



# Juristische Wochenschrift

Organ der Reichsfachgruppe Rechtsanwälte des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen

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

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

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

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

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

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

## Erb- und Rassenpflege in Gesetzgebung und Rechtsprechung des 3. Reiches

Von **Dr. Ruttke**,

geschäftsführender Direktor des Reichsausschusses für Volksgesundheitsdienst

Die Machtübernahme durch den Nationalsozialismus ist nicht zu vergleichen mit dem Regierungswechsel in der Systemzeit, sie ist auch nicht zu vergleichen mit einem Monarchenwechsel in der Zeit vor 1918. Diese Erkenntnis hat noch nicht überall genügend Platz gegriffen. Der Sieg des Nationalsozialismus bedeutet das Sehen einer neuen Wertung an Stelle einer alten oder, besser ausgedrückt, überhaupt Schaffung einer bestimmten Wertung; denn in der Vergangenheit glaubten die Gelehrten, Wissenschaft um der Wissenschaft willen betreiben zu können. Gewertet wurde nicht. Sie vertraten in ihrer Wissenschaft den Standpunkt *Part pour l'art*. So kam es, daß auch in der Rechtswissenschaft das Recht als beziehungslos betrachtet wurde, wie Erläuterungen des Begriffes Recht aus der Vergangenheit so recht zeigen, so z. B.

Windscheid: „Recht ist eine von der Rechtsordnung vertretene Willensmacht oder Willensherrschaft.“

Fhering: „Der Begriff des Rechts beruht auf der rechtlichen Sicherheit des Genusses. Rechte sind rechtlich geschützte Interessen.“

Stammler: „Unverletzbar selbstherrlich verbindendes Wollen.“

Zu einer solchen Auffassung konnten nur die kommen, die kein Verständnis für die Bedeutung der Rasse für das Rechtsleben eines Volkes hatten. Das Recht mußte in der Vergangenheit unausgerichtet bleiben, weil seine Vertreter selbst nicht ausgerichtet waren. Die Erkenntnisse der Rassenkunde und Rassenseelenkunde haben uns gelehrt, daß jede Rasse über arzeitigen Erleben, über arzeitigen Stil verfügt. Es kann kein Zweifel darüber bestehen, daß das Rechtsgefühl die Grundlage für das Recht schlechthin ist. Ist es nicht bezeichnend, daß die deutsche Sprache nur das Wort Rechtsgefühl, nicht aber das Wort Rechtsverständnis kennt? Die deutsche Sprache ist ja überhaupt für uns ein sehr feiner Wertmaßstab, da sie uns den germanischen Stil verrät, den sie sich trotz aller fremden Einflüsse in den vergangenen Jahrhunderten erhalten hat. Rassistisch gesehen, muß dieser Stil als nordisch angesprochen werden; denn das deutsche Volk, Nachfahre der Germanen, hat seine arzeitige Prägung durch die nordische Rasse erfahren: die nordische Rasse ist das Verbindende, das dem deutschen Volke dadurch gegeben ist, daß alle deutschen Stämme einen Einschlag nordischer Rasse haben, mögen sie sich sonst auch durch Einschläge nichtnordischer Rassen voneinander unterscheiden.

In der Vergangenheit hat man die grundlegende Bedeutung der Zusammenhänge zwischen Rasse und Recht nicht einsehen wollen.

So konnte Hans Fehr am Schlusse seiner Arbeit über den Codex Hammurapi, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, herausgegeben von Fritz Stier-Somlo und Alexander Elster, Berlin und Leipzig, 6. und 7. Lieferung, herausgegeben 1926, sagen:

„Die Behauptung scheint nach allen diesen Aufdeckungen immer mehr Wahrheit zu werden: Die Grundformen des geistigen Soziallebens, dem alles Recht entspringt, sind von Rasse und Nation unabhängig, als die historische Rechtsschule annimmt.“

1929 sagte Wilhelm Sauer in seinem „Lehrbuch für Rechts- und Sozialphilosophie“, Berlin-Grunewald 1929, Verlag Dr. Walther Rothschäld:

„Der Rassenfanatiker, der aus nationalen Gründen den Juden brutal ablehnt, weil dieser nicht Blut von seinem Blute trägt, steht außerhalb jeder Soziologie und außerhalb jeder Ethik.“ (S. 190.)

„... Dagegen kommen in dem Rahmen dieses Buches rasse-theoretische oder erbbiologische, also naturwissenschaftliche Untersuchungen nicht in Betracht. Denn über Wert und Unwert eines Menschen entscheidet nicht seine (natürliche) Zugehörigkeit zu einer Rasse, vielmehr die (sozialwissenschaftlich allein erhebliche) Art, wie er seinen freien Willen betätigt.“ (S. 298.)

Die Vergangenheit hat also eindeutig die Bedeutung der Rasse für das Recht abgelehnt. Hier setzt nun der gewaltige Umbruch des nationalsozialistischen Zeitalters ein. Wir haben eine große Anzahl Beispiele aus der Vergangenheit, daß die Behauptung, daß jede Rasse ihren eigenen Stil hat, auch auf das Recht zutrifft.

So sagte in der am 17. März 1934 stattgefundenen 3. Voll Sitzung der Akademie für Deutsches Recht der polnische Staatsrechtslehrer Prof. Dr. Sigmund Chybirowski, Warschau, über den Juden Laband folgendes:

„Paul Laband suchte die großen Probleme des Staatsrechts mit den Methoden der Zivilrechtslehre zu meistern. Kein Wunder, daß seine Ergebnisse dem Wesen des Staatsrechts wenig entsprachen, so z. B. wenn er ausführte:

„In dieser öffentlich-rechtlichen Korporation, welche das Reich ist, ist der Kaiser dasjenige Organ, welches man bei der Privat-korporation den Vorstand oder Direktor nennt, und seine Befugnisse

und Pflichten, seine — sozusagen amtlichen — Funktionen, entsprechen im wesentlichen den Befugnissen und Pflichten, welche der Vorstand oder Direktor einer juristischen Person überhaupt hat.“ (Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Auflage, I, 228). Die grundsätzliche Gleichstellung des Deutschen Kaisers mit dem Direktor einer privaten Aktiengesellschaft erschwerte die Erkenntnis des deutschen Staatsrechts und kam auf eine Herabsetzung eines hohen Staatsorgans in den Augen der Juristen heraus. Die Wendung, daß die Kompetenzen des Kaisers nur sozusagen seine amtlichen Funktionen seien, überraschte. Um seine Methode zu rechtfertigen, nannte einmal Laband das Recht eine „Welt der Gedanken, in welcher die Logik der Souveränität“ sei (DZJ. XIII Nr. 9). Mit Hilfe der Logik kann man jedoch nur die formale Seite des Rechts begreifen, nicht aber sein Wesen feststellen. Die Erfassung der staatsrechtlichen Institutionen mit alleiniger Hilfe der Logik führt zur Aufstellung von Konstruktionen, die man oft versucht ist, nicht ernst zu nehmen.“

#### Über den Juden Georg Jellinek:

„Weniger einseitig als Laband versuchte Georg Jellinek, der eine umfassende historische und philosophische Schulung besaß; aber auch seine staatsrechtlichen Arbeiten, insbesondere über Gesetz und Verordnungen und das System der subjektiven öffentlichen Rechte, sind reich an formalistischen Thesen, die unbefriedigend wirken.“

#### Über den Juden Kelsen:

„Die Labandsche Schule, zu deren Epigonen Hans Kelsen gehört, beraubt den Staat sozusagen seines Fleisches und Blutes, seiner wahren Natur und setzt an seine Stelle ein schemenhaftes Geblöde, das nirgends Wirklichkeit ist. Es ist wohl kein Zufall, daß gegen diese Richtung besonders entschiedenen Widerspruch einer der besten Kenner des deutschen Rechts, Otto Gierke, in einer großzügigen Abhandlung erhoben hat, wo er auf die Grenzen der logischen Methode hingewiesen und ausgeführt hat, daß die Staatsrechtswissenschaft die politischen Zustände und Gedanken, unter deren Einfluß die staatsrechtlichen Normen und Begriffe geworden sind, heranziehen und die religiösen und ethischen Anschauungen, die wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse studieren müsse.“ (Schmollers Jahrbuch, 1883, 1110, 1114.)

Die bisher angeführten Beispiele stimmen nicht etwa in ihrem Rechtsstil zufällig überein, sondern jüdisches Rechtsdenken finden wir bei allen dem jüdischen Volke entstammenden Rechtsgelehrten. Einige weitere Beispiele mögen die Richtigkeit dieser Behauptung belegen. Von dem Juden Julius Stahl haben italienische Rechtsgelehrte gesagt, er habe durch Zweideutigkeit und theoretische Heuchelei den Begriff des Rechtsstaates abgelenkt und sogar gefälscht.

„Die Fälschung“, sagt Carl Schmitt in seiner Abhandlung Der Rechtsstaat in: Dr. Hans Frank, Nationalsozialistisches Handwörterbuch für Recht und Gesetzgebung, 1935, S. 6, „liegt darin, daß der Begriff des Rechts in ‚Rechtsstaat‘ in einen positivistischen Normativismus umgedeutet wird, dessen folgerichtiger Schluß nur dem rückwärts- und bedenkenlosen Individualismus der liberalen Epoche zugute kommt.“

Hier sehen wir deutlich die Wirkung jüdischen Rechtsgeistes.

Der Rassenstil jedes einzelnen Menschen ist für sein Wirken grundlegend, auch jeder Rechtswahrer wird daher seinem rassischen Stil entsprechend wirksam werden. Es gibt in der Geschichte berühmter Männer hierfür schlagende Beweise, die unabhängig von einer Vertiefung in rassisches Denken abgelegt worden sind. Ein solches Schulbeispiel ist die Schilderung des Stilgegensatzes zwischen Rechtsanwalt Heinrich Wiegand (17. Aug. 1855 bis 29. März 1909), Generaldirektor des Norddeutschen Lloyd und dem Juden Albert Ballin (15. Aug. 1857 bis 9. Nov. 1918), Generaldirektor der Hapag, in der von Arnold Becket im Verlag der G. A. v. Halem Export- und Verlagsbuchhandlung AG., Bremen, 1932, herausgegebenen Veröffentlichung: „Heinrich Wiegand, Ein Lebensbild“:

„Das Geschick hatte für eine siebzehnjährige Neben- und Zusammenarbeit auf gleichem Posten zwei Männer bestimmt, wie sie wesensverschiedener kaum zu denken waren. In dem genau zwei Jahre gegenüber Wiegand jüngeren Albert Ballin wohnte eine außergewöhnliche verstandesmäßige Begabung, gepaart mit genialer Kombinationsgabe, glänzendem Redner- und Unterhändler-talent, trotz seiner äußeren Häßlichkeit jeden, der mit ihm in Berührung kam und diese ungewöhnliche Persönlichkeit unworereingenommen auf sich wirken ließ, für sich einnehmend, ja oft bezaubernd — und dennoch

war für ihn und seine unermüdete Schaffenskraft der Gelderwerb für seine Gesellschaft das oberste Ziel; dahin waren seine ungewöhnlichen Gaben zum Planen und Kombinieren geschäftlicher Möglichkeiten gerichtet. Im Verlaufe dieser Schilderung werden sich Belege für diese Auffassung finden, ebenso wie solche für Wiegands entgegengelegte Wesensart. Eine Schwäche Ballins bestand in seiner, in späteren Jahren noch zunehmenden Reizbarkeit gegenüber seiner täglichen Umgebung und gegenüber denen, mit welchen das Geschäft ihn in regelmäßige Berührung brachte, während Wiegand in hohem Maße die Gabe der Beherrschung des angeborenen lebhaften Temperaments besaß. Wiegand war aus sehr viel festerem Holz gemacht als der sensible Ballin, dem auch die kleinen Eitelkeiten der Welt erstrebenswert erschienen — Wiegand auch in dieser Hinsicht Ballins Gegenteil, wie manches überleserte Vorkommnis erweist. Der viele Hände füllende Briefwechsel zwischen beiden läßt ihre gegenfällige Art unzweideutig hervortreten. Wer ihn heute durchliest, muß zu dem Ergebnis kommen, daß Ballins nervöse Art ihn gar manches Mal zu Unbesonnenheiten hinriß, ja ihn seine ihm sonst eigene liebenswürdige Form vergessen ließ, so daß er Wiegands Sachlichkeit und Selbstbeherrschung wiederholt auf eine harte Probe stellte. Wäre nicht Wiegand im tiefsten Grunde von der unbedingten Notwendigkeit, zusammenzuhalten und immer wieder zusammenkommen zu müssen, durchdrungen gewesen, so wäre — sicherlich zum allgemeinen Schaden — die Möglichkeit zu einem nicht ohne weiteres wieder heilbaren Bruche mehr als einmal gegeben gewesen.“ (S. 32/33.)

Typisch jüdischem Rechtsstil entspricht auch die sogenannte „Interessenjurisprudenz“. Einer der ersten Verfechter dieser Lehre war der Jude Hermann Kantorowicz. Wilhelm Sauer schildert den Grundgedanken dieser Lehre mit Recht etwa wie folgt:

„Der Richter soll bei der Rechtsprechung die dem Rechtsfall zugrunde liegenden Lebensverhältnisse genau ermitteln, und, um diesen sämtlichen Besonderheiten voll gerecht werden zu können, ist er von der Bindung an strenge Rechtsregeln möglichst freizustellen, nach der extremen Richtung sogar gänzlich zu befreien, so daß er in jedem Einzelfalle sich selbst sein eigenes Recht schafft.“ (Lehrbuch für Rechts- und Sozialphilosophie, Berlin-Grünwald 1929, S. 33.)

Auch das BGB. ist jüdisch beeinflusst worden, wie die Mitwirkung des Juden Levin Goldschmidt, „dem einzigen Theoretiker der Vorkommission“, seinerzeit Rat am RGH. in Leipzig beweist. Hans Thiemer berichtet in seiner Abhandlung „Aus der Vorgeschichte des BGB. — zur Gesetzgebung des Positivismus“ (DZJ. 1934 Sp. 969) u. a. folgendes:

„Goldschmidt hatte sich durch einen Vortrag empfehlen, der für das Modifikationsprinzip eingetreten, gegen stückweise Gesetzgebung gerichtet war und namentlich den bayerischen Justizminister überzeugt hatte. Was brachte Goldschmidt für seine Aufgabe mit? Wir hören, daß er „sein Leben lang mit Leib und Seele Romanist“ war, der Aussprüche römischer Juristen mit Vorliebe auch dort anwandte, wo es sich nicht um Fragen des römischen Rechts handelte, und für den die germanischen Bestandteile des mittelalterlichen und modernen Handelsrechts, ‚Modifikationen‘ des römischen Rechts waren.“

Wenn Karl Pintschovius in seiner Arbeit „Volkswirte als Führer oder als Sachbeamte — eine sozialwissenschaftliche Untersuchung“, München und Leipzig 1930, S. 24 sagt:

„Das geltende Recht erscheint in der Hauptsache als Produkt aus festem Recht minus Gesetzesabnützung, Gewohnheitsrecht, Judikaturrecht und privatvertraglich-privatorganisatorischer Rechtschöpfung“,

so ist das wiederum ein Beweis für die Richtigkeit der Behauptung des Vorherrschens des jüdischen Rechtsstiles vor dem 30. Jan. 1933.

Das Judentum glaubt zwar, Unterschiede im Rechtsstil verschiedener Rassen ablehnen zu müssen, gibt aber selbst durch eigene Darstellungen aus Unterlagen an die Hand für die Richtigkeit unserer Behauptung. So sprach sich der Jude R. A. W. Dr. Oscar Ketter vor kurzem in der „Jüdischen Rundschau“, Berlin, Nr. 28 v. 5. April 1935 S. 11, gegen den Gedanken des artgebundenen Rechtes aus, indem er behauptete, es hätte eine sehr große Anzahl beachtlicher deutscher Juristen jüdischer Herkunft in der Vergangenheit gegeben. Der Verfasser nennt dann u. a. eine Anzahl von Juristen, die sich nach seiner Auffassung besonders um das Aktienrecht verdient

gemacht hätten. Hier haben wir gerade einen schlagenden Beweis für die Behauptung vom Vorhandensein eines jüdischen Rechtsstiles. Der Jude muß seiner Art gemäß kapitalistisch denken, ein Denken im Sinne der nationalsozialistischen Auffassung von Blut und Boden ist ihm wesensfremd. Auch hierfür wiederum ein Beweis aus jüdischer Feder. Der jüdische Schriftsteller Junius hat das Judentum bereits im Jahre 1910 wie folgt beschrieben:

„Die Juden regen sich in jeder Keimzelle der Nation mit solcher Frische und Lebendigkeit, daß man schon von einer jüdischen Renaissance reden hört. Es geht ihnen gut, nicht nur geschäftlich. . . . Es gibt kaum einen Bezirk nationalen Wirkens, in welchem kein jüdisches Element steckt. Es gibt kaum eine judenreine Aktion großen Stils. . . . Darum ist der Jude als Großbankier, Großhändler, Großreeber, als Finanzier aller Kollektivbedürfnisse zwar nicht der offizielle Politiker, wenigstens nicht in dem noch vom Beamtentyp geleiteten Staat; aber hinter den Kulissen ist er ohne Unterlaß tätig und unentbehrlich: er ist der eigentliche Drahtzieher und Akteur, klug genug, die dekorative Geste anderen zu überlassen. Und darum, weil der Jude so tief im kapitalistisch gerichteten Leben nistet, schwirrt es an höchsten und allerhöchsten Orten von Wallins, Rathenaus, Fürstenbergs. Darum waren Sonnino und Luzzatti in Italien Finanzminister und Ministerpräsidenten.“ (Hans F. K. Günther, Rassenkunde des jüdischen Volkes, 2. Aufl., München 1930, S. 310.)

Das Ergebnis meiner Forschungen deckt sich also durchaus mit den Ergebnissen der Arbeiten von Dr. L. F. Clauß:

„. . . Die einen — wie Zuverlässigkeit, Sachlichkeit, Verstandesbegabung, Tatkraft — sind Eigenschaftsbegriffe, die in unseren Beschreibungen dem Einzelmenschen zukamen, dem Individuum. — Die anderen — wie Ausgriff, herrentümlich, Gestaltung der Umwelt durch Leistung — sind Stilbegriffe und betreffen den Typus. Manche jener Eigenschaftsbegriffe — z. B. Verstandesbegabung — haben zum Typus keine unmittelbare Beziehung. Jeder der von uns zu beschreibenden Stiltypen läßt z. B. ein Mehr oder Weniger an Verstandesbegabung des Einzelmenschen zu. Ob einer begabt ist oder nicht, das hängt nicht von seinem Stiltypus (seiner Rasse) ab, sondern von seiner einzel menschlichen (individuellen) Anlage. Andere Eigenschaftsbegriffe — Zuverlässigkeit, Sachlichkeit — scheinen, wennschon sie keine Stilbegriffe sind, zum Stiltypus doch in irgendeiner Beziehung zu stehen.“ (Rasse und Seele S. 18/19.)

„Als rassenhaft erweist sich ein Stiltypus durch seine Vererbbarkeit. Damit ist der Bereich der Einzelercheinungen verlassen und die Betrachtung gleichsam in eine neue Dimension geführt. Ein lebendiges Wesen, z. B. einen Menschen, auf seine Rasse betrachten, heißt: nicht nur sehen, welche Gestalt er hat, sondern auch, welche Gestalt er vererbt. In dieser Betrachtung also erscheint der Mensch als Glied einer Erbketten, und nicht vom einzelnen Gliede, sondern von der Kette her bestimmt sich das Rassistische. Ein Mensch kann als Einzelercheinung stilrein sein an Leib und Seele und dennoch nicht rassenrein; er kann es in sich tragen, Geschöpfe zu zeugen, die seiner Gestalt nicht gleichen. Zwei Menschen gleichen Stiles können sich zur Zeugung verbinden, und es kann geschehen, daß die Erzeugten Bünde tragen, die keinem der beiden Eltern eigen sind. Dann ist die Stilreinheit in beiden Zeugenden nur ein Einzelfall, nur ihr Erscheinungsbild ist stilrein, nicht aber ihr Erbteil. Ihr Erbe ist „gemischt“, d. h. durchsetzt mit Keimen fremder Stile, die durch die Zeugung weiterleben in Erscheinungsbilde kommender Glieder der Erbketten. Nur erbste Stilreinheit darf als Rassenreinheit gelten, und nur vererbare Stile sind Rassenstile.“ (S. 28.)

Es hat in der Vergangenheit immer Männer gegeben, die ein Empfinden für die Notwendigkeit der Verwurzelung des Rechtes im Volkstum gehabt haben. Ihnen war auch die Bedeutung des Rechtsgefühls für das Rechtsleben eines Volkes klar. Nur waren sie mit dem Rassengedanken noch nicht vertraut. So sagte Friedrich Carl v. Savigny in seiner Arbeit „Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“, Heidelberg 1840:

„. . . Aber dieser organische Zusammenhang des Rechts mit dem Wesen und Charakter des Volkes bewährt sich auch im Fortgang der Zeiten, und auch hierin ist es der Sprache zu vergleichen. So wie für diese, gibt es auch für das Recht keinen Augenblick eines absoluten Stillstandes, es ist derselben Bewegung und Entwicklung unterworfen wie jede andere Richtung des Volkes, und auch diese Entwicklung steht unter demselben Geheiß innerer Notwendigkeit wie jene früheste Erscheinung. Das Recht wächst also mit dem Volke fort, bildet sich aus mit diesem und stirbt endlich ab, so wie das Volk seine Eigentümlichkeit verliert.“

So jagte Dr. Bunge, Berlin, in seiner Arbeit „Psychologische Wertungen im internationalen Rechtsverkehr“: DZ. 1929 Heft 4:

„Die Nachforschung nach der inneren Einstellung des Menschen zu bestimmten Rechtsgebilden oder, umgekehrt, der Anpassung dieser Rechtsgebilde an die menschlichen Eigenschaften, ist von großer Wichtigkeit, wenn man eine Lebensäußerung in ihrer wirklichen Tragweite erkennen will.“

In diesem Zusammenhange erscheint auch beachtlich eine Äußerung des OLG-Präsi. i. R. Krüger, Königsberg:

„Auch die Justiz sinkt immer tiefer. Sie hat ihren großen Zug verloren, sie verkommt in Kleinlichkeiten. Liegt das nicht zu einem großen Teil an ihren Vertretern?“ (Zeitschrift des Reichsbundes deutscher Reichsbahnbeamten des mittleren nichttechnischen Dienstes, Nr. 15, 1931, S. 319.)

Sehr verdienstvoll sind auch die Ausführungen von OGD. Dr. Jenne in seiner 1932, Berlin, erschienenen Arbeit „Rasse und Recht“ (unter dem Pseudonym E. A. Warner).

In der Vergangenheit ist wiederholt von Fehlurteilen, Versagen der Rechtssprechung, Mechanisierung der Rechtssprechung, Wirklichkeitsfremdheit der Richter usw. gesprochen worden, aber niemals hat man erfasst, welches denn eigentlich die innere Ursache für das Versagen der Rechtswahrer gewesen ist. Der Nationalsozialismus hat erkannt, daß diese tiefste Ursache das Eindringen von Artfremden, nämlich Juden in die Beamtenschaft, insbesondere in Richtertum, Hochschullehrerschaft und Anwaltschaft war. Über diesen Weg ist zunächst unmerklich und dann immer stärker und stärker deutsches Rechtsempfinden, deutsches Rechtsgefühl unterbunden worden. Unmerklich erhielt das deutsche Recht jüdischen Stil. Das deutsche Volk, das sich im allgemeinen glücklicherweise — von einer Anzahl von Ausnahmefällen abgesehen — vom Judentum freigehalten hatte, mußte auf Grund seines eigenen Stiles die Stilwidrigkeit des vom jüdischen Geiste beherrschten deutschen Rechtes empfinden. Es zeigt sich hier derselbe Vorgang, wie in dem Gesicht eines Volkes, in das allmählich Fremdrassige eindringen. Auch hier geschieht dieses Eindringen zunächst unmerklich, bis dann nach Jahrzehnten sich das Gesicht des Volkes völlig verändert hat. Aus diesem Grunde habe ich in meinem Vortrag „Rassenhygiene und Recht“, abgedruckt in Ernst Rüd. in, Erblehre und Rassenhygiene im völkischen Staat, München 1934, S. 100, Wertung des Rechtschrifttums von rassistischen Gesichtspunkten gefordert und hierzu ausgeführt:

„Das Recht selbst ist die feinste Äußerung der verschiedenen seelischen Artung der einzelnen Rassen. Die rassistische Zugehörigkeit eines Rechtsgelehrten muß ihren Niederschlag auch in seinen wissenschaftlichen Werken finden.“

Wollen wir also das Recht nach nationalsozialistischer Rechtsauffassung gestalten, so müssen wir Rechtschrifttum aus der Feder von Juden und Entscheidungen von Rechtswahrern, die dem jüdischen Volk angehören, ablehnen. Die deutsche Anwaltschaft ist in erster Linie berufen, hierbei mitzuhelfen.

Zusammenfassend möchte ich noch folgendes ausführen: Unter deutschem Rechtsstil verstehe ich das der rassistischen Eigenart des deutschen Volkes entsprechende Recht. Rechtsstil darf nicht nur gleich Rechtssprache gesetzt werden. Der richtige Rechtsstil verleiht dem Recht ein einheitliches Gepräge und bildet so die Voraussetzung für das richtige Recht. Nur wenn diesen rassistischen Erkenntnissen in der Auswahl der Rechtswahrer Rechnung getragen wird, ist es überhaupt möglich für ein Volk, Stetigkeit seines Rechtsstiles zu begründen und zu gewährleisten.

Die lebensgesetzliche Rechtslehre, d. h. die Rechtsauffassung des Nationalsozialismus, darf also nur allein für die künftige Rechtsgestaltung maßgebend sein. Danach hat das Recht der Erhaltung der Art, d. h. der Erb- und Rassenpflege, im deutschen Volke zu dienen. Verständnis für den deutschen Rechtsstil zu wecken, ist auch Aufgabe der lebensgesetzlichen Rechtslehre.

Der Rechtswahrer wird jedoch stets nur dann der lebensgesetzlichen Rechtslehre Geltung verschaffen können, wenn er die Grundbegriffe der Erb- und Rassenpflege kennt. Leider herrscht auf diesem Gebiete noch große Unkenntnis, wie aus Begründungen von zahlreichen Entscheidungen und aus Veröffentlichungen der verschiedensten Art hervorgeht. Daher halte ich es für notwendig, auch an dieser Stelle hierüber einige grundlegende Ausführungen zu bringen. Nicht umsonst habe ich in der Überschrift meiner Arbeit die Begriffe Erb- und Rassenpflege gewählt. Adolf Hitler selbst führt in seinem Werk „Mein Kampf“, Band 2: „Die nationalsozialistische Bewegung“, S. 36/37 folgendes aus:

„Der völkische Staat hat die Rasse in den Mittelpunkt des allgemeinen Lebens zu setzen. Er hat für ihre Reinerhaltung zu sorgen. Er hat das Kind zum kostbarsten Gut eines Volkes zu erklären. Er muß dafür Sorge tragen, daß Kinder zeugt, nur wer gesund ist; daß es nur eine Schande gibt: bei eigener Krankheit und eigenen Mängeln dennoch Kinder in die Welt zu setzen, doch eine höchste Ehre: darauf zu verzichten. Weiters aber muß es umgekehrt als verwerflich gelten, gesunde Kinder der Nation vorzuenthalten. Der Staat muß dabei als Wahrer einer tausendjährigen Zukunft auftreten, der gegenüber der Wunsch und die Eignisucht des einzelnen als nichts erscheinen und sich zu beugen haben. Er hat die modernsten Hilfsmittel in den Dienst dieser Erkenntnis zu stellen. Er hat, was irgendwie erlässlich krank und erblich belastet und damit weiter belastend ist, zeugungsunfähig zu erklären und dies auch praktisch durchzusetzen. Er hat umgekehrt dafür zu sorgen, daß die Fruchtbarkeit des gesunden Weibes nicht beschränkt wird durch die finanzielle Underwirtschaft eines Staatsregiments, das den Kinderlegen zu einem Fluch für die Eltern gestaltet. Er hat mit jener faulen, ja verbrecherischen Gleichgültigkeit, mit der man heute die sozialen Voraussetzungen einer kinderreichen Familie behandelt, aufzuräumen und muß sich an Stelle dessen als oberster Schutzherr dieses köstlichen Segens eines Volkes fühlen. Seine Sorge gehört mehr dem Kinde als dem Erwachsenen.“

Wer körperlich und geistig nicht gesund und würdig ist, darf sein Leid nicht im Körper seines Kindes verewigen. Der völkische Staat hat hier die ungeheuerste Erziehungsarbeit zu leisten. Sie wird aber bereinigt auch als eine größere Tat erscheinen, als es die siegreichsten Kriege unseres heutigen bürgerlichen Zeitalters sind. Er hat durch Erziehung den einzelnen zu befehlen, daß es keine Schande, sondern nur ein bebauernswertes Unglück ist, krank und schwächlich zu sein, daß es aber ein Verbrechen und daher zugleich eine Schande ist, dieses Unglück durch eigenen Egoismus zu entehren, indem man es unschuldigen Wesen wieder aufbürdet; daß es demgegenüber von einem Wohlthäter höchsten Gefühls und bewundernswürdiger Menschlichkeit zeugt, wenn der unschuldige Kranke, unter Verzicht auf ein eigenes Kind, seine Liebe und Zärtlichkeit einem unbekanntem, armen, jungen Sprossen seines Volkstums schenkt, der in seiner Gesundheit verspricht, dereinst ein kraftvolles Glied einer kraftvollen Gemeinschaft zu werden. Und der Staat hat in dieser Erziehungsarbeit die rein geistige Ergänzung seiner praktischen Tätigkeit zu leisten. Er muß ohne Rücksicht auf Verständnis oder Unverständnis, Billigung oder Mißbilligung in diesem Sinne handeln.“

Diese Ausführungen Adolf Hitlers tragen die Überschrift „Völkischer Staat und Rassenhygiene“. Der Nationalsozialismus verwendet also bewußt den Begriff „Rassenhygiene“ und nicht „Eugenik“ (Eugenik = Lehre von der guten Stammesherkunft). Der Begründer der Eugenik, der Engländer Francis Galton (1822—1911), bestimmte sie wie folgt:

„Wissenschaft, die sich mit allen Einflüssen befaßt, welche die angeborenen Eigenschaften einer Rasse verbessern, und welche diese Eigenschaften zum größtmöglichen Vorteil der Gesamtheit zur Entfaltung bringen.“ (In „Inquiries into human faculty and its development“, London 1883.)

Galton wollte also unter „Eugenik“ das verstanden wissen, was Alfred Ploetz unter „Rassenhygiene“ verstand. Ploetz sagt in seiner Veröffentlichung „Die Tüchtigkeit unserer Rasse und der Schutz der Schwachen.“ — Ein Versuch über Rassenhygiene und ihr Verhältnis zu den humanen Idealen, besonders zum Sozialismus“, Berlin 1895, S. 13 u. a. folgendes:

„Die Rassenhygiene, das Bestreben, die Gattung gesund zu erhalten und ihre Anlagen zu vervollkommen, muß also das herrschende Prinzip bleiben, und die Individualhygiene samt ihren sozialen und politischen Ausläufern muß sich unterordnen, sobald sie dies Prinzip ernstlich gefährdet. In den folgenden Blättern soll zuerst der allgemeine Teil der Rassenhygiene abgehandelt werden, nämlich die Präzisierung der genaueren Ziele sowohl für die Erhaltung als die

Vervollkommnung der Rasse; die bisher in dieser Richtung wirkenden Faktoren; die Diskussion der Frage, ob wir heute degenerieren oder nicht; schließlich die Formulierung der allgemeinen rassenhygienischen Anforderungen an Staat, Familie und Individuum und ihre Zusammenhänge mit dem sozialökonomischen System, die zu einem Schutz der Schwachen tendieren. In einem zweiten Teil, der speziellen Rassenhygiene, sollen die Mittel besprochen werden, diesen Anforderungen gerecht zu werden. Er wird nach einer Besprechung des Schutzes der guten Variationen im Wesen eine Untersuchung über die Mittel zur Erzeugung tüchtiger Nachkommen enthalten.“

In den Zeiten der Systemregierung wollte man jedoch von dem Begriff „Rasse“ als Systemrasse, also als naturwissenschaftlichem Einteilungsbegriff, nichts wissen, weil man fürchtete, daß durch ein Hineintragen dieses Begriffes in das Volk die Judenfrage im großen Umfang ausgerollt werden würde. Daher hat man planmäßig den Begriff „Rassenhygiene“ dem deutschen Volk vorenthalten und dafür den farblosen Begriff „Eugenik“ mehr und mehr eingeführt. Einige Beispiele mögen diese Behauptung erhärten:

Rainer Fetscher, Dresden, schreibt in seiner Arbeit „Grundzüge der Eugenik“, Deutscher Verlag für Volkswohlfahrt, Dresden 1929, im Vorwort zur zweiten Auflage folgendes:

„Gegenüber der ersten Auflage sind einige Verbesserungen nötig gewesen. Zu berücksichtigen waren gesetzliche Änderungen, wie das Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten, die erfreuliche Entwicklung der Ehe- und Sexualberatung u. a. m. Wenn diesmal an Stelle der Bezeichnung ‚Rassenhygiene‘ das Wort ‚Eugenik‘ gewählt wurde, so geschah es, da der Verfasser sich davon überzeugt hat, daß ‚Rassenhygiene‘ zahlreichen Mißbräuchen ausgesetzt ist und zudem oft genug für Bestrebungen mißbraucht wird, die mit Wissenschaft nichts zu tun haben.“

Hermann Muckermann führt in der Abhandlung „Alfred Ploetz und sein Werk“ in der Zeitschrift „Eugenik“, Band 1 Heft 12 vom September 1931, S. 265 folgendes aus:

„Ob man den Strom, der nun weiter in die Zukunft geht, mit dem Namen Eugenik oder mit dem Namen Rassenhygiene bezeichnet, ist an und für sich von keiner großen Bedeutung, wenn auch das Wort Eugenik viel älter und viel weiter verbreitet ist als das Wort Rassenhygiene und — weil herausgehoben aus den verwirrenden Kämpfen der Gegenwart — unmittelbar den Sinn wiedergibt, auf den alles ankommt, daß nämlich in den Kulturvölkern das biologische Erbe der Vorseit — möglichst frei von Entartung — die reiche Ausstattung, die für den Aufstieg der Kultur entscheidend ist, bewahrt und, wenn möglich, vermehrt wird.“

Fritz Denz sagt in seiner großen grundlegenden Arbeit „Menschliche Auslese und Rassenhygiene“ (Eugenik), Band 2 des großen Wertes: „Menschliche Erblichkeitslehre und Rassenhygiene“. Baur-Fischer-Denz, München 1931, S. 253 folgendes:

„Zur Zeit sind bei uns Bestrebungen am Werk, das Wort ‚Rassenhygiene‘ möglichst zu vermeiden. Auch mehrere Ortsgruppen der Deutschen Gesellschaft für Rassenhygiene haben auf Betreiben Muckermanns sich in ‚Gesellschaft für Eugenik‘ umbenannt. Es sprechen gewiß manche Gründe dafür; denn auf gewisse Kreise wirkt das Wort ‚Rasse‘ nun einmal wie ein schwarzweißrotes Tuch. Wenn man schon Rücksicht auf politische Richtungen nimmt, so muß man allerdings auch bedenken, daß für die völkische Bewegung, die in Deutschland auch eine Macht darstellt, und zwar eine wachsende Macht, das Wort ‚Rasse‘ gerade einen angenehmen Klang hat. Gerade mit Rücksicht auf die Aussichten praktischer Durchführung rassenhygienischer Reformen tut man daher meines Erachtens nicht gut, das Wort ‚Rassenhygiene‘ ganz zu vertilgen. Man sollte es mindestens neben dem Wort ‚Eugenik‘ bestehen lassen. So wie die Dinge liegen, wirkt zur Zeit das Wort ‚Rassenhygiene‘ in völkischen Kreisen stärker werdend, das Wort ‚Eugenik‘ dagegen in jüdischen, sozialdemokratischen und katholischen Kreisen.“

Wie also aus zahlreichen Abhandlungen hervorgeht, hat man allmählich den Begriff „Eugenik“ einen anderen Inhalt geben wollen, als es ursprünglich Galton selbst gewollt hat. Man schaltete den Begriff „Rasse“ als Systemrasse überhaupt aus den Betrachtungen aus und wollte nur etwas von der Förderung guter Erbanlagen wissen. Martin Staemler hat daher schon recht, wenn er in seiner Arbeit „Rassenpflege im völkischen Staat“, München 1933, S. 44 folgendes sagt:

„Eugenik ist die Rassenpflege der bastardierten Völker. Keine Eugenik wird nur der treiben, der von der angeblichen Gleichheit der Rassen, von deren gleichmäßigem Wert überzeugt ist.“

Es war nun wertvoll, festzustellen, daß nach dem 30. Jan. 1933, also nach der Machtübernahme durch den Nationalsozialismus, plötzlich unsere früheren Gegner an Stelle des Wortes „Eugenik“ das Wort „Rassenhygiene“ gesetzt haben. Es haben mir mehrfach Ausarbeitungen über rassenhygienische Fragen vorgelegen, die vor dem 30. Jan. 1933 fertiggestellt worden waren, in denen planmäßig das Wort „Eugenik“, das ursprünglich im Wortlaut der Arbeit vorgeesehen war, durch das Wort „Rassenhygiene“ ersetzt worden war, ohne daß jedoch der Sinn dieses Begriffes geändert worden wäre. Auch in anderen Veröffentlichungen mußte ich immer wieder und wieder feststellen, daß die Gegner des Rassengedankens, die Gegner des Nationalsozialismus, versuchen, Begriffsverwirrungen in das deutsche Volk hineinzutragen, um den Sieg des Rassengedankens zu verhindern. Es ist daher dringend erforderlich, Begriffsklarheit zu schaffen, und in allen Veröffentlichungen des Nationalsozialismus immer wiederkehrend bestimmte Begriffe in einer allgemeinverständlichen Prägung zu verwenden. Es geht nicht an, bald von Rassenhygiene, bald von Eugenik, bald von Vererbungshygiene, bald von Erbpflege zu sprechen oder gar noch andere Ausdrücke zu gebrauchen. Schon der Wissenschaft wird das gegenwärtige Verstehen durch Verwendung verschiedener Begriffe für gleiche Denkinhalte durch die einzelnen Gelehrten und Forscher außerordentlich erschwert. Den breiten Schichten des Volkes jedoch wird durch ein solches Vorgehen das gegenseitige Verstehen fast unmöglich gemacht. Da jedoch für die nationalsozialistische Regierung Politik werdende Geschichte ist, gibt es für sie keine beziehungslose Wissenschaft. Daher ist Begriffsklarheit besonders auch in Gesetzgebung und Rechtsprechung notwendig.

Es muß endlich einmal aufhören, Begriffe, wie Rasse, Volk, Volkstum, Sprachzugehörigkeit, Staatsangehörigkeit, miteinander zu verwechseln.

„Staatsangehörigkeit ist ein rechtlicher Begriff, Volkstum ein geschichtlich-fittentümlicher, Rasse ein Begriff der Naturwissenschaft auf den Menschen angewandt: ein Begriff der beschreibenden Menschenkunde. Es gibt germanische, romanische und slawische Sprachen, aber keine germanische, romanische und slawische Rasse“ (Hans F. R. Günther, Rassenkunde des deutschen Volkes, München 1930, S. 6.)

Es ist aus erzieherischen Gründen zweckmäßig, heute nicht den Begriff Rassenhygiene zu verwenden, sondern ihn mit den deutschen Worten Erb- und Rassenpflege zu übersetzen. Für den Nationalsozialismus würde es an und für sich genügen, den Begriff Rassenpflege zu sprechen, weil ja jede Rassenpflege nur von Rassenpflege voraussetzt. Da jedoch diese Begriffe und ihre Bedeutung, insbesondere auch wegen der verwirrenden Absichten unserer Gegner, noch nicht so im Volksbewußtsein verankert worden sind, wie das notwendig ist, empfiehlt es sich, von Erb- und Rassenpflege zu sprechen. Mit Genugtuung kann man feststellen, daß diese vom Reichsausschuß für Volksgesundheitsdienst im Einverständnis mit dem Rassenpolitischen Amt der NSDAP, ausschließlich zur Verwendung kommenden Begriffe sich bereits in der Öffentlichkeit, insbesondere auch in Gesetzgebung und Rechtsprechung, mehr und mehr durchsetzen. Zum Verständnis der Begriffe Erb- und Rassenpflege ist es notwendig, noch folgendes auszuführen:

### Rasse

Wir verwenden den Begriff Rasse nur im Sinne von Systemrasse, d. h. als naturwissenschaftlichen Einteilungsbegriff (z. B. nordische, fälische, dinarische, westliche, östliche, ophthalische, judetische, vorderasiatische, innerasiatische, orientalische, äthiopische, negerische Rasse usw.) und nicht im Sinne der Vitalrasse, d. h. gleichbedeutend dem Erbgut, das von Geschlecht zu Geschlecht weitergegeben wird. Es ist daher unzweckmäßig, von einer deutschen Rasse zu sprechen, weil dadurch erneut Begriffsverwirrung in das deutsche Volk hineingetragen wird. Zwischen Rasse und Volk muß unbedingt unterschieden werden. Wir können nur von einem deutschen Volk, aber nicht von einer deutschen Rasse sprechen; denn:

„Eine Rasse stellt sich dar in einer Menschengruppe, die sich durch die ihr eignende Vereinigung körperlicher Merkmale und seelischer Eigenschaften von jeder anderen (in solcher Weise zusammengefaßten) Menschengruppe unterscheidet und immer wieder nur ihresgleichen zeugt.“ (Hans F. R. Günther, Rassenkunde des deutschen Volkes, München 1930, S. 14.)

### Rassenkunde

ist demnach die Lehre von der Entstehung, dem Vorkommen und den Kennzeichen der menschlichen Rassen.

### Rassenpflege

ist dagegen die Anwendung der Forschungsergebnisse der Rassenkunde, also die Lehre von der Notwendigkeit der Reinerhaltung und Bestandserhaltung der jedem Volke seine Eigenart verleihenden Rasse. Für das deutsche Volk ist dies die nordische Rasse; denn sie hat ihm die arteigene Prägung verliehen. Sie ist das Verbindende, das dem deutschen Volk dadurch gegeben ist, daß alle deutschen Stämme einen Einschlag nordischer Rasse haben, mögen sie sich sonst auch durch Einschläge nichtnordischer Rassen voneinander unterscheiden.

### Vererbung

ist die Tatsache der Übertragung elterlicher Erbanlagen auf die Nachkommen. Vererbung von einem Elternpaar auf die Nachkommen beruht darauf, daß die Nachkommen ganz oder teilweise die gleichen Erbanlagen haben. Hierin liegt also das Wesen der Vererbung.

### Unter

#### Erbkunde

verstehen wir die Lehre von den Gesetzmäßigkeiten, nach denen Erbanlagen von Geschlecht zu Geschlecht weitergegeben werden.

#### Erbpflege

ist die Anwendung der Erbkunde zur Verbesserung der Erbgesundheit eines Volkes, worunter wir den Reichtum an wertvollen Erbanlagen und den Mangel an schlechten und krankhaften Erbanlagen verstehen.

#### Erbgut

Mehrfach wird die Gesamtheit der in einem Menschen vorhandenen Erbanlagen als Erbgut bezeichnet. Es empfiehlt sich daher, um Verwechslungen mit ähnlichen Begriffen auf anderen Rechtsgebieten zu vermeiden, den Begriff „Erbgut“ nur für das Gebiet der Erb- und Rassenpflege zu verwenden und im übrigen andere Begriffe zu gebrauchen.

Besonders hervorheben möchte ich noch, daß es keine jüdische Rasse gibt, ebenso wie es keine deutsche Rasse gibt. Die Gegner des Nationalsozialismus möchten den Rassengedanken nordischer Prägung abbiegen, indem sie für eine deutsche Rasse eintreten. Der Rechtswahrer muß wissen:

„Auch die Juden stellen ein Rassengemische dar, wie hier gleich vorausgenommen werden und wofür dieses Buch den Beweis antreten soll. Nur sind im jüdischen Volk in der Hauptsache auereuropäische Rassen in einem bestimmten Mischungsverhältnis vertreten; daher die Erkennbarkeit der Juden als solcher innerhalb aller Bevölkerungen, die rassistisch wesentlich anders zusammengesetzt sind. Die Juden unterscheiden sich also von den Abendländern nicht wie eine Rasse von einer oder mehreren anderen, sondern wie ein bestimmt zusammengesetztes Rassengemische von anders zusammengesetzten Rassengemischen.“ (Hans F. R. Günther, Rassenkunde des jüdischen Volkes, 2. Aufl., München 1930, S. 13.)

Im deutschen Volk sind also im Gegensatz zum jüdischen Volk in der Hauptsache europäische Rassen in einem bestimmten Mischungsverhältnis vertreten.

Da das Recht die Aufgabe hat, der Erhaltung der Art, d. h. der Erb- und Rassenpflege, zu dienen, ist es für den Rechtswahrer, insbesondere auch für den Anwalt, wichtig, zu wissen, wie nun diese nationalsozialistische Rechtsauffassung verwirklicht werden kann; denn es ist bekannt, daß der Gesetzgeber in der Kürze der ihm zur Verfügung stehenden Zeit seit der Machtübernahme noch nicht alle in früheren Zeiten

erlassenen Gesetze nach der nationalsozialistischen Rechtsauffassung umgestalten konnte. Daher müssen wir unterscheiden zwischen den Gesetzen, die entweder durch den Nationalsozialismus eine Neugestaltung erfahren haben oder ureigenstes Gedankengut des Nationalsozialismus sind, und denen, die in der bisherigen Form bestehen geblieben sind. Die Durchsetzung der lebensgesetzlichen Rechtsanschauung stößt bei der ersten Gruppe auf keine besonderen Schwierigkeiten. An einigen Beispielen will ich nur kurz das Wichtigste erläutern:

### Rassenpflege

Hierher gehört zunächst die umgehende Vereinigung des Beamtenkörpers in Reich, Ländern und Kommunen vom Judentum durch Einföhrung des Arierparagrafen, der auch auf im Dienst von Reich, Ländern und Kommunen stehende Angestellte und Arbeiter sinngemäÙe Anwendung findet, durch das BWSG. v. 7. April 1933 (RGBl. I, 175) und die hierzu ergangenen zahlreichen Durchführungsverordnungen sowie seine Ausdehnung auf die Rechtsanwaltschaft, Patentanwaltschaft, auf die Zulassung von Ärzten, Zahnärzten und Zahntechnikern zur Tätigkeit bei den Krankenkassen und auf die Zulassung von Steuerberatern. Gerade bei diesen für die Volksgemeinschaft so wichtigen Berufen war eine Ausschaltung des Judentums notwendig; denn hier hatte es sich besonders festgesetzt. Das BWSG. hatte die Aufgabe, den bereits bestehenden Beamtenkörper usw. vom Judentum weitestgehend zu bereinigen. Neben dieser die Gegenwart betreffenden Vereinigung mußte auch Vorsorge getroffen werden, daß in Zukunft Nichtarier keine Anstellung als Beamter usw. finden können. Daher wurde in das Ges. betr. die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten v. 31. März 1933 in der jetzt gültigen Fassung der Arierparagraf eingebaut.

Der Begriff „Arier“ im Beamtenrecht schließt zweifellos frei als Nichtarier alle die aus, die etwa jüdisches oder farbigen Blut in irgendeiner nachweisbaren Form in sich haben. Die Verwirklichung des Rassengedankens des Nationalsozialismus stößt hierbei auf keine besonderen Schwierigkeiten.

Nun möchte ich noch auf folgendes hinweisen:

Es ist nicht zweckmäßig, den Begriff „Arier“ nun auch in die übrige Gesetzgebung und Rechtsprechung zu übernehmen. Bei der Vereinigung des Beamtenkörpers usw. lagen besondere Gründe vor, den Begriff „Arier“ zu verwenden. Hierzu ist noch folgendes zu sagen:

„Arier“ ist ursprünglich ein sprachwissenschaftlicher und kein rassenkundlicher Begriff.

Das Wort arisch geht auf die vor Christi Geburt in Indien in der Jungsteinzeit dort eingewanderte helle Oberschicht, die Arja, zurück. Der deutsche Sprachgelehrte Franz Bopp, der Begründer der vergleichenden Sprachwissenschaft, hat in seinem Hauptwerk „Vergleichende Grammatik des Sanskrit, Zend, Griechischen, Lateinischen, Litauischen, Altflawischen, Gotischen und Deutschen“ (1833—1852, 6 Bände, 3. Aufl. 1868—1871, 3 Bände) zum erstenmal festgestellt, daß die Sprache der Arja auf das engste mit den oben erwähnten Sprachen zusammenhängt, so daß eine Sprachgemeinschaft angenommen werden müsse, für die nun in Zukunft der Name Indogermanen oder Arier gebraucht wurde.

In der völkischen Bewegung der Vorkriegszeit hatte sich jedoch bereits der Begriff „Arier“ als Bezeichnung der Nichtjuden eingebürgert. Auch Adolf Hitler verwendet ihn in seinem Buch „Mein Kampf“ immer zur Bezeichnung der Nichtjuden (vgl. u. a. Volksausgabe S. 165, 168, 313, 317 ff., 324, 325, 329, 330, 421, 431, 433, 475).

Der Gesetzgeber mußte einen Begriff haben, der genügend Spielraum ließ, der gewissermaßen als Sammelbegriff Verwendung finden konnte, da in der Gesetzgebung unmöglich bei der Schwierigkeit der Rassenfrage weitestgehende Begriffserklärungen gegeben werden konnten. Wichtig war auch, daß im Volksbewußtsein der Begriff bereits verankert sein mußte, um die Einführung dieser grundlegenden Änderungen zu er-

leichtern. Alle diese Voraussetzungen waren beim Begriff „Arier“ gegeben, auch wenn er nicht der Rassenkunde, sondern der Sprachkunde entnommen war.

Die Gründe, die für die Verwendung des Begriffs „Arier“ im Beamtenrecht gesprochen haben, sind für die übrige Gesetzgebung und Rechtsprechung nicht gegeben, da der Rassengedanke nicht nur unterscheidet zwischen Angehörigen des jüdischen Volkes und Angehörigen des deutschen Volkes. Die für das deutsche Volk notwendige Rassenpflege muß sich die Erkenntnisse der Erb- und Rassenkunde nutzbar machen. Es darf niemals vergessen werden, daß mancher, der als arisch im Sinne der Bestimmungen des Beamtenrechtes gilt, vom Standpunkt der Rassenpflege als fremdartig empfunden wird. Zeitbedingte Zugeständnisse dürfen nicht zur Außerachtlassung des großen Zieles der Rassenpflege führen. Der Anwaltsstand ist ganz besonders dazu berufen, auch seinerseits auf die für die Rassenpflege notwendige Rechtsgestaltung zu achten.

Das Judentum hatte in der Vergangenheit auf allen Gebieten der Gesittung großen Einfluß gewonnen, ob es sich um Zeitungen, Zeitschriften, um Film, Theater, um Schulen oder Hochschulen handelte, überall war es eingedrungen, da der Staat der Vergangenheit hier verhaft hatte. Häufig wird übersehen, daß dieses Eindringen nicht erst eine Folge des Systems gewesen ist, sondern daß dies eine Folge der Gedankenwelt der französischen Revolution von der Freiheit, Gleichheit, Brüderlichkeit war. Insbesondere hat sich in rassistischer Beziehung vernichtend für das deutsche Volkstum das Preußische Edikt v. 11. März 1812 betr. die bürgerlichen Verhältnisse der Juden in dem Preußischen Staat (GS. 1812, 17 Nr. 80) ausgewirkt, das in § 1 bestimmt:

„Die in Unserem Staate jetzt wohnhaften, mit Generalprivilegien, Naturalisationspatenten, Schutzbriefen und KonzeSSIONen versehenen Juden und deren Familien sind für Einländer und preußische Staatsbürger zu achten.“

Nach und nach waren die Juden auf allen Gebieten deutscher Gesittung zu großem Einfluß gelangt, zumal die Judenfrage nur als Glaubens- und nicht als Rassenfrage gewertet wurde. Im deutschen Volke war das Verständnis dafür, daß der jüdische Stil sich grundlegend von dem deutschen unterschied, verlorengegangen. Der Nationalsozialismus hat, ausgehend von dem Rassengedanken, sich stets gegen die Verdunkelung der rassistischen Unterschiede gewandt. Daher hat er in seiner Gesetzgebung seine rassistische Auffassung verwirklicht. So im Schriftleitergesetz, im Richtpietelgesetz und im Theatergesetz. Überall ist zunächst der Arierparagraf eingebaut worden. Dann ist dafür Sorge getragen worden, daß dem Ganzheits- und Rassengedanken des Nationalsozialismus bei der Durchführung dieser Gesetze Rechnung getragen wird. Die in diesen Gesetzen angeführten Begriffe: Die Kraft des Deutschen Reiches nach außen oder im Innern — Gemeinschaftswillen des deutschen Volkes — deutsche Wehrhaftigkeit — Kultur oder Wirtschaft — Ehre und Würde eines Deutschen — sittenwidrig — lebenswichtiges Interesse eines Staates — nationalsozialistisches, sittliches Empfinden — entsittlichend — mit einer Deutschland abträglichen Tendenz — sittliche Überzeugung im Bewußtsein nationaler Verantwortung — Gesetzen oder den guten Sitten zuwiderlaufend — sind Generalklauseln, die nach meiner Auffassung im Sinne der nationalsozialistischen Weltanschauung, d. h. der lebensgesetzlichen Rechtslehre, auszulegen sind. Das RG. hat in seiner Entsch. v. 12. Juli 1934, IV 94/34, sich auch für die Anwendung der Generalklauseln ausgesprochen. Die Generalklauseln sind daher so anzuwenden, daß der Gedanke der Erb- und Rassenpflege keine Gefährdung, Schädigung oder Verhinderung erfährt.

Der Nationalsozialismus mußte auch dafür Sorge tragen, daß der Volkskörper von artfremden Bestandteilen bereinigt wurde. Daher war das Gesetz über den Widerruf von Einbürgerungen und Aberkennungen der deutschen Staatsangehörigkeit v. 14. Juli 1933 (RGBl. I, 480) notwendig.

„Ob eine Einbürgerung als nicht erwünscht anzusehen ist, beurteilt sich nach völkisch nationalen Grundsätzen. Im Vordergrund stehen die rassistischen, staatsbürgerlichen und

kulturellen Gesichtspunkte für eine den Belangen von Volk und Reich zuträglichere Vermehrung der deutschen Bevölkerung durch Einbürgerung. Dabei sind außer Tatsachen aus der Zeit vor der Einbürgerung vor allem auch Umstände zu berücksichtigen, die in die Zeit vor der Einbürgerung fallen. Hiernach kommen für den Widerruf der Einbürgerungen insbesondere u. a. in Betracht: Ostjuden.“ (Gesetz zur Durchführung des Gesetzes über den Widerruf von Einbürgerungen und die Aberkennung der deutschen Staatsangehörigkeit v. 26. Juli 1933 [RGBl. I, 538].)

Da das Judentum nichts unverjucht ließ, um das Rassenwachstum im deutschen Volke zu verhindern, und da die Juden hierzu insbesondere Tarnungen ihrer jüdischen Namen durch deutsche Namen versuchten, so war es auch notwendig, hier Ordnung zu schaffen. In Preußen sind in dem Runderlaß — IZ 10 IV — zur Durchführung der RD. v. 25. Juni 1934 über die Zuständigkeit zur Änderung von Familien- und Vornamen (PrGS. 361) Anweisungen über die Bearbeitung und Entscheidung von Anträgen auf Änderung von Familien- und Vornamen gegeben worden. Als Anlage sind Richtlinien für die Bearbeitung der Anträge auf Änderung des Familiennamens beigelegt worden, wobei unter VII. Judentum behandelt werden:

„Führen Personen arischer Abstammung jüdische Namen, so wird Anträgen auf Änderung dieser Namen stattgegeben. Angehörigen der gleichen Familie wird dabei grundsätzlich nur der gleiche neue Name bewilligt. Welche Namen als jüdisch anzusehen sind, bestimmt sich nach der Auffassung der Allgemeinheit. Es gibt zweifellos zahlreiche Familiennamen, die ihrem Ursprung nach deutsche Namen sind, in der Volksanschauung aber allgemein als Judentum gelten (z. B. Dirsch, Golbschmidt usw.). Es gibt weiter zahlreiche biblische Namen, die ebenfalls als typisch jüdische Namen angesprochen werden, aber sowohl bei Juden wie bei Nichtjuden vorkommen (Salomon, Israel, Moses usw.). Zu den Judentum werden im allgemeinen auch diejenigen Namen gerechnet, die von dem Herkunftsort abgeleitet sind (Protoschiner, Hamburger, Darmstädter usw.). Dagegen können hierher nicht Namen gerechnet werden, die zwar auch von Juden, häufiger aber von Christen gebraucht werden (Meyer usw.).

Anträgen von Personen nichtarischer Abstammung, ihren Namen zu ändern, wird grundsätzlich nicht stattgegeben, weil durch die Änderung des Namens die nichtarische Abstammung des Namenssträgers verschleiert würde. Auch der Übertritt zum Christentum ist nicht geeignet, eine Namensänderung zu begründen.

Bedinglich anstößige jüdische Namen, die erfahrungsmäßig zu Spötteleien Anlaß geben oder Abneigung gegen den Träger erwecken können, werden gleich den anstößigen Namen anderer Namensträger geändert werden können, indessen nur durch Gewährung eines anderen jüdischen Namens (Cohn, Levy, Isaaksohn usw.).“

An diesen wenigen Beispielen aus den die Rassenpflege betreffenden Gesetzen ist zu erkennen, wie der Gesetzgeber selbst der lebensgesetzlichen Rechtsauffassung Rechnung trägt. Das gleiche können wir an Gesetzen erkennen, die der

### Erbspflege

dienen. Hier ist insbesondere das Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses zu erwähnen. Häufig wird der Fehler gemacht, dieses Gesetz als Sterilisierungsg. zu bezeichnen. Der Gesetzgeber hat jedoch bewußt nicht diesen Namen, sondern den Namen Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses gewählt; denn das deutsche Gesetz unterscheidet sich durch folgende Gesichtspunkte von den Sterilisierungsg. des Auslandes:

1. keine Verknüpfung mit strafrechtlichen Gesichtspunkten;
2. Beschränkung auf eine bestimmte Anzahl von im Gesetz genannten Erbkrankheiten einschließlich schwerem Alkoholismus;
3. Verankerung der Möglichkeit der Zwangsunfruchtbarmachung;
4. Einbau von Sicherungsmaßnahmen, um einen Mißbrauch des Gesetzes zu verhüten;
5. keine Beschränkung der Unfruchtbarmachung auf bestimmte Kreise, etwa auf Insassen von Irrenanstalten.

Es ist nach meinen Erfahrungen notwendig, immer wieder und wieder hierauf zurückzukommen, weil gerade hieraus die nationalsozialistische Grundauffassung zu erkennen ist, eine

Bereinigung des Volkskörpers von bestimmten Erbkrankheiten vorzunehmen. Bei der Durchführung des Gesetzes zeigt sich nämlich, daß versucht wird, unter Anlehnung an die Rechtsprechung der Vergangenheit auf den verschiedensten Gebieten nunmehr zu entscheiden. Das ist ein grundlegender Fehler; ein Gesetz, das so ausschließlich auf den Gedankengängen der lebensgesetzlichen Rechtslehre aufgebaut worden ist, wie das Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses, verträgt unmöglich in seiner Anwendung eine Heranziehung von Gesetzesbestimmungen aus der Vergangenheit, es sei denn, daß ausdrücklich hierauf im Gesetz oder den Durchführungsverordnungen selbst Bezug genommen wird. Das gleiche gilt auch von der Rechtsprechung der Vergangenheit. Aus wohl überlegten Gründen habe ich in dem Erläuterungswerk: Gütt-Rüd in - Ruttko, Zur Verhütung erbkranken Nachwuchses — Gesetz und Erläuterungen auf S. 176 gesagt:

„Abichtlich haben wir daher, von einigen wenigen Ausnahmefällen abgesehen, keinen Bezug auf die bisherige Rechtsprechung und das nationalsozialistische Schrifttum genommen, weil es vom Gedanken der Erb- und Rassenpflege nicht beherrscht wird. Die Rechtsprechung der Erbgesundheitsgerichte muß sich jedoch diesen Gedankengängen unterordnen und demgemäß selbst entwickeln.“

In den Begründungen mancher Beschlüsse von Erbgesundheitsgerichten wird in der Art der Vergangenheit versucht, unter Heranziehung von Entscheidungen von Obergerichten usw. Gedankengebäude zu errichten, die nicht notwendig sind, ja, vielmehr nur geeignet sind, die Durchführung des Gesetzes im Sinne der lebensgesetzlichen Rechtslehre zu erschweren; denn der nationalsozialistischen Rechtsauffassung entspricht es, zu Beschlüssen zu kommen, durch die der Sinn des Gesetzes — Verhütung erbkranken Nachwuchses — erfüllt wird. Danach haben auch die Begründungen zu erfolgen. Abichtlich ist das Verfahren verhältnismäßig frei gestaltet worden. Bei der Abfassung des Gesetzes hat es sich gezeigt, wie schwierig es ist, Verfahrensvorschriften, die aus einer Zeit stammen, in der die lebensgesetzliche Rechtslehre nicht herrschte, nun für ein Gesetz gelten zu lassen, das ausschließlich von solchen Gesichtspunkten beherrscht wird. Auch im Schrifttum zeigt sich manchmal noch das nicht richtige Verständnis gegenüber dem Grundgedanken dieses Gesetzes. Es ist völlig verkehrt, immer wieder und wieder nach neuen Paragraphen zu rufen. Ein solches Gesetz, wie das Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses, muß so kurz wie möglich gehalten sein, und der Gesetzgeber sollte sich hüten, dem Verlangen nach neuen Paragraphen zu entsprechen. Die Rechtswahrer, insbesondere die Anwälte, sofern sie irgendwie in Verfahren vor den Erbgesundheitsgerichten tätig sind, sollten es sich angelegen sein lassen, diese große erbgeneheitliche Grundgesetz nicht durch eine Anzahl von neuen Paragraphen nach und nach entstellen zu lassen; denn wenn wir dem Verlangen nach neuen Paragraphen immer wieder und wieder nachgeben, dann kommen wir zu dem Gesetzgebungsverfahren der Vergangenheit. Wenn wir jedoch von der lebensgesetzlichen Rechtslehre ausgehen, und wenn wir die Erfahrungen der Erb- und Rassenkunde und der Notwendigkeit der Erb- und Rassenpflege berücksichtigen, dann werden wir bei bestimmten Fragen zu einer Einstellung kommen, die von einer Auffassung abweicht, wie sie früher bei Gerichtsverfahren üblich war.

Sehr wichtig ist auch die Behandlung der Unfruchtbarzumachenden, die noch von sich aus die nötige Einsicht über die Absichten des Gesetzgebers besitzen. Es ist grundverkehrt, Beschlüsse in Form von Vorurteilen ergehen zu lassen. Auch ist es nicht richtig, von dem Unfruchtbarzumachenden, wie ich das gelegentlich feststellen konnte, als von dem Produkt eines Geschlechtsverkehrs zu sprechen. Richtige Gestaltung von Entscheidungen in der Fassung und im Inhalt ist Voraussetzung für die Volksverbundenheit des Rechtes.

Der Grundcharakter des deutschen Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses ist die Freiwilligkeit. Hierzu muß das deutsche Volk erzogen werden; denn wir dürfen nicht verkennen, daß es sich bei dem Gesetz nur um einen Anfangsschritt handelt, und daß wir mit einem Ausbau des Gesetzes rechnen müssen. Diesen Gesichtspunkten ist schon durch Art. 5

der 3. DurchfW. v. 25. Febr. 1935 (RGBl. I, 290) Rechnung getragen worden:

„Falls der Beschluß des Erbgesundheitsgerichtes oder des Erbgesundheitsobergerichtes dem Unfruchtbarzumachenden persönlich zustellen ist, kann nach dem Ermessen des Gerichts von einer Mitteilung der Gründe abgesehen werden. Auf Verlangen ist dem Unfruchtbarzumachenden eine Ausfertigung des vollständigen Beschlusses kostenlos zu erteilen. Die Zustellung eines abgekürzten Beschlusses steht in den Wirkungen der Zustellung eines vollständigen Beschlusses gleich.“

Das ErbgesGer. Bonn hat für Fürsorgezöglinge folgende Fassung eingeführt, die als zweckentsprechend angesprochen werden kann:

„Durch die Beweisaufnahme ist festgestellt, daß der eingangs genannte Minderjährige das in § 1 Ziffer ... des Gesetzes genannte Verden hat. Der Antrag gemäß § 2 des Gesetzes ist von dem zuständigen Kreisarzt in ... ordnungsmäßig gestellt. Es war daher in Anwendung des Gesetzes wie gesehen zu beschließen. Hierbei wird ausdrücklich hervorgehoben, daß dieser Beschluß nicht mit der Fürsorgeerziehung zusammenhängt, insbesondere keine Folge von ihr ist. Er hätte auch ergehen müssen, wenn die Fürsorgeerziehung nicht angeordnet worden wäre. Er ist keine Strafe für den von ihm Betroffenen, sondern einzig und allein eine zu seinem Wohle und dem der deutschen Volksgemeinschaft durchzuführende Heilmäßnahme. Eine Minderung der Ehre oder des Ansehens des Betroffenen ist damit in keiner Weise verbunden.“

Die deutsche Anwaltschaft wird jede sich bietende Gelegenheit benutzen müssen, um im Volke Verständnis für das Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses zu wecken. Auch wird sie immer wieder und wieder darauf hinweisen müssen, daß der Staat von sich aus nur den Weg freimachen kann für die Erb- und Rassenpflege, im übrigen aber sich der einzelne Volksgenosse selbst im Sinne der Erb- und Rassenpflege zu verhalten hat. Die nationalsozialistischen Gesetze dienen nicht

nur der Neuregelung des Gemeinschaftslebens, sondern sie dienen auch der Erziehung des Volkes zum rassistischen und erbgesundheitlichen Denken und Handeln. Die gesetzlichen Bestimmungen, die der Erbpflege dienen, sind Auswirkungen der lebensgesetzlichen Rechtslehre. Hier also kann auch kein Zweifel über die Möglichkeit der Verwirklichung nationalsozialistischen Rechtsdenkens bestehen.

Schwieriger liegt es bei den Gesetzen, die noch in ihrer vor dem 30. Jan. 1933 gültigen Fassung in Kraft sind. Sie müssen in ihrer Anwendung so weit wie möglich nationalsozialistischem Rechtsdenken angepaßt werden. Soweit sich in solchen Gesetzen Generalklauseln befinden, ist das nicht schwer, weil hier ohne weiteres der lebensgesetzlichen Rechtslehre Rechnung getragen werden kann (RG. v. 12. Juli 1934, IV 94/34).

Jedoch auch in den Fällen, in denen Generalklauseln im Gesetz nicht vorhanden sind, wird ein lebensnaher, mit dem nationalsozialistischen Gedankengut vertrauter Richter stets die Möglichkeit finden, der lebensgesetzlichen Rechtslehre Rechnung zu tragen. Der Anwalt wird ihn hierbei unterstützen können. Für ihn bietet sich hier ein großes Feld der Betätigung im nationalsozialistischen Sinne. Er darf nicht müde werden, in allen den Fällen, in denen dem Gedanken der Erb- und Rassenpflege Rechnung getragen werden muß, immer wieder und wieder auf die Durchsetzung nationalsozialistischen Rechtsdenkens zu dringen; denn es ist nicht möglich, nun in verhältnismäßig kurzer Zeit alle in Kraft befindlichen Gesetze nach nationalsozialistischen Grundsätzen auszubauen. Die Rechtsprechung wird hier für den kommenden Ausbau der Gesetzgebung Vorarbeit zu leisten haben, und die Anwaltschaft wird hierbei mithelfen müssen. Bei starkem Willen aller beteiligten Rechtswahrer wird es durchaus möglich sein, nationalsozialistischem Rechtsdenken zum Siege zu verhelfen.

## Ein Jahr Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses

### I.

Von Oberlandesgerichtsrat Dr. Grunau, Kiel  
JW. 1935, 3

### II.

Von Amtsgerichtsrat Dr. Lehmann, Hannover

Die Abhandlung von Grunau: JW. 1935, 3 ff. enthält einige Ausführungen, die ich nicht unwidersprochen lassen möchte, da sie m. E. dem Sinne des Gesetzes und dem Willen des Gesetzgebers nicht gerecht werden.

1. Unter Ziff. I wird die Frage erörtert, wie die Worte „kann unfruchtbar gemacht werden“ zu verstehen seien. Entgegen der Ansicht von Gütt-Rüdiger-Kuttke (S. 84), es solle ausgedrückt werden, daß die Unfruchtbarmachung in bestimmten Fällen erlaubt sei, und daß nicht jeder nach dem Gesetze der Unfruchtbarmachung unterliegende Fall zur Unfruchtbarmachung führen müsse, glaubt Grunau nicht, daß solche — z. B. von Bonhöffer geteilte — Ansicht dem Geiste des Gesetzes und dem Willen des Gesetzgebers entspreche. „Die lückenlose Ausmerzung der Erbkrankheiten, die doch erreicht werden solle, werde sonst nie gelingen, und es erhoben sich weitere unlösbare Fragen. Das Wort „kann“ sei als Mußvorschrift für den Richter aufzufassen, wie ja auch das Wort „können“ im § 3 des Ges. ohne Zweifel eine Mußvorschrift enthalte. Sobald also der Richter sich überzeuge, daß eine Erbkrankheit vorliege, sei er gehalten, die Unfruchtbarmachung auszusprechen.“ Freilich werde die Frage von den ErbgesGer. verschieden beantwortet.

Von vornherein ist hierzu zu sagen: hätte der Gesetzgeber „muß“ gemeint, so hätte er nicht „kann“ gesagt. Gesetze werden in Deutschland heute zum Glück so gesagt, daß sie

nicht nur der Rechtskundige, sondern jeder Volksgenosse mit gesundem Verstande verstehen soll und kann, und jeder nicht verbildete Volksgenosse weiß, daß, was geschehen kann, nicht auch geschehen muß.

Die Auslegung der Vorschrift des „materiellen Rechts“ durch die verfahrensrechtliche des § 3 zu rechtfertigen, geht um so weniger an, als auch hier „können“ nicht gleich „müssen“ ist; denn wenn ein anderer, z. B. der Kranke selbst seine Unfruchtbarmachung beantragt, so braucht es der Amtsarzt nicht (obwohl sein Anschluß gewünscht wird).

Aber ist es denn wirklich der Wille des Gesetzgebers, „die lückenlose Ausmerze der Erbkrankheiten zu erreichen“? Die zuweilen recht „grauame“ Natur merzt durch den Kampf ums Dasein — dort, wo der Mensch nicht eingreift — gewiß unbarmherzig aus, was nicht erbtüchtig ist; glaubt jemand, ihr gelänge das „lückenlose“ Verschwinden krankhafter Erbanlagen? Und dies aussichtslose Ziel sollte sich der Gesetzgeber — wenn auch nur im engeren Rahmen — gesetzt haben? Wie dankbar wären wir, gelänge es uns mit Hilfe unseres Gesetzes, die furchtbare Flut minderwertiger Zeugung einzudämmen; das scheint mir das Ziel zu sein, hingegen aber auch das, was für das Deutsche Volk unersetzlich ist, zu schonen; so überreich ist kein Volk an höchstwertigem Erbgut, daß hier nicht sorgsam abzuwägen wäre, was auszumerzen ist und was zu erhalten ist. Wer die „lückenlose Ausmerze“ für geboten hält, lese einmal das Verzeichnis der etwa 300 Namen mehr oder weniger kranker Hochbegabter, das der „Alte Irrenarzt“ (Werner Heinz) seinem kleinen Leitfadn der Psychiatrie vorangestellt hat!

Weiter ist die Frage, „welcher Grad und welche Bedeutung des Erbkranken für die Unfruchtbarmachung maßgebend ist, und ob die Unfruchtbarmachung bei solcher Bedeutung bei allen Erbkrankheiten unterbleiben muß, also

nicht nur bei den Manisch-Depressiven, sondern auch bei den Schizophrenen, den Fallsüchtigen, den schweren Alkoholikern usw.“ keineswegs „unlösbar“. Daß Schwachsinnige sich nicht fortpflanzen sollen, ist klar; hier brauchen die ErbgesVer., wenn sie pflichtgemäß auf das dem Wohle des einzelnen übergeordnete Wohl der Gemeinschaft, des Volkes, sehen, nicht so ängstlich zu sein, wie es manche Gerichte nach des Verfassers (S. 5) Ausführungen über den sogenannten „moralischen“ Schwachsinn und die angeblich so schwierige Abgrenzung des Schwachsinnus von der landläufigen Dummheit zu sein scheinen. Unse Anstaltsleiter und Kreisärzte — vortrefflich unterstützt und beraten durch die große Erfahrung der Erziehungsheime sowie der beaufsichtigenden Landesmedizinalräte — bringen schon keine Anträge, ehe sie nicht sorgfältig geprüft haben, ob nur Dummheit, psychopathische Anlage oder ausgesprochener Schwachsinn vorliegt; das hat die Nachprüfung in sicherlich 800 Fällen, wo es sich um Schwachsinnige handelte, in dem von mir geleiteten ErbgesVer. bestätigt.

Der Verfasser hätte die erblich Blinden, die erblich Tauben und die erblich schwer körperlich Mißgebildeten auch anführen sollen, anstatt sich mit einem „usw.“ zu begnügen. Gerade unter solchen Erbkranken können sich geistig überragende Personen befinden, jedenfalls unter den „Mißgebildeten“; jeder kennt Beispiele. Und nun sollen auch solche wertvollen Erbstämme „lückenlos“ ausgemerzt werden? Grunau versteht nicht, daß hohe geistige Begabung bekannt sei, die sich durch viele Glieder vererbt habe; aber man müsse auch vom Gegenteil. Ist dies denn ein Grund, wertvolles Erbgut mit dem „Unkraut“ zusammen auszuküäten?

Ein nationalsozialistischer Richter hat sich bei jeder Entscheidung die Frage vorzulegen: was dient meinem Volke? Er muß Opfer verlangen, wenn es dem Besten seines Volkes dient. Er muß aber auch erwägen, ob es unter Umständen seinem Volke nicht mehr frommt, unerseßliches Erbgut zu erhalten und den Nachteil erbkranken Nachwuchses in Kauf zu nehmen, als alles Erbkranken „lückenlos“ auszumergen. Einem Gericht, das durchdrungen ist von dem Sinn des Gesetzes, ein hochwertiges Volk zu schaffen und zu erhalten, werden zuweilen — allzu häufig werden solche Fälle nicht sein — gewiß nicht einfache, aber keine „unlösbaren“ Aufgaben gestellt werden. Das wird den Gerichten eine besonders hohe Verantwortung auferlegen. Freilich der bloße „Verstand“ „als Vermögen der Regeln“ (Kant) ist hierzu unzureichend. „Ein Arzt, ein Richter oder ein Staatskundiger kann viel schöne pathologische, juristische oder politische Regeln im Kopfe haben . . . und wird dennoch in deren Anwendung leicht verstoßen, weil es ihm an natürlicher Urteilskraft (obgleich nicht an Verstande) mangelt, und er zwar das Allgemeine in abstracto einsehen, aber ob ein Fall in concreto darunter gehört, nicht unterscheiden kann“ (Kant, Kr. d. r. V., 2. Ausg., S. 173).

Ganz unangebracht erscheint der Hinweis, „es könnte sich — nicht ohne Recht — der sozial niedriger Stehende, aber gemütsmäßig (!), körperlich Hervorragende gegenüber dem sozial höher Stehenden, intellektuell Bedeutenden zurückgesetzt fühlen“; sieht das doch fast so aus, als wolle man dem „sozial niedriger Stehenden“ allenfalls Gaben des „Gemüts“ und Körperkräfte zubilligen, während die „sozial höher Stehenden“ in der Regel die „Köpfe“ in Erbpacht hätten. (Vielleicht habe ich Grunau hier mißverstanden; die Gefahr der Mißdeutung liegt aber nahe.) Der Schuhmacher Hans Sachs oder der Glaschleifer Antony van Leeuwenhoek z. B. standen gewiß auf der sozialen Stufenleiter nicht hoch, und auch heute soll es bei uns und andern Völkern führende Männer geben, die, ohne „sozial höherstehend“ zu sein, sogar ohne — horribile dictu — das Abiturientenexamen gemacht und einen akademischen Grad erworben zu haben, außer Kräften des Leibes und des Gemüts intellektuell so bedeutend sind, daß die Völker ihnen geradezu ihre Wiedergeburt verdanken. Nein, der sozial niedriger Stehende braucht sich nicht zurückgesetzt zu fühlen und wird es auch nicht, wenn einmal ein intellektuell Bedeutender deshalb nicht unfruchtbar gemacht wird,

weil sein Erbgut z. B. trotz schwerer Mißbildung zur Ausmerze zu schade ist. (Nebenbei: er wird nichts davon erfahren, dafür sorgt schon die Schweigepflicht des § 15 des Gef.)

2. Unter Ziff. 2 werden dann Fragen aus dem „formellen Recht“ behandelt. Der Verfasser führt — S. 7 — aus: allmählich habe sich vor allem die Erkenntnis Bahn gebrochen, daß das ErbgesVer. möglichst in jedem Falle den Erbkranken, seine Eltern und den Ehegatten selbst hören und dazu, wenn notwendig, den Kranken auch in seiner Anstalt oder Häuslichkeit besuchen müsse. Gerade von ärztlicher Seite sei auf einer Arbeitsstagung in Hamburg diese „Pflicht“ energisch in Abrede gestellt und ihre Zweckmäßigkeit angezweifelt worden. Man werde jedoch sagen müssen: „Wenn wir schon einen Mitdeutschen (so!), den nicht eine Schuld, sondern ein Schicksal getroffen hat, körperlich schädigen müssen, so muß er wenigstens das Gefühl haben, daß genau gesetzmäßig vorgegangen wird, und daß das Gericht ihn nicht schädigt, ohne ihn gehört zu haben.“ Gegen den letzten Satz muß schärfste Verwahrung eingelegt werden. Was soll denn das heißen: „wenn wir schon einmal einen Mitdeutschen . . . körperlich schädigen müssen“ und „daß das Gericht ihn nicht schädigt“?

Gewiß, objektiv „körperlich geschädigt“ im Sinne des BGB. oder des StGB. wird der Unfruchtbarzumachende, nicht anders als jeder, der sich einem ärztlichen Eingriff, z. B. bei einer Blinddarmentzündung, einem Bruch, selbst bei einer Zahnbehandlung unterwerfen muß. Wie jeder blutige Eingriff sind auch die Vasektomie und die Salpingektomie ernst zu nehmen. Sie werden aber — wie ich mich selbst überzeugt habe — mit solch peinlicher Gewissenhaftigkeit und Sorgfalt ausgeführt, daß die größte Gewähr dafür geboten wird, daß die Unfruchtbarzumachenden keinen Schaden davon haben. Die Wunden heilen meist sehr schnell und die Narben sind, wie kürzlich in der Deutschen Jultiz ausgeführt wurde, so wenig sichtbar und verunstaltend, daß sich sogar Ärzte darüber täuschen lassen können, ob ein derartiger Eingriff geschehen ist. Die ärztliche Wissenschaft vertritt überwiegend die Meinung, daß der Eingriff keine nachteiligen Folgen auf die seelische, geistige und leibliche Gesundheit habe. Der dänische Psychiater Dr. Bränniche — siehe Dr. W. Kopp im Deutschen Ärzteblatt 1934, 1205 — betont, keiner der dänischen Patienten könne psychisch oder physisch als geschädigt bezeichnet werden, und von den gefährdeten „Ausfallerscheinungen“ habe man nichts bemerkt. Vielmehr habe er festgestellt, daß die Patienten nach der Operation gleichmäßiger und leichter im Umgang für das Personal und die Mitinsassen seien, und daß ihre Arbeitsleistungen mehr befriedigten als früher.

Gewiß wird man den Unfruchtbarzumachenden nicht das Bedauern versagen, daß sie keine Kinder haben sollen, obwohl sogar dann und wann einmal ein — meist wohl nur erscheinungsbildlich — gesundes darunter sein könnte. Selbst wenn man aber auf ihr Wohl und nicht, wie es im nationalsozialistischen Staate sein sollte, zu allererst auf das Wohl des Volkes abstelle, müßten die Erbkranken sogar dankbar dafür sein, daß ihnen und den Angebornen unendlicher Jammer erspart bleibt; und die vielen Einsichtigen sind es auch (erst kürzlich flehte ein Vater das ErbgesVer. geradezu an, es möge seine Tochter unfruchtbar machen, weil er seinem schlimmsten Feinde nicht wünsche, was er mit seinen schwachsinnigen Kindern erlebt habe). Mir scheint — vielleicht irre ich mich — in dem ganzen Satze „wenn wir schon usw.“ ein Ton unangebrachter Gefügigkeit (Sentimentalität) mitzuklingen. Wenn es das Wohl des Volkes verlangt, müssen „Opfer“ gebracht werden: der einzelne ist nur ein Glied des Volksganzes; soll das Ganze gesund sein, so müssen kranke Glieder fallen; das ist eine dem Ganzen und dem einzelnen dienende Gesundheitsmaßregel.

Selbstverständlich ist der Erbkranke oder, wenn er nicht geschäftsfähig ist, sein gesetzlicher Vertreter zu „hören“. Grunau meint aber nicht „hören“ in dem Sinne, daß der zu Hörende seine oder des Vertretenen Rechte wahrnehmen kann wie etwa in § 891 BPD., sondern er verlangt, daß der Kranke persönlich gehört werden solle; das Gericht müsse

ihn dazu sogar in seiner Anstalt oder seiner Häuslichkeit besuchen, „damit er das Gefühl habe, daß genau gesetzmäßig vorgegangen werde“. Gegen diese allgemein gestellte Forderung hat sich mit Recht u. a. ein erfahrener Gerichtsarzt (Erbgesundheitsrichter) unter starkem Beifall der Versammlung auf der Hamburger Tagung der Erbgesundheitsrichter ausgesprochen (der Beifall zeigte übrigens, daß sich die von Grunau begrüßte „Erkenntnis“ noch nicht volle Bahn gebrochen hat). Es geht immer noch eine Fülle von Anträgen ein, die Idioten — Schwachsinnige hohen Grades — betreffen; nun stelle man sich vor, wie diese Idioten „wenigstens das Gefühl haben sollen, daß genau gesetzmäßig vorgegangen wird, und daß das Gericht sie nicht schädigt, ohne sie gehört zu haben“! Die Idioten, die meisten Imbezillen und sehr viele Debile begreifen nicht einmal, was ein Gesetz bedeutet. Dabei steht auch nicht ein einziges Wort darüber im Gesetze, daß die Erbkranken angehört werden müßten (das ErbgesGVer. Telle hat die Pflicht des ErbgesGer., den Kranken oder Angehörige persönlich zu vernehmen, kürzlich in einem Beschlusse verneint). Inwiefern also wird dann „nicht genau gesetzmäßig vorgegangen“, wenn der Erbkranke, dessen Ehegatte oder sonstige Angehörige nicht persönlich angehört werden?

Wie jeder Psychiater bestätigen wird, ist es gar nicht möglich, in der meist verhältnismäßig kurz bemessenen Zeit, die das Gericht zum Anhören hat, sich ein Bild von der Verfassung z. B. eines Schwachsinnigen, eines Schizophrenen oder eines zirkulär Irren zu machen, zumal da die beiden letzten Krankheiten in „Schüben“ verlaufen, so daß die persönliche Anhörung eines Kranken, der gerade keinen Schub erleidet, unter Umständen ein ganz falsches Bild geben könnte. Oder soll das Gericht vielleicht Schizophrenie und Manisch-Depressive auffuchen, wenn sie gerade ihren Schub haben, zu solchen Zeiten also, wo jeder Arzt dem Kranken tunlichst jede Aufregung fernzuhalten sucht?

Gewiß muß dem Erbkranken oder seinem gesetzlichen Vertreter Gelegenheit gegeben werden, zur Verhandlung zu erscheinen, um seine Rechte wahrzunehmen; das Gericht, dem ich vorstehe, verfährt auch so. Sehr viele Kranke oder ihre gesetzlichen Vertreter machen aber von ihrem Rechte keinen Gebrauch und verzichten sogar meist später auf Rechtsmittel, ein Zeichen, daß sie — ärztlich über die Bedeutung und die Folgen des Eingriffs aufgeklärt — mit dem Eingriffe durchaus einverstanden sind und nicht das Gefühl haben, es werde nicht genau gesetzmäßig vorgegangen, wenn sie nicht noch angehört werden. Immer und immer wieder wird in meinem Bezirke die Erfahrung gemacht, daß die Gutachten der Amtsärzte und der Anstaltsärzte mit dem, was die persönliche Anhörung erbringt, vollauf übereinstimmen, daß also die Amtsärzte und Anstaltsärzte ihre Gutachten mit großer Sorgfalt und — angesichts ihrer starken Geschäftsbelastung — mit hoch anzuerkennender Gewissenhaftigkeit erstatten. Die allgemeine persönliche Anhörung würde in sehr vielen Fällen dem Kranken und seinen Angehörigen nur Aufregung und Verdruß, den Anstalten starke Belästigung und dem Staate durch viele Reisen aus und zu den fernsten Winkeln des Bezirks unnötige Kosten machen, ohne daß eine stärkere Gewähr für eine richtige Entscheidung geboten wäre.

3. Schließlich noch eine Berichtigung der Angaben Grunaus über die Zahl der in Dänemark bisher Unfruchtbar gemachten (S. 3). Die Zahlen sind nach dem Stande der bis zum 18. Sept. 1934 vorgenommenen Eingriffe folgende:

Sterilisation	125 (nicht nur 62, wie Grunau angibt)
Kastration	65
Insgesamt	190

(Mitteilung des Ministerialdirektors Hove vom dänischen Justizministerium an Dr. W. Kopp in Hannover, siehe Deutsches Ärzteblatt a. a. D.).

## III.

### Kann das Erbgesundheitsgericht die Unfruchtbarmachung eines Erbkranken beschließen oder muß es das tun?

Von Rechtsanwalt Carl Möller I, Kiel

Der außerordentlich inhaltsreiche Aufsatz des Oberlandesgerichtsrats Dr. Grunau „Ein Jahr Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses“, JW. 1935, 3 ff., dürfte in Einzelheiten doch zu mancherlei Bedenken anregen. Vor allen Dingen aber wird die Rechtsprechung der ErbgesGer. darüber baldmöglichst zu einer Einheitlichkeit gelangen müssen, ob § 1 eine Maßvorschrift oder eine Kannvorschrift enthält.

Nach dem Wortlaut kann es gar nicht zweifelhaft sein, daß es sich um eine Kannvorschrift handelt. Trotzdem kommt Grunau zu dem Ergebnis, daß § 1 als Maßvorschrift gedacht sei. § 1 lautet: „Wer erbkrank ist, kann durch chirurgischen Eingriff unfruchtbar gemacht (sterilisiert) werden, wenn nach den Erfahrungen der ärztlichen Wissenschaft mit großer Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, daß seine Nachkommen an schweren körperlichen oder geistigen Erbschäden leiden werden.“

Grunau deutet diesen Absatz um, als ob er folgende Fassung hätte: Nach den Erfahrungen der ärztlichen Wissenschaft ist mit großer Wahrscheinlichkeit zu erwarten, daß die Nachkommen eines Erbkranken an schweren körperlichen oder geistigen Erbschäden leiden werden. Der Erbkranke ist daher durch chirurgischen Eingriff unfruchtbar zu machen.

Grunau schließt sich dabei der Meinung von Güt-Rüdin-Kuttke an, bemerkt aber selbst, daß diese Meinung keineswegs unangefochten oder auch nur in der medizinischen Wissenschaft herrschend sei. Vielmehr lehrten bedeutende Vertreter der medizinischen Wissenschaft, daß in jedem praktischen Fall vor Anordnung der Unfruchtbarmachung untersucht werden müsse, ob die betreffende Krankheit nach der Vererbungslehre der Nachkommenschaft schwere Schädigungen wahrscheinlich zufügen werden, oder ob die Vererbungs-wahrscheinlichkeit nicht als groß anzusehen sei. Gaupp z. B. lehre, daß eine Vererbungs-wahrscheinlichkeit von 7—10%, wie sie bei der Schizophrenie festgestellt sei, keine große Wahrscheinlichkeit sei, zumal bei den Enkeln nicht einmal 2% der Krankheit ausgesetzt seien; wesentlich sei hier für die Entscheidung über die Unfruchtbarmachung, ob der Ehegatte des Erbkranken erbkrank sei oder vielmehr erbggesund.

Grunau schließt sich trotzdem, also obwohl die ärztliche Auffassung von Güt-Rüdin-Kuttke in der medizinischen Wissenschaft nicht unangefochten, ja nicht einmal herrschend ist, dennoch der strengeren Auffassung an, wonach die Unfruchtbarkeit vom Gericht beschlossen werden muß.

Zu dieser Entscheidung wird Grunau anscheinend gedrängt einmal durch die Allgemeinerwägung, daß die Befolgung der gegenteiligen Ansicht z. B. von Gaupp die Wirkung des Gesetzes ganz wesentlich einschränken würde, andererseits scheint er aber entscheidend beeinflusst zu sein durch Artikel 1 der DurchfVO. v. 5. Dez. 1933, den er dahin auslegt, daß von der Unfruchtbarmachung nur abzusehen sei, wenn laut ausdrücklicher Bestimmung des Artikels 1 der Antrag auf Unfruchtbarmachung nicht gestellt werden solle.

Demgegenüber möchte ich folgende Bedenken geltend machen:

Zwischen der Antragstätigkeit von Behörden und antragsberechtigten Personen einerseits und der entscheidenden Tätigkeit der Gerichte ist überall der schärfste Unterschied zu machen. Wenn der Staatsanwaltschaft von der Justizverwaltung Vorschriften gegeben werden, in welchen Fällen sie keinen Antrag auf Strafverfolgung stellen soll, so ist das an sich nur eine Vorschrift für die Staatsanwaltschaft und nicht für die Gerichte. Jedenfalls kann auf keinen Fall daraus gefolgert werden, daß in den Fällen, wo die Staatsanwaltschaft befugt ist, einen Antrag zu stellen, nun auch das Gericht verurteilen müsse.

Artikel 1 handelt aber nur davon, wann ein Antrag

auf Unfruchtbarmachung nicht gestellt werden soll. Er ist auch nur instruktionsell. Er enthält eine Sollvorschrift für alle Antragsberechtigten. Antragsberechtigt ist nach § 3 des Ges. auch der beamtete Arzt. In Artikel 3 der Durchf. v. 5. Dez. 1933 sind dem beamteten Arzt Vorschriften gegeben, wie er sich zu verhalten hat, und wann er den Antrag selbst zu stellen hat.

Aus diesen Vorschriften der Durchf. v. 5. Dez. 1933 für die Antragsberechtigten ergibt sich m. E. nicht das geringste dafür, ob das Erbges. die Unfruchtbarmachung auszusprechen hat oder aussprechen kann.

Kann heißt, die Unfruchtbarmachung ist auszusprechen wenn das Erbges. es nach pflichtgemäßem Ermessen als im Sinne des Gesetzes liegend ansieht. Das ist m. E. die natürliche und auch die einzig befriedigende Lösung.

Grunau hat selbst das Gefühl, daß die Auslegung des § 1 als Mustervorschrift zu Härten führt, die dem Gericht unangenehm sind; das Erbges. müsse auf Unfruchtbarmachung erkennen, selbst wenn es als Gesetzgeber geneigt sein würde, das nicht zu tun, nur weil es eben eine Mustervorschrift sei. Auf Seite 6 unten bemerkt Grunau daher selbst: Es ist stark zu erwägen, ob die D. v. 5. Dez. 1933 (betr. Art. 1 Abs. 2) nicht zu eng gefaßt ist. Wenn der Gesetzgeber die Allgemeinheit die Gefahr der Vererbung schwerer Krankheit dann tragen läßt, wenn eine Lebensgefahr für den Erbkranken vorliegt, so muß dieser Grundsatz auch auf die Fälle erweitert werden, in denen der Eingriff die Gefahr einer schweren körperlichen oder geistigen Schädigung (des Unfruchtbarzumachenden) mit sich bringt. Körperliche und geistige Lähmung ist in vielen Fällen für den Erbkranken und seine Familie schlimmer als der Tod.

Will man aber von der vermeintlichen Mustervorschrift Ausnahmen machen, so wird man geneigt sein, sich der Gaupp'schen Auffassung zu nähern und es bedauern, daß die Unfruchtbarkeit auch dann ausgesprochen werden muß, wenn in gewissen Krankheitsfällen (Schizophrenie eines Ehegatten bei völliger Gesundheit des anderen Ehegatten) nur 2% der Enkel durch die Vererblichkeit der Krankheit gefährdet werden.

Berücksichtigt man, daß die nationalsozialistische Regierung in stärkster Weise darauf hinarbeitet, die Bevölkerungsvermehrung zu fördern, z. B. durch Ehestandsdarlehen usw., so wird man Bedenken haben müssen, im Wege der Unfruchtbarmachung zwecks Beseitigung von 2% kranken Enkeln 98% gesunde Enkel von der Geburt auszuschließen und damit der deutschen Volksvermehrung zu entziehen.

Weiter kommt aber hinzu, daß der Zug der Zeit gar nicht dahin geht, den Richter durch zwingende Mustervorschriften in seiner Urteilsfassung einzuengen, sondern umgekehrt dem Richter möglichst weitgehende Entscheidungsfreiheit zu gewähren, damit er nicht durch allzu starre Fassung der Gesetzesparagrafen genötigt wird, Entscheidungen zu treffen, die für den Einzelfall vielleicht als unvernünftig, ja unjüngig erscheinen könnten. Sieht man in Artikel 1 der Durchf. v. 5. Dez. 1933 nur eine Anweisung für die Antragsberechtigten, so wird damit ein gewisser Teil von Fällen der Erbkrankheiten eben gar nicht erst zur richterlichen Entscheidung gebracht, weil er voraussichtlich doch nicht zu einer Unfruchtbarmachung führen wird. In allen anderen Fällen soll die Antragstellung möglichst gefördert werden und ist daher beamteten Personen in gewissem Umfang sogar vorgeschrieben (s. Art. 3 Abs. 5). Das Gericht aber hat in voller Freiheit nach pflichtgemäßer Überzeugung zu entscheiden, ob im vorliegenden Einzelfall Unfruchtbarmachung durch chirurgischen Eingriff beschloffen werden soll, und für diese Beschlußfassung gibt ihm § 1 nur die Richtlinien. Die Entscheidung ist zu treffen aus dem Sinn und Ziel der gesamten nationalsozialistischen Gesetzgebung, insbesondere dem Sinn der Gesetze über Bevölkerungszuwachs einerseits und Vermeidung erbkranken Nachwuchses andererseits unter Berücksichtigung der ärztlichen Wissenschaft und der darauf aufgebauten Wahrscheinlichkeit der Vererbung.

## IV.

Von Oberlandesgerichtsrat Dr. Grunau, Kiel

Mein Aufsatz „Ein Jahr Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses“ bezweckte, den Leser der Z. B. mit den wesentlichen Zweifelsfragen bekannt zu machen, die im ersten Jahre der Praxis aufgetaucht waren. Dieser Zweck verbot es, meine eigene Meinung zu den einzelnen Fragen eingehend vorzutragen. Es war mir selbstverständlich, daß meine kurze Stellungnahme nicht widerspruchlos hingenommen werden würde, und ich freue mich, auf diese Widersprüche hin meine Meinung zu einzelnen Zweifelsfragen eingehender begründen und namentlich auf die temperamentvolle Entgegnung Lehmanns antworten zu können. Zu einer Änderung meiner Ansicht geben mir die Entgegnungen keinen Anlaß. Ich erhoffe von dem eingehenden Vortrag des Für und Wider nur eine weitere Klärung der grundlegenden Fragen und damit die Herbeiführung einer einheitlichen, dem Wortlaut und Geist des Gesetzes und dem Geiste des Nationalsozialismus entsprechenden Rechtsprechung.

1. Lehmann ist darin recht zu geben, daß das Wort „kann“ im allgemeinen in der Gesetzesprache einen Gegensatz zu dem Worte „muß“ darstellt. Wenn z. B. § 3 Z. B. D. anordnet, daß das Gericht zwecks Feststellung des Streitwertes Beweis erheben „kann“, so ist damit dem Gericht die Befugnis verliehen, nach billigem Ermessen Beweis zu erheben oder nicht. Diese Befugnis geht so weit, daß das Gericht eine Beweisaufnahme auch dann ablehnen kann, wenn beide Parteien sie beantragen, und nicht einmal die Pflicht hat, diese Stellungnahme zu begründen (RG.: Z. B. 1893, 252). Und ebenso ist das Verfahren des Gerichts, soweit die Kannvorschriften der §§ 141 ff. Z. B. D. maßgebend sind, freiestem Ermessen überlassen. Das Gericht kann die dort vorgesehenen Maßnahmen treffen, kann aber auch von ihnen absehen, je nachdem der Einzelfachverhalt die eine oder andere Maßnahme als billig oder zweckmäßig erscheinen läßt. Daß eine solche Auslegung des Wortes „kann“ im § 1 Unfr. G. unmöglich ist, kann nicht gut zweifelhaft sein. Es ist den Erbges. keinesfalls frei überlassen, im Einzelfalle die Unfruchtbarmachung aus Billigkeits- oder Zweckmäßigkeitsgründen anzuordnen oder nicht. Wenn dem Erbges. die Anordnung der Unfruchtbarmachung frei überlassen wäre, so könnte es den Schaden, der dem einzelnen auferlegt wird, und den Schaden, den die Allgemeinheit durch Erzeugung erbkranken Nachwuchses hat, abwägen, könnte zu dem Schlusse kommen, daß der letzte im vorliegenden Falle der geringere sei, und könnte von der Unfruchtbarmachung absehen. Solche Befugnisse gibt das Wort „kann“ dem Erbges. keinesfalls.

Das Wort „kann“ steht im § 1 Unfr. G. auch nicht in einem solchen Zusammenhange, in welchem die Gesetzesprache dem Richter eine Anordnungsbefugnis nach Billigkeit und Zweckmäßigkeit verleiht. Es steht hier keinesfalls: „Das Erbges. kann die Unfruchtbarmachung anordnen, wenn . . .“, sondern „Unfruchtbar kann gemacht werden, wer erbkrank ist“. Hier ist also von einer Tätigkeit des Richters noch keine Rede. Es wird vielmehr die rechtliche Möglichkeit eines Eingriffs in die körperliche Unversehrtheit gesetzlich festgelegt. Dem entsprechend äußern auch Gütt-Rüdiger-Rutke (Zur Verhütung erbkranken Nachwuchses, S. 84), daß das Wort „kann“ gewählt worden sei, um — gegenüber dem bisherigen Verbot der Unfruchtbarmachung — deren nunmehrige Zulässigkeit zu betonen. Aus dieser Äußerung der Gesetzeschöpfer wie aus der Wortstellung des § 1 ergibt sich m. E. zweifellos, daß das Wort „kann“ im § 1 Unfr. G. denselben Sinn hat wie das Wort „kann“ im § 6 BGB., und daß überhaupt § 1 Unfr. G. diesem § 6 BGB. nachgebildet ist. Wenn § 6 BGB. bestimmt: „Entmündigt kann werden, wer . . .“, so wird damit nicht etwa dem Entmündigungsrichter die Befugnis erteilt, die Entmündigung aus Billigkeits- oder Zweckmäßigkeitsgründen, vielleicht wegen Fehlens eines Bedürfnisses, abzulehnen. Es wird vielmehr ein Zwang für den Entmündigungsrichter festgelegt, die Entmündigung auszusprechen, wenn der Tatbestand des Gesetzes, und zwar sowohl des materiellen wie des

formellen Rechts erfüllt ist. Und nur insofern ist die Entmündigung fakultativ und deshalb das Wort „kann“ am Platze, als die Entmündigung von dem Einschreiten der Beteiligten, dem Antrage der Verwandten, des Staatsanwalts usw. abhängig ist. Das ist allgemein anerkannt (vgl. z. B. RGRKomm. Anm. 1 zu § 6; Staudinger, Anm. D 1, 2 zu § 6). Das Wort „kann“ kann also sehr wohl in der Gesetzesprache für den Richter ein „muß“ bedeuten, kann diese Bedeutung sogar ohne Schwierigkeiten trotz Lehmann für den Volksgenossen mit gesundem Menschenverstand haben; und es hat im § 1 sogar sicherlich diese Bedeutung, wie sich aus den Äußerungen der Erläuterer Gütt, Rüd in, Ruttke, aus der Entstehungsgeschichte und aus der Nachbildung des § 6 BGB. ergibt. Demnach bedeutet das „kann“ im § 1 UnfrG. für den Erbgesundheitsrichter ebenso wie im § 6 BGB. ein „Muß“, sofern nur die Beteiligten, d. h. der Erbkranke selbst, sein Vertreter oder der Amtsarzt das Verfahren eingeleitet haben und die materiellen Voraussetzungen der Unfruchtbarmachung gegeben sind (ebenso ErbgesDber. Kiel, Beschl. v. 9. Febr. 1935, W Erb 102/34, und Kehrer, Pshch. Neur. Wochenschr. Nr. 26 v. 30. Juni 1934; anders ohne Begründung ErbgesDber. Frankfurt a. M.: Deutsche Justiz 1935, 186).

