konstituierte Anklagebehörde Partei sei? Ich bin weit davon entfernt zu bezweifeln, daß die Staatsanwaltschaft insofern die „objektivste Behörde“ ist, als sie nie Anklage erheben wird, ohne von deren Begründetheit überzeugt zu sein. Viel zweifelhafter ist es schon, ob sie es auch insoweit ist, als sie die einmal erhobene Anklage zu rechtfertigen sich bemüht. Daß dieses Bemühen leider in der Hauptverhandlung häufig

genug weniger von dem uninformierten Anklagevertreter als von dem altkundigen Vorsitzenden betätigt wird, gefährdet die Unparteilichkeit des Gerichts, ohne die der Staatsanwaltschaft zu heben. Es arbeiten dann, wie schon Rudolf v. Gneist zu sagen pflegte — zwei Beamte auf den Angeklagten los. Jedenfalls müssen in der Idee Gesetz und Gericht von der Parteistellung des Anklägers ausgehen, soll nicht der Grundgedanke des Anklageprozesses in sein Gegenteil verkehrt werden. Die Fiktion von der Unparteilichkeit der Staatsanwaltschaft ist nicht minder verhängnisvoll, als es seinerzeit die Fiktion von der Unparteilichkeit des von Amts wegen einschreitenden Richters war.

Aber die Fiktion verlangt ihre Opfer. So muß der Ausdruck „Parteien“ strengstens vermieden und durch den Ausdruck „Prozeßbeteiligte“ ersetzt werden (R. S. 33). Das haben schon die früheren Entwürfe von 1908, 1909, 1919 getan, und der jetzt vorliegende Entwurf eines O. StGB. schließt sich dem an (Art. 67 Ziff. 12, 131, 136). Geändert wird damit nicht viel. Nur daß an Stelle eines klaren Ausdrucks ein verschwommener gesetzt wird. Freilich die von R. selbst S. 34 erhobenen Zweifel, ob zu den „Prozeßbeteiligten“ auch die Mitglieder des Gerichts gehören sollen, werden angesichts der Begriffsbestimmung des Ausdrucks „Beteiligte“ in § 33 III StPD. in der Fassung des Entwurfs kaum aufkommen können. Übrigens definiert die Begründung zu § 18 Entw. v. 1909 „Prozeßbeteiligte“ als die „Behörden und Personen, die an dem Ausgang eines bestimmten Verfahrens ein unmittelbares und selbständiges Interesse haben“. Das „Interesse“ am Ausgang des Prozesses ist doch wohl das Kennzeichen der „Partei“. R. S. 33 erklärt daher von seinem Standpunkt aus ganz mit Recht diese Definition für „bedenklich“. Soll es nun in Zukunft auch verboten sein, von „Parteienöffentlichkeit“ zu sprechen? Den ominösen Ausdruck „Gegner“ in § 246 II StPD. hat der Entwurf glücklich getilgt. Aber in §§ 303, 308, 347 bleibt er stehen.

II. In bezug auf den Begriff der Prozeßvoraussetzungen befinde ich mich mit R. in stetem Kampfe. Ich habe R.'s Lehre von den Prozeßvoraussetzungen in meinem Prozeß als Rechtslage S. 398 ff. eingehend zu widerlegen versucht. Hegler ist mir beigetreten (GerS. 93, 465/66). Dagegen hat R. schon in der vorigen Auflage sich nicht veranlaßt gefühlt, auf meine Einwendungen einzugehen, sondern nur (S. 358) erklärt, seinen Begriff der Prozeßvoraussetzungen auf Grund der von Sauer erhobenen Einwendungen berichtigt zu haben, was Sauer im Vorwort zu dem als 2. Auflage bezeichneten anastatischen Neudruck seiner „Grundlagen des Prozeßrechts“ mit berechtigtem Stolz verbucht. Auch die Wiederholung meiner Einwendungen bei Besprechung der vorigen Auflage in JW. 1927, 355 ff., sowie die in derselben Richtung liegenden Einwendungen Hegler's (GerS. 97, 152) haben R. nicht umzustimmen vermocht. Das ist um so beklagenswerter, als die R.'sche Lehre unverändert von Feisenberger und Schwarz übernommen ist (vgl. meine Besprechung beider Ausgaben in JW. 1926, 1116; 1929, 1453). Der einzige Erfolg, den ich jetzt zu verzeichnen habe, ist, daß endlich die örtliche Zuständigkeit unter die Prozeßvoraussetzungen aufgenommen ist (R. S. 36 im Gegensatz zur vorigen Auflage S. 359, 363). Daß sie in Nr. 15 vor § 151 als „Klagevoraussetzung“ stehen geblieben ist, beruht wohl auf einem Versehen. Wie ist es aber dann nur möglich, daß R. S. 38 unter Nr. 6 lehrt, auf diese seine die sachliche und örtliche Zuständigkeit (S. 36 unter e) umfassenden Prozeßvoraussetzungen sinde § 340 StPD. keine Anwendung, obwohl auf S. 820 unter Nr. 3a für die sachliche und örtliche Zuständigkeit das gerade Gegenteil steht? Und auf S. 37 unter Nr. 1 lehrt R., daß der Mangel einer Prozeßvoraussetzung von Amts wegen zu berücksichtigen sei, obwohl in bezug auf die örtliche Zuständigkeit für das Hauptverfahren in § 18 StPD. das Gegenteil steht? Der Fehler steckt darin, daß nach R. S. 35 Merkmal der Prozeßvoraussetzung i. S. seines Kommentars sein soll, daß sie die „Zulässigkeit“ des „ganzen“ Verfahrens bedingen. Es gibt in dessen Prozeßvoraussetzungen, welche zwar das „ganze“ Verfahren bedingen, aber nicht dessen „Zulässigkeit“, sondern nur dessen „Ordnungsmäßigkeit“ (so viel besser R. selbst in der vorigen Auflage S. 358). Hierher gehören die sachliche und örtliche Zuständigkeit. Andererseits gibt es keine Prozeßvor-

aussetzung, die zwar die „Zulässigkeit“ des Verfahrens bedingt, aber nicht des „ganzen“ Verfahrens. Insbes. ist R. 3 These (S. 42), daß der Strafantrag nur die Zulässigkeit der Anklage und Eröffnung des Hauptverfahrens bedinge, daß er also „spezifische Klagevoraussetzung“ sei, doppelt falsch. Denn einerseits ist es schief, daß trotz Mangels des Strafantrags ein Ermittlungsverfahren zulässig sei (R. S. 42 und Nr. 16 vor § 151). Hegler (GerS. 97, 152) und ich (Prozeß als Rechtslage, S. 402) haben R. schon entgegengehalten, daß die Rechtmäßigkeit von Festnahme, Verhaftung, Beschlagnahme und Durchsuchung auch ohne Strafantrag nicht das Mindeste mit der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines Ermittlungsverfahrens zu tun habe. Vielmehr handelt es sich dort um selbständige strafprozessuale „Arrestmaßregeln“ (so zutreffend Hegler), die sich in jeder Lage des Verfahrens einschleichen können. Ermittlungshandlungen der Polizei, Staatsanwaltschaft oder des Amtsrichters, die übrigens noch gar nicht „Prozeß“ sind (Prozeß als Rechtslage, 402/03), sind ohne Strafantrag genau so zulässig oder unzulässig, wie bei Mangel einer der R. schon Prozeßvoraussetzungen. D. h. sie sind zulässig, um das annoch zweifelhafte Dasein von Verfahrensvoraussetzungen festzustellen, unzulässig, wenn deren Mangel endgültig feststeht. Auf der anderen Seite ist der Strafantrag auch insofern Voraussetzung der Zulässigkeit des „ganzen“ Verfahrens, als sein Mangel noch in der Hauptverhandlung zu beachten ist. Diesen seiner Einteilung bereits wiederholt von mir gemachten Einwand (Prozeß als Rechtslage, S. 399; JW. 1927, 356) hat R. (S. 41 und 42) anscheinend dahin mißverstanden, als hätte ich ihm gerade ungekehrt eingewendet, der Strafantrag könne noch in der Hauptverhandlung gestellt werden. Allerdings hätte ich R. auch diesen Einwand machen können, um mit der weitreichenden Heilbarkeit prozessualer Mängel bis zum Urteil meine alte These zu beweisen, daß alle Prozeßvoraussetzungen nichts als „Sachurteilsvoraussetzungen“ sind.

Danach wiederhole ich: Alle Prozeßvoraussetzungen, Klagevoraussetzungen, Urteilsvoraussetzungen R. 3 sind in bezug auf das, wofür sie allein erheblich sind, Voraussetzungen eines ordnungsmäßigen, d. i. zur Herbeiführung einer Sachentscheidung tauglichen Verfahrens, m. a. W. Sachentscheidungs-, insbes. Sachurteilsvoraussetzungen (zustimmend Gerland, Strafprozeß, S. 6). Daß die meisten Klagevoraussetzungen Sachurteilsvoraussetzungen sind, gibt R. selbst (S. 43) zu. Auf die einzige Ausnahme, den Sühneversuch in § 380 StPD. (R. S. 43), habe ich bereits Prozeß als Rechtslage, S. 407, hingewiesen. Unklar ist R. 3 (S. 43) Hinweis auf den Kostenvorschuß des § 380. Er ist doch nur Voraussetzung des Sühneversuchs (so R. selbst Nr. 15 vor § 151). Dagegen ist der bei R. nicht erwähnte Gebührenvorschuß des § 83 III GG. auch Sachurteilsvoraussetzung. Aber auch alle Prozeßvoraussetzungen R. 3 sind Sachurteilsvoraussetzungen, da, wie R. S. 37 richtig feststellt, bei ihrem Mangel das Verfahren, und zwar in der Hauptverhandlung durch Urteil, einzustellen ist. Ganz verständlich aber ist, wie ich R. bereits Prozeß als Rechtslage, S. 400/401 entgegengehalten habe, daß von ihm S. 43 als Kriterium der Klagevoraussetzungen aufgestellte Merkmal, daß bei ihrem Mangel die Eröffnung der Voruntersuchung oder des Hauptverfahrens abzulehnen ist. Ist das etwa bei Mangel seiner Prozeßvoraussetzungen anders (§ 180 StPD.)? Und wird bei Mangel eines Strafantrags das Verfahren nicht eingestellt (§ 260 II StPD.)? Auch die angeblichen Kriterien der Klagevoraussetzungen (R. S. 42 und 43), daß sie auf Grund der Akten festgestellt werden und daß RevG. an die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz nicht gebunden ist, treffen auf die Prozeßvoraussetzungen zu (so R. selbst S. 37 Nr. 2, 5). Daß hinsichtlich der Prüfung von Amts wegen in der Revisionsinstanz hinsichtlich seiner Prozeßvoraussetzungen etwas anderes gelte als hinsichtlich seiner Klage- und Urteilsvoraussetzungen, scheint R. allerdings behaupten zu wollen (S. 37 Nr. 1, S. 39 zu Anm. 9 einerseits, S. 42 unter a, Nr. 17 b vor § 151 andererseits). Es wäre aber unrichtig. Denn nach RGEt. 37, 56 ist die von R. zu den „negativen Prozeßvoraussetzungen“ oder „Prozeßhindernissen“ gerechnete Rechtshängigkeit nur auf Grund einer prozessualen Rüge (§§ 344 II S. 2, 352), umgekehrt nach RGEt. 56, 107, 395 die von R. S. 44 zu

den Urteilsvoraussetzungen gerechnete Vorentscheidung gemäß § 433 RWD. in der Revisionsinstanz von Amts wegen zu beachten. Von Amts wegen in der Revisionsinstanz zu beachten ist aber vor allem der von R. zu den „Klagevoraussetzungen“ gerechnete Strafantrag. Es ist unverstänglich, daß R. Nr. 17 b vor § 151, sich für seine abweichende Behauptung auf das Urteil des RG. v. 27. April 1923 (JZ 44, 484) berufen kann, in dem das gerade Gegenteil steht (vgl. auch RMilG. 5, 92; 14, 178 und R. selbst Nr. 6 zu § 340). Welche Verfahrensmängel so wesentlich sind, daß sie auch ohne Revisionsrüge vom RevG. zu beachten sind, haben die Strafsenate des RG., im Gegensatz zu den Zivilsenaten (vgl. mein Zivilprozeßrecht, S. 160), nicht herausgearbeitet. Es sind offenbar die, welche das RG. mit Hilfe einer gewalttätigen Fiktion für gleichzeitige Verletzungen des materiellen Strafrechts erklärt (so bezüglich § 433 RWD. RG. 56, 396; vgl. ferner unten die RGEntsch. bezüglich des Grundgesetzes ne bis in idem und die RMilGEntsch. bezüglich des Strafantrages), m. a. W. die von mir sog. „Verfolgbarkeitsvoraussetzungen“ (vgl. unten). R. 3 Unterscheidung von Prozeß-, Klage- und Urteilsvoraussetzungen ist für diese praktisch so wichtige Frage jedenfalls nicht nur total unfruchtbar, sondern geradezu irreführend. Die Sachurteilsvoraussetzungen des Strafprozesses sind im Prozeß als Rechtslage S. 403 ff. aufgeführt. Bei R. fehlt die notwendige Voruntersuchung.

Dagegen gibt es eine Reihe qualifizierter Sachurteilsvoraussetzungen, die nicht die „Zulässigkeit“ des Verfahrens in dem Sinn von „Ordnungsmäßigkeit“ bedingen, so daß die Anklage zur sachlichen Prüfung und „Sachentscheidung“ „zugelassen“ wird, sondern welche die „Zulässigkeit der Strafverfolgung“ (§ 180 StPD.), die „Verfolgbarkeit“ der Tat (§ 152 II StPD., jetzt auch § 260 II i. d. Fass. des Entw. GG. StGB.) bedingen. Also nicht nur das Wie, sondern das Ob der Strafverfolgung. Die Aufstellung dieser Kategorie wurzelt nicht mehr in einer rein prozessualen Betrachtung, die nur auf das — freisprechende oder verurteilende — Sachurteil abstellt, sondern in einer materiellrechtlichen Betrachtung, die nach den Bedingungen der Realisierbarkeit des existent gedachten Strafrechts fragt (Mater. JustizR. 142; Prozeß als Rechtslage, S. 150 Anm. 826, S. 395 Anm. 2065, S. 402 Anm. 2109, S. 404 Anm. 2123b). Ich habe diese Voraussetzungen früher „prozessuale Strafrechtsvoraussetzungen“ genannt. Man nennt sie besser, im Anschluß an das Gesetz selbst, „Verfolgbarkeitsvoraussetzungen“. Darunter fallen R. 3 „Prozeßvoraussetzungen“, unter Abzug von sachlicher und örtlicher Zuständigkeit. Der Ausdruck „Prozeßvoraussetzungen“ dafür ist zu weit und zu prozessual. Es fällt darunter aber auch der Strafantrag. Auf diese „Verfolgbarkeitsvoraussetzungen“ ist § 340 nicht anwendbar. Um dieses anzunehmen, ist für den Strafantrag so wenig wie für die übrigen Verfolgbarkeitsvoraussetzungen erforderlich, daß man den einschlägigen Rechtsnormen die Natur als Normen des Strafrechts abstreift (vgl. R. Nr. 2 a, 4 zu § 340). Die Theorie des RMilG. (S. 5, 92; 14, 178, der sich R. Nr. 6 zu § 340 anschließt, und wonach die Normen über den Strafantrag „gemischten“ Charakter haben sollen, ist unklar und in sich widerspruchsvoll. Und ganz unannehmbar ist die von R. daraus gezogene praktische Folgerung, wonach die Unanwendbarkeit des § 340 auf die Normen über den Strafantrag davon abhängen soll, ob Verletzung materiellen Rechts gerügt ist. Die Behauptung, daß gewisse Prozeßrechtsnormen gemischten Charakter hätten, haben — wie bereits erwähnt — unsere höchsten Gerichte, so insbes. das RG. hinsichtlich des Grundgesetzes ne bis in idem (RGSt. 25, 29; 35, 370; 49, 170), immer nur aufgestellt, um dem § 344 II S. 2 StPD. zu entkommen. Etwas anderes tut auch das RMilG. nicht in 14, 177, worauf sich R. beruft. Danach soll die Rüge der Verletzung materiellen Rechts genügen, um eine streng genommen unbegründete Revision als begründet erscheinen zu lassen. Nicht aber soll diese fehlgehende Rüge erforderlich sein, um eine begründete Revision vor dem Schicksal zu bewahren, zu Unrecht als unbegründet zurückgewiesen zu werden. Es genügt also eine den Erfordernissen des § 344 II S. 2 StPD. entsprechende Rüge, daß die Normen über den Strafantrag verletzt seien, um die Rüge vor der Unterstellung unter § 340 zu bewahren. Nicht erforderlich ist die Rüge der Verletzung materiellen Rechts. Sie mag

aber nach der *benigna iurisdictio* des RG. genügen. Nur wäre dann eigentlich das RevG. an die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz gebunden.

Außer den „Sachurteilsvoraussetzungen“, von denen die „Verfolgbarkeitsvoraussetzungen“ eine qualifizierte Art bilden, kann man noch Urteilsbestandsvoraussetzungen aufstellen, bei deren Mangel das Urteil, und entsprechend eine sonstige Entscheidung, nichtig ist. Ich habe darüber ausführlich Prozeß als Rechtslage, S. 500 ff., gehandelt, was R., Nr. 27 vor § 151, ganz entgangen ist.

Ich kann nach den vielfachen Mißerfolgen nicht hoffen, R. diesmal überzeugt zu haben. Aber *salvavi animam meam*. Die scholastische Lehre R.s drückt, bei dem Ansehen, dessen sich der Kommentar erfreut, wie ein Rebel auf alle die Prozeßvoraussetzungen betreffenden strafprozessualen Arbeiten.

III. So umfangreich der die Hauptbegriffe des Strafprozesses behandelnde neue § 4 der systematischen Einleitung ist, so dürftig ist der die Prinzipien des Strafprozesses betreffende neue § 5. Er führt einmal das Anklageprinzip auf. Dafür wird, wohl infolge eines Redaktionsfehlers zweimal, der § 151 StPD. sowie der § 155 I StPD. zitiert. Sodann werden erwähnt die *Offizialmaxime* und der Grundsatz der materiellen Wahrheit. Für erstere — warum nur für diese?, vgl. R. selbst Nr. 4a zu § 155 — wird § 155 II StPD. angeführt. Es ließen sich noch §§ 244 III, 264 II StPD. anführen. Der Ausdruck „*Offizialmaxime*“ ist seit ihrer Verschmelzung mit dem Anklagegrundsatz in der Form des Staatsanklagegrundsatzes nicht mehr geeignet, die Selbstständigkeit des Gerichts gegenüber dem Ankläger zu bezeichnen. Man spricht besser von Untersuchungsgrundsatz, der dann den der materiellen Wahrheit einschließt. Unklar ist, warum R. S. 44 in diesem Zusammenhang den § 261 StPD. anführt. Er betrifft den völlig selbständigen Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung. Was dann R. S. 44 und 45 unter Nr. 3—5 anführt, sind keine „Prinzipien des Strafprozesses“. Das gilt schon von dem Satz, daß Grundlage der Hauptverhandlung nicht die Anklageschrift, sondern der Eröffnungsbeschluß ist. Wollte man diesen Satz als „Prinzip“ des Strafprozesses bezeichnen, so könnte man es noch von sehr vielen anderen Sätzen mit demselben Recht. Ganz unverständlich ist, wie R. die Sätze, daß ein ordnungsmäßiger Strafbescheid oder eine ordnungsmäßige Strafverfügung Sachurteilsvoraussetzungen sind, als „Prinzipien des Strafprozesses“ auführen kann. Tatsächlich stehen diese Sätze schon mit Recht S. 44 unter d in der Lehre von den Sachurteilsvoraussetzungen. Warum sie noch außerdem auf zwei „Prinzipien“ verteilt werden, verstehe ich schon gar nicht. Die von R. S. 44 unter d und S. 45 unter Nr. 4 und 5 angeführten DVEntsch. sagen alle dasselbe mit der Maßgabe freilich, daß von den für R.s Lehre angeführten Entscheidungen auch manche (so Dresden bei *Misberg* III Nr. 156 e) Ordnungsmäßigkeit der Polizeiverfügung gerade nicht für eine Sachurteilsvoraussetzung halten. Von den so überaus wichtigen „Prinzipien“ der Öffentlichkeit, Mündlichkeit und Unmittelbarkeit steht dagegen in dem § 5 kein Wort.

Anlangend diesen letzteren Grundsatz steht R., Nr. 4 zu § 69, Nr. 6 zu § 250, auf dem Standpunkt des RGSt. 48, 246, daß die StPD. weder in § 250 noch sonst verbiete, an Stelle des Wahrnehmungszeugen einen Zeugen von Hörensagen zu vernehmen. Der Sinn des § 250 mag zweifelhaft sein. Es fragt sich, ob sein S. 2 nur einen Anwendungsfall oder eine Erläuterung seines S. 1 darstellt. Sprachlich sind beide Auslegungen möglich, und die Entstehungsgeschichte mag für die zweite sprechen. Das ändert indessen nichts daran, daß die Forderung einer Benutzung des bestmöglichen Beweismittels sich ohne weiteres aus dem Prozeßzweck ergibt. Insbesondere was R. Nr. 4 zu § 69 anführt, spricht nur gegen einen absoluten Ausschluß der Zeugen von Hörensagen, wie ihn die Carolina in Art. 65 vorsah, aber nicht dagegen, daß der Zeuge von Hörensagen nicht den Wahrnehmungszeugen verdrängen darf. Daß die von R. gebilligte entgegenstehende reichsgerichtliche Praxis eine schiefe Ebene ist, zeigt gerade RGSt. 48, 246; es gehört zu den jetzt allgemein preisgegebenen Entscheidungen, die eine Umgehung des § 252 StPD. gutheißen (warum hat übrigens Entw. GG. StGB. nicht den § 252 auf die Fassung des § 306 *MitStGB.* gebracht?).

Diese ihre Natur als „schiefe Ebene“ hat die von R. gebilligte reichsgerichtliche Praxis auch in ihrer Anwendung in dem jetzt so viel besprochenen Fall *Bullerjahn* bewiesen. Nach den von *RGH. Hüfner* in der *VJ.* 1929, 745 ff. authentisch mitgeteilten Urteilsgründen haben die Untersuchungsrichter als Zeugen vor dem *erk. Sen.* über Angaben ausgefragt, die ihnen eine Vertrauensperson gemacht hat. Über Namen und Persönlichkeit dieser Vertrauensperson bei ihrer zeugenschaftlichen Vernehmung vor dem *erk. Sen.* nähere Angaben zu machen, ist den Zeugen durch ihre vorgefetzte Dienstbehörde verboten worden. Der Senat hat unter Hinweis auf RGSt. 7, 74; 44, 291 geglaubt, sich dabei beruhigen zu müssen. Danach scheinen also die Untersuchungsrichter über die Vernehmung der Vertrauensperson kein Protokoll aufgenommen zu haben. Wie verträgt sich das mit §§ 187, 188 StPD.? Aber weiter. Wenn auch RGSt. 7, 74; 44, 291 mit R. Nr. 2b zu § 54 darin beizustimmen ist, daß allein die vorgefetzte Dienstbehörde darüber zu entscheiden hat, ob ein Umstand unter die Schweigepflicht fällt und ob seine Befamntgabe dem Staatswohl Nachteil bereiten würde, so fragt sich doch: Gilt das alles auch für die Aussage des Untersuchungsrichters im anhängigen Prozeß vor dem erkennenden Gericht in bezug auf Umstände, die ihm als Untersuchungsführer bekannt geworden sind? *M. E.* nicht. Es mag dahingestellt bleiben, ob die Schweigepflicht der Richter in bezug auf ihre amtlichen Handlungen oder Wahrnehmungen überhaupt durch Verbote oder Erlaubnisse ihrer vorgefetzten Dienstbehörde in einer von dem Gesetz abweichenden Weise begrenzt werden kann. Jedenfalls steht der Untersuchungsrichter zu dem erkennenden Gericht nicht wie der Beamte einer anderen Behörde und die von ihm vorgenommenen Untersuchungshandlungen sind nicht Umstände, über die ihm dem erkennenden Gericht gegenüber eine Schweigepflicht obliegen kann. Vielmehr ist der Untersuchungsrichter, wie gerade für den heim RG. bestellten Untersuchungsrichter aus § 186 StPD. besonders klar erhellt, nur Beauftragter des Gerichts und seine Untersuchungshandlungen sind wesentliche Prozeßbestandteile. Ohnehin ist der Gesetzgeber angesichts der §§ 187, 188 StPD. sicher nicht auf den Gedanken gekommen, es könnten Handlungen oder Wahrnehmungen des Untersuchungsrichters vor dem Prozeßgericht geheimgehalten werden. Die Staatsicherheit in solchen Fällen vor Gefährdung zu schützen, sind die §§ 172 ff., insbes. § 174 II *GG.*, und das *Ges. v. 5. April 1888*, äußersten Falles die Strafbrohungen gegen Landesverrat bestimmt.

So zeigt auch der Fall *B.* — über den ein meritorisches Urteil abzugeben mir völlig fern liegt —, daß das RG. mit seiner Zulassung der Verdrängung von Wahrnehmungszeugen durch Zeugen von Hörensagen auf falschem Weg ist. Denn die als Zeugen von Hörensagen zugelassenen Vernehmungspersonen sind in Wahrheit nur Scheinzeugen, auf welche die prozeßualen Grundsätze über Zeugenvernehmung gar nicht passen.

Kleinere Aufsätze.

Nach badischem Recht ist die Entlassung eines neu-gewählten Gemeinderats aus dem Dienst im Wege des Dienststrafverfahrens schon vor der Verpflichtung zulässig. Würdigung der Vorkommnisse vor der Wahl.

Da nach § 16 Abs. 1 BadGemD. alle in gemeindliche Ehrenämter durch Wahl Berufenen, also auch die ehrenamtlich tätigen Gemeinderäte, kraft Gesetzes zur Annahme der Wahl verpflichtet sind und nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen das Amt ablehnen können (§ 16 Abs. 2 a. a. D.), so wird mit der Wahl das Amt des ehrenamtlich tätigen Gemeinderats übertragen; mit der gültigen Wahl ist der für das Ehrenamt ohne weiteres gewählt und damit seine Verpflichtung zur Annahme entstanden. Einer förmlichen Wahlannahme bedarf es hier somit nicht mehr. Das Amtsverhältnis ist bereits ohne Zutun des in das Ehrenamt Berufenen entstanden. Der in § 31 Abs. 1 a. a. D. vorgeschriebenen Verpflichtung zu gewissenhafter Pflichterfüllung, womit das Amt angetreten wird, kommt keinerlei konstitutive Bedeutung zu. Es verhält sich damit ähnlich wie mit der Leistung des Dienstweibes beim Beamten; er wird dadurch zur Beachtung der Verfassung und der Gesetze, ferner zur Verschwiegenheit, Sorgfalt, Treue und Zuverlässigkeit bei der Beforgung der Amtsgeschäfte verpflichtet und kann daher ohne Gefährdung der öffentlichen Interessen im Dienste verwendet werden, auch zählt im allgemeinen die dem Ruhegehalt zugrunde zu legende Dienstzeit regelmäßig vom Tage der ersten eidesigen Verpflichtung ab. Im übrigen hat aber die Ableistung des Dienstweibes keine staatsrechtlichen Folgen. Die Vereidigung ist weder für die Beamteneigenschaft entscheidend, noch bildet sie eine Voraussetzung für die Rechtsgültigkeit der Amtshandlungen. Der Beamte ist schon vor seiner Vereidigung zur Erfüllung der ihm übertragenen Dienstpflicht verbunden und wegen deren Verletzung disziplinarisch oder strafrechtlich verfolgbar.

Eine andere Frage ist, ob eine Disziplinarbestrafung wegen der vor der Anstellung eines Beamten begangenen Verfehlungen zulässig erscheint. Das RWG. und die preuß. Disziplinalgesetze enthalten keine Bestimmung darüber, ob die Handlungen, die ein Beamter vor der Anstellung begangen hat, im Disziplinarverfahren geahndet werden können. Diese praktisch wichtige Frage wird daher in der Rspr. und im Schrifttum verschieden beantwortet. Das preuß. Staatsministerium hielt bisher die Bestrafung für zulässig, während sie das PrRWG. (RWG. 22, 423) in Übereinstimmung mit dem großen Disziplinarssenat verneint. Der § 1 Abs. 3 des Entw. zur RDienststrafD. will ebenfalls eine Verfehlung, die vor Eintritt in den öffentlichen Dienst begangen ist, dem Dienststrafrecht nicht unterwerfen; dagegen hätte der Reichsrat vorgeschlagen, daß gegen Reichsbeamte, die unter arglistiger Verschweigung von Handlungen, die die Entlassung aus dem Dienst gerechtfertigt haben würde, eine Anstellung erlangt haben, Disziplinarbestrafung eintreten könne. Dem hat sich aber der Reichstagsausschuß nicht angeschlossen. Nach ausdrücklicher Vorschrift des § 84 Bad-BeamtG. können Vorkommnisse aus der Zeit vor dem Eintritt in den staatlichen Dienst die Entfremdung aus ihm unter Umständen zur Folge haben. Da nach § 74 Abs. 2 Satz 1 BadGemD. das Dienststrafrecht des BadBeamtG. (somit auch der erwähnte § 84) bei Verletzung der Dienstpflichten der Mitglieder der Gemeinderäte sinngemäße Anwendung findet, unterliegt es keinerlei Bedenken, nach diesem Rechte im Wege des Disziplinarverfahrens die Dienstentlassung eines neu-gewählten ehrenamtlich tätigen Gemeinderats schon vor seiner Verpflichtung wegen bereits vor der Wahl stattgefundener Handlungen auszusprechen, durch welche die diese öffentliche Stellung erfordernde Achtung und das Vertrauen erschüttert wird.

SenPräs. Dr. Arendts, Berlin.

Die Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit eines Vertrages nach heutiger Rechtsanschauung.

Ursächlicher Zusammenhang zwischen Vertrag und Anhörung. Notwendige Unterscheidung zwischen Anknüpfungspersonen und Beteiligten.

Bemerkungen zu dem Urteil des RG. v. 25. Febr. 1929, IV 395/28 = JW. 1929, 1395⁹⁰.

Das Reichsgericht hat in dem vorbezeichneten Urteil einen Vertrag, in dem der Fideikommißfolger seine Zustimmung zu einer Belastung des Fideikommißgutes von geldlichen Zuwendungen abhängig gemacht hat, für unsittlich erklärt.

Der Fall war kurz folgender: Ein Fideikommißbesitzer hatte beim Auflösungsamt zwecks Abfindung seiner Abkömmlinger die Er-

mächtigung zur Aufnahme einer Substanzhypothek auf das Fideikommißgut beantragt. Der nächste Folgeberechtigte, der vor der Entscheidung des Auflösungsamtes gehört werden mußte, hatte seine Zustimmung an die Bedingung geknüpft, daß aus den Gutsträgern gewisse Zahlungen an ihn geleistet werden. Der erste Richter hatte diese Abmachung nicht beanstandet, der VerM. sie unter Berücksichtigung besonderer Gründe (Ausnutzung der Notlage des Besitzers — anscheinend beabsichtigte Täuschung des Auflösungsamtes —, Leistung auch für den Fall, daß der Folger durch die Hypothekenaufnahme nicht berührt wurde) für sittenwidrig erklärt. Das RG. hat die Abmachung, ohne Rücksicht auf die besondere Lage des Falles¹⁾, aus allgemeinen Gründen als gegen die guten Sitten verstößend erachtet. Es heißt in dem reichsgerichtlichen Urteil wörtlich:

Nur das anzuhörende Familienmitglied die Notwendigkeit seiner Anhörung durch die entscheidende Behörde dazu aus, um sich von dem die Entscheidung betreibenden Fideikommißbesitzer für eine befürwortende Äußerung, mag sie auch sachlich zutreffen, Geldzahlungen versprechen zu lassen, die nicht der Familie, sondern ihm persönlich zugute kommen sollen, so bringt er seinen persönlichen wirtschaftlichen Vorteil in ursächlichen Zusammenhang mit einer Leistung, die, mag sie sittenwidrig sein oder nicht, vom Standpunkte der guten Sitten nicht mit der Erlangung an Geld oder Geldeswert oder ähnlichen Vorteilen verknüpft werden darf. Ein solcher Vertrag verstößt schon seinem Gegenstand und seinem Inhalte nach gegen die guten Sitten (vgl. Lotmar, Der unmoralische Vertrag, S. 73, 181 Anm. 227, 229; RG. 79, 373 ff.) und ist nach § 138 Abs. 1 BGB. nichtig.

Diese Auffassung des RG. hängt eng zusammen mit der Rechtsstellung, die es dem nächsten Folger gibt. Das BG. hatte gesagt:

Der nächste Folgeberechtigte habe bei seiner Erklärung vor dem Auflösungsamt sich lediglich von seinem pflichtmäßigen Ermeßen darüber leiten lassen dürfen, ob die Ausnahme der Substanzhypothek im Interesse der Fideikommißgüter geboten und für das Fideikommißvermögen tragbar gewesen sei.

Das RG. tritt dem bei und fügt hinzu:

Der vom Auflösungsamt anzuhörende nächste Folgeberechtigte sei als dasjenige Familienmitglied gedacht, das gegenüber dem Auflösungsamt die Belange der Familie zur Geltung bringt. Dem kann nicht beigestimmt werden.

a) Der Fideikommißbesitzer nimmt seine Interessen gegenüber dem Auflösungsamt selbst wahr. Ihn hat der Folger nicht zu vertreten. Ähnlich, wie der Familienrat, hat der Folger „die gemeinsamen Interessen der Anwärter wahrzunehmen“, und hat zu verhalten, „daß er und seine Abkömmlinge als künftige Fideikommißbesitzer in der berechneten Nutzung des Familienfideikommißes nicht benachteiligt werden“ (vgl. § 181 Abs. 1 des Fideikommißgesetzentwurfs von 1913 und die Begründung zum 10. Abschnitt ds.).

b) Ebenso wie es in der Regel nicht möglich ist, einen Pfleger für sämtliche Beteiligte zu bestellen, „weil ihre Interessen untereinander häufig stark auseinandergehen“ (Entw. über Änderung der zur Auflösung der Familiengüter er-gangenen Gesetze usw. v. 20. Juni 1929, besondere Begr. Sp. 2), ebenjowenig ist es angängig, den nächsten Folgeberechtigten in eine solche Lage zu bringen.

c) Zutreffend unterscheidet man die Anhörung von Beteiligten von der Anhörung von Auskunftspersonen. Die mit den Verhältnissen besonders vertrauten Auskunftspersonen sollen durch ihre eigene Auffassung über die durch die Sachlage gebotenen Maßnahmen und die Würdigung des Sachverhalts dem Gericht die Wahl geeigneter Anordnungen erleichtern. Anders die Beteiligten. Wegen des eventuellen Eingriffs in ihren Rechtskreis wird ihnen Gelegenheit zur Äußerung gegeben, weil und soweit ihre persönlichen Interessen auf dem Spiele stehen (vgl. hierzu Schlegelberger, Komm. z. BGB. S. 124 ff., 126, Entwurf a. a. D. § 5e, FGG. § 54, BGB. § 1673, 1827⁹¹).

d) Das Auflösungsamt soll eine solche Belastung der Substanz in der Regel nur gestatten, wenn die Einverleibung des Entgelts in das Fideikommißvermögen sichergestellt

¹⁾ Vgl. unten Anm. 3.

ist (§ 5 ZwAufsWd.). Da das Darlehn zur Befriedigung der Allodgläubiger des Fideikommißbesizers dienen sollte, so lag ein Ausnahmefall vor. Bei einer 1%igen Amortisation war das Darlehn normalerweise erst nach mehr wie 30 Jahren abzutragen. Die Möglichkeit lag nahe, daß der nächste Folger innerhalb dieser Zeit in den Besitz des Gutes kommen, und daß seine Einkünfte durch Zinsen und Amortisation erheblich geschmälert werden würden. Hätte er der Darlehnsaufnahme widersprochen, so wäre sie aller Voraussicht nach nicht genehmigt worden. In solchen Fällen finden in der Regel langwierige Verhandlungen in der Familie und vor dem Auflösungsamt statt, und ein Entgelt an den Folger für das Risiko, das er übernimmt, ohne dazu verpflichtet zu sein, wird in den beteiligten Kreisen nicht beanstandet, wenn es sich innerhalb der Grenzen der Angemessenheit hält. Die Annahme, daß der nächste Antwärtler seine eigenen Interessen bei der Anhörung nicht zur Sprache bringen und seine Zustimmung an in seinem Interesse liegende Bedingungen nicht knüpfen dürfe, berücksichtigt nicht, daß der Folger nicht als Auskunftsperson, sondern als Beteiligter gehört wird.

e) Das RG. sagt:

Der Folgeberechtigte habe gegenüber dem Auflösungsamt die Belange der Familie zur Geltung zu bringen und damit eine Unterlage für eine sachgemäße Entscheidung zu schaffen.

Hierzu ist folgendes zu sagen:

Der Folger ist Mitglied der Familie. Die Interessen der Familie sind im wesentlichen auch seine Interessen. Er ist der am stärksten Interessierte der ganzen Familie. Gerade deshalb, wegen seiner alle anderen Interessen überragenden Beteiligung, muß er gehört werden. Die Interessen der Familie oder seine eigenen können Abmachungen notwendig machen oder Stellung von Bedingungen, ohne die die Darlehnsaufnahme nicht befürwortet werden kann. Nach der Natur der Sache stehen solche Abmachungen in ursächlichem Zusammenhang zu der Erklärung, die der Folger bei seiner Anhörung vor dem Auflösungsamt abzugeben hat. Dieser ursächliche Zusammenhang des Abkommens mit der Anhörung des Folgers kann das Abkommen nicht sittenwidrig machen. Sittenwidrig ist ein Abkommen, das darauf abzielt, das Auflösungsamt zu täuschen. Wenn aber der Folger die Bedenken, die das Geschäft für die gesamte Familie und für ihn und seinen engeren Familienkreis mit sich bringt, dem Auflösungsamt darlegt, wenn er das zu seiner und der Familie Sicherstellung mit dem Besitzer getroffene Abkommen dem Auflösungsamt vorlegt, so verstößt dies nicht gegen die guten Sitten. In Fällen, in denen die Beteiligten sich nicht einigen, versucht das Auflösungsamt solche Einigung. Der ursächliche Zusammenhang mit der Anhörung ist vorhanden. Es wird niemand auf den Gedanken verfallen, ein solches vom Auflösungsamt herbeigeführtes Abkommen für ungültig zu erklären. Dies beweist aber, daß der Gesichtspunkt der Ursächlichkeit in die Irre führt.

Auch das Argument, daß sich das Auflösungsamt auf die sachlichen Erklärungen des Folgers habe verlassen können müssen, schlägt nicht durch. Ganz allgemein hat das Auflösungsamt mit Rücksicht auf die Bedürfnisse der Rechtsicherheit die Angaben der Beteiligten, also sowohl die des Antragstellers wie die des Folgers, auf ihre Richtigkeit zu prüfen (Mot. z. BGB. Bd. 5 S. 563). Hierzu sind ihm auch die Mittel gegeben. Denn es hat die Möglichkeit, durch Anhörung von Sachverständigen u. a. die Ratsamkeit der beantragten Maßnahmen zu prüfen (§ 27 Abs. 3 ZwAufsWd.). Es muß sich also nicht auf die sachlichen Erklärungen des Folgers verlassen. Ja, es darf es nicht, besonders nicht in einem Falle wie hier, in dem das Darlehn nicht in das Fideikommißvermögen einverleibt werden sollte und gegen die Zuverlässigkeit der Angaben des Folgers Bedenken bestanden (vgl. oben).

f) Ob die Vereinbarung einer Entlohnung für eine Zustimmung sittenwidrig ist, hängt von der konkreten Sachlage ab und läßt sich allgemein weder bejahen noch verneinen. Die Begründung des RG., „ein solcher Vertrag verstößt schon seinem Gegenstand und seinem Inhalt nach gegen die guten Sitten“, ist eine Behauptung, die, weil sie in einem Urteil des RG. steht, Beachtung fordert, aber sie ist kein Beweis. Der Beweis kann daher nur in den Hinweisen gesucht werden, die das RG. seinem Satze beifügt. Wie steht es damit?

Die vom RG. angerufene Entsch. RG. 79, 371 ff. behandelt die Frage, ob ein Vertrag gegen die guten Sitten verstößt, in welchem der Gläubiger auf seinen Anspruch verzichtet, um den als Zeugen zu vernehmenden Schuldner zu veranlassen, von seinem Rechte der Zeugnisverweigerung keinen Gebrauch zu machen.

Ähnlich werden in der vom RG. angerufenen Ann. 229 bei Lotmar, Der unmoralische Vertrag, S. 181, zwei ältere Entsch. auf Grund des gemeinen Rechts angeführt, deren eine (Kostock,

25. März 1885) die Unwirksamkeit eines Lohnversprechens für den Verzicht auf das Recht der Zeugnisverweigerung ausspricht, während die andere die Unklagbarkeit eines Geldversprechens zwischen Eheleuten für die Ausübung des Rechts der Zeugnisverweigerung behandelt (Celle, 30. Okt. 1888). Diese Entsch. werden begründet mit heute nicht mehr geltenden Vorschriften des Römischen und Kanonischen Rechts. Es kommt aber hierauf nicht einmal an. Der nächste Folgeberechtigte wird als Beteiligter gehört. Er ist kein Zeuge. Die Stellung eines Zeugen ist mit Bezug auf Zeugnispflicht, Beeidigung usw. eine rechtlich völlig verschiedene von der eines anzuhörenden Beteiligten. Darum gilt das, was die Gerichte über ein Entgelt für Zeugnisverweigerung ausgesprochen haben, nicht für den vorliegenden Fall, in dem es sich weder um einen Zeugen, noch um eine Zeugnisverweigerung handelt.

Das RG. verweist weiter ausdrücklich auf Ann. 227 bei Lotmar a. a. O. Dort wird eine Stelle aus Cicero de officiis zitiert. Ein Hinweis auf Cicero in den Erwägungen eines Gerichts erfreut den wissenschaftlichen Geist, aber die Wahrheit im Recht wird nicht in geschichtlichen Erinnerungen, sondern auf dem Wege über die Wirklichkeit gefunden, und das Recht muß sich mit den jeweiligen Anschauungen der Beteiligten in Einklang halten. Ciceros Ethik ist nicht unsere Ethik, und das preussische Familienfideikommißrecht, um das es sich hier handelt, lag außerhalb der Möglichkeit seiner Betrachtungen. Außerdem wird Cicero bei Lotmar unvollständig zitiert. Er sagt allerdings:

„Male enim se res habet, cum, quod virtute effici debet, id temptatur pecunia.“

Cicero fährt aber fort:

„Sed quoniam non numquam hoc subsidium necessarium est, quem ad modum sit utendum eo, dicemus . . .“ (de off. II. 6. 22).

Auf Cicero kann sich das RG. daher nicht stützen. Nun zu Lotmar. Das RG. verweist auf S. 73 bei Lotmar. Dort heißt es:

„Ist ein Vertrag contra bonos mores, wenn er eine ökonomische Leistung in Kausalbeziehung zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung setzt, welche — mag sie moralisch oder unmoralisch sein — von Moral wegen nicht in solcher Kausalbeziehung zu Geld oder Geldeswert stehen soll.“

Auf diese Stelle, an die die Urteilsbegründung sich fast wörtlich anlehnt, fügt sich das RG. Lotmar sagt aber in diesem Zusammenhange auf S. 75:

„Dahingegen, ob und wann eine Leistung für sich, oder ihre Aufnahme in einen Vertrag oder ihre kontraktliche Kausalverknüpfung mit einer pekuniären Leistung der Moral widerstreitet, das ist keine Rechtsfrage, daher auch nicht aus dem Recht zu beantworten, sondern eine Moralfolge, daher auch nur aus der Moral zu beantworten.“

Die Regeln der Moral sind aber nicht schlechthin allgemeingültig für alle Völker und Zeiten. Der ethische Begriff der Sittlichkeit ist ein relativer. Das Buch von Lotmar ist 1896 erschienen und behandelt den unmoralischen Vertrag „insbes. nach gemeinem Recht“. Es fragt sich aber in jedem Falle, ob nach den jetzigen Auffassungen des sozialen Kreises, innerhalb dessen das Handeln sich vollzieht, in diesem Handeln ein Verstoß gegen die guten Sitten erblickt wird oder nicht (vgl. dazu RG. 48, 124; 83, 114 = JW. 1913, 1144). Die Meinung von Lotmar, die sich auf antike Schriftsteller stützt, ist dafür, was heute gegen die guten Sitten verstößt, nicht beweiskräftig und kommt für die Begründung der Entsch. m. E. nicht in Betracht.

Die auch in diesem Urteil verwendete Formel von der Auffassung „aller billig und gerecht Denkenden“ ist in ihrer Problematik und Fragwürdigkeit längst nachgewiesen. Zudem ist die Fideikommißauflösungsgesetzgebung eine wenig bekannte Rechtsmaterie (Weg. z. Entw. d. AbGef. Sp. 72). Sie ist auch eine „Geheimwissenschaft“ genannt worden (Ermel: DJZ. 1929, 1026). Von tausend „billig und gerecht denkenden“ Deutschen haben 999 keine Ahnung davon. Der soziale Kreis, innerhalb dessen sich das Handeln des Fideikommißbesizers und des nächsten Folgers vollzieht — das kann ich als alter Fideikommißanwalt wohl sagen —, steht nicht auf dem Standpunkt des RG. Damit soll nicht gesagt sein, daß der vorliegende Fall unrichtig entschieden wäre. Die Tatsachen sind nicht völlig geklärt, aber wahrscheinlich ist richtig entschieden. Wogegen ich mich wende, das ist die Begründung. Die Frage von der verbindenden Kraft der Verträge läßt sich nicht durch eine abstrakte Formel beantworten (Fhering, Zweck im Recht II, 86), sondern muß je nach der Lage des einzelnen Falles entschieden werden.

g) Der dem preuß. Landtage vorliegende Entwurf eines Gesetzes über Änderungen der zur Auflösung der Familiengüter erlassenen Gesetze usw. erweitert die Machtbefugnisse der Fidei-

kommisbehörde zur Verfügung über das Fideikommissvermögen. Das Auflösungsamt kann den Fideikommissbesitzer ermächtigen, Rechtsgeschäfte mit Wirkung für oder gegen seine Folger einzugehen (§ 5a); Mittel zur Befriedigung von Alldogläubigern dem Fideikommissvermögen zu entnehmen (§ 5c); das Auflösungsamt kann Verfügung über Waldgrundstücke erlauben (§ 5e); es kann einem Fruchtgläubiger die Zwangsvollstreckung in den Stamm des Fideikommisses gestatten (§ 5d). Es bedarf keiner Ausführung, daß solche Maßnahmen die Gefahr des teilweisen oder gänzlichen Verlustes des Fideikommissgutes für den Folger enthalten. Darum ist vorgeschrieben, daß vor der Erteilung der Ermächtigung oder Genehmigung der nächste Folger gehört werden muß (§ 5d). Mit Rücksicht auf den gefahrbringenden Eingriff in den Rechtskreis des Folgers wird der Besitzer sich regelmäßig der Zustimmung des Folgers zu versichern suchen, und wo dies nicht gelingt, wird das Auflösungsamt helfend eingreifen. Der Zweck solcher Verhandlungen ist, zu einer Abkunft zu führen, die dem Folger die Zustimmung zu der beantragten Maßnahme ermöglicht. Solche Abmachungen für nichtig zu erklären, weil sie in ursächlicher Beziehung zur Anhörung des Folgers stehen, heißt, sie unmöglich machen, d. h. aber zugleich, in das ganze Auflösungsverfahren in gefährlicher Weise störend einzugreifen²⁾.

Aus diesem Grunde ist vorstehend versucht worden, den Nachweis zu führen, daß die in dem besprochenen Urteil aufgestellte abstrakte Kausalitätstheorie betreffend die Unfittlichkeit von Verträgen der erforderlichen Begründung entbehrt³⁾.

Dr. W. Voewenfeld, Berlin.

Entgegnung.

Eventualgenehmigung beim Schwarzkauf?

B. d. Trenck behandelt in zwei Aufsätzen (JW. 1929, 2498 und JurAbsh. 1929, 189) die Frage, ob der Schwarzkäufer die Schwarzkaufbehauptungen des Verkäufers unter Aufrechterhaltung des eigenen Bestreitens der Behörde vortragen und für den Fall, daß sie von den Gerichten als zutreffend anerkannt wurden, die Eventualgenehmigung durch die Behörde beantragen kann.

I. Als rechtlichen Stützpunkt für die von ihm vertretene Zulässigkeit einer Eventualgenehmigung führt v. d. Trenck die RG-Entsch.: JW. 1929, 773 und die RG-Entsch.: JW. 1926, 2303 an. Er glaubt in beiden Entsch. eine Anerkennung des Instituts der eventuellen Genehmigung zu finden. Zunächst verkennt v. d. Trenck offenbar den Sinn der RG-Entsch.: JW. 1929, 773. Das RG. hat in der Entsch., der ein Fall der BundRW. v. 15. März 1918 zugrunde liegt, der Verwaltungsbeförde die Befugnis zugesprochen, bindend festzustellen, ob die Vorbedingung für die Genehmigungsbedürftigkeit gegeben ist, daß nämlich das Grundstück über 15 ha groß sein müsse; das RG. hat damit aber nicht die Nachprüfung dieser Voraussetzung, insbes. dahin, ob bezüglich der fraglichen Grundstücke eine einheitliche Bewirtschaftung vorlag, in den Rahmen einer Verfahrensvorschrift gewiesen; es geht vielmehr ausdrücklich davon aus, daß grundsätzlich die Zuständigkeit zum Erlass einer sachlich bindenden Entsch. von den Gerichten nachgeprüft

²⁾ Beim Erlöschen eines Fideikommisses sieht der Entwurf eine vertragmäßige Regelung der Rechte der Anwärter vor und bezeichnet sie als besonders erwünscht (Art. 1 §§ 3 ff. des Entw., Besondere Begründung Sp. 2). Eine solche vertragmäßige Regelung bedarf der Bestätigung durch die Auflösungsbehörde (§ 3c), welche vorher die nach § 3d u. e. erforderlichen Feststellungen zu treffen und insbes. zu prüfen hat, ob die im § 3d bezeichneten Angehörigen nicht unbillig benachteiligt sind, Feststellungen, für die die Beteiligten gehört werden müssen. Eine unbillige Benachteiligung der Angehörigen liegt nach dem Entwurf nicht vor, wenn diese Angehörigen dem Verträge schriftlich zustimmen. Diese Bestimmung ist befreiflich, da es sich hier nicht um öffentliche, sondern um private Interessen der Angehörigen handelt. Beim nächsten Folger (§ 5 ProAufw. und § 5 Entw.) liegt der Fall, soweit der Folger bei Wahrgenennung der Familieninteressen seine eigenen und die seiner nächsten Familienangehörigen zu wahren hat, ähnlich. Der ursächliche Zusammenhang zwischen der Anhörung durch die Aufsichtsbehörde und einem vertragmäßigen Abkommen mit dem antragstellenden Fideikommissbesitzer ist hiernach kein Grund zu der Annahme, daß ein solches Abkommen gegen § 138 Abs. 1 BGB. verstößt.

³⁾ Der Hinweis in der Begründung, daß sich der Folger in dem Abkommen mit dem Besitzer Geldzuwendungen, die ihm auch zum Teil sogar nur für den Fall ausbezahlt werden sollten, daß er nicht zur Fideikommissfolge gelange, also durch die Hypothekenaufnahme überhaupt nicht berührt werden würde, und daß eine solche Vereinbarung sittenwidrig sei, läßt die Annahme zu, daß nach der Meinung des RG. die abstrakte Kausalitätstheorie allein für sich die Entsch. nicht trägt.

werden muß, erblickt diese Zuständigkeit aber in den ausdrücklichen Vorschriften des § 2 Ziff. 4 und des § 3 BundRW. Ebenso wenig ist, wie v. d. Trenck S. 193 meint, in einer von der Behörde gem. § 2 Ziff. 4 BundRW. erteilten Beweiseignung, eine Eventualgenehmigung zu erblicken. Die Beweiseignung, „daß es einer Genehmigung nicht bedarf“, bedeutet nicht, daß die Genehmigung auch für den Fall erteilt wird, daß sie nicht erforderlich ist, sondern die endgültig bindende Feststellung, daß das Geschäft überhaupt nicht genehmigungsbedürftig ist; sie ersetzt also nicht die Genehmigung, sondern macht sie überflüssig, indem sie das Genehmigungserfordernis selbst zum Fortfall bringt.

Da aber das GrVerkG. keine dem § 2 Ziff. 4 entsprechende Vorschrift enthält, bestehen für diese irgendwelche Zweifelsfragen über die Tragweite und Kompetenz der Entscheidung überhaupt nicht. B. d. Trenck irrt aber grundsätzlich, wenn er die Frage, ob Schwarzkauf vorliegt, mit der Frage, ob ein Rechtsgeschäft nach den gesetzlichen Vorschriften genehmigungsbedürftig ist, als gleichartig behandelt. Die behördliche Genehmigung eines Kaufvertrages wird bei Vorliegen von Schwarzkauf vom RG. nicht deshalb für unwirksam erklärt, weil die Behörde bei der Erteilung von falschen tatsächlichen Grundlagen oder von einer unrichtigen Rechtsauffassung ausgegangen ist, das RG. erachtet vielmehr die Genehmigung deshalb für unwirksam, weil nach dem Genehmigungsbescheide ein bestimmter notarieller Vertrag genehmigt worden ist, der wegen Scheines nichtig ist, während der wirklich abgeschlossene, mündliche Kaufvertrag der Behörde gar nicht vorgelegen hat und nicht genehmigt worden ist; es handelt sich danach also bei der Genehmigung um einen Schlag ins Wasser, da ja das bestimmte als genehmigt bezeichnete Geschäft gar nicht existiert.

In der RG-Entsch.: JW. 1926, 2303 hatte die Behörde die Genehmigung erteilt, sie aber nur der Partei selbst, nicht dem GVA. mitgeteilt und war daher an sich gem. § 7 GrVerkG. noch nicht wirksam geworden; das RG. hat aber zu Recht in der Mitteilung an die Partei eine Beweiseignung i. S. von § 6 Abs. 2 erblickt, die die Dreiwochenfrist in Lauf gesetzt hat. Von einer genaueren Befolgung der Sollvorschriften des § 6 war von der Behörde abgesehen worden, und zwar, weil an sich die Behörde der Ansicht war, daß dies Grundgeschäft, welches bereits einmal genehmigt worden, wirksam sei, und das neuborgelegte Geschäft nur unwesentliche Abänderungen gegenüber dem früher vorgelegten notariellen Vertrage zeige. Das RG. erklärt erstens diese interne Auffassung der Behörde für den Beginn des Fristlaufes als ohne Belang und weist auch darauf hin, die Behörde habe ja überdies die materielle Entscheidung getroffen, also auch die Genehmigungs-pflicht ins Auge gefaßt. Schwerlich kann v. d. Trenck darin beigestimmt werden, daß hier ein Fall einer Eventualgenehmigung gegeben sei. Innere Zweifel über die Richtigkeit tatsächlicher Grundlagen und der rechtlichen Beurteilung werden recht häufig bei Erlass von Entsch. vorliegen; die gegebene Entsch. ist aber stets als solche vorbehaltlos und bedingungslos. Die materielle Frage freilich, ob etwa der ersten Genehmigung zugrunde liegende Vertrag oder das neue vorgelegte Abkommen, die erste oder zweite Genehmigung oder keine von beiden wirksam ist, ist freilich erst von den Gerichten rechtsbindend zu entscheiden.

II. B. d. Trenck verkennt nicht, daß die Vorschriften des § 6 GrVerkG. selbst in der Milderung den Anforderungen durch die neuen Richtlinien des Berliner Magistrats einer Eventualgenehmigung entgegenstehen. Er glaubt aber, daß bringende praktische Gründe die Durchführung seines Vorschlages trotz § 6 rechtfertigen. Der Käufer, der das Vorliegen von Schwarzkauf bisher bestritten habe, müsse aus der Zwangslage befreit werden, entweder sich selbst der Prozeßlösung zu beziehtigen, oder aber den Prozeß durchzuführen; es müsse ihm die Möglichkeit gegeben werden, schon jetzt eine Entsch. der Behörde über die Frage der Genehmigung zu erwirken, und zwar in der Weise, daß die Entsch. ausdrücklich den Fall des Unterliegens des Käufers im Schwarzkaufprozeß unterstelle und nur für diesen Fall ergehe. Im Fall der Verfassung der Genehmigung würde der Verkäufer den Prozeß weiterführen, im Fall der Erteilung aber beide Parteien kein Interesse an der Weiterführung des Prozesses haben, der Rechtsstreit werde an der Hauptsache erledigt sein und nur noch um die Kosten gehen.

Es kann zunächst bezweifelt werden, ob diese Besserung der Lage des Inflationskäufers, die ja auf den Rücken des Verkäufers geht, den Anforderungen der Billigkeit entspricht. Es ist ja freilich für den Käufer recht bequem, vor unangenehmen Zugeständnissen bewahrt zu bleiben, für den Fall der Genehmigung Prozeßkosten zu sparen, für den Fall ihrer Verfassung aber alle Trümpfe in der Hand zu behalten.

Aber auch der Gesichtspunkt der Prozeßökonomie dürfte nicht zugunsten der vorgeschlagenen Regelung durchschlagen. Würde nämlich der Käufer mit seinem Bestreiten des Schwarzkaufes recht haben und den Schwarzkaufprozeß durchführen und gewinnen, so würde sich ja das Genehmigungsverfahren erübrigen, welches durch die nötige Nachprüfung wirtschaftlicher, persönlicher und rechtlicher Verhältnisse gründliche Arbeit der Behörden, häufig auch im

Inflanzenzug verlangt. Wird aber die Eventualgenehmigung verweigert, so soll der Prozeß weitergehen; wird sie jedoch erteilt, so wird auch, wenn der Prozeß nur wegen der Kosten weitergeführt zu werden brauchte, die Nachprüfung der bei Prozeßbeginn gegebenen materiellen Lage durch das Gericht nicht ausgeschlossen.

Weiter ist hier zu beachten, daß ja in Wirklichkeit bei Erteilung der vorgeschlagenen Eventualgenehmigung überhaupt keine „Erledigung“ der Hauptsache vorliegt. Die Genehmigung ist dann ja nur für den nichteingetretenen Fall erteilt worden, daß der Verkäufer obliegendes Urteil in seinem Schwarzkaufprozeß erzielt. Liegt aber objektiv eine Erledigung nicht vor, so würde der Käufer, falls er nicht weiter bestritten, durch seine einseitige Erklärung, daß die Hauptsache erledigt sei, seine Verurteilung nicht abwenden; jedenfalls kann der Verkäufer durch Aufrechterhaltung seines Antrages trotz der Erledigungserklärung des Käufers die Fortführung des Prozesses zur Hauptsache durchsetzen.

Endlich überieht aber v. d. Trenck, daß gerade auf dem von ihm vorgeschlagenen Wege der Käufer nicht zu dem Ziel des endgültigen Eigentumserwerbs gelangt. Ergeht nämlich keine Entscheidung zur Hauptsache, ergeht nur eine Kostenentscheidung oder wird der Prozeß überhaupt nicht fortgeführt, so bleibt jetzt erst recht der Eigentumserwerb in der Schwebe. Die Tatsache, daß ein erneutes Genehmigungsverfahren eingeleitet worden ist, unterstreicht den bisherigen Zweifel an der Richtigkeit des Grundbuchs, der die Eintragung eines Widerspruchs durch den Grundbuchrichter oder des Amtswiderspruchs seitens der Behörde rechtfertigt.

Jedenfalls kann die Eventualgenehmigung gerade, weil ihre Bedingung, daß der Verkäufer obliegendes Urteil erzielt, nicht eingetreten ist, keine grundbuchmäßige Unterlage für die Lösung eines bereits eingetragenen Widerspruchs abgeben. Auch eine Klage auf Lösung des Widerspruchs müßte zur Abweisung führen, sofern in Wirklichkeit Schwarzkauf vorliegt.

III. Zweifellos verleiht die Einleitung eines Genehmigungsverfahrens, dem nicht einmal die Behauptung des Antragstellers zugrunde liegt, daß das zu genehmigende Geschäft einen bestimmten Inhalt habe, gegen die Vorschrift des § 6. Aber auch abgesehen von dieser ausdrücklichen Vorschrift widerspricht die vorgeschlagene Eventualgenehmigung in ihrem Grundgedanken jedem auf Parteienantrag beruhenden Verfahren. V. d. Trenck verlangt ja nicht nur eine unverbindliche Erklärung der Genehmigungsbehörde, wie sie sich bezüglich der Genehmigung eines vom Verkäufer behaupteten mündlichen Kaufvertrages stellen würde, sondern die förmliche Einleitung und Durchführung des Genehmigungsverfahrens. Hierzu aber bedarf es zum mindesten eines klaren Antrages und der bestimmten Angabe des zu genehmigenden Geschäftes. Der prinzipielle Fehler besteht darin, daß der Eventualgenehmigung nicht etwa ein, im Prozeßverfahren ja auch sonst bekanntes, wirkliches Eventualvorbringen des Antragstellers zugrunde gelegt werden soll. Denn das Prinzipalvorbringen, daß nämlich die bereits erfolgte Genehmigung wirksam sei und kein Schwarzkauf vorliege, belegt ja nicht, sondern schließt den Genehmigungsantrag aus. Zu Unrecht zieht v. d. Trenck als Parallele das Verfahren bei der Aufwertungsstelle heran, die ja über die Höhe des Aufwertungsanspruchs entscheiden könne, während der Anspruch dem Grunde nach noch bestritten sei, und seiner Existenz nach noch vom Prozeßgericht nachgeprüft werden könne. In dem Aufwertungsverfahren verlangt aber der Antragsteller die Aufwertung nach seinem Antrag. Der Antragsgegner jedoch bestritt den Anspruch dem Grunde wie der Höhe nach; zur Wahrung seiner Rechte auf Herabsetzung der Aufwertung unter den Normalfuß von 25% mußte er innerhalb der Frist seinen Einspruch erheben; die Aufwertungsstelle hat dementsprechend nur auf die Einwendungen des Antragsgenegers zu entscheiden; ebensowenig handelt es sich bei der späteren Entsch. des Prozeßgerichts um einen Eventualantrag des Antragstellers.

Nicht zutreffend ist es auch, daß der Schwarzkauf nach den jetzt bestehenden Richtlinien nicht in der Lage sei, bei Verlust des Schwarzkaufprozesses die erneute Einleitung des Genehmigungsverfahrens herbeizuführen. Liegt ein rechtskräftiges Urteil über den wahren Inhalt des Kaufvertrages vor, so kann der Käufer den damit festgestellten Inhalt des Kaufvertrages der Behörde zur Genehmigung vorlegen, mit der Erklärung, daß er sich der Ge-

richtentscheidung beuge und die Feststellungen zum Inhalt seiner nunmehrigen Angaben mache, wie auch mit der Versicherung, daß ihm nichts bekannt sei, was sonsthin der Richtigkeit des Urteils entgegenstehe. Dies muß gemäß b, c der Richtlinien des Berliner Magistrats v. 22. Aug. 1928 für die Einleitung des Genehmigungsverfahrens ausreichen.

Für die Einleitung eines erneuten Genehmigungsverfahrens bedarf es aber überhaupt nicht, wie v. d. Trenck annimmt, einer positiven Stellungnahme der Behörde zu der Frage des Schwarzkaufes, der nur durch die Zulässigkeit einer Eventualgenehmigung ausgewichen werden könnte. Die Vorschriften des § 6 dienen der Sicherung der Behörde auf Erlangung zutreffenden Materials. Wird ein nichtbestehender Vertrag genehmigt, so ist die Genehmigung zwar unwirksam; das GBL. aber wird durch die Einreichung des Genehmigungsbescheides zu der Annahme veranlaßt, daß durch die Genehmigung des Scheinvertrages die Auflassung der Genehmigung nicht bedürfe und die Eintragung vorzunehmen ist. Ein abermaliges Genehmigungsverfahren bezüglich des nunmehr vorgelegten Grundgeschäftes aber wird die Behörde nur dann einleiten können, wenn wenigstens eine eindeutige Erklärung des Antragstellers vorliegt, daß er statt des von ihm ursprünglich eingereichten Vertrages bestimmte andere Vereinbarungen als das wirkliche Grundgeschäft anerkennt. Liegen jedoch übereinstimmende Erklärungen beider Parteien in dieser Richtung vor, so kann gemäß Ziff. a der neuen Richtlinien des Berliner Magistrats die Einleitung des Verfahrens erfolgen, ohne daß die Behörde sich über die Frage der Unwirksamkeit der ersten Genehmigung festlegen muß.

