

# Juristische Wochenschrift

Zeitschrift des Deutschen Anwaltvereins

im Bund Nationalsozialistischer Deutscher Juristen

Herausgeber: Reichsjustizkommissar Staatsminister **Dr. Hans Frank**,  
Führer des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen

Schriftleiter: Rechtsanwälte **Dr. Heinrich Dittenberger** und **Dr. Hermann Vosz**, Berlin;  
Oberregierungsrat im Reichsjustizministerium **Rudolf Schraut**, Berlin

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

Fernsprecher Sammel-Nr. 72 566 / Drahtanschrift: Imprimatur / Postfachkonto Leipzig Nr. 63 673.  
Geschäftsstelle in Berlin SW 48 Hedemannstr. 14. Fernsprecher Bergmann 217.

## Nationalsozialismus und Strafrecht.

Von Staatsanwaltschaftsrat Privatdozent Dr. Karl Peters, Köln.

Das deutsche Schicksal steht an einem Wendepunkt. Die Wogen der nationalen Revolution haben mit unübersteiglicher Kraft die Dämme des alten Reiches eingerissen und durchfluten unser gesamtes politisches, wirtschaftliches und geistiges Leben. Die nationale Revolution ist ein universelles Ereignis. Nicht darin, daß an Stelle alter Machthaber neue getreten sind, liegt ihr Wesen, sondern darin, daß sie mit unbezwingbarem Willen und mit ungeheurer Macht ein neues Fühlen und Denken begründet hat und fortbegründet wird. Die Idee der Revolution geht an keinem Wissenszweig vorüber. Überall stellt sie neue Forderungen, neue Gebote und neue Blickrichtungen auf.

Diesem gewaltigen Sturm kann und will sich auch die Rechtsordnung nicht verschließen. Die Ordnung im menschlichen Zusammenleben muß dem Ideengehalte der Erhebung entsprechen, soll die Ordnung nicht volksfremd erscheinen. Wie jeder Teil der Rechtsordnung, so unterliegt auch die Strafrechtsordnung der Bewegung dieser Tage und des mit ihr beginnenden Zeitabschnittes. Von ihr aus erhält die Strafrechtsreform, die nun schon seit mehr als 20 Jahren betrieben wird, einen neuen Aufschwung. Schon ein Vierteljahrhundert alt ist die Erkenntnis, daß unser geltendes Strafrecht aus dem Jahre 1871 änderungsbedürftig ist. Zahlreiche Einzelreformen haben den dringendsten Bedürfnissen Abhilfe geschaffen. Aber der Gesamtwurf ist nicht gelungen und er konnte auch nicht gelingen. Es fehlten dazu in der Nachkriegszeit zunächst einmal die notwendigen politischen Voraussetzungen; eine starke Staatsgewalt mit einem einheitlichen Willen. Die verschiedensten Weltanschauungen und Interessengruppen standen widereinander auf. Die mannigfache Parteizersplitterung ließ das Werk nicht reifen. Aber vielleicht noch wichtiger als diese äußeren Umstände ist die Tatsache, daß die Reform von einem Geist getragen wurde, der immer mehr im Schwinden war, der überaltert war und den das Volksempfinden nicht mehr verstand. Das Reformwerk wurde getragen von einer liberalistischen-individualistischen Weltanschauung. Unverkennbar machten sich in den letzten Jahren Strömungen geltend, die auf ein Zurückstellen der Reformen hinausliefen. Es war das eben die Erkenntnis, daß sich ein geistiger Wandel vorbereitete<sup>1)</sup>, daß der Zeitpunkt einer Neuschaffung des Strafrechts denkbar ungeeignet erschien. Auf einem schwankenden und wankenden Boden konnte ein Gefüge, das für Jahrzehnte richtunggebend sein sollte, nicht errichtet werden.

Die Revolution der nationalen Erhebung hat die noch

äußerlich bestehende Herrschaft überalterter Gedanken beseitigt. Sie hat klare Ziele gesetzt, hat eine Grundlage geschaffen, die für die Zukunft maßgebend sein wird, und auf der sich daher ein neues Strafrecht aufbauen kann.

Die Bewegung wird gekennzeichnet durch ihren Träger, den Nationalsozialismus. In diesem Worte kommen die beiden großen Hauptziele zum Ausdruck. Der Begriff: national befaßt die Forderung einer bewussten Betonung der völkischen Einheit, des völkischen Geistes und der völkischen materiellen Bedürfnisse. Es bedeutet den Vorrang der Nation gegenüber internationalen Zielen und Bestrebungen.

Das Wort: sozialistisch ist nicht im Sinne einer Bergesellschaftlichung zu verstehen, wie es der frühere Sozialismus weitgehend verstanden hat. Es bringt vielmehr die Idee der Gemeinschaft zum Ausdruck. Soll dieser Gedanke in unserem kommenden Rechte Verwertung finden, so bedarf es einer näheren Erfassung seines Inhaltes seiner Bedeutung im politischen und wirtschaftlichen Leben.

Was ist es, was das Wesen der Gemeinschaft ausmacht? Der Begriff der Gemeinschaft enthält zunächst die Idee der Einheit. Damit steht sie im Gegensatz zur Gesellschaft im sozialen Sinn. Der Gesellschaftsbegriff, der freilich äußerst bestritten ist, erweckt in uns die Vorstellung der verschiedenen Strömungen, mannigfacher Schichten: der Trennung und der Gegensätze. In diesem Sinne kann man, wie es Tönnies getan hat, Gesellschaft und Gemeinschaft mit den Worten: „Trennung trotz aller Verbundenheiten, Verbundenheit trotz aller Trennungen“ charakterisieren.

Was die Menschen zu einer Einheit in einer Gemeinschaft verbindet, ist die Gemeinsamkeit des Strebens, die Gemeinsamkeit des Wollens. In der Verbundenheit streben die Glieder nach der Schaffung von Werten, seelischer, geistiger, sittlicher, biologischer, wirtschaftlicher, politischer oder sonstiger Art.

Die Verwirklichung der Bestrebungen erfolgt dadurch, daß die Glieder zusammenwirken, nicht im Sinne eines selbständigen, parallelaufenden Wirkens, sondern es handelt sich um ein Zusammenwirken derart, daß der eine durch den andern wirkt, der eine schöpft seine Kraft durch den andern. Die Glieder sind ineinander verkettenet. Mit Recht wird daher die Wechselwirkung zum Wesensmerkmal der Gemeinschaft erhoben.

Die auf der Gemeinsamkeit des Strebens und Wollens und der Wechselwirkung der Handlung sich gründende Verbundenheit erzeugt Werte und Kräfte, wie sie das Individuum nicht hervorbringen kann, Werte und Kräfte, die auch mehr und etwas anderes sind als die Addition der Tätigkeiten der Individuen. Kraft dieses besonderen Wirkungsvermögens stellt sich die Verbundenheit als ein die Individuen in sich aufnehmendes, über sie hinausgehendes Wertgebilde

<sup>1)</sup> Vgl. aus der Zeit kurz vor dem Umschwung: Dahm-Schaffste in, Liberales oder autoritäres Strafrecht?

dar, daß dem einzelnen Glied gegenüber einen selbständigen Wertgehalt besitzt. Das Individuum tritt daher im Verhältnis zur Verbundenheit zurück.

Der Charakter der Gemeinschaft als ein Wertgebilde weist auf den ethischen Gehalt hin. Durch ihn unterscheidet sich die Gemeinschaft vorzüglich von der Masse. Als weitere Unterschiede zur Masse kommen etwa in Betracht: die plötzliche Entstehung der Masse kraft Suggestion und die vorübergehende Dauer der Wirksamkeit, die sich in der Explosion erschöpft.

Will man die Gemeinschaft definieren, so kann man sie bezeichnen als eine natürlich oder sich organisch ergebende fortbauende Einheit, in der eine größere oder kleinere Anzahl von Menschen durch Gemeinsamkeit des Willens und Strebens in gegenseitiger Wechselwirkung derart verbunden sind, daß die Verbundenheit überindividuelle Werte und Kräfte erzeugt und somit dem einzelnen Glied gegenüber einen selbständigen Wertgehalt besitzt.

Dadurch, daß die Gemeinschaft eine überindividuelle Vereinigung selbständigen Wertgehalts ist, erweist sich ihr kollektivistischer Charakter. Sie tritt damit in den Gegensatz zu Zusammenschlüssen, in denen Individuen nebeneinander stehen, ohne durch ein überindividuelles Band miteinander verbunden zu sein, wie häufig etwa in einem Verein, bei Gesellschaften des Handelsrechts.

Daß dieser Gedanke der Gemeinschaft in unserm Volke lebendig geworden ist, und sich immer mehr durchzusetzen vermag, verdanken wir der neuen Erhebung, und zwar lebt dieser Gedanke nicht nur auf im Sinne der völkischen Gemeinschaft, sondern er durchzieht unsern gesamten wirtschaftlichen und beruflichen Aufbau. Welche Folgerungen daraus für das Strafrecht zu ziehen sind, werden wir noch festzustellen haben.

Vorerst ist auf ein drittes Kennzeichen der neuen Bewegung hinzuweisen, ein Kennzeichen, das mit dem Gemeinschaftsgedanken in enger Verührung steht. Es ist das die Absolutheit der Gedanken und des Willens der neuen Bewegung. Daraus ergibt sich ein Doppeltes: einmal die Forderung nach der unbedingten Anerkennung der den Staat tragenden Grundgedanken, das Bestreben nach ihrer uneingeschränkten Verwirklichung und die Überwindung der entgegenstrebenden Kräfte unter bewußter Betonung des Staatswillens gegenüber dem Einzelwillen (Autoritäres Strafrecht). Als zweites folgt aus dem Prinzip der Absolutheit der Vorrang der als richtig empfundenen Idee gegenüber formalen Bindungen und Sicherungen. Während der Liberalismus aufbaut auf der Idee der Freiheit und Sicherheit des Individuums, und dadurch zur Bindung des Staates gegenüber dem Individuum gelangte, selbst dann, wenn materiell ein Eingreifen des Staates gerechtfertigt war, ist die neue Bewegung formellen Bindungen abhold, sofern sie zu einer Verdrängung des inhaltlich Gerechten und inhaltlich Richtigen führt. Aus diesem Zuge der Bewegung werden wichtige Folgerungen zu ziehen sein.

Mit diesen Folgerungen haben wir uns nun zu befassen. Will man das geltende StGB. in Beziehung zu dem Ideengehalte der neuen Bewegung stellen, so hat man die herrschenden Ideen zur Zeit der Entstehung des StGB. und des heutigen Tages zu vergleichen. Unser StGB. ist das StGB. des Bismarckschen Deutschlands. Es ist das BGB. des zur Nation geeinigten Reiches. Wenngleich auch das StGB., das vom 15. Mai 1871 datiert, auf das PrStGB. aus dem Jahre 1851 zurückzuführen ist und sich diesem StGB. in weitem Umfang anlehnt, so kann man doch in ihm den Widerspruch der herrschenden Auffassungen des neu begründeten deutschen Reiches finden. Der Zeitpunkt der Entstehung des geltenden StGB. ist der Zeitpunkt der nationalen Zusammenschließung. Es entstammt daher einer Zeit, in der nationales Denken sich auf einem Höhepunkt befand. Dementsprechend ist auch die nationale Grundlage des geltenden StGB. für die heutige Zeit anzuerkennen. Wenn die heutige Bewegung erneut das nationale Bewußtsein betont und ihm neue Kräfte einflößt, so kann sie doch in nationaler Hinsicht durchaus auf dem Strafrechte des Bismarckschen Reiches aufbauen. Wessen es hier bedarf, das sind nicht grundsätzliche Neuerungen, sondern Ergänzungen in Einzelheiten, Ergänzungen, die der

großen Gefahr gerecht werden, in der sich Deutschland zur Zeit befindet. Ergänzungen, die Herr werden aller Bestrebungen, die sich in der Nachkriegszeit zum Schaden der nationalen Idee erhoben haben. Wichtige Probleme liegen hier auf dem Gebiete des besonderen Teils des Strafrechts. Man denke etwa an den Landesverrat, den wirtschaftlichen Verrat<sup>2)</sup>, beleidigende Angriffe auf die Volksgesundheit und die Gefährdung der staatlichen Organisation. Es kommen hier nicht nur Änderungen des Tatbestands, sondern auch Änderungen in der Wertung der Tat durch Änderung des Strafmaßes in Betracht. Die Reichsregierung hat in dieser Richtung schon wichtige Vorschriften erlassen: so die NotWD. gegen Verrat am deutschen Volke und hochverräterische Umtriebe v. 28. Febr. 1933 (RGBl. I, 85), die NotWD. zur Abwehr kommunistischer staatsgefährdender Gewaltakte vom gleichen Tage (RGBl. I, 83), die NotWD. zur Abwehr heimtückischer Angriffe gegen die Regierung der nationalen Erhebung v. 21. März 1933 (RGBl. I, 135), das Gesetz zur Abwehr politischer Gewalttaten vom 4. April 1933 (RGBl. I, 162) und vor allem das Gesetz zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften v. 26. Mai 1933 (RGBl. I, 295), das in §§ 92a, 92b eine Erweiterung des Tatbestandes des diplomatischen Landesverrats und weiterhin eine Änderung im Strafmaß für den Landesverrat (Wegfall der Festungshaft und Erziehung durch Gefängnis<sup>3)</sup>) brachte.

Das Bismarcksche Reich kann aber nicht nur durch den Begriff: Nationalstaat gekennzeichnet werden. Es wird dadurch nur die eine Seite des Reiches betont. Der Nationalstaat Bismarcks ist aufgebaut auf der liberalistischen-individualistischen Welt- und Wirtschaftsauffassung, die damals in Europa herrschte. Sie beruht auf dem Ideal der Freiheit und Gleichheit des einzelnen, der Sicherung und Förderung seiner Persönlichkeit, gleichgültig wie sie weltanschaulich, national oder wirtschaftlich hingestellt ist. Sie sieht im einzelnen die Grundlage des staatlichen Lebens. Das Recht liberalen Ursprungs ist dementsprechend auf den einzelnen abgestellt. Den individuellen Charakter trägt nicht nur das vorkriegszeitliche Zivilrecht, sondern auch das StGB.

Freilich nach einer Richtung hin ist und bleibt auch das moderne Strafrecht immer individuell gerichtet, nach der Täterseite. Täter ist immer nur die Einzelpersonlichkeit, die für die von ihr als Individuum begangene Tat zur Verantwortung gezogen wird. Das bedeutet zweierlei: 1. der einzelne ist nur insoweit strafrechtlich verantwortlich, als ihm persönlich die Straftat zugerechnet werden kann. Eine Verantwortung für das Verhalten einer Gemeinschaft, man denke etwa an eine Geißel, die für das Tun ihrer Stammes- oder Berufsgemeinschaft einstehen muß, ist nicht nur dem geltenden Strafrecht fremd, sondern wird es auch im modernen Strafrechte nicht geben. 2. Nur der einzelne als solcher ist verantwortlich; die Bestrafung einer Gemeinschaft findet strafrechtlich nicht statt, wenngleich sie an sich denkbar ist, man denke etwa an die Haftung der Sippe für die Sippegenossen.

Wie sehr sich auch die Handlung aus den Beziehungen des Täters zur Gemeinschaft ergeben mag, wie eng sie mit der Handlung anderer verbunden sein mag, immer ist es der einzelne, mit dem sich das Strafrecht befaßt und auch in Zukunft befaßt wird. Die Einzelverantwortlichkeit ist gerade auch wieder ein hervorretendes Merkmal der neuen Bewegung, wie es vor allem im Führerprinzip zum Ausdruck kommt. Wie staatsrechtlich und politisch die Verantwortung auf dem einzelnen ruht, so kann sie auch strafrechtlich nur auf den einzelnen bezogen werden<sup>4)</sup>. Die Gemeinschaftsidee wirkt sich nicht nach der Seite der Verantwortung aus, sondern nach der Seite der Verpflichtung des Täters der Gemeinschaft gegenüber.

<sup>2)</sup> Man vgl. hierzu die Referate von Finger über: „Die Problematik des Tatbestandes des Landesverrats“ und von Lobe über „Industriespionage“ auf der Tagung der „Deutschen strafrechtlichen Gesellschaft“ in Bamberg 1932, Gerichtsjaal 102 S. 227, 209.

<sup>3)</sup> Auf die Einzelheiten des Gefängnisstrafrahmens soll hier nicht eingegangen werden.

<sup>4)</sup> Diese Verantwortlichkeit des einzelnen verhindert nicht nur ein Schutzzurückbeziehen hinter die Gemeinschaft oder die Gesellschaft, sondern steht auch einem Verantwortlichmachen geistiger und körperlicher Eigenarten insofern entgegen, als dadurch die persönliche Ver-

Im Schutze der Gemeinschaft gegen den individuellen Täter hat sich der Gemeinschaftsgedanke auszuwirken. Wer gerade in der Schutzzrichtung erweist das StGB. in seinem besonderen Teil seinen individuellen Charakter. Soweit es sich allerdings um Delikte gegen den Staat oder die Staatsgewalt oder die Staatshoheit handelt, gibt die Fassung des Gesetzes keine Aufklärung. Das Wesentliche, was der Staat ist, ob und wie er in das Gemeinschaftssystem hineinragt, ergibt sich aus der jeweiligen, außerhalb des Strafrechts liegenden Staatsauffassung. Vor allem die Vermögensdelikte lassen erhebliche individuelle Züge erkennen. Als Träger des Vermögens wird immer nur der einzelne oder aber bei juristischen Personen das als einzelne gedachte Wesen verstanden. Bezeichnend ist die auch in anderen Tatbeständen entsprechend vorkommende Fassung des § 263, des Betruges, „wer das Vermögen eines anderen beschädigt“. Diebstahl, Unterschlagung, Betrug, Untreue, Erpressung, Nötigung, Sachbeschädigung, Wucher u. a. m. sind hier als Delikte gegen den einzelnen aufgefaßt. Dagegen ist dem StGB. die Vorstellung einer unmittelbaren Schädigung gemeinschaftlicher Ordnungen, wie beispielsweise der Wirtschaftsordnung, der Arbeitsordnung oder der Betriebsordnung fremd. Das hat dann zur Folge, daß die Delikte, die sich gegen die Gemeinschaftserfordernisse richten, bestenfalls unter einem individualistisch aufgebauten Tatbestand einzureihen sind oder aber, daß die strafrechtlichen Tatbestände nicht ausreichen, um einen genügenden Schutz zu gewähren.

Wenngleich die individualistische Fassung des besonderen Teils des StGB. nicht notwendigerweise die Folge liberalistischen Denkens zu sein braucht, so ist doch tatsächlich ein Zusammenhang nicht zu verkennen. Darüber hinaus zeigt sich aber die liberalistische Grundlage des StGB. im allgemeinen Teil mit aller Deutlichkeit. Zunächst in dem, was das Gesetz nicht enthält. Eine Stellungnahme zu den weltanschaulichen und philosophischen Problemen des Strafrechts fehlt bewußt. Es kann auch vom Standpunkt des Liberalismus nicht anders sein. Beruht er doch auf dem Gedanken der Gleichwertigkeit der Ideen und damit auf dem Grundsatz des freien Kräte-spiels der Ideen und der Weltanschauungslosigkeit des Staates.

Eine liberalistische Bestimmung von grundlegender Bedeutung ist der § 2 Abs. 1 StGB. Er enthält das Verbot der Rückwirkung der Strafe, das Gebot der Bestimmtheit der Strafandrohung, den Anschluß des Wohnheitsrechts und der Analogie<sup>5)</sup>. Er ist der Garant der Freiheit und Rechtssicherheit des einzelnen, selbst dort, wo es auf Kosten der Rechtsidee und der Gerechtigkeit geht. Er bindet Gesetzgebung und Richter auch dort, wo das Rechtsgefühl eine andere Lösung verlangt.

Die bis zum Umfange erlassenen Novellen zum StGB. selbst seit 1871 haben an seiner liberalistisch-individualistischen Einstellung nichts geändert, wohl aber hat die Nebenstrafgesetzgebung eine Reihe von Bestimmungen gebracht, die — so wenigstens bei der älteren Strafgesetzgebung — zwar nicht auf einem Wandel der Grundauffassungen beruhen, die aber durchaus in ein kollektivistisches Strafrecht hineinpassen. Es sind das beispielsweise aus der Vorkriegszeit die Bestimmungen aus dem BörsG. i. d. Fass. v. 8./27. Mai 1908,

antwortlichkeit gelehrt oder geschwärtzt werden soll. Die neue Bewegung führt folgerichtig zum Indeterminismus.

<sup>5)</sup> Exner hat in „Gerechtigkeit und Richteramt“ S. 50 ff. die Auffassung vertreten, daß § 2 Abs. 1 zu Unrecht i. S. des Analogieverbotes verstanden würde. Es ist Exner zunächst insoweit recht zu geben, daß der Gesetzeswortlaut des § 2 nicht unbedingt zu der herrschenden Ansicht zwingt. Bedeutet Analogie die Anwendung des im Gesetz enthaltenen Grundgedankens, so ist sie nicht Schaffung eines neuen Rechtsfalles, sondern Anwendung eines bestehenden Rechtsfalles, die zwar über den Wortlaut hinausgeht. Es wird also bei der Analogie ein bereits bestehender Rechtsfall angewendet. Solches ist mit dem Wortlaut des § 2 Abs. 1 durchaus vereinbar. Ob ein Straftatbestand analog anwendbar ist oder nicht, ist eine Frage, die von den das Strafrecht tragenden Grundgedanken aus zu lösen ist. Vom Standpunkte der liberalistischen Idee aus, der Idee der Freiheit und Rechtssicherheit ist die Frage zu verneinen. Mit Recht hat sich von dieser Grundlage aus die Strafrechtswissenschaft für die schärfste Bindung des Strafrichters und den Ausschluß der Analogie bisher ausgesprochen.

so z. B. die betrügerische Anwendung von Mitteln zur Einwirkung auf den Börsen- und Marktpreis des § 88 BörsG., der Pressebestechung hinsichtlich der Einwirkung auf den Börsenpreis des § 89 BörsG., der Abschluß von verbotenen Börsentermingeschäften oder Geschäften zur gewinnstiftigen Beeinflussung des Getreidepreises oder des Preises für Fräuzenzeugnisse der Getreidemüllerei des § 92 BörsG. Ein Musterbeispiel eines auf dem Gemeinschaftsgedanken bewußt beruhenden Strafgesetzes aus der Vorkriegszeit ist das MilStGB. Gerade im Heere zeigte sich der Gedanke der Gemeinschaft: das Zurücktreten des Individuums und die Verwirklichung überindividueller Kräfte und Ziele. Was im MilStGB. dem Schutze untersteht, das ist die militärische Geschlossenheit und Einheit, eine Einheit, aus der kein Glied herausgebrochen und die durch kein Glied gestört werden darf. Wer gegen die Pflichten der militärischen Unterordnung verstößt, verlegt nicht den Vorgesetzten, wer seinen Kameraden bestiehlt, verlegt nicht in erster Linie diesen, sondern die Gemeinschaft als solche wird verletzt. Aus dem Zurücktreten des Individuums und der Verbundenheit mit der Gemeinschaft ergibt sich die Pflicht zur Erhaltung für die Gemeinschaft. Daher hier im Gegensatz zum StGB. die Bestrafung der Selbstbeschädigung.

Unter dem Einfluß des Kriegserlebnisses und der veränderten politischen Lage der Nachkriegszeit hat dann der kollektivistische Gedanke auf breiterer Grundlage zunächst auf dem Gebiete des Arbeitsrechts Anerkennung gefunden. Für das Strafrecht ist beispielsweise hier die Strafbestimmung des § 99 i. Verb. m. § 95 BetrRG. beachtlich. Hier findet, wie das RArbG. in einer Entsch. v. 18. Juni 1929 (RArbG. 4, 135 = JurRdsch. 1930, HöchRspr. Nr. 131) zutreffend ausdrückt, nicht der einzelne Arbeitnehmer, sondern die gesamte Arbeitnehmerschaft als solche ihren Schutz. Einen weiteren bemerkenswerten Schritt in der Loslösung vom individualistischen Recht und Strafrecht bedeutet das 1931 einsetzende Devisen- und Kapitalfluchtrecht.

Der letzte Entwurf zu einem neuen StGB. aus dem Jahre 1927/1930 hat es bei der grundsätzlichen individualistisch-liberalistischen Einstellung des geltenden StGB. belassen. Ja, er geht sogar noch, was sich besonders im allgemeinen Teil bei der Behandlung des Überzeugungstäters<sup>6a)</sup> und der zahlreichen Möglichkeiten der Strafmilderung zeigt, darüber hinaus.

Das kommende StGB. muß dem Ideengange der neuen Bewegung entsprechen. Sie verlangt zunächst gegenüber der rein individualistischen Ausgestaltung des StGB. die Berücksichtigung kollektivistischer Gedanken. Das bedeutet freilich nicht den Ausschluß individuellen Schutzes, denn die Hoheit und Würde der Einzelperson wird auch im neuen Staate in vollem Umfang geschützt und geachtet werden. Vielmehr tritt der kollektivistische Schutzzedanke als ein bewußt hervorgehobener strafrechtlicher Schutz neben den individuellen Schutz.

In dieser Hinsicht ist der besondere Teil des StGB. den neuen Wertgegenständen und Wertungen anzupassen. Was heute schon an Wertvollem vorhanden ist, wie beispielsweise im BörsG. oder im § 17 UnlWG., der von der Werkspionage handelt, ist als wichtiger Bestandteil unseres Denkens in das neue StGB. hinüberzunehmen. Darüber hinaus ist aber das kollektivistische Strafrecht bewußt auszubauen. Wenn auch nicht ausschließlich, so spielt hier doch gerade die Regelung des Schutzes von Wirtschaft, Industrie, Arbeit, Kapital und Handel die Hauptrolle<sup>6)</sup>. Es würde vor allem die Verpflichtung des In- und Miteinanderwirkens im Wirtschaftsleben, die Erhaltung und Mehrung der Wirtschaftskraft ihren strafrechtlichen Ausdruck zu finden haben<sup>7)</sup>. An hier in Betracht kommenden Vorschriften führt beispielsweise das neue italienische StGB. die wirtschaftliche Börsenspekulation, die et-

<sup>6a)</sup> Vgl. demgegenüber § 20 StGB. i. d. Neufass. des Gef. v. 26. Mai 1933, der die Anwendbarkeit der Festungshaft trotz ehrenhafter Beweggründe bei einer Tat ausschließt, die gegen das Wohl des Volkes gerichtet ist.

<sup>6)</sup> Auswertbar ist der Gedanke des Kollektivismus beispielsweise auch für die Bestrafung der Abtreibung oder des Selbstmordversuchs.

<sup>7)</sup> In dieser Beziehung ist das Gesetz v. 12. Juni 1933, das bezeichnend den Namen „Gesetz gegen Verrat der deutschen Volkswirtschaft“ trägt, beachtenswert (RGBl. I, 360).

was ähnliches erfasst wie das BörsG., Aussperrung, Streik, gemeinsamer Ausstand der Kleingewerbetreibenden, Boykott, Nichterfüllung von Verpflichtungen aus Kollektivverträgen oder aus Normen, die von den korporativen Organen herühren, Störung der Freiheit von Industrie und Handel, Schädigung heimischer Erzeugnisse, Werkspionage u. a. m. an. Aus dem russischen StGB., das zum Teil ähnliche Bestimmungen hat, ist eine sehr beachtenswerte Vorschrift zu erwähnen: die Bestrafung des nachlässigen oder gewissenlosen, unwirtschaftlichen Verhaltens von leitenden Personen in staatlichen oder öffentlichen Behörden und Unternehmungen, ferner die Veruntreuung staatlichen oder öffentlichen Vermögens. Damit würde weitgehend die Entziehung wirtschaftlicher Werte aus dem geordneten Wirtschaftsgang, sei es vorsätzlich oder grobfahrlässig, unter Strafe gestellt sein. Ein Bedürfnis hierzu besteht auch bei uns. Zu erwägen sein würde entgegen der bisherigen Regelung die besondere Hervorhebung der wirtschaftsschädigenden Konkurshandlungen, Veruntreuungen, Betrugsfälle u. dgl. m. Notwendig erscheint eine Abänderung der Wucherbestimmungen. Ansätze in dieser Richtung hat bereits das Gesetz v. 26. Mai 1933 mit der Neuschaffung der §§ 263 Abs. 4, 266 Abs. 2 StGB. gebracht.

Entgegen der augenblicklichen liberalistischen Formung des allgemeinen Teils des StGB. ist vom kommenden Strafrecht eine klare Stellungnahme zu der Weltanschauung der neuen Bewegung zu verlangen. Von hier aus ergibt sich Sinn und Zweck der Strafe im kommenden Strafrechte, die Stellung zum Täter, die Art und Weise der Behandlung des Täters.

Der Vorrang des Materiellen vor dem Formellen, der als ein Kennzeichen der Bewegung hervorgehoben wurde, führt zu einer Beschränkung der Freiheitsphäre und der Sicherheit des einzelnen. Die Rechtsgarantie des § 2 Abs. 1 StGB., ein Fundament des liberalistischen Strafrechts, fällt der Auslöcherung anheim<sup>9)</sup>. Die Ausschaltung des Gewohnheitsrechtes und das Verbot der Analogie können im kommenden Rechte keinen Anspruch auf Anerkennung haben<sup>9)</sup>. Das Ideal der Freiheit und Rechtsicherheit, das der § 2 Abs. 1 zum Ausdruck bringt, steht in einer Gegensätzlichkeit zu dem Ideale der materiellen Gerechtigkeit. Die beiden Gedanken sind in vollem Umfang nicht miteinander vereinbar. Die neue Bewegung sieht zur Zeit des schwindenden Liberalismus, zu einer Zeit, in der auch das Strafrecht von einem starken Formalismus bedroht ist, ihr oberstes Ideal in der Verwirklichung des materiell Gerechten. Es ist bezeichnend, daß gerade zwei Rechtskreise, die der liberalistischen Idee fernstehen, die Analogie im Strafrechte zulassen, nämlich das katholische Kirchenstrafrecht und das russische Strafrecht.

Doch genug der Gesetzespolitischen Erwägungen. Wir haben es trotz der Änderungen der neuesten Zeit zur Zeit noch mit dem StGB. von 1871 zu tun. Es ist nun keineswegs so, daß das StGB. uns zu einer Rechtsanwendung zwingt, wie sie zur Zeit der Schaffung des Gesetzes erfolgte. Die Entwicklung hat vielmehr gezeigt, daß auch im Rahmen des StGB. durchaus die Verwirklichung neuer Gedanken möglich ist. Solche Neuerungen können überall dort hineinfließen, wo das Gesetz Lücken gelassen hat, wo es das richterliche Ermessen walten läßt und wo die Auslegung des Gesetzestextes logisch verschiedene Möglichkeiten eröffnet. Dieses sind auch die Wege, in denen der Geist der neuen Bewegung im Strafrecht Verwirklichung finden kann.

Wenngleich es auch an Tatbeständen mit typisch gemeinschaftlicher Grundlage fehlt, so können doch die individualistischen Tatbestände vielfach für die Delikte gegen die Gemeinschaftserfordernisse Verwendung finden. Die Wertung dieser Delikte kann dann der Richter mangels der besonderen gesetz-

lichen Wertung bei der Strafbemessung vornehmen. Hier kann der Richter mit seinen Wertungen den neuen Auffassungen und Anschauungen Ausdruck verleihen.

Wichtige Folgerungen scheinen mir aus der neuen zur Herrschaft gelangten Bewegung vor allem aber für die Auslegung der gesetzlichen Tatbestände des besonderen Teils des Strafrechts zu ziehen sein. Auslegung ist die Klärung des Gesetzesinhalts im Rahmen des Wortlauts. Der Wortlaut ist nun in sehr vielen Fällen kein eindeutiger. Selbst wenn man von den gleichen geistigen Grundlagen und denselben Auslegungsmethoden ausgeht, ist es möglich, ohne einen logischen Fehler zu begehen, zu verschiedenen Auslegungsergebnissen zu kommen. Erst recht mannigfach müssen die Auslegungsergebnisse sein, wenn man von verschiedenen Grundlagen der Auslegung ausgeht. Die geistigen Grundlagen der Auslegung liegen nicht etwa in der freien Auswahl der Rechtsanwendung. Der Rechtsanwendende ist vielmehr als der Vollstrecker des Willens der Rechtsgemeinschaft an die grundlegenden herrschenden Auffassungen gebunden. War bisher die liberalistische Auffassung maßgebend, so hatte das zur Folge, daß als oberstes Prinzip der strafrechtlichen Rechtsauslegung der Grundsatz der Freiheit und Rechtsicherheit galt. Aus diesem Grundsatz folgt die Notwendigkeit einer eng an den Gesetzeswortlaut sich bindenden Rechtsauslegung. Es kann nicht bestritten werden, daß je mehr die Gesetzesauslegung, selbst wenn sie sich immer noch im Rahmen des Gesetzeswortlautes hält, mit einer ausdehnenden und ausweitenden Begriffsauslegung arbeitet, um so mehr die Freiheitsphäre des einzelnen eingengt und die Vorausbestimmbarkeit der Rechtsauslegung, auf der gerade die Rechtsicherheit beruht, ins Unsichere gesetzt ist. Eine Auffassung, die auf der Freiheit und Rechtsicherheit beruht, verlangt eine engende Gesetzesauslegung, die, wie wir es gerade in der bisherigen strafrechtlichen Praxis nicht selten erleben, formalistisch ist<sup>10)</sup>. Müßt dagegen das Ideal der Freiheit und Rechtsicherheit in den Hintergrund gegenüber dem Ideal, dem ideellen Gehalte des Rechtes, der Rechtsidee, der Gerechtigkeit, den unbedingten Vorrang einzuräumen, so führt das folgerichtig zu einer ausdehnenden großzügigen Gesetzesauslegung.

Die Bedeutung der Rechtsnorm des besonderen Teils des Strafrechts hängt aber nicht nur von ihrer Auslegung ab, sondern auch von der Frage, ob sie über ihren Gesetzeswortlaut hinaus im Wege analoger Rechtsanwendung anwendbar sind. Die bisher herrschende Auffassung hat aus dem § 2 StGB. die Möglichkeit analoger Anwendung zum Nachteile des Täters für das Strafrecht abgelehnt.

Ist das ein Kennzeichen der heutigen Bewegung der Vorrang der Idee vor formalen Prinzipien, so kann heute der § 2 Abs. 1 nur in seinem engsten Sinne verstanden werden, nämlich als der Ausschluß des Gewohnheitsrechtes. Im Hinblick auf diesen Wandel der maßgeblichen Rechtsauffassung steht heute schon einer analogen Rechtsanwendung auch zum Nachteile des Täters nichts im Wege. Heute muß die schon von Exner früher vertretene Auffassung der Zulässigkeit der Analogie für richtig erachtet werden. Freilich die Anerkennung der Analogie im Strafrechte auch zum Nachteile des Täters — zum Vorteile des Täters läßt man sie bezeichnenderweise allgemein zu —, verpflichtet die Rechtsanwendung zur besonderen Gewissenhaftigkeit und Vorsicht, damit nicht Willkür auf Kosten des einzelnen, sondern wahre Gerechtigkeit im Interesse der Gemeinschaft herrsche, damit gerade durch die Verwirklichung materieller Gerechtigkeit der wahre „Rechtsstaat“ verwirklicht wird.

Im Rahmen dieser Abhandlung kann nicht mehr als eine Andeutung der Probleme gegeben werden, die die neue Bewegung für das Strafrecht mit sich bringt. Aufgabe der Wissenschaft ist es, die befruchtenden Gedanken der Bewegung in sich aufzunehmen und zu verarbeiten und im Sinne der Bewegung mitzuwirken an dem Bau des großen Rechtsgebäudes der deutschen Zukunft.

<sup>9)</sup> Die erste wichtige Ausnahme von dem Grundsatz der Nichtrückwirkung des dem Täter ungünstigen Strafgesetzes enthält das Gesetz über Verhängung und Vollzug der Todesstrafe v. 29. März 1933 (RGBl. I, 151), indem dort angeordnet wird, daß die in der W. v. 28. Febr. 1933 angeordneten schweren Strafen, insbes. die Todesstrafe, auch auf die in der Zeit v. 31. Jan. bis 28. Febr. 1933 begangenen Taten Anwendung findet. Es soll eben den Täter die gerechte, d. h. die dem Rechtsgefühl der Rechtsgemeinschaft entsprechende Strafe treffen.

<sup>10)</sup> Vgl. in dieser Richtung auch Nikolai, Nationalsozialismus und Erneuerung des deutschen Strafrechts in Deutsches Recht 3, 6.

<sup>10)</sup> Es soll dabei nicht verkannt werden, daß einzelne Tatbestände, wie die Untrene und die Beamtendelikte durch die neuere Rspr. eine weite Auslegung gefunden haben.

# Die Verordnung zur Vereinfachung der Zustellungen vom 17. Juni 1933.

(RWB. I, 394.)

Von Ministerialrat Dr. Jonas, Berlin.

Die auf Grund der Ermächtigung in der RotW. v. 14. Juni 1933 (RWB. I, 285) Teil 1 Kap. III Art. 2 erlassene, am 15. Juli 1933 in Kraft tretende ZustellungsW. hat sowohl für den Zivil- wie den Strafprozeß eine Reihe von Änderungen gebracht, deren Bedeutung über das rein Technische z. T. erheblich hinausgeht. Das Schwerkgewicht der W. liegt weniger in den in ihr vorgesehenen Erleichterungen bei der Zustellungsvollziehung als in dem weitgehenden Fortfall des Zustellungserfordernisses, d. h. der Zulassung formloser Mitteilung, sowohl bei Schriftsätzen wie bei Ladungen und gerichtlichen Beschlüssen und Verfügungen. Daraus ergeben sich z. T. wichtige Folgen, insbes. hinsichtlich des Zeitpunktes des Existenzwerdens prozessualer Akte.

## A. Die Änderungen auf dem Gebiete des Zivilprozesses.

### I. Vereinfachung bei der Zustellungsvollziehung.

1. Rein technischer Art sind zunächst die Änderungen der §§ 194 u. 211 insoweit, als der sachlich entbehrliche — und auch nach dem bisherigen Recht nicht als wesentlich angesehen (RG. 133, 365 = JW. 1932, 653) — Verschluß der Sendung durch das Dienststempel nicht mehr erfordert wird und bei der Zustellung v. A. w. in § 211 (bisher Abs. 2) der Aktenvermerk über die auf der Sendung angegebene Geschäftsnummer fortgefallen ist — letzteres wegen der nach allen GeschAnw. bestehenden Identität der Geschäftsnummer mit der Ordnungsnummer des Schriftstückes.

2. Die Neufassung der §§ 211, 212 ist im übrigen unter dem Ersparnis Gesichtspunkt insofern wichtig, als damit die Verwendung sog. Fensterbriefumschläge ermöglicht wird. Dabei ist ohne weiteres klar, daß eine wirkliche Vereinfachung der Kanzleiarbeit mit der Verwendung von Fensterumschlägen nur dann erzielt wird, wenn auf dem Briefumschlag nichts, auch nicht die Geschäftsnummer des einliegenden Schriftstückes, vermerkt zu werden braucht. Bisher scheiterte die Verwendung von Fensterumschlägen daran, daß sowohl die Anschrift wie der Zustellungsvermerk auf den „Briefumschlag“ zu setzen war; dem lag der Gedanke zugrunde, die Zusammengehörigkeit des einliegenden Schriftstückes und des auf den Umschlag gesetzten Zustellungsvermerks durch die Identität der Anschrift und Geschäftsnummer klarzustellen. Jetzt genügt es, wenn Anschrift und Geschäftsnummer aus der „Sendung“ ersichtlich sind, d. h. auch aus dem durch das Fenster sichtbaren Teile des einliegenden Schriftstückes; gleichwohl darf jetzt der Zustellungsvermerk auf den Umschlag gesetzt werden. Nach Öffnung der Sendung hat also der Empfänger das Schriftstück in der Hand, sowie einen mit dem Zustellungsvermerk versehenen, im übrigen leeren Fensterumschlag, dessen Zugehörigkeit zum Schriftstück urkundlich nicht belegt ist. Dies kann aber praktisch in Kauf genommen werden: der Zustellungsvermerk war auch nach bisherigem Recht — da das Maßgebliche allein die an das Gericht zurückgegangene und jederzeit den Parteien zur Einsicht zugängliche Zustellungsurkunde ist — eigentlich nur für den internen Gebrauch des Empfängers, gewissermaßen als Mittel zur Unterstützung seines Gedächtnisses, von Wert, und dieser Wert wird durch das Fehlen eines urkundlichen Belegs über die Zusammengehörigkeit von Umschlag und Inhalt kaum verringert. Auch bei der Ersatzzustellung können sich Bedenken nicht ergeben, da bei der Übergabe an den Hausangestellten, Hauswirt usw. bis zur Öffnung der Sendung durch den Empfänger die Zusammengehörigkeit des Zustellungsvermerks und des Schriftstückes ohne weiteres gegeben ist.

3. Die Änderung des § 182 — der Fortfall der obligatorischen Zustellungsanzeige an der Wohnungstür — verwirklicht einen alten, alljährlich in der Reisezeit lautgewordenen Wunsch. Praktisch läuft also die Zustellung bei Nichtantreffen des Wohnungsinhabers und Unmöglichkeit

der Ersatzzustellung an den Hauswirt usw. regelmäßig so, daß der Postbedienstete die Niederlegungsanzeige in den Briefeinwurf oder durch den Türspalt steckt. Nur wenn dies nicht möglich ist, kommt die Befestigung der Anzeige an der Tür in Frage und auch da jetzt nur noch wahlweise neben der Übergabe an einen Nachbarn zwecks Weitergabe. Bemerkenswert ist dazu noch, daß mit der Niederlegung bei der Postanstalt der Zustellungsakt formell beendet und die Sendung damit zu einem gewöhnlichen Briefe geworden ist: hat der Empfänger für die Zeit der Abwesenheit bei der Post einen Nachsendeantrag gestellt, so ist dementsprechend die zuzustellende Sendung, nicht etwa der Niederlegungsvermerk, nachzusenden.

4. Die der Zustellung von Anwalt zu Anwalt entsprechende Form der amtswegigen Zustellung gegen Empfangsbekundigung (§ 212a) hat einen wesentlichen erweiterten Anwendungsbereich erhalten. Diese Zustellungsform ist nunmehr zugelassen auch im Verhältnis zu Notaren, Gerichtsvollziehern, Behörden und Körperschaften des öffentlichen Rechts. Wegen der Verbandsvertreter im arbeitsgerichtlichen Verfahren f. u. z. 5. Die Notare sind hauptsächlich mit Rücksicht auf Grundbuchverkehr und die freiwillige Gerichtsbarkeit mit aufgenommen. Wer bei Behörden und Körperschaften des öffentlichen Rechts zur Ausstellung der Empfangsbekundigung befugt ist, richtet sich nach den einschlägigen Dienstvorschriften; Zeichnung durch den Vorstand bzw. ein vertretungsbefugtes Vorstandsmitglied ist nicht erforderlich, da es sich hier weder um einen prozessualen noch einen materiellrechtlichen Dispositionsakt handelt.

5. Weiter hat Art. II der ZustellungsW. einige Vereinfachungen auf arbeitsrechtlichem Gebiet gebracht.

Die nach § 11 ArbGG. zugelassenen Verbandsvertreter sind den Anwälten nicht in dem Sinne gleichgestellt, daß die für die Anwälte als solche geltenden prozessualen Vorschriften auch auf die Verbandsvertreter allgemein Anwendung finden. Die vorherrschende Praxis (R ArbG. 3, 291; ArbM. 1930, 238; 1931, 16 u. a.) ließ daher die Ersatzzustellung nach § 183 Abs. 2 ZPO. an den Gehilfen oder Schreiber des Verbandsvertreters nicht zu, ebensowenig die Zustellung gegen Empfangsbekundigung nach §§ 198 u. 212a d. a. s. b. Diese Fragen sind nunmehr in Art. II der ZustellungsW. im gegenteiligen Sinne klar gestellt. Daß zu den „nach § 11 ArbGG. vor den Arb- und V ArbG. zugelassenen“ Verbandsvertretern auch diejenigen gehören, die durch eine nach § 11 Abs. 3 d. a. s. b. (Ges. v. 4. April 1933 [RWB. I, 161] Art. IV) erlassene W. des R ArbM. zugelassen sind, ist selbstverständlich.

### II. Fortfall des Zustellungserfordernisses.

1. Schriftsätze. — Die bisherige Regelung im arbeitsgerichtlichen Verfahren war nicht sonderlich glücklich: nach § 496 Abs. 4 konnte die Mitteilung von Anträgen und Mitteilungen an Bestimmung des Gerichts ohne besondere Form erfolgen. Im Drange des großstädtischen Geschäftsbetriebes unterblieb die gerichtliche Anordnung regelmäßig, andererseits war die Zulassung formloser Mitteilung bei Sachanträgen nicht unbedenklich. Außerdem konnte im Güteverfahren nach Abs. 1 Satz 2 das die Zustellung durch Übersendung mittels eingeschriebenen Briefes oder Behändigung gegen eigenhändiges Empfangsbekundigung ersetzt werden — beides im Vergleich zur Zustellung kaum eine sonderliche Vereinfachung.

Nunmehr werden grundsätzlich Schriftsätze und sonstige Parteierklärungen ohne besondere Form mitgeteilt, ausgenommen nur Güteantrag, Klage, sowie Schriftsätze, die Sachanträge oder eine Klagerücknahme enthalten — dies mit Rücksicht auf die Rechtshängigkeitswirkungen, für die eine urkundliche Fixierung des Zeitpunktes im allgemeinen nicht wohl entbehrt werden kann. Im Bagatellverfahren, wo der Richter nach § 20 v. d. M. § 18 Abs. 2

Satz 1 EntlWD. in der Gestaltung des Verfahrens frei ist, kann er nach wie vor von der förmlichen Zustellung all-gemein absehen.

Als Formen der „formlosen Mitteilung“ kommen prak-tisch wohl nur in Betracht die Übersendung durch die Post, die Abgabe der Sendung durch den Gerichtswachtmeister oder einen sonstigen Gerichtsbeamten in der Wohnung des Emp-fängers (persönliche Übergabe oder Einwurf in den Brief-kasten usw.) und die Behändigung an den Empfänger oder einen zu Empfangnahmen legitimierten Boten an der Ge-richtsstelle. Die Aushändigung an einen Dritten, z. B. einen Nachbarn, zwecks Weitergabe, ist in aller Regel unzuweckmäßig; gelangt aber auf diese Weise die Sendung in die Hand des Empfängers, so ist damit selbstverständlich die formlose Mit-teilung vollzogen. Bei Inanspruchnahme der Post ist zu beachten, daß es sich nicht um eine Zustellung „durch Auf-gabe zur Post“ handelt; die Mitteilung ist also im Gegensatz zu § 175 Abs. 1 Satz 3 ZPO. nicht etwa auch dann als be-wirkt anzusehen, wenn die Sendung als unbestellbar zurück-kommt. Die Inanspruchnahme der Post hat hier vielmehr nur die Wirkung, daß die ordnungsmäßige Bestellung der Sendung gesetzlich vermutet wird, und zwar innerhalb des Ortsbestellbezirks am folgenden Werttage, im übrigen am zweiten Werttage.

Auch soweit es nach § 496 Abs. 4 n. F. der förm-lichen Zustellung gesetzlich nicht bedarf, kann das Gericht sie mit Rücksicht auf den Inhalt des Schriftsatzes (z. B. materiell-rechtliche Willenserklärungen) usw. anordnen. Die versehent-liche Nichtbefolgung der Anordnung ist ohne Bedeutung, wenn der Schriftsatz in die Hand der Partei gelangt. Dagegen würde bei Ausbleiben des Gegners im Verhandlungstermin, wenn in dem Schriftsatz neue tatsächliche Behauptungen vor-gebracht werden, der Fall der Versagung des Versäumnis-urteils nach § 335 Nr. 3 ZPO. gegeben sein.

2. Ladungen. — Unter dem Gesichtspunkte der Ein-sparung von Portoauslagen kommt dem Fortfall des Zu-stellungserfordernisses bei Ladungen und den ihnen sachlich gleichstehenden Terminsbenachrichtigungen besondere Bedeu-tung zu. Die ZustellungsWD. hat daher hier den Kreis der Fälle, in denen von der förmlichen Zustellung grundsätzlich abgesehen werden soll, besonders weit gezogen.

a) Die Ladung von Zeugen und Sachverständi-gen. — Bisher bildete nach § 377 Abs. 1 ZPO. die Zu-stellung v. A. w. die Regel; das Gericht, d. h. der Richter, konnte jedoch statt der Zustellung eine andere Form der Be-nachrichtigung anordnen. Von dieser Befugnis wurde ver-hältnismäßig selten Gebrauch gemacht, weil die herrschende Praxis beim Ausbleiben des Zeugen oder Sachverständigen von den Straf- und Zwangsbefugnissen des § 381 nur dann glaubte Gebrauch machen zu können, wenn sich bei den Akten ein Beleg über die Bekanntgabe, d. h. die Zustellungsurkunde oder ein sonstiger Beleg über die anderweitige Behändigung der Ladung, befand.

Nummehr sind in § 377 Abs. 1 Regel und Ausnahmen umgekehrt, und in § 381 ist durch die anderweitige Fassung klargestellt, daß die Zwangsmaßnahmen einen urkundlichen Beleg über das Zugehen der Ladung nicht zur Voraussetzung haben. Zuzugeben ist, daß nach der neuen Regelung der Fall eintreten kann, daß der Zeuge von der Angelegenheit über-haupt erst durch die Zustellung des Strafbeschlusses Kenntnis erlangt. Eine solche Möglichkeit — die übrigens auch schon bisher bei der Ersatzzustellung bestand — wird aber, da der Verlust des Briefes auf der Post oder die versehentliche Be-stellung an eine andere Person als den Empfänger eine außerordentliche Seltenheit ist — in Kauf genommen werden können, zumal der dem Empfänger erwachsende Nachteil kein irreparabler ist, da der Strafbeschuß, der stets der förm-lichen Zustellung bedarf, jederzeit aufgehoben werden kann. Wollte man daran festhalten, daß der Strafbeschuß erst auf Grund einer erneuten, förmlich zugestellten Ladung erlassen werden könnte, so wäre der erstrebte Sparererfolg ernstlich in Frage gestellt. Andererseits wird man sich dem nicht ver-schließen dürfen, daß es einem Zeugen, der sich in einer ihm unbequemen Sache der Zeugnispflicht entziehen will, ver-

hältnismäßig leicht ist, durch eine meist nicht widerlegbare eidestattliche Versicherung über das Nichtzugehen der Ladung den Strafbeschuß zur Aufhebung zu bringen: das Gericht wird daher bei Zeugen, gegen die in dieser Hinsicht Bedenken bestehen, zur Vermeidung einer Frustrierung des Verneh-mungstermins zweckmäßig sofort die förmliche Zustellung anordnen.

Im Zusammenhange mit der Änderung der §§ 377, 381 ZPO. steht die des § 73 Abs. 2 GKG. Danach ist bei der Ladung eines Zeugen oder Sachverständigen ohne Inanspruch-nahme der Post (fern-mündliche Mitteilung, Abgabe der La-dung durch den Gerichtswachtmeister usw.) als Auslagen nunmehr regelmäßig nur der Betrag des gewöhnlichen Brief-portos, der des Postzustellungsportos dagegen nur dann in Rechnung zu stellen, wenn das Gericht die förmliche Zu-stellung v. A. w. angeordnet hatte und diese durch den Ge-richtswachtmeister ausgeführt wurde.

#### b) Ladung von Parteien.

a) Im amtsgerichtlichen Verfahren ist für die Ladung des Klägers bzw. des Antragstellers zu dem auf die Klage bzw. den Güteantrag bestimmten Termin das Erfordernis der förmlichen Zustellung beseitigt (§ 497 Abs. 1 Satz 4). Das Gericht kann also in dem Termin auf Grund des Aktenvermerks über die Absendung der Ladung gegen den ausgebliebenen Kläger das Versäumnisurteil erlassen. Dies erscheint um deswillen unbedenklich, weil einmal die Anschrift des Empfängers aus der unmittelbar vorher dem Gericht zugegangenen Klage einwandfrei feststeht und ferner der Kläger mit der Ladung ohnehin rechnet, sich also bei deren Ausbleiben beim Gericht erkundigen wird. Im übrigen ist der dem Kläger durch ein abweisendes Versäumnisurteil erwachsende Nachteil kein irreparabler, zumal die Einspruchs-frist in jedem Falle erst von der förmlichen Zustellung des Urteils läuft. Den Kläger treffen auch, wenn er das Nicht-zugehen der Ladung bzw. das nicht rechtzeitige Zugehen der Ladung nach § 497 Abs. 1 Halbs. 2 verb. m. § 496 Abs. 4 Satz 2 glaubhaft macht, die durch das Versäumnisurteil ent-standenen besonderen Kosten nicht, da der Fall des § 344, „daß das Versäumnisurteil in gesetzlicher Weise ergangen ist“, mangels ordnungsmäßiger Ladung eben nicht ge-geben war.

Die ZustellungsWD. hat von dem Zustellungserfordernis bewußt nur bei der Ladung zu dem auf die Klage bzw. den Güteantrag bestimmten, also dem ersten Termin ab-gesehen. Bei den späteren Terminen liegt die Sache um des-willen anders, weil hier der Kläger nicht für eine bestimmte, nach wenigen Tagen bemessene Zeit mit einer Termins-ladung rechnen kann. Man denke besonders an den Fall der Terminsbestimmung nach Erledigung einer auswärtigen Be-weisaufnahme. Hier soll der Kläger eben ohne Eingehung eines Risikos ruhig abwarten dürfen und nicht genötigt sein, das Gericht mit vorsorglichen Anfragen zu belasten.

Was für den auf die Klage bzw. den auf den Güteantrag angelegten Termin gilt, soll nach § 696 Abs. 1 Satz 3 auch für den nach dem Widerspruch im Mahnverfahren bestimmten Termin gelten. Sachlich ist der Fall insofern genau der gleiche, als auch hier der Gläubiger von vorn-herin weiß, daß er nach Ablauf der Widerspruchsfrist mit einer gerichtlichen Mitteilung zu rechnen hat.

β) Bei der Anordnung des persönlichen Erschei-nens einer Partei nach § 141 läuft die an sie er-gehende Ladung nach Abs. 1 Satz 2 neben der Ladung des Prozeßbevollmächtigten besonders. Hier ist die mit dem Fort-fall der förmlichen Zustellung verbundene Gefahr besonders gering, weil auch der Prozeßbevollmächtigte in aller Regel mit der Partei vor dem Termin in Verbindung treten wird.

Auch die Ladung zur Parteivernehmung im Eheprozeß (§ 619) kann in entsprechender Anwendung des § 141 form-los erfolgen.

γ) Unbedenklich ist auch der Fortfall des Zustellungs-erfordernisses bei der Benachrichtigung der Parteien von dem vor dem beauftragten oder ersuchten Richter stattfinden-den Beweisstermin (§ 357 Abs. 2). Es handelt sich hier um Termine, bei denen die Wahrnehmung im Ermessen der

Partei steht und sich an die Nichtwahrnehmung unmittelbare Nachteile nicht knüpfen. Zudem kann die Partei, wenn sie das Nichtzugehen oder nicht rechtzeitige Zugehen der Terminsbenachrichtigung glaubhaft macht, die nochmalige Vernehmung des Zeugen verlangen.

d) Endlich ist im § 900 die obligatorische Zustellung bei der Benachrichtigung des Gläubigers vom Offenbarungszeitstermin beseitigt. —

Für das Sühneverfahren in Ehesachen ist eine Ausnahme von dem Zustellungserfordernis mit Rücksicht auf die sich nach § 610 Abs. 2 an das Ausbleiben knüpfenden Folgen nicht vorgesehen.

### 3. Bekanntgabe gerichtlicher Entscheidungen.

a) Urteile. — Soweit in Ehesachen die amtswegige Urteilszustellung vorgesehen ist (§ 625), ist eine Änderung nicht getroffen.

Im übrigen findet eine amtswegige Zustellung von Urteilen nur im arbeitsgerichtlichen Verfahren erster Instanz statt (§ 50 ArbGG.). Rechtswirkungen knüpfen sich an die Zustellung hier nur insoweit, als die Fristen für die Berufung, die Beschwerde nach § 99 Abs. 3 ZPO. oder den Einspruch eröffnet wird oder die Zustellung nach § 750 Vorsetzung der Zwangsvollstreckung ist. Soweit derartige Wirkungen nicht in Frage stehen — beim klagebeweisenden Urteil im Verhältnis zum Beklagten, beim verurteilenden Leistungsurteil im Verhältnis zum Kläger und beim nicht berufungsfähigen Feststellungsurteil im Verhältnis zu beiden Parteien — war die förmliche Zustellung des Urteils eine überflüssige Form. Der § 50 Abs. 2 ArbGG. n. F. läßt daher hier die formlose Mitteilung des Urteils genügen.

Hervorzuheben ist noch, daß an der Regelung in § 7 EntlW., wonach das als Entscheidung ohne mündliche Verhandlung ergehende Urteil den Parteien durch Zustellung der Urteilsformel mitzuteilen ist, nichts geändert ist — dies mit Rücksicht auf die Notwendigkeit, den Zeitpunkt des Existenzwerdens des Urteils von vornherein einwandfrei festzulegen. Daß ein Verzicht der Parteien auf die Zustellung ebenso wie eine Heilung des Mangels durch Nichtzüge ausgeschlossen ist, s. RG. 90, 295. Da das Urteil, um Rechtswirkungen auszuüben, im Verhältnis zu beiden Parteien ergangen sein muß, andererseits aber die Zustellung an die eine Partei allein dem Gegner gegenüber Rechtswirkungen nicht haben kann, ist anzunehmen, daß das Urteil erst mit Bewirkung beider Zustellungen, also bei Zustellung zu verschiedenen Zeitpunkten erst mit der zweiten existent wird (s. dazu RG. 123, 133 = JW. 1929, 1584, u. a.).

### b) Beschlüsse und Verfügungen.

Bisher waren nach § 329 Abs. 3 nicht verkündete Beschlüsse des Gerichts und nicht verkündete Verfügungen des Vorsitzenden und des beauftragten oder ersuchten Richters den Parteien von Amts wegen zuzustellen. Nunmehr genügt außer den besonders aufgeführten Ausnahmefällen die formlose Mitteilung des Beschlusses bzw. der Verfügung.

Diese Ausnahmen sind:

„soweit nicht ein anderes bestimmt ist“ — dahin gehören insbes. die Zustellung des Pfändungsbeschlusses nach § 829 Abs. 2 durch den Gläubiger im Parteibetriebe, ebenso die Zustellung des Arrestbefehls durch den Antragsteller im Parteibetriebe nach § 922 Abs. 2 u. a.; an allen derartigen Vorschriften hat die ZustellungsW. nichts geändert;

die der sofortigen Beschwerde oder der befristeten Erinnerung nach § 577 Abs. 4 unterliegenden Entscheidungen;

die Beschlüsse und Verfügungen, die einen Vollstreckungstitel bilden; dazu gehören z. B. auch die Strafbeschlüsse gegen Zeugen und Sachverständige u. dgl.;

die Terminsbestimmungen und die Inlauffezung von Fristen.

Die Regelung besagt danach: Soweit gegen die Entscheidung eine Rechtsmittelfrist läuft, soweit die Entscheidung einen Vollstreckungstitel bildet, soweit sie eine Termins-

bestimmung oder Fristsetzung enthält, treten diese Wirkungen erst mit der förmlichen Zustellung der Entscheidung in Wirksamkeit. Im übrigen bedarf es der Zustellung nicht; es genügt vielmehr formlose Mitteilung. Damit ist als Erscheinungsform von Beschlüssen und Verfügungen neben die Verkündung die formlose Mitteilung getreten.

Das ist wichtig für den Zeitpunkt des Existenzwerdens der Entscheidungen: die Zustellung ist dabei nicht mehr wesentlich, ihre Bedeutung beschränkt sich vielmehr auf die Inlauffezung der Beschwerdefrist und die übrigen oben genannten Punkte. Die Frage, wann der Beschluß oder die Verfügung als existent geworden anzusehen ist, muß hier ebenso beurteilt werden, wie schon bisher bei den als Entscheidung ohne mündliche Verhandlung (§ 7 EntlW.) ergehenden Beschlüssen: d. h. mit der Herausgabe der Beschluß- oder Verfügungsausfertigung an die Partei seitens der Geschäftsstelle (vgl. Stein-Jonas, 14. Aufl., Bemerkung III 5 b nach § 128). Der Zeitpunkt der Beschlußfassung bzw. der Übergabe der Urschrift an die Geschäftsstelle kann als rein interner Behördenvorgang nicht maßgebend sein, zumal die vollständige Unterzeichnung durch die Mitglieder des Kollegiums häufig später liegt, ebensowenig der nicht urkundlich festgelegte Zeitpunkt des Zugehens der Mitteilung. Dies ist besonders wichtig für die Fristverlängerungsbeschlüsse (s. dazu unten r).

Zu einigen besonders wichtigen Gruppen von Beschlüssen sei auf folgendes hingewiesen:

a) Die Erklärung zur Feriensache (§ 200 ZPO.) bedarf grundsätzlich keiner Zustellung; der Beschluß kann also regelmäßig formlos mitgeteilt werden. Eine Ausnahme ergibt sich aber aus § 329 Abs. 3 Satz 2 n. F. dann, wenn durch den Beschluß eine Frist in Lauf gesetzt wird. Das ist der Fall, wenn eine bei Beginn der Ferien laufende Frist — z. B. die Berufungsbegründungs- oder die Gebührenfrist des § 519 Abs. 6 ZPO. — durch die Ferien gehemmt ist. Die während der Ferien ergehende Erklärung zur Feriensache hat daher die Wirkung der vorzeitigen Wiederinlauffezung der Frist nur dann, wenn der Ferienbeschluß der Partei, von der die Frist zu wahren ist, förmlich zugestellt ist.

β) Die das Armenrecht betreffenden Beschlüsse (Bevilligung, Veragung und Entziehung des Armenrechts, sowie die Nachzahlungsbeschlüsse nach § 125 ZPO.) unterliegen nach § 127 das. der einfachen Beschwerde. Es genügt daher jetzt auch im Verhältnis zu der betroffenen Partei die formlose Mitteilung. Die Mitteilung an den Gegner, die rechtlich ohnehin nur Benachrichtigung (bes. wegen § 126) ist, konnte auch schon bisher formlos erfolgen.

Besonderer Erörterung bedarf hier aber der Fall des Armenrechtsgesuchs des Rechtsmittellägers:

Die Berufungsfrist wird weder durch die Armut noch das Armenrechtsgesuch gehemmt; der dem Gesuch stattgebende Beschluß setzt also nicht eine gehemnte Frist wieder in Lauf; der Ausnahmefall des § 329 Abs. 3 Satz 2 Schlußhalbf. liegt also nicht vor. Wird das Armenrechtsgesuch abgelehnt, so ist damit für die Berufungseinlegung das in der Armut liegende Hindernis als fortgefallen anzusehen (RG. 117, 304 u. a.), und für die Wiedereinsetzung i. d. v. St. kommt es bei der demnächst erfolgenden Berufungseinlegung nunmehr wesentlich auf den Zeitpunkt des Zugehens des Beschlusses und den Endtermin der Berufungsfrist an. Um in dieser Hinsicht von vornherein Klarheit zu schaffen, mag es zweckmäßig sein, den Beschluß förmlich zuzustellen. Notwendig ist dies aber nicht, da die Partei gegebenenfalls in ihrem Wiedereinsetzungsgesuch den Zeitpunkt, an dem ihr der Beschluß zugegangen ist, glaubhaft zu machen hat. Die Zustellung des Beschlusses ist übrigens auch dann nicht notwendig, wenn der Beschluß erst nach Ablauf der Rechtsmittelfrist ergeht: Nach § 234 ZPO. beginnt zwar die zweiwöchige Wiedereinsetzungsfrist mit dem Tage, an dem das Hindernis gehoben ist; damit wird aber der auf das Armenrechtsgesuch ergehende Beschluß nicht zu einem solchen, der eine Frist in Lauf setzt, denn der Fortfall des Hindernisses ist nicht die Zustellung des Beschlusses, sondern

die Kenntniserlangung von der Bewilligung oder Verjagung des Armenrechts.

Anderz liegt der Fall des Armenrechtsgefuchs nach Einlegung des Rechtsmittels, aber vor Ablauf der Gebührenfrist der §§ 519 Abs. 6 bzw. 554 Abs. 7. Hier wird durch das Gesuch der Lauf der Frist bis zum Ablauf von zwei Wochen nach Zustellung des auf das Gesuch ergehenden Beschlusses gehemmt. Der Verjagungsbeschuß setzt also eine gehemmte Frist wieder in Lauf und bedarf daher, um diese Wirkung zu erzielen, der förmlichen Zustellung.

γ) Fristverlängerungen. — Eine Fristverlängerung ist nach einhelliger Rechtsprechung nur wirksam, wenn der sie aussprechende Akt vor Ablauf der Frist existent geworden ist. Demgemäß ging die allgemein herrschende Ansicht dahin, daß auch die vor Ablauf der Frist ausgesprochene Verlängerung keine Wirkung habe, wenn der Beschuß der betroffenen Partei erst nach Fristablauf zugestellt wurde, denn in diesem Falle sei der Beschuß mit der verspäteten Zustellung eben nicht rechtzeitig existent geworden (vgl. RG. 109, 83, 342; 137, 270 = JW. 1933, 516; JW. 1924, 1987; 1927, 1481; ARbG.: JW. 1929, 1510 u. a.).

Ob diese — im Ergebnis zweifellos wenig befriedigende — Schlußfolgerung vom Standpunkte des bisherigen Rechts zwingend war, mag offen bleiben. Nach der neuen Regelung wird die Frage jedenfalls in anderem Sinne zu entscheiden sein. Der Fristverlängerungsbeschuß enthält begrifflich zwei Ausprüche — den einen dahin, daß die Partei von der Innehaltung der ihr gesetzten Frist befreit wird, und den anderen über die neue Frist. Der förmlichen Zustellung bedarf der Beschuß nach § 329 Abs. 3 Satz 2 Schlußh. nur, insoweit der zweite Auspruch in Frage steht. Der erste Auspruch würde dagegen als selbständiger Beschuß der förmlichen Zustellung nicht bedürfen und muß demgemäß nach dem oben Dargelegten als mit Abwendung der Mitteilung, d. h. hier mit der Aufgabe zur Post, als existent geworden angesehen werden. Der Gedanke, daß, wenn ein Beschuß verschiedene Ausprüche enthält, von denen der eine unter die Regel des neuen § 329 Abs. 3, der andere unter die Ausnahme fällt, der Beschuß im ganzen erst mit der Vollziehung der förmlichen Zustellung rechtliche Wirksamkeit erlange, ist offensichtlich unhaltbar. Man denke etwa an den Fall einer vorläufigen Anordnung nach § 732 Abs. 2 oder § 766 Abs. 1 Satz 2 dahin, daß 1. die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung angeordnet und 2. dem Antragsteller zum Nachweis seiner Angaben eine Frist gesetzt wird; daß die Anordnung der einstweiligen Einstellung auch dann als existent geworden anzusehen ist, wenn der Beschuß nicht förmlich zugestellt, sondern nur formlos mitgeteilt wird, dürfte ernstlich nicht bestritten werden. Nicht anders liegt die Sache aber bei dem sich ebenfalls aus zwei Elementen zusammensetzenden Fristverlängerungsbeschuß. Wird dieser (versehentlich) formlos mitgeteilt, so wird damit zwar die Befreiung von der Innehaltung der alten Frist wirksam, nicht aber auch die Bindung an den neuen Endtermin. Tritt aber, wie dargelegt, in diesem Falle die Befreiung von der alten Frist mit Abwendung der Mitteilung in Wirksamkeit, so kann nicht wohl etwas anderes gelten, wenn der Fristverlängerungsbeschuß förmlich zugestellt wird. Die Partei kann unmöglich dadurch rechtlich schlechter gestellt werden, daß ihr ein Beschuß förmlich zugestellt, statt nur formlos mitgeteilt wird.

Für die Fristverlängerungsbeschlüsse ergibt sich danach in Abweichung von der bisherigen Rechtsprechung der Grundsatz: Damit die Partei in den Genuß der Fristerstreckung gelangt, genügt es, wenn der Beschuß vor Ablauf der Frist abgesandt ist; der fruchtlose Ablauf der neu gesetzten Frist präkludiert die Partei aber nur dann, wenn ihr der Beschuß ordnungsmäßig förmlich zugestellt ist.

δ) Die Beschlüsse auf dem Gebiete der Zwangsvollstreckung. — Die Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse sind nach § 829 im Parteibetriebe vom Gläubiger zugustellen; hieran hat sich, wie bereits oben bemerkt, durch die ZustellungsVO. nichts geändert.

Die auf die Erinnerung nach § 766 ergehenden Be-

schlüsse sind förmlich zugustellen, da sie nach § 793 der sofortigen Beschwerde unterliegen, ebenso aus dem gleichen Grunde die Einstellungsbeschlüsse nach §§ 769, 771 Abs. 3, anders die einer Aufsehung nicht unterliegenden Einstellungsbeschlüsse nach § 707 (s. Abs. 2 das.) und in den Fällen seiner entsprechenden Anwendung (§ 719 usw.). Ist in einem Falle, in dem der Einstellungsbeschuß mit Rücksicht auf die sofortige Beschwerde der Zustellung bedarf, die Mitteilung nur formlos erfolgt, so hat das nur die Wirkung, daß eine Beschwerdefrist bis zur Nachholung der Zustellung nicht läuft; im übrigen ist der Beschuß wirksam, denn für die Einstellungswirkung ist nach § 775 Nr. 1, 2 erforderlich und genügend, daß die Entscheidung dem Vollstreckungsorgan in Ausfertigung vorgelegt wird. Der Gerichtsvollzieher war auch schon bisher nicht in der Lage, von dem Schuldner oder Intervenienten, der ihm den Einstellungsbeschuß in Ausfertigung vorlegt, einen Nachweis über die Zustellung zu verlangen.

ε) Als weitere, praktisch stark zu Buche schlagende Gruppen von Beschlüssen, bei denen das Zustellungserfordernis fortgefallen ist, sind die Beschlüsse nach §§ 4 und 18 WRG. zu nennen, d. h. die lediglich der einfachen Beschwerde unterliegenden Beschlüsse auf Erinnerungen und Beschwerden gegen Kostenansätze sowie die Wertfestsetzungsbeschlüsse. Im Falle des § 107 ZPO., d. h. bei Erlass eines Wertfestsetzungsbeschlusses nach bereits erfolgter Kostenfestsetzung, ist allerdings die nach Abs. 2 das. vorgesehene Monatsfrist für die Abänderung der Kostenfestsetzung zu beachten; diese Frist wird nach § 329 Abs. 3 Satz 2 Schlußh. nur durch die förmliche Zustellung des Wertfestsetzungsbeschlusses in Lauf gesetzt.

ζ) Endlich sind als besondere Gruppe alle auf sofortige Beschwerde ergehenden letztinstanzlichen Beschlüsse zu nennen. Abgesehen von den Fällen, in denen der Beschuß selbst — nicht der angefochtene vorinstanzliche — einen Vollstreckungstitel bildet (z. B. die in Abänderung der vorinstanzlichen Entscheidung ergehende Kostenverurteilung nach § 99 Abs. 3) genügt auch hier die formlose Mitteilung.

3. Die im § 104 Abs. 1 neuer Fass. für die Kostenfestsetzungsbeschlüsse getroffene Regelung entspricht sachlich derjenigen in § 329 Abs. 3. Der Beschuß bedarf der förmlichen Zustellung nur, soweit er gegen die Partei Vollstreckungstitel ist oder von ihr mit der beschrifteten Erinnerung angefochten werden kann. Im übrigen — d. h. an den mit seinem Festsetzungsgefuch in vollem Umfange durchgedrungenen Antragsteller bzw. im Falle der vollen Abweisung an den Antragsgegner — genügt formlose Mitteilung.

## B. Die Änderung auf dem Gebiete des Strafprozesses.

1. Nach § 35 Abs. 2 StPO. neuer Fass. ist das Zustellungserfordernis für alle diejenigen Fälle beseitigt, wo durch die Bekanntgabe der Entscheidung eine Frist nicht in Lauf gesetzt wird. Das entspricht sachlich der Regelung in § 329 Abs. 3 ZPO.

Soweit eine schriftliche Bekanntgabe von Urteilen zu erfolgen hat, ist mit Rücksicht auf die dem Strafurteil grundsätzlich zukommende Bedeutung die förmliche Zustellung allgemein beibehalten. In den Fällen, wo durch die Bekanntgabe weder eine Frist in Lauf gesetzt wird (vgl. bes. §§ 317, 345 StPO., Berufungsrechtfertigungs- und Revisionsbegründungsfrist) noch die Zustellung Voraussetzung der Vollstreckung ist (§ 463 StPO. vbb. m. § 750 ZPO.), handelt es sich hier sachlich allerdings nur um eine Sollvorschrift, deren Nichtbeachtung prozessuale Folgen nicht hat.

2. Bisher mußten bei gemeinsamer Verteidigung mehrerer Beschuldiger durch einen Verteidiger die an den Verteidiger ergehenden Zustellungen hinsichtlich jedes Beschuldigten gesondert erfolgen. Die Regelung in den §§ 146 Abs. 2, 218 Abs. 2 StPO. neuer Fass. entspricht sachlich derjenigen in § 189 ZPO.

3. Endlich ist im § 87 WRG. — entsprechend dem schon bisher bei der Einberufung der Schöffen geltenden Verfahren,

§ 46 das. — für die Ladung der Geschworenen von dem Erfordernis der förmlichen Zustellung abgesehen. —

Die finanzielle Entlastung, die der Justizhaushalt der Länder durch die Zustellungs-*W.D.* erfährt, läßt sich nicht genau schätzen, dürfte aber nicht unbedeutend sein. In jedem Fall, in dem die förmliche Zustellung durch die Post durch eine

einfache briefliche Mitteilung ersetzt wird, tritt eine Portosparnis von rund 40 *Rpf.* ein. Die Zahl der durch die *W.D.* entbehrlich werdenden Postzustellungen wird hinter zehn Millionen im Jahre nicht wesentlich zurückbleiben: die ersparten Portoaufwendungen werden daher mit einem Betrage von 4 *Mill. RM* nicht zu gering geschätzt sein.

## Anderungen im deutschen Wechselrecht.

Von Gerichtsassessor Dr. Souchon, Reichsjustizministerium, Berlin.

Die drei Genfer Abkommen zur Vereinheitlichung des Wechselrechts, die laut Beschluß der Reichsregierung von Deutschland ratifiziert werden sollen, sind am 29. Juni 1933 im *RGBl. II Nr. 26 S. 377* bekannt gemacht worden. Durch die Ratifikation Deutschlands wird das Inkrafttreten der Abkommen gesichert. Österreich, Belgien, Dänemark, Finnland, Griechenland, Italien, Japan, Holland, Nicaragua, Norwegen, Schweden und die Schweiz haben bereits ratifiziert, Frankreich hat Vorbereitungen für die Ratifikation getroffen.

Die Ratifikation des Abkommens über das einheitliche WechselG. verpflichtet den ratifizierenden Staat zur Einführung der Vorschriften des einheitlichen Gesetzes als innerstaatliches Recht. Einige Vorbehalte, die dem Abkommen beigefügt sind, ermöglichen es allerdings den Vertragsstaaten, dabei in einzelnen Punkten von den Bestimmungen des einheitlichen Gesetzes abzuweichen. Im Interesse der Vereinheitlichung hat Deutschland von den Vorbehalten nur wenig Gebrauch gemacht. Obwohl sich das deutsche Recht auf der Genfer Konferenz im wesentlichen sehr stark durchgesetzt hat, bringt daher das neue deutsche WechselG. v. 21. Juni 1933 (*RGBl. I, 399*), das voraussichtlich am 1. Jan. 1934 in Kraft treten wird, eine Reihe von Änderungen des in Deutschland geltenden Wechselrechts mit sich.

Neu sind unter den Bestimmungen über die äußere Beschaffenheit des Wechsels die Vorschriften, daß ein Wechsel ohne Angabe der Verfallzeit als Sichtwechsel gilt, und daß mangels einer besonderen Angabe der bei dem Namen des Bezogenen angegebene Ort als Zahlungsort und zugleich als Wohnort des Bezogenen gilt (Art. 2 Abs. 2, 3 WechselG.). Wechselserklärungen, die statt mit einer Namensunterschrift mit Kreuzen oder anderen Zeichen vollzogen sind, werden künftig auch dann nichtig sein, wenn die Zeichen gerichtlich oder notariell beglaubigt sind; eine dem Art. 94 *W.D.* entsprechende Bestimmung ist in das neue WechselG. nicht aufgenommen worden.

Trasziert eigene Wechsel sind nach Art. 3 Abs. 2 WechselG. allgemein zulässig, also nicht mehr nur dann, wenn die Zahlung an einem anderen Orte als an dem der Ausstellung erfolgen soll. Bei Sicht- und Nachsichtwechseln kann der Aussteller gem. Art. 5 WechselG. unter Angabe des Zinsfußes auf dem Wechsel bestimmen, daß die Wechselsumme zu verzinsen ist. — Der Aussteller kann auch nach dem neuen WechselG. die Haftung für die Zahlung nicht ausschließen, wohl aber im Gegensatz zum geltenden deutschen Recht die Haftung für die Annahme des Wechsels (Art. 9 Abs. 2 WechselG.), und zwar kann er diesen Haftungsausschluß in die Form eines unserer *W.D.* ebenfalls unbekanntem Vorlageverbotes kleiden. Nur bei Nachsichtwechseln und solchen Wechseln, die bei einem Dritten oder an einem von dem Wohnort des Bezogenen verschiedenen Ort zahlbar sind, ist das Vorlageverbot nicht zulässig. — Mit einem Vorlagegebot kann der Aussteller jeden Wechsel — nicht nur Domizilwechsel — versehen, und zwar mit oder ohne Fristbestimmung. Auch den Indossanten steht dieses Recht zu, wenn der Aussteller die Vorlegung zur Annahme nicht untersagt hat (Art. 22 WechselG.).

Von erheblicher praktischer Bedeutung ist Art. 17 des neuen WechselG., der die Zulässigkeit von Einwendungen gegenüber dem Wechselgläubiger behandelt und an die Stelle des Art. 82 der alten *W.D.* tritt. — Während Art. 82 *W.D.*

positiv bestimmt, welche Einreden zulässig sind, nämlich diejenigen, welche aus dem Wechselrecht selbst hervorgehen oder dem Wechselschuldner unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehen, erklärt Art. 17 WechselG. einzelne Arten von Einreden für unzulässig, und zwar solche Einreden, die sich auf die unmittelbaren Beziehungen des Wechselschuldners zum Aussteller oder zu einem früheren Inhaber gründen, es sei denn, daß der Inhaber bei dem Erwerb des Wechsels bewußt zum Nachteil des Schuldners gehandelt hat.

Hervorzuheben sind ferner die Bestimmungen des Art. 19 WechselG. über das offene Pfandindossament. Im geltenden deutschen Recht sind die Wirkungen des offenen Pfandindossaments überhaupt nicht gesetzlich geregelt. Anders als der Vollmachtsindossatar braucht sich der Pfandindossatar nach Art. 19 WechselG., wenn er nicht beim Erwerb des Wechsels bewußt zum Nachteil des Schuldners gehandelt hat, keine Einreden entgegenhalten zu lassen, die sich auf die unmittelbaren Beziehungen des Schuldners zum Indossanten gründen. Nur insofern unterscheidet sich das offene Pfandindossament in seinen Wirkungen vom gewöhnlichen Indossament, als es — ebenso wie das Vollmachtsindossament — die weitere Übertragung nur mit Wirkung eines Vollmachtsindossaments zuläßt.

Art. 20 WechselG. regelt die Wirkungen des Nachindossaments. Wird ein mangels Zahlung protestierter Wechsel indossiert, so hat das Indossament wie im geltenden deutschen Recht nur die Wirkungen einer gewöhnlichen Abtretung. Dasselbe soll aber nach dem neuen Gesetz auch für Indossamente gelten, die nach Ablauf der Protestfrist auf nichtprotestierte Wechsel gesetzt werden.

Die Vorlegung des Wechsels zur Annahme ist, wie Art. 21 WechselG. ausdrücklich bestimmt, nur bis zum Verfall zulässig, also nicht mehr am Verfalltag und innerhalb der Protestfrist. In der geltenden deutschen *W.D.* ist darüber nichts bestimmt. Die gesetzliche Vorlegungsfrist für Nachsichtwechsel beträgt nach Art. 23 WechselG. ein Jahr, statt wie bisher zwei Jahre.

Das geltende deutsche Recht läßt dem Bezogenen, dem der Wechsel zur Annahme vorgelegt wird, keine Überlegungsfrist; er muß sich sofort entscheiden, ob er den Wechsel annehmen will. Auf Wunsch ausländischer Vertragsstaaten ist eine andere, dem französischen Recht folgende Regelung in das einheitliche Wechselrecht aufgenommen worden. Dementsprechend räumt Art. 24 WechselG. dem Bezogenen das Recht ein, zu verlangen, daß ihm der Wechsel am Tage nach der ersten Vorlegung nochmals vorgelegt wird. Wird dieses Verlangen in dem bei der Vorlegung aufzunehmenden Protest vermerkt, unterbleibt aber die nochmalige Vorlegung und damit auch die im Falle endgültiger Annahmeverweigerung nötige weitere Protesterhebung, so sind die Wechselverpflichteten vor Rückgriffsansprüchen geschützt. — Neu ist auch die Vorschrift des Art. 29 WechselG., daß die Wechselannahme als verweigert gilt, wenn der Bezogene seine bereits auf den Wechsel gesetzte Annahmeerklärung, bevor er den Wechsel zurückgegeben hat, wieder ausstreicht. Ist auf einem Wechsel die Annahmeerklärung gestrichen, so wird bis zum Beweis des Gegenteils vermutet, daß dies vor der Rückgabe des Wechsels geschehen ist. Immerhin haftet aber der Bezogene solchen Beteiligten, denen er die Annahme etwa schriftlich mitgeteilt hat, nach dem Inhalt seiner Annahmeerklärung.

Auf dem Gebiet der Wechselbürgschaft findet sich im neuen Wechselgesetz nur insofern eine Abweichung vom geltenden deutschen Recht, als dem Wechselbürgen statt bloßer zivilrechtlicher Ansprüche nach Art. 32 Abs. 3 WechselG. wechselfähige Rückgriffsrechte gegen denjenigen, für den er sich verbürgt hat, gegen dessen Vormänner sowie gegen den Annehmer zustehen. Mangels besonderer Angabe gilt übrigens die Wechselbürgschaft gemäß Art. 31 Abs. 4 WechselG. für den Aussteller.

Weß- und Marktwechsel, Ufo- und Ratenwechsel sind im neuen WechselG. nicht zugelassen.

In Übereinstimmung mit dem geltenden Rechtszustand bestimmt Art. 40 Abs. 1, 2 WechselG., daß der Inhaber des Wechsels nicht verpflichtet ist, die Zahlung vor Verfall anzunehmen, und daß der Bezogene, wenn er vor Verfall zahlt, auf eigene Gefahr handelt. Die Vorschrift, daß der Bezogene bei der Zahlung nur zu prüfen braucht, ob die Reihenfolge der Indossamente in Ordnung ist, nicht auch, ob die Unterschriften der Indossanten echt sind (Art. 40 Abs. 3 Satz 2 WechselG.), bedeutet ebenfalls keine Neuerung (vgl. Art. 36 WD.). Neu ist jedoch die Regelung im Art. 40 Abs. 3 Satz 1 WechselG., daß die Zahlung bei Verfall — wenn sie etwa einem Unberechtigten gegenüber erfolgt — den Zahlenden von seiner Verbindlichkeit befreit, falls ihm nicht Arglist oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt.

Die Bestimmungen über Wechsel, die auf eine am Zahlungsort nicht geltende Währung lauten (Art. 41 WechselG.), sind in ihren Grundlagen den Vorschriften des Art. 37 WD. entlehnt. Ist nicht ausdrücklich bestimmt, daß in einer bestimmten Währung gezahlt werden soll (Effektivvermerk), so hat der Schuldner das Wahlrecht, ob er die Wechselsumme in ausländischer Währung zahlen will oder in der Landeswährung nach dem Werte der Auslandswährung am Verfalltag. Darüber hinaus bestimmt Art. 41 WechselG., daß bei Verzögerung der Zahlung der Wechselinhaber das Recht bekommt, Zahlung in der Landeswährung zu verlangen, und zwar nach seiner Wahl zum Kurse des Verfalltages oder zum Kurse des Zahlungstages umgerechnet. Allerdings kann auch vom Aussteller von vornherein ein bestimmter Umrechnungskurs vorgeschrieben werden. Hervorzuheben ist hier noch, daß auf die Devisengesetzgebung der Vertragsstaaten Rücksicht genommen worden ist. Ein Vorbehalt (Art. 7 der Anlage II zum Wechselrechtsabkommen) ermöglicht es jedem einzelnen Vertragsstaat, über die Wirkungen des Effektivvermerks für die auf seinem Gebiet zahlbaren Wechsel ebenso wie für die auf seinem Gebiet in ausländischer Währung ausgestellten Wechsel andere Bestimmungen zu treffen, wenn er dies bei Vorliegen außergewöhnlicher, den Kurs seiner Währung berührender Umstände für erforderlich hält.

