



Juristische Wochenschrift

Herausgegeben von dem Reichsfachgruppenleiter der Fachgruppe
Rechtsanwälte des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen
Rechtsanwalt **Dr. Walter Raefe**, M. d. R.

Unter Mitwirkung der Mitglieder des Reichsfachgruppenrates:
Rechtsanwälte **Dr. Droege**, Hamburg; **Dr. Freih. von Hodenberg**, Celle; **Dr. Möffmer**, München;
Dr. Müller, Neustrelitz; **Dr. Noack**, Halle a. S.; **Dr. Römer**, Hagen; **Dr. Rudat**, Königsberg/Pr.;
Dr. Wilh. Scholz, Berlin, und Patentanwalt **Dr. Ulrich**, Berlin.

Hauptchriftleiter: Der Leiter des Presse- und Zeitschriftenamtes der Deutschen Rechtsfront,
Dr. jur. Freiherr Max du Prel, Berlin.

Verlag: **W. Moeser Buchhandlung**, Inh.: Oscar Brandstetter, **Leipzig C 1**, Dresdner Straße 11/13.
Fernsprecher Sammel-Nr. 72 566 / Drahtanschrift: Imprimatur / Postfachkonto Leipzig Nr. 63 673.
Geschäftsstelle in Berlin SW 48 Hedemannstr. 14. Fernsprecher Bergmann 217.

An die Bezieher der Juristischen Wochenschrift!

Auf Grund der von dem Präsidenten der Reichspressekammer unter dem 13. Dezember 1933 erlassenen Anordnungen wird folgendes bekanntgemacht:

1. Die Bestimmungen der von der Verlagsfirma W. Moeser Buchhandlung in Leipzig als Verleger der Juristischen Wochenschrift mit dem Deutschen Anwaltverein E. V., jetzt: Reichsfachgruppe Rechtsanwälte des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen E. V., abgeschlossenen Verträge sind im Einvernehmen beider Vertragsschließenden insoweit aufgehoben worden, als sie mit den Anordnungen des Präsidenten der Reichspressekammer vom 13. Dezember 1933 nicht in Einklang stehen.
2. Der Bezugspreis für die Juristische Wochenschrift ist von der W. Moeser Buchhandlung für die Zeit ab 1. Januar 1934 für sämtliche Bezieher auf monatlich 3,50 *R.M.* festgesetzt worden. Nur Studenten, Referendare und unbesoldete Assessoren zahlen einen Vorzugspreis von monatlich 3,— *R.M.* Für die Zeit ab 1. Februar 1934 beträgt der allgemeine Bezugspreis nur noch monatlich 3,— *R.M.*, der Vorzugspreis für Studenten, Referendare und unbesoldete Assessoren 2,50 *R.M.* Für die Folgezeit ist unter der Voraussetzung, daß eine entsprechend hohe Auflage erzielt wird, eine weitere Herabsetzung des Bezugspreises in Aussicht genommen. Der Preis des Einzelheftes ist auf 1,— *R.M.* festgesetzt.
3. Die Juristische Wochenschrift wird nach wie vor ihre vornehmste Aufgabe darin erblicken, durch die Veröffentlichung von Aufsätzen aus berufener Feder, durch Besprechung aller wichtigen Neuerscheinungen des juristischen Schrifttums und durch Veröffentlichung höchstrichterlicher Entscheidungen nebst gutachtlicher Stellungnahme zum Verständnis und zur Auslegung des geltenden Rechts beizutragen, außerdem aber die Belange der deutschen Rechtspflege und insbesondere der deutschen Anwaltschaft mit allen Kräften zu fördern.
4. Demgemäß hat der Verlag der Juristischen Wochenschrift den Reichsfachgruppenleiter der Berufsgruppe Rechtsanwälte des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen gebeten, auch weiterhin das verantwortungsvolle Amt als Herausgeber der Juristischen Wochenschrift beizubehalten.
5. Die Verlagsfirma hat sich verpflichtet, einen Teil des etwaigen Überschusses aus dem Vertriebe der Juristischen Wochenschrift der Reichsfachgruppe Rechtsanwälte des BNSDJ. zur Förderung von Belangen der deutschen Anwaltschaft zur Verfügung zu stellen.

6. Die Reichsfachgruppe Rechtsanwälte des BRSDJ. erwartet von allen deutschen Anwälten, daß sie auch weiterhin ohne jede Ausnahme die Juristische Wochenschrift als das wissenschaftliche und berufsständische Organ der deutschen Anwaltschaft im Einzelabonnement beziehen werden, um hierdurch der Juristischen Wochenschrift eine möglichst große Resonanz zu verschaffen und damit nicht nur der deutschen Anwaltschaft, sondern auch der gesamten deutschen Rechtspflege zu dienen. —

Der nach dem Ausscheiden der Juristischen Wochenschrift aus dem Etat der Reichsfachgruppe für die Erfüllung ihrer sonstigen Aufgaben im Interesse der deutschen Anwaltschaft als notwendig verbleibende Fachgruppenbeitrag, gegen den auch in Zukunft das Mitteilungsblatt der Reichsfachgruppe, das demnächst erscheinende Anwaltsverzeichnis und die Entscheidungen des Ehrengerichtshofes geliefert werden, wird selbstverständlich — unter Beibehaltung der progressiven Staffelung bei einem sehr geringen Mindestbeitrag — entsprechend herabgesetzt und in der nächsten Ausgabe des Mitteilungsblattes der Reichsfachgruppe bekanntgegeben werden.

Berlin, den 30. Dezember 1933.

gez. W. Moeser Buchhandlung,
als Verleger
der Juristischen Wochenschrift.

Der Reichsfachgruppenleiter
der Berufsgruppe Rechtsanwälte des BRSDJ.:

gez. Dr. W. Raefe,
als Herausgeber
der Juristischen Wochenschrift.

Das negative Interesse.

Von Oberlandesgerichtsrat Karl Wilhelm, Zweibrücken.

Fehring prägte den Ausdruck „Negatives Vertragsinteresse“ (DogmJahrb. IV, 16; s. Staudinger, Anm. 1 zu § 307 BGB.). Der Begriff soll nach Windscheid sich schon bei Savigny finden¹⁾. Natürlich war der Gedanke auch schon vor diesen Bearbeitern und Fortbildnern des römischen Rechts diesem bekannt. Windscheid bezeichnet den Ausdruck als nicht einwandfrei (Pandekten, 8. Aufl., Bb. II § 307 Fußn. 5 S. 230). Trotzdem hat er sich durchgesetzt, ja sogar im Schuldrecht des BGB. eine große Bedeutung erlangt. Darum müssen wir in dem modernen Bestreben vollständiges Recht zu schaffen, gegen diesen Fremdkörper in unserem Recht mißtrauisch sein und achtgeben, ob er nicht Unheil stiftet. Man muß zu dem Zweck dieser Untersuchung auf das römische Recht zurückgehen. Daß dieses jetzt in Deutschland nicht mehr in so übertriebenem Ansehen steht wie ehemals, ist berechtigt. Denn der Deutsche ist sich bewußt geworden, daß seine hochentwickelte Rechtshandhabung in Gesetzgebung, Wissenschaft und Gerichtstätigkeit nicht auf fremde Geistesarbeit zurückzugreifen braucht, um Ersprießliches zu leisten. Aber gerade der Begriff des Interesses im Rechtsförmigen ist vom römischen Recht und seinen deutschen Bearbeitern im 19. Jahrhundert mit großer Feinheit durchdacht worden. Überhaupt kann es auch dem modernen Rechtsbesessenen nur zum Vorteil sein, wenn er den geltenden Rechtszustand mit einem anderen vergleicht. Denn in der Rechtswissenschaft bleibt jener immer ein Stümper, der nur weiß, wie eine Entscheidung nach dem von ihm anzuwendenden Rechte getroffen werden soll, und nicht, wie es auch anders gemacht werden könnte. Gerade das römische Rechtssystem und seine Nachfolger, das französische und italienische, sind eine gute Schule des Geistes. Die Vergleichen spielt für die Rechtsausübung eine ähnliche Rolle wie in der modernen Chemie der Katalysator, um eine Reaktion zu erleichtern oder zu ermöglichen.

Dem negativen Interesse entgegengesetzt ist das positive, in der jetzigen Rechtsprache auch Erfüllungsinteresse genannt. Ich finde beide Ausdrücke nicht glücklich gewählt, weil sich der Laie bei ihnen nichts denken kann und namentlich den Unter-

schied nicht herausfindet. Wie einfach und deutlich sind dagegen die beiden (etwas anderes besagenden) Gegenätze vom mittelbaren und unmittelbaren Schaden. Der Ausdruck „negatives Interesse“ ist aber geradezu irreführend. Denn der durch eine unerlaubte Handlung verursachte Schaden ist doch etwas Positives und der Schädigung soll doch die Entschädigung genau entsprechen. Aber gerade bei der unerlaubten Handlung soll der Getäuschte, von Ausnahmen abgesehen (AB. 66, 335 = JW. 1907, 670) nur den negativen Schaden ersetzt verlangen können.

Das Interesse als Rechtsbegriff, der Schaden und der daraus entspringende Anspruch auf Ersatz haben zwei Wurzeln, Vertrag und außervertragliches Handeln (oder Unterlassen). Diese Unterscheidung machte schon das römische Recht. Der Schadenersatz wird behandelt bei der allgemeinen Lehre von den Verträgen und bei einzelnen Vertragsarten, besonders beim Kauf. Bei den Verträgen kann Irrtum unterlaufen oder arglistige Täuschung und Zwang verübt werden oder es wird mangelhaft oder nicht rechtzeitig erfüllt. Es gibt Mängel nicht bloß der Sache, sondern auch im Recht (Eviktionslehre). Der Schaden kann auch auf unerlaubter Handlung beruhen. Beide Schadensursachen können auch gleichzeitig wirken. Beim Vertrag kann eine unerlaubte Handlung begangen worden sein. Die arglistige Täuschung braucht nicht unerlaubte Handlung zu sein. Außerdem gibt es nach BGB. auch eine Schädigung durch sittenwidrige Handlung (§ 826). Der Hauptfall der unerlaubten Handlung ist die schuldhafte Verletzung (Delikt). Es gibt aber auch schadenstiftende Verurteilung ohne Verschulden (Handlungen Geisteskranker, Minderjähriger, Schaden, der verursacht ist durch Tiere oder Sachen — Quasidelikte). Je nach der Ursache des Schadens kann auch der Umfang seines Ersatzes verschieden zu bemessen sein²⁾.

Schaden ist im römischen Recht id quod interest (quod

¹⁾ Ich kann ihn allerdings an der von Windscheid angeführten Stelle bei Savigny nicht entdecken.

²⁾ Interessant sind die Schwierigkeiten, die noch jetzt diese Abgrenzung bereitet und die Erörterungen darüber in verschiedenen großen Prozessen und Prozeßserien in unserer Zeit, so die schiedsgerichtliche Erledigung der Alabama-Claims, der Klagen aus Anlaß der Tätigkeit des im nordamerikanischen Sezessionskrieg von den Südstaaten ausgerüsteten Kaperschiffes, die die Seever sicherungsraten in die Höhe schnellen ließ, weil die Alabama das einzige Kaperschiff der Südstaaten

oder quantum alicuius interest). Innerhalb dieser allgemeinen Begriffsfeststellung ändert sich der Umfang der Schadensersatzpflicht im Einzelfall, je nachdem es sich um schuldhaft oder nicht schuldhaft Schädigung handelt. Die Ersatzpflicht bei einfachem unverschuldetem Irrtum war weniger groß als bei dolus oder culpa. Dabei pflegten die Pandektenlehrer zur Erweiterung der Studenten die Schlussfolgerungen beim Verkauf des vermeintlich goldenen, in Wirklichkeit aber nur ehernen Gefäßes und den im 19. Jahrhundert sehr zeitgemäßen Irrtum über die Jungfräulichkeit der verkauften Sklavin abzuwandeln (l. 11 § 1 de contr. emt. [vgl. Wangerow, Pandekten III, § 604 Anm. II, 2d]). Die wichtigsten Quellenstellen über den Umfang des Schadensersatzes im allgemeinen sind l. 19 de peric. et comm. rei vend. (18, 6) und l. 21 § 3 de act. emti et vend. Die daran anknüpfenden, sich einander widersprechenden Stellen über den Umfang des mittelbaren Schadens sollte eine Konstitution Justinians abschließen, Cod. VII, 47 l. un. C. de sententiis quae pro eo quod interest, proferuntur (Wangerow a. a. O. S. 49). Durch dieses Gesetz wollte man einer übermäßigen Ausdehnung des mittelbaren Schadens vorbeugen. Wer das Gesetz verstehen und nicht bloß den toten Buchstaben, sondern auch die Gebräuche der südländischen Juristen kennen. Schon in der Zeit des späteren römischen Reiches war die Begabung für formales Recht und Prozeßführung weit verbreitet. Auch jetzt noch sind die südländischen Advokaten Meister in der Anwendung jener vielgeübten Unsitte, bei Einwendungen gegen Kaufpreisforderungen nicht bloß Mängelrügen, sondern auch überfetzte Schadensersatzansprüche zu stellen. Wer je Gelegenheit hatte, diese Advokaten bei der Prozeßführung zu beobachten, muß die vornehme Zurückhaltung ihrer nordischen Kollegen in der Art der Prozeßführung bestaunen. Das Justinianische Gesetz (Cod. VII, 47 l. un. . .) schob der Unsitte einen Kiegel vor, indem es bestimmte, daß der Schadensersatzanspruch in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam das Doppelte des Gegenstandeswertes nicht übersteigen darf. Das Doppelte wird gebildet durch die Summe des Wertes der Leistung und des Schadens durch die verspätete Leistung (RG. 4, 181). Wenn Justinian gemeint haben sollte, daß er damit eine alte Streitfrage beseitige, so hat er sich getäuscht. Denn die Auslegung ging jetzt von vorn an. Man kam mit Recht zu dem Schluß, daß wohl für Kauf und Miete, nicht aber für Delikt- und Quasideliktansprüche diese starre Grenze gelte (RG. 6, 204). Festzuhalten ist der Grundgedanke, daß der Schadensersatzanspruch bei Delikt nicht begrenzt werden darf wie bei Vertrag. Das römische Recht kannte auch bereits die doppelte Berechtigung des arglistig Getäuschten, den Gegner beim Vertrage festzuhalten oder den Vertrag anzusechten. Scharfsinnige Erörterungen knüpften sich an den Fall, daß der Betrug nicht vom Verkäufer, sondern von dem verkauften Sklaven ausging, ein heute unmöglicher Fall, dessen Bedeutung in der Lehre von dem nicht durch einen Vertragsschließenden, sondern von einem Dritten (z. B. von dem Vertreter einer juristischen Person oder dem gesetzlichen Vertreter eines Minderjährigen) verübten Betrug fortwirkt. Eine aus dem System herausfallende Besonderheit ist

war; die Versicherungsprozesse im Gefolge des Erdbebens von San Francisco, wo ein Teil des Schadens durch Erdbeben, ein Teil durch Feuer entstanden und mangels Eingreifens der anderswo beschäftigten Feuerwehre vergrößert worden war, und zuletzt die Ansprüche nach der Versenkung der Lusitania und die anderen von der deutsch-amerikanischen Kommission entschiedenen Klagen. Wenn auch damals auf Grund des mit Amerika geschlossenen Friedensvertrages indirekter Schaden ersetzt werden mußte, so doch nur der, bei dem eine deutliche Handlung die wirksame und nahe Ursache war (the efficient and proximate cause; Administrative Decision No. II). Seelische Leiden mußten nach der Lusitania-Opinion v. 1. Nov. 1923 (der allgemeinen Vorentscheidung) real and actual (nicht bloß sentimental and vague) sein. Hinsichtlich des Schadens der Versicherungsgesellschaften wurde entschieden (18. Sept. 1924), daß ihr Vermögensverlust mit dem durch die Versenkung des Schiffes verursachten Schaden abgeschlossen ist (The aggregate amount of the property loss became fixed when the ship sank and is neither increased nor diminished nor in any wise influenced by the amount of the insurance or re-insurance thereon).

die lex Aquilia, die von der Zufügung des Schadens an körperlichen Sachen handelt. Es war ein altes Gesetz, dessen Inhalt nicht mehr vollständig bekannt, sondern nur durch die römischen Kommentare überliefert ist. Ins System wurde es eingefügt, um dabei die Quasideliktansprüche (Beschädigung eines fremden Grundstücks, die auch im römischen Recht vorhandenen Tierhalterbestimmungen und die Besitzstörungen) zu erörtern (Windsch eid, Pandekten, Bd. 2 §§ 455—61).

Die Schadensersatzbestimmungen des BGB. unterscheiden sich von denen des römischen Rechts und der ihm folgenden romanischen Gesetzgebungen dadurch, daß sie im Allgemeinen Teil und im ersten (allgemeinen) Abschnitt des Obligationenrechts besonders ins Einzelne gehende Vorschriften enthalten, die ein Eingehen bei den einzelnen Vertragsarten des Schuldrechts entbehrlich machen. Das ist ein systematischer Vorzug und eine Folge der philosophischen, aufs Allgemeine gerichteten Begabung der Deutschen, kann natürlich in der Praxis seine Nachteile haben, weil die Bestimmungen zu allgemein gehalten und verschwommen werden und die Richter manchmal in Zweifel kommen, welche aus der Fülle der allgemeinen Vorschriften auf den einzelnen Fall passen. Das BGB. enthält außer den in allen Rechtssystemen notwendigerweise vorhandenen Bestimmungen über Mangel der Ernstlichkeit der Erklärung und Irrtum (118, 119, 122), arglistige Täuschung und Zwang (123) die besonders wichtigen, aber auch besonders verhängnisvollen Grundsätze über den Inhalt des Schadensersatzanspruchs (249—253, 281), über die Folgen des Verprechens einer unmöglichen Leistung (307, Begriffsbestimmung des negativen Interesses), über nachträglich eintretende Unmöglichkeit der Leistung (323—325) und Schuldnerverzug (326) bei gegenseitigen Verträgen. Bei den einzelnen Vertragsarten sind dann noch von Bedeutung 463 (Schadensersatz wegen Mangels einer zugehörten Eigenschaft [RG. 66, 335 und die daran sich anschließende Literatur, Modestus Lipsiensis]), 538, 557 (Schadensersatz bei Miete), 597 (Pacht), 627, 628 (Dienstvertrag; unzeitgemäße Kündigung, vertragswidriges Verhalten), 635 (Werkvertrag), 671 (Auftrag), 682, 687 (Geschäftsführung ohne Auftrag, Besorgung eines fremden Geschäftes [wichtig RG. 132, 76]). Dann kommen noch Delikte und Quasidelikte (823—853). Die familien- und erbrechtlichen Haftungsgrundsätze scheiden hier aus. In unserer Zeit spielen im Schuldrecht eine große Rolle die wegen der Umkehrung der Beweislast veränderten Grundsätze des HaftpflG. und KraftpflG., da durch die Technik Einrichtungen mit großer Betriebsgefahr für die Allgemeinheit Schadensursache wurden.

Der Fortschritt im BGB. beruht außer in einigen Neben Umständen, wie der Möglichkeit der Jubilierung von Geldrenten auch an unterhaltsberechtigte Hinterbliebene, Berücksichtigung eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, in der Hervorkehrung des Grundsatzes der Wiederherstellung des alten Zustandes³⁾. Er steht in § 249 BGB. an der Spitze des Schadensersatzrechtes. Auch bei der Aufwertung wurde er in den letzten Jahren wichtig. Der Schadensersatzanspruch unterliegt der freien Aufwertung, da er ursprünglich nicht auf Geld geht, sondern in einen Geldanspruch erst umgewandelt wird, wenn Wiederherstellung in natura nicht möglich oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend ist oder dem Verpflichteten wegen übermäßiger Höhe des Naturalersatzes nicht zugemutet werden kann (§ 251).

Durch diese Forderung der Wiederherstellung des alten Zustandes gewinnt die Frage nach dem Umfang des negativen Interesses besondere Bedeutung und ihre Beantwortung wird recht schwierig. Den Umfang des negativen Schadens bei arglistiger Täuschung hat für das geltende Recht unter Berücksichtigung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung RG. Dr. Krause: JW. 1929, 557 dargestellt. Ihm kam es bei seiner systematisch geordneten Darstellung der verschiedenen Möglichkeiten auf die Prüfung der Frage an, ob oder unter welchen Umständen der Getäuschte, wenn er beim Vertrage stehenbleibt, also z. B. die Kaufsache behalten will, daneben auch noch das negative Interesse verlangen kann.

In der Mehrzahl der Fälle, die die Rechtsprechung be-

³⁾ Vgl. Prot. z. Entw. d. BGB. Bd. I Nr. 45 S. 293; Mot. II, 19, 228.

schäftigen, ist der Käufer getäuscht worden. Es ist ganz natürlich, daß die überwiegende Zahl der Fälle, die an das RG. kommen, in denen es sich um höhere Streitwerte handelt, aus dem ernsthaften Großhandel stammen und dabei nicht mangelnde Zahlungsfähigkeit oder -willigkeit des Käufers Schaden verursacht hat. Diese Fälle spielen mehr bei den unteren Gerichten eine Rolle. Bei dem durch den Verkäufer verursachten Schaden sind die Möglichkeiten reichhaltiger. Neben Mangelhaftigkeit der Sache, Fehlen zugesicherter Eigenschaften kommt verspätete Lieferung in Betracht. Auf Seiten des Käufers kommt meistens nur die Verpflichtung zur rechtzeitigen Zahlung von Geld in Frage. Nicht nur in der Rechtsprechung, sondern auch in der Wissenschaft und in den Erläuterungsbüchern ist die am Käufer verübte Täuschung besonders ausführlich behandelt. Man hat den Eindruck, daß der Käufer durch Gesetzgebung und Rechtsprechung besser gestellt ist als der Verkäufer. Der Käufer hat gegenüber dem Betrug des Verkäufers nicht nur die Rechte aus §§ 123, 823, 826, sondern auch die Ansprüche aus 463. Der Käufer kann hier beim Vertrage stehenbleiben, also die Kaufsache behalten und das positive Erfüllungsinteresse beanspruchen (so schon Mot. II S. 229; RGRKomm. Anm. 4 zu § 463; 5b zu § 123; RG. 66, 335 = JW. 1907, 670; 103, 160; 132, 78 = JW. 1931, 2232). Die reichsgerichtliche Rechtsprechung führt in diesem Fall zu ganz befriedigenden Ergebnissen. Die Bedenken in dem Erläuterungsbuch von Staudinger scheinen mir für sich allein nicht gerechtfertigt. Die Gerechtigkeit verlangt aber, daß dann auch die Rechte des getäuschten Verkäufers entsprechend gestaltet werden.

Der Käufer kann nach der reichsgerichtlichen Rechtsprechung in Ausnahmefällen auch beim Vertrage stehenbleiben, also die Kaufsache behalten und Ersatz des negativen Schadens verlangen (Krauß: JW. 1929, 558 unter II, 1c; dies soll allerdings nach II, 2a und Fall bb) eine Ausnahme sein; vgl. dagegen Fall dd)). Die Rechtsprechung ist übrigens nach Krauß nicht einheitlich. Dafür paßt sie sich jedem Einzelfall gut an, und das ist mehr wert, als aus grundsätzlichen Erwägungen zu unbefriedigenden Ergebnissen zu kommen.

Dagegen hat der getäuschte Verkäufer nur den Anspruch auf das negative Vertragsinteresse, nämlich bei Anfechtung nach 123 und — wenn die Voraussetzungen dazu gegeben sind; dies ist aber nicht immer der Fall; denn arglistige Täuschung ist nicht gleich Betrug — den Anspruch aus unerlaubter Handlung nach 823 oder wegen sittenwidrigen Verhaltens des Gegners (826). In diesen Fällen (823 und 826) kann der Getäuschte auch beim Vertrage stehenbleiben. Eine Geldentschädigung kann er aber dann nur in Ausnahmefällen verlangen (vgl. Krauß a. a. D. Fall II, 1a gleich III [richtig IV], 5 = RG. 83, 245 = JW. 1914, 140), wenn der getäuschte Verkäufer nämlich beweisen kann, daß er von dritter Seite bessere Zahlungsbedingungen bekommen hätte⁴). In der Praxis wird er dann auch noch beweisen müssen, daß dieser dritte Reflektant zahlungskräftig war. Krauß tritt mit seinem Gerechtigkeitsgefühl und scharfsinniger Begründung dafür ein, daß 249 nicht starr im Sinne der Rückgabe der Kaufsache ausgelegt werde, sondern es soll nur „wirtschaftlich“ die frühere Lage wiederhergestellt werden. Diese elegante Lösung sieht auch die Möglichkeit der Geldentschädigung vor. Bemerkenswert ist, daß dieser Kenner des Problems den Grundsatz der Naturalrestitution lockern will.

Begrifflich und praktisch müßten beide Vertragsteile gleich behandelt werden. Denn der Betrug des Käufers ist doch nicht weniger verwerflich als der des Verkäufers. Man sollte also auch bei Arglist und strafbarer Handlung des Käufers wenigstens in manchen Fällen das Erfüllungsinteresse und nicht nur das negative Interesse zubilligen. Gerechtfertigt wäre die Behandlung des getäuschten Verkäufers nur dann, wenn das negative Interesse so groß wäre wie das positive. Das kann der Fall sein, ist es jedoch nicht immer. Das negative Interesse ist nach oben durch das positive Interesse begrenzt (§ 307 Satz 1). Im Regelfall ist das negative Interesse geringer (vgl.

Krauß a. a. D. II [richtig III] 4. Absatz S. 560, 2. Spalte). In der Regel ist das negative Interesse der Unterschied zwischen dem Kaufpreis und dem Wert der Sache (Krauß, II [richtig III] S. 561, 1. Spalte oben).

Für beide Arten des Interesses gilt im BGB. der Grundsatz der relativen Schätzung. Der Schaden ist nicht im allgemeinen, so wie er bei jedem Geschädigten eintreten würde, zu bemessen, sondern wie er bei dem bestimmten im Einzelfall vorhanden gewesenen Vermögen eingetreten ist (Staudinger, 9. Aufl., Anm. III, 1 Vorbem. vor 249 S. 116). Die rein individuellen Verhältnisse sind zu berücksichtigen. Schaden ist nicht bloß *damnum emergens*, sondern auch *lucrum cessans* (§ 252). Seine Grenze findet das positive Interesse an dem Grundsatz des adäquaten Kausalzusammenhangs, unter dessen Herrschaft das BGB. steht. Die Deliktshaftung geht natürlich mit Recht bei vorsätzlicher Handlung sehr weit (vgl. das Beispiel von der Körperverletzung durch Beschädigung einer Kiste, die mit irreführender Aufschrift als Inhalt Porzellan anzeigt, während tatsächlich ein Sprengstoff darin ist). Es fragt sich noch, ob oder inwiefern die positive Schadenshaftung den mittelbaren Schaden bei Schädigung auch dritter Personen und im Vermögen des unmittelbar Geschädigten umfaßt. Nach Staudinger (9. Aufl., Anm. III 2a—c, Vorbem. vor 249) umfaßt die positive Schadenshaftung auch den Schaden eines Dritten. Die obere Grenze liegt in dem gesetzlich zurechenbaren Kausalverlauf.

Diese einfache und zu befriedigenden Ergebnissen führende Schlußfolgerung wird nun in den Fällen, in denen nur negatives Interesse ersetzt werden muß, dadurch unterbunden, daß vorher gefragt werden muß, ob das Geschäft auch ohne die Täuschung zustande gekommen wäre. Diese Frage braucht nicht gestellt zu werden beim Betrug des Verkäufers, weil hier der Käufer, wenn er beim Vertrage stehenbleibt, das positive Erfüllungsinteresse verlangen kann.

Besonders lehrreich sind die Fälle, bei denen mittelbarer Schaden in Frage kommt. Das ist dann der Fall, wenn der getäuschte Vertragsteil im Vertrauen auf die vertragsgemäße Erfüllung des einen Geschäfts ein neues eingegangen ist, wie dies bei flottem Geschäftsgang die Regel und überhaupt wirtschaftlich wünschenswert ist. Der eine Vertrag, der gerade Gegenstand des Rechtsstreits ist, steht ja nicht abgesondert für sich allein, sondern bildet nur ein Glied einer Kette von anderen Geschäften. Dabei soll nicht an den übelberüchtigten Kettenhandel der Kriegszeit und der Zeit der Nahrungsmittel- und Textilienknappheit, sondern an ernsthaften Handel zur Weiterverarbeitung gedacht werden, der sich heute häufig nicht in der Form des Kaufvertrags, sondern des Werkvertrags abspielt.

Bei Haftung für negatives Interesse soll der Ersatz einer Vertragsstrafe ausgeschlossen sein, die der getäuschte Käufer einem Dritten zu zahlen hat (Staudinger, 9. Aufl., Anm. II, 1 zu § 307 BGB.). Wenn sich der Getäuschte die Ware anderweitig beschaffen kann und die Vertragsstrafe nicht zahlen muß, kann er sie natürlich vom Vertragsgegner des ersten Vertrags nicht verlangen. Falls der Käufer sich aber die Ware anderweitig nicht verschaffen kann, muß er doch die wirklich zu zahlende Strafe ersetzt verlangen können. Wenn der Verkäufer schon bei Vertragsschluß wußte, daß er nicht rechtzeitig liefern könne, und wußte, daß der Käufer die Vertragsstrafe zahlen müsse, hat doch das gleiche zu gelten, wie wenn der Verkäufer wider besseres Wissen eine Eigenschaft der Kaufsache zugesichert hat (§ 463). Wenn der Käufer eine Sache mit bestimmten Eigenschaften braucht, der Verkäufer dies weiß und die Eigenschaft zusichert, und wenn der Käufer im Vertrauen darauf, daß er eine Sache mit der zugesicherten Eigenschaft erhalten, diese in Kenntnis des Verkäufers nach Verarbeitung weiterveräußern will, dann aber, weil er nicht vertragsgemäß liefern kann, schadensersatzpflichtig wird, haftet der Erstverkäufer nach 463 für den ganzen Schaden im Ausmaße des positiven Erfüllungsinteresses. Aber wenn der Verkäufer einem Käufer gegenübersteht, der über seine Zahlungsfähigkeit unwahre Angaben macht, etwa die Belastung seines Grundbesitzes zu niedrig angibt, falsch geführte Bücher vorlegt, und auch verschweigt, daß er gar nicht zahlen will, etwa vom Verkauf

⁴ Vgl. für Täuschung des Käufers durch den Verkäufer die in diesem Punkt noch geltende Entsch. RG. 56, 51.

der gelieferten Ware leben oder in einem Vergleichsverfahren die Masse durch die auf Kredit erschlichenen Waren vergrößern will (was heutzutage oft vorkommt), so kann der Verkäufer nur das negative Interesse verlangen. Dieses umfaßt nicht einmal den Kaufpreis, wenn er etwas höher als gewöhnlich ist. Dies ist aber in der Praxis der häufigste Fall. Denn heute zählen die großen altbekannten Firmen die geringsten Preise. Danach kann allerdings ein Kaufmann, wenn er gute Preise zugestanden bekommt, vermuten, er stehe einem faulen Zahler gegenüber. Wo ist aber die Grenze? Wenn nun der Verkäufer in berechtigtem Vertrauen auf den Eingang der Zahlung seinerseits Rohmaterialien bestellt hat und der Käufer dies auch weiß, der Erstverkäufer dann schadensersatzpflichtig wird, weil er nicht rechtzeitig zahlen kann, dann kann er nicht Ersatz verlangen, weil das Geschäft ohne den Betrug nicht zustande gekommen wäre. Seine berechtigten Schadensersatzforderungen prallen ab an der Wand des negativen Interesses. Er ist ja nur Verkäufer. Ihm steht nicht § 463 zur Seite.

Für den Betrug des Käufers gelten nach der Entsch. RG. 138, 45 = JW. 1933, 42 die Grundsätze der ungerechtfertigten Bereicherung (§ 816). Das Geschäft ist als von Anfang an nichtig zu behandeln. Wenn der Käufer die Sache (allenfalls nach Ausbesserung) weiterveräußert, besorgt er ein fremdes Geschäft. Der Erstverkäufer kann die Ansprüche aus §§ 677, 678, 681, 682 erheben und Herausgabe dessen verlangen, was der Erstkäufer aus der Geschäftsführung erlangt hat. Dies ist für den getäuschten Erstverkäufer aber nur dann von Wert, wenn der Erstkäufer die Ware gut weiterveräußert hat, nicht aber, wenn er sie z. B. verschleudert hat, etwa um Bargeld zu bekommen. Gerade dieser Fall kommt aber heute so oft vor. Einen gerechten Ausgleich bekommt der getäuschte Verkäufer nur dann, wenn der bedungene Kaufpreis angemessen war. Bei der Entsch. RG. 138, 45 = JW. 1933, 42 handelte es sich um ein wertvolles altes Meisterbild. Der Erstverkäufer hatte es ohne Kenntnis seines hohen Wertes um 1500 RM losgeschlagen. Der Käufer ließ es restaurieren und dann um 109 250 RM versteigern. Dieses Vorkommnis ist nicht alltäglich. Es ist der umgekehrte Pandektenfall von dem Verkauf des ehernen Gefäßes und der jungfräulichen Sklavin. Rückgabe der Ware nützt dem getäuschten Verkäufer dann nichts, wenn er sie in absehbarer Zeit, weil selten ein Interessent kommt oder weil es sich um einen inzwischen veralteten Modeartikel handelt, um den alten Preis nicht mehr verkaufen kann.

Die Beschränkung des Schadensersatzes auf das negative Interesse kann aber auch bei der vom Verkäufer verübten Täuschung zu unerquicklichen Ergebnissen führen. Dies kann vor allem vorkommen, wenn der Käufer z. B. als juristische Person durch einen Vertreter handelt und der Vertreter gemeinsam mit dem Verkäufer den Käufer schädigt. Das RG. sagt dann, der Käufer könne als Schadensersatz von dem ungetreuen Vertreter oder dem Verkäufer nur das negative Interesse verlangen. Der Verkäufer und der ungetreue Vertreter hätten aber natürlich das Geschäft überhaupt nicht geschlossen, wenn sie nicht Gelegenheit gehabt hätten, den Käufer durch ihre strafbare Handlung zu schädigen und damit für sich einen strafbaren Gewinn zu erzielen. Das Geschäft wäre also, wenn man rechtmäßige Bedingungen hätte vereinbaren müssen, überhaupt nicht zustande gekommen. Der ungetreue Vertreter und der betrügerische Verkäufer können also unter dem Schutze der Rechtsprechung ihren auf strafbare Weise erworbenen Gewinn behalten. Derartige Geschäfte sind während der Inflationszeit gerade von volksfremden Elementen zum Schaden des deutschen Volksvermögens gern geschlossen worden. Damals wurden z. B. täglich zwischen 12 und 15 Uhr die Preise neu notiert. Wenn ein Verkäufer nachmittags eine Ware lieferte und der ungetreue Angestellte behandelte das Geschäft als Vormittagsgeschäft, so konnte er bei ausnahms-

weise steigendem Kurse der Mark, den der Verkäufer am Nachmittag durch Beobachtung des nachbörserlichen Freibehrs feststellen konnte, die Ware zum Vormittagskurse teurer absetzen; der Verkäufer bekam mehr Papiermark dafür, als er erhalten hätte, wenn er die Ware, wie es hätte geschehen sollen, zum Nachmittagskurse verkauft hätte. Zu diesem Kurs hätten aber der Verkäufer und der Angestellte das Geschäft nicht gemacht, weil es für sie unrentabel gewesen wäre. Somit kann der Käufer keinen Schadensersatz verlangen, weil das negative Interesse keinen Schaden ergibt. Diese Art der Entscheidung steht mit dem Geiste der durch RG. 66, 335 = JW. 1907, 670 eingeleiteten Rechtsprechung in Widerspruch.

Ich möchte daher vorschlagen, die Rechtsprechung über den Schadensersatz einer Änderung zu unterziehen und vor allem die Beschränkung auf das negative Interesse fallen zu lassen oder die Anwendung dieses Begriffes etwa auf die seltenen Fälle des § 307 einzuschränken. Es kommt mir vor, als sei er dem deutschen Rechtsempfinden fremd und wie in der Physik die Einsteinsche Relativitätstheorie nichtarischem Denken angepaßt. Unser Recht könnte mit den klaren, verhältnismäßig einfachen Gedankengängen des mittelbaren und unmittelbaren Schadens und des adäquaten Kausalzusammenhangs auskommen. Wenn die Zubilligung des negativen Interesses zu einem richtigen Ergebnis führt, kann man ja den Schadensersatz auf den Umfang des negativen Interesses beschränken.

Zur Rechtsvergleichung sei noch ein kurzer Blick in andere Rechtsordnungen gestattet. Wenn es auch bei der hohen Entwicklung des deutschen Rechts, soweit es von fremden Einflüssen frei ist, nicht von ausschlaggebender Bedeutung ist, was andere Rechtsordnungen bestimmen, so ist es bei dem Vorschlag einer Änderung doch gut, zu wissen, daß andere längst anwenden, was als Neuerung oder Rückkehr zu Altem vorgeschlagen wird. Frankreich und Italien kommen in dem erörterten Zusammenhang, so viel ich sehe, mit dem positiven Erfüllungszinteresse und mit dem mittelbaren und unmittelbaren Schaden aus. Ich weise nur auf folgende Bestimmungen hin: c. c. fr. 1109, 1116, 1117 entsprechen BGB. 119, 123 (Anfechtung); Schadensersatz wegen Nichterfüllung beim Vertrag 1146—1154, über den Umfang des Schadensersatzes 1151, nur unmittelbarer Schaden wird ersetzt, entspricht im System den §§ 249, 307 BGB.; beim Kauf 1641—1649, insbesondere 1644, 1645 unbeschränkter Schadensersatz, wenn der Verkäufer die Fehler kannte, entspricht 463 BGB. Der c. c. ital. enthält fast wörtlich die gleichen Bestimmungen: c. c. ital. 1108, 1115 (Anfechtung) entspricht dem c. c. fr. 1109, 1116; c. c. ital. 1229 gleich c. c. fr. 1151; c. c. ital. 1501, 1502 gleich c. c. fr. 1644, 1645. Delikttschaden: c. c. fr. 1382, 1383 gleich c. c. ital. 1151, 1152.

Mein Hinweis macht nicht eine Änderung des Gesetzes, sondern nur seiner Anwendung, der Rechtsprechung notwendig. Es muß doch zu Bedenken Anlaß geben, daß alsbald nach Einführung des BGB., nämlich in einem Urteil v. 21. Nov. 1903 (RG. 56, 47/51) das RG. in einer grundsätzlichen, in der Praxis häufig vorkommenden Frage der arglistigen Täuschung des Käufers durch den Verkäufer einen Standpunkt eingenommen hat, den es bald darauf (in einem Urteil vom 12. Nov. 1904: RG. 59, 155, vgl. 63, 110/113) wieder verließen hat. Die Scheidung der Schadensersatzfälle in solche, bei denen das positive Erfüllungszinteresse verlangt werden kann, und in solche, bei denen nur das negative Vertragsinteresse beansprucht werden darf, ist sehr schwierig. Bei unerlaubter Handlung in Verbindung mit Verträgen führt die Notwendigkeit der Prüfung, ob das Geschäft auch ohne die Täuschung zustande gekommen wäre, oft zu unbefriedigenden Ergebnissen. Überspitzte Rechtsbegriffe schaffen ein volksfremdes Recht, und das ist das Grundübel.

Die Rechtskraft der Entscheidungen der Auerbenbehörden.

§ 41 der 1. Durchf.WD. zum RErbhofG. bestimmt: „Die Höfe, gegen deren Eintragung kein Einspruch eingelegt ist, oder bei denen der Einspruch rechtskräftig abgewiesen ist, werden in die Erbhöferolle eingetragen.“ Zu ergänzen ist: „Ferner sind die Höfe in die Erbhöferolle einzutragen, welche in das gerichtliche Verzeichnis nicht aufgenommen sind, deren Eintragungsfähigkeit aber auf Einspruch hin rechtskräftig festgestellt ist.“

Ist der Einspruch darauf gestützt, der Hof sei zu Unrecht in das gerichtliche Verzeichnis aufgenommen, so hat die den Einspruch abweisende rechtskräftige Entscheidung zur Folge, daß der Hof in die Erbhöferolle aufzunehmen ist. Die gleiche Wirkung hat die dem Einspruch stattgebende rechtskräftige Entscheidung, wenn der Einspruch darauf gestützt ist, der Hof sei zu Unrecht nicht in das gerichtliche Verzeichnis aufgenommen.

Die Eintragung in die Erbhöferolle selbst hat nur rechts-erklärende, nicht rechtsbegründende Bedeutung (§ 1 Abs. 3 RErbhofG.); nicht die Eintragung bringt den Erbhof zur Entstehung, vielmehr legt das Gesetz mit seinem Inkrafttreten dem Hof die Erbhofeigenschaft bei. Der Eintragung in die Erbhöferolle ist auch nicht — gleichgültig ob sie auf Anordnung des Vorsitzenden oder auf rechtskräftiger Entscheidung des Auerbengerichts beruht — die Bedeutung beigelegt, daß die Eintragung für jedermann die bindende Feststellung der Erbhofeigenschaft habe: Das Verfahren betreffend Anlegung der Erbhöferolle stellt ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit dar (§ 46 RErbhofG.), deren Beschlüsse wohl formelle, aber keine materielle Rechtskraft erlangen (vgl. Schlegelberger, RErbhofG., 3. Aufl., § 16 Num. 8).

Die Rechtskraft, von der § 41 der 1. Durchf.WD. spricht, ist danach nur eine formelle. Bei Nachweis der Unrichtigkeit wird eine Eintragung in die Erbhöferolle, auch wenn sie auf rechtskräftiger Entscheidung des Auerbengerichts beruht, später gelöscht werden können.

Daß die Eintragung in die Erbhöferolle keine völlige Sicherheit über die Erbhofeigenschaft bringt, ist, von manchen Gesichtspunkten aus betrachtet, unerfreulich (es bleiben Zweifel, wie die Erbfolge sich gestaltet, ob zur Veräußerung, Belastung und Verpachtung die Genehmigung des Auerbengerichts erforderlich ist). Es fragt sich daher, ob die für den geschäftlichen Verkehr wünschenswerte Sicherheit auf andere Weise ein für allemal erreicht werden kann.

