



Juristische Wochenschrift

Organ

der Reichsfachgruppe Rechtsanwälte des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen und der Rechtsabteilung-Reichsleitung der NSDAP.: Amt für Rechtsbetreuung des Deutschen Volkes

Herausgegeben von dem Reichsfachgruppenleiter Rechtsanwalt **Dr. Walter Raeke**, M. d. R., unter Mitwirkung der Mitglieder des Reichsfachgruppentates:

Rechtsanwälte **Dr. Droege**, Hamburg; **Dr. Mößner**, München; **Prof. Dr. Erwin Noack**, Halle a. S.; **Dr. Römer**, M. d. R., Hagen; **Dr. Rudat**, Königsberg/Pr.; **Wilh. Scholz**, Berlin, und Patentanwalt **Dr. Ulrich**, Berlin

Schriftleitung: Berlin W 35, Lützowufer 18 II. Fernruf Kurfürst B 1, 3718

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

Sernsprecher Sammel-Nr. 72 566 / Drahtanschrift: Imprimatur / Postfachkonto Leipzig Nr. 63 673

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

Die Ausführungsanweisung zur Reichsstraßenverkehrsordnung¹⁾

Von Ministerialrat Geh. Regierungsrat **Dr. Müller**, Berlin

Das Reichsgesetz v. 13. Dez. 1933 (RGBl. I, 1058) hatte den das Berechtigungsrecht regelnden § 6 KraftfG. in förmlicher und sachlicher Beziehung geändert.

Förmlich: Nach der ursprünglichen (3. Mai 1909) Fassung erließ der Bundesrat die zur Ausführung des Gesetzes erforderlichen Anordnungen. Seit dem ÄnderungsGesetz vom 21. Juli 1923 (RGBl. I, 743) lag das Berechtigungsrecht bei der Reichsregierung, die der Zustimmung des Reichsrats bedurfte. Unter „Reichsregierung“ war nach der herrschenden Meinung (Mö. 112, 8 = JW. 1926, 363; RGSt. 58, 401) grundsätzlich der zuständige Fachminister zu verstehen, hier also der Reichsverkehrsminister. Diese anerkannte Rechtslage fand nun in dem erwähnten Gesetz v. 13. Dez. 1933 besonderen Ausdruck; gelegentlich anderer Änderungen und namentlich bei Beseitigung der Zustimmung des Reichsrats wurden die Eingangsworte:

1) München, 27. Oktober. Der bayerische Staatsminister der Justiz, Reichsjustizkommissar Dr. Frank, hat anlässlich des Inkrafttretens der Reichsstraßenverkehrsordnung eine Bekanntmachung an die ihm unterstellten Behörden gerichtet, in der er folgendes ausführt:

Die Reichsstraßenverkehrsordnung v. 28. Mai 1934 hat mit der Anzahl von Verkehrsverordnungen, durch die der Verkehr eingeeignet war, ausgedehnt. An die Stelle der bisherigen für jeden Straßennutzer insbes. aber für den Kraftfahrzeugverkehr höchst unerfreulichen Regelung ist ein einheitliches Reichsstraßenverkehrsrecht getreten, das dem vom Führer und Reichskanzler gewiesenen Ziel, der Förderung des Kraftfahrzeuges, zu dienen bestimmt ist.

Es ist eine besonders wichtige Aufgabe der Gerichte und Staatsanwaltschaften, die neuen Vorschriften in dem Geiste anzuwenden und auszuliegen, den der Gesetzgeber in der einleitenden Vorbemerkung zur Reichsstraßenverkehrsordnung knapp und klar zum Ausdruck gebracht hat. Die Strafverfolgungsbehörden insbes. werden bei der Handhabung der Vorschriften über das Verhalten im Verkehr (§§ 25 ff.) sich stets vor Augen halten, daß die Reichsstraßenverkehrsordnung den ordnungsmäßigen Verkehr nicht hemmen, sondern im Gegenteil schützen und fördern will, daß aber im Interesse der Verkehrsgemeinschaft von allen Verkehrsteilnehmern diszipliniertes Verhalten und Rücksicht auf fremdes und eigenes Leben und Gut verlangt werden muß.

Sie werden bei ihren Amtshandlungen die Bedürfnisse eines modernen Straßenverkehrs großzügig berücksichtigen, werden aber andererseits gegen jeden Verkehrsstöörer, der durch rücksichtsloses oder leichtsinniges Gebahren zeigt, daß ihm das Verständnis für die Verantwortung gegenüber der Verkehrsgemeinschaft fehlt, rauh und unanständig zugreifen und ihm dadurch seine Pflichten gegenüber der Gemeinschaft nachdrücklich zum Bewußtsein bringen.

„Die Reichsregierung erläßt mit Zustimmung des Reichsrats“ ersetzt durch: „Der Reichsverkehrsminister erläßt“.

Sachlich: Ursprünglich (1909) ermöglichte das KraftfG. nur Ausführungsverordnungen über den Kraftverkehr selbst. Je mehr der Kraftverkehr zunahm und den nichtmotorischen Verkehr verdrängte, um so weniger blieb es gerechtfertigt, den Kraftverkehr unselbständig neben dem übrigen Verkehr zu regeln, ihn den Vorschriften des nichtmotorischen Verkehrs zu unterwerfen. Nicht mehr fügte sich ein unbedeutender Kraftverkehr in den überwiegenden nichtmotorischen Verkehr hinein, vielmehr mußte sich dieser jenem anpassen, der sich immer mehr die Vorherrschaft auf der Straße eroberte. Schon in den Anfängen dieser Entwicklung empfand man daher die Notwendigkeit, den Zustand zu beseitigen, daß der Kraftverkehr reichsrechtlich, der übrige Verkehr landesrechtlich geregelt wurde; einen ersten zögernden Schritt machte der Gesetzgeber am 21. Juli 1923. Die volle reichsrechtliche Zuständigkeit in der Gesetzgebung für den nichtmotorischen Verkehr an sich zu nehmen, trug man damals Bedenken: Es hätte im Hinblick auf Art. 7 Nr. 19 Reichsverfassung — Zuständigkeit der Reichsgesetzgebung nur für den Verkehr mit Kraftfahrzeugen zu Lande usw. — einer Verfassungsänderung bedurft. Man fand den Ausweg in einer halben Maßnahme: das Reich übernahm die Gesetzgebung über den allgemeinen Fahrzeugverkehr, „soweit dies in Rücksicht auf den Kraftfahrzeugverkehr erforderlich ist“, und § 6 KraftfG. ermächtigte die Reichsregierung, mit Zustimmung des Reichsrats entsprechende Vorschriften zu erlassen.

Die weitere Entwicklung des Kraftverkehrs zeigte die Unzulänglichkeit dieser Halbheit um so deutlicher, als das Reich weiterhin gezögert hatte, von seiner so im Jahre 1923 begründeten Zuständigkeit nun auch Gebrauch zu machen. Anstatt wirklich jene Regelung des allgemeinen Fahrzeugverkehrs, „soweit in Rücksicht auf den Kraftfahrzeugverkehr erforderlich“, zu erlassen, begnügte man sich von Reichs wegen wiederum mit einer halben Maßregel; aus politischen Rücksichten auf die Empfindungen der Landesregierungen gab man keine reichsrechtliche Regelung des allgemeinen Fahrzeugverkehrs; vielmehr stellte man nur ein Muster für die Regelung des nichtmotorischen Verkehrs auf, überließ die Einführung den Landesregierungen zu eigener Zuständigkeit und nahm dabei in Kauf, daß ihnen dabei und für später ausdrücklich Änderungen

und Ergänzungen vorbehalten wurden. Diese Regelung trug den Stempel der sachlichen Unzulänglichkeit und der staatsmännischen Schwäche.

Als nun der Führer und Reichskanzler die Motorisierung des Verkehrs befehl, war es selbstverständlich, daß die Reichsregierung hinter diese Unzulänglichkeiten den Schlüsselpunkt setzte und jene Rechtsentwicklung abschloß durch die Inanspruchnahme der Zuständigkeit für die Regelung des Straßenverkehrs überhaupt. Das geschah mit Gesetz v. 13. Dez. 1933. Verfassungsrechtliche Bedenken hatte das Ermächtigungsgesetz vorweg beseitigt. Es wurde also „der Reichsverkehrsminister“ mit der Regelung des gesamten „Straßenverkehrs“ beauftragt, und er hat diese Aufgabe durch Erlassung der RStraßVerfD. v. 28. Mai 1934 (RGBl. I, 455) erfüllt.

Die RStraßVerfD. sieht selbst die Erlassung von AusfAnw. vor; vgl. §§ 15, 28 Abs. 5, 36, ferner Art. IV EinfW. Eine AusfAnw. ist am 29. Sept. 1934 erlassen (RGBl. I, 869) und am gleichen Tage wie die RStraßVerfD. selbst, 1. Okt. 1934, in Kraft getreten.

Die AusfAnw. ist nicht nur Verwaltungsanordnung an die mit der Vollaziehung der RStraßVerfD. betrauten Behörden, sondern Rechtsverordnung und steht in ihrer rechtlichen Bedeutung der RStraßVerfD. gleich. Das kommt insbes. im Vorpruch zum Ausdruck: sie ist rechtlich nicht auf die RStraßVerfD. gestützt, sondern, wie diese selbst, auf die Bestimmungen des KraftfG., also insbes. den oben erörterten § 6. Sie ist also nicht lediglich Ausführung der RStraßVerfD., sondern tritt ergänzend neben sie und hat grundsätzlich, da sie sich unmittelbar aus derselben Rechtsquelle herleitet, wie die RStraßVerfD., rechtlich ihr selbständiges Leben, wenn sie auch vom Vorhandensein der RStraßVerfD. ausgeht.

Die naheliegende Frage, warum denn bei solcher Rechtslage nicht die RStraßVerfD. und die AusfAnw. gleich zusammengefaßt und in einem einzigen einheitlichen Gesetzgebungsakt erlassen worden sind, ist dahin zu beantworten: Sachlich, wenn auch nicht ganz formalrechtlich, stehen RStraßVerfD. und AusfAnw. zueinander wie Gesetz und AusfW. Wie man in der Regel in das Gesetz nur die Grundzüge hineinnimmt, deren Durchführung im einzelnen aber dem Verordnungsweg vorbehalten, so hat auch die RStraßVerfD. sich darauf beschränkt, die für die Verkehrsregelung unumgänglichen Grundregeln zu geben, die dann in der AusfAnw. des näheren ausgeführt werden. Man hätte auch die RStraßVerfD. als förmliches Gesetz erlassen können. Aber der organische Zusammenhang der Straßenverkehrsregelung mit der oben erörterten Rechtsentwicklung wurde stärker betont durch die Ausgestaltung der Straßenverkehrsregelung als Ausführung des KraftfG. Ferner muß einem Gesetz das ganze Kabinett zustimmen, also die Gesamtheit der Reichsminister; die AusfAnw. zum KraftfG. erläßt der RVerfM. in eigener Zuständigkeit; und wenn auch Ressorthoierrigkeiten, also Unstimmigkeiten zwischen einzelnen Reichsministern, glücklicherweise selten sind, also Gesetze im allgemeinen vom sachbearbeitenden Ressort ohne erhebliche sachliche Schwierigkeiten zur Verabschiedung durch das Kabinett gebracht werden können, so bedeutet doch die Befassung des Kabinetts mit Gesetzesvorlagen eine vermeidbare Belastung und Verzögerung, und die Änderung eines Gesetzes kann wiederum nur durch Gesetz erfolgen; Schwierigkeiten können sich also wiederholen. Auch geraten innere Geschlossenheit und organischer Aufbau eines Gesetzes manchmal in Gefahr, wenn dem Sachgebiet weniger nahestehende Stellen Änderungen fordern.

In der äußeren Gestaltung betont die AusfAnw. ihren Charakter als den eine andere gesetzliche Maßnahme ausführenden Akt durch ihre Gliederung. Fortlaufend werden zu den einzelnen Bestimmungen paragrafenweise die ergänzenden Vorschriften gegeben. Die AusfAnw. hält also auch ihrerseits an der Systematik der RStraßVerfD. — Zulassung zum Verkehr, Verhalten im Verkehr, Schlußbestimmungen — fest. Inhaltlich hält sich die AusfAnw. grundsätzlich an den durch die RStraßVerfD. selbst gespannten Rahmen. An sich könnte sie nach dem oben Ausgeführten auch den Rahmen überschreiten, ergänzendes Recht schaffen, da sie ja ihr selbständiges Leben hat, sich nicht rechtlich aus der RStraßVerfD. herleitet, sondern auf die gleiche Rechtsquelle zurückgeht wie

diese. Ein Ausnahmefall ergänzender Rechtsbildung ist zu erwähnen: nach § 23 Satz 2 RStraßVerfD. müssen, entsprechend bisherigem deutschen und auch internationalem Recht (Internationales Abkommen über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen v. 24. April 1926 [RGBl. 1930, II, 1233]), Kraftfahrzeuge von mehr als 3,5 Tonnen Gesamtgewicht einen Rückspiegel haben; die AusfAnw. schreibt zu § 5 Abs. 2 RStraßVerfD. Ausrüstung aller Lastfahrzeuge mit Rückspiegel vor; damit wird die in der RStraßVerfD. für gewisse Kraftfahrzeuge getroffene Regelung ausgedehnt auf alle nicht-motorischen Lastfahrzeuge. Für die motorischen bleibt es übrigens bei der Kraftfahrzeuge betreffenden Sondervorschrift des § 23 RStraßVerfD.; nicht also werden auch alle motorischen Lastfahrzeuge ohne Rücksicht auf ihr Gesamtgewicht dem Rückspiegelzwang unterworfen; das folgt allein schon aus der Tatsache, daß die in der AusfAnw. vorgesehene Erweiterung des Zwanges auf alle Lastfahrzeuge nur erfolgte „unbeschadet der Bestimmung im § 23 Satz 2“.

Die grundlegenden Umgestaltungen, nämlich Vereinfachung, insbes. im Verfahren zur Zulassung der Kraftfahrzeuge, sind in ihren Grundzügen bereits in der RStraßVerfD. selbst enthalten. Einer der Grundgedanken des neuen Rechts, „dem technischen Fortschritt dadurch die Wege zu ebnen, daß nicht mehr bestimmte technische Mittel vorgeschrieben werden, sondern nur der mit dem jeweils besten Mittel zu erreichende Erfolg für den Verkehr“ (Einführung zur RStraßVerfD.) wirkt sich besonders deutlich in dem die Beschaffenheit der Kraftfahrzeuge regelnden Teil der AusfAnw. aus. Vorgeschrieben wird der vom Verkehrsstandpunkt aus erforderliche Erfolg; die Wege zu seiner Erreichung werden der Entscheidung der Betroffenen überlassen. Genau geregelte Prüfungen (Messungsverfahren für Fahrgeräusche der Kraftfahrzeuge, für Scheinwerfer- und Bremswirkung) werden in Zukunft Belästigungen durch Geräusch und Blendung, ferner Unfällen durch unzureichende Bremsvorrichtungen entgegenwirken.

Die Grundregel des § 25 RStraßVerfD. für die zukünftige Handhabung der Verkehrsvorschriften lautet: „Jeder Teilnehmer am öffentlichen Verkehr hat sich so zu verhalten, daß er keinen anderen schädigt oder mehr, als nach den Umständen unvermeidbar, behindert oder belästigt.“ Auch diese Bestimmung bewegt sich in der Grundlinie der neuen Regelung, den Erfolg zu fordern, die Mittel zu seiner Erreichung dagegen nicht festzulegen. Die RStraßVerfD. „will auch das Verhalten im Verkehr und die Verkehrsbewegung regeln, ohne durch unübersehbare und doch für die Vielfältigkeit des Lebens niemals ausreichende Einzelvorschriften den Verkehr zu hemmen und einzuengen“. Die neue Vorschrift trägt dem Ergebnis der bisherigen Rechtsentwicklung Rechnung: die RPr. hatte folgende drei Leitsätze entwickelt:

1. auch genaueste Beachtung aller Verkehrsregeln stelle unter Umständen nicht vom Vorwurf der Fahrlässigkeit frei;
2. Abweichen von Verkehrsregeln sei unter Umständen nicht nur zu entschuldigen, sondern gerade zu fordern;
3. auch ohne Rücksicht auf das Vorhandensein einer bestimmten Sondervorschrift hätte im Einzelfall die jedem Verkehrsteilnehmer anzuhaltende Sorgfaltspflicht ein Verhalten erfordert, das von dem tatsächlich beobachteten Verhalten abwich.

Die Berücksichtigung dieser zweifellos zutreffenden RPr. führte zwangsläufig zu der obigen Grundregel. Sie bringt sachlich insbes. zum Ausdruck, daß von der Rechtsordnung zu mißbilligen und strafbar nur ein Verhalten sei, das einen der drei vom Gesetz verpönten Erfolge hat. Abgelehnt ist damit die Fortsetzung einer RPr., die, landläufig ausgedrückt, darauf hinausläuft: es sei zwar nichts passiert, aber es hätte etwas passieren können; und darum werde bestraft. Dieses Abstellen auf den Erfolg, also die Ablehnung des Gedankens, mit der Festlegung der Strafbarkeit auf dem Weg: Ausführung, Ausführungsbeginn, Vorbereitung, Willensentschluß, Veruchung weit zurückzugehen, entspricht heutiger nationalsozialistischer Rechtsauffassung, wenn es sich lediglich um Übertretungen handelt (vgl. Freisler, Willensstrafrecht in Gürtner, Das kommende deutsche Strafrecht, S. 23). Fahrlässiges Verhalten allein ist somit in Zukunft grundsätzlich

keine ausreichende Grundlage für eine Bestrafung wegen Übertretung von Verkehrsvorschriften; eine Ausnahme machen diejenigen Regeln, die der Gesetzgeber selbst in den §§ 27 bis 30 RStRAFVerfD. als besonders wichtig und grundsätzlich zu befolgen hervorgehoben und als unter besonderen Strafrechtswang zu stellende Einzelbestimmungen gegeben hat. Abweichung von diesen Regeln ist ohne Rücksicht auf den Erfolg strafbar, falls nicht wieder ein Fall befugten, gegebenenfalls sogar gebotenen Abweichens (s. oben) von den Regeln vorliegt.

Diese Auswirkung der Grundregel des § 25 auf die RSpr. ist aber weder die einzige noch die wichtigste. Der Grundgedanke des § 25, gleichzeitig der Leitsatz für die ganze Neugestaltung des Straßenverkehrsrechts im Sinne sozialistischer Rechts- und Lebensauffassung, ist eine starke Betonung der jedem Verkehrsteilnehmer obliegenden „Verantwortung gegenüber der Verkehrsgemeinschaft“, wie es in der Einleitung zur RStRAFVerfD. heißt. Mit diesem Grundgedanken ist die bisherige RSpr. schlechterdings nicht mehr vereinbar, die mit Zähigkeit daran festhielt, zwar nicht jeder Verkehrsteilnehmer, wohl aber der Kraftfahrer müsse jederzeit mit unvernünftigem Verhalten anderer Verkehrsteilnehmer rechnen. Wie sich diese RSpr. gegen den Kraftverkehr ausgewirkt hat, ist bekannt; daß sie der vom Führer und Reichskanzler befohlenen Motorisierung des Verkehrs entgegen gewirkt hat, bedarf keiner Darlegung; sie mußte also beseitigt werden, um so mehr, als es auch dem gesunden Rechtsempfinden zuwiderlief, zwar dem Kraftfahrer die Entlastung aus unvernünftigem Verhalten anderer zu versagen, andererseits aber den übrigen Verkehrsteilnehmern das Recht zuzubilligen, mit sachgemäßem Handeln des Kraftfahrers rechnen zu dürfen. Solcher bisherigen Auffassung der RSpr. tritt die RStRAFVerfD. mit einem neuen Geist, dem Geist des Verantwortungsbewußtseins gegenüber der Verkehrsgemeinschaft, entgegen. Die RSpr. hat die Rechtspflicht, auf die sie die Einleitung der RStRAFVerfD. ausdrücklich hinweist, sich von jenem neuen Geist leiten zu lassen. Aufgaben muß sie den bisherigen Gedanken des Verkehrs unvernünftigen Verhaltens einzelner. An seine Stelle tritt der neue Grundgedanke: Jeder Verkehrsteilnehmer darf sich darauf verlassen, daß der andere sich seiner Pflichten gegenüber der Verkehrsgemeinschaft bewußt ist und sein Verhalten von vornherein dementsprechend dahin einstellt, daß niemand geschädigt, behindert oder belästigt wird. Aus solchen Gedanken heraus verpflichtet auch § 1 Abs. 2 denjenigen, der infolge körperlicher oder geistiger Mängel sich nicht sicher im Verkehr bewegen kann, selbst in geeigneter Weise Vorkehrung zu treffen, daß er andere nicht gefährdet. Nicht also braucht jeder Verkehrsteilnehmer damit zu rechnen, daß ein Tauber oder Blinder ohne weiteres seinen Weg kreuzt. — Überholt ist nunmehr auch z. B. die bisherige ständige RSpr., jeder Vorfahrtberechtigte müsse damit rechnen, daß der andere sein Vorrrecht nicht achtet.

Und noch einem zweiten neuen Gedanken wird die RSpr. Rechnung tragen müssen. Die nach dem Willen des Führers und Reichskanzlers von der Reichsregierung betriebene Motorisierung führt zwangsläufig zur immer stärkeren Vorrherrschafft des Kraftverkehrs auf der Straße. Dem schon jetzt bestehenden Kräfteverhältnis trägt die Neuordnung der RStRAFVerfD. bei der Umgestaltung des Vorrrechts an Straßentkreuzungen bereits selbst Rechnung: Kraftfahrzeuge haben das Vorrrecht vor nichtmotorischen Fahrzeugen. Dient die neue Rechtsordnung des Straßenverkehrs dem Ziel der Motorisierung des Verkehrs, so müssen Zweifelsfragen zugunsten des Kraftverkehrs entschieden werden. Man hat der RSpr. den Vorwurf gemacht, sie sei zu sehr geneigt, im Zweifel zuungunsten des Kraftverkehrs zu entscheiden. Dieser Vorwurf wird in Zukunft verstummen. Man hat nachdrücklich Beseitigung der Haftpflichtvorschriften des KraftfG. gefordert mit der Begründung, zum Schadensersatz verurteilt werde stets der Halter des Kraftfahrzeugs, und das geschehe aus den Gedankengängen des § 7 KraftfG., der Gefährdungshaftung überhaupt; nur deren Beseitigung werde die RSpr. zu einer Umkehr von ihren unheilvollen, der Motorisierung hinderlichen Wegen veranlassen. Aus guten

Gründen hat man die Gefährdungshaftung bestehen lassen; was die Befürworter ihrer Beseitigung von dieser erhoffen, ist durch die RStRAFVerfD. erreicht: Will sich die RSpr. nicht mit des Führers und Reichskanzlers klarem Willen in Widerspruch setzen, der in der Einleitung zur RStRAFVerfD. und in deren Gestaltung selbst besonderen gesetzlichen Ausdruck gefunden hat, so muß sie in Zukunft die Diskriminierung des Kraftverkehrs unterlassen. Und dann wird der Tag des Inkrafttretens der RStRAFVerfD. zum Wendepunkt der RSpr. in Kraftverkehrsrechtsfragen geworden sein! —

Zum § 25 hat die AusfAnw. eine Reihe Einzelatbestände aufgezählt, die aber alle unter dem leitenden, auf den Erfolg abstellenden Grundsatz des § 25 stehen. Sie geben dem Richter eine Handhabe für die Anwendung des § 25 im Einzelfall. Der Charakter des § 25 als einer Strafnorm, die nur herangezogen werden kann, wenn Schädigung, Behinderung oder Belästigung wirklich eingetreten sind, wird durch die AusfAnw. zu § 25 nicht geändert.

Die bisherige Regelung des oben schon gestreiften Vorfahrtrechts war nicht befriedigend, insbes. deshalb nicht, weil das Vorrrecht den Verkehrsteilnehmern auf Hauptverkehrswegen eingeräumt war und die Wertung eines Weges als Hauptverkehrsweg u. a. auch nach den tatsächlichen Verkehrsverhältnissen zu erfolgen hatte. Hauptverkehrsweg war somit rechtsrechtlicher Begriff, den der Richter auszulegen hatte. Diese Rechtsgestaltung hatte verschiedene Unzulänglichkeiten, namentlich die, daß sowohl dem Kraftfahrer als auch dem nachprüfenden Richter keine sicheren Elemente an Hand gegeben waren, um zu einer eindeutigen Bewertung der Wege zu gelangen. Dem Kraftfahrer insbes. wurde angeonnen, sich ein Urteil über einen Weg zu bilden, auf dem er sich gar nicht befand, sondern auf den er zufuhr, und sich dieses Urteil ferner zu bilden nicht nach den Verkehrsverhältnissen, wie sie sich im Augenblick der Fahrt darstellten, sondern in Rücksicht auf die Schwankungen in der Verkehrsstärke, nach den ihm unbekannteren Durchschnittsverkehrsverhältnissen. Über die Merkmale der Unterscheidung von Haupt- und Seitenwegen hatte sich eine umfangreiche und nicht einheitliche RSpr. entwickelt. Alle diese Schwierigkeiten sind durch die neue Gestaltung beseitigt worden. Wege mit Vorfahrtrecht sind in Zukunft als solche, nämlich als Hauptverkehrsstraßen oder als Verkehrsstraßen 1. Ordnung gekennzeichnet. Außerdem ist vorgesehen, daß auf den Seitenwegen vor der Kreuzung mit einem Weg, der das Vorrrecht gibt, ein Zeichen aufgestellt wird: Vorfahrtrecht achten! Vgl. dazu auch den Erlaß des RVerfM. v. 19. Okt. 1934, RVerfBl. Ausgabe B Nr. 1.

Auch die bisherige Vorschrift, es müsse grundsätzlich rechts gefahren werden, hat, abgesehen von ihrer sachlichen Unzweckmäßigkeit, zu Schwierigkeiten in der RSpr. geführt. Das Verlangen nach Rechtshalten ist, besonders bei gewölbter Straßenoberfläche, fahrttechnisch unzulässig, weil es die Gefahr des Abgleitens namentlich der Anhänger von Lastzügen mit sich bringt. Die bisherige Bestimmung, es müsse rechts gefahren werden, „soweit nicht besondere Umstände entgegenstehen“, war von der RSpr. verschieden ausgelegt worden. Einerseits forderte man, daß die zur Freistellung von der Pflicht zum Rechtshalten führenden „entgegenstehenden Umstände“ solche sein müßten, die das Rechtshalten objektiv unmöglich machten; eine den Verkehrsverhältnissen mehr Rechnung tragende Auslegung ließ schon Umstände genügen, die ungewöhnliche Schwierigkeiten oder Gefährdungen ergaben. Die Neuordnung fordert das Rechtshalten überhaupt nicht mehr. Der Vorschrift, wonach rechts auszuweichen und links zu überholen ist, liegt allerdings der Gedanke des in Deutschland üblichen Rechtshaltens zugrunde, aber das tatsächliche Rechtshalten ist wiederum nur im Rahmen des § 25 gebietet. Die AusfAnw. (zum § 26) sieht ausdrücklich vor, es sei nicht vorgeschrieben, daß ständig die rechte Seite einzuhalten sei, Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs verlangten u. U. die Benutzung der Straßenmitte; aus § 25 folge aber, daß stets dann vorsorglich die rechte Seite einzuhalten sei, wenn Ausweichen oder Überholtwerden bevorstehen könne.

Besonderere Erwähnung bedürfen die Verkehrszeichen, Gefahrentafeln („Warnzeichen“), Ge- und Verbotstafeln und

Hinweiszeichen. Auch hier ist nunmehr eine jahrzehntelange Entwicklung abgeschlossen. Die erste reichsrechtliche Regelung, allerdings nur Gefahrentafeln betreffend, ergab sich aus Deutschlands Beteiligung an dem (1.) Internationalen Abkommen über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen v. 11. Okt. 1909 (RGBl. 1910, 603). Zu ihm hatten sich die Vertragsstaaten verpflichtet, darüber zu wachen, daß längs der Wege zur Kennzeichnung gefährlicher Stellen nur diejenigen Zeichen angebracht werden, deren Abbildungen dem Abkommen beigefügt waren. Es handelte sich um die bekannten Zeichen für Querrinne, Kurve, Bahnübergang und Wegekreuzung. Diese Zeichen wurden in Deutschland eingeführt. Die bereits erwähnte Änderung (21. Juli 1923) des KraftfG. brachte auch in dieser Beziehung eine Neuerung. Der damals eingefügte § 5a des Gesetzes verlangte, daß gefährliche Stellen an Wegstrecken, die dem Durchgangsverkehr dienen, durch Warnungstafeln zu kennzeichnen sind. Auf Grund des § 5a erging die V.D. über die Aufstellung von Warnungstafeln für den Kraftfahrzeugverkehr v. 25. April 1925 (RGBl. I, 51), die jene internationalen Zeichen vorschreibt. Damit war die internationale Verpflichtung, darüber zu wachen, daß keine anderen Zeichen aufgestellt werden, umgestaltet in eine reichsrechtlich auferlegte Verpflichtung, gefährliche Stellen durch Aufstellung jener internationalen Zeichen zu kennzeichnen.

Die übrigen Tafeln, Ge- und Verbotstafeln und Hinweise waren bisher reichsrechtlich nicht festgelegt. Allerdings bestand tatsächliche Übereinstimmung innerhalb Deutschlands insofern, als die Regierungen der deutschen Länder über die Gestaltung dieser Tafeln übereingekommen waren. Im Jahre 1931 war nun in Genuß ein Abkommen vorbereitet worden, das sich auch auf die Ge- und Verbotstafeln und die Hinweiszeichen erstreckte. Diesem im Schoß des Völkerbunds aufgestellten Abkommen ist Deutschland nicht beigetreten; sein Beitritt kommt nach dem Ausscheiden aus dem Völkerbund nicht mehr in Betracht. Eine andere Frage ist die, ob Deutschland auf die Dauer an seinen bisherigen durch das bekannte Punktsystem gekennzeichneten Tafeln festhalten oder die ihren Inhalt versinnbildlichenden international geplanten neuen Zeichen einführen will, z. B. eine Tafel mit dem Bild eines Kraftfahrers zur Kennzeichnung der für den Kraftfahrzeugverkehr verbotenen Wege. Deutschlands Nachbarstaaten haben schon entweder auf Grund internationaler rechtlicher Bindung oder rein tatsächlich die neuen internationalen Zeichen eingeführt. Es wäre verkehrswirtschaftlich falsch und außerdem unzweckmäßig, dieser Sachlage gegenüber deutscherseits an den bisherigen Kennzeichen festzuhalten und damit dem Ausländer in Deutschland die Kenntnis zweier Systeme zuzumuten und ebenso den ins Ausland reisenden deutschen Volksgenossen zu nötigen, sich mit dem ihm von seinem Verkehr in der Heimat nicht geläufigen internationalen System erst noch vertraut zu machen. Deshalb hat die AusfAnw. zur RStraßVerfD. bereits die neuen Zeichen aufgenommen. Da nun aber deren Aufstellung erst allmählich durchgeführt werden kann, mußte daneben auch auf die bisherigen landesrechtlichen Zeichen Rücksicht genommen werden. Das ist durch ihre Aufnahme in die AusfAnw. zur RStraßVerfD. geschehen und durch die Bestimmung des Art. IV EinfV.D. zur RStraßVerfD. selbst. Diese Bestimmung schreibt nunmehr reichsrechtlich vor, daß die Anordnungen, die den bisherigen landesrechtlichen Verkehrszeichen zugrunde liegen, befolgt werden müssen. Es wird damit also der landesrechtlichen Anordnung der reichsrechtlichen Gesetzesbefehl hinzugefügt, sie zu befolgen, so daß also Bestrafungen wegen Nichtbefolgung in Zukunft aus der reichsrechtlichen Straandrohung des § 36 RStraßVerfD. erfolgen können. Die Bestimmung war notwendig, weil die RStraßVerfD. als Kodifizierung des Straßenverkehrsrechts Landesrecht in weitem Umfang beseitigt, und weil die RStraßVerfD. naturgemäß selbst nur (§ 28 Abs. 5) sich auf die neuen reichsrechtlichen Zeichen beziehen konnte.

Neu ist im Reichsrecht die Vorschrift, wonach Einrichtungen, die zu Verkehrsstörungen mit Verkehrszeichen Anlaß geben oder die Wirkung von Verkehrszeichen beeinträchtigen können, an öffentlichen Straßen nicht angebracht werden dürfen. Diese Vorschrift wird die Handhabe geben, geschäftliche Anpreisungen nach Ausgestaltung und Umfang einzuschränken.

Aufgabe der RStraßVerfD. war, ein einheitliches Straßverkehrsrecht zu schaffen, und zwar im Geiste der neuen Rechtsanschauung. Sachlich umgestaltet ist, was diesem Geiste nicht entsprach; an Bewährtem ist festgehalten worden. Preisgegeben wurde die bisherige Kasuistik, die sich zur Aufgabe gesetzt hatte, den Verkehrsteilnehmer zu gängeln, ihm für jede erdenkliche Verkehrslage eine besondere Vorschrift an die Hand zu geben. Ein solches Preisgeben beruht auf dem Vertrauen zur Selbstzucht der Verkehrsteilnehmer. — Verzichtet man auf die zahllosen Einzelvorschriften, so gewinnt die einzelne, der jeweiligen Verkehrslage Rechnung tragende mündliche Anordnung des den Verkehr regelnden Polizisten an Bedeutung; zur Aufrechterhaltung der Verkehrsdisziplin war es daher unerlässlich, solchen mündlichen Anordnungen Strafschutz zu geben oder vielmehr zu erhalten, unerlässlich aus der Erwägung heraus, daß für das Verhalten des einzelnen im großstädtischen Verkehr sich nicht für jeden Einzelfall im voraus bestimmte Normen festlegen lassen, daß vielmehr dieser Verkehr ein jeweiliges sofortiges Einschreiten des Aufsichtsbeamten erfordert (RG v. 26. März 1928: RStraff. 321; BayObLG v. 16. Dez. 1930: DAutoR. 1931, 189). Der Strafschutz für mündliche Einzelanordnungen zur Verkehrsregelung bestand bereits bisher im § 27 KraftfVerfV.D. und ist in dem § 28 Abs. 1 RStraßVerfD. übergegangen: Es ist den Weisungen des Polizeibeamten, also auch mündlichen Verkehrsanordnungen, Rechnung zu tragen.

Das Verhältnis des neugebildeten Reichsrechts zum bisherigen Landesrecht ist in Art. III EinfV.D. zur RStraßVerfD. geregelt. Das nach der geschilderten Entwicklungsgeschichte mit Notwendigkeit zu fordernde Ziel war die Ersetzung des zersplitterten Landesrechts durch überall gültiges einheitliches Reichsrecht (vgl. auch die Einleitung zur RStraßVerfD., „Forträumen aller Hemmungen durch die Zersplitterung des Rechts“). Die RStraßVerfD. nimmt somit für sich die Kennzeichnung einer Kodifizierung des Straßenverkehrsrechts in Anspruch. Landesrecht kann daneben nur bestehen, soweit die RStraßVerfD. es zuläßt. Das ist im § 34 geschehen, der, allerdings in starker Kürzung und Vereinfachung, die Gedanken des bisherigen § 30 KraftfVerfV.D. wiedergibt. Er enthält die Voraussetzung für Verkehrsverbote oder -beschränkungen für bestimmte Ortlichkeiten. Daraus folgt: neues Landesrecht kann sich nur in dem durch § 34 gesteckten Rahmen bilden; bisheriges Landesrecht bleibt nur in dem gleichen Rahmen gültig. Allgemeines Landesrecht ist beseitigt und kann sich nicht neu bilden. Ortliche Beschränkungen bleiben nur dann in Kraft, wenn sie tatsächlich den Rahmen des § 34 nicht überschreiten, und wenn sie förmlich unter den Voraussetzungen des § 34, insbesondere seiner Zuständigkeitsregelung, erlassen waren.

Die Vorschriften der RStraßVerfD. stehen unter dem Strafschutz des § 36, und zwar ohne Rücksicht auf ihren sachlichen Inhalt. Aus § 366 Nr. 10 StGB. ist in Zukunft nach der ausdrücklichen Bestimmung der AusfAnw. zu § 36 die Strafe nicht mehr zu entnehmen. Unverändert geblieben ist daneben die Strafbestimmung des § 21 KraftfG. Diese Bestimmung gewährt Strafschutz nur solchen Vorschriften, die erstens über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen ergangen sind und dazu noch zweitens die Erhaltung der Ordnung und Sicherheit auf den öffentlichen Wegen oder Plätzen bezwecken. Vorschriften zur Ausführung des KraftfG., die über diesen Rahmen (der Erhaltung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit) hinausgehen, hatten bisher den Strafschutz des § 50 Abs. 2 KraftfVerfV.D. und würden jetzt, wenn ihnen in der RStraßVerfD. eine Vorschrift entspricht, durch § 36 RStraßVerfD. geschützt sein, der sich ja nicht nur auf den Kraftfahrzeugverkehr bezieht, und ferner nicht die sachliche Einschränkung des § 21 KraftfG. macht.

Soweit nach obigen Ausführungen Landesrecht neben der RStraßVerfD. aufrechterhalten bleibt, ist die Strafe für Zuwiderhandlungen aus dem Landesrecht zu entnehmen; denn die Aufrechterhaltung des Landesrechts betrifft nicht nur seine sachlichen Vorschriften, sondern auch seine Strafbestimmungen; soweit neues Landesrecht sich im Rahmen der

RStrafVerfD. bilden darf, findet es seinen Strafschutz in § 36 RStrafVerfD.; denn auch solches in der RStrafVerfD. vorgesehene Landesrecht ist „Vorschrift dieser Ordnung“.

Die AusfAnw. zum § 36 enthält noch die weitere Vorschrift, daß § 366 Nr. 10 StGB. nicht mehr als Rechtsgrundlage für die Entwicklung von Landesrecht neben der RStrafVerfD. dienen kann. Diese Bestimmung findet ihre Rechtfertigung in der Rechtsauffassung verschiedener deutscher Länder. Diese geht dahin, § 366 Nr. 10 enthalte nicht nur als Blankettgesetz die Strafanordnung für die Zuwiderhandlungen gegen anderwärts gebildete Rechtsvorschriften, sondern er gebe auch

die sachlich-rechtliche Grundlage für die Bildung von Verkehrsregeln zur Erhaltung der Sicherheit, Bequemlichkeit, Reinlichkeit und Ruhe auf den öffentlichen Straßen. Um nun die Entstehung neuen Landesrechts neben der RStrafVerfD. und nicht auf deren Grundlage, sondern auf der Grundlage jener allgemeinen Bestimmung des § 366 Nr. 10 für die Zukunft auszuschließen, war die Sonderbestimmung der AusfAnw. zum § 36 erforderlich. Sie verhindert also insbesondere, daß auf der Grundlage des § 366 Nr. 10 landesrechtliche Straßenverkehrsregelungen zur Erhaltung von Bequemlichkeit und Reinlichkeit auf der Straße entwickelt werden.

§ 51 StGB. Das Verhältnis von Abs. 1 zu Abs. 2

(Zugleich eine Besprechung der RG.-Urteile auf S. 2913 unter Nr. 13, 14, 15)

Von Generalstaatsanwalt Dr. Alfred Weber, Dresden

I. Das Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung vom 24. Nov. 1933 hat, wie sein Name sagt, nicht nur erhebliche Strafschärfungen für gefährliche Gewohnheitsverbrecher, sondern auch eine Reihe von Maßnahmen eingeführt, die darauf abzielen, die Verbrecher über die Bestrafung hinaus unschädlich zu machen. Die Schärfe, mit der hierbei zu Werke gegangen ist, und das Bestreben, ungewollte Härten von vornherein auszuschließen, hat dem Gesetzgeber zugleich Veranlassung geboten, einige Bestimmungen des StGB. zu überprüfen. Als wichtigste Vorschrift, die hierbei berücksichtigt worden ist, kommt § 51 StGB. in Betracht. Der Gesetzgeber wollte volle Gewähr dafür haben, daß die an ein bestimmtes strafbares Verhalten geknüpften schweren Folgen nur dann eintreten sollten, wenn die Handlung tatsächlich dem Täter zur Schuld anzurechnen war. Schuld aber trägt ein Verbrecher an dem verbrecherischen Erfolg nur insofern, als ihm die Tat zuzurechnen ist. Nur der Zurechnungsfähige kann schuldhaft handeln.

Die Wandlung, die § 51 StGB. durch die Novelle vom 24. Nov. 1933 erfahren hat, wirkt sich nach zwei Seiten aus. Einmal wurden die für den Schuldausschließungsgrund des § 51 StGB. a. F. festgelegten Voraussetzungen der Zurechnungsfähigkeit den Fortschritten der Wissenschaft entsprechend genauer umgrenzt und ergänzt. Die „Bewußtlosigkeit“ wurde genauer umgrenzt und ergänzt. Die „Bewußtlosigkeit“ wurde i. S. der bisherigen Rechtsprechung durch das Wort „Bewußtseinsstörung“ ersetzt; neben der „krankhaften Störung der Geistestätigkeit“ wurde die „Geisteschwäche“ neu eingeführt. Eine weitere Änderung betraf die Wirkungen, die mit dem krankhaften Geisteszustand des Täters verbunden sein müssen. Ist nach der herrschenden Auffassung zu der Schuldform des Vorsatzes „Wille“ und „Vorstellung“ erforderlich, so konnte man für die allgemeine Zurechenbarkeit zur Schuld nicht mehr wie bisher die freie Willensbestimmung genügen lassen, sondern mußte auch das intellektuelle Moment heranziehen. Nicht darauf allein kommt es an, daß sich jemand zu einer Handlung entschließt und seinen verbrecherischen Willen der Entschliebung gemäß verwirklicht, sondern es muß ihm auch der Einblick in das Offenstehen, was er beschließt und ausführt. Er muß fähig sein zu erkennen, daß er durch die geplante Tat die Rechtsordnung übertreißt, so daß die aus dieser Vorstellung fließenden seelischen Hemmungen ihn beeinflussen können. Demgemäß genügt es jetzt nicht mehr, daß der krankhafte Seelenzustand die „freie Willensbestimmung des Täters ausschließt“, wie es § 51 StGB. a. F. vorsah, vielmehr müssen die in § 51 Abs. 1 StGB. vorgesehenen krankhaften Momente der Art sein, daß sie den Täter zugleich außerstande setzen, „das Unerlaubte der Tat einzusehen“.

Nur wenn die Voraussetzungen des § 51 Abs. 1 StGB. nach allen Richtungen in jedem einzelnen Falle verneint worden sind, ist es möglich, einen Täter strafrechtlich für seine Straftat zur Verantwortung zu ziehen. Dies bedeutet freilich nicht, daß der Richter sich in jedem Falle ausdrücklich mit einer Prüfung gem. § 51 Abs. 1 StGB. zu befassen hätte. Vielmehr muß er dies nur dann tun, wenn das Ver-

teidigungsvorbringen nach dieser Richtung geht oder wenn unabhängig hiervon Bedenken nach dieser Richtung auftauchen. In diesem Falle muß der Richter ausdrücklich dazu Stellung nehmen, ob etwa die in § 51 Abs. 1 StGB. enthaltenen Schuldausschließungsgründe vorliegen. Dabei muß er selbstverständlich den gesamten Inhalt der neuen Vorschrift beachten. Hiergegen wird, weil dem Strafrichter wohl der volle Inhalt des § 51 Abs. 1 StGB. nicht immer gegenwärtig ist, noch häufig verstoßen. Durch Verneinung nur eines der mehreren in § 51 Abs. 1 StGB. vorgesehenen Momente läßt sich die Schuld des Täters niemals ausschließen. Liegt bei dem Angeklagten keine „Bewußtseinsstörung“ vor, so kann er doch an einer „krankhaften Störung der Geistestätigkeit“ oder an „Geisteschwäche“ leiden. Ebenso genügt es zur Bejahung der Zurechnungsfähigkeit nicht, wenn der Strafrichter einen derartigen Krankheitszustand des Täters annimmt, daneben aber lediglich seine Fähigkeit bejaht, „das Unerlaubte der Tat einzusehen“. Wenn der Angeklagte schon diese Fähigkeit hat, so kann er doch außerstande sein, „nach dieser Einsicht zu handeln“. Kommt der Richter auch nur bzgl. einer der beiden Alternativen über vorhandene Zweifel nicht hinweg, so kann er eine Bestrafung des Täters nicht ins Auge fassen. Die genaueste Nachprüfung aller nach § 51 Abs. 1 StGB. die Zurechnungsfähigkeit bedingenden Umstände ist um so notwendiger, als die Feststellung der Unzurechnungsfähigkeit das Gericht jetzt nach § 42b StGB. zur Unterbringung des unzurechnungsfähigen Täters in eine Heil- oder Pflegeanstalt verpflichtet, wenn die öffentliche Sicherheit dies erfordert.

Das Gef. v. 24. Nov. 1933 hat aber nicht nur den § 51 StGB. a. F. geändert, sondern ihm auch noch eine neue Vorschrift als Abs. 2 angefügt. Im Gegensatz zu Abs. 1 bringt Abs. 2, in dem die „verminderte Zurechnungsfähigkeit“ behandelt wird, keinen neuen Begriff. Denn schon bisher wurde solchen Personen, die man als „vermindert zurechnungsfähig“ ansah, eine besondere Behandlung zuteil. § 51 Abs. 2 StGB. legt demnach nur einen Begriff gesetzlich fest, der bisher schon geläufig war. Entgegen der Auffassung, die bisher die Praxis beherrschte, wird aber in § 51 Abs. 2 StGB. nicht gefordert, daß der Richter der verminderten Zurechnungsfähigkeit zugunsten des Täters Rechnung tragen muß; vielmehr wird hierzu nur die Möglichkeit geschaffen.

Inhaltlich mußte sich die neu eingeführte „verminderte Zurechnungsfähigkeit“ des § 51 Abs. 2 StGB. naturgemäß eng an den aus § 51 Abs. 1 StGB. zu entnehmenden Begriff der „Zurechnungsfähigkeit“ anschließen. Eine „verminderte Zurechnungsfähigkeit“ ist immerhin eine „Zurechnungsfähigkeit“, so daß notwendigerweise beiden Begriffen dieselben Eigenschaften wesentlich sind. Deshalb kommt es in § 51 Abs. 2 StGB., soweit hier von der „Fähigkeit“ gesprochen wird, auf die gleichen Eigenschaften an, die in § 51 Abs. 1 die „Unfähigkeit“ bedingen. Ebenso sind die biologischen Zustände, durch die in § 51 Abs. 2 StGB. die erörterte „Fähigkeit“ beeinträchtigt wird, dieselben wie in § 51 Abs. 1, wo sie diese „Fähigkeit“ nicht nur beeinträchtigen, sondern

ganz ausschließen. Wird die Vorschrift des § 51 Abs. 1 StGB. ins Positive überlegt, so läßt die i. S. von § 51 Abs. 1 StGB. bejahte Fähigkeit den Täter stets als zurechnungsfähig erscheinen, so daß an seiner Schuld nicht mehr gezweifelt werden kann. Wie die Bejahung der Zurechnungsfähigkeit nach § 51 Abs. 1 den Weg zur Bestrafung des Verbrechens freilegt, so ist auch nach § 51 Abs. 2 die Voraussetzung zu einer Bestrafung des Übeltäters stets gegeben. Leitet doch der Wortlaut des Abs. 2 gerade durch diese „Fähigkeit“ als der Grundbedingung in die Festsetzung der hier vorgesehenen Straffolge über. Der „vermindert Zurechnungsfähige“ ist nicht nur eine zurechnungsfähige Person, sondern kann auch einer voll zurechnungsfähigen Person ganz gleich behandelt werden.

Wie der Richter bei § 51 Abs. 1 StGB. alle für die Zurechnungsfähigkeit wesentlichen Umstände und insbes. auch die beiden der krankhaften Veranlagung des Täters möglicherweise entspringenden Eigenschaften berücksichtigen muß, so gilt dies auch für § 51 Abs. 2, da sich eben dieser Absatz aus denselben Elementen zusammensetzt wie Abs. 1. Auch hier wieder verfahren die unteren Gerichte oft falsch, indem sie etwa nur den auf Seiten des Täters vorhandenen „geistigen Tiefstand“ berücksichtigen. Ein solcher steht den von § 51 Abs. 2 in Bezug genommenen psychologischen Erscheinungen noch keineswegs gleich; und würde wirklich ein krankhafter Geisteszustand i. S. dieser Vorschrift festgestellt, so braucht er noch keineswegs die Unfähigkeit des Täters nach sich zu ziehen, das Unerlaubte seiner Tat einzusehen. Stellte das Gericht aber diese Fähigkeit fest, so kam es noch, um den Täter als „vermindert zurechnungsfähig“ hinzustellen, darauf an, ob er die ungeschwächte Fähigkeit hatte, „nach dieser Einsicht zu handeln“. Weil die Feststellung der „verminderten Zurechnungsfähigkeit“ nach § 42b StGB. ebenfalls die Unterbringung des Täters in eine Heil- und Pflegeanstalt zur Folge haben kann, so ist es schon deshalb unvermeidlich, daß die Untersuchung auf jede einzelne Voraussetzung, die § 51 Abs. 2 StGB. aufstellt, erstreckt wird.

Wenn schon § 51 Abs. 2 StGB. mit denselben Begriffen arbeitet wie § 51 Abs. 1, so ist es doch keinesfalls erforderlich, die beiden Absätze dieses Paragraphen immer im Zusammenhang miteinander zu prüfen. Jeder dieser Absätze hat seine selbständige Stellung und Bedeutung. Bei Bejahung der in Abs. 1 bezeichneten Voraussetzungen steht die Zurechnungsfähigkeit des Täters fest; ihre Verneinung bedeutet die Zurechnungsfähigkeit des Täters, die die erste Voraussetzung für seine strafrechtliche Verantwortlichkeit bildet. Die Eingangsworte des § 51 Abs. 1 lassen klar erkennen, daß es sich hier um die Feststellung handelt, ob überhaupt von einer „strafbaren Handlung“ zu sprechen ist. Nur der Zurechnungsfähige kann sich „strafbar“ machen. § 51 Abs. 2 setzt voraus, daß eine „strafbare Handlung“ vorliegt; hier wird nur das Strafmaß für den Schuldigen für gewisse Sonderfälle näher umgrenzt.

Im allgemeinen wird § 51 Abs. 1 StGB. seine selbständige Bedeutung darin zeigen, daß mit der Verneinung der hier aufgestellten Voraussetzungen das Gericht seine Untersuchung der Persönlichkeit des Angeklagten abschließt und die weiteren Grundlagen für seine Bestrafung aufsucht. Zur Anwendung des § 51 Abs. 2 wird nur dann Veranlassung vorliegen, wenn Zweifel daran auftauchen, ob die nach Abs. 1 festgestellte Fähigkeit im vollen Umfange vorhanden ist. Ist sie gemindert, so macht dies nichts aus. Ist aber damit zu rechnen, daß diese Fähigkeit „erheblich“ vermindert ist, so muß der Richter die Voraussetzungen des Abs. 2 nachprüfen. Auch bei solcher Sachlage verliert aber Abs. 2 nichts an seiner selbständigen Bedeutung. Die Voraussetzungen des § 51 Abs. 1 StGB. müssen ja unter allen Umständen vorher geprüft und verneint worden sein, ehe das Gericht sich dem Abs. 2 zuwenden kann. Da Abs. 2 von der Fähigkeit des Angeklagten, das Unerlaubte der Tat einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln, ausgeht, kann sich der etwa nur mit der Straffrage befaßte Richter darauf stützen, daß diese Fähigkeit bereits nach § 51 Abs. 1 StGB. untersucht und festgestellt worden ist. Bringt der geständige Angeklagte in der Berufungsverhandlung nur vor, daß er nicht die geistige Fähigkeit eines Normalmenschen besitze, so bemängelt er damit nicht die Schuld-

feststellung, sondern nur die Rechtsfolge des § 51 Abs. 2 StGB., das Strafmaß. In diesem Falle kann der Richter seine Untersuchung mit einer Prüfung der Geistesverfassung des Angeklagten gemäß § 51 Abs. 2 StGB. beginnen und die Untersuchung hierauf beschränken.

Ist § 51 Abs. 1 StGB. weder hinsichtlich seines sachlichen Gehalts noch hinsichtlich der sich ergebenden Rechtsfolgen wegens mit § 51 Abs. 2 StGB. und ist jede Vorschrift für sich einer selbständigen Prüfung fähig, so kann aber ausnahmsweise ein Strafprozeß auch einmal eine solche Sachlage ergeben, daß § 51 StGB. nur im Zusammenhang seiner beiden Absätze der Prüfung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Täters zugrunde zu legen ist. Hatte z. B. der erste Richter mangels einer dahingehenden Verteidigung des Angeklagten und mangels sonstiger Bedenken keine Veranlassung, zu § 51 Abs. 1 StGB. besonders Stellung zu nehmen, so kann das RevG. gezwungen sein, dies zu tun, wenn der Angeklagte das Strafurteil mit einer allgemeinen Sachrüge angegriffen und dabei die Anwendung des § 51 Abs. 2 StGB. für sich in Anspruch nimmt. Da eine Untersuchung gemäß § 51 Abs. 1 StGB. die unerlässliche Voraussetzung dafür bildet, daß sich der Richter dem § 51 Abs. 2 StGB. zuwendet, so müssen in diesem Falle beide Absätze des § 51 herangezogen werden, um zu prüfen, ob der Revisionsangriff begründet ist oder nicht. Ebenso wird das RevG., selbst wenn der erste Richter die Voraussetzungen des § 51 Abs. 1 StGB. ausdrücklich geprüft und verneint hat, sich nicht mit einer Prüfung gemäß § 51 Abs. 2 begnügen können, sondern § 51 Abs. 1 heranziehen müssen, wenn die Revisionsrüge ganz allgemein dahin lautet, daß der Vorderrichter die in § 51 StGB. vorgesehene „Fähigkeit“ des Angeklagten nicht genügend erörtert und gewürdigt habe. Denn diese „Fähigkeit“ ist eben nicht nur ein Bestandteil des Abs. 2, sondern ebenso des Abs. 1.

Die materiellrechtliche Selbständigkeit der beiden Absätze von § 51 StGB. bringt es nach der prozessrechtlichen Seite mit sich, daß eine getrennte Anfechtung nach § 51 Abs. 1 oder § 51 Abs. 2 möglich ist. Nur solche Urteilsbestandteile, die sich mit einem anderen zu einem einheitlichen Rechtsgebilde vereinigen, sind keiner selbständigen Anfechtung fähig. Die Feststellung, daß keine der die Schuld nach § 51 Abs. 1 ausschließenden Voraussetzungen vorliegt, bedeutet die Feststellung der „Schuld“ des Angeklagten. Wird der Angeklagte zu Strafe verurteilt, so kann er diese seine Schuld i. S. von § 51 Abs. 1 StGB. bestreiten und sein Rechtsmittel hierauf stützen. Er kann aber auch zugeben, daß er zu Recht schuldig gesprochen sei und nur die Verletzung der Vorschrift des § 51 Abs. 2 rügen. Hier handelt es sich nur um das Strafmaß. Schuldfrage und Strafmaß sind verschiedene Dinge. Beklagt sich der Verurteilte nur über die Strafhöhe, so ist für eine Nachprüfung der Straf- und Schuldfrage kein Raum. Denn das Gericht darf nicht von sich aus das angefochtene Urteil und das ihm zugrunde liegende Verfahren nach jeder beliebigen Richtung hin prüfen, sondern muß sich für sein Prüfungsrecht wie für seine Prüfungspflicht an die gesetzlichen Schranken halten, die in §§ 316, 318, 327, 343, 352 StrpD. festgelegt worden sind. Diese Schranken muß das Rechtsmittelgericht selbst dann wahren, wenn es bei Nachprüfung des angefochtenen Urteils zu der Auffassung kommt, daß der Vorderrichter auch in solchen Punkten geirrt habe, die nicht zum Gegenstand der Berufung oder der Revision gemacht worden sind. Dieser Rechtszustand kann freilich zu unerfreulichen Erscheinungen führen. Solange indessen als Folge der bezeichneten Gesetzesbestimmungen an der Möglichkeit einer teilweisen Urteilsanfechtung und demgemäß an einer teilweisen Rechtskraft festzuhalten ist, so lange müssen auch unwillkommene Ergebnisse in Kauf genommen werden. Die Notwendigkeit hierzu kann sich ja auch durch andere Prozeßvorgänge ergeben. So darf sich der Richter, wenn ein Verurteilter nur prozessuale Mängel rügt, um den materiellen Inhalt des Strafurteils selbst dann nicht kümmern, wenn er zu der Erkenntnis kommt, daß die Sachentscheidung rechtlich nicht haltbar sei. Ähnlich liegt der Fall, wenn jemand, ohne vor Gericht zu erscheinen, verurteilt worden ist, dann seine Revision nur auf Verfahrens-mängel stützt und das RevG. aus den Schriftsätzen des Angeklagten oder aus seinem Auftreten in der Revisionsverhand-

lung zur Überzeugung kommt, daß der Angeklagte geisteskrank sei. Alle solche dem Rechtsempfinden widerstreitenden Erscheinungen lassen sich nur dann vermeiden, wenn die das Prüfungsrecht des Rechtsmittelrichters einschränkende Bestimmungen geändert werden. Für die in Angriff genommene Prozeßreform wird es eine dankbare Aufgabe sein, eine Änderung des Gesetzes in der bezeichneten Richtung zu erwägen. Es könnte etwa eine Bestimmung dahin vorgesehen werden, daß das Gericht, unabhängig von dem Vorbringen der Prozeßbeteiligten und von ihren Anträgen und frei auch gegenüber den formalen Bestimmungen des Prozeßrechts, jedenfalls dann zu einer Aufhebung des angefochtenen Urteils solle schreiten dürfen, wenn es einstimmig der Ansicht ist, das Urteil sei unter keinen Umständen zu halten und sein Fortbestand müßte das Ansehen der Rechtspflege erschüttern.

II. Die Rechtsprechung steht fast durchweg auf dem Standpunkte, daß eine Beschränkung der Anfechtung zulässig und wirksam sei, wenn sich als Gegenstand der Anfechtung ein solcher Teil der Entscheidung darstellt, der losgelöst von dem nicht angefochtenen Entscheidungssteile einer in sich selbständigen Prüfung und Beurteilung zugänglich ist. Als ein einer selbständigen Prüfung fähiger Punkt ist vor allem die Strafsetzung gegenüber dem Schuldausspruch erachtet worden. Im Anfang freilich hat das RG. geschwankt. In RGSt. 22, 213, 217 hat es den bezeichneten Standpunkt nur mit einer einschneidenden Einschränkung eingenommen. Dem Revisionsrichter sollte, selbst wenn das Rechtsmittel nur die Strafbemessung betraf, jedenfalls auch die Prüfung zustehen, ob der in Frage kommende Tatbestand einer Bestrafung überhaupt zugänglich sei. Wäre es dem RG. dabei auf die Prüfung angekommen, ob nach den Feststellungen des angefochtenen Urteils überhaupt ein Strafgesetz als verletzt zu erachten sei, so wäre dem unbedenklich zuzustimmen. Denn eine Nachprüfung des Strafmaßes kann immer nur dann Platz greifen, wenn eine Strafe überhaupt zu verhängen war. Eine tatsächlich nicht vorhandene Strafe kann ihrem Umfang nach nicht gemessen werden. Die angezogene Entscheidung besagt aber tatsächlich etwas anderes; denn sie bringt den Satz: „Die Strafzumessung... um welche es sich gegenwärtig handelt, steht nun aber jedenfalls insoweit in einem untrennbaren Zusammenhange mit dem festgestellten Tatbestand, daß die Zuerkennung jeder Strafe abhängig davon ist, daß auf den festgestellten Tatbestand das herangezogene Strafgesetz überhaupt anwendbar ist.“ Soll demnach nicht die Anwendbarkeit eines Strafgesetzes überhaupt, sondern gerade diejenige des dem angefochtenen Urteil zugrunde gelegten Gesetzes das Entscheidende sein, so kann dieser Rechtsansicht nicht beigegeben werden. Denn sie würde in allen Fällen dem Revisionsrichter die Möglichkeit eröffnen, den Schuldspruch nachzuprüfen. Tatsächlich hat sich denn auch das RG. später zu dem Grundsatz der Trennbarkeit der Schuld- und Straffrage bekannt. In der Entscheidung: JW. 1894, 224⁸ kommt dies noch mit einem Vorbehalt zum Ausdruck, da hier betont wird, „Gründe, die ein Eingehen auf die Schuldfrage erforderten, seien nicht vorhanden“. In zahlreichen anderen Entscheidungen erklärt das RG. aber, daß, wenn die Anfechtung sich lediglich auf das Strafmaß beschränke, hierin sachlich ein Verzicht auf eine weitere Anfechtung zu erblicken sei, so daß die Tatbestandsfeststellung sowie die Bejahung der Schuldfrage in Rechtskraft übergehe und in dieser Beziehung jede Nachprüfung des RevG. von vornherein ausgeschlossen sei: RGSt. 32, 310; 33, 17; 37, 284; 40, 274; 42, 30; 45, 149; 47, 227; 60, 109; 61, 209; 62, 14, 262; 64, 17, 164; 65, 150, 296; JW. 1925, 1008⁷⁰; 1927, 913⁴⁰, 915⁴²; 1931, 2830⁵¹; GoldArch. 51, 179; HöchstRRpr. 1927, 890; 1930, 1080. Eine Ausnahme hatte das RG.: DRZ. 1928 RRpr. Nr. 421 vorübergehend für den Fall aufgestellt, daß die Strafe nach dem Vielfachen einer bestimmten Einheit festgestellt werden muß. Diesen Standpunkt hat es aber bereits im nächsten Jahre wieder aufgegeben: DRZ. 1929 RRpr. Nr. 1006. Später ist das RG. (JW. 1927, 2715⁴⁰ = RGSt. 61, 322) von dem Grundsatz der Trennung von Schuld- und Straffestsetzung nur für einen Fall abgewichen. Es handelt sich dabei um die Anwendung von § 2 Abs. 2 StGB. Das RG. sagt hier mit Recht, daß dann, wenn ausnahmsweise die Straffestsetzung

nicht außer Zusammenhang mit der Schuldfrage betrachtet werden könne, die sonst bei einer teilweisen Anfechtung zu beobachtende Schranke nicht einzuhalten sei.

Den — erst in der neueren Zeit teilweise verlassenen — Standpunkt des RG. geben besonders eingehend und klar zwei Erkenntnisse wieder: RGSt. 42, 241 bejaht die selbständige Anfechtbarkeit der Nebenstrafe der Polizeiaufsicht und führt an: „Soweit eine Beschränkung der Anfechtung als wirksam anzuerkennen ist, sieht sie sachlich einem Verzicht auf das Rechtsmittel gleich... Jenseits der Grenzen solcher Revisionsanträge ist mithin... die angegriffene Entscheidung mangels wirksamer Anfechtung jeder Nachprüfung des RevG. entzogen... Dem RevG. ist insbes. die Nachprüfung der Frage, ob die Tatbestandsfeststellung zu Recht erfolgt und das Strafgesetz auf die einschlägigen Tatsachen richtig angewendet ist, ... entrückt... Zu dem gleichen Ergebnisse gelangt man, wenn die prozessuale Wirkung in Betracht gezogen wird... Diese Wirkung besteht... darin, daß das Urteil, soweit nicht die wirksame Anfechtung reicht, die Rechtskraft erlangt. Im gegebenen Falle ist sie also u. a. hinsichtlich der gesamten Feststellungen zur Schuldfrage eingetreten.“ In RGSt. 52, 342 sind wichtig die Sätze: „Die StA. hat... die Anfechtung auf die Straffrage beschränkt... Zur Aufhebung des angefochtenen Urteils kann daher nicht der Rechtsirrtum der StrA. führen, ... weil er auf dem Gebiete der nicht angefochtenen Schuldfrage liegt... Da die StA. ihr Rechtsmittel beschränkt hat, muß die Beantwortung auf der zwar rechtsirrig, aber rechtskräftigen Grundlage gewonnen werden.“

Wie das RG., so hat auch das RMilG. zunächst geschwankt, in Entsch. 8, 115 sich aber zu der Ansicht der selbständigen Anfechtbarkeit der Straffrage bekannt. Nur für den — schon oben berührten — Fall will das RMilG. eine Berücksichtigung auch der Schuldseite zugestehen, wenn sich nämlich bei Nachprüfung der angefochtenen Entsch. herausstellt, daß ein Strafgesetz überhaupt nicht verletzt ist.

Die Rechtsprechung der DVG. folgt im allgemeinen dem RG. Bemerkenswert ist aber, daß das DVG. Königsberg: HöchstRRpr. 47, 27 den Standpunkt vertritt, das VG. könne, wenn es bei Nachprüfung des — allein angefochtenen — Strafmaßes zu der Ansicht komme, die Schuld des Angeklagten sei überhaupt zu verneinen, diesem Umstand Rechnung tragen; zwar nicht durch eine Freisprechung des Angeklagten, aber dadurch, daß es ihn mit der geringst zulässigen Strafe belege. Auch das DVG. Magdeburg: JW. 1923, 427¹ hält trotz Beschränkung des Rechtsmittels auf die Straffrage ein Eingehen auf die Schuldfrage nicht durchweg für ausgeschlossen, meint aber, daß, wenn die Schuld überhaupt zu verneinen sei, den Angeklagten keinerlei Strafe treffen dürfe. Dieselbe Rechtsansicht tritt neuerdings auch in der Rechtsprechung des RG. zutage: JW. 1932, 1774²⁶.

Im Schrifttum haben sich eine große Reihe von Stimmen gegen die Trennbarkeit von Schuld- und Straffrage ausgesprochen. Gerland: GS. 69, 339; Strafprozeß S. 396 führt für seine Ansicht an, daß die Feststellung der objektiven Wahrheit jedenfalls oberster Grundsatz für den Strafprozeß sein müsse und daß deshalb der Rechtsmittelrichter auch bei Beschränkung des Rechtsmittels auf die Straffestsetzung vor einem fehlerhaften Schuldspruch nie haltzumachen brauche. Wie oben dargelegt, verträgt sich der von Gerland eingenommene Standpunkt nicht mit dem geltenden Recht. Ziff-Laff: GS. 88, 403 meint, daß sich Schuld und Strafe gegenseitig bedingen und daß demgemäß der Schuldspruch als selbständiger Bestandteil des Urteils nicht für sich rechtskräftig werden könne. Dabei wird verkannt, daß das logische Bindungsverhältnis, in dem Schuld- und Straffrage stehen, keineswegs zu einer prozessualen Untrennbarkeit beider Momente führt; der Gesetzgeber hat jedenfalls die Trennbarkeit durch eine Reihe positiver Bestimmungen außer Zweifel gestellt. Wurzer: JW. 1924, 1674; 1925, 1008⁷⁰ Anm. erklärt, ähnlich wie Ziff-Laff, das Verhältnis von Schuld und Strafe als gleichbedeutend mit Grund und Folge. Er prüft die Frage der Trennbarkeit der Schuld- und Straffrage, vom Zivilprozeß ausgehend, und meint, die schuldbejahende Prämisse des Strafurteils sei nichts Selbständiges, so daß auch für die Strafe keine selbständige Anfechtbarkeit in Frage

lomme. Weiter sind hier zu nennen: v. Kries, Lehrb. S. 658, 683; Feisenberger, StPD. S. 265; v. Dohna, StrPrRecht, 2. Aufl., S. 186.

Neuerdings freilich neigt die Rechtslehre unzweideutig der Auffassung des RG. zu: Löwe-Rosenberg, ErlWerk, 19. Aufl., S. 867, 883 Ziff. 3; Weling: J. f. d. ges. Str. 38, 637, GoldArch. 63, 163, 173; Hegler: JW. 1923, 427¹ Ann.; Detter: JW. 1928, 1506²⁴.

III. Im Anschluß an die Neufassung des § 51 StGB. hat das RG. eine Anzahl von Entsch. erlassen, bei denen sich die Frage der selbständigen Anfechtbarkeit von Entscheidungsteilen gerade auf das unter I erörterte Verhältnis von § 51 Abs. 2 zu § 51 Abs. 1 StGB. bezieht. Diese Urteile sind deshalb von besonderem Interesse, weil sie teilweise mit den Darlegungen unter I und den unter II erwähnten Zeugnissen der reichsgerichtlichen Rechtsprechung nicht im Einklang stehen, teilweise sich offenbar auch selbst widersprechen.

1. Das Urteil des 3. StrSen. v. 23. April 1934: Höchst-Rspr. 1934 Nr. 1417 betraf einen Fall, in dem sich der Angeklagte gegen die wider ihn verhängte Maßregel nach § 42b StGB. wendete. Der Tatrichter hatte die Anwendbarkeit des § 51 Abs. 1 StGB. verneint, die Unterbringung des Angeklagten in eine Heil- und Pflegeanstalt aber mit der Möglichkeit begründet, daß die Zurechnungsfähigkeit des Angeklagten zur Tatzeit erheblich vermindert gewesen sei. Das RG. jagt, zweifellos mit Recht, daß die Anwendung des § 42b StGB. die tatsächliche Feststellung voraussetzt, daß die mit Strafe bedrohte Handlung im Zustand verminderter Zurechnungsfähigkeit begangen sei. Verachtet die Beachtung der Rev. durch das RG. ohne weiteres ein, so gilt dies aber nicht von der weiteren Begründung, mit der das RG. dem Vorderrichter die Nachprüfung nicht nur des § 51 Abs. 2, sondern auch des § 51 Abs. 1 StGB. aufgibt und zu diesem Zwecke die Aufhebung des Urteils im ganzen ausspricht: „Die hiernach notwendige Prüfung und Erörterung des Grades der Zurechnungsfähigkeit des Angeklagten zur Zeit der Tat ist nicht möglich ohne erneutes Eingehen auf die Zurechnungsfähigkeit überhaupt. Es handelt sich hierbei um untrennbare Teile der Schuldfrage, auf deren Anfechtung ein Rechtsmittelangriff nicht wirksam beschränkt werden kann (RGSt. 65, 312; 58, 31).“

2. Nach der S. 2913 abgedr. Entsch. des 3. StrSen. vom 11. Juni 1934 (3 D 589/34) hatte der Angeklagte seine Rev. ebenfalls nur auf die angeblich ungerechtfertigte Anordnung der Sicherungsverwahrung gestützt. Das RG. befaßt sich auch hier nicht nur mit der Nachprüfung dieser Anordnung, hebt vielmehr das Urteil im ganzen Umfange auf, weil es im Hinblick auf eine die geistige Verfassung des Angeklagten betreffende Bemerkung des Tatrichters damit rechnet, daß dieser vielleicht den Geisteszustand des Angeklagten nicht gehörig darauf geprüft hat, ob auf seiner Seite verminderte Zurechnungsfähigkeit i. S. von § 51 Abs. 2 StGB. oder gar Zurechnungsunfähigkeit i. S. von § 51 Abs. 1 StGB. vorliege. Mit Rücksicht auf diese Zweifel erklärt das RG.: „Die Beschränkung der Rev. auf die Anordnung der Sicherungsverwahrung hat sich unter den gegebenen Umständen als unwirksam herausgestellt, so daß das Rechtsmittel als unbeschränkt eingelegt zu gelten hat (RGSt. 54, 82).“

3. Mit der Entsch. 3 D 589/34 steht nicht im Einklang das wenige Tage danach vom 1. StrSen. gefällte Urteil vom 16. Juni 1934: DJ. 1934, 1244. Hier heißt es: „Rev. ist nur insoweit eingelegt, als die Entmannung des Angeklagten angeordnet worden ist. Eine Beschränkung des Rechtsmittels auf einen Teil der Entsch. ist ... zulässig, soweit der angefochtene Teil ... einer selbständigen Prüfung ... zugänglich ist, ohne ein erneutes Eingehen auf die anderen Teile notwendig zu machen. Das trifft für die Anordnung der Entmannung zu ...“

4. Für die hier im Vordergrund stehende Frage ist auch wertvoll eine Entsch. des 2. StrSen. v. 6. Febr. 1930, die sich mit der Frage der Zurechnungsfähigkeit des Täters als Voraussetzung für seine Schuld befaßt: DRZ. 1930 Rspr. Nr. 225. Hier heißt es: „Eine Beschränkung des Rechtsmittels auf das Strafmaß hat zur Folge, daß die Schuldfrage einschließlich der Zurechnungsfähigkeit des Angeklagten rechts-

kräftig feststeht und auch die Zurechnungsfähigkeit nicht mehr zum Gegenstand der Entsch. der Rechtsmittelinstanz gemacht werden kann.“

5. Den gleichen Standpunkt nimmt das RG., 1. StrSen., für das Nachverfahren des GewohnhVerbrG. v. 24. Nov. 1933 ein: JW. 1934, 1574¹⁰. In diesem Urteil heißt es: „In dem Nachverfahren des Gcf. v. 24. Nov. 1933 ist nicht zu prüfen, ob der Angeklagte einst mit Recht verurteilt worden ist, und im besonderen, ob nicht wegen eines Zustandes nach § 51 StGB. das Vorliegen einer strafbaren Handlung zu verneinen gewesen wäre.“

Es bedarf keiner Ausführung, daß die unter 3—5 genannten Urteile auf einer Stufe stehen, daß dagegen die Urteile unter 1 und 2 mit ihnen nicht in Einklang zu bringen sind. Dabei ist zu betonen, daß das Urteil 3 D 589/34 nicht etwa den Standpunkt vertritt, es sei die Anordnung der Sicherungsverwahrung nicht selbständig anfechtbar. Das RG. erkennt vielmehr die Beschränkung der Rev. auf diese Anordnung ausdrücklich an, erklärt sie demgemäß auch nicht als unzulässig, sondern nur als „unter den gegebenen Umständen unwirksam“.

6. Mit der Entsch. 3 D 589/34 ist in Parallele zu stellen das Urteil des 2. StrSen. v. 24. Juli 1934 (2 D 766/34) auf S. 2913. Auch hier lag eine beschränkte Urteilsanfechtung vor. Der Angeklagte war vom Vorderrichter nicht nur als zurechnungsfähig behandelt, sondern auch als „voll zurechnungsfähig“ beurteilt worden, so daß die verminderte Zurechnungsfähigkeit i. S. von § 51 Abs. 2 StGB. nicht in Betracht kam. Nur die Behandlung des § 51 Abs. 2 StGB. bekämpfte die Rev. und rügte dabei noch, daß die Voraussetzungen des § 42k Ziff. 2 StGB. unzulänglich festgestellt worden seien. Ähnlich wie in den Fällen 1 und 2 hat auch hier das RG. das angefochtene Urteil im vollen Umfange aufgehoben. Dies hätte nichts Auffälliges an sich, wenn das RG. aus der — auch § 42k Ziff. 2 StGB. heranziehenden — RevBegr. den Schluß gezogen hätte, daß der Angeklagte trotz der Beschränkung seines Rechtsmittels auf die Straffestsetzung tatsächlich die sämtlichen Voraussetzungen für seine Verurteilung und die zugleich angeordnete Entmannung habe bemängeln wollen. In Wahrheit hat sich das RG. bei seinem Urteil aber nicht von einer solchen weitherzigen Auslegung der RevAnträge leiten lassen, vielmehr ist es ausdrücklich davon ausgegangen, daß die Rev. auf die Straffestsetzung beschränkt worden sei; nur meint es, in dem gegebenen Falle sei eine derartige Beschränkung nicht möglich. Der Vorderrichter hatte nämlich bei der Prüfung aus § 51 Abs. 2 StGB. lediglich die Einsicht des Täters in das Unerlaubte der Tat ins Auge gefaßt, nicht aber seine Fähigkeit, nach dieser Einsicht zu handeln. Da das RG. die geistige Verfassung des Angeklagten mithin nur nach der einen vom Gesetz vorgesehenen Richtung geprüft hatte, mußte das Rechtsmittel des Angeklagten allerdings Erfolg haben. Bei Nachprüfung des angefochtenen Urteils stellte das RG. aber zugleich fest, daß das LG. offenbar auch bei der Untersuchung nach § 51 Abs. 1 StGB. schon die freie Willensbestimmung des Angeklagten nicht untersucht hatte. Das RG. begründet seine mit Rücksicht hierauf im vollen Umfange verhängte Aufhebung des Urteils mit dem Satz: „Wenn § 51 Abs. 2 StGB. auch nur das Strafmaß beeinflusst, so ist der Strafmindigungsgrund doch ein Ausfluß aus der unteilbaren Täterpersönlichkeit und die rechtsirrtümliche Auslegung des Begriffs der Zurechnungsfähigkeit erstreckt sich zugleich auf die Schuldfrage nach § 51 Abs. 1 StGB., die bei nochmaliger Erörterung des Geisteszustandes des Angeklagten an und für sich gleichfalls anders beantwortet werden könnte. Die unterlassene Untersuchung der Täterpersönlichkeit nach der Richtung der Willensfähigkeit kann daher nur einheitlich nach ihrem gänzlichen oder teilweisen Fehlen nachgeholt werden und muß zwangsläufig auch die Schuldfrage erfassen.“

Das RG. steht hier wie auch bei den Urteilen unter 1 und 2 ersichtlich auf dem Standpunkte, daß die Schuldfrage trotz Beschränkung des Rechtsmittels auf die Straffestsetzung mindestens dann nachgeprüft werden dürfe, wenn hinsichtlich der Zurechnungsfähigkeit des Angeklagten Zweifel auftauchen. Es ist zu verstehen, daß das RG. derartige Bedenken nicht

unterdrückt, wenn es sich nicht nur um die Bestrafung des Täters handelt, sondern gleichzeitig auch darum, ob eine der einschneidenden Maßnahmen gegen ihn zu verfügen sei, wie sie das GewohnhVerbrG. in Art. 2 eingeführt hat. Die in § 42 a ff. StGB. behandelten sichernden Maßnahmen sind derartig schwerwiegend, daß allerdings eine möglichst vollständige Gewähr dafür geschaffen werden möchte, daß sie nur solche Personen treffen, bei denen die gesamten gesetzlichen Voraussetzungen völlig zweifelsfrei vorliegen. Zu diesen Voraussetzungen gehört bei § 42 b in erster Linie, daß der Verurteilte, wenn nicht zurechnungsunfähig, so doch mindestens vermindert zurechnungsfähig i. S. von § 51 StGB. ist. In dem der Entsch. 2 D 766/34 zugrunde liegenden Falle lag die Verurteilung, den bezeichneten Bedenken Rechnung zu tragen, für das RG. um so mehr, als die Prüfung des angefochtenen Urteils ergeben hatte, daß § 51 StGB. in seiner Gesamtheit vom Vorderrichter nicht erschöpfend gewürdigt worden war. Es möchte dem RG. als eine zu formalistische Einstellung erscheinen, wenn es entsprechend der RevBegr. sein Augenmerk nur auf die Voraussetzungen des § 51 Abs. 2 für die „verminderte Zurechnungsfähigkeit“ richtete, während es doch bei der Nachprüfung des Urteils erkannt hatte, daß der Vorderrichter wie zu § 51 Abs. 2 auch zu § 51 Abs. 1 StGB. die freie Willensbestimmung des Angeklagten außer acht gelassen hatte.

IV. Obwohl die Gedankengänge des RG. etwas Bedenkliches an sich haben, läßt sich ihnen doch nicht folgen. Sachlich wie auch prozessrechtliche Gründe sprechen gegen die Auffassung des RG.

Die besonders eingehende Rechtfertigung des unter II 6 angeführten Urteils behauptet, auf rein sachlich-rechtlichem Boden, daß § 51 Abs. 2 StGB., wenn schon das Strafmaß beeinflussend, doch „ein Ausfluß aus der unteilbaren Täterpersönlichkeit sei“. Diese Begründung schlägt nicht durch. Mag der Täter als ein Rechtssubjekt in unteilbares Ganzes darstellen, so bedeutet dies doch nicht, daß die ihm anhaftenden Eigenschaften deshalb nur einer einheitlichen Beurteilung zugänglich seien. Jeder Angeklagte ist verschiedener, in sich selbständiger Beurteilungen fähig, ob man nun seinen persönlichen Werdegang, seine natürliche Begabung, seine Berufsstellung, seine allgemeine menschliche Führung, sein Verhalten während eines bestimmten Lebensabschnittes, seine charakterliche Veranlagung, seine durch Studium erworbenen Kenntnisse oder sonstige Seiten ins Auge faßt. Der Richter kann es sehr wohl einmal nur mit der Feststellung zu tun haben, ob ein Angeklagter zur Schuld zurechenbar eine Tat begangen habe, während er als Strafrichter nicht in Tätigkeit tritt. Man denke an den Fall, daß ein Angeklagter nach § 199 oder § 233 StGB. für straffrei erklärt wird. Auf der anderen Seite haben die BG. täglich Fälle zu beurteilen, bei denen infolge besonderer Gestaltungs des Rechtsmittels die Schuldfrage von vornherein ausgeschaltet und nur die Frage erörtert wird, ob bzw. welche Strafe dem Angeklagten gebühre. Trotz Unteilbarkeit der Täterperson kann demnach der Angekl. einmal nur daraufhin untersucht werden, ob er schuldig, und ein anderes Mal lediglich dahin, ob er strafbar sei. Im letzteren Falle muß notwendig die Frage nach der Schuld schon vorher abgeschlossen, also einer selbständigen Beurteilung unterzogen worden sein, ebenso wie auch die spätere Prüfung der Straffrage einen in sich selbständigen Beurteilungssakt darstellt.