Sehr zu begrüßen ist die Einführung des Rückgriffs auf Zahlung vor Verfall und die damit verbundene Abschaffung des Rückgriffs auf Sicherstellung. Nach dem neuen WechselG. geht sowohl der Rückgriff mangels Annahme wie der Rückgriff wegen Unsicherheit des Bezogenen unmittelbar auf Zahlung (Art. 43 Abs. 2 WechselG.). Voraussetzung für den Rückgriff wegen Unsicherheit ist entweder die Eröffnung des Konkurses oder des gerichtlichen Vergleichsverfahrens über das Vermögen des Bezogenen — und zwar ohne Rücksicht darauf, ob er den Wechsel angenommen hat oder nicht — oder Zahlungseinstellung des Bezogenen oder fruchtloser Verlauf einer Zwangsvollstreckung in sein Vermögen. Ist die Vorlegung des Wechsels zur Annahme unterlag, so kann auch dann Rückgriff genommen werden, wenn nicht über das Vermögen des Bezogenen, sondern über das Vermögen des Ausstellers der Konkurs oder das gerichtliche Vergleichsverfahren eröffnet worden ist. Zur Ausübung des Rückgriffsrechts im Falle der Eröffnung des Konkurses oder des gerichtlichen Vergleichsverfahrens genügt es nach Art. 44 Abs. 6 WechselG., wenn der gerichtliche Beschluß über die Eröffnung des Konkurses oder des gerichtlichen Vergleichsverfahrens oder die Bekanntmachung des Beschlusses im Reichsanzeiger oder in dem zur Veröffentlichung amtlicher Bekanntmachungen des Gerichts bestimmten Blatt vorgelegt wird.

Eine wesentliche Neuerung liegt ferner darin, daß der Protest mangels Zahlung nach Art. 44 Abs. 3 Satz 1

WechselG. nur an einem der beiden auf den Zahlungstag folgenden Werkstage erhoben werden kann, während die geltende WD. den Protest auch schon am Zahlungstage selbst zuläßt. Aus Gründen der Folgerichtigkeit verdient die neue, in ausländischen Staaten bewährte Regelung, die den Zahlungstag ganz dem Schuldner überläßt, den Vorzug. Da der Schuldner erst am Zahlungstag zu zahlen braucht, so muß man seine Zahlung als rechtzeitig anerkennen, wenn er sie irgendwann im Laufe des Zahlungstages bewirkt, und kann nicht schon vor Ablauf des Zahlungstages beurkunden, daß der Schuldner nicht pünktlich gezahlt hat.

Der Protest mangels Annahme — bei Sichtwechseln auch der Protest mangels Zahlung — muß innerhalb der Fristen erhoben werden, die für die Vorlegung zur Annahme gelten; wenn der Wechsel erst am letzten Tage der Vorlegungsfrist vorgelegt wird und der Bezogene nochmalige Vorlegung verlangt, so kann der Protest auch noch am folgenden Tage erhoben werden (Art. 44 Abs. 2, 3 Satz 2 WechselG.).

Die Pflicht, die Beteiligten vom Notleiden des Wechsels zu benachrichtigen, ist in Art. 45 WechselG. in mehrfacher Hinsicht anders geregelt als in Art. 45 WD. Nicht nur bei Verweigerung der Zahlung, sondern auch bei Verweigerung der Annahme tritt die Benachrichtigungspflicht ein. Der Wechselinhaber, der übrigens außer seinem unmittelbaren Vormann auch den Aussteller benachrichtigen muß, hat vier Werkstage Zeit zur Benachrichtigung. Eine Frist von zwei Werktagen gilt nur für die Vormänner zur weiteren Benachrichtigung, bei der auch die Namen und Anschriften derjenigen mitzuteilen sind, die vorher Nachricht gegeben haben. Erfolgt die Benachrichtigung, die übrigens in jeder Form gegeben werden kann, durch die bloße Rücksendung des Wechsels, so ist damit allen Anforderungen genügt. Das Verschämen der Benachrichtigungspflicht verpflichtet zum Ersatz des etwa entstandenen Schadens nur bis zur Höhe der Wechselsumme. Die Rückgriffsrechte bleiben bestehen, und zwar im Gegensatz zu Art. 45 Satz 4 WD. einschließlich des Anspruchs auf Zinsen und Kosten.

Ferner sind die Wirkungen der Klausel „ohne Protest“, „ohne Kosten“ im Art. 46 WechselG. anders geregelt als im Art. 42 WD. Das WechselG. behandelt nämlich diese Klausel verschieden, je nachdem, ob sie vom Aussteller oder von einem Indossanten herrührt. Hat der Aussteller die Klausel auf den Wechsel gesetzt, so gilt sie allen Wechselverpflichteten gegenüber, und zwar als Protestverbot. Alle Wechselverpflichteten haften ohne Protest, und der gleichwohl Protestierende kann von niemandem die Kosten des Protestes ersetzt verlangen. Ein Indossant kann dagegen — wie es der geltenden deutschen Regelung entspricht — die Klausel nur mit Wirkung gegen sich selbst als Protesterlaß beifügen. Nur er haftet ohne Protest, kann aber wie jeder andere Wechselverpflichtete auf Ersatz der Protestkosten in Anspruch genommen werden.

Die Höhe der Wechselzinsen wird durch die Einführung des neuen WechselG. nicht beeinflusst. Art. 48 WechselG. sieht zwar in Übereinstimmung mit dem insoweit zur Zeit nicht maßgebenden Art. 50 WD. einen festen Zinssatz von 6% vor, doch ist es den Vertragsstaaten vorbehalten worden, den Zinssatz anderweit festzusetzen. In Deutschland soll es vorläufig bei dem beweglichen Zinssatz von 2% über Reichsbankdiskont auf Grund des Gesetzes über die Wechsel- und Scheckzinsen v. 3. Juli 1925 (RGBl. I, 93) bewenden. Als Übergangsregelung ist dies nicht im WechselG. selbst, sondern im EinfG. zum WechselG. (Art. 2) bestimmt.

Das neue WechselG. trifft im Gegensatz zur WD. auch Bestimmungen für die Fälle, in denen der rechtzeitigen Vorlegung des Wechsels oder der rechtzeitigen Erhebung des Protestes ein unüberwindliches Hindernis entgegensteht. In Deutschland wurden besondere Bestimmungen für solche Fälle erst aus Anlaß des Kriegsausbruchs durch das Gesetz über die Verlängerung der Fristen des Wechsel- und Scheckrechts v. 4. Aug. 1914 (RGBl. 327) getroffen. Art. 54 WechselG. enthält demgegenüber eine erschöpfendere Regelung des Einflusses höherer Gewalt auf die Ausübung der Wechselrechte. Abgesehen von der Fristenverlängerung bestimmt Art. 54 WechselG., daß der Wechselinhaber seinen unmittelbaren Vormann von dem Eintritt der höheren Gewalt benachrichtigen

muß — im wesentlichen werden die Vorschriften des Art. 45 WechselG. für anwendbar erklärt — und nach dem Wegfall der höheren Gewalt dem Wechsel unverzüglich zur Annahme oder zur Zahlung vorlegen und gegebenenfalls Protest erheben lassen muß. Ferner wird der Rückgriff ohne vorherige Vorlegung oder Protesterhebung zugelassen, wenn die höhere Gewalt länger als 30 Tage nach Verfall dauert. Für die Berechnung der dreißigtägigen Frist bei Sicht- und Nachsichtwechseln gelten besondere Bestimmungen. Als Fall höherer Gewalt ist eine der rechtzeitigen Vorlegung oder Protesterhebung entgegenstehende gesetzliche Vorschrift eines Staates genannt, während auf der anderen Seite Tatsachen, die rein persönlich den Inhaber oder denjenigen betreffen, den er mit der Vorlegung des Wechsels oder mit der Protesterhebung beauftragt hat, ausgenommen sind.

Die Vorschriften des WechselG. über den Ehreneintritt entsprechen im großen ganzen den Bestimmungen des 9. Abschnittes der W.D. Im Art. 55 Abs. 2 WechselG. ist ausdrücklich gesagt, daß der Ehreneintritt nur zugunsten der Rückgriffschuldner, nicht auch, was bisher zweifelhaft war, zugunsten des Annehmers erfolgen kann. Die Ehrenannahme ist nach Art. 57 WechselG. auf dem Wechsel zu vermerken, also nicht wie nach Art. 58 W.D. in einem Anhang. Dem Wechselverpflichteten, zu dessen Gunsten die Ehrenannahme erfolgt, und seinen Vormännern steht statt des Rückgriffs auf Sicherstellung (Art. 61 Satz 2 W.D.) das Recht zu, den Wechsel einzulösen und Rückgriff auf Zahlung zu nehmen.

Wird eine Abschrift des Wechsels hergestellt, so kann nach Art. 68 Abs. 3 WechselG. der Inhaber der Abschrift sich davor schützen, daß andere die etwa unbefugt weiter indossierte Ur-

schrift gutgläubig erwerben, indem er nach dem letzten Indossament auf der Urschrift vermerkt: „Von hier ab gelten Indossamente nur noch auf der Abschrift.“

Hervorzuheben ist ferner, daß die in der deutschen Rechtsprechung herrschenden Grundsätze über den Einfluß von Änderungen des Wechseltextes auf die Wechselverbindlichkeiten im neuen WechselG. verankert worden sind. Wer nach der Änderung seine Unterschrift auf den Wechsel gesetzt hat, haftet entsprechend dem geänderten Text, wer früher unterschrieben hat, nach dem ursprünglichen Text (Art. 69 WechselG.).

Die Verjährungsfristen für Ansprüche gegen Rückgriffschuldner sind im neuen WechselG. (Art. 70) nicht nach Zonen abgestuft (vgl. Art. 78, 79 W.D.), sondern einheitlich für Ansprüche des Inhabers auf ein Jahr, für Ansprüche der Indossanten auf sechs Monate bemessen. Der wechselrechtliche Verjährungsanspruch verjährt nach Art. 89 WechselG. in drei Jahren, statt wie nach geltendem Recht in dreißig Jahren.

Endlich bringt Art. 90 Abs. 2 WechselG. eine Neuerung des deutschen Rechtes auf einem Gebiet, dessen Regelung jedem einzelnen Vertragsstaat für sich überlassen worden ist. In der geltenden W.D. gibt es nur für den Fall des Abhandenkommens der Wechselurkunde Schutzvorschriften zugunsten des Berechtigten (Art. 73 W.D.). Der Verlust der Protesturkunde hat ohne weiteres den Verlust der Rückgriffsrechte zur Folge. Nach Art. 90 Abs. 2 WechselG. soll die abhanden gekommene oder vernichtete Protesturkunde durch ein Zeugnis über die Protesterhebung ersetzt werden können. Das Zeugnis ist dort zu erteilen, wo die Abschrift der Urkunde verwahrt wird, also vom AG., vom Notar, vom Gerichtsvollzieher oder von der Postanstalt.

### Steuerermäßigung für Hausgehilfinnen.

Mit Wirkung v. 1. Juli 1933 wird die im § 52 Abs. 1 Ziff. 2, § 53 Abs. 2 und § 70 Abs. 3 EinkStG. vorgesehene Kinderermäßigung auch für Hausgehilfinnen gewährt, sofern sie zur Haushaltung des Arbeitgebers zählen (§ 56 a EinkStG., eingeführt durch Abschn. IV Art. I Ges. zur Verminderung der Arbeitslosigkeit v. 1. Juni 1933). Zweifel sind darüber entstanden, ob zur Haushaltung des Arbeitgebers auch solche Gehilfinnen zählen, die nicht in seine Wohnungsgemeinschaft aufgenommen sind, sondern außerhalb seiner Wohnung schlafen. In Betracht kommen also die sog. Halbtagsmädchen. Die Frage wird grundsätzlich zu bejahen sein.

Den Begriff der Haushaltung kennt das EinkStG. in den §§ 23 Abs. 2, 52 Abs. 1. Er setzt eine einheitliche Wirtschaftsführung und grundsätzlich zwar auch eine gemeinschaftliche Wohnung des Haushaltungsvorstandes und der zur Haushaltung gehörigen Personen voraus. Ausnahmen waren aber stets anerkannt. Z. B. zählen Kinder, die sich zur Erziehung oder Ausbildung oder aus sonstigen Gründen mit Einwilligung des Haushaltungsvorstandes auswärts aufhalten, dennoch zum Haushalt (RzD. 11, 305). Die Erwägungen, auf denen die Haushaltbesteuerung beruht, sprechen dafür, den Begriff der Haushaltzugehörigkeit minderjähriger Kinder eher weit als eng auszulegen (Str. u. Komm., § 23 Anm. 5 S. 161).

War die Wohnungsgemeinschaft schon bisher nicht unbedingte Voraussetzung für den Begriff der Haushaltzugehörigkeit, so gilt das noch mehr für die Auslegung des neuen § 56 a EinkStG. Zweck dieser Vorschrift ist nach der ausdrücklichen Erklärung des Staatssekretärs Reinhardt (RStBl. 1933, 490), durch Überführung von jungen Mädchen in Haushaltungen den Arbeitsmarkt zu entlasten. Wer solche jungen Mädchen als Hausgehilfinnen einstellt, erfüllt den Zweck des Gesetzes auch dann, wenn er sie nicht in die Wohnungsgemeinschaft aufnimmt, und verdient daher die Steuerermäßigung, zumal der Grund für die Nichtaufnahme in die Wohnungsgemeinschaft regelmäßig ein äußerer ist. Voraussetzung ist nur, daß die Gehilfinnen tatsächlich ihre volle oder doch wenigstens ihre hauptsächliche Arbeitskraft in den Dienst des Haushaltungsvorstandes stellen und daß andererseits der Haushaltsvorstand diese Dienste in entsprechender Weise entlohnt. Das wird man ohne Zweifel dann bejahen können, wenn die Arbeitszeit an Werktagen das gegenwärtig übliche Arbeitsmaß, also 7—8 Stunden, erreicht. Wer als Hausgehilfin ebensoviel Arbeitsstunden am Tage gegen volle Entschädigung wie jeder andere beschäftigte Arbeiter leistet, entlastet den Arbeitsmarkt in dem seiner Arbeitskraft entsprechenden vollen Umfange. Dieser Gesichtspunkt muß für die Gewährung der Vergünstigung des § 56 a entscheidend sein.

Das ist auch offenbar der Standpunkt des Gesetzgebers. Nach § 12 Abs. 3 StAB. v. 9. Juni 1933 gelten Hausgehilfinnen in der Regel nur dann als in der häuslichen Gemeinschaft ihres

Arbeitgebers aufgenommen, wenn sie beim Arbeitgeber wohnen, bei ihm beschäftigt werden und in der bei Wohnungsgenossen üblichen Weise Zutritt zu den Räumen der Wohnung haben. Durch den Zusatz „in der Regel“ gibt der Gesetzgeber zu erkennen, daß unter Umständen auch eine der drei Voraussetzungen fehlen darf. Nur wenn alle drei Voraussetzungen wesentlich eingeschränkt sind, wie das z. B. bei Beschäftigung von „Aufwärtserinnen, Waschfrauen und ähnlichen weiblichen Arbeitnehmern, die lediglich für einzelne Tage oder Stunden angenommen werden“, der Fall ist, so ist nach § 12 Abs. 3 StAB. die Eigenschaft als Hausgehilfin zu verneinen. Das Halbtagsmädchen rechnet regelmäßig nicht zu diesen Ausnahmen, keineswegs aber ein 7—8 Stunden täglich beschäftigtes Mädchen.

Dieser Standpunkt des Gesetzgebers ist auch aus § 29 Abs. 1 StAB. zu folgern. Dort ist bestimmt, daß der Nachweis für die Beschäftigung einer Hausgehilfin z. B. entweder durch Vorlage der polizeilichen Anmeldung oder der letzten Quittung über die Beitragszahlung zur Krankenkasse geführt werden kann. Demnach kennt der Gesetzgeber Fälle, in denen eine polizeiliche Anmeldung nicht in Frage kommt. Das können nur Hausgehilfinnen sein, die nicht in die Wohnungsgemeinschaft aufgenommen sind.

Lohnempfänger werden der Vergünstigung durch Vermerk auf der Steuerkarte durch die Gemeindebehörde teilhaftig. Lehnt die Gemeindebehörde den Vermerk ab, so bleibt es dem Lohnempfänger überlassen, eine Entscheidung des FinA. herbeizuführen. Gegen diese Entscheidung steht nach § 235 Abs. 4 ABGD. der ordentliche Rechtsweg offen. RegR. Jahn, Kassel.

### Für die Frage, ob die Polizei einschreiten müsse, gilt das Legalitätsprinzip; für die Frage, wie sie einzuschreiten habe, das Opportunitätsprinzip.

Die hier gegebene Antwort hält sich in Übereinstimmung mit der jüngsten Rechtsprechung des Reichsgerichts (RG.: ZB. 1933, 344). Sie steht im Gegensatz zu einer Anzahl der gegenwärtigen Lehrmeinungen (vgl. unten).

I. Die Frage: „Legalitäts-Opportunitätsprinzip“ wird sowohl im Strafrecht wie im Polizeirecht aufgeworfen. Während sie dort im Interesse des Staates an seiner eigenen Ordnung behandelt wird, bespricht man sie hier im Polizeirecht meist nur mit Rücksicht auf ihre Auswirkungen für das Privatinteresse der Bürger. Sie weist also weit über das Polizeirecht hinaus ins bürgerliche Recht. Es handelt sich darum, festzustellen, wann und durch eine polizeiliche Gefahr geschädigte Einzelne von dem Staate als Träger der Polizeigewalt eine Schadloshaltung nach Art. 131 RVerf., § 1 PrStaatshaftG. (§ 839 BVerf.), § 14 PolBerwG., §§ 85, 86

AM. verlangen kann. Der Anspruch auf Entschädigung ist am ehesten nach dem Legalitätsprinzip gegeben.

II. Die Titelfrage muß weiterhin unterteilt werden:

a) Hat die Polizei das Amt, nach Gefahrenquellen zu forschen?

b) Zwingt ein erforschter Sachverhalt die Polizei, ihm ihre Aufmerksamkeit zuzuwenden?

c) Muß die Polizei etwas tun, wenn sie etwas als polizeiliche Gefahr erkannt hat?

d) Steht die Bestimmung des Umfangs der Abwehrwirkung in ihrem Ermessen?

e) Steht die Auswahl des Mittels der Abwehr in ihrem Ermessen?

Zu a). Die polizeilichen Gefahren haben es nicht an sich, sich selbst zu offenbaren. Man muß daher, um dem Willen des § 14 PolVerwG. gerecht zu werden, annehmen, daß die Polizei eine Pflicht hat, die Gefahren für die Öffentlichkeit aufzuspüren. Dem entspricht das Aufstellen von Verkehrsposten an gefährlichen Stellen und das Auspendeln von Polizeistreifen. Abzulehnen scheint mit die Ansicht Satschek-Kurzig, Nachtr. zur 7./8. Aufl. Lehrbuch d. Verwaltungsrechts, S. 9: „Es genügt, wenn die Polizei je nach dem Grade ihrer Kenntnis der Gefahr oder Störung ... ein Mittel anwendet.“

Zu b). Wenn die Polizei etwas als eine mögliche Gefahrenquelle erkennt, hat sie dies in ihr polizeiliches Denken einzubeziehen. Eine Aufzählung einzelner Fälle hierfür, wie dies einmal in § 6 zu b des PolVerwG. v. 11. März 1850 geschah, geht nicht an. Es genügt, daß irgend etwas die öffentliche Ordnung stört, mag es an sich noch so belanglos sein. So kann z. B. der J., deren Hündchen durch sein Anklaffen Passanten veranlaßt, mit ihm zu spielen, aufgegeben werden, mit dem Hündchen von der Straße wegzugehen, wenn andernfalls das Weitergehen auf dem Bürgersteig für andere erschwert wird (vgl. DVG.: DJZ. 30, 174).

Zu c). Wenn es heißt, sie habe „Maßnahmen zu treffen“, so ist hierunter nicht unbedingt ein Tun erforderlich. Ein Zuwarten kann im Einzelfall nützlich sein, wenn dadurch der „richtige Augenblick“ für den Eingriff sichergestellt wird, u. a. m. Die Polizei hat die Amtspflicht, sich mit der Sache zweckdienlich zu befassen. Keinesfalls steht es in ihrem Ermessen, ob sie die Angelegenheit regelt oder nicht. In diesem Sinne gilt das Legalitätsprinzip.

Zu d). „Notwendigen Maßnahmen“ finden ihre Grenzen an der hinreichenden Abwehrwirkung. Es genügt, einen Sachverhalt soweit zu regeln, daß er als Störung wegfällt. Weiter geht ja auch die gesetzliche Ermächtigung nicht, die durch „notwendig“ gegeben ist. Eine Verfügung, mit welcher der J. die Abschaffung des Hündchens aufgegeben würde, wäre nichtig.

Ob eine Maßnahme eine notwendige ist, läßt sich von jedem feststellen. Ermessenssache ist es nur, welche von mehreren zur Gefahrenabwehr hinreichenden Maßnahmen zu ergreifen ist. Die Abgrenzung ergibt sich für die Verfügung aus § 14—41 Abs. 1; für DVG. aus § 14 Abs. 1 PolVerwG. (Nur insoweit: Opportunitätsprinzip.)

Zu e). Für die Auswahl des Mittels unter mehreren möglichen gilt somit das Opportunitätsprinzip. Bestätigung hierfür ist in etwa schon die Existenz des § 41 Abs. 2 PolVerwG. (vgl. ferner Frage 104 meines PolVerwG.).

III. Frage a) und b) werden vom Schrifttum ausdrücklich nirgends behandelt. Der Streit geht nur um c) bis e). Hierzu lassen sich folgende Feststellungen treffen: Dreves lehrt zu c—e ein abgeschwächtes Opportunitätsprinzip. Er verneint einerseits die Pflicht der Polizei Dritten gegenüber zum Eingreifen, nimmt aber andererseits doch an, daß eine Haftung aus Nichteingreifen gegeben sein könne (1. Aufl. S. 36 und S. 80 ff.). Satschek nimmt, soweit ich sehe, keine Stellung zur Themafrage. Schäfer-Wichardts-Wille und Albrecht-Schaeffer, von denen ersterer die Frage besonders eingehend darstellt, stehen der hier vertretenen Auffassung sehr nahe. Schuizer geht über das Problem hinweg, indem er bedenkenlos das Opportunitätsprinzip als in allen Punkten geltend annimmt (S. 18).

Die Protokolle wollten (S. 102) das Prinzip der Opportunität verankern, um der Rechtspredung des Reichsgerichts entgegenzuwirken, die dem Privaten sehr günstig, dem Staate aber nachteilig ist. Doch wurde das dort Beabsichtigte nicht Gesetz, wie RG.: JW. 1933, 844 beweist.

Meine Ansicht geht dahin, daß für a—d das Legalitätsprinzip gilt, während das der Opportunität bei e zur Anwendung kommen muß. Durch die Fünfteilung der Frage statt der bisher üblichen Zweiteilung dürfte für die Zukunft erreicht werden, daß eine zum Teil nachweisbar ungenaue Formulierung im Schrifttum vermieden bleibt.

RA. Dr. E. Bruno Grüttner, Köln.

## Befehl eine Verpflichtung der Passivierung von Ruhegehaltsansprüchen in der Bilanz der Aktiengesellschaft?

Die Frage ist von großer Bedeutung, weil eine Passivierung, namentlich wenn eine solche bisher nicht vorgenommen worden ist und auf einmal mit großen Beträgen nachgeholt werden müßte, in den Anspruch der Aktionäre auf den Jahresgewinn (§§ 213, 260 HGB.), ja sogar gegebenenfalls in den Gewinnanspruch aus vielen Geschäftsjahren entscheidend eingreifen und manche AktG. zur Anzeige nach § 240 HGB., wenn nicht zu noch schlimmerem zwingen kann.

Die Aktienrechtsnovelle v. 30. Sept. 1931 befaßt sich mit der Frage nicht; sie ist nach dem seitherigen § 40 HGB. zu beantworten, der besagt, daß die Schulden nach dem Werte in die Bilanz einzusetzen sind, der ihnen in dem Zeitpunkt der Bilanzaufstellung beizulegen ist.

Die APr. in Zivilsachen hat sich anscheinend mit der Frage noch nicht befaßt. Staub (Num. 8 zu § 40) nimmt zu ihr nicht ausdrücklich Stellung; Rehm, Die Bilanzen der AktG., verneint die Passivierungspflicht, ebenso Enno Becker (StW. 1929, 179 und EinkStG. S. 953); desgl. Klaußing, Die Handelshochschule, Erg.-Bd., Bief. 30 S. 1901; Schmölcker, der Referent für die Aktienrechtsnovelle im RM., und viele namhafte Wirtschaftsprüfer, insbes. mit großem Nachdruck Manasse; a. M. ist Welber: Wirtschaftsprüfer, 2. Jahrg. Nr. 5 S. 89.

Der Umstand, daß Ruhegehaltsansprüche im Falle einer Zahlungseinstellung eine starke Belastung des Unternehmens bilden können, ist nicht entscheidend; das gleiche gilt ebenso für Gehaltsansprüche aus langfristigen Verträgen, für Lieferungs- und Abnahmeverpflichtungen u. a. m. vgl. Rehm a. a. O. „Würde alle mögliche Forderungnahme in die Bilanz einzusetzen sein, so würden z. B. Banken niemals zu einem Gewinn kommen.“

Es handelt sich hier nicht um bedingte Verpflichtungen, sondern um solche, die sich den Eventualverpflichtungen nähern, für deren Ausweis in der Bilanz, wenn ein solcher überhaupt in Betracht gezogen werden will, wie etwa für Verpflichtungen aus Bürgschaften höchstens die Vorpalte der Bilanz in Frage kommt. Die Bilanz eines „gehenden Unternehmens“ bildet die Grundlage für die Erfolgsrechnung. Solange die AktG. ihren Betrieb aufrechterhält, kommt eine Fälligkeit des etwa nach versicherungsmathematischen Grundsätzen kapitalisierten Betrags nicht in Frage; anders im Liquidationsstadium, im Konkurs (§§ 65, 67 RD.), im Vergleichsverfahren (§ 2 VerglD.). Beim gehenden Unternehmen ist der Platz für Ruhegehaltsansprüche, soweit bereits aus ihnen Zahlungen zu leisten sind, dort zu suchen, wo auch Gehaltszahlungen aus Anstellungsverträgen zu suchen sind, nämlich in der Gewinn- und Verlustrechnung unter Löhnen und Gehältern. (§ 261 c I 1 HGB.) oder vielleicht besser unter „allen übrigen Aufwendungen“ § 261 c I 7 HGB. Im übrigen genügt der Vorstand der AktG. seiner Verpflichtung zur gewissenhaften und getreuen Rechenschaftsablegung (§§ 260, 260 a Abs. 4 HGB.) sowohl den Aktionären wie den Gläubigern gegenüber, wenn er im Geschäftsbericht auf das Bestehen von Ruhegehaltsansprüchen aus Anstellungsverträgen hinweist.

Es liegen Ur. des RGH. zwar nicht über die AktG. vor, die, wenn sie auch von der steuerlichen Seite ihren Ausgang nehmen, doch für unsere Frage von Bedeutung sind, sofern der RGH. in seinen Ur. immer mehr Gewicht auf die wirtschaftliche Seite legt und überall bestrebt ist, den Grundsätzen ordnungsmäßiger kaufmännischer Buchhaltung Geltung zu verschaffen. Im Ur. v. 23. März 1932 (StW. 1932 Nr. 738) anerkennt der RGH. nach Einholung der Gutachten verschiedener Handelskammern bei der DVG. das Passivierungsrecht bei folgendem Tatbestand: Dem auscheidenden Gesellschaftler ist eine Rente im wesentlichen aus dem Versorgungsgebank heraus eingeräumt worden; hier soll die Jahresrente den laufenden Geschäftsgewinn mindern. Zum gleichen Ergebnis kommt der RGH. im Ur. v. 28. Juni 1932 (StW. 1932 Nr. 902), wo er die Passivierungspflicht — und im Regelfall sogar die Zulassung einer Passivierung — einer zugunsten eines ausgeschiedenen Gesellschafters begründeten Rente verneint, wenn sie aus dem Versorgungsgebank heraus eingeräumt ist und das Unternehmen fortgeführt wird. Hinsichtlich der Vermögensermittlung hat der RGH. 23, 71 und StW. 1930 Nr. 639 ausgeführt, daß Ruhegehaltsansprüche von Angestellten erst dann eine abzugsfähige Last der Gesellschaft darstellen, wenn die Angestellten aus dem Dienst ausgeschieden sind; über die Dauer der Dienstleistung wiegen sich Leistung und Gegenleistung auf.

Eine andere rechtliche Frage ist die wirtschaftliche, ob es sich empfiehlt, für solche Ansprüche Rückstellungen in der Bilanz zu machen; sie ist bei allen AktG., deren Verhältnisse es gestatten, unbedingt zu bejahen.

RA. Dr. Schweitzer, Stuttgart.

### Einige Besonderheiten des neuen Versteigerungsnotrechts.

Wenn nach § 6 Abs. 1 W. v. 26. Mai 1933 das AG. von Amts wegen zu prüfen hat, ob die Voraussetzungen für eine einstw. Einstellung gegeben sind, so hat das nicht die Bedeutung, daß das AG. befugt wäre, den Antrag eines Gläubigers auf Anordnung oder Beirritt sogleich zurückzuweisen. Denn nach Abs. 2 sind die Einstellungsbedingungen glaubhaft zu machen, auch die Gläubiger zu hören (vgl. auch Art. 2 Abs. 2 Ges. v. 26. Mai 1933 und den daraus ersichtlichen Umkehrschluß). Die Einstellung wird jetzt in nahezu allen Fällen auszusprechen sein, da dem Schuldner wohl immer gelingen wird, glaubhaft zu machen, daß er für irgendeine Hypothek (auch eine Schornsteinhypothek) keinen Ersatz gefunden hat. Eine scheinbare Verschärfung der Einstellungsbedingungen ist durch § 5 Abs. 3 insofern eingetreten, als die Einstellung abzulehnen ist (bisher Kannvorschrift), wenn das Grundstück erheblich verwahrloßt ist; aber das gilt nur, wenn eine spätere Versteigerung einen wesentlich geringeren Erlös bringen würde (früher hieß es nur „geringeren Erlös“). Für die Übergangszeit gilt nach Art. 7 folgendes: War der Zuschlag vor dem Inkrafttreten des Ges. v. 26. Mai 1933 bereits erteilt, aber noch nicht rechtskräftig, so hat das AG. von Amts wegen zu erwägen, ob der Zuschlagsbeschluß aufzuheben und einzustellen ist. Dies muß auch dann gelten, wenn die Sache bereits sich beim LG. in der Zuschlagsbeschwerde befindet. Denn aus Art. 7 Abs. 2 Satz 3 ergibt sich, daß das BeschwG. bei seiner Entscheidung über den Zuschlag das Ges. v. 26. Mai 1933 nur dann berücksichtigen kann, wenn der Zuschlag nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes erteilt war, während Art. 7 Abs. 2 Satz 2 von einem noch nicht rechtskräftig gewordenen Zuschlagsbeschluß ausgeht. Das BeschwG. hat daher einstweilen nicht zu entscheiden, sondern die Akten dem AG. zur Entscheidung nach §. 2 zurückzusenden. VerMj. Dr. Seibert, Berlin.

### Kostentragungspflicht des Interventionsklägers, der seinen Anspruch vor Klagerhebung nicht ausreichend glaubhaft gemacht hat.

RG.: JW. 1933, 467 steht im Einklang mit der herrsch. Rechtsprechung. Um so bedauerlicher ist es, daß immer wieder einzelne Untergerichte abweichend entscheiden, wodurch eine geradezu unerträgliche Rechtsunsicherheit eingetreten ist. Ob. Oberhausen, Art. vom 6. Febr. 1933, 2 b c 692/32, hat dem Gläubiger und Interventionsbeklagten als letzte Instanz unter Aufhebung der entgegen gesetzten Entsch. des AG. die gesamten Kosten des Verfahrens aufzulegen mit der Begründung, das sofortige Anerkenntnis gemäß § 93 ZPO. müsse unter allen Umständen im ersten Termin abgegeben werden ohne Prüfung der Frage, ob Glaubhaftmachung überhaupt oder gar in ausreichender Weise erfolgt sei, wridrigenfalls dem Interventionsbekl. die Kosten zur Last zu legen seien.

Die Frage ist bei der zur heutigen Zeit immer mehr zunehmenden Zahl der Interventionsprozesse von größter Bedeutung für alle Rechtsuchenden und deren Berater. Es mag völlig dahingestellt bleiben, welche Auslegung des Gesetzes die richtige ist, obwohl meistaus überwiegende Gründe für die Auslegung des RG. sprechen vom rechtlichen und vor allem wirtschaftlichen Standpunkt aus, allein schlimmer und jegliches Rechtsvertrauen erschütternder als eine unrichtige ist eine uneinheitliche Auslegung seitens der letzten Instanzen.

RM. Dr. Lüdemann-Rabit, Pforzheim.

### Einzelrichter, Armenrecht und Entwurf einer ZPO.

R u m p f: JW. 1933, 1237 geht bei Behandlung der Frage, ob es wünschenswert ist, den Einzelrichter über die Verfassung des Armenrechts entscheiden zu lassen, davon aus, daß es unzweckmäßig sei, die Entscheidung in die Hand des Einzelrichters zu legen. Hier liege der berechtigte Kern dafür, daß die deutschen Oberlandesgerichte allgemein dem Einzelrichter die Entscheidung über das Armenrechtsgesuch nicht zubilligen. Denn die Verfassung des Armenrechts komme für die arme Partei meist einer Endentscheidung gleich.

Als Beispiel für Fälle, wo die Verfassung des Armenrechts eine Endentscheidung sei, führt er die Entscheidungen in der Verf. Inst. vor dem OLG. (§ 567 Abs. 3 ZPO., nicht, wie offenbar infolge eines Druckfehlers bei R u m p f § 567 Abs. 2 ZPO.) an, die durch Beschwerde nicht anfechtbar sind. Der Grund, daß es unzweckmäßig sei, dem Einzelrichter die Endentscheidung zu überlassen, verjage aber bei der Entscheidung durch den Einzelrichter in erster und zweiter Instanz. Hier sei die Beschwerde erfolgt §§ 350 Abs. 2, 127 ZPO. gegeben; die endgültige Ablehnung erfolge erst durch den Beschw. des OLG., dem Einzelrichter des AG. könne deshalb auch die Verfassung des Armenrechts überlassen werden.

R u m p f unterliegt hier einem tatsächlichen Irrtum, durch dessen Berichtigung seine Behauptung zum größten Teil hinfällig wird. Nach Teil 9 § 5 W. des RPräf. zur Eich. der Wirtsch. u. Fin. v. 1. Dez. 1930 (RGBl. 1930, 517 ff.) unterliegen Entscheidungen des AG. über Verweigerung des Armenrechts nicht mehr der Beschwerde. Das AG. und — wenn man sich der R u m p f'schen Ansicht anschließt — auch der Einzelrichter des AG. gem. § 350 Abs. 2 ZPO. würde also endgültig entscheiden, denn eine Appellation vom Einzelrichter ans Kollegium ist ja unzulässig. Das OLG. würde in diesem Falle also überhaupt nicht in Funktion treten. De lege lata hat demnach der Standpunkt, den die oberlandesgerichtliche Rechtsprechung durchweg einnimmt, seine volle Berechtigung, und die Angriffe R u m p f's gehen fehl.

RM. Dr. Fiedler I, Leipzig.

## Schrifttum.

Die Einbindung von Büchern begründet keinen Anspruch auf Besprechung. Eine Rücksendung kann in keinem Falle erfolgen.

**Dr. G. P. Deeg: Inhalt und Ausübung des Strafantragsrechts.** Eine strafrechtliche Studie für Theorie und Praxis. Stuttgart 1933. Verlag von W. Kohlhammer. XI u. 80 S. Preis br. 4,20 RM.

Die Schrift befaßt sich mit einem Teilgebiet des Strafantragsrechts. Sie behandelt in ihren Hauptteilen die Antragsberechtigung, die Dauer und das Erlöschen des Antragsrechtes und die Stellvertretung bei der Ausübung des Antragsrechtes.

Vorangestellt ist eine kürzere Stellungnahme zu allgemeinen Fragen aus dem Gebiete des Strafantrages. Hinsichtlich der Rechtsnatur des Strafantrages vertritt der Verf. in Anlehnung an Köhler im Gegensatz zu der m. E. zutreffenden herrschenden Lehre die Auffassung, daß der Strafantrag eine Bedingung der Strafbarkeit sei. Eigenartig und wenig befriedigend sind die Ausführungen über die Gründe des Antragsserfordernisses. Inwiefern in den §§ 247, 263 Abs. 4, 289 StGB. die schwierige Grenzziehung zwischen strafbarem und zivilem Unrecht oder in § 292 StGB. die Beringfügigkeit des Rechtsbruchs oder in §§ 102—104 die Beweisschwierigkeit ohne geforderte freiwillige Mitwirkung des Verletzten Grund für das Antragsserfordernis sein soll, ist nicht überzeugend dargetan. Gerade die nahelegendsten Begründungen, wie die Nähe der persönlichen Beziehungen (§§ 247, 263 Abs. 4, 292 StGB.), das Vormiegen privater Interessen (§ 289 StGB.) oder die Rücksicht auf völkerrrechtliche Belange (§§ 102 bis 104 StGB.), sind nicht herangezogen.

Im ersten Hauptteile klärt Verf. zunächst die Begriffe selbständig

und unabhängig, die er seiner Einteilung dieses Teiles zugrunde legt. Der Begriff der Selbständigkeit weist auf die Quelle des Antragsrechtes hin, der Begriff der Unabhängigkeit bezieht sich auf die Ausübung. Die Voraussetzung eines selbständigen Antragsrechtes steht der Verf. für gegeben an, wenn es in dem eigenen Selbst des Berechtigten seinen Standort hat und Ausfluß eines unmittelbaren eigenen Strafinteresses, sei es eines unmittelbar oder bloß mittelbar durch die Tat getroffenen Verletzten, ist.

Der Verf. behandelt dann im einzelnen: „das eigene selbständige Antragsrecht des unmittelbar Verletzten“ und „das fremde selbständige Antragsrecht des mittelbar Verletzten.“ Die leicht verwirrenden Worte „eigen“ und „fremd“ scheinen mir entbehrlich. Aus der letztgenannten Gruppe bringt der Verf. das Antragsrecht des Ehemanns und des amtlichen Vorgesetzten zur Darstellung. In diesem Zusammenhang hätte auch das nicht behandelte Antragsrecht der Verbände gemäß §§ 22 Abs. 1, 13 UnlWG. Erwähnung finden können. Anschließend behandelt Verf. das unselbständige, unabhängige Antragsrecht des gesetzlichen Vertreters. Er schließt sich hier, wie auch schon die Überschrift dartut, der Vertretungstheorie an.

In dem weiteren Abschnitte, in dem sich der Verf. mit der Dauer und dem Erlöschen des Strafantragsrechtes befaßt — er spricht hier vom Beständnis des Antragsrechtes —, erörtert er vor allem die Fragen des Antragsrechtes des Ehemannes nach Auflösung der Ehe, des amtlichen Vorgesetzten bei einem Wechsel des Vorgesetzten und des gesetzlichen Vertreters beim Tode des Vertretenen oder Wechsel des Vertreters.

Die Stellvertretung bei der Ausübung des Antragsrechts bringt Verf. in der üblichen Scheidung zwischen Stellvertretung im Willen und Stellvertretung in der Erklärung.

Die Vorzüge der Schrift liegen in der Behandlung einzelner Streitfragen und Probleme, zu denen der Verf. mit Sorgfalt und Verständnis unter Verwendung von Literatur und Rechtsprechung Stellung genommen hat. Es sind hier vor allem die §§ 7, 10 und 12 der Abhandlung zu nennen, die vom gesetzlichen Vertreter und von der unfählichen unabhängigen Stellvertretung im Willen handeln. Auf der anderen Seite ist die Schrift nicht frei von Mängeln. Es fehlt zuweilen an einer scharfen Problemstellung (so namentlich § 1). Unklar ist die systematische Einbeziehung der Frage der Bedingungsfeindlichkeit in dem Abschnitt „Stellvertretung in ihrer Erklärung“. Die Sprache ist vielfach noch unbeholfen. Die Art der Kritik von Ansichten bekannter Rechtslehrer hätte zuweilen zurückhaltender sein können (S. 7 „völlig indiskutabel“, S. 53 „völlig verkehrt“). Die Ausführungen im Vorworte, sowie S. 20 über moderne und zerrüttete Ehen scheinen mir in einer wissenschaftlichen Abhandlung nicht angebracht.

Priv.-Doz. StRM. Dr. Karl Peters, Köln.

**Heppner-Paulus: Grundriß des Strafrechts.** (Heft 24 der „Studienmappe zur Vorbereitung auf Prüfungen, zur Fortbildung im Beruf, für bayerische Beamte.“) München. Bayerischer Kommunalchriften-Verlag GmbH. Preis 6 M.

Die Verf. haben sich zur Aufgabe gestellt, dem mittleren Verwaltungs-, Polizei- und Justizbeamten einen Grundriß des materiellen Strafrechts in die Hand zu geben, der an Hand des Gesetzestextes ein für die Praxis ausreichendes Eindringen in dieses Rechtsgebiet ermöglichen soll. Von dieser Zweckbest. aus gesehen, kann das in handlichem Umfang gehaltene, mit einem übersichtl. Sachregister versehene Buch als ein ganz ausgezeichnetes Lernmittel empfohlen werden.

Die absichtl. Beschränkung auf eine der Praxis der Gerichte angepaßte Auslegung ermöglichte es den Verf., die gesetzl. Tatbestände wie auch die Grundbegriffe des Strafrechts mit besonderer Klarheit herauszuarbeiten. Die Sprache des Buches ist durchwegs klar und verständlich; wer, dem Rate der Verf. folgend, mit dem Gesetzbuch in der Hand dieses Büchlein durcharbeitet, wird in geschickter Lehrweise derart in das Gesamtgebiet des StGB. eingeschult, daß er tatsächlich sichere und praktisch ausreichende Kenntnisse erlangt.

RM. Dr. Anton Graf v. Pestalozza, München.

**Friedrich v. Rohden: Methoden der Kriminalbiologie.** (Aus Abderhalden, Handbuch der biologischen Arbeitsmethoden, Lieferung 403.) Berlin u. Wien 1933. Verlag Urban & Schwarzenberg. 249 S. Preis 14 RM.

Die Kriminalbiologie ist eine junge Wissenschaft, deren Ergebnisse in ihrer praktischen Auswertung vielfach noch problematisch sind. Nichtsdestotrotz gehört sie zu den modernen Arbeitsgebieten, an denen weder der Jurist noch der forensisch tätige Arzt vorübergehen dürfen.

Mit einer seltenen Ausführlichkeit behandelt v. Rohden den heutigen Stand der Lehre. Schon das ausführliche Literaturverzeichnis zeigt, daß dem Verfasser daran gelegen gewesen ist, nicht einmal eine die Kriminalbiologie berührende Grenzfrage zu übergehen.

Wer sich also über kriminalbiologische Fragen unterrichten will, dem sei dieses jüngste Werk warm empfohlen. Auch wer den Fragen der kriminalbiologischen Forschungsmethoden zurückhaltend gegenübersteht, wird mindestens Anregungen von einer Breite erfahren, daß sich die Lektüre dieses modernen Buches auch für ihn verlohnt.

ORegMedR. Dr. Schütz, Leipzig.

**Dr. Leopold Schäfer, Geh. RegR. MinR. im RZMin.: Prostitution und Rechtsprechung.** Systematische Zusammenstellung der gesamten Rechtsprechung zu den Prostitutionsvorschriften (§ 361 Nr. 6 u. 6a, § 180 Abs. 2 u. 3 StGB.). Berlin. Selbstverlag der Deutschen Gesellschaft zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten.

Die Broschüre ist aus Vorträgen des Verfassers in der Deutschen Gesellschaft zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten entstanden. Sie gibt einen guten Überblick über die einschlägige Rechtsprechung. Da es sich hierbei um umfangreiches, in zahlreichen Zeitschriften verstreutes Material und zum Teil um nichtveröffentlichte Entscheidungen handelt, verdient die Sorgfalt, mit der der Verfasser in mühevoller Arbeit den Stoff zusammengetragen hat, besondere Anerkennung.

Die Schrift ist für die Praxis der Polizei- und Strafbehörden sowie der Gerichte und für die Rechtsanwaltschaft ein empfehlenswertes Nachschlagewerk.

D. S.

**RGK. Dr. D. Schwarz: Kurzkommentar der Strafprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgezet und den wichtigsten Nebengesetzen des Reiches, Preußens und Bayerns.** 3. Auflage. Berlin 1933. Otto Liebmann. XV, 727 S. Preis bis 30. Sept. statt 10 RM nur 9 RM.

Von der in Händen vieler tausender Juristen befindlichen Kohlradausgabe erläuterten Ausgabe der StPD. liegt jetzt das 105.—108. Tausend vor. Berücksichtigt sind alle bis zum Juni 1933 eingetretenen Änderungen. — Die 3. Auflage der Schwarzschen StPD. gibt den Stand v. 15. Mai 1933 wieder. Die Erläuterungen beider Verfasser halten sich in dem bisherigen, hier oft gewürdigten Rahmen. Zu bemerken ist, daß Schwarz in der neuen Auflage auch das BayAusfG. z. StGB. und zur StPD. wiedergibt.

At.

**Dr. jur. Harald Dierckmann, Hagen: Rundfunkstörungenrecht.** Hagen, Hörsingstraße 11; 1932. Selbstverlag.

Der Verf. behandelt unter diesem Titel lediglich die Störungen des Rundfunkempfangs durch atmosphärische Einwirkungen, durch andere Sender, durch benachbarte Empfänger und durch elektrische Maschinen und Anlagen.

In einem Vorabschnitt wird eine Übersicht über die Kampannittel gegen Rundfunkstörungen gegeben, die auf dem Gebiet der Technik, des Rechts und zielbewußter Gemeinschaftsarbeit im Lauf der Zeit herausgearbeitet worden sind.

Ein weiterer Sonderabschnitt behandelt mit viel Liebe im Anschluß an §§ 11, 18 FernmAnfG. v. 14. Jan. 1928 (RGBl. I, 8) die praktisch wohl nicht allzu häufig zur Entscheidung kommende Frage, inwieweit die Ermittlung und Namhaftmachung anderer öffentlichen Zwecken dienender störender Fernmeldeanlagen ohne Verstoß gegen die vorgenannten Verbote zulässig ist.

Der vierte (Haupt-) Abschnitt erörtert eingehend — nach zutreffender Ablehnung von Rechtsansprüchen gegen Reichspost und Sendegesellschaften — die bürgerlich-rechtlichen Ansprüche, die dem im Rundfunkempfang gestörten Empfänger selbst zustehen: a) aus § 23 des vorbezichneten Gesetzes, b) auf Grund des StGB. (§§ 1004, 906, 907, 823 Abs. 2 (quasi-deliktsche Unterlassungsklage unter Mitberücksichtigung des § 360 Ziff. 11 StGB. und etwaiger PolizeiVO.).

Im Anschluß daran wird der rechtlichen Möglichkeiten gedacht, die der Reichspost als der Verwalterin des Funkhoheitsrechts (Verleihbedingungen!) und den Elektrizitätswerken (durch ihre Stromlieferungsbedingungen für Motore und Hochfrequenzgeräte) im Kampf gegen die Störungen gegeben sind.

Die Frage, inwieweit strafrechtlich gegen Störungen des Rundfunks eingeschritten werden kann, ist in einem weiteren Abschnitt ebenso sorgfältig behandelt wie die Möglichkeit, durch PolizeiVO. den Störern zu Leibe zu gehen. Hierbei wird gebührend ein nicht veröffentlichtes Gutachten des Prof. Dr. W. Fellinel v. 5. Febr. 1929 in den Vordergrund gerückt, in dem dieser mit guten Gründen den Standpunkt vertritt, daß derartige PolizeiVO. sachlich mit dem Reichsrecht vereinbar sind, so daß es nur darauf ankommt, inwieweit das öffentliche Recht der einzelnen Länder die Ermächtigung dazu gibt. Für Preußen wird die Zulässigkeit polizeilichen Eingreifens gegenüber Störungen durch andere als Fernmeldeanlagen bejaht; für Bayern kommt der Verf. zu einem ähnlichen Ergebnis. Auch für die meisten anderen deutschen Länder glaubt er dasselbe feststellen zu können.

Die Arbeit des Verfassers läßt hier und da in der Art der Darstellung den Anfänger erkennen, beschämt aber manchen erfahrenen Autor durch den Fleiß und die Gewissenhaftigkeit in der Zusammentragung und Benutzung der Abspr. und des Schrifttums. Ihre übersichtliche und, soweit ich sehe, vollständige Zusammenstellung auf mehr als 21 Seiten ist eine Fundgrube für jeden, der sich mit dem Recht der Rundfunkstörungen befaßt und alsdann den vielen auseinandergehenden Ansichten über Einzelfragen vielleicht noch eine neue eigene Ansicht hinzufügen kann. Ich möchte mich hier dessen enthalten, wenn ich auch — mit dem Verf. — die Zeit noch nicht für gekommen halte, daß die Streitfragen durch ein Machtwort des Reichsgesetzgebers entschieden werden. Manches — auch auf technischem Gebiet — wird man vorher noch herantreiben lassen müssen. Die Ansätze zu einer gesetzlichen Regelung in Italien (§ 8 des Ges. über Funkübertragung künstlerischer Aufführungen v. 14. Juni 1928) und in Dänemark (Ges. v. 31. März 1931) teilt der Verf. auf den letzten Seiten (123/124) seines Buchs z. T. in ihrem Wortlaut, z. T. in ihren Grundzügen mit.

OVPräs. i. R. Dr. Holtzöfer, Berlin.

**Hermann Görke: Das Forstzivilrecht im Deutschen Reich.**  
2. Band. Neudamm 1933. J. Neumann. XX, 688 S.  
Preis brosch. 24 *R.M.*, geb. 28 *R.M.*

Nach dem Plan, den der leider zu früh verstorbene Forstrechtler Görke aufgestellt hatte, ist jetzt der 2. Band des vorliegenden Werkes erschienen. Während der 1. Band das allgemeine Reichsforstzivilrecht enthält (vgl. die Besprechung v. Delius: *JW.* 1931, 2618), bringt der vorliegende 2. Band das besondere Forstzivilrecht der Länder Baden, Bayern, Hessen, Mecklenburg-Schwerin, Mecklenburg-Strelitz, Preußen, Sachsen und Württemberg von verschiedenen Mitarbeitern aus den einzelnen Ländern. Die Darstellung ist durchweg im gleichen vom Herausgeber gestellten Rahmen erfolgt, wodurch trotz der großen Verschiedenheit der einzelnen Landesrechte eine übersichtliche Einteilung ermöglicht wurde. Sämtliche Darstellungen gehen grundsätzlich von der Gliederung der für die Forst- und Holzwirtschaft wichtigen Artikel des *EGWB.* aus. Obwohl das Werk in erster Linie nicht als Lehrbuch, sondern als Handbuch für den Forstpraktiker bestimmt ist, wird es in vielen Fällen auch dem juristischen Praktiker von großem Nutzen sein.

**Dr. Fritz Ihlenburg: Die deutsche Siedlung als Ausdruck eines national-sozialistischen Gesellschaftsideals.** Der Versuch einer völkisch-soziologischen Begründung. Mit einem Vorwort von Dr. Erwin Roach. Halle a. S. 1933. Carl Marhold Verlagsbuchhandlung. 47 S.

*N.A.* Dr. Roach in Halle widmet mit Recht diesem Heft ein empfehlendes Vorwort. Der Verfasser stellt zunächst folgendes fest:

1. Die Siedlungspolitik von 1886 bis heute ist an dem Mangel eines klaren, zielbewußten, das ganze Volk durchbringenden, nationalen Willens gescheitert;

2. eine Siedlung ist nicht Selbstzweck, sondern ein geeignetes Mittel, die im Volke herbordrängenden arterhaltenden Kräfte für die Volksgesamtheit nutzbringend zu verwenden;

3. ein Volk wird nur dann gern seine Kräfte der Siedlung zur Verfügung stellen, wenn diese der Ausdruck eines völkischen, sozialistischen Gesellschaftsideals ist.

Der Verfasser fordert von der zukünftigen Siedlungspolitik, daß besonderer Wert auf die persönliche und sachliche Eignung des Siedlungswilligen gelegt wird (er hätte hinzufügen können „und seiner Frau“), und daß die Siedlungsberechtigung besonders Militärpersonen (warum nicht auch *S.A.*?), in der Arbeitsdienstpflicht Bewährten und den freien Berufen erteilt werden soll.

*N.A.* Hermann Boff, Berlin.

### Eingegangene Bücher.

Wilhelm Sauer, Prof. in Königsberg: *Wendung zum nationalen Strafrecht.* Zugleich zum Fortgang der Strafrechtsreform. Stuttgart 1933. Ferdinand Enke Verlag. Preis geb. 1,50 *R.M.*

Wegbereiter und Vorkämpfer für das neue Deutschland. Herausgegeben von Wilhelm Frhr. v. Müffling. Mit 168 Bildnissen von E. Reklaff, Düsseldorf, und anderen. München 1933. J. F. Lehmanns Verlag. Preis 1,50 *R.M.*

Der Rechtsstaatsgedanke im Strafrecht und Strafverfahrensrecht von der Reichsgründung bis zur Gegenwart. Rede zur Reichsgründungsfeier von Eduard Pern. (Freiburger Universitätsreden. Heft 9.) Freiburg i. Br. 1933. Universitätsbuchhandlung Speyer & Kaerner. Preis 0,75 *R.M.*

Prof. Dr. Johannes Nagler, Breslau: *Anlage, Umwelt und Persönlichkeit des Verbrechens.* Stuttgart 1933. Ferdinand Enke Verlag. Preis geb. 2,50 *R.M.*

„Muß ‚Schuld‘ Verbrechen sein?“ Eine rechtsphilosophische Studie von Gerhard Ludwig Schneider. Mit einem Hinweis von Prof. Kohlrausch. Berlin 1933. Verlag Georg Bath. Preis 1,50 *R.M.*

Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich i. d. Fass. der Strafgesetznov. v. 26. Mai 1933 und mit den für die Praxis wichtigsten strafrechtlichen Nebengesetzen. Textausgabe mit Verweisungen und Sachregister (Stand vom 1. Juni 1933). 4. Aufl. Mannheim 1933. J. Wenzheimer. Preis in Leinen 1,80 *R.M.*

Dr. jur. et rer. pol. Leopold Schäfer, Geh. RegR., MinR. im *R.V.M.*: *Strafgesetzbuch.* Textausgabe mit Verweisungen und Einarbeitung der zur Ergänzung des Strafgesetzbuchs ergangenen Novellen und Notverordnungen. Berlin 1933. Verlag Franz Vahlen. Preis 1,80 *R.M.*

Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich v. 15. Mai 1871 mit einem Anhang von wichtigen Bestimmungen des *EGWB.* und der *St.P.D.* Zum Gebrauch für Polizei-, Sicherheits- und Kriminalbeamte erläutert von Dr. A. Grofz, *OGPräf. i. R.*, neubearb. von Dr. Walter Petters, *OGR.* 11. Aufl. München, Berlin und Leipzig 1933. J. Schweizer Verlag (Arthur Sellier). Preis geb. 4,20 *R.M.*

Strafgesetzbuch mit den wichtigsten Nebengesetzen. Textausgabe mit Verweisungen und Sachverzeichnis. VIII, 198 S. München 1933. E. S. Beckische Verlagsbuchh. Preis Leinenbd. 2 *R.M.*

Strafprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz. Textausgabe mit Einleitung, Anmerkungen und Nebengesetzen in Verbindung mit Dr. Hermann Mannheim, *OGR. u. Prof. in Berlin*, bearbeitet von Dr. Eduard Kohlrausch in Berlin. 23. Aufl. Berlin 1933. Walter de Gruyter & Co. VIII, 506 S. Preis geb. 6,75 *R.M.*

Dr. jur. Gerhard Güttler: *Das Waffengebrauchszrecht der Vollzugsorgane in Preußen.* Unter besond. Berücks. des Waffengebrauchszrechts der Polizeivollzugsbeamten einschl. der Beamten der Landjäger, der Forst- und Jagdschutzbeamten und der Grenzaufsichtsbeamten. Berlin 1933. Carl Heymanns Verlag. Preis brosch. 5,40 *R.M.*, geb. 6 *R.M.*

Paul Windisch, *ObJustSekt.* in Borna bei Leipzig: *Neue Wege zur Bekämpfung der Jugendkriminalität.* Mit einem Beitrag von Dr. jur. Walter Arnold, *N.A.* in Leipzig. Leipzig 1933. Universitätsverlag von Robert Koske.

Prof. Dr. Ernst Siefert, Halle a. S.: *Neupreußischer Strafvollzug, Politisierung und Versfall.* Halle a. S. 1933. Carl Marhold Verlagsbuchhandlung. Preis geb. 1 *R.M.*

Das Gefangenen-Sammeltransportwesen in Preußen. Herausgegeben von Friedrich Klee, *Pr. im PrJustMin.*, und Hermann Krüger, *Amtsrat im PrMdBZ.*, unter Mitwirkung von Paul Teuber, *Polizeirat, Leiter des Gefangenen-Sammeltransportwesens für Preußen im Polizeipräsidium in Berlin.* Berlin. Carl Heymanns Verlag. 114 S. Preis 3,80 *R.M.*

Handwörterbuch der Kriminologie und der anderen strafrechtlichen Hilfswissenschaften, herausgegeben von Alexander Elster, Dr. jur. in Berlin, und Heinrich Dingemann, *OGStA.* in Essen. 8. Lief.: *Kindermißhandlung — Kriminalpsychologie.* (Sachregister, Titel und Inhaltsverzeichnis des 1. Bandes.) Berlin und Leipzig 1933. Verlag von Walter de Gruyter & Co. Preis 6 *R.M.*

Dr. Karl Weiler, Facharzt für Psychiatrie, *Oberregierungsmedizinischer Rat bei der Versorgungsärztlichen Untersuchungsstelle München:* *Nervöse und seelische Störungen bei Teilnehmern am Weltkrieg, ihre ärztliche und rechtliche Beurteilung.* Erster Teil: *Nervöse und seelische Störungen psychogener und funktioneller Art.* Mit 30 Abbildungen. (Arbeit und Gesundheit. Sozialmedizinische Schriftenreihe aus dem Gebiete des Reichsarbeitsministeriums, herausgegeben von Prof. Dr. Martinek, Ministerialdirigent im Reichsarbeitsministerium. Heft 22.) Leipzig 1933. Verlag Georg Thieme. Preis 6 *R.M.*

Prof. Heinrich Hilbrand: *Gerichtliche Medizin.* Ein Leitfaden für Studierende und praktische Ärzte. 2., veränd. Aufl. Berlin 1932. Verlagsbuchhandlung von Richard Schoep. 173 S. Preis brosch. 4,50 *R.M.*, geb. 5,80 *R.M.*

Die Rechtsprechung des Reichsdisziplinarhofs von Dezember 1931 bis Dezember 1932. Auf der Grundlage der Sammlung von Geh. Rat Dr. Alfred Schulze, *MinDir.* und Leiter der Sächsischen Staatskanzlei, und *OGPräf.* Dr. Walter Simons, *Präf. des R.DizD.*, fortgesetzt von Geh. RegR. Fritz Foerster, *MinR. im R.MdBZ.* Berlin 1933. Verlag von Franz Vahlen. Preis 6,75 *R.M.*

Reichsabgabenordnung mit Steuerausführungsgesetz, Finanzgerichtsordnung, Stundungsordnung, Weisungsordnung und anderen Nebenbestimmungen. Mit Erläuterungen von Günther Biedermann, *OGRegR. im R.V.M.* München 1933. E. S. Beckische Verlagsbuchh. Preis Leinenbd. 7,80 *R.M.*

Dr. Otto Warneher, Reichsgerichtsrat: Unsechtungsgesetz. 3. Aufl. Berlin 1933. Carl Heymanns Verlag. Preis geb. 10 *R.M.*

Vollstreckungsschutz für die Binnenschifffahrt. Ges. v. 24. Mai 1933. Erläutert von Dr. Werner Bogels, MinR. im Reichsjustizministerium. Berlin 1933. Franz Vahlen. 78 S. Preis 2,25 *R.M.*

Vgl. den Aufsatz des Verfassers: *JW.* 1933, 1294.

Leipziger rechtswissenschaftliche Studien. Herausgegeben von der Leipziger Juristen-Fakultät. Heft 73: Die Rechtsgrundbeirrede. Von Dr. jur. Friedrich-Gustav Hübnermann. Leipzig 1932. Verlag von Theodor Weicher. VI u. 59 S. Preis 3,50 *R.M.*

Sammlung arbeitsrechtlicher Gesetze. I. Die Arbeitsgesetze in einem Band. Mit Erläuterungen aus der höchst-

richterlichen Rechtssprechung des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte von Wagemann, MinR. im Pr. Just. Min. 2. Aufl. Berlin. Verlag von Georg Stilke. Preis 19,50 *R.M.*

Sammlung arbeitsrechtlicher Gesetze V. MinR. Wagemann und Geh. D. J. R. Sen. Präf. i. R. Dr. Preiser: Frauenschutz. Schutz der Jugendlichen und Kinder. Hausarbeitsgesetz. Eine Sammlung der hierauf bezüglichen Gesetze und W. des Reiches und Preußens. Berlin 1933. Verlag Georg Stilke. Preis 3,20 *R.M.*

Dr. Theodor Rittler, o. ö. Prof. der Rechte in Innsbruck: Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts. Auf der Grundlage des Grundrisses von Dr. Heinrich Lammasch, weil. Prof. der Rechte in Wien. Erster Band: Allgemeiner Teil. Wien 1933. Druck und Verlag der Österr. Staatsdruckerei. Preis in Ganzleinen geb. 9,40 *R.M.*, brosch. 8,20 *R.M.*

## 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 Rechtsanwälten beim Reichsgericht Justizrat Dr. Kaiser, Justizrat Dr. Kurlbaum, Justizrat Dr. Schrömbgens und Huber.

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

##### I. Materielles Recht.

1. §§ 278, 823, 831 BGB. Läßt sich ein Kranker auf Anraten seines Arztes in einem Krankenhaus zu Heilzwecken durch eine von dem Arzt mit Anweisungen versehene Krankenschwester bestrahlen (nicht durchleuchten), so wird diese in der Regel nicht als Erfüllungsgehilfin des Arztes zu erachten sein. Er handelt aber schuldhaft, wenn er sie nicht in angemessener Weise überwacht, obwohl ihm zweifelhaft sein muß, daß bei ihrer Anstellung die nötige Sorgfalt angewandt worden ist. †)

Die Kl. litt an einem Myom (Muskelgeschwulst) im Unterleib. Dr. B. behandelte sie und zog den als Chirurg und Frauenarzt in T. tätigen Bekl. zu. Auf Rat des letzteren, der wegen des starken Blutverlustes eine Operation für unmöglich hielt, unterzog sich die Kl. zur Beseitigung der lebensgefährlichen Erkrankung einer Behandlung mit Röntgenstrahlen in dem Gv. Krankenhaus. Nach den Anweisungen des Bekl., der die zu bestrahlenden Körperteile sowie die Zeit und Art der Bestrahlung bezeichnete, führte die in dem Krankenhaus seit dem 15. Jan. 1927 tätige Schwester W. am 17., 19., 23., 25. und 31. Jan. 1927 die Bestrahlung mit dem Röntgenapparat des Krankenhauses durch. Die Kl.

Zu 1. Die Schwester, durch deren technisches Versehen bei der Bedienung des Röntgenapparates die Verbrennung verursacht wurde, ist nicht als Erfüllungsgehilfin des Bekl. anzusehen. Dies ist vom RG. so überzeugend dargelegt, daß dem nichts hinzugefügt werden braucht. Fraglich ist, ob die Verbrennung in ursächlichem Zusammenhang mit der Verletzung einer eigenen Vertr. Pflicht des Bekl. gebracht oder nach § 823 BGB. als vom Bekl. verschuldet angesehen werden kann. § 831 BGB. kommt nicht in Frage, weil die Schwester mit Vornahme der Röntgenbestrahlung nicht vom Bekl., sondern vom Krankenhaus beauftragt worden war. Wäre die Röntgenbehandlung in einem großen von Ärzten geleiteten Krankenhause erfolgt, so würde kein Zweifel darüber bestehen, daß sich die Vertr. Pflicht des Bekl. der Kl. gegenüber in der Aufstellung des Heilplanes und Anordnung der Bestrahlung unter näherer Angabe der Stärke, Dauer und Zahl der einzelnen Bestrahlungen erschöpft hätte. Denn dann hätte sich Bekl. darauf verlassen können, daß die Bestrahlung nur durch eine erfahrene und erprobte Schwester ausgeführt werden und für deren ärztliche Überwachung Sorge getragen würde. Wenn aber, wie hier,

bezahlt die Bestrahlung an das Krankenhaus gemäß dessen Erfordern.

Nachträglich ergab sich eine Verbrennung mit Röntgenstrahlen. BG. sprach der Schadensklage zu. RG. hob auf und verwies zurück.

1. Nach der Feststellung des BG. ist die Verbrennung, die den schädigenden Gesundheitszustand herbeigeführt hat, auf folgende Weise entstanden: Am 23. Jan. 1927 verschoben sich während der Bestrahlung die aus Bleigummi bestehenden Abdeckungsplatten, welche die nicht zu bestrahlenden, aber den Einwirkungen der Strahlen an sich ausgesetzten Körperteile gegen diese schützen sollten, nach der Seite. Dadurch wurde im Verlaufe der weiteren Bestrahlung, insbes. am 31. Jan., dem Bestrahlungsfelde auf dem rechten Unterleib eine größere Dosis Strahlen zugeführt, als sie von dem Bekl. vorgeesehen war und von dem Körper getragen werden konnte. Diese nicht vorgesehene Bestrahlung ist dadurch hervorgerufen worden, daß die mit der Vornahme der Bestrahlung beauftragte Schwester W. entweder die Abdeckungsplatten von vornherein nicht genügend befestigt hat, so daß diese sich ohne Zutun der Kl. verschoben, oder daß die Kl. unwillkürlich Bewegungen machte, die eine Verschiebung der Platten zur Folge hatten. In beiden Fällen hat die W. die Strahleneinwirkung verschuldet. Denn es war ihre Pflicht, die Platten ordnungsmäßig zu befestigen. In jedem Falle mußte sie aber auch nach der besonderen Lage des Falles öfters die Bestrahlung unterbrechen und feststellen, ob die Platten noch ihre ordnungsmäßige Lage hatten. Hätte sie das getan, so hätte sie nach kurzer Zeit die Verschiebung bemerkt, die Platten in die richtige Lage gebracht und so eine längere, unzulässige Strahlenwirkung verhindert, die im Zusammenhang mit der späteren Bestrahlung des rechten Unterleibes die Verbrennung hervorgerufen hat. Diese Ausführungen des BG. unterliegen keinen rechtlichen Bedenken. Ebenso bedenkenfrei entnimmt das BG. den Umständen, daß die Kl. bezüglich der Durchführung der Bestrahlung zu dem Kranken-

das Krankenhaus keinen ärztlichen Leiter hatte, die Schwester erst fünf Wochen im Dienst war und es sich um ein schweres, nicht mehr operierbares, das Leben gefährdendes Leiden handelte, welches durch die Bestrahlung geheilt werden sollte, dann allerdings ist es auch m. E. Pflicht des Bekl. gewesen, entweder die Kl. zu veranlassen, in ein anderes von Ärzten geleitetes Krankenhaus zu gehen, oder die Tätigkeit der Schwester zu überwachen. Dies um so mehr, als erfahrungsgemäß auch bei erprobten Schwestern in großen Krankenhäusern nicht selten schwere Versehen bei der Bedienung der Röntgenapparate vorkommen. Natürlich darf die Hiernach sich für den Bekl. ergebende Überwachungsspflicht nicht überpannt werden, was ja auch das RG. angedeutet hat. Man kann nicht dem Arzt zumuten, dauernd bei den Bestrahlungen zugegen zu sein. Dann könnte er sie ja selber ausführen. Es dürfte genügen, wenn er sich einmal davon überzeugt hat, daß die Schwester seine Anordnungen auch wirklich genau befolgt, und wenn er durch ihre Persönlichkeit den Eindruck hat gewinnen können, daß sie dies auch in Zukunft tun werde.

J. R. Dr. Thierisch, Leipzig.

haus in ein Vertragsverhältnis getreten war, nachdem das Krankenhaus es übernommen hatte, für die sachgemäße Einrichtung des Röntgenzimmers und für die ordnungsmäßige Durchführung der Bestrahlung zu sorgen.

2. Das BG. nimmt aber weiter auch an, daß der Befl. gleichfalls für die Durchführung der Bestrahlung, jedenfalls in gewissem Umfange, verantwortlich gewesen sei, da die W. auch seine Erfüllungsgehilfin gewesen sei, und begründet das folgendermaßen: Nach den vom RG.: RG. 118, 41 f.<sup>1)</sup> aufgestellten Grundsätzen sei dann, wenn das Krankenhaus den Apparat und die Bedienungsperson dem Kranken, und nicht dem Arzt zur Verfügung stelle, eine Haftung des Arztes für Bedienungsfehler dieser Person ausgeschlossen. Unter solchen Fehlern seien offenbar aber nur solche zu verstehen, die „bei der rein technischen Bedienung des Apparates“ gemacht würden. Der Umfang der abgesehen davon dem Arzt nach seinem Vertrage mit dem Kranken obliegenden Pflichten sei aus den sonstigen Umständen zu entnehmen. Als solche kämen hier vor allem in Betracht: An dem Gb. Krankenhaus sei ein Anstaltsarzt nicht vorhanden gewesen. Die Durchführung der Bestrahlung bedürfe aber, abgesehen von der rein technischen Bedienung des Apparates, stets einer gewissen ärztlichen Obergewalt. Die Röntgenbestrahlung sei bei der in äußerster Lebensgefahr schwebenden Kl. an Stelle der an sich gebotenen, aber wegen der besonderen Umstände nicht ausführbaren Operation angeordnet worden. Bei einer Operation wäre der Befl. für jeden Ausführungsfehler als Vertragspartei verantwortlich gewesen. Bei einer Röntgenbestrahlung liege es allerdings etwas anders. Immerhin müsse aber auch dort „die berufliche und vertragliche Sorgfaltspflicht des Arztes“ dann als eine besonders ausgedehnte erscheinen, wenn die Bestrahlung als letztes Mittel an Stelle einer Operation gegen den sicheren Tod der Patientin angeordnet werde“. Hiernach beständen keine Bedenken, die Vertragspflicht des Befl. so zu bestimmen, daß er für die gesamte Durchführung der Bestrahlung verantwortlich war, soweit diese nicht in der rein technischen Bedienung der Röntgenanlage bestand. Der Befl. habe sich ja auch bei der ersten Bestrahlung um die ganze Durchführung gekümmert, der W. auch sonst Anweisungen gegeben. Daraus sei zu schließen, daß er sich auch selbst für die Durchführung „zum mindesten in gewissem Umfange“ verantwortlich gehalten habe. Er habe diese Pflichten allerdings auch durch andere Personen erfüllen lassen können. Wenn er die Erfüllung dieser Pflichten, „soweit also die Befolgung seiner ärztlichen Anordnung insbes. wegen der Bestrahlungszeit in Frage stand“, der W. überlassen habe, so habe er sich ihrer „als Erfüllungsgehilfin bedient“. Die Verbrennung der Kl. sei nun nicht dadurch herbeigeführt worden, daß die W. den Röntgenapparat fehlerhaft bedient habe, sondern dadurch, daß sie bei Befolgung der ärztlichen Anordnung des Befl. nicht mit der erforderlichen Sorgfalt verfahren sei. Denn sei es, daß die Schutzplatte von vornherein nicht ordnungsmäßig beseitigt gewesen sei, sei es, daß die W. nicht durch hinreichende Aufmerksamkeit für die Beseitigung der Verschiebung gesorgt habe, handle es sich letzten Endes um die Einhaltung und Überwachung der angeordneten Bestrahlungsdauer und um Maßnahmen, die der Befl. auf Grund seiner ärztlichen Fachkenntnisse auch selbst hätte ausführen können und für die eine besondere röntgentechnische Ausbildung nicht erforderlich gewesen sei.

Der Rev. ist zuzugeben, daß die von dem BG. angegebenen Umstände nicht ausreichen, um die Schwester W. als Erfüllungsgehilfin des Befl. erscheinen zu lassen, für deren Versehen er vertraglich nach § 278 BGB. ohne weiteres einzustehen hat. Mit RG. 118, 41 f.<sup>2)</sup> (3. ZivSen.) ist davon auszugehen, daß der Arzt nur dann, wenn er den Röntgenapparat und die Bedienungsschwester zur Verfügung stellt und durch sie die Bestrahlung vornehmen läßt, sei es, daß es sich um seinen Apparat und seine Angestellte handelt, sei es, daß ihm von dritter Seite, hier also von dem Krankenhaus, Apparat und Schwester zu seinem Gebrauch überlassen sind, für Mängel des Apparates und Versehen der Schwester bei der Bestrahlung nach § 278 BGB. einzustehen hat, daß das aber anders ist, wenn der Kranke mit dem

Krankenhaus einen Vertrag über die Bestrahlung abgeschlossen hat, kraft dessen dieses ihm gegenüber zur Stellung einer ordnungsmäßigen Röntgeneinrichtung und zur richtigen Durchführung der Bestrahlung durch ihre Schwester verpflichtet war. In letzterem Falle ist die Schwester, jedenfalls soweit es sich um die technische Durchführung der Bestrahlung handelt, nicht seine Erfüllungsgehilfin, da er sich ihrer insoweit nicht zur Erfüllung seiner Verpflichtungen bedient. Ob das etwa in anderer Beziehung der Fall ist und ob insbes. bei einer Durchleuchtung die Schwester als Erfüllungsgehilfin des Arztes insoweit zu betrachten ist, als es sich um die Befolgung der besonderen Anordnungen des Arztes wegen der Bestrahlung handelt — wie es der 3. ZivSen. a. a. O. angenommen hat —, braucht nicht erörtert zu werden. Denn der vorl. Fall unterscheidet sich von jenem dadurch, daß hier nicht eine Durchleuchtung, sondern eine Bestrahlung vorgenommen worden ist. Die erstere setzt die Anwesenheit und Mitwirkung des Arztes voraus, der auch während der Durchleuchtung Anordnungen zu geben pflegt und insolgedessen auch ihre Befolgung prüfen kann. Die Bestrahlung aber ist ein Heilmittel, dessen Art und Weise wohl der Arzt bestimmt, dessen Anwendung aber in Fällen der vorl. Art durch einen anderen erfolgt, nicht durch ihn. Allerdings hat dieses Heilmittel seine Besonderheiten und ist keineswegs in jeder Beziehung anderen Heilmitteln, insbes. der Anwendung von Arzneien für die Beurteilung der Stellung des Arztes gleichzusetzen. Ob er etwa kraft des Arztvertrages dem Kranken gegenüber gewisse Verpflichtungen bei der Empfehlung des Röntgeninstituts hat und ob ihm u. U. obliegt, der Bedienungsperson vor der Bestrahlung Anweisungen zu geben und die Durchführung der Bestrahlung zu überwachen, wird später erörtert werden. Jedenfalls wird auch dadurch nicht die Röntgenbedienung zu seiner Erfüllungsgehilfin, vielmehr haftet der Arzt, wenn infolge seiner Verletzung dieser Pflichten eine Schädigung des Kranken durch ein unsachgemäßes Vorgehen der Bedienung eintritt, dafür wegen Verletzung seiner eigenen Vertragspflichten unmittelbar, nicht weil er sich zur Erfüllung seiner Verpflichtungen der Schwester bedient und diese ein Versehen begangen hat. An dieser Rechtslage wird vorliegend auch nichts durch die vom BG. angeführten Umstände geändert. Denn daraus, daß das Krankenhaus keinen eigenen Arzt hatte, kann wohl eine verstärkte Prüfungs- und Überwachungspflicht des Befl. folgen, nicht aber, daß er sich der Schwester zur Erfüllung seiner Pflichten bedient, die gerade in ihrer Anweisung und Überwachung besteht. Und ebenso liegt es bei der Bedeutung der schweren Erkrankung der Kl. und der Ersetzung einer Operation durch die Bestrahlung. Ganz abgesehen davon ist nicht ersichtlich, daß gerade die schwere Erkrankung der Kl. die Gefahr der Verbrennung oder deren Folgen vergrößerte. Mit Recht weist die Rev. aber auch weiter darauf hin, daß die Versehen, die der W. zur Last fallen, sich auf die technische Seite der Anwendung der Röntgenanlage beziehen und nicht die Befolgung der besonderen ärztlichen Anordnungen, besonders bezüglich der Bestrahlungsdauer, betreffen. Zu der technischen Seite der Bestrahlung gehört auch der Schutz der nicht zu bestrahlenden Körperteile des Kranken gegen die Einwirkung der Strahlen. Es handelt sich dabei um einfache, rein technische Schutzmaßnahmen, deren Bedeutung und Anwendung jede Röntgenchwester lernt und kennt und für die es in der Regel keiner besonderen ärztlichen Anordnung und Prüfung bedarf. Hierauf kommt es an, und nicht darauf, ob auch der Arzt auf Grund seiner Fachkenntnisse dieselbe Kenntnis besaß und die Platten selbst hätte anlegen können. Zu einem anderen Ergebnis kann man auch nicht dadurch kommen, daß man sagt: Durch das Verschieben der Platten ist die gesamte, für die Bestrahlung der verbrannten Stelle vom Befl. vorgesehene Dauer entsprechend verlängert worden; deshalb handelt es sich letzten Endes um die Befolgung dieser ärztlichen Anordnung des Befl. Denn auch wenn man in der Befolgung dieser Anordnungen durch die Schwester eine Erfüllungshilfe hinsichtlich den Pflichten des Befl. sehen wollte, würden immer nur Versehen in Betracht kommen, die unmittelbar eine Verletzung dieser Anordnungen darstellen, nicht aber solche, die bei der rein technischen Durchführung der

1) ZB. 1927, 2904.

2) ZB. 1927, 2904.

Bestrahlung vorkommen, und deren Folgen nur für die Wirkung einer ganz anderen Bestrahlung in Betracht kommen. Die Begr. des Klageanspruches kann hiernach aus der Haftung für ein Versehen der Schwester nach § 278 BGB. nicht hergeleitet werden.

3. Das BG. gibt für seine Entsch. aber noch eine weitere, selbständige Begr. Nach Lage des Falles habe der Bekl. die Bestrahlung nur einer ihm als tüchtig und gewissenhaft bekannten Schwester anvertrauen dürfen. Das sei die W. nicht gewesen; sie sei erst kurz vorher in den Dienst des Krankenhauses eingetreten und unerprobt gewesen. Deshalb hätte der Bekl. sie nach eingehender Belehrung „so beaufsichtigen müssen, wie es seine Pflicht war“, dann „wären die Platten nicht abgerutscht, und es wäre die abgerutschte Stelle jedenfalls nicht solange bestrahlt worden, wie es geschehen ist“. Hiernach hafte der Bekl. nicht nur aus Vertrag, sondern auch aus §§ 823 und 831 BGB. Auch diese Erwägungen können das Ur. nicht tragen.

Da das Krankenhaus keinen eigenen Arzt hatte, vielmehr von Laien geleitet wurde, und somit eine ärztliche Prüfung, ob die neu einzustellenden Schwestern den an sie in technischer Beziehung und an ihre Erprobung und Erfahrung zu stellenden Anforderungen genügten, sowie ob sie sich im Krankenhaus in jeder Beziehung bewährten, nicht stattfand, traf den Bekl., der diese Verhältnisse kannte, als ärztlichen Berater der Kl. die Verpflichtung, sorgfältig zu prüfen, ob er dieser anraten durfte, die Bestrahlung in dem Krankenhaus vornehmen zu lassen, und, wenn das nach Lage der Umstände auch bei Bedenken geboten war, nun seinerseits durch Unterweisung und Beaufsichtigung der Schwester dafür zu sorgen, daß die mit Röntgenbestrahlungen durch nicht genügend sachkundige oder erprobte Schwestern verbundenen erheblichen Gefahren, soweit nur irgend zugänglich, vermieden wurden. Nun hatte die Schwester W. zwar eine halbjährige Ausbildung in Handhabung einer Röntgenanlage durchgemacht und auch eine Prüfung abgelegt. Sie hatte dann aber nur einmal fünf Wochen hindurch vertretungsweise als Röntgenschwester gewirkt und war später ohne Stellung gewesen, bis sie zwei Tage vor der ersten Bestrahlung der Kl., ihren Dienst im Gv. Krankenhaus antrat. Welcher Art ihre Tätigkeit in der fünfwöchigen Vertretungszeit gewesen war, und ob sie sich dabei bewährt hatte, ist nicht festgestellt. Von einer Erprobung in dem Krankenhaus konnte noch keine Rede sein. Darauf, daß das Krankenhaus nur erfahrene und bewährte Kräfte einstelle, durfte sich der Bekl. nicht ohne weiteres verlassen, da eine ärztliche Leitung fehlte. Es wäre also, falls nicht ganz besondere Gründe eine andere Beurteilung gebieten, seine Verpflichtung gewesen, sich nach der bisherigen Tätigkeit und der Bewährung der W. zu erkundigen. Hätte er das getan, so hätte er wohl den wahren Sachverhalt erfahren, und dann wäre es seine Verpflichtung gewesen, durch ihre Überwachung festzustellen, ob sie die erforderlichen Kenntnisse hatte und unbedingt zuverlässig war (vgl. auch JW. 1927, 699; 1930, 1597 und VI 664/28 v. 30. Mai 1929. In welcher Weise und wie lange er das zu tun hatte, muß der Tatrichter entscheiden, insbes. auch, ob und wie es bei der Bestrahlung notwendig war, bei der das Versehen vorkam. Weiter muß er auch im einzelnen prüfen und darlegen, wie sich dann der Sachverhalt gestaltet hätte und das Versehen, und ob seine Folgen ganz oder teilweise vermieden worden wären. Die ganz allgemeine Ausföhrung des BG., der Bekl. hätte so beaufsichtigen müssen, wie es seine Pflicht gewesen wäre, dann hätten sich die Platten nicht verschoben und es wäre die abgedeckte Stelle nicht solange bestrahlt worden, kann

nicht genügen, denn sie verhindert jede Nachprüfung, welches Maß von Sorgfalt das Gericht von dem Bekl. verlangt, und ob dieses nicht überspannt ist, und ob die Folgerungen für die Art und den Umfang der Schadenersatzpflicht des Bekl. rechtsbedenkensfrei gezogen worden sind. Insbes. muß auch festgestellt werden, wann der Bekl. das Verschieben der Platten bemerkt hätte und wie sich dann die weiteren Maßnahmen und Folgen gestaltet hätten.

(U. v. 19. Jan. 1933; VIII 448/32. — Köln.) [5.]  
(= RG. 139, 255.)

2. § 1 UmlWG. Zulässigkeit der Werbung für deutsche Erzeugnisse und der Bekämpfung ausländischer Einfuhr im Wettbewerb. Unzulässigkeit der Bezeichnung der von Tochtergesellschaften ausländischer Firmen in Deutschland mit deutschen Arbeitern hergestellten Ware als ausländischer.†)

Beide Parteien stellen Autoreisen her. Die Kl. ist eine Tochtergesellschaft der englischen Dunlop Rubber Company Limited in Birmingham. Ihr Aktientapital ist vorwiegend im Besitze der englischen Gesellschaft, die Aufsichtsratsmitglieder sind englische, dagegen die Mitglieder des Vorstands außer einem, ferner die Angestellten und Arbeiter deutsche Staatsangehörige. Aus Anlaß ihres 60jährigen Geschäftsjubiläums versandte die Bekl. im Frühjahr 1931 ein Werbeflugblatt, worin sie unter der Überschrift „60 Jahre M. 1871—1931 — Deutschland den Deutschen“ gegen die Einfuhr fremder Waren zu Felde zog, auf die vorbildliche Werbung der Engländer für ihre heimischen Waren, als Beispiel dafür auf das wiedergegebene Reklameplakat der englischen Dunlop-Gesellschaft mit der Inschrift „Dunlop as british as the flag“ hinwies und daraus die Folgerung zog: „Deutsche, kauft deutsche Reifen!“, woran sich nach einer Empfehlung der deutschen Gummireifenherstellung die Bemerkung schloß: „Seit 60 Jahren ist der deutsche Name M. Qualitätsbegriff. Deutsch ist die Arbeit, deutsch die Belegschaft von der Leitung bis zum jüngsten Lehrling, deutsch das Kapital, das dieses heimische Unternehmen speist.“ Die Kl. erblickt in der Verbreitung dieses Flugblattes einen unlauteren Wettbewerb, mit ihm wolle die Bekl. ihre Erzeugnisse als ausländische hinstellen, während ihr bekannt sei, daß die von der englischen Gesellschaft hergestellten Reifen nicht auf den deutschen Markt kämen. Sie klagt auf Unterlassung und Schadenersatz.