V. d. Trenck überieht aber, daß das erneute Genehmigungsverfahren bei praktischem Vorgehen des Antragstellers überhaupt nicht das Grundgeschäft, sondern die Auflassung zum Gegenstand hat. Freilich wird aber auch hier der Antragsteller anzugeben haben, daß die vorausgegangene Genehmigung des Kaufvertrages unwirksam ist. Die vertraglichen Vereinbarungen, in deren Erfüllung die Auflassung erfolgte, haben hier aber nur die Bedeutung von Material für die Entscheidung über die Genehmigung. „Die Überzeugung von der Richtigkeit und Vollständigkeit der Vertragsvereinbarungen“ im Sinne der Richtlinien und von § 6 wird hier also schon für gegeben anzusehen sein, wenn klargelegt ist, welche Vereinbarungen die Parteien insgesamt als Grundgeschäft für die Auflassung und anlässlich des Veräußerungsgeschäfts getroffen haben. Besteht zwischen den Parteien allerdings Streit darüber weiter, ob außer dem im notariellen Vertrage angegebenen Kaufpreis weitere Beträge schließlich „unter dem Tisch“ gezahlt sind, fehlt es also an einem Zuständnis einer dahingehenden Behauptung des Verkäufers durch den Käufer, so kann ein neues Verfahren nicht eingeleitet werden. Nicht aber erforderlich wird es für die nunmehrige Genehmigung der Auflassung sein, daß außer Zweifel gestellt wird, welchen genauen Inhalt das eigentliche Grundgeschäft als solches hat, sofern neben diesem ein weiteres Nebengeschäft geschlossen ist, und über die Gesamtheit der von Käufer dem Verkäufer zugesagten Leistungen Klarheit besteht. Beruht z. B. die angebliche Richtigkeit des Kaufvertrages darauf, daß der Käufer in einem Nebenvertrage die Zahlung der eigentlich dem Verkäufer zur Last fallenden Maklerprovision übernommen hat, so dürfte die übereinstimmende Angabe der Zahlung der Provision durch den Käufer für die Einleitung des erneuten Genehmigungsverfahrens ausreichen. Oder wenn unfrittig außer dem Haus Inventar verkauft worden ist, und nach Angabe des Verkäufers ein Teil der angeblichen Inventarvergütung einen Teil der Kaufpreisvergütung darstellt, so wird es genügen, wenn übereinstimmende Erklärungen über die beiderseitigen Gesamtleistungen vorliegen; das RG. hat es für unbeachtlich erklärt, wenn in einem notariellen Kaufvertrage über ein Grundgeschäft und Inventar unrichtige Angaben über die Verteilung der Gesamtvergütung auf Kaufpreis und Inventar gemacht sind; ebenso kann es bei der Einleitung des Genehmigungsverfahrens nicht entgegenstehen, daß nicht zweifelfrei festgestellt ist, wie sich die Gesamtvergütung aus den beiden wegen Formmangels ungültigen Verträgen auf Grundstück und Inventar verteilt.

RM. Dr. Adolf Ulf, Berlin.

Vereinigungen.

Darmstädter Juristische Gesellschaft.

Prof. Dr. Ulf, Köln: „Die Bedeutung der Psychopathen für Rechtsleben und Gesellschaft“.

Erst die letzten 20—30 Jahre hätten die Wichtigkeit der Psychopathen für das Rechtsleben, insbes. für die Strafrecht, ebenso wie für die Gesellschaft überhaupt klar und scharf erkennen lassen. Unter Psychopathie sei eine Abweichung von der Norm des psychischen Geschehens und Erlebens zu verstehen. Dabei sei die Norm nach Zeit,

Ort und der Besonderheit der Umwelt verschieden. Psychopathie in diesem Zusammenhang bezeichne keineswegs notwendigerweise etwas Krankhaftes. Notwendig sei eine Abweichung, die sich ungünstig für das gesellschaftliche Leben auswirke. Dabei könne man die Psychopathen im allgemeinen als diejenigen bezeichnen, die an sich litten oder unter denen die Gesellschaft zu leiden habe, also die Gefährdeten und die Gefährlichen. Um jedoch die eigentlich wichtigen Fälle klar zu erkennen, müsse man die Geisteskranken und Schwachsinigen ebenso ausscheiden, wie die oftmals gefährlichen Übergangszustände der

Jugend im Entwicklungsalter. Auch die Süchtigen (Morphinisten, Alkoholiker usw.) ständen an der Grenze ebenso wie diejenigen, bei denen sich Triebabweichungen feststellen ließen, wie die Homosexuellen, die Sadisten usw. Unter den spezifischen Psychopathen könne man etwa folgende Gruppen unterscheiden: die Selbstunfähigeren, die nicht das nötige Selbstvertrauen hätten, um sich in der Welt durchzusetzen; die allzu Selbstbewußten, die für die Gesellschaft gefährlich werden könnten, weil sie sich Aufgaben widmeten, denen sie nicht gewachsen seien und Dritte dabei schädigten; die Geltungsfüchtigen, deren markanter Typus der Hochstapler sei und bei denen die Eitelkeit die Dominante ihres Wesens bilde; die Fanatiker, die in der Überzeugtheit von ihren Ideen, zumal bei hinzutretender genügender Intelligenz, Führerrollen einnehmen könnten und unbequem würden, weil sie keinen Widerspruch duldeten. Zu ihnen gehörten die Prozeßkrämer, auch die Jimpfgegner usw.; die Stumpfen und Haltlosen, aus deren Reihen das Heer der Gelegenheitsverbrecher sich rekrutiere, die, aus der Strafanstalt entlassen, der Versuchung stets von neuem unterliegen und u. U. zuletzt die Gelegenheit zu strafbaren Handlungen von sich aus aufsuchen; die Erregbaren, und als letzte und gefährlichste Gruppe die affektiv Unempfindlichen, die das Berufsverbrechen stets neu auffüllten.

Die Bedeutung der Psychopathen für die Rechtspflege sei außerordentlich groß. Untersuchungen, die der Referent selbst, die Leppmann, Bonhöffer u. a. in Strafanstalten an Prostituierten, an Sittlichkeitsverbrechern usw. angestellt hätten, hätten ergeben, daß die Zahl der Psychopathen unter diesen Strafgefangenen erstaunlich groß sei. Was die Behandlung solcher Personen im zukünftigen StGB. anlange, so sei die Reichstagskommission auf prinzipiell falschem Wege, wenn ich meine, daß der Richter beim Psychopathen die Strafe mildern müsse. Im Gegenteil. Das könne notwendig sein, brauche es aber nicht zu sein. Denn viel wichtiger als der letztlich doch zum Scheitern verurteilte Versuch, die Strafe als gerechte Sühne in ein gerechtes Verhältnis zu der Tat und Schuld des Kriminellen zu bringen, sei der Schutz der Gesellschaft vor der Gefährdung durch diese Elemente. Die Kriminalität bei uns sei entgegen den Zahlen der Reichsstatistik nicht im Rückgang begriffen. Klare und energische Maßnahmen führten allein zum Ziel. Die Möglichkeit lang andauernder Inhaftierung der Psychopathen müsse gegeben sein, auch schon deshalb, weil alle Versuche ihrer Erziehung und inneren Angleichung an die Notwendigkeiten des sozialen Zusammenlebens lange Zeit erforderten.

Was die Bedeutung der Psychopathie für unser gesellschaftliches Zusammenleben anlange, so könnte die festzustellende Sittenverderbnis, das Vorherrschende materialistischer Einstellungen gegenüber idealistisch orientierter Lebensauffassung zu dem Schluß verleiten, daß unserer Gesellschaft eine Entartung drohe. Bei aller Betrübnlichkeit der derzeitigen Zustände könne man jedoch, wenn man den Blick über die Entwicklung der Jahrhunderte schweifen lasse, auch die derzeitigen Verfallerscheinungen nur als geringe Schwankungen im Lauf der Entwicklung ansehen.

Das Vorhandensein psychopathischer Abweichungen habe aber auch noch seine besondere Bedeutung in anderer Richtung. Das Schaffen

und Wirken des ganz großen Künstlers zeige fast stets erhebliche Abweichungen vom normalen Selbstbewußtsein. Bei ihm lasse sich oft eine Selbstunsicherheit und darauf begründete Möglichkeit feststellen, andererseits auch wieder die große Spannung in sich auszulösen, die Voraussetzung einer großen künstlerischen Leistung sei. So wende sich das Minusproblem, das die Psychopathen stellten, zum Plusproblem. Neben der Erkenntnis der Gefährdung der Gesellschaft durch die Psychopathen bleibe insoweit die Hoffnung auf die Psychopathen.

N.N. Dr. Neuschäffer, Darmstadt.

Deutsche Gesellschaft 1914 e. V. zu Berlin.

(Vortrag am 17. Okt. 1929.)

Vorsitzender: Reichsjustizminister a. D. Dr. Schiffer, Berlin.

Österreichischer Bundesminister Dr. Slama, Wien: „Das Jugendstrafrecht als Wegbereiter neuer Rechtsgedanken“.

Die Sitzung begann mit einer tiefdurchdachten, die veränderten sozialen und wirtschaftlichen Grundlagen der modernen Gesetzgebung kennzeichnenden Einführungsrede des Vorsitzenden, die in einen von der Versammlung mit lautem Beifall begrüßten Appell zugunsten der Rechtsgleichheit zwischen dem Deutschen Reich und Österreich ausklang. Sodann schilderte der Vortragende die Grundlagen des österr. Jugendstrafrechts, oder — wie die österr. Rechtsprache so schön sagt — der „Behandlung jugendlicher Rechtsbrecher“. Er legte dar, wie das österr. Recht zielbewußt, im Einklang mit den großen Ideen von Franz v. Liszt den Zweck der Vorbeugung und den Erziehungszweck, statt den der Vergeltung im Auge habe. Er schilderte die Mittel, die das österr. Gesetz in Hinsicht des materiellen Gesetzes und in Hinsicht des Verfahrens und der Vollstreckung ergriffen habe, um diesen Zweck zu erzielen. Besonders Interesse fanden seine Ausführungen über den Ausschub des Strafanspruchs und seine psychologische Wirkung auf den Rechtsbrecher, da die Ungewißheit eine größere Hemmung gegenüber antisozialen Faktoren in sich berge, als das deutsche System der Aussetzung der bereits ausgesprochenen Strafe.

Wie die Bemerkungen des Vorsitzenden, war auch dieser Vortrag befeelt von dem Gedanken der Schicksalsgemeinschaft zwischen Deutschland und Österreich, dem Hinweis, daß das Bewußtsein einheitlicher Kultur und einheitlichen Stammes notwendig auch zu einem einheitlichen Recht trotz aller aufgezwungenen politischen Trennung führen müsse.

Die Ausführungen des Vorsitzenden wie des Vortragenden fanden den lebhaften Beifall der Versammlung, in der sich, geschart um den ehrwürdigen Vorkämpfer der Rechtsgemeinschaft auf dem Gebiete des Strafrechts, Wilhelm Kahl, auch die Minister des Reichs und Preußens und die Mitglieder ihrer Ministerien befanden.

Schrifttum.

Inländisches Recht.

**Ernst Belling: Deutsches Reichsstrafprozessrecht mit Ein-
schluß des Strafgerichtsverfassungsrechts. Lehrbücher und
Grundrisse der Rechtswissenschaft. Bd. XVII. Berlin 1928.
Walter de Gruyter u. Co. XIII u. 568 S. Preis 15 M.**

Eine längere Reihe von Jahren stockte die Produktion zusammenfassender systematischer Darstellungen der Materie des Strafprozessrechts. Mit einem Schlag sozusagen ist das anders geworden: Neben das ältere, soeben in 3. Aufl. erschienene Lehrbuch von Graf zu Dohna, das den Hauptnachdruck auf anschauliche, lichtvolle Darstellung legt, ist der kurze, aber doch wissenschaftlich gut fundierte Weis von Rosenfeld (Sammlung Götschen) und die ausführliche, in erster Linie den praktischen Fragen zugewandte „Systematische Darstellung“ Gerlands getreten. Und nun, schon seit längerer Zeit mit Spannung erwartet, das System Belling's. Denn ein System des Strafprozessrechts ist es und will es sein. Nicht als ob die Kasuistik, die Behandlung der praktischen Einzelfragen, vernachlässigt wäre: Eingehende Auseinandersetzung mit diesen findet sich an der Hand der Judikatur und Literatur besonders in den zahlreichen Anmerkungen. Auch nicht, als ob die rechtspolitischen Erwägungen, die ja beim Strafprozessrecht von ganz besonderer Wichtigkeit auch für das Verständnis des geltenden Rechts sind, fehlen würden: Der § 8 („Allgemeine rechts-

politische Aufgabe des Strafprozessrechts“) gibt eine in ihrer gedrängten Fassung geradezu klassische Übersicht über die in Betracht kommenden Interessen und ihre Konflikte, und auch im Verlauf der Darstellung ist die rechtspolitische Seite berücksichtigt. Aber der Hauptnachdruck liegt doch, wie der Verf. selbst im Vorwort (§ VI) betont und in § 6 („Strafprozessrechtliche Methodenlehre“) § 20 rechtfertigt, auf der Herausarbeitung eines „Systems“, einer formalen Ordnung des ganzen reichen Stoffs unter allgemeinen Ordnungsaspekten, der Herausstellung allgemeiner und allgemeinsten Begriffe, zwar nicht um Rechtsfachinhalte zu gewinnen, aber um sie zu beherrschen. Die Darlegungen des Verf. in dieser Richtung, wie sie der allgemeine Teil des Lehrbuchs (zweites Buch erster und zweiter Abschnitt) gibt, sind ausgezeichnet durch starke Originalität, ungemeynen Scharfsinn und höchst exakte Gedankenarbeit, teils eigene Begriffe prägend (f. z. B. § 166 „Prozeßgestaltungsvoraussetzungen“, § 165 „Handlungsqualitätsvoraussetzungen“, § 255 „Sperrwirkung“ der Entscheidungen), teils auch anderwärts gebrauchte in bestimmtem Sinne umprägend bzw. fixierend (f. z. B. § 100 ff. „Prozeßvoraussetzungen“ — im weiteren und engeren Sinne —, § 97 ff. „Strafklagerecht“). Man kann freilich zweifeln, ob in der Verwendung allgemeiner, allgemeinsten zusammenfassender Begriffe nicht zuweilen etwas zu weit gegangen ist. So scheint mir z. B. der Begriff der „Prozeßgestaltungsvoraussetzungen“ (§ 164 „Das Gesetz erhebt gewisse Umstände derart zu Voraussetzungen der Handlung, daß deren Charakter zu ihnen in Abhängigkeits-

verhältnis steht“) doch zu blutlos und zu Heterogenes (z. B. §. 164 hinreichenden Verdacht bzw. dringenden Tatverdacht als Prozeßgestaltungsvoraussetzung für Eröffnungsbeschuß bzw. Haftbefehl einerseits, vorangegangene Hauptverhandlung als solche für das Urteil, §. 164 Anm. 2, §. 165 Anm. 6, andererseits) unter sich befassend. So erscheint der Begriff des „strafprozessualen Rechtsgeschäfts“, der (§. 171) auch das Urteil umfassen soll, einerseits durch das Hinanzgehen über Parteihandlungen als zu weit gepannt — für Urteile gilt doch ganz besonderes —, andererseits erheben sich die im Zusammenhang damit §. 173 ff. behandelten Fragen nicht nur für Willenserklärungen, sondern auch für andere Prozeßhandlungen, z. B. die Frage der Empfangsbefähigung auch für Wissenserklärungen, die Frage der Zulässigkeit von Bedingungen und Alternativstellungen auch für Fragen (man denke an die Fragestellung im früheren Schwurgerichtsverfahren) usw.

Eine kurze Skizze des Aufbaus der Darstellung soll einerseits ein Bild von dem ungemein reichen Inhalt, andererseits von der straffen architektonischen Gliederung des Werks geben.

In einer Einleitung finden sich außer den schon erwähnten §§ 6 und 8 Darlegungen betr. Begriff des Strafprozessrechts, sein Verhältnis zum Strafrecht, Quellenbestand und Schrifttum, Herrschaftsbereich und besonders auch betr. die Strafprozessprinzipien (diese nur summarisch, nähere Ausführungen werden im Laufe der Darstellung gemacht, z. B. betr. Mündlichkeit §. 184 f., betr. Unmittelbarkeit §. 315 ff.). Eigenartig ist, daß Verf. auch das „Strafanwendungsrecht“ hier behandelt, von dem Gedanken aus (§. 8, IV), daß die Frage der Strafrechtsanwendung nicht anderswo als im Strafprozeß auftreten könne, ich möchte letzteres und damit die Berechtigung der Hereinnahme bezweifeln, es kann doch auch z. B. in einem Zivilprozeß sich die Frage erheben, ob eine bestimmte Tat nach altem oder neuem Strafrecht zu beurteilen ist. Eine Erörterung der Frage des absoluten und dispositiven Strafprozessrechts in dieser Einleitung wäre dagegen wohl zu wünschen gewesen.

Das erste Buch behandelt dann das Strafgerichtsverfassungsrecht, auch einen kurzen Abschnitt über die Staatsanwaltschaften enthaltend. Es folgt das zweite Buch, Verfahrensrecht. Zuerst der erste und zweite Abschnitt, der Schlüssel des Ganzen, der erste „das Erkenntnisverfahren als Ganzes“, der zweite „das prozessuale Handeln“ darstellend, zusammen die allgemeine Lehre vom Strafverfahren. Der erste Abschnitt bringt im ersten Kapitel „Die Zulässigkeit der Strafverfolgung“ — die Zulässigkeitsfrage (z. B. Zuständigkeit betr.) erhebt sich übrigens doch auch für die Strafvollstreckung und für das Sicherungsverfahren (Verhaftung), nicht nur für das Erkenntnisverfahren — die wichtigen Ausführungen über Zulässigkeitsbedingungen des Strafprozesses („Verfolgungsbedingungen“, allgemeine und spezielle für besondere Fälle, z. B. Strafantrag, welche Verf. in Anlehnung an Hellwig in „Prozeßvoraussetzungen“ i. e. S. (die den konkreten Prozeß angehen, z. B. Zuständigkeit) und „Strafklagerrechtsvoraussetzungen“ i. e. S. (die übrigen, z. B. Zulässigkeit des Strafrechtswegs) einteilen will. Unter „Strafklagerrecht“ versteht Verf. ein farbloses „Recht auf Prozeß“ (§. 97), womit freilich die Bezeichnung (ebendaj.) als „Anspruch auf Rechtsschutzgewährung“ sprachlich nicht ganz harmoniert, sofern sie doch ein Recht auf günstige Entscheidung bedeutet. Am vielangefochtenen Begriff des Prozeßrechtsverhältnisses wird festgehalten (§. 102). Im zweiten Kapitel des ersten Abschnitts wird der „Prozeßgegenstand“ behandelt, nach Beling „die Lebensangelegenheit, um die sich der Prozeß dreht“ (§. 104), ich würde dieser m. E. zu farblosen Beschreibung die Definition vorziehen, daß Prozeßgegenstand ist (in der Hauptsache) die Frage, ob die bestimmte Tat eines bestimmten Täters i. w. S. strafbar ist und wie — auch nach Beling §. 105 f. ist „tauglicher“ Prozeßgegenstand (in der Hauptsache) „eine Lebensangelegenheit in strafrechtlicher Beleuchtung“, und er bezeichnet ihn §. 108 als „ein Beantwortung heitendes Thema“, also als eine Frage. Das zweite Kapitel enthält besonders auch den wichtigen § 28 über den konkreten Prozeßgegenstand, seine Individualität und Identität. Im dritten Kapitel kommen Prozeßrollen und Prozeßsubjekte zur Darstellung, hier ist besonders die Lehre von den Parteien behandelt, §. 123 wäre vielleicht gegen die Definition des „materiellen Parteibegriffs“ — nach ihm sei im Strafprozeß kl. der, dem der geltend gemachte Strafanspruch zustehe — einzuwenden, daß nach diesem nur das hypothetische Zustehen maßgebend sein soll; treffend §. 125 die Bemerkung, daß aktive Materialpartei das Deutsche Reich sei, soweit über den Prozeßgegenstand nach Reichsstrafrecht entschieden werden soll, und gut §. 129 f. die Einführung des Begriffs der „Streitgenossenschaft“ in den Strafprozeß. Unter „Prozeßgehilfen“ werden neben Dolmetschern, Weisanden u. a. auch die Verteidiger behandelt, die neuerdings de lege ferenda so vielfach besprochene Frage der „sozialen Gerichtshilfe“ ist noch nicht

erwähnt. Die letzten Kapitel, vier und fünf, behandeln „Fort-schreiten und Ende des Prozesses“, „Prozeßeinheit und Prozeß-mehrheit“. Der zweite Abschnitt „Das prozessuale Handeln“ bespricht die Bestandteile des Prozesses als Ganzes, die Prozeß-handlungen, allgemein und nach ihren einzelnen Arten. Aus dem allgemeinen Teil ist besonders — außer dem schon berührten zweiten Kapitel betr. die „prozessualen Rechtsgeschäfte“ — hervorzuheben die Scheidung von „Zulässigkeit“ und „Wirksamkeit“ der Prozeßhandlungen, §. 168 ff. (wobei übrigens betr. Rechts-mittelleinlegung, §. 170, zu bemerken wäre, daß „Unwirksamkeit“ hier einen doppelten Sinn hat: 1. nicht die Prüfung der Auf-hebungsfrage herbeiführend; 2. nicht die Aufhebung herbeiführend), und das fünfte Kapitel, „Fehlerhaftes Prozeßverhalten“ (wo die Fragen der „prozessualen Unwirksamkeit“ der Prozeß-handlungen eingehend behandelt sind). Aus dem speziellen Teil besonders das über die Entscheidungen Ausgeführte (praktisch wichtig §§ 51, 53 betr. den Entscheidungstenor und den Entscheidungs-hergang, die Abstimmungsmethode, § 56 betr. die materielle Rechts-kraft) und die Beweislehre §§ 57 ff., endlich die Lehre von den Rechtsbehelfen, besonders den Rechtsmitteln. Mit dem dritten Abschnitt, Prozeßgang, erfolgt der Übergang zum speziellen Teil. Es wird hier zuerst das Erkenntnis, dann das Straf-vollstreckungsverfahren geschildert, das erstere, wie üblich, geteilt in ordentliches Verfahren und besondere Prozeßarten. Eine vom üblichen abweichende Besonderheit ist Abschnitt 4, „Prozeß-einlagen“. Hier wird außer dem (ein Verwaltungsverfahren darstellenden) Klagerzwangsverfahren, dem reichsgerichtlichen Plenarverfahren, dem Kosten-, Straf- und Haftentschädigungs-verfahren auch die „Prozeßsicherungstätigkeit“ besprochen, neben Prozeßpolizei das Haft-, Beschlagnahme- (und Durchsuchungs-) Verfahren. Gemeinsam soll diesen „Prozeßeinlagen“ sein, daß sie einen mit dem Prozeßgegenstand nicht identischen eigenen Gegen-stand haben (§. 487). Für die erstgenannten trifft dies zu, für das strafprozessuale Arrestverfahren (Haft- und Beschlagnahme-verfahren) dagegen nicht, es handelt sich auch hier um die be-stimmte Tat des bestimmten Täters und deren Strafbarkeit (prima-facie-Entscheidung des dringenden Verdachts). Außerdem tritt in dieser Zusammenstellung mit Klagerzwang usw. nicht heraus, daß hier eine neben die Rechtsfeststellung im Erkenntnis-verfahren und die Rechtsverwirklichung im Strafvollstreckungs-verfahren tretende dritte Rechtsdurchform: die provisorische Rechts-sicherung in Frage steht.

Ein Anhang behandelt noch die Sonderstrafgerichtsbarkeit, das Verwaltungsstrafverfahren, Abolition und Begnadigung (welch Skizze der geschichtlichen Herausbildung des heutigen deut-schaft).

Sehr dankenswert sind die beiden Schlusparagrafen: eine Skizze der geschichtlichen Herausbildung des heutigen deut-schen Strafprozessrechts und eine Zusammenstellung der Rechts-quellen und Hauptschriftwerke des ausländischen Strafprozess-rechts.

Das Beling'sche Lehrbuch ist keine leichte Lektüre. Aber der reifere Studierende, der den Stoff wirklich meistern, und der Praktiker, der eine ihn bewegende Einzelfrage in größere Zusammenhänge gestellt sehen will, werden mit größtem Nutzen von dem ausgezeichneten Werke Gebrauch machen.

Prof. Dr. Hegler, Tübingen.

Strafrecht und Strafprozeß. Eine Sammlung der wich-tigsten, das Strafrecht und das Strafverfahren betreffenden Gesetze. Zum Handgebrauch für den preußischen Praktiker erläutert und herausgegeben von Dr. A. Dalcke, weiland Oberstaatsanwalt, Geh. Oberjustizrat. 22. neubearbeitete Auflage, besorgt von P. Dalcke, Amtsgerichtsrat i. R., und Dr. E. Fuhrmann, Erstem Staatsanwalt. Berlin 1929. Verlag von G. W. Müller.

Die Tatsache, daß Dalckes Werk in 22. Aufl. vorliegt, spricht für sich. Das Buch hat in der Praxis größte Anerkennung gefunden. Die Herausgeber haben die sich gestellte Aufgabe, die wichtigsten Strafgesetze unter Berücksichtigung der Rspr. der obersten Gerichte auf verhältnismäßig geringem Raum zu vereinigen, glän-zend gelöst.

Sie haben von Auflage zu Auflage stets in größerem Maße die neueste Rspr. verwertet und insbes. in der jetzt vorliegenden Auflage die Entscheidungen der höchsten Gerichte bis in die letzte Zeit sorgfältigst verarbeitet.

Besonders gilt dies auch für die KraftVerkV., deren An-merkungen eine wesentliche Bereicherung erfahren haben.

Das Werk, das in den 50 Jahren seit seinem Erscheinen einen derartig verdienten Erfolg gehabt hat, wird sicher stets zu den Büchern gehören, die mit Recht als unentbehrlich für den Praktiker bezeichnet werden.

Die Strafprozessordnung für das Deutsche Reich v. 22. März 1924 nebst dem Gerichtsverfassungsgesetz. Kommentar von Dr. C. Löwe, weil. Senatspräsidenten des Reichsgerichts. 18. neubearbeitete Aufl. von Werner Rosenbergl, Ehren- doktor der Universität Münster, Reichsgerichtsrat i. R. Berlin 1929. Walter de Gruyter & Co. 1332 S.

Siehe die Aufsätze von Körner und Goldschmidt oben S. 2989 ff.

Alfred John: Die Rückfallsdiebe. Eine Untersuchung über Erscheinungsformen des Verbrechens. Kriminalistische Abhandlungen. Herausgegeben von Prof. Dr. Franz Erner. Leipzig 1929. Verlag Wiegandt. 89 Seiten. Preis 3,60 M.

John untersucht zunächst den Rückfallsdiebstahl i. S. des § 244 StGB. als gesellschaftliche Massenerscheinung unter Berücksichtigung der Reichskriminalstatistik. Daß der Rückfallsdiebstahl bei allgemeiner wirtschaftlicher Depression steigt, weist er einwandfrei, insbes. durch die Bewegung in der Inflationszeit, nach. Im Verhältnis zum Diebstahl überhaupt sinkt nach den Erfahrungen der Vorkriegszeit die Anteilsziffer der Rückfallsdiebe bei steigender und steigt bei sinkender Diebstahlskriminalität. Dies läßt auf eine verhältnismäßige Stetigkeit der Rückfallsdiebe, auf einen festen Stamm gewerbemäßiger Diebe schließen. Soweit der Verf. die regionale Verteilung der Rückfallsdiebe, die Verteilung nach Jahreszeiten, Altersklassen, nach Familienstand und Beruf erörtert, bringt er keine genügend gestützten und überzeugenden Schlüsse. Hier sind das statistische Material und die Kombinationsmöglichkeiten, deren Erwägung für zuverlässige Ergebnisse aus der Statistik unbedingt erforderlich ist, nicht annähernd ausgeschöpft.

John geht dann auf die Persönlichkeit, die Umwelt der Rückfallsdiebe und die typischen Erscheinungsformen (Geldschrank- einbrecher, Hoteldiebe, Taschendiebe u. s. w.) dieses Verbrechens ein. Mit Recht löst er sich hier von dem gesetzlichen Begriff des Rückfalls nach § 244 StGB. Manche guten Bemerkungen finden sich bei diesen Untersuchungen. Aber auch sie bedürfen zur Verwertbarkeit der Ergänzung und Vertiefung. Wenn der Verf. hier (S. 56) die Gefahr allzu großer Milde des deutschen Richters sieht, so befindet er sich gerade für die Eigentumsdelikte im Gegensatz zu keinem Geringeren als Bismarck, der die entgegengesetzte Erfahrung in seiner Reichstagsrede v. 3. Dez. 1875 vertreten hat, und auch im Widerspruch zu sich selbst (S. 57, 58, 88). Wie bei fast allen anderen Delinquenten unterscheidet John Gelegenheits-, Gewohnheits- und die regelmäßig auf eine bestimmte Art von Diebstählen sich spezialisierenden Berufsdiebe. Die beiden letzten Gruppen der chronischen Diebe umfassen die heiferungs- fähigen und unverbesserlichen. Die staatliche Reaktion hat je nachdem soziales Heilverfahren oder Unschädlichmachung zu sein. Die Diagnose und das soziale Heilverfahren setzen drei wichtige Reformen voraus: Eine radikale Umgestaltung und Verbesserung unseres Strafvollzuges, eine durchgreifende Änderung der Entlassenenfürsorge und eine Aburteilung durch Richter, die nicht in erster Linie nach juristischen, sondern sozialpädagogischen, psychologischen Gesichtspunkten urteilen können und urteilen.

Wenn der Verf. sich auf den intensiveren Ausbau eines Teils seiner Abhandlung beschränkt hätte, hätte dies den Wert seiner Arbeit gehoben. Immerhin ist Anlage und Zielsetzung der Arbeit anerkennenswert, und jeder Praktiker und Theoretiker wird mancherlei Anregung aus der Studie Johns empfangen.

M. Dorniker, Berlin.

Dr. jur. Alfred Hochheiser: Der Beamtenbegriff im Deutschen Reichsstrafrecht. Methodik, gesetzliche und geschichtliche Grundlagen. Mit einem Abdruck der Beamtenstrafbestimmungen des Reichsstrafgesetzbuchs, der Reichsstrafnebengesetze und des Entwurfs 1927 eines „Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs“. Dortmund 1929. Verlag W. Cruwell. XX und 133 S. Preis 9 M.

Der Beamtenbegriff im Strafrecht ist seit dem BrRM. in Wissenschaft und Praxis lebhaft umstritten, und eine allgemein anerkannte Formulierung zu finden, ist bis jetzt noch nicht gelungen. Wie wichtig aber eine solche den Begriff scharf umreichende Definition ist, vor allem bei den vielen Kategorien, die sich zwischen Staatsbeamten und privaten Angestellten im Laufe der Zeit herausgebildet haben — man denke nur an die Funktionäre der Reichsbahn-Gesellschaft, an die unteren Kategorien der Postbeamten und anderer ähnlicher Organisationen —, liegt ohne weiteres auf der Hand. Zur Zeit stehen sich zwei Ansichten gegenüber: die von Binding begründete einer völligen Identität des strafrechtlichen

Beamtenbegriffs mit dem verwaltungsrechtlichen, und die von der herrschenden Lehre und Rpr. akzeptierte Lehre, wonach der Beamtenbegriff im Strafrecht selbständig und weiter als der Beamtenbegriff im Verwaltungsrecht gefaßt wird, so daß als Beamte auch solche Personen angesehen werden, „deren Tätigkeit in der Leistung von Diensten und Verrichtungen öffentlich-rechtlicher Natur bestehen“, ohne daß sie Beamte im verwaltungsrechtlichen Sinne sind (so RG.: DZ. 1927, 231; JW. 1928, 1305, 1457, 1656 ff., 2324, 3251; 1929, 48 ufm.; vgl. auch Bohne, Artikel „Amtsdelikte“ im HdR. Bd. I S. 127 f.).

Es ist sicher ein Verdienst des Verf., wenn er dem in der monographischen Literatur fast völlig vernachlässigten Beamtenbegriff des Strafrechts eine so eingehende Untersuchung widmet, wie sie bis jetzt noch nicht vorlag, um so mehr als Verf. zum Zwecke einer befriedigenden Festlegung des Beamtenbegriffs auch die Einzelfragen, für deren Lösung eine einwandfreie Definition des Begriffs notwendig ist, und den Weg zur Lösung methodisch festlegt und die dogmatischen Ergebnisse, die bisher die wissenschaftliche Literatur gezeitigt hat, kritisch darstellt. Allerdings beschränkt sich diese methodische und historische Untersuchung prinzipiell auf die dogmatische Erfassung des Beamtenbegriffs im Reichsstrafrecht, nimmt jedoch dabei hinreichend Bezug auch auf den Beamtenbegriff in den strafrechtlichen Nebengesetzen. Im ersten Teil behandelt Verf. die Art der Auswahl der seiner Untersuchung zugrunde zu legenden Gesetzesbestimmungen, die Begrenzung und den Aufbau einer dogmatischen Untersuchung über Inhalt und Umfang des Beamtenbegriffs im heutigen Reichsstrafrecht und den Ausgangspunkt einer Darstellung der historischen Entwicklung des heutigen strafrechtlichen Beamtenbegriffs; im zweiten und dritten Teil die Entstehung des heutigen verwaltungsrechtlichen Beamtenbegriffs im Laufe der römisch-deutschen Rechtsentwicklung und die Gestaltung des strafrechtlichen Beamtenbegriffs in der preussisch-deutschen Rechtsentwicklung vom RM. bis zur Gegenwart. In einem Anhang finden sich schließlich die Beamtenstrafbestimmungen des RStGB., der Reichsstrafnebengesetze und des Entw. 27 eines „Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs“ abgedruckt.

Bei der Zusammenstellung der berücksichtigten Gesetzesbestimmungen hat Verf. die Begrenzung so vorgenommen, daß er nur solche Strafbestimmungen berücksichtigt hat, die das Wort „Beamter“ entweder selbständig oder in Zusammensetzungen tatsächlich verwenden, während er alle die Bestimmungen unberücksichtigt gelassen hat, die sich zwar auf Personen beziehen, denen Beamteneigenschaft zugesprochen werden könnte, die aber nicht ausdrücklich als Beamte bezeichnet werden. Diese Begrenzung ist dadurch berechtigt, daß man andernfalls eine Vollständigkeit wohl kaum erreichen könnte, und daß für die vorliegende Untersuchung über den Beamtenbegriff aus einer solchen Ausdehnung schwerlich eine der aufgewandten Mühe entsprechende Bereicherung zu erwarten gewesen wäre. Im übrigen hat Verf. neun Gruppen von Strafvorschriften behandelt: die Vorschriften des Reichsbeamtenstrafrechts und des Entw. 27, sowie die Sondergruppen des Beamtenstrafrechts auf dem Gebiet des Zoll- und Steuerstrafrechts, der Nahrungsmittelpolizei, des Gesundheitswesens, der Verkehrsunternehmungen, des Bankwesens, der Reichs-Sondergesetze gegen landesverräterische und hochverräterische Unternehmungen und des öffentlichen Beurkundungswesens. Das Militärstrafrecht und seine auf Militärbeamte bezüglichen Vorschriften sind wegen seiner durchaus selbständigen Entwicklung unberücksichtigt geblieben.

Die Darstellung des Verf. zeichnet sich durch eine überaus klare Disposition und korrekte Formulierung aus und bildet sicher eine außerordentlich wertvolle Bereicherung der dogmatischen Untersuchungen zum speziellen Teil des Strafrechts.

In der historischen Darstellung der Entwicklung des Beamtenbegriffs hätte wohl auch die Entwicklung des Beamtenbegriffs in den italienischen Statutarrechten verfolgt werden müssen, um einen geschlossenen Überblick über die Entwicklung zu geben, da gerade in den italienischen Stadtrechten des 13.—16. Jahrhunderts die Ausbildung der Behörden- und Beamtenorganisation, zum Teil ausgehend von den Reformbestrebungen Friedrich II., große Fortschritte gemacht und sich in ihren Ergebnissen nicht ohne Einfluß auf die deutschen Beamtenkategorien erwiesen hat (vgl. dazu z. B. Bohne, Die Freiheitsstrafe in den italienischen Stadtrechten des 12. bis 16. Jahrhunderts, Bd. I [1922], S. 93 ff., 160 ff.; Bd. II [1925], S. 47 ff., 72 ff., 88 ff. u. ö. Kohler, Studien aus dem Strafrecht, Heft 6, S. 663 ff.; R. Schmidt, Die Richtervereine, 1911, S. 7 ff.; Davidsohn, Geschichte von Florenz, Bd. IV [1922], S. 54 ff. ufm.).

Verf. kommt schließlich zu dem Ergebnis (S. 81 f.), daß über die Fassung des Beamtenbegriffs nach geltendem Reichsstrafrecht weder grundsätzlich noch in den Einzelheiten Klarheit besteht, daß zwar unter der Herrschaft des künftigen StGB. „die bisher vom Preussischen Obergericht und vom RG. vertretene Auffassung als formell einheitliche Basis für den Aufbau des Beamtenbegriffs

im Strafrecht akzeptiert werden wird“, der materiell-dogmatische Inhalt der künftigen Regelung aber zunächst nach wie vor unklar bleiben wird, vor allem da im Entw. 27 nirgends gesagt ist, was unter einem „öffentlichen Amt“ und damit unter einem „Amtsträger“ zu verstehen sei. Der Hauptwert der Arbeit liegt sonach in der Aufdeckung der Mängel, die dem gegenwärtigen und künftigen Beamtenstrafrecht dadurch noch anhaften, daß über den wesentlichsten ihm zugrunde gelegten Begriff weder wissenschaftlich Einmütigkeit besteht, noch auch gesetzgeberisch der Begriff des Beamten in strafrechtlicher Beziehung in einer für die Rechtspflege notwendigen Weise scharf umrissen ist.

Prof. Dr. G. Bohne, Köln.

Arthur Landsberger: Die Unterwelt von Berlin. Nach den Aufzeichnungen eines ehemaligen Zuchthäuslers. Mit einer Schlußbetrachtung von Dr. Max Ulsberg. Berlin 1929. Paul Steegemann. 153 S.

Landsberger bespricht in seiner Einleitung jene Zwischenwelt zwischen Proletariat und Berufsverbrechertum, jene Vorbestraften und aus der bürgerlichen Gesellschaft Ausgestoßenen, deren geheime Sehnsucht nach Bürgerlichkeit in Vereinigungen wie dem bekannten „Sport-Club Immertreu 1921“ ihre Befriedigung sucht. Die Selbstschilderung eines Einbrechers, die darauf folgt, entstammt aber weniger diesen Kreisen als dem eigentlichen Berufsverbrechertum. In einem am Schluß abgedruckten Brief an den Herausgeber nimmt Ulsberg zu den kriminalpolitischen Ausführungen der Selbstschilderung Stellung. Diese kriminalpolitischen Ausführungen sind wesentlich beeinflusst durch die Mentalität des Berufsverbrechers, der in der Strafe ein Betriebsrisiko erblickt, das er, soweit es der Schwere des Verbrechens entspricht, in Kauf zu nehmen bereit ist. Im Hintergrund seiner Ausführungen steht deshalb der Vergeltungs-, besser der Abgeltungsgedanke, und an diesem Maßstabe wird insbes. der Vorschlag der Sicherungsverwahrung gemessen — als „ungerechtes Festhalten für etwas, was man noch gar nicht begangen hat, sondern vielleicht einmal begehen wird“. Er will die Sicherungsverwahrung durch eine dreijährige Bewährungsfrist in einen Übergangshaus erlegt wissen. „Auch müßte während der drei unberechtigten Jahre der Sicherungsverwahrung ein freieres Leben erlaubt sein.“ Interessanter als die kriminalpolitischen Ausführungen sind die psychologischen Schilderungen, z. B. über das Verhältnis von Zuhälter und Dirne oder über Jungen-Ehrgeiz als Triebfeder des Verbrechens, noch interessanter der Ton des Ganzen, der Kontrast zwischen krimineller Einstellung und gutbürgerlicher Phrasologie. Übrigens ist die zweifelnde Frage erlaubt, was von der Selbstdarstellung wirklich aus der Feder des „Zuchthäuslers“, was aus der Feder des Herausgebers stammt; das Titelblatt („nach den Aufzeichnungen eines Zuchthäuslers“) deutet auf tiefergreifende redaktionelle Tätigkeit des Herausgebers, und man glaubt in der Tat in der Selbstschilderung zwei Federn zu unterscheiden. Dadurch wird der dokumentarische Wert des Buches in Frage gestellt; es kann etwa mit der Urkundensammlung von Luz nicht in einem Atem genannt werden. Es reiht sich vielmehr jenen Versuchen der Kunst an, die, wie zuletzt die Dreigroschenoper, uns die Welt „von der andern

Seite“ zu zeigen bemüht sind, aus dem Gesichtswinkel der Ausgestoßenen — und diese Erschütterung satter Bürgerlichkeit tut in der Tat Not.

Prof. Dr. Radbruch, Heidelberg.

Ausland.

Georg Stjernstedt: Brottmåls-Advokaten. Några ord om försvaret i brottmål. (Der Strafrechtsanwalt. Einige Worte über die Verteidigung in Strafsachen). Stockholm 1928. Tidens Förlag. Preis 1,50 Kr.

Diese kleine anschauliche, auch für den Nichtjuristen bestimmte Schrift behandelt Stellung und Aufgabe des Strafverteidigers in Schweden. Sie ist deshalb besonders interessant, weil Schweden neben dem ihm in der rechtlichen Entwicklung ja eng verbundenen Finnland wohl das einzige Kulturland ist, das vor allem infolge des Widerstandes der ländlichen Bevölkerungsschichten im früheren schwedischen Ständereichstag bisher eine privilegierte Advokatur nicht kennt. Erst die wirtschaftliche Entwicklung der letzten 100 Jahre hat überhaupt eine einigermaßen geschlossene, rechtsgebildete Anwaltschaft dort entstehen lassen, die jetzt allerdings, obwohl sie nur in einem Privatverein organisiert ist, durch die Leistungen ihrer Führer und Mitglieder ein öffentliches Ansehen erlangt hat, das hinter dem des Anwaltsstandes der meisten anderen Länder nicht zurücksteht, ja es sogar oft überragt. Auch hat sich trotz des Fehlens irgendeiner schriftlichen Fixierung von Ständeregeln nur mit Hilfe einer Art mehr arbiträren Klubbisziplin ein in allen wichtigen Fragen sehr strenges Berufsethos entwickelt, wie gerade obige Schrift, die aus der Feder eines der hervorragendsten Mitglieder des schwedischen Anwaltsstandes stammt, erweist. Sie zeigt, daß es auch ohne eine oft als starr bezeichnete Tradition gerade im Interesse der Wirkungsmöglichkeit und des Ansehens des Standes in den wichtigsten Fragen des Anwaltssethos, wie der Wahrheitspflicht usw. keine Kompromisse geben darf und auch eine neue, rechtlich fast ungebundene Advokatur, wie die schwedische, in diesen Problemen zu denselben Ergebnissen kommt, die seit alters privilegierte Advokaturen als Erbmasse mit sich führen. Bei der Erörterung all dieser Fragen legt der Verf. eine bei ihm allerdings nicht verwunderliche, tief selbst erlebte Kenntnis der anwaltschaftlichen Konflikte an den Tag und gibt klug abgewogene und ausbalancierte Lösungen; erfreulich ist auch, daß das oft anderwärts bei derartigen Auseinandersetzungen für einen Nichtanwalt meist unverständliche Hervortreten rein konkurrenzregulierender Gesichtspunkte und das Vermischen derselben mit wirklich großen Gesichtspunkten völlig fehlt. So wird in Übereinstimmung mit dem Standpunkt der sehr freibeitlichen norwegischen Anwaltschaft eine informatorische Verbindung des Verteidigers mit der Presse interessanterweise nur deshalb prinzipiell abgelehnt, weil erstens, wie schon oft erörtert, der Angekl. ein Interesse an einer möglichststen Geheimhaltung seiner Angelegenheiten hat, und des weiteren vor allem eine ernsthafte Presse objektiver Informationsquellen bedarf, die ein Verteidiger nie sein kann und darf.

RA. Dr. Hellmuth Dix, Berlin.

Rechtssprechung.

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 Rechtsanwältinnen beim Reichsgericht
Justizrat Dr. Kaiser, Justizrat Kurlbaum und
Justizrat Dr. Schrömbgenz.

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

****1.** § 6 Abs. 2 AufwG.; § 54 BGB. Die Vergünstigung des § 6 Abs. 2 AufwG. des teilweisen Zurücktretens der Aufwertungshypothek steht einer in der Schutzzeit für den Eigentümer des mit der Aufwertungshypothek belasteten Grund-

stücks gemäß § 1196 BGB. eingetragenen noch in seiner Hand befindlichen, also nicht in der Schutzzeit weitergegebenen Grundschuld nicht zu. †)

Die für die Fer Pfandbriefbank seit 1912 als rangerste Hypothek eingetragene Darlehenshypothek von 110 000 M ist nach Rückzahlung in Papiermark in der Rückwirkungszeit am 15. Dez. 1922 gelöscht worden. Am 22. Mai 1924 hat der Grundstückseigentümer in Abt. III unter Nr. 9 für sich eine Grundschuld von 60 000 GM. eintragen lassen, der im Grund-

Zu 1. Die Auslegung des § 6 AufwG. ließ Zweifel insofern zu, als strittig war, ob die Vergünstigung des § 6 Abs. 2 auch dem Eigentümer selbst zugute komme, für den in der Schutzzeit eine Grundschuld eingetragen war. Das RG. bejaht unter Betonung einer mehr formalen Auslegung des Gesetzes diesen Schutz. Das OLG. Karlsruhe verneint ihn. Das RG. tritt dem OLG. Karlsruhe bei. Der wohl abgewogenen Begründung des Beschlusses ist beizupflichten.
RA. Dr. Hans Fritz Abraham, Berlin.

buch eingetragene Lasten damals nicht vorgingen. Am 6. Mai 1926 ist unter Nr. 11 für die F. er Pfandbriefbank eine Aufwertungshypothek von 27412,60 G.M. eingetragen worden „an Stelle der unter Ziff. 5 eingetragenen 110 000 M.“. Am 22. Nov. 1928 hat das Grundbuchamt in Spalte „Veränderungen“ zu den Eintragungen Nr. 9 und Nr. 11 von Amts wegen eingetragen: „Die Hypothek Nr. 11 hat Rang vor der Grundschuld Nr. 9; jedoch hat die Grundschuld Nr. 9 gemäß § 6 Abs. 2 AufwG. Rang vor einem Teilbetrag von 10965,04 G.M. der Hypothek Nr. 11.“

Diese letztere Eintragung gründet sich in ihrem ersten Teil darauf, daß der der Aufwertungshypothek der Pfandbriefbank voreingetragenen Grundschuld nicht der öffentliche Glaube des Grundbuchs zugute komme (§ 20 AufwG., § 892 BGB.). Dieser Teil der Rangeintragung ist von keiner Seite bemängelt worden. Die Pfandbriefbank hat aber Beschwerde mit dem Ziel, daß ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen werde, eingelegt gegen den Rangvermerk, daß die Grundschuld Nr. 9 gemäß § 6 Abs. 2 AufwG. Rang vor einem Teilbetrage von 10965,04 G.M. der Hypothek Nr. 11 habe. Die Beschwerde gründet sich darauf, daß die Vergünstigung des § 6 Abs. 2 AufwG. einer zwar in der Schutzfrist eingetragenen, aber in ihr nicht weiterbegebenen Eigentümergrundschuld nicht zugute komme. Das O.G. in R. hat durch Beschl. v. 5. März 1929 die Beschwerde als unbegründet zurückgewiesen. Es will in Anlehnung an eine Entsch. des R.G. v. 17. Nov. 1927 (IX 902/27: AufwRspr. 1928, 22 = JW. 1928, 187) den Schutz des § 6 Abs. 2 AufwG. auch einer innerhalb der Schutzfrist eingetragenen Eigentümergrundschuld zuteil werden lassen. Die gegen diesen Beschluß eingelegte weitere Beschwerde der Pfandbriefbank hat das O.G. gemäß § 28 Abs. 2 ZGG., § 79 G.B.D. dem R.G. zur Entscheidung vorgelegt. Das O.G. möchte dem Antrage der Pfandbriefbank entsprechen, weil es den § 6 Abs. 2 nicht für anwendbar auf Eigentümergrundschulden hält, sieht sich daran aber gehindert durch den eben erwähnten Beschluß des R.G. sowie durch dessen Beschl. v. 19. Mai 1927 (IX 362/27: AufwRspr. 1927, 577 = JW. 1927, 2142).

Die Vorlegung ist zu Recht erfolgt und die Zuständigkeit des R.G. nach § 79 G.B.D. begründet. Unzweifelhaft liegt die eine Voraussetzung für Eintragung eines Widerspruchs nach § 54 G.B.D. insofern vor, als die Eintragung des Rangverhältnisses am 22. Nov. 1928 „unter Verletzung geschlicher Vorschriften“ geschehen ist; denn die Eintragung durfte nach § 13 Abs. 1 Satz 1 G.B.D. nicht von Amts wegen, sondern nur auf Antrag eines Beteiligten geschehen. Die weitere, hier zweifelhafte Frage ist aber, ob auch die zweite Voraussetzung vorliegt, daß durch die Eintragung das Grundbuch unrichtig geworden ist. Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, ob die am 22. Mai 1924 eingetragene Eigentümergrundschuld den Schutz des § 6 Abs. 2 AufwG. gegenüber der am 15. Dez. 1922 unrichtigerweise gelöschten und dann als Aufwertungshypothek unter Nr. 11 wiederingetragenen Hypothek der Beschw. genießt. Dabei ist wieder unzweifelhaft, daß die Rangteilungs Vorschrift des § 6 Abs. 2 auch dann anwendbar ist, wenn das aufgewertete Recht ein früher gelöschtes und wiederingetragenes ist; denn auf die Rangvorschrift des § 6 insgesamt ist in § 20, wo über den Rang wieder einzutragender Hypotheken bestimmt ist, verwiesen.

Zweifelhaft und hier zu entscheiden ist die Frage, ob die Vergünstigung des § 6 Abs. 2 des teilweisen Zurücktretens der Aufwertungshypothek einer in der Schutzzeit für den Eigentümer des mit der Aufwertungshypothek belasteten Grundstücks gemäß § 1196 BGB. eingetragen, noch in der Hand des Eigentümers befindlichen Grundschuld zusteht.

Das R.G. bejaht diese Frage. Das O.G. Karlsruhe will sie verneinen (abweichend von einem früheren Beschluß seines 4. ZivSen. abgedruckt in JW. 1928, 1417). Aus den oben erwähnten Beschlüssen des R.G. sowie aus dessen Beschlüssen v. 1. Dez. 1927 (IX 905/27: JW. 1928, 728) und v. 9. Juni 1927 (IX 407/27: AufwRspr. 1927, 485 = JW. 1928, 1408) ergibt sich dessen Stellung zu § 6 Abs. 2 insgesamt wie folgt: Die Vergünstigung kommt jedenfalls allen in der Schutzzeit durch Rechtsgeschäft erworbenen Rechten zugute. Zu solchen gehört auch die nach § 1196 BGB. eingetragene Eigentümergrundschuld. Ein „anderer“ muß nur eine vom Gläubiger der Aufwertungshypothek verschiedene Person sein, braucht

aber nicht ein „Dritter“ neben Eigentümer und Aufwertungsgläubiger zu sein. Auch einer Arresthypothek kommt der Schutz zugute; nicht aber einem rein kraft Gesetzes entstandenen Recht, das ohne Rücksicht auf die Vorstellungen und Beweggründe des Erwerbers eintritt, wie einer kraft Gesetzes (§ 1163 BGB.) entstandenen Eigentümergrundschuld. Überwiegende Rechtsgründe sprechen jedoch für die Verneinung der Frage. Rein wörtlich mag die Auslegung des R.G. nicht unvereinbar mit dem Gesetz sein: Der Eigentümer und Grundschuldinhaber ist ein anderer als der Aufwertungsgläubiger und das Grundschuldrecht ist in der Schutzzeit für ihn begründet worden. Aber dem wahren Inhalt und dem Zweck des § 6 Abs. 2, wie er sich auch aus der Entstehungsgeschichte ergibt, wird diese Auslegung nicht gerecht. Wer im Vertrauen auf die durch die III. StMotW.D. geschaffene Rechtslage und auf die Richtigkeit des Grundbuchs ein Recht erworben hat, soll dagegen geschützt werden, daß er durch die Einführung einer höheren Aufwertung Schaden erleidet (vgl. R.G. 121, 129¹). „Vertraut“ hat aber nicht derjenige, der nur formal eine rechtliche Umbenennung des nach wie vor unverändert in seiner Hand bleibenden Werts vornimmt, wie es der Fall ist beim Eigentümer, der für sich selbst eine Grundschuld eintragen läßt. Wenn das i. J. 1924 geschehen ist, so ist damit entweder der Zweck späterer Verwertung verbunden gewesen; dann hat erst der vertraut, dem die Grundschuld abgetreten oder verpfändet ist; oder es ist geschehen, um dem Eigentümer mittels der Grundschuld den Grundstückswert auf jeden Fall gegenüber etwaigen späteren, möglicherweise noch höheren Aufwertungsansprüchen zu sichern; in letzterem Fall hat der Eigentümer wohl die vorhandene Rechtslage ausnützen wollen, aber er hat nicht vertraut. Wenn auch § 892 BGB. und die hierzu in Schrifttum und Rspr. entwickelten Auslegungsergebnisse bei Anwendung des § 6 Abs. 2 an sich nicht verwertbar sind, so bietet die Lage doch starke Berührungspunkte; man kann für § 6 Abs. 2 aus der Rechtslehre bezüglich des § 892 wohl Anhaltspunkte dafür gewinnen, welche Rechtsvorgänge hier nach der Meinung des Gesetzes schutzwürdig sind. Dazu gehört eine nach § 1196 BGB. eingetragene und nicht in der Schutzzeit weitergegebene Grundschuld nicht. Für solche Auslegung ist im Gesetzeswortlaut ausreichender Anhalt gegeben. Der im ersten Entwurf enthaltene Wortlaut der entsprechenden Bestimmung (Regierungsentwurf S. 9: Art. II § 1, dazu Begründung S. 16) stellt ausdrücklich ab auf den Schutz der in der kritischen Zeit „von einem Dritten erworbenen Rechte“. Hieraus ist in der endgültigen Fassung der jetzige Gesetzeswortlaut „von einem anderen erworbenen Rechte“ geworden, ohne daß ersichtlich wäre, daß damit eine sachliche Änderung beabsichtigt gewesen sei. Bei den Ausschlußverhandlungen (Bericht des 18. Ausschusses, Druckf. Nr. 1125 S. 28) ist über die Berechtigung der Bestimmung überhaupt und über die Erstreckung der Schutzfrist gesprochen worden, nicht aber über die hier in Betracht kommende Wortänderung. Es liegt danach die Annahme nahe, daß mit den Gesetzesworten „von einem anderen erworben“ nichts anderes hat gesagt werden sollen als mit den Worten „von einem Dritten erworben“. Dann ist klar, daß geschützt ist nur eine andere Person als der Eigentümer und der Aufwertungsgläubiger. Man kann auch bei der Eintragung einer Eigentümergrundschuld nicht wohl von einem „erwerben“ reden. Wohl ist ein neues Rechtsgebilde entstanden; aber der Eigentümer hat keinen Vermögenswert hinzubekommen, sondern nur dem bei ihm unverändert gebliebenen Vermögensstand eine andere rechtliche Gestaltung gegeben. Er hat damit sachlich nichts Neues erworben. Der Vertrauensschutz darf nicht zum Schaden der Aufwertungsgläubiger einer rein formalen Gestaltung zuteil werden. Zutreffend ist darauf hingewiesen worden (Meherowicz: JW. 1927, 2142), daß alsdann die Aufwertung in Höhe von 10% leicht illusorisch sein könnte.

(Beschl. v. 13. Juli 1929; VB 24/29. — Karlsruhe.)

[Sch.]

**2. §§ 276, 326 BGB. Der selbst vertragsuntreue Teil kann nicht wegen Vertragsverletzung des anderen Teils vom Vertrage zurück-

¹) JW. 1928, 2815.

treten. Doch stehen beiden Teilen Schadensersatzansprüche zu.)

(U. v. 5. Febr. 1929; 506/28 VII. — Düsseldorf.) [Ru.]
Abgebr. JZ. 1929, 1460⁵.

****3.** §§ 186 Abs. 2, 211, 221 HGB. Der Gründer einer AktG. hat kein Recht auf Verweigerung der von ihm im Gesellschaftsvertrag übernommenen Verpflichtung zur Einbringung von Sacheinlagen aus dem Grunde, weil hinterher die Ausgabe der Aktien wegen Zusammenbruchs der Gesellschaft unterbleibt. Der Konkursverwalter der AktG. darf die Einlageansprüche der Gesellschaft gegen die Gründer nur gegen eine angemessene Entschädigung abtreten; sonst ist der Abtretungsvertrag nichtig.)

Daß sich aus dem Gründungsvertrag, und zwar auf Grund vertraglicher Zusicherung sowohl, wie auch aus dem Gesetz (§§ 445, 439 Abs. 2 BGB.) die Verpflichtung der Beklagten zur Bösung der dinglichen Schuldbelastungen ergibt, und zwar nicht nur hinsichtlich der erst nach Abschluß des Gründungsvertrags neu entstandenen Zwangs- und Vertragshypotheken, sondern auch hinsichtlich der auf Grund der späteren Aufwertungsgesetzgebung wieder aufgelebten früheren Hypotheken, die z. B. des Abschlusses des Vertrags v. 6. März 1923 übrigens nur teilweise gelöst waren, ist von dem BG. mit Recht bejaht worden (s. a. RG. 112, 329; JZ. 1927, 982¹⁶; 1929, 1374¹⁹). Dieser Befreiungsanspruch ist unzweifelhaft ein Teil des Sacheinlagenanspruchs der AktG. aus dem Gründungsvertrag. Die Rev. wendet sich gegen das BU.

Zu 2. Das Urteil entscheidet den schon RG. 109, 54 behandelten Fall. Kl. hat vom Bekl. das Recht erworben, in Städten Deutschlands sowie in Holland und Skandinavien Volksschulen zu gründen. Kl. beansprucht Schadensersatz, weil Bekl. seit 1908 nicht mehr die Schulen in seinen Listen, Prospekten und Lehrbüchern aufgenommen, ferner ihm unredlicherweise den Verkauf seiner Schule unmöglich gemacht habe. Bekl. ist vom Vertrage zurückgetreten, weil Kl. ihm gegenüber vertragswidrig unlauteren Wettbewerb getrieben habe. Der Schadensersatz des Kl. war begründet, dagegen der Rücktritt des Bekl. nicht. Die Rechtsauffassung des vorstehenden Urteils ist grundsätzlich die von RG. 109, 54. Hier heißt es u. a.:

„Das Recht zum Rücktritt vom Vertrage wegen positiver Vertragsverletzung des Vertragsgegners steht dem anderen Teile nur dann zu, wenn er selbst den Vertrag getreu erfüllt hat und erfüllt (RG. 67, 139 = JZ. 1908, 54; 1913, 196; LZ. 1918, 444; Recht 1922 Beilage Nr. 816).“

Der Standpunkt, daß die Schwere der gegenseitigen Vertragsverletzungen zu berücksichtigen sei und für das Rücktrittsrecht der Bekl. in Betracht gezogen werden müsse, ob dieser die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses mit dem Kl. noch zugemutet werden kann, hat im Gesetz keine Stütze.“

Im Sinne dieser Sätze von RG. 109, 54 verlieren die Erwägungen des vorstehenden Urteils das Mißverständliche, das ihnen in ihrer etwas zugespitzten Form sonst vielleicht stellenweise beigelegt werden könnte. Im übrigen siehe zur Bedeutung beiderseitiger Vertragswidrigkeit z. B. Staub (12. und 13. Aufl., Anhang zu § 374 Anm. 179).

M. Dr. Plüm, Köln.

Zu 3. Bei der Prüfung der oben wiedergegebenen Entscheidung (= RG. 124, 380) tut man gut, die in ihr enthaltenen Rechtsgrundsätze und deren Anwendung auf den streitigen Tatbestand auseinanderzusetzen.

I. Die Rechtsgrundsätze bringen, ohne dies offen auszusprechen, eine wichtige und sehr zu begrüßende Korrektur der bisherigen Praxis. Es handelt sich um die Abtretung rückständiger Kapitaleinlageforderungen, ein Problem, das für die GmbH. im wesentlichen ebenso liegt wie für die AktG., und welches vor allem auch die praktisch ungemein bedeutsame Frage der Pfändbarkeit solcher Einlageforderungen in sich schließt. Die Abtretung von Einlageforderungen auf Aktienkapital hatte RG. 102, 385 in einer sehr allgemein gehaltenen Formulierung gestattet (anders OLG. Düsseldorf: LZ. 107, 141). Die Pfändbarkeit der Stammeinlageforderung bei der GmbH. ist in einer großen Zahl von Entscheidungen bejaht worden; vgl. RG. (22. Juni 1896) 36, 113; (23. Juni 1911) 76, 434; (20. Okt. 1914) 85, 351; (14. Dez. 1911) LZ. 1912, 315; (7. Nov. 1913) LZ. 1914, 280; (26. Febr. 1918) LZ. 1918, 856; ferner RG. (14. Okt. 1910) OLG. Rpr. 24, 151 und (16. April 1914) LZ. 1914, 1401; OLG. Hamburg (22. April 1913) OLG. Rpr. 27, 137; OLG. Kassel (29. Nov. 1915) zitiert bei Sachenburg, Komm. zum

in erster Linie um deswillen, weil es die auf die Nichtausfolge der Aktien und den nachmaligen Zusammenbruch der Gemeinshuldnerin gestützten Rechtsbehelfe der Bekl. nicht durchgreifen läßt. Sie meint, die in § 13 des Gründungsvertrags v. 5. März 1923 enthaltenen Vereinbarungen müßten als gegenseitiger Vertrag angesehen werden; Bekl. habe nichts weiter im Sinne gehabt, als ihren Grundbesitz gegen Aktien zu „verkaufen“; für diese Auffassung spreche auch der Wortlaut des § 13 des Gründungsvertrags; die Begründung des BG., das diese Auffassung ablehne, sei ferner insofern in sich widerspruchsvoll, als einerseits die Frage der Anwendbarkeit der §§ 439 Abs. 2, 445 BGB. hinsichtlich der Haftung der Bekl. für die Hypothekensfreiheit bejaht, andererseits aber der Bekl. die Verufung auf §§ 320 ff. BGB. versagt werde.

Der Revisionsangriff ist nicht begründet. — Gewiß hätte die Bekl. ihren Grundbesitz an die AktG. verkaufen können; ebenso wäre ein gewöhnlicher Veräußerungsvertrag des Inhalts möglich gewesen, daß die Gegenleistung der AktG. in Aktien bestehen sollte. So ist aber eben nicht verfahren worden. Die Bekl. ist vielmehr Mitgründerin der AktG. selbst geworden, und ihr Gründerbeitrag sollte ausschließlich und allein in der Einbringung der lastenfreien Liegenschaft bestehen mit der Maßgabe, daß nach dem Wert dieses Sacheinbringens die Höhe ihrer gesellschaftlichen Beteiligung sich bestimmen sollte und bestimmt hat. Es liegt demnach ein typischer Fall der Sacheinlage i. S. des § 186 Abs. 2 HGB. vor. Für die Annahme einer Geldeinlagepflicht der Bekl. und einen gleichzeitigen Sachverkauf bietet der Gründungsvertrag keinerlei Anhaltspunkte. Sacheinlage und Mitgliedschaftsrechte stehen der Gesellschaft gegenüber keineswegs im Verhältnis

GmbHG.⁵, Anm. 33 zu § 19. Die Pfändbarkeit der Kapitaleinlageforderungen bei der Aktiengesellschaft wird in den beiden einander widersprechenden BG. Entscheidungen behandelt, welche Rosen dorff: BankArch. 13, 357 erwähnt. Durchweg wird in dieser ganzen Rechtsprechung die Pfändbarkeit nur als Folge der Abtretbarkeit behandelt, insbes. in dem führenden Urteil RG. 76, 434.

Die auffallend große Zahl der veröffentlichten Entscheidungen zeigt, daß diese Praxis als unzulänglich empfunden und daß immer wieder von neuem versucht wurde, sie zu Falle zu bringen. Auch im Schrifttum war zunehmender Widerspruch laut geworden. Allerdings hatte man sich zunächst vielfach der Meinung des RG. gefügt (so Staub-Pinner, HGB., Anm. 6 zu § 221; Sachenburg, GmbHG., Anm. 33 zu § 19; Scholz, desgl., VI zu § 19). Bedenken äußerte als erster Dertmann: JZ. 1921, 1456, und mit eingehender und scharfsinniger Begründung hat sich sodann Brodmann in seinem Komm. zum GmbHG. § 19 Anm. 6 und jetzt in seinem „Aktienrecht“, Anm. 6a zu § 218, gegen die Abtretbarkeit und Pfändbarkeit der rückständigen Einlageforderungen ausgesprochen. Ihm folgt für die GmbH. Feine: Ehrenbergs Handbuch III 3 S. 300.