Es ist dem RG. auch nicht zuzugeben, daß die von § 51 StGB. sowohl in Abs. 1 wie in Abs. 2 vorgesehene Einsichts- und Willensfähigkeit „nur einheitlich nach ihrem gänzlichen oder teilweisen Fehlen“ untersucht werden könne. Fehlen diese Fähigkeiten oder auch nur eine von ihnen, so steht damit die Nichtverantwortlichkeit des Täters für seine Tat fest. Dann kommt § 51 Abs. 1, nicht auch § 51 Abs. 2 StGB. in Betracht. Ist der Täter in Besitz der bezeichneten Fähigkeiten, sei es, daß das Gericht — mangels eigener oder von anderer Seite geltend gemachten Bedenken — stillschweigend davon ausgeht, sei es, daß dies zur Behebung von Zweifeln ausdrücklich festgestellt wird, so ist der Angeklagte — vom Beweise der Tat und der konkreten Schuld abgesehen — nur auf den Grad seiner Strafwürdigkeit zu unter-

suchen. Dies kommt vor allem bei der Annahme „verminderter Zurechnungsfähigkeit“ des Angeklagten in Betracht. War die verminderte Zurechnungsfähigkeit schon vor Erlass des GewohnhVerbrG. der Praxis ein bekannter Begriff, so hat doch früher, als diese Eigenschaft bei Auswerfung der Strafe berücksichtigt wurde, niemand daran gedacht, dabei auch die Frage der allgemeinen Zurechnungsfähigkeit des Täters noch aufzurollen. An diesem Rechtszustand wurde durch die gesetzliche Einführung des Begriffs der „verminderten Zurechnungsfähigkeit“ nichts geändert. Die „verminderte Zurechnungsfähigkeit“ ist in § 51 Abs. 2 StGB. nicht gesetzlich festgelegt worden, um den in § 51 Abs. 1 enthaltenen Begriff der „Zurechnungsfähigkeit“ irgendwie zu ändern oder zu ergänzen, sondern nur, um dem Gericht einen Strafmaßigungsgrund zur Verfügung zu stellen. Strafbemessung und Schuldfeststellung gehen keineswegs ineinander über, sondern sind in sich selbständige Akte, die verschiedenen Zwecken dienen.

Die Fälle, für die das RG. eine Trennung der Anfechtung für unmöglich erklärte, liegen durchaus anders als bei dem Verhältnis von Abs. 2 zu Abs. 1 in § 51 StGB. Die Frage z. B., ob eine Abtreibung i. S. von § 219 StGB. a. F. „gegen Entgelt“ (RGSt. 60, 109) oder ob eine Hehlerei „gewerbsmäßig“ (RGSt. 64, 151) vorgenommen wurde, kann in der Tat nicht selbständig, sondern immer nur im Zusammenhang mit der Abtreibungs- oder Hehlereihandlung geprüft werden. Auch der strafferhöhende Umstand des Abs. 2 von § 222 StGB. (RGSt. 64, 416) würde als ein untrennbarer Teil der Schuldfrage aufgefaßt und ebenso das Mitsichführen von Waffen bei Ausübung einer Zollhinterziehung (RGSt. 65, 312). Wenn hier allerdings davon gesprochen wird, dieses Waffenführen betreffe einen die Strafbarkeit erhöhenden Umstand i. S. von § 263 Abs. 2 StPD., „also einen untrennbaren Teil der Schuldfrage“, so ist dieser Begründung zu widersprechen. § 51 Abs. 2 StGB. stellt auch einen die Strafbarkeit beeinflussenden Umstand i. S. von § 263 Abs. 2 StPD. dar. Wenn es dort aber heißt, daß die Schuldfrage derartige die Strafbarkeit vermindern oder erhöhende Umstände mit „begreife“, so sind daraus keine Schlüsse auf einen sachlich-rechtlichen Zusammenhang solcher Umstände mit der Schuldfrage zu ziehen. § 263 stellt nur Regeln für die Abstimmung auf, die sich auf diese prozessuale Seite beschränken.

Soweit den zu beanstandenden Urteilen unter II, 1, 2, 6 die Besürchtung zugrunde liegt, daß bei Durchführung einer gegenüber § 51 Abs. 1 selbständigen Prüfung nach § 51 Abs. 2 StGB. unbefriedigende Ergebnisse gezeitigt würden, neigt das RG. doch wohl einer zu freien Auslegung des Gesetzes zu. Allgemeine Erwägungen über Forderungen der Gerechtigkeit und der Billigkeit können jedenfalls nur da Platz greifen, wo nicht besondere Vorschriften des positiven Rechts eine Schranke errichten. Auch in Fällen anderer Prozeßgestaltung als der hier behandelten können sich sehr unwillkommene Folgen einstellen. So befriedigt es das Rechtsgefühl sicher nicht, wenn ein Angeklagter seine Verurteilung aus § 246 StGB. anfechtet und bei der Bestrafung wegen eines gleichzeitig begangenen Betrugs Veruhigung faßt, sich aber in der Berufungsverhandlung ergibt, daß der Angeklagte den Strafschuss des § 51 Abs. 1 StGB. genießt. Das Gericht hat dann keine Möglichkeit, die Verurteilung des Angeklagten wegen Betrugs aus der Welt zu schaffen, obwohl deren Unhaltbarkeit im Hinblick auf die auch hierfür geltende Zurechnungsfähigkeit außer Zweifel steht.

Die besonderen gesetzlichen Bestimmungen, die das RG. außer acht läßt, wenn es bei Beschränkung einer Rev. auf § 51 Abs. 2 auch § 51 Abs. 1 StGB. mit heranzieht, sind die Vorschriften der StPD. über die teilweise Anfechtbarkeit. Solange diese Bestimmungen bestehen und sich das Prüfungsrecht sowie die Prüfungspflicht des Gerichts, gesetzlicher Vorschrift zufolge, nach den Rechtsmittelantträgen der Prozeßbeteiligten richtet, solange muß jedes RevG. diese Schranke wahren, selbst auf die Gefahr hin, daß im einzelnen Falle etwa ein Ergebnis auftaucht, das dem Rechtsgefühl widerspricht. Hierfür könnte dann niemals der Revisionsrichter, sondern nur der Gesetzgeber verantwortlich gemacht werden. Da die gesetzlich für zulässig erklärte Beschränkung der Urteils-

anfechtung auf einen bestimmten Entscheidungszeit für den unangefochtenen Teil die sogenannte relative Rechtskraft des Urteils nach sich zieht, so laufen die unter II, 1, 2, 6 angeführten Entsch. auf die Nichtbeachtung der teilweisen Rechtskraft hinaus. Gerade deshalb erwecken sie erhebliche Bedenken. Die Anerkennung der teilweisen Rechtskraftfähigkeit läßt sich nicht vereinen mit dem Zugeständnis, daß der Richter trotz Beschränkung eines Rechtsmittels auf die Straffestsetzung gegebenenfalls auch die Schuldfrage nachprüfen dürfe. Man muß das eine oder aber das andere fallen lassen. Nicht aber kann man sich dadurch helfen, daß man etwa im Einzelfalle die Beschränkung der Anfechtung zwar für zulässig erklärt, gleichzeitig aber im Hinblick auf die gegebenen Umstände als „unwirksam“ (Fall II, 2). Ein „zuverlässiger“ Rechtsmittelverzicht ist als solcher auch immer „wirksam“. Es geht auch nicht an, daß man es im allgemeinen bei der bisherigen Rechtsprechung beläßt, jedoch für § 51 Abs. 2 StGB. und die im Anschluß an die Anwendung des § 51 etwa verfügte Anordnung der Maßregel des § 42b StGB. eine Durchbrechung für besondere Ausnahmefälle zuläßt. Mit der dem RG. dabei vorschwebenden Begründung, daß eine Prüfung nach § 51 StGB. die erste Voraussetzung für eine Bestrafung wie für die Anordnung einer Maßnahme nach § 42b bilde und daß daher die Nachprüfung der Anordnung sich zugleich auf § 51 StGB. erstrecken müsse, könnte man sich über jede Beschränkung eines Rechtsmittels hinwegsetzen, bei dem der Rechtsmittelvererber nur die Straffestsetzung angefochten hat. Denn wie die „verminderte Zurechnungsfähigkeit“ eine Zurechnungsfähigkeit im allgemeinen voraussetzt und jede Unterbringung in eine Heil- oder Pflegeanstalt die Zurechnungsunfähigkeit oder verminderte Zurechnungsfähigkeit zur Voraussetzung hat, so gilt dies von jeder Strafe oder Straffolge. Der Schuldspruch i. S. der Bejahung der Zurechnungsfähigkeit bildet die unerläßliche Grundlage für jeden Ausspruch einer Strafe. Wollte man schon wegen dieses engen Zusammenhangs von Schuld- und Straffrage sachlich-rechtlich die Untrennbarkeit beider auf den Schild erheben, so bliebe aber doch die Schwierigkeit, wie man sich mit dem hiermit nicht vereinbaren Prozeßrecht abfinden wollte.

Abgesehen von den Vorschriften über Rechtsmittelbeschränkung, auf die schon eingegangen worden ist, kommen hier die Übergangsvorschriften des Art. 5 GewohnhVerbrG. in Betracht. Danach sind gewisse Sicherungsmaßregeln auch noch nach Abschluß des Strafverfahrens und völlig unabhängig von diesem durchzuführen. In einem solchen Nachverfahren werden, wie auch das RM. Art. 1 D 266/34 (JW. 1934, 1574¹⁰) anerkennt, die Voraussetzungen für die vorausgegangene Bestrafung, also auch die Frage, ob etwa die Schuld des Täters nach § 51 StGB. ausgeschloffen war, nicht nochmals nachgeprüft. Die Sachlage ist hier durchaus ähnlich der von § 42b StGB. für den Fall vorgesehenen, daß das Gericht sich nach Feststellung einer im Zustande von Zurechnungsunfähigkeit oder von verminderter Zurechnungsfähigkeit begangenen Straftat vor die Aufgabe gestellt sieht,

die Unterbringung des Täters in eine Heil- oder Pflegeanstalt anzuordnen. Die Voraussetzungen für diese Anordnungen liegen dabei schon offenkundig vor; das Gericht hat in diesem Augenblick nur noch die Frage zu untersuchen, ob die Anordnung von der „öffentlichen Sicherheit“ erfordert wird. Wird nach Bejahung dieser Frage später das die Bestrafung und die Anordnung aussprechende Erkenntnis allein hinsichtlich des letzteren Punktes — was eben die StGB. zuläßt — angefochten, so ist durch diese Erklärung des Anfechtenden dem Richter die Möglichkeit genommen, etwas anderes als eben diese Anordnung zum Gegenstand seiner Nachprüfung zu machen. Er hat demgemäß zu prüfen, ob der Vorderrichter ordnungsmäßig festgestellt hat: das „Erfordernis der öffentlichen Sicherheit“, daß jemand eine „mit Strafe bedrohte Handlung“ beging und ferner, daß der Täter sich im Zustande der „Zurechnungsunfähigkeit“ oder der „verminderten Zurechnungsfähigkeit“ befand. „Feststellungen“ nach diesen Richtungen liegen schon dann vor, wenn der Vorderrichter überhaupt beispielsweise zu der bestimmten Annahme gekommen ist, der Angeklagte sei nur „vermindert zurechnungsfähig“. Deshalb müßte ja gerade das oben unter II, 1 angeführte Urteil des Tatrichters vom RG. aufgehoben werden; denn hier war der Vorderrichter nicht von der bestimmten Annahme, sondern nur von der Möglichkeit ausgegangen, daß der Angeklagte vermindert zurechnungsfähig gewesen sei. Nicht aber legt die Notwendigkeit der Nachprüfung, ob alle Voraussetzungen für die beantragte Anordnung festgestellt seien, dem RevG. die Pflicht auf, auch noch zu prüfen, wie der Tatrichter zur Feststellung der bezeichneten Umstände gekommen sei. Dies würde bedeuten, daß der RevG. in allen Punkten auf den Ursprung zurückgehen, also, wenn es sich um den Zustand der „verminderten Zurechnungsfähigkeit“ handelt, auch seinerseits wieder erörtern müßte, ob dem Angeklagten wegen der in § 51 Abs. 1 StGB. bestimmten Krankheitsursachen die Einsichts- oder die Willensfähigkeit in erheblichem Maße mangelte. Wollte man dies fordern, so würde damit die „beschränkte Anfechtung“ überhaupt hinfällig. Denn die Bejahung einer beschränkten Anfechtbarkeit mit der Folge, daß aber das Rechtsmittel trotz einer nur teilweisen Anfechtung bei der Nachprüfung des angefochtenen Urteils keiner Beschränkung unterworfen sei, ist ein Widerspruch in sich selbst. Und deshalb muß die teilweise vom RG. verfochtene Auffassung abgelehnt werden, nach der die Beschränkung eines Rechtsmittels auf § 51 Abs. 2 oder gar nur auf eine Anordnung gem. § 42b StGB. dem RevG. die Möglichkeit eröffnen sollte, auch die Voraussetzungen für § 51 Abs. 1 nachzuprüfen.

Wird das RG. nicht umhin können, seinen Standpunkt in der erörterten Frage bei neuer Gelegenheit einer Überprüfung zu unterziehen, so wird man mit einer eingehenden Auseinandersetzung zu den unstrittenen Punkten um so mehr rechnen dürfen, als sich in Zukunft vielleicht kein Weg findet, um die — bisher vermiedene — Plenarentscheidung zu umgehen.

Der Gegenstand des Strafverfahrens

Von Amtsgerichtsrat Dr. Gelbert, München

Gegenstand des Strafverfahrens ist die Frage, ob eine bestimmte Person eine bestimmte ihr zur Last gelegte Straftat begangen habe oder nicht. Die Untersuchungstätigkeit ergreift unter diesem Gesichtspunkt einen bestimmten den Lebensvorgängen angehörenden Sachverhalt.

Die Vorschriften der StPD. weisen das Verhältnis, in dem Prozeßabschnitte abschließende Handlungen, wie die Eröffnung des Hauptverfahrens und das Urteil, zu der Anklage stehen. Die Anklage bildet die Grundlage der weiteren Verfahrensabschnitte und der sie endenden gerichtlichen Handlungen. Nur der Sachverhalt, auf den die Anklage gerichtet ist, kann Gegenstand gerichtlicher Tätigkeit werden. Findet das Gericht, daß der Beschuldigte außer der angeklagten Tat noch eine andere, oder daß er nicht diese Tat, sondern eine andere begangen habe, so darf grundsätzlich die gerichtliche

Entscheidung die andere Tat nicht treffen. Die Gleichheit der angeklagten und der richterlich zu beurteilenden Tat ist also das Entscheidende. Die Motive zu § 223 des Entwurfs der StPD.¹⁾ betonen zwar, darüber, unter welchen Voraussetzungen diese Gleichheit auch dann vorliege, wenn nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung sich die Tat in anderer Gestaltung als nach der Anklage darstelle, ließen sich allgemeine Vorschriften nicht geben. Es wird aber schon nach der hierin liegenden Einschränkung („auch dann“) eine Gruppe von Fällen selbstverständlicher Gleichheit herausgegriffen, und es werden weiter Reihen als Beispiele genannt, in denen sich eine bestimmte Richtung erkennen läßt: a) Änderung von Tatumständen, ohne daß die

¹⁾ Sahn, Mat., Bd. 3 Abt. 1 S. 205 = Mot. S. 152ff.

neue Ermittlung für die Gesetzesanwendung erheblich ist²⁾; b) andere rechtliche Beurteilung der gleichen Tat³⁾; c) qualifizierende oder privilegierende Momente⁴⁾. Die Rechtsprechung hat weiter eine bestimmt geartete Gruppierung herausgebildet: Hier wird zur Erfassung des Sinns der auf den Prozeßgegenstand bezüglichen Vorschriften der StPD. auf den Gegensatz der §§ 264 und 266 abgestellt. Der „anderen Tat“ nach § 266 als einer von der des Eröffnungsbeschlusses verschiedenen i. S. des § 74 StGB⁵⁾ werden die übrigen Möglichkeiten, von der anderen rechtlichen Beurteilung der angeklagten Handlung über das tateinheitliche Zusammentreffen mit anders zu wertenden Handlungen bis zur Trennung in realkonkurrierende Taten, dem Bereich des § 264 eingegliedert. „Tat“ ist hiernach nicht das einzelne im Eröffnungsbeschlusse hervorgehobene geschichtliche Ereignis, sondern die gesamte Tätigkeit des Angekl., soweit sie mit dem im Eröffnungsbeschlusse angezogenen geschichtlichen Vorkommnis einen einheitlichen Vorgang darstellt⁶⁾. Dies gilt auch dann, wenn ein einheitlicher Vorgang zunächst nur stückweise vor das Gericht gebracht wurde, in der Hauptverhandlung aber weitere Bestandteile hervortreten. Die Gleichheit der Tat wird hierdurch nicht angegriffen⁷⁾. Nur ein nach natürlicher Auffassung bestehender innerer Zusammenhang muß vorliegen⁸⁾. Die Anklage umfaßt das dem Angekl. zur Last gelegte Tun als Ganzes einschließlich aller an die Handlung des Eröffnungsbeschlusses sich anschließenden, zu ihr führenden oder auf sie bezüglichen tatsächlichen Umstände, die geeignet sind, das Tun des Angekl. von irgendwelchem Gesichtspunkt als strafbar zu kennzeichnen⁹⁾. Einheitlichkeit der Tat liegt vor, wenn das im Eröffnungsbeschlusse gekennzeichnete Vorkommnis in seinen wesentlichen Bestandteilen auch den Kern der unter anderen rechtlichen Gesichtspunkten zu verfolgenden Tat bildet und diese von der Substanz der Anklage so erfaßt wird, daß die Unterstellung realkonkurrierender Delikte ausgeschlossen ist. Dabei ist eine formale Gleichheit der Handlungsweise ebensowenig erforderlich wie die Übereinstimmung der Willensrichtung des Täters. Da jede Beteiligungsart bei demselben Vorgang innerhalb der Grenzen derselben Tat liegt, ist es mit der Gleichheit des Prozeßgegenstands nicht unverträglich, wenn die neu zu verfolgende von der bisher verfolgten Tat nach Zeit, Ort, Ausführungseinzelheiten, Neben Umständen, abweicht, oder wenn einzelne Tatumsstände auscheiden oder durch andere ersetzt werden, ja, wenn sich ein von der bisherigen Anklage abweichender Verübungsaft ergibt¹⁰⁾. Der Richter ist daher nicht gehindert, auch andere, in Anklageschrift und Eröffnungsbeschlusse nicht angeführte strafbare Tätigkeitsakte seiner Beurteilung zugrunde zu legen, wenn sich ergibt, daß sie mit rechtlicher Notwendigkeit in der Anklage enthalten waren. Das trifft z. B. zu, wenn der in Anklage und Eröffnungsbeschlusse allein bezeichnete Tätigkeitsakt nach dem Hauptverhandlungsergebnis keine rechtlich selbständige Bedeutung hat, sondern einen Teil einer Fortsetzungstat bildet¹¹⁾. Es genügt der innere Zusammenhang der Einzelakte, der das gesamte Tätigwerden auch Unbeteiligten als Einheit erkennbar macht¹²⁾.

Einen anderen Weg ging, in scharfer Ablehnung der Rechtsprechung, Binding. Aus dem Gegensatz zwischen dem Inquisitions- und dem Akkusationsprozeß¹³⁾ entspringt seine Auffassung des heutigen Strafprozesses als reinen Zwei-

parteiprozesses. Aus seiner manchmal überspitzt betonten¹⁴⁾ Auffassung des Strafurteils als der Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines staatlichen Strafanspruchs folgt die unbedingte Abhängigkeit des Gerichts von der dieses Bestehen behauptenden Anklage¹⁵⁾. Dem liegt wieder Bindings Auffassung vom Wesen des Klagegrunds als eines konkreten vom Ankläger als schuldhaft angenommenen Verhaltens des Beschuldigten zugrunde, worin dem Ankläger die Merkmale eines bestimmten Verbrechens verwicklicht zu sein scheinen: „Jede Erhebung der Strafklage bedeutet nach der Behauptung der StA., es bestehe ein bestimmter Strafanspruch des Staates gegen den Angekl., normiert durch ein bestimmtes Strafgesetz. — Um das eine Delikt in einem Prozeß zur Aburteilung zu bringen, muß dem Kl. gestattet sein, den Rechtsgrund seiner Anklage bei Festhalten des unveränderten oder modifizierten einen Deliktstatbestands als tatsächlicher Basis der Anklage zu ändern. Der tatsächliche Klagegrund kann stets nur einer Teiländerung bei Festhaltung der ursprünglichen Deliktsgattung unterworfen sein“ (a. a. O. S. 329¹⁶⁾). Im Endergebnis will Binding die Identität der Tat nur unter dem Gesichtspunkt des von der Norm „eingekleideten“ Handlungsabgangs gelten lassen. Nur ein Wachstum oder eine Minderung der einzelnen Vorgänge soll als Lageänderung zulässig sein. Von dieser Auffassung aus tritt er für die Zulässigkeit der „Nachklage“ ein¹⁷⁾.

Hieran ist richtig: In den Fällen der zulässigen „Klageänderung“ handelt es sich um die Auswechslung eines Tatbestands durch den anderen. Verschiedene Sachverhalte stehen untereinander im Alternativitätsverhältnis. Sie sind unter den jeweiligen Tatbestand zu bringen. Bei unzulässiger Klageänderung dagegen handelt es sich um die Einstellung eines zweiten Sachverhalts unter einen anderen Tatbestand bei Wegfall des ursprünglichen oder neben ihm. Binding stellt jedoch die Strafklage mit der Erhebung eines bestimmten Anspruchs gleich und damit die Tat im sachlichen Sinn mit der im verfahrensrechtlichen¹⁸⁾. Daher setzt er eine Klage aus bestimmtem „Titel“ voraus¹⁹⁾. Dieser die genaue Individualisierung erfordernden Auffassung der Klage widerspricht aber Wortlaut und Sinn der §§ 155 Abs. 2 und 206 StPD. Hierin ist es die Aufgabe des Richters, den ihm von der StA. vorgelegten Anklagestoff selbständig zu sichten und rechtlich zu würdigen²⁰⁾. Es handelt sich bei der Frage der Gleichheit der Tat nicht um eine Befugnis der StA. zur Klageänderung, sondern um die Zuständigkeit und die Pflicht des Gerichts²¹⁾. Daß der Sinn der Klage nicht die Erhebung eines ganz bestimmt individualisierten Strafanspruchs im sachlich-rechtlichen Sinn ist, ergibt zudem die Voruntersuchung. Durch den Voruntersuchungsantrag der StA. soll oft gerade erst die Anklageerhebung ermöglicht werden. Und doch hat dieser Antrag den Sinn einer Anklageerhebung nach § 170 StPD. Auch die Anklageerhebung nach § 200 StPD., die an genauere Voraussetzungen geknüpft ist, erfolgt unter Vorbehalt der Änderung nach dem Verhandlungsergebnis. Auch ist die Eröffnung des Hauptverfahrens nach durchgeführter Voruntersuchung entgegen dem Antrag der StA. möglich. Hier ist bestimmt kein Strafanspruch i. S. des Klagebegehrens Bindings gegeben²²⁾.

Bindings Auffassung beruht auf drei innerlich zusammenhängenden Gesichtspunkten: a) seiner sachlich-rechtlichen Normentheorie, wonach der Strafgrund die Normüber-

2) Der Angekl. steigt nicht durch ein Kellerloch ein, um zu stehlen, sondern durch ein Fenster.

3) Statt Diebstahl wird Unterschlagung festgestellt.

4) Statt Diebstahl wird Raub festgestellt oder umgekehrt.

5) RGSt. 23, 33; 51, 242.

6) RGSt. 24, 370 ff.; 51, 127 f.

7) RGSt. 56, 324 ff.

8) RG.: JW. 1927, 1595³².

9) RG.: JW. 1925, 2475².

10) RGSt. 2, 347; 5, 249; 8, 135; 15, 133; 21, 78; 54, 299; JW. 1911, 249³⁴.

11) RGSt. 58, 116; 61, 317; 62, 131; 56, 324.

12) RG.: JW. 1914, 893¹⁶ und 1930, 954²².

13) Binding, Strafr. u. strajpr. Abh. II S. 172 ff., 183, 196, 202 ff.

14) Überspitzt, weil bei Binding in dieser Feststellung sich das Wesen des Richterspruchs zu erschöpfen scheint. Vgl. a. a. O. S. 308 ff.

15) Binding a. a. O. S. 330.

16) Also nur bei Handlungsidentität im sachlich-rechtlichen Sinn.

17) a. a. O. S. 340. Vgl. auch Glaser, Handb. des Strafr. in Bindings Handb. II, 65 und John bei Holkenborff-Kohler § 44.

18) Vgl. auch Detker: JW. 1929, 1080³².

19) a. a. O. S. 335.

20) Vgl. Niederreuther, Die prozessuale Behandlung der Realkonkurrenz im geltenden und künftigen Recht, Heft 278 der Schletter'schen straf. Abh., 1930, S. 26. Die geschichtliche Entwicklung, die in der Richtung vom Inquisitionsprozeß über das Akkusationsprinzip zur freigestaltenden richterlichen Tätigkeit liegt, spiegelt sich hier deutlich wider.

21) Vgl. Löwe-Rosenberg, StPD. § 264 Note 1.

22) Vgl. §§ 206, 208 StPD. und Detker: JW. 1929, 1080³².

tretung ist, deren Indiz die schuldhaftige Tatbestandsverwirklichung ist; b) seiner Ansicht von der prozessualen Feststellungsfrage der StA., die sich aus dem Zweiparteiensystem des Strafverfahrens ergibt; c) seiner Klagebegründungstheorie, der Geltendmachung eines bestimmt individualisierten Strafanspruchs durch die StA. gegenüber dem Beschuldigten, über dessen Bestehen das Gericht zu entscheiden habe, ohne auf die weitere Gestaltung des Verfahrens Einfluß zu haben. Diese drei Gesichtspunkte gehen wieder zurück auf eine individualistische Auffassung allgemeiner Art. Sie gehören in die Reihe der Eigentums- und Freiheitsklauseln und der Dreiteilung der Gewaltlehre, die dem Richter keine rechtsgestaltende, nicht einmal verfahrensgestaltende Wirksamkeit zuerkennen.

Beling²³⁾ geht von der Unteilbarkeit des ein und dieselbe Tat des einen Täters betreffenden Prozeßgegenstands aus. Die Strafsache ist „unspaltbar“. Gleichheit der Tat ist gegeben, wenn der staatliche Strafanspruch auf dasselbe geschichtliche Vorkommnis zurückgeht. Wann dies der Fall ist, beantwortet sich nach dem sachlichen Strafrecht. Gleichheit liegt demnach vor, wenn sich Tatsachen zur natürlichen und juristischen Handlungseinheit zusammenschließen. Weder die Verschiedenheit des rechtlichen Gesichtspunkts, unter dem die eine Tat zu werten ist²⁴⁾, noch die Modalitäten des Vorgangs nach Ort und Zeit, noch der Umfang der angeklagten Handlung²⁵⁾, erschüttern die Identität. Dagegen leugnet sie Beling, sobald sich eine angeklagte Handlung als Mehrheit selbständiger Taten herausstellt; denn gerade damit sei die Identität des geschichtlichen Vorkommnisses in Abrede gestellt. Es bedarf in solchen Fällen der beide Taten umfassenden Anklage. Ob dies der Sinn der schon erhobenen Anklage ist, sei durch Auslegung zu ermitteln.

Richtig ist, daß nicht jede realkonkurrierende Tat, auch wenn sie mit der angeklagten zusammenhängt, mit ins Verfahren gezogen werden darf. Mit den Sätzen jedoch, die beiden Taten müßten so ineinanderfließen, daß sie einen einheitlichen geschichtlichen Vorgang bildeten, ist weder da über etwas gesagt, wann dies der Fall ist, noch darüber, auf welchem Weg eine solche „Einheitlichkeit“ gegenüber einer „Vielfalt“ abzugrenzen ist. Es fehlt an einem Maßstab²⁶⁾. Daß der Unterschied nicht nach den Grenzen des sachlichen Rechts (Realkonkurrenz oder nicht) zu ziehen ist, deutet Beling selbst an²⁷⁾.

Aus der Fülle der in Schrifttum und Rechtsprechung hervorgehobenen Gesichtspunkte lassen sich folgende Gedankengänge herausheben:

a) Keine andere Tat als diejenige, worauf die Klage gerichtet ist, ist Gegenstand der Urteilsfindung.

b) Die angeklagte „Tat“ ist nicht gleich der Handlung nach sachlichem Strafrecht.

c) Maßstab für die „Tat“ im verfahrensrechtlichen Sinn ist ein bestimmter geschichtlicher Vorgang tatsächlicher Art ohne Rechtsbewertung.

Wie er sich aber nach Raum und Zeit abgrenzt und welche Wege zur Auffindung seiner Grenzen als Prozeßstoff führen, ist nicht geklärt.

Im folgenden soll der Versuch gemacht werden, die Begrenzungsmöglichkeiten aufzuzeigen, die der heutigen Auffassung und dem Sinn der Erneuerung des Strafverfahrens dienen. Die Untersuchung soll individualistische Einschläge auch im Gebiet des Strafprozesses ausschließen und innerhalb dieses Teilausschnitts den Weg zeigen, der an die Stelle

formal-mechanistischer Betrachtung quantitativer Denkformen qualitative Gedankengänge zu setzen vermag.

Die einschlägigen Vorschriften der StPD. erfüllen eine doppelte Aufgabe: einmal soll das Ziel des Verfahrens, die Erledigung des anhängigen Straffalles, klargestellt werden. Die Anklage soll erschöpft werden. So dienen diese Vorschriften der prozessualen Unspaltbarkeit der Strafsache. Über eine einheitliche Tat kann nicht nach einzelnen tatsächlichen Richtungen durch Urteil entschieden und gleichzeitig im übrigen ihre Erledigung einem späteren Verfahren vorbehalten werden²⁸⁾. — Sodann sollen die Vorschriften die Grenzen des Prozeßstoffs setzen und die Anklage auf abgezielte Lebensvorgänge isolieren. Die Vorschriften erfüllen demnach erschöpfende und abgrenzende Aufgaben.

Der Satz von der notwendigen Erschöpfung der Anklage gilt allerdings nicht uneingeschränkt. Er ist durchbrochen durch Vorschriften des Strafrechts und des Prozeßrechts. Die Verfolgbarkeit der Tat kann in rechtlicher Richtung beschränkt sein, neben dem Mangel des Strafantrags bei Antragsdelikten, die mit Offizialdelikten ideell konkurrieren, u. a. wegen mangelnder Gerichtsbarkeit, oder im Auslieferungszustand wegen der Beschränkung der Auslieferungszustand, oder wegen der Niederschlagung einer ideell konkurrierenden Straftat, schließlich beim Zusammentreffen nicht verjährter mit verjährter Taten²⁹⁾. — Es folgt hier aus der Unmöglichkeit, die Tat voll abzuurteilen, nicht, sie überhaupt nicht zu verfolgen, sondern es muß die Verfolgung auf die vom Hindernis freien Seiten beschränkt werden³⁰⁾. Sind sonach die Grenzen dieser Vorschriften festgelegt, so muß noch ihre Bedeutung im Rahmen des einzelnen Prozeßgegenstands erkannt werden.

Dem Wesen des Rechts als einer teils dem Sein, teils dem Sollen angehörenden kulturellen Erscheinungsform entspricht im Strafrecht eine doppelte Betrachtungsweise, die deskriptive und die normative, die ermittelnde und die wertende.

Im Bereich der Handlung muß aus der Fülle der einen Lebensvorgang begleitenden Umstände der zur Erfüllung des Tatbestands unmittelbar notwendige Sachverhalt ausgeschieden werden. Die Aufgabe der Erforschung des Sachverhalts besteht im Nachspüren der Ursachen, Anlässe, Bedingungen, die zur Erfüllung der Handlungsvorgänge führen, und der Art, Form, Modalität und Intensität der Ausführung. Aus dieser so herausgearbeiteten Handlungsreihe wird der zur Tatbestands Erfüllung unmittelbar führende Kreis ausgeschieden (erste normative Wertung)³¹⁾. — Erst dann wird er auf die Tatbeständigkeit untersucht. Denn die Tatbestände beschreiben keine „Handlung“ im natürlichen Sinn, sie stellen vielmehr das „Ergebnis menschlichen Verhaltens unter normative Gesichtspunkte³²⁾. Die Tatbestände selbst nötigen daher nach der ersten wertenden Abgrenzung zur neuen Wertung. Nach dieser Betrachtungsweise ist es denkbar, daß ein und dieselbe Handlung i. S. des § 73 StGB. von verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten aus sich von dem einen als eine Handlung, von dem anderen als

²³⁾ RG.: JW. 1927, 2711.

²⁴⁾ RGSt. 32, 57; 33, 405; 53, 50; 46, 363; 52, 270; 52, 190; 39, 353 (355); GoldbArch. 55, 231; RGSt. 62, 89, 90. Vgl. zum Ganzen Mattil, Prozessuale Trennbarkeit ideell konkurrierender Tatbestände zu § 153 StPD., JurRdsch. 1933, 25 ff. und Gabelert, Zur Frage der Anwendung des § 153 StPD. bei Tateinheit zwischen Offizialdelikten und Privatklagedelikten, JurRdsch. 1933, 42 ff.

²⁵⁾ Man muß (im Sinne von Sauer, Grundlagen des Prozeßrechts S. 190 II, 1a) das Objekt bestimmen, um untersuchen zu können, ob es den Anforderungen der Rechtsordnung genüge oder nicht; dabei muß aber die Rechtsordnung selbst wieder zur Untersuchung herangezogen werden; es wird also das, was man nach einem Maßstab messen will, an Hand des Maßstabs erst bestimmt. Vgl. auch Sauer S. 58, der Tatsachenfeststellung, Ermittlung des konkreten Rechtsfalles und Subsumtion der Tatsachen unter den Rechtsfall unterscheidet, sowie Beling, Lehre vom Verbrechen S. 20 f.

³¹⁾ Töten i. S. der §§ 211, 212 StGB. ist keine „Handlung“. Handlungen sind Erschießen, Erwürgen usw. Töten i. S. der §§ 211, 212 bedeutet vielmehr eine Wertung, unter der das menschliche Verhalten Erwürgen, Erschießen usw. zu „würdigen“ ist.

²³⁾ Strafprozeß § 61, III, VI und JW. 1917, 858³⁾.

²⁴⁾ Sei es nach ihrer Erscheinungsform: Täterschaft, Teilnahme, Vollenbung, Versuch — sei es nach der tatbestandlichen Subsumtion: Betrug statt Unterschlagung —, sei es nach der Seite tateinheitlichen Zusammentreffens: Urkundenfälschung und Betrug statt einfacher Urkundenfälschung nach § 267 StGB.

²⁵⁾ Anklage nur eines Teils der Handlungsreihe statt der ganzen Reihe.

²⁶⁾ Vgl. Detker: JW. 1929, 1080³²⁾.

²⁷⁾ Vgl. JW. 1917, 858³⁾; f. auch Honig, Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit S. 58 ff.; JW. 1925, 2475²⁾; RGSt. 32, 137 ff.: Der Prozeßstoff im Sinne der StPD. kann demnach verschiedene Prozeßgegenstände umfassen, und zwar ohne die verschiedenen Verbindungsmöglichkeiten nach §§ 2, 3, 4, 12, 13, 237 StPD. Vgl. Sauer, Grundlagen des Strafprozeßrechts S. 193 ff.

Mehrheit von Handlungen darstellt. Die Grenze zwischen Handlungseinheit und Mehrheit in solchen Fällen kann nur gefunden werden, wenn man sich auf den Standpunkt des Handelnden stellt und von hier aus seinen Willen betrachtet. Der Wille, durch eine Mehrheit von Willensbetätigungen eine bestimmte als Erfolg ins Auge gefaßte Einwirkung auf die Außenwelt zu erzielen, ergibt die Handlungseinheit in diesem Sinn. Ist hiervon auszugehen, so ergibt sich als Schlußfolgerung, daß für die Entscheidung die rechtliche Gestaltung der Tat außer Betracht bleibt. Diese grundsätzliche Anschauung ist aber nicht durchführbar, wenn es sich um eine fortgesetzte Straftat im technischen Sinn handelt; die Beziehung der Handlungen auf bestimmte Tatbestände ist unentbehrlich (vgl. RGSt. 33, 341; 62, 87; 44, 226).

Eine „Doppelbewertung“ schreibt das Gesetz selbst in gewissen Fällen vor. Hierauf hat erst die neuere Rechtsprechung hingewiesen. Gehört zum Tatbestand die Zufügung eines Nachteils, das Vorschubleisten³²⁾ oder das Versügen zum Nachteil des Auftraggebers³³⁾, so ist bei der Anwendung auf den Einzelfall zu prüfen, ob nicht dieselbe Handlung, die die Beeinträchtigung enthält, einen Vorteil mit sich bringt, durch den die Beeinträchtigung aufgehoben oder überwogen wird. Es kann sich so ein aus Einzelhandlungen bestehendes Verhalten bei natürlicher Betrachtung als äußere und innere Einheit darstellen. Es wäre unzulässig, aus diesem Gesamtverhalten bestimmte Einzelhandlungen willkürlich herauszugreifen und unabhängig von den anderen zu beurteilen. Hier ist vielmehr das Gesamtverhalten auf den Beeinträchtigungsgesamt zu prüfen, also auch darauf, ob nicht eine „compensatio lucri cum damno“ vorliegt³⁴⁾.

Diese Gedankengänge leiten von selbst über zur Bedeutung des materiellen Rechtswidrigkeitsinhalts der Handlung. Auch hier darf keine isolierende Betrachtungsweise eintreten. Wer formell einem Verbot zuwiderhandelt, durch das bestimmte Interessen geschützt werden sollen, handelt ihm sachlich gemäß, wenn seine Handlung eben diesen Interessen dienen soll und dient³⁵⁾.

Die beiden Betrachtungsweisen zeigen sich weiter in der Schuldlehre. Auch hier müssen zunächst deskriptiv die einzelnen Schuld-elemente festgestellt werden³⁶⁾. Solche Schuld-elemente sind z. B. die Freiheit im Gegensatz zu den Fällen der §§ 51, 52, 54 StGB.; die Voraussicht und das Wollen des Erfolgs beim Vorsatz; die Voraussicht und die Einwilligung in den möglicherweise eintretenden Erfolg beim bedingten Vorsatz; die Voraussicht und die Nichteinwilligung in den möglichen Erfolg bei der bewussten Fahrlässigkeit; die Voraussehbarkeit und die mangelnde Vorstellung des Erfolgs bei der unbewussten Fahrlässigkeit. Schon hier mischt sich eine Wertung ein: Für die Fahrlässigkeit tritt in der Rechtsprechung die Notwendigkeit des aus der Gesamtlage zu gewinnenden Werturteils klar zutage³⁷⁾. Hierzu tritt nach der Herauscheidung der Schuld-elemente ein weiterer wertender („normativer“) Gesichtspunkt: Von den verschiedenen Schuld-elementen können eines oder mehrere so geringfügig sein, die Vorwerfbarkeit (also ein Werturteil) kann so weit ausgeschlossen sein, daß das Gesamtverhalten in seinen Schuld-elementen gleich ± 0 wird. Die Schuld-elemente müssen also im Sinn der Strafmaßbetrachtung gewürdigt werden³⁸⁾.

Die Wege, die zur Abgrenzung der Tatidentität führen, sind durch die der Sachverhaltsanalyse dienenden Methoden gekennzeichnet. Sie grenzen zugleich den Umfang der Untersuchung im Verfahren im Verhältnis zu außerhalb der Reihe liegenden Lebensvorgängen ab. Hieraus folgt: Der Prozeß-

stoff, den die verschiedenen Behörden und Staatsorgane in den verschiedenen Phasen mit verschiedenen Mitteln sichten und werten, ist ideell stets der gleiche. Denkbar ist im Einzelfall nur eine Verschiebung des Akzents der Untersuchung:

a) Räumlich nach dem Begehungsort; zeitlich nach der für die Deliktseigenschaft entscheidenden Phase; intentional nach der Erscheinungsform der Straftat³⁹⁾.

b) Nach Anlässen, Ursachen, Bedingungen; Zielen, Zwecken, Erfolgen; nach der Seite der Motive und der Absichten⁴⁰⁾.

c) Nach der Seite der Schuldarten⁴¹⁾.

d) Nach der Frage des Zusammentreffens strafbarer Handlungen. Hier bieten die Fälle akteinheitlichen Zusammenfalls keine Schwierigkeiten⁴²⁾. Es gehören hierher aber auch die Fälle nichtakteinheitlichen Zusammentreffens: Die strafbare Handlung kann zum Teil mit der ursprünglich als strafereblich allein angenommenen Tat so zusammenfallen, daß ein Teil gleichzeitig dem Tatbestand mehrerer Gesetze angehört⁴³⁾. Die als Schuldverwirklichungsraum abgesteckte Handlungsreihe kann sich vergrößern⁴⁴⁾.

e) Nach der Seite der rechtlichen Wertung der bereits angeklagten Handlungsreihe. Die juristische Einheit der Handlungsreihe (Fortsetzungstat) kann sich in selbständige Handlungen auflösen. Die Selbständigkeit der Handlungen kann in eine Fortsetzungstat oder in ein Kollektivdelikt aufgehen⁴⁵⁾.

f) Nach der Seite der rechtlichen Beurteilung des gleichen Sachverhalts. Ein Tatbestandsmerkmal wird Begleitumstand und umgekehrt⁴⁶⁾.

g) Nach der Seite der Frage der natürlichen Handlungseinheit. Der als eine Handlung aufgefaßte Sachverhalt der Anklage zerfällt in mehrere selbständige Straftaten⁴⁷⁾.

Schließlich bedarf das prozessuale Verhältnis der Straftaten des § 139 StGB. zu den dort unter Strafe gestellten Verbrechen der Betrachtung. Tatgleichheit liegt auch vor, wenn die Unterlassung der Anzeige des Verbrechens statt Teilnahme daran angenommen wird. Das gleiche gilt umgekehrt⁴⁸⁾. Jede unter dem Gesichtspunkt des § 139 StGB. eingeleitete Untersuchung muß prüfen, ob der Beschuldigte zu dem nicht zur Anzeige verpflichteten Personenkreis der als Täter, Mittäter, Anstifter oder Gehilfen in Frage kommenden Personen gehört. Denn die Tat muß für den, von dem die Anzeige verlangt wird, fremd sein. Die Untersuchung muß daher sogar die Frage umfassen, ob der Beschuldigte sich nicht an der Verabredung eines Verbrechens beteiligt habe,

³⁹⁾ Löwe-Rosenberg § 264, 2, 3a.

⁴⁰⁾ Löwe-Rosenberg § 264, 3c.

⁴¹⁾ Die Schuldbildung kann wichtige zeitliche Verschiedenheiten ergeben; vorsätzliches Verschulden ist mit dem Bewußtsein der Verwirklichung der äußeren Tatumstände gegeben (RGSt. 53, 81). Diese Schuldbildung muß z. B. der Begehung vorhanden sein. Der entscheidende Zeitpunkt der Vorwerfbarkeit bei der Fahrlässigkeit kann weiter zurückliegen (schlechte Ausbildung). Der Vorsatz setzt eine unmittelbare Beziehung zum Erfolg voraus; bei der Fahrlässigkeit wird aus dem eingetretenen Erfolg auf einen seinem Eintritt u. U. weit vorausgegangene seelische Haltung des Täters geschlossen, die sich z. B. der Tat in einer Minderbewertung von Rechtsgütern äußert. Vgl. RGSt. 5, 250; Löwe-Rosenberg § 264 R. 3a a. E.; Decker: JW. 1929, 1080³²⁾.

⁴²⁾ Die Notzucht an der eigenen verheirateten Tochter ist in der Anklage unter dem Gesichtspunkt des § 177 StGB. gewürdigt, in der Hauptverhandlung wird die Tat richtig auch als Verbrechen nach § 173 und als Vergehen nach § 172 erkannt.

⁴³⁾ Z. B. die Täuschung beim Betrug liegt in der Vorlage einer gefälschten Urkunde: Tateinheit nach §§ 263, 267, 268 StGB.

⁴⁴⁾ Z. B. das „entscheidende“ Gewicht wird nicht mehr auf die Unterlassung von Warnungszeichen bei Ausführung einer Kraftfahrzeugfahrt gelegt, sondern auf die Fahrt in ihrer Gesamtheit. Während dieser Fahrt wird ein Haltezeichen nicht beachtet. Vgl. Müller, Deutsches Autoredt S. 430; BanDobW.; DRZ. 1932 Nr. 293 (Beilage).

⁴⁵⁾ RGSt. 61, 314, 399; 62, 130; Löwe-Rosenberg § 264, 3a Abs. 2 und 3a.

⁴⁶⁾ Löwe-Rosenberg § 264, 3a Abs. 2.

⁴⁷⁾ RGSt. 61, 314.

⁴⁸⁾ Vgl. Decker: JW. 1929, 1080³²⁾. Abn. Anf. Binding, Strafrpr. Abh. S. 334.

³²⁾ Vgl. § 89 StGB. a. F.

³³⁾ Vgl. § 266 I 2 StGB. a. F.

³⁴⁾ RG.: Redt 1928 Nr. 2617; JW. 1932, 408¹¹⁾; RGSt. 61, 228, 174; JW. 1928, 2984; DpZ. Komm. z. StGB. § 89, 5; § 266, 16, 21.

³⁵⁾ Frank, StGB. § 89, II 2; Graf Dohna: DZ. 1925, 146; v. Weber: Festgabe zum 50jährigen Bestehen des RG., Bd. V S. 199; Mezger: GerS. 89, 249; ferner Heinig, Materielle Rechtswidrigkeit S. 46.

³⁶⁾ Vgl. Mezger, Subjektivismus und Objektivismus in der Strafr. Spr. des RG., Festschrift zum 50jährigen Bestehen des RG., Bd. V S. 22 ff.; Erik Wolf, Strafr. Schuldlehre I S. 148 ff.

³⁷⁾ RGSt. 56, 349; 57, 172 ff.; 36, 28; 50, 417; 58, 30.

³⁸⁾ Vgl. Mattil: ZurRdsch. 1933, 25 ff.

dann aber zurückgetreten sei⁴⁹). Auch die Abgrenzung der Täterschaft von der negativen Beihilfe zu den in § 139 bezeichneten Verbrechen gehört hierher. Denn die negative Beihilfe kann⁵⁰) sich in der Unterlassung der Anzeige erschöpfen, wenn sie für den Verbrechenserfolg ursächlich war und der die Anzeige Unterlassende von der Vorstellung des Zusammenhangs und von dem Willen, hierdurch die Tat selbst zu fördern, geleitet war. Es handelt sich hier um die aus der Subsidiarität des § 139 sich ergebende notwendige Feststellung der Nichtbeteiligung an den dort genannten Verbrechen selbst. Dies ist ein Bestandteil des Prozeßstoffes nach der Tatbestandsseite. Stellt sich die Unterlassung der Anzeige als negative Beihilfe zum Verbrechen dar, so handelt es sich, ohne daß Sachverhaltssteile ausgeschieden, erweitert oder ausgetauscht werden, um eine Änderung der Schuld festgestellt. Die Gleichheit des Prozeßgegenstands wird aber hiervon nicht berührt. — Wird umgekehrt jemand der Beteiligung an einem der im § 139 genannten Verbrechen bezichtigt, so schließt diese Beschuldigung notwendig die Behauptung ein, der Täter habe um das, was beabsichtigt gewesen sei, gewußt. Dieses Wissen aber erfüllt ein Tatbestandsmerkmal des § 139⁵¹). Die Identität des Prozeßgegenstands zeigt sich darin, daß lediglich ein Sachverhaltsstück mit einem anderen (der Nichtanzeige) zur neuen Einheit verschmolzen wird, während die bisherige Deutung des Sachverhalts (Förderung des Verbrechens des Mords usw.) entfällt. Gegenstand der Untersuchung ist die strafrechtliche Beziehung einer bestimmten Person zu einem bestimmten Delikt. In welchem Zeitpunkt, nach welcher Tätigkeit oder Unterlassung, in welcher Schuld sich diese Beziehung darstellt, muß die Untersuchung erst ergeben. Wie es nach der negativen Seite Voraussetzung der Verurteilung aus § 139 StGB. ist, daß der Beschuldigte einer der dort bezeichneten Straftaten fremd gegenüberstand, ist es positive Voraussetzung, daß er um das Verbrechen gewußt und in dieser Kenntnis die Anzeige unterlassen hat⁵²). Auf die bestrittene Struktur des § 139 braucht dabei nicht zurückgegriffen zu werden⁵³).

⁴⁹) RGSt. 3, 3; PrvKomm. § 139, 5a; Frank, StGB. § 139, VII, 2.

⁵⁰) Vgl. Frank § 139 StGB., VIII.

⁵¹) Das weitere Merkmal, daß das Wissen zu einer Zeit vorhanden war, als die Verhütung des Verbrechens möglich war, stellt nur eine Modalität des Wissens in zeitlicher Richtung dar. Vgl. RGSt. 14, 78; 28, 12.

⁵²) Vgl. Binding a. a. O. S. 334.

⁵³) Vgl. JW. 1926, 820 1.

Was von § 139 StGB. gilt, greift auch in den Fällen des § 13 SprengStG. v. 9. Juni 1884, des § 9 des Gef. gegen den Verrat militärischer Geheimnisse v. 3. Juni 1914 Platz, und es galt von § 5 RepSchG.⁵⁴).

Alle diese Fälle werden durch die anfangs dargelegten Betrachtungen über den Umfang des Prozeßgegenstands und über die Wege zur Erforschung des Sachverhalts gedeckt. Es treten entweder Erweiterungen des gleichen Sachverhalts auf, die seither noch nicht ermittelt waren (e und g). Oder Sachverhaltssteile werden ausgetauscht (f). Oder zunächst nicht tatbestandliche Sachverhaltssteile werden tatbestandlich (h und d). Oder Schuldsteile oder Sachverhaltssteile stellen sich tatsächlich oder rechtlich anders dar, als ursprünglich angenommen worden war (c, a, d).

Wird statt Einheitsstat oder Tateinheit sachliches Zusammenreffen von Straftaten angenommen, so tritt ein Bruch in dem Sachverhalt der Anklage ein. Wird statt der Einheitsstat Tateinheit angenommen, so tritt bei Einaktigkeit der Handlung zufolge der nunmehr angenommenen Mehrheit der Rechtsgüterverletzungen eine Doppel- oder Mehrbewertung des Unrechtswerts der Handlung ein. Bei Mehraktigkeit der Handlungen tritt eine Sachverhaltserweiterung in Verbindung mit einer Mehrbewertung des Unrechtswerts ein. Wird im Fall der Gesetzeskonkurrenz bei Einaktigkeit der Handlung die lex primaria, subsidiaria oder alternativa angenommen an Stelle des zunächst vorausgesetzten jeweils „anderen“ Gesetzes, so erfolgt bei Gleichheit des Sachverhalts eine Wertverschiebung: Der Untersuchungsakzent verschiebt sich von der lex primaria zur lex subsidiaria usw. In den Fällen einer zwei- oder mehraktigen Einheitshandlung tritt eine Sachverhaltsverschiebung bei Teilidentität des Sachverhalts ein in Verbindung mit einer Wertakzentverlagerung. Die Rechtsprechung des RG. hat mehr und mehr in der Richtung gearbeitet, mit Hilfe der den praktischen Bedürfnissen gerecht werdenden Auffassung des Prozeßgegenstands aus dem engen Rahmen herauszukommen, den die Binding'sche Auffassung zog. Die Entscheidung der Vereinigten Strafsenate v. 2. Mai 1934 (JW. 1934, 2049 ff.) hat diese Entwicklung zu einem Abschluß gebracht. Das rechtliche „Bild der Tat“ wird so auch im Strafverfahren der lebendigen Vielgestaltigkeit seiner Erscheinungen gerecht.

⁵⁴) Anders in den Fällen des § 6 WD. gegen den Verrat am deutschen Volk und hochverräterische Umtriebe v. 28. Febr. 1933 (RGBl. I, 85 ff.). Vgl. Gelbert: JW. 1933, 2107 ff.

Der Lehrling im Konkurs und gerichtlichen Vergleichsverfahren des Lehrherrn

Von Referendar Dr. Oskar Krauß, Nürnberg

Wenn ein Geschäft oder Betrieb einem von außen hereinbrechenden Ereignis, einer Wirtschaftskrise oder sonst störenden Einflüssen nicht mehr standhalten kann, so offenbart sich das in aller Regel in einer der drei folgenden Erscheinungsformen:

Betriebsstilllegung, Konkurs oder gerichtliches Vergleichsverfahren des Betriebsinhabers.

Dabei kann die Einstellung des Betriebes eine nur vorübergehende sein oder sich auch als dauernde darstellen.

In all diesen Fällen wird dann neben anderem auch problematisch, was mit dem vom Lehrherrn eingegangenen Lehrverträgen geschehen soll, ob sie unkündbar weiterbestehen, ob sie ipso iure der Auflösung verfallen oder ob sie durch einseitige Parteierklärung sollen gelöst werden können, ob im letzteren Falle Schadenersatzansprüche bestehen oder nicht usw.

Was die dauernde BetriebsEinstellung und deren Einwirkung auf die zur Zeit ihres Eintritts vorhandenen Lehrverträge anlangt, so haben wir in der Hinsicht eine langjährige, stetige, allerdings vielumstrittene Rechtsprechung des ArbG., aufgebaut auf dem modernen arbeitsrechtlichen Ge-

danken einer sozialen Betriebsgemeinschaft zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.

Danach sei der Lehrherr — ohne die vereinbarte Vergütung bis zum Ablauf der eigentlichen Vertragszeit oder sonst eine Entschädigung bezahlen zu müssen — das Lehrverhältnis dann zu lösen berechtigt, wenn durch ein von außen auf den Betrieb hereinbrechendes, unvorhergesehenes und unberechenbares, vom Betriebsführer nicht selbstverschuldetes Ereignis derart auf den Betrieb eingewirkt wird, daß er in seinem Bestande gefährdet, ja sogar vernichtet, und seine Stilllegung notwendig gemacht wird. Insofern treffe die Arbeitnehmerhaft in ihrer Gesamtheit, die Erfolgshaft — und dazu gehörten ja auch die Lehrlinge — wegen der Verbundenheit zu ihrem Betriebe das Risiko. Das gelte für den kaufmännischen Lehrling in gleicher Weise wie für den gewerblichen.

Dagegen dürfe der Lehrherr dann die Lehrverträge nicht kündigen und sei demzufolge zur Bezahlung der Vergütung bis zum Ablauf der vereinbarten Vertragszeit verpflichtet, wenn die BetriebsEinstellung irgendwie auf seinem Verschulden

beruhe. Dies sei insbes. der Fall, wenn der Betrieb eingestellt werden mußte infolge fehlerhafter Dispositionen oder allgemein unrichtiger Führung des Betriebes¹⁾.

Es wird also grundsätzlich die entschädigungslose Auflösung der Lehrverträge bei der vom Lehrherrn nicht verursachten, z. B. durch Wirtschaftskrise verursachten Einstellung des Betriebes bejaht. Eine Einschränkung wird aber insoweit gemacht, als man dem Lehrherrn die Pflicht auferlegt, bei eigener Beschäftigungsmöglichkeit für eine anderweitige Unterbringung des Lehrlings in einem fremden oder anderen eigenen Betrieb nach besten Kräften zu sorgen. Diese Pflicht des Lehrherrn sei abzuleiten aus der nun einmal übernommenen Pflicht zur Ausbildung des Lehrlings, insbesondere aus der dem Lehrherrn obliegenden Fürsorgepflicht.

Es ist offensichtlich, daß die auf dem Betriebsgemeinschaftsgedanken aufgebaute bisherige Rechtsprechung des *NRrbG.* heute nur Billigung erfahren kann; ja man wird es gerade als erfreulich bezeichnen, daß schon ehemals der Gedanke einer „sozialen Betriebsverbundenheit“ in der obersten deutschen Rechtsprechung Eingang und Beachtung gefunden hat.

Wir dürfen also die Lösung, die vom *NRrbG.* in stetiger Rechtsprechung für den Fall der Betriebsstilllegung gefunden worden ist, als durchaus befriedigend und dem Ideengut des neuen Staates entsprechend hinnehmen.

Hueck und Stoll (Deutsches Arbeitsrecht 1, 111 und 2, 253) billigen zwar nicht die Anwendung der Betriebsrisikogrundsätze für die Lehrlinge bei Betriebsstilllegung, kommen aber doch im ganzen zu dem gleichen Ergebnis wie das *NRrbG.*, wenn auch auf anderem Wege. Unter wesentlicher Billigung des Ergebnisses glaubt Hueck, „es handle sich lediglich darum, das erzielte Ergebnis besser zu begründen“. Hueck nimmt dabei seinen Ausgangspunkt von der sog. Clausula rebus sic stantibus — bekanntlich ist die Geltung der Clausula überhaupt und insbes. der Umfang ihrer Wirkung außerordentlich bestritten! — Beide erkennen bei unverschuldeten, infolge von außergewöhnlichen Ereignissen eingetretener Betriebsstilllegung die Möglichkeit einer fristlosen Entlassung des Lehrlings — also ohne jede Weiterentrichtung der Vergütung — an (1, 112 oben; 2, 256 4c und 255 2b). Sie nehmen insoweit unter analoger Anwendung und entsprechender Erweiterung des § 626 *BGB.* (bei Zuhilfenahme der Clausula rebus sic stantibus) einen wichtigen Grund fristloser Kündigung auch für den Lehrling an.

Es handelt sich, wie gesagt, lediglich um eine verschiedene Begründung, auf die im Rahmen dieser Arbeit nicht näher eingegangen werden soll. Im ganzen sind es doch die gleichen Fälle, in denen bei erfolgter unverschuldeter Betriebsstilllegung *NRrbG.*, sowie Hueck und Stoll die entschädigungslose fristlose Entlassung der Lehrlinge zulassen.

Im folgenden sei zu den beiden Fällen des Konkurses und des gerichtlichen Vergleichsverfahrens des Lehrherrn und zu deren Einwirken auf den Bestand der vorhandenen Lehrverträge Stellung genommen.

I. Konkurs

Wie steht es mit der Lösbarkeit der Lehrverträge bei Konkurs des Lehrherrn?

Man möchte vielleicht sagen, daß, wenn schon die Betriebsstilllegung als solche die Möglichkeit einer Auflösung des Lehrvertrages gibt, dies doch dann erst recht beim Konkurs als dem augenscheinlichsten Fall wirtschaftlichen Zusammenbruchs einer Existenz der Fall sein müßte. Demgegenüber ist zu sagen, daß der Konkurs nicht notwendig eine BetriebsEinstellung zur Folge hat, sondern daß der Betrieb auch weiterlaufen kann, daß weiterhin beim Konkurs vor allem die Frage im Vordergrund steht, ob nicht bereits die positiven rechtlichen Bestimmungen der *KD.*, die ja das Verfahren zur Abwicklung des Konkurses und die Einwirkung des Konkurses auf bestehende Vertragsverhältnisse einer Regelung unterzieht, eine einseitige Aufhebung des Lehrverhältnisses rechtfertigen. Vorweg festzustellen ist, ob nicht nach den Bestimmungen

der Reichsgewerbeordnung oder des *HGB.* in der Eröffnung des Konkursverfahrens ein Grund zu fristloser Lösung eines bestehenden Lehrvertrages — nur eine solche kommt ja beim Lehrverhältnis in Betracht — liegt. Hiervon ausgehend ist zu sagen:

Die Reichsgewerbeordnung, die in ihren §§ 123, 127 b die Entlassungsgründe für den Lehrherrn erschöpfend aufzählt, nicht nur beispielsweise, läßt den Konkurs als Grund zur fristlosen Kündigung unerwähnt, sieht also eine fristlose Kündigung aus Anlaß des Konkurses nicht vor.

Das *HGB.*, das einen Grund zur fristlosen Kündigung ausdrücklich für den Fall des Konkurses auch nicht kennt, sieht in seinem 7. Abschnitt — §§ 77, 70 — eine fristlose Kündigung des Handlungslehrlings beim Vorliegen eines wichtigen Grundes vor. Es fragt sich nun, ob bei der Eröffnung eines Konkursverfahrens von dem Vorhandensein eines wichtigen Grundes i. S. dieser Bestimmungen gesprochen werden kann. Staub²⁾ und Tietze³⁾ nehmen ein derartiges Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde an, die herrschende Meinung jedoch, insbes. Hueck⁴⁾, Raschel-Dersch⁵⁾, Baumbach⁶⁾ widersetzt sich einer solchen Annahme. Keinesfalls käme ja eine solche Kündigungsmöglichkeit wegen Vorliegens eines wichtigen Grundes für gewerbliche Lehrlinge in Frage.

In Anbetracht dessen ist die Kernfrage die, ob der § 22 *KD.*, der in weitem Umfange die Möglichkeit einer beiderseitigen Kündigung von Dienstverhältnissen zwischen dem Gantschuldner und einem Dritten vorsieht, auch auf Lehrverträge seinem ganzen Charakter nach zur Anwendung gebracht werden kann.

§ 22 *KD.* lautet in seinem ersten Absatz: „Ein in dem Haushaltswirtschaftsbetriebe oder Erwerbsgeschäfte des Gemeinschuldners angetretenes Dienstverhältnis kann von jedem Teile gekündigt werden. Die Kündigungsfrist ist, falls nicht eine kürzere Frist bedungen war, die gesetzliche.“

Zweifeln kann man an der Anwendbarkeit des § 22 *KD.* auch auf Lehrverhältnisse vor allem deshalb, weil es doch immerhin bestritten ist, ob auch der Lehrvertrag als Dienstvertrag bezeichnet werden kann; weiterhin könnte man an ein Scheitern der Anwendbarkeit des § 22 *KD.* auch auf die vom Lehrherrn eingegangenen Lehrverträge deswegen denken, weil in § 22 *KD.* von einer bestimmten Kündigungsfrist die Rede ist, das Lehrverhältnis aber doch von Natur aus auf bestimmte Dauer unföndbar abgeschlossen ist und eine gesetzliche Kündigungsfrist nicht kennt.

Bei einem Blick in die zu dem Problem der Einwirkung des Konkurses auf Lehrverträge stellungnehmende Literatur und in die mit der Frage befaßte Rechtsprechung zeigt es sich, daß in der Tat eine Übereinstimmung zu vermissen ist. Sind auch die in der Literatur vorherrschende Meinung und die höchstrichterliche Rechtsprechung des *NRrbG.* neuerdings einig in der Bejahung der Anwendbarkeit des § 22 *KD.* an sich, so finden sich doch auch neben Vertretern in der Wissenschaft in diesem Zusammenhange recht beachtliche Entscheidungen aus der Praxis, hauptsächlich seitens der *VRrbG.*, die dem widersprechen. Eine Richtung entscheidet sich auch für eine nur teilweise Anwendung des § 22 *KD.* unter Vermengung mit anderen Grundsätzen.

Im Schrifttum sind es vor allem Jäger, Mengel, Hueck-Nipperdey, Warneher, Düringer-Hachenburg⁷⁾, die auch auf den Lehrvertrag den § 22 *KD.* angewendet wissen wollen, da eben das begonnene Lehrverhältnis auch „ein im Erwerbsgeschäfte des Gemeinschuldners angetretenes Dienstverhältnis“ sei. Sie befürworten demnach die Möglichkeit einer jederzeitigen beiderseitigen Kündigungsmöglichkeit bei Konkurs des Lehrherrn unter dem Gesichtspunkte des § 22 *KD.*

²⁾ *HGB.* § 77 Anm. 7.

³⁾ Das Recht des kaufmännischen Personals S. 885.

⁴⁾ Lehrbuch v. Hueck-Nipperdey Bd. 1 S. 356.

⁵⁾ Raschel-Dersch Bd. 1 S. 254.

⁶⁾ Handkommentar z. *HGB.*, Anm. C zu § 70.

⁷⁾ Anm. zu § 22 *KD.*; Anm. 2b zu § 22 *KD.*; Lehrb. § 68 II A S. 356; Handkomm. z. *KD.*, Anm. zu § 22; *HGB.*, Komm., Anm. 8 zu § 77.

¹⁾ *NRrbG.* 7, 31; 11 = *BenzSamml.* 15, 331, 335; *NRrbG.* 12, 362.

Das *UrbG.* hatte, wie gesagt, des öfteren Gelegenheit, zu dem Problem Stellung zu nehmen. Während es in seiner Entscheidung v. 10. Juni 1931 die Frage der Lösbarkeit von Lehrverträgen unter Berufung auf § 22 *R.D.* noch offen ließ, hält es in seinen zwei in dieser Hinsicht maßgebenden Urteilen v. 13. Juni 1931⁸⁾ und v. 27. Febr. 1932⁹⁾ daran fest, daß der Konkursverwalter die bestehenden Lehrverhältnisse fristlos lösen kann.

Von denen, die die Lösbarkeit des Lehrvertrages bei Konkurs des Lehrherrn prinzipiell bejahen, wird zur Begründung übereinstimmend ausgeführt, daß man nur bei Anwendung des § 22 *R.D.*, auch auf Lehrverhältnisse dem Sinn und Zweck des § 22 *R.D.*, dem Wortlaut und der Bedeutung der Bestimmung, insbes. auch ihrer geschichtlichen Entstehung gerecht werde. Vor allem sei eine Anwendung des § 17 *R.D.* nicht geboten. Wenn § 22 *R.D.* den Satz aufstelle, daß alle im Haushalte, Wirtschaftsbetriebe oder Erwerbsgeschäfte des Gemeinshuldners angetretenen Dienstverhältnisse von jedem Teile gekündigt werden könnten, so fielen nach durchaus herrschender Auffassung auch die Lehrverträge unter den Begriff des „Dienst- und Arbeitsvertrages“. Ein Grund, der gegen die Anwendung des § 22 auf Lehrverhältnisse spreche, sei nicht ersichtlich. Auch erforderten die Parteiinteressen in aller Regel eine beiderseitige fortlaufende Kündigungsmöglichkeit. § 22 *R.D.* sei also ohne weiteres auf Lehrverträge anwendbar. Entschiede man sich für die Lösbarkeit des Lehrvertrages, so bereite weiterhin namentlich die Frage Schwierigkeiten, zu welchem Zeitpunkt das Lehrverhältnis gelöst werden könne. Dies vor allem wegen des Wortlautes des Satzes 2 von Abs. 1 zu § 22. Hier sei die Rede von einer „gesetzlichen Kündigungsfrist“. Nun bestehe aber beim Lehrvertrage gerade die Besonderheit, daß es ihm an einer allgemeinen fristmäßigen Kündigungsmöglichkeit gebreche, vielmehr eine vorzeitige Lösung nur in sehr beschränktem Maße als fristlos möglich sei. Es gehe aber aus den Gesetzesentwürfen eindeutig hervor, daß der Gesetzgeber keinesfalls deswegen den Lehrvertrag von § 22 ausschließen wollte, weil für ihn eine gesetzliche Kündigungsmöglichkeit in diesem Sinne nicht gegeben war. Vielmehr sei der Gesetzgeber nur von der Voraussetzung ausgegangen, daß für alle Dienstverhältnisse an sich gesetzliche Kündigungsfristen vorgesehen seien. Nun habe sich aber diese Annahme als nicht richtig erwiesen, da sich infolge der weiteren Entwicklung der arbeitsrechtlichen Verhältnisse eben im Lehrvertrage ein dienst- und arbeitsvertragliches Rechtsverhältnis herausgebildet habe, das eine fristgemäße Kündigung nicht zulasse. Dem Zweck des Gesetzes entsprechend könne in sinngemäßer Anwendung des § 22 *R.D.* i. Verb. m. § 70, 77 *HGB.* und §§ 123 ff., 127 b *RGewD.* nur eine fristlose Lösung Platz greifen. Die nach § 22 *R.D.* statthafte Kündigung „mit gesetzlicher Kündigungsfrist“ könne im Falle des Lehrvertrages nicht anders als fristlos sein. Kieso will die fristlose Kündigung des Lehrvertrages bei Konkurs damit rechtfertigen, daß er beim Lehrvertrage in der fristlosen Kündigung die „gesetzliche Kündigungsfrist“ i. S. des § 22 *R.D.* sieht.

Nach anfänglich ablehnender Haltung anerkennt nunmehr das *UrbG.*¹⁰⁾ und ein großer Teil der *UrbG.* für den Fall einer solchen fristlosen Kündigung seitens des Konkursverwalters einen Schadenersatzanspruch des Lehrlings als nichtbevorrechtigte Konkursforderung. Gem. § 22 Abs. 2 *R.D.* könne der Lehrling Ersatz des ihm durch die vorzeitige Vertragsauflösung entstandenen Schadens — bestehend im Ausfall des Kostgeldes und späterer Beendigung der Lehre — in jedem Falle fordern.

Einen anderen Standpunkt nimmt *Landmann*¹¹⁾ ein. Nach ihm kann der Konkursverwalter des lehrherrlichen Vermögens nicht ohne weiteres in allen Fällen unter Berufung auf § 22 *R.D.* das Lehrverhältnis fristlos kündigen. Vielmehr sei es nach den Umständen des einzelnen Falles zu beurteilen, ob bei Konkurs gekündigt werden könne. *Landmann* scheint

dabei darauf abzustellen, ob der Lehrherr seinerseits durch die Eröffnung des Konkurses über sein Vermögen unfähig zur Ausbildung i. S. der Ziff. 2 des § 127 b *RGewD.* wird. Je nachdem habe er die Möglichkeit, das Lehrverhältnis aufzulösen oder nicht.

Von anderer Seite wieder wird festgestellt, die Frage der Auflösungsmöglichkeit des Lehrverhältnisses im Falle des Konkurses könne und dürfe überhaupt nicht unter dem Gesichtspunkte des § 22 *R.D.* gelöst werden. § 22 *R.D.* sei auf Lehrverträge keinesfalls anwendbar. Er setze ein gesetzliches Kündigungsrecht mit Frist voraus, welches dem Lehrvertrage fremd sei. So gipfelt die Grundanschauung *Frankel*¹²⁾ in der ausschließlichen Verneinung der Anwendbarkeit des § 22 *R.D.* auf Lehrlinge und damit in der Feststellung völliger Einflußlosigkeit des Konkurses des Lehrherrn auf den Lehrvertrag. Die fristlose Entlassung der Lehrlinge beim Konkurs des Lehrherrn entspreche gerade nicht den Zwecken des Gesetzes. § 22 *R.D.* wolle ja den Arbeitnehmer davor schützen, daß er von heute auf morgen seiner Arbeitsstelle beraubt werde, also fristlos entlassen werde. Dieser Zweck des Gesetzes werde in sein gerades Gegenteil verkehrt, wollte man aus dem Umstande, daß ein Vertragsverhältnis untüchtig sei, folgern, daß es fristlos gekündigt werden könne. Der Konkurs des Lehrherrn lasse vielmehr das Lehrverhältnis unberührt.

Diesem Gedanken hat sich besonders das *UrbG.* Chemnitz in seiner Entscheidung v. 18. Nov. 1930¹³⁾ angeschlossen. Beachtlich ist dabei, daß das *UrbG.* hinsichtlich der Frage der Lösbarkeit des Lehrvertrages bei Konkurs des Lehrherrn die Anwendbarkeit der Grundsätze über die Tragung der Betriebsgefahr feststellt und die Frage demzufolge unter dem Gesichtspunkte des § 242 *BGB.* zu lösen versucht. Es läßt also eine fristlose Kündigung des Verhältnisses von vornherein unter Berufung auf § 22 *R.D.* nicht zu, kommt aber im Rahmen der reichsarbeitsgerichtlichen Betriebsrisikolehre im einzelnen Falle zur Bejahung der Auflösungsmöglichkeit.

Verneint wird die Anwendbarkeit des § 22 *R.D.* auf Lehrverträge auch vom *UrbG.* Berlin in seinem Urteil vom 25. Juni 1931.

Eine Minderheit bestreitet zwar nicht, daß der Lehrvertrag als Dienstvertrag dem § 22 *R.D.* unterfalle, mithin auch einem Lehrling durch den Konkursverwalter nach § 22 gekündigt werden könne; jedoch will sie in analoger Anwendung die Kündigungsfristen für Handlungsgehilfen und Gesellen — da doch von einer Kündigungsfrist die Rede sei — auch für die Kündigung des Lehrvertrages nach § 22 heranziehen. Es sei z. B. gem. § 66 *HGB.* die für den Handlungsgehilfen bestimmte Frist von sechs Wochen auch dem Lehrling bei einer Kündigung nach § 22 einzuräumen. In diesem Sinne insbes. *Erdel* und *Staub*.

In der Praxis hat sich dieser Auffassung angeschlossen das *UrbG.* Darmstadt in einer Entscheidung aus dem Jahre 1931¹⁴⁾ und das *UrbG.* Magdeburg¹⁵⁾.

Wie aber § 66 *HGB.* angezogen werden kann, ist unersichtlich, da doch in § 76 *HGB.* ausdrücklich diejenigen für die kaufmännischen Gehilfen geltenden Vorschriften, die auch für Handlungslehrlinge Anwendung finden sollen, aufgezählt sind und § 66 dabei keinerlei Erwähnung findet.

Ganz vereinzelt wird sogar auch die Ansicht vertreten, daß der Konkurs des Lehrherrn das Lehrverhältnis von selbst, also ipso iure beende¹⁶⁾. Diese Ansicht findet aber im geltenden Recht keinen Rückhalt.

Man wird sich hinsichtlich der Auflösbarkeit des Lehrvertrages folgendermaßen zu entscheiden haben:

Mit Recht erblickt die durchaus herrschende Meinung in dem Lehrvertrage trotz der ihm eigenen Besonderheiten — Ausbildungs-, Erziehungs- und Unterweisungspflicht, Fürsorgepflicht und Treuepflicht — einen Dienstvertrag sowohl als auch einen Arbeitsvertrag. Tatsächlich erfüllt der Lehrvertrag alle Erfordernisse des Dienstvertrages, wenn auch seine

⁸⁾ *UrbG.* 9, 32 ff.

⁹⁾ *UrbRpr.* 1932, 213.

¹⁰⁾ *BenzhSamml.* 15, 339, Ur. v. 28. Mai 1932; *UrbRpr.* 1931, Ur. v. 10. Juni 1931.

¹¹⁾ *Landmann-Rohmer*, Anm. 4 zu § 127 b S. 454.

¹²⁾ *UrbRpr.* 1930, 69.

¹³⁾ *UrbRpr.* 1931, 110.

¹⁴⁾ *BenzhSamml.* 14, 1 ff.

¹⁵⁾ *BenzhSamml.* 8, 68.

¹⁶⁾ *Ritter*, Komm. a. a. D.

stark personenrechtlichen Einschläge nicht verkannt werden dürfen und er wegen dieser seiner stark personenrechtlichen Elemente und Bindungen in mancherlei Hinsicht eine Sonderbehandlung erforderlich macht. Auch der Lehrvertrag hat die Leistung von Diensten auf der einen Seite — der Lehrling ist zur Leistung von Diensten verpflichtet — und die Zahlung einer Vergütung auf der anderen Seite zum Gegenstand. Die „Vergütung“ braucht dabei nicht notwendig in Geld zu stehen, sie kann auch in irgendwelchen anderen Leistungen, wie hier der Ausbildungs- und Unterweisungstätigkeit des Lehrherrn bestehen. Es unterliegt also keinen Bedenken, wenn man den Lehrvertrag ebenfalls als Dienstvertrag i. S. des Gesetzes betrachtet und ihn in die Reihe der dem § 22 R.D. unterfallenden Vertragsverhältnisse eingliedert. Danach besteht wohl grundsätzlich beiderseitige Kündigungsmöglichkeit bei Konkurs des Lehrherrn. Jedenfalls darf nicht daraus die Unkündbarkeit von Lehrverträgen gefolgert werden, daß § 22 R.D. von einer Kündigungsfrist spricht. Vielmehr ist auch insoweit der überwiegenden Meinung zuzustimmen, daß im Hinblick auf den Willen des Gesetzgebers, der für alle Dienstverträge bei Konkurs des Dienstherrn ein Kündigungsrecht schaffen wollte, und mit Rücksicht auf den Zweck des Gesetzes und das Wesen des Lehrvertrages, der eine gesetzliche Kündigungsfrist ja nicht kennt, die Auflösung auf Grund des § 22 R.D. eben nur eine fristlose sein kann. Diese Annahme allein rechtfertigt sich aus den §§ 77, 70 HGB. und §§ 127 b, 123 ff. RWG., eine andere würde gegen das Wesen des Lehrvertrages verstoßen.

Es wird also gem. § 22 R.D. mit der Konkursöffnung das bei gewerblichen Lehrlingen nur aus bestimmt bezeichneten, bei kaufmännischen Lehrlingen aus jedem wichtigen Grund kündbare Vertragsverhältnis zu einem jederzeit fristlos kündbaren.

Nicht beipflichten kann man dem RArbG. und der neueren Rechtsprechung überhaupt darin, daß dem Lehrling bei erfolgter Entlassung stets ein Schadenersatzanspruch als gewöhnliche Konkursforderung i. S. von § 22 Abs. 2 R.D. einzuräumen sei. Bei dieser Annahme gelangt man zu einem etwas merkwürdigen Ergebnis:

Geht ein Lehrherr in Konkurs, dann können die Lehrlinge fristlos entlassen werden, haben jedoch einen unvorrechtigten Anspruch an die Konkursmasse wegen des ihnen entgangenen Entgelts. Legt dagegen ein Lehrherr bei immerhin noch günstigerer Gestalt der Verhältnisse seinen Betrieb still, so können die Lehrlinge ebenfalls entlassen werden (Betriebsstilllehre des RArbG.), haben aber, wenn der Lehrherr seiner Pflicht zur Sorge für etwaige anderweitige Unterbringung des Lehrlings in entsprechendem Maße nachgekommen ist, überhaupt keine Ansprüche (nach eigener Rechtsprechung des RArbG., siehe oben!). Das paßt nicht zusammen. Wenn die Lage des Lehrherrn im Regelfalle noch am günstigsten ist, nämlich bei der bloßen Stilllegung ohne Konkurs, hätten die Lehrlinge keine Ansprüche, sie würden leer ausgehen; sind aber die Verhältnisse des Lehrherrn am schlechtesten und der wirtschaftliche Zusammenbruch am augenfälligsten, nämlich bei Konkurs, so hätten die Lehrlinge immerhin den unvorrechtigten Entschädigungsanspruch an die Konkursmasse.

Ein solches Ergebnis mutet eigenartig an und dieser innere Widerspruch läßt sich auch nicht in befriedigender Weise damit beseitigen, daß das RArbG. in seiner Entscheidung v. 28. Mai 1932 bei einem Hinweis auf die Unterschiedlichkeit erklärt, „Konkurs und Betriebsstilllegung seien streng zu scheiden“.

Es erscheint billig und eigentlich selbstverständlich, daß die Lehrlinge im Falle des Konkurses als des äußersten Falles wirtschaftlichen Zusammenbruchs gegenüber dem Lehrherrn nicht besser gestellt sein können als in dem Falle, wo unter in der Regel noch weit besseren Verhältnissen das Unternehmen ohne Konkurs zum Erliegen kommt.

Auf die Notwendigkeit eines Ausgleiches in dieser Beziehung wurde auch von Hueck in einer Anmerkung zu einer Entscheidung¹⁷⁾ einmal hingewiesen.

In der Tat ist ein Ausgleich notwendig. Zwei Wege stehen hierzu offen:

1. Man anerkennt weiterhin einen Schadenersatzanspruch des Lehrlings im Konkurs des Lehrherrn. Dann muß für den Fall der Betriebsstilllegung das gleiche gelten. Dies würde allerdings eine Verneinung der Vertragsauflösungsbefugnis für den Lehrherrn bei Betriebsstilllegung und die Befähigung einer ferneren Erfüllungspflicht für den Lehrherrn, mithin ein Abgehen von der bisherigen reichsarbeitsgerichtlichen Rechtsprechung bedeuten.
2. Man schafft zwischen Stilllegung und Konkursfall dadurch Gleichklang, daß man die vom RArbG. hinsichtlich des Schadenersatzanspruchs bei Betriebsstilllegung getroffene Regelung auch auf den Konkursfall überträgt.

In Anbetracht dessen, daß es sich bei der Stellungnahme des RArbG. zur Betriebsstilllegung um eine durchaus beständige Rechtsprechung handelt und auch in Zukunft eine abweichende Stellungnahme des RArbG. nicht zu erwarten ist, daß vielmehr auch fernerhin die entschädigungslose Auflösungsöglichkeit von Lehrverträgen bei Stilllegung des Betriebes vom RArbG. bejaht werden wird, erscheint der letztere Weg als der gegebene.

Richtig ist es demnach, dem Lehrling auch bei Konkurs des Lehrherrn nur in dem Umfange einen Anspruch auf Schadenersatz zuzuerkennen, in dem ihm ein solcher im Falle einer unverschuldeten Betriebsstilllegung zusteht. Es kann dem gekündigten Lehrling ein Schadenersatzanspruch insoweit nicht zugebilligt werden, als er auch bei einer ohne Konkurserklärung erfolgten Stilllegung des Betriebes seiner weiteren Lohnansprüche verlustig gegangen wäre. Insbes. ist auch im Falle des Konkurses entgegen der Ansicht des RArbG.¹⁸⁾ daran festzuhalten, daß eine eben aus der übernommenen Fürsorgepflicht und aus dem Charakter des Lehrvertrages als eines Ausbildungsvertrages abzuleitende Verpflichtung für den Lehrherrn auch hier besteht, bei Wegfall der Ausbildungsmöglichkeit im eigenen Betriebe für eine anderweitige Unterbringung des Lehrlings zur weiteren Ausbildung nach Möglichkeit Sorge zu tragen.

Ein Ersatzanspruch steht dem Lehrling erst dann zu, wenn der Konkursverwalter sich nicht nachweislich ernsthafte Mühe gegeben hat, dem Lehrling anderwärts eine Unterkunfts- und Ausbildungsmöglichkeit zu verschaffen.

Die Rechtsprechung des RArbG. hinsichtlich der unverschuldeten Stilllegung erfordert diese Konsequenz für den Konkurs. Giltt eine Ersatzanspruch für den entlassenen Lehrling abzulehnen, wie es das RArbG. in früheren Entscheidungen getan hat, halte ich für einen nicht gangbaren Weg.

Es ergibt sich mithin folgendes Resultat:

Der Konkursfall des Lehrherrn bietet gem. § 22 R.D. stets und ohne weiteres Grund zu fristloser Entlassung des Lehrlings; einen Schadenersatz geltend zu machen ist der Lehrling nur dann berechtigt, wenn der Lehrherr die ihm obliegende Pflicht, wie sie auch bei Vertragsauflösung infolge Betriebseinstellung besteht, zum Versuch einer anderweitigen Unterbringung des Lehrlings verlegt hat.