Das RG. hat mit einer Abweichung vom BU. verurteilt, soweit die Kl. in dem Flugblatt bezeichnet ist.

Im Gegensatz zur ersten Instanz erachtet das BG. in dem Werbeblatt der Bekl. eine Zuwiderhandlung gegen § 1 UmlWG. für gegeben. Sein Inhalt gehe über den Zweck einer zulässigen bloßen Propaganda gegen Auslandswaren und für deutsche Erzeugnisse hinaus, insofern durch die darin enthaltene Verweisung auf die Reklame der Firma Dunlop einerseits und die Reifen der Bekl. andererseits das Plakat den Charakter einer vom Wettbewerbszweck getragenen Reklame für die Erzeugnisse der Bekl., und zwar mit der Richtung gegen die Kl. annehme, die, obwohl eine auch von der Bekl. als solche anerkannte deutsche Firma, dem Durchschnittsleser des Werbeblattes als eine ausländische Fabrik erscheine, vor deren Waren sich der deutsche Käufer mithin zu hüten habe. Auf diese Irreföhrung des Publikums habe die Bekl. es auch offenbar abgesehen gehabt.

Die Rev. wirft der Kl. vor, daß sie selbst die Möglichkeit von Mißverständnissen geschaffen habe. Es ist aber für die Entsch. allein nicht erheblich, nicht was die Kl. zur Mar-

Zu 2. Jede Werbung für nationale Erzeugung muß sich notwendig gegen die Konkurrenz des Auslandes richten. Daß eine solche Werbung heute nicht mehr als „wettbewerbsfremd“ empfunden werden kann, und daß *W a s s e r m a n n s* — durch seine Kürze bestehendes, aber auch etwas boshaftes — Wort vom „Patriotismus der eigenen Tasche“ nicht schlechthin weitere Geltung beanspruchen darf, stellt das Ur. mit höchst erfreulichem Nachdruck fest. In der Tat würde „eine gegenteilige Auffassung vom Begriff einfach nicht verstanden werden“. Man darf hier hinzufügen, daß diese gegenteilige Auffassung gerade die englische Öffentlichkeit niemals geteilt hat, die in ihrer Werbung für die eigene

Produktion seit Jahrzehnten mit einer für alle anderen Nationen vorbildlichen Gründlichkeit und Stetigkeit vorgegangen ist. — Daß ein „Patriotismus der eigenen Tasche“ daneben noch heute — und gerade heute — möglich ist, liegt auf der Hand. Diese Möglichkeit ist aber richtig und schnell vom Gesetzgeber erkannt worden, wie das „Gesetz zum Schutze der nationalen Symbole“ v. 19. Mai 1933 bündig erweist. Der deutsche Kaufmann, der mit seinem Wagen im Ausland reist, hat im übrigen nicht nur ein ideales, sondern auch ein höchst reales Interesse daran, deutsches Fabrikat mit deutschem Zubehör zu benutzen. — Die Grenze zwischen einer eigensüchtigen Ausnutzung des vaterländischen Gefühls

stellung oder Verdunkelung ihrer Nationalität unternommen, sondern daß die Bekl. mit ihrem Werbeblatt den Anschein erweckt hat, als ob die Kl. entgegen dem wirklichen Sachverhalt eine englische Firma sei. Allerdings kann gerade in heutiger Zeit dem deutschen Kaufmann und Gewerbetreibenden nicht verwehrt werden, für seine Waren durch den Hinweis auf ihre deutsche Herkunft und die Notwendigkeit der Beschränkung ausländischer Zufuhren Reklame zu machen. Die Notlage, in der sich die deutsche Wirtschaft und daher auch das deutsche Volk in seinen weitesten Kreisen befindet, einerseits und die im Ausland überall durch Zollmaßnahmen u. dgl. zutage tretenden, dem Schutze der nationalen Erzeugung dienenden Abschließungsbestrebungen andererseits lassen beim Betriebe unserer einheimischen Waren einen Appell an die vaterländische Gesinnung der Käuferschaft durch den Bezug deutscher Ware, die in mindestens gleicher Güte wie im Auslande hergestellt wird, zur Linderung der deutschen Not beizutragen, vielmehr als durchaus gerechtfertigt, und keineswegs als Verstoß gegen die guten Sitten des Wettbewerbs erscheinen. Dieser Rechtsbegriff ist kein starrer, unabänderlicher, wie der erf. Sen. wiederholt ausgesprochen hat z. B. in den Ur.: JW. 1929, 249<sup>6</sup> = NuW. XXIX, 62, ferner in NuW. XXXI, 154 und 1932, 136 ff. (140). Mag in früheren, wirtschaftlich normalen Zeiten ein Hinweis auf den ausländischen Charakter eines fremden Geschäfts oder einer fremden Ware u. U. als Verstoß gegen § 1 UnW.G. zu beanstanden gewesen sein, mit der inzwischen eingetretenen völligen Veränderung der wirtschaftlichen Lage und Verhältnisse fast in der ganzen Welt, insbes. daher auch auf dem Gebiete des Güteraustausches der Länder und ihrer Handelsbeziehungen zueinander haben sich die für die Beurteilung dieses Verhaltens maßgebenden Anschauungen des Verkehrs ebenfalls geändert. Nach diesen erscheint es in den jetzt herrschenden wirtschaftlichen Notzeiten und mit Rücksicht auf das von den anderen Ländern deshalb geübte Verhalten ausgeschlossen, in dem Appell der Bekl. an sich einen Verstoß gegen die Grundsätze des lautereren Wettbewerbs, d. h. gegen das, was als anständiges Geschäftsgebahren und daher als im Wettbewerb geboten anzusehen. Eine gegenteilige Auffassung würde vom Verkehr einfach nicht verstanden werden. Anders verhält es sich dagegen mit der auf die Firma Dunlop bezugnehmenden Teilen. Der Eindruck, daß die den Reifen der Bekl. gegenübergestellte Dunlopware als durchweg ausländisches Fabrikat hingestellt wird, drängt sich beim Lesen des Inhalts und bei Betrachtung des Gesamtbildes des Druckes ohne weiteres auf. So betrachtet stellt sich das Werbeblatt aber zweifellos frei als eine Form unzulässiger sog. persönlicher Reklame dar. Denn die Kl. ist vermöge ihrer registrierlichen Eintragung als deutsche AktG. der Zusammensetzung ihres Vorstands sowie ihres Arbeiter- und Angestelltenpersonals und der Beschränkung ihres Absatzes auf in Deutschland hergestellte Reifen als deutsches und nicht als ausländisches Unternehmen

anzusehen. Indem das Werbeblatt eine Scheidung zwischen der deutschen und der englischen Firma Dunlop unterläßt, wirkt die in ihm enthaltene Abmahnung vor dem Ankauf ausländischer Reifen auf den, wie oben erwähnt, nicht unerheblichen, der Verhältnisse unkundigen Teil der Käuferschaft als eine Aufforderung zur Unterlassung des Ankafs von Dunlop-Reifen schlechthin, also auch solcher, die vermöge der deutschen Nationalität der Kl. als reine deutsche Waren angesprochen werden müssen, weil sie in ihrer Betriebsstätte in Hanau erzeugt sind, während in Wirklichkeit zufolge der Vereinbarungen der Kl. mit der englischen Dunlop-Gesellschaft Dunlop-Reifen englischer Herkunft auf dem deutschen Markt unstreitig überhaupt nicht erscheinen. Nach alledem stellt sich also das Werbeblatt der Bekl. als eine zu Wettbewerbszwecken über das Erwerbsgeschäft eines anderen, zu dessen Schädigung geeignete unwahre Behauptung dar, die nach § 14 UnW.G. die Bekl. zur Unterlassung und zum Schadensersatz verpflichtet. Auf § 1 UnW.G. braucht bei dieser Sachlage nicht zugekommen zu werden. (Folgt die Darlegung, daß nur der auf die Kl. bezügliche Teil der Erklärung zu verbieten ist.)

(U. v. 10. März 1933; II 357/32. — München.) [Ru.]

3. §§ 1, 3 UnW.G.; Art. 274 Abs. 2 B. V., Mabr. Abs. v. 14. April 1891; RG. v. 21. März 1925. Der Gebrauch des Wortes Pilsener mit einer hinzugefügten deutlichen Herkunftsbezeichnung bedeutet keinen Verstoß gegen den lautereren Wettbewerb. Für den in Schankwirtschaften geübten Mißbrauch (Pils) sind die Brauereien nicht verantwortlich. Das Gegenteil ergibt sich auch nicht aus den internationalen Verträgen. Für Wein und Spirituosen gelten andere Grundsätze. Die Bezeichnung des Bieres als Pilsener ist auch nicht deshalb verboten, weil eine genaue Nachahmung des echten Pilsener Bieres nicht möglich sei. Es kommt nur auf gewisse Ähnlichkeiten an.)

Der erf. Sen. hat in Übereinstimmung mit seiner bisherigen Rspr. zur Pilsener-Bier-Frage im RG. 79, 250 ausgesprochen und daran in seiner späteren Rspr. zu dieser Frage festgehalten, daß das Wort „Pilsener“ für sich allein zwar eine Herkunftsbezeichnung geblieben, also nicht zur Beschaffenheitsangabe geworden sei. Aber er hat angenommen, daß die Verwendung dieses Ortsnamens für die Bezeichnung eines nicht aus diesem Orte stammenden Bieres dann nicht zu beanstanden sei, wenn durch Zusätze, insbes. durch eine auf eine andere Braustätte als Pilsen hinweisende Angabe für die in Betracht kommenden Biertrinkenden Kreise des Publikums völlig klargestellt sei, daß das Wort „Pilsener“ (ebenso „Münchener“) nur eine Beschaffenheitsangabe enthalten solle.

Diese Auffassung des erf. Sen. entspricht der bisherigen

Zu 3. Dem Ur. ist in allen wesentlichen Punkten zuzustimmen. Es vermeidet eine ausdrückliche Feststellung, daß „Pilsener Bier“ Gattungsname geworden sei, denn es sei für sich allein eine Herkunftsbezeichnung geblieben; aber als Zwischenform hat es festgelegt, daß durch entsprechende Zusätze das Wort „Pilsener“ zur Beschaffenheitsangabe werden könne. Mit Recht bestreitet das RG. die Behauptung, zwei Ortsangaben nebeneinander („Maderberger Pilsener“) seien überhaupt unmöglich; die Bedeutung der beiden nebeneinanderstehenden Ortsnamen sei eben eine verschiedene. Diese schon in RG. 79, 250 angebaute Auffassung ist die Grundlage der Entwicklung im Namens- und Zeichenrecht der Bierbezeichnungen der letzten Jahrzehnte geworden. Gegen diese Auffassung hat sich zwar fast das gesamte juristische Schrifttum ausgesprochen, aber ich darf diese neue RG-Entscheidung mit um so größerer Zustimmung begrüßen, als ich die der Tageszeitung f. Brauerei am 11. Nov. 1931 die gleichen Bedenkengänge ausgeführt habe, die jetzt das neue Ur. des RG. tragen; denn ich sagte dort u. a.: „Man kann gewiß darüber streiten, ob es seinerzeit (1913) richtig war, den Weg zu beschreiten, die Bezeichnung „Pilsener“ von der Herkunftsangabe einigermaßen loszulösen und dieser Benennung den Weg zum Gattungs- und Eigenschaftsnamen zu erleichtern. Aber man darf heute doch darauf hinweisen, daß es manchen anderen Waren und Namen, wie Schweinfurter Grün, Berliner Blau, Kölnisches Wasser, Liebig usw., so ergangen ist, und daß der Verkehr, sobald er in einer Herkunftsbezeichnung zugleich eine ausgesprochene Herstellungsart und -eigenschaft erblickt, leicht und fast notwendigerweise

und einer Werbung, die vernünftigen Erwägungen der Kundschaft Rechnung trägt, zu finden, wird in der Praxis kaum jemals Schwierigkeiten machen können.

Die weitere Begr. vermag nicht zu überzeugen.

Rein Deutsch kann die Tochtergesellschaft eines englischen Unternehmens, die die englische Firma fortführt und deren Aktienkapital sich überwiegend im Besitz der Muttergesellschaft befindet, nicht sein. Der Standpunkt des Registerrichters muß ein anderer, als der des Wettbewerbsrichters sein. Für diesen kann nur die Anschauung der Kreise in Frage kommen, an die sich die Werbeschrift wendet. Hier aber dürfte die Frage des Kapitals allein entscheidend sein, die Konsumenten müssen also die Kl. — gerade aus den eingangs dargelegten Gründen — als ein englisches Unternehmen betrachten. — Eine Richtung auf Gefährlichkeit, die bei der sog. „persönlichen“ Reklame immer erkennbar werden muß, ist jedenfalls ohne Einsicht des Werbeblattes nicht festzustellen. Bei dem engen Zusammenhang zwischen der Kl. und ihrer Muttergesellschaft ist es gar nicht auszuschließen, daß eine Werbung der letzteren für ihre englischen Abnehmer gegen die Kl. wirken muß. Wenn die Bekl. in ihrer Werbeschrift den Unterschied nicht betont hat, der zwischen der Kl. und ihrer Muttergesellschaft besteht, so kann das jedenfalls nicht als eine Gefährlichkeit betrachtet werden und auch nicht als die Behauptung einer unwahren Tatsache.

RA. Dr. Wilhelm Schlichter, Düsseldorf.

festen Rspr. des RG. (vgl. RG. v. 16. März 1900, II 22/1900; UnlWettbew. I, 45; PatMustZschBl. 10, 21; UnlWettbew. 2, 42; grundsätzlich ebenso RG.: UnlWettbew. 3, 113f.; RGSt. 37, 136f.). Auch in dieser Entsch. des 3. Str. Sen. des RG. wird ausgeführt, daß dem Worte „Pilsener“ zwar nicht grundsätzlich die Bedeutung einer bloßen Beschaffenheitsangabe beizulegen sei, die Frage, ob es nach der Auffassung der in Betracht kommenden Verkehrskreise diese oder aber die Bedeutung einer Herkunftsangabe besitze, vielmehr nach der Art der Verwendung des Wortes in jedem einzelnen Falle zu beurteilen sei.

An dieser Rechtsauffassung hat das RG. trotz aller vom Schrifttum gegen sie erhobenen Angriffe festgehalten und deshalb mit im wesentlichen gleicher Begr. außer dem oben bereits erörterten „Kadeberger Pilsener“ (1. Ur.: RG. 79, 250<sup>1</sup>) = MuW. XI, 427; 2. Ur.: MuW. XIII, 105) für zulässig erklärt insbes. folgende Bezeichnungen: „Pilsener Hansa-Quell“ wegen des unterscheidenden Zusatzes „aus der Bavaria-Brauerei Hamburg-Altona (MuW. XI, 425), „Lindener Pilsener“ und „Elite Pilsener“ mit Zusatz „Lindener Urbräu“ (RG.: MuW. XII, 406), „Deutsch-Pilsener“ (RG.: MuW. XII, 468), „Engelhardt-Berliner Pilsener“ im Gegensatz zu „Engelhardt Pilsener“ (RG.: MuW. XII, 515<sup>2</sup>), „Tinger Pilsener“ (RG.: MuW. XIII, 107), „Hansa-Pilsener Dortmund“ desgl. den Spruch: „Deutsche trinkt Hansa Pilsener!“ (RG.: MuW. XIII, 267), „Reisewitzer Pilsener“ (RG.: MuW. XIV, 225), „Widüler-Elberfelder Pilsener“ (RG.: MuW. XIV, 227, 257, „Schlegel-Pilsener“ und „Deutsch-Pilsener“ in Verbindung mit Schlegel-Brauerei AktG. Bochum (RG.: MuW. XIII, 269), „Sternpils“ (RG.: MuW. XIII, 266; XVI, 137). Den gleichen Standpunkt hat der erf. Sen. vertreten in dem die Zulässigkeit der Bezeichnung „Baugener Münchener“ aussprechenden Ur.: MuW. XXIII, 152. Dagegen konnte die Bezeichnung „Dresdener Waldschlößchen Kulmbacher“ nicht für zulässig angesehen werden, weil der Zusatz „Dresdner Waldschlößchen“ nicht in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise eine andere Braustätte angebe (MuW. XXIII, 151); ebenso nicht die Bezeichnung „Germania-Pilsener“, da in diesem Falle das BG. sogar die Täuschungsabsicht der betr. Brauerei mit echtem Pilsener bei der Wahl der Bezeichnung aus der konkreten Sachlage festgestellt hatte (MuW. XII, 645).

Diese seit Jahrzehnten bestehende feste Rspr. des RG. ist naturgemäß für das ganze deutsche Braugewerbe (außerhalb Bayerns) von größter Bedeutung geworden, ebenso aber auch darüber hinaus für die jetzige Beurteilung der alten Streitfrage durch die Einwirkung auf die Anschauungen der beteiligten Verkehrskreise. Das ist der Fall ganz unabhängig davon, ob man vom heutigen Standpunkt der stärkeren Betonung der Wahrheitspflicht im Wettbewerbe und der sich daraus ergebenden grundsätzlich strengeren Beurteilung der Zulässigkeit der Verwendung von Herkunftsangaben jene Rspr. des RG. vielleicht nicht uneingeschränkt billigen würde, indem man vom heutigen Standpunkt aus im Falle einer erstmaligen Entsch. vielleicht größere Anforderungen bzgl. der Unterscheidungsmitel gestellt hätte, zugleich auch im Interesse des älteren Wettbewerbes zur Verhütung drohender Verwässerung von Herkunftsbezeichnungen. Nachdem aber diese feste Rspr. des höchsten Gerichtshofs jahrzehntelang (seit Anfang des Jahrhunderts) bestanden hat und bei ihrer Wichtigkeit sowohl für das deutsche Brauereigewerbe wie auch für die hiertrinkenden Kreise des Publikums bei beiden Teilen im

weitesten Umfange bekannt geworden ist, hat sie eine Sach- und Rechtslage geschaffen, die für die jetzige Beurteilung des von den Kl. geltend gemachten Anspruchs als solchen von grundsätzlicher Bedeutung ist. Denn es konnten sich nicht nur diejenigen deutschen Brauereien, die in den oben aufgeführten Streitfragen damals obgesiegt hatten, darauf berufen, daß ihnen die Anpreisung eines von ihnen nach Pilsener Art hergestellten Bieres in der von ihnen bisher geschienenen Weise durch Verbindung des Wortes „Pilsener“ mit der vorangestellten Ortsangabe der Braustätte ihres Bieres in adjectivischer Form vom RG. gestattet war. Auch die anderen deutschen Brauereien, die sich zur Bezeichnung ihres nach Pilsener Art gebrauten Bieres entsprechender Wortverbindungen bedienten, aber von den Pilsener Brauereien nicht mitverklagt worden waren, konnten für sich die gleiche Befugnis in Anspruch nehmen wie jene, und sie blieben deshalb ebenso wie jene bei ihren bisherigen Bezeichnungen stehen. Endlich taten andere Brauereien, die es bisher noch nicht getau hatten, dasselbe. Die Folge war die allgemein bekannte, auch in den jetzt angef. BU. festgestellte Tatsache, daß in den auf die ersten „Pilsener“-Entsch. des RG. folgenden Jahren immer mehr nord-, west- und mitteldeutsche, darunter besonders auch sächsische Brauereien dazu übergingen, ihr nach Pilsener Art gebrautes helles Bier durch entsprechende, das Wort „Pilsener“ enthaltende Wortverbindungen zu bezeichnen. Diese übergroße Zahl von Brauereien tat in ihrer Allgemeinheit hiermit nur, wozu sie nach der jahrzehntelangen festen Rspr. des RG. befugt war.

Diese sich auf Grund der jahrzehntelangen festen Rspr. des RG. zwangsläufig aus wirtschaftlichen Gründen vollziehende Entwicklung hat bewirkt, daß das hiertrinkende Publikum gelernt hat, scharfer auf solche Bezeichnungen zu achten und sie zu unterscheiden von denen des echten Pilsener Bieres. Diese Entwicklung hat dazu geführt, daß das hiertrinkende Publikum in dem Zusatz, falls er ersichtlich ein örtlicher ist, überall in Deutschland die Angabe einer anderen Braustätte erblickt, auch wenn es einen Ort dieses Namens nicht kennen sollte.

An dieser Entwicklung ist auch nichts geändert durch die „Verfeinerung des Rechtsempfindens“, wie sie heute auf manchen Gebieten des gewerblichen Rechtsschutzes besteht im Vergleich zu den vor mehreren Jahrzehnten geltenden Anschauungen im Verkehr und daher auch in der Rechtsprechung.

Da die Verkehrsentwicklung zwangsläufig dahin geführt hat, daß das Wort „Pilsener“ in Verbindung mit einem Zusatz bei der jahrzehntelangen Verwendung solcher Wortverbindungen durch Hunderte von deutschen Brauereien jedenfalls stets dann als Beschaffenheitsangabe betrachtet wird, wenn der Zusatz ersichtlich ein örtlicher ist, so ist damit zugleich der viel weitergehende Standpunkt der Rev. der Verkl. in der Berliner Sache zurückgewiesen. Ihrer Ansicht nach hat diese Verkehrsentwicklung zur Folge gehabt, daß die Bezeichnung „Pilsener Bier“, auch für sich allein gebraucht, nicht mehr eine Herkunftsangabe darstellt, sondern eine reine Gattungsbezeichnung geworden ist. Eine so weitgehende Annahme findet aber in der Verkehrsentwicklung keine Stütze, zumal das Wort „Pilsener Bier“, soweit ersichtlich, niemals allein für sich, sondern stets nur mit Zusätzen, die meist örtlichen Charakter haben, gebraucht sind und werden.

Auch der Gesichtspunkt eines redlich erworbenen Besitzstandes der verkl. Brauereien an den beanstandeten

sagen, so verkennt man wohl die Psychologie im Wettbewerbe. . . Heute liegt die Sache doch so, daß sich der Verkehr vollkommen daran gewöhnt hat, bei Biernamen scharfer unterscheiden zu müssen. Es mag dies die Folge jener Reichsgerichtsurteile sein, aber sie ist nun einmal da und nicht mehr gut rückgängig zu machen, ohne daß große Werte vernichtet werden.“

Der Hinweis des Ur. auf den redlich erworbenen Besitzstand ist ohne weiteres gutzuheißen. Ja es ist eine im heutigen Sinne heutzutage wertvolle Anerkennung der Rechte des Ausgleichs zwischen Individuum und Allgemeinheit und der verständigen Annäherung zwischen Volk und Recht, wenn man solche Verkehrsentwicklungen anerkennt. Ja es darf der (im obigen Urteilsabdruck weggebliebene) Satz als

diese Art und Eigenschaft verallgemeinert und sie zur Bezeichnung für die gleiche oder ähnliche Art und Eigenschaft der Ware macht, auch wenn diese an anderer Stelle erzeugt wird. . . Weiter darf betont werden, daß der Sinn des Warenzeichens- und Wettbewerbsgesetzes ja nicht der ist oder sein kann, daß die Bezeichnung spezieller Eigenschaften erschwert wird oder Hinweise auf Ähnlichkeiten im Herstellungserfolg unbedingt unterbleiben, sondern daß Ehrlichkeit im Geschäftsverkehr und namentlich in Bezeichnungen und Ankündigungen herrscht. Wenn man bei jenen Anlehnungen an den Namen „Pilsener“ diese Ehrlichkeit vermisst und etwa verlangt, man solle dann „unechtes Pilsener“

<sup>1</sup>) ZB. 1912, 759.

<sup>2</sup>) ZB. 1913, 748.

Bezeichnungen muß berücksichtigt werden. Es widerspricht Treu und Glauben, wenn die Kl. zusieht, wie die bekl. Brauerei ihren Geschäftsbetrieb auf der betreffenden Bezeichnung aufbaut, sich einen solchen Besitzstand schafft, und die Kl. dann nach langen Jahren oder sogar erst nach Jahrzehnten die Unterlassungsklage erhebt. Aber auch unabhängig von dem Verwirrungseinwand hat ein solcher Besitzstand Anspruch auf Schutz gegen den auf die Behauptung, das Verhalten der Bekl. sei nach „richtiger Rechtsauffassung“ ein Verstoß gegen das UnlWG., ja sogar eine Ausbeutung der Zugkraft des Wortes „Pilsener“, ein bewußter Mißbrauch desselben u. dgl., also sittenwidrig i. S. des § 1 UnlWG., und daher unzulässig, gestützten Unterlassungsanspruch. Der redlich erworbene Besitzstand an einer Individualbezeichnung begründet zum mindesten ein schutzwürdiges Rechtsgut, das diesen Charakter nicht dadurch wieder verlieren und zu einem Verhalten unlauteren Wettbewerbs werden kann, daß die Jahrzehnte hindurch trotz aller Angriffe gegen sie vom höchsten Gerichtshof aufrechterhaltene Rspr. auf diesem besonderen Gebiet unrichtig sein soll und deshalb einer anderen, und zwar entgegengesetzten Platz zu machen habe.

Ein solcher Standpunkt wäre auch unvereinbar mit den notwendigen Anforderungen an die Rechtssicherheit (vgl. die Steinhäger-Entsch. a. a. O. S. 287). Wenn sich der höchste Gerichtshof jahrzehntelang in Entsch., die fortgesetzt trotz aller Angriffe des Schrifttums dagegen den gleichen Standpunkt einnehmen, in einer an sich vielleicht zweifelhaften Frage für eine bestimmte Meinung fortdauernd ausgesprochen hat, dann muß, wie Seligsohn in der Berliner Streitsache m. N. sagt, im Interesse der Sicherheit des Verkehrs der Streit als erledigt gelten.

Die Kl. machen weiter geltend, daß die Bekl. — und zwar auch die Brauereien unter ihnen — auf Grund mittelbarer Täterschaft zur Unterlassung der Verwendung des Wortes „Pilsener“ verpflichtet seien. Wirte und Kellner bedienen sich beim Ausschank eines Bieres, dessen Bezeichnung aus einer Wortverbindung des Wortes „Pilsener“ mit einem Zusatz wie hier bestehe, vielfach der abgekürzten Angabe „Pilsener“ oder „Pils“ im Verkehr mit Gästen oder dem Schankpersonal, hierdurch könne das Publikum getäuscht werden. Die Brauereien seien hierfür haftbar, weil sie solche Täuschungen durch die von ihnen gewählten Bierbenennungen erleichterten. Wie der erf. Sen. in MuW. XXIII, 152<sup>3</sup>) (Baugener Münchener) ausgeführt hat, würde es sich, falls tatsächlich Wirte und Kellner durch gelegentlichen oder auch häufigeren Gebrauch der abgekürzten Bezeichnung „Pilsener“ oder „Pils“ einen Irrtum bei Gästen hervorrufen sollten, um einen Tatbestand handeln, für den die Brauereien in keiner Weise verantwortlich gemacht werden könnten. Dafür fehlt es an jeder rechtlichen Möglichkeit. Denn zwischen dem Tun der Brauereien und einem solchen Verhalten von Wirt und Kellnern besteht kein rechtlicher Zusammenhang. Ein solcher Mißbrauch der ordnungsmäßigen Bezeichnung durch diese Personen könnte nur ein Vorgehen wegen unlauteren Wettbewerbs auf Unterlassung, und zwar gem. § 13 Abs. 1 i. Verb. m. §§ 1 und 3 UnlWG. auch durch jeden anderen Gastwirt oder ein sonstiges Einschreiten gegen die betr. Wirtschaften, nicht aber gegen die Brauereien zur Folge haben. Vom Standpunkt der Kl. könnte mit demselben Recht gegen den Zeicheninhaber der Anspruch auf Vöschung und auf Unterlassung der Verwendung des Zeichens geltend gemacht werden, wenn einer seiner Abnehmer (Wiederverkäufer) der mit dem Zeichen versehenen Ware sich eines illoyalen Gebrauchs des letzteren schuldig machen würde. Im übrigen wäre (vgl. auch hierzu „Baugener Münchener“) der Mißbrauch ebensogut möglich, wenn das fragliche Bier nicht die Bezeichnung „Gottesberger Pilsener“ oder „Brenz-

quell Pilsener“ u. dgl. trüge, sondern — was völlig unbedenklich wäre — wenn die Brauereien ihr Bier, ohne sich des Wortes Pilsener in der Wortverbindung zu bedienen, als „nach Pilsener Art“ gebräutes Gottesberger Bier bzw. Grenzquellbräu bezeichnen würden.

Auch die internationalen Abkommen können den Kl. nicht zum Erfolge verhelfen. Sie berufen sich vor allem auf Art. 274 Abs. 2 WB. und auf Art. 4 Madrid-Herk-Bez-Abf. v. 14. April 1891 (rev. 1911 u. 1925), welchem das Deutsche Reich beigetreten ist auf Grund des Gef. v. 21. März 1925 (RGBl. 1925, II, 115).

Auf Grund des Art. 274 Abs. 2 WB. sind die deutschen Behörden verpflichtet, die den Angehörigen der übrigen Vertragsländer gehörenden Herkunftsbezeichnungen zu schützen, mögen sie den Namen eines Landes, eines Gebietes oder eines Ortes darstellen und mag die Herkunftsangabe unmittelbar als solche zu erkennen oder nur mittelbar durch Schlußfolgerungen festzustellen sein. Wie sich jedoch aus der Natur der Sache ergibt und im übrigen auch im Art. 4 Madrid-Abf. ausdrücklich angeordnet ist, ist es in jedem Einzelfall den Gerichten des Vertragsstaates, d. h. in diesem Falle den deutschen Gerichten überlassen, festzustellen, ob die fragliche Bezeichnung als Gattungsbezeichnung oder als Herkunftsangabe anzusehen ist. Nach Art. 4 Satz 1 Madrid-Abf. sind für die Beurteilung angeblicher Verletzungen von Rechten von Staatsangehörigen eines Vertragsstaates an angeblichen Herkunftsbezeichnungen, begangen in Deutschland, diejenigen Grundsätze maßgebend, die nach den geltenden deutschen Gesetzen für die in Deutschland begangenen Verletzungen auch sonst anzuwenden sind. Die BG. lehnen deshalb die Annahme ab, daß die Angehörigen von alliierten und assoziierten Staaten in bezug auf den hier in Betracht kommenden Rechtsschutz in Deutschland günstiger gestellt seien als die deutschen Staatsangehörigen. OLG. Hamburg betont ausdrücklich, daß eine Günstigerstellung der betr. ausländischen Staatsangehörigen auch nicht daraus zu entnehmen sei, daß nach Art. 274 Abs. 2 WB. nicht nur unmittelbar, sondern auch mittelbar falsche Angaben über den Ursprung von Waren ... verboten sind.

Das ausdrückliche Verbot auch mittelbar falscher Angaben über Ursprung der Waren in Art. 274 Abs. 2 WB. zugunsten der Waren von Angehörigen der alliierten und assoziierten Mächte bietet nichts Besonderes, was nicht schon vorher nach deutschem Gesetz und Rspr. über den Schutz gegen unlauteren Wettbewerb bestanden hätte. Überhaupt beruhen (vgl. Jüngel in Freund-Magnus, Warenzeichenrecht, 6. Aufl., I, die internat. Vertr. S. 153) die sämtlichen in diesem Artikel Deutschland einseitig auferlegten Verpflichtungen, den Waren der alliierten und assoziierten Mächte einen wirksamen Schutz gegen unlauteren Wettbewerb zu gewähren, auf einer unvollkommenen Vorstellung vom Stande der deutschen Gesetzgebung, wenn man von der praktisch minder bedeutsamen Beschlagnahme der Ware bei der Ausfuhr absieht (vgl. Madrid-Abf. v. 14. April 1891). Vgl. z. B. auch Lobe: Deutscher Außenhandel 1919, 160; Waffermann: JW. 1919, 890; MuW. XIX, 35 = JW. 1920, 611. So war auch die Verwendung von Mitteln, unlauteren Wettbewerb zu treiben, auch wenn sie nur mittelbar eine falsche Angabe über Ursprung, Gattung, Art, Eigenschaften der Ware darstellte, unbedenklich als Verstoß gegen §§ 1 und 3 UnlWG. schon nach früherem deutschen Recht zu behandeln, z. B. die Verwendung der Sprache eines Landes, das für die betr. Ware einen besonderen Ruf genießt (Jüngel a. a. O.), so der französischen oder holländischen Sprache auf Flaschenschildern von in Deutschland hergestelltem Likör oder der französischen Sprache bei deutschen Erzeugnissen der Parfümerie oder italienischer bildlicher Darstellungen auf

Kl. unter Hunderten nur herausgegriffen sind. Daran, daß bei den meisten von ihnen die Verwendung solcher Bezeichnungen auch seit langen Jahren geschieht, besteht nach den Umständen kein Zweifel. Und endlich würde eine die Artikel des WB. allzu ängstlich heranziehende Rspr., die die Rücksicht auf das ausländische Pilsener übertreibt, als „Tributjustiz“ gescholten werden können.

Dr. Alexander Elster, Berlin.

ein Vorbild vernünftiger Rspr. bezeichnet werden: „Dabei mag, auch wenn anzudeuten, welche Tragweite zumal auf vermögensrechtlichem Gebiete eine antragsgemäße Verurteilung der Bekl. haben würde, hier nochmals darauf hingewiesen werden, daß es sich keineswegs nur um die wenigen jetzt verkl. Brauereien handelt, diese vielmehr von den

<sup>3</sup>) JW. 1924, 694/5.

gewissen deutschen Waren. Der Inhalt des § 2 Gef. vom 21. März 1925, das geltendes materielles deutsches Recht darstellt, bildet daher — abgesehen von der Beschlagnahme-anordnung — in Wahrheit keine Erweiterung der §§ 1, 3, 5 UnlWG. und der §§ 16, 17 WbzG. Es bedurfte deshalb auch der Anregung der Rev., gewerbliche Schutzrechte nicht nur im Falle unmittelbarer, sondern auch mittelbarer Verletzungen zu schützen, nicht mehr; das ist längst der Fall.

Es mag noch darauf hingewiesen werden, daß allein für Weine und Spirituosen Ausnahmebest. bestehen auf Grund des Art. 275 W., ferner allein für Wein auf Grund des Art. 4 Satz 2 MadridUf. v. 14. April 1891. Nach dieser letzteren Vorschr. gilt Art. 4 Satz 1 des Abkommens, wonach den Gerichten eines jeden der an ihm beteiligten Länder die Entsch. darüber überlassen bleibt, welche Bezeichnungen gattungsmäßig sind, allein für die geographischen Herkunftsbezeichnungen für die Erzeugnisse des Weinbaues nicht. Diese sollen bedingungslos geschützt sein. Der Entwicklung zu einer Gattungsbezeichnung ist somit bei Herkunftsangaben des Weinbaues (Lage-, Namen-, Ortsbezeichnungen) kein Raum gegeben (vgl. Rosenthal, 8. Aufl. § 28 UnlWG. N. 14). Im Einklang hiermit steht § 6 des deutschen WeinG. v. 25. Juli 1930 (RGBl. I, 356 ff.). Art. 4 Satz 2 des genannten Abkommens geht mit seinem starren Festhalten an geographischen Namen als Herkunftsbezeichnungen für die Erzeugnisse des Weinbaues weiter als Art. 275 W. Biererzeugnisse unterliegen also weder nach dem Abkommen, noch nach dem W. einer Sonderbehandlung. Der entspr. Antrag der Tschechoslowakei, zugunsten des Bieres eine Ausnahmebest. in das Abkommen aufzunehmen, ist abgelehnt worden.

Unbegründet ist endlich die Rüge der Rev., das BG. habe die Frage gar nicht geprüft, „ob dem als ‚Herrenhäuser Pilsener‘ vertriebenen Bier diese Bezeichnung auch nur in dem Sinn eines Bieres ‚nach Pilsener Art‘ zukomme“. Auf diesen Gesichtspunkt ist die vorl. Unterlassungsklage überhaupt nicht gestützt, sondern — abgesehen von der sog. mittelbaren Täterschaft — nur auf die angebliche Unzulässigkeit der Verwendung des Wortes „Pilsener“ mit einem Zusatzwort, weil das Wort „Pilsener“ reine Herkunftsangabe geblieben sei und daher überhaupt nicht für ein außerhalb der Stadt Pilsen gebrautes Bier verwendet werden dürfe, Zusätze mit entlokalisierender Wirkung gebe es nicht. Gegenüber dieser alleinigen Klagebegr. würde der als Übergangene gerügte Gesichtspunkt, wie oben bereits im Anschluß an die Entsch. des erf. Sen. v. 15. April 1913, II 606/12<sup>4</sup>) hervorgehoben worden ist, einen neuen selbständigen Klagegrund darstellen, der deshalb von der Kl. ausdrücklich hätte geltend gemacht und bewiesen werden müssen. Daran ändert der Umstand, daß für die rechtliche Beurteilung dieses Vorbringens die gleichen gesetzlichen Best., insbes. §§ 3 und 1 UnlWG., wie für jenen Klagegrund maßgebend sein würden, nichts. Im übrigen ist die der Rev. rüge zugrunde liegende Behauptung in der Rsp. des RG. zur „Pilsener“-Frage wiederholt Gegenstand der Prüfung und Entsch. gewesen, so in „Lindener Pilsener“ (MuW. XII, 406), „Einzer Pilsener“ (MuW. XIII, 107), „Kadeberger Pilsener“ (MuW. XIII, 105). In der zit. ersten Sache hatten die Pilsener Brauereien behauptet, daß eine „Pilsener Art“ nicht bestehe und nicht bestehen könne, weil die Eigenart des Pilsener Bieres durch das Pilsener Brauwasser bedingt sei. Demgegenüber hat das RG. dort ausgeführt, es komme nicht darauf an, daß die ganz besondere und nur diese eigentümliche (Gesamt-)Beschaffenheit des in Pilsen gebrauten Bieres (des „Pilsener Bieres“) durch das zu seiner Erzeugung verwendete Wasser bedingt sei, und daß deswegen „Pilsener Bier“ nirgends außerhalb Pilsens genau gleich im Geschmack hergestellt werden könne. Auch wenn das richtig sei, so könne doch Bier nach Pilsener Art, wie der Verkehr diese Worte auffasse, sehr wohl hergestellt werden. Denn hierunter verstehe man ein Bier, das gewisse Eigenschaften des Pilsener Bieres habe, insbes. ein untergäriges Bier von heller, lichter Farbe, mehr leichter Beschaffenheit und ausgeprägtem Bittergeschmack. Die Bekl. bezeichne ihr Bier nicht etwa als „Pil-

fener Bier“, sondern als eine Nachahmung desselben, wie sie durch die Benennung ihres Bieres als „Lindener Pilsener“ unter Ausschluß irgendwelcher Gefahr der Verwechslung im Verkehr zum Ausdruck bringe. Weiter sagt das RG. — und das erinnert etwas an den vorl. Fall —, „die fernere Rüge der Kl., das BG. habe nicht ausreichend festgestellt, ob denn das Lindener Bier der ‚Pilsener Art‘ entspreche, sei schon um deswillen verfehlt, weil die Kl. selbst nach dieser Richtung irgendwelche anderweitige Behauptungen nicht aufgestellt habe“.

(U. v. 7. Febr. 1933; II 86/32. — Hamburg.) [Ru.]

(= RG. 139, 363.)

4. § 9 Abs. 1 Nr. 1, 2, § 20 WbzG. Feststellungen des Berufungsgerichts über die Verwechselbarkeit von Warenzeichen sind tatsächlicher Art und nicht revisibel, wenn sie auf zutreffenden rechtlichen Erwägungen beruhen. Ein Warenzeichen unterliegt wegen Nichtführung bestimmter Waren nicht der Teilbüchung aus § 9 Abs. 1 Nr. 2 WbzG., wenn diese Waren ohne weiteres zu einem Geschäftsbetriebe der eingetragenen Art gehören, so daß mit ihrer Einführung jederzeit gerechnet werden muß. †)

Die Kl., die Molkereierzeugnisse vertreibt, benutzt dabei zwei Warenzeichen, auf denen ein vierblättriges Kleeblatt mit einem in dessen Mitte angebrachten Kuhkopf dargestellt ist, und von denen das eine die Inschrift „Glückslee mit Kuhkopf“, das andere neben einer Garantieerklärung und einer Gebrauchsanweisung die Kennworte „Glückslee, amerikanische, evaporierte Milch, ungesüßt, sterilisiert“ trägt. Die Bekl. vertreibt Margarine und bedient sich dabei eines Warenzeichens, das aus einem Mädchenkopf vor einem dreiblättrigen Kleeblatt besteht, und die Aufschrift „Klee-Mädel“ enthält. Nach dem Eintrag in der Zeichenrolle erstreckt sich dieses Zeichen auf Eier, Milch, Butter, Käse, Margarine, Speiseöle und Fette. Die Kl. hält dieses Zeichen mit den ihrigen früher eingetragenen für verwechslungsfähig und klagt auf Löschung. Die Klage ist in allen Inst. abgewiesen.

Auf Grund einer Vergleichung der beiderseitigen Warenzeichen gelangt das BG. zu dem Ergebnis, daß dasjenige der Kl. seine charakteristische Kennzeichnung durch das Glücksleeblatt, das der Bekl. sie durch den Mädchenkopf empfangt, daß demgegenüber das sonstige biblische Beiwerk, einerseits der Kuhkopf, andererseits das hinter dem Mädchenkopf angebrachte dreiblättrige Kleeblatt, dem Auge des flüchtigen Beschauers kaum auffalle, zumal die Aufschriften „Glücks-

Zu 4. Der Entsch. ist in allen Punkten beizutreten. In der ersten Frage (Verwechselbarkeit von Zeichen) wird in Übereinstimmung mit der ständigen Praxis des RG. festgestellt, daß die Beurteilung der Verwechselbarkeit einer Nachprüfung im Revisionsverfahren nicht unterliegt, wenn der Vorberrichter dabei von zutreffenden rechtlichen Erwägungen ausgegangen ist, also die Anschauungen der wirklich in Betracht kommenden Verkehrskreise zugrunde gelegt und deren Betrachtungsweise (nach dem Gesamteindruck der Zeichen unter flüchtiger Prüfung, nach dem Erinnerungsbild usw.) zutreffend gewürdigt hat. Ist daraufhin festgestellt, daß ein aus mehreren biblischen Teilen zusammengesetztes Zeichen im Verkehr nicht als Kombinationszeichen, sondern ausschließlich nach dem vorherrschenden, überdies durch ein Schlagwort hervorgehobenen Teile bewertet wird, so ist dies eine rein tatsächliche Feststellung.

Auch in der zweiten Frage (Löschungsklage aus § 9 Abs. 1 Nr. 2 WbzG.) hält das RG. an seiner bisher (seit 1927 [GewRsch. S. 897]) befolgten Praxis fest, daß an sich Waren, die nicht geführt werden, im Warenverzeichnis gelöscht werden müssen, ganz gleichgültig, ob sie mit anderen eingetragenen (und geführten) Waren gleichartig sind oder nicht; Desensuwaren zur möglichen Ausweitung des Zeichenschutzes sind nicht zulässig. Anders jedoch dann, wenn die nicht geführten Waren ohne weiteres unter den eingetragenen Geschäftsbetrieb fallen, wie etwa Schlipse und Kragen unter den Betrieb eines Handschuhgeschäfts oder wie im vorliegenden Falle Milch, Butter usw. unter den eines Margarinegeschäfts. In solchen Fällen muß jederzeit mit der Aufnahme der einstweilen nicht geführten Waren gerechnet werden, so daß der die Löschung Begehrende, um damit durchzudringen, geradezu unter Umkehrung der Beweislast dardum müßte, daß der Gegner die fraglichen Waren, trotzdem sie seinem Geschäftsbetriebe so nahe stehen, nie und nimmer in seinem Betrieb aufnehmen könne. Mit Recht ist im vorl. Fall die Löschung abgelehnt worden.

Wim. Klauer, Berlin.

<sup>4</sup>) JW. 1913, 748.

kleer" und „Kleemädel" gerade auf die erwähnten Hauptbestandteile der Zeichenbilder ausdrücklich hinwiesen. Eine Verwechslungsgefahr sei sonach in keiner Weise gegeben. Die Angriffe der Rev. gegen diese Erwägungen sind nicht begründet.

Mit Recht stellt das BG. angesichts der Vorschr. in § 20 WbZG. die Entsch. über die behauptete Zeichenverletzung darauf ab, ob eine Verwechslungsgefahr bezüglich der beiderseitigen Zeichen besteht. Wenn es diese als nicht gegeben ansieht, so trifft es damit eine an sich dem Tatsachengebiet angehörende Feststellung, der gegenüber nur zu prüfen ist, ob sie auf zutreffenden rechtlichen Erwägungen beruht (RG.: NuW. 1926, 185). Das aber muß auch gegenüber den insoweit erhobenen Revisionsrügen bejaht werden. Die Rev. erblickt einen Rechtsirrtum des Vorderrichters darin, daß er das Zeichen der Kl. in seine Einzelbestandteile auflöse, indem er Kleeblatt und Kuhkopf für sich betrachte, während der tragende Gedanke des Zeichens gerade in der Verbindung dieser beiden Bestandteile zu erblicken sei. Dieses Kombinationsmotiv sei neu gewesen und von der Befl. mit ihrem gleichfalls eine Verbindung von Kleeblatt und Kopf aufweisenden Zeichen nachgeahmt worden. Demgegenüber ist es aber lediglich Tatsachenwürdigung, wenn das angefochtene Ur. dem Umstand, daß die beiderseitigen Zeichen, soweit sie bildlich sind, je zwei Einzelbestandteile miteinander verknüpfen, keine Bedeutung beimißt. Es stellt bei der Betrachtung der Zeichen zutreffend auf den Eindruck des flüchtigen Beschauers ab und kommt danach zu dem Ergebnis, daß das Zeichenbild der Kl. für diesen Beschauer eben durch das Glückskleeblatt, das der Befl. durch den besonders groß und augenfällig ausgebildeten Mädchenkopf als wesentliches Merkmal gekennzeichnet sei. Dem diesem beigelegten zweiten Bildbestandteil, dort dem Kuhkopf, hier dem hinter dem Mädchenkopf befindlichen dreiblättrigen Kleeblatt wird die spezifische zeichnmäßige Wirkung also gerade abgesprochen, damit aber verneint, daß diese beim klägerischen Zeichen auf der Verbindung: Kleeblatt mit Kopf beruhe, und diese Annahme der Vorinstanz ist, weil lediglich aus der Prüfung der tatsächlichen Umstände geschöpft, rechtlich aber in keiner Weise von Irrtum beinflusst, für das RevG. bindend. Nicht was die Kl. vielleicht mit ihrem Zeichen hat ausdrücken wollen, sondern allein das von der Verkehrsanschauung darin Erblickte bzw. zu Erblickende ist das unter Zeichenschutz stehende Kennzeichen. Ist aber, wie dies das BG. feststellt, beim Zeichen der Kl. das vierblättrige Kleeblatt, bei dem der Befl. der Mädchenkopf das im Verkehr in die Augen springende Merkmal, so ist die von der Vorinstanz ausgesprochene Verneinung der Verwechslungsgefahr davon die notwendige Folge. Daß die Kl. ihr Zeichen auch farbig hat eintragen lassen, steht der Annahme der Verwechslungsgefahr nur um so mehr entgegen, wenn die Befl., wie dies bislang der Fall ist, ihr Zeichen nur in schwarz-weißer Ausführung gebraucht. Für eine farbige Verwendung ihrerseits, die die Verwechslungsgefahr nicht erhöhen würde, besteht zur Zeit auch kein Anhalt. Wenn die Rev. geltend macht, daß das laufende Publikum von dem klägerischen Zeichen die Verbindung des Kopfbildes mit dem Kleeblatt im Gedächtnis behalte, und dabei auch die — im Zeichen der Befl. wiederholte — absichtliche Verschiebung der Größenverhältnisse zwischen Kleeblatt und Kopf beachte, so sind diese Ausführungen nur im Sinne rein tatsächlichen Vorbringens zu bewerten, das gegenüber der gegenteiligen Tatsachenfeststellung des BG. ohne Bedeutung ist. Diese Feststellung wird noch verstärkt durch den Hinweis auf die beiderseitigen Zeichenwerte, die nach der wiederum tatsächlichen Beurteilung des Vorderrichters die charakteristischen Teile der Zeichenbilder besonders zu betonen geeignet sind, insofern das von der Kl. verwendete und nach der Beweisaufnahme ihrer Milch vom Verkehr durchweg beigelegte Wort „Glücksklee" den Kuhkopf völlig übergeht, während das Kennwort der Befl. „Kleemädel" zwar auf die Kombination hinweist, aber eben doch das „Mädel" als eigentlichen Hauptinhalt des Zeichenbildes hervorhebt. Daß ein beachtlicher Teil des Publikums beim Zeichen der Kl. die Unterschrift gar nicht im Gedächtnis behalte, ist wiederum eine zu den tatsächlichen Feststellungen des Vorderrichters und den Ergebnissen seiner umfangreichen Be-

weisaufnahme in Widerspruch stehende Annahme der Rev. Es ist auch nicht einzusehen und bei der Verschiedenheit der beiderseitigen Zeichenworte ohne weiteres unrichtig, daß, wie die Rev. meint, der Beschauer sich jener Verschiedenheit nur dann bewußt werde, wenn er die Zeichen nebeneinander sehe, wie es auch gleichgültig ist, ob das Wort „Mädel" an sich nur ein schwaches Kennzeichen darstellt, denn nicht darauf kommt es an, sondern vielmehr darauf, ob die Schlagworte „Glücksklee" und „Kleemädel" nach Begriffs-, Klang- und Bildwirkung die festgestellte Verschiedenheit der Bildzeichen, wie dies der Vorderrichter annimmt, in den Augen der Interessenten zu verstärken geeignet sind, und es besteht kein rechtlicher Hinderungsgrund, dies mit dem angefochtenen Ur. zu bejahen.

Auch soweit das angefochtene Ur. eine teilweise Böschung des Zeichens der Befl. auf Grund von § 9 Ziff. 2 WbZG. ablehnt, wird es von der Rev. zu Unrecht angegriffen. Zutreffend erklärt es die Erwägung, daß die Befl. zur Zeit nur Margarine führe, für nicht ausreichend, um einen Anspruch auf Böschung des Zeichens für die übrigen in der Rolle aufgeführten Waren (Eier, Milch, Butter, Käse, Speiseöle und -fette) zu begründen, da mit einer Aufnahme dieser dem Charakter ihres und des klägerischen Geschäftsbetriebes ohne weiteres entsprechenden Artikel durchaus zu rechnen sei. Rechtlich steht diese Auffassung vollkommen auf dem Boden der Entsch. des Sen.: GewRSch. 1927, 897 ff., die für die Frage der zeichenrechtlichen Gleichartigkeit der Waren gerade nicht die Gleichheit oder Ähnlichkeit des Stoffes, sondern die Auffassung des Verkehrs als maßgebend erklärt und wegen der späteren Aufnahme bisher nicht geführter Waren den Standpunkt einnimmt, daß an den Zeicheninhaber bezüglich der Ausführung seiner Erweiterungsabsicht nicht zu strenge Beweisforderungen zu stellen seien (vgl. auch RG. 108, 34). Ob die von der Befl. bisher geführten und etwa noch weiter aufzunehmenden Waren pflanzliche oder tierische Produkte sind, spielt für die Verkehrsauffassung keine Rolle. Die Feststellung des BG., daß die bisher von der Befl. nicht geführten, aber zur Zeichenrolle gemeldeten Waren im Rahmen eines Geschäfts wie des ihrigen lägen und ihre Aufnahme beabsichtigt sei, ist jedenfalls weder tatsächlich, noch rechtlich zu beanstanden. Der VerR. hat hiernach auch insoweit mit Recht dem Klagebegehren nicht stattgegeben.

(U. v. 28. Okt. 1932; 65/32 II. — Samm.) [Ru.]

\*\*5. Art. 131 RVerf.; § 839 BGB.; §§ 1, 4 PrStaatshaftG. v. 1. Aug. 1909. Teilung der Haftung für den preuß. Landrat hinsichtlich seiner staatlichen und kommunalen Aufgaben; trifft nicht zu bei den ihm in seiner Doppelstellung beigegebenen Beamten, die entweder staatliche oder kommunale sind; hier haftet das Gemeinwesen, das den Beamten angestellt hat.†)

Die Kl. legen dem Kreisämterer H. zur Last, er habe bei Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt seine Amtspflichten ihnen gegenüber verletzt. Daher haften die Befl. nach Art. 131 RVerf. i. Verb. m. § 839 BGB. und §§ 1, 4 PrStaatshaftG. v. 1. Aug. 1909. H. war vom Landrat be-

Zu 5. Die Entsch. behandelt einen der Grenzfälle. Der bisherige Dienst bleibt bestehen. Es tritt eine neue Tätigkeit hinzu, deren Ausübung offenbar jenseits des Gebietes liegt, auf dem sich der Dienst bewegt. Hier reiht sich an die gewohnte Betätigung kommunaler Hoheit die Ausübung staatlicher Hoheitsrechte. In wessen Dienst steht der jetzt im staatlichen Machtbereich handelnde Beamte?

Nach Art. 131 der RVerf. haftet grundsätzlich der Staat oder die öffentliche Körperschaft, in deren Dienst der Beamte steht. Der zuständigen Gesetzgebung (also Landesgesetzgebung in Landes-sachen) obliegt die nähere Regelung. Solange dies nicht geschieht, ist der Dienst entscheidend (Anschütz, RVerf. 4. Bearb. S. 612).

Die Sache ist einfach, solange sich Dienst und Betätigung der öffentlichen Gewalt (Zwangsgewalt und Fürsorge) bedeu, genauer: solange vom Dienstherrn auch die ausgeübte öffentliche Gewalt ausgeht. Liegen sie auseinander, so ist zu unterscheiden:

1. Ist dies der Fall schon z. B. der Anstellung oder Betrauung (beim Bürgermeister oder Amtsvorsteher, die außer kommunalen

auftragt, bei der Handhabung der B.D. über den Verkehr mit landwirtschaftlichen Grundstücken v. 15. März 1918 mitzuwirken. Er hatte den Kl. Auskünfte zu erteilen und auch über Anträge auf Genehmigung zur Veräußerung landwirtschaftlicher Grundstücke zu entscheiden. Obgleich der Landrat in seiner Eigenschaft als Staatsbeamter, nicht als Leiter der Kreisfunktionalverwaltung zur Genehmigungsbehörde nach der genannten B.D. bestellt worden ist, haben die Vorinstanzen, insoweit zugunsten der Kl. erkennend, angenommen, daß für diese Tätigkeit des D. der verklagte Kreisfunktionalverband hafte, in dessen Diensten er stehe. Die hiergegen vom Bekl. erhobenen Einwendungen sind nicht begründet.

In ständiger Rpr. (RG. 100, 189, 190; 111, 13<sup>1</sup>); 137, 39) hat der Senat bei der Haftung für Amtspflichtverletzungen eines preuß. Landrats diesem eine Doppelstellung zuerkannt. Soweit er staatliche Aufgaben zu erfüllen hat, haftet für ihn der Staat; soweit er für den Kreisfunktionalverband tätig wird, haftet dieser. Die Teilung der Haftung für den Landrat beruht auf der Erwägung, daß er sowohl staatlicher wie kommunaler Beamter ist. Er steht im Dienst des Staates und in dem seines Kreises. Das trifft aber bei den ihm beigegebenen staatlichen Beamten ebenso wenig zu wie bei den Kreisfunktionalbeamten. Erstere sind nur vom Staat, letztere nur vom Kreis angestellt. So haftet für jene auch nur der Staat, für diese nur der Kreis. Denn nach dem vom Senat ständiger festgehaltenen Grundsatz (RG. 125, 13 mit Nachweisungen<sup>2</sup>); 126, 83<sup>3</sup>); vgl. auch RG. 129, 306<sup>4</sup>)) hat für die Amtspflichtverletzungen eines Beamten das Gemeinwesen einzustehen, das ihn angestellt hat, ohne daß es darauf ankommt, ob er im Einzelfall ein eigenes Hoheitsrecht dieses Gemeinwesens oder ein nur übertragenes ausübt. Freilich muß die Ausübung öffentlicher Gewalt in den Bereich der Dienste fallen, die der Beamte auf Grund seiner Anstellung durch die öffentliche Körperschaft leistet. Wird er persönlich und unabhängig von dem schon bestehenden Anstellungsverhältnis von einem anderen Gemeinwesen

mit der Ausübung öffentlicher Gewalt betraut, so haftet für dabei von ihm begangene Vergehen nur dieses letztere. Einen solchen Fall behandelt RG.: LZ. 1927 Sp. 1271 Nr. 12, wo ein Amtsvorsteher persönlich zum Schauamtsvorsitzenden bestellt worden war. Die Haftung für ihn in dieser Eigenschaft traf den Staat, nicht den Amtsbezirk.

Der gegenwärtige Fall liegt jedoch anders als der eben erwähnte. Die Tätigkeit des Kreisfunktionalbeamten D. auf dem Gebiet staatlicher Hoheit war ihm nicht als Privatperson, sondern gerade deswegen übertragen worden, weil er Kreisfunktionalbeamter war. Sie hing durchaus zusammen mit seiner Dienststellung beim verklagten Kreis, so daß nach dem dargelegten allgemeinen Grundsatze dieser für hierbei von D. begangene Amtsvergehen eintreten muß. Entscheidend ist in dieser Hinsicht, daß D. zur Erledigung von Aufgaben, die dem Landrat als Staatsbeamten oblagen, von diesem selbst hinzugezogen worden ist. Betraut hat ihn damit der Landrat, der als Leiter des Kreisfunktionalverbandes sein dienstlicher Vorgesetzter war. In Erfüllung der dienstlichen Gehorsamspflicht, die er als Kreisfunktionalbeamter dem Landrat schuldet, hat D. neben seinen kommunalen auch staatliche Amtsaufgaben erledigt. Ob er berechtigt gewesen wäre, die Übernahme der letzteren abzulehnen, kann dahingestellt bleiben. Denn jedenfalls hat er sie nicht verweigert. Deshalb beruhte auch seine Tätigkeit im staatlichen Geschäftsbereich auf seinem Dienstverhältnis zum beklagten Kreis. Sie kann trotz ihres besonderen Inhalts unabhängig von diesem Verhältnis nicht gedacht werden. Der bei rechtlicher Trennung gleichwohl tatsächlich enge Zusammenhang der staatlichen mit der kommunalen Kreisverwaltung kommt hier zum Durchbruch. Die Scheidung der Haftung nach den verschiedenen Amtsaufgaben ist beim Landrat allerdings angängig und, weil er zwei Dienstherrn — Staat und Kreis — hat, auch geboten. Bei den ihm nachgeordneten Beamten muß sie jedoch abgelehnt werden. Hier haftet das Gemeinwesen — Staat oder Kreis —, das den Beamten angestellt hat. Soweit RG.: JurRdsch.

polizeiliche [staatliche] Befugnisse ausüben [RG.: JW. 1917, 663; 1925, 2766]), so übernimmt der Beamte bereits einen Dienst, in dessen Bereich übertragene Gewalt zu betätigen ist.

2. Wird erst nach geschehener Anstellung oder Betrauung dem Dienst das Amt eines vom Dienstherrn unterschiedenen Hoheitsträgers hinzugefügt, so kommt es auf die Art der Beziehungen von altem Dienst und neuem Amt an.

Der letztere Fall ist hier gegeben. Entscheidend ist nur, ob eine innere Beziehung erkennbar ist. Ohne eine solche — dynamische — Verknüpfung ist der übliche Dienst nicht Haftungsgrund. Es bleibt dann nur übrig, die Frage auf die Beschaffenheit der Hoheitsrechte abzustellen, die der Amtsträger ausübt: Reich, Staat, Selbstverwaltung, Anstalt usw. Denkt man sich in solchem Falle den Dienst im übertragenen Sinne als „Dienst an der Sache“, so ergibt sich eine Übereinstimmung mit der Art der Betätigung. So beim Kreissekretär als bestelltem Vorsitzenden des Schauamtes auf Grund des PrWassG. Ebenso hätte ein Privatmann mit der Ausübung dieser staatlichen Tätigkeit beauftragt werden können. Es haftet der Staat. Es fehlt eine innere oder ursächliche oder wesentliche Beziehung zu dem Kommunaldienst des Bestellten. Eine solche Beziehung findet im gegenwärtigen Fall der 3. Sen. insbes. in der Betrauung mit dem Amte seitens des Vorgesetzten, in der fortdauernden Gehorsamspflicht des Untergebenen zum Vorgesetzten, die eben dieselben Personen sind, möge auch der Landrat rechtlich ein Doppelwesen sein: Staatsbeamter und Kommunalbeamter — RG. 100, 188 — (so daß er zweien Herren dient). Das entspricht dem Wesen des Treuverhältnisses, das den Dienst des Beamten kennzeichnet. Neben dieser persönlichen Beziehung ist Rechtfertigungsgrund die sachliche: die tatsächliche enge Verknüpfung zwischen staatlicher und kommunaler Tätigkeit in der Kreisverwaltung.

Der Gerichtsvollzieher, den die preuß. Landschaft mit Vollstreckung im Verwaltungszwangsverfahren beauftragt (RG. 137, 38) befindet sich im Dienst des Staates. Der Auftrag ändert an diesem Dienstverhältnis nichts. Die Gewalt, die er im Auftrage ausübt, bleibt staatliche — wird nicht anstattliche — Gewalt. Dienst und Gewaltausübung erleiden keine Trennung.

Wie ist es aber bei der kommissarischen Verwaltung?

Der Zweck kann sein die Beseitigung oder Verhinderung

<sup>1</sup>) JW. 1925, 2766. <sup>2</sup>) JW. 1929, 2820. <sup>3</sup>) JW. 1930, 1933.

<sup>4</sup>) JW. 1931, 1691.

von Funktionsstörungen bei Körperschaften des öffentlichen Rechts. Es wird an Stelle des nicht oder nicht richtig funktionierenden Organs ein — dem Ziele nach vorübergehender — Ersatz geschaffen. Oder es wird — vorbeugend — ein neues Organ hinzugefügt. Die organische Betrachtung erleichtert jedenfalls die Lösung. Es handelt sich schließlich um lebendige Gebilde, nicht um leblose Mechanismen. Die Einsetzung eines Kommissars kann aber auch den Zweck verfolgen, eine besondere organische Verbindung zweier Körper herzustellen. Dann entscheidet über die Frage der Zurechnung die Art der Eingliederung in den Kräftestrom. Es wird beispielsweise ein „Doppelorgan“ geschaffen, wie bei der normalen Verwaltung der preuß. Landrat. Das Verbindungsorgan ist schließlich denkbar als nur dem einen Körper wesentlich zugeordnet. Erfolgt die Einrichtung durch Gesetz, nicht durch Verwaltungsakt, so kann es sich auch um eine organische Veränderung von bleibendem Charakter handeln.

Ist der kommissarische Amtsträger „Ersatzorgan“, so befindet er sich im Dienst des Körpers, dem er eingefügt wird.

Der Kommissar der Hauptstadt Berlin (PrGef. v. 31. Mai 1933 [PrGS. 916]) ist „Sonderorgan“ („Neben den Oberbürgermeister und den Magistrat... tritt ein Staatskommissar...“). Die Zweifel löst hier der Gesetzgeber selbst: „Die Vorschr. der §§ 1 und 3 des Gesetzes über die Haftung des Staates v. 1. Aug. 1909 (GS. 691) finden mit der Maßgabe Anwendung, daß an die Stelle des Staates die Hauptstadt Berlin tritt“ (§ 5).

Der Reichstatthalter (auf Reichskanzler und Minister findet Art. 131 WVerf. Anwendung [RG. 125, 279, 280]), für das Amt des Reichstatthalters gelten ferner gemäß die Vorschr. des Reichsministergesetzes) steht im Dienste des Reiches. Zwar übt er Befugnisse der Landesgewalt aus (§ 1). Jedoch ist und bleibt er dennoch „Reichsorgan“ (Schmitt), seine Aufgabe die Überwindung des Föderalismus. Er steht im Dienste des Reiches und seiner Politik, er ist Treuhänder des Führers und der nationalsozialistischen Staatsidee. Mit juristischen Begriffen allein läßt sich die Lösung nicht finden. Entscheidend ist das Wesentliche.

Mag auch die Befolgung als Anhaltspunkt dienen („Die Dienstbezüge gehen zu Lasten des Reiches“ [§ 3 Abs. 2]), es würde einen Rückschlag in die materialistische Betrachtung der Dinge bedeuten, wollte man (wie Fellner, VerwRcht, 1931, S. 322) für die Frage, in wessen Dienst der Beamte steht, die Bezahlung entscheiden lassen.

1927 Rspr. Nr. 1018 ein anderer Rechtsstandpunkt vertreten sein sollte, kann daran nicht festgehalten werden.

(U. v. 14. März 1933; III 239/32. — Berlin.) [Sch.]  
(= RG. 140, 126.)

6. Art. 90, 94 RVerf.; § 37 Abs. 2 RBahnG.; §§ 40—54, 99 BadWassG. v. 12. April 1913; §§ 142, 143 BadWD. betr. Handhabung der Baupolizei und Wohnungswesen v. 1. Sept. 1907. Verfassungsrechtliche Stellung der Reichsbahn. Unvereinbarkeit der vorstehenden badischen Bestimmungen mit der RVerf. und dem RBahnG. f.)

Das Land Baden hat das RG. auf Grund von Art. 13 Abs. 2 RVerf. i. Verb. m. dem Gesetz zur Ausführung dieses Art. v. 8. April 1920 mit folgendem Antrage angerufen: „Das RG. wolle eine Entsch. folgenden Inhalts erlassen: §§ 40—54 u. 99 BadWassG. i. d. Fass. v. 12. April 1913 (BadWB. 1913, 250) und der §§ 142 u. 143 BadWD., die Handhabung der Baupolizei und das Wohnungswesen betreffend (LandesbauD.) v. 1. Sept. 1907 (BadWB. 1907, 385) sind auch, wenn es sich um Eisenbahnanlagen handelt, die dem Reich gehören, mit dem Reichsrecht vereinbar.“

Der Gegenantrag des Deutschen Reichs, vertreten durch den RVerfM. geht dahin: „Unter Abweisung des Antrags des Landes Baden festzustellen: 1. §§ 40—54 u. 99 BadWassG. sind, soweit sie sich auf den Bau und die Veränderung von Reichseisenbahnanlagen i. S. des § 37 Abs. 2 RBahnG. beziehen, mit Art. 94 Abs. 1 RVerf. und § 37 Abs. 2 RBahnG. unvereinbar. 2. §§ 142 u. 143 LandesbauD. sind nur insoweit mit dem Reichsrecht vereinbar, als sie eine Baugenehmigung für solche Bauten der Deutschen Reichsbahngesellschaft für notwendig erklären, die nicht zu den Reichseisenbahnanlagen i. S. des § 37 RBahnG. gehören.“

Über die Vornahme von Bauten ist im RBahnG. vom 30. Aug. 1924 § 37 enthalten, dessen Abs. 2 durch Ges. v. 13. März 1930, das nicht mit der zu Verfassungsänderungen nötigen, sondern nur mit einfacher Mehrheit beschlossen wurde, geändert wurde.

Zim bad. Wasserrecht (BadWassG. v. 12. April 1913) sind in §§ 40—54 Best. über Verleihung und Genehmigung enthalten.

Den Gegenstand des Streits bildet § 99 des Ges. über „Genehmigung von Bauten in und an Gewässern“.

Zuständig für Verleihung und Genehmigung ist in der Regel der Bezirksrat (§ 117). Das Verfahren ist im einzelnen geregelt in der am 12. April 1913 erlassenen WD. zum Vollzug des WassG. (WB. 1913, 311).

Nach der BadLandesbauD. v. 1. Sept. 1907 (WB. 1907, 385) ist im allgemeinen vor Beginn eines Baues Erteilung der Baugenehmigung durch das Bezirksamt notwendig (§ 123 WD.). Hier kommen die §§ 142, 143 in Betracht.

1. Das Land Baden machte zur Begr. seines Antrags geltend:

Die ReichsbahnBeh. hätten sich seit 1924 unter Berufung

Zu 6. Der Beschl. ist für die Reichseisenbahn von großer Bedeutung. Er spricht an der Hand zweier bad. Verordnungen allgemeine Grundsätze für die rechtliche Kraft der Planfeststellung bei Reichsbahnanlagen aus.

RG. und StGH. konkurrieren: Das RG. ist dazu durch Art. 13 Abs. 2 RVerf. i. Verb. m. Ges. v. 8. April 1920 (WB. 1920, 510) berufen, der StGH. durch Art. 90 Satz 2 RVerf. Da beide Gruppen von Vorschriften gleichwertig nebeneinander gelten und im vorl. Falle das RG. angerufen worden ist, unterliegt dessen Zuständigkeit keinem Zweifel.

Die bad. Vorschriften betreffen gewisse Genehmigungen und Verleihungen auf wissenschaftlichem Gebiet und die Baugenehmigung für gewisse Anlagen. Baden will in beiden Fällen der Genehmigungsspflicht auch die Reichsbahn unterwerfen, für die Baugenehmigung allerdings mit Einschränkungen. Das Reich beruft sich demgegenüber auf Art. 90 RVerf., kraft dessen mit dem Übergange der Bahnen das Reich alle auf das Eisenbahnwesen bezüglichen Hoheitsrechte übernommen hat, und auf § 37 Abs. 2 RBahnG., der dem RVerfM. und der Reichsbahnges. die endgültige Feststellung der Eisenbahnbaupläne zuweist, und behauptet, daß mit diesen Vorschriften die vorerwähnten Bestimmungen der bad. Verordnungen unvereinbar sind.

Wegen die vom Reiche vertretene Auslegung des § 37 Abs. 2

auf Art. 94 Abs. 1 Satz 2 RVerf. und § 27 RBahnG. vom 30. Aug. 1924 geweigert, sich einem Verleihungs- oder Genehmigungsverfahren nach dem BadWassG. zu unterwerfen. Von dem Verleihungs- oder genehmigungspflichtigen Vorhaben sei der bad. VerwBeh. lediglich Kenntnis gegeben mit dem Ersuchen um Äußerung. Es habe sich dabei u. a. um Entwässerung von Dienstwohnungen der Reichsbahn, Entnahme von Wasser aus einem Bach zur Lokomotivspeisung, Änderung im Flußbett für einen Bahnbau, Neubau und Änderung von Brücken gehandelt. Nachdem die bad. Reg. im Verein mit anderen Ländern die Rechtsauffassung der Reichsbahn bekämpft habe, sei der RVerfM. ohne nähere Begr. dem Standpunkt der Reichsbahn beigetreten.

Die Zuständigkeit des beschließenden Sen. zur Entsch. des Streits ergibt sich aus Art. 13 Satz 2 RVerf. i. Verb. m. Ges. v. 8. April 1920 und aus der Zuweisung durch den RVerfM. Der Streit geht darum, ob die Vorschr. des BadWassG. über Verleihungen und Genehmigungen, sowie die der BadLandesbauD. über Baugenehmigung mit den in § 37 RBahnG. i. Verb. m. Art. 90 u. 94 RVerf. enthaltenen Best. vereinbar und in welchem Umfange sie etwa nebeneinander anzuwenden sind. Es steht dabei nicht die allgemeine Gültigkeit der bad. Vorschr. neben dem Reichsrecht in Frage, sondern nur ihre Anwendbarkeit hinsichtlich der Reichsbahn. Aber auch zur Entsch. dieses Streits ist das RG. berufen (RG. 107, 287; 118, 1). Indem das Reich geltend macht, sein Eisenbahnhoheitsrecht schließe die Anwendung der bad. Best. aus, liegt ein Streitfall über den Umfang der auf das Reich übergegangenen Hoheitsrechte vor. Hätte nach Art. 90 Satz 2 RVerf. zu seiner Entsch. auch der StGH. angerufen werden können, so schließt doch diese Möglichkeit die Anwendung des Art. 13 Abs. 2 RVerf. nicht aus. Die beiden Vorschr. stehen in der RVerf. gleichwertig nebeneinander. Es besteht kein Anhalt dafür, daß Art. 90 Satz 2 als Sondervorschr. gedacht sei, die beim Vorliegen ihrer Voraussetzungen der Anrufung des RG. nach Art. 13 entgegenstehe (vgl. auch RG. 129, Anh. S. 6).

1. Für die Entsch., ob die Best. des BadWassG. mit dem Reichsrecht vereinbar sind, ist zunächst die Rechtslage zu betrachten, wie sie nach Art. 90, 94 RVerf. und § 37 RBahnG. i. d. Fass. v. 30. Aug. 1924 gestaltet war. Art. 90 RVerf. ergibt den Übergang der bisher den Ländern zustehenden Enteignungsbefugnis und der Hoheitsrechte, die sich auf das Eisenbahnwesen beziehen, auf das Reich. Diese grundlegende Best. wird ergänzt und ausgebaut durch Art. 94 RVerf. und § 37 RBahnG., welche letzterer in seiner ursprünglichen Gestalt mit verfassungsändernder Mehrheit zustande gekommen ist. Diese Best. zusammengenommen ergeben die Rechtsstellung des Reichs auf dem Gebiet des Eisenbahnwesens. Danach steht dem Reich für die i. J. 1920 übernommenen Staatsbahnen und für die später hinzukommenden Reichsbahnen des allgemeinen Verkehrs die volle Eisenbahnhoheit zu. In ihr ist das Reich für seine eigenen, jetzt in der Verm. der Reichsbahnges. stehenden Bahnen von den Ländern unabhängig (StGH.: RG. 107, Anh. S. 1; 109, Anh. S. 17). Ein wesentlicher

wendet Baden ein, daß der letzte Satz dieses Absatzes: „Die Planfeststellung umfaßt die endgültige Entscheidung über alle von der Plangestaltung berührten Interessen“, den erst das zweite RBahnG. (v. 13. März 1930) eingefügt hat, eine von der RVerf. abweichende Neuerung gebracht habe; da aber der RVerf. ihn nur mit einfacher Stimmenmehrheit beschlossen habe, sei er rechtsungültig.

Das RG. hat den Einwand Badens verworfen und weist nach, daß der Schlusssatz des § 37 Abs. 2 schon nach dem ersten RBahnG. geltendes Recht war, dieses also nicht ändert, sondern nur außer Zweifel stellt. Zugleich führt der Beschl. überzeugend aus, daß die Zuweisung der Landesbehörde zur Planfeststellung, wie sie im RBahnG. und im Staatsvertrage von 1920 gefordert wird, ausschließlich in einer Anhörung besteht, den Ländern aber keine maßgebende Mitwirkung einräumt, daß vielmehr die Entscheidung allein bei den nach § 37 Abs. 2 zuständigen Reichsstellen liegt.

Mit diesen Feststellungen des Beschl. ist der Einwand Badens hinfällig geworden und durch den höchsten Gerichtshof entschieden, daß das Recht der nach § 37 zuständigen Reichsstelle, den Bauplan für „Reichseisenbahnanlagen“ „endgültig“ festzustellen, keiner Landesrechtlichen Beschränkung unterliegt. So ist das Recht des RVerfM. (evtl. der Reichsbahnges.) stärker als z. B. das, mit dem in Preußen der § 4 EisenG. v. 5. Nov. 1838 den Eisenbahnminister ausgestattet hat.

Teil der Eisenbahnhoheit ist das Recht zur Planfeststellung. Diese ist ein rechtsgestaltender Staatsakt, welcher die behördliche Best. enthält, daß der Neubau oder die Veränderung der Reichseisenbahnanlage so, wie im Plan festgelegt, ausgeführt werden soll. Dies Hoheitsrecht ist durch § 37 Gef. v. 30. Aug. 1924 teilweise auf die Reichsbahnges. übertragen worden; in der Hauptsache, nämlich für den Bau neuer Strecken allgemein und für Veränderungen bei Netzungsverschiedenheiten zwischen der Reichsbahnges. und LandespolizeiBeh., aber beim Reich — RWerM. — verblieben. Über die Mitwirkung der LandespolizeiBeh. bestimmt Art. 94 RWerf., daß sie, soweit der Neubau oder die Veränderung ihren Geschäftsbereich berührt, anzuhören sind. Ergibt sich bei der Anhörung eine Meinungsverschiedenheit zwischen der Reichsbahnges. und einer LandespolizeiBeh., so sind die Pläne mit dem Gutachten der nach Art. 94 RWerf. gehörten LandespolizeiBeh. dem RWerM. zur Feststellung vorzulegen (§ 37 Gef. v. 30. Aug. 1924). Schon aus der Fass. der Vorschr. ergibt sich, daß zwar die LandesBeh. zur Wahrnehmung der öffentlichen Interessen gegenüber der geplanten Eisenbahnanlage zu Worte kommen sollten, daß aber die Entsch., die Feststellung selbst schließlich dem Reichsminister obliegt. Wäre es anders, so wäre die auf das Reich übergegangene Eisenbahnhoheit nur unvollkommen; denn die Befugnis zur uneingeschränkten Planfeststellung ist ein wesentliches Stück solcher Hoheit. Dementsprechend bestimmt § 19 des mit Gef. v. 30. April 1920 genehmigten Staatsvertrags: „Die Pläne für größere Eisenbahnbauten sind rechtzeitig den Reg. der Länder zur Stellungnahme zu übermitteln.“ Hätten die Länder für Eisenbahnbauten, deren endgültige Planfeststellung dem Reich oder der Reichsbahnges. zusteht, andere landespolizeiliche Befugnisse als das Recht gutachtlicher Äußerung gewahrt bleiben sollen, so hätte das irgendwie gesetzlich oder vertraglich zum Ausdruck gebracht werden müssen. Das Reich weist mit Recht auf die Entstehungsgeschichte des Art. 94 RWerf. hin: Er hat sein Vorbild in § 24 Gef. v. 31. Mai 1911 über die Verfassung Elsaß-Lothringens, wo ebenfalls nur von einer Anhörung der LandesBeh. und der danach erfolgenden Entsch. der Reichsverb. die Rede ist (vgl. RG. 109, Anh. S. 25). In den Verhandlungen der Nationalverb. wurde betont, daß zum Schutz der Bundesstaaten und ihrer Einwohner, soweit bei dem Bau landespolizeiliche Interessen in Frage kämen, die zuständige Stelle des Bundesstaates zu hören sei; es solle damit der Eisenbahnstaaten die Zusicherung gegeben werden, daß ihre landespolizeilichen Interessen berücksichtigt würden (Altentwurf Nr. 391 der verfassunggeb. deutschen Nat-Verf. S. 335, 336). Mit Recht hebt das Reich weiter hervor, daß eine solche Regelung aus praktischen Gründen nahe lag, weil die Einheitlichkeit der Planfeststellung von besonderem Wert ist und zu ihrer Erzielung die Ausgleichung der beim Bau zu berücksichtigenden öffentlichen Interessen ausschließlich in die Hand des RWerM. gelegt werden konnte und mußte. Das RG. kommt unter Berücksichtigung alles dieses zu dem Ergebnis: Nach Art. 90 RWerf. und § 37 Gef. v. 30. August 1924 sind die Landespolizeibeh. auf den Bau und die Veränderung von Reichseisenbahnanlagen nicht anzuwenden. Die LandespolizeiBeh. sind gutachtlich zu hören; sie haben aber keinen bestimmenden Einfluß bei der Planfeststellung für den Bau.

2. Es fragt sich nun, wie sich diese Rechtsstellung des Reichs im Zusammentreffen mit den bad. wasserrechtlichen Best. auswirkt. Nach dem Inhalt besteht an bad. Gewässern Privateigentum i. S. des allgemeinen bürgerlichen Rechts,

Denn es bedarf keiner weiteren Ausführung, daß die für Baden vom RG. festgestellte Rechtslage nicht nur für Baden, sondern für alle deutschen Länder gilt. Danach fallen z. B. die Ausnahmen fort, in denen die preuß. Praxis neben der Planfeststellung durch den Minister noch besondere Genehmigung für bestimmte Fälle (Anschließungsgenehmigung, Baukonsens für Hochbauten, feuerpolizeiliche Genehmigung) durch andere Instanzen für nötig hält, bei der Planfeststellung für Reichseisenbahnanlagen fort. Für das RWassG. v. 7. April 1913 war die Frage schon durch dessen § 385 i. S. der Entsch. des RG. erledigt worden.

Freilich ist damit die Rechtslage nicht erschöpfend geklärt. Denn § 37 Abs. 2 bezieht sich, wie der Beschl. hervorhebt, nur auf „Reichseisenbahnanlagen“ i. S. des § 37 Abs. 2; das RG. lehnt es ab, den

wenn auch mit erheblichen Beschränkungen. In dieses kann nach RWassG. von fremder Seite nur in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise eingegriffen werden, nämlich auf Grund von Verleihungen und Genehmigungen. Die in den §§ 40, 52, 99 WassG. bezeichneten Unternehmungen, für welche Verleihungen und Genehmigungen in Frage kommen, sind sämtlich solche, die i. Verb. m. Reichseisenbahnanlagen und als Teile dieser vorkommen können, wo also eine Berührung mit Art. 90, 94 RWerf. und § 37 RWassG. denkbar ist. Die Erteilungen von Verleihungen und Genehmigungen sind Staatshoheitsakte, mit denen sowohl der Eingriff in das Privateigentum am Gewässer gestattet, als auch über die landespolizeilichen, das Wasserwesen betreffenden Belange entschieden wird. Die letzteren sind dabei sogar die Hauptsache; denn das Privateigentum am Gewässer hat materiell nur beschränkten Wert und Inhalt. Da das Reich über alle von der Planfeststellung berührten landespolizeilichen Interessen (in weitem Sinne) selbständig zu entscheiden hat, kann die Entsch. über solche Belange auch nicht als Teil der Hoheitsrechte der Verleihung und Genehmigung bei Baden verbleiben. Es könnte sich nur fragen, ob der RWerM. in bad. Verleihungen und Genehmigungen in der Weise einzuschalten sei, daß er die Entsch. an Stelle des Landes übernehme. Das wäre dann eine Zuständigkeitsverschiebung im Rahmen des an sich bestehenden wasserrechtlichen Verfahrens nach §§ 40 ff., 99 RWassG. Das ist aber nach dem Aufbau des ganzen Verfahrens nicht wohl möglich. Namentlich würde dann zu Unrecht dem Reich auch die Entsch. über das Privateigentum übertragen. Andererseits ist es nicht möglich, daß Baden und Reich neben- und miteinander entscheiden. Baden beansprucht sogar den Vorrang seines Wasserrechts in der Weise, daß das Reich die endgültige Planfeststellung erst dann vornehme, wenn die bad. Behörde über etwa nötige Verleihungen und Genehmigungen entschieden habe. Bei solchem Widerstreit ist nach dem Grundsatz „Reichsrecht bricht Landesrecht“ das Planfeststellungsrecht des Reichs als das vorgehende und stärkere zu erachten, wie ja auch die öffentlich-rechtliche Seite bei Verleihung und Genehmigung die privatrechtliche bei weitem überwiegt. Der Umstand, daß den Ländern für Reichseisenbahnanlagen keine Entsch. polizeilicher Art (im weiten Sinne der Entsch. über alle öffentlichen Interessen) verblieben sind, macht es unmöglich, daß Baden für solche Anlagen noch Akte der Verleihung und Genehmigung ausübe, bei denen die Beachtung der öffentlichen Interessen die Hauptsache ist. Deswegen sind die §§ 40—54, 99 WassG. mit Art. 90, 94 RWerf. und § 37 RWassG. a. F. unvereinbar.

Daraus ergibt sich ohne weiteres, daß gleiches gegenüber dem § 37 RWassG. n. F. der Fall ist. Die Neufassung enthält nur eine Klarstellung, aber keine Änderung des früheren Rechtszustands. Hätte mit der Neufassung etwa der frühere Zustand zum Nachteil der Länder in den ihnen bis dahin verbliebenen Hoheitsrechten geändert werden sollen, so wäre das allerdings eine Verfassungsänderung gewesen. Der unstrittene Satz: „Die Planfeststellung umfaßt die endgültige Entsch. über alle von der Planfeststellung berührten Interessen“ hat aber nicht diese Bedeutung. Einer Änderung zugunsten der Reichsbahn bedurfte es nicht, weil das, was das Reich beansprucht, auch schon vorher Rechtens war.

Damit ist nicht gesagt, daß die Reichsbahn nun auf Grund einer Planfeststellung auch ohne weiteres über das nach bad. Recht bestehende Privateigentum an Gewässern hinweggehen dürfe. Die Planfeststellung erledigt lediglich die polizeilichen öffentlichen Interessen; nicht dagegen ergibt sie

Begriff „Reichsbahnanlage“ näher abzugrenzen, und beschränkt sich auf den Ausspruch, daß für die Begriffsbestimmung nicht etwa das Landesrecht, sondern ausschließlich die Auslegung des § 37 maßgebend ist. Es kann deshalb auch nicht Sache der gegenwärtigen Besprechung sein, auf die Begriffsbestimmung einzugehen. Nachrichtlich sei darauf hingewiesen, daß sich damit beschäftigen: Mittel: DZ. 1926, 433; OLG. Frankfurt v. 8. Febr. 1927; RWassG. 1927, 1224; Genest: ArchEisenbW. 1931, 1582; besonders aber der mit der Reichsbahn vereinbarte, n. W. nicht veröffentlichte Erl. des preuß. VolkswohlMin. v. 6. Mai 1931, II 2001/30, 4, den Reichsbahndirektionen mitgeteilt mit Verf. 46 Napl 22 v. 30. Juni 1931.

