



Juristische Wochenschrift

Zeitschrift der Fachgruppe Rechtsanwälte (Deutscher Anwaltverein)

des
Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen e. V.

Herausgeber: Der Reichsfachgruppenleiter Rechtsanwalt Dr. Walter Raabe.

Unter Mitwirkung von

Rechtsanwalt Dr. Droege, Hamburg; Rechtsanwalt Dr. Freih. von Hodenberg, Celle;

Rechtsanwalt Dr. Mösmer, München; Rechtsanwalt Dr. Müller, Neustrelitz;

Rechtsanwalt Dr. Noack, Halle a. S.; Rechtsanwalt Dr. Römer, Hagen;

Rechtsanwalt Dr. Rudat, Königsberg/Pr.; Rechtsanwalt Dr. Wilh. Scholz, Berlin;

Patentanwalt Dr. Ulrich, Berlin.

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

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

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

Neue Leitsätze für die Rechtspraxis.

Von Staatsrat Professor Dr. Carl Schmitt,

Leiter der Reichsfachgruppe Hochschullehrer des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen e. V.

1. Die Unabhängigkeit der Richter beruht auf ihrer Bindung an das Recht und das Gesetz des Staates, dessen Recht der Richter zu sprechen hat. Ohne diese Bindung ist die richterliche Unabhängigkeit Willkür, und zwar politische Willkür.

Die Unabhängigkeit der Richter kann nicht grenzen- und bedingungslos sein. Sie kann nicht bedeuten, daß der Richter über dem Staat oder außerhalb des Staates steht. Die Bindung an Recht und Gesetz ist Bindung an das Recht und das Gesetz eines bestimmten Staatswesens. Wäre sie Bindung an ein überstaatliches Gesetz, so stände der Richter über dem Staat. Er wäre nicht Richter des Staates, dessen Recht er sprechen soll, sondern Richter über den Staat. Das wäre der äußerste und unerträglichste Grad einer Politisierung der Justiz; denn sobald der Richter sich von seinen Bindungen befreit, kommt er in die Lage, gegen die in jedem Recht und Gesetz enthaltenen politischen Entscheidungen des Staates andere politische Auffassungen zur Geltung zu bringen. Wer sich über, d. h. nach Lage des Falles gegen das staatliche Gesetz stellt, begibt sich auf das Gebiet der Politik. Dadurch, daß der Richter sich von der Bindung an das staatliche Gesetz freimacht, gelangt er also nicht etwa in eine Sphäre reinen Rechts, sondern nur in eine Zone politischer Kämpfe, deren Heftigkeit durch die Berufung auf das Recht nur gesteigert wird.

2. Die Entscheidung darüber, ob eine Angelegenheit unpolitisch ist, enthält immer eine politische Entscheidung.

Was politisch oder unpolitisch ist, kann nur vom Politischen her bestimmt werden. Hierbei ist es gleichgültig, welche Stelle (der Justiz, Verwaltung, Selbstverwaltung, Kirche, Wissenschaft, Wirtschaft) beansprucht, von sich aus den unpolitischen Charakter einer Entscheidung gegen den Staat geltend zu machen. Ebenso ist es gleichgültig, mit welchen Beweisgründen (ob mit juristischen, administrativen, theologischen, wissenschaftstheoretischen oder ökonomischen Argumenten) der Nachweis des unpolitischen Charakters geführt werden soll.

Wenn heute eine Stadtverwaltung ein Bild von Karl Liebknecht im Rathaus aufhängen und dabei behaupten wollte, es handle sich um eine reine Selbstverwaltungsangelegenheit, um städtisches Privateigentum, und außerdem um einen unpolitischen Akt „reiner Pietät“, so würde wohl jeder Deutsche den politischen Sinn dieser Art von Beweisführung aus dem Unpolitischen sofort erkennen. Dieser politische Sinn der Berufung auf das Unpolitische entfällt auch keineswegs dadurch, daß etwa ein Gericht zuständig wird, um den Fall zu entscheiden. Im Prozeß vor einem Verwaltungsgericht oder einem bürgerlichen Gericht könnte sich die Stadtverwaltung nicht darauf berufen, daß die Frage eine reine Rechtsfrage und daher unpolitisch sei; und das Gericht dürfte nicht mit der Begründung, daß es nur über eine Rechtsfrage und nicht über die politische Seite der Sache zu urteilen habe, den wirklichen Sinn des Vorganges fälschen und einer solchen Stadtverwaltung das staats- und gesetzwidrige Recht auf einen solchen politischen Mißbrauch des Unpolitischen zusprechen.

3. Durch die sog. Generalklauseln, die sich heute auf allen Gebieten des Rechtslebens durchsetzen, wird die Gebundenheit des Richters nicht berührt.

Bekannte und alltägliche Beispiele dieser auf allen Gebieten des Rechtslebens (im bürgerlichen Recht, Strafrecht, Verwaltungsrecht, Arbeitsrecht, Wirtschaftsrecht usw.) vordringenden sog. Generalklauseln sind: Treu und Glauben, gute Sitten,

wichtiger Grund, Zumutbarkeit und Nichtzumutbarkeit der Leistung, überwiegende Interessen, Wohl der Allgemeinheit, unbillige Härte, öffentliche Sicherheit und Ordnung (vgl. Hedemann, Die Flucht in die Generalklauseln, Jena 1933). Niemand wird behaupten, der Richter habe in solchen Fällen sein subjektives Ermessen als die maßgebende Norm für die Anwendung dieser scheinbar allgemeinen und unbestimmten Begriffe hinaustellen. Es bedarf vielmehr eines objektiven Maßstabes, und es handelt sich darum, wie dieser Maßstab angesichts der zahlreichen widersprechenden Auffassungen und Anschauungen festzustellen ist.

4. Für die Anwendung und Handhabung der Generalklauseln durch den Richter, Anwalt, Rechtspfleger oder Rechtslehrer sind die Grundsätze des Nationalsozialismus unmittelbar und ausschließlich maßgebend.

In allen Kommentaren, Lehrbüchern und Entscheidungsgründen (z. B. Staudinger zu § 138 BGB, Planck zu § 138 BGB, RGZ. 48, 121; 80, 221¹⁾; 120, 148²⁾ usw.) wird bei diesen Generalklauseln schließlich immer auf die „herrschenden Wertanschauungen und -auffassungen“ verwiesen. Die herrschenden Wertanschauungen und -auffassungen eines Volkes prägen sich stets in den Anschauungen und Auffassungen einer bestimmten führenden und maßgebenden Gruppe oder Bewegung aus. Herrschend, führend und maßgebend sind nicht Auffassungen und Anschauungen im allgemeinen, sondern die Anschauungen bestimmter Menschen. Im deutschen Staat der Gegenwart ist die nationalsozialistische Bewegung führend. Von ihren Grundsätzen aus muß daher bestimmt werden, was gute Sitten, Treu und Glauben, zumutbare Anforderungen, öffentliche Sicherheit und Ordnung usw. sind. Jeder einzelne Anwendungsfall dieser Begriffe hat sich daher an der Hand nationalsozialistischer Grundsätze auszuweisen und ist unter nationalsozialistischen Gesichtspunkten zu prüfen. Gegenüber den herrschenden nationalsozialistischen Anschauungen des deutschen Volkes andere, ihnen fremde oder gar feindliche Anschauungen geltend zu machen, wäre subjektive Willkür und ein gegen den nationalsozialistischen Staat gerichtetes politisches Unternehmen. Es würde die Voraussetzung und Grundlage der richterlichen Unabhängigkeit, die Rechts- und Gesetzesgebundenheit des Richters, gefährden und zerstören.

5. Der nationalsozialistische Staat ist ein gerechter Staat.

Ob er ein „Rechtsstaat“ ist, hängt davon ab, welchen besonderen Inhalt man diesem vieldeutigen Wort gibt und wie weit man den Rechtsstaat zu einem gerechten Staat in Gegensatz bringen will. Der Liberalismus des 19. Jahrhunderts hat dem Begriff eine bestimmte Bedeutung gegeben und dadurch den Rechtsstaat zu seiner politischen Waffe im Kampf gegen den Staat gemacht. Wer heute das Wort Rechtsstaat gebraucht, wird also genau sagen müssen, was er darunter versteht, worin sich sein Rechtsstaat von dem liberalen Rechtsstaat unterscheidet und wie weit sein Rechtsstaat ein nationalsozialistischer oder eine andere der vielen Arten von Rechtsstaat sein soll. Sonst besteht die Gefahr eines politischen Mißbrauchs, die es den Feinden des nationalsozialistischen Staates ermöglicht, gegen das Recht und die Gerechtigkeit des nationalsozialistischen Staates andere Auffassungen von Recht und Gerechtigkeit ins Feld zu führen und den deutschen Richter, Anwalt, Rechtspfleger oder Rechtslehrer zum Werkzeug ihrer politischen Bestrebungen zu machen.

¹⁾ JWB. 1913, 17.

²⁾ JWB. 1928, 2461.

Das Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung.

Vom 24. November 1933 (RGBl. I, 995 ff.).

Von Regierungsrat Dr. Schafheutle, Hilfsreferent im Reichsjustizministerium, Berlin.

A. Grundgedanke des Gesetzes und Übersicht über die wichtigsten Bestimmungen.

Der grundsätzliche Wandel der gesamten Staatsauffassung, der sich mit dem Siege der nationalen Bewegung vollzogen hat, drängt zu einer Reform des Rechts auf allen Gebieten. Neue Rechtsgedanken fordern Geltung vor allem auf dem Gebiet des Strafrechts, in dessen Normen die Grundauffassungen eines seiner Autorität bewußten Staates und die Idee von der Höherwertigkeit der Gemeinschaft gegenüber dem Einzelnen ihren repräsentativsten Ausdruck finden. Wie die neuesten amtlichen Mitteilungen kundgetan haben, wird die Reform des Strafrechts nach dem Geiste der neuen Zeit mit Energie vorangetrieben. Um das große Ziel zu erreichen, ein Strafgesetzbuch von Dauer zu schaffen, das auf viele Jahre hinaus auf möglichst vollkommene Weise dem deutschen Volke dienen soll, bedarf es dennoch einer gewissen Zeit¹⁾, zumal die Vorarbeiten der vergangenen Jahre nur zum Teil verwertbar sind. Die Bedürfnisse des Rechtslebens erfordern es aber, daß besonders dringlichen Reformwünschen alsbald abgeholfen wird. Daher hat schon das Gesetz zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften vom 26. Mai 1933 (RGBl. I, 295) einzelne strafrechtliche Fragen, deren Regelung besonders dringlich war, vorweg behandelt. Dem Bedürfnis, fühlbare Lücken des geltenden Rechts zu schließen und vordringlichen Forderungen auf Schaffung gesetzlicher Grundlagen für eine wirksame Bekämpfung des gemeinschädlichen Verbrechertums nach-

zukommen, deren Erfüllung bis zum Inkrafttreten des neuen Strafgesetzbuchs nicht mehr hinausgeschoben werden konnte, verdankt das Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung sein Entstehen.

Eine der Hauptaufgaben des neuen deutschen Strafrechts wird es sein, den wirksamen Schutz der Volksgemeinschaft gegen verbrecherische Schädlinge zu verbürgen und den Interessen der Allgemeinheit den unbedingten Vorrang vor denjenigen des Rechtsbrechers einzuräumen. Auch zu den Programmpunkten der früheren Reformbewegung hat stets die Forderung gehört, nicht nur den besserungsfähigen Rechtsbrecher zu bessern, sondern auch die Gesellschaft vor den Unverbesserlichen zu schützen, mithin dem Gedanken der Erziehung und Besserung ein Gegengewicht in dem Gedanken der Sicherung und Unschädlichmachung zu geben. Die Bemühungen, den Sicherungsgedanken in geschliche Formen zu kleiden, mußten aber unter der Herrschaft einer liberalistischen Staatsauffassung scheitern, die an einer unüberwindlichen Abneigung gegen starke Eingriffe der Staatsgewalt krankte und die Freiheit des Einzelnen vor das Wohl der Gemeinschaft stellte. Diese liberalistische Staatsauffassung mußte zu den Tendenzen einer Verweichlichung der Verbrechensbekämpfung und einer Schwächung der Strafrechtspflege führen, Erscheinungen, die in den letzten Jahren vielfach beklagt worden sind. Das neue Gesetz bedeutet eine entschiedene Absage an diese Richtung. Sein Grundgedanke ist der, auf dem Gebiet des Strafrechts die Vernachlässigung des Sicherungsgedankens gutzumachen, die Autorität des Staates gegenüber dem Rechts-

¹⁾ Der Herr Reichsjustizkommissar hat in einer Pressebesprechung erklärt, daß die Strafrechtsreform mit größter Beschleunigung durchzuführen sei.

brecher zu steigern und der Strafrechtspflege stärkere und wirksamere Waffen als bisher gegen das gemeinschädliche Verbrechertum zur Verfügung zu stellen. Die bisherigen Entwürfe eines Allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs konnten bei der Verfolgung dieses Leitgedankens nur als Ausgangspunkt dienen, da in ihnen, insbesondere bei den Beratungen in den Ausschüssen der gesetzgebenden Körperschaften, zum Teil unter der Einwirkung liberalistischer Ideen diejenigen Bestimmungen des Reformprogramms besondere Betonung gefunden hatten, die sich zugunsten des einzelnen Rechtsbrechers auswirkten. Das neue Gesetz hat die Regelung dieser Entwürfe überall da verlassen, wo sie von dem Grundgedanken eines wirksamen Schutzes der Allgemeinheit gegen das gemeinschädliche Verbrechertum abgewichen sind.

Das neue Gesetz nimmt den Kampf gegen das Verbrechertum auf zweifache Weise auf: durch Strafvorschriften und durch die Einführung von Maßregeln der Sicherung und Besserung. Von den Strafvorschriften sind die wichtigsten diejenigen des Art. 1, während diejenigen des Art. 3 mit der Einführung der Maßregeln der Sicherung und Besserung im Zusammenhang stehen. Der Art. 1 sieht im § 20a StGB. durch Androhung der Zuchthausstrafe eine erhebliche Strafschärfung für gefährliche Gewohnheitsverbrecher vor. Im § 245a StGB. schafft er ferner ein neues Delikt des strafbaren Besitzes von Diebeswerkzeug. Die Maßregeln der Sicherung und Besserung bilden das zweite Kernstück des Gesetzes. Durch ihre Einführung entscheidet das Gesetz die Frage nach der Einpurigkeit oder der Zweispurigkeit der Reaktion des Staates gegen das Verbrechen, die im Schrifttum wiederholt behandelt und jüngst in der preussischen Denkschrift über nationalsozialistisches Strafrecht erneut aufgeworfen worden ist, zugunsten der Zweispurigkeit. Diese Frage ist auch für die mit Freiheitsentziehung verbundenen Maßregeln der Sicherung und Besserung nicht nur eine solche der äußeren Bezeichnung. Will die Strafe vor allem Sühne für die begangene Tat und Vergeltung für die Schuld des Täters sein, so hat die Maßregel der Sicherung und Besserung ihren Rechtsgrund in dem unabhängig von Schuld und Sühne zu verfolgenden Gedanken des Schutzes der Allgemeinheit vor dem Rechtsbrecher. Diese Verschiedenheit der Zwecke der Strafe und der Maßregel wird sich gerade bei den mit Freiheitsentziehung verbundenen Maßregeln auch im Vollzug auswirken müssen. Die letzten Entwürfe eines Allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs kannten als Maßregeln der Sicherung und Besserung nur die Unterbringung in einer Heil- oder Pflgeanstalt, einer Trinkerheilanstalt oder Entziehungsanstalt oder einem Arbeitshaus, die Sicherungsverwahrung, die Reichsverweisung und daneben die Schutzaufsicht. Das Gesetz sieht von einer Regelung der Schutzaufsicht ab, führt aber als neue sichernde Maßnahmen die Entmannung gefährlicher Sittlichkeitsverbrecher und die Untersagung der Berufsausübung ein. Der Art. 3 regelt im Zusammenhang mit der Einführung der Maßregeln der Sicherung und Besserung die Voraussetzungen der Zurechnungsunfähigkeit neu und führt den Rechtsbegriff der verminderten Zurechnungsfähigkeit ein, die eine der Grundlagen für die Anordnung der Unterbringung in einer Heil- oder Pflgeanstalt und Grundlage für eine Strafmilderung ist. Eine empfindliche Lücke des bisherigen Rechts wird durch die Strafvorschrift des § 330a StGB. gegen Volltrunkenheit ausgefüllt. Von besonderer Bedeutung sind endlich noch die Übergangsvorschriften des Art. 5 Ziff. 2, 3, die die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung und der Entmannung gegen bereits verurteilte Verbrecher vorsehen. Das Gesetz stellt insbesondere durch die Einführung der Maßregeln der Sicherung und Besserung den Strafrichter vor neue Aufgaben. Es legt in die Hände des Strafrichters starke Nachtmittel der Verbrechensbekämpfung und vertraut ihm neue Methoden für den Schutz der Volksgemeinschaft gegen gemeinschädliche Leute an.

Dem Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung mußten eine Reihe anderer Gesetze angepaßt werden. Diese Änderungen sind in dem Ausführungsgesetz zusammengestellt. Sie betreffen das Gerichtsverfassungsgesetz, die Strafprozessordnung, das Jugendgerichtsgesetz, das Jugendwohlfahrtsgesetz, die beiden

Entschädigungsgesetze, das Straftilgungsgesetz, das Gerichtskosten-gesetz, die Sozialversicherungsgesetze, das Reichsverordnungsgesetz und das Gesetz über die Unfallfürsorge für Gefangene.

Die beiden Gesetze treten am 1. Jan. 1934 in Kraft mit Ausnahme der Vorschrift des § 245a StGB. über den strafbaren Besitz von Diebeswerkzeug, die mit dem auf die Verkündung folgenden Tage in Kraft getreten ist.

B. Die wichtigsten Bestimmungen im einzelnen.

I. Die Strafschärfung

für gefährliche Gewohnheitsverbrecher.

Zur Bekämpfung des gefährlichen Gewohnheitsverbrechers stellt das Gesetz der Strafrechtspflege zwei Mittel zur Verfügung: im § 20a StGB. eine Verschärfung der Strafe und im § 42e StGB. die Sicherungsverwahrung. Beide Maßnahmen setzen die Feststellung voraus, daß der Täter ein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher ist. Für ihre Anwendung ist es daher entscheidend, wie dieser Tätertypus von anderen Tätertypen abgegrenzt wird. Der Gewohnheitsverbrecher ist durch einen Hang zum Verbrechen gekennzeichnet, der auf verbrecherischer Anlage, den Einflüssen der Umwelt, Erwerbsgier, bewußter Ablehnung der Gesellschaftsordnung, Verkommenheit, Haltlosigkeit und anderen Ursachen beruhen kann. Gewohnheitsverbrecher sind nicht nur die willensschwachen und passiven Elemente, die das Opfer jeder Versuchung werden, sondern auch die Berufsverbrecher, also jene aktiven Verbrechertypen, die das Verbrechen zur Erwerbsquelle gemacht haben. Die Merkmale, die die Rechtsprechung für den Begriff der Gewohnheitsmäßigkeit aufgestellt hat, und die die gewohnheitsmäßige Begehung einer Tat von der gewerbmäßigen unterscheiden, sind hiernach für die Abgrenzung des Gewohnheitsverbrechers von anderen Verbrechertypen zu eng. Für die Anwendung der Strafschärfung fordert das Gesetz wenigstens drei vorsätzliche Taten, aus deren Gesamtwürdigung sich ergeben muß, daß der Täter ein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher ist. Es schreibt die Strafschärfung bindend vor, wenn der Täter vor der Begehung der letzten Tat schon zweimal rechtskräftig zur Todesstrafe, zu Zuchthaus oder zu Gefängnis von mindestens sechs Monaten verurteilt worden ist. Es stellt die Strafschärfung in das Ermessen des Gerichts, wenn es an dem Erfordernis dieser beiden Vorverurteilungen fehlt. Die Strafschärfung führt dazu, daß auf Zuchthaus bis zu fünf Jahren zu erkennen ist, wenn die abzurteilende Tat an sich ein Vergehen darstellt. Ist die Tat ohnedies ein Verbrechen, so kann auf Zuchthaus bis zu fünfzehn Jahren erkannt werden. Eine Vortat scheidet als Symptom für die Beurteilung des Täters als gefährlichen Gewohnheitsverbrecher aus, wenn zwischen den einzelnen Taten, aus denen auf einen Hang zum Verbrechen geschlossen werden könnte, mehr als fünf in der Freiheit verbrachte Jahre liegen. Ist der Täter wegen einer solchen Tat verurteilt worden, so wird diese Frist von der Rechtskraft des Urteils an gerechnet.

II. Besitz von Diebeswerkzeug.

Durch die Einfügung des § 245a in das StGB. wird der Besitz von Diebeswerkzeug in der Hand von Verbrechern und ihrem Anhang zu einem selbständigen Delikt erhoben. Die Vorschrift ist für die Bekämpfung von Eigentumsverbrechen von großer Bedeutung und wird es insbesondere ermöglichen, den Einbrecher, der durch den Besitz von Diebeswerkzeug unzweideutige Beweise seiner Gefährlichkeit geliefert hat, in einem früheren Stadium seiner verbrecherischen Tätigkeit zu fassen, bevor er weiteres Unheil angerichtet hat. Mit Gefängnis nicht unter drei Monaten wird bestraft, wer Diebeswerkzeug in Besitz oder Gewahrsam hat oder von einem anderen für sich verwahren läßt, nachdem er wegen schwerer Eigentumsverbrechen wenigstens einmal verurteilt worden ist, und wenn sich nicht aus den Umständen ergibt, daß das Werkzeug nicht zur Verwendung bei strafbaren Handlungen bestimmt ist. Daß die bei derartigen Leuten gefundenen Werkzeuge Diebeswerkzeug sind, wird sich in der Regel nicht aus der Beschaffenheit des einzelnen Werkzeugs ergeben, das rechtlichen wie unrechtlichen Zwecken dienstbar gemacht werden kann, sondern daraus, daß der Verbrecher eine bestimmte Sammlung von Werkzeugen mit

sich führt, die in ihrer charakteristischen Zusammensetzung auf die verbrecherische Zweckbestimmung hinweisen, oder daraus, daß sie sich in der Hand eines der Polizei bekannten Verbrechens befinden, der keinerlei redliche Tätigkeit ausübt, für die das Werkzeug verwendet werden könnte. Überzeugt sich das Gericht nicht von der Harmlosigkeit des Werkzeugs, so muß der vorbestrafte Besitzer des Diebeswerkzeugs verurteilt werden. Mit Gefängnis wird ferner bedroht, wer Diebeswerkzeug für einen anderen in Verwahrung nimmt oder es ihm entgeltlich oder unentgeltlich überläßt. Diese Strafvorschrift richtet sich vor allem gegen jene Elemente, die die Berufsdiebe mit ihrem Handwerkszeug ausstatten oder ihnen durch die Verwahrung des Werkzeugs Hilfe gewähren, ohne daß hinreichende Beweise für ihre Teilnahme an den begangenen Eigentumsverbrechen erbracht werden könnten.

III. Die Maßregeln der Sicherung und Besserung.

1. Die Unterbringung in einer Heil- oder Pflgeanstalt (§ 42b StGB.).

Hat jemand eine mit Strafe bedrohte Handlung im Zustand der Zurechnungsunfähigkeit oder der verminderten Zurechnungsfähigkeit begangen, so hat das Gericht, wenn es sich nicht um eine Übertretung handelt, künftig seine Unterbringung in einer Heil- oder Pflgeanstalt anzuordnen, falls die öffentliche Sicherheit es erfordert. Die Aufgabe, die Allgemeinheit vor gefährlichen Zurechnungsunfähigen und vermindert Zurechnungsfähigen zu schützen, die gegen die Strafgesetze verstößende Handlungen begangen haben, weist das Gesetz damit dem Strafrichter zu. Nach früheren Entwürfen sollte der Strafrichter die Unterbringung in einer Heil- oder Pflgeanstalt nur anordnen können, wenn der Täter nach Maßgabe der Strafprozessordnung vor Gericht gestellt wird, wenn sich also die Zurechnungsunfähigkeit erst nach der Erhebung der Klage herausstellt. Durch die Einführung des Sicherungsverfahrens im Ausführungs-gesetz wird diese Einschränkung beseitigt.

2. Die Unterbringung in einer Trinkerheilanstalt oder einer Entziehungsanstalt (§ 42c StGB.).

Gegen den Mißbrauch von Rauschgiften geht das neue Gesetz durch die Strafvorschrift des § 330a über die Volltrunkenheit und durch die Unterbringung in einer Trinkerheilanstalt oder Entziehungsanstalt vor. Diese Maßregel richtet sich gegen diejenigen, die gewohnheitsmäßig im übermäßigen geistigen Getränke oder andere berausende Mittel (Kofain, Opium usw.) zu sich nehmen und wegen Volltrunkenheit (§ 330a StGB.) oder wegen eines Verbrechens oder Vergehens verurteilt werden, das sie im Rausch begangen haben oder das mit einer solchen Gewöhnung in ursächlichem Zusammenhang steht. Das Gericht hat die Unterbringung in einer Trinkerheilanstalt oder einer Entziehungsanstalt anzuordnen, wenn es erforderlich ist, um den Täter an ein gesetzmäßiges und geordnetes Leben zu gewöhnen.

3. Die Unterbringung im Arbeitshaus (§ 42d StGB.).

Das Gesetz beseitigt die Überweisung an die Landespolizeibehörde und ersetzt sie durch die vom Gericht auszusprechende Anordnung der Unterbringung im Arbeitshaus. Diese Anordnung ist bei Verurteilungen zu Haftstrafe wegen Übertretung des § 361 Nr. 3 bis 8 StGB. vorgesehen, bei Verurteilung wegen Bettelns jedoch nur, wenn der Täter aus Arbeitscheu oder Niederlichkeit oder gewerbsmäßig gebettelt hat, und bei Verurteilung nach § 361 Nr. 6 StGB. nur, wenn der oder die Verurteilte gewohnheitsmäßig zum Erwerb Unzucht treibt. Hingegen ist die Unterbringung im Arbeitshaus nicht mehr vorgesehen für Zuhälter und Spieler, da sich ergeben hat, daß sie zu den übrigen Elementen, die der Behandlung im Arbeitshaus unterworfen werden, in aller Regel nicht passen. Die Unterbringung im Arbeitshaus ist eine Maßnahme gegen Asoziale, die haktlos und unfähig geworden sind, sich durch eigene Kraft aus geistiger, sittlicher oder körperlicher Verwahrlosung herauszureißen, in der sie zu versinken drohen.

Der Zuhälter hingegen ist in der Mehrzahl der Fälle eine Verbrechernatur, die dem Berufsverbrechertum nahesteht oder nach kurzer Entwicklung in ihm aufgeht. Das Gesetz ersetzt daher das Arbeitshaus für Zuhälter durch die Zuchtstrafe (§ 181a StGB.), neben der auf Sicherungsverwahrung erkannt werden kann, wenn die Voraussetzungen dieser Maßregel erfüllt sind.

4. Die Sicherungsverwahrung (§ 42e StGB.).

Im Gegensatz zu früheren Entwürfen, die die Anordnung der Sicherungsverwahrung in das Ermessen des Richters stellten, schreibt das Gesetz im § 42e StGB. die Anordnung der Sicherungsverwahrung bindend vor, wenn jemand nach § 20a StGB. als ein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher verurteilt wird und die öffentliche Sicherheit diese Maßregel erfordert. Die Sicherungsverwahrung soll den Schutz der Allgemeinheit in denjenigen Fällen übernehmen, in denen nach dem ganzen Vorleben des Täters vorzusehen ist, daß er nach Verbüßung der ihm auferlegten zeitigen Freiheitsstrafe die Freiheit zu neuen Verbrechen mißbrauchen würde. Die Sicherungsverwahrung hat im ausländischen Strafrecht eine Reihe von Vorbildern. Von der englischen Regelung weicht das deutsche Gesetz insbesondere dadurch ab, daß es die Dauer der Sicherungsverwahrung an keine Frist gebunden hat.

5. Grundsätze für die mit Freiheitsentziehung verbundenen Maßregeln der Sicherung und Besserung (§ 42f bis 42i StGB.).

In den §§ 42f bis 42h StGB. stellt das Gesetz einige Grundsätze auf, die für die mit Freiheitsentziehung verbundenen Maßregeln der Sicherung und Besserung von grundlegender Bedeutung sind. § 42i regelt die Arbeitspflicht der Untergebrachten. Im übrigen ist es den von den Landesregierungen zu vereinbarenden Grundsätzen überlassen, entsprechend den Grundsätzen über den Vollzug von Freiheitsstrafen die näheren Vorschriften über den Vollzug dieser Maßregeln zu treffen.

Von der zeitigen Freiheitsstrafe sind die Unterbringung in einer Heil- oder Pflgeanstalt, einer Trinkerheilanstalt oder Entziehungsanstalt, einem Arbeitshaus und die Sicherungsverwahrung durch ihre unbestimmte Dauer unterschieden. Diese Arten der Unterbringung dauern so lange, als ihr Zweck es erfordert. Nur für die Unterbringung in einer Trinkerheilanstalt oder Entziehungsanstalt und die erstmalige Unterbringung in einem Arbeitshaus ist aus praktischen Erwägungen eine Höchstdauer von zwei Jahren vorgesehen. Für die übrigen Maßregeln spricht das Gesetz im § 42f ausdrücklich aus, daß die Dauer der Unterbringung an keine Frist gebunden ist. Hiernach kann die Unterbringung in einer Heil- oder Pflgeanstalt die wiederholte Unterbringung im Arbeitshaus und die Sicherungsverwahrung unter Umständen lebenslanglich dauern. Da die Unterbringung so lange dauern soll, als ihr Zweck es erfordert, muß die Notwendigkeit der weiteren Unterbringung von Zeit zu Zeit nachgeprüft werden. Diese Nachprüfung hat das Gericht innerhalb bestimmter Fristen vorzunehmen. Es hat die Entlassung des Untergebrachten anzuordnen, wenn es den Zweck der Maßregel für erfüllt hält. Das Gericht darf andererseits die Entlassung des Untergebrachten nur anordnen, wenn die von ihm der Allgemeinheit drohenden Gefahren als beseitigt anzusehen sind. Zweifel in dieser Richtung hat das Gericht nicht zugunsten des Untergebrachten, sondern zugunsten der Allgemeinheit zu entscheiden. Für die Entlassungsfrage ist damit der Grundsatz in dubio pro reo außer Kraft gesetzt.

Liegt zwischen der Anordnung der Unterbringung und ihrem Vollzug eine größere, in der Freiheit zugebrachte Zeitspanne, etwa weil der Unterzubringende infolge Krankheit vollzugsunfähig geworden ist, so kann sich ergeben, daß der Vollzug entbehrlich geworden ist. Das Gesetz sieht daher im § 42g vor, daß zum nachträglichen Vollzug eine erneute Anordnung des Gerichts erforderlich ist, wenn seit der Rechtskraft des Urteils drei in der Freiheit verbrachte Jahre verstrichen sind, ohne daß mit dem Vollzug der Unterbringung begonnen worden ist.

Die bedingte Aussetzung der Unterbringung regelt das Gesetz nur insoweit, als es sich um die bedingte Entlassung

handelt. Es bestimmt im § 42h, daß jede Entlassung kraft Gesetzes nur als bedingte Aussetzung des Vollzugs gilt und, solange die Vollstreckung der Maßregel noch nicht verjährt ist, vom Gericht widerrufen werden kann, wenn der Zweck der Maßregel die erneute Unterbringung des Entlassenen erfordert. Diese Regelung weicht von der bisherigen Behandlung der bedingten Aussetzung von Strafen oder Maßregeln dadurch ab, daß jede Entlassung, die nicht nach Ablauf der Höchstdauer der Maßregel erfolgt, ohne weiteres als bedingte Entlassung gilt, ohne daß es einer besonderen Verfügung über den Vorbehalt des Widerrufs oder die Dauer der Probezeit bedarf. Der bedingte Aufschub der Unterbringung ist im Gesetz nicht geregelt, wie auch die Frage nicht angeschnitten ist, ob sich das Gnadenrecht auf die Maßregeln der Sicherung und Besserung erstreckt. Solange der Inhalt des den Reichsstatthaltern, in Preußen dem Ministerpräsidenten übertragenen Gnadenrechts sich nach Landesrecht bestimmt, entscheidet sich die Frage, ob hinsichtlich der mit Freiheitsentziehung verbundenen und der übrigen Maßregeln der Sicherung und Besserung Gnadenerweise möglich sind, nach den Normen, die nach Landesrecht für den Inhalt des Gnadenrechts gelten. Insofern hiernach das Gnadenrecht die Maßregeln der Sicherung und Besserung umfaßt, ist der Träger des Gnadenrechts auch in der Lage, bei Maßregeln der Sicherung und Besserung bedingten Aufschub zu gewähren oder gewähren zu lassen.

Die beim Vollzug der Unterbringung erforderlichen Entscheidungen erläßt das Vollstreckungsgericht nach Maßgabe des § 462 StPD. (vgl. § 463 a Abs. 3 StPD.). Sie unterliegen hiernach der sofortigen Beschwerde.

6. Die Entmannung gefährlicher Sittlichkeitsverbrecher (§ 42k StGB.).

Mit der Einführung der Entmannung gefährlicher Sittlichkeitsverbrecher (Kastration) als sichernde Maßnahme beschreitet das deutsche Strafrecht gesetzgeberisches Neuland. Die Unfruchtbarmachung (Sterilisation) Erbkranker verfolgt eugenische Zwecke. Die Entmannung von Sittlichkeitsverbrechern hingegen soll die Allgemeinheit vor weiteren Sittlichkeitsverbrechen des Täters durch Vernichtung oder Schwächung seines entarteten Triebes sichern. Während die Unfruchtbarmachung beim Manne durch die Unterbindung oder Durchschneidung der Samenleiter unter Erhaltung der Keimdrüsen geschieht, erfolgt die Entmannung durch die Entfernung der Keimdrüsen. Als sichernde Maßnahme ist die Entmannung von Sittlichkeitsverbrechern nur den Gesetzgebungen weniger Staaten bekannt. Soweit in Gesetzen nordamerikanischer Staaten die Entmannung als Zwangsmaßnahme vorgesehen ist, verfolgt sie vorwiegend eugenische Zwecke. In Kalifornien, Washington und Nebraska ist sie als Strafe für Sittlichkeitsverbrecher eingeführt. Im Jahre 1929 hat Dänemark die Kastration von Sittlichkeitsverbrechern gesetzlich geregelt, sie aber nur auf Antrag des zu Entmannenden oder seines Vormundes vorgesehen. Größere Bedeutung kommt der Kastration als Heilmäßnahme zu. Aus sexualpathologischer Indikation ausgeführt, soll durch sie die Potenz und die Libido beseitigt werden, der Eingriff also nicht nur die Fähigkeit, den Geschlechtsakt auszuüben, sondern auch den Trieb nach geschlechtlicher Befriedigung und die damit zusammenhängenden psychischen Vorgänge zum Erlöschen bringen. Als Heilmäßnahme wird die Kastration von Ärzten als letztes Hilfsmittel bei Sittlichkeitsverbrechern angewandt, wenn alle anderen ärztlichen Behandlungsmethoden versagt haben. Für eine Reihe von Fällen haben insbesondere deutsche und schweizerische Ärzte die Krankheitsbilder und Operationsfolgen im Schrifttum eingehend dargestellt.

Der Strafrichter, der künftig über die Entmannung gefährlicher Sittlichkeitsverbrecher entscheiden soll, wird sich die Ziele des Gesetzgebers und die Folgen des Eingriffs vergegenwärtigen müssen, wenn er diese schärfste Waffe gegen Sittlichkeitsverbrecher dem Sinn des Gesetzes entsprechend handhaben will. Die Entmannung bedeutet einen schwerwiegenden Eingriff in den körperlichen und feinfischen Organismus, da die Keimdrüsen nicht nur für die Fortpflanzung unentbehrlich sind, sondern auch innersekretorische Funktionen haben. Der Ausfall der von den Keimdrüsen ausgehenden inneren Sekretion aber stört das Zusammenspiel der übrigen innersekretori-

schen Drüsen und stellt in manchen Fällen eine erhebliche Schädigung des Körpers und der Psyche dar. Im einzelnen sind die Folgen des Eingriffs verschieden, je nachdem, ob er vor oder nach der Pubertät vorgenommen wird. Die vor der Pubertät vorgenommene Entmannung verhindert den Abschluß der Geschlechtsreife und führt in der Regel eine völlige Umwandlung der Persönlichkeit des Entmannten herbei. Wird der Eingriff nach der Pubertät vorgenommen, so treten die rein körperlichen Wirkungen zurück. Aber auch in diesem Falle kann der Eingriff erheblich auf die Persönlichkeit des Entmannten einwirken. Die psychischen Folgen des nach vollendeter Reife vorgenommenen Eingriffs sind je nach der Persönlichkeit des Entmannten sehr verschiedenartig. Bei manchen zeigen sich auf endokrine Störungen zurückzuführende Krankheitsbilder, eine Zunahme der Reizbarkeit, die auch zu asozialen Handlungen führen kann, und schizophrene Störungen, sowie eine psychische Verkünderung und Vergreisung. Dazu treten als mittelbare Folgen Minderwertigkeitsgefühle, die sich bis zur Selbstmordneigung steigern können. Andererseits berichten die Ärzte auch davon, daß sich nach dem Eingriff früher vorhandene nervöse und schizophrene Störungen wiederholt gebessert haben. Die Entmannung bewirkt in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle, teils alsbald, teils erst nach Jahren, den Verlust der Potenz. Hinsichtlich des Erlöschens der Libido stellen sich die gewollten Wirkungen des Eingriffs nicht in jedem Falle mit Sicherheit ein. Dies ist darauf zurückzuführen, daß der Geschlechtstrieb teils körperlich, teils psychisch verwurzelt ist, und daß teils die eine, teils die andere Wurzel des Triebes vorherrscht. In den Fällen, in denen die Libido vorwiegend psychisch bedingt ist, vermag nach den Darstellungen der Ärzte auch eine Entmannung den Geschlechtstrieb nicht wesentlich herabzusetzen. Nach den ärztlichen Erfahrungen ist die Entmannung in dieser Hinsicht jedoch nur verhältnismäßig selten erfolglos und in aller Regel wird der krankhafte Trieb durch die Entfernung der Keimdrüsen wesentlich herabgesetzt, wenn nicht ganz beseitigt. Jedenfalls sind an den Entmannten Rückfälle in Sittlichkeitsverbrechen nur ganz selten beobachtet worden. Auch in anderer Hinsicht haben sich die Eingriffe vielfach günstig angedeutet und gestattet, Geisteskranken und Schwachinnigen, die wegen ihres entarteten Triebes zuvor dauernd in Anstalten verwahrt werden mußten, nach der Entmannung zu entlassen, da sie keine Gefahr für die Allgemeinheit mehr bildeten.

Von den Wirkungen, die die Entmannung für den Betroffenen auslöst, ist nur ein Teil gewollt, nämlich das Erlöschen oder die Schwächung des krankhaften und entarteten Triebes. Die Nachteile, die der Eingriff darüber hinaus dem Entmannten unter Umständen zufügt, sind ungewollt und liegen außerhalb der Zweckbestimmung der Maßregel. Um der höherwertigen Interessen der Allgemeinheit willen konnten sie für den Gesetzgeber kein Hindernis sein, eine Maßnahme einzuführen, die nach ärztlicher Erfahrung die Allgemeinheit wirksamer als die Strafe vor Sittlichkeitsverbrechern schützen kann. Der Gesetzgeber hat gerade in dieser Frage den Grundsatz verwirklicht, daß das Gemeinwohl dem Wohl des einzelnen übergeordnet ist und daher hinter dem Privatwohl des verbrecherischen Schädling nicht zurückzustehen braucht. Die Beachtung dieses Grundsatzes wird auch in der Praxis zu einer zugleich wirksamen und maßvollen Anwendung der Maßregel führen.

Die Anordnung der Entmannung ist im § 42k StGB. in keinem Falle bindend vorgeschrieben, sondern in das Ermessen des Strafrichters gestellt. Diese Regelung trägt der ärztlichen Erfahrung Rechnung, daß die Entmannung nicht bei jedem Sittlichkeitsverbrecher den gewollten Erfolg hat, seinen übersteigerten und entarteten Geschlechtstrieb zum Erlöschen zu bringen oder erheblich abzuschwächen, daß die Erfolgsfrage vielmehr in jedem Einzelfall einer eingehenden ärztlichen Prüfung bedarf. Dem Strafrichter wird es dadurch zugleich möglich, die Schwere der von dem Sittlichkeitsverbrecher drohenden Gefahr gegenüber der Schwere des Eingriffs abzuwägen. Wie die Gesetzesbegründung sagt, soll der Strafrichter zu der Maßregel der Entmannung nur greifen, wenn eine sorgfältige Prüfung ergibt, daß die Allgemeinheit bei der Vornahme des Eingriffs vor weiteren Untaten des Verbrechers

verschont bleibt, und wenn der ihm durch den Eingriff etwa zugefügte Schaden und die Unsicherheit des Erfolges wenig bedeutet im Vergleich zu der Gefahr, die der Sittlichkeitsverbrecher bei Unterlassung des Eingriffs für die Allgemeinheit darstellt. Die Anhörung eines ärztlichen Sachverständigen ist im § 246 a StPD. bindend vorgeschrieben. Die Entmannung ist nicht zulässig wegen der Tat eines Jugendlichen (§ 9 Abs. 5 ZGB.). Sie setzt ferner voraus, daß der Täter zur Zeit der Entscheidung das 21. Lebensjahr vollendet hat. Die Einführung dieser Altersgrenze beruht auf der Erwägung, daß Personen nicht entmannt werden sollen, solange ihr körperlicher Reifungsprozeß noch nicht im wesentlichen abgeschlossen ist, und daß die Entmannung überhaupt bei Personen vermieden werden soll, bei denen die Tat vorwiegend mit der stürmischen Entwicklung der körperlichen Reife im Zusammenhang steht und noch keineswegs abgesehen werden kann, ob auch der Trieb des Ausgereiften entartet sein oder sich vielmehr zu normaler Betätigung zurückfinden wird.

Das Gesetz sieht die Anordnung der Entmannung neben der Strafe vor, wenn der zu Entmannende mindestens zweimal ein Verbrechen der Nötigung zur Unzucht, der Schändung, der Unzucht mit Kindern oder der Notzucht (§§ 176 bis 178 StGB.) oder zur Erregung oder Befriedigung des Geschlechtstriebs ein Vergehen oder Verbrechen der öffentlichen Bornahe unzüchtiger Handlungen (§ 183 StGB.) oder der Körperverletzung (§§ 223 bis 226 StGB.) begangen hat und eine Gesamtwürdigung dieser Taten ergibt, daß er ein gefährlicher Sittlichkeitsverbrecher ist. Es unterscheidet im übrigen, ob der Täter früher schon einmal verurteilt worden ist. Liegt eine frühere Verurteilung wegen einer solchen Tat vor, so genügt es, daß der Täter erneut wegen einer dieser Taten zu Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten verurteilt wird. Fehlt es an einer Vorverurteilung, so muß der Täter wegen beider Taten zu Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr verurteilt worden sein. Dabei gilt die Vorschrift des § 20 a Abs. 3 StGB. über die sog. Rückfallsverjährung entsprechend. Wird der Täter wegen eines zur Erregung oder Befriedigung des Geschlechtstriebs begangenen Mordes oder Totschlags verurteilt, so genügt eine einzige Tat. Im übrigen ist es gleichgültig, ob die Taten vollendet oder nur versucht worden sind. Bei Personen, die wegen Zurechnungsunfähigkeit nicht bestraft werden können, scheidet auch die Anordnung der Entmannung aus. Solche Personen können nach § 42 b StGB. in einer Heil- oder Pflegeanstalt untergebracht werden.

Das Gesetz gestattet die Entmannung hiernach nur bei gewissen Arten von Sittlichkeitsverbrechen. Ausgeschlossen ist die Maßnahme bei der Blutschande und der Unzucht mit abhängigen Personen (§§ 173, 174 StGB.), da diese Verbrechen nicht notwendig auf einen entarteten Geschlechtstrieb schließen lassen. Bei Verurteilungen nach § 175 StGB. ist der Eingriff gleichfalls nicht zugelassen, da die Erfahrungen mit der an Homosexuellen vorgenommenen Entmannung nicht günstig sind. In den meisten Fällen war der Versuch, Homosexuelle von ihrer pervertierten Triebrichtung durch Entmannung zu heilen, ergebnislos. Die Zulassung der Entmannung bei Exhibitionisten erklärt sich daraus, daß der Eingriff gerade bei gewohnheitsmäßigen und völlig hoffnungslosen Exhibitionisten oft zu einer Heilung von ihrem krankhaften Trieb geführt hat.

7. Unterjagung der Berufsausübung (§ 421 StGB.).

Das bisherige Recht kennt in einer Reihe von Gesetzen Verbote zur Ausübung bestimmter Berufe und Gewerbe aus gewerbepolizeilichen und anderen Gründen. Unabhängig von diesen Vorschriften, die auch weiterhin gelten, schafft das Gesetz die Möglichkeit, Schädlingen, die durch die Art und Weise der Ausübung ihres Berufs oder Gewerbes die Allgemeinheit gefährden, die Ausübung ihres Berufs oder Gewerbes durch Urteil des Strafrichters für die Dauer von mindestens einem und höchstens fünf Jahren zu unterjagen. Dieser Maßregel liegt der Gedanke zugrunde, daß der einzelne die ihm von der Rechtsordnung gewährte Freiheit oder Erlaubnis, einen Beruf oder ein Gewerbe auszuüben, verwirken kann, wenn strafbare Handlungen dartun, daß aus der weiteren Ausübung des Berufs oder Gewerbes der Allgemeinheit Gefahren erwachsen

würden. Das Verbot ist auch bei denjenigen Berufen und Gewerben zugelassen, die an keine besondere Erlaubnis oder Zulassung gebunden sind. Es kann ausgesprochen werden, wenn jemand wegen eines Verbrechens oder Vergehens, das er unter Mißbrauch seines Berufs oder Gewerbes oder unter grober Verletzung der ihm kraft seines Berufs oder Gewerbes obliegenden Pflichten begangen hat, zu Freiheitsstrafe von mindestens drei Monaten verurteilt wird und wenn das Berufsverbot erforderlich ist, um die Allgemeinheit vor weiterer Gefährdung zu schützen. Solange die Unterjagung wirksam ist, darf der Verurteilte den Beruf, das Gewerbe oder den Gewerbebezweig auch nicht für einen anderen ausüben oder durch eine von seinen Weisungen abhängige Person für sich ausüben lassen.

8. Reichsverweisung von Ausländern (§ 42 m StGB.).

Durch die Novelle vom 26. Mai 1933 (RGBl. I, 295) ist als § 39 a eine Vorschrift über die Reichsverweisung von Ausländern, die zu einer Freiheitsstrafe von mindestens drei Monaten verurteilt worden sind, in das Strafgesetzbuch eingefügt worden. Diese Vorschrift wird im § 42 m dahin erweitert, daß die zuständige Verwaltungsbehörde einen Ausländer ohne besondere gerichtliche Zulassung auch dann aus dem Reichsgebiet verweisen kann, wenn eine mit Freiheitsentziehung verbundene Maßregel der Sicherung und Besserung oder die Entmannung gegen ihn angeordnet wird. Als Ausländer sind dabei auch Staatenlose anzusehen. Im Zusammenhang mit den Vorschriften über die Reichsverweisung steht die neue Vorschrift des § 154 a Abs. 3 StPD., wonach von der Erhebung der öffentlichen Klage abgesehen werden kann, wenn der Beschuldigte auf Grund eines Strafurteils aus dem Reichsgebiet verwiesen wird. Nach der Neufassung des § 456 a StPD. kann von der Vollstreckung einer Freiheitsstrafe oder einer Maßregel der Sicherung und Besserung abgesehen werden, wenn der Verurteilte auf Grund eines Strafurteils aus dem Reichsgebiet verwiesen wird. Im Fall der Rückkehr kann die Vollstreckung nachgeholt werden.

IV. Zurechnungsunfähigkeit und verminderte Zurechnungsfähigkeit.

Die Voraussetzungen der verminderten Zurechnungsfähigkeit, an die das Gesetz bei der Anordnung der Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt (§ 42 b StGB.) anknüpft, werden im § 51 Abs. 2 StGB. allgemein und im § 53 Abs. 2 StGB. für den Taubstummen geregelt. Da die Voraussetzungen der verminderten Zurechnungsfähigkeit auf diejenigen der Zurechnungsunfähigkeit abgestimmt sein müssen, regelt das Gesetz auch die Merkmale der Zurechnungsunfähigkeit unter Verwertung der Vorarbeiten früherer Entwürfe neu. Die Voraussetzungen der Zurechnungsunfähigkeit sind nach § 51 Abs. 1 StGB. erfüllt, wenn der Täter zur Zeit der Tat wegen Bewußtseinsstörung, wegen krankhafter Störung der Geistestätigkeit oder wegen Geisteschwäche unfähig war, das Unerlaubte der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln. Verminderte Zurechnungsfähigkeit liegt nach § 51 Abs. 2 StGB. vor, wenn die Fähigkeit, das Unerlaubte der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln, zur Zeit der Tat aus einem dieser Gründe erheblich vermindert war. Der Eingriff des Unerlaubten ist weiter als der des Unrechtmäßigen und erfasst Verstöße sowohl gegen das Recht als auch gegen das Sittengesetz. Das Gesetz verwirklicht damit für die Frage der Zurechnungsfähigkeit den wichtigen Grundsatz, daß das Sittengesetz dem gesetzten Recht gleichsteht. Bei vermindeter Zurechnungsfähigkeit kann die Strafe nach den Vorschriften über die Bestrafung des Versuchs gemildert werden. Das neue Gesetz weicht damit von den Beschlüssen der Reichstagsausschüsse, die die verminderte Zurechnungsfähigkeit als zwingenden Strafmilderungsgrund einführen wollten, in einem entscheidenden Punkte ab. Diese Abweichung beruht auf der Erwägung, daß es verfehlt ist, Psychopathen durchweg milder zu behandeln als Gesunde, und daß auf die abgeschwächte seelische Widerstandsfähigkeit des Psychopathen durch ernste Strafen vielfach nachhaltiger eingewirkt werden kann als durch allzu große Milde.

V. Volltrunkenheit (§ 330a StGB.).

Wegen Volltrunkenheit wird künftig mit Gefängnis bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer sich vorsätzlich oder fahrlässig durch den Genuß geistiger Getränke oder durch andere berauscheidende Mittel in einen die Zurechnungsfähigkeit ausschließenden Rausch versetzt und in diesem Zustand eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht. Die Strafe soll jedoch nach Art und Maß nicht schwerer sein als die für die vorsätzliche Begehung der Handlung angedrohte Strafe. Die Begehung einer mit Strafe bedrohten Handlung im Rauschzustand ist eine äußere Bedingung der Strafbarkeit. Der Vorsatz des Täters braucht sich daher darauf nicht zu erstrecken.

VI. Übergangsvorschriften.

Die Sicherungsverwahrung und die Entmannung können nach den §§ 42e, 42k nur angeordnet werden, wenn die Tat nach dem 1. Jan. 1934 abgeurteilt wird. Nach § 2a StGB. und der Übergangsvorschrift des Art. 5 Ziff. 1 ist die Anordnung dann aber auch möglich, wenn die abzurteilende Tat vor dem 1. Jan. 1934 begangen worden ist. Darüber hinaus hat es das Gesetz für erforderlich gehalten, zum Schutz der Allgemeinheit auch auf bereits abgeurteilte Taten zurückzugreifen. In den Strafanstalten gibt es eine große Zahl von Verbrechern, deren Gefährlichkeit bekannt ist, und die nach ihrer Rückkehr in die Freiheit mit großer Wahrscheinlichkeit wieder rückfällig werden. Sie müßten nach der Strafverbüßung der Freiheit wiedergegeben werden, und es müßte erst eine neue Tat abgewartet werden, um die Allgemeinheit vor ihnen wirksam schützen zu können. Ein solcher Zustand wäre mit der Forderung eines wirksamen Schutzes der Allgemeinheit unvereinbar. Das Gesetz läßt daher im Art. 5 Ziff. 2, 3 die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung und der Entmannung bei solchen Verbrechern zu, die schon vor dem 1. Jan. 1934 verurteilt worden sind, so daß sie nach diesem Zeitpunkt noch eine Freiheitsstrafe zu verbüßen haben. Diese Regelung durchbricht den Grundsatz der Rechtskraft nicht hinsichtlich der Strafe, sondern nur hinsichtlich der sichernden Maßnahme. Sie stellt die Staatsanwaltschaften und die Strafanstaltsverwaltungen vor die Aufgabe, die Gewohnheits- und Sittlichkeitsverbrecher, die zur Zeit die Strafanstalten bevölkern, daraufhin durchzusehen, ob sie auch nach Verbüßung der Strafe eine schwere Gefahr für die Allgemeinheit darstellen, und, wenn dies zutrifft, ihre Sicherungsverwahrung oder Entmannung herbeizuführen.

Das Gericht kann die Sicherungsverwahrung nachträglich anordnen, wenn jemand mindestens dreimal wegen eines Verbrechens oder vorsätzlichen Vergehens verurteilt und in jedem der drei Urteile entweder auf Todesstrafe oder auf Zuchthaus oder Gefängnis von mindestens sechs Monaten erkannt worden ist. Die Vorschriften des § 20a Abs. 3, 4 StGB. über die Rückfallsverjährung und ausländische Verurteilungen gelten dabei entsprechend. Die Gesamtwürdigung der abgeurteilten Taten muß ferner ergeben, daß der Täter ein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher ist. Die nachträgliche Anordnung der Entmannung setzt nach Art. 5 Ziff. 3 der Übergangsvorschriften voraus, daß in dem Urteil, auf Grund dessen der Täter die Freiheitsstrafe verbüßt, die Entmannung hätte angeordnet werden können, wenn die Vorschrift des § 42k StGB. schon bei der Aburteilung gegolten hätte. Auf Sicherungsverwahrung und Entmannung darf nachträglich nur erkannt werden, wenn die öffentliche Sicherheit es erfordert. Die Anordnung steht in jedem Falle im Ermessen des Gerichts. Die Staatsanwaltschaft kann den Antrag auf Einleitung des Nachtragsverfahrens stellen, solange die Freiheitsstrafe nicht verbüßt, bedingt ausgesetzt, verjährt oder erlassen ist.

C. Ausführungsgesetz.

I. Änderungen der Strafprozeßordnung.

1. Beobachtung des Geisteszustandes und körperliche Untersuchung.

Durch die Änderung des § 81 StPD. wird es möglich, die Verbringung des Beschuldigten in eine öffentliche Heil- oder Pflegeanstalt zur Beobachtung seines Geisteszustandes schon im vorbereitenden Verfahren anzuordnen. Nach bisherigem Recht war diese Anordnung nur gegen Angeeschuldigte

zulässig, sodaß unter Umständen eine Voruntersuchung lediglich zu dem Zweck beantragt werden mußte, um die Beobachtung in der Irrenanstalt zu ermöglichen. Das Gesetz regelt ferner im § 81a StPD. die körperliche Untersuchung des Beschuldigten und unverdächtigter Personen und die Vornahme von körperlichen Eingriffen zu Untersuchungszielen, um die bisher über die Zulässigkeit derartiger Untersuchungsmaßnahmen bestehenden Zweifel zu beheben. Eine körperliche Untersuchung des Beschuldigten darf zur Feststellung von Tatsachen angeordnet werden, die für das Verfahren von Bedeutung sind. Dagegen dürfen unverdächtige Personen ohne ihre Einwilligung nur untersucht werden, wenn festgestellt werden muß, ob sich an ihrem Körper eine bestimmte Spur oder Folge einer strafbaren Handlung befindet. Soweit die körperliche Untersuchung überhaupt zulässig ist, dürfen auch ohne Einwilligung des zu Untersuchenden nach den Regeln der ärztlichen Kunst Blutproben entnommen und andere Eingriffe vorgenommen werden, wenn kein Nachteil für die Gesundheit des zu Untersuchenden zu befürchten ist. Im § 81b StPD. spricht das Gesetz aus, daß es für die Zwecke der Durchführung des Strafverfahrens und für die Zwecke des Erkennungsdienstes zulässig ist, Lichtbilder und Fingerabdrücke des Beschuldigten auch gegen seinen Willen aufzunehmen und ihn sonstigen erkennungsdienstlichen Maßnahmen zu unterwerfen.

2. Die einstweilige Unterbringung.

Die Untersuchungshaft reicht als Sicherungsmittel für den mit der Unterbringung des Beschuldigten in einer Heil- oder Pflegeanstalt verfolgten Zweck nicht aus. Sie darf nicht verhängt werden, wenn der Beschuldigte zurechnungsunfähig ist, da der Verdacht einer strafbaren Handlung bei Zurechnungsunfähigkeit nicht vorliegt. Sie scheidet ferner aus, wenn die sofortige Unterbringung des geisteskranken oder geistig minderwertigen Beschuldigten zum Schutz der Allgemeinheit zwar erforderlich ist, aber weder Flucht- noch Verdunkelungsgefahr besteht. Um die Unterbringung verbrecherischer Geisteskranker oder geistig Minderwertiger schon vor der rechtskräftigen Anordnung ihrer Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt zu ermöglichen, führt das Gesetz im § 123a StPD. als vorläufige Maßnahme die einstweilige Unterbringung des Beschuldigten ein. Die einstweilige Unterbringung ist der Untersuchungshaft nachgebildet.

3. Sicherungsverfahren.

Über Maßregeln der Sicherung und Besserung muß nach der Regelung des Ausführungsgesetzes durch Urteil, also auf Grund einer Hauptverhandlung, erkannt werden. Dies gilt auch für die Unterbringung des Beschuldigten in einer Heil- oder Pflegeanstalt, die auch gegen Zurechnungsunfähige zulässig ist, und für die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung und der Entmannung. Die Möglichkeit, über die Tat eines Zurechnungsunfähigen in einer Hauptverhandlung zu entscheiden, sieht das bisherige Strafprozeßrecht nur vor, wenn sich die Zurechnungsunfähigkeit erst nach der Eröffnung des Hauptverfahrens herausstellt. Stand die Zurechnungsunfähigkeit des Beschuldigten schon vor diesem Zeitpunkt fest, so mußte die Staatsanwaltschaft das Verfahren einstellen; das mit der Anklage befaßte Gericht mußte die Eröffnung des Hauptverfahrens ablehnen. Es bedurfte daher der Einführung eines besonderen Verfahrens, in dem gegen Zurechnungsunfähige auf die Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt auch dann erkannt werden kann, wenn sich die Zurechnungsunfähigkeit schon vor der Eröffnung des Hauptverfahrens ergibt oder wenn sie von vornherein unzweifelhaft ist. Diesem Zweck dient das Sicherungsverfahren. Im Sicherungsverfahren wird auch über die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung und der Entmannung entschieden, die nach den Übergangsvorschriften des Art. 5 des Ausführungsgesetzes zulässig ist. Die Einleitung des Sicherungsverfahrens steht im Ermessen der Staatsanwaltschaft. Da auch die Verwaltungsbehörden gefährliche Geistesranke in einer Heil- oder Pflegeanstalt unterbringen können, wird die Staatsanwaltschaft von ihrem Ermessen bei der Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt nur Gebrauch machen, wenn erhebliche Gründe gerade eine gerichtliche Aufklärung des Falles

und die gerichtliche Anordnung der Unterbringung erforderlich machen. Für das Sicherungsverfahren gelten sinngemäß die Vorschriften über das Strafverfahren, wobei der Antrag der Staatsanwaltschaft der öffentlichen Klage gleichsteht. Das Gericht hat demgemäß auf Grund des Antrags über die Eröffnung des Hauptverfahrens zu entscheiden. Es folgt dann die Hauptverhandlung, in der durch Urteil die Maßregel anzuordnen oder der Antrag auf Anordnung der Maßregel abzulehnen ist. Das Urteil unterliegt den gewöhnlichen Rechtsmitteln. Das Sicherungsverfahren findet vor dem Gericht statt, das auch für das Strafverfahren zuständig wäre. Wäre jedoch für das Strafverfahren das Reichsgericht oder das Oberlandesgericht in erster Instanz oder das Schwurgericht zuständig, so tritt für das Sicherungsverfahren die große Strafkammer an ihre Stelle. Diese Zuständigkeitsregelung gilt auch für das nachträgliche Sicherungsverfahren, das im übrigen ein Nachtragsverfahren zu dem Strafverfahren bildet, in dem die in Vollstreckung begriffene Freiheitsstrafe ausgesprochen worden ist. Die Einzelheiten sind in den §§ 429 a ff. StPD. geregelt. Im § 429 c StPD. sieht das Gesetz besondere Vorschriften für das Verhandeln in Abwesenheit eines geisteskranken Beschuldigten vor. Im § 429 d StPD. ist die Frage behandelt, wie das Sicherungsverfahren in das Strafverfahren übergeleitet wird, wenn sich im Sicherungsverfahren die Zurechnungsfähigkeit des Beschuldigten ergibt.

II. Änderung des Jugendgerichtsgesetzes.

Nach der Neufassung des § 9 Abs. 5 JGG. darf bei Jugendlichen auf die Unterbringung in einem Arbeitshaus, die Sicherungsverwahrung, die Entmannung und die Untersagung der Berufsausübung nicht erkannt werden. Hingegen kann auch gegen Jugendliche durch Urteil des Strafrichters die Unterbringung in einer Heil- oder Pflgeanstalt, einer Trinkerheilanstalt oder Entziehungsanstalt angeordnet werden.

III. Änderung der Entschädigungsgesetze.

Im § 359 StPD. n. F. wird die Wiederaufnahme des

Verfahrens zugunsten des Verurteilten auch zugelassen, wenn durch neue Tatsachen oder Beweismittel die Feststellung einer Tat oder einer früheren Verurteilung erschüttert wird, auf die das Gericht die Anordnung einer Maßregel der Sicherung und Besserung gegründet hat. Das Ausführungsgesetz zieht hieraus für das Gesetz über die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen die Folge, daß Entschädigung aus der Staatskasse auch zu gewähren ist, wenn eine im Wiederaufnahmeverfahren aufgehobene Maßregel der Sicherung und Besserung ganz oder teilweise vollstreckt worden oder wirksam geworden ist. Der Entschädigungsanspruch entfällt jedoch, wenn das Gemeinwohl unabhängig von der Tat oder der Verurteilung die Maßregel erfordert hätte. Diese Einschränkung des Entschädigungsanspruchs erklärt sich daraus, daß jede Maßregel der Sicherung und Besserung der Abwehr einer von dem Verurteilten drohenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung dient, der Strafrichter mit den Mitteln des Strafrechts gegen diese Gefahr jedoch nur einschreiten kann, wenn der Schuldige eine mit Strafe bedrohte Handlung begangen hat. Werden hinsichtlich dieser Tat oder einer früheren Verurteilung die Grundlagen des Urteils erschüttert, so schließt dies nicht aus, daß der Verurteilte unabhängig von der Tat oder der Verurteilung eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung gebildet hat.

Die Ausdehnung des Entschädigungsanspruchs auf die Maßregeln der Sicherung und Besserung hat ferner Anlaß gegeben, für die Entschädigung allgemein eine Höchstgrenze einzuführen. Schon das Kraftfahrzeuggesetz und das Luftverkehrsgesetz haben den Grundsatz ausgesprochen, daß die vermögensrechtliche Haftung ohne Schuld an eine Höchstgrenze gebunden sein soll. Diesen Rechtsgedanken verwicklicht das Ausführungsgesetz auch für die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen und für die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft, die gleichfalls auf einer Haftung ohne Schuld beruhen. Die Entschädigung darf einen Kapitalbetrag von 75 000 RM oder einen Rentenbetrag von jährlich 4500 RM nicht übersteigen.

Zur Wiedereinführung der Heeres- und Marinegerichtsbarkeit.

Von Oberregierungsrat Dr. jur. h. c. Heinrich Diez, Berlin.

I. Das RahmenG. v. 12. Mai 1933 (RGBl. I, 264) hat bestimmt, daß die Militärgerichtsbarkeit auf der Grundlage der Militärstrafgerichtsordnung (MilStGD.) v. 1. Dez. 1898 allgemein wieder einzuführen ist¹⁾ (§ 1); daß an die Stelle des RMilG. allgemein¹⁾ das RG. tritt (§ 3); daß der WehrM. Bestimmungen zur Überleitung und Durchführung zu erlassen hat und ermächtigt ist, im Einvernehmen mit dem RZM. die MilStGD., das EinfG. dazu und das Gef. betr. die Dienstvergehen der richterlichen Militärjustizbeamten vom 1. Dez. 1898 unter Anpassung an die Wehrverfassung, an das WehG. und an die StPD. zu ändern, den Wortlaut der geänderten Gesetze unter fortlaufender Nummernfolge der Paragraphen im RGBl. bekanntzumachen (§ 4), auch den Zeitpunkt der Wiedereinführung im Einvernehmen mit dem RZM. zu bestimmen (§ 2).

Der Wortlaut der neuen MilStGD. und des EinfG. v. 4. Nov. 1933 ist im RGBl. I, 921 ff. (N. 127), ausg. 13. Nov. 1933, erschienen. Am 1. Jan. 1934 erhalten Heer und Marine ihre geschichtlich überkommene, bewährte und unentbehrliche eigene Gerichtsbarkeit zurück. Im ungeklärten Wellengang der großen nationalen Bewegung versinkt

für immer ein unmögliches Gebilde, das Herrbild einer Strafrechtspflege über Soldaten, das ohne Not in grenzenloser politischer Verblendung geschaffen worden war. Die Zeit der heeresfeindlichen Seuche, der Bekämpfung bewährter Einrichtungen des Heeres, seines Geistes, die Zeit des Pazifismus und der Duldung des Heeres ist überwunden. In den Schützengräben des Weltkriegs ruhen die Fundamente des neuen Staats, er ist soldatisch in seinem Aufbau, er denkt soldatisch. Beherrscht von dem Gedanken des Führertums, ein Bild der Geschlossenheit und des einheitlichen Willens, durchdrungen von der Erkenntnis, daß das Disziplinhalten eine der ersten und höchsten Anforderungen an alle blutverbundenen Volksgenossen ist, wenn die höchste Kraftentfaltung erreicht werden soll, hat er den Soldaten wieder zum ersten Bürger des Staats erhoben. Er hat ihm den politischen Soldaten zur Seite gestellt, der die Voraussetzungen für das Wirken der Wehrmacht schaffen soll. Heer und Volk sind wieder eins geworden. Alles, was den guten Geist des Heeres ausmacht, die Anerkennung einer Autorität von oben, der auf freiem sittlichen Willen beruhende Gehorsam von unten, die kameradschaftliche Verbundenheit und Treue, die selbstlose Hingabe an das große Ganze, die Opferfreudigkeit bis zum letzten, die Kraft, Vaterland und Ehre höher zu stellen als das Leben — alles das sind Forderungen, die der nationalsozialistische Staat an jeden Staatsbürger stellt und in erzieherischer Arbeit verwirklicht wird. Es war selbstverständlich, daß er alsbald dem Heere zurückgab, was organisch zu ihm gehörte. Wir wollen dabei gern feststellen: es belastet die bürgerlichen Strafverfolgungsbehörden und Gerichte in keiner Weise, daß sie nicht befähigt waren, die Strafrechts-

¹⁾ Heutiger Rechtszustand kraft Gef. v. 17. Aug. 1920 (RGBl. 1579): im Frieden nur für einen Bruchteil der Marine, nämlich für die an Bord der in Dienst gestellten Kriegsschiffe eingeschifften Marineangehörigen, Marinegerichtsbarkeit mit RG. an der Spitze, wobei die MilStGD. v. 1. Dez. 1898 gilt, geändert durch WD. v. 5. Dez. 1918 (RGBl. 1422) und Gef. v. 22. Juni 1926 (RGBl. I, 103), sonst bürgerliche Strafgerichtsbarkeit nach Maßgabe des Gef. v. 17. Aug. 1920; im Krieg: nur Militärgerichtsbarkeit (vorbereitende Vorschriften fehlen).

pflege über Soldaten so durchzuführen, wie es die militärischen Verhältnisse erforderten²⁾). Das ist schon im scharfen Kampf um die Erhaltung der Heeresjustiz von allen Kennern vorausgesagt und eingehend begründet worden³⁾).

II. Es ist verständlich, daß die nationalsozialistische Bewegung, unter Betonung wehrpolitischer Forderungen, eine ganz grundlegende Neugestaltung der MilStGD. verlangt hat. Binz, Völk. Beob. v. 4. Mai 1933, erstrebte eine wirklich schöpferische, von neuen Gedanken getragene Neuordnung, eine gründliche Reform, wie sie das Volkwerden der Nation und die psychologischen Erfahrungen des Weltkrieges erfordern. Ich habe in zahlreichen Veröffentlichungen⁴⁾ denselben Gedanken vertreten, freilich abgeschwächt, weil die Wehrgerichtsbarkeit beschleunigt eingeführt werden mußte und die hierzu erforderliche MilStGD. nichts Vollendetes, Dauerndes sein kann; denn sobald die StPD. und GVG. neu gestaltet sind — mit den Vorarbeiten hat man erst begonnen, und Prozeßgesetze erfordern Zeit —, muß auch die MilStGD., die auf ihr hinsichtlich des Verfahrens aufbaut, geändert werden. Als bedeutungsvolle wehrpolitische Forderungen für den Krieg und Ausnahmeverhältnisse (das neue Gef. befaßt sich damit nicht) habe ich ein Standrecht auch gegen Soldaten im Krieg usw. für Verletzungen der Treue gegen Volk und Staat, schwere Disziplinioligkeiten vorgeschlagen, das die alte RMilStGD. ebensowenig wie die alte preussische aus 1845 im Gegensatz zur bayr. und württemb. MilStGD. kannte, ferner Kriegsgerichtsbarkeit und Kriegrecht für das ganze Volk als Regel. Die Einführung des Standrechts für Ausnahmeverhältnisse kann keine ersten gesetzgeberischen Schwierigkeiten machen; sie erscheint mir nach den Erfahrungen des Weltkrieges unbedingt geboten zu sein⁵⁾, sie liegt auch ganz im Geist des neuen Staats, der in seinen Notzeiten die Anforderungen an den Wehrwillen aufs höchste steigern muß (Opfer- und Schicksalsgemeinschaft). Das Problem der Kriegsgerichtsbarkeit über die ganze Bevölkerung (Verschmelzung von Staat, Volk und Wehrmacht zu einem großen Wehr Ganzen) ist sicher schwieriger zu lösen; es erfordert ein sorgfältiges Durchdenken nach vielerlei Richtungen und die Zusammenarbeit zahlreicher Dienststellen. Die Frage des Standrechts kann demnach außerhalb der MilStGD. geregelt werden. Im übrigen ist zuzugeben, daß das Gesetz zunächst die Gerichtsbarkeit des Heeres im Frieden hat wiederherstellen müssen. Die wesentlichste Forderung an das neue Gesetz mußte daher die sein, daß es mit dem Gedankengut und der Triebrichtung des neuen Staats bestmöglich zusammenklinge und besonders darauf bedacht sei, die früher, auch im Krieg, in ihrer Entfaltung gehemmte Heeresjustiz kraftvoll zu gestalten. Die Forderungen waren hoch gespannt, bei der Kürze der Zeit und aus anderen Gründen war ihre volle Erfüllung nicht zu erwarten.

III. Ich kann nicht sagen, daß mich das Gesetz befriedigt, will aber gerne zugeben, daß man berührt war, den Geist der neuen Zeit in ihm lebendig zu machen. Das war schon teilweise dadurch erleichtert, daß das alte deutsche Heeresrecht Einrichtungen kannte, die ohne weiteres der nationalsozialistischen Gedankenwelt entsprechen. Vorweg ist die im liberalistischen Zeitalter, auch von hervorragenden Juristen, viel angefochtene Gerichtsherrlichkeit zu nennen. Wenn heute die bürgerliche Strafgerichtsbarkeit durch Maßnahmen verschiedener Art, besonders durch wirksamsten Aufbau der

Strafverfolgungsbehörden, so gestaltet wird, daß der autoritäre Staat sich durchsetzt, daß Ordnung und Sicherheit verbürgt werden, so hat die Heeresgerichtsbarkeit schon lange durch die Verbindung der Gerichtsgewalt mit der Befehlsgewalt den Führergedanken verwirklicht. Der Gerichtsherr, ein hoher Befehlshaber, ist der Herr des Verfahrens, bei ihm laufen alle Fäden zusammen, er hat vor allem Einflüsse auf die Strafverfolgung auszuüben und selbständig über die Einlegung von Rechtsmitteln zu entscheiden. Der Grundgedanke ist: der für die Mannszucht verantwortliche, mit Disziplinarstrafgewalt ausgestattete hohe Befehlshaber muß auch die Gerichtsgewalt haben, denn die Verantwortung für die Mannszucht ist unteilbar. Man hat den Gerichtsherrn den eigentlichen Richter genannt; er ist es auch im mobilen Verfahren; denn er kann das ihm gefundene Urteil — ein Gutachten! — zwar nicht verschärfen, aber aufheben, mit dem Ziel, ein neues Urteil herbeizuführen. Daß eine neuzeitliche Heeresstrafrechtspflege frei arbeiten muß, daß die erkennenden Gerichte vor allem ganz unabhängig sein müssen, ist selbstverständlich. Es war und bleibt also die Aufgabe, die Heeresstrafjustiz so zu gestalten, daß die rein militärischen Anforderungen mit denen einer gesunden Rechtspflege in Einklang stehen. In der alten MilStGD. war das nicht in vollem Maße gelungen; sie hatte zu starr am Prinzip „die Gerichtsbarkeit ist Ausfluß der Kommandogewalt“ festgehalten. Mit Befriedigung muß festgestellt werden, daß die neue MilStGD. hierin weise Nachgiebigkeiten aufweist, mag auch nicht alles erreicht sein, was erstrebt werden muß. Sie hat damit alte Forderungen der Vorkriegszeit erfüllt. Die Fortschritte lassen sich wesentlich in dem Satz zusammenfassen: Die Stellung der Kriegs- und Oberkriegsgerichte⁶⁾ ist gehoben, ihre Befugnisse, aber auch die der erkennenden Gerichte (Kriegs- und Oberkriegsgerichte⁶⁾) sind erweitert. Im einzelnen:

Die KRGRäte usw. sind jetzt zusammen mit dem Gerichtsherrn — neben den erkennenden Gerichten — als Träger der Gerichtsbarkeit anerkannt (§ 8, § 5 EinG.); sie haben von jetzt ab alle Entscheidungen und Verfügungen des Gerichtsherrn verantwortlich zu unterschreiben, es wird ihnen also nichts mehr geschenkt, Halbheiten hören auf, unangenehme Streitfragen sind damit erledigt, Gerichtsherr und Rechtsberater sind einander freundlicher verbunden (§ 17). Daß noch weiterhin für die Entscheidung von rechtlichen Meinungsverschiedenheiten zwischen beiden die autoritäre, völlig unabhängige Stelle (RMilG.) fehlt⁷⁾ — es soll darüber der Gerichtsherr 2. Instanz, wenn dieser mit seinem Berater nicht übereinstimmt, der RMWehrM. entscheiden; früher waren die ObKRGer. zuständig —, muß freilich sehr bedauert werden, selbst wenn es nur sehr selten noch zu Meinungsverschiedenheiten i. S. der Vorschrift, die ja gewiß nicht auf Streit abgestellt ist, kommen sollte. Erst wenn dieser schwere Mangel beseitigt ist, wenn also der Militärjurist, der „dafür sorgen soll, daß nach Recht und Gesetz verfahren wird“ (so Begründung), den Schutz des höchsten MilGerichtshofs hinter sich weiß, ist seine Selbstsicherheit und Charakterfestigkeit gewährleistet und damit seine Stellung vollendet. Aber auch die Stellung des Gerichtsherrn kann dadurch nur gewinnen. Denn der tiefere Sinn des § 17, dieser grundlegenden Vorschrift der MilStGD., ist doch der, das allgemeine Vertrauen zu stärken, daß die Handhabung des Militärstrafrechts, seine „Pflege“, in die besten Hände gelegt sei. Die Vorschrift schützt auch die überragende Stelle des „Herrn des Verfahrens“. Sie ist viel angegriffen worden, selbst von hervorragenden Rechtslehrern. Ich sage: sie ist, wenn sie richtig ausgebaut wird, ein Kleinod unserer militärischen Gesetzgebung.

²⁾ Vgl. DAZ. v. 2. Okt. 1924, Beil. Recht u. Wirtschaft (Notermun d), Deutsche Wehr Nr. 38 v. 27. Sept. 1933 (Feligentraeger) und Völk. Beob. v. 18. Nov. 1933.

³⁾ Vgl. Militärrechtliche Blätter 1919/20 (hrsg. von Diez, Zur Erhaltung der MilGer.) an zahlreichen Stellen, schon in Nr. 1 ausführlich (Denkschrift). Weiteres Schrifttum s. GerS. 1933 (103), 257.

⁴⁾ DAZ. v. 25. Juli 1933, Beil. Wirtschaft, Steuerrecht; Völk. Beob. v. 2. Nov. 1933 (betr. Standrecht gegen Soldaten im Krieg), ausführlich JStW. 53, 271 ff., GerS. 103, 257 ff., Deutsches Recht, Nov.-Nr. 6.

⁵⁾ Vgl. Schwarze, Der große Krieg Bd. 10 S. 111 ff.; „Das Militärstrafrechtswesen im Krieg“ (Diez).

⁶⁾ Diese Bezeichnungen sind beibehalten. „Wehr“gerichte („Heeres“, „Marine“) usw. wäre für Friedenszeiten passender. Erfichtlich hat man an der Überlieferung festhalten wollen.

⁷⁾ Näheres hierzu und zu § 17 (97 alt) überhaupt, als dem Angelpunkt der ganzen Stellung der KRGRäte, s. Militärrechtl. Studien, Festschrift 1910 (Steidle) S. 111 ff. (Diez); ferner Taschenb. des MilR. für Kriegzeiten, Bd. I Anl. IV, die rechtliche, dienstliche und persönliche Stellung der deutschen Militärjustizbeamten, Einleitung und A V 2 b (Diez und Riffom).

Der Untersuchungsführer⁸⁾ (KrGerat) war schon bisher wesentlich selbständig; er ist es noch mehr geworden. Hemmende Vorschriften (z. B. § 167 Abs. 2 und 3 alt) sind aufgehoben, Ersuchensschreiben (außer an andere Gerichtsherrn) unterschreibt er regelmäßig allein (§ 81 Abs. 4), er (oder der Vertreter der Anklage) trifft die Anordnungen über die Behandlung des Verhafteten im Gefängnis (§ 99), die verständigere Neuregelung der Vorschriften über die Anordnung von Beschlagnahmen und Durchsuchungen (vgl. § 239 alt mit §§ 161 ff. neu) hat auch ihm selbständige Befugnisse gebracht. Eine Entlastung der richterlichen Militärjustizbeamten ist durch den zeitgemäßen Ausbau der Stellung der Sekretäre erzielt: diese sind Urkundsbeamte der Geschäftsstelle ihres Gerichts geworden, Ladungen, Zustellungen gehen von ihnen aus. Bei den Gerichtsherrn zweiter Instanz werden nur noch OVERRÄTE angestellt (früher ein KrGerat als Anklagevertreter). Der Kr- und ObKrGerat als Verhandlungsleiter ist jetzt in allem der Leiter⁹⁾ der Verhandlung geworden, hat also auch die Sitzungspolizei. Der militärische Vorsitzende ist weggefallen; der dienstälteste Offizier sorgt für die Mannszucht der in der Sitzung anwesenden Soldaten. Diese Neuregelung entspricht der längst erkannten Wahrheit, daß nur einer leiten oder führen soll, dann aber auch allein verantwortlich ist. Die Geschlossenheit der Verhandlung, erhöhtes Ansehen der erkennenden Gerichte, kurz: Kraftgewinn wird die Folge sein.

Die sog. niedere Gerichtsbarkeit (Standgerichte bei Regimentern usw., Gerichtsoffiziere als Untersuchungsführer und Vertreter der Anklage) für geringere Verfehlungen, schon durch WD. v. 5. Dez. 1918 aufgehoben, lehrt nicht wieder. Diese Lösung mag Erschwerungen mit sich bringen, sie ist aber richtig. Gerichte ohne allen juristischen Einschlag können kein gutes Recht sprechen, sie gefährden den Ruf der Justiz. Im großen Krieg mußten sie da versagen, wo es an Juristen als beratenden Helfern fehlte. Durch den Wegfall der Standgerichte ist die Gerichtsverfassung wesentlich vereinfacht. Es werden nur noch Gerichte bei den 7 Wehrkreisen — Kriegsgerichte — und bei den 2 Gruppenkommandos — Oberkriegsgerichte — diese zur Entsch. über Berufung, Rechtsbeschwerden, Wiederaufnahme des Verfahrens — gebildet, Zweigstellen (Amtsitz der Beamten außerhalb des Standorts des Gerichtsherrn) werden wie früher eingerichtet, jetzt auch für die zweite Instanz (München und Königsberg i. Pr.). Eingehendere Nachweisungen auch für die Marine (siehe die Ausf. v. 21. Nov. 1933 [RMBl. I, 989]). Die Vorschriften über die Besetzung dieser Gerichte (§§ 21 ff.) lehnen sich an die Neuregelung durch das Gef. v. 22. Juni 1926 (RMBl. I, 103; Mar-Bl. 41) an: Die KrGer. bestehen regelmäßig aus 3 Richtern (1 KrGerat als Verhandlungsleiter, 2 Beisitzern), die ObKrGer. regelmäßig aus 5 Richtern (2 OberRäte, der dienstältere Verhandlungsleiter, 3 Beisitzer); in schweren Fällen treten bei beiden je 2 Richter, davon je 1 Kr- und 1 Ob-KrGerat hinzu. Während nach der MilStGD. v. 1. Dez. 1898 nur Offiziere (höhere Beamte in bes. Fällen) Beisitzer waren, ist jetzt (so schon seit WD. v. 5. Dez. 1918) die Teilnahme von Unteroffizieren und Mannschaften neben Offizieren gesichert. Die Rangklasse, der der Angekl. angehört, ist grundsätzlich durch 1 oder 2 Beisitzer vertreten. Diese Regelung entspricht dem altdeutschen Recht. Detker¹⁰⁾ hat schon 1898 davor gewarnt, Unteroffiziere und Mannschaften aus der Rechtspflege ganz auszuschalten und damit eine Scheidewand zwischen denen zu ziehen, die die Strafe handhaben und

denen, die ihr nur unterworfen sind. Ihre Beteiligung erst bringt das volle Vertrauen zur Rechtspflege¹¹⁾, sie fördert mächtig das Standesbewußtsein und das Ehrgefühl, sie schafft erst wahre Standesgerichte, sie liegt ganz in der Zielrichtung auch des heutigen Staats. Die Besetzung des Ob-KrGer. mit 3 ObKrGeräten ist auch bei Rechtsbeschwerden von Verletzten und bei der Wiederaufnahme des Verfahrens vorzusehen.

Die Beisitzer müssen mindestens drei Jahre der Wehrmacht angehören. In die verstärkten KrGer. und in die Ob-KrGer. überhaupt werden im Verfahren bis zum Hauptmann aufwärts zwei Soldaten von der Rangklasse des Angeklagten berufen (§§ 22—24). Da bei der Schul- und Strafrage Zweidrittelmehrheit erforderlich ist (§ 243), ergibt sich, daß bei Anklagen gegen Mannschaften und Unteroffiziere vom Spruch der engeren Standesgenossen die Entscheidung abhängt. Ein seltener Akt des Vertrauens! Ich zweifle nicht, daß dies unsere Soldaten rechtfertigen werden. Immerhin weist diese großzügige Regelung darauf hin, daß der höchste Gerichtshof in Aufbau und Besetzung nichts zu wünschen übrig lassen darf. Daran fehlt es leider.