Das RG. stellt nun in seinem neuen Urteil eine mittlere Meinung auf. Es läßt die in RG. 102, 385 grundsätzlich anerkannte Abtretbarkeit der Einlageforderungen bestehen, verlangt aber zur Wirksamkeit der Abtretung, daß durch das Abtretungsgeschäft dem Gesellschaftsvermögen ein vollwertiger Entgelt zugeführt werde. Diese Anforderung ist in der Tat durchaus notwendig, wenn man den gesellschaftlichen Unterbau des Kredits der AktG. und der GmbH. schützen will. Sie steht auch in Einklang mit der ständigen Rpr., nach welcher die vertragliche Aufrechnung gegen die Einlageforderung der Gesellschaft nur dann statthaft ist, wenn die Gegenforderung des Aktionärs gegen die Gesellschaft vollwertig ist (vgl. Staub-Pinner a. a. D., Anm. 4 zu § 221; Brodmann, Aktienrecht, Anm. 1c zu § 221 und dort zitierte Entscheidungen). Nicht ganz genau ist es, wenn sich das RG. auf Brodmann bezieht, der die Mittelmeinung höchstens eventualiter gelten lassen will. Eher läßt sich die kurze Bemerkung bei Lehmann-Ring, HGB., Anm. 1 zu § 221 im Sinne des RG. verstehen.

Die Bedeutung der Schwenkung des RG. ist sehr groß. M. E. hätte schon der Fall RG. 102, 385 an der Hand der jetzt als maßgebend erklärten Grundsätze anders entschieden werden müssen. Damals hatte die AktG. einem Gläubiger, dem sie 39 000 M. schuldet, unter anderem ihre Forderung auf Zahlung der rückständigen Kapitaleinlage abgetreten. Der Tatbestand ergibt nichts darüber, und es ist nach Lage der Sache unwahrscheinlich, daß der AktG. damals ein Gegenwert für die Abtretung zugeflossen wäre. Der Fall scheint so gelegen zu haben, daß die Gesellschaft außerstande war, ihren Gläubiger zu befriedigen, und daß sie ihm alle möglichen Werte hergab, um ihn von einem gerichtlichen Vorgehen abzuhalten. Da die Schuld der AktG. sich hierdurch nicht minderte, so lag im Sinne des neuen Urteils eine „Verringerung des Vermögensstandes der Gesellschaft“ zugunsten eines einzelnen Gläubigers vor. Überhaupt wird die Ab-

von Leistung zu Gegenleistung. Es handelt sich hierbei vielmehr um eine Leistung auf Beteiligung (s. a. Brodmann, Anm. 40 zu § 186 HGB.). Unentgeltlich ist diese Leistung eben deshalb nicht, die Anwendbarkeit der §§ 445, 439 Abs. 2 HGB. daher nicht zu bezweifeln (s. a. RG. 86, 211). Die Gesellschaft ist im Handelsregister eingetragen, hierdurch zur Entstehung gelangt und die Bevl. damit gleichzeitig Aktio-närin in dem im Gründungsvertrag vorgesehenen Umfang geworden. Gewiß hatte sie gegen die Gesellschaft einen Anspruch auf Ausföge von Aktienurkunden. Allein Aktien sind vor Konkursausbruch unbestrittenermaßen nicht ausgefertigt worden, lagen auch nicht in der Masse. Wie schon in RG. 94, 61 (64) ausgeführt ist, kann alsdann der Zeichner nach § 69 KO. Verschaffungsansprüche als Konkursgläubiger nicht geltend machen, auch nicht fordern, daß der Konkursverwalter ihm Aktien ausfertige und übereigne; mit diesem Anspruch selbst entfällt deshalb auch die Möglichkeit eines darauf gestützten Zurückbehaltungsrechts. Keine Rede kann sodann davon sein, daß Bevl. wegen Nichtbehändigung der Aktienurkunden und des Zusammenbruchs der Gesellschaft sich gar der Leistung ihres Sacheinbringens entziehen könnte, zu dem gerade auch der Lösungsanspruch gehört. Daß sich die Bevl. hiergegen nicht auf die §§ 320, 323, 326 HGB. berufen kann, hat das BG. mit Recht angenommen. Einmal handelt es sich, soweit das Verhältnis der AktG. zur Bevl. als einer Mit-gründerin in Frage kommt, überhaupt nicht um das eines gegenseitigen Vertrags i. S. der §§ 320 ff. HGB. Angesichts der Tatsache sodann, daß die Gründungs- und Einbringungs-erklärung der Bevl. mit der Eintragung der AktG. zugleich der Öffentlichkeit und der Allgemeinheit gegenüber abgegeben ist und so mit den Boden bildete, auf welchem der geschäftliche und finanzielle Kredit der Gesellschaft beruhte, ist es im Interesse der Verkehrssicherheit und mit Rücksicht auf die

besonderen aktienrechtlichen, die Sicherung und Erhaltung der Kapitalgrundlage bezweckenden Vorschriften ausgeschlossen, daß sich die Bevl. mit Rechtsbehelfen solcher Art ihrer Sacheinlagepflicht, zu der eben auch die Verpflichtung zur Lösungs der fraglichen Hypothekenlasten gehört, entledigen könnte. Der Gründungsvertrag mit der Sacheinbringungsverpflichtung ist nach wie vor in Gültigkeit. Ein Befreiungsanspruch der Be-klagten aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Be-reicherung und ein darauf gestütztes Leistungsverweigerungsrecht kann ebenfalls nicht in Frage kommen. Damit erledigen sich die in diesem Zusammenhang erhobenen weiteren Revi-sionsangriffe.

Auch sonst ist dem BG. im Ergebnis jedenfalls durch-aus beizutreten. Schon dargelegt ist, daß der Lösungs-ananspruch mit Einlagegegenstand war und zur Kapitalgrund-lage gehörte. Einem Verzicht oder teilweisen Erlaß der Ge-sellschaft stand die zwingende Vorschrift des § 221 HGB. entgegen. Mit Recht hat deshalb das BG. der Bevl. die Be-rufung auf den GenVersBefchl. v. 17. Nov. 1923 verweigert. Ebensovienig erscheint es aber angängig, daß der Bevl. wegen der hinterher durch die Aufwertungs-gesetzgebung wieder auf-gelebten, übrigens ziffermäßig nicht sehr erheblichen Hypo-thekenschulden, nach den Grundsätzen, wie sie in der Recht-sprechung für Grundstücksveräußerungsverträge entwickelt sind (s. z. B. JW. 1929, 1374¹⁰), ein Recht auf Leistung eines Betrags zu den Kosten der Befreiung der Hypotheken und im Fall der Ablehnung dieses Verlangens ein Rücktrittsrecht von dem Einbringungsvertrag zugebilligt werden könnte. Dies würde im Ergebnis auf eine teilweise Rückerstattung der Ein-lage bzw. im Fall des Rücktritts auf eine entsprechende Schmälerung der Kapitalgrundlage der AktG. hinauslaufen, was wiederum mit den besonderen Bedürfnissen und Er-fordernissen des aktienrechtlichen Verkehrs ebenso unvereinbar

setzung zur Sicherheit von dem jetzigen Standpunkt des RG. aus nicht mehr zugelassen werden dürfen. Selbst wenn der Gläubiger — dies wäre schon der günstigste Fall — gegen die Sicherungs-abtretung neuen Kredit in voller Höhe der Einlageforderung gewährt, so würde der Gesellschaft dadurch ein entsprechender Gegenwert nicht zufließen, da sie ja den Kredit zurückzahlen, ihn also nach Empfang des Geldes sofort unter die Passiven stellen muß.

Daß die neuen Grundsätze auch für die GmbH. gelten sollen, erscheint mir zweifellos, nicht nur weil die Gründe des RG. wort-wörtlich auch für die GmbH. zutreffen, sondern auch, weil das RG. mit seinem Hinweis auf § 19 GmbHG. in dieser Hinsicht eine dankenswerte Andeutung gibt. Aber die Hauptsache bleibt doch die Rückwirkung des neuen Urteils auf die Zwangsvollstreckung. Meines Dafürhaltens ist aus dem Urteil der Schluß zu ziehen, daß die Pfän-dung der rückständigen Kapital- (Stamm-) Einlageforderung zwar an sich zulässig bleibt, aber nur soweit die Gesellschaft dadurch von einer vollwertigen Schuld entlastet wird. Das wird jedoch nur in den seltensten Fällen zutreffen. Denn wenn die Gesellschaft es zur Zwangsvollstreckung kommen läßt, so wird sie aller Regel nach bereits in einer solchen finanziellen Verfassung sein, daß die Forderung gegen sie nicht mehr als vollwertig angesehen werden kann. Dann ist es aber auch durchaus nicht mehr wünschenswert, die Zwangsvoll-streckung zuzulassen, denn sie verschlechtert die Lage der übrigen Gläu-biger in einem dem Sinne des Gesetzes zuwiderlaufenden Weise; das Grundkapital soll einen Garantiefonds für alle Gläubiger bilden. Von diesem Standpunkt aus mag man die Pfändung der Einlage-forderung gegenüber einer notleidenden Gesellschaft allenfalls dann für zulässig halten, wenn der einzige Gläubiger pfändet oder wenn sämtliche Gläubiger gemeinsam die Pfändung durchführen (vgl. Feine a. a. D. S. 300). An sich ist hier aber der Konkurs der gegebene Weg, um die Einlageforderungen für die Gläubiger ver-fügbar zu machen. Für die Berechtigung dieser vollstreckungsrechtlichen Folgerungen aus dem Urteil spricht wohl auch, daß Brodmann, den das RG. jetzt zustimmend zitiert, gerade gegen die bisherige Pfändungspraxis Stellung nimmt.

II. So sehr nun auch die neuen Grundsätze des RG. zu begrüßen sind, so stößt doch ihre Anwendung gerade im vorliegenden Fall auf Bedenken. Denn die Abtretung ist hier nicht von der AktG. selbst, sondern von dem Konkursverwalter vorgenommen worden. Im Kon-kurs ist aber die Sachlage m. E. eine wesentlich andere. Jetzt hat die Einlageforderung für Gläubiger und Aktionäre nicht mehr Be-deutung wie jede andere Massforderung. Der Konkursverwalter wird versuchen, die eine wie die andere einzuziehen und, wenn dies auf Schwierigkeiten stößt, sie tumlichst gegen bar zu verkaufen, um die Masse flüssig zu gestalten und von Prozeßkosten zu entlasten. Daß der Konkursverwalter so gut wie möglich verkauft, wird durch seine Stellung und Verantwortlichkeit hinreichend sichergestellt. Das Bedürfnis nach einem besonderen Schutz für den Fall der Veräußerung

der Einlageforderung ist nicht gegeben. Der gegenteilige Standpunkt des RG. kann mehr schaden als nützen. Zunächst enthalten die Aus-führungen des Urteils in diesem Punkt einen Widerspruch oder zum mindesten eine Unklarheit. Das RG. fordert anfänglich ein „an-gemessenes, vollwertiges“ Entgelt. Hinterher ist nur noch von „An-gemessenheit“ die Rede. Aber die Vollwertigkeit ist etwas anderes wie die Angemessenheit. Sie bedeutet, daß die Gegenleistung den Nennwert der Einlageforderung erreichen muß. In diesem Sinne wird der Begriff der Vollwertigkeit in der oben erwähnten, gleichfalls auf § 221 HGB. fußenden Anspr. zur Aufrechnungsfrage (z. B. RG. 54, 392; 94, 63; JW. 1915, 516) verstanden; auch Brodmann und Leh-mann-Ring, auf die das RG. sich bezieht, vertreten die gleiche Auf-fassung. Denn es soll ja der Gesellschaft der volle Nennwert des Aktien-(Stamm-) Kapitals realiter erhalten bleiben. Der Begriff der Voll-wertigkeit ist also klar und gerechtfertigt. Für den vorliegenden Fall will aber das RG. schließlich doch auf die „Angemessenheit“ hinaus. Das ergibt besonders die allerdings nicht sehr deutliche Wendung, es sei „von den Ansprüchen auszugehen, wie sie in der Masse liegen“. Danach scheint es, daß das RG. außerhalb des Konkurses Vollwertigkeit, innerhalb des Konkurses Angemessenheit des Entgelts fordert. Für letzteres fehlt aber die Rechtsgrundlage. Der Begriff des „an-gemessenen Preises“ ist auch an sich vom Übel. Er stellt die Anspr. vor eine Aufgabe, die ihr nicht ansteht und die zur Willkür ver-leitet. Die Erfahrungen des Kriegswirtschaftsrechts (vgl. M. Leh-mann, „Der Begriff des angemessenen Preises in der Kriegs- und Übergangsgesetzgebung“, Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht, herausgegeben von E. Heymann, Heft 32) sollten zur Warnung dienen. Gerade im vorliegenden Falle muß der Begriff sich höchst nachteilig auswirken. Ist nämlich die Wirksamkeit des Forderungsverkaufs, zu welchem der Konkursverwalter ja häufig genötigt ist, von der Angemessenheit des Entgelts abhängig, so wird die Verwertbarkeit der Forderung stark be-einträchtigt, da sich der Erwerber der Forderung dem Risiko eines neuen, sehr unbestimmten und weitläufigen Einwandes aus-setzt. Das bedeutet also eine positive Schädigung der Masse. Ja der Einlagenschuldner hat, wenn der Fessionar mit seiner Lage abgewiesen wird, große Chancen, der Zahlung ganz zu entgehen. Denn wenn wie im vorliegenden Falle der Konkurs nach Abhaltung des Schlußtermins bereits aufgehoben ist, so hat der Schuldner nicht mehr viel zu befürchten. Die AktG. ist erloschen (Staub-Pinner, Anm. 11 zu § 307), und eine Nachtragsverteilung, die eines besonderen Gerichtsbeschlusses bedarf (§ 166 KO.), hier nur schwer in Gang zu bringen. Der Schuldner wird mit einer erheblichen Wahrscheinlich-keit darauf rechnen können, daß sie unterbleibt, weil nach Aus-schüttung der Masse Geld zur Führung neuer Prozesse nicht leicht zur Verfügung gestellt wird. So kann durch die wohlmeinende Ent-scheidung des RG. unter Umständen das Gegenteil dessen herbeigeführt werden, was sie erstrebt.

Prof. Dr. A. Nussbaum, Berlin.

wäre, wie z. B. eine Anfechtung der Sacheinlageverpflichtung wegen arglistiger Täuschung, Irrtums, Drohung.

Dagegen erheben sich gegen die Rechtsgültigkeit des Vertrags v. 27. Juni 1925, durch den der Konkursverwalter die Einlageansprüche an den Kl. abgetreten hatte, Bedenken aus einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt, der von der Rev. ebenfalls mit aufgegriffen worden ist. Nach § 221 HGB. (zu vgl. § 19 GmbHG. für die GmbH.) können die Aktionäre von den ihnen nach §§ 211, 220 HGB. obliegenden Leistungen — Geld- und Sacheinlagen — nicht befreit werden; Rechtsgeschäfte, die gegen dieses Verbot verstoßen, sind nichtig. Das Verbot bezweckt den Schutz der Gläubiger, aber auch den der Gesellschaft und der Aktionäre in ihrer Gesamtheit. Dabei ist ersichtlich das Wesentliche und Entscheidende nicht sowohl, daß der Aktionär und Gesellschafter voll leistet, sondern daß diese seine Leistung voll und ganz der Gesellschaft zufließt. Es kann nicht genügen, wenn die Leistung nur an den Zessionar der Gesellschaft in vollem Umfang erfolgt, insofern also eine Vollerleistung vorliegt. Ist vielmehr im Fall der Abtretung solcher Einlage- und Einbringungsansprüche der Gegenwert für die Abtretung zu gering, also dem Wert des abgetretenen Anspruchs nicht angemessen, so erhält die Gesellschaft eben nicht, wie es § 221 HGB. vorschreibt, die Einlage, vielmehr in Form des Abtretungsentgelts einen sehr viel geringeren Wert. Damit verstößt aber eine solche Abtretung gegen § 221 HGB. mit der Folge der Nichtigkeit des schuldrechtlichen und dinglichen Abtretungsgeschäfts. Abtretungen von Einlageansprüchen können als rechtsgültig hiernach nur dann anerkannt werden, wenn durch sie der Vermögensstand der Gesellschaft nicht verringert wird, mithin nur, sofern an Stelle des abgetretenen Anspruchs das angemessene, vollwertige Entgelt tritt (siehe auch Brodmann, S. 169 Anm. 6a zu § 218 HGB.; Lehmann-Ring, Anm. 1 zu § 221 das.). Sonst wäre auch für Umgehungsmöglichkeiten des § 221 HGB. gerade über den Weg der Abtretung Tor und Tür offen. Der hier vertretene Rechtsstandpunkt gilt für die Abtretung solcher Ansprüche der AktG. gleichermaßen inner- und außerhalb des Konkursverfahrens. Es kommt demnach entscheidend weiter darauf an, ob das von dem Konkursverwalter bei Abtretung der Ansprüche erzielte Entgelt ein „angemessenes“ war; dabei muß selbstverständlich von den Ansprüchen ausgegangen werden so, wie sie in der Masse lagen. Unter dem Gesichtspunkt der Angemessenheit des erzielten Preises hat aber das BG. die Frage der Rechtsgültigkeit des Abtretungsvertrags überhaupt noch nicht geprüft. Die Erwägungen, auf Grund deren es ein auffälliges Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung verneint hat, reichen dazu nicht aus. Die Bekl. hat auch unter Beweisanztritt eine Reihe von Behauptungen aufgestellt, die im Fall ihrer Erweislichkeit von Erheblichkeit sind. So hat sie u. a. geltend gemacht, daß der Konkursverwalter von ihr mehrere 1000 RM für die Abtretung der Ansprüche gefordert habe, daß von seiner Seite nichts weiter zu angemessener Verwertung derselben unternommen worden sei, daß sie ferner damals so gut wie unbelasteten, wertvollen anderweiten Grundbesitz gehabt habe. Der Konkursverwalter hat endlich immerhin selbst in seinem Bericht vor der Gläubigerversammlung v. 19. Juni 1925 hervorgehoben, daß nach seiner Ansicht der Anspruch der AktG. gegen die Bekl. auf Übertragung der mit 8000—10 000 RM zu bewertenden Grundstücke aussichtsreich sei.

Demgemäß war das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache, die weiterer tatsächlicher Erörterung bedarf, an das DLG. zu anderweiter Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen.

(U. v. 14. Juni 1929; 653/28 II. — Raumburg.) [Ru.]

b) Strafsachen.

Berichtet von Justizrat Dr. Drucker, Leipzig und
Rechtsanwalt Dr. Mäberg, Berlin.

I. Materielles Recht.

4. § 180 Abs. 3 StGB. Ausbeutung. Tateinheitliches Zusammentreffen von § 180 StGB. und von Mietwucher nach § 49a MietSchG. f)

Die Angekl. hat während zweier Jahre ein Zimmer ihrer

Wohnung ausschließlich an Dirnen vermietet. Sie mußte auch, daß sämtliche Dirnen, die über 18 Jahre alt waren, Männer zur Ausübung des außerehelichen Geschlechtsverkehrs in das Zimmer mitbrachten. Gewohnheitsmäßig und aus Eigennutz, um nämlich dadurch für sich Gewinne zu erzielen, hat sie der Unzucht in dem vermieteten Räume Vorschub geleistet.

Ausbeutung ist nach der Rspr. des RG. die bewußte Ausnutzung, der bewußte Mißbrauch einer Person oder Sache oder eines Verhältnisses zu Erwerbszwecken des Täters (vgl. RGSt. 53, 286). In Übereinstimmung mit dem Urteil RGSt. 62, 345 geht die Strk. davon aus, daß ein Ausbeuten dann vorliegt, wenn von der Dirne ein übermäßig hoher Mietzins gefordert wird, der nicht ausschließlich als Entgelt für die Überlassung der Wohnung, sondern zugleich als besondere Belohnung für die Zulassung des Unzuchtbetriebes erscheint. Bei Prüfung der Übermäßigkeit des geforderten Mietzins legt das BG. die Tatsache zugrunde, daß der Ehemann der Angeklagten selbst für die aus zwei Zimmern und Küche bestehende Wohnung nur 40 M monatlich zu zahlen hatte und daß sie nach den in B. ortsüblichen Preisen bei anderweiter Vermietung für das fragliche Zimmer mit der darin befindlichen Einrichtung nur etwa 40 M monatlich hätte fordern dürfen, wobei der Mietpreis ohne Frühstück gemeint ist. Nicht beizutreten ist der Ansicht der Verteidigung, es komme für die Angemessenheit des Preises nicht darauf an, was gewährt worden sei, sondern was nach den Vereinbarungen der Parteien beim Vertragschluß gewährt werden sollte. Denn durch den tatsächlichen Fortfall des Frühstücks erhöhte sich die für die Wohnung gewährte Vergütung.

Die Strk. verkennt nicht, daß der Angekl. mit Rücksicht auf die übermäßig starke Abnutzung der gesamten Zimmereinrichtung und auf den Umstand, daß die Dirnen Miete, z. B. die F. jetzt noch 18 M schuldig geblieben seien, ein Zuschlag zu der gewöhnlichen Miete zugebilligt werden mußte. In dieser Hinsicht hat der 1. StrSen. in dem Urteil RGSt. 62, 349 ausgesprochen, daß eine zahlenmäßig scharfe obere Grenze für die Höhe des dem Vermieter zuzubilligenden Zuschlags nicht gezogen werden könne. Sie werde sich nach den jeweiligen örtlichen Verhältnissen und nach den besonderen Umständen des Einzelfalles zu richten haben. Jedenfalls dürfe aber die Grenze nicht so hoch liegen, daß die auf ihrer Grundlage zu gewährende Vergütung unter dem Scheine der Rechtmäßigkeit und Angemessenheit letzten Endes doch auf ein Ausbeuten der Untermieterinnen i. S. des Gesetzes und damit auf eine Umgehung des § 180 Abs. 3 StGB. hinauslaufe. Der erf. Sen. tritt dieser Auffassung bei. Dementsprechend hat die Strk. die Unannehmlichkeiten, welchen die Angekl. durch die Vermietung an Dirnen ausgesetzt war, insbes. die Schädigung des Ansehens der Vermieterin in Betracht gezogen. Unter Berücksichtigung dieser Umstände erachtet sie für die Vermietung des Zimmers an eine Dirne einen Preis von höchstens 60 M und für die Vermietung an zwei zusammenwohnende Dirnen einen solchen von höchstens 90 bis 100 M monatlich als angemessen. Da aber die Angekl. durch das ständige Vermieten des Zimmers an zwei Dirnen einen Erlös von täglich 6 M und, als nach ihren eigenen Angaben auch die F. während einiger Tage als Dritte dort

Zu 4 u. 5. Zum Begriff der „Ausbeutung“ i. S. des § 180 Abs. 3 StGB. hat das RG. bereits in mehreren veröffentlichten Entsch. Stellung genommen (RGSt. 62, 341 ff.; 3 D 760/28; JW. 1929, 1023; 1 D 1291/28; JW. 1929, 2154). Von den publizierten Entsch. der DLG. sind zu nennen: DLG. Königsberg v. 24. Mai 1928, 6 S 104/28; JW. 1929, 277 f.; DLG. Hamburg v. 22. Nov. 1928, R II 331/28; JW. 1929, 1068 f. und DLG. Dresden v. 13. März 1929, 1 Ost 17/29; JW. 1929, 1498.

In den vorliegenden Entsch. legt der 2. StrSen. die bisherige Definition der reichsgerichtlichen Rspr. zugrunde, die vor allem in RGSt. 53, 286 und 62, 345 ff. niedergelegt ist, wonach unter Ausbeutung zu verstehen ist die bewußte Ausnutzung, der bewußte Mißbrauch einer Person oder Sache oder eines Verhältnisses zu Erwerbszwecken des Täters, im vorliegenden Falle also dann ein Ausbeuten vorliegt, „wenn von der Dirne ein übermäßig hoher Mietzins gefordert wird, der nicht ausschließlich als Entgelt für die Überlassung der Wohnung, sondern zugleich als besondere Belohnung für die Zulassung des Unzuchtbetriebes erscheint“ (vgl. dazu Begründung zu § 16 GeschStrG. und RGSt. 62, 345). In ständiger Rspr. wird außerdem betont, daß die von der Mieterin erlangten Vorteile, d. h. der

wohnte, einen Erlös von täglich 9 M aus dem Zimmer erzielt hat, hält die Strk. den geforderten Mietzins für übermäßig hoch. Er stelle eine besondere Belohnung für die Zulassung des Unzuchtbetriebes dar.

Demgegenüber macht die Rev. geltend, es sei unberücksichtigt geblieben, daß dem Ehemann der Angekl. wegen des Vermietens an Dirnen die Wohnung gekündigt worden sei und daß er infolgedessen die Kosten des Umzugs zu tragen habe. Unberücksichtigt sei auch der Umstand geblieben, daß die Angekl. mit der Unterbringung ihrer Kinder in Fürsorgeerziehung rechnen mußte. Schließlich sei auch der mögliche Ausfall an Mieten, der natürlich viel größer sein könne, als die von der Zeugin J. geschuldeten 18 M, insbes. im Hinblick darauf nur ungenügend berücksichtigt worden, daß sich für eine Wohnung, in der Dirnen gehaust haben, anständige Mieter nicht leicht finden werden. Allen diesen Einwänden kann eine durchgreifende Bedeutung nicht zuerkannt werden. Gemäß § 553 BGB. kann der Vermieter ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist das Mietverhältnis kündigen, wenn der Mieter oder derjenige, welchem der Mieter den Gebrauch der gemieteten Sache überlassen hat, ungeachtet einer Abmahnung des Vermieters einen vertragswidrigen Gebrauch der Sache fortsetzt, der die Rechte des Vermieters in erheblichem Maße verletzt. Es kann daher nicht unterstellt werden, daß die Strk. bei Prüfung der Risikofrage die Tatsache außer acht gelassen habe, daß der Angekl. wegen Mißbrauchs des Zimmers zur Duldung der Gewerbsunzucht die fristlose Kündigung drohte. Da das angegriffene Urteil ferner ausdrücklich feststellt, daß die Angekl. die Zweizimmerwohnung zusammen mit ihren „7 Kindern“ bewohnt hat und daß die Geräusche, die bei dem Männerbesuch entstanden, im Nebenzimmer gehört werden mußten, kann auch die Möglichkeit einer Unterbringung der Kinder zur Fürsorgeerziehung behufs Verhütung einer weiteren sittlichen Verwahrlosung nicht unberücksichtigt geblieben sein, wenn auch dieser Tatsache keine besondere Erwähnung gegeben ist. Was endlich den Ausfall an Miete betrifft, so war gemäß § 565 Abs. 3 BGB. bei Bemessung des Mietzinses nach Tagen die Kündigung an jedem Tage für den folgenden Tag zulässig. Bei dieser Rechtslage war die Strk. nicht veranlaßt, dem etwaigen Mietausfall eine erhebliche Bedeutung beizulegen. Allgemein erklärt sie, daß hinsichtlich des Mietwuchers die von dem Schöffengericht getroffenen rechtlichen Feststellungen bedenkenfrei sind. Dort wird aber das Risiko ausdrücklich berücksichtigt, das die Angekl. bei Vermietung des Zimmers an die Dirnen eingegangen ist. Wegen des tageweisen Vermietens vgl. noch RGSt. 62, 350.

Die getroffenen Feststellungen rechtfertigen auch die Verurteilung der Angekl. aus § 49 a MietSchG., da sie für die mietweise erfolgende Überlassung des fraglichen Zimmers einen Mietzins angenommen hat, der unter Berücksichtigung der von der Strk. dargelegten Verhältnisse als unangemessen anzusehen ist.

Tateinheitliches Zusammentreffen von Kuppelerei nach § 180 StGB. und von Mietwucher nach § 49 a MietSchG. ist rechtlich möglich, wenn, wie hier, das „Ausbeuten“ i. S. des § 180 Abs. 3 StGB. in dem Fördern eines nach § 49 a

den angemessenen Betrag übersteigende Teil der Miete, mit dem Betrieb der Gewerbsunzucht in ursächlichem Zusammenhang steht, entweder so, daß er sich als besondere Belohnung für die Zulassung des Unzuchtbetriebes darstellt, oder daß er von den Dirnen durch Steigerung ihres Unzuchtbetriebes aufgebracht werden muß (vgl. RGSt. 62, 341 f., 345; 1 D 1291/28: JW. 1929, 2154). In aller Regel werden diese Voraussetzungen vorliegen, „wenn der Vermieter Gesehungskosten, die er gem. § 49 a MietSchG. nicht in Ansatz bringen darf, auf die Dirnen abzumwälzen sucht“ (JW. 1929, 2154). Besonders eingehend hat sich mit dem Begriff des Ausbeutens bisher der 1. StrSen. beschäftigt in der Entsch. 1 D 865/28: JW. 1929, 1019 ff. und RGSt. 62, 341 ff. Zu dieser Entsch. ist bereits JW. a. a. O. (zum Begriff des Ausbeutens vgl. besonders S. 1021 f.) Stellung genommen. Es ist an dieser Stelle auch besonders betont worden (ebenso JW. 1929, 1068), daß die in dieser Entsch. vom RG. aufgestellten eingehenden Grundsätze und Gesichtspunkte sehr wohl geeignet sind, dem Tatrichter feste Anhaltspunkte zu geben, und daß es nicht wohl angeht, wie es der 3. StrSen. getan hat (3 D 760/28: JW. 1929, 1023), das Vorliegen einer Ausbeutung ausschließlich dem tatrichterlichen Ermessen zu überlassen. Der wesentlichste Gesichtspunkt wird immer der sein müssen (vgl. bes. Friedrichs: DWohnArch. 2, 243), daß in keiner Form auf die Dirnen ein Druck dahin ausgeübt werden darf, daß sie ihre

MietSchG. unangemessenen Mietpreises besteht (vgl. RGSt. 62, 351).

(2. Sen. v. 8. Mai 1929; 2 D 49/29.)

[M.]

5. Ausbeutung i. S. des § 180 Abs. 3 StGB. f)

Ausbeutung i. S. des § 180 Abs. 3 StGB. ist (vgl. RGSt. 62, 341, 345) die bewußte Ausnutzung, der bewußte Mißbrauch der Person der Mieterin zu Erwerbszwecken des Vermieters, dabei müssen die von der Mieterin erlangten Vorteile mit ihrem Betriebe der Gewerbsunzucht in ursächlichem Zusammenhange stehen, es muß also, wenn der Mietzins unangemessen hoch ist, der den angemessenen Betrag überschreitende Teil als Entgelt für die Zulassung des Unzuchtbetriebes erscheinen. Dabei kommt es nur auf den Willen des Vermieters an; ob sich auch die Mieterinnen ausgebeutet fühlen, ist rechtlich bedeutungslos. Diese werden aber in der Regel, was das BG. verkennt, durch eine von ihnen geforderte höhere Leistung gezwungen, ihren Verdienst zu vermehren, also ihrem Unzuchtsgewerbe mehr, als sie es sonst nötig hätten, nachzugehen. So wird, wenn nicht ein Ausnahmefall vorliegt, die Steigerung des Mietzinses ohne weiteres in dieser Richtung wirken. Wenn das BG. seine Ansicht damit zu stützen versucht, daß der vom Angekl. geforderte Mietzins in der Gegend, in der die Zeuginnen wohnten, als ortsüblich gelte, die Zeuginnen also vermutlich billigere Wohnungen in dieser Gegend nicht hätten bekommen können, so kann auch dem nicht zugestimmt werden. Denn im Hinblick auf die in dem angefochtenen Urteile bei der Besprechung des Raumwuchers über die Angemessenheit gemachten Ausführungen kann dieser Hinweis auf die Ortsüblichkeit nicht dahin verstanden werden, daß in jener Gegend v. S. der hohe vom Angekl. geforderte Mietzins allgemein für möblierte Zimmer üblich sei, er kann sich vielmehr nur auf an Frauenzspersonen, die gewerbsmäßig Unzucht treiben, vermietete möblierte Zimmer beziehen. Der Zweck des Abs. 3 des § 180 StGB. geht aber gerade dahin, diese Frauenzspersonen davor zu schützen, daß ihnen — abgesehen von dem vom BG. bereits berücksichtigten Zuschlag für die besonderen Unbequemlichkeiten und zu befürchtenden Mietausfälle (vgl. dazu RGSt. 62, 348/49) — ein höherer Mietzins aberlangt wird, als anderen Personen; eine Übung, die diesem Zweck geradezu zuwiderläuft, darf, bei Beurteilung des Raumwuchers und der Kuppelerei, wenigstens soweit es sich um den äußeren Tatbestand handelt, nicht berücksichtigt werden.

(2. Sen. v. 25. April 1929; 2 D 1287/28.)

[M.]

**6. §§ 263, 43, 46 StGB. Betrugsversuch zugunsten des Gemeinschuldners, begangen durch die Vorpiegelung, der Herausgabeanspruch sei bereits vor der Konkurseröffnung durch Leistung an den Gemeinschuldner getilgt worden. Für einen Rücktritt vom Versuch ist kein Raum, wenn der Täter sein Unternehmen für objektiv bereits gescheitert hält. †)

1. Nach dem Urteile richtete sich der Schädigungsvorwurf des Angekl. gegen die Konkursgläubiger, zu deren Befriedi-

gungsfähigkeit dadurch erhöhen, daß sie sich der gewerbsmäßigen Unzucht hingeben oder darin verbleiben. Auch in der Entsch. 2 D 49/29 erkennt der 2. StrSen. nicht, daß bei der Vermietung an Dirnen ein sog. „Fährlichkeitsbetrag für Mietausfälle“, eine Art Risikoprämie, ebenso wie ein „Unbequemlichkeitszuschlag“ gefordert werden darf (so schon RGSt. 62, 341 ff.), und stellt fest, daß die Strk. alle in Betracht kommenden Verhältnisse berücksichtigt habe. Zu einer weiteren Prüfung in bezug auf die Höhe des über die normale Miete hinausgehenden zulässigen Betrags war das BG. nicht in der Lage. Betont sei noch, daß die eingehenden Grundsätze des 1. StrSen. (RGSt. 62, 341 ff.), wie sich auch in den beiden vorliegenden Entsch. zeigt, für die weitere Rspr. richtunggebend werden.

Prof. Dr. G. Bohne, Köln.

Zu 6. Die Entsch. ist, soweit sie den Tatbestand gewürdigt hat, zutreffend, aber es war die Strafbarkeit noch unter einem anderen Gesichtspunkte zu prüfen.

1. Die Feststellung des landgerichtl. Urteils, der Angekl. habe, als er dem Konkursverwalter gestand, daß seine Vorpiegelung, der Herausgabeanspruch sei bereits vor der Konkurseröffnung durch Leistung an den Gemeinschuldner getilgt worden, unwahr sei, an schon erfolgte Entdeckung seines Betrugsversuchs seitens des Kon-

gung die 100 M, die er für den Gemeinschuldner eingezogen hatte und mit Rücksicht auf die inzwischen erfolgte Konkursöffnung an die Konkursmasse abzuführen verpflichtet war, dienen sollten. Der Angekl. unternahm es, diesen Betrag der Masse zu entziehen und dem Gemeinschuldner zu dessen freien Verfügung zuzuwenden, indem er in dem Konkursverwalter durch falsche Vorspiegelung den Irrtum erweckte, der Herausgabeanspruch sei bereits vor der Konkursöffnung durch Leistung an den Gemeinschuldner getilgt worden, und indem er den Verwalter dadurch zu bestimmen gedachte, von der Verfolgung jenes Anspruchs abzusehen. Nach der erkennbaren Annahme der Strk. war er sich dabei der Möglichkeit, dadurch die Befriedigung der Konkursgläubiger zu beeinträchtigen, bewußt und wollte sie.

Abgesehen von dem Merkmal der Bereicherungsabsicht konnte die Strk. hierin ohne Rechtsirrtum den äußeren und inneren Tatbestand des Betrugsversuchs erblicken. Insbes. ist sie zutreffend davon ausgegangen, daß der Beschwerdeführer, was er nach ihrer Annahme auch wußte, die 100 M nicht mehr an den Gemeinschuldner abführen durfte, sondern nur an den Konkursverwalter. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Angekl. noch die für den Gemeinschuldner eingezogenen Geldstücke in Natur als dessen Eigentum hinter sich hatte, oder ob der dingliche Herausgabeanspruch (§ 985 BGB.) — etwa nach §§ 948, 947, 951, 812 ff. BGB. infolge Verbrauchs oder Vermischung — in eine schuldrechtliche Geldforderung übergegangen war. Denn im einen wie im anderen Falle handelte es sich um ein der Zwangsvollstreckung unterliegendes Vermögensstück des Gemeinschuldners, das mit der Konkursöffnung in die Konkursmasse gefallen war, und bez. dessen dem Konkursverwalter das Recht zur Einziehung zustand.

Rechtlich verfehlt ist hiernach die Ausführung der Rev., daß der Beschwerdeführer durch Ausshändigung der 100 M dem Gemeinschuldner nur den diesem als Eigentümer zustehenden Besitz, mithin keinen rechtswidrigen Vermögens-

kurtsverwalters geglaubt, wird für gleichbedeutend damit erklärt, daß er — gleichviel ob fälschlich oder zutreffend — sein Unternehmen für mißglückt angesehen habe. Es bleibe daher für die Anwendung des § 46 Ziff. 2 StGB. kein Raum.

Insofern scheint sich ein Widerspruch zu ergeben zu der von Binding, Grundriß S. 139, und Dischhausen zu §§ 59 Bem. 25, 46 Bem. 26 vertretenen Ansicht, daß der fälschliche Glaube des Täters, die Tat sei entdeckt, während sie es nicht ist, die Straflosigkeit nach § 46 nicht ausschliesse. In der Tat wird diese Meinung an sich zu billigen sein. Denn das „Entdecktsein“ i. S. § 46 Ziff. 2 gilt dem Gesetzgeber als eine dem Rücktritt entgegenstehende objektive Tatsache. Der Glaube an ihr Vorhandensein ist nicht diesem selbst gleichzuachten. Der Irrtum geht nicht zu Lasten des Täters. Die öfters, insbes. vom RGSt. I, 307 f.; GoldbArch. 69, 396, 397 usw., an das Entdecktsein angeknüpfte unwiderlegliche Präsuumtion der Unfreiwilligkeit des Rücktritts muß auscheiden. Präsuumtionen unter Ausschluß des Gegenbeweises sind zu vermeiden, denn sie suchen nur materielle Rechtsfälle durch beweisrechtliche Umhüllung zu verschleiern. Durch die „Präsuumtion“ wäre in Wahrheit nichts anderes bestimmt als: Entdeckung schließt den Rücktritt aus, den freiwilligen wie den unfreiwilligen. Dagegen ist nicht zutreffend, daß die Unfreiwilligkeit nur durch die Tatsache der Entdeckung bewiesen werden könnte (Frank zu § 46 III 2, dagegen RGSt. 38, 402 f.).

Das Entdecktsein an sich hindert nicht den Erfolgseintritt und steht insofern auch einer Abwendung des Erfolges durch den Täter nicht entgegen, die ihm jedoch nach dem Gesetze nicht zugute käme, weil eben die Strafbefreiung von dem Nichtentdecktsein abhängig gemacht ist. Aber es kann und wird häufig mit dem Entdecktsein die Abwendung des Erfolges von anderer Seite sich verbinden, so daß dann ein Rücktritt des Täters nicht mehr in Frage kommt.

Die Annahme des Täters, daß Entdeckung zu erwarten sei, besetzt nicht notwendig die Freiwilligkeit des Rücktritts, denn es ist denkbar, daß dem Täter die Entdeckung und deren Folgen für ihn gleichgültig wären, nicht die Angst vor der Entdeckung den Rücktrittsgrund abgegeben hat (vgl. dazu auch Frank, § 46 II).

Es wird die Ansicht vertreten (lit. bei Frank, § 46 III), Entdeckung liege nur vor, wenn die Tat Dritten außer den am Verbrechen tätig oder leidend Beteiligten bekanntgeworden sei. Die Kenntnis des Verletzten würde dann nicht ein Entdecktsein ergeben und die Strafbefreiung stände davon unabhängig. Aber auch wenn man dies, mit RGSt. 26, 77 ff. und Lobe, Bem. 5 zu § 46, ablehnt, muß für die Entdeckung seitens des Verletzten dann Befonders gelten, wenn damit die Kausalität des deliktischen Tuns ausgeschlossen ist. Steht fest, daß der Erfolg nicht eintreten kann, so

vorteil verschafft haben würde. Eher hätte sich die Frage aufzuwerfen lassen, ob nicht die Rechtswidrigkeit des Vermögensbeschädigung — deshalb zu verneinen sei, weil durch die geplante Leistung an den Gemeinschuldner der Anspruch der Konkursmasse nicht getilgt, also der Angekl. dieser gegenüber nicht befreit worden wäre. Das würde indessen nur in Frage kommen, wenn die Absicht des Angekl. dahin gegangen wäre, auf seine Kosten dem Gemeinschuldner eine Zuwendung zu machen, während er hier eben diejenigen 100 M, die er an die Konkursmasse schuldet, auf Kosten der Gläubiger dem Gemeinschuldner in einer Weise zuzuschieben beabsichtigte, die ihn selbst jener Schuldverpflichtung zwar nicht rechtlich aber tatsächlich überhob. Sein Bestreben ging also dahin, eben denjenigen Vermögenswert, um den er die Konkursgläubiger schädigte, dem Gemeinschuldner zu verschaffen, dem er nach der Rechtsordnung nicht mehr gebührte.

2. Auch daß die Strk. den § 46 StGB. verkannt hätte, trifft nicht zu. Da die Täuschungshandlung des Angekl. begangen war, und es sich nur noch darum handeln konnte, ob der mit ihr bezweckte Erfolg im äußeren Kaufabverlaufe eintreten würde, lag der Fall des beendeten Versuchs (§ 46 Nr. 2 StGB.) vor. Ob dieser bereits entdeckt war, als am 22. Mai 1928 der Angekl. dem Konkursverwalter gestand, daß seine Vorspiegelung unwahr sei, geht aus dem Urteile allerdings nicht mit Sicherheit hervor. Die Strk. hat indessen die Anwendung des § 46 StGB. auch nicht deshalb abgelehnt, weil beim Rücktritt des Angekl. dessen Tat entdeckt gewesen sei, sondern weil der Angekl. sie für entdeckt gehalten habe und darum die Freiwilligkeit des Rücktritts zu verneinen sei.

Die tatsächliche Seite dieser Annahme ist für das RevG. bindend. Rechtlich ist sie im Ergebnis nicht zu beanstanden. Der § 46 StGB., der einen Anreiz zur Abkehr von dem strafbaren Vorhaben bieten will, räumt dem Willen des Täters und dessen Beweggründe für seinen Rücktritt ent-

gibt es nicht Rücktritt durch Erfolgsabwendung. Es ist dann Hinderungsgrund des Rücktritts nicht sowohl das Entdecktsein als solches, vielmehr der mit der Entdeckung gegebene Mangel der kausalen Kraft der Täterhandlung, ein Moment, das genau ebenso wirken würde, wenn das Gesetz eine besondere Bestimmung über das Entdecktsein nicht enthielte (die Entwürfe wollen diese ja, und mit Recht, streichen). Man mag insofern von „spezifischer“ Entdeckung sprechen.

Liegt ein beendeter Betrugsversuch vor und der Getäuschte hat bereits erkannt, daß er getäuscht worden ist, so kann nicht erst der Täter ihm diese Aufklärung schaffen und so den Eintritt des Erfolges verhüten, vielmehr ist der vom Täter angestrebte Kaufabverlauf bereits unterbrochen. Der wirklichen Erfolgsabwendung durch den Täter steht nicht gleich, daß dieser den Erfolg seinerseits für abwendbar hielt, während der Erfolg bereits abgemeldet war, sein Nichteintritt bereits feststand. Zu anderer Entsch. würde hier § 27 Abs. 3 der RTVorlage führen: „Unterbleibt die Ausführung oder der Erfolg ohne Zutun des Zurücktretenden, so genügt, solange er das nicht weiß, zu seiner Straflosigkeit setz ernstliches Bemühen, die Ausführung zu verhindern oder den Erfolg abzuwenden.“ Aber auch in dem gegenteiligen Falle, daß der Täter den Erfolg tatsächlich abwendet, jedoch glaubt, dem deliktischen Handeln sei die Kausalität schon ohne sein Zutun genommen, fehlt es am „Rücktritt“. Denn nicht nur die Tatsache, auch der Wille der Erfolgsabwendung ist zu fordern. Der Täter verneint, der von ihm Getäuschte habe die Vorspiegelung nachträglich bereits durchschaut und es könne diese daher für eine Vermögensbeschädigung nicht kausal werden, während in Wahrheit erst das Eingeständnis des Täters die Aufklärung bringt. Der Wille ging hier nicht auf Erfolgsabwendung, und die bloße Tatsache einer solchen wird nicht vom Rechte prämiert. Die gleiche Auffassung vertritt im gegebenen Falle das RG. Die Alternative ist: entweder wußte beim Eingeständnis des Täters der Getäuschte bereits vor der Täuschung, dann war Erfolgsabwendung durch den Täter objektiv unmöglich, oder der Täter glaubte doch an dieses Wissen, dann hat er nicht den Willen der Erfolgsabwendung gehabt. Der Entsch. ist also insofern beizustimmen.

2. Der Tatbestand ist nicht unter dem Gesichtspunkt eines Konkursdelikts — Schuldnerbegünstigung gem. § 242 I RD. — gewürdigt worden. Diese Annahme aber lag nahe. Das landgerichtliche Urteil stellt nicht nur einen Schädigungsvorsatz des Angekl. gegen die Konkursgläubiger fest, sondern sieht auch den Zweck des Unternehmens darin, der Masse einen Betrag zu entziehen und dem Gemeinschuldner zu dessen freier Verfügung zuzuwenden. Der Angekl. hat also „im Interesse des Schuldners“ gehandelt. Der Herausgabeanspruch gegen den Angekl. gehörte zur

scheidende Bedeutung bei. Allerdings verlangt er nicht sittliche Motive, immerhin aber ein auf freiem — d. h. nicht äußerem oder innerem Zwange gehorchendem — Entschlusse beruhendes Zurücktreten von der Tat, also im Fall des § 46 Nr. 1 ein von dem Willen, die Tat nicht bis zu Ende fortzuführen, getragenes Unterlassen, im Fall des § 46 Nr. 2 ein bewußtes und gewolltes Unterbrechen des in Bewegung gesetzten Kaufabverlaufs. Ohne den Willen, die Tat aufzugeben und abzubrechen, ist ein Rücktritt nicht denkbar. Wer versehentlich oder unwissentlich die Vollendung seiner Tat vereitelt — z. B. das zu verabreichende Gift verschüttet oder nach dessen Verabreichung dem Opfer ein wirksames Gegenmittel beibringt —, vollzieht überhaupt keinen Rücktritt, folglich auch keinen freiwilligen. Aus demselben Grunde ist für einen Rücktritt — gleichviel ob i. S. des § 46 Nr. 1 oder Nr. 2 StGB. — kein Raum, wenn der Täter — zutreffend oder fälschlich — sein Unternehmen für objektiv bereits gescheitert hält. Was immer er unter der Einwirkung dieser Vorstellung unterlassen oder vornehmen und was immer ihn dazu bewegen möge, mit dem Willen der Aufgebung oder Rückgängigmachung eines noch in Lauf befindlichen Unternehmens kann er dabei nicht handeln. Ein Rücktritt — sei er freiwillig oder unfreiwillig — kommt für ihn überhaupt nicht in Frage, sondern höchstens ein Abstandnehmen von einem neuen Versuche oder eine auf Verschleierung des strafbar Betanen oder auf Worttäuschung reuiger Umkehr abzielende Scheinhandlung. Dabei spielt es keine Rolle, daß der Täter, falls er nur irrigerweise sein Unternehmen für bereits gescheitert hielt, tatsächlich den Eintritt des beabsichtigten strafbaren Erfolgs noch abwenden mag; denn er tut es solchenfalls unwissentlich, also nicht freiwillig.

Von diesem Gesichtspunkt aus kann auch im vorliegenden

Sollmasse des Konkurses. Der Angekl. war verpflichtet, den Betrag zur Konkursmasse abzuführen. Durch die Vorspiegelung, der Anspruch sei bereits vor der Konkursöffnung durch Leistung an den Gemeinsschuldner getilgt worden, war der Angekl. bestrebt, ein zur Masse gehöriges Vermögensstück des Schuldners zu „verheimlichen“. Während ein Betrug erst dann vollendet ist, wenn das Vermögen des andern Teils beschädigt worden ist, liegt ein „Verheimlichen“ in jeder Tätigkeit, die darauf abzielt, die Entdeckung zu verhindern. Das ist der Sinn des „Verheimlichens“ nach § 259 StGB., und es ist kein Grund ersichtlich, es in Anwendung des § 242 I RD. anders zu interpretieren. Demnach würde mit der Vorspiegelung an den Konkursverwalter das Verbrechen auch dann vollendet sein, wenn die Täuschung mißlungen wäre oder doch nur vorübergehend verfangen hätte. Daraus folgt, daß ein Rücktritt vom beendeten Betrugsversuche nicht geeignet wäre, das Verbrechen aus § 242 I RD. zu beseitigen. Nur die ideale Konkurrenz mit Betrugsversuch bliebe beiseite. Der Täter wäre wegen vollendeten Konkursbetrugs zu bestrafen. Von der Beschränkung gem. § 358 Abs. 2 StGB. wird abgesehen. Der Betrugsversuch hätte, da durch ihn ein anderweitiges Delikt bereits konsumiert wäre, die Bedeutung qualifizierten Betrugs. Durch die Zulassung mildernder Umstände in § 242 RD. (Gefängnisstrafe oder Geldstrafe) werden Härten ferngehalten.

Nach der Rpr. des RGSt. 56, 63 usw. kommt es für das Verheimlichen nach § 259 StGB. nicht darauf an, daß es einem Suchenden gegenüber geschah, eine Nachforschung nach der Sache bereits eingeleitet hatte (anders Lobe zu § 259 Bem. 3a). Ob diese Frage auch für das Verheimlichen gem. § 242 I RD. zu stellen wäre, kann auf sich beruhen. Denn im gegebenen Falle ist einem Suchenden gegenüber verheimlicht worden. Der Konkursverwalter hat die Pflicht, aus der Sollmasse in möglicher Konkordanz mit ihr die Sollmasse des Konkurses zu bilden, § 117 RD. Er ist suchendes Organ bezüglich aller Gegenstände der Sollmasse, und in dieser seiner Eigenschaft hat ihm der Angekl. vorgespiegelt, er habe den fraglichen Betrag schon vor der Konkursöffnung an den Gemeinsschuldner geleistet. Durch die Mitteilung wurde die Aufmerksamkeit des Konkursverwalters speziell auf diesen Gegenstand in seiner Beziehung (Zugehörigkeit, Nichtzugehörigkeit) zur Sollmasse gerichtet und die falsche Angabe sollte den zur Prüfung der Massqualität verpflichteten Verwalter als „Suchenden“ zu der Folgerung bestimmen, daß ein Anspruch der Masse nicht bestehe.

Geh. Rat. Prof. Dr. Detker, Würzburg.

Zu 7. Obiger Entsch. pflichte ich im Ergebnis bei, wenn auch die gegebene Begründung nur zum Teil zutreffend erscheint.

Mit Recht geht das RG. davon aus, daß mit Handzeichen unterfertigte Schriftstücke als Urkunden i. S. des § 267 StGB. angesehen werden können. Nach geltendem Strafrecht umfaßt der Begriff der Urkunde alle körperlichen Gegenstände, die als Beweismittel dienen. Das Gesetz setzt nicht einmal Schriftlichkeit, geschweige denn Unterfertigung der Urkunde voraus.

Falle ein Rücktritt des Angekl. überhaupt nicht, also vollends kein freiwilliger i. S. des § 46 StGB. in Betracht kommen, selbst wenn er in Wirklichkeit erst durch sein Schreiben vom 22. Mai 1928 den Konkursverwalter über die geplante Täuschung aufgeklärt haben sollte. Denn die Feststellung des Urteils, der Angekl. habe an die Entdeckung seines Betrugsversuchs seitens des Konkursverwalters, der doch getäuscht werden sollte, geglaubt, ist gleichbedeutend damit, daß er — gleichviel ob fälschlich oder zutreffend — sein Unternehmen für mißglückt angesehen hat. Für die Anwendung des § 46 Nr. 2 StGB. war bei dieser Sachlage kein Raum (RGSt. III 687/26 v. 9. Dez. 1926; II 187/28 v. 21. Mai 1928).

Die Rev. war hiernach zu verwerfen.

(3. Sen. v. 6. Mai 1929; 3D 290/29.)

[A.]

**7. § 267 StGB. Fälschliche Anfertigung einer Urkunde durch Anbringung von Kreuzen und deren Beglaubigung zum Zwecke der Worttäuschung der Unterschrift. f)

Fälschlich angefertigt ist eine Urkunde, wenn ihr durch die Unterschrift der Schein verliehen werden sollte und verliehen worden ist, daß sie von einem anderen, als von dem wirklichen Aussteller ausgestellt worden sei, wenn also mit der Urkunde eine Täuschung über die Identität der Person des Ausstellers bezweckt worden ist (RGSt. 30, 43/44). Die Urteilsfeststellungen ergeben, daß diese Voraussetzung hier erfüllt ist. Der Angekl. hat die fraglichen drei Rentenquittungen mit drei Kreuzen unterzeichnet und diese als das Handzeichen der Berta Sch. beglaubigt. Durch Herstellung der drei Kreuze, die nach Herkommen als Ersatz für die Unterschrift von Blinden oder Schreibunkundigen zu dienen bestimmt sind, in Verbindung mit dem Beglaubigungsmerkmal hat er den An-

Es liegt auch fälschliche Anfertigung einer Urkunde vor, obwohl nicht das gefälschte Handzeichen, sondern der vom Angekl. herrührende, also echte Beglaubigungsvermerk die Täuschung über die Person des Ausstellers der Urkunde hervorruft. Es genügt für die Feststellung des Tatbestandsmerkmals der fälschlichen Anfertigung, daß der Irrtum über die Identität des Ausstellers durch die Urkunde erzeugt wird; aber es ist nicht erforderlich, daß er gerade durch die Unterschrift oder das Handzeichen selbst erregt wird. Eine nicht unter den Tatbestand der Urkundenfälschung fallende sog. „schriftliche Fälschung“ liegt nur dann vor, wenn sich der täuschende Erklärungsinhalt der Urkunde nicht auf die Identität des Ausstellers, sondern auf andere Umstände bezieht. Im vorliegenden Fall erzeugen Text, Handzeichen und Beglaubigungsvermerk in ihrer Zusammenstellung auf der Urkunde eine Täuschung über die Identität des Ausstellers, so daß die fälschliche Anfertigung der Urkunde bedenkenfrei angenommen werden kann. Übereinstimmend die oben zit. Entsch. RGSt. 23, 184 und OLSHAUSEN § 267 Anm. 19a.

Dagegen hält die kurze vom RG. für das Vorhandensein der Beweiserheblichkeit der gefälschten Privaturkunde gegebene Begründung einer genaueren Nachprüfung nicht stand. Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist die Fälschung einer Privaturkunde nur strafbar, wenn diese „zum Beweise von Rechten oder Rechtsverhältnissen von Erheblichkeit ist“. Die Beweiserheblichkeit findet das RG. in obiger Entsch. darin, daß die gefälschte Urkunde eine „Quittung“ i. S. des § 368 BGB. sei. Allerdings legt das Zivilrecht formgerechten Quittungen eine große Beweiskraft bei; so ist der Überbringer einer Quittung nach § 370 BGB. zum Empfang der Leistung ermächtigt; und die Quittung erbringt nach § 416 ZPO. vollen Beweis für die Tilgung der Schuld. Das RG. hat aber in obigem Urteil übersehen, daß die gefälschte Urkunde an einem Formfehler leidet, der ihr die vorausgesetzte gesetzliche Beweiskraft raubt. § 368 BGB. schreibt für die Quittung Schriftform vor. Nach § 126 BGB. genügen Handzeichen nur dann der gesetzlichen Schriftform, wenn sie gerichtlich oder notariell beglaubigt sind. Auch nach § 416 ZPO. ist öffentliche Beglaubigung des Handzeichens erforderlich. Im vorliegenden Fall würde also die gefälschte Urkunde, selbst wenn sie echt wäre, weder den vollen Beweis für die erfolgte Zahlung, noch für die Empfangsberechtigung des Angekl. erbringen. Die vom RG. für die Beweiserheblichkeit gegebene Begründung ist also nicht zutreffend. Die oben vom RG. zit. Entsch. RGSt. 23, 184 nimmt zu dieser Frage überhaupt keine Stellung, weil sie aus anderen Gesichtspunkten zur Freisprechung gelangt. Ältere Urteile haben sich in die in solchen Fällen auftauchenden Fragen mehr vertieft, haben die Formungültigkeit der nicht öffentlich beglaubigten Handzeichen erkannt und sich mit den daraus hervorgehenden Bedenken auseinandergesetzt. R. VI S. 356 hat die Entsch. mit Recht darauf abgestellt, ob eine gefälschte Vertragsurkunde trotz mangelnder öffentlicher Beglaubigung des Handzeichens der einen Vertragspartei und trotz der daraus folgenden Unwirksamkeit der schriftlicher Form bedürftigen Willenserklärung nicht gleichwohl für irgendwelche Rechtsverhältnisse beweiserheblich ist; in diesem

schein hervorgerufen, als ob die Quittung, eine beweiserhebliche Privaturfunde (§ 368 BGB.), von der Witwe Sch. selbst ausgestellt worden sei, während er in Wahrheit der Aussteller der Unterschrift war. Damit ist der objektive Tatbestand einer Urkundenfälschung i. S. des § 267 StGB. erfüllt (vgl. RGSt. 23, 184).

(2. Sen. v. 27. Sept. 1928; 2D 450/28.) [A.]

****8. § 345 Abs. 2 StGB. Mitwirkung bei der Strafvollstreckung. Solidare Verantwortlichkeit der bei der Strafvollstreckung mitwirkenden Beamten. Die Fahrlässigkeit des hilfeleistenden Beamten kann darin gefunden werden, daß für ihn die Möglichkeit einer unzulässigen Strafvollstreckung auf Grund der Vorlegung eines unrichtigen Entwurfs voraussehbar war.**

Die Strk. stellt fest, daß der Angekl., der das Amt eines Justizinspektors bekleidet, durch seine Fahrlässigkeit mitverschuldet habe, daß gegen den Arbeiter Sch. eine Strafe vollstreckt worden ist, die nicht dem Maße nach vollstreckt werden durfte. Von der Anklage eines Vergehens nach § 345 Abs. 2 StGB. hat sie ihn jedoch freigesprochen, weil er lediglich eine Hilfsstätigkeit ohne erkennbare äußere Verantwort-

Urteil ist die Beweiserheblichkeit deshalb angenommen, weil nach dem damals geltenden preuß. Recht auch die formungültige Urkunde gewisse Bindungen des Vertragsgegners erzeugte. Nach RGSt. 10, 306 erbringt ein nicht öffentlich beglaubigtes, nur mit drei Kreuzen unterfertigtes Schriftstück zwar nicht i. S. von § 416 ZPO. den vollen Beweis für die darin abgegebene Erklärung, ist aber doch nicht ohne Beweiskraft dafür, daß der Schreibkundige den Inhalt des Schriftstückes als seine eigene Erklärung gelten lassen wollte. RGSt. 11, 184 bejaht die Beweiserheblichkeit von überhaupt nicht unterschriebenen Quittungen (Arbeitsbescheinigungen), weil im Zivilprozeß aus der Tatsache ihrer Ausstellung und Aushändigung bedeutungsvolle Folgerungen gezogen werden können. In letzterem Urteil ist auf die ständige Rpr. hingewiesen, wonach die Beweiserheblichkeit einer Urkunde nicht nur aus Form und Inhalt, sondern auch nach außer der Urkunde liegenden Umständen zu beurteilen ist. Nach diesen von der älteren Judikatur entwickelten zutreffenden Grundsätzen ist Beweiserheblichkeit der gefälschten Rentenquittung in obigem Fall anzunehmen. Wenn nämlich die Rentnerin die durch die Post an den Angekl. bewirkte Auszahlung nicht gegen sich gelten lassen will und ihre Forderung gegen den Fiskus einklagt, so konnte sich letzterer wegen des Formmangels der gefälschten Urkunde zwar nicht auf die formelle Beweiskraft und Legitimationswirkung einer Quittung gen. §§ 368, 370 BGB., § 416 ZPO. berufen, wohl aber einwenden, daß die Rentnerin den Angekl. bevollmächtigt hat, die Rente für sie abzuheben. Im Zivilprozeß würde dann die gefälschte Rentenquittung als Beweismittel für die formlos gültige Ermächtigung des Angekl. zur Einziehung der Rente eine entscheidende Rolle spielen. Wäre die Rentenquittung echt, so müßte die Rentnerin trotz des Formmangels der Quittung mit der Zivilklage abgewiesen werden; da die Rentenquittung aber gefälscht ist, muß der Fiskus nochmals zahlen. Die Urkunde ist daher beweiserheblich, und die Verurteilung des Angekl. zu Recht erfolgt, wenn auch aus anderen, als den vom RG. angeführten Gründen.

Der oben entschiedene Fall gehört also in das theoretisch und praktisch gleich interessante und schwierige Gebiet der Fälschung formungültiger Urkunden, in dem immer daselbe Problem auftaucht, ob nicht trotz materieller Unwirksamkeit der in der Urkunde enthaltenen Erklärung oder trotz mangelnder formeller Beweiskraft der Urkunde deren Urkundencharakter und Beweiserheblichkeit wegen anderer rechtlicher Beziehungen angenommen werden muß. In daselbe Gebiet gehört die Fälschung privatschriftlicher Grundstückskaufverträge, ungültiger Testamente, langfristiger, nur vom Mieter unterschriebener Mietverträge, den gesetzlichen Vorschriften nicht genügender Wechsel und Schecks u. a. m. (reiche Judikatur siehe Ebermayer § 267 Anm. 18 StGB. und Dikshausen Anm. 21).

RM. Rudolf Prall, Berlin.

Zu 8. 1. Die vom RG. gemißbilligte Begründung des freisprechenden Urteils der Strk. kann den Eindruck erwecken, als entsamme sie einer Zeit, der die „Entlastung“ des Richters und Staatsanwalts, die Feinzelle der „kleinen Justizreform“, noch als ein Fremdkörper im Bau der Justiz erschien. Solange das „Vorverfügen“, d. h. das Anfertigen von Entwürfen, die zur Erlangung voller Wirksamkeit der Unterzeichnung durch einen nachprüfenden Beamten bedarf, nicht ausdrücklich vorgeschrieben oder zugelassen war, konnte es vielleicht als private Gefälligkeit ohne rechtliche Bedeutung angesehen werden. Aber seit es vor fast einem Vierteljahrhundert ausdrücklich zur Amtspflicht erklärt worden ist, kann die rechtliche Verantwortlichkeit für diese „Hilfsstätigkeit“ nicht um deswillen verneint werden, weil sie der äußeren Erkennbarkeit ermangle. Insofern unterscheidet sie sich grundsätzlich nicht von der des Sachbearbeiters

lichkeit ausgeübt habe und daher nicht zur Mitwirkung bei der Strafvollstreckung berufen gewesen sei.

Diese Begründung ist rechtsirrtümlich.

§ 345 Abs. 2 StGB. bedroht den Beamten mit Strafe, der aus Fahrlässigkeit eine Strafe vollstrecken läßt, die überhaupt nicht oder nicht der Art oder dem Maße nach vollstreckt werden darf. Nach der Rpr. des RG. setzt der Tatbestand eine „innerhalb der amtlichen Befugnisse sich bewegende Mitwirkung“ voraus, durch welche die in der Vorschrift bezeichneten Erfolge herbeigeführt werden (RGSt. 5, 333). Unter den Begriff des Vollstreckenlassens fällt jedes Tun oder Unterlassen, welches einen solchen Erfolg verursacht. Ob dies unmittelbar oder nur mittelbar geschieht, ist dabei ohne rechtliche Bedeutung (vgl. RGSt. 19, 345; RMilG. 6, 26).