Ich führte schon JW. 1935, 4 aus, daß die Anmerkungen des Erläuterungsbuchs von Gütt=Rüd in=Ruttke zu diesem Punkte nicht unmißverständlich sind; und dieser Umstand hat vielleicht dazu beigetragen, die Zweifel über diese Frage zu vermehren. Aber ich glaube doch, daß diese Erläuterer nur in meinem Sinne verstanden werden können. Gütt, Rüd in, Ruttke (S. 84) sagen nämlich, das Wort „kann“ bedeute einmal, daß die Unfruchtbarmachung im Gegensatz zum bisherigen Rechtszustande in bestimmten Fällen erlaubt sei, und bedeute sodann, daß nicht jeder nach dem Gesetze der Unfruchtbarmachung unterliegende Fall zur Unfruchtbarmachung führen müsse; die Kannbestimmung gelte vielmehr auch innerhalb des Kreises der Erbstörungen; nicht in jedem Fall, in dem objektiv einer der im § 1 Abs. 2 Ziff. 1—8 und Abs. 3 genannten Zustände vorliege, müsse der Erbkranke unfruchtbar gemacht werden; darüber entscheide vielmehr freie Beweiswürdigung des ErbgesGer. Ich glaube, man kann diese Ausführungen nicht dahin auffassen, daß die Kannbestimmung dem Erbgesundheitsrichter die Macht gibt, jeden ihm geeignet erscheinenden Fall der Unfruchtbarmachung zu entziehen, sondern nur dahin, daß nicht jeder Fall der Erbkrankheit zur Unfruchtbarmachung führt, vielmehr nur der, welcher vor das ErbgesGer. gekommen ist und in welchem das ErbgesGer. auf Grund freier Beweiswürdigung die Erbkrankheit bejaht hat. Dann aber bedeutet das Wort „kann“ für den Erbgesundheitsrichter nicht Freiheit im Entschlusse, auch wenn die Erbkrankheit feststeht, sondern nur Freiheit im Entschlusse, ob die Erbkrankheit besteht. Auch nach Gütt, Rüd in, Ruttke haben also das „kann“ im § 1 UnfrG. und das „kann“ im § 6 BGB. die gleiche Bedeutung.

Lehmann fährt schließlich zur Begründung seiner Ansicht schweres Geschütz auf: Man müsse einmal nationalsozialistisch richten; jede Entscheidung müsse beeinflusst sein von der Frage, was unserem Volke diene; und man müsse (nach Kant) nicht bloß verstandesgemäß, sondern mit natürlicher Urteilskraft entscheiden. In diesem Ausgangspunkte stimme ich ihm durchaus zu, nicht aber im Ergebnisse. Denn die Frage, was unserm Volke frommt, haben wir Richter aus dem Gesetze zu entnehmen, nicht aus der jedem einzelnen verschiedenen Ansicht. Andernfalls würde eine gleichmäßige Rechtspredung nicht zu erreichen sein. Ist doch sicherlich die Ansicht Lehmanns, es fromme dem deutschen Volke mehr, geistig und künstlerisch wertvolles Erbgut im Einzelfalle zu erhalten, als ohne Rücksicht auf solches — im Deutschen Volke glücklicherweise nicht seltenes — Erbgut der völligen Beseitigung der Erbkrankheiten zuzustreben, zum wenigsten nicht unstreitig; und ich glaube für meine Ansicht wiederum Gütt, Rüd in, Ruttke anführen zu können, die sich S. 103 ganz besonders eindrucksvoll dagegen wenden, daß ein manisch-depressiver Erbkranker wegen hoher geistiger oder künstlerischer Veranlagung von der Unfruchtbarmachung ausgenommen wird.

Man wird diesen meinen Gewährsmännern kaum einen Mangel an nationalsozialistischer Denkweise oder natürlicher Urteilskraft vorwerfen können.

Durch die obigen Darlegungen sind auch schon die sich der Ansicht Lehmanns nähernden Ausführungen Möllers widerlegt. Freilich wendet sich Art. 1 Abs. 2 DurchfW. v. 5. Dez. 1933 bei der Ausführung der Fälle, in denen die Unfruchtbarmachung nicht beantragt werden soll, nicht unmittelbar an den Erbgesundheitsrichter, sondern an bestimmte Verwaltungsstellen. Daß diese Vorschriften aber zugleich eine Weisung an die ErbgesGer. enthalten, ergibt sich aus Art. 6 Abs. 4 derselben DurchfW. sowie aus der Erwägung, daß der Tatbestand jener Ausnahmefälle vielfach erst nach der Antragstellung, im Laufe des gerichtlichen Verfahrens bekannt wird. Man kann keinesfalls, wie Möller es will, sagen: Gerade weil sich Art. 1 Abs. 2 nicht an die Gerichte wendet, weil die DurchfW. aber bestimmte Fälle, in denen von der Unfruchtbarmachung abgesehen werden kann, gegenüber den Verwaltungsbehörden erörtert, muß das Wort „kann“ im § 1 UnfrG. ohne weiteres dem Richter freie Hand lassen, die Unfruchtbarmachung auszusprechen oder nicht. Sondern es liefert die DurchfW. durch Aufzählung ganz bestimmter Ausnahmefälle, in denen die Antragstellen den Antrag nicht stellen sollen, wesentlichen Stoff für die Auslegung des § 1 UnfrG. insoweit, als trotz des Zwanges, die Unfruchtbarmachung in jedem zur Entscheidung kommenden Erbkrankheitsfalle auszusprechen, von dem Erbgesundheitsrichter nicht der Ausdruck einer unsinnigen oder überflüssigen Unfruchtbarmachung verlangt wird. — Von namhaften Medizinern wird die Unfruchtbarmachung der Schizophrenen und Manisch-Depressiven grundsätzlich für schädlich, jedenfalls aber für aussichtslos erklärt. Die Tätigkeit des Erbgesundheitsrichters wäre unglücklich, wenn er nicht fest an den endlichen Erfolg seiner Tätigkeit glaubte. In diesem Glauben muß er aber alles tun, um den Erfolg zu erringen, d. h. keine Ausnahme, gleichgültig aus welchem Grunde, zuzulassen. Wie schwer andernfalls der Kreis der Ausnahmefälle zu begrenzen ist, zeigt die Rechtspredung des ErbgesGer. Münster, die von der Unfruchtbarmachung schon absieht, wenn eine „über dem Durchschnitt stehende dichterische Begabung“ vorliegt (Ztschr. f. Med. Beamte 1934 Nr. 9 S. 365).

2. Auch was die Anhörung des Erbkranken betrifft, bleibe ich trotz der schärfsten Verwahrung Lehmanns bei meiner Ansicht. Ich meine auch weiter, daß das ErbgesGer. den Unfruchtbarzumachenden, seine Eltern und seinen Ehegatten möglichst mündlich hören soll. Freilich ist das nirgends gesetzlich vorgeschrieben. Es sind für das Verfahren die Bestimmungen des RFGG. maßgebend (Art. 4 Abs. 2 DurchfW. v. 5. Dez. 1933). Danach ist die Frage, wieweit den Beteiligten vor der Entscheidung Gelegenheit zur Äußerung zu geben ist, ob überhaupt eine Äußerung verlangt wird, ob eine schriftliche, mündliche, persönliche, grundsätzlich der Beurteilung des Richters im einzelnen Fall überlassen (Denkschr. S. 35; Schlegelberger, RFGG., § 12 Bem. 19). Nur für wenige Fälle ist dem Richter nach dem RFGG. die Anhörung der Beteiligten zur Pflicht gemacht, und diese Fälle sind so grundsätzlich anders geartet, daß die für sie getroffene Vorschrift auf das Unfruchtbarmachungsverfahren nicht entsprechend angewandt werden kann. Daß es wenigstens fast in jeder Erbgesundheitsache geboten ist, dem Erbkranken die Möglichkeit zu geben, im Erbgesundheitsstermine zu erscheinen, verkennt anscheinend auch Lehmann nicht. Er wendet sich aber dagegen, daß ich in jedem Falle eine persönliche Vernehmung für erforderlich halte. Das habe ich nicht gesagt. Ich halte es lediglich für erforderlich, daß in jedem Falle der Erbkranke oder sein Vertreter gehört wird, d. h. Gelegenheit erhält, schriftlich oder mündlich Anträge zu stellen, was ihm wenigstens dadurch zu ermöglichen ist, daß er Nachricht von dem Termin erhält und ihm anheimgestellt wird, zu dem Termine zu erscheinen. Ich halte darüber hinaus in den meisten Fällen eine persönliche Vernehmung des Erbkranken und seiner Angehörigen für erforderlich. Natürlich nicht da, wo sie überflüssig oder zwecklos ist, z. B. wo der Erbkranke selbst den Antrag gestellt hat und die Erbkrankheit

feststeht, oder wo — z. B. wegen Idiotie — eine Verständigung nicht möglich ist. In den andern Fällen entnehme ich eine Verpflichtung zur persönlichen Vernehmung aus folgendem:

In seiner Wirkung ist der Spruch des ErbgesGer. weittragender als ein Urteil des Prozeßgerichts für die unterliegende Partei, zumeist auch als ein verurteilendes Erkenntnis eines Strafgerichts. Hier darf, und zumeist muß die Partei, der Angeklagte sich mündlich und ausführlich äußern. Auch für das Erbgesundheitsverfahren steht allein der Grundsatz der Unmittelbarkeit im Einklang mit der schweren Verantwortung, die die nachfolgende Entscheidung über die Unfruchtbarmachung gegenüber der Volksgesamtheit und dem Erbkranken bedeutet (Gütt-Rüdlin-Kuttke S. 149). Der Beschluß des ErbgesGer. ist ferner, wenn auch nach ganz anderer Richtung, wenigstens so eingreifend wie der Entmündigungsbeschluß. Sowohl bei der Entmündigung wie bei der Unfruchtbarmachung wird dem Menschen eine Art seiner menschlichen Betätigung abgesprochen, und zwar wegen besonderer geistiger Verfassung. Nun ist für das Entmündigungsverfahren, soweit es Geistesranke und Geisteschwache betrifft, nach §§ 654, 671 die persönliche richterliche Vernehmung des zu Entmündigenden für alle Instanzen zwingend vorgeschrieben. Solche richterliche Vernehmung stellt den wesentlichsten Schutz gegen unrechtmäßige Entmündigung dar. Und wenn auch im Unfruchtbarmachungsverfahren ein abschließlicher Mißbrauch kaum zu befürchten ist, so sind doch auch in ihm tatsächliche und wissenschaftliche Irrtümer so leicht möglich, daß gegen sie ein Damm aufgerichtet werden muß. Daß damit gegen die — ungeheuer überlasteten — antragstellenden Ärzte nichts gesagt werden soll, ist selbstverständlich; sie können aber nicht auf jedem Gebiete Meister sein. Es ist nun erstaunlich, welche neuen Gesichtspunkte sich oft bei der persönlichen Vernehmung durch den Vorsitzenden und die ärztlichen Beisitzer ergeben; so manches Mal werden Zweifel an der altentmündigen Diagnose „angeborener Schwachsinn“, „Schizophrenie“ usw. geweckt, und ich könnte von nicht wenigen Fällen berichten, in denen die Zweifel sich später zur Gewißheit der Unrichtigkeit der bisherigen Diagnose verdichtet haben. Man muß doch auch in Betracht ziehen, daß die bei den Gerichtsakten befindlichen Krankenberichte der verschiedenen Anstalten nicht immer von erfahrenen Ärzten aufgesetzt sind, daß der berichtende Arzt vielfach trotz erheblicher Zweifel eine bestimmte Diagnose nur aufgestellt hat, weil er sich für irgendeine Art der Krankheit schließlich entscheiden mußte, und daß man in früheren Jahren, als das UnfrG. noch nicht bestand, mit der Abgabe der Diagnose „Schizophrenie“ nicht so vorsichtig war, wie man es heute ist. Und schließlich bietet gerade das Gebiet, das uns die meisten Fälle liefert, die De-

bilität, so große Schwierigkeiten tatsächlicher, rechtlicher, medizinischer Art, und es ist so vielfach das ganze Auftreten des Unfruchtbarzumachenden so entscheidend, daß eine altentmündige Entscheidung unmöglich ist. Solchen Zweifeln kann man meist nur nachgehen, wenn eine persönliche Anhörung des Unfruchtbarzumachenden den Tatsachenstoff dazu geliefert hat. Freilich darf die persönliche Vernehmung nicht zur Außerlichkeit werden, und es darf sich das ErbgesGer. die Zeit nicht zu kurz bemessen — wenn die sonstige Geschäftsbelastung dem Vorsitzenden die genügende Zeit zur Vernehmung nicht beläßt, kann dem leicht abgeholfen werden.

Dazu noch eins: Der Erbkranke wird durch den Eingriff körperlich geschädigt. Ich erhalte das trotz Lehmann aufrecht. Denn daß ein Mensch, dem die Zeugungsfähigkeit genommen ist, körperlich herabgemindert, geschädigt ist, kann doch nicht gut zweifelhaft sein — daß mir die sonstigen Wirkungen des Eingriffs bekannt sind, brauche ich wohl nicht zu betonen. Viele Erbkranken werden außerdem seelisch geschädigt. Wie oft klagen nicht nur Frauen, daß der Eingriff sie minderwertig mache, und welches Unglück wird namentlich über Mädchen heraufbeschworen, die noch unverheiratet sind und durch den Eingriff die Aussicht auf Mann und Kind, auf ein eigenes Heim und damit auf alles verlieren, was ihnen das Leben lebenswert erscheinen läßt. Ich schiebe das nicht so leicht beiseite wie Lehmann, auch wenn ich als „gefühllos“ hingestellt werde, meine vielmehr, daß es den wahren Richter ausmacht, sich in die Seele des Rechtsuchenden versenken zu können. Solch Einfühlungsvermögen ändert nichts an seiner Pflicht, zur Erreichung höherer Ziele unbarmherzig einzugreifen, es befähigt aber den Erbgesundheitsrichter, bei der persönlichen Vernehmung des Erbkranken und seiner Angehörigen ihr Leid mit anzuhören und zu verstehen. Und wenn sie damit zu Worte gekommen sind, und wenn der Richter ihnen eindringlich nahe gebracht hat, daß sie als echte Deutsche zurückzutreten haben gegenüber dem Interesse der Allgemeinheit, ja daß der Eingriff auch ihrem eigenen Interesse dient, so wird die Zeit nicht verloren sein, es wird aber viel gewonnen sein, nämlich das Vertrauen zu den Gerichten und zur Notwendigkeit solcher Gesetze des Dritten Reichs.

Ich möchte auch annehmen, daß die Reichsregierung von denselben Grundsätzen ausgeht, wenn sie (Abschr. d. RMdZ. v. 19. Mai 1934: Deutsche Justiz S. 725) den ErbgesGer. empfiehlt, die Termine in die Räume einer Anstalt, eines Krankenhauses usw. zu verlegen, weil dadurch die Verbringung des Unfruchtbarzumachenden an den Sitz des Gerichts vermieden wird. Sehr energisch tritt für die Gewährung rechtlichen Gehörs auch Maßfeller (Deutsche Justiz 1935, 403) ein.

## Das Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses Anregungen zur Änderung der bestehenden Vorschriften

Von Amtsgerichtsrat D. Hochreuther, Vorsitzender des Erbgesundheitsgerichts Freiburg i. B.

Die Praxis hat, wie schon manche Aufsätze in dieser und anderen Zeitschriften erkennen lassen, die verschiedensten Zweifelsfragen gezeitigt. Im Interesse einer einheitlichen Rechtsprechung dürfte es liegen, wenn bald eine ergänzende Änderung der bisherigen Bestimmungen erfolgte. Nachstehend sollen nun verschiedene Fragen gestreift werden unter kurzer Erörterung, ob und inwiefern etwa eine Änderung der bestehenden Vorschriften wünschenswert ist.

I. Wenn eingangs des Gesetzes in § 1 der Wortlaut „kann“ gewählt ist, statt „muß“: oder „ist zu“, so ist die Zahl derer, die hierin nur eine Möglichkeit und keinen Zwang niedergelegt sehen wollen (vgl. den Aufsatz Grunau S. 1935, 3 ff., I eingangs), doch hoffentlich gering. Wer Sinn und Zweck des Gesetzes richtig erfaßt hat, kann eigentlich über den zwingenden Charakter nicht im unklaren sein. Bei seiner Anwendung ist im Zweifel die Auslegung zu

wählen, die der Durchführung des Gesetzeszweckes, der Verhütung minderwertigen Nachwuchses, am meisten dient. Der Richter muß sich von der zu juristischen Behandlungsart wie in Zivil- oder Strafsachen freimachen und vor allem von dem zuletzt allzu individualistisch angewandten Satz lassen: in dubio pro reo. Hier hat es zu heißen: in dubio pro patria, das Wohl der Volksgesamtheit hat ausschlaggebend zu sein. Angesichts der von Grunau wiedergegebenen andersgerichteten Auslegung ist aber wohl doch eine Änderung des Gesetzes ratsam.

Möglicherweise ist aber auch jene Auslegung manchmal gewählt worden, um die Anordnung der Unfruchtbarmachung vermeiden zu können, wo sie unnötig und daher als unbillige Härte erscheint. Solche Fälle werden wohl schon jedem Erbgesundheitsrichter begegnet sein (z. B. ein 55jähriger Familienvater, der vor vielen Jahren einen schizophrenen

Schub hatte, dessen Frau über die Wechseljahre ist und bei dem nach seiner ganzen Persönlichkeit außerordentlich Verkehr so gut wie ausgeschlossen erscheint; Frauen verhältnismäßig kurz vor den Wechseljahren und tadellosen Charakters u. a. m.). Besonders bei Schizophrenen, die infolge ihrer Krankheit meist fast keine Neigung zum andern Geschlecht haben, die sich innerlich nur selten mit der Unfruchtbarmachung abfinden und häufig sogar durch das Verfahren Rückfälle bekommen, wäre auch nach Ansicht meiner ärztlichen Kollegen öfters ein Verzicht auf die Unfruchtbarmachung bedenkenlos gewesen. Menschlich fällt da die Erfüllung der keine Ausnahme kennenden gesetzlichen Vorschriften oft recht schwer.

Es könnte deshalb vielleicht vom Gesetzgeber erwogen werden, eine Ausnahme von der Pflicht zur Anordnung der Unfruchtbarmachung trotz Vorliegens derer Voraussetzungen zu gestatten. Daß recht erhebliche Bedenken hiergegen geltend gemacht werden können, ist mir klar. Man könnte sie aber etwa dadurch überwinden, daß für die Gültigkeit eines solchen ablehnenden Beschlusses Einstimmigkeit des Gerichts verlangt wird, und zwar würde m. E. solche bei der 1. Instanz genügen. Wenn drei Richter der 1. und zwei Richter 2. Instanz für Freilassung von der Unfruchtbarmachung sind, ist diese zu verantworten.

Gleichzeitig mit einer solchen Bestimmung könnte man als weitere Ausnahme, einer jetzt schon weitgehend befolgten Ansicht entsprechend, ausdrücklich feststellen, daß die Unfruchtbarmachung auch unterbleiben darf, wenn der Erbkrank nicht mehr fortpflanzungsfähig ist. Bisher soll in diesem Falle nur kein Antrag gestellt werden (Art. 1 Abs. 2 der 1. AusfW.D.). Bei den andern beiden Fällen dieser Bestimmung: durch den Eingriff drohende Lebensgefahr oder Dauerwahrung in geschlossener Anstalt dürfte es dagegen bei der jetzigen Regelung zu bleiben haben, da in den seltensten Fällen sicher ist, daß diese Umstände wirklich dauernd sind. Wenn vielfach in 1. und 2. Instanzen auch in diesen Fällen die Anordnung der Unfruchtbarmachung abgelehnt wird, so halte ich das für unrichtig. Die etwaige Aussetzung des Vollzugs ist hier am Plage. Anderer Ansicht ist Grunau in dem zitierten Aufsatz, I letzter Absatz.

Etwa gar noch „leichte“ Fälle freizulassen, wäre m. E. eine so weitgehende Durchbrechung des Gesetzes, daß es mindestens 50%ig illusorisch gemacht würde. Eine Auslegung, die jetzt schon so weitherzig ist, muß nachdrücklichst abgelehnt werden. Die mehrfach veröffentlichte Entscheidung des Erbgesundheitsgerichts Frankfurt a. M. v. 7. Nov. 1934 (Deutsche Justiz Nr. 5 S. 186) ist nicht zu billigen. Härten sind eben nie ganz vermeidbar.

So schlage ich vor, als Abs. 4 zu § 1 oder besser als neuen § 2 etwa eine Bestimmung folgender Art einzufügen:

- „Die Unfruchtbarmachung kann unterbleiben, wenn
1. der Erbkrank nicht fortpflanzungsfähig ist,
  2. bei dem Alter und der Persönlichkeit des Erbkranken die Annahme gerechtfertigt ist, daß eine Fortpflanzung nicht mehr erfolgen wird; für die Ablehnung ist hier Einstimmigkeit des Erbgesundheitsgerichts erforderlich.“

Zur weiteren Verdeutlichung könnte bei Ziff. 2 nach: „des Erbkranken“ u. U. noch eingefügt werden: „wie der Art seiner Krankheit“ oder „unter Berücksichtigung der gesamten Verhältnisse seiner Umgebung“; unbedingt nötig scheint mir dies aber nicht. Im § 8 wäre dann, etwa im Satz 2, einzufügen: „außer im Falle § 1 Abs. 4 Ziff. 2 (§ 2) mit Stimmenmehrheit“. Nach Satz 4 wäre einzufügen: „im Falle des § 1 Abs. 4 Ziff. 2 (§ 2) hat die Einstimmigkeit aus dem Beschluß hervorzugehen“.

Das Gesetz ist zum Teil mangels genügender Aufklärung, zum Teil aber auch wegen mancher großen Härten weitgehend angefeindet. Durch die vorgeschlagene Änderung könnte vielleicht eine Besserung hierin ermöglicht werden.

II. Im Zusammenhang mit den vorstehenden Ausführungen mag gleich eine Änderung des Art. 6 Abs. 4 der 1. AusfW.D. als erwünscht angeführt werden. Die Aussetzung des Vollzugs ist hier dadurch beschränkt, daß der Kranke sich „auf seine Kosten“ in die Anstalt aufnehmen lassen muß. Es ist mir bisher nicht klargeworden, warum bei Unterbringung

auf Kosten anderer (Krankenklasse, Fürsorge u. a.) nicht auch von der Ausführung des Eingriffs für die Dauer der Internierung soll abgesehen werden können. Das Ausschlaggebende ist doch wohl die Verhütung der Fortpflanzung und nicht der Träger der Anstaltskosten. Diese Bestimmung wäre dahin zu ändern: „Befindet sich der Unfruchtbarzumachende in einer geschlossenen Anstalt . . .“. Ferner wäre es auch angebracht, der Anstaltsdirektion das Recht zum Antrag auf die Aussetzung zu geben.

Durch die angeregte Änderung würden nicht nur erhebliche Kosten, sondern den Anstalten (die ja häufig keine Operationsfälle haben und die Kranken erst in eine Klinik verbringen müssen) auch erheblich Arbeit gespart.

III. Bei § 1 des Ges. ist m. E. außerordentlich wesentlich und dringlich zu erwägen, ob der Gesetzgeber nicht selbst die Frage entscheiden soll, ob unter Schwachsin (Abs. 2 Ziff. 1) nur intellektueller oder auch moralischer fällt (vgl. Grunau's Aufsatz S. 5 a. E.). Die Mediziner sind sich hierüber nicht einig und werden es auch nicht sobald werden. Die Frage ist aber für die Durchführung des Gesetzes von außerordentlicher Bedeutung. Sein Zweck fordert zweifellos die weitgehende Erfassung erbbiologisch so minderwertiger Menschen, wie der moralisch Schwachsinigen. Die Erfahrung hat zur Genüge gezeigt, daß diese meist recht produktiv bzgl. Nachkommenschaft sind, aber auch daß letztere meist recht schlechter Beschaffenheit ist. Über die Notwendigkeit ihrer Unschädlichmachung sind eigentlich alle einig. Warum den moralischen Schwachsin dann wegen wissenschaftlicher Doktrinen nicht unter den Begriff des Schwachsinns nehmen? Es haben in letzter Zeit schon viele Begriffe auf allen möglichen Gebieten der Wissenschaft und des Lebens eine Änderung erfahren. Warum hier die Scheu, wo es um das Wohl des Ganzen, um gesunde Nachkommenschaft geht? Dieser Gesichtspunkt muß doch gerade auch hier ausschlaggebend sein. In meinem großen Bezirk sind die Amtsärzte und die übrigen Besitzer wie auch die Ärzte einer Nervenklinik auf dem Standpunkt, daß auch rein moralischer Schwachsin unter das Gesetz falle. Ich wage daher zu bezweifeln, ob die ablehnende Ansicht wirklich von der Mehrzahl der Fachleute vertreten wird. Der Aufsatz Vellguth's in Nr. 2 des Deutschen Rechts (S. 35) liegt mir eben vor; darin steht: „Die Hauptgefahr für den Erfolg unserer Rassenpflege liegt heute nicht bei dem ‚rückständigen‘ Juristen, sondern bei dem intellektuellen Biologen.“

Interessant ist, daß beide Ansichten sich auf Güttdin berufen, auch die ablehnende, z. B. das Erbgesundheitsobergericht Karlsruhe; aber m. E. zu Unrecht. Wenn es in diesem Kommentar z. B. S. 94 Abs. 2 a. E. heißt, daß Asoziale und Debile unfruchtbar zu machen sind, selbst wenn sie in ihrer Intelligenzentwicklung allein nicht übermäßig zurückgeblieben sind, dann ist doch eigentlich daraus zu schließen, daß die asoziale Veranlagung, eben der moralische Schwachsin, ausschlaggebend bei der Entscheidung sein soll, wenn der reine Intelligenzdefekt zur Anwendung des Gesetzes nicht genügt.

Bei einer Subsumierung des moralischen Schwachsinns unter das Gesetz kommt man weiter um die Zweifel herum, welche Mängel auf intellektuellem und welche nur auf moralischem Gebiete liegen. Auch hierüber gehen die Ansichten auseinander. Wenn sich z. B. jemand ohne tatsächlichen Grund leicht beleidigt und gekränkt fühlt, so liegt bei Fehlen einer Geisteskrankheit anderer Art nach Ansicht mancher Ärzte „eine Urteilschwäche vor, die das richtige Erfassen und Bearbeiten der Zusammenhänge und deren richtige Beurteilung hindert“. Ich zitiere hier aus einer Entscheidung des Erbgesundheitsgerichts Freiburg: Diese fährt fort: „Die Selbstüberschätzung, ein gewisser Größenwahn gehören ebenfalls hierher. Er hat so auch im praktischen Leben bisher völlig verjagt, hat es zu nichts gebracht, nichts richtig gelernt, nie ausgehalten. Er hat immer wieder Schulden gemacht, kam immer wieder mit den Strafgesetzen in Konflikt, ohne sich — wie ein nichtdebiler Mensch — zu sagen, daß das nicht zu seinem Vorteil ist. Er wird auch als läppisch-trogig, von unbegründetem Mißtrauen befangen, geschildert, alles Eigen-

schaffen eines Debilen. Dazu kommt, daß er geistig instet, körperlich degeneriert (infantil, weiblich) ist." All diese Mängel wurden als Intelligenzdefekte bewertet. Sie werden oft aber als nur moralische angesehen.

Von Seiten der Gegner der Subsumierung wird gelegentlich eingewendet, daß zur Erfassung dieser Elemente die Sicherungsverwahrung da sei. Das ist nicht einmal theoretisch richtig, erst recht nicht praktisch. Erstens hängt diese Maßnahme davon ab, daß bereits mehrere erhebliche Straftaten begangen und abgeurteilt wurden, und ferner gibt die Sicherungsverwahrung keine Garantie, daß eine Fortpflanzung wirklich unterbleibt. Möglichkeiten zum unerlaubten Verkehr, Flucht u. dgl. sind nie ganz ausgeschlossen. Sie ist auch nicht lebenslanglich, sondern zunächst auf Zeit gedacht (vgl. §§ 42 f. GewOlnhVerbrG.).

Ermäge man also zu jener Ziff. 1: „angeborener Schwachsin“, den Zusatz: „intellektueller oder moralischer Art“.

IV. § 5 ist entsprechend Art. 1 Abs. 2 der 2. AusfW.D. (v. 29. Mai 1934) zu ergänzen, etwa durch den Halbsatz: „Bei Insassen einer Anstalt auch das Erbgesundheitsgericht des Anstaltsortes.“ Die Gültigkeit der Anstalten wird zweckmäßigerweise der AusfW.D. überlassen bleiben. Um aufgetretene Zweifel auszuschließen, wären Erziehungsanstalten ebenfalls zu erwähnen.

Daß Gesetzesänderung hier erwünscht ist, mag aus folgendem hervorgehen.

Seitens eines Anwalts wurde im Beschwerdeweg die Aufhebung eines Erbgesundheitsgerichtsbeschlusses auf Unfruchtbarmachung einer Anstaltsinsassin wegen Unzuständigkeit des Gerichts und Verweisung an das zuständige Erbgesundheitsgericht beantragt. Die Gültigkeit jenes Art. 1 Abs. 2 der 2. AusfW.D. wurde bestritten. Durch ihn sei das Gesetz selbst in einer wesentlichen Bestimmung geändert worden, die Befugnis hierzu aber sei durch § 17 nicht an die Reichsminister des Innern und der Justiz übertragen. Auf Grund desselben könnten nur reine Vollzugsbestimmungen erlassen werden. Ebensovienig wie etwa der Kreis der Antragsberechtigten von diesen erweitert oder eine andere Stelle als das Erbgesundheitsgericht (etwa die Polizeibehörden) bzgl. der Stellung der Anträge (§ 4) bestimmt werden könnten, könne die Zuständigkeit geändert werden.

Vom bisher üblichen streng juristischen Standpunkt aus betrachtet, kann dies Vorbringen nicht so ohne weiteres als unrichtig bezeichnet werden. Man kann aber heute, wo der strenge Formalismus, die Buchstabenkläuberei überwunden sein sollte, sehr wohl bei dem Wortlaut des § 17 die Rechtsgültigkeit jener Zuständigkeitsregelung bejahen. Es ist durch ihn die Befugnis zum Erlaß der „Durchführung dieses Gesetzes erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften“ übertragen. Wie die Praxis alsbald zeigte, war gerade bzgl. der Zuständigkeit bei Anstaltsinsassen dringend eine autoritative Regelung erforderlich, um lange Nachforschungen bzgl. des allgemeinen Wohnsitzes und die wiederholte Abgabe zur zuständigen Erledigung zu vermeiden. Wie bestritten und wie schwierig zu entscheiden oft ist, wo ein Anstaltsinsasse seinen Wohnsitz hat, weiß ja wohl jeder Jurist. Ich habe einmal eine Sache zugesandt bekommen, die immer nach neuen Erhebungen schon viermal von einem Gericht an ein anderes weitergeschickt und so ohne sachliche Bearbeitung mehrere Monate alt geworden war. Trotz sicher nicht gegebener Zuständigkeit habe ich sie im Hinblick auf § 7 ZGB. übernommen, um diesem Hin und Her ein Ende zu machen. Die 2. AusfW.D. machte solcher Bearbeitungsart glücklicherweise ein rasches Ende. Bis jetzt hat wohl kaum jemand bezweifelt, daß diese Bestimmung ihrem ganzen Geiste nach „zur Durchführung des Gesetzes“ unbedingt erforderlich und durchaus zweckmäßig war, indem es alle rechtlichen und tatsächlichen Zweifel bzgl. der Zuständigkeit bei Anstaltsinsassen löste.

Ob die örtliche Unzuständigkeit zur Aufhebung des Beschlusses führen kann, ist eine Frage der Auslegung des § 7 ZGB., über die leider ebenfalls keine Einigkeit besteht. Ihre Erörterung ginge aber über den Rahmen dieses Aufsatzes.

V. § 6 Abs. 1 Satz 2 sagt, daß ein beamteter Arzt, der den Antrag gestellt hat, bei der Entscheidung nicht mitwirken

kann. Darüber ist nichts zu sagen. Wenn man aber daraus folgert, daß dieser Amtsarzt auch im Vollzugsverfahren ausgeschlossen sei, daß ihm insbesondere nicht der rechtskräftige Beschluß des Gerichts zur weiteren Amtshandlung nach Art. 6 der 1. AusfW.D. übermittelt werden dürfe, so halte ich dies für unrichtig. In einem badischen Justizministerialerlaß (vom 31. Mai 1934 Nr. 30 435) ist diese Ansicht aber ausdrücklich vertreten. Der Erfolg ist, daß die Geschäftsstelle den Rechtskraftbeschuß dem Vertreter des an sich zuständigen Amtsarztes sendet; dieser gibt ihn dann aber wieder an letzteren weiter, und zwar geschieht dies unter ausdrücklicher Billigung seiner vorgesetzten Behörde! Ein unwürdiger Zustand, ein gutes, abschreckendes Beispiel dafür, was bei der Bearbeitung einer Materie durch mehrere Stellen herauskommen kann. In dem zitierten Erlaß ist jene Auffassung nicht näher begründet worden. So gut der Einzelrichter in Strafsachen den Strafvollzug in der von ihm entschiedenen Sache unter sich hat, ebensogut kann hier auch der Amtsarzt die reine Vollzugsmaßnahme erledigen. Es ist auch nicht einzusehen, warum er bisher an der Antragstellung und Zeugniserteilung nach Art. 6 Abs. 3 der 1. AusfW.D. (bei Lebensgefahr) verhindert sein sollte. Jetzt ordnet nach Art. 7 der 3. AusfW.D. der zuständige Amtsarzt selbst die Aussetzung an. Auch hier erhebt sich wieder die gleiche Frage. In der Praxis läßt sich eine solche Auffassung kaum durchführen. Bei Dienstverhinderung des Stellvertreters (Urlaub, Krankheit) müßten alle Sachen zunächst liegenbleiben, bis diese beendet ist oder ein weiterer Vertreter bestellt wurde.

Ob in andern Ländern in dieser Frage ebenso gehandelt wird, weiß ich nicht. Das Gesetz selbst braucht m. E. zur Klarstellung und einheitlichen Handhabung nicht geändert zu werden. Aber eine allgemeine Weisung der jetzt für das ganze Reich zuständigen Stelle ist zu wünschen.

VI. Zu § 9 ist zu erwägen, ob nicht die Beschwerdefrist verkürzt werden sollte. Die jetzige ist reichlich lang und hat schon wiederholt die Bereitelung des Gesetzeszweckes zur Folge gehabt. Schließlich kann sich jemand auch schon in zwei Wochen darüber schlüssig werden, ob er Beschwerde einlegen will oder nicht. Man darf nicht vergessen, daß die Leute ja schon seit der Einbestellung zum Amtsarzt wissen, worum es geht.

Art. 6 der 3. AusfW.D. (vom 25. Febr. 1935) hat nunmehr die Streitfrage entschieden, wo die Beschwerde einzulegen ist. Im Interesse einheitlicher Handhabung wäre eine weitere gesetzliche Regelung wünschenswert bzgl. der Frage, welchen Charakter die Beschwerde hat und ob je nach deren Beantwortung das Erbgesundheitsgericht selbst seine Entscheidung ändern oder die Sache auf jeden Fall der Beschwerdeinstanz vorlegen muß. Es wird hierzu auf die eingehenden Darlegungen Maßfellers: Deutsche Justiz 1934 Nr. 50 S. 1581 ff. verwiesen. Er kommt zu einer Vermutung der Abänderungsbefugnis der ersten Instanz. Sicher ist die möglichst rasche Herbeiführung einer endgültigen Entscheidung im Interesse der Allgemeinheit wie des Erbkranken dringend erwünscht. Andererseits hat sich in der Praxis schon wiederholt als zweckmäßig und der Entlastung des Obergerichts dienlich erwiesen, nachträglich von Beteiligten vorgebrachte Umstände, die der Unfruchtbarmachung entgegenstehen, aufzuklären und durch Änderung der Entscheidung zu berücksichtigen, Umstände, bei deren Kenntnis auch der Amtsarzt von der Beantragung abgesehen hätte, so daß von ihm keine Beschwerde zu erwarten ist. Es bedarf so nicht des Umwegs, erst auf Beschwerde verzichteten und sofort Wiederaufnahme nach § 12 Abs. 2 beantragen zu lassen. Viele Feststellungen können vom Erstinstanzgericht auch rascher erfolgen. Außer diesen Gesichtspunkten spricht ferner die aus § 12 Abs. 2 erkennbare Absicht der leichten Überprüfbarkeit seiner Entscheidung durch das Erbgesundheitsgericht gleichfalls für die Bejahung der Abänderungsbefugnis. Zweckmäßige Handhabung durch das Gericht muß bei dem ganzen Verfahren vorausgesetzt werden. Die Beschwerde müßte dann allerdings nur beim Erbgesundheitsgericht eingelegt werden können.

Eine Neufassung zur Beseitigung entstandener Zweifel

bzgl. der Beschwerdeberechtigung dürfte nicht nötig sein. Das Beschwerderecht des Erbkranken, wenn außer ihm auch der Amtsarzt Antrag gestellt hat, ist bisher wohl durchweg bejaht, das des Amtsarztes, wenn seinem Antrag stattgegeben wurde, bisher meist verneint; im Notfall steht ja das Wiederaufnahmeverfahren zur Verfügung.

In den § 9 wäre dagegen die Zulässigkeit des Beschwerdeverzichts (Art. 3 der 2. AusfW.) zu nehmen, die wohl richtiger ins Gesetz selbst gehört.

Empfehlenswert wäre so etwa folgende Fassung des § 9:

„Gegen den Beschluß können die ... binnen einer Frist von zwei Wochen nach der Zustellung Beschwerde einlegen. Diese kann nur beim Erbgesundheitsgericht, schriftlich oder zur Niederschrift dessen Geschäftsstelle, eingelegt werden. In gleicher Weise kann auf die Beschwerde verzichtet werden.“

Die Beschwerde hat aufschiebende Wirkung. Falls das Erbgesundheitsgericht ihr nicht selbst stattgibt, entscheidet das Erbgesundheitsobergericht.“

(Dann der letzte Satz bisheriger Fassung.)

VII. Bei § 12 Abs. 2 ist strittig geworden, welches Gericht für das Wiederaufnahmeverfahren zuständig geworden ist (vgl. Maßfellers zit. Aufsatz S. 1583). Ihm wie auch der Entscheidung des ErbgesObGer. Kassel (JW. 1935, 218 ff.) ist unbedingt darin zuzustimmen, daß das Erbgesundheitsgericht zuständig ist, auch wenn bereits das Beschwerdegericht entschieden hat. Gegenteiliger Ansicht ist das ErbgesObGer. Karlsruhe und wohl auch andere. Es stützt sich dabei auf den Kommentar von Gütt (Anm. 1 zu § 12, S. 161). Dieser gibt aber für seine dem Wortlaut des Gesetzes nicht entsprechende Anmerkung keine Begründung. Es ist schließlich nicht anzunehmen, daß man bei der Abfassung des Gesetzes nicht auch an Fälle dachte, in denen schon das Beschwerdegericht entschieden hat. Andererseits hat jene Ansicht in manchen Fällen den Vorzug der wesentlichen Beschleunigung. Fast alle Wiederaufnahmeanträge bringen das gleiche vor wie im früheren Verfahren, höchst selten etwas Neues. Um aber die Prüfung durch zwei Instanzen nicht zu nehmen, wäre es empfehlenswert, die sofortige Vorlage an das Beschwerdegericht zur Entscheidung festzusetzen, wenn das Erbgesundheitsgericht dem Wiederaufnahmeantrag nicht stattgeben will, und zwar in allen Fällen, nicht nur, wo das Beschwerdegericht schon entschieden hat.

Am besten würde § 12 Abs. 2 zu einem selbständigen Paragraphen gestaltet und ihm beigelegt: „Will das Erbgesundheitsgericht dem Wiederaufnahmeantrag nicht stattgeben, so hat es die Sache sofort dem Beschwerdegericht zur Entscheidung vorzulegen.“

Daß der ablehnende Beschluß des Erbgesundheitsgerichts mit Unterschrift aller Richter zu den Akten zu bringen ist, bedarf wohl als selbstverständlich nicht des besonderen Ausspruchs in der AusfW. Dagegen kann eine Zustellung des Beschlusses unterbleiben; eine einfache Nachricht von der Vorlage an das Beschwerdegericht könnte dagegen ins Auge gefaßt werden. Man könnte es der Praxis überlassen, was im Einzelfall zweckmäßig erscheint.

VIII. Art. 2 der 3. AusfW. hat nunmehr die Pflegerbestellung für Unfruchtbarzumachende, die wegen krankhaften Geisteszustands ihre Belange nicht selbst wahrnehmen können, dem Erbgesundheitsgericht übertragen. Ich habe auf Grund der Erfahrungen in über 120 von Mitte Januar bis Mitte März 1934 behandelten Sachen schon damals in einem Bericht an mein Ministerium die Übertragung dieser Befugnis an den Vorsitzenden angeregt. Es wird wohl auch bei der jetzigen Fassung fast jeder Praktiker dieses Gesetzes die neue Bestimmung so auffassen, daß der Vorsitzende die Pflegerbestellung vorzunehmen hat. Es handelt sich ja dabei eigentlich nur um eine geschäftsleitende Tätigkeit, bei der die Mitwirkung der ärztlichen Beisitzer wirklich nicht nötig ist. Eine entsprechende Klarstellung im Text wäre tunlich gewesen, um alle Zweifel bei bedenklichen Vorsitzenden auszuschließen. Natürlich haben im Zweifel darüber, ob ein Pfleger zu bestellen ist, die Beisitzer mitzuwirken.

Über die weitgehende Bedeutung obiger Änderung in sachlicher Beziehung wird auf die Ausführungen Maßfellers: JW. 1935, 756 ff. verwiesen.

IX. Das Gesetz zeigt deutlich, daß bei dem ganzen Verfahren möglichste Geheimhaltung und Vertraulichkeit herrschen soll. Um diese nicht zu gefährden, hat es sich bald als zweckmäßig erwiesen, auf Umschlägen und Zustellungsscheinen als Absender nicht das Erbgesundheitsgericht zu vermerken, sondern das Amtsgericht (Abt. ...). Um aufgetauchte bürokratische Bedenken zu zerstreuen, dürfte sich eine entsprechende allgemeine Weisung von oberster Stelle empfehlen. Auch bezüglich der von den Amtsärzten, später den Gesundheitsämtern ausgehenden Zustellungen wäre ein Weg zu suchen, die Angabe des Absenders zu vermeiden. In einem kleinen Ort ist eine amtliche Zustellung immer gleich bekannt.

Die Vertraulichkeit wird meines Erachtens auch durch jede Mitteilung des Verfahrens an eine andere Behörde gefährdet. Trotz aller Amtsverschwiegenheit ist dies immer der Fall, je mehr Schreibereien gemacht werden. Ich halte es durchaus nicht für nötig, daß ein Vormundschaftsgericht den Ausgang des Verfahrens zu seinen Vormunds- oder Pflegschaftsakten mitteilt erhält. Viele Vormundschaftsrichter sehen das auch ein und verzichten darauf, entsprechende Anfrage zu stellen. Meist geschieht dies aber von kleineren Gerichten. Ebensowenig liegt wohl ein zwingendes Interesse vor, daß Strafanstalten den Vollzug der Unfruchtbarmachung mitgeteilt erhalten, nur um die von ihnen geführten Listen oder Akten vollständig zu haben. Auch in dieser Beziehung ist eine allgemeine Regelung erwünscht, damit endlich die unnötige bürokratische, durch keine sachliche Notwendigkeit begründete Vielschreiberei eingeschränkt wird.

X. Zum Schluß sei noch eine kurze Anregung bzgl. der Vordrucke gegeben.

Wegen etwaiger Nachforschung betr. erblicher Belastung halte ich es für zweckmäßig, im Vordruck für das ärztliche Gutachten unter I bei den Familienangehörigen nicht nur deren Wohn- und Sterbeort, sondern vor allem auch Geburtsort und Datum auszunehmen. Ich habe ein Ersuchen um entsprechende Angaben an die Amtsärzte meines Bezirks gerichtet und damit recht gute Erfahrungen gemacht. Besondere Erhebungen sollen ihnen dadurch natürlich nicht zugemutet werden.

Auch die Frage, ob ein Pfleger nötig ist (Art. 2 Abs. 3 der 3. AusfW.), wäre in den Vordruck aufzunehmen.

Im Intelligenzbogen ist unter Ziff. 3 der Unterschied zwischen Vorgen und Schenken gefragt. Der Ausdruck „Vorgen“ ist nicht überall gebräuchlich, z. B. gerade in Süddeutschland. Das bürgerliche Recht kennt auch nur die Leihe und spricht nirgends vom Vorgen. Wie mir gesagt wurde, wird der Begriff Leihen überall, auch im einfachen Volke, verstanden. Dann wäre eine entsprechende Änderung angebracht. Tatsächlich hat nämlich das Versagen bei der vordruckmäßigen Befragung schon oft zu ungerechter Bemängelung geführt. Dies war auch der Fall bei der Frage nach dem Gegenteil von Tapferkeit (unter Ziff. 6 des Fragebogens). Die dialektische Auffassung des einfachen Volkes beantwortet dies in meinem Bezirk meist mit langsam oder faul. Nicht mit der volkstümlichen Ausdrucksweise gut bewanderte Ärzte vermerken das manchmal recht übel.

Die Hauptsache bei der Intelligenzprüfung ist eben verständnisvolle Befragung durch den Arzt, Vermeidung auch jeden Anscheines von Barschheit, guter Kontakt des Fragenden mit dem Erbkranken. Daran scheint es gelegentlich zu fehlen, zum Teil mangels psychiatrischer Schulung, zum Teil, weil der Arzt manchmal nicht genügend mit der Bevölkerung seines Bezirks verwachsen ist, ihren Durchschnittscharakter, ihren Dialekt und den ganzen Durchschnittstyp nicht kennt. Das beste ist eben immer, wenn man selbst aus der Gegend stammt, in der man seinen Dienst zu tun hat. Hoffentlich gelingt es weitgehend, diese Fehlerquellen auszuschalten und damit dem bedeutungsvollen, für die Gesamtheit so segensreichen Gesetz zum größtmöglichen Erfolg zu verhelfen.

# Abstammung und Abstammungsbeweis

Von Rechtsanwält und Notar Dr. Roquette, Königsberg i. Pr.

## Stoffübersicht:

- I. Bedeutung und Arten der Abstammung.
- II. Der Abstammungsbeweis.
  1. Allgemeines.
  2. Die ständesamtlichen Register und Urkunden.
    - A. Gesetzlicher Beweiswert.
    - B. Fehlerhaftigkeit der Form.
      - a) Nicht ordnungsmäßige Registerführung.
      - b) Fälschungen.
    - C. Unrichtigkeit des Inhalts.
      - a) Falsche Angabe der Mutter.
      - b) Nicht zutreffende Angabe des Vaters.
      - c) Angabe des unehelichen Vaters.
    - D. Kinder aus nichtigen Ehen.
  3. Klage auf Feststellung der Abstammung, rassistisches Gutachten.

## I. Bedeutung und Arten der Abstammung

1. Die Familie ist die Keimzelle des Volkstums. Aus ihr erwachsen die Kräfte, die die Volksgemeinschaft tragen. In dem Zusammenleben von Vater, Mutter und Kindern wird der Gemeinschaftsgeist geweckt und gefördert. Die Vaterliebe führt und sorgt, die Mutterliebe hegt und pflegt, die Kindesliebe dient und achtet. Der Sinn für gegenseitiges Helfen und Fördern, der kameradschaftliche Geist des Eintretens für den anderen, das Pflichtbewußtsein gegenüber der Gemeinschaft, die Achtung vor der Autorität: Alles das wächst aus dem kleinen Kreise, den die Familie bildet und läßt das Verständnis sich öffnen für die Forderungen der größeren Gemeinschaft, der Volksgemeinschaft. Das Vaterhaus, die Muttersprache sind der Inbegriff alles dessen, was sich mit dem Worte „Heimat“ verbindet. Heimatliebe ist Liebe zum Lande des Vaters, zum Vaterlande. Aus ihr entspringt die Liebe zum eigenen Volkstum, dem Eltern und Voreltern blutmäßig verbunden waren, und aus dessen Quellen ein jeder Nachfahre sein Wesen und sein Dasein schöpft.

Die Familie als Trägerin des Volkstums gründet sich auf die blutmäßige Abstammung, auf Blutverwandtschaft. Im Kinde fließt das Blut von Vater und Mutter, von Großeltern und weiteren Vorfahren, und es ist seinerseits bestimmt, wiederum Stammvater zu werden und sein Blut späteren Generationen zu vererben.

Eine im Volksleben so wichtige Tatsache wie die Abstammung ist auch für das Recht von grundlegender Bedeutung. Die Abstammung bestimmt in erster Linie die Stellung des Einzelmenschen in der Familie und im Staate. Die Familie als eine Gemeinschaft des Blutes ist auch eine Rechtsgemeinschaft. Sofort mit der Geburt des Kindes entsteht ein Komplex von Rechtsbeziehungen zu den anderen Mitgliedern der Familie, Rechtsbeziehungen, deren Grundlage allein die Verwandtschaft des Blutes ist. Es entsteht die elterliche Gewalt des Vaters und der Mutter, die Unterhaltspflicht der Eltern, das Namensrecht des Kindes, das Recht des Vaters am Kindesvermögen; es entstehen die Erbrechte des Kindes gegenüber Eltern, Voreltern, Geschwistern und weiteren Verwandten, auf die Abstammung gründen sich Pflichtteilsrechte. Auch Rechtsbeziehungen öffentlich-rechtlicher Art gründen sich auf die Abstammung. Der Staat unterstellt das Kind seiner Staatsangehörigkeit, wenn die Eltern ihm angehören. Er knüpft daran Steuerpflichten, Schulpflichten, Wehrpflichten und verleiht Rechte, die den Anteil des Kindes am Staatsleben bestimmen.

2. Für alle Rechtsbeziehungen, die ihren Ursprung in dem familienrechtlichen Bande der Blutzgemeinschaft haben, ist die Unterscheidung zwischen ehelicher und unehelicher Abstammung wesentlich. Inhalt und Umfang

der Rechte bestimmt das Gesetz verschieden je nach der Art der Abstammung. Sehr eingehende Vorschriften regeln die Frage, wann ein Kind als ehelich und wann als nichtehelich zu gelten hat.

Mit der Unterscheidung von ehelicher und unehelicher Abstammung wird eine grundlegende Wertung in das Gesetz hineingebracht. Wenn auch der Einzelne selbst nichts dafür kann, ob er einer ehelichen oder nichtehelichen Verbindung entstammt, so kann doch das Recht diese Tatsache nicht übergehen. Dies gebietet ihm die weltanschauliche Grundlage, auf der es aufgebaut ist. Das Recht muß den Anspruch erheben, mit der Sittlichkeit im Einklang zu stehen. Grundlage jeder sittlichen Weltordnung ist aber die eheliche Verbindung von Mann und Frau. Aus ihr allein quellen die Kraftströme, aus denen sittliche Begriffe, wie Vaterhaus und Mutterliebe, Heimatgefühl, Ehrliche, Liebe zum Volkstum, erwachsen können. Sie ist die „Blutzquelle des Volkes“, die „Keimzelle jeder Kulturerneuerung“<sup>1)</sup>. Das Recht darf deshalb allein die eheliche Verbindung von Mann und Frau anerkennen, es muß die nichteheliche grundsätzlich ablehnen. Es ist deshalb unerlässlich, daß es die eheliche Verbindung in jeder Hinsicht fördert, die ihr entspringenden Kinder unter seinen besonderen Schutz nimmt und die Rechtsbeziehungen zu den anderen Blutsverwandten in weitestgehendem Maße ausgestaltet. Diese Förderung können die Kinder aus einer nichtehelichen Verbindung nicht beanspruchen. Das Recht wird ihnen niemals die gleiche oder auch nur annähernd gleiche Rechtsstellung zuerkennen dürfen, denn anders würde es die nichteheliche Verbindung indirekt doch der ehelichen gleichstellen.

Die Gesetzgebung hat diese grundsätzliche, weltanschaulich begründete Einstellung auch bereits zum Ausdruck gebracht. Das Gesetz v. 23. Nov. 1933 (RGBl. 97), das Mißbräuchen bei der Eheschließung begegnen will, betrifft solche Fälle, wo die gesetzliche Form der Ehe ihres sittlichen Inhalts entkleidet ist. Hier versagt das Gesetz seine Sanktion, es vernichtet von Staats wegen die entsittlichte Form mit rückwirkender Kraft. Auch die Kinder, die einer solchen Ehe entsprossen sind, werden vom Gesetz betroffen: Es duldet nicht, daß sie den ehelichen Kindern gleichstehen, sondern erklärt sie für unehelich, es läßt auch in besonderen Fällen eine Klage des Staatsanwalts auf Feststellung der Unehelichkeit dieser Kinder zu. Diese Rechtsnormen entspringen der oben dargelegten weltanschaulichen Grundlage. Sie zeigen, daß auch in Zukunft die Unterscheidung zwischen ehelicher und unehelicher Abstammung im Recht und die verschiedenartige Rechtsstellung je nach ehelicher oder unehelicher Abkunft aufrechterhalten bleiben muß<sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> Dr. Dellguth: *DZ*. 1934, 1643.

<sup>2)</sup> Diese grundsätzlichen Erwägungen übersieht Bechert: *Deutsches Recht* 1935, 97. Die Rechtsstellung der ehelichen Kinder läßt sich nicht lösen von der sittlichen und rechtlichen Wertung der unehelichen Verbindung, aus der sie hervorgegangen sind. Wenn die Rechtsbeziehungen der unehelichen Kinder anders gestaltet werden müssen als die der ehelichen, so hat das mit der Tatsache nichts zu tun, daß auch der unehelich Geborene Anspruch darauf hat, entsprechend seinem Persönlichkeitswert als Mitglied der Volksgemeinschaft angesprochen zu werden. Die Zugehörigkeit zur Volksgemeinschaft bedingt nicht völlige Gleichberechtigung mit allen anderen Volksgenossen. Abstufungen im Umfang und Inhalt der Rechte sind im Rahmen der Volksgemeinschaft durchaus möglich. Der Gesichtspunkt, daß der unehelich Geborene für den sittlichen Wert oder Unwert der geschlechtlichen Verbindung seiner Eltern nicht verantwortlich ist, kommt für das Recht nicht in Betracht. Auch der ehelich Geborene muß sich eine Rechtsminderung gefallen lassen, wenn sich unter seinen Eltern oder Voreltern nicht-arische Personen befinden. Er kann nichts dafür, daß entgegen den rassistischen Grundgesetzen Eltern oder Voreltern sich mit Andersrassigen

3. Die Gesetzgebung des neuen Reiches hat noch eine andere Unterscheidung der Abstammung in das geltende Recht eingeführt, die Unterscheidung zwischen arischer und nichtarischer Abstammung.

Auch diese Unterscheidung führt eine Wertung in das Recht ein. Beruht die Unterscheidung zwischen ehelicher und nichtehelicher Abstammung auf den sittlichen Grundlagen der Weltanschauung, so geht die Unterscheidung zwischen arischer und nichtarischer Abstammung auf die naturgesetzlichen Grundlagen der Weltanschauung zurück. Der Gedanke der Volksgemeinschaft, Anfang und Ausklang aller heutigen Weltanschauung, ruht in erster Linie auf rassistischer Grundlage. Das Volkstum besteht nur aus rassengleichen Menschen. Nur rassengleiche Menschen können zu der hohen Gemeinschaftsidee gelangen, die sie einander als „Volksgenossen“ nahebringt und die alle Volksgenossen zu einer Volksgemeinschaft zusammenführt. Rassefremde Menschen sprengen diese Einheit. Wie sie außerhalb des Volkstums stehen, so stehen sie auch außerhalb dieses Gemeinschaftsgebändens und der auf ihn gegründeten Gemeinschaft selbst. So zwingt die Durchführung des Gedankens der Volksgemeinschaft dazu, überall da, wo grundlegende Belange des Volkstums in Frage stehen, nach der rassistischen Abstammung zu fragen.

Die Bedeutung dieser Unterscheidung erhellt aus der Anzahl der gesetzlichen Bestimmungen, in denen diese Unterscheidung geltendes Recht geworden ist. Der Zugang zu den höheren Schulen und den Hochschulen ist bedingt durch arische Abstammung. Die Zulassung zu bestimmten Berufen hat arische Abstammung zur Voraussetzung: Beamter, Rechtsanwalt, Patentanwalt, Steuerberater, Verwaltungsrechtsrat usw. kann grundsätzlich nur werden, wer arischer Abstammung ist. Die Bauernfähigkeit kann nur erlangen, wer deutschen oder stammesgleichen Blutes ist. Die Gewährung von Ehestandsdarlehen durch den Staat erfolgt nur an Personen arischer Abstammung. Die Jagdberechtigung kann an Nichtdeutsche nur mit höherer Genehmigung erteilt werden. Durch diese — beispielsweise angeführte — Gesetzgebung ist der rechtliche Unterbau für die Durchführung des Gedankens der Volksgemeinschaft geschaffen.

4. Die beiden Arten des Abstammungsbegriffs stehen selbständig nebeneinander. Sie überschneiden sich. Mit der Feststellung ehelicher oder unehelicher Abstammung ist über die rassistische Abstammung nichts ausgesagt und umgekehrt. Auch ein farbige Kind kann ehelicher Abstammung sein und die aus der Ehelichkeit fließende Rechtsstellung genießen. Aber überall da, wo arische Abstammung vom Recht verlangt wird, nimmt es als Nichtarier an den betr. Rechtsbeziehungen nicht teil.

Der Abstammungsbegriff dient zur Ermittlung der Personen, die einem bestimmten Menschen das Leben gegeben haben. Durch ihn wird die Feststellung getroffen, wessen Blut in den Adern einer bestimmten Person fließt. Durch die Unterscheidung zwischen ehelicher und unehelicher Abstammung wird der Familienstand ermittelt, also die Zugehörigkeit zu dem engsten Kreise blutmäßig verbundener Personen festgestellt, d. h. solcher Personen, die die gleichen Eltern oder Voreltern haben bzw. mit der gleichen Mutter blutsverwandt sind. Die Unterscheidung zwischen arischer und nichtarischer Abstammung klärt die Zugehörigkeit zum Volkstum, also zu dem weitesten Kreise blutmäßig (d. h. rassistisch) verbundener Menschen.

Der Familienstand richtet sich nach Rechtsregeln. Um ihn festzustellen, muß auf das Gesetz zurückgegangen werden. Die rassistische Abstammung kann nur nach biologischen Gesetzen ermittelt werden.

verbunden haben. Und trotzdem muß er es entgelten, er muß eine Verminderung seiner Rechtsstellung auf sich nehmen. Auch die Kinder aus Ehen, die nach dem Ehenißbrauchgesetz nichtig sind, müssen den Unwert der Verbindung ihrer Eltern entgelten. Das Recht der unehelichen Kinder muß deshalb von einem grundsätzlich anderen Gesichtspunkt aus geregelt werden, als ihn Bechert zum Ausgangspunkt seiner Betrachtung nimmt.

## II. Der Abstammungsbeweis

### 1. Allgemeines

Bei der grundlegenden Bedeutung der Abstammung im Rechtsleben gewinnt auch der Beweis der Abstammung allgemeines Interesse. Wer seine Abstammung nachzuweisen hat, muß wissen, welche Beweismittel ihm zur Verfügung stehen, und wer Abstammungsbeweise zu prüfen hat, muß die Fehlerquellen kennen, die mit den ihm vorgelegten Beweismitteln verbunden sind.

Der Abstammungsbeweis gestaltet sich verschieden je nach der Art der Abstammung, um die es sich handelt. Wer seinen Familienstand zu beweisen hat, also seine eheliche oder uneheliche Geburt, muß rechtliche Voraussetzungen erweisen. Wer seine rassistische Abstammung beweisen soll, muß biologische Voraussetzungen dartun. Je nach der Verschiedenartigkeit des Beweisgegenstandes ist auch das Beweismittel verschieden. Das hat zur Folge, daß das Beweisergebnis keineswegs einheitlich auszufallen braucht.

### 2. Die standesamtlichen Urkunden

Für den Nachweis ehelicher oder unehelicher Abstammung sind die Personenstandsregister der Standesämter die gegebene Grundlage. Sie sind eigens vom Gesetz zu dem Zweck geschaffen worden, um den Familienstand in öffentlicher Form urkundlich festzulegen. Die Tatsache der ehelichen oder unehelichen Geburt ist deshalb aus dem Geburtsregister ohne weiteres zu ersehen. Aus ihm ergeben sich auch nachträglich eintretende Veränderungen des Familienstandes, wie Legitimation, Adoption u. dgl. Für den Beweis der arischen Abstammung enthalten die Personenstandsregister keine urkundlichen Eintragungen. Trotzdem müssen sie auch für diesen Beweis zur Grundlage dienen. Mit Hilfe von verwandten Wissenschaften, wie Namenskunde, Familienforschung, Heimatkunde u. dgl., können aus den in den Personenstandsregistern enthaltenen Aufzeichnungen über Name, Stand, Wohnort u. dgl. Rückschlüsse auf die rassistische Abstammung gezogen werden. Diese Hilfsmittel versagen jedoch bei unehelicher Abstammung: Das Geburtsregister enthält in der Regel nur den Namen der Mutter. Nur selten wird auf Grund eines Anerkennnisses der Name des unehelichen Vaters aus den Registern ersichtlich sein. Für den Beweis arischer Abstammung muß deshalb die Person des unehelichen Vaters außerhalb des Geburtsregisters ermittelt werden. Durch den in Aussicht genommenen Ausbau der Standesämter zu Sippenämtern und der Erweiterung ihres Aufgabengebiets auf Registrierung aller rassistisch wichtigen Tatsachen<sup>3)</sup> wird auch der Nachweis der rassistischen Abstammung eine urkundliche Grundlage erhalten können.

#### A. Der gesetzliche Beweiswert.

Die Personenstandsregister und die aus ihnen erteilten beglaubigten Auszüge (standesamtlichen Urkunden) haben einen gesetzlich festgelegten Beweiswert (§ 15 PersStG.). Sie beweisen diejenigen Tatsachen, zu deren Beurkundung sie bestimmt sind und die in ihnen eingetragen sind. Die Geburtsregister, die ja in erster Linie für den Abstammungsbeweis in Frage kommen, sind bestimmt zur Beurkundung aller derjenigen Tatsachen, die für den Personenstand eines Menschen von Erheblichkeit sind, nämlich Ort und Zeit der Geburt sowie Name und Stand der Eltern bzw. der unehelichen Mutter (RGSt. 4, 194)<sup>3a)</sup>. Alle diese Tatsachen werden also durch die Eintragung bewiesen.

Außer der standesamtlichen Geburtsurkunde gibt es auch noch Geburtscheine und Familienstammbücher, die seit dem 1. April 1924 auf Grund der VO. v. 14. Febr. 1924 (RGBl. 116) eingeführt sind. Diese haben nicht den gleichen Beweiswert. Sie dienen außer dem Zwecke einer Erleichterung und Entlastung der Standesbeamten gerade der Ver-

<sup>3)</sup> Vgl. Haagen: Deutsches Recht 1935, 37; Gercke, Das Gesetz der Sippe, Berlin 1934, S. 49ff.

<sup>3a)</sup> Stölzel, PersStG., 3. Aufl. 1926, S. 100.

deckung des Familienstandes des Kindes, indem die Tatsache der ehelichen oder unehelichen Geburt oder der Legitimation durch nachfolgende Ehe verschwiegen wird. Schon aus dieser inhaltlichen Beschränkung ergibt sich die Unmöglichkeit, daß die Geburtsschein dieselbe Beweis kraft haben könnten wie die vollständigen Geburtsurkunden. Das Gesetz beschränkt denn auch den Beweiswert dieser Scheine auf die Tatsache, daß die Geburt unter der im Geburtsschein angegebenen Nummer im Geburtsregister eingetragen ist (§ 15a PersStG.). Zur Führung des Abstammungsbeweises sind deshalb Geburtsschein und Familienstambücher untauglich, es müssen vollständige Geburtsurkunden beschafft werden.

Der gesetzliche Beweiswert der standesamtlichen Register und Urkunden erleidet nun aber verschiedene Ausnahmen. Form und Inhalt der Eintragung können durch Gegenbeweise entkräftet werden. Diese Möglichkeit ist für die Führung und für die Prüfung der Abstammungsbeweise besonders beachtlich.

### B. Fehlerhaftigkeit der Form.

#### a) Nicht ordnungsmäßige Registerführung.

Der gesetzliche Beweiswert des § 15 PersStG. wird nur den ordnungsmäßig geführten Registern zugesprochen. Fehlt es an einer ordnungsmäßigen Registerführung, dann entfällt auch der Beweiswert des Registers und der aus ihm erteilten Auszüge. Hier macht aber das Gesetz eine Einschränkung: Geringe Formverletzungen sollen nicht gleich ohne weiteres die Beweis kraft aufheben. Das freie richterliche Ermessen soll vielmehr im Einzelfall darüber entscheiden, inwieweit Verstöße gegen die Vorschriften über die Art und Form der Eintragungen die Beweis kraft aufheben oder nur abschwächen oder ganz unberührt lassen (§ 15 Abs. 3 PersStG.).

Wesentlich dagegen sind für die Beweis kraft der Register die Vorschriften über die Zuständigkeit. Wenn ein Standesbeamter in einem fremden Bezirk eine Eintragung vornimmt, ohne hierzu besonders ermächtigt zu sein, oder wenn er in seinem Bezirk eine Eintragung vornimmt, für die er nicht zuständig ist, dann ist die Eintragung ungültig und hat keinerlei Beweis kraft. Ebenso wenn eine Eintragung von einer Person vorgenommen wird, die gar nicht Standesbeamter ist, z. B. wenn ein Bürgermeister nach seiner Wahl aber vor Beginn seiner Amtstätigkeit eine standesamtliche Beurkundung vorgenommen hat<sup>4)</sup>.

Leiden standesamtliche Urkunden an einem Fehler der geschilderten Art, so muß der Beweis der Abstammung in anderer Weise geführt werden.

#### b) Fälschungen.

Es ist an sich eine Selbstverständlichkeit, daß die nachgewiesene Fälschung die Urkunde ihres Beweiswerts beraubt. Das Gesetz spricht diese Selbstverständlichkeit ausdrücklich aus (§ 15 PersStG.). Fälschung ist die fälschliche Anfertigung einer Urkunde oder die Verfälschung einer — echten — Urkunde (§ 267 StGB.). Eine verfälschte oder fälschlich angefertigte Urkunde ist im Grunde genommen überhaupt keine Urkunde, sie kann naturgemäß nichts beweisen. Verfälschte oder verfälschte Geburtsurkunden können demnach auch über die Abstammung eines Menschen nichts beweisen.

### C. Die Unrichtigkeit des Inhalts.

Ungleich größere Bedeutung als die Fehlerhaftigkeit der Form hat die inhaltliche Unrichtigkeit des Geburtsregisters für die Führung des Abstammungsbeweises. Der Standesbeamte ist bei der Beurkundung von Geburten auf die Angaben angewiesen, die ihm der Anzeigende macht. Wohl hat er die Pflicht, sich von der Richtigkeit der Anzeige zu überzeugen (§ 21 PersStG.). Aber dies ist naturgemäß in der Regel gar nicht möglich und auch nicht erforderlich, weil kein Anlaß zu Zweifeln an der Richtigkeit der Angabe zu bestehen pflegt. Es ist deshalb unvermeidbar, daß in den Geburtsregistern oft Beurkundungen erfolgen, die den Tatsachen nicht entsprechen.

Die Unrichtigkeit des Geburtsregisters ist für den Abstammungsbeweis insoweit von Erheblichkeit, als es sich um unrichtige Angabe der Personen der Mutter oder des Vaters oder beider handelt. Hier ergeben sich Verschiedenheiten in der rechtlichen Behandlung.

#### a) Falsche Angabe der Mutter:

Daß die Mutter eines Kindes im Geburtsregister falsch angegeben wird, dürfte in der Praxis häufiger vorkommen, als man anzunehmen geneigt ist. Eine Anzahl solcher Fälle wird vielleicht nie im Leben aufgeklärt. Es dürfte hierfür Gründe mannigfachster Art geben, vom krassesten Egoismus und Materialismus angefangen bis zu idealen Motiven. Schon der Wunsch nach dem Kinde wird manche Frau, der eigene Kinder versagt sind, zu einem solchen Schritt veranlassen. Oft mag auch der Ehemann aus dem gleichen Wunsche heraus zum Mitwisser einer solchen Handlung werden, trotz der Bestrafung, die das Gesetz hierfür vorsieht (§§ 169, 271 StGB.). Nicht selten werden auch Verwechslungen von Kindern in Entbindungsinstituten die unbeabsichtigte Ursache von falschen Eintragungen im Geburtsregister sein.

Die unrichtige Bezeichnung der Mutter im Geburtsregister macht dieses zur Führung des Abstammungsbeweises schlechthin untauglich. Wird der Nachweis erbracht, daß die im Register eingetragene Frau in Wirklichkeit nicht die Mutter des Kindes ist, dann kann die Eintragung weder über die eheliche oder uneheliche noch über die rassistische Abstammung auch nur das Geringste beweisen. Dabei ist die Tatsache ganz gleichgültig, daß sie mit dem im Register als Vater angegebenen Manne in einer gültigen Ehe lebt, denn zu diesem Manne hat das Kind ja gar keine blutmäßigen Beziehungen, wenn die Frau nicht die Mutter des Kindes ist. Selbst die Tatsache wäre unbeachtlich, daß etwa der im Geburtsregister eingetragene Mann der wirkliche Vater des Kindes wäre. Denn die Ehelichkeit des Kindes könnte diese Eintragung doch nicht beweisen, da ja das Kind eben nicht von der Ehefrau geboren ist.

Die Unrichtigkeit dieser Eintragung kann von jedermann jederzeit geltend gemacht werden. Denn mit dem Beweis dieser Unrichtigkeit ist die gesetzliche Beweis kraft des Geburtsregisters hinfällig. Das RG. hat in RGZ. 76, 287 = JW. 1911, 715 diese Folgerung nicht gezogen, offenbar zu Unrecht. Eine Frau aus Galizien klagte gegen den Grafen v. R. auf Herausgabe eines Sohnes mit der Behauptung, sie habe dieses Kind geboren, der Beklagte habe es ihr alsbald nach der Geburt entführen lassen und kurze Zeit darauf auf dem Standesamt in Berlin als eheliches Kind seiner Ehefrau angemeldet. Das RG., das die Klage abwies, ließ den von der Klägerin angebotenen Beweis darüber, wer die eigentliche Mutter des Kindes sei, gar nicht zu, hielt vielmehr den Beklagten allein auf Grund seiner Eintragung im Geburtsregister als ehelichen Vater mit allen sich daraus ergebenden Rechten für legitimiert und führte aus, diese Rechtsstellung könne ihm nur durch einen zwischen ihm und dem Kinde geführten Rechtsstreit über das Eltern- und Kindsverhältnis streitig gemacht werden, dagegen könne in einem Prozeß, an welchem das Kind nicht als Partei beteiligt sei, keine Entscheidung über den Personenstand des Kindes entgegen der Eintragung im Geburtsregister erfolgen. Diese Auffassung will angesichts des § 15 PersStG. nicht überzeugen. Der Nachweis, daß die im Register angegebene Frau gar nicht Mutter des Kindes sei, erschüttert ja den Beweiswert des Registers, und es gibt keine gesetzlichen Vermutungen oder Fiktionen, die bei dieser Sachlage für das Kind sprächen, denn diese haben immer die Geburt des Kindes von der Frau zur Voraussetzung (§§ 1591 ff. BGB.).

#### b) Nicht zutreffende Angabe des Vaters.

Die Rechtslage ist dagegen vollkommen anders, wenn im Geburtsregister die Person der Mutter zwar richtig, die Person des Vaters dagegen unzutreffend angegeben ist. In diesem Falle weicht der Beweis des Familien-

<sup>4)</sup> Vgl. Sauer, Das D. PersStG., München 1925, S. 90; Stölzel a. a. O. S. 98.

standes von dem Beweis der rassistischen Abstammung im Ergebnis ab. Der Familienstand ist zugunsten der Ehelichkeit vom Gesetz durch Vermutungen gesichert, auch ist die Willensentschließung des Ehemannes als entscheidender Faktor miteingeschaltet. Hier stellt sich das Gesetz bewußt in Gegensatz zu den biologischen Tatsachen. Die Feststellung der rassistischen Abstammung ist völlig unabhängig von Vermutungen und vom Willen des einzelnen Menschen. Verbietet das Gesetz — wenn die Vermutungen zutreffen und der Wille des Mannes dahin geht — die Unehelichkeit des Kindes geltend zu machen, so gebieten die biologischen Gesetze, den wirklichen Erzeuger des Kindes zu ermitteln. Im Interesse des Friedens der Ehegatten, der Ehre von Frau und Mutter mag das Gesetz richtig sein. Das Interesse des Volkstums muß auch über persönliche Räte des Einzelnen hinwegschreiten.

Ein Kind, das eine verheiratete Frau während der Ehe gebiert, ist ehelich<sup>5)</sup>. Dies selbst dann, wenn sie nachweislich das Kind von einem fremden Manne empfangen hat, z. B. bei dauernder Trennung der Ehegatten. Dem Mann steht jedoch die Möglichkeit offen, die Ehelichkeit anzufechten. Von seinem Willen hängt es ab, ob das Kind als ehelich oder unehelich zu gelten hat. Er kann sich dazu entschließen, dem Kinde die Rechtsstellung der ehelichen Kinder zu gewähren, dann wird er es ausdrücklich als das seinige anerkennen ohne Rücksicht darauf, daß seine Frau es nicht von ihm empfangen hat, oder er wird die Anfechtungsfrist von einem Jahr verstreichen lassen. Auch kann er, wenn er bereits die Anfechtungsklage erhoben hatte, diese zurücknehmen. Will er aber das Kind nicht als sein eigenes ansehen, dann hat er die Möglichkeit, binnen einem Jahr nach Kenntnis der Geburt durch Klageerhebung die Ehelichkeit anzufechten. Das Urteil, durch welches das Kind als unehelich erklärt wird, wirkt für und gegen alle und wird auf Antrag im Geburtsregister vermerkt. Wo ein solcher Vermerk nicht erscheint, wird die wahre Abstammung durch die Ehe überdeckt. Es besteht keine Möglichkeit, das Standesregister zu berichtigen, da der Wille des Mannes die Ehelichkeit des Kindes bestimmt. Die Unehelichkeit des Kindes kann von niemandem geltend gemacht werden (§ 1593 BGB.).

Daß in einem solchen Falle der rassistische Beweis an dem Willen des Mannes nicht Falt macht, ist bereits erwähnt. Er muß nach dem wahren Erzeuger forschen. Dabei ergibt sich die eigenartige Situation, daß das Kind rechtlich als ehelich, biologisch aber als unehelich angesprochen werden muß. So kann jemand eheliches Kind arischer Eltern, trotzdem aber nicht arischer Abstammung sein<sup>6)</sup>.

Auch noch andere Fälle der Überdeckung der Abstammung durch die Ehe sind gegeben. Wenn eine Frau während der Empfängniszeit außer mit ihrem Ehemann noch mit einem anderen geschlechtlichen Umgang gehabt hat, wird in der Regel die Abstammung des Kindes zweifelhaft sein. Die Frau kann das Kind von dem einen sowie von dem anderen Mann empfangen haben. Diese Zweifelhafteigkeit der Abstammung löst das Gesetz im Sinne der Ehelichkeit<sup>7)</sup>. Es stellt die Vermutung auf, daß das Kind aus der Bewohnung des Ehemannes empfangen sei, und läßt eine Widerlegung dieser Vermutung allein durch den Nachweis der offensibaren Unmöglichkeit zu. Nicht schon die Tatsache des Mehrverkehrs oder der Zweifelhafteigkeit der Abstammung berechtigt den Mann zur Anfechtung der Ehelichkeit, er muß vielmehr den Nachweis führen, daß es offenbar unmöglich ist, daß die Frau das Kind von ihm empfangen haben kann. Der Mann hat aber das Recht, selbst wenn ihm dieser Nachweis möglich ist, das Kind als das seinige anzuerkennen oder die Anfechtung der Ehelichkeit zu unterlassen. Damit wird das Kind endgültig sein eheliches. Diese Fälle der überdeckten Abstammung sind für den rassistischen Abstammungsbeweis bedeutungsvoll. Der Familienstand allein kann hier nicht

maßgebend sein. Es muß dem Nachweis der wirklichen Abstammung nachgegangen werden. Dabei wird man sich auf den Nachweis der offensibaren Unmöglichkeit nicht beschränken können, vielmehr auch den Nachweis einer großen Wahrscheinlichkeit für die Abstammung des Kindes von einem anderen Mann als dem Ehemann zulassen müssen.

Die Regel, daß die Unehelichkeit des Kindes ohne Durchführung der Anfechtungsklage nicht geltend gemacht werden darf, erleidet eine Ausnahme, wenn der Mann verstorben ist, ohne das Anfechtungsrecht verloren zu haben. In diesem Falle kann die Unehelichkeit des Kindes von jedermann geltend gemacht werden. Eine Feststellung der Unehelichkeit mit Wirkung für und gegen alle findet nicht statt, denn das Anfechtungsrecht ist ein rein persönliches Recht des Mannes und geht nicht auf die Erben über<sup>8)</sup>. Liegt ein solcher Fall vor, dann ist das Geburtsregister inhaltlich nicht zutreffend. Als der Vater wird der Ehemann der Kindesmutter angegeben, tatsächlich ist es ein Dritter. Das Kind wird durch das Geburtsregister als ehelich ausgewiesen, während es tatsächlich unehelich ist. Dieser Fall ist sowohl für den Beweis des Familienstandes als auch den der rassistischen Abstammung beachtlich.

### c) Angabe des unehelichen Vaters.

Bei Eintragung eines unehelich geborenen Kindes im Geburtsregister wird lediglich der Name der Mutter vermerkt und die Tatsache der unehelichen Geburt registriert. Daneben besteht in einzelnen Fällen die Möglichkeit, auch den Namen des unehelichen Vaters im Register einzutragen, nämlich dann, wenn er vor dem Standesbeamten oder in einer gerichtlichen oder notariellen Urkunde die Vaterschaft an dem Kinde anerkennt (§ 25 PersStG.). Erfolgt diese Anerkennung gleichzeitig mit der Geburtsanzeige, so kann diese Tatsache in die Niederschrift mitaufgenommen werden, andernfalls muß ein Randvermerk beigezeichnet werden. Diese Eintragung des unehelichen Vaters genießt nicht die gesetzliche Beweis kraft des Standesregisters. Die Anerkennung der Vaterschaft beseitigt lediglich den Einwand des Mehrverkehrs (§ 1718 BGB.). Sie hindert aber nicht den Nachweis, daß ein geschlechtlicher Verkehr während der Empfängniszeit zwischen der Mutter und dem Anerkennenden überhaupt nicht stattgefunden hat, oder daß das Kind unmöglich aus der Bewohnung empfangen sein kann. Sie ist außerdem als rechtsgeschäftlicher Erklärungsakt der Anfechtung wegen Irrtums und arglistiger Täuschung unterworfen<sup>9)</sup>. Weder der Gegenbeweis des Nichtverkehrs oder der offensibaren Unmöglichkeit noch die Anfechtung werden im Geburtsregister vermerkt<sup>10)</sup>. Es besteht also die Möglichkeit, daß außerhalb des Geburtsregisters die Feststellung getroffen ist, daß der Anerkennende gar nicht der Vater des Kindes ist, sondern jemand anders.

Diese Tatsache ist besonders für den rassistischen Abstammungsbeweis von großer Erheblichkeit. Sie stellt fest, daß für die uneheliche Vaterschaft das Geburtsregister keine ausreichende Unterlage gewährt. Es muß vielmehr außerhalb der Urkunde der Nachweis der Vaterschaft erbracht werden.

### D. Kinder aus nichtigen Ehen.

Für den Nachweis ehelicher Abstammung bieten Kinder aus nichtigen Ehen besondere Schwierigkeiten. Das Gesetz geht von dem Grundsatz aus, daß den Kindern aus nichtigen Ehen die Rechtsstellung ehelicher Kinder den Eltern gegenüber nach Möglichkeit erhalten bleiben muß, obwohl sie einer Verbindung entstammen, die rechtlich nicht als Ehe anerkannt wird, deren Scheinform vielmehr mit rückwirkender Kraft vernichtet ist. Daher werden Kinder aus nichtigen Ehen im Wege der Fiktion zu ehelichen Kindern erklärt (§ 1699 BGB.). Dieser Satz, der auch zugleich der Rücksicht auf die Ehegatten entspringt, erleidet jedoch Ausnahmen. Ist eine

<sup>5)</sup> Vgl. hierzu Raape: ArchZivPr. 120, 194 ff.

<sup>6)</sup> Vgl. die Fälle, die von Mund: DZ. 1933, 834 erwähnt werden. Dazu auch Hedermann: DZ. 1933, 1366.

<sup>7)</sup> Vgl. Raape: JheringsZ. 51, 239 ff.

<sup>8)</sup> Vgl. Planck, Anm. 1 zu § 1593.

<sup>9)</sup> RGKomm. Anm. 1 zu § 1718; Planck, Anm. 40 zu § 1718.

<sup>10)</sup> RGKomm. Anm. 1 Vorbem. § 1591; anders Sauer a. a. D. S. 161, jedoch entgegen der herrschenden Meinung; vgl. den Stand der Meinungen bei Stölzel a. a. D. S. 123.

Ehe auf Grund des Ehemißbrauchsgesetzes nichtig, dann gelten die Kinder nicht als ehelich. Das gleiche gilt, wenn eine Ehe wegen Formmangels nichtig ist und nicht in das Heiratsregister eingetragen war, denn hier handelt es sich nicht einmal um die äußere Form einer Ehe. Schließlich aber — und hierin liegt der Kern aller Schwierigkeiten — gelten die Kinder dann nicht als ehelich, wenn beide Ehegatten bei der Eheschließung die Nichtigkeit der Ehe gekannt haben. Der Grund für diese Bestimmung liegt darin, daß bei Kenntnis der Nichtigkeit der Ehe auf seiten beider Ehegatten es sich um einen Mißbrauch der Form der Ehe handelt und dieser vom Gesetz nicht gebilligt werden kann. Der Nachweis für diese Kenntnis wird aber in der Regel schwer zu führen sein, zumal wenn die Eingehung der nichtigen Ehe zeitlich weit zurückliegt und die Elternteile infolge Wegzuges oder Wiederverheiratung nicht auffindbar oder gar verstorben sind.

### 3. Feststellungsklage, rassistisches Gutachten

1. In allen Fällen, in denen nach den vorherigen Ausführungen die Beweisraft der standesamtlichen Urkunden verfaßt, muß der Abstammungsbeweis mit anderen Beweismitteln geführt werden. Hier ist in erster Linie die Zeugenvernehmung das geeignetste Mittel. Die beiden Elternteile sind die naturgegebenen Auskunftspersonen. Soweit diese nicht mehr erreichbar sind, kommen Verwandte oder Freunde in Frage, die irgendwelche Äußerungen der Elternteile über die Abstammung des betreffenden Kindes bekunden können. In vielen Fällen wird es genügen, wenn die Auskunftspersonen in glaubwürdiger Form, etwa zu notariellem Protokoll, eidesstattliche Versicherungen abgeben. Dies ist mir in der Praxis wiederholt begegnet. Es handelt sich meist um Fälle, in denen die Abstammung durch die Ehe überdeckt war. Wo solche Erklärungen nicht ausreichend sind, bleibt nur die richterliche Vernehmung der Auskunftspersonen als Zeugen übrig, und zwar in einem ordentlichen Prozeßverfahren.

2. Die Feststellung der Abstammung kann in einem Rechtsstreit entweder selbst zum Gegenstand des Klagebegehrens gemacht werden oder als Vorfrage für irgendein Rechtsverhältnis — Unterhalt, Erbrecht u. dgl. — zur Entscheidung stehen<sup>11)</sup>. Gegenstand einer Feststellungsklage kann nur die eheliche oder nicht eheliche Abstammung sein, nicht die rassistische Abstammung. Der Familienstand ist ein Rechtsverhältnis, die rassistische Abstammung eine biologische Tatsache; eine Klage kann aber nur auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses, nicht auf Feststellung einer Tatsache gerichtet sein. Trotzdem sind die Feststellungsprozesse auch für die rassistische Abstammung von ausschlaggebender Bedeutung, weil durch die Beweisaufnahme die wesentlichen Unterlagen auch hierfür beschafft werden, und zwar in einer Form, die mit allen Garantien eines Prozeßverfahrens (richterliche Vernehmung, Zeugeneid) versehen ist. Besonders aufschlußreich

<sup>11)</sup> Nach der Lebensgesetzlichen Rechtslehre ist die rassistische Abstammung ebenso ein Rechtsverhältnis wie der Familienstand, daher ist auch hier eine Feststellungsklage nötig. Lebensgesetzliche Rechtslehre ermöglicht in diesem Falle Verwirklichung nationalsozialistischer Rechtsgedanken, ohne daß in jedem Einzelfalle gesetzliche Änderungen notwendig sind.  
Dr. Ruttké.

sind hier die Anfechtungsprozesse, in denen ein Ehemann auf Feststellung der Unehelichkeit eines von seiner Ehefrau geborenen Kindes klagt.

Wenn das Bestehen oder Nichtbestehen eines Eltern- oder Kindesverhältnisses zwischen den Parteien Gegenstand der Klage ist, ist der Rechtsstreit vom Gesetz unter besondere Verfahrensnormen gestellt. Die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft ist vorgeesehen, um das öffentliche Interesse im Prozeß geltend zu machen, der Verhandlungsgrundsatz ist eingeschränkt. Die Urteile sind mit absoluter Rechtskraftwirkung ausgestattet. Diese Klagen sind zulässig, wenn die eheliche Abstammung von bestimmten Eltern in Frage steht, wenn festgestellt werden soll, ob das Kind untergeschoben oder verwechselt ist, wenn die außereheliche Abstammung eines Kindes von einer Frau ermittelt werden soll, wenn die Gültigkeit einer Legitimation oder Adoption streitig ist, wenn die Rechtsstellung des Kindes aus nichtigen Ehen zu klären ist, wenn — nach dem Tode des Mannes — die Abstammung von einem anderen als dem Ehemann geltend gemacht wird und dergleichen.

Andere Feststellungsklagen unterliegen den gewöhnlichen Verfahrensvorschriften. Dies trifft insbesondere den Fall, daß die Klage nicht vom Kinde gegen einen Elternteil erhoben wird, sondern von dritten Personen — soweit dies im Rahmen des § 1593 BGB. zulässig ist —, ferner, wenn auf Feststellung der unehelichen Vaterchaft geklagt wird.

Die Feststellung des tatsächlichen Erzeugers eines Kindes im Prozeß ist dann unmöglich, wenn die Abstammung durch die Ehe überdeckt ist. Da die Unehelichkeit des Kindes nicht geltend gemacht werden darf, wenn nicht der Ehemann die Ehelichkeit mit Erfolg angefochten hat, kann auch nicht die Feststellung begehrt werden, daß ein anderer als der Ehemann der Mutter der Erzeuger des Kindes sei. Eine dahingehende Klage muß daran scheitern, daß ein Rechtsverhältnis zwischen dem Kinde und dem wahren Erzeuger gar nicht besteht und die Feststellung einer bloßen Tatsache nicht Gegenstand einer Klage sein kann. Hier scheidet mithin für den rassistischen Abstammungsbeweis das Prozeßverfahren und das Urteil als Beweismittel aus.

3. Für den Nachweis der rassistischen Abstammung ist als letztes mögliches Beweismittel das Gutachten des Sachverständigen für Rasseforschung zu nennen.

4. Alle hier erörterten Beweismittel lassen noch eine Reihe von Fehlerquellen für die Ermittlung der wahren Abstammung offen. Wenn beispielsweise die Klage auf Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes abgewiesen ist, weil das Beweisergebnis nicht ausreichte, um die Abstammung des Kindes von einem anderen Manne als dem Ehemann darzutun, so ist damit noch keineswegs erwiesen, daß die behauptete Vaterchaft des Dritten nicht bestände. Die Unzulänglichkeit der Beweismittel ist noch kein Beweis für das Nichtvorhandensein der behaupteten Tatsache. Trotz der Unmöglichkeit der Beweisführung besteht immerhin die Möglichkeit der Vaterchaft eines anderen. Solche und ähnliche Möglichkeiten lassen erkennen, daß unsere Erkenntnis letzten Endes unzulänglich ist und bleiben wird. In ihre letzten Geheimnisse läßt die Natur den Menschen nicht hineinblicken.

## Scheidung durch deutsches Gericht auf Grund einer durch ausländisches Gericht ausgesprochenen Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft?

### I.

Von Amtsgerichtsrat Dr. Bernhard Hamelbeck, Neuwied

Maßfeller meint, wenn die Ehe im (ausländischen) Heiratsregister des Mannes von Tisch und Bett getrennt sei, könne auf Klage in Deutschland das Trennungsurteil gemäß § 1576 BGB. in ein Scheidungsurteil des deutschen Rechts umgewandelt werden (JW. 1935, 830). Eine Begründung gibt er nicht.

Eine solche ist auch nicht zu geben. Die Meinung ist falsch. Handelte es sich bei der Geltendmachung des Anspruchs aus § 1576 wirklich um Umwandlung eines Urteils, so würde sich die Unzulänglichkeit schon aus dem internationalen Prozeßrecht ergeben. Der Erlaß eines Urteils durch ein staatliches Gericht ist Ausübung der Hoheit des Staats, dem das Gericht angehört. Wollte ein Gericht das Urteil eines andern Staats abändern, so wäre das ein Eingriff des Staats in die Hoheits-

rechte eines andern Staats, eine Völkerrechtsverletzung. Nichts zwingt zu der Annahme, daß deutsche BGW. habe den deutschen Gerichten eine solche Völkerrechtsverletzung befehlen oder auch nur erlauben wollen. Deutschland hat seine Hoheitsrechte zurückgenommen und wird ihrer Verletzung zu begegnen wissen. Mit derselben Peinlichkeit wird es die Hoheitsrechte anderer Staaten achten. Um wirkliche Abänderung eines rechtskräftigen Urteils handelt es sich in § 323 ZPO. Niemand wird behaupten, ein deutsches Gericht könne auf Grund § 323 ZPO. das Urteil eines ausländischen Gerichts abändern.

Aber es handelt sich gar nicht um Abänderung eines Urteils, sondern um Geltendmachung eines neuen Anspruchs. Die Lösung der Frage ergibt sich aus unbefangener Betrachtung des Wortlauts des Gesetzes. In § 1575 spricht das BGW. aus, daß ein Ehegatte, der auf Scheidung zu klagen berechtigt ist, statt auf Scheidung auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft klagen kann. Damit ist nur ausgesprochen, daß er eine solche Klage beim deutschen Gericht erheben kann, nicht auch, daß er sie bei einem ausländischen Gericht erheben kann, denn das deutsche Recht kann keine Bestimmungen darüber treffen, welche Klagen an ausländischen Gerichten erhoben werden können. § 1576 spricht dann aus, daß jeder der Ehegatten, wenn auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erkannt ist, auf Grund des Urteils die Scheidung beantragen kann. Damit bezieht sich die Vorschrift hinreichend deutlich auf § 1575, also auf Urteile deutscher Gerichte. Staudinger-Engelmann (9. Aufl., § 1576 Bem. 5) führt dazu aus, daß auf Grund eines vor Inkrafttreten des BGW. erlassenen Urteils auf Trennung von Tisch und Bett nicht die Umwandlungsklage des § 1576 erhoben werden könne, sei bei der wesentlichen Verschiedenheit der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft von der Trennung von Tisch und Bett nicht zu bezweifeln. Er führt nur zustimmende, keine abweichenden fremden Meinungen an. Kann aber nicht einmal ein altrechtliches Urteil dem auf Grund des BGW. erlassenen Urteil gleichgestellt werden, so ist dies bei einem ausländischen Urteil erst recht ausgeschlossen.

## II.

### Von Amtsgerichtsrat Maßfeller, Berlin

Bei der Erörterung des Gesetzes über die Anwendung deutschen Rechts bei der Ehescheidung v. 24. Jan. 1935 (RGBl. I, 48): JW. 1935, 399, insbesondere 404, habe ich auch zu der Frage Stellung genommen, welche Bedeutung einem im Heimatstaat des Mannes erwirkten Urteil auf Trennung der Ehe von Tisch und Bett beizumessen ist, wenn die Frau demnächst nach Erwerb oder Wiedererwerb der deutschen Staatsangehörigkeit die Scheidung ihrer Ehe dem Bande nach erstrebt. Ich habe zwei Wege bezeichnet, auf denen die Frau ihr Ziel erreichen kann. Einmal besteht die Möglichkeit, die übliche Scheidungsklage durchzuführen; dieses Verfahren zeigt nur die Besonderheit gegenüber dem gewöhnlichen Scheidungsprozeß, daß auf die Rechtskraftwirkung des ausländischen Trennungsurteils, soweit das Urteil in Deutschland anerkannt wird, Rücksicht zu nehmen ist. Zum anderen habe ich es für möglich bezeichnet, das ausländische Trennungsurteil auf dem Wege der Umwandlungsklage in ein deutsches Scheidungsurteil zu verwandeln.

Gegen die Zulassung der Umwandlungsklage erhebt Hamelbeck, der nur auf meine kurze Bemerkung in dem Aufsatz: „Die Rechtsfolgen der Ehescheidung nach Frauenrecht“: JW. 1935, 829, insbesondere 830, unter II hinweist, Einwendungen vom Standpunkt des Völkerrechts wie des innerdeutschen Rechts. Jedenfalls glaube ich ihn nicht mißzuverstehen, wenn ich annehme, daß er im ersten Teil seiner Ausführungen nicht nur den Gebrauch der Wörter „Umwandlungsklage“ und „umwandeln“ bemängeln will, wenn er auch sagt: „Handelte es sich bei der Geltendmachung des Anspruchs aus § 1576 BGW. wirklich um die Umwandlung eines Urteils...“; denn im übernächsten Absatz bezeichnet er die Klage

aus § 1576 BGW. selbst als Umwandlungsklage. An den Ausdruck „Umwandlungsklage“ für die Klage aus § 1576 BGW. würde ich mich auch nicht klammern, obgleich diese Bezeichnung gebräuchlich ist (vgl. z. B. Staudinger-Engelmann: Familienrecht, 9. Aufl., Anm. 1b zu § 1576). Umgewandelt wird auch nicht das Urteil, sondern umgewandelt wird die durch das Urteil ausgesprochene Trennung in eine Scheidung.

I. Die Zulassung der Umwandlungsklage scheidet nach der Auffassung von Hamelbeck daran, daß die Umwandlung der ausländischen Trennung „ein Eingriff des Staates in die Hoheitsrechte eines anderen Staates, eine Völkerrechtsverletzung“, ist. „Nichts zwingt zu der Annahme, daß deutsche BGW. habe den deutschen Gerichten eine Völkerrechtsverletzung befehlen oder auch nur erlauben wollen.“ Es ist unbestreitbar richtig und steht außerhalb jeder Erörterung, daß die allgemein anerkannten Rechtsätze des Völkerrechts auch für den deutschen Richter bindend sind. Die Frage ist nur, ob die Umwandlung der ausländischen Trennung in eine Scheidung des deutschen Rechts wirklich einem allgemein anerkannten Völkerrechtsatz widerspricht. Daß die Schöpfer der deutschen ZPO. dieser Auffassung nicht gewesen sind, wird sich noch bei der Erörterung der aus dem innerstaatlichen Recht hergeleiteten Bedenken zeigen.

1. Die Zulassung der Scheidungsklage in den Fällen des Art. 1 des Gesetzes über die Anwendung deutschen Rechts bei der Ehescheidung widerspricht keinem Völkerrechtsatz. Einen solchen Widerspruch könnte man etwa dann feststellen, wenn ein Staat die Scheidung der Ehe von Angehörigen eines anderen Staates für sich in Anspruch nehmen würde, obgleich die Ehegatten in ihrem Heimatstaat wohnen, oder wenn ein Staat sich anmaßen wollte, über den Unterhaltsanspruch eines unehelichen Kindes gegen seinen Vater zu entscheiden, obgleich Mutter, Kind und Erzeuger einem anderen Staate angehören und in diesem Staate auch ihren Wohnsitz haben. Fehlt einem Rechtsverhältnis jede Inlandsbeziehung, so kann der Staat die Gerichtsbarkeit für dieses Rechtsverhältnis nicht in Anspruch nehmen. Dieser Grundsatz ist wohl von allen Kulturstaaten anerkannt. Die Frage aber, welche Inlandsbeziehung bestehen muß, damit ein Rechtsverhältnis der Gerichtsbarkeit eines Staates unterworfen werden kann, wird in den einzelnen Kulturstaaten verschieden beantwortet. Auf dem Gebiete des zwischenstaatlichen Familienrechts im besonderen stehen sich vor allem gegenüber diejenigen Staaten, die an die Staatsangehörigkeit der Beteiligten anknüpfen, und diejenigen Staaten, die dem Domizilprinzip folgen. Kein Völkerrechtsatz streitet für die Prävalenz der Staatsangehörigkeit oder des Domizils. Es besteht aber auch kein Völkerrechtsatz des Inhalts, daß in den dem Staatsangehörigkeitsprinzip folgenden Staaten für die Scheidung der Ehe die Gerichtsbarkeit des Staates ausschließlich gegeben sei, dem der Mann angehört. Daß Schweden und die Schweiz die Scheidung der Ehe nach schwedischem und schweizerischem Recht auch dann gestatten, wenn nur die Frau die schwedische oder schweizerische Staatsangehörigkeit besitzt, der Mann aber einem Staate angehört, dessen Recht eine Trennung der Ehe dem Bande nach nicht zuläßt, habe ich schon in meinem früheren Aufsatz (JW. 1935, 399) ausgeführt. Auch andere Staaten neigen dazu, in Fällen dieser Art die Scheidung auf die Klage der Frau zuzulassen. Ich brauche nur auf die Angaben bei Staudinger-Raape (Anm. B III 2a zu Art. 17 EGVGV.) hinzuweisen. Dort ist die Praxis der ungarischen Gerichte mitgeteilt, die der mit einem katholischen Österreicher verheirateten Ungarin nach in Österreich ausgesprochener Trennung von Tisch und Bett und darauf erfolgter Wiedereinbürgerung in Ungarn die Scheidung bewilligen. Ähnliche Fälle werden aus dem amerikanischen Staate Connecticut und aus Frankreich berichtet. Schließlich ist in diesem Zusammenhang von Bedeutung, daß die 6. Haager Privatrechtskonferenz im Jahre 1928 dem Entwurf eines neuen internationalen Abkommens zur Regelung des Geltungsbereichs der Gesetze und der Gerichtsbarkeit auf dem Gebiete der Ehescheidung und der Trennung von Tisch und Bett zwei Protokolle angefügt hat, durch die jedem Ver-

tragsstaat ausdrücklich freigestellt werden sollte, die Scheidungslage einer diesem Staate angehörenden Frau nach den inneren Gesetzen dieses Staates zu entscheiden. Den Wortlaut der Protokolle habe ich JW. 1935, 400 mitgeteilt. Damit dürfte hinlänglich dargetan sein, daß Art. 1 des Gesetzes v. 24. Jan. 1935 mit dem Völkerrecht vereinbar ist. Wenn auch Hamelbeck dies offenbar nicht bestreiten will, so mußte die Feststellung doch der Vollständigkeit halber und zum besseren Verständnis der folgenden Ausführungen getroffen werden.

2. Widerspricht nun die Umwandlung einer ausländischen Trennung in eine Scheidung durch das deutsche Gericht einem anerkannten Völkerrechtsatz? Das will Hamelbeck anscheinend wohl behaupten. Ich kann mich der Auffassung nicht anschließen. Daß die Inanspruchnahme der Gerichtsbarkeit durch Deutschland in den Fällen des Art. 1 des Gesetzes v. 24. Jan. 1935 dem Völkerrecht nicht widerspricht, ist soeben dargetan. Zweitens muß hier festgestellt werden, daß Deutschland völkerrechtlich nicht verpflichtet ist, das im Ausland ergangene, auf Trennung von Tisch und Bett lautende Urteil anzuerkennen. Eine völkerrechtliche Bindung besteht nur insoweit, als die Anerkennung von Urteilen durch zwischenstaatliche Vereinbarung zugesagt ist; im übrigen haben wir uns nur innerstaatlich durch § 328 ZPD. gebunden. Wir sind also völkerrechtlich an sich nicht gehindert, dem ausländischen Urteil die Anerkennung zu versagen und das Rechtsverhältnis unter ausschließlicher Anwendung des deutschen materiellen Rechts durch die deutschen Gerichte in dem Verfahren des deutschen Rechts beurteilen zu lassen. Wenn wir das ausländische Urteil als auch in Deutschland rechtswirksam anerkennen und es sogar zur Grundlage der künftigen Gestaltung des Rechtsverhältnisses machen, so liegt darin ein Entgegenkommen gegenüber der Rechtsordnung des auswärtigen Staates, keinesfalls ein Eingriff in seine Justizhoheit. Ich darf auch an einem Beispiel zeigen, daß es kaum verständlich wäre, in der Zulassung der Umwandlungsklage gegenüber dem Urteil eines anderen Staates eine Verletzung der Justizhoheit dieses Staates zu erblicken. Es sei angenommen, daß Danziger Staatsangehörige, die in Deutschland wohnen, in Deutschland die Klage auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft gemäß § 1575 BGB., der auch in Danzig gilt, erheben. Dem Klageantrage wäre in Deutschland zu entsprechen (§§ 606 Abs. 1, 639, 606 Abs. 4 ZPD. kommt nicht in Betracht, da das deutsche Gericht auch nach der Rechtsordnung Danzigs zuständig ist). Wenn die Ehegatten demnächst ihren Wohnsitz nach Danzig verlegen, dann kann die Umwandlungsklage des § 1576 BGB. nur in Danzig erhoben werden. Es würde wohl niemanden in Deutschland in den Sinn kommen, in der Umwandlung des deutschen Aufhebungsurteils in ein Scheidungsurteil durch das Danziger Gericht einen Eingriff in die deutsche Justizhoheit zu erblicken. Im umgekehrten Falle kann es nicht anders sein. Wenn der in Betracht kommende Auslandsstaat die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft in demselben Umfange und mit demselben Inhalt wie das deutsche Recht ausspricht, die Scheidung der Ehe aber verbietet, muß die Rechtslage ebenso beurteilt werden. Denn die Nichtachtung des Scheidungsverbots ist ja, wie gezeigt worden ist, völkerrechtlich zulässig. Die hier nur interessierende Frage, ob eine Umwandlung zulässig ist, kann nicht anders entschieden werden als in dem Danziger Falle.