Das Reichsgericht (§ 35) muß an Stelle des RMilGer. (aus Gründen der Ersparnis von Kosten!) als RevG. hingenommen werden. Das ist sehr unerfreulich, sicher auch für die Reichsjustizverwaltung. Andere Aufgaben des RMilGer. hat man ihm nicht übertragen, vielmehr den ObKrGer. (s. oben) und den Gerichtsherrn. Es ist besonders schmerzlich, daß der OGH. bei Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Gerichtsherrn und seinem Berater (§ 17) ausgeschaltet bleibt. Die neue Regelung hierzu ist noch bedenkllicher als die frühere (§ 97 alt [vgl. dazu oben Abs. 2 u. V]). Es ist freilich verständlich, daß man, lieber als dem RG., militärischen Stellen (Gerichtsherr 2. Instanz, notfalls RBehrM.), die Würde dieser Entscheidung auferlegt hat. Man wird sie entlasten, wenn das RMilGer. wieder ersteht. — Einem besonderen Senat des RG., dem zwei aus dem Militärgerichtstand hervorgegangene Mitglieder angehören sollen, wird die Verhandlung und Entscheidung in Militärstrafsachen übertragen. Man kann nur wünschen, daß dieser Übergangszustand bald beendet und die Militärgerichtsbarkeit organisch aufgebaut wird.

Die oberste Militärjustizverwaltung fällt, vom Verfahren beim RG. abgesehen, dem RBehrM. zu (§ 36). Wie sie im einzelnen gestaltet und durchgeführt wird, bleibt abzuwarten. Man hätte ihren neuen Aufbau gegliedert stellen sollen. Sie muß ganz anders wie früher gestaltet werden. Die Militärjustiz braucht einen erfahrenen obersten Justizchef, einen Militärjuristen als verantwortlichen Führer, der unmittelbar dem RBehrM. unterstellt ist und die volle persönliche Verantwortung trägt. Dazu gehört auch eine besonders gehobene Stellung; die Stellung als MinR. ist ganz unzulänglich. Tüchtige Militärjuristen sind ihm als Beirat zur Seite zu stellen. Die Übertragung einzelner Akte der Militärjustizverwaltung auf übergeordnete Gerichtsherrn muß unterbleiben. Das gegliederte, übrigens nur für Einzelfälle geltende Anweisungsrecht des Gerichtsherrn zweiter Instanz und ihrer militärischen Vorgesetzten (§ 10) ist besonderer Art.

Diese Forderungen sind von großer Bedeutung. Von dem richtigen Ausbau der Militärjustizverwaltung hängt es ganz entscheidend ab, wie sich der Beamtenkörper einarbeitet und bewährt und vor allem, ob die gegliederte Zusammenfassung hoher Befehlshaber mit rechtskundigen Militär-

⁸⁾ Die MilStGD. kennt keine besondere staatsanw. Behörde. Der als Untersuchungsführer bestellte KrGerat vertritt meist die Anklage (sehr bewährt!). Einfaches, klar aufgebautes Ermittlungsverfahren, keine Voruntersuchung!

⁹⁾ Man sollte (eine alte Forderung!) jetzt verwaltungsmäßig den richterlichen Militärjustizbeamten Befehlsbefugnisse im Gerichtsdienst gewähren, vgl. ArchMiltR. 1, 165 ff. (Athenrieth), darüber hinaus sei aber betont, daß es zum Vorteil einer kraftvollen Heeresjustiz auszulagen müßte, wenn ein Justizoffizierskorps nach dem bewährten Muster Österreich-Ungarns (vor dem Krieg) gebildet würde. Gedanken hierzu s. in den Veröffentlichungen, die Fußnote 4 genannt sind, auch am Schlusse dieses Abschnitts.

¹⁰⁾ Gericht, Gerichtsherr, Verteidigung. Vorschläge zum Entw. e. MilStGD., Leipzig 1898.

¹¹⁾ Im Kampf um die Erhaltung der Militärgerichtsbarkeit 1919/20 ist es gelungen, die Vertrauensleute aller Truppenteile — vorl. Reichswehr, Teile des alten Heeres, freiwillige Formationen — für die Erhaltung der MilGer. auf den Plan zu rufen. In mehreren Hundert Rundgebungen, oft ausgezeichneten Inhalts, haben sie Regierung und RatVers. bestärkt und ihr volles Vertrauen zur eigenen Gerichtsbarkeit ausgesprochen; sie konnten das um so leichter, weil sie selbst an der Rechtspflege beteiligt waren. Die Rundgebungen habe ich, als wertvolle Beiträge für die Geschichte der Heeresgerichtsbarkeit und auch den Geist unserer Soldaten trotz Revolte 1918, größtenteils in den Militärrechtl. Blättern gesammelt. Vgl. Leffer: GerS. 87, 464; Scheidemann, Der Kampf um die Militärgerichtsbarkeit, Jnang.-Diss., Göttingen 1927, S. 51/52.

justizbeamten reibungslos gelingt. Es sind reiche Erfahrungen auf diesem Gebiet gesammelt und beleuchtet worden¹²⁾.

Das Gesetz hat von den alten dringlichen Forderungen des Militärjuristenstandes einen Teil erfüllt. Weitere sind noch geschäftlich zu erfüllen. Darüber hinaus ist verwaltschaftlich manches zu beseitigen, was früher den Stand niederhielt oder beeinträchtigte. Das Ziel, in die Wehrmacht ein geschlossenes Justizoffizierkorps mit seinem verantwortlichen Generaljustizchef an der Spitze zu stellen, und so einigermaßen, dabei neuzeitig im besten Sinne, das hochbewährte und hochangesehene Preuß. General-Auditoriat wieder aufleben zu lassen, darf nicht verlorengehen. Der neue Staat will überall die höchste Kraft entfalten sehen. Daß der Zusammenschluß zu einem Offizierkorps die Stellung der Militärrichter heben, ihr Ansehen steigern, ihre allgemeine Leistungsfähigkeit und nicht zuletzt ihr Verwachsen mit der Wehrmacht stärken muß, steht für mich außer Zweifel. Ich habe in langen Kriegsjahren gemeinsam mit österr.-ung. Justizoffizieren und neben ihnen gearbeitet und ein Urteil darüber gewonnen.

IV. Es lag klar, daß die Neuerungen der MilStGD. wesentlich auf dem Gebiet der Gerichtsverfassung liegen mußten (vgl. oben II Einleitung).

Doch blieb auch das Verfahren nicht unberührt. Es sind zahlreiche Mängel des alten Gesetzes beseitigt worden. Die neueren Abänderungen und Ergänzungen der StPD. und des StVG. sind auf ihre Brauchbarkeit im Militärstrafprozeß geprüft und, soweit sie den Geist der neuen Zeit atmen und militärischen Belangen entsprechen, übernommen oder bewertet worden.

Manches ist gestrafft und vereinfacht, von überflüssigen Formeln befreit worden, obwohl die Neuordnung des gemeinen Strafprozesses und deren Rückwirkungen auf das Wehrstrafverfahren es gestattet hätten, damit zuzuwarten. Vor allem ist das Rechtsmittel der Beschwerde weitgehend eingeschränkt; Verfügungen des Gerichtsherrn zweiter Instanz und Beschlüsse des ObkrGer., letztere von einer Ausnahme abgesehen, sind unanfechtbar. Während die Berufung gegen die Urteile der KrGer. unbeschränkt zugelassen ist, ist die Revision an das RG. auf Verbrechen (Ausnahme: reine Rückfallverbrechen usw.) und Vergehen gegen die Pflichten der militärischen Unterordnung oder des Mißbrauchs der Dienstgewalt beschränkt (§ 316). Die Beweisaufnahme vor dem KrGer. ist neu gestaltet: abgesehen von den Beweisen, die zur Stelle sind, bindet das Gericht über die Erhebung von Beweisen nach freiem Ermessen. Unsachliche Anträge kann es also ohne weiteres ablehnen.

Die Einführung eines Schnellverfahrens in erster Instanz für besondere Fälle halte ich für erwünscht. Die Befähigung der im gewöhnlichen Verfahren ergangenen Urteile durch den Gerichtsherrn ist weggefallen.

Fast alle früheren Beschränkungen der Verteidigung sind gefallen (§§ 256—267). Der Verteidiger ist schon im Ermittlungsverfahren zugelassen, er hat das Recht, die Akten einzusehen, darf mündlich und schriftlich mit dem festgenommenen Beschuldigten verkehren, er hat das unmittelbare Fragerecht an Zeugen und Sachverständige erhalten, er kann jetzt auch unmittelbar vom erkennenden Gericht bestellt werden; alle Rechtsanwälte, die bei einem deutschen Gericht zugelassen sind, können verteidigen.

Die Öffentlichkeit des Verfahrens hat man beibehalten. Außer aus Gründen der Gefährdung der öffentlichen Ordnung, bes. der Staatsicherheit, darf sie auch zum Schutz rein persönlicher Angelegenheiten ausgeschlossen werden (weitergehend gegenüber der StPD., durchaus zu begrüßen). Ich hatte mit Riffom vorgeschlagen, die Öffentlichkeit auf

Angehörige der Wehrmacht zu beschränken, davon ausgehend, daß eine so in sich geschlossene Gemeinschaft wie Heer und Marine ihre ernste Strafjustiz als Standeszache unter sich selbst abzumachen habe und heute das Volk auf seine Wehrmacht voll vertraue. Es ist die amtliche Auffassung, daß das der Volkstümmlichkeit der Militärgerichtsbarkeit zum Nachteil gereichen werde; die Öffentlichkeit sei das für das Vertrauen in die Rechtspflege geradezu grundlegende Prinzip. Man kann darüber verschiedener Meinung sein. Wie sich die Verhältnisse gestaltet haben, spielt das Problem der Öffentlichkeit für die Militärgerichte keine große Rolle mehr.

Bei der Kostenfreiheit des Verfahrens ist es verblieben. Privilegium militare? Sie paßt nicht recht zur wirtschaftlichen Stellung der Berufsjuden.

V. Am mobilen Verfahren, besonders Bestätigung und Aufhebung der im mobilen Verfahren ergangenen Urteile, hat sich sehr wenig geändert. Der in Jahr und Tag zu erwartenden Neufassung der MilStGD. eingedenk, wird man die reichen Kriegserfahrungen auch hierzu nachzuprüfen und manches zu ändern haben. Es sind Streit- und Zweifelsfragen genug entstanden. Zu §§ 341, 344 (alt 425, 428) sei bemerkt: Der Gutachter sollte im Rechtsgutachten erklären müssen, ob er seine Bedenken für wesentlich hält. In diesem Fall oder wenn der Gerichtsherr selbst wesentliche Bedenken hat, das Urteil zu bestätigen, wäre die Entscheidung des für die Aufhebung zuständigen Befehlshabers herbeizuführen. — Zu § 17 Abs. 3: Die Vorschrift, „daß im mobilen Verfahren der Gerichtsherr, wenn die Vorstellung des KrGRates erfolglos bleibt, allein die Verantwortung trägt und der KrGRat den Vorgang aktenkundig zu machen habe“, läßt sich in dieser fast verblüffenden Einfachheit (ohne eine Nachprüfung!) nicht halten. Soll im Krieg der Gedanke verlorengehen: der richterliche MilJustBeamte hat „dafür zu sorgen, daß nach Recht und Gesetz verfahren wird“ (so Begründung)? Vgl. oben unter III Abs. 2 und Abs. 6. Diese neue Vorschrift nimmt dem KrGRat den festen Boden unter den Füßen weg, und gerade im Ernstfall, der auch seine höchste Kraftentfaltung verlangt. Das „inter arma silent leges“ gilt niemals für ihn in seinen Beziehungen zum Gerichtsherrn. Solange diese Vorschrift besteht, wird sie verwaltschaftsmäßig zu mildern sein, etwa dahin, daß die Akten nach Abschluß des Verfahrens dem Reichswehrminister zur Beurteilung des Meinungsstreits vorgelegt sind.

VI. Auch das Äußere der neuen MilStGD. soll nicht unerwähnt bleiben. Das Gesetz ist kürzer geworden. (382 statt 471 Paragraphen). Es ist leichter zu lesen und besser zu verstehen. Denn Überschriften über jedem Paragraphen erleichtern es, sich zurechtzufinden, der Stoff ist angemessener geordnet; wenn auf Paragraphen verwiesen werden mußte, ist oft dabei ihr Inhalt kurz angedeutet, und vor allem: die sprachliche Ausdrucksweise ist überall vereinfacht und damit klarer, natürlicher, reiner, volkstümlicher geworden.

„Die MilStGD. steckt noch in Juristen- und Schreibstubedeutsch, in Schwulst, in banausischer, pedantischer Worthäufung“, schrieb 1909 ObLG-Rat Deinhard; ich empfehle seine köstliche Betrachtung im ersten Heft des ArchMilR. S. 22 ff. nachzulesen. Die neue MilStGD. ist ein anderes sprachliches Gebilde, mag es auch noch nicht vollendet sein.

VII. Inzwischen sind die Ausführungsbestimmungen zum Ges. v. 21. Nov. 1933 (RGBl. I, 987) erschienen. Sie bringen eine Aufstellung aller Gerichtsherrn erster und zweiter Instanz (Heer und Marine), Vorschriften über die Aufstellung der Richterlisten, Berufung der Beisitzer, Auslosen, Tatberichte u. a. — Die richterlichen MilJustBeamten sind jetzt auch Berater der Gerichtsherrn in allen Rechtsangelegenheiten, besonders auch in Disziplinar-, Beschwerde- und Entlassungssachen (eine alte Forderung), sie erstatten auch Rechtsgutachten auf allen Rechtsgebieten nach näheren Vorschriften (AB. zu § 18 EinfG.).

¹²⁾ Vgl. die in Fußnote 4 erwähnten Veröffentlichungen. Dasselbe über die neuen Aufgaben der Militärjustizverwaltung.

Begnadigung bei Steuerzuwiderhandlungen.

Von Regierungsrat Karl-Ernst Becker, Bremen.

Die Begnadigung ist nach der herrschenden Meinung die Befugnis, über das Strafrecht des Staates durch Verzicht zu entscheiden (vgl. den Schriftumsnachweis in RStSt. 33, 20 und Heinrich: Zeitgem. Steuerfragen 1923, 12). Unter Begnadigung versteht man allgemein alle Gnadenerweise. Diese können sein:

1. Die Niederschlagung eines schwebenden Verfahrens oder die Abstandnahme von der Einleitung des Verfahrens.

2. Der Erlass einer rechtskräftig erkannten Strafe.

3. Die Milderung einer rechtskräftig erkannten Strafe.

Die Niederschlagung (Abolition) stellt den Verzicht des Staates auf den materiellrechtlichen Strafanspruch des Staates dar. Sie ist Strafausschließungsgrund (vgl. RStSt. 33, 204) und damit Prozeßhinderungsgrund (RStSt. 52, 150). Durch die Niederschlagung wird die Schuldfrage an sich nicht betroffen. Deshalb können Teilnehmer an der niedergeschlagenen Straftat als Zeugen nur unbeeidigt vernommen werden (§ 56 Nr. 3 ZPO.).

Die Begnadigung im engeren Sinne ist ein Akt der Justizverwaltung, durch den der Staat auf sein Recht auf die rechtskräftig erkannte Strafe verzichtet (so RStSt. v. 20. Sept. 1924, IV D 2/24: RStSt. 14, 173). Durch den Erlass der ganzen Strafe wird also der materiellrechtliche Strafanspruch getilgt. Der Erlass bildet einen Strafvollstreckungshinderungsgrund. Die Bestrafung als solche bleibt in ihrer Wirkung als eine Voraussetzung für den Rückfall bestehen (vgl. §§ 245, 264 StGB.; § 404 Abs. 2 RAbgD.).

Die Milderung der Strafe kann in einem teilweisen Erlass der erkannten Strafe (Verkürzung einer Freiheitsstrafe, Herabsetzung einer Geldstrafe) oder in der Umwandlung der erkannten Strafe in eine Strafe anderer Art (Umwandlung von Gefängnisstrafe in Geldstrafe) bestehen. Soweit die erkannte Strafe wegfällt, besteht auch hier ein Strafvollstreckungshinderungsgrund. Wegen des Rückfalls gilt dasselbe wie bei dem Erlass der Strafe.

Das Begnadigungsrecht steht grundsätzlich den Landesregierungen zu. Durch das zweite Gesetz zur Gleichschaltung der Länder mit dem Reich v. 7. April 1933 (RGBl. I, 173) ist das Begnadigungsrecht der Landesregierungen den Staatshaltern übertragen. In Preußen soll der Reichskanzler das Begnadigungsrecht ausüben; er hat es auf den Ministerpräsidenten übertragen.

Neben diesem allgemeinen Begnadigungsrecht der Staatshalter ist das Begnadigungsrecht bestehen geblieben, das auf andere Organe des Reiches und der Länder übertragen worden ist. Insbes. ist das der Reichsfinanzverwaltung übertragene Begnadigungsrecht noch in Geltung. Nach § 477 RAbgD. ist der RZM. „befugt, von der Einleitung oder Durchführung eines Verwaltungsstrafverfahrens abzuweichen und im Verwaltungsstrafverfahren erkannte Strafen zu erlassen“. Ferner sind nach wie vor die FinA. befugt, von der Einleitung oder Durchführung einer Untersuchung abzuweichen, wenn eine Steuerhinterziehung nicht in Frage kommt und das Verschulden des Täters geringfügig ist.

Der RZM. hat von der ihm gebotenen Möglichkeit, die ihm zustehenden Befugnisse auf die ihm unterstellten Finanzbehörden zu übertragen, Gebrauch gemacht. Er hat die Befugnis, erkannte Geldstrafen zu erlassen, in bestimmtem Rahmen auf die FinA. und LFinA. übertragen (Erl. vom 19. Sept. 1922 [RStBl. 1922, 289]; v. 29. Nov. 1923 [RStBl. 1923, 433]; v. 13. Okt. 1926, III a 3000; vom 19. Febr. 1927 [RStBl. 1927, 94]; v. 9. April 1927 [RZollBl. 1927, 73]; v. 4. Jan. 1928, III a 20 und v. 30. Mai 1932, O 1760—7 III). In diesen maßgebenden Erlassen hat der RZM. aber die Befugnis, von der Einleitung oder Durchführung eines Verwaltungsstrafverfahrens abzuweichen, nicht auf andere Behörden übertragen. Eine stillschweigende Übertragung kann nicht angenommen werden (vgl. hierzu Hofner: DStBl. 1928, 245). Wenn die Voraussetzungen des § 477 Abs. 2 RAbgD. nicht gegeben sind, wohl aber die Voraussetzungen des § 153 Abs. 2 StGB. vorliegen, können die FinA.

nicht von der Durchführung des Strafverfahrens absehen. Dies kann nur der RZM. nach § 477 Abs. 1 RAbgD. tun. Weiter ist auf Köhlsche zu verweisen, der im DStBl. 1927, 623 in Übereinstimmung mit dem Erl. RZM. v. 19. Sept. 1922 (RStBl. 1922, 289) ausgeführt hat, daß das LFinA., wenn gegen den Strafbefcheid eines FinA. förmliche Beschwerde eingelegt ist, die erkannte Strafe im Rahmen der ihm übertragenen Zuständigkeit erst dann erlassen kann, wenn die Beschwerde durch förmlichen Beschluß erledigt ist. Das Eingreifen in das schwebende Verfahren würde eine Niederschlagung sein. Die Befugnis hierzu hat der RZM. nicht auf die LFinA. übertragen.

Es bestehen Zweifel darüber, in welchem Umfange der RZM. befugt ist, von der Einleitung oder der Durchführung eines Verwaltungsstrafverfahrens abzuweichen. Die Übertragung des Begnadigungsrechtes auf den RZM. in § 477 RAbgD. ist keine unbeschränkte. Sie bezieht sich nur auf „Verwaltungsstrafverfahren“; „im übrigen steht das Recht der Begnadigung den Regierungen der Länder zu“. Schon nach der Wortfassung muß man annehmen, daß die Befugnis zur Niederschlagung dem RZM. dann nicht zusteht, wenn ein ordentliches Gericht zur Entscheidung über die Steuerzuwiderhandlung zuständig ist. Die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte kann eine ausschließliche sein, oder sie entsteht, wenn das FinA. die Sache an die Staatsanwaltschaft zur Weiterverfolgung abgibt, weil es nicht selbst entscheiden will. Eine ausschließliche Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte zur Entscheidung über Steuerzuwiderhandlungen besteht z. B. nach § 15 2. StAnmWD. v. 19. Sept. 1931 (RGBl. I, 493 ff.) und nach § 405 RAbgD., weil die FinA. im Verwaltungsstrafverfahren nicht auf Gefängnisstrafen erkennen können und nach den beiden Strafvorschriften immer auf Gefängnisstrafe erkannt werden muß.

Nach § 441 RAbgD. muß das FinA., wenn es von dem Verdachte einer Steuerzuwiderhandlung Kenntnis erhält, prüfen, ob dieserhalb einzuschreiten ist. Dies gilt auch dann, wenn die ordentlichen Gerichte zur Entscheidung berufen sind. In diesen Fällen muß das FinA. bei hinreichendem Tatverdacht die Akten der Staatsanwaltschaft übergeben. Es bestehen, wie schon gesagt, Zweifel darüber, ob der RZM. auch in solchen Fällen zur Niederschlagung zuständig ist. Nach dem Wortlaute des § 477 RAbgD. (vgl. oben) muß man annehmen, daß der RZM. dann nicht zur Niederschlagung befugt ist, wenn die ordentlichen Gerichte zur Entscheidung über die Steuerzuwiderhandlung zuständig sind. Denn unter „Verwaltungsstrafverfahren“ in § 477 RAbgD. kann man nur das Verfahren verstehen, in dem die FinA. zur Festsetzung von Strafen zuständig sind. Gefängnisstrafen können sie aber nicht festsetzen. Wenn auch das FinA. in den Untersuchungssachen ermittelnd tätig wird, in denen die ordentlichen Gerichte entscheiden müssen, so liegt darin kein sachlicher Grund zu der Annahme, daß die Befassung der FinA. mit Ermittlungen schon genügen soll, dem RZM. die Befugnis zu geben, von der Einleitung oder Durchführung des Strafverfahrens abzuweichen. Für die gegenteilige Auffassung könnte man anführen, daß der § 477 RAbgD. in einem besonderen Titel, nicht in dem 2. Titel des Abschnitts über das Strafverfahren steht. Auch die Erläuterungen Beckers zu § 406 RAbgD. (a. F.) Anm. 1 scheinen für die weitgehende Auffassung, zu der auch die Verwaltungsübung neigt, zu sprechen. Denn Becker weist ohne Einschränkung darauf hin, daß die Prüfung der FinA. sich nicht darauf zu beschränken habe, ob der Verdacht hinreicht, der Sache nachzugehen, sondern auch darauf, ob Anlaß vorliegt, von der Einleitung oder der Fortführung einer Untersuchung abzuweichen. Mrozek, ErlBuch z. RAbgD., 3. Aufl., sagt in Anm. 5 zu § 443, daß die Niederschlagungsbefugnis der FinA. sich auf alle Steuerzuwiderhandlungen beziehe, gleichviel, ob ihre spätere Aburteilung zu ihrer oder des Gerichts Zuständigkeit gehört hätte. Entscheidend aber dürfte neben der Wortfassung des § 477 RAbgD. die Erwägung sein, daß die Niederschla-

gungsbefugnis sich vernünftigerweise nicht auf Verfahren erstrecken kann, in denen die Befugnis zum Erlaß als Gnadenerteil nicht besteht, wenn auf Strafe erkannt ist.

Die Zweifelsfrage gewinnt dadurch besondere Bedeutung, daß die von den FinA. festgesetzten Geldstrafen dem Reiche, die von den ordentlichen Gerichten festgesetzten Geldstrafen den Ländern zufließen. Wenn der Statthalter die von einem ordentlichen Gerichte wegen Steuerhinterziehung erkannte Freiheitsstrafe in Geldstrafe umwandelt, fließt diese Geldstrafe dem Lande zu, dessen Gericht die Freiheitsstrafe ausgesprochen hat (vgl. RZf. v. 20. Sept. 1924, IV D 2/24: RZf. 14, 169 ff.). Es kommt vor, daß aus besonderen Gründen von der Einleitung oder der Durchführung von Strafverfahren abgesehen wird und der Schuldige nur eine Geldbuße zahlt. Diese Geldbuße muß ebenso behandelt werden wie eine rechtskräftig erkannte Geldstrafe. Sie steht also derselben öffentlich-rechtlichen Körperchaft zu, der eine erkannte Geldstrafe oder die an die Stelle einer erkannten Freiheitsstrafe tretende Geldstrafe zufließen würde. Dem Reiche werden daher Geldstrafen und Geldbußen in allen Fällen zufließen, wo nicht die ausschließliche Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte zur Aburteilung

der Steuerzuwiderhandlung begründet ist oder wo nicht das FinA. die Verfolgung der Steuerzuwiderhandlung an die Strafverfolgungsbehörde des zuständigen Landes abgeben hat.

Bei der weitergehenden Auffassung über die Zuständigkeit des RZf. zur Niederschlagung würde im Einzelfalle zu prüfen sein, ob die Geldbußen dem Reiche oder dem Lande zufließen müssen. Der manchmal sehr verworrene Sachverhalt, dessen Entwirrung durch eine Zahlungsvereinbarung zwischen der Reichsfinanzverwaltung und dem Steuerpflichtigen vernieden werden soll, müßte in erheblichem Umfange aufgek.ärt werden. Dagegen hätten nach der engeren Auffassung die Reichsstatthalter bei den oben erwähnten Steuerzuwiderhandlungen die Befugnis zur Niederschlagung der Strafverfahren; die Geldbußen würden ohne Zweifel dem Lande zufließen, dessen ordentliche Gerichte im Einzelfalle zur Entscheidung über die Steuerzuwiderhandlung zuständig wären. Ich halte es daher nicht für richtig, daß der im Einzelfalle bestehende Strafanspruch, der durch die Strafbehörden eines Landes zu verfolgen ist, durch einen Verzicht des RZf. aufgehoben werden könnte.

Fehlerhafte Abtretung und zulässige Zusammenlegung von GmbH.-Anteilen.

Von Senatspräsident des Preuß. Oberverwaltungsgerichts Dr. Franz Scholz, Berlin.

I. Bis in die neueste Zeit hat in der Rechtsprechung allgemein, im Schrifttum überwiegend das Dogma geherrscht, daß nach dem GmbHG. (§§ 15, 17) ein Geschäftsanteil zwar abgetreten und bei der Abtretung geteilt werden könne, daß aber eine andere als die durch Teilabtretung sich ergebende Stückelung, insbes. eine Zusammenlegung mehrerer Geschäftsanteile und Neustückelung des zusammengelegten Anteils kraft zwingenden Rechts unzulässig sei¹⁾. Diese Lehre wurde auf § 15 Abs. 2 gestützt, wonach, wenn ein Gesellschafter zu seinem ursprünglichen Geschäftsanteil weitere hinzu erwirbt, sämtliche Anteile ihre Selbständigkeit behalten, eine Regel, die im Falle des Erwerbs neuer Anteile bei Kapitalerhöhung in § 55 Abs. 3 wiederholt ist. Fragt man nach dem Grunde dieser Vorschrift, so konnten und können nur zwei Gründe angegeben werden: das Interesse der Gesellschafter und das der Gesellschaftsgläubiger. Aber das Interesse der Gesellschafter ist nicht verletzt, wenn sie einverstanden waren. Ein Interesse der Gesellschaftsgläubiger besteht nicht an der Formgröße (Nennbetrag) der Anteile, sondern einerseits an der erfolgten Übernahme von Stammeinlagen, durch die das Stammkapital geschaffen wird — bei der Gründung und einer Kapitalerhöhung; in diesen Zeitpunkten müssen die entstehenden Geschäftsanteile mit dem Nennbetrag der Stammeinlage übereinstimmen²⁾ — und andererseits daran, daß im Falle nicht voll eingezahlter Stammeinlage (oder verzögerter Einzahlung des Nachschusses: § 28 GmbHG.) der Rückgriff gegen die Vormänner und Rückgewähr des Geschäftsanteils an den einschließenden Vormann möglich sein muß (§ 22 a. a. O.), der Geschäftsanteil also hier seine Selbständigkeit nicht verlieren kann. Die Zulässigkeit dieses Rückgriffs gegen die Vormänner (zwingendes Recht: § 25) ist

allerdings entscheidend und ist auch vom Entw. 1891 eines GmbHG. als — einziger — Grund gegen eine Verschmelzung von Geschäftsanteilen angeführt worden.

Diese Lehre hat in der Praxis zu den größten Schwierigkeiten geführt. Wie Hachenburg (5. Aufl., Anm. 36 zu § 15) zutreffend hervorhebt, sind sich die Gesellschafter oft der fortbestehenden Selbständigkeit ihrer mehreren Geschäftsanteile nicht bewußt und ist es dem Erwerber in der Regel einleuchtend, ob er diesen oder jenen Anteil oder von diesem oder jenem einen Teil erhält, wenn nur die Anteile im übrigen gleichwertig sind (auch RG. 88, 319). Aber der dingliche Rechtserwerb scheitert, wenn nicht ersichtlich ist, welches Objekt, also welcher Geschäftsanteil, oder von welchem Anteil ein Teilbetrag auf den Erwerber übergeht. In solchem Falle wird zugleich der erwähnte Rückgriff gegen die Vormänner verwischt. Wenn also ein Gesellschafter, der mehrere Anteile besitzt, in notarieller Verhandlung erklärt, von seinen Anteilen einen Teilbetrag mit *x*-RM abzutreten, so ist nach jener Lehre die Abtretung unheilbar nichtig. Solche und ähnliche Fälle sind leider häufig. Wenn dann an die fehlerhafte Abtretung sich weitere Voll- oder Teilabtretungen schließen, so bleiben alle diese Rechtshandlungen nichtig. So ist es mehrfach vorgekommen, daß nach langen Jahren plötzlich ein früherer Gesellschafter sich meldet mit dem Anspruch, noch Gesellschafter zu sein.

Unabsehbar sind die Schwierigkeiten (Ungültigkeit der Gesellschafterbeschlüsse, der Geschäftsführerbestellungen usw.), die in solchen Fällen entstanden sind. Das Bedenkliche aber ist, daß in solchen Fällen derjenige, der nach langen Jahren auf Richtigkeit sich beruft, diese durch seine eigene fehlerhafte Abtretung selber verursacht hat, und daß er über die gutgläubigen Nachmänner triumphiert, wenn nicht mit Grundrügen über Arglist, Treu und Glauben usw. geholfen werden kann. Mehrfach ist sogar behauptet worden, daß in der Nachkriegszeit — auch eine Verschärfung — Leute ein Generale daraus gemacht haben, in den Handelsregisterakten (nach § 9 HGB. absolut öffentlich) nach fehlerhaften Anteilsabtretungen zu schmüßeln und früheren Gesellschaftern, die längst sich als ausgeschieden hielten, Hilfe zur Wiedererlangung der Gesellschafterrechte gegen hohes Entgelt anbieten.

II. Unter diesen Umständen ist ein neuestes Urteil des RG. (II 108/33 v. 17. Okt. 1933: unten S. 2833) sehr zu begrüßen, das m. E. (wenn auch im Urteil in Abrede gestellt)

¹⁾ Hachenburg, 5. Aufl., § 15 Anm. 69; § 58 Anm. 16; Brodmann, 2. Aufl., § 15 Anm. 10; Parisius-Crüger-Creelius, Anm. 5 zu § 15; Pinzger, Anm. 2 zu § 15; Scholz, GmbHG. S. 583; Köfner: LZ. 1924, 533; ebenso die gesamte höchstgerichtliche Rechtsprechung, z. B. RG. 82, 116 = JW. 1913, 693; 130, 43 = JW. 1930, 3738; 135, 73 = JW. 1932, 1008; RG. v. 9. Dez. 1932 in der Sammlung: Die GmbH. in d. Rspr. d. deutschen Gerichte, Bd. 4, Rechtspr. 45 zu § 15; RG.: RGZ. 35, A 186; RZf. 13, 218; RZf. 3, 251; WapDVG. : RZf. 3, 245; Rbch. f. GmbH. 1926, 37. Anders: Liebmann-Saenger, Anm. 2 zu § 15; Becker in Neukamp-Becker, Anm. 2a zu § 58 und in Rbch. f. GmbH. 1925, 447; Feine in Ehrenbergs Hdb. Bd. III, 3 S. 396.

²⁾ § 14 GmbHG.; Scholz, GmbHG. S. 166 ff., 356.

einen Bruch mit der bisherigen Rechtsprechung bedeutet³⁾. Im dortigen Falle besaß der Alleingesellschafter (Erbengemeinschaft) zwei Geschäftsanteile über 450 000 und 50 000 RM. In notarieller Verhandlung erklärte der Bevollmächtigte der Erbengemeinschaft, von deren Anteilen in der Gesamthöhe von 500 000 RM. acht Teilanteile abzutreten. Es blieb unklar, von welchem der beiden Ursprungsanteile die Erwerber Teile erhalten sollten. Die Stammeinlagen waren voll eingezahlt; Nachschußpflicht war im Statut nicht vorgesehen. Nach vielen Jahren und nach weiteren Abtretungen trat der Vertreter jener Erbengemeinschaft mit der Behauptung auf, daß wegen Nichtigkeit der Abtretung die Gemeinschaft nach wie vor sämtliche Anteile besitze. Das RG. hielt den Abtretungsvorgang für nichtig, nahm auch keine Heilung durch die spätere Umstellung auf Reichsmark an und verwarf die Berufung auf Treu und Glauben. Demgegenüber bedeutet das neue Urteil des RG. eine völlige Abkehr von jedem Formalismus und eine starke Betonung von Treu und Glauben: Das Urteil der Drittanstanz setze sich „in Gegensatz zu den Erfordernissen der Billigkeit“; „die oberste Pflicht des Richters, bei der Auslegung von Rechtsgeschäften Treu und Glauben walten zu lassen, ist unerfüllbar, wenn usw.“ Im übrigen sind die tragenden Rechtsätze des RG.-Urteils folgende: Der § 15 Abs. 2 GmbHG. (fortdauernde Selbständigkeit der Geschäftsanteile) sei nicht zwingenden Rechts. In Fällen wie hier, wo die Stammeinlagen voll eingezahlt sind und Nachschußpflicht nicht besteht, sei ein Gläubigerinteresse an der Möglichkeit des Rückgriffs auf die Vormänner (vgl. die amtl. Begr. des Entw.) nicht vorhanden; es stehe daher hier einem Gesellschafterbeschuß auf Zusammenlegung von Geschäftsanteilen nichts entgegen. Wollte man aber auch ein Interesse des Gesellschafters daran anerkennen, daß er die verschiedenen Anteile getrennt besitze, so würde sich daraus nur das Erfordernis der Zustimmung dieses Gesellschafters zu einer Verschmelzung der Anteile und Neustückelung ergeben. Dies, sowie das Erfordernis der Genehmigung zu Teilabtretungen (§ 17 Abs. 1), sei erfüllt, da die Alleingesellschafterin (Erbengemeinschaft) gehandelt habe. In dem Abtretungsvorgang liege zugleich der stillschweigende Beschluß des abtretenden Einmanns, seine beiden Anteile in einen zusammenzulegen und sodann diesen Anteil neu zu stückeln so, wie die acht Teilabtretungen es ergeben. „Denn das Gesetz ist nicht seiner selbst wegen geschaffen, sondern dazu bestimmt, die Verhältnisse der jeweilig beteiligten Persönlichkeiten in billiger und verständiger Weise unter Berücksichtigung ihres in erster Linie zu ermittelnden und zum Ausdruck gebrachten übereinstimmenden Vertragswillens zu regeln. Höher als der Wortlaut des Gesetzes steht sein Zweck und Sinn.“ In diesen Sätzen (der letztere war Leitatz meines Aufsatzes im R.-u. PrVerwBl. 51, [1930], 98 ff.) liegt nationalsozialistisches Rechtsdenken.

Diese Entscheidung des RG., wonach im dortigen Falle stillschweigende Zusammenlegung der Ursprungsanteile als zulässig und, folglich, die gleichzeitige Abtretung von Teilanteilen als wirksam behandelt ist, entspricht allein dem Rechtsgefühl und ist von stolzem richterlichen Verantwortungsgefühl getragen. Ergänzend sei zum dortigen Fall bemerkt: Wenn ein Satz des GmbHG. nicht zwingenden Rechts ist, so folgt nach einheitlicher Lehre, daß ein Gesellschafterbeschuß, der vom Gesetzesrecht Abweichendes bestimmt, nicht nichtig ist, daß er aber von jedem Gesellschafter mit der Anfechtungsfrage angefochten werden kann, falls nicht im Statut eine entsprechende Abweichung vom dispositiven Gesetzesrecht vorgesehen ist. Das RG. geht auch hierauf ein. Es hält eine Anfechtung für „möglich“, aber nur „innerhalb angemessener Frist“, und auch eine Anfechtung entfalle, wenn, wie hier, der Beschluß einstimmig gefaßt ist. Letzteres ist zweifellos richtig. Sehr erfreulich ist aber der Ausspruch, daß eine Anfechtung nur in angemessener Frist zulässig sei. Es ist ein großer Übelstand, daß das GmbHG. nicht wie das Aktienrecht (§ 271 Abs. 2 HGB.) eine Anfechtungsfrist vorschreibt;

die Anfechtung ist im GmbHG. überhaupt nicht erwähnt. In meinem Komm. z. GmbHG. sagte ich S. 456: „Es ist Aufgabe der Rechtsprechung, den großen Gefahren fristloser Anfechtungsmöglichkeit entgegenzutreten.“ Wie das RG. mit Recht sagt, muß eine angemessene Frist eingehalten sein. Was angemessen ist, hat im Einzelfall der Richterkönig zu entscheiden.

III. Es bleiben aber auf dem Boden dieser neuesten reichsgerichtlichen Rechtsprechung noch viele Zweifel übrig. Der dortige Fall lag insofern einfach, als der Alleingesellschafter abgetreten hatte. Er konnte einen einstimmigen Gesellschafterbeschuß fassen, der als solcher der Anfechtung entzogen war. Wie liegt es aber, wenn ein Gesellschafter, der nicht Alleingesellschafter ist, von seinen mehreren Geschäftsanteilen in der gleichen fehlerhaften Weise Teilanteile abtritt? Er kann allein keinen Gesellschafterbeschuß fassen, auch wenn er mit seinen Anteilen die Mehrheit vertritt. Ohne Gesellschafterbeschuß scheint aber auch nach dem oben zu II behandelten Urteil das RG. eine Zusammenlegung von Geschäftsanteilen für unmöglich zu halten, so daß ohne solchen Beschluß Abtretungen dieser Art wegen Unbestimmtheit des Abtretungsgegenstandes nichtig sein würden. Oder sollte eine Satzungsbestimmung zulässig sein, wonach jeder Gesellschafter, der mehrere Geschäftsanteile auf Grund voll eingezahlter Stammeinlagen besitzt, diese verschmelzen kann, solange Nachschußpflicht in der Satzung nicht vorgesehen ist? Derartige ist bisher noch nicht behauptet worden. Trotzdem glaube ich, daß wir auch hier vor neuer Rechtsentwicklung stehen. Denn es ist nicht einzusehen, warum das, was dem Alleingesellschafter gestattet ist, einem von mehreren Gesellschaftern verwehrt sein soll, und welche Bedeutung überhaupt eine zur Verschmelzung ermächtigende Satzungsklausel hat. In den hier vorausgesetzten Fällen, wo durch Verschmelzung das Gläubigerinteresse nicht berührt wird, wird doch auch das Interesse der übrigen Gesellschafter nicht berührt, wenn ein Gesellschafter seine eigenen Anteile zusammenlegt⁴⁾. Das Urteil des RG., so neuartig es ist, bewegt sich noch in hergebrachten Gedankengängen: § 15 Abs. 2 sei nachgiebigen Rechts, könne also durch die Satzung geändert werden. Genauer betrachtet, scheint mir das Urteil von folgender Anschauung auszugehen: § 15 Abs. 2 stelle eine Regel auf, wonach eine gesetzliche Verschmelzung mehrerer Anteile in einer Hand nicht stattfindet. Die Regel stehe aber nach Sinn und Zweck einer rechtsgeschäftlichen Verschmelzung dann nicht entgegen, wenn Rechte Dritter (der Gläubiger oder Gesellschafter) nicht beeinträchtigt werden. In diesem Fall komme es auf Satzungsklausel und Gesellschafterbeschuß nicht an, vielmehr genüge die Entschließung des Gesellschafters, der mehrere Anteile besitzt; denn nur sein Interesse wird in solchem Falle berührt⁵⁾.

IV. Unanwendbar ist diese neueste Rechtsprechung in den Fällen, wo die Stammeinlagen nicht voll eingezahlt sind oder wo statutarische Nachschußpflicht i. S. des § 28 GmbHG. besteht — hier steht einer Verschmelzung das Gläubigerinteresse entgegen —, oder wo mit einzelnen Anteilen besondere Rechte oder Pflichten verknüpft sind (s. Anm. 4); hier steht das Gesellschafterinteresse entgegen. Auf die Frage, wie hier dagegen Schutz gewährt werden kann, daß ein früherer Gesellschafter sich später auf Unwirksamkeit der von ihm getätigten Abtretung beruft und daher Gesellschafterrechte geltend macht, kann aus Raumgründen nur kurz eingegangen werden:

1. Ist das dem notariellen Abtretungsvertrag (§ 15 Abs. 3) zugrunde liegende schuldrechtliche Geschäft (Kauf usw.) in besonderer notarieller Urkunde abgefaßt (§ 15 Abs. 4; der Fall ist wegen der Kosten selten), oder ergibt die Auslegung des dinglichen Abtretungsvertrags (§ 15 Abs. 3), daß das Grundgeschäft mitbeurkundet ist — dazu genügt eine, wenn

⁴⁾ Vorausgesetzt natürlich, daß die Anteile, abgesehen von ihrer Größe, gleichwertig sind. Sind mit einzelnen Anteilen besondere Rechte oder Pflichten verbunden (Scholz, GmbHG. S. 169 ff.), so ist eine Zusammenlegung m. E. in jedem Fall unzulässig.

⁵⁾ Allerdings ist die Entschließung des Gesellschafters ein reiner Willensvorgang. Aber bei Beschlußfassung durch den Alleingesellschafter liegt es ebenjo. Trotzdem bedeutet hier die Entschließung wirksamen Beschluß.

³⁾ Dies ergibt sich z. B., wenn man dem neuen Urteile des RG. folgende gegenüberstellt: RG. 130, 43 = JW. 1930, 3738; 135, 73 = JW. 1932, 1003; Ur. v. 9. Dez. 1932 in der Sammlung: Die GmbH. in d. Rspr. d. deutschen Gerichte, Bd. 4, Rechtspr. 45 zu § 15.

auch noch so kurze Angabe des Gegenwerts in der Urkunde —, so bleibt der Abtretende, wenn die dingliche Abtretung wegen fehlerhafter Stückelung unwirksam ist, auf Grund des formgerechten Kaufvertrags (§ 15 Abs. 4) zur rechtswirksamen Abtretung nach wie vor verpflichtet. Hierüber scheint Einstimmigkeit zu bestehen. Im Schrifttum nicht erörtert scheint mir aber die Frage, wie es liegt, wenn das Grundgeschäft (Kaufvertrag) nicht besonders beurkundet ist und auch aus der Abtretungsurkunde nicht entnommen werden kann. Dann ermangelt das Grundgeschäft der Beurkundungsform. Zwar wird der Formmangel durch formgültigen dinglichen Abtretungsvertrag geheilt (§ 15 Abs. 4 Satz 2). Dieser muß aber, wie Hachenburg bemerkt (Anm. 33 zu § 15), „gültig“ sein. In dem hier unterstellten Fall ist er aber wegen Unbestimmtheit des Gegenstandes (Stückelungsfehler) ungültig. Trotzdem tritt m. E. Heilung der Formgültigkeit des Kaufvertrags ein. Denn § 15 Abs. 4 ist nur eine Formvorschrift: Ist der Abtretungsvertrag in notarieller Form errichtet, so ist damit zugleich der Kaufvertrag, mag er selbst stillschweigend geschlossen sein, formgültig. Die Frage, ob beim Kaufvertrag oder beim dinglichen Erfüllungsvertrag andere Mängel als solche der Beurkundungsform vorliegen, ist etwas ganz anderes. Der eine wie der andere Vertrag kann wegen Willensmängeln nichtig sein. Liegen aber materielle Mängel beim formlosen Kaufvertrag nicht vor, so wird er durch formgültige Beurkundung des Abtretungsvertrags voll wirksam, mag auch der letztere aus materiellen Gründen nichtig sein⁶⁾. Freilich hat der Stückelungsfehler i. d. R. auch beim Kaufvertrag obgewaltet. Aber dieser unterliegt freier Auslegung nach Treu und Glauben, und es wird dem Richter nicht schwer sein, hier die billige und vernünftige Auslegung zu finden. Übrigens kann der Kaufvertrag noch nachher formlos ergänzt und geändert werden; die vorher erfolgte formgültige Abtretung heilt auch hier den Formmangel (RG. 88, 65 = JW. 1916, 492; 112, 241 = JW. 1926, 550; Scholz, GmbHG. S. 185).

2. Nur kurz sei bemerkt, daß sehr viele Stückelungsmängel aus der Zeit vor der Umstellung auf Goldmark (Reichsmark) durch die erfolgte Umstellung geheilt sind. Denn hier mußten Stammkapital und Stammeinlagen auf neue Ziffern umgestellt werden, und die herrschende Meinung nimmt an, daß nicht nur eine Zusammenlegung von Geschäftsanteilen, sondern auch eine völlige (autonome) Neustückelung zulässig war⁷⁾.

⁶⁾ Vgl. auch § 39 der II. Durchf. VO. z. GoldW. Danach kann von der Beurkundungsform für die dingliche Abtretung, wenn diese aus Anlaß der Umstellung erfolgt, Befreiung gewährt werden. Ist dies geschehen, so ist (worüber die Durchf. VO. schweigt) der formlose Kaufvertrag seinem ganzen Inhalt nach formgültig (Breit, GoldW. § 11 Anm. 65 f.; Quassowski-Susat, 2. Aufl., S. 369; Hachenburg § 15 GmbHG. Anm. 48), also auch dann, wenn die dingliche Abtretung noch gar nicht erfolgt ist. Wie können dann materielle Fehler der Abtretung die vorher erlangte Formgültigkeit des Kaufvertrags wieder beseitigen? — In meinem Sinn: RG. 135, 71 = JW. 1932, 1008; 139, 97 = JW. 1933, 1324, doch ohne Erörterung der Frage.

⁷⁾ Schlegelberger, GoldW. S. 37; Breit, Gold-

3. Wie aber auch die objektive Rechtslage sei, so kann einem früheren Gesellschafter gegenüber, der sich nach Jahren auf Stückelungsfehler seiner eigenen Geschäftsanteilsabtretungen beruft und damit den langjährigen Frieden der Gesellschaft stört, unter den Gesichtspunkten der Arglist, von Treu und Glauben, culpa in contrahendo, Verwirkung entgegengetreten werden. Vgl. neuesten RG. 135, 71 = JW. 1932, 1008: Der Veräußerer „würde arglistig handeln, wenn er trotz seiner längst fälligen Verpflichtung zur Abtretung der Anteile (vgl. dazu oben Nr. 1) die Feststellung der Richtigkeit des Abtretungsgeschäfts und seiner an sich noch bestehenden Gesellschaftereigenschaft, gestützt auf rein formale Gründe, betriebe“. Auch ein Feststellungsinteresse seinerseits ist zu verneinen (RG. a. a. O.). Selbst wenn jener Gesellschafter bei der Abtretung gutgläubig war, und obwohl die Berufung auf formale Mängel an sich nicht gegen die guten Sitten verstößt, so liegt doch dann, wenn jemand nach längerer Zeit des Rechtsfriedens auf von ihm selber verursachte Formfehler sich beruft, ein Fall der sog. „gegenwärtigen Arglist“ vor, der nach den Gesichtspunkten von Treu und Glauben und culpa in contrahendo zu behandeln ist (RG.: Gruch. 52, 1044; RG. 87, 283 = JW. 1916, 184; 96, 315 = JW. 1919, 933; 105, 155 = JW. 1923, 49; 107, 361; 117, 124 = JW. 1927, 2118; 118, 275 = JW. 1927, 2981; Hachenburg § 15 GmbHG. Anm. 28; Liebmann-Saenger § 15 Anm. 10 a. E.; Scholz, GmbHG. S. 184). Das Institut der Verwirkung, das im Aufwertungsrecht vom RG. entwickelt ist, beruht ebenfalls auf Treu und Glauben und der Notwendigkeit der Rechtsicherheit (vgl. RG. 118, 378): „Namentlich ist es das Interesse der Rechtsicherheit, das verlangt, daß längst abgewickelte Geschäfte, auf die man sich allseitig eingestellt hatte, nicht ohne zwingende Gründe wieder ausgegraben werden.“ — Von diesem Rechtsethos ist auch die neueste Entscheidung des RG. (oben II) und ist jede gute Rechtsprechung getragen. Es ist dieselbe Grundanschauung, die auch im öffentlichen Recht in der Rechtsprechung des Pr. O. V. G. in letzter Zeit besonders stark hervorgekehrt ist⁸⁾. Welches auch der Wortlaut eines Gesetzes sei, ein guter Richter wird immer nach Sinn und Zweck des Gesetzes und der Notwendigkeit des Volksganzes die gerechte Entscheidung finden. Es kommt weniger auf gute Gesetze als auf gute Richter an.

Bü. V. D. § 11 Anm. 11; Quassowski-Susat, Goldbil., 2. Aufl., S. 152; Feine in Ehrenbergs Hdb. Bd. III, 3 S. 396 f.; Liebmann-Saenger, Anm. 2 zu § 15 GmbHG.; Becker: Rdsch. f. GmbHG. 1925, 449 ff.; Bay. O. V. G.: JZG. 3, 243 ff. (247) = JW. 1925, 1614; Füllrohr ebd.; O. V. G. Dresden: JZG. 3, 248 ff. = JW. 1925, 1666 und Binner ebd.; B. h. k., GoldW. § 11, 2. Aufl., S. 249, 326 und JW. 1925, 2618; Ring: JW. 1926, 2902. — Anders: Brodmann, 2. Aufl., § 15 GmbHG. Anm. 1c; Röhner: JZ. 1924, 533; Hachenburg, Anm. 69 zu § 15 GmbHG.; RG. (mehrfach fehlerhaft): JZG. 3, 251 = JW. 1925, 2337 und mit gleicher Begründung JW. 1925, 2618. — Das RG. hat autonome Neustückelung nicht als zulässig bezeichnet, die Frage der Zusammenlegung aber dahingestellt gelassen in JW. 1926, 2902; 1930, 2680.

⁸⁾ Pr. O. V. G. 82, 305; 83, 144; 84, 158, 175, 301; 87, 1, 136; 88, 95, 254; Pr. O. V. G.: R. u. Pr. Verw. Bl. 50, 619; 51, 270, 275; 52, 314, 739; StW. 1933, 673; RStW. 1933, 506.

Mißstände im geltenden Anzeigenrecht.

Ein Beitrag zum Gesetz über Wirtschaftswerbung.

Von Dr. Joachim Haack, Bad Salzungen.

I. In der Begründung zum Gesetz über Wirtschaftswerbung ist mit Recht hervorgehoben, daß sich u. a. gerade auf dem Gebiete des Anzeigenwesens Mißstände entwickelt haben; auf die dringend erforderliche Beseitigung des Aufwagenschwindels, der unlauteren Konkurrenz bei der Anzeigenvermittlung u. a. ist hingewiesen¹⁾. Die folgenden Ausführ-

ungen sollen nicht etwa der angekündigten Regelung irgendwie vorgreifen, sondern wollen nur besondere Mißstände im Anzeigenwesen offen aussprechen, ihre Ursachen nach Möglichkeit klarlegen, um dadurch ihre Beseitigung zu fördern.

Die werbende Anzeige erscheint nicht einmalig, sondern laufend. Gerade in ihrer Wiederholung liegt die Reklamewirkung. Die nachstehenden Ausführungen gelten daher weniger für einmalige Anzeigen (Familien-, Vereinsnachrichten

1) Thür. Staatszeitung v. 13. Sept. 1933 Nr. 215.

u. ä.). Als besondere Mißstände des Anzeigenrechts sollen hier besprochen werden die Bedeutung der Auflagenhöhe, die Ansprüche für nicht erschienene, aber bestellte Anzeigen und die Rabattklausel.

II. Der laufende Anzeigenvertrag hat gewöhnlich zum Inhalt, daß eine Anzahl Anzeigen (z. B. 56) bestimmter Größe (z. B. $\frac{1}{12}$ Seite) zum Tarifpreis bestellt werden, die innerhalb bestimmter Zeit (z. B. 2 Jahre) abzunehmen sind. Oder es werden auch z. B. 3000 mm bestellt. Die Veröffentlichung kann auf „Abruf“ erfolgen, oder etwa alle zwei Wochen eine Anzeige u. ä. Solche Anzeigenverträge werden heute als Werkverträge behandelt²⁾. Die Hauptpflichten des Verlegers sind der Druck und die Verbreitung der Anzeigen in dem betr. Blatte. Der Besteller hat die Anzeigen abzurufen, wenn sie nicht automatisch erscheinen, den Text aufzugeben, bei der Korrektur mitzuwirken usw. Das sind Gläubigerpflichten des Bestellers, ihre Nichterfüllung führt zum Annahmeverzug des § 642 BGB., mit den darin bestimmten Folgen, von denen unten die Rede ist. Die Hauptschuldnerpflicht des Bestellers ist die Entrichtung der Vergütung (§ 641 BGB.).

III. Der Besteller will mit der laufenden Anzeige „werben“, Angebote erhalten. Darin besteht für ihn der aus dem Anzeigenvertrag erwartete „Erfolg“. Dieser Erfolg ist wesentlich mit davon bedingt, daß die Druckschriften, in denen die Anzeigen enthalten sind, möglichst weit verbreitet werden. Deshalb ist die Verbreitungspflicht des Verlegers von großer Bedeutung. Über die Verbreitung eines Blattes gibt meistens die Höhe der Auflage die beste Auskunft. Die Anzeigenagenten nennen für gewöhnlich bei der Anzeigenwerbung eine möglichst hohe Auflagenzahl. Die Auflagenhöhe ist aber auch leicht festzustellen und zu überwachen. Wenn es zur Verbreitungspflicht des Verlegers gehörte, eine bestimmte Auflagenhöhe zu halten, wäre die vollständige oder unvollständige Erfüllung dieser Pflicht ebenso einfach nachzuprüfen. In längeren Zeitabschnitten unterliegt die Auflagenhöhe unvermeidlichen Schwankungen, auf die auch die Verleger nicht immer Einfluß haben. Trotzdem wäre es aber gerecht und billig, wenn der Verleger im Rahmen seiner Verbreitungspflicht für eine bestimmte Auflagenhöhe einzustehen hätte, so daß ihr Rückgang den Besteller zur Minderung berechtigte. Die Verleger übernehmen aber grundsätzlich keine Haftung für eine bestimmte Auflagenhöhe. Auch die gedruckten Anzeigenbestellscheine enthalten im allgemeinen keine Angaben über die Auflagenhöhe. Sie wird deshalb nicht Inhalt der vertraglichen Verbreitungspflicht. Diese ist infolgedessen nur sehr allgemein bestimmbar. Und für das Anzeigenrecht hat sich der Grundsatz entwickelt: Der Besteller trägt die Gefahr des Auflagenrückgangs!

Die erste Unbilligkeit des Anzeigenrechts besteht also darin, daß der Verleger vertraglich einen viel geringeren Erfolg übernimmt, als der Besteller in Wahrheit erwartet. Hierbei ist allerdings zuzugeben, daß die Verleger unmöglich eine Erfolgshaftung übernehmen können, zumal der Erfolg nicht nur vom Druck und der Verbreitung der Anzeigen abhängt. Trotzdem ist die Verbreitung und damit die Auflagenhöhe für den Anzeigenerfolg sehr wesentlich. Deshalb müßten die Verleger wenigstens für die bei Auftragserteilung bestehende Auflagenhöhe haften, die doch im Grunde Inhalt ihrer Verbreitungspflicht ist. Aber auch diese Gefahr ist auf die Besteller abgehoben. Und wenn die Auflage auf die Hälfte zurückgegangen ist, muß der Besteller den vollen Preis weiterbezahlen, solange der Verleger seiner Verbreitungspflicht genügt hat. Ihre Verletzung nachzuweisen, ist bei der Dehnbarkeit des Verbreitungsbegriffs für den Besteller nur selten möglich.

IV. Die Nichtabnahme bestellter Anzeigen hat zur Folge, daß grundsätzlich der volle vereinbarte Anzeigenpreis zu bezahlen ist. Wenn der Besteller die oben erwähnte Mitwirkung zum Druck und zur Verbreitung der Anzeigen versagt, z. B. keinen Text aufgibt, die Anzeigen nicht abrufen, so kann der Verleger nach frucht-

loser Fristsetzung die Entschädigungsansprüche aus § 642 BGB. verlangen, die keine Schadenersatzansprüche sind und über die unten gesprochen wird. Oder der Verleger kann nach § 643 BGB. kündigen und die Ansprüche aus § 645 BGB. erheben. Wenn sich der Besteller aber nicht in Annahmeverzug setzen läßt, sondern offen erklärt, die Anzeigen nicht mehr abnehmen zu können, ist das entweder eine Kündigung, der Verleger hat die Ansprüche aus § 649 BGB., oder ein unberechtigter Rücktritt, der zum Schadenersatz wegen Nichterfüllung verpflichtet, vom Verleger aber auch meistens über § 642 BGB. (Annahmeverzug) behandelt wird. Diese an sich nicht zu beanstandenden Ansprüche aus dem Werkvertrag führen im Anzeigenwesen zu großen Unbilligkeiten. Der Verleger haftet nicht für den Werbeerfolg, sondern nur für Druck und Verbreitung der Anzeigen. Der Werbeerfolg aber ist die Erfüllung des mit dem ganzen Anzeigenvertrag verfolgten Zweckes. Ebenso, wie für den Verleger das Risiko des Anzeigenerfolges ausgeschaltet ist, trifft ihn nicht die Gefahr des Wegfalls des Anzeigenzweckes. Daher gilt der Grundsatz: Der Wegfall des Reklamazweckes berechtigt den Besteller nicht zum Rücktritt vom Vertrag. Ob der Besteller den Wegfall zu vertreten hat, ist gleichgültig. Am härtesten sind die Fälle, in denen die Abnahme der Anzeigen unmöglich geworden ist, wie z. B. durch eine Betriebsstilllegung. Ein Anzeigenvertrag eines Bestellers bezog sich z. B. nur auf den einen von ihm hergestellten und vertriebenen Gegenstand. Der Vertrieb wird ihm während des Vertrages gesetzlich verboten oder aus patent- oder warenzeichenrechtlichen Gründen von Dritten unterjagt, ohne daß den Besteller eine Schuld trafe. Solche und unzählige andere Fälle lassen den ganzen Anzeigenzweck hinfällig werden und machen dem Besteller die Abnahme der Anzeigen unmöglich. Er kommt trotzdem vom Vertrag nicht los. Denn über obigen Grundsatz hinaus ist nach den verkehrsüblichen Bestellscheinen Gegenstand des Anzeigenvertrages nicht die Anzeige mit einem ganz bestimmten Inhalt, der unmöglich werden könnte, sondern im Anzeigenvertrag wird nur ein bestimmter Anzeigenraum bestellt. Diese Abbiegung des Anzeigenvertrags auf die Bestellung eines Anzeigenraumes muß man geradezu als Falle für den Besteller bezeichnen. Er geht vom Inhalt der Anzeigen aus, wird häufig mit dem Anzeigenagenten noch besprechen, ob sich der vorgesehene Anzeigeninhalt überhaupt für die Anzeigenwerbung eignet oder nicht. Wenn ihm dann dieser Anzeigeninhalt unmöglich wird, er die Anzeigen einfach nicht abnehmen kann, wird er darauf hingewiesen, daß er nur einen Anzeigenraum bestellt hat, so daß der Wegfall des beabsichtigten Anzeigeninhalts völlig belanglos ist. Sämtliche aus dem Inhalte der Anzeigen für den Fortbestand des Anzeigenvertrags drohenden Gefahren sind einseitig auf die Besteller abgewälzt.

V. Für nicht abgenommene Anzeigen kann der Verleger grundsätzlich den vollen vereinbarten Preis als Entschädigung verlangen. In den oben erwähnten Fällen des Verzugs nach § 642 BGB., der Kündigung nach § 649 BGB. und auch der Unmöglichkeit nach § 324 BGB., die für den Verleger dann besteht, wenn er infolge Nichtlieferung des Textes die Anzeigen nicht drucken kann, ist die vereinbarte Vergütung als Entschädigung zu bezahlen und nur abzuziehen, was der Verleger an Aufwendungen erspart oder durch anderweite Verwertung seiner Arbeitskraft erwerben kann, oder bei §§ 324, 649 BGB. zu erwerben böswillig unterläßt. Durch die Rechtsprechung und zahlreiche Handelskammergutachten ist nun festgestellt, daß der Verleger durch den Wegfall einzelner Anzeigen keine Ersparnisse hat. Denn der Verleger muß trotz des Wegfalls einzelner Anzeigen sein Blatt im gleichen Umfang drucken und verbreiten. Deshalb tritt eine Ersparnis erst dann ein, wenn der Verleger durch Wegfall mehrerer Seiten den Umfang seines Blattes verringern kann³⁾. Der Entschädigung für nicht abgenommene Anzeigen ist also die vereinbarte Vergütung zugrunde zu legen.

³⁾ Aus Gründen der Räumersparnis muß hier auf die Fachliteratur verwiesen werden, z. B. Ebner, Das Anzeigenrecht, Bd. IV des Deutschen Zeitungsrechts, Berlin 1929.

²⁾ Staudinger, BGB., 9. Aufl., § 631, Bd. II, 3 u. d. dort. Angaben.

Bei der Bestellung mehrerer Anzeigen gewähren die Verleger gestaffelte Rabatte, d. h. Nachlässe auf die gewöhnlichen Anzeigentarife, die regelmäßig von der Höhe der Auftragssumme oder der Anzahl der Anzeigen abhängig gemacht sind. Dieser Nachlaß rechtfertigt sich mit daraus, daß der Verleger durch den festen, größeren Auftragsauftrag für die Fortführung seines Blattes besondere Vorteile hat. Andererseits bringt die Nichtbezahlung erschienener Anzeigen dann größere Gefahren für den Verleger mit sich, wenn er infolge der Nichtzahlung gezwungen wird, das Erscheinen seines Blattes einzustellen. Er verliert dadurch nicht nur eigene Vermögenswerte, sondern kann selbst viele Bezugs- und Anzeigenwerträge nicht mehr erfüllen, wofür er seinerseits wieder schadensersatzpflichtig gemacht wird. Aus diesen Erwägungen gilt der handelsübliche Grundsatz, daß der Rabatt nur unter der Voraussetzung der vereinbarungsgemäßen Bezahlung der Anzeigen gewährt wird. Bei nicht pünktlicher Bezahlung fällt also der Rabatt weg. Das gilt nur dann nicht, wenn der Rabatt ganz oder teilweise

nicht mit Rücksicht auf die Höhe des Auftrags, sondern nur als besonders günstiges Angebot zugebilligt ist. Auch für diese Grundsätze liegen zahlreiche Handelskammergutachten vor. Darüber hinaus ist in den meisten Bestellscheinen die sog. Rabattklausel zu finden, wonach der gewährte Rabatt bei gerichtlichem Verfahren, Konkurs, Vergleich oder allgemein bei nicht pünktlicher Zahlungsweise in Wegfall kommt. Daraus folgt aber, daß der Besteller, wenn er die nach §§ 642, 649 BGB. geschuldete Entschädigung in Höhe des vollen Anzeigenpreises nicht pünktlich bezahlt, was meistens der Fall ist, für die nicht erschienenen Anzeigen mehr bezahlen muß als für die erschienenen!

Diese unmöglichen Zustände bestehen heute tatsächlich im Anzeigenrecht. Hier fehlt der Raum, auf ihre rechtliche und tatsächliche Seite noch näher einzugehen. Ihre Behebung ist durch das Gesetz über Wirtschaftswerbung eingeleitet worden. Diese war auch unabweisbar geworden in einem Staat, in dem Gemeinnutz vor Eigennutz geht!

Anwaltszwang und Anwaltsgebühren vor den Verwaltungsgerichten.

Von Regierungsdirektor Dr. v. Steinmeister, Düsseldorf.

Vor nicht allzu langer Zeit erschien im PrVerwBl. ein Artikel über das Thema „Vorschlag für einen neuen Anwaltszwang“ von Dr. Alfred Glucksmann, Oberbürgermeister i. R., Berlin.

In diesen Ausführungen vertritt der Verfasser die Auffassung, daß Anwaltszwang vor dem PrWB. bestehen müßte. Er begründet es damit, daß die Judikatur vielgestaltig sei und daß die vertretene Partei ihre Chancen verbessere. Letzteres könne aber dem Publikum nur durch einen gesetzlichen Zwang klargemacht werden.

Die Auffassung des Verfassers dieser Ausführungen kann ich, soweit es sich um den Vorschlag des Anwaltszwanges vor dem WB. handelt, insofern teilen, als ich von jeher den Anwaltszwang bei dem WB. befürwortet habe.

Die Begründungen aber, welche er für seine Vorschläge gibt, erscheinen mir etwas dürftig.

Außerdem bin ich der Auffassung, daß ein Anwaltszwang vor dem WB. nicht genügt, sondern daß zum mindesten auch vor dem Bezirksauschuß ein Anwaltszwang eingeführt werden müßte.

Ich habe bereits einmal in der Öffentlichkeit zu dieser Frage kurz Stellung genommen und möchte sie hier an dieser Stelle noch einmal, vor allen Dingen unter Hinzuziehung der neuesten Urteile über die Erhebung von Anwaltsgebühren vor den Verwaltungsgerichten, erläutern.

Als Mitglied des Bezirksausschusses kann ich mir nach längerer Tätigkeit bei diesem Gerichte insofern ein durchaus abschließendes Urteil bilden, als das Arbeitsgebiet des Bezirksausschusses in Düsseldorf eine Einwohnerzahl von 3,8 Millionen Menschen umfaßt, also unwesentlich weniger Einwohner als Berlin.

Einleitend möchte ich noch einen vielfach verbreiteten Irrtum kurz widerlegen. Mir sagte einmal ein jüngerer Anwalt, den ich zufällig traf, „der Anwaltszwang vor den Verwaltungsgerichten kann uns auch nicht viel helfen, da die kleinen Sachen, die bei ihnen anstehen, kaum die Mühe und Schreibarbeit lohnen“. Ich verlas ihm daraufhin die Streitwerte unserer letzten Sitzung, unter welchen folgende waren:

- | | |
|---|------------|
| 1. eine Schankkonzession, Streitwert | 30000 R.M. |
| 2. eine Streitigkeit über Straßenanliegerbeiträge, Streitwert | 18000 R.M. |
| 3. eine Streitigkeit über eine weitere Schankkonzession, Streitwert | 12500 R.M. |
| usw. | |

Mein erstaunter Gast änderte daraufhin wesentlich seine Meinung über die Bedeutungslosigkeit des Bezirksausschusses.

In der letzten Zeit ist nun aber gerade das Verwaltungsrecht derartig vielseitig und kompliziert geworden, daß der Laie sich unmöglich im Labyrinth des Instanzenzuges zurechtfinden kann. Er bedarf also unbedingt eines Führers, und zwar im einzelnen aus folgenden Gründen.

Vor den Verwaltungsgerichten herrscht noch das römisch-rechtliche Legis-Aktionensystem, d. h. also, es kann nur dann eine Klage vor das Forum des Verwaltungsgerichts kommen, wenn eine gesetzliche Norm besteht, die gerade diesen Einzelfall vor das Verwaltungsgericht verweist. Das ist dem Rechtssuchenden außerordentlich schwer klarzumachen, und eine große Reihe von Klagen müssen abgewiesen werden, weil eben ein Verwaltungsgericht gar nicht zuständig ist. Fast jeden Tag kommen Rechtssuchende zu mir, die mich fragen, „ja, warum sind Sie denn nicht zuständig, das ist doch eine staatliche Angelegenheit. Da verstehe ich nicht, warum ich abgewiesen bin“. Ich sage ihnen dann meistens, „ich habe Ihnen ja schon vorher gesagt, Sie sollen die Klage zurückziehen, Sie würden sonst abgewiesen werden. Sie wollten ja meinen Rat nicht annehmen“. Kopfschüttelnd verlassen die Leute dann das Büro. Wenn Anwaltszwang bestände, würde sich mancher Rechtssuchende Arbeit und Unkosten gespart haben, und der Richter wäre eine Reihe von Prozessen losgeworden, die er so gezwungen war, aus dem formalistischen Grunde abzuweisen.

Dies sollte nur ein kleines Beispiel sein, welches die Notwendigkeit eines Anwaltszwanges klar beleuchtet.

Aber vor allen Dingen kommt noch ein wichtiger Grund hinzu, nämlich der, daß die Rechtsgebiete, welche dem Bezirksauschuß durch die Gesetzgebung der neuesten Zeit überwiesen sind, derartig an Umfang zugenommen haben, daß man sagen kann, der Bezirksauschuß ist zu einer höchst richterlichen Instanz geworden. (Denn es ist nur das Rechtsmittel der Revision an das WB. gegeben, wenn die summa revisibilis erreicht ist.) Auf vielen Gebieten (z. B. Schank-sachen) ist der Bezirksauschuß ohne Rücksicht auf die Höhe des Streitwertes letzte Instanz.

Ich will nur einmal wahllos ein paar Zuständigkeiten des Bezirksausschusses aufzählen. (Ich trenne hier nicht die Gebiete, wo der Bezirksauschuß erste oder zweite Instanz ist.)

1. Streitigkeiten zwischen Bezirksfürsorgeverbänden.
2. Klagen gegen alle polizeilichen Verfügungen nach erfolgloser Beschwerde bei dem Regierungspräsidenten (heute z. B. Reihen von Klagen der Schughäftlinge!).
3. Schankkonzessionen.
4. Verschiedene andere Konzessionen.

5. Konzessionsentziehungen aller Art (z. B. gem. § 51 RGewO. wegen überwiegender Nachteile für das Gemeinwohl).

6. Alle Streitigkeiten über Kommunalabgaben, als z. B. Grundvermögensteuer, Straßenbaukosten, Anliegerbeiträge, Kanalbenutzungsgebühren usw.

7. Führerscheinentziehungsklagen (die unter die große Rubrik der Klagen gegen polizeiliche Verfügungen fällt, die ich aber an dieser Stelle nochmals besonders hervorheben möchte).

8. Unterbringung in Arbeitsanstalten (heute sehr häufig). Dieses waren nur einige Streiflichter aus der Kompetenz der Streitsachen. Außerdem kommt noch das große Gebiet der Beschlußsachen in Frage. Ich zähle hier einige Gebiete auf, für die in der Anwaltschaft sicher besonderes Interesse besteht.

1. Die Ausnahmegenehmigung nach dem Einzelhandelsgesetz.

Hier ist das Verfahren so, daß nach dem abweisenden Bescheide des Regierungspräsidenten über die Erlaubnis zur Neueröffnung eines Einzelhandelsgeschäftes der Bezirksausschuß in höchster und letzter Instanz entscheidet.

Ich möchte hierzu kurz hervorheben, daß in der letzten Zeit Hunderte von derartigen Fällen vor den Bezirksausschüssen geschwebt haben.

2. Die Verleihung von Wasserrechten.

3. Die Kostenfestsetzungsbeschlüsse usw.

Bei dieser hier aufgezählten überaus schwierigen gesamten Rechtsmaterie wäre es auch für den Richter überaus zeiterparend, wenn die Parteien durch einen Anwalt vertreten würden. Denn die Hauptaufgabe des Anwalts vor den Verwaltungsgerichten ist nach meiner Auffassung, vor allen Dingen den wirren Fragenkomplex, den der Rechtsuchende vorbringt, oder seine Lebensgeschichte, die er erzählt, abzukürzen und den Tatbestand kurz und klar darzulegen. Der fragende Richter ist wohl selbst in der Lage, den Streitstoff zu entwirren, aber es ist für ihn eine große Hilfe, wenn er durch den Anwalt bereits eine Auslese des Tatbestandes und der Rechtsgründe dargelegt erhält.

Um auf der anderen Seite auf den Rechtsuchenden zurückzukommen, will ich hier ganz kurz einmal einen praktischen Fall schildern, bei welchem der Rechtsuchende einen, ich kann wohl sagen zu 99% gewonnenen Prozeß durch seine Torheit verlor.

Bekanntlich besteht für neu zu erteilende Schankkonzessionen die sog. SperrW., in welcher gesagt ist, daß für eine bestimmte Zeit neue Konzessionen nicht mehr erteilt werden dürfen. Der Antragsteller K. beantragte nun eine Konzession. Da der Bezirksausschuß der Überzeugung war, daß trotz der SperrW. hier eine Konzession unbedingt nötig sei, beantragte er unter Befahrung der Bedürfnisfrage die Ausnahmegenehmigung bei dem Regierungspräsidenten. Das Verfahren rollt so also ab, daß der Bezirksausschuß, der ja bei Schankkonzessionen in höchster Instanz entscheidet, die Sache vertagt und nur den Beschluß verkündet, daß der Regierungspräsident gebeten wird, die Ausnahmegenehmigung zu erteilen. Im vorliegenden Falle erteilte der Regierungspräsident die Ausnahmegenehmigung, und die Sache kam erneut zur Sitzung. Eine derartige Schanksache muß dann formell nochmals zur Verhandlung kommen. Praktisch ist aber diese zweite Verhandlung, da der Tatbestand ja schon durch die erste Verhandlung und die erteilte Ausnahmegenehmigung des Regierungspräsidenten vollkommen geklärt ist, ein reiner Verkündigungstermin. Im vorliegenden Falle wurde also der Tatbestand von dem Referenten nur noch stichwortartig vorgetragen und dabei erwähnt, daß die Ausnahmegenehmigung des Regierungspräsidenten erteilt sei. Als das Gericht sich bereits erhoben hatte, um sich zur Beratung zurückzuziehen, sagte der Konzessionsuchende: „Mit der Erteilung der Schankkonzession täte der Bezirksausschuß noch ein gutes Werk, da diese Konzession durch einen Erwerbslosen betrieben werden sollte. Letzterer wolle auf eigene Rechnung die Schankkonzession ausüben.“ Nach kurzer Beratung verkündete der Vor-

sitzende folgendes Urteil: Die Erteilung der Konzession wird abgelehnt, da derjenige den Konzessionsantrag stellen muß, welcher die Konzession selbst ausübt. Es bleibt also dem Erwerbslosen überlassen, die Konzession nochmals, beim Stadtausschuß angefangen, zu beantragen. Außerdem fielen dem Antragsteller die nicht unerheblichen Prozeßkosten zur Last, die bei einem Streitwert von mehreren tausend Mark, der als zweitinstanzlicher gerechnet wird, durchaus nicht unerheblich sind.

Hätte dieser Mann die paar Mark für einen Anwalt ausgegeben, dann hätte er 1. die Konzession bekommen und 2. die nicht unerheblichen Prozeßkosten gespart.

Diese kleine Episode ist ein Schulbeispiel für die Notwendigkeit des Anwaltszwanges vor den Verwaltungsgerichten.

Zum Schluß noch einiges über die Gebührenfrage. Ich will auch hier als Beispiel eine Schanksache annehmen. Der Normalwert einer Schanksache wird angenommen mit dem 12 $\frac{1}{2}$ fachen des Jahresertrages. Daß hier ganz ansehnliche Streitwerte vorkommen, ist ohne weiteres klar. Außerdem sind trotz der SperrW. die Schanksachen insofern häufig, da ja bei jedem Wechsel der Person oder der Veränderung der Ortlichkeit eine Konzessionierung erforderlich ist. Außerdem wird nach einer neuen Entscheidung des OVG. auch die Gebühr zweiter Instanz dem Anwalt erstattet, wenn das Verfahren erster Instanz ein Beschlußverfahren war.

Wir haben ja gerade bei den Schanksachen den seltsamen Rechtsvorgang, daß in erster Instanz vor dem Stadt- oder Kreisausschuß im Beschlußverfahren entschieden wird. Gegen dieses Beschlußverfahren ist dann die Beschwerde an den Bezirksausschuß zulässig, der dann aber im Verwaltungsstreitverfahren in mündlicher Verhandlung entscheidet. Nun war naturgemäß die Frage aufgetaucht, ob der Anwalt auch hier die zweitinstanzliche Gebühr verlangen kann, denn der Gegner in Schanksachen ist ja in allen Fällen der Vertreter des öffentlichen Interesses, also die Staatskasse, die im Falle des Obfigens an den Anwalt die Gebühren abführt.

In einer unveröffentlichten Entscheidung vom 12. Okt. 1933 hat das OVG. diese Rechtsfrage folgendermaßen erklärt:

„Die Ansicht des Beschwerdeführers, daß in Schank-erlaubnisverfahren für die Tätigkeit des Rechtsanwalts im Verfahren vor dem Bezirksausschuß, ganz gleichgültig, ob die Vorinstanz im Beschluß- oder Verwaltungsstreitverfahren entschieden hat, die erhöhte Gebühr nach § 52 RAGebO. erstattungsfähig ist, ist zutreffend. Das hat das OVG. wiederholt ausgesprochen (vgl. Beschl. v. 3. Dez. 1931: R. u. Pr. VerwBl. 54, 52 und v. 25. Febr. 1932: OVG. 89, 421). Der Bezirksausschuß übersieht bei seiner gegenteiligen Auffassung, daß das Streitverfahren betr. Schankerlaubnisverfahren, vor dem Bezirksausschuß stets ein Rechtsmittelverfahren, ein zweitinstanzliches, ein Verfahren höherer Instanz ist. Das ist der entscheidende Gesichtspunkt, aus dem heraus nach den allgemeingültigen gebührenrechtlichen Grundsätzen dem vor dem Bezirksausschuß auftretenden Rechtsanwalt der Anspruch auf eine höhere Gebühr zuzuerkennen ist. Ob erstmalig und nur vor dem Bezirksausschuß im Streitverfahren verhandelt worden ist oder nicht, ist dabei belanglos. Der Umstand, daß erst vor dem Bezirksausschuß ein Streitverfahren stattgefunden hat, kann dem Wesen des Verfahrens vor dem Bezirksausschuß als eines zweitinstanzlichen keinen Eintrag tun.“

Ich habe dieses kleine Beispiel aus der Gebührenrechtsprechung nur erwähnt, um der Ansicht der Bedeutungslosigkeit oder Geringfügigkeit der Anwaltsgebühren vor Bezirksausschuß und OVG. wirksam entgegenzutreten. Ich komme also zu der Schlussfolgerung: Im Geiste der neuen Justizreform, die, wie wir in Leipzig alle erfahren haben, kurz vor der Vollendung steht, liegt durchaus ein Anwaltszwang vor den Verwaltungsgerichten von dem Bezirksausschuß an aufwärts, denn er behütet nicht nur den Rechtsuchenden vor schwieriger unfruchtbarer Arbeit und Vermögensschäden, sondern trägt auch wesentlich zur Vereinfachung und schnelleren Abwicklung des Verfahrens vor den Verwaltungsgerichten bei.

Das politische Asyl.

Bei der im letzten Jahrhundert getroffenen Regelung des Auslieferungsverkehrs, d. h. der rechtlichen Ausgestaltung der Maßnahmen zum Zwecke der amtlichen Überlieferung eines Rechtsbrechers an einen anderen Staat zur Strafverfolgung bzw. Strafvollstreckung bildete die Behandlung und Stellung der politischen Verbrecher im internationalen Völkerrechtsverkehr, eines der schwierigsten Probleme des Völkerrechts.

Zu allen Zeiten haben die politischen Delikte in der Geschichte der Völker eine bedeutende Rolle gespielt. Der Gedanke, geflüchtete politische Verbrecher dem angegriffenen Staate nicht auszuantworten, war revolutionären Ursprungs und wurde daher zunächst als staatsgefährlich abgelehnt. Das Interesse der jeweiligen Machthaber, ihrer wegen politischer Verbrechen geflüchteten Gegner habhaft zu werden, war verständlich; ebenso natürlich war aber auch das Eintreten der Gefinnungsgenossen des Geflüchteten für die Verweigerung der Auslieferung. So war die Frage der Behandlung der politischen Delikte je nach der politischen Einstellung der jeweiligen Machthaber großen Wandlungen unterworfen und heftigen Angriffen ausgesetzt.

Der Kampf zwischen Autokratie und Demokratie, den die französische Revolution herausbeschworen hatte, brachte überall ein reges Interesse für die Ideen politischer und nationaler Freiheit mit sich. Es griff allmählich die Überzeugung Platz, daß die Verbrechen gegen die Staatsgewalt zwar Verbrechen gegen die jeweiligen Machthaber bildeten, nicht aber für unbeteiligte Staaten unter allen Umständen Verbrechen sind. Man konnte auch da nicht mehr von Hochverrat und Rebellion sprechen, wo ganze Völker um ihre Freiheit rangen. Gegenüber den Gefahren selbstthätiger Handhabung der Staatsgewalt erschien es als im gemeinsamen Interesse aller Völker und Parteien liegend, den im politischen Kampf Unterlegenen außerhalb ihres Vaterlandes Schutz und Zuflucht zu gewähren. So griff ganz allmählich seit dem Beginn des 19. Jahrhunderts in dem Zeitbewußtsein der Völker in Wissenschaft und Praxis fester und fester der Grundsatz Platz, den politischen Verbrecher, der in einem fremden Lande Zuflucht gesucht hatte, dem verletzten Staat nicht auszuliefern, vielmehr dem politischen Flüchtling ein Asyl zu gewähren. Der Sinn dieses Grundsatzes ist in der Neutralität des Zufluchtsstaates gegenüber inneren politischen Kämpfen anderer Staaten, an dem fehlenden eigenen Interesse des Asylstaates an der Strafverfolgung, in der etwaigen Unsicherheit der Beurteilung der jeweiligen Machtverteilung im erfindenden Staate und in der Ermägung, daß die jeweiligen Machthaber ihre politischen Gegner möglicherweise mit einer unangenehmen Schärfe zu verurteilen geneigt sind, gefunden worden.

Heute bildet dieses internationale Gastrecht, das sog. politische Asyl einen von allen Kulturstaaten in ihren Auslieferungsbestimmungen anerkannten Grundsatz.

Von ausschlaggebender Bedeutung für die Begriffsbestimmung des politischen Delikts und für die Entwicklung des politischen Asyls im Völkerrecht war das belgische Auslieferungsgezet vom Jahre 1833, das erste moderne Auslieferungsgezet. Der Art. 1 dieses Gesetzes, in dem das politische Asyl niedergelegt war, lautet: „In den Verträgen (Auslieferungsverträgen) ist ausdrücklich festzulegen, daß der Ausländer weder zur Unterjuchung gezogen noch bestraft werden darf für irgendein vor der Auslieferung begangenes politisches Verbrechen oder für irgendeine Straftat, die mit einem solchen Verbrechen im Zusammenhang steht.“ Diese Zweiteilung der politischen Delikte in absolut politische und die sog. Zusammenhangstaten ist späterhin in fast alle Auslieferungsgezetze übernommen worden.

Diese von Belgien verfolgte Tendenz erwies sich jedoch im Laufe der Jahre als reformbedürftig und zwar als zu weitgehend. Belgien war allmählich der Hauptammelplatz flüchtiger Revolutionäre geworden. Es machte sich, um einen Mißbrauch des Asylrechtes zu verhüten, eine Begrenzung auch des politischen Asyls erforderlich. Das geschah durch die sog. Attentatsklausel. Den Anlaß hierzu bildete ein Attentat der Franzosen Celestin und Jacquin auf Napoleon III. im Jahre 1854; diese brachten auf der Eisenbahnstrecke Lille—Calais eine Höllemaschine an, um den Zug, in welchem Napoleon reiste, in die Luft zu sprengen. Die Täter flüchteten nach Belgien, wo sie zunächst verhaftet wurden. Da die Entscheidungen der belgischen Behörden über die Frage, ob ein politisches Delikt vorliege oder nicht, miteinander in Widerspruch standen, zog die französische Regierung ihre Auslieferungsbegehren zurück. Aus völkerrechtlicher Courtoisie verpflichtete sich die belgische Regierung, diesem unhaltbaren Zustand ein Ende zu bereiten. Auf diese Weise wurde die berühmte Attentatsklausel in das belgische Auslieferungsgezet übernommen, die das Asylrecht für politische Attentate gegen die Person des Oberhauptes einer fremden Regierung oder gegen die Person von Mitgliedern seiner Familie ausschloß. Diese Klausel bedeutete wiederum einen prinzipiellen Fortschritt in der Regelung des politischen Asylrechtes und fand weitgehende Aufnahme in der internationalen Vertragspraxis.

