

# 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.

## Die Schutzhaft gemäß der Verordnung vom 28. Febr. 1933.

Von Rechtsanwalt Dr. Lüdtke, Kolberg/Dsiseebad.

Häufig bringen Tageszeitungen die Nachricht, daß gegen irgendwelche Personen die Schutzhaft verhängt und diese Personen in Konzentrationslager überführt worden seien. Vor einiger Zeit wurde in einer örtlichen Zeitung von einer nationalsozialistischen Kreisleitung allen denen die Unterbringung in ein Konzentrationslager angedroht, die die Zahlung ihrer Steuern unterlassen würden. In einem anderen Falle wurde einer Prozeßpartei das gleiche angedroht, falls sie entgegen dem Bestreben der Reichsregierung, Arbeit zu schaffen, die dem gemieteten Räume nicht zur Einrichtung einer Etageheizung zur Verfügung stellen würde. Dabei stand ihr eine rechtskräftige gerichtliche Entsch. zur Seite, daß ihre Ablehnung aus den in dem Urteil näher ausgeführten Gründen gerechtfertigt sei. Ob diese gerichtliche Entsch. zu billigen ist, soll im nachfolgenden — weil im Rahmen dieser Erwörterungen bedeutungslos — nicht näher untersucht werden. Die Möglichkeit, in Schutzhaft genommen zu werden, erscheint, wie später noch näher ausgeführt werden soll, hiernach geradezu unbeschränkt.

Im folgenden sollen kurz die rechtlichen Voraussetzungen der Schutzhaft, ihre Vollziehung und die Rechtsbehelfe dargestellt werden, die den Personen zustehen, gegen welche die Schutzhaft verhängt worden ist:

Art. 114 RVerf. v. 11. Aug. 1919 schreibt ausdrücklich vor, daß die Freiheit der Person unverleßlich ist und eine Beeinträchtigung oder Entziehung dieser Freiheit nur auf Grund von Gesetzen zulässig ist.

Ebenso bestimmt Art. 115 die Unverleßlichkeit der Wohnung.

Diese Vorschr. sind durch die WD. des RPräs. zum Schutze von Volk und Staat v. 28. Febr. 1933 (RGBl. I, 83) außer Kraft gesetzt.

Während die vorgenannte WD. für den Fall der Zuwiderhandlung gegen ihre Anordnungen gerichtliche Strafe festsetzt, ist über die Voraussetzungen, unter denen die vorgenannten Nachteile eintreten, nichts Genaueres erwähnt. Die WD. sagt nur im § 2, daß das Reich selbst befugt ist, die zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung erforderlichen Maßnahmen zu treffen, wenn ein Land diese selbst nicht vornimmt. Im § 3 ist ferner bestimmt, daß sämtliche Behörden der Länder und Gemeinden den auf § 2 beruhenden Anordnungen der Reichsregierung Folge zu leisten haben. Hieraus dürfte ohne weiteres zu entnehmen sein, daß die vorstehend erwähnten Beschränkungen der in den genannten Artikeln der RVerf. ausgeführten

Grundrechte für Deutsche nur stattfinden dürfen, wenn die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährdet bzw. gestört ist.

Bei dieser Voraussetzung handelt es sich offenbar um die gleiche, wie sie für ein Einschreiten der Polizei in dem § 14 PrPolVerwG. v. 1. Juni 1931 aufgestellt ist, nämlich die Ergreifung der Maßnahmen, die nach pflichtgemäßem Ermessen der Polizeibehörde erforderlich sind, um von der Allgemeinheit oder dem einzelnen Gefahren abzuwenden, durch welche die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bedroht wird.

Hinzu dürfte jedoch noch ein weiteres Moment kommen, das ein Einschreiten der Polizei rechtfertigt, nämlich, wenn Personen an den Maßnahmen der neuen Regierung ungerichtet Kritik üben oder mit anderen Worten, wenn „Mießmacher“ am Werke sind, dagegen nicht bei sachlicher Kritik, d. i. offenbar eine solche, welche die Maßnahmen der Regierung aus grundsätzlicher Weltanschauung nicht ablehnt, sondern von dem Standpunkte der nationalsozialistischen Weltanschauung vielleicht andere, das gleiche Ziel erstrebende Maßnahmen anregt bzw. hinsichtlich der Ausführung dieser Maßnahmen stets unter den vorstehend zugrunde gelegten Gesichtspunkten andere Wege vorschlägt.

Schutzhaft wird angeordnet werden können, soweit überhaupt das gesamte öffentliche und private Leben unseres Volkes sich mit den von der Reichsregierung oder den Regierungen der Länder oder deren Behörden erlassenen Anordnungen irgendwie begegnet. Es wird somit ebenso wie für die Tätigkeit der Polizei kaum Fälle geben, in denen bei einem Zusammentreffen der Tätigkeit des einzelnen mit den Anordnungen des Reiches oder Staates und deren Behörden unter den vorstehend dargelegten Voraussetzungen die Verhängung der Schutzhaft nicht möglich wäre. So z. B. auch, wenn ein Beamter den von seiner vorgelegten Behörde erlassenen Anordnungen über Anwendung des Deutschen Grußes sowohl im amtlichen als auch im außerdienstlichen Verkehr nicht nachkommt (vgl. die Beamtendienststrafordnungen).

Über die Zuständigkeit der Behörden ist in der WD. v. 28. Febr. 1933 nichts gesagt. § 3 bestimmt nur, von den Behörden der Länder und Gemeinden (Gemeindebehörden) ist den Anordnungen im Rahmen ihrer Zuständigkeit Folge zu leisten.

Da es sich bei der Verhängung der Schutzhaft offenbar um eine polizeiliche Maßnahme handelt, kommen für Preußen insoweit die Bestimmungen des PolVerwG. v. 1. Juni 1931 mit den dazu erlassenen Ergänzungen und Ausführungsvor-

schriften zur Anwendung, und zwar insbes. die WD. v. 2. März 1933 (GS. 33). Diese schreibt im § 2 ausdrücklich vor, daß für die Anordnungen von Beschränkungen der persönlichen Freiheit die Kreispolizeibehörden zuständig sind.

Hiernach sind in Preußen weiter die gleichen gesetzlichen Voraussetzungen für die Verhängung der Schutzhaft notwendig wie für sonstige polizeiliche Maßnahmen.

Da irgendwelche formelle Maßnahmen gem. §§ 24 ff. PolVerwG. nicht vorgeschrieben sind, stellt sich die Verhängung der Schutzhaft in einzelnen Fälle als polizeiliche Verfügung i. S. der §§ 14, 40 ff. PolVerwG. dar. Bei Anordnung der Schutzhaft muß die zuständige anordnende Behörde deshalb pflichtgemäß prüfen, ob die Voraussetzungen der §§ 14 und 40 ff. PolVerwG. vorliegen, und zwar, wie bereits ausgeführt, unter besonderer Berücksichtigung des Gesichtspunktes, ob insbes. die weiteren Voraussetzungen der WD. v. 28. Febr. 1933 gegeben sind. Die Prüfungspflicht der anordnenden Behörde muß sich also in der Richtung erstrecken, ob durch das Verhalten eines Volksgenossen die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährdet oder bedroht wird, so daß zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung es unbedingt erforderlich erscheint, dieser Person die Freiheit zu entziehen. Dieser Prüfungspflicht werden mit Rücksicht darauf, daß die durch die nationalsozialistische Staatsumwälzung hervorgerufene Unruhe des öffentlichen Lebens noch nicht völlig beseitigt ist, nicht zu enge Grenzen gesteckt werden dürfen. Immerhin wird die anordnende Behörde aber stets erwägen müssen, daß in dem Verhalten der Person, gegen welche die Verhängung der Schutzhaft in Frage kommen soll, eine tatsächliche Störung, Gefährdung oder Bedrohung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zutage treten muß. Daß für einen solchen Tatbestand nicht etwa bloße Vermutungen ausreichen, dürfte ohne weiteres klar sein.

Infolgedessen dürfte es z. B. nicht zulässig sein, die Schutzhaft anzuordnen, wenn eine leitende Persönlichkeit der nationalsozialistischen Bewegung mit Blicken oder gar haßerfüllten Blicken auf der Straße oder sonstwo von einem Dritten angesehen wird.

Für die Anordnung der Schutzhaft ist eine gesetzliche Form nicht vorgeschrieben. Sie kann wie jede polizeiliche Verfügung mündlich, schriftlich oder durch Ausführung der polizeilichen Maßnahme selbst, das ist die Inhaftnahme, ausgeführt werden. Wird die Verhängung der Schutzhaft schriftlich angeordnet, so erfordert sie eine schriftliche Begründung (§ 44 PolVerwG.). Während aber sonst, um das jedem Deutschen nach Art. 114 und 115 WVerf. zugesicherte Grundrecht der persönlichen Freiheit zu wahren, in den §§ 15 und 16 PolVerwG. genau vorgeschrieben ist, unter welchen Voraussetzungen die Polizeibehörden Personen in Verwahrung nehmen und in Wohnungen während der Nachtzeit eindringen dürfen, sowie weiter in dem § 127 StPD., unter welchen Voraussetzungen sonst jemand vorläufig festgenommen werden darf, sind diese Einschränkungen durch die WD. v. 28. Febr. 1933 offenbar aufgehoben. Es entfällt auch die Vorschr. des § 128 StPD., nach welcher der Festgenommene unverzüglich dem zuständigen Amtsrichter vorzuführen ist und am Tage der Festnahme oder spätestens an dem darauf folgenden Tage seine Vernehmung durch den Richter zu erfolgen hat.

Über die Dauer der Schutzhaft sind Bestimmungen nicht erlassen worden bzw. dem Verfasser nicht bekanntgeworden. Man wird nicht fehlgehen in der Annahme, daß die Schutzhaft mit dem Wegfall des Grundes, der zu ihrer Verhängung

geführt hat, auch wieder aufzuheben ist, also mit dem Zeitpunkt, in dem die Störung, Gefährdung oder Bedrohung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung beseitigt ist.

Gegen die Verhängung der Schutzhaft stehen den davon Betroffenen die gleichen Rechtsmittel zu wie gegen sonstige polizeiliche Verfügungen, nämlich innerhalb zwei Wochen die Beschwerde an die übergeordnete Dienststelle der anordnenden Behörde, d. i. der RegPräf. (§ 47 Abs. 2 c PolVerwG.). Die Beschwerde muß schriftlich oder zu Protokoll eingelegt werden, und zwar bei der Behörde, welche die betreffende Person in Schutzhaft genommen hat. Das ist, wie bereits vorher erwähnt, die Kreispolizeibehörde.

Wenn der in Schutzhaft Genommene aus irgendwelchen Gründen, z. B. aus Unkenntnis, die Beschwerde bei einer anderen unzuständigen Polizeibehörde eingelegt haben sollte, so würde die Beschwerdefrist als gewahrt gelten. Der nicht zuständigen Behörde obliegt in solchem Falle die Pflicht, die eingelegte Beschwerde unverzüglich an die zuständige Kreispolizeibehörde weiterzuleiten (§ 45 PolVerwG.).

Die Beschwerde kann sowohl darauf gestützt werden, daß die Verhängung der Schutzhaft nicht rechtmäßig erfolgt, als auch darauf, daß sie nicht zweckmäßig sei (§ 46 PolVerwG.).

Die Entsch. des RegPräf. kann mündlich oder schriftlich erfolgen. Hält er die Voraussetzungen für die Verhängung der Schutzhaft nicht für vorliegend und hebt er infolgedessen die Schutzhaft auf, so kann dieser Bescheid mündlich bzw. durch Fernsprecher erteilt werden. Hilft er dagegen der Beschwerde des von der Schutzhaft Betroffenen nicht ab, so ist der Bescheid schriftlich zu erteilen (§ 48 a. a. D.). Der abweisende Bescheid soll mit Gründen versehen sein und eine Rechtsmittelbelehrung enthalten. Letzteres ist deshalb vorgeschrieben, weil andernfalls die Frist für die Einlegung des weiteren Rechtsmittels gegen den abweisenden Beschwerdebescheid nicht läuft (§ 48 a. a. D.).

Gegen den abweisenden Beschwerdebescheid steht dem Beschwerf. binnen zwei Wochen die Klage im Verwaltungsstreitverfahren zu. Die Klage ist an den BezAusf. zu richten. Sie kann nur darauf gestützt werden, daß der Bescheid des RegPräf. den in Schutzhaft Genommenen wegen Verletzung des geltenden Rechts in seinen Rechten beeinträchtigt und insbes. die gesetzlichen Voraussetzungen für Verhängung der Schutzhaft nicht vorliegen.

Das weitere Verfahren richtet sich nach den Bestimmungen des Gesetzes über die allgemeine Landesverwaltung in der Abänderung und Ergänzung der WD. zur Vereinfachung und Verbilligung der Verwaltung v. 3. Sept. 1932 (GS. 283) und der WD. v. 17. März 1933 (GS. 43). Gegen die Entsch. des BezAusf. steht dem in Schutzhaft Genommenen das Rechtsmittel der Rev. bei dem OVG. zu. Hinsichtlich dieses Verfahrens braucht nur auf die vorgenannten Vorschr. verwiesen zu werden.

Zum Schluß soll noch darauf hingewiesen werden, daß auch nach Beendigung der Schutzhaft weitere polizeiliche Maßnahmen gegen den in Schutzhaft Genommenen in Frage kommen können, die im Zusammenhang mit der Schutzhaft selbst stehen, wie insbes. eine Aufforderung der Polizeibehörde an den bereits aus der Schutzhaft Entlassenen zur Bezahlung der Kosten, welche für Verpflegung usw. während der Schutzhaft entstanden sind unter Androhung der zwangsweisen Einziehung. Auch diese Forderung der Polizeibehörde stellt eine selbständige polizeiliche Verfügung i. S. der §§ 40 ff. PolVerwG. dar, die mit den gleichen Rechtsmitteln wie die Verhängung der Schutzhaft selbst von dem in Anspruch Genommenen angefochten werden kann.

## Der strafrechtliche Schutz des Treuhandverhältnisses durch den neuen § 266 StGB.

Von Privatdozent und Gerichtsassessor Dr. W. Siebert, Halle a. S.

I. Daß die gegenwärtige Lage der rechtsgeschäftlichen Treuhand infolge Fehlens einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung an mannigfachen Unvollkommenheiten leidet, ist bekannt. Die Möglichkeiten der Gestaltung treuhänderischer

Rechtsmacht, die auf dem Boden des BGB. entwickelt werden können — vor allem fiduziarisches und auflösend bedingtes Vollrecht einerseits, treuhänderische Ermächtigung andererseits —, ergeben zusammen keine vollbefriedigende Lösung.

Dies habe ich in einer kürzlich erschienenen Untersuchung<sup>1)</sup> näher darzulegen versucht. Der Wunsch nach einer gesetzlichen Regelung des Treuhänderverhältnisses ist daher verständlich und berechtigt<sup>2)</sup>.

Es ist zu wünschen, daß diese Frage bei einer Reform des bürgerlichen Rechts mit an erster Stelle behandelt wird, zumal eine gesetzliche Regelung hierbei an deutschrechtliche Rechtsgedanken anknüpfen kann und muß.

Die Unvollkommenheiten des geltenden Rechts zeigen sich besonders deutlich darin, daß es vielfach schwieriger und unständlicher Konstruktionen bedarf, um dem Treugeber (dem Begünstigten) den erforderlichen Schutz gegen pflichtwidrige Verfügungen des Treuhänders und gegen einen Gläubigerzugriff auf das Treugut zu verschaffen. Auch der strafrechtliche Schutz gegen einen Mißbrauch der treuhänderischen Rechtsmacht war stark problematisch und selbst bei kühnster Gesetzesauslegung noch unvollkommen. In diesem Punkte hat nun der § 266 StGB. in der Fassung, die er durch das Gesetz zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften v. 26. Mai 1933 (RGBl. I, 295) Art. I Nr. 18 erhalten hat, eine sehr erfreuliche Änderung gebracht<sup>3)</sup>. Der erforderliche strafrechtliche Schutz des Treugebers ist geschaffen; in diesem Punkte ist den Wünschen nach einer gesetzlichen Regelung des Treuhänderverhältnisses im wesentlichen genügt.

U. Friedmann hatte in seinem Gutachten (vgl. Anm. 2) noch eine besondere Vorschrift über Teilnahme Dritter an dem Treubruch (Kollusion) und über Gläubigerbenachteiligung vorgeschlagen. Ob solche Vorschriften erforderlich sind, soll hier dahingestellt bleiben, da ihre Schaffung jedenfalls nicht so dringlich ist, wie es die Änderung des § 266 war.

II. 1. § 266 Nr. 2 StGB. in der bisherigen Fassung bereitete in der Praxis vor allem<sup>4)</sup> deshalb Schwierigkeiten, weil eine Verfügung über „Forderungen oder andere Vermögensstücke des Auftraggebers“ vorliegen mußte. Hielt man bei der Auslegung dieser Tatbestandsmerkmale zivilrechtliche Begriffe und Rechtsätze für maßgebend, so konnte bei einem fiduziarischen Treuhänderverhältnis eine Bestrafung des Treuhänders niemals erfolgen: der Treuhänder war ja dann — entweder durch Übertragung vom Treugeber oder durch Erwerb von Dritten als indirekter Stellvertreter<sup>5)</sup> — Vollrechtsinhaber geworden und war nur schuldrechtlich verpflichtet, die Interessen des Treugebers wahrzunehmen. — Ein zivilrechtlich und strafrechtlich besserer Schutz des Treugebers konnte dann erreicht werden, wenn der Treuhänder lediglich die Stellung eines Ermächtigten (§ 185 Abs. 1 BGB.<sup>6)</sup>) erhielt: der Treuhänder besaß dann eine Verfügungsmacht über fremdes Vermögen, wobei das seiner Macht unter-

liegende Gut Forderung oder sonstiges Vermögensstück des Auftraggebers blieb<sup>7)</sup>. Bei treuhänderischem Ersterwerb konnte dann geholfen werden, wenn man eine vorweggenommene (antizipierte) Übertragung des erworbenen Gutes annahm<sup>8)</sup>.

Diese zivilrechtlichen Unterscheidungen und Konstruktionen wurden vielfach als hemmend und unbefriedigend empfunden. So ist bekannt, daß die neuere Rechtsprechung des RG. mit der Lehre vom „Individualanspruch“ als Vermögensstück des Auftraggebers zu einfacheren und lückenlosen Ergebnissen zu gelangen trachtete<sup>9)</sup>. Noch andere Wege wurden vom Schrifttum vorgeschlagen<sup>10)</sup>.

2. Gegenüber diesem Rechtszustand stellte der Entwurf 1927 entschieden einen Fortschritt dar. In § 348 war eine Zweiteilung des Untreuetatbestandes vorgenommen worden. Abs. 1 lautete: „Wer die ihm durch Gesetz oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, wissenschaftlich mißbraucht und dadurch dem anderen Nachteil zufügt, wird mit Gefängnis bestraft.“ Von dieser Vorschrift wäre also der ermächtigte Treuhänder erfaßt worden. § 348 Abs. 2 hätte (in vielen Fällen) eine Bestrafung des fiduziarischen Treuhänders ermöglicht, denn es sollte danach auch derjenige bestraft werden, der — ohne daß Aneignung fremder Sachen vorlag — „Geld oder anderes Gut, das ihm anvertraut ist oder das er für einen anderen empfangen hat, zum Nachteil des Berechtigten für sich oder einen Dritten verwendet“.

III. § 266 StGB. neuer Fassung führt nun die Regelung des Entwurfes in mehreren Punkten noch einen Schritt weiter. Der strafrechtliche Schutz des Treuhänderverhältnisses ist danach jetzt folgendermaßen zu beurteilen:

1. Der Untreuevorschrift unterliegt zunächst derjenige, der vorsätzlich die ihm durch (Gesetz, behördlichen Auftrag oder) Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, mißbraucht. Nach Zweck, Entstehungsgeschichte und Wortlaut<sup>11)</sup> dieses Tatbestandes — den man im Hinblick auf den früheren Streit über das Wesen der Untreue<sup>12)</sup> den „Mißbrauchstatbestand“ nennen könnte — unterliegt es m. E. keinem Zweifel, daß für die Auslegung zivilrechtliche Begriffe und Rechtsätze maßgebend sein sollen<sup>13)</sup>.

a) Das Rechtsgeschäft, durch das eine Verfügungsmacht über fremdes Vermögen begründet wird, ist die Einwilligung nach § 185 Abs. 1 BGB., die sog. Ermächtigung. Demnach gilt der Mißbrauchstatbestand also ohne weiteres für den ermächtigten Treuhänder. Es ist nun im Zivilrecht bisher mehrfach nicht genügend klar erkannt worden, daß ein solcher Treuhänder bei Erwerb für das Treugut auch als Vertreter, also im fremden Namen auftreten kann, vielfach sogar auftreten muß<sup>14)</sup>. Für diese Fälle ist es wichtig, daß § 266 StGB. auch von der Befugnis, einen anderen zu verpflichten, spricht. Diese Befugnis kann nämlich von einem Treuhänder nur im Wege echter Stellvertretung ausgeübt werden, da es eine Verpflichtungsermächtigung nicht gibt<sup>15)</sup>. Überhaupt kann man im Einklang mit dem zivilrechtlichen Begriff der Verfügungsmacht im weiteren Sinne<sup>16)</sup> feststellen, daß nicht nur der zur Verfügung im eigenen Namen Berechtigte, sondern auch der Bevollmächtigte eine Ver-

1) Das rechtsgeschäftliche Treuhänderverhältnis, ein dogmatischer und rechtsvergleichender Beitrag zum allgemeinen Treuhänderproblem (Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht, hrsg. von E. Heymann, Nr. 68), Marburg 1933.

2) Vgl. hierzu namentlich die Verhandlungen des 36. DJZ. (Süßbeck) Bd. I S. 662 ff., 805 ff. (Gutachten von Haemmerle und U. Friedmann), Bd. II S. 13 ff., 29 ff. (Referate von H. Goldschmidt und Bartsch). Allgemeine Übersicht bei Siebert a. a. D. S. 411 ff.

3) Eine ausführliche Darstellung des neuen § 266 StGB. findet sich bei Schwinge-Siebert, Das neue Untreuestrafrecht in strafrechtlicher und zivilrechtlicher Beleuchtung, Berlin 1933. Über den bisherigen strafrechtlichen Schutz des Treuhänderverhältnisses vgl. Siebert a. a. D. (Anm. 1) S. 176 ff., 222 f., 297 f., 326, 350 f.

4) Es ist bekannt, daß schon das Wesen der Untreue bestritten war. Es standen sich gegenüber die von Binding begründete und von der überwiegenden Ansicht im Schrifttum vertretene sog. Mißbrauchstheorie und die namentlich von der neueren Rechtsprechung angewandte sog. Treubruchstheorie (im Schrifttum vertreten z. B. von Freundthal, H. Mayer, DIschhausen-Gutjahr und dem DpZkomm.). Vgl. die Darstellung bei Schwinge-Siebert a. a. D. S. 7 ff.

5) In dem letzteren Falle (sog. treuhänderischer Ersterwerb) liegt ein fiduziarisches Treuhänderverhältnis im weiteren Sinne vor; die indirekte Stellvertretung stellt nur den Weg zur Begründung, nicht das Ergebnis selbst dar. Vgl. Siebert a. a. D. S. 108 ff., 189 ff., 204 ff.

6) Über die Ermächtigung vgl. im einzelnen Siebert a. a. D. S. 235 ff., 253 ff.

7) Aus der Rspr. vgl. hierzu z. B. RGSt. 56, 121; BayObLG.: JWB. 1926, 1574.

8) Vgl. z. B. RGSt. 62, 58 f.; JWB. 1931, 541 und 1702. Über die zivilrechtlichen Fragen vgl. Siebert a. a. D. S. 125 ff.

9) z. B. RGSt. 62, 58, 60; 63, 406 ff.; 64, 86.

10) Besonders Klee: ZentrBlJR. 1926, 355 ff.; 1929, 40 ff. und H. Mayer, Untreue (1926). Vgl. dazu Siebert, Treuhänderverhältnis S. 176 ff. und Schwinge-Siebert a. a. D. S. 9 f.

11) Man beachte besonders den Ausdruck „Rechtsgeschäft“.

12) Vgl. oben Anm. 4. Die neue Gesetzesbestimmung stellt eine Kombination der bisherigen Auffassungen dar: vgl. Schäfer: DJZ. 1933, 794 und Schwinge-Siebert S. 17 ff.

13) Über die nähere Begründung vgl. Schwinge-Siebert a. a. D. S. 17 ff.

14) Vgl. Siebert a. a. D. S. 299 f., 408 ff.

15) Nachw. und Begründung bei Siebert a. a. D. S. 255 ff.

16) Vgl. z. B. Enneccerus-Nipperdey, Lehrb. des Abg. Teils, § 135 I.

fügungsmacht besitzt, so daß auch er als Inhaber der in § 266 bezeichneten Verfügungsbefugnis anzusehen ist.

b) Ein Mißbrauch dieser Verfügungsmacht liegt dann vor, wenn der Verfügungsberechtigte im Rahmen und kraft der Verfügungsmacht wirksam rechtsgeschäftlich<sup>17)</sup> handelt, wenn er aber dabei die ihm im Innenverhältnis (Geschäftsbesorgungsverhältnis) gesetzten Grenzen überschreitet. Mißbrauch bedeutet also gültiges Handeln im Außenverhältnis, im Rahmen des Könnens, unter Verletzung des Innenverhältnisses, der Grenzen des Dürfens. Die bekannte zivilrechtliche Unterscheidung zwischen Vertretung und Geschäftsführung wird hier also auch strafrechtlich von Bedeutung<sup>18)</sup>.

Wenn gleichzeitig die Grenzen des Außenverhältnisses überschritten werden, wenn also auch nicht mehr im Rahmen und kraft der rechtsgeschäftlichen Verfügungsmacht gehandelt wird, so liegt ein „Mißbrauch“ nur dann noch vor, wenn das Handeln des Treuhänders trotz Überschreitung der Verfügungsmacht vermöge der zum Schutze Dritter geltenden Vorschriften wirksam ist<sup>19)</sup>.

2. Wegen Untreue soll ferner bestraft werden derjenige, der die ihm kraft (Gesetzes, behördlichen Auftrags) Rechtsgeschäfts oder eines Treuverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch . . . ufm.

Will man den Umfang dieser weitgehenden Vorschrift näher bestimmen, so ist es auch hier erforderlich, zunächst die Frage der Maßgeblichkeit des Zivilrechts zu klären. Das Ergebnis ist, daß die durch Gesetz, behördlichen Auftrag und durch Rechtsgeschäft begründete Pflicht zur Interessenwahrnehmung nach zivilrechtlichen Begriffen und Rechtsätzen festzustellen und näher zu bestimmen ist. Der Begriff des Treuverhältnisses bildet dann einen deutlichen Gegensatz: es handelt sich hierbei ganz offenbar um ein strafrechtliches, in seinem Inhalt vom Zivilrecht unabhängiges Tatbestandsstück; für das Treuverhältnis müssen also die tatsächlichen Umstände ohne Rücksicht auf ihre zivilrechtliche Natur und Gültigkeit maßgebend sein. Aus dieser Erkenntnis folgt, daß man den zweiten Teil des § 266, den man nach dem oben (III, 1) Gesagten „Treubruchstatbestand“ nennen könnte, in zwei Tatbestände gliedern muß, den zivilrechtlich gebundenen und den rein strafrechtlichen Treubruchstatbestand<sup>20)</sup>.

Der Inhalt des zivilrechtlich gebundenen Treubruchstatbestandes kann im Rahmen dieser Darstellung kurz dahin wiedergegeben werden: Bestraft wird die Verletzung des

schuldrechtlichen Innenverhältnisses beim Treuhandverhältnis, also die Verletzung der aus dem Geschäftsführungs- und Geschäftsbesorgungsverhältnis hervorgehenden Treupflicht<sup>21)</sup>. Diese Vorschrift trifft demnach vor allem den fiduziarischen Treuhänder. Es bedarf also keiner kühnen und oft bedenklichen Konstruktionen mehr, um den Treubruch des Fiduziars auch strafrechtlich erfassen zu können!

Unter diesen Tatbestand gehören somit alle diejenigen Fälle, in denen bisher der Individualanspruch herhalten mußte. Da es auf das Innenverhältnis ankommt, wird auch derjenige fiduziarische Treuhänder ohne weiteres von der Strafbestimmung erfaßt, der im Wege des treuhänderischen Ersterwerbs (als indirekter Stellvertreter) das Treugut erworben hatte; das Hilfsmittel der antizipierten Übertragung kann hier also in Zukunft wegfallen.

Inhalt und Umfang der Pflicht zur Interessenwahrnehmung und damit auch die Frage der Verletzung dieser Pflicht bestimmen sich nach den Regeln des bürgerlichen Rechts über die Geschäftsbesorgungsverhältnisse (§§ 662 ff., 675; auch 713 BGB.). Bei der Auslegung dieser Vertragsvereinbarungen und bei der Feststellung der Pflichten des Treuhänders im Einzelfalle werden die §§ 157 und 242 eine wichtige Rolle spielen. Nach diesen Grundsätzen wird auch die Frage zu beurteilen sein, wie weit die sog. „gemischte“ oder „eigenmüßige“ Treuhand von dem Treubruchstatbestand erfaßt wird. Wenn gleich der Umfang der Treupflicht eines Sicherungseigentümers und eines Sicherungsgläubigers geringer ist als der Pflichtenkreis des Treuhänders bei einer Verwaltungstreuhand, so treffen doch auch den eigenmüßigen Treuhänder mancherlei echte Treupflichten (z. B. bei der Art der Verwertung und der Behandlung des Überschusses), so daß auch die Sicherungstreuhand von der Strafandrohung des § 266 erfaßt wird. Erst recht gilt dies natürlich für den Treuhänder, der als Mittelsperson zwischen Schuldner und Gläubiger fiduziarischer Vollrechtsinhaber geworden ist (z. B. beim Treuhandvergleich mit Übereignung der Aktiven an einen Treuhänder der Gläubiger<sup>22)</sup>).

3. Der rein strafrechtliche Treubruchstatbestand hat für den Schutz des Treuhandverhältnisses vor allem deshalb erhebliche Bedeutung, weil er alle diejenigen Fälle erfaßt, in denen aus irgendwelchen Gründen die Rechtsbeziehungen zwischen Treugeber und Treuhänder zivilrechtlich nicht gültig sind, in denen aber gleichwohl eine Bestrafung erforderlich erscheint, weil eine tatsächliche Treupflicht verletzt worden ist.

<sup>21)</sup> Die verletzende Handlung kann hier in rechtsgeschäftlichem und in rein tatsächlichem Verhalten bestehen. Infolgedessen fallen m. E. auch alle tatsächlichen Handlungen und Machtüberschreitungen des nur verfügungsberechtigten Treuhänders, die von dem Mißbrauchstatbestand nicht erfaßt werden können, unter diesen Treubruchstatbestand.

<sup>22)</sup> Vgl. hierzu Siebert, Treuhandverhältnis S. 384 ff.

## Die Verwerfung der Berufung gemäß § 329 StPO. und des Einspruchs gemäß § 412 StPO. nach der Rechtsprechung.

Von Irb. Landgerichtsdirektor B. Vogel, Memmingen (Bayern).

### A.

#### § 329 Abs. 1 StPO. bestimmt:

Ist bei dem Beginne der Hauptverhandlung weder der Angeklagte noch in den Fällen, wo solches zulässig ist, ein Vertreter des Angeklagten erschienen und das Ausbleiben nicht genügend entschuldigt, so ist, insoweit der Angeklagte die Berufung eingelegt hat, diese sofort zu verwerfen; insoweit die Staatsanwaltschaft Berufung eingelegt hat, über diese zu verhandeln oder die Vorführung oder Verhaftung des Angeklagten anzuordnen.

1. Beginn der Hauptverhandlung. Es genügt, wenn der Angeklagte noch vor der Verkündung des Urteils erscheint. Verhandlung = erste Verhandlung zur Sache.

Der Beginn der Verhandlung ist der Aufruf oder, wenn

die Sache zurückgestellt ist, der erneute Aufruf der Sache (BayObLGSt. 27, 77; DRZRspr. 1927, 94; LZ. 1929, 282).

Erscheint der Angeklagte zwar nicht beim Aufruf, aber immerhin so rechtzeitig, daß die Verhandlung ohne Vertagung durchgeführt werden kann, oder überhaupt noch vor Verkündung des Urteils, so ist § 329 nicht anzuwenden (Königsberg: LZ. 1927, 1171; JW. 1928, 434, 840; DRZRspr. 1929, 230).

§ 329 beruht auf der Fiktion, daß der Berufungsführer, der ohne genügende Entschuldigung der Berufungsverhandlung fernbleibt, auf sein Rechtsmittel verzichten wolle. Eine derartige Ausnahmenvorschrift, die für einen Angeklagten u. U. sehr gefährlich werden kann, ist auf das engste anzulegen. Der erkennende Senat nimmt daher an, daß die Vorschrift nur auf den Beginn des Verfahrens vor dem erkennenden Gericht zu beziehen, also unanwendbar ist, wenn eine in Anwesenheit des Angeklagten begonnene Hauptverhandlung unterbrochen

oder ausgesetzt worden ist und der Angeklagte in der fortgesetzten oder neu anberaumten Hauptverhandlung ausbleibt, oder wenn auf Grund einer in seiner Anwesenheit durchgeführten Hauptverhandlung ein Urteil gefällt, dieses vom Revisionsgericht aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung an das Berufungsgericht zurückverwiesen worden ist. Bleibt in Fällen solcher Art der Angeklagte ohne genügende Entschuldigung aus, ist gemäß § 332 StPD. nach der Vorschrift des § 230 Abs. 2 zu verfahren (RGSt. 61, 280; 63, 11; JW. 1927, 2042; 1929, 1666, 3018; 1931, 1604; DRZ-Mspr. 1927, 154; ebenso BayObLSt. 28, 78; BayJ. 1928, 345; RG.: DJZ. 1932, 363).

Unter Verhandlung nach § 329 kann nur eine Verhandlung zur Sache, nicht aber die Erörterung über einen Vertagungsantrag des erscheinenden Verteidigers verstanden werden. Eine bloße Vertagung der Verhandlung ohne vorausgegangene sachliche Erörterung hindert nicht die Anwendung des § 329 (RG.: DRZ-Mspr. 1932, 566; JW. 1933, 459; HöchstMSpr. 1932, 1812).

N. M.: § 329 ist trotz Verhandlung in einem ersten Termin auch in einem späteren Berufungsverhandlungstermin anwendbar (Hamm: JW. 1931, 2862; Breslau: HöchstMSpr. 1932, 807; DRZ-Mspr. 1932, 116 gegen RGSt. 61, 280).

Die im § 329 gegebenen Bestimmungen für das Berufungsverfahren schließen die Anwendung des § 285 StPD. — Verfahren gegen Abwesende i. S. des § 276 — aus und treten an dessen Stelle (RGSt. 65, 420; HöchstMSpr. 1931, 2001; DRZ-Mspr. 1931, 563).

Auch in den Fällen des § 329 ergeht die Entscheidung über das Rechtsmittel auf Grund mündlicher Verhandlung (und nicht im — schriftlichen — Beschlußverfahren). Nur der allgemeine Grundsatz über die Notwendigkeit der Gewährung des rechtlichen Gehörs in der Hauptverhandlung wird in § 329 Abs. 1 durchbrochen. Aber dem Angeklagten werden durch den § 329 nicht die besonderen Rechte genommen, die ihm gegenüber einem Rechtsmittel des Gegners gewährleistet sind. Dazu gehört auch die Vorschrift des § 303. Nach dem Beginn der Hauptverhandlung darf jedenfalls für die in dieser Hauptverhandlung zu treffende Entscheidung über das Rechtsmittel dieses nur mit Zustimmung des Angeklagten zurückgenommen oder beschränkt werden, ohne Rücksicht darauf, ob der Angekl. in der Hauptverhandlung erschienen oder vertreten war oder nicht (RGSt. 65, 235; JW. 1932, 3112; 1931, 1614).

2. Allgemeines über Ausbleiben des Angeklagten und genügende Entschuldigung. Das Gericht hat von Amts wegen alle Umstände, die auf irgendeine Weise zu seiner Kenntnis gelangen, sorgfältig zu prüfen und u. U. Erhebungen zu pflegen. Vertretung des Angeklagten. Einzelnes über Entschuldigung.

Genügende Entschuldigung: Verfehlt wäre es insbesondere, als genügende Entschuldigungsgründe nur „unabwendbare Zufälle“ i. S. des § 44 StPD. gelten zu lassen, deren Nachweis gegebenenfalls eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand rechtfertigen würde. Verfehlt wäre es auch, Rechtsirrtümer grundsätzlich von Entschuldigungsgründen auszuschließen und einen Irrtum oder ein Versehen des Verteidigers grundsätzlich zuungunsten des Angeklagten zu verwerten. Vielmehr ist jeweils unter Berücksichtigung der gesamten Verhältnisse — der besonderen Umstände des Falles und der persönlichen Verhältnisse des Angeklagten — zu prüfen, ob das Ausbleiben als entschuldigt angesehen werden kann. Diese Prüfung muß vom Berufungsgericht von Amts wegen vorgenommen werden, weshalb auch der Inhalt der vom Verteidiger des Angeklagten überreichten Schreiben beachtet werden muß (RGSt. 64, 246; JW. 1931, 2050).

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts hat stets die äußerste Sorgfalt bei der Anwendung der für den Angeklagten gefährlichen Vorschrift des § 329 Abs. 1 gefordert, die Berufungsgerichte an die Pflicht erschöpfender Prüfung von Amts wegen erinnert und hervorgehoben, daß es verfehlt wäre, Rechtsirrtümer grundsätzlich von Entschuldigungsgründen auszuschließen (RG.: JW. 1932, 1152; HöchstMSpr. 1931, 2090).

Nur die bestimmte Feststellung, nicht der bloße Verdacht, daß die Entschuldigung unwahr ist, rechtfertigt die Verneinung der Frage der genügenden Entschuldigung. Die nötige Gewißheit muß durch Veranlassung von Erhebungen verschafft werden (RG.: JW. 1932, 3629).

Auf welche Weise sich das Berufungsgericht die Überzeugung von der Unentschuldbarkeit des Ausbleibens des Angeklagten verschaffen will, bleibt seinem Ermessen überlassen. Es können Auskunftspersonen als Zeugen oder Sachverständige gehört werden. Auf die Vernehmung finden die nur für die Entscheidung zur Schuld- und Straffrage geltenden Vorschriften der StPD. keine Anwendung (RG.: HöchstMSpr. 1931, 478).

Das Gericht muß auch solche Umstände berücksichtigen, welche der Angeklagte zwar nicht selbst zu seiner eigenen Entschuldigung vorgetragen hat, die sich aber für das Gericht aus sonstigen Erkenntnisquellen — z. B. den Akten — ergeben (Hamburg: HöchstMSpr. 1928, 1678).

Bei § 329 kommt es nicht darauf an, daß sich der Angeklagte genügend entschuldigt hat, sondern darauf, ob er genügend entschuldigt ist (RGSt. 62, 422; Dresden: JW. 1929, 2773; LZ. 1932, 126).

Auch wenn der Angeklagte beim Aufruf nicht im Sitzungssaal anwesend ist, muß das Gericht erst den nächstliegenden Versuch einer Nachschau im Gerichtsgebäude vornehmen lassen, soweit dies ohne größeren Aufenthalt geschehen kann. Das Gericht muß selbst auf den noch nicht erschienenen Angeklagten eine geringe Zeit warten, wenn ihm bekannt ist, daß sich der Angekl. auf dem Weg zu ihm befindet und in kurzer Zeit erscheinen wird. Das ist zunächst ein Erfordernis billiger Rücksichtnahme auf die nicht seltene Unbeholfenheit oder Schwermüdigkeit der Leute. Eine solche Rücksichtnahme muß im Hinblick auf die in § 329 vorgesehene schwere Folge eines Rechtsmittelverlustes, geradezu als eine Rechtspflicht angesehen werden (RGSt. 61, 176; HöchstMSpr. 1932, 1186; JW. 1932, 1152; DRZ-Mspr. 1932, 117).

Für die Begründung eines Urteils nach § 329 Abs. 1 ist die Vorschrift maßgebend, die § 34 allgemein für die durch ein Rechtsmittel anfechtbaren Entscheidungen aufstellt. Das Urteil muß mit Gründen versehen sein. Nur mag zwar bei der in § 329 Abs. 1 vorausgesetzten Verfahrenslage die Aufgabe des Ausbleibens des Angeklagten und des Mangels einer genügenden Entschuldigung zur Begründung des Urteils ausreichen, sofern eine Tatsache, die als Entschuldigung in Betracht kommt, für das Berufungsgericht überhaupt nicht erkennbar wird. Hat aber der Angeklagte eine Tatsache als Entschuldigungsgrund vorgebracht, so muß die Begründung des Urteils den Inhalt des Vorbringens des Angeklagten und die Erwägungen angeben, aus denen das Berufungsgericht der vorgebrachten Tatsache die Anerkennung als Entschuldigungsgrund versagt. § 329 Abs. 2 bezieht sich auf alle Fälle, in denen der Angeklagte, obwohl er erscheinen will, durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle verhindert wird, sich in der Verhandlung einzufinden. Dagegen unterwirft § 329 Abs. 1 auch die Fälle, in denen der Angeklagte zwar erscheinen kann, aber nicht erscheinen will, der Prüfung in der Richtung, ob das Ausbleiben genügend entschuldigt sei. Die Entscheidung hierüber erfordert ein sorgfältiges Abwägen des Grundes des Ausbleibens gegenüber der Pflicht zum Erscheinen. Aus Obliegenheiten des Angeklagten gegen seine Familie, sein Amt oder seinen Beruf kann sich auch noch in den letzten Tagen vor der Verhandlung ein Grund zum Ausbleiben entwickeln, der — wie etwa die schwere Erkrankung eines Angehörigen oder die Notwendigkeit der unverzüglichen Erfüllung einer bedeutsamen dienstlichen oder beruflichen Aufgabe — so schwer wiegt, daß die öffentlich-rechtliche Pflicht, sich als Angeklagter vor Gericht zu stellen, demgegenüber zurücktreten muß. Werden die widerstreitenden Pflichten gegeneinander abgewogen, so verlangt allerdings die Bedeutung der Sache, in der sich der Angeklagte zu verantworten hat, erste Beachtung. Auch steht nichts im Wege, daß die Geschäftslage des Gerichts nebenher berücksichtigt wird (RGSt. 66, 150; ebenso RG.: JW. 1933, 224; HöchstMSpr. 1931, 1620; 1932, 921).

§ 329 ist nicht anwendbar, wenn der Angeklagte zum

Ausdruck gebracht hat, daß er auf Durchführung der Berufung beharre. Damit ist die Fiktion eines Verzichtwillens widerlegt (Dresden: JW. 1932, 1782).

Das Gesetz hat mit § 329 nicht den Fall gemeint, in dem eine Vertretung des Angeklagten lediglich aus dem Grunde statthaft ist, weil eine Berufung der Staatsanwaltschaft vorliegt, über die nach § 329 auch beim Ausbleiben des Angeklagten verhandelt werden darf und sonach die Vorschrift der §§ 332 und 234 Platz greift. Es hat vielmehr die Fälle im Auge, für welche nach dem gemäß § 332 auch auf das Berufungsverfahren anwendbaren Bestimmungen im 6. Abschnitt des 2. Buchs eine Vertretung des Angeklagten schon in der Hauptverhandlung erster Instanz gestattet ist, d. h. die in §§ 232 und 233 bezeichneten Fälle. Es ist unbestritten, daß die in § 329 getroffene Regelung nicht nur dann zur Anwendung zu kommen hat, wenn beide Teile (der Angeklagte und die Staatsanwaltschaft) Berufung eingelegt haben, sondern auch, wenn dies lediglich der Angeklagte oder lediglich die Staatsanwaltschaft getan hat (RG.: JW. 1932, 2726).

Die Zulässigkeit der Vertretung des Angeklagten in der Hauptverhandlung über seine Berufung richtet sich nach den Bestimmungen über die erstinstanzliche Hauptverhandlung. Ist also der nicht erschienene Angekl. vor dem Berufungsgericht durch seinen Verteidiger wirksam vertreten, so sind die Voraussetzungen des § 329 nicht gegeben (RGSt. 66, 70; ebenso jetzt BayObLG.: DRZMpr. 33, 50).

Erscheint im Privatklageverfahren im Termin zur Berufungsverhandlung der Angeklagte, der sich durch einen Rechtsanwalt vertreten läßt, trotz der Anordnung des persönlichen Erscheinens nach § 387 Abs. 3 nicht, so ist der Tatbestand des § 329 nicht gegeben, der nur für Fälle gesetzlicher Unzulässigkeit der Vertretung das persönliche Erscheinen des Angekl. verlangt (Düsseldorf: JW. 1931, 2051).

§ 329 Abs. 1 ist auch auf den verhafteten Angeklagten anwendbar, der sein Erscheinen verweigert, weil er gefesselt vorgeführt werden soll (Naumburg: DRZMpr. 1928, 392).

Eine „genügende Entschuldigung“ wird immer in der glaubhaften Angabe solcher Gründe für das Fernbleiben des Angeklagten zu erblicken sein, bei deren Vorliegen ihm nicht zugemutet werden kann, an der Gerichtsstelle zu erscheinen (RGSt. 62, 420). Solange das Gericht nicht feststellt, daß ein vorgelegtes privatärztliches Zeugnis ungläubwürdig sei und der Angeklagte die behauptete Rücksicht auf seine Gesundheit nur vorgeschützt habe, entschuldigt ihn diese Rücksicht. Ebenfalls darf eine Entschuldigung allein deshalb unberücksichtigt bleiben, weil sie erst bei Beginn der Hauptverhandlung oder kurz vorher angebracht worden ist (RG.: DRZMpr. 1929, 798).

Der vom Angekl. in zulässiger Weise gestellte Antrag auf Entbindung vom Erscheinen war vor der Berufungsverhandlung bei der Strafkammer eingelaufen. Diese hätte daher über den Antrag entscheiden und den Angeklagten von der Entscheidung verständigen müssen, nötigenfalls nach Verlegung des Termins der Hauptverhandlung. Jedenfalls mußte das erkennende Gericht prüfen, ob nicht das Ausbleiben des Angeklagten von deswillen genügend entschuldigt sei, weil er annahm, daß seinem Antrag auf Entbindung vom Erscheinen ohne weiteres stattgegeben werde, und weil er etwa der irrigen Meinung war, daß auch ohne seine vorherige Verständigung von der Entbindung in seiner Abwesenheit über seine Berufung sachlich verhandelt und entschieden werden könne (BayObLGSt. 32, 41; BayObLG.: JW. 1932, 2892; RG.: JW. 1931, 948 [der Antrag muß rechtzeitig eingereicht sein]; HöchStMpr. 1930, 952).

3. Ordnungsmäßige und rechtzeitige Ladung des Angeklagten. Der Angeklagte hat dafür zu sorgen, daß er von Terminen Kenntnis bekommen kann.

Eine ordnungsmäßige Ladung ist Voraussetzung für das Urteilsverfahren nach § 329 Abs. 1 (RG.: HöchStMpr. 1932, 2327).

Die Ladung zu der Hauptverhandlung muß dem Angeklagten und nicht nur seinem Zustellungsbevollmächtigten zugestellt sein (RGSt. 63, 11; JW. 1929, 1666, 3018); sie

muß den Hinweis auf § 323 Abs. 1 enthalten (JW. 1930, 3446; RG.: DRZMpr. 1927, 293).

Auch in der Berufungsinstanz kann der Angeklagte bei den gegebenen Voraussetzungen gemäß § 40 Abs. 2 StPD. geladen werden (RG.: DRZMpr. 1931, 563).

Der Nichtablauf der Frist nach § 217 Abs. 1 gilt nicht unter allen Umständen als genügende Entschuldigung — anders, wenn die Frist zu kurz bemessen ist (BayObLG.: BayJ. 1930, 180; BayObLGSt. 29, 194).

Andererseits kann auch bei Einhaltung der Ladungsfrist, insbesondere bei weiteren Entfernungen zwischen dem Aufenthalt des Angeklagten, dem Wohnort des Verteidigers und dem Orte des Gerichtes ein Mangel an Zeit vorliegen, der das Ausbleiben des Angeklagten entschuldigt (RG.: JW. 1932, 1151).

Es ist in der Rechtsprechung anerkannt, daß der Angeklagte, der unter seiner richtigen Adresse geladen ist, aber nicht dafür gesorgt hat, daß ihm die Ladung rechtzeitig zu Gesicht kommt, sein Nichterscheinen in der Hauptverhandlung verschuldet hat (RGSt. 65, 420; JW. 1930, 938; DRZMpr. 1931, 563; 1927, 294).

Ein Angeklagter muß als Berufungsführer mit der Anberaumung des Verhandlungstermins rechnen und durch entsprechende Mitteilung an das Gericht oder seinen Verteidiger dafür sorgen, daß ihm der Termin bekannt gemacht werden kann. Unterläßt er dies, so hat er selbst das Hindernis der Bekanntmachung geschaffen (RG.: JW. 1928, 2145).

Die schuldhafte Versäumnis des letzten Eisenbahnzuges braucht das Gericht nicht als genügende Entschuldigung gelten zu lassen (RG.: JW. 1931, 1616; HöchStMpr. 1931, 723).

4. Begriff des „sofortigen“ Verwerfens der Berufung. Über die Berufung des Angeklagten und Staatsanwaltes kann durch gesonderte Urteile entschieden werden.

Das Wort „sofort“ im § 329 Abs. 1 hat nur die Bedeutung von „ohne weiteres“ und ist im ursächlichen und nicht im zeitlichen Sinne zu verstehen, so daß nicht notwendig das die Berufung des Angeklagten wegen unentschuldigtem Ausbleibens verwerfende Urteil sich unmittelbar zeitlich an die Feststellung jener Verfahrenssache anzuschließen braucht, sondern auch noch im späteren Verlaufe derselben Hauptverhandlung zusammen mit einem zur Sache entscheidenden Urteil ergehen kann (RGSt. 65, 234; DRZMpr. 1929, 797; JW. 1930, 557; 1931, 1614).

§ 329 verbietet eben jede sachliche Erörterung (RGSt. 63, 12; JW. 1928, 2146).

Daß nach § 329 über die Berufungen des Angeklagten und des Staatsanwaltes durch ein Urteil zu entscheiden sei, ergibt sich nicht aus dem Wortlaute, ist aber auch nicht dem Sinne oder Zwecke des Gesetzes zu entnehmen. Es ist eine Zweckmäßigkeitsfrage, ob die mehreren Berufungen durch ein Urteil oder durch zwei äußerlich getrennt gehaltene Urteile beschieden werden (RGSt. 65, 234; vgl. JW. 1927, 2079; HöchStMpr. 1928, 806; BayObLGSt. 17, 114).

5. Prüfung des Revisionsgerichts.

Das Revisionsgericht hat nicht zu prüfen, ob das angegriffene Urteil in tatsächlicher Hinsicht die Frage der Entschuldigbarkeit der Versäumnis zutreffend gewürdigt hat. Dagegen liegt ihm die Prüfung ob, ob die Vorinstanz den Rechtsbegriff der nicht genügenden Entschuldigung verkannt hat (RGSt. 62, 421; JW. 1932, 512; 1931, 948, 1459, 1605; HöchStMpr. 1932, 1906; DRZMpr. 1929, 798).

Das Urteil ist aufzuheben, wenn das Gericht den Rechtsbegriff der „genügenden Entschuldigung“ oder den Begriff des „Ausbleibens“ verkannt und somit aus Rechtsirrtum die Voraussetzung für ein Urteil nach § 329 als gegeben angenommen hat (RGSt. 61, 175).

Unter den Rechtsbegriff der genügenden Entschuldigung fällt auch die Nachprüfung, ob das Berufungsgericht seine Pflichten beobachtet hat, Entschuldigungsgründe auch von Amts wegen zu berücksichtigen und alle ihm vorliegenden einschlägigen Beweismittel zu würdigen (RG.: JW. 1928, 417, 418).

6. Wiedereinsetzung des Angeklagten in den vorigen Stand. Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens.

Der Wiedereinsetzungsantrag kann nicht auf Tatsachen gestützt werden, die das Berufungsgericht bereits bei der Prüfung der Frage, ob das Ausbleiben des Angeklagten in der Berufungsverhandlung genügend entschuldigt ist, verwertet hat (Kassel: DRZMpr. 1930, 210).

Zur Vermeidung der Folgen nach § 329 Abs. 1 muß der Angekl. entweder selbst erscheinen oder sich durch einen Verteidiger vertreten lassen, ein Recht auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hat er dagegen schon dann, wenn er an der persönlichen Wahrnehmung des Verhandlungstermines durch einen unabwendbaren Zufall verhindert war. Der Grundsatz, daß im Wiedereinsetzungsverfahren der Angekl. ein Verschulden seines Verteidigers in der Regel wie ein eigenes zu vertreten hat, kommt nur dann zur Anwendung, wenn die Versäumung des Termins durch den Angekl. von dem Verteidiger verschuldet worden ist (BayObLG.: DRZMpr. 1933, 433).

Die Wiedereinsetzung erfordert nur die unverschuldete Behinderung des Angekl. am Erscheinen in der Hauptverhandlung. Voraussetzung ist aber nicht, daß er auch vom rechtzeitigen Vorbringen einer Entschuldigung durch unabwendbaren Zufall abgehalten wurde (BayObLG.: DRZMpr. 1931, 54; 1933, 434; RG.: DRZMpr. 1927, 126).

Unabhängig von der Wiedereinsetzung ist die Revision gegeben (RGSt. 59, 279).

Die Wiedereinsetzung nach § 329 Abs. 2 ist dem Angeklagten nicht nur gegen die Verwerfung seines eigenen Rechtsmittels, sondern auch gegen die Verhandlung und Entscheidung des Rechtsmittels der Staatsanwaltschaft gegeben. Die in § 373 Abs. 1 für das Wiederaufnahmeverfahren gegebene Sondervorschrift kann auf die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach §§ 44 ff. und 329 nicht, auch nicht entsprechend, angewendet werden. Aus dem Fehlen einer solchen Vorschrift muß vielmehr geschlossen werden, daß das Gesetz durch die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand die Rechtslage ohne weiteres wiederherstellen will, wie sie vorher bestand (RGSt. 61, 181).

Wird die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach § 329 Abs. 2 gewährt, so wird damit nicht nur das über die Berufung des Angeklagten ergangene Urteil, sondern das über die Berufung der Staatsanwaltschaft ergangene Urteil ebenfalls hinfällig (RGSt. 65, 233; JW. 1931, 1614; DRZMpr. 1927, 291).

Hat der Berufungsrichter nach § 329 Abs. 1 nicht über die Schuldfrage entschieden und ist die gegen das Urteil des Berufungsgerichts eingelegte Revision durch das Revisionsgericht verworfen worden, so gilt bei einem Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens das auf Sachwürdigung ergangene erstinstanzielle Urteil als angefochten. Demnach ist zur Entscheidung über den Antrag das Amtsgericht zuständig (BayObLGSt. 27, 94; Dresden: JW. 1928, 2290).

## B.

§ 412 Abs. 1 bestimmt:

Bleibt der Angeklagte ohne genügende Entschuldigung in der Hauptverhandlung aus, und wird er auch nicht durch einen Verteidiger vertreten, so wird der Einspruch ohne Beweisaufnahme durch Urteil verworfen.

7. Für den Begriff der Verhandlung, Entschuldigung, dann die Ladung, gilt im wesentlichen das gleiche wie bei § 329.

Es ist herrschende Meinung, daß nur das Ausbleiben des Angeklagten im ersten Verhandlungstermin die Verwerfung des Einspruchs zur Folge hat. § 412 Abs. 1 ist auch dann nicht anwendbar, wenn der Angeklagte im ersten Termin nicht erschienen ist, aber sein Ausbleiben genügend entschuldigt hat, so daß Aussetzung erfolgte. Bleibt er im nächsten Termine unentschuldigt aus, so kann nur nach § 230 verfahren werden (BayObLGSt. 28, 205, 79; 26, 41; DRZMpr. 1928, 245; JW. 1929, 285, 1065; LZ. 1929,

126; BayZ. 1929, 13; HöchstMpr. 1928, 194; ebenso Dresden: JW. 1930, 3446; Düsseldorf: JW. 1930, 3447).

§ 412 ist ebenso wie § 329 eng auszulegen (JW. 1931, 2525; HöchstMpr. 1931, 2008).

§ 412 ist dann nicht anwendbar, wenn der Angeklagte vor der Hauptverhandlung zum Ausdruck gebracht hat, daß er auf die Durchführung des Einspruchs Wert lege und dadurch die Fiktion eines Verzichts auf Durchführung des Einspruchs widerlegt wird (Königsberg: JW. 1932, 2920; Dresden: JW. 1929, 3032; DJZ. 1932, 1556).

Eine Entschuldigung des Angeklagten für sein Ausbleiben ist nur anzunehmen, wenn sie in der Einspruchsverhandlung vorliegt oder dem Gerichte sonst Umstände bekannt geworden sind, die den Angeklagten als genügend entschuldigt erscheinen lassen (BayObLG.: DRZMpr. 1928, 385).

Die Nichteinhaltung der Ladungsfrist gemäß § 217 kann beim Ausbleiben eines Angeklagten u. U. als genügende Entschuldigung außer Betracht bleiben. Anders, wenn die Frist zu knapp bemessen ist. Etwasige Entschuldigungsgründe sind von Amts wegen zu berücksichtigen (BayObLGSt. 29, 193; JW. 1930, 1508; LZ. 1930, 461; BayZ. 1930, 180).

Die Voraussetzungen des § 412 sind einwandfrei festzustellen (RG.: JW. 1928, 834).

8. Anfechtung des Urteils nach § 412 Abs. 1 mittels Berufung; sie kann nur darauf gestützt werden, daß der Einspruch zu Unrecht verworfen wurde.

Ein Urteil nach § 412 Abs. 1 kann nur mit der Behauptung angefochten werden, der Einspruch sei zu Unrecht verworfen worden. Eine materiellrechtliche Nachprüfung hat in den oberen Instanzen ebensowenig stattzufinden wie beim Amtsgericht (BayObLGSt. 31, 71; 27, 250; LZ. 1931, 1093; BayObLGSt. 26, 41).

Dem Berufungsgericht obliegt nicht nur die rechtliche Nachprüfung des amtsgerichtlichen Urteils, sondern auch die tatsächliche Beurteilung der Frage der genügenden Entschuldigung (Dresden: JW. 1929, 1504; HöchstMpr. 1932, 84; RG.: DJZ. 1933, 44).

Das Berufungsgericht hat alle Entschuldigungsgründe zu berücksichtigen, die ihm bis zum Schlusse der Berufungsverhandlung bekannt geworden sind (Dresden: JW. 1929, 1504; Sena: JW. 1929, 1506; RG.: DJZ. 1933, 44).

Dagegen:

Dem Amtsgericht war weder eine Entschuldigung vom Angeklagten zugegangen, noch ein Umstand, der ihn entschuldigte, bekannt, so daß bei Erlassung seines Urteils die Voraussetzungen des § 412 unter allen Umständen erfüllt waren. Damit war der Berufung, die nur auf eine Verletzung des § 412 hätte gestützt werden können, für weiteres der Boden entzogen. Die Behauptung des Angeklagten — er behauptete einen Kaddefekt — ging auch nur dahin, daß er ohne sein Verschulden am Erscheinen am Amtsgericht bzw. an der Entschuldigung verhindert gewesen sei. Dies konnte aber nur als Grund für die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß §§ 412, 235, 44, 45 StPD. geltend gemacht werden, nicht zur Begründung der Berufung (BayObLGSt. 26, 41; 27, 250; BayZ. 1928, 42; DRZMpr. 1928, 37).

Im Falle § 412 sind Berufung und Wiedereinsetzung — abgesehen von der Sonderregelung in § 315 — unabhängig nebeneinander dem Angeklagten als Rechtsbehelfe gegen ein Urteil aus § 412 gegeben (RGSt. 59, 277). Der praktische Unterschied in der Bedeutung der Rechtsbehelfe zeigt sich vor allem darin, daß die Wiedereinsetzung nur statthaft ist, wenn der Angekl. durch „unabwendbare Zufälle“ am Erscheinen in der Hauptverhandlung verhindert worden ist, während als „genügende Entschuldigungsgründe“ nicht nur unabwendbare Zufälle, sondern alle wichtigen Hinderungsgründe anzusehen sind. Irrig ist die Ansicht, daß Entschuldigungsgründe, die nach dem Erlaß des erstinstanziellen Urteils geltend gemacht werden, lediglich eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand begründen könnten (Dresden: HöchstMpr. 1932, 84).

9. Keine Berufung, sondern nur Revision, wenn der Strafbefehl wegen einer Übertretung ausschließlich auf Geldstrafe lautete.

Das den Einspruch verwerfende Urteil nach § 412 kann gemäß § 313 nicht mit Berufung angefochten werden, sofern der wegen Übertretung ergangene Strafbefehl nur Geldstrafe verhängt hatte (BayObLGSt. 31, 71; LZ. 1931, 1093; BayZ. 1931, 365; HöchstRspr. 1932, 2332; DRZspr.

1931, 1826; 1926, 315; ebenso Breslau: HöchstRspr. 1930, 467; DRZspr. 1930, 18; Dresden: JW. 1926, 1249; RG.: JW. 1925, 1093; Kofod.: HöchstRspr. 1929, 360; Hamburg: LZ. 1933, 397. A. M. Stettin: JW. 1930, 2600; HöchstRspr. 1930, 1576).

## Der Strafvollzug in Bayern.

Von Ministerialdirektor Dr. Dürr, stellvert. Bevollmächtigten Bayerns zum Reichsrat, Berlin.

Preußen hat den Strafvollzug durch das Gef. v. 1. Aug. 1933 (GS. 293) und die Ausführungsvorschriften zu diesem Gesetz in grundsätzlicher, einschneidender Weise umgestaltet. Die Umgestaltung hat auch die Öffentlichkeit stark beschäftigt. Dagegen sind in Bayern die Vorschriften über den Strafvollzug durch die VO. v. 29. Juli 1933 (GWB. 189) und die Ausführungsbestimmungen dazu nur in verhältnismäßig wenigen Punkten geändert worden. Die Änderungen haben auch in der Öffentlichkeit keine sehr große Beachtung gefunden. Vergleicht man nun die jetzigen Regelungen in Preußen und Bayern, die ohne vorgängige Fühlungnahme der beiden Justizverwaltungen miteinander zustande gekommen sind, so muß festgestellt werden, daß trotz mancher Abweichungen im einzelnen die grundsätzliche Einstellung Preußens sich der Bayerns weitgehend genähert hat. Die Kardinalfrage ist ja, in welchem Geiste der Strafvollzug durchgeführt wird. Hier hatte sich Preußen, wie Schmidt, Preußens neuer Strafvollzug (DZ. 1933 Sp. 1076), und Schäfer, Das neue preußische Strafvollzugs- und Gnadenrecht v. 1. Aug. 1933 (JW. 1933, 1919), zugeben, durch die Gedankengänge des liberalistischen Individualismus und rationalistischen Materialismus zur Beschreitung gefährlicher Irrwege verleiten lassen, die den Strafvollzug weitgehend seines Charakters entkleideten. Mehr und mehr hatte man aus dem Auge verloren, daß die Strafe in erster Linie Vergeltung für den Rechtsbruch ist, der Rechtsbrecher deshalb die Strafe als wirkliches Übel empfinden muß, und daß nur dann, wenn die Strafe in diesem Sinne verhängt und vollzogen wird, sie auch dem Zwecke der Aufrechterhaltung der Rechtsordnung und der Abschreckung des Einzelnen und der Allgemeinheit von Gesetzesverletzungen dienen kann. Das preuß. Gef. v. 1. Aug. 1933 fördert diese Wahrheiten wie einen vergrabenen Schatz wieder zutage.

In Bayern hatte man stets an einem ernsten, strengen, wirksamen Strafvollzug festgehalten. Freilich früher als in Preußen hatte man sich in Bayern bemüht, den Strafvollzug unbeschadet seines Ernstes und seiner Strenge erzieherisch auszugestalten. Damit schlug man, wie heute kaum ein Sachkenner bestreiten wird, einen durchaus richtigen Weg ein. Die Strafe hat ja an sich erzieherische Wirkung, indem sie die Hemmungen gegenüber der Verlockung zu weiteren Gesetzesverletzungen verstärkt. Was liegt nun näher, als diese erzieherische Wirkung weiter auszugestalten? Freilich ist es, je älter der Mensch wird, um so schwerer, auf ihn erzieherisch einzuwirken. Aber gerade der Strafvollzug bietet dazu günstige Gelegenheit. Der Gefangene ist aus seinem Alltagsleben herausgerissen, von Familie, Freunden und Bekannten getrennt. Die Stille, Gleichförmigkeit und Nüchternheit des Gefängnislebens geben ihm Gelegenheit, über sein bisheriges Leben und seine Zukunft nachzudenken. Trotz der Neigung, sich Milderungs- und Entschuldigungsgründe für seine Tat zurechtzulegen, wird er, wenn er nicht ganz verdorben ist, Selbstvorwürfe und Gedanken der Reue nicht immer verschweigen können. Da gibt es reichlich Anlässe zu erzieherischer Beeinflussung. Es wäre unverantwortlich, wenn man diese Gelegenheit ungenützt ließe. Der Erziehungsstrafvollzug ist also etwas durchaus Richtiges. Nur Übertreibungen wie in Preußen haben scharfe Kritik gegen ihn ausgelöst, die teilweise so weit ging, ihn ganz zu verwerfen. In Bayern ist man mit größter Vorsicht und Zurückhaltung an die Ausgestaltung des Strafvollzugs im Sinne des Erziehungsstrafvollzugs und insbes. an die Einführung des Strafvollzugs in Stufen, der als die wichtigste Maßnahme des Er-

ziehungsstrafvollzugs erprobt worden ist, herangegangen<sup>1)</sup> und hat die Gefahr einer Überspannung des richtigen Gedankens glücklich vermieden. Vor allem verschloß man sich nie der Erkenntnis, daß keineswegs alle Gefangenen erzieherischer Einwirkung zugänglich sind und daß es außerordentlich schwierig ist, die Besserungsfähigkeit oder Unverbesserlichkeit eines Gefangenen und im Falle der Besserungsfähigkeit seine für die richtige erzieherische Behandlung bedeutsame Eigenart festzustellen. Frühzeitig kam man zu der Einsicht, daß trotz der Wichtigkeit gründlicher psychologischer und pädagogischer Ausbildung aller Strafanstaltsbeamten, die mit größtem Nachdruck gefördert wurde, unerlässlich ist, möglichst zuverlässige, objektive Unterlagen zur richtigen Beurteilung eines Gefangenen beizubringen. Vorstrafen, Auskünfte der Heimat- und Polizeibehörden, Inhalt der Strafakten und der Personalakten aus früheren Strafverbüßungen wurden bald als unzulänglich erkannt. So ergab sich das Bedürfnis, nicht nur die Vorgeschichte jedes Gefangenen bis in die kleinsten Einzelheiten und Verastelungen festzustellen, sondern auch die wissenschaftlichen Forschungen und die Ergebnisse der neuzeitlichen Vererbungs- und Konstitutionslehre heranzuziehen. Durch kriminalbiologische Untersuchungen seitens des Anstaltsarztes bei der Aufnahme in die Strafanstalt sollen nicht nur das Körperliche und geistige Bild des Gefangenen erfaßt, sondern auch die wichtigsten vererbungsmaßigen Geistes- und Charakteranlagen sowie das soziale Verhalten bei den Mitgliedern des väterlichen und mütterlichen Stammes festgestellt, ferner der Entwicklungsgang und das gesellschaftliche Lebensbild des Gefangenen eingehend erhoben und innerhalb dieses Rahmens etwa zutage tretenden verbrecherischen Neigungen und deren mutmaßlicher innerer oder äußerer Verursachung Beachtung geschenkt werden. Das Ergebnis der kriminalbiologischen Untersuchung wird vom Anstaltsarzt in der nächsten Sitzung der Beamtenbesprechung dargelegt und eingehend erläutert. Es soll keineswegs für die Beurteilung des Gefangenen allein maßgebend oder gar ausschlaggebend sein. Den juristischen Beamten der Anstalt, dem Anstaltsgeistlichen und dem Anstaltslehrer ist ausdrücklich das Recht, von ihrem Standpunkt aus den Gefangenen zu erforschen und auf ihn einzuwirken, vollkommen gewahrt. Nur soll zur Herbeiführung einer einheitlichen Behandlung des Gefangenen ein ständiger gegenseitiger Meinungsaustausch über ihn zwischen allen Beteiligten stattfinden. Die kriminalbiologischen Untersuchungen wurden auf Grund der Gutachten wissenschaftlicher Autoritäten immer mehr vervollkommnet. Die Anstaltsärzte wurden durch Fortbildungskurse für die neue Aufgabe geschult. Die Untersuchungsergebnisse werden bei einer kriminalbiologischen Sammelstelle (ursprünglich in Straubing, jetzt in München) gesammelt und dadurch der Verwertung bei weiteren Untersuchungen desselben Gefangenen oder Angehöriger des gleichen Stammes zugänglich gemacht<sup>2)</sup>. Leider ist es noch nicht möglich, daß in den Strafanstalten alle Gefangenen kriminalbiologisch untersucht werden, weil die Anstaltsärzte neben ihren sonstigen Dienst-

<sup>1)</sup> Einen vorzüglichen Überblick über die Entwicklung in den Jahren von 1921—1929 gibt die dreibändige Sammlung „Der Stufenstrafvollzug und die kriminalbiologische Untersuchung der Gefangenen in den bayerischen Strafanstalten“, hrsg. im Auftrage des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz, München 1926, 1928 u. 1929.

<sup>2)</sup> Am 20. Sept. 1933 hatte die kriminalbiologische Sammelstelle einen Bestand von 9654 kriminalbiologischen Berichten. Von ihnen bezogen sich 533 auf Gefangene, die schon vorher einmal kriminalbiologisch untersucht worden waren.



geschäften nicht die nötige Zeit dafür haben. Die Auswahl der Gefangenen, die kriminalbiologisch untersucht werden, ist aber nicht der Willkür des Anstaltsarztes überlassen. Vielmehr ist schlüsselmäßig bestimmt, der wievielte zugehende Gefangene in jeder Anstalt kriminalbiologisch untersucht werden muß. Die Lücke, die dadurch entstand, wurde wenigstens teilweise auf andere Weise geschlossen. Den übrigen Oberbeamten der Strafanstalten, den juristischen Nebenbeamten, den Anstaltsgeistlichen und Anstaltslehrern, wurde die Aufgabe übertragen, bei den zugehenden Gefangenen, die nicht vom Anstaltsarzt kriminalbiologisch untersucht werden können, durch eine wesentlich verkürzte, hauptsächlich auf die für die Behandlung des Gefangenen im Strafvollzug wichtigen Umstände eingestellte Untersuchung planmäßig die erforderlichen Einsichten in seine individuelle Persönlichkeit, seine Veranlagung und Entwicklung nach der Seite des Gemüts und des Willens und die Umweltverhältnisse zu gewinnen. Bei dieser psychologisch-soziologischen Untersuchung sind alle im engeren Sinne ärztlichen Feststellungen ausgeschlossen und nur solche Fragestellungen vorgezogen, die dem psychologisch Gebildeten ohne Schwierigkeiten möglich sind<sup>3)</sup>. Zur Nachprüfung der Angaben der Gefangenen bei den kriminalbiologischen und den psychologisch-soziologischen Untersuchungen werden von den Polizeibehörden, Pfarrämtern und Schulbehörden an Hand ausführlicher Fragebogen die erforderlichen Erkundigungen eingeholt, zu deren sorgfältiger Erteilung die erwähnten Behörden von den vorgeordneten weltlichen und geistlichen Aufsichtsbehörden angewiesen sind.

Ihr voller Übereinstimmung mit der ständig festgehaltenen Auffassung sind nun Zweck und Ziel des Strafvollzugs in § 53 DienstVollzD. für die bay. Strafanstalten und Gerichtsgefängnisse v. 15. März 1924 und v. 29. Juli 1933 (GWBl. 1924, 85; 1933, 189; im folgenden als DienstVollzD. bezeichnet) folgendermaßen umschrieben:

Durch die Verbüßung der Freiheitsstrafe sollen die Gefangenen das begangene Unrecht sühnen, Achtung vor den Geboten der Rechtsordnung lernen, an Ordnung und Arbeit gewöhnt und sittlich so gefestigt werden, daß sie nicht wieder rückfällig werden.

Die Gefangenen sollen den Entzug der Freiheit als Strafübel empfinden; bei ihrer Behandlung sind jedoch unnötige Härten zu vermeiden. Sie sind ernst, gerecht und menschlich zu behandeln; ihr Ehrgefühl ist zu schonen und zu stärken.

Weitere allgemeine Richtlinien für die Behandlung der Gefangenen geben die §§ 54 und 55 DienstVollzD.:

Gefangene, gegen die die gleiche Straftat vollstreckt wird, sind grundsätzlich gleich zu behandeln; jede Parteilichkeit oder Ungerechtigkeit, jede Bevorzugung eines einzelnen Gefangenen ist zu vermeiden. . . .

Diese Gleichheit in der Behandlung darf jedoch nicht zur Schablone werden; die Erziehungs- und Besserungsarbeit im Strafvollzuge verspricht nur dann Erfolg, wenn bei der Behandlung jedes einzelnen Gefangenen auf die Gesamtheit seiner persönlichen Eigenschaften Bedacht genommen wird (Einzelbehandlung).

Die Einzelbehandlung vollzieht sich, unbeschadet der Vorschriften über den Strafvollzug in Stufen, im allgemeinen in der Art,

daß bei der Zuteilung von Arbeit nach Art und Maß der Bildungsgrad, die Leistungsfähigkeit und die Kenntnisse des Gefangenen tunlichst berücksichtigt werden;

daß in Ernährung und Kleidung die durch die Gesundheitsverhältnisse des Gefangenen gebotenen, im Rahmen der DienstVollzD. und der Kostordnungen zulässigen Abweichungen zugestanden werden;

daß das Maß der gegen den Gefangenen anzuwendenden Strenge nach Art und Schwere seiner Tat und nach seinem Vorleben, hauptsächlich aber nach seiner Führung in der Anstalt, abgestuft wird;

daß daher derjenige Gefangene, an dem ernstlicher Besserungswille und Anzeichen innerer Einkehr wahrzunehmen sind, durch Belobung und Anerkennung, durch Belohnung seines Arbeitsfleißes und durch Zuwendung von Vergünstigungen aufgemuntert und gefördert wird, daß dagegen wider denjenigen Gefangenen, der allen Einwirkungen zum Trotz in Gleichgültigkeit, Widersegligkeit und Unverbesserlichkeit beharrt, die zulässigen Zwangs- und Zuchtmittel angewendet werden.

Es gehört zu den besonderen Obliegenheiten des Vorstands, für die richtige Behandlung der Gefangenen zu sorgen. Mit der Einzelbehandlung der Gefangenen, die mehr als drei Monate in der Anstalt zu verbleiben haben, haben sich auch die Beamtenbesprechungen möglichst bald nach der Aufnahme und bei jeder sich bietenden Gelegenheit zu befassen.

Der Strafvollzug in Stufen ist durch eine Entschliebung des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz v. 29. Juli 1933 neu geregelt worden. Der Grundgedanke ist nach wie vor der, daß dem Gefangenen mit dem Fortschreiten der inneren Wandlung einzelne Vergünstigungen gewährt werden, die den Strafvollzug mildern. Auch ist es bei der Einrichtung von drei Stufen geblieben. Der Strafvollzug in Stufen wird, abgesehen von den Gerichtsgefängnissen, in denen nur Strafen unter drei Monaten vollzogen werden, in allen Anstalten, also in Gefangenenanstalten und Zuchthäusern, durchgeführt.

Eine wichtige Neuerung der Entschliebung v. 29. Juli 1933 ist, daß nicht mehr die Gefangenen, die von vornherein als unverbesserlich angesehen werden müssen, und die Gefangenen, denen es wegen Invalidität u. dgl. voraussichtlich nicht gelingen wird, die Anforderungen für das Aufrücken in höhere Stufen zu erfüllen, vom Strafvollzug in Stufen ganz ausgeschlossen werden. Der Grund hierfür ist, daß der förmliche Ausschluß aus dem Stufenstrafvollzug vielfach zu einer inneren Auflehnung von Gefangenen gegen den Strafvollzug überhaupt geführt hat, weil darin eine besondere Verschärfung der Strafe erblickt wurde. Jetzt gehören also alle Gefangenen, die noch nicht in eine höhere Stufe aufgerückt sind, der ersten Stufe an. Sie bildet das große Sammelbeden, aus dem nur die wenigen Gefangenen, bei denen ein Erfolg der Erziehungsarbeit festgestellt werden kann, vergünstigungsweise in höhere Stufen versetzt werden. Der Gefahr, daß in der ersten Stufe die verschiedenartigsten Gefangenen zusammenkommen, wird teilweise dadurch vorgebeugt, daß der Einweisungsplan für die bayerischen Strafanstalten und Gerichtsgefängnisse eine sachgemäße Verteilung der Gefangenen auf die einzelnen Strafanstalten vorsieht. Die besserungsfähigen Gefangenen können auch dadurch, daß sie während ihrer Zugehörigkeit zur ersten Stufe in Einzelhaft oder Zellenhaft untergebracht werden, ungünstigen Einflüssen der anderen Gefangenen entzogen werden. Andererseits ist es möglich, Gefangene, von denen ein besonders schlechter Einfluß auf die anderen Gefangenen zu erwarten ist, in Einzelhaft oder Zellenhaft oder wenigstens nachts in Schlafzellen unterzubringen. Auch ist die Möglichkeit vorgezogen, daß innerhalb der ersten Stufe Führungsklassen gebildet werden, wodurch die Einzelbehandlung der Gefangenen der ersten Stufe erleichtert wird.

Damit der Gedanke der Sühne nicht zurückgedrängt wird, sind Fristen für das Aufrücken in eine höhere Stufe festgesetzt, während deren der Gefangene die ungemilderte Strenge des Strafvollzugs empfinden, aber auch Gelegenheit haben soll, sich zu bewähren. Das Aufrücken in die zweite Stufe ist erst nach Verbüßung eines Viertels der Strafe, das Aufrücken in die dritte Stufe erst nach Verbüßung der Hälfte der Strafe zulässig. Dabei ist der zu verbüßende Teil der Strafe maßgebend<sup>4)</sup> und alle Strafen, die im Anschluß aneinander zu vollziehen sind, gelten, auch wenn sie verschiedener Art sind, als einheitliche Strafe. Unter allen Umständen müssen Gefängnisgefängene mindestens je sechs Monate und Zucht-

<sup>3)</sup> Der Bestand der kriminalbiologischen Sammelstelle an psychologisch-soziologischen Berichten betrug am 20. Sept. 1933 7885, darunter 324, die sich auf schon einmal psychologisch-soziologisch untersuchte Gefangene bezogen.

<sup>4)</sup> Gilt ein Teil der Strafe als verbüßt durch Untersuchungs-haft, so bleibt er außer Betracht.

hausgefangene mindestens je neun Monate jeder der beiden ersten Stufen angehören; lebenslängliche Gefangene können erst nach Verbüßung von 10 Jahren in die zweite Stufe und nach Verbüßung von 15 Jahren in die dritte Stufe aufrücken. Entspricht ein Gefangener nicht den Anforderungen einer höheren Stufe, so muß er zurückversetzt werden, aus der dritten Stufe entweder nach der zweiten oder nach der ersten Stufe. Er kann dann nur in ganz besonderen Ausnahmefällen und nach erneutem Ablauf der vorgeschriebenen Wartezeiten in eine höhere Stufe aufrücken.

Der Anstaltsvorstand, der nach Anhören der Beamtenbesprechung die Versetzung in eine höhere Stufe und die Zurückversetzung in eine tiefere Stufe vornimmt, soll hierbei den strengsten Maßstab anwenden. Für das Aufrücken in die zweite Stufe genügt nicht äußerlich einwandfreie Führung, auch nicht die bloße Empfänglichkeit für erzieherische Einwirkung und der gute Wille, sich zu bessern. Vielmehr muß das Gesamtverhalten des Gefangenen erkennen lassen, daß die erzieherische Einwirkung auf ihn schon durch Wandlung der Gesinnung und Stärkung des Willens einen merklichen Erfolg gezeitigt hat. In die dritte Stufe kann ein Gefangener erst aufrücken, wenn mit Bestimmtheit damit gerechnet werden darf, daß er sich nachhaltig gebessert hat und in der Freiheit ein gesetzmäßiges Leben führen wird. Anhaltspunkte hierfür bieten, daß das Verhalten des Gefangenen, sein Auftreten gegenüber den Beamten und seine Arbeitsleistungen sittlichen Beweggründen entspringen, strengen Anforderungen genügen und sich von dem Verhalten und den Leistungen der Gefangenen der ersten Stufe merklich unterscheiden, daß bei ihm auch erhöhtes Verantwortungsgesühl und eine von äußerem Zwang unabhängige Selbstzucht festgestellt werden können. Bei der Entscheidung über das Aufrücken in die zweite Stufe sollen auch Art und Schwere der Straftat und etwaige Vorstrafen berücksichtigt werden.

