

Juristische Wochenschrift

Herausgegeben vom Deutschen Anwaltverein.

Schriftleiter:

Justizrat Dr. Dr. Julius Magnus, Berlin, Rechtsanwalt Dr. Heinrich Dittenberger, Leipzig
unter Mitwirkung von Rechtsanwalt Dr. Dr. Max Hachenburg, Mannheim.

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

Fernsprecher Sammel-Nr. 72566 / Drahtanschrift: Imprimatur / Postcheckkonto Leipzig Nr. 63673.

Die JW. erscheint wöchentlich. Bezugspreis monatlich M. 4.50; Einzelhefte kosten den halben Monatsbetrag. Für Studenten, Referendare und Assessoren im Vorbereitungsdienst ist ein Vorzugspreis von monatlich M. 3.— festgesetzt; Auskunft hierüber erteilt der Verlag. — Der Bezug erfolgt am zweckmäßigsten durch die Post, doch nehmen auch die Buchhandlungen und der Verlag Bestellungen an. Beschwerden über mangelhafte Zustellung sind bei Postbezug ausschließlich bei der Post anzubringen.

Anzeigen die 6 gespaltene Millimeterhöhe 21 Pf., für den Stellenmarkt 16 Pf., $\frac{1}{2}$ Seite M. 300.—, $\frac{1}{4}$ Seite M. 155.—, $\frac{1}{8}$ Seite M. 80.—. Der Anzeigenraum wird in der Höhe von Trennungstrieb zu Trennungstrieb gerechnet. Bei Ziffernanzeigen kommen noch 60 Pf. Gebühren hinzu. Zahlungen ausnahmslos auf Postcheckkonto W. Moeser Buchhandlung, Leipzig 63673, erbeten.

Für den Deutschen Anwaltverein sind Zuschriften nach Leipzig C 1, Mühlplatz 3, Zahlungen auf Postcheckkonto Leipzig 10102 zu richten. Alle Sendungen für die Schriftleitung der JW. werden nach Berlin W 62, Maagstr. 27 erbeten.

Die Anhörung des Gegners im Armenrechtsprüfungsverfahren.

Von Ministerialrat Dr. Sonas, Berlin.

Nach § 11 Abs. 3 Satz 2 des 6. Teils Kap. I der W.D. des APräs. v. 6. Okt. 1931 soll das Gericht, wenn dies nicht aus besonderen Gründen unzumutbar erscheint, vor der Bewilligung des Armenrechts (AR) den Gegner hören. Mit dieser Regelung, die dem Gericht lediglich das zur Pflicht macht, was bereits vordem unbestrittenerweise seine Befugnis war, hat sich der Charakter des AR-Prüfungsverfahrens ebensowenig verschoben wie durch die Verschärfung der materiellen Voraussetzungen der AR-Bewilligung. Das Ziel des Verfahrens ist nicht eine zwischen zwei Parteien ergehende provisorische Entscheidung auf Grund summarischer Prüfung. „Die an die AR-Bewilligung in § 115 ZPO. geknüpften Rechtsfolgen greifen unmittelbar nur in den Rechtsbereich einerseits des Staates und andererseits der vermögenslosen Partei, sie berühren an sich nicht die Belange des Prozeßgegners“; so RG. 135, 114 = JW. 1932, 1146. Das, was der Antragsteller im AR-Verfahren erstrebt und was ihm mit der Bewilligung gewährt wird, ist eine lediglich im Verhältnis zum Staate eintretende Vergünstigung für ein künftiges Prozeßverfahren. Das Prüfungsverfahren selbst ist weder Prozeß noch ein prozeßähnliches zweiseitiges Verfahren — ebensowenig wie etwa das Verfahren zur Bestimmung eines zuständigen Gerichts nach § 36 ZPO. Wenn die AR-Vorschriften kurzerhand von dem „Gegner“ sprechen, so kann darunter nur der Gegner des künftigen — oder des zwar schon schwebenden, rechtlich aber von dem AR-Verfahren völlig unabhängigen — Prozesses verstanden werden. Man kann nicht etwa umgekehrt aus dem Ausdruck „Gegner“ auf das Vorhandensein eines prozeßähnlichen zweiseitigen Verhältnisses schließen; das hieße die zufällige Wortfassung über den Sinn der Sache stellen. Hieraus ergibt sich als erster wesentlicher Satz, daß der zu hörende Gegner in dem AR-Prüfungsverfahren keine Parteistellung innehat.

Der Gegner ist für das Gericht in dem AR-Prüfungsverfahren dritte Auskunftsperson — aber nicht über objektive Tatsachen, sondern über subjektive Absichten. Zweck des Verfahrens ist die Prüfung der Aussichten der beabsichtigten Rechtsverfolgung, und dazu ist es für das Gericht wesentlich, darüber unterrichtet zu werden, was der künftige Prozeßgegner an rechtlichen und tatsächlichen Einwendungen, insbes. an Gegenbehauptungen und Gegenbeweisen, vorzubringen beabsichtigt. Auch wenn der Gegner bei seiner Anhörung bestimmte positive Angaben tatsächlicher Art in der

Form von Wissenbefundungen macht, ist die Äußerung rechtlich immer nur die Ankündigung der für den künftigen Prozeß in Aussicht genommenen Gegenbehauptungen und Beweisansätzen, also Ankündigung von Prozeßhandlungen, d. h. Willenserklärungen. Eine Würdigung der Angaben auf einen größeren oder geringeren Wahrheitswert kommt nicht in Frage — wenn den tatsächlichen Parteierklärungen im künftigen Prozeß nur Behauptungswert zukommt, kann der Ankündigung des Vorbringens in dem Vorverfahren kein größerer Wert beigemessen werden. Das Gericht kann also das AR nicht einfach aus dem Grunde versagen, weil es mit Rücksicht auf die Persönlichkeiten der beiden Streitparteien oder die größere oder geringere Wahrscheinlichkeit der von beiden Seiten gegebenen Sachdarstellungen derjenigen des Gegners den Vorzug gibt. Das Gericht kann nur u. U. die Erwägung anstellen, daß es dem Antragsteller voraussichtlich nicht gelingen wird, gegenüber den Bestreitungen oder Gegenbehauptungen des Gegners den ihm obliegenden Beweis zu führen. Es kann aber nicht eine von dem Gegner bei der Anhörung behauptete Tatsache, für die diesem im Prozeß der Beweis zufällt, in dem Prüfungsverfahren einfach als wahr unterstellen; glaubt das Gericht, daß es dem Gegner im künftigen Prozeß gelingen wird, seine Gegenbehauptungen zu beweisen, so mag es gemäß § 11 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 a. a. D. über diese Behauptungen unter Benützung der angegebenen Beweismittel Erhebungen anstellen. Das wird sich allerdings nur dann empfehlen, wenn es sich um eine klare, einfache Beweisfrage, etwa um die erfolgte oder nicht erfolgte Rückzahlung oder dgl., handelt und das Gericht mit einem eindeutigen Beweisergebnis rechnet. Größere Beweisaufnahmen im AR-Prüfungsverfahren — gleichsam „im Unreinen“ — durchzuführen, wird sich grundsätzlich nicht empfehlen. Doch dies nur nebenbei. Das, worauf es in diesem Zusammenhange ankommt, ist, daß die Äußerung des Gegners immer nur als Erklärung über beabsichtigte Behauptungen, niemals aber als Angabe über Tatsachen aufzufassen ist. Daraus ergibt sich als zweiter wesentlicher Satz, daß der Gegner in dem AR-Prüfungsverfahren ebensowenig wie eine Partei eine zugehörige Stellung einnimmt.

Aus dem Dargelegten ergeben sich für eine Reihe in der Praxis aufgetauchter Zweifelsfragen folgende Schlußfolgerungen:

1. Eine Pflicht zur Äußerung, die nur im Wege der Analogie aus den für den Zeugen geltenden Vorschriften hergeleitet werden könnte, besteht für den Gegner nicht. Ebensowenig ist das Gericht in der Lage, ihn unter Androhung von Ordnungsstrafen zu einer mündlichen Aussprache zu laden. Auch für eine entsprechende Anwendung des § 141 Abs. 3 ZPO. ist kein Raum, weil der Gegner in dem Verfahren eben nicht Partei ist. Der Grundgedanke des § 141 Abs. 3 ist der: derjenige, der, sei es als Kl., sei es als Bekl. den staatlichen Rechtsschutz für sich in Anspruch nimmt, soll gehalten sein, sich dem Gericht auf Erfordern persönlich zur Verfügung zu stellen; hier liegt aber die Sache insofern wesentlich anders, als der MKgegner vor dem Gericht gar keinen Rechtsschutz verlangt, sondern lediglich das Gericht von ihm eine Aufklärung über seine beabsichtigte Rechtsverteidigung begehrt. Eines Zwanges bedarf es praktisch auch um bezwillen nicht, weil es sich bei der Anhörung sachlich um die Gewährung einer Gelegenheit zu einem günstigen Vorbringen handelt.

2. Daraus, daß es sich bei der Äußerung nicht um Wissenserklärunen handelt und demgemäß der Gesichtspunkt eines vorhandenen oder nicht vorhandenen Wahrheitswertes der Angaben ausscheidet, folgt, daß es einer persönlichen Abgabe der Erklärung nicht bedarf, daß also eine Vertretung nicht zu beanstanden ist: wenn der Gegner in dem künftigen Prozeß sein Vorbringen durch einen Vertreter erklären kann, so muß er sich selbstverständlich auch bei den Angaben über das beabsichtigte künftige Vorbringen eines Vertreters bedienen können. Da er aber in dem MK-Prüfungsverfahren, wie gesagt, nicht Partei ist, können die für die Parteivertretung geltenden einschränkenden Vorschriften der Prozeßgesetze hier nicht in Anwendung kommen. Die Vorschriften über den Anwaltzwang im kollegialgerichtlichen Verfahren greifen hier ebensowenig Platz wie diejenigen des § 11 ArbGG. und des § 157 Abs. 1 ZPO. Auch rein praktisch betrachtet, würde eine Zurückweisung auf Grund dieser Vorschriften ohne jeden Sinn sein. Das Gericht und nicht der zu hörende Gegner ist es, der etwas von dem anderen begehrt. Es wäre ein Unding, wenn z. B. das ArbG., das für die über den MKAntrag zu treffende Entscheidung von dem Dritten, dem künftigen Gegner, Material begehrt, gehalten wäre, das Material nicht zu benutzen, weil die Äußerung von einem Anwalt oder einem Rechtskonsulenten unterzeichnet wäre. Denn die Möglichkeit, eine unmittelbare Erklärung zu erzwingen, besteht, wie zu 1. dargelegt, nicht, und durch die Nichtbenutzung der Erklärung würde der sich äußernde Gegner nicht betroffen werden — der einzige, zu dessen Nachteil die Nichtbenutzung ginge, wäre der Staat insofern, als das MK. zu seinen finanziellen Lasten jemandem bewilligt würde, dem es bei Bewertung der Äußerung u. U. versagt worden wäre. Die Zurückweisung würde sich also in ihrer Wirkung an eine falsche Adresse wenden. Dasselbe muß auch bei der mündlichen Aussprache gelten. Weist das Gericht den Rechtskonsulenten oder im arbeitsgerichtlichen Verfahren den Anwalt zurück, so ist die Anhörung eben nicht zustande gekommen, und das Gericht hätte der ihm in § 11 Abs. 3 Satz 2 auferlegten Pflicht — denn auch die Sollvorschrift begründet für das Gericht eine Dienstpflicht — nicht genügt.

Aus der Unzulässigkeit der Zurückweisung des Vertreters erwächst dem Vertretenen allerdings kein Beschwerderecht, denn er ist in dem Verfahren nicht Partei und die Erteilung der Antwort bzw. das Vertretensein in dem Anhörungstermin ist kein das Verfahren betreffendes Gesuch. Eine Parallele wäre etwa der Fall, daß der geladene Zeuge oder Sachverständige nicht oder seiner Ansicht nach nicht hinreichend eingehend vernommen wird — auch er hat zweifellos kein Beschwerderecht. Ebensowenig ist für eine Aufsichtsbeschwerde Raum, denn der Umstand, daß der zu hörende künftige Prozeßgegner weder Partei noch Zeuge ist, macht die Anhörung nicht etwa zu einer Justizverwaltungsangelegenheit.

3. Der zu dem Anhörungstermin geladene Gegner nimmt den Termin weder als Zeuge noch als Partei wahr. Eine Entschädigung aus der Staatskasse in entsprechender Anwendung der für die Zeugen geltenden Vorschriften ist daher ausgeschlossen, und ebensowenig ist im Falle der Befragung des MK. in entsprechender Anwendung des § 91 für eine Verurteilung des Antragstellers in die Kosten Raum (s. dazu des näheren meine Anm. zu OVG. Jena, unten S. 2096). Zur Vermeidung von Weiterungen dürfte es sich empfehlen, durch eine geeignete Fassung der Terminladung zum Ausdruck zu bringen, daß der Geladene mit einer Entschädigung für die ihm aus der Termins wahrnehmung erwachsenden Aufwendungen nicht zu rechnen hat (etwa: „es wird Ihnen anheimgestellt, am ... zwecks Äußerung zu erscheinen“).

4. Endlich folgt aus dem Wesen der Äußerung als Mitteilung über in Aussicht genommene prozessuale Willenserklärungen, daß für eine Wahrheitsbetuierung seitens der Erklärenden kein Raum ist. Dadurch, daß der Erklärende die Richtigkeit seiner Angaben an Eides Statt versichert, würde die Äußerung ebensowenig zu einer unter der Strafsanktion des § 156 StGB. stehenden eidesstattlichen Versicherung werden, wie etwa ein mit einer derartigen Betuierung versehener Prozeßschriftsatz. Dies muß auch dann gelten, wenn der Richter oder der die Äußerung aufnehmende Urundsbeamte die eidesstattliche Versicherung erfordert haben sollte. Denn von einer Prozeßpartei eidesstattliche Versicherungen zu erfordern, ist das Gericht, abgesehen von den in den Prozeßgesetzen besonders vorgesehenen Fällen, nicht zuständig, und wenn eine solche Befugnis bezüglich der prozessualen Behauptungen nicht besteht, kann sie für die Ankündigung beabsichtigter Behauptungen ebensowenig angenommen werden.

5. Mit den in § 11 Abs. 3 vorgesehenen Maßnahmen kann im kollegialgerichtlichen Verfahren ein Richterkommissar betraut werden. Da es sich bei der Anhörung nur um die Entgegennahme von Äußerungen über beabsichtigte Prozeßerklärungen, nicht um eine Beweisaufnahme oder beweisähnliche Erhebungen handelt, kann sich der Richterkommissar, wenn er die schriftliche Befragung nicht für ausreichend hält, bei der mündlichen Anhörung unbedenklich der Geschäftsstelle bedienen. Hält er zur Klärung der Sachlage und besonders zur Anbahnung einer gütlichen Erledigung des Streites eine gemeinsame Aussprache mit dem Antragsteller für zweckmäßig, so wird es sich allerdings unbedingt empfehlen, den Termin selbst wahrzunehmen, denn den Streitenden Aufschlüsse über die Rechtslage zu geben, und sie bei ihren Entschlüssen hinsichtlich eines Vergleichs zu beraten, ist er ungleich besser in der Lage als der Urundsbeamte.

Das außergewöhnliche Kündigungsrecht bei Gastwirtschaftspacht- und ähnlichen Verträgen.

In der 4. RotW. ist u. a. Pächtern das Recht zur Kündigung gewisser Pachtverhältnisse zum 31. März 1932 eingeräumt, dessen Umfang jedoch in der DurchfW. v. 23. Dez. 1931 eingeschränkt worden ist. Art. 8 a. a. D. schließt das Kündigungsrecht aus für die Fälle, in denen die (Vermietung oder) Verpachtung von Gebäuden oder Räumen mit der Bestimmung erfolgt ist, daß der (Mieter oder) Pächter den Gebrauch auszuüben verpflich-

tet ist, und nach Art. 9 kommt das Kündigungsrecht nicht in Betracht, wenn ein wirtschaftliches Unternehmen verpachtet und dabei auch der Gebrauch von Gebäuden oder Gebäudeteilen überlassen ist und die Überlassung des Unternehmens sich als die Hauptleistung des Verpächters darstellt; letzteres soll im Zweifel anzunehmen sein, wenn dem Pächter die Befugnis zur Fortführung der Firma des Verpächters erteilt ist.

Streit ist darüber entstanden, ob und wann bei Gastwirtschaftspacht u. dgl. die außerordentliche Kündigungsbefugnis besteht und wann sie (nach Art. 8 oder 9) ausgeschlossen ist.

Delze: DMK. 1932, 1278 hat aus Art. 8 den Aus-
 schluß der Kündigungsbefugnis des Pächters hergeleitet, indem er
 eine Gebrauchspflicht des Wirts annimmt. Brandt ist diesem
 Standpunkt in JW. 1932, 631/32 für gewisse Fälle — und zwar
 werden es die am häufigsten vorkommenden sein — entgegenge-
 treten. Brandt führt aus, bei Pachtverhältnissen lasse sich
 „häufig“ aus dem Vertrage als solchem eine Gebrauchspflicht des
 Pächters entnehmen, aus dem Wesen des Pachtvertrags folge sie je-
 doch nicht. Das wird als zu eng bezeichnet werden müssen. Man
 wird schon (wie auch in Stern-Mittelstein, 4. Aufl., S. 24
 gesagt) auf Grund dessen, was die Betrachtung der einzelnen Arten
 von Pachtverhältnissen im allgemeinen ergibt, sagen müssen, „regel-
 mäßig“ werde die Gebrauchspflicht bei der Pacht anzuerkennen
 sein, weil die Nichtbenutzung einer Pachtsache (und in den S. 24
 a. a. D. angeführten Beispielen ist auch die Wirtschaftspacht
 genannt) regelmäßig deren Verschlechterung oder Entwertung herbei-
 führt. Die Entsch. des RG. bejahen die Gebrauchspflicht nicht schlecht-
 hin für alle Pachtverhältnisse, aber auch als Ansicht des RG.¹⁾ ist
 anzunehmen, daß je nach der Art einer Kategorie von Pachtverhält-
 nissen die Gebrauchspflicht neben dem Gebrauchrecht Ausfluß des
 Vertragsinhalts sein kann und in solchen Fällen eine Gebrauch-
 pflicht auch dann anzunehmen ist, wenn sie nicht mit ausdrücklichen
 Worten im Vertragsdokument hervorgehoben ist. Bei der Verpach-
 tung einer Gast- oder Schankwirtschaft oder eines Hotels hat der
 Verpächter, insbes. wenn er der Hauseigentümer ist, durchweg ein
 erhebliches Interesse an der ununterbrochenen Aufrechterhaltung
 des Betriebs. Dabei ist nicht nur die Frage, ob die Konzession
 erhalten bleibt oder verloren geht oder ob der Verpächter sie dem-
 nächst nur schwer oder gar nicht wiedererhalten wird, von Bedeutung,

¹⁾ Die Entsch. des RG. v. 16. Okt. 1925 (Recht 1925 Nr. 2413)
 betrifft Pacht einer Fabrik; die Pachtsumme sollte sich nach der
 Menge der hergestellten Fabrikate richten; die Betriebspflicht war
 von der Berufungsinstanz bejaht und dieser Standpunkt ist vom RG.
 nicht beanstandet worden. — RG. v. 29. Okt. 1926: E. L. S. 542
 betraf Hotelräume, doch war nicht die Gebrauchspflicht streitig, son-
 dern die Frage, ob der Pächter die Räume noch für Hotelzwecke be-
 nutzen durfte im Hinblick darauf, daß ihm die Befugnis ein-
 geräumt war, die Räume für Kontorzwecke auszubauen und als solche
 zu benutzen (dieser Streit deckt sich nicht mit der hier in Rede stehen-
 den Frage). Im Anschluß an die jenen Streitfall betreffenden
 Ausführungen sagt das RG., es sei kein gesetzliches Tatbestands-
 merkmal der Pacht, daß der Pächter das ihm übertragene Frucht-
 ziehungsrecht auch wirklich ausübe, es sei denn, daß ihm im Einzel-
 falle zugleich eine Fruchtziehungspflicht vertraglich auferlegt sei.
 Aber auch diese Ausübung steht dem oben eingemommenen Stand-
 punkt nicht entgegen. Denn das RG. verneint zwar, daß die
 Fruchtziehungspflicht etwa schlechthin zum gesetzlichen Tatbestands-
 merkmal der Pacht gehöre; es verneint, daß schon kraft Gesetzes nie-
 mals bei fehlender Gebrauchspflicht Pacht vorliegen könnte, und
 daß etwa, wenn Pacht vorliegen solle, auch stets eine Gebrauch-
 pflicht bestehen müsse. Damit ist aber nicht verneint, daß nach dem
 Sinne gewisser Kategorien von Pachtverträgen und gemäß dem bei
 solchen Pachtvertragsarten gewöhnlich vorhandenen Willen der beiden
 Vertragsschließenden die Fruchtziehungspflicht und somit die Ge-
 brauchspflicht regelmäßig als ausdrücklich oder stillschweigend in
 solchen Verträgen liegender Inhalt des Rechtsverhältnisses zu gelten
 hat. Unter den Einzelfällen, von denen das RG. am Schlusse der
 zitierten Stelle spricht, müssen auch Kategorien von zusammen-
 gehörigen Einzelfällen gleicher Art verstanden werden. Wenn zwar
 auch nicht von Haus aus ohne weiteres auf Grund des § 581 BGB.
 und nicht schlechthin für sämtliche Pachtverträge die Fruchtziehungs-
 und Gebrauchspflicht gesetzliches Tatbestandsmerkmal jedes Pachtver-
 trages ist, so kommt man bei näherer Betrachtung der im Verkehrs-
 leben hauptsächlich auftretenden Pachtverträge doch zu der Fest-
 stellung, daß eine solche Pflicht in der Regel dem Willen der Par-
 teien und dem Sinne der meisten Verträge entspricht, daß also
 m. a. W. die Pachtverträge, die eine Gebrauchspflicht enthalten, die
 Regel bilden. — In starkem Maße spricht auch für den diesseitigen
 Standpunkt OLG. Braunschweig: S. 174 v. 12. Okt.
 1900, worin es heißt: „It aber der Betrieb eines Geschäfts Gegen-
 stand des Pachtvertrags, so folgt daraus, daß der Pächter den Be-
 trieb ordnungsmäßig und nach wirtschaftlichen Grundsätzen führen
 muß.“ ... „Es besteht aber auch das Bedürfnis nach Rechtsschutz für
 die Integrität des Betriebs, da eine Verschlechterung des Betriebs
 für den Verpächter meistens einen empfindlicheren und schwerer zu
 beseitigenden Nachteil bedeutet als eine Beschädigung der mitver-
 pachteten Sachen.“

sondern auch und besonders der Umstand, daß bei Stilllegung des Be-
 triebes die Kundschaft sich verläuft und hinterher nur ein nahezu
 wertloses Pachtobjekt zurückgegeben werden kann. Das Interesse
 des Verpächters erheischt aber die spätere Zurückerlangung eines
 möglichst ebenso wertvollen Pachtobjekts, wie es dieses bei Über-
 lassung war und nach dem Sinne des Pachtvertrags wenigstens blei-
 ben sollte. Hierüber pflegt der Pächter bei Abschluß des Pachtvertrags
 auch im klaren zu sein, und so wird festgestellt werden dürfen, daß
 beide Parteien bei Vertragsabschluß die Vorstellung und den Willen
 haben, daß der Wirtschaftsbetrieb aufrechterhalten werde, und insolge-
 dessen die Überlassung in dem Sinne (mit der Bestimmung) erfolgt
 ist, daß der Gebrauch auszuüben ist. Wenn Verpächter eine Brauerei
 ist, gegenüber welcher der Pächter eine Bierbezugs-pflicht für
 dieses Pachtobjekt eingegangen ist, so hat die Brauerei als Ver-
 pächter ein noch erhöhtes Interesse an der Ausübung des Wirt-
 schaftsbetriebs, da hiervon ja der Umfang des Konsums, also der
 Umfang des Bierbezugs, abhängt. Das gilt in noch höherem Grade,
 wenn der Pachtzins in Gestalt eines Bierzuschlags zugunsten der
 Brauerei vereinbart ist. Die Ausbedingung einer Bierbezugs-pflicht
 zugunsten der verpachtenden Brauerei hat auch u. a. nicht lediglich
 den negativen Sinn, daß der Pächter nicht von einer anderen
 Brauerei beziehen dürfe, sondern im allg. zugleich und in erster
 Linie die Bedeutung, daß der Pächter die Wirtschaft effektiv und
 ordnungsgemäß führen und das dafür erforderliche Bier von der
 verpachtenden Brauerei beziehen muß. Aber ohnehin kann bei der
 allgemeinen Betrachtung davon abgesehen werden, genau zu ermit-
 teln, ob bei allen Pachtverhältnissen oder nur in einzelnen Fällen
 ohne ausdrückliche Vereinbarung schon entsprechend dem Sinne dieser
 Vertragskategorie oder des speziellen Pachtvertrages eine Gebrauch-
 pflicht zu bejahen ist, vielmehr genügt zur Ausschaltung der außer-
 ordentlichen Kündigungsbefugnis die Feststellung bei dem kon-
 kreten Pachtverhältnis, daß hier die Gebrauchspflicht dem Sinne
 des Vertrags bzw. dem übereinstimmenden Willen der Parteien zu
 entnehmen ist.

Ein solcher Wille der Parteien und ein solcher Sinn des Ver-
 trags wird besonders auch bei allen Pachtverträgen, mit denen eine
 behördliche Erlaubnis (Wirtschaftskonzession, Konzession für
 Apothekenbetriebe usw.) zum Betriebe erforderlich ist und bei denen die
 Erlaubnis erlischt, wenn der Betrieb nicht oder eine Zeitlang nicht aus-
 geübt wird, zum mindesten schon aus diesem Grunde anzunehmen sein.
 Schon wenigstens wegen Gefährdung der Konzession dürfte hierbei der
 Betrieb nicht länger ruhen, als es ohne Gefährdung der Konzession
 zulässig wäre. (Hier ist insbes. § 49 Gew.O. und § 4 GaststättG. vom
 28. April 1930 wichtig.) Das gleiche hinsichtlich der Gebrauchspflicht
 muß gelten, wenn ein zeitweiliges oder ganzliches Ruhenlassen des
 Betriebs dem Verpächter später die Neuverlangung der Konzession
 (für sich oder für einen neuen Pächter) erschweren würde. In allen
 solchen Fällen muß angenommen werden, daß die Verpachtung als
 mit der Bestimmung erfolgt gilt, daß der Pächter zum Gebrauche
 verpflichtet ist.

Aber nicht nur Art. 8 a. a. D., sondern auch Art. 9 wird in den
 meisten der hier umstrittenen Wirtschaftspachtverträge zutreffen. Es
 wird sich gewöhnlich um eine Wirtschaft handeln, welche sich bei der
 Verpachtung bereits und noch in Betrieb befand und mit welcher der
 Verpächter die Räume, in denen sich die Wirtschaft befindet, über-
 lassen hatte, und wobei die Überlassung des Unternehmens die Haupt-
 leistung des Verpächters darstellt; denn auf die Überlassung des
 Unternehmens pflegt es dem Pächter anzukommen, und in den
 meisten Fällen wird alles andere, wozu der Verpächter sich ver-
 pflichtet hat, nur eine Nebenleistung gegenüber der Wirtschaftsüber-
 lassung darstellen. Die Befugnis des Pächters, die Firma des Ver-
 pächters (z. B. „Deutsches Haus“, „Restaurant Monopol“) weiter-
 führen zu dürfen, ist nach der gesetzlichen Vorschrift nur ein Anzeichen
 im Regelfall dafür, daß die Überlassung des Unternehmens die Haupt-
 leistung des Verpächters darstellt, sie ist aber nicht die ausschließliche
 Voraussetzung, auf die es ankommt (s. auch Carl Stern, Die neuen
 Miet- und Pachtvorschriften S. 34). Wenn freilich z. B. nur die mit
 der erforderlichen Einrichtungsgegenständen versehenen Räume zur Er-
 öffnung einer bisher noch nicht in Gang befindlichen Wirtschaft
 ob. dgl. überlassen werden, dann wird man die Anwendbarkeit
 des Art. 9 zu verneinen haben; denn in diesem Falle ist noch kein
 „Unternehmen“ vorhanden gewesen, das überlassen wurde.

Daß bei Bejahung des Art. 8 oder des Art. 9 in zahlreichen
 Fällen die außergewöhnliche Kündigungsbefugnis ausgeschlossen ist,
 darf von der Bejahung der Anwendbarkeit der genannten Vor-
 schriften unter den obengenannten Voraussetzungen nicht abschrecken.

RA. Dr. Carl Stern, Düsseldorf.

Schrifttum.

Eisenbahn.

Eisenbahnrecht.

Das eisenbahnrechtliche Schrifttum der letzten Jahre.

(Abgeschlossen Ende Juni 1932.)

In erfreulichem Gegensatz zu den Mitteilungen über das eisenbahnrechtliche Schrifttum v. Juli 1929 (JW. 1929, 2031) kann heute festgestellt werden, daß die beängstigende Massenerzeugung eisenbahnrechtlicher Vorschriften, die seit der Revolution im Gange war, endlich zu einiger Ruhe gekommen ist. Ganz stillstehen kann die Rechtschöpfung auf diesem Gebiete nicht, das ist im Wesen des Verkehrs begründet. Aber an den Ergebnissen des vergangenen Jahrzehnts gemessen, ist Zahl und Bedeutung der Neuerungen geringfügig.

Eine Ausnahme macht die Neufassung des RBahnG. von 1924, die auf Grund der Pariser und Haager internat. Verhandlungen (1924 und 1930) erlassen werden mußte. Das Ergebnis dieser Verhandlungen ist in einer größeren Anzahl von teilweise sehr umfangreichen Gesetzen usw. v. 13. März 1930 (RGBl. II Nr. 7) niedergelegt, zu denen auch ein Gesetz zur Änderung des RBahnG. (S. 359) und eine Bek. des Wortlauts des geänderten RBahnG. (S. 369) gehört. Aus dem Inhalte der Neuordnung seien als Änderungen von besonderer Bedeutung erwähnt: Die Ersetzung der Reparationsschuldverschreibungen durch eine an das Reich abzuführende Reparationssteuer, die Zulassung einer zweiten Gruppe von Vorzugsaktien zur Erleichterung der Kreditbeschaffung, Änderungen in der Rechtsstellung des Reichsbahnpersonals, der Fortfall jeder ausländischen Kontrolle, die Erweiterung der Reichsaufsicht, Änderungen in der Zusammensetzung des RBahnGer., Erleichterungen für gewisse künftige Änderungen des RBahnG. — Ob etwa die neuen internat. Verhandlungen zu einer abermaligen Umwälzung in den Grundlagen des Reichsbahnunternehmens führen, läßt sich z. B. noch nicht absehen.

Wichtig ist ferner, daß endlich die längst nötige Kodifikation des Militär-Eisenbahnrechts zustande gekommen ist: RGBl. II Nr. 28 von 1931 veröffentlicht unter dem 17. und 18. Dez. eine neue Militär-Eisenbahn-Ordnung und einen neuen Militärtarif für Eisenbahnen.

Von den sonstigen, minder bedeutenden Neuerungen seien hier genannt: Neufassung der GesD. für die Reichsbahn-Gesellschaft, der BeiräteRD. (RGBl. II 1932, 82) und der PerD., zahlreiche andere neue Geschäftsanweisungen dieser Gesellschaft, Änderungen an der BetrRD., neue Bestimmungen über die Befähigung der Betriebs- und Polizeibeamten (RGBl. II, 1930, 1253), eine neue Internat. Sanitätskonvention mit Vorschriften für den Bahnverkehr (Bef. 1930, 589), Änderungen des ZollG. (Bef. I, 1931, 5) und der EisenbZD. (RMBl. 1930, 673), mehrere neue Handelsverträge. Verschiedentlich haben die NotW. des RPräs. in das Eisenbahnrecht eingegriffen, z. B. in bezug auf das Personalwesen, das Recht der Kraftfahrzeuge und das Verhältnis der Reichsbahn zu den Speditoren (Schenkervertrag!).

Um so reichhaltiger hat sich das Schrifttum entwickelt, indem es sich teils der Verarbeitung des umfassenden gesetzgeberischen Materials widmete, teils neuen Aufgaben zuwendete, die ihm aus Lücken der vorhandenen Literatur erwuchsen.

In erster Stelle ist die dritte Auflage des Werkes „Die Deutsche Reichsbahn-Gesellschaft“ von Sarter und Rittel zu nennen (besprochen in JW. 1931, 848). Die Verf. haben sich nicht darauf beschränkt, die Gesetzesänderungen von 1930 zu berücksichtigen, sondern bringen ein in Anordnung und Inhalt größtenteils umgearbeitetes Werk. Einzelfragen behandeln ausführlich Bruno Sarter, „Die Aufsicht des Reichs über die Reichsbahn-Gesellschaft“ (ArchEisenbW. 1931, 1131 u. 1445 ff.) und Schmelter, „Der § 37 RBahnG. und die Baupolizeigenehmigung in Preußen“ (Berlin 1931).

Das Schrifttum über die Rechtsverhältnisse der preuß. Kleinbahnen ist dadurch bereichert worden, daß zu dem Erläuterungswerk von Hein und Krüger „Das Gesetz über Kleinbahnen und Privatananschlußbahnen“, über dessen ersten Band die Übersicht in JW. 1929, 2031 eine Angabe macht, 1929 der den Kommentar selbst enthaltende erste (Haupt-) Band hinzugekommen ist. Zur Charakterisierung des Buches sei darauf hingewiesen, daß es in erster Linie dazu bestimmt ist, den Bedürfnissen der Praxis zu dienen. Beispielsweise haben die Verf. den Streit über die rechtliche Natur der Kleinbahngenehmigung, der in der ersten Zeit nach Erlaß des Gesetzes lebhaft tobte, heute allerdings kaum noch von praktischer Bedeutung ist, nur beiläufig berührt. — In systematischer Darstellung behandelt Rehs die Privatananschlüsse der Reichsbahn in rechtlicher Hinsicht (Berlin 1931). Eine solche eingehendere systematische Erörterung hat bisher gefehlt, und da die Rechtslage nicht einfach ist, bei der in die Tausende gehenden Zahl

der Anschlußgleise aber diesen die größte Bedeutung für den ganzen Güterverkehr der Eisenbahnen zukommt, entspricht das Buch dem bestehenden Bedürfnis in erwünschter Weise. — Dr. W. Blank erörtert in einer Dissertation (Würzburg 1932) die Rechtsnatur der Privatananschlußgleise, Dr. Karl Giese (ArchEisenbW. 1932, 297, 553) die Rechtsverhältnisse der Hafenbahnen.

Die Rechtslage der Reichsbahnbeamten bildet den Gegenstand eines Buches von Roser: „Reichsbahnbeamtenrecht“ (Berlin 1931). Es ist die fünfte Auflage eines Komm. zur Person der Reichsbahn-Gesellschaft, behandelt aber auch alle sonstigen die Reichsbeamten angehenden Vorschriften. Eine umfangreiche Sammlung der beamtenrechtlichen Normen bringt und erläutert Dr. W. R. Hermann in seinem Handbuch des Reichsbahnbeamtenrechts (Berlin 1932).

Das Thema „Reichsbahn-Gesellschaft und Polizei“ erörtert eine Schrift von Dr. V. Hertel (Würzburg 1932).

Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Eisenbahn für Betriebsunfälle hat das Haftpflichtgesetz v. 7. Juni 1871 geordnet. Von dem ausgezeichneten Komm. Seligsohns zu diesem Gesetze ist die zweite Auflage erschienen (besprochen in JW. 1931, 3186). Die Beziehungen zwischen RD. und Unfallfürsorge einerseits, Haftpflicht andererseits erörtert derselbe Verf. in seiner Schrift „Der Rückgriff der Versicherungsträger nach §§ 1542 und 903 RD.“, Stuttgart 1931 (besprochen in JW. 1931, 3187).

Größer an Zahl sind die schriftstellerischen Erzeugnisse, die sich mit dem Verkehrsrecht befassen. Die frachtrechtliche Haftung der Eisenbahn nach deutschem und internationalem Recht behandelt in gedrängter Darstellung eine Schrift von Scheu (Berlin 1928). — Das internationale Übereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr hat zwei neue Kommentare erhalten, nämlich einen kürzeren von Strauß (Leipzig 1929) und einen besonders ausführlichen von Seligsohn (Berlin 1930), (besprochen in JW. 1930, 1921). Seligsohn erleichtert die Übersicht über seine vielfach sehr umfangreichen Anmerkungen dadurch, daß er der Erläuterung jedes Artikels eine Angabe der Stichworte voranschickt. — Von dem Buche Knebel's, „Die Reichsbahn-Personentariife und ihre wirtschaftliche Bedeutung“ ist 1931 eine zweite Auflage erschienen, von dem bekannten Mittel-Friebe-Hayden Komm. zur GD. eine dritte Auflage (besprochen in JW. 1932, 2061). — Eine besondere, in dieser Besonderheit für uns neue Darstellung des deutschen und internationalen Schlafwagenrechts bringt Ruge (Marburg 1930). (Besprochen in JW. 1932, 2061.)

Wer sich über die internationalen Beziehungen der Eisenbahnen zueinander unterrichten will, findet das bisher zerstreute und nicht bequem zugängliche Material in einer Schrift des Direktors der Reichsbahn-Gesellschaft Geheimrats Wolf: „Die Deutsche Reichsbahn und ihre Beziehungen zu ausländischen Eisenbahnen“ (Berlin 1931) in der Art zusammengestellt, daß nach einer einleitenden Übersicht die wichtigsten Sätze der einzelnen Verbände usw. im Wortlaut abgedruckt werden.