Weiterhin wurde das politische Asyl teilweise durch die Anarchistenklausel eingeeengt. Es sollten also die anarchistischen Ver-

brecher, selbst wenn die Delikte politischen Charakter haben sollten, zu wirksamer Bekämpfung des Anarchismus der Auslieferung unterworfen sein.

Das politische Asyl der Gegenwart nach deutschem und ausländischem Auslieferungsrecht.

Das deutsche Auslieferungsgezet ist sehr jungen Datums, es trat erst am 1. April 1930 in Kraft. In den Jahren nach dem Weltkrieg und der Revolution wurden die Gemüter in Deutschland durch eine Reihe von Auslieferungsfällen erhit; es kam zu teilweise sehr erregten politischen Auseinandersetzungen. Im Jahre 1920 war nach dem Rapp-Putsch der Generallandschaftsdirektor Dr. Rapp nach Schweden und Oberst Bauer nach Ungarn geflüchtet; die Erzberger-Mörder suchten in Spanien Zuflucht. Insbes. gab das Ersuchen der spanischen Regierung im Jahre 1922 um Auslieferung der Mörder des spanischen Ministerpräsidenten Dato, die nach Berlin geflüchtet waren, zu sehr schweren Auseinandersetzungen im Reichstag, Preussischen Landtag und in der Presse Anlaß. Ganz besonders wurde die schließlich von der deutschen Regierung bewilligte Auslieferung der Mörder Datos von der Kommunistischen Partei bekämpft. Derartige Auslieferungsfälle sind geeignet, zu höchst peinlichen Angelegenheiten zu werden und möglicherweise schwere Verstimmungen im In- und Auslande auszulösen. Es erwies sich deshalb gerade im Interesse des internationalen Vertrauens als außerordentlich dringlich, durch ein einheitliches deutsches Auslieferungsgezet jede Unsicherheit zu beseitigen und die Frage der Auslieferung völlig aus der Politik herauszunehmen und sie zu einer Frage des bindenden Rechts zu machen. So entstand das erst junge deutsche Auslieferungsgezet, das am 1. April 1930 in Kraft trat.

Bei der Schaffung des neuen deutschen Auslieferungsrechtes waren die Bestimmungen über das politische Asyl am schwersten umkämpft. Das deutsche Auslieferungsgezet bestimmt hierüber nun folgendes:

„Die Auslieferung ist nicht zulässig, wenn die Tat, welche die Auslieferung veranlassen soll, eine politische ist oder mit einer politischen Tat berait im Zusammenhang steht, daß sie diese vorbereiten, sichern, decken oder abwehren sollte.

Politische Taten sind die strafbaren Angriffe, die sich unmittelbar gegen den Bestand oder die Sicherheit des Staates, gegen das Oberhaupt oder gegen ein Mitglied der Regierung des Staates als solches, gegen eine verfassungsmäßige Körperschaft, gegen die staatsbürgerlichen Rechte bei Wahlen oder Abstimmungen oder gegen die guten Beziehungen zum Ausland richten.

Die Auslieferung ist zulässig, wenn sich die Tat als ein vorsätzliches Verbrechen gegen das Leben darstellt, es sei denn, daß sie im offenen Kampfe begangen ist.“

Der erste Absatz spricht die Asylwürdigkeit zwei Gruppen strafbarer Handlungen zu: Den absolut politischen und den relativ politischen Taten oder den sog. Zusammenhangstaten. Zum ersten Male wurde in einem Auslieferungsgezet eine Begriffsbestimmung des politischen Delikts gegeben; alle politischen Taten sind erschöpfend aufgezählt. Schwieriger ist die Abgrenzung der Zusammenhangstaten. Dabei handelt es sich um gemeine Straftaten, die asylwürdig sind, weil sie mit einer politischen Straftat in einer inneren Zweckbestimmung stehen.

Abz. 3 enthält nun eine Ausnahme. Demnach sind alle Tötungsverbrechen, d. s. Mord (§ 211 StGB.), Totschlag (§§ 212, 213 StGB.), Totschlag bei Unternehmung einer strafbaren Handlung (§ 214 StGB.), Mordententotschlag (§ 215 StGB.) und vorsätzliche Tötung durch Sprengstoffe dem Asyl grundsätzlich entzogen. Diese Bestimmung knüpft nicht an die Attentatsklausel an, die nur besonders gefährdete Personkreise schützen soll, sondern sie stellt allein auf die Tat ab und schließt somit alle Personkreise.

Aber auch diese Ausnahme erleidet wieder eine Ausnahme: Auch die Verbrechen wider das Leben sollen asylwürdig sein, sofern die Taten im offenen Kampfe begangen worden sind. Es ist also eine Abgrenzung derjenigen Taten, die aus feigem Hinterhalt begangen werden, von denjenigen, die im offenen Kampfe verübt werden, erfolgt. Mit dieser Bestimmung wurde der Auffassung des damaligen Reichsjustizministers Rechnung getragen, die er anlässlich der Erörterung der Auslieferung der Mörder des spanischen Ministerpräsidenten Dato im Reichstag zum Ausdruck brachte, indem er erklärte, daß weiteste Kreise des deutschen Volkes den Mord, aus welchen Motiven immer er begangen sein mag, verwerfen, soweit er nicht mit der Bereitschaft zur Selbstaufopferung verbunden ist.

Der Grundsatz der Nichtauslieferung flüchtiger politischer Verbrecher findet sich in allen zur Zeit geltenden Verträgen und Gesetzen des In- und Auslandes jedoch in den verschiedensten Formen. Auch der Begriff der politischen Straftat schwankt in den einzelnen Gesetzen. Es ist also davon auszugehen, daß derjenige Staat, der von Deutschland eine Auslieferung verlangt, nicht immer die Ansicht teilen wird, zu der sich das Deutsche Reich bekennt; bindend sind für Deutschland dann nur die deutschen Bestimmungen.

Aus naheliegenden Gründen soll hier nicht bargelegt werden, welche Staaten dem flüchtigen politischen Verbrecher die günstigsten

Möglichkeiten bieten; es soll nur auf einige interessante Grundfälle hingewiesen werden. In der Schweiz ist bei den sog. Zusammenhangs-taten — die ja stets die größten Schwierigkeiten bieten —, das System des überwiegenden Charakters vorherrschend. Die gemeinen und politischen Merkmale des betreffenden Tatbestandes werden einer relativen Wertung unterzogen, und je nachdem, ob das eine oder andere Element überwiegt, das Delikt als gemeines oder politisches angesehen. Nach englisch-amerikanischer Auffassung darf Auslieferung nicht erfolgen wegen Verbrechen politischer Beschaffenheit (Political character), ausgenommen sind Morddelikte. Auch das finnische Auslieferungsgesetz, an das sich das deutsche wie auch das schwedische und norwegische eng anschließen, läßt die Auslieferung sowohl bei absolut als auch bei relativ politischer Delikten zu, wenn das Verbrechen von einer besonderen Rohheit zeugt. Das französische Auslieferungsgesetz, das nächst dem deutschen das jüngste europäische Auslieferungsgesetz ist, bestimmt, daß hinsichtlich der Taten, die im Laufe eines Aufstandes oder eines Bürgerkrieges von der einen oder anderen der an dem Kampf beteiligten Parteien begangen sind, nur dann eine Auslieferung erfolgen kann, wenn sich diese als Mite verwerflichen Barbarentums oder Vandalentums darstellen.

Die Taten der Anarchisten und Nihilisten nehmen im Auslieferungsgesetz keine Sonderstellung ein. Es ist in jedem Einzelfall zu prüfen, ob es sich um ein politisches oder gemeines Delikt handelt. Eine Ausnahme machen die Verträge des Deutschen Reiches mit der Türkei und Paraguan, die die Bestimmung enthalten, daß anarchistische Verbrecher nicht als politische Verbrecher angesehen werden. Die Anarchisten sollen also unter allen Umständen ausgeliefert werden.

StA. Dr. Steffan, Dresden.

Die Anrechnung der Untersuchungshaft für die Rechtsmittelinstanz.

Die Beantwortung der Frage, ob einem in Untersuchungshaft befindlichen Angeklagten, der gegen ein gegen ihn ergangenes Urteil das ihm zutreffende Rechtsmittel eingelegt hat, die vom Tage der ersten Urteilsfällung bis zur Entscheidung der Rechtsmittelinstanz erlittene Untersuchungshaft ganz oder teilweise auf die erkannte Strafe angerechnet werden soll oder nicht, ist nach der Bestimmung des § 60 StGB. vollkommen in das Ermessen des BG. gelegt, während sogar das RevG. von sich aus überhaupt keine Möglichkeit besitzt, über diese Frage zu entscheiden. Im letzteren Fall bei der Durchführung des Rechtsmittels der Revision in einem für den Beschwerdeführer negativen Sinne kann die inzwischen erlittene Untersuchungshaft nur im Gnadenweg zur Anrechnung gebracht werden. Der Angeklagte ist also gezwungen, nach Rechtskraft des Urteils von sich aus entsprechende Gnadenanträge zu stellen.

Die vor der nationalsozialistischen Revolution gegenüber einem Angeklagten von den Gerichtsbehörden geübte übertrieben liberalistische Einstellung brachte es mit sich, daß in der damaligen Zeit stets mit verschwindend geringen Ausnahmen in der Berufungsinstanz, die seinerzeit einen erheblich größeren Wirkungsbereich besaß, die Untersuchungshaft dem Angeklagten angerechnet wurde. Dies führte dazu, daß einmal der Angeklagte stets teils aus einer gewissen Überheblichkeit heraus teils, falls er sich auf freiem Fuß befand, in der Absicht, die Rechtskraft des Urteils hinauszuzögern, Berufung gegen ein an und für sich tragbares und gerechtes Urteil einlegte. Der Angeklagte, der sich in Untersuchungshaft befand, verfolgte die gleiche Taktik, um die nicht zu vermeidende Freiheitsstrafe lieber in der Untersuchungshaft mit ihren Annehmlichkeiten und Freiheiten als in der Strafhafte zu verbüßen. Denn er konnte mit ziemlicher Sicherheit damit rechnen, daß ihm die inzwischen erlittene Untersuchungshaft angerechnet werden würde.

Die Folgen dieser Taktik zeigten sich besonders in der langen Dauer der Strafverfahren und in der Tatsache, daß zwei Instanzen für die tatsächliche Prüfung des Falles in Anspruch genommen wurden, wo meist eine Instanz vollauf genügt hätte. Der Fiskus dürfte mit den dadurch entstandenen Mehrkosten nicht unerheblich belastet worden sein.

Die nationalsozialistische Revolution brachte auch in dieser Hinsicht den notwendigen Umschwung. Ganz abgesehen davon, daß das Tätigkeitsfeld der BerInst. dadurch stark eingeschränkt worden ist, daß die Mehrzahl der erstinstanzlichen Sachen an die Strafkammern unmittelbar gebracht werden, ist besonders hervorzuheben, daß derzeit mit der Präzis, bedingungslos die inzwischen erlittene Untersuchungshaft dem Angeklagten anzurechnen, gebrochen worden ist. Das BG. ist in dieser Hinsicht wiederum dazu übergegangen, das seinem Ermessen überlassene Recht der Anrechnung der Untersuchungshaft nur dann im Einzelfall auszuüben, wenn nach seinem Dafürhalten die Voraussetzungen dafür auch wirklich gegeben sind.

Es wird jedoch für die erkennenden Berufungsrichter im Einzelfall nicht ganz einfach sein, zu entscheiden, ob bei dem

betreffenden Angeklagten die Annahme berechtigt ist, daß er nicht leichtfertig das Rechtsmittel eingelegt und eine Nachprüfung des Urteils durch die Berufungsinstanz verlangt hat. Denn so unzweckmäßig und ungerechtfertigt die früher oft geübte Praxis, die Untersuchungshaft ohne besondere Nachprüfung bedenkenlos anzurechnen, gewesen ist, so würde auch das Gegenteil, nämlich nun in keinem Fall die Untersuchungshaft bei einer Verwerfung und Erfolglosigkeit des Rechtsmittels anzurechnen, absolut von Übel sein. Man kann des öfteren Ausführungen hören, daß um deswillen eine Anrechnung der Untersuchungshaft nicht am Platze erscheine, weil das Urteil der ersten Instanz viel zu milde sei und durch die Nichtanrechnung der Untersuchungshaft ein gewisser Ausgleich dafür geschaffen werde. Hatte die Anklagebehörde von einem Urteil die Auffassung, daß es zu milde sei und nicht dem Sachverhalt in seinem Strafausspruch entspräche, so konnte sie selbst Berufung einlegen. Tat sie dies nicht und fordert vielmehr bei der Entscheidung über die Berufung des Angeklagten durch Nichtanrechnung der Untersuchungshaft nur aus dem genannten Grunde gleichsam eine Erhöhung der vorher erkannten Strafe, so stellt dies einen krassen Verstoß gegen das Verbot der „reformatio in peius“ dar.

Das BG. wird deshalb im Einzelfall zu prüfen haben, ob die Berufung von dem Angeklagten leichtfertig oder zu dem Zweck eingelegt worden ist, die Sache zu verschleppen bzw. eine Vorwegnahme der Strafvollstreckung in der angenehmeren Untersuchungshaft zu erreichen. Kommt das Gericht ganz oder teilweise zu einer Abänderung des angefochtenen Urteils, so dürfte eine Anrechnung der Untersuchungshaft stets zu erfolgen haben. Anders bei der völligen Verwerfung des Rechtsmittels, da in diesem Fall zurückblickend eigentlich dargetan ist, daß das Urteil der Vorinstanz richtig und gerecht war. Diese Feststellung allein kann aber nicht genügen, um zu entscheiden, daß das Rechtsmittel leichtfertig eingelegt worden ist. Nicht nur die schließliche Entscheidung der Berufungsinstanz ist von ausschlaggebender Bedeutung als vielmehr die Frage, ob der Angeklagte auf Grund seiner persönlichen und geistigen Fähigkeiten und eventuell auch bei sorgfältiger Beratung durch seine Verteidigung hätte erkennen müssen und auch erkannt hat, daß seine Tat von dem Vorderrichter gerecht beurteilt worden ist und infolgedessen sein Rechtsmittel keinen Erfolg haben konnte, und zwar unter keinen Umständen. Nur unter diesen Voraussetzungen kann man m. E. davon ausgehen, daß der Angeklagte in schuldhafter und leichtfertiger Weise die Rechtsmittelinstanz in Anspruch genommen hat. Nur dann kann man zu der für den Angeklagten sehr schwerwiegenden Entscheidung gelangen, die inzwischen erlittene Untersuchungshaft ihm nicht anzurechnen, eine Entscheidung, die praktisch eine Verlängerung der erkannten Strafe bedeutet. In diesem Zusammenhang sei aber darauf hingewiesen, daß das Gericht im Einzelfall noch zu prüfen haben wird, ob die verstrichene Untersuchungshaft eine normale gewesen ist, oder ob sich die Verhandlung vor dem Berufungsgericht aus verwaltungstechnischen Gründen oder anderen nicht in der Person des Angeklagten bzw. in einem Verschulden desselben liegenden Umständen außergewöhnlich hinauszögerte. In diesem Fall verlangt die Billigkeit, daß wenigstens ein Teil der Untersuchungshaft angerechnet wird.

Bedeutend ungünstiger gestaltet sich die Sachlage für den Angeklagten in der Revisionsinstanz. Denn wird die Revision verworfen, dann ist zunächst davon auszugehen, daß die inzwischen erlittene Untersuchungshaft nicht angerechnet wird. Ein Ergebnis, welches sehr oft nicht befriedigen kann, und auch durch die Möglichkeit der gnadenweisen Anrechnung nicht viel besser gestaltet wird. De lege lata mögen also die oben entwickelten Grundfälle auch für die Entscheidung über das in dieser Hinsicht eingereichte Gnadengesuch gelten. Andererseits wird die Frage, ob die Revision leichtfertig eingelegt worden ist oder nicht, noch schwieriger zu entscheiden sein, als in der Berufungsinstanz. Einmal muß berücksichtigt werden, daß der Angeklagte und seine Verteidigung das für die Revisionsentscheidung grundlegende Urteil erst nach längerer Zeit, oft erst besonders in größeren und umfangreichen Sachen nach mehreren Monaten erhalten. Erst nach Ablauf dieser Zeitperiode ist der Angeklagte in die Lage versetzt, von sich aus zu beurteilen, ob die Revision Erfolg verspricht oder nicht. Wenn er nach reiflicher Prüfung zu dem Ergebnis kommt, daß seine Revision aussichtslos ist und zurückgenommen werden muß, so ist für ihn die Untersuchungshaft seit dem vorinstanzlichen Urteil verloren; auch er ist dann darauf angewiesen, die gnadenweise Anrechnung zu beantragen, wobei ohne weiteres davon ausgegangen werden kann, daß von einer Leichtfertigkeit der bis dahin erfolgten Revisionseinlegung nicht gesprochen werden kann, es sei denn, daß der Einzelfall besonders gelagert ist.

Zur die Revisionsinstanz ist stets zu berücksichtigen, daß eine Nachprüfung der tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz nicht möglich ist, sondern allein die Verletzung einer Rechtsnorm zur Aufhebung des Urteils führen kann. Demgemäß wird in den wenigsten Fällen der Angeklagte selbst in der Lage sein, von sich aus zu beurteilen, ob die Revision von vornherein aussichtslos und

im Sinne der Anrechnung der Untersuchungshaft leichtfertig ist. Es trifft deshalb den Verteidiger in der Revisionsinstanz eine erhöhte Verantwortung gegenüber seinem Mandanten. Während in der Berufungsinstanz der Verteidiger sich besonders in tatsächlicher Hinsicht auf die Angaben des Angeklagten verlassen muß und höchstens seine persönliche Ansicht äußern kann, erfolgt in der Revisionsinstanz eine Umkehrung dieses Prinzips. Dort muß sich der Angeklagte, der, wie schon erwähnt, in den meisten Fällen ein rechtsunkundiger Laie sein wird, auf seine Verteidigung verlassen können. Der Verteidiger muß von sich aus beurteilen können, und zwar allein auf Grund seiner Rechts- und Gesetzeskunde ohne Berücksichtigung der tatsächlichen Seite des Falles, ob der Angeklagte das Risiko einer längeren Untersuchungshaft auf sich nehmen darf, um die Entscheidung des Revisionsgerichtes abzuwarten. Die Größe der Verantwortung des Verteidigers gerade bei der Beratung des Angeklagten in der Revisionsinstanz wird oft von Anwälten verkannt, die sich auf Grund mangelnder Erfahrung der Schwierigkeit der Materie nicht bewußt geworden sind. Allein schon dadurch wird es außerordentlich schwierig sein, die Frage für die Person des Angeklagten zu entscheiden, ob er unter Berücksichtigung aller gegebenen Umstände die Revision leichtfertig eingelegt hat und ob er für eine eventuelle falsche und unzweckmäßige Beratung seines Verteidigers verantwortlich zu machen ist. Noch größere Bedenken wird man dann haben müssen, wenn dem Angeklagten keine Verteidigung zur Seite steht, sondern er gezwungen ist, seine die Revision begründenden Erklärungen dem Urundsbeamten gegenüber abzugeben.

Um die Schwierigkeiten bei der Beantwortung und Entscheidung der Frage, ob eine Revision leichtfertig eingelegt worden ist, zu vermeiden, dürfte es sich de lege ferenda empfehlen, eventuell schon eine Entscheidung des RevG. über die Anrechnung der Untersuchungshaft von dem Zeitpunkt des angefochtenen Urteils ab herbeizuführen, und zwar sowohl, wenn über die Revision im Beschlußwege entschieden wird wie auch im ordentlichen Urteilsverfahren. Jedenfalls dürfte eine klare gesetzliche Regelung auch für die Berufungsinstanz am Platze sein, da sonst die derzeitige Unsicherheit und Uneinheitlichkeit der Entscheidungen in diesem Fragenkomplex leicht dazu führen können, daß Angeklagte auf ein vielfeicht Erfolg versprechendes Rechtsmittel verzichten, nur um nicht das Risiko auf sich nehmen zu müssen, von sich aus eine Verlängerung der Inhaftierung herbeizuführen. Eine Möglichkeit, die nicht nur bei dem betreffenden Angeklagten selbst ein Gefühl der Benachteiligung auslösen könnte, sondern insbes. auch dem absoluten Charakter unserer heutigen Strafrechtspflege widersprechen würde.

RM. Dr. A. Weimann, Berlin.

Die Pflichtteilsansprüche nach dem Reichserbhofgesetz.

Das Reichserbhofgesetz enthält keine Bestimmungen über die Pflichtteilsansprüche der Miterben und des Auerben. Im Gegensatz dazu bestimmt das Baurliche Erbhofrecht Preußens im § 25, daß ein Pflichtteilrecht nur gegenüber einer Verfügung von Todes wegen, nicht aber gegenüber dem Gesetze bestehe und daß ein Pflichtteilsanspruch gegenüber dem Auerben nicht geltend gemacht werden könne. Diese preussische Bestimmung hatte den Zweck, eine bis dahin streitige Rechtsfrage zu klären. Im Geltungsgebiet des Hannoverischen Hofgesetzes wurde nämlich gelegentlich die Auffassung vertreten (vgl. die Literaturzusammenstellung bei Lindkelmann, Hofgesetz für die Provinz Hannover, 3. Aufl., S. 13 Anm. 1), daß der Antrag des Eigentümers auf Eintragung des Hofes oder die Eintragung in die Hofrolle selbst oder auch beides zusammen eine letztwillige Verfügung sei. Auch die Motive des Gesetzes sprachen davon, daß die Eintragung in die Hofrolle „als eine erleichternde Art der letztwilligen Verfügung anzusehen“ sei. Diese Auffassung fand ihre Stütze darin, daß die Geltung des Auerbenrechts von einem Antrage des Eigentümers auf Eintragung des Hofes in die Hofrolle abhängig war und daß zur Stellung des Antrages nur derjenige Eigentümer berechtigt war, der über die Bestzung letztwillig verfügen konnte. Die Forderung, die aus dieser Meinung gezogen wurde, war dann die, daß die Miterben durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen waren und demgemäß Pflichtteilsansprüche gegen den Auerben geltend machen konnten. Das Baurliche Erbhofrecht wollte mit einer solchen Auffassung brechen und bestimmte demgemäß, daß Pflichtteilsansprüche nicht gegeben seien, wenn die Miterben durch die gesetzliche Regelung von der Erbfolge ausgeschlossen worden seien.

Wenn das Reichserbhofgesetz von einer gleichen oder ähnlichen Bestimmung abgesehen hat, so hat das seinen Grund darin, daß es der Eintragung des Hofes in die Erbhofrolle nicht mehr rechtserhebende Wirkung, wie es das preussische Gesetz noch tat, zugesprochen hat, sondern nur noch rechtsklärende Bedeutung, und daß ein Antrag auf Eintragung des Hofes seitens des Eigentümers

auch im sog. Zerspitterungsgebiet nicht mehr erforderlich ist. Infolgedessen kann die unter der Geltung der früheren Auerbengesetze vertretene Auffassung von der Eintragung als einer Art letztwilliger Verfügung nicht mehr die Rede sein. Die Miterben sind hiernach nicht durch eine Verfügung von Todes wegen, sondern durch die gesetzliche Regelung des Reichserbhofgesetzes von der Erbfolge in den Erbhof ausgeschlossen worden und können deshalb irgendwelche Pflichtteilsansprüche gegen den Auerben nicht geltend machen.

An dieser Rechtslage ändert sich auch dann nichts, wenn der Erblasser durch Verfügung von Todes wegen eine der Bestimmungen des Reichserbhofgesetzes entsprechende Regelung trifft. Entzieht jedoch der Erblasser durch Verfügung von Todes wegen den Miterben auch die ihnen durch §§ 30, 31 RErbhofG. gegebenen Versorgungsansprüche, so können die Miterben gegen den Auerben Ansprüche geltend machen. Diese Ansprüche stellen sich jedoch nicht als Pflichtteilsansprüche dar. Denn Pflichtteilsansprüche sind Geldansprüche, und gerade diese hat der Gesetzgeber durch seine Bestimmungen ausschließen wollen. Vielmehr wird man den Miterben in einem solchen Falle die Versorgungsansprüche der §§ 30, 31 unmittelbar zusprechen können mit der Begründung, daß das diese Ansprüche ausschließende Testament insoweit ungültig sei. Nach § 24 RErbhofG. kann der Erblasser die Erbfolge kraft Auerbenrechts durch Verfügung von Todes wegen nicht ausschließen oder beschränken. Unter „Erbfolge kraft Auerbenrechts“ sind nicht nur die den Auerben betreffenden Vorschriften zu verstehen, sondern auch alle Vorschriften, die die Abkömmlinge und den überlebenden Ehegatten des Erblassers angehen. Die Regelung der Versorgungsansprüche in den §§ 30, 31 RErbhofG. ist ein Teil der Erbfolge kraft Auerbenrechts und daher durch Verfügung von Todes wegen nicht abzuändern.

Hat der Erblasser außer dem Erbhof noch sonstiges Vermögen hinterlassen und auch insoweit den Auerben als alleinigen Erben eingesetzt, so können die Miterben bezüglich des erbhoffreien Vermögens Pflichtteilsansprüche geltend machen. Wenn die Vererbung des erbhoffreien Vermögens oder richtiger gesagt des Überschusses des erbhoffreien Vermögens, der nach Verichtigung der Nachlassverbindlichkeiten verbleibt, regelt sich gemäß §§ 33, 35 Abs. 1 RErbhofG. nach den Vorschriften des allgemeinen Rechts, also nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Fraglich kann nur sein, wie sich in einem solchen Falle der Pflichtteilsanspruch berechnet, ob nämlich bei der Berechnung der Erbhof mit einzuzurechnen ist oder ob sich die Pflichtteilsansprüche lediglich nach der Höhe des erbhoffreien Vermögens berechnen. M. E. darf der Erbhof nicht mit eingerechnet werden. Denn der Pflichtteil besteht nach § 2303 Abs. 1 Satz 2 BGB. in der Hälfte des gesetzlichen Erbteils. Da den Miterben am Erbhof kein gesetzlicher Erbteil zusteht, kann sich ihr Pflichtteilsanspruch auch nicht nach dem Werte des Erbhofo, sondern lediglich nach dem Werte des erbhoffreien Vermögens berechnen.

Hat der Bauer seinen Erbhof durch Hofesübergabevertrag im Wege der veräußerten Erbfolge auf eine auerbenberechtigte Person übertragen, so können die Miterben keine Pflichtteilsergänzungsansprüche gegen den Auerben geltend machen. Das war für das preussische Baurliche Erbhofrecht besonders ausgesprochen worden; es ergibt sich für das Reichserbhofgesetz ohne weiteres daraus, daß der Übergabevertrag sich nicht als Schenkung darstellt. Denn eine Schenkung kann man in einem solchen Falle nicht als gegeben ansehen, weil der Bauer nur diejenige Verfügung unter Lebenden trifft, die der Gesetzgeber für seinen Todesfall von Gesetzes wegen vorgeesehen hat.

Pflichtteilsansprüche des Auerben werden in der Praxis selten sein. Denn da der Auerbe den Erbhof als Erbe erhält, kann er in seinem Pflichtteilrechte nur dann verletzt sein, wenn dieser ihm hinterlassene Erbteil geringer ist als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils (§ 2305 BGB.). Der Fall, daß ihm der Erbhof so mit Vermächtnissen und Abfindungen belastet hinterlassen wird, daß ihm nicht die Hälfte des Wertes des Erbhofo verbleibt, kann nicht vorkommen. Denn etwa angeordnete Vermächtnisse oder sonstige Belastungen des Auerben sind nach § 24 RErbhofG. ungültig, jedenfalls insoweit, als sie sich als Beschränkungen der gesetzlichen Erbfolge kraft Auerbenrechts darstellen. Wohl aber ist ein Pflichtteilsanspruch des Auerben dann möglich, wenn der Bauer erhebliches erbhoffreies Vermögen hinterlassen hat und der Erbhof nicht die Hälfte des gesetzlichen Erbteils des Auerben an dem gesamten Vermögen des Erblassers ausmacht. Hat der Erblasser beispielsweise einen Erbhof im Werte von 20 000 RM und erbhoffreies Vermögen im Werte von 80 000 RM hinterlassen, so beträgt, falls zwei Söhne vorhanden sind, der Erbteil jedes Sohnes 50 000 RM, der Pflichtteil also 25 000 RM. Der Auerbe kann, da der ihm hinterlassene Erbhof nur einen Wert von 20 000 RM hat, noch Pflichtteilsansprüche in Höhe von 5000 RM geltend machen.

Weit schwieriger ist die Frage, ob der als Auerbe zunächst Berufene Pflichtteilsansprüche geltend machen kann, wenn der Bauer durch Testament gemäß § 25 RErbhofG. einen anderen Erben zum Auerben des Erbhofo bestimmt hat. Er hat beispielsweise statt des ältesten den jüngsten Sohn zum Auerben eingesetzt. In diesem Falle ist der Erstberufene in der Tat durch Verfügung von Todes wegen,

nicht durch Gesetz von der Anerbfolge ausgeschlossen worden. Es können deshalb aus dem BGB. keine Bedenken dagegen hergeleitet werden, daß er gegen den eingetragenen Auerben Pflichtteilsanspruch in Höhe der Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils, also in Höhe des halben Wertes des Erbhofes geltend macht. Es leuchtet ohne weiteres ein, daß derartige Pflichtteilsansprüche den Ruin des Hofes bedeuten würden und daß sie zweifellos gegen den Sinn und Zweck des Reichserbhofgesetzes verstoßen. Das Reichserbhofgesetz schließt aber derartige Ansprüche nicht aus. Die Vorschriften des BGB. können nur insoweit als aufgehoben angesehen werden, als sie durch Vorschriften des Reichserbhofgesetzes abgeändert oder ersetzt worden sind. Über den Ausschluß von Pflichtteilsansprüchen enthält das Reichserbhofgesetz keine Bestimmung; es nimmt im Gegenteil in mehreren Bestimmungen (§§ 30 Abs. 1 u. 3, 31) auf das Pflichtteilsrecht des BGB. Bezug. Zur Ausschließung der genannten Ansprüche, die unbedingt im Sinne des Gesetzes liegt, ist deshalb gesetzliche Regelung notwendig.

MGR. Dr. Wöhrmann, Celle.

Das Veräußerungs- und Belastungsverbot des Reichserbhofgesetzes.

Der Erbhof ist nach § 37 RErbhofG. grundsätzlich unveräußerlich und unbelastbar. Das Auerbengericht kann die Veräußerung oder Belastung genehmigen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.

Dieses Veräußerungs- und Belastungsverbot stellt im Zusammenhang mit dem Vollstreckungsverbot des § 38 a. a. O. die tragende Vorschrift des Gesetzes dar, das nach seinem Vorpruch das Bauerntum als Mutquelle des deutschen Volkes erhalten will und damit einem hervorragend gemeinnützigen Zwecke dient. Es handelt sich hier also zweifellos um eine sog. absolute Verfügungsbeschränkung.

Das Veräußerungs- und Belastungsverbot des § 37 bewirkt demnach die Sperre des Grundbuchs und ist ohne Rücksicht auf seine Kenntnis gegenüber jedem Dritten wirksam. Der gute Glaube des Erwerbers ist nicht geschützt (Vogels, RErbhofG. S. 83).

Das Verbot des § 37 des Gef. gilt jedoch nur „grundsätzlich“ und nicht schlechthin. Deshalb ist der Ansicht Vogels (a. a. O. S. 83), eine ohne Genehmigung vorgenommene Veräußerung sei nichtig, in dieser Allgemeinheit nicht zuzustimmen.

Von dem Verbot erfasst und damit gemäß § 134 BGB. nichtig sind vielmehr nur solche Veräußerungen oder Belastungen, zu denen die Genehmigung des Auerbengerichts rechtskräftig verweigert wurde. Bis dahin sind solche Rechtsgeschäfte schwebend unwirksam; werden sie nachträglich genehmigt, so werden sie damit nach § 184 BGB. rückwirkend voll wirksam.

Insoweit das Gesetz die Veräußerung und Belastung nur grundsätzlich verbietet und demgemäß beim Vorliegen eines wichtigen Grundes die Genehmigung durch das Auerbengericht zulässt, ergibt sich aus ihm eben „ein anderes“ i. S. des § 134 BGB.

Anderz wäre es allerdings, wenn das Gesetz die vorherige Genehmigung vorschreiben würde. Daß dies nicht der Fall ist, kann aber nach seiner Fassung von vornherein nicht zweifelhaft sein.

Bei der Ausdrucksweise des Gesetzes, das in § 25 von Zustimmung und im Gegensatz hierzu im § 37 von Genehmigung spricht, könnte man im Gegenteil die Frage aufwerfen, ob nicht damit die vorherige Zustimmung zur Veräußerung und Belastung ausgeschlossen werden sollte.

Dies würde insbef. für dringende Fälle eine durch nichts gerechtfertigte Erschwerung mit sich bringen.

Man wird deshalb annehmen dürfen, daß die Genehmigung in § 37 des Gef. wohl nicht in dem technischen Sinne der nachträglichen Zustimmung gemäß § 184 BGB. zu verstehen ist.

Vielmehr sollen die einschlägigen Rechtsgeschäfte grundsätzlich vor und nach ihrem Abschluß genehmigt werden können, wie dies ähnlich auch von der Genehmigung des VormGer. gilt.

Es fragt sich nun, wie das Veräußerungs- und Belastungsverbot auf solche Rechtsgeschäfte einwirkt, die zwar vor dem 1. Okt. 1933 beurkundet, aber nicht mehr grundbuchamtlich vollzogen werden konnten.

Da der Betroffene i. S. des § 19 GBD. grundsätzlich noch im Zeitpunkt der Eintragung im Grundbuch verfügungsberechtigt sein muß (Meikel-Fm Hof, GBD., 3. Aufl., S. 268), sind diese Rechtsgeschäfte genehmigungspflichtig.

Dies gilt selbst dann, wenn auch der Eintragungsantrag schon vor dem 1. Okt. beim GBA. eingelaufen war (Vogels a. a. O. S. 83).

Handelt es sich allerdings wie bei dem von Vogels angeführten Fall der Auflassung um eine Erklärung, die gemäß § 873 Abs. 2 BGB. bindend geworden ist, so ist zu prüfen, ob nicht in diesen Fällen das Erfordernis der Genehmigung im Hinblick auf § 878 BGB. entfällt.

Da § 878 BGB. im Gegensatz zu § 892 BGB. auch auf absolute Verfügungsbeschränkungen Anwendung findet, wäre dies zu bejahen, wenn sich die Bedeutung des Veräußerungs- und Belastungsverbots des § 37 des Gef. in der Wirkung einer absoluten Verfügungsbeschränkung erschöpft.

Mit Rücksicht auf den hohen Zweck des Gesetzes, für den die Erbhöfe schlagartig mit dem 1. Okt. erfasst werden sollten, sowie mit Rücksicht auf die geplante besondere Entschuldung der Erbhöfe, wird man jedoch annehmen müssen, daß dieses Veräußerungs- und Belastungsverbot stärker als eine absolute Verfügungsbeschränkung wirkt.

Dies um so mehr, als die weitergehende und die Anwendung des § 878 BGB. ausschließende Wirkung schon für die nur den Belangen der beteiligten Gläubiger dienende und deshalb relative Verfügungsbeschränkung des § 15 RD. und das Belastungsverbot des § 8 Gef. zur Regelung der landwirtschaftlichen Schulverhältnisse v. 1. Juni 1933 (RGBl. I, 331) anerkannt ist.

Für den ersteren Fall wird dies durch die ausdrückliche Vorschrift des § 15 Satz 2 RD. bestätigt (Riesow: JW. 1932, 3151).

Danach ist der Ansicht Vogels im Ergebnis zuzustimmen.

Sind trotzdem Urkunden, die genehmigungspflichtige Rechtsgeschäfte enthielten, nach dem 1. Okt. im Grundbuch vollzogen worden — dies wird bis zum Erlaß der 1. Durchf. D. besonders häufig bei Verfügungen über eheliches Gesamtgut geschehen sein —, so ist dadurch das Grundbuch unrichtig geworden.

Es ist deshalb von Amts wegen ein Widerspruch nach § 54 GBD. einzutragen. Daß den Grundbuchbeamten kein Verschulden trifft, hindert die Anwendung dieser Vorschrift nicht (Meikel-Fm Hof, GBD. S. 530).

Ist die Eintragung eines genehmigungspflichtigen Rechtsgeschäfts noch nicht erfolgt, so wird der Grundbuchbeamte in aller Regel eine Zwischenverfügung nach § 18 GBD. zu erlassen haben.

Notar Dr. Ries, Babenhäusen (Schw.).

Tabellarische Übersicht der Rechtsverhältnisse des Reichserbhofes der Wirtschaftsheimstätte, des Entschuldungsbetriebes, des preussischen Erbhofes usw. (JW. S. 2613).

Da durch § 60 RErbhofG. das preuß. Bäuerliche Erbhofrecht aufgehoben worden ist, wäre in Spalte 5 ein entsprechender Hinweis zweckmäßig gewesen.

Ohne zu den übrigen Punkten Stellung zu nehmen, bedarf es einer Richtigstellung der Ausführungen in der Spalte „Entschuldungsbetrieb“:

I. Zu S. 2613: Unter Nr. 2 unterscheidet der Verfasser für die Frage der Entstehung eines Entschuldungsbetriebes zutreffend zwischen der Durchführung des Entschuldungs- und Zwangsvergleichsverfahrens (A) und der Selbstentschuldung (B). Verfehlt ist jedoch die Zusammenfassung beider Entstehungsarten für die Feststellung der „Auswirkungen“. Diese sind durchaus verschieden: für die Aufstellung des Entschuldungsplanes sind sie in den §§ 14—18 und 83—85 SchuldenregelungsG. vorgezeichnet, und zwar für jede einzelne Forderung; bei der Erklärung zum Entschuldungsbetrieb ohne Verfahren (Selbstentschuldung) sind sie für die durch mündelsichere Hypotheken gesicherten Forderungen durch die §§ 83—85, und für alle übrigen Forderungen durch § 81 i. Verb. m. Art. 1 der 2. Durchf. D. bestimmt; für die letztgenannten Forderungen wird die Umwandlung in unkündbare Tilgungsforderungen allgemein verlangt, für die Verzinsung und Tilgung aber die Höhe nicht hinsichtlich der einzelnen Forderungen festgesetzt, sondern für alle Forderungen gemeinsam eine Höchstleistungsgrenze bestimmt.

Außer den §§ 83—85 des Gesetzes werden auch die Art. 5; 8 Abs. 1; 10 Abs. 2; 15 Abs. 1; 21 u. 22; 24 u. 25 der 3. Durchf. D. und die 4. Durchf. D. sowohl im Schuldenregelungsverfahren wie bei der Selbstentschuldung angewandt.

II. Zu S. 2614: Unter Nr. 4 begrenzt der Verfasser die Wirkungen des § 93 Abs. 3 auf ein Ausscheiden aus denjenigen Bestimmungen des Gesetzes, die die Belastung des Grundstücks mit der Sicherungshypothek für die Rentenbank-Kreditanstalt betreffen. Zu zwei Richtungen bedarf die Darstellung einer ergänzenden Richtigstellung: Das Ausscheiden bei Umwandlung in ein städtisches Grundstück ist nicht für das ganze Betriebsgrundstück, sondern nur für „Teile des Grundstückes“ ermöglicht (vgl. Harmering-Päzold S. 280); nach dem Wortlaut des Gesetzes („sein Ausscheiden“) liegt freilich nahe, anzunehmen, daß das ganze Grundstück ausscheiden soll, wenn Teile in städtische Grundstücke umgewandelt werden und die besondere Abgabe hierfür gezahlt wird. Der Sinn der Vorschrift zwingt aber wohl zu der erstgenannten Auslegung. Nichtig zu stellen ist ferner, daß das Grundstück oder der Grundstücksanteil nicht nur aus den Bindungen des § 93 ausscheidet, sondern den Vorschriften des gesamten Fünftes nicht mehr unterliegt. Das Gesetz spricht freilich in § 93 Abs. 3 von einem Ausscheiden aus den Bestimmungen dieses „Abjages“; hierbei kann es sich nur um einen bisher nicht berichtigten Druckfehler handeln, da ein Ausscheiden aus den Bestimmungen des Abs. 3 dieses Paragraphen gar nicht gemeint sein kann. Es muß daher statt „Abjages“ ganz unzweifelhaft „Abschnittes“ heißen (vgl. Harmering-Päzold S. 281).

III. Zu S. 2616: Unter Nr. 8 ist folgende Ergänzung zwischen Satz 1 u. 2 notwendig: Die Zwangsversteigerung und Zwangsverwal-

tung kann unter den allgemeinen Voraussetzungen betrieben werden wegen der regelmäßig unkündbaren Tilgungsforderung, wenn sie auf Grund der unverändert gebliebenen oder der neuen Bedingungen vorzeitig fällig geworden ist, oder wegen der nach der Entschuldung rückständig gewordenen Zins- oder Tilgungsbeträge.

Ger. Ass. Dr. von Arnswaldt, Berlin.

ist die Pfändung der bei einer Höchstbetragshypothek bestehenden Eigentümergrundschuld in das Grundbuch eintragbar?

Die Eigenart der Höchstbetragshypothek besteht nach § 1190 BGB. darin, daß bei ihr nur der Höchstbetrag, bis zu dem das Grundstück haften soll, bestimmt, im übrigen die Feststellung der Forderung vorbehalten wird. über die Frage, ob bei einer solchen Höchstbetragshypothek schon vor Feststellung der Forderung, zu deren Sicherung sie bestellt ist, in Höhe des nicht valutierten Teils eine Eigentümergrundschuld besteht, gehen die Meinungen im Schrifttum und in der Rechtsprechung seit jeher auseinander. Die vormalig überwiegende Ansicht folgerte aus der Eigenart der Höchstbetragshypothek als Hypothek für eine unbestimmte künftige oder bedingte Forderung, daß sie, wie jede andere Gläubigerhypothek, von vornherein eine unbedingte Fremdhypothek sei und daß bei ihr eine Eigentümergrundschuld erst im Zeitpunkte der vorbehaltenen Feststellung der Forderung in Höhe des durch die festgestellte Forderung nicht ausgefüllten Teils entstehe (vgl. z. B. RG. 51, 115 ff.; 56, 323; 61, 374; RG.: RGZ. 28, A 269; 30, A 243; Biermann § 1190 Anm. 4 b; Güthe-Triebele § 22 Anm. 14). Gerade entgegengesetzt geht die heute herrschende Auffassung dahin, daß die Höchstbetragshypothek von vornherein in ihrem jeweils durch die Forderung nicht ausgefüllten Teil dem Eigentümer als Eigentümergrundschuld zusteht und im Umfange der entstehenden Forderung zur Fremdhypothek wird. Ihrer Eigenart als Hypothek für eine nicht von vornherein bestimmte, aufschiebend bedingte bzw. künftige Forderung entsprechend könne die bei ihr bestehende Eigentümergrundschuld vor Feststellung der Forderung allerdings keine endgültige sein, sei vielmehr in ihrem jeweiligen Bestande auflösend bedingt durch das Entstehen der Forderung, werde somit zur endgültigen unbedingten Eigentümergrundschuld erst im Zeitpunkte der Feststellung der Forderung in Höhe des durch sie nicht ausgefüllten Teils. Dieser heute herrschenden Ansicht ist zuzustimmen. Ihre Richtigkeit ergibt sich aus § 1163 Abs. 1 Satz 1 BGB., nach dem eine Eigentümerhypothek entsteht, wenn die Forderung, für die die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt ist. Hier wird keine Unterscheidung zwischen einer gegenwärtigen und künftigen, zwischen einer bestimmten und unbestimmten Forderung gemacht, genau so wenig, wie hinsichtlich des Grundes, warum die Forderung nicht entstanden ist. Somit rechtfertigt sich auch eine unterschiedliche Behandlung der verschiedenen Fälle nicht. Vielmehr steht nach der klaren Bestimmung des § 1163 Abs. 1 Satz 1 BGB. in allen Fällen, in denen die Forderung nicht zur Entstehung gelangt ist, die Hypothek dem Eigentümer zu, und zwar gemäß § 1177 Abs. 1 Satz 1 BGB. als Grundschuld (so auch die neuere Rechtsprechung von RG. 75, 245 an bis neuerdings RG. 120, 110 ff. = JW. 1928, 1494¹⁰; 125, 136 und neuestens in SeuffArch. 87, 318 ff. = DRZ. 1933, 456 Nr. 514; ferner RG.: RGZ. 45, 286 ff.; 49, 217; Staudinger § 1190 Anm. 1a mit Angaben aus dem Schrifttum und sämtliche Kommentare).

Aber die bei der Höchstbetragshypothek demnach bestehende gegenwärtige, auflösend bedingte Eigentümergrundschuld kann der Eigentümer bereits vor Feststellung der Forderung verfügen; sie unterliegt auch dem Zugriff der Gläubiger des Eigentümers. Gerade als Gegenstand der Zwangsvollstreckung spielt sie eine nicht zu unterschätzende Rolle, da sie häufig einen beträchtlichen, zumeist überdies den letzten zugriffsfähigen Vermögenswert des Eigentümers darstellt. Ihre Pfändung erfolgt, wie nunmehr fast einhellig anerkannt ist (ständige Wpr. d. RG. und sämtliche Komm.; a. U. aber z. B. Stein-Jonas § 857 Anm. II 6), nach den §§ 857 Abs. 6, 830 Abs. 1 ZPO. Da die Höchstbetragshypothek gemäß § 1190 Abs. 3 BGB. stets als Sicherungshypothek gilt, bei der nach § 1185 Abs. 1 BGB. die Erteilung eines Hypothekenbriefes ausgeschlossen ist, ist zur Pfändung der bei ihr bestehenden vorläufigen Eigentümergrundschuld also die Eintragung der Pfändung in das Grundbuch erforderlich.

Diese Eintragung ist nach herrschender Ansicht vor Feststellung der Forderung und vor Eintragung des Eigentümers als Berechtigter der Post nicht durchführbar. Grundlegend war für diese Ansicht RG. 61, 374 ff. Hier führt das RG. aus, daß die Eintragung derartiger höchst bedingter, häufig überhaupt nicht oder doch nicht in absehbarer Zeit zu verwirklichender Rechte eine unabsehbare, höchst nachteilige Belastung und Anfüllung des Grundbuchs, dessen Unübersichtlichkeit und damit Rechtsverwirrung

nach sich ziehen könnte, und daher mit dem Zweck des Grundbuchs, auf sicherer Grundlage bestimmte und klare Rechtsverhältnisse zu schaffen, im Widerspruch stände. Abgesehen hiervon sei eine derartige Eintragung mit Rücksicht auf § 40 Abs. 1 GBD. unstatthaft. Diese Ansicht hat das RG. im weiteren Verlauf seiner Rechtsprechung aufrechterhalten (vgl. RG. 72, 275 ff. = JW. 1910, 73; 75, 250 = JW. 1911, 404; 97, 223 ff.; 120, 110 ff. = JW. 1928, 1494¹⁰; Gruch. 71, 280; SeuffArch. 87, 318 ff. = DRZ. 1933, 456 Nr. 514). Ihr hat sich das Schrifttum in weitem Umfange, teilweise in enger Anlehnung an diese Gründe, angeschlossen (z. B. Wambach § 857 Anm. 6 C; Pland § 1177 Anm. 4 c und § 1190 Anm. 6 a; Seuffert-Walsmann § 857 Anm. 5 b; Staudinger § 1190 Anm. 7 c).

Dieser herrschenden Ansicht wird auch unbedenklich zuzustimmen sein, soweit es sich um die Eintragbarkeit der Pfändung einer künftigen Eigentümergrundschuld handelt. Die mitgeteilten Entscheidungen und Angaben aus dem Schrifttum beziehen sich aber alle auf die bei der Höchstbetragshypothek bestehende gegenwärtige Eigentümergrundschuld, und es ist besonders zu beachten, daß die grundlegende Entscheidung des RG. im 61. Bande, auf die dann von den späteren Entscheidungen und im Schrifttum Bezug genommen wird, von der nunmehr aufgegebenen Auffassung ausgeht, bei der Höchstbetragshypothek bestehe vor Feststellung der Forderung keine Eigentümergrundschuld, es sei vielmehr vorher nur die Anwartschaft auf eine künftige Eigentümergrundschuld vorhanden. Trotz späterer Aufgabe dieser Auffassung haben aber das RG. und das Schrifttum an dieser ehemals für die Unzulässigkeit der Eintragung der Pfändung einer künftigen Eigentümergrundschuld gegebenen Begründung festgehalten, ohne besonders zu prüfen, ob nicht nunmehr nach Aufgabe der Ansicht, daß bei der Höchstbetragshypothek eine künftige und keine gegenwärtige Eigentümergrundschuld besteht, eine andere Beurteilung dieser Frage geboten erscheint.

Eine derartige Prüfung wäre aber m. E. erforderlich gewesen. Sie führt, hier unternommen, zu dem Ergebnis, daß die vorläufige Eigentümergrundschuld bei der Höchstbetragshypothek mit einer erst künftig möglicherweise entstehenden hinsichtlich der Frage der Eintragbarkeit ihrer Pfändung nicht gleich zu behandeln ist. Betrachtet man die von der herrschenden Ansicht für die Verneinung der Eintragbarkeit der Pfändung gegebene Begründung im einzelnen, so kann m. E. zunächst nicht zugegeben werden, daß die Eintragung der Pfändung der vorläufigen Eigentümergrundschuld das Grundbuch unübersichtlich macht. Die Eintragung des Pfändungsvermerks in das Grundbuch bewirkt vielmehr nicht mehr Unübersichtlichkeit, als die Eintragung der Höchstbetragshypothek selbst, deren Eigenart ja gerade darin besteht, daß bei ihr vor Feststellung der Forderung, zu deren Sicherung sie bestellt ist, aus der Eintragung nicht hervorgeht, in welcher Höhe sie dem Gläubiger und in welcher dem Eigentümer zusteht. Ihre Eintragung gibt also in dieser Hinsicht keineswegs eine klare Auskunft, ohne daß dadurch jedoch die Übersichtlichkeit des Grundbuchs leidet, da aus der Eintragung der Post als Höchstbetragshypothek genügend deutlich ersichtlich ist, daß es sich um eine Hypothek für eine noch nicht endgültig bestimmte Forderung handelt. Es ist also kein triftiger Grund zu sehen, warum dann die bei ihr bestehende vorläufige Eigentümergrundschuld, deren Bestehen sich aus ihrer Eigenart ohne weiteres ergibt, nicht Gegenstand einer eintragungsfähigen Pfändung sein kann (vgl. auch Oberneck: JW. 1928, 1494 zu Nr. 10).

So hat auch das RG. trotz grundsätzlicher Aufrechterhaltung seiner ablehnenden Ansicht seine ursprüngliche Auffassung in diesem Punkte im Laufe der Zeit wesentlich gemildert. Während es im 61. Bande und in der nächsten Folgezeit die Eintragung der Pfändung in das Grundbuch noch als schlechthin unzulässig bezeichnete, hat es späterhin anerkannt, daß im Einzelfall die trotzdem erfolgte Eintragung nicht unwirksam ist, wenn der Pfändungsvermerk nur hinreichend deutlich abgefaßt ist, daß dann also mit anderen Worten der Übersichtlichkeit des Grundbuchs durch die Eintragung kein Abbruch geschieht (vgl. RG. 120, 110 ff. = JW. 1928, 1494 Nr. 10 und SeuffArch. 87, 318 ff. = DRZ. 1933, 456 Nr. 514). Es hat sogar die erfolgte Eintragung der Pfändung einer „angebliebenen“ Eigentümergrundschuld für inhaltlich zulässig und wirksam erklärt, da selbst eine derartige Eintragung noch hinreichend deutlich und bestimmt sei (vgl. RG.: Gruch. 71, 280; a. U. aber insoweit RG.: JW. 1, 496 und Güthe-Triebele § 40 Anm. 14). Vom Standpunkt der heute herrschenden Ansicht aus, daß bei der Höchstbetragshypothek eine gegenwärtige vorläufige Eigentümergrundschuld besteht, erscheint es also nicht folgerichtig, gegen die Eintragbarkeit ihrer Pfändung geltend zu machen, das Grundbuch werde durch eine solche Eintragung unübersichtlich.

Als weiteren Grund für die Nichteintragbarkeit der Pfändung führt die herrschende Lehre, worin ihr allerdings vom Schrifttum überwiegend nicht gefolgt wird, die Bestimmung des § 40 Abs. 1 GBD. an, nach der eine Eintragung nur erfolgen soll, wenn der-

jenige, dessen Recht durch sie betroffen wird, als der Berechtigte im Grundbuch eingetragen steht. Insofern hat schon von jeher das RG. die Ansicht vertreten, daß der eingetragene Eigentümer, auf dessen Grundstück Hypotheken lasten, als der eventuell eingetragene Inhaber der ihm gemäß § 1163 BGB. zufallenden Hypotheken anzusehen ist, da der Übergang der Hypothek auf den Eigentümer als Eigentümergrundschuld sich unmittelbar kraft Gesetzes vollziehe (vgl. RG.: RGZ. 20, A 193; 21, A 159; 22, A 172; 28, A 133 ff.; 30, A 243 und JFG. 1, 496 ff.). Mag auch die Ansicht des RG. in dieser Allgemeinheit zu weit gehen, da der § 40 Abs. 1 GBD. jedenfalls, wie dem RG. zuzugeben ist, unter dem Berechtigten einen endgültigen und bestimmten, nicht aber einen nur eventuell Berechtigten versteht, so wird sie doch hinsichtlich der bei einer Höchstbetragshypothek bestehenden vorläufigen Eigentümergrundschuld, bei welcher der zur Zeit ihrer Bestellung eingetragene Eigentümer als Berechtigter feststeht, Geltung zu beanspruchen haben. Für diesen Fall hat denn auch das RG. (RGZ. 45, 268 ff.) seine Ansicht trotz Einschränkung ihrer ursprünglich zu allgemein gefaßten Formulierung ausdrücklich aufrechterhalten. Auch das RG. 61, 374 hat gerade mit Rücksicht auf die erwähnte Rechtsprechung des RG. ausgesprochen, daß eine enge Auslegung des § 40 Abs. 1 GBD. keineswegs geboten ist, wenn es dann auch, da es damals die bei der Höchstbetragshypothek bestehende Eigentümergrundschuld als eine künftige, möglicherweise einmal entstehende ansah, zu einem anderen Ergebnis gelangte.

Nun hat das RG. und ihm folgend ein Teil des Schrifttums zwar mit Recht nicht die Voreintragung des Eigentümers als Inhaber der Post, wohl aber den grundbuchmäßigen Nachweis der Entstehung der Eigentümergrundschuld für erforderlich gehalten, so daß im praktischen Ergebnis trotzdem die Eintragung der Pfändung nicht durchführbar wäre, weil dieser Nachweis dem pfändenden Gläubiger vor der Feststellung der Forderung nicht möglich ist. Kann doch auch der Eigentümer selbst die Berichtigung des Grundbuchs und damit den hierfür erforderlichen Nachweis vom eingetragenen Gläubiger der Höchstbetragshypothek vor diesem Zeitpunkt nicht verlangen, so daß also auch der pfändende Gläubiger, der zugleich mit der vorläufigen Eigentümergrundschuld auch den Berichtigungsanspruch hat pfänden und sich überweisen lassen, hierzu nicht in der Lage ist. Allein auch hier ist zu berücksichtigen, daß das RG. dieses Erfordernis erstmalig zu einer Zeit aufstellte, als es von der nunmehr aufgegebenen Auffassung ausging, bei der Höchstbetragshypothek sei vor der vorbehaltenen Feststellung der Forderung keine gegenwärtige, sondern nur eine künftige Eigentümergrundschuld vorhanden. Von der nunmehr entgegengesetzten herrschenden Auffassung ausgehend muß man auch von diesem Erfordernis absehen. Denn nach ihr liegt es, wie dargetan, in der Eigenart der Höchstbetragshypothek begründet, daß bei ihr bis zur vorbehaltenen Feststellung der Forderung dem Eigentümer, und zwar demjenigen, der zur Zeit ihrer Bestellung als Eigentümer eingetragen war, von vornherein eine auflösend bedingte Eigentümergrundschuld zusteht. Nur deren Pfändung erwirkt der pfändende Gläubiger. Dafür aber, daß dem Eigentümer eine derartige vorläufige Eigentümergrundschuld zusteht, bedarf es keines Nachweises. Das ergibt sich vielmehr aus der Eintragung der Hypothek als Höchstbetragshypothek ohne weiteres.

Die von der herrschenden Ansicht gegen die Zulässigkeit der Eintragung der Pfändung der bei der Höchstbetragshypothek bestehenden vorläufigen Eigentümergrundschuld geltend gemachten Gründe können somit insgesamt nicht als durchgreifend angesehen werden. Die folgerichtige Durchführung der zutreffenden Ansicht, daß bei der Höchstbetragshypothek von vornherein eine vorläufige Eigentümergrundschuld besteht, führt vielmehr zu dem Ergebnis, die Eintragung ihrer Pfändung in das Grundbuch für zulässig zu erachten (so auch Oberneck z. B. in Grund. 50, 576 ff.; RGKomm. § 1190 Anm. 3 nach vorheriger Eintragung der vorläufigen Eigentümergrundschuld neben der Höchstbetragshypothek; Beck, Die Maximalhypothek des BGB., Karlsruhe 1910, S. 110 ff.).

Dieses Ergebnis entspricht auch m. E. allein den wirtschaftlichen Bedürfnissen und der Billigkeit. Ein Pfändungs- und Überweisungsbeschluß, bei dem die in ihm ausgesprochene Pfändung in absehbarer Zeit wegen Entgegenstehens formalrechtlicher Bedenken nicht vollzogen werden kann, gibt dem pfändenden Gläubiger genau so wenig, wie wenn er überhaupt nicht erlassen wäre. Gält man daher die Pfändbarkeit einer derartigen vorläufigen Eigentümergrundschuld mit Recht grundsätzlicly für gegeben, dann muß man auch die Folgerungen ziehen, die zur Durchführung der Pfändung erforderlich sind. Daß dann der pfändende Gläubiger kein endgültiges, sondern auch nur ein durch das — von ihm nicht zu verhindernde — Entstehen weiterer Forderungen auflösend bedingtes Pfändungspfandrecht erwirkt, liegt in der Natur des gepfändeten Rechts begründet, vermag aber nicht eine andere Beurteilung zu rechtfertigen.

Ref. Dr. Ehrhart Förting, Berlin.

Die Gebührenerhebung bei Umschreibung unübersichtlicher Grundbücher.

Die Regelung der Kosten in Grundbuchsachen ist der Landesgesetzgebung vorbehalten. In dem Gesetz über die Vereinigung der Grundbücher v. 18. Juni 1930 ist in § 33 nur bestimmt, daß für die auf Grund der §§ 2, 6, 16, 21 erfolgenden Löschungen Gebühren nicht erhoben werden. Außerdem sind in den ergangenen Ausführungsgeboten v. 16. März 1931 kostenrechtliche Vorschriften über das Rangklarstellungsverfahren und das Löschungsverfahren gegenstandslos gemacht worden. Eine positive Kostenvorschrift für die Umschreibung unübersichtlicher Grundbuchblätter gemäß § 23 GBVereinG. enthält das Gesetz nicht. Es bleibt demnach nur zu prüfen, ob die Vorschrift des § 60 PrGrBG., nach der für Vermerke, welche durch die ohne Veränderung des Eigentümers stattfindende Übertragung von Grundstücken auf ein anderes Blatt veranlaßt werden, zwei Zehntel der vollen Gebühr zu erheben sind, Anwendung findet.

Diese Vorschrift kann nur in Verbindung mit § 1 PrGrBG. und der besonderen Art der Grundbuchvereinigung gewürdigt werden.

Nach § 1 PrGrBG. ist zur Zahlung der Kosten nur derjenige verpflichtet, durch dessen Antrag die Tätigkeit des Gerichts veranlaßt wird und bei von Amts wegen betriebenen Geschäften derjenige, dessen Interesse dabei wahrgenommen wird. Da die Umschreibung unübersichtlicher Grundbücher von Amts wegen erfolgt (Güthe-Triebele, 5. Aufl., Anm. 2 zu § 20, 20 a der AusfW.D. v. 20. Nov. 1899), ein Antrag wohl niemals oder doch nur höchst selten vorliegt, bleibt zu erörtern, ob diese Tätigkeit im Interesse des Eigentümers liegt oder im öffentlichen Interesse. Denn nur im ersteren Falle würde er zur Tragung der Gebühren gemäß §§ 1, 60 PrGrBG. herangezogen werden können, während es im zweiten Falle an einem Kostenschuldner fehlen würde, so daß vom Eigentümer weder Gebühren noch Auslagen erhoben werden können (Bartscher-Drinnenberg-Wenz, PrGrBG., 7. Aufl., S. 134).

Schon die Tatsache, daß das Gericht von Amts wegen tätig wird, läßt die Annahme gerechtfertigt erscheinen, daß dies im öffentlichen Interesse geschieht (Bartscher-Drinnenberg-Wenz, Anm. 3 zu § 1). Vollends bestätigt wird diese Annahme durch die gesetzgeberischen Gründe, die zur Schaffung des GBVereinG. führten.

Die Inflation und die sich daran anschließende Aufwertungs-gesetzgebung hatten eine Unklarheit und Unübersichtlichkeit ergeben, die das Grundbuch in weitem Umfange für den Grundbuchverkehr untauglich macht. Diesen Übelstand zu beseitigen, dienten insbesondere die Vorschriften des GBVereinG. über die Auslöschverfahren für die Eintragung der Aufwertung in das Grundbuch, über das Erlöschen des Rangvorbehalts des Eigentümers, die Löschung der inzwischen gegenstandslos gewordenen Widersprüche und die Klarstellung der Rangverhältnisse. Diesem Zweck diente aber auch weiterhin die Vorschrift des § 23 GBVereinG. i. Verb. m. § 20 AusfW.D. v. 20. Nov. 1899 i. d. Fassung v. 31. März 1919 und 29. April 1931, um die durch die mannigfachen Löschungen alter Papiermarkhypotheken und inzwischen gegenstandslos gewordenen Eintragungen geschaffene Unübersichtlichkeit zu beseitigen.

Die Veranlassung zur Umschreibung unübersichtlicher Grundbücher ist also in den Folgen der Geldentwertung und der sich daran anschließenden Aufwertungs-gesetzgebung zu suchen, während sie früher in der durch den Eigentümer selbst herbeigeführten hohen Zahl der Eintragungen ihren Grund hatte. Mag demnach auch die Vorschrift des § 20 AusfW.D. v. 20. Nov. 1899, die die rechtliche Grundlage für die Umschreibung bietet, dieselbe geblieben sein, so sind doch die tatsächlichen die Umschreibung rechtfertigenden Umstände andere geworden. Deshalb kann auch der Schlussfolgerung des RG. in seinem Beschluß v. 9. Juni 1933 (JW. 1933, 2154) nicht beigestimmt werden, daß heute wie früher die Vorschrift des § 60 GrBG. deshalb anzuwenden sei, weil die Umschreibungen ebenso wie früher auch auf Grund des § 20 a. a. D. erfolge. Denn die Veranlassung zu der jetzt in die Wege geleiteten Umschreibung unübersichtlicher Grundbuchblätter ist eine andere geworden als früher.

Einmal hatte der Staat ein Interesse daran, die durch die Inflation und die Aufwertungs-gesetzgebung hervorgerufenen Folgen möglichst zu beseitigen, soweit dies zugänglich schien und deshalb regte er in diesem Augenblick die Umschreibung unübersichtlicher Grundbücher wieder an. Weiterhin hat sich der Begriff der Unübersichtlichkeit gewandelt. Er ist weiter zu fassen als früher. Ein Grundbuch ist nicht nur dann als unübersichtlich anzusehen, wenn es sich infolge der großen Zahl der vorhandenen Eintragungen in einem Zustand befindet, daß der gegenwärtig gültige Inhalt nur schwer zu übersehen ist (so Krieger, Grundbuchvereinigung 1930 S. 104 und RG.: JW. 1933, 2154); vielmehr umfaßt der Begriff der Unübersichtlichkeit nach dem Erlaß des Herrn Reichs. Justizmin. v. 15. April 1931 auch den Fall der Verteilung der Eintragungen auf mehrere Blätter desselben Bandes (§ 19 a AusfW.D. v. 20. Nov. 1899), die durch Verwendung veralteter Vordrucke hervorgerufene Erschwerung der Verständlichkeit und die durch Verwendung von Einlagebogen durch Fehlen oder Schadhaftheit des Einbandes der Grundbuchbände bewirkte Beeinträchtigung der Gebrauchsfähigkeit.

Hat man den Begriff der Unübersichtlichkeit demnach möglichst weit gefaßt, ohne daß im früheren Sinne dieses Wortes eine Unübersichtlichkeit vorlag, so geschah dieses eben nicht im Interesse des Eigentümers und der Beteiligten, sondern im Interesse des Staates, also im öffentlichen Interesse. Es würde unbillig erscheinen, wenn man für die Umschreibung eines Grundbuchblattes nur deshalb Gebühren verlangt, weil das Grundbuchblatt ein wiederbenutztes Blatt ist, weil der Einband des Grundbuchbandes schadhast geworden ist oder weil die Vordrucke überholt sind.

Wenn auch naturgemäß die Umschreibung den Beteiligten Klarheit über die noch bestehenden grundbuchrechtlichen Lasten und Rechte verschafft, also auch etwa im Interesse des Eigentümers und der sonstigen Beteiligten liegt, so ist jedoch das öffentliche Interesse bei weitem überwiegend. Denn die durch die Inflation und Aufwertungsgefeßgebung geschaffene Unklarheit und Unübersichtlichkeit des Grundbuches mußten beseitigt werden; weiterhin sollte damit den Grundbuchbeamten eine erleichterte Arbeitsweise erschaffen werden. Gerade dieser letzte Vorteil für den Staat bzw. seine Beamten ist nicht zu verkennen. Der Eigentümer selbst sieht selten das Grundbuch ein, viel mehr schon dessen Gläubiger. Wenn deshalb das RG. die Umschreibung als im Interesse der Beteiligten liegend ansieht, so rechtfertigt diese Schlussfolgerung noch nicht die Erhebung einer Gebühr durch den Eigentümer.

Diese Auffassung, daß die Umschreibung unübersichtlicher Grundbuchblätter im öffentlichen Interesse und nicht im Interesse des Eigentümers erfolgt, entspricht vor allem aber auch dem praktischen Erfordernis und der Anschauung des Volkes. Bei den zahlreichen Terminen in den Grundbuchvereinigungssachen im hiesigen Amtsgerichtsbezirk ist stets die Erfahrung gemacht, daß bei jeder Verhandlung von den Erschienenen zunächst die Kostenfrage angeschnitten wurde. Erst wenn ihnen eröffnet wurde, daß die Berichtigung, die Vereinigung mehrerer Grundbuchblätter, die Umschreibung usw. keine Kosten verursacht, sondern gebührenfrei erfolge, ließen sie sich zur Stellung von Anträgen herbei. Ein Eigentümer, der für die Umschreibung seines Grundbuches in der heutigen wirtschaftlich schlechten, geldknappen Zeit auch noch Gebühren zahlen sollte, verzichtet in jedem Falle auf die Umschreibung, weil er eine in seinem Interesse liegende Notwendigkeit und irgendwelchen Vorteil für sich nicht einsieht.

Unter diesen Umständen kann durch eine etwaige gegenteilige Ansicht des Gesetzgebers nicht zu einer anderen Stellungnahme führen. Zwar sollte nach den Ausführungen des RG.: JW. 1933, 2154 auf Grund einer von den RR. angenommen Entschließung bei den Ländern darauf hingewirkt werden, daß für die Umschreibung unübersichtlicher Grundbuchblätter Gebühren nicht oder nur in mäßigem Umfang erhoben würden. Preußen hat eine Bestimmung in dieser Hinsicht nicht erlassen. Auch wenn dies zutrifft, so kann dieser Umstand nicht dazu führen, die Umschreibung gemäß § 60 PrGG. als gebührenpflichtig anzusehen. Denn die Ansicht des Gesetzgebers kann nur als einzelnes Moment in Verbindung mit den anderen zur Auslegung herangezogen werden und muß zurücktreten, wenn die gegenteiligen Gründe, wie vorliegend, zwingend zu einer anderen Ansicht führen. Vor allem aber darf ein Gesetz nicht im Gegensatz zur Volksanschauung stehen. Und die Anschauung des Volkes ist allgemein die, daß die Umschreibung im öffentlichen Interesse erfolgt.

Wenn Preußen trotz der vom RR. angenommenen Entschließung, für die Umschreibung keine oder nur geringe Gebühren zu berechnen, hierüber keine Bestimmung getroffen hat, so ist dies im Wege der Rechtsfindung auszugleichen.

Kommt man nach allem zu dem Ergebnis, daß die Umschreibung unübersichtlicher Grundbuchblätter im öffentlichen oder doch bei weitem überwiegend öffentlichen Interesse erfolgt, so kann der Eigentümer als Kostenschuldner gemäß § 1 GRG. nicht herangezogen werden. Die Umschreibung unübersichtlicher Grundbücher erfolgt demgemäß gebührenfrei. Die Auslagenfreiheit ergibt sich aus dem Grundgedanken des § 59 PrGG., nach dem bei im öffentlichen Interesse vorgenommenen Geschäften auch Auslagen nicht erhoben werden (ebenso Bartscher-Drimmenberg-Wenz, PrGG., 7. Aufl., S. 134).
Ger.-Rat Dr. Soman, Dorsten i. W.

Die Verjährung der Erstattungsansprüche der Fürsorgeverbände gegen den Unterstügten und dessen Erben.

Die NotW. v. 5. Juni 1931 (RGBl. 307) hat die Fürsorgeverbände v. 13. Febr. 1924 teilweise neu gestaltet. Sie hat insbes. den unterstügten Erstattungsansprüchen gegen den Unterstügten und gewisse ihm nahestehende Personen eine klare reichsgesetzliche Grundlage gegeben¹⁾. Im Zusammenhang damit ist in § 25 b Fürsorgeverbände die Bestimmung getroffen worden, daß diese Ansprüche der Verjährung binnen einer Frist von vier Jahren unterliegen, gerechnet vom Ende des Jahres ab, in dem die Unterstügung gewährt worden ist.

Soweit es sich um Erstattungsansprüche handelt, die nach dem 6. Juni 1931 entstanden sind, ist die Rechtslage eindeutig. Streitfragen haben

sich jedoch daraus ergeben, daß es in der NotW. unterblieben ist, auch das Verhältnis des alten zum neuen Recht zu klären. Für das Gebiet der Verjährung sind sie dahin zu entscheiden, daß auch bezüglich aller unter dem alten Recht begründeten Erstattungsansprüche seit dem Inkrafttreten der NotW. die vierjährige Verjährungsfrist gilt. Das ergibt sich zwar nicht aus einer Rückwirkung des § 25 b Fürsorgeverbände; denn es handelt sich hier anders als bei der Vorschrift des § 25 Abs. 1 Fürsorgeverbände n. F. nicht um authentische Interpretation, sondern um unzweifelhaft neues Recht. Es folgt aber aus Art. 169 GG. in Verbindung mit allgemeinen Überlegungen. Art. 169 GG. schlägt nicht unmittelbar ein, weil diese Bestimmung privatrechtlicher Natur ist, während die Erstattungsansprüche der Fürsorgeverbände — ihrem Ursprung entsprechend — dem öffentlichen Recht angehören. In Art. 169 GG. kommt aber ein Grundgesetz zum Ausdruck, der über das GG. hinaus gilt²⁾, wie das RG. in einer bedeutsamen Entscheidung anerkannt hat³⁾. Da die Verjährung den bestehenden Anspruch trifft und dessen Entstehungsstatbestand für sie nur insoweit von Bedeutung ist, als er den Charakter des Anspruchs bestimmt, so liegt es in der Natur der Sache, daß auch das jeweils geltende Verjährungsrecht jeden im Augenblick bestehenden Anspruch treffen muß. Für die Erstattungsansprüche der Fürsorgeverbände findet übrigens die entsprechende Anwendung des Art. 169 GG. eine weitere Stütze darin, daß die Fürsorgeverbände stillschweigend die gesamten, die Verjährung betreffenden Regeln des GG. in ihrem Bereich für gültig ansieht, wenn sie als einzige besondere Bestimmung über die Verjährung in § 25 b Satz 2 eine Vorschrift enthält, die bewußt von dem § 202 Abs. 1 GG. abweicht. Nun könnte allerdings gegen die Annahme einer vierjährigen Verjährungsfrist entsprechend Art. 169 GG. eingewandt werden, daß der Erstattungsanspruch nach dem bisherigen Recht ein anderer war als gegenwärtig, weil früher der Erstattungsanspruch jedenfalls gegen den Unterstügten selbst erst zur Entstehung gelangte, wenn dieser in eine bessere Vermögenslage kam, während heute nach § 25 Abs. 2 Fürsorgeverbände n. F. der Anspruch ohne Rücksicht darauf entsteht, und die Armut des Verpflichteten nur noch eine Einrede abgibt. Mit Recht hat jedoch bereits Witelshöfer ausgeführt⁴⁾, daß dem keine ausschlaggebende Bedeutung zukommt. Denn die Neuregelung des Entstehungsstatbestandes berührt den Charakter des Erstattungsanspruchs nicht, und nur darauf würde es entscheidend ankommen.

In diesem Zusammenhang darf die Frage nicht unerörtert bleiben, welche Verjährungsfrist vor dem 6. Juni 1933 für die fraglichen Erstattungsansprüche galt. Denn würde die in § 26 Fürsorgeverbände a. F. bestimmte zweijährige Frist in Betracht kommen⁵⁾, so würden viele nach altem Recht begründete Erstattungsansprüche beim Inkrafttreten des neuen Rechts bereits verjährt gewesen und von ihm nicht mehr erfaßt worden sein, während sich eine andere Sachlage ergäbe, wenn man, der herrschenden Meinung folgend, für die frühere Zeit die allgemeine dreißigjährige Verjährung annimmt⁶⁾. Nach dem Wortlaut des § 26 Fürsorgeverbände a. F. gilt die kurze Verjährung für alle Ansprüche der Fürsorgeverbände „auf Grund dieser W.“. Es kommt also darauf an, ob bis zur Neufassung der Fürsorgeverbände im Juni 1931 die Rückersatzpflicht bereits auf dieser W. beruhte. Der einschlägige § 25 Fürsorgeverbände a. F. überließ aber diese Regelung dem Landesrecht im Rahmen anderweitiger reichsrechtlicher Regelung; und das RG., das neuerdings auch für das alte Recht die Erstattungsansprüche des Unterstügten grundsätzlich bejaht hat⁷⁾, sagt entsprechend: „Die Fassung des § 25 ist nur erklärlich, wenn das Bestehen der Erstattungsansprüche selbstverständliche Voraussetzung war“, und wiederholt dann noch einmal: „§ 25 . . . setzt demnach diese Pflicht auf Grund reichsrechtlicher Normen stillschweigend voraus.“ Die Entscheidung muß daher zugunsten der herrschenden Auffassung fallen. Die Gesetzesgeschichte, die für beide Meinungen in Anspruch genommen wird, rechtfertigt im Hinblick auf den eindeutigen Gesetzeswort keine andere Auslegung, selbst wenn die Umstellung des späteren § 26 Fürsorgeverbände a. F. im Entwurf zu dem Zweck geschehen sein sollte, ihn auch auf die Erstattungsansprüche gegen den Unterstügten anzuwenden.

Das Ergebnis ist also, daß die Ansprüche der Fürsorgeverbände gegen den Unterstügten und dessen Erben, soweit sie während der Geltungsdauer der alten Fassung der Fürsorgeverbände entstanden sind, durchweg spätestens am 31. Dez. 1935 verjähren. Das gilt auch für die Erstattungsansprüche, die unter dem alten Recht zwar begründet, aber noch nicht endgültig zur Entstehung gelangt waren, weil die Ver-

¹⁾ Vgl. hierzu die Stellungnahme des Bundesamts für das Heimatwesen zu dem früheren § 26 Fürsorgeverbände in seiner Entscheidung Bd. 73 S. 96 = JW. 1910, 182 und die „Begründung des Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung der W. über die Fürsorgepflicht“ im „Nachrichtendienst des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge“ 1929, 439, insbes. unter Ziff. 4 (S. 446).

²⁾ RG. 65, 111 = JW. 1907, 123.

³⁾ HeimW. 1933, 403; vgl. RG. 56, 254.

⁴⁾ Wie Witelshöfer a. a. O. S. 402 behauptet.

⁵⁾ Karnop: HeimW. 1933, 8 u. 17.

⁶⁾ RG. v. 23. März 1933, IV 401/32: HeimW. 1933, 302.

¹⁾ Vgl. hierzu Hagedorn: HeimW. 1932, 113.

mögenslage des Verpflichteten ungünstig war. Denn mit der Rechtsänderung entfiel diese den Unterstützten — nicht auch seinen Erben! — schützende Einschränkung des Entstehungsstatbestandes und wurde durch die bereits erwähnte Einrede der Armut gemäß § 25 Abs. 2 FÜRPSfW. n. F. ersetzt.

Die aufschiebende Einrede der Armut aus dieser Bestimmung steht der Verjährung nicht im Wege. Die Einführung der kurzen Frist in § 25 b Satz 2 FÜRPSfW. geht auf Willigkeitserwägungen gegenüber dem Unterstützten zurück⁹⁾. Deshalb ist in § 25 b Satz 2 FÜRPSfW. eine von den Verjährungsgrundsätzen des bürgerlichen Rechts abweichende Bestimmung getroffen worden. Während gemäß § 202 Abs. 1 BGB. das Bestehen eines Leistungsverweigerungsrechts die Verjährung hemmt, hindert die Möglichkeit, die Einrede aus § 25 Abs. 2 FÜRPSfW. zu erheben, die Verjährung nicht. Der Zweck dieser Regelung ist, die Verjährungsfrist in der Regel ablaufen zu lassen. Man wollte eine einer Ausschlussfrist nahekommende Wirkung erreichen und grundsätzlich die Rückerstattungspflicht auf die Fürsorgeleistungen für einen Zeitraum von nicht mehr als vier Jahren beschränken. In dieser Richtung zielt auch das in § 9 RGr.⁹⁾ ausgesprochene Verbot, die Fürsorge von einer ausdrücklichen Verpflichtung, die aufgewandten Kosten zu ersetzen, abhängig zu machen. Überhaupt ergibt die Vorentwurfsbegründung (a. a. O.), daß der Gesetzgeber von der Einführung einer Ausschlussfrist im Entscheidenden nur abgesehen hat, einerseits um die Fürsorgeverbände nicht jeweils kurz vor Ablauf der Ausschlussfrist zum Vorgehen gegen den Unterstützten zu zwingen, was zwangsläufig zu Härten führen müßte, und andererseits, um den Fürsorgeverbänden die Möglichkeit zu lassen, nach Ablauf der Frist etwaige Pfänder zu realisieren.

Die Fürsorgeverbände werden diesen Grundgedanken allgemein Rechnung zu tragen haben, wenn sie im Einzelfall nach pflichtgemäßem Ermessen prüfen, ob sie ihre Erbschaftsprüfung gegenüber der drohenden Verjährung wahren sollen¹⁰⁾. Immerhin aber kommen gewisse Fälle vor, in denen ein Verzicht sich nicht rechtfertigt¹¹⁾. Das gilt z. B., wenn die Unterstützung zwar nicht gemäß § 11 Abs. 2 RGr. darlehnsweise erfolgt ist, der Hilfsbedürftige aber gleichwohl über Vermögenswerte verfügt, auf die er nur im Augenblick aus irgendwelchen Gründen nicht zurückgreifen kann, oder wenn er in absehbarer Zeit mit dem Anfall erheblicher Vermögenswerte zu rechnen hat.

Rechtlich steht dagegen den Fürsorgeverbänden nichts im Wege, den Eintritt der Verjährung zu verhindern oder ihre Folgen zu umgehen. Die in Betracht kommenden Mittel sind die gleichen wie im bürgerlichen Recht: die Unterbrechung der Verjährung durch Befolgung des Anspruchs im Rechtswege oder durch Anerkennung des Schuldners, und daneben das abstrakte Schuldanerkenntnis, die Hemmung der Verjährung durch Stundung, und zuletzt die dingliche Sicherung des Anspruchs. — Von diesen Mitteln ist nur eins ohne Mitwirkung des Schuldners anwendbar: die Unterbrechung der Verjährung durch Beschreiten des Rechtsweges. Alle andern bedingen ein Tätigwerden des Unterstützten, teils als einseitiger Akt, wie das gewöhnliche Anerkenntnis, teils als Vertrag, wie das abstrakte Anerkenntnis, die Stundung und die Sicherstellung. Auf diese Mitwirkung des Unterstützten hat der Fürsorgeverband keinen Rechtsanspruch. Er darf sie auch grundsätzlich nicht mittels eines Drucks erzwingen. Insbes. darf er sie von einem noch weiter Hilfsbedürftigen nicht mit der Drohung verlangen, er werde sonst die Unterstützungszahlung einstellen; denn die Verpflichtung des Fürsorgeverbandes ist durch die Hilfsbedürftigkeit ausschließlich und endgültig begründet. Diese Auffassung steht nicht im Widerspruch mit § 9 Abs. 1 RGr. Dort ist allerdings nur von den „anzuwendenden Kosten“ die Rede und ein ausdrückliches Verbot, die Rückzahlungsverpflichtung zur Bedingung der Hilfeleistung zu machen, nur für zukünftige, nicht aber für vergangene Unterstützung ausgesprochen. Hieraus jedoch den Schluß zu ziehen, der Gesetzgeber hätte einen bewußten Gegensatz herausstellen wollen, verbietet einmal die Gesetzesgeschichte¹²⁾, und zum andern auch die Tatsache, daß § 9 Abs. 1 RGr. offenbar nur die grundsätzliche Regel im Gegensatz zu § 9 Abs. 2 RGr. betonen soll. Denn hier ist bestimmt, daß die Unterstützung, wenn der Unterstützte Vermögen hat, unter bestimmten Umständen von einer Sicherstellung der aufzuwendenden Kosten abhängig gemacht werden darf; und diese Vorschrift gestattet deshalb auch den Schluß, daß im Gegensatz dazu das nachträgliche Verlangen einer Sicherstellung verboten ist. Das einzige Mittel, mit dem der Fürsorgeverband auf den Unterstützten einwirken darf, um dessen Mitwirkung bei der Verhütung der

Verjährungsfolgen zu erreichen, ist deshalb der Hinweis auf die sonst drohende Klagerhebung und die damit entstehenden Kosten.

Entschließt der Fürsorgeverband sich zur Klage, so klagt er zweckmäßig auf Feststellung. Bei einer Leistungsklage läuft er Gefahr, daß sie auf die Einrede aus § 25 Abs. 2 FÜRPSfW. als „zur Zeit unbegründet“ abgewiesen wird, und ihm die Kosten zur Last fallen. Der Erfolg der Verjährungsunterbrechung wird aber gemäß § 212 BGB. auch in diesem Fall erzielt, weil die Abweisung als „zur Zeit unbegründet“ eine Entscheidung in der Sache selbst und nicht nur eine reine Prozeßabweisung enthält.

Im übrigen bietet die Unterbrechung oder Hemmung der Verjährung bei den hier fraglichen Erbschaftsprüfungen kaum etwas Besonderes. Mit Rücksicht auf die in der Praxis der Fürsorgeverbände immer wieder auftauchende Befürchtung, daß die Unterbrechung der Verjährung durch vertragliches Schuldanerkenntnis gemäß § 781 BGB. gegen das Gesetz verstoße, weil sie eine durch § 225 BGB. verbotene Verlängerung der Verjährung durch Rechtsgeschäft enthalte, soll hier jedoch noch ausdrücklich festgestellt werden, daß diese Sorge unbegründet ist; denn es handelt sich lediglich um die Begründung einer neuen Schuld mit eigener Verjährung¹³⁾.

RM. Dr. Friedr. Wolfgang Sagedorn, Wesermünde-Lehe.

Prozeßbetrug nach der Zivilprozeßnovelle?