RGSt. 5, 332 hat eine Mitwirkung bei der Strafvollstreckung und demgemäß die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Expeditionssekretärs bei einer Gefangenenanstalt bejaht, weil er durch Unterlassung der ihm obliegenden Eintragung des Entlassungstages im Terminkalender eine längere als die urteilsmäßige Festhaltung eines Gefangenen herbeigeführt hatte. Ferner ist in dem Ur. RGSt. 19, 346 ausgesprochen, daß kein innerer Grund dafür erkennbar sei, den § 345 StGB.

in einer bürokratisch organisierten Behörde, dessen Entwurf der Prüfung durch den Behörden- oder Abteilungsleiter unterliegt. Deshalb diene es nur der Beseitigung von Zweifeln, die durch die ursprüngliche, vielleicht eine gewisse Unsicherheit der zunächst nur taftend vorgehenden Justizverwaltung veratende Fassung der AllgVfg. v. 9. Nov. 1910 (vgl. AllgVfg. v. 25. April 1906) entstanden waren, aber bedeutete in der Sache nicht etwa die Begründung einer neuen Amtspflicht, wenn in der AllgVfg. v. 6. Juli 1915 die Verantwortlichkeit des hilfeleistenden Beamten für die ihm obliegende Tätigkeit ausdrücklich klargestellt wurde. Nur diese Auffassung entspricht der Bedeutung der Hilfsstätigkeit, wie sie auch neuerdings wieder durch ihre Einreihung in die Rate A II des schwierigen Bürodienstes (§ 32 der „Buko“) anerkannt worden ist, und wird der von den Rechtlichenden mit Recht geforderten Sicherheit des Geschäftsverkehrs bei den Justizbehörden gerecht. Die mit der Beteiligung mehrerer Beamten an einem Dienstgeschäft stets verbundene Gefahr, daß jeder sich auf den anderen verläßt, wird wirksam nur dadurch ausgeschaltet, daß grundsätzlich jeder für die pflichtmäßige Erledigung der ihm gestellten Aufgabe voll verantwortlich ist. Der Versuch, die Verantwortung grundsätzlich abzulehnen, tritt in Widerspruch zu den berechtigten Forderungen der Gesamtheit, deren Diener der Beamte ist, und gefährdet deshalb das Vertrauensverhältnis zwischen ihr und der Beamtenschaft. Freude an der richtig abgegrenzten eignen Verantwortung jedes einzelnen Beamten sollte deshalb von den Beamten selbst wie von der Verwaltung mit allen Mitteln gepflegt werden.

2. Etwas anderes will wohl auch das RevG., dem tatsächliche Feststellungen versagt sind, mit der in drittlekter Sage der Begründung dem VG. gem. § 358 StPO. gegebenen Rücksicht nicht sagen. Unter den „obwaltenden Verhältnissen“, die ein fahrlässiges Verschulden des Angekl. ausschließen können, ist jedenfalls nicht ein schrankenloses Vertrauen auf die Sorgfalt des nachprüfenden Staatsanwaltschaftsrats zu verstehen, sondern wie umgekehrt der Dezernent jeden Entwurf eines als sorgfältig bekannten Vorverfügers blind unterzeichnen darf. Inwiefern die tatsächliche Übung sich auf den Standpunkt einer gewissen Arbeitsteilung stellen darf — und muß, wenn nicht die „Entlastung“ zu unwirtschaftlicher Doppelarbeit führen soll —, läßt sich nicht nach starren Regeln, sondern nur im Wege verständiger Würdigung des Einzelfalles beurteilen. In solchen Grenzen wird sich z. B. der Dezernent auf das Vermeiden offensichtlicher Aktenwidrigkeiten, Rechenfehler, Verstöße gegen alltäglich vom Urkundsbeamten der Geschäftsstelle zu handhabende Rechtsvorschriften durch den hilfeleistenden Beamten, dieser wiederum auf die Nachprüfung nicht alltäglicher Rechtsfragen und von ihm etwa angedeuteter Zweifel durch den Dezernenten je nach Umständen ohne Verschulden verlassen können.

3. Grundsätzlich das gleiche wird für die Verantwortlichkeit des Vorverfügers beim „Vorverfügen zum Zwecke der Ausbildung“ (vgl. Rundverf. v. 31. Mai 1926, abgedr. bei Thiesing-Weber, „Der mittlere Justizdienst in Preußen“ S. 204) anzunehmen sein, mag es von Aktuarern, Obersekretären oder Referendaren geleitet werden: wie weit an ihre Erfahrung und Gewandtheit ein milderer Maßstab anzulegen ist, bleibt im Einzelfalle zu würdigen. Gewissenhafte Aufmerksamkeit muß aber auch hier gefordert werden: peinliche Sorgfalt ist eins der ersten Gebote für den jungen Beamten. Praktisch wird freilich die Verantwortlichkeit des Vorverfügers hier seltener zur Geltung kommen, weil die Nachprüfungspflicht des Ausbildungsleiters weiter geht als die des „entlasteten“ Richters oder Staatsanwalts.

4. Auffallen kann, daß die Urteilsgründe des RG. bei dem Ausspruch des Festhaltens an der bisherigen Rpr. das Wort „geltenden“ vor „Gesetze“ ausdrücklich unterstreichen. Was soll das be-

aufser Anwendung zu lassen, wenn beispielsweise ein Registraturbeamter durch Unterdrückung eines eine Rechtsmittel-entlegung enthaltenden Schriftsatzes oder ein Urkundsbeamter durch falsche Beurkundung der Zurücknahme eines Rechtsmittels eine unzulässige Strafvollstreckung herbeiführt. Das gleiche gelte von einem Gerichtsschreiber, der durch unrichtige Beurkundung eines in einer Hauptverhandlung ergangenen Urteils eine unzulässige Strafvollstreckung verschulde, ohne Unterschied, ob er auch mit der Strafvollstreckung befaßt sei oder nicht.

In der Richtung dieser Rspr. (vgl. noch die Zusammenstellung bei GoldArch. 56, 224), an der dem geltenden Gesetze gegenüber festzuhalten ist, liegt die Auffassung, daß der Angekl. im gegebenen Falle für die unzulässige Strafvollstreckung haftet, wenn er nach den für ihn in Betracht kommenden Dienstvorschriften in verantwortlicher Weise dabei mitgewirkt hat.

Für Preußen gelten in dieser Hinsicht folgende Bestimmungen:

Nach der AllgVfg. des Pr.JustMin. über Entlastung der höheren und mittleren Justizbeamten vom 9. Nov. 1910 (JMBl. 393), die durch § 1 AllgVfg. v. 28. Mai 1923 (JMBl. 401)¹⁾ ausdrücklich aufrechterhalten ist, haben der Gerichtsschreiber und der Sekretär bei den dem Richter und dem Staatsanwalt obliegenden schriftlichen Arbeiten nach Maßgabe der dort bezeichneten Vorschriften durch Anfertigung der Entwürfe Hilfe zu leisten. Zu diesen Arbeiten gehören auch die regelmäßig nach Rechtskraft des Urteils wiederkehrenden Verfügungen, insbes. behufs Vollstreckung der Strafe. Zur Beseitigung entstandener Zweifel hat Nr. 10 dieser Verfügung durch den Erlaß v. 6. Juli 1915 (JMBl. 129) folgende Fassung erhalten: „Der Beamte, der die Hilfe leistet, ist für die ihm obliegende Tätigkeit verantwortlich. Die Verantwortlichkeit des Richters, des Staatsanwalts, des Gerichtsschreibers und des Sekretärs bleibt bestehen.“ Hiernach war der Angekl. für die innerhalb seiner amtlichen Befugnisse sich bewegende Mitwirkung bei der Strafvollstreckung verantwortlich. Ohne Einfluß ist es darauf, ob seine Verantwortlichkeit nach außen erkennbar war. Ebensovienig wird sie dadurch beseitigt, daß er die ihm obliegende Hilfsstätigkeit nur in der Form eines Entwurfes des Strafvollstreckungserfahrens auszuüben hatte, der erst durch die Unterschrift des die Strafvollstreckung anordnenden Staatsanwalts seine volle Wirkung erlangte. Er war gleichwohl ein Beamter, der bei der Strafvollstreckung unter eigener Verantwortlichkeit selbständig mitgewirkt hat und hat den Entwurf als ein Glied der auf Vollstreckung der Strafe gerichteten Anordnungen gefertigt.

Nach den Urteilsfeststellungen war die eingehende Nachprüfung des Entwurfes durch den Staatsanwaltschaftsrat E. deshalb unterblieben, weil dieser durch Krankheit geschwächt und wegen Übernahme von Vertretungen mit Arbeit überlastet war, sich aber auch auf die Richtigkeit des von dem

¹⁾ Seit 1. April 1928 in der Neufassung v. 1. März 1928 (JMBl. 1928, 117, 140).

oder andeuten? § 138 des dem Reichstage vorgelegten Entwurfes eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs dürfte dem weiteren Festhalten an dieser Rspr. nicht entgegenstehen.

5. Die allgemeinen Erwägungen, die das Urteil des StrSen. tragen, sind von Bedeutung auch für die Frage vermögensrechtlicher Haftung des Staates gem. § 839 BGB., Art. 131 BVerf. Denn durch schuldhaftes Vollstreckung einer Strafe, die nicht vollstreckt werden darf, verlegt jeder zur Mitwirkung bei der Strafvollstreckung berufene Beamte die ihm dem durch die Vollstreckung unmittelbar Betroffenen als „Dritten“ gegenüber obliegende Amtspflicht.

Staatssek. i. R. Dr. Friße, Berlin.

Zu 9. Dem Urteil ist beizufügen. Das RG. legt dem Richter nahe, Amtsunterschlagung (§ 350 StGB.) anzunehmen, indem es den Mitgewährsam des Aufsichtsbeamten in Zweifel zieht. Das eigentliche Ergebnis wäre, daß, während die Unterschlagung als gemeinsames Vergehen dem Diebstahl gegenüber mit geringerer Strafe bedroht ist, eine Amtsunterschlagung höhere Strafe (Gefängnis nicht unter drei Monaten) nach sich zieht als ein im Amte begangener Diebstahl, der als Amtsdelikt nicht vorgesehen ist und daher stets nur auf Grund des § 242 bestraft werden kann. Beiseiteschaffen einer „Urkunde“ (§ 348 Abs. 2) kommt im vorliegenden Falle, wo der Angekl. einer von ihm zu befördernden Drucksache ein Lichtbild entnommen hat, nicht in Frage. Auch § 354 scheidet aus, wenn er sich

Angekl. vorgelegten Entwurfes verlassen hatte, zumal er diesen als langerprobten, überaus sorgfältigen Beamten gekannt habe.

Ein fahrlässiges Verschulden des Angekl. kommt dann in Frage, wenn er bei Anwendung der gebotenen und nach seinen persönlichen Verhältnissen ihm möglichen Aufmerksamkeit voraussehen konnte, daß nach allgemeiner Erfahrung unter den obwaltenden Verhältnissen durch die Vorlegung eines unrichtigen Entwurfes die Möglichkeit einer unzulässigen Strafvollstreckung eröffnet werde.

Zur Prüfung des Tatbestandes nach der angegebenen Richtung war die Sache in die Vorinstanz zurückzuverweisen.

Die Aufhebung des Urteils entspricht dem Antrage des Oberreichsanwalts.

(2. Sen. v. 6. Juni 1929; 2 D 225/29.)

[M.]

9. § 350 StGB. Alleingewährsam oder Mitgewährsam? Die Ausübung der Dienstaufsicht über einen Beamten braucht nicht zu einer Beschränkung seiner tatsächlichen Verfügungsgewalt zu führen.†)

Die Entscheidung der Frage, ob Unterschlagung oder Diebstahl vorlag, hängt davon ab, ob der Angekl. die Drucksache im Alleingewährsam hatte oder nicht. Zur Verneinung des Alleingewährsams kommt es aber teils auf Grund rechtsirriger Erwägungen, teils, ohne die tatsächlichen Verhältnisse ausreichend aufzuklären: Daß das Bündeln der Briefe in einem geschlossenen Raume vor sich ging, der dem Angekl. die uneingeschränkte Bewegungsfreiheit nahm, und daß alle Dienstleistungen und ihre Reihenfolge genau festgelegt waren, schloß den Alleingewährsam des Angekl. nicht aus. Aber auch die ständige Aufsicht, der der Angekl. unterlag, mußte nicht einen Mitgewährsam des Aufsichtsbeamten begründen; das konnte zwar der Fall sein, wenn die hier fragliche Behandlung der Briefe und Drucksachen zu den Dienstgeschäften des Aufsichtsbeamten gehörte und ihm die Verfügung über die Postfächer zustand, während der Angekl. ihm nur untergeordnete Hilfsdienste zu leisten hatte (RGSt. 54, 227 [229]). Wenn aber der Beamte nur die Dienstaufsicht über den Angeklagten bei der diesem übertragenen Tätigkeit auszuüben hatte, würde durch ihn ohne weiteres die tatsächliche Verfügungsgewalt des Angekl. nicht beschränkt gewesen sein. — Überdies war nach dem Urteil zur Zeit der Wegnahme des Bildes der Aufsichtsbeamte abwesend; es wäre darum in jedem Falle zu prüfen gewesen, ob die Drucksache mit Infallt sich wenigstens zu dieser Zeit im Alleingewährsam des Angeklagten befand.

(2. Sen. v. 25. April 1929; 2 D 885/28.)

[M.]

10. § 6 Abs. 1 PreßG. Nennung des Druckers.†)

Unter der Nennung des Druckers oder seiner im Handelsregister eingetragenen Firma kann nach Sinn und Zweck des § 6 Abs. 1 nur eine solche Kundmachung mittels Schrift-

bei Eröffnung der Drucksache im Rahmen seiner Befugnisse gehalten hat, Unterdrückung von Briefen oder Paketen liegt aber nach der Rspr. des RG. (RGSt. 57, 8) nicht vor, wenn, wie hier, nur ein Teil ihres Inhalts dem Postverkehr entzogen wird. Diebstahl würde allerdings mit § 133 StGB. ideell konkurrieren können. Für das Strafmaß würde diese Konkurrenz aber nur dann praktische Bedeutung haben, wenn die Tat in gewinnsüchtiger Absicht begangen wäre. Hätte der Angekl. aber z. B. lediglich beabsichtigt, das Lichtbild zu verschicken, würde ihn aus § 133 Abs. 1 keine höhere Strafe wie nach § 242 treffen. Die Mindeststrafe wäre dann also ein Tag Gefängnis, und nach § 27 b könnte der Angekl. mit einer Geldstrafe davonkommen, während er bei Annahme einer im Amte begangenen Unterschlagung auf alle Fälle mit mindestens drei Monaten Gefängnis bestraft werden müßte und des Privilegs aus § 27 b verlustig ginge. Es befriedigt nicht, daß von der auf des Messers Schneide stehenden Entscheidung, ob Alleingewährsam oder Mitgewährsam des Angekl. gegeben war, so verschiedene Straffolgen abhängig sind. Der § 127 Entw. 1927 stellt daher mit Recht das neue Delikt des im Amte begangenen Diebstahls auf und droht für Diebstahl und Vertretung (Unterschlagung) im Amte gleiche Strafe an.

RGK. Prof. Dr. Klee, Berlin.

Zu 10. Die in der Entsch. ausgesprochenen Rechtsätze sind so unmittelbar einleuchtend, daß sie keiner Erörterung bedürfen. Zu der Stellungnahme der Vorinstanz, die zwar das Vorliegen einer Verschleierung annahm, aber anscheinend wegen fehlenden Vorjahres

zeichen verstanden werden, aus der jeder des Lesens Kundige und normal Fähige ohne weitere Veranstaltung oder Hilfsmittel — es sei denn der Brille — den Namen und Wohnort des Druckers zu entnehmen vermag. Dem war nach der erkennbaren Annahme des O. hier nicht genügt, vielmehr war die Angabe mit so besonders kleinen Buchstaben und in so verwischtem Druck ausgeführt, daß ihre Entzifferung „ohne weiteres“ für „jedermann“ unmöglich war. Für diese Auslegung der unbestimmt gehaltenen Ausführungen des Urteils spricht die Feststellung, der Angekl. habe die „Verschleierung“ des Namens und Wohnorts des Druckers nicht geflissentlich herbeigeführt.

(3. Sen. v. 18. April 1929; 3 D 180/29.)

[X.]

II. Verfahren.

11. § 79 StPD. Der Sachverständigeneid deckt Bekundungen über Wahrnehmungen nur insoweit, als sie zur Begründung des Gutachtens erforderlich sind. f)

Ausweislich der Sitzungsniederschrift hat sich bei dem Aufrufe der Zeugen und Sachverständigen der „Sachverständige“ S. gemeldet. Wie in der Sitzungsniederschrift weiter bekundet ist, hat S. den Sachverständigeneid geleistet; der Sachverständige wurde alsdann „mit seinem Gutachten gehört“. Nach dem Urteilsinhalte hat S. in der Hauptverhandlung ein mit seinem schriftlichen Gutachten vom 23. Aug. 1927, auf das deshalb Bezug genommen wurde, übereinstimmendes Gutachten vorgetragen, auf Grund dessen die Str. für erwiesen erachtet hat, daß Sch. seine Handelsbücher unordentlich i. S. des § 240 Nr. 3 RD. geführt hat. Gleichwohl ist S. sowohl an dieser Stelle, als auch an einer anderen Stelle des Urteils als Zeuge und Sachverständiger bezeichnet. Die letztere Stelle enthält die folgende Darlegung: „Konkursverwalter war zunächst der Zeuge B., danach der Zeuge und Sachverständige S. Beiden gegenüber erklärte Sch. wiederholt, Sch. habe in der Tat gegen ihn eine Darlehnsforderung in Höhe von 15 000 M aus Januar bis März 1924. Von beiden Konkursverwaltern wurde Sch. zur Freigabe des Grundstücks und der Maschinen wiederholt

freisprach, ist lediglich zu bemerken, daß im Falle des § 19 Nr. 1 APfzG. Jahrlässigkeit genügt. Interessant wäre die hier nicht praktisch gewordene Frage, ob das RG. auch entgegen den Feststellungen der Vorinstanz die Unleserlichkeit und damit das Fehlen der Angabe hätte feststellen dürfen (vgl. über eine ähnliche Frage meine Anm.: JW. 1927, 2713 Nr. 38 zu 2).

UGR. Prof. Dr. Mannheim, Berlin.

Zu 11. Das Charakteristische eines Gutachtens besteht darin, daß der Sachverständige einen Erfahrungssatz (als Obersatz) mit einer Tatsache (als Untersatz) in Verbindung setzt und aus diesen beiden Prämissen auf die das eigentliche Beweissthema bildende Tatsache einen Schluß zieht. Der Sachverständige hat dabei für die Richtigkeit des Obersatzes und für die Schlüssigkeit des Schlußsinnzus einzutreten. Bekundet er zugleich die in den Untersatz eingestellte Tatsache (das Indiz für die erfolgte Tatsache) als richtig, so steuert er damit an sich ein „Zeugnis“ zum Prozeß bei, vervollkommen aber damit zugleich sein Gutachten, indem er sich zu dem Beweissthema nicht bloß hypothetisch („Wenn . . ., so hat der Angekl. den Tod des A. herbeigeführt“), sondern kategorisch („Der Angekl. hat den Tod des A. herbeigeführt“) äußert. Es ist dem RG. bezupflichten, wenn es derartige, in ein Gutachten eingekapselte Zeugnisse durch den Sachverständigeneid gedeckt sein läßt. Dies deshalb, weil in derartigen Fällen die Erklärung des Sachverständigen, er beschwöre „sein Gutachten“, unmißdeutlich den Sinn hat, er nehme auch die Bekundung über die Wahrheit der in den Untersatz eingestellten Tatsache auf seinen Eid, der Zeugeneid also in dem Eide enthalten und nur nicht in geforderter sprachlicher Formel zum Ausdruck gebracht ist. (Dies gilt m. E. nicht bloß in den Fällen, in denen der Sachverständige die betr. Tatsache als eine von ihm nach seiner Zuziehung zum Prozeß in seiner Eigenschaft als Prozeßsachverständiger wahrgenommene bekundet hat; auch wenn er in seinem Gutachten an Tatsachen angeknüpft hat, die er „zufällig“ weiß, und diese „bezeugt“ hat, meint er bei seinem Eide sicher, daß er den Untersatz mitbeschwöre.) Dagegen bedarf es — auch darin ist dem RG. zu folgen — für Tatsachenbekundungen, die nicht in den Untersatz des Gutachtens eingehen, eines besonderen Zeugeneides, weil es an der Gewähr dafür fehlt, daß der „sein Gutachten“ Beschwörende sie als mitbeeidete im Bewußtsein gehabt habe. Für die Abgrenzung der beiden Fallgruppen entsteht freilich eine gewisse Schwierigkeit dadurch, daß sich die

aufgefordert. Beiden erklärte er sowohl persönlich, wie durch den N. Dr. F., er gebe Grundstück und Maschinen nicht frei, weil er in der Tat gegen Sch. eine Darlehnsforderung in Höhe von 15 000 M aus dem Jahre 1924 habe. Dieser Sachverhalt ist erwiesen durch die glaubwürdigen eiblichen Aussagen der Zeugen A., D., Sa. und B. sowie S. und die vorstehend bezeichneten Urkunden, die sämtlich dem Gericht vorgelegen haben, in Verbindung mit den insoweit gleichfalls glaubwürdigen Angaben der Angekl.“ Hiernach hat die Str. selbst die erörterten Bekundungen S. als die eines Zeugen gewürdigt. Dies entsprach auch der Sach- und Rechtslage. Denn S. hat insoweit über Tatsachen Auskunft gegeben, die er nicht in seiner Eigenschaft als Sachverständiger wahrgenommen hatte, und die außerhalb seines Gutachtens über die Art der Buchführung des Angekl. Sch. lagen. Ganz besonders klar tritt dies zutage, soweit die Bekundungen die an den Angekl. Sch. gerichtete Aufforderung zur Freigabe des Grundstücks und der Maschinen sowie die Weigerung des Sch. betreffen. Denn ein Gutachten über die Buchführung des Sch. kam überhaupt nicht in Frage. Dann hätte aber S., da auf die Aussage eines Zeugen das Urteil nach § 61 StPD. nur dann gegründet werden kann, wenn dieser be eidigt worden oder ein gesetzlicher Ausnahmegrund für die Nichtbeeidigung gegeben ist, auch als Zeuge vereidigt werden müssen. Diese gesetzliche Vorschrift wurde nicht dadurch berührt, daß der Zeuge gleichzeitig als Sachverständiger vernommen und als solcher vereidigt wurde. Denn der Eid des Zeugen ist ein völlig anderer als der des Sachverständigen (vgl. RWSt. 1, 402, 403/04 und RWspr. 2, 665, 667). Ein Fall der in RWSt. 43, 437, 439 und 44, 11ff. vorausgesetzten Art, in dem der Sachverständigeneid auch die Bekundungen des Sachverständigen über Wahrnehmungen umfaßt, die zur Begründung seines Gutachtens erforderlich sind, liegt offensichtlich nicht vor.

Die Möglichkeit, daß das Urteil auch auf dem Verstoße beruht, ist nicht auszuschließen.

(1. Sen. v. 26. April 1929; 1 D 349/29.)

[X.]

****12. §§ 233, 332, 357 StPD.** Für den Antrag, den Angeklagten von der Verpflichtung zum Erscheinen in der Hauptverhandlung zu entbinden,

für ihre Auseinanderhaltung entscheidende Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit der bekundeten Tatsache zu dem Untersatz des Gutachtens nicht eindeutig von selbst beantwortet. Vielleicht stützt der Sachverständige sein Gutachten auf sie, während sie objektiv (und nach Auffassung des Gerichts) mit dem von jenem gehandhabten Erfahrungssatz nicht in Verbindung gesetzt werden kann. Vielleicht hat sie der Sachverständige zwar erwähnt, aber ohne sie erkennbar als Untersatz seiner Schlußfolgerung aufzugreifen, während sie doch objektiv dafür wesentlich ist (und das Gutachten stützt oder unwirkt). Da die Entbehrlichkeit eines besonderen Zeugeneides darin wurzelt, daß der Schwörende bei dem Gutachteneide den psychologischen Zwang zur Beeidigung auch seiner Tatsachenbekundung mit Sicherheit vor Augen gehabt hat, so wird man die Behandlung der Tatsache durch den Sachverständigen selbst entscheidend sein lassen müssen; hat er sie erkennbar in seinen Schlußsinnzus eingetiebert, so entfällt die Notwendigkeit besonderer zeugeneidlicher Bekräftigung, auch wenn sie objektiv mit dem Gutachten keinen Zusammenhang hat; war das nicht der Fall, so ist der Zeugeneid neben dem Sachverständigeneid auch dann notwendig, wenn sie objektiv in den Kreis der Untersatz-tatsachen für den Schlußsinnzus fällt.

Im vorliegenden Falle nimmt das RG. zutreffend eine durch den Sachverständigeneid des S. nicht gedeckte Tatsachenbekundung als gegeben an. Das Beweissthema für das Gutachten war die Art und Weise der Führung der Handelsbücher durch den Angekl. Damit hat die Bekundung des S. über Erbidigung von Forderungen durch die Angekl. nichts zu tun, und auch S. wird sie schwerlich als für sein Urteil über die Beschaffenheit der Handelsbücher wesentlich dargestellt haben. Es war also ein Prozeßverstoß, wenn die Str. diese Tatsachenbekundung des S. für das Urteil verwertete, ohne daß diesem insofern der Zeugeneid abgenommen wurde. Gleichwohl fragt sich, ob die Aufhebung des Str. Urts. um deswillen veranlaßt war. Allem Anschein nach hätten nach Auffassung der Str. schon die eiblichen Aussagen der Zeugen A., D., Sa. und B. nebst den in Bezug genommenen Urkunden und den eigenen Angaben der Angekl. ohne Hinzunahme der uneiblichen Aussage des S. die Verurteilungsgrundlage hinsichtlich der Forderungserbidigung geboten. War dies der Fall, so beruhte die Verurteilung nicht auf dem Fehlen des Zeugeneides des S., war also der Rev. nicht stattzugeben.

Prof. Dr. E. v. Belling, München.

bedarf der Verteidiger einer besonderen Ermächtigung. Vor Zustellung eines den Angeklagten vom Erscheinen befreienden Gerichtsbeschlusses darf gegen den Angeklagten nicht verhandelt werden. Das richterliche Protokoll über die Vernehmung des Angeklagten, das im Falle seiner Entbindung vom Erscheinen in der Hauptverhandlung verlesen werden muß, darf nicht lediglich ein schöffengerichtliches Sitzungsprotokoll sein. Wenngleich ein Mitangeklagter die Revision nicht darauf stützen kann, daß einem anderen Mitangeklagten gegenüber die Vorschriften über seine Anwesenheit nicht beachtet worden sind, so ist doch seine Revisionsrüge beachtlich, daß die gegen den abwesenden Mitangeklagten unzulässigerweise getroffenen Feststellungen auch zu seinem Nachteil verwertet worden sind. †)

I. Mit Recht rügt die Rev., daß über die Berufung des Angekl. Walter Qu. in dessen Abwesenheit verhandelt und entschieden worden ist, ohne daß dabei den besonderen gesetzlichen Vorschriften entsprochen wurde, von deren Beachtung die Zulässigkeit der Hauptverhandlung in Abwesenheit dieses vom BG. wegen Krankheit als genügend entschuldigt erachteten Angekl. abhing.

Zwar ist nach der ständigen Mspr. des RG. die Anwendung des § 233 gemäß § 332 StPD. auch im Berufungsverfahren gestattet. Erste Voraussetzung hierfür ist jedoch nach § 233 Abs. 1 ein Antrag des Angekl., von der Verpflichtung zum Erscheinen in der Hauptverhandlung entbunden zu werden. Ein solcher Antrag ist hier allerdings bei Beginn der Berufungsverhandlung von seinem Verteidiger gestellt worden. Diesem fehlte aber die hierfür erforderliche besondere Ermächtigung durch den Angekl. Der Beschluß, durch den Walter Qu. von der Verpflichtung zum Erscheinen in der Berufungsverhandlung entbunden wurde, entbehrt daher der dafür erforderlichen gesetzlichen Grundlage. Da hiernach ohne zulässigen Grund in seiner Abwesenheit verhandelt und entschieden worden ist, so muß schon deshalb das gegen ihn ergangene Urteil ohne weiteres auf-

Zu 12. Der Entsch. ist zuzustimmen.

I. Das Recht des Angekl. zu persönlicher Verteidigung in der Hauptverhandlung steht nicht zur Verfügung des Verteidigers. Der Angekl. ist grundsätzlich zum Erscheinen in der Hauptverhandlung verpflichtet, ein Verteidiger ist als sein Beistand, nur ausnahmsweise als sein Vertreter zur Stelle. Mit Recht läßt das Gesetz von dem Erfordernis der Anwesenheit des Angekl. nur engbegrenzte Ausnahmen zu. Der Angekl. soll ausreichende Gelegenheit haben, in der Verhandlung selbst geltend zu machen, was ihm zur Entkräftung der Anklage dienlich erscheint, und durch seine Abwesenheit würde dem Verfahren leicht ein wichtiges Beweismittel entzogen sein. Entbindung des Angekl. vom Erscheinen in der Hauptverhandlung unter den Voraussetzungen des § 233 StPD. steht zum Ermessen des Gerichts. Die Gestattung wird verweigert, soweit eine Schädigung des die Verfahrensgestaltung beherrschenden Zweckes der Wahrheitsfeststellung zu besorgen wäre.

Unerläßliche Bedingung ist insbes. ein Antrag des Angekl. Durch erfolgreichen Antrag gibt er wichtige eigene Rechte auf unter Erweiterung der Rechte eines für ihn tätigen Verteidigers und scheidet für seine Person als Beweismittel aus. Ein Antrag des Verteidigers genügt nur auf Grund besonderer Ermächtigung des Angekl. (RGSt. 54, 211).

Auch ist die Annahme der Anschädlichkeit des beantragten Dispenfes nach Lage des Einzelfalles für das Gericht nicht bindend, vielmehr bleibt es stets befugt, das persönliche Erscheinen des Angekl. anzuordnen (§ 236 StPD.).

II. Die Bewilligung des Fernbleibens wird mit der prozessordnungsmäßigen Bekanntgabe des Beschlusses, also in aller Regel mit seiner Zustellung an den Angekl. (nicht den Verteidiger, RGSt. 44, 47) wirksam. Solange der Beschluß dem Angekl. nicht zugestellt ist, fehlt es für diesen an Dispense und damit für das Gericht an der Voraussetzung einer Verhandlung ohne Anwesenheit des Angekl.

Zu Verkündung statt Zustellung kann es kommen in dem nicht gerade wahrscheinlichen, immerhin denkbaren Falle, daß der Angekl. bei Terminbeginn selbst mit seinem Verteidiger erscheint, um Entbindung von der Teilnahme an der Verhandlung — wegen unaufrichtlicher wichtiger Geschäfte usw. — bittet, seine Vernehmung im Vorverfahren (§ 233 Abs. 2 StPD.) erfolgt war und das Gericht die Gestattung für unbedenklich erachtet. Das ist analoge Anwendung des § 233. Es genügt dann auch, daß der Angekl. dem miterfahrenen

gehoben werden (§ 338 Nr. 5 StPD.; vgl. RGSt. 54, 210 sowie 1 D 108/28, Art. v. 8. Juni 1928).

Fehlerhaft war ferner, daß das BG. sich damit begnügte, den dem Antrag stattgebenden Beschluß in Gegenwart des Verteidigers zu verkünden, während er, auch wenn ein wirksamer Antrag vorgelegen hätte, dem Angekl. selbst zuzustellen gesehen wäre und vorher gegen ihn nicht verhandelt werden durfte (RGSt. 44, 47).

Überdies macht die Rev. zutreffend geltend, daß es der Verlesung eines vorschriftsmäßig zustande gekommenen Protokolls einer richterlichen Vernehmung des Angekl. über die Anklage bedurft hätte. Hierfür würden die im schöffengerichtlichen Sitzungsprotokoll beurkundeten Erklärungen, die der Angekl. über den Gegenstand der Anschuldigung abgegeben hat, keinesfalls ausgereicht haben; denn sie beschränken sich auf die kurze Angabe: „G. hat auf unserem Revier auf einem Holzhaufen gefressen. Zuerst hat ihn mein Bruder Fritz bemerkt.“ Sie wären daher nicht geeignet gewesen, einen so erschöpfenden Ersatz für die persönliche Vernehmung vor dem erkennenden Gericht zu bieten, wie er durch die Vorschriften des § 233 Abs. 2 und 3 gewährleistet werden soll (vgl. dazu auch 1 D 108/28, Art. v. 8. Juni 1928). Aber selbst diese dürftige Wiedergabe der Erklärungen des Angekl. ist in der Berufungsverhandlung nach dem darüber aufgenommenen Sitzungsprotokoll nicht verlesen worden. Wenn gleichwohl das angefochtene Urteil sich wiederholt auf die Angaben und Einlassungen beider Angekl. beruft und sie für die Entscheidung verwertet, so kann es dabei, soweit Walter Qu. in Betracht kommt, nur die für ihn von seinem Verteidiger gemachten Ausführungen in der Berufungsverhandlung im Auge gehabt haben, die aber, wie auf der Hand liegt, namentlich wegen Fehlens einer dem § 234 StPD. entsprechenden Vertretungsbefugnis weder wie unmittelbare eigene Angaben dieses Angekl. gewürdigt werden durften, noch seine persönliche Anhörung oder die Verlesung eines sie ersetzenden vorschriftsmäßigen richterlichen Vernehmungsprotokolls entbehrlich machten.

II. Bei der Frage, ob die hiernach gebotene Aufhebung des Urteils zugunsten von Walter Qu. sich, wie beantragt, wegen dieser Verfahrensmängel auf den Mitangeklagten

Verteidiger die Vertretungsvollmacht, wie sie § 234 vorsieht, mündlich erteilt (Aufnahme dieser Erklärung in das Sitzungsprotokoll).

Dagegen kann nicht ein vor der Hauptverhandlung gestellter Antrag des Angekl. durch Verkündung an den in der Verhandlung allein erschienenen Verteidiger beschieden werden. Noch viel weniger würde eine solche Verkündung wirksamen Dispens ergeben, wenn nicht der Angekl., sondern in dessen Abwesenheit der Verteidiger ohne besondere Ermächtigung in der Hauptverhandlung darauf angetragen, die gesetzliche Legitimation des Petenten also gefehlt hätte.

III. Das Gesetz verlangt für den Dispens, wenn nicht die richterliche Vernehmung des Angekl. schon im Vorverfahren erfolgt ist, dessen Vernehmung über die Anklage durch einen beauftragten oder ersuchten Richter und die Verlesung des Protokolls darüber in der Hauptverhandlung (§ 233 Abs. 2 und 3 StPD.). Entbindung des Angekl. auf dessen erst in der Hauptverhandlung gestelltem Antrag hin und alsbaldige Verhandlung gegen ihn sind daher immer nur zulässig nach vorangegangener richterlicher Vernehmung im Vorverfahren.

IV. Es fragt sich nun, wie die auf das Verfahren erster Instanz abgestellte Bestimmung des § 233 Abs. 2 im Berufungsverfahren zu handhaben ist. Die bestrittene Frage der Anwendbarkeit des § 233 an sich (Nachweisungen bei Löwe-Rosenberg § 329 Bem. 1 d) wird von der Mspr. des RG. mit Recht bejaht; ein stichhaltiger Gegengrund ist nicht erkennbar. Es gelten hiernach die unter I und II dargelegten Grundsätze auch im Berufungsverfahren (§ 332 StPD.). Dieses Verfahren hat nach der Konstruktion des Rechtsmittels in der StPD. die Doppelgestalt eines Zweitinstanz- und eines zweiten Erstinstanzverfahrens. Im Hinblick auf die letztere Funktion liegt nahe, zu argumentieren, der Angekl. müsse, weil es in der VerJnst. ein „Vorverfahren“ (Ermittlungsverfahren, Voruntersuchung) nicht gäbe (die Vorbereitung der Hauptverhandlung [§ 213 ff. StPD.] ist nicht ein solches), in jedem Falle zuvor durch einen Richter über die Anklage vernommen werden. Allein an der „Anklage“ ändert sich durch Einlegung und etwaige Rechtsfertigung (§ 317 StPD.) der Berufung an sich nichts. Die Klage ist in der vorigen Instanz fixiert durch den Eröffnungsbeschluß, die Ergebnisse der Hauptverhandlung und das auf ihrer Grundlage erlassene Urteil. War der Angekl. im Verfahren der ersten Instanz über die Anklage ausreichend vernommen worden, so ist kein Grund ersichtlich, lediglich wegen Eintritts der Sache in die VerJnst. eine nochmalige Vernehmung eintreten zu lassen. Aber es kann die Anklage durch die Vernehmung des Kl. (Rechtsausführungen

Fritz Du. zu erstrecken hat, ist zwar davon auszugehen, daß die Verletzung von Verfahrensvorschriften im allgemeinen die Rev. nur für denjenigen Angekl. begründet, dem gegenüber vorchriftswidrig verfahren worden ist, weil in der Regel nur er dadurch beschwert wird. Dieser Grundsatz muß daher an sich auch dann Anwendung finden, wenn die Gesetzesverletzung darin besteht, daß einem Mitangeklagten gegenüber die Vorschriften über seine Anwesenheit nicht beachtet worden sind. Denn hierdurch wird, da der Mitangeklagte nicht zu den Personen gehört, deren Anwesenheit in der Verhandlung die übrigen Angekl. ohne weiteres beanspruchen können, nicht in die ihnen gewährleisteten Rechte eingegriffen (RGSt. 38, 272; GoldArch. 62, 341).

Im vorliegenden Falle hat sich jedoch die Rev. nicht darauf beschränkt, die Verletzung von Verfahrensvorschriften gegenüber dem Mitangeklagten zu rügen, sondern sie hat ausdrücklich und ausreichend geltend gemacht, daß die ohne zulässige verfahrensrechtliche Grundlage getroffenen Feststellungen über Walter Du. zugleich zum Nachteil von Fritz Du. bei der ihn betreffenden Beweismwürdigung verwertet worden seien. Insofern ist somit für Fritz Du. in zulässiger Weise ein ihn selbst beschwerender Verfahrensmangel gerügt worden.

Diese Rüge muß Erfolg haben. Denn nach dem Inhalt des angefochtenen Urteils ist es keineswegs ausgeschlossen, daß bezüglich beider Angekl. die ihrer Verurteilung wegen gemeinschaftlicher Nötigung zugrunde gelegten Feststellungen darauf beruhen, daß sie, wie erörtert, ohne die gebotene Anhörung des Walter Du. getroffen worden sind. Das ergibt sich namentlich daraus, daß das BG. nicht nur berücksichtigt, wie beide Angekl. sich angeblich verteidigt haben und was insbes. Walter Du. — obwohl er in der Verurteilungsverhandlung weder anwesend noch in zulässiger Weise vertreten war — zu der eidlichen Aussage des Hauptzeugen G. „erklärt“ haben soll, sondern als von beiden Angekl., „von denen Walter auf seinen Antrag vom Erscheinen befreit war“, zugestanden ansieht, daß sie „in bewußtem und gewolltem Zusammenwirken . . . dem G. das Gewehr gewaltsam weggenommen haben“. Hiernach sowie nach der ganzen Lage des Falles besteht die Möglichkeit, daß das angefochtene Urteil auch zum Nachteil von Fritz Du. durch die unzulässige

Verwertung angeblicher Auslassungen seines Bruders Walter Du. beeinflusst worden ist.

Hiernach muß die Rüge, daß infolge des unzulässigen Verfahrens gegen Walter Du. hier auch der gegen Fritz Du. für erwiesen erachtete Sachverhalt verfahrensrechtlich nicht einwandfrei festgestellt sei, zugunsten dieses Mitangeklagten ebenfalls zur Aufhebung seiner Verurteilung führen.

(2. Sen. v. 27. Sept. 1928; 2 D 198/28.)

[M.]

13. § 244 StPD. Unzulässige Ablehnung eines Antrages auf Einnahme des Augenscheins. f)

Der Angekl. ist, hauptsächlich auf das Zeugnis der siebenjährigen Elli R. hin, wegen Sittlichkeitsverbrechens, begangen an dieser und ihrer dreijährigen Schwester, verurteilt worden.

In der Hauptverhandlung zweiter Instanz muß, auch wenn das Urteil darüber nichts ergibt, aus dem Beweis Antrag des Verteidigers geschlossen werden, daß die Elli R. ausgesagt hat, sie habe in dem Zimmer des Angekl., in welchem sie eingeschlossen war, gehört, was vor der Tür von ihren Befreiern gesprochen worden sei. Die Verteidigung hatte daraufhin den Eventualantrag gestellt, Einnahme des richterlichen Augenscheins darüber, daß, wenn in gewöhnlichem Tone auf dem Hausflur gesprochen wird, dies in der Stube des Angekl. nicht verstanden werden kann. Das Gericht hat diesen Beweis Antrag mit der Begründung abgelehnt, es könne heute nicht mehr festgestellt werden, in welchem Tone der Zeuge B. gesprochen hat.

Diese Begründung erschöpft den Beweis Antrag der Verteidigung nicht; denn vor der Tür des Angekl. befand sich außer dem Zeugen B. auch die elfjährige Annemarie R. Mangel jeglicher Feststellungen ist nicht ausgeschlossen, daß eine Augenscheins Einnahme verbunden mit Sprechproben die Unmöglichkeit ergeben hätte, daß die Elli R. die Worte ihrer vor der Tür stehenden Schwester Annemarie hätte hören können. Welchen Einfluß aber eine solche Feststellung auf die Glaubwürdigkeit der Elli gehabt hätte, läßt sich nicht ermeßen. Daher war das Urteil aufzuheben.

(2. Sen. v. 2. Mai 1929; 2 D 400/29.)

[M.]

und Nova) eine geänderte Gestalt gewonnen haben (Körperverletzung mit Todesfolge z. B. an Stelle der in der vorigen Instanz allein vertikalten einfachen Körperverletzung usw.). In solchem Falle würde die früher erfolgte Vernehmung jedenfalls dann nicht genügen, wenn die Klagebesserung im Verhältnis zum ersten Urteil ein andersartiges Delikt oder einen Qualifikationsgrund eingesetzt hat. Doch ist dem zur Beurteilung stehenden Falle gegenüber von dieser Eventualität abzugehen. Es wird in der Folge mit ungeänderter Klage gerechnet.

Die Vernehmung in der ersten Instanz kann, wenn der Angekl. schon damals zum Erscheinen in der Hauptverhandlung entbunden war, im Vorverfahren oder kommissarisch gem. § 233 Abs. 2 StPD. erfolgt sein. In unserem Falle war aber der Mitangekl. Walter Du. in der erstinstanzlichen Verhandlung zugegen gewesen und das Sitzungsprotokoll hatte nach § 273 Abs. 2 StPD. die wesentlichen Ergebnisse seiner Vernehmung zu enthalten. In Analogie des § 233 Abs. 2 ist diese Vernehmung als im „Vorverfahren“, d. h. hier in dem der Verznst. vorgängigen Verfahren, erfolgt zu betrachten. Aber die bloße Tatsache einer irgendwie gestalteten Vernehmung reicht nicht aus. Wie die erste Instanz die richterliche Vernehmung im Vorverfahren, wenn es diese für materiell unzureichend erachtet, der wesentliche Inhalt der Anklage dadurch nicht erschöpft war oder der Fall des § 265 StPD. (Notwendigkeit des Hinweises auf eine Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes usw. nach dem Verlaufe der Hauptverhandlung) eintritt, nicht als Ersatz für die Anteilnahme des Angekl. an der Hauptverhandlung gelten läßt, vielmehr ergänzende kommissarische Vernehmung dann unerlässlich wird, so begnügt sich auch die Verznst. nicht mit beliebigen, im Protokoll der erstinstanzlichen Verhandlung vermerkten Erklärungen des Angekl. Was wäre mit der Verletzung eines nichtssagenden Protokolls in der Berufungsverhandlung gebient? In unserem Falle war mit der kurzen Angabe im schöffengerichtlichen Protokoll nichts anzufangen; zudem ist diese Wiedergabe — entgegen § 233 Abs. 2 — nicht einmal verlesen worden. Sonach wäre, die Zulässigkeit der Entbindung an sich unterstellt, vorgängige gründliche Vernehmung des Angekl. geboten gewesen.

V. Mit Recht ist die hiernach gebotene Aufhebung des Urteils auf den Mitangekl. erstreckt worden. Die Kausalität der bezüglichen Prozeßverstöße auch für das gegen jenen ergangene Urteil ist in den Gründen der reichsgerichtlichen Entsch. zutreffend dargetan.

Geh. Rat Prof. Dr. Detker, Würzburg.

Zu 13. Die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein in der Hauptverhandlung gestellter Antrag auf Einnahme des richterlichen Augenscheins außerhalb der Gerichtsstelle abgelehnt werden kann, ist lebhaft umstritten. Die StPD. enthält keine Vorschriften über die Notwendigkeit der Einnahme des Augenscheins und auch nichts darüber, ob für sie die Regeln des Zeugen- oder Sachverständigenbeweises Anwendung finden. Auch die höchstrichterliche Rspr. ist uneinheitlich. Während in älteren Entsch. (RGSt. 14, 276; Recht 1915 Nr. 1082) das freie Ermessen des Richters, ähnlich wie bei Sachverständigenbeweisen, für die Erhebung einer beantragten Augenscheins Einnahme ausschlaggebend sein soll, wird in anderen Urteilen unterschieden, ob der Antrag lediglich eine bessere Aufklärung des Sachverhalts oder aber die Feststellung bestimmter Tatsachen gegenüber dem bisherigen Verhandlungsergebnis erbringen soll (RGSt. 31, 138 = JW. 1911, 248). Im ersteren Falle soll das freie richterliche Ermessen, im letzteren dagegen die Erheblichkeit der durch den Augenschein zu erweisenden Tatsache ausschlaggebend sein, so daß die beantragte Augenscheins Einnahme auch dann stattfinden muß, wenn nach dem bisherigen Ergebnis das Gericht bereits die Überzeugung von der Unrichtigkeit der zu beweisenden Tatsache gewonnen hat (vgl. auch die in Ann. 1 zu RGSt. 47, 102 zit. ungedruckten Entsch. des 5. StrSen.).

Dieser insbes. vom 5. StrSen. vertretene Standpunkt ist in dem grundlegenden Urteil RGSt. 47, 100 ff. aufgegeben und allgemein der Rechtsatz aufgestellt, daß die Anordnung einer richterlichen Augenscheins Einnahme außerhalb der Gerichtsstelle in das pflichtmäßige, d. h. von der Pflicht zur Wahrheitsermittlung geleitete Ermessen des Tatrichters gestellt sei. Mit diesem Urteil scheint auf den ersten Blick die obige Entsch. nicht vereinbar zu sein; denn daß hier das BG. bei Ablehnung des Antrages auf richterlichen Augenschein sein Ermessen nicht pflichtgemäß hätte walten lassen, dafür liegt kein Anhaltspunkt vor und wird auch im RGUrteil nicht behauptet. Es hat aber bereits in RGSt. 47, 108 der 5. StrSen. bei Nachprüfung der Ablehnung eines Augenscheins Einnahmeartrages hervorgehoben, daß, wenn auch die Nachprüfung im allgemeinen sich darauf zu beschränken habe, ob der Tatrichter bei Ablehnung des Antrages die Grenzen pflichtgemäßen Ermessens eingehalten habe, doch insofern noch Raum für die Nachprüfung des BG. bleibe, als die allgemeinen Grundsätze betreffend die Behandlung von Beweis Anträgen nicht verletzt werden dürften, und insbes. Inhalt und Richtung des Antrages auf Augen-

14. § 245 StPD. Von der Vernehmung einer vorgeladenen Auskunftsperson kann nicht mit der Begründung abgesehen werden, daß die Vorladung nicht nachgewiesen sei, falls nicht der Vorsitzende auf den Nachweis der Ladung hingewirkt hat. Daß ein vorgeladener Sachverständiger nicht zu Beginn der Hauptverhandlung erschienen ist, steht seiner Vernehmung nicht entgegen.†)

Vor der Berufungsverhandlung war zwar vom Angekl. dem Gericht nicht angekündigt worden, daß er einen Sachverständigen lade, wohl aber hat bei Beginn der Berufungsverhandlung der Verteidiger dem Gericht mitgeteilt, daß er „den Sachverständigen Sch.“ geladen habe. Sch. war nicht erschienen, kam aber, während der neunten und letzten Zeuge vernommen wurde. Der Verteidiger beantragte seine Vernehmung. Das Gericht lehnte sie durch Beschluß mit der Begründung ab, der Sachverständige kenne weder die Ortlichkeit, noch habe er der Berufungsverhandlung von Anfang an beigewohnt. Hiermit hat, wie die Rev. rügt, die Straf. gegen § 245 StPD. verstößt. Die hier gegebene Vorschrift, daß sich die Beweisaufnahme auf die sämtlichen vorgeladenen Zeugen und Sachverständigen zu erstrecken habe, gilt zwar nicht für den Fall, daß ein Zeuge oder Sachverständiger dem Gerichte gestellt, sondern nur dann, wenn er geladen worden ist. Der Verteidiger hat aber durch seine Erklärung vom 19. März 1929 und die Vorlegung der Abschrift einer „Zeugenladung“ aus seinen Akten glaubhaft gemacht, daß eine förmliche Ladung vorlag. Daß dem so war, war allerdings dem BG. darzutun (RGStpr. I, 551 und 660); es wäre aber, da der Verteidiger dem Gericht erklärt hatte, er habe den Sachverständigen vorladen lassen, Sache des Berichtes gewesen, sich dies vom Verteidiger nachweisen zu lassen. Eine solche Verpflichtung des Gerichtes zur Befragung hat der erf. Sen. in einem Urte. v. 21. März 1895 angenommen (abgedruckt in GoldtArch. 43, 51). Dagegen hat allerdings der 3. StrSen. in einem Urte. v. 28. Jan. 1924, 3 D 1261/23, sich dafür ausgesprochen, es bestehe keine Pflicht des Vorsitzenden, auf einen Nachweis dafür hinzuwirken, daß die auf Veranlassung des Angekl. zur Hauptverhandlung erschienenen Zeugen und Sachverständigen förmlich geladen wor-

scheinseinnahme bei der Ablehnung desselben zutreffend gewürdigt werden müßten. Im vorliegenden Falle erachtet das RG. durch die der Ablehnung des Beweisanspruches gegebene Begründung dessen Inhalt nicht als erschöpft, und es liegt daher ein zur Anrufung der vereinigten Senate zwingender Widerspruch zu dem obigen Urteil und den RGSt. 47, 100 ff. aufgestellten Rechtsgrundsätzen nicht vor. Es wäre aber durchaus erwünscht, wenn der 5. StrSen. zur Nachprüfung seiner dort aufgestellten Rechtsansicht genötigt würde; denn abgesehen davon, daß die Begründung, die der 5. StrSen. für die Unterlassung der Anrufung der VerStrSen. gegeben hat, gezwungen und wenig überzeugend erscheint, muß auch der Satz, daß es dem Sinn und dem Willen des Gesetzes entspreche, im Gegensatz zum Zeugenbeweise die Einnahme des Augenscheins in das Ermessen des Richters zu stellen, lebhaft bezweifelt und im Interesse objektiver Wahrheitsforschung bedauert werden; denn wie Sch. nicht er (Handwörterbuch der Rechtswissenschaften Bd. 1 S. 401) zutreffend sagt, ist der Augenschein das zuverlässigste aller Beweismittel, weil die eigene persönliche Wahrnehmung von beweiserheblichen Tatsachen die richterliche Überzeugung am meisten und besten zu fördern geeignet ist. Wo durch dieses Beweismittel eine beweiserhebliche Tatsache bewiesen oder widerlegt werden kann, müssen alle anderen Beweismittel, insbes. der Sachverständigen- und Zeugenbeweis, weit zurückstehen, und es ist daher keineswegs anzunehmen, daß beim Schweigen des Gesetzes dieses wichtigste aller Beweismittel hinter den anderen minder zuverlässigen zurückstehen sollte.

JR. Dr. Siegfried Löwenstein, Berlin.

Zu 14. Nach herrschender Meinung braucht das Gericht nicht auf Vorlegung des Nachweises der Ladung hinzuwirken (Löwe-Rosenberg, 2a zu § 245). Mit Recht tritt der 1. Sen. dem entgegen; die Stellung des Gerichts im Strafprozeß nötigt dazu, ihm eine Amtspflicht zur Aufklärung auch dieses Punktes aufzuerlegen, da das Gesetz nicht ausdrücklich das Gegenteil vorschreibt. Ebensovienig berechtigt das verspätete Erscheinen des Sachverständigen zur Ablehnung, da er immerhin noch vor Schluß der Beweisaufnahme erschienen war (Löwe-Rosenberg, 2b zu § 245). Darauf, ob der Sachverständige die Ortlichkeit kannte, kam es überhaupt nicht an, sofern ihm nicht etwa aus diesem Grunde die Sachverständigenerschaft überhaupt abgesprochen werden konnte (Löwe-Rosenberg, 3b zu § 245).

RGW. Prof. Dr. Mannheim, Berlin.

den seien. Einen Antrag, diese Personen zu vernehmen, hat aber in jenem Fall der Angekl. nicht gestellt, und insofern liegt der gegenwärtige Fall anders. Sollte aber auch jene — ohne nähere Begründung gegebene — Ausführung des 3. StrSen. allgemein so aufzufassen sein, daß das Gericht keine Verpflichtung habe, die Frage zu klären, ob eine Ladung vorliege, also auch für den Fall, daß unter der Behauptung, der erschienene Zeuge oder Sachverständige sei geladen worden, dessen Vernehmung verlangt wird, so könnte jener Ansicht doch der erf. Sen. nicht folgen. Jenes Urteil würde auch nicht dazu nötigen, die VerStrSen. anzurufen, da der 3. Sen. mit einer Entscheidung dieses Sinnes von der früheren Entscheidung des erf. Sen. abgewichen wäre.

Es ging hiernach nicht an, mit der oben wiedergegebenen Begründung die Vernehmung abzulehnen. Darauf, daß der Sachverständige nicht schon beim Beginne der Hauptverhandlung, sondern erst kurz vor dem Schluß der Beweisaufnahme erschienen war, kann es für die Anwendung des § 245 StPD. nicht ankommen, im vorliegenden Falle um so weniger dann, wenn, wie die Rev. vorträgt, der Sachverständige unverschuldet, infolge eines Kraftwagenunfalls, erst verspätet eingetroffen ist; ebensowenig darauf, daß die Ladung des Sachverständigen dem Gerichte vor der Berufungsverhandlung nicht angezeigt worden war. Belanglos für § 245 StPD. ist ferner, daß der Sachverständige die Ortlichkeit nicht kannte und daß er der Beweiserhebung nur zu einem geringen Teil hat anwohnen können.

Da der Gerichtsbeschluß eine Verletzung des § 245 StPD. enthält, und der von ihm betroffene Punkt für die Entscheidung wesentlich ist, muß nach § 338 Nr. 8 StPD. das Urteil aufgehoben werden.

(1. Sen. v. 23. April 1929; 1 D 218/29.)

[A.]

15. §§ 296, 339 StPD. Stattgabe einer staatsanwaltschaftlichen Revision zuungunsten des Angeklagten in einem Falle, in dem mit Rücksicht darauf, daß die Vorinstanz nur auf eine Geldstrafe erkannt hatte, die Verhängung der von ihr ausgesprochenen Nebenstrafe unzulässig war.†)

Der Angekl. wurde vom SchöffG. wegen einfacher pas-

siiver Verletzung (§ 331 StGB.) neben Geldstrafe auf Verlust der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter verurteilt, einen Verstoß contra jus in thesi clarum (vgl. § 358 StGB.). Das Gericht hat infolgedessen seine Vollmacht überschritten. Diese geht immer nur auf die Anwendung der bestehenden Strafgesetze. Verurteilung auf Grund einer nicht bestehenden, nicht in der angenommenen Art bestehenden Strafsetzung ist nichtig. Strafrohungen können nur auf dem Gesetz beruhen. Das Gericht schafft nicht eine solche, nicht allgemein, nicht für den Einzelfall, indem es ihr Bestehen fälschlich unterstellt. Die Ungültigkeit entsprechender Verurteilung hat deren Unwirksamkeit im Umfange der Vollmachtsüberschreitung zur Folge. Sie darf daher im Rechtsleben keine Beachtung finden. Vollstreckung im Sinne des Strafvollzuges, d. i. zwangsweise Verwirklichung des Urteilsinhalts, ist ausgeschlossen; die einer eigentlichen Vollstreckung nicht fähigen Urteilsurkunden, Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte, der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter usw., treten nicht ein. Allen Stellen, die es angeht, sind Maßnahmen der „Vollziehung“ — weiterer Begriff gegenüber der „Vollstreckung“ —, also alle Handlungen untersagt, die dem Urteil die tatsächliche Folge geben würden, insbes. darf ein ohne strafgesetzliche Grundlage mit Verlust der Amtsfähigkeit Belegter nicht so behandelt werden, als hätte er sie wirklich verloren.

Die Rechtsunwirksamkeit eines solchen Urteils wird anerkannt und, soweit es sich um „Vollstreckung“ handelt, gesichert durch die Strafvorschrift des § 345 StGB.

Die Praxis des RG. (RGSt. 9, 329; 25, 399 usw.), wonach das Verschärfungsverbot der §§ 331 und 358 Abs. 2 StPD. nicht auf die rechtliche Qualifikation der Tat zu beziehen ist, kann zur Verhängung ungesetzlicher Strafe führen, indem der Rechtsmittelrichter an die alte Strafe gebunden bliebe, aber eine ihr widersprechende Deliktsschuld feststellen könnte. Hiergegen Detker: GerS. 65, 447 ff. (von Löwe-Rosenberg § 331 Dem. 2 u. 4 nicht berücksichtigt).

Ein auf ungesetzliche Strafe erkennendes Urteil beschwert nicht nur den Verurteilten, sondern auch den Staat. Ihm wird eine Strafpflicht aufgelegt, richtiger aufzuerlegen versucht, im Widerspruch mit dem Gesetz. Freilich entbehrt das Urteil der verpflichtenden Kraft für den Staat, es darf ja nicht vollstreckt, nicht vollzogen werden. Aber mit dem Anscheine der Rechtswirksamkeit verknüpft sich, wie

über Bestechung zu zwei Monaten Gefängnis und zum Verlust der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter auf die Dauer von drei Jahren verurteilt. Die von ihm hiergegen eingelegte Berufung wendet sich nur gegen Art und Höhe der Hauptstrafe sowie gegen die Nebenstrafe. Der Schuldausspruch ist daher rechtskräftig. Das BG. hob das Urteil des SchöffG. lediglich hinsichtlich des Ausspruchs der Gefängnisstrafe auf, verurteilte den Angekl. zu 500 M Geldstrafe und verwarf im übrigen die Berufung, ließ die Nebenstrafe bestehen. Gegen dieses Urteil haben sowohl der Staatsanwalt als der Angekl. Rev. eingelegt. Der Staatsanwalt hat erklärt, daß die Rev. zuungunsten des Angekl. eingelegt werde, erstreckt also den Ausspruch einer Gefängnisstrafe unter Beibehaltung der Nebenstrafe. Der Angekl. beantragt, die Nebenstrafe in Wegfall zu setzen.

Beide Rev. sind trotz ihres verschiedenen Ziels begründet. Nach § 358 StGB. kann auf Verlust der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter nur neben Gefängnisstrafe erkannt werden. Dies ist vom BG., wie in den Urteilsgründen selbst hervorgehoben wird, bei der Urteilsfindung

für den Verurteilten die Gefahr der Vollstreckung, so dem Staate gegenüber die Zumutung, daß er vollstrecken usw. solle. Das ist bereits eine Beschwerde, die durch Anrufung der höheren Instanz zu beseitigen der Staat im Interesse der Herstellung klarer Rechtslage berechtigt und verpflichtet ist. Zudem hat er den Anspruch auf gesetzmäßiges Urteil, dem durch die ungesetzliche Verurteilung nicht genügt ist. Es geht zu weit, wenn Binding, Grundriß S. 244 lehrt, das unheilbar nichtige Urteil könne niemals Rechtsmittel auslösen. Vielmehr kommt den ordentlichen Rechtsmitteln der StPD. auch die Funktion zu, ungültige Urteile zu beseitigen, gültige an die Stelle treten zu lassen, soweit das prozessual möglich ist (ausgeschlossen insbes., wenn die „urteilende“ Stelle überhaupt nicht Gericht war; nähere Darlegungen hier nicht am Platze). Aber die Verfümmung der Anfechtung durch Rechtsmittel würde nicht das Ungültige gültig machen.

Demnach stand im gegebenen Falle der StA. die Rev. zu. Sie konnte diese zugunsten und zuungunsten des Angekl. einlegen. Reineswegs macht die StA., wenn sie zugunsten des Angekl. ansieht, nur eine Beschwerde ihres Gegners geltend (so Löwe-Rosenberg, zu § 296 Bem. 2b), denn jede ungerechte Verurteilung beschwert den Staat, indem ihm eine materiell ungerechtfertigte Strafpflicht auferlegt wird (übereinstimmend Binding, Reichsstrafprozessrecht S. 390), schon deshalb muß auch die StA. anfechten können. Hätte die StA. ihre Rev. darauf beschränkt, daß die Nebenstrafe als ungesetzlich zu streichen sei, so wäre das Rev. zugunsten des Angekl. gewesen. Es fragt sich nun, ob sie das BU. im ganzen zuungunsten des Angekl. anfechten konnte. Sie hat ihrer Rev. ausdrücklich diese Richtung gegeben, aber auch wenn sie ohne solche Erklärung das Urteil im Strafausspruch angefochten hätte unter Bezugnahme auf die Unzulässigkeit der Verbindung von Geldstrafe und Verlust der Amtsfähigkeit, müßte Gleiches gelten, da nicht anzunehmen wäre, daß die StA. die Beseitigung der unzulässigen Nebenstrafe nur unter Beibehaltung der in zweiter Instanz an die Stelle von Gefängnisstrafe (so erstes Urteil) getretenen Geldstrafe anstrebte.

Das erste Urteil war von der StA. nicht angefochten worden. Daraus würde ein Verlust des Revisionsrechts selbst dann nicht folgen, wenn das BG. ganz im Sinne der ersten Instanz entschieden hätte (vgl. auch Löwe-Rosenberg, zu § 333 Bem. 3b). Mit dem Erlasse eines solchen Urteils war für die StA. res integra gegeben und sie nicht gehindert, es als beschwerend anzusehen. Im gegebenen Falle lag in der ungesetzlichen Nebenstrafe noch ein neuer Beschwerdegrund.

Auch dem Angekl. geht die Rev. gegen das BU. nicht dadurch verloren, daß er das vom BG. bestätigte erste Urteil nicht angefochten hat. Schon deshalb nicht, weil auf die Berufung des StA. hin zugunsten des Angekl. geändert werden (§ 301 StPD.) und er sich darauf verlassen konnte.

Selbst ein Verzicht der StA. auf Berufung präjudiziert nicht ihrem Revisionsrechte. Nicht anders ist es bei entsprechendem Verzicht des Angekl. Ein Verzicht auf Rev. vor Erlassung des BU. wäre unwirksam; wie sollte der Verzicht auf Berufung diese weitergehende Wirkung haben?

Aber es folgt aus dem Verbote der reformatio in pejus in der VerInst., daß nach Anfechtung des ersten Urteils nur seitens des Angekl. Rev. des StA. gegen das BU. nicht zu Feststellung schwererer Schuld, als im ersten Urteil angenommen, und nicht zur Verschärfung der Strafe dieses Urteils führen kann. Durch Passivität des StA. gegenüber dem ersten Urteil ist insofern reformatio in pejus endgültig unmöglich geworden. Gegen diese Rechtswirkung gibt es nicht für den StA. eine in int. restitutio durch Rev. Folglich behielt in unserem Falle der Angekl. in der RevInst. im Verhältnis zum ersten Urteil das Berufungsbenefizium des § 331 StPD., und

übersehen worden. Hierdurch ist in erster Linie der Angekl. beschwert, gegen den auf eine Nebenstrafe erkannt ist, die neben der erkannten Hauptstrafe unzulässig ist. Aber auch der staatsanwaltschaftlichen Rev. muß stattgegeben werden, da immerhin die rechtliche Möglichkeit besteht, daß das BG. nach Erkennung des Rechtsirrtums anstatt auf Geldstrafe wieder auf Gefängnisstrafe erkennt und neben ihr die Nebenstrafe bestehen läßt.

(1. Sen. v. 23. April 1929; 1 D 1293/28.)

[A.]

** 16. Die Vorschrift des § 329 StPD. kann nicht Platz greifen, wenn die Sache schon in einem früheren Termin vor dem BG. zur Verhandlung gekommen ist. In jedem Falle sind die Voraussetzungen des § 329 StPD. nicht gegeben, wenn die Zustellung nicht an den Angekl., sondern nur an den Zustellungsbevollmächtigten erfolgt ist. †)

(2. Sen. v. 5. Nov. 1928; 2 D 99/28.)

[A.]

Abgedr. JW. 1929, 1666²⁵.

es war eine Abänderung des Urteils zum Nachteile des Angekl. ausgeschlossen. Hätte nur der Angekl. revidiert, so wäre ihm im Verhältnis zum BU. das Revisionsbenefizium des § 358 Abs. 2 StPD. — nicht härtere Strafe im neuen Urteil als die im BU. erkannte — zustatten gekommen. Da aber auch der StA. zuungunsten des Angekl. revidiert hat, so bleibt die Rechtswohlthat des § 358 Abs. 2 beiseite, die des § 331 bei Bestand. Demnach kann nach Aufhebung des BU. das neue Urteil die Strafe des BU. zwar verschärfen, doch nicht über die mit dem ersten Urteil gegebene Grenze hinaus. Es hätte sich empfohlen, wenn das BG., dem im übrigen durchaus zuzustimmen ist, diese Beschränkung in den Gründen ausgedrückt hätte. Nur in gleichem Sinne ist es richtig und wohl auch so gemeint, wenn Löwe-Rosenberg § 301 Bem. 5 am Schlusse die von der StA. ergriffene Rev. nur noch zugunsten des Beschuldigten wirken läßt.