Zweifelhaft bleibt ferner, ob sich auch § 37 Abs. 5 RWassG., demzufolge die Reichsbahnges. dafür einzustehen hat, daß „ihre“ Bauten

eine Befugnis zum entschädigungslosen Eingriff in Privatrechte. Die Reichsbahn darf in keiner Weise in die an allen bad. Gewässern bestehenden Eigentumsrechte eingreifen, ohne sich mit dem Eigentümer, sei es gütlich, sei es durch Enteignung, auseinanderzusetzen zu haben.

3. Alles das bezieht sich nur auf Reichseisenbahnanlagen i. S. des § 37 Abs. 2 RBahnG. Alle anderen Bauten der Reichsb. sind allen Vorschr. des BadWassG. unterworfen. Die Parteien sind verschiedener Ansicht darüber, was unter Reichseisenbahnanlagen zu verstehen sei. Es handelt sich hier aber nicht mehr um eine Frage der Vereinbarkeit der Best. des BadWassG. mit dem Reichsrecht, über die allein in diesem Verfahren zu entscheiden ist, sondern um eine Frage der Auslegung des § 37 RBahnG. Wohl können im Einzelfalle Zweifel entstehen, ob § 37 RBahnG. eingreift und damit die §§ 40 bis 54, 99 BadWassG. ausgeschaltet sind oder ob das nicht der Fall ist. Es ist jedoch nicht Sache des auf Grund von Art. 13 RVerf. angerufenen Gerichts, nachdem das Ergebnis gewonnen ist, daß neben einer bestimmten reichsrechtlichen Vorschr. bestimmte landesrechtliche Vorschr. nicht anzuwendend seien, nun auch noch eine Entsch. über die Auslegung des Reichsrechts für zukünftige Anwendungsfälle zu geben. Streitigkeiten, die in Zukunft hierüber entstehen mögen, können nur von dem für die Entsch. solchen Einzelfalls anzurufenden Gerichtshof entschieden werden; und zwar dies auf der nach der Entsch. des jetzt beschließenden Sen. mit Gesetzeskraft feststehenden Grundlage, daß, soweit es sich um Reichseisenbahnanlagen i. S. des § 37 RBahnG. handelt, die §§ 40—54, 99 BadWassG. auszuweisen haben. Mit der Feststellung der Unvereinbarkeit der bad. GesBest. gegenüber dem Reichsrecht ist die Aufgabe des RG. aus Art. 13 RVerf. erschöpft. Dem entspricht es, daß die Streitteile in diesem Verfahren keine Anträge zur Auslegung des Begriffs „Reichseisenbahnanlagen“ gestellt haben.

Bezüglich der §§ 142, 143 BadLandesbauD. im Zusammenhang mit § 37 RBahnG. besteht der folgende Streitpunkt:

Baden erachtet eine landespolizeiliche Baugenehmigung für unnötig nur für ausschließlich bahntechnische Anlagen, welche innerhalb des Bahngeländes und nicht an öffentlichen Wegen erstellt werden. Für den Begriff der bahntechnischen Anlage soll § 143 Abs. 2 BadLandesbauD. entscheidend sein. Das Reich dagegen hält alle Reichseisenbahnanlagen i. S. des § 37 RBahnG. für genehmigungsfrei. Zu diesen rechnet es außer der freien Strecke die Bahnhofsanlagen jeder Art mit sämtlichen Einrichtungen, die der Vorbereitung und dem Abschluß des Beförderungsgeschäfts dienen, sowie die Nebenanlagen, die den Schutz der Eisenbahnanlagen und des Betriebs bezwecken oder zur Ausführung des Betriebs erforderlich sind. Für baugenehmigungspflichtig hält das Reich nur die nicht hierunter fallenden Bauten der ReichsbGes.

Im übrigen besteht Übereinstimmung der Streitteile dahin, daß das Land Baden, entsprechend dem Standpunkt des

Reichs, sämtliche Bauten, bei denen die ReichsbGes. Bauherrin ist, von der in der LandesbauD. vorgesehenen Nachprüfung der Planvorlagen in rein bautechnischer Beziehung, von Baubefichtigungen und Bauabnahmen freilassen will.

Zur Lösung des über die Notwendigkeit von Baugenehmigungen bestehenden Streits ist von dem Ergebnis der früheren Erörterungen (IV 1) auszugehen, daß das Reich die volle Eisenbahnherrschaft und das Planfeststellungsrecht für alle Reichseisenbahnanlagen hat und die LandespolizeiBeh. hierzu lediglich anzuhören sind, daß ihnen aber da keinerlei Entsch. zusteht. Dies Reichsrecht geht dem Landesrecht, also auch der BadLandesbauD. vor. Alles was zu den Reichseisenbahnanlagen i. S. des § 37 RBahnG. gehört, ist von einer Genehmigung der BaupolizeiBeh. befreit. Wie schon oben unter IV 3 ausgeführt, mögen im Einzelfall Zweifel über die Erstreckung dieses Begriffs und demgemäß Meinungsverschiedenheiten auftreten, ob ein Bau der ReichsbGes. landespolizeilicher Genehmigung unterliegt oder nicht. Der jetzt auf Grund des Art. 13 RVerf. beschließende Sen. kann zur Lösung eines sich daran knüpfenden Streits nur die Richtschnur geben, daß es dabei lediglich auf eine Auslegung des in § 37 RBahnG. enthaltenen Begriffs „Reichseisenbahnanlage“ ankommt. Nicht dagegen können hierzu die §§ 142, 143 BadLandesbauD. herangezogen werden. Sie sind für die Frage der Genehmigungspflicht schon insofern enger als § 37 RBahnG. gefaßt, als nach ihnen die bahntechnischen Anlagen, wenn sie von der Baugenehmigung befreit sein sollen, innerhalb des Bahngeländes und nicht an öffentlichen Wegen erstellt werden müssen. Da das Landesrecht dem Reichsrecht zu weichen hat, so sind §§ 142, 143 BadLandesbauD. in Ansehung von Bauten der ReichsbGes. nur soweit mit dem Reichsrecht vereinbar, als sie solche Bauten, welche nicht zu den Reichseisenbahnanlagen i. S. des § 37 RBahnG. gehören, einer polizeilichen Baugenehmigung unterwerfen.

Nach alledem war den Anträgen des Deutschen Reichs entsprechend zu beschließen.

(Beschl. v. 17. Dez. 1932; V T 4/32.)

[Sch.]

(=> RG. 139, 137.)

## II. Verfahren.

\*\*7. §§ 606 Abs. 4, 323 Abs. 1 Nr. 5 ZPO.; Art. 27 GG. Für die Entscheidung von Angehörigen der Vereinigten Staaten, die in Deutschland ihren Wohnsitz haben, sind die deutschen Gerichte zuständig und die deutschen Gesetze maßgebend.†)

(U. v. 2. Juni 1932; IV 103/32. — Hamburg.)

[Ra.]

(=> RG. 136, 361.)

Abgedr. JW. 1932, 2808<sup>12</sup>.

Rechts auf einen konkreten Fall, sondern die allgemeine Feststellung seines Inhalts, und diese Feststellung kann vom RG. nachgeprüft werden.

Das RG. tritt hiermit den von Staubinger-Raape S. 47 und 742 gewiesenen Weg und befriedigt dadurch ein dringendes Bedürfnis. Denn die praktische Frage, um die es sich hier handelt, ist typischer Art und kehrt immer wieder. Einheitliche Beantwortung durch die deutschen Gerichte ist daher wünschenswert.

2. Was die Sache selbst angeht, so stimme ich der Entsch. im Ergebnis zu, und zwar aus folgenden Erwägungen: Angenommen, der amerikanische Staat ließe den renvoi zu, so würde seine Norm mit Bezug auf den vorl. Fall folgendermaßen lauten: Der amerikanische Richter hat grundsätzlich die deutschen Scheidungsnormen anzuwenden, ausnahmsweise die amerikanischen, dann nämlich, wenn der deutsche Richter nach diesen urteilt. Der renvoi ist also nur für den Notfall zugelassen, nur im Notfall will das amerikanische Domizilprinzip dem etwa widersprechenden deutschen Prinzip weichen. Dieser Notfall ist hier nicht gegeben, denn der deutsche Gesetzgeber ordnet seinerseits das Zurückweichen des Staatsangehörigkeitsprinzips auch für Fälle der vorliegenden Art an. So ist nämlich Art. 27 zu verstehen. Die deutschen Scheidungsnormen sind von dem deutschen Richter nicht bloß dann anzuwenden, wenn der amerikanische Staat unbedingt und ausnahmslos seinem Richter die Anwendung dieser Normen vorschreibt, sondern auch dann, wenn der amerikanische Staat die Anwendung dieser Normen unter der angegebenen Bedingung befiehlt. Der deutsche Staat richtet sich nach dem Willen des amerikanischen. Unser Staats-

allen Anforderungen der Sicherheit und Ordnung genügen, und behördliche Abnahmen nicht stattfinden, gleichfalls nur auf Bauten bezieht, die zu den „Reichsbahnanlagen“ i. S. des Abs. 2 gehören. Im vorl. Rechtsstreit hatte das Gericht keinen Anlaß, hierzu Stellung zu nehmen, nachdem sich die Parteien in dieser Frage geeinigt hatten; Baden hatte sich nämlich mit der am Ende des Beschl. mitgeteilten Erklärung der Auffassung des Reichs angeschlossen, daß Abs. 5 alle Bauten erfasst, bei denen die ReichsbGes. Bauherrin ist. Im Hinblick auf die allgemeine Fassung des Abs. 5 wird man dem Standpunkt des Reichs beitreten müssen.

Wirkl. Geh. Rat Dr. Fritsch, Wiesbaden.

Zu 7. A. Anm. Dr. Rudolf Mueller, abgedr. JW. 1932, 3817.

B. 1. Zu § 549 ZPO. Art. 27 ist keine selbständige Rechtsnorm, so wenig wie Art. 30. Er ist nur Bestandteil einer anderen, der eigentlichen Konfessionsnorm, z. B. des Art. 17. Sind die Parteien Ausländer, so hat der inländische Richter die Entscheidung grundsätzlich (also abgesehen von Art. 17 Abs. 4) bald nach ausländischem, bald nach inländischem Recht zu beurteilen, je nachdem der ausländische Richter gemäß seinem ZPR. die Entscheidung nach ausländischem oder nach deutschem Recht zu beurteilen hat. Die Vorfrage für den deutschen Richter ist also: Welches Recht würde der ausländische Richter anwenden? Diese Frage bedeutet nicht die Anwendung des ausländischen

## b) Straffachen.

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

## I. Materielles Recht.

\*§ 8. § 36 StGB.; § 331 StPD. Eine reformatio in peius liegt nicht vor, wenn die Gesamtdauer der Freiheitsstrafe und des Ehrenrechtsverlustes nicht verlängert ist.†)

Das SchöffG. hatte gegen jeden der beiden Angekl. auf eine Gesamtstrafe von 3 Jahren 6 Monaten Gefängnis und auf 2 Jahre Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt. Auf die Ber. der Angekl. hat die StrR. bei jedem von ihnen die Gesamtstrafe auf 3 Jahre Gefängnis ermäßigt, dagegen die Dauer des Ehrenrechtsverlustes auf 3 Jahre festgesetzt. In den Urteilsgründen bemerkt die StrR., es sei ihr ein Irrtum unterlaufen, indem sie angenommen habe, daß schon das SchöffG. auf je 3 Jahre Ehrenrechtsverlust erkannt habe.

Die von der StA. zugunsten der Verurteilten eingelegte Rev. ist beschränkt auf die Nebenstrafen, und zwar auf deren

angehörigkeitsprinzip ist das Prinzip der Anpassung oder der Übereinstimmung. Der amerikanische Staat will aber grundsätzlich die Anwendung der lex domicilii. Gern fügen wir uns dem, ist doch die Anwendung des inländischen Rechts für uns leichter als die des fremden.

In dem vorl. Fall stehen sich das heimische Staatsangehörigkeitsprinzip und das ausländische Domizilprinzip gegenüber, und zwar so, daß jeder Staat auf den fremden Rücksicht zu nehmen gewillt ist. Zum vollen Verständnis des Problems sei noch ein anderer Fall betrachtet. Ein Schweizer stirbt mit letztem Wohnsitz in Deutschland. Welches Erbrecht hat der deutsche Richter anzuwenden? Das Schweizer ZPR., das ja nach Art. 27 in Betracht zu ziehen ist, besagt nach der zwar bestrittenen, aber doch wohl herrschenden und m. E. richtigen Meinung folgendes: Grundsätzlich hat der Schweizer Richter Schweizer Erbrecht anzuwenden; ausnahmsweise deutsches Erbrecht, falls nämlich der deutsche Richter nach diesem urteilt. Wieder stehen sich zwei Staaten gegenüber, die aufeinander Rücksicht nehmen. Jeder will im Interesse der privaten Parteien einen Konflikt vermeiden. Aber diesmal stehen sich nicht Domizilprinzip und Staatsangehörigkeitsprinzip gegenüber, sondern Staatsangehörigkeitsprinzip und Staatsangehörigkeitsprinzip, die freilich beide bereit sind, einem anderen Prinzip nachzugeben. In dem vorigen Falle wollte (wie angenommen) Amerika von seinem Domizilprinzip zugunsten des fremden Staatsangehörigkeitsprinzips abweichen, hier will die Schweiz von ihrem Staatsangehörigkeitsprinzip notfalls zugunsten des fremden Domizilprinzips abweichen. Die Entsch. in diesem zweiten Fall ist klar; auch Deutschland hat ja das Staatsangehörigkeitsprinzip, die Schweiz und Deutschland stimmen also überein. Ein Gegensatz wie ihn Art. 27 voraussetzt, ist daher nicht vorhanden. Beide Staaten können ihren Prinzipien treu bleiben, indem sie beide das Schweizer Erbrecht anwenden. Vgl. a. a. O. S. 750 V und 762 Nr. 10.

Was so für die Rückverweisung gilt, gilt auch für die Weiterverweisung. Man denke an einen englischen Erblasser mit letztem Wohnsitz in Frankreich (Fall Amesley, dazu Staudinger-Kaape S. 760) oder in Bukarest. Ausgangspunkt ist: Wir entscheiden so wie der englische Richter. Staatsangehörigkeitsprinzip ist Prinzip der Übereinstimmung. Nun ist sorgsam zu prüfen: Was will im Grunde der englische Staat, indem er etwa auf den fremden Staat, den französischen bzw. rumänischen, Rücksicht nimmt? Und insofern sein Verhalten durch das Verhalten des dritten Staates bestimmt wird, fragt sich weiter: wie steht es mit diesem? Möglich, ja wahrscheinlich ist, daß der rumänische Staat sich anders verhält wie der französische. Jener beharrt starr auf seinem Staatsangehörigkeitsprinzip, dieser ist nachgiebig.

Ich kehre zu unserem Fall zurück. Ob das Recht von Wisconsin unbedingt oder bedingt, nämlich so wie angegeben, auf die deutschen Scheidungsnormen verweist, — in jedem Falle ist von uns deutsches Scheidungsrecht anzuwenden. Daher erübrigt sich in der Tat eine nähere Prüfung des amerikanischen ZPR. Und es ist zugleich hinzuzufügen: Wie auch die von wissenschaftlicher Seite angestellten Untersuchungen über den renvoi im amerikanischen Recht ausfallen mögen, sie ändern nichts an der Beurteilung von Fällen der vorliegenden Art. Es wird immer dabei bleiben, daß eine Rückverweisung vom Standpunkt des deutschen Rechts aus gegeben und dementsprechend ein renvoi vom Standpunkt des amerikanischen Rechts aus nicht gegeben sein wird, denn grundsätzlich wird das amerikanische Recht stets davon ausgehen, daß die lex domicilii anzuwenden ist (gerade umgekehrt, wie — nach richtiger Auffassung — das schweizerische Recht). Das aber ist für die Annahme einer Rückverweisung i. S. des Art. 27 entscheidend.

Man sieht bei dieser Gelegenheit, wie wertvoll es ist, daß das RG. zu dieser Frage der Rückverweisung des amerikanischen Rechts auf das deutsche Stellung genommen hat. Die anderen deutschen Ge-

strafmaß. Die örtliche StA. ist dabei der Auffassung, daß gem. § 331 StPD. auf höchstens je 2 Jahre Ehrenrechtsverlust hätte erkannt werden dürfen.

Zwischen einer Freiheitsstrafe und der Ehrenstrafe des § 32 StGB. besteht — anders als bei den in § 21 StGB. bezeichneten Freiheitsstrafen untereinander — kein festes gesetzliches Wertverhältnis. Indessen gibt § 36 StGB. eine geeignete Grundlage für die Entsch. der Frage, ob und unter welchen Bedingungen die Erhöhung der Ehrenstrafe bei gleichzeitiger Herabsetzung der Hauptstrafe einen Nachteil für den Angekl. i. S. des § 331 StPD. bildet. Nach dem ersten Halbsatz jener Vorschr. tritt die „Wirkung“ der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte mit der Rechtskraft des Urteils ein; diese — an sich selbstverständliche — Best. betrifft aber nur die unmittelbar durch die Rechtskraft des Urts. eingetretenen Folgen, die überhaupt nicht mehr, auch nicht durch die spätere Aufhebung des Urteils im Wiederaufnahmeverfahren, ungeschehen gemacht werden können (vgl. RGSt. 57, 312), und besagt daher für die hier zu lösende Frage nichts. Jedoch ergibt sich aus dem zweiten Halbsatz dortselbst, wonach die

richte wissen nun, woran sie sind und können einheitlich entscheiden. Und noch einer weiß es — und auch darum begrüße ich es, daß das RG. den § 549 ZPR. überwandt —: der amerikanische Richter. Denn auch er hat ja ein Interesse daran, den deutschen Standpunkt kennenzulernen. So wissen nun beide, der deutsche Richter, daß vom deutschen Standpunkt aus eine Rückverweisung, und der amerikanische, daß vom amerikanischen Standpunkt aus ein renvoi nicht vorliegt.

Meine Begründung weicht von der des RG. wesentlich ab. Man mache die Probe an dem Schweizer Fall. Allem Anschein nach würde das RG. entgegen seiner früheren Mpr. an der Hand der im Urts. enthaltenen allgemeinen Sätze auch in ihm zu der Annahme gelangen, daß das Schweizer Recht auf das deutsche Recht zurückverweise. Ich bemerke kurz: Die entscheidende Frage ist die, ob das ausländische Recht auf die deutsche Sache nicht verweist, also sie anzuwenden bezieht. Nur dann kann man überhaupt von einer Rückverweisung sprechen. Ob das der Fall ist, ist insbes. dann zweifelhaft, wenn der ausländische Staat wie hier seinen Befehl abhängig macht von dem Verhalten des fremden Staates, hier des unferigen. Dieses Abstellen auf unser Verhalten, d. h. auf unsere Konfessionsnorm, ist Bedingung seiner Verweisung, aber nicht Rückverweisung auf sie. Die Rückverweisung bezieht sich immer nur auf die Sache selbst. Man brauche einmal bei der Durchdenkung solcher Fälle überhaupt nicht die Worte „Verweisung“ und „Rückverweisung“ — hier sehe ich Frankenstein schmunzeln —, und alles wird viel natürlicher und einfacher.

Prof. Dr. Leo Kaape, Hamburg.

Zu 8. Das Urts. gibt keine Gelegenheit, der Auffassung des RG. entgegenzutreten, der § 331 StPD. sei ebenso auszulegen wie die §§ 358 Abs. 2 und 373 Abs. 2, es dürfe daher in der Berzinst. das Urts. erster Instanz, wenn es nur bei der Strafe bleibe, zum Nachteil des Angekl. abgeändert werden. (Vgl. Rosenbergs, Komm., 18. Aufl., Note 2 zu § 331. Den Literaturangaben ist noch Weling, Lehrb. S. 340 hinzuzufügen.)

Die Auffassung der „örtlichen“ StA., die StrR. hätte auf höchstens 2 Jahre Ehrverlust erkennen können, halte ich für richtig. Die Gründe, aus denen das RG. zu einer Erhöhung der Strafe auf 2 Jahre 6 Monate kommt, scheinen mir gekünstelt und zu formalistisch. Formalistisch, weil die Festsetzung der StrR. auf 3 Jahre offensichtlich die Folge eines Versehens gewesen ist, das von der StrR., da die in das Verhandlungsprotokoll aufgenommene Urteilsformel unabänderlich ist, nicht beseitigt werden kann (Rosenbergs a. a. O., Note 6 zu § 268). Die Begründung, die Gesamtdauer der Zeit, während derer die bürgerlichen Ehrenrechte nicht ausgeübt werden können, bleibe dieselbe wie nach dem Urts. des SchG., wenn die Freiheitsstrafe um 6 Monate herabgesetzt, die Dauer des Ehrverlustes um 6 Monate verlängert werde, scheint mir anspruchlos. Zunächst aus dem Grunde, weil die Freiheitsstrafe erlassen werden kann; ferner, weil ein teilweiser Erlass einer längeren Freiheitsstrafe durchaus im Bereich der Möglichkeit. Mittelbar ist dieser Umstand für § 331, wie dem RG. entgegengehalten werden muß, durchaus bedeutsam, weil die Verurteilten unter dieser Voraussetzung länger von der Ausübung der bürgerlichen Ehrenrechte ausgeschlossen sind, als es das Urts. erster Instanz bestimmt hat. Das ist aber verhältnismäßig nebenächlich. Wichtiger und entscheidend ist, daß es gar nicht darauf ankommt, ob die Strafzeit und die Dauer des anschließenden Ehrverlustes in beiden Urts. gleich sind, weil die beiden Strafen wesensverschieden sind. Die Freiheitsstrafe macht den Verurteilten für die Zeit ihrer Verbüßung unschädlich und soll ihn nachdrücklich davon überzeugen, daß es für ihn zweckmäßiger ist, sich künftig sozial einzuordnen. Die Aberkennung bürgerlicher Ehrenrechte soll die Rechtsstellung des Verurteilten beeinträchtigen, ihn für die im Urts. angegebene Zeit von der Ausübung

„Zeitdauer“ von dem Tage gerechnet wird, an dem die Freiheitsstrafe verbüßt ist, als Sinn des Gesetzes der, daß die Zeit der Strafverbüßung der Zeit des im Urteil ausgesprochenen Ehrenrechtsverlusts hinzugezählt werden soll, daß also die „Dauer des Verlustes“ i. S. des § 32 Abs. 2 StGB. in Wahrheit sich um die Zeitdauer der erkannten Hauptstrafe vergrößert. Wird also die Freiheitsstrafe herabgesetzt, so liegt darin von selbst auch eine Minderung der Dauer der Ehrenstrafe. Wenn der VerR. demgemäß die Freiheitsstrafe um einen bestimmten Zeitbetrag ermäßigt und zugleich die Dauer des Ehrenrechtsverlusts um denselben Zeitbetrag erhöht, so ändert sich damit an dem Zeitpunkte nichts, an dem der Verurteilte wieder in den vollen Besitz der bürgerlichen Ehrenrechte gelangt. Ebensovienig kommt es darauf an, ob es im einzelnen Falle der Verurteilte schwerer empfinden mag, daß er den Ehrenrechtsverlust zu einem erhöhten Teil erst nach Verbüßung der Hauptstrafe in der Freiheit zu tragen hat. Wie sich die Dauer der Ehrenstrafe etwa gestalten könnte, wenn die Freiheitsstrafe nicht verbüßt würde, sondern wenn die in § 36 StGB. weiter angeführten Fälle der Verjährung der Strafvollstreckung oder des Erlasses der Strafe eintreten, ist für die Frage des Nachteils i. S. des § 331 StGB. ohne Bedeutung; denn der Strafrichter hat bei Erlassung seines Schuldspruchs nur den Willen des Gesetzes zu erfüllen, und dieser geht grundsätzlich auf Verbüßung der erkannten Strafe, nicht aber auf Wegfall der Strafe infolge Verjährung oder Erlasses.

Da im vorl. Fall die Summe der Dauer beider Strafen nach dem Urteil des SchöffG. je 5 Jahre 6 Monate betrug, nach dem Urteil des BG. die Freiheitsstrafen allein je 3 Jahre betragen, so konnte das BG. die Ehrenstrafen je bis zur Höchstdauer von 2 Jahren 6 Monaten bemessen. Es fragt sich, ob eine solche Erhöhung in seinem Willen gelegen hat. Das ist nach den Urteilsgründen und dem tatsächlich geschehenen Auspruch zu bejahen. Daß das BG. die Frage der etwaigen Herabsetzung auch der Ehrenstrafen erwogen hat, ergibt sich ohne weiteres daraus, daß es die Hauptstrafen ermäßigt hat. Wenn es gleichwohl die Ehrenstrafen nicht nur nicht herabgesetzt, sondern sie in der — wenn auch nach seiner irr-tümlichen Annahme schon vom SchöffG. so erkannten — Höhe von 3 Jahren für angemessen erachtet hat, so würde es bei richtiger Rechtsauffassung auf jeden Fall das hier zulässige Höchstmaß von 2 Jahren 6 Monaten gewählt haben.

(1. Sen. v. 24. Jan. 1933; 1 D 1592/32.) [U.]

9. § 157 Abs. 1 Nr. 2 StGB. Für die Frage, ob ein Zeuge unter seinem Eid die Wahrheit gesagt hat, ist von mehreren Aussagen nur diejenige von Bedeutung, auf die er beeidigt wird.

Die Angekl. ist bei ihrer vierten und letzten Vernehmung

bestimmter Rechte und von bestimmten Vertrauensstellungen ausschließen. Weil er solche Rechte und Vertrauensstellungen in der Straf-anstalt ohnehin nicht ausüben kann, wäre es zwecklos, die Zeitdauer mit der Rechtskraft des Ur. oder mit dem Strafantritt beginnen zu lassen. Daher die Vorschr. des § 36 StGB. Der Nachteil, an der Ausübung der meisten bürgerlichen Ehrenrechte verhindert zu sein, trifft jeden Strafgefangenen, ihr Verlust aber nur den, der die Freiheitsstrafe verbüßt hat oder dem sie erlassen ist. Es ist daher erforderlich, beide Strafen gesondert und für sich zu betrachten, und unzulässig, ihre Zeitdauer zusammenzurechnen. Wird das zugegeben, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die Festsetzung der Dauer des Ehrverlustes auf 2 Jahre und 6 Monate den Angekl. nachteilig ist und somit gegen § 331 StGB. verstößt.

In der bisherigen Rpr. hat übrigens das RG. die VerJnst. stets an die von der ersten Instanz verhängten Strafen für gebunden erachtet. Nur in einem einzigen Fall hat es zugelassen, daß die VerJnst. die Anrechnung der Untersuchungshaft auf die zu verbüßende Strafe hat fortfallen lassen (RGSt. 59, 232f.). Das ist für zulässig erachtet worden, weil die von der ersten Instanz zuerkannte Strafe um acht mehr als die Dauer der erlittenen Untersuchungshaft ermäßigt worden war. Dem kann zugestimmt werden, weil die Anrechnung der Freiheitsentziehung durch die Untersuchungshaft auf die Strafhast deren Zeitdauer abkürzt und weil die Freiheitsentziehung zum Zweck der Strafverfolgung mit derjenigen zum Zweck der Strafverbüßung für den davon Betroffenen so gut wie gleichwertig ist. Mit dem hier ent-schiedenen Fall kann aber die damalige Entsch. nicht verglichen werden; denn der Fortfall der Anrechnung der Untersuchungshaft ist

zum ersten Male beeidigt worden, die Aussage, die sie bei dieser Vernehmung machte, war also maßgeblich für die Frage, ob sie einen Meineid geleistet habe. Wenn sie bei dieser Vernehmung nicht auf ihr Ausjageweigerungsrecht als Mutter ihres damals auf Unterhalt klagenden Kindes hingewiesen worden ist, so steht ihr das Recht auf Strafermäßigung nach § 157 Abs. 1 Nr. 2 StGB. zur Seite. Wenn auch im Zivilprozeß nicht, wie im Strafprozeß, vorgeschrieben ist, daß ein Zeuge in den Fällen der Verwandtschaft vor jeder Vernehmung auf sein Recht zur Ausjageweigerung hingewiesen werden muß (§ 383 Abs. 2 ZPO.), so findet die Schutzvorschr. des § 157 Abs. 1 Nr. 2 StGB. doch gleichmäßig im Zivilprozeß und Strafprozeß Anwendung, denn die Zwangslage ist für den Zeugen im Zivilprozeß die gleiche wie im Strafprozeß. Allein die Aussage, auf die ein Zeuge beeidigt wird, ist für die Frage, ob der Zeuge unter seinem Eide die Wahrheit gesagt hat, von Bedeutung, nur eine Belehrung vor dieser Aussage kann also bei der Strafermäßigung des § 157 Abs. 1 Nr. 2 StGB. von Bedeutung sein. Belehrungen bei früheren Vernehmungen sind unbeachtlich (RGSt. 2, 192; 9, 384; 60, 106; 62, 207).

(3. Sen. v. 11. Mai 1933; 3 D 441/33.) [Sn.]

10. Verbrechen gegen § 176 StGB. Bei Handlungen, die die Merkmale der §§ 176 und 185 StGB. erfüllen, ist für die Anwendung des § 73 StGB. kein Raum. Durch den Tatbestand des § 176 StGB. wird der weitere der tätlichen Beleidigung ausgeschlossen.

Die StrR. hat den Angekl. wegen dreier selbständiger Verbrechen gegen § 176 Abs. 1 Nr. 3 StGB., sämtlich begangen in Tateinheit mit Vergehen gegen § 185 das. verurteilt. Dies ist rechtlich zu beanstanden. Zwar enthält eine jede mit einem Kinde vorgenommene unzüchtige Handlung eine gegen das Kind gerichtete ehrenkränkende Beleidigung. Der Tatbestand des Verbrechens gegen § 176 Abs. 1 Nr. 3 StGB. ist jedoch, wie das RG. schon mehrfach ausgesprochen hat (vgl. u. a. RGSt. 45, 344) im Verhältnisse zu dem der tätlichen Beleidigung i. S. des § 185 StGB. der enger; durch diesen engeren Tatbestand wird daher der weitere der tätlichen Beleidigung ausgeschlossen, so daß für die Anwendung des § 73 StGB., soweit lediglich die unzüchtigen Berührungen in Rede stehen, kein Raum ist. Anders würde eine Sachlage zu beurteilen sein, bei der neben Einzelhandlungen, die an sich die Merkmale der beiden genannten Best. erfüllen, noch Einzelhandlungen nachgewiesen wären, die wohl die Voraussetzungen des § 185 StGB., nicht aber die des § 176 Abs. 1 Nr. 3 das. erfüllen würden (vgl. RGSt. 46, 302, 303). Eine solche Sachlage ist hier jedoch nicht gegeben.

(3. Sen. v. 15. Mai 1933; 3 D 395/33.) [Sn.]

keine Nebenstrafe, sondern das Versagen einer gesetzlich zugelassenen, die Strafeit abkürzenden Vergünstigung. Würde übrigens das RG. seine Ansicht, § 331 verbiete nur die Verschärfung der zuerkannten Strafe, streng durchführen, so würde die Anrechnung oder Nicht-anrechnung der Untersuchungshaft beim Vergleich der von den beiden vorhergehenden Instanzen ausgesprochenen Strafen außer Betracht zu bleiben haben.

Völlig unverständlich ist mir, wie das RG. behaupten kann, die Erhöhung der Dauer des Ehrverlustes habe im Willen des BG. gelegen. Aus dem von der RGEntsch. mitgeteilten prozessualen Sachverhalt ergibt sich eindeutig, daß die StrR. die Gefängnisstrafe ermäßigen, die Strafe des Ehrverlustes aber unverändert lassen wollte; versehenlich nahm sie an, das SchG. habe sie auf 3 Jahre festgesetzt, und verkündete daher dementsprechend das Urteil. Wie kann angesichts dieses Sachverhalts das RG. der StrR. unterstellen, sie habe auch die Dauer des Ehrverlustes geprüft und würde das nach Ansicht des RG. zulässige Höchstmaß von 2 1/2 Jahren gewählt haben? Später bemerkte die StrR. ihr Versehen und die Unmöglichkeit, es nachträglich selbst wieder gutzumachen; Abhilfe konnte nur die Rev. der StA. zugunsten der Angekl. bringen, und sie konnte natürlich nicht auf das Versehen, den Irrtum des Gerichts, sondern nur auf Verletzung des Gesetzes, hier des § 331 StGB., gestützt werden. So spricht auch der Umstand, daß es die StrR. bei der vom SchG. festgesetzten Dauer des Ehrverlustes lassen wollte, dafür, daß das RG. das Ur. dieser Absicht entsprechend abänderte.

Prof. Dr. Merkel, Kreiswalb.

11. §§ 259, 137, 73 StGB.; §§ 9 Abs. 2, 26 Nr. 1 FleischbeschG. §§ 12, 3 Nr. 1b LebMittG.

1. Bei der Sachhehlerei muß die strafbare Vortat in einer Verletzung fremder Vermögensrechte bestanden haben, deren Verletzung der Fehler perpetuiert. Das ist nicht stets der Fall, wenn unbrauchbares Fleisch aus dem „Konfiskatteller“ durch Verstrickungsbruch erlangt ist.

2. Zwischen §§ 9 Abs. 2, 26 Nr. 1 FleischbeschG. und §§ 12, 3 Nr. 1b LebMittG. ist Tateinheit rechtlich möglich. †)

Der Angekl. hat Schweine- oder Rindslebern, die von dem untersuchenden Tierarzt des städtischen Schlachthofes in Beschlag genommen und zur Verbringung in den „Konfiskatteller“ bestimmt worden waren, von dem damit beauftragten Schlachthofarbeiter H. in Kenntnis der Beschlagnahme sich übergeben lassen, um sie im Betriebe seines Fleischereigewerbes zu verwerten, und hat sie dann verkauft.

Ohne Rechtsirrtum nimmt die Strk. an, daß die Handlungsweise des H. den Tatbestand des Verstrickungsbruches nach § 137 StGB. erfüllt (RGSt. 39, 367); ob sie gleichzeitig (§ 73 StGB.) auch die §§ 26 Nr. 1, 9 Abs. 2 FleischbeschG. oder die §§ 12, 3 Nr. 1b LebMittG. verletzte, ist in diesem Zusammenhange belanglos. Rechtlich bedenklich aber ist es, wenn die Strk. schon wegen des Vorliegens einer strafbaren „Vortat“ auf Seiten des H. und ohne weitere Prüfung der Eigentumsverhältnisse annimmt, daß das Anbringen dieser Lebern durch den Angekl. eine Sachhehlerei nach § 259 StGB. darstelle. Eine solche ist vielmehr wegen ihres Charakters als Vermögensdelikt nur dann gegeben, wenn der Vortäter die Sache unter Verletzung fremder Vermögensrechte erlangt und so durch die strafbare Vortat eine rechtswidrige Vermögenslage geschaffen hat, die dann der Fehler durch sein Tun in ihrer Dauer aufrechterhält („perpetuiert“), indem er nämlich die Ansprüche des Verletzten auf Wiedererlangung der Sache unmöglich macht oder erschwert (RGSt. 11, 342; 37, 230). Allerdings braucht die Vortat kein Vermögensdelikt im engeren Sinne zu sein. Wenn daher auch dem Umstande, daß § 137 StGB. in erster Linie den Schutz der über die beschlagnahmte Sache begründeten obrigkeitlichen Herrschaftsgewalt, nicht aber den Schutz pri-

vater Vermögensrechte bezweckt, keine entscheidende Bedeutung beigemessen werden kann, so kann es doch im einzelnen Falle für die Feststellung einer Sachhehlerei von Belang sein, daß Gegenstand des Verstrickungsbruches auch herrenlose und sogar dem Täter selbst gehörige Sachen sein können. Die auf § 9 Abs. 1 FleischbeschG. sich gründende Beschlagnahme geschieht ausschließlich aus Gründen der Gesundheitspolizei, und nach § 9 Abs. 5 das. hat die Polizeibehörde das Recht und sogar die Pflicht, das für völlig unverwendbar befundene Fleisch zu beseitigen, ohne Rücksicht auf entgegenstehende Eigentums- oder Vermögensrechte Dritter. Allerdings kann nun das bei der Fleischbeschau beschlagnahmte und einstweilen zum Zwecke der Überführung nach der Abdeckerei in einem sog. „Konfiskaten“-Gefäß untergebrachte Fleisch nicht ohne weiteres als herrenlose Sache betrachtet werden (RG: DZ. 1907, 827); selbst wenn der Eigentümer den Besitz in der Absicht, auf das Eigentum zu verzichten, abgegeben hat und damit die Sache zunächst herrenlos geworden ist (§ 959 BGB.), besteht noch die Möglichkeit, daß der zuständige Beamte für den Staat oder für die Stadt oder für den Abdecker Eigentum erwirbt. Nach der Anordnung des Tierarztes aber, die Lebern in den Konfiskatteller — „der nur von Zeit zu Zeit vom Abdecker geleert wurde und deshalb mit faulenden Stoffen angefüllt war“ — zu verbringen, liegt die Annahme nahe, daß es sich in allen vier Fällen nur um solche Stücke gehandelt habe, die auch zur Verwendung „zu anderen Zwecken“ gemäß Abs. 3 das. nicht zugelassen waren und daher unbedingt der Vernichtung nach Abs. 5 unterlagen. Hatte hierbei der Tierarzt — was das angef. Ur. nicht klar erkennen läßt, was aber als wahrscheinlich oder mindestens möglich angenommen werden muß — nicht nur als Fleischbeschauer i. S. des § 9 Abs. 1 FleischbeschG., sondern zugleich als Organ der Polizeibehörde gem. Abs. 3 und 5 das. gehandelt (vgl. § 17 Abs. 2 PrAusfVest. z. FleischbeschG. v. 28. Juni/23. Sept. 1902 mit § 67 PrAusfVest. v. 20. März 1903), so war möglicherweise durch die von ihm mit Einverständnis des Eigentümers getroffene Weisung, die Lebern in den Konfiskatteller zu verbringen, bereits das bisherige Eigentum erloschen. Ob aber Eigentumsrechte für einen anderen neu begründet worden sind, ist nicht festgestellt. Wieso bei solcher Sach- und Rechtslage die

Zu 11. Dem Ur. ist durchweg beizustimmen. Es ist deshalb auch ohne Kritik in der 2. Aufl. (1933) des Komm. von Holtzöfer-Zuckeraak S. 192 in Anm. 7a zu §§ 12—18 mitgeteilt.

1. Zur Frage der Hehlerei auf Seiten des Fleischmeisters spricht sich das Ur. so ausführlich aus, daß insoweit nichts hinzuzufügen bleibt. Wichtig ist insbes. auch, daß in jenem Zusammenhang die Frage gleichgültig ist, ob der Schlachthofarbeiter H. seinerseits den § 9 Abs. 2 FleischbeschG. u. 3 Nr. 1b LebMittG. verletzt hat.

Hier wie dort wird ein „Zurückbringen als Lebensmittel“ verboten. Unter „Zurückbringen“ ist im Bereich beider Gesetze — wie Wissenschaft und Spr. einhellig annehmen — jedes Überlassen an andere zu verstehen, durch welche diese in die Lage versetzt werden, über den Gegenstand des Zurückbringens seiner Bestimmung nach zu verfügen, d. h. bei Lebensmitteln (wozu nach § 1 LebMittG. auch Rohstoffe und Halbfabrikate gehören) sie — mittelbar oder unmittelbar — dem Geessen- oder Getrunkenwerden zuzuführen. Da der Schlachthofarbeiter die Leber an einen Fleischmeister abgab, hat er sie unzweifelhaft als Lebensmittel in Verkehr gebracht.

§ 3b LebMittG. erfordert weiter, daß der Genuß der Lebensmittel „die menschliche Gesundheit zu schädigen geeignet ist“ — und zwar objektiv und nicht nur bei besonders empfindlichen Personen. Nicht jede Verursachung von vorübergehend auffreisender Übelkeit und Ekel bewirkt schon diese Eignung (vgl. die Ausführungen aus Wissenschaft und Spr. bei Holtzöfer-Zuckeraak § 3 Anm. 3b u. Stenglein-Schneidewin § 3 Anm. 5 [S. 716]). Der Begriff „geeignet zur Schädigung der menschlichen Gesundheit“ deckt sich insbes. nicht mit dem Begriff „verdorben“ in § 4 Nr. 2 LebMittG., wie die folgenden Beispiele ohne weiteres zeigen.

Verdorben ist z. B. essiglicher Wein, der aber zur Essigbereitung vorzüglich und ohne Gefahr für die Gesundheit zu verwenden ist. „Verdorben“ ist weiterhin alles, was beim Durchgittmen Menschen Ekel erregt, wenn er den wahren Hergang erzähle, z. B. Bier, in dem eine Nage mitgegeben wurde (RGSt. 23, 409), ferner Fleisch, in das mit dem Mund Luft eingeblasen ist (OAGMünchenSt. 6, 244), auch Weinreste aus benutzten Gläsern (RG. v. 3. April 1909: Recht 1909 Nr. 1751). Das RG. v. 23. Juni 1927, 3S 167/27 hat in einem in der Ztschr. „Die Postzeit“ 1927, 528 teilweise abgedr. Ur. Kar-

toffeln, die frühere Gäste nicht verzehrt hatten und die dann andern Gästen vorgesetzt wurden, als „verdorben“ angesehen mit der zutreffenden Begründung, „verdorben“ seien Speisen und Getränke, welche schon andern Gästen vorgesetzt waren und von diesen nach Belieben (mit Hand, Mund oder Besteck) berührt werden konnten. Schon durch die Möglichkeit einer solchen Berührung nämlich werde die normale Beschaffenheit der Ware nach der Verkehrsansehung beeinträchtigt. Über deren Bedeutung als Norm vgl. JWB. 1933, 480<sup>21</sup>.

II. 1. Das oben abgedr. RGUr. v. 15. Jan. 1932 weist auf § 29 FleischbeschG. i. Verb. m. § 24 Abs. 3 LebMittG. hin. Nach diesen Bestimmungen sollen die Vorsch. des LebMittG. durch das FleischbeschG. „unberührt bleiben“. Das heißt einerseits: das FleischbeschG. als Ganzes schließt nicht als Sondergesetz die Anwendbarkeit des LebMittG. im ganzen aus; beide Gesetze können vielmehr in Tateinheit verletzt werden und nebeneinander zur Anwendung gelangen. Ein Beispiel bietet gerade das oben abgedruckte RGUr.

Damit ist aber andererseits nicht gesagt, daß nicht einzelne Best. des FleischbeschG. die Mitanwendbarkeit einzelner Vorsch. des LebMittG. nach den für Gesetzeskonkurrenz („Gesetzesinheit“, vgl. hierzu RGSt. 57, 330) geltenden allgemeinen Regeln ausschließen. Einen Fall der letzteren Art behandelt das in RGZ. ErgBd. 11, 376, 384 angeführte Ur. des RG. v. 20. Jan. 1931.

§ 21 FleischbeschG. lautet:

„Abs. 1) Bei der gewerbmäßigen Zubereitung von Fleisch dürfen Stoffe oder Arten des Verfahrens, welche der Ware eine gesundheits-schädliche Beschaffenheit zu verleihen vermögen, nicht angewendet werden. Es ist verboten, derartig zubereitetes Fleisch aus dem Ausland einzuführen, feilzuhalten, zu verkaufen oder sonst in den Verkehr zu bringen. (Abs. 2) Der Bundesrat bestimmt die Stoffe und die Arten des Verfahrens, auf welche diese Vorschriften Anwendung finden.“

Durch die Dek. betr. gesundheits-schädliche und täuschende Zusätze zu Fleisch und dessen Zubereitungen v. 18. Febr. 1902 (RGBl. 48) i. d. Fassung v. 4. Juli 1908 (RGBl. 470) u. 14. Dez. 1916 (RGBl. 1359) sind Zusätze von Präservativen verboten, das schwefelige Säure oder deren Salze enthält.

§ 4 LebMittG. verbietet in seiner Nr. 1 die Herstellung von verfälschten Lebensmitteln zum Zweck der Täuschung in Handel und Verkehr, in seiner Nr. 2 den Vertrieb verfälschter Lebensmittel

Handlungsweise des H. die Verletzung fremder Vermögensrechte bewirkt oder auch nur bezweckt haben sollte, ist nicht erkennbar und hätte von der Str.R. eingehend dargelegt und begründet werden müssen. Hinzukommt aber hier noch ein weiteres: Nach den Feststellungen der Str.R. bleibt durchaus noch die Möglichkeit offen, daß es sich mindestens in dem einen oder anderen der zur Feststellung der gewerbsmäßigen Hehlerei herangezogenen Fälle um Stücke gehandelt habe, die aus eigenen Schlachtungen des Angekl. herrührten und von Viehstücken stammten, die dem Angekl. selbst gehörten. Soweit dies der Fall war, entfiel aus Rechtsgründen der äußere Tatbestand der Hehlerei nach § 259 StGB., sofern nicht das Eigentum der Stadt oder des Abdeckers begründet worden ist. Selbst wenn aber — gem. der Rpr. des RG. über die Strafbarkeit des Versuches am untauglichen Objekt — ein nur versuchtes Verbrechen der gewerbsmäßigen Hehlerei nach §§ 259, 260, 43 StGB. hier denkbar wäre, so bliebe immer noch offen, ob denn nicht der Angekl. kraft seiner als Fleischermeister gewonnenen Kenntnis des Betriebes im städtischen Schlachthof ohne weiteres angenommen haben könnte, daß die zur Beseitigung im Konfiskatteller bestimmten Fleischstücke überhaupt nicht mehr Gegenstand fremder Vermögensrechte, sondern lediglich noch herrenlose Sachen seien; ein solcher — außerhalb des Strafrechts liegender — Irrtum würde auf alle Fälle den hehlerischen Vorsatz ausschließen.

Bei der erneuten Verhandlung wird gegebenenfalls auch zu prüfen sein, ob die Verwertung der beanstandeten Lebern durch den Angekl. nicht auch nach § 26 Nr. 1 i. Verb. m. § 9 Abs. 2 FleischbeschG. zu beurteilen sei. Zwischen diesen Gesetzesbestimmungen und denen der §§ 12, 3 Nr. 1 b LebMittGef. ist Tateinheit rechtlich möglich; denn erstere verbieten das Inverkehrbringen von Fleisch, das bei der Untersuchung als untauglich erklärt wurde, auch dann, wenn es im konkreten Falle nicht geeignet ist, die menschliche Gesundheit zu schädigen, und letztere verbieten das Inverkehrbringen von Fleisch, dessen Genuß die menschliche Gesundheit zu schädigen geeignet ist, auch dann, wenn es bei der Untersuchung nicht für untauglich befunden wurde (vgl. auch § 29 Satz 1 FleischbeschG. i. Verb. m. § 24 Abs. 3 LebMittG., ferner RGSt. 38, 21). Der bisher festgestellte Sachverhalt schließt ferner die Möglichkeit nicht unbedingt aus, daß der Angekl. sich der Teilnahme an dem von H. verübten Verstrickungsbruch in der Form der Anstiftung, der Beihilfe (vgl. Fall IV des Urteils) oder auch der Mittäterschaft schuldig gemacht habe. Auch das hat die Str.R. gegebenenfalls zu prüfen.

(1. Sen. v. 15. Jan. 1932; 1 D 1284/31.) [N.]

ohne ausreichende Kenntlichmachung mit dem Hinzufügen: „auch bei Kenntlichmachung gilt das Verbot, sofern sich dies aus den auf Grund des § 5 Nr. 4 LebMittG. getroffenen Festsetzungen ergibt.“ (Den Festsetzungen durch Verordnungen gem. § 5 Nr. 4 siehe Verbote in selbständigen Gesetzen wie z. B. im FleischbeschG. gleich.) Nr. 3 des § 4 LebMittG. verbietet den Vertrieb von Lebensmitteln unter irreführenden Bezeichnungen.

Das RG. führt in dem erwähnten Ur. v. 20. Jan. 1931 aus: Verstoß des Angekl. gegen § 21 Abs. 1 Satz 1 FleischbeschG. in Tateinheit mit § 4 Nr. 1 LebMittG. komme dann in Frage, wenn der Angekl. vorzüglich das Fleisch mit einem schweflige Säure oder deren Salze enthaltenden Präservativ zum Zweck der Täuschung in Handel und Verkehr zubereitet und damit verfälscht habe (vgl. insoweit RGZ. ErgBd. 8, 437).

Nicht in Frage komme dagegen ein Verstoß gegen § 21 Abs. 1 Satz 2 FleischbeschG. in Tateinheit mit § 4 Nr. 2 LebMittG. Denn da nach § 21 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 FleischbeschG. i. Verb. m. den einschlägigen Bekanntmachungen des Bundesrats ein Verkauf, Feilhalten usw. von mit dem obenbezeichneten Präservativ behandelten Fleisch überhaupt verboten sei, also auch bei entsprechender Kenntlichmachung und unter nicht irreführender Bezeichnung unzulässig sei, so sei für die gleichzeitige Anwendung der Nr. 2 u. 3 des § 4 LebMittG. und des § 21 Abs. 1 Satz 2 FleischbeschG. in Fällen, wo es sich um Verkäufe, Feilhalten, Inverkehrbringen zubereiteten Fleisches handelt, kein Raum.

2. Daß der Vertrieb von Fleisch, das ohne entsprechende Kenntlichmachung mit Frische vortäuschenden Konservierungsmitteln behandelt ist (auch wenn diese nicht — wie schweflige Säure enthaltende Konservierungsmittel — schlechtthin verboten sind), einen unter § 4 Nr. 2 LebMittG. fallenden Vertrieb verfältschten Fleisches bedeutet und nicht nur einen unter § 4 Nr. 3 LebMittG. fallenden Vertrieb unter

12. § 258 StPD. Das RG. hat ständig daran festgehalten, daß im Falle der Wiederaufnahme der Beweisaufnahme nach Abhaltung der Schlußvorträge die Vorschr. des § 258 StPD. von neuem Geltung erlangt (RGSt. 6, 254 [256]; 26, 32 [33]).

Es muß daher der Angekl., auch wenn der Verteidiger für ihn nochmals gesprochen hat, selbst nochmals zum Worte kommen und nach § 258 Abs. 3 StPD. befragt werden. Da das hier nicht geschehen ist, ist § 258 StPD. verletzt. Bei der gegebenen Sachlage läßt sich auch nicht ausschließen, daß das Ur. auf dem Verfahrensmangel beruht, da mit der Möglichkeit gerechnet werden muß, daß der Angekl. — unabhängig von dem Vorbringen seines Verteidigers — durch neue tatsächliche Anführungen oder Anträge eine Wendung zu seinen Gunsten hätte herbeiführen können (vgl. RGSt. 9, 69, 70). Die Rev. hat allerdings nicht dargelegt, welche Anführungen der Angekl. gemacht und welche Anträge er ohne den vorgetommenen Verfahrensmangel gestellt hätte. Dessen bedurfte es aber nicht. Denn nach § 344 Abs. 2 Satz 2 StPD. genügt die Angabe der Tatsachen, in denen der Verfahrensmangel gefunden wird (RGSt. 9 a. a. O.; vgl. auch RGSt. 66, 10 [11]).

(2. Sen. v. 18. Mai 1933; 2 D 427/33.) [Hn.]

13. § 263 StGB. Ein Bestellscheinbetrug liegt nicht vor, wenn der Gegenstand, den der angeblich Geschädigte bestellt hat, für ihn verwendbar war.†)

Der Angekl. hat sich gegenüber den einzelnen Landwirten so ausgelassen, daß diese glauben sollten und auch geglaubt haben, die Schrotmühlen sollten zunächst nur einige Zeit zur Probe oder Reklame bei ihnen aufgestellt werden, ohne daß ihnen daraus einstweilen irgendeine Verpflichtung, die Maschine demnächst zu behalten und zu bezahlen, erwachse, daß sie sich vielmehr hierüber erst bei dem Ablauf der festgesetzten Frist zu entscheiden brauchten und alsdann in ihrer Entscheidung noch völlig frei seien. Ohne Rechtsirrtum ist die Str.R. der Ansicht, daß der Angekl. die Landwirte arglistig getäuscht habe, wenn er sie im Anschluß an diese Erklärungen einen Zettel unterschreiben ließ, nach dessen Inhalt der jeweilige Unterzeichner die Schrotmühle bereits in jenem Augenblick käuflich bestellt und nur bedingt, nämlich dann berechtigt sein sollte, sie innerhalb bestimmter Zeit zurückzugeben, wenn sie nicht den ihm gemachten Zusicherungen entsprechend arbeitete. Aus der Mitteilung des Angekl. an die einzelnen Landwirte, von welcher Beschaffenheit die rechtlichen Beziehungen seien,

irreführender Bezeichnung, habe ich in JW. 1933, 480<sup>21</sup> näher ausgeführt.

OLGPräs. i. R. Dr. Holtzöfer, Berlin.

Zu 13. Der wegen Betrugs angeklagte „Vertreter“ hat Landwirte zu Kaufanträgen aufgefordert. Dabei wichen seine Auslassungen über den Inhalt des Vertr. von den Best. des Bestellscheins ab. Denn er erweckte den Anschein eines durch die freie Willigung des Käufers bedingten Geschäftes, eines sog. Kaufs auf Probe (§§ 495, 496 BGB.). Der Bestellschein sah dagegen unbedingten Kauf mit gewissen vertraglich zugesicherten Sacheigenschaften (§ 459 Abs. 2 BGB.) vor, deren Fehlen einen (vertraglich befristeten) Wandlungsanspruch auslöst (§ 462 BGB.). Die Käufer merkten indessen die Unstimmigkeit nicht und unterzeichneten, worauf die Firma lieferte.

I. Zivilrechtlich bestehen zwei Möglichkeiten:

1. Der Kauf ist — entsprechend den Angaben des „Vertreters“ — nur bedingt, auf Probe (§ 495 BGB.) abgeschlossen worden. So, wenn der „Vertreter“ Empfangsvollmacht besaß und den wahren Willen des Bestellers durchschaute. Denn dann ist der „Vertreter“ Erklärungsgegner. Jede vom Erklärungsgegner richtig verstandene Erklärung aber ist erklärungsanglich (Erklärungshaftung S. 202 R. 177). Daher ging der Antrag auf Abschluß eines Kaufs auf Probe. Durch die Lieferung nahm ihn die Firma (mangels rechtzeitiger Andersklärung) stillschweigend, wenn auch ansachtbar (§ 119 Abs. 1 BGB.), an.

2. Der Kauf kam — gemäß dem Inhalt des Bestellscheins — unbedingt, aber mit Zusicherungen (§ 459 Abs. 2 BGB.) zustande. Das ist der Fall, wenn der „Vertreter“ lediglich den Bestellschein weiterzugeben, nicht zu deuten hatte; oder, wenn er ihn zwar zu deuten hatte, aber nicht richtig gedeutet hat. Denn die Bestellscheinerklärung ist — wie grundsätzlich jede Willenserklärung (Erklärungshaftung S. 200 ff.) — so auszulegen, wie der Erklärungs-

in welche die von ihm vertretene Firma durch die Übersendung der Schrotmühlen hinsichtlich dieser zu ihnen treten wolle und solle, entsprang für ihn, wie die Str.R. zutreffend annimmt, die Rechtspflicht zu dem Hinweis, daß die Unterzeichnung des Zettels, den er den einzelnen im Anschluß an seine Angaben zur Unterschrift vorlegte, die Begründung eines von dem Inhalt seiner bisherigen Erklärungen durchaus abweichenden Rechtsverhältnisses zum Gegenstande habe.

Geschädigt durch diese Täuschung würden die einzelnen Landwirte sein, wenn die Gestaltung ihres Vermögens nach der Unterzeichnung des Bestellzettels und infolge dieser Verfügung ungünstiger gewesen wäre als zuvor, und das hängt davon ab, ob die nach dem Inhalt des Bestellscheins von ihnen übernommenen Verpflichtungen die ihnen gewährten Rechte überstiegen. Denn die rechtliche Wirkung der Bestellscheinunterzeichnung war nur die, daß nunmehr bis auf weiteres anzunehmen war, die Landwirte hätten die in dem Schein beurkundeten Erklärungen wirklich abgegeben. Wäre also deren Inhalt als Ganzes betrachtet für sie günstig gewesen, so käme eine Vermögensbeschädigung als Folge der Täuschung für sie nicht in Frage; im umgekehrten Falle dagegen würde ein Vermögensnachteil auf ihrer Seite schon darin enthalten sein, daß ihnen die Beweislast für die Erschleichung ihrer Unterschrift durch ein betrügerisches Verhalten des Angekl. obliegen würde. Über die hiernach entscheidende Frage läßt jedoch das Ur. eine klare Antwort vermissen. Zwar unterliegt die Annahme einer Vermögensbeschädigung in dem Ur. insoweit keinem Bedenken, als nach der Auffassung der Str.R. die Schrotmühle für den einzelnen Besteller nicht verwendbar war, möchte nur der Grund für diese Unverwendbarkeit in sachlichen Mängeln der Maschine oder in den wirtschaftlichen Verhältnissen des betreffenden einzelnen Landwirts zu suchen sein. Aber die Str.R. sieht eine Vermögensbeschädigung der Landwirte nicht nur in diesem einen, sondern in jedem Falle, also auch bei und trotz bestehender Verwendbarkeit der Maschine als gegeben an. Sie findet die Vermögensbeschädigung in letzterem Falle wahlweise darin, daß die Landwirte eine „überflüssige“ Anschaffung gemacht hätten oder daß sie der Gefahr ausgesetzt gewesen seien, von der Maschinenfabrik auf Zahlung des Kaufpreises verklagt zu werden. Daß eine Anschaffung der Maschine, auch wenn diese „verwendbar“ war (was doch nur heißen kann: wenn die

gegner sie verstehen mußte, sofern dieser Rechtsfolgswille in der Erklärung noch einen hinreichenden Ausdruck gefunden hat. Im ersten Fall aber ist der „Vertreter“ nur Empfangsbote und die Firma Erklärungsgegner; im zweiten ist — trotz der vorangegangenen „Belehrung“ des „Vertreters“ — die unbedingte Bestellscheinerklärung kein hinlänglicher Ausdruck des nur bedingten Kaufwillens.

II. Strafrechtlich stehen im Brennpunkt der Urteilsgründe zwei Fragen:

#### 1. Worin liegt die Täuschungshandlung?

a) Ihr Gegenstand ist bei bedingtem Abschluß (I 1) nur, bei unbedingtem (I 2) neben dem Vertrags- auch der Bestellscheinhalt.  
b) Die Form der Erklärungsverletzung ist Wahrheits-, nicht Anzeigepflichtverletzung. Die Täuschung setzte nicht erst nach, sondern schon mit der „Aufklärung“ ein. Die unrichtige Tatsachenbehauptung erfolgte durch Tun, nicht Unterlassen, durch positive, nicht negative Wissenserkklärung, in diesem Sinne durch „Vorspiegelung“, nicht „Unterdrückung“. Die Gegenansicht des Ur. wirkt gekünstelt.

#### 2. Worin besteht die Vermögensschädigung?

a) Bei bedingtem Kauf (I 1) nicht in der ungünstigen (b) Bestellung, sondern nur in der Hingabe des Bestellscheins; bei unbedingtem Kauf (I 2) aber in beidem.

a) Der unterzeichnete Bestellschein beweist unwiderleglich die Äußerung der darin enthaltenen Worte (§ 416 ZPO.); er begründet ferner die tatsächliche, freilich widerlegliche Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit seines Inhalts (§ 286 ZPO.). Schon das ist — bei entsprechendem Bestellscheinhalt (b) — ein Vermögensvorteil für den Verkäufer, ein Vermögensnachteil für den Käufer; zwar nicht ziffermäßig, aber beziehungsmaßig. Ganz ähnlich wie bei der sittenwidrigen Erschleichung eines Ur. schafft die Bestellscheinhingabe zwar nicht notwendig einen „Berechnungs-“, wohl aber einen „Beziehungsschaden“. Wer nämlich den Bestell- oder Urteilschein für sich hat, steht der Verwirklichung seines angeleglichen Rechtes näher. Dem Beziehungsvorteil des einen entspricht der von mir so genannte „Beziehungsschaden“ des andern Teils. In dieser Richtung bewegen sich u. a. RGSt. 13, 7; 16, 11; 35, 314; 63, 191; 65, 34 f.; RG. 46, 81; vor allem RGSt. 6, 784. Weiteres in meiner z. B. bei de Gruyter erscheinenden „Mitschuldklage“ § 5 N. 85 ff.

β) Der ungünstigen Bestellung (I 2) stehen Anfechtungs- und

Aufwendungen für sie und der Nutzen, den sie gewährte, an und für sich in einem angemessenen Verhältnis standen), aus dem Grunde einen Vermögensschaden bedeutete, weil sie überflüssig war, kann zwar zutreffen, hätte indessen der besonderen Begründung bedurft, die nicht gegeben ist. Unerfindlich ist es aber, inwiefern bei solcher Verwendbarkeit der Maschine die „Gefahr“, auf deren Bezahlung verklagt zu werden, einen Vermögensschaden darstellen soll, da doch solchenfalls der für die Maschine zu zahlende Kaufpreis in dem Nutzen, den sie gewährt, seinen Ausgleich findet. Daß, wie die Str.R. schließlich anführt, die Besteller der Schrotmühlen durch die Portoaussgaben für Briefe an die Maschinenfabrik und an den Angekl. einen Vermögensschaden erlitten haben, würde überhaupt nur Gegenstand der Erwägung sein können, wenn diese Ausgaben notwendig waren, um einen durch die Ausführung des Geschäftes drohenden Schaden abzuwenden; es kann daher dahingestellt bleiben, ob er dann gegeben wäre.

(2. Sen. v. 27. Okt. 1932; 2 D 752/32.)

[Mt.]

14. § 263 StGB. Der Tatbestand des § 263 StGB. erfordert, daß der Täter in der Absicht handelt, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen. Unter „Absicht“ i. S. dieser Vorschrift ist der auf den Erfolg gerichtete Wille zu verstehen, so daß insoweit bedingter Vorsatz nicht genügt. In der neueren Rspr. des RG. hat sich allerdings die Meinung gebildet, daß hinsichtlich der „Rechtswidrigkeit“ des erstrebten Vermögensvorteils bedingter Vorsatz genüge (RGSt. 55, 257). Dagegen kann die Vereicherungsabsicht an sich, d. h. der auf die Erlangung eines Vermögensvorteils gerichtete Wille des Täters, nach feststehender Rspr. des RG. nur durch direkten Vorsatz nachgewiesen werden. Denn dieses bei dem Täter vorausgesetzte Ziel der Vereicherung ist gerade das Wesentliche des Betrugstatbestandes; „die Vorstellung, eine solche zu erreichen, muß die Triebfeder seines Tuns sein, den Entschluß zu seinem Tun hervorrufen und bestimmen“ (a. a. D. S. 260. f.)

(3. Sen. v. 10. Nov. 1932; 3 D 862/32.)

[Mt.]

ctvl. Schadensersatzrechte des Bestellers entgegen. Die ersten aus §§ 119 Abs. 1 und 123 (hier wohl Abs. 1, nicht 2: Erklärungsanfechtung S. 107/8, 281/2, 294), die letzteren aus sog. culpa in contr. (mit §§ 278, 249 Abs. 1 BGB.) und unerlaubter Handlung (§§ 823 Abs. 2, 826, 831, 249 Abs. 1 BGB.). Aber diese Reaktion des Zivilrechts ist für die Frage der Vermögensschädigung (§ 263 StGB.) unerheblich. Sonst hätte der Betrag von der Zahlungsfähigkeit des Täters ab! Die Ausgleichsuntauglichkeit ist für die etwaigen Schadensersatzrechte und das Anfechtungsrecht aus § 123 BGB. anerkannt (statt aller BpZkomm. § 263 Abs. 6 i), wohl aber auch (trotz RGSt. 28, 386 f.?) für den arglistig erregten Irrtum nach § 119 BGB. zu bejahen.

b) Bestellung (I 2) und Bestellschein lösen indessen nur bei einem für den Käufer ungünstigen Inhalt einen Vermögensschaden aus: So regelmäßig bei Zurückbleiben des Tauschwertes der Sache hinter dem Kaufpreis oder ihres Gebrauchswertes hinter den Erwartungen des Käufers (ähnlich Liszt-Schmidt § 139 II 1; OLG. Karlsruhe: BadRpr. 27, 106 f.). Dagegen ist der Käufer nicht durch die arglistige Täuschung in contr. geschädigt, wenn die Sache für ihn nach Tausch- (α) oder Gebrauchs- (β) Wert die Zahlung aufwiegt. Das ist der Fall

a) einmal bei sofortiger Weiterverkaufsmöglichkeit zum Einkaufspreis,

β) zum andern, wenn bei Vertragsabschluß (dem für den Eingehungsbetrag maßgebenden Zeitpunkt: RGSt. 64, 38) der Käufer die Sache brauchen und sie sich nicht billiger verschaffen kann.

Keiner der beiden Tatbestände dürfte den Urteilsfall treffen. Doch ist das Tatfrage.

PrivDoz. Dr. Heinz Silbebrandt, Heibelsberg.

Zu 14. Die Entsch. hat ihre Vorläufer in RGSt. 49, 140 und 55, 201 f. Sie befestigt eine Rspr., die von der früheren abweicht. GerLand, Lehrb., 2. Aufl., S. 640, rügt, daß in einer so wichtigen Frage, wie sie die Best. der Grenzen des Betrugsvorwurfes darstellt, die Plenarentsch. umgangen worden sei. Man wird ihm darin beistimmen müssen. Es handelt sich hier um grundlegende Erörterungen. Früher oder später werden sie vom Plenum abgeschlossen wer-

15. § 266 StGB. Auch nach Erlöschen der Vollmacht kann der frühere Bevollmächtigte noch Untreue begehen, soweit und solange seine Verbindlichkeit zur Herausgabe der Vermögenswerte noch nicht restlos erfüllt ist.

Dem Angekl. war die ihm erteilte Generalvollmacht bereits am 3. Aug. 1925 entzogen worden. Er mußte zur Rückgabe der Vollmachtsurkunde aber erst durch Klage gezwungen werden, und er hatte die in seinem Besitz befindlichen Vermögenswerte trotz wiederholter Aufforderungen nicht herausgegeben. Das RG. hat schon wiederholt ausgesprochen, daß der (frühere) Bevollmächtigte auch nach Widerruf der Voll-

den müssen. Im Hinblick auf diese zukünftige Plenarentsch. soll das vorl. Ur. kritisch erwogen werden.

1. Zwei Thesen liegen dem Ur. zugrunde. Die eine lautet: Tatbestandselemente, die von einer „Absicht“ umfaßt sein müssen, erfordern dolus directus. Die andere lautet: Das Merkmal „Absicht“ in § 263 bezieht sich nicht auf das Tatbestandselement „Rechtswidrigkeit“ des erstrebten Vermögensvorteils, folglich genügt zum erforderlichen Bewußtsein der Rechtswidrigkeit dolus eventualis. Beide Thesen wecken kritische Bedenken rechtsdogmatischer und kriminalpolitischer Art.

a) Rechtsdogmatisch ist zunächst der Satz, wonach „Absicht“ nur zu einem direkten Vorsatz hinzutreten könnte, unrichtig. Zwar gibt es Fälle, in denen Absicht = dolus directus verstanden werden muß, sie sind aber selten und zu ihnen gehört § 263 StGB. nicht. Die gegenteilige (unbegründete) Ansicht Bindings, Lehrb. I, S. 365, wird heute von keinem Rechtslehrer mehr vertreten. Alle „echten Absichtsdelikte“ verstehen unter Absicht ein zum Vorsatz (direkten oder eventuellen) hinzutretendes Schuldelement, nämlich die Wirkung der Erfolgsvorstellung als Motiv. Warum sollte die zum dolus eventualis erforderliche Vorstellung des Erfolges als eines zweifelhaften, aber doch für wahrscheinlich, wenn auch nicht für sicher gehaltenen keine motivierende Kraft äußern können? Es kann nicht ernstlich in Frage gestellt werden, daß ein Täter durch ungewisse, aber erhoffte Erfolgseintritte in seinem Handeln ebenso bestimmt wird, wie durch die Vorstellung, der Erfolg werde als sichere Folge seines Handelns eintreten. Es muß daher allgemein der Satz gelten, daß Absicht, wo sie Motiv des Handelns bedeutet, sowohl mit direktem wie mit Eventualvorsatz verbunden sein kann. Es ist nun aber (mit Ausnahme der oben angeführten Lehrmeinung Bindings) von Wissenschaft und Spr. niemals bestritten worden, daß der Betrug zu denjenigen Delikten gehört, wo Absicht Motiv bedeutet, nämlich bestimmende Kraft der Bereicherungsvorstellung. Für Delikte, wie § 266, wo Absicht = Vorsatz zu verstehen ist, oder § 288, wo die Aufnahme des Wortes dazu dienen soll, den dolus eventualis auszuschalten, gilt natürlich anderes. Dabei ist aber zu bemerken, daß der Gesetzgeber in der Regel dort, wo er dolus eventualis ausgeschlossen wissen wollte, die Bezeichnung „wissentlich“ und nicht den Terminus „Absicht“ verwendet hat. Die angeführten Fälle, wo es anders liegt, sind Produkte schlechter Gesetzesredaktion.

Rechtsdogmatisch ist aber auch die zweite These des RG. so, wie sie hier zum Ausdruck kommt, nicht unmißverständlich. Denn keineswegs genügt dolus eventualis nur für die Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils, sondern für alle Tatbestandsmerkmale des § 263 (Täuschung, Vermögensverfügung, Vermögensschaden). Die „Absicht“ bezieht sich eben, um es noch einmal zu sagen, überhaupt nicht auf das eine Tatbestandselement und auf ein anderes nicht; sie tritt zum direkten oder eventuellen Vorsatz, der alle Tatbestandselemente umfassen muß, als ein aliud hinzu. Überdies aber muß es irrtümliche Vorstellungen erwecken, wenn das RG. das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit gerade in bezug auf die Bereicherung hervorhebt. Genau so gehört zum (direkten oder eventuellen) Vorsatz das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit des Vermögensschadens und das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit der Täuschung — kurzum, das Bewußtsein der Verbotsheit der Handlung überhaupt. Denn die Rechtswidrigkeit ist keine Tatbestandsmerkmal, sondern die Bewertung der Tatbestandsmerkmale in ihrer Gesamtheit. Die Hervorhebung des Wortes an einer bestimmten Stelle im Gesetz hat für den Vorsatz keine spezifische Bedeutung. Diese Einsicht dürfte heute wohl als allgemein herrschende Lehre innerhalb der Literatur bezeichnet werden. Wo käme man auch hin, wenn der Irrtum über die Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils nach § 59 entschuldigen, der Irrtum über die Rechtswidrigkeit des verursachten Vermögensschadens und der Täuschung aber unbeachtlich bleiben sollte!

b) Damit berühren wir schon die kriminalpolitische Seite des Problems. Die reichsgerichtliche Judikatur führt zu einer Einengung des Betrugstatbestandes. In allen Fällen, in denen der Täter den erstrebten Vermögensvorteil nicht für sicher gehalten hat, trotzdem aber durch die Vorstellung seiner möglichen Erlangung motiviert ab-sichtlich den Irrtum erregt, die Täuschung bewirkt und den Schaden hervorgerufen hat, müßte freigesprochen werden, weil, wie es im

macht oder nach deren Erlöschen sich unter Umständen noch der Untreue schuldig machen kann. Dies gilt nicht nur für den Fall eines Mißbrauchs der Vollmachtsurkunde (RGSt. 14, 184), sondern auch dann, wenn der Bevollmächtigte nach Rücknahme des ihm erteilten Auftrages über Vermögenswerte des Auftraggebers, anstatt sie pflichtgemäß dem Auftraggeber zurückzugeben, zu dessen Nachteil verfügt (vgl. 4 D 370/09 v. 28. Mai 1909: GoldArch. 56, 323 sowie für den Tatbestand des § 266 Abs. 1 Ziff. 1: RGSt. 17, 241). In § 266 Abs. 1 Ziff. 2 StGB. wird die Verletzung des durch die Erteilung der Vollmacht begründeten Vertrauensverhältnisses zwischen Machtgeber und Bevollmächtigtem zum Schutze des

Text heißt, „die Bereicherungsabsicht nur durch direkten Vorsatz nachgewiesen werden kann“! Das würde dem Willen des Gesetzgebers und der Strafwürdigkeit der Fälle keineswegs entsprechen. Hätte der Gesetzgeber für einige Tatbestandselemente des Betruges den Eventualdolus ausschalten wollen, würde er es in der Weise zum Ausdruck gebracht haben, daß er das Wort wissentlich verwendete. Er hat aber das Wort Absicht und hier zweifelsfrei i. S. von Motivierung durch die (sichere oder wahrscheinliche) Erfolgsvorstellung verwendet. Den Sinn des Wortes Absicht, der hier auf den besonderen Tätertypus des Betruges hinweist, hieße es verfälschen, wollte man ihn mit dem RG. gleich dolus directus verstehen. Alle echten Absichtsdelikte haben den kriminalpolitischen Sinn, außer dem äußeren Täterfolg einen spezifischen Gesinnungstypus zu treffen (vgl. Erik Wolf, Vom Wesen des Täters, 1932, S. 29). Ein „absichtslos“ begangener Betrug bleibt nicht deshalb straflos, weil es am Vorsatz, d. h. an einem sicheren (oder zweifelhaften) Wissen der Tatumstände und am Willen zu ihrer Verwirklichung fehlt, sondern weil es am Tätertypus mangelt; weil ein Betrug, aber kein Betrüger da ist.

2. Gegen diese Ausführungen könnte geltend gemacht werden: es sei ja gar keine Einengung, die mit dem Ur. des RG. für die Anwendung der Betrugsstrafe bewirkt worden sei — vielmehr eine Erweiterung gegenüber der früher vertretenen höchstgerichtlichen These, wonach „Absicht“ in § 263 sich sowohl auf das Tatbestandsmerkmal „Vermögensvorteil“, wie auf das Tatbestandsmerkmal „rechtswidrig“ beziehe. Diese Meinung wurde seit RGSt. v. 29. Juni 1894, IV 1512/94: GoldArch. 42, 257 in ständiger Spr. vertreten. Natürlich meinte das RG. damit nicht: das Unrechtsbewußtsein, die Vorstellung von der Verbotsheit des erstrebten Vermögensvorteils müsse gerade das Motiv des Täters gewesen sein. Diese Auffassung trägt den Stempel des Unpraktischen und Sinnwidrigen so sichtbar aufgedrückt, daß wir uns mit ihrer Widerlegung nicht aufhalten wollen. Wie aber konnte dann das RG. seinen Satz aufstellen? Weil es auch hier schon dem Irrtum — wir betonen: dem Irrtum — unterlegen ist, Absicht mit direktem Vorsatz zu identifizieren. Dabei ist es aber stets die Antwort auf folgende Fragen schuldig geblieben: warum verwendet dann der Gesetzgeber das Wort „wissentlich“, wenn er dolus eventualis ausschalten will? Warum unterscheidet die Lehre Fälle, in denen „Absicht“ = „dolus“ oder = „dolus directus“ sinngemäß verstanden werden muß von solchen, wo „Absicht“ anders, nämlich als Motiv, wie in § 263 zu verstehen ist?

Weiter könnte noch eingewendet werden: die reichsgerichtliche Auffassung beruhe eben auf der Willenstheorie, während die oben vorgetragene Lehre mit der Vorstellungstheorie arbeite. Dazu ist zu sagen, daß R. v. Sippel, der Vorkämpfer der Willenstheorie, den Begriff „Absicht“ im allgemeinen und in seiner speziellen Bedeutung in § 263 genau so interpretiert, wie wir es getan haben. Ferner muß hervorgehoben werden, daß das Ergebnis bei rein willentheoretischer Vorsatzauffassung sich nicht ändern würde. Mag man die Willigung des Eventualerfolges oder die Vorstellung seiner objektiven Wahrscheinlichkeit für das ausschlaggebende Moment des dolus eventualis halten — in beiden Fällen kann sowohl das innere Einverständnis „in eventum“ als auch die Idee des erstrebten, aber für unsicher gehaltenen Erfolges Motiv des Handelns gewesen sein. Und damit ist ja eben die Absicht nachgewiesen! Sagt doch das RG. selbst: „Die Vorstellung, eine Bereicherung zu erreichen, muß die Triebfeder seines Tuns sein“ (RG. 55, 260). Gewiß kann man mit dem RG. die logische und zweckmäßige Folgerung ziehen: „Daraus ergibt sich die Notwendigkeit, für diesen Teil des inneren Tatbestandes den auf die Bereicherung gerichteten Vorsatz zu fordern“ (ibid.). Warum nun aber „hinichtlich des erstrebten Vermögensvorteils der bedingte Vorsatz nicht ausreicht“ (ibid.), ist nicht einzusehen. Hier verwickelt sich das RG. in einen argen Widerspruch! Es sagt nämlich, „weil hier Absicht (dolus directus) erforderlich sei“ (RG. 55, 260). Da steckt des Pudels Kern! Die „Absicht“, kurz zuvor als Motiv definiert, wird nun einfach dem dolus directus gleichgesetzt! Daß dieser Satz logisch fehlerhaft ist, wäre nicht das Ärgste; auf Grund dieses logischen Fehlers aber strafwürdige Betrüger zukünftig der Strafe entgehen zu lassen, wäre arg. Das RG. wird sich entschließen müssen, seine Lehre zu überprüfen.

Prof. Dr. Erik Wolf, Freiburg i. Br.

ersteren unter strafrechtliche Verantwortlichkeit gestellt. Die Vorschr. trifft deshalb das absichtliche Zuwiderhandeln gegen die bürgerlich-rechtliche Verbindlichkeit des Bevollmächtigten zur Treue in der Verfügung über das Vermögen des Machtgebers, soweit und so lange als diese Verbindlichkeit dauert. Die bürgerlich-rechtliche Verbindlichkeit des Bevollmächtigten geht aber auf Aushändigung alles dessen, was er infolge des Auftrages aus dem Vermögen seines Machtgebers noch in Händen hat (§ 667 BGB.), und er verlegt seine Pflicht als Bevollmächtigter, wenn er die in seinen Händen befindlichen Vermögenswerte dem Vollmachtgeber nach Erlöschen der Vollmacht nicht zurückgibt, sondern durch Verfügung über sie die Rückerstattung vereitelt oder erschwert.

Nach der inneren Tatseite genügt insoweit eine Kenntnis derjenigen Tatsachen, aus denen sich ergab, daß im Zeitpunkte der nachteiligen Verfügungen i. S. des § 266 Abs. 1 Ziff. 2 StGB. die Bevollmächtigteneigenschaft noch bestand; darauf, ob der Täter aus den ihm bekannten Tatsachen die zutreffende rechtliche Folgerung der Fortdauer der Bevollmächtigteneigenschaft im strafrechtlichen Sinne gezogen hat, kommt es nicht an.

(2. Sen. v. 27. April 1933; 2 D 202/32.)

[Hn.]

### 16. §§ 348 Abs. 1, 349 StGB.

Die Anbringung einer unrichtigen Aufgabennummer eines Posteinlieferungsscheins ist keine Falschbeurkundung einer Tatsache zu öffentlichem Glauben.†)

1. Die Annahme des OLG., daß der Angekl. eine Falschbeurkundung nach § 348 Abs. 1 StGB. insofern begangen habe, als er auf die Einlieferungsscheine eine unrichtige Aufgabennummer setzte, ist irrig. Die Posteinlieferungsscheine sind zwar öffentliche Urkunden (RGSt. 42, 287, 288). Aber nicht jede einzelne Erklärung, die in ihnen enthalten ist, ist zum öffentlichen Glauben bestimmt, und zwar selbst dann nicht, wenn das Vorhandensein einer solchen Erklärung ein Formerfordernis der öffent-

Zu 16. Zu 1. Nach den Ausführungen des Ur. hat der Angekl. als Beamter der Deutschen Reichspost (DRP.) (§ 359 StGB.) Postanweisungen (PAnw.) und Zahlkarten (Zk.) zu unlauteren Zwecken „gehoben“. Dabei setzte er neben anderem in den Einlieferungsscheinen unrichtige Aufgabennummern ein. Der Entsch. des RG., daß die Anbringung einer unrichtigen Aufgabennummer in einem Posteinlieferungsschein nicht als Falschbeurkundung nach § 348 Abs. 1 StGB. zu beurteilen sei, ist zuzustimmen.

a) Einlieferungsbescheinigungen (EB.) über eingezahlte PAnw. und Zk. werden von Amts wegen (bei verschiedenen anderen Gegenständen: auf Antrag) erteilt. Als körperliche Träger dieser Bescheinigungen kommen Einlieferungsscheine, Einlieferungsbücher und Rechnungsbelege in Betracht; Allg. Dienstanzweisung f. Post u. Tel. (ADL.), Abschn. V, 2, Postbetriebsdienst, § 8 Abs. I Dieser betriebsdienstlichen Regelung liegen folgende Verkehrsvorschriften der DRP. zugrunde: § 22 PostD. v. 30. Jan. 1929 (Amtsbl. des RM. 1929, 49) Abs. V bestimmt für PAnw.: „Die Einzahlung des Betrags wird bescheinigt“. Nach § 2 PostscheckD. vom 16. Dez. 1927 (Amtsbl. des RM. 1927, 519) Abs. V wird bei Aufgabe von Zk. „nach dem Einzahlen des Betrags der Postvermerk auf dem Einlieferungsschein vollzogen“.

b) Der Zweck der EB. ist in § 33 PostD. umschrieben: „Der von der Post ausgestellte Einlieferungsschein beweist die Einlieferung der Sendung; der Einlieferer soll sich daher nicht entfernen, ohne ihn in Empfang genommen zu haben. Vermag er den Schein nicht vorzulegen, so gilt im Streitfall die Einlieferung als nicht geschehen, wenn sie nicht aus den postamtlichen Buchungen ersichtlich ist oder anderweit vom Absender überzeugend nachgewiesen wird.“ Genauer gesagt, handelt es sich bei dieser Verkehrs Vorschrift um die vorgenannte „EB.“ und ihre Verwendung als Beweismittel für den Absender (Einzahler). Der „Einlieferungsschein“ ist nur eine der vorgenannten drei äußeren Formen, in denen eine solche beweishelfende amtliche Bescheinigung körperlich in die Erscheinung treten kann. Im übrigen geht aus § 33 PostD. hervor, daß die EB. in einer dieser drei Gestalten zwar als das nächstliegende und gebräuchlichste, aber nicht als das einzige Beweismittel anzusehen ist, dessen sich der Einlieferer zum Nachweis seiner Rechte gegen die DRP. aus solchen Verkehrsvorgängen bedienen kann. Bei Einzahlung von PAnw. und Zk. kommen als solche Rechte gegenüber der DRP. in Betracht: der Anspruch des Absenders auf Auszahlung der aufgegebenen Geldsumme an den von ihm in der PAnw. oder Zk. bezeichneten Empfänger (§ 6 Abs. 4 PostG. v. 28. Okt. 1871

lichen Urkunde ist. Die Einlieferungsscheine sind allerdings Empfangsbestätigungen und stellen mit Wirkung für und gegen jedermann fest, daß mit Beziehung auf den darin genannten Empfänger und zu seinen Gunsten die bezeichnete Zahlung geleistet worden ist, und der Postbeamte muß auf dem Einlieferungsschein die Nummer angeben, unter der die Einzahlung in die Einzahlungsliste B vermerkt worden ist. Aber die Beweis kraft der durch den Einlieferungsschein erteilten Quittung wird nicht dadurch beeinträchtigt, daß die darauf vermerkte Aufgabennummer nicht mit der Einzahlungsliste übereinstimmt. Für die Frage, ob und in welchem Umfang die Post bei einem Verluste der Postanweisung oder der Zahlkarte für den Betrag einzustehen hat, ist es ohne Bedeutung, ob der Betrag in den bei der Post geführten Büchern unter einer bestimmten Nummer, oder ob er hier überhaupt eingetragen worden ist. Die Beweis kraft des Einlieferungsscheins ist vielmehr unabhängig von der Richtigkeit der Aufgabennummer, und die Nummernangabe hat nur den Sinn, daß der Post später, wenn sich Schwierigkeiten ergeben sollten, die Auffindung der bei ihr vorhandenen urkundlichen Unterlagen erleichtert wird. Jener Vermerk dient also nur zu innerdienstlichen Zwecken und ist demnach keine Beurkundung einer Tatsache zu öffentlichem Glauben.

Das steht im Einklang mit der Rspr. des RG. Die Entsch.: RGSt. 6, 361, 365; 17, 169; 32, 389, betreffen solche Tatsachen, die unmittelbar das beurkundete Rechtsverhältnis selbst berühren. So ist in RGSt. 30, 238, 239 die Bejahung der Frage, ob die fälschliche Herstellung der amtlichen Vermerke auf Telegrammausfertigungen unter § 348 Abs. 1 StGB. falle, darauf begründet worden, daß diese Vermerke nicht nur von der Telegraphenordnung vorgeschrieben seien, sondern neben dem innerdienstlichen Zweck auch für den Empfänger, also nach außen hin, die durch sie bekräftigten Tatsachen zu bezeugen hätten.