Das Gesetz zur Änderung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten v. 27. Okt. 1933 hat dem alten Streit über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Prozeßklüge ein Ende bereitet. Nach dem neuen Abs. I des § 138 haben die Parteien ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und der Wahrheit gemäß abzugeben. Die Novelle enthält jedoch keine Bestimmungen darüber, welche Folgen in prozeßualer, bürgerlich- oder strafrechtlicher Beziehung bei einer Verletzung dieser Wahrheitspflicht eintreten. Soll diese aus der nationalsozialistischen Weltanschauung endlich zum Gesetz erhobene Forderung eine lex imperfecta geblieben sein? Dem Rahmen dieses Aufsatzes entspricht es nur, für das strafrechtliche Gebiet unter Zugrundelegung der bisherigen Grundzüge der Rechtsprechung zu prüfen, ob eine Verletzung der Wahrheitspflicht einen vollendeten oder versuchten Prozeßbetrug darstellt. Das muß grundsätzlich auch heute noch gemäß der ständigen Rechtsprechung des RG. verneint werden bei allen Verfahrensarten, in denen eine gerichtliche Entscheidung ohne Nachprüfung des tatsächlichen Parteivorbringens zu ergeben hat (§§ 331 Abs. 1, 688, 699 ZPO.). In diesen Fällen bildet sich der Richter grundsätzlich keine Überzeugung über die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der Parteiangaben, er kann daher durch unrichtige Angaben regelmäßig nicht in einen Irrtum versetzt werden. Wenn er sich trotzdem eine irrtümliche Ansicht über die Angaben der Partei bildet, so ist dieser Irrtum nicht ursächlich für die gerichtliche Entscheidung und den Vermögensschaden des Gegners (RG. 20, 391; 42, 410; über Sonderfälle vgl. RG. 59, 105 = JW. 1925, 1498; RG. 65, 33 = JW. 1931, 1198).

Aber auch für das kontradiktorische Verfahren bietet bei Zugrundelegung der bisherigen Rechtsprechung die neue Vorschrift leider keine Möglichkeit, unrichtiges Parteivorbringen für sich allein als vollendeten oder versuchten Betrug zu bestrafen. Die Anwendung des § 263 StGB. wurde von der Rechtsprechung bei wahrheitswidrigem Vorbringen im kontradiktorischen Parteiverfahren — im Gegensatz zu Verfahren mit Amtsbetrieb — ständig mit der Begründung abgelehnt, der Richter dürfe das einseitige bloße Parteivorbringen nicht seiner Entscheidung zugrunde legen, täte er es doch, so sei diese Pflichtwidrigkeit allein ursächlich für die Entscheidung und den Schaden des Gegners (RG. 5, 321; 16, 193; 36, 114; 39, 143; 63, 391 = JW. 1930, 2058; 1931, 1813 u. 1814; 1932, 3557; Sonderfall RG. 50, 95). Davan ist durch die neue Vorschrift nichts geändert. Der Parteibetrieb ist nicht zum Amtsbetrieb umgewandelt. Auch die neue Vorschrift des Abs. I in § 138 gestattet es dem Richter nicht, auf Grund des einseitigen Parteivorbringens allein die Entscheidung zu fällen. Obwohl den Parteien gesetzlich eine Wahrheitspflicht auferlegt ist, darf er dem einseitigen Parteivorbringen allein auch jetzt nicht vertrauen.

Wenn somit auch § 138 Abs. 1 ZPO. in strafrechtlicher Beziehung bedeutungslos ist, so gewähren doch andere Vorschriften der Zivilprozeßnovelle die Möglichkeit, häufiger als bisher zu einer Bestrafung wegen Prozeßbetruges bei unrichtigen Angaben zu gelangen. In den oben angegebenen Entscheidungen hat das RG. betont, daß ein vollendeter oder versuchter Prozeßbetrug nur dann aussteht, wenn sich die Parteien auf ihre unrichtigen Angaben beschränkt haben. Dagegen sah die Rechtsprechung vollendeten oder versuchten Betrug für gegeben an, wenn die Partei ihren unrichtigen Behauptungen durch echte oder gefälschte Beweismittel den Anschein der Wahrheit gab, da in diesem Falle der Richter, ohne selbst eine Pflichtwidrigkeit zu begehen, durch Täuschung zu einer unrichtigen Entscheidung gelangte oder — beim Versuch — gelangen sollte (vgl. bes. RG.: JW. 1931, 1814; 1932, 3557). Die Zivilprozeßnovelle hat nun

⁹⁾ Vgl. die Vorentwurfsbegründung a. a. O. (Anm. 3).

⁹⁾ Reichsgrundsätze über Voraussetzung, Art und Maß der öffentlichen Fürsorge, i. d. Fassung v. 1. Aug. 1931 (RGBl. I, 441).

¹⁰⁾ Vgl. hierzu den Runderlaß des PrWidZ. v. 9. Dez. 1932 (IV W 3202/9, 12 [WBl. 1275]), der die ihm unterstellten Behörden anweist, die Verjährung grundsätzlich ablaufen zu lassen.

¹¹⁾ Vgl. hierzu die Stellungnahme Wittelschöfers a. a. O. S. 403.

¹²⁾ Vgl. § 9 Abs. 1 RGr. in der früheren Fassung v. 4. Dez. 1924 (RGBl. I, 767) und Nachrichtenblatt 1931, 239.

¹³⁾ Staudinger-Röber, Bem. VIII zu § 780 BGB.

durch Art. IV b 11 an die Stelle der bisherigen Vorschriften über den Beweis durch Eid die — uneidliche oder eidliche — Parteivernehmung gesetzt und deren Verwertung für die gerichtliche Entscheidung nach § 286 ZPO. vorgeschrieben. Daraus geht eindeutig hervor, daß Parteibehauptungen, die anläßlich einer solchen offiziellen Parteivernehmung aufgestellt werden, nicht als bloße Parteibehauptungen zu gelten haben. Durch die Anordnung der offiziellen Parteivernehmung werden diese Angaben aus dem eigentlichen Parteivortrag herausgehoben. Sie stehen, wenn auch vielleicht nur selten im Werte, so doch im Wesen den übrigen Beweismitteln gleich (vgl. Volkmar: JW. 1933, 2433). Der Richter begehrt daher keine Pflichtwidrigkeit, wenn er auf diese anläßlich einer offiziellen Parteivernehmung gemachten Angaben seine Entscheidung stützt. Er ist sogar gesetzlich verpflichtet, sie wie ein anderes Beweismittel zu werten und notfalls mit ihnen allein seine Entscheidung zu begründen. Bei unrichtigen Angaben anläßlich einer solchen Parteivernehmung wird daher auch bei Zugrundelegung der bisherigen Rechtsprechung vollendeter oder versuchter Betrug schon dann anzunehmen sein, wenn sich die Partei keiner weiteren Beweismittel bedient.

M. u. R. Dr. Denkendorff, Stettin.

Anwendung der VollstreckVO. auf fertige Waren.

ZW. 1933, 2378 befragt Schmidt, Hamborn, die Anwendung des § 18 Abs. 4 W.D. v. 26. Mai 1933, wonach der Richter dem Schuldner unter einstweiliger Einstellung der Zwangsvollstreckung Ratenzahlung bewilligen soll, und wirt die Frage auf, wie das bei der Pfändung von Waren, z. B. bei einem Kolonialwarenhändler, durchgeführt werden soll. In diesem Fall hält Jonas die einstweilige Einstellung für unpraktisch, weil die Pfändung aufrechterhalten und der Verkauf dem Schuldner verboten würde. Schmidt sieht die Lösung in der Befugnis, gemäß § 325 ZPO. eine anderweitige Verwertung der Pfandsache anzuordnen: Der Schuldner behält die gepfändeten Waren und darf sie im Geschäft verkaufen mit der Auflage, den Erlös oder einen angemessenen Teil davon an den Gläubiger abzuführen. Dadurch wird die Stilllegung des Geschäfts verhindert und der Schuldner instand gesetzt, die auferlegten Raten zu bezahlen. Es soll ihm die übliche Handelsspanne von einem Drittel des Erlöses belassen werden, wenn er seinen Unterhalt nicht mit ungepfändeten Waren verdienen kann.

Daß ein solches Verfügungsrecht des Schuldners sich mit der Verstrickung nicht vertrage, hält der Verf. für unbegründet. Er will sogar dem Schuldner erlauben, die Pfandmarken selbst zu entfernen, und betont, daß der Erlös in die Verstrickung eintritt. Es mag wohl solche Schuldner geben, die die Auflage beachten, auch das vom Verf. verlangte Verbot, gepfändete Waren mit ungepfändeten zu vertauschen. Aber bei den meisten Schuldnern wird die Ausführung an dem Mangel einer Kontrolle scheitern. Sind die Pfandmarken entfernt, so können die gepfändeten Waren nicht mehr von gleichartigen anderen unterschieden und gesondert behandelt werden. Auch wenn das ganze Lager gepfändet ist, bezieht der Kaufmann doch regelmäßig neue Ware und vermischt sie mit der alten. Das Bestreben, dem Schuldner zu helfen, führt zu einem Mißerfolg der Pfändung. Die Lage des Gläubigers ist kaum anders als wenn in Anwendung von Abs. 2 des § 18 die Zwangsvollstreckung aufgehoben wird. Schmidt will die Aufhebung im Interesse des Gläubigers vermeiden, während Tenius: MZ. 1933, 248 sie für nötig hält, da der Schuldner vom Warenerlös leben müsse.

Man sieht hieran, daß die W.D. nicht auf Waren paßt, die der Schuldner zum Verkauf bereit hält. Der Kaufmann braucht seine Einrichtung, seine Kundschaft, seinen Kredit und muß diese Dinge behalten, um seinen Betrieb fortzusetzen. Er braucht auch Waren, muß aber nicht in Besitz gerade derjenigen bleiben, die er jeweils auf Lager hat. Sie sind keine Vorräte wie die Rohstoffe des Handwerkers, sondern laufen durch. In JW. 1933, 2232* ist ausgeführt, daß der Kaufmann, der auf Kredit gekauft hat, mit dem Erlös nach den Regeln einer gesunden Wirtschaft in erster Linie seine Warenschulden zu begleichen hat und daß sein Betrieb nicht geschädigt wird, wenn das an seiner Stelle der Gerichtsvollzieher tut. Es entgeht ihm zwar der regelmäßige Geschäftsgewinn aus dieser Ware, aber er kann, um seinen Unterhalt zu fristen, andere Ware verkaufen. Ist sein ganzes Lager gepfändet und sein Kredit für andere Ware erschöpft, so ist sein Geschäft nicht mehr lebensfähig und verdient keinen ausnahmsweisen Schutz. Auch § 811 ZPO. hat die Fertigware nicht zur Kompetenz erklärt und § 18 W.D. will den Schutz des § 811 nur dahin erweitern, daß außer den unentbehrlichen Sachen auch die dem persönlichen Gebrauch oder der Erwerbstätigkeit dienenden unter gewissen Voraussetzungen frei sind. Im übrigen ist die Beschaffenheit der Sache und ihre Beziehung zum Schuldner die gleiche. Zu den Vorräten im Sinne des § 18 gehören also nur solche Dinge, wie sie schon im § 811 Ziff. 5 für den Handwerker usw. geschützt sind. Es ist somit kein Zufall, daß es so schwer fällt, die W.D. auf Lagerware anzuwenden.

RGPräs. P r o b s t, Ellwangen.

Zur Frage, ob ein Wiederverkäufer nach dem 1. Sept. 1933 Waren ausgehen darf, denen vor dem 1. Sept. Gutscheine beigegeben worden sind.

(Vgl. JW. 1933, 1863 und JW. 1933, 2041.)

Stellungnahme des Herrn Reichsministers der Justiz.

Zu der Frage, was unter „vorher eingeleiteten Zugabegeschäften“ i. S. des § 3 Abs. 2 Gef. über das Zugabewesen v. 12. Mai 1933 zu verstehen sei, habe ich in meinem Schreiben v. 14. Juni d. J. die Auffassung vertreten, daß darunter nur Zugabegeschäfte verstanden werden könnten, die dem Zugabempfänger selbst gegenüber eingeleitet worden seien. Wie die Erfahrungen gezeigt haben, führt die Vorschrift bei dieser Auslegung zu erheblichen Schwierigkeiten, namentlich für solche Warenpackungen, die in ihrem Inneren Gutscheine enthalten und die schon vor längerer Zeit in den Verkehr gebracht worden sind. Mit Rücksicht hierauf habe ich die Frage zusammen mit dem Herrn Reichswirtschaftsminister erneut geprüft mit dem Ergebnis, daß sich nach dem Zweck der Vorschrift auch eine andere, wenn auch im Wortlaut nicht genau zum Ausdruck gelangte Auslegung vertreten läßt. Der wirtschaftliche Zweck der Vorschrift geht dahin, die Abwicklung der im Umlauf befindlichen Gutscheine ohne Härte zu ermöglichen. Diesem Zweck entspricht die Auslegung, daß alle Packungen mit Gutscheinen, die vor dem 1. Sept. d. J. in den Handel gebracht worden sind, auch nach diesem Zeitpunkt an die Verbraucher weitergegeben werden dürfen. Doch dürfen diese Gutscheine nach dem 31. Dez. d. J. nur noch durch Zahlung des wahlweise angebotenen Barbetrags eingelöst werden. Nach dem 31. Aug. 1933 dürfen die Gewerbetreibenden, die die Hauptwaren durch den Vertrieb an den Zwischenhandel oder Einzelhandel in Lauf setzen, also in der Regel die Fabrikanten der Hauptware, keine Waren mehr mit Zugabegutscheinen in den Handel bringen. Von dieser Rechtsauffassung werden die Landesjustizverwaltungen unterrichtet werden. Ich stelle anheim, den interessierten Firmen von dem Inhalt des Schreibens Kenntnis zu geben.

Im Auftrag
gez. Dr. Jonas.

Nr. I i 899 v. 10. Aug. 1933.

Entgegnungen.

Kassenärztliche Vereinigung Deutschlands.

I.

Von Prof. Dr. Luß Richter, Leipzig.

II.

Herr Prof. Dr. Luß Richter vertritt die Ansicht, daß neuerdings ein Honoraranspruch des einzelnen Zahnarztes gegen die Krankenkassen nicht mehr bestehe, daß vielmehr die Vergütung der Dienste von der Kasse nur der KZVD. oder der KZWD. geschuldet werde.

Ich halte diese Ansicht hinsichtlich der KZVD. nicht für zutreffend. Ausdrücklich ausgesprochen ist diese Rechtswirkung hinsichtlich der KZWD. nirgends, soweit ich sehen kann, und der § 1 W.D. über die KZVD. v. 27. Juli 1933 (RWB. 540) kann m. E. mit seinem Wortlaut: „Träger der Beziehungen der Kassenzahnärzte zu den Krankenkassen (§ 225 W.D.) ist die KZVD.“, die Annahme dieser Rechtswirkung nicht rechtfertigen. Es ist nirgends ersichtlich, daß durch diesen Satz diese besondere Wirkung ausgesprochen werden sollte, die im Rahmen der bisherigen Regelung der Rechtsbeziehungen zwischen Zahnärzten und Krankenkasse nicht gegeben war. Bisher waren Träger dieser Beziehungen im wesentlichen der Reichsverband der Zahnärzte Deutschlands und seine Unterverbände. M. E. ist der Sinn der gesetzlichen Regelung des § 1, daß an die Stelle des bisherigen Trägers der Beziehungen die KZVD. als neuer Träger tritt.

In der Tat ist auch bei der KZVD. die tatsächliche Übung heute noch so, daß sie sich von dem einzelnen Zahnarzt seine Ansprache auf Vergütung gegen die Krankenkasse abtreten läßt. Also steht sie selbst nicht auf dem Standpunkt, daß ihr diese Ansprüche ohne weiteres zustehen.

Richtig ist, daß diese Regelung bei der KZVD. eine andere ist, das beruht aber auf den von Herrn Prof. Dr. Luß Richter bereits angegebenen Bestimmungen aus dem Jahre 1932, nämlich auf einer Ausführungs- und Überleitungsbestimmung über das Kassenzahnärztliche Dienstverhältnis v. 30. Dez. 1931 (RWB. 32, 2 ff. § 33), wonach die Gesamtvergütung, die der Kasse für die ärztliche Leistung aus dem Gesamtvertrag obliegt, von der Kasse an die Kassenzahnärztliche Vereinigung entrichtet wird, und nur diese einen Anspruch auf die Gesamtvergütung geltend machen kann, während der Arzt seine Vergütungsansprüche nur gegen die KZVD. seiner Niederlassung geltend machen kann. Die auf Grund dieser Bestimmung vorgenommene Ergänzung der W.D. fügt dann diese Regelung als § 368 e in die W.D. ein, jedoch ist diese Bestimmung nicht für Zahnärzte in Geltung gesetzt worden.

Die Frage hat eine gewisse praktische Bedeutung, z. B. für die

Frage, weri gegenüber der Gläubiger eines Zahnarztes dessen Ansprüche aus Kassenbehandlung pfänden muß. Praktisch ist auch unter dem gegenwärtigen Rechtszustand nach dem oben gesagten die Pfändung gegenüber der KZVD, der Inkassofessionarin, durchaus die Regel, der Gläubiger erfährt dort sämtliche Kasseneinnahmen seines Schuldners, jedenfalls zur Zeit aus den KZV-Kassen, weil dieser zwangsläufig über die KZVD abrechnen muß, wie er es bisher in der Zeit, in der der Reichsverband der Zahnärzte Deutschlands Träger der Beziehungen zu den Krankenkassen war, nach den Satzungen dieses Verbandes durch dessen Bezirksgruppe oder Landesverband tun mußte.

Ich habe in anderem Zusammenhang schon darauf hingewiesen, daß hier eine gewisse Gefahr besteht, deshalb, weil m. E., und dahin geht auch die überwiegende Ansicht der Gerichte, kein Schutz des Zahnarztes auf Grund der Lohnbeschlagnahmebestimmungen besteht und ihm deswegen unter Umständen zeitweise seine gesamten Einnahmen weggepfändet werden können, in denen zum ganz erheblichen Teil seine Aufwendungen für seine Praxis und die Rohmaterialien stecken, so daß der betreffende Zahnarzt, wenn er keine nennenswerten Einnahmen aus Privatpraxis hat, praktisch lahmgelagt werden kann.

H. Dr. S. Dallwig, Frankfurt a. M.

III.

Schlufwort.

Trotz der verständlichen, übrigens zum Teil auch bei den Ärzten zutreffenden, praktischen Bedenken, die vorwiegend aus der wirtschaftlichen Interessensphäre stammen, glaube ich, an meiner Auffassung festhalten zu müssen, wonach auch im Bereich der KZVD vom 27. Juli 1933 (RSt. I, 540) alleinige Gläubigerin des Vergütungsanspruches gegen die Krankenkasse die Kassenzahnärztliche Vereinigung Deutschlands ist und die einzelnen Zahnärzte sich an diese zu halten haben. Zur Begründung ist zu verweisen auf die durchgängige und offenbar absichtlich eingeführte Parallelität der neuen Regelungen für Kassenzahnärzte und für Kassenärzte und auf den Wortlaut des § 1 KZVD, wonach eben die KZVD „Träger“, d. h. Rechtssubjekt, schlechthin „der“, d. h. aller, Beziehungen der Kassenzahnärzte zu den Krankenkassen ist. Ein Hinweis auf die Gestaltung der lektorvorangegangenen Zeit, in der das Gesetz sich um die Kassenzahnärztlichen Beziehungen sehr wenig gekümmert hat, kann demgegenüber nicht verlangen. Zugegeben ist, daß ein gewisses Maß von Unklarheit besteht; dieses könnte durch eine öffentliche Äußerung des RStM. beseitigt werden.

Prof. Dr. Luz H. ter, Leipzig.

Die Unterwerfung vor dem Finanzamt während des Berufungsverfahrens.

I.

Von Dr. Meister: JW. 1933, 2259.

II.

Die Ausführungen Meisters: JW. 1933, 2259, nach denen ein Unterwerfungsverfahren gem. § 445 RAbgD. auch nach Erlass eines strafgerichtlichen Urts. möglich sein soll, sind m. E. nicht haltbar.

Sie stehen zunächst in Widerspruch zu dem grundsätzlichen Verhältnis, das die RAbgD. zwischen Verwaltungsstrafverfahren einerseits und gerichtlichen Verfahren andererseits vorgenommen hat. Nach § 464 RAbgD. verliert das FinA. die Befugnis zur Rücknahme des Strafbescheides mit der Übersendung der Akten an die StA. Von diesem Zeitpunkt an bis zur Eröffnung der Hauptverhandlung kann das FinA. nur noch mit Zustimmung der StA. den Strafbescheid zurücknehmen. Nach der Eröffnung der Hauptverhandlung muß außerdem noch zustimmen, wer die gerichtliche Entscheidung beantragt hat. Nach Verkündung des Urteils 1. Instanz ist die Rücknahme des Strafbescheides überhaupt ausgeschlossen. — Nach § 465 RAbgD. gilt das Entsprechende für die Rücknahme des Antrags auf gerichtliche Entscheidung seitens des Antragstellers. —

Daß mit dieser Regelung zugleich auch die Grenzen für die Herrschaft der Parteien (auch das FinA. ist ja im gerichtlichen Verfahren nur noch Nebenkläger) über den Prozeß gezogen sind, darüber hat bisher wohl Übereinstimmung bestanden. Außerhalb dieser Grenzen kann das FinA. insbef. den Strafbescheid auch nicht mehr abändern, da auch diese Möglichkeit der Rücknahme des Strafbescheides zur Voraussetzung hat (vgl. § 461 RAbgD.). Das Einigsein zwischen FinA. und Beschuldigten genügt also nach Übersendung der Akten an die StA. nicht mehr. Folgerichtig auch dann nicht mehr, wenn es in einen typischen Fall — nämlich das Unterwerfungsverfahren¹⁾ —

einmündet. Ein solches Verfahren — oder besser: die Wiederermöglichung eines solchen Verfahrens — bedarf in diesem Stadium der Zustimmung der StA.

Nach Erlass des Urteils 1. Instanz ist für ein Unterwerfungsverfahren gar kein Raum mehr. Die Ansicht Meisters, das Urteil könne durch ein nachträgliches Unterwerfungsverfahren „konsumiert“ werden, verkennt die hervorgehobene Bedeutung des Strafrichters gegenüber dem FinA. (Nebenkl.), wenn das Strafverfahren erst einmal an ihn gelangt ist. Der Strafrichter hat nach § 469 RAbgD. gegenüber dem Strafbescheid eine völlig ungebundene Stellung, insbes. kann er auch eine reformatio in pejus vornehmen. Nach Meisters Ansicht würde dies Recht praktisch hinfällig, sofern nur das FinA. an seinem Strafbescheid und der darin festgesetzten Strafe festhalten will. Eine etwa vom Strafrichter erkannte zusätzliche Freiheitsstrafe wird nachträglich im Unterwerfungsverfahren aus der Welt geschafft.

Die „Konsumierung“ des Strafurteils durch Vereinbarung der Parteien widerspricht aber auch der maßgebenden Auffassung von Wesen und Wirkung eines Staatshoheitsaktes. Wenn es sich nicht gerade um das Urteil in einem Strafverfahren handelte, würde jeder schon gefühlsmäßig die „Konsumierung“ eines Strafurteils durch nachträgliches Parteibereinkommen für unmöglich halten. Meister verlangt nun aber im Strafverfahren „zivilprozessuale Züge“: Dem FinA. sei es nicht darum zu tun, den Beschuldigten der Inquisition durch den Strafrichter auszuweichen; ihm komme es im wesentlichen nur darauf an, daß die Strafstrafe gezahlt wird. — Ganz abgesehen davon, daß nach dem bereits erörterten Verhältnis von Strafrichter zu FinA. maßgebend ist, worauf es dem Strafrichter ankommt, ist auch ein Vergleich mit der Parteienherrschaft über das Zivilurteil nicht angebracht. Denn soweit dieses den Parteien verzichtbare Rechte zuspricht, bietet es gleichsam aus sich selbst heraus die Möglichkeit, seine Folgen durch neue Vereinbarungen zu erlösen. Durch das Strafurteil dagegen entsteht ein Vollstreckungsanspruch des Staates, dessen Aufhebung nur durch diesen selbst innerhalb der gesetzlich vorgesehenen Möglichkeiten erfolgen kann. Dem FinA. steht es weder in seiner Eigenschaft als Nebenkl. noch als Reichsbehörde zu, über den Strafvollstreckungsanspruch des Landes zu verfügen²⁾.

RegAff. Dr. Cremer, Altona.

III.

Die Zulässigkeit der Unterwerfung vor dem FinA. während des gerichtlichen Strafverfahrens wird von Meister: JW. 1933, 2259 und vorstehend von Cremer erörtert. Meister scheint es für anerkanntes Recht zu halten, daß bis zum Urteil erster Instanz das gerichtliche Verfahren jederzeit durch Unterwerfung erledigt werden könne³⁾. Er geht selbst weiter, indem er eine Unterwerfung auch noch nach Erlass eines Urteils für möglich erachtet. Cremer ist im Gegensatz hierzu der Ansicht, daß das Unterwerfungsverfahren nur bis zum Erlass des Urteils erster Instanz zulässig ist und auch hier nur nach vorheriger Zurücknahme des Strafbescheides durch das FinA.

Die Ausführungen Cremers entsprechen der bisher einhelligen Ansicht des Schrifttums⁴⁾. Ihnen ist vom Standpunkt des geltenden Rechts, das scharf zwischen dem Verwaltungsstrafverfahren und dem gerichtlichen Strafverfahren unterscheidet, unbedingt beizutreten. Meister irrt, wenn er meint, die Unterwerfung sei eine Sonderheit des Steuerrechts; den FinA. sei es dabei „nicht darum zu tun, dem Beschuldigten der Inquisition durch den Strafrichter auszuweichen“. Die Unterwerfung ist nur eine besondere Art des auch im Verwaltungs- und Polizeistrafrecht bekannten Submissionsverfahrens⁵⁾; die FinA. sind hinsichtlich der Steuerzuwiderhandlungen regelrechte Strafverfolgungsbehörden. Sie werden insoweit⁶⁾ nicht im steuerfiskalischen Interesse tätig, sondern zur Durchsetzung des staatlichen Strafantrags⁶⁾. Die Unterwerfung ist schließlich auch nicht mit dem zivilprozessualen Anerkenntnisurteil zu vergleichen. Sie ist vielmehr eine in gleicher Weise den Belangen der Verwaltung wie des Be-

¹⁾ Über die besonderen Befugnisse des RStM. zur Niederschlagung von Steuerstrafen vgl. § 477 RAbgD.

²⁾ Tatsächlich wird diese Ansicht m. W. jedoch anderweit nicht vertreten. Die Berufung auf Becker geht fehl. Becker steht unzulässig auf dem hier vertretenen Standpunkt.

³⁾ Vgl. Becker, Dem. 4 zu § 410; Groth, Wegweiser durch das Steuerstrafrecht, S. 70; Crispolti, Lehrb. des Steuerrechts I § 120 IV c. Im wesentlichen gl. M. auch Cattien, Reichssteuerstrafrecht und Reichssteuerstrafverfahren, Anm. V zu § 410.

⁴⁾ Vgl. z. B. § 34 PostG.

⁵⁾ Daß die Strafe nach der jetzt endlich wieder herrschend werdenden Ansicht der Abschreckung dient, hat hiermit nichts zu tun.

⁶⁾ Deshalb ist der Vergleich mit den ganz andere Ziele verfolgenden Amnestiebeschlüssen verfehlt.

¹⁾ Vgl. u. a. auch Kolb, RAbgD., 2. Aufl., Anm. 352.

schuldigten dienende erleichterte Art der Erledigung des Verwaltungsstrafverfahrens⁷⁾.

Cremer stellt die Entscheidung demnach mit Recht darauf ab, ob das FinA. durch Zurücknahme des Strafbefehdes ein Verwaltungsstrafverfahren wieder ermöglichen kann. Denn nur dieses kann durch eine Unterwerfungsverhandlung abgeschlossen werden. Dabei ist aber darauf hinzuweisen, daß es zu einer „außergerichtlichen Einigung“ nicht unbedingt der Zurücknahme des Strafbefehdes bedarf. Eine — der Unterwerfung im Hinblick auf die Kostenfrage allerdings nicht gleichwertige, auch formell anders geartete — „außergerichtliche Einigung“ ist, solange eine gerichtliche Entscheidung noch nicht ergangen ist, auch dadurch möglich, daß das FinA. den Strafbefehl ändert, und daß der Beschuldigte nunmehr den Antrag auf gerichtliche Entscheidung zurücknimmt⁸⁾.

Nach dem geltenden Rechte sind die Unterwerfung und deren Genehmigung in dem von Meister mitgeteilten Falle mithin nichtig. Der Ansicht der StL., daß die vom SchöffG. verhängte Strafe durch die Zurücknahme der Berufung rechtskräftig geworden sei, ist zuzustimmen. Der von dem Beschuldigten an das FinA. gezahlte Betrag von 3000 RM⁹⁾ ist zurückzuführen.

Vom Standpunkt des kommenden Rechts erscheint mir dagegen die Ansicht Cremers bedenklich, daß es dem FinA. nicht zustehe, über den durch das gerichtliche Urteil entfallenden Strafvollstreckungsanspruch des Landes zu entscheiden. Die Unzulässigkeit der Erledigung des gerichtlichen Strafverfahrens durch Unterwerfung folgt allein aus der Tatsache, daß das Verwaltungsstrafverfahren durch den Antrag auf gerichtliche Entscheidung vorläufig abgeschlossen ist¹⁰⁾, und daß das FinA. und der Beschuldigte in das gerichtliche Strafverfahren nur insoweit eingreifen können, als sie nach Maßgabe der §§ 461, 464, 465 Abs. 2 durch Zurücknahme des Strafbefehdes oder des Antrags auf gerichtliche Entscheidung die Verkündung eines gerichtlichen Urteils erster Instanz verhindern können¹¹⁾. Man kann dagegen nicht zwischen Strafanprüchen des Reiches und des Landes unterscheiden¹²⁾. Durch die Steuerwiderverhandlung kann nur ein Strafanpruch entstehen, der in seinem Wesen nicht dadurch berührt wird, ob die Strafe von einer Reichsbehörde oder in erster Instanz von einem Gericht des Landes verhängt wird.

Aus diesem Grunde dürften die Ausführungen Meisters für die kommende Rechtsgestaltung bedeutungsvoll sein. Die Trennung des gerichtlichen Strafverfahrens vom Verwaltungsstrafverfahren beruht auf der mit dem einheitlichen Imperium des nationalsozialistischen Staates nicht vereinbaren liberalistischen Lehre von der Teilung der Gewalten. Mag man auch im neuen Recht dem Beschuldigten die Wahl zwischen dem Beschwerdebewege und dem Antrage auf gerichtliche Entscheidung lassen, so erscheint es doch sachlich nicht begründet, daß die Existenz eines gerichtlichen Urteils die einfachere Erledigung des Strafverfahrens durch Unterwerfung verbietet. Es ist nicht einzusehen, wieso die Rechtsordnung ein Interesse daran haben kann, daß sich noch ein Gericht mit der Sache befaßt und den Beschuldigten nach öffentlicher Verhandlung, womöglich unter Aufgebot von Zeugen und Sachverständigen, aburteilt, wenn dieser bereit ist, die vom FinA. für angemessen erachtete Strafe unter Verzicht auf Rechtsmittel anzuerkennen¹³⁾. Die Befürchtung, daß eine Erweiterung seiner Befugnisse von einem FinA. mißbraucht werden könnte, dürfte keinen ausreichenden Gegengrund bilden; die Möglichkeit eines Mißbrauchs ließe sich auch un schwer durch entsprechende Ausgestaltung der Vorschriften ausschließen.

RegA. Dr. Crisofli, FinA. Brandenburg in Berlin.

⁷⁾ Sie bedeutet nicht, wie Meister annimmt, daß der Beschuldigte sich hierdurch der weiteren Verfolgung entziehen könne. Sie enthält vielmehr ein dem Strafbefehl oder Strafteil wessensgleiches Straferkenntnis. — Im übrigen ist Cremer auch nach meinen Erfahrungen darin zuzustimmen, daß die überwiegende Mehrzahl der Steuerstraffachen im Wege der Unterwerfungsverhandlung abgeschlossen wird.

⁸⁾ Vgl. Crisofli, „Die Beendigung des Steuerstrafverfahrens, insbes. des gerichtlichen Steuerstrafverfahrens“; WZSchr. f. St. u. F. 1931, 708.

⁹⁾ Nicht nur 1500 RM, wie Meister als Folge der herrschenden Ansicht annimmt. Meister übersieht, daß die von den Gerichten verhängten Strafen dem Reichsfiskus nicht mehr zufallen. Der Beschuldigte hat also einen — übrigens weder vor den ordentlichen Gerichten noch im Berufungsverfahren verfolgbar — Anspruch auf Erstattung des gesamten Betrages.

¹⁰⁾ Vgl. Crisofli; WZSchr. f. St. u. F. 1931, 701.

¹¹⁾ Aus dem gleichen Grunde ist es dem FinA. auch nicht möglich, das Beschwerdeverfahren durch Aufnahme einer Unterwerfungsverhandlung zu erledigen, obwohl es hier über den Strafanpruch des Reiches verfügen würde.

¹²⁾ Dabei soll dahingestellt bleiben, inwieweit im Dritten Reiche überhaupt noch von einer unabhängigen Landesgewalt die Rede sein kann.

¹³⁾ Das gleiche gilt natürlich auch für die Erledigung des Beschwerdeverfahrens durch Unterwerfung.

Das Recht der gemeinschaftlichen Brandmauer.

Die Ausführungen von Wulle: JW. 1933, 2506 bedürfen der Ergänzung. Wulle übersieht meinen im September erschienenen Aufsatz über Bau und Anbau (ArchZivPr. 138, 80 ff.), in dem ich mich eingehend mit Schrifttum und Praxis zu den Fragen des Kommunalmauerrechts auseinandergesetzt habe. Dort ist dargelegt, daß sachenrechtliche Erwägungen überhaupt nicht zu einem annehmbaren Ergebnis führen (vgl. S. 81—89). B. wird weder Eigentümer des auf seinem Boden stehenden Teils der von A. errichteten Mauer, noch werden beide Miteigentümer an der Mauer (so Meisner-Stern, Nachbarrecht, S. 122 f., 127), noch auch kann B. die Mauer als Grenzeinrichtung gemäß § 922 zum unentgeltlichen Anbau für sich in Anspruch nehmen (a. a. D. S. 87, 88). Abzulehnen ist aber auch die Ansicht des OLG. Hamm: JW. 1933, 2015, die einen Anspruch des A. gegen den B. aus ungerechtfertigter Bereicherung des B. um das Eigentum an dem auf seinem Boden stehenden Mauerteil deshalb ablehnt, weil dieser Teil der Mauer schon von Anfang an, also schon mit dem Bau der Mauer, B.s Eigentum geworden sei. Damit hat sich das OLG. eine längst überwundene Ansicht zu eigen gemacht (vgl. a. a. D. S. 81; ferner OLG. Köln: JW. 1933, 2017).

Es kann nur keinem Zweifel unterliegen, daß A. gegen den anbauenden B. einen Anspruch auf Beteiligung an den Kosten der auch in B.s Interesse gestellten Giebelmauer haben muß. Wulle ist beizustimmen, wenn er diesen Anspruch gibt, obwohl er sich nicht erschlüssend mit der Frage auseinandergesetzt hat, ob dieser Anspruch aus einer Bereicherung des B. um Eigentum, Miteigentum oder Besitz herzuleiten ist: er gibt ihn, weil B. die Kosten der Errichtung einer Mauer erspart habe, die er — hätte A. sie nicht schon gebaut — beim Bau seines Hauses selber errichten müßte. Indem er den Anspruch des A. gegen B. aber als einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung ansieht, übersieht er folgenden wichtigen Umstand: Die Ersparnis des B. ist keine ungerechtfertigte; denn A. hat die Mauer ja gerade zu dem Zweck so auf die Grenze gebaut, daß der später anbauende Nachbar nicht selber auch eine zu bauen brauche. Das genügt aber, um die dem B. dadurch zukommenden Vorteile als mit rechtl. Grund i. S. von § 812 erlangt zu erachten. Allein aus diesem Grunde ist auch eine Bereicherung des B. um Besitz abzulehnen (vgl. a. a. D. S. 89, IX; OLG. Düsseldorf: RhM. 110, 308; Staudinger § 812 Bem. 4 S. 1681).

Den Absichten der Beteiligten voll gerecht wird die von mir a. a. D. vertretene Ansicht, daß A. gegen B. einen Anspruch aus den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag hat. Auch eine rein tatsächliche Handlung — der Bau einer Mauer — kann die Beforgung eines Geschäfts für einen anderen sein; dieser hat dem Handelnden die Aufwendungen zu ersetzen, die jener für ihn gemacht hat (vgl. meinen oben bezeichneten Aufsatz S. 89, 90).

Verf. Dr. Bull, Lübben.

Rubensowstiftung der Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald.

Preisaus schreiben.

1. Der Führergedanke als verfassungsorganisatorisches Prinzip.
2. Eine kritische Bearbeitung der Genealogie des alten Pommerschen Herzogshauses.
3. Sinn und Grenzen des Eigentums in der nationalsozialistischen Wirtschaftsauffassung.

Der Preis für die beste Bearbeitung jeder dieser Aufgaben beträgt

Eintausend Reichsmark.

Die Beteiligung an dem Wettbewerb steht jedermann frei.

Die Bewerbungsschriften sind in deutscher Sprache abzufassen und mit einem Kennwort zu versehen. Der Name des Verfassers darf nicht auf der Arbeit stehen, sondern soll auf einem Zettel in einem versiegelten Umschlag verzeichnet sein, der außen das Kennwort trägt.

Die Bewerbungsschriften müssen spätestens am 1. März 1936 bei dem Sekretariat der Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald eingeleistet werden. Die Zuerkennung der Preise erfolgt am 17. Okt. 1936.

Greifswald, den 17. Okt. 1933.

Rektor und Senat
der Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald.

Schrifttum.

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

Nationalsozialistisches Strafrecht. Denkschrift des preussischen Justizministers. Berlin 1933. H. v. Decker's Verlag G. Schenl. 143 S. Preis 0,80 RM.

Anfangs November dieses Jahres ging die Mitteilung durch die Presse, daß die amtliche Strafrechtskommission des RM. ihre Arbeit aufgenommen habe. Dadurch gewinnt die Ende September herausgegebene Denkschrift erhöhte Bedeutung. JustizMin. Kerrl und St. Sekr. Freisler geben eingangs der Denkschrift einen Überblick über die Grundgedanken des neuen Strafrechts, die sich insbes. dadurch kennzeichnen, daß in den Mittelpunkt der Betrachtungsweise die Volksgemeinschaft gestellt und die Sicherung des Rechtsfriedens erstrebt ist. Damit ist mit Recht Schluß gemacht mit der früheren liberalistischen Denkungsweise auf dem Gebiet des Strafrechts. Bei Prüfung des inhaltlich wertvollen Buches fällt zunächst rein äußerlich die Neueinteilung des Stoffes auf. Der Besondere Teil ist dem Allgemeinen Teil vorangestellt. Dies ist kein neuer, aber ein durchaus zu begründender Gedanke. Wesentlich jedoch ist, daß die Denkschrift dadurch die bisherigen Grundlagen des Strafrechts verändert, daß an Stelle der Erfolgshaftung die Gefährdungshaftung treten soll, und zwar als Willensstrafrecht in dem Sinne, daß der auf die Störung des Rechtsfriedens gerichtete verbrecherische Wille bestraft werden soll. Dies führt folgerichtig dazu, daß der Begriff „Versuch“ durch den Begriff „Unternehmen“ zu ersetzen war. Kennzeichnend insbes. für die neue Rechtsauffassung ist das Streben nach Vereinheitlichung des Täterbegriffes. Die Denkschrift kommt hier zu dem Leitsatz: „Bestraft wird, wer eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht oder zu ihrer Begehung mitwirkt.“

Der Besondere Teil ist neu gegliedert. Hier fällt vor allem auf, daß entsprechend der nationalsozialistischen Auffassung der Familie ein stärkerer Schutz gewährt werden soll. Ein besonderer Abschnitt ist dem Rasseverrat gewidmet. Und dies mit Recht! Die vorgeschlagene Einführung des Tatbestandes des Führertreubruchs verdient vollen Beifall. Es ist nicht möglich, im Rahmen einer Buchbesprechung auf alle Fragen, die die Denkschrift anspricht, einzugehen. Zusammenfassend aber kann gesagt werden, daß die Denkschrift, die zwar nicht aus einem Guß ist, eine Fülle von Anregungen für den Gesetzgeber bietet, und daß aus ihr nationalsozialistischer Geist spricht. Gerade jetzt, da nach den Pressemeldungen die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission begonnen hat, gehört die Denkschrift in die Hand jedes deutschen Juristen, damit er sich rechtzeitig mit den neuen Gedanken vertraut macht. DRegR. Sch r a u t, Berlin.

Dr. jur. Theodor Jaehner, Reg.Rat. a. D.: Der Mythos vom Recht und seine empirischen Grundlagen. München. F. Schweizer Verlag (Arthur Sellier). Preis 10 RM.

Die zum Nachdenken anregende Studie befaßt sich mit einer kritischen Betrachtung der üblichen rechtstechnischen Begriffe und sucht deren erfahrungsmäßige Grundlagen festzustellen. An Stelle des heute in der Rechtslehre bestehenden „Mythos vom Recht“ will sie die Grundlagen einer wissenschaftlichen Rechtslehre aufzeigen. Der Verf. beginnt mit der Analyse des subjektiven Rechts; er hält den Begriff für eine Fehlbildung (Hypostasie, Mythos). Sein Gedankengang ist folgender: Die „Reihen“ von typischen menschlichen Handlungen, die der menschlichen Bedürfnisbefriedigung dienen, „Genußreihen“, können durch „Störungen“ (Ausbleiben von Leistungen, Störungshandlungen) beeinträchtigt werden. Der Streit hierüber wird durch den „Richter“ (inbegriffen ist der Vollstreckungsapparat), beigelegt, und zwar ebenfalls typisch, so daß sich regelmäßige Voraussetzungen ermitteln lassen, unter denen er in bestimmter Weise eingreift. Die naive Sprache entnimmt diesen Vorgängen eine „persönliche Befähigung des Begünstigten“, das sog. subjektive Recht, und erweckt den Anschein, als ob der richterliche Schutz kausal aus dieser Berechtigung abgeleitet werde, die „mythologische Vorstellung vom subjektiven Recht“; in Wirklichkeit ist aber die Rechtsvorstellung die psychologische Folge des richterlichen Eingreifens. Der rechtliche Anspruch ist „nichts anderes als ein tatsächliches Verlangen im Reflex des richterlichen Eingreifens“, das subjektive Recht mithin „der Reflex der richterlichen Schutzhandlungen auf das handelnde (begehrende) Subjekt“. So ist der Besitz „nichts als die tatsächliche Gewalt“, das Eigentum „nichts als die einer umfassendsten Sachbenutzung entsprechende Reihe menschlicher Handlungen im Reflex jener vorgestellten Reihe richterlicher Eingriffe, die bei Störungen zu deren Gunsten auftreten“. Ähnlich werden die übrigen subjektiven Rechte bestimmt. Ein weiterer grundlegender Fehler der „Begriffsjuristerei“ er-

gibt sich nach Ansicht des Verf. beim Begriff des Rechtsverhältnisses: Nach § 241 Satz 1 BGB. ist der Gläubiger „kraft des Schuldverhältnisses berechtigt“, vom Schuldner die Leistung zu fordern. Damit ist das Recht des Gläubigers wiederum kausal abgeleitet aus dem Rechtsverhältnis anstatt aus dem richterlichen Handeln! Rechtsverhältnis und einzelner Anspruch stehen aber nicht in Kaufalbeziehung, sondern im Verhältnis von Gesamt- und Teilercheinung. Überhaupt ist das Rechtsverhältnis „eine überflüssige Sprachbildung, die nur dem Bedürfnis der Bilderprache entspringt“.

Weitere Grundbegriffe geben der „Verbundtatbestand“ (Voraussetzungen für den Erwerb subjektiver Rechte), „Aufhebungstatbestand“ (Voraussetzungen für das Erlöschen dieser Rechte) und die „Störung“ (auch ein Unterlassen vertraglich gebotener Handlungen) ab. Die „Pflicht“ ist dagegen nur die Passivseite des subjektiven Rechts. Besonders typische Fiktionen sind der „Personenwechsel“ (Übertragung von Rechten) und die „verlagerten Reihen“ (Stellvertretung, Vormundschaft und Rechtsgemeinschaft). Letzteres wird mit einer überaus konsequent durchgeführten Fiktionslehre begründet. Eine besondere Begründung erfährt die Ablehnung der Rechtsübertragung: Sie ist verkehrt, einmal, weil es kein subjektives Recht gibt, dann, weil man durch die „Übertragung“ nur Voraussetzungen für selbständiges richterliches Handeln schaffen kann, da die Parteien den Richter nicht zwingen können, „mechanisch“ auch den Rechtsnachfolger zu schützen. Nicht einmal der tatsächliche Genuß des Guts läßt sich „übertragen“, da das „tatsächliche Verlangen im Erwerber psychologisch neu entstehen muß“.

Maßgebend sind stets die Grundsätze des richterlichen Handelns, und ihrer Erforschung dient die Rechtswissenschaft. Daß sie typische sind, ist eine psychologische Tatsache; insofern „ist alles Recht Gewohnheitsrecht“. Der Richter wird hierbei bestimmt durch „allerlei psychologische und gesellschaftliche Abhängigkeiten (Gemeingefühle), Gewohnheit, Nachahmung (Präjudizien), gesellschaftliche Urteile, auch Vorurteile, Erwägungen der Logik und Zweckmäßigkeit, Vergleich mit anderen Verhältnissen usw.“. Auch wenn eine Gesetzesanweisung besteht, wirken diese Faktoren noch mit, da das Gesetz nur den allgemeinen Rahmen der Tatbestände erfassen kann. „Norm“ ist der Vorstellungsreflex eines vorgestellten Übels auf die Nichtbefolgung, bei der Rechtsnorm ist dieses die richterliche Zwangsanwendung. Für die dem Richter Unterworfenen erscheinen hingegen die Grundsätze richterlichen Handelns, „die an sich rein tatsächliche Feststellungen sind“, als „Rechtsnorm“. Rechtsnormen für den Richter selbst sind nur diejenigen Grundsätze, die ein übergeordneter Machthaber ihm gegenüber erzwingt. Da aber die Bindung des Richters an das Gesetz trotz dessen Verstärkung durch Disziplinarrecht und Rechtsmittelinstanzen recht locker ist (Möglichkeit der Auslegung contra legem!), beschränkt sich die Gesetzesanweisung tatsächlich nur auf eine „Wundch-äußerung“, ein „Postulat“. „Das Zwingende und damit Rechtliche ist erst der beim Streit einsetzende richterliche Eingriff.“ Deshalb ist es falsch, wenn man bisher das subjektive Recht des einzelnen „durch den Reflex der reinen Gesetzesanweisung gebildet hat“; diese allein trägt das richterliche Handeln nicht (beim Gewohnheitsrecht fehlt eine solche Anweisung), sie wirkt vielmehr nur indirekt durch die richterliche Ausführung.

Der Verf. entwickelt seine Gedankengänge im allgemeinen klar und verständlich. Der erhebliche Wert seiner Arbeit liegt in der streng folgerichtigen Anwendung der im Anfang entwickelten Grundsätze auf eine Fülle von rechtlichen Konstruktionsproblemen. Es muß anerkannt werden, daß es dem Verf. fast durchweg gelungen ist, die Rechtsmaterie von seinem Blickpunkt aus einheitlich darzustellen, ohne dem Bestehenden allzusehr Gewalt anzutun. Vielleicht hätte eine Beschränkung in der Kritik dem Werke gut getan; daß z. B. die Degebenotverordnung keine durchlaufende Paragrafenzählung enthält, ist schließlich doch gleichgültig. Wenn sich andererseits die Darstellung jeden Eingehens auf das Schrifttum enthält, und dieses meist nur unter dem Ausdruck „die herrschende Rechtslehre“ zusammenfaßt, so ist dies im Endergebnis zu bedauern. Eine Reihe von „Problemen“ würde sich m. E. durch die Verwendung der modernen Literatur erübrigen, da sich der Verf. verschiedentlich gegen Ansichten wehrt, die er heute in Deutschland nicht mehr findet.

Eine kritische Erörterung aller einzelnen Thesen des Verf. ist unmöglich; die Besprechung muß sich daher auf die Grundfragen beschränken: Die grundsätzlichen Abweichungen im Standpunkt des Verf. von den heute üblichen Ansichten ergeben sich aus seiner durchaus empiristischen Einstellung, in deren Folgerungen er sich häufig mit A. V. L u n d s t e d t trifft. Hier wäre eine eingehende Auseinandersetzung mit den Ergebnissen der modernen Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie nötig gewesen. Seit den rechtsphilosophischen Arbeiten V i n d e r s dürfte eine rein empiristische Rechtswissenschaft kaum noch vorbehaltlos

hingegenommen werden. Leider schweigt sich der Verf. über diesen Punkt völlig aus. Der Begriff des rechtlichen Sollens als einer normativen Gebundenheit befindet sich nicht in seiner Schrift. Und gerade hier zeigt sich, weshalb der Verf. so stark von den heute geltenden Anschauungen vom Recht abweicht: Es genügt nicht, die Typizität der richterlichen Handlungen nur als psychologische Tatsache zu konstatieren. Der Richter ist vielmehr bei jeder seiner Handlungen pflichtgebunden. Der Begriff des Rechts unterscheidet sich von dem der Tyrannis gerade dadurch, daß die Rechts-, „normen“ den durch sie Betroffenen auch wirklich verpflichten und nicht nur, wie der Verf. für seinen Normbegriff annimmt, zwingen. Diese Pflicht des Richters besteht nicht nur bei Anwendung von Gesetzen, sondern auch bei dem Richter nach Gewohnheitsrecht. Erst diese normative Gebundenheit gibt der richterlichen Tätigkeit ihren Sinn. Das Disziplinarstrafrecht steht im Hintergrund, nur für den Ausnahmefall bestimmt, daß die Pflicht nicht erfüllt wird.

Das selbe gilt aber auch für den Einzelnen. Der Schuldner soll erfüllen (wenn es gewohnheits- oder Gesetzesrechtliche Normen von ihm verlangen). Daß der Richter ihn bei Nichterfüllung zwingen kann, spielt als psychologisches Druckmittel selbstverständlich auch eine Rolle. Aber weshalb er soll, das ergibt sich aus Gesetz oder Gewohnheitsrecht (gewiß in der Form richterlicher Auslegung!), und diese Normen, die den Richter binden, sind auch für den Einzelnen, dessen Verhalten sie betreffen, verpflichtend. Wären sie das nicht, so hätten der Staatsbürger wie der Richter Besseres zu tun, als sich nach unmaßgeblichen Bestimmungen zu richten (vgl. hierzu z. B. E. A. E m g e, Vorhule der Rechtsphilosophie, S. 31 ff.). Damit ergibt sich zwanglos, weshalb das Sollen des Einzelnen nicht aus den richterlichen Handlungen „abzuleiten“ ist: Das Gesetzes- oder Gewohnheitsrecht begründet über den pflichtgebundenen Richter hinweg die rechtliche Verpflichtung oder Befugnis des Einzelnen.

Das entspricht — im Gegensatz zur Ansicht des Verf. — auch durchaus dem, was im Rechtsverkehr als „Recht“ angesehen wird. Wer heute einen Vertrag schließt, will sich den erstrebten wirtschaftlichen Erfolg auch „rechtlich sichern“ und erstrebt deshalb bei seinem rechtsgeschäftlichen Handeln einen rechtlichen Erfolg (wie die vom Verf. kritisierte Entsch. RG. 68, 324 ff. = JW. 1908, 445 annimmt). Wer ein Grundstück kaufen will, will es nicht nur tatsächlich haben, sondern als unanfechtbarer Eigentümer erwerben. Deshalb hat es auch einen Sinn, von der Rechtsübertragung zu reden: Der Nachmann erwirbt das Recht mit dem gleichen Schutz der einen allgemeinen Rechtsnorm wie der Vorgänger. Daß der Richter verpflichtet ist, ihn ebenso zu schützen, ist ausschlaggebend; und beachtlich bleibt demgegenüber, daß niemand einen Richter zwingen kann, diesen Schutz „mechanisch zu gewähren“.

Da der Verf. den Sollensbegriff nicht kennt, faßt er das Verhältnis von richterlicher Handlung und subjektivem Recht als rein kausales auf, und er wirft deshalb der herrschenden Lehre vor, sie kehre dieses Verhältnis um. Im modernen Schrifttum dürfte sich eine solche Ansicht schwerlich nachweisen lassen. Darin, daß der Schuldner verurteilt wird, „weil“ der Gläubiger berechtigt ist, drückt sich nur das normative Tatbestands-Sollensfolge-Verhältnis aus. Für den Richter bedeutet der Umstand, daß jemand „berechtigt ist“, nur den Tatbestand zur Erkenntnis, wie er nach der Rechtsnorm zu urteilen hat. Diese Erkenntnis sowie sein Pflichtbewußtsein bilden dann die entscheidende Ursache seines Urteils. Ebenso ist das Verhältnis von Rechtsverhältnissen zu Einzelanspruch nicht kausaler Art; „Kraft“ des Schuldverhältnisses in § 241 Satz 1 BGB. bedeutet: unter der Voraussetzung, daß ein solches Verhältnis zustande gekommen ist.

Kann man nach alledem den grundsätzlichen Erwägungen des Verf. nicht beistimmen, so soll doch nochmals der Wert der Schrift betont werden, der in der konsequenten Durchführung der These liegt. Eine Auseinandersetzung mit den Gedankengängen des Verfassers dürfte für jeden, der sich ernsthaft mit rechtsgrundbegrifflichen Fragen befassen will, von Nutzen sein.

Verf. Dr. Artwed Blomeyer, Berlin.

Ilse Lebzien: Die Umgestaltung der Hauptverhandlung unter besonderer Berücksichtigung des englischen Strafverfahrens. Berlin 1933. Verlag Franz Vahlen. XVIII und 159 S. Preis 4,50 RM.

Verf. behandelt in ihrer recht guten Dissertation mit großem Verständnis und Geschick die Reformvorschlüsse zur Verbesserung der Hauptverhandlung in Strafsachen und prüft sie insbes. unter Heranziehung des engl. Rechts. Sie empfindet ganz richtig, daß man ein Prozedere, wenn es praktisch verwertbar sein soll, nicht in reiner Durchführung irgendeines Prinzips oder nach einer Schablone gestalten kann, daß vielmehr Kompromisse hier nicht ganz zu vermeiden sind. Sie warnt mit Recht vor blinder Nachahmung engl. Einrichtungen, die für unser Rechtsleben nicht passen und teilweise in England selbst als reformbedürftig erscheinen.

Auf der anderen Seite werden die — nicht zu leugnenden — Mängel unseres Verfahrens sowie die Bedeutung des Prozedere rechts für die praktische Ausgestaltung des Verfahrens im allgemeinen und

der Hauptverhandlung insbesondere nicht bloß von der Verf., sondern vom Schrifttum schlechthin überschätzt; mehr als anderwärts kommt es im Prozeß viel weniger auf die gesetzl. Best. als darauf an, wie sie gehandhabt werden. Überschätzt wird allgemein auch der angeblich schädliche Einfluß des Vorverfahrens oder der Akten hierüber auf die Hauptverhandlung. Der Richter, der seine Unbefangenheit oder Objektivität für die Hauptverhandlung durch Kenntnis der Akten einbüßt, taugt nicht zum Richteramt. Bisweilen ist die Aktenkenntnis nicht nur für den die Verhandlung leitenden Vorsitzenden, sondern auch für den einen oder andern Beisitzer, namentlich für den Berichterstatter, notwendig oder wenigstens zweckmäßig, um den Vorsitzenden entsprechend kontrollieren zu können, zumal wenn dieser die Akten nicht genügend kennt.

Die Schaffung eines von der Entsch. ausgeschlossenen Verhandlungsleiters neben dem Vorsitzenden ist m. E. höchst überflüssig; sie würde das Verfahren, ohne es zu verbessern, noch umständlicher machen und wäre nur im Falle der Unfähigkeit eines Vorsitzenden zur Verhandlungsleitung zu rechtfertigen. Auch beim Amts- und SchöffG. führte diese Einrichtung zur notwendigen Zuziehung eines weiteren Richters, der aber bei der Urteilsfindung nichts nützt, weil er daran nicht mitwirken darf. Glaubt man aber beim Amts- und SchöffG., also gerade bei den Gerichten, die die große Masse strafbarer Handlungen abzurteilen haben, auf die Einrichtung verzichten zu können, dann ist der Vorschlag überhaupt nicht ernst zu nehmen.

Wichtiger und bedenklicher als der getadelte Einfluß des Vorverfahrens auf die Hauptverhandlung ist der unbestreitbare Einfluß des Vorsitzenden auf die Beisitzer. Trotz gleichen Stimmrechts aller Gerichtsmitglieder ist der Vorsitzende außerhalb der Sitzung regelmäßig der Vorgesetzte der beizitzenden Richter; er qualifiziert sie oder wirkt wenigstens maßgebend bei ihrer Qualifikation mit. Er bestimmt unter den beizitzenden Richtern den Berichterstatter und Urteilsverfasser. Mit der ihm zustehenden Prozedierung vermag er, wie kein anderes Gerichtsmitglied, auch auf die Sachleitung einzuwirken. Dies alles wird bei der angestrebten Reform viel zu wenig beachtet. Freilich gibt es beizitzende Richter, die dem Vorsitzenden überlegen sind und seiner Meinung ihre eigene tiefinnerste Überzeugung mit Kraft und Energie entgegenzustellen und durchzusetzen wissen. Aber das Gesetz sollte nicht mit solchen überragenden Kraftnaturen als Regel rechnen, sondern die Menschen nehmen, wie sie sind, mit allen menschlichen Schwächen. Fehlen den Schöffen, um ihre Ansicht zur Geltung zu bringen, die nötigen Kenntnisse und Erfahrungen, so fehlt den richterlichen Beisitzern im allgemeinen die zu einer unabhängigen Rechtspflege unbedingt erforderliche völlige Unbefangenheit und Unabhängigkeit von Vorsitzenden und Vorgesetzten (vgl. z. B. meine einschlägigen Abhandlungen in Rhein. Ztschr. Bd. III S. 425 ff. und Arch. f. R. Bd. 41 S. 57 f., 79).

Prof. Dr. Fr. Doerr, München.

Drechsler, Amts- und Landgerichtsrat, Burg b. Magdeburg: Der Richter und seine Stellung zur Astrologie, Psychiognomik, Kriminalanthropologie und zu dem Problem der geistigen Heilweise. Mit einem Vorwort von Hans Kronau. Freiburg i. B. Verlag Fr. Paul Lorenz. 29 S. Kl. 8°. Preis 0,60 RM.

Eine kleine Schrift, die nur Verwirrung anrichten kann, wenn sie gläubige Leser findet. Ich stimme mit dem Verf. darin überein, daß es für uns Richter sehr nützlich wäre, wenn wir uns auch mit dem ganzen großen Gebiete des Okkultismus näher beschäftigen würden, allerdings eindringlicher und weniger einseitig, als es möglich ist, wenn man nur die vom Verf. erwähnte Literatur benutzt, die von recht zweifelhaftem Wert ist. Unverantwortlich aber wäre es von uns, wenn wir in der Strafrechtspflege nach seinem Rat dazu übergehen würden, Horoskope (S. 13) oder irgendwelche anthropologischen Merkmale (S. 21) bei der Entscheidung der Frage, ob ein Angekl. schuldig sei, zu benutzen. Das wäre unverantwortliche gemeingefährliche Puscherei schlimmster Art. Das muß einmal deutlich gesagt werden. Man sollte statt dessen lieber endlich mit der Schulung der Richter in der forensischen Psychologie und in der Vernehmungstechnik Ernst machen! Damit wäre der Rechtspflege weit mehr geholfen.

QDir. Dr. Albert Hellwig, Potsdam.

Arnd Herzbruch, Gerichtsaffessor: Entwurf eines Deutschen Militärstrafgesetzbuchs. Marburg 1933. M. G. Elwert'sche Verlagsbuchhandlung. Preis 3 RM.

Das Buch befaßt sich nicht etwa mit einem amtlichen Vorhaben, sondern legt einen rein privaten Entwurf vor. Die bisherigen 166 Paragraphen des MilitärStGB. sollen durch nur noch 62 ersetzt werden. In diesem interessanten Versuche steht äußerlich die bei Gelegenheit sonst nicht übliche Kommentatorform hervor. An eine verhältnismäßig recht knappe Einleitung (2/3 S.) reiht sich sofort der Text des vorgeschlagenen Gesetzes, in den zu jedem Paragraphen die äußerst gründlichen Erläuterungen eingestreut sind,

die, vom bisherigen Rechtszustand ausgehend, jeweilig den positiven Gegenvorschlag eingehend zu rechtfertigen suchen (§. 5 bis 7b). In der Technik dieser Verwebung wie in der wissenschaftlichkeit mancher Gedankenentwicklung verdient das Werk uneingeschränktes Lob, da der Verf. in das Gestrüpp der vielverästelten militärrechtlichen Vorschriften mutig eingedrungen ist und sich zu einem klaren Überblick emporgearbeitet hat. Trotzdem wird seinem Entwurf aber als Ganzem kein praktischer Erfolg beschieden sein. Denn sein Ausgangspunkt ist bedenklich. Er bekämpft die bisherige Unterordnung des MilStGB. über das StGB., verlangt also umgekehrt seine Unterordnung unter das bürgerliche Strafrecht. Daher stellt er sich (§. 4) die Aufgabe, „das neue MilStGB. den allgemeinen Strafgesetzen einzugliedern“, d. h. ihnen zu unterwerfen. Daß das vom militärischen Standpunkt aus ein Umding, ist dem Verf. leider entgangen. Infolgedessen kommt er (§. 4) sogar zu dem Vorschlag, die das jugendliche Alter des Täters berücksichtigenden Regeln des bürgerlichen Strafrechts (ZGB.) auch bei den rein soldatischen Straftaten anzuwenden. Folgerichtig will er § 50 MilStGB. streichen, der das Gegenteil für militärische Verbrechen oder Vergehen bestimmt, und zwar mit gutem Grunde. Denn in unsere Wehrmacht müssen (schon wegen der zwölfjährigen Dienstzeit) auch Siebzehnjährige eingestellt werden. Solche können aber in Reich und Glied wie im soldatischen Leben überhaupt auch rechtlich keinesfalls anders behandelt werden wie ihre älteren Kameraden. Die gleiche Vollverantwortlichkeit sämtlicher Soldaten, „Uniform“ nicht bloß des Anzugs, sondern auch im Strafrecht, ist nun einmal militärische Notwendigkeit. Gerade deshalb ist eben ein selbständiges Militärsonderstrafrecht unerlässlich, das bei den soldatischen Delikten das bürgerliche StGB. in die Substanz zurückdrängt. Die juristische Quelle, die den Verf. zur Gegenmeinung verleitet, ist Art. 109 BVerf. Vielleicht bezieht sich jedoch die hier verordnete Gleichheit „vor“ dem Gesetz (nach ihrem wortgetreuen Vorbild in Art. 4 der PrVerf. von 1850) lediglich auf die Handhabung der Gesetze durch die Justiz- und Verwaltungsbehörden, läßt indessen dem Gesetzgeber selbst freie Hand. Jedoch kann man mit dem RG. diese alte Streitfrage offenlassen. Denn selbst bei Ausdehnung auf den Gesetzgeber soll dieser doch nur an willkürlicher Durchbrechung des Gleichheitsgrundsatzes gehindert sein, nicht aber ist es ihm verwehrt, dort Unterschiede zu ziehen, wo vernünftige Gründe es gebieten (RG. 139, 11). Der den ganzen Entwurf beeinträchtigende Wesenszug ist die Hintansetzung der militärischen Belange. Der Verf. will z. B. sogar (§. 36) die echt militärischen Soldatentum entsprechenden Bestimmungen des Abschnitts „Feigheit“ (§§ 84 bis 87) durch die einzige blutleere Norm ersetzen: „Wer versucht, sich seinem Geschäftsdienste zu entziehen“, und dabei von der Todesstrafe absehen! Doktrinaire Vorstellungen beherrschen auch seine — freilich neuartige und wissenschaftlich durchdachte — Zusammenfassung der „militärischen Pflichten“ in § 2 Entw. (S. 8). Sie will erschöpfend sein und soll deshalb auch dem Disziplinarrechte zugrunde gelegt werden (§. 9). Dabei enthalten aber doch bereits die „Verpflichtungen des deutschen Soldaten“ v. 2. März 1922 (HWBl. 141; MWBl. 155) eine viel umfassendere Zusammenfassung, die überdies dank ihrer feierlich-eindringlichen Sprache für das soldatische Empfinden weit verständlicher und eindrucksvoller ist. Daß diese früheren Kriegspartikel „keine juristische, sondern nur pädagogische Bedeutung“ (§. 9) hätten, ist schwerlich richtig. Sie enthalten vielmehr gerade eine zielbewußte Aufzählung der Rechtspflichten des deutschen Soldaten; ihre Rechtsnatur wird daher nicht nur vom Schrifttume (vgl. Fuhse, Komm. z. MilStGB. § 29 Anm. 4), sondern auch vom RG. anerkannt (RGSt. 63, 422). Schon um den scheinlichen Soldaten nicht in Verwirrung zu bringen, muß daher nach wie vor das MilStGB. von einer besonderen Umfassung der „militärischen Dienstpflicht“ (§§ 29, 49, 62, 87) absehen. Gerade wenn § 2 des Herzbruchschen Entwurfes Gesetz würde, müßte der Soldat in Zwiespalt geraten angesichts der sich ihm zwangsläufig aufdrängenden Frage: „Wozu muß ich mir eigentlich meine ‚Verpflichtungen‘ mit ihren 15 Artikeln wie ein Glaubensbekenntnis einprägen, obgleich doch im MilStGB. eine viel kürzere Zusammenfassung zu lesen ist?“

Mit meinen Bedenken ist die Anerkennung der vielen Einzelvorzüge des wissenschaftlich durchaus ernst zu nehmenden Buchs vollkommen vereinbar. So ist die geschickte Anordnung der lediglich für den Kriegsfall gegebenen Vorschriften, die ausdrücklich als „Kriegsgesetz“ bezeichnet von den übrigen Bestimmungen streng getrennt gehalten werden, als gesetzestechnischer Fortschritt zu begrüßen. Darüber hinaus bringt z. B. § 4 Entw. einen bemerkenswerten Vorschlag zu einer sachlichen Verbesserung. Da die bevorstehende Umgestaltung des StGB. aller Voraussicht nach eine Anpassung des MilStGB. — freilich unter Aufrechterhaltung seiner Selbständigkeit — nach sich ziehen wird, dürfte auch noch manche andere Anregung des Verf. zu verdienter Beachtung kommen.

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

Dr. med. G. Jungmichel, Greifswald: **Alkoholbestimmung im Blut.** Methodik und forensische Bedeutung. Berlin 1933. Carl Heymanns Verlag. 124 S. Preis 6 RM.

Die für zahlreiche Fälle des öffentlichen und bürgerlichen Rechts wichtige Frage, inwieweit eine Beeinflussung durch Alkohol vorliegt, ist meist schwer exakt zu beantworten. Um so mehr ist es zu begrüßen, daß hier ein Buch vorliegt, das dem Gerichtsarzt eine verlässliche Methode der Alkoholbestimmung im Blut an die Hand gibt. Die von Widmark (Lund) ausgearbeitete mikrochemische jodometrische Titration ist technisch einfacher als die meisten sonst üblichen Untersuchungsmethoden, dabei genauer und physiologisch-chemisch sauber. Die Methode Widmarks und die Art der Auswertung ihrer Ergebnisse ist durch zahlreiche sorgfältige Versuche des Verf. geklärt und praktisch mehrfach erprobt. Sie ermöglicht die Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls (Konstitution, Gewöhnung) und gestattet es, mit großer Sicherheit die Mindest- und Höchstmenge des genossenen Alkohols anzugeben. Von besonderer praktischer Bedeutung ist es, daß die Untersuchungsmethode recht genaue Schlüsse auch auf den Zeitpunkt des Alkoholgenußes zuläßt. Ein Vorzug vor anderen Methoden ist noch die geringe Belästigung des zu Untersuchenden: da nicht mehr Blut benötigt wird als für eine Blutgruppenbestimmung, wird auch eine Wiederholung kaum auf Schwierigkeiten stoßen. — Die sehr exakte, ins Einzelne gehende Angabe der Methodik, der nicht ganz einfachen Berechnung und der Auswertung der Untersuchungsergebnisse machen das kleine Buch zu einer wertvollen Hilfe für jeden Gerichtsmediziner. Der über die praktischen Bedürfnisse hinaus Interessierte wird die Reichhaltigkeit der Literaturangaben besonders dankbar begrüßen.

RA. Dr. Helmut Seydel, Berlin.

Hanns Seel, MinR., und Dr. Arthur W. Krause, RegR., Berlin: **Der Behördenangestellte im Neuen Reich.** (Das Recht der nationalen Revolution, Schriftenreihe herausgegeben v. Dr. Kaisenberg und Dr. Franz Albrecht Medicus. Heft 7.) Berlin 1933. Carl Heymanns Verlag. 35 S. Preis 1 RM.

In der von Dr. Kaisenberg und Dr. Medicus herausgegebenen Schriftenreihe über „Das Recht der nationalen Revolution“, die die Kenntnis der von der Reichsregierung erlassenen Gesetze und der von ihr getroffenen sonstigen Maßnahmen vermitteln soll, nimmt die Schrift „Der Behördenangestellte im Neuen Reich“ einen besonderen Platz ein; sie trägt der Tatsache, daß das Recht des Behördenangestellten in besonders vielfältiger Weise niedergelegt ist, Rechnung und verschafft durch ihre klare erläuternde Stellungnahme zu den neuen gesetzlichen Bestimmungen über die Beschäftigung von Behördenangestellten die Möglichkeit, sofort den gegenwärtigen Stand des Rechtsgebietes in der durch das Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums und der Durchf. zu diesem Gesetz sowie der preuß. Ausführungsvorschriften dazu geschaffenen Fassung kennenzulernen. Die Erläuterung dieser Vorschriften trägt dazu bei, daß die in der Praxis zutage tretenden und immer noch vorhandenen Auslegungsschwierigkeiten behoben werden. Wer sich mit Fragen aus dem Gebiet insbes. der Kündigung von Behördenangestellten zu befassen hat, wird an diesem Buch nicht vorbeigehen können, dessen Kenntnis die Lösung der auftauchenden Zweifelsfragen erleichtert.

WR. u. GR. Dr. Wilhelm Franke, Berlin.

Eingegangene Bücher.

Schriftenreihe des Reichsausschusses für Volksgesundheitsdienst.

Heft 1: Ansprache des Herrn Reichsministers des Innern Dr. Frick auf der 1. Sitzung des Sachverständigenbeirats für Bevölkerungs- und Rassenpolitik am 28. Juni 1933 in Berlin.

Besprochen: JW. 1933, 1871.

Heft 3: Die Bedeutung der natürlichen Zuchtwahl bei Tieren und Pflanzen. Von Prof. Dr. E. Baur, Müncheberg.

Besprochen: JW. 1933, 2041.

Heft 4: Die Bedeutung von Blut und Boden für das deutsche Volk. Von MinR. Dr. Gütt, Berlin. Reichsministerium des Innern.

Heft 5: Die Aufgaben der Frau für die Aufzucht. Von Elisabeth v. Barfemisch.

Heft 6: Kinderreichtum — Volksreichtum. Von Dr. Friedrich Burgdörfer, Direktor beim Statistischen Reichsamt, Berlin.

Berlin 1933. Gedruckt in der Reichsdruckerei. Die Hefte sind zum Preise von 10 Pf. für ein Stück, 8 Pf. ab 25 Stück, 6 Pf. ab 50 Stück, 5 Pf. ab 100 Stück vom Reichsausschuß für Volksgesundheitsdienst, Berlin NW 7, Robert-Roch-Platz 7, zu beziehen.

D. S.

Rechtssprechung.

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

A. Ordentliche Gerichte.

Reichsgericht.

a) Zivilsachen.

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

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

1. §§ 133, 157 BGB. Die Abrede, daß bei Weiterverkauf einer unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Sache die Kaufpreisforderung als an den ersten Verkäufer abgetreten gilt, erzeugt keine Wirkung, wenn die Sache in eine andere verarbeitet und diese zu einem Gesamtpreis verkauft worden ist.†)

Die Firma M. übernahm die Lieferung, die betriebsfertige Aufstellung und den Einbau eines Wasserrohrdampfessels für den Betrieb des Fernheizwerkes Berlin-Neukölln zum Gesamtpreise von 157 000 R.M. Der Preis sollte in drei Teilbeträgen entrichtet werden, von denen der letzte mit 52 330 R.M. am 15. Febr. 1932 fällig wurde. Den Anspruch auf diesen Teilbetrag hat die Firma M. am 17. April 1931 an die Bekl. abgetreten.

Den für die Lieferung des Wasserrohrdampfessels benötigten Wanderrost — eine mechanische Feuerung — hat die Firma M. schon 1930 zum Preise von 28 320 R.M. von der Kl. bezogen. Im Lieferungsvertrag war ausbedungen: „Das Eigentum an dem Liefergegenstand geht erst nach Eingang aller Zahlungen auf den Besteller über. ... Bei Weiterverkauf vor Vollzahlung des Lieferpreises gilt die Forderung des Bestellers an den Dritten in Höhe des restlichen Lieferpreises

Zu 1. Das Urte. ist im Ergebnis durchaus zutreffend. Die Begründung läßt allerdings die eigentliche rechtliche Ursache der Wichtigkeit der Fession nicht klar erkennen. Soweit die Entsch. auf den Wortlaut der Lieferungsbedingungen gestützt ist, könnte ihr entgegengehalten werden, daß eine Fession der jeweiligen Forderungsanteile nach dem Sinn der Vereinbarung bei einer Verarbeitung auch ohne ausdrückliche Abrede in der Regel als in der Voraussetzungen mitvereinbart anzusehen sein wird (so auch Zselle: JW. 1932, 3175). Es würde für die in Frage kommenden Verbände zudem ein Leichtes sein, in den von ihnen vorgeschriebenen Lieferungsbedingungen einen Passus aufzunehmen, durch den im Fall der Verarbeitung die nach dem Verlauf der verarbeiteten Ware entstehenden Kaufpreisforderungen anteilmäßig den Lieferanten zustehen soll. Eine grundsätzliche Klärung ist also nicht zu erzielen, wenn man die Entsch. nur auf den Wortlaut der Lieferungsbedingungen abstellt. Das RG. hat deshalb auch mit Recht geprüft, ob die abgetretene Forderung im Falle der Verarbeitung noch genügend bestimmt oder doch bestimmbar ist. Es hat diese Frage verneint, ohne seinen Standpunkt näher zu erläutern.

Die Abtretung der Kaufpreisforderung stellt in den hier in Frage kommenden Fällen die sinngemäße Erweiterung eines Kaufvertrages mit Eigentumsvorbehalt dar. Wenn man daher die Gültigkeit der Abtretung behandeln will, muß man zunächst einmal prüfen, welchen Einfluß denn die Vermischung oder Verarbeitung der Sache auf den bedungenen Eigentumsvorbehalt als solchen hat. Das vorbehaltene Eigentum an einer verkauften Sache hat rechtlich im wesentlichen keinen anderen Charakter als jedes andere Eigentum. Auf das vorbehaltene Eigentum finden insbes. die Vorschriften der §§ 947 ff. BGB. uneingeschränkte Anwendung. Bei einer bloß wesentlichen Verbindung, untrennbaren Vermischung oder Vermengung der verkauften Sache mit anderen Sachen werden also nach §§ 947, 948 BGB. die bisherigen Eigentümer der Sachen Miteigentümer im Verhältnis des Wertes, den die Sachen zur Zeit der Verbindung hatten. Hat z. B. A. dem Verkäufer X. einen Posten Weizen unter Eigentumsvorbehalt geliefert und wird dieser Posten mit einem Posten Weizen vermischt, den B. gleichfalls unter Eigentumsvorbehalt an X. geliefert hat, so

als an den ursprünglichen Lieferer abgetreten.“ Die Firma M. ist in Konkurs gefallen, der Verwalter hat die Forderung an die Stadt Berlin freigegeben, die meint, auf Grund ihrer Abrede mit M. sei mit der Ablieferung des Wanderrostes die Forderung der Firma M. an die Stadtgemeinde Berlin in Höhe des Kaufpreises für den Wanderrost auf sie übergegangen, fordert von der Bekl., daß sie aus der an sie später — am 17. April 1931 — erfolgten Abtretung der Kl. gegenüber keine Rechte herleite. Sie ist mit der Klage in allen Instanzen unterlegen. Das RG. führt aus: Zwar ist der Abtretungsempfänger mangels anderweitiger Abrede dann zur Einziehung für befugt zu erachten, wenn der Abtretende mit der Erfüllung seiner Zahlungspflichten ihm gegenüber in Verzug kommt (vgl. dazu Stulz, Eigentumsvorbehalt, 3. Aufl., S. 30 und Anm. zu RG. 136, 100¹) = JW. 1932, 966), und in den Fällen RG.: Recht 1918 Nr. 33 und RG. 133, 234f., 253 ff.²), wo dies ausdrücklich bestimmt war, ist es von dem erf. Sen. als gültig behandelt worden (vgl. zu der letztgenannten Entsch.: Siebert, Das rechtsgeschäftliche Treuhänderverhältnis, 1933 — Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- u. w. Recht Nr. 68 — S. 304 und — gegenüber Heymann: JW. 1932, 397 — S. 286 ff.).

Dagegen wird aber das angefochtene Urte. durch die weitere Begr. des BG. getragen. Die Firma M. hat in Ausführung eines Werklieferungsvertrages den von der Kl. bezogenen Wanderrost mit anderen Sachen zu einem Wasserrohrdampfessel verarbeitet und diesen an die Stadt Berlin geliefert. Die Meinung der Kl., hier habe ein irgendwie zu ermittelnder Teil der Werklohnforderung als abgetreten zu gelten, ist weder mit dem Wortlaut der Lieferungsbedingungen (nach denen bei Weiterverkauf vor Vollzahlung des Lieferpreises die Forderung des Bestellers an den Dritten in Höhe des restlichen Lieferpreises als abgetreten galt) noch mit den Anforderungen an die Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit der abzutretenden Forderung zu vereinbaren. In der Entsch. RG. 136, 103³) hat der erf. Sen. schon dann, wenn die Vor-

find A. und B. Miteigentümer im Verhältnis des Wertes der Sachen geworden. Hat X. auch noch einen eigenen Lagerbestand gehabt, so sind A., B. und X. Miteigentümer. Nur wenn die von einem Beteiligten beigelegte Menge gegenüber den anderen Mengen bei weitem überwiegt, und als „Hauptsache“ i. S. des § 947 Abs. 2 BGB. anzusehen ist, würde der Betreffende Miteigentümer werden.

Anderes ist die Rechtslage im Falle des § 950 BGB. Das vorbehaltene Eigentum erlischt, wenn durch Verarbeitung oder Umbildung eines oder mehrerer Stoffe eine neue bewegliche Sache hergestellt wird. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn der Wert der Verarbeitung oder Umbildung erheblich geringer ist als der Wert des Stoffes.

Die abgetretene Kaufpreisforderung soll nach dem Willen der Parteien Surrogat des vorbehaltenen Eigentums sein. Sie soll unmittelbar an dessen Stelle treten. Dem Käufer soll ermöglicht werden, die gekaufte Sache zu veräußern, ohne dadurch die Sicherheit des Lieferanten, die in dem Eigentumsvorbehalt lag, zu beeinträchtigen. Für die Surrogation der Kaufpreisforderung ist also nach dem Sinn des Rechtsgeschäftes der Parteien kein Raum, wenn das vorbehaltene Eigentum schon vor dem Verkauf der Sache aus anderen Rechtsgründen untergegangen ist. Dann ist die Sicherheit des Lieferanten schon ohnehin verloren. Das Eigentum ist kraft Gesetzes erloschen. Es besteht auch wirtschaftlich kein Anlaß, ein Surrogat des erloschenen Eigentums evtl. nach dem Verkauf, der möglicherweise bedeutend später erfolgt, anteilmäßig wieder aufleben zu lassen. Man stelle sich z. B. vor, daß der Käufer in der Zeit, in der die verarbeitete Sache bei ihm noch auf Lager ist, in Konkurs fällt. In diesem Zeitpunkt kann sicherlich der Lieferant eines Rohstoffes der verarbeiteten Sache keine Ansprüche erheben, da ihm kein Eigentum an der Sache mehr zusteht und er auch noch keine anteilmäßige Kaufpreisforderung erworben haben kann, weil ein Weiterverkauf noch gar nicht stattgefunden haben kann. Es wäre widersinnig, wenn die Rechtslage sich

¹) JW. 1932, 1965. ²) JW. 1932, 397. ³) JW. 1932, 1965.

behaltssache unverarbeitet mit anderen zu einem Gesamtpreis weiterveräußert wird, Bedenken dagegen äußert, die Abtretung auf die durch die Gesamtveräußerung entstandene Forderung zu beziehen; bei Verarbeitung zu einer neuen Sache aber hat der Sen. die Frage geradezu verneint. Auch der 7. ZivSen. ist in der Entsch. JW. 1932, 3174 nicht weitergegangen. Die von Fsele in der Anm. zu diesem Ur. insbes. im Hinblick auf die Belange der verarbeitenden Industrie erhobenen Bedenken können angesichts der bestehenden Gesetzeslage nicht für begründet erachtet werden. Die künftige Forderung einer Fabrik gegen ihren Abnehmer „insoweit“ abzutreten, „als in ihr das Entgelt für das Rohmaterial eines gewissen Lieferanten steckt“, ist rechtlich nicht möglich. Damit wird der Gegenstand der Abtretung nicht bestimmt (vgl. auch OLG. Kiel: BankArch. 30, 344 und Matthiessen: JW. 1932, 40).

Wie die Rechtslage zu beurteilen wäre, wenn die Firma M. im Rahmen des mit der Stadt Berlin abgeschlossenen Werklieferungsvertrages für die Lieferung des Wanderrostes einen festbestimmten Preis vereinbart hätte, bedarf keiner Entsch., da ein solcher Sachverhalt nicht festgestellt worden ist.

(U. v. 19. Sept 1933; II 70/33. — Raumburg.) [Ru.]

2. §§ 248, 249, 289, 353, 767 BGB.; § 355 HGB.; § 65 AufwG. Bürgschaft. Kontokorrent. Ungleichheit zwischen Hauptschuld und verbürgter Schuld mag vorliegen, wenn von vornherein vereinbart wird, daß das zu gewährende Darlehen nicht alsbald zur Auszahlung gebracht, sondern in

dadurch ändern soll, daß der verarbeitende Unternehmer erst später in Konkurs gerät, wenn er die Sache schon verkauft hat.

Auf die Abtretung einer Kaufpreisforderung können zwar die Vorschriften der §§ 947 ff. BGB. nicht unmittelbar angewandt werden, da diese nur für das eigentliche Sachenrecht gelten. Die Abtretung einer Forderung ist aber insofern ein dingliches Rechtsgeschäft, als sie eine unmittelbare Rechtsänderung auch gegenüber dem Schuldner bewirkt. Nach ständiger Rspr. des RG. muß eine Verfügung, die derart dinglichen Charakter trägt, bestimmt oder bestimmbar sein. Da hier die Bestimmbarkeit der abgetretenen Kaufpreisforderung direkt mit dem Schicksal des Eigentumsvorbehalts verknüpft ist, erscheint es allein sachgemäß, wenn man die Rechtsgrundsätze der §§ 947 ff. BGB. auch auf die Abtretbarkeit der Kaufpreisforderungen an verbundenen, vermischten oder verarbeiteten Sachen zur Anwendung bringt. Demjenigen, dem die verkaufte Sache gehörte, steht dann auch die Kaufpreisforderung zu. Soweit das Gesetz nach den §§ 947 ff. BGB. das vorbehaltene Eigentum aufrechterhält, läßt es auch die abgetretene Kaufpreisforderung genügend bestimmen. In den Fällen, in denen der Gesetzgeber es für notwendig befunden hat, selbst das absolute dingliche Eigentumsrecht untergehen zu lassen, kann auch eine Abtretung nicht gültig sein. Die §§ 947 ff. BGB. enthalten die klare Ansicht des Gesetzgebers über die Bestimmbarkeit der Anteile an einer verbundenen, vermischten oder verarbeiteten Sache. Es würde zu unverständlichen und unzulässigen Widersprüchen führen, wenn man die Abtretbarkeit der Kaufpreisforderung nicht streng analog behandeln würde.