II. Gerichtliches Vergleichsverfahren

Es sei von Anfang an festgestellt, daß es sich bei den ins Auge gefaßten Fällen nicht um einen Zwangsvergleich nach Konkursöffnung zwecks Konkursbeendigung (Konkursbeendigungsgrund) handelt, sondern um den der Konkursabwendung dienenden Vergleich, dessen Abwicklung usw. ihre Regelung gefunden hat in dem Gesetz über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses (Vergleichsordnung) v. 5. Juli 1927.

Kann der Lehrherr im Vergleichsverfahren die unter Umständen lästigen Bindungen eines Lehrvertrages abstreifen und die vorhandenen Lehrverträge unter Wegfall der Verpflichtung zur Bezahlung der Lehrlingsvergütung kündigen? Hat auch der Lehrling eine solche Aufkündigungsbefugnis?

Sucht man wieder in den für Lehrlinge zuständigen

¹⁷⁾ Urt. d. RArbG. v. 28. Mai 1932; BenschSamml. 15, 346/47.

¹⁸⁾ Urt. des RArbG. v. 14. Febr. 1932.

Bestimmungen des HGB. und der RWGD. nach einer gesetzlichen Grundlage, die etwa eine Auflösung des Lehrverhältnisses bei gerichtlichem Vergleichsverfahren rechtfertigte, so könnte man auch hier an eine Unwendbarkeit der §§ 77, 70—72 HGB., §§ 127 b, 123 ff. RWGD. denken, die ja in gewissen Fällen eine fristlose Auflösung des Lehrverhältnisses zulassen. Man wird unter Umständen, wenn der Betrieb schon in so weitem Umfange lahmgelegt ist, daß die Lehrlinge wegen Ausbildungsunfähigkeit des Lehrherrn nichts mehr werden lernen können, in der Eröffnung des Vergleichsverfahrens für den Lehrling einen die sofortige Auflösung gestattenden Grund i. S. der § 77 HGB. und § 127 b RWGD. erblicken können. Nach Lage des Falles kann man vielleicht, obwohl das im allgemeinen m. E. abzulehnen ist, bei einem kaufmännischen Lehrlingsverhältnis für den Lehrherrn einen solchen „wichtigen Grund“ annehmen. Keinesfalls aber rechtfertigt sich für den Lehrherrn eines gewerblichen Lehrverhältnisses die fristlose Kündigung unter dem Gesichtspunkte eines „wichtigen Grundes“.

Die Vergleichsordnung sieht in ihren §§ 28 ff. vor, daß die Eröffnung des gerichtlichen Vergleichsverfahrens schwebende Verträge an sich nicht berührt. § 28 VerglD. gewährt jedoch, wenn schwebend gegenseitige Verträge noch nicht erfüllt sind, jedem Teil das Recht, mit Ermächtigung des Gerichts die weitere Erfüllung abzulehnen. Eine Ausnahme gilt in dieser Hinsicht für Dienstverträge laut § 29 VerglD. Ist der Vergleichsschuldner der Dienstpflichtige, so gelten die Regeln des § 28 überhaupt nicht. Ist er aber Dienstberechtigter, so bestimmt § 29 II Nr. 1:

„Bei Dienstverträgen, bei denen der Schuldner der Dienstpflichtige ist, tritt an die Stelle der Befugnis zur Ablehnung der Erfüllung oder der Wahl der weiteren Erfüllung das Recht, das Vertragsverhältnis ohne Rücksicht auf eine vereinbarte Vertragsdauer unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist zu kündigen.“

Darf nun das in § 29 eingeräumte Recht zur Vertragskündigung bei gerichtlichem Vergleichsverfahren auch auf Lehrverträge angewandt werden?

Diese Frage war noch nicht sehr oft Gegenstand der Rechtsprechung. Lediglich zwei Entscheidungen höherer Gerichte nehmen, soviel mir bekannt ist, zu der Frage Stellung, und diese in ein und derselben Angelegenheit; nämlich das Urteil des LArbG. Berlin v. 2. Dez. 1931¹⁹⁾ und das Urteil des NArbG. v. 20. April 1932²⁰⁾. Auch im Schrifttum bildet die Frage der Aufhebungsmöglichkeit von Lehrverträgen beim gerichtlichen Vergleichsverfahren nur ganz vereinzelt den Gegenstand von Erörterungen.

Bei einem Blick in die Literatur läßt sich feststellen, daß ziemlich einhellig — soweit dazu Stellung genommen wird — die Möglichkeit einer beiderseitigen Kündigung des Lehrverhältnisses beim gerichtlichen Vergleichsverfahren mit Ermächtigung des Gerichts im Hinblick auf § 29 bejaht wird. Als Dienstvertrag unterfalle der Lehrvertrag auch dem § 29 VerglD. Und zwar wird in der Regel, analog dem Falle des § 22 RD., die fristlose Kündigung als dem Sinn und Zweck des Gesetzes entsprechend anerkannt. Eine „gesetzliche Frist“ sei eben bei Lehrverträgen nicht vorgesehen. Da aber die Kündigungsmöglichkeit an sich unbedingt gegeben sei, könne sie entsprechend den §§ 77, 70 HGB., § 127 b RWGD. nur eine fristlose sein. In diesem Sinne äußern sich Dörsler, Deydel, Maeder, Samolewicz, auch der Komm. von Sydow-Busch-Frieger²¹⁾.

Magel²²⁾ bejaht zwar grundsätzlich ebenfalls die Befugnis zu beiderseitiger Kündigung; jedoch sieht er nicht die Möglichkeit fristloser Kündigung, sondern will vielmehr die gesetzlichen Fristen für die Gewerbe- und Handlungsgehilfen — gleich seiner Einstufung zu § 22 RD. — entsprechend angewendet wissen.

Das LArbG. Berlin kam in seinem Urteil v. 2. Dez. 1931 zu einer gerade gegenteiligen Ansicht. Es hat sich dahin ausgesprochen, daß Lehrverträge nicht auf Grund des § 29 VerglD. gekündigt werden könnten. Vor allem verneint es von vornherein eine analoge Anwendung der vom NArbG. zu § 22 RD. entwickelten Grundsätze. Das Konkursverfahren diene grundsätzlich der Befriedigung der Gläubiger durch Ausschüttung der Masse, das Vergleichsverfahren trachte prinzipiell nach Aufrechterhaltung des Betriebes und Weiterführung desselben. Die Unmöglichkeit einer Kündigung ergebe sich schon aus dem Zweck eines gerichtlichen Vergleichsverfahrens. Aber auch formaljuristisch stünden der Zulässigkeit einer Kündigung von Lehrverträgen Bedenken entgegen. Insbes. fehle es an der nach § 29 vorausgesetzten „gesetzlichen Kündigungsfrist“. Die Lehrverträge fielen demnach nicht unter die Vorschrift des § 29 VerglD., nachdem überdies im allgemeinen gemäß dem Zwecke des gerichtlichen Vergleichsverfahrens die Möglichkeit der Fortsetzung der Unterweisung und Ausbildung bestehe.

Im Revisionsurteil hierzu aber, in seiner Entscheidung v. 20. April 1932 hat das NArbG. entschieden, daß § 29 VerglD. auch für Lehrverträge gelte. Diese könnten deshalb mit Ermächtigung des Vergleichsrichters fristlos gekündigt werden; die §§ 28, 29 VerglD. bezweckten die Schaffung einer Möglichkeit für den Vergleichsschuldner, „sich von drückenden Verbindlichkeiten zum Zwecke der Erreichung eines wirtschaftlichen Gleichgewichts zu befreien“. Es bestehe kein Grund, die Anwendbarkeit des § 29 auch auf das Dienstverhältnis des Lehrlings zu verneinen.

In der Tat ist ein zwingender Grund nicht ersichtlich, die Lehrverträge von der Lösungsmöglichkeit des § 29 auszunehmen, nachdem sie, wie gesagt, grundsätzlich auch als Dienstverträge erscheinen. Wohl dient das Vergleichsverfahren der Fortführung, der Aufrechterhaltung des Betriebes. Diese Aufrechterhaltung soll aber gerade ermöglicht werden durch die Lösung von längerfristigen Dienstverhältnissen. Die wirtschaftliche Gesundung des Vergleichsschuldners soll erstrebt werden durch Personalverminderung. Zu deren Herbeiführung und zur Rettung eines für die Wirtschaft tätigen Faktors erscheint im Einzelfall auch die Lösung von Lehrverhältnissen als wünschenswert. Schließlich hat ja auch häufig der Lehrling selbst gar kein Interesse mehr an der Fortsetzung des Lehrverhältnisses mit einem wirtschaftlich unsicheren Lehrherrn.

Es steht m. E. der Entlassung des Lehrlings im gerichtlichen Vergleichsverfahren mit Ermächtigung des Vergleichsrichters und der Erteilung der Ermächtigung nichts im Wege.

Was den Zeitpunkt der Kündigung anlangt, so kann hier auf die zu § 22 RD. gemachten Erörterungen verwiesen werden.

Aus den gleichen Gründen wie dort rechtfertigt sich nur eine Kündigung ohne Einhaltung einer Frist.

Im Hinblick auf die Natur des Lehrvertrages als eines persönlichen Lehr-, Erziehungs-, Fürsorge- und Ausbildungsvertrages halte ich den Lehrherrn auch hier für verpflichtet, im Falle der Auflösung des Lehrverhältnisses durch ihn selbst, alle Maßnahmen zu ergreifen, um dem Lehrling eine weitere Ausbildung in einem anderen Unternehmen zu ermöglichen. In soweit verdient der Lehrling auf jeden Fall Schutz.

Damit ist auch hier zugleich für die Frage eines Schadenersatzanspruches des Lehrlings — § 30 VerglD. — der Weg gewiesen. Es ist unhaltbar, wenn man im gerichtlichen Vergleichsverfahren den Lehrling mit Entschädigungsansprüchen am Vergleich beteiligt sein läßt, während man ihm bei der im ganzen noch viel günstigeren Betriebsstillegung keinerlei Ansprüche zuerkennt.

Wie im Falle des Konkurses ist auch hier mit Rücksicht auf die Stellungnahme des NArbG. bei Betriebsstillegung ein Schadenersatzanspruch des Lehrlings davon abhängig zu machen, daß der Lehrherr es unterlassen hat, alle Möglichkeiten zu versuchen, dem gekündigten Lehrling eine andere Lehrstelle zu verschaffen. Nur wenn sich der Lehrherr in dieser Richtung nicht angemessen bemüht hätte, würde dem Lehrling ein entsprechender Schadenersatzanspruch zustehen.

¹⁹⁾ MittBl. f. d. Bez. d. LArbG. Berlin 1932, 1; WenshSamml. 14, 28.

²⁰⁾ NArbG. 11, 61 ff.

²¹⁾ 15. Aufl. d. Handkonm. z. RD., WD. u. AnfG. zu § 29 WD.

²²⁾ Beiderseits unerfüllte gegenseitige Verträge im Vergleichsverfahren, 1929, S. 117.

Sundstellenverzeichnis der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen

Von Rechtsanwalt Rudolf Hansen, Berlin

Die nachstehenden in Band 144 der Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen abgedruckten Entscheidungen sind an den angegebenen Stellen in der Juristischen Wochenschrift veröffentlicht

- RG. 144, 1: 23. März 1934, I 214/33, Verkauf der Praxis eines verstorbenen Arztes: *F.W.* 1934, 1641¹
- RG. 144, 6: 27. April 1934, VII B 4/34, Berufungsbegründung: *F.W.* 1934, 1782⁵
- RG. 144, 10: 19. Febr. 1934, IV 403/33, Mietvertrag. Außerordentliche Kündigung: *F.W.* 1934, 1237⁵
- RG. 144, 12: 19. Febr. 1934, IV 80/33, Gerichtskosten. Gesamthaftung: *F.W.* 1934, 1354¹³
- RG. 144, 15: 20. Febr. 1934, VII 289/33, Arbeitslosenversicherung. Rechtsweg: *F.W.* 1934, 1346⁷, 1906⁶
- RG. 144, 22: 17. April 1934, VII 38/34, Verwirkung: *F.W.* 1934, 1849¹
- RG. 144, 24: 20. Febr. 1934, VII 264/33, Bereicherungsanspruch. Gesetz- oder sittenwidriger Zweck: *F.W.* 1934, 1114⁶
- RG. 144, 26: 21. Febr. 1934, V 142/33, Hypothek. Lebensversicherung. Konkurs: *F.W.* 1934, 1115⁷
- RG. 144, 31: 22. Febr. 1934, VI 435/33, Rückgriffsanspruch der Berufsgenossenschaft: *F.W.* 1934, 1343⁶
- RG. 144, 41: 23. Febr. 1934, II 266/33, Wettbewerb. Sklavischer Nachbau. Preisunterbietung. Werfspionage: *F.W.* 1934, 1717⁴
- RG. 144, 54: 27. Febr. 1934, II 276/33, Zwischenfeststellungsklage. Rechtsverhältnis: *F.W.* 1934, 1415⁷
- RG. 144, 62: 28. Febr. 1934, I 245/33, Abzahlungsgeschäft. Herausgabe- und Schadensersatzanspruch: *F.W.* 1934, 1715³
- RG. 144, 67: 1. März 1934, VI 409/33, Reichshaftpflichtgesetz. Wegeübergänge: *F.W.* 1934, 1649⁸
- RG. 144, 71: 2. März 1934, III 117/33, Eventualklage. Klageänderung: *F.W.* 1934, 2910⁶
- RG. 144, 75: 3. März 1934, I 227/33, Urheberrecht. Kennvorauslagen: *F.W.* 1934, 1414⁵
- RG. 144, 80: 3. März 1934, V 360/33, Schadensersatz, Ursächlicher Zusammenhang: *F.W.* 1934, 1564⁴, 1904³
- RG. 144, 86: 7. März 1934, V B 3/34, Beschwerde gegen Entscheidungen der Oberlandesgerichte: *F.W.* 1934, 1495¹²
- RG. 144, 89: 8. März 1934, IV 5/34, Ungerechtfertigte Bereicherung: *F.W.* 1934, 1644³
- RG. 144, 93: 9. März 1934, II 297/33, Kauf. Mängelrechte: *F.W.* 1934, 2037³, 2129¹
- RG. 144, 96: 9. März 1934, VII 262/33, Schiedsrichterliches Verfahren: *F.W.* 1934, 1351¹²
- RG. 144, 106: 10. März 1934, I 154/33, Urheberrecht. Verwirkung. Gemeinnutz. Sorgfalt: *F.W.* 1934, 2040⁶
- RG. 144, 116: 10. März 1934, I 232/252/33, Vorbehaltsurteil: *F.W.* 1934, 1347⁸
- RG. 144, 119: 10. März 1934, V 311/33, Notar und Steuerbehörde: *F.W.* 1934, 1568⁷
- RG. 144, 131: 12. März 1934, IV 410/33, Ehescheidung. Armenrecht: *F.W.* 1934, 1414⁶
- RG. 144, 133: 12. März 1934, VI 477/33, Bestätigung eines Akkreditivs: *F.W.* 1934, 1481¹
- RG. 144, 138: 13. März 1934, II 225/33, Aktiengesellschaft. Kapitalerhöhung. Bareinzahlungsspflicht: *F.W.* 1934, 1340⁴
- RG. 144, 152: 14. März 1934, V 352/33, Hypothek: *F.W.* 1934, 1483³
- RG. 144, 158: 15. März 1934, IV 358/33, Vermögensrechtlicher Anspruch: *F.W.* 1934, 1412³
- RG. 144, 162: 16. März 1934, II 14/34, Kauf. Schadensersatzanspruch. Verjährung: *F.W.* 1934, 2395²
- RG. 144, 163: 16. März 1934, VII 299/33, Haftpflichtversicherung. Rechtsverlust: *F.W.* 1934, 1721⁶
- RG. 144, 170: 17. März 1934, V 28/34, Nachbarrecht: *F.W.* 1934, 2234²
- RG. 144, 173: 19. März 1934, IV 385/33, Anstaltspflege gemeinaefährlicher Geisteskranker: *F.W.* 1934, 2045¹⁰
- RG. 144, 176: 19. März 1934, IV 415/33, Mieta. Verfassung der Schankerlaubnis: *F.W.* 1934, 1411²
- RG. 144, 179: 19. März 1934, VI 7/34, Haftung des Konkursverwalters: *F.W.* 1934, 1724³
- RG. 144, 182: 20. März 1934, VII 343/33, Jagdpachtverträge. Stempelpflicht: *F.W.* 1934, 2464⁵
- RG. 144, 187: 21. März 1934, I 165/33, Schadensersatzanspruch wegen Patentverletzung: *F.W.* 1934, 1965⁵
- RG. 144, 194: 22. März 1934, IV 399/33, Pachtzins. Vorausverfügung. Beschlagnahme: *F.W.* 1934, 1561¹
- RG. 144, 199: 23. März 1934, II 18/34, Offene Handelsgesellschaft. Auflösung. Handelsregister: *F.W.* 1934, 1486⁵
- RG. 144, 206: 26. März 1934, VI 29/34, Unfall beim Betrieb der Reichsbahn: *F.W.* 1934, 1648⁷
- RG. 144, 210: 27. März 1934, II 267/33, Aktienrecht. Unwirksame Sachübernahme: *F.W.* 1934, 1487⁶
- RG. 144, 217: 27. März 1934, VII 345/33, Vermögensübernahme: *F.W.* 1934, 1482²
- RG. 144, 220: 9. April 1934, VI 35/34, Rechtskraft des Feststellungsurteils: *F.W.* 1934, 1969¹⁰
- RG. 144, 224: 10. April 1934, II 27/34, Rechtsweg: *F.W.* 1934, 2048¹³
- RG. 144, 231: 27. Juni 1934, V B 12/34, Erbhofrecht: *F.W.* 1934, 2039⁵
- RG. 144, 233: 23. März 1934, II 295/33, Warenzeichen. Beurteilung zur Teillösung: *F.W.* 1934, 1719⁵
- RG. 144, 236: 10. April 1934, VII 344/33, Bestandteil. Zwangsvollstreckung: *F.W.* 1934, 2540³
- RG. 144, 242: 16. April 1934, VI 456/33, Differenzeinwand. Unfittlichkeit: *F.W.* 1934, 1563³
- RG. 144, 246: 20. April 1934, II 39/34, Konkursvorrecht: *F.W.* 1934, 2140¹⁰
- RG. 144, 253: 27. April 1934, III 310/33, Rechtsweg: *F.W.* 1934, 1907⁷
- RG. 144, 257: 7. Mai 1934, IV B 24/34, Prozeßgebühr. Fristverlängerung: *F.W.* 1934, 1971¹¹
- RG. 144, 260: 12. Mai 1934, V B 8/34, Berufungsbegründung. Fristverlängerung: *F.W.* 1934, 1851⁴
- RG. 144, 262: 11. April 1934, V 367/33, Staatshaftung für den Gerichtsvollzieher: *F.W.* 1934, 1646⁵, 1964³
- RG. 144, 268: 13. April 1934, VII 324/33, Fischereirecht: *F.W.* 1934, 1778²
- RG. 144, 277: 27. April 1934, III 218/33, Stellung des Rechners einer Genossenschaft: *F.W.* 1934, 2554¹⁰
- RG. 144, 281: 28. April 1934, V 6/34, Auflassungsvormerkung. Zwangsversteigerung: *F.W.* 1934, 1965⁴, 2400⁵
- RG. 144, 285: 30. April 1934, IV 372/33, Friedhofsordnung. Rechtsweg: *F.W.* 1934, 1966⁷
- RG. 144, 289: 3. Mai 1934, IV 17/34, Willenserklärung. Zugehen bei Postlagerfernungen: *F.W.* 1934, 1777¹
- RG. 144, 293: 4. Mai 1934, III 7/34, Gehaltskürzung: *F.W.* 1934, 2044⁹
- RG. 144, 301: 11. Mai 1934, VII 3/34, Haftpflichtversicherung. Auslegung: *F.W.* 1934, 1849²
- RG. 144, 306: 6. Juli 1934, VII 78/34, Lebensversicherung. Aufwertung: *F.W.* 1934, 2547⁷
- RG. 144, 311: 12. Mai 1934, I 53/34, Börsentermingeschäfte. Kontoforrent: *F.W.* 1934, 2130³
- RG. 144, 314: 12. Mai 1934, V B 10/34, Berufung: *F.W.* 1934, 2466⁶
- RG. 144, 318: 15. Mai 1934, VII 320/33, Kostenurteil. Berufung: *F.W.* 1934, 1907⁹
- RG. 144, 321: 1. Juni 1934, VII 92/34, Parteibernehmung: *F.W.* 1934, 2619⁹
- RG. 144, 325: 15. Mai 1934, VII 27/34, Preisfläche. Enteignung: *F.W.* 1934, 2043⁸
- RG. 144, 335: 15. Mai 1934, VII 36/34, Enteignung von Straßflächen: *F.W.* 1934, 2041⁷
- RG. 144, 339: 16. Mai 1934, V 392/33, Notarhaftung: *F.W.* 1934, 1903²
- RG. 144, 348: 29. Mai 1934, II 9/34, Aktiengesellschaft. Aufsichtsrat. Schadensersatzpflicht: *F.W.* 1934, 2687⁵
- RG. 144, 358: 29. Mai 1934, VII 30/34, Berufung bei fehlender Berufungssumme: *F.W.* 1934, 2141¹¹
- RG. 144, 364: 30. Mai 1934, V 43/34, Auflassungsvormerkung des preussischen Rechts: *F.W.* 1934, 2046¹¹
- RG. 144, 369: 1. Juni 1934, VII 70/34, Enteignung: *F.W.* 1934, 2236⁴
- RG. 144, 378: 2. Juni 1934, V 10/34, Verjährung. Einwand der Arglist: *F.W.* 1934, 2233¹
- RG. 144, 384: 5. Juni 1934, II 59/34, Genossenschaft mit beschränkter Haftung. Abberufung des Vorstands: *F.W.* 1934, 2132⁵
- RG. 144, 389: 6. Juni 1934, I 243/33, Patentverletzung: *F.W.* 1934, 2136⁷
- RG. 144, 391: 6. Juni 1934, V 59/34, Hinterlegung. Verteilungsverfahren: *F.W.* 1934, 2333³
- RG. 144, 395: 8. Juni 1934, VII 52/34, Feuerversicherung. Sicherungsübereignung: *F.W.* 1934, 2134⁶
- RG. 144, 399: 9. Juni 1934, I 20/34, Testamentvollstrecker. Bankhaftung: *F.W.* 1934, 2609²

Zur Auslegung des § 25 der Reichsstraßenverkehrsordnung

Die am 1. Okt. 1934 in Kraft getretene RStraßVerfO. hat es grundsätzlich vermieden, durch vielerlei Einzelvorschriften den Verkehr zu hemmen und einzujengen. Einzelbestimmungen sind nur erlassen, soweit sie zur Regelung des Verkehrs unbedingt notwendig sind. Welche Verpflichtungen ein sorgfältiger, verständiger, die jeweilige Verkehrslage beachtender Volksgenosse im Verkehr im allgemeinen erfüllen muß, darüber gibt der Gesetzgeber in der Generalklausel des § 25 RStraßVerfO. Auskunft, wonach jeder Teilnehmer im öffentlichen Verkehr sich so zu verhalten hat, daß er keinen anderen schädigt oder mehr, als nach den Umständen unvermeidbar, behindert oder belästigt. Gesetzes technisch bietet die Fassung einer Generalklausel immer Schwierigkeiten, denn es ist nicht so einfach, Richtlinien zur Regelung aller möglichen Vorgänge des Lebens in einem allgemeinen Gedanken zum Ausdruck zu bringen. Die Regelung des § 25 RStraßVerfO. ist jedoch eine sehr glückliche. Denn sie bringt klare, deutliche und scharfumschriebene Tatbestandsmerkmale und bewährt sich gerade dann, wenn es gilt, einen Verkehrsteilnehmer, der schuldhafterweise einen Unfall verursacht oder sonstwie die Rechte anderer Wegebenutzer beeinträchtigt hat, strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen. Der Verkehrsteilnehmer muß also grundsätzlich für sein Verhalten im Verkehr dann einstehen, wenn er einen anderen schuldhafterweise geschädigt, behindert oder belästigt hat. Er bleibt jedoch in der Regel straflos, wenn diese Voraussetzungen nicht erfüllt sind, sofern er nicht ganz bestimmte, zur Aufrechterhaltung der Sicherheit im Verkehr unbedingt erforderliche Einzelvorschriften verletzt hat. Auf Grund der Generalklausel des § 25 RStraßVerfO. ist es sogar möglich, bestimmte Verkehrsteilnehmer, die sich verkehrswidrig verhalten haben und die strafwürdig sind, jetzt zur Rechenschaft zu ziehen, während die bisher geltenden Vorschriften straflos blieben. Zum Beispiel macht sich ein Kraftfahrer, der trotz Beachtung der Geschwindigkeitsvorschrift des § 18 KraftfVerfO. infolge Unachtsamkeit einen Radfahrer ansfährt und dabei dessen Fahrrad beschädigt, jetzt nach § 25 RStraßVerfO. strafbar, während er früher nicht gestraft werden konnte, da § 17 Abs. 1 KraftfVerfO. keine selbständige Strafvorschrift war.

Die Abgrenzung der Tragweite der Generalklausel des § 25 RStraßVerfO. bietet gleichwohl in gewisser Hinsicht Schwierigkeiten. Aufgabe der Rechtsprechung wird es sein, unter Berücksichtigung des Inhalts der Präambel der RStraßVerfO. und der Bestimmungen der Ausführungsanweisung zur RStraßVerfO. die richtigen Grenzen abzustecken. Zweifelhaft erscheint nämlich die Frage, ob sich ein Verkehrsteilnehmer nach § 25 RStraßVerfO. nur dann strafbar macht, wenn er tatsächlich einen anderen Wegebenutzer geschädigt, behindert oder belästigt hat oder ob er auch schon dann § 25 verletzt hat, wenn er einen anderen nur ernstlich gefährdet hat, ohne ihn zu schädigen, behindern oder zu belästigen. Mit anderen Worten, genügt zur Erfüllung des Tatbestandes des § 25 RStraßVerfO. schon eine abstrakte Gefährdung oder nur die konkrete Schädigung oder Beeinträchtigung eines anderen, regelt § 25 nur ein Verletzungsdelikt oder auch ein Gefährdungsdelikt?

Auf den ersten Blick möchte man meinen, daß eine bloße Gefährdung eines anderen nicht genügt, um den Tatbestand des § 25 RStraßVerfO. zu verwirklichen. Denn dieser Paragraph gebraucht ja nur die Worte „schädigen, behindern und belästigen“, vermeidet aber das Wort „gefährden“, das der Gesetzgeber ohne weiteres in den Wortlaut des Paragraphen hätte einsetzen können. Der Wortlaut des § 25 ist also sehr konkret gefaßt. Für eine stark konkrete Auslegung dieses Paragraphen würde auch die Präambel der RStraßVerfO. richtunggebend sein, die darlegt, daß die neue Verkehrsregelung großzügig und einfach ist und den Verkehr mit kleinsten Vorschriften nicht beengen will. Eine allzu abstrakte Auslegung des § 25 RStraßVerfO. kann nämlich leicht ins Uferlose führen, eine komplizierte Rechtsprechung erzeugen und die Verkehrsteilnehmer stark in ihrer Bewegungsfreiheit einengen, was ja gerade der Gesetzgeber verhüten will. Eine mehr konkrete Auslegung des § 25 RStraßVerfO. dagegen bringt vor allem bei der Klärung der Schulfrage bei Verkehrsunfällen eine glückliche Abgrenzung der Pflichten und Rechte der Verkehrsteilnehmer.

Aus diesen Gründen zu folgern, daß § 25 RStraßVerfO. nur ein Verletzungsdelikt sei und daß die bloße ernstliche Gefährdung eines anderen durch einen Wegebenutzer an sich straflos bleibe, wäre gleichwohl verfehlt. Es ist nämlich bei Lösung der gestellten Frage zu berücksichtigen, welche Auslegung die Ausführungsanweisung zur RStraßVerfO. dem § 25 RStraßVerfO. in Form einer Gesetzesinterpretation gibt. Wenn man aber die Bestimmungen der Ausführungsanweisung zum § 25 betrachtet, so ergibt sich unschwer, daß der Gesetzgeber darin auch den Gefährdungsgeanken betont. Unter den Ziffern I—VII sind eine Reihe von Einzelvorschriften erlassen, die zweifellos auch bezwecken, eine Gefährdung der Verkehrsteilnehmer zu verhüten. So werden auch

die Worte „gefährdet“ und „Gefährdung“ in II Abs. 3 und 4 gebraucht. Dabei hebt der Gesetzgeber ausdrücklich in Abs. 2 vor Ziffer I hervor, und zwar vor Aufzählung der einzelnen Vorschriften, daß „auf Grund von § 25 vom Verkehrsteilnehmer zur Verhinderung von Schädigungen oder nach den Umständen unvermeidbare Behinderungen oder Belästigungen im einzelnen insbesondere zu fordern sei: ... „Aus dem Wort „insbesondere“ ergibt sich, daß die in der Ausführungsanweisung zum § 25 aufgeführten Gefährdungshandlungen nicht erschöpfend sind. Diese Art von Regelung steht mit dem Wortlaut des § 25 RStraßVerfO. nicht in Widerspruch. Sein Wortlaut kann auch, ohne daß dem sprachlichen Sinn Gewalt angetan wird, auch so ausgelegt werden, daß sich jeder Verkehrsteilnehmer so zu verhalten hat, daß als Folge seines Verhaltens weder eine Schädigung noch eine Behinderung oder Belästigung eines anderen eintritt oder eintreten kann.“

Das Ergebnis dieser Ausführungen ist also, daß ein Verkehrsteilnehmer, der durch verkehrswidriges, vermeidbares und schuldhaftes Verhalten einen anderen bloß gefährdet, ohne ihn zu schädigen, nach § 25 RStraßVerfO. strafbar sein kann. Freilich erfüllt nicht jede Gefährdung schlechthin den Tatbestand dieses Paragraphen. Sein Rahmen darf nicht allzusehr ausgeweitet oder gar gesprengt werden, und zwar aus den oben erwähnten Gründen, die für eine konkrete Auslegung des Paragraphen sprechen. Die bereits angeführten einschlägigen Richtlinien der Präambel der RStraßVerfO. müssen beachtet werden. Es darf nicht vergessen werden, daß das Wort „gefährden“ im § 25 RStraßVerfO. überhaupt nicht steht. Es muß daher hervorgehoben werden, daß eine strafbare Gefährdung im Sinne des Gedankenkreises des § 25 RStraßVerfO. nur dann gegeben ist, wenn sie wirklich erheblich ist und nur deshalb nicht zu einer Schädigung oder Beeinträchtigung eines anderen geführt hat, weil ein glücklicher Zufall oder besondere Geistesgegenwärtigkeit des Bedrohten dies verhindert hat. In der Regel wird eine strafbare Gefährdung auch eine Behinderung oder Belästigung im Sinne des § 25 RStraßVerfO. sein, wobei die Belästigung sowohl körperlich wie auch seelisch sein kann. Eine seelische Belästigung dürfte, nebenbei erwähnt, schon vorliegen, wenn der gefährdete Verkehrsteilnehmer sich aus berechtigten Gründen über das Verhalten des anderen erstarrt. Strafbar nach § 25 RStraßVerfO. wegen bloßer Gefährdung anderer machen sich beispielsweise Kraftfahrer, die beim Überholen in ungenügend seitlichem Abstände so nahe an einem Radfahrer vorbeifahren, daß sie ihn ernstlich gefährden. Auch sind Fälle denkbar, wo Verkehrsteilnehmer durch Linksfahren oder durch leichtsinniges Überholen an Wegekreuzungen wegen bloßer Gefährdung anderer nach § 25 RStraßVerfO. strafrechtlich verantwortlich sind. Dagegen genügt eine allgemeine Gefährdung auf keinen Fall, um den Tatbestand des § 25 RStraßVerfO. zu erfüllen. Die Gefährdung muß sich immer in einem ganz bestimmten einzelnen Fall auswirken. Zum Beispiel ist ein angetrunkenener Kraftfahrer, der infolge seines Angetrunkenenseins nicht mehr zur sicheren Führung eines Kraftfahrzeugs imstande ist und trotzdem ein Fahrzeug lenkt, ohne jemand bei der Fahrt zu schädigen, behindern oder zu belästigen, nicht deshalb nach § 25 RStraßVerfO. strafbar, weil sein Fahren in trunkenem Zustande ganz allgemein eine Gefahr für die anderen Wegebenutzer ist. Hinzukommen muß vielmehr, daß er irgendeinen bestimmten Wegebenutzer gefährdet hat.

U. R. Dr. Zapf, München.

Ausstattungsanspruch der Erbhofstochter!

§ 30 Abs. 2 RErbhofG. sieht für die weiblichen Abkömmlinge des Erblassers einen Ausstattungsanspruch vor, soweit die Mittel des Hofes dies gestatten. Die Ausstattung kann insbes. auch in der Genährung von Mitteln für die Beschaffung einer Siedlerstelle bestehen. Für Streitigkeiten auf Grund dieser Bestimmung ist nach § 32 die Regelung des AerbG. so vorgesehen, daß eine billige Berücksichtigung der Verhältnisse der Beteiligten stattzufinden hat, so daß der Hof bei Kräften bleibt.

Diese Vorschrift wird vom 23. RvSen. des RG. in den Akten 23 W 6518/34 dahin ausgelegt, daß § 30 RErbhofG. eine besondere Regelung des Ausstattungsanspruchs der Erbhofstochter bringe, die die §§ 1620 ff. BGB. ausschließe. Diese Regelung soll auch für den Fall gelten, daß der Bauer noch lebt und die Tochter gegen ihn ihren Ausstattungsanspruch geltend macht, so daß eine Klage darauf nicht bei dem ordentlichen Gericht zu erheben wäre, sondern das AerbG. angerufen werden müßte.

Diese Auslegung kann als richtig nicht angesehen werden. Das geht schon aus Dem. VI 2 zu § 30 im Erläuterungsbuch von Dr. Bogels, 2. Aufl., hervor, in der es heißt: Die Ansprüche aus § 30 entstehen nur bei Erbfällen, die sich nach dem Zeitpunkt ereignen, zu dem die Besitzung Erbhof geworden ist. Erbfälle, die vor diesem Zeitpunkt liegen, richten sich nach dem bisher geltenden Recht.

Die ausdrückliche Erwähnung der Erbfälle zeigt, daß an

Rechtsgänge unter Lebenden nicht gedacht ist. Dies ergibt sich auch daraus, daß § 30 im dritten Abschnitt des Gesetzes unter der Überschrift „Erbfolge kraft Anerbenrechts“ aufgeführt ist. Die Erörterungsbücher von Brinkmann und Köcher sowie Baumeder erwähnen den Fall nicht, auch der Leitfaden von Sauré teilt darüber nichts mit.

In der Deutschen Justiz 1934, 1250 ff. ist ein Beschluß des ersten Senats des ErbHGer. Celle v. 19. Juni 1934 abgedruckt, in dem die Frage erörtert, aber nicht entschieden wird, ob die Erbhoftochter für den Fall der Übergabe des Erbhofs durch den Vater bei seinen Lebzeiten an den Anerben die Ausstattungs- bzw. Aussteueransprüche nach § 30 ErbhofG. erst mit dem Tode des Vaters geltend machen kann oder ob sie schon vorher gegen den Übernehmer des Hofes vorgehen kann. In der Anmerkung dazu führt Dr. Vogels aus, daß ihr ein Anspruch nach § 1620 BGB. gegen ihren Vater zusteht, daß sie aber gegen den Übernehmer des Hofes kein Recht geltend machen kann, womit die hier vertretene Ansicht nochmals bestätigt wird.

Inzwischen ist ein derartiger Fall in einem Beschluß des ErbHGer. Rostock vom 18. Juni 1934 entschieden worden, der in der JW. 1934, 2790⁵ abgedruckt ist. Seine Ausführungen legen die Sachlage vollkommen klar dar, ihm schließt sich auch Vogels in seiner Besprechung dazu an, auf sie wird verwiesen.

Die §§ 19—36 ErbhofG. regeln lediglich erbrechtliche Fragen, sie können demnach nicht für andere Fälle verallgemeinert werden. Es fehlt jede besondere Regelung des Ausstattungsanspruchs der Erbhoftochter, solange der Bauer lebt.

Es sind daher die Vorschriften des BGB. darüber nicht geändert worden. Ebensovienig ist eine besondere Zuständigkeit des AnerbG. bestimmt worden. Es wird selbstverständlich in einem solchen Falle immer angebracht sein, wenn die Tochter sich zunächst wegen der Regelung der Angelegenheit an den Kreisbauernführer wendet. Falls aber dessen Eingreifen erfolglos ist und der Rechtsweg eingeschlagen werden muß, hat sie die Klage beim ordentlichen Gericht zu erheben.

Die Erbhoftochter hat demnach das Klagerrecht vor dem ordentlichen Gericht, wenn ihr Vater seiner gesetzlichen Verpflichtung nicht nachkommt. Dieses hat bei der Entscheidung über die Größe und den Umfang der Ausstattung alsdann die besonderen Verhältnisse des Erbhofs zu berücksichtigen, was sich schon aus dem Wortlaut des § 1620 BGB. ergibt.

Für die Praxis ist die Frage wichtig, um unnötige Kosten durch die Anrufung eines unzuständigen Gerichts zu vermeiden, sodann aber auch wegen § 1623 BGB., nach dem der Anspruch auf die Aussteuer in einem Jahre von der Eingehung der Ehe an verfährt. Die Erhebung der Klage vor dem ordentlichen Gericht muß demnach innerhalb der Frist bewirkt werden.

Ein Fall der Aufnahme einer Hypothek durch den Bauern für Anschaffung von Mitteln der für seine Kinder erforderlichen Ausstattung wird übrigens in JW. 1934, 1426 behandelt

RA. Dr. Sawilsky, Forst i. L.

Universität Berlin

Institut für Auslands- und Wirtschaftsrecht

Direktor: Prof. Dr. Ernst Heymann

Winter-Semester 1934/35

1. Grundzüge des Deutschen Privatrechts unter Berücksichtigung des englischen und fran-

zösischen Rechts, Mo., Di., Do., Frei. 9—10, publ. Beginn: 1. Nov. Aud. 3, Auflage: Prof. Dr. E. Heymann.

2. Französisches Privatrecht, II. Teil (Familien- und Sachenrecht), in deutscher Sprache, Fr. 18 bis 19, publ. Beginn: 2. Nov. Aud. 91: PrivDoz. Dr. Wahl.
3. Organisation des pouvoirs publics en France, in französischer Sprache, Mo. 16—17, publ. Beginn: 12. Nov. Aud. 229: Lektor Dr. Olivier-Henrion.
4. Einführung in Kapitel des französischen Strafrechts (Fortsetzung), in französischer Sprache, Fr. 15 bis 16, publ. Beginn: 16. Nov. Aud. 229: Lektor Dr. Olivier-Henrion.
5. Das Recht der östlichen Randstaaten, Do. 16—17, publ. Beginn erst nach Weihnachten, Tag wird noch angezeigt. Aud. 229: Dr. Georg Krauß.
6. Das russische öffentliche Recht der Sowjet-Union, Do. 16—17, publ. Beginn: 15. Nov. Aud. 70: PrivDoz. Dr. Victor Leontowitsch.
7. Einführung in die italienische Rechtswissenschaft, insbes. in die des Privatrechts, mit Berücksichtigung der Rechtsterminologie, jeden 2. Di. 17—19, publ. Beginn: 13. Nov. Aud. 227: Prof. Lea Meriggi (Mailand).
8. Wirtschaftsrecht der Vereinigten Staaten von Amerika, insbes. New Yorks, Do. 17—18. Beginn wird noch mitgeteilt. Aud. 227: Dr. Higgins, Adv. a. Ob. Gerichtshof d. Ver. Staaten.
9. Das moderne chinesische und japanische Privatrecht II (Familien-, Erb- und Handelsrecht), Di. 15—16, publ. Beginn: 13. Nov. Aud. 229: Assessor Dr. Karl Büniger.
10. Einführung in die kaufmännische Buchführung, Mi. 8—9, publ. Beginn: 7. Nov. Aud. 72: Dr. Walther Schuster, PrivDoz. a. d. Handels-Hochschule.
11. Übungen in der kaufmännischen Kalkulation, Mi. 9—10, publ. Beginn: 7. Nov. Aud. 230: Dr. Walther Schuster, PrivDoz. a. d. Handels-Hochschule.
12. Einführung in das Bau- und Maschinenwesen, einschließlich des Eisenbahnwesens, für Juristen und Nationalökonomen, mit Lichtbildern und Exkursionen, Di. 13—14, publ. Beginn: 13. Nov. Aud. 72: Prof. Dr. Wilhelm Franz und Prof. Dr. v. Sanftengel.
13. Technische Fragen zum Patent-, Muster- und Markenrecht Deutschlands und des Auslands I, Allgemeiner Teil, mit Lichtbildern, Mo. 18—20, publ. Beginn: 5. Nov. Aud. 72: Patentanwalt Dr. Schaß.

Es wird darauf aufmerksam gemacht, daß einige kleine Änderungen gegenüber dem gedruckten Vorlesungs-Verzeichnis der Universität (S. 24) vorliegen.

Wegen evtl. weiterer Vorlesungen und Kurse und wegen evtl. Ermäßigung der Hörerbeitgebühren Näheres am schwarzen Brett und Zimmer 225.

Geh. RA. Prof. Dr. Ernst Heymann, Berlin.

Bund Nationalsozialistischer Deutscher Juristen Reichsfachgruppe Rechtsanwälte

Anordnung

Durch die für die Deutsche Arbeitsfront getroffene Neuordnung wird wieder der Aufbau der Deutschen Rechtsfront nach die Gliederung des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen berührt. Gemäß der vom Führer und Reichskanzler Adolf Hitler unter dem 30. Mai 1933 gegebenen Anweisung und Vollmacht erfaßt ausschließlich der Bund Nationalsozialistischer Deutscher Juristen als organisatorischer Träger der Deutschen Rechtsfront nach wie vor alle mit dem Recht verwurzelten Berufsgruppen und Amtsträger, wie Rechtsanwälte, Notare, Verwaltungsjuristen, Wirtschaftsprüfer, Volkswirte, rechts- und wirtschaftswissenschaftliche Hochschullehrer, Richter, Staatsanwälte und Rechtspfleger, als Ständegruppe. Für die Abgrenzung der Zuständigkeit der Deutschen Arbeitsfront und der Deutschen Rechtsfront gilt die Vereinbarung zwischen den beiden Organisationen v. 2. Mai 1934.

Reichsleiter der Rechtsabteilung-RA.

Dr. Hans Frank.

Berlin, den 7. Nov. 1934.

Gautagung in Hagen

Im Anschluß an den Bericht JW. 1934, 2834 wird nachstehend die Rede des Gauleiters Josef Wagner zur Veröffentlichung gebracht.

Meine deutschen Volksgenossen!

Die nationalsozialistische Revolution hat eine neue Ordnung geschaffen. Diese Ordnung muß eine Rechtsordnung sein, wenn der von uns darauf aufgebaute Staat von Dauer und Bestand sein will. Das Bewußtsein der Rechtssicherheit ist entscheidend für eine konstante Entwicklung, die als neue Epoche des deutschen Schicksals anzusprechen ist.

Soweit diese Wahrheit auch klagen mag, so weitgehend geht sie in ihren Wirkungen.

Die neue Ordnung ist nicht entscheidend aus einer formalen Verteilung der Verhältnisse, vielmehr geboren aus einem inneren, seelischen Zwang, der in der Weltanschauung des Nationalsozialismus

verwurzelt ist. Über dem Werden der Neuordnung steht die treibende Kraft der nationalsozialistischen Idee, die unablässig auf eine Vollendung des eingeleiteten Geschehens drängt.

Hier gegenüber steht die Wirklichkeit des Alltags, behaftet mit den zum Teil verhängnisvollen überkommenen Anschauungen der Vergangenheit, vielfach getragen von Menschen mit einer entsprechenden Mentalität. Hinzu tritt das Fortbestehen einer vererbten Gesetzesmöglichkeit, der das gesamte öffentliche Leben des deutschen Volkes bis zur Stunde unterstellt ist.

Nichts ist selbstverständlicher als die sich aus dem Widerspruch zwischen Idee und Alltag ergebenden Reibungen und Spannungen. Die glückliche Auflösung dieses Widerspruches in einer gewissen Zeitspanne stellt die Harmonie zwischen Rechtsnorm und Rechtsgefühl der Nation her.

Die große Aufgabe der Rechtsordnung in Deutschland bewegt sich somit in der Richtung einer sinnvollen und lebendigen Durchdringung unserer gesamten Rechtsauffassung, Rechtsdeutung und Rechtsprechung, um auch auf diesem Gebiete der nationalsozialistischen Idee zum siegreichen Durchbruch zu verhelfen.

Es bleibt der nationalsozialistischen Bewegung vorbehalten, aus dem Wissen und Erkennen um diese Dinge mutig an die organische Neugestaltung des Rechtes heranzugehen, um der geschaffenen Staats- und Volksordnung hier in rechtlicher Beziehung die feste Untermauerung zu beschaffen.

Entscheidend für die jetzige und künftige Rechtsgestaltung im neuen Deutschland sind zwei grundsätzliche Gedanken. Einmal ist es das Wissen um die Quellen, aus denen Rechtsgefühl, Rechtswollen und -empfinden unseres Volkes aus nationalsozialistischer Idee entspringen, und zum anderen ist es die innere Haltung der Menschen, die das Recht schaffen, als Recht sprechen und zur Anwendung bringen.

Die nationalsozialistische Weltanschauung haftet in der völkischen Idee und bekennet sich zu Blut, Boden und Rasse. Das Recht als solches muß notwendig Ausdruck dieses völkischen Bewußtseins der Nation und durchblutet von einem gefunden völkischen Gefühl sein. So allgemeiner Natur diese Definition der veränderten Auffassung des Rechtes auch erscheinen mag, bezeichnet sie dennoch die eigentliche Quelle, aus der es zu schöpfen hat. Wer Recht im nationalsozialistischen Sinne gestalten will, unterliegt dem Zwang, stets auf das Leben des Volkes selbst zu schauen und bemüht zu bleiben, immer wieder aus der natürlichen Empfindungs- und Bewußtseinswelt der Nation zu schöpfen.

Selbstverständlich stellt diese Forderung den Menschen vor die Aufgabe, selbst in die Tiefen natürlichen Volksbewußtseins und Empfindens einzudringen, um von dort her Gesetzeschöpfung und Rechtsnorm lebensvoll aufzustellen, die als überbindende Bestimmung für das Gemeinschaftsleben des Volkes im Staate unbedingt erforderlich sind.

Auch das nationalsozialistische Rechtsprinzip steht den Problemen gegenüber, die immer und zu allen Zeiten Menschen und Staaten bewegt haben und bewegt werden, Fragen des Staates und des Volkes in ihren Beziehungen zueinander, Fragen der Einzelperson gegenüber Volk und Staat und umgekehrt, überhaupt alle Fragen, die sich aus unserem Sein in der Gemeinschaft und unserem Willen zur Persönlichkeit notwendig ergeben.

Neben diesen Tatsachen dürfen jene charakteristischen Eigenschaften des deutschen Menschen, die, ausgebildet zu einem gewissen Rang, sehr leicht geeignet sind, einseitige Bildungen von Rechtsanschauung und Rechtsformulierung zu ermöglichen, nicht außer acht gelassen werden, weil hier eine der Quellen zum Mißvergnügen aus empfundene Unrecht zu sehen ist.

Die Schöpfer des nationalsozialistischen Rechtes sollen nie vergessen, daß der Drang des Deutschen zum Systematischen und Grundsätzlichen sehr leicht auf dem Gebiete des Rechtslebens in eine gewisse Erstarrung hineinführt, die im Buchstabenrecht und dessen dialektischen Anwendung den Ausdruck finden. Zwischen geschriebenem Recht oder anders ausgedrückt zwischen notwendiger Norm und blutvollem Leben einen harmonischen Ausgleich und eine sinnvolle Angleichung zu finden, das ist die große Aufgabe, die ewig in der Rechtsgestaltung und ihrer Anwendung lebendig ist.

Mit diesen kurzen, nach meiner Meinung grundsätzlichen Ausführungen habe ich auf den Weg gezeigt, den das nationalsozialistische Deutschland im Zuge einer neuen Rechtsentwicklung gehen muß.

Das Werden einer neuen Rechtsordnung, die im Rechtsstaat ihren Ausdruck findet, kann nicht die Sache eines einfachen Geschehens der bisherigen gesamten Gesetze durch neu geschriebene sein, vielmehr bedarf es einer organischen und langsamen Entwicklung aus dem praktischen Leben heraus unter dem Licht der nationalsozialistischen Weltanschauung. Nur so kann die Gewähr gegeben sein, daß möglichst ein Recht entsteht, von dem zu sagen ist, daß es möglichst nahe an die völkische Empfindungs- und Bewußtseinswelt der Nation

heranreicht und aus diesem Grunde vom Volke im ganzen als wirkliches, lebendiges Recht empfunden und beachtet wird.

Träger und Vollstrecker und damit auch immer wieder Mit- und Neugehalter am Recht ist der Mensch, der beufen ist, Recht zu verteidigen, Recht zu suchen und Recht zu sprechen. Wenn diese Menschen künftighin der von mir entwickelten Auffassung über die neue Richtung im Rechtsleben genügen sollen, ist es erforderlich, daß sie selbst aus gleicher Perspektive die Fragen betrachten. Es wird darum nicht möglich sein, daß Menschen, die der nationalsozialistischen Gedankwelt völlig fernstehen, jemals in der Lage sein werden, einem solchen lebendigen Recht zu genügen bzw. ihm wirklich zu dienen.

Wenn nicht Geist und Gefühl des einzelnen aus der Bejahung des völkischen Gedankens heraus in nationalsozialistischer Programmatik das Leben betrachten und demgemäß die Rechtsordnung, das Rechtswollen in Staat und Volk zu erfassen vermag, wird der betreffende Mensch nie in der Lage sein, den Gedanken und Anforderungen eines neuen Rechtslebens zu genügen. Die kommenden Rechtsträger und Rechtsprecher in Deutschland müssen Nationalsozialisten aus Überzeugung und Gefühl sein, wenn unser junges Werk auf die Dauer als lebendige Institution eines echten völkischen Rechtslebens vom ganzen Volk empfunden werden soll.

Auch vom Recht gilt zu guter Letzt das gleiche, was von allen anderen großen Lebensgebieten gesagt bleibt. Es muß durch die nationalsozialistische Idee erfaßt und gestaltet sein. Recht muß künftighin aus völkischer Verbundenheit erlebt sein, damit es seelenwoll und von der Nation als zu Recht angewandt, vom Träger des Rechtes gesprochen werden kann.

Die größte Aufgabe des nationalsozialistischen Juristenbundes, der sich in seinem Schöpfer und Gestalter, dem Hg. Dr. Frank, der Schöpfung eines neuen Rechtes gewidmet hat, liegt außer auf sachlichem Gebiete auf dem Gebiete der menschlichen Erziehung und Umbildung zur nationalsozialistischen Weltanschauung.

Letzten Endes sind es immer Menschen, die als Träger des Rechtes dieses zur Anwendung bringen.

Die Geschehnisse der Gegenwart mit ihren täglichen Beispielen beweisen, wie weit wir in Wirklichkeit von einer positiven Neugestaltung unseres deutschen Rechtslebens noch entfernt sind.

Es wäre abwegig, aus dieser Feststellung irgendwelche falschen Schlüsse ziehen zu wollen. Wie schon oben gesagt, kann die Neugestaltung unseres Rechtes nur im Wege einer organischen Entwicklung aus grundsätzlicher Auffassung und praktischer Erfahrung werden. Desgleichen darf man den Menschen, die Recht sprechen aus völlig anderer Geistigkeit und den Sinn der jetzigen Epoche nicht verstehen, keinen allzu schwerwiegenden Vorwurf wegen ihrer gänzlichen Unzulänglichkeit machen, da ihnen die innere Voraussetzung fehlt, den Erfordernissen des revolutionären Umbruchs auf diesem Gebiet absolut entsprechen zu können.

Jede Revolution wird nach dem Vollzug des äußeren Machtantritts vor die Frage gestellt, die als letzte Probe auf ihren inneren Wert und ihre historische Mission ins Große anzusprechen ist. Heute in der Epoche der evolutionären Entwicklung der nationalsozialistischen Revolution muß es sich zeigen, ob die Kraft der Idee und der Menschen, die sich siegreich machtpolitisch durchgesetzt haben, ausreicht, um auf sämtlichen Gebieten des geistigen, kulturellen und Gefühlslebens sich entscheidend durchzusetzen und die errungene äußere Form mit der lebendigen Kraft der inneren freudigen Bejahung und des Geistes durch die Nation zu erfüllen.

Es bleibt dem nationalsozialistischen Juristenbund und seinen weiterhin geschaffenen Institutionen vorbehalten, im Ringen um die Gestaltung eines nationalsozialistischen Rechtes den Nachweis zu erbringen, daß es sich auch auf diesem Gebiete beim Siege der Bewegung tatsächlich um eine echte Revolution handelt.

Das Problem ist schwierig, weil überall die Grenzen flüchtig sind und zugleich Gefahren ins Abstrakte und Starre lauern. Die Aufgabe ist groß und schwer, weil es gilt, in einem langwierigen Prozeß Menschen, die nur zu leicht aus ihrem Werdegang dem Individualismus und der reinen Logik verfallen, zu weltanschaulich gänzlich erfaßten Persönlichkeiten zu erziehen, die aus ihrem inneren Wesen heraus Gewähr für eine lebendige Erfassung eines blutvollen, gefühlten Rechtes bieten. Dieses Ringen wird ein immerwährendes bleiben, weil menschliche Schwäche stets die Gefahr des Abgleitens in sich birgt. Einer ziel- und instinktsichereren Führung wird es jedoch im Laufe von Jahren gelingen, im großen und ganzen eine Ordnung zu schaffen und Menschen zu bilden, die zueinander harmonisch passen, weil die gewachsene Ordnung des Rechtes zugleich der Ausdruck der eigenen inneren Haltung ist, von der man sagen darf, daß sie nationalsozialistisch bestimmt sei.

Auch diese Gautagung des Juristenbundes zu Hagen wird nach meiner Überzeugung fruchtbar in der aufgesetzten Richtung wirken und mithelfen am Werden und Vollenden des von uns begonnenen großen Werkes. Der Schöpfung des ewigen Deutschland.

Akademie für Deutsches Recht

Die Saar als Rechtsproblem

Eine Denkschrift der Akademie an die Juristen der Welt

Der Präsident der Akademie für Deutsches Recht, Reichsjustizkommissar Dr. Hans Frank, und der Vorsitzende des Ausschusses für Völkerrecht der Akademie für Deutsches Recht, Universitätsprofessor Dr. Viktor Bruns, veröffentlichen eine Denkschrift über „Die deutsche Saar als Rechtsproblem“ an die Juristen der Welt.

Gegenüber den Versuchen derer, die eine Rückgliederung des Saargebietes an Deutschland mit allen Mitteln zu hintertreiben versuchen, gegenüber den Versuchen namentlich, aus dem Saarstatut des Versailler Vertrages und Gelegenheitsbeschlüssen des Völkerbundes Rates Rechtsgrundlagen zu schaffen, die einen Vorteil für die Segner Deutschlands, einen Nachteil für alle diejenigen darstellen, welche die Rückkehr des Saargebietes zum deutschen Vaterland erstreben, einen Nachteil also für die erdrückende Mehrheit der Saarbevölkerung selbst, hat die Saardenksschrift der Akademie für Deutsches Recht einwandfreie Klarheit geschaffen. Was Deutschland immer wieder zum Ausdruck gebracht hat: daß es nichts weiter fordert als restlose Erfüllung der Vertragsbestimmungen über die Saar, das findet hier in streng wissenschaftlicher Methode seine Erläuterung in einer Darstellung der Rechte und Pflichten, die dem Völkerbund und seinen Organen im Saargebiet aus dem Vertrag auferlegt sind.

Die Denkschrift stellt zunächst fest, daß schon die Anordnung des Vertrages für seine Auslegung von Bedeutung ist. Zu den Artikeln 45 bis 50 im IV. Teil des III. Abschnittes des Versailler Vertrages, welche die grundsätzliche Regelung des Schicksals des Saargebietes enthalten, sind die Ausführungsbestimmungen in einem Anhang (§ 1 bis 40) beigefügt. Die Vorschriften des Anhangs können nur eine Auslegung erfahren, die sich mit den grundsätzlichen Bestimmungen der Artikel 45 bis 50 in Einklang befindet.

Die Denkschrift umreißt dann die Aufgaben des Völkerbundes in der Saarfrage: einerseits als Treuhänder die internationale Verwaltung des Saargebietes für die 15jährige Frist einzurichten, sie während dieser Zeit zu überwachen und dann die Zwischenverwaltung zu beendigen. Andererseits hat der Völkerbund die unbefangene Volksabstimmung durchzuführen und nach Maßgabe des Ergebnisses der Volksabstimmung seine Entscheidung über den künftigen Souveränitätsträger zu treffen.

Die Denkschrift stellt heraus, daß die Befugnisse des Völkerbundes, die für ihn zugleich Pflichten sind, durch den Versailler Vertrag fest umgrenzt sind: er hat Maßnahmen nur für die Zeit bis zur Entscheidung durch die Abstimmung zu treffen. Darum hat der Rat in seinem Beschluß vom 4. Juli für die Zeit nach der Entscheidung auch keine Regelungen von sich aus getroffen, sondern diese mit den beteiligten Mächten, Deutschland und Frankreich, vereinbart.

Mit aller wünschenswerten Deutlichkeit betont die Denkschrift: „Daß es mit dem Grundsatz der Freiheit der Abstimmung völlig unvereinbar wäre, während der Abstimmungsperiode in das Saargebiet militärische oder polizeiliche Kräfte eines an der Abstimmung interessierten Staates hineinzuziehen, bedarf keiner Begründung.“

Für die Entscheidung, die der Völkerbund nach der Abstimmung zu treffen hat, sind drei Möglichkeiten vorgesehen, welche von der Denkschrift eingehend in ihren rechtlichen Folgen klargestellt werden:

a) Aufrechterhaltung des bisherigen Regimes (Status quo). Die Denkschrift stellt fest, daß der Völkerbund in diesem Falle lediglich berechtigt ist, die bisherige provisorische Verwaltung des Saargebietes in eine endgültige umzuwandeln, ohne ihren Wesensaufbau zu ändern. Er wäre lediglich befugt, die technischen Einzelheiten der Verwaltung insofern zu ändern, als dies die Umwandlung des vorläufigen Zustandes in einen im Sinne des Vertrages endgültigen erfordert. Wenn die Denkschrift in diesem Zusammenhange feststellt, daß eine solche Entscheidung des Völkerbundes, die sich natürlich auf ein entsprechendes Ergebnis der Abstimmung stützen muß, endgültig über die Gebietsouveränität des Saargebietes entscheidet, so macht sie damit der verlogenen Agitation der Status-quo-Verteiler ein Ende, die der Saarbevölkerung vorreden möchten, daß eine Entscheidung für den Status quo nur eine Übergangsentcheidung sei, daß später eine neue Abstimmung stattfinden könnte.

b) Über die Vereinigung des Saargebietes mit Frankreich geht die Denkschrift kurz hinweg, da sie außerhalb des Bereichs jeder Wahrscheinlichkeit liegt.

c) Die Rückkehr des Saargebietes nach Deutschland, d. h. die Wiedereinsetzung Deutschlands in die volle, zur Zeit nur ruhende Regierungsgewalt muß — so stellt die Denkschrift fest — bedingungs- und vorbehaltlos geschehen. § 35c des Anhangs zu den Vertragsbestimmungen über die Saar gibt in dieser Beziehung dem Völkerbund auch nicht die bescheidenste Möglichkeit zu Anordnungen irgendwelcher Art.

Bei seiner Entscheidung über den künftigen Souveränitätsträger ist der Völkerbund an das Ergebnis der Abstimmung gebunden. Dieser Grundsatz ist in Artikel 47 und 49 des Vertrages wie in § 34 und 35 der Anlage ausdrücklich festgestellt. Nicht der Völkerbund hat seine Ansicht über die Rechte und das Wohlergehen der Bevölkerung zur Maßgabe seiner Entscheidung zu machen; diese Entscheidung hat allein die Saarbevölkerung durch ihre Abstimmung zu treffen. Die Anschauung, daß der Völkerbund für bestimmte Teile der Abstimmungsberechtigten oder der Gebietsbewohner eine Sonderregelung treffen dürfe (Schutzverpflichtungen des künftigen Souveränitätsträgers) wird von der Denkschrift als eine vollkommen willkürliche, allen juristischen Grundregeln widersprechende Auslegung des Versailler Vertrages zurückgewiesen. Die Denkschrift stellt weiterhin fest, daß es die Pflicht des Völkerbundes ist, eine sofortige Entscheidung über das künftige Souveränitätsverhältnis im unmittelbaren Anschluß an die Abstimmung zu treffen. Es liegt nicht in seiner Hand, darüber zu befinden, ob, wann und unter welchen Bedingungen er entscheiden will. Er kann auch nicht Belastungen und Einschränkungen der Souveränität und ihrer Ausübung durch ihren künftigen Träger anordnen.

Die Akademie für Deutsches Recht hat als wissenschaftliche Instanz von hohem Grade Anerkennung in allen Kulturstaaten der Welt gefunden. Die Männer, denen die Arbeit an den Fundamenten des Volks- und Völkerlebens, an der Rechtsordnung anvertraut ist, stehen fern dem Tagesstreit um politische Zweckmäßigkeitsfragen. Sie sehen die Aufgabe ihres Lebens darin, das Gefüge des Volkslebens und des Zusammenlebens der Völker auf Rechtsgrundlagen zu stellen, die nicht angetastet werden dürfen, wenn nicht eine Katastrophe hereinbrechen soll. Darum hoffen und glauben wir, daß diese Denkschrift, die an alle Juristen der Welt gerichtet ist, ein Echo finden wird, dem sich auch die Verantwortlichen nicht entziehen können und dürfen. [Schl.]

Schrifttum

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

Dr. Paul Gaedeke, Kammergerichtsrat in Berlin: **Die Kostenrechtsprechung des Kammergerichts in Zivilsachen nach dem Stande vom 10. Okt. 1934.** Leipzig 1934. W. Moeser Buchhandlg. 143 S. Preis kart. 3 R. M.

Bereits im Mai 1933 hatte ich Gelegenheit, den Vorläufer dieses Werks im „Berliner Anwaltsblatt“ zu besprechen, ein Büchlein, das die Zusammenstellung von 234 grundsätzlichen Entscheidungen des Kostenrechts des RG. enthielt und von mir als neuartig bezeichnet worden ist.

Runmehr legt der Verf., der den Lesern der *JW.* durch seine Besprechungen gerade auf dem Gebiet des Kostenrechts als Spezialist in Kostenfragen bekannt ist, das Werk in neuem Gewande vor. Das Büchlein hat sich zu einem ansehnlichen Buch entwickelt, das in 8 Abschnitten die in Betracht kommenden wichtigsten Fragen behandelt. Wie der Verf. betont, handelt es sich um eine Auswahl von Entscheidungen. Jedoch ist diese so reichhaltig, daß wohl alle Fragen des Kostenrechts, die dem Anwalt entgegenzutreten pflegen, darin enthalten sind.

Wenn ich in meiner früheren Besprechung darauf hingewie-

sen habe, daß dieses Buch in keinem Anwaltsbüro werde entbehrt werden können, da Unkenntnis in Kostenjachen ein Luxus sei, den sich kein Anwalt mehr leisten könne, so gilt dieser Hinweis heute in erhöhtem Maße. Das Werk stellt nicht weniger als 425 Rechtsgrundsätze des Kostenrechts — vornehmlich den Anwalt interessierend — nach besonderer übersichtlicher Gruppierung zusammen: Verfahren bis zum Urteil, Kosten mehrerer Anwälte, Zwangsvollstreckung, Haftung gegenüber der Staatskasse, Kostenfestsetzung, Streitwertberechnung, Armenrecht und Armenanwaltskosten, sonstige Kostenbestimmungen.

Einer geradezu erstaunlichen Ausführlichkeit erfreut sich das Sachregister. Bekanntlich kranken Sachregister vielfach daran, daß sie zu dürftig sind, so daß man das Gesuchte nicht findet. Vorliegend begegnet ein und dieselbe Entscheidung in Sachregister mehrfach, nach den verschiedensten Gesichtspunkten. Damit ist die mühelose Auffindung einer jeden behandelten Frage gewährleistet, ein Vorzug des Buches, der für die praktische Verwertbarkeit gar nicht hoch genug eingeschätzt werden kann.

Das Werk dient aber nicht nur dazu, im einzelnen Falle die maßgebende Ansicht des Kostenenats festzustellen. Ein Blick in das vorangestellte genaue Inhaltsverzeichnis verlockt vielmehr dazu, auch ohne besonderen Anlaß in dem Buch zu blättern und sich in ganze Abschnitte zu vertiefen. Man stößt hierbei auf eine Fülle wertvoller Gesichtspunkte und bemerkt zu seinem Erstaunen, wie viele bedeutende Fragen des Kostenrechts dem Anwalt nicht geläufig sind.

Besonders reichhaltig ausgestaltet ist der 7. Abschnitt über Armenrecht und Armenanwaltskosten, der nicht weniger als 111 Entscheidungen wichtigster Fragen aus diesem Gebiet behandelt und jedem Anwalt in seinem Interesse zur aufmerksamsten Beachtung empfohlen werden muß.

Wenn auch — was ruhig gesagt werden darf — sachlich nicht jede der Entscheidungen mit ungeheiltem Beifall aufgenommen werden kann, so liegt doch der Wert und das besondere Verdienst des Werkes darin, daß der Anwalt des Kammergerichtsbezirks damit ein zuverlässiges Nachschlagewerk in die Hand bekommt, durch das er sich über die maßgebende Rechtsprechung schnell und sicher, ohne Umfersuchen in den verschiedensten Zeitschriften und Registern, unterrichten kann.

Ein solches Werk darf in der Tat in keinem Anwaltsbüro fehlen; es ist ebenso unentbehrlich wie die Kostentabelle.

Daß das Buch zugleich für die Urkundsbeamten der Geschäftsstellen der Gerichte von größtem Wert ist, versteht sich von selbst. Wir Anwälte dürfen sogar hoffen, daß durch möglichst umfangreiche Benutzung dieser Sammlung bei den Gerichten uns so manche Erinnerung und Beschwerde erspart wird. Damit dient das Buch zugleich der Vereinfachung der Rechtspflege und der Ersparung unnötiger Kosten.

Daß der Wert und die Benutzbarkeit des Werkes sich auf den Kammergerichtsbezirk nicht beschränken, ist bei der Bedeutung der Rechtsprechung des Kostenenats des RG. eine Selbstverständlichkeit.

Die Orientierung und das Zurechtfinden in den 425 Rechtsgrundätzen ist dadurch besonders erleichtert, daß nicht nur die Entscheidungen fortlaufend durchnummeriert, sondern diese Zahlen auch noch oben auf den Seiten aufgeführt sind.

Sehr zu begrüßen ist die Angabe der Fundstellen in der JW., soweit die Entscheidungen — was bei einem erheblichen Teil gerade aus den letzten Jahren zutrifft — dort veröffentlicht sind.

Ein besonderer Vorzug ist schließlich noch die Zusammenstellung der Entscheidungen nach Aktenzeichen und Datum; sie veranschaulicht zugleich die Zunahme der grundsätzlichen Entscheidungen gerade in den letzten zwei Jahren.

Die äußere Aufmachung ist ansprechend, das Format — Brieftaschenformat — zweckmäßig.

Der Anschaffungspreis von 3 RM spielt bei dem hohen praktischen Wert des Werkes keine Rolle; er macht sich schnellstens bezahlt. *RA.* und *Rot.* Dr. Wolfgang Weber, Berlin.

Dr. G. Mitschke, *OGN.* im *Pr.JustMin.*, und **Dr. R. Schäfer**, *OGN.* im *RJustMin.*: **Das Reichsjagdgesetz v. 3. Juli 1934.** Textausgabe mit Einleitung. Berlin 1934. Paul Parey Verlag. Preis steif brosch. 1 RM, Partierpreis 50 Stück je 0,85 RM.

Die Jagdgesetzgebung des Dritten Reiches nahm wie die Erbhofgesetzgebung den gleichen Verlauf.

Zunächst schuf man aus dem Erfahrungskreis der preussischen Jagdwirtschaft heraus ein zeitgemäßes Gesetz und übertrug seine Grundzüge auf das Reich.

Die Verf. stellen übersichtlich das *Pr.JagdG.* v. 18. Jan. 1934 (*GS.* 13) dem *RJagdG.* unter Beschränkung auf Paragraphenhinweise gegenüber.

Die Bedeutung der gemeinverständlich gehaltenen Aufklärungsschrift liegt in der rechtlichen und verwaltungsmäßigen Betrachtung zu jedem Abschnitt.

Im zweiten Abschnitt ist auf die in § 3 Abs. 2 *RJagdG.* vorgesehene Ausnahmestellung der Erbhöfe verwiesen. Die Mindestgröße der Eigenjagdbezirke ist bekanntlich auf 75 ha bemessen (§ 8 Abs. 1). Sie kann für bestimmte Gebiete auf 150 ha, für das Gebirge sogar auf 500 ha erhöht werden.

Diese Erhöhung soll aber für Erbhöfe, die sonst die Erfordernisse eines Eigenjagdbezirkes erfüllen, nicht gelten. Das *Pr.JagdG.* hatte die Erbhöfe nicht berücksichtigt. Geschieht es seitens des Reiches, wäre eine Ergänzungsbestimmung zu § 8 *RJagdG.* empfehlenswert, daß bei Teilung eines Erbhofes in zwei Erbhöfe, die nach der Rechtsprechung der *AmerG.* auch bei geschlossenem Besitz zugunsten der Söhne eines Erbhofbauern zugelassen werden kann (*ErhbGer.* Oldenburg, *Beschl.* v. 4. Juni 1934 *Nr.* 22/34 bei *Voßgel's-Hopp*, § 64 Abs. 3 *Durchf.W.D.* I S. 1), ein Eigenjagdbezirk bestehen bliebe für diese beiden Erbhofbauern zusammen; denn meistens wird eine solche Teilung beiden Erbhöfen die Eigenschaft als Eigenjagdbezirk nehmen.

Als Textausgabe verbunden mit der Einführung in das Gesetz ist das Buch gerade für den juristisch weniger vorgebildeten Jäger ein sicherer Wegweiser. *RA.* Ernst Döttger, Berlin.

In diesem Zusammenhang ist auf eine unrichtige Wiedergabe der Ausführungsbestimmungen z. *Pr.JagdG.* bei Mitschke, *Pr.JagdG.* (Freifler-Grauert, Das neue Recht in Preußen, VI c, S. 84 und S. 88) hinzuweisen. Dies hat schon zu verschiedenen Irrtümern Anlaß gegeben (vgl. *Hoppe*: *JW.* 1934, 454; *Steiner*: *DJZ.* 1934, 141; v. *Bohlen*: *JW.* 1934, 2464).

Bei Mitschke a. a. O. ist bei Abdruck der Ausführungsbestimmungen zu § 89 und zu § 91 und öfter im Text (z. B. S. 84 Anm. 1) angegeben, daß das *Pr.JagdG.* am 21. Jan. 1934 in Kraft getreten sei. Tatsächlich besagt die Ausführungsanweisung (*Pr.GS.* S. 97) dagegen zutreffend, daß das *Pr.JagdG.* am 19. Jan. 1934 in Kraft getreten ist. Denn nach seiner Schlußbestimmung ist das *Pr.JagdG.* v. 18. Jan. 1934 „hiermit“ verkündet worden und daher gem. § 89 *Pr.JagdG.* mit dem auf die Verkündung folgenden Tag (19. Jan. 1934) in Kraft getreten. *D. S.*

OGN. Dr. D. L. von Hinüber, Düsseldorf: **Neues Strafrecht.** (Schaeffers Neugestaltung von Recht und Wirtschaft, Heft 8.) 2., umgearb. u. ergänzte Aufl. Leipzig 1934. Schaeffer Verlag C. L. Hirschfeld. Preis 1,80 RM.

Bei der Besprechung der ersten Auflage dieses Ergänzungshäftes brachte ich in *JW.* 1933, 2512 bereits zum Ausdruck, daß es sich um ein Buch handelt, welches gerade dem Studierenden empfohlen werden konnte, damit er sich mit der neuen strafrechtlichen Entwicklung im allgemeinen und im besonderen vertraut machen kann. Die in so kurzer Zeit notwendig gewordene zweite Auflage zeigt, daß das genannte Ergänzungshäft sich schnell Freunde geschaffen hat. Die zweite Auflage, die noch wesentlich ergänzt worden ist, wird sich weitere Freunde erwerben.

Hervorheben möchte ich noch, daß das vorl. Heft eine Überleitung zum neuen Strafgesetz enthält.

RA. Dr. Otto Rill, Berlin.

Der Große Brochhaus. Ahtzehnter Band: *Sph.*—Tot. 15. Aufl. Leipzig 1934. F. A. Brochhaus. 780 S. Preis 23,40 RM.

Mit dem 18. Bande des Großen Brochhaus nähert sich das bedeutsame Werk seinem Ende. Nur sehr selten noch verlagert der unerschöpfliche Ratgeber, auf dessen Bedeutung für den Juristen und auf juristischem Gebiet hier oft hingewiesen wurde. In letzterer Hinsicht verdient — soweit eine blätternbe Durchsicht zeigt — kein Stichwort dieses Bandes besondere Hervorhebung. Nur eine Anregung sei vermerkt: wenn, wie zu erwarten, ein Nachtragsband erscheint, so mag vielleicht ein Hinweis auf das in Südtirol und dem ehemaligen deutschen Südwestafrika geltende Recht möglich sein. Von den vielen, vielen allgemein interessanten Artikeln sei als besonders zeitnah der schöne Aufsatz über den Straßenbau erwähnt, zu dessen reichen Beilagen auch eine Karte der Reichsautobahnen gehört.

A. u. *RA.* Dr. Karl Arndt, Berlin.

Rechtssprechung

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

A. Ordentliche Gerichte

Reichsgericht

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

a) Zivilsachen

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

****1.** § 48 Abs. 2 AufwG.; § 77 DurchfW.D. vom 29. Nov. 1925. Die den Hypothekenbanken eingeräumte Befugnis, von allen in die Teilungsmasse fließenden Eingängen vorweg 8% als Verwaltungskostenbeitrag zu beanspruchen, hindert sie einerseits, höhere Verwaltungskosten zu berechnen, befreit sie aber andererseits von der Verpflichtung, die tatsächlich aufgewendeten Verwaltungskosten zu belegen. Der im Gesetz gebrauchte Ausdruck „Beitrag“ zu den Verwaltungskosten darf nicht zu einer anderen Auslegung verführen.

Die Bekl. ist die Rechtsnachfolgerin der Preussischen Zentralbodenkredit-Anstalt, mit welcher sich die Preussische Bodenkreditbank, die Schlesische Bodenkreditbank und die Deutsche Grundkreditbank in Gotha fusioniert haben. Dem Kl. sind von einer Anzahl Pfandbriefgläubiger der vorbezeichneten Banken Anteile alter Währung zu treuhänderischer Ausübung des Aufwertungsrechtes übertragen worden. Er behauptet, daß der Bekl. für die Verwaltung der Teilungsmasse, die im Interesse der Aufwertungsgläubiger gebildet worden ist, geringe Kosten entstanden seien, die nur 1%, jedenfalls aber noch nicht 3% der Teilungsmasse ausmachten, während die Bekl. 8% der Teilungsmasse als Verwaltungskostenbeitrag einbehalten habe. Er ist der Ansicht, daß die Einbehaltung des über die tatsächlich entstandenen Kosten hinausgehenden Betrages zu Unrecht erfolgt sei und berechnet, daß die Bekl. für je 1000 Papiermark mindestens 10 *R.M.* zuviel einbehalten habe, die an die Anteilseigner auszahlbar seien. Nach seiner Ansicht hat Art. 77 DurchfW.D. z. AufwG. v. 29. Nov. 1925 (RGBl. I, 392) der Bekl. nicht einen Pauschalsatz von 8% unabhängig von den entstandenen Kosten zuzuberechnen, sondern nur einen Teil der tatsächlich entstandenen Kosten ersetzen wollen. Wenn Art. 77 DurchfW.D. aber eine andere Regelung hätte vornehmen wollen, so entbehre er der Rechtswirksamkeit, weil die Regierung bei dieser Best. ohne gesetzliche Grundlage gehandelt hätte. Das Gesetz habe nämlich in § 48 AufwG. nur einen Teil der tatsächlich entstandenen Verwaltungskosten zurückvergüten wollen, ohne den Banken einen Gewinn zuzuwenden, wobei es von der irrümlichen Ansicht ausgegangen sei, daß mindestens 20% Unkosten entstanden. Der Kl. hat schließlich beantragt, die Bekl. zu verurteilen, an den Kl. 6500 *R.M.* zu zahlen.

Die Klage blieb bei allen Instanzen erfolglos.

Der Entsch. des RG. ist in vollem Umfange beizupflichten. Nach § 48 Abs. 2 AufwG. ist von der Teilungsmasse nach näherer Best. der Reichsregierung oder der von ihr bestimmten Stelle ein „Beitrag“ zu den Verwaltungskosten abzuführen, der 10% der Teilungsmasse nicht übersteigen darf. Daß ein Beitrag zu den Verwaltungskosten von der Teilungsmasse abzuziehen sei, war schon in der III. StNotW.D. v. 14. Febr. 1924 (RGBl. I, 74) bestimmt und die Reichsregierung oder die von ihr bestimmte Stelle ermächtigt worden, Grundätze für die Bemessung dieses Beitrages zu geben (Art. I § 6 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 dieser W.D.).

Ein Höchstfuß war nicht vorgeschrieben. Auf Grund dieser Vorschrift hatte die Reichsregierung in der 3. DurchfW.D. zu Art. I der III. StNotW.D., § 12, bestimmt, daß die Bank berechtigt sei, von allen in die Teilungsmasse fließenden Eingängen vorweg 20% als Verwaltungskostenbeitrag in Anspruch zu nehmen. In der Regierungsvorlage zum AufwG. war der Abzug eines Beitrages zu den Verwaltungskosten nach näherer Best. der Reichsregierung und zwar gleichfalls ohne Festsetzung eines Höchstfußes vorgesehen. Im Reichstagsausschuß (Bericht S. 14) wurde geltend gemacht, daß der Abzug von 20%, der nach der DurchfW.D. erfolgen könne, etwa 500 Mill. *G.M.* ausmache, die den Pfandbriefgläubigern entzogen würden, und daß es verfehlt sei, dem Hypothekenbanken versteckte Subventionen aus der Teilungsmasse zu geben. Es wurde deshalb die Festsetzung eines Höchstbetrages von 5% beantragt. Vom RWBl. wurde die Berechnung auf 500 Mill. *G.M.* als viel zu hoch bestritten und behauptet, daß bei 12% Verwaltungskostenbeitrag sich nur 200 bis 220 Mill. *G.M.* ergeben würden; das sei nicht zuviel, denn die Hypothekenbanken hätten seit 1920 die Verwaltung der Papiermarkhypotheken weitergeführt, die Auslösung und Rückzahlung und den Grundbuchverkehr besorgt, ohne dafür Einnahmen zu erzielen; ihr Geschäft sei seit 1921 ein reines Verlustgeschäft gewesen. Das AufwG. § 48 Abs. 2 hat hierauf einen Höchstfuß von 10% festgesetzt. Unter Einhaltung dieser Höchstgrenze durfte daher die Reichsregierung oder die von ihr bestimmte Stelle den Verwaltungskostenbeitrag festsetzen. Sie hat in Art. 77 Abs. 1 DurchfW.D. z. AufwG. v. 29. Nov. 1925 (RGBl. I, 392) verordnet, daß die Hypothekenbank berechtigt sei, von allen in die Teilungsmasse fließenden Eingängen vorweg 8% als Verwaltungskostenbeitrag in Anspruch zu nehmen.

Diese Regelung der Reichsregierung enthält eine generell erteilte Berechtigung zu dem Abzuge des festgesetzten Prozentsatzes, und sie wird nicht dadurch berührt, ob im Einzelfalle der Bank mehr oder weniger an Verwaltungskosten entstanden ist, als diesem Prozentsatz entspricht. Wenn die Rev. aus dem in Art. 48 Abs. 2 AufwG. und Art. 77 DurchfW.D. gewählten Ausdruck „Beitrag“ die Folgerung gezogen wissen will, daß die abzuziehende Summe die Verwaltungskosten nicht in voller Höhe decken sollte, sondern daß ein Teil dieser Kosten aus dem eigenen Vermögen der Hypothekenbanken gedeckt werden sollte, so geht diese Auffassung fehl. Es kommt nicht auf den sprachlich-grammatischen Ausdruck des Gesetzes an, sondern auf seinen leitenden Gedanken. Danach aber sollte durch die getroffene einheitliche Regelung die Möglichkeit einer verschiedenen Bemessung des Verwaltungskostenbeitrages und damit eines unerwünschten Konkurrenzkampfes unter den Banken vermieden werden (Schlegelberger-Harmering, 5. Aufl., Art. 77 DurchfW.D. Anm. 1). Der Sinn und Zweck des Gesetzes ist es also, ohne Rücksicht auf die tatsächliche Höhe der Verwaltungskosten den Betrag gleichmäßig für alle Banken festzusetzen, so daß die Bank keinerlei Anspruch auf einen höheren Beitrag hat, wenn sie wesentlich höhere Unkosten nachzuweisen imstande wäre, während ihr andererseits der gesetzlich festgesetzte Beitrag auch dann zusteht, wenn ihre Verwaltungskosten hinter ihm in irgendwelcher Höhe zurückbleiben. Hätte die Rev. mit ihrer Auffassung recht, so würde der Gedanke des Gesetzes in sein Gegenteil verkehrt, indem in jedem Einzelfalle die Höhe der Verwaltungskosten ermittelt werden müßte, was durch Art. 77 DurchfW.D. gerade vermieden werden sollte. Führt diese Regelung im Einzelfalle zu Härten für die Pfandbriefgläubiger, so ist die Möglichkeit einer Abhilfe, wie schon das RG. zutreffend hervorgehoben hat, nur auf dem durch die §§ 48 Abs. 1 Ziff. 3, 50 AufwG., Art. 76 DurchfW.D. z. AufwG. vorgezeichneten Wege möglich, daß die Reichsregierung (Aufsichtsbehörde) zur Vermehrung

der Teilungsmasse gem. § 48 Abs. 1 Ziff. 3 AufwG. dem Schuldner einen aus seinem sonstigen Vermögen zu leistenden Beitrag in Gemäßheit des Art. 76 DurchfW.D. auferlegt.