Von Anfang an wurde in Bayern die Gewährung von Vergünstigungen nicht ganz auf die höheren Stufen beschränkt. Sie ist teilweise notwendig, um eine den Anstaltsbetrieb erleichternde, äußerlich gute Führung der Gefangenen zu erzielen, insbes. auch den Arbeitsfleiß zu erhöhen. Jetzt ist man dazu übergegangen, die schon vor der Einführung des Stufenstrafvollzugs in der DienstVollzD. vorgesehenen materiellen Anreizmittel zu guter Führung und fleißiger Arbeit, insbes. Zusatznahrungsmittel und Genußmittel<sup>5)</sup> für alle Gefangenen ohne Rücksicht auf ihre Stufenzugehörigkeit zuzulassen<sup>6)</sup>. Auch sind die Einrichtungen zur körperlichen Erträglichkeit der Gefangenen mit Ausnahme des Geräteturnens und der Turnspiele sowie zur geistigen und seelischen Hebung (belehrende und erbauende Darbietungen, berufliches Zeichnen, Sprachenstudium, Kurz- und Maschinenschrift) nicht an bestimmte Stufen gebunden.

Als äußeres Zeichen ihrer Zugehörigkeit zu einer höheren Stufe tragen die Gefangenen der zweiten Stufe einen blauen, die Gefangenen der dritten Stufe einen roten Tuchstreifen am linken Rockärmel. Außerdem können ihnen folgende Vergünstigungen gewährt werden:

1. Tragen eigener Kleidung bei Empfang von Besuchern, in der dritten Stufe auch an Sonn- und Feiertagen;
2. einfache Zellenausstattung in der zweiten, etwas bessere Raumausstattung in der dritten Stufe;
3. in der dritten Stufe Belassung von Gegenständen des persönlichen Gebrauchs und Zulassung eines Rasierapparates;
4. Freigabe eines Betrags von höchstens 2 RM (zweite Stufe) oder 3 RM (dritte Stufe) im Monat aus dem Hausgeld (d. i. der eine Teil der Arbeitsbelohnung, die dem Gefangenen gutgeschrieben wird) oder aus eingebrachtem oder zugesandtem Geld zur Beschaffung von Zusatznahrungsmitteln; darüber hinaus in der dritten Stufe auch Möglichkeit der Verwendung der Rücklage (d. i. der zweite Teil der gutgeschriebenen Arbeitsbelohnung), soweit sie nicht zur Sicherung des späteren Fortkommens des Gefangenen nötig ist, zur Beschaffung von Gegenständen des persönlichen Bedarfs;

5. für die zweite Stufe Sprecherlaubnis bei der Bewegung im umschlossenen Hof (im allgemeinen täglich eine Stunde) und deren Verlängerung an Sonn- und Feiertagen um eine halbe Stunde; neben den turnerischen Freiübungen Geräteturnen; für die dritte Stufe an Stelle der Bewegung im umschlossenen Hof Aufenthalt innerhalb der Umwehrgang der Anstalt mit Sprecherlaubnis und ohne Bewegungszwang; Verlängerung des Aufenthalts im Freien täglich um eine halbe Stunde, an Sonn- und Feiertagen um eine Stunde;

6. Beschäftigung mit bevorzugten Arbeiten (in der dritten Stufe möglichst Verwendung zu Vertrauensposten); Sprecherlaubnis bei der Arbeit; Zulassung einer geeigneten Nebenbeschäftigung während der arbeitsfreien Zeit; längere Beleuchtung des Gastraums (in der zweiten Stufe bis neun, in der dritten Stufe bis zehn Uhr); in der dritten Stufe wöchentlich sechs Freistunden;

7. Erweiterung der Erlaubnis zum Empfang von Besuchern und zum Briefverkehr in mäßigen Grenzen, auch wieder für die zweite und dritte Stufe verschieden bemessen;

8. neben der Benützung von Büchern und Schriften aus der Anstaltsbücherei, der Zulassung sonstiger der beruflichen Fortbildung dienender Bücher und der Erlaubnis, die wöchentlich erscheinende bayerische Gefangenenzeitung (Nachrichtenblatt mit bescheidener Unterhaltungsbeilage) zu lesen (wie in der ersten Stufe)

a) in der zweiten Stufe Zulassung einer geeigneten gemeinschaftlichen Tageszeitung auf eigene Kosten;

b) in der dritten Stufe Zulassung einwandfreier Bücher und Schriften nach eigener Wahl und persönliches Halten einer geeigneten Tageszeitung auf eigene Kosten;

9. besondere Veranstaltungen für die höheren Stufen.

Beurlaubungen aus der Anstalt und Spaziergänge außerhalb der Umwehrgang der Anstalt sind nicht zugelassen. Auf Grund der Erfahrungen ist auch für die höheren Stufen nicht eine höhere Bemessung der Arbeitsbelohnung gestattet; sie soll ausschließlich nach dem Fleiß und dem Arbeitsergebnis bemessen werden.

Ein Anspruch auf die in der zweiten und dritten Stufe zulässigen Vergünstigungen ist den Gefangenen nicht eingeräumt. Der Vorstand kann wegen der besonderen Verhältnisse seiner Anstalt oder aus erzieherischen Gründen anordnen, daß allen oder einzelnen Gefangenen bestimmte Vergünstigungen vorenthalten bleiben.

Neben der seelsorgerlichen Tätigkeit der Anstaltsgeistlichen ist ein besonders wichtiges Mittel zur erzieherischen Einwirkung auf die Gefangenen der Schulunterricht, der grundsätzlich allen Gefangenen unter 30 Jahren erteilt wird. Für ihn sind folgende Richtlinien aufgestellt (§ 121 DienstVollzD.):

Bei der Auswahl der Lehrfächer und der Gestaltung des Unterrichts wird angestrebt, die Gefangenen zu nationaler und rechtlicher Gesinnung zu erziehen und sie zu lebensstüchtigen Gliedern der Volksgemeinschaft zu machen. Die allgemeinen und beruflichen Kenntnisse werden aufgefrischt und erweitert. Das Wesen von Volk und Staat wird mit den erforderlichen staatsbürgerlichen Kenntnissen den Gefangenen nahegebracht; hierbei wird nach Möglichkeit an bedeutungsvolle Tagesereignisse und Zeiterscheinungen angeknüpft.

Entsprechend dieser Gestaltung des Unterrichts soll in den Anstaltsbüchereien besonderer Wert auf Bücher und Schriften gelegt werden, aus denen den Gefangenen eine hohe Auffassung von deutscher Art, deutschem Volk und deutschem Staat und von Recht und Sittlichkeit entgegentritt oder die der beruflichen und sonstigen Fortbildung dienen (§ 123 DienstVollzD.).

Den meisten Erfolg verspricht selbstverständlich die erzieherische Einwirkung auf die jugendlichen Gefangenen (unter 18 Jahren) und die minderjährigen Gefangenen (zwischen 18 und 21 Jahren). Jugendliche Gefangene sind von erwachsenen vollständig getrennt zu halten. Freiheitsstrafen von einem Monat und darüber werden in besonderen ausschließlich für Jugendliche bestimmten Anstalten oder Abteilungen

<sup>5)</sup> In Betracht kommen als Zusatznahrungsmittel hauptsächlich Brot, Fett, Butter, Speck, Milch, Marmelade, als Genußmittel Tabak. Das Rauchen ist im Zuchthaus verboten, wird dort auch Gefangenen der höheren Stufen nicht gestattet.

<sup>6)</sup> Die Vergünstigungen werden nach § 58 DienstVollzD. nur bei guter Führung und in allmählich steigendem Maße gewährt.

vollstreckt (§ 187 DienstVollzD.). Zur Vollstreckung der Gefängnisstrafen von mehr als drei Monaten gegen Minderjährige werden nach Bedarf und Möglichkeit besondere Abteilungen errichtet<sup>7)</sup>. Ob erheblicher vorbestrafter Minderjährige in eine solche besondere Abteilung aufgenommen werden sollen, bestimmt die Strafvollstreckungsbehörde (§ 195 DienstVollzD.). Der Strafvollzug gegen Jugendliche und Minderjährige soll so bewirkt werden, daß ihre Erziehung gefördert wird. Verbüßen sie eine längere Freiheitsstrafe, so sollen sie, wenn irgend möglich, ein Handwerk oder einen sonstigen Beruf erlernen (§§ 191, 195 Abs. 3 DienstVollzD.). Bei Jugendlichen ist die Einzelbehandlung mit besonderer Umsicht und Eindringlichkeit anzuwenden; Ziel der Behandlung soll hauptsächlich sein, die Mängel ihrer Erziehung zu beheben (AusfVorschr. 130 zu § 191 DienstVollzD.).

Alle Bemühungen, durch sachgemäße Ausgestaltung des Strafvollzugs zu erreichen, daß ein Verurteilter nicht wieder rückfällig wird, sind erfolglos, wenn nicht der Verurteilte nach seiner Entlassung in geordnete Verhältnisse kommt, insbes. ein geeignetes Unterkommen findet. Deshalb ist in Bayern seit langem der Obforgen für die entlassenen Gefangenen größte Bedeutung beigemessen worden. Durch eine Entschliebung v. 12. Juli 1927<sup>8)</sup> ist sie in großzügiger Weise umfassend neu geregelt worden. Auf die Einzelheiten kann hier wegen des Mangels an Raum nicht eingegangen werden. Nur das Wichtigste sei hervorgehoben. Die Bemühungen, dem Gefangenen für die Zeit nach seiner Ent-

lassung passende Arbeit und Unterkunft zu sichern, sollen schon während des Strafvollzugs, und zwar möglichst bald beginnen. Sie obliegen einem vom Anstaltsvorstand aus der Zahl der Oberbeamten eigens bestimmten „Obforgen“ (in der Regel der Anstaltsgeistliche oder Anstaltslehrer). Der Obforgen soll in erster Linie dem Gefangenen bei dessen Bemühungen, sich Arbeit und Unterkommen zu verschaffen, an die Hand gehen, wenn aber diese Bemühungen keinen Erfolg haben, die Vermittlung eines der an vielen Orten Bayerns bestehenden Vereine zur Obforgen für entlassene Gefangene oder einer sonstigen karitativen Vereinigung oder eines Arbeitsnachweises in Anspruch nehmen. Die Zentralstelle der gesamten amtlichen Obforgetätigkeit bildet das Obforgenamt in Nürnberg. Es soll erst dann angegangen werden, wenn alle anderen Versuche gescheitert sind. Auch das Obforgenamt hat die Hauptaufgabe, Arbeit und Unterkommen für die entlassenen Gefangenen zu vermitteln; dabei ist den Gefangenen der zweiten und dritten Stufe der Vorrang eingeräumt. Das Obforgenamt kann auch mit Zustimmung des Entlassenen die Schutzaufsicht über ihn entweder selbst übernehmen oder einem seiner Beamten oder einer anderen vertrauenswürdigen Persönlichkeit, womöglich aus dem Bildungs- und Berufskreise des Entlassenen, übertragen.

In zäher, zielbewußter Arbeit ist es Bayern gelungen, seinen Strafvollzug auf eine beachtenswerte Höhe zu bringen, woran das Hauptverdienst dem langjährigen Strafvollzugsreferenten im Justizministerium, MinDir. Degen, zukommt. Man weiß freilich in Bayern, daß es noch großer Anstrengungen bedarf, bis der begonnene Bau vollendet ist. Mit Ruhe und Zubericht kann aber daran weitergearbeitet werden. Es hat sich gezeigt, daß der Geist, in dem der Strafvollzug in Bayern gehandhabt wird, durchaus dem Geiste entspricht, der künftig das deutsche Staatsleben beherrschen wird. So darf der Hoffnung Ausdruck gegeben werden, daß Bayern die führende Stellung, die es im Strafvollzug erlangt hat, auch weiter behält.

<sup>7)</sup> Damit in geeigneten Fällen auch Minderjährige, die zu einer Zuchthausstrafe verurteilt sind, in eine solche Abteilung aufgenommen werden können, sind die Staatsanwaltschaften angewiesen, bei jeder Verurteilung eines Minderjährigen zu einer Zuchthausstrafe zu prüfen, ob die Milderung der Strafe in eine Gefängnisstrafe nach Lage des Falles möglich und angebracht ist (Bek. v. 14. Jan. 1929 [BayMBl. n. F. III 282]).

<sup>8)</sup> Abgedruckt in Bd. 2 der erwähnten Sammlung „Der Stufenstrafvollzug usw.“ S. 59.

## Der Aufopferungsanspruch.

### Entwicklungsgang und Geltungsbereich des § 75 Einl. ARK. und des Art. 153 RVerf.

Von Dr. Kurt von Bohlen, Berlin.

Auch berühmte Paragraphen haben ihre Schicksale. Die bekanntesten Paragraphen des ARK. von 1794 waren immer 10 II 17 und 74/75 Einl., und zwar § 10 II 17 ARK. als die Grundnorm des gesamten preußischen Polizeirechts, § 74/75 Einl. ARK. als gesetzliche Verkörperung des Aufopferungsgedankens. Die fortschreitende Gesetzgebung hat den § 10 II 17 durch die umfassende Regelung des allgemeinen Polizeirechts in materieller, verfahrensrechtlicher und organisatorischer Hinsicht im PolVerwG. beseitigt. Zweifel bestehen insoweit insofern, als der eindeutigen Außerkräftigung des § 10 II 17 durch § 79 II a PolVerwG. nicht.

Die Frage nach dem heutigen Geltungsbereich des § 75 Einl. ARK. ist dagegen nicht so einfach geklärt. Manche<sup>1)</sup> haben bereits seine völlige Aufhebung angenommen. Tatsächlich zeigt die Untersuchung des Entwicklungsgangs einen dauernden Abbau des Geltungsbereichs des § 75 Einl. ARK. durch gesetzgeberische Maßnahmen (I). Diese Aushöhlung, begonnen mit der KabOrd. von 1831, fortgesetzt durch die Sondergesetzgebung des 19. Jahrhunderts und in neuerer Zeit abgeschlossen durch § 70 PolVerwG. und die Auslegung, die Theorie und Praxis dem Art. 153 RVerf. beigelegt haben, führt in der Tat zur völligen Aufhebung des § 75 Einl. ARK. auf dessen früherem Anwendungsgebiet. Im Gegensatz dazu ist aber durch die Rechtsprechung der Geltungsbereich des § 75 Einl. ARK. über sein ursprüngliches Anwendungsgebiet, § 75 Einl. ARK. über sein ursprüngliches Anwendungsgebiet, Schadloshaltung wegen Vermögensbeschädigungen durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt zu gewähren, wesent-

lich erweitert worden. Hier liegt, wie zu zeigen sein wird (II), heute das Anwendungsgebiet des § 75 Einl. ARK. Der eigentliche Aufopferungsanspruch schließlich ergibt sich nunmehr aus Art. 153 RVerf. (III).

I. § 75 Einl. ARK. ist ein bezeichnender Ausdruck eines polizeistaatlichen Rechtszustandes. Einzelne Rechte und Vorteile der Mitglieder des Staates müssen den Rechten und Pflichten zur Beförderung des gemeinschaftlichen Wohles nachstehen (§ 74 Einl. ARK.). Dagegen ist der Staat gehalten, denjenigen, der seine besonderen Rechte und Vorteile dem Wohle des gemeinen Wesens aufzuopfern genötigt wird, zu entschädigen (§ 75 Einl. ARK.). Diese Grundsätze knüpfen an die sog. Fiskuslehre. Der Staat konnte wegen seiner hoheitlichen Handlungen nicht vor Gericht gezogen werden. „In Regierungssachen gab es keine Appellation an die Gerichte!“ Griff aber der Staat in ein wohlverworbenes Recht ein, dann war der als besondere juristische Person des Privatrechts neben dem hoheitlichen Staat gedachte Fiskus zur Entschädigung verpflichtet. Bei allen Eingriffen der Staatsgewalt, sowohl auf dem Gebiete der Gesetzgebung wie auch auf dem der Justiz und Verwaltung, konnte der Untertan Ausgleichsansprüche stellen. Es galt der allgemeine Grundsatz: „Dulde und liquidiere!“<sup>2)</sup>

Die Zulässigkeit eines allgemeinen Erstattungsanspruches bei sämtlichen Eingriffen der Staatsgewalt, durch die wohlverworbene Rechte verletzt wurden, entsprach alten individualistischen Ideen. Der weitere Entwicklungsgang des § 75 Einl.

<sup>1)</sup> Furler: VerwArch. 33, 393 ff., 404—406.

<sup>2)</sup> Otto Mayer, VerwR. I S. 53 Anm. 27.

ALR. zeigt aber die praktische Unbrauchbarkeit jener liberalistisch-individualistischen Grundsätze.

1. Diese Auslegung führte nämlich dazu, zu Beginn des 19. Jahrhunderts den Staat als Fiskus für Kriegsschäden verantwortlich zu machen. So verklagten z. B. i. J. 1828 die schlesischen Städte den Fiskus auf Ersatz des Verlustes, den ihr Feuerversicherungsfond durch die im Kriege 1806/7 auf Befehl des preuß. Festungskommandanten bewirkte Niederbrennung der Breslauer Vorstädte erlitten hatte. Andere Städte folgten diesem Beispiel. Demgegenüber vertrat das Staatsministerium in einem an den König gerichteten Gutachten v. 16. Nov. 1831 die Auffassung, daß Erfasansprüche aus Vermögensbeschädigungen durch rechtmäßige Ausübung der Staatsgewalt nur dann erhoben und im Rechtswege verfolgt werden könnten, wenn „das Interesse der Gesamtheit der Einwohner des Staats eine Einrichtung in der Verwaltung erfordert, die das Privateigentum des einzelnen gefährdet“. Diese Auffassung wurde durch KabOrd. v. 4. Dez. 1831 zum Gesetz erhoben. Sie schränkt die allzu weitgehende, für die Allgemeinheit schädliche Anwendung des § 75 Einl. ALR. ein („Restriktionsordre“).

Der Kreis der zum Schadenserfaz verpflichtenden Handlungen ist nunmehr auf „Einrichtungen der Verwaltung“ beschränkt. Allerdings kann dieser Begriff nicht im Sinne der gewöhnlichen konstitutionellen Gewaltenteilung gefaßt werden<sup>3)</sup>. Der Begriff ergibt sich also nicht aus dem Gegensatz zu Gesetzgebung und Justiz<sup>4)</sup>. „Einrichtungen der Verwaltung“ sind vielmehr solche Akte der öffentlichen Gewalt, die nicht eine Betätigung von Hoheits- und Majestätsrechten darstellen. Die Wirkung der KabOrd. v. 1831 läßt sich somit dahin zusammenfassen<sup>5)</sup>, daß die Entschädigungsfrage aus § 75 Einl. ALR. nicht gestützt werden kann auf die Betätigung der gesetzgebenden Gewalt einschließlich des Polizeiverordnungsrechts, der Justiz und in Einzelgebieten moderner Verwaltung, z. B. auf dem Gebiete der Militärverwaltung, der Aufsicht über die Gemeinden, öffentlichen Körperschaften und Anstalten. Von diesen Einzelgebieten abgesehen, beschränkt die KabOrd. also den Aufopferungsanspruch des § 75 Einl. ALR. auf Maßnahmen der Verwaltung, durch die auf Kosten des einzelnen in dessen Rechte zugunsten der Allgemeinheit eingegriffen wird.

2. Mit dieser ersten Ausdehnung des § 75 Einl. ALR. durch die Beschränkung auf das Gebiet der inneren Verwaltung bildet sich gleichzeitig der allgemeine Rechtsgedanke einer Entschädigungspflicht für im Allgemeininteresse vorgenommene Aufopferungen einzelner heraus. Dieser Gedanke beeinflusst insbes. die Sondergesetzgebung. Das AllgVerwG. v. 1865, das SchlachtG. v. 1868, das Ges. über die Enteignung von Grundeigentum v. 1874, das FluchtG. v. 1875 und viele andere in der Folgezeit ergangene Gesetze folgen dem Grundsatz des § 75 Einl. ALR. und übernehmen den Aufopferungsgedanken. Dabei bewirken sie, sofern es sich um preuß. Sondergesetze handelt, gleichzeitig einen weiteren Ausbau des § 75 Einl. ALR. auf seinem ursprünglichen Anwendungsgebiet. Denn sie entziehen die Verwaltungsmaßnahmen auf jenen Spezialgebieten der unmittelbaren Anwendung des § 75 Einl. ALR. und stellen diese unter den Rechtsschutz der Sondergesetze<sup>6)</sup>.

Nach wie vor bleibt indessen § 75 Einl. ALR. die maßgebende, allgemeine Norm. Insbes. kann aus Art. 9 der alten PrVerf. v. 1850: „Das Eigentum ist unverleßlich, es kann nur aus Gründen des öffentlichen Wohles gegen vorgängige . . . Entschädigung nach Maßgabe des Gesetzes beschränkt und entzogen werden“, ein Aufopferungsanspruch nicht unmittelbar hergeleitet werden. Denn nach Art. 9 soll eine Entschädigung nur gewährt werden „nach Maßgabe des Gesetzes“, also nach Maßgabe des § 75 Einl. ALR. in der Fassung der KabOrd. v. 1831<sup>6)</sup>.

<sup>3)</sup> Anschütz, Komm. zur PrVerf. von 1850, Bd. I, 1912, zu Art. 9 Anm. 12 S. 175 ff.

<sup>4)</sup> Anschütz, Der Erfasanspruch aus Vermögensbeschädigungen durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt: VerwArch. 5, 86 ff.

<sup>5)</sup> Treffend: Reiff, § 75 Einl. ALR. und Art. 153 RVerf.: JurAbfch. 1931, 218.

<sup>6)</sup> Anschütz, PrVerf. a. a. D.

3. Die Aufhebung des allgemeinen Geltungsbereichs des § 75 Einl. ALR. und damit dessen Aufhebung auf dem eigentlichen Gebiet der Aufopferung bei rechtmäßiger Handhabung der Staatsgewalt vollzieht sich erst langsam infolge der weiteren Auslegung, die Theorie und Praxis dem Enteignungsbegriff des Art. 153 Abs. 2 RVerf. gegeben haben. Gemäß Art. 153 Abs. 2 RVerf. kann eine Enteignung nur zum Wohle der Allgemeinheit und auf gesetzlicher Grundlage vorgenommen werden, und zwar nur gegen angemessene Entschädigung, sofern ein RVerf. nicht etwas anderes bestimmt. Über den Begriff der Enteignung i. S. von Art. 153 Abs. 2 RVerf. herrscht Streit<sup>7)</sup>. Indessen kann heute als feststehend angenommen werden, daß nicht entscheidend für den Begriff der Enteignung ist, daß der Eingriff zugunsten eines bestimmten, dem öffentlichen Nutzen dienenden Unternehmens erfolgt (Unternehmensstheorie). Denn eine solche Zweckbeziehung auf ein öffentliches Unternehmen ist kein wesentliches Merkmal des Enteignungsbegriffes. Ebenso wenig liegt das entscheidende Merkmal einer Enteignung darin, daß mit der Entziehung privater Rechte auf der einen Seite für den Begünstigten auf der anderen Seite gleichartige Privatrechte gewonnen werden (Übereignungstheorie). Diese früher zu Art. 9 der alten PrVerf. vertretene Auffassung<sup>8)</sup> verkennt, daß dem Enteignungsbegriff nur die Entziehung von Privatreechten eigentümlich ist, nicht aber die Übertragung gleichartiger Rechte auf den Begünstigten.

Die allgemeine Fassung des Enteignungsbegriffes geht vielmehr in Anlehnung an Anschütz<sup>9)</sup> und die Praxis des RG<sup>10)</sup> heute dahin, daß Enteignungen i. S. von Art. 153 Abs. 2 RVerf. solche Maßnahmen sind, die den Charakter von Einzeleingriffen haben, weil sie nur bestimmte Personen oder einen verhältnismäßig eng begrenzten Personenkreis mit besonderen Opfern zugunsten der Allgemeinheit belasten. Solche Maßnahmen brauchen im Gegensatz zu der oben dargelegten Einengung des § 75 Einl. ALR. durch die KabOrd. von 1831 nicht nur auf gesetzlicher Grundlage ergehende Verwaltungsakte zu sein. Sie können — entgegen der zu engen und deshalb abzulehnenden Verwaltungsaaktstheorie<sup>11)</sup> — auch unmittelbar Gesetze sein, sofern sie die Eigenschaft des besonderen Opfers eines Einzelnen zugunsten der Allgemeinheit haben. Gerade dieser Fall liegt aber im allgemeinen nur dann vor, wenn das Gesetz nicht abstrakt-generell, nicht normmäßig wirkt, also als Verwaltungsakt im materiellen Sinne anzusehen ist.

Die Idee des besonderen Opfers des Einzelnen ist also das Kennzeichen des heutigen Enteignungsbegriffes. Damit ist aber der allgemeine Aufopferungsanspruch des § 75 Einl. ALR. wegen rechtmäßiger Eingriffe der öffentlichen Gewalt in Art. 153 RVerf. ausgegangen. § 75 Einl. ALR. ist insolgedessen insoweit aufgehoben.

4. Allerdings hat die Rechtsprechung<sup>12)</sup> unter Zustimmung der Literatur<sup>13)</sup> angenommen, daß die „Verdrängung privater Herrschaft durch polizeiliche Gewalt“ keine Enteignung im dem technischen Sinne des Art. 153 RVerf. sei. Es bleibe daher § 75 Einl. ALR. auf dem Sondergebiet der polizeilichen Aufopferung in Kraft auch gegenüber dem den allgemeinen Aufopferungsgedanken verkörpernden Art. 153 RVerf. Mit der Schaffung des PolVerwG. indessen ist nunmehr auch die Schadenserfazpflicht bei polizeilichen Eingriffen abschließend (§§ 70 ff. PolVerwG.) geregelt. In den Fällen des § 21 PolVerwG. — und nur in diesen Fällen kann zukünftig polizeiliche Gewalt private Herrschaft rechtmäßig ver-

<sup>7)</sup> Vgl. darüber unten: III.

<sup>8)</sup> J. B. Anschütz, PrVerf. a. a. D. S. 165.

<sup>9)</sup> RVerf., 14. Aufl., zu Art. 153 Anm. 6.

<sup>10)</sup> RG. 116, 268 ff. = JW. 1927, 1582; 127, 281 = JW. 1930, 3212; 128, 28 = JW. 1930, 2426; 129, 146 = JW. 1931, 1474; 132, 73 = JW. 1931, 2471; 133, 125 = JW. 1932, 469; 135, 311; 136, 124 = JW. 1932, 2070; 137, 170 = JW. 1932, 389 ufw.

<sup>11)</sup> Schelcher, Gesetzliche Eigentumsbeschränkung und Enteignung: ArchOffR. 18 (1930), 336.

<sup>12)</sup> RG. 120, 208 = JW. 1928, 1576; 118, 26 = JW. 1927, 2853; 126, 360 = JW. 1930, 821.

<sup>13)</sup> Vgl. z. B. Anschütz, RVerf., zu Art. 153 Anm. 10 S. 716 ff., Anm. 1 S. 717.

drängen — kann danach derjenige, gegen den die polizeiliche Maßnahme ergangen ist, nur gemäß § 70 PolVerbG. Ersatz des ihm durch die Maßnahme entstandenen Schadens verlangen.

Damit ist aber dann das letzte Anwendungsgebiet für § 75 Einl. AR. beseitigt.

II. Dennoch wäre die Behauptung verfrüht, daß dem § 75 Einl. AR. irgendeine Geltung daher nicht mehr zukomme. Allerdings betrifft die Anwendbarkeit nicht mehr das ursprüngliche Gebiet des § 75 Einl. AR., den Aufopferungsanspruch wegen rechtmäßiger Eingriffe der Staatsgewalt. Diese Eingriffe beurteilen sich heute lediglich nach Art. 153 RVerf., §§ 21, 70 PolVerbG. und anderen Sondergesetzen, z. B. der NotWD. v. 5. Juni 1931 (RGBl. 309). Indessen hat die Rechtsprechung in Erweiterung des ursprünglichen Aufopferungsgedankens den § 75 Einl. AR. zur Begründung eines öffentlich-rechtlichen Ersatzanspruches für schuldlos, rechtswidrige Eingriffe, die der Geschädigte hinnehmen muß und aus denen die Allgemeinheit Vorteile zieht, herangezogen. Diese Fälle werden deshalb nicht von Art. 153 RVerf. und §§ 21, 70 PolVerbG. erfaßt, weil jene sich nur auf rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt beziehen. Auf diesem neuen Gebiet liegt der heutige Geltungsbereich des § 75 Einl. AR.

Der allgemeine Grundsatz des RG.<sup>14)</sup> bezüglich dieser Anwendung des § 75 Einl. AR.<sup>15)</sup> geht dahin, daß für rechtswidrige Einwirkungen auf das Eigentum eines anderen, auch ohne daß dem Einwirkenden ein Verschulden zur Last fällt, überall da Schadloshaltung geleistet werden muß, wo dem Staate oder einem staatenähnlichen Verband gegenüber dieser Eingriff hingenommen werden muß oder wo — wenn der Einwirkende nur eine Privatperson ist — infolge einer entgegenstehenden Sonderrechtsnorm wegen der im öffentlichen Interesse vorgenommenen Eingriffe dem Eigentümer die Abwehrklage versagt ist.<sup>16)</sup> Diesen letzten Gesichtspunkt verwendet das RG. insbes. in Fällen des Brandschadens durch Funkensflug bei einem konzeptionierten Eisenbahnbetriebe<sup>17)</sup>, im Falle einer Beschädigung eines Hausgrundstücks durch die Anlage eines Eisenbahntunnels<sup>18)</sup> und für den Ersatzanspruch wegen des auch ohne Verschulden durch Explosion einer Munitionsfabrik während des Krieges entstandenen Schadens, wobei der Ersatzanspruch sich gegen den privaten Fabrikanten richtet<sup>19)</sup>.

Eine besonders klare Heraushebung dieses Grundsatzes hat das RG.<sup>20)</sup> bei Versagung einer Baugenehmigung vor Offenlegung des Fluchtlinienplanes zum Zwecke der Sicherung seiner künftigen Festsetzung vorgenommen. Besonders lehrreich ist die sorgfältig begründete, eingehende Entscheidung des RG. v. 11. April 1933<sup>21)</sup>. Der Sachverhalt ist kurz folgender: Der Kl. ist Eigentümer eines Grundstücks in Wannsee, ein Teil dieses Grundstücks stößt mit 50 m an die Kehlshafenbrückerstraße. Im Jahre 1924/25 stimmten das Bezirksamt Behlendorf, der Magistrat Berlin und die Stadtverordnetenversammlung einem Fluchtlinienplan zu, in dem ein Teil des fraglichen Grundstücks als Freifläche ausgewiesen wurde. Der Plan wurde erst im März 1928 offengelegt. Noch vor diesem Zeitpunkt, im Juni 1925, beantragte der Kl. die baupolizeiliche Genehmigung zur Errichtung eines Wohnhauses auf dem als Freifläche ausgewiesenen Teil seines Grundstücks. Die Genehmigung wurde

mit Rücksicht auf § 12 FluchtG. versagt, ein weiteres Baugesuch mit Rücksicht auf die inzwischen erfolgte Freiflächenausweisung zurückgewiesen. Die Ablehnung dieser Gesuche ist Gegenstand der Klage gegen die Stadt Berlin. Die Klage ist gemäß § 75 Einl. AR. begründet. Die Versagung der Baugenehmigung war rechtlich unzulässig und objektiv rechtswidrig. Denn die Versagung der Baugenehmigung konnte nicht auf § 12 FluchtG. gestützt werden. Dieses Bauverbot bezieht sich nicht auf historische Straßen. Die Kehlshafenbrückerstraße ist aber nach den Feststellungen des OVG. und RG. eine historische Straße. Das Baugesuch konnte aber auch nicht mit Rücksicht auf die Ausweisung des Grundstücks als Freifläche abgelehnt werden. Denn die erste Offenlegung des Planes ist erst nach Versagung der Bauerlaubnis erfolgt. Aus allgemein polizeilichen Machtbefugnissen<sup>22)</sup> konnte allerdings — auch vor Veröffentlichung des Planes — ein Bauverbot ausgesprochen werden, wenn das Bauvorhaben die künftige Anlegung von Straßen und Plätzen im Sinne von § 1 FluchtG., die polizeiliche Verkehrsanstalten sind, stören würde. Zur künftigen Sicherung von Erholungsanlagen — solche sollten die ausgewiesenen Freiflächen werden — konnte aber keinesfalls entschädigungslos das Bauvorhaben verboten werden.

Eine Haftung der beklagten Stadtgemeinde wegen schuldhaften, rechtswidrigen Handelns ihres Beamten gemäß Art. 131 RVerf., § 839 BGB., §§ 1, 4 PrStaatshaftG. von 1909 entfällt, weil — jedenfalls nach der allerdings nicht unbedenklichen Ansicht des RG. — die Beamten bei der irrtümlichen Anwendung der fraglichen Bestimmungen sich in einem entschuldbaren tatsächlichen und rechtlichen Irrtum befunden hätten.

Eine Haftung aus Art. 153 RVerf. kommt nicht in Betracht, weil die hoheitliche Betätigung objektiv rechtswidrig war, Art. 153 RVerf. aber rechtmäßige Handhabung der Hoheitsperson zur Voraussetzung hat.

Der Ersatzanspruch für das rechtswidrige, aber nicht schuldhaftes Handeln ergibt sich vielmehr — wie das RG. treffend darlegt — aus § 75 Einl. AR. Die Versagung der Baugenehmigung war rechtswidrig. Dennoch hat der Kl. diesen rechtswidrigen Eingriff in sein Privateigentum infolge der überragenden Stellung der hoheitlichen Behörde zunächst dulden müssen. Da die Eingriffe aber zum Besten der Allgemeinheit erfolgten, liegen die Voraussetzungen des § 75 Einl. AR. vor. Wesentlich für diesen Anspruch ist nur, daß der einzelne in Ausübung hoheitlicher Gewalt wegen eines bestehenden oder vermeintlichen Widerspruchs zwischen dem gemeinen Wohl und den besonderen Rechten und Vorteilen des Geschädigten zu einer Aufopferung genötigt wird.

Ein solcher „Quasi aufopferungsanspruch“ gemäß § 75 Einl. AR. ist nicht durch die NotWD. v. 5. Juni 1931 (RGBl. 309) beseitigt worden<sup>23)</sup>. Danach soll für Enteignungen, die nach dem 13. Aug. 1919 und vor dem 1. April 1935 auf dem Gebiete des Städtebaues vollzogen worden sind bzw. vollzogen werden, eine Entschädigung nur zu leisten sein, wenn landesrechtliche Vorschriften dies anordnen. Die NotWD. v. 5. Juni 1931 erstreckt aber jedenfalls ihren Anwendungsbereich nicht auf objektiv rechtswidrige, wenn auch schuldlose Maßnahmen. Sie hat nur dem vom RG.<sup>24)</sup> unmittelbar aus § 153 Abs. 2 RVerf. hergeleiteten Entschädigungsanspruch (also wegen rechtmäßiger, hoheitlicher Betätigung) entgegneten wollen<sup>25)</sup>. § 75 Einl. AR. ist aber auch nicht auf dem ihm verbliebenen Sondergebiete durch die NotWD. v. 5. Juni 1931 ausgeschlossen worden, weil für eine allgemeine landesrechtliche Entschädigung nach § 75 Einl. AR. infolge der sondergesetzlichen Regelung der Entschädigung bei Bauverfügungen durch die NotWD. kein Raum mehr sei<sup>26)</sup>. Denn die vorsorgliche Versagung der Bauerlaubnis

<sup>14)</sup> RG. 58, 130; 64, 183; 70, 150; 79, 428 = JW. 1912, 879; 101, 105; 104, 99; 113, 306.

<sup>15)</sup> In der Literatur ist die Frage behandelt von Jellinek, *VerwR.*, 3. Aufl., S. 328 ff.; Reiß a. a. O. S. 218 ff.; Bank, *Jur Schadenersatzpflicht der öffentlichen Körperschaften bei unverschuldet rechtswidrigen Verwaltungsakten: R. u. PrVerwR.* 50 (1929), 65 ff.

<sup>16)</sup> RG. 101, 105.

<sup>17)</sup> RG. 58, 130.

<sup>18)</sup> JW. 1912, 869.

<sup>19)</sup> RG. 101, 105.

<sup>20)</sup> RG. 137, 183 = JW. 1932, 2866<sup>10)</sup>; 139, 285 = JW. 1933, 1191<sup>13)</sup>; JW. 1932, 470; 1933, 2133.

<sup>21)</sup> RG. 140, 276—294 = JW. 1933, 2001.

<sup>22)</sup> RG. 126, 360 = JW. 1930, 821.

<sup>23)</sup> So Brandis: *DJZ.* 1933, 100.

<sup>24)</sup> RG. 128, 18 = JW. 1930, 1955.

<sup>25)</sup> RG. 139, 285 = JW. 1933, 1191<sup>13)</sup>; 140, 285 = JW. 1933, 2001.

<sup>26)</sup> So Reiß, *Ann. zur Entsch.* v. 26. Okt. 1932: JW. 1933, 2134.

nis zum Zwecke der zukünftigen Sicherung von Erholungsanlagen rechtfertigt sich nicht aus einer „allgemein der Polizei zustehenden vorbeugenden Machtbefugnis zur Wahrnehmung der öffentlichen Belange“<sup>27)</sup>, sondern ist rechtswidrig. Für diesen Fall gilt allein der von der Rechtsprechung neu entwickelte Grundsatz des § 75 Einl. A. N. R.

Aus denselben Gründen steht auch das neue PolVerwG. (§§ 21, 70 ff., 79) einer solchen Anwendung des § 75 Einl. A. N. R. nicht entgegen. Denn das PolVerwG. bezieht sich niemals auf rechtswidrige, schuldlose Handlungen. Erfolgt dagegen die vorsorgliche Verfassung der Bauerlaubnis vor Offenlegung des Planes rechtmäßig aus allgemein polizeilichen Gesichtspunkten, so z. B. in der Entsch. des RG.<sup>27)</sup> v. 6. Dez. 1929 (wo § 75 Einl. A. N. R. nur deshalb herangezogen ist, weil das PolVerwG. damals noch nicht ergangen war), so wird § 75 Einl. A. N. R. durch §§ 21, 70 PolVerwG. ausgeschlossen<sup>28)</sup>. Denn es handelt sich dann nicht mehr um das Gebiet der Quasifufopferungsklage.

Für diesen Anspruch ist auch der Rechtsweg gegeben. Zwar ist § 4 des Gef. über die Zulässigkeit des Rechtsweges durch das PolVerwG. aufgehoben worden. Für den ursprünglichen Aufopferungsanspruch des § 75 Einl. A. N. R. hat man aber niemals die Zulässigkeit des Rechtsweges bezweifelt, weil das A. N. R. i. F. 1794 entsprechend der damals noch herrschenden Fiskustheorie die Erledigung dieser Streitigkeiten gerade vor den ordentlichen Gerichten zulassen wollte. Das muß aber auch für den inzwischen gewandelten Anspruch aus § 75 Einl. A. N. R., den Quasifufopferungsanspruch, gelten<sup>29)</sup>.

Auch in der neuen Anwendungsform gilt § 75 Einl. A. N. R. nicht nur für das alte landrechtliche Gebiet, sondern als „immanenter Bestandteil des Systems der preuß. Staatshoheit“<sup>30)</sup> für alle Teile des preuß. Staats.

Die Entschädigung gemäß § 75 Einl. A. N. R. soll einen angemessenen Ausgleich für das gebrachte Opfer darstellen. Es kann also nicht voller Schadensersatz verlangt werden. Denn grundsätzlich tritt eine Haftung für fehlerhafte Staatsakte nur bei Verschulden ein. Der Quasifufopferungsanspruch macht davon aus Billigkeitserwägungen eine Ausnahme. Der Billigkeit ist aber bei Verschaffung eines angemessenen Ausgleichs Genüge getan.

Damit ist das heutige Anwendungsgebiet des § 75 A. N. R. abgesteckt. Eine gesunde Rechtsentwicklung hat also in allen Fällen zur Anwendung des § 75 Einl. A. N. R. bei solchen Eingriffen in das Rechtsleben geführt, die ohne Verschulden den einzelnen in den ihm zustehenden Rechten im öffentlichen Interesse schädigen.

III. Der Aufopferungsanspruch im eigentlichen Sinne ergibt sich heute also lediglich aus Art. 153 Abs. 2 RVerf. Er kennzeichnet sich nach heutiger allgemeiner Auffassung — wie oben dargelegt<sup>31)</sup> — durch den Einzelingriff, durch die Auferlegung besonderer Opfer auf bestimmte Personen oder einen eng begrenzten Personenkreis zugunsten der Allgemeinheit.

Dennoch hat man<sup>32)</sup> mit Recht gegen diese Auffassung Bedenken geltend gemacht. Denn eine Enteignung liegt auch dann vor, wenn generell (also nicht nur durch Einzelingriff) bestimmte Vermögenswerte völlig entzogen werden. Es werden z. B. von dem Landesgesetzgeber sämtliche privaten Kraftwagen zugunsten des Staates beschlagnahmt und deren Ablieferung angeordnet. Solcher Entziehung

stehen Beschränkungen von Vermögensrechten gleich, die wirtschaftlich einer Entziehung gleichkommen, wenn z. B. die Kraftwagen nicht im Sinne einer Eigentumsentziehung beschlagnahmt werden, sondern eine dauernde Leihe<sup>33)</sup> zugunsten des Staates derart begründet wird, daß dem Eigentümer nur ein praktisch wertloses „nudum ius“ verbleibt.

Jellinek<sup>34)</sup> will daher das Wesen der Enteignung nicht in dem Einzelopfer sehen, sondern von Fall zu Fall die Schutzwürdigkeit der betroffenen Rechte prüfen (Schutzwürdigkeitstheorie). Danach stellen Eingriffe in schutzwürdige Rechte Enteignungen dar, anderenfalls handelt es sich um gesetzliche Eigentumsbeschränkungen. Maßgebend für die Schutzwürdigkeit soll die allgemeine Anschauung, der Sprachgebrauch, die Geschichte usw. sein. Inbessern fehlt gerade dieser Theorie die dringend erforderliche Eindeutigkeit des Enteignungsbegriffes. Die Schutzwürdigkeitstheorie führt daher infolge ihrer unscharfen Abgrenzung zur Rechtsunsicherheit.

Zur eindeutigen Feststellung des Enteignungsbegriffes wird man vielmehr von dem Begriff des Einzelopfers ausgehen und die Fälle hinzufügen müssen, die nach unserem allgemeinen Rechtsempfinden als Enteignung i. S. von Art. 153 Abs. 2 RVerf. zu gelten haben. Danach ist der Aufopferungsanspruch i. S. von Art. 153 Abs. 2 RVerf. gegeben<sup>35)</sup>, wenn

1. unmittelbar durch Gesetz oder Verwaltungsakt bestimmten Personen oder einem verhältnismäßig eng begrenzten Personenkreis besondere Opfer zugunsten der Allgemeinheit auferlegt werden,

2. oder durch allgemeines Gesetz Vermögensrechte völlig entzogen oder derart geschmälert werden, daß nur noch eine formale Berechtigung, ein nudum ius dem Berechtigten verbleibt.

Soweit dieser Begriff nach unserer heutigen Rechtsauffassung dem einzelnen auf Kosten der Gesamtheit zu weitgehende Rechte einräumt, wird die Gesetzgebung einschreiten müssen. Dies ist bereits für Enteignungen auf dem Gebiete des Städtebaues durch die NotW. v. 5. Juni 1931 (RGBl. I, 309) Kap. III, §§ 1, 2 und v. 18. März 1933 (RGBl. I, 122) Kap. XVIII Art. 1 geschehen. Ein Entwurf eines Gesetzes über die Entschädigungspflicht und den Rechtsweg bei Enteignungen auf dem Gebiete des Städtebaues liegt vor<sup>36)</sup>. Durch die NotW. wird der unmittelbar aus Art. 153 Abs. 2 RVerf. sich ergebende Entschädigungsanspruch für Baubeschränkungen, die in der Zeit v. 13. Aug. 1919 bis zum 1. April 1935 eingetreten sind bzw. eintreten werden, ausgeschlossen. Für diese Zeitspanne gilt ausschließlich die landesrechtliche Entschädigungsvorschrift, also § 13 PrFluchtW. Auch diese Vorschrift setzt aber wenigstens die erste Offenlegung des Fluchtlinienplanes voraus<sup>37)</sup> (§ 7 PrFluchtW.).

Es wird beim Neuaufbau unserer Rechtsordnung im nationalsozialistischen Geiste zu prüfen sein, inwieweit über diese vereinzelte Einschränkung und Außerkraftsetzung des Art. 153 Abs. 2 RVerf. durch die NotW. v. 5. Juni 1931 und 18. März 1933 weitere gesetzliche Sonderregelungen erforderlich sind, um eine individualistische Überspizung des Aufopferungsgedankens zu vermeiden. Denn die §§ 74, 75 Einl. A. N. R. sprechen nicht nur vom Aufopferungsanspruch, sondern auch von der Verpflichtung des einzelnen, seine besonderen Rechte und Vorteile zur Beförderung des gemeinen Wohles nachstehen zu lassen. Sie enthalten also einen Gedanken, der auch dem nationalsozialistischen Leitspruch: „Gemeinnutz geht vor Eigennutz“ zugrunde liegt.

<sup>27)</sup> RG. 126, 360 = JW. 1930, 821.

<sup>28)</sup> Vgl. oben I.

<sup>29)</sup> Nur im Ergebnis zustimmend RG. 139, 285 = JW. 1933, 1191; 140, 285 = JW. 1933, 2001; JW. 1933, 2132.

<sup>30)</sup> DW. 39, 399.

<sup>31)</sup> Vgl. I.

<sup>32)</sup> Jellinek, Entschädigung für baurechtliche Eigentumsbeschränkungen, 1929, S. 10 ff.; Schelcher, Gesetzliche Eigentumsbeschränkung und Enteignung: ArchDffR. 18 (1930), 344 ff.

<sup>33)</sup> Beispiel Jellinek's a. a. D. S. 12.

<sup>34)</sup> a. a. D. S. 12 ff.

<sup>35)</sup> Treffend: Schelcher a. a. D. S. 350.

<sup>36)</sup> RArbBl. 1931, I, 89 ff.

<sup>37)</sup> RG. 140, 287 = JW. 1933, 2001.

## Der Rückgriff der geschädigten Verbandsperson an dem schuldhaft handelnden Beamten.

Zutreffend schreibt *S a t s c h e t* (Lehrbuch des Verwaltungsrechtes § 38 S. 340): „In der Praxis kommt es nicht selten vor, daß ein Kommunalverband (z. B. Kreis oder Stadt) sein ausführendes Organ (Landrat oder Bürgermeister) wegen einer in Kommunalangelegenheiten gesetzten Amtshandlung auf Schadenersatz verklagen muß.“ Ebenso interessiert die Frage, nach welchen Anspruchsgrundlagen das Reich oder die Länder an ihren Beamten Regreß nehmen können. Eine Reihe neuerer Erkenntnisse des RG. dürfte zur Klarstellung dieser immer noch unstrittenen Rechtsfragen viel beigetragen haben.

Nicht kommt als haftungsbegründender Tatbestand für die geschädigte Verbandsperson § 839 BGB. in Betracht. Schädigt ein Staatsbeamter durch pflichtwidrige Handlung den Staat oder ein Kommunalbeamter die öffentlich-rechtliche Körperschaft, der er dient, unmittelbar, so ist der Staat, die Gemeinde oder der Gemeindeverband nicht Dritter, sondern öffentlicher Dienstherr (RG. 134, 311 = JW. 1932, 641; 92, 137). Auch der § 2 des preuß. StaatshaftungsG. von 1909, bzw. der § 3 des RGef. von 1910 legt die Voraussetzungen, unter denen der Rückgriff genommen werden kann, nicht eindeutig fest. Er bestimmt nur, daß schlechthin der Beamte haftbar gemacht werden kann. Bei Festlegung der Voraussetzungen, die eine Haftung des Beamten gegenüber der Verbandsperson begründen, muß nach dem Stand der Rechtslehre und Rechtssprechung, was die Anspruchsgrundlage angeht, zwischen den einzelnen Beamtenkategorien unterschieden werden. Es muß auseinandergelassen werden:

- a) der preußische Staatsbeamte;
- b) der Kommunalbeamte in und außerhalb Preußens;
- c) der Reichsbeamte in und außerhalb Preußens.

Für den preußischen unmittelbaren und mittelbaren Staatsbeamten kommen die durch Art. 80 Abs. 1 GGVB. aufrechterhaltenen Vorschriften der §§ 88, 89 II 10 WR. in Betracht. Wer ein Amt übernimmt, muß auf pflichtmäßige Führung desselben die genaueste Aufmerksamkeit wenden. Jedes dabei begangene Vergehen, welches bei gehöriger Aufmerksamkeit und nach den Kenntnissen, die bei Verwaltung des Amtes erfordert werden, hätte vermieden werden können und sollen, muß er vertreten (vgl. RG. 134, 311 = JW. 1932, 641). Diese Regelung gilt auch für den in Preußen wohnenden Kommunalbeamten (RG. 28, 335). Was die Entschädigungspflicht der Reichsbeamten anbetrifft, so verweist § 19 RGVB. von 1907 auf die am Wohnort des Beamten geltenden Vorschriften. Damit greift § 88 II 10 ff. WR. auch für den in Preußen wohnenden Reichsbeamten Platz (RG.: JW. 1927, 1249). Lebhafte umstritten ist indessen, ob neben dem angeführten Klagegrund des WR. die Ersatzpflicht auch nach den sinngemäß anzuwendenden Grundsätzen des bürgerlichen Rechtes über Schlechterfüllung des Dienstvertrages (§§ 611, 276 BGB.) begründet werden kann. Die analoge Anwendung dieser Vorschriften würde dann auch die Anspruchsgrundlage gegen die außerhalb Preußens wohnenden Beamten abgeben (vgl. *G r u n a u*, die Amtspflichtverletzung in der neueren Rechtsprechung, III. Teil, S. 78). Die Frage muß unseres Erachtens bejaht werden. Für die außerhalb Preußens wohnenden Beamten muß mangels entsprechender landesrechtlicher Vorschriften eine Lücke ausgefüllt werden. Zur Ausfüllung berufen ist der § 276 BGB. Hinsichtlich der Dienstleistung bestehen zwischen dem öffentlich-rechtlichen Beamtenverhältnis und dem Dienstvertrag enge Zusammenhänge.

Wenn aber „die Ähnlichkeit der öffentlich-rechtlichen Frage mit einer bürgerlich-rechtlichen unmittelbar in die Augen springt und die Heranziehung des bürgerlichen Rechtes den Fall glatt entscheidet, wäre es unvernünftig, die vom BGB. dargebotene Hilfe nicht zu ergreifen“ (so *F e l l i n e t*, Verwaltungsrecht § 7 S. 145). Die analoge Anwendung widerspricht auch nicht dem öffentlichen Charakter der Pflicht (vgl. *S a l m a n*, Haftung für Beamte in Preußen und im Reich, 1911). Auch das RG. hat in einem Erkenntnis es für zulässig erachtet, die Haftpflicht des Beamten gegenüber dem Staate nach sinngemäß anzuwendenden Grundsätzen des BGB. zu begründen (RG. 95, 346). Die von *R a d l o f f* (RGV. 1933, 50) hiergegen erhobenen Bedenken sind nicht gerechtfertigt. Er führt aus, die im Verkehr erforderliche Sorgfalt könne nicht auf ein inmerdienstliches Verhältnis angewandt werden, bei dem das Verkehrsschutzinteresse keine Rolle spiele. Der Staat nehme, wenn er den Beamten anstelle, den er durch Prüfungen und den Vorbereitungsdiens kennen, seine persönlichen Mängel und Fehler in Kauf. Dagegen ist einzuwenden, daß die Verbandsperson durch die Anstellung sich keinesfalls der Rechte aus mangelhafter Amtsführung begeben will. Auch der Angestellte steht in einem „innerdienstlichen“ Verhältnis zu seinem Arbeitgeber und hat ihm nach dem objektiven Sorgfaltsmaßstab des § 276 BGB. für Schlechterfüllung einzutreten. Es sind keine Gründe ersichtlich, weshalb

der Beamte eine andere, gemilderte Behandlung erfahren soll als der Angestellte. Man vergleiche endlich noch die scharfen Anforderungen, die die §§ 88 II 10 ff. WR. an den Beamten stellen („genaueste Aufmerksamkeit“, „hätten vermieden werden können und müssen“). Selbst für ein neues Beamtengesetz hat gerade nach Wiederherstellung des Berufsbeamtentums mit seinem alt-preussischen Pflichtbewußtsein die Auslegung von *R a d l o f f* keine Bedeutung (a. A.: *G r u n a u* a. a. O. S. 78).

Somit kommt für den Rückgriff der geschädigten Verbandsperson an dem schuldhaft handelnden Beamten auch ein nach Dienstvertragsrecht (§§ 611, 276 BGB.) zu beurteilender Anspruch in Betracht.

R. Dr. Wilhelm Weimar, Köln.

## Is der Anspruch auf Ersatz von Tumultschäden pfändbar?

Bei Beurteilung der obigen Frage ist davon auszugehen, daß weder im *RumSchG.* v. 12. Mai 1920 (RGV. I, 942) noch in den *AbänderungsVd.* v. 8. Jan. und 29. März 1924 (RGV. I, 23 und 381) die Unabtretbarkeit oder Unpfändbarkeit dieses Anspruchs ausdrücklich bestimmt ist. Dies ist, wie sich aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes ergibt, mit Absicht nicht geschehen. In § 13 des Regierungsentwurfs war nämlich die Unpfändbarkeit des Ersatzanspruchs vorgesehen. Hiergegen wurden jedoch aus der Nationalversammlung die Bedenken erhoben, daß die Unpfändbarkeit, weil sie die Unübertragbarkeit zur Folge habe, diejenigen Gemeinden schädige, welche den Betroffenen gegen Abtretung ihrer Ansprüche bereits Vorschüsse geleistet hätten, und den Geschädigten selbst es erschwere, sich vor Eintritt der gesetzlichen Hilfe Kredit zu verschaffen (vgl. *L i e b r e c h t*, *RumSchG.* 1921, 15). Auf Grund dieser Bedenken wurde § 13 des Entwurfs schon bei dessen erster Lesung im Ausschuß gestrichen (*L i e b r e c h t*, *Tumultschadenrecht* 1933, 78). Hieraus ergibt sich zwingend, daß dem Willen des Gesetzgebers die Unübertragbarkeit oder Unpfändbarkeit des Ersatzanspruchs nicht entspricht. Demgegenüber kann der Hinweis auf § 3 des Gesetzes zu keiner anderen Beurteilung führen. Insbes. ist aus dieser Bestimmung nicht zu folgern, daß der Ersatzberechtigte die Verpflichtung habe, den Entschädigungsbetrag zur Wiederherstellung zu verwenden, hzm. daß der Ersatzanspruch, wie manche AG. annehmen, „zweckgebunden“ sei. Vielmehr läßt sich gerade aus § 3 des Gesetzes die gegenteilige Rechtsfolge herleiten, daß regelmäßig eine Verpflichtung bestimmungsgemäßer Verwendung, d. h. eine „Zweckgebundenheit“ des Ersatzanspruchs nicht besteht, vielmehr der Berechtigte die Entschädigung zu seiner freien Verfügung erhält. Dies beweist auch hier wieder die Entstehungsgeschichte des Gesetzes. § 5 des Gesetzesentwurfs sollte zur Sicherung der dinglichen Gläubiger des Geschädigten einen Verwendungszwang bei beschädigtem unbeweglichem Eigentum einführen. In der ersten Lesung des Ausschusses wurde jedoch die Maßvorschrift in eine *Kambvorschrift* verwandelt (*L i e b r e c h t*, *RumSchG.* 1921, 51). Infolgedessen steht es allein im Ermessen des Zahlungsverpflichteten, den Entschädigungsbetrag bei unbeweglichem Eigentum seiner bestimmungsgemäßen Verwendung zuzuführen, indem er von der Befugnis des § 3 Gebrauch macht und vor der Zahlung die Sicherstellung der bestimmungsgemäßen Verwendung verlangt. In diesem Falle und nur in diesem Falle bleibt dem Ersatzberechtigten tatsächlich nichts anderes übrig, als die Entschädigung bestimmungsgemäß zu verwenden. In allen anderen Fällen aber, wo der Ersatzverpflichtete auf die Sicherstellung der bestimmungsgemäßen Verwendung keinen Wert legt und bedingungslos auszahlt, bleibt es bei der Regel, daß der Berechtigte die Entschädigung zu seiner freien Verfügung erhält. Derartige Fälle werden nicht selten sein, sei es, daß überhaupt die Voraussetzungen des § 3 fehlen, wie bei Schäden des Körpers oder beweglicher Sachen, sei es, daß der Verpflichtete in den Berechtigten ohne weiteres das Vertrauen setzt, daß dieser die Entschädigung bestimmungsgemäß verwendet, oder daß an der Wiederherstellung des früheren Zustandes kein öffentliches Interesse besteht. Es erhebt sich zudem die Frage, was zu geschehen hätte, wenn der Entschädigte seiner Verpflichtung der bestimmungsgemäßen Verwendung der Entschädigung zuwiderhandeln würde, m. a. W. wie die angebliche „Zweckgebundenheit“, die angebliche „Verpflichtung“ durchzusetzen wäre. In dieser Hinsicht fehlt es an jeder gesetzlichen Bestimmung. Im übrigen zeigt ein Vergleich des § 3 des Gesetzes mit den straffen Bestimmungen der §§ 97 ff. BGB., daß im *RumSchG.* der Schutz der dinglichen Gläubiger nur lose, eben nur durch die *Kambvorschrift* des § 3 gewährleistet ist.

Die Unabtretbarkeit und Unpfändbarkeit der Ersatzforderung entsprechen auch keinem praktischen Bedürfnis. Denn selbstverständlich kann die Forderung nur abgetreten und gepfändet werden mit dem Inhalt, den sie nach dem *RumSchG.* hat. Nach allgemeiner

Regel darf der Verpflichtete durch eine Abtretung oder Pfändung nicht schlechter gestellt werden. Jener Inhalt ist aber durch die mehrfach erwähnte Bestimmung des § 3 dahin beschränkt, daß der Verpflichtete die Zahlung von der erwähnten Sicherstellung der bestimmungsgemäßen Verwendung abhängig machen kann. Dieses Recht kann ihm durch eine Abtretung oder Pfändung nicht ver kürzt werden. Nur mit diesem beschränkten Inhalt ist daher auch die Forderung pfändbar und abtretbar. Dabei ist von Bedeutung, daß nicht der Entschädigungsanspruch selbst, sondern seine Erfüllung von der fraglichen Bedingung abhängig gemacht werden kann. Daraus folgt, daß dies auch noch nach Feststellung des Anspruchs geschehen kann. Infolgedessen hindert die Pfändung oder Abtretung den Zahlungsverpflichteten nicht, die Zahlung von der Sicherstellung der bestimmungsgemäßen Verwendung abhängig zu machen. Tut er dies, so wird damit die Pfändung oder Abtretung in vielen Fällen praktisch gegenstandslos. Kann der Pfändungsgläubiger oder der Zessionar nämlich jene Bedingung nicht erfüllen, so bleibt ihm nichts anderes übrig, als die Pfändung aufzuheben bzw. den Anspruch freizugeben. Anderenfalls würde er sich der Schikane schuldig machen und dem Entschädigungsberechtigten gegenüber schadensersatzpflichtig sein.

Damit gelangt man auch zu praktisch brauchbaren Ergebnissen. Denn nach dem hier vertretenen Standpunkt hat der Zahlungsverpflichtete selbst darüber zu entscheiden, ob er die bestimmungsgemäße Verwendung der Entschädigung sichergestellt wissen will oder nicht. Wie schon oben angedeutet, wird er nicht immer ein Interesse an dieser Sicherstellung haben. Andererseits kann der Pfändungsgläubiger oder der Zessionar sehr wohl an der Pfändung bzw. Abtretung auch dann interessiert sein, wenn er die bestimmungsgemäße Verwendung der auszahlenden Summe sicherstellen muß, beispielsweise, wenn er selbst Bauhandwerker od. dgl. ist oder den gepfändeten bzw. abgetretenen Anspruch durch Weiterabtretung an Bauhandwerker od. dgl. verwerten kann. Jedenfalls würde eine Verneinung der Abtretbarkeit oder Pfändbarkeit für einen dritten Gläubiger unbillig sein, wenn der Entschädigungsberechtigte nach Erhalt der Entschädigung diese nicht bestimmungsgemäß verwenden würde, wozu er nach den obigen Ausführungen berechtigt und jedenfalls dann in der Lage ist, wenn bei der Auszahlung von der Kannvorschrift des § 3 kein Gebrauch gemacht worden ist.

Zusammenfassend ist also zu sagen:

1. Der Anspruch auf die Entschädigung nach dem TumSchG. ist frei pfändbar und abtretbar.

2. Der Ersatzverpflichtete kann trotz der Pfändung oder Abtretung die Zahlung der Entschädigung an den Pfändungsgläubiger bzw. Zessionar gem. § 3 des Gesetzes von der Sicherstellung der bestimmungsgemäßen Verwendung abhängig machen.

3. Macht er von dieser Befugnis Gebrauch, so ist der Pfändungsgläubiger verpflichtet, entweder die bestimmungsgemäße Verwendung sicherzustellen oder aber die Pfändung aufzuheben.

DRGK. Dr. G a f f e s b r i n g, Düsseldorf

## Die VO. zur Abwendung heimtückischer Angriffe gegen die Regierung der nationalen Erhebung vom 21. März 1933 (RGBl. I, 135).

I. S a m a n n: JW. 1933, 1705.

### II.

Bei den Ausführungen S a m a n n s: JW. 1933, 1705 f. scheint mir hinsichtlich des in der VO. gebrauchten Begriffes „Verband“ eine falsche Anschauung vertreten zu sein.

Die VO. unterscheidet sehr wohl zwischen Partei und Verband (arg. § 3 Abs. 1 a. a. D.). Unter Partei im Sinne der VO. ist nunmehr nur die NSDAP. zu verstehen, unter Verbänden die heute allein noch bestehenden Organisationen der SA., SS. und Stahlhelm. Verband ist also der engere Begriff. Der „zivile Parteiangehörige“ der NSDAP. ist eben nicht Mitglied eines Verbandes im Sinne der VO.

In § 1 Abs. 2 a. a. D. ist nun das Tragen der Uniform oder eines die Mitgliedschaft kennzeichnenden Abzeichens eines Verbandes unter Strafe gestellt für jeden, der nicht Mitglied des Verbandes, also SA.-Mann usw., ist. Strafbar ist demnach der „zivile Parteiangehörige“, der eine SA.-Uniform trägt, genau so wie eine Person, die nicht einmal Mitglied der NSDAP. ist.

In § 1 Abs. 1 a. a. D. ist der Besitz von Uniformen eines Verbandes unter Strafe gestellt. Hier ist strafbar jeder, der nicht Mitglied des Verbandes ist, also auch wieder der „zivile Parteiangehörige“; nicht strafbar ist hier aber auch die Person, die „sonstwie zum Besitz befugt ist“. Diese Befugnis kann stillschweigend oder ausdrücklich vom Verband gegeben sein (so auch S a m a n n a. a. D. und H o c h e: DJZ. 1933 Sp. 471).

Auch H o c h e a. a. D. stellt diesen Unterschied zwischen Verband und Partei fest (siehe a. a. D. Sp. 471 unten die Worte: „eines Verbandes [nicht einer Partei]“).

Ref. H a n s S c h ä f e r, Rhodt (Pfalz).

### III.

S a m a n n a. a. D. kommt von der an sich richtigen Überlegung ausgehend, daß durch diese VO. die nationalen Verbände um des Staates willen geschützt werden, zu unrichtigen Ergebnissen. Er läßt dem wegen Tragens einer unbefugten Uniform Angeklagten den Nachweis offen, daß er „wegen persönlicher, die Partei nicht berührender Differenzen“ ausgeschlossen worden sei. Er habe dann nämlich die Uniform nicht unbefugt getragen, da der Ausschluß aus der Partei auf offenerer Unbilligkeit beruhe, also strafrechtlich unbeachtlich sei. Eine Übertragung dieser für das Zivilrecht geltender Gedankengänge (RGZ. JW. 1933, 1246) auf die nationalen Verbände widerspricht jedoch der autoritativen Staatsauffassung. Die durch die VO. geschützten nationalen Verbände sind, wie S a m a n n zugeibt, zum mindesten durch die neugeschaffene Reichsdienststrafordnung zu öffentlich-rechtlichen Körperschaften geworden. Deren Rechtsbeziehungen sind, was den erfolgten Ausschluß eines Mitgliedes anlangt, für den Strafrichter bindend; andernfalls würde der Staat die Autorität seiner eignen, ihn stützenden Organe untergraben. Die Rechtslage ist ihrem Wesen nach keine andere als die in § 155 StGB. festgelegte. Dort wie hier erzeugt der Spruch des neben dem Strafrichter stehenden staatlichen Organs Feststellungswirkung für diesen. Ebensonenig jemand befugt ist, bei unzulässiger Pfändung seiner Sachen die vom Gerichtsvollzieher angelegten Siegel eigenmächtig zu entfernen (§ 136 StGB.), darf er auch eine Uniform oder ein Abzeichen der hinter der Regierung stehenden Verbände nach seinem Ausschluß nicht eigenmächtig anlegen, mag der Ausschluß auch ungerechtfertigt sein. Natürlich bleibt dem Angeklagten der Einwand nicht verwehrt, ein rechts gültiger Ausschluß liege deshalb nicht vor, weil ein absolut unzuständiger Beamter der Organisation ihn verfügt habe. Sonst aber ist er zur Erämpfung seiner Rechte auf das ihm von der Organisation gegebene Rechtsmittelverfahren angewiesen.

Ebenso unrichtig ist die Folgerung S a m a n n s, zur Klageerzwingung nach § 172 StPD. sei nicht der Verband, dessen Hoheitszeichen unbefugt getragen sei, sondern nur der Staat befugt, da nur dieser verletzt sei. Der Staat bedarf dieses Mittels gar nicht; denn die Staatsanwaltschaft muß auf Anordnung des JustMin. ohnehin Anklage erheben.

Wohl aber kann der Verband, dessen Hoheitszeichen verletzt ist, an der Strafverfolgung ein Interesse haben. Dies schafft man nicht durch eine künstliche Konstruktion aus der West. Auch der Bestohlene kann, wie niemals strengt sein wird, nach § 172 StPD. die Anklage gegen den Dieb erzwungen, wenngleich wenigstens nach nationalsozialistischer Auffassung die Strafnorm des § 242 StGB. in erster Linie die völkische Gemeinschaft, den Staat schützen soll (vgl. die Ausführungen von P e t e r s: JW. 1933, 1561). Dasselbe Recht muß man dem betroffenen, d. h. verletzten Verband zugestehen.

Ref. H o r t B a t j c h e, Königsberg (Preußen).

### IV.

1. Es ist S c h ä f e r darin zuzustimmen, daß die VO. v. 21. März 1933 zwischen den Begriffen „Partei“ und „Verband“ unterscheidet. Was „Partei“ und was „Verband“ ist, muß nach der geschichtlichen Entwicklung der deutschen Innenpolitik seit 1918 beurteilt werden. Das maßgebende Kriterium ist die Stellung zum parlamentarischen System oder besser die Anpassung der Methoden des politischen Kampfes an die Spielregeln der parlamentarischen Demokratie. Politische Parteien sind danach solche Zusammenschlüsse, die ihre Ziele in erster Linie auf dem Wege des parlamentarischen Kampfes verfolgten. Demgegenüber lag das Schwergewicht der politischen Tätigkeit der Verbände auf außerparlamentarischem Gebiet.

Von den drei am 30. Januar 1933 hinter der Regierung stehenden Organisationen, NSDAP., DNVP. und Stahlhelm, war jedenfalls der Stahlhelm unzweifelhaft „Verband“ im Sinne obiger Ausführungen. Die DNVP. war in ihrem Aufbau und ihrer Kampfesweise m. E. ebenso unzweifelhaft „Partei“, wengleich manche Äußerungen ihrer Führer zeigten, daß ihr Wollen sich darin nicht erschöpfte. Aber diese gelegentlichen Äußerungen, ebenso wie das Vorhandensein der „Kampfringe“ vermochten m. E. die Struktur dieser Organisationen nicht grundtätlich zu verändern, so daß die DNVP. rechtlich als „Partei“ im Sinne obiger Ausführungen anzusehen war.



Anders liegen die Dinge bei der NSDAP. Zwar besaß und besitzt auch diese eine parlamentarische Vertretung. Aber diese Bewegung hat dies stets als ein ihr durch die Weimarer Demokratie aufgezwungenes, notwendiges Übel und nie als Selbstzweck empfunden und das Schwergewicht ihres politischen Kampfes stets außerhalb der Parlamente verlegt. Andererseits entsprach der Aufbau der Bewegung mit seinem straff durchgeführten Führerprinzip zu allen Zeiten viel eher der Gliederung der Wehrverbände, als denjenigen der politischen Parteien. Sie ist daher m. E. nicht als Partei, sondern als Verband im Sinne obiger Ausführungen anzusehen.

Darum greifen die Vorschriften der §§ 1, 2 und 3 der V.D. auf die Bewegung schlechthin Platz. Unter Strafe gestellt ist mithin — da alle Sonderformationen der NSDAP. nur Glieder eines gemeinsamen, alle unlösbar umfassenden Verbandes darstellen — das unbefugte Tragen jeder Art von Uniformen, die innerhalb der NSDAP. oder ihrer Nebenorganisationen eingeführt sind.

Würde man Schäfer folgen und die NSDAP. als Partei im Sinne der V.D. ansehen, dann wäre das unbefugte Tragen von Uniformen, z. B. der Amtswalter in der politischen Organisation der Bewegung, straflos, da § 1—3 der V.D. nur Uniformen der „Verbände“ und nicht der „Partei“ schützt.

Schäfer faßt anscheinend die NSDAP. als solche als Partei, die SA., SS. usw. dagegen als Verbände auf. Das heißt m. E. den Tatsachen Gewalt antun. In Wirklichkeit sind, wie gesagt, alle Sonderformationen der NSDAP. nur Bestandteile der einheitlichen Bewegung. Diese Einheitlichkeit muß das Gesetz respektieren. Daran ändert es nichts, wenn das Gesetz einzelnen Gliederungen der Bewegung besondere Funktionen und Rechte verleiht (vgl. RG. v. 18. April 1933 [RGBl. I, 230]).

Faßt man somit die Bewegung als einheitliches Ganzes auf, dann kann es auch nur eine — im Rechtsinne — einheitliche Uniform der NSDAP. geben. Diese einheitliche Uniform wird geschickt, unbefugt trägt mithin die Uniform nur derjenige, der dieser einheitlichen Bewegung nicht angehört. Sind also SA., SS. usw. keine selbständigen Verbände im Verhältnis zur NSDAP., dann genießt folgerichtigerweise ihre Uniform auch gegenüber Mitgliedern der Gesamtbewegung keinen strafrechtlichen Schutz. Der zivile Parteigenosse ist also nicht strafbar, wenn er ohne Befugnis z. B. eine SS.-Uniform trägt.

2. Patzschek's Ansicht, daß die Entscheidungen der Verbandsorgane über den Ausschluß von Mitgliedern für den Wehrrichter bindend seien, vermag nicht zu überzeugen. Der Hinweis auf § 155 WGG. geht schon deshalb fehl, weil diese Vorschrift sich auf zivilrechtliche Ansprüche bezieht, wie ihr Wortlaut mit Deutlichkeit beweist. Auch der Hinweis auf § 136 StGB. schlägt nicht durch. Die Rechtslage ist hier durchaus anders. Im Falle des § 136 a. a. O. liegt ein staatlicher Hoheitsakt vor, der die Verurteilung der Gültigkeit für sich hat. Ob dieser Hoheitsakt materiell rechtmäßig vorgenommen worden war oder nicht, ist unerheblich (vgl. RGSt. 34, 398). Das Staatsinteresse verlangt, daß solche Hoheitsakte als solche geschützt werden. Dagegen ist der Ausschluß Parteimitglieder aus der NSDAP. kein staatlicher Hoheitsakt, daran ändert auch die privilegierte Stellung der Bewegung nichts. Eine Verurteilung für die Rechtsgültigkeit, etwa der von einem Uchla (Untersuchungs- und Schlichtungsausschüsse) der NSDAP. getätigten Ausschüsse besteht nicht. Möglich ist es natürlich, daß die kommende Gerichtsordnung der SA. und SS. die Entscheidungen der für diese eingesetzten Sondergerichte gegenüber den staatlichen Gerichten für verbindlich erklärt. Für die nicht zur SA. und SS. gehörenden Parteigenossen verbleibt es aber auch dann bei den bisherigen Zuständigkeiten, insbes. den Entscheidungen durch die Uchla. Die Uchla sind aber jedenfalls heute noch nicht staatliche Hoheits-träger geworden.

Es verbleibt daher bei dem allgemeinen strafprozessualen Grundsatz der materiellen Wahrheitsforschungspflicht. Diese Pflicht besteht auch da, wo andere Behörden in derselben Sache Feststellungen treffen. Eine Bindung der Strafgerichte an Erkenntnisse anderer Behörden, ist nur da anzunehmen, wo dies vom Gesetz ausdrücklich bestimmt wird. Eine solche Feststellungswirkung ist für die Entscheidungen der Verbandsorgane bisher nicht gesetzlich festgelegt. Solange das nicht geschehen ist, wird man eine solche Verbindlichkeit auch nicht mit rechtspolitischen Erwägungen begründen können. Die Ansicht Patzschek's, der Staat untergrabe seine eigene Autorität, wenn er seinen Strafgerichten gerade die Rechtshandlungen öffentlich-rechtlicher Körperschaften, soweit sie den Ausschluß ihrer Mitglieder betreffen, zu überprüfen, halte ich für verfehlt. Duldete der Staat offenbar willkürliche bzw. fehlerhafte Entscheidungen der Verbandsgerichte, oder erkennt er diese gar noch als maßgeblich für seine eigenen Gerichte an, dann bedeutete das m. E. eine weit schwerere Gefährdung seiner Autorität. Man wird daher den Strafgerichten die Befugnis, Urteile der Verbandsgerichte zu überprüfen, nicht verweigern können.

RM. Dr. Hamann, Gilchenbach i. W.

## Wann kann die Verwaltungsbehörde gegen die Eintragung von Vereinen Einspruch erheben? (§ 61 Abs. 2 BGB.)

Durch Art. 124 RVerf. war § 61 Abs. 2 BGB. insoweit außer Kraft gesetzt, als die Verwaltungsbehörde gegen die Eintragung eines Vereins keinen Einspruch mehr deshalb einlegen konnte, weil der Verein einen politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zweck verfolgte<sup>1)</sup>. Dagegen war das Einspruchsrecht bestehen geblieben, wenn der einzutragende Verein nach dem öffentlichen Vereinsrecht unerlaubt war oder verboten werden konnte. Nachdem Art. 124 RVerf. durch die V.D. des RPräs. zum Schutze von Volk und Staat v. 28. Febr. 1933 (RGBl. I, 83) — die auf Grund von Art. 48 Abs. 2 RVerf. erlassen worden ist — außer Kraft gesetzt worden ist, ergibt sich folgende Rechtslage:

§ 61 Abs. 2 S. 2 BGB. ist durch die Aufhebung von Art. 124 RVerf. nicht wieder gültiges Recht geworden. Das BGB. war insofern nicht suspendiert, sondern durch die höhere Norm aufgehoben<sup>2)</sup>. Das Einspruchsrecht gegen Vereine um ihrer politischen sozialpolitischen oder religiösen Zwecke willen müßte also gesetzlich neu begründet werden.

Gleichwohl ist das Einspruchsrecht der Verwaltungsbehörde durch die V.D. des RPräs. v. 28. Febr. 1933 erheblich erweitert worden. Es besteht gegenüber allen Vereinen, deren Vorhandensein nach pflichtgemäßem Ermessen der Verwaltungsbehörde dem Schutz oder der Wiederherstellung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit widersprechen würde<sup>3)</sup>. Denn hier trifft nunmehr der (nicht aufgehobene) § 61 Abs. 2 Halbs. 1 zu: der Verein ist nach dem öffentlichen Vereinsrecht unerlaubt oder kann verboten werden. Daß die V.D. des RPräs. zum „öffentlichen Vereinsrecht“ i. S. dieser Bestimmung gehört, ist nicht zu bestreiten, da sie eine wesentliche Grundlage des heutigen Vereinsrechts bildet. Auch kann man ihre Maßgeblichkeit nicht mit dem Hinweis darauf abtun, daß sie nur vorübergehende Bedeutung habe, weil sie auf Grund von Art. 48 Abs. 2 erlassen sei. Wenn der Verein nach der V.D. des RPräs. völlig verboten werden kann, kann auch auf die Dauer dieser Verbotsmöglichkeit (es braucht noch kein Verbot erfolgt zu sein) gegen die Eintragung Einspruch eingelegt werden. Denn es soll die gesetzliche Sanktionierung, die in der Eintragung liegt, gegenüber verbotenen Vereinen verhindert werden.

Dies erweiterte Einspruchsrecht besteht nicht etwa nur gegenüber kommunistischen Vereinen. Nach herrschender Ansicht sind die Worte „zur Abwehr staatsgefährdender kommunistischer Gewaltakte“ in der Präambel der V.D. v. 28. Febr. 1933 nur Motiv des Gesetzgebers, nicht rechtlicher Bestandteil der materiellen Vorschrift der Verordnung<sup>4)</sup>.

RegAff. Dr. Cremer, Altona.

## Die Säuberung des Wehrgesetzes von 1921.

Die Regierung der nationalen Erhebung konnte bei Erfüllung ihres Reformberufs am Wehrwesen nicht vorübergehen. So vorzüglich auch der Geist ist, der im neuen „Reichsheer“ wie in der jetzigen „Reichsmarine“ herrscht, die rechtliche Organisation der Weimarer Gründung wies bis 1933 schwere Mängel auf. Bezeichnend für die „Schwierigkeit der Materie“ ist, daß die gewiß zu durchgreifender Erledigung neigende nationale Staatsleitung nicht mit einem Schläge die juristische Umgestaltung zu vollbringen vermochte, sondern in zwei Einzelschritten vorgehen mußte: Erster Angriff war die Wiederherstellung der Militärgerichtsbarkeit (Ges. v. 12. Mai 1933 [RGBl. I, 264]), über die ich in JW. 1933, 1438 berichtet habe. Zweiter Vorstoß ist die unter dem 20. Juli 1933 beschlossene „Änderung des WehrG.“ (RGBl. I, 526 mit Berichtigung 566). Diese Novelle bringt aber mehr, als ihre Überschrift besagt, nämlich auch eine Änderung der RVerf., und zwar in einer grundlegenden Frage. Einer der wenigen glücklichen Gedanken der „Nationalversammlung“ war die restlose „Unitarisierung“ des deutschen Landheers oder im Sprachgebrauche der Bismarckschen RVerf. (Art. 63) „der gesamten Landmacht des Reichs“. Tatsächlich hatte ja der Weltkrieg unser feldgraues deutsches Heer zu einer solchen Stahlhärte zusammengeschmiebet, daß eine juristische Zurück-Zerstückelung in „Kontingente“ sich von selbst verbot. Außerdem mußte zwangsläufig die bisher nur im obersten Kriegsherrn geübte bloße „Personalunion“ zwischen den Armeen und der Kriegsmarine endlich der natürlichen organischen Verschmelzung zur einheitlichen „Wehrmacht“ weichen. Diese sachliche Notwendigkeit zur juristischen Umformung des alten Heeresgesetzes war jedoch in Weimar nicht alleiniger Leitgedanke, sondern leider ebenso sehr — wenig-

<sup>1)</sup> RGHRomm. 7. Aufl. § 61, 3; Anschütz, RVerf., 3. und 4. Aufl., Art. 124, 3.