Es ist nicht zu verkennen, daß es für den Schuldner in vielen Fällen unmöglich sein wird, den wahren Gläubiger festzustellen, wenn er eine verbundene, vermischte oder verarbeitete Sache gekauft hat. Dem Schuldner werden vielfach die tatsächlichen Umstände völlig unbekannt sein, deren Kenntnis erforderlich ist, um den wahren Gläubiger zu ermitteln. Er wird also z. B. nicht wissen, zu welchem Bruchteil der oder jener Lieferant an der verarbeiteten Sache beteiligt ist; er kann auch nicht beurteilen, ob ein Lieferant die Hauptsache beigetragen hat oder ob der Wert der Verarbeitung im Verhältnis zu dem Wert des gelieferten Rohstoffes unwesentlich ist oder nicht. Der Schuldner befindet sich hier in ähnlicher Lage, in der etwa ein herausgabepflichtiger bloßer Besitzer der Sache vor der Veräußerung sein würde. Es bleibt dem Schuldner in den meisten derartigen Fällen daher nichts anderes zu tun übrig, als den Kaufpreis zu hinterlegen und den in Frage kommenden Präzedenz ihre interne Auseinandersetzung zu überlassen. Besondere Schwierigkeiten entstehen also für den Schuldner nicht, da er sich durch Hinterlegung befreien kann.

Soweit das RG. gegen die Gültigkeit der Abtretung bei dem Verkauf mehrerer Sachen zu einem Gesamtpreis Bedenken äußert, möchte ich ihm nicht folgen. Dieser Fall ist ähnlich wie der Fall des § 947 BGB. zu behandeln. Das vorbehaltene Eigentum an den einzelnen zusammen verkauften Gegenständen geht im Augenblick des Verkaufs unter. An seine Stelle tritt die abgetretene Kaufpreisforderung. Es steht nichts im Wege, auch hier ähnlich wie im Fall des

ein zu eröffnendes Kontokorrent eingestellt werden soll. Ein Kontokorrentverhältnis erfordert: Geldforderungen auf beiden Seiten, Wille gegenseitiger Stundung bis zum Abschluß der jeweiligen Kontokorrentperiode, Wille der Tilgung der Einzelforderungen, der nicht vorliegen kann, wenn Posten vor der nächsten Saldierung fällig sein sollen. Für die Anwendung des § 65 AufwG. mag dagegen die bloße Art der Buchung genügen. Die uneigentliche laufende Rechnung ändert an der Natur von Einzeleposten nichts. § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB. ist entsprechend anwendbar, wenn das Rechtsgeschäft vor der Übernahme der Bürgschaft vorgenommen ist. Schon vor Abschluß des Bürgschaftsvertrages liegt dem Gläubiger dem Bürgen gegenüber eine gewisse Aufklärungspflicht ob. f)

Durch Urkunde v. 7. März 1929 sagte die klagende Bank einer Handelsgesellschaft, die in den Gründen kurz als die „Firma“ bezeichnet wird, ein Darlehen zu. Die beklagte Stadt übernahm für die Schuld der Firma die Bürgschaft. Vor oder nach Zustandekommen des Bürgschaftsvertrages schloß die Kl. mit der Firma noch ein Abkommen, durch welches die Lasten der Firma in Ansehung der Verzinsung und Rückzahlungspflicht erschwert wurden. Von diesem Abkommen wurde der Bekl. keine Kenntnis gegeben. Sie stellte sich dann auf den Standpunkt, daß sie an ihre Bürgschaft nicht gebunden sei. Ihr Standpunkt wurde in allen drei Rechtszügen mißbilligt.

Richtig ist, daß eine Bürgschaftserklärung dann unwirk-

§ 947 BGB. den Wert der einzelnen Sachen zu ermitteln und hierauf den Anteil des einzelnen Lieferanten an der Kaufpreisforderung zu errechnen.

Daß sich in allen diesen Fällen Schwierigkeiten tatsächlicher Art ergeben können, trifft sicher zu. Diese Schwierigkeiten zeigen sich aber auch sonst in den Fällen der §§ 947 ff. BGB. und müssen in Kauf genommen werden. Wenn demjenigen, der einen Anteil an einer Kaufpreisforderung in Anspruch nimmt, der Nachweis nicht gelingt, daß die von ihm gelieferte, später vermischte oder mit anderen Sachen zusammen verkaufte Sache einen bestimmten wertmäßigen Bruchteil ausmacht, so muß er auf die Geltendmachung seines Rechtes verzichten oder sich damit abfinden, wenn er mit einer von ihm erhobenen Klage abgewiesen wird. Die Abweisung erfolgt dann nicht aus rechtlichen, sondern aus tatsächlichen Gründen.

RA. Dr. Wilhelm Ritter, Berlin.

Zu 2. Die sehr sorgfältig begründete Entsch. berührt eine Fülle von Fragen und enthält dabei eine Sichtung und Zusammenfassung von Sätzen, wie sie in steter Präjudizienarbeit zum Bürgschafts- und Kontokorrentrecht entwickelt wurden. Dabei glaube ich, den Ausführungen zum Bürgschaftsrecht voll, denen zum Kontokorrentrecht wenigstens im Ergebnis zustimmen zu können.

1. Der Streit der Parteien geht u. a. darum, daß die Bedingungen, zu denen das Darlehen der kreditjuchenden Firma gegeben wurde, härtere waren, als die die Bürgschaft übernehmende Stadtgemeinde annahm. Die Stadtgemeinde ging bei der Verbürgung entsprechend der ihr bekanntgemachten Vereinbarung zwischen Gläubiger und Hauptschuldner davon aus, daß das Darlehen von 350 000 G.M. mit höchstens 12% jährlich zu verzinsen sei. In Wahrheit wurde aber in einem ihr unbekanntem Sonderabkommen der Firma die Verpflichtung auferlegt, diejenigen Zinsen und Provisionen zu bezahlen, die die klagende Bank nach ihren allgemeinen Geschäftsbedingungen anderen Kunden in Rechnung stellt, falls der Gesamtbetrag dieser Leistungen 12% jährlich übersteigt. Zudem mußte sich die Firma mit Rücksicht auf diese zusätzliche Verpflichtung der sofortigen Zwangsvollstreckung in Höhe von 20 000 G.M. unterwerfen und sich in dem Sonderabkommen weiterhin verpflichten, auf dem Konto, das für sie bei der Kl. geführt wurde, ständig ein Guthaben von 20 000 RM zu unterhalten. Auf die Frage, ob durch diese Mehrbelastung des Hauptschuldners die Bürgschaft hinfällig werde, geht das RG. gegen Ende des Ur. ein. Es nimmt dabei — von den aus tatsächlichen Gründen abgelehnten Anfechtungsmöglichkeiten wegen Irrtums und arglistiger Täuschung abgesehen — zwei Fäden in die Hand: Es knüpft einmal an den § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB. an, wonach infolge der Mehrbelastung durch ein Rechtsgeschäft, das der Hauptschuldner nach der Übernahme der Bürgschaft vornimmt, die Bürgschaft nicht erweitert wird, wohl aber in der ursprünglichen Höhe der Hauptschuld bestehen bleibt. Es nimmt mit Recht an, daß dieser gesetzliche Gedanke auf den Fall einer Erweiterung der Hauptschuld durch ein dem Bürgen unbekanntes Sonderabkommen vor Übernahme der Bürgschaft ent-

sam ist, wenn es an der Gleichheit zwischen der Hauptschuld und der verbürgten Schuld fehlt und daß an diesem Grundsatz dadurch nichts geändert wird, daß die Hauptschuld denselben wirtschaftlichen Zwecken dienen soll wie die verbürgte Schuld (Recht 1919 Nr. 1960, hierzu aber auch Recht 1914 Nr. 913; ferner RGW. 1922 Nr. 97; LZ. 1919, 1231 Nr. 11). Es mag sein, daß dies auch dann zu gelten hat, wenn der Gläubiger und der Schuldner von vornherein vereinbaren, daß das dem letzteren zu gewährende und vom Bürgen verbürgte Darlehen nicht alsbald zur Auszahlung gebracht, sondern als Habenposten des Schuldners in ein ihm zu eröffnendes Kontokorrent verbucht werden soll. Aber eine dahingehende Vereinbarung haben die Kl. und die Firma nach der rechtlich nicht zu beanstandenden Annahme des BG. nicht getroffen.

Auch die Ausführungen des BG., daß die Kl. und die Firma nicht nachträglich stillschweigend bezüglich des Darlehens ein Kontokorrentverhältnis vereinbart haben, lassen keinen Rechtsirrtum erkennen. Nach der Begriffsbest. des § 355 Abs. 1 HGB. erfordert das Kontokorrent (vgl. im allgemeinen RG.: JW. 1905, 537²⁵; auch RG. 105, 234) zunächst, daß nach der Absicht der Vertragsparteien auf beiden Seiten Geldforderungen entstehen sollen; daß nur für den einen Teil Forderungen erwachsen sollen, der andere Teil aber nur Zahlungen leisten soll, widerspricht dem Wesen des Kontokorrents (RG. 95, 19; Staub-Gadow, HGB., Anm. 8 zu § 355 nebst Nachweisen; abweichend anscheinend RG. 88, 375¹). Ein Fall letzterer Art liegt hier nach dem festgestellten Sachverhalt vor. Denn außer dem Darlehenskonto führte die Kl. noch ein zweites Konto der Firma, auf dem sich der gesamte in Aussicht genommene Geschäftsverkehr der Kl. mit der Firma mit Ausnahme der das Darlehen betr. Geschäfte abspielen sollte; das Darlehenskonto dagegen war nur dazu bestimmt, die Forderungen der Kl. einerseits und die Leistungen der Firma andererseits, soweit sie das Darlehen betrafen, nachzuweisen. Dem Kontokorrent ist ferner eigentümlich, daß die Parteien einander bis zum Abschluß der jeweiligen Kontokorrentperiode Stundung gewähren (RG. 82, 404).

Sprechend anzuwenden ist, und kommt daher zu dem Schluß, daß dieses Sonderabkommen die Gültigkeit der Bürgschaftsverpflichtung nur dann in Frage stellen könnte, wenn der Bürge dem Gläubiger zweifelsfrei als Bedingung der Bürgschaftsübernahme zu erkennen gegeben hätte, daß keine weitergehende als die ihm bekannte Belastung des Hauptschuldners mehr erfolgen dürfe. Gleichzeitig läßt aber das BG. den weiteren Gedanken anklingen, daß möglicherweise „mit Rücksicht auf die außergewöhnliche Schwere der dem Hauptschuldner auferlegten, dem Bürgen unbekanntem Bedingungen“ angenommen werden müsse, der Bürge wäre, auch wenn er seine Verpflichtung nicht von einer Bedingung abhängig gemacht habe, bei Kenntnis dieser Belastung die Bürgschaft nicht eingegangen. Im vorl. Fall — so meint das BG. — könnte diese Erwägung den Bestand der Bürgschaftsverpflichtung nicht berühren; denn die Mehrbelastung sei relativ gering und verändere jedenfalls das Gesamtbild der Lage des Schuldners nicht wesentlich. Das scheint mir richtig. Aber es scheint mir ebenso von Bedeutung, daß das BG. dieser Erwägung wenigstens Raum gegeben hat, auch wenn es vorzichtshalber noch hinzufügte, die Berechtigung der Erwägung könne dahingestellt bleiben. Ich möchte meinerseits glauben, daß gegen ihre Berechtigung keine begründeten Zweifel geltend gemacht werden können: es handelt sich im Gegensatz zu der einfachen Form der Vertragsauslegung, die bei der Beurteilung des ersten Gesichtspunkts gewählt war, um die ergänzende Vertragsauslegung nach Treu und Glauben. Wenn eine Stadtgemeinde einem bedrängten Unternehmen ihre Hilfe durch Übernahme einer Bürgschaft zur Verfügung stellt, so ist ersichtlich, daß sie damit das Fortbestehen des Unternehmens im Gemeinwohlinteresse zu sichern beabsichtigt. Und es muß im Rahmen einer Vertragsauslegung nach § 157 BGB. möglich sein, daß sie sich auf diesen erkennbaren Zweck ihrer Verbürgung beruft und die Erfüllung der Bürgschaft verweigert, wenn dem Unternehmen ihr unbekannt, drückende, den Fortbestand des Unternehmens gefährdende Belastungen bei Hingabe des Darlehens, für das die Verbürgung erfolgte, auferlegt werden. — Jedenfalls hat demnach die RPr., wenn sie die beiden vom BG. gewiesenen Wege im Auge behält, ausreichende Möglichkeiten, um in Streitfällen, wie dem vorliegenden, zu angemessenen und lebenswahren Entscheidungen zu kommen.

2. Mit den Erwägungen zum Kontokorrentrecht wird dagegen der Boden des Formalen betreten. Die Dinge liegen hier so, daß in der ursprünglichen Schuldburkunde die Firma den Empfang eines

Ein solcher Stundungswille der Kl. hinsichtlich ihrer fälligen Zins-, Provisions- und Tilgungsbeitragsansprüche kann um so weniger angenommen werden, als die Kl. zu Stundungen für die fällig werdenden Leistungen der Firma über einen Monat hinaus der Zustimmung der Bf. bedürftig haben würde. Weiter setzt das Kontokorrent voraus, daß nach dem Willen der Parteien durch die Saldoziehung die bisherigen Einzelorderungen getilgt werden sollen und an ihre Stelle eine neue Forderung, das Guthaben aus dem anerkannten Saldo, treten soll, wobei es hier keiner Entsch. bedarf, ob es sich bei diesem Vorgang um eine Novation handelt (RG. 132, 221²); Staub-Gadow, Anm. 5 zu § 355 nebst Nachweisen). Zutreffend bezeichnet es der VerK. als ausgeschlossen, daß die Kl. und die Firma einen Übergang der Einzelansprüche der ersteren gewollt haben könnten. Mit Recht verweist er darauf, daß die Kapitalforderung, wenigstens grundsätzlich, bis zum 1. Jan. 1934 unkündbar war, daß sie bis zum Eintritt der Fälligkeit in vierteljährlichen Raten teilweise getilgt werden sollte, daß aus diesen Gründen die Zahlungen der Firma auf Zinsen und Provisionen einerseits und auf Tilgungsbeiträge andererseits getrennt verbucht werden mußten (§§ 1163 Abs. 1 Satz 2, 1176, 1177 Abs. 1 Satz 1 BGB.) und daß sie auch tatsächlich getrennt verbucht worden sind; alles dies zeige den der Firma erkennbaren Willen der Kl., das Darlehen nicht kontokorrentmäßig, sondern als Darlehenskonto zu behandeln; das Konto erwecke lediglich den Anschein eines Kontokorrentkontos. Endlich würde es auf einen etwa entgegengesetzten Willen der Kl. und der Firma nicht einmal ankommen. Zwar ist im allgemeinen der Wille der Parteien — nicht aber die bloße Art der Buchung, wie dies für die Anwendung des § 65 AufwG. genügen mag (RG. 137, 205, 206³) nebst Nachweisen; namentlich SeuffArch. 84, 297) — für die Entstehung des Kontokorrentverhältnisses maßgebend (RGW. 1922 Nr. 76; 1926 Nr. 27) und ein solcher Wille wird in der Regel in der Zusendung periodischer Rechnungsabläufe und der Abgabe von Saldoanerkennnissen zu finden sein (RG. 60, 292; Staub-Gadow, Anm. 12 zu § 355).

grundsätzlich bis 1. Jan. 1934 unkündbaren Darlehens von 350 000 GM. bestätigte und neben der Zinszahlung vom 1. April 1929 ab eine jährliche Tilgung mit 5% zuzüglich der durch die Tilgung erparnten Zinsen versprach. Die Stadtgemeinde wandte nun ein, es habe sich, da in dem Zusatzabkommen auf die allgemeinen Geschäftsbedingungen der klagenden Bank verwiesen worden sei, und da ferner die Bank eine vierteljährliche Saldoziehung des Kontos vorgenommen habe, in Wahrheit gar nicht um die Gewährung eines Darlehens, sondern um ein Kontokorrentschulverhältnis gehandelt. Auf diesen Gesichtspunkt geht das BG. im Hauptteil der Entsch. in aller Ausführlichkeit ein. Es verweist auf den schon in seiner früheren RPr. anerkannten Satz, daß eine Bürgschaftserklärung dann unwirksam sei, wenn es an der Gleichheit zwischen der Hauptschuld und der verbürgten Schuld fehle. Es räumt ein, daß dies möglicherweise auch dann zu gelten habe, „wenn der Gläubiger und Schuldner von vornherein vereinbaren, daß das dem letzteren zu gewährende und vom Bürgen verbürgte Darlehen nicht alsbald zur Auszahlung gebracht, sondern als Habenposten des Schuldners in ein ihm zu eröffnendes Konto verbucht werden soll“. Und es legt nun unter Vertretung der bekannten Begriffsbestimmung des Kontokorrents und der reichen RPr. zum Kontokorrentrecht dar, daß und warum trotz der Bezugnahme auf die Geschäftsbedingungen und trotz der Saldoziehung kein Kontokorrentverhältnis anzunehmen sei. Die Ablehnung eines Kontokorrentverhältnisses halte ich für richtig; insbef. deshalb, weil nach dem Parteivillen nicht die dem Kontokorrentverhältnis eigentümliche Verrechnung der Zahlungen gewollt war, diese vielmehr entsprechend der ursprünglichen Vereinbarung auf Zinsen und Tilgungsraten anzurechnen waren. Aber ich kann nicht zugeben, daß der Frage, ob ein Kontokorrentverhältnis vorliegt oder nicht, für die Entscheidung des Falls maßgebende Bedeutung beizulegen ist: der Kontokorrentvertrag ist ein Rahmenvertrag, der die verschiedenartigsten Geschäfte zum Zwecke gemeinsamer Verrechnung der Forderungen und Zahlungen umschließen kann. Es ist sehr wohl möglich, daß die Parteien ein echtes Darlehen vereinbaren und hingeben, und sobald die Darlehensforderung und die Rückzahlung im beiderseitigen Einverständnis kontokorrentmäßig verbuchen und behandeln. Es werden dabei möglicherweise in bezug auf die Verrechnung, in bezug auf die vereinbarte Zinshöhe usw. die ursprünglichen Vereinbarungen geändert werden. Aber der Bürge wird deshalb nicht frei. Das HGB. sieht ja gerade in § 356 die Möglichkeit vor, daß eine durch Bürgschaft gesicherte Forderung in die laufende

¹) JW. 1916, 1477.

²) JW. 1931, 2429.

³) JW. 1933, 50.

Aber dieser Satz kann nach anerkannter Rpr. (Staub-Gadow, Anm. 15 e nebst Nachweisen) dann keine Geltung beanspruchen, wenn das Konto aus Posten besteht, die schon vor oder erst nach der nächsten Salbung fällig werden. Ersteres trifft hier auf die Nebenforderungen und die Tilgungsraten, letzteres auf die Kapitalforderung zu; das Darlehenskonto der Firma weist lediglich Posten auf, deren Aufnahme in ein Kontokorrent einem solchen Verträge wesensfremd ist.

Auch die weitere Frage, ob die Kl. das Darlehenskonto der Firma als sog. uneigentliche laufende Rechnung in beiderseitigem Einverständnis geführt hat, hat das BG. offen gelassen. Das ist rechtlich nicht zu beanstanden. Denn wenn auch der Begriff der uneigentlichen laufenden Rechnung keineswegs eindeutig ist, so ist doch soviel außer Streit, daß durch ein solches Rechtsverhältnis an der rechtlichen Natur der Einzelposten nichts geändert wird (Staub-Gadow, Anhang zu § 357 Anm. 4 nebst Nachw.).

Zu dem Einwand der Befl., sie sei die Bürgschaft nur unter der Bedingung eingegangen, daß der Firma in Ansehung der Höhe des Zinsfußes nicht drückendere Pflichten auferlegt würden, als solche sich aus der ihr bekannten Schulurkunde v. 7. März 1929 ergeben hätten, erwägt das angef. Urf.: Der Bürge könne die Eingehung der Bürgschaft von der Bedingung abhängig machen, daß der Gläubiger dem Schuldner keine weiteren Lasten auferlege als die dem Bürgen zur Zeit der Bürgschaftsübernahme bekannten. Aber er müsse den Willen, hiervon den Bestand der Bürgschaft abhängig zu machen, wenn auch nicht ausdrücklich, so doch so zweifelsfrei dem Gläubiger zu erkennen geben, daß dieser den Willen des Bürgen erkennen könne. Sonst greife der Grundsatz des § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB. ein, wonach die Mehrbelastung des Schuldners den Bürgen nicht verpflichten könne, während die übernommene Bürgschaftsverpflichtung bestehen bleibe (RGW. 1913 Nr. 52). Einen auf eine Bedingung gerichteten Willen habe die Befl. nicht erkennbar zum Ausdruck gebracht. Es kann freilich zweifelhaft sein, ob die Vorschr. des § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB. unmittelbar eingreift. Denn sie setzt ein Rechtsgeschäft voraus, das der Hauptschuldner nach der Übernahme der Bürgschaft vornimmt. Ob dies hier zutrifft, ist vom Vorderrichter nicht festgestellt. Es kommt aber hierauf nicht an. Denn sollte das Sonderabkommen getroffen worden sein, bevor der Bürgschaftsvertrag geschlossen wurde, so würde sich die entsprechende Anwendung des in § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB. — im Gegensatz zu Satz 2 das. (LJ. 1917 Sp. 802 Nr. 6) — ausgesprochenen Rechtsgedankens aus der Erwägung ergeben, daß es für die Haftung des Bürgen nicht wohl einen Unterschied machen kann, ob das die Schuld des Hauptschuldners ändernde, zwischen ihm und dem Gläubiger vereinbarte Rechtsgeschäft schon vor dem Abschluß des Bürgschaftsvertrags zustande gekommen ist; denn wenn der Hauptschuldner nach der Übernahme der Bürgschaft ein Rechtsgeschäft mit der Wirkung vornehmen kann, daß dadurch die Verpflichtung des Bürgen nicht erweitert wird, so ist nicht einzusehen, weshalb er mit der Vornahme des Rechtsgeschäfts bis nach dem Abschluß des

Rechnung aufgenommen wird, und verordnet, daß auch nach der Salbung und der Anerkennung des Rechnungsabchlusses der Bürge für den Saldo in der Grenze der alten Forderung weiter haftbar bleibe. Es geht also nicht an, mit der Rev. einen Gegensatz zwischen einem Darlehn und einem Kontokorrentschulverhältnis zu konstruieren. Das RG. ist ja auch vorsichtig genug, um in dem oben wörtlich angeführten Satz das Gewicht nicht sowohl auf das Vorliegen eines Kontokorrents als vielmehr auf die Frage: Auszahlung oder bloße Gutschrift als Habenposten zu legen. Aber es scheint dann doch im weiteren Verlauf des Urf. wieder die Fragestellung der Rev. aufzunehmen, indem es mit aller Ausführlichkeit das Vorliegen von Kontokorrentbeziehungen untersucht. In Wahrheit ist aber die bloße Gutschrift als Habenposten im Gegensatz zur Barauszahlung auch außerhalb eines Kontokorrentverhältnisses denkbar. Juristisch handelt es sich bei Bankverträgen dieser Art dann um die Frage, ob ein Darlehn, ein Darlehensvorvertrag oder ein Kreditöffnungsvertrag vorliegt (siehe dazu Klausing, Der Kreditöffnungsvertrag in „Deutsche Landesreferate zum internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung im Haag 1932“, S. 77 ff.). Es wäre aber nun wiederum falsch, hier am Wortlaut haften zu wollen und einen Bürgen für frei zu erklären, weil er sich für ein Darlehn verbürgte, während in Wahrheit zwischen Gläubiger und Hauptschuldner ein Kreditöffnungsvertrag vorlag. Man muß vielmehr auf die Sache sehen: es ist möglich,

Bürgschaftsvertrages warten müßte. Diese Anschauung liegt bereits dem Urf. des erf. Sen. v. 30. Okt. 1912, VI 299/12, das teilweise in RGW. 1913 Nr. 52 abgedruckt ist, zugrunde, wo ausgeführt ist, es könne für die Frage der Haftung des Bürgen keinen Unterschied machen, ob der Abschluß des Vertrags, für dessen Erfüllung die Bürgschaft übernommen werde, bereits erfolgt sei oder erst erfolgen solle. Danach ergibt sich, daß die in dem angeführten Urf. ausgesprochenen Grundsätze, an denen festzuhalten ist (vgl. auch RG. 126, 289 nebst Nachw.; RGRKomm., Erl. 3 zu § 767; Staub-Gadow, Anm. 11 und 13 zu § 349), im vorl. Fall anzuwenden sind. Hiernach wäre es Sache der Befl. gewesen, der Kl. gegenüber zum zweifelsfreien Ausdruck zu bringen, daß sie die Bürgschaft nur für den Fall übernehme, daß die Kl. es auch der Firma gegenüber bei dem in der Urkunde v. 7. März 1929 festgesetzten Zinsfuß belasse, widrigenfalls die Befl. ihrer Bürgschaft ledig sein wolle. So aber ist die Befl. nach der Feststellung des Vorderrichters nicht verfahren.

Eine andere, in dem Urf. RGW. 1913 Nr. 52 bereits berührte Frage ist es, ob anzunehmen ist, daß der Bürge, wenn er auch es verabzäumt hat, die Bürgschaftsübernahme von einer Bedingung abhängig zu machen, mit Rücksicht auf die außergewöhnliche Schwere der dem Hauptschuldner auferlegten, dem Bürgen unbekanntenen Bedingungen vernünftigerweise bei deren Kenntnis die Bürgschaft nicht eingegangen wäre. Ob mit Rücksicht auf eine solche allgemeine Erwägung — im Gegensatz zu den besonderen Umständen des Einzelfalles — die Auslegung des Bürgschaftsvertrags (vgl. RG. 76, 195⁴); RGW. 1910 Nr. 115; 1914 Nr. 15; LJ. 1921 Sp. 141 Nr. 4; JW. 1912, 455¹) zu der Annahme der Unwirksamkeit der Bürgschaft führen könnte oder ob es solchenfalls einer Anfechtung des Vertrags wegen Irrtums bedarf, kann dahinstehen. Denn das BG. hat in anderem Zusammenhange, bei der Prüfung der Irrtumsanfechtung, die Feststellung getroffen, daß nicht anzunehmen sei, die Befl. würde von der Übernahme der Bürgschaft abgesehen haben, wenn sie um das Sonderabkommen gewußt hätte.

Endlich verlangt die Befl. auf Grund des § 249 Satz 1 BGB. deshalb Herstellung des vor dem Abschluß des Bürgschaftsvertrages bestehenden Zustandes, also Befreiung von der Bürgschaftsverpflichtung und im Wege der Widerklage Ersatz eines Teilbetrages ihres negativen Vertragsinteresses (vgl. RG. 103, 159), weil der Kl. infolge der Geheimhaltung des Sonderabkommens Verschulden beim Vertragschluß zur Last falle. Zutreffend ist das BG. davon ausgegangen, daß das Verhältnis des Gläubigers zum Bürgen auch schon vor dem Abschluß des Bürgschaftsvertrags von Treu und Glauben beherrscht wird (SenfUrch. 84, 295; Recht 1928 Nr. 1833) und daß daher dem Gläubiger dem Bürgen gegenüber — wie bei allen übrigen Verträgen — eine Aufklärungspflicht — wenn er es auch dem Bürgen der Regel nach überlassen darf, sich über die wirtschaftliche Lage des Hauptschuldners die erforderlichen Unterlagen selber zu beschaffen — bzgl. solcher Tatsachen obliegt, die für die Entschließung

daß der Bürge von dem Gedanken ausgeht, dem Hauptschuldner müsse die Darlehensvaluta hingegeben werden, weil er sich hiervon eine Sanierung des Hauptschuldners verspricht. Und es mag dann sein, daß die bloße Gutschrift auf dem Konto des Hauptschuldners — immer oder außerhalb eines Kontokorrentverhältnisses — zum Zwecke der Verrechnung mit anderweitigen Schulden die Bürgschaftsverpflichtung nicht zur Entstehung bringt. So war die Lage in RG.: LJ. 1919, Sp. 1231 Nr. 11. Im vorl. Fall aber ist die Darlehensvaluta im wesentlichen zur Auszahlung gekommen. Es sind nur zwei kleinere Posten von 23 500 RM bzw. 20 000 RM zur Verrechnung verwandt worden. Das aber kann der Gültigkeit der Bürgschaftsverpflichtung nicht im Wege stehen. (So auch RG. im Recht 1914 Nr. 913.)

So stimme ich dem Ergebnis der Entsch. zu. Daß unser Kontokorrentrecht noch gelegentlich zu scholastischem Denken verführt, ist wohl in der wenig glücklichen Geschichte bedingt, die dieses Rechtsinstitut im kontinentalen Europa gehabt hat (siehe darüber meinen Artikel Kontokorrent im rechtsvergleichenden Handwörterbuch). Die deutsche Rpr. hat sich dabei im ganzen glücklicher über diese Gefahren hinweggesetzt als etwa die Judikatur in den romanischen Ländern Europas. Aber gewisse Reste sind auch heute noch bei uns spürbar.

Prof. Dr. E. Ullmer, Heidelberg.

des Bürgen erkennbar von Bedeutung sein können (vgl. RG. 120, 252^b); unterläßt er dies, wenn auch nur aus Fahrlässigkeit, so macht er sich nach den Grundsätzen des Verschuldens beim Vertragsschluß dem Bürgen Schadensersatzpflichtig (Recht 1929 Nr. 2347; Staub-Gadow, Anm. 21 zu § 349). Aber der VerR. verneint ein Verschulden der Kl. bei Vertragsschluß und begründet dies durch rein tatsächliche Feststellungen.

(U. v. 25. Sept. 1933; VI 206/33. — Königsberg.) [S.]

3. § 276 BGB. Rechtsanwaltschaft. Der Rechtsanwalt, der als Berater zugezogen wird, wird sich in allgem. mit der Benennung von Zeugen durch die Partei begnügen müssen. Ihm kann nicht angefohlen werden, die Zeugen noch unmittelbar durch Befragung auf ihre Glaubwürdigkeit zu prüfen. Eine solche Befragung müßte sogar für den Regelfall als durchaus bedenklich bezeichnet werden (vgl. dazu das RG. 140, 397/398¹). †)

(U. v. 23. Juni 1933; III 427/32. — Düsseldorf.) [Sch.]

Abgedr. JW. 1933, 2701^a.

*) JW. 1928, 1286.

1) JW. 1932, 2858.

Zu 3. Dem Urte. ist beizupflichten. Zwischen Kl. und Auftraggeber besteht ein Vertragsverhältnis. Seine Stellung ist aber zugleich die eines Organs der Rechtspflege. So hat denn der Anwalt bei aller Pflichttreue gegen den Auftraggeber die auf dem Boden der Objektivität liegende Verpflichtung einzuhalten und die Feststellung dessen, was ein Zeuge weiß oder nicht weiß, dem Gericht zu überlassen. Die Aufgabe des Anwalts, der seinen Mandanten berät, erschöpft sich in der Entgegennahme sachlicher Information i. Verb. m. dem Vorhandensein von Beweismaterial, insbes. Beweisantritt durch Zeugenbenennung. Die Beratung des Anwalts geschieht stets unter dem Vorbehalt, daß die vom Auftraggeber benannten Zeugen auch wirklich vor dem Gericht den vom Auftraggeber behaupteten Tatbestand glaubhaft bestätigen. Bei seiner Prozeßbehandlung hat sich der Anwalt auf den Boden der Behauptungen seines Mandanten in der Erwartung zu stellen, daß deren tatsächlicher Inhalt erwiesen wird. Die Prüfung darüber hat er lediglich dem Gericht zu überlassen. Der Anwalt, der in diesem Punkte vorgreifen wollte, könnte eher seinem Mandanten schaden, weil darin der Vorwurf unzulässiger, wenn auch ungewollter Beeinflussung gefunden werden könnte. In der Tat liegt hierin ein gerade in der neueren Rspr., und zwar insbes. in Schadensprozessen sich wiederholt schädlich auswirkendes Moment. Der Zeuge, der sich — ohne Rechtspflicht — aus Gefälligkeit für eine ihn darum ersuchende Partei, zum Anwalt zwecks Äußerung über das Beweissthema begibt, gerät nicht selten in eine der Objektivität abholde Atmosphäre. Wird er dann später vom Gericht vernommen, dann kann er sich von dieser so im voraus festgelegten Einstellung — dies ist ein in diesem Zusammenhange oft gemachter Eindruck — oft dann nicht mehr freimachen. Es gibt der Weg verlegt, offen und frei die Wahrheit zu sagen. Gewiß gibt es Ausnahmefälle, so z. B. wenn der künftige Zeuge informationsweise Aufklärung geben soll. Es wird von dem Anwalt aber stets die größte Zurückhaltung verlangt. Ich verweise insbes. auf die Entsch. des OGH. 18, 55 und 137.

Besonders gefährlich gestaltet sich das Bild, wenn, ohne daß hierzu aus Arrestzwecken od. dgl. eine Notwendigkeit besteht, Zeugen im voraus eine eidesstattliche Versicherung abgeben. Ein Verfahren, vor welchem bereits vom Vorstand der Anwaltskammer in Berlin in einer Bekanntgabe gewarnt wurde:

„Es ist in der letzten Zeit wiederholt beobachtet worden, daß die Prozeßbevoll. eidesstattliche Versicherungen noch nicht vernommener Zeugen aufnehmen, deren Vernehmung aber zu erwarten ist. Die Folge solcher Maßnahmen ist, daß die Zeugen bei gerichtlicher Vernehmung bereits auf gewisse Fragen festgelegt sind.“

Wenn auch nicht so stark, so tritt eine gleiche Gefahr hervor, wenn der Parteianwalt von einem wichtigen Zeugen im voraus eine Aussage entgegennimmt. Es erscheint daher im Interesse der objektiven Wahrheitsermittlung grundsätzlich verfehlt, von einem Anwalt etwas Derartiges zu verlangen.

In RG. 140, 397 = JW. 1932, 2858 weist das RG. darauf hin, es könne keine Rede davon sein, daß der Anwalt selbst „vorher eingehende Nachforschungen anstellen müsse“ und betont, daß das BG. übersehen habe, „daß es selbst bei anderen Fällen die vorherige Befragung der als Zeugen in Betracht kommenden Personen für die Beweisführung — mit Recht — als bedenklich bezeichnet hat und eigen, den Beweiswert eines Zeugen herabzumindern. Diese Er-

4. § 423 BGB. Wann wirkt ein Vergleich und ein in ihm stekender Erlaß gesamtzerrörlieh auch für die übrigen an dem Vergleiche nicht beteiligten Schuldner? †)

Die Annahme des BG., daß der von dem Kl. mit der Reichsbahnges. abgeschlossene Vergleich und der in ihm enthaltene Erlaß künftiger, über die Vergleichssumme hinausgehender Ansprüche auch gegenüber dem jetzigen Vell. wirke, wird mit Recht von der Rev. beanstandet. Grundsätzlich wirkt ein solcher Vergleich nur zwischen den Parteien, die ihn abgeschlossen haben. Gesamtzerrörliehe Wirkung hat also der in einem Vergleich vereinbarte Erlaß nur dann, wenn die Vertragsschließenden das ganze Schuldverhältnis aufheben wollten (§ 423 BGB.). Daß der Erlaß auch anderen, am Vergleichsabschluss unbeteiligten Schuldnern zugute kommen solle, ist also nicht zu vermuten; dieser Wille muß vielmehr aus dem Wortlaut des Vergleichs oder den Umständen erhellen (Urte. des RG. VII 474/09 v. 10. Mai 1910). Demgemäß hat RG. 59, 319 ausgesprochen, daß der Regressanspruch eines Wechselausstellers gegen den Akzeptanten dadurch nicht berührt wird, daß der Wechselinhaber diesen und seinen Vormann aus der Verpflichtung entläßt. Umgekehrt wirkt der zwischen dem Wechsel-

mägung muß aber dazu führen, die Pflicht zur vorherigen Erkundigung für Prozeß. zu verneinen“.

RA. Dr. Karl Friß Jonas, Berlin.

Zu 4. Die im Ergebnis zu billigende Entsch. gibt zu einigen grundsätzlichen Bemerkungen Anlaß. Nach § 423 BGB. kommt es für die Frage, ob der mit einem der Mitschuldner vereinbarte Erlaß auch für den oder die übrigen Mitschuldner wirkt, darauf an, ob die Vertragsschließenden solche Gesamtwirkung wollten. Wie auch sonst nach dem Sprachgebrauch des Gesetzes kann es auch hier nicht lediglich auf den „inneren“ Willen, sondern nur auf den erklärten Willen ankommen; es ist also der im Wege der Auslegung zu ermittelnde Vertragsinhalt maßgebend. Deshalb ist es nicht unbedenklich, statt von dem „Willen“ von der „Absicht“ der Parteien zu sprechen, denn unter der Absicht verstehen wir in der Regel etwas rein Subjektives, unter dem Willen dagegen den erklärten Willen, also etwas vorwiegend Objektives. Das wird vor allem wichtig, wenn, wie im vorl. Fall, der Gläubiger bei Abschluß des Vergleichs überhaupt noch nicht daran gedacht hatte, daß ihm noch ein weiterer, in dem Vergleich nicht erwähnter Schuldner haftet. Der Kl. hatte wegen eines erlittenen schweren Unfalls am unbewachten Bahnübergang zunächst die Reichsbahngesellschaft in Anspruch genommen und sich mit ihr dahin verglichen, daß ihm die Reichsbahn ohne Rücksicht auf die Beschränkung ihrer Haftung durch § 7a HaftpflG. eine in ihrer Höhe durch Schiedsspruch festgestellte Abfindungssumme für den erlittenen und den etwa noch künftig entstehenden Schaden zahlte. Erst später, als sehr erheblicher weiterer Schaden entstanden war, nahm er den jetzigen Vell., den Sächsischen Staat, wegen Verschuldens der für den Zustand der Straße verantwortlichen Beamten auf Ersatz des Mehrschadens in Anspruch. Nach Feststellung des BG. haben die Parteien bei dem Abschluß des Vergleichs überhaupt nicht daran gedacht, daß dem Kl. auch noch der Sächsische Staat haftet. Käme es also nach § 423 auf die innere Absicht der Parteien an, so könnte sich diese niemals auf das Rechtsverhältnis des Gläubigers zu einem Schuldner miteinstrecken, von dem die Parteien überhaupt nichts wußten. Da es aber nicht auf die Absicht, sondern auf den als den Willen der Parteien erklärten Vertragsinhalt ankommt, so ist zunächst im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung festzustellen, ob nur gerade der Anspruch gegen den beteiligten Schuldner oder, wie das Gesetz sich ausdrückt, das ganze Schuldverhältnis aufgehoben ist. Dabei ist darauf abzustellen, welche Regelung der von den Parteien nicht bedachte Frage (Einzelwirkung oder Gesamtwirkung) dem Vertragszweck entspricht und deshalb nach Treu und Glauben von den Parteien gewollt wäre, wenn sie die Frage bedacht hätten, ihnen also in diesem Sinne zurechenbar ist. Das so gewonnene Ergebnis der ergänzenden Vertragsauslegung gehört noch zum Vertragsinhalt (vgl. meine „Methode der Auslegung des Rechtsgeäfts“, S. 92 ff.). Erst wenn die ergänzende Vertragsauslegung nicht zum Ziele führt, etwa weil der Vertragszweck weder die eine noch die andere Regelung notwendig erfordert, ist Raum für die Anwendung der dispositiven Gesetzesvorschr., nach der im Zweifel nur Einzelwirkung anzunehmen ist.

Bei der Frage nach dem Zweck des Erlasses läßt es sich nicht umgehen, auf den Zweck des Vergleichs einzugehen. Dem steht nicht etwa die abstrakte Natur des Erlasses entgegen, denn diese ist nur für seine Gültigkeit, nicht für die Auslegung von Bedeu-

gläubiger und dem Akzeptanten geschlossene Vergleich nicht notwendig zugunsten des Wechselausstellers (Art. des RG. I 536/04 v. 5. April 1905). Selbst bei einer Schuldforderung, die sich gegen eine OHG. und deren persönlich haftende Gesellschafter richtet, beseitigt der mit einem der Gesellschafter vereinbarte vergleichsweise Erlaß die Schuld der Gesellschaft und der anderen Gesellschafter nur, wenn die Aufhebung des ganzen zwischen dem Gläubiger und seinen Schuldnern bestehenden Schuldverhältnisses beabsichtigt gewesen ist (RG. VIII 193/32 v. 7. Juli 1932). Demgemäß führt auch **Planck**, 4. Aufl., in der Bem. 2 zum § 423 BGB. zu der Frage der Anwendbarkeit des in einem Vergleich enthaltenen Erlaßvertrages auf Gesamtschuldner aus: „Es kommt also darauf an, ob nur Befreiung des Gesamtschuldners, mit dem der Vergleich abgeschlossen ist, oder auch die der übrigen Schuldner beabsichtigt ist.“ Das übrige Schrifttum weist vorwiegend darauf hin, daß regelmäßig eine Befreiung der übrigen Gesamtschuldner nur beabsichtigt sein wird, wenn diese dem Vergleich beitreten oder doch zu seiner Erfüllung beitragen wollen. Es müssen also bestimmte Anhaltspunkte vorliegen, aus denen die Absicht, die übrigen Schuldner an der Befreiung von weiteren Ansprüchen teilnehmen zu lassen, hervorgeht. Den Beweis für diese Absicht hat der zu führen, der die Wirkung des Vergleichs über die Personen der Vertragsschließenden hinaus für seine Person in Anspruch nimmt. Im vorl. Falle fehlt jeder Anhalt dafür, daß der vom Kl. mit der Reichsbahnges. geschlossene Vergleich dem Bekl. zugute kommen sollte. Nach § 5 des Vergleichs hat der Kl. ausdrücklich und unbedingt verzichtet auf alle weiteren Ansprüche an die Reichsbahnges. oder gegen irgendeinen Bediensteten der Reichsbahnverwaltung, die aus dem Unfälle auf Grund des RHaftpfVG. v. 7. Juni 1871 oder anderer gesetzlicher Best. etwa hergeleitet werden können. Der Erlaßvertrag bezieht sich also nach diesem ausdrücklichen Wortlaut nur auf weitere

Ansprüche gegen die Reichsbahnges. oder gegen irgendeinen Bediensteten der Reichsbahnverwaltung. Die Reichsbahnges. hatte auch gar keine Veranlassung, eine Befreiung etwaiger anderer Schuldner, hier des Bekl. Staates, für weitergehende Schadenshaftungen herbeizuführen. Das BG. stellt aber auch ausdrücklich fest, daß beim Abschluß des Vergleichs weder der Kl. noch die Reichsbahnges. daran gedacht oder mit der Möglichkeit gerechnet haben, daß dem Kl. auf Grund des Unfalles auch gegen den Staat Ansprüche zustehen könnten. Es kommt hinzu, daß die Ansprüche aus §§ 1, 3a HaftpfVG. nicht so weit reichen, als die Ansprüche, die etwa aus § 839 BGB. i. Verb. mit Art. 131 RVerf. gegen den Bekl. geltend gemacht werden können.

(U. v. 16. Juni 1933; 248/32 III. — Dresden.) [Sch.]

5. 1. § 1 GBVereinG. v. 18. Juli 1930 bezieht sich nicht auf Fälle, wo der Antrag auf Eintragung der Aufwertung im Grundbuch schon rechtzeitig gestellt und nur die richtige Eintragung nicht erfolgt ist.

2. § 18 GBVereinG. Rechtliche Bedeutung der Vormerkung von Amts wegen.

3. § 19 GBVereinG. beseitigt die Vorschrift des § 22 Abs. 2 AufwG. nicht rückwirkend, steht nur der Verufung auf § 22 Abs. 2 bei Rechtservwerb, der nach Ende 1931 liegt, entgegen.

4. § 22 Abs. 2 AufwG. versteht unter dem Zeitpunkt des Erwerbes eines Rechtes an dem Grundstück vor dem 1. Juli 1925 nicht den Tag des Eintragungsantrages, sondern den des vom Grundbuchgläubiger darzutunenden vollen Rechtservwerbes; bei einer Hypothek muß also die Entziehung der zugrunde liegenden Forderung vor dem 1. Juli 1925 bewiesen werden.

tung. Der Zweck eines abstrakten Geschäftes ergibt sich ja gerade aus dem ihm zugrunde liegenden Kaufgeschäft, und es hieße also die Auslegung nach dem Vertragszweck unmöglich machen, wenn hier der Rückgang auf das Kaufgeschäft nicht möglich wäre. Der Zweck des Vergleichs dürfte hier der gewesen sein, an Stelle eines wegen der Ungewißheit über die weitere Entwicklung der Folgen des Unfalls in seiner Höhe vorläufig noch unbestimmten Anspruchs einen sofort realisierbaren, dafür aber fest begrenzten Anspruch zu setzen, also die Rechtsfolgen des Unfalls ein für alle Male abschließend zu regeln. Dieser Vertragszweck spricht außerordentlich für die Annahme einer Gesamtwirkung. Denn es sollte doch dem Kl. gerade das Risiko etwaiger weiterer Schadensfolgen überlassen werden, und er hatte dieses Risiko übernommen, um dafür sofort die Abfindungssumme zu erhalten. Auch das **OLG. München** hat früher in einem Fall, in dem dem Gläubiger für einen seiner Begr. und Höhe nach zweifelhaften Anspruch eine Abfindung gewährt war, Gesamtwirkung angenommen (Entsch. der OLG. 40, 291). Anders wäre es, wenn der Vergleich den Zweck hätte, die vielleicht zweifelhafte Leistungspflicht gerade dieses Schuldners zu klären und zu begrenzen oder eine sich aus seiner Person ergebende Unsicherheit der Verwirklichung des Anspruchs zu beheben. Hier wäre aus dem Vertragszweck wohl auf Einzelswirkung zu schließen. Eine Gesamtwirkung wird im ersten Fall vor allem dann durch den Vertragszweck gefordert, wenn der an dem Vergleich beteiligte Schuldner andernfalls Regressansprüche des durch den Erlaß nicht mitbetroffenen Mitschuldners zu befürchten hätte; denn dann würde auch durch den Vergleich die Höhe der von ihm endgültig aufzubringenden Beträge noch nicht abschließend geklärt sein. Es würde also für ihn die Unsicherheit noch fortbestehen, um deren Beseitigung willen er gerade den Vergleich abgeschlossen hat. Mit Recht wird daher in der Literatur darauf hingewiesen, daß es für die Auslegung des Erlaßvertrages auch auf die Gestaltung des Innenverhältnisses zwischen den beteiligten Gesamtschuldnern ankommt (**Planck** zu § 423 Ziff. 1 und **Siber**, Grundriß des Schuldrechts S. 159).

Im vorl. Fall führt das **RG.** aus, die Reichsbahngesellschaft habe überhaupt keine Veranlassung gehabt, die Befreiung anderer Schuldner von weitergehenden Schadensforderungen herbeizuführen. Es nimmt also wohl an, daß der Sächsische Staat wegen des Verschuldens seiner Organe im Innenverhältnis den Schaden allein zu tragen habe. Die Richtigkeit dieser Annahme unterstellt, läßt sich aus ihr allerdings ein Argument gegen die Gesamtwirkung gewinnen. Es wäre anders, wenn der Kl. umgekehrt den Vergleich mit dem Sächsischen Staat abgeschlossen und dabei noch

nicht an die Haftung der Reichsbahn gedacht hätte. Dann würde der Erlaß dem Sächsischen Staat wegen seiner Regresspflicht nur im Falle der Gesamtwirkung etwas nützen. Aber wenn selbst die Reichsbahn hier an einer Befreiung des Sächsischen Staates kein Interesse hatte, so könnte man immer noch zweifeln, ob nicht doch nach Treu und Glauben Gesamtwirkung einzutreten habe, da der Kl. das Risiko des weiteren Schadens übernommen hatte und die Reichsbahn ihm nur wegen dieser Risikoübernahme entgegengekommen war. Es entspricht kaum Treu und Glauben, wenn man diesen Begriff, wie es der heutigen Auffassung entspricht, objektiv, vom Standpunkt der Volksgemeinschaft aus, auffaßt, wenn der Kl. dieses von ihm übernommene Risiko hinterher doch wieder auf einen Dritten abwälzt. Aber gegen diese Erwägung spricht m. E. entscheidend, daß die Reichsbahngesellschaft nach dem RHaftpfVG. nur in beschränkter Höhe, der Bekl. dagegen ohne solche Beschränkung haftete. Denn es ist nicht von der Hand zu weisen, daß der Vergleich mit der Reichsbahn gerade hinsichtlich der Höhe des Anspruchs durch die Rücksicht auf die Haftungsbeschränkung beeinflusst wurde, eine Rücksicht, die für das Verhältnis des Kl. zum Bekl. nicht in Betracht kommt. Es kann nicht angenommen werden, daß der Kl. mit dem unbeschränkt haftenden Schuldner ohne weiteres denselben Vergleich abgeschlossen hätte wie mit dem beschränkt haftenden. Unter diesen Umständen kann hier nur eine Wirkung unter den Beteiligten als Inhalt der Vereinbarung angesehen werden. Die Entsch. ist daher m. E. zwar noch nicht durch den anfänglichen Hinweis auf die Parteiabsticht, wohl aber durch die dann angeführten, mehr objektiven Gesichtspunkte gerechtfertigt. Im allgemeinen möchte ich sagen: der in einem Vergleich enthaltene Erlaß hat dann Gesamtwirkung, wenn sich diese im Wege der gewöhnlichen oder der ergänzenden Vertragsauslegung, insbes. aus dem Vertragszweck, als Inhalt des Vertrages ergibt. Sie erfordert keine darauf gerichtete Absicht der Parteien und ist auch dann möglich, wenn sich die Parteien mangels Kenntnis von der Mithaftung eines Dritten über die Frage der Gesamtwirkung überhaupt keine Gedanken gemacht hatten. Gesamtwirkung ist als durch den Vertragszweck gefordert in der Regel anzunehmen, wenn ohne sie der befreite Schuldner noch weitergehenden Regressansprüchen seiner weiterhaftenden Mitschuldner ausgesetzt bliebe, dagegen abzulehnen, wenn für den Abschluß des Vergleichs und die Höhe des Erlasses tatsächliche oder rechtliche Umstände mitbestimmend waren, die nur für die Leistungspflicht gerade dieses Schuldners in Betracht kommen.

Prof. Dr. Karl Larenz, Kiel.

5. Keine Verwirkung für das Gebiet der gebundenen Aufwertung nach dem AufwG. f)

Für die Kl. sind aufgewertete Vorkriegshypotheken seit 2. Dez. 1926 wiedereingetragen. Für diese Hypotheken nimmt sie auf Grund des § 22 Abs. 2 AufwG. den Vorrang in Anspruch vor der ebendort seit dem 20. Nov. 1926 eingetragenen Darlehnshypothek der Bekl. Diese bestreiten der Kl. den Vorrang, weil die Eintragung ihrer Hypothek für die ursprüngliche Gläubigerin schon am 28. April 1925 beantragt gewesen, auch schon am 24. Juni 1925 durch eine Vormerkung von Amts wegen gesichert gewesen sei, und weil sowohl dieser wie ihren Zessionaren der öffentliche Glaube des Grundbuchs zur Seite stehe.

Die Bekl. wurden zur beantragten Grundbuchberichtigung verurteilt. Ihre Rev. hatte keinen Erfolg.

Die Rev. wiederholt den Versuch, die vorliegende, erst im Frühjahr 1932 erhobene Klage als verspätet nachzuweisen, indem sie den § 1 GVBereinG. v. 18. Juli 1930 nicht nur auf den ersten Antrag auf Eintragung einer HypAufw. in das Grundbuch, sondern auch auf Klagen, wie die hier gegebene angewandt wissen will, welche die Berichtigung einer ursprünglichen sachlich unrichtigen Eintragung der Aufw. zum Ziele haben. Hierbei hat die Rev. allerdings die Erläuterungen Mügels zu der genannten Vorschr. für sich, der in Anm. 2 über die Ausschlußfrist des § 1 ausführt, diese gelte auch dann, wenn bereits eine Aufw. eingetragen, das Grundbuch aber hierdurch unrichtig geworden sei und der richtige AufwBetrag im Wege der Berichtigung des Grundbuchs eingetragen werden solle. Ist hier zwar zunächst nur von einer Unrichtigkeit des eingetragenen AufwBetrages die Rede, so muß für die Ausführung doch ein weiterer Sinn, der aufwertungsrechtliche Unrichtigkeiten jeder Art umfaßt, in Anspruch genommen werden. Denn es heißt a. a. O. weiter: „Der Sinn des Gesetzes ist der, daß nach fruchtlosem Ablauf der Ausschlußfrist jeder AufwAnspruch erledigt sein soll, insoweit es sich um die Eintragung an der sich aus dem AufwG. oder dem Ges. v. 9. Juli 1927 ergebenden Rangstelle handelt.“ Sollte nun die Mügelsche Auffassung in der Tat in dem weiten Sinne verstanden werden müssen, daß er aus dem

GVBereinG. die Einführung eines neuen, fristgebundenen Antragsverfahrens auch für solche Fälle herauslesen wollte, wo auf Grund rechtzeitiger Anmeldung gem. § 16 AufwG. und angeschlossenen Wiedereintragsantrags eine Eintragung der aufgewerteten Hypothek im Grundbuch erfolgt war und nur die Richtigkeit der Eintragung beanstandet wird, so würde ihr nicht beigetreten werden können. Dem Antragsverfahren in diesem Sinne würde auch eine bis zum Ablauf des 31. März 1931 erhobene Klage nicht genügt haben; denn nach § 3 Abs. 1 GVBereinG. hätte dann ein an die zuständige Stelle, nämlich das GBA., gerichteter Antrag auf Berichtigung der beanstandeten Eintragung für erforderlich erachtet werden müssen, eine Voraussetzung, an deren Erfüllung es im vorl. Falle nach dem bisherigen Parteivortrage offensichtlich mangelt. Die Mügelsche Ansicht in dem hier unterstellten weiten Sinne findet aber in der Begründung und Entstehungsgeschichte des GVBereinG. keine Stütze. Wenn zwar der allgemeine Zweck des Gesetzes darin gesehen werden muß, einen möglichst baldigen Abschluß der aufwertungsrechtlichen Neueintragungen im Grundbuch herbeizuführen und damit die Rückkehr von Klarheit, Übersichtlichkeit und Zuverlässigkeit des Grundbuchstandes zu beschleunigen, so kann doch die Einführung der Ausschlußfrist des § 1 für Eintragsanträge ohne ausdrückliche Ermächtigung im Gesetz nicht auf Fälle ausgedehnt werden, wo der Antrag auf Eintragung der Aufw. im Grundbuch und damit selbstverständlich der Antrag auf die aufwertungsrechtlich richtige Eintragung schon längst gestellt und nur die richtige Eintragung am Mißverständnis des Gesetzes oder anderen Unzulänglichkeiten gescheitert war. Bei unrichtiger Eintragung bedurfte es zur Berichtigung eines neuen Antrags nicht. Daß das GVBereinG. beim Vorliegen von Eintragsfehlern das Erfordernis eines solchen neuen Antrags hätte aufstellen wollen, läßt sich ohne ausdrücklichen Auspruch nicht annehmen. Der Antrag, von dem es im § 1 spricht, ist offenbar ein schon nach den bisherigen Gesetzen erforderter. Es wird dabei in erster Linie an Fälle gedacht sein, wo der Anmeldung nach § 16 AufwG. kein Antrag zum Grundbuch gefolgt, oder wo der Antrag zwar vom gegenwärtigen, aber nicht auch vom früheren Gläubiger gestellt, oder

Zu 5. Die Bedeutung dieser in die amtliche Sammlung (RG. 141, 379 ff.) aufgenommenen und auch in der Tagespresse abgedruckten Entsch. geht über den Einzelfall weit hinaus.

1. Die erste in der Entsch. behandelte Frage ist die, ob es des in § 1 GVBereinG. vorgeschriebenen Antrags auch dann bedarf, wenn der Aufwertungsbetrag der aufgewerteten Hypothek zwar im Grundbuch eingetragen, die Eintragung aber unrichtig ist (zu niedriger Aufwertungsbetrag oder zu ungünstiger Rang). Diese Frage wird in der Entsch. verneint (mit Schlegelberger-Sarmenting und Quasnowski gegen Mügel). M. E. zu Unrecht. Schon der Wortlaut des § 1 GVBereinG., wo von der Eintragung „der Aufwertung der Hypothek“ und an „der sich aus dem AufwG. ergebenden Rangstelle“ die Rede ist, scheint mir gegen die von dem RG. vertretene Auffassung zu sprechen. Denn wenn die Hypothek zu niedrig eingetragen ist, ist eben die Aufwertung, d. h. der Aufwertungsbetrag der Hypothek, nicht vollständig im Grundbuch eingetragen, und wenn die Hypothek an zu ungünstiger Rangstelle vermerkt ist, so ist sie eben nicht an der sich aus dem AufwG. ergebenden Rangstelle eingetragen. Ferner scheint mir auch der gesetzgeberische Gedanke des GVBereinG. nicht für die von dem RG. vertretene Auffassung zu sprechen. Der Zweck des Gesetzes ist, das Grundbuch zu „bereinigen“. Dies wird in der Begr. zu dem Entwurf des GVBereinG. im einzelnen ausgeführt. Deshalb scheint es mir nicht berechtigt zu sein, wenn das RG. den Gesetzeszweck nur darin sieht, „einen möglichst baldigen Abschluß der aufwertungsrechtlichen Neueintragungen im Grundbuch herbeizuführen“. Schließlich scheint mir die von dem RG. vertretene Auffassung auch unpraktisch zu sein. Dies gilt insbes. für Fälle, in denen die zu niedrige Eintragung materiell der Richtigeintragung näher kommt als der richtigen Eintragung. Beispiel: Eine Altmärzhypothek von 100 000 M., die in der Zeit vom 1. bis 10. Juni 1922 den Gläubiger gewechselt hat, ist auf Grund einer Eintragungsbewilligung des Schuldners wieder im Grundbuch eingetragen worden. Der Goldmarkbetrag betrug über den 1. bis 10. Juni 1922 gerechnet 1520 GM. (100 RM. = 1,52 GM.), der in Grundbuch eingetragene Aufwertungsbetrag demgemäß 25 % von 1520 GM. gleich 380 GM. Nach dem 31. März 1931 tritt der Gläubiger der Aufwertungshypothek unvermittelt mit der Behauptung hervor, die Hypothek sei ihm geschenkt worden, deshalb habe

der Aufwertungsbetrag nach § 3 Abs. 1 Ziff. 11 AufwG. nicht 1520 GM., sondern 100 000 GM. und der Aufwertungsbetrag nicht 380 GM., sondern 25 000 GM. betragen. Soll der Gläubiger in einem solchen Falle tatsächlich damit gehört werden, es habe eines Antrags auf Grund des GVBereinG. nicht bedurft, weil dieses nur einen Schutz gegen Neueintragungen bezwecke?

2. Von der zu 1 erörterten Frage ist eine zweite zu trennen, nämlich die: Wenn der Aufwertungsbetrag der Hypothek auf Antrag des Gläubigers eingetragen wurde, wirkt dann der unzureichend erledigte Antrag über die falsche Eintragung im Grundbuch hinaus fort, dergestalt, daß er nach wie vor als Antrag auf Eintragung der vollständigen Aufwertung im Grundbuch gilt und demgemäß dem Erfordernis des § 1 GVBereinG. entspricht? Diese Frage wird von dem RG. bejaht: Der Schuldner, der früher die Eintragung der Aufwertung im Grundbuch beantragt habe, habe damit selbstverständlich den Antrag auf die aufwertungsrechtlich richtige Eintragung längst gestellt, und es fehle in dem GVBereinG. jeder Anhalt dafür, daß beim Vorliegen von Eintragsfehlern ein neuer Antrag gestellt werden müsse. So „selbstverständlich“ scheint mir dies nicht zu sein. Eine gewisse Parallele findet sich in der früheren AufwertungsRspr. zu § 22 Abs. 2 AufwG. Nach dieser Best. ist der öffentliche Glaube des Grundbuchs zugunsten der Eintragung des Aufwertungsbetrages an der bisherigen Rangstelle bis auf weiteres gesperrt. In Literatur und Rspr. wurde damals allgemein angenommen, daß die Sperre in dem Augenblick aufhöre, in dem der Aufwertungsbetrag einmal mit einem bestimmten Betrag und an einer bestimmten Rangstelle eingetragen ist, auch dann, wenn die Eintragung zu niedrig oder die Rangstelle zu ungünstig ist (vgl. insbes. RG.: AufwRspr. 26, Sonderheft 1 S. 15). Nun läßt die Sperre des guten Glaubens gegenüber der Eintragung des Aufwertungsbetrages nach § 19 GVBereinG. am 31. Dez. 1931 ab, also $\frac{1}{4}$ Jahre nach der Frist vom 31. März 1931, bis zu dem der Antrag gem. § 1 GVBereinG. gestellt werden muß. Unter diesen Umständen liegt es nicht sehr fern, zu sagen, daß der Gläubiger, der schon vor dem GVBereinG. den Schutz einer an und für sich erst am 31. Dez. 1931 ablaufenden Sperre verloren hat, sich nun wenigstens gem. § 1 GVBereinG. bis zum 31. März 1931 melden muß, wenn er seine im Grundbuch nicht verlaublichen Rechte, die

wo eine Anmeldung überhaupt nicht erforderlich gewesen war. Bloße Anregungen auf Verichtigung aufwertungsrechtlicher Unrichtigkeiten unterfallen dagegen dem § 1 GVBereinsG. nicht. Damit würden sich auch die Vorschr. des § 2 GVBereinsG. nicht vereinigen lassen, indem sie Folgen der Fristverläumnis nur für den Fall aussprechen, daß ein Antrag auf Eintragung der Aufw. überhaupt nicht rechtzeitig gestellt wurde. Die Mützel'sche Auffassung wird denn auch von Schlegelberger-Harmering (Anm. 7 zu § 2 GVBereinsG., 3. Aufl., 1931) und Quassowski (Anm. II Abs. 1 zu § 2 GVBereinsG., Anm. zu § 37 das.) nicht geteilt. Hiernach steht eine Fristverläumnis i. S. des § 1 GVBereinsG. dem Klageanspruch nicht entgegen.

In zweiter Linie wendet sich die Rev. erneut gegen die Anwendung der Vorschr. des § 22 Abs. 2 Satz 1 AufwG. auf den vorl. Fall. Wenn sie hierfür zunächst die Außerkraftsetzung dieser Vorschr. seit Ende 1931 durch § 19 GVBereinsG. geltend macht, so verkennt sie, daß die Vorschr. des § 22 Abs. 2 AufwG. nicht rückwirkend beseitigt ist, so als ob sie niemals bestanden hätte, daß sie vielmehr nur gegen Rechtserwerbe, die nach Ende 1931 liegen, nicht mehr angerufen werden kann, während ihre Anwendbarkeit auf ältere Tatbestände keine Einschränkung erleidet.

Die Rev. will ferner als für den Erwerb der Hyp. durch die ursprüngliche Gläubigerin maßgebenden Zeitpunkt wiederum den Tag des Eintragungsantrags, d. i. den 28. April 1925, deshalb angesehen wissen, weil damals bereits die Hyp.-Forderung begründet gewesen sei; wenn nicht schon durch bare Hingabe des Darlehns, so doch durch Vereinbarungen, wonach der eine Teil die Verpflichtung übernehme, sich schon in einem früheren Zeitpunkt als Darlehnschuldner behandeln zu lassen. So liege die Sache hier. Mindestens sei in einem solchen Falle

schon gegenüber Neueintragungen nicht mehr geschützt sind, gegenüber bereits bestehenden Eintragungen gewahrt wissen will. Man stelle einmal beide Fälle gegenüber: Wird zunächst die Aufwertungshypothek mit einem zu niedrigen Betrag und alsdann eine zweite Hypothek eingetragen, so hat die zweite Hypothek den Vorrang vor dem noch nicht eingetragenen Teil der Aufwertungshypothek gutgläubig erworben. Wird dagegen zunächst die neue Hypothek und später mit Vorrang vor dieser die Aufwertungshypothek mit einem zu niedrigen Betrag eingetragen, so soll nach dem Art. des RG. der Gläubiger der zweiten Hypothek auf ewige Zeiten dulden müssen, daß die ihm vorgehende Aufwertungshypothek mit einem höheren Betrag eingetragen wird. Theoretisch kann man natürlich sagen, der Gläubiger, dessen Hypothek zeitlich vor der Aufwertungshypothek eingetragen worden sei, habe immer damit rechnen müssen, daß die Aufwertungshypothek mit dem richtigen Betrage eingetragen werde, während der neue Gläubiger, dessen Hypothek zeitlich nach der Eintragung des Aufwertungsbeitrages eingetragen wurde, nur mit dem eingetragenen Aufwertungsbeitrag habe rechnen müssen. Indessen fragt sich doch, ob man mit dieser unterschiedlichen Denkweise dem Gedanken des GVBereinsG. gerecht wird. Wenn ich trotzdem dazu neige, der Auffassung des RG. zu folgen, so geschieht dies lediglich deshalb, weil ich praktisch keine Möglichkeit sehe, eine Grenze in der Richtung zu ziehen, in welchen Fällen und innerhalb welcher Frist der Aufwertungsgläubiger, der den Eintrag der Aufwertungshypothek beantragt hat und dessen Antrag von dem GVL. falsch behandelt worden ist, sich gem. § 1 GVBereinsG. beschwert melden muß. Es ist insbef. denkbar, daß der falsche Eintrag erst kurz vor dem Ablauf der Frist vom 31. März, 1931 erfolgt und dem Gläubiger erst nach Ablauf der Frist bekannt wird. Dann wäre es in der Tat nicht zu rechtfertigen, wenn der Gläubiger darunter leiden sollte, daß sein Antrag auf richtige Eintragung des Aufwertungsbeitrages von dem GVL. falsch behandelt worden ist.

3. Wenn man aber schon in diesem Punkte dem RG. folgt, so sollte man m. E. den Vertirkungsgeschichtspunkt nicht grundsätzlich ablehnen. Das RG. verweist auf seine Rspr., die für das Gebiet der sog. „gebundenen Aufwertung“ nach dem AufwG. dem Rechtsgedanken der Vertirkung die Anwendung verweigert. Dieser Begr. vermag ich nicht zu folgen. Mit Recht hat das RG. den Vertirkungsgeschichtspunkt da abgelehnt, wo bestimmte Fristen vorgesehen sind. Im vorl. Falle sind nun aber, gerade wenn man einen alten, nicht vollständig erledigten Antrag als fortbestehend ansieht, keinerlei Fristen vorgesehen, und zwar im Gegensatz zu der normalen Vertirkung nicht einmal Verjährungsfristen. Zu irgendeinem Zeitpunkt muß einmal Schluß sein mit nicht eingetragenen Aufwertungsrechten, und es kann m. E. nicht angehen, daß wegen einer Aufwertungshypothek, deren Aufwertungsbeitrag zu niedrig oder an zu ungünstiger Rangstelle eingetragen war, noch nach

der Gläubiger von der Beweislast, daß und wann er das Darlehn gegeben habe, befreit. Nur insoweit aber ist nach § 22 Abs. 2 AufwG. gegenüber Eintragungen des Aufw. Betrags an der bisherigen Rangstelle dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs seine schützende Kraft belassen worden, als der zu schützende Rechtserwerb oder der im § 892 Abs. 2 BGB. bestimmte Zeitpunkt vor dem 1. Juli 1925 liegen. Für das Vorliegen dieser Ausnahme trifft hiernach den Grundbuchgläubiger, der sie behauptet, gegenüber der Aufw. die Darlegungs- und Beweislast. Er hat für seinen geschützten Rechtserwerb alle Voraussetzungen darzutun und demgemäß, wenn es sich um eine Hyp. handelt, auch nachzuweisen, daß die Forderung, deren Begründung ihre Entstehung als Hypothek bedingt (§ 1163 Abs. 1 Satz 1 BGB.), schon vor dem 1. Juli 1925 entstanden war (ohne daß ihm in Ansehung dieses Entstehungszeitpunktes eine Vermutung zustatten kommt (vgl. Art. v. 26. Jan. 1929, V 138 28 = SeuffArch. 83 Nr. 85)). Denn nur gegen die Zufälligkeiten der Erledigung des Eintragungsantrags schützt ihn die Best., daß auch hier an Stelle des Zeitpunkts der wirklichen Eintragung der des Eingangs seines Antrags beim GVL. maßgebend sein soll. Dagegen wird er durch sie des Nachweises der neben der Eintragung bestehenden Erfordernisse seines Rechtserwerbs nicht überhoben. An schlüssiger Darlegung einer Begründung der Hyp.-Forderung vor dem 1. Juli 1925 läßt es aber die Verteidigung der Best. fehlen. Für den Fall, daß an Stelle der wirklichen Hingabe des Darlehns zunächst nur Vereinbarungen darüber getroffen sind, gilt nichts Besonderes. Der Nachweis solcher Vereinbarungen würde den Nachweis der baren Auszahlung des Darlehns in Ansehung der Begründung der Darlehnsforderung zu ersetzen nur dann geeignet sein, wenn schon durch diese Vereinbarungen eine als Unterlage der Hyp. ge-

Jahrzehnten Ansprüche wegen der verkürzt eingetragenen Aufwertung erhoben werden können.

4. Die beklagte Hypothekengläubigerin hatte sich zur Begr. ihres Vorranges auf § 22 Abs. 2 AufwG., § 892 Abs. 2 BGB. berufen, weil ihr Eintragungsantrag bereits am 28. April 1925 bei Gericht eingegangen war. Bekanntlich vertritt das RG. mit der h. M. bei § 892 Abs. 2 BGB. den Standpunkt, daß der Zeitpunkt des Eintragungsantrags für die Anwendung des Gut-Glaubens-Schutzes nur dann maßgebend sei, wenn zur Vollendung des Rechtserwerbs lediglich noch die beantragte Eintragung fehle. § 892 Abs. 2 BGB. soll mithin nicht zur Anwendung kommen, wenn außer der Eintragung noch andere Tatbestandsmerkmale für die Vollendung des Rechtserwerbs (bei Hypotheken z. B. Zahlung der Darlehnsvaluta, Übergabe des Hypothekenbriefes) erforderlich sind (vgl. RG. 89, 160). Dies wird damit begründet, daß § 892 Abs. 2 BGB. nur vor den Zufälligkeiten der Eintragung schützen solle. Diese Begr. vermag nicht restlos zu überzeugen. Es ist heute allgemein üblich, daß die Zahlung der Hypothekentaluta erst erfolgt, wenn die Hypothek im Grundbuch eingetragen ist. Damit ist aber die Zahlung der Darlehnsvaluta von der Eintragung abhängig und ebenfalls eine Zufälligkeit der Eintragung geworden, die nach dem gesetzgeberischen Gedanken des § 892 Abs. 2 BGB. keine Rolle spielen soll. Darin, daß eine interne Vereinbarung zwischen den beiden Parteien, wonach der Zeitpunkt der Einreichung des Antrages als Begründungsakt der Hypothek gelten solle, die Anwendung des § 892 Abs. 2 BGB. nicht rechtfertigt und auch nicht die Beweislast verschiebt, ist dem RG. sicherlich zuzustimmen.

Zum Schluß zwei grundsätzliche Bemerkungen, zu denen die Entsch. Anlaß gibt: Befriedigend ist die Art Rechtswissenschaft, die hier getrieben werden muß, nicht. Sie läßt sich aber nicht vermeiden. Die Trümmer, die aus der Durchführung der Aufwertungsgesetzgebung übriggeblieben sind, müssen aufgeräumt werden. In diesem Aufräumungsstadium kann man nicht plötzlich mit neuen Methoden beginnen wollen, die von denen grundsätzlich verschieden sind, auf denen die Durchführung der Aufwertung beruhte. Und ein zweites: Bei Streitfragen, die auf Grund eines Übergangsgesetzes (wie das AufwG. eines ist) entstehen, ist im allgemeinen die Hauptsache, daß eine Frage halbmöglichst durch das höchste Gericht entschieden wird. Wie sie entschieden wird, ist weniger wichtig. Deshalb hat es im allgemeinen wenig Sinn, aufwertungsrechtliche Entsch. des höchsten Gerichts zu bekämpfen. Im vorl. Falle scheint mir die Sachlage aber insofern anders zu sein, als es sich hier um Fragen handelt, die auf viele Jahre hinaus auf die Sicherheit des grundbuchrechtlichen Verkehrs fortwirken.

eignete Schuld des Darlehensnehmers zur Entstehung gelangt wäre. Aus der von den Bekl. behaupteten verpflichtenden Kreditzusage der Gläubigerin ließ sich eine Forderung gegen die Grundstückseigentümerin, die der Hyp. als Grundladi dienen konnte, nicht entnehmen. Dagegen würde ein abstraktes Schuldversprechen der Eigentümerin eine der hypothekarischen Sicherung zugängliche Schuld allerdings auch vor der wirklichen Darlehenshingabe haben begründen können. Für ein solches Schuldversprechen der Grundstückseigentümerin fehlt aber die schlüssige Behauptung.

Die Rev. will weiter daran festhalten, daß die Vormerkung von Amts wegen nach § 18 GVBereinG. nicht mit einer Vormerkung gem. § 83 BGB. auf eine Stufe gestellt werden dürfte. Sie will damit für die Vormerkung von Amts wegen die Rpr. des RG. (RG. 116, 238¹); 120, 13²) ablehnen, wonach i. S. des § 22 Abs. 2 AufwG. dem endgültigen Rechtsenerwerb dessen Sicherung durch Vormerkung nicht gleichsteht. Näheren Eingehens hierauf bedarf es jedoch nicht. Denn die als Erledigung des Antrags i. S. des § 17 GVBereinG. geltende Vormerkung wahrte dem Antrage zwar gegenüber späteren Anträgen seinen zeitlichen Rang, konnte aber nicht auch weiteren Erfordernissen des Hyp. Erwerbs, die erst nach dem 30. Juni 1925 erfüllt wurden, Rückwirkung beilegen.

In Ansehung der Ausübung des öffentlichen Glaubens unterscheidet endlich die Vorschr. des § 22 Abs. 2 AufwG. nicht zwischen dem ersten Erwerb eines Rechts am Grundstück und späteren Rechtsnachfolgern. Von ihrer Anwendung abzusehen zugunsten der Bekl. als Zeßionare der ersten Hypothekenerwerblerin, haben daher die Vorinstanzen mit Recht abgelehnt (RG. 133, 357³).

Gegenüber dem Einwande der Verwirkung des Klageanspruchs genügt es, auf die feststehende Rpr. des RG. zu verweisen, welche für das Gebiet der gebundenen Aufw. nach dem AufwG. dem Rechtsgedanken der Verwirkung die Anwendung versagt (RG. 129, 222; 139, 82f).

(U. v. 20. Sept. 1933; V 106/33. — Berlin.) [Sch.]
(= RG. 141, 379.)

****6. §§ 17 Abs. 2, 15 Abs. 2 GmbHG.**

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

2. Der Grundsatz der Auslegung der Gesetze nach Sinn und Zweck führt dazu, die Vorschr. § 15 Abs. 2 GmbHG. dann nicht als zwingendes Recht anzusehen, wenn die Stammeinlagen voll eingezahlt sind und eine Nachschußpflicht nicht besteht. †)

Die Bekl. ist Testamentsvollstreckerin des verstorbenen M. Zu seinem Nachlaß gehörten auch die beiden einzigen Geschäftsanteile der F.-GmbH. in Berlin, die auf 450 000 und 50 000 RM. lauteten. In notarieller Verhandlung v. 21. Sept. 1923 erklärte die Bekl., daß sie von den Geschäftsanteilen in der Gesamthöhe von 500 000 M folgende Geschäftsanteile abtrete:

- 130 000 M an die jetzige Kl.;
- je 70 000 M an vier andere Personen;
- je 35 000 M an zwei weitere Personen und
- 10 000 M an S.

Die Erwerber erklärten die Annahme der Abtretung. Für die Erbengemeinschaft sollte danach noch ein Teilgeschäftsanteil von 10 000 M zurückbleiben. In der Gesellschafterversammlung v. 29. Jan. 1925 wurde das Stammkapital von 500 000 RM. auf 200 000 RM. umgestellt, und die Geschäftsanteile im Umstellungsverhältnis 2,5:1 näher bestimmt. Eine entsprechende Änderung des Gesellschaftsvertrages wurde gleichzeitig beschloffen, die Eintragung dieses Beschl. im Handelsregister ist erfolgt.

Die Bekl. halten die Abtretung v. 21. Sept. 1923 für unwirksam wegen Unbestimmtheit des Gegenstandes der Abtretung.

1) JW. 1927, 1828. 2) JW. 1928, 1366. 3) JW. 1932, 728.

Zu 6. Vgl. Aufsatz Scholz oben S. 2804.

Das RG. hat der in den Vorinstanzen abgewiesenen Klage dahin stattgegeben, daß festgestellt wird, daß die Kl. Inhaberin des Geschäftsanteils ist.

Mit der Klage begehrt die Kl. in erster Linie gegenüber beiden Bekl. die Feststellung, daß sie Inhaberin eines Geschäftsanteiles von früher 130 000 RM., jetzt 52 000 RM. der F.-GmbH. sei. Hilfsweise verlangt sie die Verurteilung des Zweitbekl., ihr den bezeichneten Geschäftsanteil zu verschaffen, und in dritter Reihe bittet sie um Feststellung, daß der Bekl. zu 2 verpflichtet sei, ihr den Schaden zu ersetzen, der ihr aus einer etwaigen Unwirksamkeit der Geschäftsanteilsübertragung entspreche. Die Kl. sieht die Abtretung v. 21. Sept. 1923 für wirksam an. In Wahrheit habe entsprechend vorheriger Verabredung mit dem Bekl. zu 2 ein unter Führung des Kaufmanns A. stehendes Konsortium die gesamten Geschäftsanteile erworben und diese unter sich verteilt, wobei der Form halber zunächst ein Teil in Höhe von 10 000 RM. der M.ichen Erbengemeinschaft belassen sei. Auf alle Fälle sei aber die Abtretung durch die Verhandlung v. 29. Jan. 1925 wirksam bestätigt worden.

Wie in RG. 130, 45 ausgeführt, würde es eine Überspannung des dem § 17 Abs. 2 GmbHG. zugrunde liegenden Gedankens bedeuten, wollte man neben der Erklärung des alleinigen Gesellschafters noch eine besondere Genehmigungserklärung des Geschäftsführers verlangen.

Dagegen sieht der VR. die Abtretungserklärungen deshalb für unwirksam an, weil sie der Bestimmtheit des Gegenstandes ermangelten. Aus der Urkunde ergebe sich nichts über die Aufteilung der vorhandenen Geschäftsanteile von 450 000 und 50 000 M. Rechnerisch sei keine Zusammenstellung der neuen Geschäftsanteile derart denkbar, daß eine Gruppe aus dem größeren, eine andere aus dem kleineren restlos gebildet würde, so daß auch im Wege der Auslegung die Aufteilung nicht zu ermitteln sei. Eine Zusammenlegung von Geschäftsanteilen sieht das VG. für unzulässig an. Da das RG. auch eine Heilung der für unwirksam erachteten Abtretungserklärungen durch die gelegentlich der Goldmarkumstellung abgegebenen Erklärungen nicht annimmt, da es ferner auch die Ansicht der Kl. ablehnt, die Bekl. verstießen durch die von ihnen erhobenen Ansprüche gegen Treu und Glauben, oder diese Ansprüche seien verwirkt, so gelangt es zur Abweisung des Feststellungsbegehrens der Kl.

Dieses Ergebnis ist außerordentlich unbefriedigend. Es setzt sich auch in Gegensatz zu den Erfordernissen der Billigkeit und zu dem übereinstimmenden Willen der Parteien, der die Erreichung wirtschaftlich vernünftiger Zwecke zum Ziele hatte. Es besteht auch keine rechtliche Notwendigkeit, die Abtretungen für nichtig anzusehen. Vielmehr ist es im vorl. Falle möglich und zulässig, die notarielle Verhandlung dahin aufzufassen, daß die in einer Hand (der M.ichen Erbengemeinschaft) vereinigten beiden Geschäftsanteile zu einem Anteil zusammengelegt wurden, und daß dieser dann durch Abtretung von Teilen neu geteilt wurde. Der Standpunkt des VG., eine derartige Zusammenlegung und Neuteilung sei allgemein und für alle Fälle als unzulässig anzusehen, erscheint rechtlich nicht zutreffend.

Allerdings bestimmt § 15 Abs. 2 GmbHG., daß die Geschäftsanteile auch dann ihre Selbständigkeit behalten, wenn ein Gesellschafter zu seinem ursprünglichen Geschäftsanteile weitere Geschäftsanteile erwirbt. Zweifelloß tritt also eine Verschmelzung der in einer Hand zusammentreffenden Geschäftsanteile zu einer neuen Einheit von Gesetzen wegen nicht ein. Als einzigen Grund dafür, daß in dem deutschen Gesetz eine solche Verschmelzung nicht vorgesehen ist, führt die Begr. zum Entw. eines GmbHG. v. 1891 (amtl. Ausgabe S. 60/61) an, daß bei noch nicht vollbezahlter Stammeinlage der Rückgriff an die etwaigen Vormänner möglich bleiben müsse; dieser setze aber die Fortexistenz der alten Geschäftsanteile voraus, da die letzteren evtl. den Vormännern zurückzugewähren seien. Wenn die Entw.Begr. hier unter Hinweis auf § 22 Abs. 4 von dem Fall nicht vollbezahlter Stammeinlage spricht, so trifft dieselbe Erwägung naturgemäß auch auf den Fall verzögerter Einzahlung von Nachschüssen zu, in dem nach § 28 des Ges. der § 22 entsprechende Anwendung findet. Im einen wie im anderen Falle ist es jedenfalls die

Rückficht auf die dem Gläubigerinteresse dienenden Vorschr., die auch die Grundlage für die Best. in § 15 Abs. 2 abgibt. Durch eine Zusammenlegung von Geschäftsanteilen könnte unter Umständen das Gläubigerinteresse gefährdet werden, insofern als bei nicht voll geleiteter Einzahlung der Stammeinlage oder des Nachschusses der Rückgriff gegen die Vormänner oder die Mithaft der Gesellschafter erschwert wird. Auf diese Begr. für die Vorschr. des § 15 Abs. 2 weisen auch bereits die Urte.: RG. 82, 119¹⁾ und 130, 44²⁾ oben hin. Im vorl. Falle sind nun aber die Stammeinlagen unstreitig voll eingezahlt, und eine Nachschußpflicht ist im Geschäftsvertrage nicht angeordnet. Gläubigerinteressen würden hier also durch die Annahme, daß die Selbständigkeit der ursprünglichen Anteile aufgehoben und eine Neustückelung erfolgt sei, nicht berührt. Will man aber neben dem Interesse der Gläubiger auch noch ein solches des berechtigten Gesellschafters daran erkennen, daß er die verschiedenen Anteile getrennt besitze, so würde sich daraus nur das Erfordernis der Zustimmung dieses Gesellschafters zu der Zusammenlegung und Neustückelung ergeben. Auch dieses Erfordernis ist hier erfüllt, da die Alleingefellschafterin, die M. sche Erbgemeinschaft, selbst die Zusammenlegung und Neustückelung vorgenommen hat. Denn einen solchen Beschl. ergibt die Abtretungsurkunde, wie im Gegensatz zu der Auffassung des BG. festgestellt werden muß. Die Alleingefellschafterin M., die damit beide, in derselben Hand vereinigte Anteile vertrat, hat in der Gesellschafterversammlung v. 21. Sept. 1923, indem sie ihre beiden Geschäftsanteile aufteilte, zunächst deren Zusammenlegung in einen Anteil beschlossen und zugleich über die Änderung der Zahl und Größe der Anteile Beschl. gefaßt. Dazu bedurfte es nicht der ausdrücklichen Erklärung des M. in der notariellen Urkunde, daß er die Zusammenlegung der beiden bisherigen Geschäftsanteile beschließe und dann abtrete, sondern es genügte die Erklärung der Abtretung. Denn auch der Inhalt einer notariellen Urkunde ist frei auszuliegen. Die vorherige Eintragung des Beschl. über die Zusammenlegung der Anteile in das Handelsregister war nicht erforderlich. Wenn die Bekl. einwenden, ein solcher Beschl. könne doch nicht „im Wege einer gedanklichen Konstruktion hervorgezaubert werden“, so ist das verfehlt. Die oberste Pflicht des Richters, bei der Auslegung von Rechtsgeschäften Treu und Glauben walten zu lassen, ist unerfüllbar, wenn er nicht logische Zwischenglieder der Erklärung, die im Leben als selbstverständlich angesehen und daher übersprungen werden, ergänzen darf.