Zu dem in der Übersicht von 1929 genannten ersten Teile von Schulz trefflicher Schrift „Reichsbahn — Reichspost“ ist inzwischen die Fortsetzung (Berlin 1929) erschienen.

Bisher sind die ungeheuren Leistungen, die die deutschen Eisenbahnen während des Weltkriegs in halb Europa und weiten Gebieten Afriens vollbracht haben, in eingehenderer Darstellung nur von militärischer Seite und unter ungenügender Bewertung der den Bahnen gebührenden Verdienste behandelt worden. Lebhaft zu begrüßen ist es deshalb, daß sich endlich auch einmal ein höherer Beamter der Eisenbahnverwaltung der dankbaren, aber nicht leichten Aufgabe unterzogen hat. Das ihr gewidmete Werk von Sarter „Die deutschen Eisenbahnen im Kriege“ (Stuttgart 1930) hat sie glänzend gelöst und bietet nicht nur einen für jeden Gebildeten reizvollen Lesestoff, sondern hat auch für den Juristen sachlichen Wert, indem es eine scharfe und zutreffende Kritik des bisherigen Militär-eisenbahnrechts enthält.

Die in der Übersicht von 1929 angekündigte dritte Auflage meines „Handbuch der Eisenbahngesetzgebung“ ist inzwischen (Berlin 1930) erschienen. Da seit der Revolution das deutsche Eisenbahnrecht in seiner Gesamtheit auf völlig neue Grundlagen gestellt worden ist und eine Reihe wichtiger gesetzgeberischer Akte teils eine andere Fassung erhalten hat, teils neu hinzugekommen ist, mußte die 1912 herausgekommene zweite Auflage fast vollständig umgearbeitet werden. Leider ließ sich dabei eine Erweiterung des Umfangs um sicherlich ein Viertel nicht vermeiden. Das Buch ist besprochen in JW. 1931, 848.

Unter den zahlreichen eisenbahnrechtlichen Abhandlungen, die auch neuerdings in den Fachzeitschriften veröffentlicht worden sind, beansprucht das Interesse weiterer Kreise ein Meinungsstreit über die Frage, ob

sich die Reichsbahngesellschaft die Durchführung gewisser Leitungsanlagen, z. B. von Kraft- und Gasfernleitungen, ohne besondere Vergütung gefallen lassen muß, oder ob sie dafür ein Entgelt verlangen kann, das sie für die von der Durchführung zu befürchtenden Einnahmeausfälle entschädigt. Gegen die Erfahrforderung haben sich u. a. ausgesprochen: Sehmunn: *Guch.* 70, 1 ff.; v. Kienitz: *das.* 71 S. 5; Müller: *EgerEntsch.* 50, 115; für sie u. a. Charitius: *RD-EisenbVerm.* 1928, 197 u. 1929, 253; Rehje: *das.* 1930, 848; Heilfron: *EgerEntsch.* 48, 197 ff. Recht und Billigkeit scheinen nur der Reichsbahn zur Seite zu stehen. — Mit Fragen der Bahnpolizei befassen sich Müller (Die Polizei 1929, 615 und *ZW.* 1930, 2833), Charitius (Die Polizei 1930, 334 und *ZW.* 1931, 845) und Fritsch (*RD-EisenbVerm.* 1932, 177). — Die Rechtsnatur des Eisenbahntarifs, die Beförderungspflicht und den Tarifzwang der Eisenbahn behandeln, teilweise im Anschluß an *RG.* v. 8. Okt. 1930 (*ZW.* 1931, 872), Spieß: *ArchEisenbW.* 1930, 851, 1159, 1497 ff. (in Buchform erschienen: Berlin 1931), *EgerEntsch.* 51, 10 und *RD-EisenbVerm.* 1931, 1273; Hauptstein: *RD-EisenbVerm.* 1931, 989 und 1297; v. Kienitz: *das.* 1931, 1144; Wischmann: *ArchEisenbW.* 1932, 801. — Umfangreiches Schrifttum knüpft an den sog. Schenkervertrag und die Vorschriften der 3. *NotWd.* über Kraftwagen (*RGBl.* I, 1931, 558) an, z. B. die *RD-EisenbVerm.* 1931 abgedruckten Aufsätze von v. Kienitz (*S.* 405 u. 1161) und v. Beck (*S.* 1109). — Grundfragen des Eisenbahn-Zollprozesses“ erörtert Trierenberg in derselben Zeitung 1930, 1313 ff.

Schließlich sei noch erwähnt, daß die Selbstbiographie des vorletzten preuß. Ministers der öffentlichen Arbeiten Hoff, „Erinnerungen aus Leben und Arbeit“ (Berlin 1931) wichtige Aufschlüsse gibt über die Entwicklung des Eisenbahn-Verwaltungsrechts in Preußen und in den ersten Jahren nach dem Übergang der Staatsbahnen auf das Reich.

Wirkl. Geh. Rat Fritsch, Wiesbaden.

Rittel-Friebe-Hay: Die Eisenbahn-Verkehrsordnung vom 16. Mai 1928. Dritte, neubearbeitete und vermehrte Auflage. Berlin 1932. Reimar Hobbing. 380 Seiten. Preis 12 *RM.*

Der vorstehliche Komm. erscheint, soviel mir bekannt, als erstes von den in meiner Literaturübersicht *ZW.* 1929, 2032 genannten Erläuterungswerken in neuer Auflage. Wenn der Umfang des Buches gegen die in der *ZW.* 1928, 2313 besprochene 2. Aufl. (1928), die 1. Aufl. stammt aus der Vorkriegszeit) um etwa ein Viertel angewachsen ist, so erklärt sich das in der Hauptsache daraus, daß die Zwischenzeit wichtige Neuerungen für das Recht des Eisenbahnverkehrs mit sich gebracht hat, die zu ausführlicher Erläuterung in der Einleitung wie in den Anmerkungen und zu beachtlicher Erweiterung der Anhänge geführt haben, nämlich die Vorschriften der 3. *NotWd.* über das Kraftfahrwesen und den sog. Schenkervertrag. Auch ist seither das Schrifttum über die in den Bereich des Buches fallenden Rechtsfragen erheblich bereichert worden.

Die Einleitung enthält einen neuen Abschnitt, der sich mit den eben genannten Neuerungen und der am 1. Nov. v. J. in Kraft getretenen anderweitigen Ordnung des Gütertarifs befaßt.

Erweitert sind u. a. die Erläuterungen zu § 6 (Wesen des Tarifs — über das durch Schriften von Dr. Spieß ein umfangreiches Schrifttum entstanden ist —, Einschränkung des Beförderungsmonopols der Eisenbahn durch den Kraftwagenverkehr), § 16 (Bahngesellschaften), § 48 (Viehseuchenpolizei), § 60 (Frtum), § 63 (Wagenstellungsvertrag), § 65 (Zollverkehr), § 69 (Frachtfundung, Teilfrankatur), § 70 (Frachtnachzahlung), § 72 (schriftliche Geltendmachung der Empfängerrechte), § 75 (Ablieferung, Empfängeranweisung, Vollmacht), § 80 (Ablieferungshindernisse), §§ 82 ff. (Haftung).

Neu aufgenommen sind die Anhänge I (Begründung des *RGBl.* zur *EW.* von 1928), II (Verpflichtungserklärung über Verwiegung durch Privatbedienstete), IV (Bahnspeditionsvertrag), V (Auszug aus der 3. *NotWd.*). Fortgelassen sind in Anhang VIII (bisher IV) die Erläuterungen zur *EisenbVerm.* sowie das Internationale Übereinkommen über den Personenverkehr (*ZfV.*).

Von Einzelheiten sei hier folgendes erwähnt: In Anm. 1 zu § 1 wird der hauptsächlich von Sperber vertretenen Meinung zugestimmt, daß im Übergangsverkehr zwischen Groß- und Kleinbahn keine Transportgemeinschaft i. S. von § 432 *StGB.* eintritt. Besondere Beachtung verdient ferner die eingehende Besprechung des in der *EW.* von 1928 hineingebrachten Frrumbegriffs bei § 60. Der Annahme, daß nach einer an § 65 (5) *EW.* jetzt vorgenommenen Änderung bei den der *EW.* unterliegenden Auslandsbeförderungen die Eisenbahnverwaltung nicht mehr als Zollschuldner (§ 13 *ZollG.*) in Anspruch genommen werden könne, treten die Verfasser entgegen, weil die neue Bestimmung der *EW.* nur für das Innenverhältnis zwischen Bahn und Verfrachter gelte und an den zollgesetzlichen Verpflichtungen der Bahn gegenüber der Zollbehörde nichts ändere.

Die Neubearbeitung hat den Wert des Buches noch gesteigert und verdient die allgemeine Anerkennung, die ihrer Vorgängerin zuteil geworden ist, in erhöhtem Maße.

Wirkl. Geh. Rat Fritsch, Wiesbaden.

Dr. Walter Frühlich, Rechtsanwalt in Wien: Grenzen der Vertragsfreiheit der Eisenbahn. Eine Untersuchung über die rechtliche Behandlung des Privatgüterwagens. Wien 1932. Verlag von Moriz Perles. Preis 1,60 Schilling = 1 *RM.*

Der Verfasser behandelt in dem als Separatabdruck aus dem „Zentralblatt für die juristische Praxis“ erschienenen Heft

- I. Die Eigentumsverhältnisse an Güterwagen,
- II. Darstellung des Einstellungsverhältnisses in Gegenüberstellung zum gemeinen Frachtrecht,
- III. Die Bindung der Eisenbahn an das gefakte Beförderungsrecht und die Grenzen der Abweichungsbefugnisse,
- IV. Beschränkungen der Vertragsfreiheit,
- V. Die rechtliche Bedeutung der Wagenbeförderung,
- VI. Darlegung der Ungültigkeit einzelner Einstellungsbedingungen,
- VII. Die Möglichkeiten einer zukünftigen Regelung.

D. S.

Dr. Helmut Ruge: Schlafwagenrecht auf der Grundlage des Personenbeförderungsvertrages im innerstaatlichen und zwischenstaatlichen Eisenbahnverkehr. (Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht. Herausgegeben von Prof. Dr. Ernst Heymann, Berlin, Nr. 58.) Marburg 1930. N. G. Elwert'sche Verlagsbuchhandlung, G. Braun. XV u. 68 S. Preis 5 *RM.*

Im Gegensatz zu dem Eisenbahnfrachtvertrage ist der Personenbeförderungsvertrag in der deutschen eisenbahnrechtlichen Literatur etwas stiefmütterlich behandelt. Während z. B. in Frankreich gerade der Personenbeförderungsvertrag zu anregenden und interessanten Untersuchungen Anlaß gegeben hat, weil die Haftung nicht gesetzlich geregelt war, sind in der deutschen Literatur nur einige wenige Einzelfragen wissenschaftlich behandelt worden. Auch sie sind meist einer richtigen Lösung nicht entgegengeführt, da die Grundbegriffe des Personenbeförderungsvertrages vielfach verkannt wurden. Das beweist am besten das Problem des Schlafwagenrechtes. Seit der Fuld'schen Theorie vom „rollenden Hotel“ ist dieses Problem nicht zur Ruhe gekommen. Fuld's Theorie hat wenig Anhänger gefunden; heute hält nur die italienische Rechtsprechung noch an der Gastwirtshaftung der Schlafwagengesellschaft fest. Sehr bald erkannte man, daß auch bei der Benutzung eines Schlafwagens der auf die Beförderung gerichtete Wille in den Vordergrund zu treten habe. Aber auch damit war eine Einheitlichkeit in der Auffassung nicht erzielt. Manche fassen den Schlafwagenvertrag als Vertrag besonderer Art auf, manche als Beförderungsvertrag, manche sehen zwei Verträge als vorliegend an. Aber auch diese Theorien übersehen, daß die Schlafwagengesellschaft nicht befördert und nicht befördern will. Als herrschend kann jetzt die Ansicht bezeichnet werden, daß der Beförderungsvertrag nur mit der Eisenbahn abgeschlossen wird (vgl. D. Doening, *Intern. Abereink.* [1929] S. 68). Dabei bestehen aber vielfache Meinungsverschiedenheiten, wie das Rechtsverhältnis zwischen dem Reisenden und der Schlafwagengesellschaft zu konstruieren sei.

Hier greift die verdienstvolle, fleißige Schrift ein. Unter Heranziehung der gesamten in- und ausländischen Literatur und Rechtsprechung unterwirft er die bisherigen Theorien zunächst einer eingehenden Kritik, die um so wichtiger ist, als sie mit manchen, auch heute noch weit verbreiteten Frrümern abrechnet und weil sie die Grundlage abgibt für den Aufbau der eigenen Anschauung des Verf. Ruge unterscheidet die Beförderung in bahneigenen und nichtbahneigenen Schlafwagen. Bei ersterer liegt nach Ruge ein gewöhnlicher Beförderungsvertrag vor, der im großen und ganzen von anderen Personenbeförderungsverträgen sich nicht unterscheidet. Bei der Beförderung in nichtbahneigenen Schlafwagen ist nach Ruge zu scheiden zwischen dem Schlafwagenbeförderungsvertrag, der zwischen dem Reisenden und nur der Eisenbahn abgeschlossen wird; die Schlafwagengesellschaft sei hier nur eine Person, dem sich die Eisenbahn zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen bei der Ausführung der Beförderung bediene. Außerdem schliesse aber der Reisende noch mit der Schlafwagengesellschaft einen Vertrag ab, der aber kein Beförderungsvertrag sei, sondern ein besonderer Schlafwagenvertrag, aus dem sich besondere Rechte und Pflichten für die Schlafwagengesellschaft ganz unabhängig von dem Beförderungsvertrag mit der Eisenbahn ergeben. Dieser Schlafwagenvertrag im engeren Sinne ist nach Ruge ein Innominalkontrakt.

Diesem Ergebnis der gründlichen Untersuchung Ruges ist durchweg zuzustimmen. Es steht zu hoffen, daß damit die alten Streitfragen begraben sind. In eingehender Weise untersucht auch Ruge die praktischen Folgen seiner Anschauung und kommt überall durchaus zu annehmbaren Ergebnissen, namentlich was die Haftung der Schlafwagengesellschaft einerseits und die Haftung der Eisenbahn andererseits betrifft. Auch die Haftung für Handgepäck im Schlafwagen, ebenso wie die durch die verfehlte *Mpr.* des *RG.* hervorgerufene Frage, ob die Schlafwagengesellschaft der Beförderungssteuer unter-

liegt, wird von dem Verf. eingehend und zutreffend behandelt. Übrigens mag hervorgehoben werden, daß Kuge noch in einem Spezialaufsatz: *3WD Eisenb. Verw.* 70, 805 f. die Haftung der Schlafwagen-Gesellschaft für das Handgepäck mit Bezug auf die neuere europäische Rpr. eingehend behandelt hat.

W. Dir. Dr. D. Loening, Berlin.

Schiffahrt.

Dr. jur. Victor Sommer: Die mittelbaren Schäden in der großen Havarei nach deutschem und englischem Recht sowie nach den Port Antwerpener Regeln. Hamburg 1931. Otto Meißner Verlag. Preis 6 RM.

Eine für Liebhaber des schwierigen Havarie-große-Rechtes sehr willkommene Arbeit. Der Verf. gibt viel mehr, als der Titel verspricht. Unter sorgfältiger Berücksichtigung der Literatur und Rpr., auch der englischen wird ein guter Überblick gegeben über den gegenwärtigen Stand der wichtigsten Havarie-große-Fragen, insbes. insoweit die immer mehr Eingang findenden Stockholmer Regeln von 1924 in Betracht kommen, namentlich in ihrem Verhältnis zum deutschen und englischen Recht. Den gefundenen Ergebnissen kann im allgemeinen zugestimmt werden, ebenso den Verbesserungsvorschlägen. Allerdings sind die Vorschläge auf Änderung etwa des deutschen Havarie-große-Rechtes und der Stockholmer Regeln jedenfalls vorläufig recht geringe. Da mit den Stockholmer Regeln noch nicht lange in der Praxis gearbeitet wird, dürfte in absehbarer Zeit schwierig Neigung vorhanden sein, schon an ihre Revision heranzugehen. Hierfür liegt auch noch kein Bedürfnis vor.

RM. Dr. A. Schulze-Smidt, Bremen.

Dr. Hans Wolf Jäschke: Die Rechtsstellung der Raiaufstalten im Seefrachtverkehr unter besonderer Berücksichtigung des Raiaumschlages in Hamburg und Bremen. (Übersetzstudien zum Handels-, Schiffahrts- und Versicherungsrecht, Heft 12.) I. 1931. Benzheimer. Preis 5,50 RM.

Der Verf. hat es mit gutem Erfolge unternommen, zur Klärung eines bisher noch wenig durchforschten Gebietes beizutragen. Seine Darstellung geht von der tatsächlichen Handhabung des Raiaumschlages aus, wie er sich in den wichtigsten Häfen herausgebildet hat. Die gesonderte Betrachtung des einkommenden und des ausgehenden Seeverkehrs ist als methodisch ausgezeichnetes Mittel dazu verwandt worden, die Verschiedenheit der gestellten Fragen in geschlossener Form zu behandeln. Mit Recht betonte der Verf., daß die Auffassung des Raia als einer „Allonge des Schiffs“ nur bedingte Geltung hat. Ebenso ist auch der Auffassung des Verf. über die Rechtsnatur des Raivertrages beizustimmen (S. 17). Insbes. auch seinem Hinweis darauf, daß die Klausel in § 3 Abs. 3 Hamb. RaivertragsD. („Ragerhalter ist die Raiverwaltung nicht“) dann bedeutungslos ist, wenn sie mit dem Sachverhalt nicht im Einklang steht, die Tätigkeit der Raiverwaltung vielmehr rechtlich sich als Erfüllung eines Lagergeschäfts darstellt (S. 39). Eine etwas eingehendere Erörterung der Fragen, welche sich aus der Schadensliquidation in fremdem Interesse ergeben (S. 57), wäre erwünscht gewesen. Doch muß dem Verf. zugegeben werden, daß die Abgrenzung des von ihm behandelten Themas gewisse Schwierigkeiten bot. So durfte er sich mit Recht zu der Frage des Raiteilschins auf einige grundlegende Hinweise beschränken, andererseits ist es dankenswert, daß der Verf. auch den Betrieb der Raibahnen, ferner die Privatraibetriebe der Reedereien und die Raigebühren in den Bereich seiner Betrachtungen gezogen und einige der im Verkehr üblichen Formulare, sowie ein (wenn auch etwas dürftiges) Sachregister seiner Abhandlung beigelegt hat. Die Darstellung ist klar. Die Gliederung übersichtlich und die Berücksichtigung von Rpr. und Literatur ohne ersichtliche Lücken. Für den Praktiker ist die Schrift von besonderer Bedeutung, weil nicht nur das verstreute Material gesammelt, sondern auch erstmalig eine systematische Darstellung der grundlegenden Rechtsfragen des Raibetriebes gegeben wird.

RM. Dr. Seeba, Königsberg i. Pr.

Das öffentliche Seerecht. Erläutert von Dr. Julius Seeba, Rechtsanwält am Oberlandesgericht, Dozent an der Handelshochschule in Königsberg i. Pr. (Taschenformat.) Berlin und Leipzig 1932. Verlag von Walter de Gruyter & Co. XVII, 597 Seiten. Preis geb. 13 RM.

Diese Arbeit des bekannten Seerechters ist sowohl Textausgabe wie Kommentar. Als Erläuterungswerk ergänzt sie den großen Kommentar Schap. Mitteilstein-Seeba. Die seit Erscheinen dieses Kommentars neu erlassenen oder geänderten Gesetze sind eingehender erläutert. Als Textausgabe füllt das Buch

eine seit langem bestehende Lücke aus, indem sämtliche der seerechtlichen Gesetze öffentlich-rechtlichen Inhalts vereinigt sind. Um eine Homogenität herzustellen, sind dabei die wichtigeren Gesetze kurz, aber für die meisten Zwecke ausreichend erläutert. Von den landesgesetzlichen Vorschriften sind die wichtigsten (Hamburg) abgedruckt. Das Werk eignet sich besonders für diejenigen Praktiker, die seltener mit seerechtlichen Fragen befaßt sind. D. S.

Gerhard Krause: Die internationalen Stromschiffahrts-Kommissionen. Internationalrechtliche Abhandlungen, herausgegeben von Herbert Kraus. (7. Abhandlung.) Berlin 1931. 104 Seiten.

Die Pariser Friedensverträge haben zweifellos das internationale Stromschiffahrtsrecht fortgebildet, und so ist das Erscheinen zahlreicher Monographien über diesen Gegenstand in den letzten Jahren begreiflich. Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit einem Teilproblem, den internationalen Stromschiffahrts-Kommissionen. Es ist eine gute, auf eingehender Kenntnis der Vertragstexte und der gesamten einschlägigen Literatur aufgebaute Schrift.

Der erste Hauptteil behandelt die Grundfragen in ihrer historischen Lösung und zeigt so die Fortbildungen der Pariser Friedensverträge: Mehrstimmrecht, Unterordnung der Staaten unter Mehrheitsbeschlüsse, starke Erweiterung der Befugnisse der Kommissionen, Vorhandensein eines obligatorischen Verfahrens zur Erledigung zwischenstaatlicher Streitigkeiten in Stromschiffahrtsangelegenheiten, Einbeziehung von Nichtvertragsstaaten. Zugleich werden hier die Punkte angedeutet, in denen diese Entwicklung, wie die Schlußbemerkung ausführt, einer Revision zu unterziehen ist: manche Kommissionen (Der, Elbe) überflüssig, andere (Weichsel) sind nicht vorgesehen; in diesen und anderen Punkten (Zusammensetzung, Sitz, Vorsitz, Stimmenverteilung) bedenkliche Politisierung; die Rev. müßte auf Entpolitisierung und alleinige Zugrundelegung der internationalen Schiffahrtsinteressen abgestellt sein.

Der zweite Hauptteil schildert das historische Werden der einzelnen Kommissionen bis zum Weltkrieg und die neuesten Regelungen.

Der dritte Hauptteil gibt auf Grund der vergleichenden Analyse der jüngsten Rechtsquellen für Rhein, Donau, Elbe und Oder eine gute, systematische Übersicht über das positive, geltende Recht.

Der vierte Hauptteil behandelt die völker- und privatrechtliche Rechtsnatur der internationalen Stromkommissionen. Dieser konstruktive Teil ist natürlich der wissenschaftlich wichtigste. Der Autor sieht ganz auf dem Boden der „Wiener Schule“, auf der allgemeinen Grundlegung, wie sie Kelsen und Verdross gegeben haben. Seine Stellungnahme zu den Staatenverbindungen, zu den Verwaltungsunionen, zur Lehre von den Organen, seine Erfassung der Stromschiffahrtsverträge als Verträge, welche Verwaltungsunionen begründen, seine Erfassung der Kommissionen — unter Ablehnung der Theorie der „gemeinsamen“ Organe — als Organe dieser Unionen stimmt ganz mit den Lehren überein, die ich in meinem Buch: „Die Staatenverbindungen“ (in Stier-Somloß „Handbuch des Völkerrechts“, Stuttgart 1929) entwickelt habe.

Priv. Doz. Dr. Josef L. Kunz, Wien.

Gewerbeordnung und Gaststättengesetz.

Ernst Conrad †, Reichsgerichtsrat a. D., und **Johannes Floegel**, Oberstaatsanwalt bei der Reichsanwaltschaft: **Kommentar zur Reichsgewerbeordnung und zum Gaststättengesetz nach dem Stande vom 1. März 1931.** Berlin 1931. Verlag Otto Liebmann. 506 S. Preis 17 RM, geb. 19,50 RM.

Die Zahl der Komm. zur GewO. ist trotz der Mannigfaltigkeit des Inhalts des Ges. und der großen Bedeutung, die es für das Wirtschaftsleben hat, nicht sehr groß. Es ist freilich auch eine wenig dankbare Aufgabe, ein Gesetz zu kommentieren, dessen Eigenart darin zu bestehen scheint, daß es fortwährend geändert, ergänzt und wieder geändert wird; sind doch in der sechzigjährigen Geltungsdauer des Gesetzes fast 50 Abänderungsgesetze ergangen. Dazu kommt, daß das Gesetz an zahlreichen Stellen Raum für Bestimmungen der Landesgesetze, Landesregierungen, obersten Landesbehörden läßt, so daß es kaum möglich erscheint, ein abgeschlossenes Gesamtbild der geltenden Vorschriften zu geben, und die Gefahr besteht, daß das Ergebnis der Arbeit alsbald durch Änderung der Vorschriften hier und dort überholt ist. — Um so mehr ist es zu begrüßen, daß Verfasser und Verleger sich entschlossen haben, von dem zunächst im Rahmen des Stengleinschen Komm. zu den strafrechtlichen Nebengesetzen des Deutschen Reichs erschienenen Erläuterungswerk einen Sonderabdruck zu veranstalten, der das wertvolle Werk auch den Kreisen zugänglich macht, für die eine Beschaffung des „Stenglein“ nicht in Frage kommt.

Als Teil eines strafrechtlichen Werks ist naturgemäß das

des Verf. Dadurch ist das Werk als Materialsammlung auch für den wertvoll, der den etwas einseitigen Interessentenstandpunkt des Verf. nicht teilt. Leider gibt der Verf. meist nur eine Veröffentlichungsstelle in fast stets recht entlegenen Fachzeitschriften an. D. S.

Vorarbeiten des Zentralamtes für die internationale Eisenbahnbeförderung zur Revision des ZÜG. und des ZÜP.
Sammlung von Bemerkungen, Kritiken, Anregungen usw.

zu den internationalen Übereinkommen v. 23 Okt. 1924 über den Eisenbahnfrachtverkehr (ZÜG.) und den Eisenbahn-Personen- und -Gepäckverkehr (ZÜP.). Zusammen- gestellt vom Zentralamt in Bern. November 1931. In deutscher und französischer Sprache.

Die Arbeit soll dazu dienen, die Vorarbeiten zur Revision der beiden Übereinkommen zu erleichtern. D. S.

Rechtsprechung.

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

A. Ordentliche Gerichte.

Reichsgericht.

a) Zivilsachen.

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

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

1. Eisenbahn.

1. § 1 HaftpflichtG.; §§ 254, 286 BGB. Bedeutung übermäßig hoher Absätze einer Verunglückten für die Verpflichtung zu Schadensersatz wegen Unfalls.

In der Nacht v. 13. zum 14. Juni 1926 stürzte die Kl., die von einer Reise zurückkehrte und das Bahnhofgebäude in S. verlassen wollte, die Treppe des Bahnsteigs hinunter und erlitt schwere Verletzungen. Sie fordert im vorliegenden Rechtsstreit Schadensersatz der beklagten Reichsbahngesellschaft. Das die Befl. verurteilende BU. ist vom RG. aufgehoben.

Die Befl. hat vor dem BG. behauptet, der Unfall sei wahrscheinlich darauf zurückzuführen, daß die Kl. zu hohe Absätze getragen habe. Das BG. ist der Ansicht, das Tragen von Absätzen, wie sie der Mode entsprechen, sei der Kl. nicht als Verschulden anzurechnen; es stehe auch nicht fest, daß der Unfall nur wegen der hohen Absätze möglich gewesen sei; die Befl. müsse aber auch einer allgemein verbreiteten, wenn auch törichten Mode Rechnung tragen, falls es die Sicherung des Verkehrs erfordere. Die Rev. wendet ein, das BG. habe nicht beachtet, daß die Kl. es unterlassen habe, besonders vorsichtig zu gehen; hierzu habe die Kl. wegen ihrer hohen Absätze, die die Gefahr des Hängenbleibens an einer Vorstoßschiene erhöhten, Veranlassung gehabt; sie hätte die Füße beim Hinabsteigen höher heben oder sich des Geländers bedienen müssen; ihr Verhalten stelle ein Verschulden dar, das den Unfall mitverursacht habe; auch brauche die Befl. auf unsinnige Moden keine Rücksicht zu nehmen. Aus der Bemerkung des BG., es stehe nicht fest, daß der Unfall nur wegen der hohen Absätze möglich gewesen sei, geht hervor, daß es das Tragen solcher Absätze nicht für einen Umstand erachtet, der allein den vorliegenden Unfall hätte verursachen können, es hält aber nicht für ausgeschlossen, daß er bei Zutritt anderer Umstände — dem Vorhandensein von Vorstoßschiene an den Treppenstufen — zur Herbeiführung des Unfalls geeignet war, und will auch nicht feststellen, daß die hohen Absätze der Kl. den Unfall nicht mitverursacht haben. Es kommt also darauf an, ob das Verhalten der Kl. ein Verschulden darstellt. In dieser Richtung sind die Ausführungen des BG. nicht überall rechtlich einwandfrei. Wenn auch das Tragen hoher Absätze im allgemeinen kein Verschulden bedeutet, so ist damit die Frage nicht entschieden, ob die Trägerin solcher Absätze überall dort, wo diese eine Gefährdung der Trägerin mit sich bringen, der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt Genüge tut, wenn sie unterläßt, die zur Abwendung der Gefahr nötigen und nach Lage der Umstände ihr zumutbaren Maßnahmen zu ergreifen. Diese Frage ist zu verneinen. Wer sich ohne Not einer ihm bekannten Gefahr aussetzt, handelt

regelmäßig schuldhaft. Daß hohe Absätze — die der Kl. sind nach der Behauptung der Befl. an der hinteren Seite 7 bis 8 cm hoch gewesen — die Gefahr, daß die Trägerin beim Hinabsteigen auf einer Treppe mit einem Fuße an einer Stufe hängen bleibt, erhöhten, leidet keinen Zweifel und ist allgemein bekannt. Zur Behebung dieser Gefahr stand der Kl. ein vorsichtiges Gehen (mit höher gehobenen Füßen) oder die Benutzung des Treppengeländers zur Verfügung; sie hat davon keinen Gebrauch gemacht und dies Verhalten ist ihr als Verschulden zuzurechnen. Sofern dadurch der Unfall mitverursacht ist, ist die auf § 254 BGB. gegründete Einwendung der Befl. gerechtfertigt.

Auch die Annahme des BG., daß die Befl. verpflichtet gewesen sei, der Mode der hohen Absätze Rechnung zu tragen, ist nicht rechtsirrtumsfrei begründet. Das BG. erachtet den Umstand, daß die Treppe mit Vorstoßschiene versehen war, als ursächlich für den Unfall, hat aber nicht dargetan, daß zu der Zeit, als die Treppe in dieser Weise eingerichtet wurde, bereits die Mode der übermäßig hohen Schuhabsätze bestanden hat. Es mag vielleicht als gerechtfertigt angesehen werden können, daß die Befl. bei Einrichtung baulicher Anlagen auf weitverbreitete Gewohnheiten der Bevölkerung eine gewisse Rücksicht im Interesse des Verkehrs nimmt, aber es kann ihr nicht zugemutet werden, ihre Anlagen je nach der jeweils herrschenden Mode umzugestalten.

(U. v. 3. März 1931; 219/30 VII. — Celle.)

[Ru.]

2. § 1 HaftpflichtG.; § 254 BGB.

1. Das Verbot des Hinauslehrens aus dem Fenster des fahrenden Zuges wird erfahrungsgemäß allgemein nur als eine Warnung vor möglichen Gefahren aufgefaßt, die dem Reisenden anheimgibt, auf etwaige Hindernisse zu achten.

2. Wenn ein Reisender in Kenntnis dieses Verbots zum Fenster hinauszinkt und dabei Schaden erleidet, ist doch nicht jegliche Haftung der Bahn ausgeschlossen; es ist dann in rechtsähnlicher Anwendung des § 254 BGB. zu entscheiden. †)

Am 14. Aug. 1928 befand sich der Kl. auf der Rückreise von einer Rheinlandfahrt in einem Sonderzug auf der Strecke Linz—Königswinter—Köln. Als der Kl., der in einem Abteil 3. Klasse im letzten Wagen des Zuges am Fenster, in der Fahrrichtung auf der linken Seite, saß, aus dem halb offenen Fenster einem vorüberfahrenden Rheindampfer zuwinkte und dabei die Hand aus dem Fenster streckte, wurde ihm — es war gegen Abend, aber noch ziemlich hell, der Zug hatte auch Königswinter noch nicht erreicht — auf unaufgeklärte Weise fast die ganze Hand weggerissen, deren Teile ihm ins Gesicht und gegen die Nase flogen. Der Kl. meinte, daß er von festen Teilen eines auf

Zu 2. Unfälle gleicher oder ähnlicher Art, wie der in dem Urteil behandelte, ereignen sich nicht selten. Zuzustimmen ist dem RG. zunächst darin, daß die Eisenbahn den ihr obliegenden Beweis der Verursachung des Unfalls durch höhere Gewalt nicht geführt hat. Mit Recht vertritt ferner das RG. den Standpunkt, daß die nach § 254 BGB. erfolgende Abwägung des Verschuldens des Verletzten auf der einen Seite und der Betriebsgefahren auf der anderen im vorliegenden Falle nicht dazu führen kann, die Haftung der Bahn völlig

dem Nachbargleis in entgegengesetzter Richtung fahrenden Zuges getroffen sein müsse und nahm die Bekl. auf Schadensersatz in Anspruch. Die Bekl. leugnete ihre Ersatzpflicht, da ein Betriebsunfall nicht vorliege, sondern nur durch höhere Gewalt der Unfall eingetreten sein könne. Zu der fraglichen Zeit sei nach sicheren Feststellungen an dem Sonderzug weder ein anderer Zug noch eine einzelne Lokomotive vorbeigefahren; Masten oder andere feste Gegenstände, gegen die die Hand des Kl. hätte schlagen können, seien zwischen den Gleisen an jener Stelle nicht vorhanden; es könne sich daher nur um eine äußere Einwirkung von dritter Seite handeln, für die die Bekl. nicht haftbar gemacht werden könne. Außerdem aber habe der Kl. den Unfall allein verschuldet, weil er, entgegen der bekannten Verbotsvorschrift, die Hand weit aus dem Fenster herausgestreckt habe.

Das BG., DLG. und RG. erklärten den Leistungsanspruch des Kl. zu $\frac{2}{3}$ dem Grunde nach für gerechtfertigt und stellten die weitere Ersatzpflicht der Bekl. ebenfalls zu $\frac{2}{3}$ fest.

Das DLG. hat eingehend geprüft, ob sich der wahre Grund für den Unfall des Kl. feststellen läßt, und ist zu dem Ergebnis gelangt, daß der Unfall sich zwar zweifellos im Betriebe des Eisenbahnunternehmens der Bekl. ereignet habe, daß aber der Vorgang selbst sich nicht weiter aufklären lasse, so daß es zweifelhaft bleibe, mit welchem Gegenstand die Hand des Kl. derart in Berührung gekommen sei, daß sie zertrümmert wurde. Es ist nicht zu beanstanden, wenn das BG. ausführt, auch wenn auf dem Nachbargleis weder ein Zug noch eine einzelne Lokomotive vorbeigefahren sei, auch wenn Signalmasten oder andere Hindernisse an der Unfallstelle nicht vorhanden gewesen seien, so bleibe doch offen, daß möglicherweise vom Dach des Eisenbahnwagens ein harter Gegenstand herabgefallen sei und die Hand des Kl. getroffen habe. Man könne das auch nicht für so unwahrscheinlich erklären, daß dem Bekl. eine Widerlegung nicht zuzumuten sei. Aber wollte man das auch annehmen, so müßte das Beweisergebnis der Bekl. im Erfolg daran scheitern, daß das BG. feststellt, sich weder Ort noch Zeit des Unfalls derart genau feststellen lasse, daß daraus ein sicherer Schluß gezogen werden könne, ob der fragliche Güterzug schon vor dem Unfall dem Sonderzug des Kl. begegnet sei. Dann kann die Bekl. nicht nachweisen, daß der Unfall zwar im Betrieb der Eisenbahn, doch aber durch höhere Gewalt verursacht ist, ein Fall, der an sich sehr wohl denkbar ist und die Haftung der Bekl. ausschließen würde (vgl. RG. v. 13. Juni 1927: DRZ. 1927 Nr. 638 = JurWbch. 1927 Nr. 1553).

Es kommt daher nur in Frage, ob das Verhalten des Kl. ein derartiges Verschulden darstellt, daß dadurch die Haftung der Bekl. ganz beseitigt wird — Ansicht der Bekl. — oder ob dieses Verschulden zwar vorliegt, aber nicht so erheblich ist, vielmehr die Anerkennung einer Schadensersatzpflicht in Höhe eines Bruchteils des Schadens rechtfertigt.

Das BG. hat ausgeführt, daß letzteres der Fall sei. Es hat auf Grund der Beweisaufnahme tatsächlich festgestellt, daß der Kl. unmittelbar vor dem Unfall aus dem

halbgeöffneten Fenster des Abteils einem vorbeifahrenden Rheindampfer zuwinkte und sich dabei mit seiner Hand, vielleicht auch mit dem Unterarm, außerhalb des Wagens befand. Vergeblich versucht die Rev. nachzuweisen, daß der Kl. sich mit einem erheblichen Teil des Armes außerhalb des Fensters befunden haben müsse, weil sonst seine Hand nicht gegen seine Nase hätte geschleudert werden können. Die Nachprüfung der tatsächlichen Feststellungen des BG., auch soweit eine Tatsache als nicht erwiesen, aber als möglich angesehen wird, ist mangels Prozeßverstoßes unzulässig. Die Rev. legt deshalb auch das Hauptgewicht auf das Zuwiderhandeln des Kl. gegen ein bekanntes strenges Verbot des Hinauslehrens und meint, daß bei dem Verhalten des Kl. ein die Haftung ausschließendes Verschulden angenommen werden müsse.