Auch der Angriff der Rev., daß die Reichsregierung durch Art. 77 DurchfW.D. die ihr erteilte gesetzliche Ermächtigung überschritten habe, ist unberechtigt. Wenn die Rev. auch hier den von dem Gesetz gebrauchten Ausdruck „Beitrag“ als Kennzeichen dafür verwerten will, daß die, den Hypothekendarlehen zustehende, Abzugsberechtigung nicht über den Umfang der Verwaltungskosten hinaus zu einem Gewinn für die Bank führen dürfe, so verkennt sie, daß der Sinn der Ermächtigung („nach näherer Best. der Reichsregierung“) der ist, daß es dem Ermessen der Reichsregierung überlassen bleiben sollte, ob sie den Beitrag generell auf einen bestimmten Prozentsatz festlegen oder ihn im Einzelfall unter Berechnung der tatsächlichen Unkosten bemessen wollte, wobei ihr nur die eine Grenze gesetzt war, daß der Beitrag 10% der Teilungsmasse nicht überschreiten durfte. Es bestehen daher auch gegen die Gültigkeit des Art. 77 DurchfW.D. keinerlei rechtliche Bedenken.

Bei dieser Rechtslage kommt es nicht darauf an, ob man den Anspruch, den der Kl. erhebt, als Vertragsanspruch oder als Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung zu kennzeichnen hat. Denn auch dann, wenn die Rev. meint, der Anspruch als ein Darlehnsanspruch zu betrachten ist, der infolge eines angeblich unberechtigten Abzuges noch nicht in vollem Umfange befriedigt worden ist, sind die erhobenen Revisionsrügen unbegründet.

(U. v. 20. Sept. 1934; IV 149/34. — Berlin.) [R.]

2. §§ 459 ff., 463 BGB.

I. Eigenschaften i. S. der §§ 459, 463 BGB. sind alle Beziehungen der Kaufsache zur Umwelt, die für den Käufer von Interesse sein können.

II. Die Vorschriften der §§ 459 ff. BGB. schließen die Haftung aus culpa in contrahendo wegen fahrlässig falscher Angaben über die verkaufte Sache aus, wenn die diesbezüglichen Angaben gerade Eigenschaften der verkauften Sache betreffen. Denn weil das Gesetz eine Haftung nach § 463 BGB. nur eintreten läßt, wenn solche Eigenschaften zugesichert oder arglistig verschwiegen sind, kann die sonst anerkannte Haftung für fahrlässig unrichtige Angaben über Umstände, die für die Erreichung des Vertragszwecks von Wert sind, nicht Platz greifen.

I. Das angefochtene Ur. ist der Ansicht, bei den vom Kl. geltend gemachten Tatsachen, daß das verkaufte Bild nicht aus Privatbesitz stammte, und daß es dem Kunsthandel nicht unbekannt war, handle es sich nicht um Sachmängel und Eigenschaften des Bildes, sondern lediglich um Umstände, die zur Vereitelung des Vertragszweckes geeignet gewesen seien. Wenn das RG. dabei unter Sachmängeln und Eigenschaften eines Kaufgegenstandes nur wertbildende Faktoren verstanden wissen will, so weist die Rev. zutreffend darauf hin, daß es einen objektiven Wert für Bilder der Art, um die es sich hier handelt, gar nicht gibt, daß ihr Preis und ihre Veräußerungsmöglichkeit vielmehr von einer großen Anzahl verschiedenartiger und dem Wechsel der Anschauungen unterworfenen Umstände abhängt. Das BG. betont aber selbst, D. habe auf die Herkunft aus Privatbesitz und die Unbekanntheit im Kunsthandel besonderes Gewicht legen müssen, weil nur diese Voraussetzungen zu der Hoffnung auf gewinnbringenden Weiterverkauf berechtigt hätten. Der relative Wert des von D. erworbenen Bildes wurde also auch nach der Ansicht des RG. durch die Tatsache des früheren Angebotes im öffentlichen Kunsthandel beeinflusst. Es braucht hier jedoch nicht auf die Streitfrage eingegangen zu werden, was als Fehler der Kaufsache i. S. von § 459 Abs. 1 BGB., der den Wert oder die Gebrauchstauglichkeit aufhebt oder mindert, anzusehen ist (vgl. RG. 135, 340¹) und das dort angeführte Schrifttum, ferner Haymann: JW. 1932, 1862 ff.). Selbst wenn man

die Tatsache, daß das an D. verkaufte Bild nicht aus Privatbesitz herkam, sondern seit langem im Kunsthandel angeboten wurde, nicht als einen Fehler i. S. von § 459 Abs. 1 BGB. ansehen will, so bedeutet sie doch jedenfalls, daß dem Bilde eine Eigenschaft i. S. von § 459 Abs. 2 fehlte. Denn der Begriff der Eigenschaft einer Kaufsache geht über den Rahmen der den Wert und die Gebrauchstauglichkeit bestimmenden Umstände hinaus. Als Eigenschaften sind keinesfalls nur wertbildende Faktoren, die übrigens hier sogar in Frage stehen, anzusehen, können vielmehr alle Beziehungen der Kaufsache zur Umwelt in Betracht kommen, die für den Käufer von Interesse sein können (RGKomm., 8. Aufl., Anm. 5a zu § 459 BGB.). Nicht erforderlich ist, daß das Fehlen einer Eigenschaft den Kaufgegenstand auch fehlerhaft i. S. von § 459 Abs. 1 macht. Im vorliegenden Falle war die Beziehung des Bildes zu Privatbesitz oder Kunsthandel von um so größerer Bedeutung für den Erwerber, als der Kauf ausdrücklich zum Zwecke der Weiterveräußerung des Bildes erfolgte, wie die Vereinbarung über die Teilung des beim Weiterverkauf erzielten Mehrerlöses klar ergibt.

Nun hat der Kl. ausdrücklich auch behauptet, der Vekl. habe ihm und dem Käufer D. zugesichert, das Bild sei aus Privatbesitz erworben, es sei im Kunsthandel unbekannt. Auf das Fehlen auch dieser zugesicherten Eigenschaften hat er die mit der Klage verfolgten Schadenserzahnforderungen gestützt. Alle Ansprüche aber, die sich auf den Mangel einer zugesicherten Eigenschaft gründen, verjähren nach § 477 BGB. ebenso wie die Gewährleistungsansprüche aus fehlerhafter Beschaffenheit der Kaufsache in sechs Monaten von der Ablieferung ab. Hat der Vekl. eine Zusicherung in der Richtung der Herkunft des Bildes und seiner Unbekanntheit im Kunsthandel gegeben, so fehlte dem verkauften Bilde eine zugesicherte Eigenschaft, damit der Käufer Schadenserzahnanspruch des Kl. aus § 463 BGB. schlüssig, er war aber auch der kurzen Verjährungsfrist des § 477 a. a. D. unterworfen.

II. Dagegen war hier für eine Haftung des Vekl. aus einer fahrlässig falschen Angabe über Herkunft und Bekanntheit des Bildes, aus Verschulden beim Vertragschluß, wie das BG. annimmt, kein Raum. Eben weil die diesbezüglichen Angaben des Vekl. nicht nur irgendwelche allgemeinen, wenn auch für den Vertragszweck bedeutungsvollen Umstände, sondern Eigenschaften des verkauften Bildes betrafen, und weil das Gesetz über die Haftung für Angaben über Eigenschaften einer Kaufsache eine besondere Regelung getroffen hat und eine solche Haftung nur eintreten läßt, wenn solche Eigenschaften ausdrücklich zugesichert oder arglistig verschwiegen sind, so kann die sonst in der Rspr. anerkannte Haftung für fahrlässig unrichtige Angaben über Umstände, die für die Erreichung des Vertragszwecks von Wert sind, hier nicht Platz greifen (vgl. RG.: SowiArch. 78 Nr. 7). Im übrigen würde aber auch eine Haftung aus Fahrlässigkeit hier der kurzen Verjährung des § 477 BGB. unterliegen, wiederum deshalb, weil der vom Kl. erhobene und vom BG. für begründet befundene Anspruch insoweit auch auf das Fehlen bestimmter Eigenschaften des verkauften Bildes gestützt ist (RG. 129, 280²)).

Nach alledem kommt eine Haftung des Vekl. aus der Tatsache, daß das Bild nicht aus Privathänden stammte, und daß es im Kunsthandel nicht unbekannt war, nur dann in Betracht, wenn dem Käufer eine entgegenstehende Zusicherung gegeben war.

(U. v. 25. Sept. 1934; II 79/34. — RG.)

[v. B.]

**3. §§ 16, 47, 48, 53, 60, 65, 66 GmbHG.; §§ 164, 177, 180, 185 BGB.

I. Zur Stimmrechtsausübung bei Sicherungsabtretung eines GmbH-Anteils ist allein der Zessionar berechtigt, der Zedent nur infolge der Vermutung des § 16 GmbHG. oder — ebenso wie ein Dritter — auf Grund einer Bevollmächtigung durch den Zessionar. Die unter Mitwirkung eines Vertreters ohne Vertretungsmacht eines Gesellschafters von den

¹) JW. 1932, 1862.

²) JW. 1930, 3472.

übrigen Gesellschaftern gefaßten Beschlüsse werden durch Genehmigung des Berechtigten wirksam. Der den Beschluß gerade wegen der fehlenden Mitwirkung eines Gesellschafters anfechtende Gesellschafter kann gegen eine spätere Genehmigung nichts einwenden, wenn er kein besonderes Interesse hatte, daß diese bis zu einem bestimmten Zeitpunkt erteilt werde. Die ursprüngliche Zustimmung des anfechtenden Gesellschafters zu dem Beschluß hindert die Anfechtung nicht, wenn es sich gerade darum handelt, ob überhaupt ein wirksamer Beschluß zustande gekommen ist.

II. Ein Beschluß, der eine für eine unbestimmte Zeit eingegangene GmbH. mit einer Befristung, deren Eintritt noch in das laufende Geschäftsjahr fällt, auflöst, stellt keine Satzungsänderung nach § 53 GmbHG. dar, wenn die Frist, bis zu der die Auflösung in Vollzug gesetzt werden soll, eine mäßige ist und nur der Verwirklichung der Auflösung dient.

III. Die Anmeldung des Auflösungsbeschlusses gemäß § 65 GmbHG. braucht nicht unmittelbar der Fassung des Beschlusses zu folgen, vielmehr kann es zur bestmöglichen Verwertung des Vermögens geboten sein, die Anmeldung zu verschieben.

IV. Das Recht zur Ernennung der Liquidatoren kann nicht dritten Personen übertragen werden. Das Abberufungsrecht nach § 66 Abs. 3 Satz 2 GmbHG. gilt in allen Fällen, in denen nicht dem Gericht durch das Gesetz das Ernennungs- und Abberufungsrecht übertragen ist.¹⁾

I. Die Gesellschafterversammlung der hess. GmbH. war eine sog. Vollversammlung. Es handelte sich also nicht um eine ordnungsmäßig einberufene Versammlung, zu der alle Gesellschafter unter Angabe des Gegenstandes der Beschlussfassung — der Auflösung der Gesellschaft — eingeladen waren, sondern um eine solche, in der alle Gesellschafter anwesend oder vertreten und mit der Beschlussfassung — der Abstimmung — über die Auflösung einverstanden waren. Die Rechtswirksamkeit der gefaßten Beschlüsse hängt davon ab, ob in der Versammlung die Inhaber sämtlicher Geschäftsanteile anwesend oder durch Bevollmächtigte vertreten waren. Das Protokoll nennt als erschienene und vertretene Gesellschafter außer dem Kl. nur die Berliner GmbH. und als deren Vertreter ihren alleinzeichnungsberechtigten Geschäftsführer K. Die Berliner GmbH. war aber nicht mehr Inhaber des Geschäftsanteils. Vielmehr waren im Zeitpunkt der Gen.-Vers. die Firmen Nr. und B. auf Grund Abtretung Inhaber des Geschäftsanteils. So konnte ohne deren Mitwirkung ein rechtswirksamer Auflösungsbeschluß nicht zustande kommen. Die Abtretung hat an beide als Miteigentümer nach Bruchteilen stattgefunden. Eine solche Abtretung ist zulässig (RG. 135, 70¹⁾). Einer Genehmigung der Gesellschaft zur Ver-

äußerung von Teilen eines Geschäftsanteils nach § 17 GmbHG. bedurfte es insoweit nicht.

Wenn auch diese Abtretung nur zum Zwecke der Sicherung für Ansprüche der Zessionare gegen die Zedentin erfolgte, so sind die Zessionare doch in vollem Umfange an die Stelle der Zedentin getreten, also mit allen Rechten und Pflichten Inhaber der Geschäftsanteile geworden (RG. 138, 106²⁾). Der Rechtsübergang trat schon mit dem Zustandekommen des zwischen Veräußerer und Erwerbem geschlossenen Abtretungsvertrages (§ 15 Abs. 3 GmbHG.) ein, ohne daß es zum Eintritt dieser Wirkung der Anmeldung bei der Gesellschaft (§ 16 GmbHG.) bedurfte (RG. 127, 236³⁾). Eine Spaltung des Rechtes der Inhaber der Geschäftsanteile in der Weise, daß der Veräußerer aus eigenem Rechte das Stimmrecht ausüben kann, während nur im übrigen Rechte und Pflichten des Gesellschafters auf den Erwerb übergehen, ist unmöglich. Mit dem Erwerb des Geschäftsanteils geht also ohne weiteres auch das Stimmrecht auf den Erwerb über. Trotz des vollständigen Übergangs des Gesellschafterrechts konnte aber der Veräußerer gegenüber der Gesellschaft legitimiert sein. Die Legitimation konnte dadurch gegeben sein, daß weder Zedentin noch Zessionare der Gesellschaft den Rechtsübergang anmeldeten. Denn im Falle des Unterbleibens der Anmeldung gilt gemäß § 16 GmbHG. der Gesellschaft gegenüber der bisherige Inhaber weiter als Gesellschafter. In der Unterlassung der Anmeldung liegt eine Übertragung der Legitimation zur Ausübung eines fremden Rechtes (§ 185 BGB.), wie sie auch sonst im Rechtsverkehr anerkannt ist (vgl. RG. 117, 69⁴⁾; 133, 234⁵⁾). Diese Art der Legitimation ist freilich unmöglich, wenn der Gesellschaft die Abtretung bekanntgemacht worden ist. Einer besonderen Anmeldung bedarf es nicht, wenn einem Vertretungsberechtigten Vertreter der Gesellschaft aus seiner Mitwirkung bei der Abtretung, sei es, weil er selbst seinen Anteil abgetreten hat, sei es, weil er die Abtretung als Gesellschafter genehmigt hat, die Abtretung bekanntgeworden ist, da er dann diese Kenntnis zugleich in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer erlangt hat (RG. 127, 236³⁾). Dieser Fall liegt vor, da der Kl. erst nach Abschluß des Abtretungsgeschäftes die Genehmigung erklärt hat. Die Zedentin konnte somit das Stimmrecht nur auf Grund einer Vollmacht der Zessionare ausüben. Die Vollmacht konnte auch durch den Abtretungsvertrag ausdrücklich oder stillschweigend erteilt sein. Nach § 47 Abs. 3 GmbHG. bedarf die Vollmacht der schriftlichen Form. Freilich folgt daraus nicht, daß ein ohne Vorlage der schriftlichen Vollmacht in der Gesellschafterversammlung gefaßter Beschluß nichtig ist. Der Vorlage der Vollmacht bedarf es nicht, wenn den Beteiligten in der Gesellschafterversammlung die Bevollmächtigung bekannt und von keiner Seite die Berechtigung des Zedenten zur Vertretung des Zessionars bestritten worden ist. Nun sind allerdings die Beteiligten davon ausgegangen, daß die Berliner GmbH. durch K. aus eigenem Rechte die Gesellschafterrechte ausübe und nicht als Bevollmächtigte der Zessionare, denn die Berliner GmbH. wird ausdrücklich als Inhaber des Geschäftsanteils genannt. Trotzdem könnte aber der Kl. nach den das Gesellschaftsverhältnis be-

Zu 3. Die Entsch. stellt eine ganze Reihe von Grundfragen auf, die für das Recht der GmbH., darüber hinaus aber auch für das Aktienrecht von erheblicher Bedeutung sind. Im folgenden sollen nur die wichtigsten Punkte erörtert werden.

1. Im Fall der Sicherungsübertragung steht das Stimmrecht grundsätzlich dem Zessionar und nicht dem Zedenten zu. Die Frage der Stimmberechtigung bei der Sicherungsübertragung eines GmbH.-Geschäftsanteils oder einer Aktie kann um deswillen zweifelhaft sein, weil es sich zwar rechtlich um eine Übertragung, wirtschaftlich aber um ein der Verpfändung sehr nahestehendes Geschäft handelt, und zwar bei der Übertragung, nicht aber bei der Verpfändung das Stimmrecht auf den Dritten übergeht, vielmehr im letzteren Falle nach durchaus herrschender Lehre der Verpfänder stimmberechtigt bleibt (vgl. Feine, Die GmbH., S. 406, Brodmann, GmbH., § 15 Anm. 2, Hagenburg, GmbHG., Erg. I zu § 15 Anm. 4 und für das Aktienrecht Staub-Pinner § 252 Anm. 5). Es fragt sich deshalb, ob in bezug auf das Stimmrecht die Sicherungsübertragung entsprechend ihrer Rechtsform als Übertragung des vollen Rechtes oder entsprechend ihrer wirtschaft-

lichen Bedeutung in Analogie zur Verpfändung zu behandeln ist. Für letzteres ließe sich geltend machen, daß der Zweck des Rechtsgeschäftes lediglich die Sicherung des Gläubigers sei, und daß es zur Erreichung dieses Zweckes genüge, wenn der Gläubiger ein dingliches Recht zur Befriedigung aus dem Geschäftsanteil erhalte, während die Übertragung der Ausübung und Verwaltung des Rechtes nicht nötig sei. Das würde der auch sonst in der Rspr. zu beobachtenden Tendenz entsprechen, die Sicherungsübereignung in ihren praktischen Auswirkungen der Verpfändung anzunähern. Das RG. hat aber im Anschluß an die herrschende Lehre (vgl. z. B. Feine S. 398; Brodmann § 47 Anm. 1) diese Folgerung nicht gezogen. Es ist vielmehr davon ausgegangen, daß es sich um eine wirkliche Übertragung des Rechtes handle, und daß deshalb auch das Stimmrecht grundsätzlich auf den Erwerb übergehe. Wie der Erwerb auch sonst im Verhältnis zu Dritten als Vollberechtigter erscheint, so soll das auch hinsichtlich des Stimmrechtes der Fall sein.

Man wird dem schon im Interesse der Rechtsicherheit zustimmen können. Denn für Dritte — und in diesem Sinn ist auch die GmbH.

¹⁾ JW. 1933, 100. ²⁾ JW. 1930, 2679. ³⁾ JW. 1927, 2419.

⁴⁾ JW. 1932, 397.

⁵⁾ JW. 1932, 1008.

herrschenden Grundsätzen von Treu und Glauben die Wichtigkeit der gefaßten Beschl. wegen mangelnder Vertretung des wirklichen Gesellschafters nicht geltend machen, wenn die Berliner Gesellschaft tatsächlich von den Zeßionaren bevollmächtigt war, für sie das Stimmrecht in jener Versammlung auszuüben, auch soweit über die Auflösung der Gesellschaft Beschl. gefaßt werden sollte. Einer besonderen Erklärung des Bevollmächtigten der Berliner GmbH., K., daß er auch als Bevollmächtigter der Erwerber des Geschäftsanteiles handle, bedurfte es dann nicht. Es kam den Beteiligten nur darauf an, daß alle Gesellschafter in der Versammlung vertreten waren.

Der Kl. hat aber bestritten (wird weiter ausgeführt), daß die Zedentin im Zeitpunkt der Abstimmung Vollmacht der Zeßionare hatte. Da aber das Zustandekommen der Beschl. nach der Urteilsbegründung des RG. auf dem Vorliegen einer im Zeitpunkt der Abstimmung bestehenden Vollmacht beruht, unterlag das Urf. der Aufhebung und Zurückweisung an die Vorinstanz. Bei der künftigen Entsch. wird es auch darauf ankommen, ob die von der Berliner GmbH. oder K. ohne Vollmacht der Zeßionare erfolgte Ausübung des Stimmrechts nachträglich alsbald oder später von den Zeßionaren genehmigt worden ist. Grundsätzlich kann eine solche nachträgliche Genehmigung die Wirksamkeit eines Gesellschafterbeschlusses herbeiführen. Wenn es sich auch bei der Abstimmung nicht um ein Rechtsgeschäft handelt, so ist § 180 Satz 2 BGB. doch entsprechend anzuwenden. Es kann also ein Gesellschafter, der die von dem Vertreter ohne Vertretungsmacht behauptete Vollmacht nicht beanstandet, oder der damit einverstanden ist, daß der Vertreter ohne Vertretungsmacht handle, den Mangel der Vertretungsmacht nicht geltend machen (Brodmann, GmbHG., A. 5 zu § 47; Hachenburg, GmbHG., A. 13 zu § 47). Der Kl. kann auch nicht unter Ver. auf § 164 Abs. 2 BGB. geltend machen, daß K. gar nicht als Vertreter der Zeßionare aufgetreten sei. Die angeführte Gesetzesbestimmung soll nur demjenigen, der im eigenen Namen aufgetreten ist und deshalb in Anspruch genommen wird, es unmöglich machen, seine Haftbarkeit dadurch abzuwenden, daß er behauptet, er habe nur in fremdem Namen gehandelt. Für die Frage, ob die vorgenommene Handlung für den Vertretenen wirkt, macht es aber nach § 164 Abs. 1 Satz 2 BGB. keinen Unterschied, ob sie ausdrücklich im Namen des Vertretenen erfolgt ist oder ob die Umstände ergeben, ob sie in dessen Namen erfolgen sollte. Es würde also genügen, wenn aus den Umständen erkennbar war, daß K. auch im Namen der Zeßionare gehandelt hat. Es ist hiernach Sache tatrichterlicher Feststellung, ob dem Kl. bei der Abstimmung erkennbar war, daß K. auch für die Zeßionare seine Erklärung abgeben wollte. Lag weder zur Zeit der Abstimmung eine Vollmacht der Zeßionare vor, noch war aus den Umständen erkennbar, daß K. wenigstens Vertreter der Zeßionare ohne Vertretungsmacht war, so konnten die Zeßionare als Stimmberechtigte

doch nachträglich noch die Beschl. genehmigen. Eine solche nachträgliche Genehmigung verstoßt auch nicht gegen zwingende Vorschr. des GmbHG. Dieses sieht zwar als Regel die Beschl.fassung in Gesellschafterversammlungen vor. Es läßt aber auch in § 48 Abs. 2 des Ges. die schriftliche Abstimmung zu. Die Rspr. des RG. läßt demgemäß auch die nachträgliche Zustimmung zu Gesellschafterbeschlüssen zu und nimmt an, daß die Wirksamkeit der Beschl. bis zur Entsch. über die Zustimmung in Schwebe ist (RG. 136, 185⁶); RG. : ZB. 1931, 2975¹⁶). Zweifel können aber bestehen in der Richtung, ob die Zustimmung zu jeder Zeit und auch dann noch erfolgen kann, wenn der Beschl. von einem anderen Gesellschafter gerade wegen der fehlenden Mitwirkung eines Gesellschafters angefochten ist. Die Entsch. wird einmal davon abhängen, ob es bei der Beschl.fassung wesentlich darauf ankam, daß der Beschl. sofort wirksam werden konnte, und ob durch eine verspätete Zustimmung der Inhalt des Beschl. wesentlich geändert wurde. Hatte der anfechtende Gesellschafter kein besonderes Interesse, daß die Zustimmung bis zu einem bestimmten Zeitpunkte erteilt wurde, so wird er sich auch gegen eine spätere Zustimmung nicht wenden können, ohne gegen Treu und Glauben zu verstoßen. Ob die Anfechtung unter diesem Gesichtspunkt zulässig ist, ist unter Würdigung der tatsächlichen Verhältnisse zu entscheiden.

Mußte der Kl. weder das Auftreten der Zedentin bei der Abstimmung gelten lassen, noch wurde dieses nachträglich von den Zeßionaren in zulässiger Weise genehmigt, so könnte dem Kl. nicht entgegengehalten werden, daß er den Beschl. zugestimmt habe. Zwar ist in der Regel demjenigen, der einem Beschl. zugestimmt hat, das Anfechtungsrecht verfaßt. Dies kann aber doch ausnahmsweise nicht gelten, wenn es sich um die Feststellung handelt, ob überhaupt ein wirksamer Beschl. zustande gekommen ist, dessen Wirksamkeit den Bestand der Gesellschaft berührt, und die jederzeit von dem nichtzustimmenden Gesellschafter geltend gemacht werden kann.

Dem Kl. ist die Geltendmachung der Unwirksamkeit der Beschl. auch nicht deshalb verwehrt, weil sie auch ohne Zustimmung des anderen Gesellschafters hätten gefaßt werden können. Nimmt man auch an, daß die Beschl. gegen die Stimme eines in der Gesellschafterversammlung anwesenden oder vertretenen Gesellschafters gefaßt werden konnten, so mußte diesem doch durch Einladung zur Gesellschafterversammlung Gelegenheit zur Abstimmung gegeben werden.

II. Der Kl. hält unter Bezugnahme auf RG. 65, 264 die beschlossene Auflösung der GmbH. für nichtig, da diese nicht mit sofortiger Wirkung, sondern auf einen späteren Zeitpunkt erfolgen sollte, und es zur Auflösung mit einer Befristung bei einer auf unbestimmte Zeit errichteten Gesellschaft einer Satzungsänderung in der für diese vorgeschriebenen Form der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung (§ 53 Abs. 2 GmbHG.) bedürft hätte. Der Auffassung des

Dritter — ist in der Regel der Zweck der Übertragung nicht ersichtlich. Sie können deshalb die Übertragung als Vollübertragung behandeln, auch wenn die Übertragung in Wahrheit nur zu Sicherungszwecken erfolgt ist, also fiduziarischen Charakter trägt. Es kommt hinzu, daß der Sicherungsnehmer doch auch ein eigenes Interesse an der Ausübung des Stimmrechts haben kann, nämlich insoweit, als er durch die Ausübung des Stimmrechts Maßnahmen der Gesellschaft verhindern kann, die den Wert seiner Sicherheit vermindern würden. Insofern hat der Übergang des Stimmrechts auf ihn auch wirtschaftlich einen guten Sinn. Daß er im übrigen nur Treuhänder für den Zedenten ist, äußert sich dann lediglich im Innenverhältnis zum Zedenten. Er wird in der Regel diesem gegenüber verpflichtet sein, von dem Stimmrecht keinen den Zedenten schädigenden Gebrauch zu machen, vielmehr die Interessen des Zedenten wahrzunehmen und dessen Weisungen zu befolgen, soweit nicht sein eigenes Interesse an der Erhaltung seiner Sicherheit dem entgegensteht. Eine Zuwiderhandlung gegen diese Pflicht würde aber die Gültigkeit der Abstimmung nicht beeinträchtigen, sondern lediglich den Zeßionar dem Zedenten gegenüber schadensersatzpflichtig machen.

Darüber hinaus aber zeigt die vorstehende Entsch. einen Weg, auf dem die Parteien, wenn sie es wünschen, sehr leicht erreichen können, daß das Stimmrecht überhaupt dem Zedenten verbleibt. Sie brauchen nur die Übertragung des Geschäftsanteils der GmbH. nicht anzumelden. Dann bleibt der Veräußerer nach § 16 Abs. 1 GmbHG. der Gesellschaft gegenüber zur Abstimmung legitimiert. Aber das RG. geht weiter. Es nimmt nicht nur eine äußere Legitimation zur Ab-

stimmung an, sondern in der Nichtanmeldung der Sicherungsübereignung soll eine sog. Legitimationszeßion liegen, wie sie im Aktienrecht auch sonst gebräuchlich und in der Rspr. seit langem anerkannt ist. Die Konstruktion geht mit anderen Worten dahin, daß der Zedent dem Zeßionar den Geschäftsanteil überträgt, der Zeßionar aber gleichzeitig den Zedenten zur Ausübung des Stimmrechts im eigenen Namen ermächtigt. Die Folge ist, daß, auch wenn in der Gesellschafterversammlung oder später im Anfechtungsprozeß die wahre Rechtslage, d. h. die Übertragung des Geschäftsanteils, aufgedeckt wird, gegen die Abstimmung des Zedenten nichts eingewandt werden kann, da er zur Abstimmung nicht nur formal legitimiert, sondern auch materiell berechtigt ist.

Nun soll allerdings nach der vorstehenden Entsch. eine solche Legitimationszeßion dann nicht möglich sein, wenn der Gesellschaft die Abtretung angezeigt ist, und das soll schon dann der Fall sein, wenn ein Vertreter der GmbH. bei der Abtretung mitgewirkt, insbes. sie genehmigt hat. Die genannte Konstruktion würde also in all den zahlreichen Fällen versagen, in denen zur Abtretung eines Geschäftsanteils satzungsgemäß die Genehmigung der GmbH. nötig ist. Aber man wird die Entsch. wohl dahin verstehen dürfen, daß in diesen Fällen nach Ansicht des RG. lediglich die Legitimationszeßion durch bloße Nichtanzeige der Abtretung ausgeschlossen ist. Dagegen steht auch in diesen Fällen nicht im Wege, daß in anderer Weise eine Legitimationszeßion vorgenommen wird, der Zeßionar also den

W., daß eine Satzungsänderung nicht vorliege, eine derartige Hinausschiebung des Auflösungsstermins vielmehr nur eine sachgemäße Abwicklung der Geschäfte ermöglichen sollte und bei Auflösungsbeschlüssen die Regel bilde, ist jedoch mit Brodmann, *GmbHG.*, S. 223 N. 3e, f. auch Scholz, *GmbHG.*, § 60 N. 2 beizutreten. Zwar hat das RG. (RG. 65, 264) für Beschl., die die Auflösung der Gesellschaft unter einer Bedingung oder für einen späteren Zeitpunkt verfügen, während der Gesellschaftsvertrag die Dauer der Gesellschaft für eine unbestimmte Zeit oder für einen anderen als den im Auflösungsbeschlusse vorgesehenen Zeitpunkt vorsieht, ausgesprochen, daß dies nur im Wege der Satzungsänderung zulässig sei. Dabei war aber doch offenbar nicht an den Fall gedacht, daß die Auflösung auf einen nahegelegenen Zeitpunkt erfolgen sollte und die Auflösung auf diesen nur aus Zweckmäßigkeitsgründen festgelegt wurde, um eine sachgemäße Abwicklung zu ermöglichen und zu fördern, so, wenn die Auflösung spätestens zum Schluß des laufenden Geschäftsjahres erfolgen sollte, oder wenn einem Gesellschafter die Möglichkeit gegeben werden sollte, sich innerhalb kurzer Frist zu entschließen, ob er das Geschäft übernehmen will und wenn dadurch die oft lange dauernde regelmäßige Liquidation im Interesse aller Gesellschafter vermieden werden kann. Diente die Fristbestimmung nur dem Zweck der Auflösung der Gesellschaft — oder, was wirtschaftlich auf das gleiche hinauskommt —, der Vereinigung aller Geschäftsanteile in einer Hand, sollte also die Gesellschaft nicht für die Zukunft hinsichtlich ihrer Fortdauer eine neue dauernde Regelung erhalten, so würde es eine dem praktischen Bedürfnis widersprechende Überspannung des Grundsatzes bedeuten, daß eine unter Fristbestimmung beschlossene Auflösung der Gesellschaft eine Satzungsänderung darstelle und der für diese vorgeschriebenen Form bedürfe. Sie würde auch dem Willen des § 60 Abs. 1 Nr. 2 *GmbHG.*, die Auflösung der Gesellschaft lediglich durch einen Beschl. der Gesellschaft mit der dort vorgesehenen Dreiviertelmehrheit der abgegebenen Stimmen zu ermöglichen, zuwiderlaufen. Der in RG. 65, 264 ausgesprochene Grundsatz steht daher der Wirksamkeit eines Auflösungsbeschlusses nicht entgegen, wenn die Frist, bis zu der die Auflösung in Vollzug gesetzt werden soll, eine mäßige ist und nur der Verwirklichung der Auflösung dient.

Zedenten ausdrücklich zur Abstimmung im eigenen Namen ermächtigt und das der GmbH. gegenüber in der geeigneten Form zum Ausdruck bringt. Allerdings ist im Schrifttum die Möglichkeit einer Legitimationszession bei der GmbH. bestritten (ablehnend z. B. Feine S. 398). Erkennt man aber die Legitimationszession im Aktienrecht an, so liegt kein zwingender Grund vor, sie für das GmbH.-Recht auszuschließen. Daß das auch der Standpunkt des RG. ist, zeigt die vorliegende Entscheidung. Insofern, als sie die Legitimationszession zum mindesten im Fall der Nichtanzeige der Abtretung zuläßt. Darin liegt aber ihre grundsätzliche Anerkennung für das GmbH.-Recht.

Das Ergebnis ist somit, daß durch die Sicherungszession eines Geschäftsanteils zwar grundsätzlich das Stimmrecht auf den Zessionar übergeht, die Parteien aber erreichen können, daß der Zedent stimmberechtigt bleibt, indem der Zessionar ihn zur Ausübung des Stimmrechts im eigenen Namen ermächtigt. Die Rechtslage weist insofern doch eine starke Parallele zur Verpfändung auf. Dort bleibt zwar gerade umgekehrt an sich der Verpfänder stimmberechtigt, aber auch er kann nach herrschender, wenn auch bestrittener Lehre den Pfandgläubiger zur Ausübung des Stimmrechts im eigenen Namen ermächtigen (vgl. Hachenburg, *Erk. I* zu § 15 Anm. 4; Staub-Binner § 242 Anm. 5; abweichend Feine S. 406 mit weiteren Angaben). Letzten Endes entscheidet also in beiden Fällen über die Stimmberechtigung der Parteiwille. Nur beim Fehlen einer besonderen Regelung ist bei der Verpfändung der bisherige Gesellschafter, bei der Sicherungszession aber der Zessionar stimmberechtigt.

2. Von Interesse sind fobann die Ausführungen über die Form der Abstimmungsvollmacht. Sie dürfen aber nicht mißverstanden werden. Grundsätzlich ist nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 47 Abs. 3 *GmbHG.* für die Gültigkeit der Vollmacht Schriftform nötig. Davon kann m. E. auch dann keine Ausnahme gemacht werden, wenn die Bevollmächtigung der Gesellschafterversammlung auf andere Weise bekanntgeworden ist. Ohne schriftliche Vollmacht darf also der Vertreter auch in einem solchen Fall an sich nicht abstimmen. Aber das Mitstimmen trotz fehlender Vollmacht begründet nicht die absolute Nichtigkeit des Beschlusses, sondern stellt nur einen Anfechtungsgrund dar. Und eine solche Anfechtung ist nicht mehr möglich, wenn die sämtlichen Gesellschafter mit der Abstimmung durch

Auch die in der RevJnst. zulässige freie Auslegung des GenVerfBeschl. (wegen der Zulässigkeit vgl. RG. 119, 258⁷⁾ u. 345⁸⁾; 120, 33⁹⁾) führt zum gleichen Ergebnis.

III. Ist hiernach der Beschl. dahin auszulegen, daß die Auflösung mit sofortiger Wirkung eintrete, so ist der Beschl. auch nicht deshalb nichtig, weil zur Anmeldung des Auflösungsbeschlusses § 65 *GmbHG.* vorschreibt, daß die Auflösung der Gesellschaft durch die Geschäftsführer zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden ist. Hieraus folgt nur, daß ein Beschl., die Auflösung überhaupt nicht anzumelden, als gegen das Gesetz verstößend nichtig ist. Das Gesetz schreibt aber nicht vor, wann die Anmeldung zu erfolgen hat, und daß dies unmittelbar nach Fassung des Auflösungsbeschlusses zu geschehen hat. Wenn die Anmeldung auch ohne schuldhaftes Zögern stattzufinden hat, so bleibt dem pflichtmäßigen Ermessen der Anmeldepflichtigen doch ein angemessener Spielraum, dessen Begrenzung sich nach den Interessen der Gesellschaft richtet, bei dem aber in diesem Rahmen auch die Belange der Gesellschafter berücksichtigt werden können. Durch den Auflösungsbeschl. hört die Gesellschaft nur auf, ein werbendes Unternehmen zu sein, dauert aber als Liquidationsgesellschaft fort. Für die Liquidation ist ebenso kein bestimmter Zeitraum für die Beendigung wie auch für den tatsächlichen Beginn der Liquidationshandlungen vorgeschrieben. Alle Handlungen sind nur mit der Beschleunigung auszuführen, die ein vernünftiger Kaufmann auch sonst anzuwenden pflegt, um das Vermögen bestmöglichst zu verwerten. Zu diesem Zwecke kann es auch einmal geboten sein, die Anmeldung zum Handelsregister und damit die Veröffentlichung des Beginns der Liquidation auf kurze Zeit zu verschieben. Gerade wenn dem Kl. die Möglichkeit gegeben werden sollte, den anderen Geschäftsanteil und damit das Unternehmen selbst zu erwerben, so war die Verschiebung der Anmeldung mit dem Auflösungsbeschl. nicht unvereinbar und verstieß auch nicht gegen das Gesetz.

IV. Nach § 66 Abs. 1 *GmbHG.* erfolgt in Fällen der Auflösung außer dem Falle des Konkurses die Liquidation durch die Geschäftsführer, wenn nicht dieselbe durch den Gesellschaftsvertrag oder durch Beschl. der Gesellschafter anderen Personen übertragen wird. Diese Vorschr. wird insofern als zwingend angesehen, als nicht durch den Geschäfts-

den Vertreter trotz Fehlens der schriftlichen Vollmacht einverstanden waren (vgl. Hachenburg § 47 Anm. 11).

Lag überhaupt keine Vollmacht vor, so ist auch dann nicht etwa der Beschl. nichtig, sondern die übrigen Gesellschafter haben die Möglichkeit, auch einen vollmachtlosen Vertreter zur Abstimmung zuzulassen. Die Gültigkeit des Beschlusses hängt in einem solchen Falle von der nachträglichen Genehmigung des Vertretenen ab. In diesem Punkt entspricht das Ur. ganz der herrschenden Lehre (vgl. Feine S. 527; Hachenburg § 47 Anm. 13).

3. Zu Mißverständnissen können auch die Ausführungen über das Anfechtungsrecht eines Gesellschafters, der dem Beschl. zugestimmt hat, Anlaß geben. Das RG. geht mit Recht davon aus, daß ein solches Anfechtungsrecht grundsätzlich zu verneinen ist (vgl. Feine S. 551; Hachenburg § 45 Anm. 20; für das Aktienrecht Hueck, *Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen* S. 140). Wenn das RG. eine Ausnahme für die Fälle machen will, in denen „es sich um die Feststellung handelt, ob überhaupt ein wirksamer Beschl. zustande gekommen ist“, so ist das hinsichtlich der Zulässigkeit der Klage richtig, aber es ist zu beachten, daß in solchen Fällen in Wahrheit gar keine Anfechtbarkeit, sondern Nichtigkeit des betreffenden Beschlusses vorliegt, sei es absolute Nichtigkeit, sei es schwebende Unwirksamkeit, die durch nachträgliche Genehmigung geheilt werden kann. Dementsprechend kommt auch keine Anfechtungsklage, sondern eine Feststellungsklage in Frage, und zu einer dergleichen Feststellungsklage ist grundsätzlich jeder Gesellschafter berechtigt, da die alsbaldige Klärung der Rechtslage in seinem Interesse liegen kann, ganz gleichgültig, ob er dem Beschl. zugestimmt hatte oder nicht (vgl. Hueck a. a. O. S. 235).

4. Was endlich die Zulässigkeit der Auflösung einer GmbH. für einen späteren Zeitpunkt und die Möglichkeit einer Hinausschiebung der Anmeldung zum Handelsregister betrifft, so kann den Ausführungen des RG. nur zugestimmt werden. Sie entsprechen den Bedürfnissen des Verkehrs nach einer elastischen, nicht formalistisch gestalteten Handhabung der Normen des Gesellschaftsrechts, ohne die Interessen der Rechts- und Verkehrssicherheit aus dem Auge zu lassen.

Prof. Dr. Hueck, Jena.

vertrag oder durch Beschl. der Gesellschafterversammlung die Bestellung des Liquidators Dritten, z. B. dem Aufsichtsrat, übertragen werden kann, vielmehr entweder der Gesellschaftsvertrag oder der Gesellschafterbeschl. selbst die Person des Liquidators bezeichnen muß (vgl. RG.: RM. 12, 224; 15, 53; RGZ. 45, 330; 49, 123; Scholz, GmbHG., § 66 A IV; Liebmann-Saenger I 2c; wegen der entspr. Best. des Aktienrechts vgl. Poenige-Reichmann, N. 2 zu § 295 HGB.; Staub-Pinner das. N. 2, 3). Diese Auslegung entspricht dem Wortlaut des Gesetzes, nach dem der Gesellschaftsvertrag oder ein Gesellschafterbeschl. wohl die Liquidation anderen Personen übertragen darf, nicht aber das Recht zur Ernennung der Liquidatoren. Für die Ausschließung der Übertragung des Ernennungsrechts spricht auch § 66 Abs. 2 und 3. Nach Abs. 2 soll dem Gericht nur dann die Befugnis zur Ernennung gegeben sein, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, und nach Abs. 3 Satz 1 kann die Abberufung von Liquidatoren durch das Gericht „unter derselben Voraussetzung“, d. h. bei Vorliegen eines wichtigen Grundes erfolgen. Nach Abs. 3 Satz 2 können Liquidatoren, die nicht vom Gericht ernannt sind, auch durch Beschl. der Gesellschafter vor Ablauf des Zeitraums, für welchen sie bestellt sind, abberufen werden. Dieses Abberufungsrecht ist nach dem Zusammenhang der Vorschr. in Abs. 2 und 3 dahin zu verstehen, daß es in allen Fällen gilt, in denen nicht dem Gericht durch das Gesetz das Ernennungs- und Abberufungsrecht übertragen ist. Es kann aber unmöglich dem Gericht durch die Gesellschaft ein Ernennungsrecht übertragen werden, während die Abberufung des so Ernannten jederzeit durch Mehrheitsbeschl. der Gesellschafter erfolgen kann. Im gegebenen Falle liegt eine Vereinbarung der Gesellschafter über das weitere Verfahren bei der Liquidation vor. Zu diesem Zwecke wird vereinbart, daß die Gesellschafter in Ausübung des ihnen nach § 66 Abs. 1 zustehenden Rechtes zur Ernennung des Liquidators sich verpflichten, für eine neutrale Person einzutreten. Gegen die Zulässigkeit einer derartigen Vereinbarung über die Ausübung des Stimmrechtes bestehen weder im allgemeinen noch nach den Umständen des Falles rechtliche Bedenken. Denn sie verstößt weder gegen einen Grundsatz des GmbHRechtes, noch ist sie geeignet, die Gesellschaft zu schädigen, noch verletzt sie die guten Sitten (RG. 131, 179¹⁰⁾). Sie hindert den anderen Gesellschafter zwar nicht, anders als vereinbart abzustimmen. Er kann sich aber durch Verletzung der Vereinbarung schadensersatzpflichtig machen.

(U. v. 3. Juli 1934; II 116/34. — Frankfurt a. M.)

[v. B.]

4. § 15 Satz 2 PrGrVerkG. v. 10. Febr. 1923; § 313 BGB. Eine bei einem Schwarzverkauf eines Grundstücks vor Inkrafttreten des GrVerkG. erfolgte Auflassung ohne Eintragung ins Grundbuch bedarf der behördlichen Genehmigung, da vor Gültigkeit des Gesetzes v. 10. Febr. 1923 das Rechtsgeschäft nicht rechtsgültig abgeschlossen war und daher die Rückwirkung des § 15 Satz 2 PrGrVerkG. durchgreift.

Das BG. stellt fest: Als Kaufpreis seien nicht, wie beurkundet, 150 000 M, sondern 250 000 M verabredet worden; dieser Preis sei auch bezahlt worden; die falsche Angabe bei der Vertragsbeurkundung sei aus Gründen der Kostenersparnis gemacht worden.

Die vom BG. ausgesprochene Ansicht, das PrGrVerkG. v. 10. Febr. 1923 komme auf diesen Fall nicht zur Anwendung, ist rechtsirrig. Der Kaufvertrag v. 8. Febr. 1922 war mangels Beurkundung des wahren Kaufpreises rechtswirksam (§ 313 BGB.). Vor dem Inkrafttreten des Gesetzes v. 10. Febr. 1923 war die Formungültigkeit des Vertrages nicht geheilt und der Besl. noch nicht Eigentümer geworden, weil die dazu notwendige Eintragung im Grundbuch fehlte. Von da ab aber unterlag das Rechtsgeschäft, obwohl schon im Jahre 1922 abgeschlossen, den Bestimmungen des GrVerkG. Denn dieses hat sich in § 15 Satz 2 — dazu die maßgebliche Erläuterung in Art. I des Gesetzes v. 20. Juli 1925 (PrGS. 93) — rückwirkende Kraft zur Erfassung aller

früher liegenden Rechtsgeschäfte beigelegt, die nicht rechtsgültig abgeschlossen waren, und bei denen nicht die Rechtsänderung durch Eintragung im Grundbuch vor dem 16. Febr. 1923 vollzogen war (RG. 108, 356¹⁾; 114, 230²⁾; 115, 35³⁾; 129, 150⁴⁾; JW. 1927, 1929; LZ. 1933, 243). Die am 8. Febr. 1922 geführte Auflassung konnte von Inkrafttreten des Gesetzes ab nur noch durch behördliche Genehmigung — entweder der Auflassung als solcher oder des Kaufgeschäfts mit dem Preise von 250 000 M — vollwirksam werden. Nur nach solcher Genehmigung hätte auch die Auflassung zur Heilung des Formmangels des Kaufvertrags führen können (RG. 111, 244⁵⁾). Mangels Genehmigung ist die Auflassung auch jetzt noch schwebend unwirksam. Ein Eigentumsübergang von der Kl. auf den Besl. hat noch nicht stattgefunden. Die Kl. ist außerdem, da der Kaufvertrag nicht formgerecht geschlossen ist, nicht an ihn gebunden und nicht verpflichtet, den Besl. im Besitz des Grundstücks und in seiner Grundbuchstellung zu belassen (RG. 115, 37).

(U. v. 19. Sept. 1934; V 119/34. — Hamm.)

[v. B.]

5. § 233 ZPO.; § 74 GRG. Der verspätete Eingang der Deckung eines zur Einzahlung der Prozeßgebühr bestimmten Verrechnungsschecks geht zu Lasten der zahlungspflichtigen Partei und begründet keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, wenn die Unkenntnis der Vorschriften über den Zahlungsverkehr mit den Gerichtsbehörden auf mangelnder Belehrung durch den Anwalt der Partei beruht.

Die Kl. hat die Frist zur Einzahlung der Prozeßgebühr dadurch veräußert, daß sie ihrer Zahlungspflicht mittelst eines Verrechnungsschecks nachzukommen suchte, dessen Guthrift erst nach Eingang der Deckung erfolgen konnte. Zu einer Ablehnung und Rückgabe des Schecks an die Kl. hatte die Geschäftsstelle des LG. keine Veranlassung. Sie war auch nicht verpflichtet, die Kl. auf die Möglichkeit eines verspäteten Einganges der Deckung und damit einer verspäteten Guthrift aufmerksam zu machen. Die Verantwortung hierfür verblieb bei der Kürze der bis zum Ablauf der Zahlungsfrist noch zur Verfügung stehenden Zeit ausschließlich der zur Wahrung der Frist verpflichteten Partei. Diese kann sich auch nicht auf eine unverschuldete Unkenntnis der Vorschriften über den Zahlungsverkehr mit den Gerichtsbehörden berufen. Sie war durch einen Kl. vertreten. Eine ihr von seiten ihres Prozeßbevollmächtigten nicht zuteil gewordene Belehrung vermag ihre Verantwortlichkeit nicht zu verringern, weil sie nach den gesetzlichen Vorschriften — §§ 232 Abs. 2, 85 ZPO. — und den in der Rspr. geltenden Grundsätzen für ein Verschulden ihres Prozeßbevollmächtigten einzustehen hat.

(Beschl. v. 18. Sept. 1934; II B 14/34. — Hamburg.) [v. B.]

**6. §§ 253, 260, 268 Nr. 2 ZPO.

I. Eine bedingte Klagerhebung ist unzulässig, wenn der Rechtsstreit von Anfang an nach dem Willen des Kl. dergestalt unter einer Bedingung steht, daß die gesamten Rechtswirkungen der Klage und der Entscheidung je nach dem Eintritt oder Ausfall der Bedingung bei Bestand bleiben oder hinfällig werden.

II. Dagegen ist eine „Eventualklage“ zulässig, wenn der Richter allein über den Eintritt oder Ausfall der „Bedingung“ befindet, sein Spruch also, einmal gefallen, nicht mehr nachträglich oder von außen her durch einen verfahrensfremden Umstand beeinträchtigt oder hinfällig gemacht werden kann.

III. Nach fester Rspr. enthält es keine Klageänderung, wenn der Kl. vom Leistungsanspruch zum Rechnungslegungsanspruch übergeht. Dann ist aber auch die Geltendmachung des Rechnungslegungsanspruches neben dem Leistungs-

¹⁾ JW. 1924, 1990. ²⁾ JW. 1926, 2617. ³⁾ JW. 1927, 765.

⁴⁾ JW. 1930, 2950. ⁵⁾ JW. 1925, 2234.

¹⁰⁾ JW. 1931, 2978.

anspruch als bloße Geltendmachung einer Nebenforderung anzusehen.

Mit der Klage verfolgt Kl. gegen den Bekl. einen Anspruch auf Zahlung von 7000 RM nebst Zinsen. Zur Begründung des Anspruchs hat sich Kl. zunächst auf die Abtretung einer Forderung von dem Architekten F. und daneben auf die Abtretung einer anderen Forderung von Sch. berufen. Im Laufe des zweiten Rechtszugs hat der Kl. den Klagegrund F. fallen lassen; den Klagegrund der Abtretung Sch. hat er aufrechterhalten und insoweit neben der Zahlung noch Rechnungslegung verlangt.

Der Klagegrund Sch. stand mit dem zunächst geltend gemachten Klagegrund aus der Abtretung F. in keinerlei Zusammenhang; er war durchaus selbständig und bildete nur eine weitere Begründung für die Forderung auf 7000 RM, welchen Betrag der Kl. nur einmal verlangte. Das halten BG. und RG. für unstatthaft. Indessen hatte der Kl. im Laufe des zweiten Rechtszugs unzweideutig erklärt, daß er den Klagegrund Sch. jedenfalls auch hilfsweise erhoben haben wollte.

Die Zulässigkeit einer solchen Hilfsklagebegründung hat das BG. mit folgenden Erwägungen verneint: da die beiden Klagegründe sich nicht ausschließen, sondern selbständig nebeneinander bestehen könnten, wäre die zweite Klage unter einer willkürlich vom Kl. gesetzten Bedingung erhoben; eine unter einer Bedingung stehende Klageerhebung wäre prozessual unzulässig.

I. Hierin ist dem BG. schon insofern nicht zu folgen, als es angenommen hat, daß der Kl. die Klage bedingt erhoben habe. Daß eine bedingte Klageerhebung unzulässig ist, nehmen Rechtslehre und Rspr. allgemein und mit Recht an. Mit der Aufgabe und den Zwecken des staatlich geordneten Prozeßverfahrens ist es unvereinbar, daß ein Rechtsstreit anhängig gemacht, geführt und zur richterlichen Entsch. gebracht wird, der von Anfang an nach dem Willen des Kl. dergestalt unter einer Bedingung steht, daß die gesamten Rechtswirkungen der Klage und der Entsch. je nach dem Eintritt oder Ausfall der Bedingung bei Bestand bleiben oder hinfällig werden. Freilich kommt es vor, daß infolge späterer Ereignisse ein Rechtsstreit gegenstandslos wird („sich erledigt“, § 99 ZPO.). Aber es geht nicht an, daß der Kl. durch seinen Willen (durch die hinzugefügte Bedingung) von vornherein den Rechtsstreit mit einer solchen Unsicherheit behaftet, etwa in der Form, daß er die Klage erhebe unter der Bedingung, daß ein Dritter zustimme. Damit würde der Kl. mit der gesetzlich geordneten und gewährleisteten Einrichtung des Prozesses Mißbrauch treiben; darin liegt der tragende Grund der Unzulässigkeit.

II. Aber das trifft hier nicht zu. Der Kl. hat nicht durch eine willkürlich gesetzte Bedingung eine mit den Zwecken des Prozesses unverträgliche Unsicherheit geschaffen. Er hat den Klagegrund Sch. vorbehaltlos und bestimmt (positiv) der richterlichen Entsch. unterbreitet. Allerdings hatte er zunächst und an erster Stelle auch den anderen Klagegrund (F.) der Entsch. unterbreitet. Hätte der Richter diesen andern Klagegrund für ausreichend gehalten, den Klageanspruch zuzusprechen, so würde es der Entsch. über den Klagegrund Sch. nicht mehr bedürft haben. Darin allein, ob der Richter den ersten Klagegrund für ausreichend halten würde, lag ein Moment der Unsicherheit, lag eine Art Bedingung. Aber die Entsch. hierüber stand allein beim Richter. Der Richter bestand über Eintritt oder Ausfall der Bedingung; sein Spruch konnte, einmal gefallen, nicht mehr nachträglich oder von außen her durch einen verfahrensfremden Umstand beeinträchtigt oder hinfällig gemacht werden. Einer der Schriftsteller, die die „Eventualklage“ für unzulässig halten (Baumbach, Anm. 2 B zu § 260 ZPO.) bespricht den, ein Gegenstück bildenden Fall, daß der Kl. einen Anspruch für den Fall erhebt, daß ein anderer Anspruch zugesprochen werde; das wird für zulässig erklärt, mit der Begründung, daß hier nicht Haupt- und Hilfsanspruch vorliegen, sondern zwei Hauptansprüche; beide seien unbedingt erhoben. Allein die Hilfsklage ist insofern die gleiche wie in dem hier in Rede stehenden Fall, als es auch dort lediglich von dem Ermeßen des Richters abhängt, ob der zweite Anspruch zur

Beisehung kommt oder nicht. Liegt bei dem Gegenstück keine echte Bedingung vor, so liegt sie auch nicht beim wirklichen Eventualananspruch vor. Auch dem sachlichen Recht ist die Unterscheidung bekannt und geläufig, ob es sich um eine willkürlich von der Partei gesetzte, von außen her dem Rechtsgeschäft beigefügte Bedingung handelt oder um eine Unsicherheit, die schon von Rechts wegen dem Geschäft innewohnt (condicio tacita, Rechtsbedingung). Die letztere folgt nicht den Regeln der §§ 158 ff. BGB., sondern ihren eigenen Regeln. Dieser Rechtsgedanke hat auch für das Prozeßrecht Bedeutung. Die vorbehaltlos abgegebene Erklärung des Kl., daß er einen Anspruch der richterlichen Entsch. unterbreite, ist nicht deshalb als bedingte zu werten, weil es von dem Ausfall der richterlichen Entsch. zu einer Vorfrage abhängt, ob es noch zur Entsch. über den zweiten Anspruch kommen werde.

Diesem Ergebnis steht die bisherige Rspr. zum mindesten nicht entgegen (vgl. RG. 18, 385; 77, 120 ff. 1) und 206; 94, 351; Warn. 1911 Nr. 287). Im Anschluß an die letzt-erwähnte Entsch. will auch das BG. die eventuelle Klageerhebung für den Fall zulassen, daß die beiden Klagegründe sich widersprechen (d. h. ausschließend bedingen). Von dem hier vertretenen Standpunkt aus bedarf es dieser Beschränkung jedoch nicht.

Das vom Kl. beliebte Vorgehen mag ungewöhnlich und befremdlich sein. War der Kl. seiner Ansprüche sicher, so konnte er auf Grund jedes einzelnen Anspruchs, also mehrschach 7000 RM verlangen. Man mag deswegen das Vorgehen des Kl. für nicht besonders schutzwürdig halten können. Aber ihm jedes Rechtsschutzinteresse völlig abzusprechen, geht nicht an.

III. Auch dem Rechnungslegungsanspruch, den der Kl. im zweiten Rechtszug geltend gemacht hatte, ist das BG. nicht gerecht geworden, indem er ihn kurzerhand als neuen Anspruch, § 529 Abs. 4 ZPO., zurückweist. Dabei hat sich das BG. nicht mit § 268 Nr. 2 ZPO. auseinandergesetzt. Zu prüfen war, ob der Kl. nicht lediglich den Klageanspruch in bezug auf eine Nebenforderung erweitert hat. Mit dem Hauptantrag hatte Kl. aus abgetretenen Rechten des Sch. Provision gefordert, die von gewissen Leistungen oder von dem Eingang gewisser Zahlungen in bezug auf eine Bauausführung abhing. Über diese Leistungen oder Zahlungen hat er Rechnungslegung begehrt. Das bedeutete nur einen Schritt vorwärts in der Richtung auf die Verwirklichung des Hauptklageziels (Warn. 1911 Nr. 251). Nach fester Rspr. enthält es keine Klageänderung, wenn der Kl. vom Leistungsanspruch, diesen fallen lassend, zum Rechnungslegungsanspruch übergeht und umgekehrt (RG. 40, 9; Warn. 1911 Nr. 251; 1918 Nr. 139). Diese Rspr. legt es nahe, auch die Geltendmachung des Rechnungslegungsanspruchs neben dem Leistungsanspruch als bloße Geltendmachung einer Nebenforderung anzusehen.

(U. v. 2. März 1934; III 117/33. — Berlin.) [v. B.]
<= RG. 144, 71>

7. §§ 519 Abs. 3 Ziff. 2, 519b ZPO. Eine allgemeine Verweisung des Berufungsklägers auf das gesamte erstinstanzliche Vorbringen in der Berufungsbegründung leistet in keinem Falle den Erfordernissen des § 519 Abs. 3 Ziff. 2 Genüge und führt zur Verwerfung der Berufung.

Mit Recht hat das BG. eine vorschriftsmäßige Begründung der Berufung vermisst. Der Inhalt der Berufungsschrift genügte den gesetzlichen Anforderungen an eine Berufungsbegründung nicht. Erforderlich war die bestimmte Bezeichnung der im einzelnen anzuführenden Gründe der Aufsechtung (§ 519 Abs. 3 Nr. 2 ZPO.). Statt dessen beschränkte sich die Berufungsschrift auf den Satz, daß zur Begründung der Berufung das gesamte Vorbringen erster Instanz wiederholt und eine Ergänzung in besonderem Schriftsatz vorbehalten werde. Eine solche Ergänzung hat die Kl. innerhalb der Begründungsfrist nicht mehr folgen lassen. Sie war dessen nicht deshalb entbunden, weil sie, wie sie sagt, ihren in die Hunderte

1) ZB. 1912, 42.

von Seiten gehenden Ausführungen erster Instanz in der Berufungsinstanz nichts Neues habe hinzufügen wollen. Gerade bei umfangreichem Sachvortrage ist es zur Beschleunigung des Verfahrens geboten, in der Berufungsbegründung den Streitstoff straff zusammenzufassen, sich mit den Gründen der angefochtenen Entscheidung auseinanderzusetzen und so dem BG. zu ermöglichen, sich schon aus der Begründungsschrift schnell und sicher darüber zu unterrichten, wie die Partei den Streitfall beurteilt wissen will und mit welchen Gründen im einzelnen sie die tatsächliche und rechtliche Würdigung des Streitstoffes in dem angefochtenen Urteil zu erschüttern gedenkt. Hier ließ die in ihrer Allgemeinheit unzulässige Verweisung der Kl. auf das gesamte erstinstanzliche Vorbringen nicht einmal erkennen, ob die Kl. ihre Verurteilung auf die rechtliche Seite der Sache beschränken, oder ob sie sich auch gegen die tatsächlichen Feststellungen in dem angefochtenen Urteil wenden wollte.

Eine Begründung von der Art, wie die Kl. sie gegeben hat, entspricht hiernach nicht den Vorschriften der ZPO. in ihrer seit dem 1. Jan. 1934 geltenden Fassung; sie kann im Gegenfalle zu der früheren weitherzigen Übung der Gerichte nicht mehr geduldet werden (RG. 143, 291¹⁾).

(Beschl. v. 26. Sept. 1934; V B 17/34. — RG.) [v. B.]

b) Strafsachen

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

8. Art. 5 Gewohnh VerbrG. v. 24. Nov. 1933. Anordnung der Sicherungsverwahrung im nachträglichen Sicherungsverfahren. Taten, die infolge wirtschaftlicher Not und zur Behebung solcher Not begangen worden sind, können in aller Regel nicht die Annahme begründen, daß der Täter aus verbrecherischem Hange gehandelt habe und ein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher sei (Art. des erf. Sen. v. 12. Juni 1934, 4 D 646/34¹⁾). Eine Straftat kann nicht lediglich deshalb, weil sie im Rückfall begangen worden ist, als Anzeichen für die Eigenschaft des Täters als eines Gewohnheitsverbrechers verwertet werden (RGSt. 68, 174²⁾).

4. Sen. v. 2. Okt. 1934; 4 D 898/34.) [Hn.]

9. Art. 5 Ziff. 2 Gewohnh VerbrG. v. 24. Nov. 1933 (RGBl. I, 995). Als Gewohnheitsverbrecher wird ein Täter, wie in zahlreichen Entsch. des RG. niedergelegt ist (vgl. insbes. RGSt. 68, 149, 154¹⁾), nicht schon allein durch die Tatsache wiederholter, selbst empfindlicher Vorstrafen gekennzeichnet, sondern erst durch die Feststellung eines ihm innewohnenden Hanges zu Rechtsbrüchen, der ihn schließlich fast zwangsläufig immer wieder erneut straffällig werden läßt.

Nur wenn die drei vom Urteil herausgehobenen Straftaten sich als Ausfluß eines solchen Hanges darstellen, sind insoweit die tatsächlichen Voraussetzungen des Gesetzes erfüllt. Um dies beurteilen zu können, genügt die bloße Aufzählung dieser Taten nicht, es muß vielmehr eine jede von ihnen auf die sie kennzeichnenden besonderen Umstände geprüft werden; die äußeren Lebensverhältnisse des Angekl. zur Zeit der Tat, seine Beweggründe, die Art der Vorbereitung und Ausführung der Tat und das mit ihr erstrebte Ziel ergeben in der Regel Hinweise für die Entsch. darüber, ob die einzelne Tat sich als Folge zufälliger, äußerer Einflüsse, als Gelegenheitsstat darstellt, oder ob sich in ihr ein verbrecherischer Hang kundtut, so daß die Gesamtwürdigung der Straftaten den Täter als Gewohnheitsverbrecher erscheinen läßt.

(1. Sen. v. 25. Sept. 1934; 1 D 877/34.) [Hn.]

10. Art. 5 Ziff. 2 Gewohnh VerbrG. v. 24. Nov. 1933. Die Taten, die der dritten Verurteilung zugrunde liegen, müssen nach dem Eintritt der Rechtskraft der beiden früheren Urteile begangen sein.

Der BeschwF. ist wie folgt verurteilt:

1. am 19. März 1927 vom SchöffG. in D. wegen Betrugs i. w. R. zu acht Monaten Gefängnis;

2. am 22. Mai 1931 vom SchöffG. in H. ebenfalls wegen Betrugs i. w. R. unter Einbeziehung einer an demselben Tage erkannten Strafe von vier Monaten Gefängnis zu einer Gefängnisstrafe — gemeint ist Gesamtgefängnisstrafe — von sechs Monaten;

3. am 11. Sept. 1931 vom SchöffG. in R. wegen Rückfallbetrugs zu einer Zuchthausstrafe von zwei Jahren und am 13. Jan. 1932 vom SchöffG. in R. wegen Urkundenfälschung und Betrugs zu einer Gefängnisstrafe von zwei Jahren. Aus diesen beiden Strafen ist eine Gesamtzuchthausstrafe von drei Jahren gebildet worden.

Die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung erfordert u. a., daß der Täter schon zweimal rechtskräftig verurteilt worden ist und nach dem 1. Jan. 1934 auf Grund eines weiteren vor diesem Zeitpunkt ergangenen Urteils eine Freiheitsstrafe verbüßt (Art. 5 Ziff. 2 Gewohnh VerbrG. v. 24. Nov. 1933). Schon der Wortlaut dieser Vorschrift deutet darauf hin, daß die Taten, die der dritten Verurteilung zugrunde liegen, nach dem Eintritt der Rechtskraft der beiden früheren Urteile begangen sein müssen. Für die Richtigkeit dieser Auffassung spricht auch der Umstand, daß, wie die amtliche Begründung zu dem erwähnten Gesetze darlegt, „die Voraussetzungen, unter denen die nachträgliche Sicherungsverwahrung zulässig sein soll, auf den § 20a Abs. 1 StGB. abgestimmt sind“.

An diesem Erfordernis fehlt es hier, denn nach der Feststellung der Str.R. sind die der letzten Verurteilung (Nr. 3) zugrunde liegenden Taten in den Jahren 1929 und 1930, also vor der Verurteilung v. 22. Mai 1931 (Nr. 2) begangen. Dabei kann die — in RGSt. 68, 150¹⁾ befaßte — Frage, ob die der zweiten Verurteilung zugrunde liegende Tat nach dem Eintritt der Rechtskraft des ersten Urteils begangen sein muß, auf sich beruhen.

Der BeschwF. ist zwar, abgesehen von den drei angegebenen Urteilen, „seit 1922 noch dreizehnmal — darunter neunmal wegen Betrugs — vorbestraft“; es ist indessen nicht ersichtlich, ob und welche dieser Verurteilungen der nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung zur Grundlage dienen können, da weder der Zeitpunkt der Verurteilungen, noch die erkannten Strafen nach ihrer Art und Höhe festgestellt sind. In dieser Richtung werden die Feststellungen demnächst, falls wiederum auf Sicherungsverwahrung erkannt werden sollte, zu ergänzen sein. Hierbei ist zu beachten, daß, wenn mehrere Freiheitsstrafen in verschiedenen Urteilen erkannt, später aber durch Beschluß oder Urteil zu einer Gesamtstrafe vereinigt worden sind, die die Gesamtstrafe aussprechende Entsch. als eine „Verurteilung“ i. S. des Art. 5 Ziff. 2 Gewohnh VerbrG. v. 24. Nov. 1933 gilt; solchenfalls ist die Art und Dauer der Gesamtstrafe maßgebend. Bei der etwaigen Heranziehung früherer Verurteilungen ist auch der Frage der sog. Rückfallverjährung Beachtung zu schenken (Art. 5 Ziff. 2 Schlusssatz des Gef. v. 24. Nov. 1933 i. Verb. m. § 20a Abs. 3 Satz 1 und 3 StGB.).

(3. Sen. v. 24. Sept. 1934; 3 D 702/34.) [Hn.]

11. Art. 14 Gewohnh VerbrG. v. 24. Nov. 1933. Ein Antrag der StA. auf nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung, der erst nach Verbüßung der fraglichen Strafe (vgl. Art. 5 Nr. 2) bei dem Gericht eingeht, muß abgelehnt werden, auch wenn zu dieser Zeit die persönliche Freiheit des Angekl. durch Schutzhaft oder Untersuchungshaft beschränkt ist.

Nach Art. 14 AusfGes. z. Gewohnh VerbrG. v. 24. Nov. 1933 (RGBl. I, 1000) kann die StA. im Falle des Art. 5 Nr. 2 Ge-

¹⁾ ZB. 1934, 1171.

²⁾ ZB. 1934, 2150²⁰⁾. ³⁾ ZB. 1934, 2056¹⁷⁾.

⁴⁾ ZB. 1934, 1662.

⁵⁾ ZB. 1934, 1662.

wohnhVerbrG. die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung nur „beantragen“, „solange die Strafe nicht verbüßt, bedingt ausgesetzt, verfährt oder erlassen ist“. Der Beschw. hat die Freiheitsstrafe, die er „nach dem 1. Jan. 1934 verbüßt“ (vgl. dazu den bezeichneten Art. 5 Nr. 2), schon am 5. März 1934 verbüßt, während der Antrag der StrA. auf nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung erst am 6. März 1934 beim Gericht eingegangen ist, also eine solche Anordnung erst an diesem Tage „beantragt“ worden ist. Somit kann die Sicherungsverwahrung nicht mehr angeordnet werden. Unerheblich ist es, daß sich der Eingang des vom 2. März 1934 datierten Antrages dadurch verzögert hat, daß die Einforderung von Beifakten und des Strafregisterauszuges angeordnet und diese Verfügung zunächst ausgeführt worden war. Das Gesetz verlangt nur einmal mit klaren Worten, daß der Antrag gestellt werden muß, solange die Strafe noch nicht verbüßt ist. Nichts spricht dafür, daß der Sinn des Gesetzes diesen klaren Worten entgegenstehe, sich der Gesetzgeber z. B. wie in dem der Entsch. RSt. 68, 194¹⁾ zugrunde liegenden Falle des Art. 5 Nr. 2, 3 GewohnhVerbrG. nur im Ausdruck vergriffen hätte. Ebenso ist es unerheblich, daß der Angekl. nach Verbüßung der Strafe sofort in Schutzhaft und im Anschluß daran in Untersuchungshaft genommen worden ist. Das Gesetz stellt nicht darauf ab, daß die persönliche Freiheit des Angekl. noch beschränkt ist, sondern verlangt eben, daß die Strafe noch nicht verbüßt ist. Auch insoweit kann sein Wille nur seinem unzweideutigen Wortlaut entsprechen.

(1. Sen. v. 28. Sept. 1934; 1 D 778/34.)

[Gn.]

12. § 20a StGB. Zum Nachweis, daß jemand als gefährlicher Gewohnheitsverbrecher anzusehen sei, ist die Nachprüfung der vom Gesetz verlangten drei Straftaten dahin erforderlich, daß nicht nur die Möglichkeit, sondern eine bestimmte Wahrscheinlichkeit besteht, daß der Angekl. wieder straffällig werden und dabei entweder erhebliche Rechtsgüter verletzen oder besonders gefährliche Mittel anwenden wird. Auch muß sich jede dieser Straftaten als Ausfluß des dem Täter innewohnenden verbrecherischen Hanges darstellen.

Die StrA. hat zwar mit Recht darauf abgestellt, daß sich bei dem Angekl. infolge wiederholter Begehung ein unwiderstehlicher Hang, seinen Lebensunterhalt durch strafbare Handlungen zu erlangen, herausgebildet hat, der ihn immer wieder nach kurzer Zeit der Freiheit mit dem Strafgesetz in Konflikt und in der Folge hinter Gefängnismauern gebracht hat. Es ist aber zum Nachweis, daß der Angekl. als gefährlicher Gewohnheitsverbrecher anzusehen ist, die Nachprüfung der vom Ges. mindestens verlangten drei erheblichen Straftaten dahin erforderlich, daß die an und für sich bei jedem Gewohnheitsverbrecher bestehende Gefahr der Wiederholung von Straftaten und die dadurch für den allgemeinen Rechtsfrieden entstehende Gefährdung in besonderem Maße bestehen müssen, d. h. daß nicht nur die Möglichkeit, sondern im Hinblick auf die bisherige Häufung der Straftaten und die bisher gezeigte Hartnäckigkeit und Stärke des verbrecherischen Willens eine bestimmte Wahrscheinlichkeit besteht, daß der Angekl. wieder straffällig werden und dabei entweder erhebliche Rechtsgüter verletzen oder besonders gefährliche verbrecherische Mittel anwenden wird und daß jede dieser Straftaten sich als Ausfluß des dem Täter innewohnenden verbrecherischen Hanges darstellen muß und daß aus ihnen auch sich seine Gefährlichkeit in dem erörterten Sinn ergeben muß. Es ist daher auf die einzelnen Taten auch nach ihrer tatsächlichen Seite näher einzugehen und insbes. zu prüfen, ob sie nicht etwa als bloße Gelegenheitsstaten oder aus wirtschaftlicher Not begangen sind. Wenn das angef. Ur. sagt: „Der Verurteilte ist daher als Gewohnheitsverbrecher anzusehen“ und weiter: „daß er bei der großen Gefahr der Wiederholung der Straftaten, sobald er aus der Strafanstalt entlassen werden würde, eine Gefahr für die Allgemeinheit darstellt, bedarf keiner weiteren Ausführung“, so ist damit

der Begriff des gefährlichen Gewohnheitsverbrechers nicht erschöpfend dargetan, auch nicht das Erfordernis, daß die öffentliche Sicherheit die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung verlangt. Um dieses Erfordernis zu erfüllen, muß ein solches Maß von Gefahr von dem Verurteilten ausgehen, daß dadurch der Bestand der die öffentliche Sicherheit gewährleistenden Rechtsordnung unmittelbar bedroht und eine wirksame Abhilfe auf andere Weise als durch Anordnung der Sicherungsverwahrung nicht zu erreichen ist. Auch zu diesem Punkt müßte sich die StrA. noch eingehender äußern, insbes. auch dahingehend, ob nicht doch die Lebensverhältnisse, die der Angekl. nach der Strafverbüßung vorfinden wird, dazu angetan sind, unter Würdigung der früheren Lebensverhältnisse, unter denen der Angekl. seine Straftaten begangen hat, ihm die Möglichkeit zu geben, ein neues Leben zu beginnen, wodurch gegebenenfalls die Gefahr für die öffentliche Sicherheit behoben wäre.

(4. Sen. v. 28. Sept. 1934; 4 D 809/34.)

[W.]

13. §§ 20a, 42b, 51 StGB.; § 352 StPO. Die Anordnung der Sicherungsverwahrung ist selbständig anfechtbar. Ist eine Rev. auf diese Anordnung beschränkt, ergibt aber die Nachprüfung des angefochtenen Urteils, daß der Vorderrichter § 51 StGB. irrig aufgefaßt hat, so ist die Beschränkung der Rev. nicht wirksam, so daß das Rechtsmittel als unbeschränkt eingelegt zu gelten hat.

Der Angekl. hat die Rev. zwar auf die Anordnung der Sicherungsverwahrung beschränkt; sie führt jedoch zur Aufhebung des gegen ihn erlassenen Ur. in vollem Umfang.

Die StrA. hat die Anordnung der Sicherungsverwahrung auf Art. 5 Ziff. 1 GewohnhVerbrG. v. 24. Nov. 1933 (RGBl. 995) i. Verb. m. § 20a Abs. 1 StGB., gestützt. ... In dieser Richtung sind die Urteilsfeststellungen nicht erschöpfend.

Aber auch in anderer Richtung gibt die Anordnung der Sicherungsverwahrung Anlaß zu Bedenken. In den Urteilsgründen wird zwar bemerkt, für die Unterbringung in einer „Nervenanstalt“ usw. seien die erforderlichen Voraussetzungen nicht gegeben; die sonstigen Ausführungen der StrA. bieten jedoch keine Gewähr dafür, daß die mit Rücksicht auf den Geisteszustand des Angekl. — eines „wegen Geisteschwäche entmündigten Psychopathen von erheblicher geistiger Minderwertigkeit“ — naheliegende Frage erschöpfend geprüft ist, ob nicht etwa „verminderte Zurechnungsfähigkeit“ i. S. des § 51 Abs. 2 StGB. vorliegt. Wäre dies der Fall, so würde gem. § 42b StGB. die Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt in Frage kommen, die möglicherweise die Anordnung der Sicherungsverwahrung als überflüssig erscheinen lassen könnte.

Da hiernach die nochmalige Erörterung des Geisteszustandes des Angekl. erforderlich ist und diese möglicherweise auch zu einem anderen Ergebnis in der Richtung des § 51 Abs. 1 StGB. führt, war das Ur. in vollem Umfang aufzuheben. Die Beschränkung der Rev. auf die Anordnung der Sicherungsverwahrung hat sich unter den gegebenen Umständen als unwirksam herausgestellt, so daß das Rechtsmittel als unbeschränkt eingelegt zu gelten hat (RGSt. 54, 82).

(3. Sen. v. 11. Juni 1934; 3 D 589/34.)

[W.]

14. §§ 51 Abs. 1, 2; 42k Ziff. 2 StGB. Hat das Gericht die volle Verantwortlichkeit des Täters i. S. von § 51 Abs. 1 StGB. bejaht, die Voraussetzungen des § 51 Abs. 1 wie auch 2 aber nur nach einer Richtung geprüft, so ist trotz der Beschränkung der Revision auf das Strafmaß das angefochtene Urteil doch auch hinsichtlich der Schuldfrage (§ 51 Abs. 1) nachzuprüfen. — Die Entmannung kann auch bei verminderter Zurechnungsfähigkeit angeordnet werden.

1. Das Ur. führt aus, daß der Angekl. für sein Tun in vollem Umfange verantwortlich sei, weil er nicht unfähig

¹⁾ RGSt. 1934, 2410¹⁰.

gewesen sei, das Unerlaubte und Verwerfliche seines Tuns einzusehen, und fährt fort, daß nach der Überzeugung der Kammer auch keine erhebliche Minderung dieser Fähigkeit i. S. des § 51 Abs. 2 StGB. vorliege, daß vielmehr aus der Redewendung des Angekl., die H. solle sich ihm hingeben, wenn sie die Schule verlassen haben werde, folge, daß er sich der Verwerflichkeit seines Tuns gegenüber den Kindern voll bewußt gewesen sei.

Die Rev. rügt Gesetzesverletzung bei der Straffestsetzung. Die Rüge ist begründet. Denn das LG. übergeht die zweite Voraussetzung der verminderten Zurechnungsfähigkeit, die geminderte Fähigkeit, nach der Einsicht in das Unerlaubte der Tat zu handeln. Wenn die Zurechnungsfähigkeit des Täters zweifelhaft ist, ist seine Fähigkeit nach den zwei Richtungen, der Einsicht in das Unerlaubte der Tat und des Handelns nach dieser Einsicht, zu prüfen. Das LG. hat die Zurechnungsfähigkeit des Täters nur aus dem einen Grund der Einsichtsfähigkeit bejaht und hat im unmittelbaren Anschluß daran auch eine erhebliche Minderung „dieser Fähigkeit“ des Angekl. nicht für gegeben erachtet. Es geht daher nicht an, zu unterstellen, daß das LG. bei Prüfung der verminderten Zurechnungsfähigkeit möglicherweise die zweite Voraussetzung der Fähigkeit des Handelns nach der Einsicht in das Unerlaubte der Tat, die es bei Verneinung der vollen Zurechnungsunfähigkeit außer Betracht gelassen hat, doch in Erwägung gezogen habe.

Die Rev. hat den Rechtsirrtum des ersten Richters nur zur Straffestsetzung aus § 51 Abs. 2 gerügt. Eine solche Beschränkung der Rev. ist aber nicht möglich; das Rechtsmittel hat daher als unbeschränkt eingelegt zu gelten. Denn wenn § 51 Abs. 2 auch nur das Strafmaß beeinflusst, so ist der Strafminierungsgrund doch ein Ausfluß aus der unteilbaren Täterpersönlichkeit, und die rechtsirrtümliche Auslegung des Begriffs der Zurechnungsfähigkeit erstreckt sich zugleich auf die Schuldfrage nach § 51 Abs. 1, die bei nochmaliger Erörterung des Geisteszustandes des Angekl. an und für sich gleichfalls anders beantwortet werden könnte. Die unterlassene Untersuchung der Täterpersönlichkeit nach der Richtung der Willensfähigkeit kann daher nur einheitlich nach ihrem gänzlichen oder teilweisen Fehlen nachgeholt werden und muß zwangsläufig auch die Schuldfrage erfassen.

2. Auch die weitere Rüge, daß die Voraussetzungen des § 42 k Ziff. 2 StGB. unzulänglich festgestellt seien, ist begründet.

Schon die erneute Prüfung der Frage der Zurechnungsfähigkeit des Angekl. kann zu einer anderen Beurteilung seiner Persönlichkeit und bei Bejahung auch nur einer erheblich verminderten Zurechnungsfähigkeit zu einer anderen Entsch. über die Notwendigkeit der Entmannung führen, wenn auch die Feststellung der verminderten Zurechnungsfähigkeit an sich die Anordnung der Entmannung nicht ausschließt.

(FerSen. v. 24. Juli 1934; 2D 766/34.) [W.]

15. § 51 Abs. 1, 2 StGB. Hat das Instanzgericht die Verantwortlichkeit des Täters i. S. von § 51 Abs. 1 StGB. bejaht, aber nicht geprüft, ob die Voraussetzungen des § 51 Abs. 2 vorliegen, so hat das RevG. auf Sachrüge hin das angefochtene Urteil nur im Strafausspruch aufzuheben und insoweit die Sache zur erneuten Verhandlung zurückzuverweisen.

Soweit der Angekl. geltend machte, er sei infolge eines Sturzes bewußtlos geworden und habe in diesem Zustand gehandelt, hat das SchwG. geprüft, ob die Voraussetzungen des § 51 Abs. 1 StGB. n. F. (§ 51 a. F.) auf den Angekl. zutreffen könnten, und diese Frage bedenkenfrei verneint.

Dagegen hat das SchwG. nicht geprüft, ob etwa die Voraussetzungen des § 51 Abs. 2 StGB. in Frage kommen könnten. Diese Best. betrifft das Strafmaß in solchen Fällen, in denen der Täter zwar nicht unzurechnungsfähig, für seine Tat also strafrechtlich verantwortlich ist, aber auf der im Gesetz festgelegten Grundlage eine erhebliche Minderung der Zurechnungsfähigkeit vorliegt. In solchen Fällen ist dem Richter die in sein Ermessen gestellte Befugnis verliehen,

die Strafe nach den Vorschr. über den Versuch zu mildern. Daß das SchwG. sich dieser Befugnis bewußt gewesen sei, läßt das Ur. nicht erkennen. Im Strafausspruch kann demnach das angef. Ur. nicht bestehen bleiben.