<sup>2)</sup> Vgl. Anschütz, Art. 13, 1a und die dort Angeführten

<sup>3)</sup> Vgl. Soehne: DZS. 1933, 394 f.

stens bei der marxistisch-demokratischen Mehrheit — die — aus parteipolitischen Gründen unbedingt erstrebte — völlige Loslösung der aufzubauenden Einheits-Wehrmacht von Deutschlands militärischer Vergangenheit und ihren Ruhmestaten. Wozu sonst die Auflösung auch der „früheren Marine“? Sie entsprach doch seit mehr als fünfzig Jahren schon allen Anforderungen des „Unitarismus“. So fand denn auch das „unitaristische“ Prinzip, nachdem man im März und April 1919 die Auflösung des „bestehenden“ Heeres und der „bestehenden“ Marine zum Gesetz erhoben hatte, in der RVerf. v. 11. Aug. 1919 nur einen recht matten Ausdruck: „Die Wehrverfassung des deutschen Volkes wird unter Berücksichtigung der besonderen Landsmannschaftlichen Eigenarten durch ein Reichsgesetz einheitlich geregelt“ (Art. 79). So „einig in seinen Stämmen“, wie es diese RVerf. in ihrem Vorworte zu sein vorgab, war sich nämlich das Weimarer Parlament im Probleme der Unitarisierung des Landheeres keineswegs, und deshalb versief die „Nationalversammlung“ auf einen Ausweg: Man überläßt das Problem einfach dem vom Reichstage zu erlassenden Wehrgesetz. Mußte man dieses ja ohnehin bereits mit einer heiklen Aufgabe betrauen, nämlich dem Volke die Abschaffung der allgemeinen Wehrpflicht kundzutun, zu deren Beseitigung sich die „Nationalversammlung“ zwar schon im VB. verpflichtet hatte, die sie aber trotzdem in Art. 133 Abs. 2 RVerf. als noch rechtlich möglich hinstellte. Ein künftiges Gesetz, dem eine so traurige Zweckbestimmung bereits auf den Weg mitgegeben war, konnte daher unbedenklich auch mit der Rätselaufgabe befaßt werden, wie in einem streng unitaristisch aufzubauenden Heereskörper eigentlich den „Landsmannschaftlichen Besonderheiten“ Raum gegeben werden sollte, falls man nicht in das überholte Kontingentsystem zurückfallen und damit den als sachlich geboten erkannten Fortschritt zum reinen Unitarismus geradezu verleugern wollte? So kam im Wehrg. v. 23. März 1921 (RGBl. 329) unter einem besonderen Abschnitte „Landsmannschaft“ (§§ 12 bis 17) ein merkwürdiges Zwittergebilde zustande, indem den Ländern im Gebiete der Wehrmacht rechtliche Zugeständnisse gemacht wurden, die das unitaristische Gepräge der neuen Wehrverfassung ernstlich hätten gefährden können. Ich brauche hier nur auf die „Landeskommandanten“ hinzuweisen, eine Art von „Verbindungs-Offizieren“, deren Obliegenheiten gegenüber den Landesregierungen mit ihren militärischen Pflichten zum Reiche kaum vereinbar waren. Überdies schuf § 14 Abs. 1 S. 2 Wehrg. sogar einen „bayerischen Anteil“, d. h. „einen in sich geschlossenen Verband des Reichsheeres unter einheitlicher Führung“, wozu § 12 Abs. 2 bestimmte: „Der Landeskommandant in Bayern ist zugleich Befehlshaber des bayerischen Verbandes“. Mit diesem — rechtlich wie militärisch — verfehlten „Landsmannschafts“-Anweisen räumt unsere Novelle durch Streichung der §§ 12 bis 16 (Art. 1 Ziff. 1) und füglich Watzgebung des Art. 79 S. 2 RVerf. glatt auf. Ist doch inzwischen das Verhältnis zwischen Reich und Ländern mittels Gleichschaltung so praktisch wie ideal befriedigend umgestaltet worden, daß für die rechtliche Aufrechterhaltung Landsmannschaftlicher Besonderheiten wirklich kein Bedürfnis mehr bestehen kann. Beibehalten ist aus dem Abschnitte nur § 17, der aber jetzt laut Art. 1 Ziff. 2 Nov. den Reichsstatthaltern, in Preußen dem Reichskanzler für gewisse Notfälle die Wehrmacht zur Verfügung stellt, die Landesregierungen und ihre Behörden jedoch hiervon ausschaltet. Damit ist das „unitaristische“ Ideal, das man in Weimar nur mit halber Kraft verfolgt, im Wehrg. jedoch sogar verlassen hatte, zum erstenmal in der deutschen Heeresverfassung restlos durchgeführt worden.

Die zweite Reinigungsaufgabe galt marxistisch-demokratischen Auswüchsen, die der Reichstag in den Neubau der Wehrmacht hineingetragen hatte: Nach § 9 Wehrg. sind „für alle Kommandobehörden und Truppeneinheiten Vertrauensleute zu wählen“. Eine militärische Unmöglichkeit, noch dazu eine traurige Erinnerung an die berüchtigten „Soldatenräte“ vom Ende 1918! Weniger gefährlich für gutes Soldatentum, weil nämlich von vornherein zu papierner Bedeutungslosigkeit verurteilt, war die Schaffung einer „aus geheimer Wahl“ hervorgehenden „Heeres-“ und einer ebenso zustande kommenden „Marine-“, „Kammer“, „als beratende und begutachtende Körperschaften“ (§ 10). Zu den in gleicher Verständnislosigkeit für militärische Belange in Aussicht genommenen „Wehrberufsstämmen“ (§§ 22 Abs. 2 unter b, 27 Abs. 1, 47 Abs. 2), die als Disziplinargerichte i. S. des Beamtenrechts (!) gedacht waren, ist es überhaupt nicht gekommen. Denn das beabsichtigte Sondergesetz über ihre Bildung und Tätigkeit gelangte niemals zur Verabschiedung. Diesen un-militärischen, marxistisch-demokratischen Verblendung entsprungenen Einrichtungen und Plänen bereitete unsere Novelle in Art. 1 Ziff. 1, 5 b und 7 durch Fortstreichen ein Ende. Trotz dieser „Bereinigung“ weist das Wehrg. aber immer noch einen juristischen Fehler auf. Nach § 1 S. 1 soll die Reichswehr „die Wehrmacht der deutschen Republik“ sein. Staatsrechtlich lautet jedoch die offizielle Bezeichnung, die Deutschland seit Bismarck führt: „Deutsches Reich“, und an dieser Benennung hatte nicht

einmal die „Nationalversammlung“ zu rütteln gewagt. Daß das „Deutsche Reich“ jetzt „eine Republik“ ist, steht in Art. 1 RVerf. geschrieben, und in Art. 47 wird folgerichtig von der „Wehrmacht des Reichs“ und nicht etwa von der „der deutschen Republik“ gesprochen. Diese Firma besteht im Rechtsinn überhaupt nicht. Warum aber fügte sie der Reichstagsausschuß in den Regierungsentwurf des Wehrg. ein? Um die Trennung des neu aufzubauenden Wehrkörpers von dem „früheren Heer“ und der „früheren Marine“ (so liest man in § 41 Wehrg.) gesetzlich hervorzuheben! Es war undankbar und allein schon gegenüber den Gefallenen des Weltkriegs pietätlos, daß die Weimarer RVerf. bewußt nicht einmal andeutete: „Der militärische Neubau ist die geschichtlich gebotene Fortsetzung des deutschen Wehrwesens und knüpft daher an die ruhmreiche Überlieferung des Bismarckschen Kontingentsheeres und der Kaiserlichen Marine an.“ Dieses bedröhte Schweigen der „Nationalversammlung“ war für die Väter des Wehrg. Wink und Ermutung, nunmehr die Traditionslosigkeit der neuen Wehrmacht gleich im ersten Paragraph des Organisationsgesetzes zu unterstreichen. Trotzdem brauchte hiergegen im Jahre 1933 nicht mehr Front gemacht zu werden. Weder die RVerf. noch das Wehrg. haben in Wirklichkeit das natürliche Traditionsgefühl in der Reichswehr zu unterbinden vermocht. Alle Unterdrückungsversuche, die von marxistisch-demokratischer Seite auch sonst unternommen wurden, sind an der getragenen Verbundenheit der alten und neuen Wehrkörper wie an der liebevollen Pflege gescheitert, die das deutsche Volk in seiner überwiegenden Mehrheit seiner unauslöschlichen Vergangenheit bewahrt hat. § 1 S. 1 Wehrg. hat daher bisher keinen Schaden angerichtet und wird es erst recht nicht in Zukunft zu tun vermögen. Dafür bürgt bereits die Anknüpfung, die am 21. März 1933 in der Garnisonkirche zu Potsdam zwischen Einst und Heute feierlich und unverbrüchlich stattgefunden hat.

Im übrigen sind noch Einzelheiten der nicht bloß auf die politische Säuberung beschränkten Novelle hervorzuheben: 1. Art 1 Ziff. 3 bereinigt die kürzlich bis zum RG. gehobene Streitfrage JW. 1933, 1595<sup>10</sup> (mit meiner Anm.). Nach dem neuen Wortlaute des § 18 Nr. 1 (letzter Wehrg.-Satz) „soll“ dem eintretenden Freiwilligen am Gestellungstage der Verpflichtungsschein ausgehändigt werden, während das bisherige strikte Gebot: „ist auszuhändigen“ das — übrigens im Sinne des nunmehrigen Wortlauts zu lösende — Problem erzeugt hatte.

2. In Art. 1 Ziff. 4 und 6 wird die bisher schon im Verordnungswege kraft § 47 Abs. 2 Wehrg. eingeführte fristlose Kündigung wegen Unwürdigkeit in das Wehrg. aufgenommen und demgemäß in Art. 1 Ziff. 10 die Streichung des nunmehr überflüssig gewordenen § 47 Abs. 2 verfügt. Die Einspruchsfrist des § 22 wird von Art. 1 Ziff. 5 auf 7 Tage abgekürzt, ebenso in § 26 Abs. 4 (jetzt 5). Auch für den juristischen Praktiker außerordentlich wichtig ist die laut Art. 1 Ziff. 8 an § 32 Abs. 6 Wehrg. vorgenommene Erweiterung der Bindung der ordentlichen Gerichte an die Vorentscheidungen der militärischen Dienststellen. Bisher konnte nämlich (vgl. RG.: JW. 1927, 1263) das ordentliche Gericht, wenn ein wegen Unwürdigkeit fristlos gekündigter Soldat die ihm zur Last gelegten Unwürdigkeitshandlungen bestritt und auf der Grundlage, er sei also zu Unrecht entlassen, im Klagewege Fortzahlung seiner Dienstbezüge begehrte, nicht umhin, von sich aus nachzuprüfen, ob der Kläger in der Tat sich durch sein Verhalten der Achtung, die seine Berufsstellung erfordert, unwürdig erwiesen hatte. Das mußte jedoch zu militärisch unerträglichen Zuständen führen, zumal der Entlassene es in der Hand hat, wann er den nach § 32 Wehrg. für die Eröffnung des Rechtsweges notwendigen Vorentscheid im Verwaltungsverfahren herbeiführen will. Außerdem ist die „Unwürdigkeit“, um die es sich hier handelt, ein rein militärischer Sonderbegriff, bei dem man wie bisher schon bei „Dienstunbrauchbarkeit“ oder „mangelnder Befähigung“ die ausschließliche und daher die Gerichte bindende Feststellung den militärischen Stellen vorbehalten muß, wenn nicht das ganze Wehrmachtswesen leiden soll.

3. Etwas gänzlich Neues bringt Art. 1 Ziff. 9, wonach der Reichswehrminister ermächtigt ist, im Bereiche der Wehrmacht angestellte Zivilpersonen den für Soldaten geltenden gesetzlichen Bestimmungen ganz oder teilweise zu unterstellen, wenn und solange dies die militärischen Notwendigkeiten erfordern. Unter dieser Voraussetzung kann er mithin auf diese Zivilpersonen, zu denen natürlich auch die Zivilbeamten im Wehrmachtsbereich zählen, z. B. nicht nur die den Soldaten geltenden Vorschriften des MilStGB. anwendbar, sondern ihnen auch die steuerlichen Wohltaten des § 39 Wehrg. zugänglich machen, die an sich nur Wehrmachtsangehörigen, d. h. Soldaten und Militärbeamten, zukommen.

4. Beim Erlaß von Ausführungsbestimmungen war der RPräf. bisher nach § 47 an die Zustimmung des Reichsrats gebunden, falls es sich um den Abschnitt „Landsmannschaft“ handelt oder um die Grundsätze für die vorbereitende Ausbildung der Unteroffiziere und Mannschaften zum Übergang in bürgerliche

Berufe (§ 23) oder um Nebenbeschäftigungen oder Feiraterlaubnis (§ 31) oder Übernahme von Vormundschaften, Ehrenämtern (§ 33) oder politische Betätigung (§ 36). Jetzt sind diese teils überholt, teils unangebrachten Einengungen durch Art. 1 Ziff. 10 der Novelle restlos beseitigt. Dem Präsi. ist es nunmehr unbeschränkt vorbehalten, Ausführungsbestimmungen zum WehrG. zu erlassen; er kann auch den Reichswehrminister zum Erlaß solcher Bestimmungen ermächtigen.

Zum Schlusse sei noch angemerkt: Die hier besprochene Novelle heißt „zweite“ Gesetz zur Änderung des WehrG., weil bereits unter dem 18. Juni 1921 ein Gesetz zur Änderung des WehrG. (RGBl. 787) ergangen ist (vgl. JW. 1933, 1595<sup>19</sup> mit meiner Anm.), das sich allerdings nicht ausdrücklich als „erste“ bezeichnete, auch wohl nicht so nennen konnte, da weitere Änderungen damals nicht vorgesehen waren. In Kraft getreten ist unser Gesetz am 23. Juli 1933.

Von MinR. i. R. Geh. Rat Dr. M. Wagner, Berlin.

### Die Sicherung der Schiffspfandbriefe durch das Schiffsbankgesetz vom 14. August 1933 (RGBl. I, 583).

Der Aufbau einer Schiffsbank ist recht einfach. Ihr Aktivgeschäft besteht in der Beleihung von fertigen oder im Bau befindlichen See- oder Binnenschiffen, ihr Passivgeschäft in der Ausgabe von Schiffspfandbriefen, also von Schuldverreibungen, die durch Schiffspfandrechte gesichert sind. In Deutschland bestehen seit dem Jahre 1918 drei solcher Banken (mit Sitz in Berlin, Hamburg und Duisburg). Durch das neue Gesetz, das sich inhaltlich an das Hypoth. v. 13. Juli 1899 (RGBl. 375) anlehnt, wird die bisher nur auf dem Verwaltungswege eingeführte staatliche Überwachung auf eine gesetzliche Grundlage gestellt. Der leitende Gedanke, der sich wie ein roter Faden durch die Vorschriften des Gesetzes hindurchzieht, ist die Sicherung der Pfandbriefgläubiger. Diesem Ziele dienen namentlich folgende Bestimmungen:

I. Überwachung des Geschäftsbetriebs der Banken im allgemeinen.

1. Der Betrieb einer Schiffsbank, der nur von einer Aktiengesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien ausgeübt werden kann, bedarf der Genehmigung der Reichsregierung.

2. Die Bank unterliegt der Aufsicht des Landes, in dem sie ihren Sitz hat. Die Aufsichtsbehörde kann einen Staatskommissar bestellen, der unter ihrer Leitung die Aufsicht ausübt.

3. Die Bank darf sich außer mit der Schiffsbekleidung und Pfandbriefausgabe nur mit bestimmten, nicht mit einem Wagnis verbundenen Geschäften befassen.

4. Die Bank muß in ihrer Bilanz und im Geschäftsbericht alle für die Beurteilung ihrer Vertrauenswürdigkeit wesentlichen Dinge offen darlegen.

II. Deckung der Schiffspfandbriefe.

1. Der Gesamtbetrag der im Umlauf befindlichen Schiffspfandbriefe muß in Höhe des Nennwerts jederzeit durch Schiffspfandrechte von mindestens gleicher Höhe und mindestens gleichem Zinsertrag gedeckt sein. Die Pfandbriefe und demgemäß auch die Schiffspfandrechte dürfen nur auf Reichsmark oder auf einen zugelassenen wertbeständigen Maßstab, namentlich also auf Goldmark lauten.

2. Der Gesamtbetrag der ausgegebenen Schiffspfandbriefe darf den zwanzigfachen Betrag des eingezahlten Grundkapitals und des Reservefonds nicht übersteigen. Das Eigenkapital der Bank bildet hiernach eine zusätzliche Sicherung für die Pfandbriefgläubiger.

3. Als Deckung für die Pfandbriefe dürfen nur unzwei-  
felhaft gute Schiffspfandrechte verwendet werden.

a) In der Regel dürfen nur im Inland eingetragene Schiffe oder Schiffsbauwerke beliehen werden. Die Beleihung ist nur zur ersten Stelle zulässig. Sie darf die ersten drei Fünftel eines vorsichtig ermittelten Schiffswerts nicht übersteigen.

b) Die Beleihung darf nur durch die Gewährung von Abzahlungsdarlehen mit einer Darlehnsdauer von höchstens zwölf Jahren erfolgen.

c) Das Schiff muß gegen die Gefahren der See- oder Binnenschifffahrt versichert sein. Das Pfandrecht der Bank erstreckt sich kraft Gesetzes auf die Forderung gegen den Versicherer.

d) Die Grundzüge der Darlehnsbedingungen unterliegen der Genehmigung der Aufsichtsbehörde. Die Bedingungen sehen stets vor, daß der Schuldner sich der sofortigen Zwangs-

vollstreckung zu unterwerfen hat, und daß das Darlehen vorzeitig fällig wird, wenn der Schuldner das Schiff nicht ordnungsmäßig instand hält, wenn er es ohne Genehmigung der Bank veräußert, wenn er die Versicherung verfallen läßt u. dgl. mehr.

4. a) Die Bank hat die als Deckung dienenden Schiffspfandrechte in ein Register einzutragen.

b) Die Eintragungen im Deckungsregister werden von einem bei der Bank zu bestellenden Treuhänder überwacht. Die Bank darf Pfandbriefe nur ausgeben, nachdem der Treuhänder auf ihnen bescheinigt hat, daß die vorgeschriebene Deckung vorhanden und im Register eingetragen ist.

c) Die Bank kann die im Deckungsregister eingetragenen Werte nur mit Zustimmung des Treuhänders veräußern. Andere als Pfandbriefgläubiger können in diese Werte nicht vollstrecken. Im Falle des Konkurses der Bank haben die Pfandbriefgläubiger ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus der eingetragenen Deckungsmasse.

5. Eine Übersicht über den Pfandbriefumlauf und über die Deckung der Pfandbriefe ist halbjährlich im Reichsanzeiger und in den für Bekanntmachungen der Bank bestimmten Blättern zu veröffentlichen.

6. Wer für die Bank einen Verstoß gegen die Deckungsvorschriften begeht, macht sich strafbar.

Dieser kurze Überblick möge genügen, um darzutun, in welcher umfassender und vielseitiger Weise das Gesetz für die Vertrauenswürdigkeit der Schiffsbanken und ihrer Pfandbriefe gesorgt hat. Wegen der genaueren Einzelheiten darf ich auf mein Iobes bei Franz Bahlen, Berlin, erschienenen Erläuterungsbuch verweisen. Es wäre zu wünschen, daß auch in Deutschland der Schiffspfandbrief eine ähnliche Volkstümlichkeit erlangt, wie er sie seit langem z. B. in den Niederlanden besitzt. Das den Banken durch Erwerb ihrer Pfandbriefe zur Verfügung gestellte Kapital wird der See- und Binnenschifffahrt und damit einem wichtigen Zweig der deutschen Volkswirtschaft zugute kommen.

MinR. Dr. W. Bogels, Berlin.

### Die Unterwerfung vor dem Finanzamt während des Berufungsverfahrens.

Bei einer Prüfung stellte sich heraus, daß K. i. J. 1929 höhere Einnahmen hatte, als er in der Steuererklärung angegeben hatte. K. erhielt vom FinA. einen Steuerstrafbescheid, gegen den er auf gerichtliche Entscheidung antrug. Von dem SchöffG. wurde K. darauf wegen Steuervergähung zu einer Geldstrafe von 1500 RM verurteilt. Gegen dieses Urteil legte nur das FinA. als Nebenkläger Berufung ein. Vor Beginn der Hauptverhandlung vor der StrA. regte der Vorsitzende an, die Sache durch eine Unterwerfungsverhandlung vor dem FinA. zu erledigen. Die Hauptverhandlung wurde vertagt, um K. Gelegenheit zu einer Unterwerfung zu geben. In der dann stattfindenden Unterwerfungsverhandlung vor dem FinA. unterwarf sich K. unter Anerkennung der vollendeten Steuerhinterziehung einer Geldstrafe von 3000 RM. Der Präsi. des FinA. genehmigte die Unterwerfungsverhandlung. Nachdem dann das FinA. die Berufung zurückgenommen hatte, forderte nunmehr die StrA. von K. die Strafe von 1500 RM aus dem Urteil des SchöffG., weil dieses durch die Zurücknahme der Berufung rechtskräftig geworden sei. Inzwischen hatte aber K. die 3000 RM Geldstrafe aus der Unterwerfungsverhandlung bereits bezahlt.

Enno Becker würde die Unterwerfung für nichtig erklären. Er will eine Unterwerfungsverhandlung nur bis zum Urteil erster Instanz zulassen. Becker ist kein Freund der Unterwerfungsverhandlung. In dem vorläufigen Entwurf der RAbgD. war eine Unterwerfungsverhandlung überhaupt nicht vorgesehen, wenn Becker hielt sie für überflüssig. Es ist daher zu verstehen, wenn Becker für eine enge Auslegung des § 445 RAbgD. eintritt. Becker begründet seine Ansicht damit, ein Strafbescheid könne nur bis zum Urteil erster Instanz zurückgenommen werden. Bis zu diesem Zeitpunkt sei daher auch nur eine Unterwerfung ohne Strafbescheid, wie sie § 445 RAbgD. fordere, möglich.

Dennoch wäre also im vorliegenden Falle die Unterwerfungsverhandlung trotz Genehmigung durch den Präsidenten des FinA., weil rechtlich nicht möglich, nichtig. Das Urteil des SchöffG. wäre durch die Zurücknahme der Berufung rechtskräftig geworden. K. könnte 1500 RM wegen ungerechtfertigter Bereicherung aus der Reichskasse zurückverlangen.

Das Ergebnis wäre unbillig, da es dem Willen der Beteiligten nicht entspricht und zudem durch einen Formalismus die von dem FinA. angestrebte schärfere Bestrafung des K. gegen seinen Willen hinfällig machen würde. Die Unterwerfungsver-

handlung läßt sich aber bei einer weiten Auslegung des § 445 RAbgD., zu der offensichtlich ein Bedürfnis vorliegt, halten. Die Unterwerfungsverhandlung ist eine Sonderheit des Steuerstrafrechts. Daß § 445 RAbgD. von einem Verzicht auf den Erlaß eines Strafbescheides spricht, darf nicht stören. Ein solcher Verzicht ist nicht möglich, weil der Beschuldigte kein Recht auf den Erlaß eines Strafbescheides hat. § 445 RAbgD. darf daher nicht buchstäblich verstanden werden. Vielmehr will er nur ausdrücken, daß die Unterwerfungsverhandlung an die Stelle einer weiteren Strafverfolgung treten, diese abschließen soll. Es liegt kein zwingender Grund vor, dem Hinweis auf den Strafbescheid die Bedeutung beizulegen, die Becker ihm beimißt. Die meisten Steuerstrafsachen werden nun einmal durch einen Strafbescheid eingeleitet. Es ist daher wohl mehr als ein anschauliches Ausdrucksmittel zu werten, wenn § 445 RAbgD. von einem Verzicht auf den Erlaß eines Strafbescheides spricht, um zum Ausdruck zu bringen, daß der Beschuldigte sich durch eine freiwillige Unterwerfung der weiteren Strafverfolgung soll entziehen können. Daß es sich darum im Grunde handelt, ergibt sich auch daraus, daß die bestätigte Unterwerfungsverhandlung einem rechtskräftigen Urteil gleichzuachten ist. Die Unterwerfung verhindert daher nicht nur den Erlaß eines Strafbescheides, sondern auch die Weitergabe der Sache an die StA. mit dem Ersuchen, die öffentliche Anklage zu erheben.

Nach der Stellung des § 445 RAbgD. zu den folgenden Paragraphen sollte die Unterwerfungsverhandlung übrigens offensichtlich ursprünglich nur bis zum Erlaß des Strafbescheides, bis das FinA. überhaupt hoheitlich gesprochen hatte, zulässig sein. In der Praxis machte sich aber schon bald das Bedürfnis geltend, auch im späteren Verlauf des Verfahrens die Strafsache durch eine Unterwerfung abzuschließen.

Ist es Sinn und Zweck der Unterwerfungsverhandlung, an Stelle eines formellen Strafverfahrens die Strafsache durch die freiwillige Anerkennung der Schuld zum Abschluß zu bringen, kann es, meine ich, im Interesse der Beteiligten keinen Unterschied machen, ob das Gericht von dem Beschuldigten dadurch, daß er auf gerichtliche Entscheidung gegen den Strafbescheid anträgt, oder von der StA. durch Erhebung der öffentlichen Klage mit der Strafsache befaßt wird.

Man hat die Unterwerfung einen steuerstrafrechtlichen Vergleich genannt. Die Bezeichnung ist nicht glücklich, da ein Vergleich ein Nachgeben beider Parteien voraussetzt, das FinA. aber nichts nachgibt.

Die Unterwerfung ist vielmehr eine regelrechte Anerkennung dessen, was das FinA. dem Beschuldigten vorwirft und von ihm verlangt. Sie trägt daher zivilprozessuale Züge. Und das mit Recht. Dem FinA. ist es nicht darum zu tun, den Beschuldigten der Inquisition durch den Strafrichter auszusetzen. Ihm kommt es im wesentlichen nur darauf an, daß die Steuerstrafe bezahlt wird, daß es zu diesem Zweck einen rechtskräftigen Titel in die Hand bekommt. Dem entspricht es auch, daß in zahlreichen gesetzlichen Bestimmungen dem, der sich steuerlich strafbar gemacht hat, Straffreiheit zugesichert wird, wenn er nur die verheimlichten Steuern nachzahlt.

Ist aber die Unterwerfung dem zivilprozessualen Anerkennnisurteil zu vergleichen, dann kann es auch keinen Unterschied

machen, ob der Beschuldigte schon in der ersten oder erst in der VerJnst. sich unterwirft.

Es kann nicht eingewandt werden, der Satz: „ne bis in idem“ stehe dem entgegen. Denn es handelt sich bei der Unterwerfung ja nicht um ein neues Verfahren, sondern das schwebende Verfahren wird — das ist eben die steuerstrafrechtliche Eigentümlichkeit — statt durch ein Urteil durch die Unterwerfungsverhandlung abgeschlossen. Ist dem aber so, dann kann es auch keine Schwierigkeit machen, wenn das FinA. die von ihm allein eingelegte Berufung nach der Genehmigung der Unterwerfungsverhandlung zurücknimmt. Die Zurücknahme der Berufung ist dann prozessual gegenstandslos, ebenso wie es die Zurücknahme der Berufung nach Erlaß des Urteils in der VerJnst. wäre. Das Urteil erster Instanz ist durch die Unterwerfungsverhandlung konsumiert. Es kann daher auch nicht mehr durch die nachträgliche Zurücknahme der Berufung rechtskräftig werden.

Anders wäre es, wenn das FinA. die Berufung vor der Genehmigung der Unterwerfungsverhandlung zurücknähme. Dann wäre die Unterwerfungsverhandlung noch nicht wirksam, das Berufungsverfahren wäre also noch nicht abgeschlossen. Durch die Zurücknahme der Berufung würde das Urteil erster Instanz rechtskräftig. In diesem Fall würde die Genehmigung der Unterwerfungsverhandlung eine neue Entscheidung schaffen, die allerdings mit dem Satz ne bis in idem nicht vereinbar wäre, weil sie einen zweiten Straftitel über dieselbe Tat schaffen würde, über die inzwischen rechtskräftig entschieden wäre. Deshalb kann die Unterwerfungsverhandlung dann auch durch die Genehmigung keine Wirksamkeit mehr erlangen. Sie ist hinfällig geworden.

Das Ergebnis ist auch nicht unbillig. Das FinA. wird die Entscheidung des Präf. des KFinA. abwarten, sollte man meinen. Tut es dies nicht, sondern nimmt es vorzeitig die Berufung zurück, darf das dem Beschuldigten nicht zum Nachteil gereichen. Es muß dann bei dem rechtskräftig gewordenen erstinstanzlichen Urteil, das eine geringere Strafe vorsieht, verbleiben.

Nicht anders ist es, wenn nur die StA. Berufung eingelegt hat und diese vor der Genehmigung der Unterwerfungsverhandlung zurücknimmt. Auch von ihr muß erwartet werden, daß sie erst die Entscheidung des Präf. des KFinA. abwartet, ehe sie die Berufung zurücknimmt. Die StA. ist im Grunde nichts anderes als das FinA., der Staat, die Volksgemeinschaft, die dem einzelnen entgegentritt.

Daß der Beschuldigte seine Berufung noch zurücknehmen kann, wenn er eine Unterwerfungsverhandlung abgeschlossen hat, muß als unzulässig erachtet werden. Denn die Zurücknahme der Berufung käme dann einem formellen Widerruf der Unterwerfungsverhandlung gleich, der mit dem Wesen eines Anerkennnisses nicht vereinbar ist.

Nach alledem setzt die Unterwerfungsverhandlung voraus, daß das Strafverfahren in irgendeiner Instanz schwebt, daß es noch nicht durch ein Urteil, gegen das kein Rechtsmittel eingelegt ist, abgeschlossen ist.

Die Genehmigung der Unterwerfungsverhandlung würde für das Gericht die prozessuale Folge haben, daß es das Berufungsverfahren einstellen müßte, weil die Sache inzwischen anderweit rechtskräftig entschieden ist.

Verf. Dr. Meister, Münster i. W.

## Schrifttum.

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

### Strafrecht im Geiste Adolf Hitlers.

In der vorstehenden Schrift setzt sich der Verf. auf nur 26 Seiten mit der Frage auseinander, welche Richtlinien der nationalsozialistischen Bewegung im Strafrecht eigen sind. Die Schrift kommt zu dem Ergebnis, daß die nationalsozialistische Bewegung zwar kein umfassendes Strafrechtsprogramm niedergelegt hat, daß sich aber aus ihrer Haltung und aus dem erkennbar gewordenen Willen des Führers folgende Richtlinien ergeben:

Der Strafe muß (entgegen der sog. „modernen“ Schule) ihr Übelcharakter als Vergeltung für Willensschuld zurückgewonnen werden. Insofern bedarf sie des Aufbaues.

Darüber hinaus liegt das Fernziel des Nationalsozialismus (im Gegensatz zur sog. „klassischen“ Schule) in der Überwindung der Strafe durch eine allmähliche Zurückdrängung ihres Anwendungsbereiches.

Die Integrationsfunktion der Strafe steht diesem Abbau nur vorübergehend entgegen.

Die Starchheit des Strafrechts braucht der Nationalsozialismus (im Gegensatz zum liberalen Autoritarismus) nur als Maßnahme einer noch nicht voll entwickelten Volksgemeinschaft oder eines Ausnahmezustandes. Fernziel ist (entgegen dem Formalismus und Positivismus) eine Auslöschung und letzte Ethisierung der Strafrechtsnormen.

Diese Ergebnisse der Untersuchung der genannten Fragen befriedigen. Die Haltung des Nationalsozialismus läßt diese Sätzen mit bestimmter Deutlichkeit erkennen.

Im Sinne des Führers liegt es, die Gesellschaft zur organisch-völkisch gedachten Gemeinschaft, zum Volk, zu erziehen und das Volk von den Mängeln des Wirtschaftslebens, die die Schuld zur Entartung einzelner vergrößern, zu befreien<sup>1)</sup>. Es braucht nicht hervorgehoben zu werden, daß dieser Weg nur langsam gegangen werden kann. Bis dieses Ziel erreicht wird, auch wenn es erreicht ist, kann auf die Strafe als Vergeltung nicht verzichtet

<sup>1)</sup> Hitler, Mein Kampf S. 30.

werden. Man wird aber nicht so weit gehen können, daß die Vergeltung zum alleinigen Zweck der Strafe erhoben wird. Das tut der Verf. zwar nicht. Denn er führt aus, daß die Vergeltung erlöst werden soll aus jener relativen Sinnlosigkeit einer bloßen Übelzufügung. Diese Erlösung erblickt der Verf. in der Überwindung der Strafe durch eine allmähliche Zurückdrängung ihres Anwendungsbereiches. Es ist richtig, daß vor jedem Erziehungsoptimismus in der Kriminalpolitik gewarnt werden muß. Aber gerade der Rationalsozialismus wird versuchen, jedes Mitglied der Gesellschaft zum Nutzen des Volksganzen heranzuziehen, so daß neben der Vergeltung auch der erzieherische Zweck der Strafe nicht ganz aufgegeben werden wird.

Die Strafrechtstheoretiker werden nicht vergessen dürfen, was *H e i n d e l* in seinem sehr bekannt gewordenen Werk „Der Verurtheilte“, Berlin 1929, auf S. 88 ausführt:

„Strenge und Milde, das Androhen von Strafen und Versprechen von Vergünstigungen, alles war vergeblich. Bei 99% waren alle in den Lehrbüchern empfohlenen pädagogischen Künste vergebens. Strafrechtstheoretiker verhüllt Euer Haupt!“

Man kann von dieser kleinen Schrift nicht verlangen, daß sie sich erschöpfend mit allen Problemen auseinandersetzt. Jedem, der einen Wegweiser sucht, wird sie infolge ihrer umfangreichen Literaturangabe förderlich sein.

Die Sprache der Schrift befriedigt nicht. Es soll nicht gefordert werden, daß Fremdausdrücke gänzlich vermieden werden, wohl aber, daß sie auf ein Mindestmaß beschränkt bleiben. Auch Redewendungen wie „die Terrornotverordnung erstreckte im Sande der Weihnachtsamnestie“ lassen sich sicher vermeiden. Nicht nachahmenswert ist es, wenn Schriften ohne parteiamtlichen Charakter im Schmutz der Farben schwarz-weiß-rot mit dem Hakenkreuz erscheinen.

RA. Dr. Otto Rill, Berlin.

**Dr. Friedrich Schaffstein: Die Nichtzumutbarkeit als allgemeiner übergesetzlicher Schuldausschließungsgrund. (Abhandlungen der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät Göttingen. 15. Heft.) 1933. A. Deichertsche Verlagsbuchh. Dr. Werner Scholl. 82 S. Preis geh. 3 R.M.**

1. Die Schrift beschäftigt sich mit einer recht schwierigen Frage, die in letzter Zeit nicht nur im Mittelpunkt häufiger wissenschaftlicher Auseinandersetzungen (der Verf. bezeichnet sie selbst auf S. 1 als das zur Zeit praktisch aktuellste Teilproblem der materiellen Schulblehre) gestanden hat; die Frage ist vielmehr auch in einigen Entscheidungen des RG. in gewissem Umfang erörtert worden. Eine von diesen ist zunächst (von *Hellmuth Mayer*) geradezu als „Wendung der Geschichte der Rspr., die unabsehbare Möglichkeiten in sich birgt“ (JW. 1932, 2291) bezeichnet worden.

Für den Praktiker ist ein Teil des Problems, nämlich die Frage, ob nach dem geltenden Recht bei vorsätzlichen Straftaten die Nichtzumutbarkeit als allgemeiner „übergesetzlicher“ Schuldausschließungsgrund anerkannt werden kann, durch RGSt. 66, 397 = JW. 1933, 1329<sup>33</sup> (mindestens vorläufig) gelöst. Der 1. StrSen. hat die Frage verneint, ohne allerdings gerade an der entscheidenden Stelle die erwünschte eingehende Begründung zu geben, der unspezifizierte Hinweis auf die Entstehungsgeschichte besagt nahezu gar nichts. Die Arbeit *Schaffsteins* war abgeschlossen, bevor dieses Urteil veröffentlicht wurde. Sie hat auch, wo sie auf allgemeine Fragen, wie die der Beziehungen zwischen Recht, Sittengesetz, Volk, Staat und Gesellschaft eingeht, die neuen wissenschaftlichen und praktischen Ergebnisse der Rechtspolitik, die sich mit dem Siege der deutschen Revolution ergeben, noch nicht berücksichtigen können. Gleichwohl verdient sie unter allen Umständen nicht nur das Interesse des Rechtshistorikers.

II. Der Verf. beschränkt — wie schon teilweise aus der Überschrift hervorgeht — seine Untersuchungen dadurch, daß er

1. nicht die Frage, ob überhaupt „übergesetzliche“ Schuldausschließungsgründe anzuerkennen seien, entscheidet, sondern nur prüft, ob etwa die Nichtzumutbarkeit als ein solcher Grund angesehen werden könne,

2. auch die Frage, inwieweit die Zumutbarkeit für den äußeren oder inneren Tatbestand in besonderen Fällen erheblich sein kann, nur „im Vorübergehen“ behandelt und

3. nicht etwa den Versuch unternimmt, ein neues eigenes System der Schulblehre zu schaffen und zu begründen und die Frage der Unzumutbarkeit in dieses System hineinzuarbeiten, sondern kritisch Stellung nimmt vor allen Dingen (nicht nur) zu denjenigen Begründungen der Zumutbarkeitslehre, die nach den Arbeiten der *Diepmann-Schüler*, *Schumann* (Um das Wesen der Strafrechtsschuld 1927) und *Großmann* (Grenze von Vorzug und Fahrlässigkeit

1926) gefunden worden sind. Diese Beschränkung war wahrscheinlich im Interesse der Gründlichkeit der Untersuchung zweckmäßig, bringt aber mit sich, daß die Arbeit nicht Anspruch darauf erheben kann, das letzte Wort in dem Streit um die Zumutbarkeitslehre zu sein.

III. 1. In dem einleitenden Kapitel geht *Schaffstein* von dem Begriff der „materiellen Rechtswidrigkeit“ und der „materiellen Schuld“ aus und untersucht die Bedeutung der „Zumutbarkeit“ im System des inneren Tatbestandes. Die Systematik des inneren Tatbestandes hält *Schaffstein* für ein Spiegelbild der im äußeren Tatbestand erforderlichen Unterscheidungen (S. 5). Für die äußere Tatseite gesteht er aber allein der Unterscheidung zwischen der „mit der erweiterten Tatbestandsmäßigkeit identischen formellen Rechtswidrigkeit“ und der gesetzlich nicht verhyphten materiellen Rechtswidrigkeit“ Erkenntniswert zu. Das Problem erblickt *Schaffstein* dann in der Frage, ob in dem gesetzlich nicht geregelten Schulurteil nur ein für die Auslegung der Schuldatbestände bedeutsames gesetzgeberisches Motiv zu sehen sei, oder ob es wie das „unverhyphte Rechtswidrigkeitsurteil“ unmittelbare Beachtung bei der richterlichen Rechtsanwendung beanspruchen könne.

2. a) Entsprechend seiner Grundeinstellung von der Parallelität der inneren und äußeren Tatseite eröffnet *Schaffstein* seine Darstellung der Rspr. mit einem Hinweis auf das bekannte Urteil des 1. Sen. v. 17. März 1927 über den Güter- und Pflichtentstand in RGSt. 61, 242 ff. Ob gerade diese Entscheidung als geeigneter Ausgangspunkt angesehen werden kann, könnte zweifelhaft sein. Das RG. führt aus: „Unter welchen Voraussetzungen Handlungen, die den äußeren Tatbestand einer Straftat erfüllen, als nicht rechtswidrig zu erachten sind, ist nicht nur aus dem Strafrecht, sondern aus dem Ganzen der Rechtsordnung zu entnehmen“ und „die Rechtsätze, aus denen sich die Gründe für die Rechtmäßigkeit oder — negativ ausgedrückt — für den Ausschluß der Rechtswidrigkeit (Rechtfertigungsgründe, Unrechtausschließungsgründe) ergeben, können dem gesetzlichen oder dem ungesetzlichen Rechte angehören“ (S. 247). Den Ausdruck „übergesetzlicher Notstand“ verwendet der 1. Sen. zum erstenmal in RGSt. 62, 35 ff. auf S. 46. Dieser Ausdruck hat sich leider im Sprachgebrauch der Rspr. und des Schrifttums in der Folgezeit eingebürgert. Man könnte auf den Gedanken kommen, ihn dahin zu verstehen, daß materielle Momente der Rechtswidrigkeit anerkannt werden sollten, die auf andere als rechtliche Bewertungsmaßstäbe zurückzuführen seien. Dieser Gedanke liegt um so näher, als im Schrifttum (vgl. *Goldschmidts* Pflichtnormentheorie in „Normativer Schuldbegriff“, Festgabe für *Frank I*, 428 ff.) gelegentlich unter „übergesetzlichen Schuldausschließungsgründen“ solche verstanden werden, die auf anderen als Rechtsnormen beruhen. In der Arbeit *Schaffsteins* fehlt leider eine einwandfreie Definition des Begriffs der „übergesetzlichkeit“; S. 2 und 3 bringen allenfalls eine Beschreibung. Bei dieser Sachlage scheint es mir sehr wichtig zu sein, daß *Wachinger*, der meines Wissens bei Fällung des Urteils RGSt. 61, 242 ff. mitgewirkt hat und dessen Ansicht daher geradezu die Bedeutung einer „authentischen Interpretation“ haben dürfte, in der Festgabe für *Frank I*, 507 darauf hinweist, „daß der Senat sich auch insoweit innerhalb der Grenzen des positiven Rechts zu bewegen glaubte, als er über das gesetzte Recht hinausging“. *Wachinger* meint, daß die Konstruktion des RG. sich noch im Rahmen ergänzender Rechtsauslegung halte, und betont, daß es sich um Anwendung der geltenden Rechtsordnung und nicht von Normen, die allein einem an der Idee der Gerechtigkeit orientierten idealen Recht angehören, handle. *Schaffstein* sagt zwar auf S. 1, daß er die Zumutbarkeitsfrage in Parallele zur Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit stellen wolle. Gleichwohl glaube ich nicht, daß er auf S. 9 ff. die sich aus den Ausführungen *Wachingers* ergebende Beschränkung der Bedeutung des Urteils RGSt. 61, 242 ff. für die Frage der Zumutbarkeit als eines „übergesetzlichen“ Entschuldigungsgrundes verkenne und etwa das „ungesetzte“ Recht mit dem „idealen“ verwechsle. Eine scharfe Betonung dieser Unterscheidung wäre auch an dieser Stelle in jedem Falle erwünscht gewesen.

b) *Schaffstein* weist dann auf S. 10—14 an Hand von RG.: JW. 1932, 2290<sup>14</sup>; RGSt. 58, 97; 58, 226; 60, 101; 63, 233 und 63, 313 im Anschluß an *Wachinger* m. E. wohl letzten Endes überzeugend nach, daß das RG. bisher bei vorsätzlichen Straftaten die Unzumutbarkeit nicht als allgemeinen Schuldausschließungsgrund anerkannt habe.

Die Ansicht *Schaffsteins* über die Haltung des RG. ist durch die schon oben erwähnte nach Erscheinen seiner Arbeit veröffentlichte Entsch. des 1. Sen. in RGSt. 66, 397 klar anerkannt. *Goldschmidt* hatte noch in „Normativer Schuldbegriff“ (Festgabe für *Frank I*, 452) bemerkt: „Es wäre ja auch dem ganzen Entwicklungsgang, den die Rspr. des RG. in neuester Zeit genommen hat, zuwider, wenn das RG. zwar „übergesetzliche“ Rechtfertigungs-, aber nur gesetzlich „typifizierte“ Entschuldigungsgründe anerkennen wollte.“ Ähnlich war die Rspr. von *Mezger* (Lehrbuch des Strafrechts 1931, 373), *Liszt-Schmidt* (Lehrbuch des Strafrechts S. 225) und auch wohl von *Hellmuth Mayer* (JW. 1932, 2290 ff.) ver-

standen worden. Man wird einräumen müssen, daß die Ausführungen des 1. Sen. (vor allen in JW. 1932, 2292) mindestens recht mißverständlich gehalten sind.

c) Man kann Schaffstein auch zustimmen, wenn er auf S. 15 bis 17 ausführt, daß das RG. bei fahrlässigen Straftaten die Zumutbarkeit allgemein für erheblich hält. Auch hier ist die Ansicht Schaffsteins durch eine wenn auch vor Abschluß seiner Arbeit ergangene, so doch erst danach veröffentlichte Entsch. des 1. Sen. bestätigt worden. Das RG. sagt in RGSt. 67, 18, der vom Angekl. verursachte Erfolg könne ihm nur dann als durch Fahrlässigkeit zugerechnet werden, „wenn

1. . .

2. weiter feststeht, daß keine besonderen Umstände vorliegen, die ein anderes Verhalten trotz Voraussehbarkeit oder Voraussicht der Möglichkeit des tatbestandsmäßigen Erfolgs als nicht zumutbar erscheinen ließen“.

3. Im nächsten Kapitel (S. 17–24) entwickelt Schaffstein die Richtlinien seiner Kritik. Er wendet sich nicht gegen die normative Auffassung des Schuldbegriffs überhaupt, auch nicht gegen die grundsätzliche Möglichkeit übergesehlicher Schuldaußschließungsgründe, sondern bestreitet nur, daß gerade die Nichtzumutbarkeit der Normbefolgung wegen anormaler Motivationslage ein allgemeiner übergesehlicher Schuldaußschließungsgrund sei. Die Stellungnahme zu diesem Problem sei abhängig von der Entscheidung der Frage, welches vom Standpunkt der geltenden Rechtsordnung Zweck und Grund dafür gewesen ist, außer der Tatbestandsmäßigkeit und der Rechtswidrigkeit noch die Schuld als Voraussetzung der Strafbarkeit anzuerkennen; die Beantwortung dieser Frage führe zurück auf die Grundeinstellung zum Wesen des objektiven Rechts.

4. a) Die Auffassung, daß der rechtliche Schuldvorwurf fehlen müsse, wenn das Sittengesetz eine Handlung nicht mißbillige, lehnt Schaffstein ab, weil ihr Ausgangspunkt, das Recht sei „ethisches Minimum“ (Georg Jellinek), das Verhältnis von Recht und „Ethik“ nicht richtig fasse. Schaffstein erkennt den Satz Hippels an, daß Recht und Sittengesetz sich wie zwei sich schneidende Kreise verhalten. Auch der rechtliche Schuldvorwurf sei ein sittlicher Vorwurf, aber er erhalte seinen Charakter nicht dadurch, daß er sich den im Volk bestehenden ethischen Maßstäben anpasse, sondern durch die Eigenschaft des Staats und seiner Rechtsordnung als einer sittlichen Institution. Es ist im Rahmen dieser Besprechung nicht möglich, zu jener These eingehender Stellung zu nehmen; ich beschränke mich hier auf die Feststellung, daß eine etwas eingehendere Stellungnahme des Verfassers zu Jellineks Theorie erwünscht gewesen wäre.

b) Die übrigen Fassungen der Zumutbarkeitslehre teilt Schaffstein in solche ein, die den Zweck des Strafrechts in der Generalprävention erblicken und solche, die von der Spezialprävention ausgehen.

aa) Für die erstere Gruppe fehlt die materielle Schuld, wenn die Normen ihre bestimmende Wirkung nicht ausüben können. Die Zumutbarkeit entfällt, wenn der Täter angesichts der Gesamtsituation, in welche seine Handlung fällt, sich in einem solchen seelischen Druck befunden hat, daß ein Funktionieren der durch die Tat verletzten Rechtsnormen als Bestimmungsnormen bei dem Durchschnittsstaatsbürgertyp erfahrungsgemäß nicht mehr zu erwarten war (E. b. Schmidt).

Gegen diese Auffassung wendet Schaffstein (S. 42 ff.) ein, daß durch die Einführung der Zumutbarkeit als Schuldelement die psychologische Zwangswirkung der Strafrechtsordnung mehr oder minder verloren gehen müsse. Aus der Summe der Einzelfälle, in denen die Abschwächung eintritt, ergebe sich eine Beeinflussung jenes Durchschnittsverhaltens, welches den objektiven Maßstab der Zumutbarkeit bilden solle. Ob der Einwand Schaffsteins in seiner Bedeutung für die Rechtssystematik schlüssig ist, bezweifle ich. Schaffstein spricht auch gar nicht von der Nichtigkeit der Zumutbarkeitslehre in dieser Fassung, sondern von ihrer „Gefährlichkeit“ (S. 43). Er scheint mir überhaupt an dieser Stelle Rechtssystematik und Rechtspolitik nicht scharf genug zu trennen. Dagegen beweist die Entwicklung der richterlichen Strafzumessung der Nachkriegsjahre in der Tat, daß es vom Standpunkt der Kriminalpolitik aus durchaus bedenklich ist, wenn die Strafrechtsordnung, statt Führer zu sein für das Durchschnittsverhalten, sich von diesem führen läßt (Schaffstein S. 46). Erst seit dem März d. J. scheint sich in dieser Beziehung ein Wandel zu vollziehen.

bb) Schaffstein nimmt endlich auch zu der Verbindung der Zumutbarkeitslehre mit der charakterologischen Schuldauffassung Stellung (S. 51 ff.). Ausgangspunkt sei hier der Gedanke, nur dann bestehe für die mit der Strafe bezweckte psychologische Einwirkung auf den Täter ein vernünftiger Anlaß, wenn in der Tat die asoziale oder antisoziale Einstellung des Täters zum Ausdruck komme; wenn aber die psychologische Lage, in der der Täter gehandelt hat, eine solche gewesen sei, daß ein Durchschnittsstaatsbürger ebenso

gehandelt haben würde, ein anderes Handeln also nicht zumutbar gewesen sei, sei die Tat nicht als Ausdruck der asozialen Persönlichkeit des Täters anzusehen. Damit falle der Anlaß zur Bestrafung weg.

Schaffstein bemerkt hierzu, der Ausgangspunkt dieser Lehre sei, daß der Zweck des Strafrechts nur in der Spezialprävention liege. Dabei übersehe man aber, daß das geltende Recht allenthalben die Spuren eines auf Vergeltung und Generalprävention eingestellten Gesetzgebers aufweise (S. 56).

Für den Praktiker mag in diesem Zusammenhang ein Hinweis darauf gestattet sein, daß die Rspr. unserer höchsten Gerichte sich darüber einig ist, daß der Zweck der Strafe nicht ein einheitlicher ist und daß der rechtspredigende Richter den Sühnegedanken in keinem Fall vollständig ausschließen dürfe (RGSt. 58, 109; 61, 417; RG.: JW. 1932, 1774; StGH.: RG. 137, Anhang S. \*58).

Trotz der Bedenklichkeit mancher Angriffspunkte Schaffsteins mag man sich von seiner Kritik im Ergebnis überzeugen lassen. In jedem Falle bietet das Buch für den Theoretiker und den Praktiker gleichermaßen eine Fülle von Anregungen und sollte geeignet sein, den Streit um die Zumutbarkeitslehre erheblich zu fördern. Zu dem Außerer der Arbeit ist zu bemerken, daß ein Verzeichniss des benutzten Schrifttums erwünscht gewesen wäre; weiter wäre sicher manch ein Leser dem Verfasser dafür dankbar, wenn er in Zukunft zahlreich vermeidbare Fremdwörter vermeiden würde.

N. Dr. Walter Maßke, Berlin.

**Fritz von Calker: Strafrecht. 4. Aufl. München 1933. Verlag Schweizer. Preis geb. 7,40 RM.**

Der bekannte Autor des Strafrechts und der Theorie der Politik bezeichnet sein verbreitetes Werk über Strafrecht, welches nunmehr in 4. Aufl. vorliegt, als „Grundriß zu Vorlesungen und Leitfaden zum Studium“. Also ein Gerippe für Vorlesungen und ein Führer für das Studium will das Buch sein. Es will dem Studenten den systematischen Ort der einzelnen Überlegungen zeigen, unftreitige Resultate der Jurisprudenz festlegen und eine knappste Ordnung des Materials unserer juristischen Arbeit, des Gesetzesstoffes, bieten. Nicht mehr: Die lebendige Problematik der Wissenschaft selbst soll der Student im Lehrbetrieb der Univesität kennenlernen, den Sinn für gründliches Durchdenken jeder Frage an dem ruhigen Studium größerer Werke entfalten. Wie ideo ist ein Studium, das sich auf Grundrisse und Repetitorien beschränkt. Wie nützlich ist das Studium eines Grundrisses, wenn es das eigene Studium nur ergänzt, ordnet und rekapitulieren hilft. Es ist leider an der Zeit, daß man so Selbstverständliches unserer akademischen Jugend wieder sagen muß.

Der Leitfaden des Verfassers zeigt auch in dieser Auflage die Klarheit und straffe Gliederung, welche ihm seine Verbreitung verschafft haben. Zu allem nimmt das Buch, wie es die Aufgabe eines Grundrisses ist, knapp und apodiktisch Stellung. Das Resultat, nicht der Weg zum Resultat ist in ihm dargestellt.

Wir finden in knappster Formulierung Ausführungen über den Zweck des Strafrechts und der Strafe, wobei die bekannte Grundlage der politischen und juristischen Auffassungen des Verfassers, das Prinzip der Vervollkommenung, sein Ausgangspunkt ist. Es kann nicht die Aufgabe der Besprechung eines Grundrisses sein, sich mit den einzelnen Ansichten inhaltlich auseinanderzusetzen. Nur auf einiges sei hier hingewiesen:

In der Erörterung über die zeitliche Geltung des Strafrechts vermißt man eine Stellungnahme zu der bekannten Frage, ob der § 2 Abs. 2 StGB. schlechthin oder nur dann gilt, wenn die Milde rung des Gesetzes eine Wandlung der Rechtsanschauung ausdrückt. Den Begriff des Verbrechens bestimmt Verfasser im Anschluß an Belting. Diesem folgt er auch in der Fassung des Täterbegriffes. Täter ist danach zwar nur, wer eine Bedingung setzt zu einem strafrechtlich relevanten Erfolg, aber nicht jeder, der eine solche Bedingung setzt. Leider findet man in der Erörterung der Kausalfrage bei dem Verfasser noch die Irrlehre von der „Unterbrechung des Kausalfolgesammenhangs“, die ebenso wie das Frankische „Regreßverbot“ als abwegige juristische Spekulation, besonders gegenüber der neueren Rechtsprechung nicht mehr aufrechterhalten werden kann. In der Darstellung der Rechtfertigungsgründe figuriert das ärztliche Operationsrecht selbstständig, obwohl es weder gesetzlich noch gewohnheitsrechtlich anerkannt ist. Die Entwicklung des übergesehlichen Notstandes in der Rechtsprechung wird von dem Verfasser ohne Systematisierung oder Entfaltung einer Norm lediglich wiedergegeben, m. E. gegenüber dieser noch nicht abgeschlossenen Rechtsbildung für einen Grundriß die einzig richtige Haltung. Einzelnes, wie z. B. die Bedeutung der Einwilligung bei Körperverletzungen, ist durch die Geschwindigkeit der Gesetzgebungsmaschine überholt. Der § 49 b StGB. hätte nicht mehr als geltendes Recht angeführt werden dürfen.

In der Schuldlehre rechnet Verfasser zum Vorsatz das Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit und zur Fahrlässigkeit die Möglich-

keit dieses Bewußtseins. Ohne diese Möglichkeit kein Schuldvorwurf. Es geht heute in der Schulblehre ja weniger mehr darum, welche psychische Begebenheit Voraussetzung strafrechtlicher Verantwortung ist, als darum, wie diese psychischen Tatsachen als Bewußtsein zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit auf der einen, dem Schuldbegriff auf der anderen Seite aufgeteilt werden müssen. In dieser systematischen Frage sollte Einfachheit das erste Gebot sein. Man fasse mit dem RG., Merkel, Berg u. a. den Vorsatz rein deskriptiv und die Möglichkeit, das Unrechtmäßige einzusehen und demgemäß zu verhalten, als Voraussetzung des Schuldvorwurfs, während sein Gegenstand die vorsätzliche oder fahrlässige Tatbestandsverwirklichung ist. Wer nicht die Möglichkeit hatte, das Unrechtmäßige seines Tuns einzusehen und seinen Willen dieser Einsicht gemäß zu bestimmen, dem ist eine vorsätzliche oder fahrlässige Tatbestandsverwirklichung nicht vorzuwerfen, er ist straflos. Sollte in der Systematisierung des Schuldbegriffs, die doch keine Frage logisch notwendiger, sondern zweckmäßiger Begriffsbildung ist, nicht endlich eine Einigung zu erzielen sein?

Eine klare Gegenüberstellung bietet der Verfasser zwischen Strafbarkeitsbedingungen und Prozessvoraussetzungen. Auch seine Ausführungen über die Begnadigung sind ebenso knapp wie klar. Versuch und Teilnahme faßt Verfasser als Ausdehnung der Strafdrohungen des Besonderen Teils des StGB. auf anderes als tatbeständliches Verhalten auf. Der Streit, ob es sich hier um Strafausdehnungs- oder Strafeinschränkungsgründe handelt, hat seinen Angelpunkt in dem Täterbegriff. Die Auffassung des Verfassers ist die einwandfreie Konsequenz seines Täterbegriffes. Erfreulich ist die logisch scharfe Scheidung des Mangels am Tatbestand vom ist die logisch scharfe Scheidung des Mangels am Tatbestand vom Versuch, die allerdings verschwindet, wenn der Entwurf Gesetz wird. Hier ist dem Verfasser, der fast nur die Darstellung, nicht die Kritik zu seiner Aufgabe machte, eine erfreuliche, kritische Bemerkung in die Feder gelassen. Er rügt die Unklarheit des neuen Versuchsbegriffs. Niemand weiß, wo die Grenze eines strafbaren Versuches liegt, wenn dem Anfang der Ausführung eines Deliktes schließlich jedes Tun gleichgestellt wird, das der Täter auch nur für den Anfang einer solchen Ausführung hält. Das ist keine Frage, welche der Wissenschaft überlassen werden könnte. „Der Gesetzgeber, nicht die Wissenschaft muß feststellen, was Recht sein muß.“

Mehr katalogisiert ist das Strafsystem, sind auch die einzelnen Delikte des Besonderen Teils aufgeführt. Verfasser folgt in letzterer Hinsicht der Legalordnung, deren systematische Mängel sonst allgemein zu selbständiger Systembildung Anlaß gegeben haben. Aber die Systematik des Besonderen Teils ist ja ohnehin ein schwacher Punkt unserer Strafrechtswissenschaft. Nach Rechtsgütern, d. h. nach rechtlich geschützten Lebensgütern zu systematisieren, ist keine juristische Systematik. Hier befinden sich unsere Lehrbücher noch auf der Stufe, auf welcher das Verwaltungsrecht stand, als man das Recht des Ackerbaus und der Viehzucht, das Recht der Industrie und des Handels nach staatswissenschaftlicher Methode zu differenzieren unternahm, anstatt juristische Kriterien aufzustellen.

Knappheit und Klarheit sind die Kennzeichen dieses Buches, das bei richtiger Benutzung ein wertvoller Führer durch das strafrechtliche Studium zu sein vermag.

Prof. Dr. Drost, Münster i. W.

### Dr. Gijela Zauber: Zur Reform des Vorverfahrens.

Staatsanwaltschaftliches Ermittlungsverfahren oder gerichtliche Voruntersuchung. (Abhandlungen des Kriminologischen Institutes an der Deutschen Universität Prag, Bd. 1.) Prag 1933. J. G. Calvesche Universitätsbuchhandlung Robert Lerche. Preis 12 Kr.

Gegenstand der Arbeit ist der tschech. Strafprozessentwurf von 1929, namentlich die darin getroffene Regelung des Vorverfahrens, die eingehend beschrieben und kritisch erläutert wird. Die Schrift enthält somit einen Beitrag zu der reichhaltigen Literatur über die Reform des Strafverfahrens.

Wie die Reform des materiellen Strafrechts, so bedarf heute auch die Reform des Strafverfahrens einer neuen Überprüfung nach der grundsätzlichen Seite hin. In noch stärkerem Maße als die Reform des materiellen Strafrechts war die Reform des Verfahrens in den letzten Jahrzehnten von liberalen und individualistischen Anschauungen beherrscht, denen durch die politische und weltanschauliche Wende unserer Zeit die Grundlage entzogen ist. Die vorliegende Schrift läßt eine Nachprüfung dieser Grundlagen vermissen. Es sind typisch liberale Gesichtspunkte, unter denen die Verf. die Dinge betrachtet. Dem Staatsinteresse wird das Interesse des einzelnen am Schutz seiner Freiheit entgegengesetzt. Ausbau des Parteiprozesses, „Säuberung“ des Verfahrens von inquisitorischen Überresten, Stärkung der Rechtsstellung des Beschuldigten, Schutz gegen Willkür der Staatsgewalt sind die Ziele, die im Strafverfahren erstrebt

werden. Auf dieser Ebene werden Abschaffung der Voruntersuchung, Ausbau der Verteidigung, Unterrichtung des Beschuldigten und anderes gefordert. Im einzelnen treten keine wesentlich neuen Fragestellungen hervor, und vom grundsätzlichen Standpunkt der Verf. aus wäre es auch kaum möglich gewesen, das reichhaltige und vielseitige Schrifttum über diese Fragen durch neue Gesichtspunkte zu bereichern. Von der praktischen Seite her gesehen vermißt man eine hinreichende Rücksichtnahme auf die Gefahr einer Verkümmelung der Beweismittel und der Prozessverschleppung, wenn auch Überreibungen, wie der Gedanke eines kontradiktorischen Vorverfahrens, zurückgewiesen werden.

Den Kern der Arbeit bilden Erörterungen über die Voruntersuchung, die als Rest des inquisitorischen Verfahrens beseitigt werden soll. Statt dessen soll das Verfahren einem unabhängigen Staatsanwalt in die Hände gegeben werden, dessen Stellung im heutigen Prozess nach dem tschech. Entwurf — darin ist der Verf. u. G. zustimmen — zu schwach ist. Die Verf. hofft, der unabhängige Staatsanwalt werde verantwortungsbewußter und objektiver handeln, und weist — Belling folgend — auf die Notwendigkeit hin, daß heute, wo alles politisiert sei, die Rechtspflege vom politischen Einfluß frei sein müsse. Man muß sich, so scheint uns, gerade heute darüber klar sein, daß solche Forderungen nach einem völlig unpolitischen „autonomen“ Prozess ebenso wie letztlich auch das Verlangen nach dem völlig unpolitischen Strafrecht einer vergangenen Zeit angehören. Bestrafung und Verfolgung des Verbrechens sind in bestimmter Hinsicht immer politische Angelegenheiten, an denen der Staat durch unmittelbar abhängige Organe teilnehmen muß. Nur unter dieser Voraussetzung kann es überhaupt noch einen Parteiprozess geben. Die Frage nach der Unabhängigkeit des Richters, des Staatsanwalts und anderer Beamter muß heute vom Staat her gesehen und neu überprüft werden.

Starke Bedenken sprechen endlich gegen die Vorschläge der Verf. für eine Reform der Hauptverhandlung. Gesund ist allerdings die Abneigung gegen eine Vernachlässigung der Hauptverhandlung und die Verlagerung des Schwerpunkts ins Vorverfahren. Verwickelte und lange dauernde Prozesse werden jedoch immer eine gründliche Vorbereitung und eine gewisse Vorwegnahme der Hauptverhandlung erfordern, und hier bedarf allerdings das Problem der Voruntersuchung erneuter und vertiefter Überprüfung. Darüber hinaus aber sind u. A. n. alle Vorschläge abzulehnen, die darauf hinzielen, dem Gericht die Kenntnis des Vorverfahrens zu entziehen. Mit den unserer Meinung nach durchschlagenden Einwänden gegen das Kreuzverhör und die Entziehung der Aktenkenntnis setzt die Schrift sich kaum auseinander.

Somit scheint uns diese Arbeit in ihren kritischen Teilen wenig befriedigend, weder in der grundsätzlichen Fragestellung noch in der Einzeluntersuchung. Verdienstvoll bleibt aber die Beschreibung des Entwurfs von 1929 und seiner Quellen.

Dr. G. Dahm, Kiel.

### Corpus Juris des Reichsrechts. Bd. I: Öffentliches Recht.

Herausgegeben von Dr. Carl Jügart. Mit Nachtrag von 1933. Berlin. Verlag Rechtsarchiv GmbH. Preis 1,50 RM.

Es handelt sich um eine Gesetzesammlung des Reichsrechts mit dem zu weitgehenden Titel „Corpus juris“. Bd. I enthält nur das öffentliche Recht auf 309 Seiten. Da aber das Schwergewicht der verwaltungsrechtlichen Gesetzesmaterien gerade im Landesrecht ruht, muß man den öffentlich-rechtlichen Teil dieses Werkes als dürftig bezeichnen. Abgesehen ist auch das öffentlich-rechtliche Reichsrecht nur lückenhaft wiedergegeben. Vergeblich sucht man z. B. nach der Bism. RVerf., der RStimmD., dem RWahlG., den GesD. des RT. und RKatz usw. Immerhin hat der Herausgeber etwa 130 Gesetze und Verordnungen zum größten Teil fast vollständig wiedergegeben. Er erreicht dies durch Kleinruck und viele Abkürzungen. Beides stellt jedoch die praktische Verwertbarkeit der Sammlung in Frage. Die Drucklettern sind allzu winzig und der Druck auch dadurch unübersichtlich, daß die Absätze, die in den Gesetzen selbst vorgegeben sind, nicht gemacht werden. Die übermäßigen Abkürzungen verhindern vollends, an Hand der Sammlung die Gesetze richtig durchzustudieren.

Infolge der neuen verfassungsrechtlichen Gesetze der letzten Zeit ist Bd. I der Sammlung schon in mancher Beziehung veraltet. Der inzwischen erschienene Nachtrag bringt auch die Sammlung nicht auf den letzten Stand, da er nur bis Juni 1933 reicht. Infolgedessen fehlen so wichtige Gesetze wie das Gesetz über Volksabstimmung, das Ausbürgerungsgesetz, über die Neubildung der Parteien usw.

Außer den Gesetzestexten enthält die Sammlung bei jedem Gesetz noch neuere Literaturangaben. Diese sind jedoch ziemlich wahllos und wohl auch nicht immer aus einem nur wissenschaftlichen Gesichtspunkt heraus gemacht.

Die Sammlung hat nach allem nur bedingten Wert.

RM. Dr. Otto Rilk, Berlin.

**Dr. W. G. Hegendanz und Dr. Alex. Werth-Hegendanz:** **Deutschlands militärische Gleichberechtigung.** Eine völkerrechtliche Untersuchung. Berlin. Transmare Verlag.

Verf. weisen nach:

Deutschland hat einen Rechtsanspruch auf die Abrüstung der andern Staaten, dieser Anspruch ist verletzt, Deutschland hat deshalb das Recht der Selbsthilfe, d. h. in diesem Falle zur Vornahme des Rüstungsausgleichs, ohne vorher den Völkerbund oder die Haager Völkerrechtsinstanzen anrufen zu müssen. Fürsorglich hat es den Anspruch auf Rüstungsausgleich zufolge Art. 8 Abs. 3 der Völkerbundsatzung.

Die eingehende Abhandlung ist in streng wissenschaftlichem Geiste gehalten und wirkt durch die Ausschaltung jedweder Gefühlswallung und Stimmungsmache um so überzeugender. Ein besonderer Wert ist in der Fülle des Schrifttums aus allen Lagern zu erblicken, die Verf. zum Beweise ihrer Thesen beibringen. Vgl. S. 50 wegen des doppelseitigen Charakters des WB.

„Es zeigt sich also, daß sowohl Politiker wie Juristen der ganzen Welt mit Ausnahme der Franzosen, des derzeitigen englischen Außenministers Sir John Simon und vielleicht auch noch der Tschechen und Polen, den Inalltagsmatischen Charakter der Abrüstungsverpflichtungen und damit den deutschen Anspruch auf Abrüstung der Vertragsstaaten anerkennen. Und es muß rühmend hervorgehoben werden, daß manche französische Politiker und Rechtsgelehrte dieser Auffassung trotz der entgegengesetzten Politik des offiziellen Frankreichs auch Ausdruck verliehen haben.“

S. 71: „Also Einigkeit der Mitglieder des Völkerbundes über die Formel: Der jetzige Rüstungsstand gefährdet den Frieden, und deshalb Abrüstung auf das mit der nationalen Sicherheit vereinbare Minimum.“

S. 75: „Die Notwendigkeit der Bestimmung des Sicherheitsbegriffes als einer relativen Sicherheit nach den angegebenen objektiven Maßstäben wird in der Völkerrechtsliteratur des Auslandes so gut wie einstimmig anerkannt.“

S. 41, Briand: „Ich glaube wie Sie, daß die Verpflichtungen, die die Nationen durch Unterzeichnung des Art. 8 Völkerbundsatzung vertraglich eingegangen sind, kein toter Buchstabe bleiben dürfen. Sie stellen eine heilige Verpflichtung dar, und ein Land, das sich ihr entziehen würde, würde sich entehren.“

S. 153, Lloyd George im Berliner Börsen-Courier v. 18. Sept. 1932: „Es war die Politik Frankreichs, Deutschland rundum mit einer Mauer scharfer Speere zu umgeben. Deutschland liegt machtlos und hingestreckt, umgeben von feindlichen Mächten, kleinen und großen, die bis an die Zähne bewaffnet sind, und die mit ihrer mächtigen Artillerie, deren Einheiten alle in der Richtung Deutschland zielen, das hilflos gegen eine so überwältigende Gewalt ist. Keine selbstbewußte Nation kann eine solche Erniedrigung erdulden.“

Die Wolke von Zeugen für das klare Recht Deutschlands muß über kurz oder lang der Wahrheit und Gerechtigkeit zum Siege verhelfen.

Es ist deshalb ernste Überzeugung, wenn ich sage: Das Buch verdient eindringendes Studium und weiteste Verbreitung.

RM. Dr. Görres, Berlin.

**Dr. jur. Horst Hausen:** **Das Präsidialkabinett.** Eine staatsrechtliche Betrachtung der Kabinette von Brüning bis Hitler. Erlangen 1933. Verlag Palm und Enke. 75 S. Preis brosch. 3 RM.

Die Schrift, vor der nationalsozialistischen Revolution begonnen und im Frühjahr 1933 abgeschlossen, hat heute kein aktuelles Interesse mehr. Sie gibt eine Darstellung und staatsrechtliche Würdigung der Entwicklung, die zu der Konzentration der Regierungsgewalt in der Hand des Reichspräsidenten unter zuletzt nahezu vollständiger Ausschaltung des Parlamentes führte. Die diesem Vorgang entsprechende Wandlung der Reichsregierung vom parlamentarischen zum präsidialen Kabinett wird von der Weimarer Verfassung, insbes. von den Art. 53 und 54 aus erläutert. Jedoch bleibt die Darstellung in der üblichen legalitären Betrachtungsweise befangen, vor allem ist es dem Verf. nicht gelungen, die vollkommen neuartige und mit den Kategorien des Weimarer Verfassungsrechts nicht erfassbare Stellung des Kabinetts Hitler im Gefüge des neuen Staates einsichtig zu machen.

PrivDoz. Dr. E. Forsthoff, Frankfurt a. M.

**Dr. jur., Dr. rer. pol. h. c. Drews,** Staatsminister, Präz. des Preuß. Oberverwaltungsgerichts, Honorarprofessor: **Preussisches Polizeirecht.** Erster Band: Allgem. Teil. Ein Leit-

faden für Verwaltungsbeamte. Vierte, Neubearb. Auflage. 13.—14. Tausend. Berlin 1933. Preis geb. 4 RM.

Das neue PrPolVerwG. v. 1. Juni 1933 hat das polizeirechtliche Schrifttum sehr belebt. Eine ganze Anzahl kleinerer und größerer Kommentare von teilweise recht verschiedenem Wert stehen dem Juristen zur Verfügung. Das Preussische Polizeirecht von Drews, das schon unter der Herrschaft des alten 10 II 17 WR. erschienen und benährt war und das das PolVerwG. in vielen Punkten hervorragend beeinflusst hat, ist auch jetzt noch das klassische, wegen seiner meisterhaften Darstellung unübertroffene Lehrbuch des preussischen Polizeirechts.

In der vorl., vierten, „neubearbeiteten“ Auflage merkt man an vielen Stellen die bessernde und ergänzende Hand des Verf. Mit Recht weist Drews u. a. besonders darauf hin (S. 16, 19), daß die Neugestaltung unseres Staatswesens durch die nationale Revolution den Begriff der öffentlichen Ordnung gewandelt hat. Gegenüber den früheren lazen Meinungen ist besonders die Auffassung über das innerhalb der Grenzen der öffentlichen Ordnung auf dem Gebiete des politischen Lebens Zulässige bedeutend strenger geworden. Die rechtliche Zulässigkeit der Androhung von Zwangsgeld durch PolizeiWD. und der Regelung der Rechtsmittel wird von Drews, wie schon jeher, bejaht entgegen der bekannten Auffassung des RG., daß das Zwangsgeld Kriminalstrafe sei, über die also die Entscheidung des ordentlichen Gerichten durch Landesgesetz nicht entzogen werden könne. Drews ist der Meinung, die berühmte Streitfrage sei „für die Praxis erledigt“, nachdem das OVG. in einer Entscheidung vom 1. Juni 1933 dem StGH. und damit im wesentlichen den Verfasser des PolVerwG. beigetreten sei. Man wird dem jedoch so ohne weiteres nicht zustimmen können. Jedenfalls wäre es bei dem hohen Studienwert des Drews'schen Buches sehr angebracht, wenn Gründe und Gegenstände solcher Streitfragen kurz erörtert würden. Das Buch ist ja von Anfang an über den vom Verf. im ersten Vorwort gekennzeichneten Rahmen („kein wissenschaftliches Lehrbuch!“) hinausgewachsen.

Im übrigen sind auch die inzwischen erfolgten, nicht unerheblichen Änderungen des PolVerwG. treffend dargestellt, insbes. die des VereinfachungsG. v. 3. Sept. 1933 i. d. Fassung v. 17. März 1933 bzgl. der §§ 32, 41, 45, 47, 49, 53, 62, 76. Eine zuverlässige Darstellung war um so notwendiger, weil der Gesetzgeber bei diesen Änderungen nicht immer eine glückliche Hand gehabt hat. Teilweise brachten erst mehrfache Änderungen die gewünschte Klärung (z. B. bei § 76 II), teilweise haben die Änderungen gerade neue Unklarheiten gebracht (z. B. bei der Streichung von § 41 Satz 4). Der nunmehr geltende Gesetzestext ist zuverlässig wiedergegeben.

Dem Praktiker wäre es erwünscht, wenn zukünftig dem hervorragenden Buche eine Gesetzesregister beigegeben würde, wodurch eine schnelle und sichere Orientierung erreicht würde.

Dr. jur. Kurt von Bohlen, Berlin.

**Dr. jur. Ehrhart Körting:** **Die beamtenrechtliche Stellung des Referendars.** Mannheim 1933. Deutsches Druck-u. Verlagshaus G. m. b. H. 56 S. Preis 3 RM.

Das Thema der Schrift war vor einiger Zeit von der Schriftleitung des „Referendar“ als Preisaufgabe gestellt worden. Der Verf. war damals mit dem ersten Preise ausgezeichnet worden und hat nunmehr seine Preisschrift im erweiterten Rahmen gesondert herausgegeben. Es handelt sich um ein wichtiges, aber bisher im beamtenrechtlichen Schrifttum noch niemals systematisch und ausführlich behandeltes Rechtsgebiet. Dem Verf. ist, wie ihm auch seinerzeit von dem Preisrichterkollegium einhellig bescheinigt worden ist, die Lösung der Aufgabe vortrefflich gelungen. Die Arbeit beginnt mit einem kurzen Abriss der geschichtlichen Entwicklung des Referendariats, bespricht sodann mit zutreffenden und überzeugenden Gründen die Beamteneigenschaft des Referendars und erörtert schließlich die Pflichten und Rechte des Referendars, wobei das Disziplinarrecht besonders berücksichtigt wird.

Es handelt sich um eine gründliche, das Schrifttum und die Rechtsprechung eingehend berücksichtigende, klar und übersichtlich gegliederte Arbeit. Sie wird in weiten Kreisen, besonders in denen der Referendare, das verdiente Interesse finden.

LG-Präs. Prof. Dr. Brand, Duisburg.

**Prof. Dr. Alexander Gold-Ferned:** **Lehrbuch des Völkerrechts.** 2 Teile. Leipzig 1930, 1932. Felix Meiner Verlag. 257 u. 332 S. Preis 7 bzw. 8,50 RM. u. 12 bzw. 13,50 RM.

Unser Drittes Reich ist über den Vormurf erhoben, rechtsgültige Verträge zu mißachten und anerkannte Völkerrechtsnormen



zu verlegen. Aber die Vertragstreue gestattet durchaus, was das neue Staats- und Rechtsdenken zwingend fordert, nämlich eine gründlich veränderte Haltung gegenüber dem Völkerrechtsproblem und seinen Einzelfragen. Grundlage und Ausgangspunkt kann auch für die internationalen Beziehungen nach unserer neuen Staats- und Rechtsauffassung nur noch die einzelne Nation, also für uns die deutsche Nation sein. Was mein großer Lehrer Philipp von Zorn weitblickend vorausah, als er erstmalig ein „Außeres Staatsrecht“ (in Sirths Annalen 1882, S. 81 ff.) lehrte, und was mein zu früh heimgegangener Freund Heinrich Pohl in seinem Lebenswerk über „Deutsches Völkerrecht“ wissenschaftlich zu gestalten gedachte, ist im nationalen Deutschland Wirklichkeit geworden. Aber die theoretische Begründung und wissenschaftliche Vertiefung steht noch aus. Wir besitzen noch kein national-deutsches Völkerrecht. „Seit Generationen schleppen sich Sätze durch die Völkerrechtsbücher hindurch, hinsichtlich deren es zweifelhaft ist, ob sie nur in den Büchern leben, ob sie zur comitas gentium gehören oder ob sie wahre Rechtsätze sind, letzterenfalls für welche Staaten sie gelten.“

Das vorliegende Buch des Wiener Ordinarius für Völkerrecht, Frhr. Gold von Fernex (dessen Name auf dem Titelblatt in der verstümmelten Form des österreichischen Adelsverbots erscheinen mußte) erfüllt weitestgehend die Anforderungen, welche die neue Zeit an ein Völkerrechtslehrbuch stellen muß. Abhold sowohl der üblich gewordenen Phrasologie und Ideologie, die das Völkerrecht wehrauchartig (S. 6) und erkenntnistübelnd vernebelt, als auch der bislang in Wien vorherrschenden Zirkel vom überstaatlich-weltrechtlichen Charakter des Völkerrechts, stellt der Verf. seine Ausführungen mit gesundem, praktisch-erfahrenem und theoretisch-ausgereiftem Wirklichkeitsinn auf die positive und nationale Geltung der Normen und Einrichtungen ab.

Zur gründlichen wissenschaftlichen Fundierung wird der Darstellung des Wesens und der Grundlagen des Völkerrechts ein breiter Raum gegönnt. Nicht die nebelhafte „Völkerrechtsgemeinschaft“, sondern der Staat als einheitliches Lebewesen, aber nicht als Rechts-, sondern als Machtgemeinschaft wird zum Ausgang der Betrachtungen genommen. Das Fundament des modernen Völkerrechts bilden die Nationalstaaten. Nur der nationale Staat ist der typische Träger der vollen völkerrechtlichen Subjektivität. Von der typische Träger der vollen völkerrechtlichen Subjektivität. Von der sekundärer Bedeutung ist die Frage nach dem Verhältnis des Völkerrechts zur staatlichen Rechtsordnung. Der Rechtsgemeinschaft der Menschen im Staat eine Rechtsgemeinschaft der Völker gegenüberzustellen, ist grundsätzlich unrichtig und schlägt den Erfahrungstatsachen ins Gesicht. Von einer durch das Völkerrecht konstituierten Gemeinschaft zu sprechen, ist diskutabel. Doch wird diese Gemeinschaft dadurch wieder in Frage gestellt, daß eine regelmäßige Befolgung gerade der wichtigsten völkerrechtlichen Normen nicht gewährleistet ist. Die wenig sinnvoll sogenannten „Grundrechte“ der Staaten stellen Daseinsgrundlagen des Völkerrechts und Wesensstranken jeder völkerrechtlichen Regelung dar. Dazu gehören Souveränität, Selbsterhaltung, Gleichberechtigung, Recht auf Achtung, Recht auf Verkehr. Quelle des Völkerrechts ist das Recht der Gewohnheit; die Basterung des ganzen Völkerrechts auf Verträge ist verfehlt; nur der Grundsatz von Treue und Glauben ist Wirklichkeit. Eine Betrachtung über die Subjekte des Völkerrechts leitet zum besonderen Teil hinüber, der das Völkerrecht zu Friedenszeiten und zu Kriegszeiten in den wichtigsten Einzelheiten knapp, aber klar zu schildern weiß.

Dieser besondere Teil bot willkommene Gelegenheit zu scharfer Kritik an der inhaltlichen und umfangreichen Geltung der Einzelnormen. Aber diese Kritik ist lebhaft zu begrüßen. Der Kampf mit abweichenden Ansichten macht die Darstellung lebendig und fesselnd; die unerbittliche Ausscheidung von allem, was die Theorie bisher nutzlos mitschleppte und was vielfach nur in der pazifistischen Phantasia existierte, stärkt die praktische Verwertbarkeit und fördert die Rechtsicherheit. Besonders erfreulich ist die schonungslose Aufdeckung von Schwächen und Halbheiten, von Widersprüchen und Rechtsbrüchen namentlich der sogenannten „Friedensverträge“.