Außer dem Anlegungsverfahren kennt das Gesetz noch ein anderes Verfahren, in welchem ein bestehender Zweifel über die Erbhofeigenschaft zu entscheiden ist (§ 10 RErbhofG.). Da die Fristen der §§ 34, 36 der 1. Durchf.WD. bis zum Frühjahr 1934 laufen und nicht vor April 1934 mit der Anlegung der Erbhöferolle im ganzen Reich zu rechnen ist, so ist es erwünscht, daß die Erbhofeigenschaft in der Zwischenzeit gemäß § 10 RErbhofG. festgestellt werden kann. Zum anderen ist, wie ausgeführt, die Eintragung in die Erbhöferolle nicht bindend, während die ordentlichen Gerichte zur Entscheidung über die Erbhofeigenschaft nicht berufen sind (§ 40 Abs. 2 RErbhofG.).

Unterschiede der beiden Verfahrensarten bestehen einmal hinsichtlich des Kostenanlasses (§§ 49, 51 Ziff. 2 der 1. Durchf.WD.) und zweitens darin, daß in dem Verfahren nach § 10 RErbhofG. der Kreis der Antragsberechtigten erweitert ist (§ 61 der 1. Durchf.WD.). Außer dem Eigentümer und dem Kreisbauernführer ist jede Persönlichkeit antragsberechtigt, welche ein rechtliches Interesse an der Feststellung nachweist. Dazu werden unter Umständen die Erben sowie die Gläubiger des eingetragenen Eigentümers zu rechnen sein. — Der wichtigste Unterschied würde sich indessen ergeben, wenn festzustellen wäre, daß die Entscheidungen aus § 10 RErbhofG. der materiellen Rechtskraft fähig wären. Die Frage nach solcher Rechtskraft wird sich auch in anderen Fällen einstellen, welche von den Auerbenbehörden zu entscheiden sind: Entscheidung über Kassereneinheit, über Bauernfähigkeit einer Person, Entscheidung, ob nach dem in einer Gegend geltenden Brauch Altesten- oder Jüngstenrecht gilt, ob bei Inkrafttreten des RErbhofG. in einer Gegend Auerbenrecht Brauch und ob freie Bestimmung des Auerben durch den Bauern üblich gewesen ist — §§ 13, 18, 21 Abs. 3, 25 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 Abs. 2 RErbhofG. — (zu der Bauernfähigkeit gehört auch die Kassereneinheit — so § 51 Abs. 1 Ziff. 1 der 1. Durchf.WD. —; § 13 Abs. 3 Satz 2 RErbhofG. ist daher, weil durch § 18 gedeckt, zweckmäßig zu streichen; bei der jetzigen Fassung fällt das Fehlen des § 13 Abs. 3 im § 48 Abs. 2 RErbhofG. auf). Selbstverständlich sind alle diese Entscheidungen der formellen Rechtskraft fähig; sie können nach Ablauf der Rechtsmittelfristen nicht mehr angefochten werden. Das Eigenartige an den Entscheidungen ist, daß sie für weite Personenkreise von größter Bedeutung sind, und daß sie nach Form und Inhalt sehr wohl den Eindruck erwecken können, als beanspruchten sie Allgemeingültigkeit. Die nach § 21 Abs. 3 RErbhofG. mögliche Entscheidung eines Auerbengerichtes: „In dem (in Westfalen gelegenen) Orte A. gilt nach bestehendem Brauch Jüngstenrecht“ erinnert an die altdeutschen

Weistümer etwa des Inhalts: „Wir Schöppen zu Magdeburg sprechen vor Recht, daß an einem Orth Landes über der Elben Fleming genand nach Übung, Gebrauch und alter vermerter Gewohnheit deselben Orths Landes dermaßen gehalten wird, nehmlich...“ Während es sonst das Wesen des Rechtsstreits ist, daß das Gericht über das Bestehen subjektiver Rechte zu befinden hat, wird in diesen Entscheidungen und Sprüchen das bestehende objektive Recht festgestellt. Und es gewinnt den Anschein, als solle die ergehende normartige Entscheidung bindend sein für jeden, den es angeht, in Sonderheit für alle Einwohner des Ortes A. In der Tat wäre es im Interesse der Stetigkeit der Rechtspflege zu begrüßen, wenn eine derartige Zweifelsfrage über örtliches Wohnheitsrecht durch eine einmalige Entscheidung für alle Zeiten geklärt werden könnte, so daß widersprechende Entscheidungen nicht möglich wären; wenn sowohl die Auerbenbehörden als auch die ordentlichen Gerichte an die erfolgte formell rechtskräftige Entscheidung der Auerbenbehörde bei künftigen Streitfällen gebunden wären. Solche Bindung könnte das Vertrauen des Volkes in die Rechtspflege nur fördern.

Verfehlt wäre es m. E., die Frage nach der Rechtskraftfähigkeit der in Rede stehenden Entscheidungen damit abtun zu wollen, daß es sich auch hier (wie bei dem Verfahren betreffend Anlegung der Erbhöferolle) um Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit handele: Zwar erfolgt das Verfahren vor den Auerbenbehörden in Anlehnung an die Grundsätze des RErbhofG. (§ 46 RErbhofG.), doch handelt es sich, wie zu erörtern sein wird, um echte Streitigkeiten unter den Beteiligten, und es ist nicht der Rechtsweg, auf dem eine Entscheidung ergeht, für ihre Wirkung ausschlaggebend.

Die Entscheidungen aus §§ 10, 13, 18, 21, 25 RErbhofG. werden mehrfach zusammengefaßt und einheitlichen Grundsätzen unterstellt (§ 48 Abs. 2 RErbhofG.; § 49 Abs. 2 der 1. Durchf.WD.). Sie lassen sich in zwei Gruppen einteilen:

a) Entscheidungen über Erbhofeigenschaft und Bauernfähigkeit (Kassereneinheit mit umfassend) (§§ 10, 13, 15, 18). Hier handelt es sich um die Feststellung bestimmter Tatsachen, die von rechtlichen Gesichtspunkten aus zu beurteilen und zu bewerten sind.

b) Entscheidungen über das Bestehen bestimmter Gebräuche (§§ 21, 25). Hier handelt es sich um die Feststellung objektiven Rechts, eines Wohnheitsrechts.

Ein Vergleich mit der Feststellungsklage des § 256 ZPO. ergibt, daß dort die Feststellung bloßer Tatsachen oder Rechtsfragen ausgeschlossen ist und daß dort Gegenstand der Feststellung nur ein bestimmtes Rechtsverhältnis — das rechtliche Verhältnis einer Person zu einer anderen Person oder zu einem Sachgut — sein kann. Es bedeutet also eine bewußte Abkehr von den Grundsätzen des Zivilprozesses, wenn die Auerbenbehörden auf bestimmte Zweifelsfragen tatsächlicher oder rechtlicher Natur Antwort zu geben haben (ist der Hof A. als Erbhof anzusehen? Ist in A. Auerbenrecht Brauch gewesen?). Hatten wir festgestellt, daß die Entscheidungen der Auerbenbehörden in ihrer Form an die altdeutschen Weistümer erinnern, so erkennen wir jetzt, daß diese Ähnlichkeit nicht nur eine äußerliche ist, daß sie sich vielmehr auch auf den Inhalt bezieht. War es doch das Wesen der Schöffengerichte, daß der Richter bei den Schöffen das Recht erfragte, und daß die Schöffen als das Urteil die Antwort auf solche Fragen zu finden hatten.

Allerdings sind auch die Auerbenbehörden nicht zu bloßen Rechtsbelehrungen berufen: Nicht weil es im Dorfgerebe (oder am Bierisch) streitig geworden ist, welcher Brauch besteht, wird das Auerbengericht angerufen. Es muß vielmehr stets eine Beziehung der zu entscheidenden Frage zu einem bestimmten Tatbestand bestehen, aus dem heraus der zu lösende Zweifel entstanden ist und für den die Entscheidung Bedeutung haben soll. Für die zu a) genannte Gruppe ergibt sich das aus ihrer Natur, für die zu b) genannte Gruppe ergibt es sich aus dem Aufbau des Gesetzes: §§ 21 und 25 stehen im 3. Abschnitt des Gesetzes — Erbfolge kraft Auerbenrechts —, der beim Tode eines bestimmten Bauern zur Anwendung kommt. Daraus ergibt sich der Kreis der Beteiligten, welche antrags- und beschwerdeberechtigt und welche vor der Entscheidung zu hören sind (§§ 21, 48 RErbhofG., § 12 Abs. 2 der 1. Durchf.WD.). Dafür, daß auch nicht etwa der Kreisbauernführer zu Zweck der Rechtsbelehrung das Auerbengericht anrufen kann, spricht § 52 Abs. 5 der 1. Durchf.WD., welcher voraussetzt, daß in dem Verfahren ein Gegner des Kreisbauernführers vorhanden ist. — Sehr wohl möglich ist es, daß die zu entscheidende Zweifelsfrage in einem anhängigen Rechtsstreit oder im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit aufgetaucht ist; gefordert wird solche Anhängigkeit nicht.

1. Beispiel: Unäglich eines in der Familie A. im Orte A. ein tretenden Erbsfalls entscheidet auf Antrag des A. das Auerbengericht durch formell rechtskräftig werdenden Beschluß: „In dem Orte A. gilt nach bestehendem Brauch Jüngstenrecht.“

Eine Rechtskraftwirkung für ein späteres Verfahren könnte diese Entscheidung nur äußern, wenn in dem zweiten Verfahren dieselben Personen — also Angehörige der Familie A. beteiligt sind (vgl. §§ 325 ff. ZPO.).

Taucht die gleiche Frage nach einiger Zeit in der ebenfalls in

dem Orte X. wohnenden Familie B. auf, die in dem früheren Verfahren nicht gehört ist, so kann eine Bindung an die frühere Entscheidung nicht in Betracht kommen.

2. Beispiel: Der Bauer A., dessen Hof in die Erbhöfserie eingetragen ist, beantragt Eintragung einer Hypothek auf seinem Grundbesitz. Als das Grundbuchamt die Eintragung von der Genehmigung des Anerbengerichts abhängig macht, legt A. gegen dieser Zwischenverfügung Beschwerde ein mit der Begründung, sein Hof sei kein Erbhof, da er bereits seit 12 Jahren und noch auf sechs Jahre verpachtet sei. — über die Kernfrage: „Ist der Hof Erbhof“ hat nicht das Beschwerdegericht, sondern das Anerbengericht zu entscheiden (§ 40 Abs. 2 RErbhofG.). Da diese Entscheidung nicht etwa auf Ersuchen des Beschwerdegerichts, sondern auf Antrag des Beteiligten erfolgt, wird das Beschwerdegericht das Verfahren auszusetzen und dem Antragsteller aufzugeben haben, die Entscheidung des Anerbengerichts einzuholen (ähnlich §§ 95, 127 RZG.; vgl. Stein-Jonas § 148 IV; Baumbach § 148 Anm. 6 B RZG.).

Das angerufene Anerbengericht erwägt, daß verpachtete Höfe erfahrungsgemäß in besonderem Maße der Gefahr der Zurückstellung, der Veräußerung und des Verlustes der Hofeigenschaft ausgesetzt sind, und daß es nicht der Sinn des Gesetzes sein kann, die freie Veräußerung verpachteter Höfe zu begünstigen. In Anwendung des § 56 RErbhofG. legt es den § 1 Abs. 2 RErbhofG. eng aus, sieht „stündige“ Verpachtung nicht als vorliegend an und entscheidet: Der Hof des A. ist Erbhof. Damit erledigt sich die Beschwerde sowie der Eintragungsantrag des A. in der Hauptsache. Ist aber die Entscheidung des Anerbengerichts, welche formell rechtskräftig wird, für die Anerben- und Grundbuchbehörden bindend, wenn A. nach Jahresfrist einen neuen Eintragungsantrag stellt? Ist sie auch bindend, wenn A. die Hofeigenschaft jetzt deswegen in Frage stellt, weil der Hof keine Ackerparzelle bildet? (A. sagt: Der Hof weist zwar grundbuchmäßig eine Fläche von 7½ ha auf, dabei ist indessen mit vermessenen das Gebiet eines Sees, einer Tongrube, Unland, Bruchacker. Die landwirtschaftlich genutzte Fläche [§ 1 RErbhofG.] beträgt nur 6 ha bei geringer Bodenklasse). Und ist die Entscheidung auch nach dem

Tode des A. bei einem Streite über die Erbfolge bindend? Diese Fragen aufzuwerfen, heißt, sie verneinen.

Bei den Entscheidungen aus §§ 10, 18, 21, 25 RErbhofG. handelt es sich, wie erörtert ist, nur darum, eine Antwort auf gewisse Zweifelsfragen von zuständiger Stelle zu erhalten. Ein Urteil in dem Sinne einer Verurteilung — daß der Bekl. verurteilt oder daß der Kl. abgewiesen werde — ergeht nicht. Solche Verurteilung kann nur in einem anderen Verfahren ergehen, in dem die von dem Anerbengericht gefundene Entscheidung zur Urteilsunterlage gemacht wird. Das Anerbengericht spricht die Rechtsfolgen der von ihm gefundenen Zweifelslösung nicht aus — auch nicht etwa nach Art eines Urteils auf eine Inzidentfeststellungsklage nach § 280 ZPO. hin. Mit anderen Worten, das Anerbengericht schafft nur die Bausteine — freilich die Ecksteine — herbei, die eine friedliche Verständigung oder die Entscheidung eines streitigen Rechtsverhältnisses ermöglichen; es trägt nur die Urteilelemente zusammen. Diese Urteilelemente aber nehmen an der Rechtskraft nicht teil: Weder gelten Tatsachen deswegen als erwiesen, weil sie in einem früheren Verfahren festgestellt sind; noch hat der Richter einen Rechtsatz deswegen als gültig anzunehmen, weil er einer früheren Entscheidung zugrunde gelegt ist.

Das Ergebnis ist danach, daß die Entscheidungen der Anerbenbehörden aus §§ 10, 18, 21, 25 RErbhofG. der materiellen Rechtskraft nicht fähig sind, und daß in Sonderheit auch durch ein Verfahren nach § 10 RErbhofG. nicht in einer jeden Zweifel für alle Zeit ausschließenden Weise festzustellen ist, ob ein Hof als Erbhof anzusehen ist.

Unabhängig davon ist selbstverständlich die Frage, inwieweit die einmal ergangene Entscheidung kraft ihrer überzeugenden Gründe oder kraft des Ansehens des entscheidenden Gerichts (Erbhofgerichts, Reichserbhofgerichts) für künftige Fälle von Einfluß und Bedeutung ist. Die Gründe können so überzeugend sein, daß ein Zweifel im Sinne der genannten Gesetzesvorschriften nicht mehr besteht, und daß daher die Voraussetzung für ihre Anwendung fehlt.

WGR. Bode, Gießen.

Schrifttum.

Theodor von der Pfordten an die deutsche Nation. Fünf Aufsätze, eingeleitet von Staatsminister Dr. Frank. München, Berlin, Leipzig 1933. J. Schweizer Verlag (Arthur Sellier). 70 S. Preis broschiert 2,40 RM.

Zum Andenken an den am 9. Nov. 1923 vor der Feldherrnhalle in München als Kämpfer für die Fahne Adolf Hitlers gefallenen Oberlandesgerichtsrats von der Pfordten veranlaßte der bairische Staatsminister und Reichsjustizkommissar Dr. Frank die Herausgabe von fünf auch heute noch beachtlichen Aufsätzen des Verbliebenen. Damit hat sich Reichsjustizkommissar Dr. Frank, der selbst das Vorwort schrieb, ein außerordentliches Verdienst erworben. In seinem Aufsatz „Bureokrat und Streber“ hat von der Pfordten mit seinem Spott den Bürokraten und Streber in all seinen Erscheinungsformen dargestellt und ihm jenen Beamten entgegengesetzt, der als Ritter und Kämpfer, als Mensch mit Verständnis für die großen Fragen der Volksgemeinschaft mutig seinen geraden Weg geht. Als guter Kenner von Platons Staatslehre erweist sich von der Pfordten in seinem Aufsatz „Das Beamtenideal bei Plato und seine Bedeutung für die Gegenwart“. Er zieht aus der Lehre Platons die Erkenntnis, daß die Herrschaft der geistig und sittlich Tüchtigsten, ein Beamtenadel, notwendig sei, der allen wirtschaftlichen Kämpfen entruht, ausschließlich der hohen Aufgabe lebt, den Staat zu ordnen und zu lenken, nichts für sich, alles für das Gemeinwohl zu erreichen sucht, dem aber auch die Machtmittel zu Gebote stehen, um das als richtig erkannte durchzusetzen. In seinem Aufsatz „Die Tragik des Idealismus“ bekennet sich von der Pfordten klar und eindeutig zum steten idealistischen Streben, das auch dann den Menschen erfüllen müsse, wenn er auch vorübergehend Enttäuschung erlebe, denn ein Handeln ohne den Glauben an Ideale wäre ein ohnmächtiges Dahingleiten in den reißenden Strudel eines sinn- und zwecklosen Geschehens. Von der Pfordten hatte Ideale und stark für sie als leuchtendes Beispiel eines idealistischen Kämpfers. Mahnend und werbend wendet sich von der Pfordten in seinem Aufsatz „Aufruf an die Gebildeten deutscher Blutes“, der im „Völkischen Beobachter“ am 27. Juli 1923 erschien, an die Gebildeten Deutschlands, fordert sie auf, nicht abseits zu stehen und ihre Kraft einzusetzen für die Wiegergeburt des deutschen Volkes. Bedeutend schließt er mit den Worten: „Die Stunde ist da, sorgt dafür, daß sie euch auf der rechten Stelle, auf der Seite eurer deutschen Brüder findet!“ Als Vermächtnis hinterließ von der

Pfordten seinen Aufsatz „Der weltgeschichtliche Sinn der völkischen Bewegung“, der an seinem Todesstag im „Heimatland“ erschien. „Wir stehen heute an einer Weltwende“, so sagt er, „ein Zeitalter stirbt, ein neues wird unter furchtbaren Wehen geboren.“ Die Weltwende, für die Theodor von der Pfordten gekämpft und gelitten hat, ist inzwischen wie ein Frühlingsbrauen über Deutschland gekommen. Die Sehnsucht des aufrechten deutschen Mannes, des charaktervollen Beamten und Richters, des mutigen Streiters für Deutschlands Auferstehung ist erfüllt. In seinen Aufsätzen hat er sich ein bleibendes Denkmal gesetzt.

DRegR. Schraut, Berlin.

Dr. G. Schwinge, o. Prof. des Strafrechts und Dr. W. Siebert, Privatdozent für Bürgerliches Recht: Das neue Untreneustrafrecht in strafrechtlicher und zivilrechtlicher Beleuchtung. Berlin 1933. Verlag Franz Vahlen. 73 S. Preis 2,20 RM.

Die Fälle neuer Gesetze und Novellen, die infolge der Revolution fast jeden Tag veröffentlicht werden, stellt die Praxis, die Lehre und, wie ganz sicher nicht übersehen werden darf, auch den Unterricht vor außerordentliche Schwierigkeiten. Das vorhandene Material der Literatur und Jurisprudenz veraltet zusehends. Die Zweifel, wie weit namentlich die Novellengegebung ihre Wirkung über die unmittelbaren Materien ausdehnt, tauchen allerorts auf. Und die wissenschaftliche Arbeit ist einfach nicht in der Lage, den ungeheuren Stoff so rasch und so entsprechend zu verarbeiten, wie es die Praxis verlangt, eine Tatsache, die dem Gesetzgeber auch unserer Tage die ernste Frage nahelegt, ob nicht die Reform des Rechtes in ruhigere Bahnen gelenkt werden müßte. Dies um so mehr, als doch sicher nicht alle Novellen der letzten Zeit durch weltanschauliche oder andere Notwendigkeiten bedingt sind.

Sind nun diese Gefahren der Jetztzeit nicht zu übersehen, so ist es um so erfreulicher, wenn ernsthafte wissenschaftliche Arbeit eine Einzelmaterie in durchdringender Dogmatik so vorzüglich zur Darstellung gebracht hat, wie das die vorliegende Arbeit mit dem Untreneustrafrecht getan hat. Es war ein ausgezeichnete Gedanke, daß sich der Kriminalist mit dem Zivilist zusammengefunden hat, um gesetzliche Bestimmungen inhaltlich zu entwickeln, bei denen sich Fragen des Strafrechts und des Privatrechts auf das engste verbinden und so eine Fülle von Schwierigkeiten und Problemen entstanden ist, die die Praxis und Theorie schon lange beschäftigt haben. Die Verf. haben

es dabei in anerkannter Weise verstanden, einmal die Verbindung mit dem bisherigen Recht herauszuarbeiten und damit aufzudecken, was an Fragen von diesem noch übriggeblieben ist, was daher von Literatur und Judikatur zu § 266 a. F. noch verwertbar ist; ferner besonnen kritisch auch zu dem neuen Recht Stellung zu nehmen; endlich die Einwirkungen der neuen Gesetzesbestimmung auf die strafrechtlichen Nebenbestimmungen zu verfolgen, wemgleich dieser Teil der Arbeit mir etwas weniger erschöpfend behandelt und daher noch weiter ausbaufähig zu sein scheint. Die Methode der Darstellung ist stets eine überaus erfreuliche. Bei aller Begriffsschärfe, die wissenschaftliche Dogmatik niemals vermessen lassen darf, treffen wir nirgends eine Überpigung, eine Selbstzweckwerdung des Begrifflichen. Alle Problematik, der die Verf. nachgehen, stammt aus dem Leben und endet im Leben. Die reiche Kasuistik (vgl. insbes. S. 62—71) macht die Arbeit zu einem wirklich vorzüglichen Hilfsmittel für die Praxis und beweist, welche richtige Vorstellung die Verf. von den Funktionen ihrer Wissenschaft haben, einer Wissenschaft, die moderne Vertreter des Strafrechts sehr zu Unrecht als Rechtskunde im Gegensatz zu einer uns anderen unverständlichen Rechtswissenschaft setzen zu können glauben. Kurz alles in allem: eine wirklich gelungene dogmatische Arbeit, die in keiner Gerichts- oder Anwaltsbibliothek fehlen sollte, eine Arbeit, die man geradezu als Musterbeispiel richtiger dogmatischer Untersuchung bezeichnen kann.

Auf die Einzelheiten der Ausführungen der Verf. einzugehen, verbietet die Fülle des Stoffes, der in zwölf gut gegliederten Abschnitten zur Darstellung gebracht wird. Es mag nur auf besonders wichtige Ergebnisse hingewiesen werden. Zutreffend werden aus § 266 n. F. drei Tatbestände entwickelt, die untereinander im Verhältnis strenger Subsidiarität stehen: der Mißbrauchstatbestand, seinem Wesen nach notwendig an das Zivilrecht gebunden; der zivilrechtlich gebundene Treubruchstatbestand, d. h. Verletzung einer kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags oder Rechtsgeschäftes zivilrechtlich gültigen Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen; der rein strafrechtliche oder tatsächliche Treubruchstatbestand, d. h. Verletzung einer kraft eines tatsächlichen Treuverhältnisses bestehenden Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen. Daß der dritte Tatbestand die Gefahr der Überspannung in sich trägt, ist nicht zu verkennen, wie denn auch die Verf. durchaus mit Recht vor einer sinnwidrigen Überpannung des Tatbestandes warnen (S. 17). Ob sie allerdings ihrer Warnung selbst immer eingedenk geblieben sind, kann bei einzelnen Entscheidungen zweifelhaft erscheinen (S. 49 f., 56 u. a. m.). — Gut herausgearbeitet ist bei Darstellung der Pflichtwidrigkeit der Untreuehandlung der Satz, daß zwischen den vom Täter zu wahrenden und den von ihm verletzten Interessen Identität bestehen muß (S. 38). Ebenso ist zutreffend für den zivilrechtlich gebundenen Treubruchstatbestand der Satz entwickelt, daß die Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, der typische und wesentliche Inhalt des Innenverhältnisses sein muß (S. 33), ein Satz, dessen Anwendung allerdings insolge seiner nicht zu vermeidenden Relativität ganz besonders schwierig ist. — So könnte ich noch auf manche wertvolle Ergebnisse hinweisen. Der Raum reicht nicht aus. Das Ausgeführte mag genügen; soll es ja doch auch im wesentlichen nur die Berichtigung unserer Gesamtwertung dartun.

Daß bei dem inhaltlichen Reichtum der Arbeit der Widerspruch im einzelnen nicht ausbleiben kann, ist selbstverständlich. Auch hier können, ohne zu erschöpfen, nur einzelne Punkte und auch diese nur mehr andeutend herausgegriffen werden. Fraglich erscheint mir, ob wirklich der Vormund, der die Interessen der Gläubiger des Mündels benachteiligt, deshalb keine Untreue begehen kann, weil deren Vermögensinteressen nicht in seinen Pflichtenkreis hineingehören (S. 39). Muß nicht der, der fremdes Vermögen zu verwalten befugt ist, dies in objektiver Weise tun? Ist ihm, indem ihm das fremde Vermögen ausgetrauert ist, nicht auch die Interessenwahrung der Gläubiger anvertraut, und könnte man von diesem Gesichtspunkt aus nicht zur Bestrafung eines rein strafrechtlichen Treubruchstatbestandes kommen? Die Verf. werden das Problematische der Frage, die ich hier nicht entscheiden will, anerkennen. Ferner: Unmöglich erscheint mir der Satz, daß der Testamentsvollstrecker, der die Nachlassschulden in der Absicht, die Gläubiger um ihr Geld zu bringen, erledigt, nach § 266 nicht gestraft werden kann (S. 40). Fremde Vermögensinteressen nimmt doch auch der wahr, der in einem Liquidationsverfahren Gläubiger zu befriedigen hat. Ebenfalls lehne ich den Satz ab, daß sich der Konkursverwalter durch Schädigung der Interessen der Aus- und Absonderungsberechtigten keiner Untreue schuldig machen kann (S. 41). Durch die Konkursbeschlagnahme geht das Vermögen, so wie es da ist, rein körperlich betrachtet, in die Hand des Konkursverwalters über. Die Aussonderungsgegenstände gehen mithin auch in seine Hand über. Hier scheint mir die Annahme unzutreffend, daß seine Verpflichtung, fremde Gegenstände aus der Masse auszuscheiden, keine Pflicht sei, die zum wesentlichen Inhalt seines Amtes gehörte. Seine wesentliche Verpflichtung ist, wie die Verf. doch nicht leugnen können, Vereinfachung der Verteilungsmasse, damit denn aber auch untrennbar verbunden die Bereinigung der vorgefundenen Masse. Ebenso nehme ich Möglichkeit der Untreue des Zwangsverwalters hinsichtlich der Mieter und Pächter an (S. 42). Auch Widersprüche prinzipieller Art wären an-

zuzuwenden, so wenn die Verf. Rechtswidrigkeit als materielle Sozial-schädlichkeit auffassen (S. 46), oder wenn die Verf. die mutmaßliche Einwilligung des Verletzten als Rechtfertigungsgrund annehmen (S. 51). Aber es würde zu weit führen, auf diese Fragen hier einzugehen. Das Gesagte muß daher genügen, um zu beweisen, welche Schwierigkeiten die Einzelentscheidung auch heute noch macht. Zum Erlaß der Einzelentscheidung das notwendige Material aber bereitgestellt zu haben, und zwar in mustergültiger Weise, ist das unbefreitbare Verdienst der hier besprochenen Arbeit, die daher als wertvolle Neuerscheinung der strafrechtlichen Literatur, so beschränkt auch ihr Thema ist, nur mit Freude begrüßt werden kann.

Prof. Dr. Heinrich Gerland, Jena.

Dr. iur. Dr. phil. **Gustav Adolf Walz**, Privatdozent an der Universität Marburg: **Völkerrecht und staatliches Recht**. Stuttgart 1933. Verlag von W. Kohlhammer. XXI u. 503 S. Preis brosch. 18 RM, in Halbleder 21 RM.

In der Ergründung des Verhältnisses von Völkerrecht und staatlichem Recht ist die wissenschaftliche Forschung nie zur Ruhe gekommen. Seit dem Erscheinen des fundamentalen Werkes von Heinrich Triepel im Jahre 1899 haben sich die verschiedenen wissenschaftlichen Schulen mit diesem Problem befaßt und sind dabei zu den verschiedensten Theorien gekommen. Das Werk von Walz hat sich daher die verdienstvolle Aufgabe gesetzt, all diese theoretischen Grundeinstellungen einmal zusammenfassend darzustellen, sich kritisch mit ihnen auseinanderzusetzen, um dann, unter weitgehendster Berücksichtigung der seitigeren Entwicklung im zwischenstaatlichen Rechtsleben und unter stärkster Beachtung der reichhaltigen und vielverzweigten Rechtspraxis, neue Wege zu gehen und eigene Erkenntnisse zu entwickeln. Sein Werk ist eine erneute umfassende Prüfung all der Probleme, die, sowohl theoretisch als auch praktisch, von der Beurteilung des Verhältnisses zwischen Völkerrecht und staatlichem Recht abhängen. Damit hat er, in Fortführung seines 1930 erschienenen Buches „Das Wesen des Völkerrechts“, ein schwieriges, aber praktisches und bedeutungsvolles Problem bearbeitet und für die weitere Diskussion gefördert.

Im ersten Teil seines Werkes gibt Walz eine eingehende Auseinandersetzung mit den Theorien von Triepel, Anzilotti, Verdross, Kelsen, Wenzel, Krabbe, Jah, deren Hauptwert in der begründeten und prägnant formulierten Darstellung der bisher vertretenen Anschauungen liegt und die überdies eine wesentliche Klärung der Begriffe bringt. Sie ist eine logisch-konsequente und klare Entwicklung der verschiedenen Konstruktionsmöglichkeiten des Verhältnisses Völkerrecht und Landesrecht. Das Besondere des Walz'schen Werkes ist die weitgehende Berücksichtigung, ja man muß sogar sagen Zugrundelegung eines umfassenden Rechtsfaktensmaterials, mit anderen Worten, ein theoretisches Erkenntnisstreben auf Grund der praktischen Rechtserschaffung. Dabei bekennt sich Walz zu einer streng positivistischen Rechtskonstruktion, die in ihrer Konsequenz sogar soweit geht, jeden Versuch einer direkten Jurisprudenz des Rechts auf die Ethik als dem Positivismus widersprechend zu erklären. Der eigentliche Sinn des richtig verstandenen Rechtsbegriffes liegt darin, „daß alles positiv gewordene Recht um seiner Positivität willen gelten soll und zu achten ist“ (S. 258). Diese Konsequenz geht wohl zu weit, denn wie sollte das Recht auf die Dauer die ihm zugewiesene ethische Ordnungsfunktion erfüllen, ohne den tiefen und ständig fließenden Zusammenhang mit dem Reich der objektiven Werte. Das Recht, und sei es auch nur in einer theoretischen Analyse, lediglich unter dem Gesichtswinkel der jeweiligen positiven Seinsform zu betrachten, wäre zu rechtsformalistisch gedacht und dem Wesen des Rechts als der jeweiligen Konkretisierung normethischer Denkens abträglich.

Was aber das eigentliche Verhältnis zwischen Völkerrecht und staatlichem Recht angeht, so bekennt sich Walz zu einem reformierten Dualismus, oder, wie er es nennt, zu einer „pluralistischen Gliederung des Rechtsuniversums“. Er bekämpft die monistische Rechtskonstruktion, und zwar vor allen Dingen den radikalen Monismus, den er als mit dem „positiven Rechtsmaterial“ unvereinbar betrachtet und gegen den er den wohlberechtigten Vorwurf erhebt, daß er die staatlichen Rechtsordnungen nur als „Ausgliederungen“ der Völkerrechtsordnung „delegiere“. Schon weniger ablehnend wird seine Argumentation gegen den sog. relativen Monismus, der einen ziemlich starken Anhängerkreis hat, und der die grundsätzliche Pflicht der „Geltungsmediatisierung“ des Völkerrechts durch die Staatsrechtsordnungen ebenso wie das Faktum der staatsrechtlichen Positivität der völkerrechtswidrigen gesetzten Staatsakte anerkennt, gleichwohl aber die Völkerrechtsordnung als eine über den Staaten stehende Universalrechtsordnung voraussetzt. Walz gibt schließlich auch zu, daß diese Konstruktion, „solange sie den vorgefundenen Tatsachen der Rechtserschaffung voll Rechnung trägt, zweifellos möglich ist“ (S. 259).

Für Walz bleibt also nur die dualistische oder pluralistische Konstruktion als letzte theoretische Möglichkeit, wobei er sich aber von der herkömmlichen dualistischen Rechtskonstruktion dadurch unterscheidet, daß er sie in ihrer „reinen Form“ ablehnt, angeichts der Tatsache, daß das Völkerrecht die Staatsrechtsordnungen doch immerhin rechtlich verpflichtet. Er bekennt sich statt dessen zu einem revidierten, man könnte auch sagen modernisierten Dualismus, oder wie es Walz darstellt, zu einer „pluralistischen Gliederung des Rechtsuniversums“, innerhalb dessen die einzelnen Staatsrechtsordnungen doch teilweise der Obergeltung des Völkerrechts unterworfen sind, selbst wenn auch faktisch gleichwohl die Möglichkeit dissentierender einzelstaatlicher Normierungen innerhalb dieser partiellen Rechtsgebundenheit gegeben ist. Das Rechtsuniversum stellt sich nach Walz also dar als eine nur partielle Völkerrechtsunterworfenheit auf dualistischer Grundlage. Wo diese partielle Völkerrechtsunterworfenheit endet, da beginnt aber für Walz die Sphäre „de la compétence exclusive“, d. h. der „ausschließlichen nationalstaatlichen Zuständigkeit“. Walz unterscheidet sich von der herkömmlichen dualistischen Rechtskonstruktion also doch immerhin dadurch, daß er, trotz entschiedener Zurückweisung des völkerrechtlichen Primats, in dem aufgezogenen Umfang eine rechtliche Kontinuität im Verhältnis zwischen Völkerrecht und staatlichem Recht anerkennt.

Vielleicht hätte Walz noch einen Schritt weiter getan und wäre der monistischen Rechtskonstruktion noch etwas näher gekommen, wenn er den Begriff des „Rechtsmißbrauches“ untersucht hätte, demzufolge eine Frage der ausschließlichen nationalstaatlichen Kompetenz möglicherweise dann in die Sphäre der völkerrechtlichen Erheblichkeit kommt, wenn die dem Einzelstaat belassene Kompetenz offensichtlich mißbräuchlich ausgeübt wird. Ohne Zweifel hätte eine solche Prüfung dazu geführt, die zugestandene partielle Bindung der einzelstaatlichen Rechtssysteme an das derzeit geltende Völkerrecht auszuweiten oder wenigstens eine solche Ausweitung für die Zukunft in Aussicht zu stellen. Dann wäre in diesem Zusammenhang auch die Frage zu prüfen gewesen, wer, d. h. welche Rechtsordnung über die Grenzziehung der partiellen Völkerrechtsgebundenheit und der absoluten nationalstaatlichen Zuständigkeit zu entscheiden hat. Denn davon hängt für die Beurteilung des Verhältnisses Völkerrecht und Landesrecht sehr viel ab.

Beachtenswert und vor allen Dingen auch für den Praktiker von Bedeutung ist auch die von Walz behandelte Frage der Völkerrechtsgeltung für das Individuum. Bekanntlich gewinnt diese Frage in der letzten Zeit in der theoretischen Diskussion an Bedeutung. Es ist Walz vollständig bezupflachten, wenn er das Individuum in erster Linie der Gehoramspflicht gegenüber der Gesetzgebung seines Nationalstaates unterwirft. In Erkenntnis dessen bejaht Walz, ganz in Übereinstimmung mit verschiedenen Fällen in der Rechtspraxis, die Möglichkeit der Normierung völkerrechtswidrigen Landesrechts mit verpflichtender Wirkung für die Einzelperson. Völkerrechtswidriges Landesrecht ist zwar eine Verletzung zwischenstaatlicher Bindungen durch die Ganzheit „Staat“, besitzt aber für das staatsunterworfenen Individuum volle rechtliche Gültigkeit und kann nur auf dem üblichen Weg staatlicher Rechtsetzung völkerrechtsgemäß umgestaltet werden. Wenn aber die Staatenpraxis, entgegen dieser allgemeinen Erkenntnis, aber gleichwohl Ausnahmen zeigt, in denen Normen des Völkerrechts sich vermeintlich an einzelne wenden (Gemischte Schiedsgerichte, Minderheitenkonventionen), so handelt es sich hier nach Walz um formelles Völkerrecht, im Gegensatz zu dem nur die Gesamtheit „Staat“ verpflichtenden materiellen Völkerrecht, in Wirklichkeit aber um Sätze, die nur deshalb als völkerrechtliche erscheinen, weil ihre staatsrechtliche Geltung für den einzelnen irgendwie mit dem zwischenstaatlichen Normsetzungsakt verkoppelt ist.

Es würde zu weit führen, hier, über allgemeine Andeutungen hinaus, auch noch auf die vielseitigen in zweiten Teil des Werkes behandelten und teils sehr umfassend geprüften Fragen einzugehen. Der Verfasser geht hier insbes. auf die Art und Weise ein, in der die einzelstaatlichen Rechtsordnungen die Realisierung ihrer völkerrechtlichen Verpflichtungen in bezug auf ihre Gewaltunterworfenen durchführen. Er vermittelt, wiederum unter weitgehendster Berücksichtigung der Praxis in den wichtigsten Kulturstaaen, ein aufschlußreiches Bild über die Methode der Völkerrechtsrealisierung durch die verschiedenen Staatsrechtsordnungen, um dann in einer Schlussbetrachtung auf die vielseitigen Streitfragen über die Anwendung des Völkerrechts durch staatliche Gerichte einzugehen, wobei die dem Verfasser eigene Trennung zwischen materiellem und formellem Völkerrecht eine entscheidende Rolle spielt. Nach Walz ist es dem Richter nicht erlaubt, seine Entscheidungen für die Hauptsache dem materiellen Völkerrecht zu entnehmen, aber er wird u. U. genötigt sein, bei der Auslegung des völkerrechtsgemäßen Landesrechts den eigentlichen Willen des Gesetzgebers aus dem sog. Mutterrecht, d. h. aus dem der Delegation zugrunde liegendem Staatsvertrag und damit also mittelbar aus dem Völkerrecht zu erschließen.

Das Werk von Walz ist für den Theoretiker wie für den Praktiker eine wichtige Fundgrube, und der Verfasser, der seit Jahren nicht nur wissenschaftlich, sondern auch publizistisch um das Recht Deutschlands kämpft, hat sich damit um die deutsche Völkerrechtswissenschaft ein besonderes Verdienst erworben.

Dr. iur. E. Fried Hürle, Frankfurt a. M.

Privatdozent Dr. Gustav Adolf Walz: Das Ende der Zwischenverfassung. Stuttgart 1933. Verlag von W. Kohlhammer. Preis 1,50 RM.

Der Verf. betrachtet auf rund 50 Seiten den Zusammenbruch des Weimarer Systems und den Aufbau des nationalsozialistischen Staates.

Wie schon der Titel der Broschüre ergibt, billigt der Verf. der grundgesetzlichen Regelung von Weimar nicht den Charakter einer echten Verfassung zu, „weil sie eine bekenntnislose wertneutrale Verfassung war, die einzig auf dem mathematisch berechenbaren Funktionsprinzip der 51 bzw. 66 % beruhte“ (§ 10). Unter einer echten Verfassung versteht Walz mithin nur ein solches Grundgesetz eines Staates, in dem eine einheitliche, inhaltlich bestimmte Wertanschauung endgültig zum tragenden Sinnprinzip des Staats- und Volkslebens erhoben wird. Walz läßt also aus der bunten Vielheit der Verfassungsbegriffe (vgl. Carl Schmitt, Verfassungslehre, S. 42) nur denjenigen gelten, der eine endgültige, unüberbrückliche materiale Dezfision bezeichnet. Da dies auf die Weimarer Verfassung nicht zutrifft, bezeichnet er sie als bloße „Zwischenverfassung“. Eine zweite Rechtfertigung dieser Bezeichnung findet Walz darin, daß die Weimarer Verfassung die einzige politische Mission gehabt habe, Wegbereiterin der neuen nationalsozialistischen Verfassung zu sein und damit sich selbst überflüssig zu machen (§ 13).

Den Eingang und den Abschluß der Broschüre bilden Betrachtungen über das Verhältnis der Weimarer Verfassung zur revolutionär geschaffenen neuen Rechtslage. Zur Kennzeichnung dieses Verhältnisses bedient sich Walz des Ausdrucks „Verfassungsüberlagerung“ (§ 45; vgl. auch Walz: *DS*, 1933, 1334 ff.). Diese Kennzeichnung soll zum Ausdruck bringen, daß „gleichzeitig zwei völlig verschiedene Verfassungsschichten nebeneinander in Geltung stehen, sofern die legale Revolutionierung in den Verfahrensformen der Zwischenverfassung nur unter bestimmten Vorbehalten für zulässig erklärt worden ist“ (§ 45). Ob dieser Ausdruck glücklich gewählt ist, wird sich bezweifeln lassen; er fördert m. E. die irrige Vorstellung, als ob es noch zwei konkurrierende — auf verschiedenem Geltungsgrund beruhende — Verfassungssysteme gäbe. Es ist aber zweifellos, daß die Verfassungslage des neuen Reiches bereits jetzt durch eine systematische Einheit, ein einheitliches Verfassungssystem, gekennzeichnet ist; im Rahmen dieses Verfassungssystems leiten auch die vorrevolutionären Rechtsnormen, soweit sie nicht durch die derogatorische Kraft der Revolution überhaupt außer Geltung geraten sind, ihre Verbindlichkeit nicht mehr aus ihrem alten, sondern aus dem neuen Geltungsgrund ihrer Anerkennung durch die revolutionären Machthaber und ihrer Übernahme in das revolutionäre Rechtssystem her. Es handelt sich bei ihnen um die Substitution eines neuen Geltungsgrundes, mithin um einen Fall von Rezeption (vgl. Carl Schmitt, Staat — Bewegung — Volk, S. 5; derselbe in Preuß. Justiz 1933, 479). Diese Abhängigkeit der Fortgeltung aller noch gültigen vorrevolutionären Rechtsnormen von ihrer Übernahme in das neue Rechtssystem läßt dieses als eine auf gleichem Geltungsgrund beruhende systematische Einheit erscheinen, was in dem inneren Dualismus des Wortes „Verfassungsüberlagerung“ m. E. verwischt wird.

In seiner Stellungnahme zum Rechtsstaat-Begriff (§ 44) wie zum Begriff des „autoritären“ und des „totalen“ Staates (§ 11—15, § 44) haftet Walz zu sehr an zufälligen, historischen Besonderheiten, statt hinter den zeitbedingten Abwandlungen dieser Begriffe ihre überzeitliche, kategoriale Bedeutung zu erfassen. Das führt zu einer unbegründeten und unfruchtbaren Diskriminierung von Begriffen und Einrichtungen, die der theoretischen Einsicht und der praktischen Arbeit an der Erneuerung des Rechts gleichermaßen abträglich ist.