Hätte nur der Angekl. und nur wegen der unzulässigen Nebenstrafe revidiert, so wäre in analoger Anwendung des § 354 StPD. lediglich deren Streichung im Revisionsurteil am Platze gewesen. Teilweise „Freisprechung“ (Löwe-Rosenberg § 354 Bem. 2b) ist eine solche bloße Strafreduktion nicht.

Angenommen, es hätte im gegebenen Falle nur der Angekl. das Urteil, aber im ganzen aus zutreffenden prozessualen Grunde angefochten, so Zurückverweisung mit dem Hinweis in den Gründen, daß bei Substitution von Geldstrafe an Stelle der Freiheitsstrafe im ersten Urteil die Nebenstrafe unzulässig wäre. Dieser Ausspruch für das Gericht der neuen Hauptverhandlung gem. § 358 Abs. 1 StPD. bindend. Geh. Rat Prof. Dr. Detker, Würzburg.

Zu 16. Der Entsch. ist zuzustimmen.

I. Der Entbindung des Angekl. vom Erscheinen in der Berufungsverhandlung stand ein rechtliches Bedenken nicht entgegen.

Ein Dispens gem. § 233 (§ 332) StPD. bezieht sich, wenn er allgemein für „die Hauptverhandlung“ ausgesprochen ist, nicht nur auf die erste, sondern auch weitere in der Instanz stattfindende Hauptverhandlungen. Aber es kann der Dispens auch auf eine bestimmte Hauptverhandlung beschränkt sein. Im ersteren Falle bleibt Rücknahme des Dispenses durch Anordnung persönlichen Erscheinens des Angekl. (§ 236 StPD.) für eine weitere Hauptverhandlung vorbehalten, wenn der Anlaß dazu (Krankheit des Angekl. usw.) weggefallen ist oder die Aufklärung des Sachverhalts es erfordert. So ist's im gegebenen Falle geschehen.

Eine verschiedene Deutung des Dispenses in dem Sinne, daß er je nach der Tragweite des Hinderungsgrundes (Krankheit, Berufsbeschäfte des Angekl. usw.) auf eine weitere Hauptverhandlung der Instanz mitzubeziehen wäre oder nicht, verbietet sich. Der Angekl. muß bestimmt wissen, ob er für die fernere Hauptverhandlung dispensiert ist oder nicht. Daher bleibt ein allgemein für „die Hauptverhandlung“ erteilter Dispens bis zu seiner Rücknahme in Kraft.

Daß der Dispens auf die Fortsetzung einer unterbrochenen Hauptverhandlung in der Frist des § 229 StPD. mit zu beziehen ist, folgt schon aus der Einheit einer solchen Hauptverhandlung; auch hier gilt natürlich der Vorbehalt des § 236.

Es ist auch wohl möglich, daß der Angekl. allererst bezüglich einer weiteren Hauptverhandlung vom Erscheinen entbunden wird. Für ein nachfolgendes Berufungsverfahren aber ist der Dispens niemals wirksam, schon weil nicht der Richter der ersten Instanz dem vorgeordneten Richter präjudizieren kann. Es lebt auch ein Dispens, den die erste, die VerInst. erteilt hatte, nicht dadurch wieder auf, daß die Sache vom BG., RevG. an die untere Instanz zurückverwiesen wird. Für das erneute Verfahren kann nur erneuter Dispens wirksam sein.

Wies ein vor der Hauptverhandlung gestelltes Entbindungsgesuch unbefriedigt, so wirkt das nicht als Dispenserteilung, aber

Beschwerdeentscheidungen gegen Entscheidungen der Aufwertungsstellen.

Berichtet von den Mitgliedern des Aufwertungsrates.

I. § 14 AufwGNov. Eine Ablösung für Rechnung des Erwerbers liegt auch dann vor, wenn bei einem Tausch von Grundstücken der bisherige Eigentümer den zur Löschung der Hypothek erforderlichen Betrag zunächst aus eigenen Mitteln aufbringt, aber von dem jetzigen Eigentümer ein Grundstück erhält, dessen Wert den Betrag des abgelösten Rechtes bedt. †)

Auf dem deutschen Grundstück des B. war für den Gläubiger eine Vorkriegshypothek eingetragen. Durch Vertrag v. 10. Juli 1922 tauschte B. das Grundstück gegen ein in Polen belegenes Grundstück des Antraggegners. Beide Grundstücke sollten lastenfrei übereignet werden. Am 14. Juli 1922 zahlte B. die Hypothek an den Gläubiger gegen Erteilung der Löschungsbewilligung aus. Nach Löschung der Hypothek ging beim Grundbuchamt der Antrag ein, den Antragsgegner als neuen Eigentümer des deutschen Grundstücks einzutragen, was am 29. Juli 1922 erfolgte. Der Gläubiger verlangt die Aufwertung seiner Hypothek von dem Antragsgegner. Die Parteien haben wegen ihres Streits über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs die Zuständigkeit der AufwSt. nach § 71 AufwG. vereinbart.

es kann in solchem Falle das Ausbleiben des Angekl. als entschuldigt angesehen werden.

II. Das Versäumnisurteil des strafprozessualen Berufungsverfahrens, d. i. die Verwerfung der Berufung des Angekl. wegen nicht genügend entschuldigter Ausbleibens desselben (§ 329 StPD.) setzt voraus, daß dieser bei Beginn der Hauptverhandlung nicht erschienen war. Würde er sich nachträglich entfernen, so wäre die begonnene Verhandlung über seine Berufung zu Ende zu führen in entsprechender Anwendung der bezüglichen Vorschriften der ersten Instanz (vgl. insbes. §§ 231 Abs. 2, 324 Abs. 2, 236 StPD.). Bleibt der Angekl. in einer weiteren Hauptverhandlung oder bei Fortsetzung der Verhandlung aus, so ist er eben nicht bei „Beginn“ ausgeblieben, und es tritt analoge Sachbehandlung ein (§ 230 Abs. 2 StPD.), wie bei Entfernung des Angekl. im Verlaufe nicht unterbrochener Verhandlung. Also nicht Verwerfungsurteil. Der Sinn ist: das Ausbleiben steht dem Beginn der Verhandlung über die Berufung entgegen, der Angekl. verwirkt dadurch den Anspruch auf Nachprüfung des angefochtenen Urteils. Auf einen Verzichtswillen kommt es nicht an, es ist daher die Präsuntion eines Verzichtes zu vermeiden. War aber einmal der Angekl. bei Beginn des Verfahrens vor dem BG. erschienen und hatte daher die Berufungsverhandlung (§ 324 StPD.) begonnen, so kann er nicht mehr durch Sichentfernen oder Ausbleiben in weiterer Verhandlung dem Berufungsverfahren in den Arm fallen. Vgl. auch RGSt. 61, 280; Jellmann: BayZ. 1927, 302. Nur Zurücknahme der Berufung käme jetzt in Betracht, wozu es aber der Zustimmung des Gegners bedürfte (§ 303 StPD.).

Die vom Gesetz verlangte „sofortige Verwerfung“ ist nicht zu pressen. Das Wesentliche ist der Ausschluß sachlicher Verhandlung über das Rechtsmittel. Es steht insbes. an sich nichts im Wege, mit der Verwerfung zu warten, bis über zusammenfassende Berufung des StA. verhandelt worden ist, also beide Berufungen zugleich zu beschneiden, die eine durch Verwerfung, die andere durch materiellen Entscheid. Würde aber bei solchem Aufschub der Verwerfung der Angekl. vor Urteilsverkündung noch erscheinen, so wäre das Verwerfungsurteil nicht zu erlassen. Es präjudiziert also der sachlichen Bescheidung des Rechtsmittels nicht eigentlich bereits das Ausbleiben des Angekl. bei Beginn der Verhandlung, sondern der Erlaß des Verwerfungsurteils. Dagegen steht Vorführung des Angekl. weil auch der StA. Berufung ergriffen hatte, § 329 Abs. 1 am Schlusse, der Verwerfung seines Rechtsmittels nicht entgegen.

III. Im gegebenen Falle war im ersten Verhandlungstermin vor dem BG. der Entbindungsbeschuß zurückgenommen worden, und es mußte daher der Angekl. zu dem neuen Termin geladen werden. Sein Ausbleiben in diesem Termin konnte, wie unter II dargelegt, nicht zur Verwerfung des Rechtsmittels führen. Es kommt hinzu, daß die Ladung nicht dem Angekl. persönlich, sondern seinem Zustellungsbevollmächtigten zugestellt worden war. Der Analogieschluß ist unabwieslich, daß, wie die Bewilligung des Fernbleibens dem Angekl. persönlich zugestellt werden mußte (RGSt. 44, 47), so auch die unter Aufhebung dieser Bewilligung angeordnete Ladung zu dem neuen Termin. Es ist ihm der Wegfall des Dispenses unmittelbar zum Bewußtsein zu bringen. Bleibt er in der neuen Verhandlung trotz gehöriger Ladung aus, so ergeht nicht Verwerfungsurteil, vielmehr hat er seine Vorführung zu gewärtigen, und es ist über die Berufung zu verhandeln. Im übrigen kann zu diesem Punkte auf die Gründe der reichsgerichtlichen Entsch. Bezug genommen werden.

Geh. Rat. Prof. Dr. Detker, Würzburg.

An sich liegen die Voraussetzungen des § 20 Abs. 2 AufwG. vor. Dem Antragsgegner steht aber § 14 AufwGNov. entgegen.

Der Gestaltungswunsch des Antraggegners (s. RG. 119, 179¹⁾) ist darin zu erblicken, daß er im Tauschvertrage vom 10. Juli 1922 die Lastenfreiheit des von ihm zu erwerbenden deutschen Grundstücks mit dem Verkäufer B. vereinbarte. Ob B. sich bei den Tauschverhandlungen zuerst zur Ablösung der Hypothek erboten hat, ist dagegen belanglos. Maßgebend ist, daß der Antragsgegner die Beschaffung des „reinen Grundbuchs“ zur Vertragsbedingung gemacht und damit die Beseitigung der Hypothek des Gläubigers durch den Tauschgegner herbeigeführt hat. Hiernach ist die wesentliche Voraussetzung für die Anwendung des § 14 AufwGNov. gegeben (s. RG. V 66/28: AufwRspr. 29, 172).

Daß die Mittel zur Ablösung der Hypothek aus dem Vermögen des Antraggegners stammen, ist nicht unbedingt erforderlich (s. RG. a. a. O.). Immerhin ist auch dieser Umstand im vorliegenden Falle zu bejahen. Allerdings beruht der Erwerb des Antraggegners hier auf einem Tausche zweier Grundstücke, bei dem eine bare Zahlung (Tauschzusage) nicht stattgefunden hat. Die bisher bekanntgewordenen Entsch. des RG. betreffen dagegen Kaufverträge und erörtern daher nur die Geldzahlung des Käufers, die dem Verkäufer die Mittel zur Ablösung des fremden Rechtes gewährt. Indessen muß der Grundgedanke der höchstrichterlichen Rspr. bei Tauschverträgen entsprechend verwendet werden. Danach darf sich der Erwerber nicht auf eine von ihm selbst veranlaßte Rechtsänderung berufen, wenn er die Ablösung

1) JW. 1928, 1377.

Zu I. Der Entsch. vermag ich nicht beizupflichten.

Voraussetzung für die Anwendung des § 14 Nov. ist, daß die Hypothek, sofern die Ablösung nicht von dem Erwerber erfolgt ist, „für Rechnung des Erwerbers“ abgelöst worden ist. In dem Entwurfe der Nov. war zunächst gefordert, daß die Hypothek außerdem von dem Erwerber durch Vereinbarung mit dem Verkäufer übernommen sein müsse. Diese Voraussetzung ist im Reichstagsausschuß gestrichen worden, da sonst das Anwendungsgebiet des § 14 zu eng sei. Wo nun aber die Abgrenzung liegen soll, sagt das Gesetz nicht. Dies mußte also aus den unklaren Worten „für Rechnung“ in Verbindung mit dem dehnbaren Grundgedanken der Vorschrift entnommen werden. Die Rspr. hat sich mit der Bestimmung abzufinden versucht, so gut dies möglich war. Sichere Rechtsätze ließen sich auf so unsicherem Boden nicht entwickeln. Bei einem Notgesetz, das in seiner praktischen Bedeutung zeitlich begrenzt und so unklar wie der § 14 Nov. ist, kommt man um eine Präjudizienr. nach englischem Vorbild nicht herum. Weder die Literatur noch die Instanzgerichte können hier ihre Aufgabe darin sehen, in der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelte Rechtsätze zu bekämpfen.

Die Rspr. hat drei Voraussetzungen für die Anwendung des Begriffs „für Rechnung des Erwerbers“ entwickelt, nämlich

1. daß ein Zusammenhang zwischen der Ablösung der Hypothek und dem Erbvertragsgeschäft besteht,
2. daß die Ablösung der Hypothek dem Gestaltungswunsch des Erwerbers entsprechen und
3. daß die Ablösung mit Mitteln des Erwerbers erfolgt sein muß.

Diese drei Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen. Zinfolgebesser erscheint es mir nicht richtig zu sein, wenn das RG. den „Gestaltungswunsch“ des Erwerbers für ausreichend hält, ohne den zur Ablösung verwandten Mitteln Bedeutung beizumessen. Zu Unrecht beruft sich das RG. bei seiner Auffassung auf das Ur. des RG. v. 15. Dez. 1928 (AufwRspr. 1929, 172 = JW. 1929, 856). Dort hat das RG. nur ausgesprochen, daß die Mittel zur Ablösung nicht unmittelbar aus dem Vermögen des Erwerbers zu stammen brauchen. Es soll genügen, daß die Ablösung „mit einwilligen anderweit, auch aus dem Vermögen des Verkäufers“ entnommenen Mitteln“ erfolgt ist, sofern dies „im Hinblick auf die bevorstehende Erstattung aus dem Kaufpreis“ geschah. An dem Erfordernis, daß die Ablösung, sei es auch nur in weiterem Sinne, mit Mitteln des Erwerbers erfolgt sein müsse, wird also festgehalten.

Das RG. führt — als Eventualbegründung — aus, daß die Ablösung nicht nur gemäß dem Wunsche des Erwerbers, ein „reines Grundbuch“ zu haben, sondern auch mit dessen Mitteln erfolgt sei. Hierbei geht es aber über das hinaus, was das RG. bis jetzt in seiner weitgehendsten Entsch. — dies dürfte die v. 15. Dez. 1928 sein — ausgesprochen hat. Es handelte sich im vorliegenden Falle um den Tausch zweier Grundstücke. Eine Barauszahlung wurde von keiner Seite geleistet. Somit kann keine Rede davon sein, daß der Verkäufer, wie das RG. dies in dem Ur. v. 15. Dez. 1928 für den dort entschiedenen Fall ausführt, den zur Ablösung der Hypothek erforderlichen Betrag nur einwilligen im Hinblick auf die bevorstehende Erstattung aus dem Kaufpreis vorgelegt hat. Allenfalls ließe sich dies sagen, wenn das RG. unterstellt hätte, daß der Verkäufer sich die vorgelegte Ablösungssumme durch Hypothekierung des in Tausch genommenen Grundstücks wieder beschaffen wollte. Dies unterstellt das RG. aber gerade nicht, sondern es erklärt ausdrücklich, daß es dieser Unterstellung nicht bedürfe. Wenn das RG. meint, der ablösende

der Post durch Hingabe von Gegenständen seines Vermögens dem Verkäufer ermöglicht hat. Dies gilt auch dort, wo der Verkäufer zunächst die Mittel zur Beseitigung der Hypothek selbst bringt, aber später vom Erwerber durch Leistung des Entgelts für das übereignete Grundstück den Ersatz für seine Ablösungsaufwendungen erhält oder auch nur erhalten soll (s. RG. Aw 530/27 und 1813/28: AufwNspr. 28, 866 und 897 und jetzt auch RG. V 66/28: a. a. D.).

In der hier zu entscheidenden Sache hat der frühere Eigentümer B. die Hypothek des Gläubigers zunächst mit seinen eigenen Mitteln zur Beseitigung gebracht, indem er sich die hierzu erforderlichen Mittel durch Verkauf seiner Fahrhabe verschaffte. Dieses Opfer brachte der Vorgänger des Antragsgegners aber nur in der durch den Tauschvertrag begründeten Erwartung, daß er sich wegen seiner Aufwendungen an dem ihm zufallenden polnischen Tauschgrundstück erholen könne. Ob sich B. inzwischen durch Belastung dieses polnischen Grundstücks das bei der Ablösung der hier streitigen Hypothek verausgabte Geld wieder beschafft hat, ist unerheblich. Es genügt zur Anwendung des § 14 AufwGNob., daß dem B. nach dem Willen des Antragsgegners in der „Substanz“ des lastenfreien polnischen Grundstücks ein Wert zugeflossen ist, der aus dem Vermögen des Antragsgegners herrührt und zum Ersatz der Ablösungsaufwendungen ausreicht. Ob die Beseitigung der Hypothek auch die Befreiung der Tauschleistungen des Antragsgegners beeinflusst hat (s. RG. V 66/28 a. a. D.), kann dahingestellt bleiben, da die Voraussetzungen des § 14 AufwGNob. ohnehin vorliegen. Die hier vertretene weite Auslegung der AufwGNob. entspricht dem Zwecke des Gesetzes, das auch bei reinen Tauschverträgen einen möglichst großen Schutz der Aufwertungsgläubiger anstrebt.

(RG., 9. Zivilsen., Beschl. v. 7. März 1929, 9 Aw 3910/28.)

[¹⁰⁰ Dr. Patufcher.]

Bayerisches Oberstes Landesgericht.

Strafsachen.

Berichtet von FR. Dr. Friedrich Goldschmit II, München.

I. § 230 StGB.; § 913 RWD.; §§ 45, 46 GewD. Die allgemeinen Sorgfaltspflichten eines gewerblichen Unternehmens sind übertragbar. Der Unternehmer ist jedoch zur sorgfältigen Auswahl und zur Überwachung verpflichtet. f)

Wer die Verantwortung für die Einhaltung der Unfallverhütungsvorschriften im Mühlenbetriebe der Angekl. hatte, ob diese oder ihr Stellvertreter, ist nicht von entscheidender Bedeutung. Denn die Unfallverhütungsvorschriften regeln nur die Pflichten der Mitglieder der Berufsgenossenschaft gegenüber der Genossenschaft mit Hinblick auf deren wirtschaftlichen Zweck der Sicherung gegen Inanspruchnahme mit Entschädigungsansprüchen und können daher

Veräußerer habe die „Substanz“ des Tauschgrundstücks erhalten, so beweist gerade der Ausdruck „Substanz“, daß dem Veräußerer eben keine flüssigen Mittel zufließen, aus denen er sich wegen der vorgelegten Ablösungssumme hätte erholen können.

Die Mspr. des höchsten Gerichtes ist bei der Auslegung des Begriffes „für Rechnung des Erwerbers“ bereits weiter als sämtliche Kommentatoren der Nov. gegangen. Mügel, der den Begriff am weitesten faßt, hebt dies mit Recht hervor (ZW. 1929, 856). Auf den Gestaltungswillen des Erwerbers als alleiniges Kriterium hat das RG. bisher nicht abgestellt. Dies würde ich auch für bedenklich halten. Der Jgg. Gestaltungswille ist ein anfänglicher Begriff. Es ist zu bezweifeln, ob der Wille des Käufers wirklich dahin ging, ein Grundstück hypothekenfrei zu „gestalten“, oder ob es sich nicht vielmehr für ihn lediglich darum handelte, das Grundstück zu einem bestimmten Preise zu erwerben. Zur Beseitigung nicht übernommener Hypotheken war der Veräußerer ja nach § 439 Abs. 2 BGB. ohne weiteres verpflichtet. Infolgedessen bedarf es bei der Auslegung des § 14 Nov. außer dem Gestaltungswunsche einer weiteren Einschränkung, die in dem Begriff der Ablösung mit Mitteln des Erwerbers zu suchen ist. Man mag diesen Begriff mit dem RG. im weitesten Sinne verstehen. Wenn aber der Veräußerer die Mittel zur Ablösung der Hypothek durch Veräußerung seines Mobilienbesitzes flüssig gemacht und ein Grundstück in Tausch genommen hat, das er nicht zur Finanzierung der Ablösungssumme mit Hypotheken belasten wollte, so kann man beim besten Willen nicht sagen, daß die Ablösung mit Mitteln des Erwerbers erfolgt sei, will man diesen Begriff nicht in das gerade Gegenteil dessen verkehren, was er nach dem normalen Sprachgebrauch besagt.

Das RG. hält es nicht für erforderlich, daß die Mittel zur Ablösung der Hypothek von dem Erwerber stammen, wenn der Kaufpreis mit Rücksicht auf die geforderte Beseitigung der Hypothek durch den Veräußerer höher bemessen worden ist, was beispielsweise dann der Fall sein soll, wenn der Erwerber die sehr beträchtlichen Beseitigungskosten übernommen hat (RG. v. 16. Febr. 1929: AufwNspr. § 14 Nov. Kart. Nr. 17). Auch diese Abgrenzung ist bedenk-

lich für die Begründung fahrlässigen Verhaltens in tatsächlicher Beziehung herangezogen werden, aber nicht maßgebend sein für die strafrechtliche Verantwortlichkeit (BayObLGSt. 12, 73 ff.).

Belanglos ist es auch, wer in vorl. Falle Träger der durch die GewD. auferlegten besonderen Pflichten gewesen ist (§§ 45, 46, 151 Abs. 1 GewD.). Denn die Verlegung dieser Pflichten begründet gleichfalls nicht eine Verantwortlichkeit nach dem StGB., sondern nur eine solche nach den Strafbestimmungen der GewD.

Entscheidend sind vielmehr die allgemeinen Sorgfalt-, Leistungs- und Aufsichtspflichten, die sich aus jedem Gewerbebetriebe ergeben und die zum Inhalt haben, daß derjenige, der einen Gewerbebetrieb ausübt, sein stetes Augenmerk darauf zu richten hat, die Einrichtungen des Betriebs und den Betrieb selbst derart sicher zu gestalten und sicher zu erhalten, daß sie nicht zu Schädigungen Dritter führen können.

Die Art dieser Pflichten schließt nicht aus, daß sie einem Stellvertreter übertragen werden. Sie sind nicht „uneinlösbar“.

Die Angekl. hatte sie dem R. übertragen. Denn danach war dieser mit der Leitung des ganzen Mühlenbetriebes betraut, erstreckte sich seine Leitung auf alles, was der Mühlenbetrieb in technischer Beziehung mit sich brachte und umfaßte namentlich auch die Sorge dafür, daß nicht bloß das Mehlgeschäft seinen Fortgang nahm, sondern daß vor allem auch die Betriebseinrichtungen in ordnungsgemäßem Zustande gehalten und die Unfallverhütungsvorschriften beobachtet wurden. Die Rüge des StA., R. sei nicht in vollem Umfange Betriebsleiter gewesen, sein Pflichtenkreis habe sich mit dem Unternehmerpflichtenkreis der Angekl. nicht gedeckt, es sei ihm nicht aufgetragen gewesen, für die Einrichtungen des Betriebs und deren Unterhaltung zu sorgen, ist demgemäß unzutreffend.

Das RG. hat für solche Fälle der Übertragung der bezeichneten Pflichten eine nach den Umständen des Einzelfalles sich bemessende Rechtspflicht des Auftraggebers zur Verhinderung strafbarer Handlung des Beauftragten anerkannt, die sich als Pflicht zur sorgfältigen Auswahl und als Pflicht zu einer nach den gegebenen Verhältnissen möglichen und erforderlichen Beaufsichtigung des Beauftragten und Überwachung der Arbeiten des Betriebes darstellt (RG.: ZW. 1928, 2323¹¹). Als Möglichkeit in diesem Sinne ist insbes. die Möglichkeit der Wahrnehmung von Ordnungswidrigkeiten, die zu einem Unfälle führen können, anzusehen, und sie ist ohne weiteres als erwiesen zu erachten, wenn feststeht, daß der Auftraggeber die Ordnungswidrigkeiten tatsächlich wahrgenommen hat und sich der daraus drohenden Gefahr bewußt gewesen ist; dann besteht für ihn auch unter allen Umständen die Pflicht, für die Abstellung der Ordnungswidrigkeiten und damit für die Beseitigung der Gefahr zu sorgen; zum mindesten muß er hier dem Beauftragten die erforderlichen Anweisungen erteilen (RG. a. a. D.).

Daß die Angekl. bei der Auswahl und Aufstellung des R. die Verkehrsvorsicht und -aufmerksamkeit walten ließ, ist zutreffend ausgeführt. Bezüglich der Beaufsichtigungs- und Überwachungs-pflicht ist festgestellt, daß die Angekl. von dem technischen Mühlen-

lich, da dem Erwerber ex post gesehen eine Willensrichtung unterstellt wird, die ihm im allgemeinen fern lag. Denn regelmäßig zahlt der Erwerber nichts für die Ablösung der Hypothek, sondern er legt für das Grundstück den Preis an, den es ihm wert ist. Wenn das RG. schon den § 14 Nov. anwenden wollte, so hätte es auch argumentieren können, bei einem Tauschvertrag handle es sich um verrechnete Grundstückskaufpreise und die verrechneten Grundstückskaufpreise seien im Hinblick auf die beiden lastenfrei zu übertragenden Tauschgrundstücke höher bemessen worden. Diese Begründung wäre m. E. nicht kühner gewesen als die Annahme, die Ablösung der Hypothek sei mit Mitteln des Erwerbers erfolgt. Aber auch mit dieser Begründung würde m. E. der Auslegung des § 14 Gewalt angetan.

M. Dr. Ernst Boesebeck, Frankfurt a. M.

Zu I. Das obige Urteil verdient volle Zustimmung. Es behandelt Fragen, die nicht nur strafrechtlich, sondern auch zivilrechtlich praktisch bedeutsam sind, da der Rückgriff der Berufsgenossenschaft gegen den Betriebsunternehmer gem. § 903 RWD. eine Fahrlässigkeit im strafrechtlichen Sinne zur Voraussetzung hat. Allerdings haftet der Unternehmer der Genossenschaft ohne strafrechtliche Feststellung (Abs. 4). Nach § 913 RWD. ist der Unternehmer berechtigt, die Pflichten, die ihm in Ansehung der Beobachtung der Unfallverhütungsvorschriften obliegen, wohl einem Betriebsleiter, jedoch nicht anderen Angestellten zu übertragen. Nach anerkannten Rechtsgrundsätzen befreit sich aber damit der Unternehmer nicht von jeder Verantwortung. Ihm verbleibt in jedem Falle die Verpflichtung zur gehörigen Beaufsichtigung aller Personen, deren Hilfe er sich bei Ausübung seines Gewerbes bedient, sowie des Gewerbebetriebes selbst (RGSt. 24, 295; 50, 10). Unter welchen Umständen die Verantwortung des Unternehmers eintritt, richtet sich nach der Lage des einzelnen Falles. Bedeutsam kann hierbei sein, ob der Unternehmer sachkundig ist oder nicht, wie groß sein Betrieb ist, ob er an der Betriebsstelle wohnt oder nicht usw. (RG. 102, 327).

Das Urteil stellt zunächst mit Recht fest, daß die angeklagte

Betriebe gar nichts versteht, daß sie von dem in Wirklichkeit bestehenden gefährlichen Zustande der Mühle..einrichtung nichts wußte, daß auch keine Betriebskontrolle zu einer sie darauf aufmerksam machenden Beanstandung geführt hatte, endlich daß sie sich hinsichtlich der Sicherheit des Betriebes ganz auf R. verlassen mußte und konnte. Es kann ihr daher auch eine fahrlässige Verletzung der Aufsichtspflichten- und Überwachungspflicht nicht zur Last gelegt werden. Die Vernachlässigung und Überwachung des R. und des Betriebes war unter den gegebenen Umständen für sie weder möglich noch erforderlich.

(BayObLG., StrSen., Urtr. v. 8. Febr. 1929, RevReg. I Nr. 916/28.)

*

2. §§ 185, 240 StGB. Die Ausschreibung einer Forderung zum Verkauf ist nicht in jedem Falle und unter allen Umständen eine Beleidigung des Schuldners, deren Androhung eine Nötigung enthält. †)

Wenn ein Gläubiger, der es mit einem böswilligen oder säumigen Schuldner zu tun hat, von dem er auf dem gewöhnlichen Wege Befriedigung nicht erlangen kann, seine Forderung in der wahren Absicht zum Verkauf ausschreibt, hierfür einen Abnehmer zu finden und durch Gewinnung des Kaufpreises ganz oder wenigstens teilweise zu seinem Guthaben zu gelangen, so übt er nur sein Recht aus, und in seinem Vorgehen kann kein Angriff auf die Ehre seines Schuldners, der Ausdruck einer Geringschätzung nicht erblickt werden. Ist aber die Ausschreibung der Forderung, die dem Gläubiger bekannt ist, nicht geeignet, durch einen Verkauf der Forderung zu deren Ablosung und Verwertung zu führen, und ist sie dazu auch gar nicht bestimmt, soll sie vielmehr nur dazu dienen, an dem Schuldner Schikane zu üben und ihn in der Öffentlichkeit bloßzustellen, so bedeutet sie eine Kundgebung der Mißachtung und

Unternehmerin die ihr obliegenden Pflichten einem Betriebsleiter übertragen hatte. Nicht jede im Geschäftsverkehr als „Betriebsleiter“ bezeichnete Person ist als ein solcher i. S. des § 913 RWD. anzusehen. Entscheidend ist, ob dem betreffenden Vertreter des Gewerbetreibenden die selbständige Leitung des Betriebes überlassen ist (vgl. RGSt. 49, 121; ferner das Urteil des OLG. Rostock, abgedr. in „Die Berufs-genossenschaft“ 1926, 102 ff.). Eine solche selbständige Stellung hat der Betriebsleiter R. im vorliegenden Falle gehabt. Weiter ist aber dem BayObLG. auch darin bezupflichtet, daß eine fahrlässige Verletzung der Aufsichtspflichten- und Überwachungspflicht nicht in Frage kommt, da die Angekl. von dem technischen Mühlenbetriebe nichts verstand und sich ganz auf ihren Betriebsleiter verlassen mußte.

RA. Dr. Franz Seligsohn, Berlin.

Zu 2. Nach dem prozessualen Aufbau der Revision des geltenden Rechts ist das RevG. an die Feststellung des InstGer. über die Frage, ob eine Kundgebung als Beleidigung zu erachten ist, gebunden, da diese Entsch. eine „wesentlich tatsächliche ist, weil nicht nur Inhalt und Tragweite der Kundgebung zu ermitteln, sondern zugleich die begleitenden Umstände und die einschlagenden konkreten Verhältnisse zu berücksichtigen sind und in tatsächlicher Würdigung aller dieser Momente festzustellen ist, ob die betreffende Kundgebung sich als Beleidigung eines anderen darstellt“ (RGSt. 3, 434 f.). Die Tätigkeit des RevG. ist mithin auf die Nachprüfung beschränkt, ob die Erwägungen des InstGer. einen Rechtsirrtum, insbes. eine Verkennerung des Rechtsbegriffs der Beleidigung, enthalten (RGSt. a. a. O.). Da die neuere Rpr. des RG. in zunehmendem Maße auch Verstöße gegen die allgemein gültigen Regeln des Denkens, der Erfahrung und der Auslegung als Rechtsirrtümer anerkennt (vgl. RGSt. 61, 153; Mannheim, Beiträge zur Lehre von der Revision usw., S. 122), ist auch die Revisionsrüge der in sich widerspruchsvollen Auslegung von Gedankenäußerungen zulässig.

Ob eine bestimmte Äußerung oder Handlung objektiv eine den Tatbestand der Beleidigung erfüllende Kundgebung der Mißachtung enthält (§ 185 StGB.) — über die nur bedingte Zulässigkeit der Untercheidung zwischen objektivem und subjektivem Tatbestande innerhalb des Begriffs der Beleidigung vgl. RGSt. 18, 144; 41, 51 —, läßt sich nicht aus dem betreffenden äußeren sinnfälligen Verhalten des Täters allein entscheiden, vielmehr sind hierbei auch die begleitenden Umstände, insbes. die Betrachtungsweise der Beteiligten, zu denen auch der Adressat einer Äußerung gehört, und der vom Täter verfolgte Zweck — Tat im weiteren Sinn — mit zu berücksichtigen. Eine Kundgebung, die von dem Willen beherrscht ist, die Geringschätzung eines anderen diesem oder Dritten gegenüber zum Ausdruck zu bringen, stellt sich als Beleidigung dar, wenn auch die Äußerung oder Handlung selbst, für sich betrachtet, keinen ehrverletzenden Inhalt hat (vgl. RGSt. 1, 390; 3, 434; 18, 144; 41, 51). Ob eine öffentliche Mitteilung des Inhalts, daß jemand die ihm gegen eine andere Person zustehende Forderung verkaufen wolle, beleidigend ist oder nicht, ist nur unter Berücksichtigung des mit der Bekanntmachung verfolgten Zweckes und der Umstände, unter denen die Ausschreibung erfolgt, zu entscheiden.

Die Erwägung des BayObLG., aus der Tatsache, daß der Schuldner zahlungsunfähig war und der Angekl. dies wußte, sei zu folgern, daß der Angekl. nicht seine Forderung verwerten, son-

der Ehrenkränkung; von wirklicher Verfolgung eines Rechts kann dann keine Rede sein. Dem Gläubiger kann in diesem Falle auch der Schutz des § 193 StGB. nicht zugebilligt werden, weil er gar nicht berechtigte Interessen wahrnehmen, vielmehr in Kenntnis dessen, daß ihr die Ausschreibung nicht zu dem vorgebildet erstrebten Erfolge führen kann, den Schuldner nur in den Augen seiner Mitmenschen herabsetzen will. Das Urteil stellt fest, daß der Schuldner W. nicht böswillig, aber zahlungsunfähig und in schwerster wirtschaftlicher Bedrängnis war und daß deshalb der Angekl. niemals einen Käufer für seine Forderung hätte finden können. Es stellt aber auch fest, daß dem Angekl. dies wohl bekannt war. Wenn es daraus die Folgerung zieht, daß es dem Angekl. nicht um eine Verwertung seiner Forderung, sondern nur darum zu tun war, seinen Schuldner, wenn er nicht zahle, bloßzustellen, so läßt sich gegen die Berechtigung dieser Annahme nichts einwenden. Dies um so weniger, als der Angekl. die von ihm verfolgte Absicht selbst in der Postkarte mit den Worten klar und unverkennbar ausgesprochen hat, W. solle sofort zahlen, wenn er die Ausschreibung und damit seine öffentliche Bloßstellung vermeiden wolle.

Hätte somit die von dem Angekl. angebotene Ausschreibung im Falle ihrer Ausführung objektiv und subjektiv eine strafbares Vergehen der Beleidigung begründet, so ist der Tatbestand eines Vergehens nach §§ 240, 43 StGB. gegeben.

(BayObLG., StrSen., Urtr. v. 11. Juni 1929, RevReg. I Nr. 368/29.)

*

3. §§ 327, 367 ff. StGB.; § 192 RWD. Zum Begriffe: Schlägerei und Kaufhandel. †)

Die Gesetzesmaterialien geben über die Frage, was unter „Schlägereien oder Kaufhändeln“ zu verstehen ist, keinen ausreichenden Aufschluß (vgl. PrWB.: Reger 13, 385). Die Be-

den den Schuldner bloßstellen wollte, erscheint nicht schlüssig. Die Möglichkeit, daß der Angekl. die Forderung in Kenntnis und unter Verschweigung ihrer Wertlosigkeit verkaufen wollte, wodurch er sich allerdings des Betruges bzw. des Betrugsversuchs schuldig gemacht hätte, ist nicht auszuschließen. Geht man aber einmal davon aus, daß der Angekl. durch die Ausschreibung der Forderung nicht eine wirtschaftliche Verwertung seines Anspruchs erreichen, sondern den Schuldner bloßstellen wollte, so ist in der öffentlichen Bekanntgabe der Verkaufsabsicht eine ehrverletzende Kundgebung zu erblicken. Dieselbe Beurteilung müßte in. E. auch in dem Falle Platz greifen, daß der Gläubiger durch die unter Namhaftmachung des Schuldners erfolgende Ausschreibung ernstlich einen Abnehmer finden wollte. Da nämlich die öffentliche Bekanntgabe der Person des Schuldners für den wirtschaftlichen Zweck der Ausschreibung — die Erweckung des öffentlichen Interesses am Erwerb der Forderung — durchaus entbehrlich ist, muß die an einen unbegrenzten Personenkreis gerichtete Mitteilung, daß der mit Namen und Adresse genau bezeichnete Schuldner seine fälligen Verbindlichkeiten nicht erfüllt habe, stets als eine, auch im Bewußtsein des beleidigenden Charakters der Äußerung erfolgte Kundgebung der Mißachtung, mindestens in der Begehungsform des dolus eventualis, erachtet werden. Dieselben Umstände, aus denen der objektiv beleidigende Charakter der Veröffentlichung zu folgern ist, führen in vorliegendem Falle zur Verfassung des Rechtserwägungsgrundes des § 193 StGB. Wenn der Gläubiger durch die öffentliche Ausschreibung der Forderung nicht ein wirtschaftliches Ziel, sondern nur die Befriedigung seiner Nachsucht und die Bloßstellung des Schuldners erstrebt, ist eben der Zweck seines Tuns nicht die Wahrnehmung berechtigter Interessen. Die Frage, ob der Täter zur Wahrnehmung berechtigter Interessen gem. § 193 StGB. handelt, ist aber allein nach dem Zweck der Äußerung zu entscheiden, und gerade aus der Benutzung der Presse ist häufig die Absicht der Beleidigung zu folgern (RGSt. 59, 416; JW. 1926, 1185; 1928, 2094 und Anm. von Lisberg).

Daß der Tatbestand einer Nötigung i. S. des § 240 StGB. nicht erfüllt ist, wenn der Angekl. sich wegen der angedrohten Beleidigung mit Recht auf den Schutz des § 193 StGB. berufen darf, ergibt sich daraus, daß im Falle des § 240 StGB. des physische Mittel der Nötigungshandlung ein strafbares Verbrechen oder Vergehen sein muß (vgl. RGSt. 37, 104). UGR. Dr. Unger, Berlin.

Zu 3. Mit Recht setzt das BayObLG. den Begriff der Schlägerei und des Kaufhandels i. S. des § 192 RWD. nicht dem gleichlautenden Begriff der §§ 327 und 367 Nr. 10 StGB. gleich.

Der legislatorische Grund, der zu den besonderen Strafbestimmungen für Prügeleien zwischen mehr als zwei Personen geführt hat, trifft für die Bestimmung des § 192 Ziff. 2 RWD. nicht zu. Die RWD. will den Krankenkassen das Recht geben, ihren Mitgliedern das Krankengeld zu versagen, wenn die Verletzung nicht ohne eigenes Verschulden erlitten ist. Dies trifft aber bei einer Verletzung, die anlässlich einer Prügelei zwischen nur zwei Personen entstanden ist, nicht weniger zu, als bei einer solchen, die sich der Verletzte bei einer Prügelei zwischen mehr als zwei Personen zugezogen hat.

RA. Dr. Arthur Brandt, Berlin.

Einigung soll ersichtlich dem Schutze der Krankenkasse gegen Inanspruchnahme auf Gewährung von Krankengeld in den hier aufgeführten besonderen Fällen dienen. Sie ist daher entsprechend diesem Zwecke und der hier vom Gesetzgeber verfolgten Absicht auszulegen, während anderen gesetzlichen Bestimmungen über „Schlägereien“, denen andere Zwecke und andere Absichten des Gesetzgebers zugrunde liegen, eine Bedeutung nicht zukommt. Demgemäß darf eine „Schlägerei“ oder ein „Raufhandel“ i. S. des § 192 RW. nicht erst dann angenommen werden, wenn mehr als zwei Personen bei den Vorgängen beteiligt waren, wie dies nach der in Schrifttum und Rpr. herrschenden Meinung für den Begriff „Schlägerei“ i. S. des § 227 StGB. und nach der zwar im Schrifttum, nicht aber auch in der Rpr. überwiegend vertretenen Ansicht auch für den gleichen Ausdruck i. S. des § 367 Nr. 10 StGB. verlangt wird (vgl. hierzu Lpz Komm., 3. Aufl., Anm. 2 zu § 227, Anm. X 2 zu § 367 StGB.; Frank, 17. Aufl., Anm. I zu § 227, Anm. XI zu § 367 StGB.; v. Olshausen, 11. Aufl., Anm. 3 zu § 227, Anm. 10 a a zu § 367 StGB.; ferner die dort angeführten Entsch.). Vielmehr genügt es für die Annahme einer „Schlägerei“ oder eines „Raufhandels“ i. S. des § 192 RW., wenn sich die Vorgänge auch nur zwischen zwei Personen abgespielt haben. Eine gegenseitige Anschauung ist auch dem Schrifttum und der Rpr. zu § 192 RW. und seinem Vorbild, dem § 6a des früheren KrankVersG., sowie zu § 1279 RW., in dem ebenfalls die „Schlägereien oder Raufhändel“ angeführt sind, nicht mit Sicherheit zu entnehmen (vgl. Reger-Henle, 8. Aufl., Anm. 10, und Kap-MeineI, 2. Aufl., Anm. 6, je zu § 6a KrankVersG.; RVerfKomm. zur RW., Anm. 4 zu § 192 und Anm. 8 zu § 1279; Hanow, RW., 7. Aufl., Anm. 6 zu § 192, und 4. Aufl., Anm. 12 zu § 1279 RW.; Reger 13, 385; 14, Beil., 82; 16, 392; ErgBd. 1, 299; RVerfNachr. [3. u. 4.] 1894, 131; ArbVerf. 1908, 371). Allerdings fehlt jedoch der Begriff „Schlägerei“, „Raufhandel“ i. S. des § 192 RW., was nach Schrifttum und Rpr. nicht zweifelhaft ist, stets eine wechselseitige widerrechtliche Tätigkeit von mindestens zwei Personen, ein bei jedem Beteiligten widerrechtliches, feindseliges Gegenüberreten aus Anlaß eines Streites oder Angriffes voraus.

(BayObStG., StrSen., Urt. v. 22. März 1923, RevReg. II Nr. 65/28.)

*

4. § 14 MünzG. v. 1. Juni 1909; BundVerf. v. 23. Juni 1910; RFinMinVerf. v. 26. Jan. 1922 und v. 27. Dez. 1923; § 15 MünzG. v. 30. Aug. 1924. Die Verf. v. 23. Juni 1910 ist erst ab 1. April 1929 außer Kraft getreten. Marken i. S. dieser Verf. sind nur solche, die aus unedlem Metall hergestellt sind; Medaillen sind nicht bloß Denk- und Schaumünzen, sondern schlechthin Münzen oder Gegenstände aus Metall in der Form von Münzen, die nicht für den Geldverkehr bestimmt sind. Für den Begriff des Geldes ist es bedeutungslos, ob es im Reiche kursfähig ist oder welchen Kurs es in Deutschland hat.

Nach § 1 Abs. 1 der auf Grund des § 14 Abs. 1 Nr. 2 MünzG. v. 1. Juni 1909 (RGBl. I, 507) erlassenen Bek. v. 23. Juni 1910 dürfen „Medaillen und Marken (Klame-, Nabatt-, Spiel-, Speise- und sonstige Wertmarken)“ nicht „die Angabe eines Geldwertes enthalten“. Diese Vorschrift hat durch die auf einem Beschl. des Reichsrates beruhende Bek. v. 26. Jan. 1922 eine Änderung nicht erfahren. Die Bestimmung des § 14 MünzG. v. 1. Juni 1909, der die gesetzliche Grundlage für die Bek. v. 23. Juni 1910 bildet, ist durch § 15 Abs. 1 MünzG. v. 30. Aug. 1924 (RGBl. II, 254), das mit 11. Okt. gleichen Jahres in Kraft getreten ist (vgl. WD. v. 10. Okt. 1924, RGBl. II, 383), aufgehoben worden. Diese Aufhebung hat aber, wie sich ohne weiteres aus § 14 Abs. 1 Nr. 2 und 15 Abs. 1 MünzG. v. 30. Aug. 1924 ergibt, nicht auch die Aufhebung der Bek. v. 23. Juni 1910 zur Folge gehabt; diese Bek. ist vielmehr in Geltung geblieben und wird erst ab 1. April 1929 zufolge der §§ 8 und 9 WD. des RZM. über die Herstellung von Medaillen und Marken v. 27. Dez. 1928 (RGBl. I, 2) aufgehoben und durch die Bestimmungen in §§ 1—5, 7 der genannten WD. ersetzt sein.

Die von dem Angekl. hergestellten Privatmünzen sind keine Marken i. S. des § 1 Abs. 1 Bek. v. 23. Juni 1910. Diese Bek. hat, wie sich aus der beispielsweise Ausführung der Klame-, Nabatt-, Spiel- und Speisemarken ergibt, nur solche Wertmarken im Auge, die aus unedlem Metall hergestellt sind. Aus edlem Metall werden auch berartige Marken, die nicht einen erheblichen Wert in sich selbst tragen, sondern meist, wie z. B. die Speise- und Biermarken, den Anspruch auf irgendeine Leistung begründen, erfahrungsgemäß nicht angefertigt. Für diese Auslegung spricht auch die Fassung des § 2 Bek. v. 23. Juni 1910, wonach „Marken (§ 1)“ und „Medaillen aus unedlem Metall“, die zu geringen Preisen für den Massenabsatz angefertigt werden, nicht mit einem Durchmesser von mehr als 20 bis einschließl. 25 mm hergestellt werden dürfen. Aus dieser Fassung ist ersichtlich, daß nach der Vorstellung des Gesetzgebers die von ihm in § 1 dieser Bek. bezeichneten „Marken“ solche sein sollten, die aus unedlem Metall angefertigt sind.

Die von dem Angekl. geprägten Privatmünzen sind aber als „Medaillen“ i. S. des § 1 Abs. 1 Bek. v. 23. Juni 1910 anzusehen, und zwar auch insoweit, als ihnen nicht die Nürnberger Burg oder das Bildnis Albrecht Dürers aufgeprägt ist. Unter Medaillen i. S. dieser Bek. sind nicht bloß Denk- und Schaumünzen zu verstehen, die zur Erinnerung an eine Begebenheit oder zu Ehren einer Person geprägt worden sind, sondern schlechthin Münzen oder Gegenstände aus Metall in der Form von Münzen, die nicht für den Geldverkehr bestimmt sind. Diese Auslegung entspricht dem Zwecke dieser Bek., einen geregelten Geldumlauf aufrechtzuerhalten und zu diesem Behufe die Gefahr der Verwechslung privater Münzen mit den Reichsmünzen zu verhüten.

Die von dem Angekl. hergestellten Privatmünzen enthalten die „Angabe eines Geldwertes“, weil diesen Münzen die Aufschriften „100 Goldmark“, „50 Goldmark“ und „20 Goldmark“ aufgeprägt worden sind.

Als Geld ist jedes vom Staat oder von einer durch ihn dazu ermächtigten Stelle als Wertträger beglaubigte, zum Umlauf im öffentlichen Verkehr bestimmte Zahlungsmittel ohne Rücksicht auf eine Annahmepflicht anzusehen (vgl. RSt. 58, 255). Für den Begriff des Geldes ist es bedeutungslos, ob es im Reiche kursfähig ist und welchen Kurs es in Deutschland hat.

Die von dem Angekl. angefertigten Privatmünzen können daher freilich nicht als Geld bezeichnet werden; denn sie sind nicht als gesetzliches Zahlungsmittel für den öffentlichen Verkehr bestimmt.

Wohl aber haben sie als Münzen zu gelten, welche die Angabe eines Geldwertes enthalten; denn die Goldmark wird im geschäftlichen Verkehr als ein Geldwert aufgefaßt. Der Angekl. hat selbst erklärt, daß er von verschiedenen Leuten gefragt worden sei, was das für ein „Geld“ sei, das er mache.

Nach der Beendigung des Währungsverfalles ist die Goldmark als Geldwert im öffentlichen Verkehr gesetzlich eingeführt und nach der Schaffung der Reichsmark ist die Goldmark durch verschiedene gesetzliche Vorschriften der Reichsmark, sohin dem gesetzlichen Währungsgelde, gleichgestellt worden. Im einzelnen ist hier neben der WD. auf Grund des Ges. üb. Vermögensstrafen und Bußen v. 23. Nov. 1923 (RGBl. I, 1117) und der WD. über Vermögensstrafen und Bußen v. 6. Febr. 1924 (RGBl. I, 44) folgendes anzuführen:

a) Durch die WD. des Reichspräsidenten über Steueraufwertung v. 11./18. Okt. 1923 (RGBl. I, 939, 979) wurden die Aufwertung der Steuern, die Entrichtung der Zinsen aus rückständigen Steuern und die Festsetzung der Geldstrafen bei Steuerzuerhandlungen in Goldmark festgelegt (§§ 2, 4, 6, 11, 17 a. a. D.).

b) In den beiden WD. über die Gerichtskosten und über die Gebühren der Rechtsanwälte v. 13. Dez. 1923 (RGBl. I, 1186 u. 1188) ist die Goldmark bei der Bemessung der gerichtlichen und der Anwaltsgebühren zugrunde gelegt worden.

c) In der GoldWV. v. 28. Dez. 1923 (RGBl. I, 1253) ist bestimmt, daß Kaufleute, die zur Führung von Handelsbüchern verpflichtet sind, v. 1. Jan. 1924 ab oder, falls das neue Geschäftsjahr mit einem späteren Zeitpunkt beginnt, von diesem Zeitpunkt ab das Inventar und die Bilanz in Goldmark aufzustellen haben und daß als Goldmark der Gegenwert von $\frac{10}{12}$ des nordamerikanischen Dollars gilt (§ 1). Weiter wurde in dieser WD. vorgeschrieben, daß Eröffnungsinventare und Eröffnungsbilanzen in Goldmark aufzustellen sind (§ 2), wie hoch die gesetzlichen Mindestbeträge des Eigenkapitals einer AktG., einer KommAktG., einer GmbH., ferner der Aktien, der Interimscheine und der Stammeinlagen in Goldmark festgesetzt werden müssen (§ 10) und wie hoch bei Neugründungen von AktG., KommAktG. und GmbH. das Grundkapital, das Stammkapital, die Aktien, die Interimscheine und die Stammeinlagen in Goldmark zu bemessen sind (§ 17).

d) Durch § 1 WD. über Goldmark- und Goldmarknoten-Wechsel und Schecks v. 6. Febr. 1924 (RGBl. I, 50) ist gestattet worden, Wechsel und Schecks in der Weise auszustellen, daß die zu zahlende Geldsumme in Goldmark ausgedrückt wurde, wobei als Goldmark der Wert von $\frac{10}{12}$ des nordamerikanischen Dollars zu gelten hatte.

e) In der III. StNotW. v. 14. Febr. 1924 (RGBl. I, 74) ist die Aufwertung der in § 1 dieser WD. aufgeführten Ansprüche auf 15% des Goldmarkbetrages der Forderungen, dessen Berechnung in § 2 Abs. 2 der WD. geregelt wurde, festgesetzt worden.

f) Die 5. DurchWD. des am 23. Juni 1923 (RGBl. I, 407) erlassenen Ges. über wertbeständige Hypotheken v. 17. April 1924 (RGBl. I, 415) hat die Eintragung von Feingoldhypotheken als Goldmarkhypotheken in das Grundbuch gestattet, wobei eine Goldmark dem Preise von $\frac{1}{2790}$ kg Feingold gleichgestellt wurde.

g) In Art. I der 2. DurchWD. zur Beschleunigung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten v. 27. Juli 1924 (RGBl. I, 660) ist es für zulässig erklärt worden, daß in den in § 9 der Bek. zur Entlassung der Gerichte v. 13. Mai 1924 (RGBl. I, 552) aufgeführten wertbeständigen Schuldtiteln die Höhe der zu zahlenden Geldsumme in Goldmark bestimmt wurde, und zwar entweder

in der Weise, daß für die Umrechnung der Goldmark in Reichsmährung der für Reichssteuern geltende Goldumrechnungssatz als maßgebend bezeichnet wurde (Steuergoldmark) oder

in der Weise, daß als Goldmark der Wert von $10\frac{1}{42}$ des nordamerikanischen Dollars angenommen wurde (Dollargoldmark) oder

in der Weise, daß als Goldmark der amtlich festgestellte Preis von $1\frac{1}{2790}$ kg Feingold zugrunde gelegt wurde (Feingoldmark).

h) Durch das MünzG. v. 30. Aug. 1924 (RGBl. II, 254) ist die Goldwährung für das Deutsche Reich wieder eingeführt, und in § 1 dieses Ges. ist bestimmt worden, daß die Rechnungseinheit der Goldwährung die Reichsmark bildet. Nach § 4 des genannten Ges. gelten aber als Reichsgoldmünzen bis auf weiteres auch die auf Grund gewisser früherer Gesetze ausgeprägten Goldmünzen; sie sind gesetzliche Zahlungsmittel (§ 5 Abs. 1 MünzG. v. 30. Aug. 1924).

Durch die 2. DurchsW. dieses MünzG. v. 12. Dez. 1924 (RGBl. I, 775) ist die Goldmark der Reichsmark gleichgesetzt worden. In § 2 dieser W. ist nämlich vorgeschrieben, daß die Reichsmark an die Stelle der Goldmark tritt, sofern in Gesetzen oder Verordnungen des Reiches für Geldbeträge die Goldmark als Rechnungseinheit in der Weise bestimmt ist, daß für die Umrechnung der Goldmarkbeträge in die Währungseinheit der von dem RZM. bekanntgegebene Goldumrechnungssatz maßgebend ist. Weiter ist in § 3 dieser W. die Bestimmung getroffen, daß für den Geltungsbereich der GoldW. v. 28. Dez. 1923 und der dazu erlassenen DurchsW. an die Stelle der Goldmark als Rechnungseinheit die Reichsmark zu treten hat.

i) In § 19 DurchsW. zum Ges. über die Liquidierung des Umlaufs an Rentenbankscheinen v. 31. Jan. 1925 (RGBl. II, 29) ist ausgesprochen, daß bei der Entrichtung der Rentenbankzinsen und der Vollstreckung wegen solcher Zinsen eine Goldmark einer Reichsmark gleichzusetzen ist.

k) Im AufwG. v. 16. Juli 1925 (RGBl. I, 117) ist für die Festsetzung der Höhe der dort geregelten Aufwertung die Goldmark zugrunde gelegt worden.

Wie allgemein die Goldmark im öffentlichen Verkehr als Geldwert eingeführt war, ist auch daraus ersichtlich, daß vor der Schaffung der Reichsmark eine Zeitlang bei Zahlungen mittels Postanweisungen und Zahlkarten auf Grund der postalischen Bestimmungen die Höhe der eingezahlten Geldsummen in Goldmark anzugeben war.

In der Begründung zum Entw. der W. über die Herstellung von Medaillen und Marken v. 27. Dez. 1928 (Tagung des Reichsrates 1928, Druckf. Nr. 110) ist darauf hingewiesen worden, daß ein geregelter Geldumlauf vor allem die Freihaltung des Verkehrs von münzfähnlichen Zeichen voraussetzt, welche die unbedingt notwendige Übersichtlichkeit und Klarheit im Münzwesen beeinträchtigen, und daß auch eine dem Münzsystem nicht oder nicht unmittelbar entlehnte Wertangabe, insbes. auch die Bezeichnung „Goldmark“, auf Medaillen oder Marken im Interesse der Verkehrssicherheit nicht gebildet werden kann, weil eine solche Wertangabe geeignet ist, bei dem Unkundigen den Eindruck hervorzurufen, daß es sich um Reichsmünzen oder wenigstens um ein diese vertretendes Geldzeichen handle. Diese Ausführungen treffen nach der tatsächlichen Entwicklung der wirtschaftlichen Verhältnisse und nach der gesetzlichen Einführung der Goldmark auch für die hier in Betracht kommende Bek. v. 23. Juni 1910 zu. Daß die Ausprägung der Bezeichnung „Goldmark“ auf privaten Münzen als Angabe eines Geldwertes zu erachten ist, entspricht auch der Anschauung weiter Volkskreise, die mit Goldmark wie mit Reichsmark rechnen und diese beiden Wertangaben insbes. auch unbeswillen gleichstellen, weil die alten auf Mark lautenden Reichsgoldmünzen noch als Reichsmarkmünzen gelten, sohin sogar zum gesetzlichen Währungsgelde gehören. Nach dem Zwecke der Bek. v. 23. Juni 1910, der darauf abzielt, im Interesse eines geregelten Geldumlaufs der Gefahr von Verwechslungen und Mißbräuchen beim Geldverkehr vorzubeugen, ist anzunehmen, daß es Privaten nach § 1 Abs. 1 Satz 2 dieser Bek. nicht gestattet ist, Medaillen und Marken herzustellen und in den Verkehr zu bringen, die durch die Art ihrer Wertangabe den Anschein erwecken können, daß sie gültige Reichsmünzen seien.

Ob die von dem Angekl. angefertigten Privatmünzen einen über den darauf angegebenen Goldmarkbetrag hinausgehenden Wert haben, ist unerheblich. Wenn der Angekl. seine Handlungen zufolge irriger Auslegung des Begriffs „Angabe eines Geldwertes“ für erlaubt gehalten hat, so hat er sich in einem strafrechtlichen Zertum befunden, der ihn nicht vor Strafe zu schützen vermag. Die Bestimmung in § 1 Abs. 1 Bek. v. 23. Juni 1910 ist ein wesentlicher Bestandteil der strafrechtlichen Vorschriften des § 6 dieser Bek. und daher als eine strafrechtliche Norm anzusehen.

Dagegen kann die Verurteilung wegen einer mit dieser Übertretung in Tateinheit stehenden Übertretung nach §§ 2 Abs. 1 und 6 Bek. v. 23. Juni 1910/26. Jan. 1922 nicht aufrechterhalten werden. Denn die aus edlem Metall angefertigten Medaillen dürfen mit einem Durchmesser von mehr als 20 bis einschließlich 22 mm hergestellt werden.

(WahDBG., StrSen., Urt. v. 7. März 1929, RevReg. II Nr. 22/28.)

Oberlandesgerichte.

Berlin.

a) Zivilsachen.

1. § 70 GenG. Es gibt keine Arglistinrede, wenn der Vorstand die Anmeldung des Austritts beim Genossenschaftsregister schuldhaft unterläßt. †)

Der Bekl. war als Eigentümer des Gutes H. der Genossenschaft, die i. Z. 1926 durch Fusion in der Kl. aufgegangen ist, als Genosse beigetreten. Infolge von Unstimmigkeiten, die zwischen der Gutsverwaltung und der Genossenschaft entstanden, erklärte der Bekl. durch seinen Verwalter P. im Jan. 1925 seinen Austritt aus der Genossenschaft. Diese erwiderte hierauf nichts, forderte aber durch Schreiben v. 22. Dez. 1925 den Bekl. zur Einzahlung eines von ihm auf seinen Geschäftsanteil noch geschuldeten Restbetrages in Höhe von 396,95 RM auf. Nachdem der Bekl. hierauf geantwortet hatte, daß er bereits seit Jahresfrist aus der Genossenschaft ausgetreten sei und daher um die bisher unterbliebene Rückzahlung seiner Geschäftseinlage bitte, entgegnete die Genossenschaft, daß sie die durch P. ausgesprochene Kündigung nicht als wirksame Kündigung des Bekl. gelten lassen könne. Dieser Schriftwechsel endete mit einem Schreiben des Bekl. v. 26. April 1926, in dem dieser die von P. ausgesprochene Kündigung für rechtswirksam erklärt und jeden Anspruch der Genossenschaft ablehnt. Am 20. Okt. 1928 forderte die Kl. den Bekl. zur Zahlung des von ihm noch geschuldeten Geschäftsanteiles mit dem Bemerkten auf, daß die früher ausgesprochene Kündigung durch die inzwischen erfolgte Fusion hinwiegend geworden sei, daß der Bekl. spätestens drei Monate nach Bekanntgabe der Fusion, wenn er mit dieser nicht einverstanden gewesen sei, den Austritt hätte erklären müssen, und daß im übrigen die Kündigungsfrist bei der Zentralgenossenschaft 5 Jahre betragen hätte. Die Klage auf Zahlung des rückständigen Geschäftsanteiles hatte Erfolg.

Nun vertritt der Bekl. unter Berufung auf RG. 41, 56 den Standpunkt, dem Klageanspruch stehe die Einrede der Arglist entgegen; denn die Kl. müßte das Verschulden ihres Vorstandes, das in der Unterlassung der Anmeldung des Ausscheidens (§ 69 GenG.) liege, gegen sich gelten lassen.

Zu beachten ist jedoch, daß die Eintragung des Erlöschens der Mitgliedschaft, wie sie durch § 70 Abs. 2 GenG. angeordnet wird, nicht nur dem Schutze der Gläubiger der Genossenschaft, sondern auch den Interessen der Genossenschaft und den einzelnen Genossen dient; diese sollen sich sichere Kenntnis darüber verschaffen können, auf welche Personen außer ihnen sich die Beitragspflicht verteilt. Auch handelt der Vorstand der Genossenschaft bei Anmeldung des Ausscheidens eines Genossen kraft eigenen Rechtes und in Erfüllung einer eigenen im Gesetz begründeten Pflicht.

So hat denn auch das RG. in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung verschiedener OLG. (OLG. 16, 110 und 32, 127) den in RG. 41, 56 vertretenen Standpunkt späterhin nicht mehr aufrecht erhalten.

In der Plenarentsch. v. 16. Mai 1904 (RG. 57, 209) hat das RG. die Frage, ob der Erwerb der Mitgliedschaft von einem Genossen mit der Begründung angefochten werden könne, daß er durch arglistige Täuschung des Vorstandes zum Eintritt in die Genossenschaft bewogen worden sei, verneinend beantwortet.

In gleicher Weise muß es unstatthaft erscheinen, daß sich ein Genosse gegenüber der Genossenschaft auf schuldhaftes Unterlassen der Löschung seitens des Vorstandes berufen können; denn auch hier ist der öffentliche Glaube der Liste und die der Eintragung beigemessene Rechtswirksamkeit entscheidend zu berücksichtigen. Insbes. ist die Erwägung maßgebend, daß sich die Genossen auf die Verpflichtung aller in der Liste eingetragenen Personen zur Beitragszahlung verlassen können. Auch das RG. hat in einer späteren Entscheidung (RG. 68, 346¹⁾) ausdrücklich hervorgehoben, daß die Ge-

¹⁾ JW. 1908, 498.

Zu 1. Die Entsch. steht in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung (vgl. RG. 57, 292 ff.; OLG. Celle in OLG. 16, 110; RG. 68, 348 = JW. 1908, 498; OLG. Naumburg v. 5. März 1929, 6 U 396/28; Parisius-Crüger, Anm. 5 zu § 69). Der ursprünglich vom RG. (41, 56) eingenommene Standpunkt, daß der klagenden Genossenschaft, wenn ihr Vorstand es unterlassen hat, die Aufkündigung des Genossen alsbald weiter zu geben, mit der Einrede der Arglist begegnet werden könne, wird heute nicht mehr aufrecht erhalten. Die Bestimmung, daß die Mitgliedschaft erst mit der Eintragung endet, dient dem Schutze der Genossen und der Gläubiger der Genossenschaft. Es handelt sich um eine Kenntlichmachung Dritten gegenüber. Der Zweck der Vorschrift würde vereitelt, wenn aus der schuldhaften Verhinderung der Eintragung abgeleitet werden könnte, die schuldhaft unterbliebene Eintragung stehe der erfolgten gleich.

Solange das Ausscheiden des Genossen nicht eingetragen ist, gilt er nicht nur, sondern ist Mitglied der Genossenschaft und als solcher zur Zahlung des geschuldeten rückständigen Geschäftsanteiles verpflichtet. Mit Rücksicht auf das Bedürfnis nach Zuerlässigkeit des Genossenschaftsregisters ist die Entscheidung durchaus zu billigen.

RM. Prof. Dr. A. Saenger, Frankfurt a. M.

noffenschaft von den Genossen nicht für ein schuldhaftes Handeln des Vorstandes, soweit die Mitgliedschaft in Frage kommt, in Anspruch genommen werden könne.

Nach alledem war der Bekl. im Zeitpunkte der Fusion noch Genosse der Zentralgenossenschaft.

(RG., Urt. v. 16. April 1929, 2 U 1069/29.)

Mitgeteilt von N. Dr. Ratinzky, Berlin.

*

2. § 276 BGB. Culpa in contrahendo im gegenseitigen Verhältnis von Teilnehmern eines Ringtauschs.