Der Aufhebung des Ur. im ganzen, also auch im Schuldausspruch, bedarf es nicht. Zwar sind der 3. StrSen. im Ur. 3D 589/34 und der FerSen. im Ur. 2D 766/34 von der gegenteiligen Auffassung ausgegangen. Indessen war in beiden Fällen eine besondere Lage insofern gegeben, als die Beurteilung und Anwendung auch der Vorschr. in Abs. 1 des § 51 fehlerhaft war. Hier dagegen ist in rechtlich einwandfreier Weise die Nichtanwendbarkeit dieser Vorschrift festgestellt. Im übrigen hat auch bereits der 2. Sen. im Ur.: DRZ. 1930 Rspr. Nr. 225 zu § 51 a. F. anerkannt, daß die Berufung aus dem Gesichtspunkt vermindeter Zurechnungsfähigkeit auf das Strafmaß beschränkt werden könne. Von dieser Auffassung zu § 51 Abs. 2 n. F. abzuweichen, ist kein Anlaß gegeben, namentlich nicht durch die beiden obenerwähnten Entsch., in denen, wie bereits erwähnt, eine besondere Sachlage gegeben war.

(FerSen. v. 14. Aug. 1934; 1 D 745/34.) [W.]

16. § 52 Abs. 2 StGB. Es kommt nicht auf die Belehrung des Zeugen, sondern darauf an, ob der Zeuge Kenntnis von seinem Recht zur Zeugnisverweigerung hat. Nur im Falle der Unkenntnis kann die Rev. wirksam auf die unterlassene Belehrung gestützt werden.

Die Rev. rügt, daß der Zeuge P. entgegen § 52 Abs. 2 StPD. nicht über das Recht zur Verweigerung des Zeugnisses belehrt worden sei, das ihm als dem früheren Schwiegervater des Mitangekl. nach § 52 Nr. 3 StPD. zustand und ihn zur Verweigerung der Aussage auch hinsichtlich des Beschw. berechtigte (RGSt. 65, 31). Es trifft zu, daß er über dieses Recht nicht belehrt worden ist. Gleichwohl kann die Rüge nicht zur Aufhebung des Ur. führen. Das SchwG. stellt fest, daß der Zeuge von seinem Zeugnisverweigerungsrecht aus der Voruntersuchung Kenntnis hatte. Der Zeuge ist vom Untersuchungsrichter über sein Recht zur Verweigerung des Zeugnisses belehrt worden. Er hat nach der Hauptverhandlung vor dem Gendarm auch erklärt, ihm sei in der Schwurgerichtsverhandlung von seiner früheren Vernehmung her noch bekannt gewesen, daß er zur Verweigerung seiner Aussage berechtigt gewesen wäre. Die Tatsache, daß der Zeuge P. schon in der Voruntersuchung über sein Recht zur Verweigerung des Zeugnisses belehrt worden war, und daß er auf dieses Recht verzichtet hatte, entthob den erkennenden Richter zwar nicht von der Verpflichtung, den Zeugen in der Hauptverhandlung erneut über sein Recht zu belehren (RGSt. 2, 193). Einen unbedingten Revisionsgrund stellt aber die Nichtbeachtung des § 52 Abs. 2 StPD. nicht dar. Wesentlich ist vielmehr, ob der Zeuge von seinem Rechte Kenntnis hat. Ob diese Kenntnis auf einer gemäß § 52 Abs. 2 StPD. erfolgten Belehrung beruht oder ohne eine solche Belehrung besteht, ist ohne Bedeutung. Sagt der Zeuge in Kenntnis seines Zeugnisverweigerungsrechtes aus, so verzichtet er damit wirksam auf dieses Recht. Das Unterlassen der Belehrung ist dann nicht ursächlich dafür, daß der Zeuge trotz des Bestehens eines Zeugnisverweigerungsrechtes seine Aussage erstattet hat.

(1. Sen. v. 21. Sept. 1934; 1 D 454/34.) [W.]

17. § 60 StGB.; §§ 354 Abs. 1, 358 Abs. 2 StGB. Zurückverweisung der Sache — ohne auch nur teilweise Aufhebung des angef. Ur. — an die Vorinstanz zur Prüfung und Entscheidung, ob Untersuchungshaft auf die Strafe anzurechnen sei.

Die Urteilsformel enthält keinen Ausdruck, daß dem Angekl. Untersuchungshaft auf die Strafe angerechnet werde. Der Angekl. beschwert sich in der Rev. mit Recht darüber, daß er durch diese Unterlassung eine unzulässige Schlechterstellung erfahren habe (§ 358 Abs. 2 StPD.). Denn in dem Ur. v. 19. Juni 1933 war ihm die ganze bis dahin erlittene Untersuchungshaft angerechnet worden, während nun-

mehr dieselbe Strafe wie damals festgesetzt worden ist (RGSt. 59, 231; 66, 351).

Wenn das der einzige Rechtsfehler wäre, dann würde sich die Zurückverweisung der Sache erübrigen, weil das RevG. durch § 354 Abs. 1 StPB. in die Lage versetzt wäre, das Ur. durch Anrechnung der bis zum 19. Juni 1933 erlittenen Untersuchungshaft zu berichtigen. Ein weiterer Rechtsirrtum kann nämlich auch insoweit der Entsch. zugrunde liegen, als das LG. auch für die spätere Zeit, in der der Angekl. sich noch in Untersuchungshaft befand, von § 60 StGB. keinen Gebrauch gemacht hat. Zwar lag dies an sich im freien Ermessen des Gerichts. Allein die Fassung der Begründung läßt die Auslegung zu, daß das LG. von der Ansicht ausgegangen ist, es sei ausschließlich zu erwägen, ob der Erfolg oder Nichterfolg der Rev. die Anrechnung rechtfertige. Das wäre aber rechtsirrig. Abgesehen davon, daß die frühere Rev. des Angekl., wenn auch nicht in der Strafe, einigen Erfolg gehabt hat, daß also die Rev. hoch teilweise begründet war, konnte das Gericht auch anderen Erwägungen bei seiner Entsch. Raum geben, insbes. der, daß der Angekl. auch nach Erlassung des reichsgerichtlichen Ur. sich noch monatelang in Untersuchungshaft befunden hat und daß er auf die Ansetzung der neuen Verhandlung keinen entscheidenden Einfluß nehmen konnte.

Die Strafe selbst wird durch den möglichen Rechtsirrtum nicht berührt. Die Aufhebung des Strafauspruchs ist daher nicht erforderlich. Eine auch nur teilweise Aufhebung des Ur. kommt deshalb nicht in Frage. In der neuen Verhandlung ist nur über die Anrechnung von Untersuchungshaft zu entscheiden. Dabei ist das Gericht, soweit die Zeit nach dem 19. Juni 1933 in Betracht kommt, völlig frei. Es wäre nicht gehindert, auch Untersuchungshaft anzurechnen, die der Angekl. nach Erlassung des jetzt angef. Ur., also nach dem 23. März 1934, erlitten hat.

Von einer teilweisen Verwerfung der Rev. ist abzusehen, da sie nur die hier erörterten Rechtsmängel gerügt hat, also vollen Erfolg hatte.

(2. Sen. v. 20. Sept. 1934; 2 D 752/34.) [W.]

**** 18.** § 61 StGB.; § 12 Abs. 2 UnlWG. Für die Bevollmächtigung zur Antragstellung bestehen keine Formvorschriften. Der Bevollmächtigte ist nicht verpflichtet, von sich aus den Nachweis seiner Vollmacht zu führen. Bei Verbänden kommt es nicht auf die Kenntnis des einen oder anderen Mitglieds, sondern nur auf die Kenntnis des Vorstandes an. Der Begriff des „geschäftlichen Betriebs“ erfordert keine auf Gewinnerzielung gerichtete Tätigkeit und ferner auch nicht, daß der Umsatz an Dritte erfolge. — „Beauftragter“ des geschäftlichen Betriebs ist jeder, der, ohne Inhaber oder Angestellter des Betriebs zu sein, für den geschäftlichen Betrieb befugtermaßen tätig wird. Eine Bevorzugung „verschafft“ auch derjenige, der sie auf Grund eigener Entschließung gewährt.

I Am 18. Nov. 1931 ging bei dem Verbandsverband Metall-Industrieller (im folgenden mit „Verband“ bezeichnet) eine nicht unterschriebene Mitteilung ein, in der gegen den Angekl. u. a. der Vorwurf erhoben wurde, daß er von den Lieferanten des Konsumvereins als dessen Vorsitzender Schmiergelder gefordert und genommen habe. Der Verband, der Mitglied des Vereins gegen das Bestechungsunwesen (im folgenden mit „Nebenkläger“ bezeichnet) ist, veranlaßte zunächst Ermittlungen, die Anfang Mai 1932 zum Abschluß gelangt zu sein scheinen. Ihr Ergebnis ist in einer an das Polizeipräsidium B. gerichteten Anzeige des Verbandes v. 6. Okt. 1932 zusammengefaßt, in der es heißt: „Strafantrag zu den Delikten 1 bis 3 liegt bei“. Die Anzeige gelangte am 11. Okt. 1932 samt ihren Anlagen an den Nebenkl., der mit Schreiben v. 12. Okt. 1932 gegen den Angekl. unter Bezugnahme auf die als Anlage beigefügte Anzeige des Verbandes Strafantrag stellte, der jedenfalls vor dem 18. Okt. 1932 bei der Polizeibehörde eingegangen ist. Der Antrag ist von dem Generalsekretär „in Vollmacht des Vorstandes“ unter-

zeichnet. In dem Antrag ist ferner auf „die Rechtsgültigkeit der Generalvollmacht des unterzeichneten Geschäftsführers“ und die Entsch. RGSt. 58, 202 Bezug genommen.

Zutreffend ist zunächst die Annahme des LG., daß sowohl der Verband wie auch der Nebenkl. zu den nach § 22 Abs. 1 Satz 2, § 13 Abs. 1 UnlWG. in den Fällen des § 12 daselbst zur Stellung des Strafantrags berechtigten Verbänden gehören. Die Rev. beanstandet aber die Ordnungsmäßigkeit des vom Nebenkl. gestellten Antrags insoweit, als er nicht vom Vorstand, sondern von einem Bevollmächtigten unterzeichnet sei und ohne Vorlage des Textes der Vollmacht nicht festgestellt werden könne, ob der Antrag durch die Vollmacht wirklich gedeckt sei, dies um so weniger, als zwischenzeitlich eine Veränderung des Vorstandes stattgefunden habe. Der letztere Gesichtspunkt ist rechtlich bedeutungslos. Denn die Wirksamkeit einer von dem zuständigen Organ eines rechtsfähigen Vereins ohne zeitliche Begrenzung ausgestellten Vollmacht erlischt nicht ohne weiteres dadurch, daß in den Mitgliedern des Vorstandes, sei es infolge von Neuwahlen oder aus einem anderen Grunde, ein Wechsel eintritt. Daß bei der Stellung des Strafantrags Stellvertretung nicht nur in der Erklärung, sondern — wenigstens bei vermögensrechtlichen Verletzungen — auch im Willen zulässig ist, ist in Rechtslehre und Rspr. anerkannt (RGSt. 2, 145; 15, 144; 58, 203; 60, 281). Im übrigen bestreitet die Rev. ersichtlich nicht das Bestehen der Vollmacht, das bisher im Laufe des Verfahrens auch von keiner Seite in Zweifel gezogen wurde, sondern sie wendet sich nur dagegen, daß der Nachweis einer schriftlichen Vollmacht bisher nicht geführt worden sei. Allein für die Bevollmächtigung zur Antragstellung bestehen, wie das RG. ständig entschieden hat, keine Formvorschriften; der Antrag kann mündlich und stillschweigend erteilt sein; es genügt, daß er zur Zeit der Antragstellung vorlag. Ferner aber ergibt sich für den Bevollmächtigten, der den Strafantrag für den Berechtigten stellt, keine Verpflichtung, von sich aus den Nachweis seiner Vollmacht zu führen (vgl. RGSt. 61, 357). Die Nachprüfung obliegt vielmehr den Strafverfolgungsbehörden. Sie hat in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu erfolgen. Wie sich die Strafverfolgungsbehörden darüber Gewißheit verschaffen, steht in ihrem Ermessen. Sie können von einer Beweiserhebung absehen, wenn sie ohnehin schon von der Ordnungsmäßigkeit des Strafantrags überzeugt sind und keine Einwendungen dagegen erhoben werden. Wenn daher das LG. von einer Beweiserhebung in dieser Richtung abgesehen hat, so ist das nicht zu beanstanden. Auch für das RevG. besteht kein Anlaß zu einer solchen Beweiserhebung, zumal die Rev. das Vorliegen der Bevollmächtigung an sich nicht bestreitet.

Das Antragsrecht mehrerer Berechtigten besteht für jeden von ihnen selbständig und unabhängig von dem des anderen. Es beginnt daher auch die Frist des § 61 StGB. für jeden Berechtigten in dem Zeitpunkte zu laufen, in dem er selbst von der strafbaren Handlung und der Person des Täters Kenntnis erlangt, gleichgültig, ob ein anderer diese Kenntnis bereits früher erlangt hatte. Bei Verbänden kommt es nicht auf die Kenntnis des einen oder anderen Mitglieds, sondern allein auf die Kenntnis des Vorstandes als solchen an (RGSt. 35, 270). Da der Nebenkl. im vorl. Fall von den strafbaren Handlungen des Angekl. erst am 11. Okt. 1932 Kenntnis erlangt hat, ist sein Strafantrag an sich rechtzeitig gestellt. Das muß gelten, obgleich er seine Kenntnis durch den Verband, sein Mitglied, erlangt hat, der seinerseits von den strafbaren Handlungen bereits Kenntnis hatte, und dessen Antragsfrist auch schon abgelaufen war. Ein anderes ergibt sich auch nicht aus der vom LG. festgestellten, im Innenverhältnis zwischen dem Nebenkl. und dem Verband vereinbarten Regelung, wonach im Falle des Bekanntwerdens einer Straftat der Verband die ersten Ermittlungen anzustellen und erst nach einem gewissen Abschluß dieser Ermittlungen den Nebenkl. in Kenntnis zu setzen hat. Das LG. stellt dazu fest, es handle sich um eine aus praktischen Gründen getroffene Maßnahme; es solle verhindert werden, daß vorzeitig, d. h. vor ausreichender Klärung der Fälle, gerichtliche Verfahren eingeleitet würden; der Strafantrag werde durch den Nebenkl. jedenfalls immer erst dann gestellt, wenn — auf Grund der

Vorarbeit des Verbandes — sich genügend sichere Grundlagen für das Vorliegen einer strafbaren Handlung ergeben hätten; von der von der Verteidigung des Angekl. eingewendeten Umgehung des § 61 StGB. könne daher keinesfalls gesprochen werden. Diese Ausführungen über die Bedeutung und Tragweite jener Vereinbarung lassen keinen Rechtsirrtum ersehen. Die Auslegung der Vereinbarung obliegt dem Tatrichter. Die Vereinbarung kann zweifellos den ihr vom LG. beigelegten Sinn haben, der Verband solle, wenn ihm eine Mitteilung über eine strafbare Handlung zugehe oder er sonst davon erfahre, nicht auf den zunächst nur bestehenden mehr oder minder starken Verdacht hin gleich den Nebenkl. in Kenntnis setzen, sondern erst Ermittlungen anstellen, um bestimmte Tatsachen in Erfahrung zu bringen, die eine zuverlässige, einer inneren Gewißheit mindestens nahekommende Kenntnis von der strafbaren Handlung und der Person des Täters vermitteln und es rechtfertigen, gegen einen anderen mit dem Vorwurf einer strafbaren Handlung hervorzutreten und die Strafverfolgung herbeizuführen. Solchenfalls wird regelmäßig das Ergebnis der Ermittlungen dem Verbandselbst erst die Kenntnis verschaffen, die die Grundlage der Antragstellung bildet und für ihn die Frist des § 61 StGB. in Lauf setzt, innerhalb deren er sich nach dem Willen des Gesetzgebers darüber schlüssig zu machen hat, ob er Strafantrag stellen will oder nicht. Und wenn der Verband für sich davon abzusehen gedenkt, sei es weil ihm sachliche Gründe dafür zu sprechen scheinen oder weil es ihm aus dem Gesichtspunkte einer einheitlichen Bekämpfung des Schmiergeldunwesens oder im Interesse einer geeigneten Vertretung der Nebenklage zweckmäßig erscheint, daß der Strafantrag durch den Nebenkl. gestellt werde, und er dann das Ergebnis diesem mitteilt, damit dieser sich schlüssig machen könne, so ist kein Grund dafür einzusehen, weshalb für den Nebenkl. nicht die Frist des § 61 StGB. selbständig vom Zeitpunkte der nunmehr seinerseits erlangten Kenntnis an zu laufen beginnen sollte. Innerhalb dieser Frist kann er dann, gleichgültig, ob die Antragsfrist für den Verband inzwischen abgelaufen ist oder nicht, seinerseits Strafantrag stellen. Von einer Umgehung des Gesetzes oder einer mißbräuchlichen Berufung darauf kann solchenfalls keine Rede sein. Ob eine andere Beurteilung eintreten müßte, wenn jene Vereinbarung in Wirklichkeit den Sinn hätte, durch eine vorher zugelegte Zwischenschaltung des Nebenkl. die Antragsfrist des Verbandes — bis zur Grenze der Verfolgungsverjährung — beliebig zu verlängern, also den Verband in die Lage zu versetzen, auch noch nach Ablauf seiner Antragsfrist beliebig zuzuwarten, sich auch dann noch bei gegebener Gelegenheit oder aus einem besonderen Anlaß über die Durchführung der Strafverfolgung schlüssig zu machen und diese durch die Herbeiführung eines Strafantrags des Nebenkl. sicherzustellen, bedarf angesichts der gegenteiligen Feststellung des Tatrichters über den Inhalt der Vereinbarung keiner Erörterung.

II. a) Das LG. hat seine Annahme, daß der in Frage stehende Konsumverein als ein geschäftlicher Betrieb i. S. des § 12 Abs. 2 UmlWG. zu erachten sei, nicht näher begründet. Im Urte. wird über den genannten Verein lediglich mitgeteilt, er sei nicht in das Vereinsregister eingetragen, verwalte seine Angelegenheiten selbst, unabhängig von den S.-Werken und habe den Zweck, für die in den Werken beschäftigten Beamten und Arbeiter, die ohne Beitragspflicht ohne weiteres Mitglieder des Vereins seien, unter Benutzung der von der Betriebsleitung der S.-Werke unentgeltlich zur Verfügung gestellten Räumlichkeiten Lebensmittel für seine Mitglieder zu beschaffen und warme Mittagstöße zu verabfolgen. Ferner wird noch ausgeführt, infolge der großen Zahl der in den S.-Betrieben beschäftigten Arbeiter und Angestellten sei der Umsatz des Vereins sehr beträchtlich gewesen; er habe in den besten Jahren 2 bis 2½ Millionen Reichsmark betragen und eine kaufmännisch eingerichtete Verwaltung notwendig gemacht. Diese Feststellungen sind zwar sehr knapp und es wäre erwünscht gewesen, wenn das LG. sich noch näher über die Organisation des Vereins, das Verhältnis der Mitglieder zu ihm, die Unkostendeckung und das Verhältnis des Vereins zu Dritten verhalten hätte. Sie ergeben aber, wenn man die Erfahrung des täglichen Lebens

dazu nimmt, daß der Verein im Bereiche des Handels eine Tätigkeit von gewisser Dauer entfaltet hat, die für den Güterumsatz von wirtschaftlicher Bedeutung und mit der Erzielung von Einnahmen verbunden war. Damit sind aber die Merkmale des geschäftlichen Betriebs dargetan. Daß Einnahmen erzielt wurden, ergibt sich schon daraus, daß eine kaufmännische Verwaltung eingerichtet war, deren Unkosten gedeckt werden mußten. Eine auf Gewinnerzielung gerichtete Tätigkeit ist begrifflich nicht erforderlich (vgl. RGSt. 68, 70¹). Auch daß der Verein überwiegend soziale Zwecke verfolgt, schließt die Annahme eines geschäftlichen Betriebs nicht aus (RGSt. 50, 118; 55, 31). Daß das RG., wie die Rev. meint, „die Betriebe der öffentlichen Hand von dem Bereiche des § 12 UmlWG. ausgeschlossen hätte“, trifft nicht zu. Es genügt, hierzu auf RGSt. 66, 380 zu verweisen, wo ausgesprochen wird, daß der Begriff des geschäftlichen Betriebs i. S. des § 12 nicht im Gegensatz zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben stehe, sondern zu privaten Betätigungen. Entgegen der Meinung der Rev. kommt es auch nicht darauf an, ob der Umsatz an Dritte erfolgt. Ein geschäftlicher Betrieb kann zweifellos auch dann vorliegen, wenn eine Personenvereinigung Waren gegen Entgelt nur an ihre Mitglieder absetzt. Eine bestimmte rechtliche Gestalt der Personenvereinigung ist dabei nicht vorausgesetzt. Sie muß keine Handelsgesellschaft sein und braucht auch nicht die Eigenschaft einer juristischen Persönlichkeit zu haben. Sie kann also auch ein nicht rechtsfähiger Verein sein, der der Selbstversorgung seiner Mitglieder dient. Gerade solche Organisationen, die, wie der vorl. Fall zeigt, nicht selten einen großen Umsatz haben und mit „Beauftragten“ und „Angestellten“ arbeiten müssen, und ihre redlichen Lieferanten sind des Schutzes gegen unlauteres Verhalten der Beauftragten und Angestellten und von unredlichen Lieferanten in besonderem Maße bedürftig. Richtig ist, daß auf nicht rechtsfähige Vereine die Vorschr. über die Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes Anwendung zu finden haben. Das schließt aber eine auf Umsatz gerichtete Tätigkeit des Vereins auch gegenüber den Vereinsmitgliedern nicht aus. Rechtlich gesehen, erwerben zwar die Vereinsmitglieder von vornherein Gesamthandseigentum an den für den Verein erworbenen Gegenständen. Umsatz als Merkmal eines geschäftlichen Betriebs ist aber bereits der fortgesetzte entgeltliche Erwerb solcher Gegenstände i. Verb. m. der Ausbringung der hierfür erforderlichen Mittel durch die Verteilung der Gegenstände auf die Mitglieder und die — rechtlich in Erscheinung tretende — Herauslösung der einzelnen Gegenstände aus dem sämtlichen Mitgliedern als Gemeinschaft zur gesamten Hand gehörigen Vereins- (Gesellschafts-)vermögen und deren Überweisung an die einzelnen Mitglieder. Im übrigen darf nicht übersehen werden, daß die Anwendung der Vorschr. über die Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes nicht hindern kann, daß der Verein sich als eine geschlossener Einheit darstellt als die Gesellschaft. Er führt einen eigenen Namen und ist vor allem auch von dem Wechsel der Mitglieder unabhängig. Endlich aber muß gegenüber der von der Rev. stark betonten rechtlichen Seite mehr die wirtschaftliche Betrachtungsweise in den Vordergrund treten. Hiernach ist es aber nicht so, daß etwa von vornherein jedes Vereinsmitglied von jeder Ware bestellt und der Verein nur die Gesamtheit der Bestellungen ausgeführt und die Verteilung der Waren auf die Besteller (Mitglieder) übernommen hätte. Der Konsumverein ist vielmehr, wie es ja bei der Größe seines Umsatzes gar nicht anders möglich ist, nach außen wie nach innen als selbständiger Unternehmer aufgetreten, wenn er es auch — rechtlich — gegenüber den Mitgliedern nicht gewesen sein mag. Der Verein hat Waren im Großen mit dem Bestreben, möglichst günstige Preise zu erzielen, eingekauft und diese nach innen an die ihm dabei wenigstens tatsächlich wie Dritte gegenüberstehenden Mitglieder mit dem Bestreben, durch die zu erzielenden Einnahmen mindestens die Unkosten zu decken, abgesetzt. In tatsächlicher — wirtschaftlicher — Hinsicht ist hiernach an der Geschäftsmäßigkeit des mit einer kaufmännisch eingerichteten Verwaltung arbeitenden Betriebes in keiner Weise zu zweifeln (vgl. RGSt. 58, 363).

¹) JW. 1934, 2063.

b) Ohne Erfolg wendet sich die Rev. ferner gegen die Annahme, daß der Angekl. in seiner Eigenschaft als geschäftsführender Vorsitzender des nicht eingetragenen Konsumvereins „Beauftragter“ des geschäftlichen Betriebes war. Daß hierfür das Bestehen eines Vertragsverhältnisses nicht vorausgesetzt wird, ergibt sich bereits aus RGSt. 68, 70²⁾. Der dort vertretenen Rechtsauffassung hat sich nunmehr auch der 1. Senat: RGSt. 68, 119³⁾ angeschlossen. „Beauftragter“ des geschäftlichen Betriebs ist hiernach jeder, der, ohne Angestellter oder Inhaber des Betriebs zu sein, für den geschäftlichen Betrieb befugtermaßen tätig wird. Das trifft auch auf den geschäftsführenden Vorsitzenden eines Konsumvereins zu, der, sei es unmittelbar von der Mitgliederversammlung, sei es wie hier durch die Delegiertenversammlung gewählt ist und dem, wie dem Angekl., die Vergebung der Aufträge an die Lieferanten obliegt. Aus § 13 Abs. 3 UnlWG. läßt sich dagegen nichts ableiten. Denn dort handelt es sich um die zivilrechtliche Haftung des Geschäftsherrn. Wenn dort also auch der Begriff „Beauftragter“ im zivilrechtlichen Sinne zu verstehen wäre, was dahinstehen kann, so könnte dieser zivilrechtliche Begriff nicht ohne weiteres auf die Strafvorschr. in § 12 UnlWG. übertragen werden, da für deren Auslegung als Strafvorschr. andere Grundsätze gelten müssen als für die Auslegung zivilrechtlicher Bestimmungen. Irrig ist ferner die Folgerung, die die Rev. aus dem Worte „verschaffen“ zieht. Eine Bevorzugung „verschafft“ auch derjenige, der sie auf Grund eigener Entschließung gewährt. Daß nur diese Auffassung dem Sinne des Gesetzes gerecht zu werden vermag, ergibt sich ohne weiteres daraus, daß anders ein Angestellter oder Beauftragter, dem der Geschäftsinhaber Vollmacht zur selbständigen Abwicklung von Geschäften bestimmter Art oder schlechthin erteilt hat, nicht Täter nach § 12 UnlWG. sein könnte.

Daß der Inhaber eines geschäftlichen Betriebs nicht als Beauftragter i. S. dieser Vorschr. in Betracht kommt, ist der Rev. bereits zugegeben. Ob das gleiche für den Mitinhaber des geschäftlichen Betriebs in jedem Falle gelten müßte, bedarf hier keiner Untersuchung. Denn der Angekl. kann nicht als Mitinhaber in einem solchen Sinn angesprochen werden, daß jene Frage überhaupt aufgeworfen werden könnte. Wie oben bereits angenommen, führt — anderweitige Vereinbarungen sind nicht bekannt — die Anwendung der Vorschr. über die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft auf den nicht rechtsfähigen Verein dazu, daß an dem Vereinsvermögen eine Gemeinschaft zur gesamten Hand besteht. Sie allein, also die Gesamtheit der Mitglieder des Vereins in ihrer Verbundenheit zur gesamten Hand, kommt als Inhaberin des geschäftlichen Betriebs in Betracht. Verfügen kann an sich, wenn man von den Organen des Vereins zunächst abieht, nur diese Gesamtheit der Mitglieder. Eine Mitinhaberschaft des einzelnen Mitglieds an dem Betrieb kann daher überhaupt nur im Rahmen dieser Gesamtheit, niemals aber für sich allein Geltung beanspruchen. Für diese Gesamtheit der Mitglieder, der der Angekl. allerdings zugehörte, war er kraft der bestehenden Organisation des Vereins als geschäftsführender Vorsitzender tätig und damit Beauftragter in dem oben dargelegten Sinne.

(2. Sen. v. 7. Juni 1934; 2 D 405/34.)

[B.]

19. § 157 StGB. Zum Ausschluß der nach § 157 Abs. 1 Ziff. 2 StGB. eintretenden Vergünstigung bedarf es im Falle mehrerer Vernehmungen der Eidesbelehrung vor jeder einzelnen Vernehmung und jedesmal der Feststellung der erfolgten Belehrung in der Verhandlungsniederschrift. †)

Das LG. erachtet die Angekl. ohne Rechtsirrtum des Meineids i. S. des § 154 Abs. 1 StGB. für schuldig, weil

²⁾ ZB. 1934, 2068.

³⁾ ZB. 1934, 1360.

Zu 19. Die zweimalige Vernehmung der Angekl. ist, wie der urteilsmäßige Tatbestand ergibt, in einem Zivilprozeßverfahren erfolgt. Bei der ersten nichteidelichen Vernehmung ist die Angekl. gem. § 383 Abs. 2 ZPO. über ihr Zeugnisverweigerungsrecht belehrt worden. Hierüber enthält das Vernehmungsprotokoll ordnungsgemäß (Stein-Jonas § 383 ZPO. N. IV; Baumbach ebenda N. 6) einen entsprechenden Vermerk. Ein solcher Vermerk befindet sich in

sie im Prozeß ihres unehelichen Kindes als Zeugin ihre in zwei Vernehmungen gemachte Aussage, sie habe in der gesetzlichen Empfängniszeit ausschließlich mit dem Bekl. S. geschlechtlich verkehrt, und sie habe in ihrem ganzen Leben überhaupt nur mit vier Männern Geschlechtsverkehr gehabt, bewußt der Wahrheit zuwider mit ihrem Eid bekräftigt hat.

Die Angekl. rügt, daß ihr das LG. die Vergünstigung des § 157 Abs. 1 Ziff. 1 StGB. versagt habe.

Soweit das Ur. die Anwendbarkeit des § 157 Abs. 1 Ziff. 2 StGB. verneint, gibt es zu Bedenken Anlaß. Die Urteilsgründe stellen hierüber folgende Ermägungen an: Die Angekl. gebe selbst an, sie sei bei den „beiden ersten“ Vernehmungen von dem vernehmenden Richter über ihr Aussageverweigerungsrecht belehrt worden. Ein ausdrücklicher Vermerk über die Belehrung befinde sich zwar nur in der Niederschrift der ersten Vernehmung. Selbst wenn man aber annehme, die Angekl. sei nur in diesem ersten, nicht auch im Schwurtermin über ihr Aussageverweigerungsrecht belehrt worden, so würde das genügen, um den Ermägungsfall der Ziff. 2 des § 157 Abs. 1 StGB. auszuschließen. Dieser Fall sei aber auch nicht etwa dann gegeben, wenn die Belehrung der Angekl. über ihr Recht, die Beeidigung ihrer Aussage zu verweigern, unterblieben sei, worüber das Protokoll der zweiten Vernehmung nichts besage (RGSt. 62, 142).

Diese Ausführungen vermögen die Nichtanwendung des § 157 Abs. 1 Ziff. 2 StGB. nicht zu tragen.

Zwar ist im Zivilprozeß, wenn mehrere Vernehmungen eines Zeugen aufeinanderfolgen, der Vorschrift des § 383 Abs. 2 ZPO. genügt, wenn die Belehrung des Zeugen über sein Zeugnisverweigerungsrecht vor der ersten Vernehmung erfolgt, vor den späteren aber nicht wiederholt worden ist. Auch in solchen Fällen geht aber nach der ständigen Rspr. des RG. der falsch schwörende Zeuge der Vergünstigung des § 157 Abs. 1 Ziff. 2 nur verlustig, wenn er auch vor dieser späteren Vernehmung, in der die Beeidigung stattfand, nochmals über sein Aussageverweigerungsrecht belehrt wurde; dies deshalb, weil ein einigermaßen sicherer Nachweis dafür, daß die dem Schwurpflichtigen vor der früheren Vernehmung erteilte Belehrung bei der späteren Vernehmung noch fortgewirkt hätte, meist nicht zu erbringen ist. Gründe der Rechtssicherheit, insbes. auch des Schwurpflichtigen selbst, lassen es

der Niederschrift über die zweite Vernehmung, bei welcher die Angekl. ihre Aussage beschworen hat, nicht. Da mangels einer § 52 Abs. 2 StPO. entsprechenden Vorschrift, wonach die Belehrung vor jeder Vernehmung zu erfolgen hat, im zivilprozessualen Verfahren eine erstmalige und einmalige Belehrung genügt, so konnte das SchwG. zunächst davon ausgehen, daß eine zweite Belehrung im Schwurtermin tatsächlich nicht stattgefunden habe. Wenn aber im Anschluß daran das SchwG. die Auffassung vertritt, daß entsprechend der Vorschrift des § 383 Abs. 2 ZPO. die bei der ersten Vernehmung erfolgte Belehrung nachwirke und eine solche einmalige Belehrung genüge, um den Ermägungsfall des § 157 Abs. 1 Ziff. 2 StGB. auszuschließen, so setzt es sich in Widerspruch mit den durchaus zutreffenden, wohlwogenden Gründen der Entsch. des RG. v. 26. Febr. 1926 (RGSt. 60, 106), wonach es zum Ausschluß der Rechtswohlthat nach § 157 Abs. 1 Ziff. 2 StGB. im Falle mehrerer Vernehmungen der Belehrung vor jeder einzelnen Vernehmung bedarf. An dieser Entsch., mit welcher übrigens eine frühere gegenseitige Ansicht desselben Senats in dessen Ur. v. 30. Okt. 1925 aufgegeben wurde, hält das LG. mit durchaus zutreffenden, auf psychologischer Grundlage beruhenden Ermägungen fest.

Aus den Gründen des angefochtenen Ur. scheint allerdings weiter hervorzugehen, daß das SchwG. zu der Feststellung neigt, daß die Angekl. auch im Eidestermin trotz mangelnder Protokollierung dieses Vorganges über ihr Aussageverweigerungsrecht unterrichtet worden sei, und zwar weil die Angekl. selbst angegeben habe, sie sei bei den „beiden ersten Vernehmungen“ von dem Richter entsprechend belehrt worden. Mit Recht weist das RG. darauf hin, daß eine solche Erklärung der Angekl. keineswegs ausreichen könne, um eine einwandfreie Feststellung zu treffen, daß eine Belehrung gem. § 383 Abs. 1 Nr. 3 ZPO. tatsächlich stattgefunden habe. Es hätte dagegen prozessrechtlich nichts entgegenstanden, wenn das SchwG. darüber in eine eingehende Nachprüfung eingetreten wäre, etwa durch Zeugenschaft des vernehmenden Richters und gegebenenfalls des Protokollführers, insbes. auch in der Richtung, ob die Angekl. sich nicht über die Tatsache ihrer Belehrung irre und vielleicht nur glaube, auch im Schwurtermin belehrt worden zu sein.

Nach alledem ist der Entsch. in vollem Umfange beizutreten.

JR. Dr. Schreiber, Rdn.

daher geboten erscheinen, an der rein formalen Tatsache der Belehrung festzuhalten (vgl. RGSt. 60, 106).

Entgegen der vom SchwG. vertretenen Rechtsauffassung hängt also die Anwendbarkeit des § 157 Abs. 2 StGB. vorliegend davon ab, ob die Angekl. vor ihrer zweiten Vernehmung und Beidigung über ihr Aussageverweigerungsrecht belehrt worden ist.

Die oben wiedergegebenen Ausführungen des angefochtenen Urts. lassen nicht mit Sicherheit erkennen, ob das SchwG. dies hat feststellen wollen. Vielmehr sehen die Urteilsgründe selbst in die Richtigkeit der von ihnen festgestellten dahingehenden Aussage der Angekl. ersichtlich Zweifel, da in der Niederschrift über die zweite Vernehmung die Erteilung einer zweiten Belehrung nicht vermerkt sei. Von der unzutreffenden Rechtsansicht ausgehend, es bedürfe zum Ausschluß des § 157 Abs. 1 Ziff. 2 StGB. dieser nochmaligen Belehrung nicht, wollen die Urteilsgründe diese Frage offenbar dahingestellt sein lassen. Es hätte, um jene Vergünstigung auszuschließen zu können, einer eindeutigen Feststellung der hierzu erforderlichen Belehrung bedurft. Da diese unterblieben ist, muß das Urts. wegen Verletzung des § 157 StGB. im Strafausspruch samt den ihm insoweit zugrunde liegenden Feststellungen aufgehoben werden.

(ZerSen. v. 23. Aug. 1934; 3 D 838/34.) [Gn.]

****20.** §§ 175, 176 Nr. 3, 42k Nr. 1 StGB. Die Entmannung ist bei Bestrafung Homosexueller nach § 175 StGB. nicht zulässig. Eine Vorbestrafung nach § 175 StGB. reicht zur Erfüllung der Voraussetzungen des § 42k Nr. 1 StGB. nicht aus. Bei einer aus homosexueller Veranlagung begangenen, aber nur aus § 176 Nr. 3 StGB. abgeurteilten Straftat und einer aus ähnlicher Triebrichtung begangenen Vortat setzt die Anordnung der Entmannung eine besonders sorgfältige Prüfung voraus, ob die Allgemeinheit bei der Vornahme des Eingriffs vor weiteren Untaten des Verbrechens voraussichtlich verschont bleibt.

Die Verurteilung des Angekl. wegen eines Sittlichkeitsverbrechens gegen § 176 Nr. 3 StGB. ist nicht zu beanstanden. Der äußere und innere Tatbestand des bezeichneten Verbrechens ist bedenkenfrei festgestellt. Ein Rechtsirrtum tritt nicht zutage.

Dagegen erscheint die Begründung, welche das Urts. zu der getroffenen Anordnung der Entmannung gibt, nicht ausreichend und läßt nicht erkennen, ob das Gericht die Voraussetzungen dieser Anordnung nach jeder vom Gesetz geforderten Richtung in der erforderlichen Weise geprüft hat.

Die Strk. führt zwar aus, daß der Angekl. vor Begehung der abgeurteilten Tat durch Urts. des SchöffG. Berlin-Mitte v. 14. Jan. 1930 wegen eines am 9. Okt. 1929 begangenen Verbrechens gegen § 176 Nr. 3 StGB. und sodann durch Urts. des SchöffG. Berlin-Tempelhof v. 5. Sept. 1930 wegen eines am 14. April 1930 begangenen Verbrechens gegen § 176 Nr. 3 StGB. zu einer Gefängnisstrafe von acht Monaten rechtskräftig verurteilt worden ist. Das Urts. läßt jedoch die Darlegung der damals begangenen Straftaten und der Umstände, unter welchen sie jeweils begangen wurden, vermissen. Diese war aber erforderlich, da nach § 42k Nr. 1 StGB. nicht nur aus der zuletzt abgeurteilten Tat, sondern aus der Gesamtwürdigung der Taten, nämlich der vorangehenden Bestrafung und der neuerlichen Straftat die Eigenschaft des Angekl. als eines gefährlichen Sittlichkeitsverbrechens hervorgehen muß. Unterbleibt eine solche Darlegung der früher rechtskräftig abgeurteilten Straftat, so ist das RevG. nicht in der Lage nachzuprüfen, ob die Strk. bei der Gesamtwürdigung die rechtlichen Voraussetzungen der Entmannung nach § 42k Nr. 1 StGB. zutreffend als gegeben angesehen hat.

Im vorliegenden Fall bestand zu einer sorgfältigen Prüfung der bei der Gesamtwürdigung mit herangezogenen früheren Bestrafungen des Angekl. wegen Sittlichkeitsverbrechen schon deshalb ein ganz besonderer Anlaß, da die den Gegenstand der angefochtenen Entsch. bildende, nach § 176 Nr. 3 StGB. abgeurteilte Straftat des Angekl. nach den von der

Strk. getroffenen Feststellungen unverkennbar homosexuelle Züge aufweist.

Wie die einschlägige medizinische Fachliteratur (vgl. die Zusammenstellung in der Fußnote JW. 1934, 1653 zu Nr. 15) erkennen läßt und auch in dem Schrifttum zum GewohnhVerbrG. (vgl. Schäfer-Wagner-Schafheutle, GewohnhVerbrG. Bem. 6 zu § 42k StGB.) anerkannt ist, wurde bei den an Homosexuellen vorgenommenen Entmannungen bisher in der Regel die erstrebte Änderung der Triebrichtung nicht erreicht. Dies ist auch der Grund, warum nach den geltenden Strafbestimmungen die Entmannung bei Bestrafung Homosexueller nach § 175 StGB. nicht zugelassen ist und auch eine Vorbestrafung nach § 175 StGB. nicht zur Erfüllung der Voraussetzungen des § 42k Nr. 1 StGB. ausreicht. Wenn hiernach auch bei einer aus homosexueller Veranlagung begangenen, aber nur aus dem rechtlichen Gesichtspunkt des § 176 Nr. 3 StGB. abgeurteilten Straftat und einer aus ähnlicher Triebrichtung begangenen Vortat gleicher Art formell die Anordnung der Entmannung neben der Strafe aus § 176 Nr. 3 StGB. möglich ist, so hat doch in diesen Fällen ein solcher Anspruch eine besonders sorgfältige Prüfung zur Voraussetzung, ob die Allgemeinheit bei der Vornahme des Eingriffs vor weiteren Untaten des Verbrechens voraussichtlich verschont bleibt.

Bei der neuen Verhandlung und Entsch. werden die Voraussetzungen der Entmannung nach obigen und nach den vom erst. Sen. in seiner Entsch. (RGSt. 68, 165¹) aufgeführten allgemeinen Grundsätzen erneut zu prüfen sein. Hierbei ist nach Möglichkeit zu klären, welche besondere Ursachen der Entartung des Geschlechtstriebes des Angekl. zugrunde liegen, ob mit deren Verschwinden etwa zu rechnen ist, und aus welchen Gründen der Angekl. nicht über die nötigen Hemmungen verfügt. Das Verhalten des Angekl. während seiner früheren Ehe, die anscheinend nur von kurzem Bestand war, und die Urts. seiner Beziehungen zu seiner jetzigen Braut sind hierbei, soweit hieraus das geschlechtliche Triebleben des Angekl. erhellt, erneut zu prüfen und klarzulegen.

(2. Sen. v. 2. Juli 1934; 2 D 672/34.)

[Gn.]

21. § 218 Abs. 4 StGB.; §§ 5—7 StraffreiH. v. 20. Dez. 1932. Liegen die einzelnen strafbaren Handlungen der Sammelstrafat des § 218 Abs. 4 StGB. teils vor, teils nach dem Stichtag des StraffreiH., so können die vor dem Stichtag liegenden Einzelhandlungen nicht straffrei sein (vgl. JW. 1933, 2841¹⁷ für Fortsetzungshandlungen).

Die Angekl. ist überführt, daß sie von 1930 bis Ende Februar 1933 in einer größeren Zahl von Fällen an schwangeren Frauen oder solchen, die sich für schwanger hielten, Abtreibungshandlungen teils mit, teils ohne Erfolg vorgenommen hat, und zwar in allen Fällen gewerbsmäßig i. S. des § 218 Abs. 4 StGB. Das SchwG. hat die Angekl. wegen Verbrechens gegen diese Vorschr. unter Annahme mildernder Umstände zu 7 Monaten Gefängnis verurteilt, dabei aber nur die Fälle einbezogen, die nach dem 30. Nov. 1932 liegen, dagegen alle vor dem 1. Dez. 1932 begangenen Einzelakten im Hinblick auf die §§ 5, 7 StraffreiH. vom 20. Dez. 1932 ausgeschieden. Gegen diese Ausscheidung richtet sich die Rev. der StA., der der Erfolg nicht versagt werden kann.

Hinsichtlich der im Fortsetzungszusammenhang stehenden einzelnen strafbaren Handlungen hat bereits der 2. ZirSen. des RG. in der Entsch. 2 D 763/33 v. 30. Okt. 1933: JW. 1933, 2841¹⁷, ausgesprochen, daß die Frage der Niederschlagung (§ 5 Gef.), falls die einzelnen strafbaren Handlungen teils vor, teils nach dem Stichtag begangen worden sind, nur einheitlich beurteilt werden kann, da es sich rechtlich nur um eine einzige Straftat handelt (vgl. auch RGSt. 54, 318 f.). Die dort angestellten Erwägungen treffen im Ergebnis auch hier zu.

Zwar kann eine fortgesetzte Handlung in dem Tun der Angekl. nicht erblickt werden, da sie ihre Abtreibungstätig-

¹⁷ JW. 1934, 1653.

keit bei verschiedenen Frauen ausgeübt hat (RGSt. 59, 98); aber es liegt eine Sammelstrafat vor, bedingt durch die Gewerbmäßigkeit ihres Tuns bei allen einzelnen Handlungen. Durch dieses einigende Band werden alle von ihm umfaßten einzelnen Willensbetätigungen zu einem rechtlich einheitlich zu beurteilenden Vorgang; die einzelnen Handlungen werden hinsichtlich ihrer Verfolgbarkeit der Selbstständigkeit entkleidet (RGSt. 66, 19 f., 21, 22, 25, 26). Alle diese Einzelhandlungen kommen demnach auch nur als Einheitstat zur Aburteilung. Darauf, ob sie ihre rechtliche Bedeutung als Einzelhandlung nicht in jeder Beziehung verlieren, kann es jenem hier allein maßgebenden Gesichtspunkt gegenüber nicht ankommen. Da die Angekl. ihr gewerbmäßiges Tun auch nach dem 30. Nov. 1932 fortgesetzt hat, kann das Strafges. entgegen der Meinung des SchwG. auf die vor dem Stichtag liegende strafbare Betätigung der Angekl. keine Anwendung finden. Die Sache ist daher zu neuer Straffestsetzung an den Tatrichter zurückzuverweisen.

(1. StrSen. v. 5. Okt. 1934; 1 D 1336/33.) [Hn.]

22. §§ 236, 239 StGB. Das Vergehen des § 236 StGB ist, sofern es mit Gewalt begangen ist, ein Sonderfall der Freiheitsberaubung. Inwieweit besteht Gesetzesinheit zwischen §§ 236 und 239 StGB.; es ist dann nur der § 236 StGB. anzuwenden. Wenn jedoch der Strafantrag, der die Voraussetzung für eine Verurteilung aus § 236 StGB. bildet, nicht vorliegt, ist die Möglichkeit einer Verurteilung aus § 239 StGB. gegeben. Der Gedanke der Gesetzesinheit kann nicht dazu führen, daß eine strafwürdige Tat ganz unbestraft gelassen werden muß (vgl. RGSt. 68, 204 [207]).) und die dort angeführten Nachweisungen des Schrifttums, insbes. Dshausen zu § 46 Anm. 3).

(1. Sen. v. 18. Sept. 1934; 1 D 803/34.) [Hn.]

**23. § 245a StGB. Zum Begriff „Diebeswerkzeug“.)

Zur Beurteilung des BeschwF. aus § 245a StGB. hat das LG. den Rechtsbegriff des Diebeswerkzeuges nicht verkannt. In erster Linie fallen darunter Werkzeuge, welche ausschließlich oder vornehmlich zur Verwendung bei Einbruchsdiebstählen angefertigt sind. Dies ist nach der erstlichen Annahme des LG. der Fall bei dem in der Wohnung des BeschwF. gefundenen Dietrich und dem zum Aufriegeln hergerichteten Drahte. In zweiter Linie sind jedoch dazu auch zu rechnen solche Werkzeuge, welche an sich nicht zu rechtswidriger Verwendung hergestellt sind, die aber in Verbrechertreife üblicherweise als Einbruchswerkzeuge verwendet zu werden pflegen oder bei denen sich aus anderen Umständen diese Zweckbestimmung ergibt, z. B. aus der besonderen Zusammenstellung einer Sammlung von Werkzeugen oder daraus, daß ihr Besitzer keine redliche Tätigkeit ausübt, für die sie verwendet werden könnten (vgl. die amtl. Begr.: DMWz. v. 27. Nov. 1933). Hierzu rechnet das LG. ersicht-

lich die in der Wohnung weiter vorgefundenen Nagelbohrer, Schraubenzieher und die Flachzange. Ein Rechtsirrtum tritt hierbei nicht in die Erscheinung.

Das von dem Zeugen D. entdeckte Paket mit Dietrichen hat der BeschwF. auf dem Dachboden unter der Wasserleitungsverhaling in der Nähe der von ihm dort bewohnten Kammer derart versteckt, daß er es jederzeit ohne Wegnehmen der Verkleidung von außen mit der Hand erreichen konnte, während es uneingeweihten Personen verborgen blieb und auch von dem Zeugen D. nur durch Zufall entdeckt wurde. Die Annahme des LG., daß der BeschwF. an dem Paket Besitz oder Gewahrsam, d. h. die tatsächliche Verfügungsgewalt besessen habe, ist danach rechtlich nicht zu beanstanden.

(3. Sen. v. 1. Okt. 1934; 3 D 898/34.) [W.]

**24. §§ 263, 276 Abs. 2 StGB. § 276 Abs. 2 geht als besonderes Strafgesetz dem § 263 StGB. vor.

Der Angekl. hat aus der Untersuchungshaft einen Brief zur Beförderung durch die Post aufgeben lassen wollen; statt den Brief ordnungsmäßig freizumachen, hat er von zwei bereits verwendeten 12-Pfg.-Postkarten die nicht oder nur schwach bestempelten Teile abgeschnitten und diese auf den Briefumschlag so nebeneinander geklebt, daß sie den Anschein einer, noch nicht verwendeten Freimarke boten. Bei der Briefüberwachung durch den Richter wurde diese Machenschaft entdeckt und der Brief angehalten. Auf Grund dieses Sachverhalts hat die StrK. den Angekl. wegen versuchten Betrugs verurteilt.

Dabei ist aber die Best. des § 276 Abs. 2 StGB. übersehen worden. Danach wird mit Geldstrafe bestraft, wer wissentlich schon einmal verwendete Postwertzeichen nach gänzlicher oder teilweiser Entfernung des Entwertungzeichens zur Frankierung benützt. Wer diesen Tatbestand verwirklicht, spiegelt damit in aller Regel der Postverwaltung die falsche Tatsache vor, daß das, was er auf die Postsendung aufgeklebt hat, eine noch nicht gebrauchte, also zur Freimachung geeignete und bestimmte Postmarke sei, und tut dies in der Absicht, sich rechtswidrig die Ausgabe für das Porto zu ersparen, und mit dem Willen, die Verwaltung der Deutschen Reichspost entsprechend zu schädigen. Somit erfüllt ein solches Tun an sich auch den Tatbestand eines versuchten Betrugs. Es wäre nun schlechterdings unverständlich, aus welchem Grunde und zu welchem Zweck der Gesetzgeber, wenn er ein solches Tun als Betrugsversuch aufgefaßt und bestraft wissen wollte, dafür noch eine besondere Strafvorschrift mit einer wesentlich mildereren Strafdrohung erlassen haben sollte. Vielmehr hat der Gesetzgeber damit zum Ausdruck gebracht, daß ein solches Tun eben nur aus der besonderen und mildereren Vorschr. geahndet werden soll, wenn es sich in der Erfüllung dieses besonderen Tatbestandes erschöpft, wenn damit lediglich die Ersparung der Postgebühr, aber kein darüber hinausgehender anderer Vermögensvorteil erstrebt und ausschließlich die Täuschung der Postverwaltung über die Entrichtung der Postgebühr bezweckt wird. § 276 Abs. 2 StGB. geht also als ein besonderes Strafgesetz dem allgemeinen Strafgesetz des § 263 StGB. unter diesen Voraussetzungen vor (vgl. RGSt.

1) JW. 1934, 2062.

Zu 23. Mit dem § 245a sollte, wie sich aus der amtlichen Begründung zum GewohnheitsverbrG. v. 24. Nov. 1933 ergibt, im übrigen ja auch auf der Hand liegt, ein wirksames Mittel zur Bekämpfung des Berufsverbrechertums geschaffen werden. Diese Handhabe konnte nur dadurch geschaffen werden, daß gegen denjenigen, der sich unter bestimmten Voraussetzungen, nämlich als wegen Eigentumsverbrechens Vorbestrafter, im Besitz von Diebeswerkzeug befindet, die Vermutung aufgestellt wurde, daß das in seinen Händen vorgefundene Diebeswerkzeug zur Verwendung bei strafbaren Handlungen bestimmt ist. Mag man nun auch im Strafverfahren nicht von Beweislast sprechen können, so läuft diese Regelung doch praktisch darauf hinaus, daß der Beschuldigte seinerseits Umstände dargun muß, aus denen sich ergibt, daß das Werkzeug nicht zu strafbaren Zwecken bestimmt ist. Gelingt ihm das nicht, so geht der Zweifel zu seinen Lasten. In gewissem Sinne handelt es sich also um eine dieser Sorte Verbrechertums gegenüber aber unentbehrliche Verdachtsstrafe. Bei den eigentlichen Diebeswerkzeugen im Sinne des RG., also denjenigen Werkzeugen, die ausschließlich oder vornehmlich zur Verwendung bei Ein-

bruchsdiebstählen angefertigt sind, kommt der Entlastungsbeweis von vornherein weniger in Frage als bei den Werkzeugen, deren Charakter als Diebeswerkzeuge nicht aus ihrer Beschaffenheit, sondern aus persönlichen oder sachlichen Umständen zu folgern ist. Man muß sich dabei jedoch vor Augen halten, daß, wie die Begründung mit Recht hervorhebt, an sich zwar jedes ehrliche Handwerkszeug als Hilfsmittel zu Verbrechen dienen kann, daß es aber auch andererseits kaum Werkzeuge gibt, die nur zur Begehung von Verbrechen bestimmt sind. Hieraus ist ersichtlich, daß die Grenze zwischen eigentlichen und uneigentlichen oder, wie man auch sagen könnte, zwischen absoluten und relativen Diebeswerkzeugen eine flüssige, eine scharfe Unterscheidung beider Arten mithin nicht möglich ist. Daher kann der Entlastungsbeweis auch den sog. eigentlichen Diebeswerkzeugen gegenüber eine Rolle spielen. Im vorl. Falle hat der Angekl. irgendetwas, welche ihn entlastende Umstände offenbar gar nicht geltend gemacht, so daß seine Verurteilung aus § 245a StGB. ohne weiteres erfolgen konnte. Das Ur. gibt im übrigen, auch hinsichtlich der Frage des Besitzes, zu Bemerkungen keinen Anlaß.

Sen-Präf. Prof. Dr. Lee, Berlin.

51, 256 für das ähnliche Verhältnis zwischen der Urkundenfälschung nach §§ 267, 268 StGB. und der Postkontenzziehung nach § 27 Nr. 2 PostG.).

Der hier zur Beurteilung stehende Fall entspricht der vorstehend gekennzeichneten regelmäßigen Gestaltung. Für die Anwendung der §§ 263, 43 StGB. ist daher kein Raum. Aus dem rechtlichen Gesichtspunkte des § 276 Abs. 2 StGB. betrachtet ist aber das Tun des BeschwF. zum mindesten auf der Stufe des Versuchs stehengeblieben. Ein vollendetes „Benutzen“ zur Frankierung könnte erst dann vorliegen, wenn der so zurecht gemachte Brief irgendwie in den Bereich der Postverwaltung selbst gelangt wäre; Handlungen, welche die Einführung der schon verwendeten Postmarke in den Postverkehr zwar bezielen und anbahnen, aber noch nicht selbst darstellen, können höchstens als Versuch des Vergehens nach § 276 Abs. 2 StGB. angesehen werden (vgl. RSt. 24, 111). Der Gesetzgeber hat aber den Versuch dieses Vergehens nicht unter Strafe gestellt.

(4. Sen. v. 18. Sept. 1934; 4 D 803/34.) [W.]

25. §§ 263 Abs. 4, 266 Abs. 2 StGB. Zum Begriffe des besonders schweren Falles.

Der Begriff des „besonders schweren Falles“ ist im Gesetze nicht unmittelbar bestimmt und umgrenzt. Doch ergeben die rechtsgeschichtliche Entwicklung und mittelbar auch die im Gesetze hierfür aufgestellten Beispiele, daß der Gesetzgeber einen besonders schweren Fall jedenfalls dann als gegeben angesehen wissen will, wenn sich die Tat nach der dabei von dem Täter gezeigten besonderen Hartnäckigkeit und Stärke des verbrecherischen Willens oder der besonderen Gefährlichkeit der angewendeten verbrecherischen Mittel oder nach den schuldhaft herbeigeführten schweren Folgen als ein besonders schwerer Eingriff in die Rechtsordnung darstellt. Ob im einzelnen Falle diese Merkmale oder eines von ihnen gegeben sind, entscheidet der Richter. Den Urteilsgründen ist nichts dafür zu entnehmen, daß diese Entscheidung im vorl. Falle von Rechtsirrtum beeinflusst wäre. Eine besonders hartnäckige und starke Betätigung eines verbrecherischen Willens und die Anwendung besonders gefährlicher verbrecherischer Mittel scheiden aus, da der Angekl. nach den Feststellungen nicht eine ausgeklügelte Betrugsmethode angewendet, sondern aus einem der ihm günstig erscheinenden Sachlage entsprungenen Entschluß heraus gehandelt und eine sich ihm zufällig bietende Gelegenheit für seinen Vorteil auszunutzen versucht hat. Die Feststellungen ergeben auch keinen Anhalt dafür, daß der Angekl. über die bloße Betätigung des Täuschungsvorsatzes hinaus unter Anwendung besonders listiger Ränke oder mit besonderer Hinterhältigkeit gehandelt hätte. Was die Folgen der Tat anlangt, so bedarf bei der gegebenen Sachlage nur die Frage einer Erörterung, ob durch die Tat das Wohl des Volkes geschädigt worden ist. Diese Schädigung braucht keine unmittelbare zu sein. Es würde daher für die Annahme eines besonders schweren Falles auch genügen, wenn die Schädigung des Volkswohls nur mittelbar als Folge der Täuschungshandlung eingetreten wäre. Eine solche Schädigung hätte vielleicht ohne Rechtsirrtum angenommen werden können, wenn durch das Bekanntwerden des Inhalts der betrügerischen Vorspiegelungen Gegnern des nationalsozialistischen Staates im In- und Ausland vermeintliche Unterlagen für eine Beeinflussbarkeit und Beeinflussung der Behörden dieses Staates an die Hand gegeben worden wären. Auch müßte im Falle des § 263 Abs. 4 StGB. ebenso wie im Falle des § 266 Abs. 2 n. F. im Gegenfatz zu § 20 eine solche Schädigung des Volkswohls wirklich eingetreten sein.

(FerSen. v. 14. Sept. 1934; 2 D 669/34.) [W.]

****26.** § 12 DevD.; §§ 271, 272, 273, 363 StGB. Unter „Überbringen“ i. S. von § 12 DevD. ist auch das Hinüberschaffen über die Grenze zu eigenen Gunsten zu verstehen. Auch Ausländer unterstehen diesem Verbote. — Unter den Begriff der öffentlichen Urkunde i. S. von §§ 271—273 StGB. fallen auch öffentliche Urkunden des Auslands. § 363 StGB. findet bei Pässen, die auf Grund

falscher Angaben gegenüber einer ausländischen Behörde erschlichen worden sind, keine Anwendung.

Rechtsirrig ist die Ansicht des BeschwF., § 12 DevD. treffe hier überhaupt nicht zu, da ein „Überbringen“ von Reichsmark nicht vorgekommen sei und außerdem § 12 auf Ausländer nicht anwendbar sei. Denn § 12 stellt dem „Versenden“ durch dritte Personen (z. B. durch die Post) das „Überbringen“ gegenüber, meint damit also jedes körperliche Hinüberschaffen über die Grenze. Es wäre auch unverständlich, wenn das Überbringen an einen Dritten im Auslande verboten sein sollte, aber nicht das Hinüberschaffen für sich selbst. Demgemäß bestimmen auch die Ri. II Nr. 25 zu h: „Eine Genehmigung nach § 12 DevD. ist nicht erforderlich: ... für die Überbringung von Zahlungsmitteln und Wertpapieren durch einen Ausländer, wenn dieser nachweist oder glaubhaft versichert, daß er diese Zahlungsmittel oder Wertpapiere bei seiner Einreise aus dem Ausland mitgebracht oder während seines Aufenthalts im Inland aus dem Ausland zugesandt erhalten habe.“

Weitere Forderungen brachte der Runderlaß des Reichswirtschaftsministers v. 14. Nov. 1931 zu II. Am Schlusse dort heißt es: „Für die Verbringung von Zahlungsmitteln, die ein Ausländer im Inland nicht aus Überweisungen aus dem Ausland oder aus Umwechselfungen fremder Valuta erhalten hat, ist wie bisher die Genehmigung einer Devisenbewirtschaftungsstelle erforderlich.“ Hier ist klar ersichtlich, daß „Überbringen“ i. S. von Verbringen gemeint ist, daß ein solches Verbringen mangels besonderer Ausnahmen unter § 12 fällt und daß auch Ausländer von diesem Verbot betroffen werden.

Nach den Feststellungen des Vorderurteils hat der Angekl. in Belgien Schecks über deutsche Registermark aufgekauft und sie dann in Wuppertal gegen deutsche Reichsmark bei der Deutschen Bank umgewechselt. Wer eine solche Umwechselfung in Deutschland vornehmen will, muß im Besitz eines Reisepasses seiner Heimat sein, den er bei der deutschen Einreise stelle behufs Eintragung der Abhebung vorzeigen muß. Der Angekl. hatte nur nicht nur zwei richtige Pässe bei sich, sondern auch zwei Pässe, die auf andere Namen lauteten, aber beide ebenfalls das Bild des Angekl. trugen. Sämtliche vier Pässe waren vom belgischen Außenministerium ausgestellt, das auf jedes Passbild auch seinen amtlichen Stempel aufgedrückt hatte. Der Vorderrichter läßt es dahingestellt, ob der Angekl., wie er angibt, sein Lichtbild den Personen, auf deren Namen die beiden fremden Pässe lauteten, gegeben hat und diese mit Hilfe dessen und mit Wissen und Willen des Angekl. die Ausstellung des Passes auf ihren Namen bewirkt haben oder ob der Angekl. sich bei der belgischen Behörde als Träger des fremden Namens ausgegeben und unter Vorlage seines Lichtbildes die Ausstellung des Passes auf die fremden Namen bewirkt hat. In jedem Fall liegt aber, so führt der Vorderrichter aus, der Tatbestand der §§ 271, 272, 273 StGB. beim Angekl. vor. Die fraglichen Reisepässe sind von dem belgischen Außenministerium, also einer ausländischen öffentlichen Behörde, innerhalb ihrer Amtsbefugnisse ausgestellt, also ausländische öffentliche Urkunden, die den beiden Personen als Ausweis dienen sollten. Dadurch, daß mit ihnen das Lichtbild des Angekl. an der hierfür vorgesehenen Stelle verbunden und abgestempelt wurde, wurde darin die nicht zutreffende, aber allein schon für den Beweis des Eigentums an dem Passe bedeutsame Tatsache beurkundet, daß die auf dem Lichtbild abgebildete Person — der Angekl. — diejenige sei, auf welche die im Paß wiedergegebenen Personalien lauteten und von der der Namenszug im Paß stammte. Von dieser falschen Beurkundung hat der Angekl. wissenschaftlich zum Zwecke einer Täuschung Gebrauch gemacht dadurch, daß er die beiden unrichtigen Pässe einer deutschen Großbank bei Abhebung von Registermark vorlegte und so den Anschein erweckte, daß er der Passinhaber, A. J. oder A. D., sei. Dabei handelte der Angekl. in der Absicht, sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen, nämlich die Auszahlung der Registermark an sich zu erwirken.

Gegen diese Verurteilung aus § 273 StGB. wendet sich der Angekl. zu Unrecht. § 363 StGB. kommt im vorliegenden

Falle, obwohl es sich um Pässe handelt, nicht in Frage, da sie weder falsch angefertigt, noch verfälscht, vielmehr auf Grund falscher Angaben gegenüber dem zuständigen belgischen Außenministerium erschlichen waren (RGSt. 42, 82; 58, 76). Zu Unrecht bezweifelt der Angekl., ob §§ 271, 273 auch auf öffentliche Urkunden des Auslandes zuträfen. Den Begriff der öffentlichen Urkunde legt § 415 ZPO. dahin fest, daß hier auch die öffentlichen Urkunden des Auslandes mitbetroffen sind; dies ergibt § 438 Abs. 1 ZPO. Daß die Festlegung des Begriffs der öffentlichen Urkunde in der ZPO. auch für das Strafrecht maßgebend ist, ist schon in RGSt. 8, 373 anerkannt. Zwar ist das bloße Erschleichen des belgischen Passes in Belgien nicht strafbar nach deutschem Recht gem. § 271 StGB., wie §§ 3, 4 StGB. ergeben. Daraus folgt aber nicht auch, daß die Irreführung des Inlandverkehrs mittels eines solchen im Ausland erschlichenen Passes strafbar ist. Denn § 273 setzt nur eine falsche Beurkundung der im § 271 bezeichneten Art voraus, nicht auch eine nach § 271 strafbare falsche Beurkundung. Nun sind aber im Inlande deutsche Rechtsgüter verletzt, da der Angekl. die erschlichenen Pässe mit ihrem unwahren Inhalt benutzt hat, um deutsche Banken zu täuschen und sie in der ihnen vom Staat anvertrauten Kontrolle des Verbleibens der inländischen Zahlungsmittel irrezuführen. Dieser Rechtszustand entspricht auch dem dringenden Bedürfnis des internationalen Reiseverkehrs mit Hilfe von Heimatlandpässen.

Übrigens sei noch darauf hingewiesen, daß die ausländischen Pässe des Sichtvermerks eines deutschen Konsulats bedürfen. Dieses muß offenbar auch im vorliegenden Falle eingeholt worden sein. Daß aber der deutsche Sichtvermerk eine inländische Urkunde darstellt, also im Wege des § 271 StGB. erschlichen werden kann, bedarf keiner näheren Darlegung.

(FestSen. v. 10. Sept. 1934; 3 D 835/34.) [23.]

****27.** § 32 DevWD. v. 23. Mai 1932; auskunftspflichtig ist auch, wer sich selbst wegen eines nach den Devisenvorschriften verbotenen Geschäftes strafbar gemacht hat.†)

Rechtlich bedenkenfrei ist die Verurteilung des Angekl. wegen Verletzung der Auskunftspflicht. Der Zusammenhang ergibt, daß die DevBewSt. von dem Angekl. eine Auskunft über die in Frage stehenden Geschäfte eingefordert hatte. Dazu war sie berechtigt. Denn nach § 32 DevWD. v. 23. Mai 1932 (vgl. entsprechend § 14 DevWD. v. 1. Aug. 1931 i. Verb. m. § 11 der 3. DurchfWD. v. 29. Aug. 1931) können — neben dem RWiM. und der Reichsbank — die Stellen für Devisenbewirtschaftung Auskünfte verlangen, die sich auf Geschäfte oder Handlungen beziehen, die nach dieser WD. oder einer DurchfWD. verboten oder Beschränkungen unterworfen sind. Nach § 18 DevWD. von 1932 bedarf aber die Verfügung über eine auf Reichsmark oder Goldmark lautende Forderung, die zugunsten eines Ausländers oder Saarländers nach dem 11. Nov. 1931 (vgl. § 1 der 7. DurchfWD.

v. 10. Nov. 1931) durch die Veräußerung von Wertpapieren ... entstanden ist, ... der Genehmigung. Die Verfügung über die zugunsten eines Ausländers aus dem Verkauf inländischer Wertpapiere entstandene Kaufpreisforderung ist hiernach nur beschränkt zulässig. Auf ein solches Geschäft bezog sich aber hier das Verlangen nach Auskunft. Dabei ist es für die rechtliche Beurteilung gleichgültig, ob durch das Geschäft dem § 18 WD. von 1932 — oder dem erwähnten § 1 der 7. DurchfWD. — zuwidergehandelt worden war, und ob sich der Angekl. durch seine Beteiligung an dem Geschäft selbst strafbar gemacht hatte. Irgendeine Einschränkung solcher Art ist dem Gesetze nicht zu entnehmen. Dieses erfordert lediglich eine ausreichende Beziehung der Auskunft zu einem devisenrechtlich verbotenen oder nur unter Beschränkungen zulässigen Geschäft. Hierfür genügt es aber, daß überhaupt ein unter die Devisenregelung fallendes Geschäft in Frage kommen kann. Diese Voraussetzung trifft bei der Veräußerung von F. G. Farben-Aktien, auch wenn sie durch Inländer erfolgt, schon deswegen zu, weil diese inländischen Wertpapiere international gehandelt werden und erfahrungsgemäß in solchen Werten unter Mitwirkung von Inländern in erheblichem Umfange Geschäfte für Devisenausländer getätigt werden, ganz abgesehen davon, daß im vorliegenden Falle sich nach den Urteilsfeststellungen unter den verkauften 12000 RM der genannten Aktien 4 Stück zu je 1000 RM befanden, die nach dem Nummernverzeichnis der Reichshauptbank für Wertpapiere am 26. April 1932 nach dem Ausland versandt worden waren. Unter diesem Gesichtspunkt erhellt, daß auch die Inländervereinschaft des Angekl. seiner Auskunftspflicht nicht entgegensteht.

Einer Erörterung bedarf in diesem Zusammenhange noch die von der Rev. aufgeworfene Frage, ob der Angekl. auch dann wegen Zuwiderhandlung gegen die ihm obliegende Auskunftspflicht aus §§ 32, 37 Nr. 3 DevWD. von 1932 bestraft werden kann, wenn er selbst sich wegen Vornahme eines nach den Devisenvorschriften verbotenen Geschäftes, also etwa nach § 36 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 DevWD. von 1932 oder den entsprechenden Best. in § 18 DevWD. von 1931 i. Verb. m. § 6 Abs. 2 der 7. DurchfWD., strafbar gemacht hat, die Erteilung einer wahrheitsmäßigen Auskunft demnach einer Selbstanzeige gleichkommt. Der Senat bejaht die Frage:

In der Gesetzgebung und Rspr. gibt es zwar verschiedene Fälle, in denen unter bestimmten Voraussetzungen die Pflicht zur Selbstanzeige von Straftaten verneint wird. So kann nach § 55 StPD. jeder Zeuge die Auskunft auf solche Fragen verweigern, deren Beantwortung ihm die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung zuziehen würde. Die gleiche Best. enthalten § 384 Nr. 2 ZPO. und § 111 MilStGD. Es handelt sich insoweit aber um Regelungen, die den besonderen Bedürfnissen gerichtlicher Verfahren Rechnung tragen und zudem sich auf dritte Personen beziehen, d. h. auf Personen, gegen die sich das jeweilige Verfahren nicht unmittelbar richtet, oder die nicht unmittelbar an diesem Verfahren beteiligt sind. Zwingende Schlüsse

Zu 27. Die Entsch. steht in Übereinstimmung mit der ständigen Praxis der Devisenbehörden. Ihrer sorgfältigen Begründung kann in vollem Umfange beigetreten werden. Es entspricht sowohl der Fassung wie dem Sinne des § 32 DevWD. und der öffentlichen Bedeutung der durch die Devisengesetzgebung geschützten Interessen, daß die Auskunftspflicht auch vor solchen Personen nicht galtmächtig, die selbst als Täter oder Teilnehmer einer Devisenzuwiderhandlung in Frage kommen.

Das RG. nimmt allerdings nicht ausdrücklich zu der Frage Stellung, ob dieser Grundsatz auch dann noch gilt, wenn wegen der Devisenzuwiderhandlung bereits ein Strafverfahren eingeleitet ist. Offenbar gab der vorl. Fall hierzu keine Veranlassung. Das RG. setzt sich daher auch nicht mit der Entsch. RGSt. 60, 291 auseinander, in welcher für die AuskunftspflichtWD. v. 13. Juli 1923 ausgesprochen wird, daß dem zur Auskunft Verpflichteten nach Einleitung eines Strafverfahrens das Recht erwächst, als Beschuldigter unter Berufung auf die StPD. jede Auskunft zu verweigern. In der Praxis der Devisenbehörden ist dementsprechend von einem Auskunftsverlangen gegenüber Beschuldigte nach Einleitung eines Strafverfahrens auf ausdrückliche Weisung des RWiM. (RdErl. 75/33) stets abgesehen worden. Wenn der Verdacht einer Devisenzuwiderhandlung besteht und der Verdächtige die unter Hinweis auf § 32 DevWD. geforderte Auskunft verweigert, so haben danach die Devisen-

stellen zu entscheiden, ob sie ein Strafverfahren wegen Zuwiderhandlung gegen die Auskunftspflicht nach § 37 Nr. 3 DevWD. veranlassen oder bei der StM. die Strafverfolgung wegen der vermuteten Devisenzuwiderhandlung beantragen wollen; dabei wird naturgemäß die Verweigerung der Auskunft ein weiteres Verdachtsmoment bilden. Es scheint in der Tat mit den Grundfragen des geltenden Strafprozessrechts schwer vereinbar, wenn in dem strafrechtlichen Untersuchungsverfahren als Mittel zur Herbeiführung eines Geständnisses die Drohung mit der Durchführung einer Strafverfolgung wegen verweigerter Auskunft verwendet werden könnte.

Bedeutsam ist auch die weite Auslegung, die das RG. der Auskunftspflicht gibt. Das RG. hält — in Übereinstimmung mit meinen Ausführungen in Steuer- und Devisennotrecht, Bem. 3 zu § 32 DevWD. — eine ausreichende Beziehung der Auskunft zu einem devisenrechtlich verbotenen Geschäft für gegeben, wenn ein Inländer Stücke eines international gehandelten inländischen Wertpapiers an einen Inländer verkauft. Der Verdacht einer strafbaren Beteiligung des Auskunftspflichtigen ist nicht erforderlich. Daraus ergibt sich vor allem für die Banken eine praktisch unbeschränkte Pflicht zur Auskunftserteilung über alle Geschäfte, die ihrer Art oder ihrem Gegenstande nach von einer der Beschränkungen der DevWD. betroffen sein können.

RegM. Dr. Gartenstein, Berlin.

können daraus für die schwebende Frage nicht gezogen werden. Eine ähnliche Best. findet sich ferner in § 178 ABGD., wonach im Steuerermittlungsverfahren auskunftspflichtige Dritte (§ 177 a. a. D.) die Auskunft auf Fragen verweigern dürfen, deren Befragung oder Verneinung ihnen die Gefahr einer Strafverfolgung zuziehen würde. Auch dort ist aber das Auskunftsverweigerungsrecht auf dritte Auskunftspflichtige beschränkt und in Schrifttum und Rspr. wird angenommen, daß der Steuerpflichtige selbst hinsichtlich der ihm obliegenden allgemeinen Auskunftspflicht das Auskunftsverweigerungsrecht nicht in Anspruch nehmen kann, selbst wenn er strafrechtliche Verfolgung befürchten muß. Wenn schon dort, wo Dritten ein Auskunftsverweigerungsrecht eingeräumt ist, der Rückschluß auf ein gleiches Recht des unmittelbar beteiligten Pflichtigen — mit Recht — abgelehnt wird, so muß ein solcher im Falle des § 32 DevWD., wo Ausnahmen von der Auskunftspflicht auch zugunsten Dritter nicht vorgesehen sind, erst recht außer Betracht bleiben.

Soweit sonst eine Anzeigepflicht besteht (vgl. z. B. § 139 StGB., § 13 SprengstG.), sind davon allerdings der Täter und Teilnehmer des verbrecherischen Vorhabens nach ständiger Rspr. ausgenommen. Allein abgesehen davon, daß schon nach der Fassung dieser Vorschr. erkennbar wird, daß die Person, die von dem verbrecherischen Vorhaben glaubhafte Kenntnis erlangt, eine andere sein muß, als diejenige, die selbst das Verbrechen vorhat, wird in diesen Fällen, in denen der Gesetzeszweck sich auf die Verhinderung von Verbrechen richtet, diese Rspr. weitgehend auch durch kriminalpolitische Erwägungen gerechtfertigt, denen im Falle des § 32 DevWD. von 1932 nicht die gleiche Bedeutung zukommt.

Wenn die Rev. geltend macht, die unrichtige Auskunft des Selbsttäters stehe im Einheitszusammenhange mit dem Devisendelikt selbst, sie stelle einen Bestandteil der Verteidigung des Angekl. dar und könne deshalb nicht besonders bestraft werden, so will sie damit offenbar auf die Gesichtspunkte abstellen, die das RG. dazu geführt haben, von dem Grundsatz, daß die Handlungsfreiheit der Person am Strafgesetz ihre Grenze findet, daß sie also strafbar wird, sobald sie sich mittels Verwirklichung eines Straftatbestandes geltend macht, für die Selbstbegünstigung dann eine Ausnahme zuzulassen, wenn der mittels der Selbstbegünstigung verwirklichte Straftatbestand der des § 257 StGB. ist (vgl. RGSt. 63, 233, 235 ff.). Diese Rspr. des RG. beruht auf der Anerkennung des natürlichen Rechts jedes Straftäters zur Selbstverteidigung und auf dem Gesichtspunkt, daß dieses Recht ihm nicht schon deshalb bestritten werden dürfe, weil seine Selbstverteidigung sich zugleich auch zugunsten eines anderen Straftäters auswirkt (a. a. D. S. 236/37). Allein zunächst hat das RG. in dieser Beziehung nur das Verbot des § 257 StGB. anders bewertet als die anderen strafrechtlichen Vorschr. Ferner aber geschah das nur für den Fall, daß die Selbstbegünstigung, die als solche überhaupt keinen strafbaren Tatbestand darstellt, weil § 257 StGB. voraussetzt, daß einem anderen Beistand geleistet wird, zugleich den Tatbestand des § 257 StGB. verwirklicht und daher aus diesem Gesetze zu bestrafen wäre. Schon daraus ergibt sich ein grundsätzlicher Unterschied gegenüber dem vorliegenden Fall, der die von der Rev. erstrebten Folgerungen ausschließt.

Die Entsch. ist hiernach unmittelbar aus dem Inhalt, dem Zweck und der Bedeutung des § 32 DevWD. von 1932 und der Devisengesetzgebung überhaupt zu finden. Sie wurde geschaffen und weiter ausgebaut, um den in den Zeiten schwerster wirtschaftlicher Krise durch den Zahlungsverkehr mit dem Auslande der deutschen Währung und der gesamten deutschen Volkswirtschaft drohenden Gefahren durch eine planmäßige Devisenbewirtschaftung zu begegnen. Der erstrebte Erfolg war von vornherein nur zu erreichen und ist auf die Dauer nur zu gewährleisten, wenn es gelang und weiter gelingt, alle währungs- und devisenwirtschaftlich bedeutenden Vorgänge und Handlungen zu erfassen, möglichst jede Umgehung der bestehenden Verbote hintanzuhalten und jeden Schleichweg sowie jede Zuwiderhandlung aufzudecken. Das ist bei der Vielgestaltigkeit der geschäftlichen Beziehungen zu dem Ausland und den vielen für den Zahlungsverkehr dort hin und von dort sich bietenden Möglichkeiten naturgemäß

überaus schwierig, und so mußten den mit der Durchführung der Devisenvorschriften betrauten Stellen alle Mittel an die Hand gegeben werden, um sich die erforderlichen Einblicke verschaffen zu können. Diesem Zweck dienen auch die erwähnte Best. in § 32, wonach von jedermann Auskünfte der oben bereits näher bezeichneten Art verlangt werden können, und die Strafvorschrift des § 37 Nr. 3, die die Richtigkeit, Vollständigkeit und fristmäßige Erteilung der eingeforderten Auskünfte sicherstellen soll. Unter den angeführten Umständen kann die bestimmte Ausdrucksform „jedermann“ nur dem wirklichen strengen Wortsinne nach verstanden werden. Der Gesetzgeber hat die Forderung nach richtiger, vollständiger und fristgemäßer Erteilung der Auskünfte ausnahmslos gegenüber jedem aufstellen wollen und aufgestellt, um die erforderliche Klarheit über die einschlägigen rechtlichen und geschäftlichen Beziehungen in jedem Falle zu erzwingen. Sie soll also auch den treffen, der sich einer Zuwiderhandlung gegen Verbotsbestimmungen schuldig gemacht hat oder für schuldig hält. Wenngleich solchenfalls die Erteilung einer wahrheitsmäßigen Auskunft in der Regel einer Selbstanzeige gleichkommen mag, so kann das im Falle der Erteilung einer unrichtigen Auskunft die Bestrafung wegen Verletzung der Auskunftspflicht nicht hindern. Das öffentliche Interesse an einer gesicherten Durchführung der dem Schutze der Volksgesamtheit dienenden Devisenbewirtschaftung geht dem Interesse des einzelnen an der Nichtentdeckung und Nichtverfolgung von Straftaten unzweifelhaft vor. Das RG. hat daher mit Recht das Vorliegen einer straflosen Nachtat abgelehnt.

(2. Sen. v. 28. Juni 1934; 2 D 986/33.)

28. § 12 Abs. 2 UnlWG. Mitbewerber i. S. des UnlWG. ist jeder Gewerbetreibende, der Waren oder Leistungen gleicher oder verwandter Art herstellt oder in den geschäftlichen Verkehr bringt. †)

Die Strk. hat festgestellt, daß der Angekl., der Geschäftsführer der „L.“, GmbH., als er mit den F.-Werken wegen Vergebung von Bauarbeiten an diese Firma verhandelte, für die Übertragung des Auftrags sich eine „Provision“ habe versprechen lassen und später erhalten habe. Die Strk. erblickt hierin kein Vergehen nach § 12 Abs. 2 UnlWG., weil nicht erwiesen sei, „daß von der L. auch noch andere Bewerber als die F.-Werke ins Auge gefaßt worden waren, daß also eine Bevorzugung im Wettbewerb vorliege“. Das ist rechtsirrig.