2. Das OLG. hat die strengere Strafvorschr. des § 349 StGB. deshalb als nicht anwendbar angesehen, weil der Angekl. bei seinem Vorgehen auf nichts anderes ausgegangen

[RGBl. 1871, 347]; § 9 Abs. 3 PostscheckG. v. 26. März 1914 und 22. März 1921 [RGBl. 85 und 247]; vgl. auch RGSt. 42, 289), bei Unbestellbarkeit einer solchen Sendung der Anspruch des Einlieferers auf Rückzahlung des aufgegebenen Betrags (§ 47 Abs. III PostD., § 2 Abs. VIII PostscheckD.), ferner die Befugnis des Absenders, eine PAnw. oder Zk. zurückzunehmen oder ihre Aufschrift (Bezeichnung des Empfängers) ändern zu lassen, beides aber nur, solange der Betrag dem Empfänger noch nicht ausgehändigt (so bei PAnw.) oder seinem Postscheckkonto noch nicht gutgeschrieben ist (so bei Zk.) (vgl. § 35 PostD., § 2 Abs. XI PostscheckD.). Die DRP. erteilt die EB. durch ihre „beamteten“ Kräfte zur Vereinfachung und Erleichterung des Beweises für die Entstehung und Handhabung der eben aufgezählten Absenderrechte. Dieser Vorgang stellt somit die Beurkundung einer rechtserheblichen Tatsache zum öffentlichen Glauben dar (§ 348 Abs. 1 StGB.).

c) Die weitere Erklärung des RG., daß — unbeschadet der Eigenschaft einer solchen EB. (im ganzen) als öffentlicher Urkunde — nicht jede einzelne darin enthaltene Erklärung zum öffentlichen Glauben bestimmt sei, selbst dann nicht, „wenn das Vorhandensein einer solchen Erklärung ein Formerfordernis der öffentlichen Urkunde“ sei, entspricht den für die DRP. darüber bestehenden Vorschr.

a) Nach RGSt. 30, 369 ist eine Formvorschrift dann für die Eigenschaft einer öffentlichen Urkunde maßgebend, wenn diese Form aus allgemeinen Gründen oder nach dem Inhalt des (einschlägigen) „Gesetzes oder Reglements“ für wesentlich erachtet werden muß. Das RG. legt hier (vgl. auch RGSt. 30, 382, 383) das Hauptgewicht auf die einschlägigen Dienstvorschriften und ihren Zweck für die fraglichen Anwendungsfälle. Bei ZulandsPAnw. und bei Zk. sind im allgemeinen zur EB. die den betr. PAnw.- und Zk.-Formblätter anhängenden Abschnitte mit dem Überdruck „Einlieferungsschein“ zu verwenden (§ 22 Abs. III PostD., § 2 Abs. III PostscheckD.; ADL. V, 2, Postbetriebsdienst, § 8 Abs. V). Die Scheine für diese Sendungen füllt der Schalterbeamte aus. Postbenutzer, die keine Posteinlieferungsbücher verwenden, können die EB. für die vorbezeichneten Sendungen bei der Einlieferung am Schalter vorbereiten (ADL. V, 2, § 8 Abs. V; vgl. auch RG. 42, 288, 290). Solche vorbereiteten Einlieferungsscheine hat aber der Annahmebeamte auf ihre Übereinstimmung mit den Angaben auf den PAnw. oder Zk. selbst genau nachzuprüfen. Die Aufgabennummer ist nur vom Annahmebeamten einzurücken (ADL. V, 2, § 8 Abs. V—VII). „Die Einlieferung wird bescheinigt . . . durch Namensunterschrift des Annahmebeamten und durch Abdruck des Aufgabestempels“ (a. a. O. Abs. IX).

sei, als sich vor Entdeckung und Bestrafung zu bewahren. Hier ist nun richtig, daß die Anwendung des § 349 dann entfielen, wenn ausschließlich dieser Beweggrund gegeben wäre. Ob das der Fall ist, ist Sache der tatrichterlichen Beurteilung. Indessen bestehen hier gegen das Ergebnis der tatrichterlichen Prüfung der Frage durchgreifende Bedenken rechtlicher Art.

Nach den Darlegungen des angefochtenen Urts. hat der Angekl. seinen ersten und seinen zweiten Griff in die Kasse zunächst mißsam durch Zurückhaltung von Zahlkarten und Postanweisungen und durch Verschiebungen der Zahlenbeträge zu verschleiern gewußt. Das erwies sich aber als auf die Dauer nicht ausführbar, jedenfalls als schwierig oder lästig, und so griff der Angekl. zu dem Auskunftsmittel der gefälschten Postanweisung, die auf einen Schlag den durch die ersten zwei Geldentnahmen bis dahin entstandenen Fehlbetrag von 900 RM decken sollte. Mag er bis dahin von dem Streben geleitet gewesen sein, den entnommenen Betrag von 900 RM der Postkasse zurückzuerstatten, so liegt es doch nahe, anzunehmen, daß er sich, wenn ihm der Plan mit der falschen Postanweisung geglückt wäre, sich der Notwendigkeit überhoben geglaubt hätte, den unterschlagenen Betrag sofort zurückzuerstatten. Hätte er aber hinsichtlich der Postanweisung in einer solchen Meinung gehandelt, so würde dies dafür sprechen, daß sein gesamtes Tun, soweit es für den § 349 und für den § 268 StGB. in Frage kommt, von dem Bestreben geleitet war, sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen.

Auch ohnehin wird es zu den seltenen Ausnahmefällen zählen, daß, wer solche strafbare Handlungen begeht, es ganz ausschließlich tue, um sich vor Entdeckung und Strafe zu schützen, und nicht zugleich mit dem Willen, sich, zum mindesten bis auf weiteres, im Besitz des veruntreuten oder erschlichenen Betrags, und zugleich in seinem Amte und damit in dessen Bezügen zu halten. Bei einer solchen Sachlage hätte es der Anführung besonderer Umstände dafür bedurft, daß entgegen der großen Regel der Angekl. ausschließlich zu dem Zweck gehandelt hätte, sich vor Entdeckung und damit vor Strafe zu schützen.

(1. Sen. v. 10. Jan. 1933; 1 D 1250/32.) [U.]

**17. § 359 StGB.** Zum Begriff des Beamten im strafrechtlichen Sinne.

Das LG. stellt fest, daß der Angekl. nicht nur durch die schriftlichen Verträge v. 1. April 1923 und v. 1. Nov. 1927 sich zur Dienstleistung gegenüber der Gemeinde verpflichtet hat, sondern auch von dem Bürgermeister durch Handschlag zu treuer und gewissenhafter Erfüllung seiner Obliegenheiten verpflichtet worden ist. Die genannten Verträge enthalten die Best., daß der Angekl. die für das Rechnungamt erlassenen Vorschriften v. 12. Okt. 1869 (Rr.-Amtsbl. Nr. 94) als verbindlich anerkenne. Zu den Obliegenheiten des Angekl. gehörte an erster Stelle, daß er die Gelder der angeführten öffentlichen Kassen in Empfang nahm, verwahrte und nach Anweisungen des Bürgermeisters verausgabte. Unter diesen Umständen hat

Die gleichen Best. gelten bei Benutzung von Einlieferungsbüchern zum Eintragen der GB. Auch hier wird „der Empfang . . . bescheinigt . . . durch Namensunterschrift des Annahmebeamten und Abdruck des Aufgabestempels“. Dazu kommt für Posteinlieferungsbücher noch die Vorschr., daß der eingezogene Betrag vom Annahmebeamten „in Ziffern“ wiederholt werden muß (a. a. O. Vb. XX). Die Aufgabennummer „vermerkt“ auch hier der Annahmebeamte im Posteinlieferungsbuch (a. a. O. Vb. XIX). Nach dem Wortlaut dieser maßgebenden Best. sind daher nur die Namensunterschrift des Annahmebeamten und der Abdruck des Aufgabestempels als wesentliche Formvorschrift für die Gültigkeit einer GB. als rechtserheblichen Beweismittels mit Wirkung „für und wider jedermann“ vorgesehen.

β) Daraus folgt für unsere strafrechtliche Frage, daß das Fehlen der Aufgabennummer oder das Einsetzen einer unrichtigen Aufgabennummer die GB. nicht zu einer „in einem wesentlichen Punkte der vorgeschriebenen Form ermangelnden Urkunde“ (RGSt. 42, 291) macht. Dieser Aufgabennummer kommt lediglich innerdienstliche, nicht verkehrsrechtliche, d. h. nach außen wirkende Bedeutung zu, wie das RG. zutreffend ausführt. Für die Beurkundung der Einzahlung von PAnw. oder Jk. zu öffentlichem Glauben bleibt sonach der festgestellte Formmangel ohne Bedeutung.

Zu 2. Die Unterstellung des RG., daß Deckungsalsfälschungen

die Strk. mit Recht angenommen, daß der Angekl. in der Eigenschaft als Gemeindeführer Beamter (§ 359 StGB.) war und die von ihm später unterschlagenen Gelder als solcher empfangen hatte. Die Anstellung im öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis lag in der Verpflichtung des Angekl. durch Handschlag. Der Umstand, daß nebenher auch ein privatrechtlicher Dienstvertrag zwischen der Gemeinde und dem Angekl. geschlossen worden ist, steht der Annahme, er sei als Beamter angestellt gewesen, nicht entgegen (RGSt. 60, 139). Durch die Anstellung zur Führung der öffentlichen Kassen waren ihm außerdem nach Maßgabe der öffentlich-rechtlichen Best. vom 12. Okt. 1869 Berechtigungen öffentlich-rechtlicher Natur übertragen, die unmittelbar der Gemeindeverwaltung und mittelbar der Verwirklichung staatlicher Zwecke dienen; aus dieser Art der Geschäftsführung hat das LG. mit Recht auf die Beamteneigenschaft des Angekl. im strafrechtlichen Sinne geschlossen (RGSt. 54, 203). Hierbei ist es bedeutungslos, daß dem Angekl. Zwangsbefugnisse zur Herbeiführung der Umlagenzahlungen nicht verliehen waren.

(1. Sen. v. 25. April 1933; 1 D 330/33.) [Sn.]

**18. Zur Anwendbarkeit des § 370 Ziff. 5 StGB.**

Für die Frage, ob es sich um Nahrungsmittel in geringer Menge oder von unbedeutendem Werte handelte, ist die Gesamtmenge oder der Gesamtwert der von allen Angekl. zusammen tatsächlich entwendeten Gegenstände maßgebend (RGSt. 8, 406; 63, 273). Daß die Entwendungen zum alshalbigen Verbrauch geschehen sind, wird durch die in den Strafzumessungsgründen sich findende Erwägung, daß in Berlin in letzter Zeit derartige Schaufensterplünderungen sich in erschreckender Weise häufen, und zwar — wie hier — nicht aus Not und Hunger, sondern aus Rabaulust und aus dem Bestreben, die Öffentlichkeit zu beunruhigen, begangen werden, nicht hinreichend ausgeschlossen. Denn für die Anwendung des § 370 Abs. 5 StGB. ist nicht erforderlich, daß die Entwendung aus Not begangen wird und der unmittelbaren sofortigen Befriedigung eines vorhandenen Hungergefühls dient. Sondern es genügt, wenn der Wille des Täters auf die alsbaldige Befriedigung eines zur Zeit der Tat bestehenden Bedürfnisses nach dem Genuß der Lebensmittel gerichtet ist (RGSt. 46, 379; 47, 247/63; 52, 245).

(2. Sen. v. 18. Mai 1933; 2 D 484/33.) [Sn.]

**\*\*19. § 18 Ziff. 1 WehrG.** Nach dem heute geltenden Recht wird die Verpflichtung zum Dienst als Soldat nur durch den Abschluß eines hierauf gerichteten Vertrages begründet; die vorgeschriebene Aushändigung des Verpflichtungsscheins kann zu einem späteren Zeitpunkt als dem der tatsächlichen Einstellung wirksam nachgeholt werden.†

Der Angekl. wendet gegen seine Verurteilung aus § 81 Abs. 1 MilStGB. in erster Linie ein, er habe der deutschen

nur in seltenen Ausnahmefällen ausschließlich aus Furcht vor Entdeckung und Strafe erfolgen, daß eine dahingehende Feststellung somit besonderer Begründung bedarf, entspricht den bisher im Geschäftsbereich der DMF. gemachten Erfahrungen mit Amtsdelikten der hier fraglichen Art.

Oberpostdir. Dr. G. Hellmuth, Nürnberg.

Zu 19. § 18 Ziff. 1 WehrG. ist allerdings nur aus seiner Entstehungsgeschichte zu verstehen; deshalb ist er, wie das RG. zutreffend hervorhebt, im Wortlaut „undurchsichtig“. Wenn ihm aber von unserer Entsch. weiterhin wegen Satz 3 „Richtigkeit des Ausdrucks“ vorgeworfen wird, so dürfte das mit der von RG. selbst sonst einwandfrei verwerteten historischen Entwicklung, der die Vorschr. entsprungen ist, kaum im Einklang stehen. Die heutige Fassung beruht auf der deutschen Unterwerfungspolitik von 1921. Unter dem Druck der Interalliierten Militärkontrollkommission verstand sich das damals leider allzu nachgiebige Reich dazu, in Abänderung seines schon verkündeten und längst in Kraft getretenen WehrG. auch noch die Aufnahme der Freiwilligen in die Wehrmacht in den von der Gegenseite gewünschten Einzelheiten durch eine Novelle gesetzlich genau festzulegen, und zwar gerade in § 18 Ziff. 1. Es wird also neu bestimmt: Nachdem der Angeworbene bei seinem Truppenteile (nicht Standort!) ein-

Wehrmacht niemals angehört. Er erblickt in dem Umstande, daß ihm nach der tatsächlichen Feststellung des angefochtenen Urts. die Ausfertigung des von dem Kommandeur seines Annahmetruppentails vollzogenen Verpflichtungsscheins nicht schon am Gestellungstage, sondern später ausgehändigt worden ist, einen Verstoß gegen § 18 Ziff. 1 WehrG. v. 23. März u. 18. Juni 1921 (RGBl. S. 329 u. 787) i. Verb. m. § 16 Heeresergänzungsbest. v. 9. Dez. 1927 (RGBl. 1927 Teil II S. 1169), durch den die Aushändigung des Verpflichtungsscheins an ihn die ihr sonst zukommende Wirkung, die Zugehörigkeit zur Wehrmacht zu begründen, eingebüßt habe.

Der Sen. vermag die hiermit bekundete, auch in den Erläuterungswerken von Semler (S. 52) und von Rittau (S. 64) vertretene Auslegung des § 18 Ziff. 1 WehrG. nicht zu teilen, hält vielmehr die abweichende Auffassung des angefochtenen Urts. für zutreffend. Der Wortlaut der angeführten Gesetzesbest. ist allerdings undurchsichtig. Während ihr erster Satz „die Zugehörigkeit zur Wehrmacht“ mit dem Tage des Dienst Eintrittes beginnen läßt und der zweite Satz als solchen Tag denjenigen bezeichnet, an dem der Freiwillige bei seinem Truppen- oder Ausbildungstruppentail eintritt — den Gestellungstag —, handelt der nächste Satz von der Aushändigung des Verpflichtungsscheins, „der die Zugehörigkeit zur Wehrmacht begründet“. In Satz 1 u. 2 der Vorschr. wird also der tatsächliche Dienst Eintritt — und zwar er allein — als die für die Zugehörigkeit zur Wehrmacht maßgebende Tatsache bezeichnet, während nach Satz 3 ebenda diese Zugehörigkeit durch die Aushändigung des Verpflichtungsscheins begründet werden soll. Zwar wird gleichzeitig angeordnet, daß diese Aushändigung an dem Gestellungstage zu geschehen habe, in dessen kann das, wie auf der Hand liegt, aus dem einen oder anderen Grunde einmal nicht geschehen, und es entsteht alsdann die Frage, ob in solchem Falle der Freiwillige trotz des erfolgten tatsächlichen Dienst Eintrittes die Zugehörigkeit zur Wehrmacht (entgegen der Best. in Satz 1 u. 2 der Vorschr.) nicht erlangt. Dieser Zweifel würde allerdings behoben werden, wenn man darauf Gewicht zu legen hätte, daß der die Aushändigung des Verpflichtungsscheins an den Freiwilligen vorschreibende Satz 3 des § 18, worauf schon das angefochtene Urts. hinweist, von dem Verpflichtungsschein und nicht von seiner Aushändigung als von derjenigen Tatsache redet, durch welche die Zugehörigkeit zur Wehrmacht begründet werde. Darin liegt indessen nur eine Lässigkeit des Ausdrucks. Denn wenn sich auch ein dem Wortlaut entsprechender verständlicher Sinn finden ließe — etwa dahin, daß damit das Vorhandensein eines in inhaltlicher Beziehung allen Anforderungen genügenden Verpflichtungsscheins gemeint sei —, so geht doch aus dem § 16 Ziff. 3 Heeresergänzungsbest. unzweideutig hervor, daß auch nach § 18 Satz 3 WehrG. die Zugehörigkeit zur Wehrmacht nicht mit der Unterzeichnung, sondern mit der Aushändigung des Verpflichtungsscheins an den Freiwilligen verknüpft werden sollte.

Bei der weiteren Prüfung ist von der Entstehungsgeschichte der Vorschr. auszugehen. Nach der ursprünglichen

getroffener, ist ihm am selben Tage noch der Verpflichtungsschein zu behändigen. Damit sollte nach dem Diktate der außenpolitischen Partner, die ja lediglich an unsere militärische Unterdrückung dachten, nur zu ihren Gunsten der Gang der Wehrmachts-ergänzung so geregelt werden, daß eine der eigentlichen Einstellung vorangehende praktische Dienstprüfung des Freiwilligen unterbunden wurde. Ganz im brutalen Geiste des WW. bürdete man füglich das Risiko des Verzagens beim Nachwuchs ausschließlich der ohnehin schon zwerghaft genug gestalteten deutschen Wehrmacht auf. Der Angeworbene darf nämlich nicht etwa in den militärischen Dienst zunächst einmal vorläufig, also unter Vorbehalt der endgültigen Entschliebung über sein Weiben, aufgenommen und dann bei Nichtberührung als noch gar nicht eingestellt abgegeben werden. Gerade diese — näherer Regelung bei gutem Willen der Siegermächte gewiß zugänglich gewesene — Möglichkeit schneidet jedoch die Neufassung des § 18 Ziff. 1 WehrG. absichtlich ab. Mit der Bestimmung: Der Verpflichtungsschein ist noch am Gestellungstag auszuhändigen, — wird die Militärbehörde gezwungen, sich bereits innerhalb des Gestellungstags endgültig über Aufnahme, und zwar definitive, oder Ablehnung des Mannes zu entschließen. Fällung und Rundgebung dieser Entschliebung in den Gestellungstag zu pressen, ist der Zweck der Vorschr. Das, aber auch nur das, wollten die früheren Feinde gesetzlich festgelegt wissen. Von ihrem Standpunkt aus kann es also einzig und allein darauf an, die Einstellungsbehörde zu einem Ja

Fass. des WehrG. v. 23. März 1921 bestand die damalige Ziff. 1 des § 18 lediglich aus dem ersten Satze seines jetzigen Wortlauts; Satz 2 u. 3 sind erst später, und zwar durch das Gef. v. 18. Juni 1921 hinzugekommen. Den Anstoß zu diesem Gesetze gab, wie sich aus der amtlichen Begr. zu dem Gesetzentw. ergibt, die Note der Interalliierten-Militärkontrollkommission v. 22. April 1921 (M.Druckf. Bb. 367 S. 1879, Nr. 2173 u. deren Anl. 2). In dieser Note erklärte die Kommission, daß die Dienstzeit des Freiwilligen, da der Befehl der Botschafterkonferenz v. 21. April 1920 jede Probezeit bei der Reichswehr verbiete, am Tage des Dienst Eintrittes zu beginnen habe und nicht, wie nach dem Inhalte des Verpflichtungsscheins angenommen werden müsse, an dem unbestimmten Tage der Übergabe dieses Scheins an den Mann. Sie forderte die strenge Einhaltung dieser Best. und daß die dazu erforderlichen Maßnahmen alsbald getroffen würden. Um diesem Verlangen nachzukommen, wurde die jetzige Fassung des § 18 zum Gesetze erhoben. Der Zweck, den die Kontrollkommission mit ihrer Note verfolgte, war zweifellos der, die nach ihrer Ansicht bis dahin bestehende Möglichkeit zu beseitigen, daß die in § 2 WehrG. vorgesehene Höchststärke der Reichswehr auf einem Umwege, nämlich dadurch überschritten werde, daß man dem Freiwilligen den Verpflichtungsschein nicht schon am Tage seines tatsächlichen Dienst Eintrittes, sondern erst eine mehr oder weniger lange Zeit danach behändigte.

Hieraus folgt ohne weiteres, daß für die Beantwortung der Frage, ob die nach § 2 WehrG. zulässige Höchststärke der Reichswehr jeweils erreicht ist, jeder Mann mit dem Tage seines tatsächlichen Dienst Eintrittes als zu der Reichswehr gehörig zu betrachten ist und daß es in dieser Beziehung nicht darauf ankommt, ob der Verpflichtungsschein dem Manne bei seiner Gestellung oder erst später oder vielleicht überhaupt nicht ausgehändigt wird. Wenn daher der § 18 Ziff. 1 WehrG. sagt, daß der Verpflichtungsschein, „der die Zugehörigkeit zur Wehrmacht begründet“, dem Soldaten an dem Gestellungstage auszuhändigen ist, und wenn § 16 Ziff. 3 Heeresergänzungsbest. diese Vorschr. dahin erläutert, daß mit der Aushändigung des Verpflichtungsscheins am Gestellungstage „der die Zugehörigkeit zur Wehrmacht begründende Dienst Eintritt nach § 18 Ziff. 1 WehrG. erfolgt ist“, so konnte und sollte damit nicht ausgesprochen werden, daß der tatsächliche Dienst Eintritt des Freiwilligen ohne jede rechtliche Wirkung bleibe, sofern dem Freiwilligen nicht auch der Verpflichtungsschein am Gestellungstage auszuhändig werde. Vielmehr begründet der tatsächliche Dienst Eintritt schon für sich allein die Zugehörigkeit des Freiwilligen zur Wehrmacht, indessen lediglich insofern, als dieser Freiwillige bei der Feststellung der jeweils vorhandenen Iststärke der Reichswehr als zu dieser gehörig mitzuzählen ist. In den übrigen Beziehungen ist dagegen für die Zugehörigkeit des Freiwilligen zur Wehrmacht die Aushändigung des Verpflichtungsscheins an ihn entscheidend. Der Grund hierfür ist darin zu suchen, daß nach dem heute geltenden Rechte die Verpflichtung zum Dienst als Soldat nur

oder Nein am Gestellungstage zu nötigen und dabei folgerichtig das tatsächliche In dienst behalten des Angeworbenen auch dann als Dienst Eintritt zu werten, wenn aus irgendeinem Grunde die Aushändigung des Verpflichtungsscheins unterblieb. Lag doch den Gegnern bloß daran, den Angeworbenen zur Anrechnung auf die Höchstzahlen der §§ 2 und 5 WehrG. schon dann zu bringen, wenn er nicht bereits innerhalb des Gestellungstags abgelehnt und aus dem militärischen Dienstbereich auch tatsächlich entfernt wurde. Das ist der wahre Sinn der — auch im Ausdrucke — uns aufgenötigten Neufassung des § 18 Ziff. 1 WehrG. Wenn dabei des Verpflichtungsscheins und seiner Aushändigung überhaupt gedacht wurde, so war das eben nur eine beiläufige Erwähnung. Denn von der die Novelle beherrschenden Ententegefinnung aus waren ja die — bisher den Heeresergänzungsbestimmungen überlassenen — Formen des Verpflichtungsvertrags kaum von Bedeutung; wichtig war vielmehr bloß, bei einem etwaigen Schwerezustande die Anrechnung auf die Höchstzahlen zu ungunsten Deutschlands zu gestalten. In diesem Lichte betrachtet, wird man der Ausdrucksweise, die unsere außenpolitischen Gegner bei ihrem Diktate dem § 18 WehrG. gegeben haben, „Lässigkeit“ schwerlich nachsagen dürfen. Diese Vorschrift könnte vielleicht dann als rechtlich etwas unscharf gekennzeichnet werden, falls sie etwa eine juristische Umrechnung der Formen des in §§ 19 ff. geregelten Vertrages zur Begründung des militärischen Dienstverhältnisses be-

durch den Abschluß eines hierauf gerichteten Vertrages zwischen dem Reich und dem einzelnen Manne begründet werden kann. Diese Verpflichtung entsteht nach der rechtlichen Natur eines jeden Vertrages erst durch den gegenseitigen Austausch der Erklärung, einen solchen Vertrag miteinander einzugehen. Dazu würde an sich die gegenseitige mündliche Erklärung genügen. Es ist indessen, wohl mit Rücksicht auf die Wichtigkeit des Gegenstandes, von Anfang an — so schon nach Ziff. 1 Nr. 7 „Bestimmungen über Anwerbung und Kündigung bei der Bildung einer vorläufigen Reichswehr“ v. 31. März 1919 (ArmWDBl. 1919, 281) — die Abgabe einer schriftlichen Erklärung für erforderlich erachtet worden (vgl. jetzt § 12 Ziff. 10 u. 11 W.D. v. 9. Dez. 1927 über die Ergänzung des Heeres). Wie die aus einem Vertrage entspringenden Rechte und Pflichten auch sonst im Zweifel mit dem Abschluß des Vertrages entstehen, müßte man in Ermangelung einer abweichenden gesetzlichen Regelung oder Vereinbarung annehmen, daß auch die Dienstzeit, für die sich der Freiwillige verpflichtet, von dem Abschluß des Vertrages, also bei schriftlicher Vereinbarung, von dem Tage der beiderseitigen Vertragsunterzeichnung an zu rechnen ist. Das war früher auch tatsächlich in dem durch Ziff. 1 Nr. 7 „Bestimmungen über Anwerbung und Kündigung bei der Bildung der vorläufigen Reichswehr“ eingeführten Verpflichtungsschein ausgesprochen. Nach der angeführten Note der Interalliierten-Militärkontrollkommission konnten jedoch gegen diese Regelung insofern Bedenken entstehen, als bei ihrer Geltung der Mann, dessen Verpflichtungsschein von beiden Seiten schon vor seinem tatsächlichen Dienst- eintritt unterzeichnet war, in dem letzten Zeitpunkt nicht mehr, wie dies in § 19 WehrG. vorgeschrieben ist, volle zwölf Jahre Dienst zu leisten hätte. Darin lag vielleicht der Grund, daß nunmehr anstatt der Unterzeichnung des Verpflichtungsscheins dessen Aushändigung als die für die Zugehörigkeit zur Wehrmacht entscheidende Tatsache hingestellt und als der Zeitpunkt, an dem sie zu geschehen habe, der Gestellungstag vorgeschrieben wurde.

Hiernach enthält allerdings die tatsächliche Einstellung eines Freiwilligen in die Reichswehr ohne gleichzeitige Aushändigung des Verpflichtungsscheins am Gestellungstage eine Verletzung der bestehenden Best., die es verhindert, daß der Eingestellte, abgesehen von der erhöhten Notwendigkeit, ihn bei der Feststellung der jeweiligen Iststärke des Heeres mitzuzählen, rechtlich der Wehrmacht zuzuzählen ist. Eine andere Frage ist es dagegen, ob dieser Mangel nachträglich durch eine spätere Aushändigung des Verpflichtungsscheins an den Mann beseitigt wird, so daß der betr. Mann, zum wenigsten — was hier allein in Betracht kommt — von jenem nachträglichen Augenblicke an — in allen Beziehungen der Reichswehr zugehört. Das WehrG. entscheidet diese Frage nicht ausdrücklich, doch wird ihre Bejahung durch die Fass. des § 18 Ziff. 1 Satz 3 das. keinesfalls ausgeschlossen. Auch der § 16 Ziff. 3 Heeresergänzungsbest. sagt seinem Wortlaute nach nur positiv, daß die Aushändigung des Verpflichtungsscheins am Gestellungstage die Zugehörigkeit des Freiwilligen zur Wehrmacht begründe, nicht aber auch umgekehrt, daß eine spätere Aushändigung diese Wirkung nicht mehr herbeiführe. Ebensowenig kann zugegeben werden, daß sich das letztere aus dem § 16 Ziff. 6 Heeresergänzungsbest. ergibt und daß diese Vorschr. andernfalls, wie der Verteidiger behauptet, „sinnlos“ wäre. Denn da die tatsächliche Einstellung in das Heer nicht dadurch aus der Welt

geschafft wird, daß sie ohne die gleichzeitige Aushändigung des Verpflichtungsscheins keine rechtliche Zugehörigkeit zur Wehrmacht begründet, liegt es offensichtlich im dringenden Interesse der Heeresverwaltung, die Entstehung eines solchen Zwischenzustandes möglichst zu verhüten und aus diesem Grunde zwar die Vorschr., daß der Verpflichtungsschein dem Freiwilligen am Gestellungstage auszuhändigen sei, mit allem Nachdruck einzuschärfen, zugleich aber auch für den Fall, daß doch einmal irgendwelche Gründe die Einhaltung der Vorschr. unmöglich machen, eine zum Ersatz für sie bestimmte Aushilfsregelung zu treffen. Daß sich, wie der Verteidiger geltend macht, bei Zulassung der Möglichkeit, die zunächst unterbliebene Aushändigung des Verpflichtungsscheins später wirksam nachzuholen, für die einzelnen Auswirkungen des Dienstverhältnisses ein verschiedener Tag als Zeitpunkt des Dienstbeginns ergeben könnte, ist ohne entscheidende Bedeutung. Denn der Freiwillige, der sich auf eine Dienstzeit von zwölf Jahren verpflichtet hat, würde, wenn ihm der Verpflichtungsschein erst nach dem Gestellungstage ausgehändigt wird, verlangen können, daß ihm die bis dahin tatsächlich geleistete Dienstzeit auf die zwölf Jahre angerechnet und dies in dem Schein zum Ausdruck gebracht werde. Wenn er das unterläßt und dadurch in die Lage kommt, tatsächlich länger als zwölf Jahre Dienst zu tun, so wäre das eine Folge seiner eigenen, auf dem Gebiete des Vertragsrechts maßgebenden Willensentscheidung; ein Verstoß gegen § 18 und § 19 oder irgendeine andere Vorschr. des WehrG. oder der Heeresergänzungsbest. läge darin nicht.

In Ermangelung ausdrücklicher Vorschr. läßt sich die Frage, ob die am Gestellungstage unterbliebene Aushändigung des Verpflichtungsscheins zu einem späteren Zeitpunkt wirksam nachgeholt werden kann, nur auf Grund allgemeiner Erwägungen beantworten. Daß grundsätzlich die Nichtbeachtung einer Vorschr., die das Gesetz für die Abgabe einer öffentlich-rechtlichen Willenserklärung, für die Bornahme eines dem öffentlichen Recht angehörenden Rechtsgeschäftes vorsieht, und beträfe diese auch den Zeitpunkt oder die Form der Erklärung, deren unheilbare Nichtigkeit zur notwendigen oder wenigstens regelmäßigen Folge habe, trifft nicht zu und ist auch in der Rechtslehre, auf die sich der Verteidiger hierfür beruft, nicht ausgesprochen. Die Entsch. läßt sich vielmehr nur von Fall zu Fall gewinnen, wobei vor allem auf die Folgen zu achten ist, die sich einerseits aus der Zulassung, andererseits aus der Ablehnung einer Heilbarkeit des bezüglichen Mangels für das fragliche Rechtsverhältnis ergeben. Es ist aber nicht nur ein ungegesetzlicher, sondern auch ein im dienstlichen und allgemeinen staatlichen Interesse geradezu unhaltbarer Zustand, daß ein Mann tatsächlich Militärdienst leistet, der rechtlich der Wehrmacht nicht angehört, für und gegen den mithin die mit solcher Zugehörigkeit verknüpften rechtlichen Wirkungen nicht eingetreten sind, insbes. auch nicht insoweit, als sie auf disziplinarern und strafrechtlichen Gebiete liegen. Diesem Zustande ein Ende zu machen, bieten sich, solange die Aushändigung des Verpflichtungsscheins die notwendige Voraussetzung für die rechtliche Zugehörigkeit zur Wehrmacht bildet, nur zwei Wege: entweder die tatsächliche Entlassung des betr. Mannes aus dem Heere oder die nachträgliche Aushändigung des Verpflichtungsscheins an ihn. Die Entlassung würde, abgesehen davon, daß sie, wenn ihre Berücksichtigung bei der Berechnung der Iststärke des Heeres zulässig sein soll, nur in beschränktem Um-

zweck hätte. Das war indessen eben nicht der Fall. In der ursprünglichen Fassung enthielt der § 18 gewiß nichts davon, sondern besagte nur, daß bei den Soldaten die Zugehörigkeit zur Wehrmacht vom Tage des Dienst Eintritts bis zum Ablauf des Entlassungstags dauert. Die Novelle hatte aber, wie gezeigt, gar keine Veranlassung, die Formlichkeiten jenes Vertragschlusses und den genauen Zeitpunkt seines Wirksamwerdens zu regeln. Endlich dürfte auch aus dem Wortlaute der Ermahnung, die hier stattgefunden hat, zu entnehmen sein, daß in § 18 Ziff. 1 Satz 3 WehrG. ersichtlich gemeint ist: „Am diesem Tage ist ihm der Verpflichtungsschein auszuhändigen, der damit auch die rechtliche Zugehörigkeit zur Wehrmacht begründet.“ Sam übrigen ist unsere Entsch. durchaus zu billigen. Sie trägt vor allem den praktischen Bedürfnissen des militärischen Lebens Rechnung und führt zu einem gesunden strafrechtlichen Ergebnis. Befremdlich ist jedoch die — allerdings wohl für das Ur. selbst nicht entscheidende — Aus-

föhrung, der Eingestellte, der den Verpflichtungsschein nicht am Gestellungstage ausgehändigt erhält, sondern erst später, könne Anrechnung der Zwischenzeit auf die zwölf Jahre der Dienstverpflichtung verlangen. M. E. ist das unzutreffend. Da die Aushändigung des Verpflichtungsscheins nach den Heeresergänzungsbestimmungen wie nach § 18 Ziff. 1 WehrG. Rechtsbedingung für das Zustandekommen des Vertrags i. S. der §§ 19 ff. WehrG. ist, kann der Beginn der zwölf Dienstjahre nicht auf eine vor der Aushändigung liegende Zeit zurückverlegt werden. In der Zwischenzeit war also der betr. Angemorbene zwar schon endgültig auf die Höchstzahlen der §§ 2 und 5 WehrG. anzurechnen, aber im übrigen nicht Angehöriger der Wehrmacht. Das wird er erst durch die Nachholung der Aushändigung des Verpflichtungsscheins, jedoch ohne Rückwirkung. Und gerade deshalb dürften auch seine zwölf Dienstjahre jetzt erst zu laufen beginnen.

Mündl. i. R. Geh. Rat Dr. M. Wagner, Berlin.

fange möglich ist, sowohl für den Freiwilligen wie auch für die Heeresverwaltung durchaus unerwünscht sein, zum mindesten, sofern der illegale Zustand schon längere Zeit bestanden hat, während dagegen die Wirksamkeit der nachträglichen Aushändigung des Verpflichtungsscheins weder, wie schon ausgeführt, die von dem Verteidiger behaupteten noch andere Nachteile zur Folge hat. Sie muß daher für statthaft und wirksam erachtet werden.

(2. Sen. v. 13. Febr. 1933; 2 D 1319/31.) [Nt.]

**\*\*20.** § 5 SprengStG. Das in eine Selterswasserflasche eingeschlossene Kalziumkarbid kann als Sprengstoff im Sinne des Gesetzes angesehen werden, da es durch Entzündung explodiert. Eine Anwendung des Sprengstoffes liegt aber nur vor, wenn eine Entzündung bewirkt wird.

Sprengstoffe i. S. des SprengStG. sind, wie das RG. in ständiger Rspr. annimmt, alle explosiven Stoffe — das sind Stoffe, die bei Entzündung eine gewaltsame und plötzliche Ausdehnung dehnbarer (elastischer) Flüssigkeiten oder Gase hervorrufen —, sofern sie sich zur Verwendung als Sprengmittel eignen und als Sprengmittel wirken, d. h. durch ihre Anwendung in dieser ihrer Eigenschaft den Erfolg einer Zerstörung herbeiführen (RGSt. 48, 72, 74; RG.: GoldbArch. 46, 203; 50, 141; 59, 452; Art. des erf. Sen. v. 27. Nov. 1913, III 951/13 = JW. 1914, 705). Ob in diesem Sinne ein Sprengstoff vorliegt, hat der Tatrichter zu entscheiden (vgl. RGSt. 48, 72).

Wesentlich ist sonach für die Eigenschaft als Sprengstoff u. a., daß die Auslösung der Explosion durch Entzündung bewirkt wird. Nur bei einer solchen Auslösung der Sprengwirkung kann man von einer „Explosion“ sprechen. Der Tatrichter irrt also, wenn er davon ausgeht, daß es auf die Art der Auslösung der Sprengung nicht ankomme. Daß explosionsähnliche Wirkungen auch bei dem Zerspringen eines unter dem inneren Überdruck eines Gases oder einer Flüssigkeit stehenden Gefäßes eintreten können, ist an sich zutreffend. Auch bei einer derartigen „Explosion“ erfahren (zusammengedrückte) Flüssigkeiten oder Gase eine plötzliche und gewaltsame Ausdehnung, und die Wirkung kann — je nach dem Grade der Pressung, nach der Gefäßstärke und nach der in Betracht kommenden Menge des Gases oder der Flüssigkeit — derjenigen der Explosion eines Sprengstoffes — wenn sie dahinter an zerstörender Kraft in der Regel auch weit zurückbleibt — im Einzelfall nahekommen. Indes unter das SprengStG. fällt die Herbeiführung derartigen Wirkungen nicht. Die Möglichkeit, durch Überdruck explosionsähnliche Wirkungen zu erzielen, war zur Zeit der Schaffung des SprengStG. nicht weniger als heute bekannt. Der Gesetzgeber hätte es, wenn er die Herbeiführung einer derartigen „Explosion“ unter die scharfen Strafandrohungen des SprengStG. hätte stellen wollen, sicherlich verstanden, diesem seinen Willen klaren Ausdruck zu geben.

Trotz des unzutreffenden Ausgangspunktes erweist sich indes die Annahme des SchwG., daß im gegebenen Fall der Flascheninhalt ein Sprengstoff gewesen sei, als rechtlich unangreifbar. Denn nach den Feststellungen — und übrigens auch nach der Lebenserfahrung — ist das infolge der Verletzung von Kalziumkarbid mit Wasser sich entwickelnde Azetylen gas bei Entzündung explosiv, und es bestand unter den gegebenen Bedingungen — Einschließung eines Gemisches von Kalziumkarbid und Wasser in ein luftdicht abgeschlossenes Gefäß infolge der starken Wärmeabgabe bei der Zersetzung des Karbids die Möglichkeit der Selbstentzündungen des in dem Gefäß sich entwickelnden stark zusammengepressten Gasgemisches.

Zutreffend hat das SchwG. dargelegt, daß es für die Eigenschaft eines Stoffes als Sprengstoff nur auf die Eignung zu Sprengzwecken, nicht aber darauf ankomme, ob der Stoff auch in der Praxis als Sprengmittel verwendet wird (vgl. dazu insbes. die oben erwähnte Entsch. des erf. Sen. RGSt. 48, 72). Ohne Belang ist es auch, ob der Stoff, der als Sprengstoff in Betracht kommt, fest, flüssig oder gasförmig ist, ob er eine gewisse Beständigkeit hat, die seine Auf-

bewahrung zur beliebigen Verwendung ermöglicht, oder ob er nur im Augenblick der Herstellung selbst anwendbar und wirksam ist, ob die die Explosion bewirkende Zündung von außen an den Stoff herangebracht oder durch innere chemische Vorgänge von selbst herbeigeführt wird. Die Annahme des SchwG., daß unter den besonderen Umständen des Falles der Flascheninhalt ein Sprengstoff gewesen sei, ist daher insoweit nicht zu beanstanden.

Indessen wirkt sich die vorstehend dargelegte unzutreffende Auffassung des SchwG. über den Begriff des Sprengstoffes nach einer anderen Richtung aus, nämlich insofern, als das angef. Ur. es für rechtlich belanglos erklärt, ob im gegebenen Falle die „Explosion“ durch Überdruck oder durch Entzündung des Gasgemisches in der Flasche herbeigeführt worden sei. Das ist rechtsirrtümlich.

II. Von der „Anwendung“ eines Sprengstoffes i. S. des § 5 SprengStG. kann nur die Rede sein, wenn der Stoff eben in seiner Eigenschaft als „Sprengstoff“ verwendet, d. h. wenn er zur „Explosion“ gebracht wird, um als Sprengmittel zu dienen. An einer derartigen „Anwendung“ fehlt es, wie das RG. entschieden hat, wenn der Sprengstoff nicht zum Sprengen, sondern als Schießmittel gebraucht wird (RGSt. 58, 276; Art. des erf. Sen. v. 2. Juli 1925, III 197/25 = DZS. 1926, 378). Ganz entsprechend liegt — was die Rev. übersehen hat —, der Fall, wenn Azetylen gas, wie es weit verbreiteter Übung entspricht, unter den stets gebotenen Vorsichtsmaßregeln zu Beleuchtungszwecken benutzt wird. (Übrigens sind bei einer derartigen Verwendung des Azetylens infolge der Einrichtung der zur Beleuchtung verwendeten Apparate auch die Voraussetzungen nicht gegeben, unter denen es zu einer Selbstentzündung des Azetylens kommen kann.) Aus demselben Grunde fehlt es an dem Begriffsmerkmal der „Anwendung“ eines Sprengstoffes, wenn nicht die Explosivkraft, d. h. die Fähigkeit des Stoffes, bei Entzündung durch Ausdehnung des Gases zerstörende Wirkungen herbeizuführen, ausgenutzt, sondern auf andere Weise, durch Erzeugung von Überdruck, eine explosionsähnliche Wirkung hervorgerufen wird. Das SchwG. hätte daher die Frage, ob die Flasche infolge von Entzündung des darin befindlichen Gasgemisches oder lediglich durch inneren Überdruck zur Explosion gelangt ist, nicht unentschieden lassen dürfen. Denn nur im ersten Falle hätte ein vollendetes Verbrechen gegen § 5 Abs. 1 SprengStG. angenommen werden können. Wäre dagegen die Flasche infolge von innerem Überdruck zersprungen, so würde höchstens ein Versuch des Verbrechens gegen § 5 Abs. 1 oder ein Verbrechen gegen § 7 Abs. 1 SprengStG. in Frage gekommen sein (wegen des Verhältnisses dieser beiden Verbrechen zueinander vgl. RGSt. 58, 296, 298 und die oben erwähnte Entsch. des erf. Sen. v. 2. Juli 1925).

III. Im übrigen hat es — immer infolge seines verfehlten Ausgangspunktes — das SchwG. — was sowohl für die erste wie auch für die zweite der erwähnten Möglichkeiten von Bedeutung ist — unterlassen, sich in ausreichendem Maße mit dem inneren Tatbestand des den Angekl. zur Last gelegten Sprengstoffverbrechens zu beschäftigen. Zum Vorsatz gehört die Kenntnis der Tatstände, hier also u. a. auch die Kenntnis davon, daß ein Sprengstoff angewendet, d. h. ein Explosivstoff durch die ihm eigene Auslösungsart, nämlich durch Entzündung, zur Explosion gebracht, als Sprengmittel benutzt wird. Bedingter Vorsatz ist in dieser Richtung ausreichend, und selbstverständlich ist nicht erforderlich, daß der Täter eine genaue Vorstellung von den bei der Explosion sich abspielenden chemischen Vorgängen hat. Immerhin aber ist nötig, daß er eine Sprengwirkung herbeiführen will und sich dabei eine Entzündung und nicht einen inneren Druck als auslösende Ursache des Sprengvorgangs vorstellt. Es wäre also erforderlich gewesen, daß das SchwG. sich noch genauer, als es nach dem Ur. geschehen ist, darüber unterrichtet hätte, welche Gedanken sich die Angekl. von der Wirkung ihrer Tat gemacht haben, was nach ihrer Meinung mit der in die Flasche gefüllten Masse im Zimmer des Oberlandjägers geschehen würde. Nur auf solcher Grundlage hätte gegebenenfalls der innere Tatbestand des Sprengstoffverbrechens festgestellt werden können (vgl. dazu RG.: GoldbArch. 59, 452).

(3. Sen. v. 8. Dez. 1932; 3 D 872/32.)

## II. Verfahren.

## 21. Zur Auslegung der §§ 49, 45, 47 O. V. G. Auswahl der Schöffen.

Der § 49 Abs. 1 O. V. G. stellt den allgemeinen und ausnahmslosen Grundsatz auf, daß in allen Fällen, in denen sich für eine einzelne ordentliche Sitzung neben oder an Stelle des zunächst berufenen Schöffen die Heranziehung weiterer oder anderer Schöffen erforderlich macht, die nötige Ergänzung aus der Zahl der Hilfschöffen zu entnehmen ist; dagegen ist die Einberufung eines weiteren oder anderen Hauptschöffen schlechthin unzulässig. An dieser Regel ist auch durch die Bestimmung des § 49 Abs. 2 a. a. O., auf die sich der Gerichtsvorsitzende zur Rechtfertigung seines Vorgehens beruft, nichts geändert. Denn sie ordnet nichts weiter an, als daß unter den von ihr bezeichneten besonderen Umständen die Auswahl des oder der nach der Vorschr. des Abs. 1 heranzuziehenden Hilfschöffen aus der Jahreshliste nach einer anderen Reihenfolge zu geschehen habe, als dies im Abs. 1 des § 49 vorgesehen ist, es sollen nämlich bei einer solchen Auswahl keine anderen Hilfschöffen berücksichtigt werden als die an dem Orte des Gerichts wohnen. Diese Regelung soll zwar dazu dienen, eine längere Verzögerung des Sitzungsbeginns nach Möglichkeit zu verhüten, sie geht aber, um diesen Zweck zu erreichen, nicht so weit, für gewisse Umstände anstatt der Einberufung eines Hilfschöffen die eines Hauptschöffen zu gestatten, insbes. selbst dann nicht, wenn zwar ein solcher, dagegen kein Hilfschöffe an dem Orte des Gerichts zur Verfügung steht. Andersnachts würden auch die in den §§ 45 und 47 O. V. G. erlassenen Bestimmungen über die bei der Heranziehung der Hauptschöffen zu den einzelnen Sitzungen zu beobachtende Reihenfolge kaum mehr durchgeführt werden können.

(2. Sen. v. 8. Mai 1933; 2 D 385/33.) [Hn.]

22. § 73 St. P. O. Die Nichtbeeidigung eines Zeugen, der lediglich benannt war, um das Gutachten eines vernommenen Sachverständigen zu erschüttern, ist unschädlich. f)

Offensichtlich unbegründet ist die Rev., soweit sie auf das Unterlassen der Vernehmung eines zweiten Sachverständigen gestützt ist. Hierzu war das Gericht, da schon ein Sachverständigengutachten vorlag, befugt (vgl. RGSt. 64, 113). Die von

Zu 22. Soweit das RG. im zweiten Abschnitt der Entsch. eine den Angekl. begünstigende Aussage eines Zeugen in der Hauptverhandlung gemäß seiner alten Rspr. als Grund zur Nichtbeeidigung nicht anerkennt, ist zu dem Ur. nichts zu bemerken. Wenn weiter im ersten Teil der Entsch. die Unterlassung der Vernehmung eines zweiten Sachverständigen durch den Tatrichter vom RG. nicht beanstandet wird, so liegt das im Rahmen der von jeder vertretenen Anschauung, daß das Gericht in der Bestimmung der Zahl der Sachverständigen frei ist. So zweifelhaft es ist, ob es gerechtfertigt ist, die Vorschr. des § 73 St. P. O., wonach die Auswahl der zuzuziehenden Sachverständigen durch den Richter erfolgt, dahin auszulegen, daß die Frage, ob überhaupt ein Sachverständiger zu vernehmen ist, vom freien Ermessen des Gerichts abhängig ist, so sehr spricht die weitere Vorschr. des § 73, daß die Bestimmung der Anzahl der zuzuziehenden Sachverständigen durch den Richter erfolgt, dafür, daß in dieser Beziehung das Gericht an Beweisanträge der Prozeßbeteiligten nicht gebunden ist. Der früher an Beweisanträge der Prozeßbeteiligten nicht gebunden ist. Der früher immer ganz eindeutig eingenommenen Standpunkt, daß auf die Frage, ob ein Sachverständiger überhaupt zu vernehmen ist, vom freien richterlichen Ermessen abhängt, hat das RG. in neuerer Zeit, so in der in obigem Ur. zitierten Entsch. RGSt. 61, 273, stark eingeschränkt; es hat hier neu den Grundsatz aufgestellt, daß das Gericht verpflichtet sei, dem Antrag auf Vernehmung eines Sachverständigen stattzugeben, wenn sich der Richter nach der Erfahrung des Lebens die einschlägige Sachkenntnis nicht zutrauen könne. Das vorl. Ur. hebt zutreffend hervor, daß die Billigung der Nichtvernehmung eines zweiten Sachverständigen mit der Entsch. RGSt. 61, 273 nicht im Widerspruch steht. Man wird auch sagen müssen, daß die Ansicht des RG., daß Gericht brauche einen Zeugen, dessen Vernehmung zwecks Widerlegung des Gutachtens des bereits vernommenen Sachverständigen beantragt war, nicht zu vernehmen, vom Standpunkt des RG. aus folgerichtig ist. Denn es kann sich hierbei nur um die Widerlegung solcher Tatsachen handeln, die dem abgegebenen Gutachten des Sachverständigen zugrunde gelegt waren und die ohne weiteres vom Sachverständigen eingegeben sind.

Wie in der Frage des Sachverständigenbeweises hat das RG.

der Beschw. angeführte Entsch. des 1. Sen. in RGSt. 61, 273 steht nicht entgegen, da dort ein Sachverständigengutachten noch nicht vorlag.

Daher brauchte das Gericht auch nicht den Zeugen S. zu vernehmen, der lediglich benannt war, um das Gutachten des Sachverständigen Sch. zu erschüttern. Es konnte dem Gutachten folgen, ohne auf den Zeugenbeweis überhaupt einzugehen. Deshalb kann auch das Urteil nicht auf dem etwaigen Versehen beruhen, daß der Zeuge zu Unrecht nicht beeidigt ist. Denn durch die unbeeidigte Vernehmung kann der Angekl. nicht schlechter gestellt werden als durch das dem Gericht freistehende völlige Unterlassen der Vernehmung. Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob der Zeuge, wofür mancherlei Unhaltspunkte sprechen, zu Unrecht wegen Verdachtes der Begünstigung nicht beeidigt ist. Eine begünstigende Aussage in der Hauptverhandlung hätte als Grund zur Nichtbeeidigung i. S. des § 57 Nr. 3 St. P. O. nicht ausgereicht (vgl. RGSt. 11, 30).

(1. Sen. v. 10. Jan. 1933; 1 D 1666/32.) [At.]

23. I. Nach ständiger Rspr. des RG. kann eine Rev. nicht auf Verletzung des § 257 St. P. O. gestützt werden, da diese Bestimmung nur die Bedeutung einer Anweisung an das Gericht hat (RGSt. 2, 202; 15, 172; 32, 321; 42, 169; 44, 284).

II. Der Tatbestand der §§ 211, 249, 251, 73 St. P. O. ist gegeben, wenn jemand mit dem Vorsatz, einen Menschen zu töten, um durch die Tötung und die dadurch hervorgerufene Beendigung des Gewahrsams des Getöteten selbst in den Gewahrsam einer Sache zu kommen, die Tötung mit Überlegung ausführt und die verlangte Sache an sich nimmt (RGSt. 60, 51, 163; 63, 101 [103]; Recht 1925 Nr. 2527 S. 786; 1926 Nr. 961 S. 293). Der Vorsatz muß also von vornherein die Wegnahme einer Sache in der Absicht rechtswidriger Zueignung enthalten, und zwar mittels der Tötung des bisherigen Gewahrsamsinhabers. Die zum Tatbestand des Raubes gehörende Gewalt wird auch nicht ohne weiteres dadurch ausgeschlossen, daß die Person, der die Sache weggenommen werden soll, im Schlafe getötet wird. Dies dann nicht, wenn der Tötende einen Widerstand erwartete und ihn durch die Plötzlichkeit

neuerdings (vgl. darüber die bei Rumpf: D. Z. S. 1542 zitierten Entsch.) auch hinsichtlich des richterlichen Augenscheins seine frühere Ansicht, daß die Beweiserhebung im freien Ermessen des Gerichts stehe (vgl. RGSt. 47, 100), eingeschränkt: das Gericht soll dann verpflichtet sein, den beantragten Augenschein einzunehmen, wenn er der Widerlegung von Zeugenaussagen über den örtlichen Befund dienen soll.

Sält auch das obige Ur. hinsichtlich der Zahl der zu vernehmenden Sachverständigen an der ursprünglichen Ansicht fest, so geht doch die allgemeine Tendenz der reichsgerichtlichen Rspr. (vgl. die Entsch. RGSt. 61, 273) dahin, wie hinsichtlich des Augenscheins auch auf dem Gebiete des Sachverständigenbeweises dem „Beweiserhebungsanspruch“ der Prozeßbeteiligten, wie ihn Lisberg, Beweisanzug S. 52, auf Grund der allgemeinen Rspr. des RG. über die Behandlung von Beweisanträgen entwickelt hat, Konzessionen zu machen. Daß ein solcher Beweiserhebungsanspruch in Wahrheit gar nicht existiert, vielmehr der von der St. P. O. gewollte Grundsatz dahin geht, daß der Umfang der Beweisaufnahme — abgesehen von der durch die Not. D. v. 14. Juni 1932 in gewissem Umfang wieder aufgehobenen Ausnahmsbest. des § 245 Abs. 1 St. P. O. hinsichtlich der präsenten Beweismittel — vom Gericht nach freiem Ermessen, wenn auch unter Berücksichtigung der Aufklärungspflicht des § 155 Abs. 2 a. a. O., zu bestimmen ist, daß m. a. W. Beweisanträge, die eine Vertagung notwendig machen, aus dem Gesichtspunkt des bereits aufklärten Sachverhalts abgelehnt werden dürfen, habe ich auf der Grundlage der Entstehungsgeschichte der St. P. O. in meinem Aufsatz GoldArch. 77, 81 (hervorgeg. aus meinem am 21. Febr. 1933 im Preuß. Richterverein gehaltenen Vortrag) nachzuweisen versucht. Ich darf auf meine dortigen Ausführungen Bezug nehmen. Von dem von mir vertretenen Standpunkt aus ergibt sich die Richtigkeit vorl. Entsch. ohne weiteres, es bedarf dazu nicht des vom RG. eingeschlagenen Weges der — ihrerseits wieder durchbrochenen — Ausnahme von der m. E. contra legem von ihm aufgestellten Regel eines Verbots der Vorwegnahme der Beweiskürzung.

RG. Prof. Dr. Klee, Berlin.

seines Angriffs von vornherein unmöglich machen wollte (RGSt. 67, 183).

(U. v. 11. Mai 1933; 3 D 470/33.)

[Sn.]

24. § 466 StPD. Da das LG den Angekl. in Abweichung vom Eröffnungsbeschluß, der die Vereinigung zu einer auf Fortsetzungszusammenhang beruhenden Einheit hinsichtlich der Verfehlungen des Angekl. im geschäftlichen Verkehr mit der Firma E. angenommen hatte, nur eines allein stehenden Vergehens für schuldig erkannte, mußte es, um die Klage zu erschöpfen, den Angekl. unter Anwendung des § 466 Abs. 1 StPD. von der Klage wegen der als unbewiesenen ausgeschiedenen Handlungen freisprechen (RGSt. 51, 81; 57, 304; RG.: DRZ. 21 Nr. 796; JW. 1930, 3222<sup>13</sup>; 1931, 945<sup>19</sup>, 1611<sup>69</sup>, 2826<sup>48</sup> u. a.).

(2. Sen. v. 18. Mai 1933; 2 D 468/33.)

[Mt.]

25. §§ 466, 464, 465 StPD. Wenn das Hauptverfahren wegen einer fortgesetzten Tat eröffnet ist und das erkennende Gericht den Angekl. wegen einer solchen verurteilt, dabei aber einzelne Teilhandlungen als nicht nachweisbar oder als nicht strafbar ausscheidet, so ist der Angekl. insoweit nicht freizusprechen. Bleibt jedoch nur eine strafbare Einzelhandlung übrig oder nimmt das Gericht zwischen mehreren übrigbleibenden Teilhandlungen Tatmehrheit an, so muß der Angekl. hinsichtlich der ausgeschiedenen Fälle freigesprochen werden. Dies hat zur Folge, daß der Angekl. von den besonderen Kosten, die durch die Verhandlung dieser Fälle entstanden sind, freigestellt werden muß (§ 466 Abs. 1 StPD.). Die Bestimmungen der §§ 465f. StPD. sind — anders als der nur eine Formvorschrift enthaltende § 464 — sachlich-rechtlicher Natur, da sie die Verpflichtung zur Tragung der Kosten und zur Erstattung von Auslagen regeln.

(3. Sen. v. 11. Mai 1933; 3 D 433/33.)

[Sn.]

26. § 246 StGB. Unterschlagung. Es genügt die Feststellung, daß die Waren, die der Täter sich angeeignet hat, nicht herrenlos, sondern für ihn fremde Sachen waren. Die wahlweise Feststellung, daß die Waren entweder dem Ein-

lagerer oder dem Lagerhalter, bei dem der Angekl. angestellt war, gehörten, ist ausreichend. †)

Die Rev. macht geltend, daß die Überschüsse an Getreide und Futtermitteln, die sich bei der Einlagerung im Silo der Stadtgemeinde E. zu ergeben pflegten, ebenso die übriggebliebenen Muster herrenloses Gut gewesen seien, da sich ein Eigentümer der einzelnen Mengen, die aus vermischten Warenbeständen verschiedener Einlagerer herrührten, nicht feststellen lasse. Die Angekl. hätten sich daher keine fremden Sachen angeeignet, ihre Verurteilung wegen Unterschlagung sei aus diesem Grunde ungerechtfertigt.

I. Handelte es sich, was nicht wahrscheinlich ist, um uneigentliche Verwahrung (depositum irregulare), dann ging das Eigentum an den Waren und Mustern mit der Einlagerung auf die Stadt über (§ 700 BGB.) und von herrenlosem Gut kann durchweg keine Rede sein.

II. Die Umstände sprechen aber dafür, daß die Voraussetzungen des § 700 BGB. nicht gegeben waren, die Stadt vielmehr die Einlagerung und Aufbewahrung gegen Vergütung und so gewerbsmäßig übernommen hat. Dann finden die Vorschr. des StGB. über das Lagergeschäft (§§ 416 ff.) Anwendung.

Die Regel war, daß den Einlagerern besondere Zellen zugeteilt waren, so daß eine Vermischung mit fremdem Gut vermieden wurde. In diesen Fällen waren und blieben sie Alleineigentümer ihrer Waren, auch der zurückgebliebenen Überschüsse (Senckpiel, Das Lagergeschäft nach deutschem Recht § 21). Wurde das Getreide verschiedener Firmen zusammengesüttelt, so entstand Miteigentum (§ 948 i. Verb. m. § 947 BGB.). Überschüsse wurden auch hier nicht herrenlos, sondern kamen den Eignern anteilmäßig zu (Senckpiel ebenda § 74). Die Feststellung der Beteiligten und ihrer Anteile mag im Einzelfall schwierig oder unmöglich sein, das hat aber keinen Einfluß auf die dinglichen Rechte und ist lediglich eine Beweisfrage. Die Unmöglichkeit der Feststellung der Miteigentümer kann keinen Verlust ihres Eigentumsrechtes herbeiführen, wie die Rev. meint.

Denkbar wäre aber eine Aufgabe der dinglichen Rechte an den Überschüssen. Das LG. hat jedoch festgestellt, daß keiner der Einlagerer eine Erklärung abgegeben hatte, die als Aufgabe des Eigentums zu deuten wäre. Einer Erklärung hätte es hierzu zwar nicht bedurft. Die mit der Aufgabe des Besitzes verbundene Absicht, auf das Eigentum zu verzichten, hätte genügt (§ 959 BGB.). Einen solchen Verzicht, der nicht zu vermuten ist, hat das LG. aber augenscheinlich in keinem Falle angenommen. Auf den fortdauernden Eigentumswillen

Zu 26. Der Entsch. ist beizustimmen.

Schon aus dem Befehl ergibt sich, daß nur festzustellen ist, ob das Objekt des Diebstahls oder der Unterschlagung für den Täter eine fremde Sache ist. Die Feststellung, wem die Sache gehört, ist nach allgemeiner Meinung nicht erforderlich. Sie erscheint hier auch deshalb kaum möglich, weil vielfach das Eigentum an den Gütern gem. § 424 StGB. weitergegeben sein wird.

Festgestellt aber muß werden, daß irgendeiner Person die Sache, die Objekt des Diebstahls oder der Unterschlagung ist, gehört. Das führt hier zu einer recht weitläufigen Eventualbegründung. Alle nur denkbaren Fälle, die einen Verlust des Eigentums zur Folge haben können, müssen rechtlich gewürdigt werden. Dadurch erlangt das Ur. den Charakter eines Gutachtens.

Mit Recht nimmt das RG. als wahrscheinlich an, daß die Stadt als Lagerhalter anzusehen ist. Die staatlichen und städtischen Lagerhalter verwahren gewöhnlich gewerbsmäßig. Regelmäßig ist das Lagergeschäft Sonderlagergeschäft. Es entspricht dem Typus des Verwahrungsvertrages. Dieser kennzeichnet sich als Verwaltungsverwahrungsvertrag, da der Lagerhalter für die Güter bestimmte Verwaltungshandlungen vorzunehmen hat. Der einzelne Einlagerer bleibt Eigentümer des Gutes. Er trägt die Gefahr des Zufalls. Ihm gebühren auch etwaige Überschüsse und Muster. Dagegen entsteht bei dem in Deutschland seltenen Sammellagergeschäft Miteigentum der Einlagerer nach Bruchteilen, gem. § 30 DRGSchB. sogar schon mit der Einlagerung. Ihr Bruchteil entspricht dem Verhältnis der eingelagerten Mengen. Das Miteigentum erstreckt sich auch auf Überschüsse und Muster. Ein eigentliches Summenlagergeschäft schließlich gibt es nicht. Insoweit können nur die Vorschr. über uneigentliche Verwahrung zur Anwendung. Das

Eigentum an den Gütern geht auf den Lagerhalter über. Dieser ist nur verpflichtet, Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugeben. Überschüsse und Muster verbleiben ihm gewöhnlich. Andere Möglichkeiten mögen sich aus Reglementen, den Bedingungen der Lagerhäuser und dem Parteivillen ergeben. Niemals wird sich aber daraus auf eine Herrenlosigkeit der Überschüsse und Muster schließen lassen.

Das RG. erwägt noch die Möglichkeit einer Aufgabe der dinglichen Rechte an Überschüssen und Mustern. Es nimmt an, daß die mit der Aufgabe des Besitzes verbundene Absicht, auf das Eigentum zu verzichten, genügt hätte. Das paßt nur für den freiwilligen Besitzverlust des unmittelbaren Besitzers. Will aber der mittelbare Besitzer derelinqüieren, so kann der mittelbare Besitz durch Abschluß eines Erlaßvertrages über den Herausgabeanspruch zerstört werden (Martin Wolff, Sachenrecht § 78 II, 1) oder durch eine Erklärung des mittelbaren Besitzers an den Mittler (Gierke, PrivR. II, § 131; Staudinger-Rober, 9. Aufl., zu § 959 1 c).

Die Tatsacheninstanz hätte den Sachverhalt eindeutig feststellen müssen. Dann wäre das RG. der Verpflichtung entbunden gewesen, alle Eventualitäten rechtlich zu würdigen. Gewiß ist dadurch der „Fall“ für den Rechtskandidaten und den Referendar außerordentlich lehrreich. Schließlich ist aber ein Urteil nicht zu pädagogischen Zwecken abzusetzen. Die Angekl. sollen von der Begr. überzeugt werden. Durch die für Juristen interessanten Fragen werden sie sich wohl kaum durchfinden können. Gerade in der Zeit der Rechtserneuerung muß aber verlangt werden, daß die Ur. ihrer Zweckbestimmung entsprechend abgefaßt werden, nämlich für den, den sie in erster Linie angehen, den Angekl.!

NH. Dr. Otto Ritt, Berlin

konnte es aus der Tatsache schließen, daß die Verlager sich ständig über Fehlbeträge beschwerten.

Möglich wäre, daß nach den Lagerhausbedingungen oder Handelsbrauch Mehr- oder Mindergewichte wegen Zugehen von Feuchtigkeit oder Austrocknung oder wegen Ungenauigkeit des Abwiegens bis zu einer bestimmten Grenze (Hundertfak) nicht beanstandet werden durften. Daraus würde sich aber nicht ergeben, daß insoweit die Überschüsse herrenlos geworden wären, sondern daß sie in das Eigentum des Lagerhalters übergingen, wie er andererseits so entstandene Verluste zu tragen gehabt hätte.

Entsprechendes würde von den Mustern gelten, wenn sie nach Vereinbarung oder Handelsbrauch bei der Abholung des Gutes beim Lagerhalter zu verbleiben hatten.

Hiernach ist die Feststellung rechtlich nicht zu beanstanden, daß die Waren, die sich nach der Auffassung des LG. die Angekl. angeeignet haben, nicht herrenlos, sondern für sie fremde Sachen waren. Wer im einzelnen Eigentümer war, brauchte nicht aufgekärt zu werden.

Die wahlweise Feststellung, daß die Überschüsse entweder einem oder mehreren Einlagerern oder der Stadtgemeinde gehörten, ist ausreichend. Entsprechendes gilt von den Mustern.

(2. Sen. v. 15. Mai 1933; 2 D 277/33.) [Hr.]

## Freiwillige Gerichtsbarkeit.

### Preußen.

1. § 9 Abs. 1 Satz 1 WD. gegen Mißstände im Auswanderungswesen v. 14. Febr. 1924 (RGBl. I, 107). Die Ausreise eines Mädchens unter 18 Jahren in das Ausland zwecks Erfüllung einer zeitlich beschränkten Gastspielverpflichtung bedarf nicht vorheriger vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung.

Das LG. hat folgendes ausgeführt: Nach § 9 Abs. 1 Satz 1 AuswWD. v. 14. Febr. 1924 (RGBl. I, 107) bedürfe ein Mädchen unter 18 Jahren zur Auswanderung außer der Zustimmung desjenigen, der nach den Vorschr. des BGB. den Aufenthalt zu bestimmen habe, der Genehmigung des VormGer. Zwar sei im vorl. Falle keine Auswanderung im eigentlichen Sinne beabsichtigt; denn die Minderjährige wolle fortan nicht dauern, sondern immer nur so lange im Ausland Aufenthalt nehmen, wie die Tanztruppe, der sie angehöre, Gastspielreisen im Ausland unternehme. Allein auch in einem solchen Falle sei auf Grund der angezogenen Gesetzesvorschrift für eine Ausreise ins Ausland die Genehmigung des VormGer. erforderlich. Denn der Zweck der genannten WD. sei, junge Mädchen vor den ganz besonders im Auslande drohenden sittlichen Gefahren zu schützen, und dieser Zweck würde leicht vereitelt werden können, wenn man für eine nur vorübergehende Unterbringung eines Mädchens unter 18 Jahren im Auslande eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nicht für erforderlich halten wollte.

Diesen Ausführungen vermag der Senat nicht beizutreten. Die WD. v. 14. Febr. 1924 richtet sich gegen Mißstände im Auswanderungswesen. Der Begriff des Auswanderns bzw. der Auswanderung ist ein feststehender (vgl. u. a. RG. über das Auswanderungswesen v. 9. Juni 1897 (RGBl. 163, §§ 140, 144 RStG.). Unter „Auswandern“ (Auswanderung) ist das Verlassen des Reichsgebietes zwecks Aufenthalts im Auslande verbunden mit der Absicht, den Wohnsitz (möglicherweise auch die Staatsangehörigkeit) im Inlande dauernd aufzugeben, zu verstehen. Daß die von der Minderjährigen geplante Gastspielreise nicht unter den Begriff des „Auswandern“ in dem dargelegten Sinne fällt, kann nicht zweifelhaft sein, wird auch vom LG. nicht verkannt. Dann besteht aber auch keine

Möglichkeit, die genannte WD. auf den vorl. Fall anzuwenden. Wie schon die Überschrift der WD. besagt und auch der gesamte Inhalt erkennen läßt, betrifft sie lediglich die Fälle, in denen jemand das Reichsgebiet zum dauernden Aufenthalt im Auslande verläßt. So zeigt das Verbot, gewerbsmäßig Auskunst und Rat über die Möglichkeit des Fortkommens, über Lebens-, Arbeits- und Niederlassungsverhältnisse im Auslande zu erteilen (§ 1), ganz deutlich, daß nicht an vorübergehende Ausreisen von derart beschränkter Dauer zu einem ganz bestimmten, vorher festgelegten Zweck gedacht ist, bei denen ja auch die Frage des „Fortkommens“ überhaupt nicht aufzutauchen kann. Es kann nicht angenommen werden, daß im Gegensatz zu dem gesamten übrigen Inhalt der WD. die Bestimmung des § 9, nach der für ein Mädchen unter 18 Jahren zur Auswanderung die Genehmigung des VormGer. verlangt wird, auch kurzfristige Reisen derartiger Minderjähriger hat treffen wollen. Allein deshalb, weil auch bei solchen Reisen, z. B. Gastspielreisen im Auslande, ein junges Mädchen in besonderer Maße sittlichen Gefahren ausgesetzt sein mag, läßt sich die Anwendbarkeit der WD. nicht bejahen. Das Gesetz sieht die Gefahren nur dann als so ausschlaggebend an, daß es die vorherige vormundschaftsgerichtliche Genehmigung zur Ausreise verlangt, wenn diese nicht zu einem bestimmten Zweck, für einen verhältnismäßig kurz bemessenen Zeitraum, also z. B. zur Erfüllung einer Gastspielverpflichtung, erfolgt, sondern zum Zwecke der vollständigen Übersiedlung in ein anderes Land, um dort in Zukunft zu leben und sein Fortkommen zu suchen. Daß dies die Bedeutung und der Sinn der WD. ist, ergibt sich auch unzweideutig aus der zu ihr gegebenen „Erläuterung“ (RMBl. 1924, 97 ff., insbes. 100). Dort heißt es, daß der Schutz allein auswandernder weiblicher Personen vor den sittlichen Gefahren, denen sie in besonders hohem Maße ausgesetzt seien, in verdienstvoller Weise von gemeinnützigen Schutzvereinigungen ausgeübt werde. „Die Sondervorschrift des § 9 wolle gemäß den Wünschen solcher Vereinigungen dazu beitragen, Mädchen, die ohne Eltern in einem Alter ausreisen, in dem sie selbst die innere Festigkeit zur Abwehr verlockend erscheinender Annäherungen nicht besäßen, vor diesen Gefahren zu bewahren. Sie gebe die Handhabe, um unerfahrene Mädchen an der Grenze oder im deutschen Einschiffungshafen an der weiteren Verfolgung eines ungenügend vorbereiteten Auswanderungsplans zu verhindern“ (vgl. auch § 9 Abs. 2 WD.). Entsprechend ist auch in § 13 Abs. 88 der Bek. z. Ausf. der PaßWD. v. 4. Juni 1924 (RGBl. I, 630) lediglich bestimmt, daß vor Ausstellung eines Passes an eine Minderjährige unter 18 Jahren „zur Auswanderung“ die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung zu verlangen ist, soweit sie nach der WD. v. 14. Febr. 1924 erforderlich ist. Handelt es sich also, wie vorliegend feststeht, nicht um die Auswanderung einer Minderjährigen unter 18 Jahren, so bedarf es zur Ausreise der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nicht (vgl. Thorebecke: ZBl. für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt 1925, 237; a. A. anscheinend Hagemann: DJZ. 1930 Sp. 553). Dem VormGer. bleiben in diesem Falle nur die gewöhnlichen Mittel eines Einschreitens aus § 1666 BGB. (Entziehung des Aufenthaltsbestimmungsrechts bzw. Entziehung der gesetzlichen Vertretung in gewissem Umfang), sofern die Voraussetzungen dafür vorliegen.

(RG., 2. Sen. I a, Beschl. v. 26. Mai 1933, 1 a X 619/33.)

Mitgeteilt von RGR. Seyditzmann, Berlin.

\*

2. § 26 PersStG. v. 6. Febr. 1875 i. d. Fass. des Ges. v. 11. Juni 1920 (RGBl. 1209.) Gegen die WD. der Beischreibung des Legitimationsvermerks aus § 26 Abs. 2 PersStG. steht der Aufsichtsbehörde ein Beschwerderecht zu, das sich aus dem Recht auf richtige Führung des Ständeregisters ergibt.)

Das LG. hat ausgeführt, das Gesetz kenne zwei Fälle, in denen der Aufsichtsbehörde des Standesbeamten ein Beschwerderecht gegen Anordnungen des LG. in Personenstandsachen zustehe: die sofortige Beschwerde gem. § 70 FGG. im Falle des Berichtigungs-

geordnetes Gericht zu unterbreiten. In dieser Beziehung sei besonders auf RG.: StMz. 1932, 137 verwiesen.

Weiterhin ist es sehr erfreulich, daß in diesem Beschl. die nur deklaratorische Bedeutung der vormundschaftsgerichtlichen Feststellung betont wird. In der Tat bestand in dieser Beziehung nicht überall die wünschenswerte Klarheit; dabei mag die Beweiskraft der mit dem Feststellungsvermerk versehenen standesamtlichen Urkunde eine nicht unerhebliche Rolle gespielt haben. Der § 26 Abs. 2 PersStG. schafft kein neues materielles Recht, sondern will nur die Möglichkeit geben, den Eintritt der Legitimation auch dann im Register zu vermerken, wenn der Vater eine Anerkennung nicht mehr aussprechen kann. Die vormundschaftsgerichtliche Feststellung hat also nichts gemein mit dem Ur. auf Feststellung des Eltern- und Kindesverhältnisses, das die Tatsache der Legitimation in einer allgemein verbindlichen und unanfechtbaren Weise festzustellen geeignet ist. Sie ist vielmehr der Anerkennung der Vaterschaft durch den Ehemann der Mutter an die

Zu 2. Der Beschl. ist in jeder Beziehung zu begrüßen, indem er mit aller wünschenswerten Klarheit die Grundlagen und die Bedeutung der Feststellung der Legitimation durch nachfolgende Ehe in das rechte Licht rückt.

Was zunächst die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde des Standesbeamten zur Einlegung der Beschw. gegen die Anweisung auf Eintragung des Vermerks anlangt, so ist den Ausführungen des RG. nichts hinzuzufügen. Es mißte in der Tat als unverständlich bezeichnet werden, wenn die Aufsichtsbehörde zunächst die unrichtige Eintragung zulassen mißte und dann im Berichtigungswege erst ihre Beseitigung erwirken dürfte. Es ist schon früher vom RG. betont worden, daß die in dem Beschl. des VormGer. liegenden verschiedenen Bestandteile, die Feststellung der Legitimation und die Eintragungsanweisung eine Einheit bilden; diese Einheit gibt der Aufsichtsbehörde das Recht, zugleich mit der ihren Geschäftsbereich berührenden Anweisung auch die Feststellung einer Nachprüfung durch das über-

verfahrens und, nach der Rpr. des RG., die Beschwerde gem. § 11 Abs. 3 PersStG., wenn bei Ablehnung der Vornahme einer Amtshandlung der Standesbeamte auf Antrag eines Beteiligten von dem Gericht erster Instanz angewiesen werde. Das BeschwG. hat ohne Rechtsirrtum dargelegt, daß es sich bei der Anordnung der Beischreibung gem. § 26 Abs. 2 PersStG. weder um ein Berichtigungungsverfahren noch um eine Anweisung i. S. des § 11 Abs. 3 PersStG. handele. Da keine ursprünglich unrichtige Eintragung vorliegt, sondern eine nachträgliche Änderung der Standesrechte eingetreten ist, ist für ein Berichtigungsverfahren kein Raum (vgl. Stölzel, PersStG., 3. Aufl., S. 128 Anm. 9). Ebenfalls kann, wie die BeschwInst. zutreffend angenommen hat, die Vorschr. des § 11 Abs. 3 PersStG. auf den vorl. Fall keine Anwendung finden. Daß es sich hier nicht um eine „Anweisung“ i. S. jener Best. handelt, folgt schon daraus, daß das VG. im Falle des § 11 Abs. 3 PersStG. gewissermaßen als Aufsichtsbehörde, als eine dem sich weigernden Standesbeamten übergeordnete Instanz, tätig wird, während es bei der Anordnung gem. § 26 Abs. 2 PersStG. überhaupt erst den Anstoß zur Vornahme einer Eintragung seitens des Standesbeamten gibt. So ist auch im Falle der Weigerung des Standesbeamten, die angeordnete Beischreibung vorzunehmen, nicht die Anrufung des örtlich zuständigen VG. gem. § 11 Abs. 3 PersStG. möglich, sondern allein die Dienstaufsichtsbeschwerde gegeben (vgl. Stölzel, § 26 PersStG. Anm. 7 a Abs. 3; RG.: JZG. 7, 107 ff.). Auch aus der verschiedenartigen Regelung der örtlichen Zuständigkeit geht hervor, daß es sich in beiden Fällen um völlig verschiedene Funktionen des VG. handelt. Während im Falle des § 11 Abs. 3 PersStG. das VG., in dessen Bezirk der Standesbeamte seinen Amtssitz hat, zum Erlasse der Anweisung zuständig ist, erfolgt die Anordnung der Beischreibung nach § 26 Abs. 2 PersStG. stets von dem die Vormundschaft führenden VG., ganz unabhängig von seiner örtlichen Lage. Schon aus den erwähnten Gesichtspunkten geht also hervor, daß die dem Standesbeamten nach § 26 Abs. 2 PersStG. obliegende Amtshandlung nicht der des § 11 Abs. 3 PersStG. gleichgesetzt werden kann, die Anordnung der Beischreibung keine „Anweisung“ i. S. jener Vorschr. darstellt, so daß, wie das VG. zutreffend angenommen hat, eine Anwendung des § 11 Abs. 3 PersStG. auf den vorl. Fall nicht in Frage kommt, eine Ansicht, die auch in der Besprechung des angef. Beschlusses von Prof. Depet: JW. 1933, 193 geteilt wird.

Das BeschwG. hat alsdann ausgeführt, daß nach der Rpr. des RG. der Aufsichtsbehörde zwar ein Recht auf richtige Führung des Standesregisters zustehe, dieses Recht aber durch die von dem VG. getroffene Feststellung der Ehelichkeit des Kindes nicht beeinträchtigt werde, da das Register solange richtig sei, als jene Feststellung fortbestehe. Das VG. gelangt zur Verneinung des Beschwerderechts nach eingehenden Ausführungen über die Rechtsnatur von Feststellung und Anordnung der Beischreibung und ist der Ansicht, daß es ein selbständiges Rechtsmittel gegen die Anordnung allein nicht geben könne, sondern nur gegen die Feststellung der Ehelichkeit, die aber aus den erwähnten Gründen kein Recht des RegPräf. beeinträchtigt.

Diese Ausführungen des VG. sind nicht frei von Rechtsirrtum und müßten zur Aufhebung der angef. Entsch. führen.

Das BeschwG. erkennt zwar zutreffend, daß ein Beschwerderecht der Aufsichtsbehörde nicht nur in den beiden bisher erwähnten Fällen gegeben sein kann, sondern auch nach den allgemeinen Best. des JZG., kommt aber dennoch zu einem unrichtigen Ergebnis.

Nach RG. 102, 118 ff. hat die Aufsichtsbehörde nicht nur die Befugnis, für die Beseitigung einer unrichtigen Eintragung Sorge zu tragen, sondern sie hat ein aus dem in den §§ 65 f. PersStG. zum Ausdruck kommenden Grundsatze folgendes Recht auf richtige Führung des Standesregisters<sup>1)</sup> (ebenso Stölzel, § 11 PersStG. Anm. 12; Schlegelberger, § 20 JZG. Anm. 27; RG.: JZG. 7, 107 ff.). Dieses Recht umfaßt auch den Anspruch darauf, daß eine unrichtige Eintragung zu unterbleiben hat (vgl. Stölzel a. a. O.; RG. a. a. O.).

Diese Gesichtspunkte sind von dem VG. auch nicht verkannt worden, wohl aber die Rechtsnatur der Feststellung, der die BeschwInst. eine ihr nicht zukommende Bedeutung beimißt, indem sie an-

nimmt, daß solange die von dem VormGer. getroffene Feststellung besteht, die Eintragung im Standesregister niemals unrichtig sei. Das VG. überieht bei seinen Ausführungen, daß die Feststellung nur deklaratorischer Natur ist, die Legitimation des Kindes völlig unabhängig von dem Ausspruch des VormGer. nach dem materiellen Recht eintritt, daß der § 26 Abs. 2 PersStG. nur bezweckt, die durch nachfolgende Ehe eingetretene Legitimation des Kindes auch im Standesregister in Erscheinung treten zu lassen (vgl. RG.: JZG. 7, 107 ff.; RGZ. 53, 66 ff.; Standinger, 9. Aufl., § 1719 BGB. Anm. 6). Dem stehen auch nicht die Entsch. des Sen. in JZG. 2, 128 ff. und 5, 133 ff. entgegen. Wenn auch nach Ansicht des Senats der Feststellung zugleich die Bedeutung einer Aufhebung der Vormundschaft und insofern eine weitergehende Bedeutung zukommt als bloß die, dem Eintragungsvermerk als Grundlage zu dienen, so ist doch die bloß deklaratorische Natur der Feststellung im Verhältnis zu der Legitimation in keiner der erwähnten Entsch. in Abrede gestellt worden. Ebenso wenig wird in jenen Beschlüssen etwas über die Bedeutung der Feststellung der Ehelichkeit in ihrem Verhältnis zu der Anordnung der Beischreibung und der Eintragung des Vermerks gesagt. Vielmehr ist nach wie vor daran festzuhalten, daß erst der mit dem Randvermerk versehenen Geburtsurkunde die Beweiskraft nach § 15 PersStG. zukommt (vgl. RGZ. 53, 70; Stölzel, § 26 PersStG. Anm. 8; JZG. 5, 133). Ist sonach von der bloß deklaratorischen Natur der Feststellung auszugehen, so ist der Fall sehr wohl denkbar, daß die Feststellung der materiellen Rechtslage nicht entspricht und die Ausführung der von dem VormGer. angeordneten Beischreibung alsdann die Unrichtigkeit des Standesregisters herbeiführen würde. Die Aufsichtsbehörde ist daher in ihren Rechten beeinträchtigt, wenn eine Eintragung von dem Standesbeamten verlangt wird, die nach ihrer Auffassung mit der materiellen Rechtslage nicht in Einklang steht. Der gegenteiligen, von Depet: JW. 1933, 193 vertretenen Ansicht vermag der Senat nicht zu folgen, da sie auf einer Verkenennung der nur deklaratorischen Natur der Feststellung beruht, indem angenommen wird, daß das Kind durch die Feststellung die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes erlangt. Sonach ist, entgegen den Ausführungen des VG. das Beschwerderecht des RegPräf. gegen die Feststellung und Anordnung der Beischreibung durch das VormGer. gem. § 20 JZG. zu bejahen (vgl. auch RG.: JZG. 7, 107 ff.).

(RG., ZivSen. 1a, Beschl. v. 27. Jan. 1933, 1a X 1609/32.)

Mitgeteilt von RGR. Seydttmann, Berlin.

## Oberlandesgerichte.

### a) Zivilsachen.

#### Berlin.

#### I. Materielles Recht.

#### 1. Inhalt des Anspruchs auf eheliches Begräbnis i. S. des § 188 II 11 ABN.

Über das Recht zur Benutzung eines Platzes auf einer Begräbnisstätte entscheiden gem. Art. 133 GGWB. die landesrechtlichen Best., vorliegend die insoweit in Kraft gebliebenen (vgl. RG. 106, 188 ff.) Best. der §§ 183 ff. II 11 ABN., in denen ein Anspruch auf ein eheliches Begräbnis statuiert ist. Dieser Anspruch auf ein anständiges Begräbnis, worunter auch die ordnungsmäßige Bestattung zu verstehen ist, ist ein privatrechtlicher, zu dessen Durchsetzung also der ordentliche Rechtsweg gem. § 13 GGWB. gegeben ist (RG. 106, 188 ff.; 108, 217 ff.: JW. 1925, 2125).