Diese Rüge ist nicht gerechtfertigt. Die Rspr. steht grundsätzlich auf dem Standpunkt, daß ein Verschulden des Verletzten keineswegs ohne weiteres die Haftung des Eisenbahnunternehmens nach § 1 HaftpfG. ausschließt. Es steht der Gefährdungshaftung der Bekl. aus der Betriebsgefahr auf der einen Seite die Haftung des Beschädigten für eigenes schuldhaftes Verhalten auf der anderen Seite gegenüber; daher ist in rechtsähnlicher Anwendung des § 254 BGB. abzuwägen, ob das Verschulden des Beschädigten derart erheblich ist, daß demgegenüber die Bedeutung der Betriebsgefahr vollkommen zurücktritt. Nur in diesem Falle ist die Haftung der Eisenbahn vollständig ausgeschlossen. In allen anderen Fällen eines nicht ganz unbedeutenden Verschuldens des Verletzten ist abzuwägen, wie weit der Unfall vorwiegend durch die Betriebsgefahr oder durch das Verhalten des Verletzten herbeigeführt ist. Daß dabei die Schwere des Verschuldens des Verletzten von der Eisenbahnverwaltung zu beweisen ist, kann nicht zweifelhaft sein.

Diese Grundsätze hat das BG. nicht verletzt. Es nimmt ein Verschulden des Verletzten an, weil er gewinkt habe, das das Hinauslehnen des Körpers oder das Hinaushalten einer Hand aus dem Fenster des fahrenden Zuges wegen der damit verbundenen Gefahr verboten ist. Es erklärt aber, daß dieses Verschulden nicht sehr hoch zu bewerten sei, weil die Gefahr einer Verletzung unter den gegebenen Verhältnissen für den Kl. nicht sehr nahe gelegen habe. Diese Ansicht des BG. kann nicht beanstandet werden. Das fragliche Verbot besteht zwar allgemein, wird aber erfahrungsgemäß so allgemein nur als eine Warnung vor möglichen Gefahren aufgefaßt, die dem Reisenden anheim gibt, auf etwaige Hindernisse zu achten. Nun hat aber die Bekl. selbst ausgeführt, daß auf der in Betracht kommenden Strecke keinerlei Hindernisse vorhanden gewesen seien, an die der Kl. hätte stoßen können. Dann ist es aber auch nicht zu beanstanden, wenn das BG. sagt, daß es für den Kl. nicht sehr nahe gelegen habe, mit der Möglichkeit einer Verletzung zu rechnen. In diesem Falle konnte die Klage nicht abgewiesen werden, weil dem Kl. ein besonders grobes, die Haftpflicht ausschließendes Verschulden nicht nachgewiesen war.

(U. v. 16. Mai 1931; 14/31 IX. — Köln.) [5.]

3. § 1 HaftpfG.; § 17 KraftG.

1. Die Tatsache, daß die Gleisanlage landespolizeilich abgenommen ist, steht der Feststellung, daß die Schrankenlosigkeit des Bahnübergangs die Betriebsgefahr erhöht, nicht entgegen; sie reicht nicht einmal aus, die Verneinung des Verschuldens des Betriebsunternehmens an der mangelnden Sicherung des Bahnübergangs ohne weitere Prüfung zu begründen.

2. Das Rückwärtsfahren eines Zuges ist geeignet, die Betriebsgefahr zu erhöhen.

3. Ein Verschulden des Betriebsunternehmens oder seiner Angestellten ist bei der Abwägung nach § 17 KraftG. zu berücksichtigen.†)

Das eigene dem Kl. zur Last fallende Verschulden an dem Unfall reicht nicht aus, die Abweisung der Klage zu

Zu 3. Der Entscheidung ist durchweg beizupflichten.

Unzweifelhaft trägt seit einiger Zeit die Rspr. den Wünschen des Kraftverkehrs stärker Rechnung, ihn bei Zusammenstößen mit Eisen-

auszuschließen. Dagegen erscheint mir bedenklich, wenn das RG. bei dieser Abwägung in Übereinstimmung mit dem BG. die Bahn mit dem größeren Teil des Schadens ($\frac{2}{3}$) belastet, und zwar weil die Gefahr einer Verletzung des Kl. durch das Herausstrecken der Hand aus dem Fenster unter den gegebenen Verhältnissen nicht sehr nahe gelegen habe. Demgegenüber möchte ich annehmen, daß die Gefahr einer Verletzung im Falle des Herausbeugens des Körpers oder Herausstreckens des Armes tatsächlich, wie jeder Reisende wissen muß, stets außerordentlich groß ist. Oft befinden sich Hindernisse (Stangen o. dgl.) in unmittelbarer Nähe der Gleise. Auch ist der Abstand zwischen den Wagen der aneinander vorbeifahrenden Züge vielfach so gering, daß jedes Herausstrecken des Armes einen Unfall herbeiführen kann. Deshalb wird m. E. ein derartiges von der Bahn verbotenes Verhalten nicht als leichtes Verschulden gewertet werden dürfen. Der in den Gründen enthaltene Satz „Das fragliche Verbot besteht zwar allgemein, wird aber erfahrungsgemäß so allgemein nur als eine Warnung vor möglichen Gefahren aufgefaßt, die dem Reisenden anheim gibt, auf etwaige Hindernisse zu achten“ sollte jedenfalls für die Eisenbahn eine Mahnung sein, in schärferer Weise als bisher die Reisenden auf die großen mit einem solchen Verhalten verbundenen Gefahren aufmerksam zu machen und ihre Beamten anzuweisen, eine Übertretung des Verbotes nicht zu dulden.

RM. Dr. Franz Seligsohn, Berlin.

rechtfertigen. Nach § 17 Abs. 1 und 2 KraftfG. hat im Falle eines Zusammenstoßes eines Kraftfahrzeuges mit einer Eisenbahn eine umfassende, alle Umstände berücksichtigende Abwägung stattzufinden, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teile verursacht worden ist. Bei dieser Abwägung ist auch die beiderseitige Betriebsgefahr zu berücksichtigen und zu prüfen, ob und in welchem Umfange die Betriebsgefahr im einzelnen Falle durch besondere Umstände erhöht wird.

In dieser Hinsicht kam hier in Betracht, daß es sich um einen ebenerdigen, schrankenlosen Bahnübergang handelt, der die Betriebsgefahr der Eisenbahn regelmäßig erhöht. Die Tatsache, daß die Gleisanlage der Bekl. landespolizeilich abgenommen ist, steht der Feststellung, daß die Schrankenlosigkeit des Bahnüberganges die Betriebsgefahr erhöht, nicht entgegen; sie reicht nicht einmal aus, die Verneinung eines Verschuldens des Betriebsunternehmers an der mangelnden Sicherung des Bahnüberganges ohne weitere Prüfung zu begründen (RGUrt. v. 15. Mai 1931, VI 633/30¹); HöchstRspr. Nr. 1448). Ebenso war das Rückwärtsfahren des Zuges geeignet, die Betriebsgefahr zu erhöhen. Es könnte dadurch die Wahrnehmbarkeit des Läutewerkes der von dem Bahnübergang etwa 13 Wagenlängen entfernten Lokomotive beeinträchtigt sein; ferner ist zu erwägen, ob nicht die Bremswirkung der Lokomotive sich verlangsamte, wenn der Lokomotivführer erst durch den nicht einmal auf dem vordersten Wagen befindlichen Zugbegleiter auf die Notwendigkeit einer Betätigung der Bremse aufmerksam gemacht werden mußte. Als ein die Betriebsgefahr erhöhender Umstand kann auch die von dem Kl. behauptete Unübersichtlichkeit des Bahnüberganges in Betracht kommen. Wenn der Bahnübergang von dem Sitze eines niedrigen Kraftwagens aus erst 5—6 m vor der Kreuzung der Chaussee mit dem Gleise zu übersehen war, so war auch dies geeignet, die Gefährdung der auf der Chaussee verkehrenden Fahrzeuge durch den Bahnbetrieb zu erhöhen. Daß die Behauptung des Kl. über die Unübersichtlichkeit des Bahnüberganges unrichtig wäre, hat das VG. nicht einwandfrei festgestellt. Es sagt zwar, daß der Kl. den Zug nach der Auffassung des Gerichts früher habe bemerken müssen, läßt aber die Möglichkeit offen, daß die Behauptung des Kl., er habe den Übergang von seinem niedrigen Führersitz aus erst 5—6 m vor der Gleiskreuzung übersehen können, den tatsächlichen Verhältnissen entspricht.

Das BU. läßt eine Würdigung aller dieser Umstände vermessen. Es läßt nicht einmal erkennen, ob das VG. sich des Erfordernisses der Abwägung des dem Kl. zur Last fallenden Verschuldens gegen die Betriebsgefahr der Bahn überhaupt bewußt geworden ist. Aber auch die Begründung, mit der das VG. ein Verschulden der Bekl. verneint, wird den Umständen nicht voll gerecht. Daß auch ein Verschulden des Betriebsunternehmers oder seiner Angestellten bei der Abwägung nach § 17 KraftfG. zu berücksichtigen ist, folgt schon aus der Fassung des Gesetzes, welche die umfassende Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Umstände vorschreibt (vgl. RGUrt. v. 15. Mai 1931, VI 633/30²). In dieser Hinsicht kommen nicht nur die von dem VG. festgestellten Verstöße gegen die Bau- und Betriebsvorschriften für Kleinbahnen in Betracht, deren Ursächlichkeit für den Unfall das VG. verneint hat. Ein Verschulden der Bekl. könnte auch darin liegen,

daß sie nicht für eine genügende Sicherung des Verkehrs auf dem Bahnübergang durch wirksame Signalgebung gesorgt hat. Das BU. enthält keine Feststellung über die bei dem Unfall des Kl. von den Angestellten der Bekl. verwendeten Signale. Nach der im BU. durch die Verweisung auf den Tatbestand des landgerichtlichen Ur. in Bezug genommenen Aussage des Rangierers H. ist das Läutewerk der Lokomotive in Gang gewesen und hat H. Signale mit einer Handpfeife gegeben. Das VG. hätte prüfen sollen, ob diese Signale nach den örtlichen Verhältnissen ausgereicht haben oder ob die Bekl. für das Befahren des Bahnüberganges eine wirksamere Signalgebung, wie z. B. die Betätigung einer Dampf-pfeife hätte anordnen müssen.

(U. v. 17. Dez. 1931; 382/31 VI. — Kostod.) [S.]

4. § 1 HaftpfG. Es entspricht nicht der Lebenserfahrung, wollte man annehmen, daß jemand, der aus dem fahrenden Zug stürzt, selbst die Wagentür verbotswidrig geöffnet haben müsse. Mögen die Schösser der Abteiltüren auch nicht von selbst aufgehen können und bei dem Unfall in Ordnung gewesen sein, so bleibt doch die Möglichkeit offen, daß die in Frage stehende Tür nicht gehörig geschlossen gewesen ist.†)

Der Chemann bzw. Vater der Kl., W., wurde in schwerstem Zustand (Schädelbruch) in der Nähe des G. er Bahnhofs am Gleiskörper bewußtlos aufgefunden und verstarb an den Folgen der Verletzung, ohne das Bewußtsein wiedererlangt zu haben. Die Kl. behaupten, W. sei am 19. März 1930 abends zwischen 22 und 24 Uhr mit einem Zuge der Bekl. von Schöneweide in Richtung G. er Bahnhof gefahren und aus dem Zuge gestürzt. VG. und NG. erklärten den Klageanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt.

Die Rev. rügt Verletzung des § 1 HaftpfG., der Grundsätze über den Beweis des ersten Anscheins und des § 286 ZPO. Sie meint, zu der Frage, ob der Verunglückte ohne eigenes Verschulden aus dem Zuge gefallen sei, hätte der in dem Schriftsatz v. 23. Mai 1931 angetretene Beweis zunächst erhoben werden müssen. Dort hatte die Bekl. sich auf Zeugnis und Gutachten des Ingenieurs H. dafür bezogen, daß die Türschösser der Abteiltüren der Reichsbahn jetzt so konstruiert seien, daß sie von selbst nicht aufgehen könnten. Außerdem hatte sie behauptet, daß die Türschösser regelmäßig kontrolliert würden und daß darüber ein Reparaturbuch geführt werde, ferner, daß nach dem Reparaturbuch der Wagenmeister des Bahnbetriebswerks B.-G. er Bahnhof schadhafte Türschösser der Züge in der Unfallnacht nicht bemerkt worden seien. Hierüber sollte eine Auskunft des Betriebswerks B.-G. er Bahnhof eingeholt werden. Die Rüge ist nicht begründet.

Nach § 1 HaftpfG. hat der Betriebsunternehmer, der seine Haftpflicht unter Berufung auf eigenes Verschulden des Verletzten ablehnen will, sowohl die Tatsachen, aus denen

Zu 4. Angesichts der schweren Haftung, die das Gesetz und die Rspr. der Eisenbahn auferlegen, ist es tatsächlich eine Seltenheit geworden, daß ihr der Nachweis des ausschließlichen Verschuldens eines Getöteten oder Verletzten in vollem Umfange gelingt; aber selbst dann wird die große Bewertung der Betriebsgefahr, der einfachen sowohl wie der erhöhten, sie zu einem Teile wenigstens meist doch unterliegen lassen.

Handelt es sich nun, wie hier, um einen nicht voll aufgeklärten Fall, so haftet die Eisenbahn nach der ständigen Übung der Gerichte (vgl. Seligson, HaftpfG., 2. Aufl., 1931, S. 150 Abs. 2 und S. 151 oben sowie das dort angezogene reichliche Schrifttum) so lange, als sie nicht das darüber schwebende Dunkel zu lüften, also nicht darzutun vermag, daß ein Verschulden der anderen Seite das Unglück hervorgerufen hat oder hervorgerufen haben muß (prima-facie-Beweis), da eine andere Ursache ausgeschlossen ist. Die Erwägung des Umstandes, daß der Getötete irgendwie mit dem Türschlosse in Verbindung gekommen sein wird, liegt zwar sehr nahe, genügt aber keineswegs, um die Eisenbahn wirklich zu entlasten, und deshalb ist es auch richtig, daß das Ur. schon den ersten der drei angebotenen Beweise unbeachtet gelassen hat, von den beiden anderen, noch unerheblicheren ganz zu schweigen. (Technische Unmöglichkeit des selbsttätigen Öffnens, regelmäßige Kontrolle, Führung eines Reparaturbuches!)

DR. R. Hanow, Frankfurt a. D.

¹) JW. 1931, 3321.

²) JW. 1931, 3321.

bahnen durch eine Verschärfung der Sorgfaltanforderungen an die Bahnen zu entlasten. Dem entspricht der vom RG. mit Schärfe ausgesprochene Gedanke, daß die Bahn nicht etwa durch Befolgung der aufsichtspolizeilichen Bestimmungen schon gedeckt ist, daß ihr vielmehr darüber hinaus unter dem Gesichtspunkt des Gefährdungsgedankens ein Höchstmaß an Sorgfalt obliegt. Vgl. etwa auch zur Frage der Notwendigkeit von Schranken trotz Erlaubnis der Aufsichtsbehörden zur Schrankenlosigkeit RG. in JW. 1931, 870.

Es ist zu wünschen, daß wenigstens auf diesem Teilgebiet der Weg verkehrsgerechter Abwägung der Pflichten von Bahn und Kraftfahrzeug weiter beschritten werde und daß auch die hier leider noch nicht gefolgte Strafrechtsprechung diesen Gedankengängen sich anpasse (man denke an die praktisch unhaltbare Entsch. v. 22. Sept. 1930 DW. 1931, 14).

RA. Dr. Konrad Landsberg, Raumburg a. S.

das eigene Verschulden folgen soll, wie auch den ursächlichen Zusammenhang zwischen diesen Tatsachen und dem Unfall nachzuweisen. Stellt sich jedoch das Verhalten des Verletzten nach dem äußeren Hergang und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge als schuldhafte Außerachtlassung der durch die Umstände gebotenen Vorsicht dar, so braucht der Betriebsunternehmer nicht zu beweisen, daß auch keine besonderen Entschuldigungsgründe vorgelegen hätten. Vielmehr ist es dann Sache der Gegenpartei, die aus dem ersten Anschein sich ergebende richterliche Überzeugung von dem Vorhandensein der Schuld durch die Darlegung solcher besonderen Entschuldigungsgründe zu entkräften. Daß das BG. gegen diese in der Rspr. des RW. feststehenden Grundsätze verstoßen habe, ist der Rev. nicht zuzugeben, und es trifft auch nicht zu, daß das BG., wenn es noch Zweifel hegte, zunächst den Ingenieur S. hätte hören und die Auskunft des Betriebswerks hätte einholen müssen. Es würde der Lebenserfahrung nicht entsprechen, wollte man mit der Befl. annehmen, daß jemand, der aus dem fahrenden Zug stürzt, selbst die Wagentür verbotswidrig geöffnet haben müsse. Das BG. konnte daher ohne Rechtsverstoß den angetretenen Indizienbeweis als unerschlüssig zurückweisen, denn mögen die Schließer der Abteiltüren auch nicht von selbst aufgehen können und in der Unfallnacht in Ordnung gewesen sein, so bleibt doch die Möglichkeit offen, daß die fragliche Abteiltür durch die der Verunglückte aus dem Zuge stürzte, aus irgendeinem Grunde damals nicht gehörig geschlossen gewesen ist, ohne daß dabei den Verunglückten oder einen Bahnbeamten ein Verschulden zu treffen brauchte. Aus dem Umstand, daß der Verunglückte schon früher einen Selbstmordversuch gemacht habe, Schlüsse auf Selbstmordabsichten in der Unfallnacht zu ziehen, hat das BG. ausdrücklich abgelehnt. Dies liegt im Bereiche der ihm zustehenden tatsächlichen Würdigung des Sachverhalts und kann mit der Rev. nicht angegriffen werden.

(U. v. 21. Nov. 1931; 319/31 IX. — Berlin.) [S.]

5. § 1 HaftpflichtG.; § 1 EifBetrD. vom 17. Juli 1928.

1. Ob die EifBetrD. v. 17. Juli 1928 auch auf Privatanschlußbahnen anwendbar ist, ist zweifelhaft.

2. Das schuldhafte Verhalten eines Betriebsangestellten, zu dessen Aufgaben gerade die möglichste Verminderung der Betriebsgefahren gehört, bedeutet eine Erhöhung der Betriebsgefahr.

3. Grobes Verschulden des Verletzten kann geeignet sein, eine gleichfalls als Schadensursache mitwirkende erhöhte Betriebsgefahr völlig zurücktreten zu lassen. Ob das aber im einzelnen Falle zutrifft, richtet sich nach den besonderen Umständen. †)

Die Rev. meint, bei der Verschuldensabwägung sei entscheidend, daß dem Getöteten ein Verstoß gegen § 79 Abs. 4 EifBetrD. von 1904 — eines Schutzges. für den Eisenbahnbetrieb der Befl. nach § 823 Abs. 2 BGB. — zur Last falle;

Zu 5. Nach der Beweisaufnahme ist die von den Gerichten getroffene Feststellung zwar nicht zu beanstanden, daß den beiden Streitparteien ein Verschulden zur Last fällt, wohl aber sind gegen die gleichmäßige Verteilung des Schadens vom Standpunkte der Befl. erhebliche Bedenken geltend zu machen. Mag auch die Über-sichtlichkeit nicht einwandfrei gewesen sein und die Betriebsgefahr der Eisenbahn mitgewirkt haben, so ist die Annahme, daß der Rangierer den Zug nicht nur zum Halten hätte bringen können, sondern auch müssen, deshalb irrig, weil die Schiebelokomotive die bewegende Kraft war und dieser gegenüber das Anziehen der Handbremse keinesfalls in dem verlangten Sinne, nämlich sofort und schadenverhütend, wirken konnte.

Die Frage, ob die BetrD. auf Anschlußgleise, die an sich dem KleinBG. unterliegen, hier anzuwenden ist, ist von dem Gerichte unentschieden gelassen worden, denn die KraftfBetrD. (§ 18 Abs. 2) verlangt von dem Fahrer unter allen Umständen, er habe bei der Annäherung an einem Schienenstrang seine Geschwindigkeit so zu vermindern, daß er sein Fahrzeug auf kürzeste Entfernung anhalten kann. Klein hingegen hat jener hier größtenteils verstoßen, so daß es eben nicht noch der weiteren Erörterung bedurfte, ob jene Ordnung das gleiche verlangt oder etwa noch höhere Anforderungen stellt.

DRegR. Hanow, Frankfurt a. d. D.

diesem Verstoß gegenüber träten alle anderen mitverursachenden Momente zurück.

Es kann zweifelhaft sein, ob die EifBetrD. v. 17. Juli 1928 (RW. II, 541 ff.), die mit Wirkung v. 1. Okt. 1928 an die Stelle der vom Jahre 1904 getreten ist, hier Anwendung zu finden hat. Nach § 1 bezieht sie sich ausschließlich auf Bahnen des allgemeinen Verkehrs. Ob darunter auch Privatanschlußbahnen fallen können, ist zweifelhaft (vgl. Besfser, EifBetrD. v. 17. Juli 1928; Allg. Vorbem. S. 2, 3). Jedenfalls ist aber der leitende Gedanke des § 79 EifBetrD., der dahin geht, auf gesicherten und ungesicherten Übergängen Unfälle zu verhindern, vom BG. auch auf das Verhalten des Getöteten angewendet worden. In § 79 Abs. 4 EifBetrD. ist bestimmt: „... Wenn ... ein Zug sich nähert, müssen Fahrwerke einschließlich Kraftfahrzeuge und Tiere ... in angemessener Entfernung von der Bahn angehalten werden ...“ Daß der Verunglückte die Annäherung des Zuges in einer Entfernung gehört hatte, die es ihm ermöglichte, noch in angemessenem Abstand vor dem Übergang zu halten, stellt das BG. ausdrücklich fest. Es betont auch in diesem Zusammenhang rechtlich zutreffend die aus § 18 Abs. 2 KraftfBetrD. v. 16. März 1928 sich ergebende Verpflichtung des Verunglückten, seine Geschwindigkeit bei der Annäherung an den ihm bereits bekannten, im übrigen auch in ausreichender Entfernung erkennbaren ungesicherten Bahnübergang so einzurichten, daß er sein Kraftrad erforderlichenfalls auf kürzeste Entfernung zum Stehen bringen konnte. Sein gegen diese Verpflichtungen verstoßendes Verhalten rechnet es ihm rechtlich bedenkenfrei als für den Unfall ursächliches Verschulden an. Mit dieser Feststellung ist aber rechtlich keineswegs unvereinbar eine weitere Feststellung, daß auch außerhalb des Verhaltens des Verletzten liegende Umstände zu der Entstehung des Schadens mitgewirkt haben.

Ausschlaggebend zuungunsten der Befl. sind jedenfalls die vom BG. für den einzelnen Betriebsvorgang, durch den der Unfall verursacht ist, festgestellten besonderen Umstände, die in der Art der Rangierbewegung und dem Verhalten des Rangierers der Befl. begründet liegen. Nach der Feststellung des BG. wurde der Güterwagen von der Lokomotive geschoben (gedrückt). Während nach § 299 Abs. 1 BergPolW. v. 1. Jan. 1911 bei Annäherung des Zuges an einen nicht bewachten Wegeübergang das Läutewerk der Lokomotive rechtzeitig in Betrieb zu setzen ist, muß nach Abs. 3 das in Fällen, wo der Zug geschoben wird, der vorderste Wagen mit einem Angestellten oder Arbeiter besetzt sein, der zu läuten hat. Dieser Vorschr. war nach dem BG. insoweit Genüge geleistet, als sich der Rangierer vorn auf dem geschobenen Güterwagen befand. Von wesentlicher Bedeutung sind jedoch die Feststellungen des BG., daß der auf der Bretterladung des Güterwagens sitzende Rangierer der Befl. von seinem erhöhten Sitze aus einen besseren Überblick über die Kreuzung hatte, als der Verunglückte auf dem Kraftrad; daß der Rangierer auch tatsächlich nicht nur das Herankommen des Kraftrades bemerkt, sondern auch weiterhin erkannt hatte, zum mindesten aber bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt (§ 276 BGB.) hätte erkennen müssen, der Führer des Rades werde nicht anhalten, sondern trotz der Annäherung des Zuges die Gleise überqueren; daß er aber gleichwohl das Haltesignal nicht sofort bei Erkenntnis der Gefahr, oder doch beim Vorliegen dieser Erkenntnismöglichkeit gegeben habe, sondern erst so spät, daß der Zug das Kraftrad noch erfassen konnte. Mit dieser Feststellung spricht das BG. mithin aus, daß der Unfall auch dann vermieden worden wäre, wenn der Rangierer den Zug, was ihm möglich und auch zumutend gewesen wäre, rechtzeitig zum Stehen gebracht hätte. Es handelt sich mithin rechtlich um die Erhöhung der von der Befl. zu vertretenden Betriebsgefahr durch das Verhalten eines Betriebsangehörigen, zu dessen Aufgaben nach den bahns- und sicherheitspolizeilichen Bestimmungen gerade die möglichste Verminderung der Betriebsgefahr gehörte. Es kann bei diesem Sachverhalt nicht als Rechtsirrtum bezeichnet werden, wenn das BG. zu der Überzeugung gelangt, daß neben dem eigenen verkehrswidrigen Verhalten des Verletzten auch die erhöhte Betriebsgefahr der Befl. Ursache des Unfalls und des von den Kl. im Rechtsstreit geltend gemachten Schadens ist. In

der Rspr. ist allerdings mehrfach dahin erkannt, daß grobes Verschulden des Verletzten, insbes. ein Verstoß gegen gesetzliche Vorschr. über die Regelung des Verkehrs, geeignet sein kann, sogar eine gleichfalls als Schadensursache mitwirkende erhöhte Betriebsgefahr völlig zurücktreten zu lassen (vgl. Seligsohn, Haftpflichtgesetz, 2. Aufl., Erl. 144 zu § 1, S. 101, 102 mit Nachweisungen). Ob das in einzelnen Fälle zutrifft, richtet sich aber stets nach den besonderen Umständen. Diese können es auch als gerechtfertigt erscheinen lassen, jene Folgerung nicht zu ziehen (RG: JW. 1931, 3321). Die Entsch. ist in erster Linie Sache des Tatrichters. Ein Rechtsirrtum bei der Abwägung kann aber nicht schon deswegen angenommen werden, weil der Verunglückte gegen gesetzliche Verkehrs Vorschr. verstoßen und daher den Schaden überwiegend verursacht habe. Kann ein dahingehender Rechtsatz in dieser Allgemeinheit schon nicht anerkannt werden, so stehen im vorl. Fall die rechtlich einwandfreien Feststellungen des BG. über die besonderen Umstände entgegen.

(U. v. 7. Jan. 1932; 355/31 VI. — Hamm.) [H.]

****6.** §§ 14, 25 PrEisenbG. v. 3. Nov. 1838; § 906 BGB. Die Elektrifizierung einer Bahnstrecke ist eine organische und notwendige Fortentwicklung des bisherigen Betriebes, keine ungewöhnliche oder übermäßige Benutzung des Bahngrundstücks. Die Eisenbahn haftet nicht für vagabundierende elektrische Ströme, die von örtlicher Benutzung des Bahngrundstücks herrühren. Ein Eingriff in fremdes Eigentum durch Immissionen fällt nur dann unter § 15 PrEisenbG., wenn er eine Substanzbeschädigung der fremden Sache zur Folge hat.†)

Die Kl. stellt magnetische Instrumente her. Deren Einstellung und Abstimmung kann sie nur an einem Ort vornehmen, der magnetisch völlig störungsfrei ist. Ein solcher war mit Hilfe des magnetischen Observatoriums in P. auf dem Grundstück W. gefunden worden. In einem dort, auf dem auf zwanzig Jahre gepachteten Grundstück errichteten Beobachtungshause wurde seit 1923 die Abstimmung der Instrumente vorgenommen. In einer Entfernung von 300 m von diesem Grundstück liegt die Bahnstrecke B.—P. der Ber. Vorortbahn. Diese wird seit Herbst 1928 elektrisch, unter Verwendung von Gleichstrom, betrieben, nachdem seit Frühjahr 1928 Probenzüge für die neue Betriebsweise gefahren worden waren. Die Kl. bemerkte seit der Zeit Störungen in ihrer Tätigkeit dadurch, daß von der elektrisch betriebenen Bahnlinie magnetische Strömungen ausgingen. Deswegen verlegte sie im Winter 1928/29 ihre Beobachtungsstelle nach Vo. Mit der Klage verlangte sie von der Bekl. Zahlung der Kosten und Mehraufwendungen im Betriebe, die ihr durch die Verlegung erwachsen seien und noch entstehen würden. Die Kl. stützte ihr Begehren darauf, daß sie die Bekl. auf die durch die neue Betriebsweise verursachten Störungen aufmerksam gemacht und diese es unterlassen habe, für Abhilfe zu sorgen, was durch Betrieb mit Wechselstrom anstatt Gleichstrom oder durch Einpanzerung des Beobachtungshauses möglich gewesen wäre. Die Bekl. bestritt jegliche Haftung, weil solche Einwirkungen von elektrisch betriebenen Eisenbahnen auf benachbarte Grundstücke in Anbetracht der heutigen Verkehrs- und Wirtschaftsverhältnisse ertragen werden müßten; weil die Wahl von Gleichstrom und nicht Wechselstrom als Betriebsart technisch und wirtschaftl. richtig gewesen sei,

Zu 6. Der Inhalt der Entsch. Gründe läßt sich in folgende Leitsätze zusammenfassen:

1. Die Vorschr. in § 14 PrEisenbG. v. 3. Nov. 1838, derzufolge die Eisenbahn zur Einrichtung usw. gewisser Schutzanlagen verpflichtet ist, hat durch das RBahnG. ihre Geltung nicht verloren.

2. Aus § 14 wie aus dessen durch die Rspr. des RG. entwickelter Erstreckung auf andere Schutzanlagen kann zwar eine Schadenersatzpflicht des Eisenbahnunternehmers entspringen; diese tritt aber keinesfalls dann ein, wenn sich die Einwirkung des Bahnbetriebs auf die Nachbargrundstücke in den nach § 906 BGB. zulässigen Grenzen hält.

3. Umwandlung des Dampfbetriebs auf einer Eisenbahn in elektrischen Betrieb ist eine organische und notwendige Fortentwicklung; die Wohnanlieger müssen sich die gewöhnlichen, bei technisch

indem Wechselstrom in Anlage und Betrieb teurer gewesen wäre und Schädigungen anderer, schlimmerer Art für die Anlieger mit sich gebracht hätte; weil sie vom Betriebe der Kl. nichts gewußt habe und diese den Betrieb verlegt habe, ohne ihr Zeit zu Schutzmaßnahmen zu lassen, welche übrigens gar nicht voll wirksam möglich gewesen seien.

Das RG. hat verurteilt; das RG. abgewiesen.

Die Schadenersatzforderung wegen der Betriebsverletzung prüft das RG. zunächst an Hand der von der Kl. angeführten Gesetzesbestimmungen des § 26 GewD., des § 823 i. Verb. m. § 862 BGB. und der §§ 74, 75 Einl. WM., §§ 29—31 I 8 WM. und Art. 153 RBVerf. Der § 26 GewD. wird mit Recht ausgeschaltet, weil eine Eisenbahnunternehmung nicht unter dies Gesetz fällt (§ 6 GewD.). Weiter führt das RG. aus: Die Anwendung der übrigen erwähnten Vorschr. zugunsten der Kl. scheidet daran, daß die von der Bekl. geübte Benutzung ihres Bahngrundstücks nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken in dieser Lage gewöhnlich sei und die Anlieger deswegen die sich aus solcher Benutzung ergebende Einwirkung zu dulden hätten. Zugunsten der Kl. aber griffen sowohl der § 14 wie der § 25 PrEisenbG. v. 3. Nov. 1838 durch. Wenn der Eisenbahnunternehmer Anlagen, die zum Schutze der Anlieger gegen Nachteile in der Benutzung ihrer Grundstücke erforderlich, technisch ausführbar und mit den Zwecken des Unternehmens vereinbar waren, zum mindesten fahrlässig unterlassen habe, so sei er nach § 14 PrEisenbG. zum Ersatz des dadurch verursachten Schadens verpflichtet; wobei unerheblich sei, ob etwa der Anlieger die durch Schutzmaßnahmen zu hindernden Einwirkungen nach § 906 BGB. würde dulden müssen. Die Voraussetzungen solcher Schadenersatzpflicht lägen vor. Denn die Bekl. sei verpflichtet gewesen, sich um Abhilfe zugunsten der Kl. zu bemühen, nachdem diese ihr mitgeteilt gehabt habe, sie müsse ihren Betrieb in W. wegen der stattfindenden Störungen aufgeben. Nach dem Gutachten sei anzunehmen, daß die Einwirkung bei geeigneten Schutzmaßnahmen, insbes. bei Einpanzerung des Beobachtungshauses, auf ein erträgliches Maß herabgemindert worden wäre. Hätte das auch erhebliche Kosten, möglicherweise höhere als die der Verlegung verursacht, so würden sie doch keinesfalls so hoch gewesen sein, daß durch sie der wirtschaftliche Erfolg der Elektrifizierung der Strecke in Frage gestellt worden wäre. Deswegen sei die Bekl. für die Kosten der Betriebsverletzung ersatzpflichtig. Weiter lägen aber auch die Voraussetzungen des § 25 PrEisenbG. vor, wonach der Eisenbahnunternehmer für Ersatz allen Schadens hafte, der bei der Beförderung auf der Bahn an Sachen entstehe. Dabei komme es nicht darauf an, ob der Schaden auf einen bestimmten Beförderungsvorgang oder auf den Betrieb im ganzen zurückzuführen sei. Auch sei unerheblich, ob etwa die Einwirkungen nach § 906 BGB. zu dulden gewesen wäre; denn dieser Ersatzanspruch übersteige die Grenzen des Nachbarrechts. Die Rechte aus §§ 14 und 25 PrEisenbG. seien nicht nur dem Grundeigentümer, sondern auch der Kl. als Pachtbesitzerin zuzubilligen.

Die Rev. wendet sich mit Recht gegen solche Anwendung der §§ 14, 25 PrEisenbG.:

1. Die Vorschr. des § 14 verpflichtet den Eisenbahnunternehmer, alle Anlagen einzurichten, welche die Regierung für nötig befindet, damit die der Bahnlinie benachbarten Grundbesitzer gegen Gefahren und Nachteile in Benutzung ihrer Grundstücke gesichert werden. Es handelt sich da um eine Best.

einwandfreier Anlage usw. nicht zu vermeidenden Stromeinwirkungen gefallen lassen, soweit nicht etwa § 25 EisenbG. oder das RAstpfW. Platz greift.

4. Ein schädigender Eingriff auf Nachbargrundstücke durch Immission — z. B. von elektr. Strom — fällt nicht unter die Haftpflichtvorschrift des § 25 EisenbG., solange er nicht eine Substanzbeschädigung des Grundstücks zur Folge hat. Liegt aber eine solche vor, so greift § 25 auch dann Platz, wenn die Immission die nach § 906 BGB. zulässigen Grenzen nicht überschreitet.

Im vorl. Falle war danach die Klage abzulehnen, weil die Einwirkung des Bahnbetriebs sich einerseits in den Grenzen des § 906 hält — darum kein § 14 —, andererseits keine Substanzbeschädigung des Grundstücks zur Folge hat — darum kein § 25. Dem Urte. ist zuzustimmen.

Wirkl. Geh. Rat Fritsch, Wiesbaden.

öffentl.-rechtl. Natur darüber, welche Anlagen die Verwaltungsbehörde zum Schutze der Anlieger anzuordnen und der Eisenbahnunternehmer danach auszuführen hat. Solche Anordnung kann nach freiem Ermessen der Behörde auch noch nach der Betriebseröffnung erfolgen. Aus dieser Gesetzesbestimmung hat die RPr. den Satz entwickelt, daß der Unternehmer im Rahmen der technischen Ausführbarkeit und der Vereinbarkeit mit den Zwecken des Unternehmens auch noch andere, als die von der Verwaltungsbehörde bestimmten Anlagen zu machen habe, wenn sich solche nachträglich als zum Schutze der Anlieger nötig herausstellen, und daß er den Nachbarn für die Schadensfolge einer Unterlassung solcher Anlagen hafte, wenn ihm ein Verschulden zur Last falle (RG. 32, 285; 37, 270; 122, 137¹⁾).