Insbesondere gilt dies von Walz' Auffassung des Rechtsstaatsbegriffs, den er unzulässigerweise mit dem Begriff des liberalen oder bürgerlich-individualistischen Rechtsstaates gleichsetzt. Nur diese mangelnde Differenzierung verleitet Walz in seiner Polemik gegen Koellreutter (§ 44) zu der völlig unzutreffenden Feststellung, der nationale Rechtsstaat sei „lediglich die andere Seite des bürgerlichen Rechtsstaates“. Gegen Walz stimme ich Ule R. u. PrVerwBl. 1933, 919) zu, wenn dieser in dem Koellreutter'schen Begriff des nationalen Rechtsstaats eine „Verbindung des zeitlosen Rechtsstaatsbegriffs mit dem nationalsozialistischen Ideengut“ erblickt und es als ein Verdienst

Koellreutters bewertet, daß er den zeitlosen Wert des Rechtsstaates aus der ihm widerfahrenen liberalistischen Umklammerung befreit habe. Daß der Liberalismus gern behauptet hat, der Rechtsstaat sei eine spezifisch liberale Erfindung, braucht nicht zu verwundern; denn jedes Zeitalter hat noch stets alles Gute als Geist von seinem Geist ausgegeben. Außerdem ist die Beschlagnahme überzeitlicher Begriffe und ihre Verknüpfung mit den jeweils eigenen Sonderauffassungen ein bekannter politischer Trick, mit dessen Hilfe man nicht nur die eigene politische Macht zu stabilisieren, sondern auch dem überzeitlichen Begriffsinhalt die eigene Sonderauffassung beizufügen versucht. Diese politisch motivierte Begriffsräuberei scheint Walz nicht durchschaut zu haben; auch Huber (ArchDffR. N. F. 24. Bd. 2. Heft S. 248), der gleichfalls sämtliche liberalistischen Abwandlungen in den Inhalt des Rechtsstaatsbegriffs hineinzwang, dürfte dieser liberalen Ausräumung des Rechtsstaatsbegriffs nicht genügend kritisch gegenüberstanden haben.

Mit Koellreutter (Der nationale Rechtsstaat, 1932; derselbe: DfZ. 1933, 517 ff.) und Ule (a. a. O.) dürfte dem überzeitlichen Rechtsstaatsbegriff allein die Anerkennung und organisatorische Sicherung eines „Rechtswertes“ eigentümlich sein. Die inhaltliche Gestaltung dieses Rechtswertes kann verschieden sein: orientiert er sich am einzelnen, beruht er auf dem Prinzip des Individualismus, dient er primär der Sicherung individueller Rechtspositionen, so ist damit der bürgerlich-liberale Rechtsstaat gegeben; erhält dagegen der Rechtsstaat seine Wertakzente von der Volksgemeinschaft her, so daß also der „primäre Rechtswert in der rechtlichen Gestaltung und Sicherung der nationalen Lebensordnung“ (Koellreutter: DfZ. 1933, 517) besteht, dann liegt ein nationaler Rechtsstaat vor. Dieser nationale Rechtsstaat verneint mithin alle spezifischen Merkmale des bürgerlich-liberalen Rechtsstaates und erhebt sie durch eine völlig gegenfähliche Grundorientierung des Rechtes. Von dieser neuen Grundorientierung einer folgerichtig durchdachten Gemeinschaftsidee aus ist das individuelle Recht nur die Rehrseite einer prävalierenden, allumfassenden und daher nicht näher spezifizierbaren Treuepflicht des Einzelnen gegenüber Volk und Staat. Die Ausstattung des einzelnen mit subjektiven Rechten stellt sich daher nicht als die Zubilligung einer individuellen Willkürsphäre, sondern als ein vom Staat dem einzelnen gegebenes Mittel zu seiner sozialen Ertychtigung dar, in dessen Gebrauch der einzelne zugleich sich selbst entfalten und seinen Gemeininn bewahren soll. Auch die Zubilligung von Rechten ist somit ein Mittel der sozialen Verpflichtung und der Indienststellung für die Gemeinschaft.

In dem von Walz verkannten Begriff des nationalen Rechtsstaates liegt aber neben der erörterten Entliberalisierung des Rechtsbegriffs durch Betonung der Gemeinschaftsbezogenheit aller Rechte noch eine entscheidende weitere Komponente: die Absage an einen übernationalen Rechtsbegriff durch Anerkennung der völkischen Bedingtheit aller Rechtsanschauung und aller Gerechtigkeitsideale. So gibt der nationale Rechtsstaat seinem Begriffe gemäß im Inhalt des Rechtes den Besonderheiten der nationalen Rechtsgemeinschaft Raum und verknüpft hierdurch gemäß dem völkischen Postulat (vgl. die Referate von Schraut und Nicolai auf dem Deutschen Juristentag in Leipzig: Dt. Recht 1933 Nr. 6 S. 196) den Rechtsgedanken mit dem Rassegedanken, nach dem „das Recht von der blutmäßigen Einstellung des Menschen und seiner Rasse“ abhängt (Schraut a. a. O.) und somit die innere Würde und Legitimität von „Gottes heiliger Ordnung“ erhält (Nicolai a. a. O.).

Bei dieser begrifflichen Eigenart und inhaltlichen Fülle des nationalen Rechtsstaatsbegriffs ist es nicht recht verständlich, wie Walz es rechtfertigen will, den nationalen Rechtsstaat als „lediglich die andere Seite des bürgerlichen Rechtsstaats“ abzutun!

Nicht minder verzeichnet ist das Bild, das Walz vom „autoritären“ und „totalen“ Staat entwirft; auch hier bleibt seine Auffassung in der Enge zeitbedingter Erscheinungen haften. Für ihn ist der „autoritäre“ und der „totale“ Staat kein Typus, kein kategorialer Begriff, sondern gleichbedeutend mit der historischen Einmaligkeit des Brüning-, von Papen- und von Schleicher'schen Systems (S. 11—15, 44). In unklarer Abgrenzung des „autoritären“ vom „totalen“ Element sieht er im „totalen autoritären Staat“ (S. 13) oder im „totalen Staat autoritärer Haltung“ einen „Moratoriumsversuch“ des liberalen Systems, eine „interventionistische Erscheinung im Interesse und zur Aufrechterhaltung der eigentlichen bürgerlichen Sphäre und ihrer wirtschaftlichen Ordnung“ (S. 11), eine „Erscheinungsform des liberalen Staates auf diktatorischer Grundlage mit dem Ziel der Fernhaltung des revolutionären nationalsozialistischen Staates“ (S. 44).

Damit tut Walz dem Begriff des „autoritären“ und des „totalen“ Staates Gewalt an und stellt sich in unfruchtbaren Gegensatz zur herrschenden Terminologie. Diese versteht unter einem „totalen“ Staat das Gegenbeispiel zum wertindifferenten

„neutralen“ Staat des Liberalismus (vgl. Ziegler, Autoritärer oder totaler Staat; und dazu die Besprechung von Ule: ArchDffR. N. F., Bd. 24 Heft 1 S. 122 ff.). Im Gegensatz zum neutralen Staat fällt der totale Staat eine nationale Wertentscheidung, macht sie zum beherrschenden Sinnprinzip des Staats- und Volkslebens und verlangt für sie in allen Kulturbereichen ihre durchgängige Anerkennung als Grund- und Ausgangsposition. Der totale Staat ist somit auf eine allseitige integrative Einbeziehung der einzelnen und aller kulturellen Sphären in den Kosmos der Volksgemeinschaft und ihre politische Lebensform, den Staat, ausgerichtet. Er enthält damit — wenigstens in nuce — auch die „Forderung nach Organisation einer totalen Herrschaft über die Seelen“ (Ziegler a. a. O.) und „ergreift den ganzen Inhalt der gesellschaftlichen Existenz“ (Scheuner: ArchDffR. N. F. Bd. 24 Heft 2 S. 203/04). In diesem herrschend anerkannten Sinne (vgl. auch Gerber, Staatsrechtliche Grundlinien des neuen Reiches, S. 26—28) erhebt der neue Staat ohne Zweifel den Anspruch auf Totalität, ist also ein „totaler Staat“. Darauf beruht auch das Wort Hitlers auf dem Deutschen Juristentag in Leipzig (Dt. Recht a. a. O. S. 199), daß sich die richterliche Unabhängigkeit nur „im Rahmen der Weltanschauung“ verstehe. Im totalen Staat sind die „eigenen Gesetze von Wissenschaft, Kunst, Wirtschaft usw. dem staatlichen Lebensgesetz gegenüber nicht selbstherrlich, sondern werden von ihm durchdrungen und mitgeprägt; es gibt Autonomie nicht absolut und abstrakt, sondern nur in konkreter Zuordnung zum autoritären und totalen Staat“ (Huber a. a. O. S. 250). Selbstverständlich ist es ein Irrtum, daß der totale Staat wie ein Moloch alle Kulturbereiche verschlingen oder ihnen doch wenigstens ihre Eigenständigkeit rauben und sie dadurch entwerten wolle; deshalb sind auch die von Ule (a. a. O.) geäußerten Bedenken über die vom totalen Staate her für die innere Sinnhaftigkeit bestimmter Kulturbereiche drohenden Gefahren, worauf Peters (JW. 1933, 2322) bereits mit Recht hingewiesen hat, nicht durchschlagend.

Es bedeutet m. E. einen Mangel, daß Walz diesem Begriff des totalen Staates nicht genügend nachgegangen, sondern über seine Verwertbarkeit zur Kennzeichnung des neuen Reiches mit unzulänglicher Begründung und apodiktischer Ablehnung hinweggegangen ist.

Auch dem Begriff des „autoritären“ Staates wird Walz mit der oben wiedergegebenen Auffassung nicht gerecht. Diesen Begriff konstituiert eine Mehrheit begrifflicher Komponenten. Ihm ist zunächst eigentümlich, daß die Regierung eines „autoritären“ Staates vor den blind waltenden Tücken eines parlamentarisch-plebiszitären Mechanismus geschützt ist. Dieser autoritäre Charakter kann verfassungsorganisatorisch festgelegt sein — wie z. B. im Führerstaat —, er kann aber auch ein Ergebnis bloßer Regierungspraxis sein. Letzteres traf auf die „autoritären“ Diktaturregierungen Brüning's und von Papen's zu, die gegen die genannte Gefahr mit dem perpetuum mobile ständiger Reichstagsauflösungen angeknüpft haben. Das erste Merkmal des autoritären Staates richtet sich also gegen die demokratische Struktur des Staates durch Proklamation der „Unabhängigkeit und Eigenverantwortlichkeit herrschaftlicher Entscheidung und Führung“ (Ziegler a. a. O.). Ihr Ziel ist „die Befreiung schöpferischer Initiative von der verhängnisvollen Einwirkung majoritärer Beschlüsse“ (Hitler, Rede vom 1. Mai 1933). In dem „autoritären“ Prinzip verbirgt sich noch ein weiteres Merkmal, nämlich eine innere Beziehung zur Legitimation des Staates und seiner Regierung. Im autoritären Staat wird diese Legitimation nicht aus dem quantitativen Moment einer zahlenmäßig starken Stütze im Volk, sondern aus der sittlichen Orientierung an absoluten Werten, z. B. der Idee des Volkstums, geschöpft, als deren Vollstrecker die Regierung sittlich und rechtlich verpflichtet erscheint (vgl. Freisler, Führertum und Verantwortlichkeit: Dt. Justiz 1933, 669 ff.). Der autoritäre Staat stellt die ihn tragenden Wertanschauungen nicht mehr zur parlamentarischen Debatte und Disposition, sondern schöpft seine Autorität aus der „Erfüllung des objektiven Lebensgesetzes, des Kosmos der Nation“ (Huber a. a. O. S. 246); er ist „der aus innerer Legitimität heraus unbedingt befehlende Staat“ (Huber a. a. O.).

Bei dieser begrifflichen Klarlegung bleibt über die autoritäre Struktur des neuen Reiches kein Zweifel übrig.

Seltam an der Polemik gegen die vorgenannten Begriffe bei Walz ist vor allem, daß die von ihm vorgeschlagene Bezeichnung des neuen Reiches als „völkischer Führerstaat“ — die in der Tat glücklich gewählt erscheint — nach der von Walz selbst im Laufe seiner Darlegungen gegebenen Analyse alle begrifflichen Elemente enthält, die bei richtiger Erfassung der von Walz kritisierten Begriffe gerade auch deren innerer Inhalt sind. Der völkische Führerstaat ist ebenso „autoritär“ und „total“ wie auch ein „nationaler Rechtsstaat“. Die alternative Entgegensetzung dieser Begriffe ist m. E. verfehlt.

Dr. Carl Hans Barz: Das Klagezurücknahmeverprechen. (Beiträge zum Zivilprozeß, herausgegeben von Risch, Mendelssohn Bartholdy und Pagenstecher, Heft 15.) Mannheim 1933. Deutsches Druck- und Verlagshaus GmbH. IX u. 73 S. Preis 4 RM.

Das Grenzgebiet von materiellem und zivilprozessualen Recht steckt voller Probleme. Insbesondere handelt es sich einmal darum, wie weit prozessuale Vorschriften, etwa über Beweislast und Vermutungen, „unter der falschen Flagge von Sätzen des bürgerlichen Rechts“ segeln (Stein, Privates Wissen, S. 49; Sauer, Grundlagen, 2. Aufl., S. 201; Hedemann, Vermutung, S. 229), und wie weit umgekehrt sachlich-rechtliche Bestimmungen unter das Prozeßrecht gemischt sind, wie in § 323 ZPO. (RG. 140, 167 = JW. 1933, 1772). Dann steht aber auch die Frage der gegenseitigen Einwirkung von materiellem und formellem Recht zur Erörterung. Die Bedeutung des Prozeßes für die Gestaltung des materieller Rechtsverhältnisses ist reichlich besprochen worden. Dagegen hat die Einwirkung des materiellen Rechts auf das Verfahren weniger Beachtung gefunden. Hierhin gehört z. B. das pact. d. n. pet., aber auch das Klagezurücknahmeverprechen (Klv.), und es wäre dankenswert gewesen, wenn Barz seine Einzelabhandlung mehr in diesen Rahmen hineingestellt hätte. Trotzdem ist seine Schrift, die sorgfältig in der Methode und durchweg praktisch im Ergebnis ist, sehr verdienstlich. Durch ihre umfassende Systematik hat sie die Klärung zweifellos wesentlich gefördert.

Barz untersucht zunächst die sachlich-rechtliche Bedeutung des Klv. Hierbei taucht die Frage auf, ob das Klv. als Verfügung (Erlaß, Stundung usw.) gedeutet werden kann, eine Fragestellung, die vom pact. d. n. pet. her geläufig ist (Windscheid § 357). Mit Recht überläßt Barz dies der Ausdeutung des Einzelgesetzes (S. 2). Zutreffend lehnt Barz die Auffassung ab, das Klv. erzeuge eine materielle Einrede mit rein materiellen Wirkungen (S. 40 f.). Auch konstruiert er überzeugend das Klv. als einen schuldrechtlichen Vertrag, dessen Erfüllung in der Vornahme einer „dinglichen“ Prozeßhandlung besteht. Dieser Leistungsgegenstand taube dem Vertrage keineswegs seinen Charakter; denn für die Rechtsnatur eines Vertrages komme es nicht entscheidend darauf an, welchem Rechtsgebiete die zu regelnden Verhältnisse angehören (S. 6). Gegen diesen Vertrag könnten auch dem Prozeßrechte Bedenken nicht entgegen werden; denn das Klv. regelt eine bestehende, nicht eine erst entstehende prozessuale Situation (S. 10 ff.). M. E. ist nicht einzusehen, weshalb man nicht grundsätzlich auch ein Verhalten in kommenden Prozeßsituationen, z. B. den Rechtsmittelverzicht, vertraglich regeln kann. Dem steht auch nicht, wie Barz meint, (WJ. 1932, 2287 entgegen; denn der vorgängige Verzicht einer Verfahrensrüge ist aus anderem Grunde nichtig: weil man sonst die zwingenden Vorschriften der ZPO. praktisch abdingen und einen Konventionalprozeß führen könnte.

Der Anspruch aus dem Klv. sei durch Klage, evtl. Widerklage, geltend zu machen (S. 18 ff.). Bezüglich der Vollstreckung lehnt Barz § 894 ZPO. ab, da die geschuldete Prozeßhandlung keine reine Willenserklärung sei, sondern „auch Teil eines formgebundenen Verfahrens und als solche enthält sie neben der Erklärung noch andere Bestandteile“ (S. 24). Welche, sagt Barz leider nicht. Allerdings ist die Stellung von Anträgen keine bloße Willenserklärung, sie enthält auch andere Elemente (Kipp, Kieler Festg. f. Fhering, S. 83), aber die Kl. ist lediglich prozessuales Rechtsgeschäft (Seuffert-Walkmann, 12. Aufl., N. 2 zu § 894), und so gelangt man zu dem praktisch erfreulichen Ergebnis, daß § 894 anwendbar ist.

Trotzdem wäre es unbefriedigend, wenn diese Lösung das letzte Wort wäre. Auch Barz erkennt an, daß praktisches Bedürfnis und Billigkeit verlangen, dem Verprechensempfänger darüber hinaus eine prozeßrechtliche Einrede zu gewähren (S. 28 ff.). Barz lehnt es freilich ab, eine solche Einrede aus Treu und Glauben herzuleiten, weil „die Geltung des Grundsatzes von Treu und Glauben als einer prozessualen Wertungsnorm zu verneinen“ sei (S. 46). Dieser Begründung muß entschieden widersprochen werden. Barz sagt auf S. 60 selbst, auch eine prozessuale Betrachtungsweise müsse den allgemeinen Prinzipien und Zwecken der Rechtsordnung eingeordnet sein. Unter dem Prinzip von Treu und Glauben steht aber die ganze Rechtsordnung! Das beweist nicht nur die cl. reb. s. stant., sondern wir finden diesen Grundsatz auch sonst außerhalb des Privatrechts (Fleiner, Institutionen, 4. Aufl., S. 190; Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., S. 447; Schüle, VermArch. 38, 399 ff.). Das kann im Prozeßrecht nicht anders sein, und die von Barz vertretene Gegenauffassung ist überdies unzeitgemäß (Nicolai, Raßengef. Rechtslehre, 2. Aufl., S. 35 ff.). Welche Folgerungen allerdings daraus für das Prozeßrecht im einzelnen zu ziehen sind, ist eine andere Frage, und Barz hat m. E. methodisch recht, wenn er die Schwierigkeit in erster Linie durch Heranziehung von Maßstäben meistern will, die das Gesetz selbst zur Verfügung stellt. Er hätte sich auch auf Reichel, Vertrags-

rücktritt, S. 28 f. N. 34 und Heck, Interzessenjurisprudenz, S. 20 ff. berufen können. Einen solchen objektiven Maßstab hätte sich Barz in der Lehre vom Rechtsschutzinteresse dargeboten: wer einen Prozeß weiterführt, obgleich er verpflichtet ist, seinem Gegner die Früchte des etwaigen Sieges wieder herauszugeben und ihm allen weiteren Schaden aus der Prozeßführung zu erheben, hat kein schutzwürdiges Interesse an der Herbeiführung einer richterlichen Entscheidung. Wir haben es hier mit einem prozessualen Gegenstück zum redditurus (D. 50, 17, 173, 3) zu tun. Die von Barz selbst vorgeschlagene Lösung ist konstruktiv zu umständlich und auch bedenklich. Sie beruht auf drei anspruchsvollen Thesen: 1. Forderungsrecht und Anspruch seien nicht identisch (dagegen S. Lehmann, Allg. L., 4. Aufl., S. 87). 2. „Wenn die Rechtsordnung einer Person das Recht verleiht, die Aufhebung eines gegen sie gerichteten Rechtes von dessen Inhaber zu verlangen, so verleiht sie ihm mit dem Mehr des Anspruchs auch das Weniger einer gegen die trotzdem erfolgende Rechtsausübung gerichteten Einrede“ (S. 54). Diese Einrede ist kein Weniger, sondern ein Mehr: sie nähert den bloß schuldrechtlichen Anspruch auf Rechtsvernichtung „dinglicher“ Wirkung an, und somit ist ihre Erstanzug grundsätzlich zu verneinen. 3. Diese materielle Einrede soll prozessuale Wirkungen haben — ein zum mindesten gewagter Satz. Eine Lösung aus mangelndem Rechtsschutzinteresse wäre vorzuziehen. Allerdings wäre eine solche Einrede unverzichtbar, da das Rechtsschutzinteresse nicht der Parteiverfügung unterliegt. Aber seine tatsächlichen Voraussetzungen sind der Parteieinwirkung nicht entzogen, und so kann man sich hier helfen, indem man im allgemeinen dann Verwirkung des Klv. und demgemäß Fortbestand des Rechtsschutzinteresses annimmt, wenn sich der Verprechensempfänger im anhängigen Verfahren nicht darauf berufen hat.

Endlich zieht Barz die Folgerung seiner Lehre für die Berufungs- und Revisionszurücknahme sowie für den Prozeßvergleich. Der Schrift liegt noch die ZPO. a. F. zugrunde. Das führt aber nur ganz vereinzelt (vgl. § 529 IV auf S. 21, 23, 30, 33, 69) zu anderer Beurteilung.

Prof. Dr. Wilhelm Herchel, Köln.

Wechselgesetz v. 21. Juni 1933. Erläutert von Dr. Friedrich Kessler, Privatdozent an der Handelshochschule Berlin, Referent am Institut für ausländisches und internationales Privatrecht. Mannheim, Berlin, Leipzig. Deutsches Druck- und Verlagshaus G. m. b. H. Preis 4,80 RM.

A. Das Werk Kesslers ist eine nach Form und Inhalt durchaus erfreuliche Leistung. Es wird der Wissenschaft und Praxis gleichermaßen gute Dienste leisten. Schon ein Blick in das Abkürzungsverzeichnis zeigt, daß Kessler sorgfältig in- und ausländisches Schrifttum und Gesetzgebungsmaterial verarbeitet hat. Die Anmerkungen zu den einzelnen Artikeln des WechselG. berücksichtigen aber auch in erfreulicher Gründlichkeit die deutsche Rechtsprechung.

In der Einleitung spricht Kessler unter A über „Die Entstehungsgeschichte des WechselG.“, unter B über „Grundzüge des WechselG.“.

Die Darstellung der Entstehungsgeschichte ist anschaulich und vermittelt eine klare Vorstellung über die Grundlagen der Rechtsentwicklung auf dem Gebiete des Wechselrechts. Der für Einzelheiten interessierte Leser findet eine Fülle von Schrifttumsnachweisungen.

In dem Abschn. B befindet sich u. a. auf S. 13 eine kurze Mitteilung der wesentlichen Änderungen gegenüber dem bisherigen deutschen Recht.

Weiter bringt Kessler auf S. 15 ff. eine kurze, aber instruktive Darstellung der wesentlichen Unterschiede des neuen Gesetzes gegenüber dem englisch-amerikanischen System; weitere wesentliche Verschiedenheiten, vor allem gegenüber dem englischen und dem französischen Recht, werden bei der Behandlung der einzelnen Artikel des WechselG. erörtert.

B. Im einzelnen ist folgendes zu bemerken:

1. Im Gegensatz zur Rechtsprechung des RDHG. (RDHG. 21, 165) und des RG. (JW. 1904, 497) vertritt Kessler in Anm. 2 zu Art. 7 im Anschluß an Mansfeld (LJ. 1914, 801 ff.) die Ansicht, daß die gefälschte Unterschrift in Verbindung mit einer nachträglichen Genehmigung des Berechtigten wechselrechtliche Wirkungen erzeuge; schließlich mit Recht. M. E. wird nicht berücksichtigt, daß der Fälscher zwar unter fremdem Namen, aber in eigenem Namen handelt, die Genehmigung nach § 177 BGB. aber ein Handeln in fremdem Namen voraussetzt. Auch aus dem bekannten Beschluß der VerZivSen.: RG. 74, 69 läßt sich nicht entnehmen, daß das RG. hier anderer Ansicht wäre. Es handelt hier nicht die Frage der Wirkungen der Willenserklärungen des Fälschers, sondern die der Erfordernisse der Form i. S. des § 126 BGB.

2. Auch die Ablehnung der Auffassung von RG. 81, 2 = JW. 1913, 127 durch Kessler in Anm. 2 zu Art. 8 überzeugt nicht. Der Hinweis darauf, daß es sich um eine „Literatobligation“ handelt, genügt nicht. Trotz dieser Tatsache ist § 164 Abs. 2 BGB. zu beachten.

3. In der Anmerkung zu Art. 9 wäre eine kurze Stellungnahme zu den sog. „Wechselrechtstheorien“ erwünscht gewesen.

4. Ich stimme Kessler zu, wenn er sich mit Michaelis, Anm. 22 zu Art. 9 gegen die Auffassung des RG. wendet, daß die Wirksamkeit der bürgerlich-rechtlichen Abtretung der Wechselforderung von der Übergabe der Wechselurkunde abhängig sei.

5. In Anm. 2 zu Art. 18 nimmt auch Kessler an, daß das RG. die Einrede der Arglist nur dann gewähre, wenn der Wechselkläger mit seinem Vormanne arglistig zusammenwirkt, und beruft sich zum Beweise hierauf auf RG. 111, 202 = JW. 1925, 2764 und 96, 191 = JW. 1919, 725. RG. 111, 202 ist ein Fehlsatz, und RG. 96, 191 kann nicht eindeutig für die „Kollisionstheorie“ in Anspruch genommen werden. Das RG. sagt an der erwähnten Stelle: „Das RG. hat zwar für das ... Rechtsverhältnis zwischen dem Akzeptanten und dem durch Indossament legitimierten Inhaber eines Wechsels mehrfach ausgesprochen, daß ersterem die Einrede der Arglist gegen den Letzteren nicht nur dann zustehe, wenn dieser bei dem Erwerb des Wechsels arglistig handelte, insofern als er wußte, daß er als eine vorgeschobene Person, als Werkzeug dazu dienen sollte, einen unbegründeten Anspruch des Indossanten geltend zu machen und dem Wechselschuldner begründete Einreden abzuschneiden, sondern daß es schon genügt, wenn er vor Anstrengung des Wechselprozesses oder auch erst in dessen Verlauf die von dem Wechselschuldner gegen den Indossanten in Anspruch genommenen Einreden erfahre und das ihm zustehende formale Recht dazu mißbraucht, die Geltendmachung der Einreden kraft seiner eigenen wechselrechtlichen Legitimation zum Vorteil des Indossanten und zum Nachteil des Wechselschuldners zu verhindern. ... Der Indossatar muß aber, wenn ihn der Vorwurf der Arglist treffen soll, damit gerechnet haben, daß er sich durch Abschneiden berechtigter Einreden an einem unsauberen Geschäft beteilige, während seine bloße Kenntnis von dem Entgegenstehen von Einreden gegenüber dem ursprünglichen Nehmer des Papiers, die ihm gegenüber nicht erhoben werden können, nicht genügt. ...“

Aus dem zuerst genannten Satz dieser Entscheidung ist m. E. eher zu folgern, daß das RG. die Einrede der gegenwärtigen allgemeinen Arglist der Einrede der vergangenen Arglist in gewissem Umfange gleichstellen will. (Dies würde auch seiner sonstigen neueren Rechtsprechung zur Arglisteinrede im Gebiete des bürgerlichen Rechts entsprechen.)

Im Übrigen stellen die beiden Sätze allerdings (worauf ich hier nicht weiter eingehen will) einen Widerspruch in sich selbst dar.

6. In Anm. 7 zu Art. 28 bringt Kessler erfreulicherweise auch eine kurze (aber mit ausreichenden Schrifttumsnachweisen versehene) Darstellung der Wirkung der Annahme des Wechsels auf die zugrunde liegende Zahlungsverpflichtung.

7. In Anm. 3 zu Art. 29 wäre die Erörterung von RG. 134, 33 = JW. 1932, 740 erwünscht gewesen.

8. In Anm. 1 zu Art. 32 meint Kessler, daß der Gesetzeswortlaut irreführend sei. Das Wort „auch“ müßte in Abs. 2 fehlen, sonst bestähe zu Abs. 1 ein unlöslicher Widerspruch. Das überzeugt mich nicht. M. E. würde der Wortlaut des Abs. 2 gerade dann zu Mißverständnissen Anlaß geben, wenn das Wort „auch“ fehlen würde.

9. In der Vorbemerkung zu Art. 91 behandelt Kessler die allgemeine Grundzüge der Regelung des Geltungsbereiches der Gesetze, indem er das vorhandene Schrifttum bis auf die neueste Zeit gründlich berücksichtigt. Zu bisher im Schrifttum noch nicht erörterten Fragen nimmt Kessler mit meistens vollkommen überzeugenden Gründen selbständig Stellung.

RA. Dr. Maske, Berlin.

Dr. Werner Bormann: Die rechtliche Stellung des Leiters der Sparkasse bei Sparkassen mit öffentlich-rechtlichen Gewährträgern. Berlin 1933. Carl Heymanns Verlag. 109 S. Preis 4,50 RM.

Unter Beschränkung auf die Sparkassen mit öffentlich-rechtlichen Gewährträgern als dem in Deutschland vorwiegenden Sparkassentypus gibt der Verf. eine recht lehrswürdige Übersicht über die Stellung des Sparkassenleiters aufbauend auf den grundlegenden, neueren Arbeiten über das Sparkassenwesen von Cremer, Kleiner, Marquardt und Berdelmiz, Nicolai, Dehler, Sommer, Ziegler u. a. Das Buch erfreut durch klare Systematik und gründliche Verarbeitung der in den einzelnen Ländern vorhandenen mannigfaltigen Bestimmungen (vgl. z. B. Teil 5 Kap. I 3. NotW. v. 6. Okt. 1931 [RGBl. I, 537] und die dazu ergangenen Abänderungen; W. des RPräf. v. 13. März 1933 [RGBl. I, 103]; PrW. über Sparkassen v. 20. Juli/4. Aug. 1932 mit DurchfW. v. 12. Aug. 1932 [GS. 241/275; WBlW. 817; WBlWuL. 1933, 7], fast völlig übereinstimmend Thüringen, Mecklenburg, Anhalt, Lippe); auch die als Rechtsquellen besonders bedeutsamen, von den verschiedenen Ländern erlassenen Musterstatuten sowie Satzungen einzelner Sparkassen sind herangezogen worden (z. B. Preuß. Musterstatut v. 26. Aug. 1932 [WBlW. 853], an

Stelle der von 1922, geändert 1924 und 1927). Die behandelten Fragen sind interessant wegen ihrer wirtschaftlichen Auswirkungen sowie vor allem wegen des Zueinanderstehens von öffentlichem und privatem Recht.

Dies tritt besonders klar hervor, wenn man sich die Entwicklung der Rechtsstellung des Sparkassenleiters vergegenwärtigt: statt ehren- oder nebenamtliche jetzt regelmäßig hauptamtliche Besetzung dieser Stelle (Ausnahmen z. B. noch in Sachsen), statt Anstellung durch Privatdienstvertrag jetzt vielfach eine solche als Beamter, wobei insbes. die Ausgestaltung des Verhältnisses zum öffentlich-rechtlichen Gewährträger bisher nicht einheitlich vorgenommen ist (z. B. in Baden und ähnlich in Württemberg und Hessen als reiner Körperschaftsbeamter, dagegen in Preußen und den diesem System folgenden Ländern [s. o.] als Kommunalbeamter im Dienst der Sparkasse). Letzteres hängt vornehmlich damit zusammen, daß ja die hier in Betracht kommenden Sparkassen bis zur reichsrechtlichen Neuregelung v. 6. Okt. 1931 mit wenigen Ausnahmen unselbständige Anstalten der Gemeinden bzw. Gemeindeverbände waren, ein Mangel, durch welchen die Sparkassen in die unter der Systemregierung getriebene finanzielle Mißwirtschaft der Gewährträger verstrickt wurden und dessen Behebung durch zwangsweise Umgestaltung der Sparkassen zu Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit in der erwähnten Neuregelung angestrebt wurde (vgl. hierzu auch § 4 PrW. zur Behebung von Mißständen in der gemeindlichen Verw. v. 22. März 1933 [GS. 67]).

Im einzelnen sucht der Verf. nachzuweisen (§. 13—39), daß dem Sparkassenleiter vom Standpunkt der Rechtslehre wie auch der Rechtspraxis als Beamter Stellung zukommt, und zwar die eines „reinen Körperschaftsbeamten“. Allerdings ist m. E. gerade hier die Beweisführung nicht einwandfrei: Im theoretischen Teil geht der Verf. zur Begründung seiner These, der Sparkassenleiter sei „Beamter kraft Amtes“, davon aus, die Sparkasse sei notwendigerweise deshalb öffentlich-rechtliches Rechtsobjekt, weil die von ihr wahrgenommenen Aufgaben öffentliche seien (während, wie der Verf. selbst anerkennt, die herrschende Lehre es auf die Natur des betr. Subjekts abstellt, d. h. insbes. darauf, ob es kraft positiven Rechtes mit Zwangsgewalt ausgestattet ist); ferner seien zur Erledigung dieser öffentlich-rechtlichen Aufgaben nur „Organträger“ befähigt, d. h. Personen, die zu dem Rechtsobjekt in einem öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnis (Beamtenverhältnis) ständen. Beides ist m. E. unrichtig. Selbst wenn die Sparkassen als „allgemeine Wohlfahrtsanrichtung“ beufen sind, an der Lösung bedeutsamer wirtschaftlicher und sozialer Aufgaben mitzuwirken, folgt daraus nicht ihre Eigenschaft als öffentlich-rechtliche Rechtsobjekte (die vom Verf. S. 20 Anm. 30 angeführte RGEntsch. zu § 57 RWG.: JW. 1932, 3251³ beweist wie auch ebendort Nr. 2 gerade das Gegenteil). Denn es können öffentliche Aufgaben auch in den Formen des Privatrechtes wahrgenommen werden; vor allem aber ist nicht jede gemeinnützige Tätigkeit auf dem Gebiet der Wohlfahrtspflege als in Erfüllung einer „öffentlichen Aufgabe“ geschähen zu erachten, vielmehr kann es dabei nur auf die positive gesetzliche Regelung ankommen (vgl. z. B. Preußen § 1 Abs. 1 SparkW.); wie diese beschaffen ist, muß wiederum davon abhängen, ob es zur Erreichung des betr. Zweckes erforderlich ist, daß der Staat die Tätigkeit in eigener Verwaltung (bzw. der der Gemeinden, Gemeindeverbände oder sonstiger öffentlich-rechtlicher Körperschaften) durchführt, oder ob eine staatliche Kontrolle mit weitgehender Eingriffsbefugnis dazu ausreicht. Fernerhin ist — mindestens in der Rechtspraxis — unzutreffend, daß zur Erledigung derartiger öffentlich-rechtlicher Aufgaben nur „Organträger“ befähigt seien; besonders deutlich dürfte sich dies aus §§ 1, 6 Gef. zur Änderung von Vorsch. auf dem Gebiete des allgem. Beamten- usw. Rechts v. 30. Juni 1933 (RGBl. I, 433) ergeben, wo es ganz allgemein heißt: „Beamte dürfen nur eingestellt werden, soweit ... Amtsstellen zu besetzen sind, die die Wahrnehmung obrigkeitlicher Aufgaben in sich schließen ... Die Wahrnehmung obrigkeitlicher Aufgaben liegt insbes. nicht vor bei Tätigkeiten, die sich ihrer Art nach von solchen des allgemeinen Wirtschaftslebens nicht unterscheiden ...“ (vgl. hierzu auch die obigen RGEntsch. sowie z. B. die Regelung dieser Frage bei den öffentlich-rechtlichen Versicherungsanstalten). Hier ist also gerade festgelegt, daß es „wirtschaftliche Beamte“ grundsätzlich nicht geben soll, während der Verf. die Schaffung bzw. den Ausbau eines solchen „neuartigen Dienstverhältnisses für Beamte mit wirtschaftlicher öffentlich-rechtlicher Tätigkeit“ befürwortet (§. 24/25). Es bestehen sogar m. E. erhebliche Bedenken, ob die vom Verf. hernach erwähnten positiven Vorschriften der einzelnen Landesgesetze, nach denen der Sparkassenleiter als „Beamter“ anzustellen sei (§. 26 ff.), gegenüber der erwähnten reichsrechtlichen Regelung noch gültig sind. Selbst wenn man aber dies annimmt, dürfte es mindestens für Preußen (und auch für die dessen System folgenden Länder) dem Gewährverbande ausdrücklich freigestellt sein, ob er den Sparkassenleiter als Beamten oder als Angestellten in Dienst nehmen will (vgl. § 9 Abs. 1 und 2

SparfV.D., Ziff. 9, 10 III, insbes. § 1, 1. Halbj. DurchfV.D.); § 5 preuß. Musterfahung gilt ja nicht für den Sparkassenleiter, da er nicht „Mitglied des Vorstandes“ ist (vgl. § 7 SparfV.D., §§ 4, 6 Abs. 5 u. 6, 7 Abs. 2, 8 Abs. 3 i. Verb. m. § 5 Abs. 3, sowie Abs. 2 Musterfahung; das Bestehen von staatlichen Mitwirkungsrechten bei der Anstellung usw. des Sparkassenleiters spricht nicht gegen diese Annahme (vgl. die bekannte Triepelsche Unterscheidung zwischen öffentlichem Dienst und staatlich gebundenem Beruf, wie z. B. RA., Arzt). Ausschlaggebend dafür, ob ein Sparkassenleiter als Beamter oder als Angestellter in Dienst zu nehmen ist, wird sein müssen, ob es zweckmäßig erscheint, dem Sparkassenleiter die besonderen Pflichten und den entsprechenden Schutz des Beamten zuteil werden zu lassen (z. B. Unterstellung unter die Disziplinalgewalt, Art. 129—131 RWerf., §§ 114, 331 ff. StGB, usw.), sowie ob es überhaupt erstrebenswert ist, „wirtschaftliche Beamte“ zu schaffen; nach § 1 Gef. v. 30. Juni 1933 dürfte dies nur in Ausnahmefällen zu bejahen sein. Recht seltsam berührt endlich die Begründung, mit der der Verf., seiner Konstruktion zuliebe sich über den klaren Wortlaut obiger Vorschriften hinwegsetzend, den Sparkassenleiter auch nach preußischem Recht als „reinen Körperschaftsbeamten“ ansehen will (§. 39), statt ihn — falls er überhaupt Beamter ist — als solchen des Gewährverbandes zu kennzeichnen.

Weiterhin gibt der Verf. einen zusammenfassenden Überblick über die vorhandenen Bestimmungen, die das Verhältnis zwischen

Sparkassenleiter einerseits und Sparkasse, Gewährverband und Aufsichtsbehörde andererseits regeln (§. 40—73), insbes. über Anstellung und Entlassung des Sparkassenleiters, sowie seine vermögensrechtlichen Ansprüche. Den Abschluß der Arbeit bildet eine recht gründliche Darstellung der Aufgaben, die der Sparkassenleiter als selbständiges Organ der Sparkasse, als Mitglied ihrer übrigen Organe (Verwaltungsorgan, Kreditausschuß usw.), als Beauftragter eines dieser Organe und als Mitglied in den Organen des zuständigen Sparkassenverbandes zu erfüllen hat (§. 74—106), sowie endlich eine Reihe beachtlicher Vorschläge des Verf. zur Vereinheitlichung der hier in Betracht kommenden Bestimmungen.

Verf. Dr. Hans-Joachim Veith, Berlin.

Eingegangene Bücher.

Strafgesetzbuch. Textausgabe mit Verweisungen und Einarbeitung der zur Ergänzung des StGB. ergangenen Notgesetze und Notverordnungen (Stand vom 1. Jan. 1934). Hrsg. von Dr. jur. et rer. pol. Leopold Schäfer, Geh. RegR. MinR. im RM. 2. Aufl. Berlin 1934. Verlag von Franz Vahlen. Preis 1,80 RM.

Dr. Wilhelm Felgentraeger, Verf. a. D. PrivDoz. in Freiburg i. Br.: Antikes Lösungsrecht. Berlin u. Leipzig 1933. Verlag Walter de Gruyter & Co. Preis 10 RM.

Rechtsprechung.

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

A. Ordentliche Gerichte.

Reichsgericht.

a) Zivilsachen.

Berichtet von den 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. §§ 254, 823, 831 BGB.; § 17 KraftfG.; §§ 18, 24 KraftfV.D. v. 15. Juli 1930; § 304 ZPO.

Wird ein Teilbetrag eines Gesamtschadens eingeklagt, der sich aus verschiedenen selbständigen Gruppen von Ansprüchen zusammensetzt, so darf Art. nach § 304 nur erlassen werden, wenn angegeben ist, welche Teilbeträge der Ansprüche in der geforderten Teilsumme stecken, und wenn feststeht, daß jeder der Ansprüche begründet ist.

Nach dem — jetzt geänderten — § 24 V.D. v. 15. Juli 1930 wurde der Begriff des Hauptverlehrswegs nicht durch das Vorhandensein von Straßenbahnschienen bestimmt.

Die Frage der Entschuldigbarkeit des Irrtums über Vorfahrtsrecht bedarf der Prüfung. Vom Vorfahrtsrecht ist vorsichtiger Gebrauch zu machen, besonders wenn Zweifel möglich.

Mit 15—20 km in eine Kreuzung zu fahren, mag unter Umständen zu schnell sein.

Beim Zusammenstoß von Kraftfahrzeugen ist nicht § 254 BGB., sondern § 17 KraftfG. maßgebend, demnach in erster Linie Verursachung entscheidend.

Abwägung erfordert Feststellung von Verschulden, Unterstellung genügt regelmäßig nicht. Gegenüber Halter und Führer ist leicht verschiedenes Ergebnis der Abwägung möglich. †)

KL. stellt Antrag

1. auf Zahlung von 1000 RM als Teilbetrag seines an-

geblich weit höheren Gesamtschadens für Ausbesserungskosten seines Wagens, Auslagen für die Beschaffung eines Ersatzwagens, Heilungskosten, Vertretungskosten für einen zu den Schadenersatzverhandlungen mit den Bell. zugezogenen Sachverständigen und Verdienstausfall;

2. auf Zahlung von 100 RM monatlicher Rente;

3. auf Feststellung der Schadenersatzpflicht der Bell. hinsichtlich aller weiteren Schäden.