Das Rechtsschutzinteresse des Antragstellers ergibt sich nach Vorstehendem eben daraus, daß er eine ordnungsmäßige Bestattung seiner Ehefrau durch die Bekl., die diese unbefristet vorgenommen haben, verlangen kann. Zwar ist dem VG. zuzustimmen, daß nach der sittlichen Anschauung der Bevölkerung ein beigesetzter Toter grundsätzlich in seiner letzten Ruhe nicht gestört werden darf. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz hat aber dann zu gelten, wenn besondere, ebenfalls auf sittlichem Gebiet liegende Gründe gegeben

geleitet wird, daß der Vater nicht die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt. Mit dieser Frage habe ich mich bereits in der StandWZ. 1932, 327 beschäftigt, und bin zu dem Ergebnis gekommen, daß im Hinblick auf § 1883 BGB. die Zuständigkeit des VormGer. trotz des Staatsangehörigkeitswechsels des Kindes bestehen geblieben ist. Diese Ansicht muß ich auch weiterhin für richtig halten. Nach dem deutschen Gesetz besteht ein Bedürfnis für die Feststellung der Legitimation sowohl vom Standpunkt des privaten wie des öffentlichen Rechtes aus; in ersterer Beziehung muß vor allem geklärt werden, ob die Vormundschaft weiter zu führen ist, in letzterer, ob das Kind die deutsche Staatsangehörigkeit verloren hat. Diese notwendige Feststellung kann mit maßgeblicher Wirkung für das deutsche Recht nur von einer deutschen Behörde getroffen werden und das Gesetz hat sie durch den schon angeführten § 1883 BGB. in die Hände des VormGer. gelegt.

OGPräf. Dr. Bergmann, Wiesbaden.

Seite zu stellen. Allerdings ist die rechtliche Bedeutung sowohl hinsichtlich der Wirkung wie auch hinsichtlich der Möglichkeit einer Nachprüfung verschieden. Die Anerkennung erzeugt nur eine Vermutung der Bewohnung in der Empfangszeit, der vormundschaftsgerichtliche Beschl. stellt eine solche in deklarativer Form fest, das Anerkenntnis kann angefochten und die durch dasselbe erzeugte Vermutung kann durch Gegenbeweise widerlegt werden, die Feststellung des VormGer. kann nur im Beschwerdewege beseitigt werden. Die Unterschiede lassen sich leicht in größerer Zahl aufzählen, aber es bleibt eine Übereinstimmung insofern, als in jedem Fall eine sachliche Nachprüfung, ob wirklich eine Legitimation eingetreten ist oder nicht, erfolgen kann.

Das VG. hatte nach Lage der Sache keine Veranlassung, sich mit der weiteren Begründung der Beschw. zu befassen, die daraus her-

<sup>1)</sup> JW. 1933, 193.

sind, denen gegenüber die Beachtung der Totenruhe und des Gräberfriedens zurückzutreten hat (vgl. RG.: JW. 1925, 2125). Ein solcher Ausnahmefall liegt hier vor. Es handelt sich überdies weniger um diesen grundsätzlich anzuerkennenden Schutz der Totenruhe, sondern vielmehr um die Frage, ob der vom Antragsteller beabsichtigte Klagenanspruch auf Andersbestattung seiner verstorbenen Ehefrau unter Berücksichtigung der gesamten Sachlage der im Volke herrschenden sittlichen Anschauung entspricht.

Diese Frage war aber zu bejahen. Es entspricht durchaus der herrschenden Auffassung, unter einem ehrlichen Begräbnis i. S. des § 188 II 11 ABrt., insbes. auch eine ordnungsmäßige Bestattung des Verstorbenen hinsichtlich seiner Lage unter dem Grabhügel zu verstehen.

Liegt ein Sarg so schräg, daß der Grabstein eines benachbarten Grabes zum Teil auf ihm lastet, dann hat nach der sittlichen Auffassung des Volkes der in diesem Sarge bestattete Tote noch nicht die rechte Bestattung und damit noch nicht die rechte Ruhe gefunden. Die ordnungsmäßige Gerabrückung des Sarges kann daher die letzte Ruhe dieses Toten nicht stören, gibt sie ihm vielmehr erst.

Mit dem LG. ist aber davon auszugehen, daß durch die Gerabrückung des Sarges der verstorbenen Ehefrau des Antragstellers die letzte Ruhe anderer, in benachbarten Gräbern beigelegter Ver-

**Zu 2.** Die für die Praxis bedeutame Frage, ob der Gläubiger einer Zwangshyp. auf Grund seines persönlichen Schuldtitels die Zwangsversteigerung an der Rangstelle der Zwangshyp. betreiben kann, wird von dem OLG. Breslau bejaht, von der h. M. jedoch verneint. Der Ansicht des OLG. Breslau kann nicht beigetreten werden. Sie widerspricht dem für die Zwangsvollstreckung geltenden Grundsatz, daß ein Anspruch nur dann realisiert werden kann, wenn für ihn ein vollstreckbarer Schuldtitel besteht. Durch die Eintragung der Zwangshyp. erhält der Gläubiger lediglich einen Anspruch gegen den Eigentümer, wegen der eingetragenen Geldsumme die Befriedigung aus dem Grundstück zu dulden. Die sonst erforderliche Einigung zwischen Gläubiger und Schuldner, sowie die in § 19 OGD. bezeichnete Eintragungsbewilligung des Eigentümers wird durch den persönlichen Schuldtitel im Wege des Zwanges ersetzt (RG. 61, 428; 78, 408). Die mit der Eintragung zur Entziehung gelangende Sicherungshyp. steht einer rechtsgeschäftlich bestellten Sicherungshyp. gleich (RG. 78, 407). Das Recht des Gläubigers bestimmt sich nur nach der Forderung, zum Beweise der Forderung kann er sich nicht auf die Eintragung berufen, dem Eigentümer stehen alle nach materiellen Rechte statthaften Einreden gegen die Forderung auch gegen den gutgläubigen Erwerber zu (§§ 1184, 1185 BGB.) und sind nur den prozessualen Beschränkungen der §§ 767 ff. ZPO. unterworfen. Diese prozessualen Beschränkungen bestehen aber nicht für den durch Eintragung der Hypothek erlangten dinglichen Duldungsanspruch. Der dingliche Anspruch ist, solange er nicht urteilsmäßig feststeht, allen Einwendungen ausgesetzt, die überhaupt einem Anspruch entgegengestellt werden können. Er kann insbesondere nicht zur Entziehung gelangen, wenn die Zwangshyp. wegen prozessualer Verstöße nichtig ist. Die Fälle nichtiger Zwangshyp. sind in der Praxis gar nicht selten. Der Grundbuchrichter wird die Eintragung bewirken, wenn die formalen Voraussetzungen äußerlich betrachtet erfüllt sind. Ist aber beispielsweise der Schuldner nach Zustellung des Schuldtitels und vor Eintragung der Hyp. verstorben, dann ist die Hyp. nichtig, da vor Beginn der Zwangsvollstreckung, d. h. Anordnung der Eintragung einer Sicherungshyp. die Vollstreckungsklausel gem. § 727 ZPO. gegen die Erben hätte umgeschrieben und diesen zugestellt werden müssen. Dieser Defekt der eingetragenen Hyp. ist äußerlich nicht erkennbar, muß aber dazu führen, daß der dingliche Anspruch auf Duldung der Befriedigung aus dem Grundstück nicht realisierbar ist. Denn ein Recht an einem Grundstück entsteht niemals durch Eintragung allein. Das gleiche gilt, wenn andere Voraussetzungen fehlen, von denen die ZPO. die Zwangsvollstreckung in zwingender Weise abhängig macht (Fehlen der Fälligkeit der Forderung — § 751 Abs. 1 —. Nicht erfolgte Sicherungsleistung — § 751 Abs. 2 —. Nichteinhaltung der Respektfrist des § 798 bei vollstreckbaren Urkunden, Fehlen des Nachweises des Annahmeverzuges bei einer Zug um Zug zu bewirkenden Leistung u. dgl.). Soweit derartige Mängel wesentliche Vollstreckungsvoraussetzungen betreffen, ist spätere Heilung ausgeschlossen (RGZ. 43, 253; 53, 195; OLG. 15, 382; 41, 35).

Würde nun der Gläubiger einer derartigen latent nichtigen Hyp. die Zwangsversteigerung an der Rangstelle seines Rechtes betreiben dürfen, dann wäre dies für die nachstehenden Realberechtigten mit den nachteiligsten Folgen verknüpft. Das geringste Gebot würde nur die dem Anspruch des Zwangshypothekengläubigers vorgehenden Rechte umfassen. Alle nachfolgenden ordnungsgemäß begründeten Rechte würden durch den Zuschlag erlöschen, da sie nicht als bestehenbleibende Rechte im geringsten Gebote berücksichtigt sind. Sie sind nicht gedeckt und der Gefahr des Ausfalles ausgesetzt. Der Eigentümer selbst wäre zu Unrecht gezwungen wor-

storbener nicht gestört werden darf. Inwieweit ist also dem an sich berechtigten Anspruch des Antragstellers eine Schranke gesetzt.

(RG., 11. Zivilsen., Beschl. v. 11. April 1933, 11 W 3171/33.)

Mitgeteilt von RGR. v. Bontin, Potsdam.

\*

### Breslau.

**2.** § 866 ZPO. Der Gläubiger, der auf Grund eines persönlichen Schuldtitels die Eintragung einer Zwangshypothek erwirkt hat, braucht keinen weiteren dinglichen Vollstreckungstitel, um Befriedigung aus dem Grundstück gemäß dem Rang der Sicherungshypothek zu erhalten.†)

(OLG. Breslau, Ur. v. 12. März 1932, 5 U 3402/31.)

Abgedr. JW. 1932, 3192<sup>11</sup>.

\*

### Röln.

**3.** § 17 KraftfG.; § 25 PrEisenbG. Sorgfaltspflicht des Kraftwagenführers vor Bahnübergängen (§ 25 PrEisenbG. v. 1838) schließt die Anwendung des § 17 KraftfG. nicht aus.†)

Das OLG. stellt fest, daß 1. der Schrankenwärter das Werk der 150 m von seinem Standorte entfernten Schrankenanlage und

den, sein Grundstück zur Befriedigung herausgegeben zu haben, in das wegen des persönlichen Zahlungsanspruches nur die Zwangsvollstreckung hinter allen eingetragenen Rechten hätte betrieben werden können. Die ausgefallenen Hypothekengläubiger können den Schuldner weiter in Anspruch nehmen, während bei bestehengebliebenen Hyp. eine Befreiung von der persönlichen Schuld hätte eingetreten können (§ 53 ZWBerfG.).

Ist dagegen der dingliche Anspruch vollstreckbar gemacht, dann steht er rechtskräftig fest. Die Zwangsvollstreckung fußt auf dem Grundsatz des § 704 ZPO. Es ist durch nichts gerechtfertigt, dem persönlichen Urteilsgläubiger mit der Eintragung der Zwangshyp. dieselbe Rechtsstellung einzuräumen, wie sie der dingliche Gläubiger sich erst durch Erwirkung eines dinglichen Schuldtitels verschaffen muß. Die Zwangsversteigerung ist keineswegs die Fortsetzung der durch Eintragung einer Zwangshyp. begonnenen Immobilienvollstreckung. Beide Maßnahmen sind völlig unabhängig voneinander.

Die Zwangshyp. dient nicht zur Vorbereitung der späteren Zwangsversteigerung, sondern nur zur Sicherung des Gläubigers. Will dieser Befriedigung aus dem Grundstück, dann muß er erneut vorgehen und die Zwangsversteigerung betreiben. Dies kann er tun, ohne vorher durch einen Hypothekeneintrag gesichert zu sein. Vielsach wird die Eintragung einer Zwangshyp. auch erst nach der Einleitung des Zwangsversteigerungsverfahrens herbeigeführt. In beiden Fällen handelt es sich um die Zwangsvollstreckung aus einem persönlichen Schuldtitel. Hinsichtlich des dinglichen Anspruches hat die Zwangsvollstreckung überhaupt noch nicht begonnen. Da persönliche Forderung und dinglicher Anspruch nicht miteinander identisch sind, müssen sie scharf auseinandergehalten werden. Der Gläubiger einer Zwangshyp. hat auf Grund eines persönlichen Schuldtitels eine Vollstreckungsmaßnahme ergriffen, die mit der Eintragung der Zwangshyp. als Ziel der Sicherstellung beendet ist. Eine Fortsetzung dieser Art der Zwangsvollstreckung ist nicht möglich und als Übergang in das Zwangsversteigerungsverfahren begrifflich ausgeschlossen. Hierzu bedarf es erst der Erwirkung eines dinglichen Schuldtitels.

Mit Recht hebt daher Arnheim: JW. 1932, 3192 hervor, daß ein Grund zur Bevorzugung des Gläubigers einer Zwangshyp. gegenüber dem Gläubiger einer freiwillig bestellten Hyp. nicht besteht.

RG. Rode, Mainz.

**Zu 3.** War schon das aus der Kindheit der Eisenbahnen stammende EisenbG. an sich der Unternehmung wenig günstig, so vermehrte die Rspr., vor allem die des 6. Sen. des RG., die Schwere der dort festgelegten Haftpflicht sowohl im allgemeinen als im besonderen dadurch, daß es den Begriff des Verletzten ganz eng faßte, d. h. nur ein Verschulden des Verletzten selber, nicht aber des Angefallenen in die Waagschale warf. Das BGB. hätte nun durch seinen § 254 nach dem Gesichtspunkte, daß Reichsrecht Landesrecht bricht, Wandel schaffen können, indessen verblieb der genannte Senat des RG. bei seiner bekannten und auch wiederholt getadelten Auffassung und hielt diese auch noch aufrecht, trotzdem der § 17 KraftfG. die ganz selbständige Best. traf, daß im Falle des Zusammenstoßes von Kraftwagen und Eisenbahn abzuwägen sei, welchem Teil ein Verschulden zur Last fiele (vgl. RG. 63, 270 u. ff. u. 98, 3 ff.). Deshalb ist es zu begrüßen, daß, wie obige Entsch. lehrt, die Gerichte dazu übergegangen sind, in Anlehnung an die Entsch. des 4. Sen. des RG. v. 8. Dez. 1926 (vgl. Eger 45, 211 ff.) und in Betonung des

damit zugleich die Läuervorrichtung rechtzeitig in Bewegung gesetzt hat, die Schranken indessen nicht niedergingen, weil Unbekannte Steine in die Grube des Drehgestells geworfen hatten, an denen sich das Gegengewicht der Schrankenbäume festklemmte, 2. die von einer Hauptbahn gekreuzte Dorfstraße verkehrsfähig ist, 3. der die Strecke abgrenzende, aus Siederohren bestehende Zaun die Sicht des im Gefälle schnell fahrenden Zuges einigermaßen beeinträchtigt hat, 4. der Kraftwagenführer, dem die Strecke und der Fahrplan bekannt war, zwar nicht schneller als mit etwa 15 km Stundengeschwindigkeit gefahren ist, trotzdem bei größerer Aufmerksamkeit den den Grenzzaun erheblich überragenden Zug hätte rechtzeitig bemerken müssen, und teilt deshalb den Schaden zwischen Kl. und bekl. Eisenbahn im Verhältnis zu 4:5.

Wenn das PrEisenbG. auch nach dem Inkrafttreten des BGB. ebenso wie vorher zunächst aus sich selbst heraus, nur unter Zugrundelegung der ihm eigenartigen Grundzüge auszulegen war, so war doch der Gesetzgeber des Reiches nach der im Art. 13 WVerf. ausgesprochenen, aber schon für die frühere Zeit gültigen Grundfrage „Reichsrecht bricht Landesrecht“ jederzeit berechtigt, Gesetze zu erlassen, die es aufhoben oder abänderten. Ein beratiges abänderndes Reichsgesetz ist mit dem KraftfG., insbes. mit dessen § 17, ergangen. Das KraftfG., das die neue Materie des Autorechts umfassend geregelt hat, sagt zwar ausdrücklich nichts über das Verhältnis zu Landesgesetzen, aber entscheidend ist, es enthält keine Best., aus der entnommen werden könnte, daß das EisenbG. nicht von ihm berührt werden sollte. Der Abs. 2 des § 17 KraftfG. erklärt den Abs. 1 des § 17, der die Ausgleichspflicht zwischen mehreren Fahrzeughaltern regelt, ohne Einschränkung für entsprechend anwendbar, wenn der „Schaden“ durch ein Kraftfahrzeug und eine Eisenbahn verursacht worden ist. Mit dem „Schaden“ kann hier nur der Schaden gemeint sein, der im § 7 KraftfG. erwähnt ist, sonach nicht nur der Schaden, der aus der Tötung oder Verletzung des Körpers oder der Gesundheit eines Menschen entsteht, sondern auch der Sachschaden, d. h. der Schaden, mit dem sich insbes. § 25 EisenbG. befaßt. Die in Abs. 2 des § 17 KraftfG. angeordnete entsprechende Anwendung des Abs. 1 hat zur weiteren Voraussetzung, daß die beteiligten Halter — hier der Kraftfahrzeughalter und der Eisenbahnunternehmer — kraft „Gesetzes“ einem Dritten zum Schadenersatz verpflichtet sind oder verpflichtet werden, wenn der Schaden nicht einem von ihnen, sondern einem Dritten entstanden wäre. Das „Gesetz“, auf das sich die Ersatzpflicht des Eisenbahnunternehmers gründet, ist außerhalb des KraftfG. zu suchen, da dieses selbst eine solche Haftpflicht nicht regelt. Dafür, daß nur ein Reichsgesetz in Frage käme, bietet die Best. keinen Anhalt, es muß also auch ein Landesgesetz genügen, mithin auch § 25 EisenbG.

Greift danach § 17 KraftfG. hier Platz, so sind bei der demgemäß vorzunehmenden Abwägung die Betriebsgefahren der Eisenbahn und des Kraftfahrzeuges miteinander zu vergleichen.

(OLG. Köln, Urf. v. 24. Nov. 1932, 9 U 266/32.)

## Berlin. II. Verfahren. Gebühren. Kosten.

4. § 178 OVG. Die Lichtbildaufnahme eines schwörenden Zeugen ist keine Ungebühr vor Gericht.

Der Tatbestand des § 178 OVG. ist erfüllt, wenn eine Handlung während der Gerichtsitzung die Ruhe und Ordnung im Sitzungsraum stört oder die Würde des Gerichts verletzt oder beide Voraussetzungen nebeneinander gegeben sind. Im vorl. Falle läßt sich keiner dieser Tatbestände feststellen. Die Beeidigung des Zeugen konnte vor dem Gericht ohne jede Störung vorgenommen werden. Die währenddem erfolgte Lichtbildaufnahme ging so geräuschlos und unbemerkt vor sich, daß, abgesehen von dem Verteidiger, sie von niemandem wahrgenommen worden ist. Eine Störung der Ruhe und Ordnung kann aber nur dann als gegeben angenommen werden, wenn eine Handlung oder ein Verhalten vorliegt, die es den bei einer gerichtlichen Verhandlung beteiligten Personen während dieser Verhandlung unmöglich macht oder erschwert, die ihnen obliegenden Rechte und Pflichten wahrzunehmen. Eine solche Wirkung hat die vom Beschw. vorgenommene Lichtbildaufnahme nicht gehabt.

Es bleibt sonach nur die Frage, ob sie die Würde des Gerichts verletzt hat. Auch diese Frage war zu verneinen. Die Würde des Gerichts verlangt von allen im Sitzungsraum anwesenden Personen ein Verhalten, das dem Ernste jeder gerichtlichen Tätigkeit sich anpaßt und unter Beachtung der allgemeinen Regeln des Verkehrs und des Anstandes die an der Verhandlung beteiligten Personen gegenüber zu beobachtende Rücksichtnahme wahrt. Besonders strenge Anforderungen an ein solches Verhalten müssen für solche Vorgänge während der Verhandlung gestellt werden,

obigen Rechtsfages sowie in der Erwägung, daß nach § 9 KraftfG. Halter und Eigentümer rechtlich gleich zu behandeln sind, die Abwägung vornehmen (vgl. VerhRdsch. 12, 184 ff.).

OLG. R. G. anow, Frankfurt a. D.

denen besondere Bedeutung zukommt wie z. B. die Eidesleistung eines Zeugen. Sie bildet objektiv einen aus ihrer Bedeutung im allgemeinen sich ergebenden besonders wichtigen Vorgang, bedeutet aber auch subjektiv für den, der den Eid leisten soll und leistet, den Augenblick einer wichtigen und feierlichen Handlung. Das Gericht muß von dem, von dem es den Eid fordert, eine Konzentration auf seine Aussage und von allen anderen, im Sitzungsraum anwesenden Personen verlangen, daß sie diesem Vorgang die gebührende Beachtung schenken und während desselben nichts tun, was auf einen Mangel solcher Beachtung schließen läßt oder den Schwörenden oder dritte Anwesende von einer solchen Beachtung ablenkt oder abzulenken geeignet ist. Im vorl. Fall hat der Beschw. die Beeidigung eines Zeugen im Lichtbilde festgehalten. Er hat es getan, um daraus Material für ernsthafte Studien zu gewinnen, bei denen es aus der Haltung von Personen bei der Eidesleistung Schlüsse ziehen will. Er hat damit dem Vorgang der Eidesleistung weder objektiv noch subjektiv Eintrag tun noch die feierliche Handlung als solche herabsetzen und dem Gericht gegenüber sein geringes Interesse an dem Vorgang in den Weg legen wollen. Er hat vielmehr die dem Vorgang zukommende Bedeutung durchaus erkannt und sich zu dieser eingestellt. Er hat auch den Willen bekundet, andere Anwesende in deren Einstellung zu dem Vorgang nicht zu beeinflussen. Denn er hat die Aufnahme des Lichtbildes in einer Art und Weise vorgenommen, die der Allgemeinheit der Anwesenden verborgen geblieben ist, von der er zum mindesten annehmen konnte, daß sie ihr verborgen bleiben würde. Daß der Verteidiger beobachtet hat, wie der Beschw. das Lichtbild aufnahm, kann zur Widerlegung dieser Annahme und zur Feststellung, daß die Handlungsweise des Beschw. nicht verborgen genug sich abgepielt hat, nicht ausreichen.

(RG., 26. Zivilsen., Beschl. v. 10. Jan. 1933, 26 W 343/32.)

\*

5. § 1 ArmAnwG. Der Armenanwalt darf im Falle eigener Verhinderung für auswärtige Beweistermine einen Substituten bestellen und dessen Kosten als eigene Auslagen von der Staatskasse erstattet verlangen, doch nur berechnet nach den Sätzen des § 1 ArmAnwG. und keinesfalls höher als die Reisekosten, die ihm selbst entstanden wären.

KL. A. hat als dem Bkl. für die VerZust. beigeordneter Armenanwalt für die Wahrnehmung des Beweistermins in W. den KL. S. dorthin selbst zu seinem Unterbevollmächtigten bestellt. Der Urkundsbeamte hat dessen Kosten auch festgesetzt, jedoch nur in Höhe der nach dem ArmAnwG. sich ergebenden Gebühren. KL. A. verlangt Erstattung in voller Höhe.

Daß der von dem prozessbevollmächtigten Armenanwalt mit der Wahrnehmung eines auswärtigen Beweistermins bestellte Substitut dadurch nicht seinerseits zum Armenanwalt wird und seine Gebührenerfordernisse nicht gegen die Staatskasse, zu der er mangels Beordnung nicht in rechtliche Beziehungen getreten ist, geltend machen kann, hat der Senat bereits in seiner grundsätzl. Entsch. 20 W 10940/28 vom 20. Dez. 1928 ausgesprochen. Demgemäß stellt auch hier der Beschw. die Kosten des Substituten der Staatskasse als seine eigenen Auslagen in Rechnung.

Das aus anderem Anlaß zu dieser Frage früher schon gehörte Rechnungsamt beim RG. will die Gebühren eines Armenanwalts substituieren nicht zu denjenigen Auslagen gezählt wissen, die dem Armenanwalt nach dem ArmAnwG. i. Verb. m. Abschn. 5 der RL-GebD. zu erstatten seien. Diese Bedenken sind indessen nicht begründet. Der Begriff Auslagen nach dem ArmAnwG. schließt die Einbeziehung der Kosten eines Substituten keineswegs aus. § 1 ArmAnwG. spricht von „Gebühren und Auslagen nach Maßgabe der RL-GebD. unter nachfolgenden Beschränkungen“. Der Begriff Auslagen ist aber, ebenso wenig wie im ArmAnwG. selbst, in der RL-GebD. (zu vgl. §§ 76 ff. dafselbst) nicht abgegrenzt. Er ergibt sich aus § 670 BGB., wonach der Auftraggeber zum Ersatz derjenigen Aufwendungen verpflichtet ist, die der Beauftragte zum Zwecke der Ausführung des Auftrags gemacht hat und für erforderlich halten durfte (zu vgl. Baumbach, Rdsch. 1933 Anm. 1 vor § 76 RL-GebD.). Zu diesen Aufwendungen gehören daher alle die zur Bewirkung und bei Ausführung des Auftrags aufgewendeten Beträge (Baumbach a. a. D.). Der Kreis dieser Aufwendungen ist nicht geschlossen und darf mangels einschränkender Vorschr. auch beim Armenanwalt nicht geschlossen werden (so auch OLG. Kiel v. 19. Dez. 1931: JW. 1932, 1165<sup>31</sup>). Daß die durch Maßnahmen zur Wahrnehmung eines auswärtigen Beweistermins entstehenden Kosten zu diesen Aufwendungen zu rechnen sind, da sie unmittelbar zur Ausführung des Mandates des Armenanwalts gemacht werden, bedarf kaum besonderer Erörterung. Sie stellen also Auslagen auch i. S. des ArmAnwG. und der RL-GebD. dar und können mithin für die Erstattung in Frage kommen.

Doch muß es sich um Auslagen gerade des Armenanwalts,

nicht etwa der Partei, handeln. Hier wird man nun grundsätzlich davon auszugehen haben, daß der substituierende Anwalt dem Substituten den Auftrag nicht im eigenen Namen, sondern im Namen und für Rechnung der von ihm vertretenen Partei erteilt, sofern nicht die näheren Umstände des Einzelfalles eine Haftung des Substituten selbst ergeben (so auch O. G. Bremen: JW. 1933, 570<sup>2)</sup>). — Dies entspricht allein der maßgebenden allgemeinen Übung und der deutschen Verkehrsanschauung (so auch M. Friedländer unter Hinweis auf RWD., 3. Aufl., Erkurs vor § 30 Anm. 59, sowie in der Besprechung zu der Entsch. des O. G. Bremen). Für den der armen Partei zur unentgeltlichen Wahrnehmung ihrer Rechte vom Gericht beigeordneten Armenanwalt muß jedoch eine Einschränkung von diesem Grundsatz gemacht werden. Denn es ist regelmäßig davon auszugehen, daß die arme Partei weder willens noch in der Lage ist, über den Rahmen des ihr gewährten, eine kostenlose Prozeßführung ihr gewährleistenden Armenrechts hinaus im eigenen Namen und auf eigene Rechnung sich für die Wahrnehmung einzelner Termine, die ohnehin in den Aufgabekreis des ihr beigeordneten Armenanwalts fällt, einen besonderen Anwalt zu bestellen und für dessen Kosten die Haftung zu übernehmen. Es ist weiter davon auszugehen, daß der Substitut einen Auftrag der armen Partei, da er auf Bezahlung seiner Gebühren nicht rechnen kann, regelmäßig ablehnen und daß so die Bestellung eines Substituten und damit die Wahrnehmung des auswärtigen Termins in Fällen, in denen der Armenanwalt selbst dazu nicht in der Lage ist, unmöglich gemacht werden würde. Andererseits gehört die Wahrnehmung der — auch auswärtigen — Termine zu den Rechten und Pflichten des Armenanwalts, der nach seinem pflichtgemäßen Ermessen darüber zu befinden hat, ob die Wahrnehmung im einzelnen Falle gerade durch den Anwalt geboten erscheint. Nimmt er das an, dann obliegt grundsätzlich ihm als Prozeßbevollmächtigten, den Termin selbst wahrzunehmen. Ist er verhindert, dann ist es seine Aufgabe, in anderer Weise die Rechte seiner Partei zu sichern und die ihm obliegende Verpflichtung zu erfüllen. Dazu steht dann nur der Weg der Bestellung eines Unterbevollmächtigten zur Verfügung, der dann aber unmittelbar als sein Vertreter, nicht der der Partei zu gelten hat. Denn ihr darf der Armenanwalt — wie sich eben aus seiner Beordnung durch das Gericht als Armenanwalt ergibt — keine Kosten verursachen für eine in seinen eigenen Aufgabekreis als Armenanwalt fallende und aus der Staatskasse abzugelende Tätigkeit. Er bedient sich des Substituten demnach nur als seines eigenen Erfüllungsgeschäft. Hier ergeben also die Umstände des Falles die Ausnahme von der Regel, die Besonderheit, daß die Partei als Auftraggeberin anzusehen ist, daß als Auftraggeber vielmehr der Armenanwalt selbst auftritt, der im eigenen Namen und auf eigene Rechnung sich einen Substituten bestellt. Nur das entspricht der Verkehrsanschauung und wird den Umständen des Falles gerecht. Daß bei der Auftragserteilung diese eigene Haftung des Armenanwalts besonders erklärt werden oder sonstwie zum Ausdruck kommen müßte, ist nicht erforderlich. Vielmehr müßte, falls ausnahmsweise der Armenanwalt eine eigene Haftung ablehnen und im Namen der Partei handeln wollte, dies ausdrücklich hervorgehoben werden, insbes. auch schon im Interesse des Substituten, für dessen Entscheidung über die Annahme des Auftrags naturgemäß die Frage, ob ihm die arme Partei oder der Prozeßbevollmächtigte als Auftraggeber haftet, von entscheidender Bedeutung ist.

Deshalb ist die eigene Haftung des Substituten gegenüber dem Substituten bei Unterbevollmächtigung durch den Armenanwalt als die Regel anzusehen. Die an den Substituten zu zahlenden Kosten stellen also Aufwendungen des Armenanwalts dar, die er als seine Auslagen der Staatskasse in Rechnung stellen darf (so auch die bei Gelinck-Meyer, Armenanwaltskosten S. 22 aufgeführten Entsch. der OLG. Hamm, Kiel, Marienwerder, Stettin, Augsburg, Jena. Ferner Walter-Joachim-Friedländer, 1932 Anh. II zu Abschn. I Anm. 45).

Auslagen des zum Armenanwalt bestellten RA. sind aber, wie der Senat in seiner grundsätzlichen Entsch. 20 W 11433/28 vom 28. Dez. 1928 (Partei zu § 1 ArmAnwG.) bereits betont hat, von der Staatskasse nur in demselben Umfang zu ersetzen, wie von einem erstattungspflichtigen Gegner, so daß es an sich der Prüfung bedürfte, ob diese Auslagen zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Verteidigung durch die vom Armenanwalt vertretene Partei notwendig waren. Dies könnte vielleicht schon dann zu verneinen sein, wenn die arme Partei die Möglichkeit hätte, sich vom Gericht für die Wahrnehmung des auswärtigen Termins einen besonderen Anwalt beordnen zu lassen. Dieser Weg ist auch bisher häufig gewählt worden. Nach dem heutigen Rechtsstandpunkt des RG. enthält er jedoch der gesetzlichen Grundlage, RG. 133, 137 = JW. 1931, 2907 hat zurückgehend auf RG.: JW. 1913, 214<sup>31</sup> zum Ausdruck gebracht, daß weder durch den Vorsitzenden des ProzGer. noch durch das ersuchte Gericht nach geltendem Recht die Beordnung eines Anwalts für die Wahrnehmung eines auswärtigen Beweistermins (oder die Beordnung eines Verkehrsanwalts) zulässig ist (vgl. Geierhöfer: JW. 1931, 2907). Andererseits ist es — im Anschluß an die Entsch. der VerZivSen. v. 21. Juni 1902 (RG.

51, 11), der auch der Senat in seiner grundsätzlichen Entsch. 20 W 3382/29 v. 30. April 1929 beigetreten ist — grundsätzlich jeder Partei zuzugestehen, sich in einem auswärtigen Beweistermin nie überhaupt im Beweistermin durch einen Anwalt vertreten zu lassen, ein Recht, das der armen Partei verkannt werden würde, wenn die Bestellung eines Substituten als nicht erforderliche Maßnahme, die dadurch entstandenen Kosten als nicht zweckentsprechend angesehen würden.

Nimmt der Armenanwalt selbst den auswärtigen Termin wahr, so entstehen nur Auslagen, nämlich Reisekosten, aber keine weiteren Gebühren. Im Falle seiner Verhinderung würde jedoch die arme Partei mag es sich selbst anerkanntermaßen um eine Beweisaufnahme von größter Wichtigkeit handeln, unvertreten bleiben müssen. Folglich gehört in solchem Falle der Verhinderung des prozeßbevollmächtigten Armenanwalts die Bestellung eines Substituten durch ihn grundsätzlich zu denjenigen Maßnahmen, die er im Interesse der Partei ergreifen darf und gegebenenfalls ergreifen muß, die demnach zur zweckentsprechenden Wahrnehmung der Rechte der Partei notwendig und deren Kosten daher erstattungsfähig sind.

Allerdings können die für die Wahrnehmung auswärtiger Beweistermine sonst geltenden Grundsätze: volle Kosten des Substituten nur bei Verhinderung des ProzGer., was beim großstädtischen ProzGer. ohne weiteres angenommen wird, bei im Armenrecht geführten Prozessen nicht in gleicher Weise gelten. Denn es handelt sich um die Inanspruchnahme der Staatskasse als Schuldnerin der entstehenden Kosten. Zwar werden grundsätzlich Auslagen des Armenanwalts, soweit sie überhaupt erstattungsfähig sind, stets voll ersetzt (Baumbach, RKostG. 1933 Anm. 5 C zu § 1 ArmAnwG.). Für diese besondere Art der Auslagen gilt aber eine Einschränkung. Denn eine Kürzung der Auslagen des Armenanwalts für den von ihm bestellten Unterbevollmächtigten ergibt sich einmal schon aus der Art der ergriffenen Maßnahme. Denn der Armenanwalt ersetzt damit nur eine vom ArmAnwG. an sich vorgesehene Maßnahme durch eine andere: § 1 Abs. 3 daselbst bestimmt nämlich, daß Reisekosten nicht vergütet werden, wenn die Reise nicht erforderlich war. Das Recht, Reisen, insbes. also auch zu auswärtigen Terminen, zu unternehmen und damit die Staatskasse zu belasten, ist also grundsätzlich im Gesetz selbst anerkannt. Ist der Armenanwalt verhindert, von diesem Recht Gebrauch zu machen, während er andererseits befugt ist, an dessen Stelle zur Herbeiführung desselben Erfolges eine andere Maßnahme treten zu lassen, so darf die Belastung der Staatskasse dadurch gleichwohl keine höhere werden. Der beim Wahlanwalt geltende Grundsatz, daß in solchem Falle über die Reisekosten hinaus die vollen Substitutionskosten erstattungsfähig sind, findet hier seine Schranke in der Eigenart und der Regelung des ArmAnwG. selbst, das zwar die Lasten der Beordnung des Armenanwalts auf die Staatskasse übernimmt, andererseits diese Belastung in bestimmten Grenzen hält. Eine Substitutionsbefugnis mit Kostenfolge für die Staatskasse scheidet es dabei an sich nicht vor, diese tritt vielmehr nur an die Stelle der Reise des Armenanwalts und kann folglich eine Erstattungspflicht der Staatskasse über den Rahmen der Kosten, die durch eine Reise entstanden wären, nicht begründen. Die auszuwendenden Reisekosten bilden also unter allen Umständen die Höchstgrenze, bis zu der die Kosten der Substituten als Auslagen des Armenanwalts der Staatskasse gegenüber geltend gemacht werden können (so auch M. Friedländer: JW. 1928, 2796<sup>19</sup> Anm.; 1932, 1597 Anm.).

Eine weitere Kürzung dieser Auslagen ist, wie auch schon die Vorinstanzen zutreffend angenommen haben, daraus herzuleiten, daß es Anwaltsgebühren sind, die — wenn auch unter dem Gesichtspunkt der Auslagen — der Staatskasse in Rechnung gestellt werden. Das gesamte Verfahren, soweit es von Seiten der armen Partei betrieben wird, steht unter der Herrschaft des Armenrechts und demgemäß, soweit Gebühren und Auslagen des Armenanwalts in Frage kommen, unter den durch das ArmAnwG. zugunsten der Staatskasse aufgestellten Beschränkungen. Soweit daher eine Erstattungspflicht der Staatskasse für Kosten des Armenanwalts in Anspruch genommen wird, die zwar seine Auslagen darstellen, ihrerseits aber aus Gebührenforderungen eines an Stelle des Armenanwalts tätig gewordenen RA. entstanden sind, würde eine Erstattung der vollen nach der RAGebD. zu berechnenden Gebühren des Substituten mit der Tendenz der Kürzungsvorschriften in § 1 ArmAnwG. in Widerspruch stehen, die für die gebührenpflichtige anwaltliche Tätigkeit ermäßigte Sätze vorschreiben. Ob der Armenanwalt unter Hinweis auf diese ermäßigten Gebühren dem Unterbevollmächtigten den Auftrag erteilt, diese im also seinerseits nur in entsprechender Höhe haftet, ist der Staatskasse gegenüber ohne Bedeutung. Ihr gegenüber kann der Armenanwalt auf keinen Fall anders als den Sätzen des § 1 ArmAnwG. entsprekend berechnete Gebühren des Substituten als ihm selbst entstandene Auslagen in Rechnung stellen. Die von Anwaltsseite etwa zu erhebenden Bedenken, daß durch die entsprechende Anwendung der Gebührenkürzungsvorschriften auf die Auslagen der Staatskasse der vollen Erstattungsfähigkeit der Auslagen, der die RAGebD. beherrscht, verkehrt werde, müssen hinter der bestehenden einengenden — durch die NotBD. noch schärfer betonten — Tendenz des ArmAnwG.,

die Zanspruchnahme der Staatskasse der Höhe nach von vornherein möglichst zu beschränken, zurücktreten.

Mit diesen aus doppeltem Gesichtspunkt begründeten Forderungen der Substitutionsauslagen ist zugleich den Belangen der Staatskasse vollauf Rechnung getragen. Sie ist nicht anders gestellt, als wenn der Armenanwalt den Termin selbst wahrgenommen und dadurch Auslagen gehabt hätte. Die Ansicht des Rechnungsamts, daß dann die Staatskasse mit fingierten Reisekosten belastet werden würde, ist unzutreffend. Es handelt sich um tatsächliche, dem Armenanwalt durch eine anwaltliche Häftätigkeit entstandene, nicht um fingierte Kosten, deren Bemessung aber — zugunsten der Staatskasse — nach der Höhe der sonst entstandenen Reisekosten geschieht (so auch schon OLG. Hamm: JW. 1929, 1686<sup>40</sup>; M. Friedlaender: JW. 1928, 2796<sup>41</sup> Anm.).

Für die danach maßgeblichen Reisekosten des Armenanwalts enthält aber das ArmAnwG. in der Best. des § 1 Abs. 3 eine ausdrückliche Einschränkung der Erstattungspflicht insofern, als die Reisekosten nicht vergütet werden sollen, wenn die Reise nicht erforderlich war. Damit soll allerdings an der grundsätzlichen Erstattungspflicht für Maßnahmen, die der Armenanwalt für erforderlich befunden hat, nichts geändert werden. Vielmehr muß besonders erhellen — mit Recht weist Baumbach (RKostG., 1933, Anm. 6 zu § 1 ArmAnwG.) auf die Fassung des Gesetzes hin —, daß die Reise unnötig war. Die Auslagen für den Substituten dürfen dem Armenanwalt mithin nur unter der Voraussetzung versagt werden, wenn die Reise des Armenanwalts ebenfalls nicht notwendig gewesen wäre. Immerhin werden hier zur Vermeidung ungerechtfertigter Belastung der Staatskasse und einer Besserstellung der armen gegenüber der nicht armen Partei, falls diese annehmbar den Termin nicht hätte wahrnehmen lassen, im Rahmen dieser Best. strenge Anforderungen gestellt werden müssen.

Einer Verhinderung des Armenanwalts ist rechtlich der Fall gleichzusetzen, daß wegen der Höhe der Reisekosten im Verhältnis zum Streitobjekt eine Wahrnehmung des auswärtigen Termins durch den Armenanwalt selbst nicht in Frage kommt. Wenn in solchem Falle der Armenanwalt einen Substituten bestellt, so ist diese Maßnahme nur zweckentsprechend und liegt insbes. im Interesse der Staatskasse, die dadurch nur mit den geringeren Kosten des Substituten an Stelle der höheren Reisekosten des Armenanwalts belastet wird.

Zur Frage der Geltendmachung des Anspruchs auf Auslagenerstattung ist zu bemerken: Zwar wird im allgemeinen bei Auslagen der Nachweis verlangt werden müssen, daß sie bereits tatsächlich aufgewendet worden sind (so z. B. auch für Kosten der Partei durch Beibringung von Privatgutachten, 20 W 9107/32 v. 5. Nov. 1932, wo aber bereits Ausnahmen zugelassen sind). Anders jedoch bei Kosten des Anwalts. Nach § 4 Satz 3 ArmAnwG. i. Verb. m. § 104 Abs. 2 Satz 1 ZPO. genügt für die Kosten des Armenanwalts ganz allgemein, also auch für seine Auslagen die Glaubhaftmachung des Anspruchs, d. h. die Darlegung, daß diese Kosten entstanden sind (Förster-Kann, 1b bb zu § 104 ZPO.), mit a. B. das Feststehen der Zahlungspflicht, weil damit bereits die Notwendigkeit der Zahlung glaubhaft gemacht ist, ohne daß Zahlung schon erfolgt sein muß (Baumbach, Anm. 4 zu § 104 ZPO.). Es genügt, daß die Aufwendung — als bereits geschehene oder erst noch zu machende — glaubhaft ist (Stein-Jonas, II, 3 zu § 104 ZPO.). Als Beispiel diene der Auslagenanspruch für Fernsprechgebühren, die der Anwalt erstattet verlangen kann, selbst wenn er diese Gebühren an die Fernsprechbehörde noch nicht gezahlt, ja selbst wenn sie von ihm noch nicht einmal erfordert sind. Durch die In-

anspruchnahme des Fernsprechers ist jedenfalls die Zahlungspflicht des Anwalts bereits begründet, insofern also auch der Kostenanspruch bereits glaubhaft gemacht worden. Dasselbe gilt demnach für die Kosten des Substituten. Die erforderliche Glaubhaftmachung des Anspruchs ergibt sich hier bereits aus der aktenmäßig feststehenden Tatsache der Wahrnehmung des Termins durch den Unterbevollmächtigten und dessen Kostenliquidation an den Beschw. Das genügt zur Geltendmachung des Auslagenanspruchs der Staatskasse gegenüber. (RG., Beschl. v. 11. März 1933, 20 W 2208/33.)

Ver. von OGR. Dr. Gaedeke, Berlin.

#### Stuttgart.

6. §§ 4, 519 Abs. 3 ZPO.; § 30 OAG. Hat der zu 1000 RM Verurteilte Berufung ohne Antrag eingelegt und im nachfolgenden Antrag sie auf 650 RM beschränkt, so ist aus 350 RM die Zurücknahmegebühr anzusetzen. Der Antrag ist für den Streitwert nicht maßgebend. (OLG. Stuttgart, 2. ZivSen., Beschl. v. 10. Juni 1932, U 1298/31.)

7. § 114 ZPO. Der Besl. hat keinen Anlaß, das Armenrecht nachzusuchen, solange der Kl. die nach § 74 OAG. erforderliche Gebühr nicht bezahlt.

(OLG. Stuttgart, 3. ZivSen., Beschl. v. 4. Mai 1932, W 355/32.)

8. § 3 RMGebD.; § 421 BGB. Ist von 2 Streitgenossen, die denselben N. hatten, der eine unterlegen, der andere Sieger geblieben, so kann dieser vom Gegner die ganzen Anwaltskosten ersetzt verlangen, wenn sein Genosse zahlungsfähig ist.

(OLG. Stuttgart, 4. ZivSen., Beschl. v. 3. April 1933, W 293/33)

#### b) Strafsachen.

##### Dresden.

#### I. Materielles Recht.

9. § 4 Ziff. 4 LebMittG. Wird Milch in mit Zeitungspapier abgedichteten Kannen in der Weise in Verkehr gebracht, daß bei Öffnung der Kannen sofort das Abgleiten des Papiers in die Milch ersichtlich wird, so liegt hierin eine ausreichende Kenntlichmachung der durch das Zeitungspapier herbeigeführten Verderbenheit der Milch. †)

Die Angell. wollte vier Kannen Milch zu je 20 Liter an die Molkerei liefern. Bei dreien der Krüge fehlte der zur Abdichtung um den Deckel gelegte Gummiring. Die Deckel lagen daher nicht eng an den Kannenhals an. Die Angell. half sich dadurch, daß sie aus alten Zeitungen bandförmige Papierstreifen herstellte und damit den Zwischenraum zwischen dem äußeren Deckelhals und dem inneren Kannenhals ausfüllte. In diesem Zustand übernahm der Sohn der Angell. die Kannen, fuhr sie in die Molkerei und setzte sie an der dazu bestimmten Stelle ab. Dort prüfte ein Molkereigehilfe die von den zahlreichen Milchlieferanten abgelieferte Milch.

Als der Gehilfe die Krüge der Angell. prüfte, stellte der zur Revision in der Molkerei erschienene Milchrevisor fest, daß das von der Angell. verwendete Zeitungspapier von der in den Kannen befindlichen Milch vollständig durchtränkt und so zerweicht

man zum ordnungsgemäßen Abdichten schon vor dem RMilchG. einen Verschuß mit Gummibichtung und Spannring (bei Milchfässern insbes.) oder mindestens eine Dichtung aus Pergament bei Kannen verwendete, verschmutzt und der Later war nach § 3 LebMittG. ebenso zu bestrafen wie jener Landwirt, der Kotteile in die Milch eindringen ließ, weil vor dem Melken eine Reinigung des Euters unterblieben war, die die Sorgfalt gebot, und aus diesem Grund durch RG. v. 16. Febr. 1931 (HöchstRspr. Sonderbeilage d. ZStW. 1205) verurteilt wurde.

Der Fall war nach den vor dem Inkrafttreten des RMilchG. v. 31. Juli 1930 (RGBl. I, 421) geltenden Best. zu beurteilen. Nach dem neuen RMilchG. würde die Angell. gem. § 6 i. Verb. m. § 4 Abs. 1 Nr. 1 Abs. 2 RMilchG. zu beurteilen gemessen sein, da sie — mittelbar — durch das Verwenden einer Papierdichtung, von der sie wissen mußte, daß sie zerweicht und nach dem Zerfallen des Papiers, das in die Milch übergeht, die Milch „nachteilig beeinflusst“ — die Milch der Verschmutzung ausgesetzt hat. Sie verletzte bereits durch die Papierverwendung zur Abdichtung die im Milchverkehr erforderliche Sorgfalt.

Jedoch lag die Tat vor Inkrafttreten des RMilchG. so, daß der Richter lediglich auf § 4 Ziff. 2 LebMittG. zurückgriff, der das Führenbringen „verdorbenen“ Milch ohne ausreichende Kenntlichmachung verbietet.

RM. u. SachM. f. Bernh. Ernst Böttger, Berlin.

Zu 9. Diese Entsch. würde, gestützt auf § 4 Ziff. 2 LebMittG. zutreffend sein, wenn man unterstellt, durch die Verwendung von Papier zur Abdichtung von drei Milchbeförderungskannen an Stelle des bei der vierten Kanne verwendeten Gummiringes hätte die Angell. die Verderbenheit der in den mit Papier verpackten Kannen enthaltenen Frischmilch kennzeichnen wollen. Tatsächlich hatte aber z. B. der Abdichtung die Angell. gar keinen Anlaß, anzunehmen, die Milch sei verdorben; sie war es auch nicht, da die „Verschmutzung“ durch das Papier erst später eingetreten ist. Dagegen war es Pflicht des Molkereigehilfen, der die Milchkanne abnahm, vor dem Eingießen der Milch in das Becken, wo sie mit unverdorbenen Milch vermischt wurde, die Einwirkungen der unzulässigen, d. h. gesundheitschädlichen Dichtungsmasse — waren keine Gummiringe mehr vorhanden, mußte Pergament zum Abdichten verwendet werden — auf die Milch chemisch nachprüfen lassen.

Daher wäre, und zwar aus § 3 Abs. 1 LebMittG. i. Verb. m. §§ 6, 44 Abs. 1 Nr. 1 Abs. 2 RMilchG. die Verurteilung des Gehilfen rechtlich zulässig. Die Freisprechung der Angell. ist nach § 4 Ziff. 2 LebMittG. zu Recht erfolgt. Weshalb jedoch eine Bestrafung der Milcherzeugerin aus § 3 LebMittG. unterblieb, ist nicht erkennbar.

Die Milch war durch völlig unsachgemäße Abdichtung, da

war, daß es beim Wegnehmen auseinanderfiel. Er beanstandete darauf die Milch als „verdorben“. Eine Zurückhaltung der Milch war nicht möglich, weil die Angestellten die Milch inzwischen bereits in das etwa 800 Liter fassende „Annahmebassin“ geschüttet hatten.

Das von der Angell. zur Abdichtung von drei Milchkannen verwendete Zeitungspapier war im Zeitpunkte der Ablieferung von der Milch vollständig durchtränkt und so zerweicht, daß es beim Wegnehmen auseinanderfiel. Mit der hiernach erfolgten Verschmutzung der Milch war Verderbenheit derselben eingetreten insofern, als durch die Verschmutzung die Milch für den Durchschnitt der Konsumenten unappetitlich und ekelregend geworden war, und weiterhin dadurch, daß sich auch eine stoffliche Veränderung mit der Verschmutzung verbunden hatte. Die Tatsache aber, die die Verschmutzung und die Verderbenheit der Milch begründete, lag nach den getroffenen Feststellungen für den prüfenden Angestellten der Molkerei offen zutage. Zur ausreichenden Kenntlichmachung nach § 4 Ziff. 2 LebensmittelG. wird nicht für jeden Fall eine äußerliche Kennzeichnung der Ware durch schriftliche Erklärung oder bildliche Darstellung gefordert. Auch mündliche, u. U. selbst stillschweigende Kennzeichnung kann genügen. Was für ausreichende Kenntlichmachung nötig, ist nach Lage des konkreten Falles zu entscheiden. Entscheidend ist, ob dem Abnehmer der betr. Lieferung die Möglichkeit gegeben ist, von derjenigen Tatsache Kenntnis zu nehmen, kraft deren das gelieferte Lebensmittel verdorben ist (vgl. Stenglein, Strafr. Nebenges., 5. Aufl., I, 731). Wenn diese Tatsache im Einzelfalle ohne weiteres für den Abnehmer zutage liegt, so ist eine — auch nur mündliche — ausdrückliche Erklärung von Seiten des Lieferenden eine überflüssige Form, die durch den Zweck der gesetzlichen Best., jede Möglichkeit einer Täuschung für den Abnehmer auszuschließen, nicht geboten ist. Dann liegt in der unberührten Hingabe der Ware bei der Ablieferung zugleich die Kenntlichmachung des Mangels, und es ist nicht zu ersehen, an welcher noch weiterhin notwendigen Aufklärungsleistung der Ablieferende es hätte fehlen lassen.

(OLG. Dresden, Ur. v. 17. Jan. 1933, 2 Ost 440/32.)

Ver. von GenStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

\*

## Stuttgart.

10. § 17 Abs. 1 KraftfVerfBD. keine selbständige, blankettausfüllende Strafrechtsnorm.

Der Angell. ist wegen Zuwiderhandlung gegen § 17 Abs. 1 KraftfVerfBD. auf Grund des § 21 KraftfG. bestraft worden. Die Neufassung des § 17 KraftfVerfBD. durch die BD. über Änderung der Regelung des Kraftfahrzeugverkehrs v. 10. Mai 1932 (RGBl. I, 198) gab dem StrSen. Veranlassung, seinen bisherigen Standpunkt, daß § 17 Abs. 1 KraftfVerfBD. eine selbständige rahmenausfüllende Strafrechtsnorm enthalte, einer Nachprüfung zu unterziehen. Der Sen. kam aus den gleichen Erwägungen, die auch das OLG. Dresden: JW. 1933, 866 zur Aufgabe seines früheren Standpunktes veranlaßt haben, zu der Auffassung, daß der Gesetzgeber durch die neue Fassung des § 17 die bisherige Streitfrage i. S. der herrschenden, insbes. auch vom RG. (RG. 62, 227; 63, 251) vertretenen Auslegung entscheiden wollte. Danach will die Vorschr. des § 17 Abs. 1 KraftfVerfBD. nur noch einen Maßstab für die von dem Kraftfahrzeugführer anzuwendende Sorgfalt geben, deren Verletzung für sich allein nicht die Grundlage einer Bestrafung aus § 21 KraftfG. sein kann.

(OLG. Stuttgart, StrSen., Ur. v. 24. Mai 1933, Nr. 79/33.)

## Berlin.

### II. Verfahren.

11. §§ 395 Abs. 1, 374 StPD. Der Vater und gesetzl. Vertreter eines beim Schwimminunterricht ertrunkenen zwanzzig Jahre alten Knaben kann seine Zulassung als Nebenkl. im Strafverfahren gegen den Schwimmlehrer wegen fahrlässiger Tötung nicht verlangen.

Da der Geschw. die Erhebung der öffentlichen Klage nicht durch einen Antrag gem. § 172 StPD. erwirkt hatte (RGSt. 62, 209), der Anspruch auf Buße aber unererblich ist (§ 404 Abs. 4 StPD.), ließ sich das Gesuch nur auf § 395 Abs. 1 vbd. mit § 374 StPD. stützen. Es konnte dahingestellt bleiben, ob der Ansicht des OLG., daß die Berechtigung des Geschw., als Privatkl. aufzutreten, schon wegen Fehlens eines im Privatklagewege verfolgbarer Delikts zu verneinen sei, bezutreten war. Für Fälle, in denen wegen Körperverletzung mit Übertretung einer Berufspflicht Anklage erhoben war, hat der frühere 3. StrSen. des RG. freilich eine Anschlußberechtigung schon dann abgelehnt, wenn nach der Verfahrenslage nicht die Möglichkeit einer Verneinung der Berufspflichtverletzung bestand (RG. 3 S 40/30; 46/30), während demgegenüber der beschl. Senat für die Zulassung des Anschlusses für ausreichend erachtete, daß die rechtliche Möglichkeit einer

künftigen Verurteilung wegen Körperverletzung ohne Übertretung einer Berufspflicht an sich nicht ausgeschlossen war (RG.: GoldArch. 70, 243; 2 W 62/31; 136/31 im Anschluß an RGSt. 43, 262; 51, 129; 59, 103; vgl. dazu auch OLG. Darmstadt: JW. 1931, 237 und RG.: JW. 1931, 1572). Einer Entsch. der Frage bedurfte es nicht, da die Berechtigung des Geschw., als Privatkl. namens des von ihm gesetzl. vertretenen Sohnes aufzutreten, jedenfalls mit dem Tode des Sohnes weggefallen war.

Allerdings hat die Rpr., soweit ersichtlich, vorstehende Ansicht bisher nur für die Fälle vertreten, in denen der gesetzl. Vertretene noch nicht das 18. Lebensjahr zurückgelegt hatte (RGSt. 29, 140; 57, 240; RG.: JW. 1928, 3049; 1930, 1003; BayObLG.: GoldArch. 73, 380; RG. 2 W 431/32). Das gleiche muß jedoch auch für Fälle, wie den vorliegenden, gelten.

Wie der Zusammenhalt der drei Absätze des § 374 StPD. ergibt, auf die im § 395 Abs. 1 StPD. das Recht, sich der erhobenen öffentlichen Klage als Nebenkl. anzuschließen, abgestellt wird, ist dieses Recht zunächst dem durch das Delikt unmittelbar Verletzten zuzusprechen. Wenn weiterhin im Abs. 2 die Befugnis zur Verfolgung im Wege der Privatklage auch denen zugesprochen wird, welchen in der Strafgesetze das Recht, selbständig auf Bestrafung anzutragen, beigelegt ist, und schließlich Abs. 3 den Fall regelt, in welchem der Verletzte einen gesetzlichen Vertreter hat, so ergibt sich daraus zunächst, daß die Fälle der gesetzlichen Vertretung offenbar abschließend im 3. Absatz ihre Regelung finden sollten. Das rechtfertigt aber wiederum den Schluß, daß durch Abs. 2 nur die Fälle getroffen werden sollten, in denen, wie sich aus den §§ 195, 196, 232 Abs. 2 StGB. ergibt, bei Verletzungen und Körperverletzungen gegenüber der Ehefrau dem Ehemanne, gegenüber Beamten dem amtlichen Vorgesetzten ein selbständiges Strafantragsrecht eingeräumt ist. Damit ist aber der Vorschr. des § 374 Abs. 3 die weitergehende Bedeutung beizumessen, daß gesetzl. vertretenen Personen, mögen sie das 18. Lebensjahr zurückgelegt haben oder nicht, die Befugnis zur Erhebung der Privatklage überhaupt nicht zusteht, diese vielmehr ausschließlich durch ihre gesetzlichen Vertreter ausgeübt wird, die in ihrem Namen die Privatklage zu erheben haben.

Mit Vorstehendem stimmt auch die im Schrifttum vertretene Ansicht überein (Löwe-Rosenberg<sup>18</sup>, zu § 374 StPD. Anm. 5), daß sich die Prozeßfähigkeit des Privatkl. — und damit auch sein „Auf-treten“ i. S. des § 395 Abs. 1 StPD. — keineswegs etwa nach § 65 StGB. richtet, da das Recht, als Privatkl. aufzutreten, schon im Hinblick auf die verpflichtenden Folgen in Ansehung der entstehenden Kosten, eben etwas anders ist, als das Recht, mittels eines Antrags bei der StA. eine durch sie zu betreibende Strafverfolgung zu erwirken. Steht aber danach dem gesetzlichen Vertreter niemals eine eigene Privatklagebefugnis zu, sondern übt er das Recht, Privatklage zu erheben, stets nur namens des prozeßfähigen Vertretenen aus, so ergibt sich ohne weiteres, daß diese Berechtigung, die in der gesetzlichen Vertretung ihre ausschließliche Grundlage findet, auch mit dem Wegfall der gesetzlichen Vertretung durch den Tod des Vertretenen erlischt. Danach kam eine Zulassung des Geschw., als Nebenkl. nach dem Tode seines Sohnes nicht mehr in Frage (gl. Ans. Schwarz zu § 374 StPD. Anm. 2 B).

(RG., 2. StrSen., Beschl. v. 11. März 1933, 2 W 288/33.)

Ver. von RGR. Dr. Boehm, Berlin.

\*

## Dresden.

12. Teil 6 Kap. I § 7 NotBD. v. 6. Okt. 1931; § 310 StPD. Das OLG. ist bei Entsch. über eine gegen die Zurückweisung der Privatklage eingelegte sofortige Beschw. zu der Einstellung nach § 7 Abs. 1 NotBD. nicht zuständig. Sofortige Beschw. gegen den Einstellungsbeschluß ist zulässig (Ausgabe der früher vertretenen Rechtsmeinung).

Der erk. Sen. hat zwar in einem gleichgelagerten Falle, in welchem ein OLG. auf eine gegen die Zurückweisung der Privatklage vom Privatkl. eingelegte Beschw. das Verfahren auf Grund von § 7 NotBD. v. 6. Okt. 1931 eingestellt hatte, der von dem Privatkl. gegen den landgerichtlichen Beschl. erhobenen sofortigen Beschw. mit Rücksicht auf § 310 StPD. die Zulässigkeit abgeprochen (vgl. JW. 1931, 353; gl. M. auch OLG. Hamm: DRZ. Rpr. 1932 Nr. 624). Der Sen. hat jedoch mit Rücksicht auf die vom BayObLG. und den OLG. Königsberg und Düsseldorf vertretene gegenteilige Rechtsmeinung (vgl. DRZ. Rpr. 1932 Nr. 70, 157; 1933 Nr. 60) und auf Grund der Ausführungen von Weber: JW. 1931, 353 Anm. die Frage erneut überprüft. Auf Grund dieser erneuten Prüfung behält er seine frühere Rechtsauffassung nicht mehr bei. Wegen den in den letztgenannten Entsch. vertretenen Standpunkt, daß § 310 StPD. einer Aufhebung der vom Beschw. verfügten Einstellungs um deswillen nicht entgegenstehe, weil das OLG. nur formell seine Entsch. in der Beschw. Inst. gefällt, in Wirklichkeit aber hinsichtlich der Einstellung als erstinstanzliches Gericht entschieden habe, bestehen zwar nach Ansicht des Sen. Bedenken; zu dem gleichen Ergebnis — der Verjahung der Zulässigkeit des Rechtsmittels — gelangt man aber, wenn

man mit Weber, dessen Rechtsauffassung der Sen. beiträgt, dem § 7 Abs. 3 RotW.D. die Natur einer dem § 310 StP.D. vorgehenden lex specialis zuschreibt.

Hiernach erachtet der Sen. die sofortige Beschw. als zulässig. Das Rechtsmittel ist auch begründet. Der Privatkl. hatte gegen den die Privatklage zurückweisenden Beschl. des LG. die sofortige Beschw. erhoben. Die sofortige Beschw. richtete sich also nur gegen die Nichteröffnung des Hauptverfahrens. Nur in diesem Rahmen war daher das LG. mit der Sache i. S. des § 309 StP.D. befaßt. Zudem es die Einstellung des Verfahrens auf Grund der RotW.D. verfügte, ging es über den Rahmen der Beschw. hinaus; es überschritt aber auch seine Zuständigkeit. Zur Frage der Einstellung durfte das LG. nur Stellung nehmen, wenn von dem hierfür zuständigen LG. das Verfahren eingestellt und dagegen Beschw. erhoben worden wäre oder nachdem der Fall in die Berufungsinanz gelangt war. Im vorl. Fall konnte das LG. die Einstellung nicht in seiner Eigenschaft als Beschwerdebeklagter beschließen. Hat das LG. mit der Verfügung der Einstellung demnach seine Zuständigkeit überschritten, so besteht auch für den Sen. keine Möglichkeit, zu der Einstellungsfrage sachlich Stellung zu nehmen. Der Sen. hatte sich vielmehr darauf zu beschränken, den landgerichtlichen Beschl. im Umfange der Anfechtung aufzuheben und die Sache zur weiteren Entscheidung wegen Eröffnung des Hauptverfahrens an das LG. zurückzuverweisen.

(OLG. Dresden, 1. StrSen., Beschl. v. 22. März 1933, 1 OstReg 152/33.)

Ver. von GenStA. Dr. Alf. Weber, Dresden.

\*

**13.** § 172 StP.D. Die Zustellung der staatsanwaltschaftlichen Beschlüsse an einen Kl., der nicht über eine Zustellungsvollmacht verfügt, setzt die in § 172 StP.D. bestimmten Fristen nicht in Lauf.

Der Senat hält an der Ansicht fest, daß das Verfahren, in dem sowohl der Einstellungsbeschl. der Staatsanwaltschaft als auch der Beschl. der Staatsanwaltschaft beim OLG. an Kl. D. zugestellt worden ist, in Ermangelung einer vom Anzeigerstatist ausgestellt schriftlichen Vollmacht, die diesen Kl. zur Betreibung des Verfahrens gem. § 172 StP.D. wie insbes. auch zum Empfang von Zustellungen legitimierte, des Erfordernisses der rechtswirksamen Zustellung der ergangenen Entsch. entbehrt mit der Wirkung, daß die in § 172 StP.D. vorgesehenen Fristen durch die Zustellung an Kl. D. statt an den Verletzten selbst nicht in Lauf gesetzt worden sind. Dieser Auffassung stehen auch die von RGSt. 66, 209 neuerdings gebrachten Ausführungen zur Frage der Stellvertretung bei verfahrensrechtlich erheblichen Handlungen nicht entgegen. Zwar hat das RG. daselbst dargelegt, daß bei Stellung eines Antrags auf gerichtliche Entsch. gegen einen Strafbeklagten der Verwaltungsbehörde und bei Einlegung von Rechtsmitteln eine Vertretung in der Erklärung zulässig ist sowie daß ein Bevollmächtigter im Verfahren nach der RAbg.D. zur Stellung des Antrags auf gerichtliche Entsch. keiner schriftlichen Vollmacht bedarf. Auch wird allgemein der Standpunkt vertreten, daß im Strafverfahren — von der Vertretung des Angekl. in der Hauptverhandlung abgesehen — zur Abgabe einer verfahrensrechtlich wirksamen Willenserklärung durch einen Vertreter nicht die Vorbringung einer schrift-

lichen Vollmacht erforderlich ist. Durch letztere Ansicht wird aber die Frage, ob in dem einem Strafverfahren vorausgehenden besonderen Verfahren i. S. von § 172 StP.D. der Kl. bei Anwendung des daselbst vorgesehenen Rechtsbehelfs zu seiner Legitimation einer schriftlichen Vollmacht bedarf, nicht berührt. Der Antrag auf gerichtliche Entsch. i. S. von § 172 StP.D. nimmt, wie seine Entstehungsgeschichte lehrt, gegenüber den sonst in der StP.D. geregelten Rechtsmitteln und Rechtsbehelfen in formeller Hinsicht eine solche Sonderstellung ein, daß der bisher von RPr. und Schrifttum allgemein anerkannte Rechtsatz, ein solcher Antrag könne von einem Kl. nur durch den Nachweis einer vom Antragsteller erteilten schriftlichen Vollmacht rechtswirksam gestellt werden, auch angesichts der in der zitierten RGEntsch. bzgl. der Stellvertretung bei strafprozessualen Erklärungen im allgemeinen entwickelten Ausführungen keine Änderung erfährt.

(OLG. Dresden, 1. StrSen., Beschl. v. 22. Febr. 1933, 1 OstReg 47/33.)

Ver. von GenStA. Dr. Alf. Weber, Dresden.

\*

**14.** §§ 274, 391 Abs. 2 StP.D. Die volle Beweiskraft des Protokolls entfällt auch ohne Fälschungsnachweis, wenn nachträgliche Erklärungen des Vorsitzenden und des Urkundsbeamten, die mit der Niederschrift in Widerspruch stehen, die Revisionsbehauptung ganz oder teilweise bestätigen. — Die Privatklage kann nicht als zurückgenommen gelten, wenn der Verteidiger sich vor dem Termin angegeben hat und dann alsbald nach Verhandlungsbeginn erscheint. †)

Nach § 274 StP.D. erbringt zwar der Regel nach das Sitzungsprotokoll vollen Beweis für die darin bekundeten Formlichkeiten bis zum Nachweis der Fälschung. Liegen aber, wie hier, nachträgliche Erklärungen des Vorsitzenden oder des Urkundsbeamten vor, welche mit dem Protokoll in Widerspruch stehen und welche die Revisionsbehauptung auch nur teilweise bestätigen, so entfällt die volle Beweiskraft des Protokolls und das RevG. hat frei zu würdigen und selbst zu prüfen, wie sich der Sachverhalt zugetragen hat. Dieser Prüfung hat sich das RevG. hier zu unterziehen gehabt mit folgendem Ergebnis.

Unter Zugrundelegung der dienstlichen Auslassungen ist allerdings davon auszugehen, daß der Vertreter des Privatkl. bei Aufruf der Sache nicht im Saale anwesend gewesen ist, daß er aber vor diesem Zeitpunkt sich mit der Absicht, die Privatklage in der Verhandlung vertreten zu wollen, zu erkennen gegeben hat und daß er zu diesem Zwecke auch bald nach Beginn der Verhandlung, nämlich während der Berichterstattung, erschienen ist. Gleichwohl kann aber die von der Rev. behauptete Verfahrenswidrigkeit nicht als vorliegend anerkannt werden.

Nach § 391 Abs. 2 StP.D. „gilt“ es, soweit der Angekl. die Berufung eingelegt hat, im Verfahren zweiter Instanz als Zurücknahme der Privatklage, wenn der Privatkl. „in der Hauptverhandlung“ weder erscheint noch durch einen Kl. vertreten wird. § 391 Abs. 3 bestimmt, daß, soweit der Privatkl. die Berufung eingelegt hat, diese im Falle der vorbezeichneten Versäumung unbeschadet des § 301 StP.D. „sofort“ zu verwerfen ist. Das Gef. sieht also die

durch das spätere Erscheinen die Verwerfung nicht (Detker: JW. 1932, 511f.).

Hingegen hat der Richter bei der Beurteilung, ob der appellierende Privatkl. sich wesentlich versäumt hat, durch erhebliches Zuspätkommen, zeitweises Fernbleiben im Laufe der Verhandlung, freiere Hand. Denn das Gesetz sieht für die Frage der Versäumung auf die Verhandlung überhaupt, nicht speziell auf deren Beginn. Es ist gewiß nicht zu beanstanden, wenn der Richter, nachdem die Sache aufgerufen war usw., mit der Sachverhandlung noch kurze Zeit wartet, auf das Erscheinen des Privatkl. rechnend. Oder es wird kurze Abwesenheit des Kl. während der Berichterstattung (§ 324 Abs. 1 StP.D.), sein Fernbleiben bei einer ganz unerheblichen Zeugenansage für unschädlich erachtet (unter Mitteilung des inzwischen Verhandelten). Aber dieses Ermessen hat seine Grenzen. Bei der Beweisaufnahme (abgesehen von völlig unwesentlichen Punkten), beim Schlußvortrag des Gegners usw., muß der Privatkl. zugegen sein bei Strafe der Berufungsverwerfung. Insofern kann nicht durch nachträgliche Mitteilung an ihn, Wiederholung des betreffenden Verhandlungsstückes, geholfen werden. Auch auf die Urteilsverkündung, selbst wenn sie in einem besondern Termine stattfindet, bezieht sich die Präsenzpflicht des Kl. Das Gesetz kennt nicht Zufassung statt Verkündung des Urts. dem Privatkl. gegenüber, sofern es nicht eben auf Verwerfung der Berufung wegen Säumnis lautet. Doch ist auch hier nicht ausgeschlossen, daß der Richter die Verkündung des Urts. noch kurze Zeit aufschiebt, bis der Kl. zur Stelle ist.

Wiel zu weit aber ginge es, über erhebliche Verspätung usw. lediglich deshalb wegzusehen, weil sich Wiederholung des Verhandlungsaktes ermöglichen würde. Damit würde das Präsenzgebot entwertet.

**Zu 14. I.** Voraussetzung für die Verwerfung der Berufung eines Privatkl. wegen Säumnis gem. § 391 Abs. 3 StP.D. ist — neben zwei weiteren hier nicht interessierenden Versäumungen — Ausbleiben oder Unvertretensein in der Berufungshauptverhandlung. Nicht knüpft sich, wie in § 329 StP.D. dem appellierenden Angekl. gegenüber, die Verwerfung des Rechtsmittels an Fernbleiben „beim Beginne“ der Hauptverhandlung. Die Fassungsverchiedenheit ist bezeichnend. Mit dem Erfordern des Erscheinens in der Verhandlung ist nicht in demselben Maße, wie durch die andere Formel, dem späteren Erscheinen, nach Beginn der Verhandlung die Bedeutung abgesprochen, so daß lediglich dieser letztere Zeitpunkt entscheidend und wegen Versäumung insofern das Präjudiz in jedem Falle verwirkt wäre.

Freilich wird auch in Anwendung des § 329 StP.D. der Richter nicht ganz streng nach dem Wortlaute verfahren, vielmehr das Erscheinen des Angekl. noch als rechtzeitig erachten, wenn dieser erst gekommen ist, nachdem mit dem Aufrufe der Zeugen und Sachverständigen (§ 243 Abs. 1 StP.D.) bereits begonnen war. Mit diesem Vorbehalte aber soll die Verwerfung „sofort“ erfolgen. Eben deshalb wird es zu einem Erscheinen des Angekl. im Laufe der Verhandlung, bevor seine Berufung verworfen war, nur sehr ausnahmsweise kommen. Etwa in dem Falle, daß beide Teile Berufung eingelegt hatten. Es ist dann zulässig, die Rechtsmittel vereint zu beschreiben, auch wenn bezüglich des Angekl. die Voraussetzung des § 329 vorliegt. Das „sofort“ ergibt, daß auf diese Berufung hin keine weitere Verhandlung stattfindet, aber mit ihrer Verwerfung kann gewartet werden bis zum Abschluß der Verhandlung über die andere Berufung (Detker: JW. 1929, 3018f.). Abgewendet wird

Versäumungsfolge nicht für den Fall des Nichterscheins des Privatkl. zu Beginn der Hauptverhandlung vor — etwa wie beim Ausbleiben des Angekl., der Berufung eingelegt hatte (§ 329 StPD.) —; Voraussetzung für die in § 391 StPD. ausgesprochene Fiktion ist vielmehr das Ausbleiben oder Nichtvertretensein des Privatkl. „in der Hauptverhandlung“. Diese Fassung läßt die Frage offen, wann bzw. bis zu welchem Zeitpunkt der Privatkl. erschienen sein muß, ohne Gefahr zu laufen, daß die in § 391 StPD. festgesetzte Rechtswirkung eintritt.

Als Normalerscheinung des Versäumnisfalles hat das Gef. zunächst zweifellos den Fall im Auge, daß der Privatkl., der Berufung eingelegt hatte, den ganzen Termin versäumt und auch sonst in

Unfreiwillige Entfernung des Angekl. (§ 247 StPD.) bietet kein Analogon.

Auch darf aus der fiktiven Ausdrucksweise in § 391 StPD. nicht geschlossen werden, daß die Verwerfung in Annahme konkludenten Verzichts auf Berufung erfolge. Denn auch ausdrücklicher Protest des zu spät Erschienenen würde die Verwerfung nicht ausschließen. Der Kl. hat eben das gesetzliche Gebot zu befolgen<sup>1)</sup>.

Im Bereiche des richterlichen Ermessens, das seiner Natur nach scharfe Begrenzung nicht zuläßt, entzieht sich die getroffene Entsch. der Anfechtung. War die Ermessensgrenze gewahrt, so würde gegen ein Sachurteil über die Berufung Rev. aus dem Grunde der Nichtverwerfung des Rechtsmittels verlagern. Hingegen hat der Kl. nicht einen Rechtsanspruch auf Nachsicht, er muß es hinnehmen, daß seine Berufung wegen Versäumnis verworfen wird, obwohl der Richter nach Ermessen davon hätte absehen können.

Voraussetzung der Verwerfung aber ist, daß das Zuspätkommen, Ausbleiben usw. nicht genügend entschuldigt ist. Der Richter hat dabei die ihm bekannten Umstände von Amts wegen zu berücksichtigen, eine formelle Nachweispflicht des Kl. besteht nicht. Diesem steht gegen verwerfendes Ur. ein Anspruch auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand unter den allgemeinen Voraussetzungen zu (§ 391 Abs. 4).

Die Verwerfung ist nicht durch einen Antrag des Angekl. bedingt, und es ist andererseits auch nicht dessen Nichtwiderspruch cond. sine qua non für Nachsichtübung.

Der Vorbehalt, an den die Verwerfung der Berufung gem. §§ 391 Abs. 3, 301 StPD. geknüpft ist (Wänderung des Ur. zugunsten der Beschuldigten), muß hier auf sich beruhen.

Im gegebenen Falle lagen, wie im III. schlüssig dargetan ist, triftige Gründe vor, von der Verwerfung Abstand zu nehmen. Der Richter wußte, daß der klägerische Kl. verhandlungsbereit war und in einem verhältnismäßig kurz auf den Beginn der Berufungsverhandlung folgenden Zeitpunkte im Gerichtszimmer erscheinen würde. Der Kl. mußte aus dem Verhalten des Vorsitzenden entnehmen, daß er ohne Gefahr der Verwerfung des Rechtsmittels nicht alsbald in die Verhandlung einzutreten brauche. Die Rev. des Angekl. ist daher mit Recht zurückgewiesen worden.

II. Die Protokollbeamten sind zur Nichtigstellung eines von ihnen als unrichtig erkannten Protokolls bereits von Amts wegen, nicht erst auf Antrag hin verpflichtet. Wesentlich unrichtige Beurkundung ergibt den Tatbestand des § 348 StGB. In diesem Verbote steckt ein Gebotsgehalt. Im Interesse der Integrität des Rechtslebens darf das Unrichtige nicht bleiben, nachdem der Beurkundende des Fehlers inneworden ist. Vielmehr besteht, solange noch mit der Entstehung von Rechtsnachteilen infolge der Unrichtigkeit zu rechnen ist, die Verbindlichkeit zur Beseitigung dieser Quelle möglichen Schadens.

An der Berichtigungspflicht ändert sich nichts durch die Tatsache, daß eine Partei des Strafverfahrens auf den berichtigungsbedürftigen Inhalt des Protokolls ein Rechtsmittel bereits gestützt hat. Es heißt die Wahrheit in spanische Stiefel einschüttern, wenn man Parteirechte gelten läßt auf Festhaltung von Irrungen im Protokoll, die von den Protokollbeamten als solche erkannt sind. Zu welchen Konsequenzen die gegenteilige Ansicht führt, habe ich JW. 1927, 918 ff. dargelegt. Widerrufserklärungen der Protokollbeamten, die sich ja durch Verschweigung verantwortlich machen würden, können an sich durch jene Prozeßlage nicht ausgeschlossen sein. Versagt man ihnen die praktische Wirkung im Hinblick auf ein eingelegtes Rechtsmittel, so bildeten sie ein höchst sonderbares Gegenstück zu den im französischen Recht geschaffenen Nichtigkeitsbeschwerden „im Interesse des Gesetzes“.

Die Beweisregeln des § 274: volle Beweiskraft des Protokolls bzgl. der „wesentlichen Formlichkeiten“, d. h. aller für den Rechtsbestand des Verfahrens bedeutsamer Verhandlungsvorgänge, Widerlegbarkeit des Protokolls insofern nur durch den Nachweis der Fälschung, eigentlicher oder sog. intellektueller Urkundenfälschung (§ 348 StGB. usw.) — übertragen sich nach Berichtigung durch ein Nachtragsprotokoll auf den so gestalteten Protokollinhalt. Aber es versteht sich,

<sup>1)</sup> über Sinn und Tragweite des Gebots und die Folgen seiner Verletzung eingehende Ausführungen in meinem Beitrage zur Festwörter für R. Schmidt, Straf- und Prozeßrecht S. 222 f.

keiner Weise sein Interesse an der Durchführung der Privatklage kundgetan hat. Die Unterstellung, daß der Privatkl. bei einem dergleichen Fernbleiben auf die Fortstellung des Verfahrens verzichten will, ist gerechtfertigt; auch ist in einem solchen Falle die Verwerfung der Berufung „sofort“ nach Aufruf der Sache geboten. Schwierigkeiten in der Auslegung ergeben sich aber schon dann, wenn der Privatkl. zu Beginn der Berufungsverhandlung bei deren Aufruf zwar erschienen ist, im Verlauf derselben sich aber entfernt. Aus einem solchen Verhalten des Privatkl. kann nicht ohne weiteres auf dessen Verzicht auf die Durchführung des weiteren Verfahrens geschlossen werden, und Schrifttum und Rspr. vertreten sonach überwiegend den Standpunkt, daß in einem solchen Falle immerhin ein

daß ein Widerruf durch die Protokollbeamten nicht nur in Form eines Randvermerks oder Nachtragsprotokolls erheblich ist. Auch anderweitige berichtigende Erklärungen des Vorsitzenden, des Protokollführers sind für das Gericht voll beachtlich. Die Beweisregeln des § 274 sind an ein durch die Autorität der Protokollbeamten getragenes Protokoll geknüpft. Diese Voraussetzung ist nicht mehr gegeben, wenn beide Protokollbeamte oder auch nur einer von ihnen sich von dem Inhalte des Protokolls losgesagt haben, während die Protokollurkunde unberichtigt geblieben ist. Das Gericht hat nun nach den Grundätzen des Freibeiwieses zu beurteilen, welche Beweiskraft der widerrufenen Erklärung gegenüber dem unberichtigten Protokoll zukommt. Eine Protokollberichtigung kann, wie die ursprüngliche Beurkundung, nur von beiden Protokollbeamten ausgehen. Berichtigt nur einer von ihnen durch entsprechende Erklärung unter dem Protokoll, so ist das nicht Nachtragsprotokoll, nicht Umgestaltung der Protokollurkunde. Die Urkundsgewalt steht nur beiden Beamten vereint zu, keiner besitzt sie ohne den andern. Das Gericht wird bei bezüglicher Erklärung nur eines Protokollbeamten, die von dem andern nicht anerkannt ist, zumeist der Stellungnahme des Vorsitzenden den Vorzug geben (vgl. z. B. RG. in GoldArch. 44, 42). Aber es ist Ermessenssache.

Lag ein Antrag einer Partei auf Protokollberichtigung vor, so ist es, wenn nur einer der Protokollbeamten sich von der Unrichtigkeit überzeugt hält, Urkundenberichtigung also verlagert, die Pflicht dieses Beamten, seinen Standpunkt aktenkundig zu machen. Damit ist dem Berichtigungsantrage in der hier allein möglichen Gestalt genügt.

Die gebotene scharfe Unterscheidung zwischen Protokollberichtigung und bloßem Widerruf eines Protokollinhalts ist im Schrifttum zu vermischen. Änderungen des Protokolls haben nach Grundätzen des Urkundenrechts zu geschehen. Ist das Protokoll in dieser Gestalt (durch Nachtragsprotokoll der Urkundsbeamten usw.) berichtigt worden, so kommen darauf die Beweisregeln des § 274 in vollem Umfange zur Anwendung. Widerrufende Erklärungen hingegen, die nicht zu Bestandteilen des Protokolls gemacht sind, mögen sie nur auf Entkräftung eines Protokollinhalts gehen oder eine positiv andere Angabe enthalten, lassen, einerlei ob sie von beiden oder nur von einem Protokollbeamten herrühren, die Protokollurkunde unberührt, entziehen ihr aber, soweit sie sich von ihrem Inhalte lossagen, die qualifizierte Beweiskraft des § 274, und es hat nun das Gericht, durch diese Beweisregeln nicht mehr gebunden, nach pflichtmäßigen Ermessen zwischen dem Beweiswert des Protokolls und des Widerrufs abzuwägen. Einer übereinstimmenden Erklärung beider Urkundsbeamten wird das Gericht in aller Regel vor dem bezüglichen Protokollinhalt den Vorzug geben. Aber gegenteilige Beurteilung ist nicht undenkbar: es liegt z. B. zwischen der Protokollerrichtung und dem Widerruf ein längerer Zeitraum (ein Rechtsmittelverfahren kann sich durch Jahre hinziehen usw.) und das Gericht hält irrümlichen Widerruf für wahrscheinlicher als unzutreffende Protokollierung. Es darf weder formell, noch sachlich auf den übereinstimmenden Widerruf die nur für das Protokoll bestehende Beweisregel übertragen werden.

Auch in den Entsch. des RG. finden sich gelegentlich Ungenauigkeiten. So kann das sachlich zutreffende Ur. RGSt. 19, 367 nicht anders verstanden werden, als daß übereinstimmenden, aber nicht in Berichtigung der Protokollurkunde erfolgtem Widerruf der Protokollbeamten formell verbindliche Kraft ebenso, wie einem Protokollinhalte, zukomme.

Der in Rede stehende Gegensatz wird besonders klar, wenn einem Urkundsbeamten die spontane Nichtigstellung der von ihm errichteten Urkunde (auch in Form eines Nachtragsprotokolls) rechtlich versagt ist, während er die Überzeugung der Unrichtigkeit erlangt hat. Man denke an einen Stabesbeamten, der den abgeschlossenen Eintrag im Stabesregister nur auf Anordnung des Gerichts erster Instanz hin berichtigen kann (§ 65 PrStGB.), aber die Erkenntnis seines Irrtums nicht für sich behalten darf, vielmehr auf eine berichtigende Anordnung des Gerichts hinzuwirken hat. Hier gewinnt die widerrufenen Erklärung Bedeutung nur, wenn die entscheidende Stelle sie als zutreffend erkannt und nun demgemäß verfügt hat.

Im gegebenen Falle sind gewiß mit Recht die nachträglichen Erklärungen des Vorsitzenden usw. gegenüber dem Protokollinhalte als beweiskräftig erachtet worden.

Gef. Rat Prof. Dr. Dr. Decker, Würzburg.

Erscheinen „in der Hauptverhandlung“ gegeben ist, so daß die in § 391 StPD. vorgesehenen Säumnisfolgen nicht Platz greifen können (vgl. DRZ. Rspr. 1927 Nr. 1104; 1931 Nr. 880; HöchstR. Rspr. 1928 Nr. 299; GoldArch. 72, 234). Angesichts der allgemeinen Fassung „in der Hauptverhandlung“ ist das RG. (HöchstR. Rspr. 1928 Nr. 582) unter Berücksichtigung der von Belzig (LZ. 8, 724, 812) vertretenen Auffassung sogar der Ansicht, daß die Privatklage auch dann nicht als zurückgenommen zu erachten sei, wenn der Privatkl. nach Beginn der Hauptverhandlung in deren Verlauf vor Verkündung einer die Folgen seines Ausbleibens aussprechenden Entsch. erscheint, vorausgesetzt, daß sein Wille, das Verfahren weiter zu betreiben, klar ersichtlich ist. Ob dieser Rechtsansicht, die also das Erscheinen in jedem Stadium der Hauptverhandlung bis zur Verkündung des vorerwähnten Einstellungsbeschlusses für zulässig erachtet, in dieser Allgemeinheit beipflichtet werden kann, soll hier dahingestellt bleiben. Aus den vorstehenden, durch die Rspr. belegten Ausführungen erhellt aber jedenfalls so viel, daß bei Prüfung der Frage, ob der Privatkl. „in der Hauptverhandlung“ i. S. von § 391 Abs. 2 StPD. erschienen oder vertreten ist, auch dem erkennbaren Willen des Privatkl. in bezug auf die Durchführung seiner Privatklage bis zum Sachurteil entscheidendes Gewicht beizumessen ist. Ähnliches hat auch im Falle des § 391 Abs. 3 StPD. zu gelten.