Zwischen vier Beteiligten waren Verhandlungen auf Durchführung eines Ringtauschs eingeleitet worden, der Ringtausch scheiterte jedoch, weil der Bekl. es schließlich ablehnte, die ihm zugebachte Wohnung in Berlin-L. zu beziehen. Der Kl. forderte von dem Bekl., mit dem er nicht in unmittelbaren Verhandlungen gestanden hatte, Ersatz eines durch Reisen und andere Aufwendungen ihm verursachten Schadens, wurde aber vom LG. abgewiesen, weil ein Vertrag zwischen den Parteien nicht zustande gekommen sei. Das RG. hat auf die Berufung des Kl. dessen Anspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Ein Schadensersatzanspruch ist gegeben aus dem Gesichtspunkte des Verschuldens beim Vertragschluß (culpa in contrahendo). Treten unter den gegenwärtigen, auf dem Wohnungsmarkte herrschenden tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen mehrere Personen miteinander zu dem Zwecke in Verbindung, um gegenseitig oder im Ringe ihre Wohnungen zu tauschen, so sind für alle Beteiligten auch schon vor dem Abschluß einer bindenden Tauschvereinbarung Aufwendungen zu gewärtigen, die ein jeder macht, weil er sich darauf verläßt, daß die anderen Beteiligten ebenso wie er ernsthaft gewillt sind, zu der erfolgreichen Durchführung des Tausches mitzuwirken. Diese Verbundenheit der Beteiligten löst schon vor dem Abschluß eines endgültig und gegenseitig bindenden Vertrages rechtliche Beziehungen aus, die sich als ein auf den Grundsatz von Treu und Glauben abgestelltes Vertrauensverhältnis kennzeichnen. Aus diesem Vertrauensverhältnis erwächst für die Beteiligten die Rechtspflicht, im Rahmen des eigenen vernunftgemäß zu beurteilenden Interesses auf die Belange der anderen Beteiligten gebührende Rücksicht zu nehmen und nicht letzten Endes durch grundloses Wspringen den Ringtausch zum Scheitern zu bringen. Verursacht ein Beteiligter durch ein solches, nach dem Grundsatz von Treu und Glauben zu mißbilligendes Verhalten einem anderen Beteiligten Schaden, so haftet er diesem für eine culpa in contrahendo (vgl. RGRKomm. Anm. 3 zu § 276 BGB.). Eines solchen gegen Treu und Glauben verstößenden Verhaltens hat sich der Bekl. schuldig gemacht. Er wird nicht dadurch entlastet, daß er geltend macht, mehrere der beteiligten Wohnungsämter würden den Tausch nicht genehmigt haben. Selbst wenn wirklich bewiesen werden könnte, daß eines oder das andere Wohnungsamt dem Tausche die Genehmigung versagt haben würde, so würde dadurch der ursächliche Zusammenhang zwischen dem zu beanstandenden Verhalten des Bekl. und dem dem Kl. entstandenen Schaden nicht unterbrochen; wie das RG. wiederholt, insbes. in RG. 114, 1591), ausgesprochen hat, ist gerade während eines Schwebzustandes, in welchem sich ein Vertragsverhältnis bis zur behördlichen Genehmigung befindet, eine rechtliche Verbundenheit der Parteien vorhanden, die selbst dann gegenseitige Verpflichtungen nach den Anforderungen von Treu und Glauben auslöst, wenn der Vertrag infolge Veragung der behördlichen Genehmigung nicht rechtswirksam wird. Der Senat hat keine Bedenken, diese Folgerungen auch dann zu ziehen, wenn ein endgültiger Vertrag unter den Parteien noch nicht zustande gekommen war. (Es folgen Darlegungen, daß die von dem Bekl. für sein Wspringen angeführten Gründe auch bei Berücksichtigung seines eigenen vernünftigen Interesses nicht geeignet sind, sein Verhalten nach Treu und Glauben zu rechtfertigen.)

(RG., 27. Zivilsen., Urt. v. 18. Febr. 1929, 27 U 7247/28.)

Mitgeteilt von RGR. v. Dvstien, Berlin.

*

Dresden

3. Hat der Aufwertungsschuldner im Verfahren vor der Aufwertungsstelle bestritten, persönlicher Schuldner zu sein, und hat daraufhin die Aufwertungsstelle dem Aufwertungsgläubiger Frist zur Weibringung einer rechtskräftigen Entscheidung des ordentlichen Gerichts darüber

1) ZB. 1926, 2367.

Zu 3. Man wird der Entsch. kaum beitreten können. Zunächst kann der Umstand, daß — wie der nicht mitabgedruckte Tatbestand der Entsch. ergibt — die AufwSt. bis zur Weibringung einer rechtskräftigen Entsch. des Prozeßgerichts ausgef. hatte, die Frage nicht entscheiden, ob ein privatrechtliches Anerkennnis des Prozeßbevollmächtigten ausreicht oder nicht. Nach § 80 ZPO. war der Prozeßbevollmächtigte unzweifelhaft ermächtigt, den geltend gemachten Feststellungsanspruch anzuerkennen; ein solches Anerkennnis wirkte wie das Anerkennnis der Partei selbst. Hegte die Gegenseite bezüglich der Existenz der Vollmacht irgendein Mißtrauen, so mochte sie von

geseht, daß der Gegner sein persönlicher Schuldner sei, so genügt es zum Wegfall des Feststellungsinteresses im anhängig gemachten Verfahren vor dem ordentlichen Gericht nicht, wenn der Schuldner nach Klagezustellung durch Schreiben seines Prozeßbevollmächtigten an den Prozeßbevollmächtigten des Klägers erklärt, daß er nunmehr anerkenne, persönlicher Schuldner zu sein. †)

Genügt hätte etwa ein von beiden Bekl. unterzeichnetes bedingungsloses Anerkennnis oder ein bedingungsloses Anerkennnis ihres Prozeßbevollmächtigten mit Beifügung der Vollmachten der Bekl. Der Brief des Prozeßbevollmächtigten der Bekl. allein genügte noch nicht völlig. Die Bekl. konnten dem Kl. trotzdem noch Schwierigkeiten machen, indem sie insbes. die Vollmacht des Prozeßbevollmächtigten zum Anerkennnis in Abrede stellten, so daß der Kl. erst zu anderweitiger Nachweise dieser Vollmacht genötigt gewesen wäre.

Das Feststellungsinteresse des Kl. war somit durch den Brief noch nicht ganz erloschen, und sein Feststellungsantrag im Termine war immerhin noch begründet.

(LG. Dresden, 11. Zivilsen., Urt. v. 31. Mai 1929, 11 O 36/29.)

Mitgeteilt von N. Dr. Wienskiwiz, Dresden.

*

Frankfurt a. M.

4. §§ 823, 832, 1627, 1631 BGB. Haftung des aufsichtspflichtigen Vaters.

Der Vater haftet nach § 832 für einen von seinen minderjährigen Kindern einem Dritten widerrechtlich zugefügten Schaden, wenn er nicht beweist, daß er seiner Aufsichtspflicht genügt hat oder daß der Schaden auch bei gehöriger Aufsichtsführung entstanden sein würde.

Das LG. hat zutreffend angenommen, daß K. L. dem Kl. durch die Zerstörung eines Auges widerrechtlich Schaden zugefügt hat. Denn die Körperverletzung eines Menschen ist eine objektiv widerrechtliche Handlung, wenn sie nicht aus einem anderen Grunde, wie Notwehr, Notstand, zu einer rechtmäßigen wird. Daß der Täter in den Fällen des § 832 außer dem schuldhaft gehandelt habe, ist nicht erforderlich. Die Haftung des Erziehungspflichtigen beruht nicht auf dem Gedanken, daß er für die Schuld des zu Beaufsichtigenden einstehen solle, sondern darauf, daß er wegen seines eigenen Verschuldens bei der Beaufsichtigung zum Schadensersatz verpflichtet sein solle.

Daß die Verletzung des Kl. auf einen Zufall zurückzuführen ist, hat das LG. mit Recht verneint. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme hat K. L. den Kl. absichtlich geworfen. K. L. war zur Zeit des Unfalls noch nicht sieben Jahre alt. Er selbst ist daher für den Schaden nicht verantwortlich (§ 828 BGB.). Die Haftung des Bekl. aus § 832 wird aber durch diese Deliktunfähigkeit seines Sohnes nicht ausgeschlossen.

Der Bekl. hat den Entlastungsbeweis (§ 832) nicht geführt.

Gerade in den Fällen, in denen es sich um noch nicht deliktfähige Kinder handelt, hat der Aufsichtspflichtige die ihm obliegende Aufsicht gewissenhaft auszuüben. Es hat sich bei dem Fall des Kl. nicht um einen vereinzelt Fall gehandelt.

Was die väterliche Aufsichtspflicht verlangt, ist dem Sachverhalt des einzelnen Falles zu entnehmen und hängt wesentlich von dem Alter, der persönlichen Veranlagung und Entwicklung des Minderjährigen sowie davon ab, was dem Vater unter Berücksichtigung seiner wirtschaftlichen Lage billigerweise zugemutet werden kann.

Der Bekl. mußte, daß sein Sohn ein sog. „Steinwerfer“ war und sich als solcher wiederholt in gefährlicher Weise betätigt hatte. Es genügte nicht, daß er ihn, wenn er erfuhr, daß er andere Kinder blutig geworfen hatte, züchtigte; er mußte ihn in der Folge beaufsichtigen, damit ein solcher Fall nicht weiter vorkam. An die Aufsichtspflicht sind erhöhte Anforderungen zu stellen, wenn der zu Beaufsichtigende sich schon als unvorsichtig erwiesen oder — wie im vorliegenden Fall — die Untugend hat, andere Menschen absichtlich mit Steinen zu werfen.

Die Züchtigungen, die der Bekl. seinem Sohne hat zuteil werden lassen, haben nichts genügt. Dieser hat immer wieder von neuem andere Kinder geworfen und ihnen blutende Wunden beigebracht. Wenn Verwarnungen und Prügel nicht fruchteten, mußte der Bekl. zu schärferen Maßnahmen greifen.

ihrem Recht Gebrauch machen, Vorlegung der Vollmacht zu fordern. Solange sie dies aber nicht tat, mußte sie sich mit dem Anerkennnis des Prozeßbevollmächtigten begnügen. Allenfalls hätte sie beanspruchen können, daß das Anerkennnis in der mündlichen Verhandlung abgegeben wurde, um die Grundlage eines Urt. aus § 307 ZPO. zu bilden. Der in den Gründen ausgesprochene Rechtsatz, dem Anerkennnis der Bekl. hätte die Prozeßvollmacht beigelegt werden müssen, widerspricht der klaren Vorschrift des § 88 ZPO., nach welcher der Mangel der Vollmacht im landgerichtlichen Verfahren solange nicht zu beachten ist, als er nicht vom Gegner gerügt wird.

ZR. Dr. Lemberg, Breslau.

Ein dauernder Hausarrest war nicht erforderlich. Aber ein zeitweiliger Hausarrest wäre zweifellos angebracht und auch möglich gewesen, da der Junge noch nicht sieben Jahre alt war und — wenn der Bekl. auf Arbeit war — von seiner Mutter bei dem Hausarrest hätte beaufsichtigt und gebändigt werden können. Selbstverständlich durfte der Bekl. seiner Arbeit nachgehen. Die Tatsache, daß er tagsüber von Hause abwesend war und zur Zeit des fraglichen Vorfalles während der ganzen Woche außerhalb seines Wohnorts gearbeitet hat, entlastet ihn aber nicht. Da er wußte, wie scharf der Junge beaufsichtigt werden mußte, so hätte er dafür sorgen müssen, daß während seiner Abwesenheit seine Ehefrau oder seine Mutter, die — wie der Kl. unbestritten behauptet hat — zur damaligen Zeit in seinem Haushalt sich aufgehalten hat, den Jungen beaufsichtige. Wäre dies geschehen, so wäre der bedauerliche Vorfall, der dem Kl. ein Auge gekostet hat, vermieden worden.

(O.V. Frankfurt a. M., 2. Zivilsen., Ur. v. 19. Febr. 1929, 2 U 360/28.)

Mitgeteilt von Kl. Otto RothbARTH, Frankfurt a. M.

*

Raumburg.

5. § 823 BGB.; §§ 4, 15 WegeD. f. d. Prov. Sachsen. Der Straßenanlieger muß sich vorübergehende Störungen der Kommunikation gefallen lassen.

Der Kl. betreibt die Wirtschaft des Kurhauses B. Im Jahre 1928 haben auf der Straße B.—A.—D. wegen Ausführung von Brückenbauten bei B. Sperrungen der Provinzialstraße J.—G. stattgefunden.

Der Kl. behauptet, er habe durch die Sperrungen in seinem Gewerbebetrieb als Kurhauswirt Schaden erlitten, indem er einen großen Verdienstausfall erlitten habe, da das Kurhaus zeitweise von jedem Fuhrverkehr abgeschnitten und von Kraftfahrzeugen nicht zu erreichen gewesen sei. Er verlangt von dem bekl. Provinzialverband Schadenersatz. Die Klage wurde abgewiesen.

Wenn der Kl. sich lediglich gegen die in der Sperrung liegende Anordnung der Wegepolizeibehörde, die den Bau und die Unterhaltung der in Rede stehenden Provinzialstraße betrifft, hätte wenden wollen, würde die Zulässigkeit des ordentlichen Rechtsweges nicht gegeben sein. Nach § 42 Abs. 2 WegeD. für die Provinz Sachsen v. 11. Juli 1891 (GS. 316) kommen hinsichtlich der Zuständigkeit der Behörden zur Wahrnehmung der in der Wegepolizei begründeten Befugnisse des Verfahrens und der Rechtsmittel gegen die Anordnungen der Wegebaupolizeibehörden die Best. der §§ 55—57 ZustG. zur Anwendung. Nach § 56 ZustG. v. 1. Aug. 1883 (GS. 237) findet gegen die die Unterhaltung öffentlicher Wege betreffende Anordnungen der Wegepolizeibehörde als Rechtsmittel der Einspruch an die Wegebaupolizeibehörde als Rechtsmittel der Einspruch an die Wegepolizeibehörde und gegen deren Beschluß die Klage im Verwaltungsstreitverfahren statt.

Der Kl. nimmt aber die bekl. Provinz in Anspruch weil sie die Sperrung zu spät beantragt, die beabsichtigte Beantragung der Sperrung nicht rechtzeitig bekanntgegeben und eine unsachgemäße Durchführung der Sperrung verschuldet habe, so daß durch diese Umstände der behauptete Schaden entstanden sei. Für diese Schadenersatzklage ist der ordentliche Rechtsweg gegeben und die Bekl. passiv legitimiert.

Daß die in Rede stehende Straße eine Provinzialstraße also ein öffentlicher Weg i. S. § 15 WegeD. für die Provinz Sachsen ist, in Ansehung dessen auf Grund gesetzlicher Bestimmung oder auf Grund eines Beschlusses des Provinziallandtages die Vaulast der bekl. Provinz obliegt, ist unstrittig. Die Bekl. kann, wenn eine sie zum Schadenersatz verpflichtende Handlung geschehen ist, auf Grund der §§ 89, 31 BGB. in Anspruch genommen werden.

Der Kl. gründet den Anspruch in erster Linie auf unerlaubte Handlung. Da eines der in § 823 BGB. besonders genannten Rechtsgüter nicht verletzt ist, so steht in Frage, ob ein „sonstiges Recht“ des Kl. verletzt ist. Ein ausgeübter Gewerbebetrieb, wie der des Kl. als Kurhauswirts, fällt nach der ständ. Rspr. des RG. (RG. 51, 369; 56, 275; 58, 214; 64, 52) unter den Begriff des sonstigen Rechts. Der Gewerbebetrieb wird aber nur widerrechtlich verletzt, wenn der Eingriff sich unmittelbar gegen seinen Bestand richtet. Dieses kann geschehen durch tatsächliche Hinderung von Betriebsabhandlungen, durch Verneinung seiner rechtlichen Zulässigkeit und durch die Forderung, den Gewerbebetrieb zu schließen oder einzuschränken (RG. 73, 111, 1121). Ein solcher Eingriff liegt indessen hier nicht vor. Das RG. (RG. 102, 223, 225) hat auch besonders hervorgehoben, daß eine widerrechtliche Verletzung nicht gegeben ist, „wenn dem Gewerbetreibenden nur ein wirtschaftlicher Gewinn entzogen, seine Aussicht auf Erwerb gestört ist“. Letzteres ist aber in vorliegenden Falle nur geschehen. Es fehlt demnach an der widerrechtlichen Verletzung des Gewerbebetriebs im erwähnten Sinne.

Als sonstiges Recht i. S. § 823 BGB. könnte auch das fernitutive Recht des Straßenanliegers auf ungehinderte Kommunika-

tion angesehen werden, das dem Mieter ebenfalls zustatten kommt (vgl. RG. 7, 216; 10, 272; 37, 255). Ob der Kl. Mieter ist oder die Räume des seiner Ehefrau gehörenden Kurhauses unentgeltlich benutz, ist hier ohne Bedeutung. Er hat jedenfalls an der Straße ein eigenes, von der Eigentümerin abgeleitetes Recht, das in dem Benutzungsrecht hinsichtlich des Kurhauses enthalten ist (vgl. 36, 272, 275). Jedoch hat dieses Recht keinen weiteren Inhalt und Umfang, als sich aus der Natur und dem Zwecke der Straße ergibt. Es besteht also kein Recht auf das unveränderte Fortbestehen der Straße in ihrer ganzen Längenausdehnung (RG. 25, 245). Auch muß sich der Straßenanlieger vorübergehende Störungen der Kommunikation gefallen lassen, wenn es sich um Reparaturen oder Verbesserungen der Straße selbst z. B. Pflasterungen oder Asphaltierungen — wie im vorliegenden Falle — handelt (so RG. 37, 255).

Fehlt es an der Verletzung eines geschützten Rechtsgutes, so kann dahinstehen, ob etwa ein Verschulden der Bekl. gegeben ist durch verspätete Beantragung der Sperre, durch nicht rechtzeitige vorherige Bekanntgabe und durch unsachgemäße Aufstellung der Sperrtafeln. Es soll aber darauf hingewiesen werden, daß in dieser Hinsicht die Bekl. mit Recht geltend macht, nach der Darstellung der Klageschrift sei dem Kl. bereits im Jan. 1928 die künftige Straßensperre bekannt gewesen, der Kl. habe auch nicht bestritten, daß ihm Stangen und Bretter zur Herstellung von Schildern mit dem Hinweis auf den Weg zum Kurhaus zur Verfügung gestellt worden seien.

Daß das angebliche Verrücken der Sperrtafeln durch Arbeiter und Angestellte der Bekl. nicht aus technischen Gründen, sondern vorsätzlich geschehen sei, hat der Kl. nicht geltend gemacht. Auch wenn er das getan hätte, würde der Mangel der Rechtsgutverletzung dem Erstattungsanspruch entgegenstehen.

Auch aus § 75 Einl. z. WR. kann der Kl. keine Rechte herleiten. Der Straßenanlieger hat zwar das oben schon erwähnte Recht auf Benutzung der Straße als dauerndes wohlhervorzubesetztes Recht (RG. 24, 247). Ein Eingriff in dieses Recht im öffentlichen Interesse verpflichtet den Staat oder das durch den Eingriff begünstigte Gemeinwesen nach § 75 a. a. D. zum Schadenersatz. Ein solcher Eingriff liegt aber nur vor bei Anlagen, die außerhalb der Zwecke liegen, denen der Regel nach die öffentliche Straße zu dienen hat. Hier aber handelt es sich nicht um solche Anlagen, sondern um notwendige, der Bekl. nach §§ 4, 15 WegeD. für die Provinz Sachsen in Folge ihrer Wegebaulast und der daraus erwachsenden Pflicht, „die Straße dem Verkehrsbedürfnis entsprechend zu unterhalten und zu verbessern“, obliegende Verbesserungsarbeiten, die der Anlieger dulden muß (vgl. RG. 37, 255). Zudem ist der Kl. von dem Verkehr mit der Straße niemals nach beiden Seiten hin abgeschnitten gewesen.

(O.V. Raumburg, Ur. v. 4. Juli 1929, 5 U 32/29.)

Mitgeteilt von Kl. Konrad Landsberg, Raumburg a. S.

b) Strafsachen.

I. Materielles Recht.

1. Strafgesetzbuch.

Berlin.

6. § 193 StGB. setzt das Vorliegen einer strafbaren Beleidigung voraus. Zu den Voraussetzungen der Wahrnehmung berechtigter Interessen. Der Rechtsbegriff der Form in § 185 StGB. ist revidibel. †)

Der Angekl. hat eine schriftliche Zahlungsaufforderung der „Deutschen Luchse AktG.“, mit der er in Geschäftsverbindung stand, in der es u. a. heißt: **Da Sie** aber nicht mehr zu unseren Abnehmern zählen, so haben wir gar keine Veranlassung, unsere bekannte Kulanz weiter walten zu lassen . . . sowie das nachfolgende Mahnschreiben eines Kl. dieser Gesellschaft mit einem an diese Firma gerichteten Briefe beantwortet, in dessen drittem Absatz er Angriffe gegen das Privatleben des Privatkl. richtet und dessen zweiter Absatz u. a. dahin lautet: „Wir geben gern zu, daß derartige Geschäftspraktiken im schönen Galizien zu Hause sein mögen, in Deutschland kennt man sie weniger.“

Während das AG. den Angekl. deshalb freigesprochen hatte, weil die Möglichkeit fehle, die Beziehung der beanstandeten Äußerung des zweiten Absatzes — im Gegensatz zu der des dritten, bezüglich der dies zweifelsfrei sei — gerade auf den Privatkl. fest-

Zu 6. Dem Urteil ist beizupflichten. Bemerkenswert ist die Hervorhebung, daß § 193 das Vorliegen einer strafbaren Beleidigung begrifflich voraussetze (vgl. dagegen O.V. Hamburg oben zu I.). Sehr begrifflich ist es auch, daß das RG. die Bejahung des § 193 durch die Strk. bedenklich findet. Der Unterschied zwischen diesem Falle und dem vom O.V. Hamburg behandelten ist klar; hier hat ein „an die Bezahlung seiner Schulden in handelsüblicher Weise gemahnter Schuldner“ sich ohne erkennbaren Anlaß Beleidigungen erlaubt, dort ein durch das Verhalten des Gegners erregter Vereinsvorstand zu notwendigen Abwehrmaßnahmen gegriffen.

OGM. Prof. Dr. Mannheim, Berlin.

1) JW. 1910, 284.

zustellen, hat das BG. einerseits zwar ausgeführt, der Angekl. habe geruht, daß zur Privatkl. als der allein für die Geschäftsführung der Briefempfängerin in Berlin Verantwortliche in Betracht gekommen sei, und daß deshalb der Brief, wenn er auch an die Gesellschaft gerichtet gewesen sei, in Wirklichkeit den Privatkl. betreffen sollte; das BG. hat aber andererseits erklärt, es könne dahingestellt bleiben, ob der Privatkl. in diesem Absätze gemeint sei, weil es dem Angekl. den Schutz des § 193 StGB. zubillige und dadurch zum Freispruch gelange. Das RG. hat der Rev. stattgegeben.

Da der der Privatklage zugrunde liegende zweite Absatz des Schreibens v. 19. Jan. 1928 sich gegen die Geschäftsführung der vom Privatkl. in Berlin geleiteten AktG., der dritte Absatz sich eindeutig gegen die private Lebensführung des Privatkl. richtet, bestehen, was vom RevG. von Amts wegen zu prüfen war, weil es sich um eine Prozessvoraussetzung handelt; zwar keine Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit der Beschränkung des Strafantrages auf die im zweiten Absätze enthaltene Kundgebung. Der im § 63 Satz 1 StGB. ausgesprochene Grundsatz der Unteilbarkeit des Strafantrages ist dadurch nicht verletzt, weil eine wirkliche Teilung des Strafantrages im eigentlichen Sinne unter den hier obwaltenden Umständen nicht vorliegt (vgl. die Ausführungen RGSt. 62, 83 f.).

Zutreffend sind beide Vorinstanzen ferner auch davon ausgegangen, daß die Beleidigungsfähigkeit von Personennmehrenheiten zwar an sich in weitem Umfange denkbar sei, daß aber positiv im StGB. nach der Entwicklung seiner Bestimmungen nur die Beleidigungsfähigkeit der Behörden (§ 196) und der politischen Körperschaften (§ 197) anerkannt ist, so daß im vorliegenden Falle die Beleidigungsfähigkeit der Briefempfängerin als AktG. rechtlich bedenkenfrei verneint worden ist (vgl. v. Lishausen, 11. Aufl., Anm. 11a—c zu § 185 StGB.). Gerade deshalb aber hätte es einer eindeutigen Feststellung seitens des BG. bedurft, daß und weshalb der Privatkl. durch den zweiten Absatz des vom Angekl. an die „Deutsche Luche AktG.“ gerichteten Briefes getroffen war; es beruht infolgedessen auf einem Rechtsirrtum, wenn das BG. nach seinen, diese Frage zunächst bejahenden Ausführungen schließlich seiner Meinung dahin Ausdruck gegeben hat, es könne dahingestellt bleiben, ob der Privatkl. in diesem Absätze gemeint sei.

Auch im übrigen vermag die Begründung des angefochtenen Urteils die getroffene Entsch. nicht zu rechtfertigen. Die Ausführungen des BG. lassen zunächst vermessen, daß es als notwendige begriffliche Voraussetzung der Anwendbarkeit des § 193 StGB. das Vorliegen einer durch die beanstandeten Worte in objektiver und subjektiver Hinsicht erfüllten strafbaren Beleidigung festgestellt hat (vgl. OpzKonm., Anm. 2 zu § 193 StGB.). Dies wäre im vorliegenden Falle um so notwendiger gewesen, als der Antzrichter in dieser Beziehung ausgeführt hat, es könnten Bedenken obwalten, ob die beanstandete Redewendung überhaupt objektiv geeignet sei, unter Geschäftsleuten die eigene Mißachtung des einen gegenüber der Persönlichkeit des anderen erkennen zu lassen. Es wäre vor allem eine Auslegung des Sinnes der beanstandeten Äußerung erforderlich gewesen. Statt dessen ist die Urteilsbegründung lediglich auf § 193 StGB. abgestellt. Zur Not könnte man allerdings, wenn sonstige Mängel in ihr nicht enthalten wären, diese unerläßliche Vorbedingung für die Prüfung der Zubilligung des Schutzes des § 193 StGB. aus dem gesamten Zusammenhange der Urteilsgründe in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht als stillschweigend festgelegt ansehen. Die StrR. hat aber auch die Zubilligung des Schutzes dieser Sonderbestimmung nicht ausreichend begründet, die im Hinblick auf letztere erfolgte Wertung der beanstandeten Kundgebung als „tadelndes Urteil“ läßt den Verdacht nicht von der Hand weisen, daß das BG. den Begriff der Beleidigung i. S. § 185 StGB. verkannt hat.

Wenn auch mit der Rev. dem Vorderrichter darin beizustimmen sein mag, daß der Angekl. den Brief zur Wahrnehmung seiner Interessen geschrieben und abgesandt hat, obschon auch in dieser Hinsicht durchaus Zweifel möglich sind, so gibt es doch zu erheblichen Bedenken Anlaß, wenn sich das angefochtene Urteil angesichts der auffallenden Tatsache, daß ein an die Bezahlung seiner Schulden in handelsüblicher Weise gemahnender Schuldner, hier der Angekl., die Mahnschreiben mit einem derartigen Briefe wie dem v. 19. Jan. 1928 beantwortet hat, ohne Deutung des Sinnes der Kundgebung, mit der einfachen Erklärung begnügt, aus der Form oder aus sonstigen Umständen sei auch bezüglich des hier allein in Frage kommenden Absatzes das Vorhandensein einer Beleidigung nicht zu entnehmen. Diese Wiedergabe eines Teils des gesetzlichen Wortlauts weist zwar darauf hin, daß das BG. die beanstandete Äußerung auch in dieser Hinsicht einer Prüfung unterzogen hat, auch liegt die richterliche Feststellung, daß eine Kundgebung nach ihrer Form oder sonstigen Umständen die Absicht einer Beleidigung ergebe oder nicht erkennen lasse, an sich auf tatsächlichem Gebiete, so daß sie insoweit der Nachprüfung durch das RevG. entzogen ist. Im vorliegenden Falle wäre es aber aus dem vorerwähnten Grunde unumgänglich notwendig gewesen, anzugeben, weshalb hier aus der Form der beanstandeten Redewendung trotz des anscheinend entgegenstehenden Sachverhalts das Vorhandensein einer Beleidigung nicht zu schließen sei. Angesichts dieser Unterlassung ist der Rüge

der Revision, die StrR. habe den Rechtsbegriff der Form verkannt, Raum gegeben.

Wegen dieser Mängel war das angefochtene Urteil nebst Feststellungen aufzuheben und die Sache an das BG. zur anderweitigen Verhandlung und Entsch. zurückzuverweisen (§ 354 II StPD.). Für diese wird die StrR. außer der Berücksichtigung der obigen Ausführungen auch die grundsätzlichen Darlegungen des RGSt. 40, 317 f. zu beachten und ferner zu erwägen haben, ob und inwieweit etwa die Anwendung der Ausgleichtsbesugnis des § 199 StGB. im Hinblick auf den Briefwechsel möglich und angebracht ist.

(RG., 4. StrSen., Ur. v. 10. Dez. 1928, 4 V 269/28.)

Mitgeteilt von M. Dr. Heinz Bergmann, Berlin.

*

7. § 193 StGB. Wahrnehmung berechtigter Interessen, die nur mittelbar eigene Interessen sind.

Der Angekl. hatte dem Bezirksjugendamt und dritten Personen gegenüber erklärt, die Ehefrau des Privatklägers mißhandele ihre sechsjährige Tochter und lasse sie hungern. Der Wahrheitsbeweis war nicht erbracht, vielmehr war nur erwiesen, daß die Behandlungsweise des Kindes mitunter gefühllos gewesen war. Dem Angekl. ist aber der Schutz des § 193 StGB. zuzubilligen. Ebenso wie jeder Staatsbürger selbst dann ein ihn persönlich nahe angehendes Interesse wahrnimmt, wenn er Störungen der Rechtsordnung zur Anzeige bringt, durch die er selbst nicht unmittelbar getroffen worden ist, so hat er auch ein ihn persönlich nahe angehendes Interesse daran, daß für das geistige und körperliche Wohl der Kinder, und zwar nicht nur der eigenen, gesorgt wird. Wer eine strafbare Handlung anzeigt, schützt sich mittelbar selbst, denn er trägt dazu bei, daß gesellschaftsfeindliche Elemente für die Zukunft von Störungen der Rechtsordnung abgehalten werden, und er selbst in geringerem Maße in Zukunft der Gefahr ausgesetzt ist, Opfer einer Störung der Rechtsordnung zu werden. Ebenso nimmt jeder Staatsbürger mittelbar eigene Interessen wahr, wenn er an der Jugendfürsorge mitarbeitet. Von der Beschaffenheit der jungen Generation hängt in jeder Beziehung die Zukunft des Volkes und Staates, und damit die Zukunft jedes einzelnen und seiner Nachkommen ab. Anzeigen zum Schutze von Kindern an die Behörden, die für das Wohl der Jugend zu sorgen haben, dienen daher, auch wenn sie lediglich Mißstände betreffen, den eigenen Interessen. Die Jugendfürsorge ist auf die private Mitarbeit angewiesen. Auch der Angekl. war daher zur Mitteilung der angeblichen Kindermißhandlung an das Bezirksjugendamt berechtigt. Er war bei der Anzeige von der Wahrheit der von ihm gemachten Behauptung überzeugt und wollte sich einer guten Sache annehmen.

Der gleiche Schutz ist ihm aber auch für seine Äußerungen privaten Personen gegenüber zuzubilligen, denn sie sind nur solchen Personen gegenüber getan, die durch ihre räumliche Nähe mit den Verhältnissen in der Familie des Privatklägers vertraut sein mußten. Sie sollten dazu dienen, weitere Unterlagen für die Mitteilung an das Jugendamt zu beschaffen. Sie stehen daher mit der Anzeige in unmittelbarem Zusammenhange und dienen ihrer Vorbereitung. Derartige Äußerungen hat das RG. 3 V 214/26 bereits straflos erklärt. Im vorl. Falle ist außerdem zu berücksichtigen, daß der Angekl., wenn er derartige Erkundigungen nicht eingezogen hätte, des Vorwurfs gewärtig sein mußte, er habe die Anzeige ohne vorherige gewissenhafte Prüfung der Wahrheit seiner Behauptungen erstattet. Wer aber leichsinnig eine ehrenrührige Behauptung aufstellt, kann nicht den Schutz des § 193 in Anspruch nehmen. Daß der Angekl. bei seinen Gesprächen den ihm nach den obigen Ausführungen gesteckten Rahmen überschritten hätte, ist nicht ersichtlich.

(RG., 4. StrSen., Ur. v. 13. Juni 1929, 4 V 151/29.)

Mitgeteilt von Erster Staatsanwalt b. RG. Dr. Schmidt, Berlin.

*

Dresden.

8. § 1 Abs. 2 StGB.; §§ 44, 55, 148 Ziff. 7 RGewO.; § 16 Sächs. Gew. v. 1. Juli 1878, die Besteuerung des Gewerbebetriebs im Umherziehen betr.; §§ 300, 313, 345, 346 StPD. Bei Androhung einer in einem Vielfachen eines Grundwertes bestehenden Geldstrafe, deren Höchstbetrag 150 RM. übersteigen kann, hängt die Frage, ob Vergehen oder Übertretung vorliegt, von dem Höchstbetrag der jeweiligen möglichen Geldstrafe ab. Hat die Strafkammer das übersehen und über das nur als Revision zulässige Rechtsmittel des Angeklagten als Berufung entschieden, so muß das Revisionsgericht mangels einer nach dieser Richtung erhobenen Rüge über diesen Verfahrensfehler hinwegsehen. Gewerbmäßiger Handel im Umherziehen liegt nicht ohne weiteres vor, wenn der Gewerbetreibende außerhalb seines Wohnsitzes eine in den Rahmen des stehenden Gewerbebetriebes fallende Einzelhandlung vornimmt. †)

Das in der zweiten Instanz durchgeführte Verfahren widerspricht dem § 313 StPD. Der Ansicht der StrR., daß sich die dem

Zu 8. Das OLG. vertritt die Auffassung, daß die Einstufung einer Straftat in die Dreiteilung der strafbaren Handlungen nicht von der generellen Höchststrafandrohung abhängt, obwohl dies

Angekl. zur Last gelegte Zuwiderhandlung gegen § 16 SächsGef. v. 1. Juli 1878 als ein Vergehen i. S. des § 1 Abs. 2 StGB. darstellend, kann nicht begetreten werden. Der erk. Gen. tritt in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung die Auffassung, daß bei Androhung einer in einem Vielfachen eines Grundwertes bestehenden Geldstrafe, deren Höchstbetrag über 150 M hinausgehen kann, in jedem Falle nach Maßgabe des der Berechnung der Strafe zugrunde zu legenden Betrags besonders zu ermitteln ist, welches der Höchstbetrag der angedrohten Strafe ist, und daß sich danach entscheidet, ob ein Vergehen oder eine Übertretung vorliegt. Es ist also stets der einzelne Fall ins Auge zu fassen, unter Zugrundelegung des für ihn maßgebenden Grundwertes der Höchstbetrag der für ihn möglichen Geldstrafe zu berechnen und hierauf die Eigenschaft der strafbaren Handlung als Vergehen oder Übertretung zu beurteilen (vgl. hierzu RG.: Nspr. 3, 536; 10, 710; RGSt. 42, 397; SächsVmn. n. F. 1923, 175; JW. 1925, 2021; DIschhausen, Komm. z. StGB., Anm. 10 zu § 1 und Vpzkomm., 3. Aufl., Anm. 5 zu § 1). Die Berufung des Angekl. war daher gem. § 313 StPD. ausgeschlossen. Die Strk. hätte nach alledem, da es sich bei der Rechtsmittelerklärung des Angekl. nur um einen Irrtum in der Bezeichnung des zulässigen Rechtsmittels handelt (§ 300 StPD.), die Berufung als Revision behandeln und die Sache dem Nl. zur Entschliebung gem. §§ 345, 346 StPD. zurückgeben müssen. Für die von der Strk. als Verjnst. getroffene Sachentscheidung war kein Raum. Diese Gesetzesverletzung, die lediglich einen Verfahrensverstöß enthält, kann jedoch vom RevG. nicht berücksichtigt werden, weil von der Strk. kein Rechtsmittel eingelegt und vor allen Dingen keine Verfahrensrüge in dieser Richtung erhoben worden ist (vgl. hierzu LG. 1929 Sp. 409). Der Angekl. ist durch diesen Verfahrensfehler nicht beschwert. Über diesen Verstoß muß nunmehr hinweggegangen und der Fall so behandelt werden, als sei ordnungsgemäß verfahren worden.

Die Rev. des Angekl. ist begründet.

Der Beschw. hat die hier in Frage kommende Kuh, die er im Kaufwege eingehandelt hatte, um sie mit nach C., seinem Wohnort, zu nehmen, auf dem Wege nach C. zunächst in S., wo er noch geschäftlich zu tun hatte, im Gasthof eingestellt. Nachdem er sich dann vergeblich bemüht hatte, auf dem Bahnhof einen Eisenbahnwagen zum Transport der Kuh zu bekommen, und weil die Kuh sich überdies ziemlich wild benahm und sich nicht gut führen ließ, hat er sich entschlossen, sie unterwegs zu verkaufen. In Ausführung dieses Entschlusses hat er sodann die Kuh, ohne sie mit sich zu führen, in dem dem Orte S. benachbarten R. dem Fleischer F. mündlich und dem Fleischer G. mittels Fernsprecher zum Kaufe angeboten. Da beide den Kauf ablehnten, hat sie der Angekl. schließlich doch noch mit nach C. genommen und dort weiterverkauft.

Den bereits in der Verjnst. erhobenen Einwand des Angekl., er habe von S. aus damals überhaupt keinen gewerbemäßigen Kuhhandel betrieben, es handele sich vielmehr bei seiner hier in Frage kommenden Tätigkeit lediglich um ein vereinzelt, durch eine besondere Gelegenheit hervorgerufenes, seinem Gegenstande nach auf nur kurze Zeitdauer berechnetes Geschäft, keineswegs also um ein solches, das seiner Beschaffenheit nach die Annahme einer fortgesetzten Erwerbstätigkeit zulasse und in hierauf gerichteter Absicht begonnen worden sei, hat die Strk. für nicht durchschlagend erachtet. In dem angefochtenen Urteil ist hierzu ausgeführt, es unterliege keinem Zweifel, daß die Handlungen, die der Angekl. vorgenommen habe, in den Rahmen seines Gewerbebetriebes als Viehhändler gehörten. Diese Handlungen lägen innerhalb seiner fortgesetzten Erwerbstätigkeit als Viehhändler und seien, wie keiner näheren Darlegung bedürfe, in hierauf gerichteter Absicht, um nämlich eine dauernde Einnahmequelle zu haben, getätigt worden. Es handele sich bei diesen einzelnen Taten um ein sog. Sammeldelikt, dessen einzelne Betätigungen durch den Begriff der Gewerbmäßigkeit zu einer einheitlichen Tat im strafrechtlichen Sinne zusammengehalten würden.

Diese Ausführungen sind richtig. Ob ein Gewerbebetrieb, d. h. eine auf Erwerb gerichtete fortgesetzte oder doch mit dem Willen der Fortsetzung vorgenommene Tätigkeit vorliegt, kann allerdings nur auf Grund der tatsächlichen Verhältnisse und unter

Berücksichtigung der gesamten Tätigkeit beurteilt werden. Unter Umständen kann schon aus einer einmaligen Tätigkeit auf die Absicht einer Wiederholung und eine gewerbmäßige Tätigkeit geschlossen werden. Nach den Ausführungen im angefochtenen Urteil geht die Strk. von der Annahme aus, daß weil der Angekl. das stehende Gewerbe als Viehhändler in C. ausübt, jede von ihm außerhalb seines Wohnorts vorgenommene Tätigkeit als Viehhändler schon eine gewerbliche Tätigkeit darstelle. Diese Auffassung ist richtig, da die im Umherziehen ausgeübte Tätigkeit selbst wieder gewerbmäßig vorgenommen sein muß. Dies folgt aus § 16, wonach derjenige bestraft wird, der ohne einen Gewerbeschein eingekauft zu haben, ein der Steuer vom Gewerbebetrieb im Umherziehen unterworfenen Gewerbe betreibt. Eine Einzelhandlung genügt daher nicht, wenn sie lediglich im Rahmen eines stehenden Gewerbebetriebes erfolgt, es muß vielmehr gerade der Handel im Umherziehen gewerbmäßig betrieben, d. h. mit der Absicht ausgeübt werden, gerade aus dieser Art der Betätigung eine fortgesetzte Einnahmequelle zu erzielen. Das gilt für die Umwendung nicht nur des § 16 Sächs. Gef. v. 1. Juli 1878, sondern auch der §§ 55, 148 Ziff. 7 GewGD. (vgl. hierzu BayObLG. 5, 409; 6, 213; RG.: GewArch. 23, 554 und Johow 23, 93).

Nach dem von der Strk. für erwiesen erachteten Sachverhalt handelt es sich bei der vom Angekl. ausgeübten Tätigkeit um eine aus einem ganz besonderen Anlaß erfolgte — durch eine gewisse Zwangslage hervorgerufene — Einzelbetätigung, die in keiner Weise auf die Absicht einer gewerbmäßigen Ausübung des Gewerbebetriebes im Umherziehen hindeutet.

(LG. Dresden, Urk. v. 7. Mai 1929, 2 Ost 122/29.)

Mitgeteilt von OstA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

9. §§ 185, 53 StGB. Ein Scherz kann nicht mit der Begründung strafrei gelassen werden, daß es auf dem Lande derb zugehe und daß der betreffende Vorgang von allen Anwesenden außer gerade von der Verletzten als Scherz aufgefaßt worden sei. Entscheidend ist vielmehr gerade das Verhalten der verletzten Person. — Der in Notwehr Begriffene braucht nicht fremde Hilfe anzurufen, sondern kann sich selbst verteidigen. — Rechtsverletzung braucht nicht vorzuliegen, vielmehr begründet schon der Angriff mit dem Ziel einer Rechtsverletzung das Notwehrecht.

Das LG. legt maßgebenden Wert darauf, daß es auf dem Lande am Tage eines örtlichen Vereinsvergnügens oft derb zugehe und daß der Vorgang von allen Beteiligten außer von der Zeugin J. als Scherz aufgefaßt worden sei. Diese Begründung läßt erkennen, daß das LG. sich darüber, welche Bedeutung einer im Scherz vorgenommenen Handlung für den inneren Tatbestand der Beleidigung zukommt, nicht klar gewesen ist. In dieser Beziehung kommt es darauf, ob die in Frage stehende Handlung von dritten bei dem Vorgang anwesenden Personen als Scherz aufgefaßt worden ist und ob es auf dem Lande gelegentlich eines örtlichen Vereinsvergnügens etwas derb zuzugehen pflegt, gar nicht an. Vielmehr ist lediglich das Verhalten der von der Handlung unmittelbar betroffenen Person entscheidend.

Nun führt zwar das LG. zur Begründung seiner Annahme, daß dem Angekl. das Bewußtsein der Beleidigung gefehlt habe, weiter den Umstand an, daß die Zeugin J. selbst durch ihr Verhalten am dem Abend gezeigt habe, daß sie einen Scherz verstehe und mitmache und daß sie erst hinterher sich beleidigt gefühlt haben wolle, sich aber an dem Abend das etwas derbe Scherzen, ohne sich in geringsten darüber zu enträsten, bis zum Verlassen der Gaststube seitens des Angekl. ohne Widerspruch habe gefallen lassen. Diese Feststellung steht aber in unvereinbarem Widerspruch mit der vom LG. übernommenen Feststellung, nach der die Zeugin J. sich gleich zu Anfang gegen den tätlichen Angriff des Angekl. gestraunt, ihm auch ihre Ablehnung kundgetan hat und sich nicht zu ihm, wie sie anfänglich beabsichtigt hatte, sondern zwischen zwei andere Gäste gesetzt hat. Diese Tatsachen, die doch in einer auch für den Angekl. ohne weiteres erkennbaren Weise vorwiegend dafür sprechen, daß die Zeugin J. mit seinem Vorgehen gegen sie keineswegs einverstanden war, hat das LG. bei der Prüfung des inneren Tatbestandes der Beleidigung zu verwerten unterlassen, vielmehr im Gegensatz dazu

hätte. Dann müßte das RevG. von Amts wegen das BU. aufheben.

Einwandsfrei wird dargelegt, daß der gewerbmäßige Handel mit Vieh nicht deswegen ein gewerbmäßiger Handel im Umherziehen wird, weil in einem Ausnahmefalle einmal ein Handelsgeschäft außerhalb des Wohnorts abgeschlossen wurde. Nach dem Sachverhalt wollte der Angekl. nicht daraus ein Einkommen erzielen, daß er in künftigen Fällen ebenfalls außerhalb seines stehenden Gewerbebetriebes Handelsgeschäfte abzuschließen gedachte. Er hatte also nicht den Voratz, sein Gewerbe im Umherziehen zu betreiben. Ein Gewerbebetrieb ohne besonderen Gewerbeschein, der nur vereinzelt außerhalb des Wohnortes stattgefunden hat, fällt nicht unter das Strafgesetz.

Prof. Dr. Böhler, Erlangen.

§ 1 StGB. erkennbar so vorschreibt, sondern von der Höhe der im Einzelfall möglichen Höchststrafe. Diese Frage wird bei Delikten praktisch, deren Strafe sich nach dem Vielfachen eines bestimmten Betrags bemißt. Das LG. führt für seine Ansicht keine besonderen Gründe an, sondern folgt einfach der reichsgerichtlichen Nspr. Es erübrigt sich daher, die bekannte Streitfrage an dieser Stelle neu zu erörtern (vgl. über die Literatur Frank, StGB., § 1 I 3; DIschhausen¹¹, § 1 R. 10).

Zutreffend entscheidet das LG. die Frage, wie zu verfahren ist, wenn das BG. eine Berufung zugelassen hat, obwohl nur eine Revision zulässig gewesen wäre. Ist dieser Verfahrensfehler nicht gerügt, so hat das RevG. nicht etwa von Amts wegen das Berufungsverfahren aufzuheben. Anders läge es, wenn das BG. irrtümlich die Rechtskraft eines erstinstanzlichen Urteils übersehen

die mit dieser Tatsache in unlöslichem Widerspruch stehende Annahme verwerft, daß die Zeugin J. durch ihr Verhalten an dem Abend gezeigt habe, daß sie einen Scherz verfolge und mitmache und sich erst hinterher beleidigt gefühlt haben wolle.

Zu beanstanden ist weiter die Annahme des UG., daß der Angekl. nur fahrlässig i. S. des § 230 StGB. und nicht vorsätzlich (§ 223 StGB.) gehandelt habe. . . .

Auch die Anwendung des § 53 StGB. gibt Anlaß zu rechtlichen Bedenken.

Das UG. stellt fest, daß der Angekl. mit den Worten: „Da will ich doch gleich 'mal nachsehen“ auf die J. zugegangen ist und sich auch schon etwas gebückt hat, als wolle er ihr tatsächlich unter die Röcke sehen, daß die Zeugin darauf aufgesprungen ist, ihn mehrmals geschlagen und am Halse gepackt hat und daß erst hierauf der Angekl. sie zur Seite gestoßen hat. Auf Grund dieser Feststellung nimmt es mit Recht an, daß die Zeugin J. in Abwehr eines gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs des Angekl. gehandelt hat, als sie ihn schlug und am Halse anpackte. Das UG. nimmt aber weiter an, daß die Art der Verteidigung, welche die Zeugin J. gegen den Angriff des Angekl. anwendete, zu dessen Abwehr nicht erforderlich war und daß sie deshalb die Grenzen berechtigter Notwehr überschritten habe. Das UG. begründet seine Stellungnahme mit den Worten: „. . . hätte sie — die J. — doch den Angekl. mit Worten zurückschrecken können, zumal sein Angriff ja noch nicht ausgeführt war, oder sie hätte weggehen oder die Hilfe der übrigen Anwesenden anrufen können.“ Jede dieser Erwägungen ist rechtsirrig. Der in Notwehr befindliche Angegriffene braucht, wie in der Nspr. anerkannt ist, nicht zu fliehen, braucht nicht fremde Hilfe anzurufen; vielmehr besteht das Wesen der Notwehr gerade darin, daß das Recht dem Unrecht nicht zu weichen braucht, sondern sich selbst verteidigen darf. Zu einer bloßen Verteidigung mit Worten war nach den Feststellungen über den Sachvergang keine Zeit mehr, ganz abgesehen von dem Kräfteverhältnis des angreifenden Mannes und der angegriffenen Frau. Der Angriff war ein gegenwärtiger, da ja der Angekl. sich auf die Frau J. zu bewegte, sogar schon sich bückte, um unter ihre Röcke zu blicken. Die Stellungnahme des UG., wie sie in den Worten „zumal sein Angriff ja noch nicht ausgeführt war“ liegt, ist völlig abwegig. Denn es kann der Frau J. doch nicht zugemutet werden, zu warten, bis der Angriff durchgeführt ist und ihr der Angreifer unter die Röcke blickt. Nicht erst die vollzogene Rechtsverletzung, sondern schon der Angriff mit dem Ziel einer Rechtsverletzung gibt dem Angegriffenen das Notwehrrecht nach § 53 StGB.

Das UG. hätte außerdem mindestens prüfen müssen, ob nicht die Zeugin J. gegenüber dem unvermuteten Angriff des Angekl. in Bestürzung, Furcht oder Schrecken über die Grenzen der Verteidigung hinausgegangen ist, dann wäre die Überschreitung der Notwehr gemäß § 53 Abs. 3 StGB. nicht strafbar gewesen.

(OLG. Dresden, Ur. v. 22. Nov. 1928, 1 Ost 230/28.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

*

10. §§ 185, 186, 193 StGB. Wird für eine einheitliche Kundgebung, mit der ihrem Gesamtkontext nach die Wahrnehmung berechtigter Interessen bezweckt wird, der Strafschutz des § 193 StGB. bejaht, so kann für einen Teil der Äußerung eine nur bei Gelegenheit der Interessenwahrnehmung ausgesprochene und darum strafbare Beleidigung nur dann angenommen werden, wenn es sich um eine selbständige Teilkundgebung handelt, die sich aus der Gesamtkundgebung derart auscheiden läßt, daß bei ihr der für die anderen Teile anzuerkennende Zweck der Interessenwahrnehmung ausnahmsweise — im Hinblick auf Form oder Begleitumstände — zu verneinen ist.

Die Erwägungen, aus denen der Vorderrichter die Anwendbarkeit der von der Angekl. in Anspruch genommenen Schutzvorschrift des § 193 StGB. verneint, soweit durch die im angefochtenen Ur. näher bezeichneten Stellen des Briefes der Tatbestand eines im Fortsetzungszusammenhange begangenen Vergehens nach § 185 StGB. für erfüllt angesehen worden ist, halten der Nachprüfung nicht stand.

Unter eingehender Würdigung der Frage, in welchem Sinne die im Briefe enthaltenen Äußerungen objektiv zu verstehen und nach dem Willen der Angekl. gemeint sind, hat die Strafkammer die einzelnen Briefstellen in zwei Gruppen gesondert. Die erste Gruppe ist rechtlich als eine auf einem einheitlichen Vorsatze beruhende fortgesetzte Handlung i. S. des § 185 StGB., die letztere als eine auf einem einheitlichen Vorsatze beruhende fortgesetzte Handlung i. S. des § 186 StGB. beurteilt und dabei angenommen worden, daß die beiden fortgesetzten Handlungen an und für sich, da sie von der Angekl. zu gleicher Zeit in denselben Briefe verwirklicht seien, zu einander im Verhältnis der Tateinheit i. S. von § 73 StGB. stehen würden. Hinsichtlich der fortgesetzt begangenen üblen Nachrede hat die Strafkammer für die Tatsachenbehauptungen unter g und h den Wahrheitsbeweis als erbracht angesehen, für die Behauptungen unter a und d aber der Angekl. den Schutz des § 193 StGB. zugewilligt, so daß insoweit eine Bestrafung nicht eintreten konnte. Dagegen hat sie hinsichtlich der

fortgesetzt begangenen Beleidigungen nach § 185 StGB. die einzelnen ehrenrührigen Werturteile als eine inhaltlich viel zu weitgehende Kritik der Persönlichkeit des Nebenkl. D., zu der die Angekl. bewußtermaßen kein Recht hatte, aufgefaßt und trotz der für vorliegend erachteten Einheit der Tat angenommen, daß hierbei die Absicht der Angekl. lediglich dahin gegangen sei, den Nebenkl. in seiner Ehre als Schulleiter, Rabbiner und Mensch aufs schwerste zu verletzen, daß sie insoweit also nicht zugleich mit dem Willen gehandelt habe, berechnete Interessen wahrzunehmen. Die Frage, ob etwa das Vorhandensein einer Beleidigung aus der Form der ausgesprochenen Werturteile oder aus den Umständen, unter denen sie abgegeben wurden, hervorgehe, ist im angefochtenen Ur. weder geprüft noch entschieden worden. Vielmehr hat sich der Vorderrichter darauf beschränkt, die Absicht der Angekl., zu beleidigen, auch aus dem Inhalte des Werturteils unter i, ferner aus einer in der Hauptverhandlung abgegebenen Erklärung über den Zweck des Briefes sowie aus der am Anfang und am Ende des Briefes ersichtlichen Bezeichnung „Demunziantin“ zu entnehmen.

Die unterschiedliche Behandlung, die bei der Würdigung des Zweckes der Briefstellen a und d zur Bejahung und bei den Briefstellen b, e, i und l zur Verneinung der Frage nach der Anwendbarkeit des § 193 StGB. geführt hat, ist nach Ansicht des Senats wegen des darinutage tretenden Widerspruchs zu beanstanden. Im Ur. wird ausgeführt:

Über die von der Angekl. mit dem Briefe verfolgten Zwecke hat diese zunächst angegeben, daß sie mit ihrem Schreiben einerseits ihre moralische Rechtfertigung, andererseits in materieller Hinsicht ihre Wiederanstellung als Lehrerin bzw. ihre Entschädigung erstrebt habe. Es bedarf keiner näheren Ausführung, daß die Angekl. mit dem Erstreben dieser Ziele Rechte, zum mindesten vermeintliche Rechte ausgeführt bzw. verteidigt und berechnete Interessen, zum mindesten vermeintliche berechnete Interessen wahrgenommen hat. Es ist lediglich die Frage gewesen, ob die Angekl. mit ihrem Briefe derartige Rechte bzw. Interessen auch hat ausführen bzw. verteidigen bzw. wahrnehmen wollen und ferner, ob sich etwa aus der Form der Äußerung die Absicht der Beleidigung ergibt.

Für die Stellen des Briefes unter a und d — in denen sie mit Bezug auf D. nicht erweislich wahre ehrenrührige Tatsachen behauptet hat — hat das UG. zugunsten der Angekl. das Vorliegen des § 193 StGB. bejaht, weil es zu der Auffassung gelangt ist, daß die Angekl. bei diesen Stellen auch wirklich die obenbezeichneten Rechte hat ausführen bzw. verteidigen und die obenbezeichneten Interessen hat wahrnehmen wollen, und weil in diesen Stellen eine den Inhalt begleitende, eine Beleidigungsabsicht ergebende Form nicht vorliegt. Zu einer anderen Auffassung ist das UG. jedoch bei den Werturteile enthaltenden Stellen gelangt. . . . die in den Worten gipfeln: „moralischer Ruin seiner jüdischen Umgebung“, „Schänder jüdischer Ehre“, „Krebsleiden am Körper der Leipziger Judenheit“ und „falscher Priester“. Faßt man die dergestalt verschieden behandelten Äußerungen des Briefes näher ins Auge, so hat darin die Angekl. an ehrenrührigen Tatsachen mit Bezug auf D., behauptet: er — ein orthodoxer Rabbiner — bringe es fertig, einen unschuldigen Menschen (die Angekl.) brotlos zu machen, seine Ehre zu schänden, seine Existenz für immer zu untergraben und ihn zu verleumben, um eine Rechtfertigung für seine beispiellose Gewalttätigkeit zu haben; er, der sich Priester nenne und von der Kanzel aus Wahrheit, Gerechtigkeit und Nächstenliebe predige, habe auch die Ehre ihres Vaters im Grabe geschändet; er kämpfe als ein Rabbiner nach den von ihr gemachten Erfahrungen mit den Waffen der Lüge, Verleumdung und falscher Zeugenschaft gegen sie.

Wie im Ur. unter a und d eingehend dargelegt wird, sind damit dem Nebenkl. sittlich und rechtlich verwerfliche, ja sogar wider das Strafgesetz verstoßende Handlungen vorgeworfen worden, ohne daß dafür irgendein Beweis der Wahrheit zu erbringen gewesen wäre. Trotzdem hat die Strafkammer hinsichtlich dieser schweren Vorwürfe die Voraussetzungen des § 193 StGB. für vorliegend erachtet und deshalb ihre Strafbarkeit verneint.

Bei dem Stande des Rechtsmittels ist nicht nachzuprüfen, ob der Vorderrichter mit dieser Entsch. das Richtige getroffen hat. Keinesfalls ist aber mit ihr die weitere Annahme der Strafkammer in Einklang zu bringen, wonach die Angekl. bei den als bloße Werturteile und Meinungsäußerungen i. S. von § 185 StGB. beurteilten Briefstellen lediglich mit der Absicht, den Nebenkl. zu beleidigen, und nicht auch gleichzeitig zum Zwecke der Interessenwahrnehmung gehandelt haben soll. Allerdings wäre eine solche Scheidung trotz der Einheitlichkeit der beleidigenden Kundgebung immerhin an sich möglich und zulässig, aber nur unter der Voraussetzung, daß die Angekl. und zwar bewußtermaßen mit den absätzlichen Werturteilen einen gegenüber dem übrigen Inhalt ihrer Rechtfertigungsschrift, vor allem im Verhältnis zur fortgesetzten üblen Nachrede seinem Gedankeninhalte nach völlig selbständigen Angriff gegen die Ehre des Nebenkl. erhoben hätte. Andernfalls aber — von dem aus der Form der Werturteile oder aus den Begleitumständen sich ergebenden Beneidigungszweck immer abgesehen — war schon begrifflich für eine solche Scheidung kein Raum, sondern es durfte alsdann die

strenge Frage bei Würdigung und Erforschung der inneren Tatsache für die üble Nachrede wie für die Beleidigung nach § 195 StGB. nur einheitlich beantwortet, also entweder insgesamt bejaht oder insgesamt verneint werden.

Von einer bei Gelegenheit der berechtigten Interessenwahrnehmung verübten strafbaren, des Schutzes des § 193 StGB. entbehrenden Beleidigung kann beim Vorliegen einer wenn auch nur ihrem Äußeren nach einheitlichen Kundgebung, mit der ihrem Gesamthalt nach die Wahrnehmung berechtigter Interessen bezweckt wird, grundsätzlich nur dann die Rede sein, wenn es sich um eine ihrem Gedankengehalt nach selbständige ehrenrührige Teilkundgebung handelt, die aus dem Rahmen der Gesamtkundgebung sich inhaltlich dermaßen auscheiden läßt, daß bei ihr auch der für die anderen Teile der Kundgebung anzuerkennende Zweck der berechtigten Interessenwahrnehmung ausnahmsweise zu verneinen ist. Es darf sich also nicht um bloß sachliche Ausschreitungen bei Wiedergabe eines und desselben beleidigenden Gedankeninhalts handeln. Ob diese Voraussetzung als erfüllt zu gelten habe, ist im angefochtenen Urteil nicht erörtert. Die dazu erforderliche Feststellung rechtlich einwandfrei zu treffen, erscheint auch nach Ansicht des Senats denkgesetzlich ausgeschlossen, weil die Angekl. offensichtlich in den fraglichen Briefstellen, zum Teil durch die Behauptung ehrenrühriger Tatsachen, zum Teil durch persönliche Meinungsäußerungen über das vorgebliche Verhalten des Nebenkl., im wesentlichen doch immer nur den nämlichen gedanklichen Inhalt zum Ausdruck gebracht hat. Wie die Urteilsgründe erkennen lassen, fußen die zum Gegenstand der Aburteilung gemachten Werturteile samt und sonders auf den von der Angekl. in ihrem Briefe behaupteten Tatsachen; beide stehen miteinander im engsten inneren Zusammenhange und sind voneinander nicht berart zu trennen, daß die einzelnen Urteile als ihrem Inhalte nach selbständige Ehrangriffe anzusprechen wären. Bei dieser Sachlage konnte auch nicht als einwandfrei festgestellt gelten, daß die Angekl. von ihrem Standpunkte aus die beanstandeten Werturteile — anders als wie ihre Tatsachenbehauptungen des gleichen Inhalts — zur Wahrnehmung ihrer Interessen für unnötig und nicht zweckdienlich gehalten hätte.

Da sich die Strafkammer einer Prüfung und Entsch. der weiteren Frage, ob etwa gerade aus der Form der Werturteile oder aus Begleitumständen die Beleidigungsabsicht der Angekl. zu entnehmen sei, enthalten hat, so mußte das angefochtene Urteil wegen des gekennzeichneten Rechtsirrtums der Aufhebung unterliegen.

(OLG. Dresden, Urte. v. 1. Aug. 1928, 1 Ost 115/28.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

*

Hamn.

II. §§ 67, 361 Ziff. 10 StGB. Verjährung der Strafverfolgung wegen Verletzung der Unterhaltspflicht.

Die Übertretung ist ein fog. Dauerbelikt, bei welchem die Verjährung mit dem Aufhören des strafbaren Zustandes beginnt. Der Pflichtige entzieht sich so lange seiner Unterhaltspflicht, als er ihr nicht freiwillig nachkommt. Das ergibt sich aus folgender Erwägung: Die Unterlassung der Erfüllung einer gesetzlichen Unterhaltspflicht ist an sich nicht strafbar. Das Strafgesetz stellt sie im § 361 Ziff. 10 StGB. erst von dem Augenblick an unter Strafe, in welchem der Unterhaltspflichtige von einer zuständigen Behörde erfolglos zur Erfüllung aufgefordert ist. Es wendet sich also gegen den Ungehorsam des Täters. Daraus folgt, daß der strafwürdige Zustand aufhört, sobald der Täter den Ungehorsam aufgibt und seine Unterhaltspflicht freiwillig erfüllt.

(OLG. Hamm, StrSen., Urte. v. 27. April 1929, S 63/29.)

Mitgeteilt von OLG. Feuermann, Hamm.

Dresden.

2. Strafrechtliche Nebengesetze.

12. §§ 41a, 146a GewD. Die Aufstellung von Automaten in Kinos, Gast- und Schankwirtschaften, die an Sonn- und Festtagen und wochentags nach 7 Uhr Waren abgeben, ist strafbar.

Der Automat, um den es sich handelt, gibt gegen Einwurf eines Beinhauptmückens kleine, in Papier und Pappe eingepackte Schokoladentafeln ab. Aufstellung und Betrieb waren erfolgt im Einvernehmen mit dem Inhaber des Lichtspieltheaters, der dafür einen Teil der vereinnahmten Beträge erhielt. Der Automat war hinter der Eintrittsperre aufgestellt, so daß er nur für Besucher des Lichtspielhauses und erst nach Entrichtung des Eintrittsgeldes zugänglich war.

Das OLG. nimmt an, es liege kein Anlaß dafür vor, daß andere Personen Schokolade aus dem Automaten entnommen hätten oder daß die entnommenen Schokoladentafeln nicht sofort im Lichtspielhaus verzehrt worden wären. Auf jeden Fall seien sie dazu — zum sofortigen Verzehren — bestimmt und geeignet gewesen. Da es sich zweifellos um den Verkauf von kleinen Mengen Schokolade innerhalb eines Lichtspieltheaters zum Genuß auf der Stelle handele,

sei das Gericht nicht in der Lage, darin den Betrieb einer offenen Verkaufsstelle i. S. der angezogenen Bestimmungen zu erblicken. Deshalb hat das OLG. den Angekl. freigesprochen.

Das OLG. hat den Begriff der offenen Verkaufsstelle insofern verkannt, als es auf Grund der von ihm getroffenen tatsächlichen Feststellungen den hier in Frage kommenden Automaten nicht als offene Verkaufsstelle angesehen hat. Eine offene Verkaufsstelle ist eine ständige, der Allgemeinheit zum Zwecke des Kaufs und Verkaufs in der Regel zugängliche Stelle, an der Waren der Allgemeinheit, d. h. einem weder nach außen begrenzten noch nach innen durch wechselseitige persönliche oder sachliche Beziehungen verbundenen Personenkreise, verkauft werden. Der Umstand, daß der Automat hinter (innerhalb) der Sperre aufgestellt und infolgedessen nur für Besucher des Lichtspielhauses nach Entrichtung des Eintrittsgeldes zugänglich war, macht die Gesamtheit der Lichtspielhausbesucher, die in der Lage waren, gegen Einwurf eines Geldstückes dem Automaten Waren zu entnehmen, nicht zu einem nach außen begrenzten und nach innen durch wechselseitige persönliche oder sachliche Beziehungen verbundenen Personenkreise (vgl. Landmann, GewD., 8. Aufl., § 42a Nr. 4). Die Feststellung, daß kein Anhalt dafür vorliegt, daß andere Personen Schokolade aus dem Automaten entnommen hätten, ist hiernach für die Entscheidung ohne Bedeutung.