Das Werk darf als eine der dankenswertesten Erscheinungen des neuesten völkerrechtlichen Schrifttums bezeichnet werden. Es atmet guten wissenschaftlichen Geist und wird den großen Erfordernissen der Gegenwart gerecht. Der deutsche Völkerrechtslehrer weiß nun endlich, welches Lehrbuch er seinen Studenten mit wirklich gutem Gewissen empfehlen kann. Das der akademischen Jugend besonders zugelegte Buch treibt natürlich nicht selbst Politik. Aber die in ihm wahrheitsgemäß verzeichneten Tatsachen sind, wie das Vorwort richtig hervorhebt, deutlich: Sie lehren, daß ein Volk in dem Ringen aller Staaten um Dasein und Geltung von niemandem auf Erden etwas zu erwarten hat, als von sich selbst, nämlich von seiner Gesundheit, seinem Fleiß, seiner Mannhaftigkeit, seiner Würde, vor allem von der opferwilligen Hingabe jedes Einzelnen an die Volksgemeinschaft.

Prof. Dr. Friedrich Giese, Frankfurt a. M.

**Dr. Friedrich Klausung: Reform des Aktienrechts.** Unter besonderer Berücksichtigung der Teilreform des Jahres 1931. Berlin und Wien 1933. Industrieverlag Spaeth & Linde. Preis geh. 6 R. M.

Die sog. „kleine Reform“ des Aktienrechtes ist bekanntlich auf halbem Wege steckengeblieben, eine Tatsache, die nach den jahrelangen gründlichen Vorarbeiten des Reichsjustizministeriums eigentlich nicht zu erwarten war. Trotzdem war es immerhin zu begrüßen, daß man sich überhaupt zu dieser Teilreform aufraffte, denn man darf nicht vergessen, wie sehr einflußreiche Kreise lange und mit Erfolg jeder Neugestaltung des Aktienrechtes grundsätzlich entgegenarbeiteten, und daß erst die Aufdeckung einiger großer Konzernskandale dazu zwang, wenigstens die offenbarsten Mängel des Gesetzes zu verbessern. Jene Stimmen aber, die damals meinten, es solle nach Möglichkeit alles beim alten bleiben, werden auch jetzt wieder laut, und man hört nicht selten die Meinung, man möge sich mit jener kleinen Novelle des Jahres 1931 abfinden, aber um des Himmels willen nicht weitergehen. Noch mehr: Allen Ernstes wird die Ansicht geäußert, die so schwer errungenen neuen Vorschriften, z. B. über die Publizität, würden den Unternehmungen Schaden zufügen, ständen ihrer Entwicklung hemmend entgegen und müßten aus diesem Grunde sobald wie möglich wieder verschwinden.

Man sieht also, daß der Kampf derjenigen, die eine Reform unseres Aktienrechtes befürworten und als notwendig erachten, und derjenigen, die sie — aus meist mehr oder minder durchsichtigen Gründen — verhindern wollen, noch keineswegs abgeschlossen ist. Nur ist seit dem Jahre 1931 ein neues Moment hinzugekommen: Die Neugestaltung unseres Staatslebens und die damit verbundene grundlegende Änderung in der Beurteilung vieler gesamtwirtschaftlicher Fragen. An dieser Tatsache werden diejenigen sicher nicht achtlos vorübergehen, die berufen sind, die Reform unseres Gesellschaftsrechtes zu Ende zu führen.

Wenn man neuerdings die These aufstellt, Gesellschaftsrecht sei künftig in erster Linie öffentliches Recht und erst in zweiter Linie Privatrecht, so läßt sich dieser Satz kaum mit unserem bisherigen rechtlichen Denken in Einklang bringen. Wenn man indessen bedenkt, in welcher großem Maße nicht nur einzelne Aktionäre und Gläubiger, sondern die Allgemeinheit an dem Wohl und Wehe insbes. der großen Gesellschaften interessiert ist, wird man verstehen müssen, daß der Staat die Zügel der Gesetzgebung erheblich strenger ziehen muß als bislang. Die Schutzvorschriften, die heute bestehen, sind ungenügend, sie müssen erweitert und vertieft werden, und zwar im Sinne jenes Grundgesetzes, der besagt, daß jeder privatwirtschaftliche Vorgang letzten Endes doch dazu berufen ist, der Gesamtheit dienlich zu sein.

Die umfangreiche Arbeit Klausungs über die Reform des Aktienrechtes im allgemeinen und die Teilreform des Jahres 1931 im besonderen ist offenbar vor der großen Staatsumwälzung geschrieben worden. Trotzdem beschränkt sich der Verf. keineswegs auf die Schilderung und Kritik des bisher Erreichten, er verweist vielmehr immer wieder in die Zukunft, worin nicht zuletzt der große Wert dieser Arbeit zu erblicken ist. Das Buch enthält nicht nur bei Besprechung der einzelnen Bestandteile der Reform Hinweise darauf, wie man künftighin die einzelnen Rechtsätze zu gestalten habe, es betont vor allem auch die unbedingte Notwendigkeit der Fortsetzung der Reformarbeit überhaupt. Es setzt sich in dankenswerter Weise mit jenen vorerwähnten Stimmen auseinander, die von dieser Fortsetzung nichts wissen wollen. An einer Stelle mündet sich der Verf. z. B. gegen diejenigen, die durch eine neue Aktiennovelle die „Freiheit der Wirtschaft“ endgültig bedroht sehen: „Falls etwa die politische Entwicklung dahin gehen sollte, das gesamte Wirtschaftsleben oder auch nur den kapitalistischen Großbetrieb erneut mit stärkeren Bindungen zu belasten und unter schärfere Kontrolle zu stellen, so würde das mit oder ohne Aktienrechtsreform geschehen.“ Daß nun die politische Entwicklung jenen Weg schon ein gutes Stück gegangen ist und auch noch weiter gehen wird, hat sich bereits mit aller Deutlichkeit gezeigt.

Inzwischen sind eine ganze Reihe anderer Arbeiten erschienen, die sich mit der Neugestaltung unseres Aktien- und Gesellschaftsrechtes befassen. Man kann hier ganz genau verfolgen, wohin die Entwicklung geht. Da ist zunächst das Gutachten des vorläufigen Reichswirtschaftsrates, das im Frühjahr 1933 erschien und das noch auf dem Regierungsentwurf fußt. Von diesem Entwurf sagt Bachmann (Die Deutsche Volkswirtschaft 1933, 264), ihn habe die neue Regierung in der Erbmasse ihrer Vorgänger vorgefunden, sie werde ihn dort vermodern lassen müssen, weil seine geistige Grundlage nicht mehr tragbar sei. Auf diesen Aufsatz von Bachmann sei hier besonders hingewiesen, desgleichen auf die Ausführungen von Seyl zu Herrnhelm im 1. Sonderheft 1933 der Deutschen Volkswirtschaft (vgl. auch Kübl: Deutsches Recht 1933, 122 ff.). Diese letztgenannten Arbeiten zeigen in der Tat ganz neue Wege, doch hüte man sich, allzu übereilt zu reformieren, und beherzige vor allem auch die Mahnung Klausungs, um einer sog. „volkstümlichen“ Einfachheit willen nicht darauf zu verzichten, „das künftige Aktienrecht auch in seinen Einzelheiten aufs feinste durchzusehen und den

nun einmal vorhandenen höchst verschiedenartigen Organisationsbedürfnissen Rechnung zu tragen". Kaufing legt — wie er selbst sagt — vor allem Wert darauf, daß sein Buch von den Wirtschaftspraktikern benutzt werden kann. Dennoch ist keineswegs die juristische Durcharbeitung des gesamten Materials zu kurz gekommen. Besonders dankenswert sind die vielfachen Hinweise auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes und auf das ausländische Recht.

R. Dr. v. Holstein, München.

**Das Gesetz zur Regelung der landwirtschaftlichen Schuldverhältnisse vom 1. Juni 1933 nebst Durchführungsverordnungen.** Erläutert von Dr. v. Nozydi- v. Hoewel, Amts- und Landgerichtsrat in Magdeburg, und von Dr. v. Nozydi, Kreditreferent bei der Landstelle Berlin. Schneidemühl 1933. Verlag „Die Grenzwaht“. 96 S.

Die bekannten Mitverfasser des führenden Kommentars über das landwirtschaftliche Entschuldungs- und Vollstreckungsrecht („Das Agrar-Motrecht“, Berlin 1933, mit Nachtrag 1933) haben mit der vorliegenden Erläuterung des „Schuldenregelungsgesetzes“ v. 1. Juni 1933 eine nicht ganz einfache Aufgabe in dankenswerter und durchaus zufriedenstellender Weise gelöst. Die Zielsetzung des Buches, die nach seinem Vorwort darin besteht, den mit der landwirtschaftlichen Schuldenregelung irgendwie Befassten — seien es Behörden, Berufsorganisationen, Rechtsanwälte oder Privatpersonen — eine rasche und sichere Unterrichtung über die Wirkungen des Schuldenregelungsgesetzes zu ermöglichen, ist sicherlich erreicht.

Das Buch enthält neben einer gedrängten Übersicht über das Verhältnis des neuen Entschuldungsverfahrens zu den bereits bestehenden wesensähnlichen Verfahrensarten (Vermittlungs-, Konkurs- und Vergleichsverfahren, Zwangsverwaltung usw.) eine knappgehaltene, aber umfassende Kommentierung des Gesetzes selbst, an welche sich die Wiedergabe des Wortlauts der inzwischen veröffentlichten Durchführungsverordnungen schließt. Die Erläuterungen belehren nicht nur über die unstreitigen praktischen Fragen, die den Betriebsinhabern, Entschuldungsstellen, Aufsichtsgerichten oder Grundbuchämtern täglich gegenüber treten, sondern verweisen darüber hinaus auch auf die Zweifelsfragen, die bis jetzt zur Debatte gestellt worden sind. Eingetretene Beispiele und der Entwurf eines Antrags auf Eröffnung des Entschuldungsverfahrens erhöhen den Wert der Arbeit gerade auch

für den Nichtjuristen. Rechtspolitisch interessant ist auch die Vorbemerkung zum 4. Abschnitt des Gesetzes (§§ 66 ff.), welcher die Entschuldung durch freiwillige oder mittelbar über § 21 Abs. 3 erzwungene Landabgabe behandelt: trotz der durch die Erbhofgesetzgebung voraussichtlich zu erwartenden Umgestaltung dieser Materie hätte jedoch m. E. nicht unbedingt von ihrer Kommentierung abgesehen zu werden brauchen.

Das Buch, das in allen Teilen sichere Beherrschung des Stoffes verrät, kann allen, die es angeht, nur bestens empfohlen werden.

R. Dr. Eduard Gebhard, Karlsruhe.

## Eingegangene Bücher.

Dr. jur. Ewald Renger: **Kriminalität, Preis und Lohn.** Eine kriminalistische Untersuchung für Sachsen von 1882—1929. (Heft XIX der Kriminalistischen Abhandlungen, hrsg. von Dr. Franz Exner, Prof. der Rechte an der Universität München.) Leipzig 1933. Verlagsbuchhandlung Dr. Ernst Wiegandt. 65. S. Preis 3,50 R. M.

**Gesetz über Schiffspfandbriefbanken (Schiffsbankgesetz)** vom 14. Aug. 1933 (RGBl. I, 583). Erläutert von Dr. Werner Bogels, Min. R. im R. M. Berlin 1933. Verlag von Franz Vahlen. Preis kart. 7,10 R. M., geb. 8 R. M.

G. R. Y. Radcliffe, M. A. Of Lincoln's Inn, Barrister-At-Law, Principal of the Law Society's School of Law Fellow and Bursar of New College, Oxford. **Real Property Law.** Oxford 1933. At the Clarendon Press. XXV, 365 S. Preis 15 sh.

**Wasserleitung und Kanalisation als öffentliche Gemeindeanstalten.** Von Gottlieb von Meheren, Wirtl. Geh. DRegR. und MinDir. i. R. in Berlin-Lichterfelde. (Mitteilungen des Deutschen Wasserwirtschafts- und Wasserkräft-Verbandes G. B. Nr. 33.) Berlin 1933. Verbands-geschäftsstelle: Berlin-Halensee. Preis 1 R. M.

## Neuestes Gesetzeswerk der nationalen Regierung.

Quader auf Quader fügt sich in den monumentalen Bau des deutschen Rechts, den die Regierung Adolf Hitlers errichtet. Die letzten Nummern des RGBl. bringen wiederum eine Anzahl neuer wichtiger, ja grundlegender Gesetze; sie werden alle demnächst noch Gegenstand eingehender Darstellung sein und sollen heute nur kurz wie folgt verzeichnet werden.

Das **Reichserbhofgesetz** vom 29. Sept. 1933 (RGBl. I, 685) will nach dem Vorgang des preußischen Gesetzgebers unter Sicherung alter deutscher Erbsitte das Bauerntum als Blutquelle des deutschen Volkes erhalten, die Bauernhöfe vor Überschuldung und Zersplitterung schützen, damit sie dauernd als Erbe der Sippe in der Hand freier Bauern verbleiben. Die Grundgedanken des Gesetzes sind dieselben, wie die der preußischen Regelung, wenn auch das Gesetz in Einzelheiten von diesem Vorbild der Landesgesetzgebung abweicht.

Das **Schriftleitergesetz** vom 4. Okt. 1933 (RGBl. I, 713) regelt grundsätzlich die auf Grund der Bestellung als Schriftleiter ausgeübte „Mitwirkung an der Gestaltung des geistigen Inhalts der im Reichsgebiet herausgegebenen Zeitungen und politischen Zeitschriften durch Wort, Nachricht oder Bild“, die der § 1 als eine in ihren beruflichen Pflichten und Rechten vom Staat zu gestaltende öffentliche Aufgabe bezeichnet. Das Gesetz bestimmt die Voraussetzungen der Zulassung zum Schriftleiterberuf in persönlicher Beziehung und im Hinblick auf den Nachweis fachmännischer Eignung. Es gibt weiter Vorschriften für die Ausübung des Berufs und über den Pflichtenkreis des Schriftleiters,

der nach § 13 die Aufgabe hat, die Gegenstände, die er behandelt, wahrhaft darzustellen und nach seinem besten Wissen zu beurteilen. In § 14 wird dem Schriftleiter die Verpflichtung auferlegt, alles dem gemeinen Nutzen, der Kraft des Deutschen Reichs, der Ehre und Würde des Deutschen Schädliche aus den Zeitungen fernzuhalten. Das Gesetz regelt weiter den verbandsrechtlichen Schutz des Berufs der Schriftleiter, die im Reichsverband der deutschen Presse gesellschaftlich zusammengefaßt und für die Berufsgeschichte der Presse mit einer obersten Instanz, dem Pressegerichtshof in Berlin, errichtet werden. Weiter enthält das Gesetz Bestimmungen über den strafrechtlichen Schutz des Schriftleiterberufs. Den Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes, dessen außerordentlich große Bedeutung zutage liegt, bestimmt der Reichsminister für Volksaufklärung und Propaganda.

Das **Patentanwaltsgesetz** vom 28. Sept. 1933 (RGBl. I, 669) bringt eine Neuordnung der Verhältnisse der Patentanwaltschaft nach dem Vorbild des verwandten Berufs der Rechtsanwaltschaft. Das Gesetz regelt die Vorbildung und den Befähigungsnachweis der Patentanwälte, die Zulassung zur Patentanwaltschaft und die Lösung in der Liste der Patentanwälte, die Rechte und Pflichten des Patentanwalts usw. Die Anwaltskammervereinigung, die Aufsichtsbezugnis des Vorstands der Kammer und das ehrengerichtliche Verfahren sind in engster Anlehnung an die Vorschriften der R. M. gestaltet. Wichtig ist, daß vermöge der Bestimmung des § 9 in Zukunft nur Patentanwälte und Rechtsanwältinnen zur Vertretung in den zum Geschäftsbereich des Reichspatentamtes gehörenden Angelegenheiten berechtigt sind.

R. Dr. Dittenberger, Berlin.

# Rechtspredung.

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 Rechtsanwalten beim Reichsgericht Justizrat Dr. Kaiser, Justizrat Dr. Furlbaum, Justizrat Dr. Schrombgens und Huber.

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

**\*\*1. Art. 13 Abs. 2 RVerf. Anordnung der preuß. RevolReg. wegen Beschlagnahme des preuß. Kronfideikommißvermögens v. 13./30. Nov. 1918; §§ 115 Abs. 1 Satz 2, 276, 285 BGB.; § 32 FGG. Unwirksamkeit der Rechtshandlungen eines nach staatlicher Beschlagnahme von Privateigentum eingesetzten staatlichen Verwalters, wenn die Beschlagnahme rechtswidrig war. Die infolge Vertrauens auf die Wirksamkeit der Beschlagnahme erfolgte Weigerung der Zahlung ist als schuldhafter Verzug zu behandeln.**

I. Das BG. gelangt zu seinem Spruch wie folgt: Dem durch diesen Vertrag festgesetzten, auch vom Bfkl. zugrunde gelegten Kaufpreis von 1465000 M gegenüber werden die vom Bfklagten zur Aufrechnung gestellten Forderungen geprüft. Die auf Abtretung der Gutzherrschaft gestützten Gegenforderungen von zusammen 1047897 M werden als nicht rechtswirksam auf den Bfkl. übertragen erklärt. Seine eigenen Gegenforderungen werden nur in Höhe von 187060,24 M anerkannt. Mit der nach Aufrechnung dieses Betrags verbleibenden Kaufpreisforderung der Kl. von 1277939,76 M wird der Bfkl. als am vereinbarten kalendermäßigen Übergabe- und Zahlungstag, 20. Juni 1922, in Verzug geraten angesehen. Er habe die Nichtleistung an diesem Tag zu vertreten und sei im Verzug, selbst wenn er ernstlich geglaubt habe, auf Grund jener Gegenforderungen die Leistung verweigern zu können. Die Gefahr ihres Bestehens habe er zu tragen. Der Bfkl. habe daher den Kl. nach § 286 Abs. 1 BGB. den durch seinen Verzug entstandenen Schaden, der auch den Geldentwertungsschaden umfasse, zu ersetzen. Er habe zu beweisen (ZW. 1928, 2842<sup>29</sup>), daß sie sich den übrigbleibenden Betrag auch bei rechtzeitigem Empfang nicht oder nicht vollständig hätten erhalten können. Nach dieser Richtung habe er nichts Ausreichendes vorgebracht. Dagegen hätten die Kl. erwiesen, daß ihrem Vormund die wertbeständige Anlage des Geldes gelungen wäre.

II. Dieses Ur. wird von der Rev. nur insoweit angegriffen, als das Zustehen der von der Verpächterin abgeleiteten Gegenforderungen von 1047897 M nicht anerkannt und als der Bfkl. für Verzugsschaden haftbar gemacht wird.

1. Der Bfkl. hat sich in erster Linie auf die am 10. Juli 1922 geschehene Abtretung des staatlich eingesetzten Güterverwalters F. berufen, mit dem er auch seinen Pachtvertrag vom 12. Dez. 1921 u. 23. Febr. 1922 abgeschlossen hat. Die Einsetzung und damit die Verwaltungstätigkeit dieses staatlichen Verwalters geht zurück auf die Anordnungen der preuß. RevolReg. v. 13. Nov. 1918 (PrGS. 1918, 189), wodurch das preußische Kronfideikommißvermögen für den Staat mit dem Beschlag belegt worden ist, und v. 30. Nov. 1918 (PrGS. 1918, 193), wonach diese Beschlagnahme „mit Rücksicht darauf, daß die Zugehörigkeit der einzelnen Vermögensgegenstände zum Fideikommißvermögen oder zum Sondervermögen des preuß. Königshauses zweifelhaft erscheine“, „vorläufig“ auf das gesamte Vermögen des preuß. Königshauses erstreckt worden ist. Unter diese zweite Anordnung, in welcher auch gesagt ist, die Verwaltung werde dem preuß. FinMin. übertragen und in Ausübung der Eigentums- und Verfügungsrechte an dem Gesamtvermögen des preuß. Königshauses

würden seine Mitglieder einstweilen durch das FinMin. oder die von ihm beauftragte Behörde mit völliger rechtlicher Wirkung vertreten, fiel auch die dem Mitglied des Königshauses Friedrich Leopold Prinz von Preußen gehörige Herrschaft Flatow-Krojank mit 19 Domänen nebst 6 Vorwerken (s. Denkschrift zu der Frage der Vermögensauseinandersetzung zwischen dem preuß. Staat und dem vormals regierenden Königshause, ausgearbeitet im preuß. FinMin. und abgeschlossen im Juni 1924, Druck. Nr. 8043 zum Preuß. Landtag 1. Wahlper., 1. Tagung, 1921/24 VI. Teil, Übersicht über die Vermögensmassen A Ziff. 34). In bezug auf diese Herrschaft, zu der die Domäne A. gehört, da F. nach der notariellen Urkunde v. 23. Febr. 1922 als Verwalter der Herrschaft Flatow-Krojank an den Bfkl. verpachtet und die „Allgemeinen Bedingungen für die Verpachtung der Domänen der Herrschaft Flatow-Krojank v. 12. Juni 1916“ zur Grundlage des Pachtvertrags gemacht hat, ist das vom Staat bestrittene Eigentum des Prinzen auf dessen Klage schon vor dem Abschluß der Denkschrift durch Ur. des RG. v. 21. Juni 1924, V 502/1923, rechtskräftig festgestellt worden (s. Denkschrift Sp. 22 unter „6. Prozesse“). Das BG., das unangefochten ausführt, der Bfkl. habe nicht dargetan, daß die Abtretungshandlung des staatlichen Verwalters F. von dem Prinzen oder seiner Bewaltung genehmigt worden ist, hat nun ausgesprochen, der staatliche Zwangsverwalter F. sei zu der Abtretung nicht befugt gewesen, denn, wie die Parteien übereinstimmend erklärten, sei die Beschlagnahme der prinziplichen Güter und damit auch die Einsetzung des F. zum Verwalter rechtswidrig gewesen. Demgegenüber macht die Rev. zunächst geltend, im vorl. Fall müsse der in § 115 Abs. 1 Satz 2 BGB. und in § 32 FGG. zum Ausdruck gebrachte, auch im Konkurs- und Zwangsverwaltungsrecht anerkannte allgemeine Rechtsgedanke Anwendung finden, daß die Gültigkeit der vom eingesetzten Vormund, Vertreter oder Verwalter vorgenommenen Rechtshandlungen davon unberührt bleibe, daß die Aufhebung der auf die Einsetzung gerichteten Vfg. als ungerichtet erfolgt. Diese Best. seien im Interesse der Verkehrssicherheit getroffen. Auch im gegebenen Falle müsse, selbst wenn die Beschlagnahme der Herrschaft mangels ihrer Voraussetzungen unwirksam gewesen sei, ein Dritter, der sich mit dem staatlich eingesetzten Verwalter in Geschäftsbeziehungen eingelassen habe, doch in seinem Vertrauen auf die Wirksamkeit der vom Verwalter vorgenommenen Geschäfte geschützt werden. Den Handlungen des auf Grund einer in der preuß. GS. bekanntgemachten Vfg. des Gesamtministeriums eingesetzten Verwalters könne die Wirksamkeit nicht abgesprochen werden. Dem kann jedoch, ganz abgesehen von den heute vorliegenden veränderten staatlichen Verhältnissen, nicht beigetreten werden. Die Best. in § 115 BGB. und § 32 FGG. setzen voraus, daß eine Entmündigung mit Vormundsbestellung, Stellung unter vorläufige Vormundschaft oder sonstige Befugung eines anderen durch gerichtliche Vfg. zur Vornahme von fremden Rechtsgeschäften in rechtlich angeordnetem Verfahren zustande gekommen ist. Dies gilt auch bei der Bestellung eines Konkurs- oder Zwangsverwalters. § 32 FGG. enthält ausdrücklich noch eine Beschränkung der Aufrechterhaltung der Wirksamkeit der von oder gegenüber dem so Befugten vorgenommenen Rechtsgeschäfte dahin, daß die gerichtliche Vfg. nicht wegen Mangels der sachlichen Zuständigkeit des Gerichts unwirksam sein dürfe. Die am 30. Nov. 1918 von der revolutionären Regierung Preußens ohne jede gesetzliche Unterlage im alten Recht erlassene Anordnung aber ist nicht in einem gesetzlich geordneten Verfahren ergangen. Sie war Ausübung der eben erlangten staatlichen Hoheitsmacht, nicht einfach polizeiliche Maßnahme. Nach ihrem Ziele, das zuerst allein mit Beschlag belegt und für den Staat auch hernach allein in Anspruch genommene Kronfideikommißvermögen unverkürzt bereitzustellen, war sie ein vorjorgliches — aber das objektiv bestehende Eigentum schwer beeinträchtigendes —

Mittel, um das Staatsvermögen vor Schaden zu bewahren (Art. des PrRG. v. 9. Nov. 1922, 17 U 4483/22: DZ. 1923, 56), weiter auch, wie die entsprechende Maßnahme z. B. in Sachsen-Weimar, eine aus dem Bereich der Rechtsordnung heraustretende Staatsstätigkeit (Art. des DVG. Jena vom 13. Okt. 1920, IU 165/20: DZ. 1920, 920). Sie verfiel in ihrer Fortdauer gegen den bald danach in der RVerf. v. 11. Aug. 1919 Art. 153 Abs. 1 aufgestellten Grundsatz der Unverletzlichkeit des Eigentums, soweit sie das fortbestehende Privateigentum der Betroffenen erfaßte. Sie konnte kraft des Vorrangs des Reichsrechts für die Zukunft auch dadurch keine Rechtmäßigkeit erlangen, daß die preußische Verfassung v. 30. Nov. 1920 Art. 81 unter gleichzeitiger Aufhebung des Gesetzes zur vorläufigen Ordnung der Staatsgewalt in Preußen v. 20. März 1919 „die bestehenden Ges. und VO.“ als in Kraft bleibend erklärte, soweit ihnen diese preußische Verfassung nicht im Wege stehe (vgl. auch den Beschl. des 6. ZivSen. des RG. gem. Art. 13 Abs. 2 RVerf. v. 18. Juni 1925, VII B 3/23 und VI B 4/24: RG. 111, 123 über die Unverletzlichkeit des gothaischen Einziehungsg. v. 31. Juli 1919 mit dem Reichsrecht). Einer solchen, in der Vorinstanz von beiden Parteien als „rechtswidrig“ bezeichneten Maßnahme einer der Macht entsetzten RevolReg. kann keine Rechtswirksamkeit mehr zugesprochen werden, und es läßt sich nicht anerkennen, daß derjenige, der auf den Bestand einer solchen Maßnahme gebaut hat, jetzt noch in seinem Glauben hieran geschützt werden müsse. Gerade § 32 FGG. enthält dafür die Unterlage. Schon ehe der Befl. die Domäne gepachtet und die Abtretung des staatlichen Verwalters empfangen hat, waren die Maßnahmen der revolutionären Länderregierungen vor den Eigentümsberechtigten angefochten und war auch der Inhaber der Herrschaft mit Klagen wegen seines Eigentums vorgegangen (s. die Denkschrift unter Ziff. 6 „Prozesse“ und das Aktenzeichen des Eigentumfeststellungsprozesses, 2 O 58/21) und in dem schließlich am 4. März 1925 zwischen ihm und dem preußischen Staat zustande gekommenen, von den Parteien beigebrachten Vergleich über alle Streitigkeiten sind die Handlungen der „Beschlagnahmeverwaltung“ auch nicht anerkannt worden, vielmehr hat der Inhaber der Herrschaft dem Staate gegenüber nur ein Einstehen für Ansprüche übernommen, die aus seiner Nichtanerkennung der Rechtshandlungen dieser Verwaltung hergeleitet werden. Hat trotzdem die Herrschaft dem Befl. die Genehmigung der Handlungen des Verwalters F. vorenthalten, so bleibt ihm nur übrig, sich nach Maßgabe seines Rechtsverhältnisses aus dem Pachtvertrag an sie zu halten, wie umgekehrt die Kl. ihr für die Verletzung des auf sie übergegangenen väterlichen Pachtvertrags haftbar geblieben sind.

2. Die Anerkennung eines Verzugschadensanspruchs wird von der Rev. angegriffen, weil das hierzu erforderliche Verschulden des Befl. nicht festgestellt sei. Aber gerade zu den abgetretenen Ansprüchen muß hier gesagt werden, daß dem Befl. den Kl. gegenüber in der Tat die Gefahr des Übergangs und der Existenz aufgebürdet werden muß. Der Befl. hatte eine klare Verpflichtung gegenüber dem abziehenden Pächter für die ihm überlassenen Inventarwerte eingegangen. Das dem Befl. nach § 4 seiner Bedingungen gewährte Recht auf Abtretung von Ansprüchen der Guts herrschaft enthielt keine Verpflichtung, diese Ansprüche zum Zwecke der Geltendmachung mittels Aufrechnung entgeltlich zu übernehmen. Hat der Befl. das unter den obwaltenden Umständen dem staatlichen Verwalter gegenüber getan, so kann das keine Ausnahme von dem in der Rspr. angenommenen und auch vom Vorderrichter vertretenen Grundsatz rechtfertigen, daß unrichtige Rechtsauffassung des Schuldners, derzufolge er die Zahlung unterläßt, in der Regel auf eigene Gefahr geht (RG. 92, 379; 96, 316; 118, 131<sup>1</sup>); 130, 23 (28)<sup>2</sup>); SenffArch. 83, 165; JW. 1930, 3479<sup>1</sup>). Nur ganz besondere Umstände, wie z. B. nach dem an drittleger Stelle angef. Art. die Gefahr einer Doppelzahlung oder nach Art. v. 10. Nov. 1932, VIII 254/32, bei der Miete die durch Sachverständigengutachten gestützte Annahme von Raumwucher, vermögen die Nichtleistung einer gebotenen Zahlung zu rechtfertigen. Man mag sagen, daß sich unter diesen Regeln doch nur das den

§§ 285, 276 BGB. zu entnehmende Erfordernis des Verschuldens für den Verzug verbirgt, verbunden mit der Anlegung eines strengen Maßstabes hinsichtlich des Verhaltens des Schuldners, namentlich auch in der Beschaffung rechtlicher Aufklärung (Reinhard Ann. zu JW. 1930, 3479<sup>1</sup>; Reichel: JW. 1931, 529<sup>2</sup>; Diffe: JW. 1931, 802<sup>10</sup>). Ganz besonders ist dann aber die Anwendung eines strengen Maßstabes geboten, wo es sich nicht um Zweifel an der Schuld selbst handelt, sondern um Aufrechnung von Gegenforderungen des Schuldners und hierbei wiederum um solche, die gar nicht seinem eigenen Rechtsverhältnis zum Gläubiger entnommen werden, sondern von einem Dritten abgeleitet sind. In seinem vom Vorderrichter mit der Anführung von RWRomm. 6 § 285 Ann. 1 S. 476 angezogenen Art. v. 18. Okt. 1907, III 93/07, hat der 3. ZivSen. des RG. dem Vorbringen einer vermeintlichen Gegenforderung des Schuldners ganz allgemein die Anerkennung als eines Umstandes versagt, den er nicht zu vertreten habe. Er hat dies in seinem späteren Art. v. 13. Aug. 1916, III 211/16: WarnRspr. 1917 Nr. 48 eingeschärft, soweit es sich um den dortigen Fall eines vermeintlichen eigenen Rückforderungsanspruchs an den Gläubiger aus ungerechtfertigter Bereicherung handelte. Wer es hieße die Rechte des Gläubigers aufs schwerste gefährden, wollte man den Schuldner in seinem etwa durch einen Dritten hervorgerufenen guten Glauben an ein von diesem übernommenes Gegenrecht schützen, wiewohl er sich bewußt sein muß, daß er seiner Vertragspflicht zuwiderhandelt, wenn dies Recht nicht zutrifft. Er handelt dann mit bedingtem Vorsatz seiner Vertragspflicht zuwider, wenn das Gegenrecht nicht besteht. Die Gefahr des Nichtbestehens wie des wirksamen Erwerbs kann nur ihn allein treffen, ebenso wie wenn er das Recht klagend verfolgt. Muß nun hier, wo dem Befl. allerdings auch eigener Einblick in die den abgetretenen Forderungen zugrunde liegenden Verhältnisse zukam, die Rev. selbst die Frage der Wirksamkeit der dem Befl. erteilten Abtretung als „äußerst zweifelhaft“ bezeichnen und war, wie unter Ziff. 1 dargelegt, die Rechtsstellung des Staates und seiner Verwalter zu den als Privateigentum in Anspruch genommenen prinziplichen Gütern bereits zur Zeit der Abtretung und Aufrechnung bestritten, so können hierin keine besonderen Umstände gefunden werden, die den Befl. von dem Zustehen und der Berechtigung der Gegenforderungen sicher zu überzeugen und von den Verzugsfolgen zu befreien vermöchten.

(U. v. 23. Juni 1933; II 34/33. — Marienwerder.) [Ru.]

2. Art. 131 RVerf. Zulässigkeit des Ausschlusses der Staatshaftung für einzelne Beamtengruppen durch die Landesgesetzgebung. Art. 131 Abs. 1 RVerf. bestimmt zwar die „grundsätzliche“ Staatshaftung für Amtspflichtverletzungen der Beamten; Abs. 2 überläßt aber die „nähere Regelung“ der zuständigen Landesgesetzgebung. Durch Landesgesetz kann auch die Staatshaftung für einzelne Beamtengruppen ausgeschlossen werden (RG. 102, 170 ff.; RG. v. 24. Mai 1933, V 62/33). Das ist in Hessen für Gerichtsvollzieher durch den Art. 79 UVGG v. 17. Juli 1899 geschehen. Diese Vorschr. ist auch nach dem Inkrafttreten der RVerf. in Wirkung geblieben (RG. 102 a. a. O.). Schadensersatzansprüche aus § 839 BGB. gegen hessische Gerichtsvollzieher richten sich also nach wie vor nur gegen die schuldigen Beamten selbst, nicht gegen den Staat. †)

(U. v. 12. Juli 1933; V 104/33. — Darmstadt.) [Sch.]

Zu 2. Die Entsch. liegt in der herkömmlichen Linie der reichsgerichtlichen Rspr. zu Art. 131 RVerf. Ihr ist auch im Ergebnis wie im Inhalt der Begr. zuzustimmen; dagegen gibt sie in ihrer Wortfassung zu Bedenken Anlaß:

In Rspr. und Schrifttum ist anerkannt, daß der in Art. 131, Abs. 1 RVerf. festgestellte Grundsatz der Staatsverantwortlichkeit für Amtspflichtverletzungen zugunsten der zuständigen Reichs- und Landesgesetzgebung Raum läßt, im Rahmen der vorbehaltenen „näheren Regelung“ (Art. 131 Abs. 2 RVerf.) Ausnahmen zuzulassen, wodurch insbes. auch die Selbstverantwortlichkeit bestimmter Beamtengruppen angeordnet werden darf (vgl. RG. 102,

<sup>1</sup>) JW. 1928, 98.

<sup>2</sup>) JW. 1930, 3764.

\*3. § 6 TelWG. Die Telegraphenverwaltung muß die Kosten für diejenigen besonderen Einrichtungen der Anlage oder ihrer Änderungen tragen, die lediglich erforderlich sind, weil infolge der gemeinsamen Benutzung desselben Weges die besondere Anlage auf diejenige der

166 ff.; HessWGH.: JW. 1933, 1218; Anschük, Romm. 3. RVerf., 14. Aufl., Num. 13 und 14 zu Art. 131; Otto Mayer: DVerwR., 3. Aufl., I, 197; W. Fellinek: VerwR., 3. Aufl., 321 ff.; DeLiüs, Beamtenhaftpflichtgesetz, 4. Aufl., S. 27).

Ungeklärt, aber einer Klärung sehr bedürftig, ist jedoch die Frage, inwieweit jene Ausnahmen, insbes. auch die Exemption bestimmter Beamtengruppen von dem Grundsatz der Staatshaftung, gegen dürfen, und noch mit Art. 131 Abs. 1 RVerf. vereinbar zu sein. Gegenüber dieser Frage verlagst fast die gesamte Literatur. Auch Anschük (a. a. O.) steuert zu ihrer Lösung nur die dürftige Bemerkung bei, daß sich die Ausnahmen „naturgemäß innerhalb gewisser — nicht weiter, sondern enger — Grenzen“ zu halten haben.

Gerade diese Frage aber betrifft das hier aufgeworfene Bedenken gegen die Wortfassung obiger Entsch. Indem diese nämlich sagt, daß die Staatshaftung für „einzelne“ Beamtengruppen ausgeschlossen werden könne, fördert sie die irriige Vorstellung, als ausgeschlossen werden könne, fördert sie die irriige Vorstellung, als das hier angedeutete Problem ein rein quantitatives, ein mengen- oder zahlenmäßiges zu lösendes Problem sei. Denn ist aber nicht so! Ob eine vom Grundsatz abweichende Einzelregelung eine mit dem Grundsatz verträgliche Ausnahmeregelung darstellt, ist eine Qualitätsfrage, nicht eine Frage der bloßen Quantität. Eine vom Grundsatz der Staatshaftung abweichende Festlegung der Selbstverantwortlichkeit bestimmter Beamtengruppen erweist sich nicht schon allein um deswilligen als zulässig, weil sich die erimierten Beamtengruppen innerhalb des gesamten Beamtentums als „einzelne“ darstellen, also der Grundsatz der Staatshaftung für die überwiegende Menge der Beamten in Kraft bleibt. Es stünde überwiegen im Widerspruch zu Art. 131 Abs. 1 RVerf., wenn der Gesetzgeber seine Beamtengruppen lediglich daraufhin mustern wollte, welche von ihnen nach der Art ihrer Tätigkeit im Falle von Amtspflichtverletzungen das größte finanzielle Risiko bedeuten, um alsdann auf Grund dieser Prüfung gerade sie von der Staatshaftung auszuschließen. Ein solches Verfahren verstieße selbst dann gegen Art. 131 Abs. 1 RVerf., wenn die erimierten Beamtengruppen innerhalb des gesamten Beamtentums ein „einzelnes“ darstellten, also der Grundsatz der Staatshaftung für die überwiegende Menge der Beamten in Kraft bleibt. Es stünde überwiegen im Widerspruch zu Art. 131 Abs. 1 RVerf., wenn der Gesetzgeber seine Beamtengruppen lediglich daraufhin mustern wollte, welche von ihnen nach der Art ihrer Tätigkeit im Falle von Amtspflichtverletzungen das größte finanzielle Risiko bedeuten, um alsdann auf Grund dieser Prüfung gerade sie von der Staatshaftung auszuschließen. Ein solches Verfahren verstieße selbst dann gegen Art. 131 Abs. 1 RVerf., wenn die erimierten Beamtengruppen innerhalb des gesamten Beamtentums ein „einzelnes“ darstellten, also der Grundsatz der Staatshaftung für die überwiegende Menge der Beamten in Kraft bleibt.

Das in der vorl. Entsch. zitierte grundlegende Art. R. 102, 166 ff. vermeidet es deshalb auch richtigerweise, rein zahlenmäßig von der Exemptionsmöglichkeit „einzelner“ Beamtengruppen zu sprechen. Stattdessen wirft es in sachgemäherer Formulierung die Frage auf, ob für „gewisse“ Beamte die Staatsverantwortlichkeit ausgeschlossen werden könne. Diese Frage wird von ihm anschließend für den Fall bejaht, daß die ausgenommenen Beamtengruppen bestimmte sachliche Merkmale aufweisen. Diese sachlichen Merkmale bestehen in einer „besonderen Eigenart“ der ausgenommenen Beamtengruppen; es muß sich um „besonders geartete“ Beamtengruppen handeln, und gerade „dieser Eigenart durch Verlagerung der Staatsverantwortlichkeit Rechnung zu tragen“, muß die rechtfertigende Erwägung der Ausnahmeregelung sein (vgl. auch HessWGH.: JW. 1933, 1218).

Im Hinblick auf den verfassungskräftigen Grundsatz der Staatshaftung gibt es also exemtionsfähige und exemtionsunfähige Beamtengruppen. Welche sachliche Eigenart die Exemtionsfähigkeit bzw. die Exemtionsunfähigkeit bedingt, ist allerdings ein bisher noch nicht geklärtes Problem, das im Grunde mit dem Problem der Staatshaftung überhaupt zusammenfällt. Um dieses Problem zu lösen, bedarf es einer grundsätzlichen Befinnung auf die rechtspolitische Erwägung, die dem Prinzip der Staatshaftung zum Durchbruch verholfen hat.

Soweit sich die Literatur mit dieser Frage befaßt, gelangt sie zu keineswegs einhelligen Ergebnissen.

Oft wird zur inneren Begründung der Staatshaftung die Organtheorie herangezogen, die hierbei bisweilen in unklarer Weise mit dem anders gearteten Gesichtspunkt der Vertretung verknüpft wird (vgl. Brand bei von Brauchitsch, VerwG. für Preußen, 8. Bd., 1930, S. 330/1 und Radloff: JW. 1929, 1776). Mehr bildhaft als begrifflich wird zur Erläuterung dieses Argumentes ausgeführt, daß der Beamte bei Ausübung öffentlicher Funktionen mit seiner Person „in den Hintergrund“ trete und „deshalb (!) der Staat für die schädigenden Handlungen des Beamten“ haften müsse (Brand a. a. O.). Von diesem Blickpunkt aus läßt sich eine unterschiedliche Behandlung der einzelnen Beamtengruppen im Hinblick auf die Staatshaftung schwerlich rechtfertigen.

Bisweilen glaubt man auch, in der Staatshaftung eine Er-

Telegraphenverwaltung einwirkt. Dabei ist nicht zwischen Ausführungsform und Schutzvorkehrung zu unterscheiden.)

(U. v. 6. März 1933; VIII 491/32. — Samm.)

(= RG. 140, 87.)

Abgedr. JW. 1933, 1942<sup>2</sup>

scheinungsform der Monopol- oder Gefährdungshaftung erblicken zu können, die sich aus der Monopolisierung der öffentlichen Gewalt beim Staat und den übrigen öffentlichen Verbänden, sowie daraus ergebe, daß der Staat, der die Beamten mit öffentlichen Befugnissen ausstatte und solche durch sie ausüben lasse, für die hierbei vorkommenden Verfehen aufkommen müsse (vgl. Dernburg, Hess. Landesprivatrecht, 1910, S. 118, § 48 II und Brand a. a. O. S. 331, wo neben dem oben genannten auch diesem Gesichtspunkt andeutungsweise Raum gegeben wird).

Dem geltenden Recht dürfte wohl ein anderer Gesichtspunkt zugrunde liegen: die Unterscheidung der Amtsausübung nach dem sie beherrschenden Interesse; danach gibt es eine Amtsausübung im öffentlichen und im privaten Interesse.

Diese Unterscheidung liegt den maßgebenden vorrevolutionären Staatshaftungsgesetzen, insbes. den einschlägigen Gesetzen des Reichs<sup>1)</sup> und Preußens zugrunde und muß als stillschweigende Grundlage der entsprechenden Vorschr. in Art. 131 RVerf. angesehen werden (vgl. RG. 88, 259 = JW. 1916, 1416; 93, 37; 134, 178 = JW. 1932, 504/5; HessWGH.: JW. 1933, 1218 mit Besprechung von Helfrich, ebenda).

Bei jenen Beamten, die mit ihren Amtsverrichtungen in erster Linie den privaten Interessen des Publikums dienstbar sind, zeigen sich oft auch bestimmte äußere Besonderheiten: sie beziehen häufig unmittelbar von den privaten Interessenten für ihre Tätigkeit Gebühren<sup>2)</sup> („Sportelbeamte“), sind organisatorisch weniger eng in das staatliche Behördenstern eingegliedert (z. B. Notare) und können außerdem meist von den beteiligten Privatpersonen nach Belieben ausgewählt werden. Diese Besonderheiten lassen sich aber sämtlich auf den aufgezeigten Grund zurückführen: sie sind lediglich die Folgeerscheinung davon, daß die Amtsverrichtungen dieser Beamten in erster Linie dem privaten Interesse dienen, so daß auch von Staats wegen in der rechtlichen Struktur dieser Beamtenverhältnisse eine gewisse Vorkerzung zugestanden werden kann. Es bedeutet aber eine völlige Verfernung des beherrschenden Prinzips, wenn bisweilen als Rechtfertigung für die Ausnahme bestimmter Beamtengruppen von dem Grundsatz der Staatshaftung auf die erwähnten äußeren Besonderheiten, statt auf deren inneren Grund abgestellt wird (so viele, z. B. Brand a. a. O. S. 338; derselbe bei Rippe der h. Grundrechte und Grundpflichten der RVerf., II. Bd., S. 276; Hatzfeld-Kurzig, Dsch. und preuß. VerwR., 7./8. Aufl., S. 339).

In Anwendung dieser Unterscheidung ergibt sich, daß für Amtshandlungen, deren Vornahme überwiegend im öffentlichen Interesse erfolgt, der Staat bzw. die sonstige öffentliche Amtskörperschaft haftet, und zwar dergestalt, daß bezüglich ihrer auch nicht ausnahmsweise die Selbstverantwortlichkeit der Beamten festgelegt werden kann; soweit dagegen Amtshandlungen in Frage stehen, deren Vornahme in überwiegend privatem Interesse erfolgt, kann hierfür durch die zuständige Gesetzgebung die Passivlegitimation des Staates angeschlossen werden.

Die Heranziehung dieses Interessens Gesichtspunktes ist auch deshalb angemessen, weil die Festlegung der Staatshaftung „in erster Linie als Schutz des Publikums gedacht“ ist (Hatzfeld-Kurzig a. a. O. S. 338), indem sich dieses im Falle von Amtspflichtverletzungen an den als zahlungsfähig gedachten Staat, statt an den finanzschwachen Beamten soll halten dürfen. Ein solches Schutzbedürfnis zu Lasten des Staates ist aber nur da anzuerkennen, wo auch der Staat selbst an der Vornahme der gefährdenden Amtshandlung materiell vorwiegend interessiert erscheint; dagegen besteht kein Anlaß, ein besonderes Schutzbedürfnis des Publikums zu Lasten des Staates dann zu bejahen, wenn die schädigende Amtshandlung vorwiegend im Dienst privater Interessen erfolgt ist.

RA. Reuß, Berlin.

Zu 3. Der § 6 TelWG. ist fast ein Musterbeispiel dafür, wie ein Gesetz wirkt, das unter längst überholten technischen Entwicklungs-

<sup>1)</sup> Von dem Sonderfall der Beamten des auswärtigen Dienstes mag hier abgesehen werden; seiner Regelung lagen abweichende Gesichtspunkte zugrunde (vgl. DeLiüs a. a. O. S. 41/42).

<sup>2)</sup> An dieses Merkmal haben die meisten Staatshaftungsbestimmungen angeknüpft, aber sie haben damit nicht den Grund für die Ausnahme bestimmter Beamtengruppen, sondern nur ein „äußeres Kennzeichen“ (Helfrich a. a. O.) für das Vorliegen dieses Grundes angeben wollen (vgl. RG. 93, 37 ff.).

**\*\*4.** 1. Die Schaffung eines Reichsheimstättengebietes im Weichbilde einer Stadt ist als eine städtebauliche Maßnahme i. S. des § 1 Kap. III Teil 6 RotW. des RPräf. v. 5. Juni 1931 anzusehen.

2. Die Erklärung eines Grundstückes zum Reichsheimstättengebiet ist als eine Enteignung auf Grund landesrechtlicher Vorschr. i. S. der vorgenannten W. anzusehen.

In RG. 139, 285 ist ausgeführt, der Begriff Städtebau sei in § 1 Kap. III Teil 6 RotW. im weitesten Sinne zu verstehen, so daß von ihm auch Enteignungen auf dem Gebiete der Wohnungs-, Denkmals-, Naturschutz- und ähnliche Gesetzgebung umfaßt würden. Diese Auffassung des RG. ist nicht unwidersprochen geblieben (vgl. Künzler: JW. 1933, 1191). Aber auch wenn man von dem engeren Begriff des Städtebaues ausgeht und im Anschluß an den Auftrag von Bechtel „Städtebau“ im Handwörterbuch der Staatswissenschaften unter Städtebau die Zusammenfassung der Tätigkeit des Sozialökonomen, Verwaltungsbeamten, Hygienikers, Technikers und Künstlers versteht, soweit diese darauf gerichtet ist, das Wirtschaften, Bauen und Wohnen einer großen Anzahl Menschen mit verschiedenen Bedürfnissen zu einem Ganzen, der städtischen Siedlung, zu vereinigen, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die Schaffung eines Reichsheimstättengebietes im Stadtgebiet einer Großstadt, wenn sie auf merkantilem Baugelände erfolgt, das demnächst in den Fluchtlinienplan einbezogen werden soll, eine städtebauliche Maßnahme sogar im engeren Sinne ist. Die Ausführungen der Rev. über den sozialpolitischen Charakter der Heimstättengesetzgebung übersehen, daß es sich hier nicht um die Schaffung einzelner Heimstätten handelt, sondern um die Schaffung eines Heimstättengebietes (Heimstättengebietes). Während der Reichsgesetzgeber es im wesentlichen mit der Regelung der Rechtsform der einzelnen Heimstätte zu tun hatte, wobei allerdings der sozialpolitische Charakter der Maßnahmen durchaus überwiegt, ist die Zulassung von Heimstättengebieten (Heimstättengebietes) eine Schöpfung des preussischen Rechts (vgl. besonders § 1 Abs. 1 a. E., § 4 PrAusfG. z. RHeimstG. v. 18. Jan. 1924). Bei solchen Heimstättengebieten sind aber zweifellos auch im starken Maße städtebauliche Gesichtspunkte maßgebend. So wird auch in der amtlichen Begr. des Entw. eines AusfG. z. RHeimstG. v. 10. Mai 1920 (Samml. der Druckf. des preuß. Landtags 1. Wahlperiode 1. Tagung Bd. 6 S. 4154) ausgeführt, es sei davon auszugehen, daß die Gemeinde im Regelfalle selbst das Heimstättengebiet bestimme, abgrenze, städtebaulich und baupolizeilich, verkehrstechnisch und gesundheitlich einrichte. Ebenso deuten auch die Ausführungen auf S. 4153 über die weitgehenden Rechte der städtischen Körperschaften in bezug auf das Bauwesen auf den städtebaulichen Charakter dieser neuen gemeindlichen Einrichtung hin.

Mit Recht findet der VerR. eine Bestätigung seiner Auffassung über den städtebaulichen Charakter des Reichsheimstättengebietes „Gleisdreieck“ in dem preuß. Ministerial-

erlaß betr. Heimstättengärten v. 12. Sept. 1924 (abgedr. bei Krüger-Wenzel, „RHeimstG.“, 3. Aufl., S. 193).

Auch der zweite Gesichtspunkt der Rev., mit dem sie die Anwendung der RotW. v. 5. Juni 1931 ausschließen möchte, trifft nicht zu. Vielmehr ist gegenüber ihren einschlägigen Ausführungen dem VerR. darin beizutreten, daß die streitige Teilenteignung, falls eine solche überhaupt gegeben ist, auf Grund landesrechtlicher Best. vollzogen ist. Nach Art. 10 Ziff. 4 RVerf. kann das Reich im Wege der Gesetzgebung Grundsätze aufstellen über das Bodenrecht, die Bodenverteilung, das Ansiedlungs- und Heimstättenwesen, die Bindung des Grundbesitzes, das Wohnungswesen und die Bevölkerungsverteilung. Auf Grund dieser Vorschr. ist das RHeimstättenG. v. 10. Mai 1920 erlassen worden, das sich im wesentlichen auf die nähere Regelung der Rechtsform der Reichsheimstätten beschränkt. Über diese Hauptaufgabe hinaus bestimmt es in § 28, daß zur Begr. und zur Vergrößerung von Heimstätten geeignete Grundstücke unter den Voraussetzungen und in dem Verfahren enteignet werden können, die für die Enteignung von Siedlungsland und von Bauland für Wohnungen gelten. Um eine solche Vollenteignung handelt es sich hier nicht. In § 29 ist vorgeschrieben, daß das Landesgesetz Vorschr. zu einer weitergehenden Förderung der Schaffung von Heimstätten erlassen kann, und nach § 30 Abs. 2 kann die oberste Landesbehörde auch zulassen, daß in Fällen besonderen Bedürfnisses ausnahmsweise als Heimstätten Grundstücke ausgegeben werden, die für nichtgewerbmäßige gärtnerische Nutzung (Kleingärten, Laubland) bestimmt sind. Das preuß. AusfG. z. RHeimstG. bestimmt in § 4, daß durch Ortsatzung der Gemeinde Heimstättengebiete abgegrenzt werden können. In solchen Heimstättengebieten, in denen nach § 7 die Best. des FluchtG. v. 2. Juli 1875 mit gewissen Maßgaben Anwendung finden, dürfen nach § 10 vorbehaltlich näherer im Wege der Polizeiw. zu erlassender Vorschr. keine baulichen oder sonstigen Anlagen errichtet werden, die der Schaffung von Heimstätten abträglich sein würden. Über die Zulässigkeit von Ausnahmen entscheidet auf Antrag der RegPräf. unter Zustimmung des Bezirksausschusses und auf Beschw. der zuständige Minister. Die amtliche Begr. des Entw. eines AusfG. z. RHeimstG. a. a. O. S. 4154 zu § 4 nennt die Schaffung von Heimstättengebieten die wichtigste Neuerung des preussischen Rechtes auf dem Gebiet des Reichsheimstättenwesens. Nach ihm sind Heimstättengebiete gemeindliche Einrichtungen, die durch Ortsatzungen und erst beim Versagen der Gemeinde durch Ablehnung oder zweckwidrige Gestaltung des Gebietes durch die preussische staatliche Beschlußbehörde im dreifachen Rechtszuge, Kreisausschuß, Bezirksausschuß, Minister, zu schaffen sind. Da nun der Eintritt der Baubefristung nicht an die Ausgabe der einzelnen Heimstätte, sondern an die Schaffung des Heimstättengebietes als solchen geknüpft ist, und da die Schaffung von Heimstättengebieten durch die preussische Gesetzgebung nicht zur Ausführung einer reichsrechtlichen Norm, sondern, wenn auch mit Rücksicht auf § 29 RHeimstG., so doch aus freier Entschließung erfolgt ist, so liegt auf der Hand, daß der Standpunkt der

stufen erlassen ist und bei dessen Auslegung die technischen und wirtschaftlichen Strukturwandlungen unbeachtet bleiben. Ich habe schon an anderer Stelle (ArchPostTel. 1924, 49 und in meinem Fernmelderecht S. 457) ausgeführt, wie die praktische Anwendung des § 6 TelWG. langsam, aber unaufhaltsam den Weg genommen hat, die Ausnahmevorschr., die das TelWG. zu Lasten der Reichskasse vorsieht, zum Vorteil privatkapitalistischer Interessen auszubehnen, anstatt den Gesichtspunkt in den Vordergrund zu stellen, daß örtlich begrenzte öffentlich-rechtliche Gesichtspunkte höheren Interesses der Allgemeinheit in der Regel nachgehen. Die Gründe für diese Anwendung des § 6 liegen nicht zum wenigsten in der allgemeinen Art, Recht zu finden. Gerade beim TelWG. ist mit manchmal bewundernswertem Scharfsinn die Materialien des ziemlich mangelhaft gearbeiteten Gesetzes kommentiert worden, ohne daß erkannt wurde, daß sich der Widerstreit zwischen verschiedenen öffentlich-rechtlichen Belangen mit der Ausdeutung eines nicht sorgfältig und vielfach recht unklar gearbeiteten Kommissionsberichts aus der Zeit vor 30 Jahren nicht meistern läßt.

Der Ausgangspunkt des Urts., daß der § 6 TelWG. gilt, weil beide Anlagen auf einem und demselben Verkehrswege zusammenreffen, und daß § 6 TelWG. dem § 23 FernmAnlG. vorgeht, ist

zutreffend. Mit Recht billigt auch das Ur. den von der Gegenseite bestrittenen Standpunkt der DR., wonach Übergang vom Umformer zum Gleichrichterbetrieb und damit Einbau des Gleichrichters statt des Umformers eine „spätere Änderung“ i. S. des § 6 TelWG. ist. In der Frage der Abgrenzung zwischen „Ausführung“ und „Schutzvorkehrung“ kann das Ur. nicht voll befriedigen. Wenn § 6 Abs. 1 TelWG. unter „Ausführung“ die „Schutzvorkehrung“ mitumfaßt, der § 6 Abs. 3 aber nur die „Schutzvorkehrung“ und nicht die „Ausführung“ schlechthin berücksichtigt, muß doch die „Ausführung“ weitergehen als die Schutzvorkehrung (vgl. auch § 5 Abs. 1 TelWG.). Das TelWG. kann ferner auf gar keinem anderen Standpunkt stehen, als auf dem, daß spätere Anlagen auf eine vorhandene Anlage Rücksicht zu nehmen haben. Denn diese Pflicht legt es dem Reiche selbst auf (vgl. § 5 TelWG.). Das FernmAnlG. hatte wegen seiner Kostenregelung keinen Anlaß, Ausführungsform und Schutzvorkehrungen zu unterscheiden, während das TelWG. hierin deutlich unterscheidet. Praktisch scheint sich das RG. doch meinem Standpunkt zuzuneigen, wenn es die Begriffsbestimmung der Schutzvorkehrung dahin gestaltet, daß es „befondere Einrichtungen“ sind. Das Ur. zeigt erneut, wie überholt und veraltet das TelWG. ist.

MinR. Dr. Neugebauer, Berlin.

Rev., die hier unterstellte Teilenteignung durch Eintritt der Baubefchränkung sei auf Grund reichsrechtlicher Vorschr. vollzogen, nicht zutreffen kann.

(U. v. 13. Juni 1933; VII 18/33. — Breslau.) [Ru.]

**\*\*5. § 242 BGB.**

1. Auch bei einem Vergleich auf Tilgung von Unterhalts- und sonstigen Ansprüchen durch Übergabe eines Grundstücks an Erfüllung Statt kann die spätere persönliche Aufwertung einer Hypothekenschuld zu Ausgleichsansprüchen führen.

2. Grundsätzlich können gegenseitige Verträge nicht von der Anwendung der Ausgleichsgrundsätze, die sich auf § 242 BGB. stützen, ausgeschlossen werden.†)

Die Ehe der Parteien wurde aus Verschulden des Kl. 1925 geschieden. Vor dem Scheidungsurteil, und zwar am 16. Febr. 1925, schlossen die Parteien einen notariellen Vertrag. Sie erklärten, daß sie zur Regelung der güterrechtlichen Verhältnisse und der Unterhaltsverhältnisse für die Zeit des Getrenntlebens wie auch nach rechtskräftiger Scheidung der Ehe und gleichzeitig zur Abgeltung der von der Bekl. gegen den Kl. erhobenen sonstigen Ansprüche, „die im übrigen vom Kl. bestritten sind“, einen Vergleich. Der Kl. verpflichtete sich, an die Bekl. für die Zeit bis zum 31. Dez. 1924 noch 1750 RM zu zahlen und übereignete ihr frei von Hypotheken und sonstigen privatrechtlichen Lasten das ihm gehörige Hausgrundstück. Die Bekl. verpflichtete sich ferner, bestimmte Gegenstände an den Kl. herauszugeben. Die Bekl. wurde als Eigentümerin eingetragen.

Am 19. Jan. 1925 war eine 1922 zurückgezahlte Hypothek gelöscht worden. 1928 wurde die der Hypothek zugrunde liegende persönliche Forderung dem Kl. gegenüber auf 24684,46 RM aufgewertet. Eine dingliche Aufwertung konnte nicht erfolgen, da die Bekl. das Eigentum am Grundstück im guten Glauben an das Nichtbestehen der Hypothek erworben hatte.

Der Kl. verlangt jetzt von der Bekl. Befreiung von der im Laufe des Rechtsstreits am 1. Jan. 1932 fällig gewordenen Aufwertungsschuld durch Zahlung von 10000 RM. BG. wies die Klage ab. RG. hob auf.

Das BG. stellt in seiner Entsch. die Erwägung in den

Zu 5. Die Gültigkeit des Abfindungsvergleichs unterstellt das Ur. ohne weiteres; obwohl er die gesamten Vermögensrechtsbeziehungen der Ehegatten vor dem Scheidungsurteil regelte und damit möglicherweise „die Scheidung erleichterte“! Immerhin war das Abkommen weder auf Vortrag nicht bestehender Scheidungsgründe noch auf Erweckung des Scheidungsschlusses gerichtet (§ 138 Abs. 1 BGB.; vgl. meine Mietschuldklage § 5 R. 100).

Der Inhalt des Vergleichs sieht namentlich die Ablösung der Frau von den Unterhaltsrechten vor und nach der Scheidung durch Übergabe eines dem Mann gehörigen, lastenfreien Grundstücks vor. Wegen der später durch das AufwG. eingetragenen persönlichen (§ 15 AufwG.), nicht dinglichen (§ 892 BGB.; §§ 20, 22 AufwG.) Aufw. einer gelöschten Hypothek begehrt der Mann von seiner geschiedenen Frau teilweise Befreiung von der AufwSchuld.

I. Rechtsgrundlage des Ausgleichsanspruchs ist § 242 BGB., genauer die Ergänzung des gegenseitigen Rechtsgrundes, hier des Vergleichs- und Tauschvertrags auf (RG. 132, 49 = JW. 1931, 2702) Übergabe an Erfüllung Statt; nicht etwa die der erfüllenden Verfügungsgeschäfte, der Grundstücksübergabe einerseits, des Rentenerlassvertrages andererseits (RG. 130, 116 f. = JW. 1931, 1027; 136, 324 = JW. 1932, 2430).

Die Ergänzungslücke legt beschränkende Vertragsauslegung frei. Beschränkungsfähigkeit und Beschränkungsbedürfnis (meine Erklärungshaftung = EG. S. 178) löst die Erschütterung der Geschäftsbasis aus. Ein typisches Beispiel dafür bietet der Ausgleichsanspruch. Von ihm handelt das Urteil. Das vertragsmäßig festgelegte „Gleichwertverhältnis von Leistung und Gegenleistung“ — unbillig verschoben durch spätere AufwLasten, auch dingliche oder nur (RG. 120, 294 f. = JW. 1928, 1200; 139, 317 f.) persönliche, unmittelbare oder mittelbare (vgl. nach § 415 Abs. 3: RG. 132, 345; 133, 64 = JW. 1931, 2708) — soll ganz oder teilweise wiederhergestellt werden.

II. Die Voraussetzungen der Vertragsbeschränkung wegen Erschütterung der Geschäftsbasis sind im einzelnen freitig und

Vordergrund, daß ein über Unterhaltsansprüche geschlossener Abfindungsvergleich nicht deshalb durch Richterpruch abgeändert werden könne, weil die bei Abschluß des Vergleichs vorausgesetzten Verhältnisse sich geändert hätten. Dem ist zuzustimmen. Soweit es sich in dem hier zu beurteilenden Vergleich um die Gewährung einer Abfindung für Unterhaltsansprüche der Bekl. gegen ihren früheren Ehemann handelt, ist die Verpflichtung zur Zahlung einer Unterhaltsrente zur Auslösung gebracht worden. Ein Anspruch auf einzelne, in bestimmten Zeitabschnitten zu entrichtende Rente besteht daher nicht mehr. Es soll in einem solchen Falle nach dem Willen der Vertragsparteien an der Erfüllung des Unterhaltsanspruchs durch Gewährung einer Abfindung nicht mehr gerüttelt werden. Die Unterhaltspflicht ist einer nachträglichen Abänderung entzogen und kann nicht mehr unter dem Gesichtspunkt einer späteren Änderung der Verhältnisse der Beteiligten von neuem aufgerollt werden. Von diesem, vom RG. in RG. 106, 396<sup>1)</sup> eingenommenen und später festgehaltenen Standpunkt (JW. 1925, 350) ist nicht abzuweichen. Der Fall liegt insoweit anders, als wenn in einem Vergleich eine laufende Unterhaltsrente festgesetzt wird und in Frage steht, ob eine Abänderung der Rente wegen nachträglich veränderter Umstände erfolgen kann (RG. 106, 233<sup>2)</sup>; 110, 100<sup>3)</sup>); es kommt deshalb auch nicht darauf an, ob die Veränderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse in Deutschland zur Abänderung eines Rentenversprechens führen könnten, eine Frage, die vom RRbG. in RRbG. 11, 323 und in der Entsch. v. 21. Jan. 1933, RAG 270/32 = JW. 1933, 1276 und vom RG. in der Entsch. v. 11. März 1933, V 3/33 = JurRdsch. 1933 Nr. 802 erörtert ist.

Aus der in den Vordergrund gestellten Erwägung des BG. ergibt sich aber nicht die Berechtigung derjenigen Forderungen, welche es daraus zieht. Es führt folgendes aus: Da die Bekl. als Unterhaltsberechtigte ihren Unterhaltsanspruch unter Berufung auf § 242 BGB. nicht wiederaufleben lassen könne, müsse folgerichtig auch dem Kl. als Unterhaltspflichtigem ein Ausgleichsanspruch der von ihm beehrten Art versagt bleiben. Durch den erfüllten Abfindungsvergleich seien alle schuldrechtlichen Beziehungen der Parteien hinsichtlich des vom Kl. zu gewährenden Unterhalts endgültig gelöst. Nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien habe die Übergabe des lastenfreien Grundstücks die Grundlage des Vertrags gebildet; denn beide Teile seien sich darüber einig ge-

<sup>1)</sup> JW. 1924, 53.

<sup>2)</sup> JW. 1924, 1428.

<sup>3)</sup> JW. 1925, 1624.

zweifelhaft. Kein Wunder! Pflügt doch die Erschütterung von Austauschverträgen dem einen Vertragsteil unverhältnismäßigen Nachteil, dem andern oft unverdienten Vorteil zu bringen. Da gilt es die Interessen des Betroffenen mit denen seines Vertragsgegners, die Billigkeit des Einzelfalls mit den Anforderungen vor allem der Vertragsmoral und Rechtsicherheit auszuwägen. Um so gefährlicher sind Verwundungen, mit denen sich alles und daher nichts beweisen läßt. Leider leistet dem das Ur. Vorschub. Mit RG. 134, 251 = JW. 1932, 1204<sup>4)</sup> meint es: Der Ausgleichsanspruch sei im wesentlichen nicht von (unterstellten) Erwägungen der Vertragsparteien abhängig, sondern nach gegenständlichen Merkmalen zu beurteilen. Das trifft freilich für die Ausfüllung der Lücke zu. Aber es gilt — aus doppeltem Grunde — nicht schlechthin für ihre Freilegung: Denn einmal kann sie nicht durch Ergänzung (nach § 242 oder § 157), sondern nur durch (beschränkende) Auslegung erfolgen (ähnlich RG. 122, 152 = JW. 1929, 173); Vertragstreue dem Vertragsinn, nicht dem sinnunbedachten Vertragswort! Zum andern sind die „gegenständlichen Merkmale“ des RG. über Rot dehnbar und unscharf; wenn der Prozeß etwa von einer „erheblichen Erschütterung“ des „von den Vertragsparteien vorausgesetzten Gleichwertigkeitsverhältnisses“ abhängen soll (RG. 129, 279 = JW. 1930, 2412; 130, 116 = JW. 1931, 1027; 132, 344; 133, 65 = JW. 1931, 2708; 134, 176 = JW. 1932, 331), so lassen sich sein Ausgang und damit auch die Gesamtkostenlast (§ 91 ZPO.; dazu W. Fischer: Judicium 1933, 191 ff.) nicht einmal mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit voraussehen. Richtig ist allerdings, daß wie bei der Auslegung wirklicher (sog. Bestimmungsfunktion des § 157) EG. S. 201 R. 173, S. 246 f.), so entsprechend bei der Bestimmung gedachter Willenserklärungen von der Verständigkeit und Redlichkeit des Erklärenden auszugehen ist.

Dementsprechend wird man in verlässigem Ausbau der Rpr. wohl sagen dürfen: Die dem Gegner erkennbar (3) beiderseits (2) wesentlichen (1) Geschäftsumstände bilden die Geschäftsbasis

wesen, daß die Bekl. ein lastenfreies Grundstück erhalten sollte, damit sie aus den Erträgen des Grundstücks ihren Unterhalt bestreiten könne, und die Bekl. würde, wie der Kl. gewußt habe, den Abfindungsvergleich nicht abgeschlossen haben, wenn sie mit einem späteren Ausgleichsanspruch des Kl. zu rechnen gehabt hätte. Danach könne der erfüllte Abfindungsvertrag nicht mehr auf eine völlig neue Grundlage gestellt werden. Sodann weist das BG. darauf hin, daß nach der Rspr. des RG. ein Ausgleichsanspruch nur bei solchen gegenseitigen Verträgen für möglich erklärt sei, die nicht auf spekulativer Grundlage beruhen; es könne dahingestellt bleiben, ob ein Abfindungsvergleich als gegenseitiger Vertrag angesehen werden könne. Jedenfalls stehe der aus den angegebenen Umständen zu entnehmende spekulative Charakter der Geltendmachung des Ausgleichsanspruchs entgegen.

Diese Ausführungen werden der Rechtslage nicht gerecht, und zwar auch dann nicht, wenn man davon absteht, daß der Vergleich v. 16. Febr. 1925 nicht nur einen Unterhaltsanspruch, sondern auch andere Ansprüche zum Gegenstand hatte, wie die Bekl. mit Recht betont hatte. Der Kl. will die Unterhaltspflicht so, wie sie ihre Regelung im Vergleich gefunden hat, nicht zum Gegenstand der begehrten Entsch. machen. Es handelt sich nicht darum, daß die Frage der Unterhaltspflicht wieder aufgerollt werden soll. Der Kl. macht nicht geltend, daß die Ansprüche der Bekl. infolge veränderter wirtschaftlicher Verhältnisse auf ein niedrigeres Maß zurückgeführt werden sollen oder daß die Unterhaltspflicht etwa aus Gründen, wie das Gesetz sie vorsieht (vgl. etwa §§ 1581, 1582 BGB.), weggefallen oder niedriger geworden sei. Die gesetzliche Unterhaltspflicht ist vielmehr in vollem Umfang durch Vertrag geregelt und abgelöst worden. Jedes Risiko, das für den einen oder anderen Vertragsteil insoweit bestanden haben mochte, ist beseitigt. Der Kl. stützt vielmehr seinen Anspruch darauf, daß er sich in dem Vergleich zu einer Leistung verpflichtet habe, die nach der Absicht der Parteien zu der vertraglichen Leistung der Bekl. in einem gewissen Verhältnis

grundlage. Genauer (ähnlich S. Lehmann, Allg. Teil S. 260 f.): Hätten sich die Vertragsteile bei Vertragsschluß den als gewiß oder überhaupt nicht vorstellbaren (vergangenen, gegenwärtigen oder künftigen) Umstand als ungewiß (!) gedacht, so hätte bei verständiger und redlicher Würdigung

1. der Betroffene seine Vertragserklärung nicht oder nicht so abgegeben; er hätte sie z. B. von der Gewißheit des Umstands oder einer erhöhten Gegenleistung abhängig gemacht.

2. auch der Vertragsgegner, häufig zugleich der Begünstigte, nicht oder nicht so abschließen wollen, können (§ 138) oder dürfen; etwa, wenn durch den ohne Schuld des Betroffenen (Reichel, Vertragrücktritt wegen veränderter Umstände, 1933, S. 23, auch S. 7) eingetretenen Umstand ein „auffälliges Mißverhältnis“ zwischen Leistung und Gegenleistung eintritt (RG. 112, 333 = JW. 1926, 1803; 125, 40 = JW. 1929, 2425; 125, 51 = JW. 1930, 813; ähnlich Reichel S. 21), mögen die übrigen Merkmale des Wuchers (§ 138 Abs. 2) erfüllt sein oder nicht (anders Reichel S. 19).

3. der Vertragsgegner die Wesentlichkeit für den Betroffenen (1) erkennen müssen. Dagegen ist der Gesamtumstand nicht erkennbar wesentlich, wenn der Gegner annehmen darf, der Betroffene habe die Gefahr erkannt, sich aber dadurch nicht vom vorbehaltlosen Abschluß abhalten lassen (sog. Gefahrübernahme); so bes. bei Geschäften mit stark gewagtem Einschlag (RG. 106, 403 = JW. 1924, 1593; 112, 333 = JW. 1926, 1803; 122, 383 = JW. 1929, 735), aber auch wohl sonst, wenn der Betroffene bei Vertragsschluß mit dem Eintritt des Umstands rechnen mußte (so im Ergebnis RG. 106, 236 = JW. 1924, 1428; 112, 333 = JW. 1926, 1803; 121, 57 f. = JW. 1928, 1813; 122, 383 = JW. 1929, 735; 132, 49 = JW. 1931, 2702; 134, 80 f.; 136, 39 = JW. 1932, 3173; Reichel 23/24). Die Übernahme ist nur für bestimmte Gefahrenkreise möglich; denn ein Vertrag unter Übernahme aller, auch der bei Abschluß noch gar nicht voraussehbaren Gefahren, verstieße als Abrede von unüberschaubarer Tragweite grundsätzlich gegen die guten Sitten (§ 138 Abs. 1). Darum kann — mit dem Urk. — im allgemeinen ein gegenseitiger Vertrag nicht von der Anwendung der Ausgleichsgrundsätze ausgeschlossen werden. —

Daraus ergibt sich für den Urteilsfall:

1. Hätte man bei Vergleichsschluß mit der Möglichkeit der persönlichen Aufw. auf über 24 000 G.M. gerechnet, so hätte der Ehemann und AufwSchuldner den Vergleich wohl nicht oder nicht so getätigt; denn wirtschaftlich geht ihm die AufwLast an der Gegenleistung (Rentenerlös u. a.) ab (RG. 120, 295 = JW. 1928, 1200).

2. Aber auch die Ehefrau hätte, wenn der Mann weder schenken

gestanden habe, daß aber das Verhältnis der beiderseitigen Leistungen in einem bestimmten Punkt — Übercignung des Grundstücks ohne Lasten — durch die bei Vertragsschluß nicht vorausgesehene Aufwertungsgefeßgebung in einem Ausmaße erschüttert worden sei, daß eine Beteiligung der Bekl. an der dem Kl. nachträglich auferlegten Aufwertungslast dem Grund- satz des § 242 BGB. entspreche. Deshalb hat zunächst der Umstand, daß Gegenstand des Vergleichs zum Teil eine Unterhaltspflicht war, bei der rechtlichen Beurteilung des Klage- anspruchs auszuweisen. Die gleiche Klagebegründung könnte jedem anderen Vergleich gegeben werden, durch den andere Ansprüche als gerade Unterhaltsansprüche geregelt werden.

Aber auch der weitere EntschGrund des BG. ist verfehlt, der sich darauf stützt, daß die Bekl. den Abfindungsvergleich nicht geschlossen haben würde, wenn sie mit einem Anspruch des Kl., wie er jetzt geltend gemacht wird, zu rechnen gehabt hätte; zu vermessen ist dabei eine Erörterung der Frage, ob denn der Kl. den Vergleich überhaupt oder mit diesem Inhalt abgeschlossen haben würde, wenn er damit gerechnet hätte, daß er eine Aufwertungslast von mehr als 24 000 RM zu tragen habe. Es kommt aber darauf nicht an; denn, wie der erf. Sen. schon früher ausgesprochen hat (RG. 134, 249\*), ist der Ausgleichsanspruch im wesentlichen nicht von Erwägungen der Vertragsparteien selbst abhängig, sondern nach gegenständlichen Merkmalen zu beurteilen. Ist der mit dem Mittel des § 242 BGB. erstrebte Erfolg bereits auf der Grundlage ergänzender Vertragsauslegung zu erreichen, bei der es aber auch nicht auf Ergänzung des Willens der Parteien, sondern des Vertrages ankommt (RG. 92, 320<sup>b</sup>), so greift nicht § 242 BGB. ein, dessen Anwendbarkeit von der Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Umstände abhängt, für den einen Anspruch Verfolgenden also sehr viel ungünstiger sein kann. Der in § 242 BGB. seine Grundlage findende Ausgleichsanspruch betrifft regelmäßig eine Mehrleistungspflicht des Ausgleichs- schuldners gegenüber den im Vertrage festgelegten Leistungen.

Endlich trifft auch die weitere grundsätzliche Erwägung,

\*) JW. 1932, 1201.

<sup>b</sup>) JW. 1918, 300.

noch die AufwGefahr übernehmen wollte, sich redlicherweise nicht auf ein im AufwZall „auffälliges Mißverhältnis“ zwischen Leistung und Gegenleistung einlassen dürfen. Ein solches Mißverhältnis wird regelmäßig vorliegen, wenn nachweislich schon der Wert der Abfindung den der dafür aufgegebenen Rechte erreichte oder überstieg, kann dagegen, wenn er erheblich dahinter zurückblieb; doch sind dabei — nach ständiger Rspr. (RG. 112, 334 = JW. 1926, 1803; 119, 291 = JW. 1928, 789; 122, 383 = JW. 1929, 735; 124, 171 = JW. 1929, 2519; 125, 47 = JW. 1929, 2425; 126, 17 = JW. 1930, 58; JW. 1933, 599<sup>a</sup>) — „die gesamten Verhältnisse des Einzelfalls, die dazu dienen können, einen billigen und gerechten Ausgleich zwischen Leistung und Gegenleistung herbeizuführen, ... zu würdigen“.

3. Bei Vergleichsschluß — am 16. Febr. 1925, also nach der III. SiMotWd., aber fünf Monate vor Erlaß des AufwG. — „durfte“ der Verkäufer wohl „noch auf die Nichtaufw. vorbehaltlos gelöster Hypotheken vertrauen“ (RG. 121, 58 = JW. 1928, 1813; vgl. § 22 Abs. 2 AufwG.). Nach den bisherigen tatsächlichen Feststellungen sprach denn auch nichts für eine berechtigte Annahme der Frau, ihr Mann habe die AufwGefahr erkannt, sie aber auf sich nehmen wollen. — Dagegen hatte das mit der Abfindung gerade eines Rentenrechts verbundene „Risiko“ den Mann sichtlich nicht von dem Vergleich abgehalten. Die Frau durfte mithin auf die Übernahme der Renten Gefahr vertrauen. Daher gewährte z. B. vorzeitiges Erlöschen der Rente, etwa infolge baldiger Wiederverheiratung oder ungewöhnlich frühen Ablebens der Frau (§§ 1581 Abs. 1, 1580 Abs. 3, 1615), dem Mann keinerlei Ausgleichs- oder Aufhebungsrechte.

Im Ergebnis ist also dem Urk. zuzustimmen.

4. Das Beschränkungsbedürfnis entfällt zwar, soweit ihm andere Rechtsbehelfe genügen; z. B. die §§ 321, 610, 626, 723, 696 S. 2, 519, 530, 605, 671, 123, sog. culpa in contr., 459 ff. (Süß, Gewährleistung für Sachmängel, 1931, S. 122 ff.), 812 Abs. 1 S. 2, 779 u. a. Insofern hat die allgemeine Lehre von der Geschäftsgrundlage nur hilfsweise Bedeutung. Doch kommen hier Sonderrechtssätze nicht in Betracht.

III. Die Ergänzung der freigelegten Lücke erfolgt nach „Treu und Glauben“ (§ 242); d. h. so, wie der „Gefügegeber“ von heute (!) bei Kenntnis des Einzelfalls die Parteinteressen wohl gegeneinander abgegrenzt hätte. Maßgebend ist also nicht der vermutete Partei- sondern der vermutete „Gesetzeswille“ (EG. S. 230 ff.). Es geht „nicht



mit der das BG. die Klage abweist, nicht zu. Sie geht dahin, daß der Abfindungsvertrag — wenn nicht allgemein, so doch im vorl. Falle — einen spekulativen Charakter habe. Das BG. berücksichtigt hier offenbar lediglich dasjenige Risiko, das mit einem Vergleich regelmäßig verknüpft ist, durch den ein Unterhaltsanspruch abgefunden wird; der Unterhaltspflichtige kann sich also nicht darauf berufen, daß der Unterhaltsanspruch aus gesetzlichen Gründen weggefallen sein würde; der Unterhaltsberechtigte kann nicht Erhöhung der Rente auf Grund veränderter wirtschaftlicher Verhältnisse beanspruchen. Allein um dieses Risiko handelt es sich, wie oben dargelegt, im jetzigen Rechtsstreit nicht. Das Risiko, das im Rahmen der Aufwertungs- und Ausgleichsrechtsprechung gem. § 242 BGB. Berücksichtigung gefunden hat, betrifft im Kern die Übernahme der Gefahr der Geldentwertung (Urt. des erf. Sen. vom 19. Nov. 1931, VI 273/31 = JurRdsch. 1932 Nr. 606; vom 24. Okt. 1932, VI 215/32; v. 18. Mai 1933, VI 17/33). Für die Übernahme eines so gearteten Risikos durch den Kl. ist bisher kein Anhalt gegeben; jedenfalls fehlt es bisher an einer entsprechenden tatsächlichen Feststellung.