Das UnlWG. schützt allgemein die Mitbewerber. Das sind nicht nur die Erwerbsgenossen, die im Einzelfalle sich um den Absatz ihrer Waren oder Leistungen bemüht haben und für die Erteilung des Auftrages in Aussicht genommen sind, sondern alle Erwerbsgenossen (vgl. RGSt. 58, 429; 56, 249). Mitbewerber i. S. des UnlWG. ist, wie sich aus § 13 ergibt, jeder Gewerbetreibende, der Waren oder Leistungen gleicher oder verwandter Art herstellt oder in den geschäftlichen Verkehr bringt. Es besteht kein Anlaß, den Tatbestandsmerkmalen „zu Zwecken des Wettbewerbs“ (§ 12 Abs. 1 UnlWG.) und „im Wettbewerb“ (§ 12 Abs. 2 UnlWG.) eine engere Auslegung zuteil werden zu lassen, als es dem Zwecke des Gesetzes und der in § 13 gegebenen Begriffsbestimmung des Mitbewerbers entspricht. Durch das Gesetz

Zu 28. Der Auffassung des RG. ist beizustimmen. Die Strk. hat übersehen, daß eine Bevorzugung im Wettbewerb nicht eingetreten zu sein braucht. Es genügt nach § 12 Abs. 2 UnlWG. das Bewußtsein des Angestellten, der Geber wolle eine Bevorzugung erreichen.

Bei diesem Rechtsirrtum der Strk. hätte es nicht einmal eines Eingehens auf die Grundgedanken des UnlWG. bedurft. Wenn das RG. die Gelegenheit benützt hat, festzustellen, daß § 12 UnlWG. nicht die Bevorzugung vor einem bestimmten Wettbewerber voraussetze, es vielmehr genüge, daß es auf dem fraglichen Gebiet überhaupt Wettbewerber gibt, so ist das nur zu begrüßen. Schmiergeldverprozeße sind augenblicklich an der Tagesordnung. Die heutige Zeit, die von jedem verlangt, daß er durch eigene Leistung erwerben soll, erfordert die schärfste Bekämpfung des Schmiergeldwesens. Jede Zuwendung im geschäftlichen Verkehr an Angestellte hat von vornherein einen Beigeschmack.

RA. Dr. Harmsen, Hamburg.

soll der unlautere Wettbewerb und insbes. durch den § 12 das sog. „Schmieren“ in jeder Form getroffen werden (RGSt. 48, 291). Den Zwecken des Wettbewerbs dient eine Handlung dann, wenn der eigene Kundenkreis auf Kosten der Gewerbegenossen erweitert werden soll (RGSt. 58, 430). Das Gesetz will verhindern, daß sich ein Gewerbetreibender durch unlautere Mittel auf Kosten beliebiger anderer Geschäftszweige, die auf demselben Gebiete des Güterumfanges tätig sind, Vorteile verschafft und bedroht daher wie in § 12 Abs. 1 den bestechenden Gewerbetreibenden selbst in Abs. 2 auch den Angestellten oder Beauftragten des Betriebs, der sich bestechen läßt.

(4. Sen. v. 21. Sept. 1934; 4 D 130/34.) [23.]

29. § 146 GenG.; § 266 Ziff. 2 a. F. StGB. Ein absichtliches Handeln zum Nachteil ist regelmäßig nicht anzunehmen, wenn eine, eine wirtschaftliche Einheit bildende Verwaltung eines Bevollmächtigten für den Treugeber zum Teil nützlich, zum Teil schädlich ist, der wirtschaftlich höher stehende Vorteil aber nicht anders als auf dem Wege über einen — wirtschaftlich geringeren — Nachteil zu erreichen ist.

Der gemeinnützige Bauverein, dessen Vorstandsmitglieder der Beschw. und der Mitangekl. waren, hatten von der dortigen Sparkasse wiederholt trotz der starken Anspannung des Kapitalmarktes erhebliche Zwischenkredite erhalten. Am 28. Juli 1929 hatten sie bei ihr erneut um einen solchen Kredit von 80 000 RM nachgesucht; dem ist später auch entsprochen worden. Die beiden Angekl. haben ihrerseits dem Direktor der Sparkasse E., der „auffallenderweise“ gerade jetzt mit einem Ansuchen um ein persönliches Darlehn an sie herantreten war, aus dem Vermögen der Baugenossenschaft in deren Namen 3000 RM als zinsloses Darlehn gegeben, obwohl dies, wie sie wußten, nach den Satzungen der Genossenschaft unzulässig, E. auch kreditunwürdig war.

Das LG. hält ein absichtliches Handeln zum Nachteil der Genossenschaft für gegeben, weil diese für die 3000 RM bar einen minderwertigen Anspruch gegen E. eingetauscht habe und dies den Angekl. bewußt gewesen sei. Den von den Angekl. geltend gemachten Umstand, sie hätten so gehandelt, weil sie E. wegen der beantragten Gewährung des Zwischenkredits nicht „hätten vor den Kopf stoßen wollen“, hält es für unerheblich, da dies nur als „Motiv“ in Frage kommen könne. Dem kann jedoch nicht beigetreten werden.

Das LG. hält es nach dem Gesagten ersichtlich für möglich, daß bei Nichtgewährung des persönlichen Darlehns an E. die Erlangung des Zwischenkredits für die Baugenossenschaft gefährdet war, zum mindesten, daß die Angekl. dies angenommen und daß sie in der Absicht gehandelt haben, den Sparkassendirektor durch die Gewährung des Vorteils zu einer wohlwollenden, zum mindesten nicht schikanösen Behandlung (vgl. RGSt. 42, 382) des Kreditgesuches zu bestimmen und dadurch der Genossenschaft die Erlangung dieses Kredits zu sichern. Für den Begriff der Untreue, so des § 266 Ziff. 2 a. F. StGB. wie des § 146 GenG., ist aber von der Rspr. des RG. anerkannt, daß ein absichtliches Handeln zum Nachteil in der Regel nicht anzunehmen ist, wenn eine, eine wirtschaftliche Einheit bildende Verwaltung eines Bevollmächtigten für den Treugeber zum Teil nützlich, zum Teil schädlich ist, der wirtschaftlich höher stehende Vorteil aber nicht anders als auf dem Wege über einen — wirtschaftlich geringeren — Nachteil zu erreichen ist (vgl. RGSt. 65, 422; Recht 1928 Nr. 2617; HöchstRspr. 1929 Nr. 59). Ob die Angekl. sich dabei in den formalen und sachlichen Grenzen ihrer Vertretungsmacht hielten oder nicht, ist hierbei unerheblich (RGSt. 26, 136; 58, 391; 61, 228; 62, 15; Art. 3 D 21/31).

Schon für den äußeren Tatbestand des § 146 GenG. hätte das LG. daher prüfen müssen, ob das Handeln der Angekl. der Genossenschaft im Enderfolge Nachteil gebracht hatte, oder ob nicht die Erlangung des Zwischenkredits von 80 000 RM bei Verweigerung des Darlehns an den Sparkassendirektor tatsächlich gefährdet gewesen wäre, und ob nicht die Abwendung dieser Gefahr das Opfer von 3000 RM wert

gewesen wäre. Aber auch wenn tatsächlich der Schaden überwogen hätte, wäre zu prüfen gewesen, ob nicht die Angekl. wenigstens geglaubt haben, daß es für die Genossenschaft nützlicher sei, den wahrscheinlichen Verlust der 3000 RM als das kleinere Übel in den Kauf zu nehmen, als das Kreditgesuch um 80 000 RM einer schikanösen Behandlung durch den Sparkassendirektor und damit der Gefahr der Ablehnung auszuweichen, und ob sie nicht gerade gehandelt haben, weil sie diese Gefahr abwenden wollten und im Enderfolge für die Genossenschaft Vorteil erwarteten und erstrebten. Bei einer derartigen inneren Haltung wäre kein absichtliches — d. h. hier vorsätzliches — Handeln zum Nachteil der Genossenschaft gegeben; sie wäre kein bloßer — unbeachtlicher — Weggrund, wie das LG. annimmt. Ein solcher käme nur in Frage, wenn, wie in den in GoldArch. 40, 55 und im Art. 1 D 153/26 erörterten Fällen, die Annahme des Bevollmächtigten, es werde der zunächst eintretende schädliche Erfolg schließlich doch Nutzen bringen, auf einer allgemeinen, außerhalb der Tat liegenden Vorstellung beruht, oder wenn er nach Art eines Glückspielers benutzt den Regeln kaufmännischer Sorgfalt zuwider eine auf das Äußerste gesteigerte Verlustgefahr zur Erlangung einer höchst zweifelhaften Gewinnaussicht auf sich nimmt (RGSt. 66, 255; 61, 211).

(FerSen. v. 27. Aug. 1934; 3 D 726/34.) [23.]

30. §§ 1, 2, 5, 6 BauordG. v. 1. Juni 1909; § 241 R.D. Die Verpflichtung der in §§ 1, 2 BauordG. genannten Personen zur Verwendung von Baugeld und zur Führung eines Baubuchs besteht auch jetzt noch. Der Irrtum darüber, ob jemand als Baugeldempfänger anzusehen sei oder zu den zur Führung eines Baubuchs verpflichteten Personen gehöre, ist unbeachtlich. — Die Feststellung der Begünstigungsabsicht i. S. von § 241 R.D. bedarf einer besonders eingehenden Begründung, wenn die Möglichkeit besteht, daß der vom Schuldner erstrebte Erfolg mit dem Ergebnis zusammenfallen könnte, das im gesetzmäßigen Wege zu erzielen war.

1. Sollten Bauunternehmer, die Baugewerbetreibende sind oder sich für den Neubau Baugeld gewähren lassen, den Anforderungen der §§ 1 und 2 BauordG. regelmäßig nicht genügen, so könnte doch keine Rede davon sein, daß diese Vorschriften ihre Kraft durch eine gleichmäßige, dauernde und allgemeine Nichtbefolgung verloren haben. Demgegenüber ist darauf hinzuweisen, daß das RG. die Verpflichtung der in §§ 1 und 2 BauordG. genannten Personen zur Verwendung von Baugeld und zur Führung eines Baubuchs gemäß diesen Vorschriften in ständiger Rspr. bis in die jüngste Zeit anerkannt hat (RG. 138, 156¹⁾; Art. 3 D 1443/33²⁾).

Der Vorwurf der Beschw., daß das LG. den Begriff des Baugelds verkannt habe, findet im angefochtenen Urteil keine Stütze. Dieses weist vielmehr das in § 1 Abs. 3 BauordG. aufgestellte Merkmal der Hingabe zwecks Bestreitung der Kosten eines bestimmten Baues unter Sicherung der Ansprüche des Geldgebers durch eine Hypothek oder Grundschuld an dem zu bebauenden Grundstück für alle in Betracht kommenden Geldbeträge nach. Hierbei kann nicht zweifelhaft sein, daß das LG. unter den „gewährten Krediten“ nur die auf Grund der einzelnen Darlehensverträge ausgezahlten Geldbeträge versteht, dagegen nicht etwa eingeräumte, aber unausgenützte Kredite heranzieht.

Das BauordG. geht zwar im Streben nach Sicherung der Baugläubiger nicht so weit, das Verfügungsrecht des Eigentümers über sein Grundstück und des Geldgebers über sein Geld unter Einengung der Vertragsfreiheit mit der Wirkung zu beschränken, daß alles vor Vollendung des Baues gegen Hypothek dargeliehene Geld zur Befriedigung der Baugläubiger verwendet werden mußte (RGSt. 48, 338). Wenn aber die zwischen dem Eigentümer der Baustelle und dem Darlehensgeber getroffene Vereinbarung die in § 1 Abs. 3 BauordG. bezeichnete Zweckbestimmung enthält, wie dies für die in der gegenwärtigen Sache angeführten Baugeldverträge

¹⁾ JW. 1933, 1311.

²⁾ JW. 1934, 1124.

nachgewiesen ist, so kann die Verpflichtung zur Verwendung des Baugelds, weil die maßgebende Vorschrift sich als ein öffentlich-rechtliches Schutzgesetz i. S. des § 823 Abs. 2 BGB. darstellt, durch ein Abkommen des Baugeldgebers mit dem Baugeldempfänger nicht aufgehoben werden (RG. 84, 198³); 91, 76; 138, 158⁴).

Dagegen gestattet § 1 Abs. 1 Satz 2 BauordG. eine anderweitige Verwendung des Baugelds bis zu dem Betrag, in dem der Empfänger einzelne an der Herstellung des Baues auf Grund eines Werk-, Dienst- oder Lieferungsvertrags beteiligte Personen aus anderen Mitteln bereits befriedigt hat. Der Baugeldnehmer ist also nicht etwa an die in § 1 Abs. 1 Satz 1 bestimmte Verwendungspflicht trotz der von ihm durch den Einsatz sonstiger Mittel bewirkten, gänzlichen oder teilweisen Befriedigung eines oder mehrerer Baubeteiligter ohne jede Einschränkung insoweit gebunden, als noch unbefriedigte Forderungen derselben oder anderer Baubeteiligter vorliegen. Dem das Ges. verpflichtet den Baugeldempfänger nicht dazu, daß er die Baubeteiligten aus dem Baugeld, sofern dieses nicht für alle hinreicht, anteilig oder in einer bestimmten Rangordnung befriedige, sondern räumt ihm für die Auswahl der Beteiligten, denen er das Baugeld zuwenden will, eine Freiheit ein, die den Erfolg hervorrufen kann, daß die Anzulänglichkeit des Baugelds einzelne Gläubiger mit dem vollen Ausfall ihrer Forderungen belastet (RG. 138, 159⁵). Vielmehr regelt § 1 Abs. 1 Satz 2 die Fälle, in denen der Baugeldnehmer die Mittel zu den von ihm an Baugläubiger geleisteten Zahlungen vorläufig aus anderen Quellen geschöpft hat, weil ihm die nach Maßgabe des Fortschreitens des Baues auf diesen Abschnitt berechnete Baugeldrate noch nicht zur Verfügung stand. Hat er so gehandelt, so darf er, wenn die Baugeldrate hernach an ihn angewiesen wird, ihr den aus anderen Mitteln eingeschossenen Betrag ungeachtet dessen entnehmen, daß andere Baubeteiligte noch Befriedigung ihrer Forderungen zu beanspruchen haben. Die Ausführungen des angefochtenen Urts., die den auftauchenden Rechtsfragen überhaupt nur wenig Aufmerksamkeit schenken, lassen nun die wünschenswerte Klarheit und Schärfe vornehmlich insoweit vermissen, als sie die in § 1 Abs. 1 Satz 2 BauordG. vorgesehene Ausnahme von der regelmäßigen Verwendungspflicht erörtern. Doch ergibt der Zusammenhang der Urteilsgründe die Überzeugung des UG. davon, daß die Angekl. das Baugeld bei allen Bauten dem gesetzlich festgelegten Zweck in einem Umfang entfremdet haben, der durch den vorläufigen Zuschuß anderer Mittel nicht entfernt gerechtfertigt werden konnte.

Das UG. nimmt hierbei den Einwand der Angekl., daß die Summe der Geldbeträge, die sie „aus eigenen Mitteln in die Bauten hineingesteckt haben“, über die Gesamthöhe des ihnen zugelassenen Baugelds hinausgegangen sei, für wahr an. Diese Tatsache schließt aber die Rechtswidrigkeit der im einzelnen nachgewiesenen Verwendung des Baugelds für andere Zwecke als zur Befriedigung der Baubeteiligten um so weniger aus, als die Grenzen, in denen eine anderweitige Verwendung auch bei gesetzmäßigem Verfahren nach § 1 Abs. 1 Satz 2 BauordG. statthaft ist, offensichtlich überschritten sind. Denn der Kreis der Baukosten greift allgemein über den Umfang hinaus, den die Verpflichtungen gegenüber den Baubeteiligten einnehmen; er umfaßt auch sonstige wirtschaftlich mit dem Bau zusammenhängende Aufwendungen, zu denen unter anderem Vermittlungs- und Beurkundungsgebühren, Abgaben, Zinsen, Provisionen und Spesen der Zwischenkredite, Abfindungen, Verwaltungs- und Vertragsstrafen gehören mögen. Ungünstige Umstände können dazu führen, daß zur Vereinnahmung solcher Sonderkosten gleichviel oder mehr aufgewendet werden muß, als zur Befriedigung der Baubeteiligten.

Die Annahme des UG., daß den Angekl. die Führung eines Baubuchs über jeden Ban nach § 2 BauordG. obliegen habe, begegnet keinem rechtlichen Bedenken (RGSt. 46, 11).

Auch die Erfordernisse, die an die inneren Beziehungen der Angekl. zum äußeren Hergang gestellt werden müssen, sind

erfüllt. Hätten die Angekl. irrigerweise geglaubt, daß sie nicht als Baugeldempfänger nach § 5 BauordG. anzusehen oder nicht zu den Personen zu rechnen seien, die § 6 BauordG. als zur Führung eines Baubuchs verpflichtet bezeichnet, so würde ein solcher Irrtum, da die Angekl. alle erheblichen tatsächlichen Verhältnisse kannten, die Strafe nach der ständigen Rpr. des RG. nicht ausschließen (RGSt. 57, 206, 236; 58, 11, 62, 172). Ein vorsätzliches Handeln zum Nachteil der Gläubiger i. S. des § 5 BauordG. kann, ohne daß der Täter die Schädigung beabsichtigt, auch dann gegeben sein, wenn der Baugeldempfänger bei der anderweitigen Verwendung des Baugelds zur Ersatzleistung gewillt ist und die unsichere Hoffnung hegt, die schließliche Befriedigung der Baubeteiligten mit anderen Mitteln zu bewirken (RGSt. 48, 117). Der Schuldspruch aus § 6 BauordG. beruht auf der Überzeugung des UG. darauf, daß die Angekl. bewußt und gewollt gegen die Verpflichtung zur Führung der Baubücher verstoßen haben. Die anschließende Ausführung des angefochtenen Urts. über die „in jedem Fall“ anzunehmende Fahrlässigkeit stellt eine bloße Hilfsvermutung dar.

Ein Rechtsfehler kann darin nicht erblickt werden, daß das UG. bei der Strafbemessung nicht nur die schwere Benachteiligung der Baugläubiger, sondern auch den aus der hemmungslosen Unternehmungslust der Angekl. entsprungenen weiteren Schaden schärfend berücksichtigt.

Die Rev. des Angekl. G., auf dessen Tat nur die §§ 5 und 6 BauordG. i. Verb. m. § 73 StGB. angewendet sind, muß demzufolge als unbegründet verworfen werden. Dagegen ist das angefochtene Urts., soweit es den Angekl. S. betrifft, aufzuheben, weil die Annahme des UG., daß sein Verhalten zugleich die Tatbestandsmerkmale des § 241 K.D. erfülle, sich auf keine ausreichende tatsächliche und rechtliche Würdigung stützt.

2. Das UG. glaubt, die Vereinbarung, die der Angekl. als zahlungsunfähig gewordener Schuldner nach Eröffnung des Vergleichsverfahrens mit dem als Vertrauensperson bestellten RA. über dessen Vergütungsanspruch getroffen hat, als eine strafbare Gläubigerbegünstigung ansehen zu können. Wenn nun gleich § 241 K.D. nur die Absicht des Schuldners, einen Gläubiger vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen, aber nicht den wirklichen Eintritt der Benachteiligung der anderen Gläubiger erfordert, so kann das Gericht die hier aufgeworfene Frage in zuverlässiger Weise doch nur lösen, indem es sich zunächst mit dem rechtlichen Verhältnis der angeblich begünstigten Forderung zu den angeblich benachteiligten Forderungen vertraut macht, also prüft, ob jene nicht etwa die Bevorzugung vor diesen, die der Schuldner gewähren wollte, im Konkursverfahren kraft Gesetzes zu beanspruchen hatte. Jedenfalls bedarf die Feststellung der Begünstigungsabsicht da einer besonders sorgfältigen Begründung, wo die Möglichkeit besteht, daß der Erfolg, auf dessen Herbeiführung sich der Wille des Schuldners richtete, mindestens teilweise mit dem Ergebnis zusammenfiel, das im gesetzmäßigen Verfahren angestrebt werden mußte. Das UG. geht aber auf die rechtliche Eigenart der Forderung, der die Vereinbarung v. 27. April 1931 dienen sollte, auf ihre etwaige Vorzugsstellung im Verhältnis zu anderen, die Befriedigung aus dem Vermögen desselben Schuldners begehrenden Forderungen überhaupt nicht ein. Es führt die maßgebenden Vorschriften, nämlich die §§ 46, 85 Vergl.D. nicht an, so daß die Vermutung einer gänzlichen Außerachtlassung naheliegt.

Die im angefochtenen Urts. übergangenen Vorschriften bestimmen, daß die im Vergleichsverfahren bestellte Vertrauensperson vom Schuldner die Erstattung angemessener barer Auslagen und eine angemessene Vergütung für ihre Geschäftsführung verlangen kann, daß das Vergleichsgericht die Höhe der Auslagen und der Vergütung festsetzt und daß der Anspruch der Vertrauensperson auf Ersatz ihrer Auslagen und auf Vergütung im Anschlußkonkurs zu den Massekosten i. S. des § 58 Nr. 2 K.D. gehört, also nach § 57 K.D. aus der Konkursmasse vorweg zu befriedigen ist. Diese Regelung beruht auf wirtschaftlichen Erwägungen, wie sie auch dem gleichgestalteten, auf die Vergütung des Konkursverwalters bezüglichen § 85 K.D. zugrunde liegen. Die Vertrauensperson steht in keinem Vertragsverhältnis zum Schuldner, sondern

³) ZB. 1914, 600. ⁴) ZB. 1933, 1311. ⁵) ZB. 1933, 1311.

wird durch die gerichtliche Bestellung in ihr Amt eingesetzt. Die VerglD. weist der Vertrauensperson in § 40 bestimmte Pflichten zu und macht sie in § 44 dem Schuldner und dem am Verfahren beteiligten Gläubiger für die Erfüllung dieser Pflichten haftbar. Der Vertrauensperson kann nicht angenommen werden, daß sie die je nach den Umständen des einzelnen Falls mehr oder weniger umfangreiche, schwierige und verantwortungsvolle Tätigkeit unentgeltlich oder auf die Gefahr hin entfalte, im Anschlußkonkurs mit ihrem Vergütungsanspruch ganz oder teilweise auszufallen. Deshalb räumt § 85 VerglD. dem Ansprüche der Vertrauensperson auf Vergütung und Auslagenersatz eine Vorzugsstellung ein (RG. 136, 157⁶). Ihr Anspruch bedarf als Masseforderung keiner Anmeldung; er wird nicht geprüft und nicht konkursmäßig festgesetzt. Befriedigt der Konkursverwalter den Anspruch der Vertrauensperson nicht, so kann diese die Festsetzung durch das frühere Vergleichsgericht veranlassen. Übrigens steht dem nichts im Weg, daß die Vertrauensperson mit dem Schuldner einen Vertrag über die Höhe der ihr zustehenden Vergütung schließt; doch rechnet im Anschlußkonkurs nur die vom Vergleichsgericht festgesetzte Vergütung zu den Massekosten, während die Vertrauensperson mit dem Betrag, um den die Vereinbarung die Festsetzung übersteigt, als bloßer Konkursgläubiger am Geschick der Konkursforderungen teilnehmen muß (RG. 116, 319⁷).

Wird die zuvor dargelegte rechtliche Regelung ins Auge gefaßt, so erhellet die Notwendigkeit der Aufklärung gewisser, im angefochtenen Urte. nicht erörterten Fragen, die vornehmlich die innere Stellungnahme des Angekl. betreffen. Durch die Vereinbarung v. 27. April 1931 wurde der Anspruch der Vertrauensperson auf Vergütung für ihre Tätigkeit nicht etwa begründet. Er war vielmehr zuvor schon aus der Tätigkeit, die jener N. in Erfüllung seiner amtlichen Obliegenheiten entfaltete hatte, kraft Ges. erwachsen. Das Abkommen diente lediglich der Bestimmung der Höhe der Vergütung. Wäre nun nachzuweisen, daß der Angekl. sich mit der Zahlung einer Vergütung von 15 000 RM im Bewußtsein, sie nur in geringerem Betrag zu veranschlagen, einverstanden erklärt habe, so könnte der Tatbestand des § 239 Nr. 1 und 2 N.D. — Beseitigen eines Vermögensstückes und Anerkennung einer erdichteten Schuld —, nicht aber des § 241 N.D. gegeben sein (RGSt. 35, 127). Däkt sich dagegen der Glaube des Angekl. an die Angemessenheit der geforderten Vergütung nicht verneinen, so mag freilich dessen Kenntnis von dem Unterschied, der zwischen der gerichtlich festgesetzten Vergütung und dem überschießenden Betrag der vereinbarten Vergütung für die rechtliche Einordnung gemacht wird, als zu fernliegend nicht in Betracht zu ziehen sein. Dann muß aber erhoben werden, wie der Angekl. sich das rechtliche Verhältnis des Vergütungsanspruchs der Vertrauensperson zu den Forderungen der am Vergleichsverfahren und hernach am Anschlußkonkurs beteiligten Gläubiger im allgemeinen vorgestellt hat. Das LG. gründet seine Überzeugung von der Schuld des Angekl. auf die Tatsache, daß dieser als erfahrener und gewandter Geschäftsmann die rechtliche Bedeutung und Wirkung der Vereinbarung v. 27. April 1931 im wesentlichen erkannt habe. Bei einer solchen Einschätzung des Angekl. darf nicht an der Frage vorübergegangen werden, ob sich ihm nicht der für einen wirtschaftlich denkenden Mann zwingende Schluß aufgedrängt habe, daß der Vertrauensperson die vorzugsweise Befriedigung ihres Vergütungsanspruchs gebühre, mit anderen Worten, daß sich den Konkursgläubigern der Zutritt auf sein Vermögen nur insoweit eröffne, als es nicht durch die Vereini-gung des Vergütungsanspruchs der Vertrauensperson und anderer Massekosten aufgezehrt wird. Die Bejahung dieser tatsächlichen Frage nötigt zur Prüfung der weiteren, aus ihr hervorgehenden rechtlichen Frage, ob nicht die Schuld des Angekl. für den hier zu beurteilenden Vorgang um deswillen ausgeschlossen sei, weil er den Widerspruch seines Verhaltens mit der Rechtsordnung nicht erkannte, vielmehr glaubte, mit der von ihm gewollten Begünstigung der Vertrauensperson auf einem dem Ges. entprechenden Erfolg hinzuarbeiten. Selbstverständlich gilt dies nur für die Würdigung des Abkommens v. 27. April 1931, das lediglich durch die Beziehung

auf eine und dieselbe Zahlungseinstellung und Konkursöffnung mit dem an sich einwandfrei nachgewiesenen Vergehen gegen §§ 5 und 6 BauordG. nach feststehenden Rechtsgrundsätzen zu einer Einheit verknüpft wird (RGSt. 46, 306; 48, 90, 118, 339).

(6. Sen. v. 19. Juni 1934; 4 D 382/34.)

[W.]

31. §§ 203, 215 StPD. Der Eröffnungsbeschluß bildet, abgesehen von den im Gesetz besonders vorgesehenen Fällen, die notwendige Grundlage der Hauptverhandlung und die unerläßliche Voraussetzung für die Erlassung eines Sachurteils. Ist ein solcher Beschluß, auf dessen Erlaß der Angeklagte nicht wirksam verzichten kann, nicht ergangen, muß das Verfahren eingestellt werden.†)

(4. Sen. v. 25. Sept. 1934; 4 D 810/34.)

32. § 337 StPD. Urteilsaufhebung wegen irriger, mit wissenschaftlichen Forschungsergebnissen nicht im Einklang stehender Auslegung von Gutachten. Mit Hilfe der Blutgruppenuntersuchung läßt sich kein Nachweis dafür schaffen, daß ein bestimmter Mann der Erzeuger eines bestimmten Kindes sein müsse.

Die Klage legte der Angekl. zur Last, daß sie am 1. Febr. 1932 vor dem AG. wissenlich ein falsches Zeugnis mit dem Eid bekräftigt habe, indem sie in der Rechtsache ihres am 2. April 1928 unehelich geborenen Kindes G. gegen den Reisenden N. wegen Gewährung des Unterhalts angab, sie habe in der v. 5. Juni bis zum 4. Okt. 1927 reichenden Empfängniszeit mit keinem anderen Mann als mit N. geschlechtlich verkehrt, und diese Aussage beschwor. Das Vorbringen der Angekl., daß N. ihr in jener Zeit beigewohnt habe, wurde durch die Verhandlung vor dem SchwG. nicht widerlegt. Das SchwG. glaubte jedoch, die Annahme, daß die Angekl. den geschlechtlichen Verkehr mit anderen Männern in derselben Zeit der Wahrheit zuwider abgeleugnet habe, ausschließlich auf die Gutachten stützen zu können, die zwei Ärzte über die Eigenschaften des Blutes der Angekl., ihres Kindes und des N. erstattet hatten. Die von den Ärzten angestellte Untersuchung hatte sich auf den Nachweis sowohl der mit A und B als auch der mit M und N bezeichneten Merkmale erstreckt. Die Gründe des angef. Urte. sprechen sich hierzu folgendermaßen aus: „Es wurde festgestellt, daß die Angekl. der Blutgruppe A, das Kind G. und N. der Blutgruppe O zuzurechnen sind. Da somit das Kind der Blutgruppe O angehört, also keine der charakteristischen Eigenschaften A und B der roten Blutkörperchen besitzt, kann zwar auf Grund dieser Bluteigenschaften eine etwaige Vaterchaft des N. nicht festgestellt werden.“

Der letztere Satz ruft durchgreifende Bedenken hervor. Die erforschende Tätigkeit der Ärzte war nicht auf die Feststellung der Vaterchaft des N., sondern darauf gerichtet, ob der Untersuchungsbefund den Schluß begründe, daß N. nicht der Vater des Kindes sein könne. Was die ärztliche Wissenschaft durch die Ermittlung gewisser Eigenschaften des Blutes bis jetzt erreicht hat, läßt sich für gerichtliche Erhebungen immer nur verneinend, dagegen nicht bejahend verwerten. Es ist unmöglich, den Nachweis, daß ein bestimmter Mann der Erzeuger eines bestimmten Kindes sein müsse, mittels der Vergleichung der Eigenschaften des Blutes der beiden Personen zu führen. Vielmehr kann nur die Unmöglichkeit der Abstammung des Kindes von dem Mann dargetan werden, indem ermittelt wird, daß gewisse Merkmale im Blut des Mannes bestehen, im Blut des Kindes aber fehlen, während sie auch dort vorhanden und greifbar sein müßten, wenn der Mann das Kind erzeugt hätte.

Aus jenem Satz ist also zu folgern, daß das SchwG. entweder die Zwecke und Möglichkeiten der als Beweismittel zu verwendenden Blutgruppenuntersuchung überhaupt verkannt oder die für den vorliegenden Fall erstatteten Gutachten insoweit mißverstanden hat, als sie sich mit dem Schluß

Zu 31. Vgl. RG., 2. StrSen., v. 12. März 1934, 2 D 206/34; 33. 1934, 1366²⁸. D. E.

⁶) 33. 1933, 1119.

⁷) 33. 1927, 1519.

befähigen, der aus dem Vorhandensein oder Fehlen der Merkmale A und B zu ziehen ist. Unter diesen Umständen ist aber auch keine Gewähr dafür gegeben, daß das SchwG. den weiteren, die Merkmale M und N betreffenden Erörterungen der Gutachten ein ungetrübtcs Verständnis entgegengebracht habe. Die dem Schuldspruch zugrunde liegenden Feststellungen sind demnach unzulänglich, weil die Gründe des angef. Urf. eine falsche Auffassung der Gutachten erkennen lassen, die ihnen als alleinige Stütze dienen.

(4. Sen. v. 25. Sept. 1934; 4 D 806/34.) [W.]

33. § 429b StPD.

I. Für das Sicherungsverfahren gelten sinngemäß die Vorschriften über das Strafverfahren, soweit nichts anderes bestimmt ist. Eine Vorschrift, daß hier ohne Eröffnungsbeschluß verfahren werden kann, besteht nicht, im Gegenteil ergibt sich die Notwendigkeit des Eröffnungsbeschlusses aus § 429d StPD.

II. Art. 14 AusfGes. z. GewohnhVerbrG. vom 24. Nov. 1933. Für das nachträgliche Sicherungsverfahren findet § 429b StPD. entsprechende Anwendung. Daraus ergibt sich: Auch im nachträglichen Sicherungsverfahren ist der Eröffnungsbeschluß Urteilsvoraussetzung; fehlt er, so muß das Verfahren eingestellt werden. Diese Entscheidung, die keine sachliche Erledigung des Straffalles darstellt, steht einem demnach zu erlassenden Eröffnungsbeschlusse und einem darauf aufzubauenden neuerlichen Verfahren nicht entgegen (RGSt. 67, 62).

Im regelmäßigen Verfahren ist die Erlassung eines Eröffnungsbeschlusses Prozeßvoraussetzung für die Urteilsfällung (Urteilsvoraussetzung). Sein Fehlen ist in allen Instanzen von Amts wegen zu beachten und muß zur Einstellung des Verfahrens führen (RGSt. 67, 59¹).

(5. Sen. v. 27. Sept. 1934; 5 D 50/34.) [Su.]

Reichserbhofgericht

1. §§ 24, 49 der 1. DurchfWD. zum RErbhofG. Macht das RErbhofGer. von der Befugnis, gemäß § 24 der 1. DurchfWD. zum RErbhofG. mündliche Verhandlung anzuordnen, keinen Gebrauch, so liegt hierin in der Regel kein Verfahrensverstöß und damit auch kein neuer selbständiger Beschwerdegrund nach § 49 Abs. 4 der 1. DurchfWD.

Durch notariellen Vertrag v. 29. Aug. 1933 verkaufte der Landwirt Mag Sch. den Eheleuten L. seinen Erbhof mit Inventar für 43000 RM. Beim Kaufabschluß wurde eine Anzahlung von 10000 RM geleistet.

Mit Antrag v. 9. Jan. 1934 haben die Käufer die Genehmigung dieses Vertrages beim AuerbG. nachgesucht. Auf den Widerspruch des Verkäufers hat das AuerbG. durch Beschl. v. 9. April 1934 die Genehmigung verweigert. Die gegen diesen Beschl. eingelegte sofortige Beschw. der Eheleute L. wies das RErbhofGer. zurück und erließ gleichzeitig auf Antrag des Verkäufers im Zurückweisungsbeschlusse eine einstweilige Anordnung, nach welcher dem Beschw. bei Weidung einer Haftstrafe bis zu sechs Wochen verboten wird, bis zur Rechtskraft der Entsch. über die sofortige Beschw. Erntevorräte und ähnliches zu verkaufen oder zu verpfänden.

Nach § 49 Abs. 4 RErbhofG. ist die sofortige weitere Beschw. gegen den Beschl. des RErbhofGer. nur dann zulässig, wenn in der angefochtenen Entsch. ein neuer selbständiger Beschwerdegrund enthalten ist. Dies ist hier nicht der Fall, denn das RErbhofGer. kommt im wesentlichen zum gleichen Ergebnis wie das AuerbG. und weist die Beschw. gegen den Beschl. jenes Gerichts zurück. Es liegen also zwei gleichlautende Entsch. vor. Gleichwohl könnte allerdings ein selbständiger Beschwerdegrund vorliegen, wenn die Entsch. des BeschwG. auf einem Verfahrensverstöß beruhen würde. Der Beschw. macht nun geltend, daß das RErbhofGer. unter Verkennung der Best. des § 24 der 1. DurchfWD. z. RErbhofG. keine mündliche Verhandlung angeordnet habe. Aus dieser Vorschr. ergibt sich aber nur, daß das Gericht eine derartige Anordnung treffen kann. Es ist also in sein freies Ermessen gestellt, ob es von dieser Befugnis Gebrauch machen will. Wenn es von dieser Befugnis keinen Ge-

brauch macht, liegt hierin — von dem hier nicht in Betracht kommenden Fall des Ermessensmißbrauchs abgesehen — kein Verfahrensverstöß. Auch die gegen die Beweiswürdigung des RErbhofGer. vorgebrachten Einwendungen rechtfertigen die Annahme eines selbständigen Beschwerdegrundes nicht; denn da dem RErbhofGer. das Recht freier Beweiswürdigung zusteht, kommt hierbei ein Verfahrensverstöß nicht in Betracht. Wenn weiter der angefochtene Beschl. eine einstweilige Anordnung nach § 12 Abs. 3 der 1. DurchfWD. z. RErbhofG. enthält, die in dem Beschl. des AuerbG. nicht enthalten ist, kann hierauf die sofortige weitere Beschw. nicht gestützt werden. Denn diese Anordnung kann nach § 12 Abs. 3 der 1. DurchfWD. nur mit der Hauptentsch. angefochten werden. Danach ist ihre Aufhebung nicht möglich, wenn die Beschw. gegen die Hauptentsch. unzulässig ist.

(RErbhofGer., Beschl. v. 24. Juli 1934, 3 RB 140/34.)

*

2. § 37 Abs. 2 RErbhofG. Die Annahme eines wichtigen Grundes für die ausnahmsweise Veräußerung von Erbhofgrundbesitz muß an strenge Voraussetzungen geknüpft werden, damit nicht durch Art und Umfang der gewählten Ausnahmen die Verwirklichung der Grundziele des Gesetzes gefährdet wird. Sonderinteressen des Käufers und Verkäufers an einer Veräußerung oder Belastung müssen hinter dem Interesse der Allgemeinheit an der Erhaltung des Erbhofes in unge schmälterter Größe zurücktreten.

Die Eheleute S. haben i. J. 1920 geheiratet. Aus der Ehe stammen sieben Kinder im Alter von 6—16 Jahren. Bei der Heirat war der Ehemann Eigentümer des sog. Reiterhofes in R., der eine Größe von 28,396 ha hat und einen in sich geschlossenen Besitz darstellt. Sein Einheitswert beträgt 31663 RM. Im Laufe der Jahre gerieten die Eheleute S. derart in Schulden, daß i. J. 1930 der Bestand des Hofes in Frage gestellt wurde. Auf ihr Bitten gaben der Bruder der Frau, der Bauer Georg B., und ein Vetter Andreas B. Darlehen von 5000 und 3000 RM. Diese Beträge wurden hypothekarisch gesichert. Der Bruder machte aber bei der Darlehenshingabe zur Bedingung, daß der Hof von dem Ehemann S. seiner Ehefrau übertragen würde, weil er glaubte, daß die Schuldenlast, die damals schon 16000 RM betrug, durch eine schlechte Wirtschaftsführung des Ehemannes und dessen leichtsinniges Schuldenmachen entstanden sei. Diesem Ansinnen wurde entsprochen und der Hof auf die Ehefrau übertragen. Trotz dieser Maßnahme blieb die Erhaltung des Hofes auch weiterhin gefährdet, zumal auch der Bruder die 5000 RM inzwischen selbst zur Abfindung und Ausstattung von Geschwistern benötigte und deshalb auf Rückzahlung drängte. Um diese Schwierigkeiten zu beheben, entschloß sich Frau S. zum Verkauf ihres Hofes. Schon im Frühjahr 1933 trat sie an den Antragsteller Dr. W. wegen Ankaufs ihres Grundbesitzes heran. Dr. W. ist Chemiker. Im Dez. 1932 hatte er den dem Reiterhofe benachbarten Strohhof erworben. Die Verhandlungen zogen sich während des ganzen Sommers hin; schließlich kam es am 27. Sept. 1933 zum Abschluß eines notariellen Vertrages, durch den die Ehefrau S. eine Fläche von rd. 27 Tagwerk, die an den Strohhof grenzt, zum Preise von 12690 RM verkaufte. Gleichzeitig wurde in diesem Vertrag die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruches auf Übertragung des Eigentums für den Gläubiger bewilligt. Dieser Kaufvertrag wurde mit einem Antrag auf Eintragung der Vormerkung am 10. Okt. 1933 beim GBA. eingereicht.

Gleich mit Abschluß des Kaufvertrages hat Dr. W. die gekauften Grundstücke in Besitz genommen und sie mit dem Strohhof zusammen bewirtschaftet. Der Kaufpreis von 12690 RM ist beim Notar hinterlegt.

Mit der Behauptung, er wolle auf dem Strohhof eine Saatkultivirtschaft betreiben und habe die gekauften Grundstücke teilweise schon bebaut und alle gedüngt, auch sei durch den Zukauf der Strohhof wieder auf seine ursprüngliche Größe, die er durch Abverkauf in früheren Zeiten verloren hätte, gebracht worden, hat er die Genehmigung des Kaufvertrages beim AuerbG. nachgesucht, wobei er sich noch ausdrücklich darauf beruft, daß er beim Vertragsabschluß von dem Inkrafttreten des RErbhofG. nichts gewußt habe, und daß ihm durch eine Nichtgenehmigung ein großer Schaden erwachse, da er ja an Kosten und Aufwendungen für die Kaufgrundstücke etwa 2000 RM verauslagt habe, die er niemals von den Eheleuten S. zurückerhalten würde.

Das AuerbG. hat die Eheleute S. gehört. Diese haben sich mit der Genehmigung des Kaufes einverstanden erklärt, weil ihre Schwierigkeiten nur durch den Verkauf behoben werden könnten und die Bewirtschaftung ihres Besitzes durch Herabminderung der Schulden ihnen erleichtert würde. Daraufhin hat das AuerbG. durch Beschl. v. 2. Jan. 1934 die Genehmigung erteilt.

Gegen diesen Beschl. hat die Ehefrau S. sofortige Beschw. beim RErbhofGer. eingelegt. Sie bittet nunmehr um Verjagung des Kaufes, da der Verkauf dem Grundgebanken des RErbhofG. widerspräche und

sie zum Verkauf nur durch Zureden veranlaßt worden sei. Wenn sie am 27. Sept. 1933 von dem bevorstehenden Inkrafttreten des N.ErbhG. Kenntnis gehabt hätte, würde sie nicht verkauft haben. Es sei ihr mit Rücksicht auf die in Aussicht stehende Entschuldung der Erbhöfe in Zukunft auch möglich, den Hof unverkleinert ihrer Familie zu erhalten.

Demgegenüber bestreitet der Käufer, daß er Frau H. irgendwie zu dem Verkauf überredet oder sonstwie auf sie eingewirkt hätte. Im Gegenteil habe Frau H. auf den Abschluß gedrängt. Auch der Bruder der Frau H. hat sich mit Schreiben v. 22. Febr. 1934 an das ErbGer. gewandt und den Antrag des Dr. W. unterstützt, weil er sein Geld zur Aussteuer seiner Geschwister dringend benötige und die Eheleute ihn, sobald er auf Bezahlung ihrer Schulden drängte, auslachten und auf die kommende Entschuldung hinwiesen.

Auf Grund dieses Vorbringens hat der Käufer Zurückweisung der Beschw. begehrt. Dabei hat er sich bereiterklärt, von einem ihm gehörigen Grundbesitz dem zweiten Sohn der Familie H., sobald dieser bauernfähig sei, etwa 30 Tagwerk einschließlich eines kleinen Waldstückes zur Ansiedlung zu den gesetzlichen Bedingungen zur Verfügung zu stellen, und gebeten, notfalls die Genehmigung von dieser Bedingung abhängig zu machen.

Nach Einholung eines Gutachtens des Kreisbauernführers hat das ErbGer. durch Beschl. v. 27. März 1934 der Beschw. stattgegeben und unter Abänderung des Beschl. des AuerbG. die Genehmigung verweigert. Es verneint das Vorliegen eines wichtigen Grundes und hält es auf Grund des Gutachtens des Kreisbauernführers nicht für wünschenswert, daß der Reiterhof, der einen in sich geschlossenen Besitz darstelle, verkleinert würde, da er sonst keine genügende Heimatzusucht für die heranwachsenden Kinder bieten würde, auch die Gebäude für die Restfläche dann zu groß sein würden und nicht mehr richtig ausgenutzt werden könnten. Hiergegen müsse das Interesse des vermögenden Käufers zurücktreten.

Diesem Beschl. sichert der Käufer mit der sofortigen weiteren Beschw. an. Er bittet um Erteilung der Genehmigung und hält hierbei seinen Vorschlag auf Abtretung eines Grundbesitzes für Ansiedlung eines Sohnes der Eheleute H. aufrecht. Die weitere Beschw. hatte keinen Erfolg.

Zunächst wendet sich die Beschw. mit Unrecht gegen die Feststellung des ErbGer., daß für die Genehmigung § 37 Abs. 2 N.ErbhG. und nicht § 15 Abs. 2 der 2. Durchf.W.D. z. N.ErbhG. maßgebend sei. § 15 Abs. 2 der 2. Durchf.W.D. findet nur dann Anwendung, wenn vor dem Inkrafttreten des N.ErbhG. die auf die Veräußerung gerichtete Erklärung bindend geworden und der Antrag auf Eintragung beim G.M. gestellt ist. Unstreitig ist ein Antrag beim G.M. erst am 10. Okt. 1933 eingegangen. Schon deshalb sind die Voraussetzungen des § 15 Abs. 2 der 2. Durchf.W.D. nicht erfüllt, ganz abgesehen davon, daß der Antrag nur auf Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Auflassung gerichtet war und die Auflassung selbst im Vertrag v. 27. Sept. 1933 von den Vertragsschließenden noch nicht erklärt war, so daß auch eine auf Veräußerung des Hofes gerichtete Erklärung, die bindend geworden wäre, noch nicht vorliegt. Die Entsch. hängt also lediglich davon ab, ob ein wichtiger Grund für die Genehmigung spricht.

Die Frage, was i. S. von § 37 Abs. 2 N.ErbhG. als wichtiger Grund anzusehen ist, kann nur unter Berücksichtigung der sittlichen und wirtschaftlichen Grundgedanken des N.ErbhG. beantwortet werden. Um wieder einen freien, gesunden, mit der Scholle fest verwurzelten Bauernstand zu schaffen, hat das Gesetz die Erbhöfe dem freien Verkehr und der willkürlichen Verfügung der jeweils auf ihnen wirtschaftenden Bauern entzogen. Der einzelne Bauer soll sich als Glied in der Kette der Geschlechterfolge wie ein Treuhänder fühlen, der die Scholle seiner Sippe zu erhalten hat. Deshalb gehört § 37 Abs. 1, der die Unbefaßbarkeit und Unveräußerlichkeit der Erbhöfe anordnet, zu den tragenden Grundgedanken des gesamten Erbhofrechts.

Wenn demgegenüber Abs. 2 des § 37 dem AuerbG. gestattet, aus wichtigem Grunde Ausnahmen von der Regel des Abs. 1 zuzulassen, so muß die Annahme eines solchen wichtigen Grundes an strenge Voraussetzungen geknüpft werden in dem Sinne, daß nicht durch Art und Umfang der gewährten Ausnahmen die Verwirklichung der Grundziele des Gesetzes gefährdet wird. Vor allem müssen bei der Entsch. über die Genehmigung von Veräußerungen und Belastungen die Sonderinteressen des Käufers und auch des Verkäufers in der Regel gegenüber dem Interesse, das die Allgemeinheit an der Erhaltung des Hofes hat, zurücktreten. Unter diesen Gesichtspunkten fehlt es im vorliegenden Falle an Gründen, die wichtig genug wären, um die Genehmigung der Veräußerung von wesentlichen Teilen des Hofes rechtfertigen zu können. Denn nach dem Gutachten des Kreisbauernführers würde der Hof, der zur Zeit einen völlig abgeschlossenen Besitz bildet, durch den Abverkauf von 26 Tagwerk zu klein werden und nicht mehr den heranwachsenden sieben Kindern eine genügende Heimatzusucht bieten können. Das kommende Geschlecht würde also wieder teilweise entwurzelt werden, wenn die Restscholle sie nicht mehr ernähren kann. Mit Rücksicht auf diese Wirkungen würde die Genehmigung der Veräußerung der Teile des N.ErbhG. zuwiderlaufen.

Denn andererseits liegen die Dinge nicht so, daß der Hof ohne die aus der Abveräußerung von 26 Tagwerk zu gewinnenden Mittel nicht zu erhalten wäre. Zwar wird in der Beschw. Begr. auf die schlechte Wirtschaft der Eheleute H. hingewiesen. Dies steht aber mit dem Gutachten des Kreisbauernführers in Widerspruch. Dieses Gutachten stützt sich auf eine Besichtigung des Hofes, die der Kreisobmann vorgenommen hat, wobei er festgestellt hat, daß die Felder ordnungsmäßig bestellt und die Ställe peinlich sauber und mit gutem Vieh besetzt sind. Bei diesen Feststellungen des Kreisobmannes, dessen Sachkenntnis wohl kaum zu bezweifeln ist, kann von einer schlechten Bewirtschaftung des Hofes keine Rede sein. Auf dem Hof wachsen gesunde Kinder heran, von denen das älteste schon 16 Jahre ist. Deshalb ist der Senat überzeugt, daß es den Eheleuten H. mit Hilfe ihrer heranwachsenden Kinder gelingen wird, bei sparsamer Wirtschaft den Hof wieder auf eine ertragsfähige Höhe zu bringen.

Allen diesen Erwägungen gegenüber muß das rein wirtschaftliche Interesse des Käufers an der Vergrößerung seines eigenen Besitzes zurücktreten. Wenn es auch zutreffend ist, daß der Kaufvertrag auf Drängen der Eheleute H. und nicht auf eine etwaige Überredung durch den Käufer geschlossen worden ist, und daß die Ehefrau H. im Gegensatz zu ihrer späteren ablehnenden Stellungnahme vor dem AuerbG. nach dem Antrag auf Genehmigung zugestimmt hat, so reichen doch diese Tatsachen zur Annahme eines die Genehmigung der Veräußerung rechtfertigenden wichtigen Grundes schon deshalb nicht aus, weil bei der Erteilung der Genehmigung Eigenwünsche der Beteiligten nur insoweit beachtlich sind, als sie nicht den bei der richtigen Anwendung des N.ErbhG. zu wahren allgemeinen Interessen zuwiderlaufen. Außerdem scheint Frau H. unter dem Einflusse ihres Bruders, der wegen der Rückzahlung der ihr geliehenen Gelder besorgt war, und unter der irrigen Vorstellung, daß sie den Hof ohne die Abveräußerung nicht halten könne, gehandelt zu haben. Nach alledem bedarf es ferner keiner weiteren Rechtfertigung, daß auch das Interesse des Bruders der Frau H., des Banenr Georg W., der aus dem Verkaufserlös die seiner Schwester geliehenen 5000 RM zurückerkhalten soll, die Genehmigung der Veräußerung nicht rechtfertigen kann. Selbst wenn er das Geld dringend für die Ausstattung seiner Geschwister benötigt und es ihm selbst sehr schwerfällt, es sich auf andere Weise zu verschaffen, so sind doch diese Unzuträglichkeiten nicht so ungewöhnlich groß und unbillig, daß sie gegenüber den schweren gegen die Veräußerung sprechenden Bedenken den Ausschlag geben könnten. Wenn der Bruder der Frau H. noch hervorhebt, daß die Eheleute H. jetzt böswilligerweise ihre Schulden überhaupt nicht mehr bezahlen wollen und ihre Gläubiger lachend auf die kommende Entschuldung hinweisen, so berührt das die hier zu treffende Entsch. nicht. Im übrigen könnte derartige Verstöße gegen den bürgerlichen Anstand durch Inanspruchnahme der Hilfe des Kreisbauernführers, erforderlichenfalls auf dem im § 15 N.ErbhG. vorgesehenen Wege entgegengetreten werden.

Wenn endlich der Käufer noch darauf hinweist, daß er bei der Bewirtschaftung der ihm schon übergebenen Auf Grundstücke erhebliche Aufwendungen gemacht hat, so ist zu beachten, daß er bei diesen Aufwendungen, die er in Kenntnis der fehlenden Genehmigung machte, auf eigene Gefahr handelte, ihm außerdem aber die Vorschr. des Bürgerlichen Rechts verschiedene Möglichkeiten bieten, um für seine Aufwendungen entschädigt zu werden.

(N.ErbhGer., Beschl. v. 24. Juli 1934, 3 RB 66/34.)

Geste

Erbhofgerichte

1. §§ 30 ff. N.ErbhofG. Erbausinandersetzungsansprüche auf Grund eines Erbausinandersetzungsvertrages unterliegen nicht der Regelung durch das AuerbG. gemäß §§ 30 ff. N.ErbhofG. Ein derartiges Verfahren vor den AuerbG. ist unzulässig.

Eingetragener Eigentümer des im Grundbuch von M. verzeichneten Grundbesitzes, der von allen Beteiligten, wie auch vom AuerbG. als Adernahrung angesehen wird, war der Landwirt Heinrich Th. Er ist 1931 gestorben und laut Erbschein 2 VI 10/34 des AG. in Z. beerbt worden von seinem Sohne W. Dieser ist 1932 gestorben und hat nach demselben Erbschein seine drei Schwestern, nämlich:

1. Frau Martha G.,
2. Frau Bertha Sch.,
(die beiden Beschw.),
3. Fräulein Erna Th.
(die jetzige Bäuerin),

als Erben hinterlassen.

Diese drei Miterben haben sich über den Nachlaß am 9. Febr. 1934 dahin auseinandergesetzt, daß Erna Th. den Hof erhielt und dafür die Nachlaßverbindlichkeiten übernahm, ein Ausgebirge bestellte und sich zur Zahlung von je 3000 RM Erbabsfindung an ihre beiden Schwestern und Miterbinnen verpflichtete. Auf Grund dieser Auseinandersetzung erhielt Erna Th. Auflassung und wurde am

26. März 1934 als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen. Sie hat beim AuerbG. vorgebracht, ihre Schwestern seien schon ohne diese Erbfindungen von je 3000 *R.M.* versorgt, Frau G.s Ehemann habe selber einen Erbhof, Frau Sch. habe ihre Arbeitskraft dem Hofe kaum gewidmet, und der Hof könne die versprochenen je 3000 *R.M.* nicht tragen. Sie hat demgemäß beantragt, zu entscheiden, ob sie verpflichtet sei,

- a) an Frau G. überhaupt noch etwas zu zahlen,
- b) an Frau Sch. mehr als höchstens 1000 *R.M.* zu zahlen.

Das AuerbG. hat die Ansprüche der beiden Schwestern aus dem Auseinanderetzungsvertrage um je 1500 *R.M.*, also auf die Hälfte, herabgesetzt.

Dagegen haben beide Schwestern sofortige Beschw. eingelegt.

Nun entscheidet zwar das AuerbG. über Streitigkeiten gem. § 30 nach § 32 letzter Satz *R.ErbhofG.* „endgültig“, d. h. gegen eine solche Entsch. findet kein Rechtsmittel statt. Aber das gilt nur dann, wenn eine Entsch. über Ansprüche dieser Art beantragt war und das AuerbG. auch über solche Ansprüche tatsächlich entschieden hat. Eben dies aber bestreiten die Beschw.; sie halten die §§ 30 ff. *R.ErbhofG.* auf den vorl. Fall nicht für anwendbar und damit das Verfahren des ersten Gerichts als Ganzes für unrichtig und unzulässig. Die Bäuerin hat eine Entsch. darüber verlangt, ob und inwieweit sie verpflichtet sei, einen Vertrag mit ihren Schwestern zu erfüllen. Dieser Vertrag ist rechtswirksam abgeschlossen, er betrifft die Erbteilung aus einem Anwesen, das damals einen Erbhof nicht bildete, weil es im Miteigentum einer Erbengemeinschaft stand. Wenn jetzt die Bäuerin glaubt, ein Recht zu haben, diesen Vertrag nicht erfüllen zu brauchen, so mag sie im Klagewege die Entsch. der ordentlichen Gerichte anrufen. Für eine Tätigkeit der AuerbG. ist überhaupt kein Raum. Insbes. ist das AuerbG. nicht in der Lage, eine rein bürgerlich-rechtliche Schuld der Bäuerin auf die Hälfte herabzusetzen. Wenn der Hof trotz guten Willens des Bauern eine Schuld nicht leisten kann, so wird dem Bauern daraus ein Vorwurf i. S. des § 15 Abs. 2 *R.ErbhofG.* kaum zu machen sein.

Es zeigt sich also, daß schon der Antrag der Bäuerin unzulässig war. Er hätte auch als unzulässig abgewiesen werden müssen. Ein Verfahren auf Grund der §§ 30 ff. *R.ErbhofG.* liegt überhaupt nicht vor. Daher ist die Beschw. zulässig und auch begründet und der angefochtene Beschluß ist dahin zu ändern, daß der Antrag der Bäuerin auf Entsch. darüber, ob und wieviel sie aus der Wirtschaft an die Beschw. zu zahlen habe, abgewiesen wird.

(*R.ErbhGer. Celle, Beschl. v. 21. Aug. 1934, 2 EH 208/34.*)

Ver. von *N.* und *Not. Dr. Schenk, Züllichau.*

*

2. § 37 *R.ErbhofG.*; § 12 Abs. 3 der 1. Durchf. *W.D.*; § 5 der 2. Durchf. *W.D.*

1. Gehört der Grundbesitz dem Ehemann, das Hofes-zubehör der Ehefrau, so liegt kein Ehegatten-Erbhof i. S. des § 5 der 2. Durchf. *W.D.* vor.

2. Das AuerbG. kann nicht im Wege einer einstweiligen Anordnung nach § 12 Abs. 3 der 1. Durchf. *W.D.* dem Bauern die Verfügung über das Hofes-zubehör verbieten. f)

Der Vollhöfner Sp. ist Eigentümer des Vollhofes Haus Nr. 3 in *N.*, welcher erheblich verschuldet ist. Im Juni 1934 hat der Bauer seinen Hof im Stich gelassen und sich nach *S.* be-

Zu 2. Die Entsch. ist um so freudiger zu begrüßen, als sie mit einem Irrtum aufräumt, der sich nicht nur auf das Rechtsgebiet der beiden Durchf. *W.D.* (Begriff des Ehegattenerbhofs), sondern auf grundlegende Fragen des *R.ErbhofG.* erstreckte.

Die Ansicht des Kreisbauernführers, das Inventar gehöre zum Erbhof des Ehemannes, auch wenn es im Eigentum der Ehefrau stehe, enthält einen Widerspruch in sich selbst; alles, was zum Erbhof gehört, wird vom „Erbhofeigentum“ ergriffen, keine von den „zum Erbhofe gehörenden“ unbeweglichen oder beweglichen Sachen kann im Eigentum eines anderen, auch nicht im Eigentum der Ehefrau des Bauern, stehen; nur wenn es sich um die einzige, erst von den Durchf. *W.D.* zugelassene Ausnahme — nämlich um den Ehegattenerbhof — handelt, steht alles: Grundbesitz und Zubehör, im gemeinsamen Erbhofeigentum des Bauerehepaares. — Wie weit verbreitet jene Ansicht aber schon war, zeigt eine Bemerkung von Dr. Busse in der Buchbesprechung „Dr. W. Mann: Erbgang im Dritten Reich“ (Nationalsozialist. Landpost Folge 35 v. 31. Aug. 1934): dort wurde die Auffassung, daß das der Frau des Bauern gehörige Inventar nicht Zubehör des Erbhofes sei, als „nicht unbedenklich“ bezeichnet und wurde dagegen „auf die z. B. in § 5 der 2. Durchf. *W.D.* zum Ausdruck gekommene Grundanschauung des Gesetzes“ verwiesen.

Auf den Fehler, daß nach der „Grundanschauung des Gesetzes“ in Ausnahme- und Übergangsvorschriften geforscht wird, weist auch

geben, um sich dort als Chauffeur zu betätigen. Daraufhin hat seine Ehefrau einen Auktionator mit dem Verkauf des Hofesinventars beauftragt. Nunmehr hat der Kreisbauernführer dem AuerbG. von den Verkaufsbefehlen der Ehefrau Sp. Nachricht gegeben und den Antrag gestellt, durch eine Einstw. *W.D.* die Versteigerung des Inventars zu verhindern, da nach § 5 der 2. Durchf. *W.D.* z. *R.ErbhofG.* das Inventar, selbst wenn es der Ehefrau gehöre, Teil des Erbhofes sei und deshalb nicht versteigert werden dürfe.

Das AuerbG. hat durch Beschluß v. 5. Juli 1934 den Eheleuten Sp. bei Meidung einer Geldstrafe bis zu 2000 *R.M.* oder Haft bis zur Dauer von sechs Wochen bei Zuwiderhandlung jede Verfügung über das Inventar sowie den Verkauf von Stücken des Inventars und der Ernte von Ams wegen verboten. Die Kostenentscheidung ist vorbehalten geblieben.

Gegen diesen Beschluß hat die Ehefrau Sp. sofortige Beschw. eingelegt und zur Begr. ausgeführt, das Inventar gehöre ihr und es bestehe die Gefahr, daß der Ehemann den Hof und die Wirtschaft im Stich gelassen habe, daß sie ihre letzte Habe verliere. Die Beschw. mußte Erfolg haben.

Die Ansicht des Kreisbauernführers, das Inventar gehöre zum Erbhof des Ehemannes, auch wenn es im Eigentum der Ehefrau stehe, ist nicht zutreffend. Nach § 7 *R.ErbhofG.* gehört zum Erbhof nur das „im Eigentum des Bauern stehende“ Zubehör. Allerdings hat *Vogels* in der 2. Aufl. seines Erläuterungswerkes zum *R.ErbhofG.* auf S. 302 den Standpunkt vertreten, daß, wenn das Grundvermögen dem Ehemann und das Hofes-zubehör den Eheleuten gemeinschaftlich oder der Ehefrau gehöre, hier ein Fall des Ehegattenerbhofes, wie ihn § 5 Abs. 1 der 2. Durchf. *W.D.* im Auge habe, vorliege. Diese Ansicht von *Vogels* ist jedoch nicht zutreffend; denn dann würde die als Ausnahme gedachte Vorschr. des § 5 der 2. Durchf. *W.D.* vielerorts zur Regel werden, weil es in vielen Gegenden üblich ist, daß die Ehefrau mindestens einen Teil des Inventars, jedenfalls das Hausgerät, das nach § 8 *R.ErbhofG.* ebenfalls zum Hofes-zubehör gehört, mit auf den Hof bringt. § 5 der 2. Durchf. *W.D.* kann sich nach seinem Wortlaut nur auf den Fall beziehen, daß der Grundbesitz z. T. dem Ehemann und z. T. der Ehefrau gehört. Denn das Gesetz spricht von „Besitzungen“, worunter man im Sprachgebrauch nur den Grundbesitz versteht, und davon, daß diese Besitzungen „von einer Hofesstelle aus bewirtschaftet“ werden. *Vogels* hat auch in der 3. Aufl. seines Werkes seine frühere Ansicht nicht wiederholt. Gehört aber das Inventar nicht zum Erbhof, so kann die Ehefrau, da sie uneingeschränkte Eigentümerin ist, frei darüber verfügen. Eine einstweilige Anordnung, durch die sie in der Verfügung darüber beschränkt wird, ist unzulässig.

Ob die Ehefrau Eigentümerin des Inventars ist, mag auf sich beruhen. Sie hat eine dahingehende eidesstattliche Versicherung und den Ehe- und Erbvertrag v. 2. Mai 1931 überreicht, woraus sich die Richtigkeit ihrer Behauptungen ergeben mag. Selbst wenn aber das Inventar dem Ehemann gehören sollte, würde der angefochtene Beschluß ebenfalls aufzuheben sein. Nach § 12 Abs. 3 der 1. Durchf. *W.D.* sind einstweilige Anordnungen der AuerbG. nicht möglich, wenn eine Hauptentscheidung ergehen kann. Im Wege einer einstweiligen Anordnung darf nur das geregelt werden, was auch im Wege der Hauptentscheidung geregelt werden kann. Nach § 37 *R.ErbhofG.* kann das AuerbG. aber dem Eigentümer die Verfügung über das Zubehör nicht ver-

R.ErbhGer. Celle hin. Zugleich aber zeigt es auch die Stelle im Schrifttum auf, die zu der abwegigen Gegenansicht (offenbar ungeschuldigerweise) geführt hat. Allerdings findet sich nämlich bei *Vogels*, *R.ErbhofG.*, 2. Aufl., S. 302 in der Erl. zu § 5 der 2. Durchf. *W.D.* die Bemerkung: „Unter § 5 Abs. 1 gehört auch der Fall, daß das Grundvermögen zwar dem Ehemanne, das Hofes-zubehör aber den Eheleuten gemeinschaftlich gehört“; und allerdings ist diese Ansicht *Vogels*' aus den vom *R.ErbhGer.* angeführten Gründen unzutreffend, und *Vogels* hat auch in der 3. Aufl. seines Werkes sie nicht wiederholt. Aber den vom Kreisbauernführer im obigen Falle aufgestellten Satz zu stützen, dazu war sie an sich schon nicht angetan; denn die Bemerkung will nur sagen, daß in dem Übergangsfalle (wenn am 21. Dez. 1933 auf einer „Besitzung“ die Eigentumsverhältnisse, wie angegeben, verteilt sind und diese Besitzung im übrigen den Voraussetzungen der §§ 1—4, 6 *R.ErbhofG.* entspricht) die Besitzung v. 21. Dez. 1933 ab Erbhof wird. Offenbar absichtlich sind die Fälle des Alleineigentums der Ehefrau und des geteilten Eigentums eines oder jedes der Ehegatten (vgl. § 5 Abs. 1 a u. b) in der Bemerkung nicht mit herangezogen; die Bemerkung sollte sich auf Regelfälle, d. h. auf solche, die außerhalb des Begriffsbereiches des sog. „Ehegattenerbhofes“ liegen, aber überhaupt nicht beziehen. Das kann unbedenklich aus dem sonstigen Inhalt des Erläuterungswerkes geschlossen werden: *Vogels* scheidet genau (ebenso wie z. B. *Währmann*, *Dem. 2a* zu § 8; *Schapp*, *R.ErbhRecht* S. 62 ff., 69,

bieten. Es kann vielmehr nur die Veräußerung von Zubehör genehmigen oder die Genehmigung versagen. Ein Bedürfnis dafür, dem Eigentümer die Verfügung über das Zubehör zu verbieten, besteht auch nicht. Denn wenn der Eigentümer ohne Genehmigung des AnerbG., und ohne daß die Ausnahmevorschr. des § 37 Abs. 1 Satz 2 AErbhofG. vorliegt, verfügt, so ist diese Verfügung schon kraft Gesetzes unwirksam und vermag kein Eigentum zu übertragen. Da mithin das AnerbG. im Wege einer endgültigen Entsch. die Verfügung über das Zubehör nicht verbieten kann, kann es auch nicht eine dahingehende einstweilige Anordnung erlassen.

Aus diesem Grunde mußte der angefochtene Beschluß aufgehoben und der Antrag des Kreisbauernführers v. 5. Juli 1934 zurückgewiesen werden. Wenn der Kreisbauernführer den Bestand des Erbhofes und seine weitere Bewirtschaftung sichern will, muß er beim Landesbauernführer anregen, daß dieser gem. § 15 AErbhofG. die Abmeierung des Bauern in die Wege leitet. Im Zuge dieses Abmeierungsverfahrens ist dann eine einstweilige Anordnung, die die weitere Bewirtschaftung des Hofes sichert und die Verschleuderung des Inventars verhütet, möglich und zulässig, wobei freilich auf das etwaige Eigentum der Ehefrau Sp. Rücksicht zu nehmen ist.

(LErbhGer. Celle, Beschl. v. 13. Sept. 1934, 3 EH 1151/34.) [—n.]

*

3. § 14 Abs. 2 der 1. Durchf. VO. z. AErbhofG.

1. Der Leiter der landwirtschaftlichen Beratungsstelle der NSDAF. ist vor den Anerbenbehörden als Beistand oder Prozeßbevollmächtigter ausgeschlossen.

2. Die von ihm eingelegte Beschwerde ist als unzulässig zu verwerfen.

Die Witwe R. hat gegen die Aufnahme ihres Besitzes in das gerichtliche Verzeichnis Einspruch eingelegt. Dieser ist durch den angefochtenen Beschluß zurückgewiesen worden mit der Begr., daß, entgegen der Behauptung der Eigentümerin, eine Adernahrung vorliege.

Gegen den Beschluß hat in Vollmacht der Eigentümerin der Leiter der landwirtschaftlichen Beratungsstelle der NSDAF. unter Benutzung amtlicher Kopfbogen der NSDAF. sofortige Beschw. eingelegt mit der Begr., daß der Besitz keine Adernahrung darstelle.

Auf die Beschw. kann sachlich nicht eingegangen werden, da der Bevollmächtigte der Beschw. zu den in § 14 Abs. 2 der 1. Durchf. VO. aufgeführten Personen gehört, die, ohne Anz. zu sein, das Verhandeln vor Gericht geschäftsmäßig betreiben. „Geschäftsmäßig“ i. S. dieser Vorschr. heißt, daß die Vertretung vor Gericht erfolgt als Teil einer berufsmäßigen (geschäftsmäßigen) Tätigkeit des Vertreters, mithin nicht nur gelegentlich aus Geschäftlichkeit oder Freundschaft etwa auf Grund persönlicher oder verwandtschaftlicher Beziehungen. Gewerbmäßigkeit oder Entgeltlichkeit ist nicht erforderlich, es genügt vielmehr, wenn die Tätigkeit öfter wiederholt wird oder auch aus einer sonstigen regelmäßigen Tätigkeit entspringt (vgl. Gaupp-Stein-Fo-nas, 15. Aufl., Bem. I zu § 157 ZPO.; ErbGer. Nürnberg GPr. § 14 der 1. Durchf. VO. Nr. 1). Mindestens das letztere ist nun der Fall. Es kann keinen Zweifel unterliegen, daß der Leiter der landwirtschaftlichen Beratungsstelle bei der Beratung in Anerbenfällen innerhalb seiner eigentlichen beruflichen Aufgabe, also geschäftsmäßig tätig wird. Dehnt er diese Tätigkeit auf das Auftreten oder Verhandeln vor Gericht aus, so geschieht auch dies als Erweiterung seiner sonstigen geschäftlichen (beruflichen)

Tätigkeit, fällt also unter § 14 der 1. Durchf. VO. und ist unzulässig, auch wenn es sich um eine Parteidienststelle handelt.

Dies Ergebnis ist auch zweckmäßig. Die Aufgabe der landwirtschaftlichen Fachberater mag darin bestehen, daß er die bäuerliche Bevölkerung des Gaus berät, ihr mit Auskünften, Ratsschlägen, Belehrungen u. dgl. zur Seite steht, nicht aber besteht sie darin, als Prozeßvertreter von Privatpersonen aufzutreten.

Es ist ein durchaus unerwünschtes Ergebnis, wenn vor den Anerbenbehörden der landwirtschaftliche Fachberater als Vertreter privater Interessen und doch unter Benutzung seiner amtlichen Funktionen als Parteidienststelle auftritt. Somit ist gem. § 14 Abs. 2 Satz 1 die Beschw. in unzulässiger Form eingelegt. Sie muß daher als unzulässig verworfen werden (so im Ergebnis auch Böhrmann, 2. Aufl., Anm. 2 zu § 14 der 1. Durchf. VO. S. 329). Da inzwischen die Beschwerdefrist für die Eigentümerin abgelaufen ist, käme höchstens eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gem. dem nach § 11 der 1. Durchf. VO. anzuwendenden § 22 Abs. 2 ZPO. in Frage. Im vorl. Fall besteht jedoch keine Veranlassung, der Eigentümerin Gelegenheit zur Stellung eines solchen Antrages zu geben, da die Beschw. offenbar auch sachlich unbegründet ist, denn der Grundbesitz hat bei einer Größe von 7,943 ha (durchweg Boden I.—IV. Klasse nach der neuen Einstufungsart, davon allein rund 1 1/2 ha I. Klasse) einen Reinertrag von 136,05 Talern, einen Einheitswert von 20 200 RM und einen Grundvermögenssteuerwert von 60 200 RM.

(LErbhGer. Celle, Beschl. v. 18. Sept. 1934, 2 EH 545/34.) [—n.]

*

Nürnberg

4. § 2 Abs. 2 AErbhofG. Unheilbar verschuldete Bauernhöfe, besonders solche, bei denen die wirtschaftlich unhaltbare Lage auf schlechtes Wirtschaften der Eigentümer oder Betriebsleiter zurückzuführen ist, müssen der Wohlthaten des AErbhofG. entbehren. In solchen Fällen sind die Schulden bei der Prüfung, ob eine Adernahrung vorhanden ist, zu berücksichtigen. (f)

Das Anwesen Hans Nr. 3 in W. wurde von Ludwig W. am 23. Dez. 1932 im Zwangsversteigerungsverfahren um das Meistgebot von 11 500 RM erworben; die erste Hypothek zu 3500 RM blieb bestehen und war zu übernehmen. Vorher hatte es der Mutter Rosina W. gehört. Ludwig W. war aber schon seit vielen Jahren der Leiter des Betriebes. Das Anwesen besteht etwa zu gleichen Teilen aus Wald und aus Flächen, die landwirtschaftlich genutzt werden. Die Größe ist um 14 ha. Der Einheitswert beträgt 6000 RM. Umher der Landwirtschaft wurde auf dem Anwesen eine Mahlmühle und ein Sägewerk betrieben.

Die Stadtgemeinde (Stadtparkasse) N. ist Hypothekgläubigerin des Ludwig W. und betreibt die Zwangsversteigerung in das Anwesen. Das Notariat N. hat der Gläubigerin aufgegeben, die Frage der Erbhofeigenschaft zu klären und das Zwangsversteigerungsverfahren vorläufig nicht weiterbetrieben. Infolgedessen hat die Gläubigerin Antrag beim AnerbG. gestellt, über die Erbhofeigenschaft des schuldbnerischen Anwesens eine Entsch. zu treffen.

Mit Beschl. v. 25. März 1934 hat das AnerbG. sich dahin ausgesprochen, daß das Anwesen des Schuldners Ludwig W. nicht als Erbhof anzusehen ist und der Stadtgemeinde N. als der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens aufzulegen.

Gegen den Beschl. hat zunächst der Kreisbauernführer sofortige Beschw. eingelegt. Er meint, ein Anwesen von 7,307 ha landwirtschaftlich genutzter Fläche könne wohl eine Adernahrung darstellen, sicher sei dies aber, wenn noch 7,243 ha Wald zur Ver-

127) das, was nach § 97 Abs. 1 Satz 2 ZPO. als Grundstückszubehör nicht anzusehen ist, von denjenigen beweglichen Sachen, die trotzdem nach § 8 AErbhofG. dem Erbhofzubehör zugehören, in seiner Bem. 3 zum § 8 AErbhofG.; unmittelbar daran schließt sich in seiner Bem. 4 die Wiederholung des Sperrdruckatzes aus seiner Bem. II zu § 7: „Nur die im Eigentum des Bauern stehenden Gegenstände sind Zubehör.“ Er verkennet auch an keiner Stelle, daß das Gesetz nirgends an den Bauern die Anforderung stellt, daß er nur mit eigenem Inventar wirtschaftet, und er weist beispielsweise darauf hin, daß „eine auf Abzahlung unter Eigentumsvorbehalt gekaufte Maschine, die noch nicht ganz bezahlt ist, nicht zum Zubehör gehört“ (§ 7 Bem. II).

Der Entsch., daß die Ehefrau als unbefristete Eigentümerin frei über ihr Inventar verfügen darf, ist beizupflichten. — Aber auch darüber hinaus enthalten die Entscheidungsgründe noch Wegweiser verfahrenszwecklicher Art, denen man unbedenklich wird folgen können: Das AnerbG. kann nach § 37 AErbhofG. dem Eigentümer die Genehmigung zur Veräußerung von Erbhofzubehör erteilen oder versagen; es kann ihm aber die Verfügung über das Zubehör (die übrigens, abgesehen von den Ausnahmefällen des § 37 Abs. 1 Satz 2, kraft Gesetzes unwirksam ist) nicht verbieten!

DLGK. a. D. Dr. W. Mann, Werltn.

Zu 4. Die Entsch. begrüße ich als bahnbrechend von ganzem Herzen. In der Literatur herrscht einstimmig die Meinung, daß die Schulden eines Anwesens bei Feststellung der Erbhofeigenschaft nicht berücksichtigt werden dürfen. In der Rspr. ist es nicht anders. Erwähnt seien nur die bei Vogels-Hopp zu § 2 AErbhofG. abgedr. Entsch. Nr. 1 u. 5, ferner die Entsch. des ErbGer. v. OÖ. Bamberg v. 11. April 1934, BeschwReg. Nr. 52/34: Bay. Weil. z. DNotZ. 1934, 109 und des gleichen Gerichtes v. 9. Mai 1934, BeschwReg. Nr. 73/34, letztere unveröffentlicht. Ich bekämpfe diesen Standpunkt seit langem und verweise insbes. auf meine Ausführungen in Bay. Weil. z. DNotZ. 1934, 83, wo ich im wesentlichen folgendes angeführt habe: Nach dem Wortlaut des AErbhofG. ist der Begriff der Adernahrung ein objektiver und kein subjektiver insofern, als er lediglich von der Größe und Ertragsfähigkeit des Anwesens selbst bei ordnungsgemäßer Wirtschaft abhängt, nicht aber z. B. von der Kopfzahl der Bauernfamilie, die gerade auf dem Hof sitzt. Daß aber außer dem Vorhandensein einer Adernahrung und dem Alleineigentum einer bauernmäßigen Person (Ausnahmen hiervon siehe die Durchf. VO.) die Erbhofeigenschaft eines Anwesens nicht auch von der Schuldenlast abhängig gemacht ist, beruht offensichtlich nur auf der nicht zur Ausführung gekommenen Absicht, gleichzeitig mit oder unmittelbar nach dem AErbhofG. ein Erbhof-

jüngere stünde. Infolge der außerordentlichen Überschuldung sei wohl denkbar, daß Augenblicklich der Viehbestand zu klein sei. Aber deshalb könne dem Anwesenden als solchen die Ackerernährung so wenig aberkannt werden, wie wegen der Überschuldung und wegen der Verweigerung des Osthilfe- und des landwirtschaftlichen Entschuldungsverfahrens.

Ludwig W. hat ebenfalls Beschw. eingelegt. Die Erbhofeigenschaft sei zu Unrecht abgelehnt worden. Die Ernährung der vierköpfigen Familie sei seit Jahren aus den Erträgen der Landwirtschaft erfolgt. Der Viehbestand sei deshalb so gering, weil das heranwachsende Vieh immer wieder habe verkauft werden müssen, um der dringenden Verpflichtungen Herr zu werden. Von einer Herabwirtschaftung des Viehstandes könne nicht gesprochen werden.

An den Gebäulichkeiten habe er einen dem Verfall nahen Schuppen wieder instand gesetzt und einen neuen um 300 RM errichtet. Dafür, daß er sein Anwesen einwandfrei bewirtschaftete, benenne er als Sachverständigen den Kreisbauernführer. Wenn er durch andere Tätigkeiten, wie Handel usw., Geld zu verdienen versucht habe, so nur wegen des landwirtschaftlichen Betriebes, um die zur Erhaltung der Gebäude usw. notwendigen Beträge aufzubringen. Die im landwirtschaftlichen Betrieb durch Frauenhände zu verrichtenden Arbeiten besorge einwandfrei seine Schwester.

Schließlich erklärte der beschwerdeführende Kreisbauernführer, daß die Erbhofeigenschaft festgestellt werden müsse, da weitere Feststellungen bei der Größe des Bestandes wohl kaum mehr nötig seien.

Die sachrechtliche Würdigung ergibt:

Die Antragstellung für die Feststellung der Erbhofeigenschaft, die nach § 10 AErbhofG. nur dem Eigentümer und dem Kreisbauernführer zustand, ist durch § 61 der 1. Durchf. V. z. AErbhofG. auf jeden ausge dehnt worden, der ein rechtliches Interesse an der Feststellung nachweist. Wenn auch das „rechtliche“ Interesse über das berechnete Interesse hinausgeht, so ist doch ein wirtschaftliches Interesse genügend (vgl. Banmecker zu § 61 der 1. Durchf. V.). Daß ein Hypothekgläubiger, dessen Zinsen nicht bezahlt werden und der darum wissen will, ob § 38 Abs. 1 AErbhofG. einschlägig ist, ein wirtschaftliches und rechtliches Interesse an der Feststellung der Erbhofeigenschaft hat, bedarf keiner Ausführung; erst recht, wenn ihm der Versteigerungsbeamte die Auflage macht, nachzuweisen, daß der beschlagnahmte Grundbesitz kein Erbhof ist.

Was die Größe des dem Ludwig W. gehörigen Hofes anlangt, so beträgt der Gesamtflächeninhalt 13,373 ha, von denen aber nur 6,113 ha landwirtschaftlich genutzt sind, während der Rest Wald ist.

Auf dem Grundbesitz ruhen insgesamt 10 918,28 RM Hypotheken. Neben den Hypothekenschulden sind noch 1674,97 RM Kurrentschulden vorhanden. An dem Schuldenstand, der den Entschuldungsakten entnommen ist, hat sich seitdem nichts gebessert.

Ludwig W. hat diese Schuldenlast auch nicht bestritten. Bemerkenswert ist, daß noch nicht zwei Jahre verflossen waren, seit er das Anwesen eingetiegt hatte, und daß gegenüber dem Höchstgebot die Schulden um mehr als 1000 RM gestiegen waren. Dazu kommt, daß von allen dinglich gesicherten Forderungen die Zinsen im Rückstand waren und sind.

Das ErbGer. hält eine Ackerernährung beim Besitz des W. nicht gegeben. Die landwirtschaftlich genutzte Fläche hat die Größe von 7 1/2 ha nicht (vgl. § 34 Abs. 1 der 1. Durchf. V. z. AErbhofG.). Der Wald kommt nicht in Betracht, weil er höchstens den Streubezug sicherstellen könnte. Dieser Umstand spielt aber hier wiederum keine Rolle, weil der Viehbestand ein ganz schlechter und ungenügender ist. Nach dem Akteninhalt kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der landwirtschaftliche Betrieb verwaorloßt ist. Nimmt man dazu, daß die Acker und Wiesen nur mittlerer Güte sind, so ist zwingend zu fol-

EntschuldG. zu erlassen. Die technischen Schwierigkeiten, die dem Erlaß dieses Gesetzes entgegenstanden, haben ihn bis heute verhindert. Wenn dies der Gesetzgeber gewußt hätte, würde er im AErbhofG. mit allergrößter Wahrscheinlichkeit auf die Schuldenlast der Anwesenden Rücksicht genommen haben. Reichsbauernführer Darré brachte dies auf dem Bay. Landesbauerntag in München zum Ausdruck, indem er sagte: „Das AErbhofG. kann nur verstanden werden aus dem kommenden EntschuldG.“ Anschließend habe ich in dem vorerwähnten Aufsatz einige Beispiele angeführt, die diesem Gedanken geradezu zwingende Wirkung verleihen und die darlegen, daß der Satz „Schulden bleiben außer Betracht“ nur für solche Schulden Geltung haben kann, die der Bauer nach vollständiger Entschuldung des Hofes neu aufgenommen hat. Nur eine solche Auslegung dürfte dem Abs. 3 der Einleitung zum AErbhofG. entsprechen.