Auch der Hinweis von Hamelbeck auf § 323 ZPD. kann mich nicht schrecken. Ich bin durchaus der Auffassung, daß § 323 ZPD. auch auf ausländische Urteile angewandt werden kann. Wenn wir § 323 ZPD. zur Anwendung bringen, achten wir das ausländische Urteil einem deutschen gleich, obgleich wir völkerrechtlich dazu nicht verpflichtet sind. Um weitere Ausführungen hierzu zu vermeiden, will ich nur einen kurzen Fall anführen, der deutlich dartin dürfte, daß in der Anwendung des § 323 ZPD. ein Eingriff in die Justizhoheit eines anderen Staates nicht gefunden werden kann. Das uneheliche Kind einer deutschen Mutter hat in der Schweiz gegen seinen unehelichen Erzeuger, der in der Schweiz wohnt und deutscher Staatsangehöriger ist, ein rechtskräftiges Urteil erwirkt, wonach der Erzeuger, der ein Monatseinkommen von 400 Schweizer Franken hat, dem Kinde bis zur Vollendung

des 16. Lebensjahres einen monatlichen Unterhaltsbetrag von 75 Franken zahlen muß. Der Erzeuger verlegt seinen Wohnsitz nach Deutschland. Wenn er jetzt arbeitslos wird, soll er dann trotzdem verpflichtet bleiben, monatlich 75 Franken zu zahlen? Diese Folgerung müßte Hamelbeck ziehen; denn das schweizerische Urteil ist rechtskräftig und wird in Deutschland anerkannt, d. h. es wird ebenso behandelt wie ein rechtskräftiges deutsches Urteil. Den veränderten Verhältnissen kann die Unterhaltspflicht nur angepaßt werden, wenn § 323 ZPD. anwendbar ist. Wie durch die Neugestaltung der Unterhaltspflichtung auf dem Wege des § 323 ZPD. die Justizhoheit der Schweiz beeinträchtigt werden könnte, vermag ich nicht zu erkennen.

II. In zweiter Linie bekämpft Hamelbeck die Zulässigkeit der Umwandlungsklage mit der Erwägung, daß sich aus dem Zusammenhang der Bestimmungen der §§ 1575, 1576 BGB. ergebe, daß sich die Vorschrift des § 1576 BGB. auch nach innerdeutschem Recht nur auf die vor einem deutschen Gericht durchgeführte Aufhebungsklage beziehen könne.

1. Hamelbeck verweist auf Staudinger=Engelmann (Anm. 6 zu § 1576 BGB.), der an der angegebenen Stelle ausführt: „Daß auf Grund eines vor dem Intrafretum des BGB. erlassenen Urteils auf Trennung von Tisch und Bett nicht die Umwandlungsklage des § 1576 BGB. erhoben werden kann, ist bei der wesentlichen Verschiedenheit der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft und der Trennung von Tisch und Bett (s. Bem. 2 zu § 1575) nicht zu bezweifeln (ebenso Art. des DVG. Hamburg v. 11. Mai 1900: Recht 1900, 516; s. auch Endemann § 168 Anm. 48).“ Daß durch diese Ausführungen Engelmanns die hier behandelte Frage geklärt ist, wird man kaum behaupten können; dies um so weniger, als Raape, der in demselben Staudingerschen Kommentar das internationale Privatrecht bearbeitet hat, der Auffassung zuneigt, daß „die Klage auf Umwandlung der Trennung in Scheidung, also eine Konversionsklage entsprechend § 1576 BGB.“ zulässig sei (vgl. Anm. C IV 2aß zu Art. 17 EGBGB.).

Im übrigen begründet Hamelbeck seine Auffassung mit dem Wortlaut des Gesetzes. Wenn § 1575 BGB. bestimme, daß ein Ehegatte, der auf Scheidung zu klagen berechtigt ist, statt auf Scheidung auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft klagen könne, so sei damit ausgesprochen, daß er eine solche Klage nur beim deutschen Gericht erheben könne; denn darüber, ob eine Klage bei einem ausländischen Gericht erhoben werden könne, könne das deutsche Recht keine Bestimmungen treffen. Diese Ausführungen scheinen mir nicht überzeugend zu sein. Wenn die §§ 1563 ff. BGB. mit den Worten eingeleitet werden: „Ein Ehegatte kann auf Scheidung klagen, wenn...“, so ist damit immer nur die materielle rechtliche Grundlage für den Scheidungsanspruch gegeben. Keinesfalls enthalten die Vorschriften des BGB. zugleich auch eine Norm des Inhalts, daß die Klage vor einem deutschen Gericht erhoben werden müsse. Ob dies der Fall ist, darüber entscheidet allein § 606 ZPD. Aus seinem Abs. 2 ergibt sich, daß die Klage sehr wohl auch bei einem ausländischen Gericht anhängig gemacht werden kann (vgl. auch Stein=Jonas, 15. Aufl., Anm. I 2 Abs. 3 zu § 606 ZPD.). Ausdrücklich bestimmt sodann § 639 ZPD., daß im Sinne dieses Abschnitts („Verfahren in Ehesachen“) unter Scheidung auch eine Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft zu verstehen sei. Daraus folgt eindeutig, daß in den Fällen des § 606 Abs. 2 ZPD. die Aufhebungsklage im Inland erhoben werden kann, aber nicht im Inland erhoben werden muß; die Klage kann auch im Ausland erhoben werden. Ob die ausländische Rechtsordnung die Klage vor ihren Gerichten zuläßt, ist eine andere Frage. Gestattet sie die Erhebung der Aufhebungsklage, so bestehen vom Standpunkte des deutschen Rechts gegen ihre Durchführung im Ausland keine Bedenken. Ob das ausländische Urteil in Deutschland anerkannt wird, ist eine andere, aus § 328 ZPD. zu beurteilende und hier nicht interessierende Frage. Ist das Urteil anzuerkennen, so ist es auch eine geeignete Grundlage für die Umwandlungsklage des § 1576 BGB. Für die Anwendbarkeit des § 1576 BGB. ist also

feineswegs Voraussetzung, daß die vorausgegangene Aufhebungsklage vor einem deutschen Gericht geschwebt hat.

2. Die Bedenken, die gegen die Zulassung der Umwandlungsklage vorgebracht werden können, sind in anderer Richtung zu suchen. Ich habe sie schon in meinem Aufsatz kurz angegeben. Dort ist gesagt: „Die Umwandlung muß an die Voraussetzung geknüpft werden, daß der in dem Trennungsurteil festgestellte Trennungsgrund nach deutschem Recht Scheidungsgrund ist... Zum anderen könnte die Gleichstellung des ausländischen Trennungsurteils mit dem deutschen Aufhebungsurteil als nicht ganz unbedenklich erscheinen“ (vgl. S. 404).

a) Ich darf zunächst zu dem zweiten Punkte Stellung nehmen und meine Auffassung begründen, daß ein auf Trennung von Tisch und Bett lautendes Urteil und ein Urteil auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft für die Umwandlungsklage des § 1576 BGB. im Rahmen des Art. 1 des Gesetzes über die Anwendung deutschen Rechts bei der Ehescheidung vom 24. Jan. 1935 gleichbehandelt werden dürfen. In JW. 1935, 399 habe ich, darin hat Hamelbeck recht, auf eine nähere Begründung verzichtet. Ich habe lediglich ausgeführt: „Die Ähnlichkeit der Institutionen der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft und der Trennung von Tisch und Bett kann kaum bestritten werden; beide Rechtseinrichtungen haben den gleichen rechtspolitischen Grund.“ In der Tat kann diese kurze Behauptung nicht als Beweis gelten.

Das kanonische Recht hat aus der von der katholischen Kirche angenommenen sakramentalen Natur der christlichen Ehe den Satz hergeleitet, daß eine durch copula carnalis vollzogene Ehe (matrimonium ratum et consummatum) unauflösbar sei. Es gestattet in besonderen Fällen nur eine zeitweilige oder dauernde Trennung der Ehegatten von Tisch und Bett (separatio tori, mensae et habitationis), die sogenannte kanonische Trennung. Das kanonische Recht war überall dort maßgebend, wo sich die Kirche der Ehegerichtsbarkeit bemächtigt hatte. Nachdem die Epoche der Reformation und Gegenreformation abgeschlossen ist und das protestantische Kirchenrecht sich entwickelt hat, finden wir in den katholischen Territorien Deutschlands das kanonische, in den protestantischen Teilen das evangelische Kirchenrecht herrschend. So bleibt es lange Zeit, bis im 18. Jahrhundert die Auffassung der Ehe als eines bürgerlich-rechtlichen Vertrages zur Erleichterung der Ehescheidung führt. So kommt es, daß wir im 19. Jahrhundert ein nach Ländern und Konfessionen zersplittertes Ehescheidungsrecht vorfinden, das dadurch noch buntschедiger wird, daß in verschiedenen Gebieten Deutschlands neben dem Scheidungsrecht aus bestimmten, gesetzlich festgelegten Gründen kraft Gewohnheitsrechts noch ein landesherrliches Ehescheidungsrecht besteht. Am weitesten ging in der Zulassung der Scheidung wohl das preußische Allgemeine Landrecht, das unter bestimmten Voraussetzungen sogar gestattete, die kinderlose Ehe im gegenseitigen Einverständnis der Ehegatten zu scheiden, und das die Scheidung einer mit Kindern gesegneten Ehe zuließ, wenn der Widerwille eines Ehegatten gegen die Fortsetzung der Ehe einen solchen Grad erreicht hatte, „daß zu einer Ausöhnung und zur Erreichung der Zwecke des Ehestandes keine Hoffnung mehr übrigbleibt“. In anderen Territorien hatte das kanonische Recht aber seinen Einfluß behalten. Noch im Jahre 1875 finden wir in Deutschland die kanonische Trennung von Tisch und Bett. Das PersStG. v. 6. Febr. 1875, das im übrigen die Zersplitterung des Ehescheidungsrechts bestehen läßt, verbietet für die Zukunft außer der geistlichen Scheidung auch die kanonische Trennung von Tisch und Bett; sein § 77 Abs. 1 bestimmt: „Wenn nach dem bisherigen Recht auf beständige Trennung der Ehegatten von Tisch und Bett zu erkennen sein würde, ist fortan die Auflösung des Bandes der Ehe auszusprechen.“ Nur für 24 Jahre war damit der Einfluß des kanonischen Rechts auf das deutsche Ehescheidungsrecht beseitigt. Im BGB. ist den Wünschen katholischer Volkskreise wieder entsprochen und neben der vollständigen Auflösung der Ehe durch gerichtliche Scheidung die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft zugelassen worden. Diese kurze rechtsgeschichtliche Betrachtung zeigt, daß der Einfluß des kanonischen Rechts auf das deutsche Eherecht immer wirksam gewesen

ist, und daß die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft aus denselben Gründen eingeführt worden ist, die in anderen Ländern zur Zulassung oder Verbeibehaltung der Trennung von Tisch und Bett, der kanonischen separatio tori, mensae et habitationis, geführt haben. Beide Rechtseinrichtungen haben dieselben rechtspolitischen Ursachen.

Sind die Trennung von Tisch und Bett und die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft in ihrem Wesen aber nicht doch derart voneinander verschieden, daß ihre Gleichbehandlung im Rahmen des § 1576 BGB. auch nicht insoweit gerechtfertigt ist, als die Tragweite des Art. 1 des Gesetzes vom 24. Jan. 1935 reicht? Das ist die weitere Frage, die zu prüfen ist. Wenn auch § 1586 Abs. 1 BGB. bestimmt, daß mit der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft die mit der Scheidung verbundenen Wirkungen eintreten (wegen der Streitfrage, ob die Ehe aufgelöst wird, verweise ich auf Staudinger-Engelmann, Num. II zu § 1586), so gelten doch drei wichtige Ausnahmen: den Ehegatten ist, anders als nach vorausgegangener Scheidung, die Eingehung einer neuen Ehe verboten; während eine geschiedene Ehe grundsätzlich nicht mehr für nichtig erklärt oder angefochten werden kann, sind sowohl Anfechtung wie Nichtigklärung auch nach der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft noch möglich; eine Scheidung kann durch Wiederherstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft nicht rückgängig gemacht werden, wohl aber die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft. In diesen drei wichtigen Punkten ähnelt die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft ohne Zweifel der kanonischen Trennung von Tisch und Bett. Der wesentliche Unterschied zwischen den beiden Rechtseinrichtungen besteht darin, daß jeder Ehegatte zu jeder Zeit verlangen kann, daß das die eheliche Gemeinschaft aufhebende Urteil in ein Ehescheidungsrecht verwandelt wird. Daß mit der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft die Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft wie bei der Scheidung erlischt, daß die güterrechtlichen und erbrechtlichen Wirkungen der Scheidung eintreten, daß die Frau in Zukunft nicht mehr den Wohnsitz des Mannes teilt, daß nach der Aufhebung geborene Kinder unehelich sind, sind Rechtsfolgen, die sehr wohl auch mit der kanonischen Trennung von Tisch und Bett verbunden sein können (auch nach österreichischem Recht sind die von einer von Tisch und Bett getrennten Frau geborenen Kinder nicht ohne weiteres ehelich [Hofdekret v. 15. Juni 1835: JÖS. 39]; vgl. auch § 142 a BGB., wegen des Erbrechts § 759 und wegen des Güterrechts § 1264 a BGB.).

Hiernach scheinen mir Bedenken gegen die Anwendbarkeit des § 1576 BGB. nach vorausgegangener Trennung der Ehegatten von Tisch und Bett nur darin bestehen zu können, daß die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft eine weiterreichende Bedeutung hat als die bloße Trennung, und daß sie wegen der zu jeder Zeit gegebenen Möglichkeit, die Scheidung zu erreichen, dieser mehr ähnelt als der Trennung von Tisch und Bett. Man wird deshalb der Auffassung des RG. darin wohl beitreten müssen, daß vor dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 24. Jan. 1935 auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft in Deutschland nicht erkannt werden konnte, wenn das ausländische Heimatrecht der Ehegatten nur die kanonische Trennung von Tisch und Bett zuließ (RGZ. 48, 144); jedenfalls hätte die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft in diesem Falle nicht die Rechtsfolge des § 1576 BGB. gehabt. Nebenbei darf bemerkt werden, daß auch heute Art. 1 des Gesetzes vom 24. Jan. 1935 wohl nicht die Möglichkeit gibt, auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft zu erkennen; denn er bestimmt ausdrücklich, daß nur für die Klage der Frau auf Scheidung der Ehe die deutschen Gesetze anwendbar sind. Ich trete Hamelbeck also darin bei, daß die Trennung von Tisch und Bett der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nicht in jeder Beziehung gleichgestellt werden kann. Weiter halte ich für richtig, daß wir auch heute nicht jede ausländische Trennung gemäß § 1576 BGB. in eine Scheidung umwandeln dürfen. Wir können es jedenfalls dann nicht tun, wenn das in Frage stehende ausländische Recht neben der Trennung eine Scheidung kennt und das Verhältnis der Trennung zur Scheidung nach diesem ausländischen Recht ein anderes ist als das Verhältnis der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft zur Schei-

nung im deutschen Recht. Was gemeint ist, mag ein Beispiel deutlich machen. Im französischen Recht ist neben der Scheidung der Ehe (divorce) die Trennung (séparation de corps) zugelassen; Art. 306 Code civil bestimmt: „Dans le cas où il y a lieu à demande en divorce, il sera libre aux époux de former une demande en séparation de corps.“ Die Separation kann aber erst, anders als die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft im deutschen Recht, nach drei Jahren auf Verlangen einer Partei in eine Scheidung umgewandelt werden. Jeder Ehegatte kann zwar schon vor Ablauf der drei Jahre die Scheidung verlangen; in diesem Falle findet aber keine Umwandlung statt in dem Sinne, daß in eine materielle Prüfung nicht eingetreten wird, sondern es muß in diesem Verfahren ein materieller Ehecheidungsgrund festgestellt werden; der Scheidungsgrund kann vor und nach Erlaß des Separationsurteils eingetreten sein (dies gilt jedenfalls dann, wenn derjenige Ehegatte die Scheidung verlangt, gegen den das Separationsurteil ergangen ist). Anscheinend kann auch noch nach Ablauf der drei Jahre der im Separationsprozeß unterlegene Ehegatte Scheidungsgründe vorbringen. Es liegt auf der Hand, daß wir in einem solchen Falle (auch nicht nach Einbürgerung der Parteien in Deutschland) die französische Trennung gemäß § 1576 BGB. in eine Scheidung umwandeln dürfen. Ob die Umwandlung zulässig ist, wenn die Frist von drei Jahren verstrichen ist und kein Ehegatte neue Scheidungsgründe vorträgt, mag hier dahingestellt bleiben.

Von dem erörterten Falle unterscheidet sich wesentlich der andere Fall, daß die Trennung der Ehegatten in einem Staate ausgesprochen ist, dessen Recht eine Scheidung der Ehe dem Bande nach überhaupt nicht oder nicht für Angehörige eines bestimmten Befennnisses zuläßt. Falls dieser Art werden im Rahmen des Art. 1 des Gesetzes v. 24. Jan. 1935 nur praktisch; auf sie beziehen sich auch meine Ausführungen: JW. 1935, 404 unter V in 5. Absatz. Gestattet das ausländische Recht nur die Trennung von Tisch und Bett, dann ist das diese Trennung aussprechende Urteil die endgültige Entscheidung, die nicht mehr geändert werden kann. Nach Erlaß des Trennungsurteils sind Eheverfehlungen nicht mehr möglich; jedenfalls kann man dies in aller Regel annehmen (eine Nachprüfung der einzelnen in Betracht kommenden Rechte muß vorbehalten bleiben). Hierin liegt ein wesentlicher Unterschied gegenüber dem französischen Recht und dem Rechte aller Staaten, die neben der Trennung eine Scheidung zulassen. Auf der anderen Seite nähert sich damit die Trennung von Tisch und Bett in einer wesentlichen Beziehung der deutschen Auf-

hebung der ehelichen Gemeinschaft, die auch in dem Sinne endgültig ist, daß neue materielle Scheidungsgründe nicht mehr entstehen können. Darin scheint mir auch der entscheidende Gesichtspunkt für die Gleichbehandlung der Trennung von Tisch und Bett und der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft im Sinne des § 1576 BGB. zu liegen.

b) Die Umwandlungsklage ist nur dann zulässig, wenn in dem Trennungsurteil ein Trennungsgrund festgestellt ist, der im deutschen Recht ein Scheidungsgrund ist. Diese Einschränkung ist notwendig, weil in Deutschland eine Scheidung nur ausgesprochen werden kann, wenn ein deutscher Scheidungsgrund vorliegt. Dieser Grundsatz gilt sogar dann, wenn ausländische Staatsangehörige in Deutschland geschieden werden (Art. 17 Abs. 4 EGVGB.), muß also noch viel mehr beachtet werden, wenn eine deutsche Frau auf Grund des Art. 1 des Gesetzes v. 24. Jan. 1935 nach deutschem Recht geschieden sein will. Hieraus ergibt sich die Notwendigkeit, daß ausländische Urteile darauf zu überprüfen, ob in ihm ein Scheidungsgrund des deutschen Rechts festgestellt ist. Daß man aus dieser Tatsache durchgreifende Bedenken gegen die Zulässigkeit der Umwandlungsklage herleiten kann, meine ich nicht. Die Prüfung dient ausschließlich der Feststellung, ob das ausländische Trennungsurteil einem deutschen Aufhebungsurteil gleichgestellt werden darf. Es handelt sich also nur um eine Prüfung, die wir bei ausländischen Urteilen gemäß § 328 ZPO. immer vornehmen müssen. Bejahen wir die Zulässigkeit der Gleichbehandlung, dann treten wir in eine materielle Nachprüfung des Trennungsurteils nicht weiter ein.

III. Hiernach glaube ich, auch gegenüber den Ausführungen von Hamelbeck, die JW. 1935, 404 vertretene Auffassung, daß im Rahmen des Art. 1 des Gesetzes v. 24. Jan. 1935 eine Trennung von Tisch und Bett der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft gleichgestellt werden kann, aufrechterhalten zu können. Daß die Entscheidung nicht ganz zweifelhaft ist, ist in jenem Aufsatz hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht (§. 405 erster Absatz). Wenn man zu der Frage der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Umwandlungsklage Stellung nehmen muß, so sollte man auch die praktischen Vorteile, die die Zulassung der Umwandlungsklage bietet, nicht außer Betracht lassen. Dieser Gesichtspunkt sollte, wenn sich beide Auffassungen begründen lassen, den Ausschlag geben (vgl. auch Staudinger-Raape, Anm. CIV 2aß und r zu Art. 17 EGVGB.).

## Gegenwärtige und zukünftige Berufsgestaltung des Anwalts als Fürsprecher der Volksgenossen in der nationalsozialistischen Rechtsverwirklichung

Von Rechtsanwalt Dr. Willi Gaertner, Breslau

In seinem Aufruf vom Dezember 1934 um die Erhaltung der schöpferischen Kraft unseres Nachwuchses hat der Reichsjuristenführer Dr. Frank u. a. gesagt:

„Unser juristischer Nachwuchs kann seine große Aufgabe, Mittler zwischen Volk und Recht, sowie Schöpfer einer deutschen Rechtsordnung zu sein, nicht erfüllen, wenn er in der Auffassung heranwächst, daß man seine Daseinsberechtigung bezweifelt.“

Mittler zwischen Volk und Recht ist insbesondere auch der deutsche Rechtsanwalt als Organ der deutschen Rechtspflege, und er übt diesen Beruf seit Jahrhunderten, wenn nicht seit Jahrtausenden aus; denn nicht erst seit der Aufnahme des römischen Rechts in Deutschland, sondern schon lange vor der Rezeption gab es den Rechtshelfer und Rechtsberater einer Partei vor Gericht und außer Gericht, den Vorsprecher oder Fürsprecher, der der Partei über die Fährnisse und Klippen der Formalien des germanischen Prozesses hinweghalf und aus dem sich allmählich der berufsmäßige

Rechtshelfer und Berater der Partei entwickelte. Schon der Sachsenspiegel erwähnt den Vorsprecher und die Niederdeutschen Stadtrechte, insbesondere das von Lübeck und Hamburg, enthalten bereits eine Ordnung der den Vorsprechern zustehenden Gebühren<sup>1)</sup>. Der Beruf des Anwalts hat sich in der Folgezeit über alle Versuche, an Stelle des freien, seinen Beruf auf Grund des besonderen Vertrauensverhältnisses zwischen dem Rechtshelfer und der Partei ausübenden Anwalts den beamteten Rechtshelfer zu setzen oder überhaupt einzuschränken, hinweg erhalten und damit geschichtlich seine Notwendigkeit bewiesen. Solange es Rechtsstreitigkeiten überhaupt gegeben hat, und solange es welche geben wird, immer ist der Mann notwendig gewesen und wird notwendig sein, der die Verbindung vom Richter zum Volke herstellt. Das kann auch im Dritten Reich nicht anders sein, denn, wenn wir auch ein volksnahes Recht erstreben und erreichen werden, so bleibt doch die menschliche Unzu-

<sup>1)</sup> Vgl. Neubert: Ztschr. der Akademie für Deutsches Recht 1935, 65.

länglichkeit bei der Erkenntnis und Ermittlung des Sachverhaltes bestehen, die auch beim besten Willen zu einer verschiedenartigen Auffassung der Begebenheiten und einer verschiedenartigen Darstellung des Sachverhaltes führen muß. Die vielfältige Entwicklung unseres heutigen Kulturlebens bedingt weiterhin eine ebensolche Vielfältigkeit des anzuwendenden Rechtes, so daß es bei aller erstrebten Klarheit der Gesetze vom Volksgenossen einfach nicht verlangt werden kann, selbst die seinem Tatbestand entsprechenden Rechtsregeln zu erkennen und zu finden. Selbst das beste Recht und der beste Richter werden der im Prozeß unterliegenden Partei, die gezwungen ist, allein zu verhandeln, nicht die Überzeugung beizubringen vermögen, daß der von ihr vorgelegte Sachverhalt auch bei Berücksichtigung der Belange der Volksgemeinschaft einer gerechten Beurteilung zugeführt worden sei. Zutreffend bejaht auf Grund dieser Gedankengänge Hl. Prof. Dr. Noack die Notwendigkeit, daß man zur Verwirklichung eines volksnahen Rechtes einen volksnahen Anwalt des Rechtes braucht, und daß der Anwalt das notwendige, ausgleichende und verbindende Organ der Rechtspflege ist, das sich aus einem wahren Recht niemals hinwegdenken läßt und erhalten bleiben muß<sup>2)</sup>.

In Erkenntnis dieser Tatsache hat ja auch die NSDAP. und mit ihr die nationalsozialistische Staatsführung den deutschen Anwalt weitgehend durch seine alleinige Heranziehung zur NS-Rechtsbetreuung als allein berufenen Berater und Betreuer der rechtsuchenden Volksgenossen herangezogen und die Notwendigkeit dieses Berufsstandes durch die gesetzgeberischen Maßnahmen zum Aufbau und die Richtlinien zur Berufserfüllung anerkannt. Auch der Reichsjuristenführer Dr. Frank hat auf dem Juristentag 1933 in Leipzig beim Juristenappell in der Messehalle vor dem Führer die Freiheit des Anwaltsberufes und seine Unabhängigkeit betont, eine Unabhängigkeit allerdings, die, wie es selbstverständlich sein muß, insbesondere den Belangen der Volksgemeinschaft und der Würde der Justiz Rechnung trägt.

Ist der freie, unabhängige deutsche Anwalt als Organ der Rechtspflege notwendig, so muß aber andererseits auch seine wirtschaftliche Unabhängigkeit gewährleistet sein, denn gerade der Anwalt ist Bewahrer fremder Vermögensrechte und Treuhänder fremder Güter und fremden Vermögens, das ihm von oder für schutzbedürftige Volksgenossen anvertraut wird. Nur dann ist die Erfüllung dieser Pflichten ohne jede Gefahr gewährleistet, wenn der Anwalt wenigstens das Einkommen hat, das er zur Erhaltung seiner Existenz und zur Sicherstellung seiner Altersversorgung unbedingt braucht. Nur dann ist er auch in der Lage, seine schöpferische Kraft zur Neugestaltung des nationalsozialistischen Rechts in dem Umfang zur Verfügung zu stellen, wie der nationalsozialistische Staat es von ihm angesichts seiner Kenntnisse und seiner Erfahrungen verlangen kann und muß.

Schon in seinem gegenwärtigen Bestande gilt daher für den deutschen Anwaltstand dasselbe wie für den deutschen Nachwuchs, dessen große materielle und geistige Not vom Reichsjuristenführer Dr. Frank im oben zitierten Aufruf gekennzeichnet ist. Auch die Führung des NSDAP. hat es daher schon lange als ein Erfordernis der Rechtspflege erkannt, dafür Sorge zu tragen, daß auch der deutsche Anwalt ebenso wie der deutsche Richter durch volle Anerkennung des nationalsozialistischen Leistungsprinzips für seine berufliche Tätigkeit zwar nicht das Leben eines Krösus<sup>3)</sup> führen kann, aber eine auskömmliche Existenz findet, durch die seine wirtschaftliche Unabhängigkeit gewährleistet wird<sup>3)</sup>.

Die Erhaltung der schöpferischen Kraft des Nachwuchses und die Erhaltung der schöpferischen Kraft und der Unabhängigkeit des freien deutschen Anwaltstandes als notwendiges Organ zur Verwirklichung nationalsozialistischer Rechtspflege wird aber stark berührt durch die Verordnung des Reichsministers der Justiz vom 29. März 1935.

Am 29. März 1935 ist im Reichsgesetzblatt<sup>4)</sup> die Verordnung über die Laufbahn für das Amt des Richters und Staatsanwaltes erschienen, durch die für die Zukunft für den Bereich der deutschen Justizverwaltung, insbesondere aber für Preußen, entgegen den bisher für Preußen geltenden Vorschriften ein strenges Ausleseprinzip der als Richter oder Staatsanwalt einzustellenden Assessoren eingeführt wird. Durch diese Verordnung wird für den größeren Teil des Deutschen Reiches, nämlich für Preußen, die Tatsache beseitigt, daß jeder, der die große Staatsprüfung bestanden hat, nach seiner Ernennung zum Gerichtsassessor Beamter blieb, und, sofern er nicht in der Zwischenzeit durch Übergang in einen anderen Beruf aus dem Beamtenverhältnis ausschied, Anwärter auf die spätere Ernennung zum Richter oder Staatsanwalt war. Diese jahrzehntelange preußische Personalpolitik hatte infolge der ungeheuren Zunahme der Rechtsstudierenden und damit der Gerichtsassessoren dazu geführt, daß von Jahr zu Jahr die Masse der bei der Justiz als Anwärter geführten Gerichtsassessoren stieg, während die Möglichkeit ihrer festen Anstellung im Justizdienst in Preußen im wesentlichen gleichblieb. Wie in dem Aufsatz von Staatssekretär Freisler in der Deutschen Justiz 1935, S. 583 ff., im einzelnen unter Anführung statistischen Materials dargelegt ist, hat sich durch diese Anhäufung der auf ihre Anstellung wartenden Gerichtsassessoren die Folge ergeben, daß bei einem Jahresbedarf von etwa 250 Mann, den die Reichsjustizverwaltung in Preußen hat, am 1. Jan. 1935: 5402 Gerichtsassessoren vorhanden waren, die bei der Justiz als Beamte geführt werden! Diese Zahl hat sich bis zum April 1935 auf 5542 wartende Gerichtsassessoren erhöht, denen in ganz Preußen an planmäßigen Richter- und Staatsanwaltschaften 6411 Stellen gegenüberstehen. Die Masse der auf ihre Anstellung wartenden Assessoren ist also bereits fast ebenso hoch wie die Zahl der zu besetzenden Stellen überhaupt. Die von Freisler gezogene Folgerung, daß die Masse dieser Assessoren sowohl sich und dem in Zukunft zu erwartenden Nachwuchs jede Anstellungsmöglichkeit für absehbare Zeit nimmt, rechtfertigt allein bereits den Erlaß der Verordnung vom 29. März 1935, und zwar nicht nur im Interesse der einheitlichen und geregelten Rechtspflege im gesamten Reichsgebiet, sondern insbesondere auch im Interesse dieses juristischen Nachwuchses selbst. Schon jetzt beläuft sich das Durchschnittsalter der im Jahre 1934 in Preußen angestellten Gerichtsassessoren nach den von Freisler wiedergegebenen Zahlen auf etwa sechs Jahre nach ihrer Ernennung zum Gerichtsassessor. Wäre es bei der bisherigen Regelung geblieben, so würde sich für die Zukunft eine bedeutende Erhöhung dieses durchschnittlichen Dienstalters und damit der Wartezeit nicht umgehen lassen. Bedenkt man, daß in der Regel das Alter des Gerichtsassessors bei seiner Ernennung 26—28 Jahre, insbesondere bei Berücksichtigung der Arbeitsdienst- und Wehrpflicht, beträgt, so können schon heute diese Assessoren vor Vollendung ihres 34. Lebensjahres kaum an die Gründung einer eigenen Familie denken. In Zukunft wäre das noch schlimmer geworden und die für die Gesamtheit sich ergebenden Gefahren dieses Zustandes immer größer geworden. Es gehört aber zu den Grundfragen nationalsozialistischer Staatsführung, jedem Volksgenossen über seine Lage und seine Aussichten im Berufe unbedingte Klarheit zu verschaffen, besonders dann, wenn es sich um einen so verantwortungsvollen Beruf im Dienste des Volksganzen handelt wie beim Richter und Staatsanwalt. Es entspricht daher nur der Erfüllung der nationalsozialistischen Wahrheitspflicht, wenn durch die Verordnung vom 29. März 1935 den Gerichtsassessoren klarer Wein über ihre beruflichen Aussichten eingeschenkt, und wenn endlich Schluß damit gemacht worden ist, durch die Weiterführung in den Listen der Justizverwaltung als Beamter diesen Volksgenossen Hoffnungen zu machen, wo keine mehr zu machen sind.

Damit erhebt sich für den juristischen Nachwuchs, insbesondere für die übergroße Mehrheit der zur Zeit in den Listen geführten Gerichtsassessoren die Frage nach einem anderen Unterkommen außerhalb der richterlichen oder staatsanwaltschaftlichen Laufbahn, das ihnen eine ihren Fähigkeiten und

<sup>2)</sup> Vgl. die oben erschienene Abhandlung „Hilfe für die Anwaltschaft!“ von Hl. Prof. Dr. Noack, Verlag W. Noefer, Leipzig 1935.

<sup>3)</sup> Vgl. die Ausführungen von Dr. Raake bei der Tagung des Deutschen Anwaltvereins im NSDAP. „Deutscher Juristentag“ 1933, S. 11 u. 12.

ihrer Fachkunde entsprechende Lebensmöglichkeit für sich und ihre Familie bietet. Es ist nur natürlich, daß die von der Verordnung betroffenen Volksgenossen hierbei in erster Linie an den Beruf des Rechtsanwalts denken werden und die Zulassung zur Anwaltschaft erstreben werden. Da der Anwalt notwendiges Organ der Rechtspflege, insbesondere im Dritten Reich, ist, muß die wirtschaftliche Seite des Anwaltsberufes erörtert werden, denn neben der Ausfüllung der mit diesem Beruf verbundenen besonderen Aufgaben und Pflichten ist es ja doch gerade die Hoffnung auf Lebenserwerb, die die meisten dieser Volksgenossen den Anwaltsberuf nunmehr erstreben lassen wird. Gerade in diesem Augenblick ist unter dem Titel: „Hilfe für die Anwaltschaft!“ eine Darstellung von R. M. Prof. Dr. Noack erschienen<sup>5)</sup>, die sich mit der gegenwärtigen Lage und den zukünftigen Aussichten des Anwaltstandes und des Anwaltsberufes befaßt. Auf Grund eingehender, von der Reichsrechtsanwaltskammer vorgenommener statistischer Erhebungen hat der Verfasser im 1. Kapitel die nackten Zahlen in übersichtlicher, tabellarischer Form zusammengestellt, die sich mit der Zahl der Anwälte, ihrem Einkommen, der Verteilung nach Alters- und Einkommensgruppen, der zahlenmäßigen Entwicklung der Anwaltschaft seit dem Jahre 1913 und dem in Zukunft infolge der ungeheuren Zunahme der Rechtsstudierenden zu erwartenden Andrang sowie mit der Entwicklung der Prozeßtätigkeit vor den Land- und Amtsgerichten des Deutschen Reiches befassen, um dann im 2. Kapitel diese Zahlen sprechen zu lassen. Um das Ergebnis vorwegzunehmen: Eine Hoffnung auf Lebenserwerb in der Anwaltschaft ist für die durch die Verordnung vom 29. März 1935 Betroffenen ebenso wenig vorhanden wie im Staatsdienst. Aus den geradezu erschütternden Zahlen seien nur folgende hervorgehoben:

Im Jahre 1913 gab es im Deutschen Reich 12297 Anwälte gegen 18780 Anwälte am 1. Jan. 1935, wobei der Abgang durch die im Jahre 1933 ausgeschiedenen nicht-arrischen Anwälte bereits berücksichtigt ist. Von diesen 18780 Anwälten haben heute auf Grund der vom Verfasser errechneten Ziffern 62%, also weit mehr als die Hälfte, ein Einkommen von unter 3000 *RM* jährlich, erreichen also nicht mehr das Existenzminimum, das für den Anwaltsberuf als solchen erforderlich ist. Im Jahre 1933 waren es bereits 41,9%, die ein Einkommen von weniger als 3000 *RM* hatten. Weitere 21,9% hatten im Jahre 1933 ein Einkommen zwischen 3000 und 6000 *RM* jährlich, ein Einkommen also, das ihnen das Leben zwar ermöglichte, die für den Anwalt so unbedingt notwendige Altersversorgung aber nicht gestattete. Schon 1933 also waren 63,8% der Anwaltschaft unter einem solchen Einkommen, das für diesen Beruf mit Rücksicht auf die notwendige Altersversorgung erforderlich ist. Gegenwärtig hat infolge weiteren Anstiegens der hier in Frage kommenden Ziffern bei gleichzeitiger Berücksichtigung des Rückgangs der Prozeßtätigkeit in den letzten Jahren, die sich aus den mitgeteilten Prozeßziffern vor den Land- und Amtsgerichten ergibt, etwa  $\frac{4}{5}$  der deutschen Anwaltschaft nicht mehr das Einkommen, das für diesen Beruf mit Rücksicht auf die Altersversorgung notwendig ist. Bei diesen Einkommensziffern ist aber noch hervorzuheben, daß in diesen Ziffern das gesamte Einkommen der deutschen Anwälte, z. B. das aus privatem Vermögen, aus gleichzeitiger Notariats- oder sonstiger beruflicher Nebenstätigkeit enthalten ist, nicht etwa nur das Einkommen aus reiner Anwaltsstätigkeit! Auch hat der Verfasser bei der Auswertung der statistischen Zahlen und damit der Lebens- und Beschäftigungsmöglichkeit für die gegenwärtig vorhandene Zahl der Anwälte die Tatsache der Gebietsverkleinerung des Deutschen Reiches um  $\frac{1}{5}$  seines Bestandes infolge des Diktates von Versailles noch gar nicht berücksichtigt.

Der Verfasser gelangt bei vorsichtigster Auswertung der zur Zeit vorhandenen Anzahl an Rechtsstudenten, Referendaren und Gerichtsassessoren zu dem Ergebnis, daß in den nächsten Jahren, insbesondere auch auf Grund der Verordnung v. 29. März 1935, mit einer jährlichen Zulassung

von zirka 2000 Anwälten für die nächsten 6—7 Jahre zu rechnen ist, und daß sich unter Berücksichtigung des natürlichen Abgangs durch Tod oder aus sonstigen Gründen in den nächsten 7 Jahren eine absolute Steigerung der Anwaltszahl auf rund 25200 im Jahre 1942 ergeben wird gegenüber 12297 Anwälten im Jahre 1913 (wo das Reichsgebiet um  $\frac{1}{5}$  größer war, als es heute ist). Diese Zunahme um 6500, die der Verfasser errechnet, bedeutet also, daß der jetzt vorhandenen Zahl von 18780 Anwälten eine Vermehrung um rund  $\frac{1}{3}$  bevorsteht, obwohl schon diese 18780 Anwälte zu  $\frac{4}{5}$  kein ausreichendes Einkommen mehr haben, und zu 62% nicht mehr das Existenzminimum verdienen!

Damit ergibt sich das oben vorweggenommene Ergebnis, daß eine Hoffnung auf Lebenserwerb in der Anwaltschaft schon heute nicht mehr vorhanden ist. Eine Überführung der Assessoren, die durch die Verordnung v. 29. März 1935 betroffen sind, in die Anwaltschaft würde also praktisch nur eine Umschichtung von einem Elend in das andere bedeuten und gleichzeitig die völlige Vernichtung des Anwaltstandes zur Folge haben.

Zwei Aufgaben ergeben sich nach alledem, die sofort zu erfüllen sind:

1. Die Erhaltung des Anwaltstandes.
2. Die Sorge für den juristischen Nachwuchs.

Zur Erhaltung des Anwaltstandes, der nicht mehr unter dem Gesichtspunkte des egoistischen Advokaten aus liberalistischer Zeit betrachtet werden kann, sondern — wie oben nachgewiesen ist — als Fürsprecher der Volksgenossen eine Notwendigkeit zur nationalsozialistischen Gerechtigkeitserwirklichung darstellt, schlägt Noack, der mit Recht eine solche Ausdehnung des Arbeitsgebietes, durch welche die Not der Anwaltschaft beseitigt wird, nicht für möglich hält, zwei Wege vor, die nebeneinander beschritten werden müssen, um die Gesundung des Standes zu erreichen, die bei der gegenwärtigen Zahl der Anwälte unmöglich ist:

Der eine ist die Amputation der Anwaltschaft durch Ausscheidung aller in den nächsten 10 Jahren das 65. Lebensjahr erreichenden Anwälte und aller der Anwälte (etwa 1000), die in den letzten 10 Jahren als Ruhegehaltsempfänger zugelassen sind. Auf diesem Wege würde bis zum Jahre 1945 eine Verminderung der Anwaltszahl um etwa 5150 Anwälte erreicht sein, also immer noch ein Mehr von 1333 Anwälten verbleiben gegenüber der Zahl von 1913. Dieses von der Anwaltschaft zu bringende Opfer legt den verbleibenden Anwälten die Verpflichtung auf, für diejenigen Berufsgenossen zu sorgen, die infolge ihres Ausscheidens in wirtschaftliche Notlage geraten. Die Fürsorge für diese Berufsgenossen will Noack aus den Armenrechtsgebühren finanzieren, die den verbleibenden Anwälten aus der Staatskasse gezahlt werden und die in den Jahren 1932—1934 durchschnittlich je 13,5 Mill. *RM* betragen. Die Unterstützungsziffern berechnet Noack auf durchschnittlich  $6\frac{1}{2}$  Mill. *RM* jährlich. Gegebenenfalls wäre hier zu erwägen, ob angesichts der von den deutschen Anwälten gerade in Armensachen bereits geleisteten und weiter geleisteten erheblichen Aufgaben nicht auch eine Erhöhung der Armenrechtsgebühren, die ja bekanntlich weit unter den gesetzlichen Gebühren liegen, zu rechtfertigen ist, durch die den verbleibenden Anwälten die Aufbringung der erforderlichen Mittel erleichtert wird und die zur Führung der Armenrechtsfachen erforderlichen baren Auslagen und Wirtungskosten ihnen verbleiben.

Durch diese Opfer wird gleichzeitig der zweite von Noack vorgezeichnete Weg, der daneben beschritten werden muß, gerechtfertigt, der die Beschränkung der Zulassung für die Zukunft insoweit vorsieht, als einem natürlichen Abgang der Zahl der Anwälte aus dem Jahre 1913 entspricht. Nur dadurch kann das durch die erste Maßnahme der Anwaltschaft auferlegte Opfer sinnvoll und nützlich für die Volksgemeinschaft werden; sinnlos aber wäre es, durch ungehemmten Zustrom des Nachwuchses zur Anwaltschaft innerhalb weniger Jahre die Zahl der Anwälte wieder auf dieselbe Ziffer wie heute zu bringen und damit nicht nur denselben ungesunden Zustand zu schaffen, wie er heute besteht, sondern darüber hinaus diesen Zustand noch ungesünder zu machen durch die

<sup>5)</sup> Verlag W. Moeser Buchhandlung, Leipzig 1935; vgl. unten S. 1398.

den Anwälten auferlegte Fürsorgepflicht für die ausscheidenden Berufsgenossen, die dann ja auch vom Nachwuchs mitzutragen wären, und damit das Elend des Nachwuchses, das in einer hemmungslosen Umschichtung in den Anwaltsberuf liegt, noch vergrößern würde. Diese vom Verfasser vorgeschlagenen Maßnahmen erscheinen zwar sehr hart, mit Recht aber weist Noack darauf hin, daß gerade die neue Zeit immer bereit war, auch hart zu sein, wenn Härte zur Erhaltung eines notwendigen Standes erforderlich war, wie die Maßnahmen auf dem Gebiete des Einzelhandels, des Handwerks, der Kreditinstitute usw. es beweisen.

Die Sorge für den juristischen Nachwuchs erfordert in erster Linie die Bereitstellung aller der Plätze, in denen noch ein Bedarf an Juristen oder juristisch vorgebildeten Volksgenossen vorhanden ist. Hier müssen alle Beteiligten, Staat, Wirtschaft und Anwaltschaft zusammenstehen, um diese Volksgenossen unterzubringen und der Gefahr vorzubeugen, daß diese Volksgenossen in ihrer Verzweiflung durch berufliche Schwarzarbeit, die ständischer und beruflicher Aufsicht entzogen ist, zum Schaden der Allgemeinheit tätig werden. Vor allen Dingen dürfte hier der Staat, der infolge der Verordnung v. 29. März 1935 Tausende bisher zwar unbeförderter Beamter, die aber doch Beamte waren, aus dem Beamtenverhältnis entläßt, die völkische und soziale Aufgabe haben, durch Einrichtung von Umschulungslagern im Verein mit der Wirtschaft und der Anwaltschaft diese geistig ausgebildeten Kräfte einer ihren Fähigkeiten entsprechenden, der Volksgemeinschaft nutzbringenden Tätigkeit zuzuführen und ihnen die Möglichkeit zu geben, sich in den Arbeitsprozeß der Volksgemeinschaft einzureihen. Der Staat hat die Möglichkeit, bei den ihm unterstellten Verwaltungs- und kommunalen Behörden auf eine bevorzugte Einstellung dieser Volksgenossen hinzuwirken und sie notfalls für eine solche

Einstellung in einem ähnlichen Beruf durch Umschulungslager vorzubereiten. Hierzu bieten sich mannigfaltige Möglichkeiten, insbes. auch an den öffentlichen Schulen, wo der Rechts- und Staatsunterricht durch pädagogisch befähigte rechts- und staatswissenschaftliche vorgebildete Volksgenossen wohl mindestens ebenjotig erteilt werden kann wie durch andere Lehrkräfte. Auch in anderen behördlichen Beamtenstellen, insbes. bei den Körperschaften des öffentlichen Rechts, beim ständischen Aufbau und bei den der Partei angeschlossenen Gliederungen können die Verwaltungsstellen juristisch vorgebildeten Volksgenossen übertragen werden, zumal gerade der juristische Nachwuchs in vollem Umfang durch Arbeitsdienst und Erfüllung der Wehrpflicht, durch Dienst in der SA, SS. und NSKK usw. ihre Pflicht gegenüber der Volksgemeinschaft erfüllt hat. Der Anwaltschaft wird die gesetzliche Verpflichtung aufzuerlegen sein, Hilfsarbeiterstellen nur mit Gerichtsassessoren zu besetzen und eine jährliche Pflichtvertretung von etwa vier Wochen nur durch Gerichtsassessoren vornehmen zu lassen. Dadurch würde gleichzeitig, insbes. für die Übergangszeit, eine Verbindung zwischen diesen Kräften und der Wirtschaft herbeigeführt, die zu weiterer Aufnahme in Stellen der Wirtschaft führen würde. Auch die Industrie-, Handels- und Handwerkskammern sind zu planmäßiger Mitarbeit bei der Umschulung heranzuziehen. Nur eine umfassende, auf gesetlicher Grundlage beruhende staatliche Regelung kann dem Nachwuchs erschöpfende Hilfe bringen und diese schöpferischen Kräfte dem Volksganzen nutzbar machen und ihre Erhaltung gewährleisten.

Nur auf diesem Wege kann das Ziel erreicht werden: Die Erhaltung des Anwalts als wirtschaftlich unabhängiger Fürsprecher der Volksgenossen und die Erhaltung und Betretung des juristischen Nachwuchses mit seiner schöpferischen Kraft.

### **Einschaltung des Amtsarztes an Stelle des Staatsanwalts in Ehekreiten**

#### **Ein Vorschlag**

Nur im Ausnahmefall macht der Staatsanwalt von seinem ihm als Vertreter der Staatsgewalt durch § 607 ZPO. eingeräumten Rechte Gebrauch, in einer Ehefache zu erscheinen.

Er wohnt höchstens dann einem Termin bei, wenn ein öffentliches Interesse, wie die Scheidung der Ehe eines Beamten oder eines Anwaltes, die im Dienststrafverfahren oder Ehrengerichtsverfahren sich gegebenenfalls noch zu verantworten haben, vorliegt.

Diese Teilnahme würde, da ihm jederzeit dieses Ermittlungsrecht unbeanstandet als Staatsvertreter verbleibt, keinesfalls beschneidet werden, wenn im Wege der Gesetzesänderung § 607 ZPO. die bisherigen Rechte des Staatsanwaltes auf Teilnahme am Verfahren in Ehefachen auf die Gesundheitsämter übertragen würden.

Diese Übertragung ist organisatorisch um so leichter, als am Sitz eines jeden LG. und OLG. nach § 2 der 1. DurchfVO. v. 6. Febr. 1935 zum Gesetz über die Vereinheitlichung des Gesundheitswesens v. 3. Juli 1934 ein Gesundheitsamt unter Leitung eines Amtsarztes eingerichtet ist. Aus der Ehescheidungspraxis heraus muß jeder volksverbundene Jurist, der in die Persönlichkeit der Ehegatten, ihre Lebensgewohnheiten, die sozialen Gründe, die bei der Ehegefährdung mitwirken, sich zu vertiefen vermag, feststellen, daß oft die bekanntesten und gewissenhaftesten Richter scheitern, sobald eine Partei nach begründeter Ansicht ihres Vertreters oder des Gegners pathologisch erscheint.

Ein Richterkollegium lehnte, obwohl der Psychopath sowohl in Briefen wie nach der glaubhaften Darstellung der Ehefrau fröndig Selbstmordabsichten äußerte, unbegründet weinte und dann in blinder Eifersucht die Frau mißhandelte, den Antrag auf Verneinung des Sachverständigen ab. Fiskalische Bedenken — Belastung des Staates mit den Sachverständigenkosten — mögen mitgesprochen haben.

Sie dürfen aber keine Rolle spielen in einer Zeit der Rassebereinigung, wo außerdem jeder Prozeß, wird er von einem vorgebildeten Amtsarzt mit verfolgt, Anlaß zum Einschreiten nach rassegesetzlichen Grundfäden geben kann. Sogar die Eheberatung, zu der die Gesundheitsämter durch § 3 Gef. v. 3. Juli 1934 verpflichtet sind, würde hierdurch gefördert.

Der Amtsarzt, der bereits zugezogen ist, sofern die vorgeschlagene Abänderung des § 607 ZPO. Gesetz wird, gibt in der Verhandlung

sein Gutachten ab. Wie oft wird er bei Psychopathen bestätigen müssen, daß sie zu Gedankensprüngen neigen, erinnerungslos sind bzgl. aller sie belastenden Handlungen, dagegen in freier Phantasie den anderen Eheeteil unwahrer Tatsachen, ja sogar Straftaten beschuldigen. Trifft der Amtsarzt derartige Feststellungen, wird gerade bei Ehezertrittung aus § 1568 BGB., dem beliebtesten Scheidungsgrund, wenn nicht Ehebruch nachgewiesen werden kann, sein Gutachten von besonderer Bedeutung sein. Einmal stärkt es die Glaubwürdigkeit des gesunden Ehepartners, andererseits erfahren die Aussagen mißgünstiger Verwandter, die allein meist als Kronzeugen herangezogen werden können, eine Entkräftung.

Viele Fehlurteile werden vermieden.

Der psychiatrisch geschulte Blick des Amtsarztes, der auch Gelegenheit hat — besonders in Landkreisen — die in Scheidung liegende Familie näher zu kennen, wird ein unentbehrlicher Helfer der Rechtssicherheit im Eheprozeß.

Es braucht nicht betont zu werden, daß durch Aktenvorlage er sich vorher äußern kann, ob seine Teilnahme erforderlich erscheint.

Seine Mitwirkung ist aber vom Gericht auch im Falle des § 1567 Abs. 2 Ziff. 2 BGB. in Erwägung zu ziehen. So kann die Mißheute heute den arischen Ehegatten aus innerster Überzeugung dazu verleiten, die häusliche Gemeinschaft aufzugeben, ohne daß eine bössliche Absicht vorliegt.

Eine Charakterbeurteilung des Ariers durch den Amtsarzt zur Frage der Ernstlichkeit der Trennung der Hausgemeinschaft aus nachträglich erwachtem Rassebewußtsein wird für die richterliche Verneinung der „bösslichen Absicht“ oft ausschlaggebend sein.

Bei § 1569 BGB. (Scheidungsgrund Geisteskrankheit) wird neben das Gutachten des Amtsarztes stets dasjenige eines Gerichtspsychiaters als Obergutachters treten müssen.

Bei Anzeichen der Degeneration, die in das Rassegesetz fällt, ist es Pflicht des Amtsarztes, hierauf hinzuweisen, weil sie den gesunden Ehegatten zur Verweigerung des Geschlechtsverkehrs berechtigen kann, sie keinen Grund bildet, diesen Eheeteil für mit schuldig an der Ehezertrüttung zu erklären.

Viel mehr, wie es vor dem Aufbau der Rassegesetzgebung geschah, muß der deutsche Richter — namentlich unterstützt vom Arzt — auch Ehefragen vom Gesichtspunkt der für das deutsche Volk notwendigen Erb- und Rassenpflege betrachten.

Dr. Ernst Böttger, Berlin.

### Jur Frage der Vergleichsgebühr in Ehefachen

Das Verfahren in Ehefachen ist durch die §§ 606 ff. ZPO. besonders geregelt. Es unterliegt aber, soweit nicht ausdrücklich Abweichungen bestimmt sind und diese reichen, den allgemeinen Verfahrensregeln der ZPO. Die Abweichungen des Eheprozesses vom ordentlichen Verfahren beruhen auf dem öffentlichen Interesse, daß eine Ehe nicht aus Gründen aufgehoben werde, die das Gesetz nicht als Aufhebungsgründe anerkennt — und umgekehrt, eine Ehe nicht von Bestand bleibe, die das Gesetz für nichtig erklärt (Stein-Jonas, ZPO. vor § 606 IV, 2). Dementsprechend ist der hier nur näher zu betrachtende Ehescheidungsprozeß einer dem Bestand der Ehe nachteiligen Verfügung der Parteien entrichtet (§ 617 ZPO.). Die Parteiherrschaft ist damit nur für die sog. ehefeindlichen Tatsachen ausgeschlossen. Um zu erkennen, welche Tatsachen ehefeindlich sind, muß man sich vergegenwärtigen, daß Prozeßgegenstand nicht der Bestand der Ehe, sondern ihr Auflösungsverlangen ist, sich die Ehefeindlichkeit einer Tatsache also erst als Rückwirkung aus ihrer Bezogenheit auf die jeweilige Prozeßsituation ergibt. Denn sonst bliebe unverständlich, daß dieselben Tatsachen einmal ehefeindlich, einmal ehefreundlich sein können, ja gleichzeitig ehefeindlich und ehefreundlich verwertet werden können.

Aus Vorstehendem beantwortet sich auch die Frage nach der Zulässigkeit des Vergleiches als streitbeilegender Prozeßhandlung der Parteien im Ehescheidungsprozeß. Er ist da zulässig, wo er der Erhaltung der Ehe dient (ebenso Baumhach, ZPO. § 617 Anm. 3 C). Es geht also zu weit, die Möglichkeit eines Vergleiches im Ehescheidungsprozeß aus weltanschaulichen und rechtlichen Gründen schlechweg zu verneinen, wie es z. B. das RG., Beschl. v. 28. Sept. 1931, abgedr. bei Gaedeker, KostNpr. Nr. 106, f. a. JW. 1934, 914 und jetzt auch OLG. Kassel: JW. 1934, 1255 (bagegen Voerger: JW. 1934, 2085) tun. Die weltanschaulichen Gründe sind durch die bestehende gesetzliche Regelung bereits in deren Umfang zur Geltung gebracht, die sich nur gegen eine außergesetzlich beabsichtigte Vernichtung der Ehe richtet. Wenn das RG. a. a. O. ausspricht, in Ehefachen sei der Streitgegenstand einer materiellrechtlichen Verfügung der Streitparteien, also auch einer vergleichweisen Verfügung entzogen, so ist dies nicht richtig. Prozeßrechtlich liegt darin — wie eben dargelegt — eine unbegründete Verallgemeinerung. Aber auch materiellrechtlich ist dies richtig. Denn gültig ist ein Verzicht auf das Scheidungsrecht, gleichviel ob er sich auf das Scheidungsrecht selbst oder dessen Geltendmachung bezieht, wobei der Verzicht unter den allgemeinen Regeln über Rechtsgeschäfte steht (RGKomm. § 1570 Anm. 5). Auch für den materiellrechtlichen Vergleichsbegriff genügt es, daß lediglich die Verwirklichung eines Anspruches unsicher ist. Dies ist im Prozeß stets der Fall. Das prozessuale und gebührenrechtliche Erfordernis der Streitbeilegung, also der Beendigung des Rechtsstreits ohne richterliche Entscheidung (so RG.: JW. 1934, 2710), erfüllt ein Vergleich auch hier.

Die Vergleichsmöglichkeit „zur Hauptsache“ wird aber für den Ehescheidungsprozeß dann wesentlich eingeschränkt, wenn die Herbeiführung der Ausöhnung der Parteien im Prozeß wegen ihres Ergebnisses als Verzeihung aufgefaßt wird, die von sich aus gemäß § 1570 BGB. die Ehescheidungsgründe zum Erlöschen bringt. Verzeihung ist anders als der Verzicht auf das Scheidungsrecht kein Rechtsgeschäft, sondern lediglich die Bekundung eines inneren Vorganges und damit ein tatsächlicher Vorgang (RG. ständig). Für einen Vergleich zur Hauptsache bleiben dann die Fälle übrig, in denen die Parteien die Aufrechterhaltung der Ehe ohne Verzeihung oder Ausöhnung herbeiführen. Selbst wenn die Ausöhnung im Ehestreit nur eine rechtlich erhebliche Tatsache ist (so OLG. Kassel a. a. O.), so wird aber dadurch die rechtliche Zulässigkeit eines Vergleiches über die

Prozeßkosten des Ehestreites nicht ausgeschlossen. Denn die Gründe, die den Prozeß einer ehefeindlichen Verfügung der Parteien entziehen, liegen eben nicht auf vermögensrechtlichem Gebiet. Sie schließen daher nicht aus, daß sich die Parteien über vermögensrechtliche Punkte aus der Zeit ihrer Entzweiung, die durch die Tatsache der Ausöhnung beendet wird, rechtswirksam einigen. Hierzu gehören auch die durch den Prozeß bis dahin ausgelösten Kostenansprüche. Diese sind rechtswirksam vorhanden, selbst wenn das Armenrecht nicht nur einer, sondern beiden Parteien bewilligt ist. Denn die Armenrechtsbewilligung bewirkt nur eine vorläufige, d. h. also eine unter dem Vorbehalt der Nachzahlungsanordnung stehende Befreiung von Gerichts-, Anwalts- und Gerichtsvollzieherkosten für die betreffende Partei und hat keinen Einfluß auf eine Erstattungsverpflichtung im Verhältnis von Partei zu Partei (vgl. OLG. Dresden: JW. 1935, 804 mit Anm. Thiemann ebd.).

Die Ausöhnung der Parteien beendet aber als Tatsache einen anhängigen Prozeß nicht. Es muß vielmehr folgen ein Urteil oder Parteierklärungen, die dieses ersparen. Liegt eine Einigung über die Kosten vor, so zeigt sich vielmehr, daß es sich bei ihr um einen echten Prozeßvergleich handelt. Denn er beendet das Prozeßrechtsverhältnis in dem Punkte wirksam, der jedenfalls noch vorhanden und der Parteivereinbarung zugänglich ist. Voraussetzung ist lediglich — wie auch sonst —, daß die Merkmale des gegenseitigen Nachgebens vorliegen, d. h. hier im Kostenpunkt eine von der gesetzlichen Kostenfolge abweichende Vereinbarung getroffen wird (so auch OLG. Kiel: JW. 1934, 1194; OLG. Düsseldorf: JW. 1935, 68).

Selbst das RG. (JW. 1934, 914; Gaedeker Nr. 108) erkennt an, daß auch in Ehefachen die Parteien eine Vereinbarung über die Kostenregelung treffen können, die prozessual und sogar auch kostenrechtlich als Übernahme von Kosten i. S. des § 79 GRG. wirksam ist. Diese Vereinbarung anzuerkennen, ihr aber gleichzeitig den Charakter als Vergleich i. S. des § 13 RWGebD. abzusprechen, ist ein Widerspruch in sich. Denn selbst das RG. erkennt weiter an, daß im allgemeinen eine derartige Vereinbarung sich zugleich als Vergleich i. S. des § 13 RWGebD. darstellt. Die Vereinbarung erfüllt auch hier bereits den Tatbestand des Vergleichs i. S. des § 13 RWGebD., da die Entscheidung des Gerichts erspart werden soll und erspart wird (RG.: JW. 1934, 568, 2710). § 13 bietet keine Handhabe, die Vergleichseigenschaft wieder zu verneinen. Auch die Besonderheiten des Eheprozesses begründen dies nicht, wie oben dargelegt ist. Früher hat derselbe Kostenjenat des RG. (JW. 1931, 1116) richtigerweise ausgesprochen, daß in der prozessualen Verknüpfung der Rücknahme von Klage und Widerklage mit dem Ziel der Aufrechterhaltung der Ehe das Zustandekommen eines Vergleiches i. S. des § 13 RWGebD. zu erblicken ist.

RA. Dr. P. Bach, Freiburg i. Br.

### Hilfskasse für deutsche Rechtsanwälte

Eine außerordentliche Hauptversammlung wird auf

Sonntag, den 26. Mai 1935, mittags 13 Uhr,

nach Leipzig, Anwaltszimmer des Reichsgerichts, berufen.

Gegenstand der Tagesordnung ist:

Auflösung der Hilfskasse gemäß §§ 36, 37 der Satzungen.

Leipzig, den 6. Mai 1935.

Brücklmeier,  
Justizrat,  
Vorsitzender.

## Aus dem BNSDF. und der Deutschen Rechtsfront

### Recht und Sachverständiger

Nach dem nationalsozialistischen Gedankengut ist das Gesetz kein Selbstzweck, sondern ein Mittel zum Zweck, nämlich zum Zweck der Schaffung und Erhaltung der völkischen Ordnung. Der Rechtswahrer ist nun im Gegensatz zum bloßen Gesetzesanwender Wahrer der Ordnung. Unter der Herrschaft der Begriffs- und Normenjurisprudenz konnte der Sachverständige nicht Rechtswahrer sein. Denn Recht war gleich Gesetz. Die Anwendung des Gesetzes, d. h. die Unterordnung eines konkreten Sachverhaltes unter eine gesetzliche Norm, war dem Richter vorbehalten. Nun ist das Recht seiner Natur nach total, d. h. es gibt überhaupt keinen Gegensatz im Leben eines Volkes, gegenüber

dem das Recht sich grundsätzlich gleichgültig verhalten könnte. Nach der gesetzlichen Seite hin war der Jurist umfassend und universal gebildet. Nach der tatsächlichen Seite hingegen ist er jedoch, wenn er nicht etwa ein besonderer Spezialist auf einem bestimmten Einzelgebiet ist, meist unkundig. So bedient sich denn der Richter nach der tatsächlichen Seite hin des Sachverständigen, der aus seiner Sachkunde heraus über die tatsächlichen Zusammenhänge seines Gebietes Aufschluß zu geben vermag. Der Jurist, der auf Grund seiner einseitig gesetztechnischen Vorbildung, meist auch im großen und ganzen keinen richtigen Einblick in die völkischen Ordnungszusammenhänge hatte, war sich später dieses Mangels wohl bewußt, es wurde daher den Juristen eine Zeitlang die sog. Rechtstatistenforschung anempfohlen. Diese Rechtstatistenforschung oder besser Rechtstatistikenkunde ist das eigent-

liche Aufgabengebiet des Sachverständigen, und auf diesem erweist er sich als Rechtswahrer. Der Sachverständige hilft heute dem Richter bei der Erkenntnis der lebendig wirklichen Ordnungsbeziehungen. Die Trennung zwischen Gesetz und Rechtstatfachen gibt es heute nicht mehr. So kann auch heute nicht mehr die sachverständige von der richterlichen Tätigkeit getrennt werden. Die beiden Tätigkeitsgebiete sind durch die gemeinsame Rechtswahereigenschaft verbunden. An die Stelle des Gegenfaches der rechtlichen und der tatsächlichen Sphäre hat der Nationalsozialismus die Einheit wirklich lebendiger Ordnung gesetzt. Im Rahmen dieser Einheit kann der Richter nur die großen Ordnungszusammenhänge kennen. Im einzelnen ist er nach wie vor auf den Sachverständigen angewiesen. Die Antwort auf die Frage nach dem Verhältnis von Gesetz und Recht, die der Nationalsozialismus von der lebendigen Volksordnung her gibt, verleiht auch der Tätigkeit der Sachverständigen ihren rechten und eigentlichen Sinn.

Das ist natürlich auf das Ethos des Sachverständigen und auf die Anforderungen, die an ihn im Dritten Reich zu stellen sind, nicht ohne Einfluß. Der Sachverständige ist nicht nur im Gerichtsverfahren, sondern auch außerhalb desselben tätig. Das muß er auch sein, weil er die erforderlichen Kenntnisse und Erfahrungen meist erst durch jahrelange, oft lebenslange praktische Tätigkeit auf dem fraglichen Fach- oder Lebensgebiet erwerben kann. Er ist aber in jedem Falle nicht Repräsentant einseitiger oder eigennütziger Partei- oder Wirtschaftsinteressen, wie es unter der Herrschaft artfremder Elemente und Wirtschaftskonstruktionen vielfach der Fall war, sondern er ist Kenner und Anwalt des Richtigen, das er auf seinem Sachgebiet besonders zu beherrschen imstande ist. Als solcher ist er aber niemals Diener eigennütziger Interessen, sondern immer Treuhänder des Rechts auch in seiner Tätigkeit außerhalb des Gerichtsverfahrens. Als man um die Jahrhundertwende dazu überging, Sachverständige allgemein zu vereidigen, d. h. ihnen den unbedingten Willen zur absoluten Objektivität zur Pflicht zu machen, war man sich darüber klar, daß nur allzu leicht durch Bindungen an Personen, Firmen, Wirtschaftsvertretungen unbewußt oder bewußt die Unparteilichkeit gefährdet werden konnte. Leider wurde die beabsichtigte Heraushebung der Tüchtigsten nicht

erreicht und die Zahl der wirklich zuverlässigen unabhängigen Sachverständigen war nur gering. Es galt allgemein die Anschauung, daß man für Geld jedes Gutachten haben könnte.

Dem natürlichen Rechtsempfinden des deutschen Volkes entspricht es nur, wenn der Sachverständige von den Parteien gelöst, über den Parteien stehend, seine Gutachtertätigkeit ausübt, wenn die Unabhängigkeit des Sachverständigen durch eine strenge Auslese in charakterlicher und fachlicher, besonders aber rassistischer Beziehung gewährleistet ist und diese durch eine herausgehobene Einrichtung erfolgt. Zu diesem Zwecke schuf innerhalb der Deutschen Rechtsfront der Reichsjuristenführer Reichsminister Dr. Frank die Reichsrechtsfachgruppe für das Sachverständigenwesen, die im weiten Rahmen der Rechtsreform nunmehr die dargelegten Aufgaben zu erfüllen hat. Wenn infolge der durch die R.D. zur einheitlichen Regelung der Gerichtsverfassung v. 20. März 1935 erfolgten Aufhebung der allgemeinen gerichtlichen Vereidigung von Sachverständigen eine Lücke insofern entstanden zu sein scheint, als man jetzt einer gesetzlich bestimmten zentralen Stelle entbehrt, die den Behörden, der Wirtschaft und jedem einzelnen Volksgenossen den wirklich zuverlässigen, unabhängigen sachverständigen Sachmann und Kenner der verschiedenen Lebensgebiete vermittelt, so entspricht dies nicht den Tatsachen, da in Gestalt der Reichsrechtsfachgruppe für das Sachverständigenwesen eine solche Zentralstelle durchaus vorhanden ist. Darüber hinaus bietet die Reichsrechtsfachgruppe als eine im Rahmen der Rechtsreform liegende Einrichtung die Gewähr, daß sie der lebendigen Volksordnung entspricht und damit die Tätigkeit der Sachverständigen den rechten und eigentlichen Sinn bekommt.

### Dr. Frank Leiter des Strafrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht

Reichsminister Dr. Frank hat als Präsident der Akademie für Deutsches Recht die Leitung des Strafrechtsausschusses dieser Einrichtung selbst übernommen.

## Schrifttum

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

Prof. Dr. Noack, Rechtsanwalt und Notar, Halle: **Hilfe für die Anwaltschaft?** Leipzig 1935. Verlag W. Moeser Buchhandlung. Preis 0,70 R.M. <sup>1)</sup>

Eine erschütternde Abhandlung.

Mühternes Zahlenmaterial, das mit ungeheurem Ernst und unerbittlicher Härte die Lage der deutschen Anwaltschaft aufweist, den Zustand unmittelbar vor dem wirtschaftlichen Zusammenbruch. 18 780 Anwälte, unter ihnen 1000 frühere Beamte, über 16 000 Rechtsstudierende, über 6000 Gerichtsassessoren, jährlich etwa 2500 neue Gerichtsassessoren, von denen nur 400 bis 500 von der Justiz übernommen werden; Rückgang der ordentlichen Prozesse vor dem O.G. in zehn Jahren von 343 210 auf 104 523, von 16 421 Urkunden- und Wechselverfahren auf 5530, von 94 555 Arrestverfahren auf 51 885! Rückgang der Amtsgerichtsverfahren gegenüber 1930/31 um 45,7%.

7862 Anwälte hatten im Jahre 1933 ein steuerpflichtiges Gesamteinkommen unter 3000 R.M.; berücksichtigt man die weitere Verschlechterung der Lage im Jahre 1934 und die Zahl der Anwälte, die zwar über 3000, aber noch nicht 6000 R.M. jährliches Gesamteinkommen haben, so ergibt sich, daß 62% der deutschen Anwälte das Existenzminimum nicht mehr erreichen. Dies ist der augenblickliche Zustand, der trotz der besonderen Fürsorge des Reichsjuristenführers Dr. Frank und der großen Bemühungen des Reichsrechtsfachgruppenleiters Dr. Raake nicht verhindert werden konnte. Wäre die Arbeit dieser Männer nicht gewesen, der Zusammenbruch der Anwaltschaft wäre schon erfolgt!

Im Anschluß an die Darstellung des Zahlenmaterials der Gegenwart und der zahlenmäßigen Aussichten der Zukunft — jährlicher Zugang von 2000 Anwälten — untersucht Noack die Möglichkeiten der Abhilfe. Er kommt bei Berücksichtigung des von der Reichsrechtsfachgruppe „Rechtsanwälte“ entworfenen Selbsthilfeprogramms zu dem Ergebnis: Soll nicht der Existenzverlust aller eintreten, so dürfen in der Zukunft nur so viel

Assessoren zur Anwaltschaft zugelassen werden, als einem natürlichen Abgang der Zahl der Anwälte aus dem Jahre 1913 entspricht. Zwei Opfer sind hierzu erforderlich: 1. die Berufsgeoffenen, die das 65. Lebensjahr erreicht haben, müssen ausscheiden; für die Vermögenslosen unter ihnen sind jährlich 3000 R.M. aufzubringen, und 2. die Zulassung zur Anwaltschaft muß beschränkt werden.

Die Stellungnahme zu den Vorschlägen bleibt besonderen Aufsätzen vorbehalten.

Dr. Wilhelm Studart, Staatsrat: **Nationalsozialistische Rechts-erziehung.** Frankfurt a. M. Verlag Moritz Diesterweg. Preis 1,50 R.M.

Der Verfasser hat es verstanden, in knappster Form mit großer Sachkenntnis Wege zu einer wirklichen Rechts-erziehung im Sinne der nationalsozialistischen Lebensanschauung zu weisen. Er fordert mit eingehenden Vorschlägen nicht nur eine neue Art der Ausbildung des juristischen Nachwuchses, sondern darüber hinaus eine Erziehung des gesamten Volkes zum Verständnis seines Rechts. Die Jugend soll bereits in der Schule und der Hitlerjugend mit den Grundgedanken der deutschen Rechtsanschauung vertraut gemacht werden. Deshalb sollen die Lehrer und Jugend-erzieher in einem ganz anderen als dem bisherigen Maße während ihrer Ausbildung die allgemeinen Zusammenhänge der Rechts-ordnung und deren Grundanschauungen kennenlernen. Der Verfasser fordert mit vollem Recht, daß die Rechtskrise sowohl von den Seiten der Rechtswahrer als auch besonders durch die Erziehung der gesamten Volksgemeinschaft bekämpft werden muß.

Der Verfasser gibt außerdem bei der Betrachtung der Rechts-krise und ihrer Ursachen eine lebensvolle Darstellung der un- glückseligen Folgen der Rezeption des römischen Rechts.

Das eingehende Studium der von einer hohen kulturellen Werte geschriebenen Broschüre kann daher nur allen an der Rechts-erziehung Beteiligten dringendst ans Herz gelegt werden.

OGK. Dr. Karl-August Griffl, Berlin.

<sup>1)</sup> Vgl. den Aufsatz Gaertner oben S. 1393 ff.

**Dr. Günther Stier: Das Recht als Kampfordnung der Rasse.**

Berlin 1934. Carl Heymanns Verlag. Preis 1,80 R.M.

Die Schrift ist unter den zahlreichen Neuerscheinungen eine erfreuliche Arbeit. Sie zeichnet sich durch eine folgerichtige Anwendung der lebensgesetzlichen Rechtslehre aus. Grundsätzlich wäre jedoch bei einer Neuauflage darauf zu achten, daß der Begriff „Rasse“ stets nur in eindeutiger Weise Anwendung findet und nicht bald als Bezeichnung für Systemrasse und bald als Vitalrasse (Erbgut, das von Geschlecht zu Geschlecht weitergegeben wird); denn nur, wenn wir Begriffsklarheit walten lassen, ist es möglich, zu für die Wirklichkeit brauchbaren Ergebnissen zu kommen.

Etwas gemagt erscheint mir auch die Übersetzung des lateinischen Wortes *privare*. *Privare* heißt nicht nur rauben, *privare* heißt auch absondern. Daher kann man nicht ohne weiteres das Privatrecht als Beuterecht der fremden Räuber bezeichnen. Vor Übertreibungen müssen wir uns hüten.

Ebenso empfiehlt es sich nicht, von Reinrassigkeit zu sprechen, da es reinrassige Menschen heute kaum geben dürfte. Der Verf. meint wahrscheinlich frei von außereuropäischen Rassenanschlägen. Auch ist es nicht richtig zu sagen „nordisch-deutsche Rasse“: eine deutsche Rasse gibt es nicht, es gibt nur ein deutsches Volk. Entweder sprechen wir von einer nordischen Rasse oder vom deutschen Volk, das nordisch bestimmt ist.

Zu der Schriftumszusammenstellung ist zu sagen, daß Kreisler sich nicht für den Rassengedanken eingesetzt hat, so wie er vom Nationalsozialismus vertreten wird.

Es ist besser, in einer Schriftumszusammenstellung wenigstens durch einen kurzen Zusatz den Charakter der angeführten Arbeiten zu kennzeichnen.

Zu dem großen Erläuterungswerk Gütt-Rüdine-Ruttkle ist zu sagen, daß dieses Werk auch rechtswissenschaftlich ausgerichtet ist. Auch trifft es nicht zu, daß Kopp in seiner Arbeit: „Geseßliche Unfruchtbarmachung“ die Erfolge der nordischen Länder auf dem Gebiete der Sterilisierung an Hand von Krankengeschichten nachweist. Als die Arbeit von Kopp erschien, besaß nur Dänemark ein Sterilisierungsgesetz. Daher finden sich hier auch nur Krankengeschichten aus Dänemark.

Allgemein wäre noch zu sagen, daß alle Arbeiten, die zur Frage Rasse und Recht Stellung nehmen, möglichst fremdwortfrei zu halten sind.

Dr. Ruttkle, Berlin.

**Dr. med. Heinrich Wichern: Erbkrankheit und Weltanschauung.**

Göttingen 1934. Verlag Vandenhoeck und Ruprecht. Preis 1,35 R.M.

Die Stellung des Protestantismus zur Unfruchtbarmachung darzulegen, eine wissenschaftliche Begründung und den Nachweis der religiös-sittlichen Berechtigung des „Geseßes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses“ in allgemeinverständlicher Form zu geben — das ist die gestellte und in hervorragender Weise gelöste Aufgabe dieses Büchleins: „Erbkrankheit und Weltanschauung“. Von evangelischer Seite dürfte kaum jemand hierfür berufener sein als Dr. med. Heinrich Wichern. Der Name Wichern ist seit Jahrzehnten mit der evangelischen Kirche und der „Inneren Mission“ verknüpft; der Großvater des Verf. war der Begründer des Zentralausschusses der Inneren Mission. Daß auch die medizinischen Voraussetzungen erfüllt sind, dafür bürgt die Stellung des Verf. als Leitender Arzt am Städtischen Krankenhaus in Bielefeld und seine Tätigkeit in der Inneren Mission.

In klaren, jedem verständlichen Worten gibt Wichern zunächst die wichtigsten Tatsachen der Vererbungslehre, die als Unterlagen für das Verständnis des Geseßes erforderlich sind. Alsdann zeigt er an Hand feststehender Forschungsergebnisse die verheerende „Streuwirkung“ der Erbkrankheiten, ihre Ausbreitungsweise und die Art ihres Erscheinens (überdeckend und überdeckbar) und unter Nachweis der in amtlichen Statistiken enthaltenen und auch aus den Erhebungen der Inneren Mission gewonnenen Zahlen die gefährliche erbgesundheitsliche Lage des deutschen Volkes vor Erlass des Geseßes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses.

Gegenüber den von anderer Seite, auch von anderen Konfessionen erhobenen Einwänden, man müsse die von Gott den Menschen aufgebürdeten Lasten und Krankheiten tragen, man könne sie allenfalls mildern und müsse daher versuchen, die Erbkrankheiten zu heilen, dürfe aber nicht zur Unfruchtbarmachung greifen, weist Wichern mit überzeugenden Ausführungen nach, daß auch nach evangelischer Anschauung hier nur die Bekämpfung durch die Beseitigung der ursprüng-

lich ererbten Anlage möglich ist. Die Ausmerzungen der Krankheitsanlage ist die einzige geeignete Maßnahme. Mit Recht betont der Verf., daß man auch hier lernen müsse, von dem Einzelwesen sich loszumachen und die Betrachtung von der Lage des Volksganges aus zu unternehmen. Er zeigt, wie die Erbkrankheiten im wesentlichen zu einer Absonderung aus der menschlichen Gemeinschaft führen, und daß sich hierin schon deutlich das Herausfallen der Geisteskranken aus der gesamten Lebensseinheit des Volkes ausprägt. Wollten wir nicht die — vielleicht letzte — Möglichkeit der Erhaltung und Erneuerung einer gesunden Erbmasse des ganzen Volkes ergreifen, so fielen wir dem Rassen- selbstmord anheim.

Insgesamt stellt die Schrift Wicherns ein in Wahrheit und Freiheit abgegebenes Bekenntnis zu der großen Zukunftsfrage unseres deutschen Volkes dar, das Wichern als ein ernstes Anliegen der evangelischen Bevölkerung bezeichnet. Das Büchlein ist zur Unterrichtung über die Notwendigkeit der getroffenen Maßnahmen bestens geeignet, es vermittelt gleichzeitig einen tiefen Eindruck von dem hohen sittlichen Gehalt des von der nationalsozialistischen Regierung zur Befundung unseres Volkes erlassenen Geseßes — und leistet fruchtbare Aufbauarbeit. [L.]

**Dr. Friedrich Burgdörfer, Direktor im Statistischen Reichsamt: Volk ohne Jugend. 3. Auflage. Berlin 1934. Verlag Kurt Bowinkel. Preis geb. 8 R.M.**

Seit Jahren ist der Verf., der mit dem Rüstzeug des Fachmanns den mächtigen ihm zur Verfügung stehenden Zahlenstoff verarbeitet, darum bemüht, das fortschreitende Maß der gewollten Geburtenbeschränkung und die Gefahren darzustellen, die sich daraus für die Gegenwart und für eine nähere und fernere Zukunft Deutschlands ergeben, zugleich aber das öffentliche Gewissen aufzurütteln, daß dem verhängnisvollen Rückgang Einhalt geschehe, und die Möglichkeiten aufzuzeigen, mit denen eine Einkehr und Umkehr durch Maßnahmen wirtschaftlicher Art gefördert werden kann.

Der bearbeitete Zahlenstoff spricht eine eindringliche Sprache. Einzelheiten daraus wiederzugeben, fehlt hier der Raum. Von besonderer Wichtigkeit sind die Folgerungen, die Burgdörfer zieht. Das nach Maß und Wirkung bedeutsamste davon ist die Forderung, daß den kinderreichen Familien für ihre starke wirtschaftliche Vorausbelastung ein fühlbarer Ausgleich zuteil werden müsse, mit anderen und nüchternen Worten, daß die Ledigen, die Kinderlosen und die Kinderarmen zu den Lasten der Familie innerhalb des Gesamtvolks heranzuziehen seien.

Ich selbst hatte schon vor 20 Jahren dieselbe Forderung aufgestellt auf Grund eines freilich bescheidenen Zahlenstoffes, den ich mir nicht eben einfach hatte verschaffen müssen. Schon damals bestand die sich aus einem fortschreitenden Geburtenrückgang ergebende Sorge um die Zukunft. Für mich war freilich daneben ein anderer Gesichtspunkt in besonderem Maße wirksam: das Gefühl für das Unrecht, das darin liegt, daß der Familienvater für die wertvollen Dienste, die er dem Volk durch die Aufzucht des Nachwuchses leistet, gestraft wird, indem er gegenüber den Kinderlosen und den Kinderarmen seiner Einkommenssicht wirtschaftlich in die Enge gedrückt ist. So kam auch ich zu der Forderung eines das Gesamtvolk umfassenden Teilausgleichs der Familienlasten („Geseßliche Zulagen für jeden Haushalt“, 1916, 3. Heft, Stuttgart).

Die Jahre seitdem waren solchen Forderungen nicht günstig. Mehr Beachtung und Gehör fanden Schlagwörter wie „Gebärfreiheit“, und an den maßgebenden Stellen zeigte sich keine Begünstigung für Pläne, die dem Junggeßellen und dem Kinderarmen die „unerhörte Zumutung“ stellten, sich von seiner erfreulichen Lebenshaltung etwas zugunsten der „Kinder der Andern“ abknappen zu lassen. Die „Maßgebenden“ sind eben nicht mit vielen Kindern gesegnet gewesen.

Die Lage hat sich gewandelt. Wir kennen wieder den Wert eines an Zahl und Güte gefundenen Volksbestandes. Darum darf man heute hoffen, daß Pläne zu seiner Erhaltung, wie sie Burgdörfer in einzelnen entfallt, nicht auf dem Papier stehenbleiben. Was in der neuesten Regelung des Steuerwesens geschehen ist, ist ein erfreulicher Anfang, wenn auch in seinen Wirkungen bescheiden und nur beschränkte Bevölkerungssteile erfassend. Das Große fordert große und starke Entschlüsse. Aber von unserer Reichsführung wissen wir, daß sie das als notwendig Erkante mit starker Hand verwirklicht.

RGA. Dr. A. Zeiler, Leipzig.

**Die Namensänderung auf Grund der preussischen VO. v. 3. Nov. 1919 und der übrigen einschlägigen Bestimmungen** zusammengestellt und erläutert von MinR. Dr. **Walter Kriege**, ORegR. Dr. **Fritz Dpiß** †, ORegR. Dr. **Hans Globke**. Berlin 1934. Verlagsges. H. Müller mbH. Preis kart. 4,40 *R.M.*, geb. 4,80 *R.M.*

Eine zusammenfassende Darstellung des Rechts der Namensänderung, wie sie das vorliegende Büchlein gibt, hat bisher gefehlt. Es ist daher zu begrüßen, daß sich die besonderen Kenner der Materie, MinR. Dr. Kriege, der in den Alpen verunglückte ORegR. Dr. Dpiß und ORegR. Dr. Globke, dieser Aufgabe unterzogen haben. Bei der Kommentierung der einschlägigen Bestimmungen haben die häufigsten Fehler des Publikums eine besonders eingehende Behandlung erfahren, so z. B. die Frage der Vertretung der beschränkt geschäftsfähigen und geschäftsunfähigen Personen im Namensänderungsverfahren. Zahlreiche Formulare und Muster und ein ausführliches Stichwortverzeichnis erhöhen den Wert des Büchleins für die Praxis.

D. S.

**Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts** erläutert von Dr. **Wessau**, Dr. **Hallamit**, Dr. **Lobe**, **Michaelis**, Dr. **Degg**, **Sahn**, **Schliewen** und **Schwarz**, Reichsgerichtsräten und Senatspräsidenten am Reichsgericht. Band IV: Familienrecht. Bearbeitet von Dr. **Hallamit** und **Sahn**. 8. Auflage. Berlin und Leipzig 1935. Verlag de Gruyter & Co. Preis 24 *R.M.*

Den drei ersten Bänden des RGR-Komm. ist nun auch Band 4, der das Familienrecht behandelt, gefolgt. Während bei der Bewertung der Vorschr. insbes. im allgemeinen Teil und im Schuldrecht des BGB. die Gedanken und Grundsätze des neuen Staates in der Rechtsprechung schon in größerem Umfang Eingang gefunden haben, ist dies bei der das Familienrecht behandelnden Rechtsprechung weit weniger der Fall. Die grundlegende Umstellung in der Auffassung, daß nicht mehr das Interesse des einzelnen Familienmitgliedes an sich selbst oder den anderen Gliedern, sondern der Anspruch der Volksgemeinschaft gegenüber jedem einzelnen und jeder Familie ausschlaggebend ist, harret im wesentlichen noch auf den gesetzlichen Niederschlag. Die Rechtsprechung über das Familienrecht konnte daher nur teilweise der neuen Auffassung gerecht werden. Der RGR-Komm., der sich die Darstellung der Rechtsfragen und damit die Verarbeitung der Rechtsprechung zur Aufgabe gemacht hat, enthält deshalb in seiner neuen Auflage des Familienrechts wenig allgemeinere Darlegungen, in welchen den Gedanken des nationalsozialistischen Staates Ausdruck gegeben wird. Dies mag man bedauern, es liegt aber im Rahmen der Anlage des Kommentars.

Im übrigen ist die rein rechtliche Behandlung des Stoffes in ihrer praktischen und sachlichen Zusammenstellung schließlich vollendet. Einer Empfehlung bedarf dieser Standard-Kommentar zum BGB. nicht. In der Praxis wird auch die 8. Auflage als grundlegend anerkannt werden. Auch das Familienrecht ist nunmehr hinsichtlich Gesetzgebung und Rechtsprechung auf den neuesten Stand gebracht worden. So sind beispielsweise die Bestimmungen des Gesetzes gegen Mißbräuche bei der Eheschließung und der Annahme an Kindes Statt kommentiert und Folgerungen aus der Aufhebung der Landesangehörigkeit zugunsten der Reichsangehörigkeit an den einschlägigen Stellen bezeichnet worden. Die neue Auflage ist in seiner vollkommenen, zuverlässigen und tiefgründigen Erfassung der gesamten Rechtsprechung des Familienrechts vorbildlich und unerreicht und kann den Anspruch erheben, auch weiterhin der Kommentar des bürgerlichen Rechts in der Praxis zu sein.

Min. Dr. **Herbert Kalies**, Berlin.

### Eingegangene Bücher

**Berichte über die Lage und das Studium des öffentlichen Rechts.** Von Prof. D. Dr. **Johannes Heckel**, München, Prof. Dr. **Heinrich Henkel**, Marburg, Prof. Dr. **Gustav Adolf Walz**, Breslau, u. Prof. Dr. **Karl Larenz**, Kiel. (Heft 12 der Sammlung „Der deutsche Staat der Gegenwart“, hrsg. von Staatsrat Prof. Dr. **Carl Schmitt**.) Hamburg 1935. Hanseatische Verlagsanstalt. Preis kart. 2 *R.M.*

Dr. **Ernst Rudolf Huber**, o. ö. Prof. der Rechte (Kieler Universitätsreden, neue Folge, Heft 4): **Vom Sinn der Verfassung.** Hamburg 1935. Hanseatische Verlagsanstalt. Preis kart. 1 *R.M.*

Prof. Dr. **Hans Döle**: **Bürgerliches Recht und Reichserbhofgesetz.** Ein Vortrag. Hamburg 1935. Hanseatische Verlagsanstalt. Preis kart. 1,20 *R.M.*

Dr. jur. **Ernst Forsthoff**, ordentl. Prof. an der Universität Hamburg: **Öffentliches Recht. Textsammlung deutscher Reichsgesetze.** Hamburg 1935. Hanseatische Verlagsanstalt. Preis kart. 2 *R.M.*

**Oberbürgermeister Knorr**: **Die Deutsche Gemeindeordnung.** Textausgabe mit der gesamten amtlichen Begründung, der ersten Durchführungsverordnung und der ersten Ausführungsanweisung mit einer Einleitung von Oberbürgermeister Goebeler, Leipzig. München-Berlin 1935. Kommunalschriftenverlag J. Fehle GmbH. Preis 4,30 *R.M.*

Stadt Syndikus Dr. **Fink**, München: **Gesetz zur Ordnung der Arbeit in öffentlichen Verwaltungen und Betrieben.** Erläuterte Handausgabe für die Praxis unter Berücksichtigung aller Durchführungsbestimmungen mit praktischen Beispielen u. Mustern. (Sammlung „Volkstümliches Recht“, Schriftenreihe für praktische Gesetzesanwendung, hrsg. von RegR. Anselm und Bürgermeister Dr. Tempel, München.) Stuttgart. Voorberg-Verlag. Preis kart. 2,80 *R.M.*, geb. 3,50 *R.M.*

**Die Deutsche Gemeindeordnung v. 30. Jan. 1935.** Textausgabe mit der amtlichen Begründung und einer Einführung von Bürgermeister Dr. **Tempel**, 1. Beigeordneter der Stadt München. Stuttgart. Voorberg-Verlag. Preis kart. 1,75 *R.M.*

Stadtrat Dr. **Fischer**: **Handkommentar zum Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung.** Nachtrag IV. Folge 2. Heft (N IV 2). Stuttgart 1935. Verlag W. Kohlhammer.

**Kollmann**: **Reichsversicherungsordnung. Ergänzungsbücher**, 3. Aufl. Bf. I, 2 (V, 2). Stand der Ausgabe März 1935. Stuttgart. Verlag W. Kohlhammer.

Dr. jur. **Adolf Kemó**, Referendar in Hamburg: **Der preussische Staatsrat.** Berlin 1935. Verlag Franz Vahlen. Preis 2 *R.M.*

**Nachtrag zu Dr. Rohmer**, Staatsrat, RegPräs. a. D.: **Die neue Innungsordnung nach dem Stande der Gesetzgebung v. 1. März 1935.** München u. Berlin. C. F. Beck'sche Verlagsbuchh. Preis 0,40 (Preis des Hauptbandes mit Nachtrag 3,20 *R.M.*).

Dr. jur. **Ludwig Zimmerle**, RegR. im ArtM.: **Die neue Vergleichsordnung v. 26. Febr. 1935 nebst Konkursordnung.** Textausgabe mit Einführung, Anmerkungen u. Sachregister. Berlin. Weidmannsche Buchhandlung. Preis 3 *R.M.*

**Schnellkartei des Reichsrechts. 2: Handelsrecht.** 8. Ergänzungslieferung. Ausgegeben März 1935. Köln. Verlag Dr. Otto Schmidt.

**Reichsstraßenverkehrsordnung v. 28. Mai 1934 sowie Einführungsverordnungen, Kraftfahrzeugverkehrsgesetz, Gebührenordnung und Gesetz über die Beförderung von Personen zu Lande.** Textausgabe mit Sachregister. 2. Aufl. (Sammlung deutscher Gesetze Bd. 167.) Mannheim, Berlin u. Leipzig 1935. Deutsches Druck- u. Verlagshaus GmbH. Preis 1,60 *R.M.*

**Gutachten über die Verwaltung des Oldenburgischen Amts- und Amtsverbandes (Landkreises) Wesermarsch.** (3. Sonderheft der Zeitschrift „Reich und Länder“.) Erstattet vom Präs. des Rechnungshofs des Deutschen Reichs. Berlin 1935. Verlag Franz Vahlen. Preis geh. 3,75 *R.M.*, geb. 4,90 *R.M.*

Dr. **Robert Deumer**, Reichsbankdirektor, Vortragender Direktor im Reichsbankdirektorium: **Das Gesetz über die Gewinnverteilung bei Kapitalgesellschaften (Anleihestockgesetz) v. 4. Dez. 1934.** (Sontentagshefte Sammlung Nr. 191 Deutscher Reichsgesetze.) Berlin u. Leipzig 1935. Walter de Gruyter & Co. Preis 2,50 *R.M.*

# Rechtssprechung

## Reichsgericht: Zivilsachen

Berichtet von den Rechtsanwalten beim Reichsgericht  
Justizrat Dr. Kaiser und Huber

1. §§ 6, 1569 BGB. Geisteschwäche ist kein Scheidungsgrund.

Die Rev. vermibt im BU. die ausdrückliche Feststellung einer Geisteskrankheit der Vekl. Das BG. habe nur ein Mittelglied zwischen Geisteskrankheit und Geisteschwäche festgestellt. Das genüge nicht, da der Begriff der Geisteskrankheit i. S. des § 1569 BGB. derselbe sei wie in § 6 Nr. 1. Diese Rüge ist nicht begründet. Wie das RG. wiederholt ausgesprochen hat, unterscheiden sich Geisteskrankheit und Geisteschwäche i. S. des § 6 Nr. 1 nur insofern, als sie verschiedene Grade einer anomalen Geistesbeschaffenheit bedeuten (RG. 50, 207; 130, 71<sup>1)</sup>). Wenn daher im Schrifttum und in der Rspr. des RG. (vgl. z. B. JW. 1902 Beil. 244 Nr. 133) der Standpunkt vertreten wird, daß der Begriff der Geisteskrankheit in § 1569 derselbe sei wie in § 6 Nr. 1, so besagt das nicht mehr, als daß bloße Geisteschwäche keinen Scheidungsgrund darstellt, daß vielmehr ein höherer, als Geisteskrankheit anzusprechender Grad einer anomalen Geistesbeschaffenheit vorliegen muß. Im übrigen stellt das Gesetz für die Entmündigung andere Anforderungen an die Geisteskrankheit als für die Scheidung. Während § 6 Nr. 1 voraussetzt, daß der Geistesranke infolge seiner geistigen Minderwertigkeit seine Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag, kommt es für die Scheidung nicht auf diese Folge an, sondern darauf, daß die Geisteskrankheit — abgesehen von der Dauer — einen solchen Grad erreicht hat, daß die geistige Gemeinschaft zwischen den Ehegatten aufgehoben ist. Beide Voraussetzungen brauchen im einzelnen Falle nicht notwendig zusammenzutreffen, d. h. die geistige Gemeinschaft zwischen den Ehegatten kann infolge der Geisteskrankheit einerseits dauernd aufgehoben sein, auch wenn sie ihn nicht unfähig macht, die Gesamtheit seiner Angelegenheiten zu besorgen, und umgekehrt. Von diesem Standpunkt aus hat das RG. bereits in dem Ur.: RWarn. 1917 Nr. 233 angenommen, daß die Ablehnung der Entmündigung eine Scheidung aus § 1569 nicht ausschließt, und daß die Voraussetzungen der Scheidung wegen Geisteskrankheit auch dann vorliegen können, wenn das Prozegericht den geisteskranken Ehegatten für geschäftsfähig und darum auch für prozeßfähig hält.

Hier hat das BG. den Begriff der Geisteskrankheit nicht verkannt. Es spricht sich ausdrücklich dahin aus, daß ein abnormaler Geisteszustand der Vekl. bestehe, der zweifellos echt und nicht vorgetäuscht sei und mehr als Geisteschwäche bedeute. Wenn das BG. auf Grund der artzlichen Gutachten unter Berücksichtigung des persönlichen Eindrucks der Vekl. annimmt, daß zwar kein einheitliches tiefgreifendes Krankheitsbild, aber doch ein über Geisteschwäche hinausgehender, mit Neigung zu paranoiden (wahnahnlichen) Einstellungen und Auffassungen verbundener psychopathischer Zustand bei der Vekl. vorliege, so ist damit eine Geisteskrankheit i. S. des § 1569 rechtlich einwandfrei festgestellt.

(U. v. 26. Nov. 1934; IV 122/34. — Berlin.) [R.]

\*

\*\*2. §§ 119 ff., 123, 139, 158 BGB. Die Wirkungen einer begründeten Teilanfechtung eines zusammengesetzten Rechtsgeschäftes bemessen sich nach § 139 BGB. ohne Rücksicht darauf, ob sich der Anfechtende darüber klar ist, welche Folgen sich für den Bestand des ganzen Rechtsgeschäftes ergeben, und ob er diese Folgen will. Es hängt

also nicht von dem Willen des Anfechtenden ab, welche rechtliche Wirkung seine Anfechtungserklärung auslöst. Wenn dagegen der ein zusammengesetztes Rechtsgeschäft teilweise Anfechtende mit der Anfechtung zugleich die Erklärung verbindet, daß die Anfechtung nur dann gelten solle, wenn sie den Bestand des Rechtsgeschäftes im übrigen nicht berühre, so ist die Anfechtung unwirksam, da ihr die erforderliche Bestimmtheit fehlt.

Die Anfechtung verträgt nicht die Beifügung einer (echten) Bedingung (RG. 66, 153). Bedingung im Rechtsinne (§ 158 BGB.) ist die einem Rechtsgeschäft hinzugefügte Bestimmung, durch die seine Rechtswirkungen von einem zukunftigen ungewissen Ereignis abhängig gemacht werden. Eine Bestimmung dieser Art ist in vorl. Fall bislang nicht festgestellt. Die Wirkungen einer begründeten Teilanfechtung eines zusammengesetzten Rechtsgeschäftes bemessen sich nach § 139 BGB. ohne Rücksicht darauf, ob der Anfechtende sich darüber klar ist, welche Folge trotz Beschränkung der Anfechtung auf einen Teil sich für den Bestand des ganzen Rechtsgeschäftes unter Umständen ergibt und ob er diese Folge will (Ur. v. 4. März 1911, V 216/10 und v. 11. Febr. 1925, V 205/24). Das gilt unbeschadet der nach § 119 BGB. vorzunehmenden Wertung eines bei Abgabe der Anfechtungserklärung etwa obwaltenden Irrtums. Die Wirkung einer Teilanfechtung hängt mithin nicht von dem Eintritt eines zukunftigen ungewissen Ereignisses ab, sondern ergibt sich, falls sie strettig wird, aus kunstiger Klarstellung eines derzeit nur für die Parteien ungewissen, aber bereits bestehenden Rechtszustandes. Es kann sich also ebenso wie bei einer auf die Vergangenheit oder die Gegenwart abgestellten Bedingung nur um die spätere Aufklärung der Parteien über eine schon eingetretene Rechtswirkung handeln. Mit der im BU. sich findenden Verweisung auf die Bedingungsfeindlichkeit der Anfechtungserklärung läßt sich deshalb die Wirkungslosigkeit einer von dem Vekl. abgegebenen, auf einen Teil des Kaufvertrages beschränkten Anfechtungserklärung nicht begründen.

Weil die Wirkung einer Teilanfechtung ohne Rücksicht auf etwa abweichende Vorstellungen des Anfechtenden sich unmittelbar aus dem Gesetz (§ 139 BGB.) ergibt, kann auch eine die Anfechtungserklärung begleitende Kundgabe der Auffassung des Anfechtenden von dieser Wirkung die Anfechtungserklärung nicht unzulässig machen. Derartige Meinungsäußerungen sind für den Anfechtungsgegner unverbindlich und im Streitfalle für die gerichtliche Beurteilung der dem Gesetz zu entnehmenden Wirkung einer Teilanfechtung unerheblich. Sie tragen auch in die zwischen Anfechtendem und Anfechtungsgegner bestehenden Rechtsbeziehungen keine stärkere Unsicherheit hinein, als sie im Anwendungsbereich des § 139 BGB. bei einem Streit über die Grenzen der Nichtigkeit auch sonst hervortritt. Deshalb wäre es belanglos, wenn der Vekl. durch sein schlüssiges Verhalten nur seiner Rechtsauffassung dahin Ausdruck verliehen haben sollte, daß die Teilanfechtung den Bestand des Kaufvertrages im übrigen nicht in Frage stelle. Dies gilt selbst dann, wenn der Vekl. hinzugesetzt haben sollte, daß er eine dergestalt beschränkte Wirkung der Anfechtung wünsche und gegen die aus abweichender Beurteilung vom Anfechtungsgegner etwa gezogene Folgerung sich zur Wehr setzen werde. Denn es hängt nicht von dem Willen des Anfechtenden ab, welche rechtliche Wirkung seine Anfechtungserklärung auslöst.

Eine andere Beurteilung ist nur dann gerechtfertigt, wenn der ein zusammengesetztes Rechtsgeschäft teilweise Anfechtende mit der Anfechtung zugleich die Erklärung verbindet, daß die Anfechtung nur dann gelten solle, wenn sie den Bestand des Rechtsgeschäftes im übrigen nicht berühre; daß sie mithin als

<sup>1)</sup> JW. 1931, 195.

nicht geschehen behandelt werden sollte, wenn sie entgegen der Vorstellung und dem Willen des Aufsehtenden über den von ihm bezeichneten Rahmen hinaus Wirkungen hervorgerufen müßte. Denn mit einer solchen Erklärung stellt der Aufsehtende es anders als in dem vorgedachten Falle für den Aufsehtungsgegner auf ungemessene Zeit ins Ungewisse, ob er von dem beanspruchten Aufsehtungsrecht überhaupt Gebrauch machen will oder nicht. Sollte der Befl. eine Erklärung dieser Art abgegeben haben und wäre sie so zu verstehen, daß das Wirksamwerden der Aufsehtung nicht von der durch § 139 BGB. bestimmten Rechtslage, sondern von deren künftiger Beurteilung durch das zur Entsch. berufene Gericht abhängen sollte, so wäre die Aufsehtungserklärung allerdings mit einer echten Bedingung verbunden gewesen. Sie hätte, da sie eine solche Bedingung nicht trägt, die nach § 142 Abs. 1 BGB. ihr zukommende Wirkung nicht ausüben können und wäre als sachlich nicht geschehen zu behandeln. Aber auch bei anderer Würdigung einer solchen Erklärung bliebe das Ergebnis das gleiche. Denn eine Aufsehtungserklärung, von der ungewiß bleibt, ob sie gelten soll oder nicht, ermangelt der Bestimmtheit, die für sie im Interesse der Sicherheit des Rechtsverkehrs gefordert werden muß.

(U. v. 19. Dez. 1934; V 200/34. — Kiel.) [v. B.]  
 (= RGZ. 146, 234.)