Die Meinung der Rev., diese Anwendung des § 14 komme nach den Best. des RBahnG. v. 30. Aug. 1924 (jetzt i. d. Fassung der Bef. v. 13. März 1930) nicht mehr in Betracht, trifft allerdings nicht zu. Das Gef. v. 3. Nov. 1838 ist nicht außer Kraft gesetzt worden (§ 16 RBahnG.). § 37 RBahnG. gibt zwar neue Vorschr. über die Zustimmung der Reichsregierung zu Eisenbahnbauten und die Anhörung der Landesbehörden, durch welche die bisherigen Zuständigkeiten geändert sind; aber der sachliche Inhalt des § 14 des Gef. von 1838 ist bestehen geblieben (vgl. Fritsch, Eisenbahngesetzgebung, 3. Aufl., S. 74 Anm. 21). übrighens gibt § 37 Abs. 5 RBahnG. für Neubauten die inhaltlich gleiche Vorschr.: „Die Gesellschaft hat dafür einzustehen, daß ihre Bauten allen Anforderungen der Sicherheit und Ordnung genügen.“ Rechtsirrig aber ist die Ansicht des RG., bei der aus § 14 PrEisenbGef. zu ziehende Folge privatrechtl. Schadenersatzpflicht für schuldhaftes Unterlassen notwendiger und möglicher Schutzanlagen komme es nicht darauf an, ob der Besitzer des in der Nähe der Bahnstrecke liegenden Grundstücks die von dieser ausgehende Einwirkung nach § 906 BGB. als ortsüblich dulden mußte. Die Verwaltungsbehörde mag Schutzmaßnahmen nach ihrem Ermessen bestimmen können, ohne aus dem Privatrecht herzuleitende Beschränkungen zu unterlegen. Insofern greift vielleicht die Best. des § 14 weiter als die sich aus dem Nachbarrecht ergebenden privatrechtl. Verpflichtungen. Aber bei Bemessung des Umfangs der aus § 14 herzuleitenden rein privatrechtl. Schadenersatzpflicht sind die gesetzl. bestehenden, die nachbarrechtl. Eigentumsbeschränkungen zu beachten. Eine solche Haftung des Unternehmers tritt nur da ein, wo sich durch die Anlagen der Bahn und die demnachstige Gestaltung der örtlichen Verhältnisse in ungewöhnlicher Weise schädigende Einwirkungen auf die angrenzenden Grundstücke ergeben (RG. 53, 25). Davon aber kann nicht die Rede sein, wenn sich die Einwirkung in dem nach § 906 BGB. zulässigen Grenzen hält. Derartige muß nach der Rechtsordnung jeder Nachbar dulden. Er kann auch aus der Sonderbestimmung des § 14 PrEisenbG. keine Ansprüche dagegen herleiten.

Hiernach war der Befl. gegenüber dem auf diese Gesetzesbestimmung gegründeten Schadenersatzanspruch die Verteidigung offen zu lassen, daß die Einwirkung durch die elektrischen Erdströme auf das von der Kl. gepachtete Grundstück — auch elektrische Ströme fallen unter § 906 BGB. — von einer Benutzung des Bahngrundstücks ausgeht, die nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken in dieser Lage gewöhnlich ist. In der Beziehung ist den Ausführungen des RG. beizutreten, daß die Elektrifizierung der Bahnstrecke eine organische und notwendige Fortentwicklung des bisherigen Betriebs ist. Wie sich bei Dampftrieb die Bahnanlieger gewöhnliche Rauch- und Rußzuführungen gefallen lassen müssen, so müssen sie bei elektrischem Betriebe die gewöhnlichen, bei dieser Anlage nicht zu vermeidenden Stromeinwirkungen erdulden; es sei denn, daß die Best. des § 25 PrEisenbG. oder die des RHaftpfW. eingreifen. Es handelt sich bei elektrischem Betriebe nicht um eine ungewöhnliche oder übermäßige Benutzung der Bahngrundstücke (vgl. RG. 81, 216, dort 225²⁾) am Schluß). Solcher Betrieb mit seinen natürlichen Auswirkungen ist der ordnungs- und gesetzmäßige Zustand, den auch die Kl. hinnehmen hat. Allerdings ist nur eine solche Einwirkung als

ortsüblich anzusehen, wie sie eine technisch einwandfreie Bahnanlage gewöhnlich mit sich bringt. Daß aber in dieser Richtung etwas verfehlt sei, ist nirgends behauptet worden oder sonst hervorgetreten.

Versagt schon hiernach der § 14 PrEisenbG. als Klagegrundlage, so bedarf es keiner Prüfung mehr, ob nach Lage der Sache überhaupt von einem Verschulden der Befl. die Rede sein könnte und ob die Möglichkeit, wie Zumutbarkeit wirksamer Maßnahmen zum Schutze des besonders gearteten Betriebs der Kl. vom RG. ausreichend festgestellt sind.

2. Die von der Kl. auf einem gepachteten Grundstück errichtete Beobachtungsstation ist durch die von der elektrisch betriebenen Eisenbahnstrecke ausgehenden und auf sie einwirkenden Erdströme für die Zwecke der Kl. unbrauchbar geworden, weil die dort vorzunehmende Einstellung und Abstimmung der sehr feinen Instrumente nur an einem Ort geschehen kann, der magnetisch völlig störungsfrei ist. Die früher vorhandene Beschaffenheit des Grundstücks völliger Freiheit von magnetischen Störungen ist durch den Betrieb der Befl. beseitigt worden. Damit waren nicht die Instrumente selbst zerstört oder angegriffen. Wohl aber fehlte nun eine früher vorhandene, besondere örtliche Beschaffenheit, die zu ihrer Regulierung notwendig war. Auch das Grundstück war nicht in seiner körperlichen Masse beschädigt worden. Ihm war vielmehr eine besondere Eigenschaft genommen, wodurch eine Verschlechterung, eine Entwertung hinsichtlich der ihm durch die derzeitige Verpachtung an die Kl. gegebenen besonderen Best. und so eine Schädigung des Besitzers bewirkt wurde.

Ein solcher schädigender Eingriff durch Immission, der keine körperliche Beschädigung, keine Substanzveränderung einer Sache hervorbringt, kann nicht angesehen werden als ein „Schaden, welcher bei der Beförderung auf der Bahn an den auf derselben beförderten Personen und Gütern oder auch an anderen Personen und deren Sachen entsteht“ (§ 25 PrEisenbG.). Ein Eingriff in fremdes Eigentum durch Immissionen fällt nicht unter § 25 PrEisenbG., solange er nicht eine Substanzbeschädigung der fremden Sache zur Folge hat. Solche Beschränkung des § 25 auf Sachbeschädigung i. e. S., auf Substanzbeschädigung, unter Ausschließung der Haftung der Bahn für sonstige nachteilige Einwirkungen aus den von ihrem Betriebe ausgehenden Immissionen ergibt sich zunächst aus der zur Zeit des Erlasses des Gef. von 1838 bestehenden Rechtslage im weitaus größten Teil Preußens. Das PrAllR. enthält keine Best. über die Unzulässigkeit übermäßiger Immissionen (Dernburg, Preuß. Privatrecht Bd. 1 § 220 unter 4). Erst der Plenarbeschluss des ObTrib. v. 7. Juni 1852 (ObTrib. 23, 252) gibt die Grundlage für die spätere preuß. Praxis, daß der Eigentümer das gemeinübliche Maß übersteigende Immissionen nicht zu dulden habe. Da sich das in Preußen vorwiegend geltende Gesetz überhaupt nicht mit dem Begriff der Immissionen befaßt, kann nicht angenommen werden, daß das Gef. von 1838 Benachteiligungen eines Grundbesitzers durch Immissionen ohne Substanzverletzung als „Schaden an Sachen“ hat ansehen wollen, zumal der unmittelbare Sinn solcher Gesetzesworte nicht für diese Ausdehnung spricht.

Dies Ergebnis wird als richtig bestätigt durch einen Vergleich mit dem Inhalt des RHaftpfW. Dies Gef. sollte für das ganze Reich eine Haftung des Eisenbahnunternehmers für Personenschäden festlegen, wie sie für Preußen bereits nach § 25 des Gef. von 1838 bestand (Mot. z. Entw. des RHaftpfW. im StenVer. über die Verh. des dtsh. RT. I. LegPer. I. Sess. 1871 Bd. 3 S. 68 ff.). Der Gesetzgeber lehnte sich dabei bewußt an den Inhalt der preuß. Best. an. Nun gibt aber § 1 RHaftpfW. einen Schadenersatzanspruch nur bei Tötung oder Körperverletzung eines Menschen, also bei Beschädigung der körperlichen Substanz. Auch i. S. des § 25 PrEisenbG. lag ohne solche kein Schaden an einer Person vor. Dementsprechend ist gleichfalls eine Substanzbeschädigung zu fordern, um von einem unter diese Best. fallenden Schaden an Sachen reden zu können.

Die Nichtanwendung des § 25 PrEisenbG. auf Tatbestände, wo zwar Immissionen, aber keine Sachbeschädigungen vorliegen, ist schon der sachliche Inhalt der bisherigen RPr.

¹⁾ ZW. 1929, 937.

²⁾ ZW. 1913, 374

des RG. In RG. 70, 150 ist in einem Falle der Einwirkung durch Rauch und Ruß zwar bei der Prüfung, ob die für Ansprüche aus unerlaubter Handlung geltende dreijährige Verjährung Platz greife, der § 25 PrEisenbG. für anwendbar erklärt. Aber es ist dort doch bei der Prüfung des Klageanspruchs ausgesprochen worden, der bekl. Eisenbahnunternehmer habe nach allgemeinen Grundsätzen Schadensersatz zu leisten, und zwar nur für solche schädlichen Einwirkungen, die über das nach § 906 BGB. zulässige Maß hinausgingen; die gewöhnlich von einem Eisenbahnbetrieb ausgehenden Einwirkungen müßten sich die Nachbarn als unvermeidlich gefallen lassen. In JW. 1910, 580 wird die Schadensersatzpflicht des Eisenbahnunternehmers für Grundstücksentwertungen durch Rauch, Ruß und Geräusch aus dem allgemeinen Rechtsatz hergeleitet, daß der Grundeigentümer für übermäßige (§ 906 BGB.) schädliche Einwirkungen aus staatlich genehmigtem Betriebe ohne weiteres Schadensersatz berechtigt sei, weil ihm da die Abwehrklage versagt sei. Dabei wird erwähnt, daß sich bei unmittelbarer Anwendung des § 25 PrEisenbG. fragen könnte, ob dann nicht der Eisenbahnunternehmer für jeden Schaden aufzukommen hätte, auch für den, der nicht durch übermäßige und nach den örtlichen Verhältnissen ungewöhnliche Einwirkungen verursacht sei. In RGWarn. 1910 Nr. 447 wird ein Schadensersatzanspruch wegen Wertverminderung eines Grundstücks durch Rauch, Värm und Erschütterungen ebenfalls aus dem eben erwähnten allg. Rechtsgrundsatz für berechtigt erklärt und dabei dem Unternehmer die Verteidigung aus § 906 BGB., daß solche Einwirkungen ortsüblich seien, offen gelassen. Andererseits ist § 25 PrEisenbG. als selbständige Rechtsgrundlage für einen Entschädigungsanspruch des Grundeigentümers da erkannt worden, wo Substanzbeschädigungen von Sachen durch Einwirkungen des Zugverkehrs vorlagen (JW. 1930, 3096 = SeuffArch. 84, 83). In solchen Fällen konnte die Schadenshaftung aus § 25 ausgesprochen werden ohne Prüfung, ob etwa die Einwirkungen — Erschütterungen —, welche den Sachschaden — Risse im Hause — verursacht hatten, auf ortsüblicher Benutzung des Eisenbahngrundstücks beruhten und daher nach § 906 BGB. nicht rechtswidrig waren. Wollte man aber die Immissionen als solche, ohne Rücksicht darauf, ob sie das Grundstück beschädigt haben oder nicht, unter § 25 PrEisenbG. bringen, so wäre in der Tat die in JW. 1910, 580 ange deutete Folge unabweislich, daß der Eisenbahnunternehmer dann für jede noch so geringe Einwirkung, die einen Nachbarn irgendwie benachteiligt, haftet, weil § 25 eine Ersatzpflicht für allen Schaden anordnet. Das aber wäre ein für das wirtschaftl. Bestehen der Eisenbahnen unerträgliches Ergebnis, das nicht i. S. des Ges. liegen kann.

Aus diesen Gründen kann eine vom Eisenbahngrundstück ausgehende Einwirkung auf ein Nachbargrundstück, die nicht die Folge einer Sachbeschädigung, wohl aber die einer Entwertung des Grundstücks in anderer Beziehung gehabt hat, nicht als Verursachung eines Schadens am Grundstück i. S. des § 25 PrEisenbG. angesehen werden. Daraus ergibt sich nicht etwa eine für den Grundbesitzer unerträgliche Lücke; vielmehr reichen die allg. Rechtsregeln, nach denen die Folgen solcher Immissionen zu beurteilen sind, zu seinem Schutze aus. Kann der Grundeigentümer die von der Bahnanlage ausgehende Einwirkung nach § 906 BGB. als nur unwesentlich in ihren Wirkungen oder als aus einer ortsüblichen Benutzung des Bahngrundstücks herrührend nicht verbieten, so ist ihm auch ein Schadensersatzanspruch versagt. Er muß auch

Zu 7. I. Das Verständnis des Urts. wird durch eine zusammenhängende Übersicht über die nichts weniger als einfache Rechtslage erleichtert.

1. Das PrEisenbG. v. 3. Nov. 1838 (GS. 505) enthält folgende Vorschriften:

§. 38. Von den Eisenbahnen ist eine Abgabe zu entrichten ... Die Höhe dieser Abgabe soll aber erst ... (später) reguliert werden ... Von der Entrichtung einer Gewerbesteuer bleiben die Eisenbahngesellschaften befreit.

§. 49. Wir behalten Uns vor, nach Maßgabe der weiteren Erfahrung ..., die im gegenwärtigen Gesetze gegebenen Bestimmungen, durch allgemeine Anordnungen ..., zu ergänzen und abzuändern, und nach Umständen denselben auch andere ganz neue

dem Eisenbahnunternehmer gegenüber das dulden, was allg. berechtigt ist. Geht aber die Immission über das nach § 906 BGB. zulässige Maß hinaus, so ist ihm ein Schadensersatzanspruch nach allg. Grundsätzen (vgl. RG. 100, 69; 101, 102; 104, 84) zuzubilligen, weil ihm die Abwehrklage gegen die rechtswidrige Einwirkung versagt ist. Erst wenn eine Immission eine Substanzbeschädigung verursacht hat, greift § 25 PrEisenbG. ein, wobei es dann nicht darauf ankommt, ob die Einwirkung als solche zulässig oder unzulässig war. Nur solche Auslegung des § 25 führt zu einem Ergebnis, das den Belangen beider Teile gerecht wird. Hiernach versagt auch § 25 PrEisenbG. als Rechtsgrundlage für den Schadensersatzanspruch der Kl.

3. Aus der rechtsirrtumsfreien Annahme des RG., die vagabundierenden Ströme rührten von ortsüblicher Benutzung des Bahngrundstücks her, ergibt sich, daß die Kl. auch aus sonstigen Rechtsvorschriften keinen Schadensersatzanspruch entnehmen kann. Es liegt keine widerrechtl. Verletzung ihres Besitzes oder ihres Gewerbebetriebes vor. Es ist überhaupt kein ihr zustehendes Recht beeinträchtigt worden, weil ihre Rechtsstellung sich in der durch § 906 BGB. gegebenen Begrenzung hielt. Bedarf die Kl. für ihren Gewerbebetrieb einer ganz besonderen Ortsbeschaffenheit, so ist es ihre Sache, sich diese zu verschaffen und für die Dauer zu sichern. Das muß die Kl. als Last ihres Gewerbes hinnehmen. Sie hatte kein Anrecht darauf, daß ihr die ganz besonderen Vorbedingungen für ihre Beobachtungsstelle erhalten blieben und nicht von außen durch an sich zulässige Vorgänge gestört wurden.

(U. v. 21. Okt. 1931; 43/31 V. — Berlin.) [Sch.]
(= RG. 133, 342.)

7. 1. § 38 Abs. 2 EisenbG. sichert den Eisenbahngesellschaften Befreiung von jeder, auch jeder gemeindlichen Gewerbesteuer zu.

2. Werden sie gleichwohl durch Gesetz einer solchen Steuer unterworfen, so ist der Staat nach § 49 des Gesetzes entschädigungspflichtig.)

1. Grundlegend für die Entsch. ist die Frage, ob die Bestimmung des § 38 Abs. 2 EisenbG. „Von der Entrichtung einer Gewerbesteuer bleiben die Eisenbahngesellschaften befreit“ sich nur auf eine staatliche oder auch auf eine gemeindliche Gewerbesteuer erstreckt. Hätte der Gesetzgeber die Gesellschaften nur von der damals nach dem Ges. v. 30. Mai 1820 erhobenen staatlichen Gewerbesteuer freilassen wollen, so hätte es nahe gelegen, zu bestimmen, daß sie von „der Gewerbesteuer“ befreit bleiben sollten. Die Wahl des unbestimmten Ausdrucks „einer Gewerbesteuer“ spricht dafür, daß Befreiung von jeglicher Gewerbesteuer gewährt werden sollte. Das ergibt sich aber auch aus dem mit der Befreiung erkennbar verfolgten Zweck des Gesetzes. Man sicherte denjenigen, die sich zur Anlegung einer Eisenbahn entschließen oder an solchen Unternehmen durch Zeichnung von Aktien beteiligen würden, in dem Gesetze zu, daß der zu gründenden Gesellschaft besondere Vergünstigungen zustehen sollten, so in §§ 2 u. 15 die Befreiung von gewissen Stempeln und Spotteln, in § 7 die Befugnis, die für das Unternehmen erforderlichen Grundstücke ohne Genehmigung einer Staatsbehörde zu erwerben, in § 8 das Recht, die erforderlichen Grundstücke im Wege der Enteignung zu erwerben, in § 9 das Recht zur vorübergehenden Benutzung fremder Grundstücke. Und zu diesen Vergünstigungen gehörte auch die des § 38 Abs. 2. Der offensichtlich von dem Gesetzgeber verfolgte Zweck, den Bau von Eisenbahnen zu fördern, verlangte es, den Unternehmer- und Geld-

Bestimmungen hinzuzufügen. Sollten Wir es für notwendig erachten, auch den ... in Gemäßheit dieses Gesetzes zu konfessionierenden Gesellschaften die Beobachtung dieser Ergänzungen, Änderungen oder neuen Bestimmungen aufzulegen, so müssen sie sich denselben gleichfalls unterwerfen. Sollte jedoch durch neue, in diesem Gesetze weder festgesetzte noch vorbehaltene (§. 38.) und ... später als die ... Koncession erlassene Bestimmungen, eine Beschränkung ihrer Einnahmen oder eine Vermehrung ihrer Ausgaben herbeigeführt werden, so ist ihnen eine angemessene Geldentschädigung dafür zu gewähren.

2. Die „Regulierung“ der „Abgabe“ (oben 1), später „Eisenbahngabte“ genannt, erfolgte durch Gesetze von 1853 und 1867.

3. a) Das GewStG. v. 24. Juni 1891 (GS. 205) bestimmte

gebekreife bestimmte Zusicherungen darüber zu machen, welchen Abgaben die Gesellschaften unterliegen würden. Der Gesetzgeber bestimmte deshalb in § 38 Abs. 1 Satz 1 von den Eisenbahnen sei eine Abgabe zu entrichten, welche im Verhältnis des auf das gesamte Aktienkapital, nach Abzug aller Unterhaltungs- und Betriebskosten und des jährlich innezu- behaltenden Betrags zum Reservefonds, treffenden Ertrags sich abstuft, also eine Abgabe, die nur von dem Reinertrage zu entrichten sein sollte. In Satz 2 behielt er sich vor, die Höhe dieser Abgabe erst später, wenn die nötigen Erfahrungen gesammelt sein würden, festzusetzen, und bestimmte nur für die Zwischenzeit, bis dahin sei die Post für den Verlust, den sie durch die Eisenbahnen in ihrer Einnahme erleide, zu entschädigen. Außerdem wurde die Abgabe durch die in § 39 EisenbG. gegebene Zweckbestimmung in ihrer Höhe einer Beschränkung unterworfen. Diese vorgesehene staatliche Abgabe war, wie das Preuß. Obertribunal (amtl. Slg. 75, 117) sagt, eine eigenartige direkte Abgabe, die, indem sie „den Eisenbahnen“ als solchen auferlegt und von dem Reinertrage derselben zu erheben ist, als eine auf das Eisenbahn- unternehmen selbst und dessen gewerblichen Betrieb gelegte Steuer anzusehen ist. Und ebenso, wie in jenem Erkenntnis der sich an die §§ 38, 39 EisenbG. anlehrende Art. 15 des Staatsvertrages v. 19. April 1844 betr. die Thüring. Eisenbahn ausgelegt worden ist, ist auch die Bestimmung des § 38 Abs. 2 dahin auszulegen. Es sollte eine doppelte oder mehrfache Besteuerung der Gesellschaft aus dem gedachten, gleichen finanziellen Gesichtspunkt ausgeschlossen werden. „In diese Kategorie fiel“, wie das ObTrib. mit Recht sagt, „selbstverständlich nicht die Kommunaleinkommensteuer“, von der damals die Eisenbahngesellschaft Befreiung in Anspruch nahm, und die „keine Gewerbesteuer im spezifischen Sinne des Ges. v. 30. Mai 1820“ war; die Zusicherung, daß nur die sog. Eisenbahnabgabe zu zahlen sei, die Gesellschaft aber sonst von einer Gewerbesteuer befreit bleibe, sollte keine Befreiung „von allen anderen allgemeinen Landes- und Gemeindesteuern“ für die Zukunft gewährleisten. Das ObTrib. hat also die Heranziehung der Eisenbahngesellschaft zur Gemeinde-Einkommensteuer nicht deshalb für zulässig erklärt, weil diese keine Staatssteuer war, sondern deshalb, weil sie keine Gewerbesteuer war. Daraus ergibt sich die Auffassung, daß die Befreiung sich auf jede andere Gewerbesteuer als die sog. Eisenbahnabgabe erstreckte, ohne Rücksicht darauf, ob sie eine staatliche oder eine gemeindliche Steuer war. Dieser Auffassung ist beizustimmen. Der Zweck des § 38 Abs. 2 wäre bereitet worden, wenn die Unternehmer und Geldgeber sie dahin hätten verstehen müssen, daß der Staat die Gesellschaften zwar von der staatlichen Gewerbesteuer freilassen, sich aber das Recht vorbehalten wolle, den Gemeinden die Heranziehung zu einer künftig etwa einzuführenden gemeindlichen Gewerbesteuer zu gestatten.

Wenn RG. v. 24. Febr. 1881 (Eger-Eisenbahn-Entsch. 1, 412) sagte, es sei nicht zu bezweifeln, daß § 38 nur von

Staatsabgaben handle, so erklärt sich das daraus, daß es zu jener Zeit noch keine Gemeinde-Gewerbesteuer gab und das Gericht keinen Anlaß hatte, sich mit der Frage zu beschäftigen, ob eine solche Steuer unter § 38 Abs. 2 fallen würde. Aber selbst wenn der 4. ZivSen. auf dem Standpunkt gestanden hat, daß § 38 Abs. 2 sich auf keine Gemeindesteuer erstreckt, ist doch der jetzt erk. Sen. nicht gehindert, von dieser Auffassung abzuweichen, da jenes Ur. nicht auf der Auslegung des § 38 Abs. 2 beruht, sondern auf der Auslegung der Staatsverträge v. 20. Dez. 1841 u. 19. April 1844.

Die Kundverfügung des Preuß. InnMin. und des FinanzMin. v. 29. Sept. 1856, betr. die Heranziehung der Eisenbahngesellschaften zu den Kommunalabgaben (MBlB. S. 256) bot keinen Anlaß, sich mit der Frage zu befassen, ob die Gesellschaften einer Gemeinde-Gewerbesteuer unterliegen würden, wenn es eine solche gäbe. Unter Ziff. 1 wird nur aus dem § 4 Abs. 3 StädteD. die Befugnis der Stadtgemeinden angeführt, juristische Personen, also auch die Eisenbahngesellschaften, in dem dort vorgesehenen Umfange zu den Gemeindeforderungen heranzuziehen. Daraus wird die Folgerung gezogen, den Gesellschaften liege demnach auch die Verpflichtung ob, zu den städtischen Kommunal-Einkommensteuern und den denselben beizuzählenden Kommunalabgaben beizutragen. Und unter Ziff. 2 wird auch nur daraus, daß der Grundbesitz und Gewerbebetrieb (die Voraussetzungen für die Besteuerung nach § 4 Abs. 3 StädteD.) auf der ganzen Länge der Bahn an jedem einzelnen Stationsorte ebensogut stattfinden wie an dem Sitz der Zentralverwaltung, gefolgert, daß das Recht der Besteuerung allen Stadtgemeinden zustehe, in deren Bezirk eine Eisenbahnstation vorhanden sei. Etwa zu betonen, daß die Gesellschaften von einer Gewerbesteuer, wenn solche von den Stadtgemeinden erhoben werden würde, befreit sein würden, wäre zwecklos gewesen, weil es damals noch keine städtische Gewerbesteuer gab. Ebenso behandelt der Erlaß der gen. beiden Minister an den Oberpräf. der Rheinprovinz v. 7. Aug. 1859, betr. die Heranziehung der Eisenbahngesellschaften zu den Kommunalabgaben (MBlB. S. 210), nur die Frage der Heranziehung zur Gemeinde-Einkommensteuer. Aus beiden Erlassen ist also nichts für die Auffassung zu entnehmen, daß sich § 38 Abs. 2 EisenbG. nur auf eine staatliche Gewerbesteuer hätte erstrecken sollen.

Ob der Gesetzgeber bei Erlaß des GewStG. v. 24. Juni 1891 sich noch dessen bewußt gewesen ist, daß die Befreiungsvorschrift des § 38 Abs. 2 noch in Geltung sei, ist aus der Entstehungsgeschichte des GewStG. nicht mit Sicherheit zu entnehmen. In der Begründung zu § 4 des Entwurfs heißt es nur zu Nr. 6: Der Betrieb derjenigen Eisenbahnen, welche nach den Ges. v. 30. Mai 1853 (GS. 449) und v. 16. März 1867 (GS. 465) der Eisenbahnabgabe unterliegen, muß „zur Vermeidung einer doppelten gewerblichen Besteuerung“ von der allgemeinen Gewerbesteuer befreit bleiben. Und laut Bericht der X. Komm. des Abgeordnetenhauses über den Entwurf eines KommAbgG. ist zu § 23 Abs. 3 des Entwurfs (jetzt

vom beklagten Staatsfiskus erhobene Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs abgefordert verhandelt worden war, bestätigte das RG. mit Ur. v. 18. Okt. 1930 (RG. 130, 313 = JW. 1932, 241) das die Zulässigkeit bejahende Zwischenurteil des RG. Im weiteren Verlaufe des Prozesses erklärte das RG. mit Ur. v. 27. Febr. 1931: ZW-EisenbVerw. 1931, 1054 den Klageanspruch für dem Grunde nach gerechtfertigt. Das oben abgedruckte Ur. des RG. ist die Bestätigung dieses Urteils.

III. Das jetzt zu besprechende Ur. geht von folgenden Zeitfäßen aus:

1. § 38 Abs. 2 EisenbG. (oben I 1) besteht noch zu Recht und bezieht sich auch auf kommunale Gewerbesteuern.
2. § 49 ist nicht nur ein „Rahmengesetz“, dessen Rahmen erst durch die spätere Gesetzgebung ausgefüllt werden sollte. Vielmehr ergibt sich aus ihm im Zusammenhang mit dem Ganzen des Gesetzes, daß § 49 unmittelbar anwendbares Recht geschaffen hat, und daß durch ihn dem Staate die Verpflichtung zur Leistung einer „angemessenen“ Entschädigung auferlegt werden sollte.
3. Der Vorbehalt des § 49, in dem § 38 ausdrücklich erwähnt wird, bezieht sich ausschließlich auf den ersten, die „besondere Abgabe“ behandelnden Absatz des § 38; der die Gewerbesteuerfreiheit festsetzende Abs. 2 enthält gar keinen Vorbehalt.
4. Die Aufhebung des Gewerbesteuerprivilegs der Eisenbahnen durch die spätere Gesetzgebung ist nicht nur Bestandteil der all-

in § 4, daß der Betrieb der Eisenbahnen, die der Eisenbahnabgabe (vorst. 2) unterliegen, der Gewerbesteuer nicht unterworfen sein sollte.

b) Seit Ges. v. 14. Juli 1893 (GS. 119) erhebt der Staat keine Gewerbesteuer mehr; die Steuerpflicht besteht nur noch zugunsten der Kommunalverbände.

c) KommAbgG. v. 14. Juli 1893 (GS. 152) § 28 Abs. 3 bestimmt, daß der Betrieb (der Staatsbahnen und) der der Eisenbahnabgabe unterliegenden Privat-Eisenbahnen gewerbesteuerfrei sein solle.

d) Die W. über die vorläuf. Neuregelung der Gewerbesteuer v. 28. Nov. 1923 (GS. 519), deren Geltung zunächst nur für ein Jahr bestimmt war, aber (mit hier nicht in Betracht kommenden Änderungen) von Jahr zu Jahr verlängert worden ist, bestimmte in Art. II die Aufhebung des GewStG. (vorst. a), des § 28 KommAbgG. (vorst. c) und der Gesetze über die Eisenbahnabgabe (vorst. 2).

II. Vorgeschichte des Urteils. Die Kl., eine vor 1924 auf Grund des Ges. von 1838 konzeptionierte Eisenbahngesellschaft (Großbahn), war bis zum Inkrafttreten der GewStW. (vorst. I 2 d) zur Gewerbesteuer nicht herangezogen worden. Als das erstmals 1924 eintrat, bestritt Kl. die Steuerpflicht, unterlag aber im VerwStrVerf., das sich daran anschloß; endgültig bejahte das DVG. durch ein (m. W. nicht veröffentlicht.) Ur. v. 8. Nov. 1927 die Steuerpflicht.

Nunmehr beansprucht Kl. unter Berufung auf § 49 EisenbG. (vorst. I 1) im Zivilprozeß Erfay für die Aufhebung der im EisenbG. nicht vorgesehenen Gewerbesteuer. Nachdem in der VerZust. über die

§ 28 Abs. 3 KommAbgG.) von dem FinMin. ausgeführt worden, die Eisenbahnen seien auch bisher nur zur Gemeinde-Einkommensteuer herangezogen und es erscheine nicht angemessen, die Besteuerung auch auf die Gewerbesteuer auszuweihen. Die Frage, ob der Staat nach § 49 EisenbG. die Eisenbahngesellschaften entschädigen müsse, wenn ihre Besteuerung durch die Gemeinden auf die Gewerbesteuer ausgedehnt werden würde, ist, soweit ersichtlich, bei der Beratung weder das GewStG. noch das KommAbgG. erörtert worden. Aber selbst wenn man bei Erlaß dieser beiden Gesetze davon ausgegangen sein sollte, daß durch die Gef. v. 30. Mai 1853 und 16. März 1867, welche die in § 38 Abs. 1 EisenbG. vorbehaltene Eisenbahnabgabe geregelt hatten, der § 38 Abs. 1 aufgehoben worden sei, und wenn man geglaubt haben sollte, durch die gen. Gesetze von 1891 und 1893 die Befreiung der Eisenbahngesellschaften von einer Gewerbesteuer neu zu regeln, wären doch durch diese Gesetze § 38 Abs. 2 und § 49 EisenbG. nicht aufgehoben worden. Denn in Wahrheit haben jene Gesetze die Befreiung nicht neu geregelt, sondern nur ihre Anwendbarkeit auf den Fall der Gemeindesteuer bestätigt.

2. Die Ansicht der Rev., § 49 EisenbG. sei nur ein Rahmengesetz gewesen und in Ermangelung einer es ausfüllenden gesetzlichen Regelung auch geblieben, ist nicht richtig. Die Rev. meint, es fehle im § 49 an Best. über das Verfahren, über die Höhe der Entschädigung und über die entschädigungspflichtigen Stellen, und das alles habe erst durch spätere gesetzliche Best. geregelt werden sollen. Demgegenüber ist darauf hinzuweisen, daß bei der Möglichkeit der Anrufung der ordentlichen Gerichte die Schaffung eines besonderen Verfahrens nicht notwendig war, und daß die Höhe der zu gewährenden Geldentschädigung ausdrücklich dahin bestimmt worden ist, daß sie „angemessen“ sein solle, ein Maßstab, der in zahlreichen Fällen den Gerichten genügen muß, um die Höhe einer Leistung zu bestimmen. Allerdings enthält § 49 keine ausdrückliche Best. darüber, wer die zu gewährende Entschädigung zu zahlen hat, während in den — später durch das EnteignG. ersetzt — Vorschriften über die Enteignung von Grundstücken für das Eisenbahnunternehmen bestimmt worden ist, daß die Eisenbahngesellschaft die Entschädigung zu leisten hat. Aber daraus kann nicht gefolgert werden, daß der Gesetzgeber die Best. über die Person des Verpflichteten späterer gesetzlicher Regelung habe vorbehalten wollen. Wer der Verpflichtete sein sollte, ergab sich bei vernünftiger Auslegung des Gesetzes ohne weiteres. Das Gesetz legte die Rechte und Pflichten zwischen Konzessionsgeber und -nehmer fest. Der Konzessionsgeber, der Staat, behielt sich aber im § 49 das Recht vor, die gegebenen Best. mit Wirkung auch für die schon konzessionierten Gesellschaften künftig einseitig zu ergänzen, abzuändern oder ihnen auch ganz neue Best. hinzuzufügen. Dieser Vorbehalt brachte Unsicherheit in die Beurteilung der Frage, ob ein geplantes Eisenbahnunternehmen Aussicht auf wirtschaftlichen Erfolg bieten werde, und konnte Unternehmerkreise von der Errichtung einer geplanten Bahn abschrecken. Um das zu verhindern, andererseits aber doch eine sich etwa als erforderlich erweisende weitgehende Änderung der Konzessionsbedingungen zu ermöglichen, beseitigte der Gesetzgeber die den Eisenbahngesellschaften aus dem Vorbehalt drohende Gefahr dadurch, daß er ihnen für den in § 49 vorgesehenen Fall eine

angemessene Geldentschädigung zusicherte. Nach dem Zusammenhang kann diese Best. nur dahin verstanden werden, daß der Staat selbst, wenn dessen Gesetzgeber durch die vorbehaltene einseitige Änderung der Konzessionsbedingungen eine Beschränkung der Einnahmen oder eine Vermehrung der Ausgaben der Gesellschaft herbeiführen werde, eine angemessene Entschädigung zu gewähren habe. Das schloß nicht aus, daß der Staat, falls durch jene Änderung ein anderer begünstigt wurde, diesem Begünstigten zugleich Leistungen auferlegte, durch welche die Eisenbahngesellschaften angemessen entschädigt wurden, und daß auf diese Weise der Staat die Entschädigung einer Entschädigungspflicht verhinderte oder sie von sich abwälzte.

Mit der vorstehenden Auffassung, daß § 49 unmittelbar anwendbares Recht geschaffen habe, stimmt auch die Abpr. des ehemaligen Preuß. ObTrib. überein. In seiner Entscheidung v. 27. Jan. 1860 (Amtl. Stg. 42, 280 = Striethr. Arch. 36, 172) handelt es sich um eine Klage der Köln-Mindener Eisenbahngesellschaft, die infolge eines nach ihrer Konzession ergangenen neuen Gesetzes Beiträge zur Gemeinde-Einkommensteuer hatte zahlen müssen. Die Gesellschaft verklagte den Fiskus auf Grund des § 49 EisenbG. auf Schadenersatz. Der Fiskus selbst hielt den § 49 auf die in Rede stehende Gemeindeabgabe für nicht anwendbar und sich deshalb zu der verlangten Erstattung für nicht verbunden, und auch das ObTrib. zog nicht in Zweifel, daß § 49 unmittelbar anwendbares Recht sei. Die klagende Gesellschaft vertrat die Auslegung, daß der Staat die Eisenbahnen wegen jeder Einbuße oder Mehrausgabe zu entschädigen habe, welche denselben durch irgendeine allgemeine, mit dem EisenbG. in gar keinem Zusammenhang stehende gesetzliche Best. möglicherweise erwachsen könnte, z. B. durch ein neues ZollG., SportelG. usw. Eine solche „schrankenlose Garantie“, nahm das ObTrib. an, habe der Staat in § 49 keineswegs übernommen und vernünftigerweise nicht übernehmen können; die in dem Schlusssatz erteilte Zusicherung einer angemessenen Geldentschädigung habe sich nur auf solche neue gesetzliche Best. bezogen, die sich als Abänderungen, Ergänzungen oder Zusätze zu dem EisenbG. darstellten; dazu gehöre die StädteD. mit ihren Best. über die Teilnahme an den städtischen Gemeindefasten nicht.

3. Die Rev. meint, auch wenn § 49 unmittelbar anwendbares Recht sei, könne die Kl. doch aus ihm keinen Anspruch herleiten, weil der Staat sich in § 49 durch die Bezugnahme auf § 38 die Beseitigung der Gewerbesteuerfreiheit vorbehalten habe; denn die Bezugnahme auf § 38 bedeute einen Vorbehalt für den ganzen § 38, also auch für seinen Abs. 2.

Das ist verfehlt. Wenn in dem Schlusssatz des § 49 bestimmt wurde, es sei den Eisenbahngesellschaften eine angemessene Geldentschädigung zu gewähren, falls durch neue, in diesem Gesetz weder festgesetzte noch vorbehaltene (§ 38) Best. eine Beschränkung ihrer Einnahmen oder eine Vermehrung ihrer Ausgaben herbeigeführt werden sollte, so konnte nach Wortlaut, Sinn und Zweck des ganzen Satzes mit der Einfügung von § 38 hinter „vorbehaltene“ nur ein Hinweis auf einen in dem § 38 enthaltenen Vorbehalt gewollt sein. Das war die in § 38 Abs. 1 ausdrücklich auf später verschobene Regelung der dort vorgesehenen Eisenbahnabgabe, eine Regelung, die der Gesetzgeber erst treffen wollte, wenn

gemeinen Gesetzgebung, sondern zugleich Änderung des EisenbG., und zwar eine Änderung i. S. des § 49.

5. Die GewStNov. von 1923 hat nicht die Befreiungsvorschrift des § 38 Abs. 2 (vorst. I, 1), sondern nur die in den Gef. von 1891 und 1893 (vorst. I 3 a u. c) ausgesprochenen Bestätigung der Befreiung aufgehoben.