BG. erklärte die Klageansprüche 1 und 2 dem Grunde nach für gerechtfertigt und willfahrte dem Feststellungsbegehren.

RG. hob auf und verwies zurück.

Der Erlaß des Grundurteils zum Klageantrag 1 auf Grund der bisher vorl. Begr. begegnet rechtlichen Bedenken. Der Kl. macht insoweit einen Teilbetrag seines Gesamtschadens geltend, der sich seiner Angabe nach aus vier verschiedenen selbständigen Gruppen von Ansprüchen (Sachschaden, Heilungskosten, Sachverständigenauslagen, Verdienstausfall) — nicht bloß verschiedenen Rechnungsposten desselben Anspruchs — zusammensetzt, ohne anzugeben, welche Teilbeträge der vier Ansprüche in der geforderten Teilsumme stecken (vgl. RGArt.: JW. 1931, 2482¹² = ZurAbfch. 1931 Nr. 873). Es kommt hinzu, daß der Kl. unstreitig auf seinen Gesamtschaden 1600 RM und Berufsgenossenschaftsrentenbeiträge bereits erhalten hat und daß er vom Unfalltag ab zum mindesten zum Teil seinen Verdienstausfall auch noch in Gestalt einer Rente fordert; der Verkl. bemerkt denn auch bei der Erörterung der Kostenentscheidung, es sei noch nicht zu übersehen, ob nicht die Ansprüche des Kl. erheblich überseht seien. Hiernach hätte Grundurteil nicht ergehen dürfen, weil der Klageanspruch 1 bisher der genügenden Substantiierung entbehrt (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO.), weil ferner Zweifel darüber bestehen, ob denn alle vier Ansprüche dem Grunde nach zuerkannt sind (vgl. § 322 Abs. 1 ZPO.) und weil endlich die Urteilsgründe jede Erörterung der Frage vermissen lassen, ob denn mit hoher Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist (§ 287 ZPO.), daß der erstattungsfähige Gesamtschaden des Kl. den ihm bereits erstatteten Betrag von 1600 RM zuzüglich der ihm dem Grunde nach zuerkannten Rente von monatlich 100 RM unter Berücksichtigung des gem. § 1542 RWD. eingetretenen Rechtsübergangs übersteigt.

Zu 1. Nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. muß eine Klage die bestimmte Angabe des Gegenstands und des Grundes des erhobenen Anspruchs, sowie einen bestimmten Antrag enthalten. Wird eine

Geldleistung verlangt, so muß sie im Klageantrag ziffermäßig bestimmt oder wenigstens mit solchen Angaben gekennzeichnet sein, daß ihre ziffermäßige Best. ohne weiteres möglich ist (Jonas § 253

Der Vorderrichter hat den Begriff des Hauptverkehrsweges i. S. des § 24 KraftfVerkVd. v. 15. Juli 1930 (vgl. indessen jetzt die geänderte Fass. des § 24 KraftfVerkVd. v. 10. Mai 1932 [RGBl. I, 201] in Abs. 2) verkannt. Denn für diesen Begriff kam es bisher ausschließlich auf die Verkehrsbedeutung der Wege an, d. h. darauf, welcher den stärkeren Verkehr aufwies und — bei gleicher Verkehrsstärke —, welcher den Durchgangsverkehr zwischen den wichtigeren Verkehrspunkten vermittelte (RG. 125, 206¹); eine PolVd., durch welche die mit Straßenbahnlinien belegten Straßen zu Hauptverkehrswegen erklärt wurden, war für Kraftfahrzeugfahrer nicht bindend und befreite den Richter nicht von der eigenen Prüfungspflicht (RG. 132, 101²). Das hat der Vorderrichter nicht beachtet.

Soweit die Bewertung des Verschuldens des Zweitbekl. — und etwa auch des Kl. — davon abhängt, welchem von beiden das Vorfahrtsrecht zugestanden hat, bedarf die Frage der Entschuldbarkeit des Irrtums über das Vorfahrtsrecht der Prüfung (RG. 132, 101³) und es ist auf den Grundtat hinzuweisen, daß auch der objektiv vorfahrtberechtigte Führer, zumal an unüberblicklichen und verkehrsreichen Straßenkreuzungen, wie eine solche nach dem Ausspruch des Vorderrichters hier in Frage steht, alle Vorsicht walten lassen muß, um einen Zusammenstoß zu vermeiden (RGUrt. v. 10. Okt. 1932, VI 161/32), und daß dies erst recht dann gilt, wenn die Frage des Vorfahrtsrechts zweifelhaft ist; darauf, daß der andere Führer sein Vorfahrtsrecht beachten werde (RG. 125, 208⁴), darf er namentlich dann um so weniger rechnen. Auch dies hat das angef. Urt. nicht beachtet.

Das BG. stellt fest, der Kl. sei mit einer Geschwindigkeit von 15—20 km je Stunde in die Kreuzung gefahren, meint

aber, er sei „langsam“ gefahren. Ob dabei die Vorschr. des § 18 Abs. 2 KraftfVerkVd. beachtet ist, kann schon an sich, namentlich aber deshalb zu rechtlichen Zweifeln Anlaß geben, weil die Bekl. Angaben über die Beschaffenheit des angeblich veralteten Wagens des Kl. gemacht haben, die unter Berücksichtigung auch der sonstigen Umstände eine Stundengeschwindigkeit von 15—20 km als eine den Anforderungen des § 18 Abs. 2 KraftfVerkVd. nicht entsprechende erscheinen lassen könnten.

Das BG. geht von der — nach den Ausführungen des RevUrt. möglicherweise unzutreffenden — Annahme aus, den Kl. treffe an seinem Unfall keinerlei Verschulden. Hüfsweise aber unterstellt es ein solches Verschulden und findet es — möglicherweise rechtsirrig — lediglich darin, daß der Kl., als er dicht vor oder vielleicht gar erst auf der Kreuzung den Wagen der Bekl. zuerst erblickt habe, noch die Überfahrt durch Gasgeben versucht habe; dieses etwaige Verschulden des Kl. trete aber gegenüber dem groben Verschulden des Zweitbekl. soweit zurück, daß es gem. § 254 BGB. gerechtfertigt erscheine, die Bekl. in vollem Umfange haften zu lassen. Dabei ist zunächst schon überschen, daß die Ausgleichspflicht nicht aus § 254 BGB. (i. Verb. m. § 9 KraftfG.), sondern aus § 17 KraftfG., also unter Berücksichtigung aller Umstände, insbes. der beiderseitigen — etwa erhöhten — Betriebsgefahren, zu beurteilen war. Ferner aber stellen, worauf die Rev. zutreffend hinweist, § 17 KraftfG. nicht minder wie auch § 254 BGB. in erster Reihe auf die Verursachung und erst in zweiter Linie auf das Verschulden ab (RGUrt.: JW. 1932, 787¹⁰ nebst Nachweisen). Endlich aber geht die schuldhaftige Mitverursachung des Kl. möglicherweise viel weiter, als das BU. unterstellt. Muß schon aus diesen Gründen das Urt. auch aus

der Richter nach der Verkehrsbedeutung der Straßen zu entscheiden, sondern es ist durch Reichsvorschrift bestimmt, welche Straßen Hauptverkehrswege sind.

Zur Frage der Schadensausgleichung wird das Urt. des BG. mit Recht in verschiedenen Punkten beanstandet:

1. Da der Tatbestand des § 17 KraftfG. gegeben ist, darf die Ausgleichung nur nach dieser Vorschrift, nicht aber nach § 254 BGB. mit § 9 KraftfG. erfolgen. Darauf hat das BG. in gleichgelagerten Fällen schon wiederholt hingewiesen (vgl. RG.: JW. 1932, 787 mit Nachweisen).

2. Der § 17 stellt (wie auch § 254) in erster Linie auf das Maß der Verursachung und erst in zweiter Linie auf das Maß des Verschuldens ab (vgl. RG.: JW. 1933, 1405).

3. Für die Frage des Verschuldens ist die Feststellung von Belang, welcher der Beteiligten sich einer Verletzung der Vorschrift des § 24 KraftfVerkVd. über die Vorfahrt schuldig gemacht hat. Dafür ist die objektive Feststellung, daß die Vorfahrt dem Kl. oder dem Zweitbekl. zustand, nicht genügend; es fragt sich noch, ob nicht derjenige, der nicht vorfahrtsberechtigt war, sich nach Lage der Verhältnisse das Vorfahrtsrecht zuschreiben durfte, also in einem entschuldbareren Irrtum, sohin nicht schuldhaft handelte. Ferner kommt in Betracht, daß auch der objektiv vorfahrtsberechtigte niemals rücksichtslos von seinem Rechte Gebrauch machen darf. Er ist in erster Linie verpflichtet, die sonstigen Vorschriften der KraftfVerkVd., namentlich die des § 18 Abs. 2 und des Abs. 1, zu beobachten und die allgemeine Verkehrsorgfalt (§ 17 Abs. 1 KraftfVerkVd., § 276 BGB.) anzuwenden, und er muß, besonders wenn die Frage des Vorfahrtsrechts zweifelhaft ist, auch damit rechnen, daß der andere Verkehrsbeteiligte sein Vorfahrtsrecht nicht beachtet, weil er sich irrtümlich dieses Recht selbst zuschreibt. Was die vorl. Entsch. zu diesen Fragen ausführt, ist ständige Mspr. aller höheren Gerichte.

4. Von besonderem Interesse ist noch die Betonung des Grundsatzes, daß, abgesehen von gewissen Ausnahmefällen, nicht ein bloß unterstelltes, sondern nur ein wirklich festgestelltes Verschulden der Beteiligten eine geeignete Unterlage für die Schadensausgleichung bildet.

5. Bei der Schadensausgleichung kommt es darauf an, welches Maß von Verursachung und Verschulden dem einzelnen Beteiligten in die Waagschale zu legen ist. Stehen dem Kl. zwei Bekl. gegenüber, so müssen nicht diese gleichbehandelt werden; die Abwägung kann ergeben, daß im Verhältnis zum Kl. der eine der Bekl. einen größeren Teil des Schadens zu tragen hat als der andere. In die Waagschale des Fahrzeughalters sind zwei Gewichte zu legen: die Betriebsgefahr des Kraftfahrzeugs und ein Verschulden nach § 331 BGB. — auch das letztere ist nur im Rahmen des § 17 KraftfG., nicht des § 254 BGB. zu beachten (JW. 1932, 787); ob er deshalb schlechter zu stellen ist als sein Führer, der den Unfall herbeigeführt hat, hat das Ermessen des Richters zu entscheiden.

ObdR. Dr. Wezold, München.

Ann. III 4; Seuffert-Walzmänn § 253 Ann. 4 A. V.). Dies gilt auch, wenn in einer Klage, wie es hier zum Antrag 1 geschehen ist, mehrere selbständige Ansprüche verbunden werden — objektive Klagenhäufung nach § 260 ZPO. Es genügt nicht, die mehreren aus einem bestimmten Ereignis (dem Kraftfahrzeugunfall) entstandenen Ansprüche in einem Antrage zusammenzufassen, sondern jeder einzelne Anspruch muß siffermäßig bestimmt oder bestimmbar sein (Baumbach § 253 Ann. 7). Wird mit der Klage zunächst nur ein Teilbetrag des eingetretene, aus mehreren Ansprüchen sich zusammensetzenden Gesamtschadens verlangt, so muß nach § 253 Abs. 2 Nr. 2, wie schon RG.: JW. 1931, 2482 ausgesprochen hat und die gegenwärtige Entsch. neuerdings darlegt, siffermäßig angegeben werden, welcher Teil eines jeden der im Klagenantrage vereinigten selbständigen Ansprüche in der begehrten Gesamt(teil)summe steckt. Das ist notwendig, um die Tragweite des auf eine solche Klage ergehenden Urt. (§ 322 Abs. 1 ZPO.) erkennbar zu machen. Wird im vorl. Falle dem Kl. einfach ein Teilbetrag von 1000 RM des aus den verschiedenen Ansprüchen sich zusammensetzenden Gesamtschadens zuerkannt, so steht nicht fest, welcher der Ansprüche ganz oder zum Teil und zu welchem Teil zugesprochen ist, ob noch etwas und wieviel zum einzelnen Anspruch nachgebortet werden kann.

Ein Zwischenurteil nach § 304 ZPO. kann nur ergehen, wenn Grund und Betrag des erhobenen Anspruchs siffermäßig sind und der Streit über den Grund spruchreif ist. Bei der objektiven Klagenhäufung müssen diese Voraussetzungen bei jedem der miteinander verbundenen selbständigen Ansprüche gegeben sein. Steht einer der Ansprüche nach Grund und Betrag bereits fest oder ist einer der Ansprüche schon dem Grunde nach unberechtigt, so kann bezüglich seiner Teilurteil nach § 301, nicht aber Grundurteil nach § 304 ZPO. ergehen. Wird nur ein Teilbetrag des Gesamtschadens eingeklagt, so kann nicht über einen der mehreren Ansprüche noch ein Grundurteil erlassen werden, wenn schon feststeht, daß dieser Anspruch durch Zahlung des Teilbetrags, etwa im Zusammenhalte mit anderen Leistungen, seine vollständige Befriedigung findet. Dabei muß der Vorschrift des § 1542 ZPO. und allenfalls auch des § 67 BGB. Rechnung getragen werden; dem Kl. können Ansprüche nicht zuerkannt werden, die nicht mehr ihm, sondern infolge gesetzlichen Rechtsübergangs einem anderen Gläubiger zustehen.

Die frühere Streitfrage, ob örtliche Polizeibehörden, wie es vielfach in städtischen Straßenverkehrsordnungen geschah, den Begriff des Hauptverkehrsweges i. S. des die Vorfahrt regelnden § 24 KraftfVerkVd. in einer den Richter bindenden Weise festlegen können — eine Frage, die vom RG. wiederholt verneint wurde (vgl. auch RGSt. 63, 413 = JW. 1931, 3357) —, hat mit der Neuassung des § 24 v. 10. Mai 1932 (RGBl. I, 201) ihre Bedeutung im wesentlichen verloren. Nun hat im allgemeinen nicht mehr

¹) JW. 1929, 2816.

²) JW. 1931, 3345.

³) JW. 1931, 3345.

⁴) JW. 1929, 2816.

rechtlichen Bedenken zur Frage der Abwägung aufgehoben werden, so kann es offenbleiben, ob das vom BG. nur unterstellte Verschulden des Kl. eine taugliche Unterlage für die Abwägung bildet. Regelmäßig ist das nicht der Fall (RG. 131, 125^o) nebst Nachweisen; RGlrt.: JW. 1932, 2018⁴), und nur dann wird eine Ausnahme von dem Satze, daß Feststellungen nicht durch Unterstellungen bei der Abwägung ersetzt werden können, zugelassen, wenn die Unterstellung zu bestimmt ist, daß sie einen Vergleich der beiderseitigen schuldhaften Mitverursachung ermöglicht (JW. 1914, 485²⁰; 1920, 553⁴; LZ. 1923 Sp. 106 Nr. 4; JurRdsch. 1927 Nr. 116; RGlrt. v. 29. Mai 1933, VI 46/33). Endlich sei noch darauf hingewiesen, daß die Abwägung nach § 17 KraftfG. (und nach § 254 BGB.) zu einem dem Kl. günstigeren Ergebnis gegenüber der Erstbekl. als gegenüber dem Zweitbekl. führen könnte, da hierbei auch das Maß des Verschuldens des Geschäftsherrn gem. § 831 BGB. beachtlich ist (RG. 139, 304, 305^o) nebst Nachweisen; 140, 392⁷).

(U. v. 12. Okt. 1933; VI 133/33. — Düsseldorf.) [G.]

****2. §§ 833, 906 BGB.**

1. Die Haftung des Tierhalters ist Gefährdungshaftung; ein rechtswidriges Verhalten ist nicht erforderlich.

2. Bienen sind keine Haustiere; aber die von ihnen durch Ausschreibungen aus ihrem Körper entstandenen Beschädigungen an fremden Gegenständen sind keine Tierschäden i. S. des § 833 Satz 1 BGB.

3. Das Eindringen von Bienen auf ein fremdes Grundstück fällt unter § 906 BGB. f)

§ 906 BGB. verbietet dem Eigentümer das Verbotungsrecht unter den näher bestimmten Voraussetzungen, soweit es sich, wie die Gesetzesmaterialien sich ausdrücken, um die sog. „Immission von Imponderabilien“ handelt. Die Frage, ob das Eindringen von Bienen auf ein Grundstück unter diese Best. fällt, ist bestritten. Wenn man sich streng an den Begriff „Imponderabilien“ und an die im § 906 BGB. angeführten Beispiele hält, so kann sie allerdings zweifelhaft sein. So hat das RG. angenommen, daß das Eindringen von Wasser und flüssigen Stoffen, sowie von festen Körpern nicht unerheblichen Umfangs, wie Steinen, nicht von der Vorschr. des § 906 BGB. betroffen wird (vgl. RGVarn. 1918 Nr. 55; GruchBeitr. 57, 694). In dem Ur. RG. 76, 132 ist auch beiläufig, ohne daß indessen die Entsch. hierauf beruht, ausgesprochen, daß Bienen nicht als „Imponderabilien“ i. S. der letztgenannten Vorschr. angesehen werden könnten. Diesen Standpunkt nimmt ferner zum Teil das ältere Schrifttum sowie der RGRKomm. Anm. 5 zu § 906 BGB. ein. Die neuere Literatur kommt jedoch, ausgehend von dem Zweck des § 906 BGB. zu der Bejahung seiner Anwendbarkeit auf das Eindringen von Bienen (vgl. Staudinger, Anm. I

*) JW. 1931, 856. *) JW. 1933, 1458. *) JW. 1933, 1873.

Zu 2. Dem Ergebnis der Entsch. ist zuzustimmen. Ihre Begründung erweckt aber Bedenken.

Entsprechend dem Zweck von § 833 BGB. hat das RG. in ständiger Rspr. die Tierhalterhaftung auf die Schäden beschränkt, die infolge der spezifisch tierischen Natur des schadenstiftenden Tiers entstehen. Von diesem gesunden Gesichtspunkt ausgehend hat das RG. die Tierhalterhaftung verneint, z. B. wenn das Tier lediglich dem Willen seines Herrers gehorcht (RG. 50, 189; 65, 106 = JW. 1907, 139), oder wenn ein äußeres Ereignis auf den Körper oder die Sinne des Tiers mit einer Gewalt eingewirkt hat, der ein Tier der betreffenden Gattung nicht widerstehen kann (z. B. RG. 54, 74). Abweichend vom RG. muß aber in dem hier zu erörternden Falle angenommen werden, daß die Verunreinigungen durch Ausschleiden von Wachs und anderen Stoffen zu den typischen Gefahren gehören, die mit dem Halten von Bienen verbunden sind. Der Schaden ist also ein typischer Tierschaden. Die Möglichkeit des Entlastungsbeweises steht dem Bienezüchter nicht offen, da Bienen keine Haustiere i. S. von § 833 Satz 2 BGB. sind. Lediglich die Anwendbarkeit von § 254 BGB. könnte unter diesem Gesichtspunkt erwogen werden.

Die Anwendbarkeit von § 833 wird indes durch eine andere Überlegung ausgeschlossen.

Das RG. hat abweichend von dem obiter dictum in RG. 76, 132

5a zu § 906 BGB.; Pland, Anm. 3a zu § 906 BGB.; Meißner-Stern, Pr. Nachbarrecht S. 182, 184). Dieselbe Ansicht wird in der oberlandesgerichtlichen Rspr. vertreten (vgl. Stuttgart: DLG. Rspr. 26, 23; DLG. München: HöchRtspr. 1932 Nr. 447). Ihr ist mit dem BG. beizupflichten. Die Vorschr. des § 906 BGB. bezweckt, das im § 903 das grundfänglich anerkannte Ausschließungsrecht des Eigentümers mit den Bedürfnissen des wirtschaftlichen Lebens in Einklang zu bringen. Diesen Bedürfnissen würde es widersprechen, wenn jede mit der Benutzung eines Grundstücks verbundene Hinüberwirkung auf ein anderes Grundstück als rechtswidrig von dessen Eigentümer untersagt werden könnte. Um einen kurzen Ausdruck zu gewinnen, hat man die Bezeichnung „Imponderabilien“ der Best. zugrunde gelegt. Man ist aber davon ausgegangen, daß sich nach einem alle Fälle klar entscheidenden Merkmal die von dem Eigentümer zu duldenbe Hinüberwirkung nicht bezeichnen lasse, und das Gesetz hat nur hauptsächlich Beispiele angeführt, um die weitere Entwicklung aus dem leitenden Gedanken der Praxis zu überlassen (vgl. Mot. III, 264 ff., Prot. für die 2. Lesung des Entw. d. BGB. Bd. III, 123). Kann hiernach aber das Wort „Imponderabilien“, das zudem im Gesetz selbst keine Anwendung gefunden hat, eine ausschlaggebende Bedeutung für die Auslegung nicht beanspruchen, und sind die im § 906 BGB. angeführten Beispiele nur richtunggebend, so gebietet sich aus dem oben erörterten Zweck der vorerwähnten Best. ihre Anwendung auf das Eindringen von Bienen auf ein anderes Grundstück. Denn, wie das DLG. Stuttgart a. a. O. zutreffend darlegt, bringt die Bienezucht notwendig ein Eindringen von Bienen auf fremde Grundstücke mit sich. Wollte man dem Bienezüchter den Schutz des § 906 BGB. versagen, so wäre eine sachgemäße Bienezucht so gut wie ausgeschlossen, da die Anwendung des § 226 BGB. zugunsten des Bienezüchters nur selten in Frage käme. Bei der Bedeutung der Bienezucht für die Volkswirtschaft kann dies aber nicht der Absicht des Gesetzes entsprechen. Berücksichtigt man, daß es sich bei Bienen um verhältnismäßig kleine Körper handelt, so steht auch die bisherige Rspr. des RG., die das Eindringen von festen Körpern nicht unerheblichen Umfangs als nicht unter § 906 BGB. fallend ansieht, der Anwendung dieser Best. auf Bienen nicht entgegen. So hat auch schon für das Gemeine Recht RG. 12, 173 angenommen, daß die in den Quellen für die Immission von Rauch erörterten Grundsätze wegen der Gleichheit des maßgebenden Gesichtspunktes auf das Hinüberfliegen von Bienen zu gelten hätten. Zudem weist das BG. mit Recht darauf hin, daß die eigentliche Beeinträchtigung der Kl. nach ihrer Darstellung nicht in der mit dem Bienenflug verbundenen Belästigung liegt, sondern in der Ausschleidung der Bienen, und daß diese Ausschleidung unbedenklich als eine der von § 906 BGB. umfaßten Einwirkungen angesehen werden kann. Da das BG. mit einwandfreier Begr. die Ortsüblichkeit der von dem Bekl. betriebenen Bienezucht feststellt, so besteht ein Verbotungsrecht der Kl. nicht.

(U. v. 20. Sept. 1933; V 153/33. — Rfln.) [Sch.]

3. § 839 BGB. Amtsverpflichtung der Gefängnisbeamten auf Grund der AllgVfg. des preuß. Just. Min. v. 30. Jan. 1908, 17. Mai 1911, bei

sich in der Entsch. mit Recht auf den Standpunkt gestellt, daß § 906 BGB. anwendbar ist, dem Eigentümer eines Grundstücks also verbietet, das Eindringen von Bienen aus dem Nachbargrundstück zu verbieten. Diese Entsch. des Interessenkonflikts zwischen dem Bienezüchter auf der einen und den Eigentümern der Nachbargrundstücke auf der anderen Seite ist deshalb geboten, weil bei einer entgegengesetzten Entsch., wie das RG. selbst mit Recht bemerkt, eine geordnete Bienezucht gar nicht möglich sein würde.

Gibt man aber dem Bienezüchter den Schutz des § 906, so führt dies notwendig dazu, die Anwendbarkeit von § 833 zu versagen, denn sonst würde man dem Bienezüchter mit der einen Hand nehmen, was man ihm mit der anderen gegeben hat. Die Interessenabwägung, zu der man in Auslegung des § 906 BGB. kommt, muß notwendig den Bereich der Gefährdungshaftung einengen. Dieser Gesichtspunkt hat wohl auch unbewußt dem DLG. vorgeschwebt, als es wegen fehlender Rechtswidrigkeit einen Anspruch des Kl. verneinte.

Präsident Dr. Reßler, Berlin.

Strafgefangenen für die Erhaltung der Anwartschaft auf die Invalidenversicherung durch Weiterversicherung zu sorgen.†)

Das BG. geht von der AllgVfg. des preuß. JustMin. v. 30. Jan. 1908 (ZMBl. 29) aus, deren Vorschriften nach der ergänzenden AllgVfg. v. 17. Mai 1911 (ZMBl. 200) bereits bei Vollstreckung einer Freiheitsstrafe von mehr als neun Monaten zu beachten waren. Die AllgVfg. weist auf die Gefahr hin, daß während der Vollstreckung einer längeren Freiheitsstrafe die Anwartschaft aus der Invalidenversicherung verlorengehen könne, und ordnet zur Abwendung dieses Nachteils an, daß der Gefangene alsbald nach seiner Einlieferung nach dem Besitze einer Quittungskarte zu befragen (Ziff. 1) und daß, falls die Karte noch gültig und durch ihren Inhalt die Erhaltung der Anwartschaft dargetan ist, durch rechtzeitigen Umtausch der Quittungskarte für die Erhaltung ihrer Gültigkeit und durch Weiterversicherung für die weitere Erhaltung der Anwartschaft Sorge zu tragen ist (Ziff. 2), und zwar sollen für die Weiterversicherung vom Zeitpunkte der Einlieferung des Gefangenen an so viel Beiträge geleistet werden, als zur Erhaltung der Anwartschaft erforderlich und ausreichend sind; einer Einwilligung des Gefangenen zur Weiterversicherung bedarf es nicht (Ziff. 3). Die zur Beschaffung der Beitragsmarken erforderlichen Geldebeträge sind, wenn der Gefangene eigenes Geld eingebracht hat und in dessen Verwendung zu diesem Zwecke willigt, aus diesem Gelde, andernfalls aus der ihm gutgeschriebenen Arbeitsbelohnung zu entnehmen, die nötigenfalls zu bevorschussen ist (Ziff. 4). Die AllgVfg. berücksichtigt schließlich noch den besonderen Fall, daß sich bei Gelegenheit der Prüfung der Quittungskarte herausstellt, daß die Anwartschaft nur durch nachträgliche Entrichtung von rückständigen Beiträgen für eine versicherungspflichtige Beschäftigung in der vor der Einlieferung liegenden Zeit oder durch die nachträgliche Entrichtung freiwilliger Beiträge für dieselbe Zeit erhalten werden könne. Auch in diesem Falle sollen — wie Ziff. 5 bestimmt — die erforderlichen Beiträge nachträglich entrichtet werden, wenn der Gefangene nach Befehl über die Sachlage die Entrichtung wünscht und die dazu nötigen Mittel aus eingebrachtem Geld oder aus der Arbeitsbelohnung zur Verfügung stehen.

Den Erwägungen des VerR., daß die AllgVfg. v. 30. Jan. 1908 u. 17. Mai 1911 Schutzvorschriften zugunsten der Strafgefangenen enthält und daß ihre Vernachlässigung eine Amtspflichtverletzung der Beamten der Strafanstalt darstellt, ist beizutreten. Das hat der erl. Sen. bereits in der Entsch. v. 15. März 1932 (III 361/31) anerkannt. Daran ist festzuhalten. Wenn der Kl. bei seiner Einlieferung in die Strafanstalt eine am 25. Juli 1912 ausgestellte Quittungskarte besaß, in die erst 3 Beitragsmarken eingeklebt waren, so besteht das Verschulden der Beamten der Gefängnisverwaltung gegenüber dem Kl. darin, daß sie es unterlassen haben, die Weiterversicherung des Gefangenen durch Einleiben der an der vorgeschriebenen Zahl von 20 Beitragsmarken fehlenden 17 Beitragsmarken zu bewirken.

Die Auslegung, die das BG. der Ziff. 5 der AllgVfg. gibt, ist zu billigen. Ziff. 5 behandelt den besonderen Fall, daß die Laufzeit einer Quittungskarte, die bei der Einlieferung des Strafgefangenen in die Strafanstalt nur wenige oder gar keine Beitragsmarken enthält, sich ihrem Ende nähert, daß mithin die bis zum Ende der Laufzeit zur Verfügung stehenden wenigen Wochen zur Erhaltung der Anwartschaft durch Weiterversicherung auch dann nicht ausreichen würden, wenn von nun an während der Strafhaft für jede Woche neue Beitragsmarken verwendet würden, und daß infolgedessen die Anwartschaft nur durch Nachentrichtung rückständiger Beiträge (oder durch Nachentrichtung freiwilliger Beiträge für die Vergangenheit) aufrechterhalten werden kann. Die Verfügung will, wie bereits oben hervorgehoben, der Gefahr begegnen, daß Strafgefangene, die während ihrer Strafzeit mangels Vorliegens eines Arbeitsverhältnisses i. S. der Invalidenversicherung nicht versicherungspflichtig sind, durch Zeitablauf ihre Anwartschaft verlieren. Nach Ziff. 2 der Verfügung ist daher zunächst zu prüfen, ob die Anwartschaft überhaupt noch

erhalten ist. Trifft das zu, so ist für die Erhaltung der Anwartschaft durch Weiterversicherung, d. h. durch Weiterentrichtung der zur Erhaltung der Anwartschaft erforderlichen Beträge, in der Zeit der Strafhaft Sorge zu tragen. Dabei macht es vom Standpunkt der AllgVfg. keinen Unterschied, ob der Gefangene in der Vergangenheit seiner Versicherungspflicht im vollen Umfange nachgekommen ist. Wenn nur die Anwartschaft erhalten geblieben ist, muß die Weiterversicherung erfolgen. Diese Voraussetzungen hat das BG. ausreichend festgestellt.

Nach der ausdrücklichen Vorschr. der AllgVfg. war es Pflicht der Gefängnisverwaltung, durch Weiterversicherung für die Erhaltung der Anwartschaft aus der Karte Sorge zu tragen. In dem Verstoß gegen diese klare und unmißverständliche Vorschr. ist eine erhebliche Amtspflichtverletzung i. S. des § 839 BGB. i. Verb. m. § 1 PrGef. v. 1. Aug. 1909 zu erblicken. Bei der Entlassung des Kl. aus der Strafanstalt war infolgedessen die Anwartschaft nach § 1280 RVD. an und für sich bereits — durch Schuld der Gefängnisverwaltung — erloschen. Wenn § 1443 RVD. dem Versicherer ausnahmsweise die Möglichkeit gab, gleichwohl noch während eines Jahres nach Ablauf der Quittungskarte Nr. 7 Beiträge für die Laufzeit jener Karte nachzuentrichten, so würde die Außerachtlassung dieser Möglichkeit doch nur ein so geringes Verschulden bedeuten haben, daß es gegenüber der Amtspflichtverletzung der Beamten der Gefängnisverwaltung als Schadensursache völlig zurückzutreten hätte. Mit Recht weist das BG. darauf hin, daß sich der Kl. als einfacher Mann keine Gedanken darüber zu machen brauchte, ob infolge des Nichtklebens von Beitragsmarken während der Strafhaft seine Anwartschaft auf Invalidenrente gefährdet war, sondern daß er sehr wohl der Ansicht sein konnte, seine Anwartschaft sei durch die Strafhaft nicht berührt worden, und deshalb sein Augenmerk nur darauf zu richten brauchte, daß die in der Zeit nach seiner Entlassung aus der Strafhaft laufende Quittungskarte ordnungsmäßig beklebt wurde.

(U. v. 27. Jan. 1933; III 211/32. — Berlin.) [Sch.]

b) Strafsachen.

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

I. Materielles Recht.

4. § 46 StGB. ist nicht anwendbar, wenn der Täter durch die — von ihm erkannte — Wirkungslosigkeit seiner Versuchshandlungen an der Vollendung des Verbrechens gehindert wird.†)

Das SchwG. hat mit Recht verneint, daß der Totschlagsversuch nach § 46 StGB. straflos sei. Vorweg sei bemerkt, daß eine Abwendung des zur Vollendung der Tat gehörigen Erfolges hier bei der vom Angekl. erkannten Wirkungslosigkeit der Versuchshandlungen nicht in Frage kommt und somit § 46 Nr. 2 StGB. von vornherein ausscheidet (vgl. RGSt. 52, 181). Aber auch nach § 46 Nr. 1 StGB. ist hier keine Straflosigkeit gegeben. Denn der Angekl. ist an einer Tötung seiner Mutter durch Umstände gehindert worden, die von seinem Willen unabhängig waren. Von einer „Reue“, die

Zu 4. Der Entsch. ist m. E. zuzustimmen mit der Maßgabe, daß auf „Reue“, die „über ihn kam“, gar nicht abzustellen ist, sondern nur auf Freiwilligkeit. Wäre die Rücksicht auf Reue des Zurücktretenden bestimmend für die Straflosigkeit, so müßte immerhin sehr gründlich auf das Vorbringen der Revisionschrift eingegangen werden: mit der Ernüchterung, die eintritt, wenn der Täter das Ausmaß seines Unternehmens erkennt, könnte durchaus zugleich die Reue, ernste Reue sogar, über sein ganzes Vorhaben kommen. Der gesetzgeberische Grund für die Straflosigkeit ist in dessen ein objektiverer als Rücksichtnahme auf Reue. Nicht die reuevolle Gesinnung soll belohnt, sondern eine goldene Brücke zur Erfolgsabwendung soll durch § 46 StGB. gebaut werden (s. meine Anm. zu Ur. 11: JW. 1933, 2337). Dieser goldenen Brücke bedarf es hier nicht, da der Erfolg, wie vom Täter erkannt, sowieso nicht eintreten konnte. Wenn irgend etwas in § 46 belohnt werden soll, so lediglich die Tätigkeit, welche dazu dient, eine drohende Rechtsgutsverletzung

Zu 3. Der Entscheidung ist zuzustimmen.

Prof. Dr. Röttgen, Greifswald.

„über ihn kam“ — weiß das Ur. nichts. Es weiß auch nichts von einer „Möglichkeit, das Verbrechen herbeizuführen, wenn der Angekl. fortgefahren wäre, das sich anscheinend doch nach und nach in dem Kaffee schließlich lösende Gift mit einem Löffel herumzurühren“; vielmehr stellt es fest, daß „sich der in Rede stehende Stoff in einer neutralen, nicht sauren Flüssigkeit fast gar nicht löst“. In Wahrheit hat den Angekl. nach dem Ur. allein die von ihm selbst erkannte Wirkungslosigkeit seiner Versuchshandlungen an der Tötung gehindert, und dieser Umstand war von seinem Willen unabhängig. „Auch wenn ihm eine Vermischung des Kaffees mit dem Gift gelungen wäre, so hätte er“, wie das Ur. feststellt, „den Kaffee stehen lassen“ und hätte dann damit die Absicht verfolgt, daß seine Mutter zugleich mit dem Kaffee das Gift trinke, das nunmehr nicht sofort erkennbar gewesen sein würde.

(1. Sen. v. 4. Okt. 1933; 1 D 1065/33.) [B.]

5. Die Frage, ob eine Handlung unzüchtig i. S. der §§ 174, 176 StGB. ist, unterliegt im wesentlichen der Beurteilung des Tatrichters (RGSt. 67, 110). Neben der vollständigen Absicht des Täters muß eine Verletzung des Scham- und Sittlichkeitsgefühls der Allgemeinheit in geschlechtlicher Beziehung vorliegen. Letzteres ist nicht gleichbedeutend mit einer, wenn auch größeren Verletzung des Schamgefühls. Die Feststellung jenes Erfordernisses setzt im einzelnen Falle eine sorgfältige Würdigung des gesamten äußeren und inneren Geschehens voraus. Insbesondere erfüllt nicht jeder Angriff auf die weibliche Geschlechtschere unter allen Umständen den Tatbestand des Verbrechens nach §§ 174, 176 StGB., kann vielmehr je nach Lage des Falles lediglich eine — tätliche — Beleidigung darstellen (vgl. RGSt. 67, 170, 110). †)

Die unzüchtigen Handlungen gegenüber den Schülerinnen

abzuwenden, sei das nun Rücktritt oder Beseitigung schon gesetzer Ursachen. RGSt. 61, 117 stellt den klaren Grundsatz auf: „Entscheidend ist für alle Formen des Rücktritts nur dessen Freiwilligkeit“. Ebenso: OpzKomm., Anm. 3 zu § 46 StGB.; Frank, 18. Aufl., II u. III zu § 46 StGB.; L. Spohr, Rücktritt und tätige Reue, 1926, S. 62 f. u. d. Lehrbücher des Strafrechts von Liszt-Schmidt (26. Aufl.) § 46 III; von Hippel Bd. II § 29 XIV; Mezger § 56 III.

Allerdings ist mit Adolf Merkel (Lehrbuch 1889, § 47) zu betonen, daß nicht absolute Freiwilligkeit (die im praktischen Leben selten gegeben ist) verlangt werden kann, sondern wir uns „mit einem relativ freien Entschluß“ begnügen müssen. So schließt die mit dem Erfolge zugleich näherrückende Furcht vor Bestrafung z. B. die Freiwilligkeit nicht aus. Das eine nur muß erhalten bleiben: daß es schließlich doch gerade der zurücktretende Täter selber war, der die Rechtsgutverletzung abwendete. Daran aber fehlt es hier. Über die „Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch“ vgl. die darüber jetzt erscheinende Breslauer Dissertation von Georg Graf Lüttichau, 1933.

Prof. Dr. Arthur Wegner, Breslau.

Zu 5. Das Ur. entspricht der ständigen Rspr. des RG. Es wird für den Tatrichter, auf dessen Beurteilung die Entsch. im wesentlichen abstellt, in der Regel verhältnismäßig leicht sein, festzustellen, ob der Täter sich von geschlechtlicher Absicht hat leiten lassen. Dagegen wird es nicht selten Schwierigkeiten bereiten, Stellung zu der Frage zu nehmen, ob auch objektiv eine unzüchtige Handlung vorliegt. Es darf hierbei nicht Unanständigkeit, Verstoß gegen die gute Sitte mit Unzüchtigkeit verwechselt werden. Gesunde Sinnesfreude, deren Betätigung sich in gewissen äußeren Grenzen hält, will das Strafgesetz nicht treffen. Ob diese Grenze eingehalten ist, wird sich nicht ein für allemal sagen lassen. Es darf hierbei weder der Maßstab übertriebener Empfindlichkeit noch abgestumpfter Roheit angelegt werden. Was im Salon der Großstadt unzüchtig ist, braucht es noch nicht in der frischen Luft des Landes zu sein. Auch auf die Vorstellungen der Bevölkerung, die auf diesem Gebiete in deutschen Landen verschieden sind, muß Rücksicht genommen werden. Nicht auf seine eigene Einstellung zu geschlechtlichen Dingen, sondern auf die gesunde Volksanschauung hat der Richter in erster Linie entscheidendes Gewicht zu legen. Das gilt entsprechend ja in allen Fällen, in denen das Gesetz mit „normativen“, eine Wertung durch den Richter erfordernden Tatbestandsmerkmalen operiert.

SenPräf. Prof. Dr. Lee, Berlin.

erblickt die Strk. ohne Rechtsirrtum darin, daß der Angekl. sich während des Unterrichts neben sie setzte, seinen rechten Arm um ihren Oberkörper legte und mit der rechten Hand den vom Kleid bedeckten Busen drückte, indem er die Finger mehrmals krümmte und wieder streckte, und zwar, wie die Strk. feststellt, um sich geschlechtlich zu erregen.

(1. Sen. v. 13. Okt. 1933; 1 D 983/33.) [Sn.]

**6. § 18 Abs. 4 DevBD. v. 1. Aug. 1931 (RGBl. I, 421); Art. I § 6 Abs. 2 7. DurchfBD. (RGBl. I, 673). Ist für eine Devisenschiebung eine Provision oder eine Provisionsforderung erwachsen, so unterliegt diese oder ihr Gegenwert nicht der Einziehung.

Durchgreifende rechtliche Bedenken erheben sich gegen die vom SchöffG. ausgesprochene und vom BG. bestätigte Einziehung von 2248 RM, die vom Angekl. bei der Strafanstaltskasse des Untersuchungsgefängnisses hinterlegt und dort beschlagnahmt worden waren. Die Einziehung wird, wie folgt, begründet: Der BeschwF. hat für den Mitangekl. H. im Inland Wertpapiere mit dem Gesamterlös von 513 486,35 RM verkauft und diesen Erlös nach und nach an H. ausgehändigt, der mit Wissen und Willen des BeschwF. das Geld nach Holland verbrachte. Der Angekl. hatte dafür vereinbarungsgemäß eine Provision zu beanspruchen, welche das BG. auf 2371,64 RM berechnet. Er behauptet, daß ihm die Provision nicht ausbezahlt worden sei, sondern nach voller Abwicklung des Geschäfts auf seine Schuld bei H. gutgebracht werden sollte. Das SchöffG. hat dies als nicht widerlegt für wahr angenommen. Das BG. hat hierüber keine besonderen Feststellungen getroffen und sich offenbar den Standpunkt des SchöffG. zu eigen gemacht. Der nach dem BU. beim BeschwF. beschlagnahmte Gelbbetrag von 2248 RM ist demnach weder die ausbezahlte Provision noch ein Teil des Erlöses der verkauften Wertpapiere. Eingezogen wurde er deshalb, weil er der Höhe nach ungefähr dem mit dem Geschäft erzielten Gewinn gleichkomme. Gestützt ist die Entsch. auf § 18 Abs. 4 DevBD. 1931 (vgl. § 6 Abs. 2 7. DurchfBD.):

„Neben der Strafe können die Werte, auf die sich die strafbare Handlung bezieht, zugunsten des Reichs eingezogen werden, auch wenn sie dem Täter oder einem Teilnehmer nicht gehören.