Dennoch würden die von M. ausgesprochenen Abtretungen als unwirksam anzusehen sein, wenn die Vorschr. des § 15 Abs. 2 GmbHG. derart zwingenden Rechtes wäre, daß sie nicht nur eine Verschmelzung der in einer Hand zusammenstehenden Geschäftsanteile von Gesetzes wegen ausschloße, sondern daß sie darüber hinaus auch einer gewollten Zusammenlegung durch Gesellschafterbeschl. unbedingt und für alle Fälle entgegenstehen würde. Dem ist jedoch nicht so. Scheidet, wie oben gezeigt, der vom Gesetz verfolgte einzige Zweck der Vorschr. des § 15 Abs. 2, der Schutz der Gläubigerinteressen, hier nach Lage des besonderen Falles aus, so besteht kein Anlaß, einem Beschl. auf Zusammenlegung der Geschäftsanteile die Wirksamkeit zu versagen und jene Vorschr. als zwingende gesetzliche Regelung anzusehen mit der Folge, daß durch starres Festhalten an dieser Regel eine allein dem Rechtsgefühl entsprechende Lösung verhindert würde. Denn das Gesetz ist nicht seiner selbst wegen geschaffen, sondern dazu bestimmt, die Verhältnisse der jeweilig beteiligten Persönlichkeiten in billiger und verständiger Weise unter Berücksichtigung ihres in erster Linie zu ermittelnden und zum Ausdruck gebrachten übereinstimmenden Vertragswillens zu regeln. Höher als der Wortlaut des Gesetzes steht sein Zweck und Sinn. Diesen im Einzelfalle der Praxis nutzbar zu machen und danach unter Berücksichtigung von Treu und Glauben als dem obersten Satz bei Auslegung von Rechtsgeschäften den jeweiligen Streitfall einer billigen und vernünftigen Lösung zuzuführen, ist die Aufgabe des Richters. Diese Erwägungen müssen vorliegend zu dem Ergebnis führen, daß

die Vorschr. des § 15 Abs. 2 GmbHG. in dem Falle einem auf Zusammenlegung von Geschäftsanteilen gerichteten Beschl. der Gesellschafterversammlung nicht entgegenstehen kann, wenn die Stammeinlagen voll eingezahlt sind und eine Nachschußpflicht nicht besteht.

In RG. 130, 43 ist allerdings unten ausgesprochen, daß einer Zusammenlegung von Geschäftsanteilen „die zwingende Vorschr. des § 15 Abs. 2 GmbHG.“ entgegenstehe. Allein dieser Satz ist dort aufgestellt für einen Fall, in dem zunächst beschränkte, später unbeschränkte Nachschußpflicht galt, er steht deshalb einer anderen Auffassung bei der hier zu entscheidenden, anders gearteten Sachlage nicht entgegen. Auch das Urte. des erf. Sen. v. 4. Febr. 1930, II 222/29 — JW. 1930, 2680¹⁸ —, das sich mit der Frage der Neueinteilung und Abtretung von Geschäftsanteilen befaßt, betrifft einen anderen, viel verwickelteren Sachverhalt, bei dem schon wegen der auch sonst ganz unklaren Bezeichnung der abgetretenen Anteile die Abtretung und Teilung mangels ausreichender Bestimmtheit und Bestimmbarkeit derselben als ungültig angesehen ist. Wenn schließlich in der Entsch. v. 9. Dez. 1932, II 158/32, deren hier in Betracht kommender Teil in RG. 139, 97 ff. ³⁾ nicht mit abgedruckt ist, ausgesprochen wird, daß gegen die Rechtsgültigkeit des dinglichen Abtretungsgeschäfts deshalb Bedenken bestehen, weil es an der Bestimmtheit und Bestimmbarkeit desjenigen Geschäftsanteils fehlen würde, den der eine und den der andere Bekl. erwerben sollte, so ist dabei doch zu der hier behandelnden Frage nicht näher Stellung genommen. Im Schrifttum wird die oben niedergelegte Ansicht geteilt von Feine in seiner Darstellung des Rechts der GmbH. in Ehrenbergs Handb. d. ges. Handelsrechts Bd. 3 Abt. III S. 396; ferner von Liebmann-Saenger, Komm. z. GmbHG., 7. Aufl., Anm. 2 zu § 15; von Neukamp-Becker, Komm. z. GmbHG., 5./7. Aufl., Anm. 2a zu § 58; ferner von Becker: Rdsch. f. GmbH. 1925, 447 ff. und im ZentrBl. 1927, 92 ff. Auf dem entgegengesetzten Standpunkt, der die Vorschr. des § 15 Abs. 2 ausnahmslos für zwingendes Recht ansieht und deshalb die Möglichkeit einer Zusammenlegung mehrerer Geschäftsanteile zu einem Geschäftsanteil verneint, stehen Brodman, Komm. z. GmbHG., 2. Aufl., Anm. 1c zu § 15; sowie Hachenburg, Komm. z. GmbHG., 5. Aufl., Anm. 69 zu § 15 und Anm. 16 zu § 58.

Es ist auch nicht notwendig, daß die Zulässigkeit der Zusammenlegung von Geschäftsanteilen, um einen entsprechenden Beschl. vor Nichtigkeit zu schützen, in der Satzung vorgesehen ist. Wenn Feine a. a. O., S. 396, ausspricht, einer Zusammenlegung von Geschäftsanteilen stehe bei Vollenzahlung der Stammeinlagen und Fehlen einer beschränkten Nachschußpflicht nichts im Wege, „wenn die Satzung sie vorsieht oder dementsprechend geändert wird“, so ist das richtig dahin zu verstehen, daß es, da die gesetzliche Regel das Selbständigbleiben der mehreren Geschäftsanteile vorschreibt, einer abweichenden Satzungsbest. bedarf, damit ein Zusammenlegungsbeschl. dem Gesetze entspricht. Daraus folgt aber für den Fall, daß ein derartiger Beschl. gefaßt wird, ohne daß eine ihn gestattende Satzungsbest. vorliegt, nicht die unheilbare Nichtigkeit des Beschl., eben deshalb nicht, weil, wie dargelegt, § 15 Abs. 2 GmbHG. nachgiebigen Rechtes ist. Möglich wäre allein eine Anfechtung des Beschl. innerhalb angemessener Zeit, und auch diese entfällt, wenn der Beschl. wie im vorl. Falle einstimmig gefaßt worden ist.

Nach alledem ist die Zusammenlegung der ursprünglichen und die Abtretung der neu festgesetzten Geschäftsanteile durch den notariellen Vertrag rechtswirksam erfolgt.

(U. v. 17. Okt. 1933; II 108/33. — Berlin.) [Sch.]

7. §§ 21, 225 ff. ArbVermG. v. 16. Juli 1927 und 12. Okt. 1929; § 151 RWG. Gesetzliche Vertretung der Reichsanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung im allgemeinen und insbes. gegenüber Ansprüchen der Beamten der Reichsanstalt. Beamtenrechtliche

¹⁾ JW. 1913, 693.

²⁾ JW. 1920, 3738.

³⁾ JW. 1933, 1324.

Stellung der Reichsanstaltsbeamten, namentlich der nach § 225 ArbVermG. übernommenen.)

§ 21 ArbVermG. bestimmt:

1. Der Vorstand führt die Geschäfte der Reichsanstalt und vertritt die Reichsanstalt gerichtlich und außergerichtlich. Er hat die Stellung eines gesetzlichen Vertreters.

2.

3. Die Satzung der Reichsanstalt (§ 41) bestimmt, inwiefern an Stelle des Vorstandes der Präsident, die Vorsitzenden der Landesarbeitsämter und Arbeitsämter und die Selbstvertreter dieser Personen die Geschäfte der Reichsanstalt führen und die Anstalt vertreten können.

Auf diesem Abs. 3 des § 21 ArbVermG. beruht Art. 6 der Satzung der Reichsanstalt v. 15. Nov. 1929 (RABl. I, 285), der in Abs. 1 vorschreibt:

„Der Präsident der Reichsanstalt, die Präsidenten der Landesarbeitsämter und die Vorsitzenden der Arbeitsämter vertreten innerhalb ihres Geschäftskreises den Vorstand und die Reichsanstalt bei der Führung der Geschäfte, soweit nicht der Vorstand etwas anderes angeordnet hat. Dritten gegenüber ist eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis durch den Vorstand unwirksam (Satz 3 betrifft nur die Vorsitzenden der Arbeitsämter).“

Die Befugnis, die Reichsanstalt vor Gericht zu vertreten, steht nach diesen Best. zunächst dem Vorstand zu, dem außer dem Präsidenten als Vorsitzenden noch Vertreter der Arbeitgeber, der Arbeitnehmer und öffentlichen Körperschaften als Beisitzer angehören (§ 12 Abs. 1 ArbVermG.). Der Präsident ist aber nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 der Satzung innerhalb seines Geschäftskreises ebenfalls vertretungsberechtigt. Zu der ihm übertragenen Vertretung des Vorstandes und der Reichsanstalt bei Führung der Geschäfte gehört nach dem uneingeschränkten Wortlaut der genannten Vorschr. auch die Vertretung vor Gericht. Sie kann als Vertretung Dritten gegenüber nicht einmal durch den Vorstand beschränkt werden (Satz 2 daf.). Der Geschäftskreis des Präsidenten umfaßt die ganze Reichsanstalt im Gegensatz zu dem Geschäftskreis der Präsidenten der Landesarbeitsämter und Vorsitzenden der Arbeitsämter, der sich auf das von ihnen geleitete Landesarbeitsamt (Arbeitsamt) beschränkt. Somit ist nicht bloß der Vorstand, sondern auch der Präsident der Reichsanstalt berufen, sie in allen ihren Rechtsstreitigkeiten zu vertreten.

Dieser Grundsatz erleidet indessen eine Einschränkung für die Ansprüche, die von Beamten der Reichsanstalt gegen sie gerichtlich geltend gemacht werden. Und um einen derartigen Anspruch handelt es sich gerade im vorl. Rechtsstreit.

Wie die in § 35 ArbVermG. genannten leitenden Beamten der Reichsanstalt die Rechte und Pflichten von Reichsbeamten haben (Abs. 1) oder erhalten können (Abs. 2), so haben auch die von der Reichsanstalt nach § 225 ArbVermG. übernommenen Beamten der bisherigen Arbeitsnachweisämter — zu ihnen gehört der Kl. — die Rechte und Pflichten eines Reichsbeamten (§ 226 Abs. 2 daf.; vgl. auch § 227 Abs. 1).

Zu 7. Dem Art. ist im Ergebnis zuzustimmen. Der Wortlaut des § 226 Abs. 2 ArbVermG. „vom Tage der Übernahme ab hat der Beamte die Rechte und Pflichten eines Reichsbeamten“ läßt allerdings auch die Auslegung zu, daß damit nur die materiellen Rechte und Pflichten der Beamten gemeint sein sollen. Eine derartige Auslegung würde aber dem Sinn der Vorschr. nicht gerecht. Mit der Formel „Rechte und Pflichten eines Reichsbeamten“ wird vielmehr, wie das RG. zutreffend ausführt, die gesamte Rechtsstellung des Beamten umschrieben, nicht nur in materiellrechtlicher, sondern auch in formellrechtlicher, insbes. verfahrensrechtlicher Beziehung. Eine andere Frage dagegen, die vom RG. nicht in aller Klarheit aufgeworfen wird, ist es, ob der § 21 ArbVermG. i. Verb. m. Art. 6 der Satzung der Reichsanstalt, wo die Vertretung der Reichsanstalt nach außen geregelt ist, nicht, unbeschadet der Verfahrensvorschriften im übrigen, als Sondergesetz dem § 151 RWG. vorgeht, etwa weil die Reichsanstalt eine selbständige juristische Person mit besonderer geregelter Vertretung sei, die allgemeinen Vertretungsvorschriften des Beamtenrechts ausschließt. Diese Frage ist indessen zu verneinen. Das ergibt sich zwar nicht ohne weiteres aus Art. 2 der Satzung der Reichsanstalt, der nur allgemein bestimmt, wer als höhere Reichsbehörde im Sinne der beamtenrechtlichen Vorschr. anzusehen ist, aber die Möglichkeit nicht ausschließt, daß einzelne beamtenrechtliche Vorschr. durch Sonderregelung

Ob sie danach wirklich als Reichsbeamte, sei es unmittelbare, sei es mittelbare, anzusehen sind, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls ist es nicht angängig, die Worte „Rechte und Pflichten“ der Reichsbeamten eng aufzufassen und sie dahin zu deuten, daß nur die subjektiven Rechte und Pflichten der Reichsbeamten den Beamten der Reichsanstalt eingeräumt und auferlegt werden sollten. Der Sinn des § 226 Abs. 2 (und des § 227 Abs. 1 ArbVermG.) ist vielmehr der, den Beamten der Reichsanstalt die Rechtsstellung von Reichsbeamten zu geben, sie den gesamten, für letztere erlassenen Vorschr. zu unterstellen. Insbes. gilt daher auch das RWG. für die Beamten der Reichsanstalt, und zwar nicht bloß in seinen sachlich-rechtlichen, sondern auch in seinen verfahrensrechtlichen Teilen. So unterliegen die Beamten der Reichsanstalt dem Disziplinarverfahren nach dem RWG., wie es in den §§ 80 f. geregelt ist. Über Verstöße, die sie gegen ihre Dienstpflichten begehen, urteilen die Reichsdisziplinarbehörden (vgl. Art. des RDVzG. v. 21. April 1921, F 72/31, teilweise abgedr.: ZBl. 4, 223). Entsprechendes gilt für die verfahrensrechtliche Durchsetzung ihrer Rechte. Die in dem ArbVermG. ausgesprochene Übertragung der Rechte und Pflichten der Reichsbeamten auf die Beamten der Reichsanstalt zwingt mithin dazu, auf die Verfolgung ihrer vermögensrechtlichen Ansprüche die §§ 149 f. RWG. anzuwenden.

Mit Recht hat also der Vorderrichter im vorl. Fall seiner Entsch. den § 151 Abs. 1 RWG. zugrunde gelegt. Danach wird der Reichsbeamte in Rechtsstreitigkeiten über vermögensrechtliche Beamtenansprüche vertreten durch die höhere Reichsbeh., unter welcher der Reichsbeamte steht oder gestanden hat; falls er direkt unter der obersten Reichsbeh. steht oder gestanden hat, durch die oberste Reichsbeh. Die für die Beamten der Reichsanstalt zuständige Beh. ergeben sich zwar nicht aus der auf Grund von § 159 RWG. erlassenen RPräV.D. über die Zuständigkeit der Reichsbeh. zur Ausführung des RWG. v. 19. Febr. 1931 (RABl. I, 25), wohl aber aus Art. 2 der Satzung der Reichsanstalt v. 15. Nov. 1929. Danach sind gegenüber den Beamten der Reichsanstalt zuständig zur Ausübung der Befugnisse als oberste Reichsbeh. der Präsident der Reichsanstalt, als höhere, der obersten Reichsbeh. unmittelbar unterstellte Reichsbeh. die Präsidenten der Landesarbeitsämter. Der Kl., der nicht unmittelbar unter dem Präsidenten der Reichsanstalt steht, muß daher Gehaltsansprüche dem Präsidenten seines Landesarbeitsamtes gegenüber geltend machen.

Die Rechtslage ist auch nicht etwa so zu beurteilen, daß neben der allgemeinen Vertretungsbefugnis des Vorstandes und des Präsidenten der Reichsanstalt eine besondere der Präsidenten der Landesarbeitsämter stände, soweit von Beamten der Reichsanstalt vermögensrechtliche Ansprüche geltend gemacht werden. Vielmehr enthält § 226 Abs. 2 (und § 227 Abs. 1) ArbVermG. i. Verb. m. § 151 RWG. eine eigene Regelung, die dem Behördenaufbau und der sich daran anschließenden Gliederung der Beamtenerschaft Rechnung trägt. Sie schränkt die in § 21 ArbVermG. i. Verb. m. Art. 6 der Satzung getroffene allgemeine Regelung der Vertretung der Reichsanstalt insoweit ein und geht ihr vor.

(U. v. 11. April 1933; III 21/33. — Berlin.) [Sch.]

des ArbVermG. ersetzt werden. Die Frage ist vielmehr zu verneinen aus Gründen, die in anderem Zusammenhang in dem Art. ebenfalls gestreift werden. Die Vertretung in vermögensrechtlichen Prozessen von Reichsbeamten ist abweichend von den sonstigen Vorschr. geregelt worden, weil derartige Prozesse eine Auswirkung der Beamtenstellung sind und weil demgemäß auch die Vertretung des beklagten Reiches der Beamtenhierarchie entsprechen und durch die dem Kl. unmittelbar vorgesetzte Behörde erfolgen muß. Dieser besondere beamtenrechtliche Grundgesetz trifft bei den Beamten der Reichsanstalt, die die Stellung von Reichsbeamten haben, in gleicher Weise zu wie bei gewöhnlichen Reichsbeamten. Demgegenüber ist die Vorschr. des § 21 ArbVermG. i. Verb. m. Art. 6 der Satzung der Reichsanstalt, der allgemein für die gewöhnlichen Fälle der Vertretung gilt, die generelle und nicht die spezielle Regelung, muß also hinter § 151 RWG. zurücktreten. Die besonderen beamtenrechtlichen Gesichtspunkte, die hier entscheidend sind, schließen auch, wie das RG. mit Recht hervorgehoben hat, die Annahme einer konkurrierenden Vertretungszuständigkeit nach § 151 RWG. und § 21 ArbVermG. aus. Dem beamtenrechtlichen Sonderstatbestand, der hier vorliegt, ist das RG. in vollem Umfange gerecht geworden.

Prof. Dr. Ernst Rudolf Huber, Kiel.

8. Erklären die AllgVersfBed. den, der den Tod vorfächlich usw. verursacht hat, seiner Ansprüche für verlustig, so verliert er seine Ansprüche mit der Maßgabe, daß der nächste Anspruchsberechtigte zum Zuge kommt, nicht die Versicherungsgesellschaft von ihrer Leistungspflicht frei wird.†)

Am 30. Okt. 1931 schoß die Frau des Josef S., des Sohnes des Kl., ihrem schlafenden Mann eine Kugel in den Kopf. Darauf schoß sie sich selbst in die Brust. Sie starb noch am selben Tage. Ihr Mann starb am 31. Okt. 1931. Kinder aus der Ehe waren nicht am Leben. Josef S. war als Bezieher einer Zeitschrift bei der Bekl. gegen Unfall und Tod versichert.

Die Bekl. hat an die Eltern des Josef S., nämlich den Kl. und dessen Ehefrau, das Sterbegeld bezahlt, verweigert aber die Zahlung der restlichen Versicherungssumme.

Die Bekl. wurde in drei Instanzen zu solcher Zahlung verurteilt.

Der Kl. stützt den Klageanspruch auf §§ 9 bzw. 10 Abs. 3 AllgVersfBed., wonach im Todesfalle anspruchsberechtigt sind: in erster Linie der Ehegatte, falls dieser nicht mehr am Leben ist, die ehelichen Kinder, und für den Fall, daß weder ein Ehegatte noch Kinder vorhanden sind, die Eltern des Verletzten. Die Bekl. beruft sich zur Begr. ihrer Zahlungsverweigerung auf §§ 9 bzw. 10 Abs. 4 AllgVersfBed., wonach Personen, welche den Tod oder die Invaldität des Verletzten in vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Weise verschuldet haben, dadurch ihre sämtlichen etwaigen Ansprüche verlieren sollen.

Das BG. erachtet als maßgebend für die Best. der Anspruchsberechtigten und damit für die Entstehung des Versicherungsanspruchs im Todesfalle nicht den Zeitpunkt des Unfallereignisses, sondern den Zeitpunkt des Todes des Versicherten. Da im Augenblick des Todes des erschossenen Josef S. seine Frau nicht mehr am Leben war, so sind, wie das BG. annimmt, in ihrer Person überhaupt keine Ansprüche entstanden, sondern die Eltern des Getöteten allein anspruchsberechtigt.

Die hiergegen gerichteten Angriffe der Rev. können keinen Erfolg haben, vielmehr ist der Entsch. des VerK., wenn auch mit abweichender Begr., beizutreten.

Die Best. in Abs. 4 der §§ 9 bzw. 10 der revisiblen AllgVersfBed. ist dahin auszulegen, daß zwar der nach Abs. 3 das. Anspruchsberechtigte bei vorsätzlicher oder grob fahr-

Zu 8. Das Ur. ist im Ergebnis richtig. Seiner Begründung kann ich mich nicht anschließen. Nach dem Inhalt der AllgVersfBed., soweit er aus der Begründung ersichtlich ist, muß man unterscheiden zwischen den Fällen, in denen die Gesellschaft überhaupt von der Leistung frei wird, und denen, wo die Befreiung nur bestimmten Personen gegenüber eintritt. Ein Fall der ersteren Art lag hier nicht vor. In den Fällen der zweiten Art kann nun sehr wohl ein Zweifel darüber, ob an Stelle eines „unwürdigen“ und deshalb vom Bezuge der Versicherungsleistung ausgeschlossenen Berechtigten eine andere Person tritt, bestehen, nämlich dann, wenn die ausgeschlossene Person noch lebt. Denn an Stelle des Ehegatten treten die Kinder nach § 9 bzw. § 10 Abs. 3 AllgVersfBed. nur dann, wenn er nicht mehr lebt, und die Eltern nur, wenn weder Gatte noch Kinder vorhanden sind. Die vom BG. vorgenommene Gleichstellung dieser Vorschr. mit der Regelung des § 2344 BGB. erscheint mir daher nicht zutreffend. In § 2344 BGB. handelt es sich um eine Fiktion, hier um wirkliche Tatsachen. Würde im vorl. Falle die Ehefrau des Versicherten noch gelebt haben, so wäre mindestens zweifelhaft, ob an ihrer Statt ohne weiteres die Eltern des Verstorbenen zum Zuge kämen. Da die Ehefrau aber vor ihrem Mann verstorben ist, war sie, wie das BG. m. E. richtig angenommen hat, nie anspruchsberechtigt. Das waren vielmehr, da Kinder des Ehepaars nicht vorhanden waren, von vornherein die Eltern des Mannes. Das entspricht auch der Regelung in § 181 Abs. 2 BGB., wonach es so angesehen wird, als ob der „unwürdige“ Bezugsberechtigter nie als solcher bezeichnet wäre. Ein Verlust des Anspruchs in der Person der Ehefrau kam daher im vorl. Fall gar nicht in Frage. Die Auslegung der AllgVersfBed. durch das BG. hängt zu sehr am Wortlaut des § 9 bzw. § 10 Abs. 4 („ihre sämtlichen Ansprüche“), berücksichtigt aber nicht die Regelung der Reihenfolge der Berechtigten, die allein auf das Vorhandensein der einzelnen Personen, nicht aber auf ihre „Würdigkeit“ abgestellt ist.

WDir. Dr. Kerjning, Berlin.

lässiger Herbeiführung des Unfalls seine sämtlichen Ansprüche verliert, daß aber dadurch nicht die Versicherungsgesellschaft von ihrer Leistungspflicht frei wird, sondern beim Wegfall des zunächst in Betracht kommenden Anspruchsberechtigten der oder die nächsten in Abs. 3 aufgeführten Anspruchsberechtigten zum Zuge kommen. In Abs. 4 wird gesagt, daß Personen, welche den Tod usw. verschuldet haben, „ihre sämtlichen etwaigen Ansprüche“ verlieren, während es in Abs. 5 heißt, daß absichtlich falsche Angaben usw. jeden Anspruch auf Entschädigung ausschließen. Diese Best. unterscheiden also klar und deutlich zwischen einem Wegfall von Versicherungsansprüchen überhaupt und einem nur gewisse Personen betreffenden Verlust von Ansprüchen. In letzterem Falle treten die nächsten der in Abs. 3 a. a. O. bezeichneten Anspruchsberechtigten an die Stelle der wegfallenden. Die Best. entspricht der Regelung im § 2344 BGB., wonach die Erbunwürdigkeit des zunächst berufenen Erben zur Folge hat, daß die Erbschaft nicht an ihn fällt, sondern derjenige zum Zuge kommt, der berufen sein würde, wenn der Erbunwürdige zur Zeit des Erbfalls nicht gelebt hätte. Der Wegfall des zunächst als Anspruchsberechtigter in Frage Kommenden hat im vorl. Fall die Befreiung der Versicherungsgesellschaft von jeder Leistungspflicht ebensowenig zur Folge, wie der Wegfall des Bezugsberechtigten im Falle des § 181 Abs. 2 BGB.

Da hiernach die Eltern des getöteten Josef S. als Anspruchsberechtigte i. S. des Abs. 3 in §§ 9 bzw. 10 AllgVersfBed. anzusehen sind, war die Rev. zurückzuweisen.

(U. v. 24. Okt. 1933; VII 163/33. — München.) [H.]

9. § 92 Abs. 2 ZPO. ergibt auch die Möglichkeit, der Partei, die nur mit einem verhältnismäßig geringfügigen Teil ihrer Forderung durchdringt, die gesamten Prozeßkosten zur Last zu legen.†)

Der Kl. hat im zweiten Rechtszuge teilweise obgesiegt; denn während ihn das BG. abgewiesen hat, sind ihm durch das BU. 319,85 RM von den geforderten 113 000 RM zugesprochen worden. Das BG. hat dem Kl. die ganzen Kosten des Rechtsstreits auferlegt, weil sein Obliegen gegenüber seinem Unterliegen ganz unbedeutend sei und, soweit der Kl. obgesiegt habe, keine besonderen Kosten entstanden seien. Diese Kostenentscheidung muß gebilligt werden. Es ist allerdings zuzugeben, daß bei wortwörtlicher Auslegung die Best. des § 92 Abs. 2 ZPO. nicht zutrifft, weil sie nur von einer — verhältnismäßig geringfügigen — „Zuwilsforderung der anderen Partei“ spricht, also unmittelbar nur eine Forderung des Kl. ins Auge faßt. Indessen kann doch unbedenklich davon ausgegangen werden, daß in der Vorschr. ein allgemeiner Rechtsgedanke zum Ausdruck gelangt: wenn eine Partei nur teilweise obsiegt, im übrigen aber unterliegt, so soll ein verhältnismäßig geringfügiges Abweichen von ihrem Begehren im Kostenpunkte ihr nicht zum Nachteil gereichen, sofern der Streit über das Mehr keine besonderen Kosten veranlaßt hat. Es ist nicht einzufehen, welches sachliches Interesse daran obwalten sollte, den mit einem kleinen Betrage unterliegenden Kl. in dieser Hinsicht günstiger zu behandeln als den Gegner, der in der VerInst. das Rechtsmittel des anderen im vollen Umfange bekämpft hat, aber schließlich mit einem verhältnismäßig geringfügigen Be-

Zu 9. Dem Ur. ist zuzustimmen. Das Erfreuliche an ihm ist, daß das BG. nicht an dem Wortlaut der Best. des § 92 Abs. 2 haftet, sondern den Sinn der Vorschr. deutlich herausstellt. In der Tat wäre es kaum zu verstehen, daß zwar der Kl., der eine Kleinigkeit mehr gefordert hat, als ihm zusteht, sollte von Kosten befreit werden können, während der Bekl., der eine Kleinigkeit mehr bestritten hat, als er bestritten durfte, auf alle Fälle mit einem Teil der Kosten belastet werden muß. Eine derart verschiedene Behandlung der beiden Prozeßparteien würde der inneren Berechtigung entbehren. Dabei ist nur ersichtlich, daß das BG. früher einmal in einem eingehenden Ur. (OLGNr. 20, 303) das Gegenteil zu beweisen versucht hat, mit einer Begründung, die juristisch natürlich so haltbar ist wie manche juristischen Begründungen, die aber die gesunde Rechtsauffassung vermissen läßt. Mit Recht hebt dengegenüber das BG. den der Vorschr. innewohnenden allgemeinen Rechtsgedanken heraus. Eine derartige Rechtsprechung wird beim Volke besser verstanden werden, als eine noch so gute juristische Begründung, die im Ergebnis dem Volke unverständlich bleibt.

RA. Dr. Walter Brandis, Hamburg.

trag unterliegt. In diesem Falle ist das richterliche Ermessen gewiß desselben Spielraums würdig wie — unter den sonst gleichen Voraussetzungen — bei einer Mehrforderung des Rl. Ohne Zwang kann auch das Verlangen des VerBekl., der die Zurückweisung der Ver. erstrebt und mit seinem darauf gerichteten Antrag bis auf eine geringfügige, keine Kosten verursachende Abänderung zugunsten des Rl. obliegt, als eine „Mehrforderung“ bezeichnet werden. Die Entsch. des Sen. v. 21. April 1913, VII 49/13; Warnspr. 1913 Nr. 315 steht nicht entgegen; sie betrifft einen anderen Sachverhalt. Soweit ihr eine weitergehende Bedeutung beizumessen wäre, hält der Sen. an diesem Ausspruch nicht fest.

(U. v. 20. Okt. 1933; VII 107/33. — Düsseldorf.) [H.]

b) Straffachen.

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

I. Materielles Recht.

10. §§ 110, 111 StGB. Unterschied beider Vergehen. †)

Von Rechtsirrtum beeinflusst ist die Verurteilung des Angekl. aus § 110 StGB. Nach dem Tatbestande dieser Vorschr., soweit er hier in Betracht kommt, wird bestraft, wer öffentlich vor einer Menschenmenge zum Ungehorsam gegen Gesetze usw. auffordert. Das SchwG. hat diesen Tatbestand darin verwirklicht gefunden, daß der Angekl. als Angehöriger des Reichsbanners, als die Schlägerei mit Nationalsozialisten eben begonnen hatte, in der von Menschen erfüllten Straße seinen Gesinnungsgegnern zurief: „Jungens, Messer raus!“ und diesem Zuruf noch die ungefähren Worte beifügte: „Drauf auf die Hunde.“ Es legt diesen Zuruf dahin aus, der Angekl. habe damit zur Begehung strafbarer Handlungen, nämlich von Körperverletzungen mittels eines Messers und zum Verbrechen des Totschlags aufgefordert. Die Feststellung der gesetzlichen Merkmale einer „öfentlich“ und „vor einer Menschenmenge“ erfolgten „Aufforderung“ gibt vom Rechtsstandpunkte zu einer Beanstandung keinen Anlaß. Insbes. kann an der Öffentlichkeit der Aufforderung kein Zweifel sein, wenn gleich die Aufforderung nur an die Gesinnungsgegnern des

Angekl. gerichtet war. Denn nach der Sachlage konnte und mußte sie ohne weiteres von einem über den Kreis der anwesenden Reichsbannerleute hinausgehenden unbefchränkten und unbefchränkten anwesenden Personenkreis wahrgenommen werden. Dagegen reicht die Urteilsbegründung nicht hin, um das Tatbestandsmerkmal der Aufforderung „zum Ungehorsam gegen Gesetze usw.“ darzutun. Das SchwG. sieht dieses Merkmal darin, daß der Angekl. zur Begehung der oben wiedergegebenen strafbaren Handlungen aufgefordert hat. Nun bezieht sich § 110 StGB. zwar zweifellos auch auf Ungehorsam gegen Strafgesetze. Allein zum Unterschiede von § 111 StGB., der ausdrücklich die Aufforderung zur Begehung bestimmter strafbarer Handlungen unter Strafe stellt, setzt die Anwendung des § 110 StGB. notwendig voraus, daß zur Auflehnung gegen das Strafgesetz überhaupt, zur grundsätzlichen Mißachtung des Strafgesetzes schlechthin in allen seinen Erscheinungsformen aufgefordert wird. Diesen Nachweis ist das SchwG. schuldig geblieben. Im Gegenteil, nach dem festgestellten Sachverhalt kann sich die Aufforderung des Angekl. nur auf die bereits im Gange befindliche Schlägerei, also nur auf die Begehung nach Ort und Zeit und auch nach dem betroffenen Personenkreis bestimmter strafbarer Handlungen gerichtet haben. Daß der Angekl. schlechthin mit Wirkung über die augenblicklich gegebene Sachlage hinaus zur Mißachtung des Strafgesetzes an sich aufgefordert hat oder auffordern wollte, ist in keiner Weise ersichtlich. Es kann sich nur fragen, ob dem festgestellten Sachverhalt bereits eine ausreichende tatsächliche Grundlage für die Verurteilung aus § 111 StGB. zu entnehmen ist. Das SchwG. hat die Anwendung dieser Vorschr. abgelehnt, weil sich nicht habe feststellen lassen, daß die Aufforderung des Angekl. eine strafbare Handlung oder einen strafbaren Versuch zur Folge hatte. Es scheint anzunehmen, daß der Tatbestand des § 111 StGB. nur dann als verwirklicht angesehen werden kann, wenn nachgewiesen ist, daß die im Verlaufe der Schlägerei den Nationalsozialisten zugefügten Verletzungen durch die Aufforderung des Angekl. veranlaßt wurden, keinesfalls aber dann, wenn die Möglichkeit besteht, daß sie auch ohne diese Aufforderung zugefügt worden sind. Diese Annahme ist rechtsirrig. Die Frage, ob ein — unmittelbarer oder mittelbarer — Zusammenhang zwischen der Aufforderung zu einer strafbaren Handlung und der wirklich begangenen strafbaren Handlung besteht, ist lediglich von Bedeutung für die Entsch., ob die Aufforderung nach

Zu 10. Die Entsch. ist zur Klarstellung zweier Tatbestandsmerkmale in den §§ 110, 111 StGB. von Bedeutung.

1. Was zunächst den Tatbestand der Aufforderung zum Ungehorsam gegen die Gesetze (§ 110) betrifft, so bemerkt das RG. mit Recht, daß sich die in § 110 unter Strafe gestellte Aufforderung auf eine solche zur Auflehnung gegen das Strafgesetz überhaupt bezieht, zur grundsätzlichen Mißachtung des Strafgesetzes schlechthin in allen seinen Erscheinungsformen. Diesen Standpunkt hat das RG. in ständiger Rspr. eingenommen (vgl. z. B. RG. 5, 72; 10, 299; 20, 68; 21, 196, 299, 304, 357; 22, 185; 24, 189; 50, 150; 54, 264; 58, 362), zuletzt in RG. 65, 262, wo erneut hervorgehoben wird, daß sich die Strafbest. nur auf solche Aufforderungen beziehen kann, „die sich gegen die verbindliche Kraft des betreffenden Gesetzes an sich richten, zum Ungehorsam gegen dieses überhaupt aufstacheln“ (vgl. die weitere Judikatur bei Nitzhausen zu § 110 R. 16, 17). Es wird also eine grundsätzliche Auflehnung gegen die „unpersönlichen Grundlagen der Rechtsordnung“ verlangt, gegen „das Gesetz an sich“, dessen Autorität gegen Erschütterung durch die öffentliche Aufforderung zur Mißachtung geschützt werden soll, so daß die Aufforderung zu einer bestimmten Einzelhandlung nur dann ausreicht, wenn dadurch gegen das Gesetz als solches vorgegangen werden soll. Übersehen wird dies lediglich in RG. 20, 151 (bedenklich auch RG. 59, 149; dazu Frank zu § 110 I Abs. 1). Auf diesem Standpunkt steht auch durchaus die herrschende Lehre. Nur Binding (Lehrbuch II 851) hält eine Abgrenzung des § 110 von dem Tatbestand des § 111 insofern für undurchführbar, als sich der Ungehorsam gegen das Gesetz nur durch eine gesetzwidrige Handlung betätigen könne. Demgegenüber hat aber schon M. E. Mayer mit Recht darauf hingewiesen (Vergl. Darst. B. VI. I 369 ff.), daß die Unterscheidung im Vorfuß liegt, der im Falle des § 110 auf Erweckung des Entschlusses gerichtet sein muß, den Widerspruch gegen das Gesetz als solches durch gesetzwidriges Verhalten zum Ausdruck zu bringen (vgl. hierzu auch Endemann, Die Hebe, 1924, S. 74). Klarer als im geltenden Recht tritt dieser Gegensatz be-

sonders im Entwurf 27 §§ 169, 171 zutage (Aufforderung zur Auflehnung gegen ein Gesetz — zu einer strafbaren Handlung, insbes. zu Gewalttaten gegen Personen oder Sachen). Jedenfalls steht aber auch nach der noch geltenden Fassung des § 110 fest, daß die Strafnorm nicht die Aufforderung zur Begehung einzelner strafbarer Handlungen umfaßt, sondern nur die zur grundsätzlichen Auflehnung gegen die unpersönlichen Grundlagen der Rechtsordnung (vgl. Lpz. Komm. zu § 110 R. 2). Besonders klar hat der 1. StrSen. in einer Entsch. v. 22. Okt. 1914 (Lz. 1915, 58) den Unterschied zwischen §§ 110 und 111 dahingehend bestimmt, daß § 111 die Aufforderung zu einer einzelnen bestimmten Straftat bedrohe, § 110 dagegen die Aufforderung zum Ungehorsam gegen das Gesetz im allgemeinen, zur grundsätzlichen Auflehnung gegen die im Gesetz enthaltenen Grundlagen der Rechtsordnung. „Dabei muß, um aus § 111 strafen zu können, die Handlung so bestimmt bezeichnet sein, daß der Auffordernde als Anstifter bestraft werden kann, wenn sie begangen oder versucht wird, oder daß, wenn die Aufforderung ohne Erfolg blieb, ermittelt werden kann, mit welcher Strafe die Tat bedroht ist, zu der aufgefordert wurde“ (vgl. auch RG. 36, 417, 422; 39, 387; 58, 360; 63, 328; 65, 202). Fehlt es an dieser Bestimmtheit, so kann u. U. § 130 zur Anwendung kommen (vgl. RG.: GoldArch. 69, 414). Angewandt auf den vorl. Sachverhalt hat das RG. sonach mit Recht festgestellt, daß sich die Aufforderung des Angekl. nur auf die im Gange befindliche Schlägerei bezogen haben kann, d. h. auf eine Vielzahl nach Ort, Zeit und Personenkreis bestimmter strafbarer Handlungen, während eine Aufforderung zur Auflehnung gegen das Strafgesetz als solches aus den Zurufen des Angekl. nicht entnommen werden kann.

2. Die zweite Frage von grundsätzlicher Bedeutung ist die, ob der Tatbestand des § 111 nur dann gegeben ist, wenn die Aufforderung eine strafbare Handlung oder einen strafbaren Versuch zur Folge hatte, d. h. die Aufforderung für die Begehung der strafbaren Handlung nachweisbar kausal gewesen ist, oder auch dann, wenn die Möglichkeit besteht, daß die letztere auch ohne die Aufforderung begangen worden wäre. Mit Recht weist das RG.

Abf. 1 oder Abf. 2 des § 111 StGB. zu bestrafen ist. Abgesehen davon kommt es aber für die Anwendung der Vorschr. nur darauf an, ob eine Aufforderung vorliegt, die auf die Herbeiführung einer bestimmten einzelnen oder bestimmter einzelner Gesetzesübertretungen gerichtet ist. Trifft das zu und ist auch der erforderliche innere Tatbestand gegeben, so ist nach § 111 StGB. zu verurteilen, auch wenn die Aufforderung ohne Erfolg geblieben ist. Nach dem festgestellten Sachverhalt kann kein Zweifel darüber sein, daß der Zurfuf des Angekl. jedenfalls die Aufforderung enthielt, die Gegner mit dem Messer körperlich zu verletzen. Es ist aber auch rechtlich nicht zu beanstanden, wenn das SchwG. den Zurfuf des Angekl. auch noch in dem Sinne ausgelegt hat, daß der Angekl. damit zur Tötung der Gegner aufgefordert hat. Eine Rechtsverletzung tritt dabei um so weniger zutage, als der Angekl. zur Benutzung des Messers bei der Ausführung der Tat aufgefordert hat und tödliche Stichverletzungen im Verlauf einer solchen Schlägerei erfahrungsgemäß nicht selten sind, ferner aber der Zusammenhang zwischen dem Zurfuf des Angekl. mit seinem weiteren Verhalten, das zu seiner Verurteilung wegen versuchten Totschlags geführt hat, diese Auslegung unmittelbar nahelegt.

(2. Sen. v. 19. Okt. 1933; 2 D 1066/33.)

11. § 218 StGB.; § 57 Ziff. 3 StPD. Wer sich von einer anderen Person die Leibesfrucht abtreiben läßt, darf in deren Strafverfahren als Zeugin nicht beeidigt werden. Wird die — irrtümlicherweise beeidigte — Aussage einer solchen Zeugin vom Gericht als eine unbeeidigte gewürdigt, so kann der Verstoß gegen § 57 Ziff. 3 StPD. nicht die Rev. begründen.

Die Beschw. M. war beschuldigt, die Leibesfrucht der B. mit deren Einwilligung getötet zu haben (§ 218 Abs. 2 StGB.). Obwohl das Verhalten der B. in Abs. 1 das. besonders unter Strafe gestellt ist, bestand unter den gegebenen Umständen der Verdacht, daß sie an der Gegenstand der Untersuchung bildenden Tat der Angekl. M. teilgenommen habe (RGSt. 57, 157; 59, 423; Urt. 3 D 136/30). Trotzdem ist sie — nachdem sie gem. § 55 StPD. belehrt worden war — entgegen § 57 Ziff. 3 StPD. zeugeneidlich vernommen worden; das SchwG. hat jedoch ihre Aussage als eine uneidliche gewürdigt. Die Urteilsgründe sagen hierzu:

„Die Zeugin B. ist beeidigt worden, während sie gem. § 57 Ziff. 3 StPD. hätte unbeeidigt bleiben müssen, da die Begriffe ‚Tat‘ und ‚Teilnehmer‘ in weitestem Sinne zu verstehen sind. Die Aussage der Zeugin ist aber als unbeeidigte Aussage gewürdigt worden.“

Das SchwG. ist sich hiernach schon bei der Beratung bewußt gewesen, daß die Zeugin nicht hätte beeidigt werden dürfen, und hat deshalb ihre Aussage bei der Urteilsfindung nicht anders gewertet als wenn sie unbeeidigt geblieben wäre; dies ergibt sich schon aus der Ausdrucksweise, die Aussage sei als eine unbeeidigte „gewürdigt“ worden. Die Rev. macht hiergegen geltend, der Verstoß gegen § 57 Ziff. 3 StPD.

darauf hin, daß diese Unterscheidung für die tatbestandliche Anwendung des § 111 an sich irrelevant ist, vielmehr nur für die Heranziehung des Abs. 1 oder 2 in Frage kommt. Ist die Begehung der strafbaren Handlung als Folge der Aufforderung anzusehen, so stellt diese Tatsache einen strafhöhenden Umstand i. S. der §§ 263, 265, 267 StPD. dar (so Finger: GoldbArch. 50, 48; Ditschhausen zu § 111 R. 5; a. M. Detker: GerS. 64, 164), während sonst allein Abs. 2 zur Anwendung kommen kann. Da das letztere wegen der Schwierigkeit des Nachweises der kausalen Verknüpfung zwischen Aufforderung und Begehung der strafbaren Handlung das Regelmäßige sein wird, wäre es gesetzes-technisch richtiger gewesen, den Abs. 2 dem Abs. 1 voranzustellen, wie das in zahlreichen anderen Best. des StGB. geschehen ist. Daß es gleichgültig ist, ob der in Abs. 1 geforderte Kausalzusammenhang ein unmittelbarer oder nur mittelbarer gewesen ist, ist herrschende Ansicht; es genügt, „wenn die Tat eine Folge der durch die Aufforderung hervorgerufenen allgemeinen Aufregung ist“ (so Binding, Lehrbuch II 855; ferner Ditschhausen a. a. O. und Lpz. Komm. zu § 111 A. 4 im Anschluß an RG. 57, 285; vgl. auch Münch. GoldbArch. 22, 282).

Prof. Dr. G. Dohne, Köln.

„werde nicht dadurch geheilt, daß ex post und zur Beseitigung des Mangels in den Gründen gesagt sei, die beeidigte Aussage sei als eine unbeeidigte gewürdigt worden“.

Damit wollte der Verteidiger ersichtlich nur geltend machen, eine beeidigte Aussage könne grundsätzlich nur als eine solche, nicht aber als eine unbeeidigte gewertet werden. Diese Ansicht ist irrig; sie widerspricht der ständigen Rspr. des RG.

Da eine nach anderer Richtung zielende Rüge — z. B. dahin, daß die Prozeßbeteiligten vor der Urteilsverkündung auf die veränderte Auffassung des Gerichts hätten hingewiesen werden müssen — nicht erhoben ist, können die hieran anknüpfenden Streitfragen auf sich beruhen (vgl. JW. 1925, 795 s; 1927, 391²³; 1931, 1599⁵⁵; RGSt. 6, 155; 28, 111; 56, 94; Urt. 3 D 71/28; 3 D 609/32; 1 D 327/26).

(3. Sen. v. 26. Okt. 1933; 3 D 966/33.)

[W.]

12. § 222 StGB. Fahrlässige Tötung. Fahrlässigkeit liegt dann vor, wenn feststeht, daß der Täter die Sorgfalt, zu der er nach den Umständen und nach seinen persönlichen Fähigkeiten und Kenntnissen verpflichtet und imstande war, außer acht gelassen und daß er infolgedessen entweder den Erfolg, den er bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt hätte vorhersehen können, nicht vorhergesehen hat, oder den Erfolg zwar für möglich gehalten, aber darauf vertraut hat, er werde nicht eintreten (RGSt. 56, 343 [349]; 57, 148 [150]; 61, 318 [320]). †

Die Feststellungen des angefochtenen Urteils reichen für das RevG. nicht zur Nachprüfung aus, ob die Strk. diesen Rechtsgrundsatz richtig angewandt hat. Sie trifft nach Erörterung des Sachverhalts und des Sachverständigengutachtens lediglich die Feststellung, daß der Angekl. nicht so gehandelt habe, wie ein vorsichtiger Schütze in diesem Falle hätte handeln müssen. Darin ist, und auch das nicht ausdrücklich, lediglich die Feststellung enthalten, daß ein vorsichtiger Schütze bei Anwendung der pflichtgemäßen Sorgfalt den Eintritt des Erfolges, nämlich den Tod des Jagdgastes J., hätte voraussehen können. Die Strk. verkennt hierbei aber offenbar, daß bei der Prüfung des Maßes der erforderlichen Sorgfalt nicht, wie sie es rechtsirrtümlich tut, nur ein objektiver Maßstab angelegt werden darf, sondern daß es auch darauf ankommt, inwieweit gerade dem Angekl. nach seinen persönlichen Fähigkeiten und Kenntnissen die Anwendung der erforderlichen Sorgfalt zumuten war, d. h. daß bei Prüfung der Sorgfaltspflicht ein subjektiver Maßstab anzulegen ist. Bei dieser nunmehr vorzunehmenden Prüfung wird insbesondere von Bedeutung sein, daß der Angekl. nach den Urteilsgründen einerseits zwar gelernter Förster ist, daß er aber andererseits noch nicht genügend jagdliche Erfahrung besitzt.

Nicht bedenkenfrei ist ferner die Erwägung, daß es dahingestellt bleiben könne, ob der Angekl. trotz der Erklärung des Getöteten „ich bleibe hier stehen“, mit einer Bewegung des-

Zu 12. Schon in früheren Entsch. (RGSt. 56, 349, 61, 320) folgte das RG. dem von den Entw. 1913 (1919) aufgestellten und vom Entw. 1927 (§ 19) wörtlich übernommenen Begriff der Fahrlässigkeit im Strafrecht, der dort dahin ausgedrückt wird, daß „fahrlässig handelt, wer die Sorgfalt außer acht läßt, zu der er nach den Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet und imstande ist und infolgedessen entweder nicht voraussieht, daß sich der Tatbestand der strafbaren Handlung verwirklichen könne oder, obwohl er dies für möglich hielt, darauf vertraut, daß dies nicht geschehen werde“.

Die auch hier wieder gemachte Unterscheidung in bewußte und unbewußte Fahrlässigkeit ist heute allgemein anerkannt. Die bewußte Fahrlässigkeit bildet das Grenzgebiet zum dolus eventualis. Beiden gemeinsam ist das Voraussehen des eingetretenen Erfolges als möglich. Während aber beim bedingten Vorsatz der Täter sein Ziel auch um den Preis des rechtswidrigen Erfolges erreichen will, vertraut er bei der bewußten Fahrlässigkeit darauf, daß er nicht eintreten werde. Die Abgrenzung zwischen unbewußter Fahrlässigkeit und Zufall ergibt sich daraus, daß die Fahrlässigkeit eine Form des Verschuldens ist (so v. Hippel, Deutsches Strafrecht II, 359 ff.).

Als Wesen der Fahrlässigkeit erscheint die pflichtwidrig un-

selben auf den Hohlweg in der Nähe seines Standorts hätten rechnen müssen. Falls festzustellen wäre, daß der Getötete diese Erklärung abgegeben und der Angekl. auf deren Einhaltung vertraut hat, so hätte es, um dem Angekl. Fahrlässigkeit nachzuweisen, der weiteren Feststellung bedurft, daß der Angekl. bei Anwendung der gerade ihm zuzumutenden Sorgfalt auf diese Erklärung nicht vertrauen durfte, oder diese Erklärung dahin auslegen mußte, daß der Getötete damit eine in gewissen Grenzen sich haltende, auf Jagden übliche Entfernung von diesem Standpunkt nicht ausschließen wollte.

Endlich hat die Strk. die Prüfung der Anwendbarkeit des § 27 b StGB. verabsäumt. Dessen Voraussetzungen lagen insoweit vor, als für ein Vergehen, für das an sich eine Geldstrafe überhaupt nicht zulässig ist, eine Freiheitsstrafe von weniger als drei Monaten verwirkt war. Die Urteilsgründe mußten daher erkennen lassen, ob die Strk. die Frage der Erreichbarkeit des Strafzwecks durch eine Geldstrafe geprüft hat. Darin, daß dies nicht geschehen ist, liegt eine Verletzung des Gesetzes, auf der das angefochtene Urteil beruht (RGSt. 58, 106; 60, 111 [115]).

Die Abgabe des tödlichen Schusses, durch die der Tatbestand des § 222 StGB. verwirklicht wurde, bildet zugleich einen Teil der Verwirklichung des Tatbestandes der Jagd ausübung ohne Jagdschein. Hiernach war das gesamte Tun des Angekl. unter dem Gesichtspunkt der Tateinheit zu beurteilen (RGSt. 59, 318 ff.). Hierbei mag noch darauf hingewiesen werden, daß die Mindeststrafe des § 73 BrJagdD. 15 A beträgt und daß nach § 79 derselben an Stelle einer uneinbringlichen Geldstrafe Haftstrafe, nicht Gefängnisstrafe, hätte treten müssen.

(2. StrSen. v. 25. Sept. 1933; 2 D 868/33.) [Hn.]

vorsichtige Verwirklichung des strafrechtlichen Tatbestandes (RGSt. 30, 25). Diese pflichtwidrige Unvorsichtigkeit ist, wie das RG. auch hier wieder mit erfreulicher Klarheit im Anschluß an frühere Entsch. zum Ausdruck bringt, nach einem objektiven und — einschränkend — weiterhin nach einem subjektiven Maßstabe zu bestimmen.

Einerseits kommt es darauf an, ob der Täter die mit Rücksicht auf die Lage des Falles gebotene, also die im Verkehr erforderliche Sorgfalt zur Vermeidung des Erfolges angewendet hat („die durch Verkehrsrücksichten gebotene Sorgfalt“: RGSt. 39, 3 ff.; „die im Verkehr erforderliche Sorgfalt und Aufmerksamkeit“: RGSt. 59, 342; so auch unter Hinweis auf § 276 BGB. Ullfeld S. 180; Frank § 59 VIII; v. Liszt-Schmidt S. 261). Mangel ist bereits an einem, in dieser Hinsicht also objektiv pflichtwidrigen Verhalten des Täters, so ist schon aus diesem Grunde freizusprechen. Liegt jedoch ein Nichtbeobachten der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt vor, wie es hier bezüglich des Försters der Vorderriecher festgestellt hat, so ist andererseits aus den den Täter rein persönlich betreffenden Umständen ein Maßstab für die Zurechenbarkeit seines Tuns zu entnehmen. Gegen diese nun zur ständigen Nspr. gewordene und auch im Schrifttum einhellig vertretene Auffassung, haben sich früher Piepmann, Einleitung in das Strafrecht 1900, S. 141 ff. und v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht 1906/1909, S. 446 ff. gewandt. Ihre Befürchtung, daß damit für einen intelligenten Menschen der Umfang der Strafbarkeit erweitert würde, ist jedoch nicht zutreffend, da gerade der subjektive Maßstab der Einschränkung des objektiven gilt.

Durch den aufgestellten Grundsatz wird in doppelter Hinsicht eine Ausgleichung für die Strenge der Anwendung der Bedingungstheorie geschaffen, da grundsätzlich das Dazwischentreten eines vorfälligen oder fahrlässigen Tuns eines Dritten ja den Kaufzusammenhang nicht unterbricht (vgl. dazu RGSt. 61, 320, wo allerdings das RG. im Gegensatz zu der vorl. Entsch. in der Zurechnung außerordentlich weit geht). Jedenfalls ist es in Verfolg dieses Satzes möglich, stets zu einem billigen Ergebnis zu kommen, da immer eine angemessene Berücksichtigung der den Täter bei seinem Handeln naturgemäß in erster Linie wesentlich bestimmenden persönlichen Kenntnisse und Fähigkeiten stattfinden wird. Die Bezugnahme auf RGSt. 56, 350 ist insofern von Bedeutung, als danach — im Anschluß an schon frühere Entsch. — für den Täter „sich auch die unbekannteten Einzelheiten des vorliegenden ursächlichen Verlaufs innerhalb des Rahmens der gewöhnlichen Erfahrung halten müssen“ (s. auch RGSt. 61, 320/321). Damit nähert sich wohl das RG., obwohl es annimmt, daß es sich hierbei um eine Frage der Schuld handele, der Anwendung der Theorie der adäquaten Verursachung.

M. Dr. Otto Rilk, Berlin.

13. § 244 StGB. Die Rückfallsvoraussetzungen sind mit der Feststellung nicht dargelegt, daß der Angekl. innerhalb der letzten zehn Jahre vor der neuen Straftat wegen Rückfalldiebstahls rechtskräftig verurteilt worden sei.

Begründet ist die Rev. des Angekl. insoweit, als er wegen Diebstahls im Rückfalle verurteilt worden ist. Mit Recht beanstandet die Rev., daß die Voraussetzungen des strafschärfenden Rückfalls nicht ausreichend festgestellt worden seien. Das angef. Ur. führt in dieser Hinsicht lediglich aus, daß die Voraussetzungen des strafschärfenden Rückfalls vorlägen, weil der Angekl. bereits wegen Rückfalldiebstahls, begangen vier Tage vor der zur Aburteilung stehenden Straftat, rechtskräftig verurteilt worden sei. Die Strk. hat damit offensichtlich auf das in diesem Verfahren gegen den Angekl. bereits ergangene Ur. v. 21. Febr. 1933 Bezug nehmen wollen, durch das er wegen Diebstahls im Rückfalle zu einer Zuchthausstrafe von einem Jahr verurteilt worden ist. Diese Feststellung in einem früheren Ur. entthob die Strk. jedoch nicht der Verpflichtung, die Voraussetzungen des Rückfalls in einer der Nachprüfung des RevG. zugänglichen Weise in der dem jetzigen Ur. zugrunde liegenden Hauptverhandlung selbstständig zu prüfen und im Ur. festzustellen. Die bloße Bezugnahme auf die Rückfallfeststellung in einem früheren Ur. genügt nicht (RG.: LZ. 1928, 178).

(1. Sen. v. 17. Okt. 1933; 1 D 1024/33.) [W.]

14. § 263 StGB. Wer mit öffentlichen Mitteln einen Neubau errichtet, darf für die Benutzung der neugeschaffenen Wohnungen ein höheres Entgelt, als amtlich festgesetzt, nicht fordern. †)

Das LG. verkennt die Tragweite der zwischen der Stadt München und dem Angekl. getroffenen Vereinbarung und ihre Rückwirkung auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Angekl. und den Mietern in den mit öffentlichen Mitteln erbauten Häusern. Für dieses Rechtsverhältnis gilt daselbe, was in RGSt. 66, 281 dargelegt ist, daß nämlich der Mieter einer mit öffentlichen Mitteln erbauten Wohnung Anspruch auf staatlichen Schutz der Fürsorge hat, die ihm durch öffentliche Festsetzung des Mietentgelts zugebracht ist.

Danach war der Angekl. nicht berechtigt, für die Be-

Zu 14. Die Begründung enthält im wesentlichen nur einen Hinweis auf die maßgebende Entsch.: RG. 66, 281 ff., die zum Verständnis des Ganzen zu vergleichen ist (vgl. dazu auch den Aufsatz von Bergmann: JW. 1933, 884 ff. „Finanzierungshilfe des Neubau-mieters“).

I. Es ist eine schwierige mietrechtliche Frage, ob der Mieter irgendwelche Rechte aus dem Darlehensvertrag des Bauherrn und Vermieters mit der öffentlichen Hand erwirbt, wenn dieser Vertrag nicht ausdrücklich dem Mieter Rechte einräumt (§ 328 f. BGB.). Erwirbt der Mieter aber aus einem solchen nicht ausdrücklich zu seinen Gunsten errichteten Vertrag kein Recht, so kann natürlich der Vermieter in der Regel keinen Betrug begehen. Denn eine andere als die an sich wirtschaftlich angemessene Miete wird er vom Mieter ohnedies nicht bekommen. Er schädigt ihn also auch dann nicht am Vermögen, wenn er ihm die im Baudarlehensvertrag ihm gemachte Auflage, zu bestimmten Höchstmieten zu vermieten, arglistig verschweigt.

Andererseits aber dann, wenn der Mieter aus dem Baudarlehensvertrag selbst eine Rechtsstellung irgendwelcher Art erlangt. Unzweifelhaft des Auflasses von Bergmann, hat sich nun die Nspr. überwiegend für diese Annahme entschieden. Geht man mit unserer Entsch. und RGSt. 66, 281 davon aus, daß der Mieter Anspruch auf staatlichen Schutz der ihm zugebrachten Wohnungsfürsorge hat, so fehlt ihm zwar ein Anspruch auf Abschluß eines Mietvertrages, da ja der Vermieter frei an jeden vermieten kann. Aber man wird annehmen müssen, daß der Mieter im Falle des Abschlusses ein Recht hat, so behandelt zu werden, wie wenn er einen normgemäßen Mietvertrag gültig abgeschlossen hätte. Die zivilrechtlichen Bedenken dieser ganzen Nspr. hat der Kriminalist nicht zu erörtern. Nur so viel sei gesagt, daß man das Ergebnis nur mit dem Gedanken der culpa in contrahendo, niemals aber mit unerlaubter Handlung über § 823 Abs. 2 BGB., § 263 StGB. begründen darf. Denn die Anwendung des § 263 würde voraussetzen, daß an sich schon ein zivilrechtlicher Anspruch vorhanden ist (so wohl auch Bergmann a. a. D. S. 885 Sp. 2 Abs. 5).

Man muß aber jedenfalls mit Reichel: ArchZivPr. 132, 74 daran festhalten, daß der Baudarlehensvertrag kritisch zu prüfen ist, ob er nicht als unfittlicher Anebelvertrag nichtig ist. Das kann sehr

nutzung der neuerbauten Wohnung Sondervergütungen zu fordern. Sie wurden demnach ohne Rechtsgrund gezahlt. Ihre Rückzahlung schuldete der Angekl. auf Grund der Best. über ungerechtfertigte Bereicherung. Da der Angekl. die Berechtigten getäuscht hat und auf Grund der Täuschung die Erklärung des Verzichts auf Rückzahlung der zu Unrecht gezahlten Beträge erreicht hat oder erreichen wollte, liegt der äußere Tatbestand des Betrugs und des Betrugsversuchs vor.

Das LG. spricht den Angekl. frei, weil er geglaubt haben könne, die Zahlung oder die Einbehaltung dieser Beträge sei ein gerechter oder auch nur billiger Ausgleich für seine Mehraufwendungen bei den Wohnungsbauten oder sei durch die Ausstattung der Häuser und der Wohnungen berechtigt. Gerade auf diesen Glauben kommt es aber in den Fällen der vorl. Art nicht an. Sind dem Angekl. die öffentlichen Mittel gegeben worden, um Angehörigen einer bestimmten Bevölkerungsschicht (dem Mittelstande) Wohnungen zu einem bestimmten Mietpreis zu verschaffen und hat der Angekl. dies gewußt, so muß er auch den Umfang der dieser Bevölkerungsschicht gewährten öffentlichen Fürsorge gekannt haben und sich darüber klar gewesen sein, daß er hiergegen verstieß, wenn er für die Benutzung der Wohnungen ein höheres Entgelt forderte, als amtlich festgesetzt war.

(1. Sen. v. 1. Nov. 1933; 1 D 306/33.)

[W.]

15. § 350 StGB. Zusammenhang dienstlicher Obliegenheiten mit karitativer Tätigkeit.

Soweit die Winterhilfe in Betracht kommt, wird das Vorliegen einer Amtsunterschlagung mit der Begründung verneint, daß die Winterhilfe eine rein karitative Einrichtung gewesen sei. Diese Begründung reicht nicht aus, um die Annahme einer Amtsunterschlagung auszuschließen. Entscheidend ist, ob zwischen den dienstlichen Obliegenheiten des Angekl. als Leiters der dem Wohlfahrtsamt unterstehenden Beschaffungsstelle und seiner Tätigkeit für die Winterhilfe ein unmittelbarer Zusammenhang bestand (RGSt. 50, 251; RGUrt.: JW. 1926, 820⁴). Auch wenn die Winterhilfe als eine karitative Einrichtung in die Erscheinung trat, so liegt doch, soweit Wohlfahrtsbehörden zusammen mit ihr tätig wurden, die Annahme nahe, daß diese Behörden damit zugleich in Erfüllung ihrer öffentlich-rechtlichen Pflicht zur Fürsorge für die hilfsbedürftige Bevölkerung handeln wollten. Das LG. wird hier nach noch zu erörtern haben, wie es kam, daß der Angekl. mit seiner Tätigkeit für die Winterhilfe betraut wurde, und in welchem Verhältnis diese Tätigkeit zu seinen dienstlichen Obliegenheiten stand.

wohl vorkommen. Nicht immer lassen sich die Wohnungen zu dem gewünschten Mietsatz von höchstens 40, oder wie in RGSt. 66, 281 gar 27 RM Monatsmiete auf wirklich erstellen. Für die Außenbehörde, welche ja die Bautätigkeit beleben soll, ist dann die Versuchung sehr groß, dennoch den Baudarlehenvertrag formulargerecht aufzusetzen, um so mehr, als eine spätere Kontrolle schwierig ist und nicht selten unterlassen wird. Verlangt dann der formulargerechte Vertrag unter Berücksichtigung der mit Wissen der Behörde gemachten Aufwendungen Unbilliges, so ist er nichtig. Dann hat der Mieter keinerlei Anspruch und Betrag ihm gegenüber ist unmöglich.

II. Strafrechtlich ist nur wenig noch zu sagen.

Täuschte der Bauherr den Mieter über seine aus dem Darlehensvertrag entspringenden Rechte und erzielt so einen verbotenen Mietvertrag, so fehlt zum Betrug noch der Vermögensschaden, da ja der Mieter erst durch den Abschluß überhaupt Rechte erhält. Der Vermögensschaden tritt aber natürlich durch Zahlung auf Grund des Vertrages ein. In unserem Fall nimmt das RG. an, daß bei der Zahlung des Mietzuschusses noch kein Betrug vorlag. Man wird an Mangel des dolus, des Darlehensvertrages, oder der Täuschung in diesem Augenblick zu denken haben. Jedenfalls erwirbt aber der Mieter — die Prämissen zugegeben — durch die Zahlung einen Rückforderungsanspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung. Bewirkt der Vermieter durch Täuschung des Mieters, daß dieser auf diesen Anspruch verzichtet, so liegt natürlich der Tatbestand des § 263 vor.

Auch hinsichtlich der subjektiven Seite sehe ich keine Bedenken (so irrtümlich Bergmann a. a. D.). Vielleicht fehlt dem Vermieter eine klare Vorstellung über die vom RG. angenommenen Ansprüche des Mieters. Aber er weiß doch, daß er dem Mieter nicht gewährt, worauf dieser nach dem Willen der Behörden und des Gesetzgebers ein irgendwie geartetes Recht hat. So ist mindestens dolus eventualis anzunehmen, der nur ausgeschlossen würde durch die wohl selten in

Den Verkauf dem Pflegeamt M. gehöriger Sachen hatte der Angekl. nach den Feststellungen der Strk. im Auftrage des Bürgermeisters vorgenommen. Gleichwohl wird das Vorliegen einer Amtsunterschlagung verneint, weil das Pflegeamt dem Angekl. amtlich nicht unterstanden habe. Auch diese Stellungnahme ist durch Rechtsirrtum beeinflusst. Für die Annahme des Erfordernisses des Empfangs von Geldern „in amtlicher Eigenschaft“ (§ 350 StGB.) ist es nicht geboten, daß der Verkauf der Sachen und die Vereinnahmung des Erlöses zu dem dem Angekl. unmittelbar zugewiesenen Geschäftskreis gehörte (RGSt. 1, 124; RGUrt.: JW. 1926, 590¹¹). Vielmehr genügt auch hier, daß zwischen dieser Tätigkeit und den dienstlichen Obliegenheiten des Angekl. ein unmittelbarer Zusammenhang bestand. Ein solcher Zusammenhang wäre aber dann gegeben, wenn der Angekl. mit seiner Zustimmung dienstlich von seinem Vorgesetzten mit dem Verkauf der Sachen und der Empfangnahme des Erlöses beauftragt worden war (RGUrt.: GoldbArch. 41, 410).

(1. Sen. v. 6. Okt. 1933; D 1016/33.)

[W.]

16. § 239 Abs. 1 Ziff. 2 RD. Für den Tatbestand des „Aufstellens erdichteter Rechtsgeschäfte“ ist nicht erforderlich, daß auf Grund dieser erdichteten Rechtsgeschäfte Ansprüche gegen den Konkursverwalter erhoben worden sind.

Der Beschw. hat in der Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, dem Konkursverwalter Rechnungen vorgelegt, durch die er diesem gegenüber den Anschein erwecken wollte, daß gewisse, ihm und damit zur Konkursmasse gehörige Mengen Wein nicht, wie es tatsächlich der Fall war, von ihm, sondern von seiner Ehefrau gekauft und zu Eigentum erworben seien, während in Wirklichkeit solche Rechtsgeschäfte nicht geschlossen waren. Damit ist der Tatbestand des § 239 Absatz 1 Ziff. 2 RD. in der Begehungsform des Aufstellens erdichteter Rechtsgeschäfte gegeben (RGSt. 64, 42, 43 und 138, 139). Daß auf Grund dieser erdichteten Rechtsgeschäfte Ansprüche, sei es des Gemeinschuldners, sei es dritter Personen gegen den Konkursverwalter erhoben worden sind, ist nicht erforderlich. Vgl. für die zweite — gleichwertige — Begehungsform des Anerkennens erdichteter Rechtsgeschäfte die Entsch. des ersten StrSen. v. 12. Okt. 1928, 1 D 867/28: RGSt. 62, 287 (unter Aufgabe des in 1 D 1021/27 vom 29. Nov. 1927: DZB. 1928 Sp. 665 eingenommenen Standpunktes) und v. 23. Nov. 1928, 1 D 658/28 sowie des erf. Sen. v. 25. Febr. 1929, 3 D 1138/28 (gleichfalls unter Ab-

Betracht kommende Überzeugung des Vermieters, daß der Mieter selbst keinerlei Rechte in dieser Sache besitze.

Bedenklicher ist dagegen die Frage der Täuschungshandlung. In dem hiesigen Schweigen über den Baudarlehenvertrag könnte ich keine Täuschungshandlung erblicken.

Vor allem aber ist Grundvoraussetzung, daß der Baudarlehenvertrag selbst gültig ist, sonst entfällt natürlich § 263. Denn aus einem nichtigen Vertrag erwirbt der Mieter keinerlei Rechte und die Miete wird ja im allgemeinen rein wirtschaftlich angemessen sein. Ein Irrtum des Vermieters über die Gültigkeit des Vertrags ist aber sehr wohl möglich, namentlich wenn der Vermieter aus wirtschaftlicher Bedrängnis heraus Grund hat, diesen für sehr unbillig zu halten. Auch könnte der Vermieter irrtümlich annehmen, daß durch unvorhergesehene Baukostensteigerung der Darlehensvertrag nicht mehr maßgebend sei. Beide Irrtümer wären i. S. der Rpr. „außerstrafrechtlich“. Insofern bedarf die Entsch. unbedingt einer Einschränkung.

Eine übertriebene Strenge in diesen Dingen dürfte dem heute doch wohl überragenden sozialen Zweck der Arbeitsschaffung auch nicht förderlich sein.

III. RGSt. 66, 281 (288) verweist auf 53, 327 ff. und meint, dort läge ein anderer Tatbestand vor. Dort handelte es sich um Verkauf von Schuhwaren unter arglistiger Verschweigung des Höchstpreises. Rein tatsächlich sehe ich keinen Unterschied. Ein solcher liegt aber natürlich vor, wenn man im Fall des Baudarlehenvertrages annimmt, daß der Mieter eigene Rechte erwirbt, und im Fall des Verkaufes über den Höchstpreis ein Recht des Käufers auf den Höchstpreis verneint. Warum man aber im einen Fall so, im anderen anders entscheidet, das wird in RGSt. 66, 288 nicht gesagt, es wird sich eine unterschiedliche Behandlung auch kaum begründen lassen. Es stehen also die beiden Entsch. in Widerspruch zueinander.

Prof. Dr. Hellmuth Mayer, Rostock.

gehen von seiner früheren Entsch. v. 29. Sept. 1880, 3 D 1997/80: RGSt. 2, 337, 343).

(3. Sen. v. 2. Nov. 1933; 3 D 1107/33.)

[Hn.]

II. Straffreiheitsgesetz.

17. § 5 StraffreiheitsG. v. 20. Dez. 1932. Wie die Verjährung und die Strafantragsfrist für die ganze fortgesetzte Handlung einheitlich läuft, so ist auch die Frage, ob die Voraussetzungen für die Niederschlagung vorliegen, bei einer fortgesetzten Tat nur einheitlich zu beurteilen.†)

Der Erörterung bedarf, ob die Anwendung des StraffreiheitsG. 1932 mit Recht deshalb abgelehnt worden ist, weil der Angekl. mindestens im ersten Teile der fortgesetzten Handlung nicht infolge wirtschaftlicher Not gehandelt habe, Straffreiheit aber nur dann in Frage kommen würde, wenn den Angekl. während der ganzen Begehung Not zur Tat getrieben hätte.

Die Rev. wendet hiergegen ein, mindestens von Pfingsten 1931 ab seien die Voraussetzungen des § 5 StraffreiheitsG. gegeben gewesen, von da ab liege deshalb zufolge Niederschlagung keine strafbare Handlung vor; die Verfolgung der vor Pfingsten 1931 liegenden Tat, die nur übrigbleibe, sei aber verjährt.

Unrichtig ist hieran zunächst, daß bei der von der Rev. behaupteten Sachlage ab Pfingsten 1931 keine strafbare Handlung mehr vorliegen würde, denn die Niederschlagung läßt die strafbare Handlung unberührt, sie schafft nur ein Verfahrenshindernis und bringt den bereits entstandenen staatlichen Strafanspruch nachträglich zum Erlöschen (RGSt. 59, 54). über das Bestehen eines solchen Verfahrenshindernisses kann bei einer fortgesetzten Handlung nur einheitlich für die ganze Tat entschieden werden. Denn sie ist als eine rechtliche Einheit zu betrachten und zu behandeln, dergestalt, daß die Einzelhandlungen, aus denen sie sich zusammensetzt, in ihr als untrennbarem Ganzen aufgehen und damit der rechtlichen Selbständigkeit entkleidet werden (RGSt. 54, 318). — So bleibt die fortgesetzte Handlung, deren erste Einzelhandlungen — für sich genommen — der Verjährung verfallen sein würden, in ihrem ganzen Umfang verfolgbar, wenn sie nur bis in die Verjährungsfrist hinein fortgesetzt worden ist (RGSt. 46, 16). Auch die Strafantragsfrist läuft nur einheitlich für die ganze fortgesetzte Tat, und es ist nicht einmal erforderlich, daß für ein Antragsdelikt Strafantrag gestellt wird, das seine Selbständigkeit in einer im übrigen durch Strafantrag gedeckten oder dem Antragszwang nicht unterworfenen fortgesetzten Handlung verloren hat (RGSt. 57, 81). — Nach ständiger Rpr. kann, wenn Einzelhandlungen teils vor, teils nach einem für die Niederschlagung festgesetzten Stichtage begangen sind, nicht jener Teil der fortgesetzten Handlung als niedergeschlagen und dieser als nicht niedergeschlagen angesehen werden (RGSt. 54, 318). — Und ebensowenig darf eine fortgesetzte Handlung in Ansehung des StraffreiheitsG. 1932 in Einzelhandlungen, die aus Not — und solche, die nicht aus Not begangen sind, zerlegt und hiernach jene für straffrei und diese für nicht straffrei erklärt werden. Es ist

Zu 17. Der einheitlichen fortgesetzten Straftat entspricht die Einheitlichkeit ihrer Strafverfolgung, Aburteilung, Verurteilung, Verjährung, die Einheitlichkeit der Strafantragsfrist usw.; eine fortgesetzte Straftat kann also nicht stückweise verjähren oder in Abschnitten verfolgt und abgeurteilt werden u. dgl. (Mäheres hierüber in meinem Fortgef. Delikt usw., Stuttgart 1933). Der Einheitlichkeit der fortgesetzten Tat entspricht auch die Einheitlichkeit der Niederschlagung, einer Unterart der Begnadigung i. v. S. An sich könnte allerdings die Gnadeninstanz, bei Annahmer der Gesetzgeber, die fortgesetzte Straftat auch anders behandeln, z. B. eine Niederschlagung bezüglich aller Einzelhandlungen anordnen, die vor einem bestimmten Zeitpunkte liegen; dann würden solche Einzelhandlungen aus der fortgesetzten Tat ohne weiteres ausscheiden. Das ist aber nicht geschehen. Infolgedessen hat es bei der Einheitlichkeit der Niederschlagung sein Belieben. Die vorl. Entsch. ist deshalb im Ergebnis zu billigen.

Widerspruchsvoll ist aber in der Entsch. die Behauptung, die Niederschlagung schaffe nur (dieses „nur“ fehlt zutreffender-

vielmehr einheitlich für die ganze fortgesetzte Tat zu prüfen, ob sie infolge wirtschaftlicher Not begangen worden ist.

Eine weitere Frage ist hier aber, ob für die ganze Tat maßgebend ist, daß bei einem Teil die Voraussetzungen für die Niederschlagung bestanden, oder aber, daß sie bei einem Teil nicht vorlagen. Sie ist in letzterem Sinne zu beantworten. Der staatliche Strafanspruch soll und kann wegen einer Tat, die der Täter zunächst ohne jede Not begangen hat, nicht um deswillen nachträglich erlöschen, weil sie dann noch infolge vor Not fortgesetzt worden ist.

Im Sinne des § 5 StraffreiheitsG. 1932 wird eine fortgesetzte Handlung einheitlich in ihrer ganzen Ausdehnung von der ersten bis zur letzten Einzelhandlung „begangen“. Daß als Zeitpunkt der Begehung einer fortgesetzten Handlung derjenige anzusehen ist, in dem die Tat zum Abschluß gelangt, gilt u. a. bei der Frage nach dem Beginn der Verjährungs- und Antragsfrist, nach dem Einfluß der Gesetzesänderung, kommt aber nicht in Betracht bei der Prüfung, ob eine fortgesetzte Tat infolge wirtschaftlicher Not begangen ist.

Diese, wie gesagt, einheitlich für die ganze Tat zu beantwortende Frage ist zu verneinen, wenn auch nur ein Teil der Fortsetzungsstat nicht durch Not veranlaßt war. Auf diesem Standpunkt steht auch der 3. Str. Sen. nach seinem Urte. 3 D 272/33. Soweit der erf. Sen. im Urte. 2 D 628/33 eine abweichende Auffassung vertreten hat, wird an ihr nicht festgehalten.

Da hier auch nach Überzeugung des RevG. höchstens für den letzten Teil der fortgesetzten Handlung ein Handeln infolge wirtschaftlicher Not in Frage kommen könnte, fällt die ganze Tat nicht unter § 5 StraffreiheitsG. 1932.

(2. Sen. v. 30. Okt. 1933; 2 D 763/33.)

[W.]

III. Verfahren.

**18. § 153 StPD. Eine nach § 153 Abs. 2 getroffene Einstellungsverfügung des Staatsanwalts bewirkt nicht den Verbrauch der Strafklage.†)

Der Grundsatz ne bis in idem ist nicht verletzt. Hinsichtlich des dem Angekl. jetzt zur Last gelegten Vergehens der versuchten Erpressung hatte die StA., nachdem sie die im § 153 Abs. 2 StPD. vorgesehene Zustimmung des zuständigen AG. herbeigeführt hatte, zunächst von der Erhebung der öffentlichen Klage abgesehen und dem Angekl. die Einstellung bekanntgegeben. Sie hat dann aber unter Einbeziehung anderer dem Angekl. vorgeworfener Verfehlungen die Verfolgung des Angekl. wegen der versuchten Erpressung wieder aufgenommen und auch insoweit Anklage erhoben. Die Frage, ob eine nach § 153 Abs. 2 StPD. ergangene Einstellungsverfügung den Verbrauch der Strafklage bewirke, ist zu verneinen. Im Strafverfahren kann diese Wirkung nur rechtskräftigen, strafrichterlichen Entsch., und zwar nur solchen beigelegt werden, die das Verfahren sachlich beenden. Die Zustimmung des AG., von der in § 153 Abs. 2 StPD. bei Vergehen ein Absehen von der Erhebung der öffentlichen Klage abhängig gemacht wird, bildet keine eigene, das Verfahren sachlich beendende Entsch. des Gerichts, sondern ihre Bedeutung erschöpft sich

weise in RGSt. 59, 56) ein Verfahrenshindernis (habe also bloß prozessuale Bedeutung) und bringe den bereits entstandenen staatlichen Strafanspruch nachträglich zum Erlöschen (habe somit nicht bloß prozessuale Bedeutung, sondern sei auch ein materiellrechtlicher Strafanhebungsgrund).

Ob Strafaufhebungsgründe, wie Verjährung, Begnadigung, insbes. Niederschlagung, dem sachlichen Recht oder dem Prozeßrecht oder — wie das RG. regelmäßig annimmt — beiden Rechtsgebieten angehören und damit eine Zwitterstellung einnehmen, ist bestritten; ebenso, ob eine solche Zwitterstellung überhaupt möglich sei. Doch ist der Streit praktisch nicht von großer Tragweite (vgl. mein Dtsch. Strafrecht I, 2. Aufl. 1930, S. 130 ff., insbes. S. 133, 139).

Prof. Dr. Fr. Doerr, München.

Zu 18. Das ne bis in idem, das Verbot der doppelten Strafverfolgung, hat im Strafverfahren eine zweifache Bedeutung. Im w. S. enthält es die Einrede der Rechtshängigkeit im Strafverfahren,

darin, daß durch sie für die StA. die Möglichkeit geschaffen wird, auch bei Vergehen unter gewissen Voraussetzungen entgegen dem allgemeinen Grundsatze des § 152 Abs. 2 StPD. eine Strafverfolgung zu unterlassen. Die Zustimmung hat keine bindende Wirkung für die Entschließung der StA. Vielmehr bleibt diese trotzdem berechtigt, Anklage zu erheben. Verfügt sie die Einstellung, so trifft sie eine Entsch. nach ihrem Ermessen. Eine solche Einstellungsverfügung der StA. hat ebensowenig Rechtskraftwirkung, wie die sonstigen staatsanwaltschaftlichen Einstellungsverfügungen nach § 171 StPD. Die Sache liegt hier anders als in § 153 Abs. 3 StPD. bei bereits erhobener Klage; hier führt das Gericht durch seine Entsch. die Einstellung herbei (RGSt. 65, 291).

(2. Sen. v. 9. Okt. 1933; 2 D 391/33.) [W.]

****19.** §§ 391, 397, 402 StPD. Der Nebenkl. kann seine Anschlußerklärung noch in der RevJnst. widerrufen. Mit dem Widerruf wird die Zuerkennung einer Buße hinfällig. Dies ist auch in der RevJnst., und zwar von Amts wegen zu beachten. †)

Die Nebenkl., die Firma B., hat ihre Anschlußerklärung widerrufen. Ein solcher Widerruf muß auch noch in der RevJnst. als zulässig angesehen werden. Dem steht nicht entgegen die Best., daß der Nebenkl. die Rechte des Privatkl. hat (§ 397 StPD.) i. Verb. m. der Vorschr., daß der Privatkl. seine Klage nur bis zur Verkündung des letzten Ur. in den Tatsacheninstanzen zurücknehmen kann (§ 391 Abs. 1 StPD.), denn die erwähnte Best. gibt dem Nebenkl. gewisse Rechte, sagt aber nicht, wann diese beginnen und wann sie aufhören sollen. Auch die Anlehnung der Regelung der Nebenklage an die der Privatklage führt nicht zu einer Anwendung des § 391 Abs. 1 StPD. Einmal ist es in der Rpr. des RG. anerkannt, daß § 391 Abs. 2 StPD. auf die Nebenklage nicht

die ihre Wirkung einem noch anhängigen Strafprozeßverhältnisse entnimmt. Über diese Einrede der Rechtshängigkeit im Strafprozeß habe ich mich vor Jahren in den längst eingegangenen *SeuffBl.* 1903, 129 ff. ausführlich verbreitet. In dem gebräuchlicheren und engeren Sinne entnimmt das no bis in idem, die Einrede der rechtskräftigen Aburteilung, einem durch rechtskräftige Aburteilung beendigten Prozeßverhältnis ihre Kraft. Die rechtskräftige Aburteilung verbraucht die Strafklage. Weder der Grundsatze des eigentlichen no bis in idem der Rechtskraft, noch der Rechtshängigkeit sind im Gesetze selbst zum Ausdruck gelangt, sind aber in der Wissenschaft und Rpr. in anerkannter Geltung. Die Entsch. v. 9. Okt. 1933 ist m. E. richtig und entspricht den geltenden Rechtsgrundsätzen, legt aber für die anstehende Reform des Strafverfahrens, welche unter allen Umständen eine Vereinfachung der Strafverfahren, insbes. der großen politischen Prozesse bringen sollte, weil die Sühne der Straftat rasch zu folgen hat, einen Wunsch offen. Wir haben jetzt schon in der Durchbrechung des Legalitätsprinzips (§§ 152, 153 StPD.) eine neue fachgemäße Prozeßbeendigung, das Absehen von Strafe unter Einstellung des Verfahrens, erhalten. Für diese beiden Einstellungsmöglichkeiten, durch die Staatsanwaltschaft und das Gericht, sollte im Gehe eine Regelung getroffen werden, die Zweifelsfragen ausschließt. Die Einstellung durch den Staatsanwalt ist lediglich eine prozeßleitende und augenblicklich beendigende Verfügung im Strafverfahren ohne Rechtskraftwirkung. Was die jetzt rasch geforderte Strafrechtsreform, die eine gesetzgeberische Tragödie, über 30 Jahre vergeblich anhielt, an prozeßueller Erledigungsformen noch bringt, wissen wir nicht. Allein bei den Aufgaben, die dem autoritären Strafrecht im Dritten Reich zugewiesen sind, kann eine Rückwirkung in mehrfacher Hinsicht, auch bzgl. des no bis in idem, auf das Strafverfahren und seine Beendigung eintreten. Und darum kann es sich empfehlen, die Grenzen und Wirkungen dieses Rechtsgrundsatzes im Strafverfahren im Gesetze selbst festzulegen.

OLGPräs. i. R. Staatsrat Dr. R. Meyer, München.