Im vorl. Falle ist nun der Vertreter des Privatkl. bei Aufruf der Sache zwar nicht im Verhandlungsraum persönlich anwesend gewesen; er ist aber in einem verhältnismäßig kurz auf den Beginn der Berufungsverhandlung folgenden Zeitpunkt „in der Hauptverhandlung“ noch erschienen. Der Sen. ist der Auffassung, daß dann, wenn der Privatkl. alsbald nach Verhandlungsbeginn auftritt, und wenn er vorher seinen Willen zum Verhandeln eindeutig kundgegeben hatte, für die Anwendung des § 391 Abs. 2, 3 StPD. kein Raum ist. Es ist in dem speziell vorl. Falle — und nur für diesen soll die Entsch. gelten — davon auszugehen, daß der Vertreter, der kurz vor der angeetzten Terminsstunde im Verhandlungsraum zugegen war, damit den Zweck verfolgt hat, bei Aufruf der Sache mit dem Willen, zu verhandeln, im Saale anwesend zu sein, daß sich aber der Aufruf der Privatklagesache zur festgesetzten Terminsstunde infolge unvorhergesehener Ausdehnung der vorausgegangenen Strafsache verzögert hatte. Es ist weiter anzunehmen, daß der R. V., der sich dann mit Einwilligung des Vorsitzenden aus dem Saale entfernt hatte, durch seine vorher an diesen gerichtete Bitte, ihn vor Aufruf der Sache in den Saal rufen zu lassen, deutlich zu erkennen gegeben hat, daß er das Privatklageverfahren bis zum Sachurteil durchführen wolle. Berücksichtigt man schließlich, daß dem Vorsitzenden im Zeitpunkt des Aufrufs der Sache die Anwesenheit des R. V. im Gerichtsgebäude bekannt war, so rechtfertigt dies alles die Annahme der StR., daß es dem Vertreter des Privatkl. um Sachverhandlung ernstlich zu tun war, und es lag nach den obigen Darlegungen sonach kein Anlaß vor, die Berufung „sofort“ nach Aufruf der Sache zu verwerfen.

(OLG. Dresden, Ur. v. 19. Okt. 1932, 1 Ost 363/32.)

Ver. von GenStA. Dr. Alf. Weber, Dresden.

\*

**15.** § 413 Abs. 3 StPD. Eine polizeiliche Strafverfügung wird nicht dadurch rechtsunwirksam, daß sie ein nichtbestehendes Strafgesetz anführt und außerdem einen Text bringt, der zur Erfüllung eines Strafgesetzes überhaupt nicht dienen kann.

Die dem Verfahren zugrunde liegende Strafverfügung führte im Text einen Tatbestand auf, der nicht mit Strafe bedroht ist, und gab außerdem das angeblich einschlagende Ortsgesetz mit einem Paragraphen an, den es nicht gibt.

Für die Gültigkeit einer polizeilichen Strafverfügung genügt es, daß eine von dem zum Erlaß einer solchen berufenen Beamten der PolBeh. unterschriebene Urkunde vorliegt, die äußerlich erkennen läßt, daß sie eine polizeiliche Strafverfügung darstellen soll, und die wegen einer darin bezeichneten Handlung eine Strafe festsetzt. Diesen Erfordernissen genügt die hier in Betracht kommende Strafverfügung. Hat daher die PolBeh. eine Strafverfügung wegen einer rechtsirrig von ihr für strafbar gehaltenen Handlung erlassen, so berührt dies die Gültigkeit dieser Verfügung nicht. Auch sie wird rechtskräftig und vollstreckbar, wenn sie nicht rechtzeitig mit dem Antrag auf gerichtliche Entsch. angefochten wird. Die Zulassung des Rechtswegs gegen eine polizeiliche Strafverfügung in Gestalt des Antrags auf gerichtliche Entsch. — eine Beschw. an die höhere VerwBeh. findet im Freistaat Sachsen gegen eine Strafverfügung nicht statt (vgl. § 5 SächsGef. v. 8. März 1879 [GBl. 87]) — hat gerade den Sinn und den Zweck, dem Besch. die Möglichkeit zu geben, einen gerichtlichen Anspruch darüber herbeizuführen, ob er in der Strafverfügung mit Recht oder mit Unrecht für schuldig und strafbar erklärt worden ist, und zwar, wie selbstverständlich ist, nach Maßgabe dessen, was in der Hauptverhandlung vor Gericht sich über die rechtlichen und tatsächlichen Bedingungen einer begründeten Schuldigerklärung und über die Höhe

der in der Strafverfügung bemessenen Strafe ergeben hat (vgl. RGSt. 17, 249). Der R., dem ein Antrag auf gerichtliche Entsch. gegen eine polizeiliche Strafverfügung vorliegt, hat lediglich die Rechtzeitigkeit des Antrags und, wenn der Antrag nicht von dem Besch. selbst gestellt ist, die Berechtigung des Antragstellers zur Stellung des Antrags zu prüfen. Sind diese Fragen zu bejahen, so muß er Hauptverhandlungstermin anberaumen, ganz gleichgültig, ob die in der Strafverfügung bezeichnete Tat unter ein Strafgesetz fällt, ob die Strafverfolgung ausgeschlossen ist, ob die PolBeh. ihre Zuständigkeit überschritten hat oder ob der Strafverfügung ein formeller Mangel anhaftet. Denn die Strafe ist durch die Strafverfügung einmal festgesetzt, und wenn dies mit Unrecht geschehen ist, so hat der Besch. nur um so mehr Anspruch darauf, daß diese Festsetzung durch gerichtliches Ur. aufgehoben wird (vgl. Löwe-Rosenberg, StPD., 18. Aufl., Anm. 2 zu § 416). Der Umstand, daß eine polizeiliche Strafverfügung oder ein Strafbescheid, für den in § 419 Abs. 2 StPD. dieselben Formvorschriften aufgestellt sind, wie in § 413 Abs. 3 für die polizeiliche Strafverfügung, diesen Formvorschriften nicht entspricht, ist für das gerichtliche Verfahren ohne jede Bedeutung. Sobald gerichtliche Entsch. gegen eine polizeiliche Strafverfügung beantragt ist, verliert diese Verfügung jede den Richter bindende Wirkung (§§ 417, 418 StPD.), so daß Mängel der Strafverfügung das an sich zulässige gerichtliche Verfahren nicht beeinträchtigen können (vgl. RGSt. 17, 249; 56, 40; DRZ. 1922, 632; HöchstR. Rspr. 3, 318). Ergibt sich daher schon von vornherein, daß die in der Strafverfügung der Beschuldigung zugrunde gelegten Tatsachen die Bestrafung des Besch. nicht zu begründen vermögen, und daß es das Strafgesetz, das in der Strafverfügung als angewendetes bezeichnet ist, überhaupt nicht gibt, so muß gleichwohl der R. Hauptverhandlungstermin anberaumen und durch Ur. in der Sache selbst entscheiden. Denn nach § 417 Abs. 1 StPD. ist, wenn gegen eine polizeiliche Strafverfügung rechtzeitig Antrag auf gerichtliche Entsch. gestellt ist, das weitere Verfahren dasselbe wie im Falle einer von der StA. erhobenen und zur Hauptverhandlung verwiesenen Anklage. Die Anklage und der Eröffnungsbeschl. werden in diesem Falle durch die Strafverfügung ersetzt, so daß Gegenstand der Verhandlung die in der Strafverfügung bezeichnete Tat ist, wie sie sich nach dem Ergebnisse der Verhandlung darstellt. Auch hier ist der R. an die Beurteilung der Tat, die der Strafverfügung zugrunde liegt, nicht gebunden (vgl. §§ 264, 417 Abs. 3 StPD.). Treten daher erst in der Hauptverhandlung neue Umstände hervor, die das in der Strafverfügung rechtsirrig als strafbar bezeichnete Tun des Besch., nunmehr aus einem bisher nicht berücksichtigten Gesichtspunkte nach dem Gesetz als strafbar erscheinen lassen, so ergibt sich damit lediglich die Notwendigkeit, den Besch. gem. § 265 StPD. auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes hinzuweisen und ihm Gelegenheit zu seiner Verteidigung auch in dieser Richtung zu geben. Formmängel der Strafverfügung, und zwar auch solche der hier vorliegenden Art, werden durch das nachfolgende gerichtliche Verfahren überholt und stehen deshalb dem Erlaß einer sachlichen Entsch. des Gerichts nicht entgegen. In der Sache selbst darf der R. nur beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 418 StPD. nicht entscheiden. Für eine bloß formelle Entsch. — die Einstellung des Verfahrens —, um etwa auf diese Weise die PolBeh. zum Erlaß einer der StPD. entsprechenden Strafverfügung zu veranlassen, ist nach den Vorschriften der StPD. kein Raum (vgl. RGSt. 17, 249).

(OLG. Dresden, Ur. v. 24. Jan. 1933, 2 Ost 466/32.)

Ver. von GenStA. Dr. Alf. Weber, Dresden.

\*

#### Karlsruhe.

**16.** § 172 StPD. Ein Antrag auf gerichtl. Entsch. ist bei mit Privatklage verfolgbarer Delikten auch dann unzulässig, wenn die Erhebung der öffentlichen Klage nicht mangels öffentlichen Interesses abgelehnt worden ist.

Die Entsch. darüber, ob ein öffentliches Interesse vorliegt oder nicht, steht ausschließlich der StA. zu. Darüber hinaus ist für eine Anordnung gleicher Art durch das Gericht nach § 172 StPD. kein Raum und ein dahingedachter Antrag unzulässig. Dies muß auch dann gelten, wenn die StA. nicht mangels öffentlichen Interesses, sondern mit anderer Begründung die Erhebung der öffentlichen Klage abgelehnt hat.

(OLG. Karlsruhe, StrSen., Beschl. v. 28. Dez. 1932, SN 52/32.)

Ver. v. OGA. i. R. Dr. Wolff-Williger, Freiburg i. Br.

\*

**17.** §§ 204, 210 Abs. 2, 304 StPD. Ein Angeschuldigter, der aus Rechtsgründen außer Verfolgung gesetzt ist, kann nicht verlangen, daß seine Außerverfolgungsetzung aus tatsächlichen Gründen erfolge.

(OLG. Karlsruhe, Beschl. v. 6. Dez. 1932, S. O. L. 228/32.)

Ver. v. OGA. i. R. Dr. Wolff-Williger, Freiburg i. Br.

\*

**18.** Der erklärte Rechtsmittelverzicht ist weder wegen Willensmangels anfechtbar noch widerruflich.

Die Erklärung ist ein rein prozessuales, also dem öffentlichen Recht angehörendes Rechtsgeschäft, auf das die Best. des BGB. über die Anfechtung privatrechtlicher Willenserklärungen wegen Willensmangels keine Anwendung finden. Die öffentlich-rechtliche Natur des (Straf- oder Zivil-) Prozesses nötigt im Interesse der Sicherstellung eines geordneten Verlaufs des Verfahrens dazu, den unzuweiligen Verfügungen der am Verfahren Beteiligten über die fernere Gestaltung ihrer prozessualen Beziehungen die Rechtswirksamkeit nicht um deswillen zu nehmen, weil sie dem inneren Willen des Erklärenden nicht entspricht.

(OLG. Karlsruhe, StrSen., Beschl. v. 29. Sept. 1932, SOL 180/32.)

Mitget. v. OHR. i. R. Dr. Wolff-Wiliger, Freiburg i. Br.

\*

#### Kiel.

**19.** § 17 ZeugGebD.; PrKreiselkostenG. v. 3. Jan. 1933. Die Entschädigung eines als Zeugen gehörten preussischen Notars geschieht nach § 17 ZeugGebD. und nach Maßgabe des PrKreiselkostenG.

(OLG. Kiel, StrSen., Beschl. v. 18. März 1933, W 50/33.)

Ber. von OHR. Schumacher, Altona.

\*

#### Stuttgart.

**20.** W. D. des RPräj. v. 14. Juni 1932 über Maßnahmen auf dem Gebiet der Rechtspflege und Verwaltung. Teil I Kap. I Art. 2 § 1. Wahlrevision und Verfahrenszügen.

Der Angekl. hat rechtzeitig und formrichtig erklärt, daß sein eingelegtes Rechtsmittel als Rev. behandelt werden solle. Es kommt daher § 340 StPD. zur Anwendung, wonach die statt der an sich zulässigen Berufung eingelegte Rev. — von einer hier nicht in Frage kommenden Ausnahme abgesehen — nicht auf die Verletzung von Vorschr. über das Verfahren gestützt werden kann. Der Senat vermochte sich der gegenteiligen Meinung (RGSt. 67, 58) nicht anschließen (ebenso BayObLG.: DRZ. 1933 SprWeil. Nr. 204 und Wunderer: DRZ. 1933, 72).

(OLG. Stuttgart, Ur. v. 29. März 1933, Str S 48/33.)

\*

**21.** § 413 Abs. 3 StPD. Die Unterlassung der Angabe von Beweismitteln macht eine polizeiliche Strafverfügung nicht unwirksam. Dasselbe gilt bezüglich eines etwaigen Mangels in der Bezeichnung des angewendeten Strafgesetzes. (Vgl. OLG. Breslau: JW. 1928, 2288; RGSt. 17, 249; 56, 40; OLG. Dresden u. OLG. Hamburg: DRZ. 1927, Nr. 346 u. 350.)

(OLG. Stuttgart, Ur. v. 3. Mai 1933, T Nr. 71/33.)

Ber. von GerMf. Dr. Reppner, Neuenbürg.

\*

**22.** § 76 GBG.; § 10 Abs. 1 Satz 2 StraffreiheitsG. v. 20. Dez. 1932.

1. Wird in der Hauptverhandlung der die Einstellung auf Grund des StraffreiheitsG. ablehnende Beschl. der Beschluskammer verkündet, so kann darin zugleich ein Ablehnungsbeschl. der aburteilenden Strafkammer in der Befehung des § 76 Abs. 2 GBG. erblickt werden.

2. Nach dem Erlaß des Ur. ist der ablehnende Beschl. nicht mehr mit der sofortigen Beschwerde des § 10 Abs. 1 Satz 2 StraffreiheitsG. anfechtbar; vielmehr ist nur das Ur. selbst im Wege des ordentlichen Rechtsmittels angreifbar.

Da der Antrag des Verteidigers vor der Hauptverhandlung gestellt war, so hätte die StrK., falls sie hierzu instand war, schon vor der Hauptverhandlung, also außerhalb derselben, in der Befehung des § 76 Abs. 1 GBG., über den Antrag entscheiden und die Entsch. dem Angekl. bekanntmachen können (vgl. Busch-Schäfer-Wichards, RGes. über Straffreiheit S. 54). Die StrK. hat jedoch den Beschl. nach durchgeführter Hauptverhandlung vor der Urteilsverkündung gefaßt. Dann kam aber ein Beschl. außerhalb der Hauptverhandlung i. S. des § 76 Abs. 1 GBG. nicht in Frage, sondern nur ein Beschl. des Gerichts der Hauptverhandlung in der Befehung des § 76 Abs. 2 GBG. Abzulehnen hatte das aburteilende Gericht bei der Urteilsverkündung trotz des Beschl. der Beschluskammer des § 76 Abs. 1 GBG. erneut die Frage der Anwendung des Gesetzes von Amts wegen zu prüfen, und da nach dem Hauptverhandlungsprotokoll in der Hauptverhandlung der Beschl. verkündet wurde, den Antrag abzulehnen, so kann darin zugleich auch ein Beschl. der aburteilenden StrK. in der Befehung des § 76 Abs. 2 GBG. erblickt werden. Jedenfalls aber handelt es sich um einen der Urteilsverkündung vorausgehenden Beschl. Zwar ist nach der Rspr. des Sen. trotz des § 305 StPD. auf Grund

des § 10 Abs. 1 Satz 2 StraffreiheitsG. an sich die sofortige Beschw. gegeben. Durch den Erlaß des Ur. hat aber der Beschl. jede selbständige verfahrensrechtliche Bedeutung verloren und hat nur die Bedeutung eines durch das Ur. überholten Zwischenentsch., zumal ja das Ur. selbst die Frage der Anwendbarkeit des StraffreiheitsG. ebenfalls zu prüfen hatte. Das Beschw.erecht ist daher gegenstandslos und hinfällig geworden (vgl. Böhm: JW. 1933, 941 ff.; Löwe-Rosenberg, 18. Aufl., § 305 StPD. Bem. 2). Darauf beruht auch § 336 StPD., wonach der Beurteilung des RevG. auch die dem Ur. vorausgegangenen Entsch. unterliegen, sofern es auf ihnen beruht. Mit der Struktur des Strafprozesses, wie er in der StPD. geregelt ist, ist es schlechterdings unvereinbar, daß ein Ur. durch eine gegen einen vorausgegangenen Beschl. erhobene Beschw. beseitigt werden könnte, vielmehr kann dies nur auf Grund der Nachprüfung auf Rev. und Rev. geschehen. Aus § 10 Abs. 1 Satz 2 StraffreiheitsG., daß gegen die Entsch. sofortige Beschw. stattfinden, kann eine Durchbrechung dieses Grundsatzes nicht entnommen werden. Der gegenteiligen Ansicht des OLG. Stettin: JW. 1933, 976 vermag der Sen. nicht zu folgen (ebenso Busch usw. S. 56). Richtig ist, daß insolgebeßen, falls gegen das Ur. ein Rechtsmittel nicht mehr stattfindet, durch die Erlassung des Ur. das Anfechtungsrecht verlorengeht; dies muß aber in Kauf genommen werden. Die gegenteilige Ansicht des OLG. Stettin: JW. 1933, 976 läßt sogar die Beschw. gegen das Urteil — und zwar auch das rechtskräftige —, soweit es über die Anwendung des StraffreiheitsG. entscheidet, zu, was von OLG. Köln: DRZ. 1933 Nr. 214 und BayObLG.: DRZ. 1933 Nr. 285 m. R. abgelehnt wird. Vorliegend wird übrigens das RevG. die Anwendbarkeit des Gesetzes erneut, und zwar von Amts wegen zu prüfen haben. Die Beschw. erwies sich hiernach als unzulässig.

(OLG. Stuttgart, Beschl. v. 5. Mai 1933, W Nr. 161/33.)

Ber. von R. Dr. Wilhelm, Stuttgart.

## Landgerichte.

### Berlin.

#### a) Zivilsachen.

**1.** Teil I Kap. III Art. 1 W. D. v. 14. Juni 1932 (RGBl. I, 288). Die Beschwerdesumme von 50 RM gilt auch für sofortige Beschwerden gegen Entsch. der Vollstreckungsgerichte über Erinnerungen aus § 766 Abs. 2 ZPD. betr. den Ansaß von Gerichtsvollzieherkosten.

Die Verwerfung der sofortigen Beschw. als unzulässig rechtfertigt sich ferner insoweit, als mit ihr die Nachprüfung des Ansaßes der Versteigerungskosten durch den Gerichtsvollzieher verlangt wird. Gegen Erinnerungen der Parteien gegen den Ansaß von Vollstreckungskosten (§ 766 Abs. 2 ZPD.) betreffende Entsch. der Vollstreckungsger. ist zwar nach § 793 ZPD. grundsätzlich das Rechtsmittel der sofortigen Beschw. gegeben. Die Beschwerdeerhebung ist jedoch neuerdings von dem Vorliegen eines Beschwerdebwertes von über 50 RM abhängig. Nach Teil I Kap. III Art. 1 der W. D. v. 14. Juni 1932 ist gegen die nach dem 30. Juni 1932 erlassenen Entsch. über eine Erinnerung gegen einen Kostenfestsetzungsbeschl. (§ 104 ZPD.) oder gegen den Ansaß von Gebühren oder Auslagen (§ 4 GBG., § 25 GBVollzGebD.) die Beschw. nur zulässig, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 50 RM übersteigt. In der Best. ist zwar in dem ergänzenden Kammerhinterweis § 766 Abs. 2 ZPD. nicht mit angeführt. Dies begründet aber nicht etwa eine einschränkende Auslegung der Vorschr. dahin, daß die durch sie eingeführte Beschränkung des Beschwerderechts, was Gerichtsvollzieherkosten anbelangt, nur insoweit gilt, als gegen den Ansaß nach § 25 GBVollzGebD., § 4 GBG. Erinnerung und anschließend einfache Beschw. stattfindet. Denn auch in den Fällen des § 766 Abs. 2 ZPD. steht der Ansaß von Gebühren und Auslagen in Frage, ferner sind § 766 Abs. 2 ZPD. und die nach dieser Vorschr. anzufechtenden Kostenansätze wiederum in § 25 GBVollzGebD. erwähnt, und vor allem wäre eine unterschiedliche Behandlung des Rechtsmittelverfahrens, je nachdem, ob gegen den Ansaß der Gerichtsvollzieherkosten Erinnerung und einfache Beschw. aus § 25 GBVollzGebD., § 4 GBG. oder bei Zwangsvollstreckungskosten Erinnerung und sofortige Beschw. aus §§ 766, 793 ZPD. stattfindet, auch innerlich nicht gerechtfertigt.

(LG. I Berlin, 9. ZR., Beschl. v. 19. Nov. 1932, 209 T 9600/32.)

Ber. von R. Dr. Fritz Schulte, Berlin.

\*

**2.** § 14 RVGebD. Vorprozessuale Korrespondenz wird durch die Prozeßgebühr mitabgegolten.

Der Kl. gründet die Gebühr auf §§ 9, 14 RVGebD. Der § 14 hat aber zur Voraussetzung, daß der Auftrag vor Beginn des Verhandlungstermins sich erledigt, ohne daß Klage eingereicht wird. Davon kann hier keine Rede sein. Der Kl. hatte den Auftrag, die Ehefrau und ihren Mann als Befl. zu vertreten. Dieser

Auftrag erledigte sich nicht. Es kam vielmehr zum Prozeß. Die vorprozessuale Korrespondenz ist durch die Prozeßgebühr mit abgegolten, ohne daß es darauf ankommt, ob sich jene Korrespondenz auf ein höheres Objekt bezog als der Prozeß selbst (vgl. OLG. 17, 228; § 13 Ziff. 1 RAGebD.).

(LG. I Berlin, 1. J.R., Ur. v. 12. Nov. 1932, 201 O 100/32.)

Ber. von GerAff. Dr. Seibert, Berlin.

\*

### Frankfurt a. M.

#### 3. Streitwertberechnung im Offenbarungseidsverfahren.

Die Frage der Streitwertberechnung im Verfahren auf Abnahme des Offenbarungseides ist seit langem in Rspr. und Schrifttum streitig. Auf der einen Seite wird die Auffassung vertreten, daß als Streitwert die volle Summe des noch bestehenden Vollstreckungsanspruchs maßgebend sei (OLG. Königsberg v. 17. April 1930: Der Deutsche Rechtspfleger 1931, 324; JW. 1931, 1114<sup>26</sup>; LG. Berlin II: JW. 1929, 886<sup>3</sup>; Baumbach, Die Reichskostengesetze, 4. Aufl., Anm. 3 zu § 32 RAGebD. S. 227; Rittmann-Wenz, DRRG., 15. Aufl., Anm. 22 zu § 33; Dr. Wörter: Der Deutsche Rechtspfleger 1931, 202).

Dem steht andererseits die Gegenmeinung gegenüber, daß derjenige Betrag maßgebend ist, um dessen willen das Verfahren betrieben wird (RG. v. 7. Mai 1929: OLG. 15, 20; JW. 1930, 194<sup>57</sup>; LG. Köln: BuschJ. 31, 529; LG. Leipzig: JW. 1920, 723<sup>9</sup>; LG. Nürnberg: BuschJ. 55, 324; LG. Stuttgart: JW. 1931, 1142<sup>5</sup>; LG. Karlsruhe: JW. 1931, 2392<sup>3</sup>; LG. München: JW. 1928, 925, ferner Stein-Jonas, 14. Aufl., Anm. V zu § 900; Meter: DZJ. 1929, 912; Skopnik: JW. 1929, 1697).

Dazwischen steht eine Mittelmeinung, die das Interesse des Gläubigers an der Leistung des Offenbarungseides für maßgebend hält (Hollender: DZJ. 1912, 159; Fraeb: BuschJ. 54, 163; Bunge: BuschJ. 55, 369; Herz: JurAbsh. 1931, 30).

Der in der Rspr. vorherrschenden Meinung, daß nicht der Betrag des Vollstreckungstitels maßgebend ist und eine Beschränkung des Verfahrens auf einen Teilbetrag möglich ist, war beizutreten.

Nach der formellen Seite hin stellt sich das Verfahren auf Abnahme des Offenbarungseides kostenrechtlich als ein besonderes Verfahren im Rahmen des Vollstreckungsrechts dar. Dies ergibt sich aus den §§ 33 Ziff. 5, 35 DRRG. und § 32 RAGebD., wonach dieses Verfahren für die Gebührenhebung „als besonderer Rechtsstreit gilt“. Jeder Rechtsstreit hat aber einen selbständigen aus seinem Inhalt festzustellenden Streitwert. Für die Streitwertberechnung im Zwangsvollstreckungsverfahren ist nach § 9 Abs. 2 S. 2 DRRG. „der Zeitpunkt der die Zwangsvollstreckung einleitenden Prozeßhandlung entscheidend“. Aus § 900 ZPO. ergibt sich, daß das Verfahren beginnt mit dem Antrag des Gläubigers auf Bestimmung eines Termins zur Leistung des Offenbarungseides. Demgemäß ist an und für sich auf diesen Zeitpunkt abzustellen und weder auf den Betrag des Vollstreckungstitels, noch auf den Betrag des Vollstreckungsantrags an den Gerichtsvollzieher. Bis zum Beginn des Offenbarungseidsverfahrens kann sich der Betrag des Titels verändern haben.

Die Gegenmeinung stützt sich hauptsächlich darauf, daß nach § 807 ZPO. eine Beschränkung der Eidesleistung und damit der Eideswirkung auf einen entsprechenden Teil des Vermögens des Schuldners ausgeschlossen sei. Durch Vorlage des Vermögensverzeichnis und Eidesleistung erhalte der Gläubiger alles, was er brauche. Diese Wirkung zwingt jedoch nicht zur Annahme, daß der Gläubiger an einer Beschränkung des Verfahrens auf einen Teil des Anspruchs gehindert sei. Denn genau wie das Klageverfahren kann auch ein Vollstreckungsverfahren (Möbiarvollstreckung, Immobilienvollstreckung, Offenbarungseid usw.) auf einen Forderungsteil beschränkt werden. Der Gläubiger, der über den Hauptanspruch verschiedene Teilmittel hat, kann aus einem der Teilmittel oder auch nur aus dem Kostenfestsetzungsbeschluss vollstrecken. Die Beschränkung auf einen Teilbetrag der Forderung hat überdies verfahrensmäßig die Bedeutung, daß im Falle der Zahlung desjenigen Betrags, um dessen willen das Offenbarungseidsverfahren eingeleitet ist, das Verfahren erledigt ist. Würde man die Beschränkung auf einen Teilbetrag nicht zulassen, müßte folgerichtig auch die Zahlung des Teilbetrages auf den weiteren Fortgang des Verfahrens ohne Einfluß bleiben und der Schuldner zur Leistung des Offenbarungseides gleichwohl verpflichtet bleiben, bis die volle Summe des Vollstreckungstitels gezahlt ist. Zieht man diese Folgerung nicht und mißt der Beschränkung zwar nicht für die Streitwertberechnung, trotzdem aber für die Erledigung des Verfahrens im Falle der Zahlung des beschränkten Betrags Bedeutung bei, so würde sich die unhaltbare Folgerung ergeben, daß der Gläubiger bei Einleitung eines neuen Verfahrens wegen eines weiteren Teilbetrages wiederum aus der ganzen Summe die Gebühr bezahlen müßte. Folgt man dagegen der hier vertretenen Auffassung der Zulässigkeit einer Beschränkung der Forderung im Verfahren, so erledigt sich bei Zahlung des Teilbetrages dieses Verfahrens und der Gläubiger hat bei Einleitung eines

neuen Verfahrens wegen eines neuen Teilbetrages eine neue Gebühr zu zahlen, für die jedenfalls nicht die ganze Forderung maßgebend ist.

Nun ist zwar nicht zu verkennen, daß das Interesse der Staatskasse gegen eine Beschränkung des Verfahrens auf einen Teilbetrag insofern spricht, als der Gläubiger einer hohen Forderung dem Staat Gebühren entziehen kann, wenn die Beschränkung mit Wirkung auf die Gebührenberechnung zugelassen und einschließlich der beschränkten Betrag der Gebührenberechnung zugrunde gelegt wird. In der Tat stehen hier die Interessen des Staates im Widerspruch zu denjenigen des Gläubigers. Auf der andern Seite kann, so sehr der Gebührenentziehung zum Nachteil des Staates entgegenzutreten ist, bei der Gegenmeinung eine unbillige Härte entstehen, wenn bei Vorliegen eines Titels über hohe Summen schlechthin dieser Betrag zugrunde gelegt wird. In diesem Falle wäre die Folge, daß der Gläubiger an einen Schuldner, der fruchtlos gepfändet wurde, wegen einer hohen Forderung noch große Kosten für das Offenbarungseidsverfahren hängen müßte, mit der ungewissen Aussicht, vielleicht den einen oder anderen kleinen Vermögensbestand ermitteln zu können, der nicht entfernt den vollen Betrag seiner Forderung deckt. Gar mancher Gläubiger würde in diesem Falle lieber auf das ganze Verfahren verzichten.

Diesen entgegenstehenden Interessen wird beiden Rechnung getragen, wenn man für die Streitwertberechnung überhaupt nicht den Betrag der Forderung schlechthin bindend sein läßt, die der Vollstreckungstitel bezeichnet, aber auch nicht schlechthin den Teilbetrag, auf den sich der Antrag beschränkt, sondern das Interesse des Gläubigers an Leistung des Offenbarungseides.

Dies entspricht zunächst den kostenrechtlichen Bestimmungen. Nach dem obigen Ausgangspunkt ist für das Zwangsvollstreckungsverfahren der Streitwert entsprechend den §§ 3—9 ZPO. zu berechnen. Mit dem Antrag auf Leistung des Offenbarungseides wird nun kein Zahlungsanspruch geltend gemacht, sondern ein Anspruch auf Bewirkung einer Leistung bestehend in der Vorlage des Vermögensverzeichnis und eidlicher Erhärtung seiner Richtigkeit. Es ist daher durchaus im Einklang mit dem § 9 DRRG. und § 3 ZPO. für die Wertfestsetzung das Interesse des Gläubigers an der Leistung des Offenbarungseides maßgebend. Dies hat auch das RG.: JW. 1930, 194<sup>57</sup> angenommen, wenngleich es das Interesse mit dem vom Gläubiger angegebenen Teilbetrag in jenem Falle gleichsetzt. Ist aber das Interesse des Gläubigers maßgebend, so ist das Gericht völlig frei in der Abschätzung dieses Interesses. Es wird im einzelnen Fall der Angabe des Gläubigers, er beschränke das Verfahren auf A-Mark, nur die Bedeutung beizumessen haben, daß der Gläubiger seine Interesse so hoch einschätze. Es steht nichts dagegen, daß das Gericht das Interesse darüber hinaus höher einschätzt, wenn Umstände vorliegen, welche dies begründen. Häufig wird allerdings das Interesse gering einzuschätzen sein, weil erfahrungsgemäß in der Mehrzahl der Fälle der Offenbarungseid für größere Summen keinen Erfolg verspricht. Es ist niemals bezweifelt worden, daß der Streitwert einer Klage auf Leistung des materiellen Offenbarungseides vom Gericht nach freiem Ermessen gemäß § 3 ZPO. festzusetzen ist (vgl. Stein-Jonas a. a. O. Anm. V zu § 3 und Note 7). Sachlich ist der prozessuale Offenbarungseid nichts anderes als ein Auskunftsmittel, das im Wege des Zwangs durchgeführt wird. Es besteht deshalb kein sachlicher Grund, den Streitwert anders als in jenem Falle zu berechnen.

Das Gericht hat sonach im Einzelfalle unter Berücksichtigung aller ihm zur Verfügung stehenden Mittel den Streitwert nach seinem Ermessen festzusetzen, wobei dem Betrag der beizutreibenden Forderung und der vom Gläubiger angegebenen Forderung nur die Bedeutung eines Indiz für die Abschätzung zukommt. Auf diese Weise kann ohne weiteres einer offensichtlich der Sachlage nicht entsprechenden Wertangabe des Gläubigers begegnet werden.

(LG. Frankfurt a. M., Beschl. v. 10. Mai 1933, 5/3 T 426/33.)

Mitgeteilt von GerAff. Dr. Wilh. Scharrenbroich,  
Frankfurt a. M.

\*

### Leipzig.

4. § 26 VerlG. Der Ramschpreis gilt jedenfalls dann als „niedrigster Preis“ i. S. des § 26 VerlG., wenn infolge des schlechten Absatzes der Ramschpreis zum Normalpreis geworden ist. †)

Der Schriftsteller Karl R. hat verschiedene seiner Werke der Verl. in Verlag gegeben. Die Verl. hat die genannten Werke erscheinen lassen und in dem Umfang und zu den Preisen abgesetzt.

Zu 4. Der § 26 VerlG. gibt dem Autor kein Recht auf einen vereinzelt gewährten Ausnahmepreis, sondern nur auf den, zu dem der Verleger das Werk gewöhnlich abgibt. Wenn der größte Teil der Exemplare eines Werkes, wie hier, veramscht ist, so ist der frühere — gewöhnliche — Preis zum Ausnahmepreis geworden. Die größte Zahl der Exemplare ist zum Ramschpreis ab-

wie durch die Verlagsverträge vereinbart. Im Aug. und Sept. 1931 hat sie von den noch in ihrem Besitz befindlichen Verlagswerken insgesamt etwa 6680 Stück an die Leipziger Großbuchhandlung M. zum Verramschen gegeben. Der Ramschpreis betrug für die rohen und broschierten Stücke je 0,20 RM und für das gebundene Exemplar 0,50 RM. Den Restbestand von insgesamt 998 Stück hat die Bess. zu ihrer Verfügung behalten. Sie verlangt für deren Abgabe den von ihr zuletzt festgesetzten Ladenpreis, dessen Höhe für die einzelnen Werke ebenfalls aus der Anlage A zu ersehen ist. Der Kl. fordert nach § 26 VerfG. von der Bess. die Abgabe der noch in ihrem Besitz befindlichen Exemplare zum Ramschpreis, was die Bess. verweigert hat. Kl. und Bess. haben zur Herausgabe gegen Zahlung des Ramschpreises verurteilt.

Die hier allein zur Entsch. stehende Frage ist, ob im vorl. Falle der Ramschpreis als „Niedrigster Preis“ i. S. von § 26 VerfG. angesehen werden muß oder nicht. Schrifttum und Rpr. haben, soweit ersichtlich, die Frage, ob der Kl., wenn er den weitaus größeren Teil der Verlagsbestände verramscht und nur einen geringen Teil zu seiner Verfügung behält, den er nach wie vor zu dem zuletzt festgesetzten Ladenpreis abgibt, dem Verfasser auf sein Verlangen nach § 26 VerfG. die zu seiner Verfügung stehenden Abzüge zum Ramschpreis abgeben muß, bisher nicht entschieden.

Die Entstehungsgeschichte des Gesetzes gibt für dessen Auslegung in dieser Frage keinen unmittelbaren Hinweis. In den dem Bundesrat zur Beschlussfassung vorgelegten Grundzügen „eines Gesetzes über das Verlagsrecht“ lautet der jetzige § 26 wie folgt:

„Stehen Abzüge eines Werkes der Literatur noch zur Verfügung des Verlegers, so hat er sie dem Verlagsgeber, soweit dieser es verlangt, gegen den um den vierten Teil gekürzten Ladenpreis zu überlassen.“

Bei der Beratung im Bundesrat wurde vorgeschlagen, „statt um den 4. Teil gekürzten Ladenpreis“ zu setzen „üblichen buchhändlerischen Nettopreis“. Der amtliche Entwurf brachte in § 28 folgende Best.:

„Der Verleger hat die zu seiner Verfügung stehenden Abzüge des Werkes zu dem niedrigsten Preis, für welchen das Werk für ihn abgegeben wird, dem Verfasser, soweit dieser es verlangt, zu überlassen.“

In der Begr. wurde hierzu ausgeführt:

„Die Befugnis des Verfassers, vom Verleger die Überlassung der zu dessen Verfügung stehenden Abzüge gegen Zahlung des niedrigsten Preises zu fordern, entspricht einem schon jetzt bestehenden Brauche. Sie kann nach verschiedenen Richtungen Bedeutung gewinnen, so, wenn der Verfasser eine neue Auflage veranstaltet, die Verbreitung des Werkes unterdrücken oder sie einem Dritten übertragen will. Das Recht des Verfassers erstreckt sich auch auf die nicht fest abgenommenen Sortimentsexemplare.“

Nach dem Bericht der XI. Kommission (Nr. 97 RDrucl.) war die Frage aufgeworfen worden, ob auch die vereinzelt Abgabe zu besonders niedrigen Preisen dem Verfasser Anspruch auf dessen Bewilligung gebe. Diese Frage war im ablehnenden Sinne entschieden worden. In der zweiten und dritten Beratung wurde die Best. ohne Debatte angenommen und in der jetzt vorl. Fassung Best.

Die Frage einer teilweisen Verramschung und ihre Einwirkung auf den Ankaufspreis des Verfassers nach § 26 VerfG. ist demnach überhaupt nicht in Erscheinung getreten, woraus zu schließen ist, daß man an diesen Fall überhaupt nicht gedacht hat. Von Bedeutung ist aber, aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes zu erfahren, daß die Best. „einem schon jetzt bestehenden Brauche“ entspräche (vgl. die amtliche Begr. des Gesetzes S. 77). Dieser Umstand ist für die Auslegung des § 26 VerfG. ein deutlicher Hinweis für die Beachtung des buchhändlerischen Brauches.

In dieser Beziehung ist bedeutungsvoll, die buchhändlerische WertD., weil sie hinsichtlich der darin geregelten Rechtsverhältnisse

gegeben, so daß dieser als der niedrigste Preis anzusprechen ist, zu dem der Verleger im regelmäßigen Geschäftsbetrieb das Werk verkauft.

Dieser Fall lenkt im übrigen die Aufmerksamkeit auf eine allgemeinere Frage. In dem in dem Ur. angeführten Aufsatz von P i n g e r: GewRsch. 940 ff. sind die Abkommen angeführt, die von dem Deutschen Verlegerverein und dem Börsenverein der Deutschen Buchhändler mit dem Verband Deutscher Erzähler und dem Verband der Deutschen Hochschulen bzgl. der Verramschung geschlossen sind. Vor der Verramschung soll nach diesen Abmachungen eine Benachrichtigung des Autors erfolgen, damit er Gelegenheit hat, die Restbestände zu erwerben. Es taucht nun die Frage auf, zu welchem Preise der Verfasser diese Restbestände von dem Verleger kaufen kann, ob zu dem gewöhnlichen oder zu dem,

für den Verkehr der deutschen und ausländischen Buchhändler untereinander die „allgemein im Verkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche“ feststellt (§ 1 WertD.). Im § 4 b Ziff. 5 der buchhändlerischen WertD. in der Fassung, die bis zum 7. Mai 1931 Geltung hatte, war bestimmt:

„Der Ladenpreis gilt als aufgehoben, wenn der Verleger sonstige Veranstaltungen trifft, die einer Aufhebung des Ladenpreises gleich kommen, z. B. ... größere Partien zum Wiederverkauf veräußert, ohne die Abnehmer zur Aufrechterhaltung des Ladenpreises zu verpflichten.“

Diese Best. ist nun allerdings in der neuen Fassung der buchhändlerischen WertD., die am 7. Mai 1931 in Kraft getreten ist, nicht mehr enthalten. Sie ist aber deshalb nicht etwa aus dem Bereiche der im Buchhandel geltenden Gewohnheiten und Gebräuche ausgeschieden, sondern, wie der Hinweis in § 4 b Abs. 1 zeigt, in § 5 Ziff. 8 Verkaufsd. für den Verkehr des deutschen Buchhändlers mit dem Publikum aufgenommen worden (vgl. hierzu die darüber am 3. Mai 1931 erfolgte Beschlussfassung im Börsenblatt für den deutschen Buchhandel). Die Best. hat deshalb nach wie vor ihre Geltung behalten und muß nach den Ausführungen unter II für die Auslegung des § 26 VerfG. herangezogen werden. Das bedeutet, daß im vorl. Fall angeht es der von der Bess. vorgenommenen Überlassung des weitaus größeren Teiles vom Restbestand der Verlagswerke des Kl. an die Firma M. zur Verramschung der Ladenpreis dieser Verlagswerke nach buchhändlerischem Brauche als aufgehoben gilt. Seht man davon aus, so ist außer Zweifel, daß die Bess. nicht berechtigt ist, für die nach § 26 VerfG. vom Kl. geforderte Abgabe der in ihrem Besitz noch befindlichen Exemplare den Ladenpreis zu verlangen. Vielmehr muß angenommen werden, daß im vorl. Falle der Ramschpreis als „niedrigster Preis“ i. S. von § 26 VerfG. zu gelten hat.

Diese Auslegung ist auch der Bedeutung und dem Zwecke der Vorschr. besser angepaßt als die von der Bess. vertretene Auffassung. Sie gewährt, wie auch nach der Begr. des Gesetzentwurfs nicht zweifelhaft sein kann, dem Verfasser die Möglichkeit, den Restbestand der Auflage aufzukaufen, sei es bloß in der Absicht, aus persönlichen Gründen das Werk vom Markt zu entfernen, sei es in der Absicht, dadurch und in Anwendung des Verfahrens nach § 17 VerfG. den Weg für eine neue Auflage eines Werkes gegebenenfalls durch Vertrieb seitens eines anderen Verlegers freizumachen. Dieser Zweck würde aber mindestens wesentlich erschwert, wenn man den Verfasser zum Ankauf unter solchen Bedingungen verpflichten wollte, die dem jeweiligen tatsächlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen nicht gerecht werden. In diesem Zusammenhange muß gesagt werden, daß die Teilverramschung, in gewissem Sinne, ein Widerspruch in sich selbst ist. Er gibt sich für den Verleger, wie im vorl. Falle, daß der übliche buchhändlerische Vertrieb der Verlagswerke durch den Sortimentsbuchhandel nicht mehr lohnt, so wird er vor die Frage gestellt, ob er die Restbestände makulieren oder verramschen soll. Im vorl. Falle war es so, daß die Bess. nach ihrer Aufstellung in der Zeit v. 1. Juli 1921 bis 1. Juli 1931 von den hier in Frage kommenden sechs Verlagswerken des Kl. nur insgesamt 325 Stück, also im Jahresdurchschnitt nur wenig mehr als 100 Exemplare absetzen konnte. Sie hat deshalb von den insgesamt etwa noch vorrätigen 7600 Exemplaren etwa 6600 an die Firma M. zum Verramschen gegeben. Etwa 1000 Stück, also ungefähr 13% des Gesamtbestandes hat sie zu ihrer Verfügung behalten, um ihn zum Ladenpreis noch abzusetzen. Wenn man bedenkt, daß die Bess. nach der Verramschung innerhalb eines halben Jahres 45 Exemplare abgesetzt hat, so kann man schon daraus entnehmen, daß es ihr in absehbarer Zeit keinesfalls gelingen wird, die bei ihr vorrätigen etwa 1000 Stück zum Ladenpreis zu verkaufen. Bei den regulären Verkäufen kann es sich offensichtlich bloß um solche Fälle gehandelt haben, wo der Abnehmer zufällig von der vorgenommenen Verramschung keine Kenntnis erlangt hat. Berückichtigt man, daß 87% der Restauflage auf den Markt gekommen sind, von denen je drei Verlagswerke für zusammen 6,30 RM

der bei der Verramschung erzielt wird. M. E. kommt nur der letztere in Frage, sonst würde der Verleger einen ganz unbegründeten Gewinn erzielen, denn es wird, abgesehen von besonderen Vereinbarungen, nur verramscht, „wenn nach allgemeinen verlegerischen Erfahrungen ein Absatz in irgendein nennenswerterem Umfang nicht mehr zu erzielen ist“. Den Interessen des Verlegers geschieht also Genüge, wenn er den bei einer Verramschung noch zu erzielenden Preis von dem Autor erhält. Dem Verleger kann es gleichgültig sein, ob er den Ramschpreis von dem Autor oder einem anderen erhält, ob in Wirklichkeit verramscht wird oder nicht. Der Autor dagegen hat möglicherweise ein großes Interesse daran, einen Ramschverkauf zu verhindern und selbst die noch vorhandenen Exemplare zu erwerben.

RA. Prof. Dr. S a l l e r m a n n, Münster i. W.

statt regulär für 16,60 RM abgegeben werden, so erscheint es einfach undenkbar, daß ein Abnehmer, der das Ramschangebot kennt, dieselben Werke mit gleichem Inhalt und gleicher Ausstattung zum nahezu dreifachen Preise erwirbt. Im übrigen ist es recht unwahrscheinlich, daß, wie die Vell. behauptet, nach Abgabe der Ramschexemplare eine so starke Nachfrage nach den Werken zu dem regulären Preise eintreten wird, daß sie die zurückbehaltenen Restbestände zu diesem Preise abzugeben in der Lage sein wird. Nach den Erfahrungen im Wirtschaftsleben und besonders bei Berücksichtigung der außerordentlich gesunkenen Kaufkraft weiter Kreise der Bevölkerung ist mit allergrößter Wahrscheinlichkeit anzunehmen, daß die Vell. nach dem Abzug der billigen Ramschexemplare nicht mehr in die Lage kommen wird, die gleichen Werke zu dem im Vergleich zum Ramschpreis beträchtlich höheren Ladenpreis zu verkaufen. Es bedeutet also durchaus keine Beeinträchtigung der Verlegerinteressen der Vell., wenn man sie veranlaßt, dem Autor ihre Restbestände zu dem gleichen Preise abzugeben, zu dem sie den großen Teil an die Firma M. abgegeben hat.

Durch diese Auffassung wird der Vorschr. im § 26 BerlG. nicht Gewalt angetan. Insbes. ist es verfehlt, den „Ausnahmepreis“, auf dessen Bewilligung der Verfasser keinen Anspruch hat, auch auf den Ramschpreis zu erstrecken. Die Erwähnung der Ausnahmefälle in maßgebenden Kommentaren zum BerlG. (vgl. *Allfeld*, 2. Aufl., 1929; *Soldbaum*, 2. Aufl., 1927; *Hoffmann* 1925) zeigen deutlich, daß es sich hierbei „um gelegentliche“ oder „bereinzelte“ Abgaben des Verlegers handelt. Solche Abgaben geschehen aus ganz anderen Anlässen (z. B. Jubiläumsgaben, Abgaben zu Wohltätigkeitsveranstaltungen oder an Wohltätigkeitsinstitute) als die Verramschung. Schon aus diesem Grunde kann die Verramschung diesen Abgaben nicht gleichgestellt werden.

Im übrigen ist es nicht zutreffend, daß die Verramschung nicht auch als Abgabe im Betriebe des Verlagsgeschäftes angesehen werden kann. Richtig ist daran so viel, daß sie eine Vertriebsart darstellt, die sich von dem üblichen buchhändlerischen Vertriebe ihrem Wesen nach entfernt. Aber auch außerordentliche Maßnahmen, wenn sie nur überhaupt im Betriebe des Verlagsgeschäftes vorkommen, müssen zu dem Geschäftsbetriebe gezählt werden. Die Vell. erkennt auch selbst an (vgl. ihre Ausführungen unter 2 ihres Schriftsatzes v. 24. Nov. 1932 Bl. 78), daß die Verramschung im Verlagsgeschäft heute nicht mehr die „Haupt- und Staatsaktion“ ist, als die sie in der Vorkriegszeit angesehen wurde.

Alles das spricht aber wesentlich dafür, in Fällen, wie im vorliegenden, dem Verfasser nach § 26 BerlG. Anspruch auf die Abgabe zum Ramschpreis als dem „niedrigsten Preis“ zu gewähren.

Die Vell. beruft sich schließlich für ihren Standpunkt auf den Aufsatz des *RGK. Dr. Pinzger*, Betrachtungen über verlagsrechtliche Zweifelsfragen: *GewRsch.* 1932, 49 ff. Diese Bezugnahme ist aber nicht geeignet, ihren Standpunkt zu stützen. Ausdrücklich ausgesprochen wird in diesem Artikel überhaupt nicht, daß der Verfasser bei einer „Teilverramschung“ für die noch beim Verleger vorhandenen Bestände den Ladenpreis bei Ausübung seines Ankaufsrechtes nach § 26 BerlG. bezahlen muß. Nur in bezug auf den hier nicht in Betracht kommenden Fall der Teilverramschung beschädigter Exemplare wird in dem Artikel gesagt (S. 948):

**Zu 5.** Der Beschl. betrifft die Frage: kann im Strafverfahren der Antrag auf Urteilsausfertigung von der vorherigen Einzahlung der Schreibkosten dafür abhängig gemacht werden? Die Frage wurde *ZW.* 1929, 2629 f. an Hand eines Beschl. des *OLG. Dresden* behandelt. Dresden bejahte sie gegenüber einer verneinenden Praxis des *RG.* Mittlerweile ist auch eine Entsch. des *Hans-OLG.* ergangen (*JurRdsch.*, *HöchstRspr.* 1932, Nr. 1529). Sie schließt sich Dresden an. Wie der obige Beschl. zeigt, hat dieser Standpunkt nun auch Eingang in die Berliner Praxis gefunden. Dabei ist aber festzuhalten, daß es sich immer nur um den Fall handelt, daß der Angekl. vor Rechtskraft eines freisprechenden und die Kosten der Staatskasse auferlegenden Urteils den Antrag stellt. Ist das Urteil, das den Angekl. freispricht und „die Kosten der Staatskasse auferlegt“, rechtskräftig, dann kann von § 76 Abs. 2 *GG.* nicht mehr Gebrauch gemacht werden, und dem Freigesprochenen ist auf Antrag und ohne Vorwegleistung der Schreibkosten die Ausfertigung zu erteilen. Nur so ist es zu verstehen, wenn *Boewe-Rosenberg* auch in der neuesten (19.) Auflage des *Komm.* zu § 35 *StPD.* Nr. 10 erklärt, „die Erteilung (sc. der beantragten Ausfertigung für den Freigesprochenen) erfolgt gem. § 467 kostenfrei. Damit ist über die im obigen Beschl. beantwortete Frage nichts gesagt, was auch nicht unbedingt nötig war, denn die Tragung der Kosten des Verfahrens und die vorläufige Einzahlungspflicht sind voneinander verschieden, und nur jene richtet sich nach der *StPD.* Auch die erwähnte Entsch. des *Hans-OLG.* unterwirft die Schreibkosten für die Urteilsausfertigung dem Be-

„Ist dagegen nur ein beschädigter Teil des Lagerbestandes zu herabgesetztem Preise verkauft, so berührt das im übrigen den Ladenpreis und den danach zu berechnenden niedrigsten Preis des § 26 nicht. Unbeschädigte Exemplare aus dem Restbestand des Verlegers zu Ramschpreisen zu verlangen, ist der Verfasser aber keinesfalls berechtigt.“

Diese Bemerkungen lassen keinen Schluß zu auf die Auffassung *Pinzger*s über den Preis, den im vorl. Falle der Verfasser zahlen muß. Seine Ausführungen zeigen aber deutlich, daß er bei der Teilverramschung (S. 946 f.) einen grundsätzlichen Unterschied macht in der Hinsicht, ob es sich um die Verramschung beschädigter Exemplare handelt oder unbeschädigter Exemplare (wegen mangelnden Absatzes). Diese beiden Fälle können auch begrifflich einander nicht gleichgestellt werden. Die beiden einzigen Sätze, die auf den vorl. Fall Bezug haben, lauten:

„Verkauft der Verleger, nur weil das Werk unverkäuflich geworden ist, den größten Teil seines Bestandes an den Restbuchhändler, so kann der Verfasser verlangen, daß er so behandelt wird, als ob die ganze Auflage verkauft wäre. Eines Ankaufs des vom Verleger zu behaltenden Restbestandes bedarf es also gar nicht.“

Offenbar hat *Pinzger* dabei im Auge, daß der Verfasser in diesem Falle ebenfalls berechtigt sei, nach § 17 BerlG. vorzugehen. Über den von ihm anzulegenden Preis, wenn er von seinem Ankaufsrecht nach § 26 BerlG. Gebrauch macht, wird in diesem Artikel nichts gesagt.

Schließlich ist zu beachten, daß das vom *KL.* überreichte Privatgutachten eines Verlegers, noch dazu des Vorsitzenden der Vereinigung schönwissenschaftlicher Verleger, ebenfalls den Standpunkt vertritt, daß die Verramschung eines großen Postens eines Wertes mit der Aufhebung des Ladenpreises und dem Zurückziehen des Werkes aus dem regulären Buchhandel überhaupt gleichbedeutend sei und zur Folge habe, daß die Forderung des Verlegers für den Ankauf nach § 26 BerlG. einen Preis zu zahlen, der nicht mehr besteht, völlig unbegründet sei. Angesichts der Stellung, die der Verfasser des Gutachtens als Vorsitzender der Vereinigung schönwissenschaftlicher Verleger annimmt, ist ohne weiteres anzunehmen, daß er die in dieser Organisation herrschende Auffassung zutreffend wiedergibt. Was die Vell. gegen das Gutachten anführt, ist nicht geeignet, diese Annahme irgendwie zu erschüttern.

Nach alledem muß für den vorl. Fall davon ausgegangen werden, daß als „niedrigster Preis“ i. S. von § 26 BerlG. der Ramschpreis zu gelten hat.

(*RG. Leipzig*, Ur. v. 21. Dez. 1932, 3 Dg 101/32.)

Mitgeteilt von *RA. Dr. Wilhelm Hoffmann*, Leipzig.

## Berlin.

## b) Strafsachen.

**5.** § 71 *GG.* Die Erteilung einer Urteilsabschrift kann davon abhängig gemacht werden, daß der Antragsteller vorher einen die Kosten deckenden Betrag zahlt. f)

Die Frage der Kostenzahlung wird nicht durch die *StPD.*, sondern durch das *GG.* geregelt. Nach § 1 *GG.* werden in den vor die ordentlichen Gerichte gehörigen Rechtsachen, auf welche insbes. auch die *StPD.* Anwendung fin-

griff der „Kosten des Verfahrens“ und läßt sie durch eine entsprechende Kostenentsch. im freisprechenden Ur. als der Staatskasse auferlegt gelten. Der Anspruch, daß „die notwendigen Auslagen“ der Staatskasse auferlegt werden, wird also, soweit diese Entsch. erkennen läßt, vom *Hans-OLG.* nicht mehr verlangt. Die Praxis kommt darnach zu dem rechtspolitisch durchaus befriedigenden Ergebnis, daß der rechtskräftig Freigesprochene, auch wenn die Klausel über die notwendigen Auslagen nicht in der Kostenentsch. enthalten ist, kostenlos eine Urteilsausfertigung erhält, durch die er sich auch nach außen hin gegenüber dem nicht begründeten oder nicht bewiesenen Vorwurf der strafbaren Handlung rehabilitieren kann. So nach der *StPD.*

Soweit aber die freisprechende Entsch. noch nicht rechtskräftig ist, muß die eingangs gestellte Frage lediglich aus dem *GG.* entschieden werden. Das erkennt die Berliner Praxis mit dem obigen Beschl. nunmehr an. Durch diese Beschränkung wird der Pflicht zur Vorwegleistung der Schreibkosten (wie *Baumhach* in seinem Kostenkommentar zutreffend statt des schiefen gesetzlichen Ausdrucks „Schreibgebühren“ in § 71 *GG.* sagt) die Härte genommen, denn der Freigesprochene wird in den meisten Fällen die Rechtskraft des Urteils abwarten können. Vorwegleistungspflicht für die Schreibkosten und Schuld für die Verfahrenskosten stehen also jetzt in folgendem Verhältnis:

- vor Rechtskraft der Entsch.: Vorwegleistungspflicht für die Schreibkosten ohne Rücksicht auf den Inhalt der Entsch.,
- nach Rechtskraft der Entsch., Vorwegleistungspflicht des

de t, Gebühren und Auslagen der Gerichte nach Maßgabe dieses Gesetzes erhoben. Als solche Auslagen des Gerichts kommen insbes. die Schreibgebühren in Betracht, die nach § 71 GKG. für solche Abschriften erhoben werden, die — wie die hier in Betracht kommenden — nur auf Antrag erteilt werden. Für Abschriften, die nur auf Antrag erteilt werden, sind Schreibgebühren gem. § 71 Abs. 1 und § 4 GKG. zu erheben. Diese werden sofort nach Ausfertigung oder Absendung der Schriftstücke fällig; auch kann die Ausfertigung von der vorherigen Zahlung eines die Kosten bedeckenden Betrages abhängig gemacht werden. Schuldner dieser Schreibgebühren ist nach § 80 GKG. der Antragsteller. Die Erteilung der Urteilsabschrift ist daher zu Recht von dem Eingange des erforderlichen Kostenvorschusses abhängig gemacht worden (vgl. im Einzelnen: JW. 1929, 2629).

(LG. I Berlin, Beschl. v. 24. Jan. 1933, 1 Ju K L 9/32 [263/32].)

6. §§ 114 d, 303 StPD. Der Antrag auf Haftprüfung kann bis zur Entscheidung im Haftprüfungsverfahren zurückgenommen werden.

Durch den angefochtenen Beschl. war im Haftprüfungstermin trotz vorausgegangener Rücknahme des Antrages auf Anordnung eines Haftprüfungstermins entschieden worden. Diese Entsch. war erfolgt, weil im Haftprüfungstermin sich der Angekl. und sein Verteidiger bereits zur Sache geäußert hatten. Der Untersuchungsrichter hatte darum in entsprechender Anwendung des § 303 StPD. die Rücknahme des Antrages aus § 114 d StPD. für unzulässig erklärt. Diese Ansicht ist nicht zutreffend. Das Haftprüfungsverfahren ist kein Rechtsmittel i. S. der StPD. Das

zur Tragung der Verfahrenskosten Verurteilten, keine Vorwegleistungspflicht des Freigeprochenen, auch wenn im Kostenteil lediglich „die Kosten des Verfahrens“ der Staatskasse auferlegt sind und der Zusatz fehlt, daß der Staatskasse die notwendigen Auslagen des Angekl. auferlegt werden. Der Freigeprochene, der sich vor Rechtskraft einer Urteilsausfertigung unter Vorwegleistung der Schreibkosten hat geben lassen, kann diese Kosten als Verfahrenskosten liquidieren. Das Hanf. OVG. hat übrigens in seinem erwähnten Beschl. das gleiche Recht auch dem Nebenfl. zugesprochen.

Richter Friedr. Dender, Hamburg.

Zu 7. § 115 RVD. verpflichtet die öffentlichen Behörden — also auch die Gerichte —, den im Vollzug dieses Gesetzes — der RVD. — an sie ergehenden Ersuchen der „Organe der Versicherungsträger“ zu entsprechen, sowie auch solcher der Versicherungs- und anderen „öffentlichen Behörden“. Zu letzteren gehören unzweifelhaft weder die Krankenkassen selbst noch die Verbände der Krankenkassen (§ 406 RVD.). Die Verbände der Krankenkassen sind andererseits auch keine „Versicherungsträger“. Hinsichtlich der Legitimation zu Rechtshilfeersuchen i. S. des § 115 RVD. sind sie aber diesen gleichzustellen, weil sie nach § 407 RVD. gewisse Aufgaben der Versicherungsträger für diese übernehmen können. Diese aus wohlwolligen Gründen den Kassenverbänden gegebene Befugnis darf nicht daran scheitern, daß ihnen erforderlichenfalls die Möglichkeit der Rechtshilfe nach § 115 RVD. verweigert wird, um so weniger, als nach § 408 RVD. auf die Kassenverbände die §§ 4—34 RVD. anzuwenden sind, sie also wie die Kassen selbst Organe haben (§§ 4 ff. RVD.), die nach § 23 RVD. wie Vormünder haften, und nach §§ 30 ff. RVD. einer Aufsicht unterliegen, was gerade im Falle der Aktenübersendung wichtig ist. Demnach sind auch die Kassenverbände nach § 406 RVD. gegebenenfalls als rechtshilfeberechtigt gem. § 115 RVD. anzusehen. Diese Rechtshilfe erstreckt sich nicht nur auf solche Handlungen, die an sich die ersuchende Stelle selbst vorzunehmen hätte, aber aus bestimmten Gründen nicht vornehmen kann, sondern sie umfaßt nach der ständigen Rspr. des RVerf. (E. 2768 RVerf. Nachr. 1914, 802; E. 2551 RVerf. Nachr. 1919, 441; ferner E. v. 11. Dez. 1929: EuM. 26, 426 Nr. 180) die Pflicht gewisser Dienststellen, sich bei Erledigung von Aufgaben, die an sich anderen Dienststellen obliegen, helfend zu betätigen, sich gegenseitig Beistand zu leisten (Beistandspflicht im Gegensatz zur Rechtshilfepflicht i. e. S.). Ob und in welchem Umfang Ersuchen um Mitteilung von Akten sich begrifflich als Rechtshilfeersuchen darstellen, was die E. 2768 dahingestellt läßt, kann deshalb zweifelhaft sein, weil hier die begehrte Handlung — die Aktenübersendung — als solche von der ersuchenden Stelle nicht vorzunehmen wäre. Aber im Rahmen der allgemeinen Beistandspflicht liegt auch ein solches Ersuchen, und § 115 RVD. ist immerhin mittelbar darauf anzuwenden (vgl. den Bescheid des RVerf. v. 11. Mai 1914: EuM. 4, 423). Die ersuchte Stelle hat mithin zu prüfen, ob das Ersuchen um Aktenübersendung überhaupt „im Vollzug“ der RVD. ergangen ist. Diese Prüfung setzt voraus, daß das Ersuchen wenigstens kurz darlegt, um was es sich handelt, wem/whon die ersuchende Stelle ihre Darlegungen nicht glaubhaft zu machen braucht. In dem vorl. Falle hat das Gericht diese Prüfung vorgenommen und hat dabei namentlich auf den

ordentliche Rechtsmittel gegen den Erlaß des Haftbefehls ist die Beschw. Neben diesem läuft das Haftprüfungsverfahren, welches insbes. kein Rechtsmittelzug ist, weil es vor dem Richter stattfindet, welcher den Haftbefehl erlassen hat. § 303 StPD. findet darum keine Anwendung.

Mangels einer besonderen Best. kann der Antrag aus § 114 d StPD. somit bis zur Entsch. im Haftprüfungsverfahren zurückgenommen werden. Nach erfolgter Rücknahme ist für eine Entsch. kein Raum mehr.

Ein Rechtshutzinteresse hat der Angekl. aus den Gründen des § 114 d Abs. 3 StPD.

(LG. II Berlin, Strk. 1 a, Beschl. v. 20. Jan. 1933, 11 a Q 39/33.)

7. Der Verband der Krankenkassen ist Behörde i. S. § 115 Abs. 1 RVD. v. 15. Dez. 1924 (RWB. 791) gemäß §§ 406 ff. a. a. O., und demgemäß berechtigt, ein Ersuchen um Übersendung von Gerichtsakten oder Urteilsgründen zu stellen. f)

Das Ersuchen des Beschw. um Übersendung der Akten oder der Urteilsgründe ist im Vollzuge der Versicherungsordnung gestellt. Denn nach § 407 a. a. O. obliegt es dem Beschw., Verträge mit Ärzten zu schließen und die Krankenbehandlung zu übernehmen. Diese Aufgaben können die Versicherungsverbände nur erfüllen, wenn ihnen alles Material, das die Krankenbehandlung, insbes. auch das Verhalten der bei ihnen beschäftigten Ärzte betrifft, zur Verfügung gestellt wird. Da es sich im vorl. Falle gerade um derartige Dinge handelt und das Ur. sich auch dar-

§ 407 RVD. hingewiesen, dem es entnimmt, daß die Kassenverbände auch „die Krankenbehandlung zu überwachen“ hätten. Das trifft nicht zu. § 407 Nr. 3 RVD. sagt vielmehr: „Die Kranken ... überwachen“, d. h. das Verhalten der Patienten (Übertreten von Ausgangsverbots, Arbeitsleistung angeblich Arbeitsunfähiger usw.) kontrollieren, nicht aber die Krankenbehandlung als solche, die eine Kontrolle der Ärzte bedeuten würde. Für den vorl. Fall ist das allerdings nur von nebensächlicher Bedeutung. Der Tatbestand läßt zwar nicht mit Sicherheit erkennen, welche Umstände dem Ersuchen um Aktenübersendung zugrunde liegen. Anscheinend will aber der Kassenverband einen kassenärztlichen Gesamtvertrag abschließen und braucht dazu gewisse in den angeforderten Akten vermutete Unterlagen, z. B. über die Behandlungs-, insbes. Verschreibeweise der Kassenärzte oder über Verschreibungen von solchen. Das kann für den Vertragsabschluß, namentlich hinsichtlich der Vereinbarungen über das Arzthonorar, über die Verordnung von Arznei und Heilmitteln und über die Kontrolle der kassenärztlichen Tätigkeit von Bedeutung sein. Der Kassenverband bedarf mithin dieser Unterlagen, um auf Grund der Ermächtigung des § 407 Abs. 1 Nr. 2 RVD. den Gesamtvertrag so zu schließen, wie das Gesetz es erfordert. Es handelt sich dabei nicht um einen rein privatrechtlichen Vertrag, wie etwa ein Mietvertrag, den die Kasse mit einem Hausbesitzer schließt, sondern um einen Vertrag des öffentlichen Rechts, dessen Abschluß § 368 RVD. zwingend vorschreibt. Ein diesem Vertragsabschluß dienendes Ersuchen um Rechtshilfe i. w. S. ergeht mithin „im Vollzug“ der RVD. gem. § 115 RVD. Dafür spricht auch die Erwägung, daß das Schiedsamt, das notfalls den Inhalt des freiwillig nicht zustande gekommenen Gesamtvertrages zu bestimmen hat (§ 368 c Abs. 3 RVD.), seinerseits dabei eine öffentliche Behörde um Rechtshilfe gem. § 115 Abs. 1 RVD. angehen kann (§ 20 SchiedsamtD.). Was hier auf dem Umwege über das Schiedsamt schließlich doch zu erreichen ist, muß schon aus Gründen der Zweckmäßigkeit der Krankenkasse oder dem Kassenverbande zugestanden werden, der freiwillig der öffentlich-rechtlichen Pflicht zum Abschluß eines Gesamtvertrages nachkommen will. Allerdings kann ein Rechtshilfeersuchen dann abgelehnt werden, wenn es zwecklos ist (vgl. die E. des RVerf.: EuM. 8, 20), z. B. dann, wenn die angeforderten Akten hinsichtlich der das Rechtshilfeersuchen veranlassenden Frage nichts Wesentliches ergeben. Mit Recht hat also vorliegend das Gericht das Ersuchen um Aktenübersendung auch unter diesem Gesichtswinkel geprüft, indem es ausdrücklich festgestellt, daß die angeforderten Akten gerade über die wesentlichen Punkte Material enthalten. Greift, wie hier, der eben erwähnte Ablehnungsgrund nicht durch, so könnte die geforderte Aktenübersendung freilich immer noch deshalb abgelehnt werden, weil die Akten für die ersuchte Stelle zur Zeit unentbehrlich sind (vgl. die E. des RVerf.: EuM. 4, 423 und auch den Erl. des RVerf. v. 29. Aug. 1930: EuM. 28, 245). Gerade in solchen Fällen kann aber die auch hier hilfsweise geforderte Mitteilung einer Abschrift aus den betreffenden Akten, z. B. die Abschrift der Gründe eines Ur. angebracht sein. Entstehen bei ersuchter Stelle bare Auslagen durch die Rechtshilfe, so werden sie nach § 117 RVD. erstatet; hierzu gehören nach der zur Zeit wohl überwiegenden Auffassung der Praxis regelmäßig auch Schreibgebühren der Gerichte, die durch derartige Abschriften entstehen.

SenPräs. Kühne, Berlin.

über ausspricht, läßt sich die Auffassung des Beschw., daß er im Vollzuge der R.W. sein Ersuchen stellt, durchaus vertreten.

(LG. III Berlin, 1. Str.R., Beschl. v. 5. Nov. 1932, 1 Q 580/32.)

\*

Hamburg.

S. §§ 63, 67 RABGB. Bei Wiederaufhebung der Verbindung von Prozessen oder bei Zerlegung infolge Abtrennung des Verfahrens gegen einen der Angeklagten greift die Vergünstigung der geforderten Gebührenberechnung Platz.

Da die Verbindung mehrerer Privatklageprozesse kostenrechtlich dazu führt, daß vom Zeitpunkt der Verbindung an für den Kl. die Vergünstigung, seine Gebühren gesondert nach den früheren Einzelprozessen zu berechnen, entfällt, so ist andererseits nicht einzusehen, warum nicht für den Anwalt bei Wiederaufhebung der Verbindung oder bei Zerlegung des Prozesses in mehrere Prozesse, wie sie durch die Abtrennung des Verfahrens gegen den einen Angekl. hier bewirkt worden war, die Vergünstigung der gesonderten Berechnung Platz greifen sollte.

(LG. Hamburg, 3. Str.R., Beschl. v. 22. Dez. 1932, III 1183/32.)

Mitgeteilt von Kl. J. Schröder, Hamburg.

B. Arbeitsgerichte.

Reichsarbeitsgericht.

Berichtet von Rechtsanwält Dr. W. Doppermann, Dresden.

1. §§ 823 Abs. 2, 826 BGB. Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit eines Woylottis. †)

Die Sittenwidrigkeit kann sich aus dem mit der Handlung verfolgten Zweck oder aus dem zur Erreichung des Zweckes angewendeten Mittel ergeben. Daß das von dem Bekl. zu 2 erstrebte Ziel, bei der Besetzung von freien Arbeitsplätzen diejenigen, die das bittere Los der Arbeitslosigkeit schon länger getragen haben, vor den erst kürzere Zeit arbeitslosen Arbeitskollegen zu bevorzugen, ein hohes sittliches ist, zumal in der heutigen Zeit größter allgemeiner Arbeitslosigkeit, darüber ist kein Wort zu verlieren.

Das angewendete Mittel entspricht aber nicht der Anschauung aller billig und gerecht Denkenden und verstößt deshalb gegen die guten Sitten. Es ist richtig, daß bei der Feststellung, was solcher Anschauung entspricht, auf die Anschauung der Kreise besonders Rücksicht zu nehmen ist, welche von der zu beurteilenden Handlungsweise unmittelbar betroffen werden. Diese Rücksichtnahme muß sich jedoch in den Grenzen halten, die ihr durch die Anschauung der Allgemeinheit gezogen werden. Die Anschauung der unmittelbar beteiligten Kreise darf sich mit der Allgemeinheit nicht in Widerspruch setzen. Nun muß füglich sogar bezweifelt werden, daß selbst in den Kreisen der Gewerkschaften die Anschauung vorherrscht, daß derjenige, der auf ordnungsmäßige Weise eine Arbeitsstelle erlangt hat, sie demjenigen, der schon länger als er arbeitslos war, zu überlassen hat. Jedenfalls steht aber eine solche Auffassung mit dem, was im Volke allgemein für billig und gerecht gehalten wird, nicht im Einklang, und dies gilt in erhöhter Maße für die Beurteilung des Vorgehens einer Gewerkschaft gegen ihr nicht angehörige Arbeiter. Ein solches Vorgehen bedeutet zudem einen Eingriff in das Wirtschaftsleben, wie er den Berufsvereinigungen, gleichgültig, ob Arbeitnehmer- oder Arbeitgebervereinigungen, geschweige denn einer einzelnen Berufsvereinigung, von der Allgemeinheit nicht zugebilligt wird. Es ist vielmehr Sache der Arbeitsämter, bei Besetzung freier Arbeitsstellen gem. § 58 ArbVermG, auch die Dauer der Arbeitslosigkeit der beteiligten Anwärter zu berücksichtigen. Verlezt ein Arbeitsamt diese Pflicht, so ist es das Recht einer Gewerkschaft, im Interesse ihrer Mitglieder darüber Beschw. zu führen. Sie darf aber, wenn nicht das Wirtschaftsleben durch solchen Eingriff in unzulässiger und empfindlicher Weise gestört werden soll, die von ihr für richtig gehaltene Besetzung einer freien Arbeitsstelle nicht mit Stillsetzungsdrohungen selbst erzwingen.

Anderß kann die Sache liegen gegenüber einem Mitglied der Gewerkschaft, das mit der Erlangung einer Arbeitsstelle eine Verbandspflicht verletzt hat.

(RABG., Ur. v. 17. Febr. 1932, RAG 483/31. — Bremen.)

\*

Zu 1. Bgl. RAG 328/28 v. 23. Jan. 1929: JW. 1932, 2751 = RABG. 3, 125; RAG 18/30 v. 21. Mai 1930: JW. 1931, 1284; RAG 233/30 v. 8. Nov. 1930: JW. 1932, 2751.

2. § 95 BetrRG. Wenn der Arbeitgeber kündigt, um die Betroffenen bei einer Wahlbewerbung auszuschalten, so ist diese Kündigung rechtswidrig, auch wenn sie vom Betriebsrat angeregt ist.

Von der Arbeitgeberin war zwar die Kündigung, der Anstoß dazu aber ging von dem Arbeiterrat oder seinem Vorstehenden aus, weil jener die Mitglieder des gegnerischen Verbandes hinter anderen zurücksetzen wollte, insbesondere mit dem Ziel, die Erlangung des Betriebsamts durch die Kl. oder einige von ihnen zu verhüten. Der Arbeiterrat hat die Kl. zur Kündigung vorgeschlagen, während er gleichzeitig in Verfolgung des Einspruchs anderer Arbeiter die Rücknahme der Kündigung jener betrieb. Die Rev. meint, auch wenn der Arbeitgeber Beweggrund und Ziel des Arbeiterrats im Sinne der Feststellung des Betr. erkannt habe, habe die Bekl. dem Vorschlag des Arbeiterrats folgen dürfen. Der Arbeitgeber habe die Motive des Arbeiterrats nicht zu prüfen, er müsse das Recht haben, sich bei Kündigungen schon vorher über die etwaige Stellung des Arbeiterrats zu einem Einspruchsverfahren zu unterrichten, um demgemäß seine Auswahl bei der Kündigung zu treffen. Im anderen Fall würde er bei jeder Kündigung Gefahr laufen, erst die ganze Belegschaft kündigen zu müssen, um schließlich festzustellen, bei welcher Kündigung der Arbeiterrat den Einspruch ablehne. Habe der Arbeitgeber aus wirtschaftlichen Gründen Kündigungen vornehmen müssen und habe er sich in der Auswahl ohne erheblichen eigenen Anteil an den Vorschlag des Arbeiterrats gehalten, so sei dieser wirtschaftliche Beweggrund maßgeblich. Dann treffe aber § 95 BetrRG. im Hinblick auf den Arbeitgeber nicht zu. Nach der ständigen Rspr. des RABG. genügt es aber zum Verstoß gegen diese Rechtsnorm, wenn der Arbeitgeber der betrieblichen Rechtsstellung der Betroffenen, insbes. ihrer Wahlbewerbung durch die Kündigung entgegengetreten will (RABG. 1, 336<sup>1</sup>); 5, 177; 8, 173<sup>2</sup>). Etwas Abweichendes kommt auch in dem von der Rev. angezogenen Ur. RABG. 3, 33<sup>3</sup>) nicht zum Ausdruck.

Den Willen der Bekl., die Kl. gerade im Hinblick auf ihre Wahlbewerbung durch Kündigung auszuschalten, stellt der Betr. ungewissheit und für die Rev. nicht angreifbar fest. Deshalb ist es in diesem Zusammenhang unerheblich, ob der Vertreter der Bekl. zu seinem Entschluß nur oder im wesentlichen aus dem Beweggrund gekommen ist, weil er angesichts der Haltung des Arbeiterrats die für den Betrieb notwendigen Kündigungen in der Richtung des geringsten Widerstands, also mit dem Arbeiterrat durchsetzen wollte.

Unter diesen Umständen kann es ferner dahinsehen, ob die Bekl. dem Arbeiterrat, wenn dieser die Kl. wegen ihrer Verbandsbeteiligung pflichtwidrig benachteiligen wollte, dieses Umstands bewußt, folgen durfte, ohne gegen Art. 159 RVerf. zu verstoßen.

(RABG., Ur. v. 6. Febr. 1932, RAG 358/31. — Stuttgart.)

\*

\*\* 3. §§ 1, 2 TarWB. Keine echte Tarifkonkurrenz i. S. § 2 Abs. 2, wenn eine Tarifbeteiligung zufolge Verbandszugehörigkeit neben einer Tarifbeteiligung durch einzelvertragliche Berufung auf einen TarVertr. besteht. In solchem Fall ist vielmehr, wegen des Vorrangs der Gesamtvereinbarung vor dem Einzelarbeitsvertrag, stets die erstere maßgebend, auch wenn der Eintritt in den Verband erst nach dem Abschluß des Einzelvertrags erfolgte. †)

(RABG., Ur. v. 16. April 1932, RAG 631/31. — Stettin.)

(= RABG. 11, 57.)

Zu 3. Dem Urteil ist im Ergebnis zuzustimmen: Der Charakter der sog. Berufung auf einen TarVertr. gem. § 1 Abs. 2 TarWB. ist überaus bestritten. Während viele annehmen, daß die Berufung auf den TarVertr. keine weitere Bedeutung habe, als daß die Beteiligten des Arbeitsvertrags einen den Tarifbestimmungen entsprechenden Inhalt des Arbeitsvertrags vereinbaren (vgl. Molitor, Komm. z. TarWB. S. 95 ff.), hat sich das RABG. neuerdings der weitergehenden Meinung (vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrb. d. ArbR. 2, 3/5, S. 215 f.) angeschlossen, daß eine Berufung auf den TarVertr. auch in der Weise erfolgen könne, daß durch die Berufung echte Tarifwirkung mit allen Folgen, insbes. auch der Unabdingbarkeit eintritt (vgl. RABG. v. 20. Jan. 1931: BenschSamml. 14, 104 ff.). Die Folge davon ist, daß die Berufung nicht eine unechte Tarifkonkurrenz herbeiführt (vgl. Molitor, Komm. z. TarWB. S. 157 ff.), sondern eine echte Tarifkonkurrenz. Trotzdem will das RABG. nicht folgerichtig, wie Hueck-Nipperdey 2, 3/5, S. 293 tut, die Grundzüge einer echten Tarifkonkurrenz anwenden, sondern den TarVertr. kraft Verbandszugehörigkeit dem TarVertr. kraft Berufung schlechthin vorgehen lassen, wie es der erstgenannten Ansicht entsprechen würde. Das zeigt, daß die angeführte Rspr. des RABG. über die Bedeutung der Berufung auf den TarVertr. nicht nur gekünstelt ist, sondern auch vom RABG. selbst als wenig zweckmäßig in den Folgen empfunden wird.

Prof. Dr. E. Molitor, Greifswald.

1) JW. 1928, 2651. 2) JW. 1932, 1306. 3) JW. 1929, 1315.

## C. Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte.

## I. Reich.

## Reichsdisziplinarhof.

Berichtet von R. Dr. Görres, Berlin.

## 1. Dienstentlassung bei Sittlichkeitsverbrechen.

Angesch. ist wegen unzüchtiger Handlungen an vier Mädchen unter 14 Jahren (§ 176 Abs. 3 StGB.) rechtskräftig zu neun Monaten Gefängnis verurteilt worden.

Als Dienststrafe für solche Verfehlungen kommt nach ständiger Rpr. des RDiszH. auch bei mannigfachen Milderungsgründen nur Dienstentlassung in Betracht. Staat, Volk und Beamtenenschaft haben an Reinhaltung des Beamtenstandes ein Lebensinteresse.

(RDiszH., Urt. v. 14. Nov. 1932, F 147/32.)

\*

2. Nach ständiger Rechtspredung sind an die Feststellungen des Strafrichters die Disziplinargerichte gebunden. Wirkungen der Bestechung.

RDiszH. sieht keine Veranlassung, von dieser Rpr. abzugehen. Sie beruht auf den Vorschr. des für das Disziplinarverfahren gegen Reichsbeamte allein maßgebenden RVO. (vgl. Entsch. v. 1. April 1874 u. v. 24. Febr. 1902, Schulze-Simons S. 346 ff., 349 ff.). Nur eine Änderung der einschlägigen Best. des RVO. selbst wäre geeignet, eine andere Beurteilung herbeizuführen. Daß die neuere preuß. Gesetzgebung einen abweichenden Standpunkt einnimmt und die Bindung des Dienststrafrichters an die strafgerichtlichen Feststellungen (soweit sie im preuß. Disziplinarrecht überhaupt anerkannt war) gelockert hat, kann die Auslegung des RVO. nicht beeinflussen.

Auch der Umstand, daß der Angesch. ursprünglich selbst im preuß. Dienst gestanden hat und nur infolge des Übergangs der Eisenbahnverwaltung aus dem Bereiche der Landeshoheit in diejenige des Reiches aus dem preuß. Dienst ausgeschieden und in den Reichsdienst — später infolge der Reichsbahngesellschaft in den mittelbaren Reichsdienst — übergetreten ist, vermag nichts daran zu ändern, daß für ihn das RVO. und die daraus folgende Bindung des Disziplinarrichters an die strafgerichtlichen Feststellungen gilt (RDiszH. v. 14. Jan. 1929, Foerster-Simons S. 13).

Bei der Strafbemessung steht die Bestechung im Vordergrund. Ein Beamter, der der Bestechung überführt ist, kann grundsätzlich nicht in Dienst belassen werden. Die Unbestechlichkeit des Beamtentums ist eine der wesentlichsten Grundlagen des Staates. Der Staat muß sich auf die Lauterkeit seiner Beamten verlassen können. Das öffentliche Interesse fordert, daß der Beamte seine Pflicht um ihrer selbst willen tut und sich die Erfüllung seiner dienstlichen Obliegenheiten, geschweige denn pflichtwidrige Handlungen, nicht durch Dritte abkaufen läßt. Jeder Fall der Bestechlichkeit ist geeignet, das Vertrauen der Öffentlichkeit nicht nur in den Beamter selbst, sondern zugleich in die amtlichen Einrichtungen überhaupt zu erschüttern.

Das gilt in besonderem Maße für Beamte, die sich in leitender Stellung befinden. Auf sie blickt die übrige Beamtenenschaft. Sie sollen die Vorbilder sein, nach denen die anderen Beamten sich richten. Deshalb kann bei einem leitenden Beamten, der einer Bestechung überführt wird, noch weniger als bei anderen Rücksticht auf persönliche Verhältnisse genommen werden. Die Notwendigkeit der Reinhaltung des Beamtenstandes überwiegt jedes andere Interesse.

Erschwert wird die Tat dadurch, daß er dienstlich mit der Vergütung von Aufträgen und Lieferungen befaßt war. In noch höherem Grade als bei allen anderen Beamten muß bei solchen Beamten auf Unbestechlichkeit und Lauterkeit Wert gelegt werden.

Eine andere Strafe als die Dienstentlassung kann unter diesen Umständen dem Angesch. gegenüber keinesfalls in Betracht kommen.

(RDiszH., Urt. v. 15. Nov. 1932, F 121/32.)

## Reichsfinanzhof.

Berichtet von Reichsfinanzrat Dr. Voethke, Reichsfinanzrat Artl und Reichsfinanzrat Dr. Georg Schmauser, München.

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

## A. Gutachten.

1. § 433 Abs. 2 RVOGD. Das FinA. kann in Beschlag genommene Sachen, deren Wertminderung zu befürchten ist, auf Grund von § 433 Abs. 2 RVOGD. nach 3 Tagen, bei Gefahr im Verzuge auch schon vorher, im Zwangsverfahren verkaufen lassen.

(RFS., Großer Sen., Gutachten v. 15. Mai 1933, GrSD 1/33 S.)

## B. Entscheidungen.

2. § 18 Nr. 3 der 1. StAmnestiVO. Eine Eröffnung zum Ausschluß der Amnestievergünstigungen liegt auch vor, wenn im Dienststrafverfahren gegen einen Steuerbeamten die in diesem Verfahren tätige Steuerbehörde Kenntnis von einer gewerblichen Tätigkeit des Beamten, nach der bestimmte steuerpflichtige Werte, wenn auch nur im Wege der Schätzung, feststellbar sind, erhalten und dem Beamten diese Kenntnis eröffnet hat.