Im vorl. Falle kommt es auch darauf nicht an, ob die dem Automaten entnommene Schokolade zum Genuß auf der Stelle oder zum Mitnehmen bestimmt und geeignet war. Eine Verkaufsstelle ist eine Stelle, an der Waren verkauft werden. Zu welchem Zwecke das geschieht, zum Mitnehmen oder zum sofortigen Genuß, ist gleichgültig. Die bei Stenglein, Strafrechtliche Nebengesetze, 4. Aufl., Bb. 3 Num. 4 zu § 41a GewD. befindliche Bemerkung, daß die Waren zum Mitnehmen verkauft werden müssen, ist irreführend. Sie gilt, wie sich auch aus der dort angeführten Entscheidung des OLG. Stuttgart v. 18. Okt. 1909 (GewArch. 10, 99) ergibt, nur für Gast- und Schankwirtschaften. Diese unterliegen besonderen Bestimmungen (§ 105 GewD.) und werden zu offenen Verkaufsstellen i. S. von § 41a erst dann, wenn in ihnen Waren auch zum Mitnehmen an andere Orte verkauft werden (Hoffmann, GewD., § 41a Num. 3). Verkaufsautomaten, die der Allgemeinheit zugänglich sind, fallen nach allgemein anerkannter Nr. unter § 41a (Stenglein, Strafrechtliche Nebengesetze, 4. Aufl., Bb. 3 GewD., Num. 5 zu § 41a). Eine Ausnahme gilt für die in Gast- und Schankwirtschaften aufgestellten Verkaufsautomaten. Sie nehmen an dem Vorrechte dieser Wirtschaftsbetriebe insoweit teil, als sie zum Verschleiß von Genussmitteln lediglich an die Gäste der betreffenden Wirtschaft und zwar in so geringer Menge bestimmt sind, daß Genuß auf der Stelle seitens der Käufer vermutet werden kann. Soweit dort aber Waren zum Mitnehmen an andere Orte verkauft werden, sind auch sie offene Verkaufsstellen i. S. von § 41a. Und wenn ein Wirt den Verkauf von Zigarren oder anderen Genussmitteln nicht für eigene Rechnung betreibt, sondern wenn er gestattet, daß ein anderer, sei es persönlich, sei es mittels Automaten, diesen Handelsbetrieb für eigene Rechnung ausübt, so nimmt der letztere an dem Vorrechte der Gast- und Schankwirtschaften nicht teil, weil sein Gewerbe nicht Gast- oder Schankwirtschaftsgewerbe, sondern Handelsgewerbe ist (vgl. Landmann, GewD., 6. Aufl., § 41a Nr. 2 f.). Im vorl. Falle stand der Verkaufsautomat in einem Lichtspieltheater, das nicht unter den Begriff der Gast- und Schankwirtschaften fällt. Aberdies handelte es sich nach den getroffenen Feststellungen bei der Aufstellung des Automaten offensichtlich um ein selbständiges Unternehmen der vom Angekl. vertretenen Firma, das von dieser Firma auf eigene Rechnung betrieben wird und das mit dem Unternehmen des Lichtspielhausbetriebes in keinem wirtschaftlichen oder sonstigen inneren Zusammenhange steht. Der Teil der durch den Automaten vereinnahmten Beträge, den der Inhaber des Lichtspieltheaters erhielt, ist lediglich als eine Entschädigung für die Überlassung des Platzes zur Aufstellung des Automaten (Standgeld) anzusehen.

(OLG. Dresden, 2. StrSen., Urte. v. 5. Febr. 1929, 2 St 290/28.)

Mitgeteilt von M. Dr. Samson, Dresden.

*

13. § 139b GewD. Die Pflicht zur Gestattung amtlicher Revisionen umfaßt auch die Pflicht, Geschäftsbücher vorzulegen.

Die dem Arbeitgeber bzw. Betriebsleiter nach § 139b Abs. 4 GewD. obliegende allgemeine Verpflichtung, jederzeit amtliche Revisionen des Betriebes zu gestatten, erschöpft sich nicht in der Pflicht, dem zuständigen Aufsichtsbeamten das Betreten und die Besichtigung der Betriebsräume zu erlauben, in denen die Revision stattfinden soll, sondern sie umfaßt u. U. auch die Pflicht, zur Ermöglichung der Revision selbst auf Verlangen Geschäftsbücher oder Geschäftspapiere des Betriebes, also auch die Lohnlisten, vorzulegen und deren Einsichtnahme zu dulden (vgl. auch das Regulativ, die amtliche Tätigkeit der Gewerbeinspektoren betr., v. 1. April 1892 unter Ziff. 7; SächWochenbl. 1892, 92). Eine wirkliche Aufsicht über die Durchführung der Arbeiterschutzbestimmungen, insbes. der Vorschriften über die Arbeitszeit, würde von den dazu berufenen

Beamten ohne die Befugnis, sich auch die Geschäftsbücher vorlegen zu lassen und sie, soweit erforderlich, einer Durchsicht zu unterziehen, nicht ausgeübt werden können. Da die revidierenden Beamten, vorbehaltlich der Anzeige von Gefehwidrigkeiten, zur Geheimhaltung der amtlich zu ihrer Kenntnis gelangenden Geschäfts- und Betriebsverhältnisse der ihrer Revision unterliegenden Anlagen verpflichtet sind (§ 139 b Abs. 1 GewD.), so steht ein Mißbrauch von der Ausübung jener Befugnis nicht zu befürchten. Ob nach den allgemeinen prozessualen Grundätzen über die Befreiung von der Zeugnispflicht derjenige, der die Revision gestatten muß, dem Aufsichtsbeamten gegenüber die Erteilung mündlicher Auskunft verweigern darf, soweit er damit sich selbst oder einem der im § 12 R. 1—3 StGB. bezeichneten Angehörigen die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung zuziehen würde, kann nach Lage des Falles unerörtert bleiben. Jedenfalls hat der Angekl. schon dadurch, daß er die Vorlegung der Lohnlisten verweigerte, der für ihn durch § 139 b Abs. 4 GewD. begründeten Verpflichtung zuwidergehandelt.

(OLG. Dresden, Ur. v. 29. Mai 1929, 1 OSta 45/29.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

*

14. § 12 ArbZWD. in Bäckereien vom 23. Nov. 1918 und 16. Juli 1927; § 139 b Abs. 4 RGewD. § 12 BäckereiWD. betrifft nicht alle Zuwiderhandlungen wider die von der zuständigen Behörde erlassenen Anordnungen, vielmehr nur solche, die die Beschäftigung von Arbeitern oder die Vornahme von Arbeiten betreffen. Zuwiderhandlungen in der ersteren Richtung sind nach § 139 b Abs. 4 RGewD. zu beurteilen. †)

Die Kreishauptmannschaft L. hat für die Bäckereien und Brotfabriken ihres Regierungsbezirks unter Vorbehalt des Widerrufs genehmigt, daß die im § 3 BäckereiWD. vorgeschriebene Betriebsruhe in die Zeit von 9 Uhr abends bis 5 Uhr morgens verlegt wird. Sie hat diese Genehmigung jedoch, wozu sie nach § 5 BäckereiWD. befugt war, an die Einhaltung verschiedener Bedingungen geknüpft, von denen der eine Teil die Vornahme gewisser Arbeiten und die Beschäftigung bestimmter Arbeiter zeitlich einschränkt, während der andere Teil die zu einer genügenden Überwachung der Betriebe erforderlichen Maßnahmen betrifft. Für den Fall der Nichtbeachtung der vorgesehene Bedingungen ist der sofortige Widerruf der Genehmigung angedroht, im übrigen aber eine Strafvorschrift für etwaige Zuwiderhandlungen der Arbeitgeber nicht aufgenommen. Einer solchen besondern Strafandrohung bedurfte es auch nicht.

Nach § 12 BäckereiWD. macht sich strafbar, wer den in der WD. selbst getroffenen Bestimmungen oder den auf Grund derselben erlassenen Anordnungen der zuständigen Behörden zuwider Arbeiter beschäftigt oder Arbeiten vornimmt oder vornehmen läßt. Was dagegen die Aufsicht über die Ausführung der Bestimmungen der BäckereiWD. und demgemäß auch der an ihre Stelle tretenden widerrechtlich erlassenen Anordnungen anlangt, so schreibt § 11 BäckereiWD. ausdrücklich vor, daß sie sich nach § 139 b GewD. regelt. Daraus folgt, daß auch die Vorschrift des § 139 b Abs. 4 dieses Ges. und die dazu gehörige Strafbestimmung des § 149 Abs. 1 Ziff. 7 entsprechende Anwendung zu finden haben.

Hiernach ist die Auffassung, daß die Strafandrohung des § 12 BäckereiWD. ohne Unterschied auch alle Zuwiderhandlungen wider die von der zuständigen Behörde widerrechtlich erlassenen Anordnungen und die darin aufgestellten Bedingungen im besonderen mitumfasse, als zu weitgehend abzulehnen. Vielmehr trifft sie nur für solche Verstöße zu, bei denen es sich um Verletzung eines Verbotes der Beschäftigung von Arbeitern oder der Vornahme von Arbeiten handelt, wie es übrigens bei den in der Revisionsbegründung in Bezug genommenen Urteilen des RG. (GewArch. 24, 143; 25, 299) der Fall ist und auch bei einem Zuwiderhandeln gegen die unter Ziff. 1 und 3 von der Kreishauptmannschaft gestellten Bedingungen unbedenklich anzunehmen sein würde.

Anders liegt die Sache dann, wenn ein Arbeitgeber, wie im gegebenen Falle, wider Bestimmungen verstoßen hat, die lediglich die

Zu 14. Der Entscheidung ist zuzustimmen, insbes. darin, daß die Strafandrohung des § 12 BäckArbZWD. nicht schlechthin alle mit der Arbeitszeit in Bäckereien und Konditoreien zusammenhängenden Verstöße deckt, sondern nur solche gegen materielle Bestimmungen der WD. und der auf Grund derselben erlassenen Anordnungen. Erstinstanzlich, aber zugleich für den geschichtlichen Zustand des Arbeitsrechts kennzeichnend ist es, daß die auf den vorliegenden Fall zugeschnittene Strafbestimmung des § 149 Abs. 1 Nr. 7 GewD. von den beiden Vorinstanzen übersehen werden konnte. Einiges juristisches Interesse beansprucht die Auflage, die von der nach § 5 BäckArbZWD. bestimmten höheren Verwaltungsbehörde bei Genehmigung der zeitlichen Verschiebung der Betriebsruhe gemacht worden ist. Trotzdem die Genehmigung nicht für Einzelbetriebe erteilt werden kann, sondern für den ganzen Bezirk der Verwaltungsbehörde oder für ganze Teile desselben gegeben werden muß, dürfte die Genehmigung noch als Verfügung, nicht als Rechtsverordnung anzusehen sein. Ihrer Belastung mit Auflagen, die in der Praxis gerade bei § 5 BäckArbZWD.

Durchführung der Beaufichtigung der Betriebe bei Ausführung der Arbeiterschutzvorschriften ermöglichen und sichern sollen, gleichviel ob sie im Gesetz selbst oder statt dessen von der zuständigen Behörde getroffen sind. Zuwiderhandlungen dieser Art können zwar nicht als Vergehen auf Grund von §§ 5, 12 BäckereiWD. abgeurteilt werden. Aber es fehlt nicht, wie die Str.R. meint, überhaupt an einer Strafandrohung für solche Verstöße, sondern es haben die einschlägigen Vorschriften der GewD. auf die Anwendung zu finden. Sie sind also, falls schuldhaft begangen, als Übertretungen nach §§ 139 b Abs. 4, 149 Abs. 1 Ziff. 7 GewD. zu strafen. Daß die in Ziff. 2 der Kreishauptmannschaftlichen Anordnung aufgestellte Bedingung, wider die der Angekl. verstoßen haben soll, sich inhaltlich mit der durch § 130 b Abs. 4 GewD. begründeten Verpflichtung des Arbeitgebers deckt, wonach er den Aufsichtsorganen die Vornahme amtlicher Revisionen zu jeder Zeit, namentlich auch in der Nacht, während des Betriebs gestatten muß, also unter allen Umständen die Möglichkeit des ungehinderten Zutritts zu den Betriebsräumen verschaffen muß, ist nicht zu bezweifeln (GewArch. 8, 147).

(OLG. Dresden, Ur. v. 2. Jan. 1929, 1 Ost 273/28.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

*

Hamburg.

15. § 15a GewD. Aufschrift auf dem Firmenschild einer Gesellschaft mbH.

Die Angekl. sind Geschäftsführer einer GmbH., welche unter der Firma „R.S. Kaffergeschäft“ ihr Unternehmen betreibt. Die Gesellschaft unterhält in Hamburg fünf Filialen in Gestalt offener Ladengeschäfte. Auf dem Firmenschild an diesen Läden ist nur die Bezeichnung „R.S. Kaffergeschäft“ unter Weglassung des Zusatzes „GmbH.“ angebracht. Die Angekl. sind dierhalb auf Grund der §§ 15a, 148 Abs. 1 Nr. 14 GewD. vom OG. zu Geldstrafen verurteilt worden. Gegen dieses Ur. haben sie Rev. eingelegt.

Nach § 15a Abs. 1 GewD. sind alle Gewerbetreibenden, welche einen offenen Laden haben, verpflichtet, ihren Familiennamen mit mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen an der Außenseite oder am Eingange des Ladens in deutlich lesbarer Schrift anzubringen. Nach dem Abs. 2 erstreckt sich bei Kaufleuten diese Verpflichtung auch auf die Bezeichnung der Firma, die jedoch, sofern sie den Familiennamen mit dem ausgeschriebenen Vornamen des Geschäftsinhabers erkennen läßt, auch allein genügt. Das Gesetz verlangt danach die Kenntlichmachung des Ladeninhabers durch Mitteilung seines bürgerlichen Namens. Da nur physische Personen einen Familiennamen haben, scheidet die Anwendbarkeit der Vorschrift auf Handelsgesellschaften grundsätzlich aus. Allerdings wird durch die Sonderbestimmung des Abs. 3 die Pflicht zur Mitteilung des Namens ausgedehnt auf die persönlich haftenden Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaften, Kommanditgesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien. Dagegen fallen AktG. und GmbH. nicht unter die Vorschrift des Gesetzes. Die Merkmale eines Strafgesetzes erfüllt der festgestellte Sachverhalt nicht, so daß unter Aufhebung des angefochtenen Ur. auf Freisprechung zu erkennen ist.

(OLG. Hamburg, Str., Ur. v. 19. März 1928, R III 28/28.)

Mitgeteilt von SenPräs. Dr. Grisebach, Hamburg.

*

Jena.

16. § 55 GewD. Ein Anbieten in eigener Person i. S. dieser Bestimmung liegt nicht vor, wenn der Angekl. von den Gemeinbedienern den Vertrieb in deren Gemeinden besorgen läßt.

Der Angekl. hat die „Hiltri“-Pakete nicht selbst den Ortsbewohnern verkauft. Er hat sie vielmehr im ganzen zu den Gemeinbedienern gebracht und diese mit dem Vertrieb betraut. Dabei hat er ihnen gesagt, er komme vom Ortsvorsteher, der mit der Verteilung durch die Gemeinbedienere einverstanden sei, und hat ihnen eine Vergütung für jedes verkaufte Paket versprochen. Die Gemeinbedienere haben dann den größten Teil der Pakete verkauft.

(vgl. Erl. des preuß. Minister. für Handel und Gewerbe v. 4. Mat 1925: RArbBl. 1925, 275) durchaus üblich ist, stehen durchschlagende Bedenken nicht im Wege. Hingegen wäre die höhere Verwaltungsbehörde nicht in der Lage, der Genehmigung selbständig eine Strafandrohung beizugeben; hierzu bedürfte sie gesetzlicher Ermächtigung. Die im vorliegenden Falle von der höheren Verwaltungsbehörde gemachte, die Überwachung der Betriebe sicherstellende Auflage deckt sich inhaltlich mit der Vorschrift des § 139 b Abs. 4 GewD., nach welchem auch die Aufsicht über die Ausführung der BäckArbZWD. zufolge deren § 11 zu führen ist. Die Auflage war also, streng juristisch gesehen, überflüssig, so wenig ihre praktische Bedeutung als Einschärfung gern unbeachteter Gesetzesvorschriften verkannt werden soll. Eine Abänderung davon, daß es für die Strafbarkeit des Falles auf die Genehmigungsbedingungen der höheren Verwaltungsbehörde eigentlich nicht ankommt, ist wohl in dem letzten Satz der reichsgerichtlichen Entscheidungsgründe zu erblicken.

Prof. Dr. Luz Richter, Leipzig.

Auf Grund dessen hat die Strk. S. freigesprochen, weil er die Pakete nicht in eigener Person feilgeboten habe.

Die Revision meint, S. habe „in eigener Person“ feilgeboten, die Gemeinbediener seien nur seine Werkzeuge gewesen; die Strk. habe diesen Begriff zu eng aufgefaßt.

Das ist aber unbegründet. Die Worte „in eigener Person“ eng oder weit auszulegen, ist begrifflich unmöglich. Die Grenze zwischen eigenem Handeln und dem durch fremde Personen ist nicht flüchtig, sondern scharf untrifflig. Dabei entscheidet allein das rein körperliche Tätigsein; keine Zweifel bestehen aber, daß die körperliche Tätigkeit des Angekl. mit dem Aushändigen der Pakete an die Gemeinbediener beendet war. Von da an begann deren körperliche Tätigkeit.

Den einzelnen Käufern hat also der Angekl. nicht in eigener Person die Pakete feilgeboten. Das ist aber nach § 55 GewD. notwendiges Tatbestandsmerkmal für das Vergehen gegen das ThürWandGewStG. v. 28. Dez. 1923 und 16. Mai 1924 (GS. 1924, 300).

Ein Zusammenhang zwischen der Tätigkeit des Angekl. und der der Gemeinbediener besteht allerdings. Strafrechtlich bedeutsam ist er aber nur, wenn sich diese strafbar gemacht hätten. Das trifft nicht zu. Sie haben zwar in eigener Person, aber die Pakete nicht „außerhalb ihres Wohnorts“ feilgeboten. Das ist ein anderes notwendiges Tatbestandsmerkmal des § 55 GewD. Die Gemeinbediener haben demnach das Gesetz ebenfalls nicht verletzt. Der Angekl. kann deshalb nicht etwa wegen Anstiftung oder als Mittäter bestraft werden. Mittelbarer Täter ist er auch nicht, weil die Gemeinbediener keine willenslosen Werkzeuge im strafrechtlichen Sinne sind. Sie sind vielmehr mit Wissen und Willen tätig geworden, um die Verurteilung zu verdienen.

(OLG. Jena, Ur. v. 16. Aug. 1929, S 154/29.)

Mitgeteilt von H. Dr. Schubart, Jena.

Röln.

17. § 126 GewD. Als Lehrling ist nur ein gewerblicher Arbeiter anzusehen, der nach dem Willen der Beteiligten in ein Arbeitsverhältnis hauptsächlich zu dem Zwecke eingetreten ist, um eine Ausbildung in dem betreffenden Gewerbe zu erhalten. Durch den Lehrvertrag wird nicht nur eine Arbeitspflicht des Lehrlings, sondern auch die Pflicht zu dessen Ausbildung für den Lehrherrn begründet (§ 127 GewD.).

(OLG. Köln, Ur. v. 5. April 1929, S 82/29.)

Mitgeteilt von OLG. Noters, Köln.

Berlin.

II. Verfahren.

18. §§ 331, 354 StPD.; §§ 27b, 29 Abs. 4 StGB. Ändert das Berufungsgericht auf die alleinige Berufung des Angeklagten das Urteil erster Instanz im Strafmaß dahin ab, daß es die erkannten, zu einer Gesamtstrafe zusammengezogenen Freiheitsstrafen auf Grund des § 27b StGB. in Geldstrafen umwandelt, so sind besondere Ersafsstrafen festzusetzen, deren Gesamtlänge diejenige der Gesamtstrafe nicht übersteigen, aber auch nicht hinter ihr zurückbleiben darf. Sie sind in der Weise zu berechnen, daß die an sich verwirkten Freiheitsstrafen entsprechend ihrer Länge in dem Maße zu verkürzen sind, daß ihre Gesamtlänge diejenige der Gesamtstrafe ergibt. †)

Im Strafauspruch ist zwar der Grundsatz des § 331 StPD. insofern verletzt, als die an die Stelle der nach § 27b StGB. fest-

Zu 18. Die Entsch. wäre klarer, wenn der Tenor des BU. mitgeteilt wäre. Das BU. hatte, wie sich aus der Entsch. des RevG. ergibt, an Stelle zweier nach § 27b StGB. festgesetzter Geldstrafen wegen Uneinbringlichkeit nach § 29 StGB. Freiheitsstrafen ausgeworfen, deren Gesamthöhe die Höhe der durch das erstinstanzliche Urteil erkannten Gesamtstrafe überstieg. Daß darin eine Gesetzesverletzung nach § 331 StPD. liegt, hat das RevG. mit Recht festgestellt, ist aber der Meinung, daß dieser Mangel doch nicht die Aufhebung des Urteils rechtfertigen kann.

Soweit sich aus der Entsch. erkennen läßt, hätte der Tenor des BU. folgendermaßen lauten müssen: „Der Angekl. wird an Stelle zweier an sich verwirkter Gefängnisstrafen von je zwei Wochen, die zu einer Gesamtstrafe von drei Wochen zusammengefaßt werden, zu einer Geldstrafe von je 140 M verurteilt, an deren Stelle im Falle der Uneinbringlichkeit eine Ersafsstrafe von je 14 Tagen tritt.“

Da nun Ersafsstrafen nicht zu einer Gesamtstrafe zusammengefaßt werden können (§ 78 II StGB. und RG. 59, 21), so würde nach dieser Tenorierung im Falle der Nichtzahlung der Geldstrafen der Angekl. eine Woche mehr zu verbüßen haben, als es bei der reinen Gefängnisstrafe, auf die offenbar in erster Instanz erkannt wurde, der Fall wäre.

gesetzten Geldstrafen im Falle der Uneinbringlichkeit tretenden Freiheitsstrafen zusammen die Höhe der durch das erstinstanzliche Urteil erkannten Gesamtstrafe übersteigen. Daß dies unzulässig ist, folgt einmal daraus, daß, wenn in der Berufung die vom Vorderrichter verhängte Freiheitsstrafe durch eine Geldstrafe ersetzt wird, die für diese Geldstrafe festgesetzte Ersafsstrafe nicht höher als die ursprüngliche Freiheitsstrafe sein darf (RGSt. 2, 205), ferner daraus, daß, wenn in erster Instanz auf eine Gesamtstrafe erkannt war, diese Gesamtstrafe das Höchstmaß für die Gesamtsumme der vom BG. erkannten Freiheitsstrafen bildet, falls diese Freiheitsstrafen so beschaffen sind, daß eine Gesamtstrafe aus ihnen nicht gebildet werden kann. Dieser Mangel vermag aber nicht die Aufhebung des Urteils zu rechtfertigen; denn gegen die Belassung der vom Erstrichter erkannten Einsafsstrafen als Grundstrafen und die gem. § 27b StGB. an ihre Stelle gesetzten Geldstrafen bestehen keine rechtlichen Bedenken. Es fehlt lediglich eine besondere Festsetzung der im Falle der Uneinbringlichkeit der Geldstrafen zu vollstreckenden Freiheitsstrafen. Für diese Festsetzung ist nun davon auszugehen, daß die in erster Linie verwirkten Freiheitsstrafen nach § 29 Abs. 4 StGB. grundsätzlich auch die Ersafsstrafen für die an ihrer Stelle verhängten Geldstrafen bilden, so daß demzufolge die Gesamtsumme der Ersafsstrafen, wenn auch nicht höher, so doch jedenfalls auch nicht niedriger als die hinter der Summe der an sich verwirkten Freiheitsstrafen zurückbleibende Gesamtstrafe sein darf. Berücksichtigt man ferner, daß die Ersafsstrafen in einer Gesamtstrafe nicht festgesetzt werden können, andererseits es aber auch nicht zulässig erscheint, die Gesamtstrafe von drei Wochen, d. i. gleich 21 Tagen, Gefängnis entsprechend den an sich verwirkten gleichlangen Gefängnisstrafen von je zwei Wochen in zwei gleiche Teile von je 10 1/2 Tagen Gefängnis zu zerlegen, da Freiheitsstrafen nach vollen Tagen bemessen werden müssen, so kann die Bemessung der Ersafsstrafen nur in der Weise vorgenommen werden, daß für jede der erkannten Geldstrafen von 140 M eine Ersafsstrafe von zehn Tagen Gefängnis festgesetzt wird. Da hiernach nur eine bestimmte Höhe für die Ersafsstrafen in Frage kommen kann, hält es der erk. Sen. für zulässig, in entsprechender Anwendung des § 354 Abs. 1 StPD. die erforderliche Ergänzung des angefochtenen Urteils selbst vorzunehmen. Die Rev. ist daher mit der Maßgabe zurückzuweisen, daß hilfsweise an die Stelle der Geldstrafen von je 140 M eine Gefängnisstrafe von je zehn Tagen tritt.

(OLG., 2. StrSen., Ur. v. 25. Mai 1929, 2 S 234/29.)

Mitgeteilt von OGA. Körner, Charlottenburg.

Stelle.

19. §§ 304, 305, 397 StPD. Der Beschluß, durch den ein Nebenkläger zugelassen wird, ist anfechtbar. Der Verletzte, der vor Durchführung des Strafverfahrens auf seine Rechte als Nebenkläger verzichtet, ist nicht befugt, dann im Strafverfahren die Rechte des Nebenklägers auszuüben. †)

In einem zu richterlichem Protokoll erklärten Vergleich des u. a. wegen fahrlässiger Körperverletzung verfolgten Angekl. und dem Verletzten hatte dieser den Strafantrag wegen Körperverletzung zurückgenommen und erklärt, daß er kein weiteres Interesse an einer Straf-

Da nach dem Verbot der reformatio in pejus der Angekl., der allein die Berufung eingelegt hat, nicht schlechter gestellt werden darf, als im erstinstanzlichen Urteil, ist die Stellungnahme des RevG. insoweit gerechtfertigt, als es die Ersafsstrafen auf den Betrag der Gesamtstrafe zu reduzieren sucht.

Es ist dem OLG. weiterhin beizupflichten, wenn es bei Umwandlung der Freiheitsstrafen in eine Geldstrafe verlangt, daß die Ersafsstrafe nicht geringer sein darf als die Gefängnisstrafe, weil die Strafe nur umgewandelt, nicht geändert werden soll.

Eigenartig ist allein der richtiggestellte Tenor des RevUr., das an Stelle zweier an sich verwirkter Gefängnisstrafen von je 14 Tagen . . . zwei Ersafsstrafen von je 10 Tagen setzt. Der scheinbare Widerspruch wird aber dadurch behoben, daß die beiden an sich verwirkten Gefängnisstrafen auch zu einer geringeren Gesamtstrafe zusammengefaßt sind und auch nur mit einer entsprechenden Kürzung vollstreckt werden.

Die entsprechende Anwendung des § 354 Abs. 1 StPD. dürfte richtig und zweckmäßig sein. Es ist allerdings nicht ganz unfraglich, ob die Bestimmung nicht auch unmittelbar angewandt werden könnte. Im Ergebnis ist dies jedoch ohne Einfluß.

Prof. Dr. G. Bohne, Köln.

Zu 19. I. Der obige Beschluß setzt voraus, daß dem Angekl. gegen den Beschluß, durch welchen der Verletzte als Nebenkläger zugelassen ist, das Rechtsmittel der Beschwerde zusteht. Diese Frage ist indes bestritten und durchaus streitig. Für Zulässigkeit der Beschwerde sprechen sich aus: RG., Beschl. v. 4. Juni 1909 (GoldbArch. 57, 237) und Beschl. des OLG. Braunschweig v. 24. Juni 1920 (LZ. 1920, 903). Die Zulässigkeit der Beschwerde verneinen Beschl. des OLG. Dresden

verfolgung habe. Der Angekl. wurde demnächst in der Hauptverhandlung von der Beschuldigung der Körperverletzung freigesprochen. Gegen dieses Urteil hat der Verletzte, seine Zulassung als Nebenkläger beantragend, Berufung eingelegt. Durch den angefochtenen Beschluß ist er als Nebenkläger zugelassen. Der hiergegen gerichteten Beschwerde des Angekl. war in Übereinstimmung mit dem Antrage des Generalstaatsanwalts stattzugeben. Durch den Vergleich hat der Verletzte rechtswirksam auf sein Recht, als Nebenkläger das Verfahren zu betreiben, verzichtet. Der Nebenkläger hat gem. § 397 StPD. nach erfolgtem Anschluß die Rechte des Privatklägers. So wie sich der Privatkläger gerichtlich mit der Wirkung vergleichen kann, daß dadurch der Fortgang des Verfahrens unmöglich gemacht wird, kann dies auch der Nebenkläger. Und zwar muß dies auch schon für die Zeit vor dem erfolgten Beschluß gelten, da sich der Verletzte jederzeit, auch schon im Laufe des ersten Rechtszuges, also auch schon in dem Zeitpunkt, als er den gerichtlichen Vergleich schloß, dem Verfahren als Nebenkläger anschließen konnte und dann jedoch seine Befugnis, wirksam auf seine Rechte als Nebenkläger zu verzichten, außer jedem Zweifel gestanden hatten. Es wäre aber sinnlos, zu verlangen, daß er ausdrücklich sich nur zu dem Zwecke als Nebenkläger anschließen müßte, damit er auf die ihm daraus entspringenden Rechte wirksam verzichten könnte.

(OLG. Celle, Beschl. v. 14. Dez. 1928, III WS 431/28.)

Mitgeteilt von M. Brinkmann, Jever.

*

Dresden.

20. § 14 StPD. §§ 13, 35, 36 ZGO.; Wird ein Jugendlich, nachdem die erste Strafe ausgesprochen ist, wiederum verurteilt, so hat das später entscheidende Gericht Entschliebung darüber zu treffen, ob die ersterkannte Strafe zu vollstrecken sei.

Gem. § 14 StPD. wird angeordnet, daß sich der Entscheidung darüber, ob die Strafe aus dem Urteil des Jugendrichters O. 1928 vollstreckt werden oder ausgesetzt bleiben soll, das O. D. zu unterziehen hat.

Bei der vom zuständigen O. zu treffenden Entscheidung wegen der Strafaussetzung handelt es sich um eine gerichtliche Entscheidung, nicht um eine solche, die im Verwaltungsweg zu treffen wäre. Das ergibt sich schon daraus, daß gegen Entscheidungen, die eine Strafaussetzung betreffen, die Einlegung von Rechtsmitteln im Gesetz vorgesehen ist (vgl. §§ 35, 36 ZGO.). Es ist somit bei einem Streit zwischen mehreren Gerichten darüber, welches zur Entscheidung über eine Strafaussetzung berufen ist, § 14 StPD. anzuwenden (RG.: SächsZMBl. 1926, 49; RG.: Alsb. u. Berg, OLGEntsch. StrProz. 1 Nr. 15, 16; Piejow, ZGO. S. 205, 206).

Im vorl. Falle ist eine Entscheidung des zweiten Gerichts nach § 13 Abs. 1 ZGO. unterblieben. Es ist infolgedessen nach § 13 Abs. 4

v. 19. Mai 1904 (SächsMn. 26, 99), Beschl. des OLG. Kolmar v. 18. Mai 1915 (LZ. 1915, 1182) und Beschl. des OLG. Marienwerder v. 13. Aug. 1918 (LZ. 1918, 1165), ferner im Schrifttum Rosenfeld, Die Nebenklage S. 98, und Dettinger, Die Nebenklage (Rechtsgang Bd. 3 S. 323). Den Letzgenannten ist beizupflichten.

Nach § 305 StPD. unterliegen Entscheidungen der erkennenden Gerichte, welche der Urteilsfällung vorausgehen, nicht der Beschwerde. Im Sinne dieser Vorschrift ist die Zulassung des Nebenklägers ein der Urteilsfällung vorausgehender Beschluß des erkennenden Gerichts. Dies verkennen auch nicht die zit. Entsch., welche die Zulässigkeit der Beschwerde bejahen. Sie berufen sich jedoch auf die Bestimmung des § 304 Abs. 2 StPD., wonach auch dritte Personen gegen Beschlüsse, durch welche sie betroffen werden, Beschwerde erheben können. Zugabe ist, daß die beschwerdebefränkende Bestimmung des § 305 StPD. sich nicht auf die nach § 304 Abs. 2 StPD. zur Beschwerde legitimierten Personen bezieht.

Mit Recht heben jedoch die die Zulässigkeit der Beschwerde verneinenden Entsch. hervor, daß der Angekl. nicht zu den im § 304 Abs. 2 StPD. erwähnten dritten Personen zu rechnen ist. Aus dem Wortlaut des § 304 Abs. 2 („Auch Zeugen, Sachverständige und andere Personen können gegen Beschlüsse und Verfügungen, durch welche sie betroffen werden, Beschwerde erheben“) im Zusammenhang mit dem vorhergehenden Absatz ist ohne weiteres ersichtlich, daß zu den im Abs. 2 bezeichneten Personen weder der Angekl., noch die Staatsanwaltschaft gehören, da sich auf diese, wenn auch nicht ausdrücklich, so ganz unabweisbar dem Zusammenhange nach der § 304 Abs. 1 StPD. bezieht.

Hieraus ergibt sich, daß die Beschwerde des Angekl. als unzulässig hätte verworfen werden müssen. Wenn die Strk. auf Grund der Berufung des Nebenklägers dem Verfahren Fortgang gab, so konnte der Angekl. die Unzulässigkeit des Anschlusses des Nebenklägers und damit auch der Berufung des letzteren nur im Wege der Rev. geltend machen.

II. In der Sache selbst ist der Entsch. zuzustimmen.

Die in dem zu richterlichem Protokoll gegebenen Vergleiche abgegebene Erklärung des Verletzten, daß dieser kein weiteres Interesse an einer Strafverfolgung habe, in Verbindung mit der (rechtlich

ZGO. nachträglich Entschliebung zu fassen. Wer diese zu treffen hat, ist im Gesetz nicht bestimmt. In Übereinstimmung mit dem RG.: ZMBl. 1926, 49 ist sinngemäß davon auszugehen, daß die Beschlußfassung dem Richter der späteren Entscheidung obliegt.

(OLG. Dresden, Beschl. v. 2. Aug. 1929, 1 OstReg 279/29.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

*

21. § 412 Abs. 1 StPD. Hat der Angekl. vor der Verhandlung dem Gericht mitgeteilt, er werde persönlich erscheinen, so kann im Falle seines Ausbleibens sein Einspruch nicht verworfen werden. †)

Das RG. hat in RGSt. 61, 278 für den Fall des nicht genügend entschuldigenden Ausbleibens und Nichtvertretens eines Angekl. in der Berufungsverhandlung ausgesprochen, daß die Bestimmung des § 329 Abs. 1 StPD., wonach solchenfalls die Berufung des Angekl. sofort zu verwerfen ist, eine Ausnahmebestimmung von dem Grundsatze darstelle, daß gegen einen ausbleibenden Angekl. kein Urteil erlassen werden dürfe, und auf der Fiktion eines Verzichts des Angekl. auf sein Rechtsmittel beruhe, als Ausnahmebestimmung aber aufs engste auszulegen sei. Der Senat hat sich bereits früher dieser Auffassung angeschlossen und ist sogar, eben weil die Bestimmung aufs engste auszulegen ist, noch etwas weiter gegangen, indem er angenommen hat, daß die Ausnahmebestimmung des § 329 Abs. 1 StPD. in jedem Falle unanwendbar werde, wenn Umstände vorliegen, die zweifelsfrei darauf hinweisen, daß der Angekl. auf der Durchführung der Berufung beharre und hierdurch der Fiktion, daß sein Ausbleiben einen Verzicht auf Durchführung der Berufung bedeuten solle, der Boden entzogen sei.

Der Fall des § 412 Abs. 1 StPD., daß ein Angekl., der gegen einen Strafbefehl Einspruch erhoben hat, in der daraufhin anberaumten Hauptverhandlung ohne genügende Entschuldigung ausbleibt und sich darin auch nicht durch einen Verteidiger vertreten läßt, liegt im Grunde nicht anders. Infolgedessen muß das, was dort vom Angekl. gilt, bei der Verhandlung über seine Berufung fernbleibt, entsprechend auch von dem Angekl. gelten, der zur Verhandlung auf seinen Einspruch nicht erscheint.

Wie aus den Akten, deren Inhalt insofern zur Klarstellung heranzuziehen war, hervorgeht, hat der Angekl. am 28. Aug. 1928 an das Gericht erster Instanz eine Postkarte gerichtet, worin er unter Bezugnahme auf die Ladung mitteilte, daß er am 5. Sept. 1928 zur Hauptverhandlung persönlich erscheinen werde. Hierdurch hat er in einer jeden Zweifel beseitigenden Weise zu erkennen gegeben, daß er seinen Einspruch aufrechterhalte und nicht an dessen Zurücknahme denke, die Fiktion eines Verzichtwillens mithin bündig widerlegt.

Die Voraussetzungen für die Erlassung eines Urteils wegen Ausbleibens des Angekl. hätten daher nicht als erfüllt angesehen

übrigens unzulässigen) Rücknahme des Strafantrages stieft das OLG. zutreffend als einen Verzicht des Verletzten auf Verdringung des Verfahrens als Nebenkläger an.

Dieser zu gerichtlichem Protokoll erklärte Verzicht hat ohne weiteres den Untergang des Rechts des Verletzten, sich dem Verfahren als Nebenkläger anzuschließen, zur Folge. Zu verlangen, daß der Verletzte vor Verzicht auf das Recht der Erhebung der Nebenklage zunächst seine Zulassung als Nebenkläger herbeiführen müßte, würde, wie das OLG. zutreffend ausführt, völlig sinnlos sein.

RA. Dr. Arthur Brandt, Berlin.

Zu 21. Der gesetzgeberische Grundgedanke des § 412 Abs. 1 StPD. läßt sich entweder darin suchen, daß bei dem Angekl., der in der Hauptverhandlung nicht erscheint, Verschleppungsabsicht vermutet wird, oder darin, daß sein Ausbleiben als Zurücknahme des Einspruchs aufgefaßt wird. Gält man die erste Ansicht für richtig, so besteht kein Anlaß, von einer Verwerfung des Einspruchs nur deshalb abzusehen, weil der Angekl. vor der Hauptverhandlung dem Gericht sein Erscheinen angekündigt hat; denn diese Ankündigung kann ja gerade in Verschleppungsabsicht geschehen sein. Wenn man dagegen das Ausbleiben als Zurücknahme auffaßt, dann ist diese Auffassung allerdings nicht am Platze, wenn der Angekl. kurz vor der Hauptverhandlung sein Erscheinen ankündigt. Herrschend ist die zweite Auslegung, wie sich schon daraus ergibt, daß § 412 nur für den ersten Hauptverhandlungstermin gelten soll. Der obigen Entsch. ist daher zuzustimmen. Man braucht gar nicht anzunehmen, daß die Postkarte des Angekl. v. 28. Aug. 1928 „jeden Zweifel“ über die am 5. Nov. 1928 bei ihm vorfindene Willensrichtung ausschloß; jedenfalls genügte sie, um die Fiktion der Zurücknahme unmöglich zu machen.

Das OLG. hätte übrigens — wie ich bereits ZMBl. 1926, 1250 darzulegen versucht habe — auch dann, wenn es das Urteil der ersten Instanz für richtig hielt — nicht nur über die Frage, ob der Angekl. ohne genügende Entschuldigung ausbleiben war, sondern auch über die Sache selbst entscheiden müssen (ebenso Belling, NStR. 1928, 477 Anm. 2; a. A. Löwe-Rosenberg 3 zu § 412).
LWR. Prof. Dr. Mannheim, Berlin.

werden dürfen, zum mindesten nicht vom O., dem aus den Akten bekannt war, daß der Angekl. sich am Verhandlungstage, wenn schon verspätet, bei Gericht eingefunden und damit bewiesen hatte, daß es ihm mit seinem Einspruch nach wie vor ernst war. Vielmehr hätte das O. gem. § 328 StPD. die Berufung gegen das den Einspruch verwerfende Urteil für begründet erachtet und, falls es nicht ein Verfahren gem. Abs. 2 der angezogenen Gesetzesstelle für angezeigt hielt, nach deren Abs. 1 unter Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils in der Sache selbst erkennen müssen.

(OLG. Dresden, Ur. v. 19. Juni 1929, 1 Ost 97/29.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

*

Riel.

22. § 27c StGB.; § 337 StPD. Die Nichterwähnung des § 27c in den Urteilsgründen bedeutet nicht eine Gesetzesverletzung.

Angekl. ist erstinstanzlich zu einer Geldstrafe verurteilt. Er hat Rev. eingelegt und rügt u. a. mit Hinweis auf seine ungünstige Wirtschaftslage die Verletzung des in den Urteilsgründen unerwähnten § 27c a. a. O. durch Nichtanwendung. Die Rev. ist verworfen.

Richtig ist, daß das angefochtene Urteil zu dieser Gesetzesbestimmung nicht ausdrücklich Stellung nimmt. Die Nichterwähnung des § 27c in den Urteilsgründen läßt jedoch nicht ohne weiteres den Schluß zu, daß der RN. diese Bestimmung übersehen hat. Nach den Feststellungen des Urteils lag zu dieser Erörterung kein Anlaß vor, namentlich ergibt das Urteil nichts dafür, daß der Angekl. sich auf den § 27c berufen hat. In der Rspr. ist allerdings zu § 27b der Standpunkt vertreten, daß die Nichterörterung der Anwendbarkeit des § 27b einen Revisionsgrund bilde (RG. 58, 106). Daraus kann aber für den vorliegenden Fall des § 27c nichts gefolgert werden. Denn während der § 27c einen Grundsatz ausspricht, der in praktischer Übung von jeher gegolten hat, enthält der § 27b eine Änderung des früher geltenden Rechts; das, was für § 27b gilt, kann daher nicht ohne weiteres analog auf den Fall des § 27c angewandt werden. Auch auf die Entsch. des RG. v. 27. Febr.

Zu 22. Die Reichratsvorlage v. 17. Nov. 1924 enthält zum ersten Male in § 68 die zwingende Vorschrift, daß die wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters bei der Bemessung einer Geldstrafe zu berücksichtigen sind. Die Berücksichtigung dieser wirtschaftlichen Verhältnisse ist in den § 27c StGB. übergegangen. Der StGBEntw. v. 14. Mai 1927 hebt hervor (zu § 69 S. 53), daß deshalb die Bestimmung auch für das neue Strafbuch vorgeschlagen werde. Es ist unrichtig, die zwingende Vorschrift der Berücksichtigung dieser wirtschaftlichen Verhältnisse anders zu beurteilen als die gleiche zwingend vorgeschriebene Berücksichtigung der Erreichbarkeit des Strafzwecks in § 27b.

Es ist unerheblich, ob ein, mehrere oder die Mehrzahl der Richter bereits praktisch diese beiden Gesichtspunkte auch vor dem Erlaß des § 27b oder c StGB. angewendet haben, denn es fehlte die zwingende Vorschrift, welche alle Richter verbindet. Es war gerade vor der Einführung der §§ 27b und c unmöglich, eine Revision darauf zu stützen, daß ein Richter die Erreichbarkeit des Strafzwecks durch Geldstrafe aus § 27b oder die wirtschaftlichen Verhältnisse bei der Bemessung der Geldstrafe nicht berücksichtigt habe.

Die Revisionsmöglichkeit ist durch die Fassung der §§ 27b und c klar gegeben, sie kann nicht deshalb verneint werden, daß einer der beiden Punkte bereits vor §§ 27b und c praktisch zur Anwendung gekommen sei, und sie kann und braucht nicht mit einer analogen Anwendung der im Urteil des RG. 58, 106 gewonnenen Ansicht über den § 27b auch für den § 27c begründet zu werden.

Es steht nur zur Erörterung, ob § 266 Abs. 3 StPD., wonach die Gründe des Strafurteils das zur Anwendung gebrachte Gesetz bezeichnen müssen, angewendet oder durch Nichtanwendung verletzt ist.

Die Ausführung des Urteils, daß ein Grund zur Annahme, daß der Richter die wirtschaftlichen Verhältnisse nicht berücksichtigt habe, nicht vorgelegen habe, ist ebenso gleichgültig, wie es die Annahme wäre, daß der Richter die wirtschaftlichen Verhältnisse zu berücksichtigen übersehen hätte, denn beide Annahmen haben nichts mit der Frage, ob nach § 266 Abs. 3 das Urteil das zur Anwendung gelangte Strafgesetz angewendet hat und dies aus dem Urteil ersichtlich ist, zu tun. Für § 27b bestimmt RG.: JW. 1924, 320, daß die Urteilsgründe einen Ausspruch darüber enthalten müssen, ob nicht der Strafzweck durch Geldstrafe erreicht werden kann. Das Urteil v. 30. Mai 1924: MZ. 16, 390 gibt immerhin zu, daß aus dem Urteil ersichtlich werden muß, ob nicht der § 27b übersehen ist. Nach der AuswD. v. 22. Dez. 1921 (JWBl. 1921, 665) muß die StA. bereits im Vorverfahren die wirtschaftlichen Verhältnisse ermitteln. Nach Hellwig, OSt., Anm. 86 genügt sogar die Bemerkung nicht, daß die wirtschaftlichen Verhältnisse berücksichtigt sind, sondern es muß dies im einzelnen vorgebracht werden.

1925 (HöchstRN. I, 199) kann sich die Rev. nicht stützen, da dieser Entsch. ein Einzelfall zugrunde liegt. Daß grundsätzlich in der Nichterwähnung des § 27c in den Urteilsgründen eine Gesetzesverletzung zu erblicken ist, befragt auch diese Entsch. nicht. In dem hier vorliegenden Falle besteht kein Grund zur Annahme, daß der RN. die wirtschaftlichen Verhältnisse des Angekl. nicht berücksichtigt hat.

(OLG. Kiel, StS., Ur. v. 31. März 1928, S. 36/28.)

Mitgeteilt von OStA. Schumacher, Altona.

*

Rönigsberg.

23. § 416 Abs. 2 StPD. Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung kann auch bei der Polizeibehörde bis zum Beginn der Hauptverhandlung zurückgenommen werden. f)

Der Angekl., der in seiner Abwesenheit verurteilt ist, hat seine Rev. darauf gestützt, sein Vater habe in seinem Auftrage den Antrag auf gerichtliche Entscheidung durch Erklärung bei der Polizei mehrere Tage vor der Hauptverhandlung zurückgenommen und die polizeiliche Strafe bezahlt; die Polizeibehörde habe dem O. keine Nachricht gegeben. Die Rev. dringt durch. Nach § 416 Abs. 2 StPD. kann der Antrag auf gerichtliche Entscheidung bis zum Beginn der Hauptverhandlung zurückgenommen werden; das Gesetz schweigt darüber, in welcher Weise, an welcher Stelle und wenn gegenüber das zu geschehen hat. Aus allgemeinen Rechtserrwägungen ist deshalb anzunehmen, daß für die Rücknahme dieselben Bestimmungen wie für die Stellung des Antrags Geltung haben sollen und daher die Rücknahme auch bei der Polizeibehörde schriftlich oder mündlich oder bei dem O. bis zum Beginn der Hauptverhandlung erklärt werden kann (§ 413 Abs. 3).

Dieser Annahme steht auch nicht die Erwägung entgegen, daß infolge des Antrags auf gerichtliche Entscheidung die Akten von der Polizeibehörde an das O. abgegeben waren. Denn die Strafverfügung tritt erst mit dem Beginn der Hauptverhandlung außer Kraft (Löwe-Rosenberg, Anm. 5 zu § 413 StPD.). Der Polizeibehörde muß deshalb, wenn sie nach Übersendung der Akten auch nicht mehr zur

Die vorgedachte Entsch. hebt in Wirklichkeit die Bedeutung des § 27c StPD. auf, indem sie den Zwang zur Erörterung der Frage, ob wirtschaftliche Verhältnisse des Täters berücksichtigt sind, im Urteil beseitigt. Damit wird der Fortschritt dieser Gesetzgebung aufgehoben. Das Urteil würde, wenn es richtig wäre, auf das lebhafteste zu bedauern sein. Es ist nicht richtig, sondern verstößt gegen § 266 Ziff. 1 StPD.

M. Dr. Johannes Werthauer, Berlin.

Zu 23. Die in dem vorl. Erkenntnis für die Rücknahme des Antrags auf gerichtliche Entscheidung gegen eine polizeiliche Strafverfügung ausgesprochenen Grundsätze weichen ab von der Rspr. des RG. über die Rechtsgültigkeit der Rücknahme des Strafantrags. Die Rücknahme des Strafantrags kann, soweit und solange überhaupt zulässig, nur gegenüber der Dienststelle wirksam erklärt werden, die jeweils mit der Sache befaßt ist, wobei gleichgültig bleibt, ob der Antragsteller seine Erklärung dieser Behörde einreicht oder eine andere Dienststelle, der sie zugegangen ist, sie an die zuständige Behörde weitergibt (RGSt. 52, 200; 55, 23, 25). Nur dann ist hiernach die Rücknahme des Strafantrags wirksam, wenn sie vor Erhebung der Anklage der die Sache bearbeitenden Staatsanwaltschaft, nach Erhebung der Anklage dem mit der Sache befaßten Gericht — dem erkennenden vor Verkündung eines auf Strafe lautenden Urteils (§ 64 StGB.) — zugeht. Die Rücknahme des Strafantrags hat für das Verfahren die rechtliche Bedeutung eines Prozeßhindernisses (RGSt. 55, 25). Ein solches Hindernis wird nur dann wirksam, wenn es bis zu dem von dem Gesetz zugelassenen Zeitpunkt derjenigen Staatsanwaltschaft oder demjenigen Gericht zugeht, das mit der Sache befaßt ist.

Ebenso wird, worauf die obige Entsch. hinweist, die Zurücknahme eines Rechtsmittels erst wirksam mit dem Augenblicke, zu welchem sie dem mit der Sache befaßten Gericht zugeht.

Daß die Rücknahme eines Antrags auf gerichtliche Entscheidung gegen eine polizeiliche Strafverfügung anders zu behandeln ist, leuchtet nicht ein. „Allgemeine Rechtserrwägungen“ können auch beim Mangel besonderer gesetzlicher Bestimmungen nicht den Grundsatz tragen, daß, was für die Stellung eines Antrags, auch für seine Rücknahme gilt. Strafantrag i. S. des § 61 StGB. und Antrag auf gerichtliche Entscheidung i. S. des § 414 StPD. sind Prozeßvoraussetzungen, im Wegfall Prozeßhindernisse, und gerade aus allgemeinen Erwägungen folgt das RG. mit Recht, daß Prozeßhindernisse erst wirksam werden, wenn sie der mit dem Prozeß befaßten Behörde zugehen. Die Polizeibehörde ist, nachdem sie die Akten an die Staatsanwaltschaft überhand hat, nicht mehr zuständig, die Strafverfügung zurückzunehmen. Die Angelegenheit ist damit in jeder Form ihrer Zuständigkeit entzogen. Daraus ergibt sich, daß ihr gegenüber nach Abgabe der Akten die Rücknahme des Antrags nicht wirksam erklärt werden kann. Die vor der Polizeibehörde abgegebene Erklärung wird erst dann wirksam, wenn sie rechtzeitig, d. h. bis zum Beginn

Rücknahme der Strafverfügung zuständig sein dürfte (Löwe a. a. O. Anm. 6 zu § 414), die Befugnis zuerkannt werden, die Rücknahme des Antrags auf gerichtliche Entscheidung und die polizeiliche Strafe noch entgegenzunehmen. Die Rechtsgültigkeit der Rücknahme kann endlich auch nicht von ihrer rechtzeitigen Übermittlung an das AG. abhängig gemacht werden.

Die Zurücknahme von Rechtsmitteln mag erst mit dem Augenblick Wirksamkeit erlangen, in dem sie dem Gericht zugeht (Löwe a. a. O. Anm. 3 zu § 302). Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung ist aber kein Rechtsmittel. Durch die rechtzeitige Rücknahme des Antrags bei der dafür zuständig gebliebenen Polizeibehörde ist deshalb die polizeiliche Strafverfügung rechtskräftig geworden.

(LG. Königsberg, Ur. v. 6. Juni 1929, S 206/29.)

Mitgeteilt von OGH. SieLoff, Königsberg.

Landgerichte.

Breslau.

a) Zivilsachen.

1. § 807 ZPO. Es ist unzulässig, dem Offenbarungseidsschuldner bei der Eidesleistung einen Vorbehalt der Ergänzung des Verzeichnisses zu gestatten.

Das von der Schuldnerin beschworene Vermögensverzeichnis entspricht nicht den gem. § 807 ZPO. an ein solches zu stellenden Anforderungen. Die Einschränkung, daß etwas vergessen sein könnte, zwingt zu dem Schluss, daß die Schuldnerin eine ernsthafte Prüfung, die zu einer Angabe ihres Vermögens „nach bestem Wissen“ geführt hat, nicht vorgenommen hat. Der Offenbarungseid soll gerade bekräftigen, daß in dem beschworenen Vermögensverzeichnis nach sorgfältiger Prüfung nichts vergessen ist. Der von der Schuldnerin ausgesprochene Vorbehalt macht ihren Offenbarungseid wertlos. Das Begehren der Gläubigerin auf wiederholte Abnahme des Eides ist daher gerechtfertigt.

(LG. Breslau, 10. Zk., Beschl. v. 28. Dez. 1928.)

Mitgeteilt von M. Dr. Bernstein, Berlin.

Hagen.

2. §§ 31, 89 BGB. Die Stadtgemeinde haftet für die von Schülern städtischer Lehranstalten mitgebrachten Überkleider. †)

(LG. Hagen, Ur. v. 26. April 1929, 1 S 660/28.)

Abgedr. ZB. 1929, 2371⁴.

der Hauptverhandlung (§ 416 Abs. 2 StPO.) bei Gericht einget. Nur dieses Ergebnis läßt eine Prüfung der Frage zu, ob die Rücknahme rechtzeitig, d. h. bis zum Beginn der Hauptverhandlung, erklärt ist: die Terminstunde, für die die Hauptverhandlung festgesetzt ist, bietet keine Gewähr dafür, daß zu diesem Zeitpunkt die Hauptverhandlung bereits begonnen hat. Andererseits pflegt im Protokoll über die Hauptverhandlung der Zeitpunkt des Beginns der Verhandlung nicht festgesetzt zu werden. Wer also vormittags 11 Uhr Termin hat, kann nach der obigen Entsch. durch Erklärung der Polizeibehörde gegenüber, wenn seine Sache pünktlich aufgerufen wird, den Antrag um 11 Uhr nicht mehr, kommt aber die Sache mit Verspätung zur Verhandlung, auch noch nach 11 Uhr rechtzeitig zurücknehmen. Der Zufall — pünktliche oder nichtpünktliche Innehaltung der für die Verhandlung der Sache angelegten Terminszeit — würde also über die Rechtzeitigkeit der der Polizeibehörde gegenüber abgegebenen Erklärung entscheiden.

Offensichtlich wollte das LG. dem Angekl. helfen, weil die Polizeibehörde die mehrere Tage vor der Hauptverhandlung bei ihr abgegebene Rücknahmeerklärung an das Gericht nicht weitergegeben hat, und aus dieser Unterlassung einer Behörde dem Angekl. Nachteile nicht erwachsen sollten. Rechtlich aber erheben sich gegen die Entsch. Bedenken, und praktisch führt sie zu Schwierigkeiten.

M. Dr. Jonas, Altona.

Zu 2. Das Ur. läßt den ausschlaggebenden und allein maßgebenden Gesichtspunkt nicht scharf hervortreten. Wenn eine Unterrichts-, Verwaltungs-, Gerichts- oder sonstige Behörde den Besuchern der Anstalt einen Raum zur Verfügung stellt zur Abstellung der Fahrräder, so stellt sie nur eine Einrichtung her, deren sich der Radfahrer zur Aufbewahrung des Rades auf seine Gefahr selbst bedienen kann. Dann liegt aber keine Obhutspflicht, also auch kein Verwahrungsvertrag vor (Mot. 2, 571; RGRKomm. 3 zu § 688); vielmehr muß der Radfahrer wissen, daß namentlich bei den jetzigen Zeitverhältnissen besondere Vorsichtsmaßnahmen (Anbringung eines Schlosses oder einer Kette) erforderlich sind, um Unbefugten die Mitnahme des Rades zu erschweren. Die entgegengesetzte Annahme des AG.: ZB. 1922, 178 ist nicht richtig. So wenig nun in der Bereitstellung eines Raumes zur Abstellung von Rädern ein Antrag der Schule auf Abschluß eines Verwahrungsvertrages liegt, ebenso wenig liegt er in der Bereitstellung des Platzes zum Aufhängen von Kleidern. Auch hier übernimmt die

Chemnitz.

b) Strafsachen.

3. § 184 Ziff. 3 StGB. Mittel zur Verhütung der Empfängnis sind nicht schlechthin „Gegenstände, die zum unzüchtigen Gebrauch bestimmt sind“

Das RG. glaubt in annähernd konstanter Rspr. empfängnisverhütende Mittel um deswillen zu den Gegenständen rechnen zu müssen, die zu unzüchtigem Gebrauch bestimmt sind, weil solche empfängnisverhütende Mittel ihrer Natur nach auch beim außerehelichen Geschlechtsverkehr angewendet werden können und Anwendung finden, und weil der außereheliche Geschlechtsverkehr ganz allgemein mit Unzucht gleichzusetzen sei.

Dieser Auffassung vermag das Gericht sich nicht anzuschließen. Es erkennt zwar an, daß empfängnisverhütende Mittel ebensowohl beim ehelichen wie beim außerehelichen Geschlechtsverkehr Anwendung finden, und daß auch das für das vom Bund seinen Mitgliedern zur Verfügung gestellte Mittel gelten muß, wiewohl diese Mitglieder Eheleute sein müssen. Aber das Gericht ist der Überzeugung, daß die Gleichsetzung jedes außerehelichen Geschlechtsverkehrs mit dem Begriff der Unzucht mindestens heute nicht mehr der allgemeinen Volkanschauung von Zucht und Sitte entspricht.

In der heutigen Zeit wird das Problem der sog. Kameradschafts-ehe ernsthaft erörtert und ein von vornherein nur auf Zeit gedachtes intimes Zusammenleben eines Mannes und einer Frau auch ohne staatliche Anerkennung nicht mehr durchweg als etwas Sittenwidriges angesehen, sofern es nur auf gegenseitiger Zuneigung beruht. Das ist offenbar verursacht durch die Erkenntnis, daß sonst eine große Zahl von Männern und Frauen in den für das Geschlechtsleben wichtigsten Jahren oder überhaupt von erotischer Betätigung ausgeschlossen sein würden, weil die wirtschaftlichen Verhältnisse eine Eheschließung in den Formen des BGB. wegen ihrer materiellen Nebenwirkungen nicht zulassen. Eine erhebliche Anzahl junger Kriegerveitwen sind dadurch an einer neuen Eheschließung gehindert, daß sie durch eine solche selbst dann, wenn sie sich später als ein Mißgriff herausstellen sollte, für alle Zeiten und die für sie und die aus der Kriegerehe hervorgegangenen Kinder unentbehrlichen Versorgungsansprüche kommen. Die sittliche Auffassung überwiegender Teile des Volkes billigt ihnen daher zu, den Versuch eines erotischen Zusammenlebens mit einem Manne zunächst in der Form des außerehelichen Zusammenlebens zu machen, und dieses außereheliche Zusammenleben erst bei Bewährung in die Formen einer bürgerlichen Ehe überzuführen. In den weitesten Kreisen der für ein aktives Geschlechtsleben überhaupt in Frage kommenden Altersklassen des Volkes haben sich die Anschauungen über die geschlechtliche Betätigung weitgehend geändert.

Die geschlechtliche Betätigung wird in weit höherem Maße als ein sachlich zu wertendes körperliches Bedürfnis angesehen und aus dem Kreis moralisch zu bewertender Handlungen herausgenommen,

Schule durch die Gewährung des Raumes den Schülern gegenüber keine Obhutspflicht; es hängt von der freien Entscheidung der Besucher ab, ob sie von der ihnen so gebotenen Gelegenheit zur Ablegung der Kleider Gebrauch machen wollen, obwohl der hierfür bestimmte Raum dem Zutritt Unbefugter ausgesetzt ist. — Vorliegend kommt aber eine Tatsache in Betracht, die das Urteil nur ganz beiläufig (Zeile 41) erwähnt: Die Bekl. hatte nämlich von den Schülern verlangt, daß die Kleider auf dem Flur aufgehängt werden. Ist den Schülern unterfragt, ihre Oberkleider in die Klassenzimmer mitzunehmen, so sind sie an gemessen, sie an dem Kleiderregal aufzuhängen, das sich im Hausflur vor dem Klassenzimmer befindet, also in einem Raum, der Unbefugten leicht zugänglich ist. Hiermit übernimmt aber die Stadt die Obhutspflicht, die Verwahrung; die Anwesenheit, Kleider in einem so gefährdeten Raum unterzubringen, enthält nach Treu und Glauben die Erklärung der Stadt, jede Tätigkeit zu entfalten, die nach den Anforderungen des Verkehrs geeignet ist, Diebstähle oder Beschädigung zu verhüten. Hier kommt also ein Verwahrungsvertrag zustande, obwohl die Stadt die Person ihrer Vertragsgenossen und die aufgehängten Sachen im Einzelnen nicht kennt. Diese Besonderheit erklärt sich durch die eigenartige Sachlage, die durch eine Maßnahme der Schulzucht geschaffen wird. Die entgegengesetzte Ansicht von Meinzolt: BayRspfl. 17, 34, ist nicht richtig. — Über den Umfang der der Stadt obliegenden Maßnahmen vgl. RG. (RWB. 21, 16) und Proskot (DZ. 41, 118) sowie Delius: Recht 20, 35 (Verschließung des Raumes), ferner Kiel (DZ. 38, 99), das so strenge Maßnahmen nicht für erforderlich hält, und Meinzolt a. a. O. Der ersteren Ansicht ist beizustimmen. — Der Eintritt in das Seminar erfolgt nicht auf Grund eines Vertrages; das Schulgeld ist nicht Vergütung i. S. des § 611; sondern die Schüler machen Gebrauch von einer öffentlichen Einrichtung und zahlen in dem Schulgeld dafür eine Abgabe, eine Gebühr (Josef: PrVerwBl. 44, 247). Praktische Bedeutung hat dieser vom LG. hervorgehobener Umstand kaum; in beiden Fällen enthält die den Schülern erteilte Anweisung zum Aufhängen der Kleider im Flur den Antrag der Stadt, ihr die Verwahrung der Kleider zu übertragen, und diesen Antrag nehmen die Schüler durch das Aufhängen der Kleider an.

M. Dr. Eugen Josef, Freiburg i. Br.

genau so wie andere körperliche Betätigungen nicht mit moralischen Maßstäben gemessen werden. Diese veränderte Anschauung kommt auch in gewissem Sinne in der Verb. zum Ausdruck, insofern sich diese ausdrücklich gegen jede sittliche Diffamierung der aus außerehelichen Liebesbeziehungen hervorgegangenen Kinder wendet. Mindestens heute ist es also nicht mehr richtig, daß der Begriff des außerehelichen Geschlechtsverkehrs schlechthin mit dem der Unzucht gleichzustellen ist. Damit entfällt auch der Schluß, daß jedes empfangnisverhütende Mittel von dem als ein zu unzüchtigem Gebrauch bestimmter Gegenstand angesehen werden könne, weil es auch beim außerehelichen Geschlechtsverkehr angewendet werden kann.

Das Gericht hatte aber weiter zu prüfen, ob etwa die Empfängnisverhütung als solche sich als etwas darstelle, was mit dem sittlichen Bewußtsein des Volkes im Widerspruch stehe, und ob etwa deshalb die zu ihrem Zwecke bestimmten Mittel als Gegenstände anzusehen seien, die zu unzüchtigem Gebrauch bestimmt sind.

Auch das war zu verneinen.

Nach Anschauung des weitaus überwiegenden Teiles des Volkes haftet dem Gebrauche empfangnisverhütender Mittel nichts das normale Scham- und Sittlichkeitsgefühl eines erwachsenen Menschen an sich Verletzendes an. Es liegt das wohl daran, daß der Gebrauch solcher Mittel zum Zwecke der Verhinderung unerwünschter Geburten heutzutage in allen Schichten des Volkes und im Verkehr zwischen Eheleuten wie Unverheirateten allgemein und gewöhnlich ist. Überkommene, insbes. strenggläubig-religiöse Anschauung mag noch vielfach an der ideellen Berechtigung dieser Auffassung zweifeln, indem sie die Berechtigung an absoluten Prinzipien mißt, die sie mit dem Sittlichkeitsbegriff verbindet. Diesen Zweifeln vermochte sich die Kammer nicht anzuschließen.