\*

**B. § 823 BGB. Haftung des Arztes für fehlerhafte Behandlung.** Die Frage, ob dem Verletzten auf Grund seines dem Grundsatz von Treu und Glauben unterliegenden Verhältnisses zu dem Schädiger zuzumuten ist, sich zur Abwendung des Schadens einer Operation zu unterziehen, ist nicht nach einer gleichmäßig anzuwendenden Norm, sondern nur nach den gesamten Umständen des Einzelfalles und unter Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse des Verletzten zu beurteilen.

Der Kl. hat sich am 4. Dez. 1931 Schnittwunden an der rechten Hand zugezogen, die eine ärztliche Behandlung erforderlich machten. Er ist noch an demselben Tage in seiner Wohnung durch den Befl. verbunden und in der Folgezeit behandelt worden. Die drei letzten Finger seiner rechten Hand sind bewegungsunfähig geblieben, weil bei dem Unfall die Strecksehnen der rechten Hand durchschnitten worden sind.

Der Kl. behauptet, die Versteifung seiner drei Finger sei die Folge einer unsachgemäßen Behandlung durch den Befl. Der Befl. habe es verabsäumt, die durchschnittenen Sehnen zu nähen.

Das BG. hat den Anspruch des Kl. auf Rentenzahlung dem Grunde nach zur Hälfte für gerechtfertigt erklärt. Das OBG. hat auf die Berufung des Befl. den Klageanspruch für die Zeit v. 1. März bis 31. Mai 1932 dem Grunde nach zugelassen, im übrigen aber die Klage abgewiesen. Gegen dieses Ur. richtet sich die Rev. des Kl.

Das Verschulden des Befl. findet das BG. nicht darin, daß er, als die Wunde des Kl. noch frisch war, die — nach dem Stande der medizinischen Wissenschaft gebotene — Sehnennaht nicht gleich vorgenommen hat, sondern darin, daß er es unterließ, den Kl., als dieser im Jan. 1932 erneut zu ihm — wenn auch wegen eines anderen Leidens — in Behandlung kam und ihn auf die Versteifung der drei Finger hinwies, über die Notwendigkeit der Bornaht der Sehnennaht zu belehren. Ein Rechtsfehler tritt dabei nicht zutage.

Es kommt lediglich darauf an, ob das BG. mit Recht ein eigenes, seinen Anspruch für die Zeit nach dem 31. Mai 1932 ausschließendes Verschulden des Kl. (§ 254 Abs. 2 BGB.) darin erblickt hat, daß er sich nachträglich der Operation zum Zwecke der Sehnennaht nicht unterzog. Die Rev. rügt insoweit, das BG. habe dabei die an den Kl. zu stellenden Anforderungen überspannt und unter Außerachtlassung seines Vorbringens die Frage, ob die Verweigerung der nachträglichen Operation durch ihn schuldhaft war, nur nach der objektiven Sachlage, nicht aber, wie es geboten gewesen wäre, von der Sachlage aus beurteilt, wie sie sich vom Standpunkte des Kl.

aus darstellte. Es habe auch zu Unrecht dem Kl., der zur Aufbringung von Kosten nicht imstande gewesen sei, zugemutet, die Kosten einer so langen Krankenhausbehandlung aufzuwenden und die Hilfe seiner Verwandten in Anspruch zu nehmen.

Wie das RG. wiederholt (u. a. in RGZ. 139, 131, 133 = JW. 1933, 2043) ausgesprochen hat, kann die Frage, ob dem Verletzten auf Grund seines unter dem Grundsatz von Treu und Glauben zu beurteilenden Verhältnisses zu dem Schädiger zuzumuten ist, sich zur Abwendung des Schadens einer Operation zu unterziehen, nicht nach einer gleichmäßig anzuwendenden Norm, sondern nur nach den gesamten Umständen des Einzelfalles und unter Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse des Verletzten beurteilt und entschieden werden. Es ist daher rechtsirrig, wenn die Rev. aus der Wortfassung in den von ihr angezogenen Entsch. des RG., mit der dort die Zumutbarkeit in den gerade zur Entsch. stehenden Fällen verneint worden ist, eine solche allgemeingültige Norm abzuleiten bemüht ist, nach der auch in anderen Fällen die Frage der Zumutbarkeit geprüft werden soll.

Im vorl. Fall ist zunächst zu berücksichtigen, daß der Kl. sich auch dann, wenn der Befl. sich des ihm zum Vorwurf gemachten schädigenden Verhaltens nicht schuldig gemacht und den Kl. entsprechend belehrt hätte, einer nachträglichen Operation zum Zweck der Sehnennaht hätte unterziehen müssen und dabei in jedem Fall ein gewisses Maß von Gefahr, Schmerzen und Kosten hätte auf sich nehmen müssen, wenn er, wie das BG. annimmt, eine Befestigung des bestehenden Zustandes hätte herbeiführen wollen. Es kann sich hier also immer nur darum handeln, ob die infolge der Nichtbelehrung durch den Befl. verursachte Verzögerung dieser Operation eine solche Steigerung der Gefahr, ein solches Mehr an Schmerzen und Kosten und eine solche Minderung der Besserungsaussichten zur Folge gehabt hätte, daß nunmehr dem Kl. verständigerweise nicht mehr zuzumuten war, die Operation auf sich zu nehmen. Der Kreisarzt Dr. S. hat noch am 29. Aug. 1932 in einem dem Gericht erstatteten Gutachten erklärt, der Kl. würde, wenn er die Strecksehnen zusammennähen ließe, mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit die volle Gebrauchsfähigkeit seiner Finger der rechten Hand wiedererlangen. Er hat dem Kl. bei der Untersuchung auch gesagt, die Sehnennaht müsse auf jeden Fall gemacht werden, der Kl. solle sie sofort vornehmen lassen, weil die Vereinigung der durchtrennten Sehnteile mit der Zeit immer schwieriger werde, und hat dem Kl. auch einen Weg zur Aufbringung der Kosten gewiesen. Die Operation wäre nicht lebensgefährlich gewesen, bedrohte auch keine wichtige körperliche Funktion, ließ keine übermäßig gesteigerten Schmerzen erwarten und bot angemessene Aussicht auf Heilung. Es war auch nicht die Höhe der Mehrkosten, die den Kl. von der Operation abgehalten hat. Wenn das BG. unter Berücksichtigung aller dieser Umstände das Vorliegen von Gründen verneint, die den Kl. verständigerweise hätten veranlassen können, die Bornaht der Operation zu verweigern, und sie ihm zumutet, so läßt das, jedenfalls soweit die Zeit nach dem kreisärztlichen Gutachten und nach der Belehrung des Kl. durch den Kreisarzt in Frage kommt, einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Das gilt insbes. auch hinsichtlich der von der Rev. besonders hervorgehobenen Kostenfrage. Richtig ist zwar, daß das RG. wiederholt (vgl. RGZ. 83, 15, 20; RWUr. III 190/31 v. 5. April 1932 = HöchstRspr. 1932 Nr. 1643) auch die Beurteilung der Kosten seitens des Schädigers als für die Beurteilung der Zumutungsfrage wesentlich erachtet hat. Ob das in dem Sinne gemeint war, daß in keinem Falle der Verletzte zur Aufwendung eigener Mittel oder zur Inanspruchnahme von Verwandten wenigstens für die vorläufige Deckung der Kosten gehalten sein könnte — es wird auch insoweit auf die Umstände des einzelnen Falles ankommen, wie in RGZ. 83, 23 bereits angedeutet ist —, kann hier dahingestellt bleiben. Denn der Einwand der Rev. scheidet schon an der in der RevZust. nicht nachzuprüfenden Annahme des BG., daß die Kostenfrage für die Haltung des Kl. überhaupt nicht bestimmend gewesen sei. Wenn das BG. schließlich das Verhalten des Kl. insbes. angesichts des unmißverständlichen

Plates des beamteten Arztes und gerichtlichen Sachverständigen damit erklärt, daß er die nachträgliche Operation hauptsächlich deshalb vermieden habe, weil er seinen Erjahnspruch gegen den Befl. behalten wollte, so ist das eine Feststellung, die sich im Rahmen des § 286 ZPO. hält, und die es rechtfertigt, daß das OVG. dem Kl., jedenfalls soweit er die Operation auch noch nach der Belehrung durch den Kreisarzt verweigerte, Mutwillen zum Vorwurf macht, der seinen Erjahnspruch für die nachfolgende Zeit vollständig ausschließt.

(U. v. 25. Jan. 1935; III 155/34. — Frankfurt a. M.) [L.]

\*

4. § 1312 BGB. Eine in England von Deutschen ohne Befreiung von dem Ehehindernis des § 1312 BGB. geschlossene Ehe ist nach deutschem Rechte nichtig.

Die Befl. sind deutsche Reichsangehörige.

Die erste Ehe des bekl. Ehemannes ist durch Ur. des OVG. in Düsseldorf wegen eines Ehebruchs rechtskräftig geschieden worden, den der Ehemann mit der Zweitbefl. begangen hatte. Er beabsichtigte, nach der Ehescheidung die Zweitbefl. zu heiraten, und suchte am 12. Mai 1933 um Befreiung von dem Ehehindernis des § 1312 BGB. nach, begab sich dann aber vor einer Entscheidung über das Gesuch mit der Zweitbefl. nach England und schloß in Holborn vor der englischen Behörde am 19. Aug. 1933 die Ehe mit der Zweitbefl., ohne daß eine Befreiung von der Vorschrift des § 1312 BGB. erteilt worden war.

Mit der Klage verlangt der OStA., die Ehe der Befl. für nichtig zu erklären. Der Klage ist stattgegeben worden.

Das HaagEheschlAbf. v. 12. Juni 1902 (RGBl. 1904, 221), das der VerR. heranzieht, hat im Verhältnis von Deutschland zu England nie Geltung gehabt (vgl. BGB. RGKomm., 8. Aufl., Vorbem. 2 Abs. 4 vor § 1303).

Für die Förmlichkeiten des Eheschlusses der beiden die deutsche Reichsangehörigkeit besitzenden Befl. in England waren zwar die englischen Gesetze maßgebend — Art. 11 GG-BGB., sachlich-rechtlich aber blieben die Befl. auch in England bei Eingehung ihrer Ehe dem Deutschen Recht unterworfen (Art. 13 GG-BGB.). Denn die sachlich-rechtlichen Vorschriften des Art. 13 GG-BGB. gelten für die Eingehung der Ehe zweier Deutscher überall, gleichgültig, wo die Ehe geschlossen wird; für den Inländer bleiben also die Deutschen materiellen Vorschriften auch im Auslande maßgebend (vgl. Vergmann, Internationales Ehe- und Kindestschaftsrecht Bd. I S. 32). Zu den Vorschriften über die Eingehung der Ehe i. S. des Art. 13 GG-BGB. zählen auch die Nichtigkeit- und Anfechtungsgründe (vgl. RG. 127, 195<sup>1</sup>); 136, 143<sup>2</sup>). Daher hätten die Befl. auch für den Eheabschluß in England der Befreiung von dem Ehehindernis des § 1312 BGB. bedurft. Da diese Befreiung nicht bewilligt worden ist, ist die Ehe nichtig (§ 1328 BGB.).

Auf alles andere kommt es nicht an. Da sachlich-rechtlich die deutschen, nicht die englischen Vorschriften gelten, berührt die Frage, ob die Anwendung englischer sachlich-rechtlicher Bestimmungen durch Art. 30 GG-BGB. verboten wäre, den vorliegenden Rechtsstreit nicht. Daher sind alle Ausführungen des angegriffenen Ur. und der Rev. zu dieser Frage und die im Anschluß daran erhobenen Verfahrensrügen ohne jede Bedeutung für die Entscheidung. Was die Form der Eheschließung anbelangt, so ist nicht ersichtlich, daß die englischen Formvorschriften eine Grundlage für die Anwendung des § 30 GG-BGB. geben könnten.

Gegen den formell gültigen Abschluß der Ehe erheben sich keine Bedenken.

(U. v. 14. Jan. 1935; IV 221/34. — Düsseldorf.) [R.]

\*

5. § 1353 BGB. Das Verlangen auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft ist nicht nur mißbräuchlich, solange für den anderen Ehe- teil die ernste Gefahr besteht, daß er nach Her-

stellung der häuslichen Gemeinschaft erneuten Leiden ausgefetzt sein werde, sondern auch dann, wenn dem anderen Ehe- teil die Aufgabe einer mühsam errungenen Lebensstellung zugunsten der Wiederaufnahme der häuslichen Gemeinschaft nicht zugemutet werden könne, weil infolge langjähriger Trennung und dadurch bewirkter Entfremdung die Gefahr bestehe, daß sich die Ehegatten nicht wieder zusammenfinden.†)

Das OVG. hält die Befl. für verpflichtet, dem Verlangen des Kl. nach Herstellung der häuslichen Gemeinschaft nachzukommen, weil dieses Verlangen sich nicht als Mißbrauch seines Rechts darstelle und die Befl. ihrerseits nicht berechtigt sei, auf Scheidung zu klagen. Die letztere Annahme beruht auf der Erwägung, daß ein Scheidungsgrund nach § 1568 BGB. ein Verschulden voraussetze, daß aber die dem Kl. zur Last gelegten Verfehlungen ihm angesichts seines krankhaften Gemütszustandes nicht zum Verschulden angerechnet werden könnten. Diese Ausführungen liegen auf tatsächlichem, der Nachprüfung des RevO. verschlossenen Gebiet und reichen aus, das Recht der Befl., gem. § 1568 BGB. auf Scheidung zu klagen, auszuschließen. Dagegen ist es eine, unter Berücksichtigung des Wesens der Ehe nach sachlichen Gesichtspunkten zu entscheidende, Rechtsfrage, ob sich das Herstellungsverlangen des Kl. als ein Mißbrauch seines Rechtes darstellt. Nach dieser tatsächlichen Seite steht fest: Der in dem Verfahren betr. Wiederaufhebung der Entmündigung des Kl. vorgenommene Sachverständige hat sich dahin ausgesprochen, daß bei dem Kl. eine ausgesprochene Änderung seines Zustandes gegenüber früheren Untersuchungsresultaten insofern ersichtlich sei, als eine affektive Erregbarkeit, wie sie in früheren Gutachten als manisch bzw. hypomaniisch gekennzeichnet worden sei, nicht mehr in die Erscheinung trete. Der Sachverständige habe sich nicht davon überzeugen können, daß bei dem Kl. eine Paranoia im eigentlichen Sinne bestehe, wenn er auch nicht verkenne, daß sein geistiger Zustand krankhafte Züge aufweise, und daß eine paranoische Einstellung im wesentlichen das Verhältnis zu seiner Frau und die aus ihm entstandenen Vorgänge betreffe. Das OVG. nimmt an, daß es sich zwar bei einzelnen Eingaben für die Befl. beleidigenden Inhalts, die der Kl. an Behörden gemacht habe, um längere Zeit nach Erlaß des Ur. im Scheidungsprozeß liegende Dinge handle, daß aber seit diesen Vorfällen etwa zwei Jahre vergangen seien, in denen besondere, eine fortbestehende feindselige Einstellung des Kl. gegen die Befl. offenbarende Handlungen nicht mehr erkennbar geworden seien. Es hält deshalb die Befl. für verpflichtet, die häusliche Gemeinschaft wiederherzustellen. Der Kl. habe bei der Verhandlung vor dem Senat eine häusliche Gemeinschaft für durchaus möglich gehalten und keinen Anlaß gegeben, diese Möglichkeit auszuschließen und an seiner Geschäftsfähigkeit zu zweifeln. Die Befl. müsse einsehen, daß manche Handlungen des Kl. auf seinen krankhaften Gemütszustand zurückzuführen seien und daß sie den guten Willen haben müsse, ihm zu helfen und ihm nicht seinem Schicksal zu überlassen. Selbst gegenüber einem geisteskranken Ehegatten werde von dem anderen Teil, falls die übrigen Voraussetzungen des § 1569 BGB. nicht feststellbar seien, verlangt, daß er alles versuche und tue, was die Ehe erfordere und ihr entspreche. Der Senat sei nicht überzeugt, daß eine Wiederherstellung der häuslichen Gemeinschaft von vornherein aussichtslos sei. Dann aber müsse von der Befl. verlangt werden, daß sie den Versuch mache, mit dem Kl. wieder zusammenzuleben. Dieser Versuch könne schließlich erst ergeben, ob die Eheleute auch weiterhin nur getrennt leben könnten und ob in den letzten beiden Jahren nur, wie die Befl. meine, eine künstliche Ruhepause in der feindseligen Einstellung des Kl. gegen sie eingetreten sei. Daran könnte der Umstand nichts ändern, daß die Befl. ihre mühsam errungene selbständige Stellung aufgeben müsse, die sie zu ihrem Lebensunterhalt brauche.

Dieser rechtlichen Beurteilung konnte nicht beigetreten werden. Der § 1353 Abs. 2 BGB. eröffnet die Möglichkeit, daß einerseits die Scheidungsklage ausgeschlossen ist und an-

<sup>1</sup>) ZB. 1930, 1868.

<sup>2</sup>) ZB. 1932, 2274.

dererseits die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft nicht gefordert werden kann, so daß die Abweijung der Herstellungsklage zur Aufrechterhaltung des tatsächlichen Getrenntlebens der Ehegatten führt. Möglich ist es auch, daß Verfehlungen des einen Teils, wenn sie nicht oder nicht mehr den Scheidungsanspruch begründen, gleichwohl das Herstellungsverlangen als mißbräuchlich erscheinen lassen können. Das ist insbes. auch dann der Fall, wenn dem auf Herstellung klagenden Ehegatten kein Verschulden zur Last fällt, das gegen ihn einen Scheidungsanspruch begründen könnte. Es kann daher auch das Herstellungsverlangen eines geistig Erkrankten, der entweder für ehewidriges Tun überhaupt nicht verantwortlich gemacht werden kann oder dessen geistiger Zustand im Hinblick auf die Richterfüllung ehelicher Pflichten ein Verschulden ausschließt, als Rechtsmißbrauch betrachtet werden. Das OLG., dessen Beurteilung sich der VerR. zu eigen gemacht hat, ist davon ausgegangen, daß im Laufe des Pflegschafts- und Entmündigungsverfahrens sich eine so feindselige Einstellung der Parteien zueinander entwickelt haben möge, daß der Vekl. nicht habe zugemutet werden können, die häusliche Gemeinschaft wieder aufzunehmen. Nachdem jedoch die Entmündigung wieder aufgehoben sei und die beiderseitigen Ehescheidungsklagen seit längerer Zeit rechtskräftig abgewiesen seien, habe der Kl. einen Anspruch auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft.

Bei der Beurteilung der Änderung der früheren Verhältnisse ist jedoch von beiden Vorinstanzen nicht genügend Gewicht darauf gelegt worden, daß es für die Wiederaufhebung der Entmündigung darauf ankam, ob der Entmündigungsgrund weggefallen war, der darin bestand, daß der Kl. infolge von Geisteschwäche seine Angelegenheiten nicht zu besorgen vermochte, während es für die Frage des Rechtsmißbrauchs von entscheidender Bedeutung ist, ob der geistige Zustand des Kl. sich so gebessert hat, daß für die Vekl. keinerlei ernstliche Gefahr mehr besteht, daß sie bei ihrer Rückkehr unter einer paranoischen Einstellung des Kl. gegen sie körperlich oder seelisch zu leiden haben würde. Daß eine solche Gefahr nicht mehr bestehe, hat der Sachverständige nicht ausgesprochen. Was er als seine Überzeugung festgestellt hat, ist nicht, daß der Kl. nunmehr geistig gesund sei, sondern daß sein geistiger Zustand zwar noch krankhafte Züge aufweise, daß er aber imstande sei, seine Angelegenheiten zu besorgen. Diese krankhaften Züge hat er darin gesehen, daß auch jetzt noch die in früheren Gutachten festgestellte paranoische Einstellung bei dem Kl. unverkennbar zutage trete, daß bei ihm die Vorstellung, daß alles sich unter dem Einfluß seiner Frau gewissermaßen gegen ihn verschworen habe, Richter, Ärzte, Vormund usw. zu einer überwertigen Idee geworden sei, die ihn beherrsche. Diese paranoische Einstellung umfasse im wesentlichen gerade das Verhältnis zu seiner Frau und nur dieses, eine Auffassung, die die Wiederaufhebung der Entmündigung nicht zu hindern brauchte und nicht gehindert hat, die aber für die Frage des Rechtsmißbrauchs von wesentlicher Bedeutung ist. Das wird auch von dem VerR. schließlich nicht verkannt. Er hat als Ausfluß dieses krankhaften Gemütszustandes auch noch solche für die Vekl. beleidigende Eingaben des Kl. betrachtet, die in das Jahr 1932 fallen, die also nach Beendigung des Scheidungsprozesses und etwa zwei Jahre nach Abgabe des am 6. Juni 1930 erstatteten Gutachtens des Sachverständigen abgefaßt worden sind. Wenn er gleichwohl der Vekl. zumutet, die häusliche Gemeinschaft herzustellen, so genügt dazu die Tatsache, daß seit nahezu zwei Jahren keine fortbestehende feindselige Einstellung des Kl. gegen seine Frau mehr offenbar geworden sei, nicht. Da die Parteien seit 1922 getrennt leben, sich im Scheidungsprozeß bis Ende 1931 gegenseitig bekämpft haben, der Kl. auch noch i. J. 1932 die Vekl. beleidigende Eingaben an Behörden gemacht hat, die das OLG. dem Kl. angesichts seines krankhaften Gemütszustandes nicht als Verschulden anrechnet, so ist es nicht Sache der Vekl., darzutun, daß die Einstellung des Kl. ihr gegenüber auch jetzt noch immer krankhaft sei und bleiben werde. In diesem Rechtsstreit ist der VerR. sogar davon ausgegangen, daß auch die nach dem Erlaß des Urteils im Scheidungsprozeß gemachten Eingaben des Kl. mit für die Vekl. beleidigendem

Inhalt ein Ausfluß seines krankhaften Gemütszustandes seien und ihm daher nicht zum Verschulden gereichten. Daß danach der Vekl. der Einwand des Rechtsmißbrauchs jedenfalls bis zu der Zeit zur Seite gestanden haben würde, bis zu der die beleidigenden Eingaben des Kl. fortgesetzt sind, solange sich also seine fortdauernde paranoische Einstellung gegen die Vekl. offen gezeigt hat, bezweifelt anscheinend auch der VerR. nicht. Wenn er aber meint, daß eine solche Einstellung seit etwa zwei Jahren nicht mehr offenbar geworden sei, so ist demgegenüber zu beachten, daß von diesen zwei Jahren die Zeit v. 23. Dez. 1932 bis 24. Mai 1934 die Dauer dieses Prozesses umfaßt, in dem der Kl., der nicht an Intelligenzschwäche leidet, sein Verhalten auf den Kampf um die Wiederherstellung der häuslichen Gemeinschaft eingerichtet hat, und daß er daher, wenn er sein Verlangen als ernst gemeint aufgefaßt wissen wollte, allen Anlaß hatte, sich eine mit seinem Verlangen vereinbare Zurückhaltung aufzuerlegen. Der eingetretene Stillstand, dem der VerR. ausschlaggebendes Gewicht beilegt, bietet daher nach allgemeiner Erfahrung keinerlei Sicherheit dafür, daß die paranoische Einstellung des Kl. verschwunden und daher auch insoweit eine Gesundung eingetreten ist. Das nimmt auch der VerR. selbst nicht an. Denn was er schließlich ausspricht ist nicht, daß die Vekl. zurückkehren müsse, weil der Kl. von seiner paranoischen Einstellung befreit sei, sondern daß sie dies deshalb tun müsse, weil erst der Versuch eines Zusammenlebens ergeben könne, ob in dem Verhalten des Kl. nur eine vorübergehende Ruhepause eingetreten sei. Diesen Versuch zu machen, kann indessen der Vekl. nicht zugemutet werden. Es muß vielmehr zur Verweigerung des Herstellungsverlangens genügen, wenn nach allgemeiner Erfahrung für die Vekl. eine ernst zu nehmende Gefahr besteht, daß sie unter einer paranoischen Einstellung des Kl. zu ihr im Falle ihrer Rückkehr erneut zu leiden haben würde. Diese Gefahr aber ist als bestehend anzuerkennen, und sie reicht aus, um vom objektiven Standpunkt aus das Rückkehrverlangen als eine für die Vekl. nicht erträgliche Zumutung zu betrachten. Angesichts dieser Gefahr ist ihre Weigerung auch nicht unvereinbar mit einer richtig verstandenen Auffassung von dem Wesen der Ehe und dem einem Ehegatten obliegenden Pflichten. Es ist zwar durchaus richtig, daß der eine Ehegatte dem anderen, auch wenn dieser geisteskrank ist, in der Regel beistehen und bei ihm ausharren muß, wenn eine Aufhebung der geistigen Gemeinschaft und die Auslosigkeit ihrer Wiederherstellung nicht feststellbar ist. Damit wird jedoch für die Berechtigung des Herstellungsverlangens nichts gewonnen. Denn die eheliche Pflicht besteht nicht, wenn eine geistige Erkrankung des einen sich in einer feindseligen Einstellung gegen den anderen Ehegatten auswirkt und diesen bei einem Zusammenleben Gefahren aussetzt, die ein Rückkehrverlangen des geistig erkrankten Ehegatten als Rechtsmißbrauch erscheinen lassen würden.

Rechtsmißbräuchlich ist das Verlangen des Kl. aber auch deshalb, weil die Vekl. ungeachtet der nach menschlichem Ermessen bestehenden ernstlichen Gefahr, daß sich die Eheleute nach so langer Trennung und solchen Mißhelligkeiten, die sie einander völlig entfremdet haben müssen, nicht wieder zusammenfinden, genötigt sein würde, ihre „mühsam errungene“ Lebensstellung aufzugeben, die ihr neben freier Station einen monatlichen Verdienst von 80 RM einbringt. Es ist eine unbillige Zumutung für sie, eine solche Stellung aufzugeben trotz der doppelten Gefahr, daß damit eine dauernde Verständigung der Eheleute nicht mehr erreicht wird und daß sie, wie sie geltend gemacht hat, wenn der Versuch der Verständigung fehlschlägt, nicht so leicht wieder eine neue Lebensstellung finden wird. Alsdann aber stünde auch das Wohl der gemeinsamen Kinder auf dem Spiel, die jetzt von den 122 RM, die der Kl. aus seiner Pension von 322 RM zahlt, unterstützt werden können, während bei Rückkehr der Vekl. deren Einkünfte, nämlich freie Station und die monatliche Einnahme von 80 RM, verlorengehen würden. Dieser Mißbrauch besteht um so mehr, weil neben dem Vater auch die Mutter während der Dauer der Ehe das Recht und die Pflicht hat, für die Person der Kinder zu sorgen, und weil sie ihnen gegenüber unterhaltspflichtig ist, wenn auch der Vater vor der

Mutter haftet. Der Unterhalt der Kinder würde aber gefährdet oder doch jedenfalls wesentlich geschmälert werden, wenn die Bekl. gezwungen wäre, ihre Lebensstellung aufzugeben.

(U. v. 17. Jan. 1935; IV 282/34. — Berlin.) [R.]

**Anmerkung:** Die Entsch. ist nicht in allen Punkten unbedenklich. Allerdings entspricht das praktische Ergebnis einem dringenden Bedürfnis, dem der geltende Rechtszustand nicht Rechnung trägt. Der Kernpunkt der Entsch. liegt bei der Rechtsfrage, unter welchen Umständen das Verlangen eines Ehegatten nach Herstellung der ehelichen Gemeinschaft als ein Mißbrauch seines Rechts i. S. des § 1353 Abs. 2 BGB. zu erachten ist. Dem RG. ist darin beizupflichten, daß der Mißbrauch eines Rechtes nicht notwendig ein Verschulden voraussetzt (JW. 1904, 409; LZ. 1914, 1532; JW. 1921, 909), auch darin, daß das Herstellungsverlangen eines geistig erkrankten Ehegatten rechtmäßig sein kann (vgl. Recht 1909 Nr. 691; OLG. 4, 339 ff.), schließlich darin, daß im vorl. Fall das Herstellungsverlangen des Kl. einen Rechtsmißbrauch bedeutet, weil der Bekl. angesichts der drohenden Gefahr sich bei dem krankhaften Gemütszustand des Kl. erneut körperlichen und seelischen Umbilden aussetzen die Herstellung der Gemeinschaft nicht zuzumuten ist. Dagegen kann der Rechtsauffassung des RG. insoweit nicht beigetreten werden, als es das Herstellungsverlangen des Kl. auch deshalb als Rechtsmißbrauch bezeichnet, weil der Bekl. nach so lange dauernder Trennung und angesichts der dadurch eingetretenen Entfremdung zwischen den Ehegatten nicht zugemutet werden könne, ihre mühsam errungene Lebensstellung zugunsten der Wiederaufnahme der ehelichen Gemeinschaft aufzugeben. Hier macht das RG. die Berechtigung der Bekl. zur Verweigerung der Herstellung der ehelichen Gemeinschaft völlig unabhängig von dem künftigen Verhalten und der künftigen seelischen und geistigen Verfassung des Kl., stellt vielmehr seine Entsch. darauf ab, daß im Hinblick auf einen vergangenen und gegenwärtigen Zustand der Bekl. auch für die Zukunft die Wiederaufnahme der Gemeinschaft nicht zuzumuten sei. Auch wenn also der Kl. wieder voll gesund würde und die Bekl. daher mit weiteren Umbilden künftighin nicht mehr zu rechnen brauchte, könnte ihr allein schon infolge der langjährigen Trennung und der dadurch bewirkten Entfremdung, die sich mit fortschreitender Zeit nur noch vertiefen würde, auch später nicht zugemutet werden, die Gemeinschaft wieder aufzunehmen. Eine solche Auslegung des § 1353 Abs. 2 lag aber bestimmt nicht in der Absicht des Gesetzgebers. Wenn sich auch aus § 1353 Abs. 2 Satz 2 ergibt, daß das Herstellungsverlangen auch rechtmäßig sein kann gegenüber einem Ehegatten, der nicht berechtigt ist, auf Scheidung der Ehe zu klagen, so darf die grundsätzliche, sich aus § 1353 Abs. 1 ergebende Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft nicht für die Dauer ausgeschlossen und das Herstellungsverlangen des anderen Ehegatten nicht für alle Zukunft als Mißbrauch seines Rechtes angesehen werden ohne Rücksicht darauf, ob der ursprünglich in der Person des die Herstellung verlangenden Ehegatten liegende Grund zur Verweigerung der Gemeinschaft fortbesteht oder wegfällt.

Gerade für die künftige Gestaltung des Eherechts ist die besprochene Entsch. außerordentlich lehrreich. Sie zeigt wesentliche Mängel des geltenden Rechts auf. Es ist bei der sittlichen Auffassung vom Wesen der Ehe als einer grundsätzlich auf Lebensdauer geschlossenen Gemeinschaft ein unwürdiger, in zahlreichen Fällen für die allgemeine Beurteilung des Wesens der Ehe sogar höchst gefährlicher Zustand, wenn der Gesetzgeber auf der einen Seite die Lösung einer Ehe verweigert, auf der anderen Seite aber die Ehegatten auf unbestimmte Zeit von der entscheidenden rechtlichen und sittlichen Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft entbindet.

RA. Dr. Ferd. Wöfmer, München.

\*

**6. § 1568 BGB. Ges. v. 14. Juli 1933.** Wenn die Frau schuldhaft durch beharrliche Trunksucht außerstande gesetzt hat, erbgesunde Nachkommen zu erzeugen, so ist das bei der Zumutungsfrage zu berücksichtigen.

Die Rev. weist mit Recht darauf hin, daß für die Zumutungsfrage auch das Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses v. 14. Juli 1933 (RGBl. I, 529) und die VO. zur Ausführung dieses Ges. v. 5. Dez. 1933 (RGBl. I, 1021) von Bedeutung sind. Die im Jahre 1920 geschlossene Ehe der Parteien ist zwar bisher kinderlos geblieben. Jedoch befindet sich die Bekl. in einem Alter (39 Jahre), in dem eine Kinderzeugung noch möglich ist. Mit Recht hat das BG. ausführt, daß die Ehe, wie seither, auch nach nationalsozialistischer Auffassung eine auf sittlicher Grundlage beruhende Lebensgemeinschaft, also eine über der Willkür der Eheleute

stehende Ordnung sei. Sie hat jetzt in besonderem Maße die Aufgabe, für erbgesunden Nachwuchs zu sorgen. Daß die Ehe der Parteien diese Aufgabe nicht erfüllen kann, hat der Verkl. nicht verkannt. Er meint nur, es gebe noch, wenn solche Ehen im Interesse des Volkes ohne weiteres geschieden werden sollten, an einer Neuregelung der Unterhaltsfrage, die mit einer Erleichterung der Scheidung Hand in Hand gehen müsse. Darauf kommt es jedoch hier nicht an. Denn es handelt sich nicht darum, ob die Ehe der Parteien nach geltendem Recht schon aus dem Grunde geschieden werden könnte, daß aus ihr kein erbgesunder Nachwuchs zu erwarten ist. Der Kl. will die Ehe geschieden sehen, weil seine Frau ein schuldhaft un sittliches Verhalten an den Tag gelegt habe. Hat die Frau sich aber schuldhaft durch beharrliche Trunksucht außerstande gesetzt, erbgesunde Nachkommen zu erzeugen, so ist dies bei der Zumutungsfrage zu berücksichtigen. Der ihr anhaftende Mangel, der sie als Ehefrau untauglich erscheinen läßt, liegt nicht außerhalb des Tatbestands des § 1568 BGB., sondern wird durch ihn umschlossen, weil eine schuldhaft schwere Eheverfehlung, die einen Mangel dieser Art zur Folge hat, bei Beantwortung der Zumutungsfrage schwerer zu werten sein kann, als eine Eheverfehlung, die, wie etwa die Vernachlässigung des Haushalts, sich wenigstens noch beheben läßt. Mit den Erwägungen des BG. läßt sich daher die Nichtbeachtung dieser Folge der Trunksucht bei der Würdigung der Zumutungsfrage nicht rechtfertigen.

(U. v. 6. Dez. 1934; IV 252/34. — München.) [R.]

\*

**\*\*7. § 1967 BGB.** Die persönliche Haftung des Erben für eine von ihm für den Nachlaß eingegangene Verbindlichkeit wird nur dann ausgeschlossen, wenn er beweist, daß er bei Eingehung der Verbindlichkeit dem Gläubiger erkennbar gemacht hat, persönlich nicht haften zu wollen.†)

Der Streit dreht sich noch darum, ob die Bekl. für die nach dem Tode ihres Ehemanns bis zum 13. Dez. 1930 entstandenen Forderungen, insbes. für die aus der Kreditinanspruchnahme entstandenen persönlich haftet. Die Bekl. ist der Meinung, daß die Kl. ihre Befriedigung nur aus dem Nachlaßvermögen beanspruchen könne. Der von ihr nach dem Tode ihres Ehemanns in Anspruch genommene Kredit sei zum Betriebe des Sanatoriums, das sie im Interesse aller am Nachlaß beteiligten Personen fortgeführt habe, bestimmt gewesen und verwendet worden. Die Beträge, die sie auf zwei von ihr auf die Kl. gezogene Schecks v. 2. und 6. Okt. 1930 erhalten habe, seien zur Abdeckung von Beerdigungskosten verbraucht worden. Die nach dem Tode ihres Ehemanns entstandenen Kreditsschulden seien deswegen Nachlaßverbindlichkeiten. Sie habe überdies der Kl. auch ausdrücklich erklärt oder wenigstens erkennbar gemacht, daß sie für alle auf dem Konto ihres verstorbenen Ehemanns gebuchten Entnahmen nicht persönlich haften wolle.

Das BG. geht davon aus, daß die persönliche Haftung der Bekl. nur dann entfallen sei, wenn sie bei Aufnahme der von ihr selbst gemachten Schulden zum Ausdruck gebracht oder zu erkennen gegeben habe, daß die Schulden nur für den Nachlaß eingegangen würden. Den hierfür der Bekl. obliegenden Beweis sieht das BG. für die Zeit vor dem 13. Okt. 1930 nicht als erbracht an. Am 13. und 17. Okt. 1930 hat die Bekl. mit dem Direktor der Kl. mündlich über die Weitergewährung des Kredites verhandelt. Über diese Unterredung ist der Direktor gem. §§ 445, 452 ZPO. eidlich vernommen worden. Auf Grund seiner Aussage hält das BG. für erwiesen, daß jedenfalls von diesen Verhandlungen ab bis zum 13. Dez. 1930 die Bekl. für sich persönlich den Kredit in Anspruch genommen hat.

Die Rev. weist darauf hin, daß das BG. es dahingestellt gelassen habe, ob die von der Bekl. nach dem Tode ihres Ehemanns eingegangenen Verbindlichkeiten Nachlaßverbindlichkeiten i. S. des § 1967 BGB. seien, und bezeichnet es als rechtsirrig, daß das BG. auch bei Bestehen einer Nachlaßverbindlichkeit von der Bekl. den Beweis dafür ver-

langt hat, daß sie zu erkennen gegeben habe, nur im Namen oder in Vertretung des Nachlasses gehandelt zu haben und nicht persönlich haften zu wollen.

In der Rpr. des RG. (RG. 90, 91 ff.; 112, 129 ff. = JW. 1926, 1544; JW. 1927, 1196 ff.; GruchBeitr. 72 Nr. 330) ist anerkannt, daß der Erbe durch Rechtsgeschäfte, die er selbst vorgenommen hat, eine Nachlassverbindlichkeit begründen könne. Hierbei wird als maßgebend für die Annahme einer Nachlassverbindlichkeit der Umstand bezeichnet, daß die Verbindlichkeit vom Standpunkt eines sorgfältigen Verwalters in ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses eingegangen ist. Von diesem Standpunkt aus können auch die Kredite v. 2. und 6. Okt. 1930 Nachlassverbindlichkeiten sein, wenn sie, wie die Vekl. behauptet hat, zum Zweck der Begleichung von Beerdigungskosten aufgenommen worden sind. Das RG. hat aber hervorgehoben, daß auch dann, wenn hiernach eine Nachlassverbindlichkeit i. S. des § 1967 BGB. gegeben ist, der Erbe sich zugleich persönlich für die Schuld haftbar machen könne. Mit der Frage, wann eine solche Eigenverbindlichkeit neben dem Bestehen einer Nachlassverbindlichkeit anzunehmen ist, hat sich das RG., soweit ersichtlich, noch nicht befaßt.

Für den Erben, der nach dem Tode des Erblassers selbst Rechtsgeschäfte abschließt, gilt nichts anderes als für jeden anderen, der durch ein Rechtsgeschäft eine Verbindlichkeit übernimmt. Er haftet für die übernommene Verbindlichkeit mit seinem Vermögen. Er kann jedoch durch Vereinbarung mit dem Gläubiger die Haftung auf einen Teil seines Vermögens beschränken. Der Erbe insbes. kann vereinbaren, daß seine Haftung auf den Nachlaß eingeschränkt sein soll. Diese Vereinbarung kann auch stillschweigend getroffen werden. Sie ist schon darin zu finden, daß der sich Verpflichtende beim Geschäftsabluß erkennbar zum Ausdruck bringt, er wolle nur mit einem Teil seines Vermögens für die Verbindlichkeit die Haftung übernehmen. Läßt sich der Gläubiger hierauf ein, so erklärt er sich mit dieser Haftungseinschränkung einverstanden. Der Erbe kann seinen Willen, nur mit dem Nachlaß zu haften, schon dadurch kenntlich machen, daß er erklärt oder deutlich macht, im Namen oder in Vertretung des Nachlasses oder für den Nachlaß handeln zu wollen. Den Beweis für ein solches Handeln für den Nachlaß aber hat der Erbe zu führen. Anders mag es liegen, wenn der Erbe behauptet, im Namen einer anderen Rechtspersönlichkeit aufgetreten zu sein. In diesem Falle macht er geltend, daß er gar nicht selbst die Verbindlichkeit übernommen hat, sondern der andere, als dessen Vertreter er gehandelt habe. Der Erbe aber, der im Namen oder in Vertretung des Nachlasses gehandelt hat, leugnet nicht, daß er selbst es war, der die Verbindlichkeit eingegangen ist. Er macht geltend, daß er für die von ihm eingegangene Verbindlichkeit nur eine auf den Nachlaß beschränkte Haftung übernommen habe.

Hieraus folgt, daß auch dann, wenn eine Nachlassverbindlichkeit i. S. des § 1967 BGB. nach den vom RG. hierfür aufgestellten objektiven Erfordernissen vorliegt, der Erbe für die von ihm eingegangenen Verbindlichkeiten haftet, sofern er nicht beweist, daß er die Beschränkung seiner Haftung auf den Nachlaß mit dem Gläubiger, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend, vereinbart hat. Eine solche Vereinbarung ist daher unabhängig davon, ob eine Nachlassverbindlichkeit i. S. des § 1967 BGB. vorliegt. Sie kann auch dann wirksam getroffen werden, wenn der Erbe nicht in ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses gehandelt hat. Hat der Erbe aber in ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses das seine Verbindlichkeit begründende Geschäft getätigt, so wird seine persönliche Haftung nur dann ausgeschlossen, wenn er durch sein Handeln als Verwalter des Nachlasses dem Gläubiger erkennbar gemacht hat, daß er nicht auch persönlich haften wolle.

Das BG. legt daher mit Recht der Vekl. den Beweis für die von ihr behauptete Einschränkung ihrer Haftung auf. Die auf Grund des § 445 BGB. erfolgte Vernehmung des Direktors über die Behauptung der Vekl., daß sie bei der im Okt. 1930 stattgefundenen Verhandlung erklärt habe, sie

wolle nicht für den von ihr in Anspruch genommenen Kredit ihr persönliches Vermögen angreifen, geht deswegen in Ordnung. Auch die Anforderungen, die das BG. an den Beweis der Haftungsbeschränkung bei den Vorgängen vor jener Verhandlung stellt, sind nicht, wie die Rev. meint, zu hoch gespannt. Die Haftungsbeschränkung kann freilich, wie bereits hervorgehoben, sich schon daraus ergeben, daß der Erbe erkennbar macht, für den Nachlaß handeln zu wollen. Dies trifft eben dann zu, wenn damit zum Ausdruck gebracht wird, daß der Erbe nicht persönlich, sondern nur mit dem Nachlaß haften wolle. Mehr will auch das BG. nicht sagen, wenn es von der Vekl. verlangt, sie müsse beweisen, daß sie der Kl. zu erkennen gegeben habe, sie gehe die Schuld nur für den Nachlaß und nicht für sich persönlich ein.

(U. v. 21. Jan. 1935; IV 311/34. — Breslau.) [R.]  
(= RGZ. 146, 343.)

**Anmerkung:** Zu den Nachlassverbindlichkeiten gehören auch die Verbindlichkeiten der Erben aus den vom Nachlasspfleger oder Testamentvollstrecker vorgenommenen Rechtsgeschäften sowie die Verbindlichkeiten, welche für den Erben gegenüber einem Nachlasspfleger, Testamentvollstrecker oder einem Erben, der die Erbschaft ausgeschlagen hat, aus der Geschäftsführung dieser Personen im Interesse des Nachlasses entstanden sind (vgl. Jäger, Erbenhaftung 64 f., 80; RGZ. 62, 38). Auch die Dritten gegenüber aus rechtsgeschäftlichen Handlungen des Testamentvollstreckers und des Nachlasspflegers bei der Verwaltung des Nachlasses entstandenen Verbindlichkeiten sind in § 224 Nr. 5 RD. als Masseschulden ausdrücklich anerkannt; das gilt jedoch nur insoweit, als sie durch eine ordnungsmäßige Verwaltung erforderlich geworden sind (RGZ. 60, 30). Nach herrschender Ansicht, der allerdings nicht in vollem Umfange beigetreten werden kann (vgl. Fraeb: JWZ. 13, 295 ff., 313 ff.), kann auch ein Miterbe zum Nachlasspfleger oder Testamentvollstrecker bestellt werden; die in diesem Rahmen von ihm getätigten Verbindlichkeiten sind dann also Nachlassverbindlichkeiten. Keine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung gibt es dagegen hinsichtlich der aus Rechtsgeschäften des Erben als solchem in Beziehung auf den Nachlaß mit Dritten abgeschlossenen Rechtsgeschäften. Ob und inwieweit bei eintretender Absonderung des Nachlassvermögens von dem eigenen des Erben solche Verbindlichkeiten gegen das eine oder andere oder gegen beide geltend gemacht werden können, ist sehr bestritten.

Wenn eine juristische Person, der eine Erbschaft angefallen ist, hilfsbedürftigen Verwandten des Erblassers Abfindungen aus dem Nachlasse versprochen hat, so liegt eine Nachlassverbindlichkeit vor (RGZ. 25, A 223).

Zu den Nachlassverbindlichkeiten gehören nach üblichkeit auch z. B. Aufwendungen für Todesanzeigen und Danksagungen, nicht aber der Anspruch auf Bezahlung von Trauerkleidung der Angehörigen (RG.: JW. 1922, 1685).

Abfindungen an übergangene Angehörige, namentlich hilfsbedürftige, stellen u. U. eine Verpflichtung des Nachlasses dar, die jeweils der Erblasser selbst in seinem letzten Willen seinen Erben zum mindesten als moralische Pflicht zur Auflage hätte machen sollen. Der Erbe, der sie aus eigenem Entschluß vornimmt, haftet für diese Abfindungsleistungen dann nicht mit seinem übrigen Vermögen, sondern mit den Mitteln des Nachlasses.

Verbindlichkeiten, die der Erbe im Interesse der Verwaltung der Erbschaft eingeht, sollen keine Nachlassverbindlichkeiten sein; der Erbe soll deshalb für sie mit seinem eigenen Vermögen haften, es sei denn, daß er die Beschränkung seiner Haftung auf den Nachlaß mit dem Gläubiger vereinbart hat, wozu aber z. B. die Bestellung einer Ware „für die Erben“ nicht ausreichen soll (RG. Rdln: RheinArch. 100 I 215; RGZ. 62, 38, diese Entsch. ist von Eccius: Gruch. 51, 364 bekämpft worden; nach ihm bleibt die Verwaltungshandlung des Erben Handeln in eigener Sache, der höchstens nur einen Verwendungsanspruch oder einen Anspruch auf Befreiung gegen die Miterben geltend machen könne).

Es fragt sich also, wie weit hier der Kreis zu ziehen ist. Als Anhalt kann dienen, daß Nachlassgläubiger i. S. des § 28 RD. auch irgendwelche Personen sind, die allererst gegen „die Erben als solche“ einen Anspruch erlangt haben, deren Gläubigerschaft jedoch mit besonderer Beziehung auf den Nachlaß entstanden ist. Letzteres soll da vorliegen, wo in Betätigung der Verwaltung des noch ungeteilten Nachlasses oder zum Zwecke seiner Regulierung mit dem fraglichen Gläubiger abgeschlossen worden ist, möglicherweise von dem Erben selbst. Die Gründe für einen Zweifel daran, ob durch Verpflichtungsgeschäfte des Erben Nachlassverbindlichkeiten i. S. von § 1967 begründet werden können, liegen einerseits in den Grundrissen des Schuldrechts über Stellvertretung bzw. Handeln im eigenen Namen.

andererseits in der scharfen Trennung des Nachlassvermögens von dem Eigenvermögen des Erben. Es gewinnt hier die Tatsache Bedeutung, daß der Erbe mit Rücksicht auf die Trennung beider Vermögensmassen, obwohl er an sich Subjekt des Nachlasses ist und bleibt, vom Gesetz als Verwalter des Nachlassvermögens behandelt wird, daß er den Nachlaß von vornherein gewissermaßen als fremdes Gut zu betrachten und zu verwalten hat. Dieser Pflicht des Erben und der daraus sich ergebenden Verantwortlichkeit entspricht auf der anderen Seite sein Recht, den Nachlaß zu verwalten. Daraus ergibt sich die Befugnis, im Bereich dieser Nachlassverwaltung als Vertreter des Nachlasses zu handeln, für den Nachlaß, soweit dieser überhaupt zu einem Sondervermögen werden kann, in der Zeit vor der Trennung Verpflichtungsgeschäfte einzugehen, und insofern Nachlassverbindlichkeiten auch für einen in der Folgezeit eröffneten Nachlasskonkurs zu begründen. Hat der Erbe, lediglich im Namen und für Rechnung des Nachlasses abschließend, in Betätigung der Verwaltung des noch ungeteilten Nachlasses und seiner vorläufigen Regulierung eine nachträgliche „Nachlassschuld“ anerkannt, so hat die in solcher Weise begründete Verpflichtung als Nachlassverbindlichkeit zu gelten, ohne daß es für den Bestand der Schuld darauf ankommt, ob der Erbe sie mit Recht anerkannt hat, und ob er gegenteiligenfalls den Nachlassgläubigern nach Maßgabe von §§ 1978, 1979 verantwortlich ist (vgl. RGZ. 35, 418).

In der Folgezeit sind als „Nachlassverbindlichkeiten“ auch solche aus Rechtsgeschäften des Erben angesehen worden, die in unmittelbarem Zusammenhange mit der Nachlassverwaltung stehen, sofern kein Grund zu der Annahme vorliegt, daß der Erbe von vornherein das Risiko, sich persönlich zu verpflichten, habe eingehen wollen. So kann, wenn der Erbe zunächst den Betrieb eines vom Erblasser geführten Handelsgeschäfts fortsetzt, ein in diesem Betriebe geschlossener Vertrag die Erbschaftsbesondermasse allein belasten, wenn erkennbar der Vertrag für das Handelsgeschäft, insbes. ohne jede Bezugnahme auf die Person des Erben, etwa nur unter der Firma des Erblassers geschlossen ist. Hierfür spricht auch die Regelung, die für ähnliche Fälle in §§ 27 und 139 Abs. 4 SGB. getroffen ist (Sächsl. W. 28, 402).

Dann trat auch wieder die Meinung hervor, den Erben des Firmeninhabers persönlich haften zu lassen, wenn er Waren bestellt, ohne den Erbfall zu erwähnen. Wäre die Absicht des Gesetzes gewesen, daß auch für die von dem Erben begründeten Verbindlichkeiten die beschränkte Haftung eintreten solle, so hätte nach dieser Ansicht § 27 Abs. 2 SGB. die Ausnahme vom Grundsatze der persönlichen Haftung nicht auf frühere Geschäftsverbindlichkeiten beschränken können (vgl. Hamburg: SeuffArch. 65, 257 = R. 1910 Nr. 1988; vgl. auch Zahn, Die Haftung aus Rechtsgeschäften des Erben in Verwaltung des Nachlasses. Mit besonderer Berücksichtigung des Firmenrechts. Göttingen. 1910).

Das RG. hat in erster Linie die mit dem Gläubiger getroffene Vereinbarung in Betracht kommen lassen. Diese könne dahin gehen, daß lediglich eine persönliche Verpflichtung des handelnden Erben begründet werden soll (v. 26. März 1917: R. 1917 Nr. 1438). Dann hat es ausgeführt, für die Frage, inwieweit zu den den Erben als solchen treffenden Verbindlichkeiten Schulden aus Rechtshandlungen des Erben in Verwaltung des Nachlasses zu rechnen sind, sei maßgebend, ob die Verbindlichkeit vom Standpunkt eines sorgfältigen Verwalters in ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses eingegangen ist, dagegen komme es nicht entscheidend darauf an, ob die Verbindlichkeit ausdrücklich für den Nachlaß übernommen ist oder die Beziehung zum Nachlasse dem Geschäftsgegner erkennbar gemacht ist (RGZ. 90, 91; vgl. 62, 38 u. R. 1917 Nr. 70; dagegen Maenner: LZ. 16, 282 u. RGZ. 92, 341). Diese Stellungnahme hat das RG. zunächst auch beibehalten (RGZ. 112, 129 = JW. 1926, 1544; ebenso RG. v. 2. Okt. 1926: JurWdsch. 1926 Nr. 2348; BayObLG. 25, 32; Warn. 1926 Nr. 216).

Den Satz, daß es nicht entscheidend darauf ankomme, ob die Beziehung zum Nachlasse dem Geschäftsgegner erkennbar gemacht ist, hat man für bedenklich erklärt, weil er mit den, doch wenigstens entsprechend anwendbaren Vorschriften über das Handeln im fremden Namen (§ 164 BGB.) schwerlich zu vereinbaren sei (RGMRomm. § 1967 Anm. 3; Staudinger § 1967 II 2b u. angef. Rspr. u. Lit.). Im Ergebnis soll aber auch nach dieser Ansicht die gleiche Beurteilung Platz greifen wie bei Rechtsgeschäften des Nachlasspflegers usw.; nur sei bei letzterem ohne weiteres erkennbar, daß sie in Verwaltung des Nachlasses tätig werden, während der Erbe den Nachlaß zusammen mit seinem übrigen Vermögen als ungetrennte Einheit verwalte, solange die Absonderung nicht durchgeführt ist, so daß es irgendwie kund werden müsse, daß er bei dem Rechtsgeschäft in seiner Eigenschaft als Erbe in Verwaltung des Nachlasses handelt, wenn daraus eine Nachlassverbindlichkeit erwachsen soll. Demgegenüber schießt Planck, 4. Aufl., § 1967 Anm. 6, aus dem auf § 670 zu gründenden Anspruch des Erben auf Ersatz seiner Aufwendungen

(vgl. auch § 224 Ziff. 1 RD.) und aus der besonderen Regelung des § 1979 auf den Willen des Gesetzgebers, daß der Erbe in den Grenzen einer ordnungsmäßigen Verwaltung den Nachlaß zu verpflichten vermag, und daß die Nachlassgläubiger einer in diesen Grenzen gehaltenen Belastung des Nachlasses sich nicht erwehren können. Der von dem Gläubiger in Anspruch genommene Erbe habe nur zu beweisen, daß die Verbindlichkeit einem im Rahmen ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses abgeschlossenen Geschäft entstammt.

Die richtige Entsch. wird wohl nur von Fall zu Fall gefunden werden können. Allein der vorliegende Fall scheint mir ganz dazu angetan, ihn im Sinne der Planck'schen Ansicht und der früheren reichsgerichtlichen Rspr. zu lösen. Die bisherige individuelle Auffassung der Einzelpersonlichkeit, die auch im Rahmen der Familie ohne Einbuße bleiben sollte, ist im nationalsozialistischen Rechtsleben von dem Gemeinschaftsgedanken in der Auffassung der Familie abgelöst worden. Danach gehört das vorhandene Vermögen nicht so sehr dem einzelnen als der Familie. Für eine derartige Betrachtungsweise ist es eine Selbstverständlichkeit, daß die ein Sanatorium als Vorerbin fortführende Witwe, wenn sie für dieses Unternehmen neuen Kredit von einem Kreditgeber, der diese Umstände kennt, in Anspruch nimmt, dies nur in ihrer Eigenschaft als Vorerbin, d. h. als Fortsetzerin der Rechts- und Familienpersönlichkeit ihres Mannes und nur mit den von diesem dazu bereitgestellten wirtschaftlichen Vermögen, tun will. Insofern dürfte für den Erben, insbes. den Vorerben, heute doch etwas anderes zu gelten haben als für jeden anderen, der durch ein Rechtsgeschäft eine Verbindlichkeit übernimmt. Die Familienverhältnisse machen für jeden Volksgenossen prima facie deutlich, daß ein solcher Erbe vor Regulierung des Nachlasses im Namen oder in Vertretung des Nachlasses oder für den Nachlaß handeln will, ohne daß ein solcher Erbe von vornherein und in jedem Falle seinerseits seinen Willen, nur mit dem Nachlaß zu haften, erklären oder deutlich machen müßte.

OGK. Dr. Fraeb, Hanau.

\*

**\*8. §§ 2033, 2040 BGB.** Ein einseitiges Rechtsgeschäft, durch das ein Miterbe über einen Nachlassgegenstand verfügt, ist schlechthin wirkungslos; es kann von den übrigen Miterben rechtswirksam nicht genehmigt werden. (†)

Der Vater der beiden Parteien übergab durch Überlassungsvertrag v. 14. Febr. 1919 dem Bekl. eine Anzahl Grundstücke, bewertet mit 60 000 M., und vier Anteile an der Zuderfabrik J. GmbH., bewertet mit 12 000 M., zum Gesamtpreise von 72 000 M. Die Hälfte des Preises sollte an den Vater, die andere Hälfte an die Mutter der Parteien nach vorheriger sechsmonatiger Kündigung der Eltern gezahlt werden. Bis dahin sollte ihnen das Kapital mit 4% verzinst werden. Der Vater ist am 25. Febr. 1922, die Mutter am 20. März 1922 verstorben. Die Parteien haben die Mutter mit noch zwei anderen Geschwistern zu je einem Viertel beerbt. Die Kl. verlangt vom Bekl. die Zahlung des auf sie entfallenden Viertels an den in den Nachlaß der Mutter gefallenen 36 000 M., aufgewertet auf 36 000 RM, mithin 9 000 RM nebst 10% Zinsen seit dem 1. Jan. 1924. Die Zahlung soll an Metzgermeister G. erfolgen, an den die Kl. ihre Forderung am 25. Aug. 1931 abgetreten hat.

Das LG. hat die Klage abgewiesen.

Das BG. hat durch Teilurteil der Klage in Höhe von 6662,45 RM nebst 4% Zinsen seit dem 30. Okt. 1933 stattgegeben. Mit der Rev., um deren Zurückweisung die Kl. bittet, will der Bekl. die Wiederherstellung des LGUrts. erreichen.

Der Bekl. hat der Kl. entgegengehalten, daß sie durch Vertrag v. 4. März 1925, in dem sich die Parteien mit ihren Geschwistern über den elterlichen Nachlaß auseinandergesetzt hatten, auf die Klageforderung verzichtet hätte. Das BG. verneint einen solchen Verzicht, weil bei Abschluß des Auseinandersetzungsvertrages nur dem Bekl., nicht auch der Kl. und den anderen Geschwistern das Bestehen der in den mütterlichen Nachlaß gefallenen Forderung von 36 000 M. bekannt gewesen sei.

Die Rev. rügt die Übergehung der im Schriftsatz der Kl. v. 27. März 1931 S. 5 und im Schriftsatz des Bekl. vom 12. Mai 1931 abgegebenen Erklärungen. Aus ihnen soll sich ergeben, daß die Kl. zugestanden habe, von ihren Eltern über das Bestehen der Forderung von 72 000 M. unterrichtet worden zu

sein. Die Kl. hat jedoch in dem Schriftsatz v. 27. März 1931 nur erklärt, die Eltern der Parteien hätten ihrem Ehemann von einem der Kl. zustehenden Anspruch Mitteilung gemacht. Nach der Feststellung des BG. war das, was die Kl. ihrerseits von ihrem Ehemann hierüber erfahren hat, so unbestimmt, daß sie daraus nicht ersehen konnte, es handele sich um eine Forderung ihrer Mutter, die möglicherweise durch Erbgang auf sie übergehen könnte.

Der Bekl. hat am 7. März 1925 der Kl. 20 000 *R.M.* gezahlt. Von diesem Betrage sind 19 000 *R.M.* der Kl. geschenkt worden. Der Bekl. hat die Schenkung wegen groben Undankes widerrufen und mit seinem Rückforderungsanspruch gegen die Klageforderung aufgerechnet. Das BG. hat den behaupteten groben Undank nicht für erwiesen erachtet und deswegen eine Tilgung der Klageforderung durch Aufrechnung nicht angenommen. Die Rev. rügt hierzu, daß der Bekl. in seinem Schriftsatz v. 14. Jan. 1931 die Aufrechnung nur hilfsweise erklärt habe. In erster Linie habe er geltend gemacht, daß die Kl. auf die in den Nachlaß der Mutter gefallene Forderung nicht mehr zurückgreifen dürfe, nachdem sie eine so erhebliche Schenkung von dem Bekl. empfangen habe. Diesen Einwand habe das BG. übersehen. Er sei aber beachtlich. Denn derartige Schenkungen, die im unmittelbaren Anschluß an eine Erbauseinandersetzung erfolgt seien, geschähen in der selbstverständlichen Voraussetzung, daß nicht noch bei der Auseinandersetzung übersehene Rechtsansprüche des Beschenkten bestünden. Der Bekl. hat jedoch seinen im Schriftsatz v. 14. Jan. 1931 in erster Linie erhobenen Einwand nicht näher begründet; in dem Schriftsatz v. 5. März 1931 ist er nur noch auf seinen Rückforderungsanspruch wegen groben Undankes zurückgekommen. Es ist auch keineswegs selbstverständlich, daß eine im unmittelbaren Anschluß an eine Erbauseinandersetzung erfolgte Schenkung für den Beschenkten erkennbar unter der Voraussetzung bewirkt wird, daß es bei dem Ergebnis der Auseinandersetzung sein Bewenden behalte. Für die Schenkung können Gründe vorliegen, die die Annahme einer solchen Voraussetzung ausschließen, zumal wenn die Schenkung nur an einen der bei der Auseinandersetzung beteiligten Erben erfolgt. Vor allem aber steht gar nicht fest, daß die Schenkung in irgendeinem auch nur zeitlichen Zusammenhange mit der Erbauseinandersetzung erfolgt ist. Die Kl. hat in dem Schriftsatz v. 13. Febr. 1931 behauptet, daß die Zahlung der 20 000 *R.M.* zunächst dazu bestimmt war, eine durch den Auseinandersetzungsvertrag begründete Kaufpreisforderung der Kl. zu tilgen. Erst später habe der Bekl. der Kl. die 19 000 *R.M.* geschenkt.

Der Bekl. hat ferner mit einer ihm am 22. Dez. 1930 abgetretenen Prozeßkostenforderung des F. gegen die Klageforderung aufgerechnet. Diese Aufrechnung hält das BG. deswegen für unwirksam, weil die Kl. schon vor Erklärung der Aufrechnung der Klageforderung an Metzgermeister G. abgetreten und die erfolgte Abtretung dem Bekl. mitgeteilt hat. Die Rev. weist demgegenüber darauf hin, daß die Abtretung der Klageforderung nach § 2033 Abs. 2 BGB. unzulässig gewesen sei. Dieser Einwand ist zutreffend. Er entzieht aber zugleich dem Bekl. die Befugnis zur Aufrechnung. Die in den Nachlaß der Mutter gefallene Forderung von 36 000 *M.* stand den Parteien und ihren beiden Geschwistern gemeinschaftlich zu. Die Kl. konnte daher vor erfolgter Auseinandersetzung des Nachlasses nur gemeinschaftlich mit ihren Miterben über diese Forderung oder einen Teil derselben verfügen (§§ 2040 Abs. 1, 2033 Abs. 2 BGB.). Niemand änderte auch nichts, daß die Forderung den einzigen Bestand des Nachlasses bildete. Die Auseinandersetzung ist aber nach der Feststellung des BG. erst als erfolgt anzusehen, als die Geschwister der Parteien mit Schreiben v. 30. Okt. 1933 sich damit einverstanden erklärten, daß die Kl. ein Viertel der Forderung für sich beanspruche. Daraus folgt andererseits, daß vorher der Bekl. auch nicht mit der an ihn abgetretenen Kostenforderung der Kl. gegenüber aufrechnen konnte (§ 2040 Abs. 2 BGB.). Seine mit Schriftsatz v. 19. Okt. 1931 erklärte Aufrechnung war daher unwirksam. Soweit etwa in seinen späteren Erklärungen eine Wiederholung der Aufrechnung zu finden sein sollte, vermag diese ihm nicht zu nützen. Denn für die nach

der Auseinandersetzung erklärte Aufrechnung trifft die Ansicht des BG. zu, daß die Aufrechnung dem Metzgermeister G. gegenüber erfolgen mußte. Die am 25. Aug. 1931 an G. unwirksam vorgenommene Abtretung der Klageforderung war zugleich als Abtretung des Auseinandersetzungsanspruchs der Kl. aufzufassen. Als solche war sie gültig. Der Übergang des in der Klageforderung bestehenden Auseinandersetzungsanspruchs vollzog sich aber im Zeitpunkt der erfolgten Auseinandersetzung.

Nach dem Vertrage v. 14. Febr. 1919 war das Kapital nach vorheriger sechsmonatiger Kündigung fällig. Die Kündigung erblickt das BG. in der Klagerhebung. Das BG. ist weiter der Meinung, daß diese von der Kl. allein ausgesprochene Kündigung durch die in der Erklärung der Geschwister der Parteien v. 30. Okt. 1933 enthaltene Genehmigung nach §§ 184 Abs. 1, 185 Abs. 2 BGB. mit rückwirkender Kraft wirksam geworden sei. Hiergegen wendet sich die Rev. mit Recht. Es kann im vorl. Falle dahingestellt bleiben, ob überhaupt § 185 Abs. 2 BGB. auf Verfügungen eines einzelnen Miterben Anwendung findet (RG. 93, 292; JW. 1925, 604; RG. 129, 286 = JW. 1930, 2924; 139, 118 = JW. 1933, 1303). Denn hier handelt es sich um eine Kündigung, also um ein einseitiges Rechtsgeschäft, durch das ein einzelner Miterbe, die Kl., über eine Nachlassforderung verfügt hat. Die Wirksamkeit einseitiger Rechtsgeschäfte kann aber nicht bis zur Erteilung der Genehmigung nach § 184 BGB. mit der Folge der Rückwirkung in Schwebe bleiben. Sie sind, wie § 182 Abs. 3 (vgl. auch §§ 180 Satz 1, 111, 1398 BGB.) ergibt, schlechthin wirkungslos. Daraus folgt, daß die von der Kl. auch nach der Klagerhebung aufrechterhaltene Kündigung erst mit der Zustimmungserklärung v. 30. Okt. 1933 und deren Mitteilung an den Bekl. wirksam erfolgt ist. Die Mitteilung an den Bekl. ist mit Schriftsatz v. 6. Nov. 1933, eingegangen am 9. Nov. 1933, geschehen. Erst v. 9. Nov. 1933 ab lief daher die im Vertrage v. 14. Febr. 1919 vorgesehene sechsmonatige Kündigungsfrist. Demgemäß sind die vom BG. der Kl. zuerkannten 4% Zinsen v. 9. Mai 1934 ab zu berechnen.

Schließlich hat die Rev. auch noch die Höhe der vom BG. vorgenommenen Aufwertung beanstandet. Sie meint, daß der Schenkung der 19 000 *R.M.* bei Ermittlung des Aufwertungs Betrags hätte Rechnung getragen werden müssen. Sie vermißt ferner eine besondere Begründung, für die Annahme, daß der Bekl. in der Lage sei, aus seinen Einkünften die eingeklagte Forderung zu bezahlen. Das BG. hat jedoch ersichtlich auf die geschenkten 19 000 *R.M.* deswegen kein Gewicht gelegt, weil es der Kl. „sehr schlecht geht“. Da für die Bemessung der Aufwertung die Verhältnisse der Parteien im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung von wesentlicher Bedeutung sind, ist ein Rechtsverstoß nicht anzuerkennen. Die von der Rev. vermißte Begründung ergibt sich aus dem vom BG. seiner Beurteilung zugrunde gelegten Gutachten, das auch über die Erträge des Grundbesitzes des Bekl. Aufschluß gibt.

(U. v. 17. Jan. 1935; IV 236/34. — Raumburg.) [R.]

(= RGZ. 146, 314.)

**Anmerkung:** An diesem Urteil interessiert in der Hauptsache der von der JW. als Leitsatz mitgeteilte Rechtsatz. Dieser Satz ist im Ergebnis sicher richtig; zu seiner Begründung ist immerhin einiges zu sagen.

A. Es handelt sich bei der Frage, „kann ein einseitiges Rechtsgeschäft, durch das ein Miterbe allein über einen Nachlassgegenstand verfügt, durch die übrigen Miterben genehmigt werden?“ um eine Frage aus dem schwierigen Gebiet der „Gesamtverfügungen“.

Die höchstgerichtliche Rechtsprechung auf diesem Gebiete weist unerfreuliche Widersprüche auf, das Schrifttum hat die einschlägigen Fragen bisher m. E. auch nicht eindringlich genug erörtert. Es ist von folgenden Rechtsätzen auszugehen:

1. § 2040 BGB.: „Die Erben können über einen Nachlassgegenstand nur gemeinschaftlich verfügen.“

2. Die Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts können, soweit nicht der Gesellschaftsvertrag ein anderes bestimmt, über einen zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstand nur gemeinschaftlich verfügen. Das ist zwar weder in § 719 BGB. noch in §§ 707, 714

BGB, ausdrücklich ausgesprochen, ergibt sich aber wenigstens aus dem Sinne dieser Bestimmungen in ihrer Zusammenfassung.

3. Sind bei einem Vertrage mehrere beteiligt, so kann ein ihnen etwa zustehendes Rücktrittsrecht nur von allen ausgeübt werden, § 356 BGB.; ähnliches gilt für das Wiederkaufrecht gem. § 502 BGB.

4. Steht mehreren Personen Gesamtvertretungsmacht zu, so können sie nur gemeinsam im Namen des Vertretenen Rechtsgeschäfte abschließen, insbes. über dessen Gegenstände verfügen.

I. In allen vier Fällen handelt es sich um „gemeinsame Rechtsgeschäfte“ (diese Bezeichnung stammt von v. Tuhr § 53 III Text zu Fußn. 164); in allen vier Fällen entsteht die Frage: „welche Rechtswirkungen treten ein, wenn nur einer die verfügende Willenserklärung abgibt?“ Man könnte meinen, es sei stets erforderlich, daß der Wille der mehreren Beteiligten gemeinsam oder doch gleichzeitig erkläre würde, und daher sei die von einem allein abgegebene Willenserklärung absolut und endgültig unwirksam.

Gemeinsamkeit oder Gleichzeitigkeit der Erklärung sind in der Tat von einzelnen Schriftstellern gefordert worden: Dernburg, Lehrbuch, III § 193, 3; Staudinger-(Werner), 9. Aufl., Anm. 3c zu § 356 BGB.; Staudinger-(Kober), 9. Aufl., Anm. 2a zu § 1077 BGB.

II. Diese Ansicht ist aber von der herrschenden Lehre (v. Tuhr § 53 III; Planck-[Siber], 4. Aufl., Anm. 1 zu § 356 BGB.; Enneccerus-[Behmann], 12. Aufl., § 39 II Note 3; RGKomm., 8. Aufl., Anm. 2 zu § 1077 BGB.; Warnher, Bem. zu § 2040 BGB.; Soergel, 4. Aufl., Anm. 2 zu § 2040 BGB.) und von der höchstgerichtlichen Rspr. (RG. 93, 295; 111, 338; 112, 129 = JW. 1929, 1544; 129, 286 = JW. 1930, 2924) mit Recht verworfen worden. Abgesehen von anderem ist sie zu mißbilligen, weil sie ohne anzuerkennende sachliche Gründe den rechtsgeschäftlichen Verkehr nutzlos erschwert.

1. Jedoch entsteht vom Standpunkt der herrschenden Lehre aus weiter die Frage, „ist die von einem allein abgegebene Willenserklärung ein „unvollständiges Rechtsgeschäft“, oder ist sie schwebend oder relativ unwirksam?“ Diese Gegenüberstellung bedarf zunächst noch einer Erläuterung.

a) „Unvollständig“ ist ein Rechtsgeschäft, wenn noch eine „Erfüllungsvoraussetzung“ (im Sinne Zitelmanns) fehlt. Es ist der Ergänzung fähig und bedürftig: der Blankowechsel ist nicht gemäß Art. 21 WechselG. (Art. 7 Satz 1 W.D.) wechselrechtlich nichtig, sondern kann und muß, um volle wechselrechtliche Wirkungen zu erzeugen, ergänzt werden. Die Ergänzung bedarf grundsätzlich der Form des zu ergänzenden Rechtsgeschäfts, weil sie zu seinem Errichtungsbestand gehört. Sie wirkt grundsätzlich nicht auf den Zeitpunkt der ersten Teilerklärung zurück. Sie kann grundsätzlich nur dem Geschäftspartner gegenüber erklärt werden.

b) Entweder schwebend oder relativ unwirksam ist ein Rechtsgeschäft, dem noch eine „Wirksamkeitsvoraussetzung“ (Zitelmann) fehlt; seine vollen Wirkungen treten regelmäßig erst nach einer Genehmigung ein, §§ 185 Abs. 2 (zugleich entsprechend für die relativ unwirksamen), 177 BGB. Die Genehmigung bedarf grundsätzlich nicht der Form des zu genehmigenden Rechtsgeschäfts; dies folgt aus den §§ 182 Abs. 2 und 167 Abs. 2 BGB. Sie wirkt grundsätzlich auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück, § 184 Abs. 1 BGB. Sie kann „sowohl dem einen als dem anderen Teil gegenüber erklärt werden“, § 182 Abs. 1 BGB., ähnlich § 167 Abs. 1 BGB.

2. Die oben (unter 1) aufgeworfene Frage ist — soweit ersichtlich — besonders für den Fall der Gesamtvertretungsmacht erörtert worden.

a) Die Theorie der „Teilerklärung“ ist von dem 6. Sen. des RG. in JW. 1898, 164 ff. und zunächst auch dem 2. Sen. in RG. 40, 17 und 61, 223 ff. vertreten worden.

b) Mit Recht hat aber der 2. Sen. diese Ansicht in RG. 81, 325 ff. (327) = JW. 1913, 482<sup>2</sup> verlassen. Sie kann „gegenüber den Bedürfnissen des Verkehrs nicht durchgeführt werden“ (a. a. O.). Mit diesen Bedürfnissen würde es nicht in Einklang stehen, wenn z. B. der Grundbuchrichter, falls nur ein Gesamtvertreter die Auflassung erklärt hatte, die Erklärung des anderen auf Grund von §§ 29 und 20 W.D. in beurkundeter — statt in lediglich beglaubigter — Form verlangen könnte, wenn die Abtretung eines GmbH-Anteils, die durch einen Gesamtvertreter allein erklärt worden war, nur durch notarielle Erklärung des anderen (§ 15 GmbHG.) wirksam werden könnte.

Auf Grund dieser Erwägungen hat der 2. Sen. in der eben genannten Entsch. § 177 BGB. für entsprechend anwendbar erklärt.

Dieser neuere Ansicht des 2. Sen. hat sich der 3. Sen. in III 181/17 und RG. 101, 342 ff. (343) angeschlossen. Endlich hat aber auch der 6. Sen. in RG. 112, 215 ff. (221) = JW. 1927, 167 ausgesprochen, daß die von einem Gesamtvertreter allein abgegebene Willenserklärung genehmigt werden könne.

Zusammenfassend kann man daher feststellen, daß das RG. nunmehr den allein handelnden Gesamtvertreter nach Analogie des Vertreters ohne Vertretungsmacht behandelt.

III. Mit dieser Rspr. läßt sich m. E. die bisherige Stellungnahme des RG. zu den entsprechenden Fragen des § 2040 BGB. nicht in Einklang bringen.

1. a) Der 7. Sen. hat in JW. 1907, 834 ohne nähere Begründung angenommen, daß die Verfügung eines von mehreren Miterben schlechterdings nichtig sei. Der 5. Sen. hat dann in RG. 93, 292 ff. zu begründen versucht, daß die Verfügung eines von mehreren Erben über einen Nachlassgegenstand „höllig wirkungslos“ (§ 294) sei, insbes. könne eine Genehmigung der übrigen Miterben der Verfügung nicht nachträglich Wirksamkeit verschaffen. Er führt aus, grundsätzlich folge aus der Verwendung der Worte „kann nicht“ im Gesetz die absolute Unwirksamkeit einer im Widerspruch zum Gesetz vorgenommenen Verfügung. Zwar gelte dann eine Ausnahme, wenn die „kann nicht“-Bestimmung zum Schutze einer bestimmten Person oder Personengruppe geschaffen sei. Eine solche Ausnahme liege aber im Falle des § 2040 BGB. nicht vor. „Die Bestimmung des § 2040 BGB. wurzelt ... in der Rechtsnatur der Erbengemeinschaft selbst, wie sie vom Gesetz begrifflich verstanden wird, und stellt sich daher gerade als das folgerichtige Ergebnis des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses dar.“

b) Dagegen kommt der 6. Sen. in RG. 129, 284 = JW. 1930, 2924<sup>2</sup> zu dem Ergebnis, daß die mit Einwilligung der übrigen vorgenommenen Verfügung eines Miterben über einen Nachlassgegenstand wirksam sei. Zur Begründung wird lediglich gesagt:

„Daß die Zustimmung zur Verfügung, hier die Einwilligung in die Verfügung der Witwe, der Verfügung regelmäßig gleichsteht, kann nicht zweifelhaft sein (Planck, Erl. 1 zu § 2040 BGB.). Die vom Gesetz erforderte Mitwirkung aller Miterben liegt demnach in einem solchen Falle vor!“

In RG. 139, 118 ff. = JW. 1933, 1303 läßt dann der 5. Sen. die Frage, ob § 185 Abs. 2 BGB. auf Verfügungen innerhalb von Gesamthandsgemeinschaften anzuwenden sei, offen, gesteht jedenfalls zu, die Entsch. RG. 93, 292 sei „im Schrifttum mit beachtlichen Gründen bekämpft worden“.

c) Das Schrifttum hat sich ganz überwiegend gegen die Entsch. RG. 93, 292 ff. ausgesprochen und hält § 185 BGB. für entsprechend anwendbar: Planck-(Strohhal), 4. Aufl., Anm. 1 zu § 2040 BGB.; Enneccerus-(Ripp), 8. Aufl., zu § 82 VI 1; RGKomm., 6. Aufl., Anm. 1 zu § 2040 BGB.; Strohhal, Erbrecht, 3. Aufl., Bd. 2, § 64 Note 6 b; Arckshmar, Erbrecht, 2. Aufl., § 85 III 1; Binder, Die Rechtsverhältnisse des Erben nach dem BGB., Bd. III S. 69 j.; Beyer, Die Surrogation bei Vermögen im BGB. S. 232. Anderer Ansicht sind: Endemann, 8. Aufl., Bd. III S. 1020; Soergel, 4. Aufl., Anm. 2 zu § 2040; Warnher, Bem. zu § 2040 BGB.

Vor allem hat aber auch der 1. Sen. des RG. dem RG. glatt die Gefolgschaft versagt, indem er in RGZ. 53, A 133 = JW. 1921, 249 ausdrücklich gegen RG. 93, 292 unter Anwendung von § 185 BGB. ausgesprochen hat, daß die Verfügung eines Miterben über den Nachlassgegenstand durch Genehmigung der übrigen wirksam werden könne. Dieser Satz ist in dem späteren Beschluß des gleichen Senats in JW. 1928, 915 aufrechterhalten worden.

2. a) Die verschiedene Behandlung der nachträglichen und vorherigen Zustimmung durch das RG. will schon beim ersten Blick nicht recht einleuchten. Zwar ist die nachträgliche Zustimmung der vorherigen nicht in jeder Beziehung gleichgestellt: vgl. die §§ 111, 1395, 1398, 1829, 1831 BGB. in bezug auf den Unterschied zwischen einseitigen und zweiseitigen zustimmungsbedürftigen Verfügungen. Die Regelung der Wirkungen von Einwilligung und Genehmigung in der gleichen gesetzlichen Bestimmung (§ 185 BGB.) muß aber im Sinne einer grundsätzlichen Gleichstellung verstanden werden. Der Satz in RG. 129, 284 = JW. 1930, 2924, die vom Gesetz erforderte Mitwirkung aller Miterben liege im Falle der Einwilligung der nicht selbst verfügenden Miterben vor, ist keineswegs beweiskräftig. Das Gesetz stellt die Einwilligung der Vornahme des Rechtsgeschäfts nicht gleich: die Einwilligung bedarf auch dann nicht der Form, wenn das Rechtsgeschäft formbedürftig ist (§ 182 Abs. 2 BGB.). Die Einwilligung ist auch wirksam, wenn sie dem Verfügenden gegenüber erklärt wird (§ 182 Abs. 1 BGB.).

Die Begründung des RG. versagt also in denjenigen Fällen, in denen die Verfügung der Erben formbedürftig ist und ein Miterbe unter formloser Zustimmung der übrigen formgerecht verfügt. Weiter zeigen diese Überlegungen, daß ein Widerspruch zwischen RG. 93, 292 und RG. 112, 284 bestehen bleibt. Der 6. Sen. hätte — zwar nicht nach dem Wortlaut, wohl aber nach dem Sinne des § 136 BGB. — eine Entsch. der VerZivSen. herbeiführen müssen.

b) Letzten Endes ist jedoch m. E. die Entsch. des 5. Sen. in RG. 93, 292 abzulehnen.

a) Die Verwendung der Worte „können“ und „nur“ in § 2040 BGB. beweist nichts. Es liegt genau so wie in den Fällen der §§ 181 und 719 BGB., für die in RR. 68, 37 = JW. 1908, 271 und RG. 92, 399 trotz „kann nicht“ nur relative Unwirksamkeit angenommen worden ist, weil diese Bestimmungen allein dem Schutze des Vertretenen bzw. der übrigen Gesellschafter dienen.

Auch § 2040 BGB. dient lediglich dem Schutze der nichtverjüngenden Miterben.

β) In der hier maßgeblichen Beziehung besteht auch kein sonstiger entscheidender Unterschied zwischen § 719 und § 2040 BGB.

aa) Die Gesellschaft ist ebenjogut auf den Gesamthandgedanken aufgebaut wie die Miterbengemeinschaft. Das soll gerade durch § 719 BGB. zum Ausdruck gebracht werden, wie für die Miterbengemeinschaft durch § 2040 BGB.

bb) Die Entstehungsgeschichte des § 2040 BGB. spricht gegen die vom RG. vertretene Ansicht. Im gemeinen Recht finden bekanntlich auf die Rechtsverhältnisse der Miterben die Vorschriften Anwendung, die für die (Bruchteils-) Gemeinschaft gelten. Darauf ist zurückzuführen, daß § 1914 des Entw. II (jetzt § 2040) sich „an die entsprechenden für die Gemeinschaft gegebenen Vorschriften des § 283 (Entw. II) anschließt“ (Prot. S. 8111)! Die Regierung hat dann zwar später die Übernahme des preußisch-rechtlichen Gesamthand-systems empfohlen (Denkschrift S. 261), eine sachliche Änderung des § 1914 ist aber nicht mehr erfolgt. Für § 747 Abs. 2 wird aber die entsprechende Anwendbarkeit des § 185 BGB. allgemein bejaht (vgl. genauer: RGZ. 53, A 138).

cc) Die Ablehnung des § 185 BGB. kann dem Zweck des § 2040 BGB., die übrigen Miterben zu schützen, geradezu zuwider sein; dies jedenfalls dann, wenn man — was m. E. richtig ist — auch § 184 Abs. 1 BGB. für anwendbar hält.

dd) Eine unmittelbare Anwendung des § 185 BGB. wird freilich nicht angängig sein, weil der Verfügung nur eines Miterben nicht nur ein Mangel in der Rechtszuständigkeit anhaftet, sondern das Rechtsgeschäft selbst der gesamthänderischen Bindung unterliegt. Für eine entsprechende Anwendung des § 185 BGB. besteht aber ein dringendes praktisches Bedürfnis.

ee) Wenn man aus den soeben (unter dd) erörterten Gründen die entsprechende Anwendung von § 185 BGB. ablehnt, müßte man auch die Anwendbarkeit der §§ 932, 1207, 892 BGB. verneinen. Auch diese beziehen sich nur auf den Mangel der Rechtszuständigkeit des Verfügenden, nicht dagegen auf Mängel des Rechtsgeschäfts selbst (RG.: JW. 1930, 2429<sup>33</sup>). Die Ablehnung einer wenigstens entsprechenden Anwendung der §§ 932, 1207 und 892 BGB. würde aber für den Fall des § 2040 BGB. zu lebensfremden Ergebnissen führen.

ff) Es ist auch nicht einzusehen, warum die Verfügung eines völlig Nichtberechtigten in jedem Falle stärkere Wirkungen haben sollte als diejenige eines zwar gesamthänderisch Mitberechtigten, aber auch gesamthänderisch an die Verfügungsmacht gebundenen.

gg) Die Fälle der „Gesamtvertretungsmacht“ und „Miterbengemeinschaft“ liegen m. E. — soweit das hier interessiert — gleich, sie sind daher auch gleichmäßig zu behandeln.

C. Das Gesetz behandelt in vielfacher Bestimmung zustimmungsbedürftige einseitige Rechtsgeschäfte anders als zustimmungsbedürftige Verträge: §§ 111, 180, 1395, 1398, 1829, 1831 BGB. Alle diese Bestimmungen führen auf das gleiche rechtspolitische Prinzip zurück: wer einen Vertrag abschließen will, zu dessen voller Wirksamkeit es auf der Gegenseite einer Zustimmung bedarf, mag sich von vornherein der erforderlichen Zustimmung vergewissern. Schließt er den Vertrag ohne diese Zustimmung ab, so muß er das wirtschaftliche Risiko des Scheiters des Vertrags tragen. Es wäre dagegen unbillig und ungerecht, dieses Risiko auch demjenigen aufzuerlegen, in dessen Rechtskreis auf Grund einer einseitigen empfangsbedürftigen Willenserklärung Rechtswirkungen erzeugt werden sollen.

Die herrschende Lehre hält daher mit Recht § 185 BGB. auf einseitige Verfügungen für unanwendbar (Enneccerus = Ripperden, 13. Aufl., § 191 IV 2b; Plank = Flab, 4. Aufl., Bem. V zu § 185 BGB.; Staudinger = Riezler, 9. Aufl., Anm. 2 zu § 185; Soergel, 4. Aufl., Bem. 1 zu § 185; Dertmann, 3. Aufl., Bem. VI zu § 185; Sohm, Gegenstand S. 14 ff.; v. Tuhr II 1 § 53 I 1 S. 210; Warner, III zu § 185 BGB.).

Sohm behauptet (a. a. O.), einseitige Rechtsgeschäfte, die unmittelbar auf den Bestand vorhandener Rechte oder Rechtsverhältnisse einwirken, seien nicht „Verfügungen“, sondern „Verfügungsgestaltungsgeschäfte“. Diese Terminologie ist willkürlich. Gegen die Sohm'sche Begründung hat mit Recht v. Tuhr § 54 I Text zu Note 48 Stellung genommen.

v. Tuhr betont allerdings gegenüber der herrschenden Lehre, daß der oben erwähnte Gedanke keine Anwendung finde in den Fällen, in denen einseitige Verfügungen mehrerer Gesamthandberechtigter oder Gesamtvertretungsermächtigter sukzessive abgegeben werden, weil durch

eine solche Abgabe der Willenserklärungen die Unsicherheit für den Geschäftsgegner nicht vergrößert werde (a. a. O. II 1 § 53 S. 172).

Im RGWRomm. (8. Aufl., Bem. 4 zu § 185 BGB.) findet sich nun freilich die — nicht begründete — Bemerkung, zu den „Verfügungen“ im Sinne dieser Bestimmung gehöre auch die Kündigung der Miete, insofern damit über Rechte des Kündigenden aus dem Mietverhältnis verfügt wird. Das Erläuterungsbuch beruft sich auf die meines Wissens leider nicht veröffentlichte Entsch. RG. III 139/24. Diese Bemerkung halte ich mit Rücksicht auf den oben entwickelten allgemeinen Rechtsgedanken für schlechterdings unrichtig; eine Stellungnahme des hier entscheidenden 4. Sen. zu jenem Urteil des 3. Sen. wäre aber dringend erwünscht gewesen.

W. Dr. Mazke, Berlin.

\*

\*\*9. § 22 Abs. 2 RJugWohlfG. Die Heranbildung eines Pflegekindes zum deutschen Menschen ist nicht gewährleistet, wenn zwar die Pflegemutter, nicht aber der Pflegevater arisch ist. — § 22 Abs. 2 RJugWohlfG. setzt — anders als § 1666 BGB. — kein Verschulden der Pflegeperson voraus. †)

Der 1933 geborene K. befindet sich seit dem 13. März 1933 bei den Beschw. in Pflege. Das JugA. erteilte ihnen am 24. März 1933 die Erlaubnis zur Aufnahme des Pflegekindes und schloß mit ihnen für den Bezirksfürsorgeverband am gleichen Tage einen Pflegevertrag ab. Am 10. Sept. 1934 kündigte es das Pflegeverhältnis für den 1. Okt. 1934, weil ihm inzwischen bekannt geworden war, daß der Ehemann St. nichtarischer Abstammung sei. Gegen den hiermit erfolgten Widerruf der Erlaubnis legten die Eheleute St. am 19. Sept. 1934 Beschw. ein. Das JugA. setzte den Vollzug der angef. Entsch. aus und legte die Beschw. dem Spruchauschuß bei der Bezirksfürsorgestelle zur Entsch. vor, der durch Beschl. v. 12. Nov. 1934 auf Zurückweisung des Rechtsmittels erkannte. Durch Schriftsatz v. 19. Dez. 1934 legten die Eheleute St. gegen die Entsch. des Spruchauschusses „Revisionsbeschwerde“ ein.

Das Rechtsmittel ist in der rechten Form und Frist eingelegt. Sachlich ist es nicht begründet.

Nach § 22 Abs. 2 RJugWohlfG. kann die Erlaubnis zur Aufnahme eines Pflegekindes widerrufen werden, wenn das körperliche, geistige oder sittliche Wohl des Kindes es erfordert. Damit ist ausgesprochen, daß für den Widerruf der Erlaubnis nur das Wohl des Kindes ausschlaggebend sein und daß der Widerruf nicht aus anderen Gründen, insbes. solchen eigennütziger Art, erfolgen darf (Fichtl, RJugWohlfG., 2. Aufl., Anm. 2 zu § 22). Die Rechtsbeschwerde kann daher mit Erfolg nur darauf gestützt werden, daß der Widerruf aus anderen als den in § 22 Abs. 2 RJugWohlfG. vorgesehene Gründen erfolgt, oder daß der Begriff des körperlichen, geistigen oder sittlichen Wohles des Kindes verkannt sei. Dagegen kann mit der Rechtsbeschwerde nicht geltend gemacht werden, daß das JugA. von dem ihm nach § 22 Abs. 2 zustehenden pflichtmäßigen Ermessen einen unangemessenen Gebrauch gemacht habe.

Lediglich beizutreten ist dem Spruchauschuß darin, daß bei der grundlegenden Bedeutung der Rassenfrage im nationalsozialistischen Staat die Heranbildung des jungen Menschen arischer Abstammung zu einem art- und rassenbewußten Volksgenossen einen untrennbaren Bestandteil des Erziehungsmerkes bildet, und daß diese Heranbildung nicht gewährleistet ist, wenn zwar die Pflegemutter, nicht aber der Pflegevater arischer Abstammung ist. Es ist daher im Gegensatz zur Ansicht der Beschw. nicht rechtsirrig, wenn der Spruchauschuß ausführt, daß das geistige und sittliche Wohl des arischen Pflegekindes eine Erziehung durch einen nichtarischen Pflegevater nicht zulasse. Die Ber. der Beschw. auf die Entsch. des BayObV. v. 3. Okt. 1934 (BayZ. 1934, 351) geht schon deshalb fehl, weil die Voraussetzungen für ein Einschreiten gegen den Sorgeberechtigten nach § 1666 BGB. völlig andere sind als die in § 22 Abs. 2 RJugWohlfG. aufgestellten Voraussetzungen für den Widerruf der Halterlaubnis. § 1666 BGB. setzt eine gegenwärtige, und zwar in einem solchen Maße vorhandene Gefahr voraus, daß bei der weiteren Entwicklung der

Dinge eine erhebliche Schädigung des geistigen oder leiblichen Wohles des Kindes sich mit ziemlicher Sicherheit voraussehen läßt (RWM. Komm. Anm. 3 zu § 1666). Ein Widerruf der Erlaubnis nach § 22 Abs. 2 RJugWohlfG. kann dagegen durch das körperliche, geistige oder sittliche Wohl des Kindes schon dann geboten sein, wenn die Pflegeperson nach dem pflichtmäßigen Ermessen des JugA. nicht die Gewähr dafür bietet, daß das Pflegekind durch sie die nötige körperliche Pflege sowie die richtige Erziehung in geistiger und sittlicher Hinsicht findet. Auf ein Verschulden der Pflegeperson kommt es dabei — anders als nach § 1666 BGB. — nicht an.

(Beschl. v. 11. Febr. 1935; IV B 7/35.)

**Anmerkung:** Der Entsch. ist im Ergebnis und auch in der Begründung voll zuzustimmen.

A. Nach § 18 Abs. 1 RJugWohlfG. bestimmt sich das „Beschwerderecht“ gegen Entscheidungen des JugA. nach Landesrecht. Damit ist nicht nur die Frage der Beschwerdeberechtigung, sondern auch die der Zulässigkeit der Beschwerde und des Instanzenzuges gemeint. Das PrAWRJugWohlfG. gibt in § 15 Ziff. 2 im Falle des Widerrufs der Erlaubnis nach § 20 RJugWohlfG. den von der Entscheidung Betroffenen sowie den Eltern und gesetzlichen Vertretern den Einspruch und dann die Beschwerde an die kommunale Aufsichtsbehörde. Ähnlich ist das (hier in Betracht kommende) hessische Recht geregelt (vgl. HessAWRJugWohlfG. Art. 12). Im letzten Rechtszuge entscheidet nach § 18 Abs. 2 Satz 1 RJugWohlfG. auf Rechtsbeschwerden das RWerwG. An dessen Stelle tritt nach Art. 9 EWRJugWohlfG. bis zu seiner Errichtung das RG. Dieses Gericht ist also mit Recht angerufen worden.

B. I. Pflegekinder sind grundsätzlich alle Kinder, die sich regelmäßig in fremder Pflege befinden (§ 19 RJugWohlfG.). Die Aufnahme eines Pflegekindes bedarf der vorherigen Erlaubnis des JugA. (§ 20). Diese Erlaubnis kann nach § 22 Abs. 2 widerrufen werden, „wenn das körperliche, geistige oder sittliche Wohl des Kindes es erfordert“.

Der Pr. M. i. B. hat am 29. März 1924 Richtlinien für den Erlaß von Ausführungsbestimmungen durch die Regierungspräsidenten aufgestellt. In diesen Richtlinien heißt es u. a.:

„In sittlicher Hinsicht muß die Eignung der Pflegeperson selbst sowie die der übrigen Familienmitglieder und etwaiger Kostgänger feststehen; insbesondere muß geprüft werden, ob das Kind in der Familie nicht nur die nötige körperliche Pflege, sondern auch die richtige Erziehung in geistiger und sittlicher Beziehung findet. Es ist nötig, darauf hinzuwirken, daß Pflegekinder soweit wie irgend möglich ihrem religiösen Bekenntnis gemäß untergebracht werden.“

Diese Richtlinien werden, soweit sie unmittelbar auf Eigenschaften der Pflegepersonen hinweisen, jedenfalls für die Anwendung von § 22 Abs. 2 RJugWohlfG. nicht angewendet werden können. Insofern scheint mir die Bemerkung des RG. zutreffend zu sein, daß „nur das Wohl des Kindes ausschlaggebend sein darf“. Mittelbar würden dagegen solche Eigenschaften der Pflegeperson durchaus von Bedeutung sein. Die Richtlinien stellen es im übrigen aus begreiflichen Gründen nur auf konfessionelle Verschiedenheiten zwischen Pflegekind und Pfleger ab.

II. Für die heutige Auslegung des § 22 Abs. 2 werden andere Grundsätze gelten müssen.

1. Es könnte zwar zweifelhaft sein, ob die Worte „das körperliche, geistige oder sittliche Wohl“ Generalklausel im Sinne der bekannten Schmittschen Grundsätze sind.

2. Letzten Endes kann diese Frage auf sich beruhen. Jedenfalls muß jede Auslegung auch den Zweck des Gesetzes berücksichtigen, und jedenfalls ist weiter Zweck jeder Gesetzesauslegung, dem Recht, wie es vom Standpunkt der jeweils geltenden kulturellen, staatspolitischen Auffassung aus erscheint, zum Siege zu verhelfen.

Zu diesen Anschauungen gehören aber auch die im heutigen Staate anerkannten rassenpolitischen Grundsätze.

Der Zweck des § 22 Abs. 2 RJugWohlfG. besteht darin, eine Erziehung auch des Pflegekindes zu gewährleisten, die den kulturellen und staatspolitischen Ansichten des Staates entspricht. Danach dürfte aber kein Zweifel daran bestehen, daß heute „die Herausbildung des jungen Menschen arischer Abstammung zu einem art- und rassebewußten Volksgenossen einen untrennbaren Bestandteil des Erziehungswerkes bildet“.

M. Dr. M a y k e, Berlin.

## Reichsgericht: Strafsachen

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

10. §§ 20a, 42a Ziff. 1, 4, 5, 42e, 42k, 42n StGB.; §§ 80a, 246a StPD. Für die Beurteilung, ob jemand als gefährlicher Gewohnheitsverbrecher anzusehen sei, kommt es auf die Entstehungsurfsache des verbrecherischen Hanges nicht an. Eine ausreichende verärztlichelluntersuchung muß nicht nur vor der Anordnung der Entmannung, sondern auch dann stattfinden, wenn zu entscheiden ist, ob gegen den Angekl. der Entmannung oder einer anderen möglichen Sicherungsmaßregel der Vorzug zu geben sei. Bei dieser Entscheidung muß unter Umständen auch der Umstand ausreichend berücksichtigt werden, daß der Angekl. selbst seine Entmannung wünscht. Dies selbst dann, wenn die Entmannung voraussichtlich eine Verschlechterung des Gesundheitszustandes des Angekl. herbeiführen wird. Kommt das Gericht zu der Überzeugung, daß die Unterbringung des Angekl. in einer Heil- oder Pflegeanstalt ungeeignet sei, während die Voraussetzungen für die Anordnung der Sicherungsverwahrung vorliegen, so ist diese anzuordnen. Bestehen Zweifel, welche von beiden Maßregeln zweckmäßiger sei, so können beide angeordnet und die Entscheidung darüber, in welcher Anstalt der Verurteilte zunächst und in welcher er endgültig unterzubringen ist, dem Vollzug überlassen werden.

1. Gegenüber der Anwendung des Begriffs „gefährlicher Gewohnheitsverbrecher“ wird von der Rev. lediglich geltend gemacht, daß der Angekl. bis zum Jahre 1924, also bis zu einem Zeitpunkt, in dem er bereits mehr als zehn Jahre geschlechtsreif gewesen war, seiner Veranlagung den nötigen Willensentschluß habe entgegensetzen können, und daß der weiterhin sich zeigende Mangel an Energie auf das im Feld erworbene, immer fortschreitende Lungen- und Nerkopfleidens zurückzuführen sei, durch das sein Geschlechtstrieb erhöht, seine Widerstandskraft aber immer mehr geschwächt wurde. Diese Ausführungen vermögen die Rev. nicht zu stützen. Der Umstand, daß in einem bestimmten Fall die angeborene — und deshalb unverschuldete — Abartigkeit der Persönlichkeit durch ein — gleichfalls unverschuldetes — körperliches Leiden noch gesteigert worden ist, kann, sofern sich nicht ein Schulausschließungsgrund i. S. des § 51 Abs. 1 StGB. n. F. herausgebildet hat, lediglich durch die Anwendung des § 51 Abs. 2 StGB. n. F. und innerhalb des sich hiernach ergebenden Strafrahmens bei der Strafzumessung berücksichtigt werden, schließt aber die Annahme nicht aus, daß die verbrecherische Betätigung auf einem in der Persönlichkeit verwurzelten Hang zum Verbrechen beruht, der seinen äußeren Ausdruck in mindestens drei erheblichen Straftaten gefunden hat und die künftige Begehung weiterer nicht unerheblicher Straftaten wahrscheinlich macht, daß also die Person, die mit jener angeborenen und weiterhin gesteigerten Abartigkeit und mit dem auf ihr beruhenden verbrecherischen Hang behaftet ist, als gefährlicher Gewohnheitsverbrecher i. S. des § 20a StGB. beurteilt wird. Es kommt für diese Beurteilung überhaupt nicht auf die Entstehungsurfsache des Hanges, also auch nicht darauf an, ob und in welchem Maß der Hang angeboren oder durch irgendwelche Umstände erworben oder gesteigert worden ist, sondern nur darauf, daß er besteht und in der erwählten Weise sich auswirkt, obwohl die Fähigkeit, das Unerlaubte der Tat einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln — wenn auch in vermindertem Maß — noch vorhanden ist (vgl. hierzu das ErlBuch z. GewohnhVerbrG. von Schäfer-Wagner-Schafheutle, Anm. 13, 19, 67 zu § 20a StGB.). Da im

übrigen die Voraussetzungen des § 20a Abs. 1 und 3 StGB. einwandfrei nachgewiesen sind, ist der Angekl. mit Recht als gefährlicher Gewohnheitsverbrecher beurteilt und bestraft worden.

Daß der Angekl., wie das Gericht angenommen hat, nicht nur ein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher, sondern insbes. auch ein gefährlicher Sittlichkeitsverbrecher ist, bedurfte bei der gegebenen Sachlage keiner weiteren Erörterung.

2. Als Sicherungsmaßregeln kamen hiernach die in § 42a StGB. unter Nr. 1, 4 und 5 aufgeführten Maßregeln der Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt, der Sicherungsverwahrung und der Entmannung in Frage, die nach § 42n StGB. grundsätzlich auch nebeneinander verhängt werden können.

Der StA. hatte in erster Linie die Entmannung, vorzugslich die Anordnung der Sicherungsverwahrung beantragt. Der Verteidiger beantragte „die gesetzliche Mindeststrafe... vorsorglich, den Angekl. auf seinen körperlichen und geistigen Zustand zu untersuchen, ob die Voraussetzungen der Entmannung gegeben sind und ob eine Entmannung keine nachteiligen Folgen für den Angekl. habe“. Der Angekl. selbst hat sich mit der Entmannung einverstanden erklärt und sie sogar beantragt.

a) Was die Entmannung anlangt, so hielt es der Sachverständige für fraglich, ob durch sie der entartete Geschlechtstrieb des Angekl. zum Erlöschen gebracht oder erheblich abgeschwächt und der Angekl. von der Begehung weiterer unsittlicher Handlungen an Anaben abgehalten werden würde. Das Gericht ließ sich aber auf eine weitere Erörterung der Frage der Unwirtlichkeit der Entmannung in derartigen Fällen nicht ein, da es nach dem Gutachten des Sachverständigen, dem es sich erkennbar angeschlossen, mit Rücksicht darauf, daß der Angekl. an Lungen- und Kehlkopf- und Tuberkulose leidet, nicht verantwortet werden könnte, den schweren Eingriff der Entmannung an ihm vorzunehmen.