6. Der Anspruch auf Entschädigung gem. § 49 hat, soweit er die Heranziehung der Eisenbahnen zur kommunalen Gewerbesteuer betrifft, durch die WD. von 1923 nicht beseitigt werden sollen; vielmehr hat der Gesetzgeber von 1923 nur diesen Anspruch als durch Streichung der Eisenbahnabgabe erfüllt angesehen.

7. In jedem Falle steht das Privileg, das § 49 den Eisenbahnen eingeräumt hat, als ein subjektives Privatrecht unter dem Schutze von Art. 153 WRV., kann also nur durch Reichsgesetz beseitigt werden; soweit die WD. von 1923 an ihm hat rütteln wollen, ist sie ungültig.

Gegen diese Leitsätze wird sich vom Standpunkt der juristischen Logik kaum etwas einwenden lassen. Wirtschaftlich betrachtet stellt es

für die privaten Großbahnen, die vor 1924 konzessioniert worden waren, den früheren Zustand wieder her, und es kann nur begrüßt werden, wenn der gleichmacherischen Neigung des Steuergesetzgebers, die die Privateisenbahnen mit allen anderen gewerblischen Unternehmungen über einen Kamm schert, einmal ein Riegel vorgeschoben wird. Dem Ur. wohnt ja eine nicht unbedeutende Tragweite inne, weil die Zahl der vor 1924 konzessionierten privaten Großbahnen ganz beträchtlich ist und sich voraussichtlich noch lange auf ihrer jetzigen Höhe erhalten wird.

Was das mutmaßliche Endergebnis des Prozesses anlangt, so stellt das Ur. für die Berechnung der Entschädigung schon Direktiven auf. Vielleicht führt aber die eben berührte Tragweite des Ur. dazu, daß sich ohne neue Gerichtsentsch. die Beteiligten über die Grundsätze für die Feststellung der Entschädigung verständigen.

Nicht ohne Interesse ist es, daß das fast hundert Jahre alte, ausgezeichnete EisenbG. an einem Teile seine Auferstehung erlebt, der von manchen Leuten längst zu den Toten gelegt worden war.

Wirkl. Geh. Rat Fritsch, Wiesbaden.

die erforderlichen Erfahrungen gesammelt sein würden. Ohne diesen Vorbehalt im Abs. 1 des § 38 wäre die Verweisung auf § 38 in § 49 sinnlos gewesen. Auf den Abs. 2 des § 38 kann sich die Verweisung nicht beziehen, da in diesem Absatz nichts vorbehalten, sondern ohne jeden Vorbehalt die Befreiung von der Entrichtung einer Gewerbesteuer ausgesprochen worden ist. Daraus, daß der Gesetzgeber sich bei der Abfassung des § 49 damit begnügt hat, auf den Vorbehalt in § 38 zu verweisen, kann also nicht gefolgert werden, daß er sich für den ganzen Inhalt des § 38 das Recht der Änderung ohne Entschädigung habe vorbehalten wollen.

4. Die Rev. sucht weiter auszuführen, ein Anspruch aus § 49 entfalle auch deshalb, weil es sich bei der Beseitigung der Gewerbesteuerfreiheit nicht um eine Änderung des EisenbG., sondern um eine Folge der allgemeinen Gesetzgebung handle. Das ist nicht richtig. Zwar hat ein GewStG. mit dem Eisenbahnwesen an sich nicht mehr zu tun wie ein EinkStG. oder GrStG. Aber das EisenbG. selbst hat als bes. Best. in seine Konzessionsbestimmungen die Befreiung der Eisenbahngesellschaften gerade von der Gewerbesteuer aufgenommen. Wenn also im Wege der allgemeinen Gesetzgebung über die Gewerbesteuern Best. getroffen wurden, so wurden die durch den § 38 Abs. 2 als Sondergesetz von der Gewerbesteuer gänzlich befreiten Eisenbahngesellschaften durch jene allgemeine Gesetzgebung nicht berührt. Würde aber — sei es auch im Rahmen der allgemeinen Gesetzgebung — die Gewerbesteuerbefreiung des § 38 Abs. 2 aufgehoben, dann bedeutete dies aufhebende Gesetz, wenigstens in seinem die Aufhebung enthaltenden Teile, eine Abänderung des EisenbG., und zwar eine Abänderung i. S. des § 49. Und gerade für den dort vorbehaltenen Fall einer solchen Änderung hat der Staat den Eisenbahngesellschaften die angemessene Geldentschädigung zugesichert. Es handelt sich also bei der Aufhebung der Gewerbesteuerfreiheit keineswegs, wie bei der Unterwerfung der Gesellschaften unter die Gemeindeeinkommensteuer, um eine allgemeine, mit dem EisenbG. in keinem Zusammenhang stehende gesetzliche Best. i. S. d. ObTrib. 42, 283.

5. Ihrem Wortlaut nach hat auch die GewStBD. vom 23. Nov. 1923 nicht die Befreiungsvorschrift des § 38 Abs. 2 EisenbG., sondern nur die in den beiden Gesetzen von 1891 und 1893 ausgesprochene Bestätigung dieser Befreiung aufgehoben. Aber der Wille des Gesetzgebers von 1923 ist offensichtlich auf die Beseitigung der Befreiung gegangen, und dieser Wille ist auch mit hinreichender Deutlichkeit aus der BD. erkennbar. Einer der Gründe, vielleicht der Hauptgrund, für die Befreiung von der Gewerbesteuer war bei Erlaß des EisenbG. die in § 38 Abs. 1 vorbehaltene Belastung der Eisenbahngesellschaften mit der — erst durch die Ges. vom 30. Mai 1853 und 16. März 1867 geregelten — sog. Eisenbahnabgabe. Dieser Zusammenhang zwischen der Eisenbahnabgabe und der Gewerbesteuerfreiheit läßt es, wie ObV. 80, 21 zutreffend angenommen hat, als ausgeschlossen erscheinen, daß der Gesetzgeber von 1923, während er durch Aufhebung der Gesetze von 1853 und 1867 die Eisenbahnabgabe beseitigte, die Gewerbesteuerfreiheit der Eisenbahngesellschaften hätte aufrechterhalten wollen. Vielmehr hat offenbar der Gesetzgeber durch die Aufhebung des § 4 Nr. 6 des Ges. v. 24. Juni 1891 und des § 28 Abs. 3 KommAbG. von 1893 und die Nichtaufnahme der Gesellschaften unter die Zahl derer, welche Steuerfreiheit beanspruchen können (§ 3 GewStBD. vom 23. Nov. 1923), die Gesellschaften der Gewerbesteuer unterwerfen wollen und nur deshalb die Eisenbahnabgabe beseitigt.

6. Diese Unterwerfung der Eisenbahngesellschaften unter die durch die BD. von 1923 geschaffene und durch die späteren Neufassungen aufrechterhaltene Gemeindegewerbesteuer war nach § 49 EisenbG. zulässig, weil darin ausdrücklich vorbehalten worden war, „die im gegenwärtigen Gesetze gegebenen Best. durch allgemeine Anordnungen . . . zu ergänzen und abzuändern.“ (so auch ObV. v. 8. Nov. 1927 in Sachen der Kl.). Diese Vorschr. macht, wie auch das ObV. annimmt, die Gültigkeit der das Gesetz oder die Konzessionsurkunden abändernden Best. nicht von der im Schlußsatz des § 49 zugesicherten Geldentschädigung abhängig, sondern gibt nur im Falle der an sich unbeschränkt zulässigen Abänderungen den betroffenen Gesellschaften einen Entschädigungs-

anspruch. Daß etwa auch § 49 aufgehoben worden sei, nimmt das ObV. nicht an. Es läßt nur, weil für seine Entsch. unerheblich, dahingestellt, ob die Vorschr. des § 49 über Gewährung einer angemessenen Geldentschädigung dadurch erfüllt worden ist, daß gleichzeitig mit der Abschaffung der Gewerbesteuerfreiheit die Eisenbahnabgabe abgeschafft worden ist.

Die Ansicht der Rev., der Wille des Gesetzgebers von 1923 sei dahin gegangen, durch Aufhebung des § 38 Abs. 2 auch den Entschädigungsanspruch des § 49 zu beseitigen, soweit er sich auf eine neue gesetzliche Regelung der Gewerbesteuer erstreckt, kann nicht als richtig anerkannt werden. Jedenfalls ist ein solcher Wille aus der BD. nicht erkennbar, sondern nur der Wille, es solle die Entschädigungsversicherung aus § 49 als durch die Abschaffung der Eisenbahnabgabe erfüllt angesehen werden.

7. Aber auch wenn in der BD. von 1923 der Wille des Gesetzgebers zu finden wäre, § 49, soweit er den Staat bei Aufhebung der Gewerbesteuerfreiheit entschädigungspflichtig macht, aufzuheben, oder ihn dahin abzuändern, daß als angemessene Entschädigung die Aufhebung der Eisenbahnabgabe gelten solle, wäre insoweit die BD. wegen Verletzung des Art. 153 RVerf. ungültig. Die Entziehung des Entschädigungsanspruchs oder seine Beschränkung unter das Maß einer angemessenen Entschädigung ist ein Eingriff des Staates in bestehende Vermögensrechte der Kl. und damit nach allgemeiner, auch in der Rspr. des RG. anerkannter Auffassung eine Enteignung i. S. des Art. 153 RVerf. Sie kann nach Abs. 2 des Art. 153 nur „zum Wohle der Allgemeinheit“ vorgenommen werden. Ob diese Voraussetzung überhaupt vorliegt oder ob es sich nicht nur um eine Entziehung eines Vermögensrechts im rein fiskalischen Interesse des Staates handelt, kann dahingestellt bleiben. Denn auf jeden Fall muß der allgemeine Rechtsgrundsatz Anwendung finden, daß der Staat wohlervorbene Rechte von Privatpersonen auch im Gesetzgebungsweg ohne Entschädigung nicht aufheben oder beschränken darf. Dieser Grundsatz ist (vgl. RG.: RGWarn. 1923 Nr. 184) aus Art. 153 RVerf. auch für Fälle, in denen eine Enteignung nicht im Interesse des gemeinen Wohls stattfindet, ohne weiteres zu folgern. Allerdings kann durch besondere Gesetzeszuordnung die Entschädigungspflicht ausgeschlossen werden. Das ist aber (vgl. RG. a. a. O.) in entsprechender Anwendung des Art. 153 Abs. 2 S. 2 RVerf. auch hier nur noch durch Reichsgesetz möglich.

Der Annahme einer Enteignung oder der Anwendung des vorerwähnten, dem Art. 153 RVerf. entsprechenden allgemeinen Rechtsgrundsatzes steht auch nicht die Auffassung entgegen, daß eine Enteignung einen Einzeleingriff in Rechte bestimmter Personen oder doch eines bestimmt begrenzten Personenkreises voraussetzt (vgl. RG. 116, 271 ff. 1; StGH.: RG. 124 Anh. 33; RG. 128, 171; 129, 146²⁾; 133, 125³⁾). Denn bei den preuß. Eisenbahngesellschaften, die bis zur BD. v. 23. Nov. 1923 von der Gewerbesteuer befreit gewesen sind, handelt es sich um einen bestimmt begrenzten Kreis von juristischen Personen.

Der Besl. kann sich gegenüber dem Klageanspruch auch nicht auf seine Finanzhoheit berufen. Allerdings ist das Recht zur Erhebung der öffentlichen Abgaben ein Ausfluß der Finanzhoheit des Staates, und steht es deshalb grundsätzlich in der Macht des Staates, eine einmal gesetzlich bestimmte Befreiung von einer Steuer durch ein späteres Gesetz ohne Entschädigung aufzuheben (vgl. RG. 111, 139). Daher wäre der preuß. Staat auch befugt gewesen, den § 38 Abs. 2 EisenbG. ohne Entschädigung für die betroffenen Eisenbahngesellschaften aufzuheben, wenn nicht die in § 49 daf. bestimmte Entschädigungspflicht bestände. Die Entziehung des in § 49 den unter das EisenbG. fallenden Eisenbahngesellschaften gewährten Privilegs auf „angemessene Entschädigung“ ist aber keine Auserlegung einer öffentlichen Abgabe. Das Privileg war für die Kl. ein, wenn auch auf öffentlich-rechtlicher Grundlage entstandenes, subjektives Privatrecht. Der preuß. Gesetzgeber hat sich weder vorbehalten, dies Privilegium (das Recht auf angemessene Entschädigung) durch Gesetz ohne Entschädigung zu entziehen, noch hat er sich vor-

¹⁾ ZW. 1927, 1582.

²⁾ ZW. 1931, 1474.

³⁾ ZW. 1932, 469.

behalten, die Höhe der angemessenen Entschädigung durch Gesetz zu bestimmen. Seit dem Inkrafttreten der RVerf. vom 11. Aug. 1919 steht deshalb das Privileg der Kl. unter dem Schutze des Art. 153 RVerf. Das heißt: Da kein Reichsgesetz etwas anderes bestimmt, könnte das Privileg der Kl. nur gegen angemessene Entschädigung entzogen werden. Wäre in der GewStW. v. 23. Nov. 1923 eine entschädigungslose Entziehung gewollt, so wäre sie rechtsunwirksam. Unwirksam ist aber ebenso die dort gewollte Abgeltung des Entschädigungsanspruchs durch die Befreiung von der Eisenbahnabgabe, da solche Abgabe für die hier allein in Betracht kommenden Jahre 1924 bis 1928 von der Kl. auch dann nicht zu entrichten gewesen wäre, wenn die Abgabe nicht durch Gesetz aufgehoben worden wäre.

Die Frage, in welcher Weise die Kl. angemessen zu entschädigen ist, ist unbedenklich dahin zu beantworten, daß der Befl. ihr bei Aufhebung der Gewerbesteuerfreiheit i. J. 1923 eine den damaligen Verhältnissen angemessene Entschädigung in Geld zu gewähren hatte. Bei ihrer Bemessung ist zu berücksichtigen, daß die Eisenbahnabgabe im Rahmen der §§ 38 Abs. 1, 39 EisenbG. vielleicht hätte erhöht werden können und daß jedenfalls für die Kl. die dauernde Aufhebung der Eisenbahnabgabe für die Zukunft einen Vorteil bedeutete, auch wenn sie i. d. J. 1924 bis 1928 in keinem Fall diese Abgabe zu zahlen gehabt hätte.

Ob etwa die angemessene Entschädigung grundsätzlich in der Gewährung einer einmaligen Abfindung zu bestehen hätte, kann der Erwägung des Trichters überlassen werden. Wenn der Befl. mit einer fortlaufenden Entschädigung einverstanden ist, so bestehen jedenfalls auch gegen die Zubilligung einer solchen keine rechtlichen Bedenken.

(U. v. 10. Febr. 1932; 177/31 IX. — Berlin.) [G.]

8. 1. Das Entscheidende für den Begriff „Bahn im ganzen“ des § 6 Pr KleinB. v. 28. Juli 1892 ist der Umfang jeder einzelnen Genehmigung.

2. Eine Verpflichtung über ortsfremde Strecken konnte Gegenstand eines Vertrages aus § 6 sein, dessen Grundlagen Bahnen bildeten, die nur im ortseigenen Gebiete lagen. Der aus solchem Vertrag Heimfallberechtigte darf sein Recht ausüben, ohne dabei an die Mitwirkung der für die Außenbahnen in Betracht kommenden Wegeunterhaltspflichtigen gebunden zu sein.

3. Auf die Schadloshaltung des Unternehmers beim Heimfall kann im Zustimmungsvertrag auch ganz verzichtet werden. f)

Eine Vereinigung, bestehend aus dem Bauunternehmer R. und der ElektrizitätsAG. vorm. L. — Rechtsvorgängerin der Kl. —, schloß mit der Stadt Mülheim a. Rh. — Rechtsvorgängerin der Befl. — am 3./8. Aug. 1901 einen privatschriftlichen Vertrag über die Anlage einer elektrischen Straßenbahn in Mülheim a. Rh. Es war insbes. vereinbart: § 1. Die Stadt erteilt gem. § 6 KleinB. v. 28. Juli 1892 dem Unternehmer ihre Zustimmung zur Mitbenutzung näher bezeichneter Straßen des Stadtgebietes. § 2. Der Unternehmer verpflichtet sich zur Herstellung und zum Betriebe der Kleinbahn für verschiedene

Zu 8. Die Bestimmung des Begriffs „Bahn im Ganzen“ i. S. des § 6 KleinB., wie sie das RG. vorgenommen hat, entspricht der herrschenden Meinung. Außer den im Urte. genannten Schriftstellern vertritt sie auch Gleim, der hervorragendste Erläuterer des Gesetzes, in seinem Komm. (Anm. 6 zu § 6), mit eingehender Begründung.

Der weitere Inhalt des Urte. ist nicht leicht verständlich. Wenn ich ihn richtig auffasse, so will das RG. folgendes sagen: In den Erwerbsvorbehalt (§ 6 Abs. 3 des Ges.) kann der den Vertrag abschließende Wegebaupflichtige auch Strecken auf solchen Wegen einbeziehen, für die die Wegebaulast nicht ihm, sondern einem Dritten obliegt; Rechte, die diesem Dritten aus § 6 zustehen, werden dadurch juristisch nicht berührt; wenn der vertragsschließende Wegebaupflichtige auf Grund des Vertrags den Erwerb der „Bahn im Ganzen“ verlangt, aber die nach Lage der Sache nötige behördliche Genehmigung für Teile der „Bahn im Ganzen“ versagt wird, so ist das Recht auf Erwerb der „Bahn im Ganzen“ nicht gegeben und eine zu diesem Zwecke ausgesprochene Kündigung wirkungslos.

Gegen diese Auffassung ist nichts einzuwenden.

Wirkl. Geh. Rat Fritsch, Wiesbaden.

Strecken in neun Straßenzügen, sowie über die Stadtgrenzen hinaus im Anschluß an das vorstehend bezeichnete Bahnhöf nach vier Nachbargemeinden. „Dieses Kleinbahnhöf mit Abzweigungen bildet ein in sich abgeschlossenes, für sich bestehendes, einheitliches Unternehmen, das ohne besondere Zustimmung der Stadt durch Zuführung ... neuer Bahnlinien nicht erweitert werden darf.“ § 33 trägt die Überschrift: Heimfall bzw. Ankauf des Bahnunternehmens. Die Stadt ist berechtigt, das in § 2 bezeichnete Bahnunternehmen nach bestimmter Zeit nach vorhergegangener einjähriger unwillkürlicher Kündigung käuflich zu erwerben. ...

Es folgen Abmachungen, wie „der Kaufpreis für das Bahnunternehmen“ zu berechnen ist, wobei die Werte für den im Stadtgebiet liegenden „Teil“ des Unternehmens anders zu finden sind, als für den außerhalb der Stadt liegenden. Der erstere Teil geht nach 60 Jahren unentgeltlich und schuldenfrei in das Eigentum der Stadt über.

Es wird dann noch mehrfach der „Heimfall oder Ankauf“ oder „Heimfall bzw. Ankauf“ erwähnt. § 52. ... „Der Unternehmer hat die Genehmigung zum Betriebe bei der zuständigen Behörde nachzusuchen.“ ...

Die erforderliche behördliche Genehmigung hat für die im Stadtgebiet liegenden Strecken die Stadt Mülheim für sich selbst eingeholt — entgegen der Best. des § 52 —. Dementsprechend ist die Genehmigung auch der Stadt Mülheim erteilt worden in neun verschiedenen Urkunden in der Zeit zwischen dem 5. Jan. 1903 und dem 15. März 1911. In der ersten Urkunde ist die Stadt für berechtigt erklärt worden, den Bau oder den Betrieb der Bahn oder beides, in den späteren Urkunden: den Bau und den Betrieb der oben genannten Vereinigung zu übertragen. Es wird nur die Anzeige von der erfolgten Übertragung und die Stellung der Sicherheit in den späteren Genehmigungsurkunden noch ausdrücklich verlangt, auch darauf hingewiesen, daß sich die Rechte und Pflichten der Vereinigung aus der vorliegenden Genehmigungsurkunde ergeben. Im Anschluß daran wird gesagt (in den späteren Genehmigungsurkunden mit etwas anderem Wortlaut): Zu einem Wechsel in der Person des Betriebsunternehmers ist die vorherige Zustimmung der Aufsichtsbehörde erforderlich. Die Stadtgemeinde Mülheim a. Rh. bleibt aber der Genehmigungs- und Aufsichtsbehörde gegenüber neben dem Betriebsunternehmer für die Erfüllung der Bedingungen dieser Genehmigung insbes. bezüglich des Baues und des Betriebes unmittelbar verantwortlich.

Auf Grund dieser Genehmigungen sind zwischen der Stadt und der Vereinigung Nachtragsverträge abgeschlossen worden, in welchen die Stadt alle ihr aus der Genehmigungsurkunde zustehenden Rechte auf die Vereinigung bzw. die Kl. überträgt, wogegen diese alle der Stadt aus der Genehmigung erwachsenden Pflichten übernimmt.

Eine etwas andere Behandlung hat lediglich die Strecke Deuzer-Freiheitsstraße erfahren. Nach der Genehmigungsurkunde ist die Stadt Köln bis zum 30. Sept. 1904 Betriebsunternehmerin, v. 1. Okt. 1904 ab ist es die Stadt Mülheim, sie darf jedoch vorbehaltlich der Genehmigung der Aufsichtsbehörde diese Rechte und Pflichten auf einen anderen Betriebsunternehmer übertragen. Auch darüber ist ein Nachtragsvertrag zwischen der Stadt und der Vereinigung geschlossen worden. Inhalts dieses Vertrags ist der Stadt am 28. Sept. 1904 die Genehmigung erteilt worden, v. 1. Okt. 1904 ab ihre Rechte und Pflichten als Betriebsunternehmer auf das Konsortium (die Vereinigung) zu übertragen, und dementsprechend hat die Stadt die ihr aus der Genehmigungsurkunde zustehenden Rechte als Betriebsunternehmerin auf das Konsortium übertragen, wogegen dieses die der Stadt aus der Genehmigungsurkunde als Betriebsunternehmer erwachsenden Pflichten übernommen hat.

Mit Genehmigung der Stadt und des RegPräf. ist später die Kl. an die Stelle der Vereinigung getreten.

Von den Außenstrecken hat für die nach Dpladen die Vereinigung, für die nach Dünnwald und Schleich die Kl. selbst die Genehmigung erhalten. Sie hatte vorher mit dem Provinzialverband Verträge über die Benützung der Provinzialstraßen geschlossen. In diesen Verträgen erklärt der Provinzialverband auf Grund des § 6 KleinB. die Zustimmung

zum Bau und zum Betrieb der Bahn, behält sich aber den Erwerb der Bahn im ganzen zu den Bedingungen der §§ 31 ff. KleinBG. vor. Im Laufe der Jahre ist durch Eingemeindungen ein Teil dieser Provinzialstraßen an die Städte Köln und Dpladen gelangt; Mülheim ist in Köln eingemeindet worden.

Mit Brief v. 23. Juli 1927 hat die Stadt Köln entsprechend der Vereinbarung aus § 33 den Vertrag v. 3./8. Aug. 1901 zum Zwecke des Ankaufs des Unternehmens der R. zum 8. Aug. 1928 gekündigt und diese Kündigung auch auf die erst später dem Vertrag unterstellte Linie Deutzer—Freiheitsstraße erstreckt. Die R. hat diese Erwerbserklärung für unwirksam erklärt, weil die Befl. die Kündigung nur gemeinsam mit den anderen Wegeunterhaltungsverpflichteten hätte vornehmen dürfen, und verlangt mit der Klage die Feststellung der Rechtswirksamkeit der Kündigung und der Nichtberechtigung der Befl. zum Erwerb der Bahnen.

Das LG. hat abgewiesen, das OLG. verurteilt. Das RG. hat aufgehoben und abgewiesen.

Das BG. erblickt in dem Vertrage v. 3./8. Aug. 1901 einen Zustimmungsvertrag i. S. des § 6 KleinBG. Es sieht in dem ganzen hier in Betracht kommenden Unternehmen der R. eine einzige „Bahn im ganzen“ i. S. des § 6 KleinBG., R. stellt fest, daß diese Bahn die Wege mehrerer Wegeunterhaltungspflichtigen benutzt und kommt in Berücksichtigung des Umstandes, daß nur alle Wegeunterhaltungspflichtigen gemeinsam ihren Heimfallanspruch aus § 6 geltend machen können — woran es fehle —, zu dem Schluß, daß die Kündigung von seiten der Befl. allein unzulässig gewesen sei.

Diese Begründung beruht auf der Annahme, daß das ganze wirtschaftliche Unternehmen nur eine „Bahn im ganzen“ darstellt. Hierin liegt ein Rechtsirrtum.

Das Gesetz umschreibt den Begriff „Bahn im ganzen“ näher; er muß aus Zweck und Inhalt des Gesetzes abgeleitet werden.

Es liegt nahe, daran zu denken, den Begriff „Bahn im ganzen“ nach der jeweiligen wirtschaftlichen Einheit zu fassen. Dem öffentlichen Interesse, alle geschaffenen Verkehrsmittel leistungsfähig zu erhalten, würde damit oft am meisten gedient sein. Einer vernünftigen Verkehrsentwicklung und -politik der Gemeinden könnte damit aber auch das schwerste Hindernis bereitet sein. Auch das ist kein minderes öffentliches Interesse. Aus diesen Überlegungen allein kann also die Entscheidung nicht gewonnen werden. Der Inhalt des Gesetzes aber spricht dagegen, den Begriff „Bahn im ganzen“ nach diesen dauernd sich verschiebenden wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu bestimmen. Das ergibt sich aus folgenden Erwägungen: Das Heimfallrecht der Wegeunterhaltungspflichtigen würde durch Ausbehnung des Unternehmens bis zur Beseitigung erschwert und damit diese Bestimmung entkräftet werden können. — Weiter bildet die nach § 6 erforderliche Zustimmung die Unterlage für die behördliche Genehmigung der Bahn. Diese Genehmigung bestimmt den Umfang der Bahn. Die durch die Genehmigung gezogenen Grenzen sind also das, was für den räumlichen Umfang der „Bahn im ganzen“ entscheidend ist. Gleiches ergibt sich aus den Bestimmungen über das Erwerbsrecht des Staats (§§ 30 ff.). Nach § 32 ist der Unternehmer unter Umständen verpflichtet, über jede Bahn, für welche ihm eine besondere Genehmigung erteilt ist, getrennt Rechnung zu führen, so daß der Staat danach seinen Erwerbspreis berechnen kann. Hier setzt also das Gesetz voraus, daß jede besondere Genehmigung wesentlich ist, das Erwerbsrecht des Staats hiervon in seinem Umfang abhängt, während dem Staat weitere Teilungen nicht gestattet sind. Aus alledem muß der Schluß gezogen werden, daß schon in dem KleinBG. v. 28. Juli 1892 im § 6 dem Begriff der „Bahn im ganzen“ derselbe Gedanke zugrunde liegt, der in den späteren Ges. v. 19. Aug. 1895 und v. 11. Juni 1902 die Grundlagen für die Bahneinheit bildet. Das Entscheidende für den Begriff „Bahn im ganzen“ ist also der Umfang jeder einzelnen Genehmigung. Diesen Erwägungen Hilses (Ztschr. f. KleinB. 1898, 266, 490) muß beigepflichtet werden (so auch, ohne Begründung, Fritsch, Eisenbahngesetzgebung, KleinBG. Anm. 19, vgl. auch Heinr. Krüger, KleinBG. § 6 Anm. 7). Für die rein praktischen Bedürfnisse der Zuständigkeit der Behörden mögen andere Gesichtspunkte entscheiden (OBG.: EgersEntsch. 15, 53).

Es ist unstreitig, daß das Unternehmen der R. aus verschiedenen Strecken besteht, für welche gesonderte Genehmigungen eingeholt worden sind und dementsprechende Bahneinheiten bestehen. Diese Strecken liegen zum Teil nur auf Wegen, deren Unterhaltung der Befl. obliegt. Die Vorschrift des § 6 KleinBG. würde also nicht im Wege stehen, daß hinsichtlich dieser verschiedenen, lediglich Wege der Befl. benutzenden „Bahnen im ganzen“ die Befl. allein das Heimfallrecht ausübt. Von der weitergehenden Parteivereinbarung sei dabei zunächst einmal abgesehen.

Ein Teil der Strecken mit gesonderten Genehmigungen aber lag zur Zeit des Vertragsabschlusses (Schriftsatz v. 28. Febr. 1929) nur auf ortsfremden Wegen, von denen Teile später an Mülheim oder Köln gefallen sind, so daß jetzt die Befl. insoweit mitwegeunterhaltungspflichtig ist. Hinsichtlich dieser Strecken würden also jetzt nur mehrere Berechtigten gemeinsam das Heimfallrecht ausüben dürfen, während es zur Zeit des Abschlusses des Vertrages nur der Provinz zugestanden haben mag, die Befl. aber als Wegeunterhaltungspflichtige überhaupt nicht in Betracht kam, hinsichtlich dieser Strecken also auch keinen Anspruch aus § 6 KleinBG. erheben durfte. Es erhebt sich daher die Frage, ob eine Verpflichtung über in vollem Umfange ortsfremde Strecken — oder auch über Strecken, an welchen der Vertragschließende als Wegeunterhaltungspflichtiger mitbeteiligt ist — Gegenstand eines Vertrages aus § 6 KleinBG. zwischen der Stadt Mülheim und der Unternehmerin hätte sein können, dessen Grundlage die Bahnen bildeten, die nur im ortseigenen Gebiet lagen. Diese Frage muß bejaht werden, denn der freien Vereinbarung im Rahmen des § 6 ist gesetzlich keine Schranke gezogen, solange nicht gegen den Sinn des § 6 verstoßen, eine verbotene Zerstückelung vorgenommen oder die Rechte anderer Wegeunterhaltungspflichtiger gesetzwidrig geschmälert werden. Das Gegenteil von Zerstückelung ist hier vereinbart worden; es sollten alle Bahneinheiten, die bisher eine wirtschaftliche Einheit gebildet hatten, vereinigt bleiben. Das Heimfallrecht der anderen Wegeunterhaltungspflichtigen wurde rechtlich nicht berührt, denn wenn sich die R. zur Übertragung auch ortsfremder Strecken verpflichtete, so ergab sich aus der Rechtslage, daß sie es nur unbeschadet der Heimfallrechte der Provinz tun wollte und tun konnte. Aber die Heimfallrechte wurden auch durch eine Veräußerung an einen einzelnen, der später zufällig in die Zahl der Wegeunterhaltungspflichtigen einrückte, tatsächlich nicht dadurch hinsichtlich gemacht, daß dieser Berechtigte sich später vielleicht nicht mehr geneigt zeigen würde, zusammen mit den anderen Berechtigten das Heimfallrecht gegen sich selbst auszuüben. Vor solchem Mißbrauch schützt die notwendige behördliche Genehmigung beim Wechsel in der Person des Unternehmers (§ 2 KleinBG.), deren Voraussetzung die Zustimmung aller Wegeunterhaltungsverpflichteten ist. Sie können bei dieser Gelegenheit ihre Rechte wahren, ehe die Behörde ihre Genehmigung zum Wechsel in der Person des Betriebsunternehmers gibt. Durch derartige Zusatzverpflichtungen über andere Strecken würde ein Zustimmungsvertrag betreffend die ortseigenen Strecken nicht seiner Eigenart als öffentlich-rechtlicher Vertrag im Rahmen des § 6 KleinBG. entkleidet und nicht zu einem formbedürftigen, privatrechtlichen Kaufvertrag werden.

Aber auch sonst bestehen keine rechtlichen Bedenken gegen die Auffassung des BG., daß es sich um einen öffentlich-rechtlichen Zustimmungsvertrag handelt. Die Möglichkeit, daß der Unternehmer seine Bahn privatrechtlich verkauft — vorbehaltlich erforderlicher Genehmigung —, ist zwar nicht zu bezweifeln. Indessen kann es hier nicht darauf ankommen. Denn der vor Erlaß des Ges. v. 11. Juni 1902 abgeschlossene Vertrag enthält die Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums an Grundstücken, entbehrt aber der Form des § 313 BGB.; im übrigen spricht nach den Feststellungen des BG. auch nichts für die Absicht der Parteien, einen privatrechtlichen Kaufvertrag abzuschließen.

Entgegen der Meinung der Rev. waren aber auch die Voraussetzungen für einen Zustimmungsvertrag i. S. des § 6 KleinBG. gegeben und nicht dadurch beseitigt worden, daß nicht die R., sondern die Befl. die erste Genehmigung erwirkt

hatte. Denn wenn sie dann den Betrieb weiter übertragen wollte — auf die Kl. —, so bedurfte sie auch hierzu der Genehmigung (§ 2 KleinVBG.), und Voraussetzung dieser Genehmigung war die Zustimmung des Wegeunterhaltungsverpflichteten. War nun auch dieser Wegeunterhaltungspflichtige sie selbst, so ergab sich aus ihrem Antrage auf Genehmigung schon ihre Zustimmung, so daß diese Voraussetzung für die Genehmigung damit dargetan und ohne weiteres erfüllt war. Die Gesetzesbestimmung — Erfordernis der Zustimmung — ist in solchem Falle nicht etwa beseitigt, und daher ist auch die gesetzliche Grundlage für einen Zustimmungsvertrag bestehen geblieben. — Auf die Schadloshaltung des Unternehmers beim Heimfall kann im Zustimmungsvertrag auch ganz verzichtet werden (vgl. Hilse a. a. O. S. 269; Eger, KleinVBG. S. 166). —

Nach alledem darf die Bekl. für sich allein ihr Heimfallrecht aus dem Verträge v. 3./8. Aug. 1901 ausüben, ohne dabei an die Mitwirkung der für die Außenbahnen in Betracht kommenden Wegeunterhaltungspflichtigen gebunden zu sein; die Bestimmungen des § 6 KleinVBG. stehen nicht entgegen. Es ist aber weiter die Frage zu prüfen, welche Folgen sich aus der im § 2 Abs. 3 des Vertr. vereinbarten Einheitlichkeit des ganzen Unternehmens ergeben. Über diese Vereinbarung hinaus hat eine Erweiterung des Bahnnetzes nach dem Tatbestand nicht stattgefunden. Damit erledigen sich die Ausführungen der Rev. hierzu. Zweifel daran, daß diese Bestimmung zugunsten beider Parteien getroffen worden ist, sind nicht geäußert worden. Die Bekl. kann daher die Herausgabe einzelner Strecken — nur der im Stadtgebiet liegenden — nicht verlangen. Sie hat sich dementsprechend zur Übernahme aller Strecken bereit erklärt. Ob sich das aber ermöglichen läßt, hängt nicht von den Parteien allein ab. Ein Wechsel des Betriebsunternehmers bedarf der Genehmigung der Aufsichtsbehörde (§ 2 KleinVBG.). Bei den der Kl. genehmigten Außenlinien liegt ein solcher Wechsel zweifellos vor, aber auch bei den Innenlinien, selbst wenn nicht die Konzession, sondern nur der Betrieb (und Bau) der Bahn von der Stadt Mülheim der Kl. mit behördlicher Genehmigung hätte übertragen werden können und übertragen worden ist. Die früher der Stadt erteilte Genehmigung behält ihre Wirkung auch nicht, da in der Zwischenzeit, in welcher der ursprünglich Berechtigten den Betrieb aus den Händen gegeben hatte, in seiner Person erhebliche Änderungen eingetreten sein können, die hier gerade in der Änderung der Ortsgrenzen und der dadurch herbeigeführten Interessenverschiebung liegen können (vgl. Eger, KleinVBG. § 2, S. 66, 56, 164). Die Betriebspflicht der bisherigen Unternehmerin hört ohne Genehmigung der Behörde nicht auf.

Die Aufsichtsbehörde ist bei der neuen Erteilung der Genehmigung an die Zustimmung der Wegeunterhaltungspflichtigen (Köln, Provinz, vielleicht Dpladen) gebunden, darf sie vielleicht ergänzen. Bisher ist nicht ersichtlich, ob die Bekl. diese Genehmigung erhalten hat oder mit der Genehmigung rechnen kann. Würde sie nicht oder nicht für alle Strecken erteilt, so würde die Kl. von ihrer Pflicht zum Betriebe der Strecken auch nicht frei. Das alles war übrigens auch schon bei Vertragschluß klar. Selbstverständliche Voraussetzung der Vertragsverpflichtungen ist also die Erteilung der Genehmigung durch die Behörde. Sollte sie nicht für sämtliche Linien erteilt werden, so ist die Übernahme aller Strecken durch die Bekl. nicht möglich und für diesen Fall bleibt die Kündigung wirkungslos, ist das vertraglich vorgesehene Recht der Bekl. aus Gründen des öffentlichen Rechts nicht durchführbar und ein Recht auf Übertragung des Gesamtunternehmens nicht gegeben.

Indessen streiten die Parteien nicht über diese Fragen. Sie mußten nur erörtert werden, um jeden Irrtum über die Bedeutung des Urteilspruchs auszuschließen. Die Parteien wollen lediglich eine Entsch. darüber haben, wie sich ihre Rechte gestalten, abgesehen von der notwendigen Genehmigung der Aufsichtsbehörde. Diese Entsch. konnte nur zugunsten der Bekl. gefällt werden.

(U. v. 16. Dez. 1931; 31/31 IX. — Köln.)

[S.]

<= RG. 134, 367.)

9. §§ 823, 31 BGB.

1. Für einen andauernden verkehrsgefährdenden Zustand muß ein verfassungsmäßig berufener Vertreter, sei es ein Vorstandsmitglied oder ein besonderer Vertreter, die Verantwortung tragen.