Die Kammer lehnt auch die Meinung ab, daß die vom Angekl. vorgetragene Auffassung von der Richtigkeit der Empfängnisverhütung an sich schon in ihren Voraussetzungen — ein uniformer kleinlicher Begriff vom „menschlichen Glück“ — falsch, in ihren Schlussfolgerungen oberflächlich und in ihren Nebenwirkungen mehr schädlich als nützlich sei. Selbst dann aber bliebe maßgebend, daß die Empfängnisverhütung heute „Sitte“ ist und so die Gefühlswelt der großen ausschlaggebenden Masse bestimmt. Es ist nicht zu bezweifeln, daß die allgemeine Neigung, durch Beschränkung der Kinderzahl das äußere, auf der Verrieblung materieller Bedürfnisse beruhende Lebensbegehren zu erhöhen, auch eine Menge anderer Gründe für sich anführen kann, welche mindestens zur gegenwärtigen Notzeit des „Volkes ohne Raum“ objektive wirtschaftliche Tatsachen für sich haben und darüber hinaus sogar Sittlichkeit im absoluten Sinne für sich in Anspruch nehmen.

So geht eine Wandlung der Volksanschauung auf erotischem Gebiet auch dahin, daß in immer steigendem Maße das Verantwortlichkeitsgefühl dafür, Kinder zu erzeugen, zur sittlichen Forderung erhoben ist. Weitesten Kreisen des Volkes gilt es heute als unsittlich, Kinder in die Welt zu setzen, die ihrer körperlichen Konstitution oder ihrer wirtschaftlichen Lage nach so ungünstige Lebensaussichten haben würden, daß sie es aller Voraussicht nach zu Glück und Erfolg nicht zu bringen vermögen. Auch auf dem Gebiete der Kinderzeugung beginnt der Qualitätsbegriff über den Quantitätsbegriff die Oberhand zu erlangen und der Gedanke sich durchzusetzen, daß nur gesunde Eltern, und diese nur so viele Kinder erzeugen und gebären dürfen, als sie unter angemessenen Bedingungen großziehen vermögen.

Dazu kommt, daß die Gleichberechtigung der Frau, die gesetzlich gewährleistet ist, zu einer Betonung des Gedankens geführt hat, daß ebensoviele die unverheiratete wie die verheiratete Frau selbst zu bestimmen habe, wie oft sie gebären wolle, und daß es geradezu als unsittlich in weiten und gerade den besten Kreisen des Volkes angesehen wird, die Ehefrau durch eine zu große Anzahl von Geburten in ihrer Schönheit, Gesundheit und Lebensdauer zu beeinflussen.

So ist also nach der Anschauung des weitaus überwiegenden Teiles des Volkes die Anwendung empfangnisverhütender Mittel nicht nur nicht etwas Unsittliches, sondern in zahlreichen eugenisch oder wirtschaftlich bedingten Fällen geradezu ein sittliches Erfordernis. Dabei spricht in erheblichem Maße die politische Überzeugung mit, daß das Gedeihen Deutschlands abhängig sei von der Hebung der Qualität seiner Menschen einerseits und von der Beseitigung seiner quantitativen Übervölkerung andererseits.

Diese Gründe haben bei der beseitigten Lebensauffassung des Volkes, welche in hohem Maße die des westlich-europäischen Menschen überhaupt genannt werden kann, genügt, um auf dem Wege durch die modernen Massenverständigungsmittel eine Volksmeinung zu bilden, welche dem sittlichen Bewußtsein des einzelnen ausreicht zur dogmatischen Rechtfertigung seines ohnehin vorhandenen Entschlusses, möglichst nicht mehr Kinder zu haben, als er ohne unerwünschte Schmälerung seiner Daseinsgrundlage aufziehen kann.

Das erkennende Gericht kann sich bei seiner Anschauung, daß empfangnisverhütende Mittel nicht schlechthin als Gegenstände anzusehen seien, die zu unzüchtigem Gebrauch bestimmt sind, auf namhafte Vertreter der Strafrechtswissenschaft, so insbes. auch Frank, Alsbach und Binding, gegenüber der Nr. des RG. berufen.

(RG. Chemnitz, Ur. v. 25. Juni 1929, 1 Bs 29/29.)

Mitgeteilt von N. Dr. Rudolf Wajermann, München.

B. Arbeitsgerichte.

Reichsarbeitsgericht.

Berichtet von Rechtsanwalt Abel, Essen, Rechtsanwalt und Dozent Dr. Georg Baum, Berlin und Rechtsanwalt Dr. W. Doppermann, Dresden.

1. § 2 Nr. 2 ArbGG. Zuständigkeit des Arbeitsgerichts für Klagen aus unerlaubter Handlung zwischen Arbeitnehmer und gesetzl. Vertreter des Arbeitgebers. 1)

Der Streit der Parteien betrifft ausschließlich die Frage, ob die Zuständigkeit der ArbGG für eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit aus unerlaubter Handlung (§§ 823 ff. BGB.) zwischen einem Arbeitnehmer und dem gesetzlichen Vertreter seines früheren Arbeitgebers gegeben ist. Das BG. prüft diese Frage zunächst unter den Gesichtspunkten der Nr. 1, 2 und 3 des § 2 ArbGG. und gelangt dabei ohne weiteres zu einer Verneinung der Anwendbarkeit der Nr. 1 und 3, da einerseits die Parteien dieses Rechtsstreits nicht tarifvertragsfähig seien und andererseits der Bekl. nicht Arbeitnehmer sei. Aber auch Nr. 2 a. a. D. komme nicht in Betracht. Allerdings gehe aus dem Zusammenhang dieser Bestimmung und des dem Gesetz zugrunde liegenden Gedankens, für arbeitsrechtliche Streitigkeiten Sondergerichte zu schaffen, hervor, daß die Anfangsworte dieser Bestimmung „bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern“ sich auch auf bürgerliche Rechtsstreitigkeiten aus unerlaubter Handlung bezögen, denn sonst hätten die Bestimmungen in § 2 Nr. 3 und in § 3 ArbGG. keinen Sinn. Die Zuständigkeit der ArbGG für Rechtsstreitigkeiten aus unerlaubter Handlung bestehe nach § 2 Nr. 2 a. a. D. jedoch nur dann, wenn die Parteien Arbeitgeber und Arbeitnehmer seien. Diese Voraussetzungen seien im vorliegenden Fall nicht gegeben. Denn der Bekl. sei gesetzlicher Vertreter und Organ der arbeitgebenden Gesellschaft, aber nicht selbst Arbeitgeber des zwischen dem Kl. als Arbeitnehmer und den S. S.-Werken abgeschlossenen Vertrages. Daß gesetzliche Vertreter juristischer Personen nicht Arbeitgeber seien, folge schon daraus, daß § 22 ArbGG. nur ihre Berufung als Arbeitgeberbestimmter zulasse. Endlich komme auch die erweiterte Zuständigkeit aus § 3 ArbGG. nicht zur Anwendung, da die Klage gegen die S. S.-Werke bei Erhebung der gegenwärtigen Klage noch nicht anhängig gewesen, auch nicht gleichzeitig erhoben, sondern erst später angehängt worden sei.

Die Rev. rügt Verletzung des § 2 Nr. 2 und des § 3 ArbGG. Ihr kann ein Erfolg nicht versagt werden.

Ohne Rechtsirrtum verneint das BG. die Anwendbarkeit des § 2 Nr. 1 und 3 ArbGG. Ihm ist auch darin beizutreten, daß i. S. der maßgebenden Vorschriften des materiellen Rechts, insbes. der §§ 231 ff. BGB., der Direktor einer ArbGG. nicht selbst Arbeitgeber, sondern gesetzlicher Vertreter seiner als Arbeitgeber anzusehenden ArbGG. ist und als deren Organ die Arbeitgeberbestimmte der Körperschaft ausübt. Indessen begegnet die Ablehnung der Anwendbarkeit des § 2 Nr. 2 ArbGG. insofern erheblichen Rechtsbedenken, als diese Auslegung zu sehr an dem Wortlaut haftet und nicht ihrem Sinn und Zweck Rechnung trägt. Schon die Entstehungsgeschichte des ArbGG. könnte diese Rechtsbedenken stützen. Sie läßt erkennen, daß es der Wille des Gesetzgebers war, „die große Gruppe der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern aus dem Einzelarbeitsverhältnisse“ — abgesehen von der hier nicht interessierenden Ausnahme des zweiten Halbsatzes des § 2 Nr. 2 ArbGG. — „insgesamt der Arbeitsgerichtsbarkeit zu übertragen... Die Vorschrift erfasst alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, die aus einem Arbeitsverhältnis entstehen können, ohne Rücksicht auf das Vorliegen eines Vertrags, nicht jedoch Streitigkeiten aus unerlaubten Handlungen, die mit dem Arbeits...verhältnis in einem nur zufälligen Zusammenhange stehen... Durch die umfassende Umgrenzung der Zuständigkeit der Arbeitsgerichtsbehörden im § 2 Nr. 2... wird eine Aufzählung der einzelnen möglichen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis... vermieden... Die Aufzählung gibt dem Rechtssuchenden zwar einen Anhalt bei der Entscheidung der Frage, ob für eine Klage das ArbGG. oder das ordentliche Gericht zuständig ist, sie vergrößert aber auch die Gefahr einer unrichtigen, besonders einer zu engen Auslegung der Gesetzesvorschriften über die Zuständigkeit, weil eine vollkommene Aufzählung kaum möglich sein würde“ (Begr. zum Entw. eines ArbGG. S. 24). Wegen eine zu enge und deshalb mit dem Willen des Gesetzgebers unvereinbare Auslegung des § 2 Nr. 2 a. a. D. sprechen aber vor

Zu 1. Bereits Nr. ArbGG. 2, 141 hat — ohne dort die Begr. zum Entw. eines ArbGG. zu zitieren — sich deren Standpunkt zu eigen gemacht, daß eine zu enge Auslegung der Vorschriften über die Zuständigkeit zu vermeiden sei. Für den vorliegenden Fall zeigen die im Urteil dargelegten praktischen Ergebnisse, daß eine andere Auslegung des Gesetzes als die des ArbGG. gar nicht möglich ist. Sie folgt der bewährten Lehre Wachs: daß als gewollt anzusehen ist „nicht nur das im Gesetz ausdrücklich Gesagte, sondern auch das vernünftigerweise mit dem Gewollten Mitgewollte“ (Handb. I, 257).

N. Dr. W. Doppermann, Dresden.

allem praktische Erwägungen. Zutreffend weist insbes. Volkmar: ArbMjpr. 1928, 332 darauf hin, daß man, wenn brauchbare Ergebnisse erzielt werden sollen, die Frage, ob nicht auch i. S. der Zuständigkeitsvorschrift des § 2 ArbGG. bei Anprüchen aus einer vom gesetzlichen Vertreter einer juristischen Person gegen deren (auch früheren) Arbeitnehmer (angeblich) begangenen unerlaubten Handlung der Vertreter einem Arbeitgeber gleich zu behandeln ist, bejahen muß. Denn es wäre merkwürdig, wenn z. B. bei einer Kommanditgesellschaft auf Aktien die ArbGG. zuständig sein sollten, weil der Leiter des Unternehmens, der persönlich haftende Gesellschafter selbst Arbeitgeber sei, während bei einer AktG. die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte gegeben sein sollte, weil der leitende Direktor der AktG. nicht selbst Arbeitgeber, sondern gesetzlicher Vertreter des Arbeitgebers sei. Das Ergebnis wäre um so befremdlicher, weil andererseits, wenn die leitende Persönlichkeit, gegen welche die Klage gerichtet werde, nur Prokureur des Unternehmens sei, gleichwohl die ArbGG. zuständig seien, da dann eine Klage zwischen Arbeitnehmern untereinander vorläge (§ 2 Nr. 3 ArbGG.). Daß die dem § 2 Nr. 2 a. a. D. durch das BG. gegebene Auslegung nicht nur merkwürdige und befremdliche, sondern geradezu unhaltbare Ergebnisse zeitigen würde, beweist ein weiteres Beispiel. Gelegt den Fall, daß an die Stelle einer aus den Gesellschaftern A. und B. bestehenden OHG. am 1. Mai eines Jahres mit Wirkung von diesem Tage unter Wahrung des Gesellschaftszwecks und des Personalbestandes eine GmbH. tritt, deren alleinige Geschäftsführer die bisherigen beiden Gesellschafter werden. Einem Angestellten des Unternehmens wird von A. aus derselben (fortgesetzten) unerlaubten Handlung am 30. April und 1. Mai des betreffenden Jahres Schäden zugefügt. Soll er mit Rücksicht darauf, daß A. am 30. April Gesellschafter der OHG., am 1. Mai aber Geschäftsführer der GmbH. ist, die Schadenersatzklage wegen des Vorgangs v. 30. April bei dem ArbGG., den gleichgelagerten Anspruch wegen des Vorgangs v. 1. Mai aber vor dem ordentlichen Gericht erheben müssen? Die Frage stellen, heißt sie verneinen. Die Antwort zeigt zugleich, daß eine Auslegung, welche die Entsch. darüber, ob ArbGG. oder ordentliches Gericht zuständig sein soll, von der Rechtsform des Unternehmens abhängig machen will, unmöglich ist. Einen ähnlichen Standpunkt scheinen übrigens auch *Platow-Joachim*, ArbGG., zu § 2 Nr. 2 Abs. 11 S. 58 einzunehmen. Endlich ist nach der tatsächlichen Feststellung des BG. im vorliegenden Fall auch der vom Gesetz verlangte Zusammenhang der Rechtsstreitigkeit mit dem Arbeitsverhältnis gegeben, da er jedenfalls in mittelbarer Hinsicht besteht und nicht ein nur zufälliger ist.

(ArbGG., Art. v. 19. Jan. 1928, RAG 473/28 — Berlin.) [D.]

*

2. § 63 HGB. Geschlechtskrankheit durch außerehelichen Verkehr ist kein unverschuldetes Unglück, es sei denn, daß der Arbeitnehmer den Nachweis erbringen kann, daß er alle erforderlichen Vorsichtsmaßnahmen getroffen hat. †)

Der Kl. ist kaufmännischer Angestellter bei der bekl. Firma. Er zog sich im Mai 1928 durch außerehelichen Verkehr eine Geschlechtskrankheit zu und war infolgedessen während des Monats Juni 1928 dienstunfähig. Der auf das Dienstverhältnis anwendbare Tarifvertrag für die kaufmännischen und technischen Angestellten in Frankfurt a. M. v. 3. Febr. 1928 bestimmt im § 3 Ziff. 1, daß bei unverschuldeten Krankheitsfällen i. S. § 63 HGB. das Gehalt bis zur Dauer von mindestens 6 Wochen ohne Abzug des Krankengeldes zu zahlen ist. Gestützt auf diese Bestimmung beantragt der Kl. von der Bekl. die Zahlung des Gehalts von 167 RM für den Monat Juni 1928. Die Bekl. hat um Abweisung der Klage gebeten. Während das ArbGG. der Klage stattgegeben hat, hat das VArbGG. auf die zugelassene Berufung unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils die Klage abgewiesen, die Rev. jedoch zugelassen. Mit dieser beantragt der Kl., unter Aufhebung des VU. nach seinen in der VerJnst. gestellten Anträgen zu erkennen. Die Bekl. war in der VerJnst. nicht vertreten. Der Kl. hat um Erlaß des Verhältnisurteils gebeten.

Der Kl. ist infolge Vollziehung des außerehelichen Beischlafs an Tripper mit nachfolgender Hodenentzündung erkrankt und infolge-

Zu 2. Die Entsch. ist im Ergebnis vermutlich richtig, in der Begründung aber ist sie nicht einwandfrei. Zwar betonen die Instanzen mit Recht, daß bei der Beantwortung der Frage, ob Geschlechtskrankheit als unverschuldetes Unglück i. S. § 63 HGB. anzusehen sei, die moralische Seite des außerehelichen Geschlechtsverkehrs außer Betracht zu bleiben habe. Und ebenso zutreffend ist der Standpunkt des VArbGG., den sich das ArbGG. zu eigen macht, daß auch von einem Verschulden im hygienischen Sinne dann nicht gesprochen werden könne, wenn der Angestellte glauben durfte, mit einer geschlechtlich unbescholtenen Frauensperson zu verkehren, oder wenn er beim Verkehr diejenigen Vorsichtsmaßnahmen beobachtet hat, die die mit ihm verbundenen Gefahren zu vermindern geeignet sind. Unrichtig ist es hingegen, wenn da, wo diese Voraussetzungen fehlen, das VArbGG. und das ArbGG. von einem Verschulden des Angestellten gegenüber dem Arbeitgeber reden und es so ansehen, als habe der Gehilfe dadurch, daß er sich der Gefahr einer geschlechtlichen Ansteckung ausgesetzt, die ihm seinem Prinzipal gegenüber obliegenden Sorgfaltspflichten verletzt und fahrlässig die Leistung der im Anstellungsvertrag

dessen einen Monat lang dienstunfähig gewesen; er beansprucht gleichwohl für die Dauer seiner Dienstunfähigkeit von der Bekl. die Zahlung seines Gehalts für diesen Monat und beruft sich auf § 63 HGB. Nach dieser Gesetzesbestimmung behält der Handlungsgehilfe, wenn er durch unverschuldetes Unglück an der Leistung der Dienste verhindert wird, seinen Anspruch auf Gehalt und Unterhalt, jedoch nicht über die Dauer von sechs Wochen hinaus. Als ein Unglück i. S. des Ges. gilt auch die Erkrankung des Handlungsgehilfen. Die Entsch. des Prozesses hängt daher davon ab, ob die erwähnte Erkrankung des Kl. als unverschuldet anzusehen ist. Bejaht man die Frage, so ist der Klagenanspruch begründet, andernfalls unbegründet.

Wie das VArbGG. ausführt, ist bei der Beantwortung der strittigen Frage nicht auf die sittliche Seite des außerehelichen Geschlechtsverkehrs abzustellen, sondern gem. dem Wortlaute der gesetzlichen Bestimmungen nur zu fragen, ob derjenige, welcher sich auf Geschlechtsverkehr mit einer Frauensperson ohne weiteres einläßt, mit einer nahen Möglichkeit der Ansteckung mit einer Geschlechtskrankheit rechnen muß und daher unter Nichtbeachtung der ihm seinem Arbeitgeber gegenüber obliegenden Pflichten fahrlässig sich der Gefahr der Dienstunfähigkeit aussetzt. Dies hat das VArbGG. für den vorliegenden Fall bejaht. Es hat dargelegt, daß der außerordentlich starken Verbreitung der Geschlechtskrankheiten müsse jeder unverheiratete Mann, der mit einer geschlechtlich nicht unbescholtenen weiblichen Person sich auf Geschlechtsverkehr einlasse, mit der Gefahr rechnen, daß er sich eine geschlechtliche Erkrankung zuziehe, es erscheine daher nur billig, daß ihm das Risiko, das er bei einem solchen außerehelichen Verkehr eingeht, zur Last falle; eine Ausnahme könne nur in dem Falle gemacht werden, wenn der Arbeitnehmer den Nachweis erbringen könne, daß er mit einer geschlechtlich noch unberührten weiblichen Person verkehrt habe, oder daß er alle erforderlichen Vorsichtsmaßnahmen getroffen habe, die eine Ansteckung an einer Geschlechtskrankheit nach menschlicher Voraussicht ausschließen. Solche Umstände habe der Kl. aber nicht darzutun vermocht; deshalb müsse er selbst für die Folgen seines außerehelichen Geschlechtsverkehrs einstehen.

Diesen Ausführungen ist durchweg beizupflichten. Nicht darauf kommt es entgegen der Meinung der Rev. für die Beantwortung der strittigen Frage an, ob den Handlungsgehilfen ein sittliches, sondern ob ihm ein rechtliches Verschulden trifft, wenn er mit einer Frauensperson in außerehelichen Geschlechtsverkehr tritt. Dies aber hat der VerSt. unter Berücksichtigung der sonstigen Verhältnisse ohne Rechtsirrtum grundsätzlich bejaht. Es ist bekannt, daß auch in Deutschland die Zahl der geschlechtskranken Personen immer mehr zugenommen hat. Es ist weiter allgemein bekannt, daß die Gefahr einer Übertragung dieser Krankheit sehr groß ist und hauptsächlich durch Geschlechtsverkehr erfolgt, daß auch die Folgen der Erkrankung für die Arbeitsfähigkeit der davon Betroffenen erheblich werden können, endlich auch, daß die Erkrankung einer sich dem Geschlechtsverkehr hingebenden Person von dem Beteiligten nicht ohne weiteres wahrnehmbar ist. Daß unter diesen Umständen der außereheliche Umgang mit Personen des anderen Geschlechts die Gefahr der Ansteckung mit einer Geschlechtskrankheit in sich birgt, ist für jeden einseitigen Menschen ohne weiteres einleuchtend. Wer also durch einen solchen Verkehr erkrankt, hat sich dies regelmäßig selbst zuzuschreiben. Seine Krankheit ist verschuldet im Rechtsinn. Besondere Umstände, die im gegebenen Falle eine andere Beurteilung rechtfertigen könnten, sind nicht geltend gemacht. Der Anspruch des Kl. auf Weiterzahlung des Gehalts für die Zeit der Dienstunfähigkeit ist daher nicht begründet.

(ArbGG., Art. v. 15. Juni 1929, RAG 659/28. — Frankfurt a. M.)

[D.]

*

3. Die Frage, ob ein wichtiger Grund zur fristlosen Entlassung gegeben sei, liegt im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiete. In der Revisionsinstanz ist nur nachzuprüfen, ob ein bestimmtes Ereignis, ein bestimmtes Han-

verprochenen Dienste unmöglich gemacht. Wenn dem so wäre, dann würde der Gehilfe für die Zeit seiner Erkrankung nicht nur den Lohnanspruch verlieren, sondern müßte darüber hinaus dem Prinzipal den ihm durch den Ausfall der Dienste erwachsenen Schaden ersetzen. Davon aber kann im Ernste nicht die Rede sein. Das Verschulden, das § 63 im Auge hat, ist nicht Pflichtverletzung des Angestellten gegenüber dem Prinzipal, sondern Pflichtverletzung gegenüber sich selbst: schuldhaft ist ein Unglück i. S. § 63 dann herbeigeführt, wenn jemand mutwillig oder leichtsinnig seinen Körper oder seine Gesundheit nicht in dem Maße vor Schaden zu bewahren versucht hat, wie es der gebildete Mensch im eigenen Interesse normalerweise zu tun pflegt. Wer dergestalt unvorsichtig mit seiner Gesundheit umgeht, soll den Schaden, den er erleidet, nicht anderen zur Last legen dürfen. Der Erwerb einer Geschlechtskrankheit kann, braucht aber nicht schuldhaft in diesem Sinne zu sein (vgl. mein Recht des kaufmännischen Personals in Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechts II, 753 f.).

Prof. Dr. T i p p e, Berlin.

deln an sich einen wichtigen Grund abzugeben geeignet ist (MArbG. I, 222. f.)

Daß aber ein Angestellter, der sich von den Arbeitnehmern seines Dienstherrn Geschenke machen läßt und hinterher die ihm unterstellten Angestellten zur Ausstellung unrichtiger, zur Täuschung des Dienstherrn bestimmter Bescheinigungen zu veranlassen sucht, damit das Vertrauen des letzteren in einem so hohen Maße untergraben und zerstören kann, daß eine Belassung in seiner Stellung unmöglich wird, bedarf keiner weiteren Darlegung.

(MArbG., Urt. v. 10. Mai 1929, RAG 593/28.) [D.]

C. Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte.

I. Reich.

Reichsfinanzhof.

Bericht von Reichsfinanzrat Dr. Voethke, Reichsfinanzrat Art und Reichsfinanzrat Dr. Georg Schmauser, München.

[< Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsfinanzhofs abgedruckt.]

I. §§ 16 Abs. 1, 18 Abs. 1 Nr. 2 EinkStG. Die Kosten einer Strafverteidigung sind, auch wenn sie mit im Interesse der Ausübung eines Gewerbebetriebs aufgewendet wurden und Freisprechung erfolgt ist, grundsätzlich nicht als Werbungskosten abzugsfähig.

Der Beschw. war Ende 1924 als Direktor einer BankAktG., nachdem er der Bestechung, des Wuchers usw. angebeschuldigt worden war, ausgeschieden. Im Jahre 1926 war er nicht als selbständiger Bankier tätig. Er macht gegenüber den von ihm bezogenen Einkünften die i. F. 1926 erwachsenen und mit 18900 RM bezifferten Kosten seiner Verteidigung — das Strafverfahren endigte 1926 mit einem Freispruch des Beschw. — als Werbungskosten geltend. Die Vorbehörde hat anerkannt, daß der Beschw. die Ausgaben für die Verteidigung auch mit aus dem Grunde gemacht habe, um das Bankgeschäft, das er nunmehr selbständig betreibt, eröffnen zu können, zumal er, solange die Beschuldigungen der Bestechung, des Wuchers usw. nicht widerlegt gewesen seien, vermutlich nicht die Genehmigung zum selbständigen Betrieb eines Bankgeschäfts erhalten haben würde. Die steuerliche Abzugsfähigkeit der Verteidigungskosten verbiete sich aber auch dann, wenn man unterstellen wollte, daß sie lediglich zur Begründung des neuen Unternehmens gemacht wären, nach § 18 EinkStG., da Ausgaben zur Begründung eines gewerblichen Unternehmens als nicht abzugsfähige Aufwendungen zur Verbesserung oder Vermehrung des Vermögens angesehen werden müßten.

Die Beschw., die auf den Zusammenhang zwischen den Aufwendungen und den nunmehrigen Gewerbebetrieb des Beschw. hinweist, wendet sich insbes. gegen die Anwendung des § 18 EinkStG. Sie kam zu einer Aufhebung der Vorentschr. nicht führen.

Zwar stellen Aufwendungen zur Gründung eines gewerblichen Unternehmens grundsätzlich Betriebsausgaben und damit Werbungskosten dar. Ihr Abzug kann daher nicht unter Hinweis auf § 18 EinkStG. verwehrt werden. Zu untersuchen ist vielmehr, ob der Ausgabe ein entsprechendes Aktivum gegenüberzustellen und insofern die Wirkung des Abzugs wieder auszugleichen ist. Eine Aktivierung der Verteidigungskosten kommt aber nicht in Betracht, denn der Ausgabe steht in diesem Falle kein dafür erworbenes wirtschaftliches Gut des Beschw. gegenüber.

Wenn hiernach auch die Vorbehörde die rechtliche Tragweite des § 18 EinkStG. verkannt hat, so ist die Vorentschr. in Ergebnis doch zutreffend. Die Aufwendungen des Beschw. für seine Verteidigung stellen sich überwiegend als nach § 18 Abs. 1 Nr. 2 EinkStG. nicht abzugsfähige, die Privat sphere des Beschw. betreffende Aufwendungen dar. Wie bei einer Selbsttrafe überwiegt auch bei den Verteidigungskosten der Zusammenhang der Aufwendungen mit der Person des Beschuldigten. Die Aufwendungen müssen als überwiegend im Interesse der Wiederherstellung der persönlichen Ehre und des Ansehens des Beschuldigten ausgegeben angesehen werden. Demgegenüber tritt der an sich anzuerkennende Zusammenhang mit der beabsichtigten Wiedereröffnung eines selbständigen gewerblichen Unternehmens so zurück, daß ein Abzug als Werbungskosten nicht in Frage kommt (vgl. RStB.: StW. 1929 Nr. 163 a u. b).

(RStB., 6. Sen., Urt. v. 8. Aug. 1929, IV A 1380/28.)

Zu 3. Vgl. hierzu MArbG.: JW. 1928, 1464 und Ann. Doppermann, sowie RG.: JW. 1919, 504 und Ann. Tige.

II. Länder.

Oberverwaltungsgerichte.

Preußen.

Preussisches Oberverwaltungsgericht.

Bericht von OVGPr. Geh. RegRat von Fries u. M. Dr. Görres, Berlin.

I. Rechtsbelehrungen über das kommunale Disziplinarverfahren des preussischen Rechts. f)

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß der Vorsitzende des Kreisaußschusses D. als Aufsichtsbehörde über die Geschäftsführung des Amtsvorstehers das Disziplinarverfahren gegen den Angeeschuldigten eingeleitet hat. Ein formell rechtsgültiges Disziplinarverfahren konnte aber nicht durch die Aufsichtsbehörde, sondern allein von dem Landrat als Staatsbeamten eingeleitet werden. Der Umstand, daß der Landrat selbst alle diesbezüglichen Disziplinarverfügungen unterschrieben hat, kann an diesem Ergebnisse nichts ändern, denn er wollte, wie sich aus den Akten unzweifelhaft ergibt, als Aufsichtsbehörde über die Geschäftsführung des Amtsvorstehers, also als Vorsitzender des Kreisaußschusses handeln und hat als solcher gehandelt. Das Disziplinarverfahren, und zwar sowohl das auf dem Einleitungsbeschl. v. 27. Jan. 1926 beruhende, wie das auf dem Einleitungsbeschl. v. 22. März 1926 beruhende — wenn man das als selbständiges Verfahren auffassen könnte —, sind daher nicht ordnungsmäßig eingeleitet. Daher war das gegenwärtige Verfahren als gegen die gesetzlichen Bestimmungen verstoßend unter Aufhebung der Vorentschr. im ganzen Umfang einzustellen.

Durch die getroffene Entsch. ist selbstverständlich die zuständige Stelle nicht behindert, wegen der gleichen oder einzelner oder auch noch anderweitiger, bisher nicht zur Anschuldigung gestellter Dienstverfehlungen ein neues ordnungsmäßiges Disziplinarverfahren gegen den Angeeschuldigten einzuleiten. Es liegt aber Veranlassung vor, die Disziplinareinleitungsbehörde und den Kreisaußschuß als Disziplinargericht auf eine Reihe formeller Verstöße hinzuweisen, die sich außer der schon erörterten Zuständigkeitsfrage aus der geschäftlichen Behandlung des gegenwärtigen Disziplinarverfahrens ebenso wie aus der Urteilsbegründung des Vorderrichters ergeben: Gegenstand eines Disziplinarverfahrens kann nur ein positives, pflichtwidriges Handeln oder ein pflichtwidriges Unterlassen eines Beamten sein, nicht aber können allgemeine Rechtsbegriffe zum Gegenstande von Anschuldigungen gegen den Beamten gemacht werden. Das bleibt schon beim Erlaß eines Einleitungsbeschlusses zu beachten. Es sind also im einzelnen die konkreten Sachverhalte, die dem Angeeschuldigten als pflichtwidriges Handeln oder pflichtwidriges Unterlassen zur Last gelegt werden, darzulegen, so daß der Beamte über die ihm zur Last gelegten Tatsachen vollständig im klaren ist und sich entsprechend verteidigen kann.

In der Voruntersuchung ist der Angeeschuldigte zu allen einzelnen, ihm zur Last gelegten Verfehlungen zu hören und — wenn er erscheint — zu Protokoll zu vernehmen. Dabei ist ein vereidigter Protokollführer zuzuziehen. Einseitige Aktenvermerke des Voruntersuchungskommissars über Angaben, die der Angeeschuldigte zu seiner Verteidigung gemacht habe, können die protokollarische Vernehmung des Angeeschuldigten nicht ersetzen. Alle im Verfahren vernommenen Zeugen und Sachverständige sind — soweit nicht gesetzliche Bestimmungen entgegenstehen — eidlich zu vernehmen. Eine Verweisung auf den geleisteten Dienst ist unzulässig. Dem Angeeschuldigten ist von allen Zeugenaussagen und Sachverständigenurteilen vor Abschluß der Voruntersuchung zur Stellungnahme Kenntnis zu geben.

Der Vertreter der Staatsanwaltschaft ist zweckmäßig schon im

Zu 1. Die Mspr. der preuß. Kreisaußschüsse als Disziplinargerichte erster Instanz für die Kommunalbeamten hat seit der Staatsanwaltschaft stark gelitten. Dem DiszSen. des OVG. muß gedankt werden für das obige Urteil, das er dazu benutzt, um die großen Grundzüge des preuß. Disziplinarverfahrens auch insoweit zu beleuchten und denjenigen, die es angeht, zur Beachtung zu empfehlen, als der gerade vorliegende Sachverhalt nicht dazu nötigte. So übernimmt das höchste Gericht außer der Rolle des Richters im Einzelfalle noch das Amt des Rechtslehrers, der mit der autoritas rerum perpetuo similiter judicatarum den Behörden zeigt, wie sie vorgehen haben. Diese Entsch. wird wirken wie ein reinigendes Gewitter. Zugleich bekämpft sie in mancher Richtung Gedanken, die der Vorstand des Deutschen Anwaltvereins in dem Gutachten seines Ausschusses für öffentl. Recht dem Deutschen RA. bei Besprechung des Entwurfs eines DiszG. vorgetragen hat (JW. 1927, 2833).

MA. Dr. Görres, Berlin.

Einleitungsbeschlüsse zu bestellen, da er bereits während des Schwelens der Voruntersuchung berechtigt ist, auf den Umfang der Beweis- aufnahme durch Stellung von Anträgen beim Voruntersuchungs- kommissar Einfluß zu nehmen. Im Gegensatz zum Untersuchungs- kommissar, der richterliche Unabhängigkeit besitzt, ist der Vertreter der Staatsanwaltschaft an die ihm erteilten Weisungen der Diszipli- nareinleitungsbehörde gebunden. Auf der anderen Seite bildet die von ihm angefertigte Anschuldigungsschrift, sobald sie dem entschei- denden Disziplinargericht eingereicht ist, nach Form und Inhalt den unverrückbaren und auch gegenüber den im Einleitungsbeschluss und in der Voruntersuchung mit dem Angeeschuldigten speziell erörterten Vorwürfen, soweit der Vertreter der Staatsanwaltschaft solche in die Anschuldigungsschrift nicht aufnimmt, festen Rahmen, inner- halb dessen allein die Entsch. des Disziplinargerichts sich be- wegen kann und darf. Sogenannte Nachtragsanschuldigungsschriften, welche Anschuldigungspunkte betreffen, die mit dem Angeeschuldigten in einem ordnungsmäßig eingeleiteten und durchgeführten Ver- fahren erörtert sind, die der Vertreter der Staatsanwaltschaft aber nicht in die dem Disziplinargericht eingereichte Anschuldigungsschrift aufgenommen hatte, sind ohne alle rechtliche Wirkung. Wollig un- zulässig ist es aber, wenn der Disziplinarrichter an Stelle eines dem Angeeschuldigten in der Anschuldigungsschrift zum Vorwurfe gemachten speziellen pflichtwidrigen Handelns oder Unterlassens einen ver- änderten Tatbestand oder eine andere Dienstverfehlung als die ihm in der Anschuldigungsschrift ausdrücklich zum Vorwurfe gemachte als erwiesen ansehen und zum Gegenstand einer Bestrafung des An- geschuldigten machen wollte.

Die Disziplinareinleitungsbehörde wird daher ein drin- gendes sachliches Interesse daran nehmen und ihrerseits durch ent- sprechende Anweisung des Vertreters der Staatsanwaltschaft dafür Sorge zu tragen Anlaß haben, daß ihr die Anschuldigungsschrift zu eigener Nachprüfung vorgelegt wird, bevor sie an das Dis- ziplinargericht eingereicht wird. Nur zu diesem Zeitpunkt ist es noch möglich, die Ergänzung der Voruntersuchung — wenn sich eine solche noch als erwünscht oder notwendig erweist — durch die Dis- ziplinareinleitungsbehörde zu verfügen oder die Anschuldigungs- schrift dem Vertreter der Staatsanwaltschaft zur Abänderung oder Vervollständigung zurückzugeben.

Ist die Anschuldigungsschrift erst dem Disziplinarrichter ein- gereicht und damit der Disziplinarrichter mit der Sache befaßt, so ist eine nachträgliche Änderung der Anschuldigungsschrift und der in ihr enthaltenen Anschuldigungen ohne rechtliche Wirkung. Ins- bes. ist die nachträgliche anderweite Bewertung der mit dem An- geschuldigten in der Voruntersuchung erörterten Tatbestände durch den Vertreter der Staatsanwaltschaft und der Versuch, angeblich versehentlich in der Anschuldigungsschrift übergangene weitere An- schuldigungspunkte noch zur Entsch. des Disziplinarrichters zu bringen, nicht mehr rechtlich wirksam. Andererseits kann das nach- trägliche Fallenlassen einzelner in die Anschuldigungsschrift auf- genommener Anschuldigungspunkte durch den Vertreter der Staats- anwaltschaft den Disziplinarrichter nicht von der Prüfung und Entsch. darüber entbinden, ob zu einem solchen fallengelassenen Anschul- digungspunkte tatsächlich ein Dienstvergehen vorliegt oder nicht.

Sofern nach Einreichung der Anschuldigungsschrift an das Disziplinargericht neue, bisher dem Angeeschuldigten in der Vor- untersuchung nicht zum Vorwurfe gemachte und mit ihm erörterte Tatbestände der Disziplinareinleitungsbehörde zur Kenntnis kom- men, in denen sie weitere Dienstvergehen des Angeeschuldigten sieht, können diese in dem beim Disziplinargerichte bereits schwe- benden Disziplinerverfahren überhaupt nicht mehr geltend gemacht werden. Es muß dann vielmehr ihrerwegen ein neues, selbständiges Disziplinerverfahren eingeleitet werden, bei dessen Durchführung wiederum alle Formvorschriften genau beachtet werden müssen. Eine Verbindung beider selbständigen Verfahren ist nach Einreichung der Anschuldigungsschrift in dem neu eingeleiteten Verfahren zwecks gemeinschaftlicher Verhandlung vor dem Disziplinargerichte möglich, wenn in dem zuerst eingeleiteten Verfahren bis dahin eine ab- schließende Entsch. des Disziplinargerichts noch nicht ergangen ist. Sachlich bleiben aber beide Verfahren insoweit selbständige, als die Verbindung aus praktischen Erwägungen und Bedürfnissen durch Be- schluss jederzeit wieder getrennt werden kann; das bleibt insbes. auch wegen der Entsch. über die Verpflichtung zur Tragung der baren Auslagen der Verfahren zu beachten.

Nicht gebilligt werden kann die aktenmäßig feststehende Tat-

sache, daß dem Angeeschuldigten die Ladung zur mündlichen Verhand- lung mit einer Frist von nur sieben Tagen, vor allem aber, daß die „Nachtragsanschuldigungsschrift“ erst am Tage vor der mündlichen Verhandlung vor dem Kreisaußschuß als Disziplinargericht zuge- stellt worden ist. Durch solche unzureichenden Fristen wird der An- geschuldigte in seiner Verteidigung unzulässig beschränkt.

Außerdem trägt aber auch das Vorderurteil den in § 79 W.G. für die Urteilsfindung gegebenen Vorschriften nicht genügend Rechnung. Die Gründe des Urteils lassen nicht mit ausreichender Sicherheit erkennen, welche von den zur Begründung der einzelnen Anschuldigungspunkte der Anschuldigungsschrift von der Anklage- behörde verwerteten Tatbeständen als disziplinare Verfehlungen festgestellt worden sind, welche vielleicht als Inkorrektheiten angesehen worden sind, die aber disziplinarer Strafahndung als solche — und aus welchen Gründen dann — noch nicht bedürfen, und endlich, welche als widerlegt anzusehen sind und auf Grund welcher Beweismittel. Der Kreisaußschuß hat es nicht für nötig erachtet, auf alle An- schuldigungspunkte der Anschuldigungsschrift sachlich einzugehen. Wohl kann in der VerZust. von der Prüfung einzelner Anschuldigungs- punkte Abstand genommen werden, wenn bereits die tatsächlich fest- gestellten Verfehlungen hinsichtlich einzelner Anschuldigungspunkte die Verhängung der Höchststrafe der Dienstentlassung rechtfertigen, oder wenn in der VerZust. der Angeeschuldigte allein Berufung ein- gelegt oder sie auf des Strafmaß beschränkt hat und damit das Ver- bot einer Abänderung der Vorents. zuungunsten des Angeeschul- digten eine Beschränkung auf den Tatbestand begründet, auf den sich das Urteil des Vorderrichters stützt. Gewiß lassen sich auch Fälle denken, in denen der erstinstanzliche Richter sich auf die Prü- fung und tatsächliche Feststellung der Begründetheit nur ein- zelner Anschuldigungspunkte beschränken kann, wie z. B. im Falle der Feststellung schwererer strafrechtlicher Verfehlungen eines Angeeschuldigten durch rechtskräftiges strafgerichtliches Urteil, an das der Disziplinarrichter gebunden ist, und wenn in diesem Falle die disziplinare Verfehlung eine so schwere ist, daß sie die Anwendung der Höchststrafe, der Dienstentlassung, rechtfertigt. Immerhin kann eine Beschränkung auf die Beurteilung nur ein- zelner Anschuldigungspunkte durch den erstinstanzlichen Disziplinarrichter nur in Ausnahmefällen und bei ganz klar liegenden Sachen, zu denen das hier vorliegende Verfahren jedenfalls nicht gehörte, als zweckmäßig zugelassen werden. In der Regel hat der Disziplinarrichter erster Instanz seine Prüfung auf den Gesamtatbestand zu er- strecken und festzustellen:

welche von den einzelnen Anschuldigungspunkten als er- wiesen waren, und als disziplinär strafwürdig Dienstverfehlungen zu erachten waren, und auf Grund welcher Beweismittel; ferner welche Anschuldigungspunkte als widerlegt zu erachten waren, und auf Grund welcher Beweismittel.

Das wird der Kreisaußschuß als Disziplinargericht in künftigen Fällen zu beachten haben.

Auch muß in dem Urteile dargelegt werden, aus welchen Grün- den die erkannte Strafe und das Strafmaß als angemessen be- trachtet worden sind und ob und inwieweit und aus welchen Grün- den ein Zusammentreffen einer Reihe erwiesener Dienstverfehlungen, von denen an sich jede einzelne die Anwendung der Höchststrafe noch nicht rechtfertigen würde, die Verhängung der Höchststrafe etwa gebieterisch erheischt und rechtfertigt. Das erstinstanzliche Gericht muß immer damit rechnen, daß gegebenenfalls aus formellen oder materiellen Gründen ein Anschuldigungspunkt, den der erstinstanzliche Richter als besonders schwer angesehen hat, vom W.R. für sich allein noch nicht als so schwerwiegend angesehen wird, um die Anwendung der Höchststrafe zu rechtfertigen.

Auch die Entsch. des Vorderrichters, soweit sie dem verurteilten Angeeschuldigten die „Kosten“ des Verfahrens zur Last legt, findet in dem geltenden Disziplinarrechte keine Stütze. Nach § 51 Disz.G. v. 21. Juli 1852 i. Verb. m. § 157 Nr. 2 W.G. und dem G.R. v. 28. Okt. 1922 (G.E. 363) besteht gesetzlich nur die Verpflichtung des zu Strafe verurteilten Angeeschuldigten zur Tragung der baren Auslagen des Verfahrens (vgl. W.G. 79, 437, 441).

Die Entsch. über die baren Auslagen des Verfahrens rechtfertigt sich daraus, daß in dem vorliegenden Verfahren der Angeeschuldigte zu Strafe jedenfalls nicht verurteilt werden konnte.

(Pr.D.W., 1. Sen., Ur. v. 1. März 1929, DU 82/26.)

Übersicht der Rechtsprechung.

(Die rechtsstehenden Ziffern bedeuten die Seitenzahlen des Heftes.)

A.

Zivilrecht.

1. Materielles Recht.

Bürgerliches Gesetzbuch.

§§ 31, 89 BGB. Haftung der Stadt für die von Schülern städtischer Lehranstalten mitgebrachten Überkleider. LG. Hagen. 3034²

§ 276 BGB. Culpa in contrahendo im gegenseitigen Verhältnis von Teilnehmern eines Ringtausches. RG. 3024²

§§ 326, 276 BGB. Der selbst vertragsuntreue Teil kann nicht wegen Vertragsverletzung des anderen Teils vom Vertrage zurücktreten. Doch stehen beiden Teilen Schadensersatzansprüche zu. RG. 3005²

§ 626 BGB. Die Frage, ob ein wichtiger Grund zur fristlosen Entlassung gegeben sei, liegt im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiete. In der Revisionsinstanz ist nur nachzuprüfen, ob ein bestimmtes Ereignis, ein bestimmtes Handeln an sich einen wichtigen Grund abzugeben geeignet ist (ArbGG. 1, 222). ArbGG. 3036²

§ 823 BGB.; §§ 4, 15 WegeD. f. d. Prov. Sachsen. Der Straßenanlieger muß sich vorübergehende Störungen der Kommunikation gefallen lassen. OLG. Naumburg 3025⁶

§§ 823, 832, 1627, 1631 BGB. Haftung des aussichtspflichtigen Vaters. OLG. Frankfurt a. M. 3024⁴

Aufwertungsgesetz.

§ 6 Abs. 2 AufwG.; § 54 GBD. Die Vergünstigung des § 6 Abs. 2 AufwG. des teilweisen Zurücktretens der Aufwertungshypothek steht einer in der Schutzzeit für den Eigentümer des mit der Aufwertungshypothek belasteten Grundstücks gemäß § 1196 BGB. eingetragenen noch in seiner Hand befindlichen, also nicht in der Schutzzeit weitergegebenen Grundschuld nicht zu. RG. 3004¹

Novelle zum Aufwertungsgesetz.

§ 14 AufwGNov. Eine Ablösung für Rechnung des Erwerbers liegt auch dann vor, wenn bei einem Tausch von Grundstücken der bisherige Eigentümer den zur Löschung der Hypothek erforderlichen Betrag zunächst aus eigenen Mitteln aufbringt, aber von dem jetzigen Eigentümer ein Grundstück erhält, dessen Wert den Betrag des abgelösten Rechtes deckt. RG. 3019¹

Handelsgesetzbuch.

§ 63 HGB. Geschlechtskrankheit durch außerehelichen Verkehr ist kein unverschuldetes Unglück, es sei denn, daß der Arbeitnehmer den Nachweis erbringen kann, daß er alle erforderlichen Vorsichtsmaßnahmen getroffen hat. ArbGG. 3036²

§§ 186 Abs. 2, 211, 221 HGB. Der Gründer einer AktG. hat kein Recht auf Verweigerung der von ihm im Gesellschaftsvertrag übernommenen Verpflichtung zur Einbringung von Sacheinlagen aus dem Grunde, weil hinterher die Ausgabe der Aktien wegen Zusammenbruchs der Gesellschaft unterbleibt. Der Konkursverwalter der AktG. darf die Einlageansprüche der Gesellschaft gegen die Gründer nur gegen eine angemessene Entschädigung abtreten; sonst ist der Abtretungsvertrag nichtig. RG. 3006³

Genossenschaftsgesetz.

§ 70 GenG. Es gibt keine Arglisteneide, wenn der Vorstand die Anmeldung des Austritts beim Genossenschaftsregister schuldhaft unterläßt. RG. 3023¹

2. Verfahren.

Zivilprozeßordnung.

§ 256 ZPO. Hat der Aufwertungsschuldner im Verfahren vor der Aufwertungsstelle bestritten, persönlicher Schuldner zu sein, und hat daraufhin die Aufwertungsstelle dem Aufwertungsgläubiger Frist zur Vorbringung einer rechtskräftigen Entscheidung des ordentlichen Gerichts darüber gesetzt, daß der Gegner kein persönlicher Schuldner sei, so genügt es zum Wegfall des Feststellungsinteresses im anhängig gemachten Verfahren vor dem ordentlichen Gericht nicht, wenn der Schuldner nach Klagezustellung durch Schreiben seines Prozeßbevollmächtigten an den Prozeßbevollmächtigten des Klägers erklärt, daß er nunmehr anerkenne, persönlicher Schuldner zu sein. OLG. Dresden 3024³

§ 807 ZPO. Es ist unzulässig, dem Offenbarungseidschuldner bei der Eidesleistung einen Vorbehalt der Ergänzung des Verzeichnisses zu gestatten. OLG. Breslau. 3034¹

Arbeitsgerichtsgesetz.

§ 2 Nr. 2 ArbGG. Zuständigkeit des Arbeitsgerichts für Klagen aus unerlaubter Handlung zwischen Arbeitnehmer und gesetzl. Vertreter des Arbeitgebers. ArbGG. 3035¹

B.

Strafrecht.

Strafgesetzbuch.

§ 1 Abs. 2 StGB.; §§ 44, 55, 148 Biff. 7 RGewD.; § 16 Sächs. Gef. v. 1. Juli 1878, die Besteuerung des Gewerbebetriebes im Umherziehen betr. Bei Androhung einer in einem Vielfachen eines Grundwertes bestehenden Geldstrafe, deren Höchstbetrag 150 RM. übersteigen kann, hängt die Frage, ob Vergehen oder Übertretung vorliegt, von dem Höchstbetrag der jeweilig möglichen Geldstrafe ab. OLG. Dresden 3026²

§ 270 StGB.; § 337 StPD. Die Nichterwähnung des § 270 in den Urteilsgründen bedeutet nicht eine Gesetzesverletzung. OLG. Kiel 3033²²

§§ 43, 46, 263 StGB. Betrugsversuch zugunsten des Gemeinschaftschuldners, begangen durch die Vorspiegelung, der Herausgabeanspruch sei bereits vor der Konkursöffnung durch Leistung an den Gemeindefschuldner getilgt worden. Für einen Rücktritt vom Versuch ist kein Raum, wenn der Täter sein Unternehmen für objektiv bereits gescheitert hält. RG. 3009⁶

§§ 53, 185 StGB. Ein Scherz kann nicht mit der Begründung straffrei gelassen werden, daß es auf dem Lande derb zugehe und daß der betreffende Vorgang von allen Anwesenden außer gerade von der Verletzten als Scherz aufgefaßt worden sei. Entscheidend ist vielmehr gerade das Verhalten der verletzten Person. — Der in Notwehr Begriffene braucht nicht fremde Hilfe anzurufen, sondern kann sich selbst verteidigen. — Rechtsverletzung braucht nicht vorzuliegen, vielmehr begründet schon der Angriff mit dem Ziel einer Rechtsverletzung das Notwehrrecht. OLG. Dresden. 3027⁹

§§ 67, 361 Biff. 10 StGB. Verjährung der Strafverfolgung wegen Verletzung der Unterhaltspflicht. OLG. Hamm 3029¹¹

§ 180 Abs. 3 StGB. Ausbeutung. Lateinheftliches Zusammenreffen von § 180 StGB. und von Mietwucher nach § 49a MietSchG. RG. 3008⁴

§ 180 StGB. Ausbeutung i. S. des § 180 Abs. 3 StGB. RG. 3009⁵

§ 184 StGB. Mittel zur Verhütung der Empfängnis sind nicht schlechthin „Gegenstände, die zum unzüchtigen Gebrauch bestimmt sind“ i. S. § 184 Biff. 3 StGB. LG. Chemnitz 3034²

§§ 185, 53 StGB. Ein Scherz kann nicht mit der Begründung straffrei gelassen werden, daß es auf dem Lande derb zugehe und daß der betreffende Vorgang von allen Anwesenden außer gerade von der Verletzten als Scherz aufgefaßt worden sei. Entscheidend ist vielmehr gerade das Verhalten der verletzten Person. — Der in Notwehr Begriffene braucht nicht fremde Hilfe anzurufen, sondern kann sich selbst verteidigen. — Rechtsverletzung braucht nicht vorzuliegen, vielmehr begründet schon der Angriff mit dem Ziel einer Rechtsverletzung das Notwehrrecht. OLG. Dresden. 3027⁹

§§ 185, 186, 193 StGB. Wird für eine einheitliche Kundgebung, mit der ihrem Gesamthalt nach die Wahrnehmung berechtigter Interessen bezweckt wird, der Strafschutz des § 193 StGB. bejaht, so kann für einen Teil der Äußerung eine nur bei Gelegenheit der Interessentwahrnehmung ausgesprochene und darum strafbare Beleidigung nur dann angenommen werden, wenn es sich um eine selbständige Teilkundgebung handelt, die sich aus der Gesamtkundgebung derart auscheiden läßt, daß bei ihr der für die anderen Teile anzuerkennende Zweck der Interessentwahrnehmung ausnahmsweise — im Hinblick auf Form oder Begleitumstände — zu verneinen ist. OLG. Dresden 3028¹⁰

§ 193 StGB. Wahrnehmung berechtigter Interessen, die nur mittelbar eigene Interessen sind. RG. 3026⁷

§ 193 StGB. setzt das Vorliegen einer strafbaren Beleidigung voraus. Zu den Voraussetzungen der Wahrnehmung berechtigter Interessen. Der Rechtsbegriff der Form in § 185 StGB. ist revisibel. RG. 3025⁶

§ 230 StGB.; § 913 RVD.; §§ 45, 46 GewD. Die allgemeinen Sorgfaltspflichten eines gewerblichen Unternehmers sind übertragbar. Der Unternehmer ist jedoch zur sorgfältigen Auswahl und zur Überwachung verpflichtet. BayObLG. 3020

§ 240 StGB. Die Ausschreibung einer Forderung zum Verkauf ist nicht in jedem Falle und unter allen Umständen eine Beleidigung des Schuldners. BayObLG. 3021²

§§ 263, 43, 46 StGB. Betrugsversuch zugunsten des Gemeinschaftschuldners, begangen durch die Vorspiegelung, der Herausgabeanspruch sei bereits vor der Konkursöffnung durch Leistung an den Gemeinschaftschuldner getilgt worden. Für einen Rücktritt vom Versuch ist kein Raum, wenn der Täter sein Unternehmen für objektiv bereits gescheitert hält. RG. 3009⁶

§ 267 StGB. Fälschliche Anfertigung einer Urkunde durch Anbringung von Kreuzen und deren Beglaubigung zum Zwecke der Vertäuschung der Unterschrift. RG. 3011⁷

§§ 327, 367 ff. StGB.; § 192 RWD. Zum Begriffe: Schlägerei und Kaufhandel. BayObLG. 3021³

§ 345 Abs. 2 StGB. Mitwirkung bei der Strafvollstreckung. Soli-dare Verantwortlichkeit der bei der Strafvollstreckung mitwirkenden Beamten. Die Fahrlässigkeit des hilfeleistenden Beamten kann darü-ber gefunden werden, daß für ihn die Möglichkeit einer unzulässigen Straf-vollstreckung auf Grund der Vorlegung eines unrichtigen Entwurfs voraussehbar war. RG. 3012⁸

§ 350 StGB. Alleingewährsam oder Mitgewährsam? Die Aus-übung der Dienstaufsicht über einen Beamten braucht nicht zu einer Beschränkung seiner tatsächlichen Verfügungsgewalt zu führen. RG. 3013⁹

Pressegesetz.

§ 6 Abs. 1 PresseG. Nennung des Druckers. RG. 3013¹⁰

Münzgesetz.

§ 14 MünzG. v. 1. Juni 1909; BundRRef. v. 23. Juni 1910; RFinMinRef. v. 26. Jan. 1922 und v. 27. Dez. 1928; § 15 MünzG. v. 30. Aug. 1924. Die Bef. v. 23. Juni 1910 ist erst ab 1. April 1929 außer Kraft getreten. Marken i. S. dieser Bef. sind nur solche, die aus unedlem Metall hergestellt sind; Medaillen sind nicht bloß Denk- und Schaumünzen, sondern schlechthin Münzen oder Gegenstände aus Metall in der Form von Münzen, die nicht für den Geldverkehr be- stimmt sind. Für den Begriff des Geldes ist es bedeutungslos, ob es im Reiche kursfähig ist oder welchen Kurs es in Deutschland hat. Bay-ObLG. 3022⁴

Strafprozeßordnung.

§ 79 StPD. Der Sachverständigeneid deckt Bekundungen über Wahrnehmungen nur insoweit, als sie zur Begründung des Gut-achtens erforderlich sind. RG. 3014¹¹

§§ 233, 332, 357 StPD. Für den Antrag, den Angeklagten von der Verpflichtung zum Erscheinen in der Hauptverhandlung zu entbinden, bedarf der Verteidiger einer besonderen Ermächtigung. Vor Zustellung eines den Angeklagten vom Erscheinen befreienden Gerichtsbeschlusses darf gegen den Angeklagten nicht verhandelt werden. Das richterliche Protokoll über die Vernehmung des Angeklagten, das im Falle seiner Entbindung vom Erscheinen in der Hauptverhandlung vorgelesen werden muß, darf nicht lediglich ein schöffengerichtliches Sitzungsprotokoll sein. RG. 3015

§ 244 StPD. Unzulässige Ablehnung eines Antrages auf Ein-nahme des Augenscheins. RG. 3016¹³

§ 245 StPD. Von der Vernehmung einer vorgeladenen Auskunftsperson kann nicht mit der Begründung abgesehen werden, daß die Vorladung nicht nachgewiesen sei, falls nicht der Vorsitzende auf den Nachweis der Ladung hingewirkt hat. Daß ein vorgeladener Sach-verständiger nicht zu Beginn der Hauptverhandlung erschienen ist, steht seiner Vernehmung nicht entgegen. RG. 3017¹⁴

§§ 296, 339 StPD. Statigabe einer staatsanwaltschaftlichen Revi- sion zu ungunsten des Angeklagten in einem Falle, in dem mit Rücksicht darauf, daß die Vorinstanz nur auf eine Geldstrafe erkannt hatte, die Verhängung der von ihr ausgesprochenen Nebenstrafe unzulässig war. RG. 3017¹⁵

§§ 300, 313, 345, 346 StPD. § 1 Abs. 2 StGB.; §§ 44, 55, 148 Riff. 7 RGewD.; § 16 Sächs. Gef. v. 1. Juli 1878, die Besteuerung des Gewerbebetriebs im Umherziehen betr. Bei Androhung einer in einem Vielfachen eines Grundwertes bestehenden Geldstrafe, deren Höchstbetrag 150 RM. übersteigen kann, hängt die Frage, ob Vergehen oder Übertretung vorliegt, von dem Höchstbetrag der jeweilig möglichen Geldstrafe ab. Hat die Strafkammer das übersehen und über das nur als Revision zulässige Rechtsmittel des Angeklagten als Be- rufung entschieden, so muß das Revisionsgericht mangels einer nach dieser Richtung erhobenen Rüge über diesen Verfahrensfehler hinweg- sehen. DLG. Dresden 3026⁸

§§ 304, 305, 397 StPD. Der Beschluß, durch den ein Nebenkläger zugelassen wird, ist anfechtbar. Der Verletzte, der vor Durchführung des Strafverfahrens auf seine Rechte als Nebenkläger verzichtet, ist nicht befugt, dann im Strafverfahren die Rechte des Nebenklägers auszuüben. DLG. Celle 3031¹⁹

§ 329 StPD. Die Vorschrift des § 329 StPD. kann nicht Plaß greifen, wenn die Sache schon in einem früheren Termin vor dem BG. zur Verhandlung gekommen ist. In jedem Falle sind die Voraussetzungen des § 329 StPD. nicht gegeben, wenn die Zustellung nicht an den Angekl., sondern nur an den Zustellungsbevollmächtigten erfolgt ist. RG. 3018¹⁸

§§ 331, 354 StPD.; §§ 27b, 29 Abs. 4 StGB. Ändert das Be- rufungsgericht auf die alleinige Berufung des Angeklagten das Urteil erster Instanz im Strafmaß dahin ab, daß es die erkannten, zu einer Gesamtstrafe zusammengezogenen Freiheitsstrafen auf Grund des § 27b StGB. in Geldstrafen umwandelt, so sind besondere Ersatzfrei- heitsstrafen festzusetzen, deren Gesamtlänge diejenige der Gesamtstrafe nicht übersteigen, aber auch nicht hinter ihr zurückbleiben darf. Sie sind in der Weise zu berechnen, daß die an sich verwirkten Freiheits-

strafen entsprechend ihrer Länge in dem Maße zu verkürzen sind, daß ihre Gesamtlänge diejenige der Gesamtstrafe ergibt. RG. 3031¹⁸

§§ 357, 233 StPD. Wenngleich ein Mitangeklagter die Revision nicht darauf stützen kann, daß einem anderen Mitangeklagten gegenüber die Vorschriften über seine Anwesenheit nicht beachtet worden sind, so ist doch seine Revisionsrüge beachtlich, daß die gegen den abwesenden Mitangeklagten unzulässigerweise getroffenen Feststellungen auch zu seinem Nachteil verwertet worden sind. RG. 3015¹²

§ 412 Abs. 1 StPD. Hat der Angekl. vor der Verhandlung dem Gericht mitgeteilt, er werde persönlich erscheinen, so kann im Falle seines Ausbleibens sein Einspruch nicht verworfen werden. DLG. Dresden 3032⁴

§ 416 Abs. 2 StPD. Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung kann auch bei der Polizeibehörde bis zum Beginn der Hauptverhandlung zurückgenommen werden. DLG. Königsberg. 3033²³

Jugendgerichtsgesetz.

§§ 13, 35, 36 JGG.; § 14 StPD. Wird ein Jugendlicher, nachdem die erste Strafe ausgesetzt worden ist, wiederum verurteilt, so hat das später entscheidende Gericht Entschließung darüber zu treffen, ob die erkannte Strafe zu vollstrecken sei. DLG. Dresden. 3032²⁰

C.

Steuerrecht.

Einkommensteuergesetz.

§§ 16 Abs. 1, 18 Abs. 1 Nr. 2 EinkStG. Die Kosten einer Straf- verteidigung sind, auch wenn sie mit im Interesse der Ausübung eines Gewerbebetriebs aufgewendet wurden und Freisprechung erfolgt ist, grundsätzlich nicht als Werbungskosten abzugsfähig. RfP. 3037¹

Gewerbeordnung.

§ 15a GewD. Aufschrift auf dem Firmenschild einer Gesellschaft mbH. DLG. Hamburg 3030¹⁶

§§ 41a, 146a GewD. Die Aufstellung von Automaten in Kinos, Gast- und Schankwirtschaften, die an Sonn- und Festtagen und wochen- tags nach 7 Uhr Waren abgeben, ist strafbar. DLG. Dresden 3029¹²

§§ 44, 55, 148 Riff. 7 GewD.; § 1 Abs. 2 StGB.; § 16 Sächs. Gef. v. 1. Juli 1878, die Besteuerung des Gewerbebetriebs im Umher- ziehen betr.; §§ 300, 313, 345, 346 StPD. Bei Androhung einer in einem Vielfachen eines Grundwertes bestehenden Geldstrafe, deren Höchstbetrag 150 RM. übersteigen kann, hängt die Frage, ob Vergehen oder Übertretung vorliegt, von dem Höchstbetrag der jeweilig möglichen Geldstrafe ab. Hat die Strafkammer das übersehen und über das nur als Revision zulässige Rechtsmittel des Angeklagten als Berufung entschieden, so muß das Revisionsgericht mangels einer nach dieser Richtung erhobenen Rüge über diesen Verfahrensfehler hinwegsehen. Gewerbmäßiger Handel im Umherziehen liegt nicht ohne weiteres vor, wenn der Gewerbetreibende außerhalb seines Wohnsitzes eine in den Rahmen des stehenden Gewerbebetriebes fallende Einzel- handlung vornimmt. DLG. Dresden 3026⁸

§ 55 GewD. Ein Anbieten in eigener Person i. S. dieser Be- stimmung liegt nicht vor, wenn der Angekl. von den Gemeinbedienern den Vertrieb in deren Gemeinden besorgen läßt. DLG. Jena 3030¹⁰

§ 126 GewD. Als Lehrling ist nur ein gewerblicher Arbeiter an- zusehen, der nach dem Willen der Beteiligten in ein Arbeitsverhältnis hauptsächlich zu dem Zwecke eingetreten ist, um eine Ausbildung in dem betreffenden Gewerbe zu erhalten. Durch den Lehrvertrag wird nicht nur eine Arbeitspflicht des Lehrlings, sondern auch die Pflicht zu dessen Ausbildung für den Lehrherrn begründet (§ 127 GewD.). DLG. Köln. 3031¹⁷

§ 139b GewD. Die Pflicht zur Gestaltung amtlicher Revisionen umfaßt auch die Pflicht, Geschäftsbücher vorzulegen. DLG. Dresden 3029¹³

§ 139b Abs. 4 GewD.; § 12 ArbZWD. in Bäckereien betrifft nicht alle Zuwiderhandlungen wider die von der zuständigen Behörde erlassenen Anordnungen, vielmehr nur solche, die die Beschäftigung von Arbeitern oder die Vornahme von Arbeiten betreffen. Zuwiderhandlungen in der ersteren Richtung sind nach § 139b Abs. 4 RGewD. zu beurteilen. DLG. Dresden. 3030¹⁴

Verordnung über die Arbeitszeit in Bäckereien v. 23. Nov. 1918.

§ 12 ArbZWD. in Bäckereien vom 23. Nov. 1918 und 16. Juli 1927; § 139b Abs. 4 RGewD. § 12 BäckereiVD. betrifft nicht alle Zu- widerhandlungen wider die von der zuständigen Behörde erlassenen Anordnungen, vielmehr nur solche, die die Beschäftigung von Arbeitern oder die Vornahme von Arbeiten betreffen. Zuwiderhandlungen in der ersteren Richtung sind nach § 139b Abs. 4 RGewD. zu beurteilen. DLG. Dresden 3030¹⁴

Preuß. Disziplinarrecht.

Rechtsbelehrungen über das kommunale Disziplinarverfahren des preußischen Rechts. PrDWG. 3307¹