In der RevBegründung wird hierzu im wesentlichen bemerkt, sowohl die Sicherungsverwahrung wie die Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt wären überflüssig, wenn das Gericht in Übereinstimmung mit den Anträgen des StA., des Verteidigers und des Angekl. die Entmannung des letzteren angeordnet hätte; der als Sachverständiger vernommene Arzt habe den Angekl. vor der Hauptverhandlung nicht untersucht; er habe daher unmöglich ein abschließendes Urteil darüber abgeben können, ob der beantragte Eingriff von Nachteil wäre; wenn ferner auch möglicherweise der entartete Geschlechtstrieb des Angekl. durch seine Entmannung nicht zum Erlöschen gebracht würde, so würde er doch sicher erheblich abgeschwächt.

Dieser Rüge kann der Erfolg nicht versagt werden.

Vor allem hätte dem Sachverständigen vor der Hauptverhandlung Gelegenheit zur Untersuchung des Angekl. gegeben werden müssen, da bei der Art der dem Angekl. zur Last gelegten und der früher von ihm begangenen Straftaten die Entmannung in Frage kommen konnte (vgl. §§ 80a, 246a StPD.). Der 3. StrSen. hat im Ur. 3 D 525/34 = JW. 1934, 2415 und in JW. 1934, 3064 einen revisionsbegründenden Verfahrensverstöß darin gefunden, daß die Entmannung auf Grund einer Sachverständigenvernehmung angeordnet worden ist, ohne daß eine ausreichende Untersuchung unter dem Gesichtspunkt der in Frage kommenden Entmannung vorgenommen worden war.

Dem Sinn des § 246a StPD. entsprechend muß eine solche Untersuchung auch dann für erforderlich angesehen werden, wenn zu entscheiden ist, ob die Entmannung anzuordnen oder einer anderen Sicherungsmaßregel, namentlich der Sicherungsverwahrung, der Vorzug zu geben ist. Es erscheint aber auch nicht ausgeschlossen, daß der Sachverständige auf Grund einer derartigen Untersuchung sein Gutachten zu den beiden obenerwähnten Punkten mehr oder weniger anders, als es geschehen ist, abgegeben haben würde.

Abgesehen hiervon ist die Ablehnung der Entmannung auch sachlich nicht ausreichend begründet, so daß auch aus diesem Grund die hiervon nicht zu trennende Anordnung der

Sicherungsverwahrung aufgehoben werden muß. Wenn, wie im gegebenen Fall, die in § 42k StGB. bestimmten Voraussetzungen für die Anordnung der Entmannung gegeben sind, dann muß der Richter bei der in sein Ermessen gestellten Entsch. alle Umstände, die für und gegen die Anordnung sprechen, gegeneinander abwägen. Ob diese Abwägung in hinlänglicher Weise stattgefunden hat, bleibt nach den Urteilsgründen zweifelhaft. Dies gilt insbes. von der Frage, ob genügend berücksichtigt worden ist, daß der Angekl. selbst die Entmannung wünscht. Dieser Umstand kann ihre Anordnung selbst dann angebracht erscheinen lassen, wenn mit ihr voraussichtlich eine — nicht gerade lebensgefährliche — Verschlechterung des Gesundheitszustandes verbunden sein wird. Wegen der Berücksichtigung der Erfolgsaussichten wird auf RGSt. 68, 194 verwiesen. Hiernach wäre von der Entmannung allerdings dann Abstand zu nehmen, wenn der Sachverständige wegen besonderer, in der Persönlichkeit des Angekl. liegenden Umstände dem Gericht überzeugend dartäte, daß die Entmannung sicher nicht zur Erlötung oder wesentlichen Herabsetzung des Geschlechtstriebes führen werde. Spräche aber nur eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür, daß der erstrebte Erfolg nicht eintreten werde, dann könnte wieder dem vom Angekl. ausgesprochenen Wunsch, auch für diesen Fall entmannt zu werden, Bedeutung für die Entsch. beizumessen sein. Bei der Verhandlung wird auch der Behauptung nachzugehen sein, daß der Hilfsarzt die Entmannung befürwortet habe.

b) Das Gericht hat auch die Unterbringung des Angekl. in einer Heil- oder Pflegeanstalt erwogen, aber von dieser Maßregel abgesehen, „da die bei dem Angekl. vorhandene Geisteschwäche sich nicht auf intellektuellem Gebiet, sondern auf der Seite des Willens auswirkt, und bei weitem nicht einen Grad erreicht hat, der eine Unterbringung des Angekl. in einer Heil- oder Pflegeanstalt rechtfertigen würde.“

Die Rev. bezeichnet die Annahme des Erstrichters, daß die Geisteschwäche des Angekl. nicht auf intellektuellem Gebiet, sondern auf der Seite des Willens liege, für willkürlich und durch nichts gerechtfertigt. Diese Bemerkung enthält für sich betrachtet zwar nur einen Angriff gegen die Beweiswürdigung. Der Sachverständige wird aber bei der neuen Untersuchung, die aus den oben angegebenen Gründen geboten ist, auch auf diesen Angriff einzugehen haben. Sachlich-rechtlich ist gegen die Begr. der Ablehnung der Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt nichts einzuwenden. Wenn, wie das Gericht angenommen hat, die Entmannung des Angekl. mit Rücksicht auf sein körperliches Leiden nicht verantwortet werden kann, kommen als Sicherungsmaßregeln die Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt gem. § 42b i. Verb. m. § 51 Abs. 2 StGB. n. F. oder die Sicherungsverwahrung gem. § 42e i. Verb. m. § 20a StGB. oder gem. § 42n StGB. beide nebeneinander in Betracht. Die Voraussetzungen für die Anordnung der Sicherungsverwahrung sind im vorl. Falle gegeben. Bei der Prüfung, welche der beiden Maßregeln sich für den Angekl. besser eignet oder ob sich die Anordnung beider Maßregeln empfiehlt, ist die Gesamtpersönlichkeit des Angekl., insbes. Art und Grad seines krankhaften Zustands, zu berücksichtigen (vgl. das angef. ErlBuch, Anm. 9 zu § 42e StGB.). Kommt das Gericht auf Grund des Sachverständigengutachtens zu der sicheren Überzeugung, daß die Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt ungeeignet ist, während andererseits die Voraussetzungen für die Anordnung der Sicherungsverwahrung gegeben sind, dann ist die Sicherungsverwahrung anzuordnen, von der Anordnung der Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt aber abzusehen, da dann die letztere Maßregel durch die öffentliche Sicherheit nicht mehr erfordert wird. Bestehen Zweifel, welche von beiden Maßregeln zweckmäßiger ist, können beide nebeneinander angeordnet und die Entsch. darüber, in welcher Anstalt der Verurteilte zunächst und in welcher er endgültig unterzubringen ist, dem Vollzug überlassen werden. Eine solche Entsch. könnte, wenn die Entmannung auf Grund der neuen Verhandlung wieder abgelehnt werden würde, auch jetzt noch getroffen werden, sofern das neue Sachverständigengutachten nicht entgegenstände, da

§ 358 Abs. 2 Satz 1 StPD. gem. Satz 2 auf die Unterbringung in einer Heil- oder Pfllegeanstalt nicht anwendbar ist. Würde dagegen die Anordnung der Entmannung für angezeigt erachtet, so könnte es nicht daneben bei der Anordnung der Sicherungsverwahrung verbleiben, da hierin ein Verstoß gegen die Vorschrift des § 358 Abs. 2 Satz 1 StPD. liegen würde. Es bliebe dann nur die Möglichkeit, die Unterbringung des Angekl. in einer Heil- oder Pfllegeanstalt anzuordnen; ihre Dauer würde davon abhängen, ob und wann durch die Entmannung der mit ihr erstrebte Erfolg eintritt.

(1. Sen. v. 11. Dez. 1934; 1 D 1326/34.)

[W.]

\*

**\*\* 11.** § 176 Nr. 3 StGB. Eine vom Täter unmittelbar bei der unzüchtigen Handlung selbst zu dem Kind gemachte Äußerung wie etwa: „komm laß mich hinfangen“, hat nicht neben der unzüchtigen Handlung eine eigene rechtliche Bedeutung als Verleitung zum Dulden der unzüchtigen Handlung. Bestimmt der Täter durch Versprechen eines Geschenks ein Kind, mit ihm in einen Wirtshausabort zu gehen, wo er mit ihm unzüchtige Handlungen vornehmen will, so liegt darin bereits ein beendeter Versuch der Verleitung zum Dulden unzüchtiger Handlungen, so daß kein Rücktritt vom Versuch nach § 46 Nr. 1 StGB. mehr in Frage kommt. Wenn der Täter dem Kinde unter den Rock greifend nur an den nackten Oberschenkel hinkommt, so ist die Tat nicht deshalb bloßer Versuch, weil der Täter mit dem Griff hat etwas weiter kommen wollen.

Der Angekl. hat das noch nicht vier Jahre alte Kind mit den Worten „komm, geh mit, dann kriegst du einen Kreuzer“ in den Abort der Wirtschaft gelockt und ihm dort mit den Worten „komm her, laß mich hinfangen“ mit der rechten Hand unter den Kleidern an den nackten Schenkel gegriffen. Er hat dann aber, „alsbald von ihm abgelassen, als es weinend weg lief“. Nach seiner Angabe war er darauf ausgegangen, dem Kinde an den Geschlechtsteil zu langem, hat aber „seine Absicht nicht ausgeführt, weil das Kind weinend weggelaufen sei, aber auch deshalb, weil ihn die Tat plötzlich gereut und er an die mit Rücksicht auf seine Vorstrafen zu gewärtigende schwere Strafe gedacht habe“. Das LG. hat in dem Tun des Angekl. ein versuchtes Verbrechen nach § 176 Nr. 3 StGB. gesehen: und zwar einen Versuch der Vornahme einer unzüchtigen Handlung und zugleich den Versuch einer Verleitung zur Duldung einer unzüchtigen Handlung, diesen in der Aufforderung an das Kind, „sich hinfangen zu lassen“. Die Voraussetzungen des § 46 Nr. 1 StGB. hat das LG. als nicht gegeben angesehen, da der Angekl. „in erster Linie deshalb von seinem Vorhaben abgestanden sei, weil sich das Kind weinend entfernt habe, also aus Gründen, die von dem Willen des Angekl. unabhängig waren“.

Diese rechtliche Beurteilung des Vorgangs ist nicht bedenkenfrei. Gleichwohl kann die Rev. des Angekl. im Ergebnis keinen Erfolg haben.

Sofern das LG. die versuchte Verleitung zur Duldung einer unzüchtigen Handlung in der Aufforderung an das Kind findet, „sich hinfangen zu lassen“, ist allerdings davon auszugehen, daß eine Verleitung zur Duldung rechtlich auch da möglich ist, wo es sich um ein vom Angekl. selbst vorzunehmendes Tun handelt (RGSt. 20, 30), und als ein Mittel zur Verleitung kann jedes Vorgehen in Betracht kommen, das der Täter zur Erreichung seines Zieles anwendet; so kann eine bloße wörtliche Aufforderung oder die Bedung der kindlichen Neugier genügen (Urt. v. 28. Febr. 1910, 3 D 11/10 und v. 25. Febr. 1926, 2 D 93/26).

Ein Nebeneinandertreten der Verleitung zur Duldung und der Vornahme der unzüchtigen Handlung selbst kommt, da die Verleitung eine Beeinflussung des Willens des Kindes voraussetzt, da in Frage, wo der Täter durch diese Beeinflussung die Genetigkeit bei dem Kinde schafft, eine der Beeinflussung erst nachfolgende Handlung zu dulden. Eine „Aufforderung, das unzüchtige Tun zu dulden“ kann aber nicht

auch dann eine besonders zu beachtende rechtliche Bedeutung haben, wenn die Aufforderung mit dem unzüchtigen Tun selbst unmittelbar zusammenfällt. Ein Sachverhalt dieser Art muß aber nach der Darlegung des angefochtenen Urt. hier angenommen werden, indem der Angekl. anscheinend bei dem Griff unter die Röcke des Kindes nur dieses durch die begleitenden Worte zu beschwichtigen suchte. Dann kam aber für die rechtliche Beurteilung des Vorgangs jene Äußerung nicht neben dem unzüchtigen Tun selbst in Betracht.

Es bestehen ferner nach den Darlegungen des Urt. Bedenken gegen die Annahme des LG., der Angekl. sei durch einen von seinem Willen unabhängigen Umstand an der Vornahme der unzüchtigen Handlung — wie er sie schließlich vorhatte — gehindert worden.

Ob er, nachdem er das Kind „in den Abort gelockt hatte“, dessen Tür verschlossen oder auch nur zugeklippt hat, sagt das Urt. nichts. Der Angekl. selbst hat angegeben, und das LG. hat dies anscheinend als Tatsache genommen, daß das Kind, als ihm der Angekl. mit der Hand unter die Röcke an den nackten Oberschenkel gegriffen hatte, „weinend davon lief“. Auch wenn die Aborttüre nur zugeklippt war, mußte das Kind sie erst öffnen. Aber auch abgesehen hiervon konnte das Kind bei seinem zarten Alter offenbar nicht dem Angekl. „davonlaufen“, wenn es der Angekl. nicht laufen lassen wollte. Ferner scheint sich aus dem gebrauchten Ausdruck, das Kind habe geweint, zu ergeben, daß das nicht laut geschehen ist, und es ist dann nicht ersichtlich, wieso das bloße Weinen — das wohl kaum über den Raum des Aborts hinaus gehört worden wäre — für den Angekl. einen zwingenden Grund gebildet hätte, sein Vorhaben nicht weiter zu verfolgen. Bei der Unsicherheit der Grenze, die zwischen einem freiwilligen und einem unfreiwilligen Abstecken von dem Vorhaben liegt, hätte eine nähere Darlegung der hier angedeuteten Umstände nicht unterbleiben dürfen.

Hiernach wäre, sofern nur die vom LG. verwerteten Umstände vorlägen, die Aufhebung des Urt. nötig gewesen.

Indessen hat das LG. den Sachverhalt nach anderen Richtungen in einer dem Angekl. zu günstigen Weise beurteilt.

Ein Verleiten i. S. des § 176 Nr. 3 StGB. lag nach RGSt. 52, 185 schon darin, daß der Angekl. das Kind in den Abort lockte, also an den Ort, an dem er die Tat zu begehen gedachte (Urt. des 6. Str.Sen. v. 27. April 1922, 6 a D 208/22). Daß der Angekl. schon hierbei und in diesem Zeitpunkt vorhatte, an dem Kind im Abort unzüchtige Handlungen vorzunehmen, ist nach dem Urt. außer Zweifel; das Kind selbst braucht keine Ahnung von dem gehabt zu haben, was ihm drohte. Das hierin zu findende „Verleiten“ fiel auch nicht — wie jene Aufforderung im Abort — unmittelbar mit der Ausführung der Unzucht Handlung selbst zusammen.

Auch wenn nun die so geschehene Verleitung des Kindes nur auf der Versuchsstufe geblieben wäre, konnte doch ihr gegenüber kein Rücktritt vom Versuch mehr nach § 46 Nr. 1 StGB. in Frage kommen. Denn der Angekl. hatte zunächst alles getan, was zur Beeinflussung des Willens des Kindes erforderlich war; der Versuch war also als solcher beendet, so daß nur noch in Frage kommen könnte, ob nicht die Voraussetzungen des § 46 Nr. 2 StGB. gegeben wären (RGSt. 1, 308, ferner die Urt. 3 D 911/04 v. 23. Juni 1904 und 5 D 998/13 v. 24. Febr. 1914).

Indessen kommt hier entscheidend in Betracht, daß die Tat des Angekl. in ihrer Gesamtheit sogar zur Vollendung gelangt ist. Er hat das Kind durch die Beeinflussung seines Willens in eine Lage gebracht, die es ihm möglich machte, eine unzüchtige Handlung an ihm vorzunehmen, und er hat eine solche Handlung tatsächlich vorgenommen. Denn zwar ist nach den Darlegungen des Urt. davon auszugehen, daß der Angekl. dem Kind hat an den Geschlechtsteil greifen wollen, daß er also nicht alles ausgeführt hat, was er vorhatte; aber rechtsirrig ist die Annahme des LG., die unzüchtige Handlung sei deshalb nur versucht worden, weil sich der Angekl. „nicht mit dem Griff über das Knie (an den nackten Schenkel, wie es vorher heißt) als Selbstzweck begnügen wollte“. Zwar ist der Fall denkbar, daß der Täter

bei den zunächst vorgenommenen Handlungen — die unter anderen Umständen und bei anderer Willensrichtung auch selbst als unzüchtig anzusehen wären — noch nicht von Geschlechtslust getrieben war, sondern geschlechtliche Erregung oder Befriedigung erst von weiteren Handlungen erwartete, zu denen es dann aber nicht mehr kam, und bei solcher Sachlage wären also allerdings jene früheren Handlungen nur als versuchte Tat zu beurteilen. Aber so wird die Sache selten liegen, und eine solche Beurteilung kann jedenfalls da nicht in Frage kommen, wo es sich um Bewegungen handelt, die zeitlich eng zusammenhängen, oder gar, wie im vorliegenden Fall, nur um einen einzigen Handgriff. Hat hier der Angekl. dem Kind unter die Röcke gegriffen, „um ihm an den Geschlechtsleib zu langen“, so ist es nicht anders denkbar, als daß eben dieses Tun in seiner unteilbaren Gesamtheit von der geschlechtlichen Lust des Angekl. beherrscht war, und es ist rechtlich ohne Belang, wenn der Täter mit seinem Griff nicht so weit gekommen ist, wie er eigentlich vorgehabt hatte (RGSt. 31, 252; 53, 188; 58, 277; ferner das Ur. 3 D 1046/19 v. 8. Jan. 1920; DRZ. 1920, 313).

Hiernach hat sich der Angekl. in Wirklichkeit eines vollendeten Verbrechens nach § 176 Nr. 3 StGB. schuldig gemacht, so daß er durch die Verurteilung wegen eines versuchten Verbrechens jedenfalls nicht benachteiligt ist.

(1. Sen. v. 26. Febr. 1935; 1 D 59/35.)

\*

**\*\*12.** § 181a StGB.; § 61 Ziff. 2 StPD. Als Verletzter gilt immer nur der, in dessen Rechte die strafbare Handlung unmittelbar eingreift. Die von dem Zuhälter ausgebeutete Dirne zählt in dem Strafverfahren aus § 181a StGB. nicht zu den Verletzten.

Der Angekl. ist eines Verbrechens der Zuhälterei nach § 181a StGB. (n. F.) schuldig erkannt worden. In der Hauptverhandlung ist die Zeugin E., von der der Angekl. unter Ausbeutung ihres unsittlichen Erwerbs den Lebensunterhalt bezogen hat, auf Grund Gerichtsbeschl., daß sie „als Verletzte unbeeidigt bleibt“, auf ihre Aussage nicht beeidigt worden. Mit Recht rügt der BeschwF., daß die Strk. hierdurch den Begriff des „Verletzten“ i. S. des § 61 Nr. 2 StPD. (n. F.) verkennt habe.

An die Person des Verletzten knüpft die StPD. eine Reihe von verfahrensrechtlichen Beziehungen und Wirkungen. So ist der Richter, wenn er selbst durch die strafbare Handlung verletzt oder wenn er in der Sache als Anwalt des Verletzten tätig gewesen ist, von der Ausübung des Richteramtes ausgeschlossen (§ 22 Nr. 1 und 4); dem Verletzten ist das Recht gegeben, eine gerichtliche Entsch. über die Erhebung der öffentlichen Klage zu erzwingen (§ 172); der Verletzte kann bei bestimmten strafbaren Handlungen die Durchsetzung des staatlichen Strafantrages selbst als Prozeßpartei im Wege der Privatklage betreiben (§ 374); und endlich kann das Gericht nach seinem Ermessen davon absehen, den Verletzten als Zeugen unter den Zwang des Eides zu stellen (§ 61 Nr. 2 n. F.). Im StGB. ist bei den Antragsdelikten das Recht zur Stellung des Strafantrags, soweit nicht in einzelnen Vorschr. der Antragsberechtigte besonders bezeichnet wird, dem Verletzten gegeben (§ 65 StGB.). Nun ist zwar bei diesen Best. der Begriff des Verletzten nicht überall in allem ein und derselbe, sondern muß jeweils nach dem Sinn und dem Zweck der maßgebenden Vorschr. besonders bestimmt werden, und es kann im Einzelfalle der Zweck des Gesetzes und der Wille des Gesetzgebers eine ausdehnende oder eine einschränkende Begriffsbest. notwendig machen; so nach der ersteren Richtung bei § 22 StPD. wegen des über alles zu stellenden Erfordernisses der richterlichen Unparteilichkeit und Unbefangenheit, im letzteren Sinne bei § 172 StPD. wegen des grundsätzlich den Vorrang beanspruchenden Rechtes der StA. zur Entschließung über die Erhebung der Anklage. Aber allen diesen Vorschr. ist doch das eine Grundsätzliche gemeinsam, daß als Verletzter nur der erachtet werden kann, in dessen Rechte die strafbare Handlung unmittelbar eingreift, und daß es nicht genügt, wenn nur

die schädlichen Folgen der Straftat einen Dritten treffen. Ein unmittelbarer Eingriff in die Rechte eines Dritten liegt stets dann vor, wenn die Handlung gegen ein Rechtsgut dieses Dritten gerichtet ist. Die in Frage kommende Strafvorschr. muß also unmittelbar dem Schutze des Dritten dienen. Bei der Anwendung des § 61 Nr. 2 StPD. kommt dem Sinn und dem Zweck des vom Angekl. übertretenen Strafgesetzes und den Absichten, die der Gesetzgeber mit der Schaffung dieses Strafgesetzes verfolgte, die entscheidende Bedeutung zu für die Frage, bei welchen Personen als Zeugen der Richter eine besondere Prüfung der Glaubwürdigkeit vornehmen und deshalb eine besondere Vorsicht in der Anwendung des Eideszwanges beobachten soll. § 181a StGB. ist in seiner ursprünglichen Fassung durch das Gef. v. 25. Juni 1900 eingeführt worden. Nach der Begr. der BundRVorlage zu diesem Gesetz sollte ermöglicht werden, „gegen das Zuhältertum als solches“ strafrechtlich einzuschreiten; man wollte, wie es in einem Kommissionsberichte heißt, „den der öffentlichen Ordnung widerstrebenden Zustand des Zuhältertums“ unter Strafe stellen (vgl. auch RGSt. 63, 88). Wenn der Gesetzgeber nunmehr durch Art. 3 Nr. 14 GewohnhVerbrG., ohne den gesetzlichen Tatbestand des bisherigen § 181a zu ändern, als Strafe für die Zuhälterei in erster Linie Zuchthaus bestimmte, so geschah dies deshalb, um dem bisherigen Zwecke des Gesetzes verstärkte Wirkung zu sichern und namentlich das Zuhältertum in den Großstädten vernichtend zu treffen. Die Vorschr. des § 181a hat also — und zwar in ihren beiden Begehungsformen — vorzugsweise einen polizeilichen Charakter; sie dient nicht etwa dem Schutze der Dirne, sondern der Bekämpfung der Gemeingefährlichkeit des zuhälterischen Treibens. Wenn bei der ersten der beiden Begehungsformen zu den besonderen Tatbestandsmerkmalen auch die „Ausbeutung“ der Dirne gehört, so soll damit keineswegs die Dirne oder ihr Gewerbe als ein schutzwürdiger Gegenstand anerkannt werden; das Gesetz mißbilligt ausdrücklich ihr Treiben, indem es den Unzuchtverdienst als einen „unsittlichen“, also den Anschauungen des Volkes über Zucht und Sitte widersprechenden Erwerb bezeichnet. Den Begriff des Verletzten im Bereiche des § 61 Nr. 2 StPD. ausdehnend anzulegen, verbietet sich deshalb, weil auch das Gesetz zur Einschränkung der Eide v. 24. Nov. 1933, das diese Vorschr. neu eingeführt hat, grundsätzlich den Eideszwang für die Zeugen aufrechterhalten wissen will. Nach alledem kann keine Rede davon sein, daß in dem Strafverfahren gegen den Zuhälter die Dirne deshalb, weil sie der Gegenstand der Ausbeutung durch den Angekl. gewesen oder nur aus Eigennutz von ihm geschützt oder gefördert worden ist, zu den Verletzten i. S. des § 61 Nr. 2 StPD. gehörte.

Allerdings ist nach den Erfahrungen des Lebens die Dirne in der Regel keine einwandfreie Zeugin, sei es, daß sie aus Haß gegen ihren Ausbeuter übertreibt oder erdichtet, oder sei es, daß sie noch an ihn verkettet ist und deshalb mit der Wahrheit zurückhält. Hier ist dem Tatrichter in der Vorschr. des § 61 Nr. 5 StPD. ein geeignetes Mittel an die Hand gegeben, um der Wahrheit zuwiderlaufende und deshalb wertlose Zeugenaussagen von der Beeidigung auszunehmen.

Daß auf dem gerügten Verstoße das angef. Ur. beruhe, kann nicht verneint werden; denn es läßt sich von hier aus nicht ausschließen, daß die Aussage der E. unter dem Zwange des Eides anders ausgefallen oder vom Gericht anders gewürdigt worden wäre.

Die kurze Begr. des die Beeidigung der Zeugin E. ablehnenden Gerichtsbeschlusses gibt übrigens der Vermutung Raum, als ob die Strk. davon ausgegangen sei, daß der Verletzte grundsätzlich oder doch in der Regel unbeeidigt zu bleiben habe. Das wäre rechtsirrig. Wegen der Gründe, die es rechtfertigen, von der Vereidigung gem. § 61 Nr. 2 StPD. abzusehen, und wegen der erforderlichen Angaben in der Sitzungsniederschrift sei auf RGSt. 68, 310 = 3W. 1934, 2980<sup>21</sup> verwiesen.

(4. Sen. v. 19. Febr. 1935; 4 D 141/35.)

[23.]

(= RGSt. 69, 107.)

\*

**\*\* 13.** §§ 217, 221 StGB. Bei unbedingtem wie auch bei bedingtem Tötungsvorsatz der Kindes-  
tötung ist eine besondere Verurteilung wegen  
Aussetzung im rechtlichen Zusammenhang mit  
§ 217 StGB ausgeschlossen. Der Senat gibt in-  
soweit die in RGSt. 25, 321 ausgesprochene  
gegenteilige Rechtsansicht auf.

(2. Sen. v. 15. Nov. 1934; 2 D 83/34.)  
(= RGSt. 68, 407.)

Abgedr. JW. 1935, 939<sup>22</sup>.

**Anmerkung:** Das Wesen der idealen Konkurrenz liegt in der  
Verwirklichung mehrerer schuldhafter Entschlüsse durch eine und dieselbe  
äußere Tätigkeit. Es kann sich dabei um mehrere gleichartige oder  
ungleichartige Verbrechen handeln (Verwundung mehrerer Personen  
durch einen Schuß; Mord durch Brandstiftung usw.). Das Außerliche  
der Scheidung von idealer und realer Konkurrenz (Verwirklichung  
mehrerer schuldhafter Willen durch mehrere Handlungen) wird heute  
kaum noch bestritten. Das Willensstrafrecht fordert Gleichbehandlung  
der beiden Konkurrenzen, kann doch gerade die Häufung mehrerer  
Verbrechen in einem Takt ein besonderes Maß von Raffiniertheit  
beweisen.

Hiernach ist Idealkonkurrenz immer Willenskonkurrenz.  
Lateinheit ist nicht notwendig mit Gleichzeitigkeit des  
Tuns identisch. Wenn A. gleichzeitig mit der einen Hand auf B.,  
mit der andern auf C. einschlägt, liegen zwei zeitlich zusammen-  
fallende Handlungen vor. Das ist Real-, nicht Idealkonkurrenz.

Willenskonkurrenz ist nicht denkbar im Verhältnis einander aus-  
schließender Willen. Eine Begebenheit kann zugleich x und y, Körper-  
verletzung und Lebensgefährdung, aber nicht zugleich x und non-x,  
Körperverletzung und Nichtkörperverletzung, Lebensgefährdung und  
Nichtlebensgefährdung, sein. Sonach ist auch unmöglich, daß A. das  
Unvereinbare, Verletzung und Nichtverletzung, Gefährdung und Nicht-  
gefährdung, vereint wolle. Wohl kommt es vor, und gar nicht  
selten, daß jemand das eine und andere zugleich, gleichzeitig  
will. Denn neben dem eindeutig bestimmten Willen gibt es eine  
Alternative von Willensinhalten und ein Eventualverhältnis des einen  
zum andern. A. schießt in der Richtung auf einen Gegenstand, um zu  
sehen, wie weit seine Büchse trägt, es ist ihm gleichgültig, ob er  
den Gegenstand trifft oder nicht. B. schießt in der Richtung auf einen  
Vogel, in dem er eine Krähe vermutet, es ist ihm aber auch recht,  
wenn es ein Fasan ist. Im ersten Fall hat er nicht das Treffen und  
das Nichttreffen, im zweiten nicht das Treffen einer Krähe und eines  
Fasans vereint gewollt. Vielmehr war von ihm der eine wie der  
andere Ausgang nur bedingt gewollt, näher: er hatte jeden Ausgang  
unter einer Bedingung gewollt, die das Gegenteil war von der Be-  
dingung, unter der er den andern wollte. Das gleichzeitige Vor-  
handensein und das Vereintsein von Willensinhalten sind verschiedene  
Dinge. Das Wort „gleichzeitig“ aber wird leicht untechnisch gebraucht  
und mag dann dazu verleiten, wegen „Gleichzeitigkeit“ ein Vereint-  
sein anzunehmen.

Willenskonkurrenz, die Vorbedingung der Idealkonkurrenz, ist,  
weil es an dem Vereintsein von Willensinhalten fehlt, nicht in  
den Fällen der Alternativität und des Eventualverhältnisses zwischen  
solchen gegeben.

Es kann dahingestellt bleiben, ob der Gutsverletzung immer Ge-  
fährdung des gleichen Gutes, wenn auch nur momentan und ideell,  
vorausgeht. Sicher ist, daß A. nicht durch das nämliche Tun daselbe  
Rechtsgut sowohl verletzen als bloß gefährden, also nicht verletzen,  
kann. Das Unvereinbare läßt sich, wie nicht in der Tat, so auch  
nicht im Willen vereinigen. Es kann ein Tun sowohl Körperverletzung  
als Lebensgefährdung, aber nicht zugleich Tötung und bloße Lebens-  
gefährdung sein.

Die Aussetzung ist Gefährdung der Person an Leib oder Leben.  
Daß hiermit das Verletzungsdelikt der Tötung ideell zusammentreffe,  
ist ausgeschlossen. A. mag Tötung wollen für den Fall, daß es nicht  
bei Gefährdung bewende, und die letztere, falls es nicht zur Tötung  
komme. Es fehlt dann in beiden Fällen an der Willenskonkurrenz,  
die von der idealen Konkurrenz untrennbar ist.

Was für vollendete Verletzung — Tötung usw. — zutrifft, gilt  
auch für den Versuch. Es kann nicht mit versuchter Tötung versuchte  
(oder vollendete) Lebensgefährdung in ideale Konkurrenz treten, da  
der Wille wohl zugleich jedes dieser Delikte bedingt, nicht aber beide  
vereint zu erfassen vermag.

Undenkbar ist ein Zusammentreffen von unbedingtem Verletzungs-  
vorsatz mit bedingtem Gefährdungsvorsatz und umgekehrt. Die Be-  
dingung des einen Vorsatzes teilt sich notwendig in negativer Gestalt  
dem andern Vorsatz mit. Wer töten will, falls dieser Erfolg seines  
Tuns eintritt, will nicht zugleich unbedingt, sondern immer nur  
unter der Voraussetzung lediglich gefährden, daß es zur Tötung nicht  
kommt usw. Diese gegenseitige Bedingtheit der Vorsätze ist sowohl bei  
alternativem als bei Eventualverhältnis der Willensinhalte gegeben.

Schießt A. auf einen Gegenstand, von dem er sich gesagt hat,  
es könne ein Baumstamm oder ein Mensch sein, so hat er, Alter-  
nativität oder Eventualverhältnis unterstellt, bedingt töten, bedingt  
nicht töten wollen. Aber es wird öfter, zumal im Eventualverhältnis,  
die reziproke Bedingtheit der Willensinhalte verkannt. Schießt  
A. auf einen Gegenstand, den er für einen Baum oder einen Menschen  
in Gleichordnung beider Möglichkeiten oder in erster Linie (wahr-  
scheinlich!) für einen Baum, eventuell (vielleicht!) für einen Men-  
schen hält, so ist sein Entschluß alternativ Nichttötungsvorsatz oder  
Tötungsvorsatz oder er hat primär jenen, eventuell diesen Charakter.  
Im Eventualverhältnis kann auch an erster Stelle Tötungsvorsatz,  
an zweiter Nichtdolus (auf nichtverbotenes Tun gerichteter Wille)  
gegeben sein<sup>1)</sup>.

Sehr richtig entscheidet in dem gegebenen Falle das RG., daß  
die Annahme der unteren Instanz, es könne ein rechtliches Zusammen-  
treffen (Idealkonkurrenz) zwischen § 217 und § 221 StGB. statt-  
haben, rechtsirrig sei. Der ausschlaggebende Grund, den das RG.  
freilich nicht ausgesprochen hat, liegt eben darin, daß Idealkon-  
kurrenz immer Willenskonkurrenz ist, woran es im  
Eventualverhältnis eben fehlt.

Sowohl im Schrifttum als in der Spr. wird die Rechtslage  
öfter verkannt. So bekämpft Binding, Lehrb. des Besond. Teils  
Bd. I, 2. Aufl., S. 63 Anm. 7 die zutreffende Annahme des RGSt.  
25, 321 f., daß der Gefährdungsvorsatz den eventuellen Verletzungs-  
vorsatz nicht ausschließe, während doch ein solches Eventualverhältnis  
sehr wohl bestehen und nur ein vereintes Wollen von Verletzung  
und Gefährdung nicht gedacht werden kann. Richtig hingegen Bin-  
ding: GerS. 86, 371. Auch bei ihm fehlt es aber an der Erkenntnis,  
daß mit dem eventuellen Vorsatz notwendig auch der prinzipiale  
bedingt ist.

In den vom RG. angeführten früheren Entsch. zeigt sich noch  
ein Schwanken. Mit dem scharf erfaßten Obersatz, daß ideale Kon-  
kurrenz Willenskonkurrenz ist, verbindet sich notwendig die Be-  
schränkung der idealen Konkurrenz auf den Fall des vereinten  
Wollens des einen und andern Erfolges.

Durchaus zutreffend führt das RG. in der vorl. Entsch. aus,  
daß neben der vorsätzlichen Verletzung eines Rechtsguts eine bloße  
Gefährdung des nämlichen Gutes durch die nämliche Handlung nicht  
Raum habe.

Daß nach §§ 221 Abs. 3, 217 StGB. Aussetzung eines Kindes  
mit Todesfolge zu schwererer Bestrafung führen kann als vorsätzliche  
Kindesötung (weil hier, nicht dort mildernde Umstände zugelassen  
sind), ist ein arger technischer und die Gerechtigkeit verletzender Fehler,  
wie denn bei den Verbrechen gegen das Leben die Straffälle im  
geltenden Recht wiederholt schlecht gegeneinander abgestuft sind (so  
auch zwischen §§ 213 u. 216 StGB. usw.). Durch Ausschließung idealer  
Konkurrenz von Tötung und Aussetzung — wie geboten — wird,  
worauf die Entsch. des RG. am Schlusse hinweist, der Fehler des  
Gesetzes wenigstens insofern unschädlich gemacht.

Prof. Dr. Dr. Detker, Würzburg.

\*

**14.** § 263 Abs. 4 StGB. Betrügerische Aus-  
setzung der Ortskrankenkasse kann einen be-  
sonders schweren Fall i. S. von § 263 Abs. 4 StGB.  
darstellen. †)

Mit Recht hat der Vorderrichter angenommen, daß es  
sich um einen besonders schweren Fall handelt.

über die Schädigung des Wohles des Volkes führt  
RGSt. 68, 219 = JW. 1934, 2147<sup>17</sup> aus:

Nicht jede Schädigung des Volkvermögens sei zugleich  
auch eine Schädigung des Wohles des Volkes. Vielmehr müsse  
die Tat das Volk als Ganzes oder doch eine nicht gering-  
fügige Mehrzahl von Volksgenossen in ihrer Eigenschaft als  
Volksgenossen fühlbar beeinträchtigen. Unmittelbar fühlbar  
brauchten diese Beeinträchtigungen nicht zu sein. Auch genüge  
es, wenn nicht vermögensrechtlicher Schaden entstanden sei.  
Die Schädigung des Volkswohles brauche auch nicht besonders  
groß zu sein; denn der Gesetzgeber gehe davon aus, daß der  
Schaden stets besonders groß sei, wenn das Wohl des Volkes  
geschädigt werde. Nun hat der Angekl. durch seinen Betrug  
die Ortskrankenkasse geschädigt, also einen Teil der sozialen  
Versicherungseinrichtungen, die dazu bestimmt sind, gerade  
den arbeitenden Volksgenossen für den Fall einer Krankheit,  
einer sonstigen Arbeitsunfähigkeit, eines Unfalls oder für die  
Zeiten des Alters einen sicheren wirtschaftlichen Schutz zu  
gewährleisten. Dieses große Wert der Sozialversicherung ist  
also eine gerade für den Arbeiter lebenswichtige Einrichtung,

<sup>1)</sup> Ein Beispiel hierfür in meinem Aufsatz GerS. 88, 99 f.

die ihn vor Elend und Not bewahren soll. Sie kann nur gedeihen, falls die Arbeiter sie nur dann in Anspruch nehmen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen für die sozialen Leistungen gegeben sind. Wer aber, wie der Angekl., sich durch Vorspiegelung der eigenen Krankheit Bezüge aus der Krankenkasse beschafft, entzieht nicht nur der Kasse Mittel, die sonst den andern, wirklich bedürftigen Versicherten zugute kommen; er gefährdet auch schwer das ordnungsmäßige Arbeiten der sozialen Versicherung. Insbes. liegt die Gefahr nahe, daß sein schlechtes Beispiel Schule macht und auch andere gewissenlose Menschen zu Betrügereien gegen die Ortskrankenkasse verführt.

(5. Sen. v. 17. Jan. 1935; 5 D 550/34.)

[W.]

**Anmerkung:** Die vorl. Entsch., die in einem Betrüge zum Nachteil einer allgemeinen Ortskrankenkasse um 12,40 RM Krankengeld einen besonders schweren Fall i. S. des § 263 Abs. 4 StGB. erkl. und erweckt vom Standpunkt der nationalsozialistischen Rechtsauffassung aus erhebliche Bedenken. Zu billigen ist zwar, daß das RG. sich hier wie in anderen Entsch. der schweren Aufgabe unterzieht, die wertausfüllungsbedürftigen Umstände des besonders schweren Falles in §§ 263 Abs. 4 und 266 Abs. 2 StGB. der Rev. zu unterwerfen, insbes. die Frage, ob die Tat das „Wohl des Volkes geschädigt“ oder einen anderen „besonders großen Schaden zur Folge gehabt“ oder ob der Täter „besonders arglistig gehandelt“ hat (in gleicher Richtung Schaffstein: JW. 1934, 2147). Das RG. müßte aber an die Ausfüllung der Wertungslücken mit Grundsätzen des nationalsozialistischen Rechtsdenkens und nicht mit positivistischen Einzelermäßigungen über die in Betracht kommenden Begriffe herangehen. Vor dem letzteren Wege sei vornehmlich gewarnt. Die großzügige Tat des Geseßgebers wird wirkungslos, wenn das RG. den weiten Ermessensraum mit konstruktiven Zwangsbegriffen verengt, anstatt den Untergerichten weite Richtlinien zu angemessenen Einzelentscheidungen zu geben. Zu diesen Zwangsbegriffen gehört der bereits von Schaffstein (a. a. O.) gegenüber einer Entsch. des 6. Sen. (RG. 68, 218 ff. = JW. 1934, 2147<sup>17</sup>) zutreffend bekämpfte, aber in der vorl. Entsch. nicht mißbilligte Grundsatz, eine Schädigung des Volkswohls komme in Betracht bei „Schädigung des Ansehens von Einrichtungen, die der Allgemeinheit dienen“. Danach wäre also das Interesse öffentlicher Kassen geschützt, eine schwerwiegende Erschütterung des Wirtschaftslebens aber nicht zuchtunwürdig; der formale Gedanke der öffentlichen Einrichtungen scheidet hier über den Schutz des Volksganges. Eine solche Abgrenzung ist abzulehnen. Sie wird auch stillschweigend von einer Entsch. des 3. Sen. mißbilligt (JW. 1935, 204<sup>11</sup>), wo es heißt, die Schädigung des Reichsvermögens für sich genüge noch nicht zur Annahme einer Schädigung des Volkswohls. — Mißverständlich in seiner Isolierung ist aber auch der ausdrücklich zur Grundlage der vorl. Entsch. erhobene, ebenfalls aus JW. 1934, 2147<sup>17</sup> stammende Grundsatz, die Schädigung des Volkswohls brauche nicht besonders groß zu sein, denn der Geseßgeber gehe davon aus, daß der Schaden stets besonders groß sei, wenn das Wohl des Volkes geschädigt sei. Dieser Grundsatz enthält an sich eine Selbstverständlichkeit. Er ist als Richtschnur für die Rspr. aber gefährlich, wenn der Begriff des Volkswohls in uferloser Weise ausgedehnt wird. Im letzten Grunde enthält jede strafwürdige Tat im heutigen Staate einen Angriff gegen das Wohl des Volkes, da der Einzelne nur als Glied der Gemeinschaft schutzwürdig ist. Um diesen weiten Begriff des Volkswohls kann es sich darum für uns nicht handeln; sonst wäre die Hervorhebung eines besonderen Strafcharakteres wertlos. — Auf der anderen Seite hat das RG. in der vorliegenden wie in früheren Entsch. zutreffend betont, daß keine unmittelbare Verletzung des Volksganges nötig ist, sondern eine mittelbare Schädigung genügt, und daß ferner diese Schädigung ebenso gut materieller wie ideeller Natur sein kann (ebenso RG. I: JW. 1934, 2067; RG. VI: JW. 1934, 2147; RG. II: JW. 1934, 2851; RG., FerSen.: JW. 1935, 290). Sie muß aber das Volk als Gesamtheit treffen. Das ist bei von außen kommenden kleineren Angriffen gegen öffentliche Einrichtungen, die materiell und ideell fest gegründet sind, gerade nicht der Fall. Die Volksgesamtheit gerät nicht ins Wanken, wenn sich ein kleiner Gouner 12,40 RM an Krankengeld erschwindelt. Es kann nicht anerkannt werden, daß dadurch „das ordnungsmäßige Arbeiten der sozialen Versicherung schwer gefährdet“ werde. Man sollte nicht mit Kanonen nach Spazern schießen. — Anders läge der Fall vielleicht, wenn von innen heraus durch Untreuehandlungen eine solche Organisation angegriffen würde (vgl. die in JW. 1934, 2851 u. 1935, 290 abgedr. und von Schöninge besprochenen Untreuefälle zum Nachteil der Winterhilfe).

Eine Schädigung des Volkswohls liegt dagegen vor bei allen Eingriffen, die in erheblicher Weise das Zusammenleben der Volksgenossen innerhalb des Staates gefährden. Es sind die Fälle, in denen sich das Bedürfnis zeigt, aus Gründen der Integration eine besonders schwere Strafe eintreten zu lassen (vgl. meine Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate, 1934, S. 12/13). Das sind also die

Fälle, in denen durch die Tat erheblicher Schaden an geistigen oder leiblichen Gütern der Volksgesamtheit eingetreten ist oder das Rechtsbewußtsein der Volksgenossen, das Vertrauen zum nationalsozialistischen Staat und seinen Organen erschüttert worden ist. Nur in solchen Fällen ist m. E. der Straferschwerungsgrund „Schädigung des Volkswohls“ gegeben. Ähnliche Ermäßigungen stellt auch der FerSen. des RG. in seiner Entsch. v. 14. Sept. 1934 auf (HöchstRspr. 1935 Nr. 221), indem er unterucht, ob durch das Bekanntwerden des Inhalts betrügerischer Vorspiegelungen Gegner des nationalsozialistischen Staates in In- und Ausland vermeintliche Unterlagen für eine Beeinflussbarkeit oder Beeinflussung der Behörden dieses Staates erhalten. — Desgleichen gehört hierher die Entsch. des 1. Sen. (JW. 1934, 2067), wo untersucht wird, ob Veruntreuungen eines Kreisbetriebszellenleiters das Vertrauen zur ganzen Organisation erschüttern. Eine derartige Erschütterung ist aber weder in dem früher entschiedenen Falle mit dem Erschwindeln geringfügiger Krisenunterstützungen (JW. 1934, 2147<sup>17</sup>) noch im vorl. Falle anzunehmen. — Es ist zu hoffen, daß das RG. in künftigen Entsch. weniger auf die formale Art der Schädigung und das geldliche Interesse der öffentlichen Kassen und mehr auf die Frage der Schädigung der Volksgesamtheit achten wird. Dann werden seine Entsch. auch der geündeten Volksanschauung entsprechen.

Prof. Dr. R. Siegert, Göttingen.

\*

15. §§ 59, 61 Ziff. 2, 5 StPD. Nach § 61 Ziff. 2 StPD. kann von der Vereidigung der hier genannten Zeugen nur dann abgesehen werden, wenn zu befürchten ist, daß sie sich zu einer unwahren Aussage hinreißen lassen könnten, die trotz der Vereidigung von keinem oder nur von geringem Werte wäre.

Das SchwG. hat die von der StA. beantragte Vereidigung der R. nicht auf Grund des § 61 Nr. 5 StPD. unterlassen; es hat vielmehr die Aussage dieser Zeugin für völlig glaubwürdig gehalten; der in der Hauptverhandlung gefaßte Beschluß und die Urteilsbegründung bringen dies klar zum Ausdruck. Unter diesen Umständen gestattete auch § 61 Nr. 2 StPD. nicht, von der gesetzlichen Regel des § 59 StPD. abzuweichen, wonach grundsätzlich jeder Zeuge zu vereidigen ist. Die neue Vorschrift des § 61 Nr. 2 StPD. will dem Gerichte die Abnahme und dem Zeugen die Leistung des Zeugeneides nur in denjenigen Fällen ersparen, in denen zu befürchten ist, daß der Zeuge als Verlester oder als Angehöriger des Verletzten sich infolge dieses Verhältnisses zu einer unwahren Aussage hinreißen lasse, die trotz der Vereidigung wertlos oder doch nur von geringem Werte sein würde; anderenfalls dagegen will diese Vorschrift durchaus nicht den Verletzten und seine Angehörigen von der Verpflichtung befreien, mit ihrem Eide für die Wahrheit ihrer Befundungen einzutreten (RGSt. 68, 310 ff. = JW. 1934, 2980). Die Zeugin hätte also vereidigt werden müssen.

(1. Sen. v. 29. Jan. 1935; 1 D 1538/34.)

[W.]

\*

16. 1. Nach der neuen Fassung des § 79 StPD., die auf Grund des Gesetzes zur Einschränkung der Eide v. 24. Nov. 1933 Art. II Nr. 2 (RGBl. I, 1008) am 1. Jan. 1934 in Kraft getreten ist, ist die Nichtvereidigung des Sachverständigen nicht ohne weiteres verfahrenswidrig; sie ist vielmehr in das Ermessen des Gerichts gestellt.

2. Der erkl. Sen. hat in seiner Entsch. 3 D 525/34 v. 11. Juni 1934 (RGSt. 68, 198) zum Ausdruck gebracht, daß die in die Sollform gefaßten Vorschriften der §§ 80a und 246a Satz 2 StPD. insoweit zwingende Verfahrensvorschriften darstellen, als der Sachverständige den Angekl. untersuchen muß, bevor er das in § 246a StPD. bezeichnete Gutachten erstattet. Der Zeitpunkt der Untersuchung ist aber der verständigen Würdigung des insoweit nur vom Tatrichter — § 78 StPD. — nach Bedarf geleiteten Sachverständigen überlassen. Eine Untersuchung „zwei Tage vor der Hauptverhandlung“ verstößt mithin auf sich nicht gegen das Gesetz.

3. Dem Ermessen des Tatrichters ist es gemäß dem § 82 StPD. auch überlassen, ob er anordnet, daß der Sachverständige vor der Hauptverhandlung ein schriftliches Gutachten erstattet. In der Unterlassung der schriftlichen Begutachtung des Angekl. liegt kein Rechtsfehler.

4. Wie das RG. schon in RG Rspr. 1, 805; 3, 96 und seitdem ständig ausgesprochen hat, entscheidet das Ermessen des Tatrichters, ob das Gutachten einer Fachbehörde gemäß dem § 83 Abs. 3 StPD. eingeholt werden soll.

(3. Sen. v. 21. Jan. 1935; 3 D 1419/34.) [Srn.]

\*

**\*\*17.** § 358 Abs. 2 StPD. Die Frage der Zulässigkeit der Anordnung der Sicherungsverwahrung ist angesichts des § 358 Abs. 2 StPD. von Amts wegen zu prüfen, da das Verbot der reformatio in pejus eine beschränkte Rechtskraft zugunsten des Angekl. schafft. Das Verbot der reformatio in pejus findet hinsichtlich der Sicherungsverwahrung nur solchen Urteilen gegenüber Anwendung, die nach dem 1. Jan. 1934 über vorher begangene Straftaten ergangen sind. Was das Verhältnis der Sicherungsverwahrung zur Entmannung betrifft, so kann nicht gesagt werden, daß die eine oder die andere Maßnahme an sich leichter oder schwerer wäre als die andere. Es kommt vielmehr immer auf den einzelnen Fall an.<sup>1)</sup>

(2. Sen. v. 7. Jan. 1935; 2 D 1384/34.)

<= RGSt. 69, 76.>

Abgedr. ZB. 1935, 959<sup>43</sup>.

**Anmerkung:** Mit der sehr bemerkenswerten Entsch. des RG. stimme ich im ersten Teil (Ziff. 1 und 2 des Urte.) im Ergebnis, im zweiten Teile (Ziff. 3 des Urteils) in der Begründung, ausgenommen den letzten, für die Endentsch. bestimmenden Punkt, überein:

I. Das RG. entnimmt dem Verbote der ref. in pejus in den §§ 331, 358 Abs. 2 StPD. eine partielle Rechtskraft des vorinstanzlichen Urteils. Indem die Verschärfung des Urteils ausgeschlossen wird, erweist es sich in dieser Beziehung als schlechthin bindend. Auch die so begrenzte Unabänderlichkeit ist — modifizierte — Rechtskraft. Nur muß man sich bewußt bleiben, daß die Rechtskraft im üblichen Sinne, d. i. die totale Rechtskraft eines Urteils, viel weitergehende Bedeutung hat. Sie schließt im Umfange der getroffenen Entsch. jede Nachprüfung und Abänderung inter partes (ausnahmsweise auch mit Wirkung für Dritte, § 375 Abs. 3 StPD. usw.) aus. Somit ist ein neues Verfahren über die rechtskräftig entschiedene Sache unter denselben Parteien schlechthin unzulässig, es würde dafür an der Vollmacht zur Rspr. fehlen. Nach der üblichen Auffassung läge Mangel einer „Prozeßvoraussetzung“ vor (ob nicht in diesem Falle eine stärkere Wirkung des Verfahrensmangels anzunehmen, ein trotz der vorhandenen Rechtskraft ergangenes neues Urteil ungültig — wie gelegentlich das RG. angenommen hat —, nicht lediglich, wie es bei bloßem Prozeßvoraussetzungsmangel — Prozeßunfähigkeit des Beschuldigten usw. — zutreffen würde, mit einem Revisionsgrunde befaßt wäre, kann in diesem Zusammenhange ungeprüft bleiben).

Anderes ist aber doch die Rechtslage, die aus dem Verbote der ref. in pejus sich ergibt. Mangel einer „Prozeßvoraussetzung“ trifft immer das Verfahren im ganzen, in allen seinen Teilen, in der ersten und in den folgenden Instanzen. Von einer solchen Wirkung ist natürlich nicht die Rede, wenn der VerA. oder nach Zurückverweisung die untere, erste oder Berufungs-, Revisionsinstanz, das Schärfsungsverbot misachtet hat. Nur dem ergangenen Urteil, nicht dem Prozeß haftet der Verstoß an.

Es fehlt bei ref. in pejus auch nicht an einer Instanzvoraussetzung. Dieser bisher kaum erkannte und doch unentbehrliche Begriff bezieht sich nicht auf den Gesamtprozeß, sondern auf das Verfahren nur in einer Instanz, der Berufungs-, Revisionsinstanz. Hat das Gericht nicht die funktionelle Zuständigkeit zur Bescheidung des eingelegten Rechtsmittels, so bedeutet das offensichtlich den Mangel einer Instanzvoraussetzung und nur einer solchen, während das Verfahren in der vorangegangenen Instanz davon

nicht berührt wird. Von weiteren Instanzvoraussetzungen sei abgesehen.

Auch dieser Defekt trifft nicht zu, wenn im Urteil des BG. oder nach Zurückverweisung im Urteil der früheren Instanz das Verschärfungsverbot außer acht gelassen ist. Das Verfahren in dieser Instanz mußte ja stattfinden.

Hiernach steht in dem gegebenen Falle Mangel einer Verfahrensvoraussetzung nicht in Frage, weder im Sinne einer Voraussetzung des Gesamtprozesses noch eines Verfahrensabschnitts.

Neben diesen das ganze Verfahren oder einen Verfahrensabschnitt betreffenden Voraussetzungen gibt es solche auch speziell für das Urteil (vorschriftswidrige Befehung des erkennenden Gerichts, Abwesenheit einer Person in der Hauptverhandlung, deren Gegenwart das Gesetz vorschreibt, Verhandlungsunfähigkeit des Angekl. usw.). Fehlt es daran, so darf Urteil nicht erlassen werden. Aber auch der Mangel einer solchen Voraussetzung steht bei Befehung des Schärfsungsverbots nicht in Frage. Es mußte geurteilt werden, nur durfte das Urteil einen bestimmten Inhalt nicht haben.

Der Urteilsauftrag, wie er durch den Eröffnungsbeschluß (oder das Surrogat eines solchen) erteilt wird, geht auf ein allen einschlägigen Vorschriften des Prozeß- und des materiellen Rechts entsprechendes Urteil. Das Urteil unterliegt der Aufhebung, wenn es daran gefehlt hat. Der Bestand der Prozeß-, Instanz-, Urteilsvoraussetzungen ist seitens des Rechtsmittelgerichts von Amts wegen zu prüfen. Andererseits in der Hauptverhandlung vorgekommene Verfahrensverstöße hingegen finden Beachtung nur, wenn der Beschw. sie gerügt hat. Eine Ausnahme hiervon tritt aber ein, wenn dem Gericht der Erlaß eines Urteils bestimmten Inhalts ausdrücklich unterlagt ist. Das trifft für das Verbot einer ref. in pejus zu. Die Einhaltung der Rechtskraftsgrundsätze ist, ohne daß insoweit zwischen totaler und partieller Rechtskraft zu scheiden wäre (auf die wesentlich verschiedene Tragweite im übrigen wurde oben hingewiesen), vom Rechtsmittelgericht ex officio, auch wenn der Beschw. den Verstoß nicht gerügt hat, zu prüfen. Denn das Gesetz hat hier im Interesse einer von ihm für geboten erachteten Rechtspflegeordnung eine vom Parteilichen unabhängige Bindung ausgesprochen. Die rechtspolitische Begründetheit des Schärfsungsverbots steht nicht zur Unterjochung.

Eine Rechtskraftwirkung gegenüber Dritten, die je nachdem totale oder partielle Bedeutung haben kann<sup>1)</sup>, ist in § 375 Abs. 3 StPD. enthalten und in beiden Fällen von der Rechtsmittelinstanz ex officio zu beachten.

Angenommen, im gegebenen Falle enthalte das neue vom BG. nach Aufhebung seines früheren Urteils und Zurückverweisung auf Rev. des Angekl. hin erlassene Urteil eine ref. in pejus, indem es an Stelle der im früheren Urteil angeordneten Entmannung die Sicherungsverwahrung setzte, so war allerdings, wie richtig entschieden worden ist, dieser Verstoß seitens des RG. von Amts wegen zu beachten. Aber nicht, weil die Einhaltung des Verbots der Verfahrensvoraussetzung gewesen wäre, vielmehr, weil einem solchen Urteilsinhalt eine ausdrückliche, schlechthin bindende Vorschrift der Prozeßordnung entgegengestanden hätte.

II. Durchaus zutreffend führt das Urteil des RG. unter 2 aus, daß in dem neuen Urteil des BG. nur auf die in § 358 Abs. 2 Satz 2 StPD. aufgeführten Maßnahmen, also nicht auf Entmannung oder Sicherungsverwahrung neu erkannt werden konnte. Diesen Erwägungen ist lediglich beizutreten.

Das frühere Ur. v. 6. März 1934 hatte aber die Entmannung angeordnet. Sonach enthielt das neue, die Sicherungsverwahrung an die Stelle setzende Urteil eine Verschärfung nur, wenn in der letzteren Maßnahme eine weitergehende Verschärfung des Angekl. zu erblicken wäre, als sie mit der früher vorgesehenen Entmannung sich verbunden hätte.

Somit stand das RG. vor der Frage, ob die beiden Maßnahmen überhaupt in thesi auf größere, geringere Härte hin miteinander vergleichbar sind. Das wird mit einleuchtenden Gründen verneint. Der subjektive Maßstab, die größere oder geringere individuelle Verschärfung, kann nicht den Ausschlag geben. Es mag einem Beurteilten eine Geldstrafe von 1000 RM weit empfindlicher sein als eine kurze Gefängnisstrafe usw. Das Recht aber wertet anders. Es würde auch eine Abwägung der beiden hier in

<sup>1)</sup> Dem durch einen Zeitungsartikel usw. angeblich mit X. zugleich verletzten Y., der die Privatklage nicht erhoben hatte, steht das auf die Privatklage des X. hin ergangene freisprechende Urteil entgegen, wenn das gemeinsame Anspruchsfundament (Autorität des Z. am Artikel usw.), nicht, wenn nur der Bezug des Artikels auf X. verneint wurde. Dagegen liegt im Verhältnis des nur Mit-Klagberechtigten, nicht Mit-Verletzten zu dem klagberechtigten Verletzten und umgekehrt totale Rechtskraft vor.

Frage kommenden Maßnahmen nach individuellen Momenten schon deshalb unmöglich sein, weil das Empfindungsleben eines Menschen nicht eine konstante Größe ist, die körperlichen, seelischen Wirkungen des Eingriffs, der Gefangenhaltung sich nicht voraus berechnen lassen, das Gesamtbefinden des Betroffenen, sein Alter, die Dauer der Freiheitsentziehung ins Gewicht fallen, die äußeren Lebensumstände und ein Wechsel darin den Druck der einen, der andern Maßnahme steigern oder vermindern können.

Eine sichernde Wirkung ist mit beiden verbunden, im Sinne einer mehr oder minder weitgehenden Erschwerung schädigenden Luns, bei der Entmannung in bestimmter Richtung, bei der Sicherungsverwahrung generell. Daß nur bei einem gefährlichen Sittlichkeitsverbrecher eine Wahl zwischen beiden Maßnahmen in Betracht kommt (oder ihre Verbindung) versteht sich. Insofern kann aber weder der einen noch der anderen die präsumtiv größere Zweckdienlichkeit zugesprochen werden. Sonach bleibt nur übrig, sie als rechtlich äquivalent zu betrachten.

Ergibt weder die eine noch die andere Maßregel objektiv die größere Belastung, so liegt in der Substituierung von Sicherungsverwahrung für Entmannung und umgekehrt nicht eine Verschönerung nach Analogie der härteren Strafe. Also steht einem solchen Wechsel nicht das Schärfungsverbot in sinngemäßer Anwendung entgegen. Anders das Urteil des RG., das den Gesichtspunkt der Äquivalenz nicht gelten läßt. Aber, wenn mit Recht die Sicherungsverwahrung für erforderlich erachtet wird, so kann für den vorl. Fall nur ein dieses Bedürfnis — unter Abstandsnahme von der Entmannung — befriedigendes Urteil unter nationalsozialistischem Gesichtspunkt als volksnah erachtet werden.

III. Der Fall lehrt, daß die strafähnliche Behandlung der Sicherungsmaßnahmen und ihre Einbeziehung in das Strafverfahren zu recht erheblichen Schwierigkeiten in der Rechtsanwendung führt. Für Strafen und für Sicherungsmaßnahmen sollte das *sum cuique* gelten. Das Sicherungsbedürfnis knüpft nicht an ein Verschulden an, wird durch die Gefährlichkeit der Person bedingt, fragt nicht nach der Zurechnungsfähigkeit. So lange die Gefährlichkeit besteht, müßte auch die Gegenmaßnahme Raum haben; es passen nicht die Regeln der Kriminalverjährung; nicht der Verfolgungsverjährung, denn es soll nicht eine Tat, sondern ein Zustand festgestellt werden, nicht der Vollstreckungsverjährung, denn ein Zustand kann aufhören, aber er verjährt nicht<sup>2)</sup>. Mit dem Zustand verliert die Sicherungsmaßnahme ihre Berechtigung. Außert sie sich, wie es für die Entmannung zutrifft, in einem Eingriff von dauernder Wirkung, so kann freilich die Maßnahme nicht rückgängig gemacht werden, auch wenn ihre Anordnung nunmehr wegen Wegfalls der Gefährlichkeit (durch hohes Alter, Siechtum usw.) erlebigt wäre.

Auf das Verfahren zur Prüfung der Voraussetzungen für eine Entmannung (oder eine Freiheitsentziehung zwecks Behinderung von Schädigungen anderer) einer durch ihren Zustand gefährdenden Person paßt nicht das akkusatorische Strafverfahren und nur mißbräuchlich werden den Beteiligten die Rollen als „Beschuldiger“, „Verteidiger“ usw. zugeteilt. Sachgemäß wäre ein rein inquisitorisches Verfahren, wobei dem StA. die Rolle des betreibenden Teils zufiele, nach den Grundsätzen des Freibeweises. Der Fall zeigt, wie insbes. das Verbot der ref. in pej. nur Verwirrung schafft. Daß späterer Entmannung, wenn dazu das Bedürfnis hervortritt, die Rechtskraft des Strafurteils, das diese Maßregel nicht angeordnet hat, entgegensteht, ist gewiß verkehrt. Der Strafrichter soll mit der Diagnose: X. ist zur Zeit gefährlicher Sittlichkeitsverbrecher, die Prognose verbinden, ob dieser Zustand bei der Entlassung aus der Strafanstalt präsumtiv noch fortbestehen wird oder nicht. Wird diese Prognose durch den späteren Verlauf widerlegt, so ist die Entmannung entweder unmittigerweise angeordnet oder es ist zu Unrecht davon abgesehen worden. Auch ist während der Freiheitsentziehung (im Jugendhaus, in der Sicherungsverwahrung) die Gefahr objektiv jedenfalls so erheblich abgemindert, daß mit der Anordnung usw. bis zur Entlassung gewartet werden könnte. Weitere Gegengründe mögen auf sich beruhen<sup>3)</sup>.

Prof. Dr. Detker, Würzburg.

## Reichserbhofgericht

\*\* 18. §§ 20, 25 Abs. 5 RErbhofG.

1. Solange Anerben der in § 20 RErbhofG. bezeichneten Ordnungen vorhanden sind, steht dem Erblasser nicht das Recht zu, eine nicht zu diesen Anerben zählende Person durch letztwillige Verfügung zum Anerben zu bestimmen.

2. Zu einer solchermaßen gesetzwidrigen Auerbeneinsetzung ist die Erteilung der auebengerichtlichen Genehmigung unzulässig. Wird die Genehmigung trotzdem erteilt, so bleibt die letztwillige Verfügung doch unwirksam.

3. Ob ein Fall nach § 25 Abs. 5 RErbhofG. gegeben ist, kann stets nur nach den Umständen beim Tode des Erblassers beurteilt werden. Erst in diesem Augenblick kann festgestellt werden, ob die — eventuell schon genehmigte — Auerbeneinsetzung eines Sippesremden Wirksamkeit erlangen kann.

August F., dessen im Grundbuch von St. verzeichnete Eigentümerstelle in Größe von 10,2845 ha und mit einem Grundsteuerertrage von 130,87 Talern ein Erbhof ist, ist in kinderloser Ehe mit Magdalena geb. G. verheiratet. August F. ist 75 Jahre alt, seine Ehefrau 76 Jahre alt. Vater, Brüder und Söhne der Brüder des Bauern F. sind nicht mehr am Leben. Sohnesöhne seiner Brüder sind nicht vorhanden. Seine einzige, 82 Jahre alte Schwester, Witwe Berta L. geb. F., lebt in B. Ihr einziger Sohn, Tischlermeister Paul L., arbeitet in einer Fabrik. Dessen einziger Sohn Heinz L., 15 Jahre alt, ist Schlächterlehrling.

August F. hat durch notarielles Testament v. 25. Juni 1934 seine Ehefrau zur Alleinerbin und Auerbin des Erbhofes bestimmt und bei dem AuerbG. beantragt, das Testament zu genehmigen. Das AuerbG. hat durch Beschl. v. 16. Juli 1934 die Genehmigung erteilt. Gegen diese Entsch. haben die Witwe Berta L. und ihr Sohn Paul L. sofortige Beschw. erhoben. Das AuerbGer. hat das Beschwerdeverbot der Witwe L. und ihres Sohnes bejaht und unter Aufhebung des Beschl. des AuerbG. den Antrag des Bauern August F. auf Genehmigung seines Testaments zurückgewiesen. Hiergegen hat der Bauer August F. in gesetzlicher Form und Frist sofortige weitere Beschw. eingelegt und gebeten, den Beschl. des AuerbG. wiederherzustellen. Er benärgelt das Beschwerdeverbot der Witwe L. und ihres Sohnes Paul L., weil ihnen die Bauernfähigkeit fehle und Paul L. auch als Auerbe nicht in Betracht komme, solange seine Mutter noch lebe. Weiter meint er, daß das AuerbG. im Falle der freien Best. des Auerben gem. § 25 Abs. 5 RErbhofG. berufen sein müsse, die Zweifel zu klären, ob Anerben der im § 20 RErbhofG. bezeichneten Ordnungen vorhanden seien, namentlich, ob sie auch bauernfähig seien.

Die weitere Beschw. hatte keinen Erfolg.

Nach § 20 Nr. 5 RErbhofG. ist die Schwester des Bauern F., Witwe L., als gesetzliche Auerbin berufen. Durch die Entsch. des AuerbG., das die Best. der Ehefrau des Bauern zur Auerbin genehmigt hat, wird in das Recht der Witwe L. als der zunächst berufenen Auerbin eingegriffen. Ihre Beschwerdebefugnis ist deshalb nach § 11 der 1. DurchfVd. mit § 20 RErbhofG. mit Recht bejaht. Paul L. ist allerdings als Auerbe erst nach dem Tode seiner Mutter berufen. Da aber der Antragsteller August F. die Bauernfähigkeit seiner Schwester in Zweifel zieht und daher nach § 21 Abs. 1 RErbhofG. gegebenenfalls ihr Sohn an ihre Stelle rücken würde, ist auch die Beschwerdebefugnis des Paul L. nicht zu beanstanden. Das AuerbGer. war hiernach in der Lage, auf die von der Witwe L. und ihrem Sohn erhobenen Beschw. die Entsch. des AuerbG. sachlich zu prüfen.

Die gesetzliche Auerbenfolge ist im § 20 RErbhofG. festgelegt. Die Auerbenordnung beruht auf dem Willen des Gesetzgebers, zur Schaffung eines mit dem Boden verwachsenen Bauerntums den Bauernhof dauernd der Sippe zu erhalten. Um dieses Ziel zu sichern, ist im § 24 Abs. 1 RErbhofG. bestimmt, daß die Erbfolge nach Auerbenrecht durch Verfügung von Todes wegen nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden darf. Entgegenstehende letztwillige Verfügungen sind infolge dieser Gesetzesvorschrift unwirksam. Innerhalb des im § 20 RErbhofG. umschriebenen Kreises der gesetzlichen Auerben kann der Erblasser unter den im § 25 Abs. 1 bis 4 RErbhofG. näher angegebenen Voraussetzungen die gesetzliche Reihenfolge ändern. Das im § 25 Abs. 1 bis 4 RErbhofG. dem Erblasser gewährte Bestimmungsrecht ist aber immer auf die zur 1. bis 6. Ordnung des § 20 RErbhofG. gehörenden Auerben beschränkt. Darüber hinaus ist der Erblasser nicht befugt, von der gesetzlichen Auerbenordnung abzuweichen. Er kann den Auerben nur frei bestimmen, wenn Personen der im § 20 bezeichneten Ordnungen nicht vorhanden sind (§ 25 Abs. 5 RErb-

<sup>2)</sup> Anders leider das Gef. üb. gefährl. GewVerbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung v. 24. Nov. 1933, Art. 3 Ziff. 7—9.

<sup>3)</sup> Es sei auf meine Abhandlung „Maßregeln der Besserung und Sicherung“: VerG. 92, 1 f. und die sich daran anschließenden Verhandlungen der Deutsch-Strafrechtl. Gesellschaft, daselbst Bd. 93 (insbes. die Resolution S. 297) hingewiesen.

hofG.). Diese Vorschr. wahrt das Vorrecht der Sippe. Solange Auerben der Ordnungen des § 20 RErbhofG. vorhanden sind, können daher andere Personen vom Erblasser nicht zu Auerben gewählt werden. Es würde der Gestaltung widersprechen, die die anerbenrechtliche Erbfolge im RErbhofG. gerade mit Rücksicht auf die Grundgedanken des Gesetzes gefunden hat, wenn der Erblasser eine verwandte oder ihm sonst nahestehende Person, die nicht zu den im § 20 RErbhofG. bezugigten Sippenangehörigen zählt, durch Verfügung von Todes wegen als Auerben bestimmen könnte, obwohl noch gesetzliche Auerben vorhanden sind. Der Zweck des Gesetzes verbietet demnach, dem Erblasser etwa in solchen Fällen in Anlehnung an die Regelung im § 25 Abs. 1 bis 4 RErbhofG. ein an die Zustimmung des AuerbG. gebundenes Recht zur Auerbenbestimmung einzuräumen. Lassen es im Einzelfalle die Umstände erwinnsich erscheinen, eine sippenfremde Person unter Übergehung gesetzlicher Auerben als Nachfolger des Bauern einzusetzen, so bietet hierzu die nach § 37 Abs. 2 RErbhofG. bei wichtigen Gründe und mit Zustimmung des AuerbG. zulässige Übertragung des Hofes durch Veräußerung zu Lebzeiten des Bauern die Möglichkeit. Wird eine Person, die nicht zu den in § 20 RErbhofG. Berufenen gehört, zum Auerben eingesetzt, so kann nach alledem niemals das AuerbG. eine solche letztwillige Verfügung durch seine Genehmigung wirksam machen. Ihre Wirksamkeit hängt vielmehr nur davon ab, ob der Fall des § 25 Abs. 5 E. 1 gegeben ist, also Personen, die nach § 20 RErbhofG. zu Auerben berufen wären, überhaupt nicht vorhanden sind. Aber auch zu einer Feststellung darüber, ob unter diesem Gesichtspunkt die Best. des Auerben wirksam ist, ist eine Zuständigkeit des AuerbG. nicht vorgesehen.

Es kommt hinzu, daß die Frage, ob eine auf § 25 Abs. 5 gestützte Verfügung von Todes wegen gültig ist, in der Regel erst im Zeitpunkt des Eintritts des Erbfalls beantwortet werden kann. Denn es besteht die Möglichkeit, daß als Auerben kraft Gesetzes berufene Personen bis dahin (durch Tod, Verlust der Bauernfähigkeit, Erbverzicht oder Ausschlagung) wegfallen, oder daß umgekehrt anerbenberechtigte Personen (durch Geburt, Erlangung der Bauernfähigkeit u. dgl.) hinzukommen. Diese bis zum Tode des Erblassers dauernde Ungewißheit, die in Kauf genommen werden muß, konnte durch die von dem Antragsteller erstrebte vorherige Entsch. des AuerbG. darüber, ob Auerben nach der 1. bis 6. Ordnung des § 20 RErbhofG. vorhanden und ob sie bauernfähig sind, nicht behoben werden. Denn da das AuerbG. nur nach der Sachlage zur Zeit seiner Entsch. urteilen konnte, so wäre damit für den allein maßgeblichen Zeitpunkt des Eintritts des Erbfalls nichts gewonnen.

Das ErbHGer. hat deshalb mit Recht im vorl. Falle die anerbengerichtliche Genehmigung zur Best. der nicht zu den gesetzlichen Auerben gebörenden Ehefrau des Erblassers als Auerbin für unzulässig erklärt und den Antrag des Bauern F. auf Genehmigung seiner letztwilligen Best. zurückgewiesen.

(RErbHGer., Beschl. v. 26. Jan. 1935, 3 RB 583/34.)

\*

\*\* 19. §§ 48 Abs. 2, 37 Abs. 2 RErbhofG.

1. In den Fällen, in denen dem Kreisbauernführer das Beschwerderecht zusteht, ist auch die Beschwerdeinlegung durch einen Bevollmächtigten desselben zulässig; regelmäßig kommt dabei der ständige Stellvertreter des Kreisbauernführers als Bevollmächtigter in Frage.

2. Besteht für die Ausstattung von Abkömmlingen ein dringender Geldbedarf, der nur durch Hypothekenaufnahme gedeckt werden kann, so kann dies die Genehmigung einer Belastung im Rahmen des § 30 RErbhofG. rechtfertigen.

3. Dabei muß ein bestimmter, dringlich zu erachtender Zweck für die Verwendung der Barausstattung vorliegen.

Der Bauer Matthias K. in B. ist Eigentümer des Erbhofes Haus-Nr. 94 in B. Auf dem Erbhof, der 59 Tagewerk umfaßt und einen Einheitswert von 29 200 RM hat, werden 3 junge Pferde, 15—18 Stück Rindvieh und 8—10 Schweine gehalten. Der Grundbesitz ist nur mit einer Aufw.Hyp. von 494 GM belastet. Der Bauer hat 9 Kinder, 3 Söhne und 6 Töchter. 3 Töchter sind verheiratet, die letzte dieser 3 seit Juli 1933.

K. beabsichtigt, seinen drei verheirateten Töchtern ein Heiratsgut zu geben, und hat zu diesem Zwecke beantragt, die Aufnahme eines hypothekarischen Darlehns von 10 000 RM zu genehmigen. Er ist nach seiner Angabe in der Lage, jährlich 1000 RM des Darlehns zurückzuzahlen.

Das AuerbG. hat die Belastung des Anwesens mit einer Hypothek bis zu 6000 GM. oder RM genehmigt. Der Beschluß des AuerbG. ist am 13. Jan. 1934 dem Kreisbauernführer zugestellt worden. Mit dem am 18. Jan. 1934 beim ErbHGer. München eingegangenen Schriftsatz v. 17. Jan. 1934 hat der Kreis-

bauernführer sofortige Beschw. eingelegt. Die Beschwerdeschrift ist unterzeichnet „Im Auftrage: L.“ Der Kreisbauernführer hält eine Belastung des Hofes mit 6000 RM für wirtschaftlich tragbar, erblickt aber in den Ausstattungsansprüchen der weichen Erben keinen wichtigen Grund zur Belastung i. S. des § 37 Abs. 2 RErbhofG. Das ErbHGer. hat nur die Belastung mit einer Hypothek bis zu 3000 RM genehmigt und im übrigen die Beschw. des Kreisbauernführers zurückgewiesen. Hiergegen hat der Landesbauernführer in gesetzlicher Form und Frist sofortige weitere Beschw. eingelegt, mit der er die Verjagung der Genehmigung zur Belastung des Hofes erstrebt. Er führt aus, der Zweck, Mittel zur Ausstattung von Töchtern zu erhalten, könne als wichtiger Grund nicht anerkannt werden, auch er scheine es jetzt nicht mehr glaubhaft, daß der Eigentümer eines fast unbelasteten Hofes keinen Personalkredit erhalte. Der Bauer Matthias K. ist über die Beschw. des Landesbauernführers gehört. Er hat vor dem AuerbG. erklärt, daß er nach erfolglosen Versuchen, ein Darlehen ohne dingliche Sicherung zu erhalten, seine Bemühungen aufgegeben habe. Er rügt auch, daß die Beschw. des Kreisbauernführers nicht von diesem selbst, sondern von einem Beauftragten ohne Nachweis der Vollmacht eingelegt sei.

Die Beschw. des Landesbauernführers hatte Erfolg.

Nach § 48 Abs. 2 RErbhofG. kann gegen eine Entsch. des AuerbG. auf Grund § 37 Abs. 2 RErbhofG. auch vom Kreisbauernführer Beschw. eingelegt werden. Diese Best. ist nicht dahin zu verstehen, daß der Kreisbauernführer stets persönlich die Beschw. unterzeichnen muß. Auch Beschwerdeinlegung durch einen Bevollmächtigten des Kreisbauernführers ist zulässig, da sonst im Falle der Behinderung des Kreisbauernführers sein Beschwerderecht nicht ausgeübt werden könnte. An Stelle des verhinderten Kreisbauernführers wird aber regelmäßig sein ständiger Stellvertreter als Bevollmächtigter für die Einlegung der Beschw. in Betracht kommen müssen. Einem der sonstigen Mitarbeiter des Kreisbauernführers wird nur in Ausnahmefällen Vollmacht zur Einlegung der Beschw. zu erteilen sein, um einen Mißbrauch des schwerwiegenden und bedeutungsvollen Beschwerderechts des Kreisbauernführers gegen Entsch. der AuerbG. zu verhüten. Durch die Bescheinigung des Kreisbauernführers steht im vorl. Falle fest, daß der Unterzeichner der Beschwerdeschrift v. 17. Jan. 1934, „L.“, von ihm ermächtigt war, gegen den Beschluß des AuerbG. Beschw. einzulegen. Gegen die Vertretungsbefugnis des „L.“ sind danach durchgreifende Bedenken nicht mehr zu erheben. Die von dem Kreisbauernführer eingelegte Beschw. entbehrt somit nicht der gesetzlichen Form und das ErbHGer. war in der Lage, den Beschluß des AuerbG. sachlich nachzuprüfen.

Das ErbHGer. hält die Belastung des Hofes des K. zu Ausstattungszwecken im Betrage von 3000 RM nach den Verhältnissen des fast schuldenfreien und in gutem Zustande befindlichen Hofes mit einem Einheitswert von 29 200 RM für angängig, weil der Bauer eine Schuld in dieser Höhe bald abtragen könne. Nach § 37 Abs. 2 RErbhofG. müssen gewichtige Gründe vorliegen, um eine Neubelastung des Erbhofes zu rechtfertigen. Besteht für die Ausstattung von Abkömmlingen infolge besonderer Umstände ein dringender Geldbedarf, der auf andere Weise als durch Aufnahme einer Hypothek nicht zu decken ist, so kann eine Belastung des Erbhofes im Rahmen des § 30 RErbhofG. ausnahmsweise genehmigt werden.

Hier sind derartige zwingende Gründe für eine Belastung des Erbhofes nicht ersichtlich. Es erhellet nicht, daß die in Betracht kommenden Töchter, die bereits verheiratet sind, zu einem bestimmten, als dringlich zu erachtenden Zwecke das bare Heiratsgut verwenden wollen. Wenn es sich in Wahrheit nicht um die Ausstattung der Kinder, sondern um die vorweggenommene Auszahlung von Erbteilen handelt, könnte die Inanspruchnahme des Erbhofes durch Belastung keinesfalls zugelassen werden. Der Bauer K. hat auch noch nicht alle Mittel benutzt, um persönlichen Kredit zu erhalten. Wie der Landesbauernführer vorträgt, hat der Bauer Matthias K. sich bei der Sparkasse bisher noch nicht um ein Darlehen beworben. Diese Sparkasse ist aber zur Gewährung von Personalkredit an gute Wirtschaftler nach der Mitteilung des Landesbauernführers grundsätzlich bereit. Soweit der Bauer Matthias K. ein Darlehen ohne dingliche Sicherheit nicht beschaffen kann, kann er die von ihm beabsichtigten Ausstattungsgelder nur nach und nach entsprechend den Überschüssen seines Hofes seinen verheirateten Töchtern anzahlen. Von den Töchtern muß dann erwartet werden, daß sie die Interessen der Volksgemeinschaft an der Erhaltung eines freien, lebensfähigen Bauernhofes ihren eigenen Interessen voranstellen.

Nach alledem ist mangels eines wichtigen Grundes nach § 37 Abs. 2 RErbhofG. die Genehmigung zur Belastung des Erbhofes mit einer Hypothek in vollem Umfange zu verjagen.

(RErbHGer., Beschl. v. 26. Jan. 1935, 3 RB 26/34.)

## Erbhofgerichte

### Seite

#### 20. § 37 Abs. 3 R-ErbhofG.

1. War in einer Gegend freie Bestimmung des Auerben durch den Bauern Brauch, so kann das AuerbG. die Genehmigung eines Übergabevertrages zwischen dem Bauern und dem zweiten von seinen vier Söhnen nicht aus dem Grunde versagen, weil es im gegebenen Falle billig sei, dem Ältesten den Hof zu geben.

2. Wann war freie Bestimmung des Auerben durch den Bauern üblich? ¶)

Die Eheleute Fr. sind in allgemeiner westfälischer Gütergemeinschaft Eigentümer eines Grundbesizes, der im Grundbuch mit einer Gesamtgröße von 104,33,18 ha eingetragen ist, einen Einheitswert von 71 400 *R.M.* hat und Erbhof ist. Aus der Ehe der Eigentümer sind zwei Töchter hervorgegangen, nämlich Karoline und Emma, sowie vier Söhne, nämlich Hans, Landwirt, Wilhelm, Landwirt, Fritz, Regierungsbauführer, und Mloys, kaufmännischer Angestellter.

Die Eigentümer haben die Absicht, ihren Erbhof dem zweitältesten Sohne Wilhelm, welcher gegenwärtig Pächter eines größeren Gutes ist, zu übertragen, und haben deshalb am 19. Juni 1934 mit ihm einen Übergabevertrag geschlossen. Sie haben beim AuerbG. den Antrag gestellt, diesen Vertrag zu genehmigen, und zur Begr. ausgeführt, in der Gegend von B. sei bei Inkrafttreten des R-ErbhofG. freie Best. durch den Bauern üblich gewesen und infolgedessen könnten sie Wilhelm als Hofesübernehmer ohne weiteres einsetzen. Die Söhne Fritz und Mloys haben in der Verhandlung vom 19. Dez. 1934 erklärt, daß sie zugunsten ihres Bruders Wilhelm auf den Erbhof verzichteten. Der älteste Sohn Hans hat dagegen gegen die Übertragung des Hofes auf Wilhelm Widerspruch erhoben und geltend gemacht, in B. sei Ältestenrecht Brauch gewesen; er sei daher der berufene Auerbe; er sei schon seit 1920 mit der Verwaltung des elterlichen Erbhofes betraut gewesen und ihm sei auch der Hof von jeher zugedacht. Demgegenüber haben die Eigentümer ausgeführt, daß Hans sich seinen Eltern gegenüber schlecht betragen und seine Kindespflichten gröblich verletzt habe.

Das AuerbG. hat den Antrag auf Genehmigung des Übergabevertrages abgelehnt. Es hat in der Begr. ausgeführt, in der Gegend von B. sei bei Inkrafttreten des R-ErbhofG. freie Best. des Auerben durch den Bauern üblich gewesen. Etwas anderes als freie Best. habe gar nicht üblich sein können, da die freie Best. durch die Gesetzgebung ausdrücklich gewährleistet und die bauerliche Bevölkerung sich dessen auch voll bewußt gewesen sei. Irgendein bindender Brauch habe nicht bestanden; das ergebe sich auch aus den Feststellungen, die in Sachen A. des AuerbG. getroffen seien. Dort habe nämlich der Ortsbauernführer befundet, der Kreisbauernführer habe in einer größeren Versammlung der Ortsbauernführer und Vertrauensleute des Kreises die Anwesenden befragt, ob in dortiger Gegend freie Wahl des Auerben üblich gewesen sei, und dieses sei einstimmig bejaht worden. Das AuerbG. hat weiter ausgeführt, diese Befundung gewinne besondere Bedeutung, wenn man bedenke, daß in dortiger Gegend gerade vielfach Jüngstenrecht Brauch gewesen sei.

Gleichwohl hat das AuerbG. deshalb die Genehmigung versagt, weil dem ältesten Sohne Hans der Hof von jeher zugedacht gewesen sei. Wenn der Bauer auch den Auerben frei bestimmen könne und das AuerbG. in diesem Falle die Genehmigung zur Veräußerung erteilen solle, so sei damit doch nicht gesagt, daß nicht unter besonderen Voraussetzungen auch anders entschieden werden könnte. Solche besonderen Umstände lägen in dem hier fraglichen Falle vor.

Gegen diesen Beschluß haben die Eigentümer und ihr Sohn Wilhelm form- und fristgerecht Beschw. eingelegt. Diese erscheint begründet. Nach § 37 Abs. 3 R-ErbhofG. soll das AuerbG. die Genehmigung zur Veräußerung des Erbhofes erteilen, wenn der Bauer den Hof einem Auerbenberechtigten übergeben will, der beim Erbfall der nächstberechtigte wäre oder vom Erblasser gem. § 25 zum Auerben bestimmt werden könnte. Der Sohn Wilhelm ist als zweitältester Sohn bei vier Söhnen nicht der nächstberechtigte Auerbe, aber er könnte nach § 25 Abs. 1 vom Erblasser zum Auerben bestimmt werden. Wenn es richtig ist, was das AuerbG. feststellt hat, daß in der Gegend von B. bei Inkrafttreten des Gesetzes freie Best. durch den Bauern üblich war, so konnte der Bauer den Sohn Wilhelm ohne Zustimmung des AuerbG. und, ohne daß ein wichtiger Grund vorzuliegen brauchte, durch Testament zum Auerben einsetzen. Er konnte ihn dann auch, ohne daß ein wichtiger Grund zur Übergebung der übrigen Söhne vorzuliegen brauchte, als

Hofesübernehmer vorsehen. Das AuerbG. kann in einem solchen Falle in das freie Bestimmungsrecht des Bauern weder bei einer testamentarischen Einsetzung des Auerben noch bei der Genehmigung des Übergabevertrages, der nichts weiter ist als eine vorweggenommene Erbfolge, eingreifen. Vielmehr legt das Gesetz dem AuerbG. die Pflicht auf, in einem solchen Falle die Genehmigung zur Veräußerung des Erbhofes zu erteilen. Es handelt sich bei der Vorschr. des § 37 Abs. 3 Satz 1 zwar nur um eine Sollvorschrift. Eine Sollvorschrift begründet aber ebenso wie eine Mustervorschrift die Pflicht für das Gericht, sich nach der Vorschr. zu richten. Der Unterschied zwischen Soll- und Mustervorschriften besteht nur in der Gültigkeit der Rechts-handlungen, die entgegen den Vorschr. vorgenommen werden. Verstößt eine Rechts-handlung gegen eine Mustervorschrift, ist sie ungültig, verstößt sie gegen eine Sollvorschrift, ist sie gültig. Für den Richter, der die Vorschr. anzuwenden hat, besteht dagegen kein Unterschied. Er ist verpflichtet, Sollvorschriften ebenso zur Anwendung zu bringen wie Mustervorschriften. Eine Sollvorschrift gestattet ihm daher nicht, nach seinem freien Ermessen Ausnahmen zuzulassen. Wenn es daher richtig ist, daß in der hier fraglichen Gegend freie Best. des Auerben üblich war, so durfte das AuerbG. nicht prüfen, ob es der Billigkeit entsprach, ob Wilhelm oder Hans den Erbhof bekam. Es mußte vielmehr den Übergabevertrag an Wilhelm ohne Nachprüfung der Gründe, die zu seiner Einsetzung als Hofesübernehmer geführt haben, genehmigen (vgl. auch Beschl. des Sen. v. 11. Okt. 1934, 3 EH 1021/34).

Von der Verpflichtung, den Übergabevertrag zu genehmigen, wäre das AuerbG. nur dann befreit gewesen, wenn aus sonstigen gesetzlichen Vorschr. gegen die Übergabe des Hofes an Wilhelm Bedenken herzuhalten gewesen wären. Wenn beispielsweise Wilhelm nicht bauernfähig wäre, hätte die Genehmigung trotz des freien Bestimmungsrechts des Bauern nicht erteilt werden dürfen, weil sonst der Erbhof seine Erbhofeigenschaft verloren hätte. Im vorl. Falle sind aber irgendwelche Bedenken gegen die Bauernfähigkeit des Wilhelm nicht hervorgetreten. Das AuerbG. hätte die Genehmigung auch dann versagen können, wenn sich der Bauer seines freien Bestimmungsrechts schon früher begeben hätte. Das ist bislang auch nicht der Fall. Zwar hatte er ursprünglich seinen Sohn Hans als Auerben des Hofes vorgesehen und ihn auch mit der Verwaltung des Hofes betraut. Irgendeine rechtliche Bindung ist er ihm gegenüber jedoch nicht eingegangen. Das hätte nur dadurch geschehen können, daß er mit ihm einen Erbvertrag über die Erbfolge in den Erbhof geschlossen hätte. Das ist jedoch nicht behauptet worden.

Hiernach erweist sich die Entsch. des AuerbG. als unrichtig. Die Sache war daher an das AuerbG. zur erneuten Prüfung und Entsch. zurückzuverweisen; denn wenn das ErbhGer. selbst entscheiden wollte, würde es den Beteiligten eine Instanz nehmen.

Bei der erneuten Prüfung der Sache wird das AuerbG. auch die von ihm getroffene Feststellung, daß in der fraglichen Gegend freie Best. des Auerben durch den Bauern üblich war, nochmals überprüfen müssen. Die von dem AuerbG. geäußerte Ansicht unterliegt nämlich erheblichen Bedenken. Es meint, eine andere als freie Best. habe gar nicht üblich sein können, da die freie Best. durch die Gesetzgebung ausdrücklich gewährleistet gewesen sei. Dieser Schluß ist nicht zwingend; denn in der Verfügung über ihre Höfe waren die Bauern bis zum Inkrafttreten des R-ErbhofG. in allen Gegenden frei und unterlagen keinerlei Beschränkungen. Das war auch den Bauern gemeinhin bekannt. Deshalb kann das Gesetz diese Freiheit nicht im § 25 Abs. 1 Ziff. 2 gemeint haben. Denn es spricht in dieser Vorschr. ausdrücklich von einer Freiheit, die nicht überall, sondern nur in manchen Gegenden gegolten hat. Infolgedessen kann freie Best. durch den Bauern nicht schon dann angenommen werden, wenn die Bauern einer Gegend es in der überwiegenden Zahl der Fälle nur nicht zum Übergang der Höfe auf ihre Nachfolger im Erbfolge kraft gesetzlichen Auerbenrechts haben konnten lassen, sondern erst dann, wenn sie in der überwiegenden Zahl der Fälle sich in der Auswahl der Person des Auerben auch nicht durch eine in ihrer Gegend herrschende Sitte dahin gebunden gefühlt haben, ihren ältesten oder jüngsten Sohn als ihren Nachfolger zu bestimmen. Es genügt deshalb nicht, wenn das AuerbG. lediglich feststellt, daß die Bauern von Gesetzes wegen in der Best. des Auerben frei waren. Es bedarf vielmehr darüber hinaus noch der Feststellung, daß die Bauern der Gegend nicht gegen eine im Kreise ihrer Standesgenossen seit alters her bestehende und auch für sie verbindliche Gewohnheit verstießen, wenn sie nicht ihren ältesten oder jüngsten Sohn, sondern, ohne daß besondere Gründe dafür vorlagen, eines ihrer anderen Kinder als ihren Nachfolger in den Hof bestimmten. Diesen Standpunkt hat das Schrifttum in der überwiegenden Mehrheit und auch die Praxis in ständiger Praxis eingenommen. Daß das AuerbG. bei der Auslegung der hier fraglichen Best. rechtlich irrt, zeigt sich auch darin, daß es zum Schluß

ausführt, in der dortigen Gegend sei vielfach Jüngstenrecht Brauch gewesen. Das ist ein Widerspruch zu der Feststellung, daß freie Best. des Anerben durch den Bauern üblich war. Denn wenn Jüngstenrecht Brauch war, konnte der Bauer nach der herrschenden Sitte nicht beliebig den Anerben bestimmen, sondern war gehalten, den jüngsten Sohn als Anerben zu bestimmen, sofern nicht ganz besondere Gründe gegen dessen Eignung vorlagen.

Auch die tatsächlichen Unterlagen, von denen das AnerbG. bei seiner Entsch. ausgeht, erscheinen nicht ausreichend. Es stützt seine Entsch. nur auf die Aussage des Ortsbauernführers in der Parallelsache A. Es kann durchaus richtig sein, daß die derzeit versammelten Ortsbauernführer und Vertrauensleute des Kreises die Frage, ob freie Best. des Anerben üblich war, für die dortige Gegend einstimmig bejaht haben. Es ist aber keineswegs sicher, daß sie dabei von einer richtigen Rechtsansicht ausgegangen sind. Es besteht durchaus die Möglichkeit, daß sie die gesetzliche Best. ebenso ausgelegt haben wie das AnerbG. in dem angefochtenen Beschluß, so daß dem einstimmigen Beschluß nicht zu folgen ist. Das AnerbG. wird bei der erneuten Prüfung der in der dortigen Gegend bestehenden Gepflogenheiten an dem umfangreichen Material, das im vorl. Falle beide Parteien zu den Akten gebracht haben, nicht ohne Beweiserhebung vorübergehen können. Sowohl der Vater wie auch der Sohn haben nämlich dafür Beweis angetreten, daß Ältestenrecht galt, bzw. daß freie Best. üblich war. Das AnerbG. hat im Termin vom 19. Sept. 1934 dieses Vorbringen selbst für erheblich gehalten und Beweiserhebung darüber angeordnet. Es ist aus den Akten nicht ersichtlich, warum diese Beweisaufnahme nicht durchgeführt worden ist. Jedenfalls wird das AnerbG. nunmehr bei der erneuten Prüfung auf die angetretenen Beweise eingehen müssen.

(VGrbGer. Celle, Beschl. v. 1. Febr. 1935, 3 Wo 22/35.) [—n.]

#### Anmerkung: 1. Zur Frage der Erbsitte.

Nach § 25 Abs. 1 Nr. 2 RGrbHofG. kann der Erblasser unter seinen Söhnen den Anerben bestimmen, wenn in der Gegend bei Inkrafttreten des Gesetzes weder Ältesten- noch Jüngstenrecht gegolten hat, sondern freie Best. durch den Bauern üblich gewesen ist. Das Gericht des ersten Rechtszuges hat geglaubt, von einer Nachprüfung des bisher geltenden Erbbruchs absehen zu können, weil die freie Best. durch die Gesetzgebung ausdrücklich gewährleistet und die bäuerliche Bevölkerung sich dessen auch voll bewußt gewesen sei\*.

Diese Bemerkung zielt anscheinend auf die Vorschr. in Art. 64 EGBGB. ab. Dort heißt es: „Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschr. über das Anerbenrecht in Ansehung landwirtschaftlicher und forstwirtschaftlicher Grundstücke nebst deren Zubehör. Die Landesgesetze können das Recht des Erblassers, über das dem Anerbenrecht unterliegende Grundstück von Todes wegen zu verfügen, nicht beschränken.“ Hier war also entsprechend der Rechtsauffassung der Zeit vor 1900 die Vergabungsfreiheit ausdrücklich auch gegenüber dem Anerbenrecht zwingend vorgeschrieben. Jeder Bauer konnte z. B. in seinem Testament anordnen, daß der Hof geteilt werde, oder daß er (anstatt an den Sohn) an den Schwiegersohn falle usw. Trotz dieser Testierfreiheit hat sich aber der Anerbenbrauch im weitaus größten Teil Deutschlands erhalten, und in zahlreichen Landesgesetzen ist das Anerbenrecht für den Fall, daß der Erblasser keine abweichende Regelung trifft, gesetzlich geordnet worden.

Wenn die Ansicht des AnerbG. richtig wäre, daß die gesetzlich gewährleistete Testierfreiheit der Feststellung eines bestimmten Brauchs entgegenstehe, so müßte man für die Zeit vor dem 1. Okt. 1933 überhaupt das Vorhandensein des Anerbenrechts in Deutschland leugnen; das würde aber mit den Tatsachen offensichtlich im Widerspruch stehen. Das VGrbGer. hat daher die Ansicht des AnerbG., daß Ältesten- oder Jüngstenrecht schon wegen der damals gesetzlich gewährleisteten Testierfreiheit nicht vorhanden gewesen sein könne, mit Recht zurückgewiesen.

In den Gegenden, wo das Anerbenrecht landesgesetzlich geregelt war, hat der Gesetzgeber jedesmal auch die Frage entschieden, wer Anerbe wird, wenn der Erblasser selbst keinen Anerben bestimmt hat. So ist z. B. in dem preuß. Ges. über das Anerbenrecht bei Landgütern in der Provinz Westfalen und einigen angrenzenden rheinischen Kreisen v. 2. Juli 1898 (S. 139) bestimmt, daß bei Intestaterbfolge im allgemeinen der ältere Sohn und in Ermangelung von Söhnen die ältere Tochter vorgeht (§ 14), daß aber bei Anerbengütern, deren Wohnhaus in einem der namentlich aufgezählten Amtsgerichtsbezirke oder Gemeindebezirke liegt, umgekehrt der jüngere Sohn oder die jüngere Tochter vorgeht (§ 15). Diese Unterscheidung ist in dem Gesetz getroffen, um dem damals in den betreffenden Gegenden geltenden Brauch zu entsprechen. Hier ist also im Gesetz selbst zweifelsfrei festgestellt, wo Ältesten- und wo Jüngstenrecht gegolten hat.

Im vorl. Falle handelt es sich um einen Erbhof im Bezirk

des AnerbG. Osnabrück. Hier galt das Hofgesetz für die Provinz Hannover v. 9. Aug. 1909 (S. 663). Dieses Gesetz sieht im allgemeinen Ältestenrecht vor (§ 10). Es gestattet jedoch dem Eigentümer, in die Hofrolle eintragen zu lassen, daß für seinen Hof Jüngstenrecht gelten soll. Diese Vorschr. ist hauptsächlich im Hinblick auf die im früheren Fürstentum Osnabrück bei vormalig eigenbehörigen Erbhöfen bestehende Erbsitte in das Gesetz aufgenommen worden (K i n e l m a n n, Hannoversches Hofgesetz, 3. Aufl., § 10 Anm. 33). Hiernach hat vermutlich im Bezirk Osnabrück zum mindesten für vormalig im Volleigentum des Bauern stehende Höfe Jüngstenrecht gegolten. Welche Erbsitte für die übrigen Höfe in jener Gegend galt (ob also die Erbsitte dem als Intestaterbrecht vorgeschriebenen Ältestenrecht entsprach oder nicht), bedarf noch der Aufklärung. Das VGrbGer. hat die Sache mit Recht zu weiteren Ermittlungen an das AnerbG. zurückverwiesen.

#### 2. Zur Frage des Übergabevertrags.

Das AnerbG. hatte angenommen, daß freie Best. des Anerben üblich gewesen sei, und hatte dennoch die Genehmigung des Übergabevertrages verweigert, weil der Hof nicht dem als Übernehmer in Aussicht genommenen zweiten Sohn, sondern dem ältesten Sohn zukomme. Demgegenüber weist das VGrbGer. mit Recht darauf hin, daß in der Verfügung, den Anerben durch Verfügung von Todes wegen frei zu bestimmen, auch das Recht enthalten ist, beim Übergabevertrag unter den Söhnen den Übernehmer frei auszuwählen. Ein anderes Verhalten des Gerichts würde doch wohl nur dazu führen, daß der Bauer von der Übergabe unter Lebenden absteht und statt dessen den Anerben durch Verfügung von Todes wegen bestimmt. Das AnerbG. wird, wenn nicht ganz besondere Gründe dagegen sprechen, in einer Gegend, wo freie Bestimmung durch den Erblasser üblich war, dem Übergabevertrag nicht aus dem Grunde widersprechen, daß nach Ansicht des Gerichts ein anderer als der vom Übergeber ausgewählte Sohn für die Übernahme des Hofes geeigneter sei. Ich halte daher den an die Spitze gestellten Vortrag für richtig, wenn es sich auch wohl nicht empfiehlt, die Rspr. so eindeutig festzulegen, wie es in der Begr. des Beschlusses geschehen ist.

MinR. Dr. Vogel s, Berlin.

\*

#### München

#### 21. § 15 RGrbHofG.

1. Zur Annahme der Bauernfähigkeit genügt es, wenn jemand imstande ist, für eine ordnungsmäßige Wirtschaftsführung auf dem Hof zu sorgen.

2. Eine Kriegsverletzung, die körperliche Mitarbeit auf den Hof unmöglich macht, aber diese Fähigkeit zur Sorge für ordnungsmäßige Wirtschaft (durch Verwalter, Pächter, fremde Hilfskräfte) nicht beeinträchtigt, schadet der Bauernfähigkeit nicht.

Johann L. ist ein noch lebiger Bauernsohn und hat bis 1914 als Landwirt bei seinen Eltern gearbeitet. Im Weltkrieg hat er eine schwere Ellenbogen- und Hüftenverletzung davongetragen. Er ist deshalb nun Gemeinbeschreiber in seiner Heimat. 1927 hat er von seinem Vater dessen eines Anwesen Haus Nr. 12 in B. übernommen. Es umfaßt 9,643 ha Land- und forstwirtschaftlich genutzte Grundstücke, darunter etwa 17 Tagwerk Wiesen, 2 Tagwerk Streuwiesen und 7 Tagwerk Walb. Der Einheitswert beträgt 11 900 RM. Der Hof ist jetzt verpachtet.