(RFS., 5. Sen., Urt. v. 10. März 1933, VA 372/32 S.)

\*

3. § 9 RBewG. 1925; §§ 2, 26 RBewG. 1931. Das Stockwerk eines Mietwohn- und Geschäftsrundstücks, für das (Stockwerk) ein besonderes Stockwerkeigentum besteht, kann nicht mit dem Bruchteilseigentum des Stockwerksberechtigten an einem Nachbargrundstück zu einer wirtschaftlichen Einheit zusammengefaßt werden.

(RFS., 3. Sen., Urt. v. 26. Mai 1933, III A 13/32.)

\*

4. §§ 18 Abs. 2, 29 Nr. 3 und 65 EinkStG. Die über Privatkonten verbuchten Entnahmen der persönlich haftenden Gesellschafter sind grundsätzlich keine Darlehen der Gesellschaft an die Gesellschafter. Erfolgt eine Verzinsung der Kapital- und Privatkonten, so ist in der einheitlichen Gewinnfeststellung der Saldo zwischen den auf den Privatkonten und den Privatkonten berechneten Zinsen zu berücksichtigen. †

Die Beschw., eine DGB., erklärte für das Jahr 1929 entsprechend ihrer Bilanz einen Gewinn von 203 256,50 RM und gab ferner an, daß Zinsen in Höhe von 54 250 RM vorweg auf das Gesellschaftskapital laut Gesellschaftsvertrag gewährt worden seien. Der Gesamtgewinn betrug somit 257 506,50 RM. Das FinA. stellte den Gewinn einheitlich auf 269 556,60 RM fest. Der Unterschied von 12 050,10 RM beruht darauf, daß das FinA. die als Verzinsung des Kapitalanteils vorweg gewährten Vergütungen nicht mit 54 250 RM, sondern mit 66 300,10 RM in Ansatz gebracht hat. Hiermit hat es folgende Bewandnis:

Nach dem Gesellschaftsvertrag sind die Kapitalanteile zu verzinsen. Daher ist, wie in den früheren Jahren, auch für das Jahr 1929 eine Verzinsung in Höhe von 2% über Reichsbankdiskont erfolgt, die einen Zinsbetrag von 66 300,10 RM ergab. Gleichzeitig ist eine Zinsenberechnung zum gleichen Zinsfuß für die Entnahmen erfolgt, die einen Betrag zugunsten des Bilanzgewinns in Höhe von 12 050,10 RM ergab. Dementsprechend hat die Beschw., dem aus-gewiesenen Bilanzgewinn eine Verzinsung der Kapitalanteile von 54 250 RM (nämlich 66 300,10 — 12 050,10) zugefügt, während die Vorbehörden eine Verzinsung von 66 300,10 RM berücksichtigt haben. Die Vorbehörden vertreten den Standpunkt, daß die Entnahmen Vorbehalten der Gesellschaft an die beiden Gesellschafter seien. Alles, was die Gesellschafter aus dem Gesellschaftsvermögen zur Bestreitung ihrer privaten Zwecke entnehmen, nehme den Charakter eines Dar-

Zu 4. An der Entsch. kann zunächst nur überraschen, daß sowohl das FinA. wie auch das FinGer. anderer Auffassung gewesen sind als der RFS. Für die Einkommensteuer ist die praktische Bedeutung der Streitfrage geringer, als sie zunächst zu sein scheint; denn wenn die einem Gesellschafter belasteten Zinsen seines Privatkontos nicht bei der gemeinschaftlichen Gewinnfeststellung berücksichtigt werden, so müssen sie als Schuldzinsen bei der Feststellung des Gesamteinkommens abgezogen werden.

Die verschiedenen Möglichkeiten der buchmäßigen Behandlung von Entnahmen (unmittelbare Verbuchung über Kapitalkonto oder Verbuchung über Privatkonto mit oder ohne Ausgleichung am Jahreschluß) kommen in der Praxis nebeneinander vor, und es liegt auf der Hand, daß die Zinsen in diesen verschiedenen Fällen nicht verschieden behandelt werden dürfen.

Eines besonderen Hinweises bedarf der Fall des „negativen“ Kapitalkontos, wo also einem Gesellschafter überhaupt keine Zinsen gutgeschrieben, sondern nur Zinsen belastet werden. Auch hier muß die Betrachtungsweise die gleiche bleiben: Ebenso wie die zu Lasten des Geschäftsgewinnes einem Gesellschafter gutgeschriebenen Zinsen dem Geschäftsgewinn wieder hinzuzugerechnet werden müssen, sind die zugunsten des Gesamtgewinnes einem Gesellschafter belasteten Zinsen von dem Geschäftsgewinn abzuziehen. Diese Zinsen vermindern den Gewinnanteil des Gesellschafters oder sie erhöhen seinen Anteil am Verlust.

Handelt es sich um echte Darlehenskonto (z. B. bei einem Bankgeschäft), so gehören die Zinsen zum Geschäftsgewinn, sie sind bei der Einkommensteuerbeantragung des einzelnen Gesellschafters wieder abzuführen.

R. Dr. Deibrück, Stettin.

lehens an. Daher seien auch die Zinsen für dieses „Darlehen“ dem gewerblichen Gewinn zuzurechnen.

Die Beschw. ist begründet.

Die Vorbehörden verkennen einerseits den Charakter der einheitlichen Gewinnfeststellung, die nichts anderes ist als die Feststellung der Gewinne der einzelnen Gesellschafter, nicht aber des Gewinns der Gesellschaft als solcher, und andererseits den Charakter der Kapitalkonten und der Privatkonten, über die die Entnahmen verbucht werden. Die Verzinsung der Kapitalanteile beruht auf dem auch im HGB. verankerten Gedanken (vgl. § 121 Abs. 1 HGB.), daß die Erzielung des Geschäftsgewinns auf dem Zusammenwirken der Produktionsfaktoren Kapital und Arbeit beruht. Gesellschafter, die der Gesellschaft nicht nur mit ihrer Arbeit, sondern auch mit Kapital dienen, sollen daher aus dem Gewinn vorweg eine Vergütung nach Maßgabe ihrer Kapitalbeteiligung erhalten. Würde man bei einer D.G. mit zwei Teilhabern unterstellen, daß jeweils gleich hohe Kapitalanteile vorhanden sind und daß auch die Entnahmen jeweils in gleicher Höhe und am gleichen Tage erfolgen, dann wäre eine Zinsberechnung überflüssig. Denn der ausgewiesene Bilanzgewinn würde für beide Teilhaber den richtigen Nutzen für Kapitalnutzung und Arbeitsleistung ausweisen. Solche Fälle gehören aber zu den Ausnahmen. Wenn die Kapitalanteile eine verschiedene Höhe ausweisen, ist eine Zinsberechnung notwendig, um den beiden Faktoren Arbeit und Kapital gerecht zu werden. Nun sind aber die Kapitalanteile der D.G. keine feststehenden Größen. Sie erhöhen sich um die anteiligen Gewinne und Einlagen und vermindern sich um die anteiligen Verluste und um die Entnahmen. Die Zinsberechnung kann daher nicht allein nach dem Stande der Kapitalkonten bei Beginn des Wirtschaftsabschnitts erfolgen, sondern muß auch die Veränderungen berücksichtigen, die im Laufe des Wirtschaftsjahrs eintreten. Daher erfolgt die Zinsberechnung in gleicher Weise, wie sie für die Kontokorrente üblich ist. Würden die Entnahmen jeweils sofort zu Lasten der Kapitalkonten verbucht, so verringerten sich die Zinsen zwangsläufig, weil sich die Kapitalkonten um die Entnahmen verringern. Nun entspricht es dem kaufmännischen Brauch, die Entnahmen nicht unmittelbar zu Lasten der Kapitalkonten zu verbuchen, sondern ein Zwischenkonto — im allgemeinen Privatkonto genannt — einzuführen. Das Privatkonto ist ein Bestandteil des Kapitalkontos, das aus Zweckmäßigkeitsgründen zwischen geschaltet wird. Es will verhindern, daß bei jeder Entnahme unmittelbar das im Hauptbuch geführte Kapitalkonto angerechnet wird. Daher wird das Privatkonto eingefügt, das im allgemeinen im Kontokorrentbuch geführt wird, damit es unmittelbar jede einzelne Entnahme — also nicht wie im Hauptbuch in Monatssummen zusammengefaßt — zeigt. Der regelmäßig vorhandene Debetsaldo einschließlich Zinsen wird am Jahresende in einer Summe zu Lasten des Kapitalkontos verbucht. Die Zwischenschaltung des Privatkontos muß das gleiche Ergebnis ausweisen, als wenn die Privatentnahmen unmittelbar dem Kapitalkonto belastet wären. Das bezieht sich auch auf die Zinsberechnung. Bei unmittelbarer Verbuchung der Entnahmen über Kapitalkonto würde das Kapitalkonto einen geringeren Zinsbetrag aufweisen. Wird für die Privatentnahmen ein Privatkonto eingeschaltet, dann zeigt das Kapitalkonto die den einzelnen Gesellschafter gutgeschriebenen Zinsen und andererseits das Privatkonto die dem einzelnen Gesellschafter belasteten Zinsen. Nachdem aber, wie ausgeführt, das Privatkonto nur ein Zwischenkonto des Kapitalkontos ist, sind auch die auf den beiden Konten getrennt berechneten Zinsen für die steuerliche Gewinnermittlung zu saldieren. Es widerspricht den Zwecken der beiden Konten, die auf den beiden Konten berechneten Zinsen von verschiedenen Gesichtspunkten aus zu beurteilen. Wenn auch das Privatkonto im Laufe des Jahres aus Zweckmäßigkeitsgründen als Debitorenkonto im Kontokorrentkonto geführt wird, so wird es dadurch noch nicht zu einem Darlehenskonto. Gewiß gibt es auch Fälle, wo ein Gesellschafter als wirklicher Debitor in der Bilanz der D.G. erscheinen kann. Der Gesellschafter einer ein Bankgeschäft betreibenden D.G. kann z. B. neben seinem Kapital- und Privatkonto sehr wohl noch ein Debitorenkonto unterhalten, über das seine privaten Bankgeschäfte laufen.

Da die Vorbehörde von einer irrigen Rechtsauffassung ausgegangen ist, ist die Vorentscheidung aufzuheben. Bei freier Beurteilung ist die Sache spruchreif. Der Akteninhalt läßt erkennen, daß die von den Gesellschaftern geführten Privatkonten lediglich als Unterkonten des Kapitalkontos anzusehen sind. Würde es sich wirklich um Darlehenskonto handeln, dann hätten sie niemals am Jahresende zu Lasten des Kapitalkontos abgeschlossen werden dürfen. Auch sonst ist nicht zu erkennen, daß die Gesellschaft den Gesellschaftern ein wirkliches Darlehen gewährt hätte. Die den Privatkonten belasteten Zinsen sind daher mit den auf den Kapitalkonten erkannten Zinsen zu verrechnen. Daraus ergibt sich, daß dem Bilanzgewinn nur der Unterschied zwischen den Kreditzinsen der Kapitalkonten und den Debitzinsen der Privatkonten zuzurechnen ist.

(RFG., 6. Sen., Ur. v. 9. Nov. 1932, VI A 2101/31 S.)

\*

5. § 212 RAbgD. 1931; § 222 RAbgD. 1919. Ergibt eine Nachschau die steuerliche Unzuverlässigkeit eines Steuerpflichtigen, so ist dies, soweit nicht etwa besondere Umstände vorliegen, eine neue Tatsache auch für zurückliegende rechtskräftig veranlagte und noch nicht verjährte Steueransprüche.

(RFG., 5. Sen., Ur. v. 19. Mai 1933, V A 503/32.)

\*

6. §§ 222 Abs. 1 Nr. 2, 234 RAbgD. 1931. Eine Buchprüfung ermöglicht die Wiederauflösung eines rechtskräftig erledigten Steuerfalles zugunsten des Steuerpflichtigen auch dann, wenn erst im weiteren Verfahren die erforderlichen neuen Tatsachen hervortreten und entsprechende Beurteilung erfahren. Erforderlich ist nur, daß die Buchprüfung den betreffenden Posten oder Vorgang zu neuer Prüfung herausgestellt hat. Trifft § 222 Abs. 1 Nr. 2 RAbgD. zu, dann kann für das Rechtsmittelverfahren auch der § 234 RAbgD. nicht eine Abänderung des ersten Steuerbescheids zugunsten des Steuerpflichtigen hindern. †)

Mit Wirkung v. 1. Jan. 1931 ist in § 222 Abs. 1 Nr. 2 RAbgD. bestimmt, daß eine Berichtigungsveranlagung auch zugunsten des StPfl. möglich ist, wenn vor Ablauf der Verjährungsfrist durch eine Buch- oder Betriebsprüfung neue Tatsachen oder Beweismittel bekanntwerden, die eine niedrigere Veranlagung, als sie zunächst erfolgt ist, rechtfertigen. Die Auslegung des § 234 RAbgD. im Zusammenhang mit dieser Vorschr. ergibt jetzt, daß, soweit eine Buchprüfung zu günstiger Berichtigungsveranlagung führt, dem auch im Rechtsmittelverfahren Rechnung getragen werden muß. Im vorl. Falle handelt es sich nun aber um eine Berichtigungsveranlagung aus einer Buchprüfung der Zeit nach dem 1. Jan. 1931. Allerdings hat zwar der Buchprüfer für seine Person hinsichtlich der Umbaukosten auf Grund seiner Nachprüfung eine Abänderung der Gewinnfestsetzung zum Nachteil des Beschw. vorgeschlagen. Der Beschw. hatte einen Gesamtaufwand für den Umbau in Höhe von rund 22 000 RM aktiviert und hatte davon Absetzungen vorgenommen. Der Buchprüfer hat sich auf den Standpunkt gestellt, es handle sich um den Umbau eines eigenen Anwesens, das zum Teil privaten Wohnzwecken, zum Teil dem Gewerbebetrieb diene. Auf den privaten Gebrauch fielen von dem Aufwand rund 14 000 RM. Diese müßten als Entnahmen dem Gewinn zugeschlagen werden. Der Vertreter des Beschw. hatte sich nach den Akten dem zunächst angeschlossen, nur mit dem Antrag, den Restbetrag nicht zu aktivieren, vielmehr als laufenden Erhaltungsaufwand sofort zum Abzug zuzulassen. Hernach hat der Vertreter des Beschw. jedoch seinen Standpunkt in tatsächlicher Richtung geändert, und es ist nun nach Feststellung des FinGer. im Berufungsverfahren zugute getreten, daß es sich bei den Umbauarbeiten nur um betriebszugehörige Teile des Anwesens gehandelt hat, daß aber in

Zu 6. Das Ur. bedeutet einen weiteren erfreulichen Schritt auf einer Linie, die schon früher vom RFG. angedeutet und durch die RStB. v. 1. Dez. 1930 (in Kraft seit 1. Jan. 1931) weitergegangen wurde. Die Buchprüfung ist nicht nur dazu da, Steuererfahrungen des geprüften Betriebes festzustellen und soll nicht nur zur Festlegung von Nachsteuern führen, sondern sie dient auch — und in erster Linie — zur Herbeiführung einer objektiv richtigen Veranlagung. Darauf ist es zurückzuführen, daß eine Buchprüfung jetzt auch eine Berichtigungsveranlagung zugunsten des StPfl. zur Folge haben kann — immer vorausgesetzt, daß wirklich neue Tatsachen oder Beweismittel festgestellt werden.

An dieser Forderung der Feststellung neuer Tatsachen oder Beweismittel hält die Rspr. streng fest, auf der anderen Seite darf aber die Möglichkeit einer Berichtigungsveranlagung zugunsten des StPfl. nicht über dieses gesetzliche Erfordernis hinaus eingeschränkt werden. Mit Recht stellt daher die Entsch. den Grundsatz auf, daß es nicht darauf ankommt, wie der Buchprüfer eine von ihm festgestellte neue Tatsache selbst beurteilt hat, ob er selbst sie als Grundlage für eine Höherveranlagung oder für eine Geringerveranlagung betrachtet hat. Es ist Sache der Veranlagung und gegebenenfalls des Rechtsmittelverfahrens, aus den vom Buchprüfer festgestellten neuen Tatsachen die Schlüsse für die Steuerfestsetzung zu ziehen, und wenn dabei eine vom Buchprüfer für steuererhöhend gehaltene Tatsache schließlich zu einer Steuererminderung führt, so ist das nur eine Folge des Grundsatzes der objektiven Richtigkeit. Es freilich ist es, daß der Senat den Begriff der „Tatsache“ hier nicht zu eng faßt, sondern ihn dem Begriff des „Vorgangs“, also des Geschäftsvorfalles gleichstellt. Ebenso wie in einer ganzen Reihe anderer Entsch. über die Frage der Berichtigungsveranlagung stellt auch hier der Senat seine Entsch. auf „Sinn und Billigkeit“, also letzten Endes auf Treu und Glauben ab.

RM. Dr. Deibrück, Stettin.

der Tat in Höhe eines erheblichen Teilbetrags des Aufwandes sich eine unmittelbare Abfezung wegen laufenden Unterhaltungsaufwandes rechtfertigen. Es ist also streng genommen nicht unmittelbar aus der nachträglichen Buchprüfung die neue Tatsache zutage getreten, die im Ergebnis eine Änderung der Gewinnfeststellung zugunsten des Beschw. rechtfertigt. Sinn und Billigkeit erfordern aber die Auslegung der Vorschrift des § 222 Abs. 1 Nr. 2 ABG.D. dahin, daß auch in einem Falle wie dem vorliegenden die Abänderung des ersten Steuerbescheides zugunsten des Steuerpflichtigen zugelassen werden muß. Nach der Entstehungsgeschichte war das Streben zur Abänderung des § 212 ABG.D. a. F. allgemein, bei Aufdeckung von Unrichtigkeiten oder Fehlern die Änderung einer Steuerfestsetzung auch zugunsten des Steuerpflichtigen zu ermöglichen. Für die Frage einer Änderung des Tatbestandes sollte das durch die Best. des § 222 Abs. 1 Satz 2 ABG.D. dahin eingeschränkt werden, daß nur dann eine Abänderung zugunsten des Steuerpflichtigen zulässig sei, wenn es sich um neue Tatsachen handelt, die bei einer nachträglichen Buchprüfung zutage gefördert würden. Es ist also zunächst und allgemeinhin allein die Voraussage eine neue Buchprüfung. Durch die neue Buchprüfung muß zu einem Posten oder sonstigen geschäftlichen Vorgang des bisherigen buchmäßigen Ergebnisses der Steuerfall neu aufgerollt sein. Es kann nun aber nicht abschließend darauf ankommen, wie der neu aufgegriffene Vorgang von dem Prüfer aufgefaßt wird. Zunächst kann die rechtliche Beurteilung des Buchprüfers hinsichtlich dieses Vorganges nicht allein maßgebend sein. Es kann aber weiter auch nicht abschließend darauf ankommen, wie der Buchprüfer den Vorgang nach tatsächlicher Richtung hin aufgefaßt hat. Es muß genügen, daß in der Buchprüfung der Vorgang erneut zur Sprache gebracht ist und daß sich bei dessen weiterer Behandlung durch das FinA. oder im Rechtsmittelverfahren innerhalb der Tatsacheninstanz herausstellt, daß insoweit nicht nur aus rechtlichen Erwägungen, sondern aus neuer tatsächlicher Grundlage eine andere Beurteilung zugunsten des Steuerpflichtigen erforderlich ist. Wie auch sonst im Rechtsmittelverfahren neue Tatsachen bis zur endgültigen VerEntsch. berücksichtigt werden können, muß es auch hier der unmittelbaren Ausdeutung der neuen Tatsache bei der Buchprüfung gleichstehen, wenn es sich um einen durch die Buchprüfung neu aufgegriffenen Posten oder Vorgang handelt und sich im Laufe des Verfahrens herausstellt, daß dafür neue Tatsachen in Betracht kommen, die eine andere Behandlung zugunsten des Steuerpflichtigen rechtfertigen. Bei all dem handelt es sich nun aber nicht allein um Fragen des Verfahrens, wozu der Behandlung des FinGer. gegenüber eine genügende Rüge des Beschw. fehlt, vielmehr um die Frage der materiell-rechtlichen Wirkung des Steuerbescheides und der Verfahrensvoraussetzung für einen Berichtigungsbescheid, sowie für dessen Auswirkung im Rechtsmittelverfahren. Das sind Fragen des materiellen Rechtes, die auf eine Rechtsbeschwerde hin von Amts wegen durch den RFSt. nachgeprüft werden können und müssen (vgl. Becker, ABG.D. § 267 a. F. Anm. 2a, 2b Nr. 2 u. Entsch. des RFSt. 13, 128 am Ende).

(RFSt., 6. Sen., Ur. v. 6. Sept. 1932, VI A 1325/32 S.)

\*

7. §§ 5 Abs. 1, 6 Abs. 1 u. 4 BefördStG.; § 47 Ausf. Best. v. 8. April 1917.

a) Der RFSt. verbleibt bei seiner Entsch. v. 4. Nov. 1927 (RFSt. 21, 284), daß die Bettkarten der Schlafwagen-gesellschaften der BefördSt. unterliegen.

b) Die Steuerpflicht erstreckt sich auch auf das auf den Bettkarten in Rechnung gestellte sog. Bedienungsgeld. Der RFSt. hat durch Ur. v. 4. Nov. 1927 (RFSt. 21, 284) entschieden, daß die Bettkarten der Schlafwagen-gesellschaften der BefördSt. unterliegen. Die beschwerdeführende AktG. erhebt nun seit 1929 für die von ihr ausgegebenen Bettkarten neben dem „Preis“ noch ein sog. „Bedienungsgeld“ im Betrage von 2 RM (I. Kl.), 1 RM (II. Kl.) und 0,25 RM (III. Kl.), mit bezug auf welches den Bettkarten der Vermerk aufgedruckt ist:

„Die bisher üblichen Trinkgelber sind durch dieses Bedienungsgeld abgelöst. Die Schaffner stehen in festem Lohn.“

Es ist darüber zu entscheiden, ob auch dieses Bedienungsgeld in den steuerpflichtigen Beförderungspreis einzubeziehen ist. Das ist in beiden Vorentscheid. bejaht worden.

Die ABeschw. hatte keinen Erfolg.

I. In der zunächst streitigen Frage, ob überhaupt das für die Bettkarten gezahlte Entgelt als Teil des Beförderungspreises anzusehen ist und aus diesem Grunde der BefördSt. unterliegt, findet der Sen. bei nochmaliger Prüfung keinen Anlaß, von seiner im Ur. II A 309/27 v. 4. Nov. 1927 (RFSt. 21, 284) niedergelegten Rechtsauffassung abzugeben. Allerdings hat der Sen. seine Auffassung, daß auch der Schlafwagenplatz eine „räumliche Grundlage des Beförderungsvorganges“ sei, im vorbezeichneten Ur. unter anderem mit der Bemerkung begründet, daß er den gewöhnlichen Platz im Kurswagen „erseehe“. Das ist vielleicht nicht ganz richtig, wenn, wie die Beschw. unter Hinweis auf ein Schreiben der Reichsbahngesellschaft v. 1. Dez. 1930 darlegt, in

dem vorbezeichneten Ur. übrigens auch nicht ausdrücklich in Abrede gestellt ist, der Inhaber einer Bettkarte nicht nur einen Schlafwagenplatz beanspruchen kann, sondern daneben auch einen Anspruch auf einen Platz im Kurswagen, insbes. auf den Platz, für den er eine besondere Platzkarte gelöst hat, behält, sofern der von ihm benutzte Zug überhaupt einen solchen Kurswagen führt und nicht etwa nur aus Schlafwagen besteht. Das berührt jedoch in keiner Weise die für die streitige Steuerpflicht entscheidende Erwägung, daß eine Personenbeförderung ohne Einräumung eines Steh-, Sitz- oder Liegeplatzes auf einem Beförderungsmittel nicht denkbar ist, und daß die Beschw., wenn sie einem Reisenden in einem von ihr als Beförderungsmittel in den Eisenbahnzug eingestellten Schlafwagen einen Platz gegen Entgelt zur Verfügung stellt, damit die besonders geartete räumliche Grundlage des Beförderungsvorganges schafft, um die es dem Reisenden gerade zu tun ist. Ob und inwieweit dann der Reisende von dem ihm zustehenden Schlafwagenplatz oder von dem ihm etwa daneben zustehenden Sitzplatz in einem Kurswagen tatsächlich Gebrauch macht, ist dabei ohne Bedeutung. Der Sen. muß hiernach auch an der Auffassung festhalten, daß die Beschw., soweit sie auf Grund einer mit der Reichsbahn getroffenen Vereinbarung Schlafwagen als Beförderungsmittel in die Eisenbahnzüge einstellt und dem Publikum zur unentgeltlichen Benutzung anbietet, neben der Reichsbahn als Betriebsunternehmerin i. S. des § 5 Abs. 1 BefördStG. anzusehen ist, ohne daß es dabei auf die streitige bürgerlich-rechtliche Natur des Schlafwagenvertrages ankommt.

Im § 47 der Ausf. Best. v. 1. Febr. 1918 ist ausdrücklich bestimmt, daß im Personenverkehr der Eisenbahn auch die Schlafwagengebühren, also das für die Bettkarten zu zahlende Entgelt, als Teil des steuerpflichtigen Beförderungspreises zu gelten haben. Wie in Übereinstimmung mit dem Ur. v. 4. Nov. 1927 auch im jetzigen Rechtsmittelverfahren nochmals zu betonen ist, ist es unerfindlich, was den Befehlgeber veranlaßt haben könnte, für die BefördSt., die nicht den Beförderungsvorgang, sondern den beförderten Reisenden als Steuerträger treffen soll, einen Unterschied zu machen zwischen den Fällen, in denen der von dem Reisenden benutzte Schlaf- oder Liegewagen der Reichsbahn selbst gehört, und den Fällen, in denen der Wagen von einer Schlafwagen-gesellschaft mit (entgeltlich oder unentgeltlich erteilter) Erlaubnis der Bahnverwaltung als weiteres Beförderungsmittel in einen Eisenbahnzug eingestellt worden ist.

II. Was das sog. Bedienungsgeld angeht, das von jedem Käufer einer Bettkarte ohne Rücksicht auf den Umfang der Dienste, für die er die Schlafwagen-schaffner in Anspruch zu nehmen gedenkt, zu zahlen ist, so ist es zunächst trotz dieser Bezeichnung „Bedienungsgeld“ und trotz des auf den Bettkarten stehenden Ablösungsvermerks sehr zweifelhaft, ob es sich dabei überhaupt rechtlich um eine besondere Gegenleistung für eine von der Beschw. den Reisenden gewährte oder zur Verfügung gestellte Bedienung handelt. Viel näher liegt die Annahme, daß das Bedienungsgeld auch nach dem wirklichen Willen der Vertragsbeteiligten nichts anderes ist als ein Teil eines erhöhten Bettkartenpreises, d. h. des Gesamtentgelts, das sich die Beschw. von den Reisenden für die Gewährung eines Schlafwagenplatzes einschließlich der zu seiner ordnungsmäßigen Herrichtung erforderlichen Dienstleistungen der Schaffner oder anderer Angestellten der Beschw. zahlen läßt. Einer solchen Annahme steht der den Bettkarten aufgedruckte Ablösungsvermerk um so weniger entgegen, als einerseits die Reisenden trotz dieser sog. Trinkgelberlösung den Schlafwagen-schaffnern nach wie vor Trinkgelber, wenn auch nicht mehr in dem früheren Umfange gewähren, und als andererseits die Beschw. hinsichtlich der Verwendung des Bedienungsgeldes den Reisenden gegenüber keinerlei Verpflichtungen übernimmt, vielmehr ihre Ein-nahme an Bedienungsgeldern auch zur Bestreitung anderer Betriebskosten, insbes. auch zur Befoldung derjenigen Angestellten verwenden kann, die mit den Reisenden nicht in Berührung kommen und deshalb keine Trinkgelber erhalten.

Eine andere Beurteilung kann aber auch dann nicht Platz greifen, wenn man das Bedienungsgeld seiner Bezeichnung entsprechend lediglich als vertragliche Gegenleistung für die von der Beschw. durch ihre Schlafwagen-schaffner den Reisenden zu leistenden oder zur Verfügung gestellten Dienste behandelt will. Die Schlafwagen-schaffner haben zwei Arten von Diensten zu verrichten: a) zunächst solche Dienste, durch die die den Reisenden zustehende Beförderung auf dem Schlaf- oder Liegeplatz erst ermöglicht wird, die also mit dieser Beförderungsart in untrennbarem Zusammenhange stehen, insbes. das Herrichten der Schlafplätze, b) sonstige persönliche Dienstleistungen für den Reisenden, die mit dem Beförderungsvorgang selbst nichts zu tun haben, z. B. Waschen, Kleiderreinigung, Beschaffung des Frühstückes und anderer Erfrischungen. Das früher übliche Trinkgelber wurde für beide Arten von Dienstleistungen gewährt, trotzdem die Reisenden auf die zu a) bezeichneten Dienste schon durch die Lösung der Bettkarte einen

vertraglichen Anspruch gegen die Beschw. (oder bei bahneigenen Schlafwagen gegen die Reichsbahn) erwerben. Da die Beschw. das von ihr verlangte Bedienungsgeld den Reisenden gegenüber als eine Ablösung des Trinkgeldes bezeichnet, so muß das Bedienungsgeld als die vertragliche Gegenleistung für die beiden vorbezeichneten Arten von Dienstleistungen der Schlafwagenschaffner angesehen werden. Eine etwa abweichende Willensäußerung der Beschw. wäre unbeachtlich, weil sie den Reisenden nicht erkennbar ist. Soweit hiernach das Bedienungsgeld auf die zu a) bezeichneten Leistungen entfällt, gehört es zu dem steuerpflichtigen Beförderungsspreise; aber auch soweit es auf die Sonderleistungen zu b) entfällt, ist es nach § 47 Abs. 5 der Ausf. Best. nicht auszuweisen.

Es mag sein, daß die Dienstleistungen der zu a) bezeichneten Art ihrem Umfange nach hinter den zu b) bezeichneten Leistungen zurückstehen, daß insbes. entsprechend der Darstellung der Beschw. das Herrichten der Schlafplätze nur zu einem verhältnismäßig geringen Teile (etwa 15–20%) von den Schlafwagenschaffnern, im übrigen dagegen von anderen Angestellten der Beschw. vor Abfahrt der Züge besorgt wird. Auf jeden Fall kann der Sen. der Beschw. nicht beitreten, wenn sie darzulegen versucht, daß das Bedienungsgeld nur dafür verlangt und gezahlt werde, daß sie den Reisenden die Bereitschaft der Schaffner zu solchen Sonderdiensten zur Verfügung stelle, die mit dem Beförderungsvorgang an sich nichts zu tun hätten. In diesem Sinne haben die Reisenden früher nicht ihr Trinkgeld gegeben und in solchem Sinne kann daher von ihnen auch die Zahlung des Bedienungsgeldes nicht gemeint sein, dies um so weniger, als auch nach der Einführung des Bedienungsgeldes die Gewährung von Trinkgeld für die zu b) bezeichneten Sonderleistungen üblich geblieben ist.

(RFS., 2. Sen., Ur. v. 3. Mai 1933, II A 645/30.)

\*

8. §§ 1 Nr. 1, 2 Nr. 4 UmfStG. 1926. Erbbauzinsen sind umsatzsteuerpflichtig. Für die Frage der Anwendbarkeit der Befreiungsvorschrift in § 2 Nr. 4 UmfStG. 1926 sind „Vermietungen und Verpachtungen“ allein nach dem bürgerlichen Recht zu beurteilen.

(RFS., 5. Sen., Ur. v. 10. März 1933, VA 490/32 S.)

\*

9. § 1 Nr. 1 UmfStG. Behälte eine Verrechnungsstelle für Privatpraxis einen für alle Mitglieder gleichen Hundertsatz der eingegangenen Honorare zur Deckung ihrer Kosten und für Rücklagen zur Unterstützung der Mitglieder zurück, so sind die Abzüge als echte Mitgliederbeiträge umsatzsteuerfrei, wenn demselben Abzug auch die Honorare unterliegen, die die Mitglieder ohne Inanspruchnahme der Stelle unmittelbar durch Barzahlung von ihren Patienten einnehmen.

(RFS., 5. Sen., Ur. v. 17. März 1933, VA 595/32 S.)

\*

10. § 2 Nr. 14 UmfStG. Leistungen des Unternehmers als Vergütung für die Dienstleistung an die in seinem Betriebe beschäftigten Personen fallen grundsätzlich unter § 1 Nr. 1 UmfStG. Die Einschränkung am Schlusse der Befreiungsvorschrift in § 2 Nr. 14 UmfStG. ist dahin zu verstehen, daß Familienangehörige auch dann tatsächlich verhindert sein müssen, wenn sie in einem Dienstverhältnis zum Unternehmer stehen.

(RFS., 5. Sen., Ur. v. 19. Dez. 1932, VA 675/31 S.)

\*

11. § 2 Abs. 1 Nr. 4 ErbSchStG. 1925. Gehört ein Arzt nicht durch freiwilligen Beitritt, sondern kraft Gesetzes einer preußischen Ärztekammer an, so unterliegt nicht der Besteuerung die Versicherungssumme, die bei seinem Tode einem Hinterbliebenen unmittelbar zufällt aus einer Fürsorgeeinrichtung, die die Kammer auf Grund ausdrücklicher gesetzlicher Ermächtigung geschaffen hat.

(RFS., 5. Sen., Ur. v. 10. März 1933, VA 671/32.)

## Reichsversicherungsamt.

Berichtet von Senatspräsident Dr. Fielke, Landgerichtsdirektor Kersting, Berlin.

[\*\* Wird in den Amtl. Nachrichten für Reichsversicherung (Neue Folge der Amtl. Nachrichten des RVerfA.) abgedruckt.]

[O Wird in den „Entscheidungen und Mitteilungen“, herausgegeben von Mitgliedern des RVerfA. (EuM.), abgedruckt.]

1. § 1 AngVersG. Zur Frage der Angestelltenversicherungspflicht der Schutzpolizeibeamten.

Vorbehaltlich einer Entsch. im Rechtszug ist das RVerfA. der

Ansicht, daß Schutzpolizeibeamte, die nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Aufhebung des Bes. über die Schutzpolizei der Länder v. 10. Juli 1926 (RGBl. I, 402) angestellt sind, nicht mehr das Recht haben, nach dem aufgehobenen Bes. v. 17. Juli 1922 über die Schutzpolizei der Länder (RGBl. I, 597) die Versicherung in der AngVers. oder in der ZuvVers. zu beantragen. Sie gehören vielmehr grundsätzlich unter die in § 1 AngVersG. genannten Beschäftigten und zu den in Abschn. XVIII der Best. von Berufsgruppen vom 8. März 1924 (RGBl. I, 274) genannten Beamten der Schutzpolizei. Unter den Voraussetzungen der §§ 11, 12 AngVersG. sind sie versicherungsfrei.

(RVerfA., Beschl. v. 9. Febr. 1933, III AV 3004/33, EuM. 33, 556.) [3.]

\*

2. § 18 AngVersG. Für einen sächsischen Volksschullehrer, dessen Wahl durch den Schulausschuß vom Freistaat Sachsen bestätigt wird, der unter ständiger Dienstaufsicht und Disziplinargewalt des Staates steht, von ihm auch die laufenden Dienstbezüge erhält, hat der Freistaat Sachsen als Arbeitgeber Beiträge nach § 18 AngVersG. nachzuentscheiden.

(RVerfA., Beschl. v. 21. Dez. 1932, III AV 28/32 BS, EuM. 33, 521.) [3.]

\*

3. §§ 36, 75 RKnappSchG.; § 5 PrKnappSchKriegsG. v. 26. März 1915 (GS. 61). Über die Anrechnungsfähigkeit von Zeiten, die ein Versicherter als Angehöriger der ehem. österreich-ungarischen Armee verbracht hat.

Nach § 75 Abs. 1 RKnappSchG. kann die Anrechnung schon deshalb nicht erfolgen, weil diese Vorschr. nur militärische Dienste bei der deutschen Wehrmacht berücksichtigt.

Nach § 75 Abs. 2 S. 2 RKnappSchG. bewendet es, soweit auf Grund früherer landesgesetzlicher Vorschr. oder von Satzungsbest. eine günstigere Regelung vorgeschrieben ist, bei diesen Vorschr. Nach § 5 S. 3 PrKnappSchKriegsG. v. 26. März 1915 werden zwar die in Kriegs-, Sanitäts- oder ähnlichen Diensten verbrachten Zeiten sowie die auf die Entlassung aus diesen Diensten folgenden zwei Monate auf die Wartezeit (§ 30 Abs. 3 PrKnappSchG. v. 17. Juni 1912 (GS. 137)) und auf das Dienstalter (§ 31 a. a. D.) angerechnet. Diese Vorschr. findet nach der Bek. v. 23. Okt. 1915 (GS. 147) auch auf die Angehörigen der österreichisch-ungarischen Monarchie entsprechende Anwendung. Die Vorschr. des § 5 PrKnappSchKriegsG. kann aber auf den vorl. Fall schon deshalb nicht angewandt werden, weil das PrKnappSchG. auf welches sich das KnappSchKriegsG. bezieht — dieses führt ausdrücklich den § 30 des ersteren Ges. an, nach dem die Invalidenpension nur bei Verunsfähigkeit gewährt werden konnte — die Alterspension, die hier in Frage kommt, gar nicht konnte.

(RVerfA., 2. RevSen. [KnappSchSen.], Ur. v. 9. Febr. 1933, IIIa Kn 1056/32<sup>a</sup>.) [R.]

\*

4. § 1 AngVersG. Eine Tänzerin, die in einer jeweils von einem Vokalhaber gegen feste Bezahlung angenommenen Tanzgruppe unter Führung eines Truppenleiters tanzt, unterliegt der AngVersPflicht nach § 1 Abs. 1 Nr. 5 AngVersG. Arbeitgeber ist der jeweilige Vokalhaber.

(RVerfA., Entsch. v. 16. März 1932, III AV 53/31 B, EuM. 32, 108.) [3.]

\*

5. § 771 RWD. Als „Eigentümer der Betriebsmittel“ i. S. des § 771 RWD. ist auch der Verkäufer anzusehen, der sich das Eigentum bis zur Zahlung des Kaufpreises vorbehalten hat (Vorbehaltseigentümer).

(RVerfA., Entsch. v. 9. Mai 1932, I 29/31 BS I, EuM. 32, 231.) [3.]

## II. Länder.

### 1. Oberverwaltungsgerichte.

#### Preußen.

#### Preussisches Oberverwaltungsgericht.

Berichtet von SenPräf. Geh. RegR. von Kries u. RA. Dr. Görres, Berlin.

1. PrBDEstrD. v. 27. Jan. 1932. Verjährung. § 15 Abs. 1 Satz 2 BDEstrD. ist dahin auszulegen, daß die Verjährung mit dem Tage beginnt, an welchem die Verfehlung begangen ist, ohne daß es darauf ankommt, ob die Verjährung in die Zeit vor oder nach dem Inkrafttreten der BDEstrD. fällt. Ein Gesetz, das das Unterbleiben der

Strafverfolgung wegen Verjährung anordnet, ist als das mildere i. S. von § 2 Abs. 2 RStGB gegenüber einem solchen anzusehen, das die Verjährung nicht kennt. Ein von einer unzuständigen Behörde erlassener Einleitungsbeschluss ist nicht geeignet, ein Ruhen der Verjährung i. S. von § 15 Abs. 1 Satz 3 WStRD. herbeizuführen.

Die dem Angekl. zur Last gelegten Verfehlungen vor dem 15. Nov. 1924 sind nach § 15 WStRD. v. 27. Jan. 1932 (GS. 59) verjährt. Erst die Zustellung des Einleitungsbeschlusses v. 12. Nov. 1929 führte ein Ruhen der Verjährung i. S. von § 15 Abs. 1 Satz 3 WStRD. herbei. Dagegen war der frühere Einleitungsbeschluss vom 5. Juni 1926 nicht geeignet, ein Ruhen der Verjährung zu bewirken. Dieser Einleitungsbeschluss war nach dem Urte. des OVG. v. 20. Sept. 1929 von einer unzuständigen Behörde erlassen, also ungültig, daher auch zur Hemmung der Verjährung nicht geeignet. Das auf ihm beruhende Verfahren kann daher als zur Hemmung der Verjährung geeignet ebenfalls nicht angesehen werden. Lagen also die Verfehlungen vor dem 15. Nov. 1924, somit fünf Jahre vor der am 15. Nov. 1929 erfolgten Zustellung des Einleitungsbeschlusses vom 12. Nov. 1929, so sind sie verjährt. Zwar kannte das zu der Zeit, welche für die Begehung der in Betracht kommenden Verfehlungen und für die Einleitung des Verfahrens in Frage kommt, geltende Recht die Verjährung noch nicht, jedoch muß den Vorschr. des § 15 a. a. D. rückwirkende Kraft beigemessen werden. § 15 Abs. 1 Satz 2 a. a. D. ist dahin auszulegen, daß die Verjährung mit dem Tage, an welchem die Verfehlungen begangen worden sind, beginnt, ohne daß es darauf ankäme, ob die Begehung in die Zeit vor oder nach dem Inkrafttreten der neuen WStRD. fällt. Hätte der Lauf der Verjährung etwa erst mit dem Inkrafttreten des Gesetzes beginnen sollen, so wäre es geboten gewesen, dies ausdrücklich zu bestimmen. Bei der uneingeschränkten Fassung des vorl. Wortlauts muß angenommen werden, daß Rückwirkung gewollt ist. Es kommt hinzu, daß man auch bei der gebotenen entsprechenden Anwendung der Grundsätze des § 2 Abs. 2 RStGB. zu dem gleichen Ergebnis gelangt. § 2 Abs. 2 a. a. D. lautet: „Bei Verschiedenheit der Gesetze von der Zeit der begangenen Handlung bis zu deren Aburteilung ist das mildeste Gesetz anzuwenden.“ Daß auch eine Verschiedenheit der Gesetze, welche lediglich die Verjährung betrifft, unter § 2 StGB. fällt, ist vom RG. unter Berufung auf namhafte Schriftsteller schon in RSt. 32, 262 anerkannt, und neuerdings hat auch der PrDienstschr. in einer Entsch. v. 13. Mai 1932, D 23/32 (abgedr. in JW. 1932, 1756; DZ. 1932, 813; R.-u. PrVerwBl. 53, 817), im gleichen Sinne Stellung genommen.

Mag auch im einzelnen Falle die Einstellung der Strafverfolgung auf Grund von Verjährung dem Interesse des Angekl. an voller Aufklärung des Sachverhalts entgegenstehen, so ist doch bei Berücksichtigung der durchschnittlichen Lebenserfahrung das Interesse an Unterbleiben der Strafverfolgung als das in der Regel größere anzusehen, so daß ein Gesetz, welches das Unterbleiben der Strafverfolgung wegen Verjährung anordnet, als das mildere gegenüber einem solchen anzusehen ist, welches die Verjährung nicht kennt.

(PrDVB., 1. Sen., Urte. v. 4. Okt. 1932, I D 60/30.)

\*

**2. Gebühren.** §§ 4, 7 PrKommAbgG. Für die Benutzung eines Gemeindefriedhofes dürfen die Gemeinden neben den allgemeinen Gebühren für die Beisetzung besondere Gebühren für die Aufstellung von Grabdenkmälern erheben. f)

Streitig ist der Anspruch auf Zahlung einer Gebühr für die

Zu 2. Vgl. nachstehende Entsch. des Bezirksausschusses Berlin v. 8. Juli 1931, II B 31 von 1931 in einer nicht revidiblen Sache: „Zunächst ist festzustellen, daß die fragliche Gebühr nach der Gebührenordnung vom 24. Nov. 1930 als Benutzungsgebühr, also als Gebühr nach § 4 KommAbgG. erhoben wird, und nicht mehr wie früher nach den bisherigen Gebührenordnungen als Verwaltungsgeld. Sie ist auch keine Zulassungsgebühr. Der Bekl. ist daher nicht berechtigt, die Genehmigung zur Aufstellung eines Denkmals von der vorherigen Zahlung der Gebühr abhängig zu machen. Die Gebühr kann erst für die tatsächliche Benutzung gefordert werden. Ob die Kl. im vorliegenden Falle die Grabstelle z. B. der Zahlung der Gebühr bereits zur Aufstellung eines Denkmals tatsächlich benutzt hatte, ist zweifelhaft, kann aber dahingestellt bleiben, weil die Gebührenforderung aus anderem Grunde nicht begründet ist. Es gilt der Rechtsgrundsatz, daß die Gebühr, weil sie ein besonderes Entgelt, eine Gegenleistung bildet, nicht völlig ohne jede Rücksicht auf die Leistung und völlig unabhängig von deren Maße normiert werden darf (PrVerwBl. 18, 302). Das PrDVB. hat stets daran festgehalten, daß die Gebühr als Gegenleistung der Gemeindeangehörigen für eine Leistung der Gemeinde grundsätzlich auch gleichmäßig normiert werden muß, für dieselbe Leistung also

Errichtung eines Grabdenkmals auf einem Gemeindefriedhof. Der Anspruch der Vandgemeinde gründet sich auf die Friedhofsordnung.

Nach § 23 der Ordnung werden „bei auswärtigen, in der Gemeinde S. nicht ortszugehörigen Personen in allen Fällen die doppelte Sätze der durch die Ordnung festgesetzten Gebühren berechnet und erhoben“. Von dieser Vorschr. hat die bekl. Gemeinde gegenüber der Kl., deren in S. bestatteter Ehemann dort nicht Gemeindeangehöriger war, keinen Gebrauch gemacht; sie hat von der Kl. nur den auch für Gemeindeangehörige geltenden Satz von 10% der Herstellungskosten des Grabdenkmals als Gebühr gefordert. Diese Gebühr selbst begegnet aber keinem aus §§ 4, 7 KommAbgG. herzuleitenden Bedenken. Die Gebühren sind grundsätzlich nach dem Umfange der Benutzung zu bemessen (OVG. 66, 163). Die Gemeinde erhebt nach § 22 der Ordnung allgemeine Gebühren in drei Klassen, wobei die geringere Leistungsfähigkeit der Personen mit einem niedrigeren Einkommen als 2000 RM in zulässiger Weise (DeklarationsG. v. 24. Juli 1906 (GS. 376)) berücksichtigt worden ist. Neben dieser Grundgebühr wird nun die Gebühr für Grabdenkmäler erhoben; damit wird für eine über die allgemeine Benutzung hinausgehende Benutzung der Gemeindeveranstaltung eine besondere Gebühr erhoben, was dem Grundsatz der Bemessung der Gebühr nach dem Umfang der Benutzung durchaus entspricht; diese Gebühr ist auch dadurch gerechtfertigt, daß die Gemeinde durch das Aufstellen von Grabdenkmälern zu größeren Leistungen genötigt wird, u. a. dann, wenn Grabstellen wieder benutzt werden sollen; für diesen Fall läßt § 20 Friedhofsordnung zu, daß Denkmäler mangels anderweitiger Vereinbarung durch die Gemeinde fortgeschafft werden können. Gegenüber dem Gebührenrecht der Gemeinde kann es also nicht darauf ankommen, inwieweit mit der Einräumung der Grabstelle durch die Gemeinde dem einzelnen die Befugnis zum Ausschmücken des Grabes gegeben ist; für die Frage, in welcher Höhe Gebühren für solche Leistungen der Gemeinde entrichtet werden müssen, ist nur maßgebend, in welchem größeren oder geringeren Grade die Gemeindefestung benutzt wird. Der Satz von 10% der Herstellungskosten ist auch als feste Norm i. S. des § 7 KommAbgG. anzusehen.

Der Bezirksausschuß hat hiernach mit Recht die Pflicht der Kl. zur Entrichtung der Denkmalsgebühr bejaht.

(PrDVB., 2. Sen., Urte. v. 19. April 1932, IIC 184/31.)

\*

**3. Übertritt von einer Religionsgemeinschaft öffentlichen Rechts zu einer anderen.** Der Übertritt von einer Religionsgesellschaft öffentlichen Rechts zu einer anderen setzt, soweit bürgerlich-rechtliche, insbes. steuerrechtliche Wirkungen damit verknüpft sein sollen, voraus, daß der Austritt aus der ersten Religionsgesellschaft in der durch Ges. v. 30. Nov. 1920 (GS. 1921, 119) vorgeschriebenen Form erfolgt ist.

Die Entsch. des Rechtsstreits hängt davon ab, ob der Kl., der unstreitig bis zum Jahre 1925 der kath. Kirche angehört hat, rechtmäßig seinen Übertritt von der kath. zur ev. Kirche vollzogen hat. Für die Entsch. dieser Frage kommen nicht die von dem RegPräs. angezogenen Kirchenaustrittsg. v. 14. Mai 1873 (GS. 207) und v. 13. Dez. 1918 (GS. 199) in Frage, da diese beiden Gesetze durch § 5 Abs. 2 Ges. betr. den Austritt aus den Religionsgesellschaften öffentlichen Rechts v. 30. Nov. 1920 (GS. 1921, 119) aufgehoben sind. Das letztere Gesetz ist vielmehr allein maßgebend. Es fragt sich nur, wie unter der Herrschaft dieses Gesetzes der Übertritt von der kath. zur ev. Kirche mit der Wirkung vorgenommen werden kann, daß er eine Steuerpflicht für die ev. Kirche begründet. Der RegPräs.

die Gebühr des einen Benutzenden nicht höher als die des anderen bemessen werden darf (VerwBl. 27, 895). Die verlangte Gleichmäßigkeit besteht nur dann, wenn für die gleiche Benutzung die gleiche Gebühr zu entrichten ist. Die Gebührenordnung bestimmt nun für die Benutzung der Grabstelle durch Aufstellung eines Grabdenkmals an Stelle eines festen Satzes die Erhebung eines prozentualen Satzes von dem Werte des errichteten Denkmals. Es ist nicht einzusehen, warum diejenigen Grabstellenbenutzer, die ein wertvolleres Denkmal errichten, zu einer höheren Gebühr herangezogen werden sollen, als diejenigen, die nur ein weniger teures Denkmal errichten. Der Denkmalswert stellt somit für die Staffelung der Benutzungsgebühr entsprechend dem Umfang der Benutzung keinen geeigneten Maßstab dar. Bei gleicher Benutzung der Grabstelle durch ein Gedächtniszeichen von gleicher Größe bei ungleichem Werte (z. B. bei einem Denkmal aus wertvollerem Gestein [Marmor] und einem anderen aus geringerem [deutscher Granit] Gestein von gleicher Größe) würden in der Höhe abweichende Gebühren zu berechnen sein. Dies ist jedoch nicht zulässig. Die Heranziehung gleichartiger Benutzung nach ungleichen Gebührensätzen führt zu grundsätzlicher Ungleichmäßigkeit. Hiernach entbehrt die Vorschrift der Rechtsgültigkeit und macht die Gebührenvorschrift D 1 der Gebührenordnung in ihrem ganzen Umfang ungültig.

RA. Dr. Görres, Berlin.

geht davon aus, daß für den Übertritt nach wie vor die Vorschr. der §§ 41, 42 II 11 A.M. gelten. Nach diesen Vorschr. geschieht der Übergang von einer zu einer anderen Religionspartei in der Regel durch ausdrückliche Erklärung; doch hat die Teilnahme an solchen Religionshandlungen, wodurch eine Partei sich von der anderen wesentlich unterscheidet, die Kraft einer ausdrücklichen Erklärung, wenn nicht das Gegenteil aus den Umständen deutlich erhellt. Diese Vorschr. waren durch Ges. v. 14. Mai 1873 ausdrücklich aufrechterhalten worden. Denn das Gesetz bestimmte im § 1 Abs. 2, daß rücksichtlich des Übertritts von einer Kirche zur anderen es bei dem bestehenden Rechte verbleibe. Doch war im Abs. 3 das, vorgegeschrieben, daß die Befreiung von den Lasten des bisherigen Verbandes nur durch die in dem Gesetz vorgeschriebene Form des Austritts zu erreichen sei. Eine dem § 1 Abs. 2 u. 3 entsprechende Vorschr. fehlt in dem Kirchenaustrittsgesetz vom Jahre 1920, während in dem durch das Gesetz von 1920 ebenfalls ausdrücklich aufgehobenen Ges. v. 13. Dez. 1918 nur der § 1 Abs. 1 Kirchenaustrittsgesetz von 1873 abgeändert war, die Abs. 2 u. 3 das aufrechterhalten blieben.

Die im vorl. Fall entscheidende Frage ist die, ob nach Inkrafttreten des Gesetzes von 1920 die vorerwähnten Vorschr. des A.M. weiter in Geltung geblieben sind. Das ist zu verneinen. Zu prüfen ist nicht, in welcher Form auf rein innerkirchlichem Gebiete der Glaubens- oder Konfessionswechsel vollzogen werden kann, sondern lediglich, in welcher Form mit kirchensteuerrechtlicher Wirkung dieser Übertritt zu vollziehen ist. Der Übertritt von einer Kirche zu einer anderen enthält in sich einen doppelten Rechtsvorgang: den Austritt aus der bisherigen Kirche und sodann den Eintritt in eine andere Kirche oder Religionsgesellschaft. Ein Übertritt in die neue Kirche ohne Austritt aus der alten Kirche ist begrifflich nicht möglich, da es sich bei jeder Kirche um Gemeinschaften handelt, deren Zusammengehörigkeit durch die Gemeinsamkeit des Glaubens bestimmt wird. Der Glaube oder die Weltanschauung eines Menschen kann zwar zeitlich hintereinander wechseln, aber niemals zu gleicher Zeit um mehrfachen sein. Auch das Gesetz von 1873 besagte nichts Gegenteiliges; denn es war trotz des Gesagten zulässig, durch Gesetz vorzuschreiben, daß trotz des Austritts, i. S. der vorstehenden Ausführungen also trotz des Austritts aus der alten Kirche eine Lastenbeitragspflicht zugunsten der alten Kirche solange fortbesteht, als dieser Austritt nicht in gewisser Form erklärt ist.

Im übrigen ergeben sowohl der Wortlaut wie auch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes von 1873, daß man den „Übertritt“ nur als einen Unterfall des „Austritts“ angesehen hat, für den man nur aus Zweckmäßigkeitsrücksichtungen eine von den übrigen Austrittsfällen abweichende Regelung getroffen hat (vgl. Koch, A.M., 8. Aufl., S. 185 Anm. 53 zu II 11 A.M., und zwar zu § 1 des dort abgedr. Ges. v. 14. Mai 1873). Auch hieraus muß entnommen werden, daß, wenn das Gesetz von 1920 nur von einem „Austritt“ schlechthin spricht, darunter sämtliche Austrittsfälle zu verstehen sind, also nicht nur die Fälle des Austritts schlechthin, sondern auch diejenigen Fälle, in denen der Austritt mit dem Eintritt in eine andere Kirche verbunden ist. Wenn der letztere Fall anders als der erste hätte behandelt werden sollen, so hätte es dazu einer ausdrücklichen Ausnahmevorschr., wie sie das Gesetz von 1873 tatsächlich enthielt, bedurft. Da aber das Gesetz von 1920 eine Ausnahme für den mit Übertritt verbundenen Fall des Austritts nicht getroffen hat, so folgt daraus, daß auch dieser Fall wie jeder andere Austrittsfall zu behandeln ist. Diese Ansicht wird im Schrifttum auch von Schoen, Das neue Verfassungsrecht der ev. Landeskirchen Preußens S. 86/87 vertreten, während Grünbaum (bei Illing-Kaupp, 11. Aufl., Bd. II S. 1426 Anm. 1 zu § 1 Gesetz von 1920) die Ansicht vertritt, der Wille des Gesetzgebers auf Aufhebung der §§ 41, 42 II 11 A.M. sei nicht zum Ausdruck gekommen. Dessen bedürfte es aber nach den vorhergehenden Ausführungen nicht; denn das Gesetz hat sämtliche Fälle des Austritts mit bürgerlich-rechtlicher Wirkung, also nach dem Gesagten auch den Fall des Übertritts geregelt. Es hat damit auch ohne besonders ausgesprochene Aufhebung jedenfalls bzgl. der bürgerlich-rechtlichen Wirkung die Vorschr. des A.M. über den Übertritt außer Kraft gesetzt. In dem (mündlichen) Bericht des Rechtsaussch. des Landtags war ausdrücklich gesagt, daß der neue Entwurf im Gesetze zu dem Ges. v. 13. Dez. 1918 eine vollständige Modifikation des Austrittsrechts enthalte (Sv. 12122 der Sitzber. der verfassunggeb. Preuß. Landesversammlung. Bd. 9, 152. Sig. v. 16. Sept. 1920). Während die Behandlung des Übertritts, als eines Unterfalles des Austritts, bei den Erläuterungen über das Gesetz von 1873 eine große Rolle gespielt hat, ist sie bei der Beratung des Gesetzes von 1920 überhaupt nicht berührt worden. Die Beseitigung der nach dem Gesetze von 1873 und 1918 vorhandenen gewissen Möglichkeiten der Kirchensteuerpflicht in mehreren Kirchen entsprach auch der Zielsetzung des Gesetzgebers von 1920, der eine Erleichterung der Kirchensteuerpflicht durch den Austritt herbeiführen wollte.

Es muß sonach als Ergebnis angenommen werden, daß nach dem Gesetz von 1920 ein Übertritt von einer zu einer anderen Religionsgesellschaft, soweit bürgerliche, also auch steuerrechtliche Wirkungen damit verknüpft sein sollen, den Austritt aus der ersteren in der

Form des Gesetzes voraussetzt, so daß ohne diesen Austritt ein Übertritt nicht stattfindet.

(Pr.D.W.G., 8. Sen., Ur. v. 25. Okt. 1932, VIII A 29/30.)

\*

4. Anliegerschaft an einer StraÙe. Wegereinigung. v. 1. Juli 1912. Ein Grundstück liegt nicht an einer StraÙe, wenn es von ihr durch einen Graben getrennt ist, der nicht vorwiegend der Entwässerung der StraÙe dient.

Nach § 3 Wegereinigung. v. 1. Juli 1912 (GS. 187) sind Oberverbände über die polizeimäßige Reinigung öffentlicher Wege aufrechterhalten. Das Bestehen einer Oberverbands in A., nach der die StraÙen-anlieger die StraÙenreinigung vorzunehmen haben, ist zwischen den Parteien unstrittig. Einer Feststellung dieses Bestehens bedurfte es vorliegend nicht. Denn auch wenn die Oberverbands besteht, ist der Bevl. zur polizeimäßigen Reinigung nicht verpflichtet, weil dem Bez.Aussch. dahin beigelassen werden muß, daß Bevl. nicht Anlieger der StraÙe ist.

Für die Anliegerschaft seines Grundstückes an der StraÙe ist entscheidend, ob der an diesen entlangführende, zwischen ihm und der StraÙe gelegene Graben ein Teil der StraÙe ist oder nicht. Ist er ein Teil der StraÙe, so liegt das — unstrittig an ihn angrenzende — Grundstück des Bevl. an der StraÙe. Ist er dagegen nicht Teil der StraÙe, so ist zwischen dieser und dem Grundstück ein selbständiger Grundstreifen gelegen, der die Anliegerschaft des Grundstückes an der StraÙe ausschließt.

Dafür, ob der Graben jetzt einen Teil der StraÙe bildet, ist es unerheblich, von wann ab er diese Eigenschaft besitzt, d. h. ob er sie bereits zur Zeit der Anlegung der StraÙe oder erst später erworben hat. Es wäre an sich wohl denkbar, daß er zwar zur Zeit der Anlegung der StraÙe einen Teil von dieser bildete, aber heute einen solchen darum nicht mehr bildet, weil er im Laufe der Jahre anderen Zwecken gewidmet worden ist, als er sie früher hatte. Umgekehrt wäre es möglich, daß er zwar zur Zeit der Anlegung der StraÙe selbständige Natur besaß, aber im Laufe der Zeit seinen Charakter geändert hat und zu einem Bestandteil der StraÙe geworden ist. Ob er heute einen Bestandteil der StraÙe bildet, hängt von seinen heutigen Zwecken ab. Dient er in der Gegenwart wirtschaftlich vorwiegend Zwecken der StraÙe, insbes. ihrer Entwässerung, so ist er seiner Zweckbestimmung nach als ein Teil der StraÙe anzusehen. Dient er dagegen heute hauptsächlich der Entwässerung der St.-Wiesen, so bildet er keinen Teil der StraÙe, sondern ein selbständiges Grundstück. Denn die Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit zur StraÙe kann nur nach den Zwecken des Geländestreifens beurteilt werden, nicht etwa nach dem Eigentum an ihm (Hecht, Ges. über Reinigung öffentl. Wege, 3. Aufl., S. 64). Vgl. hierzu auch Entsch. des D.W.G. v. 18. Nov. 1926: Pr.BerwBl. 48, 380.

(Pr.D.W.G., 4. Sen., Ur. v. 16. März 1933, IV B 23/32.)

\*

5. Getränkesteuer. Verzehr an Ort und Stelle. Ein „Verzehr an Ort und Stelle“ liegt nicht vor, wenn die Getränke auf vorherige Bestellung in einem der Verfügung des Abgebenden nicht unterliegenden, von dem Schankraum durch die StraÙe getrennten Raum „verzehrt“ werden.

Streitig ist, ob ein Gastwirt, der auch Getränke an die Standinhaber in der unmittelbaren neben seiner Wirtschaft gelegenen Markthalle liefert, auch für diesen Teil seines Umsatzes zur Getränkesteuer herangezogen werden kann. Das D.W.G. verneinte diese Frage.

Der Bez.Aussch. ist bei seiner Entsch. davon ausgegangen, daß der Ausdruck in § 3 Abschn. II St. D. v. 26. Juli 1930 (RGBl. I, 311) und in § 1 der örtlichen SteuerD. „Verzehr an Ort und Stelle“ sich im wesentlichen mit dem Begriff „Genuß auf der Stelle“ deckt, der nach ständiger Rspr. das Kennzeichen für das Vorliegen einer erlaubnispflichtigen Schankwirtschaft bildet. Diese Voraussetzung hat das D.W.G. (Pr.BerwBl. 21, 329) auch in einem Falle als erfüllt angesehen, in welchem der Verbrauch zwar nicht in dem Abgaberaum selbst erfolgt war, in welchem aber der Wirt wissen mußte, daß die abgegebenen Getränke zum sofortigen Verbrauch in den im gleichen Hause befindlichen Räumen eines Vereins bestimmt waren. Das D.W.G. hat dabei auf die Entsch. des D.W.G. Colmar (Keger, Rspr. 19, 174) Bezug genommen, nach welcher Genuß auf der Stelle schon vorliegt, wenn der Verkäufer über den Raum, wo die Getränke konsumiert werden sollten und konsumiert sind, zwar keine Verfügungsgewalt hatte, der Raum jedoch ähnlich wie ein Schanklokal zugänglich war — die StraÙe, ein unbauter Platz u. dgl. —, sofern der Verkäufer davon Kenntnis hatte, daß die Getränke sofort in diesem Raum getrunken werden sollten. Auch wenn man sich vollkommen auf den Boden dieses Ur. stellt, was die angeführte Entsch. des D.W.G. vermieden hat, so bleibt doch Vorbedingung für die Annahme des Genusses auf der Stelle und also auch des Verbrauchs an Ort und Stelle eine gewisse Raumbeziehung zwischen der Abgabe- und der Verbrauchsstelle, wie dies bei Verkaufskantinen ohne weiteres dadurch gegeben ist, daß der Kantinentisch den Verzehrungsplatz —

sei es mit ausdrücklicher, sei es mit stillschweigender Einwilligung des Werkzeughabers — beim Verkauf der Getränke gleichzeitig mitgewährt (Entsch. des RG. v. 14. Juni 1888: PrWernBl. 10, 38). Eine solche Raumbziehung kann zwar in Fällen, in denen der Verzehrungsraum nicht durch den Wirt zur Verfügung gestellt wird, auch dann noch gegeben sein, wenn der Verbrauch in nicht zu einem Haushalt gehörigen Räumen desselben Hauses oder auf Straßen usw., die an der Wirtschaft vorbeiführen, stattfindet, aber nicht, wenn sie in Räumen geschieht, die erst über die Straße usw. betreten werden. In dieser Beziehung verweist der Kl. nicht mit Unrecht darauf, daß andernfalls auch bei den sog. Stadtküchen die mit der Lieferung von fertigen Mahlzeiten vielfach verbundene gleichzeitige Lieferung von Wein steuerpflichtig sein würde. Der dagegen vom Bekl. erhobene Einwand, daß in diesen Fällen die Lieferung an verschiedene Verbraucherstellen erfolge, ist nicht schlüssig. Denn bei einer solchen Auslegung der Bestimmung würde die Belieferung der einzelnen Markthallenverkäufer als Belieferung verschiedener Verbraucherstellen ebenso steuerfrei bleiben müssen wie die Stadtküchen. Entscheidend war für den Gerichtshof die Erwägung, daß im vorl. Falle die Abgabe zum Verzehr, der Ausschank, im Lokal des Kl. stattfindet. Nur der Verzehr selbst erfolgt in der Markthalle, also nicht an Ort und Stelle i. S. der SteuerD. Anders wäre die Rechtslage zu beurteilen, wenn dem Kl. die Erlaubnis zum Ausschank in der Markthalle erteilt wäre oder wenn er oder seine Angestellten die Getränke ohne vorherige Bestellung in der Markthalle zum Absatz angeboten hätten. Das hat aber der Kl. ausdrücklich bestritten. Ebenso ergibt sich aus den Veranlagungsakten, daß der Bekl. mit der Erhöhung der Veranlagung nur den Absatz auf Grund vorheriger Bestellung treffen wollte.

Sonach mußte der Auffassung des BezAusfch., daß die Erhöhung der Heranziehung wegen des Absatzes in der Markthalle ungerechtfertigt war, beigeprlichtet werden.

(PrDWB., 2. Sen., Urt. v. 24. März 1933, II C 152/32.)

\*

**6. Singspielerlaubnissteuer.** Gegen die Erhebung einer Gemeindesteuer für Erwerb der gemäß § 33 a RGewD. erforderliche Erlaubnis zur Veranstaltung von Singspielen, Gesangs- und deklamatorischen Vorträgen u. dgl., bestehen ebensowenig rechtliche Bedenken, wie gegen die Erhebung der Schankerlaubnissteuer.

Kl. bezweifelt die Zulässigkeit der Einführung einer Steuer für die Erlaubnis von Singspielveranstaltungen, die nicht in einer Schankwirtschaft stattfinden. Diese Bedenken hat aber der Vorderrichter mit Recht zurückgewiesen. Die Befugnis der Gemeinden, indirekte Steuern zu erheben, findet ihre Schranken gem. § 13 PrKommAbgG. lediglich durch die Reichsgesetze. DWG. hat in ständ. Rspr. daran festgehalten, daß die Reichsgesetzgebung der Erhebung der Schankerlaubnissteuer nicht entgegensteht (vgl. insbes. DWG. 52, 7). Das gleiche gilt für die hier in Frage stehende Singspielerlaubnissteuer. Der im § 1 GewD. aufgestellte Grundsatz der Gewerbefreiheit wird ebenso wie für den Betrieb von Schankwirtschaften (§§ 1, 2 GaststättG. v. 28. April 1930) für die gewerbmäßige öffentliche Veranstaltung von Singspielen, Gesangs- und deklamatorischen Vorträgen von Personen oder theatralischen Vorstellungen, ohne daß ein höheres Interesse obwaltet, gem. § 33 a GewD. der Einschränkung unterworfen, daß eine den örtlichen Bedarf berücksichtigende Erlaubniserteilung erforderlich ist. In dem der Erwerb dieser Erlaubnis zum Gegenstand der Gemeindebesteuerung gemacht ist, wird jedoch nicht der Beginn oder die Fortführung des Gewerbes von der Entrichtung einer Abgabe abhängig gemacht. Es handelt sich also nicht um Abgaben, welche für den Betrieb eines Gewerbes entrichtet werden. Solche Abgaben dürfen allerdings nach § 7 Biff. 6 GewD. nicht erhoben werden. Die Schank- und die Singspielerlaubnissteuern legen sich aber nicht hemmend als notwendige Voraussetzung vor den Gewerbebeginn, sondern schließen sich an ihn an, indem sie auf den Eintritt eines bestimmten Ereignisses, nämlich auf die den Gewerbebeginn erst ermöglichende Erlaubniserteilung gelegt sind (vgl. Röll-Freund-Suren, KommAbgG., 9. Aufl., S. 129). Ob derartige Steuern wirtschaftlich hart oder gerecht sind, unterliegt nicht der Beurteilung des Verwaltungsrichters. Gegen die rechtliche Zulässigkeit der vom Bekl. erhobenen Singspielerlaubnissteuer bestehen ebensowenig grundsätzliche Bedenken wie gegen eine Schankerlaubnissteuer.

(PrDWB., 2. Sen., Urt. v. 10. Jan. 1933, II C 90/32.)

## Hessen.

### Hessischer Verwaltungsgerichtshof.

Berichtet von Rechtsanwalt Horch, Mainz.

**7. § 7 FürsPfWB. v. 13. Febr. 1924 (RGBl. 100) in Fassung v. 8. Juni 1926 (RGBl. 255); Art. 234 Abs. 1 HessStD. v. 8. Juli 1911.** Das Ansuchen der Aufsichtsbehörde an eine Stadt auf Betätigung einer bestimmten Ausgabe

ist ausschließlich im öffentlichen Interesse statthaft; nicht dagegen auch zur Wahrung von fiskalischen Belangen des Staates. Die Kosten der Unterbringung eines geisteskranken Verbrechers in eine Anstalt sind nur dann Fürsorgekosten, wenn die Anstaltsbewahrung vorwiegend auf Grund der Fürsorge für die Person des Bewahrten stattfindet. Ist dagegen die Unterbringung in die Anstalt überwiegend im öffentlichen Interesse zum Schutze der Allgemeinheit erfolgt, so sind die Anstaltskosten Polizeikosten und von der Polizeikasse zu tragen.

Ein wegen qualifizierten Totschlags zu lebenslänglicher Zuchthausstrafe Verurteilter wurde während der Strafverbüßung als unheilbar geisteskrank und dauernd strafverbüßungsunfähig erkannt und in einer Heil- und Pflegeanstalt untergebracht. Diese Anstalt ersuchte den Bezirksfürsorgeverband ihres Sitzes um Kostenzusage als vorläufig verpflichteter Fürsorgeverband. Nachdem dieser die Übernahme der Kosten mit der Begr. abgelehnt hatte, daß die Unterbringung in der Anstalt im öffentlichen Interesse erfolgt sei und sich als eine polizeiliche Maßnahme darstelle, stellte das Kreisamt als Dienstaufsichtsbehörde auf Veranlassung des Ministers des Innern an diesen Bezirksfürsorgeverband das förmliche Ansuchen, die Kosten der Unterbringung zu tragen, und zwar auf Grund Art. 234 HessStD., wonach einer Stadtvertretung eine Ausgabe im öffentlichen Interesse von dem Kreisamt angeordnet werden kann. Nachdem der Stadtrat das Ansuchen des Kreisamts als ungeseglih und unzulässig abgelehnt hatte, wurde das Verwaltungsstreitverfahren über die Zulässigkeit und Berechtigung dieses Annehmens eingeleitet. ProvAusfch. und VGH. haben dieses Ansuchen für unzulässig und unbegründet erklärt.

Das Ansuchen des Kreisdirektors muß als unzulässig angesehen werden, denn es erfolgte nicht im „öffentlichen Interesse“. Zwar kann auch eine an sich zivilrechtliche Verbindlichkeit im öffentlichen Interesse angeordnet werden. Auch läßt sich nicht bestreiten, daß auf dem Gebiete des Fürsorgewesens im allgemeinen öffentliche Interessen obwalten. Ob aber solche öffentliche Interessen tatsächlich in Frage stehen, kann nur von Fall zu Fall geprüft werden. Durch die Unterbringung des Geisteskranken in einer Anstalt war nicht nur für ihn gesorgt, sondern zugleich auch die Allgemeinheit vor diesem gemeingefährlichen Menschen bewahrt. Wenn nunmehr der Kreisdirektor der Stadt als Bezirksfürsorgeverband die Übernahme der durch die Verwahrung erwachsenen Kosten „angesehen“ hat, so geschah dies weniger im öffentlichen Interesse, also zugunsten der Allgemeinheit, als aus dem Grunde, um durch die Inanspruchnahme städtischer Mittel die Staatskasse als Kostenträgerin der Landes-Heil- und Pflegeanstalt und auch die staatliche Polizeikasse zu entlasten. Diese rein fiskalischen Belange des Staates können aber nicht als „öffentliche Interessen“ i. S. des Art. 234 Abs. 1 StD. angesehen werden. Das Ministerium benutzt hier den Weg des Annehmens dazu, finanzielle Verpflichtungen des Staates auf die Stadt abzuwälzen und gleichzeitig einen Zivilprozeß der Landes-Heil- und Pflegeanstalt zu vermeiden, dessen Ausgang zum mindesten höchst fraglich wäre.

Aber selbst, wenn man entgegen der hier vertretenen Auffassung das „Ansuchen“ des Kreisamtes für zulässig halten wollte, so war doch dieses Ansuchen jedenfalls unbegründet. Das Ministerium hat bisher stets und auch noch in diesem Rechtsstreit die Auffassung vertreten, daß im Falle der Entweisung eines Geisteskranken in eine Anstalt die Kosten nur dann von der Polizeikasse zu tragen seien, wenn die Unterbringung und Internierung lediglich im öffentlichen Interesse erfolge. Selbst wenn die Internierung wegen Gemeingefährlichkeit erfolgt sei, aber der Kranke auch außerhalb der Anstalt infolge der Krankheit oder aus anderen Gründen seinen Lebensunterhalt nicht bestreiten könne, oder wenn neben dem Sicherheitsinteresse auch das Interesse des Kranken selbst, insbes. das seiner Heilung und Besserung in Betracht komme, sei die Eigenschaft der Kosten als Armenpflegekosten zu bejahen. Dieser Standpunkt kann nicht aufrechterhalten werden. Das BundV. f. Heimath. hat in seiner neuesten Rspr., der sich der VGH. anschließt, klar herausgearbeitet, daß es bei der Prüfung der Frage, ob Anstaltskosten als Polizeikosten oder als Fürsorgekosten anzupreisen sind, nicht auf die Ausschließlichkeit des öffentlichen Interesses an der Internierung ankomme, sondern daß entscheidend sei, ob der Anstaltsinsasse überwiegend im öffentlichen Interesse in der Anstalt verwahrt werde oder nicht. Liegt die Anstaltsverwahrung überwiegend im öffentlichen Interesse, so sind die Anstaltskosten Polizeikosten und müssen von der Polizeikasse getragen werden. Bedarf der Anstaltsinsasse dagegen vorwiegend im eigenen Interesse, d. h. aus Gründen der Fürsorge für seine Person, der Anstaltsbewahrung, so handelt es sich um Fürsorgekosten, die dem Fürsorgeverband zur Last fallen (BundV. f. Heimath. 74, 53 ff. und 77, 43 ff.).

Hier tritt aber hinter dem Interesse der öffentlichen Sicherheit, das die Verwahrung dieses ungewöhnlich gefährlichen Verbre-

chers dringend erfordert, die Fürsorge für seine Person vollkommen zurück. Seine Internierung war in erster Linie nicht geboten, um ihn selbst, sondern um seine Mitmenschen vor Schaden und Gefahr zu bewahren; sie ist also nicht eine fürsorgliche, sondern eine polizeiliche Maßnahme, deren Kosten die Polizeikasse belasten

(HessStGH., Ur. v. 7. Mai 1932, Nr. VGH 96/31.)

## 2. Sonstige Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte.

### Preußen.

#### Preussischer Dienststrafhof.

Berichtet von **N. Dr. Görres** und **Senatspräsident Pleffer**, Berlin.

**1. Ruhen einer dienststrafrechtlichen Verjährung während Schwehens eines Strafverfahrens.**

Gegen einen i. J. 1924 in den einstweiligen Ruhestand versetzten Beamten hatte wegen einer im Frühjahr 1926 begangenen Unterschlagung vom November 1926 bis April 1928 ein strafgerichtliches Verfahren geschwebt. Wegen des gleichen Tatbestandes und einiger weiterer Verfehlungen wurde am 28. Aug. 1931 das förmliche Dienststrafverfahren eingeleitet. Der Dienststr. hat die Verjährung der dienststrafgerichtlichen Verfolgung verneint.

Die Vorschr. der VStR. über die Verjährung finden nach der auf den allgemeinen Rechtsgrundsatz des § 2 Abs. 2 StGB. gestützten ständigen Rspr. des Dienststr. (DJB. 1932, 813) auch auf diejenigen Verfehlungen Anwendung, die zwar vor dem Inkrafttreten der VStR. begangen, aber erst nach ihrem Inkrafttreten zur Aburteilung durch den Dienststr. als letzten Tatsachengericht gelangen. Nach § 15 VStR. verjährt nun die Verfolgung von Dienststrafvergehen grundsätzlich in fünf Jahren. Die Ausnahmebest. des § 15 Abs. 1 Satz 4 VStR., wonach die Verjährung ruht, solange der schuldige Beamte aus dem Staatsdienst beurlaubt ist, trifft auf die in den einstweiligen Ruhestand versetzten Beamten, zu denen der Angeschuldigte gehört, nicht zu. Die angeführte Best. muß als Ausnahmebest. eng ausgelegt werden. Die Verfehlung in den einstweiligen Ruhestand kann daher einer Beurlaubung aus dem Staatsdienste nicht gleichgestellt werden.

Die Verjährung ist jedoch aus einem anderen Grunde nicht eingetreten. Nach § 69 StGB. ruht die Verjährung während der Zeit, in der auf Grund gesetzlicher Vorschr. die Strafverfolgung nicht begonnen werden kann. Die Best. des StGB. und der VStR. finden im Dienststrafrecht nach der ständigen Rspr. der dienststrafgerichtliche sinngemäße Anwendung, soweit nicht besondere Vorschr. oder die Eigenart des Dienststrafrechts entgegenstehen. Beides ist hinsichtlich der erwähnten Vorschr. des § 69 StGB. nicht der Fall. Eine sinngemäße Anwendung dieser Best. auf das Dienststrafrecht begegnet hiernach keinen Bedenken. Da nun nach § 3 VStR. im Laufe einer strafgerichtlichen Untersuchung ein Dienststrafverfahren wegen derselben Tatsache nicht eingeleitet werden darf, ergibt sich aus dieser Vorschr. i. Verb. m. der des § 69 StGB., daß während des Schwehens der strafgerichtlichen Untersuchung die Verjährung der dienststrafgerichtlichen Verfolgung der gleichen Handlung ruht. Läßt man hiernach den Zeitraum, in dem das strafgerichtliche Verfahren geschwebt hat, außer Betracht, so ist von der Zeit der Tat bis zur Einleitung des förmlichen Dienststrafverfahrens der für die Verjährung erforderliche Zeitraum von fünf Jahren noch nicht verstrichen gewesen.

(PrDienststr., Ur. v. 11. Febr. 1933, D 49/32.)

\*

**2. Ein Beschluß des Ministers, der eine Einstellung des förmlichen Dienststrafverfahrens und einen Strafbefcheid enthält, darf den Angeschuldigten auch nicht mit einem Teil der Kosten belasten.**

Die Einstellung beruht auf einer Verfügung der obersten Verwaltungsbehörde, die mangels gesetzlicher Best. mit einer Kostenentscheidung nicht verbunden werden kann. Eine entsprechende Anwendung des § 464 Abs. 1 StPD. ist nicht möglich, da unter den „eine Untersuchung einstellenden Entscheidungen“ i. S. dieser Best. nur gerichtliche Entsch. zu verstehen sind (vgl. Löwe-Rosenberg, StPD. 1929, Vorbem. 2 vor § 464). Da das förmliche Dienststrafverfahren durch die Einstellungsverfügung abgeschlossen und aufgehoben wird, die gem. § 41 VStR. eventuell verhängte Ordnungsstrafe also nicht durch ein Ur. im förmlichen Dienststrafverfahren, sondern durch eine Verfügung des höchsten Dienstvororgesetzten nach Aufhebung eines förmlichen Dienststrafverfahrens ausgesprochen

wird, ist sie nicht einer gerichtlichen Entsch. im förmlichen Dienststrafverfahren, sondern einer Ordnungsstrafe im formlosen Ordnungsstrafverfahren gleichzusetzen. Es ist jedoch anerkanntes Recht, daß die im formlosen Ordnungsstrafverfahren entstandenen Kosten dem Angeschuldigten nicht auferlegt werden können (vgl. Brand, Die Preuß. Dienststrafordnungen 1932, 2. Aufl., Anm. 12a zu § 47). Mithin kann auch eine auf Grund des § 41 VStR. erlassene Ordnungsstrafe mit einer Kostenentscheidung nicht verbunden werden (vgl. v. Heineken, Die Preuß. Disziplinarerlasse 1911, 2. Aufl., § 33 IV S. 252; Brand, Die Preuß. Dienststrafordnungen 1921, Anm. 6 zu § 41).

(PrDienststr., Beschl. v. 10. März 1933, D 150/32.)

\*

**3. Recht des Angeschuldigten auf Erscheinen im Hauptverhandlungstermin.**

Zu den leitenden Grundgedanken des geltenden Strafprozessrechts gehört es, daß dem Angekl. die Möglichkeit gewährt wird, sich vor den Gerichten in mündlicher und öffentlicher Verhandlung zu verteidigen. Diesen Grundsatz hatte auch das Gef. v. 21. Juli 1852 für das Verfahren vor dem Dienststrafgericht erster Instanz verwirklicht. Nach § 34 des Gef. v. 21. Juli 1852 war der Angekl. von dem Hauptverhandlungstermin nicht nur zu benachrichtigen, sondern er wurde zu diesem Termin förmlich geladen. Gerade aus der Anordnung der förmlichen Ladung und der sich daraus ergebenden Verpflichtung des Gerichts zur Prüfung der Ordnungsmäßigkeit der Ladung ergibt sich das Recht des Angekl. auf Anwesenheit im Termin. § 37 Satz 2 des Gef. v. 21. Juli 1852 stand dieser Auslegung des Gesetzes nicht entgegen. Aus dieser Vorschr. ergab sich zwar, daß auch ohne den Angekl. verhandelt werden konnte. § 37 a. a. D. setzte aber lediglich den Fall, daß der Angekl. aus eigenem Willen an der Hauptverhandlung nicht teilnahm, von seinem Recht zu erscheinen, also keinen Gebrauch machte. Das Erscheinungsrecht wurde dadurch nicht berührt, vielmehr nur zum Ausdruck gebracht, daß eine Erscheinungspflicht des Angekl. nicht bestand. Im vorl. Falle hat der Angekl. seinen Willen zur Teilnahme an dem Termin deutlich zum Ausdruck gebracht; die Teilnahme war ihm aber aus Gründen, die nicht in seiner Person lagen, unmöglich gemacht worden. Darin, daß der Angekl. um eine „Beurlaubung“ aus der Strafkast, die in beratigen Fällen in der Regel nicht gestattet wird, gebeten hatte, kann ein Verschulden nicht gesehen werden. Es wäre Pflicht der Behörde gewesen, den Angekl. darauf hinzuweisen, daß er zwar keinen Urlaub erhalten könne, daß seiner Vorsführung zum Termin aber nichts im Wege stehe. Das Dienststrafgericht erster Instanz hätte danach den Termin v. 15. März 1932 vertragen müssen. Indem es die Verhandlung in Abwesenheit des Angekl. durchführte, verstieß es gegen das festgestellte Recht des Angekl. auf Teilnahme an der Verhandlung.

(PrDienststr., Ur. v. 23. Febr. 1933, D 72/32.)

### Bayern.

#### Bayerisches Landesverwaltungsgericht.

Berichtet von **Senatspräsident Dr. Arendts**, Berlin.

**1. Im Verfahren über den Rekurs des Klägers können die vom Reichsfiskus durch Einrede geltend gemachten Gründe der Wiederaufnahme des Verfahrens nicht berücksichtigt werden. Hat das VerwaltGer. den Reichsfiskus für verpflichtet erklärt, eine Gesundheitsförderung als Folge einer W. anzuerkennen, ohne daß die förmlichen Voraussetzungen für eine solche Entscheidung erfüllt waren, so kann diese auf den Rekurs des Klägers nicht aufgehoben werden.**

(BayVerwVerf., Ur. v. 26. Okt. 1932, II MV Nr. 508/31; Sfg. S. 26 Nr. 190.)

\*

**2. Wiederaufnahme des Verfahrens. Kein Verbot der reformatio in pejus. Tragweite der Wiederaufnahmegründe nach § 70 Abs. 3 VerfG.**

(BayVerwVerf., Ur. v. 19. Okt. 1932, II MV Nr. 3115/32; Sfg. S. 22 Nr. 189.)

\*

**3. Über einen vor dem 28. Juli 1930 zur Erlangung der Heilbehandlung gestellten Antrag auf Anerkennung einer Gesundheitsförderung als Folge einer W. ist auch nach der Änderung des § 37 Abs. 1 VerfG. durch die RotW. v. 14. Juni 1932 sachlich zu entscheiden.**

(BayVerwVerf., Ur. v. 20. Sept. 1932, II MV Nr. 3401/30, 2.)