2. Bei Anwendung des § 31 BGB. bedarf es der näheren Bezeichnung des Verantwortlichen nicht.

Die Bekl. betreibt eine Privatananschlußbahn, welche eine Straße in schräger Richtung durchschneidet und dort durch vier Schranken, an jeder Seite eine längere und eine kürzere, gesichert ist. Die Schranken werden von einem Wärter mittels vier Winden bedient. In einer Nacht im Februar 1927 wollte der Kl. mit seinem Personenkraftwagen über diesen Bahnübergang fahren und erlitt dabei durch den ersten der rechts gelegenen, kürzeren Schrankenbäume einen Unfall. Er behauptet, der Schrankenbaum sei unerwartet und mit großer Schnelligkeit heruntergelassen worden und habe seinen in mäßiger Fahrt begriffenen Kraftwagen in Höhe der Spritzwand getroffen und von da ab weiter nach hinten stark beschädigt, wobei er auch Verletzungen an seinem Körper und Schaden an seinen Kleidern erlitten habe. Er erhob Klage auf Schadensersatz. Die Bekl. erhob Widerklage wegen Beschädigung der Schranke. Er siegte in allen drei Instanzen ob.

Das OLG. sagt nach Würdigung von Beweisen: Ebenso wie das OLG. hält das BG. die Anlage, die dem Wärter bei der Bedienung der Schranken keinen genügenden Ausblick auf die Straße ermöglicht, für verkehrsgefährdend und findet darin ein Verschulden der verfassungsmäßigen Vertreter der Bekl. Dem Kl. fällt nach der Meinung des BG. ein Verschulden höchstens darin zur Last, daß er die Geschwindigkeit seines Wagens nicht genügend herabgesetzt und in den letzten Sekunden nicht mehr auf das Senken der Schrankenbäume geachtet habe. Das BG. wägt die beiderseitige Verursachung ab und entscheidet sich dafür, daß die Bekl. ihren eigenen Schaden selbst und den Schaden des Kl. ganz zu tragen habe.

Nach Bescheidung von Prozeßangriffen fährt das Urteil fort: Sachlich bemängelt die Rev., daß die Bekl. nach § 31 BGB. für den Zustand der Anlage verantwortlich gemacht worden sei, ohne daß das BG. festgestellt habe, welche gesetzlichen Vertreter insoweit in Frage gekommen wären; die Rev. meint, die Vorstandsmitglieder könnten sich um eine solche Einzelheit nicht kümmern, sie müßten dafür Angestellte berufen und sich für deren Versehen nach § 831 BGB. entlasten können. Indessen befindet sich das BG. in der Anwendung des § 31 BGB. in Einklang mit der ständigen Rpr. des RG. Für einen andauernden verkehrsgefährdenden Zustand muß ein verfassungsmäßig berufener Vertreter, sei es ein Vorstandsmitglied oder ein besonderer Vertreter (§ 30 BGB.), die Verantwortung tragen; fehlt es bei der Bekl. an einem solchen, der in der Lage ist, sich darum zu kümmern, so liegt ein Fehler in der Organisation vor, welcher der Bekl. ebenfalls zur Last fällt. Der näheren Bezeichnung des Verantwortlichen bedarf es nicht (vgl. RG. 89, 136 ff. 1).

Ein Verschulden hat das BG. ohne Rechtsirrtum in der Duldung der Anlage gefunden. Die Verkehrsgefährlichkeit ist bei der Einnahme des Augenscheins festgestellt worden. Daß die Anlage früher bei geringerem Verkehr polizeilich genehmigt worden war, kann die Bekl. angesichts dieser Feststellung nicht entlasten (ZB. 1909, 432 40). Ihr Weisungsantritt, daß sie nach dem Unfall einen Antrag auf Änderung gestellt habe, der Antrag aber von den zuständigen Behörden abgelehnt worden sei, war unerheblich. Denn die beantragte Änderung sollte nach Ausweis ihres vorgetragenen Schriftsatzes vom 9. Mai 1930 nicht darin bestehen, daß dem Schrankenwärter ermöglicht wurde, die Straße zu übersehen, sondern in der Beseitigung der Schranken überhaupt und in der Sicherung des Übergangs durch einen Wächter. Darin haben die zuständigen Behörden offenbar eine Verschlechterung des jetzigen Zustandes gesehen. Daß die Unübersichtlichkeit für den Schrankenwärter auch von der Polizeibehörde als erhebliche

Gefahr für den Kraftwagenverkehr betrachtet wird, ergibt sich aus der Zeugenaussage des Polizeihauptmannes C.

(U. v. 1. April 1931; 487/30 VI. — Hamm.) [S.]

10. Wenn die Beseitigung in ungewöhnlicher Menge gefallenem Schnee nur unter Aufwerfung von Schneewällen neben den Gleisen möglich war und die Behinderung der Sicht durch diese Wälle einen Unfall verursacht hat, durch die höhere Gewalt nicht begründet ist

Das OLG. hält den von der Bekl. gebrachten Einwand der höheren Gewalt für unbegründet; es handle sich nicht um ein außerhalb des Eisenbahnbetriebes und seiner Einrichtungen liegendes Ereignis, denn die Gefährdung des Straßenverkehrs durch die in den Bahnkörper eingebaute Kreuzung der Straße mit den Gleisen habe mit dem Eisenbahnbetrieb und seinen Einrichtungen innerlich zusammengehört. Das Ereignis sei auch kein ungewöhnliches, „gewöhnlichen elementarer Art“, vielmehr fehle dieses Merkmal bei unvorsichtigem Verhalten eines Passanten, der beim Überqueren der Gleise mit den Verkehrsmitteln in Berührung komme. Schließlich fehle auch die Unabwendbarkeit des Ereignisses; denn der Bekl. sei es durchaus möglich und auch zuzumuten gewesen, die Schneewälle an der Kreuzungsstelle bis zu einer Höhe abzutragen, daß dadurch Fußgänger, die sich auf dem Wege von N.-A. nach A. dem Eisenbahnübergang näherten, die heranahenden Züge sichtbar geworden wären.

Diese Ausführungen lassen im wesentlichen keinen Rechtsfehler erkennen. Nicht die von der Natur auf und neben den Bahnkörper geworfenen Schneemassen haben den Unfall herbeigeführt, oder den Hergang, der zu dem Unfall führte, ursächlich beeinflusst, sondern die Art, in der von Menschen diese Schneemassen zu Wällen aufgetürmt waren. Solche Umstände aber können nie unter den Begriff der höheren Gewalt fallen; wie ihn das RG. in ständiger Rspr. entwickelt hat; es fehlt das Merkmal des außergewöhnlichen, von außerhalb des Betriebes her wirkenden gewissermaßen elementaren Ereignisses. Dieses Erfordernis wird nicht etwa dadurch erfüllt, daß ungewöhnliche Schneemassen vorhanden gewesen waren und auf irgendeine Weise von den Gleisen und dem Überweg beseitigt werden mußten; denn nicht diese auf Gleise und Überweg gefallenem Schneemassen selbst, sondern die Art, wie sie vom Bahnkörper und Überweg beseitigt wurden, hat nach den Feststellungen des BG. die für den Unfall ursächliche Lagegestaltung begründet; diese Art der Gestaltung der Schneewälle aber war kein von außerhalb des Betriebes her wirkendes Ereignis mehr, sondern sie vollzog sich im Rahmen einer dem Eisenbahnbetrieb eigentümlichen, innerlich ihm zugehörigen, zudem mit einer gewissen Häufigkeit wiederkehrenden Tätigkeit, der Befreiung der Gleise von Schneemengen. So hat das RG., in Anwendung dieser Grundsätze, höhere Gewalt zwar in einem besonders heftigen Schneesturm erblickt, der die Gleise verwehte, die Schienen vereiste und einen Eisenbahnzug dadurch zum Entgleisen brachte (RG. 101, 94); es hat auch höhere Gewalt in einem auf einen Eisenbahnzug erfolgenden Felssturz, nicht aber auf einen Eisenbahnzug in die Trümmer eines auf die Gleise erfolgten Felssturzes hineinfuhr (Urt. des

Zu 10. Damit der Betrieb einer Nebenbahn nicht längere Zeit unterbrochen zu werden brauchte, hatte der zuständige Bahnmeister die im Laufe des Tages heruntergegangenen großen Schneemengen von dem Gleise fortzuräumen und auf das umliegende Gelände bringen lassen, hierbei aber, offenbar in der leicht verständlichen Eile, nicht dafür gesorgt, daß nicht nur die Strecke frei wurde, sondern auch die Wegeüberblick gewahrt blieb. Gerade weil die Straße nach dem Gleise zu abfiel, also schon an sich nicht gut überblickbar war, wäre es besonders nötig gewesen, die Schneemassen abzuflachen oder Einschnitte zu machen und auf diese Weise für eine Strecke, die noch mehr als die erwiesenen 10 m betrug, die Umsicht zu gewährleisten.

Der vom RG. zugelassene und von der Bekl. auch zuerst erhobene Einwand der höheren Gewalt, erscheint richtig gewürdigt; unter Umständen, die aber nicht vorlagen, können Schneemassen sehr wohl diese rechtfertigen, beispielsweise, wenn sie einen Zug

RG. v. 15. Nov. 1917, VI 345/17 und RG. 93, 305). Wenngleich also ein außergewöhnlich starker Schneefall unter Umständen als außergewöhnliches, von außerhalb des Betriebes wirkendes Ereignis angesehen werden kann, so fehlt doch hier wie in dem letztgenannten vom RG. entschiedenen Falle die Ursächlichkeit des Elementar-Ereignisses für den Unfall, dessen Voraussetzungen hier vielmehr erst durch eine dem Betrieb eigentümliche, ihm zugehörige Tätigkeit von Menschen gesetzt wurden.

Dazu kommt, daß die ungewöhnlichen Schneemassen, auf die sich die Bekl. beruft, den Unfall überhaupt nicht dadurch verursacht haben, daß sie in irgendeiner Weise auf den Betrieb der Bahn selbst einwirkten — was Voraussetzung für den Einwand der höheren Gewalt wäre —; sie führten zu dem Unfall vielmehr erst dadurch, daß die Art, wie sie vom Bahnkörper entfernt worden waren, das Verhalten eines Passanten, des Getöteten, bei Annäherung des Zuges beeinflusste, indem sie ihn an jenen Wahrnehmungen hinderte, die ihn sonst von dem Betreten des Bahnkörpers in dem gefährlichen Augenblick abgehalten haben würden. Ein solcher Zusammenhang vermag jene Voraussetzung nicht zu begründen.

Aus diesen Erwägungen konnte die Bekl. sich auf höhere Gewalt nicht berufen. Es verschlägt daher nichts, daß das BG. die Einwendung auch mit teilweise nicht ganz zutreffenden Erwägungen zurückgewiesen hat, da das Ergebnis rechtlich einwandfrei bleibt.

(U. v. 5. Dez. 1931; 410/31 IX. — Königsberg.) [S.]

11. § 12 Beamtl. Fürs. G. v. 18. Juni 1901; § 9 R. Bahn-Pers. G.; §§ 5 Abs. 4, 17, 18 R. Bahn-G.; Ges. zur Abänderung des R. Bahn-G. v. 13. März 1930; § 90 G. R. G.

1. Wenn eine im Reichsdienst stehende Person der in § 1 Beamtl. Fürs. G. näher bezeichneten Art im Dienste, aber außerhalb der Betriebsverwaltung, bei der sie beschäftigt ist, einen Betriebsunfall erlitten hat, und deswegen nach § 1 Beamtl. Fürs. G. oder nach anderen reichsgesetzlichen Vorschriften Pension erhält, so hat sie gegen den Urheber des Unfalls den Anspruch auf Ersatz eines außerhalb des § 1 R. Haftpf. G. liegenden Schadens nicht, wenn dieser Urheber eine Betriebsverwaltung des Reiches ist.

2. Die D. Reichsb. Ges. kann sich auf § 12 Abs. 2 Beamtl. Fürs. G. nicht berufen. Das gilt für die Zeit vor und nach Erlass des Ges. v. 13. März 1930.

3. Die D. Reichsb. Ges. ist nicht als eine Anstalt zu betrachten, welche für Rechnung des Reiches verwaltet wird. § 90 G. R. G. ist auf sie nicht anwendbar.

4. Die D. Reichsb. Ges. kann sich die Sonderstellung nach § 16 R. Bahn-G. bzw. nach dem Ges. v. 13. März 1930 nur dadurch verschaffen, daß sie die dort vorgesehene Erklärung der Reichsregierung gegenüber abgibt. Die Erklärung kann nicht durch einfachen Verwaltungsakt gegenüber Gerichten, Behörden und anderen Stellen erfolgen.†)

Der Kl., der als Postschaffner am 19. Nov. 1925 in

zum Entgleisen gebracht haben und hierbei Menschen zu Schaden kamen (vgl. die angezogene Entsch. RG. 101, 94). Die gleiche Würdigung wird dem anderen Einwande des eigenen Verschuldens und seiner Schwere im Verhältnis zu der Betriebsgefahr der Bekl. zuteil, deren Kennzeichnung als einer „erhöhten“ deshalb zutreffend ist, weil die in der Schrankenlosigkeit schon an sich liegende Gefahr hier noch durch die oben dargelegten unzweckmäßigen Maßnahmen vermehrt wurde und demgegenüber das ziemlich erhebliche Verschulden des Getöteten um so mehr zurücktreten muß, als es sich um die dunklen Abendstunden eines Frühjahrsstages handelte und die Eisenbahnsignale durch die Schneewälle gedämpft werden (vgl. OLG. R. 1931, 1; wo die maßgebende Rspr. von 1904—1929 angezogen ist und 1932, 2).

DRegR. Hanow, Frankfurt a. d. D.

Zu 11. Dem Urteil ist im Ergebnisse wie — wenigstens der Hauptsache nach — auch in der Begründung zuzustimmen: § 12

einem Bahnpostwagen Dienst leistete, wurde in der Station S. verlegt, als der Postwagen an einen anderen Zug angehängt werden sollte; er behauptete, daß diese Verletzung (ein Rippenbruch, eine Rippenbiegung und eine Quetschung der rechten Niere) durch unsachgemäßes Verschieben verursacht worden sei. Für den Schaden, der ihm durch diese Verletzungen entstanden sei, machte er die beklagte DRReichsbGef. verantwortlich. Diese erkannte an, daß sie für den dem Kl. durch den Unfall erwachsenen Schaden im Rahmen des HaftpflichtG. hafte und wiederholte dieses Anerkenntnis mehrfach vor Beginn und während des Rechtsstreites. Gleichwohl erhob der Kl. Klage mit dem Antrage, festzustellen, daß die Befl. für den aus dem Unfall ihm zugehenden, insbes. auch künftigen Schaden, aufzukommen habe. VG. und DVG. wiesen ab, das RG. hob auf.

Der Kl. stützte seinen Feststellungsanspruch auf das HaftpflichtG. und auf die Bestimmungen des BGB. über unerlaubte Handlungen (§§ 823, 31, 89, 831 BGB.). Die Befl. hatte im ersten Rechtszuge anerkannt, daß sie nach den Bestimmungen des HaftpflichtG. hafte; insoweit hatte sie das Feststellungsinteresse des Kl. bestritten. Eine unerlaubte Handlung liege ebensowenig vor wie ein Beförderungsvertrag; dem Kl. stünden Ansprüche, die über die in § 12 Abs. 2 mit Abs. 1 BeamtUfZürG. v. 18. Juni 1901 (RGBl. 211) erwähnten Leistungen hinausgingen, nicht zu.

Das DVG. geht davon aus, daß dem Kl. wegen des im Postdienste erlittenen Betriebsunfalles gegen die Reichspostverwaltung Anspruch auf Pension usw. nach §§ 1 ff. BeamtUfZürG. v. 18. Juni 1901 zustehe; die dem Kl. gegen die Befl. an sich nach dem HaftpflichtG. zustehenden Ansprüche seien nach § 12 Abs. 1 BeamtUfZürG. auf die Reichspostverwaltung übergegangen, soweit diese ihm auf Grund des BeamtUfZürG. Pension usw. zu leisten habe. Für die vom Kl. weiter erhobenen Ansprüche gelte § 12 Abs. 2 des gen. Ges.; danach seien insbes. weitere Ansprüche aus dem HaftpflichtG. sowohl wie aus unerlaubter Handlung ausgeschlossen. Die Befl. genieße auf Grund des § 16 Abs. 4 RBahnG. dieselbe Stellung hinsichtlich des § 12 Abs. 2 BeamtUfZürG., wie das Reich. Der Kl. sei also nicht sachberechtigt. In dem Anerkenntnis der Befl., nach Maßgabe des HaftpflichtG. zu haften, liege kein Schuldanerkenntnis nach § 781 BGB., da die Befl. lediglich das Bestehen einer bereits vorliegenden Schuld bestätigen, nicht aber vertragsmäßig einen neuen Verpflichtungsgrund habe schaffen wollen. Dem Kl. stehe somit auch nicht auf Grund eines solchen Vertrages ein Anspruch zu.

Die Rev. meint, § 16 Abs. 4 RBahnG. könne nicht angewendet werden, weil der Kl. kein Bediensteter der DRReichsbGef., sondern ein solcher der DRPo. sei; daß die DRReichsbGef. auch bezüglich der Bediensteten anderer Verwaltungen „in einem derartigen Falle“ sich auf § 12 BeamtUfZürG. berufen könne, sei jedenfalls nicht ausdrücklich in dem RBahnG. bestimmt. Die Befl. könne sich auch nicht dem Sinne nach darauf berufen, da sie kein Unternehmen des Reiches, sondern eine selbständige AktG. eigenen Rechtes sei, welche den Betrieb der Reichsbahn auf eigene Rechnung führe.

Daß im gegenwärtigen Rechtsstreit der Kl. mit der Klage nicht die Feststellung bezweckt, daß die DRReichsbGef. ihm die Leistungen schulde, die ihm nach §§ 12 Abs. 1 mit 1—7 BeamtUfZürG. die Reichspostverwaltung schuldet, liegt auf der Hand, da ihm ja insoweit kein Schaden entstanden sein kann und da seine Ansprüche insoweit kraft Gesetzes auf die Reichspostverwaltung übergegangen sind (§ 12 Abs. 1 BeamtUfZürG.). Er will vielmehr mit der gegenwärtigen Klage die Feststellung erreichen, daß die Befl. verpflichtet sei, ihm eben

seinen Schaden zu ersetzen, der nur darin bestehen kann, daß er durch die Gewährung der Leistungen nach §§ 1—7 BeamtUfZürG. schlechter gestellt ist, als wenn der Unfall nicht eingetreten, er also weiter in Dienst verblieben wäre.

Die Frage, ob eine im Reichsdienste stehende Person der in § 1 BeamtUfZürG. näher bezeichneten Art, wenn sie im Dienste, aber außerhalb der Betriebsverwaltung, bei der sie beschäftigt ist, einen Betriebsunfall erlitten hat und deswegen nach § 1 BeamtUfZürG. oder nach sonstigen reichsgesetzlichen Vorschriften Pension (Heilungskosten, Renten) erhält, gegen den Urheber des Unfalls den Anspruch auf Ersatz eines außerhalb des Rahmens des § 1 HaftpflichtG. liegenden Schadens dann hat, wenn dieser Urheber eine Betriebsverwaltung des Reiches (so z. B. die frühere Deutsche Reichsbahn) ist, ist vom 6. Sen. des RG., in teilweiser Änderung seiner früheren Rfpr., in der Entsch. v. 15. Okt. 1908 (RG. 69, 349¹⁾) und seither in ständiger Rfpr. (RG. 75, 12²⁾; 105, 212, sowie RG. v. 30. Nov. 1914 VI 361/14) verneint worden. Der in jenen Entsch. niedergelegten Rechtsauffassung schließt sich der erst. Sen. an. Danach hätte also der Kl. irgendwelche Ansprüche über die ihm gegen die Reichspostverwaltung nach §§ 12 Abs. 1 mit 1—7 BeamtUfZürG. zustehenden hinaus, insbes. auch aus unerlaubter Handlung, jedenfalls dann nicht, wenn die durch das RBahnG. v. 30. Aug. 1924 (RGBl. II, 272 ff.) eingetretenen Änderungen, insbes. die Übertragung des Betriebes der Deutschen Reichsbahn durch das Reich auf die neugegründete DRReichsbGef. und die damit verbundenen im wesentlichen durch eben jenes Gesetz geregelten Änderungen nicht stattgefunden hätten, oder wenn sie hinsichtlich des Verhältnisses des Kl. zur Befl. aus besonderen Gründen ohne rechtliche Wirkung geblieben wären.

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Befl. ein Schuldanerkenntnis i. S. des § 781 BGB. hat abgegeben, insbes. vertragsmäßig einen neuen Verpflichtungsgrund etwa dadurch hat schaffen wollen, daß sie ihre Haftpflicht anerkennen wollte ohne Rücksicht darauf, ob sie bestand oder nicht, und ob die Klage überhaupt auf ein solches Schuldanerkenntnis gestützt ist. Denn die Befl. hat für die Ansprüche des Kl., die nach dem Obengesagten Gegenstand seiner Feststellungsklage sind, auf Grund gesetzlicher Vorschriften zu haften.

Nach Obengesagtem ist Voraussetzung hierfür, daß die Befl. nicht die Stellung einnimmt, die im gleichen Falle das Reich einnehmen würde oder die Deutsche Reichsbahn eingenommen hätte, mit anderen Worten, es kommt nur darauf an, ob der Kl. durch § 12 Abs. 2 BeamtUfZürG. gehindert ist, Ansprüche gegen die Befl. insoweit geltend zu machen, als sie nach § 12 Abs. 1 a. a. O. nicht der *cessio legis* unterliegen, also Ansprüche, welche die ihm nach §§ 1 ff. BeamtUfZürG. von der Reichspostverwaltung zu gewährenden Leistungen übersteigen. Diese Frage wieder hängt ausschließlich von der Beantwortung der Frage ab, ob die DRReichsbGef. sich auf § 12 Abs. 2 BeamtUfZürG. berufen kann, wie sie es im zweiten Teile des Rechtsstreites getan hat und der Rev. gegenüber noch tut.

Dabei stützt sie sich auf § 9 RBahnPersG. (v. 30. Aug. 1924 — RGBl. II, 287) zu Unrecht. Diese Bestimmung kann weder für noch gegen die Befl. verwertet werden (im ersteren Sinne wird sie ohne Begründung vom DVG. Kiel in einem von der Rev. vorgelegten Urte. v. 2. März 1929 (4 U 169/28), im letzteren Sinne von Fritsch, Handbuch der Eisenbahngesetzgebung, 3. Aufl., 1930, S. 200, Fußnote cc) und von demselben Verfasser in „Das deutsche

¹⁾ JW. 1908, 727.

²⁾ JW. 1912, 110.

Abs. 2 UnfZürG. setzt voraus, daß der verunglückte Beamte im Dienste entweder des Reiches oder eines Landes steht. Auf Beamte der RBahnGes. trifft das nicht zu, weil sie eine selbständige, vom Reiche verschiedene Rechtspersönlichkeit ist. Diese Auffassung, die von der der Gesellschaft selbst und mehrerer DVG. (s. mein Handbuch der EisGesetzgebung, 3. Aufl., S. 200 a. E.) abweicht, war schon vor dem Urteile von mir (Zitate im Urteile) und wird neuerdings von Seligsohn (HaftpflichtG., 2. Aufl., S. 79) vertreten, und ergibt sich m. E. zwingend aus dem Wortlaute der zur Zeit noch geltenden Gesetzesvorschriften. Entscheidend ist hierbei, daß, wie schon hervorgehoben, die RBahnGes. eine eigene Rechtspersönlichkeit besitzt. Ob sie — wie das RG. im Gegensatz zu der jetzt wohl allgemein herrschenden Anschauung annimmt — eine AktG. ist (in Wirklichkeit ist sie weder

eine AktG. noch überhaupt eine Gesellschaft), und ob sie für Rechnung des Reiches betrieben wird, hat für den vorliegenden Fall keine Bedeutung. Was übrigens die zweite Frage anlangt, so ist es bemerkenswert, daß das RG. sie zwar verneint, aber sich nicht darüber äußert, für wessen Rechnung denn die Reichsbahnen jetzt betrieben werden.

Daß die Berufung der Gesellschaft auf § 16 Abs. 4 RBahnG. nicht durchschlägt, führt das RG. mit Gründen aus, die m. E. zutreffen. Der im Urteile enthaltene Auslegung der Vorschr. in § 5 Abs. 4 daselbst kann ich aber nur insoweit beitreten, als diese Vorschrift auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar ist.

Wirkl. Geh. Rat Fritsch, Wiesbaden.

Eisenbahrecht", 3. Aufl., S. 312 ausgelegt). Denn dieses Gesetz befaßt sich nur mit den Verhältnissen des Reichsbahnpersonals und will sich nur damit befassen; aus der Nichterwähnung der Reichsbahnges. in § 9 a. a. D. kann deshalb nach Zweck und Zusammenhang kein Schluß auf die Anwendbarkeit des BeamtlFürsG. in Beziehung auf Beamte, die nicht der Reichsbahnges. angehören für und gegen die Reichsbahnges. gezogen werden. Ebensovienig kann aus § 5 Abs. 4 RBahnG. vom gleichen Tage (RWB. II, 272, nun i. d. Fass. der Bef. v. 13. März 1930, RWB. II, 369) das Recht der Befl. hergeleitet werden, sich auf § 12 Abs. 2 BeamtlFürsG. zu berufen. Das RG. hat in der Entsch. RG. 109, 90³), die sich mit der Anwendbarkeit des § 90 RWB. auf die Reichsbahnges. befaßt, ausgeführt, daß die Reichsbahnges., im Gegensatz zur deutschen Reichsbahn, nicht als eine Anstalt zu betrachten ist, welche für Rechnung des Reiches verwaltet wird, weil sie eine AktG., allerdings mit stark öffentlich-rechtlichem Einschlag ist, ihr Betrieb vollständig losgelöst von der Staatsverwaltung kraft eigenen Rechtes und auf eigene Rechnung geführt wird, weiter ihre Organe keine Behörden und keine amtlichen Stellen, die Reichsbahnbeamten keine Reichsbeamten sind. § 5 Abs. 4 RBahnG. habe nur Vermögensrechte im Auge, dingliche oder schuldrechtliche, auch öffentlich-rechtliche, aber nicht Berechtigungen (wie das dort den Gegenstand der Entsch. bildende Recht auf Bühnenfreiheit). Diesen Ausführungen, die auch Breithaupt: Eger 47, 214 (217) wiedergibt und unterstreicht, schließt sich der Senat an; durch sie wird unmittelbar auch die Frage verneint, ob sich die Befl. hier auf § 5 Abs. 4 RBahnG. berufen kann, um die Rechtsstellung, die das Reich nach § 12 Abs. 2 BeamtlFürsG. genießt, für sich in Anspruch zu nehmen. Auch § 17 RBahnG. kann aus den gleichen Gründen nicht von der Befl. herangezogen werden; denn wie das RG. ebenfalls bereits in der vorerwähnten Entsch. ausgeführt hat, handelt es sich hier nur um Befugnisse zur Ausübung der Staatsgewalt, um sicherheitspolizeiliche, gewerbepolizeiliche Befugnisse, Beurkundungs- und Beglaubigungsrechte, um das Recht auf Anforderung von Akten- und Strafregisterauszügen u. dgl. Es genügt, auf die Ausführungen jener Entsch. Bezug zu nehmen.

Es kann sonach zur Begründung des Anspruchs der Befl., die Stellung einzunehmen, die dem Unternehmen des Deutschen Reiches „die deutsche Reichsbahn“ zukam und dem deutschen Reich selbst zukommt, nur § 16 Abs. 4 RBahnG. herangezogen werden. Der Wortlaut dieser Bestimmung ist durch das Ges. v. 13. März 1930 (RWB. II, 359) in die Fassung der Bef. vom gleichen Tage (RWB. II, 369) abgeändert worden. Doch hat diese Änderung der Fassung keine sachliche Änderung gebracht; sie diente nur der Klarstellung. Die Rechtslage, wie sie hier der Entsch. zugrunde zu legen ist, hat sich deshalb auch seither nicht geändert. Hiernach steht zur Entsch. die Frage, ob die Bestimmung des § 12 Abs. 2 BeamtlFürsG. eine Sonderstellung begründet, welche für die Verwaltung des Reiches auf dem Gebiete des Fürsorgerechtes (denn nur dieser von den mehreren in Abs. 4 aufgeführten Komplexen kommt hier in Frage) besteht und welche (Sonderstellung) deshalb von der Befl. für sich in Anspruch genommen werden kann. Nur wenn diese Frage zu bejahen wäre, käme es weiter darauf an, in welcher Weise diese Inanspruchnahme zu erfolgen hatte und ob sie erfolgt ist. Die Frage ist aber zu verneinen.

Die Bestimmung des § 12 Abs. 2 BeamtlFürsG. ist, wie schon die Mot. z. UnfFürsG. v. 15. März 1886 (Nr. 5 der RD Druckf., 6. Legislatur-Periode, II. Session, 1885/86) ergeben (vgl. auch Graef, Unfallversicherungsgesetze, zu § 12 Abs. 2 BeamtlFürsG.) der Ausfluß eines Grundgedankens, welcher mehrfach im Versicherungsrechte zum Ausdruck gekommen ist. Danach (vgl. die §§ 95, 97, 98 UnfVersG. v. 6. Juli 1884 (RWB. 69), später §§ 135, 139, 140 GewUnfVersG. v. 5. Juli 1900, nun §§ 633, 898 ff. RWB.) soll dem Betriebsverletzten Angestellten ein Anspruch gegen den Unternehmer des Betriebes, in welchem die Verletzung erfolgte, im allgemeinen dann nicht zustehen, wenn dieser Unter-

nehmer personengleich ist mit dem Arbeitgeber des Verletzten, auch wenn der Betrieb selbst, in welchem der Verletzte angestellt ist, ein anderer ist als derjenige, in welchem er verunglückt ist. Hiernach liegt es nahe, die Lösung der Frage, ob § 12 II UnfVersG. nach § 16 Abs. 4 RBahnG. zugunsten der Reichsbahnges. angewendet werden kann, darauf abzustellen, ob der Unternehmer — Reichsbahnges. — noch als personengleich gelten kann mit dem Arbeitgeber des Verletzten, dem Reiche oder den Ländern. Da nun gerade die Unternehmereigenschaft des Reiches in bezug auf die Reichsbahnen durch das RBahnG. verloren gegangen ist (vgl. die oben angeführte Entsch. in RG. 109, 90), so muß insofern diese Frage verneint werden. Es müßte also eine positive Bestimmung vorliegen, wenn dem verletzten Beamten gegenüber die Reichsbahnges. sich gleichwohl auf § 12 II a. a. D. sollte berufen können. Diese positive Bestimmung könnte eben nur § 16 IV RBahnG. sein. Ob nun § 16 Abs. 4 RBahnG. eine solche positive Bestimmung wirklich darstellt, ist zu untersuchen.

Die Begründung des RBahnG. führt zu Abs. 4 aus (S. 171): „Auf dem Gebiete des Arbeitsrechtes ergibt sich für die Reichsbahnverwaltung eine Sonderstellung z. B. durch die §§ 13 und 61 BetrRG. und durch § 13 ArbZWD. v. 21. Dez. 1923; auf dem Gebiete des Wohnungsrechtes durch § 16 RMietG., § 32 MietSchG. v. 1. Juni 1923 und durch Sonderbestimmungen über den Wohnungstausch versehener Beamter, auf dem Gebiete des Fürsorgerechtes durch § 4 SchwBeschG. v. 6. April 1920; auf dem Gebiete des Wirtschaftsrechtes gilt für die Reichsverwaltung z. B. nicht die StilleghW. v. 8. Nov. 1920. Für die Gesellschaft macht sich das Bedürfnis nach einer Sonderstellung hier in gleicher Weise geltend wie für die bisherige Reichsverwaltung.“

Was die Ausführung des § 4 SchwBeschG. v. 6. April 1920 als Beispiel für eine Sonderstellung auf dem Gebiete des Fürsorgerechtes betrifft, so ist die Reichsregierung hier ermächtigt, mit Zustimmung des Reichsrates anzuordnen, daß Reich, Länder usw. zahlenmäßig bestimmte Bruchteile der Arbeitsplätze mit Schwerbeschädigten zu besetzen haben.

Auf allen diesen Gebieten gibt, wie ersichtlich, die Begründung des Gesetzes nur Beispiele. Sie zeigen aber, daß es sich bei der Inanspruchnahme einer solchen Sonderstellung jeweils um eine Gesamtregelung von bestimmten Rechtsverhältnissen in allen ihren Beziehungen handeln muß, die einerseits bestimmte Rechte, andererseits bestimmte Verpflichtungen bedingen. Die Bestimmung des BeamtlFürsG. aber würde der Reichsbahnges., wenn sie sich darauf berufen könnte, lediglich einen bestimmten Vorteil gewähren. Ihr die Wahl freizulassen, ob sie einen solchen reinen Vorteil für sich in Anspruch nehmen wolle oder nicht, wäre sinnlos gewesen. Hätte der Gesetzgeber das gewollt, so hätte er der Reichsbahnges. das Recht der Haftungsbeschränkung gleich verliehen, da nicht zweifelhaft hätte sein können, daß diesen Vorteil für sich in Anspruch nehmen würde.

Die Befreiungsvorschrift des § 12 Abs. 2 BeamtlFürsG. für sich allein — und nur um sie allein kann es sich eben handeln — ist also keine Bestimmung des „Fürsorgerechtes“, betrifft also auch keine Sonderstellung des Reiches auf diesem Gebiete, die nach § 16 Abs. 4 RBahnG. die Befl. für sich in Anspruch nehmen könnte. Sie ist ein bloßes Einzel-Sonder-Vorrecht, welches dem Reiche und den Bundesstaaten (Ländern) aus öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkten und insbes. auch aus dem oben erwähnten im Versicherungsrechte vielfach zum Ausdruck gelangten Grundgedanken des billigen Ausgleiches von Rechten und Pflichten bei der Personengleichheit von Fürsorgepflichtigem und Ersatzpflichtigem verliehen worden ist, an der Anwendbarkeit gerade dieses Grundgedankens fehlt es aber mangels Gleichheit von Versicherungsträger (Fürsorgepflichtigem) und Ersatzpflichtigem. Ein solches Vorzugsrecht darf als solches auch nicht ausdehnend ausgelegt werden; es stellt einen Ausgleich dar, für die dem Reiche und den Ländern in demselben Gesetze denselben Personen gegenüber auferlegte Fürsorge, denen zu Lasten es zur Anwendung kommt. Dabei verschlägt es nichts, daß in dem BeamtlFürsG. nicht zwischen Reich

³) ZB. 1924, 1859.

und Ländern unterschieden war; denn dabei handelte es sich doch nur um eine verschiedenartige Gestaltung der als einheitlich gedachten öffentlichen Gewalt, die als fürsorgepflichtiger Unternehmer personengleich mit dem Erfahspflichtigen gedacht war; wie bereits betont, fehlt es aber bei der nunmehrigen rechtlichen Gestaltung der DRReichsbGef. gerade an dieser Gleichheit. Der nicht näher begründeten Ansicht von Joh. Schulz, Reichsbahn — Reichspost, 2. Teil, 1929, S. 43 kann nach dem derzeitigen Stande der Gesetzgebung nicht beigetreten werden; wenn daher der Entw. eines neuen AnstGef. für ReichsbGef. unter dem Begriffe „Reich“ die DRReichsbGef. i. S. der Bestimmung des bisherigen § 12 Abs. 2 BeamtlAnstGef. mitumfassen will, so will er nicht, wie Schulz meint, bestehendes Recht bestätigen, sondern, wie Breithaupt a. a. O. S. 219 ausführt, neues Recht schaffen.

Aus diesen Gründen ist die Anwendbarkeit des § 16 Abs. 4 RBahnG. auf § 12 Abs. 2 BeamtlAnstGef. zu verneinen. —

Selbst wenn aber das Sonderrecht des Reiches aus § 12 Abs. 2 BeamtlAnstGef. unter § 16 Abs. 4 RBahnG. einzureihen wäre, so fehlte es an der Voraussetzung der Inanspruchnahme dieser Sonderstellung durch die Befl. Denn nicht erst das Gef. v. 13. März 1930 hat den Genuß solcher Sonderstellungen von ihrer ausdrücklichen Inanspruchnahme abhängig gemacht; vielmehr ist durch Einschaltung des Satzes 2 in Abs. 4 des § 16 RBahnG. lediglich klargestellt worden, was schon vorher rechtens war. Danach hätte jedenfalls diese Sonderstellung nur durch eine Erklärung der DRReichsbGef. gegenüber der Reichsregierung herbeigeführt werden können. Wer diese Erklärung für die DRReichsbGef. abzugeben hatte, ergibt sich aus § 18 RBahnG. mit §§ 17, 18 der Gesellschaftsordnung (Anl. 1 zu § 1 Abs. 2 des Gef.) in Zusammenhang mit der Geschäftsordnung der DRReichsbGef. (vgl. Nr. 291 des RAnz. v. 10. Dez. 1924). Abzulehnen ist hiernach die Auffassung (die Roser, PersonalD., 4. Aufl., S. 59 vertritt), als ob die Inanspruchnahme dieser Sonderstellung durch einfachen Verwaltungsakt gegenüber Gerichten, Behörden und anderen Stellen erfolgen könnte; diese Auffassung war nach dem Gesagten auch nach der bis zum 13. März 1930 geltenden Fassung des § 16 Abs. 4 RBahnG. unzutreffend. Solange also die Inanspruchnahme nicht rechtswirksam erfolgt ist, hätte der Befl. die von ihr beanspruchte Sonderstellung auch dann nicht zugestanden, wenn § 16 Abs. 4 RBahnG. das Sonderrecht des Reiches aus § 12 Abs. 2 BeamtlAnstGef. in sich begriffe. Daß eine solche Inanspruchnahme erfolgt sei, ist nicht behauptet und nicht ersichtlich, jedenfalls ist die Veröffentlichung einer solchen nicht erfolgt, wie das in anderen einschlägigen Fällen geschehen ist (vgl. RMinBl. 1925, 23, 83, 985; 1926, 968).