Erweist sich die Einziehung als nicht durchführbar, so kann das Gericht nachträglich durch Beschl. die Einziehung des Gegenwerts in Geld anordnen.“

Das BG. hat hiernach, da es die Provision selbst nicht erfassen konnte, gemäß Satz 3 den Gegenwert eingezogen. Es kann dahingestellt bleiben, ob eine solche Einziehung nach der mitgeteilten Fassung schon im Ur. geschehen konnte (vgl. die Neufassung in BD. v. 15. April 1932 [RGBl. 177]). Denn rechtsirrtümlich ist jedenfalls die Auffassung des BG., daß die Provision oder die Provisionsforderung ein Wert sei, auf den sich die strafbare Handlung bezog. Die Provisionsforderung steht zwar im Zusammenhang mit der Straftat des Angekl. insofern, als sie das Entgelt für die Ausführung des ihm von H. erteilten Auftrags darstellt. Die strafbare Handlung wurde darin gesehen, daß der BeschwF. ohne Genehmigung über Reichsmarkforderungen verfügte, die einer im Ausland anfassigen Person aus dem Verkauf von Wertpapieren zustanden und ihr inländische Zahlungsmittel im Inland aushändigte. Die Werte, auf die sich die strafbare Handlung bezog, waren hiernach die Forderungen aus den Wertpapierverkäufen und die durch Einziehung der Forderungen an ihre Stelle getretenen Erlöse, nicht aber die Provisionsforderung. Diese war weder der Gegenstand noch auch nur das Mittel zur Begehung der Straftat. Sie bildete nur den aus ihr gezogenen Gewinn. Die Einziehung solcher Gewinne ist im Gef. nicht geregelt, wie sie z. B. in der BuchGerBD. v. 27. Nov. 1919 (RGBl. 1909) vorgesehen war, in deren Art. II § 3 Abs. 5 und 6 scharf geschieden wird zwischen den Gegenständen, auf die sich die strafbare Handlung (verbotene Ausfuhr lebenswichtiger Gegenstände) bezieht und dem durch die strafbare Handlung erzielten Gewinn.

Die Wendung „auf die sich die strafbare Handlung bezieht“ ist schon in § 18 Abs. 1 DevBD. gebraucht, wo be-

stimmt ist, daß die Geldstrafe bis zum Zehnfachen des Wertes der Zahlungsmittel, der Forderungen in ausländischer Währung, der Wertpapiere oder der Edelmetalle beträgt, auf die sich die strafbare Handlung bezieht. Die Aufzählung der Werte gibt mindestens einen starken Anhaltspunkt dafür, daß die Gewinne, welche besonders erzielt sind, nicht zu den Werten gezählt wurden, auf die sich die strafbare Handlung bezieht.

Hätte der Angekl. aus dem Erlös der Wertpapiere einen seinem Provisionsanspruch entsprechenden Geldbetrag zur Befriedigung seines Anspruchs auf die Seite gelegt, dann hätte freilich dieser Betrag eingezogen werden können, aber nicht aus dem Grunde, weil er die Provision darstellte, sondern weil er Teil des Erlöses der verkauften Wertpapiere gewesen wäre.

(2. Sen. v. 2. Nov. 1933; 2 D 921/33.) [W.]

7. § 146 GenG. Der genossenschaftlichen Untreue kann sich ein Vorstandsmitglied auch dann schuldig machen, wenn er nicht gerade in dieser Eigenschaft eine die Genossenschaft schädigende Handlung vornimmt. Der etwa vorliegende formell gültige Beschluß eines Genossenschaftsorgans deckt ihn nicht. f)

Ob die Ansicht der Strk. zutrifft, der die Vergütung an den Aufsichtsratsvorsitzenden S. bewilligende Beschluß der Generalversammlung sei mangels Eintragung in das Protokollbuch nichtig gewesen, kann auf sich beruhen, da jedenfalls

Zu 7. A. Eine Entsch. von größter Aktualität, die endlich Klarheit darüber schafft, daß sich der Vorstand nicht hinter den Beschluß eines Gesellschaftsorgans verschütten kann. Da bei dieser Frage im Schriftum Unsicherheit herrscht und (zu Unrecht!) meist Ausschluß der Rechtswidrigkeit angenommen wird, sei im folgenden untersucht, welchen Einfluß ein solcher Beschluß auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Vorstandes ausüben kann. Hierbei sind drei Fälle zu unterscheiden:

1. Der Aufsichtsrat beschließt die Vornahme eines riskanten Geschäfts (Hergabe eines großen Kredits, Abschluß langfristiger Verträge mit spekulativem Einschlag usw.), er hält sich dabei aber im Rahmen „ordnungsmäßiger Geschäftsführung“ (sog. erlaubtes Risiko). Der Vorstand hat die Befürchtung, daß das Geschäft fehlerhaft, z. B. daß der Kreditnehmer insolvent wird, er führt es aber trotzdem aus. Geht in einem solchen Falle das Geld verloren und entsteht der Gesellschaft dadurch Schaden, so fehlt es schon an der Tatbestandsmäßigkeit der Untreuevorschriften und nicht bloß an der Rechtswidrigkeit, wie man vielfach meint (vgl. auch Schwinge-Siebert, Das neue Untreuestrafrecht S. 44 ff.). Eine Maßnahme, die sich innerhalb der Grenzen des erlaubten Risikos hält wie hier der Beschluß des Aufsichtsrats und die Handlung des Vorstandes, wird durch den § 146 GenG. und § 266 StGB. Nf. nicht erfasst. Insofern läßt sich sagen, daß in derartigen Fällen der Aufsichtsratsbeschluß die Handlungen des Vorstandes „deckt“. Für Straflosigkeit des Vorstandes ist allerdings Voraussetzung, daß er den geschäftlich vielleicht gänzlich unerfahrenen Aufsichtsrat auf die seiner Ansicht nach bestehenden Bedenken aufmerksam gemacht hat. Das gehört zu den Pflichten, die aus dem Grundsatz ordnungsmäßiger Geschäftsführung hervorgehen.

2. Der Aufsichtsrat hält sich nicht innerhalb der Schranken des erlaubten Risikos — gemährt leichtfertig Kredite, bewilligt dem Vorstand trotz schlechter Lage des Unternehmens übermäßig hohe Gehälter, beschließt kostspielige Neubauten, für die kein unmittelbares Bedürfnis besteht. Hat der Vorstand nicht erkannt, daß darin eine Überschreitung der Zuständigkeit des Aufsichtsrats lag, so vermag die bloße Tatsache, daß der Vorstand bei seiner Handlung einer Anweisung des Aufsichtsrats Folge geleistet hat, die Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit der Ausführungstätigkeit nicht aus der Welt zu schaffen; ebenso wie die Tätigkeit des Aufsichtsrats ist auch die des Vorstandes pflichtwidrig im Sinne der Untreuevorschriften. Es ist aber möglich, daß beim Vorstand wegen fehlenden Bewußtseins der Pflichtwidrigkeit die Schuld entfällt.

3. Liegt der Fall so wie zu 2, ist sich der Vorstand aber im klaren darüber, daß der Beschluß des Aufsichtsrats oder der Generalversammlung aus dem Rahmen „ordnungsmäßiger Geschäftsführung“ herausfällt, und handelt er trotzdem, so ist er für die eingetretene Schädigung der Gesellschaft strafrechtlich voll verantwortlich. Ob er an dem Zustandekommen des Beschlusses mitgewirkt hat oder nicht, ist hierbei ohne Belang.

Prof. Dr. Erich Schwinge, Halle a. d. S.

B. Die in der Entsch. erörterten Fragen sind nicht nur für die sog. handelsrechtliche Untreue, sondern zugleich auch für die zivil-

zugunsten des Angekl. angenommen worden ist, daß er ihn für gültig gehalten hat. Die Strafbarkeit des Angekl. aus § 146 GenG. wird durch die formelle Gültigkeit des Beschlusses nicht ausgeschlossen. Denn nach den Feststellungen des angef. Urteils hat er in Kenntnis dessen, daß die Genossenschaft dadurch geschädigt werde, daß die anderen bei dem Beschlusse Mitwirkenden aber für diese Erkenntnis nicht urteilsfähig genug waren, den Generalversammlungsbeschluß herbeigeführt, um seinem Versprechen gegenüber S., ihm etwas zuzuwenden, zu genügen, und er hat auf Grund dieses Beschlusses an S. 450 RM gezahlt, obgleich er wußte, daß dessen Tätigkeit mit 50 RM reichlich abgegolten gewesen wäre. In derartigen Fällen wird, soweit es sich um die Anwendung des § 146 GenG. handelt, ein Vorstandsmitglied nicht durch einen formell gültigen Beschluß eines Genossenschaftsorgans gedeckt (RGUrt. I 505/28). Verfehlt ist auch die Ansicht der Rev., daß ein Vorstandsmitglied sich nur dann der genossenschaftlichen Untreue schuldig mache, wenn er gerade in dieser Eigenschaft eine die Genossenschaft schädigende Handlung vorgenommen habe. Es wird ihr gegenüber auf RSt. 58, 391 verwiesen. Dafür, daß die Strk. bei Prüfung der Angemessenheit der Vergütung von rechtsirrigem Erwägungen ausgegangen sei, fehlt jeder Anhalt.

Die Rev. irrt auch, wenn sie meint, daß ein Vorstandsmitglied sich durch die Annahme eines übermäßig hohen, aber vom Aufsichtsrat bewilligten Gehalts nicht strafbar machen könne. In dem bereits erwähnten Urte. I 505/28 ist

rechtliche Haftung des Vorstandes (§ 241 StGB., § 43 GmbHG., § 34 GenG.) von erheblicher Bedeutung.

1. Erfreulicherweise hat das RG. sich erneut zu der Ansicht bekannt, daß es für die Bestrafung nach § 146 GenG. und auch den anderen Sondertatbeständen der sog. handelsrechtlichen Untreue nicht darauf ankommt, ob der Täter gerade in seiner Eigenschaft als Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied gehandelt hat (vgl. hierzu die Entsch. JW. 1933, 2290, zu der in der Anm. für die nähere Begründung auf Schwinge-Siebert, Das neue Untreuestrafrecht S. 49f. verwiesen werden konnte; übereinstimmend neuestens Staub-Pinner [E. Schmidt], 14. Aufl., Anm. 10 zu § 312 StGB.). Für die zivilrechtliche Haftung gilt der gleiche Grundsatz, da es zur Obliegenheit des Vorstands- oder Aufsichtsratsmitgliedes gehört, in erster Linie das Interesse der Gesellschaft zu wahren (vgl. RG.: JW. 1932, 2279 — der strafrechtliche Teil dieser Entsch. ist allerdings abzulehnen).

2. Die Entsch. behandelt dann weiter die Frage, ob der „formell gültige“ Beschluß eines Organs der Genossenschaft ein Handeln zum Nachteil der Genossenschaft ausschließen kann. Die Frage wird verneint, wenn die anderen bei dem Beschlusse Mitwirkenden für die Erkenntnis der Schädlichkeit nicht urteilsfähig genug oder „schwach“ und „den Täter ergeben“ waren und der Täter dies wußte. Dieses Ergebnis erscheint zutreffend; es muß mit dem Begriff der ordnungsmäßigen Geschäftsführung als einer Frage der Tatbestandsmäßigkeit begründet werden (vgl. Anm. A.).

Auch hier besteht eine sachliche Übereinstimmung mit der zivilrechtlichen Haftung. Bei Handlungen, die nicht immer und nicht ohne weiteres eine Verletzung der Obliegenheiten des Vorstandes darstellen, spielt die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes für die zivilrechtliche Haftung die gleiche Rolle wie die ordnungsmäßige Geschäftsführung bei dem Untreuetatbestand. So braucht z. B. die Annahme eines besonders hohen Gehalts nicht immer pflichtwidrig zu sein; sicher aber liegt sie dann außerhalb der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes und außerhalb des Rahmens ordnungsmäßiger Geschäftsführung, wenn, wie im vorl. Falle, nach der Art des Unternehmens und der allgemeinen Wirtschaftslage ein so hoher Betrag nicht herausgewirtschaftet werden konnte, was dem Täter bekannt war. Ein formell gültiger Beschluß des Aufsichtsrats vermag dann die Pflichtwidrigkeit der Handlung nicht zu beseitigen.

Mit dieser Begründung wird für die Bedeutung zustimmender Beschlüsse der Organe unter dem Gesichtspunkt der Untreue und des Schadenersatzes eine klare Methode gewonnen und gleichzeitig die hier notwendige Elastizität der Entsch. erreicht. Wenn der Täter zur Ausführung eines Beschlusses verpflichtet ist, an dessen Zustandekommen er unbeteiligt war oder vor dem er vielleicht sogar gewarnt hatte, so hat er mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes und im Rahmen ordnungsmäßiger Geschäftsführung gehandelt (vgl. auch Staub-Pinner, Anm. 4, 5 zu § 241, Anm. 16 zu § 312 StGB.). Im vorl. Falle dagegen konnten die Beschlüsse der Organe den Täter in keiner Weise entlasten, da nach den tatsächlichen Umständen von einem pflichtmäßigen Handeln keine Rede sein konnte.

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

vielmehr — für die AktG., aber ebenso gültig für die eingetragene Genossenschaft — ausgesprochen, daß der strafbare Tatbestand der Untreue ohne Zweifel dann gegeben ist, wenn das Vorstandsmitglied in Kenntnis dessen, daß nach der Art des Unternehmens oder der allgemeinen Wirtschaftslage ein so hoher Betrag nicht herausgewirtschaftet werden kann, einen schwachen und ihm ergebenden Aufsichtsrat für die Bewilligung unangemessen hoher Bezüge zu gewinnen versteht. So lag der Fall auch hier, und der Angekl. ist sich auch bewußt gewesen, daß die bewilligte und entnommene Vergütung weit übertrieben und etwa doppelt so hoch war wie die ihm gebührende.

(VerSen. v. 10. Aug. 1933; 1 D 603/33.) [W.]

II. Verfahren.

8. § 265 Abs. 3 StPD. Falls nicht neue Tatsachen herangezogen und verwertet werden, sondern dem Angekl. nur die Möglichkeit einer von dem Eröffnungsbeschluß abweichenden rechtlichen Beurteilung der schon in der Anklage angeführten Tatsachen bekanntgegeben wird, hängt die Entsch., ob Anlaß zu einer Vertagung bestehe, allein von dem pflichtmäßigen Ermessen des erkennenden Gerichts ab.

Das SchwG. hat den Vertagungsantrag des Verteidigers mit der Begr. abgelehnt, daß in der Hauptverhandlung keine neuen Umstände hervorgetreten seien, die nicht schon in der Anklage gewürdigt wären. Diese Erwägung rechtfertigte den erlassenen Beschl., da sie das Vorliegen der Voraussetzung verneint, die gerade vorhanden sein muß, wenn der Angekl. auf Grund des § 265 Abs. 3 StPD. einen Anspruch auf Aussetzung der Hauptverhandlung haben soll. Daß etwa die fundgegebene Auffassung des SchwG. irrig gewesen sei, läßt sich aus dem Akteninhalt nicht entnehmen und wird auch in der RevBegr. nicht behauptet. Weder in dieser noch in der Hauptverhandlung vor oder nach der Verkündung des Beschl. hat der Beschwz. auf irgendeine Tatsache hingewiesen, die nach seiner Ansicht neu sein sollte. Nach dem eigenen Vorbringen der Rev. lag vielmehr das Neue, das die Veranlassung zu dem Vertagungsantrage bot, nicht in der Heranziehung und Verwertung neuer Tatsachen, sondern lediglich in der bekanntgegebenen Möglichkeit einer von dem Eröffnungsbeschluß abweichenden rechtlichen Beurteilung der schon in der Anklage angeführten Tatsachen. Bei solcher Sachlage hing die Entsch., ob Anlaß zu einer Vertagung bestehe, wie sonst allein von dem pflichtmäßigen Ermessen des erkennenden Gerichts ab (RGSt. 52, 250).

(2. Sen. v. 20. Nov. 1933; 2 D 1171/33.) [Sn.]

**9. § 337 StPD.; § 4 Abs. 2 Gef., betr. Entsch. im Wiederaufnahmeverfahren Freigesprochener, v. 20. Mai 1898 (RGBl. 345). Der Angekl. kann nicht zur Revision ziehen, daß er im Urteilsurteil vom BG. freigesprochen, in den Urteilsgründen dagegen für schuldig befunden wurde. — Über die Entschädigungspflicht des Staates hat nach Durchführung des Wiederaufnahmeverfahrens nur der letzte Tatrichter zu entscheiden, und zwar zugleich mit dem Urteil durch einen besonderen Beschluß, der auch nicht im Wege der Revision gegen das Urteil anfechtbar ist. †)

Der Angekl., der wegen gewerbmäßiger Hehlerei zu Zuchthaus verurteilt worden war, ist im Wiederaufnahmeverfahren von dem erweit. SchöffG. freigesprochen worden. Das

Zu 9. Die vorliegende Entsch. gibt nach den verschiedensten Richtungen Anlaß zu Bedenken.

I. 1. Zunächst ist das Ul. der großen Strk., so wie es ergangen ist, zweifellos unrichtig, und es ist der Fehler, den die Strk. gemacht hat, offenbar in der bewußten Absicht gemacht, an den Entschädigungsbeschluß des erweiterten SchöffG. herankommen zu können. Es ist auch nicht möglich, den Willen der Strk. einfach unberücksichtigt zu lassen, und in dem die Aufhebung des schöffengerichtlichen Teiles des Urteilstenors lediglich eine Beweiswürdigung der Strk.

SchöffG. war der Ansicht, „ein begründeter, über bloße Empfindungen hinausgehender Verdacht könne nicht mehr aufrecht erhalten werden“, und hat der Staatskasse nicht nur die Kosten des Verfahrens, sondern auch die dem Angekl. erwachsenen notwendigen Auslagen auferlegt.

Auf die Ber. der StA., die auf Beurteilung des Angekl. gerichtet war, hat die große Strk. folgendes Urteil erlassen: „Die Ber. der StA. wird mit folgender Maßgabe verworfen: Das angef. Ur. wird insoweit aufgehoben, als der Angekl. wegen nichtbegründeten Tatverdachts freigesprochen worden ist; vielmehr erfolgt die Freisprechung wegen nicht völlig ausreichenden Beweises. Die Kosten des Verfahrens trägt die Staatskasse. Die dem Angekl. in dem gesamten Verfahren erwachsenen Auslagen hat er jedoch selbst zu tragen.“

Es fragt sich, ob dieses Ur. den Angekl. beschwert, so daß er dagegen Rev. einlegen kann.

a) In der Freisprechung mangels ausreichenden Schuldbeweises liegt eine solche Beschwer nicht. Denn der Angekl. hat keinen rechtlich begründeten Anspruch darauf, die Schuldfrage gerade aus dem von ihm gewünschten Grunde verneint zu sehen. Aufgabe des Strafprozesses ist vielmehr nur die Feststellung, ob der geltend gemachte staatliche Anspruch auf Schuldigsprechung und Bestrafung besteht oder nicht besteht. Wird der Angekl. von Schuld und Strafe, sei es auch nur mangels ausreichenden Beweises, freigesprochen, so steht fest, daß ein staatlicher Strafanspruch nicht besteht, nicht bestanden hat und auch — von §§ 362 ff. StPD. abgesehen — in Zukunft nicht geltend gemacht werden kann.

b) Es besteht auch nicht etwa, wie die Rev. behauptet, insofern ein Widerspruch, als die Strk. den Angekl. zwar für schuldig erkläre, aber trotzdem freispreche. Das BG. ist allerdings auf Grund der erhobenen Beweise von der Schuld des Angekl. überzeugt, findet in dem bisherigen Ergebnis jedoch um deswillen keine zur Beurteilung ausreichende Grundlage, weil der Angekl. noch weitere Beweishebungen beantragt habe. Ob bei der gegebenen Verfahrenslage die Freisprechung des Angekl. gerechtfertigt war oder ob nicht vielmehr die Strk. — von ihrem Standpunkt aus — die sämtlichen Beweisangebote als nicht ernstlich gemeint, sondern lediglich als in Verschleppungsabsicht gestellt („zur Sabotage der Verhandlung“) auch ohne Heranziehung des § 1 Art. 3 Kap. I des ersten Teils WD. v. 14. Juni 1932 (RGBl. 285) kurzerhand mit den sich hieraus für die Schuldfrage ergebenden Folgen hätte ablehnen müssen, steht nach der Zurücknahme der Rev. der StA. nicht mehr zur Entsch. Zur Beurteilung der Rev. des Angekl. ist nur die Tatsache von Bedeutung, daß die Strk. den Beschwz. nicht, wie die Rev. behauptet, im Widerspruch zum Urteilsurteil in den Gründen für schuldig erklärt, vielmehr zu seinen Gunsten eine solche Schuldigerklärung ausdrücklich ablehnt.

c) a) Auch in der Fassung der Urteilsformel ist keine zur Rev. berechtigende Beschwer des Angekl. zu finden. Bestimmungen über den entscheidenden Teil der Ul. enthält, abgesehen von dem hier nicht in Betracht kommenden § 329, lediglich § 328 StPD. Dort ist jedoch nur gesagt, wie die Entsch. zu lauten hat, wenn die Berufung für begründet befunden wird. Für den gegenteiligen Fall ist eine bestimmte Formel nicht vorgeschrieben; es ist jedoch üblich und auch zweckmäßig, solchenfalls „die Berufung zu verwerfen“. Die Strk. hat sich an diese Übung gehalten, dabei aber der „Verwerfung der Berufung der StA.“ u. a. die „Maßgabe“ beigefügt, das schöffengerichtliche Ur. werde „insoweit aufgehoben“, als der Angekl. im Gegensatz zur Auffassung des ersten Richters nicht „wegen nichtbegründeten Tatverdachts“, sondern „wegen nicht völlig ausreichenden Beweises“ freigesprochen werde. Es wird somit eine aus den Urteilsgründen

erklären zu wollen. Die Strk. hat ganz einwandfrei das angefochtene Ur. teilweise aufheben wollen. Die Frage ist mithin nur, ob das Ur. diese Wirkung gehabt hat, oder ob unter den vorliegenden Umständen die Strk. das Ur. nicht etwa nicht aufheben durfte, was ja selbstverständlich ist, sondern überhaupt nicht aufheben konnte. Das letztere ist zu verneinen. Das Ur. des SchöffG. steht in der Berufungsverhandlung zur Entscheidung der Strk. Sie hat die volle Gewalt, es aufzuheben, wenn sie dies für richtig hält, und soweit sie dies für notwendig erachtet. Ihre Entscheidungsakte unterliegen gegebenenfalls

erfichtliche und dort näher erörterte Beweisermägung in dem Urteilsfaze besonders erwöhnt. Dies entspricht nicht der bereits erwöhnten Übung, mag auch unzweckmäßig, jedenfalls überflüssig sein, beschwert jedoch den Angekl. nicht. Daß es sich insoweit nicht um eine Aufhebung des schöffengerichtlichen Urteils, sondern nur um eine Beweisermägung der Strk. handelt, ist ohne weiteres erfichtlich.

ß) Die Rev. macht geltend, „im späteren Entschädigungsverfahren“ könne das Zivilgericht vielleicht aus der Fassung der Urteilsformel den Schluß ziehen, „es sei auch die formelle Voraussetzung für die Aufhebung des vom SchöffG. erlassenen Entschädigungsbeschlusses für unschuldig erlittene Strafhafte gegeben“. Hierbei hat der Verteidiger § 4 Abs. 2 Satz 3 Gef., betr. Entschädigung im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochener Personen, v. 20. Mai 1898 im Auge. Danach tritt der Beschluß, den das im Wiederaufnahmeverfahren erkennende Gericht über die etwaige Entschädigungspflicht des Staates erlassen hat, außer Kraft, wenn das ihm zugrunde liegende Ur. „aufgehoben“ wird. Die Befürchtung des Verteidigers, insoweit könne dem Angekl. aus der Fassung der Formel des B. U. ein Nachteil entstehen, ist jedoch unbegründet. Denn für die Frage der Entschädigungspflicht des Staates ist weder die Urteilsformel der Strk., noch der Beschluß des SchöffG., sondern allein der Beschluß maßgebend, den die Strk. auf Grund des Ergebnisses der Berufungsverhandlung zu erlassen hatte. Wenn das Gef. v. 20. Mai 1898 ausdrücklich nur bestimmt, daß der Beschluß mit der Aufhebung des Ur. hinsichtlich werde, so folgt daraus nicht, daß der Beschluß in allen übrigen Fällen ein für allemal aufrechterhalten bleiben soll, also auch dann, wenn die Berufungsverhandlung zwar wiederum zur Freisprechung, aber nicht mehr zur Feststellung der Voraussetzungen führt, die nach § 1 Gef. die Entschädigungspflicht des Staates begründen. Dasselbe gilt übrigens auch für den umgekehrten Fall, daß der erstinstanzliche Richter die Entschädigungspflicht des Staates verneint hat, die Be-

rufungsverhandlung dagegen zur Feststellung der im § 1 erwöhnten Voraussetzungen führt. Um jeden Zweifel in dieser Richtung auszuschließen, bestimmt das Gef. v. 14. Juli 1904 (RGBl. 321) in § 4 Abs. 2, daß, wenn auf ein gegen das Ur. eingelegtes Rechtsmittel von neuem auf Freisprechung erkannt werde, von dem erkennenden Gericht auch von neuem über die Entschädigungspflicht des Staates zu beschließen sei. Die Neuerung gegenüber dem Gef. v. 20. Mai 1898 besteht hiernach im wesentlichen darin, daß über die Pflicht des Staates zur Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungs-haft das BG. — oder das Gericht, an das die Sache gemäß § 354 Abs. 2 StPD. zurückverwiesen wird (vgl. RGSt. 39, 291) — bei wiederholter Freisprechung grundsätzlich einen neuen Beschluß zu erlassen hat, also auch dann, wenn das Ergebnis der neuen Verhandlung sich mit demjenigen der früheren vollständig deckt, mithin auch der neue Beschluß mit dem früheren inhaltlich übereinstimmt. Die Begründung des Entw. des Gef. v. 14. Juli 1904 (zu § 4) sagt hierzu u. a. folgendes: „In einer Beziehung war eine Ergänzung der Vorschriften des Gef. v. 20. Mai 1898 geboten. Während es nämlich für das Wiederaufnahmeverfahren nicht erforderlich erschien, den Fall besonders zu berücksichtigen, daß das in diesem Verfahren ergehende Ur. durch ein Rechtsmittel erfolglos angefochten wird, können hier die häufigen Fälle nicht außer Betracht bleiben, in denen gegen die den Verhafteten freisprechende ... Entsch. ein Rechtsmittel eingelegt wird, ohne daß die Anrufung der höheren Instanz in der Hauptsache ein abweichendes Ergebnis erzielt. Für diese Fälle bedarf es einer besonderen Bestimmung, nach welcher der neben der angefochtenen Entsch. ergangene Beschluß über die Entschädigungs-verpflichtung für das auf das Rechtsmittel erkennende Gericht nicht unter allen Umständen maßgebend ist. Dieses Gericht hat vielmehr, sofern es in der Sache selbst von neuem erkennt und dabei gleichfalls zur Freisprechung ... des Verhafteten gelangt, auf Grund der ihm nunmehr vorliegenden Beweise nach Maßgabe der vielleicht veränderten Sach-

der Entscheidung durch das RevG., und dieses hat zu prüfen, ob die natürlich zunächst nur bedingt erfolgte Aufhebung zu Recht oder zu Unrecht erfolgt ist, ein Satz, der deutlich beweist, daß auch die zu Unrecht erfolgte Aufhebung mit allen vom Gesetz vorgesehenen Wirkungen ist. Der Verzicht des RG., die Entsch. zu behandeln, als ob sie keine Aufhebung sei, bedeutet eine Mis-Ob-Entscheidung. Es steht aus, als ob eine Entsch. ergangen sei, die in Wahrheit gar nicht ergangen ist; sie ignoriert damit die Entsch., wie sie wirklich gewollt und daher auch ergangen ist.

2. Ist so die Entsch. des RG. schon aus methodologischen Gründen sehr bedenklich, so scheinen mir die Ausführungen des RG. über den möglichen Inhalt eines die Berufung verwerfenden Urteils ebenfalls höchst anfechtbar zu sein. Urteile sind Willensakte der Gerichte, die zwar selbstverständlich auf einer Begründung beruhen, die aber eben als Willensakte nichts mit ihrer Begründung zu tun haben. Enthält doch die Begründung nur die Darlegung der das Gericht bestimmenden tatsächlichen und rechtlichen Momente, die zu dem Willensakte des Gerichtes geführt haben. Der Willensakt ist in seinen Möglichkeiten vom Gesetz genau umgrenzt, und die Handlung des Gerichtes erster Instanz kann daher nur in der Beurteilung zu einer bestimmten Strafe (die Strafkompensation kann hier außer Betracht bleiben), in der Freisprechung (materielle Entbindung des Angekl. von der Anklage) und der Einstellung des Verfahrens (formelle Entbindung von der Anklage) bestehen. In der VerZust. kann das Gericht nur so handeln, daß es die Berufung verwirft oder das angefochtene Ur. aufhebt und nunmehr der Sachlage entsprechend weiter handelt. Da die Handlung des Gerichtes durch wörtliche Erklärung erfolgt, besteht das eigentliche Ur. als Handlung des Gerichtes nur in der Erklärung dessen, was handelnd geschieht, nicht aber in der Erklärung, warum es geschieht. Dabei ist zu beachten, daß der Urteilsbegriff des § 275 StPD. nicht der reine Handlungsbegriff ist, wie wir ihn im vorstehenden entwickelt haben. In § 275 wird das geschriebene Ur. gemeint, das doch nur eine Art protokollarischer Wiederholung der gefällten Entsch. ist, um sie und ihre Gründe aktenkundig zu machen. Wenn in diesem schriftlichen Ur. Fehler so vorkommen, daß Begründungen in den Tenor aufgenommen werden (dies ist nicht nur unzweckmäßig, wie das RG. verneint, sondern einfach unzulässig, wie die scharfe Trennung von Urteil und Urteilsgründen beweist, die wir allerorten in der StPD., so namentlich in § 267, finden), so ist das eine ganz andere Frage als die, auf die es hier allein ankommt, ob das BG. das angefochtene Ur. so, wenn auch nur teilweise, aufheben konnte, daß es die Begründung beseitigte, von der das erste Ur. ausgegangen war, und sie durch eine eigene, übrigens, wie wir noch sehen werden, höchst

fragwürdige Begründung ersetzte. Daß es dies nicht kann, liegt auf der Hand. Denn das BG. kann nur die Handlungen des ersten Richters bittigen (dann verwirft es die Berufung) oder es will, daß anders gehandelt werde und handelt selbst entsprechend (dann hebt es das Ur. auf). Aber sich mit der Handlung des Richters einverstanden zu erklären und trotzdem das Ur. des Vorderrichters, das doch, wie wir gesehen haben, gerade in dieser Handlung besteht, teilweise aufzuheben, ist ein Ding der Unmöglichkeit. So stellt sich mithin das Vorgehen des BG. zweifellos als ein rechtlich fehlerhaftes dar, und es entsteht nunmehr die Frage, ob durch den Fehler, der gemacht ist, der Angekl. beschwert ist.

II. 1. Hier kommt nun die Frage zur Entscheidung, ob diese Beschwer darin zu erblicken ist, daß durch die Aufhebung des erstinstanzlichen Ur. der vom SchöffG. erlassene Beschl. gem. § 4 Abs. 2 Satz 3 Gef. betr. die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen v. 20. Mai 1898 automatisch außer Kraft tritt. Ich lasse dahingestellt, wie weit die Bestimmung des § 4 Anwendung bei einer wie hier nur teilweise erfolgten Aufhebung des erstinstanzlichen Ur. Anwendung finden kann. Ich stimme des weiteren mit dem RG. dahin überein, daß, wenn eine Aufhebung des Beschl. tatsächlich erfolgt ist, dann in dem Ur. der Strk. eine Beschwer enthalten ist, die zu einer Aufhebung des Ur. zugunsten des Angekl. zwingen würde. Das RG. sucht nun hier so zu helfen, daß es den Satz aufstellt, der dem Gef. v. 1898 immanent sei, daß über die Entschädigungspflicht des Staates endgültig nur der letzte Richter zu entscheiden habe, wie er ja auch — Berufungsverfahren sei novum iudicium — allein in der Lage sei, zu entscheiden. Das RG. beruft sich dabei auf § 4 Abs. 2 RGef. betr. Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungs-haft v. 14. Juli 1904, das ausdrücklich bestimmt, daß, wenn auf ein gegen das erste Ur. eingelegtes Rechtsmittel auf neue auf Freisprechung erkannt wird, von neuem auch über den Entschädigungsanspruch erkannt werden muß.

Alles, was nun das RG. zur Begründung seiner Auffassung sagt, ist de lege ferenda zweifellos richtig. Leider ist aber seine Ansicht der lex lata gegenüber einfach nicht durchzuführen. Dies beweist die Entstehungsgeschichte des § 4 Abs. 2 RGef. v. 14. Juli 1904 so deutlich, daß es eigentlich ein wenig befremdet, wenn das RG. die doch wirklich unmissverständlichen Motive zum § 4 Abs. 2 als Beweis für seine Auffassung verwendet. § 4 Abs. 2 Satz 3 RGef. v. 20. Mai 1898, auf den es hier allein ankommt, ist dem Wortlaut nach ganz klar. Er besagt, daß der Entschädigungsbeschl. des Wiederaufnahmegerichtes nur dann außer Kraft tritt, aber dann auch ohne weiteres, wenn das Ur. des Wiederaufnahmegerichtes aufgehoben werde. Er

lage von neuem über die Entschädigungspflicht zu entscheiden.“

Dem Sinn und Zweck dieser Vorschrift entsprechend bestimmt das Gef. v. 14. Juli 1904 in § 4 Abs. 3 Satz 1, daß der Beschluß erst zuzustellen sei, sobald das Ur. rechtskräftig geworden sei.

Man hat hiernach für die Fälle der Freisprechung des Angekl. nach erlittener Untersuchungshaft — ersichtlich zur Vermeidung von Weiterungen, Mißverständnissen und Verläumnissen (vgl. RGSt. 39, 297) — eine allgemeine — ausdrückliche — Regelung des Verfahrens für erforderlich gehalten („Ergänzung“), während für die verhältnismäßig seltenen Fälle der Freisprechung im Wiederaufnahmeverfahren ein Bedürfnis zu einer solchen ausdrücklichen Anordnung nicht bestand. Dies berührt aber nicht den auch für den Bereich des Gef. v. 20. Mai 1898 geltenden — zwar ungeschriebenen, sich aber unmittelbar aus der Natur der Sache ergebenden — Grundsatz, daß über die Entschädigungspflicht des Staates endgültig nur der letzte Richter zu entscheiden hat und entscheiden kann.

In den zur Anwendung des Gef. v. 14. Juli 1904 ergangenen Ur. (RGSt. 39, 291; 53, 350) ist darauf hingewiesen, daß die Entschädigungspflicht nicht auf Grund eines selbständigen Beweisverfahrens ausgesprochen, sondern durch die Beweisaufnahme zur Hauptsache beschafft werde. Das gilt genau ebenso für die Anwendung des Gef. v. 20. Mai 1898. Schon damit ergibt sich der enge innere Zusammenhang zwischen den Entsch. zur Hauptsache und über die Entschädigungspflicht, die nur aus technischen Gründen äußerlich voneinander getrennt sind. Eine Berufung, die in der Hauptsache eingelegt wird, zieht ein „novum iudicium“ auf Grund neuer tatsächlicher Feststellungen nach sich. Das erstinstanzliche Ur. und die tatsächlichen Feststellungen, auf denen es beruht, werden durch zulässige Einlegung der Berufung hinfällig; sie werden durch die neuen selbständigen Feststellungen des zweiten Rechtszugs ersetzt. Der Gesetzgeber würde bei dieser Sachlage einen unerträglichen Zwiespalt in das Strafverfahren hereintragen haben, wenn er jene erstinstanzlichen Feststellungen, die damit als Grundlage für die Entsch. zur Hauptsache weggefallen sind, nach wie vor als die für die Entschädigungs-

frage entscheidenden hätte gelten lassen. Vielmehr müssen wie zunächst die in erster Instanz getroffenen, so später die in der Berufung. erzielten tatsächlichen Feststellungen als die gemeinschaftliche Grundlage beider Entsch. betrachtet werden, weil es ein Unding sein würde, wenn als Ergebnis des auf Feststellung der materiellen Wahrheit gerichteten Strafverfahrens zwei unabhängig voneinander festgestellte und in vielen Fällen voneinander abweichende Sachverhalte sich als Träger der über dieselbe Beschuldigung ergangenen Entsch. zur Hauptsache und zur Entscheidungspflicht gegenüberständen. Ist aber das von dem letzten Richter gewonnene Verhandlungsergebnis gleichzeitig auch als die Grundlage für die Entsch. nach dem Gef. v. 20. Mai 1898 anzusehen, so ergibt sich weiter aus dem Erfordernis der Übereinstimmung von Entscheidungssatz und Entscheidungsgründen als selbstverständlich, daß er berechtigt und verpflichtet sein muß, diesem Ergebnis die Entsch. selbst anzupassen, also seinerseits die Verpflichtung der Staatskasse gem. § 4 Gef. bindend zu verneinen, wenn nach dem von ihm festgestellten Sachverhalt sich weder die Unschuld des Verurteilten ergeben hat noch dargetan ist, daß ein begründeter Verdacht gegen den Angekl. nicht mehr vorliegt.

Auf diese Frage mußte eingegangen werden, weil der Angekl. geltend gemacht hat, insoweit beschwert zu sein. Die Erörterung war jedoch auf die hierbei in Betracht kommenden grundsätzlichen Gesichtspunkte zu beschränken. Im übrigen ist darauf hinzuweisen, daß das erkennende Gericht über die Entschädigungspflicht des Staates zwar zugleich mit dem Ur., aber durch einen jedem Rechtsmittelangriff entzogenen Beschluß zu entscheiden hat (§ 4 Abs. 2 Gef. v. 20. Mai 1898; § 4 Abs. 3 Gef. v. 14. Juli 1904). Diese Vorschrift kann auch nicht etwa im Wege der Rev. gegen das Ur. umgangen werden (Ur. 1 D 575/24; RGSt. 53, 350).

(3. Sen. v. 10. Okt. 1933; 3 D 805/33.) [23.]

10. § 345 StPD. Einlegung der Rev. zu Protokoll der Geschäftsstelle.†)

Wie das RG. schon mehrfach unter Hinweis auf die Motive dargelegt hat, „ist der Zweck der Vorschr. des § 345

zuführen, die doch wahrlich keinerlei prinzipielle Bedeutung hat? Prinzipielle Bedeutung haben aber Entscheidungen wie die vorliegende. Denn noch ist der Richter in Deutschland nicht Gesetzgeber. Daß aber das Ur. des RG. Rechtsänderung, nicht Rechtsauslegung bedeutet, scheint mir nach dem, was ich ausgeführt habe, nicht weiter zweifelhaft.

III. Es sei im Anschluß an das Ausgeführte noch eine allgemeine Bemerkung gestattet. In dem Ur. des RG. wird auf die ganz sonderbare Begründung des BG. verwiesen, daß die Berufung gegen ein freisprechendes Ur. verwirkt, obwohl es auf Grund der erhobenen Beweise von der Schuld des Angekl. überzeugt ist, weil es eine Grundlage zur Verurteilung mit Rücksicht auf vom Angekl. noch gestellte Beweisangebote nicht gegeben erachtet hat. Diese mit hin zu entscheidenden Beweisangebote aber hat das BG. nicht erhoben, weil es sie als nicht ernstlich gemeint, gestellt lediglich zur Sabotage der Verhandlung, angesehen hat. Dem RG. ist vorbehaltlos zuzustimmen, wenn es ausführt, daß das BG. die Ablehnung der nach seiner Auffassung doch inhaltlich bedeutungslosen Beweisangebote (hätte das Gericht inhaltliche Bedeutung angenommen, so hätte es die Beweise erheben müssen!) zur Verurteilung hätte kommen müssen. Man hätte wünschen mögen, daß das RG. diese seine Auffassung in etwas schärferer Form zum Ausdruck gebracht hätte. Denn es ist mir denn doch selten eine gerichtliche Entsch. mit so weittragenden prozessualischen Verstößen vorgekommen wie die des BG. Ich hebe dies hervor, um an einem besonders anschaulichen Fall zu zeigen, daß doch offenbar strafprozessuale Kenntnisse noch nicht in dem Maß verbreitet sind, in dem dies im Interesse einer zweckentsprechenden Judikatur erforderlich ist. Wenn man daher heute die strafprozessuale Ausbildung auf den Universitäten einschränken will, so scheinen mir die diesbezüglichen Vorschläge angesichts der Erfahrungen so unangebracht wie möglich. Mir scheint eher eine Vertiefung des Unterrichts am Platz zu sein, und ich verweise auf die Urteile so mancher namhafter Praktiker, die ebenfalls, und zwar aus den Erfahrungen heraus, auf dem von mir vertretenen Standpunkt stehen, zu dem das hier besprochene Ur. einen nicht ganz bedeutungslosen Beitrag liefert.

Prof. Dr. Heinrich Gerland, Jena.

Zu 10. Die vorstehende Entsch. entspricht in der Tat der konstanten Judikatur des RG., sie erscheint aber doch in zweifacher Hin-

sagt aber mit keinem Wort, daß der letzte Richter stets zu entscheiden habe, und er kann auch von dieser Auffassung gar nicht ausgegangen sein, da ja dann der Satz 3 überhaupt gar nicht notwendig, ja sogar höchst überflüssig gewesen wäre. Von einem allgemeinen Satz, wie ihn das RG. aufstellt, und wie er dem RGef. v. 20. Mai 1898 immanent sein soll, kann daher gar keine Rede sein. Das Gesetz hat vielmehr den Satz aufgestellt, der sich positiv aus der negativen Fassung des § 4 Abs. 2 Satz 3 ergibt, daß, falls die Berufung verworfen wird, der Entschädigungsbeschluß rechtsbeständig bleibt. Daß dies die Auffassung auch des Gesetzgebers war, ergibt sich aus der abweichenden Bestimmung des RGef. v. 14. Juli 1904. Man hatte eben erkannt, daß das RGef. v. 1898 eine Regelung enthielt, die bei den selteneren Fällen des Wiederaufnahmeverfahrens erträglich, bei den überaus häufigen Fällen der Untersuchungshaft unerträglich war. Deshalb „ergänzte“ man das RGef. v. 1904 durch eine Vorschrift, die in dem Gef. v. 1898 noch nicht enthalten war, und man setzte sich damit, wie die in der Entsch. abgedruckte Begründung wirklich einwandfrei ergibt, in einen bewußten Gegensatz zu dem Gef. v. 1898, dessen Regelung man eben nicht übernahm. Es ist ein vergebliches Bemühen des RG., erstmalig in dem Gef. v. 1904 auftretende Rechtsgedanken rückwirkend in das RGef. v. 1898 hineininterpretieren zu wollen. Das Resultat, zu dem wir gelangen, ist daher, daß, falls die Berufung verworfen wird, einerlei aus welchen Gründen dies geschieht, der VerN. niemals in der Lage ist, über den Entschädigungsanspruch neu zu entscheiden. Das mag ein bedenkliches Resultat de lege ferenda sein, dogmatisch halte ich es für das einzig mögliche.