Grundsätzlich — und nur darum handelt es sich bei der gegenwärtigen Prozeßlage — kann ein Vergleich, der zu den gegenseitigen Verträgen gehört, nicht von der Anwendung der Ausgleichsgrundsätze, die sich auf § 242 BGB. stützen, ausgeschlossen werden (vgl. auch JW. 1928, 1202). Freilich kann die Anwendung dieser Vorschr. bei Abfindungsvergleichen im einzelnen Falle Schwierigkeiten bieten (vgl. RG. 122, 151<sup>6)</sup>). Allein insoweit hängt die rechtliche Beurteilung von tatsächlichen Feststellungen ab, an denen es bisher fehlt. Bringt es die Eigenart des Vergleichs im einzelnen Falle mit sich, daß eine Erschütterung der Grundlage des Vertrags in dem oben angegebenen Umfange nicht festgestellt werden kann, weil etwa der Umfang der abzugelenden Ansprüche und die Vorstellung der Beteiligten hierüber sich ziffernmäßiger Feststellung entzieht, so kann dann möglicherweise auch eine Handhabe für die Anwendung des § 242 nicht gegeben sein. Andererseits kann eine Abfindung zur Abgeltung von Ansprüchen,

soweit dies nachträglich feststellbar ist, so niedrig bemessen sein, daß eine dem Leistenden nachträglich zufallende Last keinen Anlaß zur Ausgleichung bietet. Im vorl. Falle tragen beide Parteien vor, daß in den dem Vergleich vorausgegangenen Verhandlungen bestimmte Geldsummen als Gegenstand der Abfindung genannt worden sind; der Kl. behauptet aber, daß er infolge der im Laufe des Sommers und des Herbstes 1924 eingetretenen Veränderung seiner finanziellen Lage später nicht mehr imstande gewesen sei, sein früheres Angebot auf Zahlung von 35 000 RM aufrechtzuerhalten. Falls aber auch bei dem Abschluß des Vergleichs mit einer Abfindungssumme von 35 000 RM in dem Sinne gerechnet worden sein sollte, daß sie als angemessen erachtet wurde, so würde die dem Vekl. nachträglich erwachsene Aufwertungslast von rund 24 684 RM an sich geeignet sein können, eine wesentliche Erschütterung der Geschäftsgrundlage herbeizuführen. Hat den Beteiligten der Gedanke der Zahlung einer bestimmten Geldsumme vorgeschwebt und hat man an die Hingabe des Grundstücks an Erfüllungsort gedacht, so würde auch dadurch eine Ausgleichspflicht nicht grundsätzlich ausgeschlossen werden. Denn dieselben Gründe, die dazu geführt haben, die Aufwertung einer Darzahlung zuzulassen, wenn Leistung und Gegenleistung nachträglich infolge einer Gesetzesänderung in ein unbilliges Mißverhältnis geraten sind, können auch bei Hingabe an Erfüllungsort zutreffen (RG. 132, 49<sup>7)</sup>), und dasselbe hat auch für den Ausgleichsanspruch zu gelten.

Ob der Vekl. das Recht zugestanden werden müßte, vom Vergleich auf Grund etwaiger Ausgleichspflicht zurückzutreten (vgl. RG. 119, 141<sup>8)</sup>), bedarf keiner Erörterung, da ein solches Recht bisher nicht in Anspruch genommen worden ist. Aus den dargelegten Gründen war das angef. Urt. aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das BG. zurückzuverweisen. Bei der Fassung des Antrages wird der Kl. zu berücksichtigen haben, daß die teilweise Befreiung von der Aufwertungs-schuld auch in anderer Weise als durch Zahlung erfolgen kann.

(U. v. 19. Juni 1933; VI 34/33. — Dresden.) [H.]

<sup>6)</sup> JW. 1929, 180.

<sup>7)</sup> JW. 1931, 2702.

<sup>8)</sup> JW. 1928, 886.

um Ergänzung des Vertrags" (RG. 92, 320 = JW. 1918, 300). Insofern entscheiden — soweit tunlich, in Anlehnung an bereits geprägtes Recht — „gegenständliche Merkmale“; darin hat das Urt. — mit RG. 134, 250 f. = JW. 1932, 1201 — recht.

Aber die Auslassungen über „ergänzende Vertragsauslegung“ führen irre. Schon der Ausdruck ist schief: Auslegung und Ergänzung sind rechtlich sich ausschließende Gegenätze, mögen sie auch tatsächlich ineinander übergehen. Die Bedeutung des Unterschieds zeigt sich schon beim Irrtum: Anfechten nach § 119 Abs. 1 kann nur, wer sich den Inhalt der Erklärung, nicht der Ergänzung unrichtig vorstellt (M a n i g k, Irrtum u. Ausl. S. 271, 276). Sie bewährt sich ferner bei § 157; er dient ja zwei Aufgaben (E. S. 201, 231): Nach der Bestimmungsfunktion darf der Erklärungsgegner bei der Prüfung, ob und welcher (innere) Rechtsfolgswille noch in der Erklärung seinen Ausdruck findet (§ 133; M a n i g k: ArchPhilol. 26, 362, 370; str.), die Verständigkeit und Redlichkeit des Erklärenden unterstellen, wenn er nicht sofort das Gegenteil erkennt; es trifft ihn also insoweit keine Prüfungs-last. Durch die Ergänzungsfunktion dagegen schafft § 157 — freilich (enger als § 242!) beschränkt auf die gegenständlich zwecknotwendigen Folgen des Erklärten — zusätzlichen Rechtsgeschäftsinhalt, so daß insoweit für das allgemein ergänzende Gesetzesrecht des § 242 kein Raum bleibt. — Doch praktisch spielte es hier keine Rolle, ob die Ergänzung nach § 157 statt § 242 erfolgte; denn der Maßstab für den Ergänzungsinhalt ist der gleiche: „Treu und Glauben...“; schon nach den Worten des Gesetzes, erst recht aus dem Weisungsgegensatz Ergänzung—Auslegung (RG. 92, 320 = JW. 1918, 300)!

Im Interesse der Erhaltung wirtschaftlicher Werte, auch des Umsatzes, verdient im allgemeinen der Mehrleistungsanspruch den Vorzug vor Leistungsverweigerungs- oder Aufhebungsrechten des Benachteiligten. Stört doch eine solche Zusatzforderung des Betroffenen den Rechtsverkehr erheblich weniger als die Nichterfüllung oder Rückgewähr der Vertragsleistungen! Diese — nach Ripperden (Vertragsgewähr u. Nichtumkehrbarkeit der Leistung S. 31) — „bedeutende Rechtsverfeinerung“ gegenüber dem „starren Entweder—Oder“ hat sich denn auch mehr und mehr in der neueren Rechtsübung durchgesetzt, bes. in der Aufwertungs- und Ausgleichsrechtsprechung (RG. 111, 158 = JW. 1926, 157; 113, 138 = JW. 1926, 2362; 115, 200

= JW. 1927, 663; 121, 133 = JW. 1928, 1805). Soweit sich die Rechtslehre dieser Entwicklung entgegenstemmt, indem sie — wie früher Dertmann (Geschäftsgrundlage S. 170), jüngst Reichel (S. 26) — jeden Anspruch (!) auf Ausgleichung leugnet, versperrt sie sich den Einfluß auf das lebendige Recht.

In Ausführung der Ripr. ist

1. grundsätzlich dem Betroffenen ein Anspruch auf Mehrleistung, hier — ganz oder teilweise — auf Ausgleichung, zu gewähren. Der Ausgleichsgläubiger kann nach RG. 139, 318 ff. in der Regel nicht etwa nur auf Schuldbefreiung, sondern statt dessen auch auf Zahlung klagen; Wechsel der Antragsform ist nicht Klageänderung (§ 268 Ziff. 2 ZPO.: RG. 139, 322).

2. Wenn freilich dem Ausgleichsschuldner wegen seiner wirtschaftlichen Lage oder seiner sonstigen Verhältnisse die Mehrleistung nicht zugemutet werden kann, so muß ihm ein Aufhebungs-, hier Rücktritts- (RG. 119, 142 = JW. 1928, 886) Recht zugestanden werden. Ebenso dem — nicht vom Ausgleich, sondern — von der Aufw. oder sonstigen Erschütterung der Geschäftsgrundlage Betroffenen, wenn seinen Interessen ein Mehrleistungsanspruch (objektiv!) durchaus nicht genügt. Dabei wird für in Ausführung begriffene Dauerverträge — zur Vermeidung von Verwirrung — nur ein fristloses Kündigungs- (Aufstands-) Recht zu geben sein; desgleichen bei von vornherein fehlender Geschäftsgrundlage, während sonst wohl ein Rücktrittsrecht am Platze ist (ähnlich schon Dertmann a. a. D. S. 161 ff.); ob sich der Rücktritt entsprechend §§ 327 Ziff. 2, 812 ff. (Reichel 29; Locher: ZivR. 121, 109 f.) oder rechtsähnlich §§ 346 ff. (RG. 119, 142 = JW. 1928, 886; Dertmann a. a. D. S. 161) vollzieht, ist freilich freitragend; doch wird man nach dem Gesetzesgrund die mildere (§ 818 Abs. 3!) Bereicherungshaftung eintreten lassen, wenn und solange der Leistungsempfänger nicht mit der Rückgewähr wegen Erschütterung der Geschäftsgrundlage rechnen mußte (vgl. Hedt: JW. 1933, 88 f.).

Nach diesen Gesichtspunkten wird sich künftig auch die Ripr. verfeinern lassen, die bei „beiderseitigem“ gleichgearteten „Irrtum über die Geschäftsgrundlage“ ohne weiteres die Verurteilung (!) auf den Vertrag als Verstoß gegen Treu und Glauben verurteilt (RG. 108, 110; 122, 203 f. = JW. 1929, 504 f.; RG. 123, 93 = JW. 1929, 730; JW. 1929, 1457<sup>1</sup>, 3488<sup>1</sup>; E. S. 106 N. 72).

PrivDoz. GerHf. Dr. Heinz Hildebrandt, Heidelberg.

**\*\*6.** §§ 320, 326, 986 BGB. Nach begründeter Fristsetzung aus § 326 kann der Verkäufer die Herausgabe des Grundstücks im Wege der Eigentumsklage fordern und entfällt die Einrede aus § 986 BGB. Ob ein Verzug mit Teilleistungen den Rücktritt vom Vertrage, insbes. auch hinsichtlich des ganzen Vertrages einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung rechtfertigt, ist nach § 242 BGB. zu entscheiden. Ob dem Käufer im Falle der Herausgabe des Grundstücks ein Anspruch auf eine Gegenleistung zusteht, ist nicht nach Aufrechnungsgrundsätzen zu beurteilen.†)

Durch notariell beurkundeten Vertrag v. 8. Sept. 1926 verkaufte der Kl. den in allgemeiner Gütergemeinschaft lebenden Bekl. ein Grundstück sowie ein Wiesengrundstück von 13 Morgen, das er anderweitig gekauft, aber noch nicht übereignet erhalten hatte, frei von Lasten zum Preise von 22500 G.M., der sich jedoch nachträglich gem. § 4 des Vertrages um 4000 G.M. deswegen ermäßigte, weil dem Kl. die Verschaffung des Eigentums an dem Wiesengrundstück nicht möglich war. Die Genehmigung nach der Bekanntmachung des Bundesrats v. 15. März 1918 wurde erteilt. Die Übergabe fand alsbald vereinbarungsgemäß statt. Zur Aufhebung, die nach § 3 des Vertrages bis zum 1. Juni 1927, und zwar lastenfrei zu erfolgen hatte, ist es nicht mehr gekommen, weil die Parteien über die Durchführung des Vertrages in Streit gerieten.

Mit der Klage verlangte der Kl. auf Grund seines Eigentums Verurteilung der Bekl. zur Herausgabe des Grundstücks, nachdem er ihnen vorher zweimal, am 22. Nov. 1930 und am 20. Mai 1931, zur Bewirkung von Leistungen aus dem Vertrage eine Frist gem. § 326 BGB. gesetzt hatte, die fruchtlos verstrichen ist. Die Bekl. beantragten, ihre Verurteilung nur Zug um Zug gegen Zahlung von 11860 RM auszusprechen. VG. verurteilte, jedoch nur Zug um Zug gegen Zahlung von 6360 RM und Rückabtretung einer Hypothek von 1500 RM sowie Herausgabe des zugehörigen Hypothekenbriefes. OVG. verurteilte unbedingt. RG. hob auf und verwies zurück.

Der Kaufpreis war nach dem Vertrage mit 3000 G.M. sofort, mit weiteren 2000 G.M. ohne Zinsen bis zum 1. Nov. 1926 und weiteren 2500 RM nebst Zinsen ab 1. Okt. 1926 bis zum 1. Febr. 1927 zu zahlen, während der Rest von — ursprünglich 15000 RM, nach Auscheidung des Wiesengrundstücks jedoch nur noch — 11000 RM nebst Zinsen ab 1. Okt. 1926 gestundet und auf der Grundbesitzung hypothekarisch sichergestellt werden sollte. Zur Abdeckung der ersten 5700 RM haben die Bekl. 6000 RM in bar gezahlt und ferner dem Kl. eine Hypothek von 1500 RM abgetreten, wobei es streitig ist, ob diese Abtretung erfüllungshalber oder nur zur Sicherung bewirkt ist. Mit Schreiben v. 12. April 1928 hat der Bekl. Ehemann dem Kl. nach mehrfachen Aufforderungen eine Frist zur Bewirkung der Auslassung bis zum 10. Mai

**Zu 6.** Den Mittelpunkt der Entsch. bildet der Satz: der Gläubiger kann die Rechte aus § 326 BGB. bei gegenseitigem Vertrage nicht geltend machen, wenn er selbst vertragsbrüchig ist. Dieser Satz hat seine Grundlage in § 284 BGB. Der Umstand, daß der Gläubiger beim gegenseitigen Vertrag nicht leisten kann oder will, schließt den Verzug des Schuldners aus. Auf die Streitfrage, ob die Beweislast für diese Umstände auf Seiten des Gläubigers den Kl. oder die Bekl. trifft, kommt es hier nicht an. Die Bekl. haben bestritten, daß der Kl. zu der ihm obliegenden Leistung imstande und bereit war. Darin liegt jedenfalls auch die Geltendmachung der Einrede des nichterfüllten Vertrags. Und auch wenn man annimmt, daß die Leistungsbereitschaft des Kl. nicht Voraussetzung i. S. der Klage bzw. rechtsbegründenden Tatsache ist, so genügt dann jedenfalls die Geltendmachung der *exceptio non adimpleti contractus*, um den Gläubiger für ihre Befreiung zum Nachweise der Leistungsbereitschaft zu zwingen.

Ist somit dem RG. in diesem Punkte zuzustimmen, so scheint mir bedenklich, daß das RG. in dem Fristsetzungsschreiben das Angebot der eigenen Leistung verlangt. Auch diese Frage läuft letzten Endes auf jene Streitfrage hinaus. Die modernen Rechte geben dem Schuldner wie das römische Recht nur die Einrede des nicht erfüllten Vertrages. Das preuß. Landrecht dagegen sieht in dieser Einrede ein Zeugnis des Klagegrundes. Um diese Frage

1928 gesetzt mit der Erklärung, daß er andernfalls vom Vertrage zurücktrete und den Kl. für alle Unkosten haftbar mache. Er hat dann den Kl. auf Rückzahlung von 7500 RM und Leistung von Schadensersatz in Höhe von 4000 RM wegen entgangenen Gewinns verklagt. Das OVG. hat jedoch durch Ur. v. 30. Sept. 1930 die Klage abgewiesen und den Bekl. zugleich auf die Widerklage des Kl. verurteilt, an den Kl. 1500 RM gegen Rückabtretung der Hypothek von 1500 RM und Herausgabe des zugehörigen Hypothekenbriefes, sowie weitere 1155 RM — Zinsen des Restkaufgeldes von 11000 RM für die Zeit v. 1. Okt. 1928 bis zum 30. Juli 1930 — zu zahlen. Das OVG. hat angenommen, daß die Fristsetzung des Bekl. wirkungslos sei, weil er selbst vorleistungspflichtig gewesen, aber mit den ihm obliegenden Leistungen sowohl hinsichtlich der 1500 RM Anzahlung wie von Zinsen im Rückstand geblieben sei. Das Ur. wurde insolge Verlegung des Armenrechts rechtskräftig. Daraufhin setzte der Kl. durch seinen Prozeßbevollmächtigten dem Bekl. Ehemann am 22. Nov. 1930 eine erste und am 20. Mai 1931 eine zweite Frist zur Bezahlung der Urteilsbeträge.

Der Rev. muß stattgegeben werden, da sich das angefochtene Ur. mit der bisherigen Begründung nicht aufrechterhalten läßt.

Für die Rev.Jnst. kommt nur noch in Frage, ob die Bekl. zur Herausgabe des Grundstücks schlechthin verpflichtet sind oder nur gegen eine Zugumzugleistung des Kl. Denn die Bekl. erstreben — der Verfahrenslage entsprechend — lediglich die Wiederherstellung des landgerichtlichen Ur., das sie in letzterem Sinne verurteilt hat. Die Rev. sucht dieses Ziel in erster Linie dadurch zu erreichen, daß sie das Vorbringen der Bekl. wieder aufgreift, in der Rückforderung des Grundstücks könne nach Lage der Sache von vornherein nur ein Rücktritt des Kl. vom Vertrage erblickt werden und daher ergebe sich seine Rückgewährspflicht gem. §§ 326, 327, 346 ff. BGB. Mit diesem Angriff kann die Rev. indessen keinen Erfolg haben. Der VerN. hat rechtlich bedenkenfrei dargelegt, daß der Kl. seinen Herausgabeanspruch ausschließlich auf das noch bei ihm verbliebene Eigentum am Grundstück gestützt, also die Eigentumsklage (§ 985 BGB.) erhoben hat und daß er daneben gegenüber dem Verlangen der Bekl. auf Rückerstattung ihrer Leistungen einredeweise seinen auf § 326 BGB. gestützten Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend gemacht hat. Die Meinung des OVG., daß der Kl. grundsätzlich in dieser Weise vorgehen könne, entspricht der Rpr. des erf. Sen. Der durch begründete Fristsetzung nach § 326 BGB. bewirkte Wegfall des Erfüllungsanspruchs beider Vertragsparteien hat in Fällen, wo die Übereignung des Grundstücks noch nicht stattgefunden hat, zur weiteren Folge, daß diese Übereignung von keiner Seite mehr begehrt werden kann und insbes. auch ein Recht des Käufers zum Besitze (§ 986 BGB.) nicht mehr gegeben ist. Der Verkäufer kann in solchen Fällen das Verlangen auf Herausgabe des Grundstücks zwar nicht als Teil seines Schadensersatzes wegen Nichterfüllung nach § 326 BGB. geltend

ist lange gestritten; auch heute noch vertreten Endemann, Lehrh., § 88 Anm. 46 und Leonhard, Beweislast (2) 342 ff. den Standpunkt des ALR. Die h. M. dürfte richtig sein. Es handelt sich hier nicht um einen Gegensatz zwischen römischem und germanischem Recht. Der Gedanke, der *exceptio non adimpleti contractus* war, wer fordert, ohne gegenzuleisten, handelt *dolos*, ist vertragsbrüchig. Das ist indessen in der Grundauffassung auch deutsch. Man braucht sich nicht von vornherein von dem Vorwurf der Vertragsbrüchigkeit bzw. der Unredlichkeit zu reinigen. Wie nach deutschem Recht der böse Glaube dem Gegner entgegengehalten werden muß, so steht es auch beim Vertrag. Auch hier hat jeder für seine Vertragsstrenge die Vermutung für sich, und der Gläubiger kann beim gegenseitigen Vertrag verlangen, daß er als vertragstreu angesehen und behandelt wird. Erst die Einrede des nicht erfüllten Vertrags zwingt ihn, Erfüllung bzw. Erfüllungsbereitschaft darzulegen. Waren hier die Bekl. in der Tat vorleistungspflichtig, dann kann man noch weniger vom Kl. bei der Fristsetzung das Angebot der Leistungsbereitschaft fordern. — Es mag auch noch betont werden, daß das Verlangen der Bereitschaftserklärung in der Fristsetzung praktisch lediglich auf einen zwecklosen Formalismus hinausläuft.

An sich würde die Alternative, zu der das RG. in seiner Entsch. gelangt, dazu führen, daß der klägerische Anspruch auf Rück-

machen. Aber er ist befugt, diese Herausgabe im Wege der Eigentumsklage zu fordern, und an ihrer Durchführung nicht mehr durch die Einrede des Käufers nach § 986 BGB. behindert (RG.: SenffArch. 86 Nr. 43 S. 71; RGWarn. 1932 Nr. 41 = J.W. 1932, 1204<sup>7</sup>). Die Wirkung der Herausgabe auf die Beziehungen der Parteien ist in solchen Fällen rechtlich unter dem Gesichtspunkt einer Minderung des Schadenersatzanspruchs zu beurteilen, die darin beruht, daß der Verkäufer das Eigentum an dem Grundstück nicht mehr auf den Käufer zu übertragen hat, sondern behalten oder anderweit verwerten kann (Urt. v. 16. Febr. 1933, VI 209/32). Diese Rechtslage ist an sich zutreffend vom BG. erkannt. Es kann sich daher nur darum handeln, ob vorliegend die Anwendung jener Grundsätze auf den zu beurteilenden Sachverhalt rechtlichen Bedenken begegnet. Diese Frage muß bejaht werden.

Voraussetzung für die vom Kl. geltend gemachten Ansprüche ist die Wirksamkeit seiner Fristsetzung. Das OLG. erachtet diese Voraussetzung als gegeben. Es erscheint aber zum mindesten zweifelhaft, ob das OLG. bei Beurteilung der Maßnahmen des Kl. beachtet hat, daß die Rechte aus § 326 BGB. nur diejenige Partei beanspruchen kann, die selbst vertragstreue, insbes. also selbst willens und auch in der Lage ist, den Vertrag ihrerseits zu erfüllen (vgl. u. a. RG. 109, 54). Das betrifft hier gerade die dem Kl. obliegende Übereignungspflicht, deren Wegfall auf dem Wege des § 326 BGB. er erstrebt hat. Nach § 3 des Vertrages hatte die Auflassung bis zum 1. Juni 1927 zu erfolgen, und zwar lastenfrei. Daß der Kl. zu dieser vertraglichen Leistung imstande und bereit war, als er die Fristsetzung nach § 326 BGB. erklären ließ, ist vom BG. bisher nicht festgestellt, obwohl die Befl. auch diese Voraussetzung bestritten hatten. In dieser Hinsicht ist nicht — wie das BG. anzunehmen scheint — ohne weiteres entscheidend, daß die Befl. nach dem Urt. im Vorprozeß mit ihrem auf § 326 BGB. gestützten Schadenersatzanspruch deswegen abgewiesen worden sind, weil sie selbst nach der damaligen Rechtslage infolge eigener, auf Teile ihrer Käuferleistung bezüglicher Vorleistungspflicht zu einer Fristsetzung nach § 326 BGB. nicht befugt gewesen waren, und daß sie daher auf die Widerklage des Kl. hin zur Erfüllung der damals streitigen Teilleistungen verurteilt worden sind. Wollte der Kl., wie er es in der ersten Fristsetzung v. 22. Nov. 1930 erklären ließ, aus der Nichtbewirkung der Urteilsleistungen eine den ganzen Vertrag umfassende Maßnahme nach § 326 BGB. rechtfertigen, so setzte das seine eigene Vertragstreue im oben erörterten Sinne voraus. Das gleiche gilt für die weiteren in jener Erklärung angemahnten Leistungen der Befl. und ebenso für die Anmahnung im zweiten Schreiben v. 20. Mai 1931, auf das es überdies nur dann ankommen kann, wenn das erste i. S. des § 326 BGB. nicht ausreichte. Der Kl. mußte demnach insbes. auch, um den Verzug der Befl. i. S. dieser Vorschr. herbeizuführen, die inzwischen fällig gewordene lastenfreie Auflassung der Grundbesitzung zu leisten bereit und fähig sein, sie auch anbieten. In den beiden Fristsetzungsschreiben ist dieses Angebot nicht enthalten. Daß es anderweit erfolgt ist, insbes. etwa in den vom BG. zu § 123 BGB. erwähnten, ihrem Ergebnis nach aber nicht gewürdigten Verhandlungen der Parteien Ende 1927 und i. J. 1928, die der Erfüllung des Vertrages galten, hat das BG. bisher nicht festgestellt. Hinsichtlich der ersten Fristsetzung würde ferner eine endgültige tatsächliche Stellungnahme zu der Frage erforderlich sein, ob auch die Abtretung der Hypothek von 1500 RM. von der nach dem Urt. im Vorprozeß die Verpflichtung der

Befl. zur Leistung des Kapitalbetrags von 1500 RM. abhängig war, erkennbar mitangeboten war. Das BG. hat sich einer solchen endgültigen Stellungnahme bisher enthalten, weil es zum mindesten die zweite Fristsetzung des Kl. für ausreichend ansieht. Dem steht entgegen, daß einmal die zweite Fristsetzung ins Leere traf, wenn die erste ausreichte, letztere Frage also vorab zu prüfen war, sodann aber, daß diese Frage in gleicher Weise auch bei der zweiten Fristsetzung zu prüfen war. Bei beiden Fristsetzungen kommt ferner in Betracht, daß es sich bei den rückständigen Leistungen der Befl. um Teilleistungen aus dem Vertrage handelte. Ob der Verzug des Schuldners mit Teilleistungen dem Gläubiger das Recht gibt, den Rücktritt vom Vertrage nach § 326 BGB. zu erstreben, ist in Anwendung des in § 320 Abs. 2 BGB. ausgesprochenen Rechtsgebildens unter Beachtung der gesamten Umstände, insbes. des Verhältnisses der bereits beiderseits bewirkten und der beiderseits noch ausstehenden Leistungen unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (§ 242 BGB.) zu prüfen (vgl. RG. 76, 153). Ein verhältnismäßig geringfügiger Rückstand des Schuldners würde danach unter Umständen zur Rechtfertigung des Rücktritts nicht ausreichen (RGWRomm., Erl. 1c zu § 326). Die Rechtslage ist die gleiche, wenn der Gläubiger den Verzug des Schuldners mit Teilen der Leistung zum Anlaß nimmt, hinsichtlich des ganzen Vertrages Schadenersatz wegen Nichterfüllung nach § 326 BGB. zu fordern (Urt. v. 16. Febr. 1933, VI 209/32). Zur ersten wie gegebenenfalls auch zur zweiten Fristsetzung hätte es daher auch aus diesem Grunde der Erörterung im einzelnen bedurft, wie sich im Zeitpunkt der Fristsetzung und bei Fristablauf das gegenseitige Leistungsverhältnis der Vertragsparteien darstellte und aus welchen Gründen (vgl. RG. 109, 54) jede Partei die ihr an sich obliegende Leistung nicht so wie vereinbart bewirkt hat. Die Befl. insbes. haben hierzu stets auf Umstände hingewiesen, die mit der Verschaffung des Eigentums an den 13 Morgen Wiese einerseits, mit der vereinbarten Lastenfreiheit der Grundbesitzung andererseits zusammenhängen sollen, die nach dem Vertrage (§ 3) bei der Auflassung vorliegen mußte, nach ihrer Darstellung aber vom Kl. nicht geleistet werden konnte. Auf alle diese Fragen ist das BG. nicht eingegangen, obwohl es sachlich-rechtlich geboten war. Das angefochtene Urt. ist daher aufzuheben, weil die Berechtigung der Maßnahme des Kl. nach § 326 BGB., insbes. der Schadenersatzanspruch des Kl. nicht rechtsbedenkelfrei festgestellt ist. Fällt letztere auch nach erneuter Prüfung des Sachverhaltes weg, so kann zwar nach der bisherigen Verfahrenslage die Verurteilung der Befl. zur Herausgabe des Grundstücks an sich nicht in Zweifel gezogen werden. Damit entfällt aber nicht ohne weiteres das Verlangen der Befl. auf Rückgewähr von Leistungen. Ihr Schadenersatzbegehren (4000 RM.) ist allerdings bereits vom OLG. abgewiesen und der Beurteilung des BG. nicht unterbreitet worden. Ihr weiteres Begehren wird jedoch, falls dem Kläger kein Schadenersatzanspruch nach § 326 BGB. zustehen sollte, unter dem Gesichtspunkt des rücktrittsmäßig zu bewirkenden Austauschs der beiderseitigen Leistungen deswegen zu beurteilen sein, weil der Kl. unter jener Voraussetzung an sich auch keinen Herausgabeanspruch (§§ 985, 986 BGB.) hat, die Befl. sich aber gleichwohl — wenn auch unter anderen rechtlichen Gesichtspunkten — diesem Anspruch gefügt haben, die Durchführung des Vertrages selbst somit entfällt und dem Kl. das Grundstück verbleibt. Dabei sei bemerkt, daß der VerK. an erneuter tatrichterlicher Beurteilung

gab, auch in der Form des Eigentumsanspruches, nur begründet ist, wenn der Kl. seine Leistungsbereitschaft nachgewiesen hat. Aber das RG. hält den Anspruch für schlechthin begründet, weil „die Befl. sich gleichwohl — wenn auch unter anderen rechtlichen Gesichtspunkten — diesem Anspruch gefügt haben, die Durchführung des Vertrages selbst somit entfällt und dem Kl. das Grundstück verbleibt“. Man kann wohl anerkennen, daß, wenn beide Parteien gegenseitig ernstlich den Rücktritt vom Vertrag geltend machen, sie nicht mehr auf Erfüllung bestehen können. Ob man darin eine Folge gegenfälligen Verhaltens (vgl. W a l s m a n n, Verzicht 210 ff.; L e h m a n n: ZSR. 79, 58 ff.; K i e z l e r, venire contra factum proprium) oder eine wirkliche neue Vertragsgrundlage, für welche freilich das konsensuale Wollen eines Vertragschlusses fehlt,

sieht, bleibt letzten Endes gleichgültig. Auf jeden Fall kommt man zur Anwendung der Rücktrittsgrundsätze, was für die Eigentumsklage den Ausschluß der Einrede aus § 986 BGB. bedeutet.

Was das RG. sodann noch über die Durchführung des Rücktritts, die auch gegenüber der Eigentumsklage in Form der Einrede ihre Wirkung äußert, entwickelt, dürfte keinen Bedenken unterliegen. Es handelt sich um Retentionsansprüche der Befl., die aber i. S. der vom RG. gegebenen Ausführungen durchzuführen sind. Der vom RG. entwickelte Standpunkt entspricht der von der H. M. geteilten Auffassung des Schadensbegriffes als einer Vermögensdifferenz, wie er insbes. bei der compensatio lucris cum damno und bei der Differenztheorie vom RG. im einzelnen vertreten ist. Prof. Dr. H a n s W a l s m a n n, Kofstod.

lung des bisher von ihm ohne Rechtsirrtum und ohne Veranstandung durch die Rev. abgelehnten Vorbringens der Befl. hinsichtlich ihrer eigenen Anfechtungs- oder Rücktritts-berechtigung nicht gehindert ist. Im übrigen ist noch folgendes zu bemerken.

Sowohl unter dem Gesichtspunkt des Rücktritts, wie dem des Schadenersatzanspruchs wegen Nichterfüllung nach § 326 BGB. — übrigens auch im Falle wirksamer Anfechtung nach § 123 BGB. — kann die Frage, ob den Befl. im Falle der Herausgabe des Grundstücks ein Anspruch auf eine Gegenleistung des Kl. zusteht, nicht nach Aufrechnungsgrundlagen beurteilt werden. In allen Fällen handelt es sich nicht um selbständige, der Aufrechnung im engeren Sinne (§§ 387 ff. BGB.) fähige und bedürftige gegenseitige Ansprüche der Parteien. Vielmehr haben alle diese Ansprüche ihre einheitliche Wurzel entweder in der Befestigung der früheren vertraglichen Bindung oder, im Falle eines Schadenersatzes wegen Nichterfüllung, in der dadurch herbeigeführten Umgestaltung des Inhalts der vertraglichen Beziehungen. Die einzelnen Ansprüche sind dabei nur als Rechnungsposten einzufügen mit dem Ziel der gegenseitigen Verrechnung der Parteien. Es ist daher nicht entscheidend, ob die Befl. lediglich ihre Anzahlung und zuvielgezahlte Zinsen zum Gegenstand des Klageantrags selbst machen. Zu beachten ist vielmehr das gesamte Vorbringen beider Parteien, das sich auf jene Verrechnung bezieht. Diesem Erfordernis ist das BG. nicht gerecht geworden. Es greift nur einzelne Posten heraus, ohne eine Gesamtabrechnung nach Maßgabe des beiderseitigen Parteivorbringens vorzunehmen.

Zu den so zu beachtenden Rechnungsposten gehört auch der Wert des dem Kl. verbleibenden Grundstücks. Das BG. setzt ihn in Gestalt des zur Zeit der Schlußverhandlung gegebenen Verkauflichkeitswerts ein. Dagegen, daß für die Frage der Wertermittlung an sich die in jenem Zeitpunkt gegebene Lage als maßgebend erachtet ist, läßt sich vom Rechtsstandpunkt aus nichts einwenden. Bedenklich ist jedoch, daß, wie bei Waren, gewissermaßen der Marktpreis eingelegt wird. Daß der Kl. zu diesem Preise anderweit habe verkaufen müssen, steht nicht in Frage. Es ist vielmehr damit zu rechnen, daß er das Grundstück entweder überhaupt oder zum mindesten noch auf bestimmte Zeit behalten wird. Demnach muß auch die Möglichkeit einer Steigerung des Verkauflichkeitswerts, die der Kl. in der Hand behält, bei der Bemessung des Schadens mitberücksichtigt werden (so bereits Ur. v. 16. Febr. 1933, VI 209/32).

(U. v. 22. Mai 1933; VI 70/33. — Marienwerder.) [S.]

### \*7. Verwirkung urheberrechtlicher Befugnisse f)

Im Verlage der Kl. sind Wilhelm Buschs „Max und Moritz“, „Schnurdrücker oder die Bienen“, „Schnaken und Schnurren“, „Runterbunt“ und „Münchener Bilderbogen“

Zu 7. I. Auch wenn man dem, was hier das RG. über Verwirkung sagt, zustimmen wollte, so bliebe doch das Ur. m. E. unbefriedigend, weil das RG. seiner Aufgabe, der Rechtsanwendung Wege zu weisen, nicht gerecht wird. Das RG. hatte die Frage, wie die Verwirkung im Urheberrecht durchzuführen sei, zur Sprache gebracht. Das RG. lehnt es ab, darauf einzugehen: zunächst komme es darauf an, ob ein Verkehrsbefähigtand des Befl. gegeben sei. Was das RG. darüber sagt, wird bemängelt, und zwar zum Teil aus tatsächlichen Gründen. (Denn daß das Ur. v. 10. Febr. 1915 im Buchhändlerbörseblatt besprochen sei, ist doch wohl eine neue Tatsache, so hübsch sie auch in Erfahrungssätze eingekleidet ist.) Das Ur. wird aufgehoben und die Sache zurückverwiesen, ohne daß die Rechtsfrage, auf die es ankommt, wirklich klargestellt wäre, nämlich die Frage nach der Verwirkung im Urheberrecht. Hinter ihr steht aber die schwierigere Frage nach den Grenzen der reichsgerichtlichen Verwirklichungspredhung überhaupt. Denn was bisher vorliegt, ist reich an Schwankungen und Unsicherheiten.

II. Das RG. formuliert die Frage: „Liegen die für die rechtlichen Beziehungen unter den Parteien wesentlichen Umstände so, daß die Kl. sich nach Treu und Glauben und vernünftig angewandter, redlicher Verkehrssitte jetzt nicht mehr darauf berufen kann, das im Jahre 1913 erschienene kleine Wilhelm-Busch-Album greife unzulässigerweise in ihre ... Befugnisse ein?“ Die übliche Formu-

erschieden. Und zwar kamen die in den letzten drei Werken zusammengefaßten einzelnen Stücke zuerst in den 1860er Jahren namenlos, später unter dem Namen des Verfassers heraus. Zwischen der Veröffentlichung ohne und der mit Namen lagen 3. L. mehr als 30 Jahre.

Nachdem der Dichter i. J. 1908 gestorben war, planten seine Erben einen Sammelband, der als „Neues Wilhelm-Busch-Album“ im Verlage der Befl. erscheinen sollte. Um für ihn auch Werke verwenden zu können, die bei der Kl. erschienen waren, schlossen die Erben mit der Kl. im Febr. 1912 einen Vertrag. Darin gestattete die Kl. den Erben kostenlos, einige jener Werke in dem von ihnen herauszugebenden „Neuen Wilhelm-Busch-Album“ abzdrukken; die Erben dagegen erkannten das Verlags- und Eigentumsrecht der Kl. an den Werken an.

Das „Neue Wilhelm-Busch-Album“ erschien 1912 im Verlage der Befl. Im Jahre 1913 brachte die Befl. ferner das „Kleine Wilhelm-Busch-Album“ heraus. Dieses enthält als Einleitung die Selbstschilderung des Dichters „Was mich betrifft“, im 1. Buche die Beschreibung und Würdigung des Buschschen Lebenswerkes von Fritz v. Ostini. Das 2. Buch bringt eine Auswahl „Die ersten Arbeiten des Meisters“, das 3. Buch eine weitere Auswahl „Bilderbogen und dichterische Arbeiten“. Dabei ist eine große Anzahl von Zeichnungen und Texten wiedergegeben, die zuerst im Verlage der Kl. erschienen sind.

Später schloß die Kl. mit Wilhelm Buschs Erben den Vertrag vom Jahre 1921. Dieser enthält das Anerkenntnis der Erben, daß sie mit den neu zu zahlenden Bezügen und der kostenlosen Überlassung aller Werke Buschs außer „Max und Moritz“ an die Befl. für die Herausgabe des „Neuen Wilhelm-Busch-Albums“ in jeder Hinsicht befriedigt seien.

Gegen Ende 1930 (22. Nov.) erhob die Kl. die vorl. Klage auf Unterlassung der Vervielfältigung und Verbreitung des „Kleinen Wilhelm-Busch-Albums“, solange darin die im einzelnen näher bezeichneten, früher bei der Kl. erschienenen Texte und Zeichnungen Wilhelm Buschs enthalten seien.

Das BG. hat der Klage im wesentlichen entsprochen. RG. hob auf, soweit zum Nachteil der Befl. erkannt ist.

Die Befl. wendet gegen die Klageansprüche ein, daß die Kl. die von ihr geltend gemachten urheberrechtlichen Befugnisse durch langjähriges Abwarten und Dulden „verwirkt“ habe. Damit wird die Frage aufgeworfen: Liegen die für die rechtlichen Beziehungen unter den Parteien wesentlichen Umstände so, daß die Kl. sich nach Treu und Glauben und vernünftig angewandter, redlicher Verkehrssitte jetzt nicht mehr darauf berufen kann, das i. J. 1913 erschienene „Kleine Wilhelm-Busch-Album“ greife unzulässigerweise in ihre durch den Vertrag v. Febr. 1912 gewährleisteten Befugnisse ein?

1. Das BU. verneint die Frage mit folgenden Erwägungen:

a) Verwirkung, wie sie im Wettbewerbs- und Warenzeichenrechte möglich und durch die Rspr. aus-

lierung. Was steckt nun aber in den Worten? Ich glaube, herzlich wenig. Man läßt zunächst die Verkehrssitte am besten aus dem Spiele. Die Verwirkung ist Richterrecht, und zwar ziemlich kompliziertes. Man muß gewiß ein solches durch die Rspr. geschaffenes Recht, wenn es überhaupt etwas taugen soll, im Grundzuge, in seiner Richtung von der Rechtsüberzeugung der Volksgemeinschaft getragen sein, und insofern hat die Berufung auf die Verkehrssitte Sinn, wenn auch der Ausdruck nicht ganz zutrifft. Aber weder kann die Verkehrssitte ein Rechtsinstitut wie die Verwirkung schaffen — dazu wäre sehr viel mehr, nämlich Gewohnheitsrecht erforderlich — noch ist es denkbar, die RGSpr., die doch keine Einheit, sondern eine ziemlich schnelle Entwicklung von dem Vorwurf unloyalen Handelns an die Adresse des Kl. zur Feststellung eines objektiven Tatbestandes aus der Interessenlage des Befl. aufweist, wirklich Schritt für Schritt auf die Verkehrssitte zurückzuführen. Wer das nicht glaubt, versuche es einmal. Eine solche Zurückführung wäre aber nötig, denn keine der Entsch. hat eine andere Grundlage. Und die Berufung auf Treu und Glauben? M. E. ist sie in der Ausweitung, die ihr das BG. gegeben hat, allmählich kaum mehr als eine formale Sicherung gegen den Vorwurf der Gesetzesuntreue. Wollte man wirklich die fragliche Rspr. in ihrem Einzelinhalt aus dem Grundsatz herleiten, so würde man ebenso scheitern, wie bei der Verkehrssitte. Der materielle Inhalt muß erst geschaffen werden, der Grundsatz

gebildet ist, wird für das Urheberrecht nicht grundsätzlich abzulehnen sein, aber hier nur ausnahmsweise in Betracht kommen. Im Wettbewerbs- und Warenzeichenrechte wird Verwirkung des Rechtes an Kennzeichnungsmitteln (Name, Firma, Titel, Warenzeichen, Ausstattung) hauptsächlich deshalb anerkannt, weil diese Mittel dazu dienen, die gewerblichen Leistungen des einen Wettbewerbers von denen des andern zu unterscheiden, Verwechslung mit Leistungen anderer zu verhindern. Hat ein Kennzeichnungsmittel solche Dienste lange geleistet, so erwächst dadurch dem, der es verwendet, ein oft sehr wertvoller Besitzstand. Läßt der Berechtigte nun lange Zeit hindurch die Benutzung des Kennzeichnungsmittels durch den andern zu, so gewöhnen sich viele Kreise daran, das Mittel auf den zu beziehen, der es tatsächlich, sei es auch unbefugt, gebraucht; sie sehen in ihm eine Verkörperung des guten Rufes, der Leistungen, des Fleißes, des Kapitals usw. des Zweitbenutzers. Schweigendes Dulden begünstigt diese Gewöhnung. Auf solche Weise tritt eine Art Umformung des unrechtmäßigen Zustandes in einen rechtmäßigen durch die Macht der Tatsachen ein. — Das Bll. führt dann aus, daß man diese Grundzüge nicht ohne weiteres auf das Urheberrecht übertragen könne. Hierauf einzugehen ist entbehrlich. Denn zunächst fragt sich auch im vorl. Falle, ob die Kl. ein Verhalten der Bekl. geduldet hat, zu dem diese nicht befugt war, und ob solche Duldung einen gewissen Verkehrsbefitzstand der Bekl. zeitigt hat.

b) Das BG. faßt unter Heranziehung von Grundsätzen der Rspr. die Frage genauer dahin: Unternahm die Kl. ihre gegenwärtige Rechtsverfolgung so spät, daß die Bekl. in- zwischen ihren mit Mühe und Kosten geschaffenen Besitzstand als einen von der Kl. geduldeten und erlaub-

selbst ist so gut formal geworden, wie es seinem Vorgänger, der Regel von dem *sum cuius tribuere* gegangen ist.

III. Wozu das alles, zumal es doch für eine Menge anderer Neubildungen in unserer Rspr. gilt? Sollen wir das alles über Bord werfen? Gewiß nicht: ohne Richterrecht ist noch keine einigermaßen entwickelte Rechtsordnung ausgekommen. Wir müssen uns aber den Weg freimachen für die eigentlichen Fragestellungen. Die Verwirkung ist durch unsere Rspr. neu eingeführt. Was war der Zweck, welchen Bedürfnissen galt es zu genügen? Ist der Zweck zu billigen? Wenn ja, sind die Mittel zu seiner Erreichung richtig gewählt? Um diese Fragestellungen, wie sie moderne Methode fordert, möglichst klar herauszuarbeiten, müssen wir uns von den formalen Begründungen lösen.

IV. Eine Begründung liegt nahe: die Verjährungs-, Erfüllungs-, Ausschlußfristen unseres Rechtes entsprächen nicht mehr dem modernen Tempo, sie seien zu lang, versagten wohl auch überhaupt, wie die Deliktsverjährung bei fortgesetzter Handlung, die Verjährung bei Ansprüchen auf künstliche Unterlassung. Wäre die Verwirklichung durch unsere Rspr. neu eingeführt. Was war der Zweck, welchen Bedürfnissen galt es zu genügen? Ist der Zweck zu billigen? Wenn ja, sind die Mittel zu seiner Erreichung richtig gewählt? Um diese Fragestellungen, wie sie moderne Methode fordert, möglichst klar herauszuarbeiten, müssen wir uns von den formalen Begründungen lösen.

Dies ist man das vorl. Ur. v. 2. Dez. 1930: JW. 1931, 735 hat dann als daß jemand Geld, das er eigentlich schuldet, nun doch nicht zu zahlen braucht. Im Ur. v. 2. Dez. 1930: JW. 1931, 735 hat dann ganz allgemein anerkannt, und zwar über das Gebiet des Privat- rechts hinaus. Wenn überhaupt ein einheitlicher Gedanke der Ver- wirkungsprädikation zugrunde liegt (was freilich sich keineswegs von selbst versteht), so kann es der des Verkehrsbefitzstandes nicht sein.

V. Unser bürgerliches Recht ist seinerzeit von einer individua- listischen Grundanschauung aus aufgebaut worden, deren Hauptstich die Beziehung Gläubiger-Schuldner ist. Hätte man von da aus zu einer Verwirklichungsprädikation kommen können? In ihren An- fängen gewiß, aber nur bis zu einer bestimmten Grenze. Auch wenn man nur das Verhältnis Gläubiger-Schuldner ins Auge faßt, so gilt der Satz, daß sich der Gläubiger seinem Schuldner gegenüber aufständig zu benehmen habe. Hat er mit der Geltendmachung des Anspruchs gezögert, um auf dem Rücken des Schuldners zu spekulieren — d. h. der Urheber sieht dem Nachdruck ruhig zu, um, wenn er ein- schlägt, dem Nachdrucker seinen Gewinn als Schadensersatz, neuer- dings auch als ungerechtfertigte Bereicherung abzunehmen —, so ist er abzuweisen; ebenso wohl auch, wenn er vorsätzlich zögert in dem

ten ansehen durfte? (Vgl. RG. 134, 38 ff.<sup>1)</sup>; 127, 321 ff.<sup>2)</sup>; 129, 252 ff.<sup>3)</sup>). Dazu führt es aus:

Beim ersten Erscheinen des „Kleinen Wilhelm-Busch-Albums“ (1913) gingen beide Parteien entsprechend der da- mals durchaus vorherrschenden oder sogar einhelligen Auf- fassung davon aus: Die von der Bekl. in dieses Album auf- genommenen, zuerst im Verlage der Kl. erschienenen Texte und Zeichnungen Wilhelm Buschs seien wegen Ablaufs der 30jährigen Frist seit dem ersten anonymen Erscheinen längst gemeinfrei geworden und entbehrten jedes urheberrechtlichen Schutzes. Erste Autoritäten, wie Allfeld, Hillig und Fuld, sprachen sich vor und kurz nach dem Erscheinen des Albums in diesem Sinne aus. Erst RG. 86, 241 (Febr. 1915) hat mit dieser bis dahin herrschenden Auffassung ge- brochen. Bevor das geschah, mußten somit beide Parteien der Ansicht sein, daß der Kl. an den streitigen Texten und Zeichnungen gar kein Urheberrecht zustehe, die Bekl. insoweit keine Rechte der Kl. verletzte. Also bedurfte es nach der da- maligen Auffassung aller Beteiligten keiner Duldung und Erlaubnis der Kl. Es konnte daher einstweilen auch keine Rede davon sein, daß die Bekl. ihren Besitzstand als einen von der Kl. geduldeten und erlaubten ansehen dürfe. Ob und wann die Kl. von RG. 86, 241 in der Folgezeit tatsäch- lich Kenntnis erlangt hat, ist nach neuerer Rspr. (RG. 134, 38 ff.<sup>4)</sup>) nicht mehr wesentlich. Maßgebend ist vielmehr, ob und von wann ab die Bekl. annehmen durfte, die Kl. habe von dieser Entsch. erfahren und sei trotzdem gegen das „Kleine Wilhelm-Busch-Album“ nicht vorgegangen. Die Bekl. hatte aber keinerlei Anlaß zu der Annahme, daß die Kl. ihrerseits das Ur. kennengelernt habe, zumal da es in der Kriegszeit ergangen und auch veröffentlicht worden war; der Sachver-

<sup>1)</sup> JW. 1932, 942.

<sup>2)</sup> JW. 1930, 1694.

<sup>3)</sup> JW. 1931, 430.

<sup>4)</sup> JW. 1932, 942.

Bewußtsein, der Gegner werde dabei Schaden haben. Da aber dürfte die Grenze sein, über die um 1900 schwerlich ein Gericht hinaus- gegangen wäre. Die Schranke bildete der Grundsatz jeder liberalen Rechtsordnung: *qui suo jure utitur, neminem laedit*.

Das Bezeichnende an der Verwirklichungsprädikation ist nun, daß sie über diese Schranke hinausdrängt. Gewiß findet man namentlich in den älteren Entsch. sorgfältig erörtert, was etwa dem Kl. zum Vorwurf gereicht. Aber Vorwurf reicht nicht aus. Schon in der AufwRspr. läßt man Fahrlässigkeit genügen und stellt strenge Anforderungen: dem Geschäftsmann wird des öfteren zugemutet, er habe die AufwRspr. mit allen ihren Schwankungen zu verfolgen oder verfolgen zu lassen. In der WettbewerbsRspr. erfolgt dann der end- gültige Bruch mit dem Verschuldensgedanken: es kommt nicht mehr darauf an, ob der Kl. die Verletzung geduldet hat, sondern ob der Bekl. sein Verhalten verständigerweise als Duldung deuten durfte<sup>1)</sup>.

Diese Rspr. ist vom alten Blickpunkt aus, in den nur das Verhältnis des einzelnen Gläubigers zum einzelnen Schuldner fällt (und bei Ansprüchen aus absoluten Rechten war es ja nicht anders) schlechterdings unverständlich. Es muß in der Grundauffassung sich eine Wandlung vollzogen haben (wobei natürlich keineswegs er- forderlich ist, daß sich die beteiligten Menschen ihrer klar bewußt ge- worden seien). Das Rechtsverhältnis und auch das Schuldverhältnis wird nicht mehr in seiner Vereinzelnung gesehen, sondern als Mittel zur Regelung des sozialen Lebens und also als Massenerscheinung. Diese gilt es so zu regeln, wie es für die Rechtsgemeinschaft im ganzen, nicht allein, wie es für die einzelnen Beteiligten gut ist. Der Gedanke „Gemeinnutz geht vor Eigennutz“ hat eben schon lange in zahlreichen Einzelanwendungen angeklungen, bis er klar formu- liert und zur Grundlage unseres Rechtslebens erhoben wurde. Jetzt, wo er ausgesprochen ist, zeigt er die Eigenschaft aller einfachen Grundwahrheiten, daß er fast selbstverständlich klingt: wenn das Recht eine Regelung des sozialen Lebens ist, wie könnte es anders sein, als daß diese Regelung nach den Bedürfnissen der Gesamtheit, nicht nach denen des Herrn X. oder Y. erfolgte? Es ist aber eben doch früher vielfach anders gewesen.

Am leichtesten läßt sich das Besagte an der AufwRspr. nach- weisen. Die Aufwertung, auch die Individualaufwertung war (jeden- falls nach Ansicht des RG.; auf das Gesamtproblem kann hier natürlich nicht eingegangen werden) im Interesse der inflations- geschädigten Gläubiger bittere Notwendigkeit, nicht bloß, um im

<sup>1)</sup> Die entscheidende Wendung in dem Ur. des 2. Sen. vom 27. Okt. 1931: RG. 134, 38 = JW. 1932, 942. Auch die vorl. Entsch. behandelt dieses Ur. als richtunggebend, nach einer leichten Schwankung im „Nordsee“-Ur. v. 17. Juni 1932: GewRsch. 1933, 65.

halt sprach deshalb von vornherein dafür, daß der Kl. diesen Gerichtspruch habe entgegen können.

Das BG. meint: Der Fall liege wesentlich anders als die bisher entschiedenen Verwirkungsfälle des Wettbewerbs- und Warenzeichenrechtes: Dort sei der Kl. Partei das Vorhandensein ihres Rechtes an und für sich stets bekannt gewesen. Der Grund, das Recht nicht zu verfolgen, habe entweder darin gelegen, daß sie (nach früherer, weniger strenger Auffassung) das Verhalten des Gegners nicht als Verletzungshandlung ansah oder daß ihr dieses Verhalten unbekannt blieb; bisweilen habe sich die Nichtverfolgung auch aus bloßer Untätigkeit erklärt. Im gegenwärtigen Falle aber sei der Kl. das Vorhandensein ihres Rechtes als solchen unbekannt geblieben, und die Bekl. habe damit rechnen müssen.

2. Gegen die Ausführungen des BU. zum Einwande der Verwirkung bestehen folgende rechtliche Bedenken:

a) In das „Kleine Wilhelm-Busch-Album“ sind auch Teile aus „Schnurrbiburr“ oder die „Vienen“ aufgenommen. „Schnurrbiburr“ aber ist nicht, wie im BU. vorausgesetzt wird, zunächst ohne Angabe des Verfassernamens erschienen. Das Werk ist nur als Buch unter Wilhelm Buschs Namen im Verlage von B. & Sch. 1869 (ohne

Einzelfall Billigkeit zu üben (wer die Schicksale der Inflationsgeschädigten verfolgt hat, weiß, daß das über Menschenmacht hinausging), sondern um diese Gläubiger, als Klasse gesehen, durch bessere Verteilung der Inflationslast wirtschaftlich funktionsfähig zu halten. Sie mußten insandt gesetzt werden, ihren Verpflichtungen zu genügen, ihre Betriebe zu halten usw. Das war so nötig, daß für den Augenblick ein ganz schwerer Nachteil in den Kauf genommen werden mußte: der einer bösen Rechtsunsicherheit (wenigstens bei der Individualaufwertung). In den Verwirkungsfällen nun traf dieser Zweck der Aufwertung nicht zu. Da war ein Gläubiger, der durch sein Schweigen gezeigt hatte, daß er durch die Räte der Inflations- und Stabilisierungszeit auch ohne den Aufwertungsbeitrag durchgekommen war; für ihn wäre der Sieg im Aufwertungsprozeß nur ein freilich erfreulicher Profit gewesen. Der Schuldner aber hätte ohne die Aufwertungslast kalkuliert und kalkulieren dürfen. Für ihn hätte der Verlust des Aufwertungsprozesses schweren Schaden, oft die Gefährdung seiner wirtschaftlichen Funktionsfähigkeit bedeutet. Und um dieses Ergebnisses willen hätte man die Wirtschaft durch Verewigung der Aufwertungsprozesse heunruhigen sollen? Das wäre das Gegenteil einer sozialen Mspr. gewesen.

Damit scheint mir der Kern der Verwirkungsrechtsprechung erreicht: der Kl. hat durch längeres Schweigen gezeigt, daß er ganz gut ohne den Anspruch durchzukommen mußte. Der Bekl. hat mit der Duldung des Kl. gerechnet und rechnen dürfen, ihm würde seine Wirtschaftsgrundlage ohne Not angetastet. Dazu kommt als besonderes Merkmal der Aufwertungsfälle das wirtschaftliche Bedürfnis nach schnellster Vereinigung, aus dem sich insbesondere die sehr knappen Verwirkungsfristen erklären.

VI. Von hier aus fällt Licht auf Entsch., die ohne diesen Gedankengang kaum zu verstehen waren. Als Beispiel diene ein urheberrechtlicher Fall (1. Sen. v. 25. Juni 1930: JW. 1931, 430). Die Bekl. haben Opernführer herausgebracht, welche nach der m. E. richtigen Ansicht des RG. einen unerlaubten Eingriff in die Rechte der Textdichter und Komponisten darstellten. Sie berufen sich auf Verwirkung, da sie über 20 Jahre lang unangefochten geblieben seien. Sie werden aber verurteilt, weil durch den Rundfunk die Verletzungshandlungen eine völlig veränderte Bedeutung bekommen haben und ein Verhalten, das bislang unwichtig schien, jetzt die Kl. erheblich schädigt.

Wie denn? Die Ansprüche waren also vielleicht nach 15 Jahren verwirkt, und nur weil später der Rundfunk in Aufnahme kam, sind sie auf einmal wieder aufgelebt? Wie soll man sich dieses Aufleben vorstellen? Mit der individualisierenden Betrachtungsweise und mit der ihr entsprechenden begriffsjuristischen Methode wird sich m. E. das Urteil nicht rechtfertigen lassen.

Von unserem Standpunkt aus ist es richtig. Die Interessenlage hat sich verschoben, die Wertung der Stellung des Kl. stimmt nicht mehr. Sie konnten bislang ganz gut ohne die Ansprüche auskommen, infolge der wirtschaftlichen Veränderung aber geschieht ihnen jetzt schwerer Schaden. Ihre Unterlassungsklage ist daher gerechtfertigt, nicht dagegen würde es eine Schadenersatzklage für die Zwischenzeit sein. Das Zeitmoment in der Verwirkungslehre hat eben keine selbständige Bedeutung: wäre das der Fall, so müßten feste Fristen gefordert werden. Es ist nur Indiz des geringen Interesses des Kl. an der Geltendmachung seines Anspruchs.

Hat man das Ergebnis einmal, so kann man es freilich auch in der Sprache der Begriffsjurisprudenz ausdrücken: nicht das Recht ist verwirkt, auch nicht der Anspruch selber. Er darf nur nach der

Angabe der Jahreszahl) erschienen. Bei „Schnurrbiburr“ lagen somit die rechtlichen Bedenken überhaupt nicht vor, welche bei den ursprünglich ohne Verfasseramen erschienenen Werken nach der früher herrschenden Ansicht obwalteten. Für die jegige Kl. bestand also kein Zweifel daran, daß sie, soweit Stücke aus „Schnurrbiburr“ in Betracht kamen, schon 1913 auf Grund der ihr zustehenden urheberrechtlichen Befugnisse dieselben Ansprüche hätte erheben können, die sie erst mit der Klage geltend gemacht hat. Unterließ sie dies siebzehn Jahre lang, so könnte das nach Treu und Glauben und redlicher Verkehrssitte als Anzeichen dafür gedeutet werden, daß sie gegen die Herausgabe des „Kleinen Wilhelm-Busch-Albums“ überhaupt nichts einwenden wollte. Ob sich diese Auslegung nach den gesamten Umständen rechtfertigt, wird der Richter zu beurteilen haben, dem die Tatsachenwürdigung obliegt. Auch der Schriftwechsel aus dem Sommer 1913 wird dabei wiederum zu berücksichtigen sein. Zwar hat ihn das BU., bisher unter dem rechtlichen Gesichtspunkte des Verzichts, schon herangezogen. Dabei macht es jedoch eine Voraussetzung, die sich nicht mehr allgemein aufrechterhalten läßt. Die Beteiligten seien zur Zeit des Briefwechsels davon ausgegangen, daß die (sämtlichen) jetzt streitigen Texte und Zeich-

gegenwärtigen Lage nicht im Prozesse geltend gemacht werden: Exceptio doli generalis seu praesentis. Nicht als ob dem Kl. ein Vorwurf gemacht würde, sondern quia res dolum in se habet (vgl. dazu Siebert: JW. 1932, 942 Anm. zu RG. v. 27. Okt. 1932).

VII. Der Verkehrsbefehlsstand des Warenzeichen- und Wettbewerbsrechtes ordnet sich dem bisher Gesagten zwanglos ein. Der Ausdruck freilich ist nicht besonders glücklich und ist denn auch neuerdings (JW. 1933, 55) durch „Verkehrsbefehl“ ersetzt worden.

Der typische Tatbestand der Verwirkung ist gegeben: der Kl. hat durch längeres Zuwarten gezeigt, daß er im Wettbewerb auch ohne Verfolgung der Ansprüche durchkommen konnte. Stimmt das in einzelnen Fälle nicht, so würde der Bekl. zu verurteilen sein. Die Prozesse können nie aus der Interessenlage des Bekl. allein entschieden werden. Aber es stimmt sehr oft, namentlich bei Defensivzeichen (vgl. die Grammofoj-Entsch. v. 29. Okt. 1926: RG. 114, 360 = JW. 1927, 108). Der Bekl. hat einen wettbewerbslichen Tatbestand aufgebaut, dessen Aufgabe ihm einen unverhältnismäßigen Nachteil bringen würde. Sehr interessant ist in dieser Beziehung das Urteil des RG., das vom RG. durch Urk. v. 10. Mai 1932: JW. 1933, 54 mißbilligt wurde. Das RG. will die Verwirkung nur zulassen, wenn der Bekl. „seinen Geschäftsbetrieb auf das verlebende Zeichen aufbaute oder es wenigstens in den Vordergrund seiner geschäftlichen Betätigung stellte“. Wo ganz klar der Gedanke der wirtschaftlichen Funktionsfähigkeit. Die Formulierung schloß nun freilich über das Ziel hinaus, und das RG. erwiderte mit Recht, so könne die F. G. Farben sich nie auf Verwirkung berufen. Aber der Gedanke ist gesund, und wenn das RG. seinerseits nur verlangte, die Benutzung dürfe nicht derart bedeutungslos sein, daß sie so gut wie gar nicht in die Erscheinung trete, so formuliert es seinerseits viel zu eng.

Das ganze Problem der wettbewerbslichen Verwirkung kann in diesem Zusammenhang nicht aufgerollt werden. Nur auf eins sei hingewiesen: auch wenn die geschilderte Interessenlage gegeben ist, können doch andere wichtige Interessen des sozialen Lebens den Schutz des Bekl. als unangemessen erscheinen lassen. (Daß bei der Rechtsbildung zwischen zwei widerstreitenden Zwecken gewählt werden muß, ist eine häufige Erscheinung, sowohl bei der Gesetzgebung als bei der Rechtsfindung im Einzelfall.)

a) Der Schutz darf nicht zur Täuschung des Verkehrs führen. Gerade die Leitentscheidung, welche die neue objektive Mspr. einleitet (RG. 134, 38 = JW. 1932, 942), stellt diesen Gesichtspunkt stark in den Vordergrund.

b) Auf Seiten des Bekl. ist im Tatbestand ein subjektives Element enthalten: es ist jedenfalls erforderlich, daß er mit der Duldung des Kl. rechnen durfte. Das hat seinen guten Grund. Zwar macht es für die Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Funktionsfähigkeit des Bekl. keinen Unterschied, ob ihn ein Verschulden trifft oder nicht. Aber er hat dem Gesetz nicht gehorcht und damit das wichtigste Interesse der Rechtsgemeinschaft verletzt. Es ist kein gesundes Staatswesen denkbar, das nicht vom Staatsbürger Achtung vor der Rechtsordnung und also vor den anderen zugebilligten Rechten verlangte. Dieses Interesse ist an sich das Wichtigere. Verwirkung kann nur angenommen werden, wenn der Bekl. in dieser Richtung wenigstens leiblich entschuldigt ist. Traf ihn schon bei der Verletzung kein Verschulden, und durfte er auch seither mit der Duldung rechnen, so ist alles in Ordnung. Bei fahrlässiger Verletzung geht es auch noch, sofern der Bekl. mit der Duldung auch fernherin rechnen durfte. Bedenklich aber und nur in den seltensten Fällen zuzulassen ist eine Abwägung,

nungen infolge Zeitablaufes gemeinfrei geworden seien. Für „Schnurdrücker“ trifft das nicht zu. Dieses Werk war urheberrechtlich geschützt.

b) Das BG. erachtet sodann — an sich zutreffend — für erheblich die Frage: Ob und von wann ab die Bekl. annehmen durfte, die Kl. kenne das RGlrt. vom Febr. 1915 (RG. 86, 241) und gehe dennoch gegen das „Kleine Wilhelm-Busch-Album“ nicht vor. Darauf antwortet es: Die Bekl. habe zu einer derartigen Annahme niemals Anlaß gehabt. — Auch hiergegen erheben sich rechtliche Bedenken, weil gewisse für die Beurteilung des Sachverhalts wesentliche Erfahrungstatsachen unberücksichtigt geblieben sind.

Zu diesen Tatsachen der Lebenserfahrung gehört es, daß im buchhändlerischen Verkehr, namentlich im Verlagsbuchhandel, dem „Börsenblatt für den Deutschen Buchhandel“ eine sehr wichtige, ja beherrschende Rolle als Verbreiter sachmäßig wichtiger Nachrichten zukommt. Dieses i. J. 1834 vom Vereine der Buchhändler zu Leipzig gegründete, seit 1863 an allen Wochentagen erscheinende Blatt enthält nicht bloß die vom Vorstande des Buchhändler-Börsenvereins erlassenen Bef., sondern — außer einer Fülle geschäftlicher Anzeigen — die mannigfaltigsten Nachrichten, Aufsätze und Mitteilungen über Fragen und Geschehnisse, die für den Buchhändler von Belang sein können. Um dieser Bedeutung willen (auch das ist eine Erfahrungstatsache) pflegt das „Buchhändlerbörsenblatt“ in den Fachkreisen, an die es sich wendet, regelmäßig und aufmerksam durchgesehen zu werden.

Bei Verwertung dieser Tatsachen wäre — selbst ohne besonderen Hinweis der Bekl. — die Frage aufzutreten, ob nicht ein Ur. von so grundsätzlicher, eingreifender Bedeutung wie das vom Febr. 1915 über Werke Wilhelm Raabes im „Buchhändlerbörsenblatt“ hätte Aufnahme finden müssen, um die Fachkreise zweckentsprechend zu unterrichten. Als bald wäre dann gefunden worden, daß der Urteilspruch nebst Gründen tatsächlich in jenem Blatt mitgeteilt worden ist; und zwar

die um der Verwirkungsinteressen willen auch den vorsätzlichen Rechtsbrecher schützt. In diesem Punkte ist die RGRspr. m. E. viel zu weich<sup>2)</sup>.

8. Die typische Lage der Verwirkung kommt auch im Urheberrecht vor. Das zeigt schon der oben zu 6 besprochene Fall: hätte sich die Interessenlage nicht durch Einführung des Rundfunks geändert, so hätte vermünftigerweise die Klage abgewiesen werden müssen. Die Fälle zeigen einige Verwandtschaft mit den wettbewerbslichen, aber auch wichtige Abweichungen.

Vom „Verkehrsbesitzstand“ des Bekl. kann man auch hier reden: Der Verleger hat in den Nachdruck Material-, Satz- und Reklamekosten gesteckt, die erst allmählich, gerade im Verlagsverkehr z. T. erst nach recht langer Zeit wieder hereinkommen. Freilich wird hier „Verkehrsbesitzstand“ meist nicht „Verkehrsgeltung“ bedeuten (anders freilich in dem zu 6 besprochenen Falle, wo die Bekl. für ihre Operettenführer so etwas wie Verkehrsgeltung erlangt hatten). Meist bedeutet es nur die Tatsache, daß jemand mit fremdem Gut arbeitet und wohl auch schon ganz gut verdient hat. In solchen Fällen ist der größere Strenger am Platze. Schon wegen dieses Unterschiedes ist der allgemeine Hinweis in vorliegender Entsch. auf den „Verkehrsbesitzstand“ verfehlt.

In fast allen Fällen wird die Unterlassungsklage kurz nach Erscheinen des Nachdrucks viel ungünstiger wirken als später, wo mindestens ein Teil der Kosten wieder hereingebracht ist. Aber das ist auch in vielen Wettbewerbsfällen so. Hier zeigt sich eben, daß die tatsächliche längere Duldung ein Merkmal auf der Klager-, nicht auf der Beklagtenseite ist: es muß sich gezeigt haben, daß jener ohne die Ansprüche tatsächlich ausgekommen ist.

Mit dem Unterschied im Begriff des Besitzstandes hängt ein anderer Unterschied zusammen: der Nachdruck wird in der Regel ein anderer Verlagsartikel unter vielen sein, die Verfassung des Verwirkungs- einwands also selten so einschneidend wirken wie gerade in den wichtigsten Wettbewerbsfällen. (Auch hier freilich macht der zu 6 besprochene Fall eine Ausnahme: dort dürfte auf Seiten der Bekl. der Verwirkungsstatbestand gegeben gewesen sein.)

Noch wichtiger sind die Unterschiede auf Seiten des Kl. Während es sich im Zeichenrecht, insbes. bei den Defensivzeichen, häufig nur

auf der ersten Seite unter dem Titelpfopfe, leitartikelartig mit einleitenden Bemerkungen von Alexander Elster, augenfällig überschrieben: „Das RG. über die Nebenluftausgaben.“

Es bleibt zu würdigen, ob auch unter den Umständen der Kriegszeit die Bekl. damit rechnen durfte, die Kl. habe aus dem Fachblatte des Buchhandels den wesentlichen Inhalt des RGlrt. erfahren. Ist das zu bejahen, so muß endlich beurteilt werden, ob sich daraus — allenfalls im Verein mit der unter 2a erwähnten Tatsache — ergibt: zugunsten der Bekl. habe sich im Verlauf einer Reihe von Jahren seitdem ein befestigter Verkehrsbesitzstand gebildet, indem das „Kleine Wilhelm-Busch-Album“ auf dem Markt blieb, angezeigt, ausgelegt, bestellt, verkauft, gelesen wurde; ein Besitzstand, den jetzt zu befeitigen sich mit dem Grundsätze von Treu und Glauben und mit den Anforderungen redlicher Verkehrsätze nicht vertrüge. Bei der Würdigung nach den hier angedeuteten Richtungen wird noch zu beachten sein, daß die jetzige Kl. bereits i. J. 1910 ein Gutachten von Fuld über verwandte urheberrechtliche Fragen eingeholt, ihnen also schon früher besondere Aufmerksamkeit gewidmet hatte.

(U. v. 4. Febr. 1933; I 152/32. — Berlin.)

[Ra.]

(= RG. 139, 327.)

### 8. § 12 W b z G.

1. Liegt die unter dem früheren Markenschutzgesetz erfolgte Anmeldung der Eintragung nach dem W b z G. zugrunde, so ist jene für die Priorität maßgebend.

2. Die Priorität eines international registrierten Zeichens rechnet frühestens vom Beitritt Deutschlands zum Madrider Abkommen an.

3. Auch bei zwei Zeichen, die nebeneinander gehalten sich deutlich unterscheiden, kann eine Verwechslungsgefahr bestehen.

um Verletzung formalen Rechts handelt, wird in den Urheberrechtsfällen fortgesetzt fremdes Geistesgut, das dem Kl. geschützt ist, zu Unrecht verwandt, und es ist nicht so, daß der Bekl. sich dieses fremde Gut, wie ein Erkennungszeichen, durch Umgewöhnung des Verkehrs gleichsam zu eigen machen könnte.

Das RG. hat also vollkommen recht mit seiner Meinung, daß die Verwirkung im Urheberrecht nur ausnahmsweise in Betracht komme, und daß die Grundsätze des Wettbewerbs- und Warenzeichnungsrechts nicht ohne weiteres herübergenommen werden könnten. Das RG. wird uns früher oder später über die Grundsätze aufklären müssen, nach denen es die Verwirkung im Urheberrecht zu handhaben gedenkt. Es ist im Interesse der Rechtssicherheit zu bedauern, daß es die schöne Gelegenheit des vorliegenden Falles versäumt hat. Dabei wird ein Doppelpetz zu berücksichtigen sein:

a) Gerade im Urheberrecht wird sich leicht der Fall ereignen, daß der Verletzte ein neues schützenswertes Interesse an der Rechtsverfolgung gewinnt. Es ist kein Zufall, daß dieses Problem an einem urheberrechtlichen Fall zur höchstgerichtlichen Entsch. kam. Dabei wird es sich sehr oft nicht um wirtschaftliche, sondern um geistige Dinge handeln. So kann eine unerlaubte Aenderung, die der Urheber zunächst nicht für wichtig genug hielt, um sie zu verfolgen, durch irgendeine Wendung im geistigen Leben neue Wichtigkeit gewinnen. Hier wird man ihm sein Recht zu wahren haben. Hier überschneidet überdies ein anderes wichtiges Interesse die Interessenlage der Verwirkung: nämlich das Interesse an der Heinerhaltung unseres Geistesguts, dessen berufene Wähler die Urheber sind. Gerade dieser Gesichtspunkt wird in mancherlei Wendungen zur Einschränkung der Verwirkung führen müssen.

b) Das RG. hat mit Recht ausgesprochen, daß nicht notwendig alle Ansprüche aus einem Tatbestande gleichmäßig der Verwirkung unterliegen (ZB. 1931, 735). Auch dieser Gesichtspunkt könnte berufen sein, in der urheberrechtlichen Verwirkungslehre eine Rolle zu spielen. Es ist durchaus denkbar, daß in Fällen, in denen der Unterlassungsanspruch als verwirkt anzusehen ist, kein Anlaß besteht, dem Kl. auch den Bereicherungsanspruch für die Zukunft zu nehmen, was praktisch auf die Zubilligung einer angemessenen Lizenzgebühr hinauslaufen würde.

9. Die obigen Bemerkungen sollen natürlich nicht irgend abschließendes über die Verwirkungslehre sagen, sie sollen nur anregen, das Ding einmal von einer anderen Seite anzusehen. Die Arbeit, unser Recht und gerade auch unser Privatrecht neu durchzudenken, ist uns durch den neuen Staat aufgegeben. Je eher wir uns, auch in Einzelfragen, daran machen, desto besser.

Prof. Dr. de Boor, Frankfurt a. M.

<sup>2)</sup> Solcher Schutz ist in einer erschreckend langen Reihe von Fällen gewährt worden. Vgl. Ur. v. 28. Febr. 1930: RG. 127, 321 = ZB. 1930, 1694, v. 18. Sept. 1930: GewRSch. 1930, 1203, v. 24. Okt. 1930: GewRSch. 1931, 161, v. 30. April 1931: GewRSch. 1931, 861, v. 12. Mai 1931: GewRSch. 1931, 775, in denen mit dem reichlich schiefen Begriff der Wandlung der Bösgläubigkeit in Gutgläubigkeit gearbeitet wird, ferner v. 12. Jan. 1932: GewRSch. 1932, 308.

4. Die französische Bezeichnung „Le soleil“ für dieselbe Ware ist mit dem deutschen Bildzeichen „Sonne“ nicht verwechslungsfähig. †)

Der Kl. steht die Priorität an ihrem eine Sonne mit menschlichem Gesicht und Strahlenkranz darstellenden deutschen Bildzeichen im Vergleich zu dem international registrierten, eine Sonne mit starkem Strahlenglanz darstellenden Bildzeichen der Bekl. Nr. 15501 zu. Denn gemäß § 24 WbZG. ist das Zeichen der Kl. „unter dem Zeitpunkt der ersten Anmeldung“ unter dem früheren MarkenschutzG., dem 5. Sept. 1890 im Juli 1896 eingetragen worden, während das erst nach diesem Zeitpunkte, nämlich erst im Mai 1894 international registrierte Zeichen der Bekl. in Deutschland überhaupt erst seit dem Beitritt des Deutschen Reichs zum Madrider MarkenAbk. am 1. Dez. 1922 Zeichenschutz genießt. Danach beist die Kl. auch für ihre sechs anderen Warenzeichen, die auf Grund ihrer Anmeldung v. 1. Okt. 1921 im Jan. 1922 für sie in die Zeichenrolle des RPatA. eingetragen sind, die Priorität. Das BG. bejaht weiter die Verwechslungsgefahr der beiderseitigen Zeichen. Es stellt fest, daß das Bild der Sonne auf dem hier maßgebenden Warengelände als Kennzeichnungsmittel für die Herkunft kein verbrauchtes Motiv sei, daß es der Bekl. selbst auch nicht gelungen sei, ein einziges Zeichen, das hier schwächende Wirkung ausüben könnte, zu nennen. Dabei geht das BG. zeichenrechtlich zutreffend und in Übereinstimmung mit der Rspr. des esk. Sen. (z. B. JW. 1927, 1565) davon aus, daß für die Frage der Schwächung der Kennzeichnungskraft eines Zeichenmotivs dessen häufige Verwendung auf dem jeweilig in Betracht kommenden und höchstens noch auf einem benachbarten Warengelände entscheidend ist. Deshalb ist die an sich schon gegenüber der Feststellung des BG. tatsächlich unrichtige Behauptung der Rev., die Verwendung eines Sonnenbildes im gewerblichen Verkehr sei bei „allen beliebigen Waren“ nur ein schwaches Motiv, auch aus rechtlichen Gründen unbeachtlich.

Gegen die tatsächlich und rechtlich unangreifbare Feststellung des BG., daß die Sonne nicht als Beschaffenheitsangabe für Gemüsekonserven anzusehen ist, wendet sich die Rev. nicht, wohl aber gegen die Feststellung der Verwechslungsgefahr der beiden Sonnenbildzeichen der Parteien. Allerdings wäre kaum anzunehmen, daß diese Bildzeichen, falls die mit ihnen versehenen Dosen der Parteien in den betr. Geschäften nebeneinander vorrätig wären, also die Möglichkeit bestände, sie unmittelbar zu vergleichen, von dem Durchschnittskäufer selbst in der Eile des Geschäftsverkehrs verwechselt werden könnten, geschweige denn, daß in bezug auf sie eine Verwechslungsgefahr bestände. Aber von einem derartigen Standpunkt der Betrachtung ist diese Frage nach § 20 WbZG. nicht zu prüfen und zu entscheiden. Die mit den jeweilig in Betracht kommenden, sich gegenüberstehenden Zeichen versehenen Waren werden meist nicht in denselben Geschäften nebeneinander geführt, der Käufer ist daher regelmäßig zur Feststellung der Gleichheit oder Verschiedenheit der Herkunftszeichen durch unmittelbaren Vergleich nicht in der Lage. Er verfügt vielmehr nur über ein Erinnerungsbild, das bei ihm auf Grund des Eindrucks beim Anblick des einen Bildzeichens seinerzeit entstanden und in mehr oder minder verschwommener Form in seinem Gedächtnis geblieben ist. Dabei wird er sich erfahrungsgemäß die Darstellung selbst noch weniger genau gemerkt haben, wenn das Bildmotiv ihm geläufig ist und die Art der Darstellung für ihn nichts Auffallendes bietet. Der begriffliche Inhalt des bildlichen Kennzeichnungsmittels wird sich ihm dann im wesentlichen einprägen. Daß er als solchen beim Anblick des Bildzeichens der Kl. im Hinblick auf den Strahlenkranz die Sonne erkennt, hat das BG. jedenfalls für den Durchschnittskäufer festgestellt,

Zu 8. Das Ur. ist zutreffend und bringt keine neuen Rechtsausführungen.

Es wird kaum ein Motiv geben, das für sämtliche Waren gebraucht ist; dasselbe Motiv kann ein Zeichen für eine Ware zum starken (besser normalen), für eine andere zum schwachen machen. Bei schwachen Zeichen sind an die Verwechslungsgefahr erhebliche höhere Ansprüche zu stellen als bei normalen. Der Grundsatz aber, daß man zwei Zeichen nicht nebeneinander halten darf, wenn man über die Verwechslungsgefahr entscheiden will, gilt auch für das

wenn es auch nicht verkennet, daß das Bild mit Rücksicht auf das menschliche Gesicht auf der runden Scheibe von manchen als Mondbild aufgefaßt wird. Danach ist unter Zugrundelegung der Feststellung des BG. bei einem nicht unerheblichen Teil der in Betracht kommenden Verkehrskreise nur die Tatsache in Erinnerung geblieben, daß er gleiche Waren mit einem als Kennzeichnungsmittel verwendeten Sonnenbilde bereits gekauft hatte. Für diesen nicht unerheblichen und daher bei der Prüfung der Frage der Verwechslungsgefahr maßgebenden Teil der Durchschnittskäufer ist dann nach der weiteren Feststellung des BG. beim Anblick der gleichen Ware (Gemüse- und Fruchtkonserven) der Bekl., deren Verpackung mit ihrem Bildzeichen versehen ist, die Gefahr der Annahme gegeben, daß diese Ware gleicher Herkunft sei wie die früher gegebene, von der man nur noch weiß, daß sie auch ein Sonnenbild auf der Verpackung hatte.

Was die Rev. hiergegen vorbringt, liegt auf rein tatsächlichem Gebiete.

Danach hat das BG. die Bekl. mit Recht verurteilt zum Verzicht auf den Schutz ihres international registrierten Bildzeichens in Deutschland sowie zur Unterlassung der Verwendung dieses Zeichens im geschäftlichen Verkehr in Deutschland.