(U. v. 7. Jan. 1931; 165/30 IX. — Bamberg.)
(= RG. 131, 129.)

12. RBahnG Nov. vom 13. März 1930. Die deutsche Reichsbahn genießt beim RG. keine Gebührenfreiheit.

Die Erinnerung würde begründet sein, wenn anzunehmen wäre, daß sich die ReichsbGef. als eine öffentliche Anstalt des Reiches, die für Rechnung des Reiches betrieben wird, darstellte. Die Kl. sucht diesen Nachweis zu erbringen. Sie hält den Beschluß des Sen. v. 4. Nov. 1924 (RG. 109, 90), durch den die von der ReichsbGef. geforderte Gebührenfreiheit vor dem RG. abgelehnt wurde, weil sie keine für Rechnung des Reiches verwaltete Anstalt sei, sondern eine AnstGef. eigenen Rechts, die von der Staatsverwaltung unabhängig sei und kraft eigenen Rechtes und für eigene Rechnung ihre Verwaltung führe, für unzutreffend, und führt aus, jedenfalls lasse sich seine Begründung gegenüber der RBahnGNov. vom 13. März 1930 (RGBl. II, 369) nicht mehr aufrechterhalten.

Die Widerlegung der dem Beschl. v. 4. Nov. 1924 zugrunde liegenden Auffassung ist der Kl. nicht gelungen. Sie zieht aus dem Eigentum des Reiches an den Eisenbahnen und den Stammaktien der ReichsbGef. den Schluß, daß die ReichsbGef. eine nur der Reichsfinanzverwaltung und dem

Reichstag gegenüber freier gestellte Verwaltung des Reiches geblieben sei und verweise ferner auf § 5 Abs. 4 und § 17 RBahnG. Diese Punkte sind bereits in dem Beschl. v. 4. Nov. 1924 erörtert; es genügt, auf dessen Ausführungen zu verweisen. Ferner hat die Kl. eine Entsch. des LG. in Wien beigebracht, in der ausgesprochen ist, daß die ReichsbGef. nur eine vorübergehende Erscheinungsform des in dem Reichsbahnunternehmen organisierten Vermögens des Reiches sei, daß also zwischen Reich und ReichsbGef. volle Identität bestehe. Dieser Schluß ist jedoch nicht zutreffend; solange die ReichsbGef. besteht, kann ihr Wesen nicht durch Verweisung auf die vor ihrer Begründung und nach ihrer Beseitigung vorhandene Rechtslage gekennzeichnet werden. Weiter verweist die Kl. auf das Ur. des 1. StrSen. v. 19. März 1926 (RGSt. 60, 139). Danach ist der Betrieb der Reichsbahnen Angelegenheit des Reiches und die ReichsbGef. eine zur Beforgung dieser Angelegenheit errichtete, aus eigener Rechtspersönlichkeit und dem Recht der Selbstverwaltung ausgestattete, aber in die Verfassung des Reiches eingegliederte und seiner Aufsicht unterstehende öffentlich-rechtliche Anstalt in der Form einer Handelsgesellschaft. Diese Charakterisierung widerlegt nicht die Auffassung des Senats, daß die ReichsbGef., weil sie mit eigener Rechtspersönlichkeit und dem Recht der finanziellen Selbstverwaltung in der Form einer Handelsgesellschaft errichtet ist, nicht als eine Anstalt des Reiches, bei der es materiell gleichgültig ist, ob eine Zahlung in die Kasse der ReichsbGef. oder in die des Reiches geleistet wird, anzusehen sei.

Durch die RBahnGNov. v. 13. März 1930 ist u. a. § 1 des Gef. geändert, indem er durch den Zusatz: „Die Gesellschaft verwaltet die Reichseisenbahnen für das Reich nach den Vorschriften dieses Gesetzes und der anliegenden Gesellschaftsordnung“ ergänzt ist. Nach der Begründung (RD Drucksache Nr. 1622 IV. Wahlper. 1928 S. 16) wird durch diesen Zusatz zum Ausdruck gebracht, daß die ReichsbGef. die Reichsbahnen für das Reich verwaltet und klargestellt, daß es Reichsaufgaben sind, die die Gesellschaft mit dieser Verwaltung zu erfüllen hat. Daraus zieht die Erinnerung der Kl. den Schluß, daß die ReichsbGef. mindestens seit dem Inkrafttreten der Novelle eine Anstalt des Reiches sei, die als solche Gebührenfreiheit vor dem RG. genieße. Dieser Schluß ist nur dann gerechtfertigt, wenn sich aus dem übrigen Inhalt der Novelle, auf den § 1 verweist, ergibt, daß die Gesellschaft den Betrieb und die Verwaltung der Reichseisenbahnen nicht mehr, wie bisher, unabhängig vom Reich kraft eigenen Rechts und auf eigene Rechnung führt. Erforderlich geworden ist die Novelle, um die Verhältnisse der Reichsbahn der durch den Young-Plan geschaffenen Lage anzupassen. Durch ihn sollte der ausländische Einfluß in der Reichsbahnverwaltung beseitigt und dementsprechend die Befugnisse des Reiches verstärkt werden. In der selbständigen Stellung der ReichsbGef. ist aber nichts geändert worden. Es konnte daran nichts Wesentliches geändert werden, weil nach dem Bericht der durch die Genfer Entschliessung v. 16. Sept. 1928 eingesetzten Sachverständigenkommission die erforderlichen Vorkehrungen dafür getroffen werden mußten, daß die ReichsbGef. während der Geltungsdauer des Planes ihre Eigenschaft als privates und unabhängiges Unternehmen mit selbständiger Geschäftsführung in wirtschaftlichen, finanziellen und Personalangelegenheiten ohne Einmischung der deutschen Regierung beibehielt (Ziff. 108 des Berichts, Denkschrift S. 13). Wie die Denkschrift zutreffend bemerkt, waren hierdurch für die Abänderung des RBahnG. von vornherein Grenzen gezogen, die nicht überschritten werden durften und von der Novelle nicht überschritten worden sind. Mag auch der wirtschaftliche Erfolg der ReichsbGef. letzten Endes im wesentlichen dem Reich zugute kommen, so steht doch das Unternehmen dem Reich gegenüber als unabhängige Handelsgesellschaft da, die sich kraft eigenen Rechts verwaltet und ihre Geschäfte auf eigene Rechnung betreibt. Es ist daher nicht angängig, den § 1 RBahnG. i. d. Fass. der Novelle so zu verstehen, wie es die Kl. tut.

(Beschl. v. 6. Jan. 1931; VII 33/30.)

[Ru.]

2. Straßenbahn.

13. § 1 HaftpflichtG.

1. Ereignisse, die mit einer gewissen Häufigkeit wiederkehren, können, auch wenn sie bei der Natur des Betriebs unvermeidlich sind, nicht als höhere Gewalt angesprochen werden.

2. Zu diesen Ereignissen gehört auch das bei starkem Verkehr immer wieder vorkommende Vorwärtsdrängen der auf einer Verkehrsinsel wartenden Personen.†)

Das BG. stellt fest: Der Unfall habe sich an einem Sonnabend-Nachmittag zugetragen, zu einer Zeit, zu der immer ein stark gesteigerter Verkehr und ein erhöhter Andrang von Fahrgästen an den Straßenbahnhaltestellen herrsche, und noch dazu während der Ker-Messe, die eine weitere Verkehrsvermehrung bedinge. Die Haltestelle, an der sich der Unfall ereignet habe, sei eine der belebtesten, wenn nicht die belebteste Haltestelle in der Stadt K. Die an dieser Haltestelle eingerichtete Verkehrsinsel sei verhältnismäßig sehr schmal, und auf dem unmittelbar dahinterliegenden Straßendam herrsche ein besonders starker Kraftwagen- und sonstiger Fuhrwerksverkehr. Infolgedessen sei es nur natürlich und erklärlich, daß die wartenden Personen das Bestreben hätten, nach vorn zu drängen und daß dadurch Personen aus den vorderen Reihen der wartenden Menge auf den Gleiskörper der Straßenbahn gedrängt werden könnten. Mit solcher Möglichkeit müsse die Befl. bei gesteigertem Verkehr immer rechnen. Das BG. verneint deshalb das Vorliegen höherer Gewalt i. S. des § 1 HaftpflichtG., weil der Unfall

Zu 13. Höhere Gewalt ist nach der Rspr. des RG. (RG. 101, 94 [nicht S. 45, wie obiges Urteil zitiert]) „ein von außen auf den Betrieb einwirkendes außergewöhnliches Ereignis, das unvorhersehbar, auch bei Anwendung äußerster Sorgfalt ohne Gefährdung des ganzen Betriebs und des wirtschaftlichen Erfolgs des Unternehmens nicht abzuwenden, auch nicht wegen seiner Häufigkeit von dem Betriebsunternehmer in Rechnung zu ziehen und mit in den Kauf zu nehmen ist“. Nach RG. 109, 172 = JW. 1925, 619 ist h. G. „ein Ereignis, dessen Ursachen außerhalb des Eisenbahnbetriebs und seiner Einrichtung liegen und dessen Eintritt auch bei Anwendung größter Sorgfalt und aller der Eisenbahn zuzumutenden Vorkehrungen nicht zu verhindern ist, das auch wegen seiner Häufigkeit von ihr in Kauf genommen und vertreten werden muß“. Der Begriff der h. G. nach dem HaftpflichtG. ist anders auszulegen wie h. G. in anderen Gesetzesbestimmungen, z. B. §§ 203 II, 701 I, 1996 BGB., § 456 I HGB.; denn die h. G. des HaftpflichtG. ist von dem Gesetz zugrunde liegenden besonderen Tatbestand, dem Bahnbetrieb, nicht zu trennen. Die Zerlegung dieses Begriffs in seine einzelnen Merkmale, insbes. das Erfordernis, daß das Ereignis von außen auf den Betrieb eingewirkt haben muß, beweist, daß h. G. kein ein für alle Bestimmungen feststehender Begriff sein kann. Erfordert wird bei der h. G. des HaftpflichtG.:

1. ein äußeres Ereignis:

a) Hierunter ist nach der Rspr. des RG. zu verstehen ein Ereignis, das von außen auf den Betrieb eingewirkt haben muß (RG. 101, 94); die Ursachen des Ereignisses müssen außerhalb des Eisenbahnbetriebs und seiner Einrichtungen liegen (RG. 109, 173 = JW. 1925, 619), das Ereignis darf nicht durch Gefahrenquellen hervorgerufen worden sein, die innerhalb des Betriebsbereiches der Eisenbahn entspringen (RG. 104, 150 = JW. 1922, 1320).

b) Auf welches „Ereignis“ ist nun abzustellen? Im vorliegenden Fall auf das Vorwärtsdrängen der auf der Verkehrsinsel wartenden Personen oder auf den Unfall selbst, das Ansehenswerden durch einen Motorwagen der Straßenbahn? Dasjenige Ereignis ist maßgebend, das den Unfall verursacht hat

— f. obige Entsch. — Nun wird in den weitaus meisten Fällen der Unfall durch eine Reihe von Ursachen bedingt sein, hier also durch das Vorwärtsdrängen der wartenden Menge auf der Verkehrsinsel, durch das Herabdrücken des Getöteten auf das Geleise und — was wohl unterstellt werden darf — durch die Unmöglichkeit eines sofortigen wirksamen Bremsens usw. Wenn also mehrere Ursachen mitgewirkt haben, so ist für die Frage der h. G. das Ereignis maßgebend, durch das die „gesamte Ursachenreihe in Bewegung gesetzt wurde“ (RG. 109, 173 = JW. 1925, 619). In dem der letzteren Entsch. zugrunde liegenden Fall wurde eine Frau im Zug von Soldaten der belgischen Besatzung belästigt, die Frau ging in das Nebenabteil, ein Belgier schloß durch die Zwischenwand, die Frau sprang aus Angst aus dem fahrenden Zug. Das RG. hat h. G. angenommen, da die gesamte Ursachenreihe lediglich

nicht die Folge eines außergewöhnlichen Ereignisses sei, sondern eines Ereignisses, das bei dem Betriebe der Befl. regelmäßig wiederkehre und mit ihrem Betriebe im Zusammenhang stehe. Es verneint aber auch weiter, daß die Befl. den Beweis für eigenes Verschulden des Verunglückten erbracht habe. Es führt aus: Die Zeugenaussagen gingen in den entscheidenden Punkten auseinander. Nach der Aussage einiger Zeugen sei die Verkehrsinsel an der Haltestelle sehr schwach besetzt gewesen, diese Zeugen hielten es für ausgeschlossen, daß der Verunglückte gegen seinen Willen auf das Gleis hinuntergedrängt worden sein könne. Nach der Aussage anderer Zeugen dagegen sei die Haltestelle mit wartenden Fahrgästen stark besetzt gewesen, es habe daher die Möglichkeit nahegelegen, daß der Verunglückte durch die nach dem einfahrenden Wagen drängende Menge hinuntergedrängt worden sei. Ein klares Bild darüber, wie sich der Unfall zugetragen habe, habe die Beweisaufnahme nicht ergeben. Es sei auch nicht etwa ein Sachverhalt erwiesen, der mit größter Wahrscheinlichkeit dafür spräche, daß der Unfall durch eigenes Verschulden des Verunglückten entstanden sei. Vielmehr liege die Möglichkeit, daß er gegen seinen Willen von der an der Haltestelle wartenden Menschenmenge auf das Gleis gedrängt worden sei, durchaus nicht fern. Da die Ungewißheit bleibe, ob eigenes Verschulden oder Zufall oder das Eingreifen anderer Personen den Unfall verursacht hätten, habe die Befl. den ihr obliegenden Beweis nicht erbracht.

Die Rev. meint: Wenn der Verunglückte durch die Menge auf das Gleis gedrängt worden sei, dann seien bei dem vom BG. unterstellten Hergang alle Tatbestandsmerk-

durch den Schuß in Bewegung gesetzt wurde. Es konnte deshalb nicht darauf ankommen, ob das Herauspringen der Frau aus dem fahrenden Zug ein Betriebsunfall ist (s. hierzu auch die Ausführungen von Schmidt-Ernsthäuser: JW. 1925, 619). Maßgebend ist das Ereignis, das „die Ursachenreihe eröffnet hat“ (RG.: JW. 1925, 620). In unserem Fall hat das RG. also mit Recht als maßgebendes ursächliches Ereignis das Vorwärtsdrängen der wartenden Personen bezeichnet. Es kommt also auf die Tatsache an, die den Unfall ausgelöst, die den Anstoß zu dem Unfall gegeben hat.

2. ein außergewöhnliches Ereignis.

a) h. G. ist also ausgeschlossen, wenn der Unfall infolge eines Ereignisses entstand, das „wegen seiner Häufigkeit“ von dem Betriebsunternehmer „in Kauf genommen und vertreten werden muß“ (RG. 109, 173 = JW. 1925, 619). Ist der Unfall durch ein Ereignis entstanden, das mit einer gewissen Häufigkeit wiederkehrt, das also nicht außergewöhnlich ist, so kann niemals von h. G. die Rede sein. Die h. G. ist bei einem häufiger wiederkehrenden Ereignis zu verneinen, selbst wenn der Unfall unvermeidlich war, selbst wenn also die in Nr. 3 erörterte weitere Voraussetzung der h. G. erfüllt war. Ereignisse dieser Art, also keine außergewöhnlichen, sondern mit einer gewissen Häufigkeit wiederkehrende Ereignisse, sind, selbst wenn sie unvermeidlich sind, keine h. G., sondern sie sind als Betriebsgefahr nach obiger Entsch. vom Unternehmer zu vertreten. Das RG. sprach ohne nähere Begründung — sie war, da die Entsch. sich auf andere Gründe stützte, nicht geboten — in RGWarn. 1914 Nr. 122 aus, daß „das stürmische Andrängen einer die Mitfahrt beherrschenden außerordentlich großen Menschenmenge auf den Straßenbahnzug auch bei außergewöhnlichen Gelegenheiten für sich allein unter den Begriff der h. G. nicht fällt“. Das ist kein Widerspruch zu den vorerwähnten Grundsätzen. Denn Massenandrang bei außergewöhnlichen Gelegenheiten ist nur dann keine h. G., wenn nicht bloß ein außergewöhnliches, sondern nach der bei Nr. 3 erörterten weiteren Voraussetzung auch ein unvermeidbares Ereignis vorliegt.

b) Das maßgebende Ereignis ist hier nach dem oben bei 1b Ausgeführten das Vorwärtsdrängen der Wartenden, bewirkt durch den gefährlichen Andrang auf der Verkehrsinsel. Diese Tatsache hat den Unfall ausgelöst, hat den Anstoß zu dem Unfall gegeben. Es kommt nur darauf an, ob sie mit einer gewissen Häufigkeit wiederkehrt, nicht aber, ob Unfälle der vorliegenden Art sich schon öfter ereignet haben. So obige Entsch. des RG., das mit Recht die letztere Frage als unbehelflich ablehnt.

3. ein unvermeidbares Ereignis.

a) Vermeidbar ist es nur, wenn es vorausgesehen wurde oder bei Anwendung verkehrsüblicher Sorgfalt vorausgesehen werden konnte und mußte, vermeidbar ist es also nur, wenn es überhaupt voraussehbar war. RG. 104, 150 = JW. 1922, 1320 läßt „dahingestellt, ob die Nichtvorsehbarkeit des Ereignisses unter allen Umständen zu den notwendigen Merkmalen der h. G. gehört“. Mit Recht hat das RG. diese Frage aufgeworfen. Sie ist nämlich zu verneinen. Denn ein Ereignis kann voraussehbar

male einer höheren Gewalt i. S. des § 1 HaftpflichtG. gegeben. Die Einrichtung der schmalen Verkehrsinsel sei von der Beklagten nicht zu vertreten. Nach der Feststellung des BG. sei die gesamte Ursachenreihe des Unfalls durch die Gefahr, welche der lebhafteste Verkehr nicht schienengebundener Fahrzeuge auf dem Straßendamm an der anderen Seite der Verkehrsinsel für die hinteren Reihen der wartenden Fahrgäste gebildet habe, oder wenigstens durch die Vorstellung von solcher Gefahr in Bewegung gesetzt worden. Diese Ursache des Unfalls liege aber außerhalb des Bahnbetriebes und habe von der Bahn auch bei Anwendung größter Sorgfalt nicht verhindert werden können. Die Annahme, der Unfall habe ein bei dem Betriebe der Befl. regelmäßig wiederkehrendes Ereignis dargestellt, sei aus rechtsirrigem Voraussetzungen abgeleitet worden. Wenn darin eine selbständige Feststellung zu erblicken sei, so fehle ihr jede verfahrensrechtliche Grundlage. Mindestens hätte das BG. die Häufigkeit mit den Parteien erörtern müssen. Die Befl. würde dann vorgetragen und unter Beweis gestellt haben, daß ein Unfall der unterstellten Art seit dem Bestehen der Straßenbahn in A. noch nicht vorgekommen sei und daß auch ein solches Ereignis bei anderen Straßenbahnen, wenn es überhaupt vorgekommen sein sollte, der Befl. weder bekannt geworden sei noch hätte bekannt werden müssen.

Nach ständiger Rspr. des RG. (vgl. u. a. RG. 101, 45¹⁾; 104, 150²⁾; 109, 172³⁾) sind Ereignisse, die mit einer gewissen Häufigkeit wiederkehren, auch wenn sie bei der Natur des Betriebes unvermeidlich sind, nicht höhere Gewalt. Das regelmäßig wiederkehrende Ereignis, das den Unfall verursacht hat, war das bei starkem Verkehr immer wieder vorkommende Vorwärtsdrängen der auf der Verkehrsinsel wartenden Personen. Daß es hierbei nicht darauf ankommen kann, ob schon einmal ein Unfall wie der in Rede stehende an dieser oder einer anderen Haltestelle im Betriebe der Befl. vorgekommen ist, liegt auf der Hand. Ausschlaggebend ist allein die Tatsache, daß der gefährliche Andrang, der den Unfall herbeigeführt hat, bei dem Betriebe der Straßenbahn der Befl. bei starkem Verkehr sich regelmäßig wiederholt hat (vgl. RG.: SeuffArch. 48 Nr. 245).

Endlich meint die Rev., ein Verschulden des Verunglückten liege auch dann vor, wenn die Behauptungen der Kl. richtig wären. Denn wer auf besetzter Verkehrsinsel in vorderster Reihe stehe, müsse seine Stellung und Körperhaltung so einrichten, daß ihn nicht schon ein Druck von hinten vor den einfahrenden Straßenbahnzug werfen könne; und wenn der Druck so heftig gewesen sein sollte, daß ihm auch mit dieser gebotenen Vorsichtsmaßregel nicht habe begegnet werden kön-

1) JW. 1921, 395. 2) JW. 1922, 1320. 3) JW. 1925, 619.

und trotzdem unvermeidbar sein. Dagegen verlangt noch RG. 101 94 bei h. G. ein vorhersehbares Ereignis. Der Nachdruck dürfte aber nicht auf die Vorhersehbarkeit, sondern auf die Vermeidbarkeit des Ereignisses, auf seine Unabwendbarkeit zu legen sein. U. M. Seligson, HaftpflichtG., 1931, S. 118, Anm. 166, der bei h. G. fordert, daß das Ereignis nicht vorausgesehen werden konnte. Demgegenüber ist aber zu betonen: Nur ein voraussehbares Ereignis ist vermeidbar, aber nicht jedes voraussehbare Ereignis ist vermeidbar. Nur auf letzteren Umstand kommt es bei der h. G. an.

b) Unvermeidbar ist das Ereignis dann, wenn es auch „bei Anwendung äußerster Sorgfalt ohne Gefährdung des ganzen Betriebs und des wirtschaftlichen Erfolgs des Unternehmens nicht abzuwenden“ war (RG. 101, 94). Selbst wenn das Ereignis unvermeidlich war, fehlt h. G. trotzdem, wenn das maßgebende, den Unfall verursachende Ereignis (oben 1b) mit einer gewissen Häufigkeit wiederkehrt, wenn also die in Nr. 2 geforderte Voraussetzung der Außergewöhnlichkeit des Ereignisses nicht erfüllt ist. So obige Entsch. Mag auch das Vorwärtsdrängen der auf der Verkehrsinsel wartenden Personen unvermeidbar sein, so liegt trotzdem keine h. G. vor, da dieser Umstand mit einer gewissen Häufigkeit wiederkehrt. Sämtliche Voraussetzungen der h. G. müssen zutreffen. Selbst wenn die Voraussetzung der Unvermeidbarkeit vorliegt, ist trotzdem keine h. G. gegeben, wenn nicht auch eine andere Voraussetzung, die bei Nr. 2 erörterte Voraussetzung der Außergewöhnlichkeit, zutrifft.

c) Die Pflicht der Bahn zur Abwendung des schädlichen Ereignisses kann u. U. sogar zur Pflicht der Betriebseinstellung führen. RG. 101, 96 hat das noch verneint: Keine Pflicht zur

nen, dann müsse erst recht höhere Gewalt angenommen werden. Zu diesen Fragen Stellung zu nehmen, hatte das BG. jedoch keinen Anlaß, da nicht behauptet worden war, der Verunglückte habe es an der Einnahme der erforderlichen Stellung und Körperhaltung fehlen lassen. Im übrigen muß bei dem Andrängen wartender Fahrgäste immer mit der Möglichkeit gerechnet werden, daß auch starker Druck, dem der einzelne nicht widerstehen kann, ausgeübt wird, und auch das ist ein mit einer gewissen Häufigkeit wiederkehrendes Ereignis, also nicht höhere Gewalt.

(U. v. 20. Mai 1931; 6/31 IX. — Königsberg.) [5.]

3. Fracht und Expedition.

****14.** Liegt eine der Vorschr. des § 43 ZÜG. entsprechende Tatbestandsaufnahme vor, so hat der Frachtberechtigte keinen Anspruch auf Ergänzung des Tatbestandes. Ebenso wenig besteht ein Recht auf Urkundeneinsicht.†)

Die Firma K. gab 1928 der Eisenbahn in Holland einen von ihr selbst verladene offenen Bahnwagen mit Baumwollabfällen mit durchgehendem internationalen Frachtbrief zur Beförderung an die Kl., Bestimmungsstation Plauen i. B. auf. Während der Beförderung wurde in A. festgestellt, daß der Wagen in Brand geraten war. Die Ladung wurde beschädigt. Am gleichen Tage nahm die Güterabfertigungsstelle in A. darüber eine Tatbestandsaufnahme auf, der sie 4 Tage später einen Ergänzungsbericht und eine Feststellung und Abschätzung beifügte. Die Sendung wurde auf Verfügung der Kl. der Firma U. in W. ausgehändigt. Sie meldete ihre Ersatzansprüche bei der Befl. an, und diese ließ ihr eine Abschrift der Tatbestandsaufnahme zugehen, weigerte sich aber, Ersatz zu leisten. Um den Haftauschließungsgründen der Befl. entgegenzutreten und ihr ein Verschulden nachweisen zu können, fordert die Kl. Einsicht in die Tatbestandsakten und eine Ergänzung der Tatbestandsaufnahme dahin, ob Selbstentzündung des Gutes vorliege, ob und in welcher Form Funkenflug in Frage komme, ob die Einstellung des verbrannten Wagens in ursächlichem Zusammenhange mit dem Brandschaden stehe, ob die Funkenfänger der Lokomotive des eigenen und eines etwa entgegengesetzten Zuges in Ordnung gewesen seien, ob das Zugbegleitpersonal nicht durch vorschriftswidriges Rauchen den Brand verursacht habe und ob zur Verhütung des Brandes beim Löschen alle notwendigen Maßnahmen getroffen worden seien.

Die Klage wurde in allen Inst. abgewiesen.

Betriebseinstellung bei einem Schneesturm, wenn noch ein paar Stunden vorher der Betrieb ohne Störung durchgeführt werden konnte. Aber RG.: JW. 1925, 1273⁶⁾ verlangt bei einem auf keine Weise zu regelnden Massenandrang zur Vermeidung von Unfällen die vorübergehende Einstellung des Bahnbetriebes.

Die vorstehend besprochene Entsch. des RG. entspricht also im wesentlichen durchaus dem Begriff der h. G., wie ihn die bisherige Rspr. zutreffend ausgelegt hat.

RA. Dr. Weil, Ludwigshafen a. Rh.

Zu 14. Die dem RG. unterbreitete Frage in bezug auf die Auslegung des Art. 43 § 1 ZÜG. stellt eine bekannte Streitfrage dar. Sie ist neulich überwiegend in gleicher Weise wie vom RG. in der vorl. Entsch. gelöst, so vom OLG. Köln in der Entsch. vom 15. Aug. 1930: VerkRdschf. 1930, 429; v. Löning, Komm. z. intern. Eisenbahnfrachtverkehr 848 und Röder: VerkRdschf. (1929), 492. Eine Entsch. des OLG. Breslau v. 15. Aug. 1930, die EisenbE. 51, 343 abgedruckt ist, kommt ebenfalls zu gleichem Ergebnis. Aber dieses Ur. stimmt wörtlich mit dem des OLG. Köln überein, so daß es sich wohl um ein und dasselbe Ur. handelt. Der Einfender des Ur. des OLG. Breslau, Brodbeck, polemisiert (EisenbE. 51, 343) gegen diese Ansicht, ohne indessen durchschlagende Gründe dagegen vorzubringen. Namentlich das Argument, das Ur. setze sich mit RG. 67, 172, wo ausgeführt war, daß die Regelung des ZÜG. eine Ergänzung aus den allgemeinen Rechtsätzen bulde — es handelte sich um § 254 BGB. —, in Widerspruch, beweist nichts. Denn die Möglichkeit einer Ergänzung des ZÜG. durch allgemeine Normen gibt für die Frage, ob gerade Art. 43 die dort normierte Frage erschöpfend regelt, nichts her. Mit Recht weist Röder darauf hin, daß die neuen eisenbahnrechtlichen Best. die Bahn amovieren, dem Berechtigten

Das RG. versteht unter dem Begriff der Tatbestandsaufnahme in Art. 43 § 1 Abs. 1 ZÜG. v. 23. Okt. 1924 die von einem Eisenbahnbeamten hergestellte, zusammenfassende Niederschrift, in der sofort nach Entdeckung, Vermutung oder Behauptung eines teilweisen Verlustes oder einer Beschädigung des Gutes dessen Zustand und Gewicht und möglichst auch der Betrag, die Ursache und der Zeitpunkt des Schadens festgestellt worden ist. Hiervon seien die Grundlagen der Tatbestandsaufnahme, über deren Form im ZÜG. nichts vorgeschrieben sei und die nicht schriftlich zu sein brauchen, scharf zu trennen. Der Frachtberechtigte könne vor Abschluß der Tatbestandsaufnahme durch Anregung von Ermittlungen einen Einfluß auf ihre Abfassung ausüben. Sei sie aber einmal in einer den Erfordernissen des Art. 43 § 1 Abs. 1 ZÜG. entsprechenden Weise vollendet, so sei der Frachtberechtigte nur noch befugt, gem. Art. 43 § 1 Abs. 2 eine Abschrift der Tatbestandsaufnahme zu verlangen oder, wenn er deren Feststellungen nicht anerkenne, nach Art. 43 § 2 zu fordern, daß der Zustand und das Gewicht des Gutes sowie die Schadensursache und der Betrag des Schadens gem. den Ges. und Reglementen des Staates, wo die Ablieferung stattgefunden hat, gerichtlich festgestellt werde. Dagegen bestehe ein Recht auf Ergänzung der Tatbestandsaufnahme nicht. Vorliegend sei die Tatbestandsaufnahme ordnungsmäßig erfolgt, wenn darin auch eine bestimmte Feststellung der Ursache, des Betrages und des Zeitpunkts des Schadens, die nicht möglich sei, fehle. Das Fehlende habe die Bekl. aber auch durch spätere Auskünfte, soweit dies habe geschehen können, ergänzt.

Diese Ausführungen lassen keinen Rechtsirrtum erkennen. Nach der Meinung der Rev. würde die Ansicht des BG. zu dem unannehmbaren Ergebnis führen, daß die Möglichkeit für den Berechtigten, von den Feststellungen, die nur die Eisenbahn vorzunehmen in der Lage sei, für seine Beweisführung Gebrauch zu machen, von dem Zufall abhängt, ob nach Lage der Sache eine sofortige Tatbestandsaufnahme i. S. des Art. 43 § 1 Abs. 1 ZÜG. möglich gewesen sei. Das ist nicht zutreffend. Zunächst ist nicht einzusehen, warum die erforderlichen Feststellungen nur von der Eisenbahn und nicht auch von den Gerichten getroffen werden können. Überdies berücksichtigt die Rev. nicht, daß Art. 43 § 2 ZÜG. dem Berechtigten die Befugnis gibt, gerichtliche Feststellung zu verlangen, wenn er die Feststellungen der Tatbestandsaufnahme nicht anerkennt, gleichviel aus welchen Gründen dies geschehen mag. Der Standpunkt der Rev. läuft darauf hinaus, daß der Berechtigte die Wahl haben soll, ob er eine Ergänzung der Tatbestandsaufnahme durch die Eisenbahn oder durch das Gericht herbeiführen will, oder gar, daß er beide Behörden nebeneinander deswegen angehen könnte. Das wäre eine offensichtlich so unzweckmäßige Regelung, daß dafür besondere Gründe vorliegen müßten. An diesen fehlt es aber. Die Fassung der in Betracht kommenden Best. des ZÜG. spricht durchaus für die Ansicht des BG. Es liegt nichts dafür vor, daß der Eisenbahn weitergehende Verpflichtungen auferlegt werden sollten, als sie im ZÜG. ausdrücklich festgelegt worden sind. Auch wäre es mit dem Betriebe der Eisenbahn schwer verträglich, wenn sie genötigt werden könnte, über die Ursache eines Schadens, die vielfach nicht sofort festgestellt werden kann, auf Verlangen des Berechtigten unter Umständen langwierige Ermittlungen anzustellen. Daß die in Art. 43 § 1 Abs. 1 ZÜG. vorgeschriebene Tatbestandsaufnahme nicht immer für den Berechtigten eine genügende

Grundlage zur Verfolgung seiner Schadenersatzansprüche geben kann, folgt schon daraus, daß sie sofort erfolgen soll. Das haben die Vertragsparteien bei Abschluß des ZÜG. gewiß nicht verkannt. Deshalb ist gerade dem Berechtigten die Befugnis, gerichtliche Feststellung zu verlangen, eingeräumt worden. Sie setzt allerdings voraus, daß er die Feststellungen der Tatbestandsaufnahme nicht anerkennt, daß also eine Tatbestandsaufnahme vorliegt. Es mag sein, daß neben dem Schadenersatzanspruch ein Anspruch auf Tatbestandsaufnahme bestehe und daß die Eisenbahn, wenn sie sich dessen weigert, dazu im ordentlichen Rechtswege gezwungen werden kann. Es mag ferner sein, daß eine Ergänzung der Tatbestandsaufnahme vor den ordentlichen Gerichten gefordert werden kann, wenn darin ein nach Art. 43 § 1 Abs. 1 ZÜG. zu behandelnder Punkt ganz übergangen ist. Darüber bedarf es hier keiner Entsch. Denn die Tatbestandsaufnahme genügt nach der ohne Rechtsirrtum getroffenen Feststellung des BG. den gesetzlichen Anforderungen.

Der hier vertretene Standpunkt wird, soviel ersichtlich, in Schrifttum und Rspr. überwiegend geteilt. Ausscheiden müssen dabei die zu den entsprechenden Best. der E.O. geäußerten Meinungen, da die Regelung in beiden Ges. keine vollständig gleiche ist.

Auch hinsichtlich des Antrages auf Gestattung von Urkundeneinsicht ist dem BG. beizutreten. Nach seinen zutreffenden Ausführungen sind durch Art. 43 §§ 1 und 2 ZÜG. die Rechte des Frachtberechtigten vor, bei und nach der Tatbestandsaufnahme erschöpfend geregelt worden. Für die Anwendung des Art. 53 daselbst ist hiernach kein Raum. Die Voraussetzungen des § 810 BGB. liegen auch nicht vor, da die Kl. mit ihrem Antrage den Zweck verfolgt, aus den Urkunden die Unterlagen für Schadenersatzansprüche gegen die Eisenbahn zu gewinnen, in solchen Fällen aber nach der Rspr. des RG. ein rechtliches Interesse an der Urkundeneinsicht nicht anzuerkennen ist. Ebenjowenig läßt sich der Anspruch aus §§ 666, 681 Satz 2 BGB. begründen, weil die Eisenbahn bei der Aufnahme der außerhalb der Tatbestandsaufnahme errichteten Urkunden kein Geschäft für die Kl. befragt, sondern lediglich ihre eigenen Angelegenheiten betrieben hat.

(U. v. 10. Febr. 1932; 210/31 I. — Dresden.) [Ra.]

(= RG. 135, 188 ff.)

4. Reichspost.

**** 15.** § 407 BGB. Wenn die Deutsche Reichspost — oder eine ähnliche Verkehrsanstalt — eine Dienststelle damit betraut, die Zahlungen an den bisherigen Gläubiger zu bestimmen, dann genügt die Kenntnis dieser Stelle, um den Einwand aus § 407 Abs. 1 auszuräumen. Denn die Befugnis, den Schuldner bei der Erfüllung der Schuld an den bisherigen Gläubiger zu vertreten, schließt die Vertretung bei der Kenntnis vom Gläubigerwechsel ein. Ob die betr. Stelle die Befugnis hat, auf Grund der Anzeige an den neuen Gläubiger zu zahlen, oder ob sie dafür die Entscheidung einer anderen übergeordneten Dienststelle abwarten muß, hat mit der Frage der der ersten Stelle gewordenen Kenntnis nichts zu tun. Zugehen der Anzeige von der Abtretung gemäß §§ 130 ff. BGB. ist nicht

deren Gründen zurück. Es ist indessen wohl anzunehmen, daß auch in dieser Hinsicht Art. 43 eine erschöpfende Regelung als lex specialis gewährt. Die vom RG. für die Ablehnung in concreto geltend gemachten Gründe geben zugleich eine generelle Beurteilung und treffen die typische Lage. Sie schließen, wenn auch nicht alle, so doch wesentliche Motive, die den Gesetzgeber zu der getroffenen Regelung bewegt haben, in sich. Es kommt hinzu, daß die Regelung jeder Folgerichtigkeit entbehren würde, wenn neben dem Anspruch auf die Abschrift noch das viel weiter reichende Recht auf Akteneinsicht gegeben wäre. Es wäre dann unverständlich, weshalb hier das in diesem Falle durchaus nebensächliche Recht auf die Abschrift so in den Vordergrund gestellt wird.

Somit ist dem Art. des RG., das die Streitfrage für die Praxis wohl endgültig gelöst hat, durchaus beizutreten.

Prof. Dr. Hans Walzmann, Rostock.

auf dessen Verlangen eine „Abschrift“ der Tatbestandsaufnahme mitzuteilen: Hätte der Gesetzgeber gewollt, daß dem Berechtigten auch die persönliche Einsichtnahme in die Ermittlungsakten zu gewähren sei, so hätte er dies sicherlich zum Ausdruck gebracht.