Im Eintragungsverfahren hat Johann L. wegen seiner Kriegsbeschädigung seine Bauernfähigkeit (§ 15 Abs. 1 Satz 2 RGrbHofG.) bestritten. Diese Einwendung ist unbegründet. Denn L. hat bis zum Beginn seines Kriegsdienstes bei seinen Eltern in der Landwirtschaft, sogar auch schon auf seinem jetzigen eigenen Anwesen, gearbeitet. Es mag sein, daß ihm seine Kriegsbeschädigung an Ellenbogen und Hüfte die körperliche Arbeit in der Landwirtschaft wenigstens augenblicklich unmöglich macht oder doch erschwert. Allein zur Annahme der Bauernfähigkeit genügt es schon, wenn jemand nach seiner ganzen Persönlichkeit imstande ist, für eine ordnungsmäßige Wirtschaftsführung auf dem Erbhofe zu sorgen; unter dieser Bedingung kann er dann die Bewirtschaftung des Hofes selbst auch Arbeitern, einem Verwalter oder zeitweilig auch einem Pächter überlassen. Diese Fähigkeit aber hat Johann L. bei sich selber nicht bestritten, sie könnte auch nach seiner Herkunft und früheren Betätigung gar nicht mit Erfolg bestritten werden.

Daß L. alle übrigen persönlichen Voraussetzungen für die Annahme eines Erbhofs (§§ 11—16 RGrbHofG.) erfüllt, steht fest, weil das von niemand bestritten ist und weil irgendwelche Anhaltspunkte für eine gegenätzliche Annahme fehlen.

(ErbGer. b. OLG. München, Beschl. v. 29. Sept. 1934, BeschwReg. Nr. 1251/34 II.) [S.]

## Erbgesundheitsobergerichte

### Aus der Praxis des Erbgesundheitsobergerichts Berlin

#### A. Schizophrenie<sup>1)</sup> als Grund der Unfruchtbarmachung

Berichtet von SenPräs. Dr. SeeLiger, Berlin

1. Der jetzt 38jährige Schriftseker Karl L. war immer still und zurückhaltend. Seit Mitte 1932 fühlte er sich von den Mitbewohnern seines Hauses belästigt, glaubte einen Abtreibungsbetrieb entdeckt zu haben. Aus diesen Beziehungsideen entwickelte sich mit der Zeit ein Wahnsystem, so daß L. schließlich am 22. Dez. 1933 in die Anstalt Herzberge aufgenommen werden mußte. Nach Stellung des Antrages am 18. Sept. 1934 war er noch in der Anstalt und zeigte noch wesentliche Erscheinungen dieses einwandfrei als Schizophrenie zu bezeichnenden Krankheitsbildes.

Demnach war unter Anwendung des § 1 Abs. 2 Ziff. 2 i. Verb. mit § 13 Abs. 1 des Gef. v. 14. Juli 1933 die Beschwerde gegen den die Unfruchtbarmachung anordnenden Beschluß zurückzuweisen.

(ErbgesDobGer. Berlin v. 31. Jan. 1935, 1 Erb W 253/34.)

\*

2. Der jetzt 19jährige Kurt N. ist bereits vor zwei Jahren für kurze Zeit verwirrt gewesen, ohne daß Anstaltsaufenthalt notwendig wurde. Der Vater desselben getrunken haben, der einzige Bruder ist Hülfsschüler. N. ist Anfang April 1934 an Verfolgungsideen erkrankt, ging mit Messer und Schere auf Anwesende los, fühlte sich von Sadisten verfolgt und zeigte bei der nachfolgenden Aufnahme in die Anstalt Wittenau späterhin autistische Hemmungen. Dieser Zustand von Autismus, Antriebslosigkeit und affektiver Indifferenz war zur Zeit der Antragstellung, also im Juni 1934, noch vorhanden. An dem Vorliegen der Erbkrankheit Schizophrenie besteht somit kein Zweifel.

Es war daher unter Abwendung des § 1 Abs. 2 Ziff. 2 sowie § 13 Abs. 1 des Gef. v. 14. Juli 1933 zu beschließen.

(ErbgesDobGer. Berlin v. 31. Jan. 1935, 1 Erb W 247/34.)

\*

3. Die Vorgeschichte, namentlich die schizophrenen Erkrankungen des Vaters der Frau S., die sehr ausführlichen Krankenblätter aus dem Berolinum und der Herzberger Anstalt sowie die am 8. Jan. 1935 durchgeführte Untersuchung lassen einen Zweifel an dem Vorliegen einer Schizophrenie bei Frau S. nicht zu. Zwar wird im vorl. Falle durch die Feststellung entzündlicher Veränderungen am Zentralnervensystem und durch den positiven Ausfall der Rahnischen Reaktion der Verdacht einer luetischen Erkrankung geweckt. Aber der Verlauf der Erkrankung und namentlich die Veränderung, die die Persönlichkeit der Frau S. nach der Erkrankung erfahren hat, sprechen gegen das Vorliegen einer sogenannten Lues-Psychose und machen es wahrscheinlich, daß die luetische Erkrankung höchstensfalls auslösend auf die Geisteskrankheit gewirkt hat. Es handelt sich also um eine echte schizophrenen Erkrankung mit sicheren Persönlichkeitsveränderungen. Die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 Ziff. 2 des Gef. v. 14. Juli 1933 sind damit erfüllt.

(ErbgesDobGer. Berlin v. 24. Jan. 1935, 1 Erb W 246/34.)

\*

4. Der 34jährige Tischlergehilfe Fritz R. war ein guter Schüler. Mit 18 Jahren hat er auf der Wanderschaft auf Grund von beruflichen Beeinträchtigungsideen einen Selbstmordversuch unternommen.

#### 1) Erläuterung des Begriffes „Schizophrenie“.

Die deutsche Diagnostiktabelle 1933 zur Statistik der Geisteskranken spricht unter Nr. 14 vom schizophrenen Formkreis. Darunter werden verstanden: Dementia praecox, Jugendirrese, Spaltungsirrese, Katatonie, Spannungsirrese, Hebephrenie, läppische Verblöbung, Dementia simplex, Paraphrenie, Dementia paranoides, die paranoiden Verblöbungen usw. — Die Erscheinungsformen sind sehr vielgestaltig.

Die Schizophrenie zeigt sich in einer eigenartigen Zerstörung des inneren Zusammenhangs der Persönlichkeit mit vorwiegender Schädigung des Gemütslebens und des Willens, mit Wahneideen, vielfach auch mit Sinnestäuschungen, Lautwerden der eigenen Gedanken, Stimmenhören usw., besonders Hörsinnestäuschungen, Täuschungen der Leib- oder gemeinen Empfindungen, vielen anderen Trugwahrnehmungen und zahlreichen Absonderlichkeiten im Benehmen und Ausdruck (vgl. Komm. Güt-Rudin-Ruttke S. 96/97).

Dr. Ruttke, Berlin.

In der Folgezeit hat er versucht zu siedeln, diesen Versuch aber auf Grund verschiedenartigster Beeinträchtigungs- und Verfolgungsideen schließlich wieder aufgegeben. Im Mai 1934 begann er auffällig zu werden, führte verwirrte Reden, wollte Wächter auf einer Südeifel werden, dann Bergarbeiter in Spitzbergen und machte dann einen neuen Selbstmordversuch, der zur Aufnahme in der Charité führte. Das dortige Krankenblatt verzeichnet Sinnestäuschungen und mannigfache Beziehungsideen. An dem Vorliegen der Erbkrankheit Schizophrenie ist somit nicht zu zweifeln.

Es liegt demnach eine Erbkrankheit i. S. des § 1 Abs. 2 Ziff. 2 des Gef. v. 14. Juli 1933 vor.

(ErbgesDobGer. Berlin v. 28. Febr. 1935, 1 Erb W 293/34.)

\*

5. Aus der Krankengeschichte der Anstalt Eberswalde geht unzweideutig hervor, daß H. an Schizophrenie gelitten hat. Dazu kommt, daß ein Bruder sich das Leben genommen hat und ein Bruder gleichfalls nervenkrank ist. Das ObGer. sieht in dem Verhalten des Patienten in der Anstalt, wo er mehrere sehr ernste Selbstmordversuche gemacht hat und wo er unter dem Einfluß von Beziehungsideen und phantastischen Angstvorstellungen stand, den klaren Ausdruck eines schizophrenen Zustandes. Es war daher der Auffassung des ErbgesDobGer., daß bei H. Schizophrenie i. S. des § 1 Abs. 2 Ziff. 2 des Gef. vom 14. Juli 1933 vorliegt, beigutreten. An der Tatsache, daß H. auf Grund des Gesetzes unfruchtbar gemacht werden muß, vermögen die vorgebrachten Gegengründe, daß er in seinem bürgerlichen Leben recht tüchtig ist und sich der Achtung seiner Mitbürger erfreut, nichts zu ändern.

(ErbgesDobGer. Berlin v. 25. Febr. 1935, 1 Erb W 387/34.)

\*

6. Wegen den Beschluß, durch den die Unfruchtbarmachung der Ilse F. wegen Schizophrenie angeordnet worden ist, hat der gesetzliche Vertreter derselben frist- und formgemäß Beschwerde eingelegt. Diese ist begründet.

Ilse F. ist Ende Mai 1934 psychisch erkrankt. Diese Erkrankung äußerte sich darin, daß sie in unklarer Weise von einem „großen Erlebnis“, das sie gehabt habe, sprach. Danach trat jedoch eine kurze Zeit psychischer Unauffälligkeit ein bis August 1934. Von letztgenanntem Datum an sprach sie mehr und mehr verworren, redete ununterbrochen und äußerte schließlich Vergiftungsideen. Aus letzterem Grunde kam sie in die Kuranstalten Westend. Der Entscheidung der ersten Instanz hat zugrunde gelegen die damalige Diagnose der Kuranstalten W., die Schizophrenie lautete. In der Tat waren die damals vorhandenen psychischen Erscheinungen dieselben, wie sie bei Schizophrenie vorkommen, es fehlte nur ein Hauptsymptom, das der Sinnestäuschungen. Aus dem weiteren Verlauf der Krankheit geht hervor, daß dieses Hauptsymptom auch ferner nicht in Erscheinung getreten ist, daß vielmehr ganz im Vordergrund standen Unruhezustände (Hyperkinesen). Auf Grund dieses weiteren Verlaufes hat Dr. S. seine Diagnose Schizophrenie nicht aufrechterhalten.

Es liegt inzwischen ein sehr ausführliches Gutachten des Nervenarztes, der die Kranke sehr eingehend untersucht und behandelt hat, vor. Aus den Befunden des genannten Arztes ist zu entnehmen, daß die Erkrankung der Ilse F. unter psychotherapeutischer Behandlung sich ganz bedeutend gebessert hat. Auch heute nimmt der Nervenarzt nicht das Vorliegen einer Schizophrenie an.

Auch diese letzte Tatsache der Besserung eines psychischen Zustandes unter psychotherapeutischen Maßnahmen spricht durchaus gegen das Vorliegen eines schizophrenen Prozesses bei Ilse F., da die Schizophrenie gekennzeichnet ist durch ihre Uneinfißbarkeit und Unzulänglichkeit gegenüber psychotherapeutischen Maßnahmen.

Es handelt sich sonach bei Ilse F. nicht um einen aus endogener Anlage entstandenen schizophrenen Krankheitsprozeß, sondern um eine reaktive Psychose bei einer neurotisch belasteten Persönlichkeit.

(ErbgesDobGer. Berlin v. 28. Febr. 1935, 1 Erb W 405/34.)

\*

7. Die in der Anstalt Herzberge bei L. beobachteten psychischen Störungen (Redebrang, Zersahrenheit, Stimmenhören, religiöse Wahneideen und Verfolgungsideen) zusammen mit den bei ihm beobachteten sinnlosen Handlungen lassen an der Diagnose Schizophrenie keinen Zweifel aufkommen, da körperliche Zeichen einer anderen psychischen Erkrankung, bei der ähnliche psychische Erscheinungen vorkommen können, völlig fehlen. L. ist also erbkrank i. S. des § 1 Abs. 2 Ziff. 2 des Gef. v. 14. Juli 1933.

(ErbgesDobGer. Berlin v. 28. Febr. 1935, Wg 70/35.)

\*

8. Gegen den Beschluß, durch den die Unfruchtbarmachung der Frau Elisabeth R. wegen Schizophrenie angeordnet worden ist, hat die Beschw. frist- und formgerecht Beschwerde eingelegt. Diese ist unbegründet.

Nach der Krankengeschichte der Anstalt Landsberg a. W. hat bei der im April 1930 in der Anstalt aufgenommenen, damals 16-jährigen Erbkranken ein typischer katalonischer Supor bestanden, der anscheinend gut abgeklungen ist. Aus der Krankengeschichte ergibt sich, daß die Patientin damals nicht geantwortet hat, den Speichel fließen ließ, künstlich mit der Sonde gefüttert werden mußte und sich eingeknast hat. An der schizophrenen Natur dieses Zustandes ist nicht zu zweifeln. Die Erblichkeit der Erkrankung geht daraus hervor, daß auch der Bruder in derselben Anstalt im Jahre 1932/33 an einer schizophrenen Erkrankung behandelt worden ist.

Daher war unter Anwendung der §§ 1 Abs. 2 Ziff. 2 und 13 Abs. 1 des Gef. v. 14. Juli 1933 zu beschließen.

(ErbgefDbGer. Berlin v. 25. Febr. 1935, Wg 42/35.)

\*

9. Nach der Krankengeschichte der städtischen Anstalt und der psychiatrischen Klinik in Breslau und der Trennabteilung des Strafgewängnisses Plözensee ist der Arthur D. mehrfach psychisch krank gewesen. Die Diagnose hat bei den ersten Erkrankungen auf Schizophrenie gelautet, während der Arzt des Strafgewängnisses Plözensee manisch-depressive Erkrankung diagnostiziert hat. Es handelt sich offenbar um eine Mischform beider Erkrankungen, wie sie sich bei der jüdischen Rasse<sup>2)</sup> besonders häufig findet. Daß eine erbliche Belastung vorliegt, wird schon bei der ersten Aufnahme in der Breslauer Städtischen Anstalt hervorgehoben, insofern es dort in der Angabe des Vaters heißt, daß eine Schwester des Vaters vorübergehend geistig krank war.

Daher war unter Anwendung des § 1 Abs. 2 Ziff. 2 und 3 i. Verb. m. § 13 Abs. 1 des Gef. v. 14. Juli 1933 zu beschließen.

(ErbgefDbGer. Berlin v. 25. Febr. 1935, Wg 45/35.)

\*

10. Gegen den Beschluß, durch den die Unfruchtbarmachung des Hans L. wegen Schizophrenie angeordnet worden ist, hat der Pfleger verspätet Beschwerde eingelegt. Ein Grund zur Wiedereinlegung in den vorigen Stand ist nicht glaubhaft gemacht worden. Die Beschwerde wurde als unzulässig verworfen. Die Kosten der Beschwerde werden niedergebühren.

Das ObGer. hat die Beschwerde aber auch sachlich geprüft und ist dazu gekommen, die Vorentscheidung aufrechtzuerhalten.

L. hat bereits verschiedene Schübe von Geistesstörungen überstanden, wovon besonders der vom Jahre 1925 klar erkennen läßt, daß es sich um die Auswirkung einer schizophrenen Erkrankung bei ihm handelt. Er stand damals unter dem Einfluß weitgehender Sinnestäuschungen, die ihn auch veranlaßten, gegen seine Umgebung gewalttätig zu werden.

Hiernach war unbedenklich die in der ersten Instanz gestellte Diagnose auf Schizophrenie (§ 1 Abs. 2 Ziff. 2 des Gef. v. 14. Juli 1933) zu bestätigen.

Es lag also auch sachlich kein Grund für die Beschwerde vor.

(ErbgefDbGer. Berlin v. 25. Febr. 1935, 1 Erb W 351/34.)

\*

11. Das Wiederaufnahmegesuch der gesetzlichen Vertreterin wird auf Kosten der Staatskasse mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß, solange der Erbkranke in einer geschlossenen Anstalt verbleibt, bei ihm die Durchführung der Unfruchtbarmachung unterbleibt.

Gegen den Beschluß, durch den die Unfruchtbarmachung des Erich S. wegen Schizophrenie angeordnet worden ist, hat die Pflegerin Gertrud S. verspätet Beschwerde eingelegt und in dieser darauf hingewiesen, daß, solange der Erbkranke in einer geschlossenen Anstalt verbleibe, die Durchführung der Unfruchtbarmachung unterbleiben müsse.

Das ErbgefDbGer. hat die an sich unzulässige Beschwerde der Pflegerin als Wiederaufnahmegesuch ausgelegt. In der Sache selbst tritt das ObGer. der Diagnose des ErbgefGer. bei.

S. hat als Kind öfter an Krämpfen gelitten und wurde noch wiederholten geistigen Störungen i. J. 1906 in die Landesirrenanstalt Sorau aufgenommen, wo er sich auch heute befindet. Er leidet an typischer Schizophrenie mit Erregungszuständen, Neigung zu Täuschlichkeiten, Wahnvorstellungen und Sinnestäuschungen.

Daher war unter Anwendung der §§ 1 Abs. 2 Ziff. 2, 12 und 13 Abs. 1 des Gef. v. 14. Juli 1933 i. Verb. m. Art. 6 Abs. 4 Ausf. B. v. 5. Dez. 1933 zu beschließen.

(ErbgefDbGer. Berlin v. 18. Febr. 1935, Wg 14/35.)

\*

12. Gegen den Beschluß, durch den die Unfruchtbarmachung des Hans Sch. wegen Schizophrenie angeordnet worden ist, hat der gesetzliche Pfleger frist- und formgemäß Beschwerde eingelegt. Diese ist unbegründet.

<sup>2)</sup> Statt des Ausdrucks „jüdische Rasse“ ist richtiger zu setzen „jüdisches Volk“. Letzteres stellt ein Rassengemisch aus außereuropäischen Rassen dar.

Dr. Ruttke, Berlin.

Die vorhandenen Unterlagen für die Beurteilung sind in der Krankengeschichte von Dr. W. S. Heilanstalt B. und in dem ärztlichen Zeugnis des Oberarztes von der gleichen Nervenheilanstalt gegeben. Danach besteht der Zustand seit 1932 und hat im März 1934 sich verschlimmert. Die festgestellten Krankheitszeichen: Bazillenfurcht, verstärktes ängstliches Wesen und Mißtrauen sind in der Nervenheilanstalt fortlaufend beobachtet vom 14. März bis 8. Sept. 1934. Auch der Lebensgang zeigt die Züge, die mit dem Krankheitsbild im Zusammenhang stehen. Sch. hat 16 Semester Jura studiert, ohne ein Examen abzulegen, er hat sich in den letzten Jahren auch mit anderen Arbeiten beschäftigt, Literatur, Philosophie, Astronomie, ohne auf diesen Gebieten irgendetwas Wertvolles zu leisten. Das Vorliegen von Schizophrenie ist als erwiesen anzusehen.

Daher war unter Anwendung der §§ 1 Abs. 2 Ziff. 2 und 13 Abs. 1 des Gef. v. 14. Juli 1933 zu beschließen.

(ErbgefDbGer. Berlin v. 18. Febr. 1935, Wg 5/35.)

\*

13. Gegen den Beschluß, durch den die Unfruchtbarmachung der Liesbeth Sch. wegen Schizophrenie angeordnet worden ist, hat der Pfleger frist- und formgemäß Beschwerde eingelegt. Diese ist unbegründet.

Die Kranke war vom 17. Juli bis 28. Nov. 1934 in der Landesirrenanstalt Sorau. Sie wurde dorthin von der geschlossenen Abteilung des Krankenhauses in Cottbus überführt, wo sie sich vollkommen ungeordnet verhalten hatte, in der Zelle nackt umherlief, äußerst unsauber und sehr unruhig war und jede Nahrung verweigerte, so daß sie mit der Sonde durch die Nase gefüttert werden mußte. In der Anstalt selbst spuckte sie überallhin, machte überall Stuhl, nur nicht in das dazu bestimmte Gefäß, war tobstüchtig, äußerst laut und ordinär in ihren Redensarten. Außerdem wurde sie mehrmals gewalttätig und spuckte die ihr gereichten Medikamente rückwärts ins Gesicht. Allmählich beruhigte sie sich und wurde geordnet und ruhig aus der Anstalt entlassen.

Nach alledem liegen die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 Ziff. 2 des Gef. v. 14. Juli 1933 unbedenklich vor.

(ErbgefDbGer. Berlin v. 18. Febr. 1935, Wg 9/35.)

\*

14. Gegen den Beschluß, durch den die Unfruchtbarmachung des Kurt B. wegen Schizophrenie angeordnet worden ist, hat der Beschw. frist- und formgemäß Beschwerde eingelegt. Diese ist unbegründet.

Am 17. Jan. 1934 wegen Beleidigung der Reichsregierung verhaftet, fiel er durch sein eigenartiges Verhalten auf. Der Kreisarzt Berlin-Mitte fand Verfahrenheit. B. glaubte überall bekannt zu sein. Wegen Verdachtes auf Schizophrenie wurde er nach Herzberge eingeliefert. Nach Angaben des Vaters war B. ein stiller, in sich gekehrter Mensch mit großem Berufszeifer. 1928 sei er oft jähzornig geworden. In letzter Zeit habe er sich mehr und mehr abgeschlossen und nur mit seinen Flugzeugerfindungen befaßt. In Herzberge gab er selbst verschiedene Berufswechsel an. Mit Frauen habe er nie zu tun gehabt, er habe weder geraucht noch getrunken. Auf der Straßhöre er häufig Stimmen, die seinen Reichtum betonen. Er habe eine Erfindung gemacht, die das Flugzeug ganz wesentlich verbessere. Die Junkers-Werke stellen ihn nach, verfolgen ihn, um ihm die aus der Erfindung resultierenden Vorteile zu entwinden. Er habe verschiedentlich wahrgenommen, daß man ihn auf die Probe stellen wolle, daß er beobachtet werde und allgemein bekannt sei. Die Beobachtung erfolge durch Fernsehen und Fernrohr. Der allgemeine Eindruck ist der einer erheblichen gemüthlichen Stumpfsheit, die Ausdrucksweise ist geschrumpft, die Äußerungen sind zerfahren. Es besteht ein gesteigerter Redebrang, wenn B. angeregt wird. Vor sich aus ist er recht antriebsarm. Die Vorgeschichte und die bisherige Untersuchung haben ergeben, daß B. an Irresein (Schizophrenie) leidet.

Die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 Ziff. 2 des Gef. v. 14. Juli 1933 sind mithin erfüllt.

(ErbgefDbGer. Berlin v. 10. Jan. 1935, 1 Erb W 181/34.)

\*

15. Gegen den Beschluß, durch den die Unfruchtbarmachung des Franz D. wegen Schizophrenie angeordnet worden ist, hat der Pfleger M. frist- und formgemäß Beschwerde eingelegt. Diese ist unbegründet.

Es handelt sich um eine im März 1924 ausgebrochene Erkrankung, die zunächst in einer schweren anfallsartigen Störung sich äußerte. Die Erkrankung dauerte zunächst nur einige Wochen. Dann wurde D. wieder arbeitsfähig. Aber nach seinen eigenen Angaben ging die Arbeit nicht wie früher. Er meinte einen Defekt zu haben. Er mußte mit einigen Wochen wieder in Behandlung gehen, kam zunächst ins Sanatorium Bernau, dann in die St.-Josephs-Heilanstalt

in Weipensee und von dort in die Anstalt Herzberge. Schon in Bernau wurde die Diagnose Schizophrenie gestellt. Diese Diagnose wurde von allen später behandelnden Ärzten beibehalten. Für ihre Richtigkeit sprach das Vorliegen von Sinnesstörungen (Sinnes- und Farbsehen), Beeinträchtigungsvorstellungen, Verfahrenheit des Denkens, Grimassieren, Verschrobenheit, Absperrung gegen die Umgebung und der weitere Verlauf, der den Verfall der Persönlichkeit eindeutig erkennen ließ. Nach der Krankheitsgeschichte handelt es sich jetzt bereits um einen sogenannten Endzustand mit den Zeichen der gemächlichen Verödung und Erstarrung in gewisse Verschrobenheiten. Das Denken ist völlig zerfahren. Die Absperrung von der Umgebung findet ihren Ausdruck in einem fast ständigen stuporösen Verhalten. Dieser Krankheitsverlauf und dieses Bild, wie es die Krankengeschichten zeigen, spricht für das Vorliegen einer seit 1924 zunächst in Schüben, dann aber auch gleichmäßig fortschreitenden schizophrenen Erkrankung. Die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 Ziff. 2 des Gef. v. 14. Juli 1933 sind daher erfüllt.

(ErbgesDbGer. Berlin v. 10. Jan. 1935, 1 Erb W 187/34.)

\*

**16.** Gegen den Beschluß, durch den die Unfruchtbarmachung der Helene B. wegen Schizophrenie angeordnet worden ist, hat der gesetzliche Vertreter und Pfleger frist- und formgemäß Beschwerde eingelegt. Diese ist unbegründet.

Helene B. war am 29. Jan. 1934 in die Anstalt Herzberge überführt worden, weil sie, die vorher als Stenotypistin im Ministerium und von 1925 bis 1931 bei der Botschaft in Warschau erfolgreich tätig gewesen war, sich allmählich verändert hatte, so daß sie schließlich nicht mehr dienstfähig war. Sie belegte Sprachkurse an der Universität, hielt sich für verlobt mit hochgestellten Personen, schrieb an diese und andere, z. B. an den Reichspräsidenten, glaubte in ein Schaltsystem eingeschaltet zu sein, das über ganz Deutschland verbreitet wäre. Dadurch sei ihr die Schilddrüse herausgedrückt und somit ihre Stimme beeinträchtigt worden. Das Unwohlsein werde ihr abgezogen und grausam durchgetrieben. Die Polizei stecke dahinter. Im Verhalten ist die B. ganz zerfahren, zeigt sich geziert und geschräubt, ist abweisend, vielleicht etwas gereizt, aber im Grunde außerordentlich stumpf. Dabei sind ihre Denkinhalte eher Größenideen (Sprachkenntnisse, gesellschaftliche Hochstellung). Es handelt sich um eine ausgesprochene schizophrenen Erkrankung i. S. des § 1 Abs. 2 Ziff. 2 des Gef. v. 14. Juli 1933.

(ErbgesDbGer. Berlin v. 10. Jan. 1935, 1 Erb W 196/34.)

\*

**17.** Gegen den Beschluß, durch den die Unfruchtbarmachung des Dr. Rudolf G. wegen Schizophrenie angeordnet worden ist, hat der Beschw. frist- und formgemäß Beschwerde eingelegt. Diese ist unbegründet.

Der RegMedR. Dr. G. ist erstmalig geistig erkrankt im Sommer 1930. Er mußte vom 30. Juni bis 18. Juli 1930 in der Charité aufgenommen werden, ein weiterer Krankheits Schub spielte sich im Sommer 1933 ab, und zwar erfolgte Aufnahme in der Anstalt Wittenau vom 23. Juli bis 18. Okt. 1933. Der jüngste Anfall führte wiederum zur Anstaltsaufnahme in Wittenau vom 15. bis 28. April. Das ErbgesDbGer. hat die Krankenakten der Anstalt Wittenau eingesehen. Es wird in diesen Akten bei jedem Anfall ein typisches und schweres Krankheitsbild eines schizophrenen Schubes geschildert mit Wahnideen, Sinnesstörungen, katatonen Erregung und Inkohärenz. An der Krankheitsdiagnose Schizophrenie kann gar kein Zweifel bestehen. Insbes. kann diese über viele Jahre sich erstreckende Krankheitsfolge nicht etwa, wie G. in seiner Beschwerdeschrift ausführt, als seelische Folgeerscheinung seiner Ehescheidung und der damit verbundenen Umstände angesehen werden. Es liegt somit eine Erbkrankheit i. S. des Gesetzes vor.

(ErbgesDbGer. Berlin v. 3. Jan. 1935, 1 Erb W 201/34.)

\*

**18.** Gegen den Beschluß, durch den die Unfruchtbarmachung der Frau Auguste D. wegen Schizophrenie angeordnet worden ist, hat die Beschw. frist- und formgemäß Beschwerde eingelegt. Diese ist begründet.

Der angefochtene Beschluß wird aufgehoben und der Antrag des Kreisarztes auf Unfruchtbarmachung der Frau Auguste D. abgelehnt.

Die gerichtlichen Kosten des Verfahrens werden der Staatskasse aufgelegt.

Nach der Vorgeschichte und dem Ergebnis der Untersuchung der Frau D. durch den Berichtstatter scheint die Annahme einer Schizophrenie nicht hinreichend begründet. Die Erkrankung hat akut eingesetzt und war nach drei Wochen restlos abgeheilt. Die Erscheinungen waren die eines Verwirrheitszustandes mit Sinnesstörungen, Beeinträchtigungsideen und namentlich einer außerordentlichen starken

Angst. Die für Schizophrenie zu verwertende Angabe über die Vorgeschichte sind die über den seit zwei Jahren geisteskranken und anhaltspflegebedürftigen Neffen. Dagegen zeigt sich die — wenn auch gewisse empfindsame Züge tragende — Persönlichkeit der Frau D. nicht einseitig schizoid. Vielmehr treten gerade in ihrer Bedanterie, beruflichen Tüchtigkeit und Leistungsfähigkeit gewisse mehr zwangsneurotische Züge hervor. Das Bild, das der jetzigen Erkrankung zugrunde liegt, ist außer den geschriebenen psychischen Veränderungen noch gekennzeichnet durch dabei bestehende körperliche Störungen, die als Wallungen, fiebriges Gefühl, Appetitlosigkeit, Verstopfung, Unregelmäßigkeit und Nachlassen der Monatsblutungen hervortraten. Es scheint sich daher nicht um eine schizophrene Erkrankung gehandelt zu haben, sondern um ein sogenanntes symptomatisches Bild im Beginn der Wechseljahre, das vielleicht den sogenannten Wahnerkrankungen der Rückbildungsjahre zuzuordnen ist. Ferner ist zu berücksichtigen, daß wegen des Einsetzens der Wechseljahre bei dem Alter der Frau D. (47<sup>3</sup>/<sub>4</sub> Jahre) Empfängnisfähigkeit nicht mehr besteht.

Die Voraussetzungen für die Annahme, daß hier eine schizophrene Erkrankung i. S. des § 1 Abs. 2 Ziff. 2 des Gef. v. 14. Juli 1933 vorliegt, sind daher nicht erfüllt.

(ErbgesDbGer. Berlin v. 24. Jan. 1935, 1 Erb W 241/34.)

\*

**19.** Gegen den Beschluß, durch den die Unfruchtbarmachung der Charlotte Sch. wegen Schizophrenie angeordnet worden ist, hat Charlotte Sch. verspätet Beschwerde eingelegt. Diese ist unter Anwendung der §§ 1 und 33 PrGG. daher als unzulässig zu verwerfen.

Das ErbgesDbGer. hat die Beschwerde aber auch sachlich geprüft und ist zur Bestätigung der Ansicht der Vorinstanz gelangt.

Nach den Vorgängen kann kein Zweifel darüber bestehen, daß Fräulein Sch. an einer schubweise verlaufenden schizophrenen Erkrankung leidet. Das ergibt sich aus den Krankheitsgeschichten der Brandenburgischen Landesirrenanstalt Eberswalde, wo Fräulein Sch. in den Jahren 1917 und 1927 behandelt worden ist und der Heil- und Pflgeanstalt Herzberge, wo sie am 16. Mai 1934 Aufnahme gefunden und am 27. Juni 1934 entlassen worden ist, sowie aus dem dieser Anstalt hervorgegangenen Gutachten. Die in Herzberge gemachten Beobachtungen ergeben das folgende eindeutige Bild: Seit der Aufnahme befindet sich Patientin in ständigem katatonem Erregungs- und Verwirrheitszustand. Sie ist nie ansprechbar, scheint lebhaft zu halluzinieren, verkennt Personen, führt verworrene Selbstgespräche. Mal ist sie ängstlich, mal von läppischer Heiterkeit, grimassiert, zeigt Neigung zu Sperrung und Stupor, ist meist in großer motorischer Unruhe, zerreißt Bettzeug und Leibwäsche, ist oft nicht im Bett zu halten, läuft herum, singt, lacht, ist zeitweise aggressiv, muß gefüttert werden, ist bei allem sehr widerpenstig.

Nach der Entlassung aus der Anstalt scheint die Erkrankung, wie das bei der Schizophrenie so häufig ist, in ein Stadium der Remission eingetreten zu sein. Diese Tatsache erhöht natürlich die Fortpflanzungsgefahr bei Fräulein Sch.

(ErbgesDbGer. Berlin v. 3. Jan. 1935, 1 Erb W 403/34.)

\*

**20.** Gegen den Beschluß, durch den die Unfruchtbarmachung des Hans-Georg Th. wegen Schizophrenie angeordnet worden ist, hat der Beschw. frist- und formgemäß Beschwerde eingelegt. Diese ist unbegründet.

Die Diagnose ist in dem kreisärztlichen Gutachten überzeugend begründet worden: es handelt sich um eine in Schüben verlaufende schizophrene Erkrankung, die zweimal eine Behandlung in der Provinzialanstalt Landsberg a. d. W. notwendig gemacht hat, von wo Th. das letzte Mal am 11. Mai 1934 gegen ärztlichen Rat mit der Diagnose Schizophrenie entlassen worden ist. Die ersten Anzeichen der Erkrankung dürften in dem häufigen Berufswechsel, in dem mangelnden Erfolg des Studiums erblickt werden. Th. trat 1931 trat ein deutliche schizophrene Krankheitszeichen in Form von wahnhaften Größen- und Beeinträchtigungsideen, Unruhe und typisch schizophrene Assoziationsstörungen auf. Nach vorübergehender Besserung erfolgte 1932 unter ähnlichen Erscheinungen der zweite Schub. Zur Zeit der Begutachtung durch den Antragsteller erschien Th. zwar äußerlich ziemlich ruhig, stand aber unter dem Einfluß von Sinnesstörungen: er glaubte sich: „angepöbelt“, hörte „Sticheleien“, die auf sein Versagen im Berufe hindeuten. Er lag zu Hause viel im Bett herum, neigte zu hypochondrischen Vorstellungen, hatte sich alle Schamhaare ausgerauft mit der Begründung, daß sie ihm lästig seien.

(ErbgesDbGer. Berlin v. 3. Jan. 1935, 1 Erb W 239/34.)

## B. Angeborener Schwachsinn als Grund der Unfruchtbarmachung

**21.** Aus dem kreisärztlichen Gutachten, insbes. dem Intelligenzprüfungsbogen, sowie aus dem eingehenden Bericht der Hilfsschule, die die erkrankte L. (nur bis zur 3. Klasse) besucht hat, geht überzeugend hervor, daß sie an Schwachsinn erheblichen Grades leidet. Eine äußere Entstehungsursache dieses Zustandes ist nicht bekannt und nicht anzunehmen. Der Vater der L. ist ein vielfach vorbestrafter Mensch, er hat nicht weniger als 13 Strafen, darunter 4 längere Zuchthausstrafen, verbüßt. Ein Bruder der L. (Ernst) leidet, nach ärztlichem Gutachten, an hochgradigem angeborenem Schwachsinn, hat auch zeitweise epileptische Anfälle gehabt; er hat in der Hilfsschule nur die 3. Klasse erreicht, kam in Fürsorgeerziehung und ist später wegen Geisteskrankheit entmündigt worden. Noch ein anderes Geschwister der L. hat die Hilfsschule besucht. Alle diese Tatsachen, die aktenkundig sind, sprechen eindringlich für die minderwertige Erbmasse, die die L. mitbekommen hat; sie weisen insbes. auf die Belastung mit Schwachsinn hin. Die L. leidet demnach an angeborenem Schwachsinn im Sinne des Gesetzes.

Daß die Unfruchtbarmachung der L. als besonders dringlich zu bezeichnen ist, geht daraus hervor, daß die im 20. Lebensjahr Stehende bereits (im Juli 1934) ein uneheliches Kind geboren hat.

Daher war unter Anwendung des § 1 Abs. 2 Ziff. 1 sowie § 13 Abs. 1 zu beschließen.

(ErbgefDbGer. Berlin v. 3. Jan. 1935, 1 Erb W 209/34.)

**22.** Die Tatsache, daß Lucie P. die Hilfsschule besucht und es dort sogar nur bis zur 2. Klasse gebracht hat, ließ die Annahme, daß sie schwachsinzig sei, sehr naheliegend erscheinen. Die Erklärungen, die der Beschw. für die schlechten Schulleistungen versucht, konnten nicht überzeugen. Das Gutachten des antragstellenden Kreisarztes, insbes. die durch diesen vorgenommene Intelligenzprüfung, erschienen dem Obergericht indessen nicht ausreichend, um als Urteilsgrundlage zu dienen. Das Obergericht hat deshalb die nochmalige Untersuchung der P. durch Prof. Dr. T. angeordnet, die am 28. Dez. 1934 durchgeführt worden ist. Dabei hat sich einwandfrei ein Schwachsinnszustand feststellen lassen, der sogar als recht erheblich zu betrachten ist. Er zeigt sich nicht nur in dem sehr mangelhaften Schul- und Lebenswissen der P., sondern vor allem in einer ausgesprochenen Urteilschwäche. Eine äußere Entstehungsursache für den vorliegenden Schwachsinn ist nicht bekannt und nicht anzunehmen; er ist also als ein angeborener im Sinne des Gesetzes aufzufassen.

(ErbgefDbGer. Berlin v. 3. Jan. 1935, 1 Erb W 143/34.)

**23.** Das Gutachten des Prof. Dr. R. bekundet erhebliche Intelligenzdefekte, insbes. zum Schulwissen, ferner bei der Prüfung von Sprichwörtern, in speziellen Berufsfragen und zur Merkfähigkeit. Die Aussage der Pflegerin ergibt, daß der P. schon seit Kindheit einen schwachsinigen Eindruck gemacht hat. Die besonders kennzeichnende Aussage des Landwirts K. läßt das typische Bild des gutmütigen von den Mitarbeitern in harmloser Form gehänselten Dorfbummen erkennen. Es liegt demnach Schwachsinn vor, wobei die Aussage der Pflegemutter und die Form des Schwachsinn mit genügender Wahrscheinlichkeit dafür sprechen, daß dieser Schwachsinn angeboren ist. Es handelt sich somit um eine Erbkrankheit im Sinne des Gesetzes.

(ErbgefDbGer. Berlin v. 6. Sept. 1934, 6a W 75/34.)

**24.** Es handelt sich bei der R. um einen angeborenen Schwachsinn erheblicheren Grades, der wegen der stark hervortretenden Haltlosigkeit in sexueller Hinsicht sich in einer für das Gemeinschaftsleben besonders ungünstigen Weise auswirkt.

Besondere Erwörterung erfordert jedoch die Frage, ob, wie der Vormund der R. annimmt, die Notwendigkeit dauernder Anstaltsverwahrung vorliegt, und ob sich daraus die Beschwerde des Vormundes begründen läßt. Der Vormund bezieht sich dabei offenbar auf die Bestimmung in Art. 1 Abs. 2 AusfW. v. 5. Dez. 1933, wonach der Antrag auf Unfruchtbarmachung u. a. nicht gestellt werden soll, wenn der Erkrankte wegen Anstaltsbedürftigkeit in einer geschlossenen Anstalt dauernd verwahrt wird, d. h. wenn der Zustand des Unfruchtbarzumachenden dauernde Verwahrung in einer geschlossenen Anstalt notwendig macht. Die Notwendigkeit dauernder Anstaltsverwahrung in diesem Sinne kann bei der R. nicht anerkannt werden. Der Grad des Schwachsinn ist nicht derart, daß nicht ein Versuch, sie unter geeigneter Aufsicht und Anleitung außerhalb der Anstalt zu beschäftigen, im Bereiche der Möglichkeit liege. Es ist auch nach klinischer Erfahrung durchaus damit zu rechnen, daß die haltlosen Züge mit zunehmendem Alter (noch innerhalb der Zeit der geschlechtlichen Fortpflanzungsfähigkeit) so weit zurückgehen, daß ein Leben außerhalb der Anstalt möglich erscheint.

(ErbgefDbGer. Berlin v. 28. Juni 1934, 6a W 9/34.)

**25.** Wegen den Beschluß, durch den die Unfruchtbarmachung des Fritz K. wegen angeborenen Schwachsinn angeordnet worden ist, hat der Vater des volljährigen Patienten, der noch dazu in der Person seines Bruders einen Pfleger hat, Beschwerde eingelegt. Bei dieser Sachlage ist der Beschw. zur Einlegung des Rechtsmittels nicht berechtigt.

Abgesehen hiervon hat das Obergericht die Beschwerde sachlich geprüft und ist zur Aufrechterhaltung der Vorentscheidung gekommen.

Nach dem vom Kreisarzt des Kreises Trossen erstatteten ärztlichen Gutachten ergibt sich, daß das Wissen und die geistigen Leistungen des Fritz K. äußerst dürftig sind. Es besteht auch kein Zweifel, daß diese mangelhafte geistige Leistungsfähigkeit schon seit frühester Jugend besteht, und daß kein Grund für die Annahme vorliegt, daß diese Geisteschwäche aus irgendwelcher äußeren Einwirkung zurückzuführen sei. Es handelt sich demnach um einen angeborenen Schwachsinn i. S. des § 1 Abs. 2 Ziff. 1 Gef. v. 14. Juli 1933.

(ErbgefDbGer. Berlin v. 25. Febr. 1935, Wg 39/35.)

**26.** Der als ärztlicher Richter mitwirkende jetzige Direktor der Anstalt B., der aber nicht den Antrag auf Unfruchtbarmachung gestellt hat, hat zu dem von dem Anstaltsoberarzt Dr. A. ausgefüllten Intelligenzprüfungsbogen erläuternd erklärt, daß nach dem ständigen Brauch der Krankengeschichtsführung in der Anstalt B. die Striche hinter den einzelnen Fragen nicht, wie augenscheinlich im ersten Beschluß des ErbgefGer. v. 26. Juni 1934 angenommen worden ist, besagen, daß diese Fragen gar nicht gestellt worden sind, sondern daß sie auslagen, daß alle diese Fragen gestellt sind, daß sie aber nicht beantwortet wurden. Nach dieser Erläuterung hat der Intelligenzprüfungsbogen ergeben, daß fast sämtliche Fragen zum allgemeinen Lebenswissen, zum Schulwissen und zu sittlichen Allgemeinvorstellungen nicht haben beantwortet werden können. Hiernach ist an dem Vorliegen eines angeborenen Schwachsinn, also einer Erbkrankheit i. S. des § 1 Abs. 2 Ziff. 1 Gef. v. 14. Juli 1933 nicht zu zweifeln.

(ErbgefDbGer. Berlin v. 28. Febr. 1935, 1 Erb W 316/34.)

**27.** Der Antrag ist bei dem jetzt 57jährigen Otto Wilhelm Sch. gestellt worden wegen angeborenen Schwachsinn. In dem Vorliegen dieser Erbkrankheit wird von keiner Stelle, auch nicht vom ErbgefGer. L., Zweifel erhoben. Der Antrag ist von letzterem abgelehnt worden, weil die am 7. Sept. 1934 vernommene Pflegerin des Fürsorgeheim L., Margarethe K., ausgesagt hat, daß Sch. im Fürsorgeheim L., in dem er untergebracht ist, gar keine Gelegenheit habe, mit Mädchen zusammenzukommen, und daß er auch meistens nur in Begleitung fortgeschickt würde. Zu diesem von der ersten Instanz unterstellten Sachverhalt ist zunächst darauf hinzuweisen, daß der Pfleger des Sch., der Stadtinspektor P., unter dem 16. Aug. 1934 dem ErbgefGer. L. folgendes mitgeteilt hat: Der Sch. sei nach Auskunft des Fürsorgeverwalters sehr hinter Frauen her, er versuche sich auch ihnen geschlechtlich zu nähern. Er müsse eigentlich nicht unfruchtbar gemacht, sondern entmannt werden, weil er nach Angabe des Fürsorgeheimverwalters öfter auf die Straße ginge und seinen Geschlechtsteil heraushole, sobald Kinder in seine Nähe kämen. Der Stadtinspektor P. fügt dieser Mitteilung hinzu, daß er anheimstelle, den Fürsorgeheimverwalter F. an Gerichtsstelle zu vernehmen. Dieser Anregung ist das ErbgefGer. L. nicht nachgekommen. Es hat auch die Mitteilung des Stadtinspektors P. inhaltlich in seinem drei Wochen später liegenden Beschl. v. 7. Sept. 1934 nicht gewürdigt.

Das ErbgefDbGer. hat die Frage, ob die Aussage der Pflegerin, Margarethe K., gegenüber der Mitteilung des Stadtinspektors P. den Vorzug verdiene, nicht geprüft. Auch wenn man die Aussage der Margarethe K. als richtig unterstellt, so bietet das Gesetz doch keine Möglichkeit, die Unfruchtbarmachung daraufhin abzulehnen. Der § 12 Gef. v. 14. Juli 1933 i. Verb. m. Art. 6 AusfW. v. 5. Dez. 1933 ermöglicht nur nach gefälligem Spruch eine Anordnung des Gerichts, daß die Vornahme des Eingriffes so lange ausgesetzt wird, als der Erkrankte sich in einer geschlossenen Anstalt befindet. Es besteht kein Zweifel daran, daß das Fürsorgeheim L. eine geschlossene Anstalt im Sinne des Gesetzes nicht ist.

Auf der Beschwerdeschrift des Kreisarztes Dr. S. v. 22. Sept. 1934 befindet sich ein Vermerk des Vorsitzenden des ErbgefGer., der als Stellungnahme zu dieser Beschwerdeschrift aufgefaßt werden kann. Dieser Vermerk lautet: „Sch. macht einen derartig blöden Eindruck, daß es ausgeschlossen erscheint, daß eine Frauensperson mit ihm Geschlechtsverkehr pflegen könnte.“

Das ErbgefDbGer. vermag sich der in dieser Stellungnahme enthaltenen, jeder Lebenserfahrung widersprechenden Ansicht nicht anzuschließen. Die Prüfung der Frage, ob ein Erkrankter auf Grund körperlicher Mängel Gelegenheit zum geschlechtlichen Verkehr finden kann, gehört auch nicht zu den Aufgaben des Gerichts, denn die

körperliche Häßlichkeit ist für die Frage der Fortpflanzungsfähigkeit von nicht entscheidender Bedeutung.

Daher war unter Anwendung des § 1 Abs. 2 Ziff. 1 sowie § 13 Abs. 1 zu beschließen.

(ErbgesDbGer. Berlin v. 17. Jan. 1935, 6a W 137/34.)

\*

28. Das Verfahren erster Instanz leidet an wesentlichen Mängeln, die erst beseitigt werden müssen, ehe das Obergericht in der Sache selbst entscheiden kann. Der vom zuständigen Kreisarzt überreichte Intelligenzprüfungsbogen ist nur sehr lückenhaft ausgefüllt. Von 83 Fragen sind nur 19 gestellt worden. Aus dem Ausfall dieser abgekürzten Befragung ist nicht sicher erkennbar, ob ein Schwachsinn vorliegt oder nicht, zumal die falsch beantworteten Fragen bei der gerichtlichen Vernehmung des Erich P. richtig beantwortet wurden. Es fehlt auf dem Fragebogen auch ein etwaiger Aufschluß gebender Vermerk, daß eine weitere Prüfung wegen schweren jeden Zweifel ausschließenden Schwachsinn sich erübrige. Zur Beschlußfassung war daher eine Vervollständigung der Unterlagen, insbes. des kreisärztlichen Fragebogens, geboten.

Ohne diese Vervollständigung hätte das ErbgesGer. nicht zu einer abschließenden Entsch. gelangen dürfen, da andernfalls die gegebenen Entscheidungsgründe nicht überzeugen.

(ErbgesDbGer. Berlin v. 17. Jan. 1935, 1 Erb W 226/34.)

\*

29. Aus der Vorgeschichte, namentlich aus dem ausführlichen Gutachten des Dr. P., geht hervor, daß eine Schizophrenie nicht vorliegt. Auch vermochte der Gutachter nicht die Überzeugung zu gewinnen, daß mehr als eine — allerdings angeborene — intellektuelle Mürftigkeit vorläge. Die jegigen Erscheinungen, die seit der Kriegszeit von P. in gleichförmiger, sehr hartnäckiger Weise dargeboten werden, seien der Ausdruck einer psychogenen Reaktion. Die Tatsache dieser Reaktion weise auf eine angeborene psychopathische Anlage hin. Dr. P. sah in dieser Anlage im Zusammenhalt mit der intellektuellen Mürftigkeit einen hinreichenden Grund, um den Fall in die Gruppe des angeborenen Schwachsinn im Sinne des Gesetzes einzuordnen. Dieser Auffassung ist das ErbgesGer. am 25. Okt. 1934 gefolgt.

Bei den von dem Richterfatter am 4. und 6. März 1935 vorgenommenen Untersuchungen bot P. wiederum das Bild des Scheinstupors und Scheinblödsinn. Anzeichen für das Vorliegen einer Schizophrenie konnten nicht festgestellt werden. Wenn auch erfahrungsgemäß der Scheinblödsinn vorzugsweise bei debilen oder sonstwie in ihrer Intelligenz geschädigten Personen vorkommt, und also eine gewisse geistige Mürftigkeit zur Voraussetzung hat, so besteht doch im vorl. Falle kein hinreichender Nachweis eines angeborenen Schwachsinn im Sinne des Gesetzes.

Dazu kommt, daß im vorl. Falle körperlich eine krankhafte Überentwicklung der Nase, der Hände und der Füße sowie eine Vergrößerung und Vergrößerung des Unterkiefers besteht, wie sie kennzeichnend für das Bild der sog. Akromegalie ist. Diese Erkrankung beruht auf einer Vergrößerung des Hirnanhangs. Diese ist im vorl. Falle nach dem Röntgenbilde zwar nicht erheblich, aber doch nicht von der Hand zu weisen. Zu dem Bilde dieses Leidens gehört eine Schädigung der Keimdrüsen mit Verlust der Geschlechtsfähigkeit.

Aus den oben angeführten Gründen kommt das ErbgesDbGer. zu dem Ergebnis, daß bei P. eine Schizophrenie nicht vorliegt, daß angeborener Schwachsinn i. S. des § 1 Abs. 2 Ziff. 1 Ges. v. 14. Juli 1933 nicht hinreichend erwiesen ist, und daß infolge der bestehenden Erkrankung der Drüsen der inneren Absonderung (Akromegalie) eine Schädigung der Keimdrüsen, welche zur Unfruchtbarkeit führt, besteht.

(ErbgesDbGer. Berlin v. 7. März 1935, 1 Erb W 220/34.)

\*

30. Die Vorgeschichte und die am 13. Febr. 1935 von dem Richterfatter in der Charité vorgenommene Untersuchung hat ergeben, daß es sich um angeborenen Schwachsinn handelt. Er ist vergesellschaftet mit Mißbildungen auf körperlichem Gebiete. Die Haupterscheinungen auf körperlichem Gebiete sind Hochschädelbildung, geringer Schädelumfang, krankhafte Störungen der inneren Drüsen, die zu vermehrter Fettablagerung geführt haben. Mißbildungen an den Beinen, überzählige fünfte Zehe links.

Es war demnach unter Anwendung der §§ 1 Abs. 2 Ziff. 1 und 13 Abs. 1 Ges. v. 14. Juli 1933 zu beschließen.

(ErbgesDbGer. Berlin v. 21. Febr. 1935, 1 Erb W 265/34.)

\*

31. Dem ErbgesDbGer. haben vorgelegen zwei Akten des Kreiswohlfahrts- und Jugendamtes und ein poliklinisches Krankenblatt der Nervenkl. Berlin. Die Margarete L. leidet nach der vorliegenden Intelligenzaufnahme, nach dem Befund in der Nervenkl. und nach mehreren anderen psychiatrischen Untersuchungsergebnissen an einem leichteren Grade angeborenen Schwachsinn mit schwerer Psychopathie verbunden. Nach den seinerzeit vom Pflegerater gemachten Angaben

hat auch die Mutter der Erbkranken psychopathische Züge dargeboten, soll unzuverlässig gewesen sein und viel gelogen haben. Die Erbkranke ist aus der 3. Schulklasse abgegangen. Sie hat sich späterhin unfähig zu sozialem Verhalten erwiesen, ist auch wegen Diebstahls bestraft. Es bestehen ausgesprochene Stimmungsschwankungen, in denen sie Selbstmordversuche gemacht hat. Im Jahre 1932 wird Fürsorgeerziehung wegen sittlicher Verwahrlosung eingeleitet. Es handelt sich um einen mit schwerer Psychopathie verbundenen angeborenen Schwachsinn.

Daher war unter Anwendung des § 1 Abs. 2 Ziff. 1 sowie § 13 Abs. 1 Ges. v. 14. Juli 1933 zu beschließen.

(ErbgesDbGer. Berlin v. 17. Jan. 1935, 1 Erb W 230/34.)

\*

32. Nach dem Beobachtungsergebnis der Landesanstalt Potsdam, wie aus der dort vorgenommenen sorgfältigen Intelligenzprüfung hervorgeht, ergibt sich, daß bei der Untersuchten ein angeborener Schwachsinn mittleren Grades mit psychopathischen Zügen, Willensschwäche, Unstetigkeit und Intolenz vorliegt. Zur Verhütung der Verwahrlosung mußte die Minderjährige in Fürsorgeerziehung gegeben werden. Der Einwand des Vaters, daß das geistige Zurückbleiben seiner Tochter auf einer Weisheit, den sie im Alter von 10 Jahren gehabt hat, zurückzuführen sei, ist ärztlich nicht stichhaltig. Nach dem Intelligenzbefund, der charakteristischen Artung, ist an dem Vorliegen eines Schwachsinn mit den Zügen psychopathischer Sozialität nicht zu zweifeln.

Danach war unter Anwendung des § 1 Abs. 2 Ziff. 1 i. Verb. m. § 13 Abs. 1 Ges. v. 14. Juli 1933 zu beschließen.

(ErbgesDbGer. Berlin v. 31. Jan. 1935, 1 Erb W 263/34.)

\*

33. Es handelt sich hier nach der Vorgeschichte und der klinischen Beobachtung um einen schwer haltlosen arbeitsscheuen Psychopathen. Im Vordergrund stehen die Züge des moralischen Schwachsinn. Er ist als typischer Vagabund zu bezeichnen. Da es sich um eine der sog. erregten (erotischen) Formen der Minderwertigkeit handelt, würde in solchen Falle nach schweizerischem Recht die Kastration veranlaßt werden müssen. Diese Auffassung wurde auch vom Vorsitzenden und den Beisitzern des ErbgesDbGer. vertreten. Ein dahingehender Beschluß konnte aber nicht gefaßt werden, weil für die Frage der Kastration das ErbgesDbGer. nicht zuständig ist. Die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 Ziff. 1 Ges. v. 14. Juli 1933 sind erfüllt.

(ErbgesDbGer. Berlin v. 24. Jan. 1935, 1 Erb W 371/34.)

\*

34. Das Urteil des antragstellenden Kreisarztes ist überzeugend begründet. Es handelt sich bei der F. um einen angeborenen Schwachsinn erheblichen Grades. Beim Abgang aus der Hilfsschule konnte sie zwar etwas lesen und schreiben, wurde aber als „Analphabetin“ entlassen, da sie in der Schreibstefelblei nur die kleine Schreibschrift einigermaßen sicher beherrschte. Bei der durch den Kreisarzt vorgenommenen Intelligenzprüfung zeigte sie ein äußerst mangelhaftes Wissen und ein schwer defektes Urteilsvermögen. Die Eltern versuchten, den Schwachsinnzustand des Mädchens auf einen im 4. Lebensjahr erlittenen Unfall zurückzuführen. Diese Auffassung entbehrt jedoch der Begründung, um so mehr, als auch ein jüngerer Bruder der F. (Werner) eindeutig schwachsinig ist, so daß an der Angeborenheit des Schwachsinn bei ihr kein Zweifel besteht.

Es war demnach unter Anwendung der §§ 1 Abs. 2 Ziff. 1 und 13 Abs. 2 Ges. v. 14. Juli 1933 zu beschließen.

(ErbgesDbGer. Berlin v. 4. März 1935, Wg 17/35.)

\*

35. In den vorliegenden Akten ist nicht mit Sicherheit nachgewiesen, daß die Frau schwachsinig ist. Es ist bei den Vorfahren nichts von Schwachsinn dargetan. Auch in ihrer Jugend ist sie anscheinend normal gewesen und hat mit Erfolg die Schule besucht. Die Intelligenzprüfung, die der Kreisarzt mit ihr angestellt hat, ergab für eine Frau aus ländlicher Umgebung mit üblicher Volksschulbildung einen durchaus normalen Befund. Wenn in dem Prozeß, welcher gegen das Ehepaar Br. wegen Kindesvernachlässigung schwebte, auch Zweifel an dem geistigen Zustand der Frau auftraten, so beziehen sich diese mehr auf ethische Momente. Sie hat das Kind grob vernachlässigt, sich um die Ernährung nicht gekümmert und auch nicht für Milch, Medikamente usw. gesorgt, trotzdem ihr dies durchaus möglich war. Es ist eine Intolenz, die sie abhält, um das Wohl der Familie zu sorgen, aber ein Schwachsinn liegt bei ihr nicht vor.

Bei dieser Sachlage war unter Anwendung des § 13 Abs. 1 Ges. v. 14. Juli 1933 zu beschließen.

(ErbgesDbGer. Berlin v. 4. März 1935, Wg 59/35.)

\*

36. In der Vorgeschichte ist nichts Besonderes zu bemerken. B. ist aufgewachsen in dem Erziehungsheim zu Freientwalde. Angaben sind aber von dort über seinen Geisteszustand wegen der Länge der

Zeit, die verstrichen ist, nicht mehr zu erzielen. Der Arbeitgeber (Staatsdomäne) beschneidet, daß er geistig minderwertig sei und nur unter strenger Oberaufsicht arbeiten könne. Er sei ein energieloser Trottel. Als solchen bezeichnet ihn auch der Dorfschulze, der noch bemerkt, daß er sich bei allen Arbeiten äußerst dumm und ungeschickt anstelle. In dem Prozeß, der gegen ihn und seine Ehefrau wegen Kindesvernachlässigung geschwebt hat, zeigte es sich, daß er ohne jede Energie zu Hause die Frau hat schalten und walten lassen, daß er mit den häuslichen Verhältnissen, die vor Schmutz starren, zufrieden war und sich um die Kinder überhaupt nicht gekümmert hat. Er entschuldigt seine Unaufmerksamkeit gegenüber seinem Kinde damit, daß er sagt, das Kind hätte sich nicht geäußert (ein Jahr alt) und er hätte es daher für gesund gehalten. Es ist zweifellos, daß hier ein ziemlich hoher Grad von angeborenem Schwachinn vorliegt, der seine Unfruchtbarmachung im Interesse der Öffentlichkeit für geboten erachten läßt.

Auf Grund der §§ 1 Abs. 2 Ziff. 1 und 13 Abs. 1 Ges. v. 14. Juli 1933 war daher zu beschließen.

(Erbges/Ober. Berlin v. 4. März 1935, Wg 58/35.)

\*

## Hamburg

**37.** § 1 Art. 6 Abs. 3. Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses der 1. Ausf. v. 5. Dez. 1933. Die Unfruchtbarmachung kann an einer erbkranken Frau auch während der Schwangerschaft vorgenommen werden, doch ist es zulässig, den Eingriff bis zum Ende der Schwangerschaft auszusparen. †)

Das Erbges. hat durch Beschl. v. 3. Dez. 1934 die Verbeurteilung des Antrages auf Unfruchtbarmachung ausgesagt. Wie aus den Gründen hervorgeht, erachtet es es für erwiesen, daß Frau X. an Schizophrenie leidet, und hält die Voraussetzungen der Unfruchtbarmachung für gegeben, ist aber der Anschauung, daß die Unfruchtbarmachung einer schwangeren Frau die Tötung der Leibesfrucht zur Folge habe und aus diesem Grunde nicht zulässig sei.

Das Erbges. hat die Unfruchtbarmachung für zulässig gehalten. Es hat die Entscheidung offenbar deshalb ausgesagt, weil es annahm, daß die einmal angeordnete Unfruchtbarmachung in anderen Fällen als den des Art. 6 der 1. Ausf. v. 5. Dez. 1933 (Lebensgefahr) nicht hinausgeschoben werden dürfe.

Indes liegt kein Anlaß vor, die Entsch. über einen Unfruchtbarmachungsantrag zu verschieben, wenn schon einmal feststeht, daß die Unfruchtbarmachung angeordnet werden muß. Irgendein dauerndes Hindernis für die Unfruchtbarmachung liegt nicht vor. Es ist auch nicht anzunehmen, daß beim Abwarten der Entbindung irgendein neuer Umstand sich ergeben wird, der für die Frage von Belang ist, ob die Unfruchtbarmachung ausgesprochen werden soll oder nicht. Deshalb ist die Entsch. über den Antrag schon jetzt zu treffen, ohne Rücksicht darauf, ob die Unfruchtbarmachung sogleich vollzogen werden soll oder nicht.

Was mit der Beschw. erstrebt wird, ist allerdings nicht die grundsätzliche Anordnung, zu der auch das Gericht des ersten Rechtszuges bereit ist, sondern die Vornahme des Eingriffes während der Schwangerschaft. Der Bezirksarzt und der behandelnde Arzt wollen verhüten, daß das Kind zur Welt kommt, weil sie befürchten, daß dieses Kind erbkrank sein werde.

Tatsächlich besteht eine sehr große Wahrscheinlichkeit, daß die Unfruchtbarmachung, wenn sie ohne vorherige Unterbrechung der Schwangerschaft ausgeführt werden würde, einen Abgang der Leibesfrucht zur Folge hätte und das Leben der schwangeren Frau in hohem Grade gefährden würde. Wenn also der Eingriff jetzt gemacht werden soll, so ist es zur Sicherung des Lebens der Frau geboten, die Leibesfrucht vorher zu entfernen.

Das Erbges. hat die Unfruchtbarmachung, sofern sie mit einer Schwangerschaftsunterbrechung verbunden werden muß, grundsätzlich für unzulässig gehalten. Den entgegengesetzten Standpunkt hat das Erbges. Hamburg in einem Beschl. v. 16. März 1934: Zf. 1935, 215 u. Anm. v. Grünau S. 708<sup>2</sup> eingenommen, allerdings in einem Fall, in welchem mit Sicherheit die Geburt eines taubstummen Kindes zu erwarten war.

Das Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses und die bisher ergangenen Ausf. v. 5. Dez. 1933 enthalten nichts darüber, ob die Unfruchtbarmachung auch während einer Schwangerschaft zu vollziehen ist oder nicht.

Nur so viel ist aus Art. 6 Abs. 3 der 1. Ausf. v. 5. Dez. 1933 zu entnehmen, daß der Eingriff bis zur Beendigung der Schwangerschaft hinausgeschoben werden muß, wenn die Vornahme während der Schwangerschaft mit Lebensgefahr für die schwangere Frau verbunden ist. Das ist aber nicht in allen Fällen zu bejahen.

Aus allgemeinen Rechtsbetrachtungen läßt sich ferner so viel sagen, daß der Eingriff nicht bis zur Beendigung der Schwangerschaft hinausgeschoben werden soll, wenn zu erwarten ist, daß gerade die Entbindung das Leben der Frau gefährdet oder eine wesentliche

Verfälschung ihres Lebens oder sonst eine erhebliche Gefährdung ihrer Gesundheit befürchten läßt. Wenn auch das Erbges. sich mit der sog. medizinischen Indikation der Schwangerschaftsunterbrechung nicht zu befassen hat, so hat es doch keinen Grund, einen Aufschub des Eingriffes anzuordnen, wenn aus allgemeinen Erwägungen die Unterbrechung der Schwangerschaft geboten erscheint. Gerade im Hinblick auf diese Möglichkeit ist es geboten, die Unfruchtbarmachung grundsätzlich schon jetzt anzunehmen, damit der Eingriff sofort im Anschluß an die etwa erforderliche Schwangerschaftsunterbrechung ausgeführt werden kann.

Was die Zulässigkeit des Eingriffes unter gleichzeitiger Schwangerschaftsunterbrechung aus eugenischen Gründen anlangt, so ist folgendes zu erwägen:

Dem Gesetzgeber ist unzweifelhaft die Vorstellung nicht fremd gewesen, daß eine erbkranken Frau zur Zeit des gerichtlichen Verfahrens schwanger sein könne. Er hat trotzdem keine ausdrückliche Vorschr. für diesen Fall getroffen. Das Erbges. schließt daraus, daß der Gesetzgeber im Hinblick auf die Strafvorschriften über die Abtreibung den Aufschub des Eingriffes für selbstverständlich erachtet und einen besonderen Hinweis nicht für nötig gehalten habe. Das Erbges. Hamburg zieht aus dem Schweigen des Gesetzgebers den entgegengesetzten Schluß.

Aus den Strafvorschriften über die Abtreibung kann aber nur der Schluß gezogen werden, daß die Unterbrechung der Schwangerschaft auch bei einer erbkranken Frau aus eugenischen Gründen nicht zulässig ist, wenn nicht die Unfruchtbarmachung angeordnet ist, und wenn nicht der ausführende Arzt zur Vornahme des Eingriffes zuständig ist und die Unterbrechung im Zusammenhang mit dem Eingriff ausführen will. Denn wenn eine Handlung durch ein späteres Gesetz für zulässig erklärt und auf Grund dieses Gesetzes angeordnet ist, dann ist sie rechtmäßig und kann nicht nach einem früheren Gesetze bestraft werden.

Das Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses verfolgt das Ziel, die Fortpflanzung von Erbkranken nach Möglichkeit zu verhindern. Diesem Zweck entspricht es, nicht nur eine möglicherweise in Zukunft erfolgende, sondern auch eine jetzt schon mit Gewißheit erwartete Fortpflanzung zu verhindern. Deshalb muß angenommen werden, daß der Gesetzgeber, wenn er den Eingriff während der Schwangerschaft aus anderen Gründen als wegen Gefahr für die Schwangere hätte vermeiden wollen, dies in Art. 6 Abs. 3 der 1. Ausf. v. 5. Dez. 1933 ausgesprochen hätte.

Die Vornahme des Eingriffes während der Schwangerschaft muß daher grundsätzlich als zulässig erachtet werden.

Doch ist der Gedanke nicht außer acht zu lassen, daß die Gesetzgebung das keimende Leben schützt und gerade jetzt nachdrücklicher als früher der sehr verbreiteten Neigung entgegentritt, sich des Kinderlebens durch Abtreibung zu entledigen. Es ist zu besorgen, daß diese Neigung gefördert würde, wenn in einer größeren Zahl von Fällen eine Maßnahme angeordnet würde, die sich ohne Fruchtabgang kaum durchführen läßt.

Das Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses schreibt die Unfruchtbarmachung auch für diejenigen Fälle nicht zwingend vor, in denen eine Erbkrankheit festgestellt ist. Es sieht die Unfruchtbarmachung allerdings als die Regel an, gewährt aber dem pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts einen weiten Spielraum. Bei entsprechender Anwendung dieses Spielraumes ergibt sich, daß das Gericht auch in der Lage ist, bei der Unfruchtbarmachung einer schwangeren Frau den besonderen Umständen des Falles Rechnung zu tragen und demgemäß entweder die sofortige Ausführung oder den Aufschub des Eingriffes anzuordnen.

Demnach ist im einzelnen Falle der Anspruch des Volkes auf Ausmerzungen erbkranken Nachwuchses einerseits, die Rücksicht auf das Recht des keimenden Lebens und auf einen gesunden Abscheu des Volkes gegen eine Abtreibung gegeneinander abzuwägen.

Dabei ist davon auszugehen, daß die Gefährdung des Nachwuchses in den einzelnen Fällen doch sehr verschieden ist. Über das Recht des keimenden Lebens ist dann hinwegzugehen, wenn das zu erwartende Kind keine ernsthafte Aussicht hat, der Erbkrankheit wenigstens für seine Person zu entgehen. Das Leben eines elend dahinvegetierenden Menschen ist auch für ihn selbst kein Gut, sondern ein Unglück, und es ist eine schwere Belastung für seine Umwelt. Deshalb entspricht es auch dem Volksempfinden, wenn ein Leben, das mit ziemlicher Sicherheit ein solches Dahinvegetieren sein wird, ausgemerzt wird, bevor es in die äußere Erscheinung tritt. Dagegen ist es nicht angemessen, ein keimendes Leben zu zerstören, das zwar Träger einer krankhaften Anlage sein wird, aber doch nicht gerade mit ganz überwiegender Wahrscheinlichkeit selbst von dieser Anlage ergriffen wird, und das immerhin die krankhafte Anlage nicht gerade mit Sicherheit weitergeben wird. Demgemäß ist der Eingriff unter gleichzeitiger Unterbrechung der Schwangerschaft dann geboten, wenn wegen der Art des Erbgangs der Krankheit oder wegen doppelseitiger Belastung oder wegen der Erfahrungen in der betreffenden Familie eine annähernde Sicherheit für die Erkrankung des er-

warteten Kindes besteht. In anderen Fällen ist es dagegen angemessen, den Eingriff bis nach der Schwangerschaft hinauszuschieben.

(ErbgesDbGer. Bamberg, Beschl. v. 21. Dez. 1934, BeschwReg. 727/34 U.)

Ber. von OLG. B.uff, Bamberg.

**Anmerkung:** Seit Erlass des Beschl. v. 21. Dez. 1934 hat sich die Rechtslage insofern geändert, als für die Frage, ob der Eingriff ausgesetzt werden soll, nach Art. 7 der AusfW. v. 25. Febr. 1935 (RGBl. I, 289) nicht das Gericht, sondern der Amtsarzt zuständig ist. Doch kann die bisherige Rspr. zu dieser Frage (JW. 1935, 215<sup>4</sup>, 218<sup>5</sup>, 708<sup>2</sup>,<sup>3</sup>) auch für die künftige Sachbehandlung der Amtsärzte von Belang sein. Bei dem Beschl. v. 21. Dez. 1934 ist das Gericht von der Annahme ausgegangen, daß die Unfruchtbarmachung einer schwangeren Frau ohne gleichzeitige Unterbrechung der Schwangerschaft besondere gesundheitliche Gefahren biete. Inzwischen ist aber der Eingriff mehrfach an schwangeren Frauen ohne Unterbrechung der Schwangerschaft ausgeführt worden, und es ist dabei keine Fehlgeburt eingetreten. Es wird vom Ermessen des ausführenden Arztes abhängen, ob er den Eingriff an der schwangeren Frau ohne Unterbrechung der Schwangerschaft ausführen oder ob er sich mit dem Amtsarzt wegen eines allenfallsigen Aufschubs ins Benehmen setzen will. Lehnt der Amtsarzt den Aufschub ab, und glaubt der ausführende Arzt den Eingriff nicht ohne Unterbrechung der Schwangerschaft durchführen zu können, dann ist er befugt, die Frucht auszuräumen; dies ist für ihn in einem solchen Falle nichts anderes als eine Schwangerschaftsunterbrechung aus medizinischer Indikation.

OLG. B.uff, Bamberg.

\*

#### Darmstadt

**38.** § 1 Gef. zur Verhütung erbkranken Nachwuchses. Erbliche Fallsucht. Die Tatsache eines in der Jugendzeit erlittenen Sturzes aus dem Fenster auf ein Kratzeisen mit dadurch erlittenen äußeren Verletzungen schließt die Feststellung der „erblichen Fallsucht“ nicht aus, wenn keinerlei Umstände auf eine Schädigung der Gehirnmasse hindeuten.

Die Beschw. ist form- und fristgerecht eingelegt, aber sachlich nicht berechtigt. Es mag durch die weiteren Ermittlungen als festgestellt gelten, daß der Beschw. i. S. 1904 durch den Sturz aus dem Fenster auf ein Kratzeisen eine Verletzung erlitten hat. Es mag auch als festgestellt gelten, daß der Beschw. durch die Folge des Sturzes kurze Zeit berußlos gewesen war.

Trotzdem kann dieser Unfall nicht als Ursache für die festgestellte Epilepsie des Beschw. gewertet werden. Vielmehr ist nach dem vorliegenden ärztlichen Gutachten, insbes. nach dem Gutachten der Univeritätsklinik in G., kein Zweifel möglich, daß es sich bei dem Beschw. um eine erbliche Fallsucht handelt, denn bei der eingehenden körperlichen Untersuchung haben sich keinerlei Änderungen gefunden, welche auf eine organische Schädigung der Gehirnmasse hindeuten. Auch sonstige erogene Ursachen der Fallsucht ließen sich nicht feststellen. Andererseits weist die Tatsache, daß ein Bruder des Beschw. ebenfalls an schwerer Epilepsie leidet, darauf hin, daß diese Krankheit von Vorfahren vererbt ist. Da es sich danach um eine Erbkrankheit i. S. des § 1 Gef. v. 14. Juli 1933 handelt, so war aus dem im übrigen zutreffenden Gründen des angefochtenen Beschl. die Unfruchtbarmachung geboten.

(ErbgesDbGer. Darmstadt, Beschl. v. 18. März 1935, EO 240/34.)

Ber. von OLG. Dr. Bittel, Darmstadt.

\*

**39.** § 1 Gef. z. Verh. erbkr. Nachwuchses. Die Gefahr, daß durch Ausführung der Unfruchtbarmachung eine Verschlimmerung der Erbkrankheit (Schizophrenie) eintreten könnte, ist kein der Anordnung der Unfruchtbarmachung entgegenstehender Grund, ebensowenig religiöse oder sittliche Bedenken des Kranken.

Soweit der Beschw. Beschw. auch im Namen seiner Ehefrau einlegt, ist diese unzulässig, da der Mutter des Erbkranken keinerlei gesetzliche Vertretungsbefugnis zusteht. Soweit der Beschw. für sich selbst Beschw. einlegt, ist diese, da er gesetzlich bestellter Pfleger ist, zulässig, sie ist aber unbegründet. Nach dem Inhalt der Krankenakten der Psychiatrisch-Neurologischen Klinik in G., in welcher der N. G. fünf Monate behandelt werden mußte, ist kein Zweifel, daß der Vorgenannte an Schizophrenie leidet.

Die von dem Beschw. vorgebrachten Gründe, wonach die Unfruchtbarmachung die Gefahr einer Verschlimmerung des Leidens hervorrufen könnte, und daß die Unfruchtbarmachung aus religiösen und sittlichen Bedenken abgelehnt würde, sind nicht geeignet, die Unfruchtbarmachung zu verhindern.

Die Maßnahme entspricht vielmehr, wie in dem angefochtenen Beschl. zutreffend dargelegt ist, den Best. des Gesetzes.

(ErbgesDbGer. Darmstadt, Beschl. v. 18. März 1935, EO 238/34.)

Ber. von OLG. Dr. Bittel, Darmstadt.

\*

**40.** § 1 Abs. 2 Ziff. 1 Gef. z. Verh. erbkr. Nachwuchses. Bei Erbkrankheit „Schwachsinn“ kommt es nicht auf den Grad, sondern allein darauf an, ob die Krankheit angeboren ist. Bei Frauen in noch fortpflanzungsfähigem Alter besteht immer eine große Wahrscheinlichkeit, daß sie ihre kranke Anlage auf ihre Nachkommen vererben.

Nach dem Gutachten der Univeritätsklinik in G. und des Kreisgesundheitsamtes N. leidet die Beschw. an angeborenem Schwachsinn, und zwar zeigte die Beschw. während ihres Aufenthaltes in der Nervenklinik G. ein herabdegeneratives Zustandsbild mit deutlicher Debilität mäßigen Grades. Da es nach dem Gef. nicht auf den Grad des Schwachsinns, vielmehr lediglich darauf ankommt, ob es ein angeborener Schwachsinn ist, so handelt es sich um eine Erbkrankheit i. S. des Gef. v. 14. Juli 1933. Die überragende gegen die Unfruchtbarmachung vorgebrachten Gründe, daß nämlich die Beschw. bereits 37 Jahre alt ist und sich in geschlechtlicher Beziehung nichts zu schulden kommen lasse, ist kein Grund, von der vorgesehenen Maßnahme Abstand zu nehmen, da die Beschw. sich in fortpflanzungsfähigem Alter befindet und deshalb immer Gefahr und hohe Wahrscheinlichkeit besteht, daß sie ihre krankhafte Erbanlage auf ihre etwaigen Nachkommen vererben wird.

(ErbgesDbGer. Darmstadt, Beschl. v. 17. Dez. 1934, EO 228/34.)

Ber. von OLG. Dr. Bittel, Darmstadt.

\*

#### Samburg

**41.** § 218 StGB. Der Wunsch einer Erbkranken, die Schwangerschaft unterbrechen zu lassen, ist nicht rechtswidrig und kann ausgeführt werden. Die Schwangerschaft bildet keinen Grund, dem Amtsarzt den vollstreckbaren Titel für die Unfruchtbarmachung zu versagen.

Die Unfruchtbarmachung der Erbkranken ist erforderlich. Es ist mit großer Wahrscheinlichkeit zu erwarten, daß ihre Nachkommen an schweren körperlichen oder geistigen Erbschäden leiden würden. Mit Recht fürchtet die Erbkranken, daß auch ihre zukünftigen Kinder, ebenso wie eines ihrer früheren Kinder, einer schweren erblichen Krankheit zum Opfer fallen würden. Die Erbkranken fürchtet auch mit Recht, daß die Frucht, die sie zur Zeit trägt, zu einem schwer kranken Kinde werden könnte. Dafür besteht leider eine sehr große Wahrscheinlichkeit. Die Erbkranken wünscht deshalb außer der Unfruchtbarmachung auch die Unterbrechung der Schwangerschaft. Das erkennende Gericht hat die Zulässigkeit einer solchen Unterbrechung in ständiger Rspr. bejaht. Die Entsch. v. 16. März 1934 und v. 17. Okt. 1934 sind in der JW. 1935, 215<sup>4</sup> und 218<sup>5</sup> u. Ztschr. f. Medizinalbeamte 1934, 454 veröffentlicht worden. Gegen diese Entsch. sind Widersprüche laut geworden. Die erhobenen Bedenken geben aber keinen Anlaß, die bisherige Rspr. zu verlassen.

Die Einwendungen sind im einzelnen folgende:

1. Das ErbgesGer. soll zur Prüfung der Frage nicht zuständig sein. Dieser Einwand geht zum Teil darauf zurück, daß angenommen wird, das ErbgesGer. habe eine Schwangerschaftsunterbrechung angeordnet. Das ist aber nicht der Fall. Alles was z. B. von Faber: Ztschr. der evangel. Kranken- und Pflegeanstalten 1935 S. 2 zu diesem Punkt angeführt wird, braucht deshalb nicht näher untersucht zu werden.

Das erkennende Gericht prüft nur, ob eine bestehende Schwangerschaft ein Anlaß ist, keine vollstreckbare Entsch. zu geben. Ein zur zwangsweisen Durchführung geeigneter Titel müßte dem Amtsarzt versagt werden, wenn eine Frucht auszutragen ist. Eine bestehende Schwangerschaft ist aber kein Grund, den Titel zu versagen, wenn die Schwangere die Unterbrechung wünscht und zur Unterbrechung — z. B. aus medizinischer Indikation — berechtigt ist. Das ErbgesGer. muß deshalb die Frage der Zulässigkeit der Schwangerschaftsunterbrechung aus Gründen der Erbgesundheitspflege prüfen, sobald eine Schwangere den Willen kundtut, die Schwangerschaft aus diesem Grunde unterbrechen zu lassen. Denn von der Berechtigung oder Rechtswidrigkeit dieses Willens hängt es ab, ob ein zur zwangsweisen Durchführung geeigneter Titel gegeben werden darf oder nicht.

2. Wenn Faber a. a. O. behauptet, die Entsch. des erkennenden Gerichts widersprächen in ihren Rechtsausführungen der höchstgerichtlichen Rspr., so ist gerade dieses verkehrt. Die Rechtsausführungen sind an beiden Stellen gleich. Was verschieden ist, sind die Wertmaßstäbe und die Beurteilung der erbbiologischen Gefahr für das deutsche Volk.

Daß der vom erkennenden Gericht angelegte Wertmaßstab der richtige ist, nämlich Leben und Gesundheit des deutschen Volkes für wertvoller zu halten als Leben und Gesundheit einzelner, wird kaum jemand ernstlich bestreiten wollen. Nur Grunau schreibt in Der Deutsche Justizbeamte Nr. 17 v. 30. Dez. 1934 S. 364, rechte Spalte, Mitte: „Wenn man nun auch sagen kann, daß die Schwangerschaftsunterbrechung aus eugenischer Indikation erlaubt sein muß, weil der Rassechutz ebenfalls den höheren Wert beanspruchen kann als das keimende Leben, so kann man doch nicht ohne weiteres sagen, daß der Rassechutz den höheren Wert beanspruchen kann als das keimende Leben des Kindes und das Leben oder die Gesundheit der Mutter.“ Was Grunau unter „Rassechutz“ verstehen will, ist nicht ganz klar. Sollte es bedeuten, daß er das Leben einzelner höher wertet als das Leben des Volkes, wäre einer solchen Ansicht aufs schärfste zu widersprechen. Denn zur Erhaltung des Volkes dürften Millionen gesunder Menschen, z. B. im Kriege oder im politischen Kampf, in Lebensgefahr gebracht werden. Es ist nicht ersichtlich, wie eine Lebensgefahr für Mutter und Frucht — selbst wenn die Mutter gesund ist — ein Anlaß werden sollte, lieber das ganze Volk zugrunde gehen zu lassen. Eine Gefahr des Zugrundegehens besteht aber tatsächlich, weil es sich nicht um eine einzelne Schwangere handelt, sondern um eine ganze Gruppe von Schwangeren, wie unter Ziff. 4 näher ausgeführt werden wird. Dabei bedeutet die Schwangerschaftsunterbrechung, wenn sie vom Facharzt rechtzeitig durchgeführt wird, kaum eine größere Gefährdung der Mutter als die Geburt selbst. Nur die Erhöhung der Gefahr darf aber überhaupt in Betracht gezogen werden.

3. Gegenüber dem RG. befindet sich das ErbgesGer. bei der Beurteilung der Gefahr, die dem Volke als lebensgefährlicher (biologischer) Einheit droht, insofern im Vorteil, als es selbst aus erbologischen Sachverständigen zusammengesetzt und nicht auf die Beiziehung anderer Sachverständiger angewiesen ist. Die Tatsache, daß das deutsche Volk, biologisch betrachtet, sich in einem sehr gefährlichen Zustande befindet, dessen Auswirkung sich auch dem erbbiologischen Laien in 1—2 Generationen offenbaren würde, ist heute keinem erbbiologischen Fachmann mehr zweifelhaft. Eine Auseinandersetzung mit Nichtfachleuten, die meinen, es werde wohl nicht so schlimm werden, bedarf es in einer gerichtlichen Entscheidung nicht. Es genügt, daß die Fachleute darüber einig sind, daß nur eine Hebung der Geburten gesunder Kinder in Verbindung mit einer möglichst starken Senkung der Geburten kranker Kinder dem deutschen Volke das Leben erhalten kann. Faber fügt a. a. O. noch hinzu, daß eine gleichzeitige Ausführung der Unfruchtbarmachung und der Schwangerschaftsunterbrechung eine erhebliche Gefährdung der Schwangeren bedeute. Aus dieser Tatsache läßt sich nichts gegen die Zulässigkeit der Schwangerschaftsunterbrechung aus erbgesundheitlichen Gründen herleiten, da kein zwingender Grund besteht, beides gleichzeitig auszuführen.

4. Auch die Ansicht, daß es sich nur noch um wenig Schwangere handle, bis das Gesetz alle Erbkranken erfaßt habe, ist laienhaft. Es werden immer wieder Schwangere Erbkranken auftauchen, weil Erbkrankheiten oft erst im späteren Leben ausbrechen. Auch wenn die ErbgesGer. den jetzigen Bestand an offensichtlich Erbkranken unfruchtbar gemacht haben, werden von den verdeckt erbgeschädigten Eltern wieder Erbkranken gezeugt werden. Dabei ist noch gar nicht abzusehen, wann der jetzige Bestand an erkennbar Erbkranken unfruchtbar sein wird. Wenn die ErbgesGer. ihre Tätigkeit nicht ganz wesentlich steigern, so werden wohl noch 30 Jahre darüber verstreichen. Die von Grunau: JW. 1935, 3, rechts oben, berechneten Zahlen von 80 000—200 000 Unfruchtbarmachungen i. J. 1934 beruhen auf der willkürlichen und sicher falschen Unterstellung, daß im ganzen Reich ebensoviel Unfruchtbarmachungen durchgeführt worden seien wie in Hamburg und Schleswig-Holstein. In Wirklichkeit dürfte es sich kaum um 50 000 handeln. Dabei schätzen z. B. Gütt-Rüdin-Ruttke „Zur Verhütung erbkranken Nachwuchses“ — wenn man ihre Angaben zusammenstellt und den Rechenfehler S. 91 (1—2% der reichsdeutschen Bevölkerung sind nicht 300 000—600 000, sondern 660 000 bis 1 320 000), berücksichtigt mindestens 1 200 000 Erbkranken. Bedenkt man, daß sich die Erbkranken mindestens ebenso stark vermehren wie die übrige Bevölkerung, so ergibt sich, auch bei Beachtung des laufenden Geburtenausfalls durch Unfruchtbarmachungen ein Zeitraum von 30 Jahren. Leider spricht aber vieles dafür, daß die wirklichen Zahlen an Erbkranken noch höher sind als die Mindestzahlen von Gütt-Rüdin-Ruttke. Es ist deshalb verkehrt zu glauben, daß die erbgesundheitliche Schwangerschaftsunterbrechung zu selten sei, um bevölkerungspolitische Wirkungen auszuüben.

5. Abwegig ist auch die Ansicht von Faber a. a. O., wenn man einen übergesetzlichen Notstand annehme, müsse dies auch gegen den Willen der Schwangeren geschehen. Das RG. kennt aus guten Gründen keinen übergesetzlichen Notstand gegen den Willen der

Schwangeren. Es fehlt dem Abtreibenden dann eben am Recht zum Handeln, das der Schwangeren als persönliches Recht zusteht.

6. Der Rechtsauffassung des RG. widerspricht es auch, wenn Faber a. a. O. glaubt, daß ein übergesetzlicher Notstand mangels ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung nicht vorliege. Es gehört vielmehr zum Wesen des übergesetzlichen Notstandes, daß der Widerstreit der Rechtsgüter im gesetzten Recht keine Lösung findet. Eine Wiederholung der klaren Worte des RG. erübrigt sich, da sie sich schon in der Entsch. Nr. 199/34 = JW. 1935, 215<sup>4</sup> finden.

7. Die Anerkennung der Lehre vom übergesetzlichen Notstand ist eine neue Rechtschöpfung. Ihr Schöpfer ist das RG. Diese Rechtschöpfung gilt unwiderrprochen. Auch die Gegner der erbgesundheitlichen Schwangerschaftsunterbrechung lassen sie gelten. Es ist aber nicht ersichtlich, wie man bei völkischer Weltanschauung und bei Kenntnis der Gefährdung des deutschen Volkes überhaupt begründen will, daß kein übergesetzlicher Notstand vorliege. Bisher hat auch noch niemand eine solche Begründung unternommen, und es kann sie auch niemand unternehmen, weil der Rechtsgüterwiderstreit vorliegt und nicht anders gelöst werden kann.

8. Fehl gehen auch alle Angriffe, die behaupten wollen, die Erbprognose könne nicht so sicher gestellt werden, daß die Unterbrechung zu verantworten sei. Die Fachleute sind darüber einig, daß die erbgesundheitliche Indikation sicherer ist als die medizinische (vgl. z. B. Winkler: Münchener Medizin. Wschr. 1934 Nr. 3 S. 114). Diese Angriffe treffen in Wirklichkeit auch das Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses, das die Angreifer gleichzeitig zu loben sich beeilen.

Wenn man keine sichere Erbprognose stellen könnte, hätte ja auch die Unfruchtbarmachung keinen Sinn. Genügt die Sicherheit aber für das eine, so genügt sie auch für das andere. Alle Ausführungen, daß man mit völliger Sicherheit eine Erbkrankheit der Frucht voraussetzen könne, sind geradezu sinnlos, denn es ist jedem einsichtigen Menschen selbstverständlich, daß kein Mensch irgend etwas mit völliger Sicherheit voraussetzen kann. Diese Unsicherheit ist die Folge menschlicher Unzulänglichkeit und befreit nicht von verantwortlichem Handeln.

Diese Auffassung entspricht auch der Rspr. des RG., daß z. B. RGEt. 61, 206 ausführt: „Ein ‚absolut sicheres‘ Wissen — dem gegenüber das Vorliegen eines gegenteiligen Tatbestandes ‚absolut ausgeschlossen‘ wäre — ist der menschlichen Erkenntnis bei ihrer Unvollkommenheit überhaupt verschlossen. Wollte man eine Sicherheit so hohen Grades verlangen, so wäre eine Rspr. so gut wie unmöglich. Wie es allgemein im Verkehr ist, so muß auch der Richter sich mit einem so hohen Grade von Wahrscheinlichkeit begnügen, wie er bei möglichst erschöpfender und gewissenhafter Anwendung der vorhandenen Mittel der Erkenntnis entsteht. Ein solcher Grad von Wahrscheinlichkeit gilt als Wahrheit, und das Bewußtsein des Erkennenden von dem Vorliegen einer so ermittelten hohen Wahrscheinlichkeit als die Überzeugung von der Wahrheit.“

Außerdem kommt es auch nach der RG-Rspr. zur Schwangerschaftsunterbrechung auf Grund medizinischer Indikation nicht darauf an, den Wert der einzelnen Frucht gegen den Wert der einzelnen Mutter abzumessen. Unser erbbiologisches Wissen sagt uns, daß die Wahrscheinlichkeit, daß eine Frucht weniger wert ist als die Mutter, im allgemeinen genau so groß ist wie die Wahrscheinlichkeit, daß die Frucht wertvoller ist als die Mutter. Von einer solchen am einzelnen vorgenommenen Wertberechnung aus läßt sich auch für die medizinische Indikation kein brauchbarer Maßstab gewinnen.

Mit Recht stellt das RG. deshalb die Gruppe „menschliche Frucht“ der Gruppe „Schwangere“ gegenüber und stellt fest, daß die noch zu keinem eigenen Leben fähige Frucht ein geringeres Rechtsgut sei als das voll entwickelte menschliche Leben. Genau die gleiche Art der Wertbemessung nimmt das erkennende Gericht vor. Die Gruppe „von einem erbkranken Elternteil stammende Frucht“ ist mit großer Wahrscheinlichkeit erbgeschädigt und deshalb für das Gesamtvolk erbgeschädlich. Das genügt, um die Maßnahme der Verhütung solcher Früchte sittlich, d. h. zum Zweck der Erhaltung der Art, zu rechtfertigen. Es genügt aber auch, um festzustellen, daß die Frucht in Widerstreit mit der Erbgesundheit des deutschen Volkes geraten ist.

Die Feststellung eines Erbschadens der einzelnen Frucht ist genau so entbehrlich wie die Feststellung eines Minderwertes der Frucht gegenüber der einzelnen Mutter. Auch hierin unterscheidet sich die eugenische Indikation nicht von der medizinischen.

9. In mehreren Veröffentlichungen taucht als Sühredigespens, das zeigen soll, wohin der vom erkennenden Gericht eingeschlagene Weg führt: die „Ermordung der erwachsenen Erbkranken“ auf. Sie soll auch mit der Behre vom übergesetzlichen Notstand zu begründen sein. Dieses Gespenschreckt aber nicht, denn der Weg ist falsch weitergeführt. Wenn man sich — wie es das erkennende Gericht tut — in den reinen Rechtsfragen an das RG. anschließt, so

bürfte eine solche „Er mordung“ nur mit dem Willen des Opfers erfolgen. Rechtlich wäre das entweder Selbstmord oder Tötung auf ausdrückliches und ernstliches Verlangen. Der Selbstmord ist in Deutschland auch heute schon nicht strafbar, und zwar gleichgültig aus welcher „Indikation“. Auch der mißlungene Selbstmord wird deshalb nicht bestraft. Die „Tötung auf ausdrückliches Verlangen“ wird dagegen bestraft, allerdings recht milde (§ 216 StGB, Mindeststrafe 3 Jahre Gefängnis). Das Vergehen ist sehr selten und würde auch selten bleiben, wenn es gar nicht bestraft würde, weil die Erbkranken ihre eigene Tötung fast niemals verlangen würden. Selbst wenn dies hin und wieder geschehen sollte, so könnten solche Einzelfälle niemals bevölkerungspolitische Wirkungen ausüben. Eine Lösung eines Rechtsgüterwiderstreits wäre auf diesem Wege nicht möglich, so daß das Erfordernis, daß der Widerstreit auf anderem als auf diesem Wege nicht lösbar ist, fortfallen würde. Die Tötung von Erbkranken kann deshalb nach dem in Deutschland geltenden Recht nicht in Betracht kommen, auch nicht, wenn man die Lehre vom übergesetzlichen Notstand anerkennt.

10. Als weitere Gefahr wird eine wiederauflebende Abtreibungsfeinde hingestellt. Auch diese Sorge ist unbegründet. Schaffstein: JW. 1934, 1883 glaubt, daß es für die eugenische Indikation genüge, wenn ein Psychiater die Erbkrankheit festgestellt habe. Das Gericht hat keine Veranlassung, über den Rahmen des Erbgesundheitsverfahrens hinaus zur Frage der erbgenehmheitlichen Schwangerschaftsunterbrechung Stellung zu nehmen. Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob eine so weitgehende Ansicht begründet ist und ob außer dem Facharzt (für Riff. 6—8 des Gesetzes ist der Psychiater gar nicht der Facharzt) nicht vielleicht auch noch andere Stellen zur Feststellung der Erbgenefähigkeit einer Frucht befugt sind. Alle Mängel, die sich aus einer solchen Ausdehnung des Verfahrens ergeben, können nicht dem ErbgesVer. vorgehalten werden. Über sie braucht deshalb hier nicht gesprochen zu werden. Nach der Praxis dieses Gerichts kommen jedenfalls nur solche Unterbrechungen in Betracht, bei denen die Frucht mindestens einen Elternteil hat, von dem das ErbgesVer. festgestellt hat, daß er erbkrank i. S. des Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses ist. Derartige Unterbrechungen bieten jedenfalls keine Gefahr einer Ausdehnung, weil der Personenkreis festliegt und wilde Unterbrechungen gar nicht vorkommen können. Um auch nicht die geringste Möglichkeit einer Ausdehnung offenzulassen, hat das erk. Gericht in der Entsch. vom 17. Okt. 1934 ausdrücklich betont, daß die für jeden erbbiologisch geschulten Menschen selbstverständliche Anwendung auf Vater und Mutter ihre notwendige Grenze darin zu finden habe, daß die natürliche Vaterchaft amtlich festgestellt sein muß. Es ist selbstverständlich, daß die zuständigen Stellen hier besondere Sorgfalt anwenden müssen, um Mißbräuche zu vermeiden. Eine nähere Erörterung dieser Frage ist im Rahmen dieser Entsch. nicht erforderlich, weil es sich hier um eine erbkranken Mutter handelt. Der vom erk. Gericht eingeschlagene Weg bringt den großen Vorteil, üblichen Abtreibungsmethoden den letzten sittlichen Vorwand zu nehmen, so daß nun dieses verabscheuliche Vergehen in seiner ganzen egoistischen Verkommenheit allen sichtbar dasteht. Die klare Abgrenzung der eugenischen Indikation ist deshalb nützlich und nicht schädlich für die Volksgemeinschaft.

11. Grunau (Der Deutsche Justizbeamte Nr. 17 v. 30. Dez. 1934 S. 364/65) meint unter Riff. a, c, d und h, das Schweigen des Gesetzgebers als Ablehnung der eugenischen Indikation deuten zu können, und Faber spricht a. a. O. sogar von „einem deutlich zum Ausdruck gebrachten Willen der Staatsführung“. Das Gericht lehnt eine solche Schlussfolgerung als sachlich und methodisch unrichtig ab. Es ist nicht angängig, heute noch den „Willen der Staatsführung“ ebenso wie in der vergangenen Zeit den „Willen des Gesetzgebers“ aus dem Schweigen in einem Gesetz abzuleiten.

Wenn heute die Staatsführung etwas will, dann spricht sie, und zwar klar und deutlich, und wenn sie schweigt, so bedeutet es, daß die Zeit, ihren Willen zu erklären, noch nicht gekommen ist.

Nach der Methode von Grunau und Faber könnte man aus dem Schweigen der Staatsführung zu der Entsch. dieses Gerichts vom März 1934 und zu der Veröffentlichung von Schaffstein im Aug. 1934 gerade eine Zustimmung der Staatsführung zur eugenischen Indikation herleiten. Das erk. Gericht glaubt aber, daß es ein müßiges Unterfangen ist, zu ergründen, was das Schweigen der Staatsführung wohl für einen Grund haben mag.

Nach richtiger Auffassung läßt sich aus dem Fehlen der Schwangerschaftsunterbrechung in dem Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses nur eines schließen, nämlich, daß dieses Gesetz sich mit der Schwangerschaftsunterbrechung überhaupt nicht beschäftigt. Die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der eugenischen Indikation zur Schwangerschaftsunterbrechung ist deshalb nicht aus dem Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses, sondern ebenso wie bei der Schwangerschaftsunterbrechung aus medizinischer Indikation nur aus allgemeinen Rechtsfragen zu ermitteln.

12. Schließlich ist darauf hinzuweisen, daß der ausführende Arzt

die Unterbrechung der Schwangerschaft ebenso wie andere Eingriffe nach den Regeln der ärztlichen Kunst und gemäß den Gepflogenheiten des ärztlichen Standes vorzunehmen hat. Sache des Arztes ist es z. B., zu prüfen, ob der Eingriff nicht aus Gründen der ärztlichen Kunst unterbleiben muß, z. B. weil der Zustand der Schwangeren den Eingriff nicht gerechtfertigt erscheinen läßt oder die Schwangerschaft zu weit fortgeschritten ist. Die genaue Bestimmung des Monats, bis zu dem unterbrochen werden darf, ist (gegen Grunau a. a. O. Riff. c) weder nötig noch möglich. Der Monat läßt sich zwar leicht genau anordnen, aber sehr selten genau feststellen. Bei der medizinischen Indikation ist man auch bisher ohne solche Festlegung ausgekommen. Bindend kann hier nur die ordnungsgemäße Ausübung der ärztlichen Kunst sein. Die Persönlichkeit des Ausführenden und Richtlinien, nach denen die Ärzte handeln, sind hier eine weit bessere Garantie als alle doch nicht durchführbaren Festlegungen von Zahlen in Paragraphen. Sogar bei der praktischen Durchführung des Eingriffs selbst noch einen Unterschied nach der Indikation — also der Begründung des Eingriffs — machen zu wollen, ist nicht gerechtfertigt und zeigt nur eines, nämlich, daß die ganze Unterscheidung zwischen der medizinischen und der eugenischen Indikation nur eine künstliche ist und sachlich nicht aufrechterhalten werden kann. Das Fehlen genauer Vorschriften über die Ausführung, insbes. einer theoretischen Grenze für die Zulässigkeit des Eingriffs ist für den auf Grund eugenischer Indikation ausgeführten Eingriff genau so bedeutungslos wie die medizinische Indikation. Auch hierin kann deshalb kein Anlaß gefunden werden, von der Unterbrechung Abstand zu nehmen.

Alle angeführten Einwendungen führen also nicht dazu, der Erbkranken das Recht der Schwangerschaftsunterbrechung zu nehmen. Ihr Wunsch ist also nicht rechtswidrig, sondern kann ausgeführt werden. Die Schwangerschaft kann deshalb beendet werden. Sie bildet keinen Grund, dem Amtsarzt den vollstreckbaren Titel für die Unfruchtbarmachung zu verjagen.

(ErbgesVer. Hamburg, Beschl. v. 11. Febr. 1935, XIII Nr. 36/35.)

Eingef. von Richter Meinhof, Hamburg.

## Riel

42 §§ 1, 8 Ges. z. Verh. erbkr. Nachwuchses; Art. 1 Abs. 2 DurchfW.D. dazu v. 5. Dez. 1933. Steht die Erbkrankheit fest, ist aber die Fortpflanzungsfähigkeit zweifelhaft und nur mittels erheblichen Eingriffs feststellbar, so kann das ErbgesVer. zwecks Vermeidung zweier zeitlich getrennter Eingriffe die Unfruchtbarmachung beschließen, aber gleichzeitig anordnen, daß die Unfruchtbarmachung unterbleibt, wenn die vorherige Untersuchung die Fortpflanzungsunfähigkeit ergibt.

Das ErbgesVer. in R. hat auf Antrag des Kreisarztes in R. beschlossen, daß die Haustochter Waltraut St. wegen angeborenen Schwachsinn unfruchtbar zu machen ist. Gegen diesen Beschluß hat die Unfruchtbarzumachende Beschw. eingelegt und geltend gemacht, es sei nicht einwandfrei festgestellt worden, daß ihr nervöser Krankheitszustand von den Vorfahren ererbt sei. Sie sei scheintot zur Welt gekommen; auch dadurch könne ihr schlechter Gesundheitszustand entstanden sein. Sie dürfe schon deswegen nicht unfruchtbar gemacht werden, weil bei ihr im 3. oder 4. Lebensjahre eine Gonorrhoe aufgetreten sei, welche überhaupt nicht ausgeheilt sei, sondern die Zeugung beeinträchtigt habe. Ihre Beschw. konnte nur bedingten Erfolg haben.

Es kann nicht zweifelhaft sein, daß Waltraut tatsächlich an angeborenem Schwachsinn leidet. Die Intelligenzprüfung, welche der Kreisarzt vorgenommen und welche das ErbgesVer. alsdann wiederholt hat, hat ergeben, daß Waltraut in sehr erheblichem Maße schwachsinig ist, so daß wenigstens Imbezillität angenommen werden muß. Dieser Schwachsinn hat bereits vor der Geburt anbestanden, ist also angeboren. Das ergibt sich schon daraus, daß Waltraut schon nach einem Schuljahre in die Hilfsschule gekommen und dort aus der 3. Klasse eingeseget worden ist. Wenn sie geltend macht, der Schwachsinn müsse darauf zurückgeführt werden, daß sie scheintot zur Welt gekommen sei, und weiter darauf, daß mit 1½ Jahren Ruß von der Decke auf ihren Kopf gefallen sei, so kann dahingestellt bleiben, ob diese Tatsachen überhaupt geeignet sind, einen Schwachsinn herbeizuführen; jedenfalls ist nach dem Standpunkte des Gesetzes der Schwachsinn als ererbt anzunehmen und die Unfruchtbarmachung anzusprechen, wenn der Schwachsinn schon bei der Geburt oder nicht lange darauf festgestellt worden ist und wenn nicht die Erbkrankheit alsdann für die Tatsache, daß der Schwachsinn trotzdem nicht ererbt sei, schlüssigen Beweis erbringt. Einen solchen Beweis hat sie jedoch nicht erbracht.