2. Ist aber das Resultat de lege ferenda bedenklich, wie ich ohne weiteres zugebe, so dürfte es sich empfehlen, im Wege der Gesetzgebung das Gef. von 1898 dem von 1904 anzupassen, um so den vom RG. aufgestellten, kritisch beachtenswerten Satz in einem Gesetz zu verankern, in dem er heute noch nicht enthalten ist. Bei der heute so vereinfachten Gesetzgebung ist dieser Weg ohne jede Mühe möglich. Auf diese Weise Abhilfe zu schaffen, ist doch sicher auch methodologisch richtiger, als mit einer gequälten Interpretation einem Gesetz einen Gedanken aufzwingen zu wollen, den dieses klar erkennbar eben nicht enthält, und damit die Kritik geradezu zu zwingen, Entscheidungen abzulehnen, deren Entscheidungsgehalt de lege ferenda durchaus anerkannt werden kann. Sollte hier wirklich mehr notwendig sein als ein kurzes Schreiben des RG. an das RM., um eine Gesetzesänderung herbei-

Abf. 2 StPD. nicht eine bloße feierliche Form" oder „die Gewähr der Echtheit“, sondern „ein im Interesse des Angekl. und des RevGer. gebotener Zwang zur Herbeiführung eines gefeß- und sachgemäßen Inhalts der RevBegr.“. Einmal soll der Angekl. genötigt werden, sich bei der Verfolgung eines Rechtsmittels, das nur auf Rechtsgründe gestützt werden darf, der Hilfe eines Rechtsbeistandes zu bedienen, zum andern soll dem RevGer. die Prüfung grundloser und unverständlicher Anträge erspart bleiben. Wird die Rev. zu Protokoll der Geschäftsstelle erklärt, so soll der Beamte die ihm vorgelegten Beschw. nach Form und Inhalt prüfen, den Beschw. nötigenfalls belehren und den Beschw. einen klaren und angemessenen Ausdruck geben (vgl. hierzu insbes. RGSt. 4, 7; 14, 348; 27, 211; 52, 277; 64, 63 sowie die an diesen Stellen weiter angegebenen Art.).

Vorl. besteht die RevBegr. aus einer vom Angekl. oder einem Dritten in Maschinenschrift hergestellten, acht Aktenseiten einnehmenden Erklärung, die der Urkundsbeamte dem amtlichen Vordruck nach den einleitenden Worten:

„Ich rüge die Verletzung von Vorschr. über das Verfahren und die Verletzung anderer Rechtsnormen. Die Verletzung von Verfahrensvorschr. erblicke ich in folgenden Tatsachen:“

beigelegt und mit dem die Unterschrift des Angekl. und seine eigene Unterschrift tragenden Vermerk:

„Selbst gelesen, genehmigt und unterschrieben“ abgeschlossen hat.

Der Urkundsbeamte hat an einer Stelle vier Worte, die der Verf. des Schriftstücks versehentlich weggelassen hatte, hinzugefügt und an einer anderen Stelle die Worte:

„Ich empfinde das Ur. als ein in jeder Beziehung ungerechtes und auch unbegründetes“

durch die Worte:

„Ich rüge Verletzung des materiellen Rechts“ erseht.

Diese Änderung war überflüssig, da die Rüge der Verletzung sachlich-rechtlicher („anderer“ als verfahrensrechtlicher) Vorschr. bereits in dem Vordruck enthalten war, abgesehen hiervon aber auch die abgeänderte Stelle schon in ihrer ursprünglichen Fassung dem Sinne nach dasselbe sagte.

Im übrigen besteht die RevBegr. lediglich aus dem sonst unverändert gebliebenen Schriftstück, das der Angekl. dem Urkundsbeamten übergeben hat. Es beginnt mit der Kritik einer Bem. des Vorsitzenden und mit der Benennung von Zeugen dafür, daß die Bem. wirklich gefallen sei. Die ganze Darlegung, die nicht etwa die Behauptung eines bestimmten Verfahrensverstößes enthält (§ 344 Abs. 2 StPD.) ist zwecklos und zur Aufnahme in eine RevBegr. ungeeignet. In den weiteren Darlegungen sind zwar Wendungen enthalten, die

sich befremdlich. Einmal hat der Urkundsbeamte nach dem Tatbestand an der Formulierung der Revisionsbegründung mitgewirkt, es erscheint daher reichlich rigoros, den vorl. Fall dem RGSt. 2, 444 entschiedenen Fall gleichzustellen, in dem ein vom Angekl. überreichtes Schriftstück einfach mit Kopf- und Fußvermerk versehen worden ist. Ferner liegt doch, wie der Tatbestand erweist, die Schuld an dem Formmangel lediglich beim Urkundsbeamten. Weil dieser einen Fehler begeht, verliert der Angekl. sein Rechtsmittel. Ohne auf die Frage einzugehen, ob letzterem auf dem Wege über die Wiedereinsetzung im Nothfall geholfen werden kann, erscheint das Resultat höchst unbillig, und es wird noch unbilliger, wenn man in Erwägung zieht, daß der Angekl. unter Umständen gar nicht in der Lage ist, eine richtige Revisionsbegründung zu erzwingen, dann nämlich, wenn der Urkundsbeamte sich weigert, auf Anregungen des Angekl. einzugehen und die Protokollierung so vorzunehmen, wie sie das RG. verlangt. Bedenkt man das, so dürfte die bisherige Judikatur des RG. in einem grundlegenden Punkt anfechtbar sein. Das RG. geht ganz richtig von der Auffassung aus, daß § 345 Abs. 2 StPD. nicht eine bloße Solennitätsform schaffen, sondern durch die angeordnete Form auf den Inhalt der Revisionsbegründung einwirken wollte. Indem nun das RG. diesen Gedanken überspielt, kommt es zu der m. E. weder aus dem Gesetz abzuleitenden noch auch von der Zweckmäßigkeit gebotenen Konsequenz, der Urkundsbeamte müsse die Begründung selbst formulieren (vgl. z. B. RGSt. 4, 7). Warum soll er das müssen? Man denke an die doch keineswegs ausgeschlossene Möglichkeit, daß ihm der Angekl. eine klar und vorzüglich formulierte Revisionsbegründung überreicht, von der der Urkunds-

als sachlich-rechtliche Rügen aufgefaßt werden können; zum weitaus größten Teil handelt es sich jedoch um Erörterungen, die sich auf die Beweiswürdigung oder auf Fragen allgemeiner Art beziehen, aber nicht zur Begr. einer Rev. dienlich sind.

Der Urkundsbeamte hat sich über das Zustandekommen der RevBegr. dahin geäußert, er habe das von dem Angekl. vorgelegte Schriftstück mit diesem durchgesprochen und ihn auf die gesetzlichen Best. über Begr. der Rev. hingewiesen; der Angekl. habe jedoch „die Begr. in der von ihm niedergelegten Form ausdrücklich aufrechterhalten“. Aus dieser Erklärung i. Verb. m. dem Inhalt der RevBegr. ergibt sich, daß bei ihrem Zustandekommen der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle nicht in dem Maße mitgewirkt hat, wie es der § 345 Abs. 2 StPD. seinem Sinn und Zweck nach erfordert. An diesem Ergebnis wird auch nichts dadurch geändert, daß der Urkundsbeamte — wie er weiter erklärt — „nur zur technischen Erleichterung der Protokollabfassung von dem Angebot des Angekl., einen Durchschlag seiner Niederschrift für das Protokoll zu verwenden, Gebrauch gemacht hat“, und daß „die Niederschrift des Protokolls seiner Intention entspricht“.

Der Fall liegt im wesentlichen ebenso wie der in RGSt. 2, 444 erörterte, in dem der Urkundsbeamte eine von dem Beschw. verfaßte Schrift lediglich mit einer Eingangsformel und einem Schlußvermerk versehen hat. Die RevBegr. entspricht hiernach nicht den Erfordernissen des § 345 Abs. 2 StPD.

(3. Sen. v. 13. Nov. 1933, 3 D 1230/33.)

[Hn.]

Bayerisches Oberstes Landesgericht.

Berichtet von Oberstlandesgerichtsrat Dr. Hölldorfer und Rechtsanwält Dr. Wilhelm Dieß, München.

I. Die amtliche Zulassungsbescheinigung für einen Kraftwagen und die amtliche Bestätigung der Ausständigung der Zulassungsbescheinigung sind öffentliche Urkunden i. S. § 348 Abs. 1 StGB. Das Fehlen einer wesentlichen Form der Urkunden (amtliche Siegel, Stempel) schießt eine vollendete Falschbeurkundung aus.

Nach den z. B. der Tat geltenden Best. — § 1 KraftG. und § 6 Abs. 1, 2 KraftVerfW. v. 16. März 1928 (RGBl. I, 91) — ist die Zulassung eines Kraftfahrzeugs durch die höhere Verwaltungsbehörde vollzogen mit der Mitteilung dieser Behörde an den Antragsteller, daß sie dem näher beschriebenen Fahrzeug, dessen Zulassung beantragt war, eine bestimmte Erkennungsnummer zugeteilt hat. Damit ist das öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnis hinsichtlich des Fahrzeugs begründet; zum Beweis hierfür dient der Eintrag in die behördliche Liste der zugelassenen Fahrzeuge, die erwähnte Mitteilung an den Antragsteller und vor allem die ihm nachträglich ausgehändigte Zulassungsbescheinigung (vgl. Müll-ler, Automobilgesetz, 3. Aufl., S. 123 ff., 8. Aufl., S. 128 ff.; Ur. des erf. Sen. v. 14. Nov. 1932, R. R. II 622; JW. 1933, 853). In

beamte auf den ersten Blick sieht, daß er sie selbst nicht besser formulieren könne. Warum soll er hier nun neu formulieren? Würde er die Schrift des Angekl. wörtlich abschreiben, so würde auch das nach der Judikatur des RG. streng genommen unzulässig sein, wenn allerdings auch die Beweislast es in der Regel verhindern würde, daß es zu einem Beschluß nach § 349 StPD. käme. Und ist es nun nicht reichlich formalistisch, wenn man in unserer Zeit der Rationalisierung der Arbeit den Urkundsbeamten zwingen will, ein richtig formuliertes Schriftstück nicht zur Erleichterung der Arbeit für sein Protokoll zu benützen? Nein, entscheidend ist doch nur nach § 345 Abs. 2 StPD., daß der Urkundsbeamte bei der Protokollierung das Vorbringen des Angekl. auf seine Legalität, d. h. also in Hinblick auf die in ihm liegende Möglichkeit, zur Revisionsbegründung verwertet werden zu können, prüft und somit die Verantwortung dafür übernimmt, daß eine nach seiner Auffassung hin richtige Revisionsbegründung vom Angekl. gegeben wird. Ergibt sich aus dem Protokoll unzweifelhaft (wie doch offenbar im vorl. Fall), daß der Urkundsbeamte die diesbezügliche Verantwortung übernommen hat, dann ist den Erfordernissen des § 343 Abs. 2 StPD. genügt. Verantwortungsübernahme, nicht eigene Formulierung ist mithin das Entscheidende. Es wäre zu wünschen, daß das RG. seine bisherige Judikatur unter den ausgedehnten Erwägungen einer Nachprüfung unterziehen wollte. Es mag auf die RGSt. 64, 63 abgedruckte interessante Entsch. des 1. StrSen. verwiesen werden, in der der Gesichtspunkt der Verantwortung des Urkundsbeamten stark betont wird.

Prof. Dr. Heinrich Gerland, Jena.

der Zulassungsbescheinigung wird also von der zuständigen Behörde zu öffentlichem Glauben für und gegen jedermann die vor der Zulassungsbehörde und durch sie vollzogene erhebliche Tatsache beurkundet, daß das Fahrzeug in der beschriebenen Weise zum Verkehr zugelassen ist. Dadurch sind die Voraussetzungen für die „Aufnahme einer öffentlichen Urkunde“ erfüllt (vgl. *Dlshausen*, StGB., 11. Aufl., § 348 Anm. 2, 6 a; RGSt. 42, 161; 52, 268; 63, 74; 64, 328; 65, 316). — Auch die Bestätigung in der Zulassungsbescheinigung, daß diese dem Antragsteller ausgehändigt worden sei, stellt die Aufnahme einer öffentlichen Urkunde dar; denn die für den Ort, wo das Kraftfahrzeug in Betrieb gesetzt werden soll, zuständige Polizeibehörde stellt damit zu öffentlichem Glauben für und gegen jedermann fest, daß entsprechend dem § 6 Abs. 2 Satz 2 KraftfVerfW. die Ausgehändigung der Bescheinigung an den Antragsteller durch sie erfolgt ist. Die Bestätigung durch die örtliche Polizeibehörde ist eine zweite Urkunde neben der Zulassungsbescheinigung durch die höhere Verwaltungsbehörde i. S. des § 6 Abs. 2 Satz 1 KraftfVerfW.

Die falsch beurkundeten Tatsachen, daß der Kraftwagen unter einer bestimmten Erkennungsnummer zugelassen und daß die dementsprechende Zulassungsbescheinigung dem Antragsteller ausgehändigt worden sei, sind rechtlich erheblich i. S. des § 348 Abs. 1 StGB. Die Zeit der Zulassung in Verbindung mit der Zuteilung der Erkennungsnummer und der Beschreibung des Kraftfahrzeugs ist für die Entstehung des öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses hinsichtlich des Fahrzeugs von wesentlicher Bedeutung. Die Urkunde sollte für und gegen jedermann zu öffentlichem Glauben beweisen, daß und wann der Wagen unter der bestimmten Erkennungsnummer zugelassen und wann die Bescheinigung dem Berechtigten ausgehändigt war.

Zur vollendeten Falschbeurkundung gem. § 348 Abs. 1 StGB. ist erforderlich, daß die Beurkundung ihrer äußeren Form nach den für die Aufnahme einer öffentlichen Urkunde dieser Art gegebenen Vorschr. entspricht, daß äußerlich eine vollständige, beweiskräftige öffentliche Urkunde hergestellt worden ist. Unwesentliche Formmängel können allerdings die Rechtsgültigkeit einer öffentlichen Urkunde nicht beeinträchtigen; wenn aber nach den maßgebenden Vorschr. und den vorgeschriebenen Formblättern ein Stempel oder Amtssiegel als erforderlich erklärt ist, handelt es sich insoweit um eine wesentliche Form, deren Mangel eine vollendete Falschbeurkundung ausschließt (RGSt. 24, 281; 30, 369; 60, 152; 63, 125; RG.: JW. 1931, 2811; RG.: DJZ. 1932, 230; *Dlshausen* a. a. O. § 348 Anm. 4). In § 6 Abs. 2 KraftfVerfW. ist bestimmt, daß der *VerfM.* das Muster der Zulassungsbescheinigung vorschreibt. Nach Abs. 1 Nr. 2 b Bef. des *VerfM.* über Kraftfahrzeugverkehr v. 16. März 1933 (MMinBl. 121) gilt für die Zulassungsbescheinigung das dort beigefügte Muster 2, das neben der Unterschrift des Beamten der höheren Verwaltungsbehörde und der öffentlichen Polizeibehörde durch den Vermerk „Stempel“ die Beifügung des Stempels oder Amtssiegels ausdrücklich vorschreibt.

Mangels Erfüllung dieser Vorschr. kann eine Verurteilung des *A.* wegen vollendeter Falschbeurkundung nicht erfolgen. Es kann aber ein strafbarer Versuch in Betracht kommen, der zwar bei einem Vergehen nach § 348 Abs. 1 StGB. nicht strafbar ist (RGSt. 63, 125), wohl aber bei einem Verbrechen nach § 349 (mit § 348 Abs. 1) StGB. (vgl. *Dlshausen* a. a. O. § 349 Anm. 4; RGSt. 49, 336; 60, 209, 215). Für die Verurteilung wegen Veruchs ist entscheidend, ob sich der *A.* vorgestellt hat, die Zulassungsbescheinigung werde ohne sein weiteres Zutun von seinem Hilfsbeamten durch Beifügung des Amtssiegels vervollständigt und erst dann an den Berechtigten hinausgegeben werden. Bejahendenfalls hätte der *A.* nach seiner Vorstellung alles getan, was zur Vollendung der Falschbeurkundung erforderlich war, und gewollt, daß die Zulassungsbescheinigung durch Stempelung fertiggestellt und dann in den Verkehr gebracht werde (vgl. RGSt. 60, 152; 61, 161; 63, 125; 64, 136; 66, 124).

(BayObLG., 2. StrSen., Ur. v. 8. Mai 1933, RevReg. II Nr. 81/33.)

[S.]

Oberlandesgerichte.

Berlin.

Zivilsachen.

1. § 28 Abs. 2 *RGebD.* Die Einheit der Instanz bei Arrestanordnungs-, Widerspruchs- und Aufhebungsverfahren gilt ausnahmslos, selbst bei Beendigung des Auftrags, bei mehrfach wiederholten Aufhebungsverfahren und langen zeitlichen Zwischenräumen.

Gegen die durch Beschl. v. 20. April 1923 erlassene EinstwVerf. ist erstmalig 1931 Widerspruch erhoben worden, der durch Ur. des LG. v. 8. Jan. 1932 als unzulässig verworfen worden ist.

Am 26. Juli 1933 hat die Antragsgegnerin erneut Widerspruch erhoben, hilfsweise deren Aufhebung wegen veränderter Umstände beantragt. Auch dieser Widerspruch einschließlich der Hilfsanträge ist vom LG. durch Ur. v. 11. Sept. 1933 als unzulässig verworfen worden.

Nunmehr hat *RA. Sch.*, der die Antragstellerin in beiden Widerspruchsverfahren vertreten und für die erste Vertretung bereits Festsetzungsbeschl. erwirkt hat, die Festsetzung der in dem neuen Widerspruchsverfahren seiner Partei entstandenen Anwaltsgebühren beantragt. Der Urkundsbeamte und LG. haben entsprechend festgesetzt. Die Beschw. hat zur Zurückweisung des Festsetzungsantrages geführt.

Der Sen. vermochte sich der Auslegung des § 28 Abs. 2 *RGebD.* durch das LG. dahin, daß der frühere Auftrag des *RA. Sch.* als längst beendet anzusehen und § 28 Abs. 2 für den Fall eines neuen Auftrags nicht anwendbar zu erachten sei, nicht anzuschließen. Vielmehr gilt nach § 28 Abs. 2 *a u s n a h m s l o s* das Verfahren betr. den Widerspruch über die Aufhebung einer EinstwVerf. mit dem vorhergegangenen Anordnungsverfahren i. S. der *RGebD.* als eine Instanz. Irgendwelche Ausnahmen sieht das Gesetz nicht vor. Insbes. ist es ohne Bedeutung, wann der Widerspruch erfolgt oder die Aufhebung der EinstwVerf. beantragt wird. Die Dauer des zeitlichen Zwischenraums spielt dafür keine Rolle. Auch wenn, wie im vorl. Falle, der Widerspruch erst nach mehreren Jahren erhoben wird, handelt es sich nach der Fiktion des § 28 Abs. 2 *RGebD.* stets nur um die Fortsetzung der durch das Anordnungsverfahren eingeleiteten Instanz.

Eine Ausnahme gilt auch nicht, wenn bereits ein früheres Aufhebungs- oder Widerspruchsverfahren, gleichgültig aus welchen Gründen, rechtskräftig erledigt worden ist. Jedes spätere Widerspruchsverfahren bildet auch in solchem Falle nichts weiter als die Wiederaufnahme derselben Instanz. Es hat weder der Anwalt noch die widersprechende Partei in der Hand, durch ein mehrfach wiederholtes Widerspruchs- oder Aufhebungsverfahren diesen für § 28 Abs. 2 *RGebD.* besonders festgelegten Begriff der Instanz zu ändern und zu beschränken.

Die gleiche Erwägung führt aber dazu, auch einer etwaigen Beendigung des dem Anwalt erteilten Auftrags nach dem Anordnungs- oder nach einem früheren Widerspruchsverfahren die Wirkung zu verjagen, die Beendigung der Instanz im gebührenrechtlichen Sinne herbeizuführen und damit die gesetzlich gewollte und bedingte Einheit der Instanz zu zerstören. Der Sen. vermochte sich somit der insbes. von *W. = F. = Friedlaender*, *RAGebD.* 1932, Anm. 9 zu § 25 *RGebD.* vertretenen Ansicht, daß ein neuer Auftrag stets eine neue Instanz i. S. der *RGebD.* begründe (so auch die vom LG. angeführte Entsch. des *OLG. Celle*: JW. 1930, 2809²²), nicht anzuschließen. Zum mindesten kann diese Begr. gegenüber der uneingeschränkten Fiktion des § 28 Abs. 2 *RGebD.* nicht Platz greifen.

Würde die Antragstellerin mit ihrem Prozeßbevollmächtigten — wie sie dies zwischen dem Anordnungs- und ersten Widerspruchsverfahren getan hat — gewechselt haben, so würden dafür die allgemeinen Vorschr. über die Erstattungsfähigkeit von Kosten im Falle des Anwaltswechsels (§ 91 Abs. 2 Satz 2 *ZPO.*) Platz greifen (vgl. grunds. *E. 20 W 1875/32* v. 27. Febr. 1932 zu § 28 Abs. 2 *RGebD.*).

(RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 27. Nov. 1933, 20 W 9393/33.)

Ber. von *OGK. Dr. Gaedcke*, Berlin.

*

2. § 23 *OGK.* Keine Rückzahlung der Beweisgebühr trotz Vergleichs, wenn mit Fortsetzung des Prozesses infolge des Verhaltens einer Partei zu rechnen ist. Streit der Parteien ist außerhalb des Kostenverfahrens auszutragen.

Die *KL.* verlangt Rückzahlung der Beweisgebühr gem. § 23 *OGK.* Die Parteien streiten aber darüber, ob zwischen ihnen ein außergerichtlicher Vergleich zustande gekommen sei.

Zur Anwendung des § 23 *OGK.* bedarf es an sich zwar nicht der Anzeige beider Parteien. Es genügt vielmehr auch die von einer Partei ausgehende Vergleichsmittlung, sofern nur die Sicherheit besteht, daß die Angabe auch zutrefte (so auch *Friedlaender*, Anm. 13 zu § 23 *OGK.*). Diese Sicherheit ist gegebenenfalls durch Rückfrage bei der anderen Partei zu schaffen.

Wohl aber ist unbedingtes Erfordernis des § 23 *OGK.*, daß die Tatsache des Vergleichschlusses unter den Parteien unstrittig ist. Vestreitet eine Partei die vergleichsweise Erledigung, sei es, daß sie eine entsprechende Einigung überhaupt in Abrede stellt, sei es, daß einer Vereinbarung der Charakter eines zur Beendigung des Prozesses geschlossenen Vergleiches abgesprochen wird, dann fehlt es an einer der Voraussetzungen des § 23. Es ist vor allem nicht Sache des Kostenverfahrens, diesen Streit zu entscheiden. Diesen müssen vielmehr die Parteien außerhalb des Kostenverfahrens austragen.

Ist die Sachlage so, daß eine der Parteien von einer dem Gericht gegenüber als Vergleich bezeichneten Vereinbarung zurückgetreten ist, oder daß sonst auf Grund irgendwelchen Verhaltens einer Partei die prozessbeendende Wirkung des Vergleichs in Zweifel steht, bevor die Rückzahlung der Beweisgebühr erfolgt ist, dann ist für die Rückzahlung dieser Gebühr zum mindesten so lange kein Raum mehr, als mit der Fortsetzung des Rechtsstreits zu rechnen ist. § 23 OBG stellt es nur auf den Erfolg ab, daß dem Gericht keine weitere Tätigkeit in dieser Sache mehr erwächst, er begünstigt nur die tatsächliche Beendigung des Rechtsstreits infolge Vergleichs (vgl. grunds. E. des Sen. v. 6. Mai 1933, 20 W 4475/33). Der Senat hat bereits (vgl. obige Entsch.) ausgesprochen, daß dieser Erfolg und damit der Wegfall der Beweisgebühr nicht eingetreten sind, wenn es — z. B. infolge Anfechtung des Vergleichs — zur Fortsetzung des Verfahrens kommt, mag selbst das dann ergehende Ur. den Vergleich für wirksam erklären. Die Sachlage ist keine andere, wenn nach dem Verhalten einer Partei auch nur damit zu rechnen ist, daß trotz einer Vergleichsanzeige das Verfahren seinen Fortgang nehmen wird. Solange diese Frage nicht endgültig i. S. der tatsächlichen Beendigung des Prozesses geklärt ist, besteht für die Staatskasse kein Anlaß, die Beweisgebühr zurückzuzahlen auf die Gefahr hin, sie später doch wieder erfordern zu müssen.

(RG, Beschl. v. 27. Nov. 1933, 20 Wa 294/33.)

Ver. von OGR. Dr. Gaedeker, Berlin.

Darmstadt

3. §§ 1029, 1045 ZPO. Zur Frage der „betreibenden“ Partei. Genaue Bezeichnung des eigenen Schiedsrichters.

Zwischen den Parteien war ein Abkommen getroffen, das ihre Beteiligung an der inzwischen in Zahlungsschwierigkeiten geratenen Fa. B. regelte. Am Schluß dieses Abkommens heißt es: „Streitigkeiten aus diesem Vertrag sollen durch ein SchiedsG. geschlichtet werden. . . Jede Partei bestellt einen Beisitzer, die ihrerseits einen Obmann wählen. . .“

Unter dem 27. Sept. 1933 richtet die Antragstellerin an die Antragsgegnerin ein Schreiben, in dem es am Schluß heißt: „Sollten Sie diesen meinen beiden Ersuchen (Befreiung von der Bankbürgschaft einerseits, Zahlung des Rückstandes und Anerkennung der künftigen Raten andererseits) nicht nachkommen oder mir keine gangbaren Vorschläge machen, so muß ich zu meinem Bedauern vor dem vereinbarten SchiedsG. in M. Klage gegen Sie erheben, und zwar dahin (Bezeichnung des Klageanspruchs). Für den Fall, daß Sie den Klageweg vorziehen, ersuche ich Sie, unter Hinweis auf den § 1029 ZPO. Ihren Schiedsrichter innerhalb einer Woche, und zwar schriftlich, zu bezeichnen, wobei ich Ihnen mitteile, daß der von mir benannte Schiedsrichter in der Person des Herrn Kurt B. zu erblicken ist.“

Die Antragsgegnerin antwortete mit einem Schreiben v. 30. Sept. 1933, in dem es hieß: „Indem wir annehmen, daß das Haus Sch. (Antragstellerin) selbst der Fa. B. einen Kredit nicht eröffnen kann, fragen wir an, ob es Ihnen nicht möglich ist, irgendeinen Interessenten zu finden.“ Nunmehr ließ die Antragstellerin durch ihren Anwalt beim Landgericht M. beantragen, es möge das Gericht, da die Frist des § 1029 ZPO. fruchtlos abgelaufen sei, den Schiedsmann ernennen. Als solcher wurde Dr. B. in Vorschlag gebracht. Nachdem der Antragsgegnerin (die im Ausland wohnte) gem. § 1045 Abs. 2 ZPO. Gelegenheit zur Äußerung gegeben war, ernannte die Kammer gem. § 1029 Abs. 2 ZPO. als Schiedsrichter den genannten Dr. B. Dagegen richtet sich die sofortige Beschwerde der Antragstellerin, die die Ernennung für unzulässig hält. Ihr war stattzugeben aus folgenden Gründen:

Über den Antrag nach § 1029 Abs. 2 ZPO. ist nach § 1045 ZPO. im Beschlußverfahren zu erkennen. Dabei hat das Gericht selbstverständlich über die formalen Voraussetzungen des § 1029 Abs. 1 ZPO. zu entscheiden, sowie darüber, ob der säumige Teil zur Ernennung verpflichtet war (Stein-Jonas II Abs. 2 § 1029 ZPO.). Es kann nun ein Zweifel darüber nicht bestehen, daß die säumige Partei nur dann zur Bezeichnung ihres Schiedsrichters verpflichtet war, wenn die an sie gerichtete Aufforderung den Voraussetzungen des § 1029 Abs. 1 ZPO. genügte. In doppelter Hinsicht aber war dies nicht der Fall: Einmal ergibt sich aus dem oben wiedergegebenen Aufforderungsschreiben der Antragstellerin nicht zweifelsfrei, daß sie das SchiedsG. „betreiben“ will. Die Antwort der Gegnerin sowie ihr weiteres Verhalten läßt nicht klar und deutlich erkennen, daß sie den Klageweg vorzieht, sondern sie will anscheinend den Weg weiterer Verhandlungen zwecks gütlicher Regelung beschreiten. Wollte die Antragstellerin einer „Verschleppungstaktik“ der Gegnerin (die sie behauptet) die Spitze abbrechen und eine klare Sachlage herbeiführen, so dürfte sie nicht eine derartige zweideutige Aufforderung an die Gegnerin richten, sondern mußte in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise dieser zu erkennen geben,

daß sie unbedingt und ohne Rücksicht auf das Verhalten der Antragstellerin ihrerseits die Bildung des Schiedsgerichts in Angriff genommen haben will. Dann wußte der Gegner, woran er war, und dann konnten keine Zweifel aufkommen, wie sie hier zutage getreten sind. Da nach herrschender Meinung (vgl. RG. 45, 382) die säumige Partei durch fruchtlosen Ablauf der Frist ihr Ernennungsrecht eines Schiedsrichters endgültig verliert, also nicht noch nachträglich einen Schiedsrichter ernennen kann, müssen an das Erfordernis des § 1029 Abs. 1 ZPO. strenge Anforderungen gestellt werden.

Aber noch in einem zweiten Punkt genügt die Aufforderung der Antragstellerin der Vorschrift des § 1029 Abs. 1 ZPO. nicht. Nach dieser Bestimmung hat die betreibende Partei dem Gegner „den Schiedsrichter“ (d. h. ihren Schiedsrichter) schriftlich zu bezeichnen. Die Antragstellerin hat der Gegnerin lediglich mitgeteilt, ihr Schiedsrichter sei „Herr Kurt B.“. Sie hält eine solche Bezeichnung mit Vor- und Zunamen für ausreichend. Indes mit Unrecht. Aus dem ganzen Aufbau und der gesetzlichen Regelung des Schiedsverfahrens ergibt sich, daß die Bezeichnung des Schiedsrichters eine solche sein muß, die keinen Zweifel über dessen Identität läßt und die den Gegner ohne weiteres in den Stand setzt, sich über die Persönlichkeit des gegnerischen Schiedsrichters zu informieren, ohne erst noch ihrerseits Erkundigungen darüber einziehen zu müssen, wen die Gegnerin mit ihrer Bezeichnung eigentlich meint. Ergibt sich deshalb nicht schon aus irgendwelchen Begleitumständen (z. B. Vorverhandlungen), wen die Gegnerin meint (solche Umstände liegen hier nicht vor), so muß die betreibende Partei der Gegnerin in ihrem Aufforderungsschreiben (gem. § 1029 Abs. 1 ZPO.) den von ihr ernannten Schiedsrichter nach Beruf, Vor- und Zuname und Wohnort, bei größeren Orten auch noch Straße und Hausnummer, bezeichnen (immer vorausgesetzt, daß es sich nicht um eine der Gegnerin bereits bekannte Persönlichkeit handelt). Aus einem doppelten Grund ist dies notwendig: Einmal hat die Partei das Recht, den von der Gegnerin ernannten Schiedsrichter abzulehnen (§ 1032 ZPO.). Da, wenn eine Partei einmal das Schiedsverfahren betreibt, mit baldigem Zusammentritt des SchiedsG. zu rechnen ist, so muß die gegnerische Partei in die Lage versetzt sein, sich schnellstens Information über den gegnerischen Schiedsrichter zu verschaffen, um dessen etw. Ablehnung sobald als möglich herbeizuführen. Vorliegendfalls hat die Gegnerin (da die betreibende Partei in M. ihre Niederlassung hat) den Herrn Kurt B. im Adressbuch von M. gesucht, aber nicht gefunden. Tatsächlich wohnt Herr B. in F. Schon hieraus ergibt man, wie notwendig es ist, auch an die Bezeichnung des Schiedsrichters eine strenge Anforderung zu stellen.

Die genaue Bezeichnung des Schiedsrichters ist aber noch aus einem anderen Grunde zu fordern. Häufig pflegt die gegnerische Partei ihren Schiedsrichter nach denselben Gesichtspunkten auszuwählen wie die andere Partei. Ernennet diese z. B. einen Juristen, so wird sie vielleicht auch einen solchen benennen, bezeichnet sie den Angehörigen einer bestimmten Wirtschaftsgruppe, so wird sie möglicherweise einen solchen aus derselben oder einer verwandten Gruppe auswählen. Jedenfalls ergibt sich aus dem Gesagten, daß die Gegenpartei auf eine genaue Bezeichnung des bereits ernannten Schiedsrichters ein Recht hat, wenn man von ihr verlangen will, daß sie innerhalb kurzer Frist ihrerseits einen Schiedsrichter ernennet. Entspricht deshalb die Bezeichnung nicht dieser Voraussetzung, so fehlt der Aufforderung des § 1029 Abs. 1 ZPO. ein notwendiges formales Erfordernis. Die Gegenpartei braucht ihrerseits nicht tätig zu werden und von einem „fruchtlosen Fristablauf“ (Abs. 2) kann nicht gesprochen werden. Die Ernennung des Schiedsrichters Dr. B. durch das LG. war mangels Vorliegens der formalen Voraussetzungen des § 1029 ZPO. sonach nicht berechtigt und hätte abgelehnt werden müssen.

(OLG. Darmstadt, Beschl. v. 28. Nov. 1933, 2 W 284/33.)

Ver. von OGR. Dr. Fuchs, Darmstadt.

Düsseldorf.

4. § 89 Abs. 1 ZPO. Der Rechtsanwalt, der in einem Scheidungsprozess Berufung einlegt, ohne seine Vollmacht zu den Akten einzureichen, haftet als Gesamtschuldner neben der Partei, selbst wenn er im Besitz einer Vollmacht ist und diese nach Erlass des Urteils zu den Gerichtsakten gelangt.)

Nach § 89 Abs. 1 Satz 3 ZPO. ist ein Bevollmächtigter, der ohne Weibringung einer Prozessvollmacht zur Prozessführung einzuweisen zugelassen worden ist, zum Ersatz der dem Gegner infolge der Zulassung erwachsenen Kosten zu verurteilen, wenn zu der Zeit, zu welcher das Endurteil erlassen wird, die Genehmigung des zu Ver-

Zu 4. Dem Beschluß ist im Ergebnis und im wesentlichen auch in der Begründung zuzustimmen. Nach § 613 ZPO. bedurfte Kl. A. (auch für den 2. Rechtszug) einer besonderen, auf den Rechts-

treten nicht beigebracht worden ist. Die Entsch. hierüber hat durch Beschluß zu erfolgen und im übrigen nach Maßgabe der Vorschr. des § 102 ZPO. zu ergehen. Die Vorschrift, nach welcher der zur Prozeßführung einstweilen Zugelassene neben der Partei selbst diejenigen Kosten zu tragen hat, die dem Gegner infolge der Zulassung erwachsen sind, ist eine zwingende (vgl. ZW. 1918, 571 Ziff. 7 und Sydow-Busch zu § 89 Anm. 8). Die Kostenpflicht des einstweilen Zugelassenen wird nicht dadurch beseitigt, daß der Anwalt nach der Verkündung des Urts. die Prozeßvollmacht nachgereicht hat. Ob die Partei selbst die Prozeßführung gegen sich gelten lassen muß, weil sie dem Anwalt die Vollmacht bereits früher erteilt gehabt hat, ist eine andere Frage, die mit der Frage der Kostenpflicht des Anwalts dem Prozeßgegner gegenüber in keinem Zusammenhang steht. Wie in dem gleichzeitigen Beschlusse über den Antrag der Kl. auf Berichtigung des Tatbestandes im einzelnen ausgeführt ist, war Kl. ... für die Zeit von der mündlichen Verhandlung am 3. Nov. 1931 bis zur mündlichen Verhandlung am 28. Febr. 1933 einstweilen zur Prozeßführung zugelassen, ohne eine auf die Führung des Rechtsstreits gerichtete Vollmacht beigebracht zu haben. Das Fehlen der Vollmacht ist dann durch Beschl. v. 14. März 1933, der als verkündeter Beschluß keiner Zustellung bedurfte, ausdrücklich gerügt worden. Auch ist dem Anwalt die nach § 89 Abs. 1 Satz 2 ZPO. erforderliche besondere Frist durch Verfügung des Einzelrichters v. 24. April 1933 gesetzt worden. Beide Aufforderungen, die der Anwalt nach eigenem Zugeständnis erhalten hat, sind ohne Beachtung geblieben. Da zu dem Zeitpunkte, zu welchem das Endurteil erlassen wurde, nämlich dem 27. Juni 1933, die Vollmacht nicht beigebracht war, trat die Folge ein, die im § 89 Abs. 1 Satz 3 ZPO. für diesen Fall vorgesehen ist, gleichgültig, ob die Veräumung auf einem Verschulden des Anwalts beruhte oder nicht. Der einstweilen zugelassene Anwalt ist daher zum Ertrage der dem Gegner infolge der Zulassung erwachsenen Kosten zu verurteilen. Die Kostenpflicht tritt jedoch nur für den Prozeßabschnitt ein, für den der Anwalt einstweilen zugelassen worden ist. Obwohl der Anwalt an sich grundsätzlich die Vollmacht schon zur Zeit der Einlegung der Berufung hätte vorlegen müssen, ist die einstweilige Zulassung nicht schon mit der Entgegennahme der Berufungsschrift oder deren Zustellung an den Gegner erfolgt; denn der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle ist nicht befugt, die einstweilige Zulassung zu verfügen. Vielmehr kann die einstweilige Zulassung nur durch eine Maßnahme des Gerichts erfolgen. Sie ist daher erst in dem Zeitpunkte erfolgt, zu welchem der Senat in mündlicher Verhandlung Anträge des Anwalts entgegengenommen hat, ohne ihn wegen des Mangels der Vollmacht zurückzuweisen. Das ist im Verhandlungstermin v. 3. Nov. 1931 geschehen, in dem der Anwalt über die Wiedereinsetzung der Kl. in den vorigen Stand verhandelt hat. Von diesem Zeitpunkt bis zur Erklärung des Anwalts in der mündlichen Verhandlung v. 28. Febr. 1933, daß er nicht mehr verhandeln werde, ist der Anwalt einstweilen zugelassen gewesen. Wäre er in dem Verhandlungstermin v. 3. Nov. 1931 nicht zugelassen worden, so hätte der von ihm damals gestellte Antrag zurückgewiesen und die Berufung als unzulässig verworfen werden müssen, so daß die zwischen dem 3. Nov. 1931 und 28. Febr. 1933 entstandenen Kosten, insbes. die Kosten der Beweisaufnahme, nicht entstanden wären. Diese Kosten hat der Anwalt daher dem Prozeßgegner als Gesamtschuldner mit der Kl. zu ersetzen. Die Kosten des Urts. v. 27. Juni 1933, in dem die Berufung als unzulässig ver-

streit gerichteten Vollmacht. Das Gericht hatte den Mangel der Vollmacht von Amts wegen zu berücksichtigen. Auch für den Fall des § 613 ZPO. gilt die in § 89 getroffene Regelung, und zwar sogar dann, wenn der Kl. zum ArmAnw. bestellt worden ist (AR. 47, 413)! Ein ausdrücklicher oder stillschweigender Verzicht des VerBekl. war schon mit Rücksicht auf § 617 ZPO. unerheblich (vgl. aber im übrigen auch Stein-Jonas, 15. Aufl., Anm. I 3 zu § 88 ZPO.).

Nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes bedarf es nicht nur der Erklärung der Bevollmächtigung oder Genehmigung, sondern der „Beibringung“. Wenigstens im Falle des § 613 ZPO. muß dies mit Rücksicht auf das staatliche Interesse an der Aufrechterhaltung der Ehe als „Nachweisung“ verstanden werden. Der Nachweis hätte zwar auch noch nach Ablauf der vom Einzelrichter gesetzten Frist bis zum Schluß der letzten mündlichen Verhandlung, auf die das Ur. erging, erfolgen können (RG. 30, 400; Stein-Jonas, 15. Aufl., Anm. III zu § 89 ZPO.).

Aber nachdem auch dieser Zeitpunkt gekommen war, konnte an den Folgen des § 89 Abs. 1 Satz 3 auch der Umstand nichts ändern, daß die Vollmacht etwa früher erteilt worden war. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 89 Abs. 2 ZPO. Gerade solche Parteien, die nicht imstande sind, dem Prozeßgegner die Kosten zu erstatten, mögen leichter dazu zu bewegen sein, dem Anwalt, der nicht innerhalb der vorgesehenen Frist den Nachweis der Vollmacht erbracht hat, zum Nachteil des Gegners die „Freundlichkeit“ zu erweisen, die Kostenlast dadurch voll auf sich zu nehmen, daß sie die Erklärungen des Anwalts rückwirkend genehmigen. Das wäre mit dem Zweck des § 89 Abs. 1 ZPO., der insoweit auch dem Schutze des Gegners des „Vertreters ohne Vertretungsmacht“ (Kl. Dr. W. Maske, Berlin.

worfen worden ist, fallen der Kl. allein zur Last, da sie dieselben auch zu tragen gehabt haben würde, wenn die einstweilige Zulassung des Anwalts nicht erfolgt wäre.

Die getroffene Entsch. ist gebührenfrei, da auch für den analogen Fall einer Entsch. gemäß § 102 ZPO. Gebühren in den Kostengesetzen nicht vorgesehen sind.

(OLG. Düsseldorf, Beschl. v. 3. Okt. 1933, 5 U 29/31.)

Eingef. von M. Kleinheidt, Düsseldorf.

*

Karlsruhe.

5. §§ 1, 14, 15 NotW.D. v. 11. Nov. 1932; Art. 8 Durchf. W.D. v. 16. Dez. 1932. Zur Anwendung der NotW.D. genügt, wenn die Bürgschaftschuld — nicht auch die Hauptschuld — dinglich gesichert ist und wenn die Sicherung nach Entstehung der Forderung, doch vor Inkrafttreten der NotW.D. erfolgte.

Nach § 1 Abs. 1 i. Verb. m. § 1 Abs. 4 NotW.D. kann die Rückzahlung einer durch Hypothek oder Grundschuld gesicherten Forderung nicht vor dem 1. April 1934 verlangt werden, dies auch, wenn die Forderung bei Inkrafttreten der NotW.D. fällig ist. Diese Voraussetzung liegt vor. Kl. wendet ein, die Hauptschuld selbst sei nicht dinglich gesichert, sondern erst Bekl. habe, um eine Stundung seiner Bürgschaftsverbindlichkeit zu erreichen, die (am 16. Sept. 1932 eingetragene) Grundschuld bewilligt. Die NotW.D. beziehe sich lediglich auf schon bei ihrer Entstehung hypothekarisch gesicherte Forderungen, und zwar im Hinblick darauf, daß es sich um Vermögensanlagen und auf längere Dauer berechnete Schuldverhältnisse handle.