Zu 19. I. Der vorstehenden Entsch. ist vollinhaltlich zuzustimmen. Abgesehen von den praktischen Erwägungen, die das RG. mit Recht geltend gemacht hat, ist durchschlagend der Hinweis, daß § 402 StPD. die Beendigung der Nebenklägerschaft selbständig regelt. Würde § 402 fehlen, so müßte § 391 Abs. 1 StPD. zur Anwendung kommen. Denn daß die Möglichkeit des Privatkl., die Privatklage zurückzunehmen, ein Recht darstellt, kann nicht bezweifelt werden. Daß aber dann dieses Recht des Privatkl. dem Nebenkl. nur in der Beschränkung zugebilligt werden könnte, in der es eben dem Privatkl. zusteht, ist auch selbstverständlich. Soll mithin § 391 StPD. zur Anwendung kommen, so ist nicht einzusehen, was § 402 StPD. überhaupt soll. So ist der Schluß des RG. zwingend, daß § 402 StPD. die Widerrufsmöglichkeit der

anwendbar ist (RGSt. 7, 376; 9, 223; 32, 346; 63, 53; 64, 60, über die Anwendbarkeit von § 391 Abs. 3 f. RGSt. 60, 283 und 63, 53), und weiter regeln die §§ 395, 396, 403 StPD. die Anschließung als Nebenkl., § 402 StPD. die Beendigung der Nebenklägerschaft unabhängig von den entsprechenden Best. der Privatklage, also vollkommen selbständig. Bei der Zurücknahme der Privatklage fallen alle Ur., die etwa schon ergangen sind, zusammen, dies soll nach Beendigung der Tatsacheninstanzen verhindert werden; im Falle des Widerrufs der Anschlußerklärung eines Nebenkl. in der RevJnst. bleiben die einmal ergangenen Ur. bestehen (RGSt. 64, 60). Es liegt also kein Grund vor, den Nebenkl. ebenso fest an dem Verfahren zu halten wie den Privatkl. Nach § 402 StPD. verliert die Anschlußerklärung des Nebenkl. durch Widerruf und den Tod des Nebenkl. ihre Wirkung. Eine zeitliche Beschränkung ist in beiden Fällen gleichmäßig nicht gesetzt. Daß der Tod des Nebenkl., auch wenn er in der RevJnst. eintritt, das Ende der Nebenklage herbeiführt, kann nicht bezweifelt werden. Da § 402 für den Widerruf ebenfalls keine zeitliche Grenze setzt, spricht der Wortlaut des § 402 StPD. dafür, daß auch der Widerruf noch in der RevJnst. zulässig ist. Es muß dies also als Wille des Gesetzes angesehen werden (RGSt. 64, 60).

Durch den Widerruf ist, ebenso wie im Falle des Todes, die Zuerkennung einer Buße hinfällig geworden. Dies ist auch in der RevJnst. zu berücksichtigen. Durch die Zurücknahme der Nebenklage fällt eine für die Zuerkennung der Buße wesentliche Prozeßvoraussetzung weg. Der Mangel einer Verfahrensvoraussetzung ist aber in jeder Verfahrenslage zu berücksichtigen (RGSt. 67, 53). Das Hinfälligwerden des Antrags auf Zuerkennung einer Buße war im Ur. klarzustellen (RGSt. 64, 348).

Das Ergebnis befriedigt um so mehr, als die Buße ein privatrechtlicher Anspruch ist (RGSt. 31, 334), und weil es

Nebenklage selbständig regelt, und daß, da § 402 StPD. keinerlei zeitliche Schranken setzt, der Widerruf bis zum Beginn der Verkündung des letztinstanzlichen Urteils (a. A. Feisenberger, StPD. § 402 Anm. 2; so Löwe-Rosenberg § 403 Anm. 2), d. h. also auch noch in der RevJnst. erfolgen kann.

II. Interessante Komplikationen ergeben sich, wenn der Nebenkl. ein Rechtsmittel selbständig, also ohne Mitwirkung der StA., vielleicht sogar gegen ihren ausdrücklichen Willen eingelegt hat. Zweifellos ist die Zurücknahme der Nebenklage in diesem Fall auch eine Zurücknahme des Rechtsmittels gem. §§ 302, 303 StPD. Es entsteht so die Frage, ob an einen derartigen Widerruf die StA. gebunden ist, oder ob sie, obwohl der Angekl. nach § 303 StPD. der Zurücknahme des Rechtsmittels zugestimmt hat, ihrerseits nunmehr das Verfahren weiter zu betreiben berechtigt, ja, sogar verpflichtet ist. Die Beantwortung der Frage hängt davon ab, wie man die Prozeßstellung der StA. auffaßt, wenn der Nebenkl. sein Rechtsmittel selbständig, evtl. im Widerspruch mit der StA. eingelegt hat. Bekanntlich gehen die Ansichten hierüber auseinander. Der 1. StrSen. des RG. nimmt an, daß die StA. mit der Erklärung, sie wolle kein Rechtsmittel einlegen, nicht aus dem Verfahren ausgeschieden sei, falls der Nebenkl. selbständig ein Rechtsmittel eingelegt habe (RGSt. 63, 53). Die StA. muß nach dieser Auffassung dann in der höheren Instanz, ohne indessen an das Rechtsmittel des Nebenkl. irgendwie gebunden zu sein, mitwirken. Daß diese Auffassung in sich nicht konsequent ist, scheint mir sicher. Schließlich kommt es doch darauf an, ob der Nebenkl. bei der Einlegung des Rechtsmittels die StA. vertritt oder nicht. Andere nehmen an, die StA. könne sich, wenn sie wolle, am Verfahren beteiligen, sie müsse es aber nicht. Tue sie es nicht, so sei der Nebenkl. als alleiniges Prozeßsubjekt zu behandeln (Gerland, Strafprozeß S. 457). Diese Auffassung führt zu der Konsequenz, daß die StA. sich in das Verfahren erst wieder einschalten muß, ehe sie wieder mithandeln kann. — Ohne zu diesem Problem selbst Stellung nehmen zu wollen (es kam mir hier nur darauf an, auf eine Frage hinzuweisen, die mir noch reichlich ungeklärt zu sein scheint), mag noch hervorgehoben werden, daß der Widerruf der Nebenklage weitergeht wie die Zurücknahme eines Rechtsmittels. Er entzieht der Rechtsmittelerklärung des Nebenkl. ihren Boden, und es kann fraglich erscheinen, ob mit dem Widerruf nicht die Rechtsmittelerklärung als solche ihre rechtliche Wirksamkeit verliert, so daß sie auch ohne Zustimmung des Angekl. als erledigt zu behandeln wäre. So ergeben sich auch hinsichtlich der Frage nach den Rechtswirkungen des Widerrufs einer Nebenklage Schwierigkeiten, auf die ich, wie gesagt, hinweisen wollte, ohne auf sie an dieser Stelle eingehen zu können.

Prof. Dr. Heinrich Gerland, Jena.

befremden müßte, wenn in einem gerichtlichen Verfahren durch eine Entsch., gleichviel welchen Rechtszug, dem Berechtigten ein privatrechtlicher Anspruch gewährleistet würde, den er selbst nicht zu erhalten wünscht.

Die Rev. der Angekl. war also mit der Maßgabe, daß die Zuerkennung der Buße wegfällt, zu verwerfen.

(3. Sen. v. 25. Sept. 1933; 3 D 496/33.)

[W.]

Freiwillige Gerichtsbarkeit.

1. § 4 GVBereinsG.; § 7 Abs. 1 Nr. 7a und b PrGRG. Die auf Grund von § 4 GVBereinsG. auf Antrag des Gläubigers erfolgende Eintragung der neuen Hypothek im Grundbuch ist nicht nach § 7 Abs. 1 Nr. 7a und b PrGRG. gebührenfrei.

Das O. nimmt mit Recht an, daß die gem. § 4 GVBereinsG. erfolgte Eintragung neuer Hypotheken nach § 56 PrGRG. gebührenpflichtig ist. Das GVBereinsG. selbst gewährt für diese Art von Eintragungen Gebührenfreiheit nicht; in § 33 sind Eintragungen auf Grund des § 4 nicht erwähnt. Aber auch § 7 Abs. 1 Nr. 7 PrGRG., auf den sich der Beschwerf. stützt, trifft nicht zu. Nach dieser Best., soweit sie hier in Betracht kommt, sind gebührenfrei Eintragungen im Grundbuch, wenn sie betreffen:

a) die Eintragung des gesetzlichen Aufwertungsbeitrags von Hypotheken, Grundschulden, Rentenschulden und Reallasten, b) die Wiedereintragung gelöschter Hypotheken, Grundschulden, Rentenschulden und Reallasten in Höhe des gesetzlichen Aufwertungsbeitrags.

Für die Beurteilung der Tragweite dieser Best. ist es von Bedeutung, daß diese Best. durch W. v. 31. Aug. 1925 (GS. 111), also alsbald nach dem Erlaß des AufwG. v. 16. Juli 1925 dem PrGRG. eingefügt ist. Sie konnte sich demnach, jedenfalls zunächst nur auf Grundbucheintragungen erstrecken, die auf Grund des AufwG. erfolgten. Sie unterscheidet zwischen der Eintragung des gesetzlichen Aufwertungsbeitrags bei noch nicht gelöschten Hypotheken usw. (§ 6 Abs. 1 Satz 2, §§ 17, 21 AufwG.) und zwischen der Wiedereintragung aufgewerteter gelöschter Hypotheken in Höhe des gesetzlichen Aufwertungsbeitrags (§§ 20 ff. AufwG.). Da hier die Hypotheken bereits gelöscht waren, kann Nr. 7a keine Anwendung finden. Aber auch Nr. 7b ist nicht anwendbar. Die Erbschaftshypothek, die gem. § 4 GVBereinsG. auf Antrag des Gläubigers eingetragen wird, wenn infolge Verjährung der im § 1 des Gesetzes vorgeschriebenen Frist die Aufwertung einer Hypothek an der sich aus dem AufwG. und dem Ges. v. 9. Juli 1927 (RGBl. I, 171) ergebenden Rangstelle nicht mehr eingetragen werden kann, ist, wie mit Recht angenommen wird, eine neue Hypothek (vgl. Schlegelberger-Sarmening, Die Aufwertungsmaßregeln, 5. Aufl., S. 134, 135; Mügel, Die neuen AufwG., S. 130; RG. in 1 X 559/32 = JW. 1933, 613). Wenn ihre Eintragung auch nach dem im AufwG. und dem Ges. v. 9. Juli 1927 sowie in den dazu erlassenen DurchfW. für die Eintragung des Aufwertungsbeitrags vorgesehenen Vorschr. erfolgt (§ 4 Abs. 2 Satz 2 GVBereinsG.), so ist diese Eintragung der neuen Hypothek doch nicht die Wiedereintragung der gelöschten Hypothek in Höhe des gesetzlichen Aufwertungsbeitrags. Bei Schaffung des § 7 Abs. 1 Nr. 7b PrGRG. konnte man die Eintragung der Erbschaftshypothek nicht im Auge haben, da das GVBereinsG. erst mehrere Jahre später erlassen wurde, sondern nur die Wiedereintragung gelöschter Hypotheken usw. auf Grund des AufwG. selbst. Diese Kostenvorschr. geht auch auf die Eintragung der Erbschaftshypothek ausdehnend auszulegen, begegnet schon insofern grundsätzlichen Bedenken, als es sich um eine Ausnahmsbestimmung handelt, die ausdehnender Auslegung nicht fähig ist. Dazu kommt folgendes:

Der Gesetzgeber hat davon abgesehen, die auf Antrag des Gläubigers erfolgende Eintragung der Erbschaftshypothek wie die auf Grund der §§ 2, 6, 10, 21 GVBereinsG. von Amts wegen erfolgenden Löschungen in § 33 GVBereinsG. für gebührenfrei zu erklären. Statt dessen hat der Reichstag nur eine Entschließung angenommen, bei den Ländern darauf hinzuwirken, daß bei Eintragungen auf Grund des GVBereinsG. auch abgesehen von dem Falle des § 33 Gebühren nicht oder nur in mäßigerem Umfange erhoben werden (Mügel a. a. O. S. 166). Trotzdem ist in Preußen eine kostenrechtliche Best. für die Eintragung der Erbschaftshypotheken nicht erlassen worden.

Nach alledem kann die Eintragung der Erbschaftshypotheken entgegen der bei Bartscher-Drinnenberg-Wenz, PrGRG., 7. Aufl., Ann. II 6 vertretenen Auffassung nicht als gebührenfrei angesehen werden.

(RG., 1a ZivSen., Beschl. v. 27. Okt. 1933, 1a X 809/33.)

Ber. von RGR. Schmidtman, Berlin.

Bayerisches Oberstes Landesgericht.

Bericht von Oberlandesgerichtsrat Dr. Hilborfer und Rechtsanwält Dr. Wilhelm Dieß, München.

1. Vorfahrtsrecht. Zu den Fahrzeugen, für die § 24 KraftfWerkV.D. das Vorfahrtsrecht regelt, gehören auch die Fahrräder.

Eine Radfahrerin ist an einer Straßenkreuzung mit einem Personkraftwagen zusammengestoßen. Der Erstrichter hat rechtsirrtümlich gegen die Radfahrerin § 13 KraftfWerkV.D. v. 8. Mai 1926 für die Regelung des Vorfahrtsrechtes angewendet. Maßgebend ist § 24 KraftfWerkV.D. v. 10. Mai 1932, der sich auf § 6 Satz 2 KraftfW. stützt, und das Vorfahrtsrecht für alle Fahrzeuge regelt, wozu auch die Fahrräder gehören. Die für letztere einschlägige Strafvorschrift bleibt bei einer Verletzung des § 24 KraftfWerkV.D. aber § 366 Nr. 10 StGB., welche Strafvorschrift für die Zuwiderhandlungen gegen die nach § 6 KraftfW. erlassenen Anordnungen insofern zutrifft, als diese Anordnungen den allgemeinen Fahrverkehr mit Rücksicht auf den Kraftfahrzeugverkehr regeln.

§ 21 KraftfW. gilt nur für Verkehrsverstöße mit Kraftfahrzeugen. (BayObLG., 1. StrSen., Ur. v. 17. Okt. 1933, RevReg. I Nr. 238/33.) [D.]

*

2. Art. 23, 14 JagdG. Jagdausübung.

H. ist vom Erstrichter wegen einer Übertretung der Anstiftung zu einer Jagdpolizeiübertretung verurteilt worden, weil er seinen Neffen, den Dienstknecht H., aufgefördert hat, in der Gemeindejagd N., deren Mietpächter er ist, nach den Regeln Ausschau zu halten. Der Neffe H. hat daraufhin mit einem Gewehr in der Hand die Gemeindejagd N. an ihrer Grenze begangen.

Auf Rev. ist das Ur. aufgehoben worden, da Jagdausübung i. S. des Art. 23 mit Art. 14 JagdG. nur dann vorliegt, wenn der Wille des Jagenden auf eigene Erlegung von Wild oder darauf gerichtet ist, daß das Wild von anderen für ihn erlegt werde. Andere Betätigungen, auch soweit sie mit einer Jagdausübung zusammenhängen, sind nicht Jagdausübung im Sinne der genannten Bestimmungen.

Namentlich kann eine Gehilfentätigkeit jeder Art nicht als Jagdausübung in diesem Sinne aufgefaßt werden. Nach der Vorstellung des H. sollte der Neffe H. seine eigene Jagdausübung vorbereiten. Eine Tätigkeit des Neffen H. in diesem Rahmen kann als Jagdausübung nicht angesprochen werden (BayObLGSt. 27, 181; Ur. des BayObLG. v. 25. Nov. 1924, RevReg. I 803/24 und v. 19. Juli 1932, RevReg. I 447/32). Daß H. von der Absicht seines Neffen, ein Gewehr mitzunehmen, Kenntnis hatte, ist nicht festgestellt.

(BayObLG., 1. StrSen., Ur. v. 24. Okt. 1933, RevReg. I Nr. 268/33.) [D.]

*

3. § 261 StPD. Zum Begriff der richterlichen Überzeugung.

Die Erlangung der richterlichen Überzeugung erfordert eine innere Stellungnahme zu den für den Schuldauspruch maßgebenden tatsächlichen Fragen, bei der alle, auch die leisesten Zweifel ausgeräumt sein müssen (vgl. Löwe-Rosenberg, StPD., 19. Aufl., Bem. 2 Abs. 2 zu § 261; RG. 66, 165). Das darf aber nicht dahin verstanden werden, daß die richterliche Überzeugung von dem Gegebenen einer schuldbegründenden Tatsache eine „absolute“ Gewißheit verlange, der gegenüber das Vorliegen anderer Möglichkeiten „absolut“ ausgeschlossen sei. Ein durchaus sicheres Wissen ist der menschlichen Erkenntnis bei ihrer Unvollkommenheit überhaupt ver sagt. Das Gericht darf sonach einen Angekl. nicht mit der Begründung freisprechen, es habe sich die volle Überzeugung von dessen Schuld um deswillen nicht verschaffen können, weil im Hinblick auf diese Unvollkommenheit menschlicher Erkenntnis die Möglichkeit, daß der eingetretene rechtswidrige Erfolg auch auf einer anderen Ursache beruhen könne, nicht mit absoluter Sicherheit auszuschließen sei (vgl. die angeführte Entsch. sowie RG. 61, 202/06). Trotz dieser Möglichkeit kann vielmehr der Richter auf Grund seiner freien Beweiswürdigung (§ 261 StPD.) sehr wohl die volle Überzeugung von der Schuld des Angekl. gewinnen. Ein mit der angegebenen Begründung freisprechendes Ur. würde daher wegen Verletzung dieses Grundgesetzes auf entsprechende Rüge der Aufhebung unterliegen.

(BayObLG., 1. StrSen., Ur. v. 24. Okt. 1933, RevReg. I Nr. 272/33.) [D.]

Oberlandesgerichte.

Berlin.

a) Zivilsachen.

1. § 7 VerglD. Auch wenn die Vereinbarung eines Vergleichs und seine Bestätigung durch das Vergleichsgericht an demselben Tage erfolgt, kommt der Schuldner

ohne Mahnung nicht in Verzug und wird daher der teilweise Erlaß der Forderung nicht ohne Mahnung hin-
fällig, wenn der Schuldner die Zahlung binnen einer nach
der Bestätigung zu berechnenden Frist nicht leistet. f)

Es kommt darauf an, ob der Bekl. sich gegenüber dem Kl., der
mit der Klage einen Mietrückstand geltend macht, auf das Vergleichs-
verfahren berufen kann, und ob die Best. des § 7 VerglD. im vor-
liegenden Falle zur Anwendung kommt oder nicht. Auszugehen ist
dabei, daß der Kl. am Vergleich beteiligt ist. Der Umstand, daß der
Kl. im Vergleichsverfahren in der Liste der nicht beteiligten Gläubiger
aufgeführt ist, ist unerheblich (vgl. Kiejow, VerglD., Anm. 117 zu
§ 2). Die Ansicht des VerglGer. darüber, ob der Kl. vom Vergleich
betroffen ist oder nicht, ist für das ProZGer. nicht bindend. Nach § 73
VerglD. ist der bestätigte Vergleich wirksam für und gegen alle an
dem Verfahren beteiligten Gläubiger, auch wenn sie an dem Verfahren
nicht teilgenommen haben. Die Best. des § 4 VerglD., die den Fall
behandelt, daß ein zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens beiderseits
noch nicht erfüllter Vertrag vorliege, ist nicht anwendbar. Der Miet-
vertrag lief am 31. März 1932 ab, während das Vergleichsverfahren
erst am 26. April 1932 eröffnet worden ist. Im Zeitpunkt der Eröffnung
des Verfahrens war der Vertrag also auf Seiten des Kl. vollständig er-
füllt. Nach § 2 VerglD. gehört aber der Kl. zu den am Verfahren
beteiligten Gläubigern. Ein Recht auf abgeforderte Befriedigung ist
nicht geltend gemacht, kommt im übrigen schon deshalb nicht in
Frage, weil der Geschäftsbetrieb des Bekl. schon Ende Februar 1931
eingestellt und der Laden geräumt worden ist.

Die Parteien sind darüber einig, daß die nach dem Vergleich
fällig gewordenen Raten inzwischen gezahlt worden sind. Die Zahlung
ist allerdings zunächst nicht innerhalb der im Vergleich vorgesehenen
Fristen erfolgt. Im Hinblick auf § 7 VerglD. kommt es daher darauf
an, ob der Bekl. mit der Zahlung der Vergleichsraten in Verzug
gekommen ist, denn in § 7 ist folgendes bestimmt: „Enthält der Ver-
gleich einen teilweisen Erlaß der Forderung, so ist im Zweifel anzu-
nehmen, daß der Erlaß hinfällig wird, wenn der Schuldner mit der
Erfüllung des Vergleichs in Verzug kommt.“

Nach § 284 BGB. kommt der Schuldner in Verzug, wenn er
auf eine Mahnung des Gläubigers nicht leistet. Eine derartige Mah-
nung ist nicht erfolgt. Nach § 284 Abs. 2 ist aber eine Mahnung ent-
behrlich, wenn „für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender be-
stimmt ist“.

Mit der Frage, ob bei einem gerichtlichen Vergleich eine Mah-

nung erforderlich ist, wenn die Vergleichsraten nicht gezahlt werden,
hat sich das RG. v. 8. Febr. 1932, VIII 546/31 (Warn. 1932, 138)
beschäftigt. Den dortigen Ausführungen des RG. ist beizupflichten.
Zu unterscheiden ist zwischen den kalendermäßig „bestimmten“ und
nach dem Kalender „zu berechnenden“ Zeitfestsetzungen (vgl. auch RG.
103, 34). Nur für kalendermäßig bestimmte Zeitfestsetzungen gilt die
Vorschrift des § 284 Abs. 2 BGB., die eine Mahnung entbehrlich
macht. Eine kalendermäßig bestimmte Frist ist aber bei einem Ver-
gleich auf Grund der VerglD. grundsätzlich deshalb zu verneinen, weil
die Parteien abreden vom Standpunkt des Abschusses des Vergleichs aus
zu beurteilen sind. In diesem Zeitpunkte ist aber noch ungewiß, ob
und wann der Vergleich die Bestätigung des Gerichts finden und da-
durch in Kraft treten wird. Um eine kalendermäßig fest bestimmte
Frist handelt es sich daher bei den Zahlungszeiten des Vergleichs
nicht, sondern lediglich um nach dem Kalender zu berechnende Fristen.
Wenn der Kl. darauf verweist, daß die Entsch. des RG. auf den
vorliegenden Fall nicht anwendbar ist, so ist ihm lediglich zuzugeben,
daß das RG. ausgeführt hat, wie zu entscheiden sei, wenn eine Ver-
gleichsvereinbarung und -bestätigung an ein und demselben Tage er-
folge, könne dahingestellt bleiben. Ein hinreichender Grund, diesen
Fall, der hier gegeben ist, anders zu beurteilen, als oben erörtert ist,
liegt aber nicht vor. Es ist daher davon auszugehen, daß ein Verzug
des Bekl. nur eingetreten wäre, wenn eine Mahnung an ihn ergangen
wäre. Da dies nicht geschehen ist, ist die Best. des § 7 nicht an-
wendbar.

Da die Vergleichssumme inzwischen gezahlt ist, ein weiterer An-
spruch des Kl. aber nicht besteht, ist die Klage abzuweisen.

(RG., 17. Zivilsen., Ur. v. 9. Febr. 1933, 17 U 8160/32.)

Ver. von RGR. Dahmann, Berlin.

*

2. § 1 ArmAnwG. Gebührenanspruch des als Ge-
schäftsführer ohne Auftrag handelnden Armenanwalts an
die Staatskasse. Vergütung der Gebühr trotz Auftrags der
Partei.

N. S. ist der Kl. als Pflichtanwalt beigeordnet worden und
hat demnach ohne Vollmacht der Partei die Klage eingereicht und
zustellen lassen, sie dann aber auf ausdrückliche Weisung der Partei
zurückgenommen, da die Parteien sich inzwischen außergerichtlich ver-
glichen hatten. Der UrkV. hat die Festsetzung einer Gebühr ab-
gelehnt, weil die Kl. dem Armenanwalt einen Auftrag zur Ein-

Zu 1. I. Die Abrede des Wiederauflebens der teilweise er-
lassenen Forderungen, die nach § 7 W. jeder Teilerlaßvergleich „im
Zweifel“ enthält, ist für den Schuldner eine Gefahr, insofern das
Wiederaufleben an den „Verzug mit der Erfüllung“ des Vergleichs
geknüpft ist. Denn ein einziger Fall des „Wiederauflebens“ kann zum
endgültigen Zusammenbruch des Schuldners führen. Der Schuldner
wird daher nach Möglichkeit versuchen, den Gehezeswortlaut und den
Sachverhalt im Sinne eines Nichtwiederauflebens zu deuten, d. h. den
Verzug in Abrede zu stellen. Man sollte ihn in diesem Streben nicht
unterstützen. Das Vergleichsverfahren verfährt den Schuldner ohnehin
leicht dazu, Versprechungen zu machen, von denen er sich bei gewissen-
hafter Überlegung von vornherein sagen sollte, daß er sie nicht halten
kann. Erkennt der Vergleichsrichter dies, so muß er die Eröffnung
nach § 22 Nr. 5 W. ablehnen und den Konkurs eröffnen. Der Richter
wird aber den Sachverhalt nicht immer durchschauen. Dann fordert
die Rücksicht auf die Gläubiger, daß der Schuldner wenigstens dann
nicht weiter geschont wird, wenn die Grundlosigkeit seiner vorjü-
gen Zukunftshoffnungen offenbar wird. Der § 7 ist wie andere Vorschr.
der VerglD. als ein „Erziehungsmittel“ für den Schuldner gedacht;
er wird mit wirtschaftlichen Nachteilen bedroht, damit er nicht mehr
verspricht, als er halten kann, und damit er sich auf das äußerste an-
strengt, das Versprechen zu halten. Diesem Gedanken wird z. B. das
OLG. Dresden (Ur. v. 15. Juni 1931: KonkTrW. 1931, 159) nicht
gerecht, wenn es den § 7 nur bei einem Verschulden anwenden will,
das über das für den Schuldnerverzug notwendige hinausgeht. Daß
Verzug im Sinne des § 7 W. eben Verzug im Sinne der §§ 284 ff.
BGB. ist, sollte nicht zweifelhaft sein, und das RG. stellt sich mit
Recht auf diesen Boden.

Wie die Abrede im gegebenen Falle gelautet hat, läßt die Entsch.
nicht klar erkennen. Offenbar sollten die Vergleichsraten eine be-
stimmte Zeit nach dem Abschluß des Vergleichs gezahlt werden. Mit
Recht nimmt das RG. an, daß in diesem Falle nicht eine Zeit „nach
dem Kalender“ bestimmt ist (§ 284 Abs. 2 Satz 1), daß es sich viel-
mehr um eine Zeit handelt, die sich von einem künftigen un-
gewissen Ereignis ab „nach dem Kalender berechnen“ läßt (§ 284 Abs. 2
Satz 2), und daß das Erfordernis der Mahnung nur in dem ersten,
nicht aber in dem zweiten Falle vom Gezeze allgemein für entbehrlich
erklärt wird. Für die Entsch. darüber, ob das fristbeginnende Ere-
ignis ungewiß ist, kommt es, wie das RG. mit Recht annimmt, auf
den Zeitpunkt an, in dem das Ereignis als Fristbeginn verabredet
wird. Das hatte die Kl. übersehen. Zur Zeit der Klage stand natür-
lich Eintritt und Zeit des fristbeginnenden Ereignisses fest; jetzt konnte

über den Zeitpunkt der Leistung kein Zweifel mehr obwalten. Anders
war es bei der Verabredung des Ereignisses, dem Vergleichsfrist. Es
scheint zwar so, als stände hier im Augenblicke der Verabredung des
Ereignisses auch sein Eintritt fest und als sei daher die jetzt laufende
Frist, z. B. ein Monat, nach dem Kalender bestimmt. Diese An-
nahme ist aber nicht richtig. Der Vergleichsabschluß wird erst ver-
bindlich mit der Bestätigung, und zwar auch für die Gläubiger, die
ihm zugestimmt haben. Erst jetzt liegt eine bindende Abrede über das
maßgebliche Ereignis vor, und erst jetzt ergibt sich — nachträglich —
daß der Vergleichsabschluß das für den Fristbeginn maßgebende Ere-
ignis war. Ob aber der Vergleich bestätigt wird und wann dies ge-
schehen wird, ist bei dem Vergleichsabschluß selbst ungewiß, auch dann,
wenn die Bestätigung nachher dem Vergleichsabschluß auf dem Fuße
folgt. Zur Zeit des Vergleichsabschlusses war also die Leistungszeit
in keinem Falle „nach dem Kalender bestimmt“, ja sie konnte nicht ein-
mal „nach dem Kalender berechnet“ werden, weil noch nicht feststand,
ob überhaupt und wann die Monatsfrist beginnen werde.

2. Noch zu einer anderen vergleichsrechtlichen Betrachtung regt
die Entsch. an, nämlich dazu, welche Bedeutung Beteiligungsstreitig-
keiten haben. Der Vergleichsrichter muß häufig darüber entscheiden, ob
ein Gläubiger am Verfahren beteiligt ist oder nicht. Heute ist wohl
allgemein anerkannt, daß diese Entsch. den Prozeßrichter nicht binden. Mit
Recht weiß deshalb das RG. die Meinung der Kl. zurück, daß sich der
Bekl. ihr gegenüber schon deshalb nicht auf den Vergleich berufen
könne, weil sie nicht in dem Verzeichnis der beteiligten Gläubiger
stehe. Der Vergleich wirkt gegen die Kl., nicht weil sie in dem Ver-
zeichnis der beteiligten Gläubiger steht, sondern weil sie bei richtiger
Zurteilung der Rechtslage darin hätte stehen müssen. Eine — nach-
teilige — Bedeutung hat die Sachbehandlung des Vergleichsrichters
für die Kl. allerdings gehabt. Weil ihre Forderung nicht in dem Ver-
zeichnis der beteiligten Gläubiger stand, konnte sie nicht „anerkannt“
und darum nicht vollstreckbar nach § 75 VerglD. werden. Denn die
Vollstreckbarkeit der beteiligten Forderungen ist an formale Voraus-
setzungen geknüpft, die nur im Vergleichsverfahren selbst erfüllt wer-
den können: die Eintragung in das Verzeichnis der beteiligten Gläu-
biger und die Anerkennung der Forderung. Zweifelhaft ist, ob der
Kl., wenn sie in Wahrheit nicht beteiligt gewesen, aber doch in das
Verzeichnis der beteiligten Gläubiger eingetragen worden wäre, aus
dieser Eintragung und einer etwaigen Anerkennung Vorteile erwachsen
wären. Die Erörterung dieser Frage würde aber zu weit führen; ich
darf deshalb auf § 75 Anm. 6 meines Kommentars verweisen.

SenPräf. Dr. Kiejow, Leipzig.

reichung der Klage nicht erteilt habe. Das O. hat eine halbe Prozeßgebühr festgesetzt, eine weitergehende Festsetzung abgelehnt. Die dagegen gerichteten Beschw. der Staatskasse und des Armenanwalts konnten keinen Erfolg haben.

Das O. hat seine Entsch. damit begründet, daß es neben der Beiordnung zwar nicht noch der Erteilung einer Prozeßvollmacht bedürfe, daß aber andererseits der Anwalt vor Vollmachtserteilung nur die notwendigen Handlungen vornehmen dürfe, zu denen in der Regel alsbaldiges Studium der Gerichtsakten gehöre. Dafür stehe ihm die halbe Prozeßgebühr zu, während die Einreichung der Klage als objektiv nicht erforderlich keinen Gebührenanspruch gegen die Staatskasse begründe.

Damit hat das O. in der Tat den entscheidenden Gesichtspunkt getroffen. Zwar ist es nicht richtig, daß allein schon die Beiordnung ohne Zutreten des Auftrages der Partei die Grundlage für den Ersatzanspruch an die Staatskasse bilde. Grundsätzlich muß vielmehr beides zusammentreffen (so grunds. Entsch. 20 W 5719/31 v. 8. Juni 1931 bei Gaedeke, KostNpr., Nr. 173, in Übereinstimmung mit Npr. und Rechtslehre), doch sind Ausnahmen zuzulassen. Eine solche liegt hier vor.

Die Prozeßgebühr ist zur Abgeltung jeglicher auf den Betrieb des Prozesses gerichteten Tätigkeit des Anwalts bestimmt, insbes. fällt also darunter, ohne daß es bereits der Vornahme irgendwelcher Prozeßhandlungen bedarf, die Einsicht der Gerichtsakten. Auch diese kann allerdings regelmäßig aus der Staatskasse nicht vergütet werden, wenn nicht bereits ein Auftragsverhältnis zwischen der Partei und dem Armenanwalt begründet ist. Doch greift hier der vom O. erteilte Gesichtspunkt Platz, daß der Anwalt, der sich völlig untätig verhält und den Eingang des Auftrages der Partei abwartet, sich der Gefahr eines Regresses aussetzt und daß ihm aus dieser Erwägung heraus zuzugestehen ist, daß er notwendige Handlungen zwecks Prüfung, ob etwa eilbedürftige Handlungen vorzunehmen sind, bereits unternehmen darf (so auch W.-Z.-Friedlaender 1932 Anm. 16 Abh. II zum 1. Abschn.; Baumbach, ReichsKstGef. Anm. 2 B zu § 1 ArmAnwG.; Gelinsh-Meyer, ArmAnwKosten 2 A S. 52 zu c). Solche Ausnahmen liegen z. B. dann vor, wenn der Ablauf irgendwelcher Frist (prozessualer oder materiell-rechtlicher Art, z. B. Berufungsfrist, Revisionsfrist, Einspruchsfrist, Verjährungsfrist) droht. Hier darf und muß der Anwalt bereits als Geschäftsführer ohne Auftrag für die Partei, der er beigeordnet ist, tätig werden, andernfalls er sich der Gefahr aussetzt, der Partei schadenersatzpflichtig zu werden (vgl. RG. 115, 60 ff.). In solchem Falle handelt der Armenanwalt in Übereinstimmung mit dem mutmaßlichen Willen der Partei, der auch bereits durch das Gesuch der Partei um Bewilligung des Armenrechts und Beiordnung eines Anwalts zum Ausdruck kommt. Dieser Pflicht, auch schon ohne Auftrag der Partei für diese tätig zu werden, entspricht aber der Gebührenanspruch gegenüber der Staatskasse. Hier schafft also allein schon die Beiordnung in Verbindung mit der Geschäftsführung ohne Auftrag die Grundlage für den Erstattungsanspruch an die Staatskasse.

Die Kenntnis, ob eilbedürftige Handlungen vorzunehmen sind, muß der Armenanwalt sich unter Umständen erst durch eine entsprechende Tätigkeit verschaffen. Daraus folgt zwangsläufig, daß auch diese Tätigkeit des Armenanwalts bereits von der notwendigen Geschäftsführung ohne Auftrag umfaßt wird und demgemäß durch entsprechende Gebühren abzugelten ist.

Dieser Grundsatz bedeutet nun keineswegs, daß jeder Armenanwalt, bevor er die Vollmacht der armen Partei erhalten hat, ohne weiteres unter dem Gesichtspunkt tätig werden darf, daß er feststellen müsse, ob irgend etwas in der Sache zu veranlassen sei. Ein solches Vorgehen des Anwalts wird vielmehr grundsätzlich und regelmäßig nur dann gerechtfertigt sein, wenn bereits Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, daß ein sofortiges Eingreifen ohne Abwarten des Auftrages der Partei in Frage kommen könnte. Diese Anhaltspunkte werden dem Armenanwalt häufig aus der Armenrechtsbewilligung selbst entgegenzutreten, können sich aber auch aus sonstigen Umständen ergeben. Muß er nach dem Inhalt des Armenrechtsbeschl. mit der Möglichkeit rechnen, daß unaufschiebbare Handlungen zugunsten der armen Partei in Frage kommen können, dann hat er die Pflicht und das Recht, sich durch entsprechende Maßnahmen die Gewißheit darüber zu verschaffen, ob derartige eilbedürftige Handlungen vorzunehmen sind. Für diese Tätigkeit steht ihm mithin die Prozeßgebühr aus der Staatskasse, wenn auch mit Rücksicht auf § 14 RVGebD. nur zu $\frac{5}{10}$, zu.

Ob im einzelnen Falle der Armenanwalt mit einer solchen Möglichkeit rechnen durfte und mußte, ist Tatfrage. Diese kann indes nicht so beantwortet werden, daß eine Haftung des Staates für Kosten des Armenanwalts, der wegen Dringlichkeit als Geschäftsführer ohne Auftrag gehandelt hat, praktisch schon immer dann zu bejahen ist, wenn dies der Willigkeit entspricht (wie W.-Z.-Friedlaender a. a. O. will). Vielmehr sind stets die Umstände des einzelnen Falles nach objektiven Gesichtspunkten zu prüfen.

Zu vorl. Falle ist diese Frage zu bejahen. Der Armenrechtsbeschl. führt die Lebensversicherungsbank als Antragsgegnerin, die Witwe sich als Antragstellerin auf. Es lag für den Armenanwalt nahe, an einen Anspruch auf Versicherungsleistungen zu denken, dessen Geltendmachung nach den bestehenden Gesetzen und den im allgemeinen übereinstimmend geltenden Versicherungsbedingungen an den Ablauf vor Fristen gebunden ist. Er konnte und durfte also mit einer Gefährdung des Rechts seiner Partei bei einer abwartenden Haltung rechnen und handelte mithin im Interesse und dem mutmaßlichen Willen der Kl. entsprechend, wenn er zunächst die Gerichtsakten einsah, um festzustellen, ob nicht etwa zur Wahrung einer Frist die sofortige Klagerhebung geboten sei. Mithin steht ihm die halbe Prozeßgebühr aus der Staatskasse zu.

Sein Anspruch auf die volle Gebühr ist indes nicht begründet.

Zwar hat die Kl. ihm Vollmacht erteilt, die Klage zurückzunehmen, die er dann auch durch Zustellung des Rücknahmescristales zurückgenommen hat. Damit wäre an sich die volle Prozeßgebühr entstanden (vgl. 20 Wa 223/31 v. 13. Juli 1931: Kartet zu § 14 RVGebD.).

Hier liegt aber der Sachverhalt anders. Kl. S. hatte die Klage ohne Auftrag der Partei erhoben. Seine Partei hat auch nicht nachträglich die Klagerhebung genehmigt, vor allem nicht durch den späteren Auftrag an den Anwalt, die Klage zurückzunehmen. Denn dieser Auftrag ist erst auf die Vorstellungen des Armenanwalts hin und nur zu dem Zwecke erteilt worden, um die formell auf dem Namen der Kl. lautende, sie indes in Wahrheit nicht berührende Klage zu beseitigen. Diese Wirkung hätte aber Kl. S. auch auf andere Weise, ohne von der Kl. bevollmächtigt zu werden, herbeiführen können und nach Auffassung des Senats sogar herbeiführen müssen. Ihm war schon vorher eröffnet worden, daß die Kl. seine Vertretung nicht wünsche und ihm keinen Auftrag und keine Vollmacht erteilt habe. Wenn er auch bis zu diesem Augenblick mangels einer ausdrücklichen Äußerung der Kl. aus Gründen der Verantwortung die einmal erhobene Klage nicht ohne ausdrückliches Einverständnis der Kl. zurücknehmen konnte, so entfiel doch dieser Hinderungsgrund mit dem genannten Schreiben. Wenn er nunmehr trotzdem noch auf Vollmacht für die Klagerücknahme, d. h. darauf bestand, für die Kl. tätig zu werden, so hat er damit nicht mehr im Rahmen der Beiordnung gehandelt. Diese deckt zwar, sofern der Auftrag der Parteien hinzutritt, regelmäßig alle Prozeßhandlungen, die der Armenanwalt zur Wahrnehmung der Rechte der armen Partei vornimmt. Auch hat das Gericht für die Frage des Gebührenanspruchs an die Staatskasse grundsätzlich nicht die Zweckmäßigkeit und Notwendigkeit der vom Armenanwalt vorgenommenen Handlungen zu prüfen, da der Anwalt auf eigene Verantwortung handelt (vgl. grunds. Entsch. 20 W 1312/30 v. 13. Febr. 1930: Gaedeke, KostNpr. Nr. 183). Prozeßhandlungen dagegen, die der Armenanwalt in Wahrheit nicht für die Partei, sondern im eigenen Interesse vornimmt, werden nicht von der Beiordnung gedeckt und vermögen einen Gebührenanspruch gegenüber der Staatskasse nicht auszulösen. Wenn Kl. S. — nach der objektiven Sachlage ohne genügenden Grund — die Klage für die arme Partei ohne deren Auftrag und ohne deren spätere Genehmigung erhoben hatte, war die Beseitigung dieser Klage nicht eine Angelegenheit der Partei, sondern eine eigene Angelegenheit des Armenanwalts. Beschaffte er sich dazu gleichwohl die Vollmacht der Partei, so hat er damit nicht nur eine überflüssige (vgl. grunds. Entsch. 20 W 12736/32 vom 10. Dez. 1932²): Zustellung der Klagerücknahme bei nicht zugestellter Klage ist eine überflüssige Prozeßhandlung und läßt nicht die volle Prozeßgebühr entstehen), sondern sogar eine nicht mehr durch die Beiordnung gedeckte Handlung vorgenommen. Durch diese konnte mithin ein Gebührenanspruch an die Staatskasse überhaupt nicht entstehen.

(RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 4. Nov. 1933, 20 W 9323/33.)

Ber. von OGR. Dr. Gaedeke, Berlin.

*

3. § 1 ArmAnwG. Erscheinen des Armenanwalts im Verhandlungstermin, um Erlaß eines Versäumnisurteils zu verhindern, ist regelmäßig als unaufschiebbare Tätigkeit anzusehen und läßt auch ohne Auftrag der Partei Gebührenanspruch an die Staatskasse entstehen.

Es liegt hier ein Hauptanwendungsfall des vom Sen. in seiner Entsch. 20 W 9163/33 v. 4. Nov. 1933 aufgestellten Grundsatzes vor, daß der Armenanwalt auch ohne entsprechenden Auftrag der Partei tätig werden darf, wenn er mit der Möglichkeit eiliger, unaufschiebbarer Handlungen rechnen muß, daß er darüber hinaus sogar bereits unaufschiebbare Prozeßhandlungen zugunsten seiner Partei vornehmen darf, um drohende Rechtsnachteile von ihr abzuwenden. Diese Voraussetzungen treffen hier zu. Kl. B. ist durch Beschl. v. 24. Juni 1933 dem Bkl. als Armenanwalt beigeordnet worden. Dieser Beschl. ist dem Kl. B. am 27. Juni 1933 zugestellt worden. Im Verhand-

1) JW. 1927, 988.

2) JW. 1933, 228.

lungstermin am 8. Juli 1933 ist außer dem Anwalt der Gegenpartei N. B. erschienen und hat erklärt, er trage Bedenken, für die Partei aufzutreten, da diese ihm keine Vollmacht erteilen wolle. N. B. hat dann im Erinnerungsverfahren zur Begründung seines Erscheinens ausgeführt, daß der Gegner Versäumnisurteil in Aussicht gestellt und davon nur deshalb abgesehen habe, weil er, N. B., ihm erklärt habe, er würde dann auf jeden Fall auch ohne Vollmacht für den Bekl. aufreten.

Hier bestand für den Armenanwalt in der Tat nach der objektiven Sachlage nicht nur das Recht, sondern sogar die Pflicht, auch ohne Vollmacht von der Partei erhalten zu haben, im Termin zu erscheinen und zu verhindern, daß etwa Versäumnisurteil gegen seine Partei ergehe. Andernfalls mußte er als Armenanwalt mit Schadensersatzansprüchen der Partei rechnen (zu vgl. RG. 115, 60¹⁾).

Es kann dahingestellt bleiben, ob N. B. in der Zeit bis zum Termin die Möglichkeit gehabt hätte, sich die Vollmacht der Partei zu beschaffen, oder ob diese die Möglichkeit gehabt hätte, dem Armenanwalt rechtzeitig den Auftrag zur Vertretung zu erteilen. Entscheidend ist vielmehr, daß bis zum Termin eine Äußerung der Partei noch nicht vorlag, daß Verhandlungstermin anstand und daß es bei dieser Sachlage dem mutmaßlichen Willen der Partei entsprach, daß der N. auftrat und den Erlaß eines Versäumnisurteils verhinderte.

Selbst ohne ausdrückliche Androhung eines Versäumnisurteils wird in derartig gelagerten Fällen regelmäßig davon ausgegangen werden dürfen, daß der beigeordnete Armenanwalt auch ohne Vollmacht der Partei zunächst zu erscheinen und sich wenigstens zum Eingreifen für die Partei und zur Abwendung eines Versäumnisurteils bereit zu halten hat. Er konnte und durfte nicht, wie die Staatskasse meint, mit Sicherheit damit rechnen, daß einem — schriftlich von anderer Seite gestellten — Vertagungsantrag entsprochen werden würde. Auf eine Vertagung konnte er höchstens dann rechnen, wenn er selbst im Termin einen derartigen Antrag stellte. Auch Erwägungen, ob unter den obwaltenden besonderen Umständen das Gericht vielleicht einem Antrag auf Versäumnisurteil nicht entsprechen würde, nutzten dem ArmA. nichts. Unter Berücksichtigung der von ihm zu tragenden Verantwortung handelt bei solcher Sachlage der ArmA. sachgemäß, wenn er auch ohne besondere Androhung der Gegenpartei der durchaus nicht entfernt liegenden Gefahr eines Versäumnisurteils mit all seinen schwerwiegenden Folgen für die Partei — vollstreckbarer Titel, Einstellung nur gegen Sicherheitsleistung, Belastung der Partei mit Kosten — Rechnung trägt.

Dieser Gefahr vorzubeugen war das Erscheinen im Termin, wie das OLG. zutreffend anerkannt hat, der gebotene Weg. Der Anspruch auf $\frac{5}{10}$ Prozeßgebühr an die Staatskasse ist daher begründet.

(RG., Beschl. v. 15. Nov. 1933, 20 W 9544/33.)

Ver. von OLG. Dr. Gaedeker, Berlin.

*

Köln.

4. § 19 W. v. 26. Mai 1933; § 903 ZPO. Von Amts wegen ist die anderweitige Abgabe der Versicherung nicht zu berücksichtigen. Die Verurteilung der Schuldner auf die bereits abgegebene Versicherung muß in dem zur Eidesleistung bestimmten Termin vor dem Erlaß eines Haftbefehls erfolgen.

Da der Schuldner im Termin zur Leistung des Offenbarungseides v. 3. Aug. 1933 nicht erschien, erging auf Antrag des Gläubigers Haftbefehl. Auf die Beschwerde hat das OLG. den Haftbefehl aufgehoben, da der Schuldner vor Erlaß des Haftbefehls in einer von einem anderen Gläubiger betriebenen Offenbarungseidsache eine dem § 19 d W. über Maßnahmen auf dem Gebiete der Zwangsvollstreckung v. 26. Mai 1933 entsprechende Versicherung abgegeben habe und daher zur Leistung des Offenbarungseides nicht mehr verpflichtet sei. Die weitere Beschwerde des Gläubigers ist begründet.

Nichtig ist zwar, daß der Schuldner in der anderen Offenbarungseidsache am 28. Juni 1933 eine der vorgenannten Gesetzesbestimmung entsprechende Versicherung abgegeben hat, und daß auch in § 19 d W. v. 26. Mai 1933 eine entsprechende Anwendung des § 903 ZPO. vorgesehen ist. Eine solche entsprechende Anwendung des § 903 ZPO. setzt aber nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 19 d Abs. 5 Satz 2 voraus, daß sich der Schuldner dem die Leistung des Offenbarungseides verlangenden Gläubiger gegenüber darauf beruft, daß er in einem anderen Falle eine Versicherung über sein Vermögen bereits abgegeben habe. Eine Berücksichtigung der anderweitigen Abgabe der Versicherung von Amts wegen findet also nicht statt, und die Verurteilung des Schuldners auf die bereits abgegebene Versicherung muß nach dem Sinne der Best. des § 19 d W. v. 26. Mai 1933 in dem zur Eidesleistung bestimmten Termin vor dem Erlaß eines Haftbefehls erfolgen. Wer erst Haftbefehl gegen sich ergehen läßt, dem soll die Rechtswohltat des Vollstreckungsschutzes nicht zugute kommen. Eine Ausnahme gilt nur nach der den vorliegenden Fall aber nicht treffenden Übergangsbestimmung des Art. 7 Abs. 3 des Ges. über weitere Maßnahmen auf dem Gebiete der Zwangsvollstreckung von

¹⁾ JW. 1927, 988.

26. Mai 1933 dann, wenn schon vor dem Inkrafttreten dieses Ges. (30. Mai 1933) die Haft angeordnet war. Der nachträgliche, in der Beschwerdeschrift v. 29. Sept. 1933 enthaltene Hinweis des Schuldners auf die schon früher abgegebene Versicherung kann daher die Feststellung, der Schuldner sei in dem gegenwärtigen Verfahren am 3. Aug. 1933 zur Leistung des Offenbarungseides nicht verpflichtet gewesen, nicht rechtfertigen. Dabei sei noch darauf hingewiesen, daß gerade das Nichterscheinen des Schuldners im Termin v. 3. Aug. 1933 als ein Umstand erachtet werden könnte, der trotz der bereits abgegebenen Versicherung die Anordnung der Eidesleistung, wie es in Abs. 2 und 4 des § 19 d W. v. 26. Mai 1933 vorgeesehen ist, rechtfertigen könnte.

(OLG. Köln, Beschl. v. 4. Nov. 1933, 6 W 345/33.)

Eingef. von OLG. Dr. Wilhelm Wendiek, Köln.

*

Stuttgart.

5. § 61 a Abs. 1 RAGebD. Gebühr für Vertretung bei außergerichtlicher Schuldenregelung. f)

In der Gläubigerversammlung zur außergerichtlichen Begleichung der Schulden des Grafen E. vertrat der N., der N. ist, den Bekl. Eine Vergütung dafür ist weder in der deutschen RA-GebD. noch in einem Landesgesetz vorgeesehen. Die Tätigkeit kommt am nächsten der im § 61 a Abs. 1 RAGebD. behandelten Tätigkeit im Vergleichsverfahren. Dafür bekommt der N. eine Gebühr

Zu 5. Die Entsch. ist unzutreffend. Sie zeigt, wie fremd die Gerichte selbst elementaren Grundsätzen des Anwaltsgebührenrechts gegenüberstehen.

Das OLG. sucht unmittelbar nach einer entsprechend anwendbaren Best. der deutschen RA-GebD., während deren Best. zunächst einmal analog nur dann angewendet werden können, wenn die von dem N. entwickelte Tätigkeit überhaupt dem Gebiet angehört, auf das sich dieses Gesetz bezieht; gem. § 1 also auf das Verfahren vor den ordentlichen Gerichten sowie auf diejenige beratende Berufstätigkeit, die den Beginn oder die Fortsetzung eines solchen Verfahrens betrifft. Darüber, daß dies allein der Sinn des § 89 RA-GebD. ist, der die analoge Anwendbarkeit der Reichsgebührenbestimmungen normiert, herrscht nur eine Meinung. Da es sich aber bei der außergerichtlichen Schuldenregelung um eine Tätigkeit handelt, die die Fernhaltung gerichtlichen Eingreifens gerade zum Ziele hat, kann für die Honorierung des N. nur die WGebD. in Betracht kommen (vgl. Walter-Joachim-Friedlaender, Vorbem. II 3 vor § 53 RA-GebD. mit weiteren Nachweisungen; außer den dort genannten noch: Emmerich, Die Sanierung I S. 189; bei Sydow-Wusch-Krieg, Erl. 1 zu § 89 handelt es sich hinsichtlich EGH. 6 S. 224 um ein Fehlzitat, in EGH. 10 S. 58 um einen außergerichtlichen Vergleich während schwebenden Konkursverfahrens).

Die WürttRA-GebD. und die PrRA-GebD. sind einander weitgehend angeglichen. In den hier in Betracht kommenden Punkten stimmen sie völlig überein. In beiden WGebD. besteht eine besondere Best. über die Vergütung der Tätigkeit des N. in einem Verfahren betr. außergerichtliche Schuldenregelung nicht. Es kommen daher die Art. 8, 9, 12, 13 und 16 der WürttRA-GebD. bzw. die Art. 8—12, 13, 14 PrRA-GebD. in Frage. Da die Tätigkeit des N. bei einer umfassenden Sanierung der Aufteilung in Einzelhandlungen, wie die Art. 8, 9, 12, 13 WürttRA-GebD. und die Art. 8—12, auch 13 PrRA-GebD. sie voraussetzen, in aller Regel nicht zugänglich ist, so ist die Vergütung nunmehr nach Art. 16 WürttRA-GebD. bzw. Art. 14 PrRA-GebD. unter entsprechender Anwendung der Vorschr. der deutschen RA-GebD. zu ermitteln (vgl. Friedlaender-Krämer, PrRA-GebD., Erl. 13 zu Art. 14).

Und hier stößt man nun allerdings auf § 61 a Abs. 1, der dem N. eine volle Gebühr nach § 9 für die Tätigkeit im Vergleichsverfahren zur Abwendung des Konkurses zuspricht. Für die entsprechende Anwendung von S. 2, nach welchem sich bei Erledigung der Vertretung vor dem Vergleichstermin die Gebühr um die Hälfte verringert, ist jedoch wiederum kein Raum. Diese Best. ist ausschließlich auf den Bestand eines gerichtlichen Verfahrens zugeschnitten und widerstrebt daher schon aus diesem Grunde entsprechender Anwendung auf private Schuldenregelungen. Das OLG. scheint anzunehmen, daß S. 2 dann zur (unmittelbaren) Anwendung kommt, wenn es in einem Vergleichsverfahren zu einem gerichtlichen Termin nicht kommt. Der Regelfall, den S. 2 im Auge hat, ist jedoch der, daß der Termin zwar stattfindet, der Auftrag des N. jedoch vor dem Termin seine Erledigung (ihr Grund spielt keine Rolle) findet. Sodann aber ist doch — soweit man überhaupt von Analogie reden kann — das Zustandebringen der Sanierung zumindest der Vertretung des N. im Vergleichstermin gleichzusetzen. Hier war also unter allen Umständen statt $\frac{5}{10}$ die volle Gebühr zuzuprechnen.

N. Günter Legart, Berlin.

nach § 9, die sich um die Hälfte ermäßigt, wenn sich die Vertretung vor dem Vergleichstermin erledigt. Diese fünf Behtel sind hier voll berechtigt, weil die Zustimmung der Gläubiger zur Stillhaltung für das Zustandekommen der Sanierung maßgebend war.

(OLG. Stuttgart, 1. Zivilsen., Ur. v. 14. Juli 1933, U 562/33.)

Karlsruhe.

b) Strafsachen.

6. §§ 242 ff. StGB. Entgegen einer im Schrifttum vertretenen Auffassung ist die aus Not erfolgte Entwendung einer vom Täter für wertvoll gehaltenen wertlosen Sache weder als Notdiebstahl noch als Versuch des gemeinen Diebstahls, sondern als vollendeter Diebstahl anzusehen.

In der Nacht vom 11./12. Aug. 1933 stieg der Angekl. von einem Balkon des Nebengebäudes des Hotels aus, in dem er nächtigen wollte, durch ein offenstehendes Fenster in ein Fremdenzimmer ein, um Geld und Lebensmittel zu stehlen. Er fand am Waschtisch des Fremdenzimmers einen Gegenstand, den er für eine (wertvolle) Brieftasche hielt, und nahm ihn mit; es war tatsächlich nur ein wertloses Notizbuch. Eine im Zimmer hängende Hose durchsuchte er vergeblich nach Geld. Der Angekl. befand sich zur Zeit der Tat in Not; Not war auch der Beweggrund seines Handelns. Sein Vorsatz ging nicht nur auf die Entwendung eines geringwertigen Gegenstandes.

Der Tatbestand des § 248 a StGB. ist nicht gegeben. Der Angekl. hat zwar einen geringwertigen Gegenstand (das Notizbuch) entwendet und „aus Not“ gehandelt, aber sein Vorsatz ging nicht, wie § 248 a erfordert, auf Entwendung eines geringwertigen Gegenstandes (vgl. RGSt. 46, 265 [267]). Der Ansicht des Lpz. Komm. (4. Aufl., N. 2 zu § 248 a StGB. S. 798), wonach auch in Fällen, in denen der Täter einen geringwertigen Gegenstand für wertvoll hält, der Tatbestand des § 248 a vorliegen soll, kann nicht beigetreten werden. Auch wenn selbstverständlich der Irrtum „die geringfügigen Gegenstände nicht zu wertvollen umzuwandeln“ vermag (Lpz. Komm. a. a. D.), fehlt es doch an dem zum Tatbestand des § 248 a StGB. gehörenden subjektiven Erfordernis.

Es bleibt danach zu prüfen, ob vollendeter, schwerer Diebstahl oder im Hinblick auf den Irrtum des Angekl. über den mitgenommenen Gegenstand, nur Versuch des schweren Diebstahls vorliegt.

Der Tatbestand des § 248 a StGB. enthält ein selbständiges Vergehen des Notdiebstahls und der Notunterschlagung; dies ergibt sich sowohl aus dem besonderen Ausdrücke „Entwendung“ als auch aus Abs. 3 des § 248 a, der angeht des Abs. 2 des § 247 sich erübrigt hätte, wenn § 248 a nur privilegierte Fälle des Diebstahls (und der Unterschlagung) hätte aufstellen wollen (vgl. Dischhausen, Romm. z. RStGB., 11. Aufl., Note 1 zu § 248 a S. 1230 oben und Frank, 18. Aufl., Note 1 zu § 248 a). Wie jedoch RGSt. 46, 265 (267) ausdrücklich hervorhebt, setzt die Anwendung des § 248 a immer voraus, daß der Vorsatz des Täters auf Entwendung eines geringwertigen Gegenstands gerichtet ist. Liegt, wie im vorl. Fall, nach der ausdrücklichen und rechtsirrtumsfreien Feststellung des SchöffG., dieser Vorsatz nicht vor, so muß § 248 a für die weitere Beurteilung des Sachverhalts völlig ausfallen. Auch der Charakter des § 248 a als strafrechtlicher Sondertatbestand kann, da es vorliegendensfalls teilweise an seinen Tatbestandsmerkmalen fehlt, an diesem Ergebnis nichts ändern. Hierfür spricht auch, daß die diebische Absicht bei einer Entwendung nach § 248 a und beim gemeinen Diebstahl, wie das RG. für den rechtlich gleichgelagerten Fall des § 370 Ziff. 5 im Verhältnis zu § 242 StGB. ausgeführt hat (RGSt. 14, 312), grundsätzlich rechtlich die gleiche ist. Die Tat des Angekl. muß daher unter dem Gesichtspunkt der §§ 242, 243, 244 StGB. beurteilt werden. Die Wegnahme einer fremden beweglichen Sache i. S. des gemeinen Diebstahls (§ 242) liegt auch dann vor, wenn die vom Täter entwendete Sache nur geringen Wert hat, da in dieser Hinsicht § 242 keine Unterscheidung vornimmt, es mitfin i. S. dieser Bestimmung tatbestandlich belanglos erscheint, ob die gestohlene Sache wertvoll ist oder nicht. Hiernach hindert der Irrtum des Angekl., der ein fast wertloses Notizbuch für eine wertvolle Brieftasche gehalten hat, nicht die Vollendung des Diebstahlsstatbestandes, der im übrigen nach den getroffenen ersinnungsähnlichen Feststellungen auch bzgl. des erschwerenden Umstandes des Einsteigens und der Rückfalls Voraussetzungen gegeben ist. Diese Auffassung entspricht auch einer natürlichen Betrachtung der Dinge. Dischhausen (a. a. D. Note 6 a. E.) und Schwarz (2. Aufl., Note 4 zu § 248 a StGB.) nehmen bei dem hier vorliegenden Irrtum des Angekl. lediglich versuchten Diebstahl an, geben aber für ihre Ansicht keine Begründung. Frank (a. a. D. Note IV) läßt dahingestellt, ob vom Standpunkt der vom RG. vertretenen subjektiven Theorie vollendeter oder versuchter gemeiner Diebstahl anzunehmen wäre.

(OLG. Karlsruhe, Strafsen., Ur. v. 9. Nov. 1933, S M 77/33.)

Ber. von OLG. Dr. Deitigsmann, Karlsruhe.

Landgerichte.

Zivilsachen.

Mitona.

1. §§ 157, 657 ff. BGB. Auch der Fiskus muß bei Auslobungen seine Erklärungen so gegen sich gelten lassen, wie sie nach der Verkehrsauffassung zu verstehen sind. f)

Aus Anlaß eines Mordfalls erließ der Polizeipräsident in K. eine Pressenotiz, in der es nach Schilderung des Sachverhalts wörtlich hieß: „Auf die Ermittlung des Täters sind 1000 RM Belohnung, nur für das Publikum bestimmt, in Aussicht gestellt.“ Zwei Personen, die zur Ermittlung dienliche Angaben machten, wurde die beanspruchte Belohnung versagt mit der Begr., daß die Belohnung nicht ausgesetzt, sondern nur in Aussicht gestellt sei.

Die Notiz entspricht insofern nicht dem Wortlaut der im § 657 BGB. für die Auslobung gegebenen Begriffsbestimmung, als an Stelle des Wortes „aussetzt“ die Worte „in Aussicht gestellt“ gebraucht sind. Es mag ferner dem bekl. Fiskus zugegeben werden, daß der PolPräs. sich bei der Veröffentlichung der Notiz noch zu keiner Belohnung verpflichten, sondern sie eben nur in Aussicht stellen wollte. Gem. § 157 BGB. sind aber Beträge, zu denen auch Auslobungen gehören, so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Bei einer solchen Auslegung ist nicht nur die Meinung des rechtskundigen Publikums in Betracht zu ziehen. Dieses würde in der Notiz keine Auslobung erblickt haben, durfte es auch nicht, weil

Zu 1. Dem Ur. ist im Ergebnis, nicht jedoch in der Begr. zuzustimmen.

1. Auslobung ist die Aussetzung einer Belohnung für ein bestimmtes Verhalten oder einen bestimmten Erfolg durch öffentliche Bekanntmachung (§ 657 BGB.). Ob eine Belohnung ausgesetzt, d. h. versprochen ist, ist im Einzelfalle Frage der Auslegung. Niemand kann es darauf ankommen, ob die Worte „eine Belohnung aussetzen“ gerade gewählt worden sind, wenn die Belohnung nur nach dem Sinn der Erklärung als versprochen anzusehen ist. Diesen Sinn hat das UG. durch Auslegung zu gewinnen versucht. Dabei hat es ohne jede nähere Begr. die Auslobung als Vertrag angesehen, während sie nach herrschender Auffassung als einseitige Willenserklärung anzusehen ist (vgl. RGKomm. § 657 Vorbem.; Enneccerus-Dehmann § 156, I und weiteres Schrifttum in Note 3).

2. Infolgedessen mußte bei dieser Auslegung nach § 133 BGB., nicht nach § 157, der nur auf Verträge Anwendung findet, verfahren werden. Zu erforschen war der wirkliche und erklärte Wille des PolPräs. Aber dieser Grundsatz gilt nicht ohne eine wichtige Einschränkung bei Erklärungen, die für einen anderen bestimmt sind und für ihn bestimmt sein sollen: „Der erklärte Wille ist ... so zu ermitteln, wie die Beteiligten ihre Erklärungen nach allgemeinen, im Verkehr zwischen billig denkenden Menschen herrschenden Anschauungen zu verstehen berechtigt waren“ (RG. JW. 1928, 166). Noch deutlicher ist die Schranke für den vorl. Fall RG. 101, 247 aufgezeigt: „Zur Auslegung einer Willenserklärung können Umstände nicht herangezogen werden, die für den Empfänger der Erklärung nicht erkennbar waren“ (vgl. grundsätzlich auch Enneccerus-Ripperdeh, § 192, I). Da die Erklärung des PolPräs. an eine unbestimmte Vielzahl von Empfängern gerichtet war, ist im Ergebnis die Annahme des UG. richtig, daß es darauf ankommt, wie die Erklärung von billig denkenden Menschen verstanden werden mußte.

3. Die für die Auslegung berücksichtigten Momente sind im allgemeinen richtig und rechtfertigen das Ergebnis. Nicht zuzustimmen wäre allerdings der Unterscheidung für den Fall, daß ein Rechtskundiger den Anspruch erheben würde. Auch für diesen würde entscheidend die Auffassung sein, daß seine Mitwirkung durch eine Belohnung angespornt werden sollte, er würde die Verwendung der Worte „in Aussicht stellen“ für eine sprachliche Ungenauigkeit halten und auch dafür halten dürfen.

4. Denn die Auslegung steht unter dem Grundsatz von Treu und Glauben, der ein allgemeiner, das gesamte Rechtsleben beherrschender Grundsatz ist. Das RG. hat sich zwar in früheren Entsch. dahin ausgesprochen, daß im öffentlichen Recht dieser Grundsatz nur unter Umständen Anwendung finden könne (zuletzt RG. 125, 298 = JW. 1929, 3375 u. 125, 318 = JW. 1929, 3377) in anderen Entsch. jedoch sich für die Geltung von Treu und Glauben auch im öffentlichen Recht uneingeschränkt ausgesprochen. Für die Auslegung findet sich ein schönes Beispiel: RG. 110, 387: „Hätte sie (die Gemeinde) also ihre Zujagen nach den erwähnten Richtungen hin beschränken wollen, so hätte sie dies nach dem auch für die Auslegung öffentlich-rechtlicher

die Bekanntmachung sich weder mit dem Wortlaut der Gesetzesvorschr. des § 657 BGB. noch mit der bei der Polizei für Auslobungen üblichen Form deckt. Da die Form der Bekanntmachung jedoch eine große Ähnlichkeit mit dem gesetzlichen Auslobungstext und mit den üblichen polizeilichen Auslobungen aufweist, so durfte das nicht rechtskundige Publikum, zu dem auch die Kl. gehören, nach den Erfahrungen des Lebens in der Notiz ein Belohnungsversprechen sehen, ohne daß diese objektiv unzutreffende Auffassung als leichtfertig oder unüberlegt angesehen werden kann. Die Fassung der Bekanntmachung mußte nämlich das Durchschnittspublikum, das an keine scharfe Scheidung der Begriffe gewöhnt ist, zu dem Mißverständnis verleiten. Auf Grund der Notiz mußte das Publikum annehmen, daß es zur Mitarbeit angefordert und daß der Eifer durch das Versprechen einer geldlichen Zuwendung gesteigert werden sollte. Mit diesem Zwecke läßt sich die bloße Ankündigung einer unverbindlichen Inanspruchnahme einer Belohnung nicht recht vereinbaren; eine derartige Maßnahme, die, soweit dem Gericht bekannt ist, auch nicht üblich ist, konnte als Ansporn nur eine sehr geringe Bedeutung haben. Daher muß der bekl. Fiskus, wenn die im § 157 BGB. niedergelegten Grundsätze zu der gebotenen Anwendung gelangen sollen, seine Pressenotiz den Kl. gegenüber als Auslobung i. S. des § 657 BGB. gelten lassen.

(LG. Altona, 6. Bk., Ur. v. 18. Okt. 1933, 6 S 250/33.)

Ver. von LG. Schumacher, Altona.

*

Berlin.

2. §§ 2, 3 Ges. über das Kündigungsrecht der durch das Ges. zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums betroffenen Personen v. 7. April 1933. Das AG. hat im Widerspruchsverfahren nur zu prüfen, ob die Fortsetzung des Mietverhältnisses dem Mieter zuzumuten ist. Im übrigen hat das AG. von dem Sachvortrag des Vermieters auszugehen, der sich — wenigstens — für das Widerspruchsverfahren auf den Standpunkt zu stellen hat, daß der Mieter zu dem nach den Vorschriften des Ges. zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums betroffenen Personenkreis gehört.

Der Antragsgegner ist Mieter einer Wohnung im Hause des Antragstellers. Er hat mit Schreiben v. 14. Sept. 1933 unter Bezugnahme auf das Gesetz über das Kündigungsrecht der durch das Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums betroffenen Personen v. 7. April 1933 (RGBl. I, 187) (KündSchG.) das Mietverhältnis zum 31. Dez. 1933 gekündigt, da er als Jude durch die Gleichschaltung seine Stellung verloren habe.

Der Antragsteller hat gegen diese Kündigung Widerspruch erhoben. Er hat den Widerspruch damit begründet, daß der Antragsgegner in seiner Eigenschaft als kaufmännischer Angestellter, der überdies Kriegsbeschädigter sei, nicht zu dem Personenkreis gehöre, der durch das Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums be-

Erklärungen maßgebenden Grundsatz von Treu und Glauben dem Kl. in unzweideutiger Weise kundgeben müssen.“ Weitere Entsch. finden sich RG. 124, 232 und 126, 96 = JW. 1931, 309 und 244 = JW. 1930, 1188. Dabei ist RG. 124, 233 = JW. 1929, 2334 mit Recht hervorgehoben, daß die Erfordernisse von Treu und Glauben völlig verschieden sein können, je nachdem es sich um bürgerlich-rechtliche oder öffentlich-rechtliche Ansprüche und Rechtsbeziehungen handelt. Auch im öffentlichen Recht bestehen für die Anwendung des Grundsatzes große Unterschiede. Ich glaube, daß man mit den angeführten Entsch. für die uneingeschränkte Geltung des Grundsatzes von Treu und Glauben im öffentlichen Recht eintreten muß. Ich halte es daher nicht für zutreffend, von den Grenzen der Anwendung dieses Grundsatzes zu sprechen, etwa dort, wo das Interesse an der Erhaltung einer festen Form oder das Gemeinwohl überwiege (so Boeckh-Heffter, „Treu und Glauben“ und „gute Sitten“ im öffentlichen Recht: DJZ. 1933, 739 ff., insbes. 741 f.). Wenn, wie auch Boeckh-Heffter a. a. O. anerkennt, die allgemeine Geltung des Grundsatzes von Treu und Glauben eine Forderung des Gemeinwohles ist, dann kann m. E. dieser Grundsatz nicht gerade da seine Wirksamkeit verlieren, wo seine Bewährung erfolgen müßte, nämlich im Gebiete der „Spannungen“ und „Zusammenstöße“ mit anderen Grundsätzen. Die praktische Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben bedingt gerade die Abwägung der beiderseitigen Belange, die Berücksichtigung allgemeiner Gesichtspunkte, des Gemeinwohls und eventuell auch politischer Notwendigkeiten verstößt nicht gegen Treu und Glauben, sondern wird — in Zukunft mehr als bisher — gefordert. Wenn der heutige Staat, der dem Grundsatz von Treu und Glauben eine wesentliche wertbestimmte sittliche und rechtliche Bedeutung geben will, dessen Beachtung als oberste Richtschnur für das Handeln seiner Bürger und für die Erfüllung ihrer Verträge ansieht, so kann er nicht die Bedeutungslosigkeit

triften worden und daher auch nicht zur außerordentlichen Kündigung berechtigt sei.

Durch die angef. Entsch. hat das AG. den Antrag des Antragstellers kostenpflichtig zurückgewiesen. Zur Begründung ist ausgeführt, daß das AG. nicht zuständig sei. Die besondere Zuständigkeit des AG. als Schiedsstelle nach dem KündSchG. sei nicht gegeben. Voraussetzung dafür, daß das AG. in dieser besonderen Funktion tätig werde, sei das Vorliegen eines Beamtenverhältnisses im Sinne des Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums v. 7. April 1933 und eine Kündigung des Beamten, der Mieter sei, auf Grund dieses Gesetzes. Diese Voraussetzungen müßten von demjenigen, der den Widerspruch einlege, mindestens behauptet sein. Hier behauptet der Antragsteller aber, daß der Antragsgegner nicht Beamter sei, eine Behauptung, die zweifellos richtig sei. Dann aber könne das Gericht nicht tätig werden. Sonst könnte man das AG. auf die einfachste Weise in zahlreichen Fällen zu einer Kündigungsschiedsstelle machen, indem man sich als Mieter auf das genannte Gesetz berufe, und indem dann der Vermieter Widerspruch erhebe.

Der Antragsteller hat gegen diese Entsch. sofortige Beschwerde eingelegt. Er führt aus, daß die Zuständigkeit des AG. sich daraus ergebe, daß der Antragsgegner seine Kündigung auf das KündSchG. gestützt habe. Wenn das AG. die Voraussetzungen für die Kündigung nach diesem Gesetz verneint habe, so habe es eben gerade die Kündigung für unwirksam erklären müssen.

Das AG. hat mit Recht seine Zuständigkeit in dem vorliegenden Fall verneint. Der Anspruch, daß deshalb der Antrag des Antragstellers zurückgewiesen werden müsse, mußte deshalb in entsprechender Anwendung der Verfahrensvorschriften des § 3 KündSchG. durch Beschluß erfolgen. Als solcher stellt sich auch trotz gewisser Abweichungen von der üblichen Beschlußform die angef. Entsch. dar. Wegen diese steht auch in entsprechender Anwendung der Verfahrensvorschriften des § 3 dem Antragsteller das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde zu. Diese ist aber unbegründet.

§ 1 KündSchG. bestimmt, daß Personen, die nach den Vorschr. des Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums ihre Bezüge ganz oder teilweise verlieren, ein Mietverhältnis über Räume, die sie für sich oder ihre Familie gemietet haben, unter Einhaltung der gesetzlichen Frist kündigen können.

§ 2 KündSchG. sieht vor, daß der Vermieter gegen die Kündigung Widerspruch erheben kann, daß über den Widerspruch das AG. zu entscheiden hat, und daß die Kündigung für unwirksam zu erklären ist, wenn dem Mieter unter Berücksichtigung der Verhältnisse beider Teile die Fortsetzung des Mietverhältnisses zugemutet werden kann.

Es liegt auf der Hand, daß die Kündigungsbefugnis eines Mieters auf Grund des KündSchG. nach vielfachen Richtungen hin rechtlichen Bedenken unterliegen kann. Wenn demgegenüber § 2 sich darauf beschränkt, zu bestimmen, daß die Kündigung für unwirksam zu erklären ist, wenn dem Mieter unter Berücksichtigung der Verhältnisse beider Teile die Fortsetzung des Mietverhältnisses zugemutet werden kann, so folgt daraus, daß das sachliche Prüfungsgebiet des Verfahrens vor dem AG. allein auf die Frage der Zu-

dieses Grundsatzes für den Fall erklären, daß es selbst in die Erscheinung als Beteiligter tritt.

Der Grundsatz von Treu und Glauben gilt also auch im öffentlichen Recht uneingeschränkt. Selbstverständlich verlangt seine Anwendung aber hier andere Gesichtspunkte als etwa bei der Auslegung von Rechtsbeziehungen zwischen Käufer und Verkäufer, zwischen Gläubiger und Schuldner. Diese Abweichung ist durch den Unterschied des Stoffes bedingt, schränkt den Grundsatz aber in seiner Geltung nicht ein.

Neben den bereits angeführten Entsch. des RG. vertritt diesen Standpunkt besonders deutlich die Entsch. RG. 140, 156 ff. (162) = JW. 1933, 2213. Dort heißt es: „Wohl aber muß als oberstes Gesetz anerkannt werden, daß die Erfüllungshandlung nicht gegen Treu und Glauben verstoßen darf. Dieser das ganze Rechtsleben beherrschende Grundgedanke, der für gegenseitige Verträge in § 320 Abs. 2 BGB. eine besondere Ausprägung erfahren hat, liegt auch dem § 17 RD. zugrunde.“

Ebenso uneingeschränkt hat sich neuerdings auch das Pr. OVG. für die Geltung des Grundsatzes von Treu und Glauben im öffentlichen Recht ausgesprochen (OVG. 87, 136 ff. [140]), während in einem etwas früheren Urteil zum Ausdruck gebracht wurde, daß „der Grundsatz von Treu und Glauben dem öffentlichen Recht nicht fremd sei“ (OVG. 83, 150).

Am deutlichsten verfolgbar ist die Entwicklung von vorrichtiger, a n s n a h m e w e i s e r Anwendung zu grundsätzlicher, a l l g e m e i n e r Anerkennung im Steuerrecht. Auf die Entsch. im einzelnen kann hier nicht eingegangen werden, es sei aber auf die gute Zusammenstellung von Schrifttum und Entsch. dieses Gebiets in dem Ur. RfP.: JW. 1933, 2178 f. verwiesen.

5. Diese Gesichtspunkte lassen die Entsch. des AG. als richtig erscheinen, wenn ich ihr auch eine andere Begr. gewünscht hätte.

RA. Carl, Düsseldorf.

mutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses für den Mieter beschränkt ist. Daraus folgt des weiteren, daß die Entsch. aller Zweifelsfragen im übrigen, insbes. derjenigen, welche die Wirksamkeit der Kündigung betreffen, nicht Sache des AG. in dem Verfahren des § 2 RündSchG., sondern vielmehr des ProZer. ist. Demgemäß hat das AG. in dem genannten Verfahren seine Prüfung lediglich auf die Frage der Zumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses für den Mieter zu beschränken, im übrigen aber sich der Entsch. zweifelhafter Fragen zu enthalten. In der Sache muß das zur Folge haben, daß das AG. — soweit nicht die Zumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses in Frage steht — von dem Sachvortrag des Vermieters auszugehen hat, der sich — wenigstens — für das Widerspruchsverfahren auf den Standpunkt zu stellen hat, daß der Mieter zu dem nach den Vorschr. des Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums betroffenen Personenkreis gehöre und auf Grund des RündSchG. eine Kündigung ausgesprochen habe. Denn nur in diesem Fall sind die Voraussetzungen für eine sachliche Entsch. des AG. über die Frage der Zumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses für den Mieter gegeben.

Zu einem Eingehen auf weitere Einzelheiten bietet der vorliegende Fall keine Veranlassung. Denn der Antragsteller behauptet ja gerade, daß der Antragsgegner nicht zu dem von den Vorschr. des Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums betroffenen Personenkreis gehöre und deshalb zur Kündigung nach dem RündSchG. nicht berechtigt sei. Dies zu prüfen, ist das AG. aber nicht befugt und deshalb auch nicht in der Lage, die Kündigung aus dem von dem Antragsteller angegebenen Grund für unwirksam zu erklären. Der Antrag des Antragstellers, der im übrigen gar nicht geltend macht, daß die Fortsetzung des Mietverhältnisses dem Antragsgegner zugemutet werden könne — eine Frage, über die bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen das AG. allein abschließend zu befinden gehabt hätte —, ist daher durch den angef. Beschluß mit Recht als unzulässig zurückgewiesen worden.

(AG. Berlin, Beschl. v. 17. Nov. 1933, 247 T 16812/33.)

Ber. v. GerÄß. Dr. Stamm, Berlin.

*

3. § 900 BGB. Bucherziehung findet auch statt, wenn das Eigentum falsch gebucht war.

Das AG. hat zwar zutreffend ausgeführt, daß die damaligen Erben zu Unrecht zu gleichen Rechten und Anteilen eingetragen seien; daß sie vielmehr in ungeteilter Erbengemeinschaft hätten eingetragen werden müssen. Das OGH. hat aber die Frage der Erziehung nicht berücksichtigt. Die Eintragung v. 4. Aug. 1891 ist nicht als Eintragung einer ungeteilten Erbengemeinschaft aufzufassen. Das könnte man vielleicht dann, wenn die Bezeichnung „in ungeteilter Erbengemeinschaft“ in der Spalte 1 der I. Abteilung vermerkt worden wäre. In diesem Falle hätte der Zusatz „zu gleichen Rechten und Anteilen“ keine rechtliche Bedeutung. Hier ist aber das Eigentum der vier Erben ausdrücklich und schlechthin als Bruchteilseigentum bezeichnet worden. Die Ausdrucksweise „zu gleichen Rechten und Anteilen“ ist eine zulässige Bruchteilangabe (RG. 76, 413¹⁾). Dem Umstande, daß in der Spalte „Titulus possessionis“ als Grund des Erwerbs testamentarische Erbfolge angegeben ist, steht der Bedeutung der Eintragung in Spalte 1, d. h. der Angabe einer Bruchteilsgemeinschaft nicht entgegen. Denn die Angabe der Bruchteile bzw. des Gemeinschaftsverhältnisses gehörte bei mehreren Eigentümern in Spalte 1. Aus dem in der anderen Spalte angegebenen Grunde des Erwerbs der Gesamtheit können daher keine Rückschlüsse auf das Beteiligungsverhältnis des einzelnen Gemeinschafters und die Art seines Eigentums gezogen werden.

Es ist also im Grundbuch eine Bruchteilsgemeinschaft eingetragen worden, obwohl sie in Wirklichkeit nicht bestand. Nach § 900 BGB. (i. Verb. m. Art. 189 Abs. 2, 169 GG/BGB.) erwirkt derjenige, der als Eigentümer eines Grundstücks im Grundbuch eingetragen ist, ohne das Eigentum erlangt zu haben, dieses Eigentum, wenn die Eintragung 30 Jahre bestanden und er während dieser Zeit das Grundstück im Eigenbesitz gehabt hat. Diese Grundfälle galten auch für das Mitigentum nach Bruchteilen entsprechend (vgl. RGH/Komm., Anm. 1 zu § 1008 BGB.; Planch-Brodmann, 5. Aufl., Anm. 2a und § 900). Die Rechtsvorgängerin der Beschw. war seit dem 4. Aug. 1891 als Bruchteilseigentümerin eingetragen, ohne dieses Eigentum erlangt zu haben. Denn in Wirklichkeit war sie nur Gesamthandseigentümerin. Der Eigenbesitz ist nach der — auch für den Grundbuchrichter geltenden — Lebenserfahrung (ZFG. 1, 482; RG. IX 154/31) zu vermuten. Auch an Bruchteilen ist Eigenbesitz möglich (vgl. den Hinweis in RGH/Komm., Anm. 1 zu § 1008 auf § 927 BGB.). Die Vorgängerin der Beschw. hat daher durch Bucherziehung ein Viertel Anteil erworben, ohne daß noch einer Auflassung bedürfte.

(AG. Berlin, Beschl. v. 12. Okt. 1933, 201 T 13171/33.)

Ber. von GerÄß. Dr. Seibert, Berlin.

*

¹⁾ JW. 1911, 829.

Dresden.

4. §§ 900, 766, 732, 572, 767 ZPO.

1. Abmachungen über die Vollstreckung können im Vollstreckungs-, im besonderen im Offenbarungseidverfahren, außerhalb der Tatbestände des § 775 ZPO., keine Beachtung finden, im besonderen nicht zu einseitiger Einktellung nach § 732 Abs. 2 ZPO. oder § 572 ZPO. und zu Beweiserhebungen führen. Solche Behauptungen sind unter entsprechender Anwendung von § 767 ZPO. geltend zu machen.

2. Eine „ein für allemal“ erklärte Antragsrücknahme steht erneuter Antragsstellung nur bei entsprechendem Vertragsschluß entgegen. †)

Wegen der gleichen Forderung ist bereits das hiesige AG-Verfahren 8 SR 644/32 anhängig gewesen. In diesen Akten befindet sich ein Schreiben der Gläubigerin v. 12. Okt. 1932, wonach sie den Offenbarungseidantrag „ein für allemal“ zurückzieht und die Antragsstellung gegen ihren Willen erfolgt sein soll. Mit Hinweis hierauf hat die Beschw. in dem erneut angeforderten Offenbarungseidverfahren ihrer Eidesleistungspflicht widersprochen. Das AG. hat den Widerspruch zurückgewiesen, da nicht ersichtlich sei, daß jenes Schreiben eine über das damalige Verfahren hinausgehende Bedeutung haben sollte. In der Beschw. ist Beweis dafür angeboten, daß sich das Schreiben auf den gesamten Anspruch der Gläubigerin bezogen habe. Dieser beläuft sich schon dem Stamme nach auf gegen 600 RM. Im vergangenen und jetzt anhängigen Offenbarungseidverfahren ist nur geltend gemacht eine Teilforderung von 100 RM.