Bei Feststellung der Erbhoffähigkeit eines Anwesenden müssen die Schulden, die darauf lasten, insbef. als Beweismittel (Indizien), nach zwei Richtungen hin genau beachtet werden.

1. Ist ein Anwesen hoch belastet, obgleich der Bauer ein ordentlicher Wirtschaftler ist und besondere Unglücksfälle (Brand, Viehseuchen) ihn nicht getroffen haben, so zeigt dies, daß es keine ausreichende Ackerernährung darstellt. Jeder solche Fall wird auch Veranlassung sein müssen, bei Höfen gleicher Ertragsfähigkeit in gleicher

gern, daß die Ackerernährung, die normal bei 7 1/2 ha vorliegt, nicht vorhanden ist. Der Gegenbeweis wird dadurch geführt, daß die Familie seit 1924/26 nicht mehr instande war, unabhängig vom Markt und der allgemeinen Wirtschaftslage Nahrung und Kleidung zu gewinnen sowie den Wirtschaftsablauf des Hofes zu erhalten. Dafür war Ludwig W. verantwortlich, denn er war seit dieser Zeit der Leiter des Betriebes, und es ist müßig, wenn er sich darauf beruft, er sei ja erst seit Dez. 1932 mit dem Zuschlagsbeschuß Eigentümer geworden. Er hat durch seine Wirtschaftsführung die Zwangsversteigerung verschuldet, und er hat, seitdem er Eigentümer ist, die Schulden vermehrt. Alles das beweist zur Genüge, daß seit 1924/26 der Betrieb immer weiter abwärts glitt und vor allem, daß die Erhaltung der Familie nur durch fortgesetztes Schuldenmachen möglich war. Nun besteht aber die Familie nur aus Ludwig W., der Mutter und der Schwester und einer vierten Person, deren Beziehung zu den drei anderen aus den Akten nicht ersichtlich ist. Gerade die so überaus starke Überschuldung, die seit langem vorhanden, die aber in ständigem Steigen begriffen war, tut dar, daß die erforderliche Ackerernährung seit vielen Jahren nicht oder nicht mehr vorhanden war.

Im übrigen ist es nicht Zweck des ErbhofG., daß möglichst viele Erbhöfe entstehen, gleichviel ob der Eigentümer bereits abgewirtschaftet hat oder nicht und gleichviel, ob er durch eigene Schuld in wirtschaftliche Bedrängnis geraten ist. Vielmehr sollen lebensfähige Erbhöfe in die Erscheinung treten. Erbhöfe solcher Art hängen aber von der Verschuldung ab. Unheilbar verschuldete Bauernhöfe und gar solche, die ihre wirtschaftlich unhaltbare Lage ihren Eigentümern oder Betriebsleitern zuzuschreiben haben, müssen der Wohlthat des AErbhofG. entbehren. Denn das Bauerntum als Blutquelle des deutschen Volkes zu erhalten setzt voraus einen wirtschaftlich starken, vom Leihkapital unabhängigen, zur Erhaltung der bäuerlichen Familie und zur Aufbringung der allgemeinen Volks-erhaltung geeigneten, aber auch seiner schweren Arbeit und seiner harten Pflicht sich stets freudig bewußten Bauernstand.

(ErbGer. b. OLG. Nürnberg, Beschl. v. 20. Juni 1934, Beschw. Nr. 302/34.)

nie

Erbgesundheitsobergerichte

1. §§ 9, 8 Ges. zur Verhütung erbkranken Nachwuchses; § 20 RFVG. Beschwerderecht des Anstaltsleiters zugunsten des Erbkranken, auch wenn gemäß seinem Antrage die Unfruchtbarmachung beschloffen worden ist.

Der Leiter der Landesheilanstalt in N. und die Erbkranken Frau Adele K. haben unter dem 15. Juli 1934 beantragt, daß Frau Adele K. wegen erblicher Fallsucht unfruchtbar gemacht werden soll. Das ErbGes. hat entsprechend diesen Anträgen die Unfruchtbarmachung angeordnet. Gegen diesen Beschuß haben beide Antragsteller Beschw. eingelegt; Frau K. hat in der Sitzung vor dem ErbGes. ihre Beschw. zurückgezogen. Der Direktor der Heilanstalt hat seine Beschw. damit begründet, es seien inzwischen Tatsachen bekannt geworden, die eine weitere Nachprüfung erforderlich erscheinen ließen. Die Beschw. des Direktors der Heilanstalt erschien zunächst zulässig. Denn nach §§ 9, 8 Unfruchtbarmachung sind beschwerdeberechtigt der Antragsteller, der beamtete Arzt und der Erbkranken; der Anstaltsleiter aber hat hier neben der Erbkranken die Unfruchtbarmachung beantragt. Es ist aber zu erwägen, ob der Antragsteller auch dann beschwerdeberechtigt ist, wenn wie hier gemäß seinem Antrage die Unfruchtbarmachung angeordnet

Gegen genauestens nachzuprüfen, ob nicht Umstände, die außerhalb des Hofes liegen, eine größere Schuldenlast bisher verhindert haben.

2. Ist ein Anwesen, das eine vollwertige Ackerernährung bietet, stark verschuldet, so wird es deswegen kein Erbhof sein, weil sein Eigentümer, wenn er dies am 1. Okt. 1933 schon war, nicht gut gewirtschaftet hat und daher am Stichtag nicht bauernfähig war.

Es ist dringend zu wünschen, daß sich die Ackerer bei Anlegung der Erbhöferolle mit diesen Gedanken sachlich und gründlich auseinandersetzen. Sie dienen damit der reibungslosen Einführung des Gesetzes und arbeiten in seinem Geiste; sie dienen damit der Schaffung eines wirklich gesunden Bauernstandes und Bauernadels, wie Deutschland ihn braucht, der von seiner Ackerernährung wirklich leben und landlose Stadtbevölkerung zu ihrer Arbeit befähigen, nicht aber nur hungern kann. Das Gericht tritt in seinem Beschl. wirkungsvoll dem sich hier und da zeigenden Bestreben entgegen, gerade den verschuldeten Landwirten, auch wenn sie für die Verschuldung allein verantwortlich sind, die Segnungen des im AErbhofG. enthaltenen Vollstreckungsschutzes zugute kommen zu lassen, ohne Rücksicht darauf, ob sie wirkliche echte Bauern im Sinne deutscher Zukunft sind oder werden können.

Notar Schieck, Markt Straßing 6. München.

worden ist. Nach § 20 RFGG., das nach Art. 4 Durchf. v. d. v. 5. Dez. 1933 auf das Verfahren vor den Erbges. und Erbges. v. Ger. anzuwenden ist, soweit nicht das Ges. zur Verhütung erbkranken Nachwuchses oder die Durchf. d. etwas anderes bestimmen, steht die Beschw. nur dem zu, dessen Recht durch die Verfügung beeinträchtigt ist, und soweit eine Verfügung nur auf Antrag erlassen werden kann und der Antrag zurückgewiesen worden ist, steht die Beschw. nur dem Antragsteller zu. Aber § 20 ist sicherlich durch § 9 UnfrG. ersetzt worden; es gilt für die Beschwerdeberechtigung allein § 9 UnfrG., und danach haben der Antragsteller, der beamtete Arzt und der Erbkranker in jedem Falle das Recht der Beschwerde. Für den Fall, daß die Unfruchtbarmachung antragsgemäß angeordnet worden ist, müssen der beamtete Arzt und der Anstaltsleiter das Beschwerderecht schon deshalb haben, weil sie eine der StA. im Strafverfahren ähnliche Stellung haben, weil sie das Recht der Allgemeinheit vertreten und dieser nicht nur durch Unterlassung der Unfruchtbarmachung, sondern auch durch eine ungesetzmäßige Unfruchtbarmachung ein wesentlicher Schaden zugefügt wird. Solche Beschwerde ist auch nicht etwa als Zurücknahme des Antrages auf Unfruchtbarmachung anzusehen wie eine Beschw. des Erbkranken. Denn die Beschw. hat hier nicht, wie eine Beschw. des Erbkranken, den Zweck, die Unfruchtbarmachung zu verhindern, sondern lediglich den, den Sachverhalt auf Grund neuer Feststellungen weiter aufzuklären. — Die Beschw. war sachlich jedoch unbegründet.

(Erbges. v. Ger. Kiel, Beschl. v. 1. Okt. 1934, W Erb 23/34.)

Ber. von OLG. Dr. Grunau, Kiel.

Obergericht Danzig

I. § 42b StGB. Voraussetzungen der Unterbringung des Angeklagten in einer Heil- und Pflegeanstalt, „wenn die öffentliche Sicherheit es erfordert.“

... Bedenken bestehen lediglich insoweit, als das angefochtene Urte. die Voraussetzung des § 42b StGB. (i. d. Faß. der Bd. v. 28. Febr. 1934 [GBl. 73]) für gegeben erachtet hat. Nach der angeführten Vorschrift ordnet das Gericht, wenn jemand eine mit Strafe bedrohte Handlung im Zustande der Zurechnungsunfähigkeit begangen hat, seine Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt an, „wenn die öffentliche Sicherheit es erfordert“. Das RG. hat in einer größeren Anzahl von Entsch. zu dem die gleichen gesetzlichen Voraussetzungen enthaltenden § 42e StGB. in ständiger Nr. verlangt, daß die Anordnung der Sicherungsverwahrung in den Entscheidungsgründen so gerechtfertigt wird, daß dem RevG. eine einwandfreie Nachprüfung möglich ist, ob die gesetzlichen tatsächlichen Voraussetzungen von der Vorinstanz ohne Rechtsirrtum festgestellt sind. Es wird für Gewohnheitsverbrecher die Prüfung für erforderlich erachtet, ob die Verwahrung nicht nur gegenwärtig, sondern auch noch nach dem Ende der Strafvorbereitung voraussichtlich notwendig sein werde, es genüge nicht, daß sich das Urte. nur mit der gegenwärtigen Gefährlichkeit des Angekl. beschäftigt. Es müsse ein solches Maß von Gefahr von dem Beurteilten ausgehen, daß dadurch der Bestand der die öffentliche Sicherheit gewährleistenden Rechtsordnung unmittelbar bedroht, eine wirksame Abhilfe für die Zukunft im Interesse seiner Aufrechterhaltung geboten werde und auf andere Weise als durch Sicherungsverwahrung nicht zu erreichen sei. Sie komme daher nicht in Betracht, wenn durch andere Mittel für die erforderliche Sicherheit gesorgt werden könne. Es genüge nicht die Prüfung, ob unter den augenblicklich bestehenden allgemeinen Lebensverhältnissen die Anordnung der Sicherungsverwahrung geboten sei, sondern es sei auch zu prüfen, wie sich für den Angekl. nach der Entlassung die besonderen Lebensbedingungen gestalten würden, welche Verhältnisse ihn in seiner Familie und seiner sonstigen Umwelt erwarten würden (so außer anderen in der Anm. 2 ZW. 1934, 2057¹⁸ aufgezählten Entsch. vor allem das Urte. des RG. v. 19. April 1934: RGESt. 68, 149, insbes. 157 = ZW. 1934, 1662²⁰). Auch das Urte. v. 8. Juni 1934 (Dt. Justiz S. 1128; ZW. 1934, 2057¹⁹) verlangt eine Erörterung darüber, ob nach der Persönlichkeit des Täters die Gefahr besteht, daß er auch in Zukunft erheblichere Angriffe gegen strafrechtlich geschützte Rechtsgüter irgendwelcher Art unternehmen werde, und ob nicht irgendwelche anderen Maßnahmen oder Umstände in Betracht kommen, die einen ausreichenden Schutz der Allgemeinheit verbürgen. Mit Recht ist in letzterer Entsch. darauf hingewiesen, daß in dieser Hinsicht die Anforderungen nicht überspannt werden dürfen, da sonst der Gesetzeszweck vereitelt werden könnte, und es wird auch in der Besprechung dieses Urte. von Schafheutle (ZW. 1934, 2057 f.) darauf aufmerksam gemacht, daß es sich bei der Beurteilung des künftigen Verhaltens des Angekl. immer nur um ein Wahrscheinlichkeitsurteil handeln könne. Immerhin geht aber aus diesen Entsch., denen sich der erk. StrSen. anschließt, so viel hervor, daß die gesetzliche Voraussetzung, „wenn die öffentliche Sicherheit es erfordert“ stets im Hinblick auf die besonderen Umstände des Einzelfalles erörtert werden muß.

Im vorl. Falle enthält das Urte. zu diesem Punkte aber lediglich folgende Ausführung:

„Nach dem Gutachten des Sachverständigen ist die öffentliche Sicherheit durch den Angekl., der als gemeingefährlich gelten muß, gefährdet. Wie der Sachverständige bekundet, sind Paranoiker jederzeit in der Lage, die verschiedensten Handlungen, wie Mord, Körperverletzung, schwere Beleidigung und anderes, zu verüben, ohne daß irgendein äußerer Anlaß hierfür vorliegt.“

Diese Begründung ist rein theoretischer Natur und läßt jedes Eingehen auf den besonderen vorl. Fall vermissen. Würde sie ausreichen, so müßte jeder Paranoiker, der das geringfügigste Delikt begeht, in Sicherungsverwahrung genommen werden, weil nach dem Gutachten des Sachverständigen die theoretische Möglichkeit bestünde, daß er ohne äußeren Anlaß strafbare Handlungen schwererer Art begehen könnte. Das kann aber dem Sinne des Gesetzes keinesfalls entsprechen. In einem Nebenfrage ist zwar gesagt, daß der Angekl. als gemeingefährlich gelten müsse; indessen fehlt außer der bereits genannten rein theoretischen Begründung jede Darlegung, warum das der Fall ist. Das Gericht hätte sich an der Hand des ihm vorliegenden Materials mit der Frage beschäftigen müssen, inwiefern von dem Angekl. weitere Straftaten und in welcher Richtung sie zu befürchten sind und warum nach den Verhältnissen, in die der Angekl. nach seiner Entlassung kommen würde, ohne Anordnung der Sicherungsverwahrung ein ausreichender Schutz der Allgemeinheit nicht verbürgt sei.

Da es sich hiernach nicht nur um einen bloßen Mangel der Urteilsbegründung (§ 267 StPD.) handelt (vgl. die genannte Anm. zu ZW. 1934, 2057), der mangels einer ausreichenden Rüge der Verletzung formellen Rechts die Rev. nicht stützen könnte, vielmehr um ein Verkennen des Sinnes der Vorschrift des § 42b StGB., also um die Verletzung einer Vorschrift materiellen Rechts, war es erforderlich, das angefochtene Urte. mit den ihm zugrunde liegenden tatsächlichen Feststellungen aufzuheben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der RevInst., an das LG. zurückzuverweisen.

(ObGer. Danzig, StrSen., Urte. v. 9. Okt. 1934, 1 S 90/34.)

Ber. von ObGer. Methner, Danzig.

Freiwillige Gerichtsbarkeit

I. § 891 BGB.; §§ 36, 52 GBD. Wenn der Grundbuchrichter auf Grund einer Testamentsauslegung gemäß § 36 Abs. 1 Satz 2 GBD. jemanden im Grundbuche als Berechtigten ohne Hinzufügung eines Nacherbenvermerks eingetragen hat, so darf er nicht nachträglich lediglich auf Grund einer abweichenden Testamentsauslegung den Eingetragenen als bloßen Vorerben behandeln, es sei denn, daß besondere Umstände, insbesondere neue Tatsachen eine andere Auslegung rechtfertigen.

Im Grundbuche ist L. N. als Eigentümer eingetragen. Er ist im Jahre 1931 verstorben und laut öffentlichen Testaments von seiner Witwe beerbt worden. Diese hat in notariell beglaubigter Erklärung beantragt, sie als Eigentümerin einzutragen. Das GBl. hat den Antrag auf Grund folgender Sachlage abgelehnt: F. N., dem das Grundstück früher gehört hatte, hatte vor dem Notar im Jahre 1902 mit seiner Ehefrau ein gemeinschaftliches Testament errichtet, in dem er seiner Frau den „uneingeschränkten Nießbrauch und die freie Verwahrung“ zugewendet und sodann bestimmt hatte, daß nach dem Tode beider sein Grundbesitz, aus dem in der Hauptsache sein Vermögen bestand, nach näheren Anweisungen räumlich zwischen L. N. und F. N. aufgeteilt werden solle, „indes mit der Maßgabe, daß die besetzten Erben diesen ihnen zugewiesenen Grundbesitz an keinen anderen als an ihre eigenen Nachkommen veräußern dürfen“. Nach dem Tode der Eheleute F. N. hat der im Testament ernannte Testamentsvollstrecker dem L. N. das ihm zugebachte Teilgrundstück aufgelassen. Das GBl. hat daraufhin den L. N. als Eigentümer eingetragen, wobei das Testament von 1902 zum Nachweise der Befugnis des Testamentsvollstreckers vorgelegt hatte.

Das GBl. sieht diese Eintragung jetzt als unrichtig an, indem es die erwähnte Bestimmung des Testaments von 1902 dahin auslegt, daß diese zwar die Einsetzung des L. N. (und F. N.) zu Nacherben enthalte, daß sie aber nicht als Vollerben, sondern selbst wiederum nur als Vorerben und ihre Abkömmlinge als Nacherben eingesetzt seien. Hieraus folgert es, daß mit dem Tode des L. N. das Eigentum an dem Grundstücke auf seine Nachkommen, nicht aber auf seine Erbin (seine Witwe) übergegangen sei. Gleichzeitig mit der Ablehnung des Eintragungsantrages hat das GBl. einen Amtswiderspruch gegen die Eintragung des L. N. als Eigentümer eingetragen.

Die Antragstellerin hat sowohl gegen die Ablehnung ihres Eintragungsantrages als auch gegen den Amtswiderspruch Beschwerde eingelegt. Diese ist zurückgewiesen worden. Hiergegen ist die weitere Beschwerde gerichtet, der stattgegeben worden ist.

Das LG. hat sich der Testamentsauslegung des BG. angeschlossen und angenommen, daß L. N. und F. F. in dem Testament von 1902 als Vorerben eingesetzt seien, und daß mit dem Tode des L. N. das Grundstückeigentum seinen Abkömmlingen zugefallen sei. Dabei hat das LG. unberücksichtigt gelassen, daß der Wortlaut des Testaments auch eine andere Auslegung zuläßt. Geht man mit dem LG. davon aus, daß L. N. und F. F. als Erben eingesetzt sind, so folgt daraus noch nicht, daß die Bestimmung zugunsten ihrer Abkömmlinge als Nacherbeinsetzung zu deuten ist. Das LG. sieht die Nacherbeinsetzung in der Testamentsklausel „mit der Maßgabe, daß die berufenen Erben diesen ihnen zugewiesenen Grundbesitz an keinen anderen als an ihre eigenen Nachkommen veräußern dürfen“. Der Wortlaut dieser Bestimmung deutet nicht auf eine Nacherbeinsetzung, sondern auf eine bloße Auflage hin. Wollten aber die Erblasser den Nachkommen des L. N. ein Recht auf die Grundstücke gewähren, so zwingt dies nicht zur Annahme einer Nacherbschaft, sondern legt die Annahme eines Vermächtnisses nahe. Gegen die Annahme einer Nacherbschaft spricht insbes. der Umstand, daß die Bestimmung, L. N. dürfe den Grundbesitz nur an seine eigenen Nachkommen veräußern, es nahelegend erscheinen läßt, daß L. N. das Bestimmungsrecht vorbehalten bleiben sollte, wer von seinen Nachkommen die Grundstücke erhalten sollte. Eine solche Wahlfreiheit des L. N. wäre aber mit einer Nacherbeinsetzung unvereinbar, da bei einer Erbeinsetzung der Erblasser die Bestimmung der Person des Bedachten nicht einem anderen überlassen kann (§ 2065 Abs. 2 BGB. im Gegensatz zu § 2151 BGB.). Wenn das LG. trotz dieser Bedenken eine Nacherbschaft annehmen wollte, so hätte es sich mit den anderen naheliegenden Auslegungsmöglichkeiten auseinandersetzen müssen. Darin, daß dies nicht geschehen ist, liegt eine Gesetzesverletzung. Da der Beschluß des BG. und zwar sowohl die Bestätigung des Amts widerspruchs als auch die Zurückweisung des Eintragungsbegehrens, auf dieser Gesetzesverletzung beruht, unterliegt er in vollem Umfange der Aufhebung.

Hierdurch wird der Senat in die Lage versetzt, den vorliegenden Tatsachenstoff frei zu würdigen.

Bei der Entsch. über den Eintragungsantrag der Witwe N. ist zunächst zu beachten, daß nach der Auffassung des Senats (vgl. insbes. RGZ. 40, 196 [199]; 1 X 225/34) das BG. dann, wenn Erben ohne Beschränkung als Berechtigte eingetragen sind, grundsätzlich davon ausgehen darf, daß jedenfalls solche Beschränkungen nicht bestehen, die in das Grundbuch eingetragen werden sollen. Es mag offen bleiben, ob es sich insoweit um eine entsprechende Anwendung des § 891 BGB. handelt, jedenfalls erscheint es grundsätzlich nicht als zulässig, daß der Grundbuchrichter denjenigen, der auf Grund einer Testamentsauslegung als unbeschränkt berechtigter Eigentümer eingetragen ist, nachträglich auf Grund einer abweichenden Testamentsauslegung als Vorerben behandelt. Es gilt hier Ähnliches wie im Anwendungsbereich des § 891 BGB. (vgl. z. B. HöchstRRspr. 1930, 1468). Es kann unentschieden bleiben, inwieweit Ausnahmen von dem soeben gekennzeichneten Grundsatz anerkannt werden müssen. Insbes. liegen — anders als in dem von der Entsch. 1 X 225/34 betroffenen Falle — keine neuen Tatsachen vor, die eine abweichende Auslegung gerechtfertigt erscheinen lassen. Auch ist — wie bereits dargelegt — die Testamentsauslegung, die eine Nacherbeinsetzung verneint, nicht offensichtlich unrichtig. Es muß daher davon ausgegangen werden, daß der als unbeschränkter Eigentümer eingetragene L. N. nicht nur Vorerbe war, sondern ein in seiner Rechtsstellung durch Nacherbenrechte nicht beschränkter Eigentümer. Die Frage, ob dieser Rechtsstandpunkt mit den Ausführungen der Entsch. RGZ. 52, 166 (168 f.) vereinbar ist, mag unbeantwortet bleiben; soweit dies etwa nicht der Fall ist, kann an der in der Entsch. RGZ. 52, 166 vertretenen Rechtsauffassung nicht festgehalten werden.

(RG., 1. ZivSen., Beschl. v. 2. Aug. 1934, 1 X 292/34.) [Sch.]

*

2. Ersetzung der Reichsmarkhypothek durch eine Goldmarkhypothek mit Reichsmarkklausel ist zulässig.

Zutreffend sind die Vorinstanzen davon ausgegangen, daß nach dem Sinn der abgegebenen Erklärungen (§ 133 BGB.) nicht nur eine Forderungsauswechslung, sondern auch die Ersetzung der Reichsmarkhypothek selbst durch eine Goldmarkhypothek mit Reichsmarkklausel vereinbart worden ist und eingetragen werden soll. Der Zweck der Vereinbarung ist erkennbar darauf gerichtet, die Gläubigerin vor den Wirkungen etwaiger Währungschwankungen zu schützen. Das LG. sieht es mit Rücksicht auf den das Grundbuchrecht beherrschenden Bestimmtheitsgrundsatz als unzulässig an, eine Reichsmarkhypothek durch eine Goldmarkhypothek zu ersetzen. Dieser Standpunkt entspricht durchaus der früheren Rspr. des Senats. Der Senat hat sich jedoch unter Aufgabe seiner früheren Auffassung der Entsch. des BG. RG. 143, 424¹⁾ angeschlossen. Nach dieser Entsch. ist es bei Zustimmung aller (gleich- und nachstehen-

den Berechtigten zulässig, bei einer Goldmarkhypothek nachträglich eine Reichsmarkklausel einzutragen, obgleich es sich hierbei — wie das BG. anerkennt — nicht um eine Inhaltsänderung i. S. des § 877 BGB., sondern in Wahrheit um die Begr. eines neuen Rechts handelt. Der Senat hat auch bereits in der Entsch. vom 22. März 1934, 1 X 664/33, angenommen, daß die vom BG. vertretene Auffassung mit Notwendigkeit dahin führt, grundsätzlich auch die Umwandlung einer Goldmarkhypothek in eine „reine“ Reichsmarkhypothek zuzulassen. Ist dies richtig, so muß auch — umgekehrt — die Umwandlung einer Reichsmarkhypothek in eine Goldmarkhypothek zugelassen werden, wenn die erforderlichen Zustimmungserklärungen vorliegen. Dies Ergebnis entspricht auch dem Grundgedanken der Entsch. des BG. V B 13/34 vom 23. März 1934, in der das BG. es für grundsätzlich zulässig erklärt, mehrere unmittelbar aufeinanderfolgende Hypotheken zu einer Einheitshypothek zusammenzufassen. In diesem Vorgang sieht das BG. sogar lediglich eine Änderung des Inhalts der bisher selbständigen Rechte i. S. des § 877 BGB.

(RG., 1. ZivSen., Beschl. v. 9. Aug. 1934, 1 X 302/34.)

Ver. von BGH. Dr. Seibert, Berlin.

*

3. § 1666 BGB. Das Vormundschaftsgericht kann nicht Anordnungen aus § 1666 Abs. 1 Satz 1 u. 2 BGB. nebeneinander treffen.

Nach § 1666 Abs. 1 BGB. hat das VormGer., wenn der Vater in einer das geistige oder leibliche Wohl des Kindes gefährdenden Weise u. a. das Kind schuldhaft vernachlässigt, die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Insbes. kann es anordnen, daß das Kind zum Zwecke der Erziehung in einer geeigneten Familie untergebracht wird.

Diese Vorschrift ist insofern verletzt, als die Vorinstanzen Anordnungen aus Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 daf. nebeneinander getroffen haben. Es gab aber nur zwei Möglichkeiten. Entweder konnte dem Vater das Recht der Sorge für die Person der Kinder entzogen werden; alsdann war ein Pfleger gem. § 1909 BGB. zu stellen, und dessen Aufgabe war es, für die anderweitige geeignete Unterbringung der Kinder Sorge zu tragen. Oder aber das VormGer. beschränkte die persönliche Sorge des Vaters, indem es selbst die Unterbringung der Kinder in einer geeigneten Familie anordnete. Dann aber durfte es sich nicht mit der allgemeinen Anordnung der Unterbringung begnügen und die Auswahl der Pflegestelle dem Zugl. überlassen, sondern mußte die Familien, bei denen die Unterbringung erfolgen sollte, in einzelnen selbst auswählen und namentlich bezeichnen, da die Durchführung der in § 1666 Abs. 1 Satz 2 BGB. geregelten Zwangserziehung im Gegensatz zur Fürsorgeerziehung (§ 70 FwVollstG.) dem VormGer. selbst obliegt (vgl. Staudinger, BGB., 9. Aufl., § 1666 III A 2 b a; Ripp-Wolff, Familienrecht, 21.—23. Aufl., § 83 Note 18; Planck, BGB., 3. Aufl., § 1666 Num. 2 b; RG. in 1a X 951/34).

(RG., ZivSen. 1a, Beschl. v. 24. Aug. 1934, 1a X 950/34.)

Ver. von RGH. Heydtmann, Berlin.

*

4. §§ 25, 28 RErbhofG.; § 49 Abs. 2 der 1. DurchfV.D. z. RErbhofG.; §§ 18, 20, 22, 42 PrGRG.

1. Die testamentarische Bestimmung des Auerben betrifft gebührenrechtlich nicht ein Recht am Erbhof, sondern den Erbhof selbst.

2. Der Wert des Erbhofs ist für die Gebührenberechnung in Ermangelung eines Verkehrswertes nach § 22 Abs. 2 PrGRG. zu schätzen.

Der BGPräs. geht zwar zutreffend davon aus, daß die Wertungsvorschr. des § 49 Abs. 2 der 1. DurchfV.D. zum RErbhofG. hier keine Anwendung finden könne, weil sie nur für das Verfahren vor den Auerbenbehörden gilt, als Vergütungsverföhr. eng auszulegen ist und daher auf die notarielle Urkundstätigkeit nicht ausgedehnt werden kann.

Die Vergütung für die Beurkundungstätigkeit des Notars richtet sich vielmehr nach der NotGebD. Nach § 5 dafelbst i. Verb. m. § 42 Abs. 1 und 4 PrGRG. ist für die Beurkundung einer Verfügung von Todes wegen das Zweifache der vollen Gebühr zu erheben, und zwar nach dem Werte des Vermögens, über das verfügt wird, unter Abzug der Schulden. Wird nun über einzelne Gegenstände verfügt, so ist deren Wert maßgebend. Der BGPräs. nimmt an, daß vorliegend Gegenstand des Testaments die Übertragung eines Rechts, nämlich des Auerbenrechts sei, welches nach § 22 Abs. 2 PrGRG. bewertet werden müsse. Dieser Auffassung kann nicht begetreten werden. Von einer Übertragung des Auerbenrechts kann schon deshalb nicht die Rede sein, weil dem Erblasser ein solches Recht gar nicht zustand. Das Auerbenrecht stellt aber auch nicht ein durch die Verfügung von Todes wegen begründetes Recht am Erbhof dar. Denn ebensowenig wie die Erb-

Einsetzung ein Recht des Erben am Nachlaß i. S. von § 18 Abs. 1 Satz 2 PrOAG. begründet, schafft die nach §§ 25, 28 AErbhofG. erfolgte Best. des Auerben ein Recht des Erben am Erbhof. Sie hat vielmehr nur ebenso wie die Erbeinsetzung (§ 1922 BGB.) zur Folge, daß der Erbhof gem. § 19 AErbhofG. beim Tode des Bauern als besonderer Teil der Erbschaft kraft Gesetzes ungeteilt in das Eigentum des testamentarisch bestimmten Auerben übergeht. Durch die Best. des Auerben wird also von Todes wegen nicht über ein Recht am Erbhof, sondern über den Erbhof selbst verfügt. Daher ist für die Gebührensrechnung dessen Wert nach Abzug der Schulden maßgebend.

Bei der Berechnung des Wertes einer Sache ist nun zwar nach § 20 Abs. 1 S. 1 PrOAG. nur der gemeine Wert derselben in Betracht zu ziehen. Unter dem gemeinen Wert ist aber der Verkaufs- oder Verkehrswert zu verstehen, der durch den Preis bestimmt wird, welcher im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nach der Beschaffenheit des Gegenstandes ohne Rücksicht auf andere ungewöhnliche oder lediglich persönliche Verhältnisse zu erzielen ist (RGZ. 52, 276). Da der Erbhof nach § 37 Abs. 1 AErbhofG. grundsätzlich unveräußerlich ist, kann also bei ihm von einem Verkehrswert nicht gesprochen werden. In Ermangelung einer sonstigen gesetzlichen Best. bleibt daher nichts anderes übrig, als den Wert des Erbhofs gem. § 18 Abs. 2 i. Verb. m. § 22 Abs. 2 PrOAG. zu schätzen. Der Wert ist also in der Regel zu 3000 RM, ausnahmsweise höher oder niedriger, jedoch nicht über 100 000 RM und nicht unter 200 RM anzunehmen. Bei der Schätzung im Rahmen dieser Wertgrenzen ist von dem Verkehrswert eines gleich großen und gleichwertigen Grundbesitzes auszugehen, der nicht unter das AErbhofG. fällt und daher Gegenstand des freien Grundstücksverkehrs sein kann. Dieser Wert ist aber nicht schlechthin maßgebend, wie Schied: DNotZ. 1934, 327 meint, sondern kann für die Schätzung nur gewisse Anhaltspunkte bieten. Daneben ist zu berücksichtigen, in welcher Weise sich die Sonderstellung, die der Erbhof dadurch einnimmt, daß er nach § 37 AErbhofG. grundsätzlich unveräußerlich und unbelastbar ist und daß er nach §§ 38 ff. daf. einen besonderen Vollstreckungsschutz genießt, auf die Bewertung des Grundbesitzes auswirkt.

(RG., ZivSen. 1a, Beschl. v. 31. Aug. 1934, 1a X 1068/34.)

Ver. von RGR. Seydtmann, Berlin.

*

5. § 25 NotarGebD.; § 59 der 1. DurchfV.D. z. AErbhofG. Die von einem Anwaltnotar aus § 59 Abs. 1 der 1. DurchfV.D. z. AErbhofG. liquidierte Gebühr für die Vertretung vor dem AuerbG. unterliegt nicht dem Festsetzungsverfahren des § 25 NotarGebD.

In der die Grundlage des Verfahrens bildenden Kostenrechnung hat der Notar eine Gebühr für die Vertretung vor dem AuerbG. aus § 59 Abs. 1 der 1. DurchfV.D. zum AErbhofG. v. 19. Okt. 1933 in Rechnung gestellt. Diese Gebühr kann aber ein Anwaltnotar, wie schon die Überschrift des § 59 und die Verweisung auf die Vorschr. der NotGebD. ergeben, nur in seiner Eigenschaft als R. beanspruchen. Seine Vergütung als Notar dagegen richtet sich lediglich nach der NotGebD. und den sie ergänzenden Best., als welche gegebenenfalls der § 10 Abs. 3 der 2. DurchfV.D., eingefügt durch § 9 der 3. DurchfV.D. v. 27. April 1934 (RGBl. I, 349), in Betracht käme (vgl. Vogels, AErbhofG., 3. Aufl., DurchfV.D. I § 59 Anm. I 2, S. 377). Auf Grund dieser Vorschr. hat aber der Notar nicht liquidiert; noch in seiner Beschwerechrift vertritt er den unrichtigen Standpunkt, daß ihm die mit § 59 Abs. 1 der 1. DurchfV.D. berechnete Gebühr gleichzeitig in seiner Eigenschaft als R. und als Notar zustehe. Da letzteres aber gerade nicht der Fall ist, ist auch ein Festsetzungsverfahren aus § 25 NotGebD., das sich nur auf Notariatsgebühren bezieht, nicht zulässig; vielmehr kann lediglich im Prozeßwege entschieden werden, ob die geforderte Anwaltsgebühr geschuldet wird (Venushausen, NotGebD., 4. Aufl., § 25 zu Abs. 2, S. 157; Mügel-Elm, PrOAG., 7. Aufl., § 25 NotGebD. Anm. 15; RGZ. 42, 352, 354).

(RG., ZivSen. 1a, Beschl. v. 31. Aug. 1934, 1a X 1065/34.)

Ver. von RGR. Seydtmann, Berlin.

Oberlandesgerichte

a) Zivilsachen

Breslau

1. §§ 38, 39, 59 AErbhofG.; § 1147 BGB. Die Hypothekenzahlung ist auch gegen den Erbhofbauern zulässig. f)

Die Bekl. ist Eigentümerin des Grundstücks L. Für den Kl. ist dort eine Hypothek von 5400 GM eingetragen. Er hat sie gekündigt und ein Ur. über seine persönliche Forderung erwirkt und hat deshalb verlangt, daß die Bekl. wegen der Hypothek nebst Zinsen die Zwangsvollstreckung in das Grundstück dulde.

Die Bekl. hat dagegen geltend gemacht, daß ihr Grundstück Erbhof und deshalb die Zwangsvollstreckung in das Grundstück unzulässig sei.

Der Kl. will beides nicht gelten lassen, weil die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung erst im Vollstreckungsverfahren zu berücksichtigen, die Bekl. aber auch gar nicht bauernfähig sei.

Das Rechtschutzbedürfnis für die Hypothekenzahlung ist entgegen der Auffassung der Bekl. auch durch das AErbhofG. nicht beseitigt.

Nach § 38 Abs. 1, § 7 AErbhofG. kann zwar in den Erbhof und sein Zubehör wegen einer Geldforderung nicht vollstreckt werden. Daraus ist aber mehr als ein Vollstreckungsverbot nicht zu entnehmen. Solches Verbot braucht die sachliche Rechtslage nicht zu verändern, auf den Bestand des durchzusetzenden Anspruchs keinen Einfluß zu haben. Es braucht dann auch nicht schon dessen verfahrensmäßiger Feststellung und einer Verurteilung des Schuldners entgegenzustehen, sondern braucht vielmehr erst die Verwirklichung des festgestellten Anspruchs mit Hilfe staatlichen Zwanges auszuschließen. Daß hier § 38 AErbhofG. mehr besagen sollte, ist nicht erkennbar. Es genügt dem Gesetzeszweck, zu verhindern, daß das Grundstück und sein Zubehör zwangsweise veräußert oder belastet werde. Solche bloße Vollstreckungsverbote sind auch dem bisher geltenden Rechte nicht fremd. So enthalten die Vorschr. der §§ 811, 850, 865 Abs. 2 ZPO. über die Kahlpfändung, über die Pfändung gewisser Einkünfte und von Grundstückszubehör und gewisse in der Notgesetzgebung ausgesprochene Vollstreckungsbeschränkungen gleichfalls ein Verbot lediglich auf bestimmte Vermögensteile des Schuldners, das erst bei der Vollstreckung zu berücksichtigen ist und deren Umfang regeln soll, ohne dem Gläubiger die Erlangung eines Schuldtitels über seinen Anspruch überhaupt zu verweigern. Die Vorschr. des § 38 AErbhofG. hat nun in der Tat das dingliche Recht des Gläubigers einer schon bestehenden Hypothek nicht etwa beseitigt, und auch aus dem Veräußerungs- und Belastungsverbot des § 37 a. a. D. ist nicht etwa zu folgern, daß das geschehen sollte. Vielmehr ist das dingliche Recht — allerdings seinem wesentlichen Inhalte nach (§ 1147 BGB.) — in seiner Wirksamkeit nur beschränkt worden, soweit es die Verwertung des Grundstücks selbst und seines Zubehörs betrifft. Die Hypothek erstreckt sich aber nach §§ 1120 ff. BGB. auch noch auf gewisse andere Haftungsgegenstände, insbes. auf getrennte Grundstücks-erzeugnisse — und die §§ 39, 59 AErbhofG. gestatten auch die Vollstreckung in gewisse Wirtschaftserzeugnisse des Erbhofs. So ist die Dinglichkeit des Hypothekenanspruchs nicht völlig gegenstandslos geworden, etwa in der Weise, daß die Eintragung im Grundbuch nur noch die Bedeutung eines Schulvermerks hätte (vgl. RG.: DNotZ. 34, 346). Dem Hypothekengläubiger sind vielmehr eine Reihe von Vorzugsrechten erhalten geblieben, die mit dem Hypothekenbegriff verknüpft sind und die Dinglichkeit dieses Anspruchs mit begründen, so das Recht der Beschlagnahme der Erzeugnisse (§§ 1120, 1121 BGB.) und der Miet- und Pachtzinsforderungen (§ 1123 BGB.) zur Verhütung ihres Freiwerdens von der Hypothekenhaftung — auch dazu bedarf es eines dinglichen Vollstreckungstitels über den Hypothekenanspruch —, ferner das Recht, gemäß § 805 ZPO. vorzugsweise Befriedigung aus Erzeugnissen vor anderen Pfändungspfändgläubigern zu verlangen, endlich das Widerspruchsrecht nach § 810 Abs. 2 ZPO. gegenüber einer Pfändung stehender Früchte. Wenn der Hypothekengläubiger also nach § 865 ZPO. auch auf Grund eines Schuldtitels über seine persönliche Forderung Erzeugnisse des Erbhofs pfänden lassen kann, so schließt das nach dem Obigen sein weitergehendes Inter-

Zu 1. Der Kl. ist Gläubiger einer Hypothek, die auf einem Erbhof ruht. Sein Klageantrag geht dahin, daß der Erbhofbauer verurteilt werde, wegen der Hypothek die Zwangsvollstreckung in den Erbhof zu dulden. Das LG. hat dem Antrag entsprochen und das OLG. hat diese Verurteilung gebilligt. Die vom Gericht angeführten Erwägungen sind durchaus zutreffend. Sie stehen mit dem Schrifttum im Einklang (vgl. meinen Komm., 3. Aufl., S. 223 mit weiteren Nachweisungen).

Man darf allerdings die Urteilsformel nicht mißverstehen. Das Ur. will nicht etwa sagen, daß nun der Erbhof entgegen dem Vollstreckungsverbot des § 38 AErbhofG. versteigert werden dürfe. Aus den Urteilsgründen geht vielmehr zweifelsfrei hervor, daß der Bekl. die Zwangsvollstreckung aus dem dinglichen Recht nur insoweit zu dulden hat, als eine Zwangsvollstreckung nach dem AErbhofG. oder den sonstigen Vollstreckungsschutzvorschr. überhaupt zulässig ist. Dieser Vorbehalt brauchte in der Urteilsformel nicht ausdrücklich ausgesprochen zu werden, weil er sich von selbst versteht. Die Verurteilung hat u. a. praktische Bedeutung für den Zugriff auf die landwirtschaftlichen Erzeugnisse, soweit sie nicht Zubehör oder Versorgungsmittel i. S. des § 39 AErbhofG. sind, sowie für die Pfändung von Miet- und Pachtforderungen.

Man kann somit dem Ur. unbedenklich zustimmen.

MinR. Dr. Vogels, Berlin.

esse an Erlangung eines Schuldtitels über sein dingliches Recht im Hinblick auf die Zugriffsbefugnis anderer Gläubiger nicht aus. Sein Rechtsschutzbedürfnis insoweit ist, also nicht nur in Hinblick auf eine künftige Regelung der Erbhofhypothekenschuldung und auf die Möglichkeit des Fortfalls der Erbhofeigenschaft von Teilen des Grundstücks zu bestehen, sondern auch aus Gründen der Gestaltung des Hypothekenrechts überhaupt. Solches Rechtsschutzinteresse hat auch der Kl. im vorl. Falle noch. Danach kam es nicht darauf an, ob das Grundstück der Bekl. Erbhof geworden ist.

(OLG. Breslau, Urt. v. 24. Juli 1934, 5 U 456/34.)

Ver. von OLG. Dr. Werner, Breslau.

Case

2. §§ 649, 323 BGB.; § 17 RD. Keine Entschädigungspflicht des Bestellers eines Werkvertrages, wenn er den Werkvertrag wegen Verschlechterung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Unternehmers kündigt; auch dann nicht, wenn er diesen Grund bei der Kündigung nicht angegeben hat, sondern sich erst später darauf beruft, weil er ihm zur Zeit der Kündigung, die auf andere nicht stichhaltige Gründe gestützt war, noch unbekannt war. †)

Dem Urt. des OLG. ist angeichts der gegebenen besonderen Sachlage darin zuzustimmen, daß die Bekl. den mit der Firma E. über die Herstellung der Sondergleisanlage abgeschlossenen Vertrag kündigen durfte, ohne daß sie deshalb zur Bezahlung der Restvergütung verpflichtet wäre. Allerdings läßt sich die Berechtigung der Kündigung nicht allein schon durch den Hinweis auf die Konkursöffnung begründen. Denn laut § 17 RD. gibt die Konkursöffnung dem Vertragsgegner des Gemeinschuldners nicht das Recht, sich von dem Verträge loszusagen. Somit hatte die Kündigung des Vertrages durch die Bekl. diese noch nicht von der ihr gem. § 649 BGB. obliegenden Verpflichtung, die Restvergütung zu bezahlen, befreit. Indes ergibt sich hier aus den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften, daß der Firma E. ein Anspruch auf Zahlung der Restvergütung nicht mehr zusteht. Die Firma E.

Zu 2. Der Entsch., die für alle die Fälle von besonderer Bedeutung ist, in denen der Unternehmer, weil ihm die notwendigen Mittel fehlen, nicht in der Lage ist, das bestellte Werk ordnungsgemäß und rechtzeitig zu beginnen, fortzusetzen oder zu Ende zu führen, ist im wesentlichen beizupflichten, sie entspricht auch der geltenden Rechtsauffassung.

Bei dem zur Entsch. stehenden Fall handelt es sich aber nicht um eine Kündigung des Werkvertrages etwa gem. § 649 BGB., sondern um die Geltendmachung der Rechte gem. §§ 323 ff. BGB., weshalb auch die Entsch. ausdrücklich auf die allgemeinen gesetzlichen Vorschriften verweist.

Gem. § 631 BGB. wird durch den Werkvertrag der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet. Von diesen Verpflichtungen kann sich keiner einseitig lösen. Mit Rücksicht auf die besondere Natur des Werkvertrages ist dem Besteller aber in § 649 BGB. ein Kündigungsrecht eingeräumt, von dem er jederzeit bis zur Vollendung des Werkes Gebrauch machen kann. Kündigt der Besteller, dann wird der Unternehmer von seiner Verpflichtung zur Herstellung des Werkes frei, während der Besteller aber verpflichtet bleibt, die vereinbarte Vergütung zu entrichten mit der Einschränkung, daß die Vergütung um dasjenige zu vermindern ist, was der Unternehmer an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskräfte erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt. Die Rechtsfolgen einer solchen Kündigung würden dem vorl. Sachverhalt auch nicht gerecht.

Die rechtliche Regelung ergibt sich vielmehr aus den allgemeinen Best. der §§ 323 ff. BGB. Das Werk braucht nicht als solches unmöglich geworden zu sein, sondern es genügt das nachträglich eintretende Unvermögen des Schuldners (§ 275 Abs. 2 BGB.). Dieses Unvermögen braucht kein unmittelbares zu sein, das sich auf die Leistung als solches bezieht, sondern kann auch darin seinen Grund haben, daß dem Schuldner die erforderlichen Mittel fehlen, um die Leistung zu erbringen. Daher liegt darin, daß ein Unternehmer infolge wirtschaftlicher Schwierigkeiten, in die er geraten ist, einen Auftrag nicht mehr durchführen kann, eine Unmöglichkeit der Leistung.

Nicht unbedenklich ist die auf tatsächlichen Gebiete liegende Annahme des OLG., wenn es die Unmöglichkeit der Erfüllung seitens der Firma E., insbes. aus einem Vertrage zwischen ihr und der Firma D. vom 26. März 1931 entnimmt, in dem die Durchführung der laufenden Bauarbeiten von der Firma E. auf die Firma D. übertragen wurden, während die Firma E. die Haftung für die nunmehr von der Firma D. auszuführenden Arbeiten gegenüber den Vertragsgegnern behalten sollte. In einem solchen Vertrage kann, aber braucht nicht unbedingt eine Unmöglichkeit der Erfüllung durch die ursprüngliche Unternehme-

war infolge der Verschlechterung ihrer wirtschaftlichen Verhältnisse, namentlich infolge der Eröffnung des Konkursverfahrens, gar nicht mehr imstande, das ihr in Auftrag gegebene Projekt auszuführen. Zunächst könnte zwar vermutet werden, daß die Firma E. wenigstens noch imstande war, die Sondergleisanlage für die Bekl. selbst fertig zu stellen, obgleich es sich auch bei diesen Arbeiten immerhin um einen Betrag von mehreren tausend Reichsmark handelte. Die Firma E. hat aber am 26. März 1931 einen Vertrag mit der Firma D. abgeschlossen, in dem die Durchführung der laufenden Bauarbeiten dieser Firma übertragen wurde. Daraus ergibt sich, daß die Firma E. selbst in diesem Zeitpunkt nicht mehr in der Lage war, die noch ausstehenden Bauarbeiten, die sie früher übernommen gehabt hatte, auszuführen. Vor allem aber ist für die Besteller der § 17 des zwischen der Firma E. und der Firma D. abgeschlossenen Vertrages von Bedeutung, wonach die Haftung für die nunmehr von der Firma D. auszuführenden Arbeiten gegenüber den Vertragsgegnern die Firma E. übernahm. Infolgedessen ergab sich folgende Sachlage: Die von den Bestellern in Auftrag gegebenen Arbeiten wurden durch eine Firma hergestellt, zu der die Besteller in irgendwelchen Rechtsbeziehungen nicht standen. Gerade aber in einer für die Besteller angeichts der Konkursöffnung über das Vermögen der ursprünglichen Unternehmerin besonders wichtigen Beziehung, in der Frage, wer u. U. Schadensersatz wegen mangelhafter Herstellung des Werkes leisten werde, sollte alles beim Alten bleiben, d. h., die Besteller sollten sich insoweit nur an die zahlungsunfähig gewordene ursprüngliche Unternehmerin wenden können. Würde die Regelung umgekehrt, nämlich dahin getroffen worden sein, daß die Firma E. nach wie vor die Arbeiten zu Ende führen sollte, indes die Firma D. die Gewähr für die Güte der Arbeiten übernahm, so würde keine Rede davon sein können, daß die der Firma E. obliegende Leistung unmöglich geworden sei. So aber muß gesagt werden, daß die Firma E. infolge eines Umstandes, den sein Vertragspartner vertreten hatte, nicht mehr imstande war, ihren Verpflichtungen gegenüber der Bekl., wie es erforderlich war, nachzukommen. Es kann ohne weiteres angenommen

werden, daß die Firma E. zum Ausdruck zu kommen. Denn wenn die persönliche Durchführung des Werkes nicht ausdrücklich oder nach der Natur des Werkes Vertragsinhalt geworden ist, kann der Unternehmer das Werk auch durch Dritte ausführen lassen, und zwar nicht nur durch Hilfskräfte, die er heranzieht, sondern auch durch dritte Unternehmer (vgl. Staudinger, § 631 d I 4; RGK. Komm. § 631 Anm. 1). Durch diese Übertragung der Ausführung auf einen Dritten dürfen die Rechtsbeziehungen zwischen dem Unternehmer und dem Besteller aber in keiner Weise ohne Zustimmung des Bestellers verändert werden. Es ist darum keine Besonderheit, wenn in dem von der Entsch. besonders angeführten § 17 des Vertrages zwischen E. und D. vom 26. März 1931 die Haftung für die auszuführenden Arbeiten von der Firma E. übernommen worden ist. Denn die Firma E. übernahm dadurch die Haftung nicht etwa, sondern sie befreit sie nur. Deshalb kann der Entsch. auch nicht beigelegt werden, wenn in der Begr. gesagt ist, es könne von einer Unmöglichkeit der Leistung durch die Firma E. nicht die Rede sein, wenn durch den Vertrag vom 26. März 1931 der Firma D. nicht nur die Bauausführung übertragen worden wäre, sondern die Firma D. auch die Gewähr für die Güte der Arbeit übernommen hätte. Denn unter Entlastung der Firma E. wäre dies nur mit Zustimmung der Bekl. möglich gewesen. Wenn aber die Firma E. weiterhin verhaftet bleiben sollte und die Firma D. nur daneben die Haftung für die Güte der Arbeit übernahm, dann kann man auch das nicht für genügend ansehen, weil eine Haftung der Firma E., bei Unterstellung der tatsächlichen Annahmen des OLG., von vornherein wegen ihrer Vermögenslosigkeit praktisch nicht in Frage kam. Denn wenn man annimmt, daß der Unternehmer berechtigt sein soll, die Ausführung des Werkes auf einen Dritten zu übertragen, dann ist dies nur deshalb unbedenklich, weil der Unternehmer, der den Werkvertrag abgeschlossen hat, verpflichtet bleibt. Wird aber seine Haftung dadurch illusorisch, daß er vermögenslos ist, dann kann man es nicht für zulässig halten, daß der Besteller auf eine unmittelbare oder mittelbare Haftung eines anderen Unternehmers verwiesen wird, weil sie sich eben nicht aus dem ursprünglichen Vertragsinhalt zwischen dem Unternehmer und dem Besteller, sondern lediglich aus dem Vertrage zwischen den beiden Unternehmern ergibt.

Daraus folgt also, daß der Besteller sich nicht auf eine etwaige Haftung eines Dritten verweisen zu lassen braucht, wenn sein Vertragsgegner infolge wirtschaftlicher Schwierigkeiten nicht in der Lage ist, das bestellte Werk auszuführen und die volle Gewähr für die vertragsmäßige Durchführung zu übernehmen, sondern daß der Besteller sich in einem solchen Falle darauf berufen kann, daß die Herstellung des Werkes dem ersten Unternehmer unmöglich geworden sei.

Diese Erwägungen geben auch der Überlegung Raum, ob nicht die Frage der Verpflichtung zur persönlichen Ausführung

werden, daß die Firma E. — ebenso wie im März 1931 — auch schon im Herbst 1930, als sie in Schwierigkeiten geriet, nicht imstande war, ihren Verpflichtungen nachzukommen.

Gem. § 323 BGB. hat also die Firma E. den Anspruch auf die Restvergütung verloren.

Allerdings hat die Veff. den Vertrag allem Anschein nach deshalb „aufgekündigt“, weil sie inzwischen mit der Firma W. und J. einen Vertrag über die Herstellung des Bahnanschlusses abgeschlossen hatte. Dennoch kann die Veff. ihre Kündigung nachträglich auch noch auf die ihr bald darauf bekannt gewordenen wirtschaftlichen Schwierigkeiten der Firma E. und die infolgedessen eingetretene Lähmung ihrer Aktivität stützen, wie es die Veff. übrigens auch schon im Briefe vom 14. Nov. 1930 getan hat.

Dieselben Gesichtspunkte müssen erst recht gelten, soweit es sich um die von der Veff. im Okt. 1927 übernommene Verpflichtung handelt, der Firma E. die Möglichkeit zu geben, in einen etwa anderweitig hinsichtlich der Herstellung eines Anschlußgleises erteilten Auftrag einzutreten. Wenn die Firma E. nicht mehr imstande war, die Arbeiten an dem Sondergleise so zu Ende zu führen, wie es die Veff. beanspruchte, so war sie erst recht nicht imstande, die sehr viel umfangreicheren Arbeiten auszuführen, die bei der Herstellung eines völlig selbständigen Bahnanschlusses für die Veff. in Betracht kamen. Die Veff. war somit auch nicht mehr verpflichtet, der Firma E. den von ihr mit der Firma W. & J. abgeschlossenen Vertrag zwecks Entschließung darüber vorzulegen, ob sie — die Firma E. — zu den in diesem Vertrage enthaltenen Bedingungen das Werk herstellen wolle. Die insoweit von dem Kl. geltend gemachten Schadensersatzansprüche sind also unbegründet.

(OLG. Celle, Urt. v. 19. Juni 1934, 5 U 58/34.)

Ver. von Kl. Dr. Langlopf, Hannover.

*

Darmstadt

B. § 7 KraftfG.; §§ 10, 12, 17, 18 Ziff. 2, 3, 23 Abs. 4, 41 KraftfVerfB.D.; §§ 254, 276, 823 BGB. Der Kraftfahrer handelt fahrlässig, wenn er kurz vor Einmündung einer Seitenstraße überholt und zu diesem Zwecke seine Geschwindigkeit erhöht. Der auf dem Soziusplatz mitfahrende Halter ist zur entsprechenden Einwirkung auf den Fahrer bei Meldung eigener Haftpflicht aus § 823 BGB. verpflichtet, wenn er die durch Fahrlässigkeit des Führers verur-

eines Werkes einer strengeren Auslegung bedarf, als dies bisher geschehen ist. Denn schließlich wird der Auftrag zur Herstellung eines Werkes im besonderen Vertrauen auf die Leistungsfähigkeit einer Firma erteilt, auch wenn besonders künstlerische oder wissenschaftliche Fertigkeiten dazu nicht erfordert werden. Es ist in diesem Falle aber eine gewisse Irrführung, wenn das Werk dann nicht von der für besonders leistungsfähig gehaltenen Firma, sondern von einer dritten, für den Besteller selbst vielleicht ganz fremden Firma hergestellt wird. Der Auftrag zur Herstellung eines Werkes wird dadurch häufig zu einem Handelsobjekt. Die sachliche Verantwortung für die Herstellung des Werkes wird verschoben und der Herstellungspreis unnötig verteuert, weil nun zwei Unternehmer daran verdienen müssen, jedenfalls wollen.

Nicht beigetreten werden kann der Entsch. insofern, als sie die Auffassung vertritt, daß die angenommene Unmöglichkeit des weiteren Ausbaues der Gleisanlage durch die Firma E. infolge eines Umstandes eingetreten sei, den kein Vertragsanteil zu vertreten habe. Es ist allgemeiner Rechtsgrundsatz, daß ein Schuldner die Unmöglichkeit der Leistung auch dann zu vertreten hat, wenn ihm die zur Durchführung der Leistung erforderlichen Geldmittel fehlen. Dieser Rechtsgrundsatz wird von dem RG. aus einer erweiterten Anwendung des § 279 BGB. hergeleitet (vgl. RG. 75, 335 = JW. 1911, 561). Infolgedessen hat die Firma E. auch die Unmöglichkeit der Leistung zu vertreten. Sie haftet daher nicht gem. § 323 BGB., sondern nach § 325 BGB. Da teilweise erfüllt ist, hatte die Veff. das Recht, wahlweise Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Vertrage zurückzutreten oder die Rechte aus § 323 BGB. geltend zu machen. Da die geleisteten Arbeiten schon bezahlt waren, ändert sich dadurch an dem Ergebnis der Entsch. nichts.

Mit Recht nimmt das OLG. an, daß es rechtl. nicht von Bedeutung ist, daß die Veff., als sie mit Schreiben vom 11. Nov. 1930 den Vertrag aufkündigte, noch gar nicht die bei der Firma E. aufgetragenen wirtschaftlichen Schwierigkeiten kannte. Denn es handelt sich hier eben nicht um eine Kündigung wegen besonderer Umstände, sondern nur um eine Geldentmachung der Rechte aus §§ 323 ff. BGB. Hierfür kommt es aber nur darauf an, ob eine Unmöglichkeit vorliegt und wer sie zu vertreten hat, nicht aber darauf, wann der Veff. die Unmöglichkeit der Leistung bekanntgeworden ist.

NK. Eugen Boden I, Köln.

sachte Gefahr bemerkt, zumal wenn es sich um eine Probe-fahrt handelt. Auch der Miteigentümer eines Kraftrades ist Halter, besonders wenn er während der Fahrt die Verfügungsgewalt ausübt. Konkurrerendes Verschulden eines Radfahrers, wenn er beim Fahren ins Pendeln und dadurch auf die linke Seite der Fahrbahn gerät. Maßstab bei Beurteilung fahrlässiger Handlungen Jugendlicher.

Kl. ist Mitehaber der Autohandlung R. u. S. in St. und wollte das der Firma gehörige oben bezeichnete Motorrad von St. nach R. verbringen, um es dort zu verkaufen. Kl. hatte bei der Polizeibehörde für das Motorrad eine Probezulassungsbefreiung erwirkt, es handelt sich also um eine sogenannte Überführungsfahrt, welche nach § 41 KraftfVerfB.D. einer Probefahrt gleichsteht. Hierzu hat der Kl. den Kaufmann F., welcher einen Führerschein besaß, gegen Bezahlung eingestellt. Bis F. lenkte Kl. das Motorrad, von da ab Fr., während Kl. auf dem Soziusplatz saß. Als Fr. von B. kommend, auf der Hauptverkehrsstraße in Sch. eingefahren war, sah er in gleicher Fahrtrichtung vor sich die drei Radfahrer, Schüler aus D. im Alter von etwa 15 Jahren. Diese waren auf einer Pfingstfahrt nach der Jugendherberge B. begriffen. Sie fuhren, aus ihrer Fahrtrichtung gesehen, vorchriftsmäßig auf der rechten Seite der B.straße, und zwar links von dem Schienengeleise der elektrischen Straßenbahn. Die Gesamtbreite der B.straße ohne Bürgersteig beträgt 7,53 m. Veff. fuhr an letzter Stelle, vor ihm der Zeuge A. und vor diesem der Zeuge W. Letzterer hatte bereits die Stelle erreicht, an welcher von Süden her die etwa 7 m breite A.straße in die B.straße einmündet, als das von Fr. gelenkte Motorrad mit mindestens 35 km Stundengeschwindigkeit herankam. Als Fr. noch etwa 15 m von dem Veff. entfernt war, sah Kl., wie der Veff. plötzlich auf seinem Fahrrad schwankte und nach links über die Mitte der Straße hinübergeriet. Obwohl auch Fr. die gleiche Wahrnehmung gemacht hatte, versuchte er noch rasch an dem Veff. vorbeizukommen und gab Gas. Dies mußte eine starke Erhöhung der Geschwindigkeit des Motorrades bewirken. In diesem Augenblick machte sich der Veff. mit der linken Hand an seinem über das Hinterrad befestigten Tornister zu schaffen und drehte sich zu diesem Zweck etwas nach links und rückwärts. Der Grund für dieses ungewöhnliche Verhalten war der, daß sich die Befestigung des etwa 30 Pfund schweren Tornisters an dem Fahrrad gelöst hatte, daß der Tornister auf die linke Seite des Rades herabgerutscht war und daß dadurch Veff. beim Fahren im Gleichgewicht gestört war. Dadurch kam er ins Pendeln und geriet so über die Straßenmitte hinüber auf die linke Fahrbahn der B.straße. Durch den unvermeidlichen Zusammenstoß, der mit großer Wucht geschah, wurden Veff., der Kl. und auch Fr. zu Boden geschleudert. Fr. hatte zwar beobachtet, daß Veff. durch das Pendeln nach links in das Motorrad hineingeraten müsse, war aber schon zu nahe an Veff. herangekommen, als daß er das Krafttrad angehts der erheblichen Geschwindigkeit noch zum Halten zu bringen vermochte.

Ob Fr. aus einer Entfernung von etwa 60—80 m vor dem Veff. Warnungssignale mit einer Hupe gegeben hat, ist nebensächlich, denn die drei Radfahrer haben diese Signale jedenfalls nicht gehört und selbst wenn der Zeuge A. das Knattern des rasch herankommenden Kraftrades kurz vor dem Unfall vernommen hat, so ist damit noch nicht bewiesen, daß auch Veff. dieses gehört hat. Jedenfalls mußten Kl. und sein Fahrer aus dem Verhalten des Veff. entnehmen, daß dieser das Signal und das Herannahen des Motorrades nicht gehört hatte. Damit war nach allgemeiner Rechtsanschauung eine besondere Sorgfaltspflicht für das Überholen geboten.

Ein Beweis, daß Veff. absichtlich auf die linke Seite der Straße hinübergefahren ist, um dort sein Rad unbehindert in Ordnung zu bringen, erscheint nicht geführt. (Wird ausgeführt.)

Für die Verursachung des Unfalls sind hiernach verantwortlich: 1. der Fahrer Fr. Er ist unbefristetmässig gefahren, indem er innerhalb eines bebauten Orsteils mit übergroßer Geschwindigkeit und mehr als 30 km pro Stunde fuhr und außerdem an einer Stelle überholte, an welcher er nicht überholen durfte. Diese Stelle befand sich nämlich kurz vor der Einmündung einer Querstraße, deren Ausmündung außerdem unübersichtlich war, so daß Fr. jeden Augenblick damit rechnen mußte, daß aus dieser Straße heraus andere Wegbenutzer plötzlich seinen Weg kreuzen könnten. Er überholte zudem, trotzdem er sah, daß Veff. unruhig im Fahren wurde und nach rückwärts an sein Gepäck griff. Anstatt er auf das Überholen an dieser Stelle verzichtete, bremste und langsam fuhr, steigerte er zudem noch seine bereits ungefährlich hohe Geschwindigkeit und brachte sich dadurch um die Möglichkeit, den Veff. in großem Bogen und genügend Abstand (§ 12 KraftfVerfB.D.) zu überholen.

2. Eigenes Verschulden des Kl. Alle diese vorstehend festgestellten Pflichtwidrigkeiten und Verstöße gegen die KraftfVerfB.D. (§§ 18 Ziff. 2 und 3, 17, 23 Abs. 4 KraftfVerfB.D.) hatte auch der Kl. rechtzeitig vor dem Unfall wahrgenommen. Es kommt hinzu, daß vorliegendenfalls gem. § 41 KraftfVerfB.D., da es

sich um eine Probefahrt handelte, eine Pflicht zur „besonderen“ Vorsicht bestand. Nach dem Gutachten des Sachverständigen hätte der Unfall auch mit Leichtigkeit vermieden werden können. Kl. hat die Gefahr deutlich gesehen und auch den Unfall voraussehen müssen. Es wäre ihm ohne weiteres möglich und auch seine Pflicht gewesen, auf den Fahrer einzuwirken, daß er schon beim Einfahren in den bewohnten Ortsteil seine Geschwindigkeit verringerte und auf das Überholen an dieser Stelle verzichtete. Da der Kl. dies unterlassen hat, so hat er selbst gegen die ihm allgemein obliegende Sorgfaltspflicht i. S. des § 276 BGB. verstoßen (vgl. JW. 1911, 41; 1915, 189; RG. 120, 161; 154¹⁾; 128, 149²⁾; DJZ. 1932, 610). Danach ist festzustellen, daß der Unfall auch durch eigenes Verschulden des Kl. nach § 823 BGB. ursächlich verursacht worden ist. Auf die Frage des Entlastungsbeweises kommt es also nicht mehr an.

3. Betriebsgefahr nach § 7 KraftfG. Die außerordentliche Geschwindigkeit und das Gewicht des schweren Motorrads, das zudem mit zwei Personen besetzt war, haben ebenfalls den Zusammenstoß und auch die erheblichen Verletzungen der Beteiligten bewirkt. Für die Betriebsgefahr haftet ebenfalls Kl., denn er ist i. S. des § 7 KraftfG. Halter. Da er Mitinhaber der Firma K. u. H. ist, so ist er Miteigentümer des Motorrads. Abgesehen davon hat er aber auch über die Maschine als Eigentümer verfügt, auf seinen Namen ist auch die Zulassungsbescheinigung ausgestellt. Endlich hatte er die Verfügungsgewalt über das Motorrad, da er die Fahrt zwecks Verkaufes des Rades ausgeführt hat. Aus allen diesen Gründen ist er als Halter anzusprechen (vgl. LZ. 1931, 1363; JW. 1932, 3683; DJZ. 1934, 143). Da, wie oben ausgeführt, ein unabwendbarer Zufall nicht vorliegt, so trifft auch den Kl. selbst an dem Unfall die Haftpflicht.

4. Verschulden des Beklagten. Wenn man auch den Bekl. nicht dafür verantwortlich machen kann, daß sich der Tornister während der Fahrt löste, besonders dann, wenn man es als nicht widerlegt ansieht, daß er die Befestigung des Tornisters noch kurze Zeit vor dem Unfall nachgesehen hatte, so war es doch eine Ungehörigkeit und erhebliche Unvorsichtigkeit, daß Bekl. sich so eigenartig, wie oben festgestellt ist, verhielt. Er mußte auch sehen, daß er bei dem Pendeln auf die Mitte der Straße gekommen war, und mußte auch voraussehen, daß er noch weiter hinüber nach links kommen werde. Dem Radfahrer ist aber das Befahren der linken Straßenseite verboten (vgl. §§ 10 und 24 PolWD. des OPräf. von Kassel v. 24. Sept. 1926). Dem Bekl. mußte weiter bewußt sein, daß er auf einer großen Verkehrsstraße fuhr und er mußte sonach damit rechnen, daß von rückwärts Fahrzeuge in großer Geschwindigkeit herannahen konnten und daß dadurch ein Zusammenstoß herbeigeführt werden mußte. Deshalb hätte er die Pflicht gehabt, sein Rad abzufangen und entweder zurück auf die rechte Seite der Straße zu bringen, andernfalls aber abzustiegen. Diese Überlegungen anzustellen hat Bekl. unterlassen, und dieses bedeutet eine Vernachlässigung der ihm als Radfahrer obliegenden Verkehrspflicht. Der Senat hat nach dem Eindruck, welchen Bekl. bei seiner Vernehmung machte, die Überzeugung, daß Bekl. bei seinem damaligen Alter von 15 Jahren angesichts seines ruhigen, klaren und verständigen überlegten heutigen Verhaltens auch damals die gleichen Eigenschaften hatte. Man konnte ihm also die erforderliche Einsicht zumuten. Er ist sonach, da er fahrlässig gehandelt hat, ebenfalls für den Unfall und seine Folgen verantwortlich. Auch durch sein Verschulden ist der Unfall nach den Grundsätzen der adäquaten Verursachung mit (RG. 133, 126³⁾) entstanden.

Gem. § 254 BGB. hat nach Vorstehendem eine Abwägung und entsprechende Verteilung des Schadens nach Maßgabe der Verursachung durch Verschulden der Parteien und der Betriebsgefahr stattzufinden. Der Senat ist der Auffassung, daß das Verschulden Kl. und die Betriebsgefahr weit erheblicher ist als dasjenige des Bekl. Es wurde daher eine Verteilung des Schadens in Höhe von einem Viertel zu Lasten des Bekl. als den Umständen entsprechend erachtet. Da der Kl. den Rest von drei Vierteln selbst zu tragen hat, so war insoweit die Klage unbegründet.

Nach allgemeiner Rspr. konnte die begehrte Rente nicht lebenslänglich, sondern bis höchstens zum 65. Lebensjahr gewährt werden, da nach dem vermutlichen Ablauf der Dinge und bei Berücksichtigung des Berufes des Kl. in diesem Zeitpunkt die Erwerbsfähigkeit an sich aufhören wird. In diesem Rahmen war wie geschehen in dem Verfahren über den Grund des Anspruchs die begehrte Rente zuzubilligen.

(OLG. Darmstadt, Urt. v. 30. April 1934, 1 U 51/33.)

Ber. von OLG. Dr. Bittel, Darmstadt.

*

¹⁾ JW. 1928, 1721.

²⁾ JW. 1930, 2849.

³⁾ JW. 1931, 3313.

4. §§ 272 b, 526, 137 ZPO.; §§ 20, 24 GKG. Keine Beweisgebühr bei Verwertung von Akten¹⁾ in der Berufungsinstanz, wenn diese Verwertung schon in der ersten Instanz stattfand.

In dem Schlußverhandlungstermin vor dem BG. lagen zwar die von dem Vorsitzenden gem. § 272 b ZPO. eingeforderten Akten vor und wurden zur Urteilsfindung verwertet. Da aber die gleichen Akten schon in der ersten Instanz zum Gegenstand einer Beweisaufnahme gemacht und nur versehentlich nicht bei den Prozeßakten belassen worden waren, kann ihre Verwertung in der Berufungsinstanz als eine Wiederholung der Beweisaufnahme, sondern nur als eine Würdigung der nach §§ 526, 137 ZPO. vorgelegten Beweisverhandlung der ersten Instanz angesehen werden. Eine Beweisgebühr nach § 20 oder § 24 GKG. ist daher nicht fällig geworden.

(OLG. Darmstadt, 2. Zivilsen., Beschl. v. 15. Okt. 1934, 2 W 120/34.)

Ber. von OLG. Dr. Fuchs, Darmstadt.

*

Karlsruhe

5. § 5 ArmAnwG. v. 20. Dez. 1928; §§ 117, 124 Abs. 2 ZPO. Die Staatskasse kann die von ihr verauslagten Kosten des Armenanwalts der obliegenden Partei von dem unterlegenen Gegner auch dann einfordern, wenn dieser selbst das Armenrecht hat. Aufrechnung auch hier nur mit Kostengegenforderung zulässig.¹⁾

1. Kl., der selbst das Armenrecht hat, soll nach kostenfälliger Zurückweisung seiner Ver. dem Staat die Auslagen ersetzen, die dieser für den Armenanwalt des Gegners gehabt hat. Gem. § 5 Bes. v. 20. Dez. 1928 geht der Anspruch des Anwalts der obliegenden Partei auf Erstattung seiner Gebühren usw. auf die Staatskasse über, und es finden auf seine Geltendmachung die Vorsch. über die Erhebung der Gerichtskosten entsprechende Anwendung. Nach § 117 ZPO. ist ganz zweifellos, daß die Bewilligung des Armenrechts an den Kl. den Gegner nicht am Versuch hindert, seine Kosten beizutreiben. Auch im vorl. Falle könnte der Gegenanwalt einen Kostenfestsetzungsbeschl. bzgl. dessen herbeiführen, was ihm der Staat nicht vergütet, und auf Grund dessen gegen den Bekl. vollstreden. Dadurch, daß ein Teil der Forderung des Gegenanwalts „auf die Staatskasse“ übergegangen ist, erfährt dieses Recht an sich keine Veränderung, und ebensowenig wie dem Gegner gegenüber kann sich der Kl. „der Staatskasse gegenüber“ etwa auf das ihm selbst zustehende Armenrecht berufen“ (G a u p p - S t e i n - J o n a s, 15, Nr. 18 und 19 zu § 125 ZPO.). Von

¹⁾ Vgl. den Beschl. d. Sen. v. 21. Okt. 1933, 2 U 104/31: JW. 1933, 2661⁷.

Zu 5. Ich vermag dieser Entsch. in dem wesentlichsten Punkte, nämlich zur Frage der Einziehbarkeit der Armenanwaltskosten auch von der armen Gegenpartei, nicht beizupflichten.

Der Ausgangspunkt — § 117 ZPO. — ist richtig. Der Armenanwalt einer Partei ist nicht gehindert, im Falle des Ob-siegens seiner Partei nach § 124 ZPO. auch gegen die gegnerische arme Partei seine Kosten festsetzen zu lassen. Es ist auch richtig, daß durch den Übergang dieses Erstattungsanspruchs auf die Staatskasse sich an dessen Rechtsnatur nichts ändert. In demselben Umfange, in welchem dem Armenanwalt Rechte an die Gegenpartei zustanden, sind sie an sich auch auf die Staatskasse übergegangen. Damit ist nun aber noch nicht gesagt, daß die Staatskasse auch in gleicher Weise wie der Armenanwalt dieses ihr Recht geltend machen darf. OLG. Karlsruhe irt in seiner Annahme, daß nach einhelliger Ansicht die Staatskasse von dem unterlegenen Gegner die Armenanwaltskosten auch dann einfordern darf, wenn diesem gleichfalls das Armenrecht bewilligt ist. Der Kostenrat des RG. hat in einer grundsätzlichen Entsch. 20 Wa 7/31 v. 12. Jan. 1931 (bei G a e d e k e, Kostenrechtsprechung, 1934, Nr. 379) diese Frage dahin entschieden, daß die Staatskasse erst nach Erlaß eines Nachzahlungsbeschlusses wegen der von ihr dem Armenanwalt der obliegenden Partei erstatteten Gebühren und Auslagen die — gleichfalls arme — Gegenpartei in Anspruch nehmen darf.

Hierfür ist folgende Erwägung maßgebend gewesen: Nach § 5 Abs. 2 ArmAnwG. finden auf die Geltendmachung des Erstattungsanspruchs der Staatskasse die Vorsch. über die Erhebung von Gerichtskosten entsprechende Anwendung. Gerichtskosten dürfen aber von einer Partei, der das Armenrecht bewilligt ist, während der Dauer der Wirkung des Armenrechts nicht erfordern werden. Folglich ist die unterliegende arme Partei vorläufig, d. h. bis zur Anordnung der Nachzahlung aus § 125 ZPO., auch von der Entrichtung der nunmehr der Staatskasse geschuldeten Armenanwaltskosten einstweilen befreit. Denn der Begriff der Geltendmachung ist weiter als der der Einziehung und bedeutet, daß die Staatskasse mit ihrem Anspruch gegen den Schul-

dieser einhelligen Meinung in Rpr. und Wissenschaft kann auch der Senat nicht abweichen. Die entsprechende Anwendbarkeit der Vorschr. über die Erhebung der Gerichtskosten bezieht sich nur auf die Art der Beitreibung. Billigkeitsrücksichten können nicht im Wege der Erinnerung, sondern könnten nur mit besonderem Gesuch um Kostenniedererschlagung geltend gemacht werden.

2. Kl. kann aber auch nicht aufrechnen mit dem Teil seiner Hauptforderung, mit der er vor dem LG. durchgedrungen ist, weil § 124 Abs. 2 ZPO. in solchen Fällen nur die Aufrechnung mit in derselben Sache entstandenen Kostenansprüchen zuläßt, und weil daselbe wie für den Gegenanwalt auch für den Teil seines Anspruchs gilt, der auf die Staatskasse übergegangen ist.

(OLG. Karlsruhe, 1. ZivSen., Beschl. v. 11. Mai 1934, ZBR 193/33.)

Ber. v. OGR. i. R. Dr. Wolff-Williger, Freiburg i. Br.

Dresden

b) Strafsachen

6. §§ 1, 3 ZPO. des RPräs. zum Schutz der Wirtschaft v. 9. März 1932 (RGBl. I, 121.) Die Ankündigung und Bewilligung von Sonderpreisen für photographische Rollfilme, die bei den Ankündigenden gekauft worden sind, fallen nicht unter das Zugabeverbot. Ob die Ankündigung und Bewilligung derartiger Sonderpreise gegen das RabattG. verstößt, bleibt dahingestellt. †)

Der Angekl. betreibt in seiner Wohnung einen kleinen Handel mit Photoartikeln, insbes. mit Rollfilmen; er entwickelt auch Filme. Im Fenster hatte er zur Einsichtnahme für das Publikum verschiedene Preisschilder angebracht. Auf dem einen war der Normalpreis für das Entwickeln eines Rollfilms in der Größe 6:9 mit 40 Pfg. angegeben; auf einem anderen Schild („20 Pfg. kostet jeder Rollfilm zu entwickeln, welcher bei mir gekauft wurde“) kündigte er an, bei ihm gekaufte Rollfilme für 20 Pfg. zu entwickeln. Dementsprechend verlangte er von seinen Kunden für das Entwickeln eines Filmes 40 Pfg., aber nur 20 Pfg., wenn der betreffende Film bei ihm gekauft war. Der Amtsrichter hat den Angekl. von der Anklage, gegen §§ 1, 3 des 1. Teils („Zugabewesen“) ZPO. v. 9. März 1932 verstoßen zu haben, freigesprochen.

Es ist der Rev. zwar zuzugeben, daß vorliegendenfalls zwischen dem verbilligten Entwickeln und dem Kaufe eines Films im Geschäft des Angekl. ein örtlicher und zeitlicher Zusammenhang be-

ner nicht hervortreten darf, bevor dieser nicht zur Zahlung verpflichtet ist. Auch aus § 123 ZPO. ist nichts Gegenteiliges herzuleiten. Denn § 123 ZPO. hat gerade den vermögenden Gegner im Auge und verfolgt in Abs. 2 den Zweck, diesen auch dann erfassen zu können, wenn etwa die Parteien in kollusivem Einverständnis den Prozeß nicht weiter betreiben. § 115 ZPO. schränkt also den § 123, nicht aber umgekehrt dieser den § 115 ZPO., der ja die für das Armenrecht grundlegende Vorschr. enthält, ein.

Es hat fast den Anschein, als ob OLG. Karlsruhe ebenfalls nach einem Weg gesucht hat, um für die Dauer des Armenrechts der Staatskasse eine Inanspruchnahme der unterlegenen armen Partei zu verwehren, aber glaubte, einen solchen nach den bestehenden Best. nicht gehen zu können. Tatsächlich wäre es aber ein unverständliches Ergebnis, demselben Staat, der einer Partei das Armenrecht bewilligt und sich damit zunächst des Rechts, Gerichtskosten, also auch Auslagen von dieser Partei zu erforschen, begeben hat, das Recht einzuräumen, diese Armut zu ignorieren, sobald es sich um die von ihm für die gleichfalls arme Gegenpartei gemachten Auslagen, nämlich die Gebühren von deren Armenanwalt, handelt. Wenn dieses Ergebnis gleichwohl bisher in Kauf genommen worden ist, so doch offenbar nur, weil ein Weg, zu einem anderen Resultat zu gelangen, nicht auffindbar schien. Die vorstehend erwähnte Entsch. des RG. gibt aber die allein befriedigende Lösung.

II. In der Frage der Aufrechnung dagegen wird dem OLG. Karlsruhe beizupflichten sein. Denn auch hier entscheidet die Rechtsnatur des auf die Staatskasse übergegangenen Anspruchs, der hinsichtlich der Aufrechnung mit Gegenforderungen zugunsten des Armenanwalts und damit also auch zugunsten der Staatskasse privilegiert ist und demgegenüber nur die Aufrechnung mit Kosten für zulässig erklärt ist, die nach der in demselben Rechtsstreit ergangenen Kostenentsch. von der anderen Partei der jetzt in Anspruch genommenen Partei zu erstatten sind. Diese Aufrechnungsbeschränkung gilt also auch der Staatskasse gegenüber.

OGR. Dr. Gädete, Berlin.

Zu 6. Der Entsch. ist beizustimmen.

Der Angekl. hatte in dem zugrunde liegenden Falle für die Rollfilme, die bei ihm gekauft waren, Sonderpreise angekündigt und gewährt. Auf Grund dessen war gegen ihn Anklage wegen Verstoßes gegen die ZugabeZD. erhoben. Um eine verbotene Zu-

stand. Wesentlich für den Begriff der Zugabeleistung ist aber außer ihrer Abhängigkeit von der Hauptware, daß die Zugabe ohne Berechnung eines besonderen Preises gewährt wird, daß die Berechnung der Zugabeleistung nicht erkennbar wird (vgl. Klauer, „Das Zugabewesen“, S. 27; Funkestorff, „Zur Systematik des reichsgesetzlichen Zugabeverbotes“, 2. Aufl., S. 9. In dieser Voraussetzung fehlte es nach den getroffenen Feststellungen. Allerdings ist, wenn wie hier für die Zumendung ein gesonderter Preis berechnet wird, noch zu prüfen, ob es sich bei diesem gesonderten Preis etwa nur um ein „geringfügiges“, offenbar bloß zum Schein verlangtes „Entgelt“ (§ 1 Abs. 1 Satz 2 ZD.) handelt. Ausdrücklich hat der Vorderrichter zu dieser Frage zwar nicht Stellung genommen; nach dem Gesamtinhalt der Urteilsgründe muß aber angenommen werden, daß er diese Frage geprüft und sie verneint hat. Auch diese Rechtsauffassung ist nicht zu beanstanden.

Der Meinung des Vorderrichters, daß es sich hier nicht um eine verbotene Zugabe, sondern nur um eine besondere Preisgestaltung für das Entwickeln der Filme gehandelt habe, ist beizutreten. Ob die Bewilligung bzw. Ankündigung eines derartigen Sonderpreises etwa einen Verstoß gegen die Best. des RabattG. v. 25. Nov. 1933 (§§ 1, 9, 11) darstellte, braucht nicht näher untersucht zu werden, da die Tatzeit vor dem Inkrafttreten des RabattG. (1. Jan. 1934) liegt.