Darauf, ob schon die Hauptschuld oder erst die Bürgschaftschuld gesichert war, kann es nicht ankommen. Entscheidend ist lediglich, daß die Forderung z. B. des Inkrafttretens der NotW.D. (12. Nov. 1932) dinglich gesichert war, was hier für die Bürgschaftschuld zutrifft. Auch macht es keinen Unterschied, ob die Forderung bei ihrer Entstehung oder erst nachträglich (wenn nur vor dem 12. Nov. 1932) gesichert war. Dagegen greift der Einwand der Kl. durch, es handle sich hier nicht um ein auf längere Dauer berechnetes Schuldverhältnis.

Nach § 14 c NotW.D. gilt diese überhaupt nicht für Forderungen aus Darlehen, die aus Gefälligkeit oder sonst unter Umständen gegeben worden sind, daß eine langfristige Kreditgewährung nicht beabsichtigt war, sowie für solche Forderungen sichernde Grundschulden. In Art. 8 Durchf. W.D., die auf Grund des § 15 NotW.D. auch ergänzende Rechtsvorschriften enthält, sind, da der Regierung die Beschränkung auf Darlehen zu entfallen, den Darlehensforderungen i. S. des § 14 c gleichgestellt andere Forderungen, wenn den Umständen zu entnehmen ist, daß eine langfristige Kreditgewährung nicht beabsichtigt war. Den Umständen hier, insbes. dem Verhalten der Kl., die auf baldmöglichste Vertreibung der längst fälligen Schuld drang und sich nur durch die Bewilligung von Grundschuld und Forderungsabtretung zum Stundungsverhältnis herbeiließ, ist zweifelsfrei zu entnehmen, daß sie eine langfristige Kreditgewährung nicht beabsichtigte und nur als Gegenleistung für die ihr etwa zu gewährende Stundung die Grundschuld annahm. Es würde dem Sinn und Zweck der W.D. widersprechen, würde der Gläubiger einer längst fälligen Forderung durch die Annahme von Grundschulden, die lediglich zum Zweck der Bewilligung einer unverbindlichen kurzfristigen Stundung erfolgte, der Vorteile aus bereits eingetretener Fälligkeit verlustig gehen. Solch weitreichenden Schutz will die W.D. dem Schuldner nicht gewähren. Danach findet eine gesetzliche Stundung auf Grund des § 14 b nicht statt.

(OLG. Karlsruhe, 2. ZivSen., Urts. v. 24. Mai 1933, Z B R 25/33.)

Ber. von OGR. Dr. Wolff-Williger, Freiburg i. Br.

*

Kiel.

6. § 3 ZPO. Zur Streitwertberechnung im Verfahren der Einstw. Verf.

Die Festsetzung des Wertes des Streitgegenstandes im Verfahren der Einstw. Verf. hat gemäß § 3 ZPO. zu erfolgen. Wiedrigs bestimmt § 6 ZPO., daß, falls die Sicherstellung einer Forderung oder ein Pfandrecht Gegenstand des Rechtsstreits ist, der Wert des Gegenstandes durch den Betrag der Forderung bestimmt wird. Im vorl. Falle handelt es sich aber nicht um eine Sicherstellung der Forderung i. S. des § 6 a. a. D., der als Ausnahmebestimmung von der Vorschrift des § 3 ZPO. eng auszulegen ist. Eine Sicherstellung i. S. des § 6 a. a. D. liegt nur dann vor, wenn Gegenstand des Rechtsstreits eine Sicherung des materiellen Rechtes bildet. Auf nur prozeßrechtl. Sicherungen, insbes. auf Sicherstellung einer Forderung durch eine im richterlichen Ermessen stehende Anordnung gemäß § 935 ZPO. findet daher die Vorschrift des § 6 ZPO. keine Anwendung. Danach war der Streitwert gemäß § 3 ZPO. festzusetzen. Maßgebend für die Bewertung war das Interesse, das der Antragsteller an der beantragten Sicherung eines Anfechtungsanpruchs beantragt worden ist und daß in einem solchen Falle das Interesse des Antragstellers an der

beantragten Einfließverf. besonders groß ist, da ohne eine solche die Gefahr einer Vereitelung des Hauptanspruchs besteht.

(OLG. Kiel, 1. ZivSen., Beschl. v. 31. Okt. 1933, 1 W 270/33.)

Ver. von OGH. Schumacher, Altona.

*

München.

7. Hebt das Vergleichsgericht die Vollstreckungsmaßnahmen auf Grund eines an sich zu Recht erwirkten Arrestes nach Ablauf der Vollziehungsdfrist des § 929 ZPO. gemäß § 33 Abs. 2 VerglD. auf, so hat auf Widerspruch das Arrestgericht die Arresthauptsache für erledigt zu erklären und dem Arrestbeklagten (Vergleichsschuldner) die Kosten aufzuerlegen.

Die Forderung selbst ist im Vergleichsverfahren im Betrag von 5241,44 RM anerkannt und nicht bestritten.

Der Sen. bezweifelt auch nicht, daß der Arrestgrund am 13. April 1933 und auch noch am 11. Juli 1933 vorlag.

Aus dem eigenen Vorbringen der Bekl., insbes. dem von ihr vorgelegten Berichte des Ausgleichsverwalters zum Handelsgericht Wien im Zusammenhalte mit dem Vorbringen des Kl. erhellt: Schon im Frühsommer 1931 brach das Unheil über die Bekl. herein, ihr Geschäft „riß ab“, „die Fabrikation brach zusammen“, wie der Ausgleichsverwalter sagt, ihre Schulden erreichten halb annähernd das Doppelte ihres Vermögensstandes, ihre Zahlungsfähigkeit war dementsprechend geschwächt. Höchst auffallend errichtete sie gerade jetzt 10 neue Zweiggeschäfte, davon 6 in Deutschland in 10 Monaten (vom Nov. 1931 bis Sept. 1932). Der Ausgleichsverwalter nennt dies einen „merkwürdigen Vorgang“. Während sonst die Verkaufseinrichtungen den Gesetzen eines natürlichen Wachstums folgend sich dem Geschäftsumfange anpassen, wurde hier der Versuch gemacht, einen Absatz und Umsatz sozusagen künstlich hervorzurufen. Ergänzend bemerkt das Gutachten der Berliner Handelskammer, daß die Firma die deutschen Niederlassungen mit unzureichenden Mitteln errichtet und ausschließlich auf das Risiko ihrer Gläubiger betrieben habe. Die Bekl. selbst betont die feine erstklassige Ausstattung der Zweiggeschäfte mit wertvoller Einrichtung und bedeutenden Vorräten. Dies ging aber alles nicht nur auf das Risiko, sondern in der Hauptsache auch auf Kosten der Gläubiger, wie das trotz dem nicht beendete weitere Vermögensverfall der Bekl. zeigt. Sie hatte noch in diesem Rechtsstreit mit besonderem Nachdruck betont, es werde keineswegs an die Aufhebung der Zweiggeschäfte in Deutschland gedacht, sondern im Gegenteil der größte Wert auf ihre Aufrechterhaltung gelegt, und darauf hingewiesen, daß der Ausgleichsverwalter sie am 24. Juni 1933 als „eine Lebensnotwendigkeit für die terminmäßige Erfüllung des Ausgleichs“ bezeichnet habe. Trotzdem wurde ein Drittel dieser deutschen Zweiggeschäfte verkauft zu einer Zeit, als höchstens eine der sieben nach dem Vergleichsverfahren über den deutschen Besitz zu behandelnden Vergleichsraten fällig war. Der Vermögensbestand der deutschen Geschäfte betrug nur 69 620,21 RM, wovon aber 26 570 RM Inventar und Mobilien größtenteils mit Eigentumsvorbehalt der Lieferanten belastet, also für die Gläubiger unpfändbar waren, die Schulden dagegen bezifferten 626 103,91 RM.

Auf Grund dieser Verhältnisse ist nicht zu bezweifeln, daß die Bekl. zu der Errichtung und dem Betriebe der deutschen Zweiggeschäfte Schulden machte, die, wie sie wußte, in keinem Verhältnisse zu ihrer stark geschwächten Zahlungsfähigkeit standen. Bei diesem unreeellen, den Grundätzen von Treu und Glauben widersprechenden Verhalten der Bekl. im allgemeinen sowie insbes. im Hinblick darauf, daß sie von ihr selbst zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten als Lebensnotwendig anerkannte deutsche Zweiggeschäfte zum Teil bereits veräußert hat, war und ist zu beforgen, daß sie den Gläubigern die in Inlande vorhandenen Mittel zur Befriedigung entziehen, insbes. die deutschen Zweiggeschäfte aufgeben würde, so daß die Vollstreckung des Urk. vereitelt oder doch wesentlich erschwert würde und die deutschen Gläubiger darauf angewiesen würden, die Vollstreckung im Auslande zu versuchen. Der Arrestgrund bestand daher bei der Erlassung des Arrestbefehls wie am 11. Juli 1933 nach § 917 Abs. 1 und 2 ZPO.

Erledigt ist nunmehr der Rechtsstreit hinsichtlich der Arresthauptsache dadurch, daß der Kl. mit 14. Juli 1933 einen vollstreckbaren Titel für seine Forderung erlangt, sohin des Arrestbefehls als eines nur vorläufigen und unvollkommenen Rechtsschutzes nicht mehr bedarf. Einer besonderen Aufhebung des Arrestbefehls, der mit Recht erlassen wurde und bis zur Erledigung unzweifelhaft zu Recht bestand, bedarf es nicht. Gleichgültig ist die Frage, ob nicht die Arresthauptsache sich vielleicht schon 3 Tage zuvor, am 11. Juli 1933, durch die ziemlich unklare Verzichtserklärung erledigte.

Die Kosten des Verfahrens trägt, wer unterlegen wäre, wenn die Arresthauptsache sich nicht erledigt hätte. Da Forderung und

Arrestgrund bis zur Erledigung bestanden, sohin bis dahin der Widerspruch unbegründet war, wäre der Arrestbefehl bestätigt worden. Hierbei ist zu bemerken, daß aus dem ganzen Verhalten des Kl. und seiner Erklärungen eindeutig erhellt, daß er die für ihn wertlos gewordene Arrestfähigkeit alsbald mit der Erledigung aufgeben und als gegenstandslos bezeichnen wollte, kurz, daß er die für beide Teile völlig bedeutungslos gewordene Arresthauptsache nach ihrer tatsächlichen Erledigung auch alsbald als erledigt erklärte. Bekl. ist sohin der unterliegende Teil. Die Ver. ist daher begründet, und die Bekl. trägt die Kosten beider Rechtszüge. § 74 VerglD. berührt nur die durch den Arrestvollzug entstandenen Kosten, nicht das Arrestverfahren selbst.

(OLG. München, 2. ZivSen., Urk. v. 30. Okt. 1933, VerReg. L 968/33 II.)

Ver. von M. Dr. Schub, München.

*

Oldenburg.

8. Nachfolgender Mietwucher ist bei rückläufiger Konjunktur anzunehmen, wenn der Vermieter bei einer gestaffelten Miete an dem mutmaßlichen Ertrage der Steigerung beteiligt werden soll. Der Abschluß eines Vergleichs während des Laufs eines langfristigen Mietvertrages steht der Einrede des Mietwuchers nicht entgegen.)

Die Kl. hatte mit dem Bekl. am 26. Sept. 1926 einen fünfjährigen Mietvertrag abgeschlossen über Büroräume, in denen der verstorbene Chemann der Kl. eine Praxis als RA. und Notar ausgeübt hatte und in denen nach ihm der Bekl. die Praxis betreiben wollte. In einem Vorprozeß, in dem der Mieter Herabsetzung der Miete erreichen wollte, war die Vermieterin durch gedungen. Am 14. Juni 1931 schlossen die Parteien einen Vergleich, durch den die für mehrere Jahre rückständige Miete ermäßigt und Ratenzahlung bewilligt wurde. Im vorl. Prozeß wandte der Bekl. gegen die Klage auf Zahlung der Vergleichssumme u. a. nachfolgenden Mietwucher ein. Das OLG. gab diesem Einwande zum Teil statt mit folgender Begr.:

Der jetzt von der Kl. geltend gemachte Anspruch ist nicht auf den ursprünglich abgeschlossenen Mietvertrag gestützt, sondern auf einen zwischen den Parteien im Juni 1931 abgeschlossenen Vergleich, durch welchen der Mietzinsanspruch sowohl für die Vergangenheit als auch für die Zukunft herabgesetzt worden ist. Der Bekl. wendet sich jetzt mit dem Einwand aus § 49a MietSchG. gegen die Höhe des herabgesetzten Gesamtmietbetrages. Diesem Einwande des Bekl. aus § 49a MietSchG. steht nicht etwa der Vergleich als solcher entgegen. Durch den Vergleich ist nur die Höhe der zu zahlenden Miete abweichend vom ursprünglichen Mietvertrage vereinbart. Selbst wenn der Vergleich die Ungewißheit darüber beseitigen sollte, ob und wie weit etwa ein nachfolgender Mietwucher gegeben sein könnte, und selbst wenn man im Vergleichsabschluß einen Verzicht des Bekl. auf Wuchereinwand erbliden wollte, so ist der Bekl. rechtlich nicht gehindert, sich trotzdem jetzt noch auf nachfolgenden Mietwucher zu berufen. Dies folgt daraus, daß § 49a MietSchG. eine Schutzvorschr. ist, auf

Zu 8. I. Die Begr. ist in verschiedenen Punkten bedenklich. In der Regel wird ein Vergleich, der zwischen Mietparteien im Laufe eines langfristigen Mietvertrages über die Höhe des Mietzinses geschlossen wird, der Einrede des Mietwuchers für die Vergangenheit entgegenstehen, denn ein solcher Vergleich schließt nach Treu und Glauben auch einen Verzicht auf Rückforderungsansprüche für die Vergangenheit in sich. Auch für den Rest der Mietzeit wird aber ein solcher Vergleich in der Regel der Erhebung des Wuchereinwandes entgegenstehen und man wird hier an die Voraussetzungen des Mietwuchers besonders strenge Anforderungen stellen müssen, namentlich wenn sog. nachfolgender Mietwucher geltend gemacht wird. Hier war nach Ansicht des Gerichts der Mietzins bei Abschluß des Mietvertrages angemessen und jedenfalls für die ersten drei Jahre gerechtfertigt. Als Grund für den Rückgang der Einnahmen aus der Anwalts- und Notariatspraxis auf $\frac{1}{3}$ — $\frac{1}{2}$ der Einnahmen des Vorgängers wird lediglich die Verschlechterung der allgemeinen Wirtschaftslage angeführt. Diese rechtfertigt aber nach dem RG. (Urk. v. 2. Nov. 1931, VIII 136/31; MietVer. 1931, 177 = Hertel, MieterSchutz, Nachtrag 27, C 165) für sich allein nicht die Annahme nachfolgenden Mietwuchers. Wenn das RG. eine Ausnahme für den Fall zuläßt, daß bei langfristigen Mietverträgen die Miete ansteigend gerade in dem Gebanfen gestaffelt war, daß der Vermieter an dem vorausgesetzten Gedeihen des Geschäfts teilhaben sollte, so trifft dies für den vorl. Fall nicht zu. Denn hier war die Miete gleichbleibend auf 200 RM und für den Fall, daß der Mieter alsbald das Notariat erhalten sollte, auf 300 RM monatlich vereinbart worden. Hierin lag nicht die Vereinbarung

welche der Mieter nicht rechtswirksam verzichten kann. Der Abschluß des Vergleichs hat auch nicht die Wirkung, daß nunmehr die im Vergleich vereinbarte Mietsumme nur aus dem Zeitpunkt des Vergleichsabschlusses auf Angemessenheit hin nachgeprüft werden müßte. Der Einwand des nachfolgenden Mietwuchers zwingt vielmehr dazu, zu prüfen, ob die bei Abschluß des langfristigen Mietvertrages v. 26. Sept. 1926 vereinbarte Miethöhe nach als im Ursprung und als für die ganze Dauer des Mietvertrages angemessen zu erachten ist, so daß die Kl. auch noch im Zeitpunkt des Vergleichsabschlusses im Juni 1931 die ursprünglich vereinbarte Miethöhe hätte fordern dürfen, ohne den objektiven Tatbestand des § 49a MietSchG. zu erfüllen. Hinsichtlich der ersten Frage tritt der jetzt erk. Sen. der Entsch. des Vorprozesses bei und erachtet den Vertrag als im Ursprung ordnungsmäßig zustande gekommen, so daß die Miethöhe im Ursprung der Höhe nach als noch zulässig anzusehen ist.

An die Voraussetzungen für die nur ausnahmsweise zuzulassende Einrede des Mietwuchers sind strenge Anforderungen zu stellen.

Besondere, einen Ausnahmefall begründende Verhältnisse können aber, wie auch das RG. (Urt. v. 3. Juni 1931, VIII 125/31, 2. Nov. 1931, VIII 136/31 und 16. Nov. 1931, VIII 425/31) anerkennt, vorliegen, wenn bei langfristigen Verträgen eine gestaffelte Miethöhe eine Art Beteiligung des Vermieters an dem Gedeihen des Geschäfts des Mieters ausdrücken sollte. Solche besonderen Verhältnisse sind vorliegend nicht zu verkennen. Der Ehegatte der Kl. war verstorben. Er hatte zuletzt als bis dahin einziger N. und Notar in N. recht hohe Einnahmen erzielt. Der Bekl. beabsichtigte, sich dort als N. niederzulassen und legte besonderen Wert darauf, seine Praxis in den Räumen auszuüben, in denen jahrelang eine besonders gut gehende Praxis ausgeübt war. Die Räume selbst hatten als solche betrachtet keinen hohen Mietwert. Es handelte sich um drei nicht sehr große Räume. Für sie konnte die Kl. unter normalen Verhältnissen kaum mit einer höheren Monatsmiete als etwa 100 RM rechnen. Der Bekl. fand sich bereit, monatlich 200 RM Miete zu zahlen und für den Fall, daß er am 1. April 1927 auch das Notariat erhielt, monatlich 300 RM. Diese besonderen Umstände, welche bei Abschluß des Mietvertrages vorlagen, und die besonderen beiderseitigen Interessen, welche auf die Best. der Höhe des Mietzinses von Einfluß waren, haben dazu geführt, in dem Mietvertrage eine Art Beteiligung der Kl. an den zu erwartenden guten Einkünften des Bekl. aus seiner Tätigkeit als N. und Notar zum Ausdruck zu bringen. Die Parteien gingen davon aus, die bisherigen hohen Einnahmen möchten wenigstens in annähernd gleicher Höhe auch für den Bekl. in Zukunft zu erwarten sein. Wenn dann der Bekl. später tatsächlich nur Einnahmen erzielen konnte, welche etwa $\frac{1}{2}$ — $\frac{1}{2}$ der Summe ausmachten, die den Parteien bei Abschluß des Vertrages als Einnahme des verstorbenen Ehemanns der Kl. vorgeschwebt hatte, so durfte die Kl. die ganze Mietzeit hindurch nicht mehr

einer ansteigenden Staffelmiete i. S. jener Ausführungen des RG., sondern damit wurde nur dem Umstande Rechnung getragen, daß mit der Verleihung des Notariats der Tätigkeitsbereich und damit die Verdienstmöglichkeiten für den Mieter sich steigerten. Dabei ist nicht ausgeschlossen, daß trotz der Erweiterung des Tätigkeitsfeldes das Gesamteinkommen infolge des allgemeinen Niederganges der Wirtschaftslage gesunken ist. Hätte der Bekl. das Notariat nicht erhalten, dann wäre sein Einkommen wahrscheinlich noch geringer gewesen. Hier hat der Mieter die Räume in der spekulativen Absicht gemietet, daß ihm gerade der Besitz dieser Räume, in welchen bisher mit großem Erfolge eine Anwalts- und Notariatspraxis betrieben wurde, von Vorteil sein würde, und dieser spekulative Charakter steht der Einrede des Mietwuchers entgegen (RG. 13. März 1933: GrundG. 1933, 360).

II. Da nach Annahme des Gerichtes für die Räume unter sonstigen Verhältnissen höchstens ein Mietzins von 100 RM angemessen gewesen wäre, so ist ein Mietzins von 200 RM bzw. 300 RM monatlich unter dem Gesichtspunkt des § 49a MietSchG. nur gerechtfertigt, wenn dem Mieter außer den Räumen noch Vermögenswerte überlassen wurden. Solche Vermögenswerte sind mit der Überlassung von Räumen, in denen bisher eine gutgehende Arzt- oder Anwaltspraxis ausgeübt wurde, an einen Angehörigen des gleichen Berufs verbunden. Wenn auch bei der Ausübung freier Berufe der Schwerpunkt des Unternehmens in den persönlichen Eigenschaften des Ausübenden und in dem ihm vom Publikum entgegengebrachten Vertrauen liegt, so überdauern doch den Tod des Inhabers gewisse in der Gewöhnung des Publikums liegende Beziehungen, die durch die Ausübung der Praxis geschaffen und der wirtschaftlichen Ausbeutung fähig sind (vgl. RG. 29. Nov. 1926: JW. 1927, 1464).

Derartige Verträge, welche gewissermaßen die Überlassung der Praxis zum Gegenstande haben, wurden früher vom Ehrengerichtshof der N. für standeswidrig erachtet. Jedoch hat der Ehren-

an der vereinbarten Höhe der Miethöhe festhalten, ohne gegen § 49a MietSchG. zu verstoßen. Andererseits durfte aber auch der Bekl. nicht schon in der ersten Zeit der Mietdauer, wenn er sich in seinen hohen Erwartungen getäuscht sah, die vereinbarte Miethöhe unter Ver. auf § 49a MietSchG. verweigern. Etwa $\frac{2}{2}$ —3 Jahre hatte er nötig, seine Praxis aufzubauen und zu festigen. Diese Zeit war er auf jeden Fall an die vereinbarte Höhe der Miethöhe gebunden, zumal er ein großes Risiko übernommen hatte. Wann nun der genaue Zeitpunkt gekommen war, in welchem die Kl. nicht mehr an der Höhe der ursprünglich vereinbarten Miethöhe festhalten durfte, kann dahingestellt bleiben. Auf jeden Fall durfte sie im Juni 1931 z. Z. des Abschlusses des Vergleichs nicht mehr Zahlung der Miethöhe in der gesamten ursprünglich vereinbarten Höhe verlangen. Das hat sie auch nicht getan. Sie hat im Wege des Vergleichs ihre Gesamtforderung an Miethöhe um 1550 RM herabgesetzt und auf Verzugszinsen bis zum 1. Mai 1931 verzichtet. Alles zusammen entspricht etwa der Herabsetzung der Miethöhe für 1 Jahr auf die Hälfte. Dieser Nachlaß erscheint jedoch nach Lage der Sache nicht als ausreichend. Der Niedergang der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse, wie er seit spätestens Herbst 1930 und mehr noch seit Anfang 1931 immer deutlicher in die Erscheinung trat, mußte alle Erwartungen auf die Möglichkeit weiterer erheblicher Steigerungen der Einnahmen des Bekl. zunichte machen. Die Gesamtentwicklung der Verhältnisse zeigte aber auch, daß beide Parteien die hohe Miethöhe von monatlich 300 RM verständigerweise nicht für die ganze Mietzeit von 5 Jahren als angemessen betrachten durften, und daß die Kl. im Vergleich nicht einen nur verhältnismäßig niedrigen Mietnachlaß gewähren durfte. Sie mußte ihre in der hohen Miethöhe zum Ausdruck gekommene Beteiligung an zu erwartenden hohen Einnahmen des Bekl. nach etwa $\frac{2}{2}$ —3jähriger Anwaltsstätigkeit des Bekl. für die letzten 2 Jahre des Mietvertrages den tatsächlich nur zu erzielenden niedrigeren Einnahmen anpassen. Deshalb erscheint es angebracht, die Miethöhe für ein weiteres Jahr um die Hälfte herabzusetzen.

(OLG. Oldenburg, Urt. v. 31. Mai 1933, U 164/32.)

Landgerichte.

Frankfurt a. M.

Zivilsachen.

I. Zur Frage der Gewährung des Schutzes aus § 18 VollstrMaßnVO. v. 26. Mai 1933 an juristische Personen und Handelsgesellschaften. *)

Den Antrag der Schuldnerin, einer GmbH., die Zwangsvollstreckung in die gepfändete Registrierkasse auf Grund des § 18 VollstrMaßnVO. v. 26. Mai 1933 aufzuheben, hat das LG. mit der Begr. zurückgewiesen, der erweiterte Vollstreckungsschutz der gerichtshof in einer Entsch. v. 7. Dez. 1927 bemerkt, daß Ausnahmefälle möglich seien, die eine besondere Beurteilung erheischen.

Nach Friedlaender, RAO., 8 Aufl., Exkurs II zu § 28 A. 85 geht die Entwicklung dahin, daß die Entsch. sich nur von Fall zu Fall unter Berücksichtigung des Grades der Veräußerung und der Angemessenheit der Höhe des Entgelts treffen läßt. Keineswegs ist aber eine solche Vereinbarung ohne weiteres als sittenwidrig und damit als nichtig anzusehen, selbst wenn sie standeswidrig sein sollte (Friedlaender, Exkurs vor § 30 A. 13).

Für die Überlassung einer ärztlichen Praxis ist die Gültigkeit eines solchen Vertrages bereits wiederholt vom RG. ausgesprochen worden (RG. 115, 172 = JW. 1927, 1463).

Im vorl. Falle hatte sich die Witwe des N. für die Überlassung der Räume über den sich angemessenen Mietzins von 100 RM monatlich hinaus noch auf die Dauer von fünf Jahren eine Vergütung von weiteren 100 RM bzw. bei Verleihung des Notariats von 200 RM monatlich versprechen lassen. Dieses Entgelt erscheint, da der Ehemann der Kl. bis dahin aus seiner Praxis sehr hohe Einnahmen erzielt hatte, nicht unangemessen, selbst wenn es seinem Nachfolger infolge der allgemeinen rückläufigen Wirtschaftslage nicht gelang, gleiche oder annähernd hohe Einnahmen zu erzielen. Unter diesem Gesichtspunkt dürfte der von der Kl. auf Grund des Vergleichs geforderte Mietzins gerechtfertigt gewesen sein.

RA. Dr. Franz Hertel, Oepfel.

Zu 1. Die Frage, ob der Schutz des § 18 VollstrMaßnVO. auch für juristische Personen und insbes. alle Handelsgesellschaften gilt, ist im Gesetz nicht besonders geregelt und wird in der Praxis verschiednen beantwortet. Eine Ansicht beschränkt den Schutz auf natürliche Personen. Eine andere gewährt ihn auch allgemein juristischen

nannten *W.D.* beziehe sich fimgemäß ebenso wie die Schutzvorschrift des § 811 Ziff. 5 *Z.P.D.* nur auf natürliche, nicht auch auf juristische Personen, bei denen könne nicht von „persönlichen Gebrauch“ und „Erwerbstätigkeit“ i. S. des § 18 a. a. D. gesprochen werden.

Die Entscheidungsgründe des *U.G.* vermögen den angef. Beschl. nicht zu tragen. Die Rechtsauffassung, die Schutzvorschriften der fraglichen *W.D.* könnten nur zugunsten natürlicher Personen angewandt werden, ist in dieser allgemeinen Fassung jedenfalls unrichtig. Sinn und Wortlaut der *W.D.* lassen den erweiterten Vollstreckungsschutz nicht lediglich auf natürliche Personen beschränkt erscheinen.

Die wörtliche Auslegung der Best. des § 18 Abs. 2 schließt die Möglichkeit, den Schutz dieser Vorschrift auch juristischen Personen angedeihen zu lassen, keineswegs aus. Der Abs. 2 Satz 1 des § 18 spricht ganz allgemein davon, daß dann die Zwangsvollstreckung aufgehoben werden kann, wenn „bei dem Schuldner“ die näher bezeichneten Sachen gepfändet sind.

Zu dieser Fassung deckt sich der erweiterte Vollstreckungsschutz, was den Personenkreis anbetrifft, nicht, wie das *U.G.* meint, mit der Schutzbest. des § 811 Ziff. 5 *Z.P.D.*: hier werden bestimmte Personen (Künstler, Handwerker, gewerbliche Arbeiter), die zudem dadurch näher gekennzeichnet sein müssen, daß sie aus „Handarbeit oder sonstigen persönlichen Leistungen“ ihren Erwerb ziehen, dort wird ganz allgemein „der Schuldner“ geschützt. Gerade dieser Vergleich läßt darauf schließen, daß der durch die Vollstreckungs*W.D.* geschützte Personenkreis weiter als der in § 811 Ziff. 5 *Z.P.D.* benannte gezogen werden soll.

Auch die Aufzählung der Gegenstände, die der Pfandbeschränkung unterliegen, ergibt in Verbindung mit der geschützten Person nicht, daß es sich dabei nur um natürliche Personen handeln darf. Wenn die *W.D.* zunächst von Sachen, die „zum persönlichen Gebrauch dienen oder zum Hausrat gehören“ oder von Gegenständen, die der „Erwerbstätigkeit“ des Schuldners dienen, spricht, so können diese Sachen allerdings nur zusammen mit natürlichen Personen genannt werden. Es ist aber nicht einzusehen, warum nicht Gegenstände — wie sie Abs. 2 des § 18 weiter aufzählt —, die zu einem von dem Schuldner „betriebenen gewerblichen Unternehmen“ gehören, als einer juristischen Person eigen angesehen werden können.

Allerdings wird man bei der Auslegung der fraglichen Gesetzesbest. deren Zweck nicht außer acht lassen dürfen: die erweiterten Vollstreckungsschutzbest. sind vor allem deshalb getroffen worden, um dem selbständigen Unternehmer, dem kleinen Gewerbetreibenden und dem gewerblichen Mittelstand, vor allem also den Betrieben, bei denen die

Personen und Handelsgesellschaften. Aber auch der im obigen Beschl. für eine *GmbH.* vertretene Mittelmeinung, daß die Vorschrift zwar auch für juristische Personen gelte, jedoch nur für solche Unternehmen, die nicht rein kapitalistisch aufgebaut seien und in denen die persönliche Arbeitstätigkeit des wirtschaftlichen Inhabers nicht völlig hinter die Kapitalausnutzung zurücktrete, ist häufig zu begegnen. Der ersten Meinung, also der Anwendung des § 18 Vollstreckungs*W.D.* grundsätzlich auch auf alle juristischen Personen und Handelsgesellschaften, ist der Vorzug zu geben. Nur mit dieser Einschränkung kann der hier erörterten Entsch. beigetreten werden.

Für diese Auffassung sprechen vor allem die dem § 18 zugrunde liegenden gesetzgeberischen Erwägungen. Denn durch die Vorschrift hat im Interesse der Schuldner und der gesamten Wirtschaft ein ganz allgemeiner Vollstreckungsschutz gegen die Folgen der Krise und eines unverschuldeten Zahlungsvermögens geschaffen werden sollen. Es ist unzutreffend und steht im Widerspruch zum Gesetz, wenn in dem Beschl. zur Begr. der Einschränkung angeführt wird, mit § 18 sei vor allem der Schutz des selbständigen Unternehmers, des kleinen Gewerbetreibenden, des gewerblichen Mittelstandes, nur der Betriebe, in der die persönliche Arbeitsleistung der Inhaber nicht völlig hinter die Kapitalausnutzung zurücktrete, beabsichtigt worden, und damit entfallen die in der Entsch. und auch sonst entsprechend in der Praxis für die Mittelmeinung geltend gemachten Gründe. Die Einführung eines solchen nur beschränkten Vollstreckungsschutzes ist Pressenachrichten zufolge ursprünglich wohl beabsichtigt gewesen. Der Plan ist aber nicht zur Ausführung gelangt. Das Gesetz selbst spricht demgemäß auch für das Gegenteil. Wenn in § 18 Abs. 2 Satz 1 von „der Erwerbstätigkeit des Schuldners dienenden“ Gegenständen einerseits und „zu einem von Schuldner betriebenen gewerblichen Unternehmen gehörenden“ Sachen andererseits die Rede ist, so ergibt sich daraus, daß der Schutz eben nicht wie der des § 811 Ziff. 5 *Z.P.D.* auf die Schuldner, in deren Betrieben die persönliche Arbeitsbetätigung im Gegensatz zur Kapitalausnutzung und der Ausnutzung der Arbeitskraft Dritter das Wesentliche ist, hat beschränkt sein sollen, vielmehr allgemein auch für die kapitalistisch betriebenen Unternehmen gelten soll. § 18 bietet ferner auch keinen Anhalt für eine unterschiedliche Schutzgewährung an natürliche Personen, je nachdem ob die Unternehmen rein kapitalistisch sind oder in ihnen die Arbeit des Inhabers mehr oder weniger hinter die Kapitalausnutzung zurücktritt. Findet die Vorschr. aber auch auf alle kapitalistischen Unternehmen Anwendung, so erscheint es, sofern nicht sonstige gewichtige Gründe

persönliche Arbeitskraft nicht völlig hinter der Ausnutzung des in dem Unternehmen angelegten Kapitals zurücktritt, den Schutz angedeihen zu lassen, der erforderlich ist, um sie die gegenwärtige, von ihnen unverschuldeten Krise hindurch lebensfähig zu erhalten und sie nicht der Betriebsmittel zu berauben, deren Fehlen die Vernichtung ihrer Existenz und mithin eine Verschlechterung der wirtschaftlichen Gesamtlage bedeuten würde. Diesem Zweck würde es zuwiderlaufen, wollte man, was die juristische Person anlangt, Betriebe schützen, die auf rein kapitalistischer Grundlage aufgebaut sind, also Großunternehmen, wie sie regelmäßig *AGs.* darstellen. Anders kann es bei einer *GmbH.* sein, bei der aus Gründen rechtlicher oder tatsächlicher Natur die Form einer juristischen Person gewählt wurde, die aber wirtschaftlich als ein Unternehmen anzusehen ist, das sich nicht von einem anderen, persönlich betriebenen Gewerbe unterscheidet. Und es ist kein Grund ersichtlich, warum man derartigen Betrieben nur deshalb den erweiterten Vollstreckungsschutz versagen soll, weil sie als juristische Person aufgefaßt sind: nicht die Form ist das ausschlaggebende, sondern die wirtschaftliche Bedeutung und Funktion des Unternehmens. Entscheidend wird aber, dem Zweck der *W.D.* entsprechend, immer sein, ob es sich um ein kapitalistisches Unternehmen handelt oder nicht.

(*U.G.* Frankfurt a. M., Beschl. v. 7. Juni 1933, 2/3 T 505/33.)

Eingef. von Gerh. v. Kersten, Frankfurt a. M.

*

Mannheim.

2. Feststellungs- und Unterbrechung der Verjährung urteilsmäßiger Unterhaltsraten.

Durch den angef. Beschl. hat das *U.G.* M. der *RL.* das nachgesuchte *Armenrecht* verjagt. Durch rechtskr. Verllrt. v. 26. April 1929 wurde der Bekl. verurteilt, an die *KL.* vom Tage der Geburt, d. i. v. 7. März 1926 an, bis zur Vollendung des 16. Lebensjahres eine vierteljährliche, im voraus zu zahlende, Unterhaltsrente von 108 *RM.* zu bezahlen. Bis jetzt hat der Bekl. Unterhalt noch nicht geleistet, sein Aufenthalt ist seit 1925 unbekannt. Die in der Zeit v. 26. April bis 31. Dez. 1929 fälligen Unterhaltsansprüche werden mit Ablauf des Jahres 1933 verjähren (vgl. §§ 197, 218 Abs. 2 *BGB.*). Die *KL.* will Klage auf Feststellung, daß der Bekl. verpflichtet ist, der *KL.* v. 7. Juni 1929 an bis zum 6. Dez. 1933 den in dem Verllrt. v. 26. April 1929 festgesetzten Unterhaltsbetrag von vierteljährlich 108 *RM.*, mithin 1944 *RM.* zu bezahlen, erheben, um die Verjährung zu unterbrechen.

dagegen sprechen, nicht gerechtfertigt, ihren Schutz juristischen Personen und Handelsgesellschaften zu versagen. Solche Gründe bestehen aber nicht.

Der Wortlaut des § 18 nötigt keineswegs zu der Beschränkung des Schutzes auf natürliche Personen, läßt vielmehr auch die gegenteilige Auslegung durchaus zu. Die Prozeßordnung umfaßt unter dem Begriff des Schuldners grundsätzlich alle Schuldner einschließlich der juristischen Personen. In der Praxis wird häufig eingewendet, bei juristischen Personen, insbes. Handelsgesellschaften, könne nicht von einer Erwerbstätigkeit des Schuldners gesprochen werden. Das trifft aber nicht zu. Abgesehen davon ist demgegenüber auch darauf hinzuweisen, daß, wie schon gesagt, nicht nur „die der Erwerbstätigkeit des Schuldners dienenden“, sondern auch „die zu einem von ihm betriebenen gewerblichen Unternehmen gehörenden“ Sachen von dem Schutze erfaßt werden.

Die vergleichende Heranziehung des § 811 Ziff. 5 *Z.P.D.* vermag die hier vertretene Auslegung nur zu stützen. Der wesentliche Unterschied zwischen der Vorschr. und § 18 ist bereits dargestellt. Hätte der Schutz des § 18 wirklich auf die natürlichen Personen beschränkt bleiben sollen, so wäre gerade angesichts der besonderen Hervorhebung dieser Beschränkung in § 811 Ziff. 5 *Z.P.D.* zweckmäßig auch eine solche Hervorhebung in § 18 erfolgt. Die juristischen Personen bedürfen des Schutzes um so mehr, als ihnen der Schutz aus § 811 Ziff. 5 *Z.P.D.* nicht zufließt.

Die Anwendung des § 18 auch auf sie entspricht allein dem Sinn und Zweck der mit der Vorschr. getroffenen Gesamregelung. Die grundsätzliche Verjagung des Schutzes würde überdies zu einer innerlich nicht gerechtfertigten, unverständlichen Unterscheidung in der Schutzgewährung an kapitalistische Unternehmen führen, je nachdem ob diese von einem Einzelinhaber oder von einer Gesellschaft betrieben werden.

Die hier vertretene Ansicht kann, soweit ersichtlich, als die in der Praxis überwiegende bezeichnet werden. Sie ist zunächst in mehreren grundsätzlichen Beschlüssen der 9. *Pr.* des *U.G.* I Berlin (209 T 4289/33 v. 26. Juni 1933, 209 T 4143/33 v. 30. Juni 1933 und 209 T 4668/33 v. 6. Juli 1933) vertreten worden, und ihr folgen jetzt alle drei Vollstreckungskammern (9, 57, 66) des *U.G.* Berlin. Ihr hat sich jetzt wohl auch das *U.G.* Frankfurt a. M. angeschlossen (vgl. den Beschl. 2/3 T 861/33 v. 20. Sept. 1933: *ZW.* 1933, 2664).

Dr. Dr. Fritz Schulze, Berlin.

Das AG. hält die Klage für aussichtslos, da es Sinn und Zweck des § 218 Abs. 2 sei, dem Schuldner ein Leistungsverweigerungsrecht einzuräumen, wenn der Gläubiger den festgestellten Anspruch nicht innerhalb der Verjährungsfrist verwirklicht habe, mag dies auch auf Gründen beruhen, auf die der Gläubiger keinen Einfluß habe. Mit diesem Zwecke des Gesetzes würde es im Widerspruch stehen, wenn dem Gläubiger die Möglichkeit gegeben würde, vor Eintritt der Verjährung die bereits in dem ersten Urte. festgestellte Leistungspflicht des Schuldners nochmals durch Urte. feststellen zu lassen; aus dem Zweck des § 218 Abs. 2 BGB. ergebe sich somit, daß das Rechtschutzbedürfnis für die beabsichtigte Klage zu verneinen sei.

Die Beschw. ist begründet. Die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache ist, wie dies im allgemeinen auch von der Einrede der Rechtshängigkeit gilt (so § 263 Abs. 2 Ziff. 1 ZPO.), ebenso wie die Einrede der Verjährung, eine „Einrede“, die nicht von Amts wegen zu berücksichtigen ist (vgl. z. B. Baumbach, Anm. 3 C zu § 263 ZPO.; RG. v. 1. Mai 1891: JW. 1891, 310 16; RG. 50, 416, 419). Da der Aufenthalt des Bekl. nicht bekannt ist, ist anzunehmen, daß öffentliche Zustellung der Klage erfolgen und die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache nicht geltend gemacht werde. Die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache beruht allerdings auf dem Gedanken, daß ein Rechtschutzbedürfnis für eine neue Klage nicht vorliege. In dem gegebenen Falle hat aber die Kl. das besondere Interesse, die Verjährung zu verhindern (§ 209 BGB.). Jedenfalls besteht kein Grund, die Tatsache der erfolgten rechtskräftigen Entsch. von Amts wegen zu berücksichtigen, um auf Grund dessen die Kl. an der beabsichtigten Unterbrechung der kurzen Verjährung zu hindern. Die Rechtsverfolgung ist daher nicht aussichtslos. Auch die übrigen Voraussetzungen für die Bewilligung des Armenrechts liegen vor.

(AG. Mannheim, Beschl. v. 20. Nov. 1933, 3 ZBS 129/33.)

Ber. von OGA. Dr. P. Fromherz, Mannheim.

B. Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte.

I. Reich.

Reichsfinanzhof.

Berichtet von Reichsfinanzrat Dr. Boethke, Reichsfinanzrat Artt und Reichsfinanzrat Dr. Georg Schmauser, München.

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

× I. §§ 162 Abs. 10, 188, 202 insbes. Abs. 5, 305 Abs. 5; Art. 15 Abs. 2, 56 Abs. 1 Nr. 3 Abs. 1 Nr. 3 KörperStG.

a) Buch- und Betriebsprüfung bei einer Staatsbank.

b) Zwangsmittel sind gegen öffentliche Behörden unzulässig ohne Rücksicht darauf, ob diese Behörden ausschließlich oder überwiegend Hoheitsrechte ausüben oder aber wirtschaftliche Geschäfte verwalten.