Weientlich ist jedoch der Einwand, daß sie ohnehin nicht fortpflanzungsfähig sei. In solchem Falle hat nach Art. 1 Abs. 2 DurchfW.D. z. UnfrG. das ErbgesVer. von der Unfruchtbarmachung abzuweichen. Waltraut hat bereits mit drei Jahren an einer Gonorrhoe gelitten; und es ist sehr wohl möglich, daß die Folgen

dieser Krankheit eine Unfruchtbarkeit herbeigeführt haben. Diese Möglichkeit allein genügt jedoch nicht, um von der Anordnung der Unfruchtbarmachung abzuweichen; es ist vielmehr der strikte Beweis der Fortpflanzungsunfähigkeit notwendig. Das ErbgesDobGer. hat deshalb durch Beschluß v. 9. Febr. 1935 angeordnet, daß die Unfruchtbarzumachende in der Universitätsfrauenklinik darauf untersucht werden soll, ob sie fortpflanzungsfähig sei; diese Untersuchung sei auch, soweit erforderlich, in Narkose vorzunehmen. Nachdem dieser Beschluß gefaßt worden war, hat der Oberarzt der Universitätsfrauenklinik, Prof. K., mitgeteilt, daß Waltrauts Eltern der Durchführung des Verfahrens ungeheure Schwierigkeiten bereiteten. Er hat angeregt, daß die Unfruchtbarmachung unmittelbar im Anschluß an die Untersuchung in Narkose vorgenommen werde, sofern die Untersuchung der Schwangerschaftsfähigkeit die Möglichkeit einer Fortpflanzung ergäbe. Das ErbgesDobGer. hat sich diesem Vorschlage angeschlossen und hat angeordnet, daß Waltraut unfruchtbar zu machen ist, daß diese Unfruchtbarmachung aber zu unterbleiben hat, falls die vorher vorzunehmende Untersuchung eine Fortpflanzungsunfähigkeit ergibt. Durch eine derartige Fassung des Beschlusses wird nicht etwa die endgültige Entsch. über die Unfruchtbarmachung in die Hände einer anderen Stelle gelegt, sondern es ist die Unfruchtbarmachung tatsächlich vom ErbgesDobGer. ausgesprochen worden und ihre Durchführung nur von einer Bedingung abhängig gemacht worden. Ein derartiger Ausspruch erschießt nicht nur zulässig, sondern auch notwendig. Denn schon die Untersuchung auf Schwangerschaftsfähigkeit muß in Narkose vorgenommen werden und bereitet der — wenigstens geistig — hilflosen Unfruchtbarzumachenden und ihren Eltern so viel seelische Qualen, daß es im Interesse der Unfruchtbarzumachenden und ihrer Eltern notwendig erscheint, nicht erst die Untersuchung abzuwarten und alsdann einen erneuten Beschluß zu fassen, sondern die Entsch. schon jetzt, und zwar bedingt von dem Ausgange der Untersuchung, endgültig zu fällen.

Mit dieser Maßgabe mußte daher der Beschluß des ErbgesDobGer. in K. bestätigt werden.

(ErbgesDobGer. Kiel, Beschl. v. 13. März 1935, Wg 8/35.)

Ber. von ODR. Dr. Grunau, Kiel.

\*

**43.** Art. 1 Abs. 2 DurchfBd. vom 5. Dez. 1933 zum Ges. zur Verhütung erbkranken Nachwuchses. Nach dem Sinne dieser Vorschrift ist von der Unfruchtbarmachung abzuweichen, wenn nach den ganzen Umständen die Fortpflanzung so gut wie ausgeschlossen ist.

Der Kreisarzt in S. hat beantragt, die beiden Töchter des Bauern Anton Sch., Maria Margaretha und Margaretha, wegen angeborenen Schwachsinns unfruchtbar zu machen. Das ErbgesDobGer. F. hat gem. diesem Antrage die Unfruchtbarmachung beider Töchter beschlossen. Gegen diesen Beschluß hat der Vater und Pfleger der Maria Sch. Beschw. eingelegt, soweit die Unfruchtbarmachung seiner Tochter Maria angeordnet worden ist. Er hat darauf hingewiesen, daß diese bereits 44 Jahre alt und sehr nervös sei; er befürchtet, seine Tochter könne durch die Operation völlig geistesgestört werden. Seine Beschw. mußte Erfolg haben.

Zwar kann daran nicht gezweifelt werden, daß Maria Sch. an angeborenem Schwachsinns leidet und daß in der Familie eine so schwere erbliche Belastung vorhanden ist, daß sie dieses Leiden auch auf ihre Nachkommen übertragen würde. Aber sie ist bereits 44 Jahre alt und hat nach ihrer eigenen Angabe und der Angabe ihres Vaters bisher niemals geschlechtlichen Verkehr gehabt; es ist auch bei ihrem Alter nicht anzunehmen, daß sie solchen geschlechtlichen Verkehr noch haben wird, zumal ja nur ein Geschlechtsverkehr mit Einwohnern der Insel P. in Betracht käme und diese die geistige Haltung der Maria kennen, also mit großer Wahrscheinlichkeit einen solchen Geschlechtsverkehr nicht ausüben werden. Es kommt weiter hinzu, daß sie ständig in ihrem elterlichen Hause lebt, ständig unter Aufsicht ist, allein überhaupt nicht ausgeht, und ihr daher die Möglichkeit zum Geschlechtsverkehr selbst dann abgeschnitten wäre, wenn sie solchem Geschlechtsverkehr zuneigte. Es kommt schließlich weiter hinzu, daß sie in kürzester Zeit in das Altmakterium kommt und damit die Gebärfähigkeit verlieren wird. Es kommt schließlich hinzu, daß eine erstmalige Geburt bei einer Schwangeren von 44 oder mehr Jahren so große Gefahren für die Mutter bietet, daß selbst bei der äußerst geringen Möglichkeit einer Schwängerung eine Vollenkung der Geburt nicht nur unwahrscheinlich, sondern so gut wie unmöglich ist. Unter diesen Umständen hat das ErbgesDobGer. in Anwendung des Art. 1 Abs. 2 DurchfBd. v. 5. Dez. 1933 festgestellt, daß einmal praktisch eine Fortpflanzungsunmöglichkeit bereits vorliegt und daß jedenfalls eine Unfruchtbarmachung in einem derartigen Falle dem Geiste des UnfrG. widersprechen würde. Bei aller notwendigen Härte verlangt das Gesetz jedoch nicht, das etwas Unsinniges oder über-

flüssiges angeordnet wird (vgl. Beschluß des ErbgesDobGer. in Kiel v. 9. Febr. 1935, W Erb 102/34). Der Beschluß des ErbgesDobGer. in F. mußte daher hinsichtlich der Maria Sch. aufgehoben und der Antrag, sie unfruchtbar zu machen, zurückgewiesen werden.

(ErbgesDobGer. Kiel, Beschl. v. 11. April 1935, Wg 64/35.)

Ber. von ODR. Dr. Grunau, Kiel.

\*

**44.** § 1 Abs. 2 Ziff. 2 u. 3 Ges. z. Verh. erbkr. Nachwuchses; Art. 1 Abs. 2 DurchfBd. dazu v. 5. Dez. 1933. Auch die Mischpsychofen der im Gesetz aufgeführten Erbkrankheiten sind Erbkrankheiten i. S. des Gesetzes. Körperbau und Stoffwechselkrankheit sind nicht Ursache von Erbkrankheiten und schließen die Annahme der Erblichkeit der Geisteskrankheit nicht aus. Keine „dauernde“ Verwahrung, wenn mit späterer Entlassung aus der Anstalt zu rechnen ist.

Die Beschw. des Unfruchtbarzumachenden konnte keinen Erfolg haben. Die Verhandlung vor dem ErbgesDobGer. hat voll bestätigt, daß K. an einer Erbkrankheit leidet. Die Psychiatrische und Nervenlinik der Universität in K. hat nämlich in dem auf Anordnung des ErbgesDobGer. abgegebenen Gutachten sich dahin gutachtlich geäußert, daß die Krankheit K.s sowohl schizophrene wie manisch-depressive Züge zeige. Sehr erhebliche Umstände sprächen dafür, seine Krankheit als Schizophrenie zu bezeichnen, andere, sie als manisch-depressives Irresein zu bezeichnen. Die größte Wahrscheinlichkeit besitze jedoch die Annahme, daß es sich um eine sog. Mischpsychose handele, d. h., daß eine Geistesstörung vorliege, die zwischen der Schizophrenie und dem manisch-depressiven Irresein stehe. Das ErbgesDobGer. hat sich diesem Gutachten angeschlossen. Dann aber muß das Vorliegen einer Erbkrankheit i. S. des § 1 Abs. 2 UnfrG. bejaht werden. Allerdings spricht dieser Absatz nur davon, daß solche Erbkrankheiten unfruchtbar zu machen sind, die entweder an Schizophrenie oder an manisch-depressivem Irresein leiden; sein Wortlaut spricht also nicht davon, daß auch Mischformen führen müssen. Es kann jedoch nicht zweifelhaft sein, daß das UnfrG. nicht nur die einzelnen reinen Erbkrankheiten der Unfruchtbarmachung unterwerfen wollte, sondern daß es alle in diese Formkreise hineinzuschlagenden Krankheiten umfassen wollte. Denn maßgebend für die Einreihung der einzelnen Erbkrankheiten in das Verzeichnis der Erbkrankheiten war die Erwägung, daß sowohl ihre Schädlichkeit wie die Gesetze ihrer Vererbung bekannt waren. Diese Kenntnis besteht aber auch für die Mischformen; ganz sicher gelten für eine Mischform zwischen zwei verschiedenen Erbkrankheiten dieselben Vererbungsgeetze wie für die reinen Erbkrankheiten, aus welcher die Mischform entsteht. Man würde dem Sinne des Gesetzes nicht gerecht werden, wenn man nur die reine, nicht aber die Mischform der Erbkrankheit zur Unfruchtbarmachung brächte.

Der Erbkrankte hat weiter geltend gemacht, daß er nach dem ärztlichen Gutachten körperlich als feist zu bezeichnen sei, offenbar liege dann aber bei ihm eine Stoffwechselkrankheit vor, und diese Stoffwechselkrankheit habe seine Geisteserkrankung hervorgerufen; diese sei dann also keine Erbkrankheit. Diesen Ausführungen konnte nicht gefolgt werden. Denn eine Stoffwechselkrankheit kann die Begleiterkrankung einer Geisteserkrankheit sein, sie mag auch mit den Grundlagen der Psychose zu tun haben. Es kann aber keinesfalls aus dem Vorhandensein eines physischen Körperbaues und auch aus dem Vorhandensein einer Stoffwechselkrankheit gefolgert werden, daß eine daneben bestehende Geisteserkrankung nun die Folge solcher körperlichen Konstitution ist. Der Erbkrankte hat weiter darauf hingewiesen, daß er am 9. März 1935 in die Landesheilanstalt in Sch. gebracht worden sei; da er voraussichtlich dauernd sich dort aufhalten werde, liege die Voraussetzung des Art. 1 Abs. 2 DurchfBd. z. UnfrG. v. 5. Dez. 1933 vor, nach welcher von der Unfruchtbarmachung abzuweichen sei, wenn der Unfruchtbarzumachende dauernd in einer geschlossenen Anstalt verwahrt werde. Auch diesen Ausführungen konnte nicht gefolgt werden. Nach der Art der Erkrankung K.s handelt es sich bei seinen Krankheitsattacken um Psychofen von periodischem Charakter, welche auftreten, und welche auch wieder verschwinden. Ohne weiteres ist daher anzunehmen, daß er, sobald der augenblickliche Schub vorübergegangen ist, auch wieder aus der Anstalt entlassen werden wird. Von einer dauernden Verwahrung kann also keine Rede sein.

(ErbgesDobGer. Kiel, Beschl. v. 13. März 1935, W Erb 100/34.)

Ber. von ODR. Dr. Grunau, Kiel.

\*

45. § 1 Abs. 2 Ziff. 2 Gef. z. Verh. erbkr. Nachwuchses. Schizophrenie und psychische Reaktion.

Frau D. ist am 13. März 1899 in A. geboren. Sie wurde aus der 1. Klasse der Volksschule entlassen. Alsdann war sie als Hausmädchen und Krankenpflegerin in Stellung. Mit 21 Jahren heiratete sie zum ersten Male; die Ehe wurde wegen Gebrechens des Mannes geschieden. Jetzt ist sie mit einem schwerhörigen Schwermüdebeidäugigen verheiratet. Aus jeder Ehe hatte sie zwei Kinder. Ein Kind der zweiten Ehe ist mit 11 Monaten gestorben. Seit dem Jahre 1931, angeblich seit der Geburt ihres letzten Kindes, zeigte Frau D. Spuren von Schwermut. Der Sanitätsrat Dr. B. und der Facharzt Dr. D., welche Frau D. in den Jahren 1930 und 1931 behandelten, stellten die Diagnose „Nervenschwäche“. Vom 8. April bis 13. April 1932 befand sie sich in der Psychiatrischen Abteilung des Krankenhauses zu A. und alsdann bis zum 15. Juni 1932 in der Landesheil- und Pflegeanstalt in A. In das Krankenhaus war sie gekommen, weil sie verückt hatte, sich zu erhängen und die Pulsader aufzuschneiden. Im Krankenhaus in A. äußerte sie mancherlei merkwürdige Dinge, z. B. meinte sie, die damalige Hindenburgwahl geschehe nur ihretwegen, und der ehemalige Kaiser sei ihr Onkel oder könne wohl ihr Onkel sein. Beide Anstalten stellten die Diagnose „Schizophrenie, paranoide Form“.

Das ErbGdBGer. hat Bedenken, diesen Diagnosen zu folgen. Durch die Verhandlung vor dem ErbGdBGer. ist festgestellt worden, daß Frau D. sich kurz vor ihrer Erkrankung in schwerer psychischer Erregung befand. Sie wurde von ihrem Ehemann nicht gut behandelt. Dieser setzte ihr infolge seines Kriegsleidens sehr erheblich zu; die frühere Zuneigung zwischen den Ehegatten wich einer gegenseitigen Abneigung. Dazu kamen sehr schwere wirtschaftliche Verhältnisse und ein — der Ehefrau widerliches — geschlechtliches Verhalten des Ehemannes. Eine unter solchen Umständen auftretende geistige Erkrankung muß zunächst als psychische Reaktion angesehen werden. Die psychischen Veränderungen, welche Frau D. in den Krankenanstalten gezeigt hat, sind ohne ausgesprochen schizophrene Symptome verlaufen; selbst eine Erhöhung, wie sie Frau D. geäußert hat, kann durchaus innerhalb einer Reaktion vorkommen und deutet nicht ohne weiteres auf eine paranoische Art von Schizophrenie hin. Hinzukommt, daß seit jener Erkrankung keinerlei weitere geistige Störungen aufgetreten sind. Das geistige Verhalten der Frau D. vor dem ErbGdBGer. ergab vielmehr, daß sie keineswegs zerfahren ist, daß sie ein lebhaftes Gemütsleben besitzt, und daß auch innerhalb ihrer Familie keinerlei geistige Defekte bestehen. Unter diesen Umständen war für die Diagnose Schizophrenie nicht die nach dem Gesetz erforderliche hohe Wahrscheinlichkeit erbracht. Mangels Beweises einer Erbkrankheit mußte aber alsdann der Antrag auf Unfruchtbarmachung abgewiesen werden.

(ErbGdBGer. Kiel, Beschl. v. 27. Febr. 1935, Wg 32/35.)

Ber. von OLGK. Dr. Grunau, Kiel.

\*

46. § 1 Gef. zur Verhütung erbkranken Nachwuchses; Art. 1 Abs. 2 DurchfW.D. dazu v. 5. Dez. 1933. Das Wort „kann“ des § 1 gibt den Erbgesundheitsgerichten nicht das Recht, nach Billigkeit von der Anordnung der Unfruchtbarmachung abzusehen. Wohl aber kann nach dem Sinn des Art. 1 Abs. 2 DurchfW.D. dann davon ausnahmsweise abgesehen werden, wenn wegen Fortpflanzungsunfähigkeit des anderen Ehegatten oder aus sonstigen erheblichen Gründen die Unfruchtbarmachung überflüssig oder unsinnig ist.

Das ErbGdBGer. in A. hat angeordnet, daß der Konditormeister W. wegen schweren Alkoholismus unfruchtbar zu machen ist. Gegen diesen Beschluß hat W. Beschw. eingelegt. Er bestreitet, an schwerem Alkoholismus zu leiden. Er weist weiter darauf hin, daß er fast 57 Jahre alt ist und daher nicht mehr zu erwarten sei, daß er noch Kinder zeuge. Seine Beschw. mußte Erfolg haben. Das ErbGdBGer. hat zunächst ausgeführt, daß schwerer Alkoholismus vorliege. Der Beschluß fährt dann fort:

W. meint, daß seine Unfruchtbarmachung nicht erforderlich sei, weil er keine Kinder mehr zur Welt bringen könne. Er hat jedoch selbst zugegeben, daß er noch im Herbst (Oktober) 1934 mit seiner Frau Geschlechtsverkehr und dabei Samenerguß gehabt hat. Er ist also ohne weiteres als fortpflanzungsfähig anzusehen. Allerdings ist seine Frau nicht mehr fortpflanzungsfähig. Sie ist bereits 54 Jahre alt und bekommt ihre Periode nicht mehr. W. meint, daß unter solchen Umständen seine Unfruchtbarmachung überflüssig wäre, und er meint weiter, daß der Gesetzgeber es den ErbGdBGer. überlassen habe, in solchen Fällen nach Billigkeit von der Unfruchtbarmachung abzusehen; denn der Gesetzgeber habe ausdrücklich in

§ 1 angeordnet, daß der Erbkranke unfruchtbar gemacht werden „kann“. Dieses Wort „kann“ gebe dem ErbGdBGer. die Befugnis, nach freiem Ermessen und nach Billigkeit von der Unfruchtbarmachung abzusehen. Es ist zwar richtig, daß im allgemeinen die Befugnis mit dem Worte „muß“ einen unbedingten Zwang zum Handeln für den Richter festlegen, daß aber die gesetzliche Sprache im allgemeinen mit dem Worte „kann“ dem Richter freie Wahl läßt, ob er sich an die Vorschr. halten will oder nicht. So „kann“ nach § 3 ZPO. das Gericht zwecks Feststellung des Streitwertes Beweis erheben; aber auch wenn die Parteien dies beantragen, ist das Gericht befugt, aus eigenem freien Ermessen, ohne Beweis a u f n a h m e und ohne die Pflicht, diese Stellungnahme zu begründen, den Streitwert festzusetzen (RG. JWB. 1893, 252); und ebenso ist das Verfahren, soweit die Randvorschriften in §§ 141 ff. ZPO. maßgebend sind, freiestem Ermessen überlassen; das Gericht kann die dort vorgesehenen Maßnahmen treffen, kann auch von ihnen absehen, je nachdem der Zweifelsfallverhalt die eine oder andere Maßnahme als billig oder zweckmäßig erscheinen läßt. Eine solche Auslegung des Wortes „kann“ ist hier jedoch unmöglich. Es ist dem ErbGdBGer. keinesfalls frei überlassen, ob es die Unfruchtbarmachung anordnen will oder nicht. In so manchen Fällen nämlich wird durch die Anordnung der Unfruchtbarmachung ein Lebensglück zerstört, namentlich eine Ehe zerbrochen oder die Heiratsaussicht für ein Mädchen vernichtet. In manchen anderen Fällen hat die Unfruchtbarmachung andere Nachteile im Gefolge: Ehestandsdarlehen, Siedler- und Beamtenstellen werden nicht verliehen, Einstellung bei dem Meer, der Polizei, der Post usw. ist nicht möglich. Wenn nun dem ErbGdBGer. die Anordnung der Unfruchtbarmachung frei überlassen wäre, so könnte es in derartigen Fällen den Schaden, der hier dem einzelnen zugesügt wird, und den Schaden, den die Allgemeinheit durch Erzeugung erbkranken Nachwuchses hat, abwägen, könnte zu dem Schlusse kommen, daß der letzte im vorl. Falle der geringere sei, und könnte von der Unfruchtbarmachung absehen. Daß das Wort „kann“ dem ErbGdBGer. nicht die Befugnis gibt, derartige Erwägungen anzustellen, kann nicht zweifelhaft sein. Das Wort „kann“ gibt dem Richter Entscheidungsfreiheit äußerstenfalls nur innerhalb des Zieles und Sinnes des Gesetzes. Und dieses Ziel geht auf Ausmerzung der Erbkrankheiten ohne Rücksicht auf das Wohl des einzelnen.

Das Wort „kann“ ist vielmehr dem Wort „muß“ völlig gleichzustellen. Das ergibt sich schon aus den von den Gesetzeschöpfern G ü t t, R ü d i n und K u t t e (Zur Verhütung erbkranken Nachwuchses, S. 84) herausgegebenen Erläuterungen. Sie äußern, das Wort „kann“ sei einmal gewählt worden, um — gegenüber dem bisherigen V e r b o t der Unfruchtbarmachung — deren nummehrige Zulässigkeit zu betonen; es soll aber durch das Wort „kann“ noch weiter ausgedrückt sein, daß nicht in jedem Fall, in dem objektiv einer der im § 1 Abs. 2 Ziff. 1—8 und Abs. 3 genannten Zustände vorliegt, der Erbkranke unfruchtbar gemacht werden muß, daß vielmehr freie Beweiswürdigung des ErbGdBGer. darüber entscheidet. Dann bedeutet aber das Wort „kann“ nicht Freiheit in Entschlüssen, auch wenn die Erbkrankheit feststeht, sondern nur die Freiheit in Entschlüssen, ob die Erbkrankheit besteht. Ganz offenbar ist außerdem der § 1 UnfrG. dem § 6 BGB. nachgebildet worden. „Entmündigt k a n n werden . . .“. Und dieses „kann“ wird ganz allgemein dahin ausgelegt, daß der Entmündigungsrichter nicht etwa die Befugnis hat, die Entmündigung wegen Fehlens eines Bedürfnisses abzulehnen (RGKomm., Anm. 1 zu § 6), daß es vielmehr für den Richter ein „muß“ bedeutet, wenn der Tatbestand des Gesetzes, und zwar sowohl der des materiellen Rechts wie auch der des formellen Rechts erfüllt ist, und daß die Entmündigung nur insofern fakultativ und deshalb das Wort „kann“ am Platze ist, als die Entmündigung von dem Einschreiten der Beteiligten, dem Antrage der Verwandten, des Staatsanwalts usw. abhängig ist (S t a u d i n g e r, BGB., § 6 D. 1, 2). Ebenso bedeutet das „kann“ im § 1 UnfrG. für den Erbgesundheitsrichter ein „muß“, sofern nur die Beteiligten, d. h. der Erbkranke selbst, sein Vertreter oder der Arzt das Verfahren eingeleitet haben und die materiellen Voraussetzungen der Unfruchtbarmachung gegeben sind (so auch K e h r e r: Psych. Neur. Wochenschr. Nr. 26 v. 30. Juni 1934). Ob das — entgegen der Entsch. des ErbGdBGer. Frankfurt a. M.: Deutsche Justiz 1935, 186 — die Folge hat, daß die Unfruchtbarmachung auch da beschlossen werden muß, wo der Erbkranke ganz besondere Vorzüge, namentlich solche künstlerischer, militärischer, politischer Art, aufweist, und wo demnach die Unfruchtbarmachung nicht nur die erkrankte Anlage sondern auch diese besondere Begabung auslöschen würde, steht hier nicht zur Entsch. Hier ist lediglich zu prüfen, ob hier die materiellen Voraussetzungen für die Unfruchtbarmachung gegeben sind.

Nach dieser Richtung hin aber ist zu erwägen, daß die ausnahmslose Durchführung der Unfruchtbarmachung in manchen Fällen zu Härten führen würde, die in ihrer Härte oder Zweck-

losigkeit der Allgemeinheit keinen Nutzen, viellecht durch ihre besondere Härte erheblich größeren Schaden bringen würde. Deshalb haben schon die Ausf. Bes. Ausnahmen von dem Grundsatz unbedingter Unfruchtbarmachung zugelassen. Da, wo die Operation Lebensgefahr mit sich bringt, da, wo der Erbkranke entweder infolge von Zeugungsunfähigkeit oder infolge peinlichster Aufsicht sich nicht fortpflanzen kann, soll der Antrag auf Unfruchtbarmachung nach Art. 1 Abs. 2 und Art. 6 Abs. 4 Durchf. v. 5. Dez. 1933 nicht gestellt und die Unfruchtbarmachung deshalb, wenn der Antrag trotzdem gestellt wird, nicht angeordnet werden. Man kann nun zwar, das große Ziel vor Augen, der Ansicht sein, daß weitere Ausnahmen nur durch Gesetz oder VO. zugelassen werden können, daß der Richter sich also streng an den Wortlaut des Gesetzes zu halten hat. Das würde aber einmal dem vom RG. herausgearbeiteten Grundsatz widersprechen, daß auch die Auslegung von Gesetzen unter der Herrschaft des § 133 BGB. steht, so daß nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften, sondern der wirkliche Sinn und Zweck des Gesetzes zu erforschen ist (RG. v. 6. Okt. 1934: JW. 1935, 33); das würde auch die Tatsache außer acht lassen, daß das Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses mit so besonderer Geschwindigkeit herausgebracht worden ist, daß der Gesetzgeber unmöglich alle seinem Ziel und Zweck entsprechenden Möglichkeiten ins Auge fassen und gesetzgeberisch gestalten konnte. Wenn z. B. der Antrag gestellt würde, einen 50jährigen Pfarrer unfruchtbar zu machen, der einmal einen schizophrenen Schuß gehabt hat, und dessen Ehefrau auch 50 Jahre alt und ganz offenbar zeugungsunfähig ist, so müßte nach dem Gesetzeswortlaut diesem Antrage stattgegeben werden; bei dem Erbkranken selbst liegt keine Zeugungsunfähigkeit vor, und es besteht daher weder der Grund des Art. 1 Abs. 2 Durchf. v. 5. Dez. 1933 noch ein anderer gesetzlicher Grund, von der Unfruchtbarmachung abzusehen. Es besteht ja sogar die Möglichkeit, daß die jetzige Frau stirbt und der Pfarrer eine noch zeugungsfähige Frau heiratet, und es ist auch nicht vollständig ausgeschlossen, daß ein Pfarrer die Ehe bricht. Aber diese Möglichkeiten sind wirklich nicht so groß, daß sie ernsthaft in Erwägung gezogen werden müssen. Und ebenso ist z. B. die Fortpflanzung auch dann sehr unwahrscheinlich, wenn ein ehrbares junges fallsüchtiges Mädchen weit in die dreißiger Jahre gekommen ist, ohne geheiratet zu haben. — **Ausgesprochen** ist freilich in diesen Fällen spätere Nachkommenschaft nicht. Aber auch das Unfr. legt dem Richter nicht die Pflicht auf, Buchstabenjurisprudenz zu treiben. Das Erbges. in Kiel hat trotzdem diesen Standpunkt früher eingenommen (JW. 1934, 2791), weil es glaubte, auch der geringsten, unwahrscheinlichsten Möglichkeit der Erzeugung erbkranken Nachwuchses vorbeugen zu müssen, und weil es an der Möglichkeit zweifelte, die Fälle größerer Unwahrscheinlichkeit des Nachwuchses und die Fälle etwas geringerer Unwahrscheinlichkeit trennen zu können, zumal immer wieder die Eltern gerade schwer schwachsinziger Erbkranker durchaus glaubhaft versichern, ihr Kind sei unberührt und habe keine Möglichkeit und Neigung zu geschlechtlichem Verkehr. Aber man wird die Grenze erkennen und innehalten können, wenn man die Frage ganz ausschaltet, ob die Entsch. mehr Nutzen oder mehr Schaden bringt, und sich nur von dem Gedanken leiten läßt, daß der Gesetzgeber dem Richter nicht hat zumuten wollen, Überflüssiges oder Unnütziges anzuordnen, wobei letzte Worte natürlich eng gefaßt werden müssen. Das ist ja auch der Sinn des Art. 1 Abs. 2 Durchf. v. 5. Dez. 1933: Wo die Fortpflanzung unmöglich oder so gut wie unmöglich ist, unterbleibt die Unfruchtbarmachung. Auch in den von Art. 1 Abs. 2 Durchf. v. 5. Dez. 1933 aufgeführten Fällen ist die Fortpflanzung nicht völlig unmöglich. Auch da, wo „die Anstalt volle Gewähr dafür bietet, daß die Fortpflanzung unterbleibt“, ist die Möglichkeit des Verkehrs mit Pflegepersonal oder eine Flucht nicht völlig ausgeschlossen. Nicht durch die Worte des Unfr. G.: „Der Erbkranke kann unfruchtbar gemacht werden“, sondern durch den Sinn der im Art. 1 Abs. 2 Durchf. v. 5. Dez. 1933 festgelegten Ausnahmen von der Unfruchtbarmachungspflicht ist den Erbges. daher das Recht gegeben, von einer überflüssigen Unfruchtbarmachung abzusehen.

Wenn hier beachtet wird, daß der Erbkranke selbst 57 Jahre ist, daß seine Geschlechtsfähigkeit durch seine Trinkenheit ganz sicherlich gelitten hat, wenn weiter beachtet wird, daß der Unfruchtbarzumachende mit seiner Frau seit 30 Jahren ohne Schutzmaßnahmen Geschlechtsverkehr gehabt, aber kein Kind mehr erzeugt hat, so ist die sehr große Wahrscheinlichkeit gegeben, daß der Erbkranke auch in späterer Zeit keinen Nachwuchs mehr erzeugen wird. Dann aber scheint es nicht geschwändig, sondern dem Gesetz entsprechend, von seiner Unfruchtbarmachung abzusehen.

(Erbges. Kiel, Beschl. v. 9. Febr. 1935, W Erb 102/34.)

Ber. von OGR. Dr. Grunau, Kiel.

47. § 1 Abs. 2 Ziff. 8 Ges. z. Verh. erbkr. Nachwuchses; Art. 1 Abs. 2 Durchf. v. 5. Dez. 1933. Friedreichsche Ataxie als schwere erbliche körperliche Mißbildung. Körperliche Gebrechlichkeit als Fortpflanzungsunfähigkeit.

Das Erbges. in A. hat auf Antrag des Kreisarztes in B. beschlossen, daß der Zeitungsbote Heinrich U. wegen schwerer erblicher körperlicher Mißbildung unfruchtbar zu machen ist. Gegen diesen Beschluß hat U. Beschw. eingelegt und geltend gemacht, daß seine Mißbildung nicht erblich sei, und daß er auch nicht mehr imstande sei, Nachkommen zu erzeugen. Seine Beschw. mußte Erfolg haben. Die Verhandlung vor dem Erbges. hat ergeben, daß U. an bestimmt gearteten körperlichen Abnormitäten leidet. An Mißbildungen weist er auf: Fingerkontraktur an beiden Händen, links stehen der 3., 4. und 5. Finger fast völlig in die Hand eingeschlagen; beim Anziehen können nur Daumen und Zeigefinger gebraucht werden. Rechts betrifft die Kontraktur hauptsächlich den kleinen Finger, der rechtwinklig gebeugt steht. An der Wirbelsäule besteht hochgradige rechtskonvergente Kyphoskoliose mit Rippenbuckel rechts. Die Füße sind beiderseits zyanotisch (ebenfalls auch die Hände). Deutlicher Hohlfuß beiderseits, links mehr als rechts, beiderseits Friedreich-Behe. Links angeborenete Syndaktilis zwischen der 3. und 4. Zehe. Psychisch ist der Unfruchtbarzumachende freundlich, zugänglich und vernünftig, die intellektuelle Begabung ist gut. Durch das Unfruchtbarmachungsverfahren ist er allerdings in große Erregung gekommen. Er behauptet, in der Jugend stets gesund gewesen zu sein, er habe lange Zeit als Briefträger mühelos 25 km laufen können. Auch heute hünke er nicht, sondern könne sich ganz gut fortbewegen. Die Abnormitäten der linken Hand habe er bei der Geburt an beiden Händen gehabt, an der rechten hätten sie sich allmählich verloren. Den Höcker habe er nicht von Geburt an gehabt; die Rückgratverkrümmung bestehe mit Sicherheit seit den Kinderjahren und habe sich im Laufe der Zeit immer mehr verschlimmert. Etwa seit 1918 leide er an schwerem Bronchialkatarrh mit asthmatischen Beschwerden, deshalb halte er sich jetzt meist zu Hause auf.

Nach dem Gutachten der Psychiatrischen und Nervenklinik der Universität A. fällt das Leiden in das Gebiet der sog. Friedreichschen Ataxie; nach dem neurologischen Befunde wird man annehmen können, daß es sich um eine atypische abortive Form dieses Leidens handelt, entstanden auf der Grundlage einer vererbten Minderwertigkeit bestimmter Teile des Zentralnervensystems. Das Gutachten spricht sich auch dahin aus — und das Erbges. hat sich dem angeschlossen —, daß eine schwere körperliche Mißbildung vorliegt.

Dies Leiden ist auch erblich. Die Mutter des Unfruchtbarzumachenden, die 83 Jahre alt ist, leidet an einer Verkrümmung der kleinen Finger. Sie hat angegeben, daß ähnliche Fingermißbildungen bei ihrer Mutter und bei mehreren Mitgliedern der mütterlichen Familie vorgekommen seien. Die beiden unehelichen Kinder des Unfruchtbarzumachenden, 15jährige, offenbar eineiige Zwillinge, haben wie der Vater eine ausgesprochene Kyphoskoliose der Wirbelsäule. Ihre Hände sind auffällig zierlich und klein, jedoch sind hier bisher keine Kontrakturen vorhanden. Beide Füße sind mißgebildet; sie sind verkürzt und haben eine außergewöhnlich starke Wölbung; die große Zehe ist nach oben gebogen (Friedreichscher Fuß). Die Muskulatur ist dürrig und der Tonus herabgesetzt, die Sehnenreflexe fehlen. Da in der Familie ihrer Mutter keine ähnlichen Erscheinungen vorhanden sind, hat sich auf beide das Leiden des Vaters vererbt.

Die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 Ziff. 8 Unfr. G. liegen also bei U. vor.

Trotzdem hält das Erbges. die Unfruchtbarmachung U. nicht für zulässig. Denn nach Art. 1 Abs. 2 Durchf. v. 5. Dez. 1933 soll ein Antrag auf Unfruchtbarmachung nicht gestellt werden, wenn der Erbkranke infolge hohen Alters oder aus anderen Gründen nicht fortpflanzungsfähig ist. Demgemäß hat auch das Erbges. in solchem Falle, wenn der Antrag trotzdem gestellt wird, von der Anordnung der Unfruchtbarmachung abzusehen. Das Gutachten der Nervenklinik ergibt nun, daß U., der bereits 61 Jahre alt ist, durch die schweren körperlichen Abnormitäten sowie durch den schweren chronischen Bronchialkatarrh mit asthmatischen Erscheinungen derartig gebrechlich ist, daß er nicht mehr imstande ist, den Geschlechtsverkehr auszuüben, und demnach als nichtfortpflanzungsfähig anzusehen ist. Der Antrag des Kreisarztes, U. unfruchtbar zu machen, war daher zurückzuweisen.

(Erbges. Kiel, Beschl. v. 15. März 1935, W Erb 97/34.)

Ber. von OGR. Dr. Grunau, Kiel.

48. §§ 7 ff. Gef. zur Verhütung erbkranken Nachwuchses; Art. 4 Abs. 2 Durchf. v. 5. Dez. 1933; § 12 FGG. Das Unfruchtbarzumachungsverfahren ist nur soweit rechtmäßig, als der geschäftsunfähige Erbkranke einen gesetzlichen Vertreter hat.

Das ErbgesGer. hat auf Antrag der Unfruchtbarzumachenden selbst und des Kreisarztes in Sch. beschlossen, daß die berufsjose Marie S. wegen angeborenen Schwachsinns unfruchtbar zu machen ist. Gegen diesen Beschluß haben die Eltern der Unfruchtbarzumachenden Beschw. eingelegt. Diese Beschw. mußte zur Zurückverweisung der Sache führen.

In dem amtsärztlichen Gutachten des Kreisarztes ist ausdrücklich betont worden, daß die Unfruchtbarzumachende geschäftsunfähig ist. Wenn auch außer ihr noch der Kreisarzt einen Antrag auf Unfruchtbarzumachung gestellt hat und wenn auch nach dem Untersuchungsergebnis nicht viele Zweifel an der Richtigkeit der Diagnose bestehen können, so erscheint es doch grundsätzlich unzulässig, ein gerichtliches Verfahren, welches einen körperlichen Eingriff zur Folge hat, durchzuführen, ohne daß der Unfruchtbarzumachenden selbst oder, falls diese sich selbst nicht genügend zu vertreten vermag, ihrem gesetzlichen Vertreter Gelegenheit zur Äußerung gegeben worden ist. In allen Fällen, in denen es sich um die Unfruchtbarzumachung eines nicht unter elterlicher Gewalt oder Vormundschaft stehenden Geschäftsunfähigen handelt, ist für den Geschäftsunfähigen ein Vormund oder ein Pfleger zu bestellen (so ErbgesObGer. Darmstadt: JW. 1935, 214). Das ist schon deshalb erforderlich, weil nach dem Gesetz dem Unfruchtbarzumachenden das Recht der Beschw. eingeräumt ist. Dieses Recht aber wird ihm genommen, wenn kein gesetzlicher Vertreter bestellt ist, denn er selbst hat als Geschäftsunfähiger kein Beschwerderecht; er darf aber infolge seines geistigen Zustandes nicht schlechter gestellt sein als ein geistig gesunder. Man darf auch nicht darauf hinweisen, daß im vorl. Falle die Eltern des Erbkranken, ihre gebotenen Vertreter und Pfleger, überall ihre Rechte gleich einem gesetzlichen Pfleger wahrgenommen haben. Gerade das einem bestellten Pfleger zustehende Recht der Beschw. steht ihnen ja nicht zu.

Es mag auch darauf hingewiesen werden, daß die Bestellung eines Pflegers noch aus einem anderen Grunde wünschenswert ist: Das Gesetz legt Wert darauf, daß die Anträge auf Unfruchtbarzumachung möglichst von dem Unfruchtbarzumachenden selbst oder einem gesetzlichen Vertreter gestellt werden, damit die Statistik kein schiefes Bild über die Zahl der freiwillig gestellten Anträge ergibt. Hat aber ein geschäftsunfähiger Erbkranker ohne Pfleger und ohne vormundschaftsgerichtliche Genehmigung den Unfruchtbarzumachungsantrag gestellt, so liegt ein wirksamer freiwilliger Antrag nicht vor.

Das ErbgesGer. wird im erneuten Verfahren daher der Erbkranken die Möglichkeit der Anhörung verschaffen müssen.

(ErbgesObGer. Kiel, Beschl. v. 9. Febr. 1935, Wg 38/35.)

Ber. von OBR. Dr. Grunau, Kiel.

49. § 12 Abs. 1 u. 2 Gef. zur Verhütung erbkranken Nachwuchses; Art. 6 Abs. 3 Durchf. v. 5. Dez. 1933. Eine Schwangerschaftsunterbrechung ist jedenfalls dann unzulässig, wenn sie später als im siebenten Monat vorgenommen werden soll und wenn mit ihrer Vornahme Lebensgefahr für die Mutter verbunden ist. Bei einer erbkranken Schwangeren sind Entbindung und Unfruchtbarzumachung zugleich vorzunehmen. †)

Die unfruchtbarzumachende Frieda A. hat beantragt, daß sie wegen angeborenen Schwachsinns unfruchtbar zu machen ist. Ihrem Antrage hat sich der zuständige Kreisarzt angeschlossen. Das ErbgesGer. in F. hat die Unfruchtbarzumachung angeordnet und hat in diesem Beschluß auch zum Ausdruck gebracht, daß es sich nicht für befugt halte, die bestehende Schwangerschaft zu unterbrechen. Gegen diesen Beschluß haben die Unfruchtbarzumachende und der ihr für das Unfruchtbarzumachungsverfahren vom VormGer. bestellte Pfleger Beschw. eingelegt, insoweit das ErbgesGer. nicht die Unterbrechung der Schwangerschaft angeordnet hat, und haben beantragt, daß das ErbgesObGer. die Unterbrechung der Schwangerschaft ausspreche. Das ErbgesObGer. hat es dahingestellt gelassen, ob die Beschw. überhaupt zulässig ist, hat sie vielmehr als unbegründet mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß die Erbkranke nicht vor, aber doch zugleich mit der Geburt des von ihr erwarteten Kindes unfruchtbar zu machen ist.

Die Frage, ob eine Schwangerschaft überhaupt trotz § 218 StGB. unterbrochen werden darf, wird in Praxis und Wissenschaft verschieden beantwortet. Diejenige Lehre, welche die Unterbrechung der Schwangerschaft aus eugenischer Indikation erlaubt, beruft sich zur Begr. ihrer Ansicht auf die sog. Güterabwägungstheorie. Das

RG. hat nämlich zur Frage der Schwangerschaftsunterbrechung aus medizinischer Indikation ausgesprochen, daß, wenn zwei rechtlich geschützte Güter in Widerstreit geraten und nur eins auf Kosten des anderen erhalten werden kann, das höherwertige auf Kosten des geringwertigen zu erhalten ist (RGSt. 61, 242). Diese Meinung des RG. über die Schwangerschaftsunterbrechung aus medizinischer Indikation wird nun auf die Schwangerschaftsunterbrechung aus eugenischer Indikation mit der Begr. übertragen, daß beim Widerstreit zwischen dem Leben eines wahrscheinlich erbkranken Nasciturus und dem Leben und der Gesundheit der deutschen Nation das letztere den Vorrang beanspruchen dürfe und damit die Beseitigung des erbkranken Nasciturus erlaubt sei. Diese, u. a. von Schaffstein (JW. 1934, 1883 ff.) und vom ErbgesGer. in Hamburg (JW. 1935, 215, 218) vertretene Ansicht hat damit zur ersten Voraussetzung, daß durch die Schwangerschaftsunterbrechung der erbkranke Nasciturus beseitigt und damit die gesundheitliche Haltung der Nation verbessert wird. Es kann zunächst dahingestellt bleiben, ob diese Ansicht richtig ist. Jedenfalls kann auch nach ihr die Schwangerschaftsunterbrechung keinesfalls erlaubt sein, wenn dieser Erfolg, Ausmerzung einer Erbkrankheit, nicht erzielt werden kann. Das ist der Fall.

Nach der von der Erbkranken überreichten Bescheinigung des Dr. W. v. 5. Febr. 1935 ist nämlich die Entbindung der Unfruchtbarzumachenden Mitte März 1935 zu erwarten. Steht die Entbindung aber so kurz bevor, so würde die Unterbrechung der Schwangerschaft nach dem Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. Sch. lediglich den Erfolg haben, daß die Geburt des Kindes beschleunigt wird, daß dieses aber, wenn auch nicht voll ausgetragen, so doch aller Wahrscheinlichkeit nach lebensfähig infolge der Operation zur Welt kommt. Die Schwangerschaftsunterbrechung würde daher lediglich eine Beschleunigung der Geburt zur Folge haben. Es ist also im vorl. Fall ein Widerstreit zwischen dem Leben des Nasciturus und der Gesundheit der Nation überhaupt nicht vorhanden, und es würde die Operation der Schwangerschaftsunterbrechung ein absolut untaugliches Mittel zur Gesundung der Nation sein.

Auch abgesehen hiervon wäre das ErbgesObGer. nicht in der Lage, die Unterbrechung der Schwangerschaft anzuordnen. Es ist nämlich, wenn die Schwangerschaft später als in ihrem dritten Monat unterbrochen wird, im Zweifel mit der Unterbrechung der Schwangerschaft eine Gefährdung des Lebens der Mutter verbunden, und solche Gefahr kann nur dann nicht angenommen werden, wenn diese im besonderen Fall durch ärztliche Untersuchung als nicht bestehend festgestellt worden ist. Solche Untersuchung hat hier nicht stattgefunden. Nach Art. 1 Abs. 2 und Art. 6 Abs. 3 UnfrG. ist jedoch eine Unfruchtbarzumachung dann verboten, wenn das Leben des Unfruchtbarzumachenden durch den Unfruchtbarzumachungsgriff gefährdet wird. Ist solche Vorschr. für den Eingriff der Unfruchtbarzumachung ausdrücklich festgelegt, so muß sie auch für den anderen hier in Betracht kommenden Eingriff, nämlich den der Schwangerschaftsunterbrechung, gelten. In solchem Falle ist es nicht nur das Recht, sondern sogar die Pflicht des ErbgesGer., ausdrücklich auszusprechen, daß die Unfruchtbarzumachung bis zur Behebung der Lebensgefahr unterbleibt.

Nach dem UnfrG. muß aber andererseits dafür gesorgt werden, daß die Schwangere nicht alsbald nach der Geburt wiederum ein Kind empfängt. Das kann nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft am besten dadurch verhütet werden, daß die Entbindung und die Unfruchtbarzumachung in einer Tätigkeit operativ vorgenommen werden. Wenn auch inselbessenen nicht nur die Unfruchtbarzumachung, sondern auch die Entbindung in solchem Falle in einer Anstalt gem. § 11 UnfrG. vorgenommen werden muß, die zugleich zur Vornahme der Unfruchtbarzumachung befugt ist, und wenn auch das Gesetz über die Kosten der Entbindung für solchen Fall nichts bestimmt, so kann dadurch doch nicht dem Gericht ersaßt werden, den genauen Zeitpunkt, bis zu welchem die Unfruchtbarzumachung ausgeführt wird, beschlußmäßig festzulegen.

Infolgedessen mußte die Beschw. der Erbkranken zurückgewiesen werden, es mußte aber mit Rücksicht auf die Schwangerschaft der Erbkranken in Berücksichtigung des Beschlusses des ErbgesGer. der Zeitpunkt der Unfruchtbarzumachung festgelegt werden.

(ErbgesObGer. Kiel, Beschl. v. 9. Febr. 1935, Wg 31/35.)

Ber. von OBR. Dr. Grunau, Kiel.

Anmerkung: Zu beachten ist jetzt die neue Fassung des Art. 6 Abs. 3 der D. zur Ausführung des Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses v. 5. Dez. 1933:

„Ist der Eingriff nach Urteil des ausführenden Arztes wegen besonderer Umstände mit Lebensgefahr für den Erbkranken verbunden oder aus einem anderen wichtigen gesundheitlichen Grunde nicht alsbald durchführbar, so kann der zuständige Amts-

arzt auf Antrag des Arztes, der den Eingriff ausführen soll, anordnen, daß die Bornahme des Eingriffs einstweilen unterbleibt. Die Aussetzung erfolgt auf bestimmte Zeit. Wiederholte Aussetzung ist zulässig. Die Aussetzung ist dem ErbgesGer. anzuzeigen" (Dritte BD. zur Ausführung des Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses v. 25. Febr. 1935).

Dr. R.

\*

**50.** §§ 12 Abs. 2, 9, 8, 2 Ges. zur Verhütung erbkranken Nachwuchses; Art. 4 Abs. 2 DurchfBD. dazu vom 5. Dez. 1933; § 19 FGG. Das Recht zur Beschwerde gegen den die Wiederaufnahme ablehnenden Beschluß untersteht denselben Vorschriften wie das Recht zur Beschwerde gegen den Unfruchtbarzumachungsbeschluß.

Das ErbgesGer. in R. hat auf Antrag des Kreisarztes in R. und des Vormundes, der hierzu die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erhalten hat, durch Beschl. v. 3. Jan. 1935 die Unfruchtbarzumachung des Kaufmanns Walter S. angeordnet. S. hat, nachdem dieser Beschluß rechtskräftig geworden war, die Wiederaufnahme des Verfahrens angeregt. Das ErbgesGer. in R. hat durch Beschl. v. 1. Febr. 1935 den Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens zurückgewiesen. Gegen diesen Beschluß hat S. Beschw. eingelegt und bestritten, daß er an schwerem Alkoholismus leide. Seine Beschw. mußte als unzulässig verworfen werden.

Allerdings ist die Frage der Beschwerdeberechtigung gegen den die Wiederaufnahme des Verfahrens ablehnenden Beschluß im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt. Es kann jedoch nicht zweifelhaft sein, daß einmal für die Beschwerdemöglichkeit überhaupt gemäß Art. 4 Abs. 2 DurchfBD. v. 5. Dez. 1933 zum UnfrG. der § 19 FGG. gilt, und sodann, daß für das Beschwerdeverfahren dieselben Grundzüge zu gelten haben, welche für das Verfahren betreffend die Beschw. gegen den Unfruchtbarzumachungsbeschluß im Gesetz enthalten sind. Danach ist aber (vgl. §§ 9, 8, 2 UnfrG.) der Unfruchtbarzumachende dann nicht beschwerdeberechtigt, wenn er nicht antragsberechtigt ist. Und antragsberechtigt ist er dann nicht, wenn er wegen Geisteschwäche entmündigt worden ist. Da nun S. wegen Geisteschwäche vom AG. in R. entmündigt worden ist, fehlt ihm ein derartiges Antrags- und damit auch ein Beschwerdeberecht. Ob er die Aufhebung der Entmündigung beantragt hat, ist unerheblich.

(ErbgesDbGer. Kiel, Beschl. v. 11. April 1935, Wg 74/35.)

Ber. von OLGK. Dr. Grunau, Kiel.

\*

## München

**51.** Ges. zur Verhütung erbkranken Nachwuchses v. 14. Juli 1933. Recht auf Gehör. Bei Geschäftsunfähigkeit muß ein Pfleger bestellt und im Verfahren gehört werden. Örtliche Zuständigkeit. †)

Das ErbgesGer. beim AG. R. hat mit Beschluß v. 12. Mai 1934 die Unfruchtbarzumachung des M. angeordnet. Auf Beschw. des Pflegers des M. hat das ErbgesGer. für den OLGBezirk München den Beschluß durch Beschl. v. 10. Okt. 1934 aufgehoben und die Sache zur weiteren Behandlung an das ErbgesGer. beim AG. R. verwiesen.

Im Jan. 1934 hat die Psych.- und Nervenklinik M. den Antrag an das ErbgesDbGer. beim AG. R. gestellt, den M. unfruchtbar zu machen, weil er an der im § 1 Abs. 2 unter Nr. 2 Ges. zur Verhütung erbkranken Nachwuchses v. 14. Juli 1933 aufgeführten Erbkrankheit leidet. Die Klinik ging von der Annahme aus, daß M. seinen Wohnsitz im Bezirk des AG. R. habe; sie hatte ferner erklärt, daß M. geschäftsunfähig sei, M. konnte daher persönlich nicht von der Einleitung des Verfahrens verhandelt werden, es wurde vielmehr die Aufstellung eines Pflegers für M. in die Wege geleitet. Die Aufstellung des Pflegers verzögerte sich. Erst am 21. Juni 1934 wurde B. als Pfleger für M. bestellt.

In der Zwischenzeit ist mit dem angefochtenen Beschluß die Unfruchtbarzumachung des M. angeordnet worden. M., mit dem eine Verständigung nicht möglich war, konnte zu dem Antrag nicht gehört werden. Er befindet sich nun in der Heil- und Pflegeanstalt in R.

Die Beschw. wurde damit begründet, daß nach den persönlichen Verhältnissen des M. eine Unfruchtbarzumachung nicht erforderlich sei, weil die Gefahr einer Vererbung seines Zustandes ausgeschlossen sei. Weiter verlangte der Pfleger, daß ihm bei weiterer Behandlung des Falles die persönliche Anwesenheit oder das Auftreten eines Vertreters gestattet werde.

Die Beschw. ist an sich statthaft und in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt; sie ist daher in formeller Hinsicht nicht zu beanstanden. Auch sachlich erwies sie sich als begründet.

Nach dem Gutachten der Direktion der Heil- und Pflegeanstalt in R. war M., dessen Geschäftsunfähigkeit bereits von der Psych. Klinik in R. bestätigt war, auch noch im Laufe des Monats Mai 1934 geschäftsunfähig.

Er konnte selbst also nicht zu dem eingeleiteten Verfahren Stellung nehmen. Auch war ihm z. B. der Erlassung des angefochtenen Beschlusses noch kein gesetzlicher Vertreter bestellt.

Rechtswirksame Einwendungen gegen den gestellten Antrag konnten also nicht vorgebracht werden, und es bestand für M. keine Möglichkeit der Ausübung des auch für das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit gegebenen Rechtes auf Gehör. Diese Möglichkeit muß aber bei dem erheblichen Eingriff, den die Unfruchtbarzumachung bedeutet, nach dem Sinn des Ges. v. 14. Juli 1933 auch für das gegenwärtige Verfahren gegeben sein. Der Pfleger hat auch geltend gemacht, daß ihm Gelegenheit gegeben werde, im weiteren Verfahren die Rechte seines Pfleglings wahrzunehmen. Er hat ferner nicht etwa das bisherige Verfahren genehmigt, sondern die Beschwerde ausdrücklich auf die Tatsache der Geschäftsunfähigkeit und die mangelnde Vertretung seines nummehrigen Pfleglings erstreckt.

Er hat ferner vorgebracht, daß M. im Bezirke des AG. R. niemals seinen Wohnsitz hatte, sondern sich in diesem Gerichtsbezirk nur vorübergehend zur Erholung befand. Der Wohnsitz des M. sei vielmehr in N.

Hiernach mußte der angefochtene Beschluß wegen der gerügten mangelnden Vertretung des M. aufgehoben werden. Eine Zuständigkeit des ErbgesGer. R. bestand nach dem zutreffenden Vorbringen des Pflegers nicht und besteht auch nicht für das weitere Verfahren. § 4 FGG. ist hierher nicht einschlägig. Die Sache war daher zur weiteren Behandlung an das ErbgesGer. beim AG. N., in dessen Bezirk M. seinen Wohnsitz hat, zu verweisen.

(ErbgesDbGer. München, Beschl. v. 10. Okt. 1934.)

Ber. von RA. Dr. Dieß, München.

**Anmerkung:** Zu beachten sind: Art. 2 der 3. BD. zur Ausführung des Ges. zur Verhütung erbkranken Nachwuchses vom 25. Febr. 1935:

1. Einem Unfruchtbarzumachenden, der wegen krankhaften Geisteszustandes seine Belange nicht selbst wahrnehmen kann, ist von dem ErbgesGer. für dieses Verfahren ein Pfleger zu bestellen. Der Pfleger hat die Stellung eines gesetzlichen Vertreters. Der Unfruchtbarzumachende steht einer wegen Geisteschwäche entmündigten Person gleich. Der Pfleger bedarf zur Stellung des Antrags auf Unfruchtbarzumachung nicht der Genehmigung des VormG.

2. Ein Pfleger soll nicht bestellt werden, wenn der Unfruchtbarzumachende unter elterlicher Gewalt oder unter Vormundschaft steht, oder einen Pfleger für seine Person erhalten hat.

3. In dem dem Antrag auf Unfruchtbarzumachung beizufügenden ärztlichen Gutachten ist auch zu der Frage Stellung zu nehmen, ob die Bestellung eines Pflegers nach Abs. 1 erforderlich ist.

4. Die Pflegschaft endigt, falls das Gericht sie nicht früher aufhebt, mit der Durchführung der Unfruchtbarzumachung oder der endgültigen Ablehnung des Antrags.

5. Der Pfleger erhält Ersatz seiner notwendigen baren Auslagen aus der Staatskasse.

Dr. Ruttke, Berlin.

\*

## Rauenburg

**52.** § 7 des Ges. v. 14. Juli 1933. Der Unfruchtbarzumachende und sein Vertreter haben keinen Anspruch darauf, daß die Sachverständigen und Zeugen in ihrer Gegenwart vernommen werden.

Es handelt sich nicht um ein Verfahren im Parteibetrieb, sondern um ein Ermittlungsverfahren (§ 7 des Ges.). Für dieses Verfahren finden die Vorschriften des FGG. ergänzend und sinngemäß Anwendung. Die Vorschriften der ZPO. finden nur für die Verfahrensvorgänge, für die sie ausdrücklich herangezogen sind, Anwendung. Eine ergänzende oder entsprechende Anwendung der ZPO. findet nicht statt (Art. 4 der BD. v. 5. Dez. 1933). Demnach finden diejenigen Vorschriften der ZPO. nicht Anwendung, die die Rechte der Parteien bei der Beweisaufnahme regeln. Ebenjowenig können Vorschriften der ZPO. angewendet werden für die Aussetzung des Verfahrens und die Wiederaufnahme desselben. Erfolgt die Ermittlung durch die Volkstribünen, so halten Zeugen und Sachverständige mit ihren Angaben häufig zurück. Es ist deshalb in solchen Fällen angebracht, die Amtsgerichte um Vernehmung zu ersuchen, weil anzunehmen ist, daß die Zeugen und Sachverständigen gegenüber der Autorität des Gerichts sich zu wahrheitsgemäßer und vollständiger Aussage veranlaßt sehen.

Für die Ärzte ist die Schweigepflicht aufgehoben und schon deshalb im Interesse der Kranken nicht wünschenswert, daß diese seine Angaben über ihre Krankheit nicht anhören.

(ErbgesDbGer. Naumburg, Beschl. v. 7. März 1935, Wg 323/34.)  
Ber. v. OLG. Dr. Wahle, Naumburg a. S.

\*

**53.** § 12 Abs. 2 des Ges. v. 14. Juli 1933. Für die Entsch. über Anträge auf Wiederaufnahme des Verfahrens ist das ErbgesGer. zuständig.

Nach § 12 II des Ges. v. 14. Juli 1933 hat das ErbgesGer. das Verfahren wieder aufzunehmen und die Ausföhrung der Unfruchtbarmachung vorläufig zu unterlagen, wenn sich Umstände ergeben, die eine nochmalige Prüfung des Sachverhaltes erfordern. Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist für die Entscheidung über den Antrag auf Wiederaufnahme das ErbgesGer. zuständig. Es sind keine Bestimmungen über die Zuständigkeit getroffen wie in der ZPO. bei Nichtigkeits- und Restitutionsklagen. Im übrigen finden in dem Verfahren vor dem ErbgesGer. die Vorschriften des ZOG. ergänzend Anwendung (Art. 4 II WD. v. 5. Dez. 1933). Vorschriften der ZPO. sind nur in den im Gesetz bestimmten Fällen anzuwenden (§§ 7, 9 ZOG.). Wenn im Gesetz bestimmt ist, daß das ErbgesGer. das Verfahren wieder aufzunehmen hat, so kann damit nicht das ErbgesDbGer., auch nicht der Vorsitzende des ErbgesGer. gemeint sein. Mit der Entsch. des ErbgesDbGer. ist das Verfahren beendet (§ 10 III ZOG.).

Die Wiederaufnahme bedeutet eine Wiederholung des Verfahrens mit zwei Instanzen. Deshalb muß das ErbgesGer. über einen solchen Antrag durch Beschluß des Gerichts entscheiden. Da es im Gesetz nicht vorgesehen ist, kann einen solchen Beschluß der Vorsitzende allein nicht fassen. Es wird jedoch nichts im Wege stehen, um dem Antragsteller nicht den Erfolg seines Antrages zu nehmen und deshalb Eile geboten ist, daß der Vorsitzende vorläufig die Ausföhrung der Unfruchtbarmachung nach § 12 II ZOG. untersagt. Es ist auf die dem Antragsteller gesetzlich gewährten Rechte Rücksicht zu nehmen, wenn dadurch auch das Verfahren verzögert wird und das Vorgehen des Antragstellers als Sabotierung des Gesetzes gedeutet werden könnte. Dies könnte in Frage kommen, wenn solche Anträge mit gleicher Begründung wiederholt gestellt werden. Dann würde das Gericht es in der Hand haben, sofort ablehnend zu entscheiden und von der Unterfagung der Unfruchtbarmachung abzuweisen.

Befindet sich der Unfruchtbarzumachende bereits in einer geschlossenen Anstalt, so kann nach Art. 1 der WD. v. 25. Febr. 1935 verfahren werden.

Besteht die Gefahr, daß der Unfruchtbarzumachende sich in der Zeit fortpflanzt oder daß er sich der Unfruchtbarmachung entziehen wird, so kann nach Art. 4 III der WD. v. 5. Dez. 1933 verfahren werden. Auch für dieses Verfahren ist das ErbgesGer. zuständig, solange das Verfahren vor ihm schwebt.

(ErbgesDbGer. Naumburg, Beschl. v. 7. März 1935, Wg 251/34.)  
Ber. v. OLG. Dr. Wahle, Naumburg a. S.

\*

### Zweibrücken

**54.** § 1 Ziff. 2 Ges. zur Verhütung erbkranken Nachwuchses. Angeborener Schwachsinn und Schwachsinn infolge exogener Ursachen.

Gegen den die Unfruchtbarmachung der Grete K. wegen angeborenen Schwachsinns anordnenden Beschluß des ErbgesGer. hat die Pflegerin Beschw. eingelegt. Diese Beschw. wurde von dem Vater der Grete K. wie folgt begründet: In der Familie der Eltern der Grete K. seien noch keine Fälle von Geisteschwäche vorgekommen. Im Jahre 1908 sei Grete K., als sie drei Jahre alt gewesen, von einem Metzgerwagen in Pirmasens erfasst worden, wobei der Wagen über ihre Beine gefahren sei. Auch sei sie von dem Wagen mitgeschleift und dabei am Hinterkopf erheblich verletzt worden. Nach der Heilung sei Grete von Kindern im Hause rückwärts die Treppe hinabgestoßen worden, wobei sie wieder am Hinterkopf verletzt worden sei. Es liege sonach bei seiner Tochter kein angeborener Schwachsinn vor.

Die Beschw. ist nicht begründet.

Zunächst ist festzustellen, daß der mitersehene Vater der Grete K. bei Schilderung des Unfalls seiner Tochter i. J. 1908 nichts davon erwähnt, daß diese damals von dem Wagen mitgeschleift wurde und daß sie dabei am Hinterkopf verletzt worden sei. Die Grete K. selbst, die damals ja erst drei Jahre alt gewesen sein soll, und an dem Unfall, selbst wenn er sich zugetragen haben sollte, sicher keine Erinnerung mehr hat, gibt an, daß der Wagen lediglich über ihr Bein gegangen sei. Sie gibt sicherlich nichts anderes an, als was sie selbst von ihren Eltern gehört hat. In der Be-

schwerdebegründung ist weiter nicht davon die Rede, daß Grete K. damals, als sie die Stiege hinabgestoßen wurde, eine Gehirnerschütterung davongetragen hätte. Diese wird vom Vater heute neu vorgebracht. Nach Zeugen für seine Behauptungen gefragt, kann er sich nur auf das Zeugnis seiner Frau berufen. Der damals beigezogene Arzt sei gestorben. Das Gericht schenkt dem Vorbringen des Vaters der Grete K. keinen Glauben, da er doch sicherlich, wenn die Unfälle das von ihm geschilderte Ausmaß gehabt hätten, Zeugen für seine Aufstellungen beizubringen in der Lage wäre, z. B. den Eigentümer des Wagens und des Pferdes und Mitbewohner des Hauses. Exogene Ursachen eines bei Grete K. etwa bestehenden Schwachsinns haben sonach auszuschließen. Bezüglich der Frage, ob bei Grete K. überhaupt Schwachsinn vorliegt, kommt folgendes in Betracht:

Grete K. hat die Hilfsschule besucht. Ihre beim Amtsarzt vorgenommene Intelligenzprüfung ergab einen sehr großen Tiefstand an Schul- und Allgemeinwissen, sie hat keine Begriffs- und Urteilsbildung sowie so gut wie gar keine Merkfähigkeit gezeigt. Das gleiche Resultat ergab die Intelligenzprüfung am ErbgesGer. Auch das ErbgesDbGer. stellte fest, daß die geistigen Leistungen Gretes K. ganz minderwertig sind. Sie kann nicht lesen, höchstens mit einstelligen Zahlen einige Rechnungen lösen. Sie hat keine Kombinationsgabe und keine Urteilsbildung. Es bestehen bei ihr ganz erhebliche Intelligenzdefekte. Ein solcher Schwachsinn, wie er bei Grete K. besteht, wird auch nicht durch Unfälle, wie Fallen auf den Kopf, in derartig hohem Maße ausgelöst. Unfälle der bezeichneten Art vermögen, insbes. bei Kindern, keine so hochgradigen Veränderungen im Gehirn hervorzurufen, daß sich alsbald ein Schwachsinn in einem derartigen Ausmaß herausbildet, wie er bei der Untersuchten besteht. Der Ansicht einer exogenen Ursache des Schwachsinns könnte erst dann beigetreten werden, wenn bei der Grete K. epileptische Anfälle auf Grund der angeblich erlittenen Unfälle beobachtet worden wären, so daß auf dem Wege des epileptischen Status ein sekundärer Schwachsinn eingetreten wäre. Der bei der Grete K. vorhandene Schwachsinn kann sonach nur angeboren sein. Im übrigen hat der Vater der Grete K. auf das Gericht selbst einen schwachsinigen Eindruck gemacht.

(ErbgesDbGer. Zweibrücken, Beschl. v. 8. Febr. 1935, BR 571 (189)/34.)

Ber. von OLG. Dr. Riesel, Zweibrücken.

\*

**55.** Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses. Widerruf des Beschwerdeverzichtes ist wirkungslos Wiederaufnahme des Verfahrens nach § 12 Abs. 2 UnfrG.

Die Unfruchtbarmachung der E. S. wegen angeborenen Schwachsinns gem. § 1 Abs. 2 Nr. 1 UnfrG. ist angeordnet worden. Der Beschluß wurde ihr und ihrem Vormund, dem Amtsvormund der Stadt L., zugestellt. Der Amtsarzt und der Amtsvormund verzichteten mit schriftlicher Erklärung auf Beschwerde. Der Amtsvormund widersprach seinen Beschwerdeverzicht schriftlich und erhob Beschwerde. Weiter legte Sch., welcher mit der Mutter der E. S. ein Verhältnis hat, Beschw. ein und behauptete in der mündlichen Verhandlung, vom Amtsvormund hierzu mündlich bevollmächtigt zu sein. Außerdem legte er Vollmacht der Mutter der E. S. vor.

Die Beschw. des Amtsvormundes ist unzulässig. Er ist zwar nach §§ 9, 8 Satz 5, 2 UnfrG. beschwerdeberechtigt. Seine Beschw. wurde auch rechtzeitig und in gehöriger Form eingereicht. Er hatte aber, wie bereits oben erwähnt, auf Beschw. rechtswirksam verzichtet. Das gleiche tat der Amtsarzt. Damit wurde der Beschluß rechtskräftig, nachdem alle zur Beschw. Berechtigten darauf ausdrücklich verzichtet hatten.

Der vom Amtsvormund erklärte Widerruf des Beschwerdeverzichtes ist wirkungslos. Bei der Prüfung der Frage nach der Zulässigkeit eines derartigen Widerrufs ist nach Art. 4 Abs. 2 Ausföhrd. v. 5. Dez. 1933 von den Vorschriften des ZOG. auszugehen. Eine ausdrückliche einschlägige Bestimmung enthält dieses Gesetz nicht. Schlegelberger, ZOG., 2. Aufl., § 21 Anm. 7 Abs. 3 vertritt im Zusammenhang mit der Beschw. nach § 19 ZOG. den Standpunkt, daß ein Widerruf der bei Gericht eingegangenen Rücknahmeerklärung wirkungslos ist. Anderer Ansicht ist Josef: ZBP. 42, 45. Er sagt: „Hat in der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Beschw. die Rücknahme der Beschw. erklärt und behauptet er sodann, daß er diese Erklärung irrtümlich abgegeben habe, sie gar nicht habe abgeben wollen, so findet § 119 BGB., da jene Erklärung keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung war, zwar nicht unmittelbar, wohl aber mittelbar dahin Anwendung, daß die Rücknahmeerklärung als nichtig anzusehen ist. Das Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit hat folglich die Nichtigkeit der nachträglichen Behauptung zu prüfen und, wenn der Beteiligte sie erweist, über die Beschw. so zu befinden, als ob sie niemals zurückgenommen worden wäre.“ Er will also eine Aufhebung der Rücknahmeerklärung wegen Irrtums zulassen. Es macht

selbstverständlich keinen Unterschied, ob es sich um die Zurücknahme der Beschw. oder um einen Verzicht handelt.

Im vorl. Falle kann aber § 119 BGB. schon deshalb keine Anwendung finden, weil seine Voraussetzungen nicht gegeben sind. Der Amtsvormund behauptet nicht, daß er bei Abgabe der Verzichts-erklärung über deren Inhalt im Irrtum war und eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte. Er macht vielmehr geltend, er habe von dem Ergebnis der ärztlichen Untersuchung und der mündlichen Verhandlung vor dem ErbgesGer. keine Kenntnis gehabt, noch sei ihm der tatsächliche Zustand seines Mündels bekannt gewesen. Sein Irrtum erstreckte sich also nur auf Umstände, welche der Erklärung vorausgingen, d. h. auf den Beweggrund. Ein solcher Irrtum kann aber eine Anfechtung nach § 119 BGB. nicht rechtfertigen.

Das ErbgesGer. gelangte deshalb zu dem Ergebnis, daß der Widerruf des Beschwerdeverzichts unzulässig ist. An dieser Stellungnahme wird auch durch die Tatsache nichts geändert, daß der Widerruf des Beschwerdeverzichts und die Einlegung der Beschw. noch innerhalb der Beschwerdefrist des § 9 UnfrG. erklärt wurde. Nachdem einmal der Beschluß rechtskräftig geworden war, konnte dessen Rechtskraft auch durch eine rechtzeitige Beschw. nicht mehr beseitigt werden. Die Beschw. des Amtsvormundes mußte sonach als unzulässig verworfen werden.

Auch der Beschw. des Sch. mußte der Erfolg versagt werden. Sie teilt selbstverständlich das Schicksal der Beschw. des Amtsvormundes, soweit sie in dessen Auftrag erhoben ist. Aber auch soweit die Mutter der E. S. als Auftraggeberin in Frage kommt, ist die Beschw. unzulässig, weil die Mutter E. S. nicht gesetzliche Vertreterin ihrer Tochter und deshalb nach §§ 9, 8 Satz 5, 2 UnfrG. auch nicht beschwerdeberechtigt ist.

Trotzdem kam das ErbgesGer. zur Aufhebung des Beschlusses aus folgenden Gründen:

Das ErbgesGer. erachtete angeborenen Schwachsinn als nachgewiesen auf Grund der Tatsache, daß E. S. in der Hilfsschule war, daß sie bei der vom Amtsarzt und in der mündlichen Verhandlung vorgenommenen Intelligenzprüfung teilweise versagte und der Amtsarzt in seinem Gutachten v. 18. Aug. 1934 die Diagnose auf angeborenen Schwachsinn stellte. Nach Erlaß des Beschlusses des ErbgesGer. wurde aber dem Gericht eine Bestätigung des Arbeitgebers der E. S. vorgelegt, aus welcher hervorgeht, daß sie den an sie als Hausmädchen gestellten Anforderungen bisher vollständig genügt hat. Ferner wurde das Schulzeugnis der Volkshauptschule übergeben. Danach hat E. S. in keinem Falle eine schlechtere Note als 3, d. i. entsprechend. In einem neuerlichen Gutachten v. 30. Sept. 1934 sprach sich der Amtsarzt dahin aus, daß es sich bei E. S. um Schwachsinn leichten Grades handle. Der Sacharzt Dr. H. aber kam auf Grund mehrmaliger eingehender Untersuchung in einem ausführlich begründeten Gutachten v. 19. Jan. 1935 zu dem Ergebnis, daß auch von einem leichten Schwachsinn keine Rede sein könne.

Diese Umstände ließen dem Gericht eine nochmalige Prüfung des Sachverhalts erforderlich erscheinen. Deshalb beschloß es gem. § 12 Abs. 2 UnfrG., das Verfahren wieder aufzunehmen.

Die neuerliche Prüfung führte dazu, daß das ErbgesGer. das Vorliegen von Schwachsinn verneinte. Bei Einweisung in die Hilfsschule war allerdings die Annahme, daß E. S. an angeborenem Schwachsinn leide, gerechtfertigt. Nach dem Personalbogen der Hilfsschule war damals nicht bloß ihr geistiger Zustand geradezu trostlos, sondern auch die Familiengeschichte ließ eine erhebliche erbliche Belastung gegeben erscheinen. Hand in Hand mit der körperlichen Entmündigung machte sie aber dann auch gute geistige Fortschritte. Ihr Wissensstand liegt, wie die vom BeschwG. durchgeführte Intelligenzprüfung bewies, jetzt zweifellos über dem Durchschnitt. Dazu kommt, daß sie der Verhandlung mit großer Aufmerksamkeit sowie mit freiem beweglichem Geist folgte und in jeder Beziehung einen guten Eindruck machte. Offenichtlich lagen die Gründe, welche die Überweisung der E. S. in die Hilfsschule notwendig machten, in ungünstigen häuslichen Verhältnissen und insbes. in der falschen Erziehung durch die Mutter, welche besonders auf sittlichem Gebiete eine völlig haltlose Person zu sein scheint.

Das BeschwG. schloß sich aus den angeführten Gründen unbedenklich dem Gutachten des Dr. H. an und gelangte zu der Überzeugung, daß E. S. nicht schwachsinig ist.

Deshalb war der Antrag auf Unfechtbarmachung der E. S. zurückzuweisen.

(ErbgesGer. Zweibrücken, Beschl. v. 8. März 1935, BR 419 (87)/34.)

Ber. von OWR. Seelos, Zweibrücken.

## Obergericht Danzig

I. § 1620 BGB. Der Vater kann seine Aussteuerpflicht nicht damit abwenden, daß die Tochter sich ein Ehestandsdarlehen hätte beschaffen können.

Fehl geht auch die Einwendung des Bekl., daß der Kl. mit der Beschaffung eines Ehestandsdarlehens sich habe helfen können. Der Bekl. meint, dem Kl. sei sehr wohl zuzumuten gewesen, von der staatlichen Einrichtung des Ehestandsdarlehens Gebrauch zu machen. Von dem Darlehn würden jetzt, da die Ehefrau des Kl. bereits ihr erstes Kind bekommen hätte, schon 25% erlassen sein. Im übrigen sei auch der Gläubiger verpflichtet, dem Schuldner bei der Erfüllung seiner Schuld soweit entgegenzukommen, als er es ohne besondere Nachteile nach Treu und Glauben tun könne. Der Kl. führt dagegen aus, daß er sich nicht mit der Schuld eines Ehestandsdarlehens habe zu belasten brauchen, solange der Bekl. zur Aussteuerung seiner Tochter gesetzlich verpflichtet sei.

Der Rechtsstandpunkt des Bekl. ist nicht haltbar. Der Staat stellt Ehestandsdarlehen nicht zu dem Zwecke zur Verfügung, um den Vater von seiner privatrechtlichen Aussteuerpflicht zu befreien. Inwieweit eine Verpflichtung der Aussteuer forsfällt, wenn tatsächlich bereits ein Ehestandsdarlehen gewährt ist, kann hier dahingestellt bleiben. Die bloße Möglichkeit, daß der Antrag auf Gewährung eines solchen Darlehens gestellt werden kann oder hätte gestellt werden können, kann jedenfalls den Vater nicht entlasten. Entscheidend sind dabei weniger die Rücksichten auf das Verhältnis zwischen Vater und Tochter oder Schwiegersohn. Wollte man nur diese Rücksichten maßgeblich sein lassen, so wäre vielleicht darauf abzustellen, ob der Vater bereit ist, die Alleinschuld oder Mitschuld für das Ehestandsdarlehen zu übernehmen oder sich Tochter und Schwiegersohn gegenüber zu verpflichten, für die Zurückzahlung des Darlehens einzustehen oder sogar sofortige Sicherheit zu leisten. Entscheidend für die Ablehnung des Gedankens, daß der Vater auf solche Weise sich von seiner Aussteuerpflicht befreien könnte, ist der Charakter des Ehestandsdarlehens als eines staatlich-öffentlichen Mittels der Bevölkerungspolitik und der Rassenverbesserung. Es besteht keinerlei öffentliches Interesse daran, daß dieses Mittel auch da in Anspruch genommen wird, wo eine vom Staate gebilligte Ehe — und nur eine solche kommt ja für ein Ehestandsdarlehen überhaupt in Frage — durch Inanspruchnahme privater Mittel, hier solcher des Vaters, ohnehin ermöglicht wird. Es ist natürlich nicht Sache der ordentlichen Gerichte, über die Voraussetzungen der Gewährung eines Ehestandsdarlehens zu entscheiden. Wohl aber dürfen die Gerichte nicht da, wo sie um die Verwirklichung des privatrechtlichen Aussteueranspruches angegangen werden, die Eheleutigen auf öffentliche Mittel verweisen. Dem Vater muß deshalb das Recht, sich auf die Möglichkeit zu berufen, ein Ehestandsdarlehen zu erlangen, grundsätzlich verweigert werden.

(ObGer. Danzig, Urt. v. 13. Febr. 1935, 2 III U 343/34.)

Ber. von SenPräf. Rumpff, Danzig.

## Oberlandesgerichte: Zivilsachen

### Berlin

2. § 1507 BGB. Nach Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft kann jeder einzelne der am Gesamtgut Beteiligten den Antrag auf Erteilung des Zeugnisses über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft stellen.

Der i. J. 1930 verstorbene Landwirt B. hat mit seiner Ehefrau auf Grund Ehevertrages in allgemeiner Gütergemeinschaft gelebt, und nach seinem Tode hat die Witwe die Gütergemeinschaft mit den gemeinschaftlichen Abkömmlingen (sieben Kindern) fortgesetzt. Die Witwe ist i. J. 1932 ebenfalls verstorben. Nunmehr haben drei von den sieben Kindern mit Rücksicht darauf, daß über eine zur Gütergemeinschaft gehörige Hypothek verfügt werden soll, die Erteilung eines Zeugnisses über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft beantragt; in der notariellen Erklärung haben sie eidesstattlich versichert, daß „andere Kinder oder Kindeskinde, die als gemeinschaftliche Abkömmlinge zur gesetzlichen Erbfolge berufen wären“, nicht vorhanden seien und auch nicht vorhanden gewesen seien sowie daß ein Rechtsstreit über den Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft nicht anhängig sei. Die sonst noch erforderlichen Urkunden sind eingereicht worden.

Das NachG. hat nach erfolgloser Zwischenverfügung den Antrag abgelehnt, weil er nicht von sämtlichen Abkömmlingen gestellt ist. Hiergegen haben die Antragsteller Beschw. und, nachdem das BG. diese zu-

rückgewiesen hat, weitere Beschw. eingelegt. Ihr ist stattgegeben worden.

Gem. § 1507 BGB. hat das NachG. dem überlebenden Ehegatten auf dessen Antrag ein Zeugnis über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft zu erteilen; auf dieses Zeugnis finden die Vorschr. über den Erbschein entsprechende Anwendung. Nach der Mspr. des Sen. ist ein solches Zeugnis auch dann zu erteilen, wenn die fortgesetzte Gütergemeinschaft durch den Tod des überlebenden Ehegatten aufgehoben ist und vor der Auseinandersetzung über ein zum Gesamtgute gehöriges Grundstück oder im Grundbuch eingetragenes Recht verfügt werden soll (vgl. RGZ. 41, 52 und SeuffArch. 86 Nr. 240 S. 462 f.). In den angeführten Entsch. hat der Sen. ferner auch die der Stellungnahme der Vorinstanzen zugrunde liegende Rechtsauffassung vertreten, daß in solchem Falle das Antragsrecht, welches bisher dem überlebenden Ehegatten allein zugestanden hat, an dessen Stelle der Gesamtheit der an dem gemeinschaftlichen Vermögen beteiligten Personen, also den Erben des überlebenden Ehegatten und den anteilsberechtigten Abkömmlingen nur gemeinsam zuzubilligen sei. Diesen Standpunkt hat der Sen. jedoch bereits in der in OLG. 40, 157 Anm. 1d erwähnten, aber nicht veröffentlichten Entsch. v. 20. Aug. 1919 (1 X 157/19) nicht mehr aufrechterhalten, mit der Begr., daß es dem Bedürfnisse, weisäufige und kostspielige Erbauweisverhandlungen zu vermeiden, entspreche, auch jedem einzelnen Anteilsberechtigten das Antragsrecht zu gewähren. Im Schrifttum ist meist die frühere Mspr. des Sen. übernommen (vgl. Staubinger, 9. Aufl., § 1507 Anm. 2; Maercker, Nachlassbehandlung 1917 Bd. 2 S. 222 Anm. 11; Brand-Aleff, Nachlass 1934, S. 353); jedoch wird zum Teil auch die andere Ansicht vertreten, daß das Antragsrecht in solchem Falle jedem einzelnen der am Gesamtgut Beteiligten zustehe (vgl. z. B. RMKomm. § 1507 BGB. Anm. 1; ferner auch Planck, § 1507 BGB. Anm. 6, der freilich ungenau nur jeden einzelnen „Abkömmling“ als antragsberechtigt bezeichnet, obwohl außer den Abkömmlingen auch die Erben des nicht überlebenden Ehegatten, die nicht Abkömmlinge zu sein brauchen, am Gesamtgut beteiligt sind, und der sich überdies zu Unrecht zur Unterstützung seiner Auffassung auf RGZ. 41, 52 beruft). Bei nochmaliger Prüfung dieser Rechtsfrage hält der Sen. die frühere Rechtsauffassung, daß der Antrag von sämtlichen anteilsberechtigten Abkömmlingen und Erben gestellt werden müsse, nicht für gerechtfertigt; er gelangt vielmehr zu dem Ergebnis, daß das Antragsrecht jedem einzelnen von ihnen zuzubilligen sei.

Im § 1507 BGB. ist nur die Erteilung des Zeugnisses auf Antrag des überlebenden Ehegatten geregelt. Wenn hierbei nur ihm und nicht auch den Abkömmlingen das Antragsrecht gewährt worden ist, so beruht dies lediglich darauf, daß gem. § 1487 BGB. i. Verb. mit § 1443 BGB. dem überlebenden Ehegatten allein die Verwaltung des Gesamtgutes — in gleicher Weise wie vorher dem Chemann — zusteht, und daß der überlebende Ehegatte nur für gewisse Rechtsgeschäfte und Verfügungen der Zustimmung der übrigen Beteiligten bedarf. Dieser Stellung würde es widersprechen, wenn man neben ihm den Abkömmlingen ein Antragsrecht zubilligen wollte. Der Tod des überlebenden Ehegatten hat jedoch die Folge, daß die fortgesetzte Gütergemeinschaft erlischt (§ 1494 Abs. 1 BGB.) und daß in Ansehung des Gesamtgutes die Auseinandersetzung stattfindet (§ 1497 Abs. 1 BGB.). Bis zur Auseinandersetzung steht die Verwaltung des Gesamtgutes allen an ihm Beteiligten gemeinschaftlich zu (§ 1497 Abs. 2 i. Verb. mit § 1472 Abs. 1); jeder von ihnen ist dem anderen gegenüber verpflichtet, zu Maßregeln mitzuwirken, die zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich sind; die zur Erhaltung notwendigen Maßregeln kann jeder von ihnen ohne Mitwirkung der anderen treffen (§ 1472 Abs. 2). Zwischen den am Gesamtgut Beteiligten besteht also eine Gemeinschaft zur gesamten Hand, die im wesentlichen derjenigen der Erbengemeinschaft entspricht (vgl. § 2038 Abs. 1 BGB.). Insbes. sind die am Gesamtgut Beteiligten einander gleichgestellt und treten die Erben des überlebenden Ehegatten nicht etwa in dessen Vorrechtsstellung ein. Die nur gemeinschaftliche Verfügungsbefugnis führt aber nicht dazu, ihnen auch das Recht zur Stellung des Antrages auf Erteilung eines Zeugnisses gem. § 1507 BGB. nur gemeinschaftlich zuzubilligen. Vielmehr bestehen keine Bedenken, insoweit den § 2357 Abs. 1 Satz 2 BGB. entsprechend anzuwenden, wonach jeder einzelne Miterbe zur Stellung des Antrages auf Erteilung eines Erbscheins befugt ist. Die vom LG. hiergegen geltend gemachten Gründe erscheinen sämtlich nicht stichhaltig. Das LG. meint zunächst, es gehe nicht an, den § 2357 Abs. 1 Satz 2 BGB. nunmehr für anwendbar zu erklären, während er bei Lebzeiten des Ehegatten keine Anwendung finde. Ist aber der Grund, aus dem der § 2357 Abs. 1 Satz 2 BGB. bei Lebzeiten des Ehegatten keine Anwendung finden konnte, nämlich dessen Vorrechtsstellung, weggefallen, so ist nicht einzusehen, weshalb nicht nunmehr auch diese Vorschr. sollte herangezogen werden dürfen. Sodann meint das LG., daß die am Gesamtgut Beteiligten bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft in ihren Rechten weit mehr beschränkt seien als die Erbengemeinschaft, da jeder einzelne Miterbe über seinen Anteil frei verfügen könne, nicht aber auch der am Gesamtgut Beteiligte. Es ist zwar richtig, daß der am Gesamtgut Beteiligte auch nach Auflösung der Gütergemeinschaft gem.

§ 1471 Abs. 2 i. Verb. mit § 1442 BGB. zu einer Verfügung über seinen Anteil nicht befugt ist (vgl. freilich auch § 860 Abs. 2 ZPO.), und daß die Stellung des am Gesamtgut Beteiligten insofern von der Rechtsstellung des Miterben gem. § 2033 BGB. abweicht. Diese engere Bindung der am Gesamtgut Beteiligten rechtfertigt aber nicht die Ablehnung des nur von einem einzelnen Beteiligten gestellten Antrages auf Erteilung des Zeugnisses. Es kann hier dahingestellt bleiben, inwieweit unter diesen Umständen die Erteilung eines solchen Zeugnisses über einzelne Anteile am Gesamtgute zulässig wäre. Wird jedoch die Erteilung des Zeugnisses für das Gesamtgut im ganzen beantragt, so begründet die Ausstellung eines solchen Zeugnisses gerade wegen der nur gemeinschaftlichen Verfügungsbefugnis keinerlei Gefahr des Mißbrauchs durch einen einzelnen. Insbes. läßt sich die Befugnis eines solchen Mißbrauchs nicht mit dem LG. darauf stützen, daß „nicht in jedem Falle eine besonders vorsichtige Fassung des Zeugnisses gewährleistet ist“; denn für eine vorsichtige Fassung hat das NachG. auf alle Fälle von Amts wegen zu sorgen. Das Zeugnis soll erst klarstellen, wer am Gesamtgut beteiligt ist und daher bei einer beabsichtigten Verfügung über einen zum Gesamtgut gehörigen Gegenstand mitzuwirken hat; an dieser Klarstellung hat aber jeder einzelne der Beteiligten ein berechtigtes Interesse. Er ist daher für befugt zu erachten, den in Rede stehenden Antrag auch ohne Mitwirkung der übrigen Beteiligten zu stellen.

Hiernach sind die Vorentschr. aufzuheben. Jedoch fehlt in dem Antrage die Angabe, ob und welche nicht gemeinschaftliche Abkömmlinge vorhanden sind oder vorhanden waren (vgl. hierzu RGZ. 34 A 229 = OLG. 14, 235; OLG. 23, 332; V. Osnabrück: JW. 1932, 1598<sup>2</sup>). Dies rechtfertigt aber nicht die Zurückweisung des Antrages, sondern nur den Erlaß einer neuen Zwischenverfügung. Eine solche wird das NachG., an das die Sache zurückverwiesen wird, daher nunmehr zu erlassen haben. Übrigens werden die Antragsteller durch das beehrte Zeugnis gem. § 1507 BGB. noch nicht in die Lage gesetzt, über eine zur Gütergemeinschaft gehörige Hypothek zu verfügen; es bedarf hierfür vielmehr noch des Nachweises der Erbfolge nach dem überlebenden Ehegatten, da dessen Anteil an der fortgesetzten Gütergemeinschaft selbständig vererblich ist (vgl. RMKomm. § 1494, BGB. Anm. 3; Planck, §§ 5, 1494 BGB. Anm. 3 und 1497 Anm. 7); ob dieser Nachweis ohne Erbschein erbracht werden kann, ist nicht ersichtlich.

(RG., ZivSen. 1 b, Beschl. v. 20. Dez. 1934, 1 b X 606/34.) [Sch.]

**3.** § 1612 Abs. 2 BGB. Das VormGer. kann auf Antrag eines unverheirateten Kindes die Unterhaltsbestimmung der Eltern nur ändern, wenn diese eine andere Art der Unterhaltsgewährung als die Entrichtung einer Geldrente gewählt haben, oder soweit sie bei Bestimmung einer Geldrente hinsichtlich der Zeit, für welche diese im voraus zu entrichten ist, von der in §§ 1612 Abs. 3, 760 BGB. vorgesehenen gesetzlichen Regelung abgewichen sind.

Aus einer auf Grund alleinigen Verschuldens des Vaters rechtskräftig geschiedenen Ehe sind zwei minderjährige Töchter hervorgeraten, für die ein Pfleger zwecks Regelung und Wahrnehmung ihrer Unterhaltsansprüche gegen den Vater bestellt worden ist. Durch gerichtlichen Vergleich hat sich der Vater zur Gewährung einer Unterhaltsrente von je 17,50 RM monatlich an seine Töchter verpflichtet. Die Kinder, die seit Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft mit ihrer Mutter zusammenwohnen, benutzen gemeinschaftlich mit dieser Teile der dem Vater gehörigen Wohnungseinrichtung, und zwar ein Schlafzimmer und eine Küche. Als der Vater diese Gegenstände im Wege der Klage herausverlangte, haben die Töchter durch ihren Unterhaltspfleger beim VormGer. den Antrag gestellt, anzuordnen, daß die betreffenden Möbel, gegebenenfalls unter entsprechender Kürzung der zu zahlenden Unterhaltsrente, in der Wohnung ihrer Mutter zu belassen seien und ihnen die Benutzung gestattet werde. Dieser Antrag ist durch das VormGer. abgelehnt, ihre Beschwerde vom LG. zurückgewiesen worden.

Auch ihre weitere Beschwerde hatte keinen Erfolg.

Das LG. geht zutreffend davon aus, daß in dem gerichtlichen Vergleich, in dem der Vater sich gegenüber seinen Töchtern zur Zahlung einer Unterhaltsrente verpflichtet hat, eine erschwöpfende Bestimmung über die Art der Unterhaltsgewährung i. S. von § 1612 Abs. 2 BGB. zu erblicken ist (RZA. 12, 181; RGZ. 46, 23). Es legt sodann im engen Anschluß an die Ausführungen des VamObLG. (RGZ. 45, A 300 = VamObLG. 13, 748 = RZA. 12, 192) dar, daß die in § 1612 Abs. 2 vorgesehene Befugnis des VormGer. zur Abänderung der elterlichen Bestimmung nur Platz greife, wenn der Elternteil eine andere Art der Unterhaltsgewährung als durch Entrichtung einer Geldrente gewählt habe oder soweit er bei Bestimmung einer Geldrente hinsichtlich der Zeit, für welche sie im voraus zu entrichten ist, von der in §§ 1612 Abs. 3, 760 BGB. vorgesehenen gesetzlichen Regelung abgewichen sei. Diese Auslegung wird von den Beschwerf. zu Unrecht

bekämpft; sie entspricht der herrschenden Ansicht (Staudinger, BGB., 9. Aufl., § 1612 Anm. 2; RGRKomm., 8. Aufl., § 1612 Anm. 2 a. E.; Depelblume, Familienrecht, § 1612 Anm. 5a; Enneccerus-Ripp-Blome, BGB., 7. Aufl., § 97 VIII; RG.: Senfbl. 69, 9) und findet eine Stütze auch in der Entstehungsgeschichte des Gesetzes, wonach den Eltern eine bevorzugte Stellung lediglich deshalb eingeräumt worden ist, damit sie sich durch die „Bestimmung der Naturalverpflegung im Hause“ einen weitergehenden Einfluß auf ihr Kind verschaffen können, als dies bei Gewährung des Unterhalts in Geld möglich wäre (vgl. auch RG. 1a X 837/34). Das Gesetz will also nicht, wie die Beschw. meinen, die Rechte unverheirateter Kinder gegenüber ihren Eltern hinsichtlich der Art der Unterhaltsgewährung erweitern; im Gegenteil will es durch § 1612 Abs. 2 Satz 1 BGB. den Eltern die Macht geben, durch Bestimmung der Naturalverpflegung das Kind vor die Wahl zu stellen, entweder im Elternhause zu bleiben oder auf Unterhalt zu verzichten, und will durch § 1612 Abs. 2 Satz 2 das Kind lediglich gegen den Mißbrauch dieser Macht schützen. Daraus folgt aber, daß das VormGer. nicht befugt ist, an Stelle oder neben der vom Vater gewählten Geldrente Gewährung des Unterhalts durch Bereitstellung von Möbeln anzuordnen.

(RG., ZivSen. 1a, Beschl. v. 23. Nov. 1934, 1a X 1353/34.)

Ber. von RGR. Heydtmann, Berlin.

\*

4. §§ 1627, 1628, 1630, 1665, 1666, 1746 Abs. 2, 1747, 1750, 1795, 1796, 1909 BGB. Will im Falle der beabsichtigten Annahme an Kindes Statt der Annehmende den Vertrag nur dann schließen, wenn sein Name dem Vater des Kindes, der seine Einwilligung zu dem Vertragschluß erteilt und die Prüfung der Verhältnisse des Annehmenden einer vertrauenswürdigen Stelle überlassen hat, nicht bekanntgegeben wird, so ist der Vater rechtlich nicht verhindert, den Vertrag als gesetzlicher Vertreter des Kindes zu schließen. Inwieweit kommt also die Bestellung eines Pflegers für das Kind nicht in Frage.

Aus der Ehe des Arbeiters A. ist der 1932 geborene Sohn Willi hervorgegangen. Die Mutter ist bald nach der Geburt des Kindes gestorben. Dieses ist durch das Städtische Jugendamt dem Malermeister T. und seiner Ehefrau zur Pflege übergeben worden. Sie sind bereit, Willi A. an Kindes Statt anzunehmen, wenn der Vater nicht erfährt, durch wen die Annahme an Kindes Statt erfolgt ist. Mit dem Vater wollen sie den Vertrag nicht schließen, weil von ihnen befürchtet wird, daß er sich später in die Erziehung des Kindes einmischen wird. Der Vater hat vor dem Jugendamt eingewilligt, daß der Annahmevertrag abgeschlossen werde. Die Prüfung der Verhältnisse des Annehmenden hat er dem Jugendamt überlassen. Im Einverständnis mit ihm hat das Jugendamt bei dem AG. beantragt, es als Pfleger für Willi A. zwecks Abschlusses des Annahmevertrages zu bestellen. Der Antrag ist damit begründet worden, daß der Annahmevertrag, der im Interesse des Kindes liege, nur dann zustande komme, wenn der Vater den Sohn bei dem Abschluß des Vertrages nicht betreue. Da der Vater insofern an der Ausübung der elterlichen Gewalt verhindert sei, habe das VormGer. gem. § 1665, 1909 BGB. einen Pfleger für das Kind zu bestellen. Das AG. hat den Antrag mit der Begr. abgelehnt, daß die Voraussetzungen für die Einleitung einer Pflegschaft nicht gegeben seien. Die Beschw. des Jugendamts ist vom LG. zurückgewiesen worden. Das LG. führt aus, daß der Vater bzgl. des Abschlusses des Annahmevertrages mit den Eheleuten T. an der Ausübung der elterlichen Gewalt nicht verhindert sei. Eine Verhinderung i. S. des § 1665 BGB. würde nur dann vorliegen, wenn der Vater wegen räumlicher Entfernung mit den Eheleuten T. nicht zusammenkommen könnte oder wenn er krank wäre. Dieses sei aber nicht der Fall. Die Tatsache, daß die Annehmenden nur dann zum Abschluß des Vertrages bereit seien, wenn der Vater ihren Namen nicht erfahre, hindere diesen nicht an der Ausübung der elterlichen Gewalt. Dem Antrag des Jugendamts könne auch deshalb nicht entsprochen werden, weil auf diese Weise die Vorschr. des § 1750 Abs. 2 BGB., wonach der Annahmevertrag bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile geschlossen werden müsse, umgangen werde. Ferner sei zu berücksichtigen, daß im Falle der Bestellung des Jugendamts als Pfleger des Kindes der Vater von einer ernsthaften Mitwirkung bei dem Vertragschluß, die auch die Prüfung der Person des Annehmenden umfasse, ausgeschlossen sein würde.

Die weitere Beschw. des Jugendamts hatte keinen Erfolg.

Nach § 1747 Satz 1 BGB. kann ein eheliches Kind bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres nur mit Einwilligung der Eltern an Kindes Statt angenommen werden, es sei denn, daß gem. § 1747 Satz 2 der Abs. 2 des § 1746 entsprechende Anwendung findet, also der betreffende Elternteil zur Abgabe einer Erklärung dauernd außerstande oder sein Aufenthalt dauernd unbekannt ist. Die Einwilligungserklärung setzt nicht immer eine Kenntnis des Namens

und der Person des Annehmenden voraus. Es genügt vielmehr, wenn der Einwilligende, wie es hier geschehen ist, die Erklärung im Hinblick auf eine bestimmte Kindesannahme abgibt und die Prüfung der Verhältnisse des Annehmenden einer vertrauenswürdigen Stelle überläßt (RG. 121, 31<sup>1</sup>); JZ. 3, 126). Daher ist die Ansicht des LG., daß das Jugendamt als Pfleger für Willi A. nicht bestellt werden dürfe, weil dann der Vater von der Prüfung der Person der Annehmenden ausgeschlossen sei, unzutreffend. Der Vater durfte die Auswahl geeigneter Adoptiveltern dem Städtischen Jugendamt überlassen. Ferner ist die Meinung des LG. unrichtig, daß im Falle der Bestellung des Jugendamts als Pfleger des Kindes die Vorschr. des § 1750 Abs. 2 BGB. umgangen würde. Da Willi A. erst zwei Jahre alt ist, also persönlich den Annahmevertrag wirksam nicht abschließen kann, hat der Vertragschluß gem. § 1750 Abs. 1 Satz 2 BGB. durch seinen gesetzlichen Vertreter zu erfolgen. Die gesetzliche Vertretung steht nach §§ 1627, 1630 Abs. 1 daselbst dem Vater zu. Wenn aber das VormGer. für den Minderjährigen zwecks Abschlusses des Annahmevertrages einen Pfleger bestellt, hat dieser allein gem. § 1628 BGB. das Kind insofern zu vertreten. Der Vorschr. des § 1750 Abs. 2 daselbst ist dann genügt, wenn der Pfleger und die Annehmenden bei gleichzeitiger Anwesenheit vor Gericht oder vor einem Notar den Vertrag schließen. Der Anwesenheit des Vaters bedarf es also nicht. Seine Mitwirkung ist darauf beschränkt, daß er gem. § 1747 Satz 1 BGB. die Einwilligung zu der Annahme an Kindes Statt erklärt. Hierbei handelt er nicht, wie es hinsichtlich des Pflegers bei dem Abschluß des Vertrages der Fall ist, in Vertretung der Interessen des Kindes, sondern kraft eigenen Rechts (RG. 121, 37<sup>2</sup>).

Die Voraussetzungen für die Bestellung eines Pflegers sind aber im vorl. Fall nicht gegeben. Eine Verhinderung des Vaters an der Ausübung der elterlichen Gewalt i. S. des § 1665 BGB. besteht nicht. Nach dieser Vorschr. ist das VormGer. zum Einschreiten berufen, wenn der Vater in allen oder in einzelnen Beziehungen an der Ausübung der elterlichen Gewalt tatsächlich oder rechtlich verhindert ist. Die Feststellung des LG., daß in der Person des Vaters irgendwelche tatsächlichen Hinderungsgründe wie z. B. Krankheit, Abwesenheit, Haft nicht gegeben seien, ist einwandfrei. Es liegt aber auch keine Verhinderung des Vaters aus rechtlichen Gründen vor. § 1630 Abs. 2 Satz 1 BGB., wonach die Vertretung des Kindes dem Vater insofern nicht zusteht, als gem. § 1795 ein Vormund von der Vertretung des Mündels ausgeschlossen ist, greift nicht Platz, da der beabsichtigte Annahmevertrag nicht unter die dort erwähnten Rechtshandlungen fällt. Das VormGer. kann zwar, wie sich aus § 1630 Abs. 2 Satz 2 BGB. ergibt, dem Vater nach § 1796 daselbst die Vertretung des Kindes entziehen, falls zwischen ihnen i. S. dieser Vorschr. ein Interessengegenstoß besteht, das heißt, wenn die Beförderung des einen Interesses nur auf Kosten des anderen geschehen kann (RGZ. 29, A 24). Im vorl. Fall liegt aber ein Interessengegenstoß zwischen dem Vater und dem Kind gar nicht vor. Ihre Interessen stimmen sogar völlig überein. Der Vater ist, wie aus den Berichten des Jugendamts hervorgeht, wegen Mittellosigkeit nicht imstande, dem Sohn Unterhalt zu gewähren. Daher ist dieser vom Jugendamt auf Kosten des Bezirksfürsorgeverbandes dauernd fremden Leuten in Pflege gegeben worden. Die Eheleute T. sind in der Lage, dem Kind eine ordentliche Erziehung und Pflege angedeihen zu lassen, sowie sein späteres Fortkommen zu fördern. Der Abschluß des Annahmevertrages liegt daher sowohl im Interesse des Kindes als auch des Vaters. Dieser hat daher seine Einwilligung zu dem beabsichtigten Vertrage erteilt. Die Voraussetzungen des § 1796 BGB. sind also nicht gegeben.

Dem Vater kann aber auch nicht auf Grund des § 1666 BGB. die Vertretungsmacht hinsichtlich des Kindes entzogen werden, da ein schuldhaftes Verhalten des Vaters i. S. dieser Vorschr. nicht vorliegt.

(RG., ZivSen. 1a, Beschl. v. 30. Nov. 1934, 1a X 1552/34.)

Ber. von RGR. Heydtmann, Berlin.

\*

5. §§ 1630, 1643, 1795, 1821, 1822, 1828 BGB.