Weiter hat sich die Bekl. bei ihrer Werbetätigkeit, auf Schriftstücken, in Druckfachen und im sonstigen geschäftlichen Verkehr in Deutschland ihres Firmenschlagworts „Le Soleil“ bedient, außerdem bei dem Vertrieb ihrer Waren in Deutschland auf den Konservenbüchsen zusammen mit ihrem Bildzeichen. Das BG. gelangt auch zum Verbot der Verwendung dieses Firmenschlagworts in Deutschland im geschäftlichen Verkehr gemäß § 12 WbZG. Es stellt eine Verwechslungsgefahr dieses Wortes und des — oben behandelten — begrifflichen Inhalts „Sonne“ des Bildzeichens der Kl. fest. Es nimmt auf Grund der allgemeinen Lebenserfahrung an, daß ein sehr erheblicher Teil der in Betracht kommenden Verbraucherkreise den Ausdruck „Le Soleil“ ohne jedes Nachdenken ins Deutsche überträgt. Für diesen Teil besteht, soweit ihm in Erinnerung ist, ein Sonnenbild oder das Wort „Sonne“ als Kennzeichen der Herkunft schon auf anderen Konservenbüchsen gesehen zu haben, nach der weiteren Feststellung des BG. die Gefahr der Verwechslung. Gegenüber einer solchen Annahme hatte die Bekl. geltend gemacht, daß eine deutsche Firma nicht so töricht sein werde, ihre Erzeugnisse bei dem Vertriebe innerhalb Deutschlands mit französischer Bezeichnung zu versehen; schon daraus ergebe sich, daß es sich um verschiedene Erzeugungsorten handeln müsse, wodurch eine Verwechslungsgefahr ohne weiteres ausgeschlossen werde. Das BG. weist demgegenüber auf die noch immer in weiten Kreisen Deutschlands bestehende Ansitte hin, in deutschen Küchen zubereitete Speisen oder in Deutschland hergestellte Gemüsekonserven, z. B. petits pois (Kaiserschoten) mit französischen Namen zu belegen. Außerdem bemerkt das BG. hierzu, daß das späte Vorbringen jenes Gesichtspunktes durch die Bekl. trotz ihrer Beratung durch anerkannte Fachanwälte nicht gerade dafür spreche, daß sich derselbe ohne weiteres jedem deutschen Durchschnittskäufer aufrängen müsse. Wenn die Rev. demgegenüber geltend macht, nur die Anwendung der §§ 529, 279 RPD. hätte zur Zurückweisung dieses Gesichtspunktes führen können, auf diese GesVorschr. aber habe sich das BG. selbst nicht bezogen, so ist das durchaus verfehlt. Es handelt sich hier nicht um ein i. S. jener Vorschr. verspätet vorgebrachtes Angriffs- oder Verteidigungsmittel, sondern um eine Erwägung, die der Richter bei Prüfung der Verwechslungsgefahr in einem Falle wie dem vorliegenden pflichtgemäß von sich aus anstellen muß. Ebenso sind die Ausführungen der Rev. bzgl. der Verkehrsgeltung des Firmenbestandteils der Bekl. „Le Soleil“ rechtlich verfehlt. Sie

schwächste Zeichen. Denn der Verkehr sieht nun einmal regelmäßig die Zeichen nicht nebeneinander, sondern urteilt nach dem Erinnerungsbild.

Für richtig halte ich auch, daß der Verkehr bei Gemüsekonserven das französ. Wort „Le Soleil“ nicht mit dem Sonnenbild verwechselt. Bedenklicher wäre mir, ob nicht „Soleil“ und „Sonne“ verwechslungsfähig wären, zumal die Ausländerei leider noch stark in deutschen Kaufmannskreisen umgeht.

SenPräs. a. D. Dr. Baumbach, Berlin.



scheitern schon, ohne daß es auf die Art. des erf. Sen. in der Eskimo-Bier-, in der Manon- und in der Schweizer Eklid-Sache ankommt (RG. 117, 215<sup>1</sup>); 132, 380; MuW. XXXI, 373 ff.), an dem das Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes beherrschenden Grundsatz der Priorität. Denn die Kl. bezieht nach den obigen Darlegungen das zeitliche Vorrecht gemäß § 24 WbZG. Danach besteht ihr Zeichenschutz an dem Sonnenbildzeichen seit dem 5. Sept. 1890. Die Bekl. aber hat nach ihrer eigenen Angabe das Wort „Le Soleil“ als Firmenbestandteil in ihre belgische Firma überhaupt erst i. J. 1893 aufgenommen. Auch der Verwirkungseinwand ist vom BG. zutreffend und im übrigen mit tatsächlicher Begr. bechieden. Aber in der Annahme der Verwechslungsgefahr war dem BG. nicht beizutreten. Bei seiner dahingehenden Feststellung handelt es sich offensichtlich um eine Verkennung von Rechtsgrundsätzen. Die Begr., durch die das BG. zur Bejahung der Verwechslungsgefahr gelangt, ist zwar in sich logisch, aber das ist nicht allein entscheidend. Maßgebend ist vielmehr, daß sie im Verkehr besteht, d. h. daß der Durchschnittskäufer im mehr oder minder eilig sich abwickelnden Geschäftsverkehr dieser Gefahr unterliegt. Die Konstruktion des BG. setzt einen Denkprozeß voraus, der nun einmal im täglichen Geschäftsverkehr mit Waren von nicht erheblichem Wert, wie es Gemüse- und Früchtekonserven sind, nicht angestellt werden kann und daher auch nicht angestellt wird. So weit verbreitet ist die Kenntnis der französischen Sprache in den für diese Ware in Betracht kommenden deutschen Käuferkreisen nicht, daß diese gewissermaßen ohne Nachdenken den Ausdruck „Le Soleil“ ins Deutsche übertragen. Das wäre nicht einmal der Fall, wenn sich neben diesem Firmenbestandteil auch das Warenzeichen der Bekl. auf ihren Konservenbüchsen, Schriftstücken usw. regelmäßig befände. Dafür, daß das so ist, fehlt es aber auch an jedem Anhalt. Schon diese erste Stufe des erforderlichen Denkprozesses ist geeignet, starke Zweifel in die Richtigkeit des vom BG. an die Prüfung der Verwechslungsgefahr angelegten Maßstabes zu setzen. Dazu kommt aber der weitere, von der Bekl. betonte Gesichtspunkt, der, auf das erforderliche Maß herabgesetzt, jedenfalls doch dahin führt, daß es nicht gerade zu den täglichen und daher gebräuchlichen Erscheinungen gehören würde, daß eine deutsche Firma ihre Erzeugnisse bei deren Vertrieb innerhalb Deutschlands mit französischer Bezeichnung versehen würde. Gewiß gibt es gerade auch auf dem Gemüse- und Früchte-Konservenmarkt französische Bezeichnungen für deutsche Erzeugnisse, z. B. petits pois für Kaiserschoten und haricots verts für kleine grüne Bohnen, aber dabei handelt es sich doch schließlich um ziemlich eingebürgerte französische Bezeichnungen für die Ware selbst. Hier würde es sich dagegen um einen ganz neuen französischen Ausdruck handeln, der an sich unmittelbar mit dem Wesen und der Eigenart der Ware auch nach der Ansicht derjenigen Käufer, die ihn verstehen, nichts zu tun hat. Die Auffassung des BG. ist nach alledem eine zu künstliche Konstruktion, als daß sie dem Maßstabe entsprechen könnte, der für die Beurteilung der Frage durch den auf schnelle Entschlüsse eingestellten Verkehr anzulegen ist.

Daher mußte das Bestehen einer Verwechslungsgefahr des Bildzeichens der Sonne bzw. ihres begrifflichen Inhalts auf Seiten der Kl. und des Firmenschlagworts „Le Soleil“ der Bekl. verneint werden.

(U. v. 15. Nov. 1932; II 103/32. — Berlin.) [Ru.]

## b) Straffachen.

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

### I. Materielles Recht.

9. §§ 19 Abs. 2, 21 StGB. 3 Monate Zuchthaus sind stets in 4 Monate 14 Tage Gefängnis umzuwandeln.

Das SchwG. hätte zunächst die Strafen angeben müssen, die es als „an sich verwirkt“ angesehen hat. Nachdem hätte es diese Strafen innerhalb des im § 157 StGB. vorge-

sehenen Strafrahmens ermäßigen müssen (RGSt. 58, 380). Die wegen des ersten Meineides erkannte Einzelstrafe von 6 Monaten Gefängnis gibt zu rechtlichen Bedenken keinen Anlaß. Erfichtlich hat das SchwG. als an sich verwirkte Strafe 1 Jahr Zuchthaus festgesetzt, diese Strafe auf ein Drittel, also auf 4 Monate Zuchthaus ermäßigt und diese Strafe nach Maßgabe des § 21 StGB. in 6 Monate Gefängnis umgewandelt. Dagegen ist die wegen des zweiten Meineides festgesetzte Gefängnisstrafe von 5 Monaten bei Berücksichtigung der §§ 19 Abs. 2, 21 StGB. keine zulässige Einzelstrafe. Sie ist daher, weil der Angekl. insoweit auch benachteiligt ist, zu beseitigen. Im Falle einer Zurückverweisung der Sache könnte das SchwG. jedoch wegen der Vorschr. des § 358 Abs. 2 StPD. insoweit auf keine höhere Strafe als auf 5 Monate Gefängnis erkennen. Dies würde hinwiederum zur Folge haben, daß das SchwG., da auch eine nach § 157 StGB. ermäßigte Zuchthausstrafe stets nach vollen Monaten zu bemessen ist (RGSt. 60, 289), die an sich verwirkte Strafe von 1 Jahr Zuchthaus bis auf ein Viertel, also auf 3 Monate Zuchthaus ermäßigen und diese Zuchthausstrafe nach §§ 157 Abs. 2, 21 StGB. in 4 Monate 14 Tage Gefängnis umwandeln müßte. Nach der neueren Rspr. des RG. (vgl. II 1186/23, III 837/15, III 324/31) sind 3 Monate Zuchthaus stets in 4 Monate 14 — nicht 15 — Tage Gefängnis umzuwandeln. Da hiernach auf eine absolut bestimmte Strafe i. S. des § 354 Abs. 1 StPD. zu erkennen ist, hat das RevG. auf Grund dieser Best. insoweit durch Abänderung des Strafausspruchs selbst zu entscheiden. Dagegen ist das Ur. hinsichtlich der Gesamtstrafe aufzuheben und die Sache zur anderweiten Festsetzung einer Gesamtstrafe an die Vorinstanz zurückzuverweisen, da die Entsch. hierüber nur dem Patrichter zusteht.

(3. Sen. v. 15. Juni 1933; 3 D 578/33.)

[W.]

10. §§ 73, 48 StGB. Der Annahme einer fortgesetzten Handlung stehen innere Hemmungen, die den Täter nicht zur Aufgabung seines Gesamtvorsatzes veranlassen, nicht entgegen. Anstiftung zu einem zweiten oder späteren Einzelakt einer Fortsetzungstat ist möglich. †)

Wenn der Täter in verschiedenen Abschnitten desselben Verfahrens wiederholt durch die gleiche Aussage bewußt seine Eidespflicht verletzt, so ist es an sich schon naheliegend, daß beide Verbrechen in Fortsetzungszusammenhang stehen (JurRdsch. Rspr. 1927 Nr. 655). Auf keinen Fall genügt zu dessen Ausschluß die Feststellung, der Angekl. habe nicht gewußt, daß Ver. eingelegt würde. Denn dieses Nichtwissen schloß keineswegs den bestimmten oder bedingten Vorsatz aus, bis zur Beendigung des Verfahrens, in dem der Angekl. als Zeuge in Frage kam, falsch auszusagen und im Wiederholungsfalle an dieser Aussage festzuhalten. Die Tatmehrheit wurde nicht schon dadurch begründet, daß der BeschwF. den genauen Verlauf des Strafverfahrens nicht von vornherein übersehen konnte und nicht wußte, in welchen Abschnitten des Verfahrens er als Zeuge vernommen werden würde. Der Gesamtvorsatz wäre hinreichend bestimmt und begrenzt gewesen, wenn er sich nur vorgestellt hätte, daß er möglicherweise wiederholt als Zeuge über denselben Sachverhalt eidlich auszusagen haben würde, sei es in einem oder in verschiedenen Rechtszügen. Das Strafverfahren betraf einen vermeintlichen Einbruchsdiebstahl, der aber von den beiden Angekl. in betrügerischer Absicht vorgetäuscht war. Zudem war der BeschwF., bevor er zu Gericht geladen wurde, schon von der Polizei vernommen worden und hatte dort bereits die unwahren Angaben gemacht. Es konnte ihm daher, mindestens nach der polizeilichen Vernehmung, kaum entgangen sein, daß er als einer der wichtigsten Zeugen in Betracht kam und seine Aussage für den Ausgang des Verfahrens entscheidend

Zu 10. Die Entsch. lehrt m. E. wieder, daß bei dem Fortsetzungszusammenhang in Wirklichkeit nicht eine Tat vorliegt (weshalb es irreführend ist, von „fortgesetzter Handlung“ zu reden), sondern mehrere Taten deutlich voneinander unterscheidbar sind, die rein aus Billigkeitsgründen in einem einzigen Strafrahmen zusammengefaßt werden. Wäre es nicht so, dann wäre die Meinung verfehlt, daß „die Anstiftung des Haupttäters zu einem zwei-

<sup>1</sup>) SW. 1927, 3045.

sein könne. Eine wiederholte Vernehmung auch vor Gericht lag deshalb nahe.

Nun ist zwar festgestellt, daß L. vor dem zweiten wie vor dem ersten Gerichtstermin schwankend war und seine Bedenken erst vom Mitangekl. M. zerstreut werden mußten. Allein auch diese Feststellung steht der Annahme des Fortsetzungszusammenhangs nicht entgegen. Der erf. Sen. hat im Ur. II 1046/31 ausgesprochen: „Eine besondere Entschließung wird insbes. dann nötig sein, wenn nach Ausführung eines Teilaktes (der Fortsetzungstat) bei dem Täter Hemmungen auftauchen, die ihn zu der Erwägung veranlassen, ob er die geplante Tat dem ursprünglichen Gesamtvorsatz gemäß weiterhin durchführen sollte. Derartige Hemmungen stehen aber, wenn sie den Täter nicht zur Aufgabe seines Gesamtvorsatzes veranlassen, der Annahme einer fortgesetzten Handlung nicht entgegen; entscheidend ist vielmehr, ob die Hemmungen eine solche Stärke erreicht haben, daß sie den Täter zur Abstandsnahme von seinem Gesamtplan veranlassen, und ob demgemäß die weiteren Ausführungshandlungen nicht mehr auf Grund des ursprünglichen Gesamtvorsatzes, sondern auf Grund eines nach Aufgabe des ursprünglichen Planes gefaßten neuen Vorsatzes getätigt worden sind.“

Unterstellt man einmal, daß der Gesamtvorsatz vorhanden war, so würde dieser durch die Bedenken, die L. vor dem zweiten Gerichtstermin gekommen sind, nicht ausgegeben worden sein, L. wäre nur unschlüssig gewesen, ob er an ihm festhalten oder ihn fallen lassen und nunmehr die Wahrheit sagen sollte. Rechtlich möglich ist es, daß er bei und trotz Nichtaufgeben des Gesamtvorsatzes zu dem zweiten Meineid erneut angestiftet worden ist. Denn neben dem einheitlichen Vorsatz bedurfte es, als die Ladung zum Berufungstermin zugestellt war, einer neuen Entschließung zur Begehung des zweiten Meineides (RGSt. 58, 183; 66, 45). Nach der Rspr. des RG. ist so die Anstiftung des Haupttäters zu einem zweiten oder späteren Einzelaft einer Fortsetzungstat rechtlich möglich (RGSt. 17, 227; 34, 5; Ur. I 502/29, I 1052/29 [vgl. auch RGSt. 48, 206]).

(2. Sen. v. 10. Juli 1933; 2D 731/33.) [B.]

**\*\* 11.** § 148 StGB. Unter den Begriff „empfangen“ fällt nicht nur der abgeleitete Erwerb, sondern auch der Erwerb durch Fund, Diebstahl u. dgl. †)

Der Angekl. hat in einer Reihe von Geschäften kleine Einkäufe gemacht, dabei falsche Fünfmarskstücke in Zahlung

ten oder späteren Einzelaft einer Fortsetzungstat rechtlich möglich“ sei. Man kann zu einem Teil der Tat Beihilfe leisten und leistet damit Beihilfe zur ganzen Tat, man kann aber nicht zu einem Teil der Tat anstiften (der Rat, eine begonnene Tat weiterhin so oder so zu Ende zu führen, ist Beihilfe, nicht Anstiftung).

Es handelt sich aber im vorl. Falle gar nicht um „Einzelaft“ ein und derselben Tat. Es handelt sich vielmehr um jeweils in sich vollendete Verwirklichungen des Meineidtatbestandes. Im Hinblick auf den Haupttäter wird diese Summe von Tatbestandsverwirklichungen unter einem einzigen Strafrahmen zusammengefaßt; diesem einen Subjekt gegenüber scheint einheitlicher Strafausspruch und Strafvollzug (in einer Einheitlichkeit, die über die Einheit der Gesamtstrafe noch hinausgeht) angebracht. Für den Teilnehmer kommt dieser subjektive Gesichtspunkt nicht ohne weiteres in Betracht. Für ihn handelt es sich nur um gerade den Meineid, zu dem er anstiftet (was macht es für ihn aus, daß der Haupttäter schon eine Reihe ganz ähnlicher Meineide vorher geschworen hatte und deshalb der Versuchung zu neuer Tat leichter neigt war als irgendein anderer?). Nicht ganz abweisen kann ich bei diesem Falle die Frage, ob es angängig ist, den künstlichen und im Gesetz selber nicht vorgesehenen Begriff des Fortsetzungszusammenhangs auf Kosten des § 74 soweit auszuwehnen. Ja, ich wage die feyerliche Frage, ob es nicht überhaupt geboten ist, sich mit der schon im Gesetz vorgesehenen Möglichkeit, das Kernholz eines Angekl. auf einmal zu bereinigen: der Gesamtstrafe des § 74, zu begnügen.

Prof. Dr. Arthur Wegner, Breslau.

Zu 11. I. Die bekannte Streiffrage, ob § 148 StGB. derivativen Erwerb des abgehobenen Falsifikates voraussetzt, oder ob er auch Fälle trifft, in denen das Falsifikat durch Fund, Diebstahl u. a. m. erworben ist, beantwortet die vorstehende Entsch. im Sinne der wei-

gegeben und sich den Überschuß über den Kaufpreis herausgeben lassen; in einem Fall ist die Unechtheit des hingegebenen Geldstückes erkannt und dieses zurückgewiesen worden. Über die Herkunft des falschen Geldes hat der Angekl. angegeben, er habe eine Rolle mit 19 Fünfmarskstücken, die von dem Angehörigen einer Glückspielergruppe beim Erscheinen der Polizei weggeworfen worden sei, an sich genommen, ohne die Unechtheit des Geldes zu erkennen. Das LG. hat dies, da es nicht zu widerlegen war, zugunsten des Angekl. als wahr unterstellt, aber, entgegen der Behauptung des Angekl., auf Grund einer Reihe von Umständen für nachgewiesen erachtet, daß er die Unechtheit des Geldes nachträglich, und zwar schon vor dessen Herausgabe, erkannt hat. Auf Grund dieses Sachverhalts ist der Angekl. des teils vollendeten, teils versuchten Betrugs in Tateinheit mit einem Vergehen der Verschlebung von Falschgeld nach § 148 StGB. schuldig erkannt worden.

Die Rev. rügt unrichtige Anwendung des § 148 StGB. auf den festgestellten Sachverhalt, jedoch mit Unrecht.

Nach § 148 StGB. wird bestraft, wer nachgemachtes oder verfälschtes Geld als echtes empfängt und nach erkannter Unechtheit als echtes in Verkehr bringt. Im Schrifttum ist bestritten, ob unter den Begriff „als echtes empfangen“ lediglich der abgeleitete Erwerb fällt, oder ob auch derjenige das Geld „als echtes empfängt“, der es durch Diebstahl oder Fund erwirbt, ohne im Augenblick der Besitzergreifung die Unechtheit zu erkennen (vgl. Lischhausen und LpzKomm. Anm. 1 zu § 148 StGB. und das dort angeführte Schrifttum, insbes. Gerland, Die Geldfälschungsdelikte des deutschen Strafgesetzbuchs: VerS. 59, 264 ff.). Der erf. Sen. schließt sich der zweiten Meinung an.

Die Rev. macht geltend, eine solche Auslegung widerspreche dem Volksempfinden, das zwischen „empfangen“ und „finden“ unterscheide. Hieran ist so viel richtig, daß dann, wenn lediglich die aus dem Zusammenhang herausgenommenen Begriffe „empfangen“ und „finden“ einander gegenübergestellt werden, es dem Sprachgebrauch nicht entsprechen würde, den letzteren Begriff dem ersteren unterzuordnen. Bei der Gesetzesauslegung ist aber neben dem Wortlaut, also neben dem allgemeinen Sprachgebrauch, dem in Gesetzgebung und Rspr. üblichen und dem einem einzelnen Gesetz erkennbar zugrunde liegenden besonderen Sprachgebrauch, auch der Sinn des Gesetzes zu berücksichtigen, der sich aus der Entstehungsgeschichte, aus dem Zusammenhang mit anderen gesetzlichen Best. und aus dem Zweck des

teren zweiten Alternative. Die mit mustergültiger Klarheit begründete Entsch. bezieht auf den ersten Blick. Sie muß trotzdem abgelehnt werden, und zwar, wie sofort hervorgehoben werden mag, im wesentlichen deshalb, weil sie dem Zweck des Gesetzes nicht entspricht. Dies mag im folgenden darzulegen werden.

1. Das RG. begründet seine Ansicht einmal aus der Entstehungsgeschichte, dann, und zwar im wesentlichen, aus der Zweckbestimmung des Gesetzes. Der schwerwiegendste Einwand, der dieser Auffassung entgegensteht, ist nun offenbar der, daß der Wortlaut des § 148 mit ihr unvereinbar ist. § 148 spricht von Empfangen des falschen Geldes durch den Täter. Nach allgemeinem Sprachgebrauch setzt ein Empfangen ein Geben voraus, und es ist ohne weiteres klar, daß man nach allgemeinem Sprachgebrauch wirklich nicht sagen kann, der Dieb, der stiehlt, empfangt die gestohlene Sache. Nein, er empfängt sie nicht, er nimmt sie sich, genau wie der, der eine Sache findet und sie an sich nimmt. Das RG. ist sich dieser Schwierigkeit selbstverständlich bewußt. Es weist zunächst darauf hin, daß der allgemeine Sprachgebrauch für das Gesetz nicht unbedingt maßgebend zu sein braucht, da es einen speziellen Wortsin im Gegensatz zum allgemeinen Sprachgebrauch verwenden kann. Das ist zweifellos richtig, und so begreifen z. B. §§ 1 ff. StGB. unter dem Wort Handlungen auch Unterlassungen, was der allgemeine Sprachgebrauch nicht tut. Daß aber das Gesetz einem bestimmten Wort einen besonderen Sinn beilegt, kann niemals einfach angenommen werden, sondern muß aus dem Zusammenhang des Gesetzes unzweifelhaft nachgewiesen werden. Daß bei diesem Nachweis die Zweckbestimmung des in Betracht kommenden Rechtsatzes eine entscheidende Bedeutung spielen kann, soll zugegeben werden. Man wird auch dem weitgehenden Satz des RG. beipflichten können, durch Auslegung nach dem Sinn des Gesetzes seien alle Zweifel der grammatischen Auslegung, d. h. der Auslegung nach dem bloßen Wortlaut, zu beheben, ja, es könne so ein offenbar ungeschickt gewählter Wortlaut auch berichtigt werden. Allein zur Anwendung dieses Satzes ist erforderlich: Bei der ersten



der Begriff „als echt empfangen“ in den zuletzt erwähnten Paragraphen — allerdings ebensowenig eindeutig — jeden irgendwie gearteten Erwerb bezeichnen soll, der sich in Unkenntnis der Unechtheit vollzieht, daß also das Ges. mit dem Wort „empfangen“ nicht etwa nur den abgeleiteten Erwerb treffen will. In diesem Sinn hat auch schon das preuß. Obertribunal im Ur. v. 6. Dez. 1855 das Verhältnis der §§ 122, 123 PrStGB. aufgefaßt (vgl. GoldArch. 4, 248). Es möge noch bemerkt werden, daß im PrAR. Teil II Tit. 20 § 262 — vorbehaltlich der etwa nach § 260 verwirkten strengeren Bestrafung wegen Hilfeleistung zur Verbreitung der falschen Münzen durch den Münzfälscher — derjenige mit Strafe bedroht war, der die „ihm in die Hände gekommenen“ falschen Münzen öffentlich weiter ausgibt. Der Ertrag dieses alle Erwerbsarten deckenden Ausdrucks durch die Wendung „als echt empfangen“ ist auf die Ausdrucksweise im Art. 135 des Code Pénal zurückzuführen. Daß dabei nicht an eine Einschränkung gedacht war, ergibt sich aus den vorstehenden Ausführungen. Auch in den der Erlassung des RStGB. vorausgegangenen Kommissionsverhandlungen wurde zum Ausdruck gebracht, daß der Begriff „empfangen“ über den strengen Wortlaut hinaus ausgelegt und mindestens das „Finden“ einbezogen werden müsse.

Die hier vertretene Auslegung entspricht auch allein dem Zweck der erörterten Best. Durch jedes Inverkehrbringen falschen Geldes wird das Rechtsgut der Sicherheit des Geldverkehrs, das durch die §§ 146 ff. StGB. geschützt werden soll, verletzt. Wer vorsätzlich — in Kenntnis der Un-

Streitfrage ist im französischen Recht überhaupt nicht aufgetaucht) folgende Ausführungen (vgl. Garçon, Code pénal 1901—1906, art. 135 n. B 5): „Mais le législateur a considéré, avec raison, que la criminalité de l'agent était beaucoup atténuée par le fait qu'il avait reçu la pièce pour bonne. Sans doute, il cause un dommage à celui auquel il remet la fausse monnaie, mais il cherche surtout à reporter sur autrui le préjudice d'une tromperie dont il a été la première victime. C'est pourquoi l'art. 135 § 2 ne prononce contre lui qu'une amende...“ Der für das preußische Recht maßgebende, auf den Materialien aufgebaute Kommentar von Goldammer (Mat. zum StGB. § 123 Anm. 1) sagt ebenfalls ganz unmißverständlich: „Hier wird die Vorschrift ... des Art. 135 C. p. wiederholt. Erforderlich ist auch hier der dolus: es soll die Handlung bestraft werden, welche das damnum vitare durch den Schaden eines Dritten bezweckt.“ Es ist mithin nicht so, wie das RG. ver meint, daß den Gesetzgebern dieses Gesetzes in erster Linie, d. h. also auch die Fälle vorgeschwebt haben, „in denen jemand von einem anderen für irgendeine Gegenleistung gutgläubig falsches Geld bekommen hat und dieses nun abschleibt, um sich vor Schaden zu bewahren“. Es ist vielmehr so, daß der Gesetzgeber nur die Fälle des derivativen Erwerbs (also auch des Erwerbs durch Geschenk, eine Gegenleistung braucht nicht gegeben zu sein) ins Auge gefaßt hat, daß sein einziger Zweck war, die Tatsache des damnum evitare als strafmildernden Umstand zu verwerten. Da, wo ein damnum nicht entstanden ist, wie beim Diebstahl, Fund usw., verlagert mithin die Zweckbestimmung sowohl des französischen als auch des preußischen Rechtes. Allerdings hat sich das PrObTrib. auf den entgegengelegten Standpunkt gestellt, ohne indessen seine Entsch. in irgendeiner Weise zu begründen (GoldArch. 4, 248).

Was nun das RStGB. selbst anbelangt, so ergibt sich aus seiner Entstehungsgeschichte ebenfalls einwandfrei, daß auch für seine Zweckbestimmung das damnum vitare maßgebender Milderungsgrund sein sollte und nur er. Die Motive sprechen das deutlich aus, wenn sie die Wiederausgabe falschen Geldes dann ein Vergehen geringfügiger Art nennen, falls der Empfänger das Geld selbst als echt angenommen hatte. Wiederausgabe und Annahme sind Ausdrücke, die sich nur auf derivativen Erwerb beziehen können. Damit stimmt auch überein, daß in der Kommission der Versuch gemacht ist, dem § 148 einen erweiterten Inhalt zu geben. Man war sich darüber klar, daß § 148 nur auf derivativen Erwerb abgestellt sei, und wollte nun wenigstens die Fälle des Findens auch unter ihn subsumieren. Der Versuch mißlang, und es kam nur zu einem Beschluß der Kommission, einen Hinweis in die Motive aufzunehmen, wonach unter Empfangen auch das Finden zu verstehen sei. Dieser Beschluß ist nicht durchgeführt aus Gründen, die nicht mehr festzustellen sind. Mithin ist es bei dem Entwurf geblieben, und man kann unmöglich annehmen, daß sich die Zweckbestimmung des Entwurfs geändert habe, weil in einer Kommission ein Versuch gescheitert ist, dem § 148 einen erweiterten Inhalt zu geben. Man beachte übrigens, daß, selbst wenn man für den Tatbestand des Findens sich auf den Standpunkt des RG. stellen wollte, die vorstehende Entsch. nicht gebilligt werden kann,

echtheit — falsches Geld im Verkehr bringt, bedroht jenes Rechtsgut und ist strafwürdig. Das vorsätzliche Inverkehrbringen falschen Geldes als echt ist der gemeinsame Tatbestand, dessen beide Unterarten in den §§ 147, 148 mit Strafe bedroht sind, und zwar wird im § 147 mit härterer Strafe derjenige bedroht, der schon beim Erwerb des falschen Geldes die Unechtheit gekannt hat, im § 148 mit milderer Strafe derjenige, der beim Erwerb die Unechtheit nicht gekannt hat. Sicherlich haben dem Gesetzgeber bei der Wahl der milderen Strafandrohungen des § 123 PrStGB. und des § 148 StGB. in erster Linie die Fälle vorgeschwebt, in denen jemand von einem anderen für irgendeine Gegenleistung gutgläubig falsches Geld bekommen hat und dieses nun abschleibt, um sich vor Schaden zu bewahren. Hat aber der Gesetzgeber schon ein solches, der Schadensabwendung dienendes Verhalten unter dem Gesichtspunkt der Verletzung des Rechtsguts der Sicherheit des Geldverkehrs für strafwürdig erachtet, so wäre nicht einzusehen, weshalb er denjenigen von dieser Strafandrohung hätte ausnehmen wollen, der falsches Geld ohne Kenntnis der Unechtheit gestohlen oder gefunden hat und nach erkannter Unechtheit als echtes in Verkehr bringt, obwohl er hierbei keinen Schaden abwenden, sondern nur einen erhofften und in der Regel auf unredliche Weise gemachten Gewinn erhalten will. Ein Inverkehrbringen der letzteren Art, das gegenüber dem der bloßen Schadensabwendung dienenden Inverkehrbringen zweifellos strafwürdiger ist, könnte, da auch § 147 hierauf nicht zutrifft, bei der von den Gegnern vertretenen Aus-

weil die Kommission unter keinen Umständen die Tatbestände des Diebstahls usw. mit in Betracht ziehen wollte. Daß sich aber die Auffassung des RG. auch nicht in bezug auf den Tatbestand des Findens aufrechterhalten läßt, glaube ich nachgewiesen zu haben (vgl. hierzu Gerland, Geldfälschungsdelikte S. 124 f.).

3. Für das RG. bleibt nur noch ein, allerdings praktisch bedeutsamer Grund für seine Auffassung. Es kann nämlich nicht geleugnet werden, daß die von mir vertretene Auffassung zu einem unerfreulichen Resultat führen muß, auf das das RG. m. R. aufmerksam macht. Trifft § 148 nur Fälle derivativen Erwerbs, so können Tatbestände des nichtderivativen Erwerbs, bei denen aber der Dieb usw. die Unechtheit des Falsifikates nicht erkannt hatte, überhaupt nicht als Gelddelikte bestraft werden. Dann kommt nur zu dem ungereimten Ergebnis, daß der leichtere Fall als Gelddelikt, der schwerere Fall dagegen als solches nicht bestraft werden kann. Das ist bebauerlich, praktisch aber nicht so schlimm. Denn Bestrafung nach § 263 StGB. ist immerhin möglich, wie ja bei der ganzen Frage des § 148 nicht übersehen werden darf, daß sich die Strafbestimmung nach § 73 StGB. in den meisten Fällen nach § 263, nicht aber nach § 148 vollzieht, man möchte bei dem Strafmaß des § 148 beinahe sagen, glücklicherweise. Ubrigens scheint mir der vom RG. hervorgehobene Schönheitsfehler immer noch weniger groß zu sein als der, daß man einen Fall unter einen Privilegierungsstatbestand preßt, auf den die Privilegierungsgründe eben dieses Tatbestandes überhaupt nicht zutreffen. Mag dem nun aber sein, wie ihm will: Aus unseren Ausführungen ergibt sich m. E. zur Evidenz, daß der Gesetzgeber an die Fälle nichtderivativen Erwerbs nicht gedacht hat, und daß sich die Zweckbestimmung des § 148 daher auch nicht auf sie beziehen kann. Es liegt demnach eine offenbare Lücke im Gesetz vor, und zwar nicht, wie man annehmen könnte, im § 148, sondern im § 147. Lücken können aber, wie bereits ausgeführt, auch bei erkennbarem Fehler des Gesetzgebers durch korrigierende Auslegung nicht beseitigt werden. Lex falsa lex est. Die Entsch. des RG. scheidet an § 2 Abs. 1 StGB.

II. Hätten wir in Deutschland ein Präjudizialsystem, wie ich es seit langem befürworte, so wäre durch das Nachwort des RG. die Streitfrage erledigt, aber, wie sich aus unseren dogmatischen Ausführungen ergibt, in einer nicht zu billigen Weise. Würden doch Fälle privilegiert behandelt, die der Privilegierung keineswegs würdig sind. Werfen wir nun einen kurzen Blick auf die Entwürfe, so kann man nicht sagen, daß sie die Frage irgendwie gefördert hätten. An die Stelle des Empfangen tritt die Formulierung „als echt eingenommen“. Ob nun unter „Einnehmen“ auch die Fälle des nichtderivativen Erwerbs zu verstehen sind, ist wiederum nicht ganz unzweifelhaft. Denn man kann dem allgemeinen Wortlaut nach wirklich nicht sagen, der Finder habe 20 RM eingenommen, wenn er sie gefunden hat. Es ist auch charakteristisch, daß in den Kommissionsverhandlungen von 1929 kein Geringerer als Ebermayer den Zweck des § 217 Entw. (§ 148 StGB.) dahin bestimmt hat, man wolle diejenigen Fälle treffen, wo jemand angeschmiert sei, d. h. also doch nur die Fälle derivativen Erwerbs (vgl. 47. Sitzung des 21. Aussch. R. IV. Wählper. v. 8. März 1929 S. 5). Außerdem erweitern die Entw. die Privilegierung auf Fälle, in denen ein anderer

legung als Münzvergehen überhaupt nicht bestraft werden und müßte, wenn hierin nicht zugleich ein Betrug liegt, überhaupt straflos bleiben. Gerade eine solche Auslegung würde dem Volksempfinden widersprechen.

Der Tatbestand des § 148 StGB. ist hiernach im gegebenen Fall als erfüllt anzusehen.

Daß und weshalb zwischen einem Vergehen der Ab-schiebung von Falschgeld nach § 148 StGB. und einem durch die Abschiebung begangenen Betrug nach § 263 StGB. Tateinheit i. S. des § 73 StGB. gegeben sein kann, ist in RGSt. 54, 129 dargelegt. Im gegebenen Fall sind die Merkmale des fortgesetzten, teils vollendeten, teils versuchten, Betrugs ausreichend nachgewiesen.

Fundunterschlagung kommt nicht in Frage, da nach dem vom LG. unterstellten Sachverhalt angenommen werden muß, daß der ursprüngliche Eigentümer des falschen Geldes in der Absicht, auf das Eigentum zu verzichten, den Besitz des Geldes aufgegeben hat, daß also das weggeworfene Geld keine fremde, sondern eine herrenlose Sache war (§ 959 BGB.).

(FerSen. v. 27. Juli 1933; 2 D 651/33.) [Gn.]

## 12. § 230 Abs. 1, 2 StGB.

1. Fahrlässig verhält sich jemand, der einen angetrunkenen Menschen aus hellen Räumen hinausdrängt und ihn zwingt, eine dunkle, wenig begangene Seitentreppe zu benutzen, ohne zu prüfen, ob der Betrunkene diese Treppe gefahrlos betreten kann.

## 2. Keine erhöhte Haftung aus § 230 Abs. 2

das Falsifikat ausgibt, ein anderer es als echt angenommen hat, eine Ausdehnung, die ich für gänzlich unbegründet erachte. Überhaupt ist eine Privilegierung auf Grund des Motives des *damnum evitare* eine etwas zweifelhafte Sache, da doch immerhin recht unerfreuliche Fälle möglich sind, man denke etwa an den Erben des Falschmünzers, der zunächst in guten Glauben war. Da nun ferner die von uns behandelte Streitfrage durch eine Erweiterung des § 148 nicht beseitigt werden kann aus Gründen, die wir bereits entwickelt haben, da ferner der privilegierte Tatbestand des § 148 in Hinblick auf die §§ 263, 73 nur eine sehr beschränkte Bedeutung hat, so komme ich auf einen Vorschlag zurück, den ich vor Jahren gemacht habe (Geldfalschungsdelikte S. 176, 179) und den späterhin Kohler gleichfalls vertreten hat (Vergleichende Darstellung des Strafrechts, Bef. Teil, 3, 236 ff.). Man sollte das Inverkehrbringen falschen Geldes schlechthin unter Strafe stellen, den ganzen Tatbestand des § 148 streichen und ihn der Strafuntersagung überlassen. Gehen wir von dem Rahlfschen Entw. aus, so wäre in ihm § 217 einfach zu streichen, da § 215 Abs. 2 die Ausgabe falschen Geldes schlechthin straft, und § 215 Abs. 2 die Ausgabe falschen Geldes in Verkehr bringt, wird mit falsches oder verfälschtes Geld als echt in Verkehr bringt, wird mit furchtbar bestraft. Im Fall mildernder Umstände tritt Gefängnisstrafe nicht unter einem Monat ein."

Prof. Dr. Heinrich Gerland, Jena.

Zu 12. I. Die Beurteilung der Fahrlässigkeit entspricht — soweit die tatsächlichen Vorgänge aus dem Urte. ersichtlich sind — den in Wissenschaft und Spr. anerkannten Regeln. Nur in einer Richtung könnte ein Zweifel bestehen: Aus dem Urte. geht hervor, daß der aus dem Wirtschaftshaus verdrängte H. den Angekl. und seine Kameraden belästigt hatte. Das legt die Frage nahe, ob dem Angekl. auch unter diesen Umständen die an sich notwendige Rücksichtnahme zugemutet werden konnte oder ob nicht eine Notlage vorlag, die den Schuldbornurteil ausschließt. Aber davon abgesehen, daß die Anerkennung der Nichtzumutbarkeit als übergesetzlichen Schuldausschließungsgrundes auch bei fahrlässig begangenen Straftaten Bedenken begegnet — trotz RGSt. 30, 25 —, bietet doch die vorl. Entsch. keinen hinreichenden Anhalt dafür, daß hier ein normgemäßes Verhalten nicht zumutbar war. Dagegen spricht schon, daß der Angekl. den H. nicht nur aus dem Vereinszimmer, in dem er belästigt wurde, sondern aus der Wirtschaft überhaupt verdrängte, und daß er nicht die Hilfe des Wirtes und der Kellner in Anspruch genommen hat.

II. Weniger überzeugend sind die Ausführungen über die Anwendbarkeit des § 230 Abs. 2 RGSt.: Das Urte. läßt sich dahin aus, daß die vom Angekl. vorgenommene Handlung ihrer Art nach nicht in den Kreis der dem Täter obliegenden Amtshandlungen falle. Für die Anwendung des § 230 Abs. 2 wäre also nur dann Raum, „wenn

StGB., wenn ein polizeilicher Exekutivbeamter — ohne sich im Dienst zu befinden — einen Angetrunkenen durch fahrlässiges Verhalten verlegt.“

(2. Sen. v. 20. Okt. 1932; 2 D 1082/32.)

Abgedr.: JW. 1933, 911<sup>11</sup>.

\*\*13. § 243 Nr. 4 StGB. Als eine „zu Gegenständen der Beförderung gehörende Sache“ ist nicht eine Geldtasche anzusehen, die ein Kutscher in Ausübung seines Dienstes ständig bei sich am Leibe trägt.“

Der Angekl. hat dem Kutscher B., während dieser auf öffentlicher Straße einen Plattenwagen der Rikorsfabrik R. in B. fuhr, die umgehängte Geldtasche aufgeschnitten und daraus eine Geldscheintasche mit 70 RM Papiergeld entwendet. Der Kutscher war beim Ausfahren von Waren für seine Arbeitgeberin begriffen, das Geld hatte er hierbei unterwegs für diese eingekassiert. Die Strk. hat den Angekl. wegen schweren Diebstahls i. S. des § 243 Nr. 4 StGB., begangen unter den Voraussetzungen des Rückfalls, verurteilt. Sie hat das Vorliegen der Erschwerungsgründe der genannten Vorschr. damit begründet, daß nicht nur die Geldtasche, sondern auch das Geld als deren Inhalt eine „zu Gegenständen der Beförderung gehörende Sache“ gewesen sei, da es nicht dem Kutscher zum Verbrauch überlassen, sondern zur Beförderung und Ablieferung an den Arbeitgeber des Kutschers bestimmt gewesen sei; durch Aufschneiden der Geldtasche habe der Angekl. das Verwahrungsmittel für das in ihr enthaltene Geld gewaltsam geöffnet und damit die Verbindung zwischen dem

der Angekl. bei seinem Vorgehen gegen H. in Ausübung seines Amtes gehandelt hätte.“

Das Gericht hält somit diese Bestimmung für anwendbar:

1. wenn die Handlung, bei deren Begehung der Täter die erforderliche Sorgfalt außer acht gelassen hat, ihrer Art nach eine Amtshandlung darstellt, gleichgültig, ob er in Ausübung seines Amtes gehandelt hat oder nicht;

2. wenn der Täter als Beamter tätig geworden ist, mag die Handlung ihrer Art nach bei der Ausübung seines Amtes üblich sein oder nicht.

Diese Ansicht ist, so scheint uns, mit dem Zweck des Gesetzes nicht in Einklang zu bringen: Den in den §§ 222 Abs. 2 und 230 Abs. 2 enthaltenen Best. liegt die Erwägung zugrunde, daß die Ausübung von Amt, Beruf und Gewerbe besondere Erfahrungen und Kenntnisse, eine das gewöhnliche Maß übersteigende Sachkunde voraussetze und hervorrufe, und daß daraus eine Pflicht zu gesteigerter Sorgfalt und Aufmerksamkeit folge. So die ständige Spr. — Vgl. u. a. RGSt. 1, 203; 3, 84; 5, 74; 26, 54; 54, 234; GoldArch. 68, 273. Diese Überlegung trifft jedoch nur für solche Handlungen zu, die ihrer Art nach in den Kreis der in der Regel mit der Amtsausübung verbundenen Tätigkeiten fallen, durch die also der Amtsträger besondere Kenntnisse und Erfahrungen gewonnen hat. Nimmt der Beamte, wenn auch in Ausübung seines Amtes, gelegentlich eine Handlung vor, die nicht zu den eigentlichen Amtshandlungen gehört, so ist § 230 Abs. 2 unanwendbar. Allerdings scheint uns zweifelhaft, ob das Gericht in der Annahme recht hat, daß die hier begangenen Handlungen ihrer Art nach nicht in den Bereich der Amtstätigkeit fallen, und ob nicht gerade die Behandlung und Abfertigung Betrunkener zum Pflichtenkreis der Beamten gehört, die für die Erhaltung von Ordnung, Ruhe und Sicherheit zu sorgen haben. Wenn man aber diesen Standpunkt einnimmt, so ist die Anwendung des § 230 Abs. 2 auch dann ausgeschlossen, wenn der Angekl. in Ausübung seines Amtes gehandelt hat. Er hat dann nur eine Sorgfaltspflicht verletzt, die jedem obliegt, nicht dem Beamten im Gegensatz zu anderen Personen.

PrivDoz. Dr. Dahm, Kiel.

Zu 13. Die Stellungnahme des RG. in der vorl. Entsch. deckt sich sowohl mit der bisherigen Spr. wie mit dem Grundgedanken des § 243 Nr. 4 StGB. Bereits in seiner Entsch. Spr. 4, 693 ff. hat das RG. die Anwendbarkeit der speziellen Norm des Beförderungsdiebstahls für den Fall, daß Gegenstände von einem Transportmittel unter Verletzung gewisser Sicherheitsvorkehrungen gestohlen werden, von dem Vorliegen eines besonderen Schutzbedürfnisses abhängig gemacht, da der Zweck der Vorschr. dahin gehe, dem Verkehr auf Straßen und anderen allgemein zugänglichen Ortlichkeiten einen besonderen Schutz deshalb angebeihen zu lassen, weil es auch dem vorsichtigen Transportführer an solchen Orten schwer falle, „den von ihm angewandten Schutzmitteln auch noch eine unausgesetzte persönliche Überwachung hinzuzufügen“. Daraus folgt aber, daß der erhöhte Schutz dann nicht

Bewahrungsmittel, der Tasche, und dem Transportgegenstand, dem Geld, aufgehoben.

Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Der Zweck der Vorschr. des § 243 Nr. 4 StGB. ist, den auf öffentlichen Wegen und in öffentlichen Verkehrsanstalten befindlichen Beförderungsgegenständen, die durch besondere Befestigung, Bewahrung oder Verschluss gesichert sind, einen erhöhten Schutz zu gewähren, weil sie mehr als andere Sachen der Gefahr des Diebstahls ausgesetzt sind und weil es für den Transportführer schwer ist, derartige Gegenstände andauernd persönlich zu überwachen (RG. 4, 693; RGSt. 13, 245; 43, 317). Gegenstände der Beförderung sind solche, die befördert, d. h. von einem Ort an den anderen gebracht werden sollen. Darunter fallen im vorl. Fall zweifellos die dem Kutscher zur Ablieferung an die Kunden übergebenen Waren, zu deren Beförderung der von ihm geführte Wagen diente. Im Gegensatz hierzu stehen solche Sachen, die der Führer des Fahrzeuges während der Beförderung selbst an seinem Körper bei sich trägt. Sie können allerdings auch zu Gegenständen der Beförderung werden. Dazu ist aber erforderlich, daß der Befördernde selbst sie als Beförderungsgegenstände behandelt. Insbes. gehört dazu, daß er sie, wenn die Beförderung durch ein Transportmittel erfolgt, wie die eigentlichen Beförderungsgegenstände diesem anvertraut. Dies würde dann der Fall sein, wenn ein Kutscher z. B. ihm gehörige Kleidungsstücke zu den von ihm zu befördernden Sachen auf den Wagen legt und sie damit der besonderen Transportgefahr aussetzt. Hier aber befand sich die Geldtasche nicht auf dem Wagen, sondern der Kutscher trug sie ständig bei sich am Leibe. Schon daraus geht hervor, daß die Tasche von ihm selbst nicht als Gegenstand der Beförderung angesehen wurde, sondern daß sein Wille dahin ging, sie gerade von den Beförderungsgegenständen getrennt zu halten. Es würde auch der Verkehrsauffassung widersprechen, Sachen, die jemand, um sie zur fortbauenden Benutzung unmittelbar zur Hand zu haben, ständig am Leibe bei sich trägt, als Gegenstände der Beförderung zu bezeichnen. Für solche Gegenstände besteht auch kein innerer Grund, ihnen den besonderen Strafschutz des § 243 Nr. 4 StGB. zu gewähren, da bei ihnen die Lockerung des Gewahrsams und die besondere Schwierigkeit der Beaufsichtigung, die die erhöhte Diebstahlsgefahr begründen, wegfallen. Diese Auslegung des § 243 Nr. 4 entspricht auch der dem § 243 StGB. zugrundeliegenden Gesamtanschauung über die eine erhöhte Strafwürdigkeit des Diebstahls begründenden Tatumsstände, da der sog. Taschendiebstahl, dem der vorl. Fall nahe kommt, nicht unter diese Vorschr. fällt, auch wenn er auf öffentlicher Straße oder in öffentlichen Verkehrsanstalten oder Verkehrsmitteln begangen wird.

Hienach rechtfertigen die in dem angefochtenen Urte. getroffenen Feststellungen nicht die Annahme des Erschwerungsgrunds des § 243 Nr. 4 StGB.

(2. Sen. v. 26. Juni 1933; 2 D 373/33.) [Hn.]

14. § 244 StGB. Diebstahl im Rückfall. Der später erkennende Richter hat lediglich zu untersuchen, ob nach dem Inhalt des früheren Er-

Urte. greifen soll, wenn die entwendete Sache der erhöhten Gefahr gar nicht ausgesetzt war, sondern sich, wie im vorl. Falle, in der unmittelbaren und dauernden persönlichen Bewachung des Gewahrsamsinhabers befunden hat. Auf denselben Standpunkt haben sich dann auch der 1. und 2. Str.Sen. gestellt (RG. 13, 245; 6, 395), der 3. Str.Sen.: RG. 43, 317 ff., sowie der 4.: RG. 52, 322; 54, 194; 56, 98.

Daß dieser Standpunkt auch dem Willen des Gesetzgebers entspricht, hat das RG. mit Recht hervorgehoben. Allen qualifizierten Tatbeständen des § 243 ist eine besondere Schutzbedürftigkeit des angegriffenen Objekts eigentümlich, sei es mit Rücksicht auf die Angriffsart, sei es mit Rücksicht auf die besondere Gefahr der Entwendung, der das Objekt ausgesetzt ist. So auch im Falle des Transportdiebstahls. Bei ihm liegen die Gründe für die Straf-erhöhung außer im Objekt und der Art der Ausführung vor allem im Ort der Tat, insofern den auf öffentlichen Wegen oder in öffentlichen Verkehrsanstalten befindlichen Gegenständen deshalb erhöhter Strafschutz gewährt werden muß, weil sie mehr als andere Gegenstände der Gefahr des Diebstahls ausgesetzt sind (vgl. Goldschmidt, 61, 311 f. und Dilschneider zu § 243 Nr. 36). Liegt jedoch diese sich aus der Gewahrsamslockerung ergebende er-

kenntnisses die dort abgeurteilte Straftat nach der als Rückfallsbedingung vorausgesetzten ersten Bestrafung des Täters begangen ist.

Was die Rückfallsvoraussetzungen anlangt, so ist der Auffassung des LG., daß die materielle Gerechtigkeit der Vorbestrafung als solche niemals Gegenstand der auf die Rückfallsbedingungen beschränkten Entsch. des später erkennenden Richters sein könne, im Anschluß an die bisherige Rpr. des RG. (vgl. RGSt. 18, 116) beizutreten. Der Wortlaut des § 244 StGB. verlangt allerdings, daß der Täter nach der ersten Bestrafung abermals eine der in Frage stehenden Handlungen „begangen“ hat. Damit wird jedoch nicht ein Merkmal in dem Sinn aufgestellt, daß der später erkennende Richter die sachlichen Grundlagen der hierwegen bereits erfolgten Bestrafung selbständig nachzuprüfen und erneut festzustellen hätte. Aus dem im unmittelbaren Zusammenhang folgenden und von dem vorausgehenden nicht zu trennenden Erfordernis: „und wegen derselben bestraft worden ist“, ergibt sich vielmehr, daß die dem später erkennenden Richter obliegende Prüfung nach Maßgabe des früheren Erkenntnisses zu erfolgen hat. Der später erkennende Richter hat also lediglich zu untersuchen, ob nach dem Inhalt des früheren Erkenntnisses die dort abgeurteilte Straftat nach der als Rückfallsbedingung vorausgesetzten ersten Bestrafung des Täters begangen ist. Ein anderes ergibt sich im vorl. Fall auch nicht daraus, daß die zweite Bestrafung durch rechtskräftig gewordenen richterlichen Strafbefehl erfolgt ist. Allerdings unterliegt der im § 410 StPD. aufgestellte Grundsatz über die Rechtskraftwirkung eines Strafbefehls, gegen den Einspruch nicht rechtzeitig erhoben worden ist, gegenüber einem rechtskräftigen Urte. gewissen Einschränkungen (vgl. Löwe-Rosenberg, 18. Aufl., Anm. 3 zu § 410 StPD. und die dort angeführten Entsch.; ferner RGSt. 61, 290). Solche kommen aber jedenfalls insoweit nicht in Betracht, als es sich lediglich um die Tatsache der Bestrafung wegen der in dem Strafbefehl gekennzeichneten Straftat handelt.

(U. v. 18. Mai 1933; 2 D 452/33.)

[Hn.]

\*15. § 263 StGB.; § 27 PrPensG.; § 13 PrKommBeamtG. Der innere Grund dafür, daß in den Fällen des § 27 PrPensG. und des § 13 PrKommBeamtG. eine Ruhegehaltskürzung vorzusehen ist, liegt darin, daß das neue Einkommen ebenso wie das Ruhegehalt aus öffentlichen Mitteln fließt und diese, als Ganzes betrachtet, nicht doppelt belastet werden sollen, obwohl nur einer Körperschaft Dienst geleistet wird. Unterläßt der Ruhegehaltsempfänger die Benachrichtigung der für die Regelung des Ruhegehalts zuständigen Behörde von seiner Wiederverwendung im öffentlichen Dienst, dann macht er sich eines Betruges schuldig, wenn er kraft seiner neuen dienstlichen Stellung für die Benachrichtigung oder ihre Veranlassung verantwortlich ist. †)

Das Recht der preussischen Kommunalbeamten auf den Bezug von Pension ruht — ebenso wie bei den unmittelbaren

höhte Gefahr nicht vor, befindet sich der Gegenstand insbes. im normalen Gewahrsam einer Person, wenn auch des Transportführers, so würde es dem Sinne des Gesetzes widersprechen, seine Anwendbarkeit lediglich aus dem Grunde herzuweisen, weil die Tatbestandsmerkmale dem Wortlaute nach gegeben sind. Letzten Endes handelt es sich hierbei um den Gegensatz zwischen der Zweckbest. einer Strafnorm und ihrer rein begrifflichen Interpretation, um den Vorrang der teleologischen Auslegung gegenüber einer rein formalen Rechtsanwendung (vgl. hierzu besonders RG. 58, 314; Bindig, Lehrb., Bes. Teil I 384, II 571 N. 5 und Schwinge, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, 1930, besonders S. 41 ff., 47 ff.). Der Zweckgedanke einer Strafnorm aber kann nur aus ihrem Schutzbereich und aus den legislativ-politischen Erwägungen über die besondere Schutzbedürftigkeit dieses Objekts erschlossen werden. Prof. Dr. Bohne, Köln.

Zu 15. Der Fall liegt rechtlich gleich dem Fall, daß jemand, der der Erwerbslosenunterstützung bezieht und entlohnte Arbeit annimmt, der die Auszahlung der Unterstützung veranlassenden Behörde keine Mitteilung davon macht, daß er aus Arbeit Einkommen

Staatsbeamten —, wenn und solange ein Ruhegehaltsempfänger im Reichs-, Staats- oder in einem sonstigen öffentlichen Dienst ein Dienst Einkommen bezieht, insofern, als der Betrag des neuen Dienst Einkommens unter Hinzurechnung des zuvor erdienten Ruhegehalts den Betrag des von dem Beamten vor der Beförderung in den Ruhestand bezogenen Dienst Einkommens übersteigt. Bei der Berechnung des früheren und des neuen Dienst Einkommens sind die Aufwandschädigungen und die jederzeit widerruflichen Zulagen für eine Tätigkeit bei bestimmten Behörden nicht in Ansatz zu bringen. Dagegen sind sowohl dem früheren und dem neuen Dienst Einkommen als auch dem Ruhegehalt die daneben nach dem Familienstand zahlbaren Beihilfen und die zur Anpassung an die allgemeine und die örtliche Wirtschaftslage zur Zeit der Verwendung gewährten Zuschläge hinzuzurechnen. Nach Ortsklassen abgestufte Dienst Einkommenssteile sind in dem früheren Dienst Einkommen mit den für den Ort der Verwendung maßgebenden Sätzen zu berücksichtigen (§ 27 PrPensG.; § 13 PrKommBeamtG.; Art. IV und IX des preuß. Gesetzes über Änderungen der Dienst- und Versorgungsbezüge der unmittelbaren Staatsbeamten v. 12. Juli 1923 [GS. 305, 310, 312]). Diese Vorschriften können durch besondere Vereinbarungen, die die Umgehung des Gesetzes bezwecken, nicht abgeändert werden (RG. 123, 208, 211 unten). Darüber, welcher Teil des Dienst Einkommens eine Dienstaufwandschädigung ist, entscheidet, soweit nicht bindende Vorschriften hierzu bestehen (vgl. §§ 12, 43 PrBefG.), an sich allerdings die Anstellungsbehörde unter Ausschluß des Rechtswegs (RG. 90, 259, 266, 267). Doch sind bei der Berechnung der Kürzung solche Beträge in Ansatz zu bringen, die zwar als Dienstaufwandschädigung bezeichnet sind, tatsächlich aber nicht zur Deckung eines Dienstaufwands, sondern zur Bestreitung des Lebensunterhalts dienen, also nur zu dem Zweck, zu dessen Erreichung das Gehalt bestimmt ist (RG. 90, 259, 267, 268 und das dort angeführte, im PrVerwBl. 20, 493, 494 abgedruckte RGLrt. des 4. ZivSen. v. 24. April 1899). Der innere Grund dafür, daß in den Fällen des § 27 PrPensG. und des § 13 PrKommBeamtG. eine Ruhegehaltskürzung vorgesehen ist, liegt darin, daß das neue Einkommen ebenso wie das Ruhegehalt aus öffentlichen Mitteln fließt und diese, als Ganzes betrachtet, nicht doppelt belastet werden sollen, obwohl nur einer Körperschaft Dienst geleistet wird (vgl. RG. 84, 364, 369<sup>1</sup>); 90, 259, 266 oben). Hiermit unvereinbar ist der von der Rev. geltend gemachte Gesichtspunkt, die Stadt T. hätte keine Veranlassung gehabt, dem Angekl. eine Gehaltserhöhung zu bewilligen, die letzten Endes der Großstadt D. zugute gekommen wäre. Die Gemeinde, die einen im Ruhestand befindlichen Beamten einer anderen Gemeinde anstellt und dessen Dienstleistungen empfängt, hat diesem Beamten die ihm nach Landes- und Ortsgesetz für seine Leistungen zustehenden Bezüge zu gewähren ohne Rücksicht darauf, ob die Gemeinde, die dem Beamten Ruhegehalt schuldet, hiervon Vorteile hat; denn das Gesetz will eben in einem solchen Fall die das Ruhegehalt zahlende Gemeinde, für die der Ruhegehaltsempfänger nicht mehr arbeitet, auf Kosten der Gemeinde, die die Dienste des Ruhegehaltsempfängers in Anspruch nimmt, entlasten.

hat. Die ständige Praxis der Gerichte entsprechende Beurteilung solcher Schwarzarbeiter wegen Betruges unterliegt im Hinblick auf die gesetzliche Verpflichtung, in dem in Rede stehenden Fall dem Arbeitsamt Mitteilung zu machen (§§ 176 Ziff. 2 und 259 ArbBermG. i. d. Fass. v. 26. Juli 1930), keinen Bedenken. Dasselbe gilt von dem im vorl. Ur. behandelten Fall ohne weiteres dann, wenn der Ruhegehalt empfangende Kommunalbeamte von einer anderen Gemeinde in entgeltliche Dienste genommen wird und kraft seiner neuen dienstlichen Stellung für die Benachrichtigung der für die Regelung des Ruhegehaltes zuständigen Behörde verantwortlich ist. Denn dann ist die rechtliche Verpflichtung zur Mitteilung gegeben, deren Nichterfüllung anerkanntermaßen strafbare Unterlassung bedeutet. Man wird aber auch in dem Falle einen durch Unterlassung begangenen Betrug annehmen müssen, wo der Ruhegehaltsempfänger in Kenntnis des Umstands, daß eine Kürzung geboten und nur infolge einer an sich nicht ihm selbst zur Last zu legenden Nichtbenachrichtigung der betr. Behörde oder Kasse unterblieben ist, sich das ungefürzte Ruhegehalt unter Verschweigung der gebotenen Kürzung voll auszahlen läßt. Das RG. spricht

<sup>1</sup>) ZAB. 1914, 686.

Von der Wiederbeschäftigung eines Ruhegehaltsempfängers im öffentlichen Dienst hat in erster Linie diejenige Behörde, die den Ruhegehaltsempfänger anstellt, der für die Regelung des Ruhegehalts zuständigen Behörde oder, wenn diese nicht bekannt ist, der zahlenden Kasse von der Anstellung unter genauer Bezeichnung der neuen Dienststellung und der bewilligten Bezüge und unter Beachtung der Vorschriften des § 27 Abs. 3 PrPensG. Nachricht zu geben; dasselbe gilt für alle Veränderungen im Dienstverhältnis und in den Bezügen (vgl. ZME. v. 5. April 1909, A a I Nr. 4 und 5 [PrZMBI. 81]). Der Ruhegehaltsempfänger selbst ist zu solcher Benachrichtigung oder ihrer Veranlassung jedenfalls dann verpflichtet, wenn er kraft seiner neuen dienstlichen Stellung hierfür verantwortlich ist; in der Unterlassung der Benachrichtigung kann dann die Unterdrückung einer wahren Tatsache durch rechtspflichtwidriges Verschweigen i. S. des § 263 StGB. liegen. Aber auch darin kann eine Täuschungshandlung i. S. des § 263 StGB. gelegen sein, daß der Ruhegehaltsempfänger in Kenntnis des Umstands, daß eine Kürzung geboten und nur infolge Nichtbenachrichtigung der betreffenden Behörde oder Kasse unterblieben ist, das ungefürzte Ruhegehalt wider Treu und Glauben unter Verschweigung der gebotenen Kürzung abhebt, überweisen läßt oder entgegennimmt. Die zum Tatbestand des Betrugs gehörende Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, wird — entgegen der Annahme der Rev. — nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Beamte dem nunmehrigen Dienstgeber gegenüber einen Anspruch auf Zahlung eines Gehalts in bestimmter Höhe hat; nicht dacin kann der rechtswidrige Vermögensvorteil liegen, daß er sich das verdiente Gehalt zahlen läßt, wohl aber darin, daß er die dem Gesetz entsprechende Kürzung des Ruhegehalts vereitelt.

(ZerSen. v. 21. Juli 1933; 1 D 808/33.)

[Sn.]

**16.** §§ 267, 348 ff. StGB. Amtsunterschlagung. Falschbeurkundung. Eine straflose Nachtat kommt nur in Betracht, wenn der Täter eines Eigentumsvergehens sich auf die Wertung oder weitere Ausbeutung des durch die Straftat bereits Erlangten beschränkt.

Das angefochtene Ur. führt aus: soweit dem Angekl. zur Last gelegt werde, als Beamter ihm amtlich anvertraute und zugängliche Postanweisungen und Zahlkarten vernichtet und beiseite geschafft und verfälscht zu haben, um sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen, liege eine straflose Nachtat zu der vollendeten schweren Amtsunterschlagung vor; der Angekl. habe von vornherein nicht den auf die Vernichtung, Beiseiteschaffung und Verfälschung gerichteten Vorsatz gehabt, vielmehr die lediglich beiseitegelegten Urkunden alsbald ordnungsmäßig weiterleiten wollen; erst als ihm dies aus Mangel an Geldmitteln und wegen einer drohenden Rev. nicht möglich gewesen sei, habe er sich zur Vernichtung und Verfälschung der Urkunden entschlossen, um die begangene Unterschlagung, durch die er bereits das Geld erlangt hatte, zu verdecken und sich so der Bestrafung zu entziehen; er habe somit nur die durch die Unterschlagung geschaffene Lage benutzt und den früheren Vorsatz weiter betätigt.

Diese Rechtsauffassung unterliegt rechtlichen Bedenken.

hier von einer nach Treu und Glauben bestehenden Pflicht zum Reden. Während es in früherer Zeit stets ausgesprochen hat, daß Treu und Glauben im Verleher für sich allein eine Rechtspflicht nicht begründet, hat es in neuerer Zeit diesen Standpunkt allmählich immer mehr verlassen. Wie beim Betruge so geht auch sonst das RG. in wachsendem Maße dazu über, die rechtliche Pflicht zum Handeln unter sittlichen Gesichtspunkten zu begründen und da, wo es bei der rechtlichen Pflicht als alleiniger Grundlage stehen bleibt, mutet die Konstruktio einer solchen Rechtspflicht nicht selten künstlich an. Man wird sich der neuen weiteren Auffassung des RG. nicht entgegenstellen wollen. Denn es entspricht in der Tat einer gesunden Volkanschauung, für die Strafbarkeit der Unterlassung nicht reine Rechtspflichten zum Handeln entscheiden zu lassen, vielmehr darauf abzustellen, ob es dem Unterlassenden nach der Gesamtlage der Verhältnisse bei Anlegung eines den Belangen der Volksgemeinschaft zu entnehmenden Maßstabes zugemutet werden konnte, zu handeln. Zu den Ausführungen des RG. über den von dem Ruhegehaltsempfänger erstrebten rechtswidrigen Vermögensvorteil ist nichts zu bemerken.

SenPräf. Prof. Dr. R I e e, Berlin.

Das Beiseiteschaffen oder Vernichten einer Urkunde kann sich zwar als straflose Nachtat darstellen, wenn es der Unterschlagung der Urkunde zeitlich nachfolgt (RGSt. 59, 175). So lag aber der Fall nicht, denn der Vorfall des Angekl. war nicht auf die Unterschlagung der Postanweisungen und Zahlkarten gerichtet; die Erörterung der Amtsunterschlagung im Urte. erstreckt sich auch nur auf das unterschlagene Geld. Es ist daher nicht richtig, daß der Angekl. bei der Urkundenvernichtung „die durch die Unterschlagung geschaffene Lage benützt und den früheren Vorfall weiter betätigt hat“. Nach der Rspr. des RG. kommt eine straflose Nachtat nur in Betracht, wenn der Täter eines Eigentumsvergehens sich auf die Verwertung oder weitere Ausbeutung des durch die Straftat bereits Erlangten beschränkt. Die außerhalb dieses Bereichs liegenden weiteren Handlungen des Täters sind nicht als straflose Nachtat anzusehen, sondern unterliegen, wenn sie für sich einen strafbaren Tatbestand begründen, besonderer Bestrafung (vgl. RGSt. 60, 371; RG.: JW. 1928, 2141<sup>27</sup> und Urte. v. 6. April 1933, 3 D 366/33). Bei der erneuten Verhandlung wird zu beachten sein, daß Straftaten, die an sich zueinander im Verhältnis der Tatmehrheit stehen, durch eine Tat, zu denen jede von ihnen in Tateinheit steht, gleichfalls zur Tateinheit verbunden werden (vgl. u. a. RGSt. 66, 117 [120] und die dort angeführten Entsch.). Die Untersuchung wird sich darauf zu erstrecken haben, inwieweit die nach §§ 348 Abs. 2, 349 StGB. strafbaren Handlungen tateinheitlich zusammentreffen mit solchen gegen die §§ 350, 351, 354 StGB. (vgl. RGSt. 59, 174 u. 339; 65, 104; 49, 137). Möglicherweise wird auch zwischen den Verbrechen gegen § 351 einerseits, §§ 267, 268 StGB. andererseits Tateinheit in Betracht kommen, soweit die fälschlich angefertigten Postanweisungen und Zahlkarten als Belege für die postamtlichen Register Verwendung fanden. übrigens trifft die Annahme des LG., daß sich der Angekl. der schweren Privaturlundenfälschung i. S. der §§ 267, 268 StGB. schuldig gemacht habe, nach dem festgestellten Sachverhalt nicht durchweg zu. Sie ist nur hinsichtlich derjenigen Fälle rechtlich bedenkfrei, in denen er Empfangsbescheinigungen von Personen, denen er Geld auszahlen sollte, fälschlich angefertigt und von ihnen i. S. des § 267 Gebrauch gemacht hat. Die fälschliche Anfertigung sowie die Verfälschung von Postanweisungen und Zahlkarten war dagegen Fälschbeurkundung i. S. des § 348 Abs. 1 oder Verfälschung öffentlicher Urkunden i. S. des § 267 StGB. (zu vgl. RGSt. 24, 130; 67, 90; RG. v. 13. Juli 1926: JurAbsh. 1916 Nr. 1787).

(3. Sen. v. 22. Mai 1933; 3 D 509/33.) [Hn.]

**17. § 331 StGB.** Die objektive Pflichtwidrigkeit einer Handlung steht der Annahme, daß sie in das Amt des Handelnden einschläge, nicht entgegen.

Im angefochtenen Urte. ist zwar rechtsirrtumsfrei festgestellt, daß die Handlung, für welche die Angekl. von der polnischen Zollbehörde Geldgeschenke angenommen haben, eine Verletzung ihrer Amtspflicht enthielt, weil sie trotz ihrer allgemeinen Verpflichtung zur Bekämpfung des Schmuggels nach Polen nicht befugt waren, sich unmittelbar mit den polnischen Zollbeamten in Verbindung zu setzen und ihnen Mitteilungen zu machen, auf die sich ihre Pflicht zur Amtsverschwiegenheit bezog. Zur Erfüllung des Tatbestandes des § 332 StGB. fehlte es aber an dem Bewußtsein der Angekl. von der Pflichtwidrigkeit. An diese tatsächliche Feststellung ist das RevG. gebunden.

Die bisherigen Urteilsfeststellungen stehen aber der Anwendung des § 331 StGB. nicht entgegen. Denn auch eine pflichtwidrige Handlung kann eine noch „in das Amt einschlagende Handlung“ sein (RGSt. 56, 401; 36, 66). Bisher ist festgestellt, daß den Angekl. als den Leitern der Güter- und der Eilgutabfertigung die Pflicht oblag, Maßnahmen zur Unterbindung des Schmuggels nach Polen zu treffen. Jede Tätigkeit, die die Angekl. in ihrer Eigenschaft als amtliche Leiter des Güterverkehrs ausübten, um den Schmuggel nach Polen im Bahngüterverkehr zu verhindern oder aufzudecken, war daher eine Handlung, die in ihr Amt einschlug, mochten sie sich dabei in den Grenzen ihrer Dienstweisung

halten oder sie unbefugt überschreiten. Indem sie polnische Zollbeamte auf einen nach Polen rollenden, mit Schmuggelgut beladenen Eisenbahnwagen unmittelbar aufmerksam machten, haben sie somit eine Handlung vorgenommen, die in ihr Amt einschlug. Die festgestellte objektive Pflichtwidrigkeit steht dieser Annahme nicht entgegen. Daß die Angekl. sich der Pflichtwidrigkeit bewußt waren, konnte bisher nicht festgestellt werden. Aber der § 331 StGB. verbietet den Beamten gerade, für eine in das Amt einschlagende, an sich pflichtwidrige Handlung Geschenke anzunehmen. Eine Genehmigung zur Annahme der Belohnungen, welche die Rechtswidrigkeit hätte ausschließen können, war den Angekl. von ihren Vorgesetzten nicht erteilt worden. Sollte, wie bisher, das Bewußtsein von der Pflichtwidrigkeit der Mitteilung wiederum nicht festzustellen sein, so würde die objektive Pflichtwidrigkeit der Anwendung des § 331 StGB. nicht entgegenstehen.

(2. Sen. v. 29. Juni 1933; 2 D 632/33.) [W.]

**18. Grenzlegung zwischen § 350 und § 243 Nr. 4 StGB.** Der aus Bindfaden und Plombe bestehende Postbeutelverschluss ist als öffentliche Urkunde, die unbefugte Durchschneidung und Entfernung des Bindfadens nebst Plombe als Urkundenvernichtung zu beurteilen.

In dem Bahnpostwagen, in dem der Angekl. arbeitete, wurden plombierte Briefbeutel für andere Dienststellen mitgeführt, die der Angekl. nicht zu bearbeiten, sondern so, wie sie ihm übergeben worden waren, an den Empfangsstationen abzuliefern hatte. Sie waren in der Weise verschlossen, daß jeder Beutel mit einem Bindfaden zugebunden und dieser mit einer Plombe versehen war, auf der sich die Nummer des betreffenden Bahnpostamts befand. In 3—4 Fällen hat der Angekl. einen solchen Beutel unbefugt geöffnet, indem er den Bindfaden durchschnitt und ihn mit der Plombe in einen Kasten für verbrauchte Plomben warf, der sich im Bahnpostwagen befand. Er hat dann die ihm hierdurch zugänglich gewordenen Briefe befüllt und, wenn er Geld darin vermutete, geöffnet, das Geld herausgenommen, die Briefe wieder verschlossen und in den Beutel zurückgelegt, den Beutel mit einem neuen Faden zugebunden und diesen Faden mit einer neuen Plombe des Bahnpostamts plombiert. Das LG. hat hierin ein fortgesetztes Verbrechen nach §§ 348 Abs. 2, 349 StGB. in Tateinheit mit § 133 Abs. 2, Verletzung des Briefgeheimnisses nach § 354 und schwerem Diebstahl nach § 243 Abs. 1 Nr. 4 gefunden.

Unbedenklich ist die Anwendung der §§ 133 Abs. 2 und 354 StGB.

Zu billigen ist ferner, daß die Wegnahme des Geldes aus den in den plombierten Beuteln befindlichen Briefen mittels Abschneidens des an den Beuteln angebrachten Verwahrungsmittels als schwerer Diebstahl nach § 243 Abs. 1 Nr. 4, nicht als Amtsunterschlagung beurteilt worden ist, da sich die Behörde, von der die Briefbeutel mit Plombenverschluss versehen worden sind, gerade durch diese Maßnahme i. Verb. m. den einschlägigen Dienstvorschriften den Mitgewahrjam an den in den Beuteln befindlichen Gegenständen gesichert und der Angekl. durch die Wegnahme des Geldes diesen Mitgewahrjam gebrochen hat.

Nicht einwandfrei ist dagegen die Begr. der Anwendung der §§ 348 Abs. 2, 349 StGB. In dieser Hinsicht wird gesagt, der Angekl. habe als Beamter aus dem ihm anvertrauten Beutel Briefe beschädigt, indem er sie herausnahm und öffnete, und zwar um sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen. Diese Begr. ist ungenügend. Die Feststellungen bieten nicht den geringsten Anhalt dafür, daß infolge der Öffnung der Briefe der beweiserhebliche gedankliche Inhalt der Briefanschriften oder der Absendervermerke oder der etwa schon vorhandenen Poststempel oder etwaiger sonstiger auf den Briefen befindlicher „Urkunden“ nicht mehr oder nicht mehr mit derselben Deutlichkeit erkennbar gewesen wäre. Allein in einem späteren Absatz der EntschGründe wird ausgeführt, der Angekl. habe sich damit verteidigt, daß er nicht eine Urkunde beschädigt oder vernichtet, sondern nur einen Bindfaden durchgeschnitten, die Urkunde selbst, nämlich die Plombe, aber un-





sich auch der Angekl. bewußt war, hat den Angekl. in der Wirtschaft zunächst ermahnt, die (laut geführte) Unterhaltung über politische Fragen zu unterlassen; der Angekl. hat hierauf in unsoldatischer Haltung eine Erwiderung gegeben und unbeirrt mit seiner politischen Unterhaltung fortgefahren, hierauf hat der Zeuge K. dem Angekl. mit den Worten: „Trinken Sie Ihr Bier aus und in einer Minute sind Sie verschwunden“ den Befehl erteilt, das Lokal zu verlassen. Da der Angekl. dies nicht befolgt hat, hat der Zeuge ihn durch einen Stabsgefreiten abführen lassen.

Mit Recht sieht das Urteil in der dem Angekl. gegebenen Weisung einen Befehl in Dienstfachen. Zu den Dienstfachen gehört alles, was der militärische Dienst nach seinem inneren Wesen erfordert, was im Wesen des militärischen Dienstes begründet erscheint (RMilG. 5, 150; RG. 58, 110); dazu gehört insbes. auch das militärische Benehmen des Soldaten auf der Straße und sonst in der Öffentlichkeit und die Straßendisziplin; auch ob der Soldat in öffentlichen Wirtschaften zu Ehren des Publikums, zumal in einer politisch bewegten Zeit, politische Gespräche führen soll oder nicht, muß hierzu gerechnet werden. Die dem Angekl. erteilte Weisung war auch ein Befehl. Dazu ist nicht erforderlich, daß das Wort „befehlen“ ausdrücklich verwendet worden ist, sofern nur Inhalt und Art der Eröffnung den Befehlscharakter erkennen lassen. Wenn die Rev. geltend machen will, die Aufforderung: „Trinken Sie Ihr Bier aus“ könne ihrem Inhalt nach nicht als Befehl angesehen werden, so ist das zwar richtig; der Befehlsinhalt der dem Angekl. gegebenen Weisung betraf aber auch gar nicht das Austrinken des Bieres, sondern das alsbaldige Verlassen des Lokals. Es bedarf keiner näheren Erörterung, daß neben dieser Weisung zum alsbaldigen Verlassen des Lokals die Worte „Trinken Sie Ihr Bier aus“ lediglich eine Erlaubnis darstellten, offenbar gegeben, um dem Befehl mit Rücksicht auf die übrigen in der Wirtstube anwesenden Gäste keine durch die Umstände nicht gebotene Schärfe zu geben. Diese mit dem Befehl verbundene Erlaubnis nahm ersterem nichts von seiner Befehls-

zum militärischen Dienste nicht allein schon aus dem Politisieren des Angekl. hergeleitet wird. Bestimmt doch bereits § 36 Abs. 1 Satz 1 WehrG., daß die Soldaten sich „politisch nicht betätigen“ dürfen, und dies Verbot ist in Art. 9 der „Verfassung des deutschen Soldaten“ — so heißen jetzt die früheren „Kriegsartikel“ — ausdrücklich wiederholt. Politische „Betätigung“ besteht in der vorsätzlichen Kundgebung einer politischen Gesinnung mit dem Ziel, auf andere einen politischen Einfluß auszuüben (vgl. Semler, Komm. z. WehrG., zu § 36, S. 103). Daß die im öffentlichen Wirtschaften vom Angekl. laut geführte Unterhaltung über „politische Fragen“ einmal die bewußte und gewollte Offenbarung seiner politischen Einstellung, darüber hinaus jedoch auch die Zweckbestimmung enthielt, den oder die Zuhörer für die politischen Gedankengänge des Sprechers zu gewinnen, ist wohl ohne weiteres anzunehmen. Dann handelte es sich aber um ein dem Angekl. gerade durch seine soldatische Zugehörigkeit zur Wehrmacht verboten Verhalten, das aller Wahrscheinlichkeit nach sogar strafbar war. „Politische Betätigung“ eines Soldaten ist zwar an und für sich bloß wegen des Verstoßes gegen § 36 WehrG. und Art. 9 der „Verfassung“ noch nicht strafbar. Denn eine ausdrückliche Strafbestimmung fehlt, und unter § 92 MilStGB. fallen gesetzliche Vorschriften oder solche der allgemeinen Pflichtenlehre (Kriegsartikel = Verfassung) nicht (Fuhse, MilStGB., Anm. 7 zu § 92; Semler, WehrG., zu § 36, S. 104, 107). Zu „Befehlen“ erwachen vielmehr erst die auf ihnen sich aufbauenden Sondergebote der Vorgesetzten. Nun hat aber der RMilG. als militärischer Vorgesetzter — nach § 8 Abs. 2 WehrG., vgl. RGSt. 64, 66, 68 — den Soldaten jede Betätigung einer Gesinnung verboten, die auf die Änderung verfassungsmäßiger Zustände oder gesetzlicher Einrichtungen ausgeht (vgl. Fuhse, MilStGB., Anm. 8 zu § 92 unter g). Fiel die vom Angekl. gepflogene „politische Unterhaltung“ unter diesen echten „Befehl“, so hatte er sich bereits dadurch gegen § 92 MilStGB. vergangen. Aber auch wenn er sich noch nicht strafbar gemacht hätte, so war doch jedenfalls schon wegen des sonstigen Verbots der politischen Betätigung überhaupt ein dienstwidriger Zustand eingetreten, dem der Zeuge kraft seines allgemeinen Vorgesetztenverhältnisses entgegenzutreten mußte. Er konnte der Fortdauer des somit militärisch wie rechtlich unerträglichen Politisierens des Angekl. nur durch dessen Entfernen ein Ende bereiten, und deshalb war das Gebot des Unterfeldwebels an den Gefreiten, unauffällig die Schankstühle zu verlassen, ein rechtmäßiger „Befehl in Dienstfachen“. Denn im Rahmen der Rechtsordnung wurde dem Angekl. eine bestimmte „Diensthandlung“ (RGSt. 66, 187) aufgegeben, richtiger ein „Dienst-

kraft. Es wäre selbstverständlich dem Angekl. freigestanden, auch ohne sein Bier auszutrinken, das Lokal sofort zu verlassen.

Durch die Bestimmtheit seiner Ausdrucksweise kennzeichnete sich diese Weisung im Gegensatz zu der vorangegangenen „Mahnung“ als „Befehl“. Mit der Einwendung, der Angekl. habe die Worte des Zeugen nicht als Befehl in Dienstfachen aufgefaßt, sondern nur als eine Mahnung, kann der Angekl. angesichts der gegenteiligen Feststellung des angefochtenen Urteils in dieser Instanz nicht gehört werden. Sofern übrigens der Angekl. mit dieser Rüge geltend machen wollte, er habe nur die Eigenschaft des Befehls als eines solchen in Dienstfachen nicht erkannt, so würde dies, auch wenn es richtig wäre, seiner Bestrafung nicht entgegenstehen (RMilG. 7, 175; Fuhse, MilStGB., 2. Aufl., § 92 Bem. 10).

(VerSen. v. 27. Juli 1933; 2 D 777/33.)

[Sn.]

22. § 312 StGB. liegt auf seiten eines Aufsichtsratsmitglieds auch dann vor, wenn er die schädigende Handlung nicht in seiner Eigenschaft als solches Mitglied vorgenommen hat. Ein übergesetzlicher Entschuldigungsgrund ist für vorsätzliche Straftaten nicht anzuerkennen.†)

Unerörtert kann es bleiben, ob § 312 StGB. erfordert, daß der Täter das Amt eines Mitglieds des Aufsichtsrats auch wirklich ausgeübt hat. Denn die Strk. hält für erwiesen, daß hier dieses etwaige Erfordernis erfüllt ist.