I. Das FinA. hat der Beschw., einer Staatsbank, die Durchführung einer allgemeinen Buch- und Betriebsprüfung angekündigt und von ihr die Erklärung gefordert, daß sie bereit sei, dem Prüfer die zur Durchführung der Prüfung erforderlichen Bücher, Belege und sonstigen Unterlagen vorzulegen. Für den Fall der Verweigerung dieser Erklärung war eine Geldstrafe von 100 RM gem. § 202 Abs. 5 Abs. 1 Nr. 3 KörperStG. angedroht. Die Beschw. hat die Abgabe der geforderten Erklärung und die Duldung der Prüfung abgelehnt. Sie diene als Staatsbank ihrer Best. nach in der Hauptsache Geschäften staatswirtschaftlicher oder allgemeinerwirtschaftlicher Art, sei also nach § 9 Abs. 1 Nr. 3 KörperStG. von der Steuer befreit. Zur Prüfung, ob diese Steuerbefreiung begründet sei, bedürfe es nicht der Einsicht in die Bücher und in den Betrieb. Ausschlaggebend für die Steuerbefreiung seien die für die Bank geltenden gesetzlichen Best., insbes. das StaatsbankG. Zu prüfen, ob die Staatsbank bei ihrer Geschäftsführung diese Best. beachte, sei nicht Sache des FinA., sondern der Aufsichtsbehörde der Bank. Die Anwendung von Zwangsmitteln gegen eine als öffentliche Behörde anzusehende Staatsbank sei nach der Rspr. des RFG. durch § 202 Abs. 5 Abs. 1 Nr. 3 KörperStG. ausgeschlossen.

Das FinA. hat die angedrohte Erzwingungsstrafe von 100 RM festgesetzt und gleichzeitig für den Fall der weiteren Weigerung, die geforderte Erklärung abzugeben, eine weitere Geldstrafe von 200 RM angedroht. Die Staatsbank hat Beschw. eingelegt und dabei außer den bisher schon geltend gemachten Gründen auch darauf verwiesen, daß nach Art. 15 Abs. 2 Abs. 1 Nr. 3 KörperStG. die Reichsregierung nur mit Zustimmung der Landeszentralbehörde Beauftragte zu den unteren Landesbehörden entsenden dürfe; das FinA. sei deshalb nicht berechtigt, gegen den Willen des Landesministeriums bei der

Staatsbank eine allgemeine Buch- und Betriebsprüfung vorzunehmen.

Die Beschw. ist als unbegründet zurückgewiesen worden. Dem Verfahren über die Beschw. ist der RFG. beigetreten. Er beantragt Zurückweisung der Beschw., da die Anordnung des FinA. sachlich berechtigt sei und das Verbot der Anwendung von Zwangsmitteln gegen öffentliche Behörden (§ 202 Abs. 5 Abs. 1 Nr. 3 KörperStG.) sinngemäß nur auf Behörden, die zur Wahrnehmung von Hoheitsakten berufen seien, nicht auch auf Behörden, die überwiegend Geschäfte privatwirtschaftlicher Natur betreiben, angewandt werden könne.

II. Die Beschw. richtet sich gegen eine BeschwEntsch. des FinA. über eine Anordnung, für die die Erzwingbarkeit nach § 202 Abs. 5 Abs. 1 Nr. 3 KörperStG. in Anspruch genommen ist. Sie ist deshalb nach § 305 Abs. 1 Nr. 3 KörperStG. zulässig.

Auf die Beschw. ist zu entscheiden, ob die Anordnung des FinA. sachlich berechtigt war und ob mit ihr die Androhung von Zwangsmitteln verbunden werden durfte.

III. Der erk. Sen. hat in einem Urte. v. 18. Sept. 1929 (RFG. 25, 318) ausgesprochen, daß die Ersuchen eines FinA. um Hilfeleistung nach § 191 Abs. 5 Abs. 1 Nr. 3 KörperStG. a. F. nicht zu den erzwingbaren Anordnungen i. S. von § 202 i. Verb. m. § 283 Abs. 5 Abs. 1 Nr. 3 KörperStG. gehören und daß über ihre Berechtigung die der ersuchten Stelle vorgelegte Stelle Entsch. zu treffen hat. Dem Urte. liegt die Auffassung zugrunde, daß durch § 202 Abs. 5 Abs. 1 Nr. 3 KörperStG. die Anwendung von Zwangsmitteln des FinA. gegenüber Behörden und Beamten in jedem Falle ausgeschlossen ist. Diese Auffassung ist in einem dem RFG. unter dem 20. Dez. 1929 erstatteten Gutachten (RFG. 26, 183) näher erläutert. Dabei ist ausdrücklich dargelegt, daß das Verbot der Anwendung von finanzamtlichen Zwangsmitteln gegenüber Behörden und Beamten (§ 202 Abs. 5 Abs. 1 Nr. 3 KörperStG.) für alle öffentlichen Behörden und Beamten im allgemeinen staatsrechtlichen Sinn Geltung habe, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob diesen Behörden und Beamten die Ausübung von Hoheitsrechten oder die Verwaltung wirtschaftlicher Zwecke übertragen ist. In einem Urte. IV A 5/31 v. 15. April 1931 (RStBl. 1931, 325) hat der Sen. die an eine Gemeindebehörde gerichtete Aufforderung zur Abgabe einer Steuererklärung prozessrechtlich dem Ersuchen um Hilfeleistung (§ 191 Abs. 5 Abs. 1 Nr. 3 KörperStG. a. F.) gleichgestellt. Der I. Sen. des RFG. hat in einem Urte. I A 893/29 v. 25. März 1930 (RStBl. 1930, 245) für die gegenüber einer Kreisbank verfügte Anordnung einer Buch- und Betriebsprüfung zwar die Erzwingbarkeit im Hinblick auf § 202 Abs. 5 Abs. 1 Nr. 3 KörperStG. verneint, aber die Anfechtbarkeit mit der Beschw. zugelassen. Die Rechtsauffassung des erk. Sen. wird von Becker in einer Abhandlung in StW. 1930, 267 bekämpft. Ihm ist der RFG. beigetreten.

Der Sen. nimmt die vorl. BeschwSache zum Anlaß, seine Rechtsauffassung nachzuprüfen.

IV. Alle Pflichten, die öffentliche Behörden und Beamte in dieser ihrer Eigenschaft im Interesse der Besteuerung zu erfüllen haben, sind ein Teil ihrer dienstlichen Aufgabe. Das gilt sowohl von der allgemeinen Hilfeleistungspflicht des § 188 Abs. 1 Nr. 3 KörperStG. 1931, wie auch von der Erfüllung der einzelnen im Interesse der Besteuerung allgemein erlassenen Vorschriften und von der Einhaltung der dem gleichen Zwecke dienenden Verbote, also von den Pflichten, die dem Staatsbürger im allgemeinen Interesse der Besteuerung, insbes. zur Durchführung der Besteuerung Dritter auferlegt sind. Es gilt selbstverständlich auch von den Pflichten, die die Behörden und Beamten als Vertreter einer selbst steuerpflichtigen Körperschaft des öffentlichen Rechts zu erfüllen haben, also von den Verpflichtungen, die den Steuerpflichtigen als solchen treffen.

Über die Erfüllung dienstlicher Pflichten zu wachen und sie sicherzustellen, ist grundsätzlich Sache der der Behörde oder der Beamten organisationsgemäß vorgelegten und mit Disziplinarbefugnis ausgestatteten Stellen. Nur diese Stellen sind grundsätzlich befugt, Behörden und Beamten, die ihnen unterstellt sind, dienstliche Befehle zu erteilen. Eine Befehlsgewalt einer Behörde gegenüber einer ihr nicht organisatorisch unterstellten Behörde bedarf einer besonderen Rechtsgrundlage. Alles das ist eine selbstverständliche Voraussetzung für die geordnete Führung der öffentlichen Verwaltungsgeschäfte; es ist auch in der Staatspraxis anerkannt, insbes. in Art. 56 Abs. 1 Nr. 3 KörperStG. zum Ausdruck gekommen, wo bestimmt ist, daß jeder Minister den ihm nach der Verteilung der Staatsgeschäfte auf die einzelnen Verwaltungszweige unterstellten Geschäftszweig selbstständig und unter eigener Verantwortung verwaltet.

Sie nach ist zu untersuchen, ob und wieweit etwa abweichend von dem erörterten Grundsatz das Steuerrecht den Steuerverwaltungsbehörden eine Befehlsgewalt und darüber hinaus eine Zwangsgewalt gegenüber ihnen nicht unterstellter Behörden und Beamten hinsichtlich der Pflichten zuerkannt hat, die diesen Beamten und Behörden im Interesse der Besteuerung auferlegt sind.

Bei diesen Pflichten lassen sich zwei rechtssystematisch wesentlich verschiedene Gruppen unterscheiden.

1. Die allgemeine Hilfeleistungspflicht der Behörden und Be-

amten (§ 188 ABgD. a. F.) ist lediglich eine besondere Seite der selbstverständlichen Pflicht aller Behörden, zur Erreichung der Staatszwecke zusammen zu wirken. Diese Pflicht ergreift alle Behörden und Beamten, ist sachlich lediglich durch ihre Zweckbestimmtheit begrenzt und hat bei der großen Zahl der Steuerpflichtigen und der Steuern ein kaum übersehbar großes Anwendungsgebiet. Würde ihre Erfüllung der Befehlsgewalt und damit der ausschließlichen Entsch. der Finanzbehörden unterstellt, so würde das einen außerordentlich starken Eingriff in das regelmäßige über- und Unterordnungsverhältnis in sämtlichen öffentlichen Verwaltungszweigen bedeuten. Es würde damit aber weiter, da selbstverständlich jede Behörde nur im Rahmen ihres eigentlichen Wirkungskreises zur Hilfeleistung berufen ist, den Finanzbehörden die verbindliche Entsch. über Fragen der Zuständigkeit und des inneren Dienstbetriebs fremder Behörden übertragen, die sachgemäß nur von den diesen Behörden vorgeordneten Stellen getroffen werden kann. Die ABgD. hat auch eine solche Regelung tatsächlich nicht getroffen. Sie behandelt die Inanspruchnahme der Mitwirkung von außerhalb der Finanzverwaltung stehenden Behörden und Beamten bei der Besteuerung nicht als einen Akt der Finanzbefehlsgewalt, sondern als Ersuchen um Rechtshilfe. Das entspricht auch der historischen Entwicklung (vgl. die bei Becker, Anm. 1 zu § 191 ABgD. a. F. angegebenen „Vorläufer“ des § 191). Pflichten, die jedermann im Interesse der Besteuerung auferlegt sind, treffen selbstverständlich auch Behörden und Beamte; Verbote, die diesem Interesse dienen, sind auch von Beamten und Behörden zu beachten. Die Erfüllung dieser Pflichten, die Einhaltung dieser Verbote ist bei Behörden und Beamten Dienstpflicht; sie unterliegt selbstverständlich der disziplinarischen Würdigung und der Dienstbefehlsgewalt der den Behörden und Beamten vorgeordneten Stellen; der Befehlsgewalt der Finanzbehörden — die strafrechtliche Verfolgung ist hier nicht zu erörtern — ist sie nicht unterstellt; es hätte dazu einer ausdrücklichen gesetzlichen Vorschr. bedurft; eine solche Vorschr. besteht aber nicht.

2. Ganz anders ist die Stellung von Behörden und Beamten, soweit sie bei der Besteuerung als Vertreter von selbst steuerpflichtigen Körperschaften oder Verwaltungen mitzuwirken, also Pflichten zu erfüllen haben, die den Steuerpflichtigen als solchen treffen. In diesem Aufgabenkreis sind die Behörden und Beamten allerdings der Befehlsgewalt der Finanzbehörden unterworfen. Das ergibt sich ohne weiteres daraus, daß das Gesetz die Körperschaften und Verwaltungen, die von den Behörden und Beamten vertreten werden, der Steuerpflicht unterstellt. Natürlich liegt hier ein Einbruch in fremde Dienstgewalt vor. Er ist hier aber nur eine nebensächliche Folge der staatsrechtlich viel bedeutungsvolleren Maßnahme der Unterstellung öffentlich-rechtlicher Körperschaften und Verwaltungen unter die Steuerpflicht. Er ist hier beschränkt auf eine verhältnismäßig kleine Zahl von Behörden und Beamten, nämlich auf die mit der Vertretung der steuerpflichtigen Körperschaften und Verwaltungen hinsichtlich dieser Steuerpflicht betrauten Behörden und Beamten. Die Befehlsgewalt der Finanzverwaltung hat insoweit auch bestimmte, im Gesetz genau umschriebene Tatbestände zum Gegenstand, deren Beurteilung und Entsch. auch sonst (gegenüber den anderen Steuerpflichtigen) der Finanzverwaltung obliegt und geläufig ist: Abgabe der Steuererklärung, Führung der in den Steuergeetzen vorgeschriebenen Bücher, Auskunft über steuerliche Verhältnisse der vertretenen Körperschaften oder Verwaltungen, Duldung einer Buch- und Betriebsprüfung usw.

Nur für den der zweiten Gruppe zugehörenden, sohin der Befehlsgewalt der Finanzbehörden unterstellten Pflichtenkreis öffentlicher Behörden und Beamten könnte überhaupt die Anwendung des in § 202 ABgD. vorgesehenen Finanzverwaltungszwangs in Frage kommen. Sie ist hier aber durch den Abs. 5 des § 202 ausdrücklich ausgeschlossen. Der Sen. hat in seinem Ur. v. 18. Sept. 1929 (RZ. 25, 318) und weiter in seinem dem RM. erstatteten Gutachten v. 20. Dez. 1929 (RZ. 26, 183) dargelegt, daß dieser Ausschluß von Zwangsmaßnahmen gegenüber allen öffentlichen Behörden und Beamten im allgemeinen staatsrechtlichen Sinn Platz greift, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die Behörden und Beamten ausschließlich oder vorwiegend Hoheitsrechte ausüben oder aber in der Hauptsache mit privatwirtschaftlichen Geschäften befaßt sind. Gegen diese Auffassung sind insbes. von Becker (StW. 1930, 267 ff.) und auch vom RM., der Becker zustimmt, Bedenken erhoben worden. Becker hält es nicht für richtig, bei der Auslegung des Begriffs „öffentliche Behörden“ in § 202 Abs. 5 ABgD. den allgemeinen staatsrechtlichen Behördenbegriff zugrunde zu legen. Rechtsbegriffe, die aus anderen Rechtsgebieten stammten, könnten nicht unbedenken und ungeprüft auf das Reichssteuerrecht übertragen werden. Maßgebend für die Auslegung des Behördenbegriffs in § 202 Abs. 5 ABgD. könnten nur steuerrechtliche Gesichtspunkte sein. Der Zweck des § 202 ABgD. sei die Unterstützung der Befehlsgewalt der Finanzbehörden. Diese Befehlsgewalt würde aber vielfach gegenüber widerstrebenden Landes- und Gemeindebehörden versagen, wenn sie der Stütze durch Zwangsmittel entbehren müßte.

Der Ausschluß von Zwangsmitteln gegenüber öffentlichen Behörden könne nach dem Sinn der Best. nur gegenüber reinen Hoheitsbehörden, nicht gegenüber Behörden, die privatwirtschaftliche Zwecke verfolgen, Platz greifen. Das erfordere insbes. auch die Gleichmäßigkeit der Besteuerung, die sonst gegenüber steuerpflichtigen Körperschaften des öffentlichen Rechts nicht zu verwirklichen wäre. Der RM. habe auch in anderen Steuergeetzen schon wiederholt den Beamtenbegriff anders als im allgemeinen staatsrechtlichen Sinn aufgefaßt.

Der Sen. vermag die Erwägungen Becker's nicht als durchschlagend anzuerkennen. Der Behördenbegriff des § 202 Abs. 5 ABgD. ist selbstverständlich wie jede Gesetzesvorschr. der Auslegung zugänglich. Für die Auslegung eines Steuergesetzes sind auch selbstverständlich in erster Linie steuerrechtliche und steuerpolitische Gesichtspunkte heranzuziehen. Jede Gesetzesauslegung muß aber zunächst von der Annahme ausgehen, daß der Gesetzgeber — solange nichts Gegenteiliges ersichtlich ist — das gewollt hat, was dem Wortsinne seiner Vorschr. entspricht. Das gilt auch für den Steuergeetzegeber. Unter „öffentlichen Behörden“, wenn dieser Ausdruck in einem öffentliche Rechtsverhältnisse regelnden Gesetz gebraucht wird, sind im Zweifel die öffentlichen Behörden im allgemeinen staatsrechtlichen Sinn zu verstehen. Die Entstehungsgeschichte der Vorschr., ihr Zweck und der Zusammenhang mit anderen Best. können natürlich unter Umständen Anlaß geben, dem Begriff einen anderen als den in der Rechtsprache gebräuchlichen Sinn zu entnehmen. Ein solcher Anlaß besteht hier aber nicht. Das Verbot von Zwangsmaßnahmen gegen öffentliche Behörden ist nicht, wie Becker meint, eine im Vertrauen auf die Loyalität der Behörden vom Gesetzgeber zugeordnete bloße „Höflichkeitserleichterung“. Es rechtfertigt sich vielmehr ohne weiteres aus der doppelten Überlegung, daß die Anwendung von Zwangsmaßnahmen des Finl. gegenüber Behörden anderer Verwaltungszweige mit einer geordneten Verwaltungsführung und mit der Aufrechterhaltung der Staatsautorität nicht vereinbar wäre und daß sie im übrigen auch in aller Regel unnötig wäre. Becker, der das Verbot von Zwangsmaßnahmen gegenüber öffentlichen Behörden auf reine Hoheitsbehörden beschränken und Behörden, die wirtschaftliche Angelegenheiten zu verwalten haben, der Zwangsgewalt des Finl. unterwerfen will, hat erkennbar dabei in erster Linie nur an widerspenstige untere Landes- und Gemeindebehörden gedacht. Die von ihm getroffene Unterscheidung würde sich aber auch auf obere und oberste Behörden, und zwar auch auf solche des Reichs, auswirken. Nach ihr wäre also zwar z. B. der Flurwächter einer kleinen Gemeinde, da er Hoheitsrechte ausübt, durch die „Dignität“ seines Amtes vor finanzamtlichen Zwangsmaßnahmen geschützt, ein Landes- oder auch Reichsminister dagegen, der ein erwerbswirtschaftliches Unternehmen, für das Steuerpflicht in Frage kommt, unmittelbar leitet, der Zwangsgewalt des Finl. unterworfen. Diese Zwangsgewalt umfaßt auch nicht bloß die Verhängung von Geldstrafen — von deren Umwandlung in Haft kann in diesem Zusammenhang abgesehen werden —, sondern auch die Anwendung „unmittelbaren Zwanges“; das kann im Einzelfalle gewaltsame Besetzung von fremden Amtsgebäuden, Inanspruchnahme polizeilicher Hilfe usw. in sich schließen. Wenn die Notwendigkeit anerkannt werden müßte, öffentliche Behörden durch Zwangsmittel zur Erfüllung ihrer steuerlichen Pflichten anzuhalten, dann würde der Gesetzgeber dazu wohl einen anderen Weg einschlagen als den in § 202 ABgD. vorgesehenen auf das Verhältnis der Staatsgewalt gegenüber dem privaten Steuerpflichtigen zugeschnittenen. Eine solche Notwendigkeit ist aber überhaupt nicht anzuerkennen. Es kann dabei ganz dahingestellt bleiben, ob der Reichsgewalt nicht schon nach der Gewaltenteilung der RM. die Möglichkeit offenstand, die Erfüllung der steuerrechtlichen Verpflichtungen auch gegenüber steuerpflichtigen Körperschaften und Verwaltungen des öffentlichen Rechts zu erzwingen. Denn jedenfalls läßt die Neuordnung der staatsrechtlichen Verhältnisse, die sich im Anschluß an die nationale Revolution insbes. durch die Gleichschaltungsgesetze vollzogen hat, keinerlei Raum für die Befürchtung, es könnten berechnete Forderungen der Finanzbehörden an öffentliche Behörden der Länder und Gemeinden am Widerstand der letzteren scheitern. Die Gleichmäßigkeit der Besteuerung, auf die Becker mit Recht großes Gewicht legt, erfordert wohl die gleichheitliche Erfüllung der steuerlichen Pflichten, keineswegs aber die gleiche Form für die Durchsetzung dieses Anspruchs.

Der Sen. glaubt hiernach an der Auffassung festhalten zu sollen, daß das Verbot der Anwendung von Zwangsmitteln (§ 202 Abs. 5 ABgD.) gegenüber allen öffentlichen Behörden und Beamten in dem im Gutachten v. 20. Dez. 1929 (RZ. 26, 183) näher umschriebenen Sinne ohne Rücksicht darauf Anwendung findet, ob diese Behörden und Beamten ausschließlich oder überwiegend Hoheitsrechte ausüben oder aber zur Verwaltung wirtschaftlicher Geschäfte berufen sind. Finanzamtliche Anordnungen können sohin gegenüber öffentlichen Behörden und Beamten nicht nach § 202 Abs. 1 ABgD. ... „erzwingen werden“. Gegen solche Anord-

mungen ist gleichwohl nach § 305 ABGd. die Beschw. eröffnet RFG. 4, 265 und Urt. III A 135/20 v. 24. Nov. 1920 (RStBl. 1921, 93)).

V. Die Duldung einer Buch- und Betriebsprüfung nach § 162 Abs. 10 ABGd. gehört zu den Pflichten, die den Steuerpflichtigen als solchen treffen. Sie kann deshalb nach den vorstehenden Darlegungen (IV) auch gegenüber einer steuerpflichtigen Körperschaft vertretenden öffentlichen Behörde vom FinA. mit bindender Wirkung angeordnet, jedoch nicht durch Zwangsmittel des § 202 ABGd. erzwingen werden. Über die Anordnung kann nach § 305 ABGd. mit Beschw. die Entsch. des RFG. angerufen werden.

Nach § 9 Abs. 1 Nr. 3 RörpStG. sind von der Körperschaftsteuer freigegeben „Staatsbanken, die ihrer Bestimmung nach in der Haupttätigkeit Geschäften staatswirtschaftlicher oder allgemeinerwirtschaftlicher Art dienen“. Die Beschw. will aus der Fassung dieser Vorschrift folgern, daß es für die darin vorgegebene Steuerbefreiung nicht auf die tatsächliche Geschäftsführung der Bank, sondern nur auf die ihrem Organisationsstatut zu entnehmende Best. ihres Aufgabenkreises ankomme. Der Sen. kann dieser Auffassung nicht beipflichten. Die Steuerfreiheit ist in der erwähnten Vorschr. davon abhängig gemacht, daß die begünstigte Staatsbank gewissen, das öffentliche Interesse berührenden Geschäften „diene“, und zwar „ihrer Bestimmung nach“. Daraus ist zu entnehmen, daß Satzung und Geschäftsgebarung der Bank mit den in der Befreiungsvorschr. des RörpStG. bezeichneten Zwecken im Einklang stehen müssen. In den Ausschüßberatungen zum Gesetz (Bericht S. 6), auf die die Beschw. verweist, hat der Regierungsvertreter ausgeführt, daß es für die Steuerpflicht einer Staatsbank darauf ankomme, wie ihre Hauptintention nach dem Statut und der Geschäftsführung sei. Später wurde auf eine Anfrage von Regierungsseite ausgeführt, daß die Staatsbanken unter Staatsaufsicht stünden und es daher nicht zu befürchten sei, die tatsächliche Geschäftsführung könne sich zu den „Verfassungsbestimmungen“ in Widerspruch setzen. Aus diesen Bemerkungen der Regierungsvertreter kann nicht geschlossen werden, das Gesetz habe für Staatsbanken die unwiderlegliche Vermutung aufstellen wollen, daß ihre Geschäftsführung nicht vom Statut abweiche. Das FinA., das über die Frage der Steuerfreiheit Entsch. zu treffen hat, muß deshalb nicht nur den statutarisch festgelegten Aufgabenkreis der Beschw., sondern auch ihre tatsächliche Geschäftsgebarung prüfen. Die diesem Zweck dienende Anordnung einer Buch- und Betriebsprüfung war deshalb sachlich gerechtfertigt.

Nach dem Gesetz nicht berechtigt war dagegen die mit der Anordnung verbundene Androhung von Zwangsgeldstrafen, die deshalb aufzuheben ist. Mit dieser Maßgabe war die Beschw. als unbegründet zurückzuweisen.

(RFG., 4. Sen., Urt. v. 11. Okt. 1933, IV A 143/33 S.)

*
× 2. §§ 2 Nr. 3, 10 Abs. 1 RörpStG. Stellt ein Kloster seinem steuerlich selbständigen Betriebe Ordensangehörige als Arbeitskräfte zur Verfügung, so sind die vereinbarten Gehälter und Löhne bei dem Betriebe abzugsfähige Werbungskosten, soweit sie nicht den Lohn für gleichwertige Leistungen weltlicher Arbeitskräfte übersteigen. †)

Die Beschw. ist ein Betrieb des Benediktinerstifts in N. Sie beschäftigt neben weltlichen Arbeitern auch Klosterangehörige,

Zu 2. In RFG. 34, 79 hat sich der Sen. eingehend mit dem Verhältnis eines Klosters zu seinen einzelnen Betrieben befaßt und damit mit der Frage des Verhältnisses einer Körperschaft des öffentlichen Rechts zu ihren einzelnen Verwaltungen usw.

Damals hatte das Finanzamt böllige Übereinstimmung zwischen Körperschaft und Betrieb angenommen und daraus zwei praktisch wichtige Schlussfolgerungen gezogen:

1. Lieferungen des Betriebes an die Körperschaft seien steuerlich als Eigenverbrauch zu behandeln, sie seien also bei der Ermittlung des Gewinnes nur mit den Herstellungskosten und nicht mit dem Kleinverkaufspreis zu bewerten.

2. Entsprechend seien irgendwelche Leistungen des Betriebes an die Körperschaft nicht als Werbungskosten von dem steuerpflichtigen Gewinn abzuziehen, weil Identität zwischen der Körperschaft und ihrem Betriebe bestehe.

Im Zusammenhang mit der Frage 1 hat der RFG. die rechtliche Verschiedenheit des Betriebes von der Körperschaft in den Vordergrund gestellt, sie stehen einander nicht gegenüber wie der Landwirt oder der Einzelgewerbetreibende seinem Betriebe, sondern wie der Gesellschafter einer Einmanngesellschaft dieser Gesellschaft gegenübersteht. Trotz aller wirtschaftlichen Ähnlichkeit wird die rechtliche Verschiedenheit betont, und es wird daraus gefolgert, daß es keine „Entnahmen“ im engeren Sinne gibt, sondern nur Lieferungen, die mit dem Kleinverkaufspreis anzusetzen sind, und daß auf der andern Seite die Gegenleistungen

die ihr von dem Stift zugewiesen sind. Die Beschäftigung und die Entlohnung der Klosterangehörigen ist in einem Vertrag zwischen dem Stift und der Beschw. vereinbart. Die Lohnbeträge fließen dem Stift zu und sind so bemessen, daß sie nicht lediglich einen Ersatz für die Kosten des Lebensunterhaltes der Klosterangehörigen darstellen, sondern ein Entgelt für den Wert der Arbeit bilden sollen. Das FinA. hat die Löhne für Ordensangehörige nicht als abzugsfähig angesehen. Das FinA. hat einen Abzug zugelassen, aber nur in Höhe der Aufwendungen des Klosters für seine im Betriebe der Beschw. beschäftigten Angehörigen.

Der Beschw. ist stattgegeben worden.

In RFG. 27, 40 ist ausgeführt, daß der Gesetzgeber wohl die Betriebe von Körperschaften des öffentlichen Rechts steuerlich vererblich, aber es bisher der Nspr. überlassen hat, das neue Gebilde gegenüber der Körperschaft des öffentlichen Rechts fest abzugrenzen. Diese Abgrenzung macht insofern Schwierigkeiten, als rechtlich und meist auch im wirtschaftlichen Denken der Beteiligten die Körperschaft mit ihren Betrieben eine Einheit darstellt. Aus dem Gedanken dieser Einheit heraus ließ sich die Auffassung ableiten, daß die öffentliche Körperschaft an sich selbst, d. h. an ihren Betrieben, zu Lasten des steuerpflichtigen Einkommens der Betriebe nichts verdienen könne und dürfe. Diese Auffassung führte dazu, lediglich die tatsächlichen Aufwendungen, die von der Körperschaft für den Betrieb gemacht werden, vom Gewinn des Betriebes abziehen zu lassen. In der Entwicklung der Nspr. hat sich jedoch immer mehr der Gedanke als fruchtbar und wegweisend erwiesen, daß für die steuerliche Beurteilung die Körperschaft und der Betrieb als völlig verschiedene Subjekte angesehen werden, etwa wie im Handelsrecht die Gesellschaft und deren Anteilseigner. Mit Nutzen ist z. B. in der Entsch. I A 74/33 v. 25. Juli 1933 (RFG. 34, 79) der Vergleich mit der Einmanngesellschaft gezogen worden, in der Art, daß der Betrieb einer GmbH, die öffentliche Körperschaft dem einzigen Gesellschafter der GmbH gleichgesetzt wird. Dieser Vergleich führt aber dazu, die Forderung der öffentlichen Körperschaft anzuerkennen, daß ihre Leistungen an den Betrieb mit dem wirklichen Wert angelegt werden. Denn wenn der Einmanngesellschaft seiner GmbH selbsthergestellte Waren liefert, so kann er, wie jeder andere Lieferer, der GmbH die Handelspreise berechnen, in denen auch der übliche Herstellungsgewinn enthalten ist. Die Steuerbehörde kann nicht etwa verlangen, daß der Einmanngesellschaft nur seine Herstellungskosten fordert, also seiner Gesellschaft etwas schenkt. Wie sich diese Folgerung aus der zivilrechtlichen Verschiedenheit von Gesellschaft und Gesellschafter ergibt, so muß dieselbe Folgerung aus der steuerrechtlichen Verschiedenheit von öffentlicher Körperschaft und Betrieb gezogen werden.

Die Vorentschr. und die Einspruchsentschr. unterlagen hier nach der Aufhebung. Bei freier Beurteilung ist die Sache nicht spruchreif, sondern an das FinA. zur weiteren Prüfung zurückzuverweisen. Aus dem Vergleich mit den Verhältnissen zwischen einer GmbH und ihrem Gesellschafter ergibt sich weiter, daß es zwischen der öffentlichen Körperschaft und ihrem Betriebe auch eine verdeckte Gewinnverteilung geben kann. Die öffentliche Körperschaft kann für ihre Leistung nur den wirklichen Wert festsetzen lassen. Geht sie darüber hinaus, nötigt sie den Betrieb, die Leistung mit einem höheren Preise zu bezahlen, als er handels-

des Betriebes für irgendwelche Leistungen der Körperschaft als Werbungskosten des Betriebes anzusetzen sind.

Mit dieser Begr. sind dort für die in den einzelnen Betrieben tätigen Klosterangehörigen die angemessenen Verpflegungskosten sowie die Ausgaben für Wohnung, Kleidung und Arzt zum Abzug zugelassen worden. Dort ist wie in vielen anderen neueren Entsch. betont, daß bei der Anerkennung der Höhe dieses Aufwandes nicht kleinlich zu verfahren ist, und auch dort wird schon auf den Vergleich mit den an freie Arbeitskräfte zu zahlenden Beträgen hingewiesen.

Die vorl. Entsch. führt diese Grundsätze fort, der Fall liegt hier insofern etwas anders, als der Betrieb an das Stift „Lohnbeträge“ für die Tätigkeit der Klosterangehörigen zahlt. Soweit diese Lohnbeträge sich im Rahmen der an freie Arbeiter zu zahlenden Löhne halten, sind sie als Werbungskosten abzugsfähig, andernfalls sind sie als verdeckte Gewinnverteilung zu behandeln.

Interessant ist, daß in diesem Zusammenhang die Einmanngesellschaft noch einmal ausdrücklich steuerlich anerkannt wird. Es ist nicht zu beanstanden, wenn die Gesellschaft dem Gesellschafter für dessen Lieferungen den angemessenen Marktpreis bezahlt, und es ist folgerichtig, daß sie ihm auch für seine Tätigkeit ein angemessenes Gehalt zahlen kann. Dieses Gehalt ist zwar bei dem Gesellschafter einkommensteuerpflichtig (was häufig übersehen wird), es ist aber dem Gewinn der Gesellschaft nicht etwa als verdeckte Gewinnverteilung hinzuzurechnen.

RA. Dr. Delbrück, Stettin.

üblich ist, so liegt in dem Preisunterschied ein steuerpflichtiger verdeckter Gewinn. Infolgedessen ist hier zu prüfen, ob die Beschw. das, was ihr die Ordensangehörigen leisten, durch weltliche Arbeiter billiger hätten erhalten können.

(RZf., 1. Sen., Ur. v. 12. Sept. 1933, I A 190/33 S.)

3. § 5 Abs. 1 Medlenb.-SchwerGrStG. i. d. Fassung v. 7. April 1927 (RegBl. 77). Neu erbaute Wohngebäude. Dient ein neu errichtetes Gebäude teils Wohn-, teils gewerblichen Zwecken, so befreit Steuerfreiheit für die gewerblichen Zwecken dienenden Teile des Gebäudes nicht.

(RZf., 4. Sen., Ur. v. 8. Nov. 1933, IV A 276/33.)

Reichspatentamt.

I. §§ 5, 6, 20, 4 Ziff. 3 WbZG. „Trocklin“. „Wasser-dicht-Imprägnierungsmittel“ trotz völliger Zeichengleichheit nicht gleichartig mit (imprägnierten) Textilien. Weder für wasserabstoßende noch für gewöhnliche Textilien wirkt das angemeldete Zeichen „Trocklin“ täuschend. Zur Frage der Verkehrsbekanntheit.

Das angemeldete, nur noch für verschiedene Textilien, z. B. Bekleidungsstücke, Garne, Web- und Wirkstoffe, bestimmte Zeichen „Trocklin“ stimmt mit dem Widerspruchszichen 451 295 völlig überein. Das Gegenzeichen steht aber nur für „Wasserdicht-Imprägnierungsmittel“ zugunsten einer chemischen Fabrik eingetragen. Die Prüfungsstelle hat deshalb die Warengleichartigkeit verneint.

Die Beschwerde der Widersprechenden macht in erster Linie geltend: Mit Rücksicht auf die besondere Lage des Falles sei die Gleichartigkeit der beiderseitigen Waren zu bejahen; denn sie kämen im Verkehr in engste Verbindung, und zwar dadurch, daß die Widersprechende ihren Kunden zugleich mit ihrem Imprägnierungsmittel Anhänger und Einnäherketten mit der Inschrift „Trocklin“ zur Verfügung an den mit ihrem „Trocklin“ bearbeiteten Textilien liefere. Bei der Güte ihres Mittels werde infolgedessen der Käufer das Wesentliche an der Ware nicht so sehr im Stoffe erblicken, sondern in der Bearbeitung mit dem Imprägnierungsmittel „Trocklin“, ähnlich wie das bei mit „Zubanthren“ gefärbten Stoffen der Fall sei.

Diese Ausführungen gehen fehl. Art und Ort der Herstellung sowie die Beschaffenheit und die regelmäßige Vertriebsstätte der einander gegenüberstehenden Waren sind zu grundverschieden, als daß die Kundenschaft, der diese Umstände in der Regel wohlbekannt sind, lediglich aus der Tatsache der Zeichenübereinstimmung und den oben geschilderten besonderen Umständen auf die gleiche Ursprungsstätte schließen wird. Eine Billigung des Standpunktes der Widersprechenden würde ins Uferlose führen und in die Kreise der Geschäftswelt eine bedenkliche Unsicherheit und Verwirrung tragen. Sie könnte u. a. leicht dazu führen, Rohstoffe der verschiedensten Art mit Fertigerzeugnissen, z. B. Stoffe mit Anzügen, Mehl mit Backwaren, oder gar bloße Zutaten, wie Knöpfe mit Kleidern und gewisse Gewürze mit Fleisch- und Fischkonserven für gleichartig i. S. des Zeichenrechtes zu erachten (vgl. auch die Entsch. der Beschwerdebearbeitung v. 6. Febr. 1904, PatMusikZeichBl. 1904, 227).

Hat hiernach die Prüfungsstelle mit Recht die Warengleichartigkeit verneint, so war nur noch — von Amts wegen — zu prüfen, ob etwa, wie die Widersprechende hilfsweise vorträgt, der Eintragung des angemeldeten Zeichens das Täuschungsverbot des § 4 Ziff. 3 WbZG. entgegensteht. Die Widersprechende hält das angemeldete Zeichen in zweifacher Hinsicht für irreführend: a) Der Bestandteil „Trock“ weist darauf hin, daß die so gekennzeichnete Ware in irgendeiner Weise imprägniert sei. Deshalb sei die Bezeichnung „Troclkin“ täuschend für alle nicht wasserabstoßend imprägnierten Textilien. Das Warenverzeichnis der Anmelderin müsse daher zum wenigsten einen einschränkenden Zusatz, wie etwa den von der Anmelderin hilfsweise angebotenen, „alles wasserabstoßend imprägniert“, erhalten. Dem war nicht beizustimmen. Viele Käufer werden dank der Eigenart der Wortbildung „Troclkin“ die erste Silbe „Trock“ überhaupt nicht mit dem Begriffe des Immertrockenbleibens in Verbindung bringen. Und auch wer in der Form „Trock“ eine Verfümmelung von „trocken“ erkennt, wird daraus allein schwerlich eine klare Vorstellung von der Beschaffenheit der Ware gewinnen und auf eine ganz bestimmte, wertzehörende, nämlich wasserabstoßende Eigenschaft der Ware schließen.

b) Schließlich sucht die Widersprechende darzutun, daß das angemeldete Zeichen selbst für wasserabstoßende Garne u. dgl. täuschend wirken könne. Denn durch umfangreiche, im Aug. 1932 begonnene Werbung der mannigfaltigen Art, z. B. Verteilung einiger Hunderttausend Flugblätter auf der diesjährigen Nürnberger Tagung der NSDAP, sei ihr Gegenzeichen als Imprägnierungsmittel für Textilien weithin bekannt geworden. Viele Käufer würden infolge-

dessen zu der Annahme verführt werden, eine von der Anmelderin unter der Bezeichnung „Troclkin“ vertriebene Ware sei mit Hilfe des gleichnamigen Imprägnierungsmittels der Widersprechenden wasserabstoßend gemacht worden. Mit diesem Vorbringen könnte die Widersprechende nur dann gehört werden, wenn sie eine Verkehrsgeltung des Gegenzeichens für Imprägnierungsmittel glaubhaft gemacht hätte (vgl. die Entsch. der Beschwerdebearbeitung v. 28. Jan. 1931: PatMusikZeichBl. 1931, 35). Für die Feststellung einer solchen Verkehrsbekanntheit fehlt es aber durchaus an zureichenden Unterlagen. Gegen sie spricht schon die eigene Angabe der Widersprechenden, daß sie mit ihrer Werbung im Aug. vor. Jahres, also vor noch nicht fünfviertel Jahren, begonnen habe. In so kurzer Zeit pflegt ein Zeichen erfahrungsgemäß nur selten in weitesten Kreisen der Abnehmer bekannt zu werden. Jedenfalls ist nach Lage der Sache eine Irreführung in der gedachten Hinsicht nicht „ersichtlich“. Das Merkmal der Ersichtlichkeits ist aber unerlässliche Voraussetzung für die Anwendung des § 4 Ziff. 3 WbZG.

Der Streit der Parteien über die außerhalb des Zeichenrechtes liegende Frage, ob die Anmelderin durch eine Verwendung des angemeldeten Zeichens unlauteren Zeichenraub begeht, ist vor den ordentlichen Gerichten auszusprechen.

(RPatA., 12. BeschwerdSen. (für Warenzeichen), Entsch. v. 2. Nov. 1933, M 53836/14 Wz B 252/33 B.)

Ver. von ORegR. Konrad Bindewald, Berlin.

Reichsversicherungsamt.

Berichtet von Senatspräsident Dr. Zielke und Landgerichtsdirektor Dr. Kersting, Berlin.

[** Wird in den Amtl. Nachrichten für Reichsversicherung (Neue Folge der Amtl. Nachrichten des RVerfA.) abgedruckt.]

○ Wird in den „Entscheidungen und Mitteilungen“, herausgegeben von Mitgliedern des RVerfA. (EuM.), abgedruckt.]

1. § 61 Abs. 2 AngVerfG. Begriff „Mutter“. Eine weibliche Person, die ein Kind an Kindes Statt angenommen hat, gilt als Mutter i. S. des § 61 Abs. 2 AngVerfG. Streit besteht darüber, ob die Kl. als Adoptivmutter der verstorbenen Versicherten Anspruch auf Erstattung der Beitragshälften nach § 61 a. a. D. hat. Nach Abs. 2 dieser Vorschrift ist anspruchsberechtigt „die Mutter“. Was unter „Mutter“ zu verstehen ist, ist im Gesetz nicht erläutert. Nach dem Sprachgebrauch steht die Adoptivmutter der leiblichen Mutter gleich, weil sie die Sorge für die Person und das Vermögen des Kindes übernimmt, das Kind wie ihr eigenes aufzieht und versorgt und somit dem Adoptivkind gegenüber völlig an die Stelle der leiblichen Mutter tritt. Diese Auffassung des täglichen Lebens stimmt wesentlich mit den Vorschriften des BGB. über die Annahme an Kindes Statt überein. Ist hiernach die Adoptivmutter im täglichen Leben und durch das bürgerliche Recht der leiblichen Mutter gleichgestellt, so muß in § 61 Abs. 2 unter „Mutter“ auch die Adoptivmutter verstanden werden. Sie hat deshalb Anspruch auf Erstattung der Hälfte der für ihr Adoptivkind entrichteten Beiträge im Rahmen des § 61 a. a. D.

(RVerfA., Ur. v. 24. Mai 1933, IIIa A V 55/33: EuM. 34, 421.)

[3.]

*

2. § 20 Abs. 4 AusfVorschr. zur W.D. über den freiwilligen Arbeitsdienst v. 2. Aug. 1932. Reich und Länder sind berechtigt, gem. §§ 624, 625 W.D. mit ihren Betrieben und Tätigkeiten, wozu auch Maßnahmen des freiwilligen Arbeitsdienstes gehören können, der zuständigen VerGen. beizutreten. Wenn es sich hierbei um Tiefbauarbeiten handelt, kommt der Beitritt zur TiefbauVerGen., nicht aber zur Zweiganstalt der TiefbauVerGen. in Betracht.

(RVerfA., Besch. v. 9. Febr. 1933, I 1100a 4/33: EuM. 34, 501.)

[3.]

Berichtigung.

Im RZf. 1933, 2927 muß es in dem Ur. des LG. Mag im ersten Absatz Zeile 2 anstatt 1000 RM richtig 1000 ₧M. heißen.