Das Beschw. hält die Nachprüfung einer Behauptung über eine die Vollstreckung betreffende Abmachung im Wege ordentlicher Beweiserhebung, wie sie im Anschluß an eine nach § 766 ZPO. erhobene Erinnerung möglich ist, nicht für zulässig. Denn mit einer solchen Behauptung wird nicht ein Mangel des Offenbarungseidverfahrens gel-

Zu 4. 1. Dem AG. Dresden ist darin zuzustimmen, daß der Zusatz „ein für allemal“ bei der Zurücknahme eines Offenbarungseid-antrages keine unmittelbare prozessuale Bedeutung hat. Es könnte zwar zweifelhaft sein, ob dieser Zusatz nicht einen Verzicht auf das Recht, den Schuldner zum Offenbarungseid zu laden, enthält. Jedoch ist ein solcher Verzicht als einseitige prozessuale Erklärung im Gesek nicht vorgesehen, im Gegensatz zu dem Verzicht auf den Klageanspruch (§ 306 ZPO.) und auf das Rechtsmittel der Berufung (§ 514 ZPO.), und es besteht m. E. auch kein ausreichender Grund, einen solchen Verzicht über das Gesetz hinaus zuzulassen. Dagegen bietet der Vermerk „ein für allemal“ einen Anhaltspunkt dafür, daß eine Vereinbarung zwischen den Parteien getroffen ist, nach der der Gläubiger den Schuldner nicht zum Offenbarungseid laden sollte. Eine solche Vereinbarung wäre freilich im einzelnen noch zu beweisen. Sie wäre aber, wie das AG. m. R. sagt, grundsätzlich beachtlich. Denn es ist allgemeine Meinung, daß Vereinbarungen, durch die das Recht des Gläubigers zur Zwangsvollstreckung beschränkt wird, zulässig sind (vgl. Baumbach vor § 704 Bem. 7 D; Stein-Jonas vor § 704 Bem. VI 6; Seuffert-Walshmann vor § 704 Bem. 1 Abs. VI).

2. In welcher Weise könnte nun eine solche Vereinbarung geltend gemacht werden? Das AG. Dresden hält ihre Geltendmachung nicht auf dem Wege der §§ 766 oder 900 Abs. 3 ZPO., sondern nur nach § 767, also mit der Vollstreckungsgegenklage, für zulässig. Über diese Frage ist in diesem Jahre in der JW. bereits einmal ein Beschl. veröffentlicht worden, und zwar der Beschl. des AG. Bielefeld v. 26. Jan. 1933: JW. 1933, 1904 mit einer Anm. von Blomeyer. Auch das AG. Bielefeld stellt sich auf den Standpunkt, daß eine Vereinbarung, nach der der Schuldner nicht zum Offenbarungseid geladen werden darf, im Offenbarungseidverfahren selbst nicht berücksichtigt werden kann. Ich möchte in Übereinstimmung mit Blomeyer das Gegenteil annehmen. Gewiß ist es richtig, daß der Gesetzgeber bei Abfassung der ZPO. das Bestreben gehabt hat, andere als unmittelbar aus dem Verfahrensrecht herzuleitende Einwendungen dem ordentlichen Klageverfahren vorzubehalten. Andererseits ist aber gerade das Offenbarungseidverfahren mit dem besonderen Rechtsbefehl des Widerspruchs gegen die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides ausgestattet, und ein besseres Beispiel für einen solchen Widerspruch gibt es m. E. nicht, als die Behauptung, der Schuldner sei nicht verpflichtet, den Offenbarungseid zu leisten, weil der Gläubiger darauf verzichtet habe. Der Grund für die Einführung dieses besonderen Rechtsbefehls des Widerspruchs ist in der einschneidenden Bedeutung der Leistung des Offenbarungseides zu sehen. Es kann auch nicht maßgebend sein, daß die Prüfung einer solchen Vereinbarung unter Umständen die Erhebung von Beweisen nötig macht. Denn Beweiserhebungen können im Offenbarungseidverfahren auch sonst notwendig werden, so z. B. zur Feststellung, ob der Schuldner bereits vor einem anderen Gericht den Offenbarungseid in den letzten fünf Jahren geleistet hat, oder nach § 19 d. ZwVollstf. Maßn. v. 26. Mai 1933. Endlich scheint es mir unpraktisch zu sein, den Schuldner auf den umständlichen und viel kostspieligeren Weg der Vollstreckungsgegenklage

tend gemacht. Daß aber der nach § 900 Abs. 3 ZPO. zu erhebende Widerspruch andere als formelle Verfahrensmängel im Wege einer Beweishebung zur Geltung bringen könnte, ergibt sich ebenfalls nicht aus dem Gesetz. Die Tatbestände, die der Vollstreckung unmittelbar entgegenstehen, sind in § 775 ZPO. erschöpfend aufgezählt. Es erscheint dem Beschw. mit dem Wesen des Vollstreckungsverfahrens nicht vereinbar, ohne eine solche Nachweisung eine angebotene Abmachung über die Vollstreckung zu beachten, im besonderen zum Gegenstande einer Beweisaufnahme zu machen und etwa inzwischen das Verfahren nach §§ 900 Abs. 3, 766, 732 Abs. 2 ZPO. oder nach § 572 ZPO. einfallen zu lassen.

Dem Beschw. erscheint es vielmehr eher möglich, auch nur die Vollstreckung betreffende Abmachungen unter entsprechender Anwendung des § 767 ZPO., also eines auf Beweishebung zugeschnittenen Klageverfahrens, zu verfolgen, als in der Vollstreckung ein im Gesetze nicht vorgesehenes Beweisverfahren zuzulassen. Das Bestreben des Gesetzgebers, andere als unmittelbar aus dem Verfahrensrecht herzufließende Einwendungen dem ordentlichen Klageverfahren vorzubehalten, zeigt die Vergleichung von § 741 und § 774 ZPO., ferner von § 732 und § 768 ZPO.

Das in den Vorakten befindliche Schreiben der Gläubigerin zeigt nicht einen Vertrag beider Parteien, der zum Verlust des prozessualen Anspruchs auf Vortreibung des Offenbarungseidverfahrens geführt hätte. Es liegt nur eine einseitige Erklärung der Gläubigerin vor, von deren Inhalt wieder abzugehen das Gesetz ihr nicht verbietet.

Auf den in der Beschw. angebotenen Beweis andererseits ist nach dem oben Ausgeführten nicht zuzukommen.

Soweit die Beschw. eine den Anspruch betreffende Abmachung behaupten will, mag sie die Erhebung einer Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO. erwägen.

(LG. Dresden, Beschl. v. 11. Sept. 1933, 12 BC 1443/33.)

Ver. von OMR. Dr. Rudolf Scheib, Dresden.

*

zu verweisen, wenn das Verfahren aus § 900 Abs. 3 ZPO. zur Verfügung steht. Die gleiche Ansicht vertreten denn auch Baumbach § 900 Bem. 4 C b und Stein-Jonas § 900 Bem. II 2.

3. Will man aber dem LG. Dresden hinsichtlich des § 900 Abs. 3 folgen, so ist ihm sicherlich auch darin zuzustimmen, daß der § 766 ZPO. im vorl. Falle keine Anwendung finden kann. Die Vorschriften der ZPO. über Zwangsvollstreckung sind zwingender Natur. Sie können nicht durch Parteivereinbarungen mit unmittelbarer prozessualer Wirkung abgeändert werden, vielmehr hat eine solche Vereinbarung über die Beschränkung der Zwangsvollstreckung nur schuldrechtliche Bedeutung: Sie macht die trotzdem unbeschränkt erfolgte Vollstreckung nicht ordnungswidrig. Nur bei formell ordnungswidriger Zwangsvollstreckung ist aber die Erinnerung aus § 766 ZPO. gegeben. Wenn Stein-Jonas (§ 767 ZPO. zu Fußnote 46) meint, solche Vereinbarungen über die Art der Vollstreckung könnten, soweit sie keine Stundung enthalten, nur nach §§ 766 oder 900 Abs. 3 geltend gemacht werden, so ist ihm hinsichtlich des § 766 nicht zuzustimmen.

4. Es bleibt dann also nur die Frage offen, ob der vertragliche Ausschluß des Offenbarungseides zur Vollstreckungsgegenklage aus § 767 ZPO. berechtigt. Ich möchte diese Frage verneinen. § 767 hat ungewisselhaft zunächst nur materielle rechtliche Einwendungen im Auge. Um eine solche handelt es sich hier nicht. Blomeyer will aber in der oben erwähnten Anmerkung den § 767 auch auf solche Fälle anwenden, in denen der Gläubiger sich seines Rechts auf Vollstreckung begeben hat. Das ist m. E. zu unbestimmt. In dem Verzicht auf die Vollstreckung überhaupt kann eine Stundung liegen. Das wird sogar meistens der Fall sein. Dann ist die Vollstreckungsgegenklage schon nach dem Wortlaut des § 767 ohne weiteres gegeben. Für den Verzicht auf einzelne Vollstreckungsarten gibt § 785 ZPO. einen brauchbaren Maßstab an die Hand. Er läßt erkennen, daß die Geltendmachung einer gegenständlich beschränkten Haftung im Wege der Vollstreckungsgegenklage zu erfolgen hat. Was für gesetzliche Haftungsbeschränkungen gilt, muß auch für vertraglich vereinbarte Haftungsbeschränkungen möglich sein, soweit sie sich auf bestimmte Vermögenswerte oder Vermögensmassen beziehen. Dagegen ist die Vollstreckungsgegenklage nicht für andere Vereinbarungen über die Beschränkung der Vollstreckung gegeben, Vereinbarungen, deren Inhalt sich auf den Ausschluß prozessualer Vorschriften beschränkt und im Gegensatz zu den gegenständlichen Haftungsbeschränkungen keinerlei materielle rechtliche Bedeutung hat, wie insbes. der Ausschluß des Offenbarungseides. Zudem würde in dem Bielefelder Fall, in dem die Vereinbarung offenbar schon vor der Klageerhebung im Vorprozeß getroffen war, eine Vollstreckungsgegenklage schon mit Rücksicht auf die zeitliche Beschränkung des § 767 Abs. 2 nicht mehr zulässig sein. Denn ich vermag der Ansicht nicht zuzustimmen, daß solche Abreden über den Ausschluß der Zwangsvollstreckung in bestimmter Hinsicht auch ohne Vorbehalt im Urte. stets noch in der Vollstreckungsinstanz vorgebracht werden könnten, weil sie sich nur gegen die Vollstreckung als solche richteten (vgl. Stein-Jonas § 767 zu Fußnote 57; Couffert-

5. § 66 GenG.; §§ 829, 835 ZPO. Im Hinblick auf § 66 GenG. ist für denselben Gläubiger wegen derselben Forderung eine wiederholte Pfändung und Überweisung in das Auseinandersezungs-guthaben zulässig, ohne daß ein Verzicht auf die Rechte aus der früheren Vollstreckung erforderlich wäre. †)

Die Beschw. will vollstrecken in das für den Schuldner sich bei der Auseinersehung mit der Baugenossenschaft D.-G. ergebende Guthaben. Sie hat demgemäß den Pfändungs- und Überweisungsbeschl. 48 SR 910/33 v. 22. Mai 1933 erwirkt, der sich auf das bei der Auseinersehung ergebende Guthaben bezieht; dieser Pfändungs- und Überweisungsbeschl. ist wirksam geworden durch Zustellung an die Drittschuldnerin am 30. Mai 1933. Die Beschw. erstrebt die gleiche Vollstreckung erneut: Am 14. Nov. 1932 sei die erfolglose Pfändung beim Schuldner erfolgt. Gemäß § 66 GenG. könne sie daher auf Grund des bereits wirksam gewordenen Vollstreckungsbeschlusses nicht an Stelle des Schuldners das Kündigungsrecht ausüben. Das LG. hat den Antrag zurückgewiesen, weil die Beschw. nicht auf die Rechte aus dem ergangenen Vollstreckungsbeschl. verzichtet hat (vgl. den Zwischenbeschl. v. 25. Aug. 1933).

Der ergangene Pfändungs- und Überweisungsbeschl. ist wirksam. Nur das Kündigungsrecht hat die Beschw. nicht, wenn eine Vollstreckungshandlung beim Schuldner, gleichgültig von welchem Gläubiger, weiter als 6 Monate zurückliegt. Damit sie dieses Kündigungsrecht erlangt, ist also eine erneute Vollstreckungshandlung erforderlich. Im Kommentar zum GenG. von Parisius (1928, Anm. 5 zu § 66) wird zwar die bloße nochmalige Vornahme der Überweisung für genügend erachtet. Jedoch ist diese Meinung nach dem Wortlaut des § 66 GenG. nicht zwingend, und es besteht die Möglichkeit, daß ein Gericht bei der Frage der wirksamen Kündigung auch die erneute Pfändung für erforderlich erachtet. Deshalb fehlt dem Antrag nicht das Rechtsschutzbedürfnis.

Mit Recht ist im Zwischenbeschl. des Rechtspflegers auf die Bedenken in der Richtung hingewiesen, daß ohne vorherigen Ver-

Walsmann § 767 Bem. 3 a). Das ist in den Fällen gesetzlicher Haftungsbeschränkungen ebenso: Auch sie können erst in der Zwangsvollstreckung berücksichtigt werden, und trotzdem jehreit § 780 ZPO. vor, daß sie — wenigstens in allgemeiner Form — dem Schuldner im Urte. vorbehalten werden müssen. Wenn der Schuldner gesetzliche Haftungsbeschränkungen im Prozeß selbst vorbringen muß, so mag er auch vertragliche Beschränkungen vor dem Urte. einwenden. Es besteht kein Grund, ihn in dem einen Fall stärker zu schützen als in dem anderen (vgl. auch Baumbach vor § 704 Bem. 7 D und Stein-Jonas § 767 zu Fußnote 45 a).

RA. Dr. Bartels, Bochum.

Zu 5. Der Entsch. ist zuzustimmen.

Es ist in der Nrpr. und im Schrifttum anerkannt, daß der Genosse über das bei seinem Ausscheiden aus der Genossenschaft entstehende Auseinandersezungs-guthaben jederzeit verfügen kann. Diese künftige Forderung kann von dem Genossen jederzeit abtreten und verpfänden, mithin auch gepfändet werden (vgl. Parisius-Crügler Anm. 9 zu § 7). Die Best. des § 66 GenG. regelt nicht die Voraussetzungen, unter denen eine Pfändung und Überweisung des Geschäfts-guthabens erfolgen kann, sondern die Voraussetzungen, unter denen das Ausscheiden des Genossen und damit die Ausschüttung des Auseinandersezungs-guthabens durch den Gläubiger herbeigeführt werden kann. Dieser Vorshr. ist nicht etwa zu entnehmen, daß mit der Pfändung und Überweisung begriffsnotwendig die Kündigung verbunden sein muß; der Gläubiger kann die Pfändung vornehmen, ohne daß er die Kündigung betreibt.

Für den Gläubiger ist durch den Pfändungs- und Überweisungsbeschl. v. 22./30. Mai 1933 ein wirksames Pfandrecht an dem Auseinandersezungs-guthaben entstanden; das Kündigungsrecht hat der Gläubiger wegen des Ablaufs der Sechsmontatsfrist nicht erlangt. Auch wenn der Gläubiger nach Erlaß des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses eine nachträgliche fruchtlose Vollstreckung versucht, entsteht für ihn das Kündigungsrecht nicht (vgl. Parisius-Crügler Anm. 5 zu § 66). Der Gläubiger hat ein Interesse daran, daß ihm einmal das Pfandrecht wegen etwaiger Zwischenverfügungen durch den Genossen oder Vollstreckungsmaßnahmen anderer Gläubiger erhalten bleibt und daß er ferner das Kündigungsrecht erhält. Er kann das Kündigungsrecht wegen der zwingenden Best. des § 66 GenG. nur durch einen erneuten Pfändungs- und Überweisungsbeschl. erlangen, nachdem entweder ein anderer Gläubiger erfolglos vollstreckt oder er selbst eine erneute Vollstreckung erfolglos versucht hat. Daß der erneute Vollstreckungsversuch von dem Gläubiger oder ein Vollstreckungsversuch von einem Dritten gemacht worden ist, ergibt die Entsch. nicht eindeutig, dürfte indessen zu unterstellen sein, da für die Erlangung des Kündigungsrechts der erste Pfändungs-

zucht der Beschw. auf die Rechte aus dem früheren Pfändungs- und Überweisungsbeschl. ein doppeltes Pfändrecht entstehen könnte. Ein berechtigtes Interesse an solcher Gläubigerstellung hat die Beschw. deshalb, weil das frühere Pfändrecht im Range den inzwischen etwa von anderen Gläubigern erworbenen Pfändrechten vorgeht und weil andererseits erst die erneute Vollstreckung ihr die Kündigungsmöglichkeit gibt. Das Beschw. vermag nicht die Auffassung zu teilen, daß, ungeachtet dieses Interesses, aus allgemeinen materiellen und prozessualen Gesichtspunkten der erneute Vollstreckungsantrag abzulehnen sei. Es ist in der Rpr. anerkannt, daß an derselben Sache wegen derselben Forderung nebeneinander ein gesetzliches, ein vertragliches und ein Pfändungs-Pfändrecht bestehen können. Im Hinblick auf die wesentliche Inhaltsgleichheit dieser Pfändrechte erscheint es deshalb grundsätzlich nicht bedenklich, ein doppeltes durch Pfändung erlangtes Pfändrecht am selben Gegenstand wegen derselben Forderung zuzulassen, jedenfalls dann nicht, wenn hierfür ein besonderes Interesse gegeben ist; die Unterstellung eines Pfändrechts, trotz der an sich nicht gegebenen Voraussetzungen, nur eines besonderen Interesses wegen, ist dem Gesetz nicht grundsätzlich fremd, wie § 1256 Abs. 1 und Abs. 2 BGB. zeigt. Überdies genügt für den Erwerb des Kündigungsrechtes durch die Beschw. ein erneuter Pfändungs- und Überweisungsbeschl., der nach prozessualen Vorschr. wirksam wird. Ob er in der Lage ist, ein materielles Pfändrecht zu erzeugen, oder ob dem der frühere Beschl. mit seinen materiellen Wirkungen entgegensteht, kann dahingestellt bleiben. Gegen die Zulässigkeit des formellen Aktes des Erlasses des erneuten Beschlusses ergeben sich jedenfalls unter diesem Gesichtspunkte materieller Wirksamkeit für den vorl. Fall keine nach der Auffassung des Beschw. durchschlagende Bedenken.

(LG. Dresden, Beschl. v. 25. Sept. 1933, 12 BC 1505/33.)

Ver. von OGR. Dr. Rudolf Scheld, Dresden.

*

Mannheim.

6. § 18 W. v. 26. Mai 1933 (RGBl. I, 302, 306). Der Vollstreckungssch. nach § 18 W. v. 26. Mai 1933 (RGBl. I, 302, 306) ist auch bei Pfändung eigener, zur Sicherung übereigneter Gegenstände anwendbar.

Mit dem angefochtenen Beschl. hat das AG. der Schuldnerin

und Überweisungsbeschl. auf keinen Fall die Grundlage bilden kann.

Es fragt sich, welche Rechte der Gläubiger aus dem zweiten Pfändungs- und Überweisungsbeschl. erhält. Eines Eingehens auf die Frage, ob und inwieweit an demselben Gegenstand wegen einer Forderung eines Gläubigers ein gesetzliches und ein vertragliches Pfändrecht bestehen kann, bedarf es in diesem Zusammenhang nicht. Die Frage, ob ein Pfändungspfändrecht neben dem vertraglichen Pfändrecht begrifflich möglich ist, ist strittig. Die herrschende Meinung vertritt die Ansicht, daß ein Pfändungspfändrecht an im Eigentum des Gläubigers stehenden Sachen nicht begründet werden kann (vgl. Stein-Jonas, Anm. II 4 zu § 804 und die dort aufgeführte Rpr. und Schrifttum). Im Sinne dieser Ansicht dürfte es liegen, auch die Möglichkeit eines Pfändungspfändrechts neben einem gesetzlichen oder vertraglichen Pfändrecht zu verneinen. Anderer Ansicht ist z. B. Emmrich, Pfändrechtkonkurrenzen, 1909, S. 45, der die Möglichkeit des Nebeneinanderbestehens beider Pfändrechte bejaht, weil das Pfändungspfändrecht ein Recht ist, das formaler Natur ist, während das Vertragspfändrecht auf Grund privatrechtlicher materieller Normen entsteht.

Um den praktischen Bedürfnissen Rechnung zu tragen, wird vielfach die Ansicht vertreten, daß der Pfändungsgläubiger, der an dem Pfandgegenstand ein materielles Recht hat, in irgendeiner Lage des Vollstreckungsverfahrens auf das materielle Recht verzichten muß; nach der Ansicht des RG. 79, 245 = JW. 1912, 690 erst bei der Verwertung. Zutreffend geht m. E. Stein-Jonas davon aus, daß es dieser Konstruktion nicht bedarf, weil die Pfändung eigener Sachen des Gläubigers auch ohne Pfändrecht zulässig und rechtmäßig ist und mangels eines Widerspruchs des Gläubigereigentümers ordnungsmäßig zu Ende geführt werden kann (vgl. Anm. II 4 zu § 804; ebenso RG. 79, 245 = JW. 1912, 690), ein Standpunkt, dem die Praxis gefolgt ist. Diese Ansicht trägt insbes. dem Gedanken Rechnung, daß die Vollstreckungsbestimmungen Zweckmäßigkeitsvorschr. sind, die zur Anwendung zu bringen sind, wenn nicht ausdrücklich eine Verbotsnorm entgegensteht. Mit Rücksicht darauf wird auch ein für eine Forderung gepfändeter Gegenstand mangels einer entgegenstehenden Best. nochmals für diese Forderung gepfändet werden können. Inhaltlich wird ein derartiges zweites Pfändrecht im Allgemeinen wirkungslos sein, da der Gläubiger nicht mehr Recht erlangen kann, als er bereits hat, so daß der Gläubiger im allgemeinen an einer nochmaligen Pfändung kein Interesse haben dürfte. Kann

gem. § 18 Abs. 4 W. v. 26. Mai 1933 Zahlungsfristern bewilligt und die Zwangsvollstreckung einstweilen eingestellt. Gläubiger rügt die Anwendung der genannten Verordnung. Es handle sich um Sachen, die unbestritten im Eigentum der Gläubiger ständen und jederzeit auf Grund dieses Rechts von der Schuldnerin im Wege der Klage herausverlangt werden könnten. Wenn die Gläubiger den für sie billigeren Weg der Fahrnispfändung wählten, so sei die Schuldnerin nicht beschwert. Da es sich nicht um Gegenstände ihrer beweglichen Vermögens handele, könne sie den Vollstreckungssch. aus der W. v. 26. Mai 1933 nicht für sich in Anspruch nehmen.

Diesen Ausführungen der Beschw. kann nicht beigetreten werden. Es ist der Beschw. zwar zuzugeben, daß die Gläubiger im Wege der Eigentumsklage die Herausgabe der strittigen Sachen verlangen dürfen, ohne daß Schuldnerin die Vorschr. des Vollstreckungssch. hiergegen für sich in Anspruch nehmen könnten. Wählen die Gläubiger aber nicht diesen Weg, sondern lassen sie, was an und für sich zulässig ist, ihre eigenen Sachen bei der Schuldnerin pfänden, so müssen sie es auch hinnehmen, wenn der Schuldnerin der gesetzliche Vollstreckungssch. zugute kommt. Dies ist für § 811 ZPO. (Kompetenzen) bereits entschieden (vgl. Baumbach zu § 811 ZPO., Anm. 1 B a. C. und JW. 1930, 177). Es besteht kein Grund, dieser Rechtsauffassung für das Anwendungsgebiet der W. v. 26. Mai 1933 die Geltung zu versagen.

(LG. Mannheim, Beschl. v. 16. Okt. 1933, 3 ZBS 110/33.)

Ver. von OGR. Dr. Fromherz, Mannheim.

*

7. § 18 W. v. 26. Mai 1933 (RGBl. I, 302, 306). J. S. der W. v. 26. Mai 1933 (RGBl. I, 302, 306) ist das Dienen der gepfändete Gegenstände zu der Erwerbstätigkeit des Schuldners oder ihre Zugehörigkeit zu einem vom Schuldner betriebenen Unternehmen nicht im Sinne des formalen Eigentums des Schuldners, sondern im Sinne der wirtschaftlichen Unterlage für den Lebensunterhalt des Schuldners zu verstehen.

Das AG. hat den Antrag der Schuldner nach Anhörung des Gläubigers und des Vollz. im wesentlichen deshalb zurückgewiesen,

der Gläubiger durch die erneute Pfändung dem Schuldner gegenüber eine verbesserte Rechtsstellung — im vorl. Fall das Kündigungsrecht — erwerben, so kann dem Gläubiger diese Möglichkeit nur abgeschnitten werden, wenn zwingende Vollstreckungsbestimmungen entgegenstehen; im vorl. Fall sind derartige Best. nicht erkennbar. Der zweite Pfändungs- und Überweisungsbeschl. ist insofern lediglich ein formaler Akt, der erforderlich ist, um dem Gläubiger das Kündigungsrecht zu verschaffen; es dürfte sich nicht um die Begr. eines zweiten Pfändungspfändrechts handeln, sondern um die Fortsetzung des Pfändungsverfahrens. In materieller Hinsicht dürfte sich ergeben, daß durch das erste Pfändungs- und Überweisungsverfahren das Pfändungspfändrecht vollwirksam begründet wird und daß durch das zweite Verfahren lediglich das Kündigungsrecht erworben wird.

Erklärt man in dem erneuten Pfändungs- und Überweisungsverfahren einen formalen Akt, so kann der von Parisius-Cruger ohne nähere Begr. vertretenen Ansicht, daß es in diesem Fall nur der Überweisung bedarf, nicht beigetreten werden (vgl. Anm. 5 zu § 66). Inwiefern im Hinblick auf das Kündigungsrecht ein Unterschied zwischen der Pfändung und der Überweisung bestehen soll, ist nicht ersichtlich. Die durch den ersten Beschl. vorgenommene Überweisung dürfte ebenso wirksam sein wie die Pfändung; das ergibt sich am deutlichsten daraus, daß die Überweisung von der Genossenschaft zu beachten wäre, wenn der Genosse in der Zwischenzeit selbst gekündigt hätte.

Die Entsch. wird der Rechts- und Interessenlage des Gläubigers gerecht. Auf die oben entwickelte materielle Rechtslage im einzelnen einzugehen, hatte das AG. keinen Anlaß. Dem AG. ist auch insofern beizutreten, als das Vollstreckungsgericht den Erlaß des zweiten Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses nicht von dem vorherigen Verzicht des Gläubigers abhängig machen konnte. Sofern ein derartiger Verzicht überhaupt erforderlich wäre, hätte das Vollstreckungsgericht es dem Gläubiger überlassen müssen, in einer späteren Lage des Verfahrens, etwa bei der Einziehung des Auseinandersetzungsguthabens, auf das erstbegründete Pfändrecht zu verzichten. Das AG. befindet sich insofern in Übereinstimmung mit dem vom RG. in der Entsch. RG. 89, 241 = JW. 1917, 226 aufgestellten Grundsatz, daß im Vollstreckungsverfahren in erster Linie die Zulässigkeit des rein formalen Verfahrens zu prüfen ist und daß demgegenüber die materiellen Rechtsbeziehungen der späteren Auseinandersetzung zwischen Gläubiger und Schuldner überlassen werden können.

Ger. Ass. Dr. Sorwath, Berlin.

weil weder die Voraussetzungen des § 811 Ziff. 1 ZPO. noch diejenigen des § 18 Abs. 2 ZPO. v. 26. Mai 1933 gegeben seien, weil der Schuldner zwar Schreinermeister sei, das Schreinergeschäft aber nicht mehr auf dessen Namen, sondern auf denjenigen eines seiner Söhne betrieben werde, die Schuldner mithin selbst durch den Verlust der Gegenstände keinen unverhältnismäßigen Nachteil erlitten, auch die Kompetenzzugehörigkeit nicht gegeben sei, es sich vielmehr um Gegenstände handle, die zur Erhaltung eines angemessenen Hausstandes nicht unentbehrlich seien.

Dieser Entsch. und ihrer Begr. kann nicht beigetreten werden. Im Sinne des § 18 Abs. 2 ZPO. v. 26. Mai 1933, welche den Schutz eines nicht böswilligen Schuldners gegen — unverhältnismäßige Nachteile bringende — Fahnstreckungen bezweckt, ist ihr „Dienen zu der Erwerbstätigkeit des Schuldners“ ebenso wenig wie die „Zugehörigkeit zu einem von dem Schuldner betriebenen Unternehmen“ im Sinne des formalen Eigentums des Schuldners, sondern im Sinne der wirtschaftlichen Unterlage für den Lebensunterhalt des Schuldners zu verstehen. Diese Voraussetzungen sind aber auch dann gegeben, wenn der Schuldner im Betriebe eines Dritten, der das Geschäft nunmehr auf seinen Namen betreibt, weil er es übernommen hat, eine Erwerbstätigkeit ausübt.

(O. Mannheim, Beschl. v. 20. Okt. 1933, 3 ZAV 112/33.)

Eingef. von O. Dr. Fromherz, Mannheim.

*

8. ZPO. v. 14. Febr. 1933 u. 25. Okt. 1933 über den landwirtschaftlichen Vollstreckungsschutz. Der bis 31. Okt. 1933 wirkende, bis 31. Dez. 1933 ausgedehnte Vollstreckungsschutz macht auch eine Terminbestimmung zur Zwangsversteigerung auf einen späteren Zeitpunkt unzulässig.

Die Zwangsversteigerung, zu welcher Termin auf 19. Dez. 1933 bestimmt wurde, betrifft das Grundstück Lgb. Nr. 2796, 19 ar 49 qm Wiese, Weinberg und Wald im Gewann D., mithin ein landwirtschaftliches Grundstück. Laut Art. 1 ZPO. v. 14. Febr. 1933 (RGBl. I, 63) dürfen Zwangsversteigerungen landwirtschaftlicher Grundstücke in der Zeit bis 31. Okt. 1933 nicht durchgeführt werden. Der Ausführung des VG., es handle sich bei dieser Terminbest. nicht um eine „Durchführung“ der Zwangsversteigerung, sondern um eine „Interesse des Schuldners in keiner Weise berührende, vorbereitende Maßnahme, kann nicht beigetreten werden. Laut § 1 AusZPO. v. 14. Febr. 1933 (RGBl. I, 64) sind sämtliche Verfahren zur Zwangsversteigerung landwirtschaftlicher Grundstücke bis zum 31. Okt. 1933 kraft Gesetzes einstweilen eingestellt. Nach dieser Auslegung der ZPO. des RPräf. v. 14. Febr. 1933 ist insoweit auch eine neue Terminbest. zur Versteigerung nicht zulässig. Durch die neue Best. des Versteigerungstermins mit folgender Bef. wird auch das Interesse des Schuldners erheblich berührt.

(O. Mannheim, Beschl. v. 28. Okt. 1933, 3 Z B S 119/33.)

Ver. von O. Dr. Fromherz, Mannheim.

B. Arbeitsgerichte. Reichsarbeitsgericht.

Berichtet von Rechtsanwalt Dr. W. Doppermann, Dresden.

I. § 10 Teil 5 Kap. IV RotZD. des RPräf. v. 8. Dez. 1931 (RGBl. I, 699/723); ZD. des RArbM. über die Berücksichtigung der Renten aus der Sozialversicherung bei anderen Leistungen v. 10. Okt. 1932 (RGBl. I, 496). Ist der Ruhegeldanspruch eines Gemeindeangestellten ortsgesetzlich so geregelt, daß die Bezüge aus der reichsgesetzlichen Sozialversicherung auf das Ruhegeld anzurechnen sind, so erwacht dem Ruhegeldempfänger daraus, daß seine Versicherungsbezüge durch die ZD. v. 8. Dez. 1931 zum Ruhen kommen, kein Anspruch auf Gewährung des vollen ortsgesetzlichen Ruhegelds, solange nicht die oberste Verwaltungsbehörde von der Befugnis Gebrauch macht, eine entsprechende Ausnahme anzuordnen.

KL, seit 1908 Infallatour im Gaswerk der bekl. Stadtgemeinde, im August 1923 in das Dauerangestelltenverhältnis übergeführt, ist zum 1. Jan. 1929 in den Ruhestand getreten. Auf Grund Ortsgesetzes der Bekl. v. 26. März 1929 bezieht er Ruhegeld.

Nach § 7 Ziff. 1 OrtsG. der Bekl. hatte er sich auf sein Ruhegeld seine Bezüge aus der reichsgesetzlichen Sozialversicherung voll anrechnen zu lassen, ausgenommen, soweit er die Bezüge auf Grund freiwilliger Versicherung empfing (§ 7 Ziff. 3 OrtsG.). — Gemäß der ZD. des RPräf. v. 8. Dez. 1931 Teil 5 Kap. IV § 10 (RGBl. I, 699/723) hatten die Bezüge des KL aus der Invalidenversicherung neben dem Ruhegeld bis zu dessen Höhe zu ruhen (§ 10 Abs. 1); doch blieb der Teil der Versicherungsrente von dem Ruhen ausgenommen,

der dem Verhältnis der vom KL freiwillig geleisteten Beiträge zur gesamten Beitragsleistung entsprach (§ 10 Abs. 3 das.).

Der KL beantragt, daß die Bekl. ihm nunmehr, soweit seine Versicherungsbezüge ruhen, wieder das volle ortsgesetzliche Ruhegeld mit monatlich 168,32 RM bezahle. Diefem Verlangen hält die Bekl. die ZD. des RArbM. v. 10. Okt. 1932, in Kraft getreten rückwirkend auf dem 1. Jan. 1932 (RGBl. I, 496), entgegen. Nach § 1 Abs. 1 und 2 dieser ZD. begründet der Umstand, daß die Invalidenversicherungsrente des KL ruhte, keinen Anspruch des KL auf Erhöhung der Leistungen, die als Versorgung aus öffentlichen Mitteln gewährt werden und bei deren Bemessung die Leistungen aus der Sozialversicherung berücksichtigt werden.

Der VerR. hat diesen Einwand der Bekl. im Einklang mit dem ersten Richter für durchgreifend erachtet. Darin tritt kein Rechtsirrtum zu Tage. Der Ruhegeldanspruch des KL diene seiner Versorgung und richtete sich gegen die bekl. Stadtgemeinde, war also aus öffentlichen Mitteln zu erfüllen. Bei seiner Bemessung waren die Leistungen aus der Sozialversicherung zu berücksichtigen. Die Tatbestandsmerkmale des § 1 Abs. 2 ZD. v. 10. Okt. 1932 sind mithin gegeben. Zweck dieser ZD. war, wie der VerR. ohne Rechtsverstoß darlegt, zu verhüten, daß nicht die Erleichterung, die die Träger der Sozialversicherung durch § 1 ZD. des RPräf. erfuhren, mit einer entsprechend höheren Belastung anderer öffentlicher Körperschaften erkauft würde.

Für den KL mag das eine Härte bedeuten, und das Ergebnis ist beiden Vorderrichtern als wenig befriedigend erschienen. Indessen hat die Verwaltungsbehörde, wie der VerR. feststellt, bisher davon Abstand genommen, zugunsten des KL oder von Angehörigen, die sich in gleicher Lage wie der KL befinden, „Naheres zu bestimmen oder Ausnahmen anzuordnen“ (§ 1 Abs. 2 ZD. v. 10. Okt. 1932). Solange dies nicht geschehen ist, hat der Richter die gegebene Rechtslage hinzunehmen und seiner Entsch. zugrunde zu legen. Ein gegenteiliges Verhalten des Richters würde ein Abweichen vom Rechtsstandpunkt aus und einen Eingriff in die Verwaltung bedeuten und muß sich daher verbieten. Dem, wie die Vorderrichter mit Recht ausführen, höchst unbefriedigenden Ergebnis zu begegnen, wird Sache der Verwaltungsbehörden sein, denen die Befugnisse des § 1 Abs. 2 a. a. D. eingeräumt sind.

(RArbG., Urt. v. 11. Okt. 1933, RAG 158/33. — Dresden.)

*

2. § 242 BGB.; Teil 5 Kap. III RotZD. v. 6. Okt. 1931 (RGBl. I, 537, 557). Wirtschaftskrise und Dienstvergütungen. Voraussetzungen der Herabsetzung übermäßig hoher Dienstvergütungen gemäß Teil 5 Kap. III RotZD. v. 6. Okt. 1931, insbesondere Form der Erklärung des Dienstberechtigten gemäß § 1.

Nach der Rspr. des RArbG. (vgl. RArbG. 11, 323¹) sowie die Urt. v. 21. Jan. 1933 [ZB. 1933, 1276¹ = RGWarn. 1933 Nr. 60 C. 121] und RAG 4/33 v. 24. Mai 1933²) rechtfertigt die gegenwärtige Wirtschaftskrise trotz ihrer Ausdehnung und Schwere keine allgemeine Herabsetzung der dem Dienstherrn obliegenden vertragsmäßigen Leistungen. Mit dieser Rspr. stimmt die des RG. überein (Urt. V 3/33 v. 11. März 1933 und RG. 141, 153 f.³). Ein allgemeiner, aus § 242 BGB. zu entnehmender Grundsatz, daß wirtschaftliche Schwierigkeiten des Dienstherrn zu einer Minderung der von ihm vertragsmäßig zu zahlenden Dienstvergütungen und Ruhegehälter berechtigen, ist nicht anzuerkennen. Wenn der Dienstherr beim Abschluß des Pensionsabkommens mit dem bald darauf eingetretenen ungewöhnlichen wirtschaftlichen Rückgang nicht gerechnet hat, so wird dadurch seine vertragsmäßige Verpflichtung hinsichtlich der Höhe der übernommenen Verpflichtung nicht beeinträchtigt, vielmehr verlangt es der Grundsatz der Vertragstreue, die übernommene Verpflichtung innezuhalten. Der Rechtsgebanke des Fortfalles der Geschäftsgrundlage ist hier nur dann verwertbar, wenn die Umstände, die die Geschäftsgrundlage bilden, im Abkommen in irgendeiner Weise selbst zum Ausdruck gebracht und damit Vertragsinhalt geworden sind.

Die Best. des 5. Teils Kap. III der ZD. des RPräf. vom 6. Okt. 1931 (RGBl. I, 537, 557) sind nach § 10 des Kap. III am 7. Okt. 1931 in Kraft getreten. Nach ihnen kann bei den vorher abgeschlossenen Dienstverträgen der Dienstberechtigte, falls die vereinbarte Vergütung oder die Versorgungsbezüge 15 000 RM jährlich übersteigen, ihre Herabsetzung unter einer doppelten Voraussetzung verlangen (§ 1 Abs. 1, §§ 4, 5). Einmal müssen die Bezüge bei Beachtung der besonderen Geschäfts- oder Vermögenslage des Dienstberechtigten oder mit Rücksicht auf die veränderte allgemeine Wirtschaftslage als übermäßig hoch anzusehen sein und sodann muß eben deshalb dem Dienstberechtigten ihre Weiterzahlung in der bisherigen Höhe nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden können (RG. 139, 230⁴). Das VG. läßt die Anwendbarkeit

¹) ZB. 1932, 3219.

²) ZB. 1933, 1677.

³) ZB. 1933, 1765.

⁴) ZB. 1933, 1190.

der NotW. für die vor dem 1. Okt. 1933 liegende Zeit zu Unrecht daran scheitern, daß der Bekl. erst mit dem Schriftsatz vom 31. März 1933 die formellen Erklärungen abgegeben habe, von denen die Vorschr. über die Herabsetzung übermäßig hoher Dienstvergütungen abhängig seien. Nach Kap. III §§ 1, 5 soll der Dienstberechtigte mit einer Frist von mindestens 3 Monaten zum Beginn des folgenden Kalendervierteljahrs durch schriftliche Erklärung gegenüber dem Dienstverpflichteten die Bezüge auf einen angemessenen Betrag herabsetzen und ihm dabei eine Frist von mindestens einem Monat bestimmen können, innerhalb der er seine Ansprüche ganz oder teilweise durch Klagerhebung oder Anrufung eines vereinbarten Schiedsgerichts geltend zu machen hat. Wenn der Dienstverpflichtete nicht binnen dieser Frist die Klage erhebt oder ein etwa vereinbartes Schiedsgericht anruft, so ist er an die einseitig vom Dienstberechtigten vorgenommene Herabsetzung gebunden. Damit wird klar, daß eine gütliche Einigung der Parteien möglichst herbeigeführt werden soll. Die vom Dienstberechtigten abgegebene Erklärung wird vielfach zu Verhandlungen Veranlassung geben (vgl. Vogels: JW. 1931, 3645 III 3) und oft zu einer Verständigung führen, aber es sollen möglichst bald klare Vertragsbeziehungen hergestellt werden. Deshalb muß innerhalb der gesetzten Frist, falls Einigung nicht erfolgt, vom Dienstverpflichteten das Gericht angegangen werden. Wenn nun aber die Parteien bereits vor Gericht darüber streiten, ob und in welchem Umfange die Herabsetzung erfolgen kann, eine Einigung aber ersichtlich nicht möglich ist, so ist eine solche Fristsetzung jedenfalls dann überflüssig, wenn der Dienstverpflichtete bereits vorher im Klagewege ihre Zulässigkeit bekämpft und diese Bekämpfung durch Fortsetzung des Prozesses unter der Geltung der NotW. aufrechterhält. So liegt die Sache im vorl. Falle. Es würde eine formalistische Auslegung der verfahrensrechtlichen Best. sein, wenn man für den beim Inkrafttreten der W. schwebenden Rechtsstreit die Abgabe einer dem Inhalte des § 1 genau entsprechenden Erklärung als unumgängliche Voraussetzungen für die Möglichkeit der Kürzung der übermäßigen Vergütungen und Versorgungsansprüche ansehen wollte. Es hieße das: die Form über die Sache stellen, was dem Sinn der W. nicht entsprechen würde.

(RABG., Ur. v. 8. Nov. 1933, RAG 133/33. — Güstrow.)

C. Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte.

I. Reich.

Reichsfinanzhof.

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

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

1. § 44 Abs. 2 Nr. 2 RBewG. 1931. Zur Frage, ob ein Kraftfahrersportverein vorwiegend die Erzielung wirtschaftlicher Vorteile für sich oder seine Mitglieder bezweckt?

Streitig ist, ob das Vermögen des Beschw. (Kraftfahrersportvereins) Betriebsvermögen i. S. des § 44 Abs. 2 RBewG. 1931 ist, d. h., ob die dem Verein gehörigen Gegenstände einen gewerb-

Zu 1. Die Bedeutung der Eulsch. darf nicht überschätzt werden:

Es handelt sich nicht um die subjektive Vermögenssteuerpflicht des Vereins, sondern um die Frage, ob sein Vermögen als Gewerbebetrieb oder als sonstiges Vermögen anzusehen ist. Die Frage liegt hier ebenso wie bei der Körperschaftsteuer, wo es um die Abgrenzung der Erwerbsgesellschaft von sonstigen Körperschaftsteuerpflichtigen Gebilden geht (§ 4 Abs. 1 KorpStG.). Hier kommt es nach dem Gesetz darauf an, ob der Verein vorwiegend die Erzielung wirtschaftlicher Vorteile für sich oder seine Mitglieder bezweckt. Diese Frage wird bei den meisten idealen Vereinen ohne weiteres zu verneinen sein; es bleibt aber daneben selbstverständlich möglich, daß ein solcher Verein neben andern Zwecken auch wirtschaftliche Vorteile für seine Mitglieder erstrebt. Damit wird er nicht zur Erwerbsgesellschaft und er hat kein gewerbliches Betriebsvermögen. Er bleibt aber gleichwohl steuerpflichtig, und es können einzelne Teile seines Vermögens aus einem Gewerbebetrieb darstellen (vgl. Ur. v. 26. März 1931, III A 408/30). Auf den wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb allein kommt es für die hier erörterte Frage nicht an, dieser spielt aber eine entscheidende Rolle für die bekannte Frage der Steuerpflicht von Berufsverbänden.

RM. Dr. Deibru d, Stettin.

lichen Betrieb i. S. dieser Vorschr. darstellen. Nach dieser bilden einen gewerblichen Betrieb alle Gegenstände, die Vereinen gehören, sofern diese

1. einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb unterhalten und
2. vorwiegend die Erzielung wirtschaftlicher Vorteile für sich oder ihre Mitglieder bezwecken.

Ob der Verein einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb unterhält, kann dahingestellt bleiben, wenn anzunehmen ist, daß er nicht vorwiegend die Erzielung wirtschaftlicher Vorteile für sich oder seine Mitglieder bezweckt. Diese Annahme trifft hier zu. Die Hauptaufgabe des Vereins ist Förderung des Kraftfahrersports. Sportliche Betätigung zielt aber regelmäßig nicht auf Erzielung wirtschaftlicher Vorteile ab. Dieser Hauptaufgabe gegenüber treten die sonst in der Satzung genannten Zwecke an Bedeutung zurück, sie dienen offenbar nur dazu, den Anreiz zum Beitritt zu erhöhen und damit den Verein besonders leistungsfähig zu machen. Wer vor die Frage gestellt ist, ob er Mitglied des Vereins werden soll, wird schwerlich zunächst prüfen, ob er vom Geldstandpunkt aus gegenüber dem regelmäßig nicht unbeträchtlichen Jahresbeitrag auf seine Rechnung kommt. Vielmehr wird er in erster Linie die Annehmlichkeiten in Anschlag bringen, die die Mitgliedschaft in sportlicher und gesellschaftlicher Beziehung mit sich bringt, er wird bestrebt sein, ein auch ihm dienendes Unternehmen von hoher volkswirtschaftlicher Bedeutung zu fördern, daneben aber auch gern die wirtschaftlichen Vorteile mitnehmen, die der Verein ihm bietet. Danach muß die Abwägung, welche der verschiedenen vom Verein angestrebten Zwecke überwiegen, zu dem Ergebnis führen, daß der Verein nicht vorwiegend die Erzielung wirtschaftlicher Vorteile für sich oder seine Mitglieder bezweckt. Die eine der in § 44 Abs. 2 Nr. 2 RBewG. 1931 verlangten Voraussetzungen ist also nicht gegeben. Damit entfällt die Möglichkeit, die dem Verein gehörigen Gegenstände als einen gewerblichen Betrieb zu behandeln. Der Feststellungsbescheid war deshalb ersatzlos aufzuheben.

(RAB., 3. Sen., Ur. v. 31. Aug. 1933, III A 204/33 S.)

*

< 2. §§ 35 Abs. 1 Ziff. 1, 36 Abs. 1 Ziff. 1 EinkStG. Auch die Privatdozenten ohne Lehrauftrag sind mit den ihnen zufließenden Kolleggelbern lohnsteuerpflichtig Einkommen aus nichtselbständiger Arbeit), ohne daß es auf die besondere landesrechtliche Ausgestaltung ihrer Rechtsbeziehungen zur Hochschule ankommt.

Der Beschw. ist Privatdozent ohne Lehrauftrag an der Technischen Hochschule in Preußen. Er erhält für seine Tätigkeit lediglich die Kolleggelber, die von den Studenten an die Dozenten entrichtet werden, die bei ihm belegt haben. Hörgebührenfreiungen oder sonstige Zahlungsunfähigkeit der bei ihm hörenden Studenten gehen zu seinen Lasten. FinV. und FinGer. haben von den Bezügen, die dem Beschw. in dieser Weise zufließen, den Steuerabzug vom Arbeitslohn vorgenommen und die Bezüge als solche aus unselbständiger Arbeit i. S. von § 36 EinkStG. angesehen. Der Beschw. ist der Auffassung, es handle sich um Einkommen aus sonstiger selbständiger Berufstätigkeit, nämlich aus einem freien Beruf i. S. des § 35 EinkStG. Er begehrt daher Erstattung der einbehaltenen Steuerabzugsbeträge nach § 152 Abs. 1 Satz 2 ABGG. n. F., weil die Einbehaltung dieser Beträge zu Unrecht erfolgt sei.

Der erk. Sen. hat zu der Frage, ob Privatdozenten ohne Lehrauftrag als unselbständige Glieder im Organismus ihrer Hochschulen anzusehen seien und ob es sich bei der Zahlung der Kolleggelber an diese Privatdozenten um Arbeitslohn handle, den RM. um seine Beteiligung am Verfahren ersucht. Der RM. ist dem Verfahren beigetreten und hat zu diesen Punkten nach Befragung einer Reihe von Landesregierungen folgendermaßen Stellung genommen:

Streitig sei, ob bei einem Privatdozenten ohne Lehrauftrag die Kolleggelber, die von den Studenten auf der Quäsur eingezahlt und von dieser an ihn abgeführt würden, der Lohnsteuer unterlägen. Der RM. habe sich wegen der strittigen Frage an die Landesregierungen gewandt und diese um Stellungnahme gebeten. Die Landesregierungen hätten sich weit überwiegend im Sinne der Lohnsteuerpflicht geäußert. So habe der preuß. Min. für Wissenschaft, Kunst und Volksbildung in seinem Schreiben v. 20. März 1933, U I Nr. 387 darauf hingewiesen, daß die Privatdozenten, auch wenn sie keinen Lehrauftrag erhalten hätten, dem „Lehrkörper im engeren Sinne“ und damit der akademischen Körperschaft angehörten. Sie unterlägen der Zulassungsgewalt der Universtität in dem Sinne, daß die Erlaubnis, Vorlesungen zu halten, ihnen ausschließlich von einer Fakultät erteilt werden könne. Zwar unterlägen die Privatdozenten ohne Lehrauftrag keinerlei Disziplinarergewalt, aber doch der Ordnungsgewalt des Dekans und des Rektors. Die für die Wochenstunden zu zahlenden Gebühren würden vom Minister festgesetzt. Die Gebührenbefreiungen, über die ein autonomer Gebührenerkundungsausschuß befinden, würden durch einen Pauschbetrag abgegolten, der dem Dozenten von dem Honorarbetrag einbehalten würde. Der preuß. Min. für Wissenschaft, Kunst und Volks-

bildung sei hiernach der Auffassung, daß § 36 EinkStG. anzuwenden sei, weil die Selbständigkeit des Privatdozenten sich nur darauf beziehe, ob und welche Vorlesungen und Übungen er halten wolle. Wenn er sie halte, sei er in den Organismus der Hochschule eingegliedert. Eine engere Auslegung des § 36 EinkStG. müsse zudem zu erheblichen kassentechnischen Schwierigkeiten führen.

Auch das bay. Staatsmin. für Unterricht und Kultus äußerte sich in ähnlichem Sinne. Für die Rechtsstellung der Privatdozenten in Bayern sei es gleichgültig, ob ein besonderer Lehrauftrag erteilt worden sei oder nicht. Die Privatdozenten seien ohne Ausnahme Beamte. Sie gehörten dem Lehrkörper der Hochschule an und seien an der Verwaltung der Hochschule nach Maßgabe der Hochschulverfügungen beteiligt. Sie unterständen der staatlichen Disziplinargewalt. Die Höhe der Honorargelder aller Hochschullehrer, auch der Privatdozenten, werde vom Staatsminister für Unterricht und Kultus festgesetzt.

Der bad. Min. für Kultus und Unterricht und der Hess. Min. für Kultus und Bildungswesen wiesen in ihrem Schreiben darauf hin, daß die Privatdozenten durch die Habilitation in den Lehrkörper der Hochschule aufgenommen und deren Zulassungsgewalt und Disziplinargewalt unterworfen seien. Ebenso liege es nach dem Schreiben des braunschweig. Min. für Volkshochbildung bei den Privatdozenten ohne Lehrauftrag bei der Technischen Hochschule zu Braunschweig. Im Sinne der Lohnsteuerpflicht spreche sich auch die Hochschulbehörde in Hamburg aus.

Gegen die Lohnsteuerpflicht der Privatdozenten ohne Lehrauftrag hätten sich lediglich das Ministerium der Auswärtigen Angelegenheiten des Freistaates Sachsen, das württ. Kultusministerium und das Mecklenburg-Schwerinsche Ministerium für Unterricht gewendet.

Auch der RM. halte aus den vom preuß. Min. für Wissenschaft, Kunst und Volksbildung erwähnten Gründen die Lohnsteuerpflicht der Privatdozenten auch ohne Lehrauftrag grundsätzlich für gegeben. Er habe allerdings in seinem Rundschreiben v. 6. Febr. 1926, III e 257 an die Landesregierungen, bekanntgegeben durch Rundsch. v. 30. April 1927, III e 2050 zu B 1, ausgeführt, daß ein Dienstverhältnis bei allen Lehrpersonen anzunehmen sei, denen ein Lehrauftrag erteilt worden sei. Es sollten hiernach die Personen ausschließen, die nur einen einzelnen oder einzelne Vorträge (Gastvorträge) hielten, ohne daß ihnen ein laufender Lehrauftrag (etwa für ein Semester) erteilt worden sei, weil bei diesen im allgemeinen eine Eingliederung in den Organismus der Hochschule nicht angenommen werden könne. Es sei hier aber in erster Linie an Personen gedacht, die tatsächlich nur vorübergehend zu der Hochschule in Beziehung träten. Nach den angestellten Ermittlungen stünden aber auch die Privatdozenten ohne Lehrauftrag in dauernden Beziehungen, die sogar teilweise zu einer vollständigen Eingliederung in den Hochschulkörper und zur Beamteneigenschaft führten. Der RM. verweise auch noch auf seinen Erl. v. 28. Nov. 1931, S 2226 A — 60 III, in dem die Pauschalierung der Werbungskosten der Hochschullehrer geregelt sei. Zwar sei auch hier zunächst die Regelung auf die Lehrkräfte beschränkt, denen ein Lehrauftrag erteilt sei. Vorstellungen seitens des Verbandes der Deutschen Hochschulen in Bonn, die in der Richtung gingen, daß man einen Unterschied zwischen Lehrpersonen, die einen Lehrauftrag haben, und solchen, die zwar keinen haben, tatsächlich aber Vorlesungen halten, nicht machen könne, hätten zu den folgenden Ausführungen im Schreiben des RM. v. 12. Febr. 1932, S 2301 — 7 III an den Vorsitzenden des Verbandes der Deutschen Hochschulen geführt: „Ich bin auch damit einverstanden, daß alle Hochschullehrer, die an den in dem Erl. v. 28. Nov. 1931 im einzelnen bezeichneten Hochschulen Vorlesungen halten, zur Pauschalierung berechtigt sein sollen. Hierzu gehören die ordentlichen Honorarprofessoren, Privatdozenten, Lektoren, Observatoren und akademischen Zeichenlehrer, die Vorlesungen halten, nicht dagegen die Assistenten, Bibliothekare usw., bei denen dies nicht der Fall ist. Falls ein Hochschullehrer Vorlesungen hält, fallen unter seine Einnahmen aus der Hochschullehrtätigkeit auch seine Einnahmen aus einer etwaigen Assistententätigkeit.“ Es solle hiernach also zwischen Privatdozenten mit Lehrauftrag und ohne Lehrauftrag kein Unterschied gemacht werden. Das Schreiben sei den Präsid. der RM. bekanntgegeben worden. . . . In einer nachträglichen Äußerung hat der RM. noch darauf hingewiesen, daß in Thüringen hinsichtlich der Privatdozenten ohne Lehrauftrag im wesentlichen dieselbe Regelung wie in Preußen gelte.

Der erk. Sen. schließt sich der Auffassung des RM. jedenfalls im Ergebnis an. Auch wo die Eingliederung der Privatdozenten ohne Lehrauftrag in den Organismus einer Hochschule, d. h. einer staatlichen Anstalt, nicht so weit geht, daß ihnen wie in Bayern ausnahmslos Beamtenstellung mit allen Folgen disziplinarrechtlicher und sonstiger Art zuerkannt ist, ergeben doch die übereinstimmenden Äußerungen der Mehrzahl der deutschen Landesregierungen, daß auch die Privatdozenten ohne Lehrauftrag dem Lehrkörper und damit der akademischen Körperschaft angehören. Sie unterliegen allgemein einer Zulassungsgewalt der Universität im dem Sinne, daß ihnen die Erlaubnis zum Halten von Vorlesungen ausschließlich von einer Fakultät erteilt werden kann. Wo sie nicht in vollem Umfang der Disziplinargewalt der Hochschule in gleichem Maße wie die beamteten ordentlichen Professoren unterworfen sind (z. B. Bayern, Baden, Hessen, Braun-

schweig), greift doch mindestens eine Ordnungsgewalt des Dekans oder Rektors (z. B. Preußen) oder die Möglichkeit der Erteilung eines Verweises und der Entziehung der *venia legendi* Platz. Letzteres gilt auch für die Länder (Freistaat Sachsen, Württemberg und Mecklenburg-Schwerin), die an sich geneigt sind, das Einkommen der Privatdozenten ohne Lehrauftrag als solches i. S. des § 35 EinkStG. anzusehen. Im übrigen bemerkt das württ. Kultusministerium ausdrücklich, daß auch die Privatdozenten ohne Lehrauftrag Mitglieder des Lehrkörpers der Hochschule werden, während Mecklenburg-Schwerin den Privatdozenten ohne Lehrauftrag die Verpflichtung auferlegt, den akademischen Satzungen und Ordnungen zu genügen. Schon aus Gründen der Gleichmäßigkeit der Besteuerung erscheint es bei dieser Sachlage angezeigt, steuerlich allgemein auch die Privatdozenten ohne Lehrauftrag als in den Organismus ihrer Hochschulen unselbständig eingegliedert anzusehen. Hierzu kommt aber weiter, daß fast in allen bezagten Ländern die Gebührensätze der Privatdozenten ohne Lehrauftrag genau so wie die an die beamteten Professoren zu entrichtenden Kolleggelber einheitlich durch die zuständigen Ministerien der betreffenden Länder festgesetzt werden, daß also der Beschw. entgegen seiner Behauptung nicht die Möglichkeit besteht, die Höhe seiner Kolleggelber nach seinem Ermessen festzusetzen. Schließlich spricht auch die Tatsache, daß der Beschw. als Privatdozent ohne Lehrauftrag das Risiko der Hörgeldbefreiung und Zahlungsunfähigkeit der bei ihm belegenden Studenten trägt, nicht dagegen, diese Gelder als Entgelt im Hinblick auf das bestehende unselbständige Arbeitsverhältnis anzusehen. Denn die Bestimmungen über Hörgeldbefreiung und Zahlungsunfähigkeit treffen gleichmäßig ordentliche und beamtete Professoren wie Privatdozenten ohne Lehrauftrag. Nach der Regelung der meisten Länder besteht ein gesonderter Gebührenausschuß, der über Kolleggelberbefreiung usw. beschließt und dessen Beschlüsse für beide Arten von Hochschullehrern Wirkung haben. Für die preuß. Hochschulen ist hier die gesonderte Regelung getroffen, daß die Gebührensbefreiungen durch einen Pauschbetrag abgegolten werden, der dem Dozenten von dem Honorareinkommen einbehalten wird (zur Zeit 15%). Diese Regelung gilt auch für den Beschw. Da nun unstreitig die eingehenden Hörgelder bei den beamteten ordentlichen Professoren Einkommen aus nicht selbständiger Arbeit bilden und die äußere Regelung hinsichtlich dieser Kolleggelber keinen Unterschied zwischen solchen Professoren und den Privatdozenten ohne Lehrauftrag macht (z. B. beide Male Einzahlung bei der Quäsur und Abführung an die Dozenten), geht es auch schon im Interesse der Gleichmäßigkeit der Besteuerung nicht an, insofern die Privatdozenten ohne Lehrauftrag anders zu behandeln als die sonstigen Hochschullehrer, nachdem durch vorstehende Ausführungen klargestellt ist, daß auch letztere als unselbständige Glieder in den Organismus der Hochschulen eingegliedert sind. Etwas anderes würde sich im übrigen auch nicht ergeben, wenn man mit dem Beschw. eine unmittelbare Zahlung der Kolleggelber seitens der Studenten an ihn annehmen wollte. Denn wie der erk. Sen. mehrfach entschieden hat (vgl. Ur. v. 4. Dez. 1929, VI A 1853/29; Erl. 1930 Nr. 362 = RStBl. 1930, 67 und v. 20. Aug. 1930, VI A 702/30; StBl. 1930 Nr. 1368), erscheint es nicht ausgeschlossen, auch Zahlungen eines Dritten als Entgelt aus einem, zu einem Dienstverhältnis (hier der Technischen Hochschule) bestehenden Dienstverhältnis anzusehen.

(RM., 6. Sen., Ur. v. 8. Nov. 1933, VI A 1971/32 S.)

Reichspatentamt.

1. Zur Frage der Einsicht in die Wichtigkeitsakten eines teilvernichteten Patents durch Dritte.

Während das Erteilungsverfahren ein amtliches Untersuchungsverfahren ist, das seinem Wesen nach dem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nahesteht, hat das Wichtigkeitsverfahren, wenn auch zum Teil Offizialgrundsätze Anwendung finden, überwiegend den Charakter der strittigen Gerichtsbarkeit, des Parteiverfahrens. An diesem sind aber an und für sich lediglich die jeweiligen Parteien beteiligt. Nur mit deren Zustimmung dürfen daher grundsätzlich die in einem Wichtigkeitsverfahren erwachsenen Akten Dritten offengelegt werden.

Bei Teilvernichtung eines Patentes werden die Wichtigkeitsakten einem am Verfahren unbeteiligten gewesenen Dritten in ständiger Amtsübung insoweit offengelegt, als er die Kenntnis in technischer und patentrechtlicher Hinsicht benötigt, um den Gegenstand (nicht den Schutzzumfang) des durch Teilvernichtung beschränkten Patentes festzustellen. Zu diesem Zwecke erscheint die von der Wichtigkeitsabteilung bewilligte Bekanntgabe ihrer Entsch. v. 6. April 1933 als im berechtigten Interesse der Antragsteller liegend; sie reicht aber zur Befriedigung dieses Interesses auch aus, da der Tatbestand und die Gründe jener Entsch. alles enthalten, was für die Teilvernichtung und damit für den Gegenstand des nunmehr beschränkten Patentes von Belang ist. Die Kenntnis des Klagevorbringens und des zwischen den Parteien und der Wichtigkeitsabteilung erwachsenen Schriftwechsels ist zum Verständnis der genannten Entsch. nicht erforderlich. Soweit

sich das Akteneinsichtsbegehren der Beschw. auf den übrigen Inhalt der Nichtigkeitsakten erstreckt, kann ihm danach keine Folge gegeben werden.

Wollte man die bloße Erhebung einer Nichtigkeitsklage zum Nachweis eines berechtigten Interesses genügen lassen, so wäre es jedermann möglich, sich durch die Einsicht in die Akten eines früheren Nichtigkeitsstreits Kenntnisse zu verschaffen, die unter Umständen über die Feststellung des Patentgegenstandes weit hinausgehen und unter Umständen zu einer Schädigung des Patentinhabers führen könnten. Das PatA. hat nicht das Recht, dem Kl. in einem Nichtigkeitsverfahren durch Offenlegung früherer Nichtigkeitsakten einseitig Hilfe zu leisten und ihm dadurch womöglichst erst Angriffsstoff gegen den Bestand des Patents zu liefern.

(RPatA., 13. Beschw.Sen., Entsch. v. 28. Nov. 1933, Ni V a 155/32, L 60 779 VI/48 a XIII B 365/33.)

Ber. von ORegR. Dr. Giese, Berlin.

II. Länder.

Preußen.

Preussisches Oberverwaltungsgericht.

Bericht von SenPräs. Geh. RegR. v. v. Kries u. RA. Dr. Görres, Berlin.

I. §§ 61 Nr. 2, 65 RD. Wertzuwachssteuer als Konkursforderung.

I. Eine Wertzuwachssteuer, über die ein Steuerbescheid noch nicht zugestellt war, die aber bereits durch einen Rechtsvorgang vor Konkurseröffnung über das Vermögen des Steuerschuldners ausgelöst war, hat als eine „betagte“ Forderung i. S. von § 65 RD. und als eine z. B. der Konkurseröffnung „fällige“ gemäß § 61 Nr. 2 RD. zu gelten.

II. Hat der Steuergläubiger es schuldhaft unterlassen, im Konkurs des Steuerpflichtigen einen bevorrechteten Steueranspruch weiter zu verfolgen und ist deshalb die Steuer nicht eintreibbar, weil die Konkursmasse zur Befriedigung nicht ausreicht, so kann der Steuergläubiger nicht mehr einen nur ersatzweise für die Steuer haftenden Dritten in Anspruch nehmen.

M. veräußerte laut Vertrag v. 29. März 1930 ein Grundstück in D. an die Eheleute S. Nach diesem Vertragsabluß geriet M. in Konkurs, bevor es zu seiner Veranlagung zur Wertzuwachssteuer gekommen war. Der bekl. RAusf. machte darauf seinen Steueranspruch durch Anmeldung eines Betrages von 1000 RM als bevorrechtete Forderung geltend, unterließ aber eine Weiterverfolgung des Vorrechts auf Grund § 61 Nr. 2 RD., nachdem der Konkursverwalter dieses Vorrecht bestritten hatte. Soweit der bekl. aus der Konkursmasse nicht befriedigt wurde, nahm er den Kl. S. als Ersatzhaftenden für die Steuer in Anspruch. Das DVG. stellte letztinstanzlich den Kl. von der Steuer frei.

Streitig unter den Parteien ist nur die Frage, ob die Voraussetzungen für die ersatzweise Heranziehung des Kl. gemäß § 14 StD. hier gegeben waren. Diese Frage ist im Gegensatz zum ersten Richter zu verneinen. Mit Recht hat Kl. geltend gemacht, daß der RAusf. in der Lage gewesen wäre, die Steuerschuld im Konkurs des Veräußerers als bevorrechtete Forderung beizutreiben.

Die Steuerschuld des Veräußerers war gemäß § 2 StD. i. Verb. m. § 1a KommAbgG. entstanden mit dem Abschluß des Veräußerungsgeschäfts v. 29. März 1930. Der bekl. war daher nach § 3 RD. berechtigt, seinen Steueranspruch, wie geschehen, als Konkursforderung anzumelden. Begründet war aber auch das Vorrecht der Steuerforderung gemäß § 61 Nr. 2 RD. Die Fälligkeit der Forderung war allerdings, da ein Steuerbescheid dem Steuerpflichtigen noch nicht zugestellt war, z. B. der Konkurseröffnung noch nicht eingetreten. Die Forderung mußte aber nach § 65 RD. als fällig gelten. Der Begriff der „betagten“ Forderungen i. S. jener Vorschrift muß allgemein auf alle solche Forderungen angewendet werden, die z. B. der Konkurseröffnung zwar bereits entstanden, aber aus irgendeinem Grunde noch nicht fällig waren. Der Rechtsatz des § 65 will dem Mangel der Fälligkeit — nicht der Entstehung — einer Konkursforderung abhelfen ohne Rücksicht darauf, ob es sich um eine ursprüngliche Hinauschiebung der Fälligkeit oder eine nachträgliche Stundung, um einen rechtsgeschäftlich festgelegten oder einen gesetzlichen oder behördlichen Fälligkeitsschub handelt (Jaeger, Komm. zur RD., 6. u. 7. Aufl., II Bd., S. 218, 219). Deswegen kann es für den vorl. Fall auch nicht von Bedeutung sein, daß, worauf der BezAusf. hinweist, z. B. des Erlasses der RD. der § 1a KommAbgG. noch nicht bestanden hat. Hierbei ist zu bemerken, daß jene Vorschrift des § 1a in erster Linie bezweckte, die Frage der Entstehung der Abgabenschuld bei direkten Steuern zu regeln, deren Veranlagung im Falle eines Wechsels des Wohnsitzes des Steuerpflichtigen in Frage gestellt war

(DVG. 55, 161; Röll-Freund-Surén, KommAbgG. S. 10 Anm. 2 b zu § 1a), während bei indirekten Steuern, zu denen die Wertzuwachssteuer gehört, schon früher hinsichtlich der Entstehung der Steuerschuld mit Bewirklichung des steuerpflichtigen Tatbestandes keine Bedenken bestanden. Im übrigen rechtfertigt aber auch der Wortlaut der allgemeinen Vorschrift des § 65 Abs. 1 RD. deren ausnahmslose Anwendung schlechthin auf jede Art von bei Konkurseröffnung bereits entstandenen, aber noch nicht fälligen Forderungen. Sie muß daher auch für eine Wertzuwachssteuer gelten, die durch einen Rechtsvorgang vor der Konkurseröffnung ausgelöst, über die aber ein Steuerbescheid noch nicht zugestellt war (vgl. Jaeger a. a. O. S. 138 Anm. 5 zu § 58; ferner S. 183 ff. Anm. 19—21 zu § 61). Hiernach kann der Auffassung des bekl., ihm könne aus der Unterlassung einer Weiterverfolgung seines Vorrechtsanspruchs kein Vorwurf gemacht werden, nicht beigetragen werden. Auch wenn er selbst Zweifel hinsichtlich des Erfolges hatte, hätte es ihm doch obgelegen, gegenüber dem Konkursverwalter eine Klarstellung im Prozeßwege herbeizuführen.

Der bekl. hätte auch volle Befriedigung aus der Konkursmasse erlangen können, wenn er seine Forderung ordnungsmäßig geltend gemacht hätte. Es liegt daher ein Verschulden des bekl. in der Beitreibung der Steuer vor, das den Grund für die Nichtbeitreibbarkeit der Steuer bildete. Die Folgen solchen Verschuldens hat der Steuergläubiger zu tragen.

(PrDVG., 7. Sen., Entsch. v. 22. Sept. 1933, VII C 199/32.)

2. §§ 76, 50, 33, 57 Abs. 1 Satz 1 u. 2, Abs. 3 PolVerwG.

I. Den Entsch. des StGH. wohnt keine bindende Kraft für Gerichte und Verwaltungsbehörden inne. Der § 76 PolVerwG. hebt in den bei Inkrafttreten des PolVerwG. schon bestehenden PolWD. die Androhung der Geldstrafe auf und ersetzt sie durch Androhung von Zwangsgeld.

II. Der VerwRichter kann eine streitige Vfg. nicht abändern oder durch eine andere ersetzen (§ 50 PolVerwG.). Nur bei „teilbaren“ Vfg. kann er die rechtmäßigen Gebote aufrechterhalten, die unrechtmäßigen außer Kraft setzen. Diese Grundsätze finden auch auf die Festsetzung von Zwangsgeld nach § 33 PolVerwG. Anwendung, da gegen diese die „gleichen“ Rechtsmittel wie gegen pol. Vfg. gegeben sind (§ 57 Abs. 1 Satz 1 PolVerwG.).

III. Der VerwRichter hat die Höhe eines nach § 33 PolVerwG. festgesetzten Zwangsgeldes nur auf ihre Rechtmäßigkeit, d. h. insbes. darauf nachzuprüfen, ob sie sich innerhalb der in §§ 33, 55 PolVerwG. und in der PolWD. festgesetzten Höchstgrenze hält. Die Abstufung des Zwangsgeldes innerhalb des vom Gesetz (PolWD.) aufgestellten Rahmens ist eine Zweckmäßigkeitsmaßnahme, die grundsätzlich nicht der Nachprüfung des VerwRichters unterliegt.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 57 Abs. 1 Satz 2 PolVerwG. Danach wird lediglich die Möglichkeit der Anrufung der RevJnst. dahin eingeschränkt, daß bei einem allein gegen die Höhe des (festgesetzten) Zwangsgeldes gerichteten Rechtsmittelangriff eine Rev. überhaupt nicht, also auch nicht bei Überschreitung des gesetzlichen Rahmens, zulässig ist.

IV. Bei „freier Beurteilung“ des RevRichters wird dieser nicht wie ein solcher, sondern wie ein Berufungsrichter oder VerwRichter erster Instanz tätig.

V. Reformatio in peius im Verwaltungsstreitverfahren.

Dem Kl. wurde durch Vfg. der Ortspol. in B. ein Zwangsgeld von 10 RM (2 Tage Haft) auferlegt, weil er entgegen der Vorschrift der DroschkenPolWD. seine Kraftdroschke vor einer Schankwirtschaft aufgestellt habe, ohne bestellt gewesen zu sein.

Nach fruchtloser Beschwerde erhob der Kl. Klage beim BezAusf., der das festgesetzte Zwangsgeld auf 5 RM (einen Tag Haft) ermäßigte.

Die gegen das Ur. des BezAusf. eingelegte Rev. ist erfolglos. Rechtsirrtümlich ist allerdings die Auffassung des BezAusf., den Entsch. des StGH. komme keine bindende Kraft für Gerichte und Verwaltungsbehörden zu und schon deshalb sei § 76 PolVerwG., der die ursprünglich in der DroschkenPolWD. vorgesehene Androhung von Geldstrafe durch eine solche von Zwangsgeld ersetze, auf Grund des Ur. des StGH. v. 21. Juni 1932 rechtsgültig. Zur Festlegung einer so weittragenden Wirkung hätte es ausdrücklicher Vorschriften bedurft, an denen es mangelt. Im übrigen genügt es, auf die längeren Darlegungen des Gerichtshofs zu dieser Frage in der Entsch. v. 1. Juni 1933¹⁾ zu verweisen.

Wie in jener Entsch. ausgeführt ist, handelt es sich bei dem „Zwangsgeld“ des PolVerwG. und insbes. bei dem Zwangsgeld nach § 55 PolVerwG. nicht um eine kriminelle Strafe, sondern um eine polizeiliche Zwangsstrafe, deren Einführung dem Landesgesetzgeber polizeiliche und für deren Ansetzung ohne Verletzung reichsrechtl. Bestimmungen die Anrufung der ordentl. Gerichte ausschließen sowie diejenige der Verwaltungsbeh. und Verwaltungsger.

1) JW. 1933, 2540¹⁾.

vorschreiben kann. Vermag aber der Landesgesetzgeber überhaupt solche Vorschriften über die Folgen eines Ungehorsams gegen PolW. zu erlassen, so steht ihm dieses Recht sowohl bezüglich erst künftig zu erlassender als auch bezüglich bereits vorhandener PolW. zu. Der § 76 PolVerwG. konnte daher rechtmäßig in den beim Inkrafttreten des PolVerwG. schon bestehenden PolW. die Androhung der Geldstrafe aufheben und durch die Androhung von Zwangsgeld ersetzen. Der Einwand des Kl., die durch § 76 PolVerwG. getroffene Regelung sei unzulässig, weil sie ihm die Anrufung der ordentl. Gerichte unmöglich mache, die wahrscheinlich günstiger für ihn entschieden hätten, geht also fehl.

Der BezAusSch. irrt ferner, wenn er annimmt, zu einer Milderung des festgesetzten Zwangsmittels, des Zwangsgeldes und der Ersahhaft, befugt zu sein. Nach § 46 PolVerwG. kann eine orts- und kreispol. Wg. von der Beschränkung der Zustanz sowohl auf ihre Rechtmäßigkeit als auch auf ihre Zweckmäßigkeit nachgeprüft und demgemäß auch dann abgeändert werden, wenn zwar der für das pol. Einschreiten gesetzl. zugelassene Rahmen nicht überschritten ist, aber aus Zweckmäßigkeitsgründen eine mildere Art des Einschreitens angezeigt erscheint. Ingegen kann die gegen den Beschränkungsweg, angestrebte Klage nach § 50 PolVerwG. nur darauf gestützt werden, daß der angef. Beschr., soweit er die angegriffene Wg. aufrechterhalten hat, das geltende Recht verletze. Der VerwRichter darf also lediglich die Rechtmäßigkeit des Beschr. (der Wg.) nachprüfen und gelangt demgemäß im Ergebnis regelmäßig entweder zu deren Außerkraftsetzung oder zur Abweisung der Klage. Er darf die streit. Wg. überhaupt nicht in der Weise abändern, daß die getroffene Regelung durch eine andere ersetzt wird; eine Abänderungsmöglichkeit bietet sich nur insofern, als bei sog. „teilbaren“ Wg. mit mehreren voneinander unabhängigen Geboten (Verboten) die Wg. insoweit, als die Gebote sich als rechtmäßig erweisen, aufrechterhalten und hinsichtlich der unrechtmäßigen Gebote außer Kraft gesetzt werden kann. Die Änderung kann also nur in dem völligen Wegfall eines Teiles der teilbaren Wg., nicht in der Ersetzung eines Teiles bestehen.

Nun handelt es sich bei der vorl. Festsetzung eines Zwangsgeldes nach § 33 PolVerwG. zwar nicht um eine pol. Wg. i. S. dieses Ges. Denn wenn auch der Festsetzung ein (Zahlungs-)Gebot innewohnt, so stellt sich dieses doch nicht als ein solches dar, welches, wie eine pol. Wg., unmittelbar die Herstellung polizeimäßiger Zustände zum Gegenstande hat; vielmehr wird lediglich die Zwangsgeldzahlung verlangt, welche allein keinen polizeiwidrigen Zustand beseitigt und erst den Betroff. dazu anhalten soll, nun auch das der Zwangsgeldfestsetzung zugrunde liegende pol. Gebot einer Beseitigung der Polizeiwidrigkeit zu befolgen.

Gleichwohl finden obige Ausführungen über pol. Wg. auch auf die Festsetzungen von Zwangsgeld nach § 33 PolVerwG. und ihre Nachprüfung Anwendung. Denn im § 57 Abs. 1 Satz 1 PolVerwG. ist ausdrücklich bestimmt, daß gegen die Festsetzung eines Zwangsmittels im Falle des § 33 die gleichen Rechtsmittel gegeben sind wie gegen pol. Wg. Kommen die „gleichen“ Rechtsmittel in Frage, so gelten naturgemäß auch alle einschränkenden Best., wie sie oben für die Beschr. und die Klage gegen pol. Wg. erörtert sind.

An diesem Ergebnisse ändert auch nichts die Vorschr. in § 57 Abs. 1 Satz 2 a. a. D., wonach von den Vorschr. über Rechtsmittel gegen pol. Wg. in einem Punkte abgewichen wird. Diese Best., welche sich nach dem voranstehenden Satz 1 a. a. D. lediglich auf das nach § 33 a. a. D. allein festsetzbare Zwangsmittel des Zwangsgeldes (und seiner Ersatzzwangsmittel) bezieht, lautet: „Falls jedoch lediglich die Höhe des festgesetzten Zwangsmittels angegriffen wird, ist neben der Beschr. nur die Klage gemäß § 49, nicht aber die Rev. gemäß § 51 gegeben.“

Anscheinend hat der BezAusSch. aus dieser Vorschr. die Zulässigkeit einer Zwangsgeldmilderung durch den erstinstanzl. VerwRichter entnommen und sich dem Komm. z. PolVerwG. von Friedrichs (Peymanns Verl. 1932) angeschlossen, der in Ann. 2 Nr. 4 zu § 57 PolVerwG. ausführt, daß die Möglichkeit solcher Milderung sich „durch Rückschlus auf § 57 Abs. 1 Satz 2“ ergebe. Dieser Auslegung kann jedoch nicht beigetreten werden. Aus § 57 Abs. 1 Satz 2 PolVerwG. ergibt sich nur, daß die Möglichkeit einer Anrufung der RevJust. eingeschränkt werden soll; und zwar soll diese überhaupt nicht, also selbst nicht bei Überschreitung des für die Zwangsgeldfestsetzung gesetzl. festgelegten Rahmens, angerufen werden können, falls es sich um einen lediglich gegen die Höhe des Zwangsgeldes gerichteten Rechtsmittelangriff handelt. Dafür, daß andererseits in solchem Falle oder sogar in allen Fällen — etwa zum Ausgleich — eine Erweiterung der Nachprüfungsrechte und -pflichten des erstinstanzl. VerwRichters bestimmt werden sollte, ist nach dem Sinn und Wortlaut des § 57 a. a. D. kein Anhalt gegeben. Insbes. kann nicht angenommen werden, daß dem erstinstanzl. VerwRichter die Prüfung der Höhe des Zwangsgeldes schlechthin übertragen werden sollte, also nicht nur hinsichtlich der Einhaltung der gesetzl. vorgeschriebenen Höchstgrenze, sondern auch hinsichtlich der nach Zweckmäßigkeits-

erwägungen vorzunehmenden Bemessung innerhalb des gesetzl. Rahmens. Denn dann würde eine Ausnahmeregelung allein für die Beurteilung der Höhe eines nach § 33 a. a. D. festgesetzten Zwangsgeldes bestehen; sonst kommt gegen die Festsetzung eines Zwangsmittels nach § 57 Abs. 1 Satz 2 PolVerwG. der RevRechtsweg überhaupt nicht in Betracht, und bei der Androhung ist sowohl die Auswahl des anzuwendenden Zwangsmittels (auch des Zwangsgeldes) als auch die Abstufung des pol. Einschreitens bei der Anwendung des einzelnen Zwangsmittels nach den von jeder bestehenden polizeirechtl. Grundfragen der Nachprüfung des VerwRichters regelmäßig entzogen, weil es sich hierbei um die Ausübung des pflichtmäßigen Ermessens der Polizei handelt. In einer solchen Ausnahme für das nach § 33 PolVerwG. festgesetzte Zwangsgeld würde eine derartig starke Abweichung von der oben dargelegten Regel des § 50 PolVerwG. liegen, daß, wenn sie vom Gesetzgeber gewollt gewesen wäre, dies ausdrücklich hätte bestimmt werden müssen. Da dies nicht geschehen ist, so erhellt aus § 57 Abs. 1 Satz 2 lediglich, daß allein für die RevJust. eine Besonderheit eingeführt ist, nicht aber für die beiden übrigen Instanzen; in diesen wird daher ein Angriff gegen die Höhe des Zwangsgeldes (nur) in demselben Umfange nachgeprüft wie jeder andere Angriff. Es darf also in der Klageinstanz nur die Rechtmäßigkeit der Höhe des Zwangsgeldes, d. h. im wesentl. die Einhaltung der in den §§ 33, 55 PolVerwG. und in der fragl. PolW. durch Rechtsnormen festgesetzten Höchstgrenze, nachgeprüft werden. Dem entspricht auch die Rspr. des OVG. bzgl. der früheren (angedrohten) Zwangsgeldstrafe nach §§ 132 ff. OVG. (OVG. 32, 387, 391).

In der Sache selbst bestreitet der Kl. nicht, gegen den Wortlaut des § 55 DroschkenPolW. verstoßen und außerhalb eines Halteplatzes, nämlich vor einer Gastwirtschaft, gehalten zu haben, „ohne bestellt“ gewesen zu sein. Gegen die Rechtsgültigkeit dieser Vorschr. bestehen keine Bedenken.

Hiernach erweist sich die angegriffene Zwangsmittelfestsetzung im vollen Umfange als gerechtfertigt, und zwar auch hinsichtlich der Höhe des Zwangsmittels; dessen Bemessung auf 10 RM, ersatzweise zwei Tage Haft, hält sich unterhalb der gesetzl. zulässigen Höchstgrenze, da nach §§ 33 Abs. 1 Satz 2, 55 u. 56 PolVerwG. für PolW. der Ortspolizeibeh. bis zu 50 RM (ersatzweise eine Woche Haft) angedroht werden dürfen und in dem in Frage kommenden § 62 DroschkenPolW. nach der durch § 76 PolVerwG. herbeigeführten Änderung bis zu 50 RM (ersatzweise eine Woche Haft) angedroht sind. Die Rechtmäßigkeit der Höhe ist im vorl. Falle auch vom RevRichter zu prüfen, da er bei freier Beurteilung nicht wie ein solcher, sondern wie ein VerR. oder wie ein VerwRichter erster Instanz tätig wird.

Dem Prüfungsergebnisse im vorl. Falle würde an sich die völlige Abweisung der Klage entsprechen. Darauf kann jedoch nicht erkannt werden, weil darin eine reformatio in peius für den Kl. liegen würde, der die auf Milderung des Zwangsmittels erkennende Vorentsch. allein angegriffen hat. Der bekl. RegPräs. hat diesen Mangel des erstinstanzl. Urts. nicht gerügt und weder Rev. noch AnschließRev. eingelegt. Unter diesen Umständen muß es bei der Entsch. des BezAusSch. trotz ihrer Unrichtigkeit verbleiben.

(PrOVG., 3. Sen., Urts. v. 5. Okt. 1933, III C 12/33.)

D. Ausländische Gerichte. Obertribunal Kannas.

Berichtet von Obertribunalsrichter Dr. Plümcke, Memel.

1. § 722 ZPO. spricht nur von der Zwangsvollstreckung aus dem Urteil eines ausländischen Gerichts. Wenn es auch angängig erscheint, den § 722 analog auch auf die Zwangsvollstreckung aus anderen Entscheidungen, wie z. B. Kostenfestsetzungsbeschlüssen, ausländischer Gerichte anzuwenden, so würde es doch zu weit gehen, die Anwendbarkeit des § 722 auch auf die Zwangsvollstreckung aus Vergleichen, die vor ausländischen Gerichten abgeschlossen sind, auszudehnen.

(ObTrib. Kannaß, v. 26. April 1933, Wo 70/23.)

Ber. von Obertribunalsrichter Plümcke, Memel.

Berichtigung.

In dem Aufsatz Schenk, „Einzelheiten zur Auerbenordnung des Reichserbhofgesetzes“: JW. 1933, 2609 muß es unter 1 d Zeile 4 statt „die Auerben der ersten Ordnung“ heißen „die gesetzlichen Erben der ersten Ordnung“.