Auch gegenüber den Ausführungen der Rev. ist an der durchaus herrschenden Ansicht festzuhalten, daß ein Aufsichtsratsmitglied nach § 312 StGB. selbst dann strafbar ist, wenn es die schädigende Handlung nicht in seiner Eigenschaft als Mitglied des Aufsichtsrats vorgenommen hat (RGSt. 26, 136; 36, 69; 58, 391). Die von der Rev. angeführte Entsch. des 2. ZivSen. II 415/31: JW. 1932, 2279<sup>6</sup> äußert gegen diese Ansicht, die jedenfalls mit der jetzigen Fassung des § 312 StGB. in Einklang steht, nur gewisse Bedenken; diese schlagen aber nicht durch, und mit Recht weist Pinner (JW. a. a. D.

verhalten“. Ob er selbst diesen ursächlichen Zusammenhang zwischen der ihm befohlenen Willensbetätigung und dem Mißtanzen, also den Befehl als solchen „in Dienstfachen“ erkannt hat oder nicht, hält unsere Entsch. m. R. für unerheblich. Ist doch zwar die Rechtsfähigkeit und ebenso auch die Dienstfächlichkeit des mißachteten Befehls Bedingung — objektiv! — der Strafbarkeit, jedoch nicht etwa „Tatumstand“ i. S. des § 59 StGB. Es handelt sich hierbei um dieselbe Rechtsfigur wie bei „der rechtmäßigen Ausübung des Amtes“ in § 113 StGB. (vgl. RGSt. 64, 74). Der Tätervorwurf braucht mithin sich auf das Erfülltsein jener Bedingung nicht zu erstrecken.

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

Zu 22. Die vorl. Entsch. ist außerordentlich zu begrüßen. Wenn man mit der Gegenansicht (z. B. Goldschmit, Aufsichtsrat S. 192 und Alsbeger, Festschr. für Pinner S. 227) eine Strafbarkeit nach § 312 StGB. immer nur dann bejahen wollte, wenn das Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied gerade in seiner Eigenschaft als Organ gehandelt hat, so würde das eine ungerechtfertigte und geradezu untragbare Begünstigung des Eigeninteresses gegenüber der aus der Organstellung hervorgehenden Amtspflicht bedeuten. Wer Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied ist, kann diese Pflichten nicht einfach dadurch abstreifen, daß er als Aktionär oder Vertreter fremder Interessen auftritt und handelt. Amtspflicht geht vor Eigeninteresse, und so weist das Ur. m. R. darauf hin, daß hier von einer Anwendung des Grundgesetzes der Güter und Pflichtenabwägung nicht die Rede sein kann; nur wo pflichtgemäß mehrere Interessen berücksichtigt werden müssen, sind sie bei einem Widerstreit gegeneinander abzuwägen und zu einem Ausgleich zu bringen. Im einzelnen kann hierzu verwiesen werden auf Schwinge-Siebert, Das neue Untreuestrafrecht S. 49 f., wo die hier kurz angebotenen Grundsätze näher entwickelt und begründet worden sind.

Es ist zu hoffen, daß die Entsch. des 2. ZivSen.: JW. 1932, 2279 vereinzelt bleiben wird. Im Interesse einer klaren Verantwortlichkeit der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder und der sonstigen Organe wie im Interesse der Sauberkeit treuhänderischer Verwaltung sollte die Rpr. bei der Auslegung wirtschaftsstrafrechtlicher Normen an der Zurückdrängung gefährlichen Eigennutzes nach Kräften mitarbeiten (so bereits Schwinge-Siebert a. a. D. S. 50 Anm. 46). Die vorl. Entsch. wird dieser Forderung in besonders erfreulicher Weise gerecht.

PrivDoz. Dr. W. Siebert, Halle a. S.

Ann.) auf die Gefahren hin, die entständen, wenn die jetzt herrschende Meinung aufgegeben würde. Die ebenfalls von der Rev. in Bezug genommene Entsch. des 3. Str.Sen.: RGSt. 65, 333 betrifft die Untreue i. S. des § 266 Nr. 1 StGB.; ihre Grundsätze sind, wie sich schon aus den Erörterungen Pinner's ergibt, keineswegs auf die Untreue eines Aufsichtsratsmitgliedes nach § 312 HGB. übertragbar. Die von der Rev. herangezogene Bem. im Ur. des 2. Str.Sen. II 524/28: JW. 1929, 1054<sup>62</sup> ist zu knapp, als daß sie die Auffassung der Rev. rechtfertigen könnte. Im übrigen ist der Zug der Rspr. gerade auf eine weite Auslegung der Strafvorschriften über Untreue gerichtet.

Den Grundsatz der Güter- und Pflichtenabwägung, auf den sich die Rev. beruft, hat die Str.R. jedenfalls deshalb nicht verlegt, weil er nur gestattet, eine höhere Pflicht auf Kosten einer minder hohen zu erfüllen oder ein höherwertiges Gut auf Kosten des geringwertigen zu wahren (RGSt. 61, 242; 62, 137). Hier kann aber keine Rede davon sein, daß der Angekl. durch sein Handeln, soweit es unter den § 312 HGB. fällt, eine höhere Pflicht auf Kosten einer minder hohen erfüllt oder ein höherwertiges Gut auf Kosten eines geringwertigen gewahrt hätte.

Für die Beurteilung der Zumutbarkeit (Entschuldbarkeit) kommt es allein darauf an, ob dem Angekl. bei der Zuwiderhandlung gegen den § 312 HGB. ein gesetzlicher Entschuldigungsgrund (§§ 52, 54 StGB.) zur Seite stand. Ein sog. übergesetzlicher Entschuldigungsgrund kann nach dem geltenden Recht dem Täter bei vorsächlichen Straftaten nicht zubilligt werden; der in der Rspr. des RG. anerkannte sog. übergesetzliche Notstand bildet einen Rechtfertigungs-, keinen Entschuldigungsgrund (RGSt. 66, 397; 61, 242; 62, 137; 64, 30; 66, 222).

(1. Sen. v. 7. Juli 1933; 1 D 352/33.)

[W.]

## II. Verfahren.

**\*\*23.** § 81 Abs. 2 StPD. ist in dem Sinn zu verstehen, daß dem durch einen Verteidiger nicht bereits vertretenen Angeeschuldigten, sobald ein Antrag eines Sachverständigen nach § 81 StPD. gestellt ist, ein Verteidiger beizuzurufen ist.

Der Angekl. hatte, nachdem ihm die Anklageschrift am 19. Jan. 1933 zugestellt worden war, durch ein bei Gericht am 24. Jan. 1933 eingegangenes Schreiben um Bestellung eines Verteidigers und zugleich um Zuziehung eines Sachverständigen gebeten, weil er nicht wisse, was er begangen haben solle. Darauf hat auf Anordnung des Gerichts der Kreisarzt den Angekl. auf seinen Geisteszustand untersucht und glaubt zwar auf Grund eines in einer anderen Sache i. J. 1929 erstatteten Gutachtens das Vorliegen einer Unzurechnungsfähigkeit verneinen zu sollen, hat aber doch den Eventualantrag gestellt, den Angekl. zur Beobachtung in eine öffentliche Irrenanstalt unterzubringen. Auf eine weitere Anfrage des Gerichts hat der Gefängnisarzt am 3. März 1933 den Antrag auf Verbringung des Angekl. in eine Anstalt nach § 81 StPD. unbedingt wiederholt. Eine Entsch. ist weder auf den Antrag des Angekl., ihm einen Verteidiger beizuzurufen, noch auf den Antrag des Sachverständigen gem. § 81 StPD. erlassen, vielmehr ist das Hauptverfahren gegen den Angekl. am 27. März 1932 wegen Verbrechens nach § 176 Nr. 3 StGB. eröffnet worden, ohne auf jene Anträge einzugehen. Jedoch wurde in der Hauptverhandlung ein Arzt aus der Irrenanstalt R. zugezogen, der den Angekl. i. J. 1929 untersucht hatte. Ein Verteidiger stand dem Angekl. in der Hauptverhandlung nicht zur Seite.

Der Angekl. rügt jetzt, daß über den Antrag des Sachverständigen auf Unterbringung nach § 81 StPD. nicht entschieden und ihm zu Unrecht kein Verteidiger bestellt worden sei. Diese Rüge muß durchgreifen.

Ein Fall der notwendigen Verteidigung nach § 140 StPD. liegt allerdings nicht vor, da der Angekl. seinen Antrag nicht binnen der in § 140 Abs. 4 StPD. vorgesehenen Frist von drei Tagen gestellt hat. Auf die Nichtbescheidung seines Antrages unter dem Gesichtspunkte des § 141 StPD.

kann der Angekl. sich nicht mehr berufen, da er den übergangenen Antrag in der Hauptverhandlung nicht wiederholt hat und deshalb das Urteil auf diesem Bestoße nicht beruht (RG. v. 26. Mai 1930: JW. 1930, 1097).

Aber das O. hätte zu dem Antrage des Sachverständigen auf Verbringung des Angekl. in eine Irrenanstalt gemäß § 81 StPD. Stellung nehmen und vor der Entsch. dem Beschw.F. nach § 81 Abs. 2 StPD. einen Verteidiger bestellen müssen. Der § 81 Abs. 2 StPD. enthält eine Ergänzung der Vorschr. über die notwendige Verteidigung in § 140 StPD. und ist in dem Sinne zu verstehen, daß dem durch einen Verteidiger nicht bereits vertretenen Angeeschuldigten, sobald ein Antrag eines Sachverständigen nach § 81 StPD. gestellt wird, ein Verteidiger beizuzurufen ist. Die im Schrifttum vertretene Auffassung, die Notwendigkeit einer Verteidigerbestellung entfalle dann, wenn das Gericht den Antrag auf Unterbringung des Angeeschuldigten in eine Irrenanstalt ablehnen will, findet im Gesetz keine Stütze. Sie steht auch nicht im Einklang mit dem Zwecke dieser Vorschr. Er besteht darin, daß einem Angeeschuldigten, bei dem Zweifel hinsichtlich seiner strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit bestehen, der medizinische Sachverständige aber nicht ohne eine Beobachtung in einer Irrenanstalt zu einem abschließenden Urteil glaubt gelangen zu können, ein Rechtsbeistand gewährt werden soll. Denn bei einem solchen Angeeschuldigten werden in der Regel berechnete Zweifel obwalten, ob er selbst seine Rechte in dem gegen ihn gerichteten Strafverfahren, namentlich in der besonderen Frage seiner Zurechnungsfähigkeit genügend wahrnehmen kann (RGSt. 37, 21). Deshalb muß die Bestellung des Verteidigers geschehen, ohne Rücksicht darauf, ob das Gericht dem Antrage des Sachverständigen Folge geben will. Sie soll gerade dazu dienen, die Entsch. über den Antrag in einer den Belangen des Angekl. Rechnung tragenden Weise vorzubereiten.

Darum war auch hier dem Beschw.F., nachdem im Eröffnungsverfahren vom Sachverständigen der Antrag nach § 81 StPD. gestellt worden war, zunächst ein Verteidiger zu bestellen. Diese Bestellung behielt ihre Wirkung auch für das weitere Verfahren und hätte der Verteidiger in der Hauptverhandlung zugezogen werden müssen (vgl. RG. 37, 21). Mit Recht macht deshalb der Angekl. geltend, daß die völlige Nichtbeachtung jenes Antrages, namentlich die Unterlassung einer Verteidigerbestellung das Gesetz verlege und ihn in seinen Rechten beeinträchtige.

Dem Umstand, daß demnächst in der Hauptverhandlung ein Sachverständiger zugezogen worden ist, der den Angekl. für zurechnungsfähig erklärt hat, kann keine wesentliche Bedeutung beigemessen werden. Die Bestellung eines Verteidigers war schon auf den früheren Antrag des Sachverständigen hin unbedingt notwendig. Mindestens hätte das Gericht, da einmal ein anderer Sachverständiger schon einen Antrag aus § 81 StPD. gestellt hatte, die Frage der Beobachtung des Angekl. in einer Irrenanstalt in der Hauptverhandlung mit dem vernommenen Sachverständigen erörtern müssen. In dieser Unterlassung ist eine Verletzung der dem Gerichte nach § 155 Abs. 2 StPD. von Amts wegen obliegenden Aufklärungspflicht zu erblicken.

(2. Sen. v. 26. Juni 1933; 2 D 701/33.)

[Hn.]

## Freiwillige Gerichtsbarkeit.

**1.** §§ 16, 18, 19, 21 SicherungsWD. v. 17. Nov. 1931 (RGBl. 675); § 1 DsthilfeDurchfWD. v. 12. März 1932 (RGBl. 129); §§ 2, 3 der 2. DsthilfeDurchfWD. v. 30. Mai 1932 (RGBl. 252); § 1 der 4. DsthilfeDurchfWD. v. 23. Nov. 1932 (RGBl. 536); §§ 5, 10, 18, 22 der Richtlinien f. d. landwirtschaftl. Entschuldg. v. 15. März 1932 (RGBl. 143); §§ 875, 877, 880 BGB; §§ 29, 39 GVB. Im Dsthilfeentschuldungsverfahren kann der Entschuldungsplan auch den Rangrücktritt eines Rechts hinter die Entschuldungshypothek vorsehen. Das vom Kommissar für die Dsthilfe (Landstelle) um Eintragung der Rangänderung ersuchte Grundbuchamt kann neben der Ausfertigung des Entschuldungsplanes nicht noch eine Bewilligungserklärung des zurück-

tretenden Berechtigten in grundbuchmäßiger Form veranlagen. f)

Der eingetragene Eigentümer des Grundstücks befindet sich im Entschuldungsverfahren. Der Kommissar für die Osthilfe (Landstelle) hat unter Überreichung einer auszugsweißen Ausfertigung des Entschuldungsplanes beantragt, gem. § 21 SicherungsVO. v. 17. Nov. 1931 (RGBl. I, 675) und § 2 der 2. Osthilfe-DurchfVO. v. 30. März 1932 (RGBl. I, 252) bei dem in Abt. II unter Nr. 25 eingetragenen Altenteil zu vermerken, daß der für die Bank für deutsche Industrieobligationen eingetragene Entschuldungshypothek der Vorrang eingeräumt ist. In dem Entschuldungsplan ist in dem Abschn. E u. a. folgendes vermerkt:

a) in der mit „Vorrangseinräumung zugunsten der Entschuldungshypotheken“ überschriebenen Spalte befindet sich der Vermerk „Abt. II Nr. 25“;

b) in der mit „Bemerkungen“ überschriebenen Spalte befindet sich der Vermerk „Laut Gläubigererklärung v. 13. Mai 1932“.

Am Schlusse des Planes ist ferner bemerkt, daß „der vorstehende Entschuldungsplan gem. § 2 der 2. OsthilfeVO. v. 30. Mai 1932 (RGBl. 252) genehmigt und gem. § 18 SicherungsVO. v. 17. Nov. 1931 (RGBl. 675) bestätigt wird.“

Das GVL hat eine Zwischenverfügung dahingehend erlassen, daß die Rangänderung bei der Post Abt. II Nr. 25 auf Grund des Entschuldungsplans allein nicht eingetragen werden könne, da Rangänderungen nicht unter §§ 21, 18 SicherungsVO. fielen und daß es daher der Einreichung der Bewilligung der Berechtigten dieser Post in der Form des § 29 GVL bedürfe.

Gegen diese Vfg. hat der Kommissar für die Osthilfe (Landstelle S.) Beschw. eingelegt mit dem Antrage, seinem Eintragungsersuchen zu entsprechen. Er hat ausgeführt, durch die Beantragung des GVL werde nur das Nichtvorliegen der Voraussetzungen für einen bestätigten, d. h. Zwangsakkorde enthaltenden (§§ 18, 19, 21 SicherungsVO.) Entschuldungsplan bemängelt, während es sich hier um einen genehmigten, d. h. durch gütliche Einigung zustande gekommenen Entschuldungsplan (§ 2 der 2. Osthilfe-DurchfVO. v. 30. Mai 1932) handle, in diesem Falle bilde auch ein Entschuldungsplan, der einen freiwilligen vollständigen Rangrücktritt eines Gläubigers enthält, eine genügende Grundlage für das Eintragungsersuchen.

Das GVL hat die Beschw. zurückgewiesen. Es will den Entschuldungsplan als eine ausreichende Grundlage für die Eintragung der Rangänderung nicht ansehen; es verweist namentlich darauf, daß sowohl der § 21 SicherungsVO. wie der § 2 der 2. DurchfVO. v. 30. Mai 1932 nur davon handle, daß der *F o r t f a l l* oder die *A n d e r u n g* dinglicher Rechte, die in dem Entschuldungsplan bestimmt bzw. vorsehen sind, auf Ersuchen der Entschuldungsstelle im Grundbuch einzutragen sind und bemerkt, daß es nicht möglich sei, den § 21 SicherungsVO. und den § 2 der 2. DurchfVO. angesichts ihrer insoweit wörtlichen Übereinstimmung verschieden auszulegen, je nachdem ein bestätigter oder ein genehmigter Entschuldungsplan in Frage steht.

Der eingelegten weiteren Beschw. ist der Erfolg nicht zu verjagen.

**Zu 1.** Der Beschl. betrifft eine Osthilfeentschuldungssache; ihm ist unbedenklich zuzustimmen.

Von Interesse ist, wie die Frage zu entscheiden wäre, wenn es sich nicht um eine Osthilfeentschuldungssache, sondern um eine Entschuldungssache nach dem SchuldenregelungsG. v. 1. Juni 1933 gehandelt hätte.

Dieses Gesetz sieht vor, daß zunächst der Versuch gemacht werden muß, die Entschuldung ohne Kapitalkürzungen lediglich mittels einer Zinsenkung und langfristigen Festschreibung der Forderungen durchzuführen. Kann mit diesen Maßnahmen der Entschuldungszweck nicht erreicht werden, so wird das Verfahren in sein zweites Stadium, das sog. Zwangsvergleichsverfahren überführt. In diesem Stadium ist außer den im gewöhnlichen Entschuldungsverfahren zugelassenen Maßnahmen auch eine Kürzung des Kapitalbetrags der nichtmündelsicheren Forderungen bis auf die Hälfte möglich. Der solche Kürzungen enthaltende Zwangsvergleichsvorschlag ist angenommen, wenn nicht mehr als die Hälfte der betroffenen Gläubiger widersprechen. Die Kürzung kann also sehr wohl gegen den Widerspruch eines einzelnen widersprechenden Gläubigers durchgeführt werden. Daß der Zwangsvergleich an Stelle einer Kapitalkürzung den Rangrücktritt eines nichtmündelsicheren Rechts vorsehen kann, ist im SchuldenregelungsG. ebenso wie in der Osthilfegesetzgebung nicht ausdrücklich gesagt. Es ist aber ebenso wie dort selbstverständlich. Daß ein Rangrücktritt mit Zustimmung des betroffenen Gläubigers möglich ist, bedarf keiner Erwähnung. Und zwar kann in einem solchen Falle nicht nur der Zwangsvergleichsvorschlag, sondern auch der im ersten Stadium des Entschuldungsverfahrens aufgestellte Entschuldungsplan den Rangrücktritt vorsehen. Hat der betroffene Gläubiger dem Rangrücktritt nicht zugestimmt, so kann im Ent-

schuldungsverfahrens Behörde leitet ihre Berechtigung zur Stellung des Eintragungsersuchens (§ 39 GVL) mit Recht aus § 2 Abs. 2 der 2. Osthilfe-DurchfVO. v. 30. Mai 1932 (RGBl. 252) i. Verb. m. § 1 Abs. 1 der 4. Osthilfe-DurchfVO. v. 23. Nov. 1932 (RGBl. I, 536) her. Die Ansicht der Vorinstanzen, daß das Ersuchen sich nicht in dem gesetzlichen Rahmen halte, kann nicht als zutreffend anerkannt werden.

Bei einer rein dem Wortlaut folgenden Betrachtung des § 2 Abs. 2 VO. v. 30. Mai 1932, sowie bei genauer Anwendung des Sprachgebrauches des BGB., wie er sich aus einem Vergleich der §§ 875, 877 und 880 BGB. ergibt, würde allerdings zu den Begriffen „Fortfall“ und „Änderung eines dinglichen Rechts“, von denen der § 2 Abs. 2 a. a. D. spricht, noch nicht die Änderung des Ranges eines dinglichen Rechts gehören. Aus dem Zusammenhang der Vorschr. und dem Zweck des Gesetzes folgt jedoch, daß auch der hier vorl. Fall unter den § 2 Abs. 2 a. a. D. fällt.

Der § 21, 2 SicherungsVO. v. 17. Nov. 1931 und der ähnlich lautende § 2 Abs. 2 der 2. Osthilfe-DurchfVO. bezwecken eine Erleichterung der Herbeiführung derjenigen grundbuchlichen Eintragungen, die zur Durchführung des bestätigten oder genehmigten Entschuldungsplans notwendig sind. Wenn der bestätigte oder genehmigte Entschuldungsplan Rechtsänderungen bestimmt bzw. vorseht, die zu ihrer Wirksamkeit der Verlautbarung im Grundbuch bedürfen, so sollen nicht die beteiligten Berechtigten selbst an das Grundbuch sich wenden müssen, sondern die Sicherungsstelle bzw. die Entschuldungsstelle soll das GVL um die Vornahme der Eintragungen ersuchen können. Das im § 21 S. 2 SicherungsVO. der Sicherungsstelle gewährte Recht zur Stellung von Eintragungserträgen beim GVL. und das in § 2 Abs. 2 S. 1 der 2. Osthilfe-DurchfVO. der Entschuldungsstelle gewährte Recht zur Stellung von Anträgen beim GVL. sollte sich also offenbar auf alle diejenigen Änderungen im Bestande und im Inhalt dinglicher Rechte beziehen, die den Gegenstand eines Entschuldungsplans bilden können.

Daß in einem Entschuldungsverfahren namentlich auch Rangänderungen vielfach notwendig sind, daß ohne Rangänderungen der praktische Zweck des Entschuldungsverfahrens vielfach nicht würde erreicht werden können, führt der Beschw., unter Hinweis namentlich auf die auf Grund des § 1 Osthilfe-DurchfVO. v. 12. März 1932 (RGBl. 129) am 15. März 1932 erlassenen Richtlinien (RGBl. I, 143) zutreffend aus. Der § 5 Abs. 1 der Richtlinien enthält im Interesse der Sicherheit des Entschuldungsdarlehns in Satz 1 und 2 nähere Vorschr. darüber, was für Hypotheken oder Grundschulden dem Entschuldungsdarlehns im Rang nur vorgehen dürfen, und bestimmt im Satz 3 ferner, daß im übrigen in einzelnen Fälle die Landstelle im Einvernehmen mit der Industriebank bestimmt, ob und welche sonstigen Lasten dem Entschuldungsdarlehns im Range vorgehen dürfen. In §§ 10 b, 18, 22 Abs. 2 der Richtlinien ist ferner besonders vorgehen, daß der zu hörende Sachverständige Ermittlungen auch über den Rang des zu gewährenden Entschuldungsdarlehns anzustellen hat. Daß hiernach in einem Entschuldungsverfahren vielfach Rangänderungen notwendig sind, da sonst ein Entschuldungsdarlehns wegen feh-

schuldungsplan ein solcher Rücktritt nicht angeordnet werden. Der Zwangsvergleichsvorschlag kann dagegen den Rangrücktritt auch ohne Zustimmung des betroffenen Gläubigers insoweit vorsehen, als eine Kürzung des Kapitalbetrags möglich wäre. Es könnte also z. B. bei einer Hypothek von 100 000 RM an Stelle einer möglichen Kürzung auf die Hälfte der Rangrücktritt von 50 000 RM vorgeesehen werden. Dieser Rangrücktritt würde gegen den betroffenen Gläubiger verbindlich werden, wenn nicht mehr als die Hälfte aller betroffenen Gläubiger dem Vergleichsvorschlag widersprechen. Die Frage, ob hiernach ein im Entschuldungsplan oder Zwangsvergleich vorgesehener Rangrücktritt zulässig ist, hat das Entschuldungsgerecht bei der Entsch. über die Bestätigung des Entschuldungsplans oder des Zwangsvergleichs zu prüfen. Das GVL hat dagegen diese Frage, wenn die Bestätigung erfolgt ist, nicht mehr zu prüfen. Vielmehr genügt die Vorlage einer Ausfertigung des bestätigten Entschuldungsplans oder des bestätigten Zwangsvergleichs, wie sich aus dem mit § 2 Abs. 2 der 2. Osthilfe-DurchfVO. im wesentlichen übereinstimmenden Vorschr. des § 52 SchuldenregelungsG. ergibt; einer Bewilligung des Betroffenen bedarf es daneben nicht. Während § 2 Abs. 2 der 2. Osthilfe-DurchfVO. von dem Fortfall oder der Änderung „dinglicher Rechte“ spricht, sagt § 52 Abs. 1 SchuldenregelungsG., daß der Fortfall oder die Änderung der „dinglichen Belastung“ auf Grund des Plans in das Grundbuch einzutragen ist. Damit wird noch deutlicher als in § 2 Abs. 2 der 2. Osthilfe-DurchfVO. zum Ausdruck gebracht, daß auch die Rangänderung mit umfaßt wird. Der Beschl. des RG. würde daher auch für das SchuldenregelungsG. v. 1. Juni 1933 Geltung beanspruchen können.

Winnh. Sarmening, Berlin.

lender ausreichender Rangficherheit nicht gegeben werden könnte, ergibt sich hieraus ohne weiteres.

Aber nicht nur diese praktischen Erwägungen zeigen, daß der Entschuldungsplan offenbar auch Rangänderungen muß vorsehen können. Vielmehr bestehen auch keine theoretischen Bedenken, die dahin führen können, etwa wegen des Wortlauts der §§ 16, 21 SicherungsB.D. v. 17. Nov. 1931 oder der §§ 2, 3 der 2. Osthilfe-DurchfB.D. v. 30. Mai 1932 eine Best. über Rangänderungen in einem Entschuldungsplan als unzulässig zu erachten. Es ist nämlich zu beachten, daß ein Rangrücktritt gegenüber dem Fortfall eines Rechts sich als etwas Minderes darstellt und daß daher, soweit die B.D. nach ihrem Wortlaut eine Best. über den „Fortfall“ eines Rechts als zulässigen Inhalt eines Entschuldungsplanes ansehen, damit selbstverständlich in der Höhe, in der der Fortfall eines Rechts bestimmt werden kann, auch ein Rangrücktritt dieses Rechts als zulässiger Inhalt eines Entschuldungsplanes angesehen werden muß. Wenn für den zu bestätigenden Entschuldungsplan — der nach § 19 Abs. 1 OsthilfeB.D. v. 17. Nov. 1931 vertragsmäßige Vereinbarungen ersehen kann — § 18 Abs. 4 OsthilfeB.D. v. 17. Nov. 1931 vorliegt, daß er u. U. ohne Zustimmung des Gläubigers eine Herabsetzung des Kapitals bis zur Hälfte festsetzen kann, so folgt daraus mit Selbstverständlichkeit, daß er dann bis zur Hälfte ohne Zustimmung des Gläubigers auch einen Rangrücktritt des Gläubigers bestimmen kann. Dies hat zutreffend auch der Reichskommissar für die Osthilfe in seinem bei Dörge-Hennig, OsthilfeB.D., 2. Aufl., ErgBd. S. 133 abgedruckten Erlaß v. 7. Nov. 1932 (Tgbeh. Nr. 3108—5 Heh) ausgeführt. Im vorl. Fall handelt es sich bei der in Rede stehenden Rangänderung nur um einen Entschuldungsplan, der nicht nur gem. § 18 OsthilfeB.D. v. 17. Nov. 1931 „bestätigt“, sondern der gem. § 2 der 2. Osthilfe-DurchfB.D. v. 30. Mai 1932 „genehmigt“ ist, also um einen Plan, dem eine „gütliche Einigung“ (§ 2 der 2. Osthilfe-DurchfB.D.) zugrunde liegt. Ebenso wie ein Gläubiger freiwillig dem gänzlichen Fortfall seines Rechts zustimmen kann und wie dann dieser gänzliche Fortfall in dem genehmigten Entschuldungsplan aufgenommen werden kann, kann aber ein Gläubiger natürlich auch freiwillig dem gänzlichen Rücktritt seines Rechts hinter ein anderes Recht zustimmen, und es kann dann — soweit dieser Rangrücktritt nur als ein Minderes gegenüber dem gänzlichen Fortfall sich darstellt — auch dieser Rangrücktritt in den genehmigten Entschuldungsplan aufgenommen werden. Bildet somit auch ein solcher Rangrücktritt den zulässigen Inhalt eines genehmigten Entschuldungsplanes, so muß bei einer dem Sinn und Zweck des § 2 Abs. 2 der 2. Osthilfe-DurchfB.D. v. 30. Mai 1932 Rechnung tragenden Auslegung angenommen werden, daß die Entschuldungsstelle das G.B.L. auch um Eintragung des — gegenüber dem gänzlichen Fortfall des Rechts nur als ein Minderes sich darstellenden — Rangrücktritts auf Grund des auszugswweise beigefügten Entschuldungsplanes ersuchen kann (ebenso auch Dörge-Hennig, Osthilfe-SicherungsB.D., 2. Aufl., ErgBd. S. 9 unter Nr. 2), und daß das G.B.L. dem Ersuchen lediglich auf Grund des Inhalts des genehmigten Entschuldungsplanes stattgeben muß. Die Verantwortung für die Richtigkeit der Tatsache, daß die Berechtigten wirklich selbst den Rangrücktritt bewilligt hat, trägt in diesem Fall lediglich die Entschuldungsstelle; das G.B.L. kann neben der auszugswweisen Ausfertigung des Entschuldungsplans eine Bewilligungserklärung der Gläubigerin nicht verlangen.

(RG., Beschl. v. 10. Aug. 1933, 1 X 430/33.)

Ber. von GerAss. Dr. Szoggs, Schneidemühl.

## Oberlandesgerichte.

### a) Zivilsachen.

Berlin.

#### I. Materielles Recht.

1. Die öffentliche Verteilung von Werbeschreiben, denen ein als „Vorzugsangebot“ bezeichneter Ausweis beigegeben ist, gegen dessen Vorlegung in bestimmten Geschäften bis zu einem angegebenen Zeitpunkt für 20 Pf. zwei Beutel Shampoo, die sonst 40 Pf. kosten, bezogen werden können, verstößt weder gegen § 1 Abs. 3 ZugabeB.D. v. 9. März 1932, noch gegen §§ 1, 3 UnlWG.; § 826 BGB. +)

I. Mit Recht hat das LG. das Vorliegen eines Verstößes gegen § 1 Abs. 3 B.D. des RPräs. v. 9. März 1932 verneint. Ein

Zu 1. Der Entsch. ist im Ergebnis beizutreten.

I. Zutreffend wird ein Verstoß gegen § 1 Abs. 3 ZugabeB.D. verneint.

Nach § 1 Abs. 2 c sind Zugaben nicht verboten, wenn sie in

solcher könnte nur dann angenommen werden, wenn in dem Werbeangebot der Bekl. davon gesprochen würde, daß beim Einkauf von Shampoo eine Gratiszugabe erfolge. Dies ist jedoch nicht der Fall. Das Angebot der Bekl. geht vielmehr dahin, daß dem Vorleger der zur Ausgabe gebrachten Ausweise beim Einkauf von zwei Beuteln Shampoo, die sonst 0,40 RM kosten, nur 0,20 RM berechnet werden. Es ist also nicht gesagt, daß der Vorzeiger des Ausweises, der eine Packung Shampoo erwirbt, eine zweite als Zugabe gratis erhält. Bei dem klaren und unzweideutigen Wortlaut des Angebots kann ein solcher Sinn in dieses auch nicht hineingelegt und nicht, wie die Kl. meint, angenommen werden, daß der Eindruck einer unentgeltlichen Zugabe erweckt werde. Aus der Bezeichnung des Ausweises als „Vorzugsangebot“ kann dies entgegen der Ansicht der Kl. nicht gefolgert werden. Dieser Ausdruck besagt vielmehr nicht, daß eine Gratiszugabe vorliege. Von einem „Gutschein“, aus dessen Verwendung die Kl. fernerhin das Hervorrufen des Gedrucks der Unentgeltlichkeit schließen will, ist sodann keine Rede.

II. Im Gegensatz zu der Beurteilung des LG. ist aber auch zu verneinen, daß die Werbung der Bekl. gegen § 1 Abs. 3 UnlWG., § 826 BGB. verstößt.

1. Zu Unrecht hält das LG. eine Täuschung und Irreführung der Empfänger der Ausweise für gegeben. Es ist zwar richtig, daß es sich bei dem Werbeangebot um eine zeitweilige Preisherabsetzung handelt. Dies ergibt sich aber auch zweifelsfrei aus dem Inhalt des „Vorzugsangebotes“.

Auch eine Täuschung über die Beweggründe zu der vorübergehenden Preisenkung liegt nicht vor. Die Bekl. hat hierüber keinerlei Angaben gemacht. Sie war aber auch nicht verpflichtet, die Motive für die Preisenkungsaktion offenzulegen. (Wird ausgeführt.)

auch die Bezeichnung als „Vorzugsangebot“ ist als irreführend nicht anzusehen. Denn das Angebot ist insofern ein bevorzugtes, als es sich nur auf bestimmte Orte und auch hier nur auf einen bestimmten Personenkreis, die Empfänger der Ausweise, erstreckt und vor allem zeitlich beschränkt ist. Die Empfängerin des Scheines kann auch nicht annehmen, daß gerade sie besonders und allein bevorzugt werden soll. Denn Art und Aufmachung der Werbung zeigen deutlich, daß diese sich an einen größeren Personenkreis wendet.

2. Die zu Wettbewerbszwecken vorgenommene vorübergehende Preisenkung ist ferner als solche noch nicht unlauter und sittenwidrig. Sie ist es auch dann nicht ohne weiteres, wenn es sich, wie im vorl. Falle, um einen preisgebundenen Markenartikel handelt. Auch hinsichtlich eines derartigen Markenartikels ist der Fabrikant in der Preisgestaltung grundsätzlich autonom.

Es kann auch nicht mit der Kl. angenommen werden, daß durch das Vorgehen der Bekl. das System des Preisstützes für Markenartikel allgemein in Mißkredit gebracht wird. Eine derartige Verbundenheit sämtlicher Markenartikel besteht — besonders im Verhältnis zum Publikum — nicht. Es kann unter diesen Umständen auch nicht von einem in Kreisen der Markenfabrikanten geltenden wettbewerblischen Gewohnheitsrecht gesprochen werden, das hinsichtlich der Markenartikel die Preisenkung zu

bestimmten Mengen der gleichen Ware bestehen. Der sog. Mengenerabatt ist also Zugabe i. S. der B.D., jedoch ausdrücklich erlaubt. Nach § 1 Abs. 3 darf aber die Zuwendung nicht als unentgeltlich gewährt (Gratiszugaben u. dgl.) bezeichnet oder sonstwie der Eindruck der Unentgeltlichkeit erweckt werden.

Über einen ähnlichen Fall hat das RG. durch Urk. v. 17. Nov. 1932 entschieden (MuW. 32, 205). Damals hatte die Bekl. angeklagt:

„In jedem Geschäft, das als Einlösungsstelle für den Shampoo-Gutschein gekennzeichnet ist, erhalten Sie bis zum 17. Okt. 1932 für diesen Gutschein beim Einkauf einer Packung Shampoo noch eine zweite dazu.“

Das RG. war damals der Meinung, daß diese Ankündigung gegen § 1 Abs. 3 verstöße, weil dadurch der Eindruck der Unentgeltlichkeit erweckt werde. Daß es sich wirtschaftlich um eine zeitweilige Preisherabsetzung handele, sei ohne Bedeutung, da die Bekl. die Form der Zugabe gewählt habe.

Im vorl. Fall kommt der gleiche Sen. des RG. zu dem entgegengesetzten Ergebnis, weil die Bekl. nicht von einer Zugabe spreche, sondern ausdrücklich von einer zeitweiligen Preisherabsetzung. Darin liegt jedoch kein erheblicher Unterschied. Denn ob der Käuferin erklärt wird, sie erhalte beim Einkauf einer Packung Shampoo eine zweite Packung dazu, oder ob man ihr sagt, sie bekomme gegen Abgabe des Gutscheins zwei Packungen für denselben Preis, den sonst eine Packung kostet, das ist für die Käuferin genau das gleiche. Das gilt um so mehr, als der Preis von 0,20 RM auf jeden Beutel aufgedruckt ist und die Käuferin für den dritten, vierten und die folgenden Beu-

Wettbewerbszwecken verbietet und einen Verstoß hiergegen als unlauter und sittenwidrig brandmarkt.

3. Auch aus dem Vertragsverhältnis der Vekl. zu den von ihr belieferten Händlern ist Unzulässigkeit der vorl. Wettbewerbsbehandlung nicht zu folgern. Denn selbst wenn eine Vertragsverletzung angenommen wird, ist damit ein sittenwidriges und unlauteres Verhalten i. S. § 1 UnlWG. noch nicht gegeben. Der Vertragsbruch als solcher ist nicht schon sittenwidrig. Es kommt vielmehr auf den Gesamtzustand der wettbewerbslichen Auswertung an (RG. 133, 335<sup>1</sup>). In dieser Richtung ist hier über die behauptete Vertragsverletzung hinaus für einen Verstoß gegen die guten Sitten nichts dargetan. Weder die Wettbewerbsmaßnahme an sich, die vorübergehende lokale Preisherabsetzung, noch der hiermit erstrebte Zweck ist sittenwidrig und unlauter. Es handelt sich um einen im Rahmen des Zulässigen bleibenden Leistungswettbewerb und nicht um einen unzulässigen Vernichtungswettbewerb. Daß der einschlägige Markt durch die Werbemaßnahmen der Vekl. beunruhigt wird und die Vekl. hierdurch Einbuße an ihrem Absatz erleidet, läßt die Werbemaßnahmen noch nicht sittenwidrig erscheinen.

(RG. Urt. v. 15. Juli 1933, 31 U 1861/33.)

Eingef. von RA. Dr. Dornheim, Berlin.

\*

### Stuttgart.

2. § 1 UnlWG. Hiergegen verstößt eine Baufirma, die ihre Arbeiter unter dem Tarif bezahlt und auf Grund davon die Konkurrenz unterbietet.

Zwar kann dem Vekl. nicht, wie beantragt ist, die Auszahlung von untertariflichen Löhnen verboten werden, wohl aber das Unterbieten im Wettbewerb, solange er unter dem Tariflohn bleibt. Es verstößt gegen die guten Sitten, daß er in der Absicht, durch billige Konkurrenzangebote neue Kunden zu gewinnen, den Tarif nicht einhält. Diese Absicht wird vermutet, denn im Baugewerbe machen die Löhne mindestens 30 % der Unkosten aus, und es ist anzunehmen, daß der Vekl. diese Unkosten gesenkt hat, um billiger als andere zu arbeiten. Sein Einwand, daß der Tarif auch von einem großen Teil der Berufsgenossen unterschritten werde, wäre nur erheblich, wenn er darlegen könnte, daß dies der überwiegende Teil sei, das ist aber nicht nachgewiesen.

(OLG. Stuttgart, 3. ZivSen., Urt. v. 21. Febr. 1933, U 1085/32.)

tel auch die aufgedruckten 0,20 RM bezahlen muß. Es kommt aber aussschlaggebend auf die Auffassung der Verbraucher an.

Beide Fälle liegen somit gleich, und zwar handelt es sich um das Versprechen einer Zugabe i. S. des § 1 Abs. 2 c. Daß wirtschaftlich gesehen eine zeitlich und örtlich beschränkte Preisherabsetzung vorliegt, ändert daran nichts. Das liegt im Wesen jedes Rabattes, sowohl des Mengen- als auch des Barabatts. Der Reichswirtschaftsrat hat dementsprechend in seinem vor Erlass der ZugabenVO. erstatteten Gutachten Rabatte nicht als Zugaben angesehen. Die ZugabenVO. hat sie jedoch eingefügt, und damit muß die Rsprr. sich abfinden.

Ein Verstoß gegen § 1 Abs. 3 liegt in beiden Fällen nicht vor. Denn die Vekl. hat lediglich angekündigt, was zu gewähren ihr gem. § 1 Abs. 2 c ausdrücklich erlaubt ist. Da sie aber Mengenrabatte gewähren darf, so darf sie sie auch ankündigen. Daß dabei in gewissem Sinne der Eindruck der Unentgeltlichkeit erweckt wird, liegt wiederum im Wesen des Mengenrabatts. Die Erklärung, der Käufer erhalte beim Einkauf einer Ware eine bestimmte Warenmenge dazu, ist deshalb nicht als Ankündigung einer „Gratiszugabe“ i. S. des § 1 Abs. 3 anzusehen (ebenso Ulster: MuW. 1933, 55).

II. Mit zutreffenden Gründen verneint das RG. einen Verstoß gegen § 1 Abs. 3 UnlWG., § 826 BGB.

1. Von einer Täuschung der Verbraucher kann keine Rede sein.

2. Mit Recht betont das RG., daß eine teilweise Preissenkung auch bei Markenartikeln zulässig ist. Der Hersteller eines Markenartikels ist an sein eigenes Preissystem nicht gebunden (vgl. Dornheim: MuW. 1933, 229).

3. Soweit die Vekl. dadurch ihre vertraglichen Verpflichtungen einem Teil ihrer Kunden gegenüber verletzen sollte, muß es diesen überlassen bleiben, gegen die Vekl. vorzugehen. Dagegen ist eine bloße Vertragsverletzung dem Wettbewerber gegenüber noch nicht unlauter. Es müssen schon zu der Vertragsverletzung als solcher weitere Umstände hinzutreten, aus denen sich eine Pflichtverletzung der Allgemeinheit gegenüber ergeben würde. Derartige Umstände aber liegen hier nicht vor.

RA. Dr. Ludwig Seydt, Köln.

1) JW. 1931, 3662.

## II. Zivilprozessordnung. Rechtsanwaltsgebührenordnung. Berlin.

3. §§ 125, 126, 127 ZPO. Gegen den Beschluß, der den Antrag auf Anordnung der Nachzahlung ablehnt, ist Beschwerde nicht gegeben. f)

Nach § 127 ZPO. findet gegen den Beschl., durch welchen das Armenrecht bewilligt wird, kein Rechtsmittel, gegen den Beschl., durch welchen das Armenrecht verweigert, entzogen oder die Nachzahlung von Kosten angeordnet wird, die Beschw. statt. Die Regelung des Beschwerderechts im § 127 wird von dem Gedanken geleitet, daß eine Anfechtung nur der dem Armenrecht ungünstigen Entsch. gewährt werden soll. Vorliegend ist aber ein Antrag auf Nachzahlung von Beträgen, von deren Berichtigung der Kl. einstweilen befreit war, abgelehnt worden. Gegen einen solchen Beschl. ist die Beschw. nicht gegeben.

(RG., 30. ZivSen., Beschl. v. 8. März 1933, 30 W 2395/33.)

Eingef. von GerRf. Dr. Wilhelm Seidel, Berlin.

\*

### Köln.

4. § 27 RAGebO. Bei Zurückweisung einer gegen ein Teil- und Zwischenurteil (§§ 301, 304 ZPO.) eingeleiteten Berufung und Zurückverweisung des Rechtsstreits in die Vorinstanz sind die nach § 27 RAGebO. erfallenden weiteren Gebühren nur nach dem Wert des aus der Berufungsinstanz zurückverwiesenen Teilanspruchs zu bemessen.

Der Senat hat bereits im Beschl. v. 29. Sept. 1932: DRZ. 1933 Nr. 30 ausgesprochen, daß im Falle der Zurückweisung einer gegen ein Teil- und Zwischenurteil (§§ 301, 304 ZPO.) eingeleiteten Ber. und der Zurückverweisung des Rechtsstreits in die Vorinst. die nach § 27 RAGebO. erfallenden weiteren Gebühren nur nach dem Wert des aus der Vorinst. zurückverwiesenen Teilanspruchs zu bemessen sind, weil es dem Sinn und Zweck des § 25 RAGebO. widersprechen würde, dem Anwalt für den Teil mehrerer Klageansprüche der nur in einer Instanz anhängig war, doppelte Gebühren zu gewähren. Wenn § 27 RAGebO. im Zusammenhang des Gesetzes sich auch als eine Ausnahme von den Regeln der §§ 25, 26 RAGebO. darstellt, so kann diese Ausnahme ungenügend doch nur so gewollt sein, daß die gebührenrechtliche Zweiteilung der prozessrechtlich einheitlichen Instanz nur insoweit Platz greifen soll, als der Anspruch in beiden Teilen der gebührenrechtlich geteilten Instanz behandelt worden ist. Das ist aber nur bei dem Teil mehrerer Klageansprüche der Fall, der in die Vorinst. gelangt und von dort wieder an die Vorinst. zurückverwiesen worden ist. Aus dieser Erwägung heraus muß bei Bemessung der nach § 27 RAGebO. erfallenden Sondergebühren auch der Teil des Klageanspruchs außer Betracht bleiben, hinsichtlich dessen die Klage nach erfolgter Zurückverweisung in die Vorinst. erweitert worden ist. Dieser Teil des Anspruchs wird durch die vorangegangene Ber. und BU. in keiner Weise berührt, er ist prozessual so zu behandeln, als ob ein Grundurteil über den zunächst nur eingeklagten Teilbetrag überhaupt noch nicht ergangen wäre (vgl. Sydow-Busch-Rank, § 304 ZPO. Anm. 5). Von einer doppelten Instanz kann bei ihm keine Rede sein. Die erst im Nachverfahren über die Höhe des Anspruchs erfolgte Klageerweiterung kann hiernach auf die Bemessung der nach § 27 RAGebO.

Zu 3. Die Entsch. des 30. ZivSen. begnügt sich damit, die dem Beschl. des 29. ZivSen. v. 7. Nov. 1931: JW. 1932, 671<sup>23</sup> entgegengesetzte Rechtsansicht zur Geltung zu bringen, ohne sich mit den Gründen dieser Entsch. und den in meiner Anmerkung dazu angeführten Ausführungen von Cohn: JW. 1932, 95 auseinanderzusetzen. Zu einer Kritik bietet sie somit keine weitere Handhabe. Sie lehrt nur, daß die Einrichtung der Kostenfen. bei den OLG. noch des Ausbaues bedürftig ist. Trotzdem ich bereits in der erwähnten Anmerkung mich den von Cohn für eine gesetzliche Regelung der Frage i. S. der Entsch. des 29. ZivSen. gemachten Ausführungen angeschlossen habe, möchte ich den von mir bereits häufiger geltend gemachten Gesichtspunkt auch hier für entscheidend halten, daß es nicht so sehr darauf ankommt, wie eine Rechtsfrage, wie die vorliegende, entschieden wird, sondern vielmehr darauf, daß sie gleichmäßig entschieden wird. Für das Ansehen der Rechtspflege sind gelegentliche Fehlentscheidungen viel weniger abträglich, als der geradezu aufreizende Zustand, daß genau die gleiche Rechtsfrage in einem Richterzimmer entgegengesetzt entschieden wird, wie im Nachbarzimmer. Will sich also der Gesetzgeber der Begr. Cohns für die Zulassung einer Beschw. gegen den Beschl., der die Nachzahlung von Gebühren versagt, nicht anschließen, so mag die Justizverwaltung eine Regelung der Geschäftsverteilung treffen, die es unmöglich macht, daß zwei einander widersprechende Entsch. von zwei verschiedenen Sen. desselben OLG. ergehen.

RA. Dr. Wilhelm Kraemer, Leipzig.

erfallenden Sondergebühren keinen Einfluß haben, sie ist vielmehr lediglich bei Bemessung der normalerweise und außerhalb des § 27 RWObD. für die Instanz erfallenden Gebühren des § 13 RWObD. zu berücksichtigen.

(OLG. Köln, Beschl. v. 26. Mai 1933, 7 W 115/33.)

Ver. von OGR. Conrad, Bonn.

\*

**Raumburg.**

5. §§ 3, 51 RWObD.; §§ 421, 426 BGB. Hat von mehreren durch denselben RL. vertretenen Streitgenossen nur der eine obgesiegt, dann kann er die von ihm verauslagten gemeinsamen Anwaltskosten vom Gegner ganz erstatte verlangen, wenn er von seinen Mitgenossen den auf sie entfallenden Anteil nicht ersetzt erhalten kann.

Der Senat ist im Anschluß an die Auffassung u. a. des RG.: JW. 1933, 1075<sup>4</sup>, auch OLG. Breslau: JW. 1933, 543<sup>3</sup> der Ansicht, daß bei gemeinsamer Vertretung mehrerer Streitgenossen durch denselben RL. für den Kostenerstattungsanspruch des einzelnen jedenfalls dann nicht das Innenverhältnis unter den Streitgenossen entscheidend ist, sondern der obliegende Streitgenosse die vollen gemeinsamen Vertretungskosten erstattet beanspruchen darf, wenn er sie allein getragen hat und eine Inanspruchnahme des oder der anderen Streitgenossen wegen des auf sie entfallenden Anteils der gemeinsamen Vertretungskosten durch ihren Mitstreitgenossen nach den gegebenen Umständen, namentlich ihrer Vermögenslage nicht in Frage kommt; denn andernfalls würde der obliegende Streitgenosse des Erstattungsanspruchs gegen den ihm gegenüber unterlegenen Gegner teilweise verlustig gehen, also selbst einen Teil der Kosten zu tragen haben, und dadurch einen Schaden erleiden, vor dem ihm gerade das obliegende Urteil bewahren will, und den Vorteil davon würde der Gegner trotz seines Unterliegens haben.

(OLG. Raumburg a. S., 7. ZivSen., Beschl. v. 11. Juli 1933, 7 W 153/33.)

Ver. von OGR. Biedermann, Raumburg a. S.

**Berlin.**

**III. Vollstreckungsschutz.**

6. § 1 RD. v. 26. Mai 1933 (RGBl. I, 302). Bei einer Zwangsversteigerung zwecks Aufhebung einer Miterbengemeinschaft sind die Miterben nicht berechtigt, Veräußerung des Zuschlages zu beantragen, wenn das Meistgebot hinter 7/10 des Grundstückswerts zurückbleibt.

§ 1 RD. v. 26. Mai 1933 hat den Zweck, der Gefahr von Grundstücksverschleuderungen zu begegnen. Es handelt sich hierbei aber nicht um eine Schutzvorschrift zugunsten des Vollstreckungsschuldners; Schutzvorschriften zu seinen Gunsten enthalten die §§ 5 ff. a. a. D.; vielmehr ist § 1 eine Schutzvorschrift zugunsten der dinglich an Grundstück Berechtigten, insbes. der Hypothekengläubiger. In der gegenwärtigen Zeit der wirtschaftlichen Krise besteht für die nicht an erster Stelle stehenden Grundstücksgläubiger die Gefahr des Ausfalls in der Zwangsversteigerung in erhöhtem Maße. Dem will § 1 dadurch vorbeugen, daß Hypothekengläubiger und sonstigen dinglich Berechtigten, die bei dem abgegebenen Meistgebot ganz oder zum Teil ausfallen, aber bei einem Gebot in Höhe von 7/10 des Grundstückswertes ganz oder zum Teil gedeckt sein würden, das Recht auf Veräußerung des Zuschlages verliehen wird. Dagegen hat der Vollstreckungsschuldner kein Recht auf Veräußerung des Zuschlages; denn er ist kein Berechtigter, der Anspruch auf Deckung aus dem Meistgebot hätte. Das ist allgemein anerkannt. Ebenso wenig wie der Eigentümer bei der Schuldversteigerung ein Recht auf Veräußerung des Zuschlages hat, hat dies bei einer Auseinanderetzungsversteigerung einer der Miteigentümer oder der Gemeinschaft Miterbe bei ungeteilter Erbengemeinschaft u. dgl.). Der Gemeinschaft hat keinen dinglichen Anspruch, der aus dem Meistgebot zu decken wäre. Er gehört deshalb nach dem ganz dem eindeutigen Wortlaut des § 1 a. a. D. nicht zu den dort genannten „Berechtigten“. Es geht auch nicht an, die Best. des § 1 auf Miteigentümer bei der Teilungsversteigerung entsprechend anzuwenden. Eine solche Anwendung wäre nur möglich, wenn die Rechtslage eine ähnliche wäre und eine Ausdehnung der gesetzlichen Vorschr. mit deren Zweck im Einklange stände. Beides ist aber nicht der Fall. Die Stellung der Miteigentümer bei der Auseinanderetzungsversteigerung ist derjenigen des Vollstreckungsschuldners bei der Schuldversteigerung verwandt, aber nicht derjenigen der Hypothekengläubiger oder der sonstigen am Grundstück dinglich Berechtigten. Dies gilt auch dann, wenn formell einer der Miteigentümer die Rolle eines Antragstellers im Zwangsversteigerungsverfahren wahrnimmt. Der Zweck der Vorschr. des § 1 ist nicht der, den Eigentümer des Grundstücks zu schützen, sondern die Hypothekengläubiger, die das Grundstück im Vertrauen darauf beliehen haben, daß ihre Hypotheken einen als gesichert erscheinenden Rang innerhalb von 7/10 des Grundstückswertes eingeräumt erhielten. Sicherlich ist nicht zu verkennen, daß auch für die Miteigentümer bei der Teilungsversteigerung ein Schutzbedürfnis

bei der gegenwärtigen Wirtschaftslage auf dem Grundstücksmarkt vorhanden ist. Diesem Bedürfnis hat der Gesetzgeber durch die — auf Grund der RD. v. 14. Juni 1932 eingefügte — Best. des § 9 a. a. D. abgeholfen, wonach die Teilungsversteigerung auf Antrag eines Miteigentümers einstweilen einzustellen ist, wenn dies bei Abwägung der widerstreitenden Interessen der mehreren Miteigentümer angemessen erscheint. Das OLG., das sich zur Begründung seiner Auffassung im übrigen lediglich auf einen Beschl. des OLG. Koblenz v. 19. Jan. 1932: JW. 1932, 1597 bezieht, führt zu § 9 a. a. D. aus: Obwohl hier die Aufhebung der Gemeinschaft besonders erwähnt und die §§ 1, 5 und 7 nicht zitiert würden, sei doch anzunehmen, daß diese Vorschr. zwar für die Einstellung des Verfahrens besondere Best. bei der Gemeinschaftsaufhebung geben wolle, daß daneben aber bzgl. der Veräußerung des Zuschlages gem. § 1 diese Vorschr. auch für die Aufhebung der Gemeinschaft gelte. Diese Auslegung erscheint nicht schlüssig. § 9 a steht in dem 2. Abschn. der RD. v. 26. Mai 1933. Er bezieht sich auf die in den §§ 5 ff. enthaltene, zum Schutze der Vollstreckungsschuldner getroffene Regelung der einstweiligen Einstellung des Verfahrens. Hier mußte nach der ursprünglichen Fassung des Gesetzes angenommen werden, daß §§ 5 ff. auf die Auseinanderetzungsversteigerung keine Anwendung finden, denn von der Richterfüllung fälliger Verbindlichkeiten ist bei der Auseinanderetzungsversteigerung keine Rede; da aber hier ein Schutzbedürfnis auch für die Miteigentümer bestand, insbes. für die, gegen deren Willen die Auseinanderetzung im Wege der Versteigerung vorgenommen wurde, hat der Gesetzgeber eine dem § 5 angepaßte Regelung zugunsten der Miteigentümer in § 9 a getroffen. Daraus, daß für § 1 eine entsprechende Regelung nicht getroffen worden ist, ergibt sich, daß auch bei dem Gesetzgeber nicht die Absicht bestand, dem Miteigentümer ein Recht auf Veräußerung des Zuschlages wegen Richterfüllung der 7/10-Grenze zu verschaffen (gl. U. Jonas, ZwVollstVortrecht, 1. Teil, 7. Aufl., Anm. 4 f zu § 1).

Die Begründung, die das OLG. Koblenz: JW. 1932, 1597 für seine gegenteilige Auffassung gibt, kann nicht für richtig erachtet werden. Offenichtlich hat bei dieser Entsch. der Gedanke mitgewirkt, daß ein Schutzbedürfnis für die Miteigentümer bestehe und daß das Gesetz dem bisher nicht Rechnung getragen habe. Der Beschl. des OLG. Koblenz — sowie die ihn im Ergebnis folgebende Bepfändung von Armstrong: JW. 1932, 1597 — liegen noch vor der Einfügung des § 9 a durch die Nov. v. 14. Juni 1932. Dem Schutzbedürfnis der Miteigentümer ist nunmehr Rechnung getragen, so daß dieser Gesichtspunkt nicht mehr in Betracht kommt. Das OLG. Koblenz erkennt an, daß, wenn § 1 von einem Berechtigten spricht, dessen Anspruch ganz oder teilweise aus dem Meistgebot nicht gedeckt wird, ein zahlenmäßig fest bestimmter Anspruch gemeint ist, wie ihn ein Gläubiger auf Zahlung einer Geldsumme aus dem Grundstück hat, nicht aber ein Anspruch, den der Beteiligte an der Teilungsversteigerung „gewissermaßen auf Umwandlung seines Eigentums durch Verkauf in Geld“ hat. Trotzdem will das OLG. von einem zahlenmäßigen Gläubigeranspruch als Erfordernis für das Recht auf Veräußerung des Zuschlages absehen. Die Begründung, die es hierfür gibt — die Miteigentümer hätten ein Recht, daß der Anspruch, den ihnen das Gesetz durch Zurverfügungstellung der Teilungsversteigerung auf Umwandlung des Eigentums in Geld gewährt, aus einem angemessenen Meistgebot seine Befriedigung erfahre —, erscheint nicht richtig. Der Anspruch auf Auseinanderetzung ist nicht wesensgleich mit dem Anspruch auf Befriedigung aus dem Meistgebot. Das OLG. Koblenz versucht hier, eine — nicht schlüssige — konstruktive Begründung für eine Ausfassung zu geben, die nicht nur mit dem Wortlaut des Gesetzes unvereinbar ist, sondern — und das ist das Wesentliche — dem Zwecke des Gesetzes widerspricht.

(RG., 8. FerZivSen., Beschl. v. 24. Aug. 1933, 12 W 6861/33.)  
Ver. von OGR. Dr. U. Hoche, Berlin.

\*

**Niel.**

7. §§ 930 Abs. 1, 766 BPD.; Art. 3 Gef. über weitere Maßnahmen auf dem Gebiete der Zwangsvollstreckung v. 26. Mai 1933. Für die Aufhebung einer Pfändung gemäß dem Gef. v. 26. Mai 1933 ist, auch wenn das OLG. als Arrestgericht die Pfändung ausgesprochen hat, das OLG. zuständig.

Auf Antrag der Gläubigerin hat das OLG. in N. am 2. Febr. 1933 gegen den Schuldner wegen Forderungen in Höhe von insgesamt 1575 RM den dinglichen Arrest angeordnet und den Arrestbefehl später durch Ur. v. 16. März 1933 bestätigt. In Vollziehung des Arrestes hat es den Pfändungsbefehl v. 10. Febr. 1933 erlassen, in dem eine Reihe von Mieterforderungen des Schuldners gegen die in dem Pfändungsbefehl im einzelnen aufgeführten Personen für die Gläubigerin gepfändet worden sind. Am 1. Juni 1933 hat der Schuldner beim OLG. die Aufhebung des Pfändungsbefehls beantragt auf Grund des Art. 3 Gef. über weitere Maßnahmen auf dem Gebiete der Zwangsvollstreckung v. 26. Mai 1933 (RGBl. I, 300). Das OLG. hat, nachdem es den Antrag des Schuldners der Gläubigerin zur Erklärung mitgeteilt hatte, durch Beschl. v. 15. Juni 1933 die Pfändung der in dem Pfändungsbefehl v. 10. Febr. 1933 bezeichneten Forderungen aufgehoben, so-

weit sie nach dem 30. Juni 1933 fällig werden. Gegen den Beschluß haben die Gläubigerin und der Schuldner sofortige Beschw. eingelegt. Die Gläubigerin beantragt, den angefochtenen Beschluß aufzuheben. Sie macht geltend, der Schuldner könne sich auf den Vollstreckungsschutz des Gef. v. 26. Mai 1933 nicht berufen, weil er schon seit Monaten sein Grundstück seiner Schwiegertochter übereignet und daher die Grundstückslasten nicht mehr zu tragen habe. Der Schuldner beantragt, den angefochtenen Beschluß dahin zu erweitern, daß die im Beschl. v. 10. Febr. 1933 angeordneten Pfändungen in vollem Umfange aufgehoben werden. Das OLG. hat den Beschluß aufgehoben und das LG. angewiesen, die Sache dem LG. zur zuständigen Entsch. vorzulegen.

Es kann dahingestellt bleiben, ob die materiellen Voraussetzungen für eine Aufhebung der Pfändungen auf Grund des Art. 3 Gef. v. 26. Mai 1933 (RGBl. I, 300) vorliegen, da jedenfalls nicht das LG. über die Aufhebung zu entscheiden hatte. Zuständig hierfür ist vielmehr nach Art. 3 a. a. D. das Vollstreckungsgericht. Bei der Vollziehung eines Arrestes ist nun gem. § 930 Abs. 1 S. 3 ZPO. für die Pfändung von Forderungen das Arrestgericht Vollstreckungsgericht. Dies begründet aber im vorl. Falle nicht die Zuständigkeit des LG., auch über den Antrag des Schuldners vom 1. Juni 1933 zu entscheiden, der sich rechtlich als Erinnerung nach § 766 ZPO. darstellt. Denn auf Entsch. gem. § 766 ZPO. kann die im § 930 ZPO. dem Arrestgericht verliehene Zuständigkeit als Vollstreckungsgericht nicht erstreckt werden. Das ist die im Schrifttum und in der Rspr. herrschende Ansicht (vgl. Stein-Jonas, Komm., § 930 Bem. 1 a. E.; Förster-Kann, Komm., § 930 Bem. 2; Sydow-Busch, Komm., § 930 Bem. 4; OLG. München: OLG-Rspr. 18, 401; RG.: OLG-Rspr. 29, 175; OLG. Breslau: OLG-Rspr. 33, 94). Die gegenteilige Meinung, die von Seuffert-Walsmann (Komm. z. ZPO., § 930 Bem. 1 c), von Baumhach (Komm. § 930 Bem. 2), ferner vom Hanf-OLG. (OLG. 16, 290) und vom LG. Breslau (ZW. 1915, 1457) vertreten wird, verkennt Sinn und Zweck des § 930 Abs. 1 S. 3 ZPO. Diese Best. ist eine Sondervorschr. zugunsten des Arrestgläubigers, die dem das ganze Arrestverfahren beherrschenden Grundsatze der Beschleunigung dient. Dem Interesse der Beschleunigung ist aber mit Erlass des Pfändungsbefehlses genügt. Rechtsbehelfe, die sich gegen die Pfändung richten, nützen allein dem Arrestschuldner und dienen gerade dem umgekehrten Zwecke wie die Best. des § 930 Abs. 1 S. 2 ZPO.; eine ausdehnende Auslegung ist daher schon deshalb nicht möglich. Dazu kommt: Im § 828 ZPO. ist gerade das LG. zum Vollstreckungsgericht bestimmt worden, weil dies Gericht zunächst am einfachsten und schnellsten die im Vollstreckungsverfahren auftauchenden Streitfragen entscheiden und die tatsächlichen Verhältnisse klären kann, insbes. die Frage, ob die Zwangsvollstreckung gem. § 766 ZPO. für unzulässig zu erklären ist. Das LG. steht diesen Dingen erheblich ferner, würde sich in den meisten Fällen wieder der Rechts Hilfe des LG. bedienen und dadurch die Entsch. nur verzögern, bei eigener Verweigerung aber den Parteien unnütze Kosten verursachen. Der angefochtene Beschluß ist daher von einem sachlich unzuständigen Gericht erlassen worden. Daß die Parteien dies nicht gerügt haben, ist bedeutungslos, da es sich im § 828 ZPO. um eine ausschließliche Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichts handelt (§ 802 ZPO.). Die angefochtene Entsch. war daher aufzuheben und gem. § 575 ZPO. die Sache an das LG. zurückzuverweisen mit der Anweisung, die Akten nunmehr an das zuständige LG. zur Entsch. über die Erinnerung des Schuldners vom 1. Juni 1933 abzugeben.

(OLG. Kiel, 1. ZivSen., Beschl. v. 10. Juli 1933, 1 W 255/33.)  
Ber. von OLG. Dr. Grunau, Kiel.

\*

### Stuttgart.

8. V. d. 14. Febr. 1933 über den landwirtschaftlichen Vollstreckungsschutz. § 7 Abs. 1 schützt nicht den Hausrat, der zwar der Familie des Betriebsinhabers gehört, aber nicht in seinem landwirtschaftlichen Anwesen sich befindet.  
(OLG. Stuttgart, 2. ZivSen., Beschl. v. 27. März 1933, W 260/33.)

### Dresden.

#### b) Strafsachen.

9. Teil 1 Kap. I Art. 7 § 1 NotV. d. 14. Juni 1932; § 34 StPO. Das hiernach ergehende Verwerfungsurteil muß darlegen, inwiefern der Angekl. unentschuldigt ausgeblieben ist.

Der außerhalb P.s wohnhafte Angekl., der gegen eine StrVfg. gerichtliche Entsch. beantragt hatte, hat am 19. Sept. 1932 gegen ¼ 8 Uhr kurz vor der auf diesen Tag ¼ 8 Uhr anberaumten Hauptverhandlung fernmündlich beim AG. P. um Verlegung des Termins mit der Begr. nachgesucht, daß er erst am 18. Sept. (einem Sonntag) von einer längeren Reise zurückgekehrt sei, die während seiner Abwesenheit am 7. Sept. seiner Frau zugestellte Ladung erst am

19. Sept. früh in seine Hände bekommen habe und sich auch noch die bei seinem Verband befindlichen Unterlagen beschaffen müsse. Der V. hat ihn fernmündlich abschlägig bescheiden lassen, ist in die Hauptverhandlung eingetreten und hat, da der Angekl. in dieser nicht erschienen, auch nicht durch einen Verteidiger vertreten war, gemäß der NotV. d. 14. Juni 1932 Teil 1 Kap. I Art. 7 § 1 den Antrag auf gerichtliche Entsch. ohne Beweisaufnahme durch Art. verworfen. In den UrGründen hat der V. unter Verwendung des üblichen Vordrucks lediglich ausgeführt, daß der Angekl. gegen die StrVfg. rechtzeitig gerichtliche Entsch. beantragt habe, aber in der Hauptverhandlung ungeachtet der nachgewiesenen Ladung ohne genügende Entschuldigung ausgeblieben und auch nicht vertreten worden sei.

Bei der im § 1 V. d. 14. Juni 1932 vorausgesetzten Verfahrungsfrage kann zwar eine derartige formularmäßige UrVegr. ausreichen, wenn eine Tatsache, die als Entschuldigung in Frage kommen könnte, dem Gericht überhaupt nicht erkennbar ist. Die Tatsache, daß ein Angekl. im Falle der Ersatzzustellung der Ladung von dem Termin erst kurz vor der Terminsstunde Kenntnis erlangt und keine Möglichkeit mehr hat, sich bis zu dem Termin die zu seiner Verteidigung erforderlichen Unterlagen zu beschaffen, kann aber an sich wohl geeignet sein, sein Ausbleiben in der Hauptverhandlung zu entschuldigen. Der Angekl. hatte also hier Tatsachen angegeben, durch die er sein Ausbleiben als genügend entschuldigt ansah. Ob es auch tatsächlich hinreichend entschuldigt war, darüber hatte das Gericht zu entscheiden. Wenn es aber den vorgebrachten Tatsachen die Anerkennung als Entschuldigungsgrund versagte und den Antrag auf gerichtliche Entsch. sofort verwarf, so hatte es — zwar nicht nach § 267 Abs. 1 StPO., wohl aber nach § 34 StPO. (vgl. RGSt. 66, 150 u. ZW. 1933, 225) — das Ur. dert zu begründen, daß aus ihm sich die Gesetzmäßigkeit der getroffenen Entsch. im Falle ihrer Anfechtung beurteilen läßt. Die UrGründe geben keinen Aufschluß darüber, ob der Vordrucker in dem Umstand, daß der außerhalb P.s wohnhafte Angekl. ersichtlich nach der abfälligen Bescheidung seiner Vertagungsbitte bis zur Zeit der UrVerkündung unmöglich noch an Gerichtsstelle erscheinen konnte, überhaupt mit in den Kreis seiner Erwägungen gezogen hat. Die unzulängliche Vegr. des Ur. läßt zum mindesten die Möglichkeit offen, daß der V. rechtsirrig den Schwerpunkt darauf gelegt hat, ob der Angekl. sein Fernbleiben genügend entschuldigt habe, nicht aber die von Amts wegen zu prüfende Frage geründigt hat, ob sein Ausbleiben tatsächlich genügend entschuldigt gewesen ist.

(OLG. Dresden, Ur. v. 26. April 1933, 1 Ost 11/33.)

Ber. von GenSt. Dr. Alfred Weber, Dresden.

\*

### Hamm.

10. §§ 44, 311 Abs. 2 StPO. Pflicht des Verteidigers, den Angekl. über die Frist des § 311 Abs. 2 StPO. zu belehren. Unkenntnis des Angekl. von der Beschwerdefrist ist kein unabwendbarer Zufall i. S. des § 44 StPO.

Der Beschluß der Strk., durch welchen der vom Verteidiger des Angekl. gestellte Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens abgelehnt worden war, wurde dem in Strafhaft befindlichen Angekl. zugestellt. Der Verteidiger wurde von der Ablehnung seines Wiederaufnahmeantrags nicht benachrichtigt; er erhielt hiervon vielmehr erst einen Tag nach Ablauf der Frist des § 311 Abs. 2 StPO. durch den Angekl. Kenntnis.

Der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wurde verworfen, da die Voraussetzungen des § 44 StPO. nicht erfüllt sind. Der Antragsteller ist nicht durch unabwendbaren Zufall an der Einhaltung der Beschwerdefrist gehindert worden. Der Beschluß war dem Angekl. selbst zuzustellen. Eine Zustellung an den Verteidiger hätte die vorgeschriebene Zustellung an den Angekl. nicht ersetzt, da der Verteidiger eine Ermächtigung zur Empfangnahme von Zustellungen nicht nachgewiesen hat. Eine Benachrichtigung des Verteidigers über die Erledigung eines von ihm angebrachten Wiederaufnahmeantrags oder über die Zustellung des Beschlusses an den Angekl. ist durch die StPO. nicht vorgeschrieben. Es ist auch nicht vorgeschrieben, den Angekl. über die Frist zur Einlegung des Rechtsmittels gegen einen die Verwerfung eines Wiederaufnahmeantrags betreffenden Beschluß zu belehren. Unkenntnis der gesetzlichen Bestimmungen über Frist und Form des Rechtsmittels stellt nach allgemeinem anerkanntem Recht keinen unabwendbaren Zufall i. S. des § 44 StPO. dar. Sache des Verteidigers wäre es gewesen, den Angekl. über die von ihm zu beachtende Frist zu belehren.

(OLG. Hamm, Beschl. v. 8. Juli 1933, 11 W 669/33.)

Ber. von GerRef. Dr. Wilke, Münster i. W.

\*

### Jena.

11. § 313 StPO. Ein freisprechendes Urteil hat nicht „ausschließlich Übertretungen zum Gegenstand“, wenn auf einen wegen Übertretung von Verkehrsverordnungen ergangenen Strafbefehl in der Hauptverhandlung der An-



gell. darauf hingewiesen worden ist, daß seine Bestrafung auch wegen Körperverletzung (§ 230 StGB.) erfolgen könne.

Mit diesem Vorgang in der Hauptverhandlung ist das ganze geschichtliche Vorkommnis einschließlich der Körperverletzung zum Gegenstand der Hauptverhandlung gemacht und von der StA. unter Anklage gestellt. Der Richter war verpflichtet, in seinem Urte. darauf einzugehen. Er hat nach dem erkennenden Teil des Urte. den Angekl. freigesprochen. Da keine Einschränkung getroffen ist, muß davon ausgegangen werden, daß der Richter den Angekl. von allen in dem geschichtlichen Vorkommnis zu erlickenden strafbaren Handlungen freigesprochen hat. Außerdem hat der Amtsrichter im Urte. ausdrücklich festgestellt, daß der Nebenkläger beim Unfall nicht unerheblich verletzt worden ist. Daraus geht mit Sicherheit hervor, daß er die Körperverletzung berücksichtigt und in seinem Freispruch eingeschlossen hat. Eine neue Verfolgung des Angekl. aus dem Gesichtspunkt der Körperverletzung ist mithin ausgeschlossen, während sie beim Standpunkt des UG. möglich sein würde. Danach hatte das Urte. des Amtsrichters auch die Körperverletzung, also nicht ausschließlich die Übertretung zum Gegenstande. Deshalb ist die Ver. zulässig.

(OLG. Jena, FerStrSen., Beschl. v. 4. Aug. 1933, 4 W 304/33.)  
Eingef. von RA. Dr. Geisenhayer, Gera.

\*

### Karlsruhe.

12. Teil I Kap. I Art. 2 § 1 Ziff. 1 B. D. v. 14. Juni 1932. Ein vom UG. als BG. nach dem 1. Juli 1932 erlassenes Urte. kann nicht mit Revision angefochten werden.

Nach Art. 2 § 1 Ziff. 1 a. a. D. kann, wer Ver. eingelegt hat, gegen das BU. nicht weiter Rev. einlegen. Für anhängige Sachen enthält § 3 die Übergangsbest., daß für die Frage des Rechtszugs maßgebend ist der Zeitpunkt, an dem „die Entsch.“ ergangen ist. Unter „Entsch.“ ist die angefochtene Entsch. zu verstehen, also, wenn die Sache bereits in der Instanz anhängig war, das BU. Danach geht allerdings der Beschw., wie hier, seines Wahlrechts zwischen Ver. und Rev. verlustig, wenn er noch unter dem alten Recht Ver. eingelegt hat, das BU. aber erst nach dem 1. Juli 1932 ergeht. Dieser Umstand rechtfertigt aber keine andere Auslegung. Denn eindeutiger Zweck der NotB. ist, aus Ersparnisgründen den Prozeßbeteiligten nur zwei Instanzen zur Verfügung zu stellen. Die Rev. war daher gem. § 349 Abs. 1 StB. als unzulässig zu verwerfen, ohne daß es noch eines Eingehens auf §§ 343 ff. bedurfte.

(OLG. Karlsruhe, Beschl. v. 3. Aug. 1932, S M 152/32.)

Ver. v. OGR. i. R. Dr. Wolff-Wilfinger, Freiburg i. Br.

### Landgerichte.

#### Königsberg.

1. § 17 ZeugGebD. Ein suspendierter Beamter kann als Zeuge kein Tagelohn beanspruchen.

Es ist zwar richtig, daß auch ein suspendierter Beamter noch an sich Beamter ist. Der suspendierte Beamte hat aber nicht die Befugnis zur Ausübung seines Amtes oder zur Vornahme irgendwelcher Dienstfunktionen. Der suspendierte Beamte hat demnach auch nicht das Recht, irgendwelche Dienststreifen vorzunehmen, da Dienststreifen auch nur in Ausübung des Amtes von einem Beamten vorgenommen werden können. Und nur für Dienstreisen will der § 17 ZeugGebD. den Beamten, der als Zeuge oder Sachverständiger vernommen wird, in Form eines Tagelohnes entschädigen. Dieses Tagelohn ist bewußt höher bemessen, als die nach § 9 ZeugGebD. zu gewährende Aufwandsentschädigung, unter Berücksichtigung insbes. auch des Gesichtspunktes, daß der Beamte für seinen Arbeitsausfall im Dienste und die nachher von ihm zu bewältigende Mehrarbeit entsprechend höher entschädigt werden soll. Ein suspendierter übt sein Amt nicht aus und vertritt somit auch nichts in seinem Amte, wenn er als Zeuge vor Gericht erscheinen muß. Wegen die Zubilligung eines Tagelohnes sind auch die Komm. von Baumbach und Wagner, in welchen ausdrücklich darauf hingewiesen ist, daß die durch Amtsenthebung ausgeschiedenen Beamten — worunter auch die suspendierten Beamten fallen (vgl. Baumbach, RGNRdMm., IV. Aufl., Anm. 2 zu § 17 S. 363) — auf das Vorrecht des § 17 ZeugGebD. nicht mehr Anspruch haben. Ein vorläufig des Amtes enthobener (suspendierter) Beamter kann demnach nur eine Aufwandsentschädigung wie jeder andere Zeuge und Sachverständige gem. § 9 ZeugGebD. erhalten.

Eine Aufwandsentschädigung soll jedoch nur einen Ausgleich gewähren zwischen den Ausgaben der gewöhnlichen Lebenshaltung am Aufenthaltsorte einerseits und den Mehrkosten andererseits, die bei entsprechender Lebensweise durch den Aufenthalt an einem anderen Orte unter den gegebenen Verhältnissen erwachsen.

(LG. Königsberg, Beschl. v. 4. März 1933, 10 Q 123/33.)

Mitgeteilt von OGR. u. OGR. Ruten, Königsberg i. Br.

### B. Arbeitsgerichte.

#### Reichsarbeitsgericht.

Berichtet von Rechtsanwalt Dr. W. Oppermann, Dresden.

1. §§ 85, 96 Abs. 2 Nr. 2 BetrRG. Das Aufgeben einer unselbständigen Hilfsarbeit ist nicht Teilstilllegung i. S. des BetrRG. 1)

Eine Teilstilllegung i. S. des § 96 Abs. 2 Nr. 2 BetrRG. ist von RArbG. 5, 259<sup>1)</sup> für den Fall verneint worden, daß der Inhaber einer Brikettfabrik auf der zur Fabrik gehörenden, im Tagebau betriebenen Braunkohlengrube die Entfernung des Abraums wegen starken Frostes auf unbestimmte Zeit einstellt und deshalb die mit dieser Arbeit beschäftigten Arbeiter entläßt. Im vorl. Fall handelt es sich auch um einen Tagebaubetrieb. Die Abraumarbeiten sind aber nicht wegen starken Frostes, sondern wegen Rückgang des Absatzes vorzeitig abgebrochen. Darin, daß die Beseitigung weiteren Abraums auf unbestimmte Zeit unterbrochen worden ist, erblickt das RArbG. eine Teilstilllegung. Es wendet sich im Anschluß an ein Gutachten Hueck's gegen obige Entsch. des RArbG. Es meint, die Fortschaffung des Abraums stelle einen selbständigen technischen Zweck dar. Die Freilegung der Kohle durch Entfernung des Abraums und die Förderung der Kohle erforderten eine verschiedene Technik und ganz verschiedene maschinelle Einrichtungen und Betriebsmittel. Es treffe auch nicht zu, daß die Arbeiten zur Freilegung der Kohlen und zu ihrer Förderung „schrittweise“ einander folgen müßten, es sei durchaus denkbar, daß ein Kohlenfeld zunächst freigelegt werde und dann erst der Kohlenabbau einsetze. Vorstellbar sei auch durchaus, daß die Abraumarbeiten dauernd eingestellt würden, die Kohlenförderung dagegen fortgesetzt werde, weil nämlich wegen zunehmender Mächtigkeit des Deckgebirges oder aus sonstigen Gründen zum Untertagebau übergegangen werde. Im Tagebau sei allerdings die Beseitigung des Abraums notwendige Voraussetzung für den Abbau der Kohle, aber daraus lasse sich nicht folgen, daß das Fortschaffen des Abraums als eine „unselbständige Hilfsarbeit“ anzusprechen sei.

Diese Ausführungen vermögen die Annahme einer Teilstilllegung i. S. der §§ 85, 96 Abs. 2 Nr. 2 BetrRG. nicht zu rechtfertigen. Die Entfernung des Abraums ist nicht Selbstzweck, sondern nur Mittel zum Zweck; sie ist für den Tagebau in dieser Beziehung das, was beim Tiefbau das Treiben und der Ausbau der Stollen und Schächte ist. Die Kosten für die Abraumbeseitigung bilden den weitaus größten Faktor bei der Selbstkostenberechnung für den Tagebaubetrieb. Deshalb wird auch der Abraum nur nach und nach in dem Maße abgehoben, wie es der nachfolgende Abbau der freigelegten Braunkohle wünschenswert erscheinen läßt. Die Abraumbeseitigung ist Hilfsarbeit für den Betrieb der Braunkohlengrube. Sie muß dort geleistet werden, wo die Kohle gefördert werden soll. Ohne sie kann nicht gefördert werden. Ein eigener selbständiger wirtschaftlicher Zweck wird mit ihr

Zu 1. Das Urteil gibt zu lebhaften Bedenken Anlaß. Im Anschluß an seine Entsch. RAG 515/29 v. 26. März 1930 (ZW. 1933, 3128<sup>2)</sup>) vertritt nunmehr das RArbG. ganz allgemein den Standpunkt, daß im regelmäßigen Betriebe der Braunkohlegewinnung im Tagebau die Beseitigung des Abraumes keinen selbständigen Betriebszweck verfolge, sondern nur eine unselbständige Hilfsarbeit für den Betrieb der Braunkohle darstelle, so daß die Stilllegung eines Abraumbetriebes keine teilweise Betriebsstilllegung i. S. des BetrRG. sei. Vor einer solchen Verallgemeinerung der früheren Entsch. hat aber schon Göppert in seiner Besprechung a. a. D. ausdrücklich gewarnt.