1. Der Vater ist gemäß §§ 1643, 1795 Abs. 1 Ziff. 1 BGB. kraft Gesetzes von der Vertretung seines minderjährigen Kindes in Hinsicht auf Rechtsgeschäfte jeder Art zwischen diesem und seiner Ehefrau ausgeschlossen, und zwar in Hinsicht auf einseitige Rechtsgeschäfte auch dann, wenn sie statt durch Erklärung gegenüber seiner Ehefrau durch Erklärung gegenüber dem AG. vorgenommen werden.

2. Die vom Vater hiernach als „Vertreter ohne Vertretungsmacht“ abgegebenen rechtsgerichtlichen Erklärungen können nicht vormundschaftsgerichtlich genehmigt werden. Die Genehmigung ist ohne Sachprüfung abzu-

<sup>1</sup>) JZ. 1928, 1498.

<sup>2</sup>) JZ. 1928, 1498.

lehnen; es ist indessen von Amts wegen die Bestellung eines Pflegers in Erwägung zu ziehen.

3. Der Rechtsgrundsatz, daß das VormGer., falls die Wirksamkeit eines der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedürftigen Rechtsgeschäfts zweifelhaft ist, nicht um deswillen eine Sachentscheidung ablehnen darf (RGZ. 32, A 49), ist nicht anwendbar, wenn die Unwirksamkeit auf mangelnder Vertretungsmacht des „gesetzlichen Vertreters“ beruht. Die angeführte Entsch. wird insoweit aufgegeben.

Aus der Ehe eines Landwirts Paul H. und seiner verstorbenen ersten Ehefrau Minna H. stammen zwei Kinder. Die Eheleute waren je zur ideellen Hälfte als Eigentümer einer Landwirtschaft im Grundbuche eingetragen. Auf Grund Erbscheins, nach dem die verstorbene Ehefrau von ihrem Ehemanne zu  $\frac{1}{4}$ , von ihren beiden Kindern zu  $\frac{3}{8}$  beerbt worden ist, sind diese Erben hinsichtlich der ideellen Hälfte der Erblasserin als Eigentümer in ungeteilter Erbengemeinschaft im Grundbuche eingetragen worden.

Der Notar Dr. W. hat nun beim VormGer. eine von ihm aufgenommene Urkunde mit der Bitte um Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung eingereicht. In dieser Urkunde bekundet der Vater Paul H. zugleich namens seiner beiden minderjährigen Kinder, daß die Erbengemeinschaft von seiner zweiten Ehefrau ein bares Darlehen von 2200 G.M. erhalten hat. Es folgen Verzinsungs- und Kündigungsbedingungen und die Bewilligung sowie der Antrag der Erbengemeinschaft nach der verstorbenen ersten Ehefrau, und zwar des Vaters zugleich als gesetzlichen Vertreters seiner minderjährigen Kinder, daß zur Sicherung der vorgenannten Darlehensschuld zugunsten der zweiten Ehefrau auf dem betr. Grundbuchblatt eine Darlehenshypothek eingetragen wird. — In dem Antrage auf vormundschaftsgerichtliche Genehmigung ist angeführt worden, daß von dem Gelde für die Wirtschaft ein Dreschkasten und eine Schrotmühle angeschafft seien. Später ist noch geltend gemacht worden, daß durch die Anschaffung der Geräte nicht nur der ideelle Anteil des Vaters, sondern die gesamte Wirtschaft eine Verbesserung erfahre, so daß auch die Kinder im Verhältnis zu ihrem Eigentum eine entsprechende Wertsteigerung zu erwarten hätten.

Das VormGer. hat die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung der von dem Vater in der Schulurkunde abgegebenen Erklärungen ver sagt.

Die gegen diesen Beschluß vom Vater namens seiner minderjährigen Kinder eingelegte Beschw. ist vom LG. zurückgewiesen worden. Das Beschw. hat sich im wesentlichen der Begründung des VG. angeschlossen, daß nämlich der Nutzen der Anschaffung auf Jahre hinaus dem Vater allein zugute komme, daß auch keine Notwendigkeit für die beabsichtigte Belastung bestehe, da der Vater auch gegen Verpfändung seines unbelasteten ideellen Anteils den geringen Kredit erhalten könne.

Der weiteren Beschw. des Vaters ist im Ergebnis der Erfolg ver sagt worden.

Zunächst fehlt es, was beide Vorinstanzen nicht beachtet haben, bisher an einem rechtswirksamen Darlehensvertrage und mithin an der Begründung einer rechtswirksamen Darlehensforderung, soweit die beiden minderjährigen Kinder in Frage stehen. In der Schulurkunde ist das Schuldbekennnis seitens des Vaters für die „Erbengemeinschaft“ abgegeben. Diese ist indessen nicht selbständige Rechtspersönlichkeit und kann als solche nicht Verbindlichkeiten eingehen und Rechte erwerben (vgl. u. a. RG. 123, 369<sup>1</sup>). Legt man aber das Schuldbekennnis dahin aus, daß es zugleich für jedes der beiden minderjährigen Kinder (Miterben) abgegeben sein soll, so ist zu berücksichtigen, daß es sich um eine rechtsgeschäftliche Erklärung des Vaters zur Verwirklichung eines Rechtsgeschäfts zwischen seiner jetzigen Ehefrau und seinen erstehelichen Kindern handelt. Für ein solches Rechtsgeschäft ist die gesetzliche Vertretung des Vaters durch § 1795 Abs. 1 Ziff. 1 i. Verb. m. § 1630 Abs. 2 BGB. ausdrücklich ausgeschlossen. Ebenso ist aber auch die gesetzliche Vertretung des Vaters mit Bezug auf das dingliche Geschäft der Hypothekenbestellung ausgeschlossen, da die Hypothek zugunsten seiner jetzigen Ehefrau bestellt werden soll. Die Vorschrift des § 1795 Abs. 1 Ziff. 1 a. a. D. bezieht sich auf Rechtsgeschäfte jeder Art und namentlich auch auf einseitige Rechtsgeschäfte, selbst dann, wenn sie statt durch Erklärung gegenüber der Person, für die sie bestimmt sind, durch Erklärung gegenüber dem GVL. oder durch anderweitige Betätigung des rechtsgeschäftlichen Willens vorgenommen werden (Planck, Ann. 1a zu § 1795 BGB.; BayObzW. 9, 414; vgl. auch RGZ. 28, A 296 = RZM. 4, 194). § 1795 Abs. 1 Ziff. 1 BGB. schließt die gesetzliche Vertretung bei Rechtsgeschäften mit der Ehefrau bzw. den dort genannten Verwandten in dem gleichen Umfange aus, wie § 181 BGB. bei Rechtsgeschäften mit sich selbst. Es erscheint deshalb unbedenklich, die in der Rpr. zu § 181 BGB. entwickelten Grundsätze auch auf den Fall des § 1795 Abs. 1 Ziff. 1 BGB. anzuwenden. Es ist aber zu ersterer Gesetzes-

bestimmung der Grundsatz ausgesprochen worden (vgl. RGZ. 37, A 283; 39, A 235), daß, soweit der Bevollmächtigte zur Vornahme der nach materiellem Recht behufs Herbeiführung einer Rechtsänderung erforderlichen Rechtshandlungen gem. § 181 BGB. nicht befugt sei, ihn auch die Berechtigung zur Abgabe der auf die Rechtsänderung abzielenden Erklärungen gegenüber dem GVL. fehle, da eben die Eintragungsbewilligung, wenn sie auch in erster Linie ein Akt des formellen Grundbuchsrechts sei, doch, wie dieses überhaupt, der Verwirklichung und Verenkundung des materiellen Liegenschaftsrechts dienen solle und deshalb nur wirksam sei, wenn der Bevollmächtigte die nach dem materiellen Rechte zu beurteilende Macht zur Bewilligung habe, d. h. wenn er nach §§ 873, 877 BGB. zur Einigung Macht (Vertretungsmacht) habe (RGZ. 37 a. a. D.; vgl. auch ZfW. 2, 283 und 1 X 388/34). Die in der zur Erörterung stehenden Schulurkunde nebst Hypothekenbewilligung vom Vater abgegebenen Erklärungen, deren vormundschaftsgerichtliche Genehmigung für die beiden Minderjährigen gem. § 1821 Abs. 1 Ziff. 1, 1822 Ziff. 8, 1643 BGB. begehrt ist, sind mithin nicht Erklärungen des „gesetzlichen Vertreters“ der Kinder, sondern rechtsgeschäftliche Erklärungen eines „Vertreters ohne Vertretungsmacht“.

Das LG. hat nun allerdings in dem Beschl. v. 22. Febr. 1906 (RGZ. 32, A 49) den Grundsatz aufgestellt, daß das VormGer., falls die Wirksamkeit eines der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedürftigen Rechtsgeschäfts zweifelhaft sei, nicht um deswillen die Sachentscheidung ablehnen dürfe. Erscheint es auch zutreffend und der ständigen Rpr. des Senats entsprechend, in dem Genehmigungsverfahren nicht die Frage der materiellen Gültigkeit des Rechtsgeschäfts (vgl. auch WürtzJ. 1926, 121 ff., bes. 124) zu untersuchen, so daß also in der Regel wegen etwaiger Zweifel über die materielle Wirksamkeit des Geschäfts die Sachentscheidung nicht abgelehnt bzw. die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nicht ver sagt werden darf, so läßt sich dieser Grundsatz gerade für einen Fall, wie er in RGZ. 32, A 49 behandelt ist, nicht anwenden. Denn die von dem Vater als Vertreter ohne Vertretungsmacht abgegebenen Erklärungen können nicht vormundschaftsgerichtlich genehmigt werden, sondern allein Erklärungen eines gesetzlichen Vertreters. Diesem gegenüber kann auch nur gem. § 1825 BGB. (§§ 1643 Abs. 3, 1915 BGB.) die Genehmigung wirksam erklärt werden, aber nicht gegenüber einem Vertreter ohne Vertretungsmacht. Es würde auch dem nach dem Willen des Gesetzes zu bestellenden Pfleger vorgegriffen werden, wenn schon jetzt (auf Anregung des nicht vertretungsberechtigten Vaters) die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erteilt werden könnte. Schließlich könnte den Erklärungen des Vaters nur dadurch Wirksamkeit verliehen werden, daß ein zu bestellender Pfleger sie genehmigt bzw. erneut inhaltsgleiche Erklärungen abgibt. Auch diese Erklärungen bedürften für sich wieder der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung. Hiernach ist die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung, falls rechtsgeschäftliche Erklärungen, die ihrem Inhalte nach der Genehmigung bedürfen, von dem kraft Gesetzes von der Vertretung des Kindes ausgeschlossenen Vater (Vormund) abgegeben werden, ohne Sachprüfung ohne weiteres abzulehnen (vgl. auch BayRpfZ. 1908, 331, gegen RGZ. 32, A 49; desgl. ZfWz. 1918, 67 und dagegen Bofchan, das., S. 229). Da es aber Aufgabe des VormGer. ist, von Amts wegen im Interesse der Minderjährigen tätig zu werden, wird es stets zu prüfen haben, ob nicht mit Rücksicht auf den Ausschluß der gesetzlichen Vertretung ein Pfleger zu bestellen ist. Hierzu lag indessen hier kein Anlaß vor, da aus den von den Vorinstanzen angeführten tatsächlichen wirtschaftlichen Erwägungen, gegen die rechtliche Bedenken nicht zu erheben sind, nicht ersichtlich ist, inwiefern es als im Interesse der Kinder liegend erachtet werden sollte, daß auf ihren Kredit der Betrag zur Bezahlung der landwirtschaftlichen Maschinen ausgenommen und der Anteil am Grundstück, an dem sie als Miterben beteiligt sind, dafür hypothekarisch belastet wird. Mit Recht ist angenommen worden, daß in Wirklichkeit die Anschaffung der Maschinen nur dem Vater, der die Wirtschaft als Eigentümer bzw. Pächter am Kindesvermögen bewirtschaftet, zugute kommt, da er das Schrotm. beim Müller und den Lohndruck erpart.

(RG., ZivSen. 1a, Beschl. v. 16. Nov. 1934, 1a X 1455/34.)

Ver. von RGA. Heydtmann, Berlin.

6. § 1635 Abs. 1 Satz 2 BGB. Die Tatsache allein, daß der nach § 1635 Abs. 1 Satz 1 BGB. vorgeberechtigte Elternteil eine neue Ehe mit derjenigen Person geschlossen hat, zu der er während Bestehens der ersten Ehe ehewidrige Beziehungen unterhalten hat, kann grundsätzlich eine abweichende Regelung des Sorgerechts nicht begründen.

Das Recht der Sorge für die Person des über 6 Jahre alten Sohnes steht nach der gesetzlichen Regel, da beide Eltern für schuldig an der Ehecheidung erklärt sind, dem Vater zu (§ 1635 Abs. 1 Satz 1 BGB.). Zutreffend geht das LG. davon aus, daß eine abweichende Regelung nur erfolgen dürfe, wenn sie aus besonderen Gründen im

<sup>1</sup>) ZfW. 1929, 1361.

Interesse des Kindes geboten sei (§ 1635 Abs. 1 Satz 2 a. a. D.). Solche Gründe hat es in Übereinstimmung mit dem VormGer. mit Rücksicht auf die Persönlichkeit der jetzigen Ehefrau des Vaters für vorliegend erachtet und zur Begründung ausgeführt: Der Kindesvater lebe in Verhältnissen, die dagegen sprächen, ihm die Sorge für die Person des Sohnes einzuräumen. Er habe zur Zeit der Ehe mit der Mutter des Kindes ehewidrige Beziehungen zu seiner jetzigen Ehefrau unterhalten, auf Grund deren jene erste Ehe geschieden sei. Der Sohn würde daher, wenn er in die Obhut des Vaters käme, ständig mit seiner Stiefmutter zusammen sein, die daran schuld sei, daß sein Vater und seine Mutter heute nicht in Ehegemeinschaft lebten. Dazu komme, daß der Sohn, wenn der Vater einmal wieder Arbeit bekommen sollte, im wesentlichen von seiner Stiefmutter erzogen würde. Das sei aber aus erzieherischen und moralischen Gründen nicht wünschenswert.

Diese Begründung kann einer rechtlichen Nachprüfung nicht standhalten. Für die Frage, ob eine abweichende Regelung hinsichtlich der Personensorge gem. § 1635 Abs. 1 Satz 2 a. a. D. zu treffen ist, kommt es nicht darauf an, was aus erzieherischen und moralischen Gründen nicht wünschenswert sei, sondern eine solche abweichende Regelung hat zur Voraussetzung, daß ohne sie das Wohl des Kindes gefährdet wäre; denn nur dann ist sie, wie der Senat in ständiger Rspr. annimmt, „aus besonderen Gründen im Interesse des Kindes geboten“. Eine solche Gefährdung des Kindeswohles hat das LG nicht dargelegt. Es ist bei seiner Betrachtung auch von einer unrichtigen Erwägung ausgegangen, wenn es meint, die jetzige Ehefrau des Vaters sei schuld daran, daß die Eltern des Kindes nicht mehr in ehelicher Gemeinschaft lebten. Nicht nach dem rechtskräftigen Scheidungsurteil sind beide Elternteile für schuldig erklärt, woraus hervorgeht, daß in gleicher Weise die Mutter des Kindes schuld daran trägt, daß die Ehegemeinschaft aufgehoben worden ist. Es ist nicht angängig, in diesem Zusammenhange lediglich die Klage der Ehefrau zu betrachten und zu berücksichtigen, daß daraufhin wegen der Beziehungen des Mannes zu dem damaligen Fräulein G. die Scheidung und Schuldigerklärung des Mannes ausgesprochen worden ist. Im übrigen betrifft das „Verschulden“ nur das Verhältnis der geschiedenen Eheleute zueinander. Die Tatfache allein, daß der gem. § 1635 Abs. 1 Satz 1 BGB. forgeberechtigte Vater eine neue Ehe mit derjenigen Person geschlossen hat, zu der er während Bestehens der ersten Ehe ehewidrige Beziehungen unterhalten hat, vermag also grundsätzlich nicht eine abweichende Regelung über das Sorgerecht zu begründen. Wenn das Gesetz für diesen naheliegenden und auch häufig eintretenden Fall eine Ausnahme von der gesetzlichen Regel des § 1635 Abs. 1 Satz 1 a. a. D. hätte machen wollen, so wäre dies irgendwie zum Ausdruck gekommen, hätte jedenfalls im Geжете gesagt werden müssen. Der Senat hat auch bisher niemals lediglich aus solchen allgemeinen, auf den Einzelfall durch Feststellung konkreter Tatsachen nicht zugeschnittenen Erwägungen eine abweichende Sorgerechtsregelung zugelassen. Damit steht nicht im Widerspruch, daß bei Verkehrsregelungen gem. § 1636 BGB. das Verlangen des forgeberechtigten Elternteils beachtlich ist, sein Kind solle beim Verkehr mit dem nichtforgeberechtigten Teile nicht auch mit dessen jetzigem Ehegatten zusammentreffen, zu dem er früher ehewidrige (ehewidrige) Beziehungen unterhalten hat. Denn in diesem Falle beruht das Verlangen des Sorgerechtigten gerade auf dem ihm zustehenden oder jedenfalls von ihm tatsächlich ausgeübten Sorgerecht, das durch die gerichtliche Verkehrsregelung nur insoweit beschränkt werden darf, als es der Verkehrszweck erfordert oder der Sorgerechtigte sein Recht schikanös oder unter Gefährdung des Kindesinteresses ausübt (§ 1666 BGB.; RPr. 48, 5 ff.), wobei es im übrigen auch stets auf den Einzelfall ankommt. Eine ähnliche Erwägung mit Bezug auf die dauernde Unterbringung des Kindes bei dem mit dem Eheförder wiederverheirateten Elternteil anzustellen, verbietet sich, wenn diesem Elternteil das Personensorgerecht zusteht und er es tatsächlich ausüben gewillt ist, da in diesem Falle eine abweichende Sorgerechtsregelung nur im Interesse des Kindes zulässig ist. Dieser grundsätzliche Standpunkt schließt nicht aus, daß im Einzelfalle die Überlassung des Kindes an den mit dem Eheförder verheirateten Elternteil aus besonderen Gründen das Kindeswohl gefährdend erscheinen kann. Solche Gründe sind indessen weder vom LG. noch vom AG. festgestellt worden.

(AG., ZivSen. 1a, Beschl. v. 23. Nov. 1934, 1a X 1516/34.)

Ber. von RGR. Heydtmann, Berlin.

\*

7. §§ 1909, 1918, 1919 BGB.

I. Eine zur Wahrnehmung der Unterhaltsansprüche des minderjährigen Kindes gegenüber seinem Vater eingeleitete Pflegschaft endigt nicht gem. § 1918 Abs. 3 BGB., sondern bedarf der Aufhebung gem. § 1919 BGB. (vgl. 1a X 1:99/32).

II. Der Grund für die Anordnung einer Pflegschaft zur Wahrnehmung der Unterhaltsansprüche ist dann fort-

gefallen, wenn mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit angenommen werden kann, daß ein Interessenwiderstreit nicht mehr besteht. Ist die Möglichkeit eines solchen in greifbare Nähe gerückt, so ist die Pflegschaft aufrechtzuerhalten. (Die etwas abweichende Entsch. 1a X 1501/34 wird aufgegeben.)

Nach § 1919 BGB. ist eine Pflegschaft aufzuheben, wenn der Grund für ihre Anordnung fortgefallen ist. Ob dies der Fall ist, beurteilt sich, was das LG. auch nicht verkannt hat, danach, ob ein Widerstreit der Interessen des Kindes und des Vaters nicht mehr anzunehmen ist (1a X 1399/32). Ebenso wie gem. § 1635 Abs. 1 S. 3 bzw. § 1671 BGB. muß aber auch hier mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit angenommen werden können, daß widerstrebende Interessen ausgeschlossen sind. Das BeschwG. hat nun die Voraussetzungen für eine Aufhebung der Unterhaltspflegschaft zunächst bejahend verneint, weil die Unterhaltszahlungen des Vaters an das Kind in der Zeit vom Jan. bis Sept. 1934 nicht pünktlich, nämlich bis zum 15. des jeweiligen Monats erfolgt seien. Allein die Überschreitungen dieses Termins sind so geringfügig, daß allein daraus unter Berücksichtigung der allgemeinen Wirtschaftslage und des allgemein bekannten schlechten Zahlungseingangs auf eine fortbestehende Notwendigkeit, zur Überwachung der Zahlungen und zur evtl. zwangsweisen Beitreibung der Unterhaltsbeträge einen Pfleger beizubehalten, nicht geschlossen werden konnte. Dagegen stützt der zweite vom LG. angeführte Grund die Aufrechterhaltung der Unterhaltspflegschaft in rechtsbedenkenfreier Weise. Es ist nämlich festgestellt, daß beabsichtigt ist, wegen der wachsenden Bedürfnisse des inzwischen 14 Jahre alten Pflégelings und der behaupteten Besserung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Vaters eine Erhöhung der Unterhaltsgelder auf monatlich 100 RM, wie sie bereits früher einmal vereinbart waren, zu verlangen. Unter diesen Umständen ist ein Widerstreit der Interessen in so greifbare Nähe gerückt, daß die Voraussetzung für eine Aufhebung der Unterhaltspflegschaft mit Recht verneint ist. Hierbei handelt es sich nicht um die Frage, ob der Tatbestand die Anordnung einer neuen Pflegschaft (§ 1909 BGB.) rechtfertigen würde, was von dem BeschwG. verkannt wird. Wenn auch nur die nahe Möglichkeit gegeben ist, daß demnächst wieder wegen eines Interessenwiderstreits eine Unterhaltspflegschaft eingeleitet werden müßte, kann von einem Fortfall des Grundes für die Pflegschaft nicht gesprochen werden. Diese nahe Möglichkeit ist aber nicht von der Hand zu weisen, nachdem der Vater auch mit der weiteren Beschw. keineswegs seine Bereitwilligkeit, auf die erhöhten Forderungen einzugehen, ausgedrückt, es vielmehr nur nicht als sicher hingestellt hat, daß er sie ablehnen werde.

(AG., ZivSen. 1a, Beschl. v. 4. Jan. 1935, 1a X 1720/34.)

Ber. von RGR. Heydtmann, Berlin.

\*

8. §§ 2066 Satz 2, 2074, 2104, 2108 Abs. 2 BGB. Haben sich Ehegatten in einem Erbvertrage oder in einem gemeinschaftlichen Testament mit der Maßgabe gegenseitig zu Erben eingesetzt, daß nach dem Tode des Letzlebenden der Nachlaß eines jeden Ehegatten an dessen „gesetzliche Erben“ fallen solle, so sind im Zweifel als Nacherben des zuerst versterbenden Ehegatten diejenigen Personen eingesetzt anzusehen, die dessen gesetzliche Erben zur Zeit des Todes des überlebenden Ehegatten sein würden.

Der Erblasser Arnold Sch. und seine Ehefrau haben sich in einem Erbvertrage v. 17. Juli 1918 gegenseitig zu Erben eingesetzt mit der Maßgabe, daß „nach dem Tode des Letzlebenden der Nachlaß des Ehegatten an dessen gesetzliche Erben und der Nachlaß der Ehefrau an deren gesetzliche Erben fallen soll“. Der Überlebende sollte also Vorerbe des Erstversterbenden und dessen gesetzliche Erben sollten Nacherben sein.

Bei dem Tode des Erblassers, am 26. März 1920, kamen als seine gesetzlichen Erben in Betracht seine zwei noch lebenden Geschwister sowie die Kinder von drei vorverstorbenen Geschwistern. Bis zum Tode der Ehefrau, dem 27. Nov. 1932, starben auch die beiden Erstgenannten, und zwar ohne Hinterlassung von Nachkommen; sie wurden auf Grund von Testamenten von der Witwe und den Kindern ihres vorverstorbenen Bruders Heinrich Sch. beerbt. Das Nachlassgericht erteilte nunmehr auf Antrag eines Miterben einen Erbschein, der die Kinder der drei vorverstorbenen Geschwister zu dem ihnen in ihren Stämmen zustehenden Anteilen als Erben des Arnold Sch. auswies. Die Witwe des Heinrich Sch. und ihr Sohn betreiben die Einziehung dieses Erbscheins, indem sie geltend machen, daß die Erbfolge nach Arnold Sch. durch die Testamente der beiden nach dem Erblasser verstorbenen Geschwister desselben beeinflusst sei, und haben die Ausstellung eines dementsprechenden Erbscheins beantragt.

Das AG. hat beides abgelehnt. Das LG. hat die dagegen eingelegte Beschw. der Witwe Heinrich Sch. und ihres Sohnes zurückgewiesen. Auch die weitere Beschw. hatte keinen Erfolg.

Das BG. stellt die Entsch. darauf ab, ob die Auslegungsregel des § 2108 Abs. 2 Satz 1 BGB., wonach das Recht eines eingetragenen Nacherben im Zweifel auf seine Erben übergeht, im vorl. Falle widerlegt sei, und bejaht das. Hier ist aber in erster Linie nicht die Frage zu entscheiden, ob die nach dem Tode des Erblassers und vor dem Eintritt der Nacherbfolge verstorbenen drei Geschwister ihr Nacherbrecht auf ihre Erben übertragen haben, sondern die Vorfrage, ob sie vom Erblasser überhaupt als Nacherben eingesetzt sind. Denn die Best. des Erbvertrages, daß Nacherben des erstversterbenden Ehegatten seine gesetzlichen Erben werden sollten, ist mehrdeutig. Mit der Bezeichnung können entweder diejenigen Personen gemeint sein, die im Zeitpunkte des Todes des Erblassers oder diejenigen, die im Zeitpunkte des Eintritts der Nacherbfolge seine gesetzlichen Erben sein würden. Für die Lösung dieser Frage befragt aber die Auslegungsregel des § 2108 Abs. 2 Satz 1 BGB. nichts. Sie greift erst ein, wenn feststeht, welche bestimmten Personen zu Nacherben eingesetzt sind, mit anderen Worten: wenn die zu Nacherben eingesetzten Personen individuell bezeichnet sind. Aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes, auf die sich die weitere Beschw. beruft, ergibt sich nichts anderes. In den Kommissionsprotokollen (Bd. V S. 81) heißt es zwar zu dem jetzigen § 2108 Abs. 2: „In dem praktisch häufigsten Falle der Einsetzung der nächsten Verwandten“ zu Nacherben werde der Wille des Erblassers regelmäßig dahin gehen, dem Bedachten ein festes, unverwertbares und zu diesem Zwecke vererbliches Recht einzuräumen. Hierbei kann aber nicht daran gedacht sein, daß der Erblasser zu Nacherben seine „nächsten Verwandten“ oder gar seine „gesetzlichen Erben“ ohne jede nähere Bezeichnung berufen hat. Denn das ist praktisch keineswegs der häufigste Fall. Gemeint ist vielmehr, daß ein Erblasser als Nacherben meist Personen berufen werde, die im Verhältnis nächster Verwandtschaft zu ihm ständen, und daß dann sein Wille regelmäßig dahin gehe, die Rechtsstellung dieser bestimmten Personen nach Möglichkeit zu stärken. Daraus folgt aber nichts für die Beantwortung der Frage, ob sich die Personen der vom Erblasser zu Nacherben berufenen, aber nicht näher bezeichneten „nächsten Verwandten“ oder „gesetzlichen Erben“ nach dem Zeitpunkte seines Todes oder nach dem Zeitpunkte des Eintritts der Nacherbfolge bestimmen sollen. Hierfür gibt das Gesetz eine Regel vielmehr ausschließlich im § 2066 BGB., und zwar dahin, daß als bedacht diejenigen gelten sollen, welche z. B. des Erbfalls die gesetzlichen Erben sein würden, und wenn die Zuwendung unter einer aufschiebenden Bedingung oder unter Bestimmung eines Anfangstermines gemacht ist, im Zweifel diejenigen, welche die gesetzlichen Erben sein würden, wenn der Erblasser im Zeitpunkte des Eintritts der Bedingung oder des Termins gestorben wäre. Bei der Anordnung einer Nacherbfolge ist stets der zweite Fall gegeben. Denn die in der Einsetzung eines Nacherben liegende Zuwendung an diesen ist schon ihrem Wesen nach mindestens aufschiebend befristet (ebenso R i p p, Erbrecht § 90 Ziff. V 4). Die Beschw. meinen nun, gerade deshalb dürste man Vorschr. über aufschiebend bedingte oder befristete Zuwendungen auf die Einsetzung von Nacherben nicht anwenden, und berufen sich hierfür auf RWRKom. z. BGB., Anm. 3 zu § 2108. Das gilt aber nur für die Anwendung des § 2108 Abs. 2 Satz 2. Wenn dort von einer aufschiebend bedingten Nacherbeinsetzung gesprochen wird, für die es bei der Vorschr. des § 2074 sein Bewenden behalten soll, so kann mit der dabei vorausgesetzten aufschiebenden Bedingung allerdings nicht wohl diejenige gemeint sein, daß der Nacherbe den Eintritt der Nacherbfolge erlebt. Denn dann würde ja § 2108 Abs. 2 Satz 2 BGB. für jede Nacherbeinsetzung gelten, während die Vorschr. offenbar lediglich eine Ausnahme von der Regel des Satz 1 machen soll. Im § 2066 Satz 2 BGB. handelt es sich aber nicht um eine aufschiebend bedingte Nacherbeinsetzung, sondern um eine aufschiebend bedingte oder befristete Zuwendung schlechthin. Weshalb darunter nicht auch sämtliche Nacherbeinsetzungen fallen sollen, obwohl sie mindestens aufschiebend befristet sind, ist nicht einzusehen. Die Erstredung der Vorschr. auf die Einsetzung von Nacherben entspricht auch der für ihre Schaffung maßgebend gewesenem Rücksichtnahme auf den mutmaßlichen Willen eines Erblassers, der eine Best. der vorl. Art trifft. Indem dieser davon absieht, bestimmte Personen als Nacherben zu bezeichnen, bringt er zum Ausdruck, daß er keinen Wert darauf legt, gerade den bei seinem Tode vorhandenen gesetzlichen Erben eine Zuwendung zu machen, die ihnen doch in diesem Zeitpunkte noch nicht anfallen könnte. Vielmehr wird es im allgemeinen seinen Absichten entsprechen, die im Zeitpunkte des Eintritts der Nacherbfolge vorhandenen gesetzlichen Erben als Nacherben eintreten zu lassen. Denn damit erreicht er ohne eine lästige Beschränkung der Bedachten, daß das Vermögen nach dem Tode seiner Frau wirklich seinen Verwandten zugute kommt und nicht vielleicht anderen Personen, die ihm — als Erben von vorverstorbenen gesetzlichen Erben — völlig fernstehen können.

Daß eine Anwendung des § 2066 Satz 2 BGB. auf die Einsetzung der „gesetzlichen Erben“ zu Nacherben wirklich im Sinne des Gesetzgebers liegt, wird vollends bestätigt durch die Vorschr. des § 2104 BGB. Diese ergänzt den Willen eines Erblassers, der nur einen Vorerben eingesetzt hat, ohne überhaupt den Nacherben zu bezeichnen, dahin, daß als Nacherbe die gesetzlichen Erben eingesetzt seien, und zwar, worauf es hier ankommt, diejenigen im Zeitpunkte des Eintritts der Nacherbfolge. Hier bringt der Gesetzgeber selbst zum Ausdruck, daß, wenn schon die gesetzlichen Erben als Nacherben eintreten sollen, deren Personen am besten nach der Regel des § 2066 Satz 2 BGB. bestimmt werden (vgl. auch P l a n c k zu § 2104 Anm. 1).

Das BG. hätte also die Zurückweisung der Beschw. nicht davon abhängig machen sollen, daß die Auslegungsregel des § 2108 Abs. 2 Satz 1 BGB. widerlegt ist, sondern lediglich davon, daß die Auslegungsregel des § 2066 Satz 2 BGB. nicht widerlegt ist. Von diesem Gesichtspunkte aus sind seine Ausführungen darüber, daß der Erblasser den bei seinem Tode vorhandenen gesetzlichen Erben kein vererbliches Nacherbrecht habe zuwenden wollen, jedenfalls unbedenklich. Für die Annahme, daß der Erblasser entgegen der Regel des § 2066 Satz 2 BGB. den bei seinem Tode vorhandenen gesetzlichen Erben eine Zuwendung hätte machen wollen, war kein geeigneter Anhaltspunkt vorhanden.

(RG., 1. Zivilsen., Beschl. v. 17. Jan. 1935, 1b X 598/34.) [Sch.]

9. § 2270 BGB. Die nur für den Zweifelsfall gestellte Regel des § 2270 Abs. 2 BGB. kommt nicht zur Anwendung, wenn nur der eine Ehegatte Vermögen besaß und er bei Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments die Absicht hatte, den anderen Ehegatten sicherzustellen, gleichgültig, ob er auch seinerseits von dem anderen rechtswirksam zum Erben eingesetzt wurde.

Der Verstorbene K. hatte mit seiner Ehefrau — der Beschw. — ein gemeinschaftliches Testament errichtet, in dem die Eheleute sich gegenseitig als Erben einsetzen. Der Antrag auf Erteilung eines Erbscheins wurde von beiden Vorinstanzen abgewiesen.

Die Beschw. hatte Erfolg.

Das BG. geht ersichtlich in Übereinstimmung mit dem Nachlassgericht davon aus, daß die Beschw. — wie sie selbst angibt — den Zusatz: „Dieses Testament hat auch vier mich volle Gültigkeit“ nicht selbst geschrieben (sondern nur unterschrieben) hat. Die Beschw. verkennt auch nicht, daß das gemeinschaftliche Testament insoweit nichtig ist. Sie macht jedoch geltend, die letztwillige Verfügung ihres verstorbenen Ehemannes sei trotzdem rechtswirksam, weil sie ohne Rücksicht auf irgendeine Verfügung von ihr selbst getroffen sei. Ihr Ehemann habe das Grundstück gehabt; er sei derjenige gewesen, der ein Vermögen zu vererben gehabt habe. Er habe sie in erster Linie sicherstellen und von ihren Kindern unabhängig machen wollen.

Demgegenüber erklärt das BG., weder die Sachlage noch der eigene Vortrag der Beschw. gebe einen Anhaltspunkt dafür, daß die Eheleute K. abweichend von der Regel des § 2270 Abs. 2 BGB. die Verfügung des anderen Ehegatten für den Fall der Untirksamkeit der eigenen letztwilligen Verfügung als wirksam bestehen bleibend gewünscht hätten.

Diese Ausführungen werden dem Vortrag der Beschw. nicht gerecht. Hat die Beschw. — wie sie geltendmachen will — kein Vermögen, an dessen Erwerb ihrem verstorbenen Manne gelegen war, und war für ihren Mann bei Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments erkennbar der entscheidende Gesichtspunkt, seine Frau sicherzustellen und von den Kindern unabhängig zu machen — gleichgültig, ob er auch seinerseits von seiner Frau rechtswirksam zur Erbin eingesetzt wurde —, so ergibt sich hieraus, daß er seine Verfügung auch ohne die Verfügung der Frau getroffen haben würde (RGZ. 42, 121 f.; RG. 116, 150<sup>1</sup>). Ist dies richtig, so kommt die nur für den Zweifelsfall aufgestellte Regel des § 2270 Abs. 2 BGB. nicht zur Anwendung. Die Tragweite des § 2270 BGB. ist hiernach von dem BG. nicht richtig erkannt.

Da sich die Beschw. für ihre Darstellung auf das Zeugnis des Z. berufen hat, so war es geboten, entweder diesen Zeugen darüber zu vernehmen, ob er auf Grund von Äußerungen des Verstorbenen oder auf Grund sonstiger Umstände die Angaben der Beschw. bestätigen könne, oder diejenigen Gründe anzugeben, die es rechtfertigen, von der Vernehmung dieses Zeugen abzusehen. Da solche Gründe nicht ersichtlich sind, muß davon ausgegangen werden, daß der Ermittlungspflicht des § 12 ZGB. nicht genügt ist. Hiernach bedarf der Sachverhalt noch einer Klärung in der angegebenen Richtung. Da die Klärung des Sachverhalts von Amts wegen zu erfolgen hat, so wird auch noch versucht werden müssen klarzustellen, wie das persönliche Verhält-

niz des Verstorbenen zu seiner Ehefrau einerseits und zu seinen Kindern andererseits gewesen ist (vgl. RGZ. 123). Hierzu ist gerade im vorl. Falle Veranlassung vorhanden, da die Kinder in dem gemeinschaftlichen Testament überhaupt nicht erwähnt sind. Hat etwa der Verstorbene nur zu seiner Frau in einem sehr herzlichen Verhältnis gestanden und nicht auch zu seinen Kindern, so kann auch dieser Umstand zur Unterstützung der Auffassung der Beschw. verwertet werden.

(RG., 1. Zivilsen., Beschl. v. 22. Nov. 1934, 1b X 552/34.)

Eingef. von *Al. Dr. Sawlikyh*, Forst (Lausitz).

**10.** Art. V §§ 1ff. des Gesetzes gegen Mißbräuche bei der Eheschließung und der Annahme an Kindes Statt v. 23. Nov. 1933 (RGBl. I, 979); §§ 106ff. BGB. Der Minderjährige muß in dem Verfahren auf Feststellung der Nichtigkeit eines mit ihm geschlossenen Kindesannahmevertrages einen gesetzlichen Vertreter haben. Ist ein solcher nicht vorhanden, so darf erst nach Beseitigung dieses Mangels das Verfahren durchgeführt werden. Die Bestellung eines Vertreters in der dritten Instanz und die nachträgliche Genehmigung des Verfahrens durch diesen Vertreter kann den Mangel nicht heilen.

Der 1863 geborene Apothekenbesitzer Dr. K. hat durch notariellen Vertrag vom 29. Sept. 1926 seinen 1925 geborenen Großneffen Walter N., den ehelichen Sohn seines Neffen, an Kindes Statt angenommen. Der Vertrag ist durch Beschluß des AG. Köln v. 2. Dez. 1926 bestätigt worden. Dr. K. ist 1928 verstorben.

Der RegPräs. hat am 16. Mai 1934 auf Grund des RGes. vom 23. Nov. 1933 bei dem AG. beantragt, die Nichtigkeit des Annahmevertrages festzustellen, weil anzunehmen sei, daß ein dem Eltern- und Kindesverhältnis entsprechendes Familienband nicht habe hergestellt werden sollen, vielmehr nur beabsichtigt gewesen sei, dem Angenommenen die Weiterführung der Apotheke zu ermöglichen.

Das AG. K. hat dementsprechend die Nichtigkeit des Vertrages festgestellt. Auf die sofortige Beschw. des Minderjährigen hat das AG. am 16. Nov. 1934 unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses den Antrag des RegPräs. auf Nichtigkeitsfeststellung zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weit. sofort. Beschw. des RegPräs., der beantragt, unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses den Kindesannahmevertrag für nichtig zu erklären. Auf die von dem Gericht der weiteren Beschw. erhobenen Bedenken hat sich herausgestellt, daß der Minderjährige seit dem Tode des Dr. K. keinen gesetzlichen Vertreter gehabt hat, also auch in dem bisherigen Verfahren gesetzlich nicht vertreten gewesen ist. Das AG. hat deshalb am 9. Jan. 1935 den Vater des Minderjährigen für ihn als Vormund bestellt. Dieser hat in seiner Eigenschaft als nummehriger gesetzlicher Vertreter des Minderjährigen alle Maßnahmen ausdrücklich schriftlich genehmigt, die sowohl von ihm selbst als von dem durch ihn bestellten *N.* in dem bisherigen Verfahren vorgenommen sind, insbes. auch die Einlegung der ersten Beschw. Er hält damit den Mangel des Verfahrens für geheilt und beantragt, die sofortige Beschw. des RegPräs. zurückzuweisen.

Das Rechtsmittel des letzteren muß jedoch zur Aufhebung des bisherigen Verfahrens und der beiden Vorentsche. führen. Der RegPräs. ist die gem. Art. V §§ 1, 2 RGes. gegen Mißbräuche bei der Eheschließung und der Annahme an Kindes Statt v. 25. Nov. 1933 (RGBl. I, 979) zuständige Antragsbehörde. Sein Antrag ist auch rechtzeitig binnen sechs Monaten seit dem Inkrafttreten des Gesetzes — dem 26. Nov. 1933 (Art. 3 RGes. v. 24. März 1933 [RGBl. I, 141]) — gestellt, da er am 18. Mai 1934 bei dem nach § 3 des Gesetzes zuständigen AG. eingegangen ist. Zu dieser Zeit war der Minderjährige erst einige Monate über 8 Jahre alt. Da auf das vorl. Verfahren nach Art. V Abs. 2 des Gesetzes die Vorschr. des Gesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit Anwendung finden, richtet sich die Fähigkeit, wie Schlegelberger, Anm. 7 zu § 13 BGB. ausübt, sein Recht vor dem Gericht selbst wahrzunehmen, soweit das BGB. nicht selbst Best. trifft, nach dem BGB. Die Vorschr. des BGB. über die Geschäftsfähigkeit gelten zwar zunächst nur für die Abgabe rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen, sind aber sinngemäß auch auf die Vornahme anderer Rechtshandlungen auszuweihen, soweit nicht im Gesetz selbst eine Sonderregelung getroffen ist. Aus den §§ 1626, 1627, 1630 Abs. 1, 1793 BGB. folgt, daß das Gesetz grundsätzlich von der persönlichen Handlungsunfähigkeit minderjähriger Personen ausgeht. Sie werden nach dem Gesetz durch den Vater oder Vormund vertreten, sind also zur eigenen Vornahme von Rechtshandlungen grundsätzlich nicht befähigt. Der Minderjährige war nach § 104 Nr. 1 BGB. bei Einleitung des Verfahrens zwar nicht geschäftsunfähig, wohl aber nach § 106 BGB., da er das siebente Lebensjahr vollendet hatte, in der Geschäftsfähigkeit beschränkt.

Da die leiblichen Eltern des Minderjährigen mit der Bestätigung des Annahmevertrages die elterliche Gewalt über ihn verloren hatten (§§ 1754, 1765 BGB.) und der Minderjährige nach

§ 1757 BGB. durch die Annahme die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes des Annehmenden erlangt hatte, mußte für ihn nach dem am 22. Nov. 1928 erfolgten Tode seines Adoptivvaters gem. §§ 1773, 1774 BGB. von Amts wegen ein Vormund bestellt werden.

Das in Art. V Ges. v. 23. Nov. 1933 geregelte öffentlich-rechtliche Verfahren auf Feststellung der Nichtigkeit des Kindesannahmevertrages konnte also gegen den nur beschränkt geschäftsfähigen Minderjährigen nicht durchgeführt werden, solange er nicht einen gesetzlichen Vertreter hatte. Weder konnte er selbst in dem Verfahren Anträge stellen, rechtsverbindliche Erklärungen abgeben und Rechts-handlungen vornehmen, noch konnte dies für ihn ein Dritter tun, da dieser hierzu keine Ermächtigung hatte. Auch die zwingende Vorschr. in Art. V § 4: „Vor der Entsch. sind die Vertragsschließenden zu hören“, konnte ihm gegenüber nicht erfüllt werden, und ebensowenig konnte der Minderjährige oder für ihn ein Dritter gem. Art. V § 5 ein wirksames Rechtsmittel gegen die amtsgerichtliche Entsch. einlegen.

Auch in dem gem. §§ 63 ff. RJugWohlfG. v. 9. Juli 1922 gegen einen Minderjährigen eingeleiteten Fürsorgeerziehungsverfahren hat der Senat in ständiger Rspr. daran festgehalten, daß der Minderjährige einen gesetzlichen Vertreter haben muß, und daß das Verfahren, wenn ein solcher vorhanden ist, erst nach Beseitigung dieses Mangels durchgeführt werden darf (JFG. 4, 76; 7, 68). Der Senat hat ferner wiederholt ausgesprochen, daß die erst im Laufe des Beschwerdeverfahrens erfolgte Bestellung eines gesetzlichen Vertreters für den Minderjährigen nicht genügt, daß vielmehr ein solcher noch vor Erlass der erstinstanzlichen Beschlüsse vorhanden sein muß.

Auf dem gleichen Standpunkte steht das ErbgesObGer. Darmstadt in seinem Beschl. v. 17. Dez. 1934 (JW. 1935, 214) zu §§ 1, 9 Gesetz zur Verhütung erkrankten Nachwuchses v. 14. Juli 1933, in dem es ausführt, daß einem geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Anfruchtbarzumachenden vor Einleitung des Verfahrens von Amts wegen gem. § 1910 BGB. ein Pfleger zu bestellen ist, weil ein geschäftsunfähiger oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkter Erbkrankter für sich allein nicht Anträge stellen und sich nicht vertreten lassen kann, er aber Anspruch auf rechtliches Gehör hat, und ihm die Rechtsverfolgung ermöglicht werden muß. Die nachträgliche Einleitung der Pflegschaft kann auch nach Ansicht dieses Gerichts die Gesetzesverletzung nicht beseitigen.

Die im vorliegenden während des Verfahrens in der dritten Instanz erfolgte Bestellung eines Vormundes kann die nach dem Gesetz erforderliche Vertretung des Minderjährigen während des ganzen früheren Verfahrens nicht ersetzen und vermag den Mangel nicht rückwirkend zu beseitigen. Auch die von dem jetzigen Vormund erklärte nachträgliche Genehmigung der von ihm selbst und von dem durch ihn beauftragten *N.* für den Minderjährigen vorgenommenen Rechtshandlungen vermag hieran nichts zu ändern.

Mögen auch Willenserklärungen und Rechtshandlungen eines beschränkt Geschäftsfähigen, die Privatpersonen gegenüber abgegeben und vorgenommen sind, unter Umständen durch nachträgliche Genehmigung des gesetzlichen Vertreters Wirksamkeit erlangen können, so kann doch Entsprechendes hier nicht angenommen werden, wo es sich um ein öffentlich-rechtliches Verfahren handelt, das vom Staate zum Schutze der Allgemeinheit gegen Mißbräuche bei der Eheschließung und der Annahme an Kindes Statt neu geschaffen ist, um beim Vorliegen der vom Gesetzgeber aufgestellten Voraussetzungen die Nichtigkeit früherer Kindesannahmeverträge mit Wirkung für und gegen alle feststellen zu können. Die Erklärungen und Handlungen, die für einen nicht oder nur beschränkt Geschäftsfähigen in diesem Verfahren gerichtlichen Behörden gegenüber abzugeben oder vorzunehmen sind, sollen als Grundlagen für gerichtliche Entsch. dienen, die nicht nur für die Zukunft des Minderjährigen von weittragender Bedeutung sind, sondern im öffentlichen Interesse Mißbräuche mit staatlichen Einrichtungen klarstellen sollen. Sie müssen daher unbedingt und sofort wirksam sein und können nicht von einer erst, nachdem die tatsächliche Prüfung des Sachverhalts durch AG. und LG. beendet ist, oder nach ganzlichem Abschluß des Verfahrens erklärten nachträglichen Genehmigung eines nummehr vorhandenen gesetzlichen Vertreters abhängig gemacht werden. Es würde hierdurch ein Zustand der Rechtsunsicherheit herbeigeführt werden, der mit dem Zweck und den Absichten des Gesetzes unvereinbar ist. Die nachträgliche Genehmigung kann nicht die bisher fehlende gesetzliche Vertretung ersetzen, denn die Vormundschaft tritt erst mit ihrer Einleitung und mit der Bestellung eines Vormundes in Wirksamkeit. Sie stellt einen Akt der gesetzlich geregelten Fürsorge des Staates für schutzbedürftige Personen dar, auf den nicht verzichtet werden kann. Die von dem Gericht in dem vorl. Verfahren unter Außerachtlaffung des Mangels der gesetzlichen Vertretung des Minderjährigen erlassenen Beschlüsse sind Staatshoheitsakte, deren Mängel ebensowenig wie die des zugrunde liegenden Verfahrens durch Erklärungen, Verzichte oder Ge-

nehmigungen von privater Seite behoben, sondern nur in dem gesetzlich zugelassenen Verfahren befeitigt werden können.

Die Vorschr. der ZPD. über die Prozeßfähigkeit sind in dem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit weder direkt noch entsprechend anwendbar (Schlegelberger<sup>4</sup>, Anm. 7 zu § 13 ZGO.). Aus der im Zivilprozeß zulässigen nachträglichen Genehmigung eines Verfahrens, in dem eine Partei nicht nach Vorschr. des Gesetzes vertreten war (§§ 551 Nr. 5, 579 Nr. 4 ZPD.), kann daher für das vorl. Verfahren nichts gefolgert werden.

Unter Aufhebung der beiden Vorentschr. war deshalb die Sache zur anderweiten Erörterung und Entsch. an das OLG. zurückzuverweisen.

(RG., ZivSen. 1a, Beschl. v. 25. Jan. 1935, 1a X 1647/34.)

Ber. von RGR. Seydtmann, Berlin.

\*

### 11. § 22 ZGO.

1. Wer in letzter Stunde ein befristetes Rechtsmittel, noch dazu an unzuständiger Stelle einreicht, kann sich nicht für die Fristversäumnis damit entschuldigen, daß diese andere unzuständige Stelle nicht alle möglichen Schritte getan hat, durch die die Frist gewahrt werden konnte.

2. Wer die Vertretung eines Mandanten vor den Gerichten eines anderen deutschen Landes übernimmt, muß sich über die Zuständigkeitsvorschriften dieses Landes genau informieren.

3. Der Anwalt muß bei wichtigen Fristfällen und bei Angelegenheiten, die für seinen Auftraggeber von großer Bedeutung sind, persönlich darüber wachen, daß das Büropersonal seine Anordnungen genau befolgt. †)

Dem Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kann nicht stattgegeben werden. Nach § 22 Abs. 2 ZGO. ist einem Beschw., der ohne sein Verschulden verhindert war, die Frist einzuhalten, auf Antrag von dem Beschw. die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu erteilen, wenn er die Beschw. binnen zwei Wochen nach der Beseitigung des Hindernisses eingelegt und die Tatsachen, welche die Wiedereinsetzung begründen, glaubhaft macht. Eine Versäumung der Frist, die in dem Verschulden eines Vertreters ihren Grund hat, wird als eine unverschuldete nicht angesehen.

Die von den Beschw. vorgetragene und glaubhaft gemachten Tatsachen reichen nicht aus, um die Fristversäumung als eine unverschuldet angesehen zu können. Zunächst kommt ein Verschulden gerichtlicher Behörden, insbes. des OLG. Kiel bei Bearbeitung der Sache nicht in Frage. Dort ist die weitere jof. Beschw., bereits v. 13. Nov. 1934 datiert, erst am 17. Nov. 1934 — einem Sonnabend — eingegangen. Die Stunde ist aus dem Eingangsvermerk nicht ersichtlich. Noch an demselben Tage hat der Senatsvorsitzende unter: „Eilt“, nicht „Eilt sehr“, wie die Beschw. behauptete, die Abgabe an das zuständige RG. verfügt. Diese Verfügung ist allerdings erst am 19. Nov. 1934 — einem Montag — ausgeführt worden. Mit Rücksicht auf den dazwischen liegenden Sonntag, und weil die nähere Stunde des Eingangs sowohl bei dem OLG. wie auf der Geschäftsstelle nicht mehr feststellbar ist, kann von einer verzögerlichen Behandlung durch das Gericht keine Rede sein. Das OLG. brauchte nicht, nachdem es seine Unzuständigkeit erkannt und dementsprechend die Abgabe an das zuständige RG. verfügt hatte, noch weiter den Inhalt der Beschwerdeschrift daraufhin zu prüfen, wann die Beschwerdefrist abließ und welche Möglichkeiten vielleicht in Betracht kamen, um die Frist zu wahren, z. B. durch Abgabe an das OLG. Kiel als Beschw. Wer in letzter Stunde ein befristetes Rechtsmittel, noch dazu an unzuständiger Stelle einreicht, kann sich nicht damit entschuldigen, daß eine andere Stelle vielleicht nicht alle möglichen Schritte getan hat, durch die die Frist gewahrt werden konnte. „Schuldhaft handelt der Beteiligte, wenn er nicht jede, auch die äußerste von ihm nach Lage des Falles erforderliche und vernünftigerweise von ihm zu erwartende Sorgfalt aufwendet, um die Frist einzuhalten. Der Beteiligte muß sich so verhalten, daß auch bei nicht ordnungsmäßigem Verlauf der Sache die Frist noch gewahrt werden kann, und er kann sich nicht darauf berufen, daß er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt angewendet habe und ihm kein Verschulden vorzuwerfen sei“ (Schlegelberger, Anm. 9 zu § 22 ZGO.).

Auch die weiteren Ausführungen der Beschw. können die Versäumung der Frist nicht rechtfertigen. Wenn ein Anw. die Vertretung eines Mandanten vor den Gerichten eines anderen deutschen Landes übernimmt, so muß er sich über die Zuständigkeitsvorschriften dieses Landes genau informieren, noch dazu, wenn es sich um die Wahrung von Fristen und um Angelegenheiten von weittragender Bedeutung, wie im vorl. Falle, handelt. Im übrigen findet sich auch in jedem Kommentar zum ZGO. bei dem § 28 ein Hinweis auf § 199 sowie darauf, daß in Preußen durch Art. 7 und 8 PrZGO. die Entsch. über die weitere Beschw. dem RG. und in Bayern dem obersten OLG. allein übertragen ist. Die Einreichung der weiteren Beschw. bei dem örtlich unzuständigen OLG. beruht deshalb auf einem Verschulden des Vertreters der Beschw. und kann die Ver-

säumung der Frist nicht rechtfertigen. Das gleiche gilt hinsichtlich der Behauptung, daß die Frist durch Versehen des Büropersonals ihres Vertreters veräußert sei. Auch wenn man mit der neueren Mpr. annimmt, daß ein Anw. sich im allgemeinen auf sein erprobtes Personal verlassen darf und nicht alle Einzelheiten zu kontrollieren hat, so muß er doch bei wichtigen Fristfällen und bei Angelegenheiten, die für seine Auftraggeber von großer Wichtigkeit sind, darüber wachen, daß seine Anordnungen genau befolgt werden. Selbst wenn man daher auf Grund der eidesstattlichen Versicherung des Justizinsp. S. annehmen wollte, daß der Anwalt der Beschw. den Auftrag gegeben hat, die weitere Beschw. bei dem OLG. und dem OLG. in Kiel einzureichen, so mußte doch der Anwalt bei der Wichtigkeit der Sache die Befolgung seiner Anweisung persönlich überwachen. Er mußte überdies beide Beschwerdeexemplare mit seiner eigenhändigen Unterschrift versehen, denn nur mit dieser Unterschrift lagen der Vorschrift des § 29 ZGO. entsprechende Beschwerdevorschriften vor. Eine beglaubigte oder einfache Abschrift an das zweite Gericht hätte ihren Zweck nicht erfüllt. Es hätte ihm also bei der Unterschrift des einen Stückes auffallen müssen, daß das zweite fehlte.

(RG., ZivSen. 1a, Beschl. v. 4. Jan. 1935, 1a X 1577/34)

Eingef. von Anw. Dr. Engels, Hamburg.

**Anmerkung:** Die Entsch. des RG. gibt zum mindesten in seiner Begründung zu Bedenken Anlaß.

Nach § 22 ZGO. kann der Beschw., der die Frist zur Einlegung der sofortigen Beschw. veräußert hat, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand begehren, wenn er dargetut, daß er ohne sein Verschulden verhindert war, die Beschwerdefrist einzuhalten. Das RG. geht bei der Prüfung der Frage, ob im vorl. Falle die Voraussetzungen des § 22 ZGO. gegeben sind, davon aus, daß „der Beteiligte schuldhaft handelt, wenn er nicht jede, auch die äußerste von ihm nach Lage des Falles erforderliche und vernünftigerweise von ihm zu erwartende Sorgfalt aufwendet, um die Frist einzuhalten. Der Beteiligte muß sich so verhalten, daß auch bei nicht ordnungsmäßigem Verlauf der Sache die Frist noch gewahrt werden kann, und er kann sich nicht darauf berufen, daß er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt angewendet habe und ihm kein Verschulden vorzuwerfen sei“. Das RG. zitiert und billigt damit wörtlich die von Schlegelberger in seinem Komm. z. ZGO. § 22 Anm. 9 vertretenen Ansicht. Diese Ansicht kann nicht un widersprochen bleiben, da sie sowohl dem Wortlaut des Gesetzes als auch der vom RG. und auch sonstwie in früheren Entsch. ständig vertretenen Ansicht widerspricht (vgl. u. a. RGZ. 51, 15; OLG. 14, 145; ZFG. 3, 28; a. A. Schlegelberger). Die Voraussetzungen für die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach der ZPD. (§ 233 ZPD.) und nach ZGO. (§ 22 ZGO.) sind verschieden. Während § 233 ZPD. verlangt, daß die Verhinderung „durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle“ eingetreten ist, ist nach § 22 ZGO. die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, wenn der Beschw. „ohne sein Verschulden“ verhindert war, die Frist einzuhalten. Die Voraussetzungen des § 233 ZPD. sind somit bei weitem schärfer als die des § 22 ZGO. Das führt Schlegelberger in Anm. 8 zu § 22 ZGO. selbst aus. Es ist daher nicht ganz verständlich, warum trotz des klaren Wortlautes des Gesetzes in Anm. 9 ausgeführt wird, daß der Beschw. nicht nur die im Verkehr erforderliche Sorgfalt aufwenden muß, sondern darüber hinaus noch jede, auch die äußerste Sorgfalt aufwenden muß. Diese Auffassung widerspricht dem Wortlaut des Gesetzes, das den Mangel eines einfachen Verschuldens an der Verhinderung für die Wiedereinsetzung im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit genügen läßt. Schlegelberger beruft sich zur Begründung seiner Ansicht in Anm. 9 auf die Entsch. RG. 71, 322 = JW. 1909, 363; RG. 77, 159 = JW. 1912, 42; JW. 1913, 384. Der letzteren Entsch. ist das Zitat, das auch das RG. in der vorliegenden Entsch. wiedergibt, wörtlich entnommen. Alle diese zitierten Entsch. des RG. sind jedoch nicht zu § 22 ZGO., sondern vielmehr zu § 233 ZPD. ergangen. Der Beschw. muß nach der Ansicht der zitierten Entsch. des RG. die äußerste Sorgfalt aufwenden, um darzutun, daß die Nichtinhaltung der Frist auf einen unabwendbaren Zufall zurückzuführen sei. Es geht nun nicht an, dieselben Grundfälle, die zur Begründung eines unabwendbaren Zufalles aufgestellt worden sind, auch dann anzuwenden, wenn der Beschw. lediglich darzutun braucht, daß ihn kein Verschulden treffe. Es ist einleuchtend, daß ein großer Unterschied besteht zwischen einem unabwendbaren Zufall einerseits und dem Mangel an Verschulden andererseits. Die Ansicht Schlegelbergers ist daher zu beanstanden. Es muß nach dem ausführlichen Wortlaut des § 22 ZGO. genügen, daß der Beschw. dargetut, daß ihn kein Verschulden trifft, d. h., daß er die im Verkehr übliche und erforderliche Sorgfalt aufgewendet hat.

Das RG. hätte daher im vorl. Falle den Sachverhalt entsprechend dem Wortlaut des § 22 ZGO. auch nur unter dem Gesichtspunkte prüfen dürfen, ob der Beschw. die im Verkehr übliche und erforderliche Sorgfalt aufgewendet hat.

RA. A. Herriger, Düsseldorf.

## Celle

12. § 1333 BGB. Anfechtbarkeit einer Mischehe. f)  
 Die Parteien hatten i. J. 1929 geheiratet. Kinder sind aus der Ehe nicht hervorgegangen. Die nichtarische Bekl. ließ sich auf Wunsch des Kl. i. J. 1932 taufen. Bis zum Juni 1933 lebten die Parteien in ehelicher Gemeinschaft. Im Mai 1933 trat der Kl. in die SA ein. Im Sept. desselben Jahres wandte er sich an den Sachverständigen für Rassefragen im Reichsministerium mit der Bitte um Auskunft. Er bekam hierauf am 3. Okt. 1933 eine Antwort, in welcher darauf hingewiesen wurde, daß vom Standpunkt des neuen Staates aus gesehen das Bestehen einer solchen Mischehe unerwünscht sei. Unmittelbar im Anschluß an dieses Schreiben beantragte der Kl. dann beim LG. das Armenrecht für eine Ehescheidungsklage. Sein Antrag wurde aber abgelehnt, da nach Ansicht dieses Gerichts die Rechtsverfolgung keine Aussicht auf Erfolg hatte. Auf seine Beschw. hin wurde ihm vom OLG. auf Grund neuer angebotener Beweise das Armenrecht bewilligt. Im Dez. 1933 wurde dann die Ehescheidungsklage eingereicht. Ende März 1934 wurde hiermit die Anfechtungsklage verbunden. Durch Urt. vom 26. Mai 1934 wurden vom LG. Hannover aber Anfechtungs- und Ehescheidungsklage abgewiesen.

Die Ver. hatte Erfolg.

Es war in erster Linie die Schlüssigkeit der Anfechtungsklage zu prüfen. Der Kl. stützt seinen Antrag auf § 1333 BGB. mit der Begr., er habe sich bei der Eheschließung über eine solche persönliche Eigenschaft der Bekl. geirrt, die ihn bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe von deren Eingehung abgehalten haben würde. Die Rassezugehörigkeit ist wegen der besonderen Eigentümlichkeiten der verschiedenen Rassen als persönliche Eigenschaft anzuerkennen (RG. v. 12. Juli 1934, IV 94/34 = JW. 1934, 2613 4).

Ein Irrtum über diese Eigenschaft kann also die Anfechtung der Ehe rechtfertigen, wenn die übrigen Voraussetzungen hierfür gegeben sind. Der Kl. war bei der Eheschließung nicht darüber im unklaren, daß die Bekl. von jüdischen Eltern abstammt. Er wußte also, daß sie Jüdin war. Dadurch allein wird aber die Möglichkeit des Irrtums über die persönlichen Eigenschaften des jüdischen Ehegatten noch nicht ausgeschlossen. Der andere Ehegatte muß eine Vorstellung von diesen Eigenschaften haben, er muß das Wesen des Rassenunterschiedes genügend erfassen und sich vor allem klar darüber sein, daß durch einen Übertritt zum Christentum, durch eine veränderte äußere Lebensgestaltung nicht ausgeschlossen wird, daß sich bei den Nachkommen die Eigentümlichkeiten der Rasse in verstärktem Maße zeigen können. Der Kl. hat schlüssig behauptet, daß er sich bei der Eheschließung in völliger Unkenntnis dieser rassistischen Eigenart und der Unmöglichkeit, sie durch äußere Maßnahmen zu beseitigen, befunden habe. Ihn trifft gegenüber dem Bestreiten der Bekl. die volle Beweislast. Das Gericht sieht diesen Beweis als geführt an. Der Kläger ist erst i. J. 1933 der SA beigetreten. Er ist nicht altes Parteimitglied.

Selbst wenn er schon in den Jahren vor der Eheschließung politische Versammlungen besucht und Zeitungen gelesen haben sollte, in denen auch über das Problem des Judentums in Deutschland Erörterungen angestellt worden sind, so kann man daraus nicht den Schluß ziehen, der Kl. sei hierdurch über die Rassefrage genügend aufgeklärt. Der Schwerpunkt des Angriffes gegen die Juden lag in den früheren Jahren auf politischem und wirtschaftlichem Gebiet. Man sah in dem Juden den internationalen Kaufmann, den politischen Weltbürger, der sich durch die Bande der Religion mehr verbunden fühlte mit seinen Glaubensgenossen im Ausland als durch seine teilweise jahrhundertelange Seßhaftigkeit in Deutschland mit dem deutschen Volk.

Vor der Aufstellung des nationalsozialistischen Programms führte das Volk, das mit der Entwicklung des Rasseproblems keineswegs vertraut war, die Besonderheit des Judentums, die Erhaltung seiner Eigenart auf die strenge religiöse Absonderung zurück. Der Jude hatte sich, soweit er sich nicht mit Andersgläubigen vermischte, nach der Ansicht vieler nur durch seine Glaubensstrengigkeit, durch die Befolgung der Ritualen als Jude erhalten. Sein Entwicklungsgang, die Beschränkung seiner Betätigung, seines Aufstiegs im Mittelalter bis in die Neuzeit waren der Grund jener charakteristischen Wesenszüge, so meinte man, die dem Juden vom Christen scheiden. An dieser Auffassung hat die Aufstellung des Parteiprogramms und seine Verkündung zunächst nur wenig geändert. Der Senat vermag deshalb dem vom RG. in der zitierten Entscheidung hervorgehobenen Satz nicht ohne weiteres zuzustimmen, es seien Fälle des Irrtums mindestens mit der Veröffentlichung des Parteiprogramms in den damit bekanntgemachten Bevölkerungskreisen nur selten anzunehmen.

Es darf dabei nicht vergessen werden, daß die Lehren der Partei keineswegs überall als richtig anerkannt worden sind in den Jahren des Kampfes um die politische Macht. Das kann nur von den alten Parteimitgliedern angenommen werden, die in ihrer

Anschauung gefestigt jeglicher Kritik gegenüber fest an die Richtigkeit ihrer Lehre glaubten.

Allen anderen Menschen wurde von den verschiedensten Seiten das Programm der NSDAP. als mit den wissenschaftlichen Forschungen, den geschichtlichen Vorgängen und den Tatsachen nicht in Einklang stehend dargestellt. Sie sahen es immer wieder als Gegenstand heftigster Kritik im Brennpunkt politischen Kampfes stehen. Sie beschäftigten sich nicht mit ihm, um zu einer klaren Erkenntnis zu gelangen, sondern beschränkten sich auf eine oberflächliche Kenntnisnahme oder suchten durch Gegenargumente, die ihnen von allen Seiten dargeboten wurden und die sie wahllos aufgriffen, ihre inneren Zweifel zu beseitigen, die unter der Wucht leidenschaftlicher Propagandarede doch hier und da aufgetreten waren. Erst durch die eindringliche, sachlich-wissenschaftliche Aufklärung der letzten einhalb Jahre ist die Erkenntnis des Rasseproblems in weiteste Bevölkerungskreise gedrungen. Der Kl. hat deshalb, sofern er nicht infolge besonderer politischer oder wissenschaftlicher Schulung eine frühere und bessere Erkenntnis gewonnen haben sollte, die Vermutung für sich, daß er sich im Irrtum über die Rasseeigentümlichkeiten der Bekl. befand, als er die Ehe schloß.

Nun sagt er allerdings selbst, er habe „im Laufe der Ehezeit“ erkannt, daß „sich die jeweils grundmäßig anders garteten Eigenarten zweier Rassen gegenüberstehen“. Diese Erkenntnis war aber erst in dem Augenblick vollkommen, als der Kl. nach der nationalen Revolution und seinem Eintritt in die SA. sachliche und eindringliche Aufklärung erhielt. Dies ergibt sich mit Deutlichkeit aus dem Brief, den der Kl. am 20. Sept. 1933, zu einer Zeit, als er über die Voraussetzungen der Anfechtung noch nicht unterrichtet war und eine Ehescheidung anstrebte, geschrieben hat. Dieser zu einer unverbürgten Zeit an den Sachverständigen für Rassefragen gerichtete Brief gibt nach der Überzeugung des Gerichts den wahren Sachverhalt wieder.

Wenn man aber, vor allem unter Berücksichtigung der Erklärungen des Kl. im Protokoll vom 14. Okt. 1933, annehmen wollte, der Kl. habe im Laufe der Ehe, etwa seit 1930 oder 1931, klar erkannt, welche Folgen die Mischehe für seine Nachkommenschaft haben kann, so würde diese Erkenntnis insofern unschädlich sein, als die Anfechtungsfrist noch nicht lief. Sie war gehemmt bis zu dem Zeitpunkt, in welchem eine derartige Anfechtungsklage überhaupt mit einiger Aussicht auf Erfolg erhoben werden konnte. Das RG. hat als Stichtag den 15. April 1933 bezeichnet (RG. vom 12. Juli 1934, IV 89/34 = JW. 1934, 2615 5). Der Kl. hat innerhalb der vom 15. April 1933 ab laufenden sechs Monate das Armenrechtsgesuch eingereicht, bis zu dessen Ablehnung die Frist weiterhin gehemmt blieb. Durch die Erhebung der Ehescheidungsklage wurde alsdann die Frist auch für die Anfechtung gewahrt. Wenn danach die Klage auf jeden Fall rechtzeitig erhoben ist, so kann weiter nach dem Vorbringen des Kl., seinem Verhalten der Bekl. gegenüber in Verbindung mit der Tatsache, daß der Kl. in die SA. eingetreten ist, als erwiesen angesehen werden, daß der Kl. die Ehe nicht geschlossen haben würde, wenn er die Eigenschaft der Bekl. als Trägerin jüdischer Rasseeigentümlichkeiten gekannt hätte.

Der Kl. hat, wie sein Verlangen nach dem Religionswechsel der Bekl. zeigt, Wert darauf gelegt, eine christliche, deutsche Ehe zu führen. Er hat, wie die Bekl. selbst zugibt, nach seinem Eintritt in die SA. Ernst gemacht mit der Befolgung der Befehle, die dahin ergingen, ohne Rücksicht auf persönlichen Vorteil nicht mehr in jüdischen Geschäften zu kaufen.

Zu diesem Verhalten hätte der Kl., wenn er innerlich der Bewegung und ihren Zielen fernstände, keinen Anlaß. Er ist erwerbsloser Reisender in einer Großstadt. Beruf und äußere Lebensverhältnisse zwangen den Kl. nicht, seines persönlichen Vorteils wegen der Bewegung beizutreten. Die Bekl. behauptet dies nicht einmal, und es sind keine sonstigen Tatsachen hervorgetreten, welche auch nur eine derartige Vermutung rechtfertigten. Diese Erwägungen rechtfertigen die Annahme, daß der Kl. die Ehe bei Kenntnis der Sachlage nicht geschlossen haben würde. Seine Auffassung von dem Wesen der Ehe stimmt mit der objektiven Würdigung, d. h. mit den regelmäßigen Anschauungen, der Mehrheit der Volksgenossen überein.

Die Voraussetzungen des § 1333 BGB. sind hiernach zu bejahen.

Fraglich könnte es noch erscheinen, ob der Kl. die an sich anfechtbare Ehe nicht nach Entdeckung seines Irrtums bestätigt hat (§ 1337 Abs. 2 BGB.). Die Bestätigung könnte schon darin liegen, daß der Kl. nach Erlangung der Kenntnis der Anfechtungstatfachen den ehelichen Verkehr fortgesetzt hat.

Auch hier ist wieder entscheidend der genaue Zeitpunkt, in welchem der Kl. das Rasseproblem, seine physiologischen und psychischen Grundlagen in ihren Kernpunkten zu erkennen vermochte. Dieser Zeitpunkt läßt sich zwar nicht genau bestimmen, er liegt unzweifelhaft in der Zeit nach der Eheschließung, möglicherweise aber schon vor dem April 1933.

Eine Bestätigung der Ehe kann gleichwohl nicht angenommen werden, weil für den Kl. gar keine Möglichkeit bestand, diese Ehe zu lösen. Er mußte diese Ehe bis zum Jahre 1933 fortsetzen, wollte er sich nicht der Gefahr aussetzen, daß die Befl. auf Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft — eine Scheidungsklage würde sie, wie ihr späteres Verhalten zeigt, wohl nicht erhoben haben — gegen ihn klagte.

Der Kl. hat glaubhaft geschildert, an welcher seelischen Zerrüttung er in den letzten Jahren gelitten habe, weil er keinen Weg gesehen hätte, diese Ehe zu lösen. Man wird deshalb objektiv in der Fortführung des ehelichen Lebens eine Bestätigung der Ehe nicht erblicken können, mag die Befl. auch eine derartige Auffassung gehabt haben.

(OLG. Celle, Urt. v. 5. Nov. 1934, 1 U 362/34.)

Ber. von RA. Dr. Franz Krüger, Hannover.

**Anmerkung:** Dem obenstehenden rechtskräftigen Urteil ist im Ergebnis und in der Begr. zuzustimmen.

I. In JW. 1934, 2593 ff. (besonders 2595—2598) habe ich nachzuweisen versucht, daß der Anfechtende sich nicht nur dann in einem erheblichen Irrtum i. S. des § 1333 BGB. befunden hat, wenn er nicht wußte, daß der Anfechtungsgegner Jude ist, sondern auch dann, wenn er dies zwar wußte, aber keine richtige (insbes. keine vollständige) Vorstellung über die Bedeutung dieses Umstandes hatte.

II. Mit Recht wendet sich das OLG. Celle vor allem gegen den Satz auf S. 2614 des RG-Urt. in JW. 1934, 2613: „Unter diesen Umständen werden Fälle eines Irrtums nach der gedachten Richtung mindestens seit der Veröffentlichung des nationalsozialistischen Programms in den mit dem Programm bekanntgewordenen Bevölkerungskreisen nur selten anzunehmen sein“ und die hieraus gezogene — unlogische! — Folgerung: „Hat der Anfechtungskläger bei der Eheschließung gewußt, daß er eine Frau heiratet, die dem von dem deutschen verschiedenen jüdischen Volk angehört, so ist daher regelmäßig anzunehmen, daß er sich über die fragliche Eigenschaft der Frau nicht im Irrtum befunden hat.“

Möhm er hat in der Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht S. 90 zu voller Überzeugung nachgewiesen, daß die bloße Veröffentlichung des Programms der NSDAP. keineswegs die vom RG. behauptete Wirkung gehabt hat. Außerdem hat das RG. in der oben erwähnten Folgerung den Ober Satz dadurch eingeschränkt, daß es voraussetzt, dem Anfechtungskläger sei das „Programm“ bekannt gewesen. Diese Voraussetzung hat es aber in der weiter mitgeteilten allgemeinen Schlussfolgerung fallen lassen. Hierin liegt zweifelsfrei ein Denkfehler! Bei seinen weiteren Ausführungen hat dann übrigens das RG. im Widerspruch zu dem von dem BG. festgestellten Tatbestand einfach unterstellt, dem Kl. sei das Programm der Partei „bekannt“ gewesen.

III. In dem oben entschiedenen Falle hat der Kl. selbst vortragen, er habe im Laufe der Ehezeit erkannt, daß sich die jeweils grundmäßig anders gearteten Eigenarten verschiedener Rassen gegenüberstehen. Wenn das nach dem ganzen Zusammenhang seines Vorbringens dahin zu verstehen wäre, daß er schon die volle Bedeutung des Umstandes erkannt habe, daß die Befl. dem jüdischen Volk angehöre, so wäre daraus zu folgern, daß von dem Zeitpunkt an, in dem er diese Erkenntnis gewonnen hätte, eine „Bestätigung“ der Ehe nach § 1337 Abs. 2 BGB. in Frage gekommen wäre (jedoch nur, wenn die unter IV. weiter erörterte Voraussetzung der Bestätigung auch vorgelegen hätte), und daß von diesem Zeitpunkt an (jedoch nicht vor dem 15. April 1933, vgl. RG. in JW. 1934, 2615<sup>2</sup>) die Frist des § 1339 Abs. 2 BGB. zu laufen begonnen hätte.

IV. Jedoch führt das OLG. Celle völlig zutreffend aus, daß im Ergebnis doch keine „Bestätigung“ der Ehe der Parteien durch den Kl. gegeben sei. Von einer „Bestätigung“ i. S. des § 1337 BGB. kann für den Fall des Irrtums nur dann gesprochen werden, wenn der Anfechtungsberechtigte ausdrücklich oder stillschweigend erklärt, die Ehe fortsetzen zu wollen, obwohl ihm der Anfechtungsgrund bekannt geworden ist und obwohl er die Möglichkeit hatte, durch Erhebung der Anfechtungsklage eine Vernichtung der Ehe herbeizuführen. Diese Möglichkeit war für den Kl. jedenfalls bis zum 15. April 1933 nicht gegeben.

RA. Dr. Maßke, Berlin.

## Jena

**13.** § 1333 BGB. Ein Ehegatte kann die Ehe anfechten, wenn er zwar von Straftaten des anderen Ehegatten gewußt, ihre Bedeutung aber erst daraus erkannt hat, daß gegen den anderen Ehegatten die Sicherungsverwahrung angeordnet worden ist.

Der Verkl. hat am 8. Febr. 1935 beantragt, ihn fürs Be-

rufungsverfahren das Armenrecht zu geben. Es wird verweigert, seine Rechtsverteidigung hat keine hinreichende Aussicht auf Erfolg. Es kann dahingestellt bleiben, in welchem Umfange die Kl. von den zahlreichen Straftaten des Verkl. gewußt hat. Die Tatsache, daß gegen den Verkl. im Mai 1934 die Sicherungsverwahrung angeordnet worden ist, gibt ihr das Recht, die Ehe anzufechten, denn damit ist ausgesprochen worden, daß der Verkl. ein gemeingefährlicher Gewohnheitsverbrecher ist. Es kann aber der Kl. nach erbbiologischen Gesichtspunkten nicht zugemutet werden, die Ehe mit einem Gewohnheitsverbrecher fortzusetzen und die erbkranken Anlagen des Verkl. fortzupflanzen. Diese Bedeutung der Straftaten des Verkl. hat die Kl. früher nicht erkannt und auch vor Anordnung der Sicherungsverwahrung nicht erkennen können. Deshalb kann sie jetzt die Ehe anfechten.

(OLG. Jena, Beschl. v. 12. März 1935, 2 UH 27/35.)

## Hamn

**14.** § 36 RAN. Ein jüdischer Anwalt ist als ArmAnw. nicht beizuzuordnen.<sup>1)</sup>

Daß die Partei keinen Anspruch auf Beordnung eines bestimmten Anwalts hat, ist immer außer Zweifel gewesen. Vielmehr entscheidet das pflichtmäßige Ermessen des Vorsitzenden; daran ist durch die in verschiedenen neueren Erlassen der Justizverwaltung gegebenen Richtlinien nichts geändert.

Im Sinn und Geist der seit der nationalen Erhebung herrschend gewordenen Auffassung von einer volksverbundenen und artgemäßen Rechtspflege liegt es, daß deutsche Parteien nicht durch raffestremde Prozeßbevollmächtigte vertreten werden. Soweit nicht-arijsche RA. während einer Übergangszeit noch zugelassen sind, sind sie zwar in ihren Rechten zu schützen. Dazu gehört aber nicht, daß sie auf Staatskosten als Armenanwälte beigeordnet werden. Das Interesse des Anwalts hat überhaupt hinter dem der Parteien und der Sache zurückzutreten. Aber auch das (vermeintliche oder wirkliche) Privatinteresse der Partei hat hinter dem höheren Interesse der artgemäßen Rechtspflege zurückzutreten, ganz besonders auf dem Gebiete des Eherechts, das mit den sittlichen Volksanschauungen untrennbar verknüpft ist und weniger als andere Rechtsgebiete die Mitwirkung artfremder Rechtspflegeorgane trägt. Daraus folgt, daß da, wo dem Ermessen des Gerichtsvorsitzenden Raum gegeben ist und wo zusätzliche Staatsmittel beansprucht werden, kein nicht-arijscher Anwalt beizuzuordnen ist.

Der Senat schließt sich hiermit den gleichartigen Entsch. des OLG. Hamn an, wie 9 W 255/34 v. 12. Jan. 1935, 9 W 31/35 v. 5. Febr. 1935, 4 W 35/35 v. 11. März 1935, vgl. auch OLG. Frankfurt a. M. v. 24. Mai 1934: JW. 1934, 1509.

(OLG. Hamn, 7. ZivSen., Beschl. v. 23. März 1935, 7 W 44/35.)  
Eingef. von OLG. Ralisch, Hamn.

## Riel

**15.** §§ 134, 139, 1718 BGB.; § 169 StGB. Bewußt unrichtige Anerkennung der unehelichen Vaterchaft.

Der Kl. klagte auf Feststellung, daß die Befl. nicht sein uneheliches Kind sei. Er hatte vor dem VormGer. die uneheliche Vaterchaft anerkannt und sich zur Unterhaltszahlung verpflichtet.

Mit der Klage wurde geltend gemacht, daß er, der Kl., in Wahrheit nicht der Vater des Kindes gewesen sei, und daß er die Erklärung bewußt wahrheitswidrig abgegeben habe, um der Kindesmutter, mit der er verlobt gewesen sei, die Beschämung zu ersparen. Die Verlobung sei demnächst aufgehoben worden. Das LG. hat diesen Sachverhalt als erwiesen angesehen und nach dem Klageantrag erkannt. Das OLG. hat das Armenrecht für die VerJust. versagt mit folgender Begr.: Die beabsichtigte Rechtsverteidigung der Befl. bietet aus den zutreffenden Gründen des landgerichtlichen Urteils keine hinreichende Aussicht auf Erfolg. Unter den Parteien ist nicht streitig, daß dem Kl. bereits vor Eingebung des Verlöbnisses mit der Mutter der Befl. bekannt war, daß er nicht der Erzeuger der Befl. war. Es ist anerkanntes Recht, daß auch die uneheliche Vaterchaft, wenn auch keine Verwandtschaft im Rechtsinne, so doch einen Personenstand begründet (vgl. RGSt. 41, 301). Durch die Abgabe seiner Erklärung zu Protokoll des LG. in S. v. 15. Juli 1930 hat der Kl. demnach vorsätzlich den Personenstand der Befl. verändert, indem er einen tatsächlichen Zustand herbeiführte, vermöge dessen sich das familienrechtliche Verhältnis der Befl. als ein anderes darstellte, als es der Wirklichkeit entsprach. Dieses Verhalten des Kl. erfüllt den Tatbestand des § 169 StGB. Die Anerkennung der Vaterchaft durch den Kl. ist daher, da dieses Rechtsgeschäft gegen ein

<sup>1)</sup> Ständige Rechtspredung. Vgl. ferner u. a. RG.: JW. 1935, 1039<sup>1</sup> und Noack: JW. 1935, 679. D. S.

gesetzliches Verbot verstößt, nach § 134 BGB. nichtig. Diese Nichtigkeit ergreift gem. § 139 BGB. auch die gleichzeitig erklärte Verpflichtung des Kl. zur Zahlung einer Unterhaltsrente an die Bfkl. Zu der Annahme, daß der Kl. sich unabhängig von der Anerkennung der Vaterschaft zur Unterhaltsgewährung verpflichten wollte, bietet der Sachverhalt keinen Anhalt. Es ist als erwiesen anzusehen, daß der Kl. nur mit Rücksicht auf sein Verlöbniß mit der Mutter der Bfkl., um dieser die Beschämung zu ersparen, seine Vaterschaft anerkannt und lediglich in untrennbarem Zusammenhang hiermit sich auch zur Zahlung des Unterhalts verpflichtet hat. Eine selbständige Verpflichtung zur Unterhaltszahlung allein wollte der Kl. insoweit keineswegs übernehmen. Da somit die Verpflichtungserklärung des Kl. der rechtlichen Wirksamkeit entbehrt, ist die auf Grund der vollstreckbaren Urk. v. 15. Juli 1930 von seiten der Bfkl. vorgenommene Zwangsvollstreckung unzulässig. Die Klage ist in vollem Umfang begründet.

Bei dieser Sachlage erübrigt sich eine Prüfung der Frage, ob der Klageanspruch aus weiteren rechtlichen Gesichtspunkten begründet erscheint. Es kann ferner dahingestellt bleiben, ob der Kl. sich durch die wahrheitswidrige Anerkennung seiner Vaterschaft der Bfkl. gegenüber schadensersatzpflichtig gemacht hat. Ein solcher Erklärungsanspruch würde jedenfalls eine Abweisung der Klage nicht rechtfertigen können.

(OLG. Kiel, 2. ZivSen., Beschl. v. 21. März 1935, 2 UH 20/35).

Eingef. von VizePräf. Dr. Matthiesen, Kiel.

### Stuttgart

16. § 1635 Abs. 1 S. 2 BGB. Wenn das Sorgerecht abweichend geregelt werden soll, ist nur auf das Interesse des Kindes zu achten, nicht auf eine Abmachung der Eltern.

Die aus beiderseitigem Verschulden geschiedenen Eheleute schlossen 1931 vor dem Einzelrichter einen Vergleich, wonach von Ostern 1931 an für die Person ihres älteren Sohns dem Vater, für die Person des Jüngeren die Sorge der Mutter zusteht. Der Vater verlangte im Juli 1931 die Herausgabe auch des jüngeren, 14 Jahre alten Sohns. Die Mutter erwirkte einen Beschl. des VormGer., daß ihr die Sorge für diesen Sohn zustehe. Auf Beschw. des Vaters wies das LG. den Antrag der Mutter ab. Deren weitere Beschw. war erfolglos. Sie bekämpft die Ansicht des LG., daß ein Vergleich geschiedener Eltern über das Sorgerecht dem freien Widerruf unterliege, denn das siehe mit dem Volksempfinden nicht im Einklang. Das OLG. billigt jedoch die Ansicht, daß der Inhaber des Sorgerechts über dieses nicht verfügen kann, daß also ein Vergleich darüber widerruflich ist. Solche Vergleiche sind meistens nur dahin zu verstehen, daß die Ausübung des Rechts der Sorge dem andern Teil überlassen wird. Jedenfalls kann die Frau in diesem Verfahren nicht damit gehört werden, ihr früherer Mann sei mindestens „moralisch“ verpflichtet, den Vergleich einzuhalten, es verstoße gegen Treu und Glauben, wenn er das Kind herausverlange. Denn das VormGer. hat bei einer Abweichung gem. § 1635 Abs. 1 S. 2 BGB. lediglich auf die Interessen des Kindes zu achten. Daß diese die Belassung bei der Mutter verbieten, hat das LG. zutreffend begründet.

(OLG. Stuttgart, 1. ZivSen., Beschl. v. 26. März 1934, F 6/34.)

### Oberlandesgerichte: Strafsachen

17. § 361 Ziff. 9 StGB. Zur Frage der fahrlässigen Verletzung der Aufsichtspflicht über Kinder.

Das UG. K. hat die Eheleute F. wegen einer Übertretung nach § 361 Ziff. 9 StGB. verurteilt.

Auf Rev. hat das BayObLG. das Urteil nebst den ihm zugrunde liegenden Feststellungen aufgehoben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entsch. an das UG. K. zurückverwiesen. Der Erstrichter ist zur Verurteilung gekommen, weil er in dem Umstand, daß die Angekl. bei gleichzeitiger Abwesenheit von ihrer Behausung — sie waren zum Pilzjuchen gegangen — die Beaufsichtigung ihrer strafmündigen Kinder, gegen die schon früher Klagen, die ihnen zur Kenntnis gekommen waren, eingelaufen waren, daß sie umherstreunen und Fische stehlen, fremden Leuten, nämlich dem in gleichen Hause wohnenden Bruder des F., anvertrauten, eine strafrechtlich erhebliche Fahrlässigkeit erblühte. Das BayObLG. legt in seinem Urteil dar, daß der Verurteilung eine Verkenntung des Begriffs der Fahrlässigkeit, die zur Erfüllung des inneren Tatbestands der Übertretung nach § 361 Ziff. 9 StGB. als eines Polizeidelikts genügt (s. auch BayObLG. 4, 343), zugrunde liegt.

Fahrlässig handelt der Täter, der die Sorgfalt, zu der er

nach den Umständen und nach seinen persönlichen Kenntnissen und Fähigkeiten verpflichtet und instande war, außer acht gelassen hat und infolgedessen entweder den Erfolg, den er bei Anwendung der pflichtgemäßen Sorgfalt hätte voraussehen können, nicht vorausgesehen hat (unbewußte Fahrlässigkeit) oder den Eintritt des Erfolgs zwar für möglich gehalten, aber darauf vertraut hat, er werde nicht eintreten (bewußte Fahrlässigkeit); dazu kommt, daß keine besonderen Umstände vorliegen dürfen, die ein anderes Verhalten des Täters trotz Vorursächbarkeit oder Voraussicht der Möglichkeit des tatbestandsmäßigen Erfolges als nicht zumutbar erscheinen lassen (RGSt. 67, 18 = JW. 1933, 1774).

Die Aufsichtspflicht für die Angekl. ist in §§ 1626, 1631, 1634 BGB. festgelegt (BayObLG. 17, 14); daß ihre Ausübung von den Eltern rechtswirksam auf Dritte übertragen werden kann, unterliegt keinem Zweifel (vgl. § 832 Abs. 2 BGB.). Die Pflicht der gesetzlich erziehungsberechtigten Eltern erstreckt sich in einem solchen Falle darauf, eine zur Beaufsichtigung taugliche Person auszuwählen; eine Verletzung der Aufsichtspflicht durch den gewillkürten Aufsichtspflichtigen fällt dem auf Grund gesetzlicher Vorschrift Aufsichtspflichtigen nur dann als strafrechtlich erhebliches Verschulden zur Last, wenn ihm selbst bei der Wahl der zu bestellenden Aufsichtsperson eine Fahrlässigkeit im oben umschriebenen Sinne nachgewiesen werden kann.

In dieser Beziehung enthält das Urteil keine Feststellung darüber, ob der Bruder des Beschw. kraft seiner geistigen und sittlichen Eigenschaften zur Beaufsichtigung der Kinder geeignet war, ob ihm seine berufliche oder sonstige Tätigkeit die Ausübung der Aufsicht gestattete, ferner ob und in welchem Grade all dies den beiden Angekl. ohne Fahrlässigkeit bekannt war oder bekannt sein konnte, und schließlich, ob überhaupt der Bruder sich in einer den beiden Angekl. erkennbaren ernst gemeinten Weise zur Ausübung der Aufsicht bereiterklärt hatte; auch fehlt eine Feststellung des Alters der Kinder, das für das Maß der zu übenden Aufsicht nicht bedeutungslos ist.

Für das Verschulden der Ehefrau wird es neben diesen Gesichtspunkten noch darauf anzukommen haben, inwieweit sie sich selbst von der Übertragung der Aufsichtspflicht durch ihren Mann auf ihren Schwager unterrichtet hatte.

(BayObLG., Urk. v. 9. Jan. 1935, RevReg. I Nr. 349/34.) [D.]

### Landgerichte: Zivilsachen

#### Hamburg

18. § 1568 BGB. Scheidung wegen kommunistischer Betätigung und Flucht nach Rußland.

Die Kl. hat auf Scheidung geklagt, weil nach der Flucht des Bfkl. nach Rußland im April 1933 es sich herausgestellt habe, daß er — wovon sie nichts gewußt habe — kommunistischer Funktionär gewesen ist. Die Staatspolizei habe in ihrer damaligen ehelichen Wohnung bei einer Hausdurchsuchung auch Munition und drei Pistolen beschlagnahmt, von deren Vorhandensein ihr gleichfalls nichts bekannt gewesen ist. Sie selbst sei auch in den Verdacht der kommunistischen Betätigung gekommen und habe sich von Oktober bis Weihnachten 1933 in Haft befunden. Durch die politische Einstellung des Bfkl. sei die Ehe der Parteien zerrüttet (§ 1568 BGB.). Sie könne zu dem Bfkl. keine Neigung mehr haben, die Fortsetzung der Ehe könne ihr bei dieser Sachlage nicht länger zugemutet werden.

Die Kl. legte Schreiben des Bfkl. vor, in welchen er ausdrücklich erklärt, „seine Ehe aufzugeben und seiner Frau die vollständige Freiheit wiederzugeben“. Im ersteren Briefe, dessen Umschlag mit russischen Freimarken besetzt ist, schreibt er mit Rücksicht auf die Ehescheidungsklage wörtlich: „Deine Angaben stimmen alle, Du kannst es mir auch nicht verdenken, daß ich Dir alles Politische verschwiegen habe. Denn Du wolltest von der Politik oder Streitigkeit nie etwas wissen, weil Du selber in solchen Kreisen nicht verkehrt hast...“

Der Scheidungsanspruch der Kl. nach § 1568 BGB. ist begründet. Daß sie von der kommunistischen Einstellung und Betätigung des Bfkl. bis zu dessen Flucht keine Kenntnis gehabt hat, wird von ihm in den wiedergegebenen Schreiben selbst zugegeben.

Bei dieser Sachlage kann aber der Kl. — einer Deutschen — die Fortsetzung der Ehe mit dem Bfkl., die durch dessen Verschulden als zerrüttet anzusehen ist (§ 1568 BGB.), nicht zugemutet werden.

Nach Ansicht des Gerichts ist Bfkl. sich dessen auch selbst bewußt, was daraus hervorgeht, daß er in den beiden Briefen der Kl. „die volle Freiheit wiederzugeben“ hat.

(LG. Hamburg, 4. Bk., Urk. v. 14. Febr. 1935, Z IV 57/34.)

Eingef. von Dr. Kurt HegeII, Hamburg.

## Reichsfinanzhof

Berichtet von den Senatspräsidenten Artt und Bodenstein  
und den Reichsfinanzräten Ott und Sölich

× Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsfinanzhofs abgedruckt

**19.** §§ 15 Ziff. 3, 18 Abs. 1 EinkStG. Bestellt ein Sohn seinem unterhaltsbedürftigen Vater den Nießbrauch an Wertpapieren, so hat der Sohn die Zinsen aus den Wertpapieren als sein Einkommen zu versteuern.

Der Beschw., ein N., hat seinem alten vermögenslosen und erwerbsunfähigen Vater den Nießbrauch an bestimmten Wertpapieren bestellt. Der Vater hat aus diesen Papieren 1270 *R.M.* Zinsen bezogen. Die Vorbehörden haben diesen Betrag dem Einkommen des Beschw. unter Bezugnahme auf § 15 Ziff. 3 EinkStG. zugerechnet; es handle sich in soweit um Aufwendungen des Beschw. zur Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltspflicht, und zwar auch dann, wenn eine wirksame Nießbrauchbestellung vorliege und die Zinsen dem Vater auf Grund dieses Rechtsverhältnisses zugesprochen sein sollten. Nach Ansicht des Beschw. handelt es sich nicht um die Frage der Abzugsfähigkeit von Aufwendungen zugunsten seines Vaters — solche habe er gar nicht gemacht —, sondern darum, ob die Zinsen ihm oder seinem Vater als Einnahmen zugurechnen seien. Da die Zinsen von seinem Vater auf Grund des Nießbrauchs, jenseit Kraft eigenen Rechts, bezogen seien, könnten sie auch nur bei diesem Einkommen sein.

Die R.Beschw. ist nicht begründet.

Wenn ein Sohn seinem unterhaltsbedürftigen Vater die Erträge bestimmter Vermögenswerte zuweist, werden diese Einnahmen dadurch nicht steuerpflichtiges Einkommen des Vaters. Dabei ist es gleichgültig, ob diese Zuweisung durch Bestellung des Nießbrauchs an ertragbringenden Vermögenswerten oder in sonstiger Weise, z. B. durch Abtretung der künftigen Erträge daraus, erfolgt. In diesen Fällen liegt steuerlich Verwendung eigenen Einkommens (§ 18 Abs. 1 EinkStG. 1925) zwecks Erfüllung der dem Sohn obliegenden gesetzlichen Unterhaltspflicht vor (vgl. hierzu die Urte. VI A 288/32 v. 2. März 1932: StW. 1932 Nr. 984 und VI A 805/32 v. 13. Sept. 1932: StW. 1932 Nr. 1002 = RStB. 1932, 1023). Die Zinsen aus den Wertpapieren sind daher Einnahmen des Beschw. und deshalb bei ihm steuerpflichtig. Auch ein Abzug in gleicher Höhe deswegen, weil die Zinsen dem Vater zugewendet worden sind, kommt nicht in Frage, da dem § 15 Ziff. 3 entgegensteht.

(RStB., 6. Sen., Urte. v. 16. Jan. 1935, VI A 288/33.)

\*

**20.** § 1 Abs. 2 ErbschStG. Die Reichsanleihe 1929, sog. Hilferdinganleihe, ist wohl erbschaftsteuerfrei, aber nicht schenkungssteuerfrei.

(RStB., 3. Sen., Urte. v. 16. Jan. 1935, IIIe A 11/34.)

\*

**21.** § 3 Abs. 1 Ziff. 8 ErbschStG. Bei der freiwilligen Auflösung eines preussischen Fideikommisses gelten für die Steuerpflicht der den Anwärtern für den Verlust ihres Folgerechts gewährten Abfindungen die Grundsätze, die der 1. Senat im Gutachten RStB. 6, 292 aufgestellt hat. Werden die Abfindungen nicht für den Verlust des Folgerechts, sondern zur Abgeltung der den Anwärtern in Folge der Auflösung erwachsenen Erb- und Pflichtteilsansprüche am Fideikommissvermögen gewährt, so tritt Steuerpflicht nach § 3 Abs. 1 Ziff. 1 ErbschStG. ein.

(RStB., 3. Sen., Urte. v. 31. Jan. 1935, IIIe A 62/33.)

\*

**22.** § 3 Abs. 5 ErbschStG. Ein Anlaß zur Ausschüttung ist nicht gegeben, wenn der Bedachte ohne wesentliche Einschränkung seiner sonstigen Lebensbedürfnisse sich aus eigenen Mitteln den Haushalt einrichten kann.

(RStB., 3. Sen., Urte. v. 31. Jan. 1935, IIIe A 71/34.)

**23.** § 6 ErbschStG. Bei der Auflösung eines heftischen Fideikommisses hat der Nachfolger, in dessen Hand das Fideikommiß beim Eintritt der Nachfolge von der fideikommissarischen Bindung frei wird, die Erbschaftsteuer von der Substanz zu zahlen.

(RStB., 3. Sen., Urte. v. 10. Jan. 1935, IIIe A 51/33.)

\*

× **24.** § 9 Abs. 1 Klasse IV Ziff. 2 ErbschStG. 1925. Adoptivkinder von Geschwistern des Erblassers sind keine „Abkömmlinge ersten Grades von Geschwistern“ i. S. des § 9 Abs. 1 Klasse IV Ziff. 2 ErbschStG. 1925.

Streitig ist, ob die Beschw. eine ErbschSt. nach Klasse IV oder V des § 9 Abs. 1 ErbschStG. 1925 zu entrichten hat.

Am 20. Juli 1930 starb die Witwe J. in E. Sie hatte mit der Beschw. und deren Ehemann am 6. Okt. 1925 einen notariellen Vertrag geschlossen. In diesem Vertrag wurde bestimmt, daß die Beschw. — nach dem Vertrag eine Adoptivtochter der Schwester der Erblasserin — Alleinerbin der Erblasserin Witwe J. sein solle. Das FinV. berechnete die ErbschSt. nach Klasse V des § 9 Abs. 1 a. a. D. mit 20% des Nachlasses. Dies bestätigte das FinGer.

Die R.Beschw. ist nicht begründet.

Nach § 9 Abs. 1 ErbschStG. 1925 wird die ErbschSt. nach dem persönlichen Verhältnis des Erwerbers, d. h. nach dem persönlichen, z. B. des Entstehens der Steuerschuld (§ 14 ErbschStG.) bestehenden Verwandtschaftsverhältnis zu dem Erblasser in fünf Klassen erhoben. Die Beschw. steht in keinem der in den ersten vier Klassen der genannten Best. bezeichneten persönlichen verwandtschaftlichen Verhältnis zu der Erblasserin. Adoptivkinder sind nicht Abkömmlinge ersten Grades des Adoptierenden. Eine Verwandtschaft nach Grad gibt es nur bei einem natürlichen Abstammungsverhältnis. Der Grad der Verwandtschaft bestimmt sich nach der Zahl der sie vermittelnden Geburten (§ 1589 Abs. 1 BGB.). Abkömmlinge ersten Grades sind nur natürliche Kinder. Ein an Kindes Statt Angenommener bleibt ein Abkömmling ersten Grades seiner leiblichen Eltern. Durch die Annahme an Kindes Statt wird der Angenommene nicht ein Kind des Annehmenden; der Angenommene erlangt lediglich die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes des Annehmenden (§ 1757 Abs. 1 BGB.). Damit wird er nicht ein Abkömmling ersten Grades des Annehmenden, denn sonst wäre der Angenommene Abkömmling ersten Grades bei zwei wesenverschiedenen Personen, nämlich seinen leiblichen Eltern und dem Annehmenden. Nur dort, wo das persönliche Verhältnis des Angenommenen zu dem Erblasser im ErbschStG. besonders bezeichnet wird, kann es erbschaftsteuerrechtliche Wirkungen ausüben. Daß die an Kindes Statt Angenommenen Personen nicht zu den leiblichen Kindern gehören, ergibt sich schon aus § 9 Abs. 1 ErbschStG. 1925, wo in der Klasse I die Kinder unter Ziff. 2 und die an Kindes Statt Angenommenen Personen unter Ziff. 5 aufgeführt werden. Wären letztere den leiblichen Kindern gleichgestellt, dann hätte sie der Gesetzgeber nicht besonders angeführt. Diese erbschaftsteuerrechtliche Gleichstellung der Adoptivkinder des Erblassers mit seinen Abkömmlingen in der Klasse I hat aber nicht zur Folge, daß sie auch zu den Abkömmlingen ersten Grades von Geschwistern der Klasse IV zählen. Denn die Adoptivkinder stehen in keinerlei familienrechtlicher (verwandtschaftlicher) Beziehung zu den Verwandten ihrer Adoptiveltern (§ 1763 Abs. 1 BGB.). Das FinGer. hat daher mit Recht die Beschw. nicht als Abkömmling ersten Grades ihrer Adoptivmutter i. S. des § 9 Abs. 1 unter Klasse IV Ziff. 2 ErbschStG. 1925 angesehen und ihre Besteuerung nach Klasse V anerkannt.

(RStB., 3. Sen., Urte. v. 14. Febr. 1935, IIIe A 88/33 S.)

\*

**25.** §§ 2 Abs. 1, 16 Abs. 1c, 12 Abs. 1c, TarNr. 7 Abs. 1b PrStempStG. Ein im Ausland abgeschlossener Kaufvertrag, durch den ausländische Inhaber deutscher Patente über diese verfügen, ist ein Geschäft über im Inland befindliche Gegenstände i. S. des § 2 Abs. 1 StempStG. und wird in Preußen stempelsteuerpflichtig, wenn ein ausländischer Teilnehmer des Vertrages von diesem im Inland Gebrauch macht.

(RStB., 2. Sen., Urte. v. 22. Febr. 1935, II A 449/33.)

\*

**26.** § 3 Abs. 2 TarNr. 14 PrStempStG. 1924. Zahlungsverprechen, die einen unselbständigen Teil eines Vertragsantrages bilden, sind keine bedingten Schuldverschreibungen und daher stempelfrei.

(RStB., 2. Sen., Urte. v. 15. Febr. 1935, II A 135/34.)