(OLG. Dresden, Ur. v. 28. Mai 1934, 1 Ost 51/34.)

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

7. § 3 Ziff. 1—4 StraffreiG. v. 7. Aug. 1934.

Schlagen mehrere der hierin angegebenen Bestimmungen gleichzeitig ein, so ist es Ermessenssache, welche von ihnen zur Begründung der Amnestie-Anwendung herangezogen wird. Bei einer wegen mehrerer rechtlich zusammenfassender Vergehen erkannten Strafe ist für die Frage des Straferlasses entscheidend, ob die Tat, soweit sie unter das Gesetz fällt, aus dem nach § 73 StGB. die Strafe entnommen ist, Straffreiheit genießt.

Bei einer Strafe, die wegen mehrerer rechtlich zusammenfassender Vergehen rechtskräftig erkannt worden ist, ist für die Frage des Straferlasses auf Grund von Amnestie — vorliegendenfalls auf Grund des StraffreiG. v. 7. Aug. 1934 — entscheidend, ob die Tat, soweit sie unter das Gesetz fällt, aus dem gem. § 73 StGB. die Strafe entnommen ist, Straffreiheit ge-

gabe konnte es sich aber schon deshalb nicht handeln, weil, wie auch der Verberater der Deutschen Wirtschaft kürzlich in einer Verlautbarung festgelegt hat, Zugaben nur dann vorliegen, „wenn zu einer Ware oder Leistung etwas zugegeben wird“. Dies kommt schon im Worte „Zugabe“ zum Ausdruck. Im vorl. Falle hat jedoch der Ankündigende Kunden nichts gegeben, sondern nur einen geringeren Preis berechnet. Daß dieser Preis nicht etwa bloß zum Schein verlangt war, ergeben, wie das Gericht durchaus richtig ausführt, die Sachumstände.

Schon aus diesem Grunde konnte das ZugabeG. keine Anwendung finden.

Die Anwendung des RabattG., das für den Fall hätte gleichfalls in Frage kommen können, ließ die Entsch. dahingestellt, weil die Tatzeit vor dem Inkrafttreten des RabattG. gelegen hat. Aber auch das Verbandsgesetz dürfte in diesem Falle nicht in Anwendung kommen. In ihm werden als Sonderpreise, die nur nach Maßgabe des RabattG. angekündigt oder gewährt werden dürfen, solche Preise bezeichnet, die „wegen der Zugehörigkeit zu bestimmten Verbraucherkreisen, Berufen, Vereinen oder Gesellschaften eingeräumt werden“. Diese Merkmale sind aber im vorl. Falle nicht gegeben. Daß es sich bei den Personen, denen der Sonderpreis zugebilligt wurde, nicht um Zugehörige besonderer Berufe, Vereine usw. handelte, ergibt der Sachverhalt.

Fraglich konnte nur erscheinen, ob die Kunden, die bei dem Angekl. die Filme gekauft haben, als „bestimmte Verbraucherkreise“ angesehen werden könnten. Dies muß verneint werden.

Bei den „bestimmten Verbraucherkreisen“ des § 1 RabattG. handelt es sich immer nur um solche Gruppen, die durch ein gemeinsames Merkmal, das sie in irgendwelcher Weise verbindet, zusammengehalten werden: z. B. Bewohner einer Stadt oder eines Stadtviertels, Erwerbslose, Beamte, oder auch Bezüher einer Zeitschrift, Rundfunkhörer usw. Hier dagegen erhielt den verbilligten Preis jeder Verbraucher, gleichgültig aus welchem Verbraucherkreis er stamme, sofern der Film selbst nur in dem Geschäft gekauft war. Nicht auf die Zugehörigkeit zu einem bestimmten Verbraucherkreis, sondern auf den Kauf des Filmes war also der Preis abgestellt.

Damit entfallen auch die Voraussetzungen des § 1 RabattG., so daß auch aus diesem Gesichtspunkt gegen die Preisankündigung oder Preisbewilligung nichts anzuwenden ist.

RA. Dr. G. P. Danielcik, Berlin.

nicht (vgl. Buch-Schäfer, Komm. z. RGeI. über Straffreiheit v. 20. Dez. 1932, Note 2 zu § 2). Der Einwand, das StraffreiG. v. 7. Aug. 1934 könne keine Anwendung finden, weil die Tat des Verurteilten, soweit sie sich als üble Nachrede darstellt, nicht amnestiefähig sei, kann hiernach schon deshalb keine Beachtung finden, weil die wegen Vergehens nach § 3 Abs. 1 StD. v. 21. März 1933 in Tateinheit mit übler Nachrede erkannte Strafe mit Recht aus § 3 Abs. 1 StD. v. 21. März 1933 als der schwereren Strafbestimmung entnommen ist, maßgebend also ist, ob die Tat als Vergehen nach § 3 Abs. 1 StD. v. 21. März 1933 unter das StraffreiG. fällt. Die Amnestie würde hiernach selbst dann Platz greifen, wenn hinsichtlich der üblen Nachrede weder § 3 Ziff. 2, noch § 3 Ziff. 4 StraffreiG. v. 7. Aug. 1934 anwendbar wäre. § 6 Ziff. 5 Gef. v. 7. Aug. 1934 schlägt nicht ein.

Zur Anwendbarkeit des StraffreiG. v. 7. Aug. 1934 braucht im übrigen nur eine der in § 3 Ziff. 1—4 nebeneinander aufgestellten Voraussetzungen erfüllt zu sein; schlagen mehrere von diesen Best. gleichzeitig ein, so ist es Ermessenssache, welche von ihnen zur Begr. der Anwendung der Amnestie herangezogen wird.

(OLG. Dresden, Beschl. v. 14. Sept. 1934, 2 O St Reg 429/34.)

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

*

S. § 10 Abs. 2 Satz 2 StraffreiG. v. 7. Aug. 1934. Diese Auslagenverteilungsvorschrift ist ausnahmsweise auf den Nebenkläger anwendbar, wenn das Verfahren auf Privatklage eingeleitet und später die Verfolgung von der Staatsanwaltschaft übernommen worden ist.

Nach der Rechtsauffassung des OLG. Dresden, die dieses bereits bei der Auslegung der gleichlautenden Vorschr. im StraffreiG. v. 20. Dez. 1932 vertreten hat, enthält § 10 Abs. 2 Satz 2 StraffreiG. v. 7. Aug. 1934 eine Sondervorschr., die nach ihrem Wortlaut wie nach ihrer Entstehungsgeschichte nur auf Verfahren anzuwenden ist, die auf Privatklage eingeleitet worden sind. Da es sich um eine besondere, außerhalb der StPD. getroffene Regelung der Auslagenfrage handelt, kann sie — trotz der Vorschr. in § 397 StPD. — auf die notwendigen Auslagen des Nebenkl. im allgemeinen nicht angewendet werden. Nur wenn ausnahmsweise das Verfahren, in dem der Nebenkl. auftritt, nicht durch öffentliche Klage des StA. eingeleitet worden ist, sondern es, wie hier, von dem späteren Nebenkl. durch Erhebung von Privatklage begonnen worden ist und erst später durch Übernahme der Verfolgung seitens des StA. gem. § 377 Abs. 2 und 3 StPD. zum öffentlichen Verfahren wurde, ist die genaute Sondervorschr. auf die notwendigen Auslagen des ehemaligen Privatklägers und nunmehrigen Nebenklägers anwendbar. Soweit diese Auslagen bis zur Übernahme der Verfolgung durch den StA. erwachsen sind, ergibt sich dies ohne weiteres aus der Tatsache, daß das Verfahren bis dahin ein von dem jetzigen Nebenkläger betriebenes Privatklageverfahren war. Aber auch die notwendigen Auslagen des Nebenklägers in dem späteren öffentlichen Verfahrenabschnitt sind nach § 10 a. a. D. erstattungsfähig, weil dieses Verfahren kein neues selbständiges Verfahren ist, sondern nur die Fortsetzung des bisherigen Verfahrens bildet und somit auch das spätere öffentliche Verfahren auf Privatklage eingeleitet worden ist. Es können also in diesem Falle zufolge des § 10 a. a. D. die dem Privatkläger und späteren Nebenkläger und dem Beschuldigten während des ganzen Verfahrens erwachsenen notwendigen Auslagen vom Gericht angemessen verteilt oder einem von ihnen ganz auferlegt werden. Diese Auslegung ergibt sich nicht nur ohne weiteres aus der besonderen Fassung der Vorschr.: „War das Verfahren auf Privatklage eingeleitet ...“ statt der sonst näher liegenden einfacheren „im Privatklageverfahren“. Sie entspricht auch der Billigkeit. Der spätere Nebenkläger hat in solchem Falle, oft erst nach erfolgloser Anrufung der StA. zur Erhebung der öffentlichen Klage, auf sein eigenes Risiko die Strafverfolgung durch Erhebung der Privatklage begonnen. Es wäre daher unbillig, ihn bei Niederschlagung des Verfahrens durch die Amnestie schlechter zu stellen als einen Privatkläger, weil ihn die Durchführung des Prozesses als Privatklageverfahren durch dessen Überführung in ein öffentliches Verfahren unmöglich gemacht worden ist. Nach alledem ist die von der Verk. ausgesprochene Verpflichtung des Angekl. zur Erstattung der notwendigen Auslagen, die dem ehemaligen Privatkläger und jetzigen Nebenkläger in beiden Rechtszügen erwachsen sind, zulässig.

Sie ist nach Lage des Falles auch begründet. Der Angekl. ist im ersten Rechtszug nach § 187 StGB. mit zwei Monaten Gefängnis bestraft worden. Nach dem bisherigen Beweisergebnis war auch bei Berücksichtigung der Beweisangebote des Angekl. in der Verk. seine Verurteilung im Berufungsverfahren wegen dieses Vergehens, u. U. in Tateinheit mit einem solchen nach § 164 StGB., zu erwarten, auch mit einer Ermäßigung der Strafe kaum zu rechnen. Die angefochtene Auslagenentsch. ist daher auch nach

Ansicht des Senats durch die Sach- und Rechtslage bei Inkrafttreten der Amnestie gerechtfertigt.

(OLG. Dresden, Beschl. v. 5. Okt. 1934, 2 Ost Reg 472/34.)

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

*

Jena

9. §§ 20a, 42e StGB.; Art. 5 Nr. 2 GewohnhVerbrG. Die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung auf Grund des Art. 5 Nr. 2 GewohnhVerbrG. ist nicht zulässig, wenn gegen den Verurteilten zwar drei Verurteilungen vorliegen, die durch sie auferlegten Freiheitsstrafen aber nachträglich zu einer Gesamtstrafe vereinigt worden sind. †)

Der Angekl. ist wegen dreier schwerer Rückfallsdiebstähle, die er im März und Sept. 1931 begangen hat, durch Urf. v. 17. Sept. 1931, 11. Nov. 1931 und 18. März 1932 mit drei Gefängnisstrafen bestraft worden, die im letzten Urf. zu einer Gesamtstrafe von 2 Jahren 6 Monaten zusammengezogen worden sind. Er hat die Strafen bis zum Febr. 1934 verbüßt. Der Antrag der StA. auf Anordnung der Sicherungsverwahrung ist vom LG. abgelehnt worden; ihre Rev. dagegen war erfolglos.

Nach § 42e StGB. setzt die Anordnung der Sicherungsverwahrung voraus, daß der Täter nach § 20a als ein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher verurteilt ist. § 20a unterscheidet aber zwei Fälle. In Abs. 1 setzt er voraus eine neue Tat nach zweimaliger vorgängiger Verurteilung; in Abs. 2 dagegen genügen drei vorsätzliche Taten, ohne daß eine Verurteilung vorausgegangen sein mußte. Hätte § 20a schon i. J. 1931 gegolten, so hätte der Angekl. nur auf Grund des Abs. 2, nicht des Abs. 1 als gefährlicher Gewohnheitsverbrecher verurteilt werden können.

Wie das LG. richtig darlegt, bezieht sich die in Art. 5 Nr. 2 Gef. v. 24. Nov. 1933 angeordnete Rückwirkung des § 42e StGB. nur auf den Fall, daß der Verurteilte nach Abs. 1 des § 20a als gefährlicher Gewohnheitsverbrecher angesehen werden könnte. Das ergibt der Wortlaut dieser Übergangsvorschrift, die sich eng an den Abs. 1 des § 20a anschließt. Sie deckt den Fall nicht, daß ein Täter wegen dreier selbständiger Handlungen durch ein Urf. zu einer Gesamtstrafe verurteilt wird, da es dann an den dem weiteren Urf. vorausgehenden Verurteilungen fehlen würde. Dabei hat der Gesetzgeber nicht den Fall der Gesamtstrafe übersehen, sondern er hat die Fassung offenbar gewählt, um damit die Rückwirkung auf den Abs. 1 des § 20a zu beschränken. Das zeigt ein Vergleich mit Art. 5 Nr. 3 Gef. v. 24. Nov. 1933, der den Fall der Gesamtstrafe mit umfaßt. Hätte der Gesetzgeber wie bei der Entmannung auch bei der Sicherungsverwahrung die Rückwirkung auf den Fall der Gesamtstrafe erstrecken wollen, so hätte er der Nr. 2 des Art. 5 die gleiche Fassung gegeben wie der Nr. 3.

Beschränkt sich aber die Rückwirkung auf den Fall des § 20a Abs. 1, so kann es keinen Unterschied machen, ob der Angekl. in einem Verfahren wegen dreier selbständiger Taten verurteilt wurde, oder ob mehrere Verfahren stattgefunden und die Gesamtstrafe nachträglich gebildet wurde. Denn das ist ein für die Würdigung des Verbrechers gleichgültiger, von seinem Willen unabhängiger Umstand. Es würde daher dem Sinn und Zweck des Gesetzes widersprechen, in diesem Fall die Rückwirkung zuzulassen, selbst wenn sie mit dem Wortlaut des Gesetzes vereinbar wäre.

(OLG. Jena, 2. StrSen., Urf. v. 4. Mai 1934, S 56/34.)

Ber. von OLG. Dr. Rittweger, Jena.

*

Riel

10. §§ 6, 16 StD. über die Bildung von Sondergerichten v. 21. März 1933; § 2 Abs. 3 ZeugGebD.

a) Gegen Entscheidungen des Sondergerichts ist die Beschwerde zulässig.

Zu 9. Die Entsch. verdient Zustimmung. Sie hebt zutreffend hervor, daß die Voraussetzungen für die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung in Art. 5 Ziff. 2 GewohnhVerbrG. auf den § 20a Abs. 1 StGB. abgestimmt sind, und daß als Grundlage für die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung nur solche Verurteilungen in Frage kommen, die nicht infolge späterer Bildung einer Gesamtstrafe ihre Selbständigkeit verloren haben. Das Urf. kommt damit zu dem Ergebnis, daß in denjenigen Fällen, in denen in mehreren Urf. auferlegte Freiheitsstrafen durch Urf. oder Beschl. nachträglich zu einer Gesamtstrafe vereinigt worden sind, nur die auf die Gesamtstrafe erkennende Entsch. als rechtskräftige Verurteilung i. S. der genannten Vorschr. anzusehen ist. Mit dieser Auslegung stimmt auch die Mpr. des RG. überein (vgl. RGSt. 68, 149 = JW. 1934, 1662²⁸; JW. 1934, 1972¹²). Im einzelnen darf auf meine Ausführungen in JW. 1934, 1619 Bezug genommen werden.

RegR. Dr. Schafheutle, Berlin.

b) Auch ein Zeuge, der Arbeitslosen- oder Krisenunterstützung bezieht, hat Anspruch auf Zeugengebühren.

Den erwerbslosen Zeugen, die Krisenunterstützung bzw. Wohlfahrtsunterstützung bezogen, sind durch die Beschlüsse des Vorsitzenden des Sondergerichts in Altona 2 *R.M.* bzw. 140 *R.M.* Entschädigung für 10 Stunden bzw. 7 Stunden Zeitversäumnis gem. § 2 Abs. 3 ZeugGebD. zugesprochen worden. Durch den auf Antrag des GenStA. in Kiel ergangenen angefochtenen Beschluß des Sondergerichts ist diese Kostenfestsetzung aufrechterhalten. Gegen diesen Beschluß hat der GenStA. in Kiel Beschw. eingelegt, da eine Entschädigung für Zeitversäumnis, ohne daß eine solche stattgefunden hat, denjenigen Arbeitslosen, die eine Unterstützung aus öffentlichen Mitteln erhalten, nicht zuzubilligen sei.

Die Beschw. gegen den Beschluß des Sondergerichts erscheint zulässig. § 16 I der VO. der Reichsregierung über die Bildung von Sondergerichten v. 21. März 1933 bestimmt zwar, daß gegen Entsch. des Sondergerichts kein Rechtsmittel zulässig ist. Im Zusammenhang mit § 6 a. a. D., der besagt, daß auf das Verfahren vor den Sondergerichten, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist, die Vorfchr. der StPD. und des VVG. entsprechende Anwendung finden, kann § 16 Abs. 1 a. a. D. sich nicht auf die Entsch. beziehen, durch die Dritte oder an dem Verfahren nur mittelbar Beteiligte betroffen werden. Die VO. v. 21. März 1933 will insoweit von den Best. der StPD. abweichen, als es nötig ist, eine dem standrechtlichen Verfahren ähnelnde beschleunigte Verwirklichung des Strafanspruchs zu gewährleisten. Alle, aber auch nur die Entsch., die diesem Zwecke dienen, sind deshalb der Nachprüfung durch eine höhere Instanz entzogen. Im übrigen aber hat die VO. v. 21. März 1933 die allgemeinen in der StPD. normierten Rechtsbehelfe unberührt gelassen (vgl. den Aufsatz: *JW.* 1934, 729—731). Unter der Geltung des § 17 Abs. 1 der VO. v. 9. Aug. 1933, der mit dem § 16 Abs. 1 a. a. D. wörtlich übereinstimmt, haben das *RG.*: *JW.* 1933, 559 und die *OLG.* Hamm: *JW.* 1933, 1671 und *Kiel*: *DRZ.* 1933, 572 auf Beschw. von Verteidigern sachlich entschieden, ohne die Zulässigkeit des Rechtsmittels überhaupt in Zweifel zu ziehen. Lediglich das *OLG.* Karlsruhe hat unter dem Geltungsbereich der VO. v. 21. März 1933 die Beschw. eines Verteidigers gegen eine Entsch. des Sondergerichts über den Gebührenanfaß als unzulässig verworfen: *JW.* 1933, 1962. Wenn das *OLG.* Karlsruhe seine Entsch. darauf abstellt, daß die VO. das Sondergericht mit denkbar größter Machtvollkommenheit und Selbständigkeit habe ausstatten wollen, so kann dem in dieser Allgemeinheit nicht betreten werden. Im Hinblick auf die Best. im § 6 a. a. D. spricht im Gegenteil neben Sinn und Zweck auch der Wortlaut des Gesetzes gegen eine Unanfechtbarkeit derjenigen Entsch., die weder den Angekl. betreffen noch der beschleunigten Aburteilung und Vollstreckung im Wege stehen.

Die demnach zulässige Beschw. ist aber sachlich nicht gerechtfertigt.

Der angefochtene Beschluß nimmt mit Recht an, daß Personen, die einfache Handarbeiter sind, durch den Empfang öffentlicher Unterstützungen nicht den Charakter von Unterhaltssuchenden i. S. des § 2 Abs. 3 ZeugGebD. verlieren. Der Sinn der Vorfchr. ist der, daß Zeugen, deren Erwerbstätigkeit in einfacher Handarbeit, Handwerksarbeit oder geringerem Gewerbebetrieb besteht, auch dann eine geringe Entschädigung erhalten sollen, wenn sie tatsächlich keinen Erwerbsverlust gehabt haben. Es soll ihnen also auch dann eine geringe Entschädigung für ihre Zeugenstätigkeit gewährt werden. Für den dort bestimmten Personenkreis ist nicht maßgebend, wodurch der Unterhalt im einzelnen tatsächlich bestritten wird. Eine einschränkende Auslegung der Best. dahin, daß die Entschädigung nur solchen Personen zu gewähren ist, die ihren Unterhalt nicht bereits aus öffentlichen Mitteln erhalten, ist nach dem Wortlaut und dem Sinn des Gesetzes nicht gerechtfertigt. Der von *Wagner* (Komm. z. ZeugGebD., 1934, § 2 Num. 51) zur Begr. seiner dahingehenden Ansicht angeführte Gesichtspunkt, daß eine doppelte Unterstützung aus öffentlichen Mitteln unterbunden werden müsse, kann nicht entscheidend sein. Es ist nicht Aufgabe der Gerichtsbehörden, diese doppelte Zahlung zu verhindern, dies könnte vielmehr nur durch die die Unterstützung gewährenden Fürsorgebehörden geschehen. Gegen die Ansicht des GenStA. spricht auch folgende Erwägung:

Die den Erwerbslosen gezahlte Wohlfahrtsunterstützung kann unter bestimmten Voraussetzungen von ihnen zurückerfordert werden. Würde eine Auszahlung der Zeugengebühren mit Rücksicht auf die Wohlfahrtsunterstützung unterbleiben, dann würde der Zeuge in Wirklichkeit auch diese mit zurückzahlen müssen. Das aber würde dem Sinne des Gesetzes widersprechen, wonach gerade unbemittelte Zeugen Anspruch auf den geringsten Satz haben und behalten sollen. Eine Unterscheidung zwischen Wohlfahrtsempfängern und Zeugen, die Krisenunterstützung beziehen, für die keine Rückzahlungspflicht besteht, kann den die Entschädigung

anweisenden Gerichtsbehörden aber nicht zugemutet werden, da sie kaum in der Lage sind, zu prüfen, inwieweit Kürzungen der Unterstützung einzutreten haben.

(*OLG.* Kiel, *StrSen.*, Beschl. v. 21. Aug. 1934, W 168/34.)

Ver. von *OLG.* Dr. Kömer, Kiel.

Altona

Landgerichte

1. Art. 2 Ziff. 2 LandwEntschVollstRschVO. v. 27. Dez. 1933; § 19d VollstRMaßnVO. v. 26. Mai 1933; § 807 ZPO. Auch der im Entschuldungsverfahren befindliche Schuldner ist zur Offenbarung seines Vermögens gem. § 807 ZPO. verpflichtet. Er kann die Eidesleistung durch Abgabe der einfachen Vermögensversicherung gem. § 19d VollstRMaßnVO. v. 26. Mai 1933 abwenden, es sei denn, daß dieses Recht infolge grundlosen Widerspruches verwirkt ist. f)

Die Frage, ob sich aus Art. 2 Nr. 2 VO. über den Vollstreckungsschutz im landwirtschaftlichen Entschuldungsverfahren v. 27. Dez. 1933 oder einer ihrer Ergänzungen Beschränkungen der Offenbarungseidspflicht aus § 807 ZPO. herleiten lassen oder nicht, ist im Schrifttum umstritten. Während *Harmening-Paeßold*: *JW.* 1934, 1869¹ und *Pfundner-Neubert*, *Ann.* 3 zu Art. 2 der genannten VO. die Auffassung vertreten, daß gegen Schuldner, gegen die ein Entschuldungsverfahren nach dem SchRG. eröffnet sei, das Offenbarungseidverfahren nicht durchgeführt werden könne, und auch *Pohle-Jonas*, Das

Zu 1. Dem vorstehenden Beschlusse des *LG.* Altona kann nicht zugestimmt werden. Die Gründe, die gegen die Auffassung des *LG.* Altona anzuführen sind, ergeben sich aus dem Aufsatze des Unterzeichneten „Der Offenbarungseid im landwirtschaftlichen Schuldenregelungsverfahren“: *JW.* 1934, 2520. Dasselbst ist insbes. ausgeführt, daß der Offenbarungseid als vorbereitende Maßnahme der Zwangsvollstreckung ebenfalls unter die Schutzvorschrift des Art. 2 Abs. 1 Nr. 2 VollstreckungsschutzVO. v. 27. Dez. 1933 fällt. Die vorstehend genannte Vorfchr. bietet keinerlei Anhaltspunkte für die Annahme des *LG.* Altona, daß sie sich nur auf „unmittelbare, der Verwirklichung des festgestellten Anspruchs dienende Zwangsmassnahmen“ beziehe. Das Offenbarungseidverfahren gehört vielmehr nach der herrschenden Meinung als ein Teil der Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners zu den Vollstreckungshandlungen, gegen die der im Schuldenregelungsverfahren befindliche Betriebsinhaber durch die VollstreckungsschutzVO. geschützt werden soll. In meinem oben bezeichneten Aufsatz ist weiter eingehend dargelegt, daß auch ein praktisches Bedürfnis für die Zulassung des Offenbarungseides deswegen nicht besteht, weil der Gläubiger ohnehin an der Vollstreckung in das bewegliche und das betriebszugehörige unbewegliche Vermögen des Schuldners gehindert ist. Fehl geht des weiteren die Bezugnahme des *LG.* Altona auf den § 11 AusfVO. zur NotVO. über den landwirtschaftlichen Vollstreckungsschutz v. 14. Febr. 1933. Die Behandlung des Offenbarungseidverfahrens in dem Abschnitt II „Zwangsvollstreckung in bewegliches Vermögen“ dieser VO. stützt gerade im Gegenteil die von mir mit der herrschenden Meinung vertretene Auffassung, daß das Offenbarungseidverfahren einen Teil der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen bildet und daher der Betriebsinhaber auch vor ihm geschützt ist. § 11 läßt unter den dort genannten Voraussetzungen die Leistung des Offenbarungseides nur zwecks Vollstreckung in das „sonstige Vermögen“ des Schuldners zu, d. h. es sind ausdrücklich ausgenommen der zu seinem Betriebe gehörende Grundbesitz und die Gegenstände, in die nach § 7 die Zwangsvollstreckung unzulässig ist. Das sind aber gerade die Vermögensstelle, in die auch nach der VollstreckungsschutzVO. v. 27. Dez. 1933 nicht vollstreckt werden kann. Auch die VO. v. 14. Febr. 1933 gestattet also den Offenbarungseid nur zum Zwecke der Zwangsvollstreckung in Vermögen des Schuldners, das nicht geschützt ist, gibt also damit zu erkennen, daß der Offenbarungseid als Vorbereitung einer Zwangsvollstreckung in Gegenstände, in die nicht vollstreckt werden darf, unzulässig und unnötig ist. Danach kann aus § 11 AusfVO. v. 14. Febr. 1933 nur eine Bestätigung der hier vertretenen herrschenden Ansicht hergeleitet werden, nicht aber der vom *LG.* Altona gezogene Schluß, daß die VollstreckungsschutzVO. v. 27. Dez. 1933 mangels einer dem § 11 VO. v. 14. Febr. 1933 entsprechenden Vorfchr. die Offenbarungseidspflicht des Betriebsinhabers überhaupt nicht beschränken wollte.

Es ist dringend zu wünschen, daß sich die Gerichte in dieser Frage der herrschenden Auffassung anschließen, die allein dem Sinne der Schuldenregelung entspricht, wie ich in dem oben genannten Aufsatz dargelegt habe.

MinR. Dr. Heinrich, Berlin.

Vollstreckungsnotrecht, S. 156, dieser Auffassung, allerdings lediglich mit dem Hinweis, daß die Mobilarvollstreckung auch das Offenbarungseidsverfahren nach § 807 ZPO umfasse, zustimmen, widersprechen Schulze-Seiffert, Vollstreckungsschutz, Anmerk. 30, S. 418, dieser Auffassung.

Neuerdings haben das OLG Berlin, Beschl. v. 28. April 1934, 209 T 6610/34; JW. a. a. O. und das OLG Delz, Beschl. v. 8. Mai 1934, 2 T 183/34; DRZ. 1934, Heft 7 Nr. 401, zu der vorl. Streitfrage Stellung genommen und sich der Auffassung von Schulze-Seiffert angeschlossen. Auch die Kammer tritt dieser Auffassung auf Grund folgender Erwägungen bei: Nach Art. 2 Ziff. 2 VO über den Vollstreckungsschutz im landwirtschaftlichen Entschuldungsverfahren v. 27. Dez. 1933 sind Zwangsvollstreckungen gegen den Betriebsinhaber wegen einer Geldforderung in Gegenstände des beweglichen Vermögens einstweilen einzustellen. Unter Zwangsvollstreckungen in der vorgenannten Gesetzesbestimmung sind aber nur unmittelbare, der Verwirklichung des festgestellten Anspruches dienende Zwangsmassnahmen zu verstehen. Nicht dagegen Zwangsvollstreckungen i. v. S., wozu das Offenbarungseidsverfahren zu rechnen ist. Das Offenbarungseidsverfahren dient nicht der unmittelbaren Befriedigung des Gläubigers wegen des ihm zustehenden Anspruches; es soll vielmehr den Schuldner veranlassen, sein Vermögen zu offenbaren, um hierdurch dem Gläubiger die Möglichkeit zu bieten, die Zwangsvollstreckung in das ihm offenbare Vermögen des Schuldners nuncmehr zu betreiben. Das Offenbarungseidsverfahren dient also lediglich der Vorbereitung der beabsichtigten Zwangsvollstreckung. Aus diesem Grunde wird das Offenbarungseidsverfahren von Art. 2 Ziff. 2 der VO nicht erfasst.

Aber selbst wenn man das Offenbarungseidsverfahren als eine Zwangsvollstreckung, nicht i. v. S., sondern i. e. S. auffaßt, so ist dennoch das Offenbarungseidsverfahren nicht zu einer Zwangsvollstreckung i. S. der vorgenannten VO zu rechnen. Einstweilen einzustellen sind Zwangsvollstreckungen in Gegenstände des beweglichen Vermögens. Der Begriff der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen wird im 8. Buch 2. Abschn. der ZPO näher erläutert. Hierzu werden die Zwangsvollstreckungen in körperliche Sachen und die Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte gezählt; nicht aber wird das Offenbarungseidsverfahren als Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen angesehen. Auch aus diesem Grunde findet Art. 2 Ziff. 2 EntschuldVO keine Anwendung. Hierzu kommt noch folgendes: Genau mit demselben Wortlaut hat auch bereits auf Grund der VO des RPräs. über den landwirtschaftlichen Vollstreckungsschutz v. 14. Febr. 1933 gem. Art. 1 § 1 Nr. 2 ein gewisser zeitlicher Vollstreckungsausschluß zugunsten landwirtschaftlicher Grundstücke stattgefunden. Nur folgerichtig war es, daß der Gesetzgeber, da sich dieser Schutz nur im Rahmen des 2. Abschn. des 8. Buches der ZPO hielt, wenn er nuncmehr die Offenbarungspflicht beschränken wollte, dies besonders hervorheben mußte, wie dies auch im § 11 AusfVO zu der VO des RPräs. über den landwirtschaftlichen Vollstreckungsschutz v. 14. Febr. 1933 geschehen ist. Wenn nun in der VO über den Vollstreckungsschutz v. 27. Dez. 1933 besondere Beschränkungen der Offenbarungspflicht nicht enthalten sind, so folgt auch hieraus, daß der Gesetzgeber solche Beschränkungen nicht hat festsetzen wollen. Andererseits kann es keinem Zweifel unterliegen, daß dem Schuldner gem. § 19 d VO v. 26. Mai 1933 die Befugnis zubilligen ist, zur Abwendung der Offenbarungseidsleistung eine einfache Vermögensversicherung abzugeben (ebenso auch Schulze-Seiffert a. a. O., S. 419). Allerdings hatte vorliegend der Schuldner dieses Recht verwirkt, da bereits der erste Offenbarungseidsstern in infolge des Widerspruchs des Schuldners gem. § 900 Abs. 3 ZPO. erfolglos geblieben war (§ 19 d Abs. 3 VO v. 26. Mai 1933).

(OLG. Altona, Beschl. v. 1. Okt. 1934, 7 T 1216/34.)

Eingef. von OGR. Schweppe, Altona.

*

Berlin

2. § 7 EntfVO. Die Beschwerde gegen die Entscheidung des Amtsrichters, „der Antrag des Bekl., das schriftliche Verfahren anzuordnen, wird abgelehnt“ mit dem Antrag, „das schriftliche Verfahren vor dem AG. anzuordnen“, ist unzulässig.

Gem. § 7 EntfVO kann das Gericht mit Einverständnis der Parteien eine Entsch. ohne mündliche Verhandlung treffen. Aus der Fassung der genannten Vorschr. ergibt sich, daß die Entsch. völlig im Ermessen des Gerichts steht, das nie zur schriftlichen Entsch. verpflichtet ist.

Ein Rechtsbehelf ist daher nicht gegeben. Im übrigen ist auch nicht dargetan und ersichtlich, daß der Amtsrichter willkürlich die angefochtene Entscheidung getroffen hat.

Wenn der Bekl. seine Mittellosigkeit geltend macht, so muß es

ihm überlassen bleiben, unter Beachtung der Best. der §§ 114 ff. ZPO. die Bewilligung des Armenrechts beim Amtsgericht nachzusuchen.

(OLG. Berlin, 5. ZR., Beschl. v. 11. Okt. 1934, 205 T 14373/34.)

Eingef. v. OGR. Dr. Beckmann, Berlin.

*

3. § 850 ZPO.; § 1 LohnpfändVO. Auch einem unehelichen Kinde gegenüber ist der Lohn eines Arbeiters mit Frau und 2 Kindern in Höhe von $\frac{1}{3}$ des wöchentlich 38 RM übersteigenden Bruttobetrages pfändbar.

Durch den angef. Beschl. ist der Pfändungs- und Überweisungsbeschl. des OLG. auf Erinnerung dahin abgeändert worden, daß nur der 38 RM übersteigende Bruttobetrag beschlagnahmt wird. Die Erinnerung war durch die inzwischen erfolgte Geburt eines zweiten Kindes veranlaßt.

Die Beschw. des Schuldners ist nur teilweise begründet. Der Erzeuger eines unehelichen Kindes soll nach dem Willen des Gesetzes nur den notwendigen Unterhalt für sich und den standesgemäßen Unterhalt für Frau und Kinder behalten. Er soll also schlechter stehen als ein anderer Schuldner. Bei einem anderen Schuldner mit Frau und zwei Kindern würde ein Drittel des wöchentlich 38 RM übersteigenden Bruttobetrages pfändbar sein. Besser als dieser darf der Beschw. auch nicht stehen. Mehr kann ihm also nicht freigelassen werden. Kommt, wenn von dem Gesamtlohnbetrag (brutto) ein Drittel des 38 RM übersteigenden Betrages an den Gläubiger abgeführt wird und von dem Rest die gesetzlichen Abzüge einbehalten werden, weniger als 38 RM als tatsächlich an den Schuldner auszahlender Betrag heraus, so erhält er nur diesen geringen Betrag. Andererseits hat er die Beschw. selbst auf 38 RM netto begrenzt. Ergibt sich daher bei der nach den vorstehenden Grundsätzen vorzunehmenden Berechnung ein Nettoauszahlungsbetrag von mehr als 38 RM, so erhält der Schuldner nur 38 RM, den Mehrbetrag der Gläubiger.

(OLG. Berlin, 9. ZR., Beschl. v. 3. Okt. 1934, 209 T 14056/34.)

Ver. von OGD. u. OGR. Dr. Heise, Berlin.

*

4. § 867 ZPO. Der Grundbuchrichter hat nicht zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Erteilung der Vollstreckungsklausel gegeben waren.

Zwar hat das OLG. bei der Eintragung einer Zwangshypothek als Vollstreckungsorgan neben den grundbuchrechtlichen Eintragungsvoraussetzungen auch die Vollstreckungsvoraussetzungen zu prüfen (RG. 78, 406¹); Stein-Jonas I zu § 867). In keinem Falle hat es aber die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel nachzuprüfen (Güthe-Triebe, Anm. 104 zu § 19 GBD.). Die vom Rechtspfleger herangezogene Entsch. des RG. v. 11. Jan. 1906 (DRZ. 1906, 1029) behandelte einen Fall, in dem die Klausel lediglich dahin lautete, daß sie zum Zwecke der Zwangsvollstreckung erteilt werde, ohne anzugeben und erkennen zu lassen, ob sie bloß wegen der Zinsen oder auch wegen der Hauptforderung erteilt sei. Im vorl. Falle ist aber die Klausel ausdrücklich wegen Kapital und Zinsen erteilt.

(OLG. Berlin, 1. ZR., Beschl. v. 2. Okt. 1934, 201 T 13885/34.)

Ver. von OGR. Dr. Seibert, Berlin.

*

Greifswald

5. § 38 RErbhofG. Eine Zwangsverwaltung kann auch nach Erwerb des Alleineigentums und der dadurch eingetretenen Entfremdung der Erbhofeigenschaft fortgesetzt werden. †)

Gegen die durch Beschl. v. 20. Juni 1934 angeordnete und am 23. Juni 1934 in das Grundbuch eingetragene Zwangsverwaltung der oben bezeichneten Grundstücke, die in jenem Zeitpunkt noch im Mit-

1) JW. 1912, 645 f.

Zu 5. Die Entsch. verdient Billigung. Das OLG. hat zwar in einem Beschl. v. 6. Juni 1934 die Ansicht vertreten, ein Grundstück, das nach der Beschlagnahme in das Alleineigentum einer bauernfähigen Person übergeht, genieße auch dem betreibenden Gläubiger gegenüber den Vollstreckungsschutz des § 38 RErbhofG. Diese Entsch. ist jedoch, wie ich in meiner Anm. in JW. 1934, 2267 sowie in meinem Komm., 3. Aufl., S. 252 näher dargelegt habe, nicht haltbar. Ein gesundes Rechtsgefühl muß sich dagegen ablehnen, daß es dem Schuldner möglich sein soll, sein Grundstück trotz der Beschlagnahme durch eine einfache Machenschaft der Vollstreckung zu entziehen. Man erweist dem RErbhofG. eine zweifelhafte Ehre, wenn man ihm zu- traut, daß es offenkundige Schiebungen decken wolle. Auch die gutgemeinten Ausführungen von Johae: RdNr. 1934, 409 vermögen hieran nichts zu ändern. Das OLG. Greifswald trifft vielmehr den Nagel auf den Kopf, wenn es sagt, daß solche Dinge unmöglich dem Willen des Gesetzgebers entsprechen können.

MinR. Dr. Vogels, Berlin.

eigentum einer Erbengemeinschaft standen, hatte der jegige Alleineigentümer Erinnerung eingelegt, indem er geltend machte, daß die Grundstücke nunmehr Erbhof geworden seien und daher die Zwangsverwaltung gem. § 38 ErbhofG. unzulässig sei. Durch den angefochtenen Beschluß ist die Erinnerung zurückgewiesen worden.

Die Beschw. ist, soweit sie sich auf den Vollstreckungsschutz des § 38 ErbhofG. beruft, unbegründet. Das AG. hat zutreffend ausgeführt, daß der Schuldner die Grundstücke, die erst nach der Anordnung der Zwangsverwaltung in sein Allein- und damit erbhofsfähiges Eigentum übergegangen sind (Auflassung v. 26. Juni 1934 und Grundbucheintragung v. 3. Juli 1934), mit der Zwangsverwaltung belastet erworben hat (§ 23 ZwVergG., § 135 BGB.).

Der Fall liegt hier anders als der, auf den der Schuldner hingewiesen hat. Die beim Inkrafttreten des ErbhofG. anhängigen Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungsverfahren sind allerdings vom Vollstreck. sofort von Amts wegen aufzuheben. Die unterschiedliche Behandlung ist auch durchaus gerechtfertigt. In dem vom Schuldner herangezogenen Vergleichsfall trat gar keine Änderung in den Verhältnissen des Hofes ein, der die Voraussetzungen der Erbhofeigenschaft schon vorher befreit hatte, es änderte sich nur das Gesetz. Von da an mußten sämtliche Zwangsvollstreckungen unzulässig sein, sollte anders das Gesetz in unzähligen Fällen seinen Zweck nicht erfüllen, während in dem hier streitigen Falle die Grundstücke noch gar nicht Erbhof waren, daher den Schutz des § 38 a. a. D. noch nicht genießen konnten. Sonst könnte jeder Grundstückeigentümer das Grundstück der Immobilievollstreckung dadurch entziehen, daß er nach ihrer Anordnung das Grundstück einfach an einen erbhofsfähigen Dritten veräußert. Das kann aber unmöglich dem Willen des Gesetzgebers entsprechen.

(AG. Greifswald, Beschl. v. 6. Aug. 1934, 3 T 367/34.)

Ber. v. AGN. u. LGN. Dr. v. Nothke i. v. S o e w e l, Magdeburg.

Schneidemühl

6. § 3 Abs. 1 Ziff. 5 SchRG. Für einen Betrieb, der von der Dsthilfe entschuldet worden ist, kann das landwirtschaftliche Entschuldungsverfahren vor dem AG. nicht erneut eingeleitet werden, auch wenn er ein Erbhof ist.

Das AG. hat die Einleitung des Entschuldungsverfahrens abgelehnt, weil der Betrieb des Beschw. bereits durch die Dsthilfe entschuldet worden ist. Wenn der Beschw. dagegen anführt, sein Betrieb, ein Erbhof, sei bei allem Fleiß und gutem Willen seinerseits niemals imstande, die auf ihm lastende Schuld zu tragen, was ausdrücklich durch einen Kontrollbericht seines Betreuungsinstitutes, der landwirtschaftlichen Schule in D. v. 3. Okt. 1934 festgestellt sei, so kann dieser Grund nach der gegenwärtigen Gesetzeslage nicht dazu dienen, die Entsch. des AG. aufzuheben. Gemäß § 3 Abs. 1 Ziff. 5 SchRG. v. 1. Juni 1933 (RG. I, 331) ist die Eröffnung des Entschuldungsverfahrens vielmehr abzulehnen, wenn die Entschuldung nach den im Dsthilfegebiet geltenden Vorschr. bereits erfolgt ist. An dieser Rechtslage ist auch durch die 6. DurchfVd. der landwirtschaftlichen Schuldenregelung v. 7. Juli 1934 (RGW. I, 609) nichts geändert worden. Insbes. ist insoweit auch keine Änderung für Erbhöfe erfolgt.

(AG. Schneidemühl, Beschl. v. 16. Okt. 1934, 3 T 668/34.)

Ber. von ODir. Lehmann, Schneidemühl.

B. Arbeitsgerichte Reichsarbeitsgericht

Berichtet von Rechtsanwalt Dr. W. Doppermann, Dresden

** 1. § 1 Abs. 4 WBG. v. 7. April 1933. Ausschluß des Rechtswegs bei Entlassungen, die von der Reichsbahn nach Maßgabe der im Rahmen der Ermächtigung des § 1 Abs. 4 WBG. erlassenen Vorschriften verfügt werden. Diese Vorschriften haben Gesetzeskraft.

Für die ordentlichen Gerichte ist die Entsch. der zuständigen Reichsbahnbehörde, daß der Kl. wegen kommunistischer Betätigung zu entlassen sei, bindend. Der Berufungsrichter war nicht befugt, die Zulässigkeit der Entlassung nachzuprüfen.

1. Die unmittelbare Einbeziehung der Beamten, Angestellten und Arbeiter der Deutschen Reichsbahn-Gesellschaft in die Regelung des WBG. v. 7. April 1933 (RGW. I, 175, 389, 518, 655; 1934, I, 203, 604) war wegen der für sie geltenden besonderen, zum Teile internationalen Best. ausgeschlossen (SeeL, WBG., 2. Aufl. 1933, § 1 Anm. 11 S. 54). Durch § 1 Abs. 4 des Gesetzes ist die Deutsche Reichsbahn-Gesellschaft (ebenso wie die Reichsbank) ermächtigt worden, entsprechende Anordnungen zu treffen. Zur Zeit der Entlassung des Kl. war das WBG. noch nicht verkündet. Damals bestand nur eine Anordnung des Generaldirektors der Deutschen Reichsbahn-Gesellschaft v. 27. März 1933 (s. Amtsbh.

der Reichsbahndirektion Hannover Nr. 30 v. 1. April 1933), wonach Beamte, Angestellte und Arbeiter, die sich kommunistisch betätigen, nicht im Dienste der Deutschen Reichsbahn-Gesellschaft belassen werden könnten, Angestellte und Arbeiter fristlos zu entlassen seien. Bei der Befantragung dieses Erlasses hat die Reichsbahndirektion Hannover die ihr unterstellten Ämter besonders darauf hingewiesen, daß nach § 26 A Ziff. 4 ZarVetr. gegenüber Arbeitern, die mindestens zehn Jahre ununterbrochen im Dienste der Reichsbahn stehen, die Kündigung oder sofortige Entlassung nur durch das vorgeordnete Amt, und zwar nur mit vorhergehender Zustimmung der Reichsbahndirektion verfügt werden könne, und die genaue Beachtung dieser Vorschr. angeordnet. Von der Ermächtigung des § 1 Nr. 4 Gef. v. 7. April 1933 hat die Deutsche Reichsbahn-Gesellschaft erst am 18. April 1933 Gebrauch gemacht (Die Reichsbahn 1933, 341 ff.). Nach Abschn. I § 13 Bfg. v. 18. April 1933 finden die Vorschr. über Beamte auf Angestellte und Arbeiter sinngemäße Anwendung; das Nähere regeln die AusfBest. Nach § 7 Abs. 1 daf. wird die Entlassung von Beamten aus dem Amte unter Ausschluß des Rechtswegs verfügt. Nach Abschn. II Bfg. v. 18. April 1933 waren bis zur Übersendung von weiteren AusfBest. Maßnahmen auf Grund der Bfg. nicht einzuleiten. Die AusfBest. wurden am 14. Juni 1933 erlassen (Die Reichsbahn 1933, 521 ff.); zugleich mit dem Erlasse der AusfBest. wurde auch die grundlegende Bfg. v. 18. April 1933 selbst in verschiedenen Punkten abgeändert.

2. Die Frage, ob nicht das ArbG. und das VArbG. nach der durch die bezeichneten Verfügungen der Deutschen Reichsbahn-Gesellschaft begründeten Rechtslage verpflichtet gewesen wären, sich jeder sachlichen Nachprüfung der Zulässigkeit der fristlosen Entlassung des Kl. zu enthalten, ist in der RevJust. von Amts wegen zu untersuchen. Denn insoweit handelt es sich um gesetzliche Best., um objektive Rechtsnormen i. S. der §§ 549, 550 ZPO. und des § 73 Abs. 1 ArbGG. i. Verb. m. § 12 GG ZPO., die von den Gerichten in allen Abschnitten des Verfahrens von Amts wegen zu erforschen und zu beachten (§ 293 ZPO.), insbes. aber auch im Revisionsverfahren noch anzuwenden sind, selbst wenn sie nicht als vorgetragen aus dem Tatbestande des angefochtenen Urts. oder aus dem Sitzungsprotokoll ersehen werden können (§ 561 Abs. 1 ZPO.; § 72 Abs. 2 ArbGG.).

Die auf Grund des Gef. v. 7. April 1933 und der darin enthaltenen Ermächtigung der Deutschen Reichsbahn-Gesellschaft erlassenen Best. bezwecken, aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und des gemeinen Wohls hinsichtlich aller ihrer Beamten, Angestellten und Arbeiter für die zuständigen Verwaltungsbehörden die Möglichkeit zu begründen, die bestehenden Beamten-, Angestelltenvertrags- und Arbeitsverhältnisse ohne Rücksicht auf die bisher begründete Rechtslage im einzelnen Falle vorzeitig und fristlos aufzulösen und zu diesem Zwecke auch in wohlervorbene Rechte einzugreifen. Aus staatspolitischen Rücksichten soll also hinsichtlich des großen Beamten-, Angestellten- und Arbeiterkörpers der Bfsl. derselbe Rechtszustand begründet werden, wie er hinsichtlich der unmittelbaren und mittelbaren Beamten des Reichs, der unmittelbaren Beamten der Länder und der Beamten der Gemeinden und Gemeindeverbände, der Beamten von Körperschaften des öffentlichen Rechts und der diesen gleichgestellten Einrichtungen und Unternehmungen, sowie ihrer Angestellten und Arbeiter für nötig befunden worden ist. Danach handelt es sich nicht um die Aufstellung von Verwaltungsnormen, denen etwa nur die Bedeutung von Anweisungen für die Behörden und Beamten über die im einzelnen Falle zu ergreifenden Maßnahmen zuerkannt werden könnte, oder von allgemeinen, im voraus geschaffenen Vertragsnormen (vgl. RG. 71, 257 ff. 1). Vielmehr sind die erlassenen Vorschr. dazu bestimmt, auf dem geregelten Gebiete bestehende Rechtsverhältnisse ohne Rücksicht auf bisherige Bindungen vorzeitig aufzulösen und das insoweit bestehende objektive Recht unmittelbar dergestalt umzuändern, daß die zur Vollziehung der Vorschr. berufenen Behörden und Beamten verpflichtet sind, sie in jedem Falle anzuwenden, wo die dafür gesetzten Voraussetzungen vorliegen, wie auch die Gerichte sie als geltendes Recht zu beachten haben. Kraft der Ermächtigung, die der Deutschen Reichsbahn-Gesellschaft vom Reichsgesetzgeber erteilt worden ist, hat sie in den Grenzen des ihr erteilten Machtbereichs die in Frage kommenden Best. erlassen und damit in staatsrechtlich gültiger Weise für die Rechtsverhältnisse ihrer Beamten, Angestellten und Arbeiter objektives Recht geschaffen. Nur bei solcher Auffassung kann der vom Gesetzgeber verfolgte Zweck erreicht werden.

3. Die bezeichneten Verfügungen der Deutschen Reichsbahn-Gesellschaft ergeben klar, daß auch hinsichtlich der Angestellten und Arbeiter den Gerichten nicht das Recht zusteht, die Zulässigkeit der Entlassung oder Kündigung nachzuprüfen.

Nach § 3 a AusfBest. zu § 13 Bfg. v. 14. Juni 1933 können Dienstverpflichtete, die nach ihrer bisherigen politischen Betätigung nicht die Gewähr dafür bieten, daß sie jederzeit rüchhaltlos für den

nationalen Staat eintreten, durch einseitige Erklärung des Dienstberechtigten fristlos entlassen werden. Im einzelnen ist hierüber bestimmt unter

4. a) Die Kündigung gem. Ausf. Best. (1 bis) 3 ist je für die unterstellten Angestellten und Arbeiter durch die Hauptverwaltung, die Gruppenverwaltung Bayern, die Reichsbahndirektionen, die Reichsbahn-Zentralämter und die Oberbetriebsleitungen auszusprechen; sie muß dem Empfänger spätestens am 30. Sept. 1933 zugestellt werden.

b) Streitigkeiten über die Zulässigkeit der Entlassung oder Kündigung und über die zu gewährenden Bezüge entscheiden unter Ausschluß der Nachprüfung durch die Gerichte die Leiter der unter a) bezeichneten Stellen. Bereits ergangene Urte. oder abgeschlossene Vergleiche stehen, soweit sie noch nicht erfüllt sind, der Durchführung dieser Verfügung nicht entgegen.

c) ...

d) Entlassungen und Kündigungen, die vor dem 18. April 1933 ausgesprochen sind, behalten ihre Rechtswirksamkeit.

Danach ist die Entsch. der Leiter der unter 4 a) bezeichneten Dienststellen für die Gerichte bindend. Eine Nachprüfung dieser Verwaltungsbescheide auf ihre Richtigkeit steht den Gerichten weder hinsichtlich der Frage der Zulässigkeit der Entlassung oder Kündigung noch hinsichtlich der zu gewährenden Bezüge zu (Ausf. Best. 4 b).

5. Der Kl. ist vor dem Erlaß dieser Vorschr. am 31. März 1933 „wegen kommunistischer Betätigung“ aus dem Reichsbahndienst entlassen worden. Nach Ausf. Best. 4 d) zu § 13 behält die Entlassung ihre Wirksamkeit. Das bedeutet, daß mit rückwirkender Kraft auch für sie die Best. (unter 4 b) zu gelten hat, wonach den Streit über die Zulässigkeit der Entlassung und über die zu gewährenden Bezüge unter Ausschluß der Nachprüfung durch die Gerichte die Leiter der unter a) bezeichneten Dienststellen zu entscheiden haben. Als zuständige Dienststelle kann im vorl. Fall nur die Reichsbahndirektion Hannover in Frage kommen. In Ansehung der Vorschr. in § 5 Abs. 7 der 2. Durchf. v. 4. Mai 1933 (RGBl. I, 233) ist das NArbG. schon in seiner Entsch. v. 13. Juni 1934, RAG 83/34²⁾ der Meinung entgegengetreten, daß für Entlassungen, die vor dem Inkrafttreten des Ges. v. 7. April 1933 ausgesprochen worden sind, nur die sachlich-rechtlichen Best. der §§ 2 bis 4 Durchf. v. 7. April 1933 anwendbar seien, nicht aber die im Abs. 7 nicht angeführten Verfahrensvorschr. des § 5 Abs. 5. Für das Verhältnis der entsprechenden Vorschr. der Ausf. Best. 4 d) und 4 b) zu § 13 Bfg. v. 18. April und 14. Juni 1933 kann nichts anderes gelten. Es ist auch hier auf die Best. unter 4 b) Satz 2 zu verweisen, wonach bereits ergangene Urte. der Durchführung der Verfügung nicht entgegenstehen. Wenn sogar schon erlassenen Gerichtsurteilen jeder Einfluß versagt ist, können nicht bei noch schwebenden Streitigkeiten die ordentlichen Gerichte für zuständig angesehen werden.

Nach alledem ist für die vorl. Streitigkeit der Rechtsweg ausgeschlossen.

(NArbG., Urte. v. 25. Aug. 1934, RAG 106/34. — Hannover.)

C. Verwaltungsbehörden u. Verwaltungsgerichte

I. Reich

Reichsfinanzhof

Berichtet von den Reichsfinanzräten Artl., Bodenstein, Ott und Böhl

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

1. § 13 KorpStG.; §§ 13, 15 Abs. 1 Nr. 1, 16 Abs. 1 EinkStG. In Aufwendungen für die Entfernung eines Gesellschafters können Werbungskosten erblickt werden, wenn ein Gesellschafter den Bestand der Gesellschaft oder doch das Gedeihen der Gesellschaft ernsthaft gefährdet haben würde.†)

Die Beschw. hatte einen Prokuristen F., der bei ihr mit 14 000 RM beteiligt war. Er arbeitete nicht zu ihrer Zufriedenheit. Insbes. hatte er die Bücher so schlecht geführt, daß ein Bücher-

²⁾ JW. 1934, 2357.

Zu 1. Der Auffassung des RFH. ist beizustimmen. Sie entspricht dem in ständiger Rspr. entwickelten Grundsatz, daß, wenn einem für die Gesellschaft lästigen Gesellschafter eine zeitlang laufend Beträge gezahlt werden, weil er anders nicht aus der Gesellschaft ausgeschieden wäre, diese Abfindungen eine Verpflichtung darstellen, die den Gewinn des Betriebes in dem Geschäftsjahr ihrer Entstehung belasten. Sinngemäß muß der gleiche Grundsatz auch Anwendung finden, wenn es sich nicht um eine laufende, sondern um eine einmalige Zahlung zur Entfernung eines lästigen

revisor wochenlanger Arbeit zur Aufstellung einer neuen Grundlage benötigte. Bei den anderen Gesellschaftern entstand daher der Wunsch, F. aus seiner Tätigkeit als Prokurist zu entfernen. F. erklärte sich bereit, seine Tätigkeit aufzugeben, wenn man ihm seine Beteiligung zu 30 000 RM abnehme. Die Beschw. ging hierauf zunächst nicht ein. Im Verlaufe der Verhandlungen drohte F. mit der Auflösungsklage und beauftragte einen Anwalt. Um diese Klage zu vermeiden, erwarb die Hauptbeteiligte, Frau K., Ende 1929 die Anteile F.s für 14 000 RM. Die Beschw. verpflichtete sich, ihm weitere 7000 RM am 1. April 1930 zu zahlen.

Das FinV. sah die von der Gesellschaft dem F. zugesagten 7000 RM nicht als abzugsfähig an. Das FinVer. nahm an, daß die Anteile z. B., als sie F. abgekauft wurden, nicht mehr als den Nennwert, also den Preis wert gewesen sind, den Frau K. für die Anteile bezahlt hat. Es glaubte jedoch, daß die Entfernung F.s in erster Linie eine Angelegenheit der Gesellschafter gewesen sei; sie hätten einen ihnen und ihren Familien unbequemeren Gesellschafter los werden wollen. Die Zahlung komme einer Gewinnausschüttung an die Gesellschafter gleich; sie stelle daher keine abzugsfähigen Werbungskosten dar.

Die RBeschw. ist begründet. Die Beschw. hatte ein berechtigtes Interesse daran, die Klage eines Gesellschafters gegen ihren Bestand abzuwehren. Es braucht nicht näher untersucht zu werden, ob die Auflösungsklage vollen Erfolg versprochen hätte. Die Beschw. war ein junges Unternehmen und hatte trotz ihrer Bemühungen langfristige Lieferungsverträge mit ihrem damaligen Hauptabnehmer nicht erzielen können. Es hätte die Schwierigkeiten der Gesellschaft erhöht, wenn F. die Auflösungsklage weiter betrieben oder wenn er versucht hätte, den Hauptabnehmer auf irgendeine Weise als Kunden der Beschw. abspenstig zu machen. Der 6. Sen. des RFH. hat wiederholt (Urte. v. 16. Nov. 1932, VI A 1501/31; RStBl. 1933, 80; StW. 1933 Nr. 23; vgl. Urte. v. 22. Juli 1932, VI A 247/32; StW. 1933 Nr. 106; v. 7. Okt. 1932, I A 425/30; StW. 1933 Nr. 121) ausgesprochen, daß Aufwendungen einer Firma zur Entfernung eines lästigen Gesellschafters Werbungskosten (§§ 13, 15 Abs. 1 Nr. 1, 16 Abs. 1 EinkStG.) darstellen können. Auch für das Gebiet der Körperschaftsteuer können in Aufwendungen für die Entfernung eines Gesellschafters dann Werbungskosten gesehen werden, wenn der Gesellschafter sonst den Bestand der Gesellschaft oder doch das Gedeihen der Gesellschaft ernsthaft gefährdet haben würde.

(RFH., 1. Sen., Urte. v. 11. Sept. 1934, I A 26/34.)

2. § 22 Abs. 1 ErbschStG. Wird bei der Aufnahme in eine offene Handelsgesellschaft dem neuen Gesellschafter zu Lasten eines der bisherigen Gesellschafter unentgeltlich ein Kapitalkonto eingeräumt, so ist die durch die Kapitalbeteiligung eingetretene Bereicherung nicht nach der Höhe des eingeräumten Kapitalkontos, sondern in der Weise zu ermitteln, daß der Gesamtwert des Gesellschaftsvermögens nach den Grundsätzen des RBewG. festgestellt und im Verhältnis der Salden der Kapitalkonten auf die Gesellschafter verteilt wird.†)

Der Beschw. trat laut Gesellschaftsvertrag vom Aug. 1928 in das Expeditions- und Kommissionsgeschäft ein, das bis dahin von seinem Vater und einem weiteren Teilhaber M. in Form einer OHG. unter mehreren Firmen in Hamburg, Bremen und anderen Orten betrieben wurde. Im Zusammenhang mit diesem Gesellschaftsvertrag wurden ihm auf einem für ihn eingerichteten Kapitalkonto zu Lasten des Kapitalkontos seines Vaters 100 000 RM rückwirkend auf den 1. Jan. 1928 gutgeschrieben. Das FinV.

Gesellschafters handelt. Nur insoweit, als die Höhe der einmaligen Zahlung etwa auch eine verdeckte Gewinnausschüttung an den lästigen Gesellschafter enthält, ist ihre Abzugsfähigkeit als Werbungskosten zu verneinen. Wann das im einzelnen der Fall ist, bleibt Lastrage. Aus dem Umstand allein, daß GmbH-Anteile einem lästigen Gesellschafter zu einem über dem Nennwert liegenden Preis abgenommen werden, läßt sich das Vorliegen einer verdeckten Gewinnausschüttung nicht ohne weiteres folgern. Vielmehr kann der Begriff der Werbungskosten als der „zur Erwerbung, Sicherung und Erhaltung der Einkünfte gemachten Aufwendungen“ auch einen Überpreis gegenüber dem Nennwert von Gesellschaftsanteilen umschließen, wenn die Bewilligung des Überpreises zur Entfernung des lästigen Gesellschafters unumgänglich ist.

Dr. W. C u l e m a n n, Essen.

Zu 2. Das Vermögen einer OHG. gehört den Gesellschaftern zur gesamten Hand. Der einzelne Gesellschafter ist mit bestimmten Quoten am Gesellschaftsvermögen nicht beteiligt. Trotzdem hatte das alte OHG. in Art. 106 den Ausdruck „Anteile am Gesellschaftsvermögen“ geprägt. Um dieses Mißverständnis zu beseitigen, ist in dem neuen OHG. von „Kapitalanteilen“ die Rede. Diese Unterscheidung hat sich das RG. in dem Urte. v.

forderte für diese Zuwendung Schenkungssteuer von 100 000 *R.M.* an. Der Beschw. wollte nur eine steuerpflichtige Zuwendung von 60 000 *R.M.* anerkennen, weil der Wert der Zuwendung durch die von ihm bei dem Eintritt in das Geschäft übernommenen Verpflichtungen um den Unterschiedsbetrag verringert worden sei. Einspruch und Ver. sind erfolglos geblieben. Das FinGer. hat ausgeführt, das für den Beschw. neu gegründete Guthaben von 100 000 *R.M.*, einerlei ob man darin den Erwerb eines Anteils am Betriebsvermögen der D.G. oder eine Schenkung des Vaters unter einer Auflage erblicken wollte, sei nach § 143 Abs. 1 ABG.D. a. F. zu bewerten, also mit dem Nennwert, es sei denn, daß besondere Umstände einen höheren oder geringeren Wert rechtfertigen. Das Vorliegen solcher Umstände könne aber nicht anerkannt werden. Der Gesellschaftsvertrag enthalte keine außergewöhnlichen sonst nicht üblichen Bedingungen. Auch sei die Geschäftslage der Firma z. B. des Eintritts gut und aussichtsreich gewesen.

Mit der Beschw. wird gerügt, das angefochtene Urteil lasse nicht erkennen, ob es eine Schenkung von 100 000 *R.M.* oder die freigebige Zuwendung eines Anteils am Betriebsvermögen als vorliegend ansehe. Im letzteren Falle hätte der Wert der Zuwendung nicht nach § 143 ABG.D., sondern nach § 22 Abs. 1 Ziff. 1 ErbSchStG., also nach den Grundsätzen des ABewG. ermittelt werden müssen. Bei einer Wertfeststellung auf dieser Grundlage sei es aber nicht angängig, als Wert der Zuwendung den Teil des Anteils des Vaters am Betriebsvermögen der Firma anzunehmen, der dem Betrag von 100 000 *R.M.* entspreche. Es sei vielmehr nach bürgerlich-rechtlichen Wertmaßstäben zu prüfen, inwiefern ein Bereicherungswille des Vaters und eine Bereicherung des Beschw. verwirklicht worden seien. Möglichenfalls habe der Vater geglaubt, die 100 000 *R.M.* aufwenden zu müssen, um sich die Arbeitskraft des Beschw. zwecks Erhaltung des Vermögens und der Versorgung der Familie zu erhalten. Jedenfalls habe der Beschw. erhebliche Bindungen und Verpflichtungen eingehen müssen, durch die der Wert der Zuwendung verringert werde.

Die Beschw. muß zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führen. Gegenstand der Zuwendung an den Beschw. ist im vorl. Falle ein Anteil am Betriebsvermögen der D.G. verbunden mit einer Beteiligung am Gewinn und Verlust unter den im Gesellschaftsvertrag v. 28. Aug. 1928 vereinbarten Bedingungen. Bei der Entsch. der Frage, ob und inwiefern diese Zuwendung eine Bereicherung des Beschw. zur Folge gehabt hat, ist das FinGer. insoweit richtig vorgegangen, als es zunächst den zugewendeten Anteil am Kapital der Gesellschaft bewertet und dann geprüft hat, ob dieser Wert etwa entsprechend den Einwendungen des Beschw. durch die im Gesellschaftsvertrag vereinbarten Bedingungen herabgedrückt ist. Das FinGer. hat jedoch den Fehler gemacht, daß es in der Einräumung eines Kapitalkontos von 100 000 *R.M.* zu Lasten des Kapitalkontos des Vaters die Begr. einer Forderung des Beschw. an die Gesellschaft in gleicher Höhe erblickt und demgemäß den Wert der Kapitalbeteiligung dem Nennwert dieser Forderung gleichgestellt hat. Das FinGer. übersieht dabei, daß der Aktivsaldo eines Kapitalkontos nicht eine Forderung an die Ge-

ellschaft in entsprechender Höhe bezeichnet und auch keinen Aufschluß über den tatsächlichen Wert der Beteiligung gibt. Vielmehr läßt der Bestand des Kapitalkontos lediglich erkennen, in welchem Verhältnis sein Inhaber an dem Gesellschaftsvermögen beteiligt ist. Der Wert dieser Beteiligung ist nach dem im vorl. Fall anzuhaltenden § 140 ABG.D. a. F. in der Weise zu berechnen, daß der Gesamtwert des Gesellschaftsvermögens nach den Grundsätzen des ABewG. ermittelt und im Verhältnis der Salden der Kapitalkonten auf die Gesellschaften verteilt wird (Urt. v. 28. Febr. 1923, VI A 242/29; RFS. 12, 30 = *Wrozek's Kartei, ErbSchStG.* 1919, § 25, Abs. 1 Rechtspr. 2).

Wegen dieses für die Entsch. bedeutsamen Rechtsirrtums war das Vorurteil aufzuheben. Das FinGer. wird nunmehr nach den vorstehenden Ausführungen den Wert des dem Beschw. zugewendeten Anteils am Gesellschaftskapital zu ermitteln haben. Die weitere Frage, ob zwecks Feststellung der Bereicherung von diesem Wert mit Rücksicht auf die Bindungen des Gesellschaftsvertrags ein Abschlag zu machen ist, hat das FinGer. geprüft und verneint. Die Feststellungen, auf die es seine Entsch. insoweit stützt, liegen auf dem Gebiet der Tatsachenwürdigung. Die aus ihnen gezogenen Folgerungen sind schlüssig und lassen keinen Irrtum rechtlicher Art erkennen.

(RFS., 3. Sen., Urt. v. 26. Juni 1934, III A 3/33.)

3. § 1 GrEwStG. Die Umwandlung einer sogenannten „Hauswirtstelle“ medlenburgischen Rechts in freies Eigentum des bisherigen Hauswirts bedeutet einen nach § 1 GrEwStG. steuerpflichtigen Eigentumsübergang. (RFS., 2. Sen., Urt. v. 27. Juni 1934, II A 61/34.)

4. §§ 1, 2, 4 GrEwStG.; § 235a PrAllgBergG. v. 24. Juni 1865. Bei Umwandlung einer Gewerkschaft alten Rechts in eine solche neuen Rechts unterliegt der Übergang des Bergwerkseigentums der Grunderwerbsteuer.

(RFS., 2. Sen., Urt. v. 29. Juni 1934, II A 261/33.)

5. § 8 Nr. 9 GrEwStG. Veräußert eine Körperschaft des öffentlichen Rechts ein Grundstück, so genügt es, um Steuerfreiheit nach § 8 Nr. 9 GrEwStG. herbeizuführen, nicht, wenn nur der Erwerber des Grundstücks die Absicht hat, darauf Kleinwohnungen zu schaffen; es muß auch die veräußernde Körperschaft die Absicht haben, daß Kleinwohnungen durch den Erwerber geschaffen werden.

(RFS., 2. Sen., Urt. v. 22. Juni 1934, II A 266/33.)

6. §§ 1, 2 VerStG. Beiträge von städtischen Gesellschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit an einen im Eigentum der Stadt stehenden Selbstversicherungsstock unterliegen der Versicherungssteuer.

(RFS., 2. Sen., Urt. v. 27. Juni 1934, II A 365/33.)

14. Juni 1927 (RG. 117, 238 = JW. 1928, 2610) zu eigen gemacht. Dort wird ausgeführt: „Der Kapitalanteil eines Gesellschafters ist zwar nicht gleichbedeutend mit seinem Anteil am Geschäftsvermögen. Er bringt aber seine wirtschaftliche Beteiligung am Geschäftskapital zum Ausdruck; er ist der gesetzliche Maßstab für die Beteiligung des einzelnen Gesellschafters am Gesellschaftskapital (§§ 121, 122, 155 HGB).“ Der buchmäßige Ausdruck für diese wirtschaftliche Beteiligung des einzelnen Gesellschafters ist das Kapitalkonto, wobei man sich aber von vornherein klar sein muß, daß das Kapitalkonto keine absolute Größe darstellt, sondern nur etwas Relatives bedeutet. Das Kapitalkonto zeigt nicht den absoluten Wert der Beteiligung an, sondern nur relativ die quotenmäßige Beteiligung des einen Gesellschafters im Verhältnis zu den anderen Gesellschaftern. In dem oben abgedruckten Urteil drückt dies der RFS. dahin aus: „Vielmehr läßt der Bestand des Kapitalkontos lediglich erkennen, in welchem Verhältnis sein Inhaber an dem Gesellschaftsvermögen beteiligt ist.“ Mit Rücksicht auf die relative Bedeutung des Kapitalkontos war es selbstverständlich falsch, wenn das FinGer. die Höhe der Bereicherung nach dem Nennwert des übertragenen Kapitalkontos berechnete. Um die Höhe der Bereicherung festzustellen, ist vielmehr von der Vorschr. im § 8 ABewG. (früher § 140 ABG.D. a. F.) auszugehen. Danach ist der Wert des gesamten Betriebsvermögens zu ermitteln und jedem Beteiligten nach Verhältnis seines Anteils zuzurechnen. Wie der Anteil berechnet wird, ergibt sich aus § 98 Abs. 2 Satz 2 ABG.D., der nach der ausdrücklichen Vorschr. im § 22 Abs. 1 Nr. 1 ErbSchStG. Anwendung findet. § 98 Abs. 2 Satz 2 schreibt vor: „Die Höhe der Anteile ist nach den Anteilen zu bestimmen, zu denen die Beteiligten an dem Vermögen zur gesamten Hand berechtigt sind oder nach Verhältnis dessen, was

ihnen bei Auflösung der Gesellschaft zufallen würde.“ Mit Rücksicht hierauf wirt sich die Frage auf, ob auszugehen ist von der anteilmäßigen Berechtigung oder von dem Verhältnis dessen, was dem Beteiligten bei Auflösung der Gesellschaft zufallen würde.

Mit Recht hat der RFS. entschieden, ohne allerdings auf § 98 Abs. 2 Satz 2 ABG.D. ausdrücklich abzustellen, daß der Wert „im Verhältnis der Salden der Kapitalkonten“ zu verteilen ist. Dies wäre selbst dann richtig, wenn etwa in dem Gesellschaftsvertrag, was oftmals der Fall ist, vereinbart gewesen wäre, daß sich das Auseinandersetzungsguthaben im Falle des Ausscheidens eines Gesellschafters nach dem Buchwert bemisst. Dann ist zwar der Gesellschafter, wenn er ausscheidet, an den stillen Reserven, die vielleicht vorhanden sind, nicht beteiligt. Trotzdem würde die Nichtbeteiligung an den stillen Reserven für die Berechnung der Bereicherung keine Rolle spielen; denn maßgebend soll ja sein nicht was bei Austritt eines Gesellschafters, sondern was bei Auflösung der Gemeinschaft zufallen würde. Im übrigen sei hingewiesen auf das Urt. des RFS. v. 30. Aug. 1928, II A 377/28; StWB. 1928 Nr. 838, wo gelegentlich der Anwendung des § 15 Abs. 1 Satz 2 GrEwStG., der gleichlautend mit § 98 Abs. 2 Satz 2 ABG.D. ist, entschieden worden ist, daß „das Verhältnis dessen, was den Gesamthändern bei Auflösung der Gemeinschaft zufallen würde“, nur unter besonderen Voraussetzungen zugrunde gelegt werden darf. Solche besonderen Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Wenn ein Kapitalanteil schenkungsweise übertragen wird, so kann es überhaupt nicht darauf ankommen, was bei Auflösung der Gesellschaft dem Bereicherten zukommt, sondern es kann nur die erstere Alternative des § 98 Abs. 2 Satz 2 ABG.D. in Betracht kommen, wonach maßgebend sind „die Anteile, zu denen die Beteiligten an dem Vermögen zur gesamten Hand berechtigt sind“.

RA. Dr. Erler, Dresden.

1) § 3 ABewG. v. 16. Okt. 1934.

7. § 1 Abs. 2 Satz 3 PrStempStG. TarSt. 18 Nr. 2. Eine als „Verwahrungsschein“ bezeichnete und von einer Bank über die Verwahrung von Wertpapieren ihren Kunden ausgehändigte Urkunde unterliegt der Besteuerung aus TarSt. 18 Nr. 2 PrStempStG. unter der Voraussetzung, daß nach ihrem Wortlaut der Verwahrungsvertrag vor Aushändigung der Urkunde abgeschlossen war.

(RFG., 2. Sen., Ur. v. 27. Juli 1934, II A 106/34.)

*

8. TarNr. 19 Abs. 4 PrStempStG. Unterschriftenarten, die auf der Vorderseite die Unterschrift des Kontoinhabers, auf der Rückseite die Namen und Unterschriften der Verfügungsberechtigten tragen und nach dieser Ausfüllung der Bank von dem Kontoinhaber ausgehändigt werden, enthalten Vollmachtsgeständnisurkunden i. S. der TarNr. 19 Abs. 4 PrStempStG.

(RFG., 2. Sen., Ur. v. 13. Juli 1934, II A 236/34.)

Reichspatentamt

Bericht von den Oberregierungsräten Dr. Giese und Bindewald, Berlin

[** Wird in der amtlichen Zeitschrift „Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen“ abgedruckt.]

1. § 8 Abs. 3 PatG.; § 2 BundRW. v. 8. März 1917. Unzulässigkeit der Beschwerde des wegen Patentverletzung Belangten gegen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Jahresgebührrfrist.

Da die 15. Jahresgebühr erst nach Ablauf der letzten gesetzlichen Frist des § 8 Abs. 3 PatG. entrichtet worden und infolgedessen das Patent 350061 erloschen war, erbat die Generallizenznehmerin für Deutschland unter Darlegung eines unabwendbaren Zufalls um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Die Patentverwaltungsabteilung gab durch den angefochtenen Beschl. dem Gesuche mit der Maßgabe statt, daß die erwähnte Jahresgebühr als rechtzeitig gezahlt zu gelten habe. Hiergegen richtet sich die Beschw. der Firma K. Zu ihrer Begr. macht die Beschw. geltend, das Wiederaufleben des Patents sei für sie insofern schädlich, als die Patentinhaberin gegen sie eine Klage wegen angeblicher Verletzung u. a. des Patents 350061 angestrengt habe und der Rechtsstreit noch beim OVG. Köln schwebt.

Die Beschw. ist unzulässig.

Über die Rechtzeitigkeit einer Gebührenzahlung und damit auch über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Zahlungsversäumung entscheidet ausschließlich das RPat. (§ 2 BundRW. betr. die Zahlung patentamtlicher Gebühren v. 8. März 1917 [RGBl. 1917, 222; PatMusZ. 1917, 25]). Eine von ihm beschlossene Wiedereinsetzung ist daher endgültig und für jedermann bindend; sie ist deshalb auch der Nachprüfung durch die Gerichte entzogen. Aus diesem Grunde ist, wie das RPat. bereits wiederholt entschieden hat, nicht einmal der gegen die Patenterteilung Einsprechende trotz seiner Beteiligung am Verfahren befugt, gegen eine Wiedereinsetzung des Patentanmelders in den vorigen Stand wegen Versäumung der Jahresgebührrfrist Beschw. zu erheben (vgl. Entsch. der Beschw. v. 16. Nov. 1923: PatMusZ. 1923, 146 und v. 15. Dez. 1925: PatMusZ. 1926, 27). Aus den gleichen Erwägungen kommt auch dem sog. Zwischenbenutzer ein Beschwerdeberecht nicht zu (vgl. Entsch. des erk. Sen. v. 3. Mai 1934, R. 64 885 XII/15 g XIII B 148/34: JW. 1934, 1812). Die Beschw. war hiernach zu verwerfen, ohne daß es einer Nachprüfung der Frage bedurfte, ob die angegriffene Wiedereinsetzung zu Recht erfolgt ist.

(RPat., Beschw. v. 12. Sen., Entsch. v. 3. Okt. 1934, B 92121 VI/31 b XIII B 306/34.) [Bb.]

II. Länder

Oberverwaltungsgerichte

Preußen

Preussisches Oberverwaltungsgericht

1. §§ 14, 42 Abs. 1 Ziff. d PolVerwG. Die Polizeibehörde ist nicht verpflichtet, in ihren Verfügungen die

zur Begründung dienenden gesetzlichen Vorschriften anzuführen. Die tatsächliche Zugehörigkeit eines Bauplatzes zu einem durch VerunstG. geschützten Gebiet ist ein solcher Umstand, der die Polizeibehörde zur Zurücknahme der Bauerlaubnis auf Grund des § 42 Abs. 1 Ziff. d PolVerwG. ermächtigt.

KL. hat zunächst eingewendet, die PolVfg., durch welche die Bauerlaubnis zurückgenommen wurde, entbehre der erforderlichen Bestimmtheit, der Vfg. selbst sei nicht zu entnehmen, gegen welche Vorschr. das Bauvorhaben des KL. nach Ansicht der Polizei verstoße. Dieser Einwand greift nicht durch. Die Gesetze und Anordnungen, welche die Grundlage für das Vorgehen der Polizei bilden, brauchen ebensowenig in einer PolVfg. angeführt zu werden, wie deren Rechtsgültigkeit von der Angabe einer etwa unzutreffenden Vorschr. berührt wird; entscheidend ist allein, ob der Inhalt der Vfg. objektiv dem bestehenden Recht entspricht (OVG. 84, 419). KL. rügte ferner die unrichtige Anwendung des § 42 PolVerwG. Abs. 1 Buchst. d.

Diese Vorschr. läßt die Zurücknahme einer Erlaubnis zu, wenn „Tatsachen nachträglich eintreten oder der Polizeibehörde nachträglich bekannt werden, die die Polizeibehörden zur Verfassung der erteilten Erlaubnis berechtigt haben würden, sofern ohne die Zurücknahme der Erlaubnis im einzelnen Fall eine Gefährdung polizeilich zu schützender Interessen eintreten würde“. BL. hielt diese Vorschr. für anwendbar. Gem. Ziff. 1 der nach § 8 VerunstG. erlassenen Anordnung des RPräs. könne die baupolizeiliche Genehmigung zur Ausführung von Bauten verweigert werden, wenn dadurch das Landschaftsbild gröblich verunstaltet werden würde und dies durch die Wahl eines anderen Bauplatzes oder eine andere Baugestaltung oder die Verwendung anderen Baumaterials sich vermeiden lasse. Die Tatsache, daß der Bauplatz innerhalb des geschützten Gebietes liege, sei aber der Baupolizeibehörde erst nachträglich bekannt geworden.

Demgegenüber machte die Reb. geltend, daß unter „Tatsachen“ i. S. des § 42 zu dem PolVerwG. nur Vorgänge (Ereignisse) und Zustände, nicht aber Werturteile und Erfahrungssätze zu verstehen seien (Friedrichs, PolVerwG., 2. Aufl., § 42 Anm. 7); im vorl. Falle könne es sich nur um eine Nichtkenntnis der Gesetze handeln.

Diesfalls handelte es sich jedoch nicht um nachträgliche Entsch. einer Rechtsfrage, sondern um nachträgliche Feststellung tatsächlicher Verhältnisse, nämlich der tatsächlichen Zugehörigkeit des Bauplatzes des KL. zu dem i. S. des § 8 VerunstG. v. 15. Juli 1907 geschützten Gebiet. Die Tatsache dieser Zugehörigkeit wurde der Ortspolizei erst nachträglich nach Wiederherstellung verlorengegangenen Kartenmaterials bekannt. Der Polizeibehörde war nicht die betr. Anordnung des RPräs. selbst unbekannt. Es hat sich vielmehr nur darum gehandelt, ob die Tatsache, daß der Bauplatz innerhalb des durch diese Anordnung geschützten Gebietes liegt, der Polizeibehörde erst nachträglich bekannt geworden war, was BL. bejaht hat.

Die in der fraglichen Anordnung des RPräs. enthaltenen besonderen Voraussetzungen für die Verjagung der baupolizeilichen Genehmigung waren gegeben (wird ausgeführt).

Da die Anordnung des RPräs. aber nur anwendbar ist, wenn, wie hier, eine gröbliche Verunstaltung des Landschaftsbildes im Einzelfalle zu befürchten ist, so ist damit auch die letzte Voraussetzung des § 42 Abs. 1 Buchst. d PolVerwG. gegeben, daß ohne die Zurücknahme der Erlaubnis eine Gefährdung polizeilich zu schützender Interessen eintreten würde. Der Einwand des KL., daß hierunter nur sicherheitspolizeiliche, nicht aber ästhetische Interessen zu verstehen seien, weil deren Wahrung nicht zum engeren Aufgabenkreis der Polizei gehört, sondern den Polizeibehörden besonders übertragen ist, findet im Gesetz keine Stütze.

Der Tatbestand des § 42 Abs. 1 Buchst. d PolVerwG. ist also in vollem Umfang gegeben. Nach dieser Vorschr. kommt es auch nicht darauf an, ob von der Erlaubnis bereits Gebrauch gemacht ist, wie ein Vergleich mit der Fassung des § 42 Abs. 1 Buchst. c ergibt. Die Zurücknahme der Bauerlaubnis war somit zulässig.

Es ist nicht zu verkennen, daß der KL., der auf Grund der Bauerlaubnis mit der Ausführung des Baues bereits begonnen hatte, durch die Zurücknahme der Bauerlaubnis einen Schaden erleidet. Aber das PolVerwG. schafft hierfür selbst einen Ausgleich, indem es im § 70 Abs. 2 einen Schadenersatzanspruch gewährt, wenn die Erlaubnis, wie im vorl. Fall, auf Grund von § 42 Abs. 1 Buchst. d zurückgenommen wird.

(PrOVG., 4. Sen., Ur. v. 14. Juni 1934, IV C 121/33.)