Das RArbG. begründet seine Auffassung vorwiegend mit dem Fehlen eines eigenen selbständigen wirtschaftlichen Zwecks: Kohlen könnten nur gefördert werden, wenn zuvor der Abraum beseitigt sei. Die Abraumbeseitigung sei also nur eine technisch notwendige Vorarbeit für den eigentlichen Produktionsvorgang, die Kohlenförderung. Ein eigentlicher wirtschaftlicher Zweck werde mit ihr nicht verfolgt.

In tatsächlicher Hinsicht sind diese Feststellungen des RArbG. unzweifelhaft richtig. Die Abraumbeseitigung steht in engem Zusammenhang mit der Kohlenförderung. Ohne Abraumbeseitigung ist keine Kohlenförderung möglich. Die Entfernung des Abraums ist nicht Selbstzweck, sondern nur Mittel zum Zweck der Kohlenförderung. Vom Standpunkte der Kohlegewinnung aus gesehen, hat die Abraumbeseitigung einen eigenen selbständigen wirtschaftlichen Zweck nicht.

Über diese engen Zusammenhänge war sich auch das BG. (RArbG. Halle a. S.) völlig klar. Wenn es trotzdem den Tatbestand einer Teilstilllegung i. S. des § 96 Abs. 2 Nr. 2 BetrRG. als gegeben angesehen hat, so allein deshalb, weil es seine Entsch. — m. E. mit vollem Recht — nicht auf die Frage eines eigenen selbständigen wirtschaftlichen Zwecks innerhalb des Gesamtbetriebes abgestellt

1) ZW. 1930, 3128.

nicht verfolgt. Sie ist, wie Platon zutreffend bemerkt, nur eine technisch notwendige Vorarbeit für den eigentlichen Produktionsvorgang, die Kohlenförderung. Daß die Bekl. die Abraumarbeiten durch einen fremden Unternehmer hätte ausführen lassen können, ist unerheblich. Wäre dies geschehen, so gehörten die mit der Abräumung beschäftigten Arbeiter nicht zum Betriebe der Bekl., sondern zu dem des anderen Unternehmers. Es kommt vor, daß ein Unternehmer, der einen einseitigen Betriebszweck verfolgt, gewisse Arbeiten im Betriebe nicht durch eigene Arbeiter ausführen läßt, sondern einem anderen Unternehmer überträgt. Dadurch wird die Einheitlichkeit des Betriebszweckes nicht berührt. Solange solche Arbeiten nicht abgefordert, sondern durch eigene Arbeiter ausgeführt werden, kann nicht schon aus der Möglichkeit der Abtrennung auf das Vorliegen eines selbständigen Betriebszweckes geschlossen werden. Sodann kann es nicht darauf ankommen, ob die Zahl der auf dem Abraum beschäftigten Arbeiter die der übrigen Arbeiter überschritt. Entscheidend für die Annahme einer Teilstillegung ist vielmehr nur, ob ein einzelner Betriebszweck weggefallen ist. Dies trifft bei dem Betriebe der Bekl. nicht zu. Daß es Betriebe gibt, die sich nicht mit Warenerzeugung befassen, sondern andere technische Zwecke verfolgen, insbesondere Unternehmen, die Ausschachtungsarbeiten und Fortbewegung von Erd- und Geröllmassen ausschließlich betreiben, macht solche Arbeiten, wenn sie in einem anderen Betriebe fortgesetzt zur Verfolgung des anderen Betriebszweckes — hier der Kohlenförderung — unter eigener Leitung vorgenommen werden, noch nicht zum Gegenstande eines besonderen Betriebszweckes. Die Entsch. des *NRbG.*, die das *BG.* für eine andere Beurteilung heranzieht, liegen auf anderen Wirtschaftszweigen. Sie behandeln Fälle, in denen entweder verschiedene Produktionszweige in einem Unternehmen zusammengefaßt waren oder die Herstellung eines Erzeugnisses in verschiedenen Stufen verwirklicht wurde oder neben der Herstellung des Fabrikats die Anfertigung und Ausschmückung der Gefäße zu ihrem Betrieb erfolgte. Diese Fälle lassen sich mit dem vorliegenden nicht vergleichen. Darauf allein, daß die Abraumarbeiten unter einer besonderen technischen Leitung ausgeführt werden und für die Einstellung und Entlassung der Abraumarbeiter eine besondere Abteilung vorhanden war, konnte es beim Fehlen eines besonderen technischen Zweckes gleichfalls nicht ankommen.

Das Vorliegen einer Teilstillegung ist mithin zu verneinen.

(*NRbG.*, Urt. v. 15. März 1933, RAG 20/33. — Halle a. d. S.)

**\*\* 2.** Urlaubsanspruch der Arbeiter und Angestellten. Die aus einer tariflichen Regelung entwickelten Grundsätze über Inhalt und Umfang des Urlaubsanspruches sind auf tariflich nicht geregelte Arbeitsverhältnisse nicht ohne weiteres zu übertragen. Der Anspruch auf Urlaubsvergütung für nicht gewährten Urlaub ist nicht allgemeingültig.

Der Urlaubsanspruch des Arbeiters und Angestellten hat eine gesetzliche Regelung bisher nicht gefunden. Soweit er gewährt oder in der *Rspr.* als berechtigt anerkannt wird, findet er seine Grundlage entweder in einer tarifvertraglichen Regelung oder in dem Einzelarbeitsvertrage. Die Grundsätze über Inhalt und Umfang des Urlaubsanspruches sind in der *Rspr.* im wesentlichen im Anschluß an eine bestehende tarifliche Regelung entwickelt worden. Es ist aber nicht angängig, diese aus einer tariflichen Regelung des Ur-

laubs entwickelten Grundsätze ohne weiteres auf Arbeitsvertragsverhältnisse zu übertragen, die einer tariflichen Regelung nicht unterliegen. Auch der Grundsatz, daß ein Arbeiter oder Angestellter Anspruch auf Zahlung einer besonderen Urlaubsvergütung erheben kann, wenn ihm der ihm zustehende Urlaub nicht gewährt wird, ist bisher nur auf der Grundlage einer bestehenden tarifvertraglichen Urlaubsregelung entwickelt worden, nicht aber als Grundsatz eines allgemeinen Urlaubsrechtes, das sich infolge allgemeiner Übung als stillschweigend vereinbarte Bedingung jedes Einzelarbeitsvertrages etwa gebildet haben könnte. Es kann auch nicht allgemein als dem Urlaubsbegriff wesenseigen bezeichnet werden, daß für nicht gewährten Urlaub Urlaubsvergütung gewährt wird. Es wird deshalb, sofern eine tarifvertragliche Urlaubsregelung nicht in Frage kommt, auch eine ausdrückliche Urlaubsvereinbarung im Einzelvertrage nicht enthalten ist, in jedem einzelnen Falle auf Grund der besonderen Verhältnisse zu prüfen sein, worauf sich der Urlaubsanspruch stützt und welchen Inhalt und Umfang er hat. Im allgemeinen wird ein besonderer Stichtag, wie er bei der tarifvertraglichen Regelung als Tag des Erwerbes eines bestimmten Urlaubsanspruches oder als Tag, den der Arbeitnehmer im Betriebe erlebt haben muß, um Urlaub beanspruchen zu können, nicht in Frage kommen. Es wird vielmehr der Anspruch des Angestellten allgemein nur darauf gerichtet sein, daß er alljährlich einen Urlaub von bestimmter Dauer erhält. Im übrigen wird aber der Zeitpunkt, zu welchem ihm der Urlaub zu gewähren ist, vielfach von dem Ermessen der Betriebsleitung, die hierbei auf die Betriebsverhältnisse und die Möglichkeit der Vertretung des zu beurlaubenden Angestellten Rücksicht zu nehmen haben wird, und damit auch der endgültige Erwerb des Urlaubsanspruches für das einzelne Jahr davon abhängen, daß der Angestellte diesen Zeitpunkt der Gewährung im Betriebe erlebt. In einem solchen Falle würde aber ein Anspruch des Angestellten auf Gewährung einer Urlaubsvergütung, wenn er aus dem Vertragsverhältnis ausscheidet, bevor ihm vom Arbeitgeber der Urlaub gewährt ist, regelmäßig nicht in Frage kommen, es sei denn, daß die Nichtgewährung des Urlaubs sich als ein wider Treu und Glauben verstoßendes Verhalten des Arbeitgebers gegenüber dem Angestellten darstellt.

(*NRbG.*, Urt. v. 12. Juli 1933, RAG 192/33. — Dortmund.)

## C. Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte.

### I. Reich.

#### Reichsfinanzhof.

Bericht von Reichsfinanzrat Dr. Boethke, Reichsfinanzrat Artl und Reichsfinanzrat Dr. Georg Schmauser, München.

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

< **1.** §§ 6 Abs. 1 Ziff. 6, 7 Abs. 2 Ziff. 2, 16 Abs. 2 und 3, 38 EinkStG. Auch beim Einkommen aus Vermietung und Verpachtung sind die Abnutzungsabsetzungen für besondere Einrichtungen in Gebäuden unabhängig von denjenigen des Bauwerkes nach dem auf sie entfallenden Herstellungsaufwand und ihrer voraussichtlichen (technischen

abteilung mit besonderem betriebstechnischen Zweck ganz geschlossen, so fällt auch hier der Gesichtspunkt der Auswahl der zu entlassenden Arbeitnehmer fort. Anders wäre es nur, wenn das Gesetz vom Arbeitgeber die evtl. Übernahme in eine andere Betriebsabteilung, d. h. eine Beschäftigung mit ganz anderen Arbeiten verlangen würde. Das aber verlangt das Gesetz gerade nicht, wenn es den Kündigungsschutz auch bei teilweiser Betriebsstillegung fortfallen läßt.

In wiederholten Entsch. hat das *NRbG.* ausgesprochen, daß die Feststellung, ob eine selbständige Betriebsabteilung mit besonderem betriebstechnischen Zweck aufgegeben wird und somit eine Teilstillegung vorliegt, Sache tatrichterlicher Würdigung unter Berücksichtigung der Auffassung des Verkehrs sei. Im vorl. Falle hatte aber das *BG.* auf Grund eingehender tatrichterlicher Würdigung aller Umstände unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung ausdrücklich festgestellt, daß der Abraumbetrieb der Grube organisatorisch innerhalb des Gesamtbetriebes eine selbständige Betriebsabteilung mit besonderem technischen Zweck und besonderer technischer Eigenart bildet. An diese tatrichterlichen Feststellungen war das *NRbG.* gebunden. Es ist zu bedauern, daß das *NRbG.*, wie Kansfeld (vgl. die Urteilsbesprechungen in Samml. Vereinigung 1930 zu Nr. 225, 249 u. 412 S. 363, 386 u. 629) zutreffend ausführt, mit seiner *Rspr.* zur Frage der Teilstillegung immer mehr in eine Sackgasse gerät, aus der es zu einer dem Gesetzeswillen entsprechenden Auslegung nicht zurückfindet.

RA. Dr. Antkes, Berlin.

hat, sondern auf die technisch-organisatorische Selbständigkeit der Betriebsabteilung innerhalb des Betriebsorganismus (in anderem Zusammenhang hat das *NRbG.* die ausschlaggebende Bedeutung der technisch-organisatorischen Selbständigkeit der Betriebsabteilung übrigens wiederholt selbst anerkannt; vgl. z. B. RAG 120/30 v. 3. Mai 1930; WenshSamml. 9, 161). Diese Auslegung allein entspricht dem Gesetz. Gibt ein Betriebsinhaber seinen Betrieb ganz auf, woran er durch die Kündigungsbeschränkungen des *BetrVG.* nicht gehindert werden soll, so kommt eine Auswahl der zu entlassenden Arbeitnehmer, bei der einerseits auf das Vermeiden unbilliger Härten, andererseits auf die Zugehörigkeit zur Betriebsvertretung Rücksicht zu nehmen ist, nicht in Frage, da bei Stillegung des ganzen Betriebes alle bisher in dem Betriebe beschäftigten Arbeitnehmer zur Entlassung kommen. Die Frage der Auswahl der zur Entlassung kommenden Arbeitnehmer spielt auch für den Begriff der Teilstillegung eine ausschlaggebende Rolle. So ist von der Teilstillegung scharf zu unterscheiden die bloße Betriebs einschränkung, bei der der organisatorische und technische Aufbau des Gesamtbetriebes unverändert bleibt, bei der die bisherigen Betriebszwecke, wenn auch in eingeschränktem Umfange, sämtlich weiter verfolgt werden. Wenn schon derartige Betriebs einschränkungen, wie z. B. die Ausschaltung einzelner Maschinen oder Betriebsanlagen, meist auch Arbeitnehmerentlassungen notwendig machen, so werden doch nicht alle Arbeitnehmer, die bisher für einen bestimmten Betriebszweck beschäftigt wurden, entlassen. Hier ist also eine Auswahl der zu entlassenden Arbeitnehmer möglich und nötig. Wird dagegen innerhalb eines Gesamtbetriebes eine organisatorisch selbständige Betriebs-

und wirtschaftlichen) Nutzungsdauer getrennt zu ermitteln, soweit es sich bei diesen Einrichtungen nach der Verkehrsauffassung um wirtschaftlich selbständige Gegenstände (z. B. Zentralheizungsanlage, Fahrstuhl) handelt. Dann können aber die Kosten für die Erneuerung dieser Einrichtungen nicht im Jahre des Aufwands unter dem Gesichtspunkt des „laufenden Erhaltungsaufwands“ für das ganze Bauwerk voll abgezogen werden.

(RFG., 6. Sen., Ur. v. 23. Mai 1933, VI A 222/32 S.)

\*

× 2. §§ 16 Abs. 1, 37 Abs. 1 Nr. 2 EinkStG. Ist ein sogenannter typischer stiller Gesellschafter vertragsmäßig auch am Verlust des Unternehmens beteiligt, so handelt es sich bei betrieblichen Verlustbeträgen für ihn um Werbungskosten. †)

Der Beschw. ist auf Grund eines Vertrags typischer stiller Gesellschafter eines gewerblichen Unternehmens. Er ist für den Steuerabschnitt Kalenderjahr 1931 zur Beteiligung an einem Verlust des Unternehmens herangezogen worden. In seinem Gesellschaftsvertrag ist die Beteiligung am Verlust nicht ausgeschlossen. Das FinGer. hat deshalb unter Bezugnahme auf § 336 HGB. angenommen, daß die Beteiligung am Verlust vertragsmäßig bestehe. Zu entscheiden ist, ob der Verlustbetrag von dem sonstigen Einkommen des Beschw. im Steuerabschnitt abgezogen werden kann. Das FinGer. hat die Frage verneint.

Die RBeschw. ist begründet.

Die Entsch. des FinGer. ist insoweit nicht zu beanstanden, als sie nach dem Vertrag und der Lage des Gesetzes angenommen hat, daß es sich um Einkünfte aus Kapitalvermögen handelt und daß der Beschw. vertragsmäßig an den Verlusten des Unternehmens beteiligt ist. Dem FinGer. ist auch insoweit beizutreten, daß ein Abzug des Verlustes nur in Betracht kommen kann, wenn Werbungskosten anzuerkennen sind, und daß dafür bei Einkünften aus Kapitalvermögen ein unmittelbarer Zusammenhang des Aufwands mit den Einkünften zu erfordern ist. Entgegen der Entsch. des angefochtenen Ur. muß aber anerkannt werden, daß ein solcher Zusammenhang hier vorliegt. Allgemeinlich muß es dabei bleiben, daß für Einkünfte aus Kapitalvermögen Werbungskosten nur in Betracht kommen, wenn es sich um einen Aufwand handelt, der in unmittelbarer Beziehung mit den Einkünften aus Kapitalvermögen steht. Bei dieser Einkommensart des EinkStG. muß für die steuerliche Beurteilung

**Zu 2.** Die stille Gesellschaft gehört zu denjenigen Erscheinungen des Wirtschaftslebens, deren steuerliche Behandlung die größten Schwierigkeiten gemacht hat. Die Bezüge des stillen Gesellschafters nehmen eine Art von Mittelstellung zwischen gewerblichem Einkommen und Einkommen aus Kapitalvermögen ein. Daraus hat sich zunächst in der Rspr. die Unterscheidung ein. Daraus hat sich zunächst in der Rspr. die Unterscheidung ein. Daraus hat sich zunächst in der Rspr. die Unterscheidung ein. Daraus hat sich zunächst in der Rspr. die Unterscheidung ein.

Für die Verlustseite ist die Unterscheidung noch wichtiger und schwieriger als für die Einnahmenseite. Das EinkStG. stellt zwei völlig verschiedene Einkommensbegriffe auf, nämlich den Gewinn und den „Überschuß der Einnahmen über die Ausgaben“. Während nach dem Gesetz der Gewinnbegriff nur für das gewerbliche und landwirtschaftliche Einkommen sowie für das Einkommen aus sonstiger selbständiger Berufstätigkeit gilt, wirkt in der Praxis dieser Gewinnbegriff auf andere Einkommensarten hinüber. Das ist vom RFG. für das Einkommen aus Vermietung in gewissen Grenzen seit langer Zeit anerkannt, während umgekehrt eine Hinüberwirkung des Gewinnbegriffes auf das Einkommen aus Kapitalvermögen bisher stets abgelehnt worden ist. Diese Ablehnung wird z. B. im Ur. v. 8. Aug. 1930 (VI A 639/29: StW. Nr. 1205) für die bergrechtliche Gewerkschaft damit begründet, daß „die Gewerkschaft im Verkehr grundsätzlich als Kapitalgesellschaft angesehen wird, insbes. die Kuxe an Börsen gehandelt werden, während dies z. B. bei Anteilen an GmbH. nicht der Fall ist.“

Der entscheidende Gesichtspunkt dürfte aber nicht so sehr in der freien Veräußerlichkeit der Kapitalbeteiligung liegen, und auch nicht darin, ob die Gesellschaft, an der die Beteiligung besteht, steuerlich zu den Kapitalgesellschaften gehört, sondern in der Frage der Verlustbeteiligung. Erleidet eine AktG., GmbH. oder Gewerkschaft einen Verlust, so führt das für die Gesellschafter zunächst nur dazu, daß sie keinen Gewinnanteil erhalten, daneben sinkt der Wert ihrer Beteiligung, d. h. der Preis, den sie bei einer Veräußerung für die Beteiligung erzielen könnten. Das Rechtsverhältnis des Gesellschafters zur Gesellschaft wird aber im übrigen (wenn man von den Sonderfällen der

lung in erheblichem Umfang eine Trennung zwischen Kapital und Einkünften erfolgen. Das gilt schon für die Einnahmenseite. So sind z. B. Zinseinkünfte i. S. des § 37 EinkStG. auch dann gegeben, wenn etwa das angelegte Kapital veruntreut ist und der Darlehnschuldner zur Verschleierung der Veruntreuungen weitere Zahlungen in Höhe der geschuldeten Zinsbeträge entrichtet. Ebenso handelt es sich um Kapitaleinkünfte, wenn eine Kapitalgesellschaft Gewinnerträge ausschüttet, obgleich dafür die gesetzlichen Voraussetzungen fehlen (vgl. Becker, EinkStG., § 37, Bem. 2 ff. und die dort angeführten Entsch.). Dementsprechend muß auch für die Ausgabenseite scharf getrennt werden zwischen Auslagen und Verlusten, die das Kapital betreffen und solchen, die mit den Einkünften aus dem Kapital in Beziehung stehen. Der nötige Zusammenhang kann unterbrochen sein, wenn es sich für den Aufwand um besondere Vorgänge handelt und wenn sich eine selbständige Persönlichkeit als Zwischenglied einschleibt. So handelt es sich nach ständiger Rspr. nicht um Werbungskosten eines Aktionärs einer AktG. oder eines Gesellschafters einer GmbH., wenn zur Stützung der Gesellschaft Darlehen gegeben und Bürgschaften eingegangen werden und dabei Verluste eintreten. Ein ausreichender Zusammenhang zwischen Verlusten und Einkünften aus Kapitalvermögen ist sodann zu verneinen, wenn ein Kapital verloren geht, das als Darlehen zur Zinsgewinnung ausgießen ist oder wenn Aktien dividendenlos bleiben und im Werte sinken. Das gilt entsprechend auch, wenn ein stiller Gesellschafter, der nicht vertragsmäßig an Verlusten des Unternehmens beteiligt ist, sein Kapital ganz oder z. T. verliert, weil das Unternehmen zusammenbricht. Grundsätzlich anders liegt es aber in der Tat, wenn bei einer stillen Gesellschaft die Verlustbeteiligung auf vertragsmäßiger Grundlage beruht. Auch hier handelt es sich lediglich um Kapitaleinkünfte, soweit Verluste außerhalb der Geschäftsabwicklung entstehen. Soweit aber an Betriebsverlusten der stille Gesellschafter vertragsmäßig mittragen muß, muß der Aufwand als solcher i. S. des § 16 Abs. 1 EinkStG. anerkannt werden. Insoweit ist als ausreichendes Bindeglied zwischen dem erwarteten Gewinn und der übernommenen Gefahr des Verlustes der Inhalt und die Bedeutung des Gesellschaftsvertrags anzuerkennen. Für den stillen Gesellschafter, der vertragsmäßig an den Verlusten des Unternehmens beteiligt ist, kommen, wenn Verluste eintreten, Einkünfte des betr. Steuerabschnitts überhaupt nicht in Betracht und es hat der stille Gesellschafter, auch wenn er am Verlust vertragsmäßig beteiligt ist, für die Vertragszeit regelmäßig keinen bedeutsamen Einfluß auf die Ge-

nachschüsse und Zinsen abzieht) durch einen solchen Verlust nicht berührt.

Ein vollständiger Vermögensverfall der Gesellschaft führt zum vollständigen Verlust des Anteils ohne Rücksicht auf die Gründe, die zu dem Vermögensverfall geführt haben. Hier ist es folgerichtig, wenn derartige Einbußen nicht als Werbungskosten betrachtet werden, sondern als Vermögensverluste, die das Einkommen nicht berühren.

Bei der stillen Gesellschaft liegt es in diesem entscheidenden Punkte anders. Gerät die Firma, an der die stille Beteiligung besteht, in Vermögensverfall, so verliert zwar der stille Gesellschafter auch sein Recht, aber er ist Konkursgläubiger (§ 341 HGB.). Hat er einen Ausfall in dem Konkurs, so wirkt dieser steuerlich ebenso wie der Verlust einer Aktie oder einer Darlehnsforderung. Es handelt sich nicht um Werbungskosten beim Einkommen aus Kapitalvermögen, sondern allenfalls um einen gewerblichen Verlust, falls die Beteiligung zu einem gewerblichen Betriebsvermögen gehört. Dieser Grundsatz ist z. B. im Ur. v. 29. Juli 1930 (VI A 1154/29: StW. Nr. 718) festgelegt worden. Schon dieses Urteil läßt es aber dahingestellt, wie zu entscheiden sein würde, wenn der Verlust für den stillen Gesellschafter nicht durch den vollständigen Vermögensverfall des Geschäfts entstanden ist, sondern durch einen laufenden Geschäftsverlust, an dem der stille Gesellschafter bis zum Betrage seiner Einlage teilnimmt, falls nicht seine Verlustbeteiligung ausdrücklich ausgeschlossen ist (§§ 336, 337 HGB.). Wirtschaftlich trifft eine solche Einbuße den stillen Gesellschafter ebenso wie der Fall des Konkurses, nur mit dem Unterschiede, daß hier die Einbuße ziffernmäßig nicht so hoch ist wie im Konkursfall. Gleichwohl liegt rechtlich ein erheblicher Unterschied vor; denn im Konkursfall behält er ja seinen Anspruch gegen den Geschäftsinhaber, während er ihn bei der Verlustbeteiligung verliert. Dieser rechtliche Unterschied kann es zunächst einmal rechtfertigen, daß man die vom RFG. nunmehr aufgestellte Unterscheidung anerkennt, wonach ein derartiger Verlustanteil als Werbungskosten aus Kapitalvermögen von dem Einkommen des stillen Gesellschafters abgezogen werden kann. Ob es allerdings bei der wirtschaftlichen Betrachtungsweise für die Fortentwicklung der Rspr. und ge-

schäftsführung und die Geschäftsergebnisse des Unternehmens. Aber auch hier bildet, wie sich bei näherer Prüfung ergibt, nicht nur die Übernahme der Verlustbeteiligung im Vertrag an und für sich das ausschließliche Bindeglied zwischen Verlust und Einkünften. Das wird deutlich, wenn man den Fall setzt, daß ein Unternehmer, der einen stillen Gesellschafter gewinnen will, diesem in Aussicht stellt, er könne ihm eine höhere Gewinnbeteiligung zusichern, wenn er auch die Verlustgefahr anteilig übernehme, als dann, wenn er für seine Kapitaleinlage nur an Gewinn beteiligt werden wolle. Hier ist ohne weiteres der besondere Zusammenhang zwischen Verlust und Einkommen auch über den Abschluß des Gesellschaftsvertrags an und für sich hinaus deutlich. Bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise muß aber das Bestehen dieses Zusammenhangs auch dann anerkannt werden, wenn derartige ausdrückliche Verhandlungen nicht gepflogen worden sind. Denn auch in solchen Fällen muß stillschweigend, bewußt oder unbewußt, die Höhe der Gewinnzuweisungen durch die Übernahme der Beteiligung an Betriebsverlusten als beeinflußt angesehen werden. Allerdings wirken sich Verluste, an denen sich der stille Gesellschafter vertragsmäßig beteiligt, nach § 37 Abs. 2 Satz 1 EinkStG. mangels anderer Regelung im Vertrag zunächst allein dahin aus, daß die Einlage des stillen Gesellschafters entsprechend verringert wird. Dennoch handelt es sich auch diesfalls um einen Aufwand, der in unmittelbarer Beziehung zu den erwarteten Einkünften aus Kapitalvermögen steht. Der hier geltend gemachte betriebliche Verlust muß deshalb, soweit erwachsen, unter dem Gesichtspunkt der Werbungskosten im Rahmen des § 7 Abs. 3 EinkStG. zum Abzug zugelassen werden.

(RFG., 6. Sen., Urt. v. 23. Mai 1933, VI A 422/33 S.)

\*

**3.** § 2 Satz 1 Nr. 3b KorpStG. Die Befreiungsvorschrift greift nicht Platz, wenn eine kirchliche Körperschaft des öffentlichen Rechtes ein Elektrizitätswerk betreibt.

Die beschwährende religiöse Genossenschaft, eine Körperschaft des öffentlichen Rechtes, unterhält mehrere gewerbliche Betriebe, darunter ein Elektrizitätswerk. Dieses versorgt die Bevölkerung der Gemeinde mit Elektrizität. Streitig ist die Frage, ob der Betrieb des Elektrizitätswerks ein Versorgungsbetrieb i. S. des § 2 Satz 1 Nr. 3b ist. Das FinGer. hat die Frage unter Hinweis auf RFG. 25, 96 verneint. Es hat den Standpunkt vertreten, daß auch der zwischen der Gemeinde und der religiösen Genossenschaft bestehende Vertrag auf Stromabgabe für die Ortsbeleuchtung und für private Zwecke nicht geeignet sei, das Elektrizitätswerk zu einem Versorgungsbetrieb i. S. des KorpStG. zu machen.

Die RBeschw. ist unbegründet. Der Sen. hält an der Stellungnahme fest, daß die Befreiungsvorschr. des § 2 Satz 1 Nr. 3b nicht uneingeschränkt auf Betriebe der öffentlichen Hand anwendbar ist, daß vielmehr ihre Anwendung auf diejenigen öffentlichen Körperschaften zu beschränken ist, in deren eigentlichen Aufgabekreis die Versorgung der Bevölkerung der in Frage stehenden Art überhaupt fällt, und auf diejenigen öffentlichen Körperschaften, die gerade dem besonderen Versorgungszweck zu dienen bestimmt sind (vgl. RFG. 1929, 232; 25, 96 = RStBl. 1931, 851). Danach greift die Befreiung nicht Platz, wenn eine kirchliche Körperschaft des öffentlichen Rechtes ein Elektrizitätswerk betreibt. Denn die Versorgung der Bevölkerung mit Elektrizität liegt außerhalb des kirch-

gebenenfalls der Gesetzgebung möglich sein wird, bei dieser Unterscheidung stehen zu bleiben, erscheint zweifelhaft. In den meisten Fällen des Konkurses wird es doch so liegen, daß die Einlage des stillen Gesellschafters zunächst einmal um seinen Anteil an dem laufenden Geschäftsverlust vermindert wird und daß er auf den Rest die Konkursquote erhält. Für diesen Fall führt die jetzige Rspr. dazu, daß zwischen den beiden Teilen des Verlustes unterschieden werden muß. Der rechnungsmäßig festgestellte Verlustanteil ist vom Einkommen abzugsfähig, der im Konkurs eingetretene Verlust aber nicht. Diese Unterscheidung führt in der Praxis zu den größten Schwierigkeiten und ist auch wirtschaftlich nicht gerechtfertigt. Man wird daher nunmehr einen Schritt weiter gehen und die Unterscheidung wieder aufgeben müssen. Auch insoweit, als der stille Gesellschafter seine Einlage nicht infolge seiner Verlustbeteiligung, sondern aus anderen Gründen verliert, wird man ihm den Abzug vom Einkommen zubilligen müssen, auch wenn man für sonstige Kapitalbeteiligungen an der bisherigen Rspr. festhält. Der Wortlaut des Gesetzes kann hier keine unüberwindliche Schranke für die Auslegung bilden; denn die Rspr. hat ja auch früher schon derartige im Wortlaut liegende Schwierigkeiten zu überwinden gewußt, wenn man mit dem genauen Wortlaut nicht zu einem wirtschaftlich verständigen Ergebnis kommen konnte.

RM. Dr. Deibrück, Stettin.

lichen Aufgabekreises. Der Einwand der Beschw., das Elektrizitätswerk sei infolge des bestehenden langfristigen Vertrags zum Versorgungsbetrieb geworden, geht fehl. Der Beschw. mag zugegeben werden, daß die Best. in § 3 des Vertrags durch die Entwicklung des Elektrizitätswerks tatsächlich an Bedeutung verloren hat. Darauf kommt es aber hier nicht an. Wesentlich ist vielmehr, ob das Elektrizitätswerk infolge des Vertrags zu einem Betrieb der Gemeinde geworden ist. Die Frage ist zu verneinen. Wenn die religiöse Genossenschaft durch Vertrag die Versorgung der Bevölkerung mit Elektrizität übernommen und für das Elektrizitätswerk eine langjährige Konzession zur alleinigen Stromversorgung erhalten hat, so wurde das Elektrizitätswerk dadurch doch nicht zu einem eigenen Betrieb der Gemeinde, sondern es blieb Betrieb der Genossenschaft. Was die Beschw. sonst zur Stützung ihres Rechtsstandpunkts vorbringt, ist nicht geeignet, die Entsch. zu beeinflussen. Dies gilt insbes. von der Behauptung, das Elektrizitätswerk diene nicht ausschließlich wirtschaftlichen Zwecken, sondern auch dem gemeinen Wohle. Gemeinnützigkeit ist nicht Voraussetzung für die Anwendung der Befreiungsvorschr. des § 2 Satz 1 Nr. 3b. Daß das Elektrizitätswerk überwiegend gemeinnützigen Zwecken diene, ist nicht behauptet.

(RFG., 1. Sen., Urt. v. 11. Juli 1933, I A 200/31.)

\*

**4.** §§ 28, 30, 44, 50 ABewG. n. F. Auch eine im Bau befindliche Wasserkraftanlage ist für die Bewertung als einheitliches Wirtschaftsgut zu behandeln (vgl. das Urt. des RFG. v. 20. März 1930, III A 217/29; RStBl. 1930, 393). Die Anlage gehört schon vor ihrer Vollendung zum Anlagekapital des Betriebs, für den sie bestimmt ist. Ist ein Wassernutzungsrecht noch nicht verliehen, so ist bei der Bewertung zu berücksichtigen, daß die Wasserkraft tatsächlich zur Verfügung steht und mit der späteren Verleihung des Nutzungsrechts zu rechnen ist.

(RFG., 3. Sen., Urt. v. 14. Juni 1933, III A 206/32.)

\*

**5.** §§ 3 Abs. 1 u. 2, 18 Nr. 14 ErbSchStG. 1925/31. Der Sen. hält an dem Rechtsatz fest, daß bei Gewährung eines standesgemäßen Unterhalts, die auf Grund gesetzlicher Verpflichtung erfolgt, der Empfänger der Zuwendung nicht bereichert ist. Eine steuerfreie Zuwendung nach § 18 Nr. 14 ErbSchStG. 1925/31 kann zum Teil zum Zwecke der Ausbildung und zum Teil zum Zwecke der Gewährung des Unterhalts erfolgen; bei einer solchen Zuwendung für beide Zwecke ist die Angemessenheit nur für den Unterhalt zu prüfen. Der Begriff „Ausbildung“ (§ 18 Nr. 14 a. a. D.) umfaßt jede weitere Ausbildung, also auch eine besondere ärztliche Fachausbildung.

(RFG., 5. Sen., Urt. v. 23. Juni 1933, V o A 525/32 S.)

\*

**6.** ErbSchStG. (allgemein); § 8 Nr. 1 GrEwStG. Ist eine Grunderwerbsteuer entgegen der Befreiungsvorschrift in § 8 Nr. 1 GrEwStG. festgesetzt worden, so wird dadurch die Heranziehung des besetzten Vorganges zur Erbschaft- oder Schenkungsteuer nicht gehindert.

(RFG., 5. Sen., Urt. v. 7. Juli 1933, V o A 1021/31 S.)

## Reichsversicherungsamt.

Berichtet von Senatspräsident Dr. Zielke und Landgerichtsdirektor Kersting, Berlin.

\*\*\* Wird in den Amtl. Nachrichten für Reichsversicherung (Neue Folge der Amtl. Nachrichten des RVerfA.) abgedruckt.]

○ Wird in den „Entscheidungen und Mitteilungen“, herausgegeben von Mitgliedern des RVerfA. (EuM.), abgedruckt.]

\*\*\* **1.** §§ 1311 ff. RVD. Neben den Ruhevorschriften der 4. RotVD. v. 8. Dez. 1931, Teil 5 Kap. IV Abschn. 1 § 10 (RVD. I, 699, 723) bleiben die §§ 1311—1311d RVD. gemäß der DurchfVD. v. 9. Jan. 1933 (RVD. I, 15) auch dann außer Anwendung, wenn die Versicherungsanstalt bereits vor dem 9. Jan. 1933 einen Bescheid auf Grund der §§ 1311—1311d RVD. erteilt hat.

Ob die Vorschr. der §§ 10, 11 4. RotVD. Teil 5 Kap. IV Abschn. 1 mit dem 1. Jan. 1932 an die Stelle der §§ 1311—1311d RVD. getreten sind, diese also beseitigt haben, oder ob die §§ 1311 bis 1311d bestehen geblieben sind und die Ruhevorschr. der RotVD. neben sie traten, war zunächst streitig. Dieser Streit ist durch die Best. in Abschn. 1 Nr. 2 DurchfVD. v. 9. Jan. 1933

(RStB. I, 15) beendet worden. Durch diese Best. wird klargestellt, daß die §§ 1311—1311 d nicht mehr anzuwenden sind. Entsprechend ihrem Charakter einer Auslegungsvorschr. ist der Best. des Abschn. 1 § 2 im Abschn. 3 Nr. 1 daselbst Wirkung vom Inkrafttreten der streitigen §§ 10 und 11, also v. 1. Jan. 1932 ab, beigelegt worden. Für die am 1. Jan. 1932 laufenden und für die später eingetretenen Fälle von Doppelrenten gelten also von diesem Zeitpunkt an ausschließlich die Ruhevorschr. der 4. NotVd. Im Schrifttum (vgl. Gör ling: „Dtsh. Invalidentversicherung“, 1933, 18) wird die Auffassung vertreten, daß es in den Fällen, in denen vor dem Erlaß der Vd. v. 9. Jan. 1933 der Versicherungs-träger bereits das Ruhen auf Grund der §§ 1311—1311 d RStB. ausgesprochen habe, hierbei bewenden müsse. Diese Ansicht wird gestützt auf die von der Vd. gebrauchten Worte, daß die Vorschr. des alten Rechts „nicht mehr anzuwenden“ seien. Daraus folgert Gör ling, daß es sich um eine Vorschr. von prozessualer Bedeutung, nämlich um ein Verbot handele, in Zukunft noch Ruhe-scheide auf Grund der alten Ruhevorschr. zu erlassen, und daß durch dieses Verbot die in der Vergangenheit auf Grund der alten Vorschr. erlassenen Ruhe-scheide nicht unwirksam würden. Dieser Auffassung vermag sich das RVerfL nicht anzuschließen. Wie schon angeführt, dient Abschn. 1 § 2 Vd. v. 9. Jan. 1933 der Auslegung der 4. NotVd. und stellt klar, daß durch die §§ 1311—1311 d RStB. außer Kraft gesetzt sind. Wenn die Vd. dabei die Worte gebraucht, diese Vorschr. seien „nicht mehr anzuwenden“, so hat sie damit nach der Auffassung des RVerfL nur vermeiden wollen, eine endgültige Änderung i. d. Fass. der RStB. vorzunehmen, die auch nicht im Rahmen der NotVd. als einer Notstandsmaßnahme gelegen haben würde. Dagegen kann es nicht als Zweck der gewählten Fassung angesehen werden, daß eine unterschiedliche Behandlung der Doppelrenten eintreten sollte, wenn die Versicherungsanstalt einen Ruhe-scheid vor oder nach dem 9. Jan. 1933 erteilt hat. Die Anordnung einer solchen Unterscheidung würde der inneren Begr. entgegenstehen und hätte, falls sie beabsichtigt gewesen wäre, in der Vd. zweifelsfrei zum Ausdruck gebracht werden müssen.

(RVerfL., 9. RevSen., Ur. v. 3. März 1933, II a 4785/32<sup>o</sup>.) [R.]

## Reichsverorgungsgericht.

Berichtet von Senatspräsident Dr. Arenbts, Berlin.

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

1. Der Versorgungsberechtigte hat den erreichbaren Höchstpensionsbetrag in der zuletzt belleideten Stelle (§ 8 RStG.; § 36 MVBG.) auch dann nicht erreicht, wenn das von ihm wahrgenommene Amt wegen Entstaatlichung der Dienststelle aufhört und er unter Ausscheiden aus der Beamtenstellung in den nunmehr privaten Betrieb übergetreten war.

(RVerfOrgGer., Ur. v. 1. Juni 1933, M Nr. 44625/30, 2.)

\*

2. Frauen-, Kinder- und Ortszuschläge sind beim Ruhen der Rente nach den § 105 RVerfOrgG., § 8 RStG. i. Verb. m. § 36 MVBG. zu berücksichtigen.

(RVerfOrgGer., Ur. v. 28. Juni 1933, M Nr. 43923/30, 2.)

## II. Länder.

### 1. Oberverwaltungsgerichte.

#### Preußen.

#### Preussisches Oberverwaltungsgericht.

Berichtet von SenPräf. Geh. RegR. v. Kries u. RA. Dr. Göttes, Berlin.

1. I. Eine Bestimmung einer Bauordnung, wonach Wände an des Nachbarns Grenze als Brandmauern gelten und als solche keine Öffnungen enthalten dürfen, findet auch Anwendung, wenn zwei benachbarte Baugrundstücke demselben Eigentümer gehören, falls die beiden Grundstücke nach ihrer wirtschaftlichen Benützung nicht als einheitliches Grundstück zu gelten haben. In diesem Fall wird die Wand zum Nachbargrundstück Grenzmauer im Augenblick der Veräußerung des Nachbargrundstücks und mußte dann den Vorschriften über Brandmauern genügen.

II. Dispensgewährung kann nicht stillschweigend erfolgen.

III. Ein illegal errichteter Bau unterliegt im Falle

einer Änderung des Baurechts den neuen Bestimmungen. Der Anspruch auf Beseitigung eines baupolizeilichen Zustands kann weder durch Nichtausübung bewirken noch kann ein Anspruch auf Fortdauer eines solchen Zustands erworben werden.

IV. Selbst auf legal errichtete ältere Bauten findet das neue Baurecht ohne Rücksicht auf eine konkrete Gefahr Anwendung, wenn dieses sich ohne Rücksicht auf die Legalität des Baues rückwirkende Kraft zuspricht.

Der Oberbürgermeister, Baupolizei, erließ an die Kl. folgende baupolizeiliche Verfügung: „Bei einer baupolizeilichen Besichtigung des Grundstücks S.-Str. 9 wurde festgestellt, daß in dem Brandgiebel des linken Seitenflügels, und zwar im 1., 2. und 3. Stock und im Dachgeschoß, je zwei Fensteröffnungen nach dem Nachbargrundstück A.-Str. 8 ohne baupolizeiliche Genehmigung angelegt worden sind. Nach § 14 Ziff. 1 BauD. für die Stadt Berlin v. 9. Nov. 1929 ersuche ich, die Öffnungen durch Mauerwerk von mindestens einem Stein oder Beton von mindestens 20 cm Stärke schließen zu lassen“ (folgt Androhung der Erfahrvornahme).

Hiergegen erhoben die Kl. Beschw. und gegen den abweisenden Beschwerdebeseid des Bekl. Verwaltungsklage, die jedoch ohne Erfolg blieb.

§ 3. der Errichtung des Baues (i. F. 1856) galt § 41 BerlBauD. v. 21. April 1853. Dieser bestimmt: „Wände, welche an des Nachbarns Grenze stehen oder gegenüber dieser Grenze weniger als 17 Fuß von derselben entfernt sind, gelten als Brandmauern, welche keine Öffnung enthalten dürfen.“

Hiernach durften schon gemäß dem bei Errichtung des Gebäudes geltenden Recht Öffnungen in einer Brandmauer nicht bestehen.

Nun behaupten allerdings die Kl., daß damals die Mauer keine Brandmauer gewesen sei, weil sie nicht „an des Nachbarns Grenze“ gestanden habe, da das Grundstück S.-Str. 9 und das Grundstück, das heute A.-Str. 8 genannt sei, demselben Eigentümer gehört hätten. Dieser Umstand hindert jedoch die Anwendung des § 41 der alten BauD. dann nicht, wenn es sich um zwei Baugrundstücke handelt. Nach der Rspr. des OVG. kann von einem einheitlichen Grundstück nicht etwa schon dann die Rede sein, wenn es im Eigentum eines einzelnen steht. Ein einheitliches Grundstück ist vielmehr nur gegeben, wenn es wirtschaftlich als Einheit benutzt wird (vgl. OVG. 32, 354, 356). Das war nach der Einlassung der Kl. bei Errichtung der Giebelwand hier nicht der Fall. Denn, wie sie selber vorbringen, waren schon damals die beiden heute getrennten Grundstücke mit voneinander völlig unabhängigen, nur selbständig benutzbaren Häusern bebaut. Das Haus A.-Str. 8 ist denn auch schon bald nach Errichtung des hier streitigen Baues von dem Eigentümer verkauft worden. Folglich bildete die Gesamtfläche schon z. B. der Errichtung des Baues S.-Str. 9 kein einheitliches Grundstück mehr, obgleich sie noch einem und demselben Eigentümer gehörte, sie umfaßte vielmehr zwei selbständige Grundstücke. Die streitige Mauer war damals schon an der Grenze dieser beiden Grundstücke errichtet und durfte folglich nach § 41 BauD. v. 1853 als Brandmauer keine Öffnungen enthalten.

Selbst wenn dies sich anders verhielte, wäre die Mauer doch Grenzmauer jedenfalls in dem Augenblicke geworden, in dem der damalige Eigentümer das Nachbargrundstück A.-Str. 8 an einen anderen verkaufte. Von diesem Zeitpunkt ab mußte die Mauer den Best. über die Brandmauern angepaßt werden, selbst wenn von Anfang an keine Pflicht, sie als Brandmauer zu errichten, bestanden hätte. Denn eine Mauer muß nicht nur dann den Vorschr. über die Brandmauern genügen, wenn sie an der Grundstücksgrenze errichtet wird, sondern auch dann, wenn durch Verkauf eines Teiles des Grundstücks die Grenze an die Mauer herangeführt wird. Anderenfalls läge es in der Hand des Eigentümers, bei vorgegebenem späterem Verkauf eines Teiles des Grundstücks sich den Best. über die Brandmauern für immer zu entziehen, trotzdem die Mauer unzweifelhaft später eine Grenzmauer werden wird. Da aber vom Jahre 1857 an die Mauer unfreitag durch Verkauf des Nachbargrundstücks Grenzmauer geworden ist, so mußte sie zum mindesten seit diesem Zeitpunkt den Best. über die Brandmauern entsprechen.

Nun behaupten freilich die Kl., daß die bestehenden Öffnungen baupolizeilich genehmigt worden seien. Allerdings konnte wohl nach der BauD. von 1853 (obgleich es an einer ausdrücklichen Best. darüber fehlt) sowie auch nach den späteren BauD. von den Best. über die Brandmauern Dispens gewährt werden. Eine Dispensgewährung konnte aber nicht stillschweigend erfolgen. Ausdrücklich ist sie nach den Bauakten nicht erfolgt.

Unter diesen Umständen war der Bau nicht entsprechend den Best. des z. B. seiner Errichtung geltenden Baurechts aufgeführt. Nach der Rspr. des Gerichtshofs (vgl. z. B. OVG. 87, 452) unterliegt ein illegal errichteter Bau im Falle einer Änderung des Baurechts den neuen Bestimmungen. Da nach § 14 Ziff. 1 BauD. für die Stadt Berlin v. 3. Nov. 1925 i. d. Fass. der Bek. v. 9. Nov. 1929 in gleicher Weise wie nach den alten Best. Brandmauern keine Öffnungen enthalten dürfen, so war die angegriffene polizeiliche Auflage, die Öffnungen

zumauern, gerechtfertigt. Der Hinweis der Kl. auf eine mögliche Verwirkung der öffentlichen Ansprüche durch jahrzehntelange Nichtgeltendmachung geht fehl. Der Anspruch auf Beseitigung eines polizeiwidrigen und das öffentliche Interesse gefährdenden Bauzustandes kann auch durch jahrzehntelange Nichtausübung nicht verwirkt, ein Anspruch auf Fortdauer eines solchen Zustandes vom Eigentümer durch Zeitablauf nie erworben werden.

Die Rechtmäßigkeit der angegriffenen Verfügung würde sich übrigens selbst bei legaler Errichtung des Baues aus § 1 B.D. des PolPräf. zu Berlin v. 18. Okt. 1913 (Amtsbl. der Regierung zu Potsdam S. 583) ergeben, wonach „die Herstellung von Öffnungen mit eingemauerten Glasverschlüssen in Wänden unmittelbar an der Nachbargrenze unzulässig ist“ und wonach ferner „vorhandene derartige Glasverschlüsse auf Erfordern der Polizeibehörde zu beseitigen und die Öffnungen ordnungsmäßig zu verschließen sind“. Nach dem angeführten Ur. des O.V. 87, 452 findet neues Baurecht selbst auf legal errichtete ältere Bauten und ohne Rücksicht auf das Bestehen einer konkreten Gefahr dann Anwendung, wenn das neue Baurecht auf solche Bauten schlechthin angewendet sein will, d. h. sich ohne Rücksicht auf die Legalität des Baues rückwirkende Kraft zuspricht. Das tut aber der angeführte § 1 unzweifelhaft, da er die Polizeibehörde ermächtigt, bestehende Glasverschlüsse, welche dem neuen Recht nicht entsprechen, beseitigen und die Öffnungen schließen zu lassen. Hiernach würde die angegriffene Verfügung selbst dann rechtmäßig sein, wenn die Öffnungen in der Wand als legal bestehend anzusehen wären.

(PrD.V.G., 4. Sen., Ur. v. 30. März 1933, IV C 125/32.)

\*

**2.** § 112 PrD.V.G. Wiedereinsetzung. Falls die Steuerbehörde dem Steuerschuldner einen eine Rechtsmittelbelehrung erteilenden Steuer- (Einspruchs-) Bescheid zusammen mit einem hierüber schweigenden Bescheide in anderer Steuersache desselben Schuldners in ein und demselben Briefumschlag zustellt, so ist es ein entschuldigbarer Irrtum des Schuldners, wenn er die Belehrung als für beide Sachen erteilt ansieht. Seine hierauf beruhende Versäumung der Rechtsmittelfrist in der Sache ohne Fristbelehrung ist ein unabwendbarer Zufall i. S. des § 112 PrD.V.G.

Zugleich mit der Rev. hat Kl. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die vom ersten Richter festgestellte Versäumung der Klagefrist nachgesucht. Diesem Gesuch hätte der Bez. Aussch. aus folgender Erwägung stattgeben müssen: Der bekl. Kr. Aussch. hat dem Kl. den hier maßgebenden Einspruchsbescheid v. 19. Dez. 1931 betr. Steuer auf Grund der Grundstückszubehörst.D. zusammen mit dem in der einschlägigen UrErwStSache am gleichen Tage ergangenen Einspruchsbescheide in ein und demselben Briefumschlag am 6. Jan. 1932 zustellen lassen. Der letztere Bescheid enthielt die für Reichsteuern vorgeschriebene Rechtsmittelbelehrung mit Angabe der dort gegebenen einmonatigen Klagefrist, während der erstere in zulässiger Weise von einer Rechtsmittelbelehrung Abstand nahm. Wenn die Steuerbehörde zwei verschiedene Steuer- (Einspruchs-) Bescheide demselben StPfl. in einem Briefumschlag zustellt, ist dem StPfl. nicht zu verargen, wenn er die Mitteilung als eine zusammenhängende und die nur in einer von beiden Sachen erteilte Rechtsmittelbelehrung als für beide erteilt ansieht. Versäumt er auf Grund dieses entschuldigbaren Irrtums die Rechtsmittelfrist in der Sache, in der keine Rechtsmittelbelehrung erteilt war, so ist dies als ein unabwendbarer Zufall i. S. des § 112 PrD.V.G. zu erachten.

(PrD.V.G., 7. Sen., Entsch. v. 5. Mai 1933, VII C 166/32.)

\*

**3.** Bade- und Kurorte können im Rahmen einer Kurtagenordnung Abgaben auf Beherbergung von Fremden nicht legen. Eine solche lediglich auf die Tatsache der Beherbergung gelegte Abgabe, die keine Rechte auf Benutzung der durch die Kuranlagen geschaffenen Bequemlichkeiten verleiht, ist der Kurtaxe völlig wesensfremd. Sie verstößt gegen § 21 UmsStG. und findet überdies im KommAbgG. keine Grundlage. Die Gemeinden können ein solches Ziel nur im Rahmen des § 9 KommAbgG. durch eine auf Grundbesitzer und Gewerbetreibende beschränkte Kurförderungsabgabe erreichen.

Die klagende O.V. betreibt in P. ein Sanatorium. Der bekl. Magistrat hat sie auf Grund des § 8 KurtaxD. zu einer Abgabe herangezogen. Nach fruchtlosem Einspruch und erfolgloser Klage auf Freistellung hat die Kl. Rev. eingelegt, der der Erfolg nicht zu versagen war.

Nach der Anspr. des Gerichtshofes (D.V. 88, 98) ist die Kurtaxe eine öffentlich-rechtliche Abgabe eigener Art, die weder Gebühr (§ 4) noch Beitrag (§ 9) noch Steuer ist. Die Ordnung bedarf der Genehmigung und Zustimmung i. S. des § 77 KommAbgG. nicht, da eine solche in § 12 nicht vorgesehen ist; eine Genehmigung gibt daher

nur die Wirkung der Feststellung des Tarifs gem. § 90 KommAbgG. Die vorl. KurtaxD. hat die Genehmigung erhalten, der Tarif ist daher vollstreckbar. Eine Zustimmung ist nicht erteilt.

Es fragt sich, ob die von der Kl. geforderte Abgabe eine Kurtaxe i. S. des Gesetzes ist. Die Ordnung sieht die Erhebung einer Kurtaxe zunächst von Fremden vor (§ 1 Ziff. 2), die als Ausweis eine Kurkarte erhalten. Einwohner der Stadt können eine Kurkarte erwerben, die sie berechtigt, an den Veranstaltungen, für die ein besonderes Eintrittsgeld zu zahlen ist, teilzunehmen (§ 1 Ziff. 6). Für die Wohnungsgeber bestimmt der hier streitige § 8: „Alle Wohnungsgeber, die Fremden, die hier zur Kur oder Erholung anwesend sind, Unterkunft geben, haben für jeden Fremden oder jede Familie i. S. des § 1 dieser Ordnung eine Reichsmark zu zahlen.“ Diese Abgabe der Wohnungsgeber wird in der Ordnung nicht als „Kurtaxe“ bezeichnet; sie ist auch gesondert von der Kurtaxe der Fremden (§ 1 Ziff. 2) und der Einwohner (§ 1 Ziff. 6) behandelt. Für die Zahlung dieser Abgabe wird keine Kurkarte ausgestellt. Die Zahlung ist lediglich eine Pflicht, an die im Gegensatz zu der Kurtaxe der Einwohner keinerlei Berechtigung geknüpft ist. Will der Wohnungsgeber als Einwohner Rechte geltend machen, muß er also neben der Abgabe aus § 8 eine Einwohner-Kurkarte gem. § 1 Ziff. 6 gegen die dort vorgesehene Vergütung erwerben. Will man mit Röll-Freund-Surén (KommAbgG., Anm. 4b Abs. 4 zu § 12) die Verpflichtung zur Zahlung einer Kurtaxe als Abgeltung von Sondervorzügen, die in der durch die Kuranlagen geschaffenen gesteigerten Bequemlichkeit des Lebens in der betr. Gemeinde erwachsen, ansehen, dann kann von einer solchen bei einer juristischen Person nicht die Rede sein. Während die Einwohner-Kurtaxe nur von natürlichen Personen erhoben wird, ist die Abgabe nach § 8 von „allen Wohnungsgebern“, also auch von juristischen Personen wie Kl. zu zahlen. Während es dem Einwohner freisteht, durch Erwerb der Kurkarte in den Genuß der damit verknüpften Rechte zu gelangen, ist die Abgabe aus § 8 der Ordnung eine Zwangsabgabe.

Es handelt sich in § 8 also nicht etwa nur um einen abweichenden Besteuerungsmäßig ab im Rahmen der Kurtaxe, sondern um eine völlig wesensfremde Abgabe, die nur auf die Tatsache der Beherbergung gelegt ist und keinerlei Rechte verleiht. Den Ländern und Gemeinden war nun aber durch die im Veranlagungszeitraum geltende Best. des § 21 UmsStG. i. d. Fassung der Bek. v. 8. Mai 1926 (RStBl. I, 218) untersagt, Steuern vom Entgelt für die Gewährung eingerichteter Schlaf- und Wohnräume in Gasthöfen, Pensionen oder Privathäusern zu erheben. Wenn der bekl. Magistrat diese gesetzliche Best. hier für nicht anwendbar erklären will, weil § 8 der Ordnung nicht von entgeltlicher Wohnungsübergabe spreche, so kann dem nicht beigetreten werden. Es kann nicht angenommen werden, daß ein Privatmann, der einen Verwandten oder Bekannten zu Besuch hat und wie üblich unentgeltlich aufnimmt, zu den „Wohnungsgebern“, die Fremden Unterkunft geben, i. S. des § 8 zu rechnen ist; denn unter § 8 kann allein der gewerbsmäßige Unterkunftsgeber verstanden werden, wie der besondere Hinweis auf „Kuranstalten, Genesungsheime und sonstige Anstalten“ in § 7 Abs. 3 auch beweist. Es hat sicher nicht im Sinne des Ortsgesetzgebers gelegen, Privatbesuche zu besteuern.

Der § 8 der Ordnung verstößt daher gegen das Verbot des § 21 UmsStG.

Wollte man dies nicht annehmen, dann würde mindestens aus den oben angegebenen Gründen keine Kurtaxe, sondern eine Abgabe eigener Art vorliegen, für die zunächst eine Zustimmung gem. § 77 Abs. 3 KommAbgG. in der bisher. Fassung (Abs. 2 i. d. Fassung der B.D. v. 17. März 1933 [G.S. 43]) erforderlich gewesen wäre. Die Zustimmung der Aufsichtsbehörde ist aber nicht erteilt. Überdies würde es sich um eine Steuer handeln, für die es im KommAbgG. keine Grundlage gibt. Lediglich im Rahmen des § 9 KommAbgG. könnte eine auf Grundbesitzer und Gewerbetreibende beschränkte, das gleiche Ziel verfolgende „Kurförderungsabgabe“ (Röll-Freund-Surén, Anm. 9 zu § 12 KommAbgG.) in Betracht kommen.

(PrD.V.G., 2. Sen., Ur. v. 23. Mai 1933, II C 211/32.)

\*

**4. I.** Die Behörde, die das förmliche Disziplinarverfahren gegen einen Beamten eingeleitet hat, hat gemäß § 97 B.D.Str.D. nicht nur das Recht zur selbständigen Stellung des Einstellungsantrages. Sie kann auch von dem in Analogie zu §§ 304, 306, 309 StP.D. gegebenen Rechtsmittel der fristlosen Beschw. gegen einen Beschl. der Dienststr., durch den ihr Antrag auf Einstellung des Verfahrens abgelehnt wurde, selbständig Gebrauch machen.

II. Eine formelle Einstellung des Verfahrens kann gemäß § 97b B.D.Str.D. nicht nur mit Rücksicht „auf den Ausfall der Voruntersuchung“, sondern auch dann erfolgen, wenn während des Verlaufs der Voruntersuchung Ereignisse eingetreten sind, die dem Verfahren eine andere Wendung gegeben haben und seine Fortsetzung als unzulässig oder zwecklos erscheinen lassen, z. B. wenn dem An- geschuldigten inzwischen durch Strafurteil dauernd die

Befähigung zur Bekleidung öffentlicher Ämter aberkannt ist.

Gegen den Angeesch. wurde durch Beschluß des Landrats in H. das förmliche Disziplinarverfahren eingeleitet. Von der Bestellung eines Untersuchungskommissars wie eines Vertreters der StA. nahm die Einleitungsbehörde zunächst wegen der bevorstehenden Eröffnung des strafgerichtlichen Verfahrens und der dadurch bedingten Aussetzung des Disziplinarverfahrens Abstand. Im strafgerichtlichen Verfahren vor dem erweiterten SchöffG. wurde der Angeesch. rechtskräftig wegen schwerer Amtsunterschlagung zu einer Gefängnisstrafe von einem Jahr sechs Monaten sowie zum Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte auf die Dauer von drei Jahren verurteilt.

Der Landrat nahm daraufhin das Disziplinarverfahren wieder auf. Gleichzeitig bestellte er den Kreisinspektor M. zum Untersuchungskommissar und den Bürgermeister a. D. W. zum Vertreter der StA. Nach Abschluß der Voruntersuchung wurde ein Auftrag zur Anfertigung der Anschuldigungsschrift jedoch nicht erteilt, weil die Einleitungsbehörde (Landrat) zutreffend davon ausging, daß mit Rücksicht auf die gegen den Angeesch. ausgesprochene Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte eine materielle Entsch. nicht mehr in der Frage komme. Zwischen dem Landrat und dem Vorsitzenden der inswischen auf Grund der VDStrD. neugebildeten Dienststrk. entstanden jedoch Meinungsverschiedenheiten über die Rechtsfrage, ob es zu der demnach erforderlichen Einstellung des Dienststrafverfahrens eines formellen Beschlusses der Dienststrk. bedürfe. Der in letzterem Sinne gehaltene Antrag des Landrats wurde von der Dienststrk. mit der Begründung abgelehnt, daß mit Rücksicht darauf, daß das rechtskräftige Strafurteil gem. § 33 StGB. den dauernden Verlust des bisherigen öffentlichen Amtes des Angeesch. bewirkt habe, das Dienststrafverfahren kraft Gesetzes beendet sei. Eine Einstellung des Dienststrafverfahrens durch die Dienststrk. auf Grund mündlicher Verhandlung im Verfahren des § 47 VDStrD. komme nicht in Betracht, da die Dienststrk. mit einer richterlichen Nachprüfung nicht befaßt sei. Auch lägen die Voraussetzungen des § 97 Ziff. b VDStrD., Einstellung „mit Rücksicht auf den Ausfall der Voruntersuchung“, nicht vor. Andere Fälle der Einstellung des Dienststrafverfahrens durch die Dienststrk. kenne das Gesetz nicht.

Dieser Beschluß wurde dem Angeesch. und der Verteidigung bzw. dem Vertreter der StA. formell zugestellt, während der Landrat eine Abschrift erhielt. Dieser beantragt nunmehr im Wege der Beschw. die Einstellung des Verfahrens unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses.

Zur Aktivlegitimation des Landrats zur Einlegung der Beschw. hat der Senat unter der Herrschaft der damaligen Disziplinargesetzgebung am 20. Febr. 1931 (DWG. 87, 480) den Standpunkt vertreten, daß der Landrat als Einleitungsbehörde zur Einlegung von Rechtsmitteln nicht selbständig berufen sei, sondern sich dazu des Mittels der Anweisung des von ihm ernannten Beamten der StA. bedienen müsse. Angesichts des § 97 Buchst. b VDStrD., der wo ausdrücklicher ausgesprochen ist, daß in dem dort angegebenen Falle auf Antrag der Einleitungsbehörde das Dienststrafverfahren eingestellt werden könne, kann aber diese Anspr. auf das jeweilige Recht keine Anwendung finden. Denn es würde eine Übergründung in formeller Beziehung bedeuten, wenn die Einleitungsbehörde, die den Beamten der StA. nach § 40 Abs. 4 VDStrD. schon in einem früheren Stadium des Verfahrens bestellt, als dies nach dem DiszG. v. 21. Juli 1852 zwangsläufig war, trotz des Vorliegens einer solchen Bestellung zwar zur selbständigen Stellung des Einstellungsantrags zuständig bleibt, ein gegen die Ablehnung dieses Antrags durch die Dienststrk. gerichtetes Rechtsmittel aber von der Mitwirkung des Beamten der StA. abhängig machen müßte. Dies kann nicht der Wille des Gesetzgebers sein und deshalb wird man der Einleitungsbehörde nach den Vorschr. der VDStrD. auch das Recht zu sprechen müssen, von dem schon nach der bisherigen Anspr. (DWG. 85, 443; 87, 482) an sich in Analogie der strafprozessualen Vorschr. §§ 304, 306, 309 StPD. gegebenen Rechtsmittel der fristlosen Beschw. gegen einen solchen Beschluß selbständig Gebrauch zu machen.

In der Sache selbst gibt die Dienststrk. dem § 97 Buchst. b VDStrD. eine zu enge Auslegung.

Diese Vorschr. befaßt zwar ebenso wie der bis zum Inkrafttreten der VDStrD. in Kraft gewesene § 157 Abs. 2 PrVG., daß „das Dienststrafverfahren ... mit Rücksicht auf den Ausfall der Voruntersuchung ...“ eingestellt werden könne. Daraus folgt aber nicht, daß das Dienststrafverfahren nicht auch in anderen Fällen eingestellt werden kann. Für das frühere Recht ist dies in mehreren Entsch. (vgl. DWG. 50, 431; 82, 456; 86, 417; vgl. Dulzig S. 93/95, 225) ausgesprochen worden. Es erscheint ausgeschlossen, daß die neue VDStrD. daran hat etwas ändern wollen, zumal die hier vertretene Gesetzesauslegung auf der vernünftigen Erwägung beruht, daß ein einmal ordnungsmäßig eingeleitetes Dienststrafverfahren auch durch formalen Rechtsakt der dazu berufenen Instanz aus der Welt geschafft werden muß. Aus alledem folgt, daß die Einstellung nicht nur in solchen Fällen durch Beschl. erfolgen kann, „der Ausfall“ der Voruntersuchung im engeren Sinne eine Weiterführung des auf die Dienstentlassung gerichteten Verfahrens nicht

mehr rechtfertigt, sondern auch dann, wenn während des Verlaufs der Voruntersuchung Ereignisse eingetreten sind, welche dem bisherigen Zielgebung und seine Fortsetzung mit der bisherigen Zielgebung als unzulässig oder zwecklos erscheinen lassen.

In solchen Fällen ist auch der Erlass eines Einstellungsbeschl. durch das DienststrGer. des ersten Rechtszuges nicht etwa in dessen freies Ermessen gestellt. Denn wenn in § 97 Buchst. b a. a. D. die „Kann“-form gewählt ist, so ist dies nur ein Hinweis auf die in solchen Fällen erleichterte Art der Beendigung des Verfahrens im Gegensatz zu dem Regelfall, in dem das Ur. den Abschluß bilden muß. Nicht aber soll durch diese Fassung zum Ausdruck gebracht werden, daß das Gericht in Fällen, in denen eine andere Art der Beendigung des Verfahrens als durch Einstellungsbeschl. gar nicht möglich ist, bei seiner Entsch. freien Spielraum hat.

(PrVG., 1. Sen., Beschl. v. 16. Mai 1933, I ER 58/32.)

\*

**5. Berufsschulbeiträge.** Der preuß. Staat kann, auch soweit er Träger von Hoheitsrechten ist, von preuß. Gemeinden zu Berufsschulbeiträgen herangezogen werden.

Es handelt sich zunächst darum, ob aus dem Geg. über gegenseitige Besteuerungsrechte des Reichs, der Länder und der Gemeinden v. 10. Aug. 1925 (RGBl. I, 252) und der Auslegung, die das Gesetz durch das DWG. erfahren hat, eine Berufsschulbeitragsfreiheit für das Land Preußen, insbes. für dessen Hoheitsverwaltungen, herzuleiten ist. Der Kl. (preuß. Staat) schließt dies aus den in der Entsch. v. 20. März 1928, VIII C 16/27 mitgeteilten Sätzen aus S. 5 der Gesetzesbegründung (Verh. R. 3. Wahlp. 1924/25 Anl. Nr. 801), nach der „die öffentliche Gewalt, auch wenn sie sich auf Reichs-, Landes- und Gemeindebehörden verteile, eine organische Einheit darstelle, die einheitliche steuerliche Behandlung erfordere“. Diese Sätze könnten in Verbindung mit den in der Begr. angeführten Beispielen aus dem Gebiete der Besitz- und Verkehrssteuern (Anl. 1 zu Nr. 801) vielleicht den Anschein erwecken, als habe das Gesetz auch die Rechtsbeziehungen zwischen den Ländern einerseits und den Gemeinden andererseits regeln wollen. Tatsächlich ist dies nicht der Fall. Wie aus den Vorschr. des Gesetzes selbst hervorgeht und in Wissenschaft und Praxis von keiner Seite angezweifelt wird, behandelt es nur die gegenseitigen Beziehungen zwischen dem Reiche einerseits und den Ländern und Gemeinden andererseits. Die Beziehungen zwischen den Gemeinden (auf der einen Seite) und den Ländern (auf der anderen Seite) werden nicht darin berührt. Deshalb müssen die Erwägungen, aus denen das DWG. die verschiedenen Behörden des Deutschen Reichs, insbes. das FinU. in 3., von Berufsschulbeiträgen freigestellt hat, im vorl. Falle ausscheiden. Es geht auch nicht an, ohne gesetzliche Grundlage dem Lande Preußen dieselben Rechte und Pflichten zuzusprechen, wie sie eigens für das Reich festgesetzt worden sind. Nach dem somit allein anwendbaren preuß. Recht ist, wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat, auch die preuß. Schutzpolizei nicht von Berufsschulbeiträgen befreit. Das Gegenteil folgt auch nicht aus dem Gef. über die Dienstbezüge der Lehrpersonen an den Berufsschulen (Gewerbe- und Handelslehrer-BesoldG. [GWB.]) v. 16. April 1928 (GS. 89). Wenn nach dessen durch Kap. IV Nr. 10 W. v. 12. Sept. 1931 (GS. 179) mit Wirkung v. 1. April 1928 neu gefaßten § 16 Abs. 8 — wie schon nach dem früheren entspr. Abg. — die Schulbeiträge Abgaben i. S. des KommAbgG. sind, so hat das freilich nach der feststehenden Anspr. des DWG. (vgl. PrVerwBl. 48, 137 u. 520) nur die Bedeutung, daß damit das bei der Heranziehung zu Berufsschulbeiträgen zulässige Rechtsmittelverfahren klargestellt werden sollte. Im übrigen sind aber die Berufsschulbeiträge Abgaben besonderer Art und nach den dieses Rechtsgebiet erschöpfend regelnden Sondervorschriften des GWB. zu beurteilen (vgl. DWG. 83, 163, 169). Das GWB. enthält keine Ausnahme für den preuß. Staat. Es gibt auch keinen allgemeinen Rechtsatz, wonach der Staat zu Gemeindeabgaben nicht herangezogen werden könne (vgl. hierzu Guntker, GWB. S. 110 Anm. 11 zu § 16; ferner Mirow: R.-u. PrVerwBl. 49, 552; Landé bei Brauchitsch, VerwGes. Bd. VI [1933] S. 590 Anm. 7 zu § 16 Abs. 2 des Gef.).

Zu Unrecht nimmt der Kl. für die preuß. Schutzpolizei die Freiheit von Berufsschulbeiträgen aus dem Grunde in Anspruch, weil es sich hier um eine sog. Hoheitsverwaltung handle. Denn bei der Art der Dienste, welche die in Rede stehenden Arbeiter- und Angestellten-Gruppen verrichten, ist ein Unterschied zwischen ihnen und den gleichartigen Gruppen einer nicht staatshoheitlichen, also rein fiskalischen Verwaltung, schlechterdings nicht zu erkennen. Auch bei der Schutzpolizei sind diese Gruppen mit der Wahrnehmung staatshoheitlicher Aufgaben nicht betraut.

Im übrigen genießen — und das ist nach dem Berufsschulrecht entscheidend — die preuß. Behörden sowohl als Walter der Staatshoheit wie als Verwalter von staatlichem Vermögen für ihre Angestellten und Arbeiter in völlig gleicher Weise die Vorteile, welche die Ausbildung der Jugendlichen auf Berufsschulen allen Arbeitgebern gewährt, auch solchen, die selbst nicht Jugendliche beschäftigen (vgl. DWG. 82, 178, 185). Dazu kommt, daß auch auf anderen Rechts-

gebieten hinsichtlich der Leistungen des Staates kein Unterschied zwischen Hoheitsverwaltung und fiskalischer Verwaltung gemacht wird. Der Staat wird, wenn er zu Abgaben oder Leistungen verpflichtet ist, von den Gemeinden ganz unabhängig davon herangezogen, ob die ihn vertretende Behörde die Staatshoheit darstellt oder eine fiskalische Verwaltung ist. Als Beispiele seien hier nur Anliegerbeiträge und Leistungen zur Erfüllung polizeimäßiger Pflichten (wie Straßenreinigung) genannt.

Hiernach kann der preuß. Staat, auch soweit er Träger von Hoheitsrechten ist, von preuß. Gemeinden zu Berufsschulbeiträgen herangezogen werden.

(PrDVG., 8. Sen., Entsch. v. 2. Mai 1933, VIII C 21/31.)

\*

**6. Strafgeld.** Zur Festsetzung eines Strafgeldes gegen einen Fahrtunternehmer genügt die Unterschreitung der Preise des Reichskraftwagentarifs allein nicht. Sie setzt daneben voraus, daß der Fahrtunternehmer dabei schuldhaft gehandelt hat.

Die Unterschreitung des Reichskraftwagentarifs v. 9. Okt. 1931 für Güter und Tiere (RWB. 747) ist nicht freitig. Der R. war durch § 22 Abs. 3 Kap. V Teil 3 WD. des RPräs. v. 6. Okt. 1931 (RWB. I, 537, 558, 560) bei Abschluß des Beförderungsvertrages an die Preise dieses Tarifes gebunden. Sie sind nach Abs. 1 auf gleiche Grundlage mit den Preisen des Eisenbahngütertarifes gestellt. Dem bekl. RegPräs. ist zuzustimmen, daß der R. wegen seiner Bindung verpflichtet war, zuverlässige Ermittlungen über die Höhe der Preise und über ihre etwaige Änderung einzuziehen. Da der Abschluß von Beförderungsverträgen zu den täglichen Geschäften seines Betriebs gehört und der Beförderungspreis einen wesentlichen Bestandteil dieser Geschäfte bildet, mußte von ihm erwartet werden, daß er mit den Best. des Reichskraftwagentarifes genau bekannt war. Indessen konnte er wegen des Zusammenhanges damit rechnen, daß eine Senkung der Preise der Eisenbahn eine solche der für sein Geschäft maßgebenden Preise zur Folge haben werde. Aus diesem Grunde ist der Auffassung des BezAussh. beizutreten, daß der R. die Vorschr. des Reichskraftwagentarifes nicht subjektiv schuldhaft verlegt hat, wenngleich seine Unterschreitung des angeordneten Preises objektiv einen Verstoß gegen sie darstellt. Seine Darstellung, wie er zur Annahme einer Ermäßigung gekommen ist, scheint glaubwürdig. Da eine Senkung der Stückgutfracht auf der Eisenbahn eingetreten war, konnte der Irrtum bei ihm entstehen, daß sie auch für Wagenladungen gelte und auch für seine Frachtberechnung maßgebende Bedeutung habe. Soweit der Sachverhalt überschaubar ist, gibt er keinen Anlaß, dem R. den Vorwurf einer schuldhaften Unterbietung der Preise des Reichskraftwagentarifes zu machen.

(PrDVG., 3. Sen., Art. v. 9. Febr. 1933, III B 2/33.)

## 2. Sonstige Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte.

### Preußen.

#### Preussischer Dienststrahhof.

Berichtet von R. Dr. Görres und SenPräs. Pfeffer, Berlin.

**I. Wirkung der Verurteilung zur Gefängnisstrafe auf die Beamteneigenschaft.**

Der Angeh. war 1929 rechtskräftig zu einer Gefängnisstrafe von mehr als einem Jahre verurteilt worden. Eine solche strafgerichtliche Verurteilung hatte nach § 7 des damals noch in Kraft befindlichen DitzG. v. 21. Juli 1852 den Verlust des von dem Beamten bekleideten Amtes von selbst zur Folge, ohne daß besonders auf Dienstentlassung erkannt wurde. Wenn der Angeh. auf Grund dieser Best. bereits i. J. 1929 seines Amtes verlustig gegangen ist, dann war die dienststrafrechtliche Verfolgung in dem vorliegenden Verfahren nicht mehr zulässig.

Die Vorschr. des § 7 DitzG. v. 21. Juli 1852 ist nun vom R. in seiner Entsch. v. 3. Nov. 1931 (RWB. 134, 108 ff. 1) für unvereinbar mit Art. 129 Abs. 2 RVerf. erachtet worden, weil nach dieser Verfassungsbestimmung die Beamten nur unter gesetzlich bestimmten Voraussetzungen und Formen ihres Amtes enthoben werden können und hiermit eine Vorschr. in Widerspruch stehe, die, wie § 7 DitzG., den Amtsverlust unmittelbar an die Rechtskraft eines strafgerichtlichen,

sich lediglich auf die Verhängung einer Freiheitsstrafe von bestimmter Dauer richtenden Erkenntnisses knüpfe. Dieser Rspr. des R. hat sich der Dienststr. in ständiger Rspr. angeschlossen (vgl. DZ, 1933, 311). Hiernach wäre der Amtsverlust des Angeh. trotz seiner strafgerichtlichen Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von längerer als einjähriger Dauer mangels Rechtsbeständigkeit des § 7 DitzG. v. 21. Juli 1852 nicht eingetreten.

Diese Rechtslage hat jedoch durch das Gef. zur Änderung von Vorschr. auf dem Gebiete des allgemeinen Beamten-, des Befolungs- und Versorgungsrechts v. 30. Juni 1933 (RWB. I, 433 ff.) eine Änderung erfahren. Dieses Gef. ist am 1. Juli im RWB. verkündet worden und nach Art. 3 Gef. zur Behebung der Not von Volk und Reich v. 24. März 1933 (RWB. I, 141) an dem auf die Verkündung folgenden Tage, also am 2. Juli 1933, in Kraft getreten. Es mußte daher bei der Entsch. berücksichtigt werden.

Nach § 38 Gef. v. 30. Juni 1933 gehen Landesgesetze über Gehalts- und Ruhegeldverlust als Folge straf- oder militärgerichtlicher Verurteilung, die schon vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes erlassen waren, mit Wirkung für die zurückliegende Zeit entgegenstehenden Vorschr. des Reichsrechts vor. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob es sich bei den entgegenstehenden Vorschr. des Reichsrechts um einfache Reichsgesetze oder um Best. der RVerf. handelt. Denn die Reichsregierung ist durch das vom R. mit verfassungsändernder Mehrheit angenommene Gef. zur Behebung der Not von Volk und Reich v. 24. März 1933 allgemein die Ermächtigung zum Erlasse von Gesetzen, die von der RVerf. abweichen, erteilt worden.

Durch die Best. des § 38 Gef. v. 30. Juni 1933 ist die Befreiung des § 7 DitzG. v. 21. Juli 1852 durch Art. 129 Abs. 2 RVerf. wieder aufgehoben worden. Allerdings spricht § 38 nur von Landesgesetzen über „Gehalts- und Ruhegeldverlust“, während § 7 DitzG. von 1852 den Amtsverlust infolge strafgerichtlicher Verurteilung betraf. Der Senat hat aber keine Bedenken getragen, anzunehmen, daß § 7 DitzG. zu den Landesgesetzen gehört, denen durch § 38 Gef. v. 30. Juni 1933 der Vorrang vor entgegenstehenden reichsrechtlichen Vorschr. eingeräumt werden sollte. Denn der im § 7 vorgesehene Amtsverlust schließt den Gehalts- und Ruhegeldverlust, von dem § 38 Gef. v. 30. Juni 1933 spricht, in sich. Dafür, daß etwa der Gesetzgeber Landesgesetzen den Vorrang vor entgegenstehendem Reichsrecht nur insoweit hätte einräumen wollen, als sie den Gehalts- und Ruhegeldverlust betreffen, nicht aber insoweit, als sie den Amtsverlust vorsehen, ist kein Anhaltspunkt gegeben. Die gegenteilige Auffassung würde dazu führen, daß die Beamten, die von dem Strafrichter zu einer Freiheitsstrafe von längerer als einjähriger Dauer verurteilt worden sind, zwar ihren Gehalts- und Ruhegeldanspruch gem. § 7 DitzG., der insoweit dem Reichsrecht vorgeht, verlieren, dagegen die Beamteneigenschaft als solche, jedoch ohne irgendwelche vermögensrechtlichen Ansprüche, so lange behalten würden, bis sie ihnen durch Dienststrafurteil ausdrücklich aberkannt würde. Der Sinn einer solchen Regelung wäre schlechterdings nicht zu erkennen. Der Senat hat daher angenommen, daß § 7 DitzG. in seinem gesamten Umfange, also sowohl hinsichtlich des Verlustes des Gehalts und des Ruhegeldes als auch hinsichtlich des Verlustes des Amtes selbst auf Grund des § 38 Gef. v. 30. Juni 1933 der entgegenstehenden Vorschr. des Art. 129 Abs. 2 RVerf. vorgeht.

Daß die Vorschr. des § 7 DitzG. durch Art. I Nr. 2 preuß. Gef. zur Umgestaltung des Dienststrafrechts der nichtrichterlichen Beamten v. 11. Jan. 1932 (PrGE. 9) mit Wirkung v. 13. Jan. 1932 (Art. IV § 1 Abs. 1 Satz 2 UmgestaltungsG.) aufgehoben worden und zur Zeit des Erlasses dieses Beschl. durch ein nach § 38 Satz 2 Gef. v. 30. Juni 1933 zulässiges preuß. Landesgesetz noch nicht wieder für die zurückliegende Zeit in Kraft gesetzt worden ist, ist für die hier zu treffende Entsch. nicht von Bedeutung. Denn zur Zeit der strafgerichtlichen Verurteilung des Angeh. i. J. 1929 war der § 7 DitzG. noch nicht durch Gef. aufgehoben, sondern nur wegen seines Widerspruches zu Art. 129 Abs. 2 RVerf. rechtlich unwirksam. Da § 7 nunmehr nach § 38 Satz 1 Gef. v. 30. Juni 1933 rückwirkend der entgegenstehenden Vorschr. des Art. 129 Abs. 2 RVerf. vorgeht, bedarf es nicht erst einer ausdrücklichen Wiederinkraftsetzung des § 7 durch Landesgesetz. Eine solche Wiederinkraftsetzung, wie sie § 38 Satz 2 Gef. v. 30. Juni 1933 vorsieht, ist nur für die Zeit erforderlich, die zwischen der Aufhebung des § 7 durch das UmgestaltungsG. v. 11. Jan. 1932 und dem Inkrafttreten des neuen RVerf. v. 30. Juni 1933 liegt.

Die hiernach im vorl. Falle zur Anwendung kommende Vorschr. des § 7 DitzG. v. 21. Juli 1852 hat zur Folge, daß der Angeh. bereits mit seiner rechtskräftigen Verurteilung zu einer Gefängnisstrafe von mehr als einem Jahre seines Amtes verlustig gegangen ist. Für eine sachliche Entsch. ist somit kein Raum mehr, da der Angeh. nicht mehr Beamter ist.

(PrDienststr., 2. Sen., Art. v. 8. Juli 1933, D 29/33.)

1) ZB. 1932, 464.