Der Berechtigte hat nur das Recht auf eine Abschrift der Tatbestandsaufnahme. Da diese selbst die Voraussetzung der Absicht ist, kann er die Tatbestandsaufnahme wohl verlangen; aber wenn dieselbe den gesetzlichen Erfordernissen entspricht, hat er weitergehende Rechte nicht. Dafür gibt ihm das ZÜG. im § 2 Art. 43 das Recht auf gerichtliche Feststellung. Gerade diese Regelung zeigt, daß die Herstellung der Tatbestandsaufnahme selbst ganz der Bahn überlassen ist und daß dem Berechtigten nicht die Befugnis gewährt werden soll, in diese Tätigkeit einzugreifen. Dazu würde ein Anspruch auf Ergänzung der Tatbestandsaufnahme führen.

Das RG. weist einen Anspruch aus § 810 BGB. mit beson-

schon Kenntnis i. S. des § 407 BGB. Wann ist eine Dienststelle zur Entgegennahme von Abtretungsanzeigen befugt? Wann ist die Berufung des Schuldners auf Unkenntnis von der Abtretung trotz des ihm gewordenen Zugehens der Anzeige der Abtretung gegen Treu und Glauben?)

Der Kl. wurden von der Firma J., deren Ansprüche gegen die bekl. Deutsche Reichspost für geleistete Arbeiten zum Postbau in Z. übertragen. Gegenüber der Klage beruft sich die Bekl. auf die Zahlungen, die sie vor dem 19. Sept. 1927 an die Firma J. bewirkt hat.

Die Kl. hatte unter dem 24. März 1927 von der Postbaustelle Z., und zwar von dem mit ihr betrauten „örtlichen Bauführer“ S., eine schriftliche Auskunft über die Höhe der von J. eingereichten Rechnungen erhalten. Sie ließ sich am selben Tage die aus diesen Rechnungen hervorgehenden Forderungen schriftlich übertragen und sandte die Nachricht darüber am folgenden Tage an die genannte Postbaustelle. Bauführer S. unterstand dem „örtlichen Bauleiter“ Regierungsbaumeister K., der seinen Sitz in G. hatte. Nach der Behauptung der Kl. hat S. die Nachricht sogleich an K. gesandt und dieser sie auch zur Kenntnis genommen. Das ist bestritten; unstreitig aber, daß K. sie nicht weitergegeben hat. Mit Brief vom 23. Juni 1927 mahnte die Kl. den K. um Zahlung. Als das erfolglos blieb, wandte sie sich unter dem 8. Juli 1927 an die „Oberpostdirektion, Poststelle, Karlsruhe“. Z. gehört zur Oberpostdirektion Konstanz. Bei der Oberpostdirektion Karlsruhe hat aber der beiden gemeinschaftliche Bauposttrat seinen Sitz. Am 19. Sept. 1927 berichtete der Postbaurat darüber der Oberpostdirektion in Konstanz. Erst hiermit will die Bekl. die Kenntnis der Abtretung erlangt haben. Den anderen Dienststellen spricht sie die Vertretungsmacht, auch für den Zugang der Nachricht, ab.

Die Rev. beharrt auf der Ansicht, es genüge zur Kenntnis, wenn die Anzeige dem Schuldner zugehe, und führt weiter aus: Die Einrichtung einer Postbaustelle, die Briefbogen mit dieser Bezeichnung geführt und einen Fernsprechanschluß gehabt habe, bedeute die Aufforderung an alle, die mit dem Bau zu tun hätten, ihre geschäftlichen Erklärungen nicht unmittelbar bei der Oberpostdirektion, sondern zur Ersparnis des Rücklaufs unmittelbar bei dieser Stelle einzureichen, und verpflichte die Bekl. für die Weiterleitung der Eingänge an die zuständige Stelle Sorge zu tragen. Darauf habe sich jeder, auch der Rechtsnachfolger, verlassen dürfen. Unverzögliche Weitergabe, die schuldhaft unterblieben sei, und selbst Rückgabe der Schriftstücke mangels Zuständigkeit würde die rechtzeitige Benachrichtigung der Oberpostdirektion veranlassen haben. Die Bekl. verstoße daher durch ihren Einwand gegen Treu und Glauben.

Diese Bedenken der Rev. kommen nur in Betracht, wenn

Zu 15. Die Schuyvorschrift für den Schuldner einer abgetretenen Forderung, der in Unkenntnis von der Abtretung an den früheren Gläubiger zahlt (§ 407 BGB.), betrifft neben der persönlichen Zahlung des Schuldners auch eine solche seines Stellvertreters, die innerhalb der Vertretungsmacht liegt oder nachträglich genehmigt wird. Daß der Schuldner trotz eigener Unkenntnis von der Abtretung nicht befreit wird, wenn der zahlende Stellvertreter um diese gewußt hat, begründet das RG. damit, daß die Vertretungsmacht für die Zahlung auch zur Vertretung bei der Kenntnis ermächtige. Diese Vorstellung ist zwar nicht einwandfrei, weil das Gesetz (§ 164) eine Stellvertretung nur in der Abgabe und dem Empfang von Willenserklärungen kennt, nicht in der bloßen Kenntnis von Tatsachen. Das Ergebnis ist aber richtig und folgt unmittelbar aus § 166 Abs. 1 BGB., nach dem für die Folgen der Kenntnis eines Umstandes bei Vertretergeschäften die Kenntnis des Vertreters, nicht des Vertretenen in Betracht kommt. Dem Schuldner (Postfiskus) war daher trotz Unkenntnis der Hauptverwaltungsstelle (Oberpostdirektion), die selbst keine Zahlungen anwies, der Schutz des § 407 verlagert, wenn der Postbaurat und der zu Zahlungen bis zu 200 RM ermächtigte Regierungsbaumeister K. bei Zahlungsanweisungen an den früheren Gläubiger innerhalb ihrer Zuständigkeit um die Abtretung wußten, dagegen nicht, wenn eine Stelle davon wußte, die zu Zahlungen nicht ermächtigt war (Postbaustelle) oder von einer Zahlungsermächtigung tatsächlich keinen Gebrauch machte.

Auf Grund der Beobachtung, daß für den neuen Gläubiger auch der Schutz des unwissenden Schuldners unbillig sein kann, wollen manche beim Zugang einer Abtretungsanzeige die gleiche Wirkung bei-

und soweit die Bekl. wirkliche Kenntnis von der Abtretung in der Person des Bauführers in Z., des Bauleiters in G. und des Postbaurats in K. nicht erlangt hatte. Das RG. verneint jede Kenntnis, legt aber nicht durchweg den richtigen Maßstab an. Es stellt auf die allgemein rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht für die Bekl. ab und findet sie nur bei der Oberpostdirektion. Selbst von diesem Standpunkt hätte erörtert werden müssen, wer denn bei der Oberpostdirektion die Kenntnis haben müsse, ob unbedingt der Präsident selbst oder ob nicht die Kenntnis seiner Sachbearbeiter ausreiche. Der Postbaurat — Baureferent — gehört zu ihnen. Aber es kommt überhaupt nicht unbedingt auf die Kenntnis der allgemeinen rechtsgeschäftlichen Vertreter an. Die Bedeutung der Kenntnis besteht nach § 407 BGB. nur darin, daß der Schuldner fortan nicht mehr an den bisherigen Gläubiger mit Wirkung gegen den neuen zahlen kann. Daraus folgt, daß die Befugnis, den Schuldner bei der Erfüllung der Schuld an den bisherigen Gläubiger selbständig zu vertreten, die Vertretung bei der Kenntnis vom Gläubigerwechsel einschließt. Hat also ein Unternehmen wie die bekl. Verkehrsanstalt eine Dienststelle damit betraut, die Zahlungen an den bisherigen Gläubiger zu bestimmen, so genügt die Kenntnis dieser Stelle, um den Einwand aus § 407 Abs. 1 BGB. auszuräumen. Nach dem Erlass des Reichspostministers können die Postbauräte in gleicher Weise wie die übrigen Referenten ermächtigt werden, die Zahlungsanweisungen unter den Rechnungen und Forderungsnachweisen unter ihrer eigenen Verantwortung zu vollziehen. Die Bekl. hat demgemäß von vornherein vorgetragen, der Postbaurat in K. sei ermächtigt gewesen, die Baurechnungen im Rahmen des Anschlags bei normalem Gang der Dinge zur Zahlung anzuweisen. Sie fügte nur hinzu, er sei aber nicht berechtigt, die Oberpostdirektion in Rechtsachen, z. B. bei der Bearbeitung von Abtretungserklärungen, zu vertreten; er habe also einer Nachricht darüber nicht Folge zu leisten, sondern sie nach der Klärung des Sachverhalts und Vervollständigung der Unterlagen der Oberpostdirektion zur Entsch. vorzulegen; diese Regelung sei notwendig, weil bei der Möglichkeit mehrerer Verfügungen nur eine Stelle zuständig sein dürfe, schon weil es u. U. auf den Tag des Eingangs der Nachricht ankomme. Diese Ausführungen gelten aber der Abtretungsanzeige in ihrer Bedeutung als Zahlungsaufforderung des neuen Gläubigers. Hier handelt es sich hingegen allein darum, ob der Postbaurat die Zahlungen an den alten Gläubiger weiter bewirken lassen durfte, nachdem er vom Gläubigerwechsel unterrichtet worden war. Das ist zu verneinen. Er mochte die Frage, ob an den neuen Gläubiger gezahlt werden konnte oder ob dem andere Verfügungen über die Forderung entgegenstanden oder ob wenigstens bis zur Aushändigung der Abtretungsurkunde gem. § 410 BGB. zu warten war, der Entsch. einer anderen Abteilung der Oberpostdirektion überlassen müssen. Erkamte

legen wie der Kenntnis. Das RG. lehnt das als gescheit ab, schränkt aber den Schutz des Schuldners ein, wenn dieser eine zur Entgegennahme auf die Schuld bezüglicher Erklärungen bestimmte Nebenstelle (Postbaustelle) eingerichtet hat: der Schutz des § 407 werde dann zwar nicht schon durch Zugang einer Abtretungsanzeige bei der Nebenstelle ausgeschlossen — so nicht, wenn die von dieser ordnungsmäßig weitergegebene Anzeige durch Zufall verlorengehe —, wohl aber dann, wenn die Anzeige durch Schuld der Nebenstelle nicht zur Kenntnis des Schuldners oder seiner Zahlstellen gelange; denn der Schuldner könne sich nach Treu und Glauben auf eine von seiner Nebenstelle verschuldete Unkenntnis nicht berufen.

Es ist jedoch nicht einzusehen, weshalb der Schuldner in seiner Unkenntnis geschützt sein soll, wenn diese von ihm selbst, dagegen nicht, wenn sie von seiner Nebenstelle verschuldet ist. Die Entsch. ist deshalb m. E. nur zu halten, wenn nach Treu und Glauben selbstverschuldete Unkenntnis der Kenntnis gleichsteht. Die Begründung läßt sich dann durch entsprechende Anwendung des § 278 BGB. verstärken: solche ist in §§ 254 und 351 BGB. ausdrücklich für Fälle vorgeschrieben, in denen Hülfspersonen nicht einer Pflicht, sondern einem eigenen Interesse des Geschäftsherrn zuwiderhandeln und ihm daher keine Schadenersatzpflicht, sondern nur anderweitige Rechtsnachteile zuziehen können (Lanck-Siber § 278, 1 d, § 254, 5, § 351, 2); entsprechend wäre hier das Verschulden der Nebenstelle geeignet, zum Nachteil des Geschäftsherrn dessen Schutz gem. § 407 auszuschließen.
Prof. Dr. Siber, Leipzig.

er etwa, weil mit Rechtsangelegenheiten sonst nicht befaßt, aus einer Anzeige nicht, daß eine Abtretung vorlag, so ist es eben zu seiner Kenntnis von der Abtretung nicht gekommen. Aber sobald er um die Abtretung wußte, konnte er nicht mehr mit Wirkung gegen den neuen Gläubiger Zahlungen an den alten anweisen. Die Zahlungen, die der Postbaurat an J. angeordnet hat, nachdem er von dem Brief der Kl. vom 8. Juli 1927 Kenntnis genommen hatte, braucht die Kl. also nicht mehr gegen sich gelten zu lassen, wenigstens nicht, wenn dieser Brief dazu geführt hat, dem Postbaurat die Kenntnis zu vermitteln, was bisher nicht in Zweifel gezogen worden ist (vgl. RG. 88, 6). Auch der örtliche Bauleiter darf nach § 15 Nr. 7 PostbauD. Beträge unter 200 M in den dort näher bestimmten Fällen vorläufig zur Zahlung anweisen. Sollten solche Zahlungen im vorl. Falle durch K. nach erlangter Kenntnis von der an die Kl. bewirkten Abtretung erfolgt sein, so hätten sie demnach die Wirkung der Befl. an die Kl. ebenwomöglich getilgt. Im übrigen bestehen aber keine Bedenken dagegen, daß die Kenntnis des erwähnten Bauleiters, der sonst nichts, und die des Bauführers in J., der überhaupt nichts mit den Zahlungen zu tun hat, nicht entscheiden.

Der Gedanke, dem Schuldner den Schutz des § 407 BGB. zu versagen, wenn ihm eine Anzeige von der Abtretung gem. §§ 130 ff. BGB. zugegangen ist, läuft der Regel nach darauf hinaus, seine fahrlässige Unkenntnis der Kenntnis gleichzusetzen, und ist deshalb mit dem Inhalt des Gesetzes unvereinbar (Endemann, BGB., 8. Aufl., Bd. I, S. 879; Sellwig, Wesen und subj. Begrenzung der Rechtskraft, S. 392; Pland, BGB., 4. Aufl., § 406 Anm. 2a; Staudinger, BGB., 9. Aufl., § 407 Anm. III; vgl. auch RG. 87, 412 f. 1). Von den Vertretern jener Ansicht, die auf Bölder, Festschr. f. Degenkolb, S. 103 f. zurückgeht (vgl. Ortman, BGB., 5. Aufl., Anm. 1a; Soergel, BGB., 4. Aufl., Anm. 1; Warneher, BGB., 2. Aufl., § 407 Anm. I), wird freilich mit Recht betont, daß die strenge Durchführung des Erfordernisses der Kenntnis zu unannehmbaren Ergebnissen führen könnte. Daraus folgt aber nur, daß der Schuldner unter besonderen Umständen gegen Treu und Glauben verstoßen und deshalb nicht zu hören sein wird, wenn er seinen Erfüllungseinwand damit begründet, er habe eine ihm zugegangene Anzeige nicht oder spät zur Kenntnis genommen (vgl. Weit-Simon: JW. 1914, 725).

Das BG. geht mit Unrecht von der Rechtsansicht aus, die Voraussetzung des Zugangs sei dieselbe wie bei der Frage, ob die Befl. bei der Kenntnis von der Abtretung durch die drei von der Kl. bezeichneten Personen vertreten werde. Der Kreis der Personen oder Amtsstellen, bei denen eine Erklärung eingereicht werden kann, wird vielfach größer sein als der Kreis derer, die sonst zu Handlungen für eine Körperschaft berufen sind und deshalb, um die Handlungen zu unterlassen, für die Körperschaft Kenntnis haben müssen. Im vorl. Fall steht fest, daß die Baustelle zwar grundsätzlich nur technische Aufgaben hatte, aber immerhin auch der Ort war, wo die Bauhandwerker und -Lieferanten ihre für die Befl. bestimmten Rechnungen einzureichen hatten, damit sie dort gleich geprüft und, mit dem Prüfungsvermerk versehen, im Dienstwege an die zur Nachprüfung bestimmten Stellen und schließlich an die Oberpostdirektion weitergegeben werden konnten. Der Bestand einer solchen Einrichtung mag, selbst wenn sie eigenen Stempel führte und etwa auch einen Fernsprechanschluß besaß, nicht die Bedeutung haben, daß nun jeder, der etwas mit dem Bau zu tun hatte, aufgesordert wurde, sich ohne Rücksicht auf die Art seiner Angelegenheit an die Baustelle zu wenden, während sonst die Oberpostdirektion anzugehen war. Es fragt sich aber, ob das nicht wenigstens für Nachrichten galt, die sich auf solche vorchriftsmäßig eingereichte und womöglich der Baustelle noch vorliegende Rechnungen bezogen. Die Abtretung an die Kl. bezog sich auf Rechnungen, welche die Firma J. der Baustelle eingereicht hatte und die zum kleineren Teil bereits anerkannt waren, zum größeren Teil noch zur Prüfung vorlagen. Hätte J. selbst die Abtretung angezeigt, so läge darin offenbar eine

Berichtigung ihrer Rechnung, nämlich der damit für sich erhobenen Forderung. Aber auch wenn die neue Gläubigerin die Abtretung mitteilte, so geschah es zu dem Zwecke, die durch die Rechnung erhobene Forderung ihrer Rechtsvorgängerin hinsichtlich der Person des Forderungsberechtigten richtig zu stellen. Bei angemessener Berücksichtigung der Verkehrsbürnisse war die Baustelle hiernach auch als die Amtsstelle anzusehen, bei der eine solche Anzeige für die Befl. einzureichen war.

Der Rev. ist aber auch darin beizutreten, daß eine Körperschaft durch die Einrichtung einer Dienststelle zur Entgegennahme gewisser Schriften im allgemeinen die Gewähr dafür übernimmt, daß sie von dort alsbald im Dienstwege an die Amtsstelle gelangen, welche die Rechtsfolgen aus der Eingabe zu ziehen hat. So faßt das Volk die Einrichtung auf; sonst würde es sich ihrer nicht bedienen. Die in der Einrichtung liegende Aufforderung, sie zu benutzen, schließt deshalb auch das Versprechen ein, das darin gesetzte Vertrauen zu rechtfertigen. Der Nachweis, daß ein Eingang ohne vertretbare Mitwirkung der dazu berufenen Angestellten abhandelt gekommen sei, bevor er zur Kenntnis der Personen gelangt ist, denen die sachliche Bearbeitung obgelegen hätte, wird dadurch nicht ausgeschlossen. Aber wenn die Unkenntnis der maßgeblichen Stellen nur darauf beruht, daß die mit der Weitergabe betrauten Angestellten nicht ihre Schuldigkeit getan haben, so kann sich die Körperschaft, welche die Einrichtung geschaffen hat, nicht darauf berufen. Wenn hier also S. oder K. die Abtretungsanzeige grundlos liegengelassen hätten und die Unkenntnis des Postbaurats bei seinen Zahlungsanweisungen an die frühere Gläubigerin, im Bereich seiner Verfügungsmacht auch die Unkenntnis des K., auf ein derartiges Verhalten zurückzuführen wäre, so dürfte sich die Befl. nach dem das ganze Rechtsleben beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben der Kl. gegenüber nicht darauf berufen. Auf dem gleichen Gedanken beruht OLG. München: BayRpflJ. 1927, 64 f., wiewohl der Fall dort etwas anders gelegen hat.

(U. v. 24. Febr. 1932; 342/31 V. — Karlsruhe.) [Sch.]

5. Sorgfaltspflicht der Seebäderverwaltungen.

16. Wenn eine Gemeinde einen Strand dem Badebetrieb widmet und den Badegästen die Ausübung einer Fürsorge für ihre Sicherheit erkennenbar macht, muß sie auch alle erforderlichen Sicherheitsmaßregeln treffen.

1. In tatsächlicher Hinsicht ist den Feststellungen des BG. folgendes zu entnehmen:

a) Die bekl. Gemeinde hatte an dem Badestrand, an dem allgemein und insbes. zur Zeit des Unfalls von 100 bis 150 Personen gebadet wurde, Einrichtungen getroffen, die erkennbar der Fürsorge der Befl. für die Badegäste dienten.

So hatte sie Pfähle im Wasser angebracht und damit einen Raum zum Baden abgegrenzt; sie hatte 20 Badekabinen und ein Badehaus mit etwa 25 Zellen gehalten, deren Benutzung in das Belieben der Badegäste gestellt war. Sie hatte einen Mast mit einer Flagge angebracht; durch das Hochziehen der Flagge hatte sie jeweils angezeigt, daß gebadet werden dürfe, durch deren Niederholen dagegen ein Verbot des Badens erkennen lassen. Es waren von ihr Rettungsgeräte (Rettungsgürtel mit Leinen) bereitgestellt und Aufsichtspersonal (ein Badewärter und eine Badefrau) angestellt. Sie hatte Baderegeln an die Badegäste verteilt, die von der Badeverwaltung — vom BG. als Organ der Gemeinde bezeichnet — verfaßt waren. Die Fassung dieser Regeln wies darauf hin, daß jeder leichtsinnig Badende sich in die eigene größte Gefahr begeben. Unter a—e dieser Regeln waren aber dann Anweisungen für das Baden gegeben, die in diesem Zusammenhang die Bedeutung hatten, daß bei Einhaltung dieser Regeln die Gefahr wesentlich verringert sei. Das galt insbes. von der Anweisung, es dürfe nur während der Badezeit gebadet werden, man solle nur bis an die Hüften ins Wasser gehen und das Schwimmen überhaupt unterlassen; man solle den Anordnungen der Badefrau folgen. Die bekl. Gemeinde hatte für den Besuch der Insel unter Hinweis auf

¹⁾ JW. 1916, 426.

das Baden an diesem Teil des Inselstrandes in der Öffentlichkeit geworben, sie hatte eine verschieden abgestufte Kurlage von den Besuchern der Insel während der Sommer-Badezeit erhoben.

b) Nun tauchen, nach den Feststellungen des BG., an diesem Badestrand Unterwasserströmungen (der sog. „Sog“) auf, deren Natur und Entstehung das BG. dahingestellt läßt; ihre Wirkung besteht darin, daß die von dieser Strömung erfaßten Personen in das offene Meer hinausgezogen werden, wogegen der Einzelne machtlos ist.

An dem Unfalltage brachte das Wetter hohen Seegang; damit wurde die Gefahr dieses Sogs vergrößert. Auf der Insel F. wurde am gleichen Tage vor dem Baden gewarnt; am Badestrand der Bekl. dagegen war die Flagge hochgeblieben.

c) Die Eltern der Kl. badeten gleich 100—150 weiteren Badegästen in dem durch Pfähle abgegrenzten, für das Baden von der Bekl. freigegebenen Raume. Das BG. hält nicht für bewiesen, daß die Mutter der Kl. tiefer als bis zu den Hüften in das Wasser gegangen seien; von dem Vater der Kl. hat die Bekl. das nicht behauptet. Die Mutter der Kl. wurde von dem Sog fortgezogen; sie rief ihren in der Nähe badenden Ehemann, den Vater der Kl., zu Hilfe; er kam zu ihr, faßte sie auch an, konnte aber sie und sich nicht halten; er wurde zusammen mit ihr und einem zu Hilfe eilenden weiteren Badegast von der Unterwasserströmung erfaßt und in das offene Meer hinausgetrieben; alle drei ertranken.

2. Die Verantwortlichkeit der Bekl. für diesen Unfall, soweit er die Eltern der Kl. betrifft, hat das BG. unter Ablehnung des Rechtsgrundes des Vertrags, aus der Verletzung der Verpflichtung der Bekl. entnommen, alles zu tun, was in ihren Kräften stand, um für die Sicherheit der Badegäste zu sorgen. Die Organe der Bekl., Gemeinde- und Badeverwaltung, hätten die Erfüllung dieser Verpflichtung verabsäumt. Diese Verpflichtung selbst leitet das BG. aus der Bereitstellung der Einrichtungen, den Anordnungen und Bekanntmachungen her, deren oben Erwähnung getan ist.

Denn dadurch habe die Bekl. einen Badebetrieb, also einen besonders gearteten Verkehr, eröffnet, der ihr eben diese Verpflichtung auferlegt habe. Das, was sie an Einrichtungen, soweit sie der Sicherheit der Badegäste dienen, zur Erfüllung dieser Verpflichtung geleistet habe, habe nicht genügt. Sie habe die Gefahr jener an dem Badestrand auftretenden Unterwasserströmung gekannt. Zur Beseitigung dieser Gefahr hätten die Pfähle gedient, die den Badestrand nach der offenen See zu abgrenzten. Diese Pfähle hätten aber, um diesen Zweck zu erfüllen, mit Stricken verbunden sein müssen, die den Badegästen die Möglichkeit boten, wenn sie von dem Sog erfaßt wurden, sich festzuhalten, bis Hilfe gebracht wurde. Die Anbringung dieser Stricke habe, da sie ganz geringe Aufwendungen erfordere, der Bekl. auch zugemutet werden können. Außer dieser Sicherheitsvorkehrung hätte durch zweckmäßige Verteilung und Anweisung des vorhandenen Personals dafür gesorgt werden müssen, daß die Badegäste vor der Gefahr des Sogs gewarnt wurden, sobald diese, der Bekl. erkennbar, eintrat. Dieser Gefahrertritt sei insbes. bei besonders hochgehenden Wellen in vergrößertem Maße gegeben gewesen, der Bekl. sei dies bekannt gewesen. Dann hätten die Badegäste rechtzeitig gewarnt, es hätte insbes. die Flagge niedergeholt werden müssen, um erkennbar zu machen, daß keine Badezeit sei. In der Unterlassung dieser Anordnungen liege ein Verschulden der gesetzlichen Vertreter der Bekl.; auf ihr schuldhaftes Verhalten sei der Unfall zurückzuführen.

3. Diese Erwägungen des BG. unterliegen keinen rechtlichen Bedenken.

Nicht zu beanstanden ist vor allem der Ausgangspunkt des Urteils, die Bekl. habe durch die von ihr geschaffenen Einrichtungen einen Verkehr für Badegäste eröffnet. Es kommt dabei nicht darauf an, ob der Badestrand der Bekl. gehörte oder nicht, oder ob sie sonst ein Recht an ihm oder auf seine Benützung besaß; denn jedenfalls unterstand er ihrer Verfügung soweit, als sie darauf jene Einrichtungen getroffen hat; durch die Gesamtheit dieser Einrichtungen und Anordnungen aber hatte sie den Strand dem Badebetrieb in der von ihr gewollten und geregelten Form gewidmet und den Badegästen erkennbar gemacht, es werde eine Fürsorge für sie,

und zwar nicht bloß für ihre Bequemlichkeit, sondern gerade auch für ihre Sicherheit ausübt. Es steht im Einklang mit der ständigen Rspr. des RG., wenn das BG. in der Gesamtheit jener Einrichtungen, Regelungen und Anordnungen die Eröffnung eines besonders gearteten Verkehrs, eines Badebetriebs, durch die Bekl. erblickt, welche ihr die Pflicht auferlegt, für die Sicherheit der Badegäste, zu denen auf jeden Fall die Eltern der Kl. gehörten, nach Kräften zu sorgen. Mit Recht hat das BG. aus den getroffenen Feststellungen nicht entnommen, die Bekl. habe bloß einen schon vorher bestehenden Badebetrieb durch ihre Maßnahmen eingeschränkt; sie hat vielmehr mit der Organisation des möglicherweise auch vorher irgendwie vorhandenen Betriebes durch die von ihr getroffenen Einrichtungen und Anordnungen ihrerseits den Betrieb „eröffnet“, d. h. in dem erwähnten Umfange nunmehr von sich aus geordnet und überwacht und damit in dem erwähnten Umfange eine Fürsorgepflicht übernommen.

Nun meint die Rev., es sei nicht ersichtlich, inwiefern eine bessere Aufsicht das Unglück hätte verhindern können. Da das Fehlen von Rettungsbooten vom BG. nicht beanstandet werde, sei nur eine Rettung durch Rettungsschwimmer in Betracht zu ziehen. Die Verunglückten seien aber selbst gute Schwimmer gewesen; es sei deshalb nicht ersichtlich, wie sie durch Schwimmer vom Strand aus hätten gerettet werden können, zumal bei dem vom BG. angenommenen vorschriftsmäßigen Verhalten der Mutter der Kl. zu einer frühzeitigen Warnung oder Hilfeleistung vom Strand aus kein Anlaß bestanden hätte. Die Rev. verkennt, daß das BG. die Gesamtheit der Unterlassungen beanstandet und als ursächlich für das Unglück bezeichnet. Vor allem seine Ausführungen hinsichtlich der Taue, mit denen die Pfähle hätten verbunden sein sollen, werden durch den Angriff der Rev. überhaupt nicht berührt; sie tragen das Urteil schon allein. Ersichtlich will das BG. aber weiter sagen, eine bessere Aufsicht, die möglich und Pflicht gewesen wäre, hätte eine rechtzeitige Warnung vor dem Sog gewährleistet; denn dann hätte es nicht vorzukommen können, daß die wenigen zur Verfügung stehenden Personen durch andere gegenüber der Gefahr für Leib und Leben der Badegäste nebensächliche Beschäftigungen von der Beobachtung dieser gefährlichen Strömung und damit von einer rechtzeitigen Warnung der Badegäste sich hätten abhalten lassen. Das BG. sieht mit Recht eine schuldhafte Pflichtverletzung der Bekl. vor allem darin, daß sie nichts getan hat, ihre Badegäste rechtzeitig vor dem Eintreten der tödlichen und gefährlichen Sogwirkung zu warnen. Das Auftreten des Sogs an diesem Strande und seine Wirkung war der Bekl. bekannt; es wäre ihr möglich und zumutend gewesen, Vorkehrungen zu treffen, daß sie von dem Eintreten dieser gefährlichen Strömung jeweils rechtzeitig Kenntnis erlangte und dann die Badegäste sofort warnte. Darin ist mit dem BG. das Hauptverschulden der Bekl. zu erblicken.

4. Das BG. verneint eigenes Verschulden der Eltern der Kl.; während der Badezeit bis zu den Hüften ins Wasser zu gehen, sei nach den von der Bekl. ausgegebenen Baderegeln nicht fahrlässig gewesen. Daß die Mutter der Kl. weiter hineingegangen sei, dafür sei nichts dargetan. Sie habe sich auch in dem Raum innerhalb der Pfähle befunden. Daß sie bei stürmischem Wetter und hohem Seegang sich überhaupt ins Wasser begeben habe, sei nicht schuldhaft, solange mit ihr gleichzeitig noch 100—150 Personen dort gebadet hätten und die Badeflagge hochgeblieben sei. Der Seegang allein sei nicht gefährlich gewesen; daher habe sie mit einer besonderen Gefahr nicht zu rechnen brauchen. Daß sie, von dem Sog ergriffen, sich nicht würde retten können, habe sie nicht zu bedenken brauchen, solange die Badeflagge nach außen erkennbar gemacht habe, daß nach Ansicht der Badeverwaltung gebadet werden dürfe.

Diese Ausführungen, im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet liegend, lassen keinen Rechtsfehler erkennen. Die Rev. hat zur Prüfung anheimgegeben, ob nicht die Kl. beweispflichtig dafür seien, daß ihre Mutter in den Sog geraten sei, obwohl sie die gegebenen Best. eingehalten habe. Für eine Abweichung von den Regeln der Beweislast liegt aber nichts vor. Wenn die Rev. meint, die Unzulänglichkeit der Schutz- und Rettungsvorkehrungen sei den Eltern der Kl. ja ersichtlich

gewesen, so gilt dies jedenfalls gerade nicht von der unzureichenden Organisation des Aufsichtsdienstes mit der Folge, daß vor dem Eintritt der Sogwirkung nicht gewarnt wurde; gerade dieser Mangel der Organisation aber konnte den Badenden schwerlich erkenntlich sein. Auf ihn führt aber das BG. den Unfall wesentlich mit zurück.

(U. v. 13. April 1932; IX 19/32. — Celle.) [5.]

b) Straffachen.

Berichtet von Justizrat Dr. Drucker, Leipzig und Rechtsanwält Prof. Dr. Masberg, Berlin.

17. §§ 222, 230 StGB. Die Straßenbahndiensteten haben schon auf Grund ihrer dienstlichen Stellung die Rechtspflicht, Betriebsunfälle zu vermeiden. Dies gilt auch gegenüber einer Person, die verbotswidrig auf der falschen Seite aufgestiegen und dadurch in eine gefährliche Lage gekommen war.

Wie die Vorderrichter mit Recht angenommen haben, war der Angekl. rechtlich verpflichtet, den angetrunkenen S., der auf das linke vordere Trittbrett des vom Angekl. bedienten zweiten Anhängewagens aufgesprungen war, von dort aus nicht in den Wagen gelangen konnte und vom Angekl. nach Annahme des BG. spätestens in der Höhe der Weiche in dieser gefährlichen Lage bemerkt worden war, sofort durch geeignete Maßnahmen aus seiner Lage zu befreien, sei es durch Öffnen der verschlossenen Klapptüre, sofern dies ohne Gefährdung S.s geschehen konnte, sei es durch ein sofortiges Notsignal, durch welches das Anhalten des Straßenbahnzuges bewirkt und so ein ungefährliches Einlassen oder Absteigen S.s ermöglicht worden wäre. Eine solche Rechtspflicht ergab sich aus der dienstlichen Stellung des Angekl. ohne weiteres. Es ist Aufgabe einer jeden Bahnverwaltung, für die Vermeidung von Betriebsunfällen und für die Durchführung der diesem Zweck dienenden polizeilichen Vorschriften zu sorgen. Diese Aufgabe kann sie — von allgemeinen Maßregeln abgesehen — nur durch das im Dienst befindliche Personal erfüllen. Die in § 1 der Dienstanweisung für die Wagenführer und Schaffner ausdrücklich ausgesprochene Verpflichtung der Bahnbediensteten, das Interesse der Verwaltung und die jeder Richtung gewissenhaft wahrzunehmen und die Verletzung von Personen und Beschädigung von Material nach Möglichkeit zu verhüten, folgt derart aus der Natur des Dienstverhältnisses, daß sie auch bestehen würde, wenn sie nicht ausdrücklich vorgeschrieben wäre. Es braucht deshalb auch nicht geprüft zu werden, ob diese besondere Vorschr. — entgegen den Feststellungen — nur für die Wagenführer und die „als Wagenführer dienstleistenden“ Schaffner erlassen ist. Nur nebenbei sei bemerkt, daß eine entsprechende Best. auch in dem in den Vorderrurteilen nicht erwähnten § 7 der allgemeinen Dienstvorschriften enthalten ist. Jene Verpflichtung ist auch als selbstverständlich vorausgesetzt in den — an sich allerdings für das Publikum bestimmten — Vorschriften der Verkehrsordnung der Direktion der Stuttgarter Straßenbahn v. 1. März 1927, in der u. a. in Ziff. 1 das ortspolizeiliche Gebot des Aus- und Einsteigens auf der rechten Seite und das ortspolizeiliche Verbot des Stehenbleibens auf den Trittbrettern wiederholt und dann in Ziff. 11 bestimmt ist, daß diejenigen Fahrgäste, welche gegen die Verkehrsordnung handeln und den „nach Maßgabe der an sie ergehenden Weisungen des Dienstpersonals der Straßenbahn“ nicht Folge leisten, „nach Aufforderung des Dienstpersonals“ den Straßenbahnwagen zu verlassen haben. Daß zu den „Fahrgästen“ i. S. dieser Vorschriften auch Personen zu verstehen sind, die verbotswidrig auf der linken Seite aufgesprungen und auf dem Trittbrett stehengeblieben sind, ergibt sich aus dem Zusammenhalt der Ziff. 1 und 11 ohne weiteres. Der Angekl. war sich jener Rechtspflicht nach den Feststellungen auch bewußt.

Die Rev. macht weiter geltend, es seien zwei Dienstpflichten miteinander im Widerstreit gestanden, deren gleichzeitige Erfüllung unmöglich gewesen sei, nämlich einerseits die Verpflichtung, die Gefährdung der zahlreichen Fahrgäste des

Straßenbahnzuges, die im Falle der Anwendung der Notbremse gedroht hätte, zu vermeiden, andererseits die Verpflichtung, die Gefährdung S.s durch Veranlassung des Anhaltens zu verhüten. Auch diese Einwendung vermag der Rev. nicht zum Erfolge zu verhelfen. Während die Lage S.s, wenn sie nicht alsbald beseitigt wurde, im höchsten Grade lebensgefährlich war, hätte die Gefahr einer Beschädigung eines Fahrgastes durch rasches Bremsen des nur mit etwa 12 km Stundengeschwindigkeit fahrenden Straßenbahnzuges ferngelegen. Der Angekl. selbst hat sich auch auf eine solche Pflichtenkollision nicht berufen, vielmehr — allerdings viel zu spät — ein Notsignal gegeben. Der Grund, weshalb er seiner Pflicht nicht rechtzeitig genügt, war offenbar der Ärger über das vorschrittswidrige Aufspringen S.s, dies ergibt sich aus der von der Zeugin R. bekundeten Äußerung: „Es fällt mir nicht ein aufzumachen, steig du auf der rechten Seite ein.“

Auch im übrigen sind die Merkmale des § 222 Abs. 2 StGB. ausreichend nachgewiesen.

(1. Sen. v. 6. Nov. 1931; 1 D 568/31.)

[A.]

Bayerisches Oberstes Landesgericht.

Berichtet von 3R. Dr. Friedrich Goldschmit II, München.

1. § 77 EGV BetrD. v. 17. Juli 1928. Eine „allgemeine Vorschrift“ i. S. des Abs. 1 kann auch durch schlüssige Handlungen erklärt werden.

Der Erstrichter vermisst eine gem. § 77 Abs. 1 EGV BetrD. 1928 erlassene „allgemeine Vorschrift“. Allein in Wirklichkeit liegt diese allg. Vorschr. vor. Nach § 77 Abs. 1 a. a. D. „haben die Reisenden und das sonstige Publikum den allg. Vorschr., die von der Bahnverwaltung zur Aufrechterhaltung der Ruhe, Sicherheit und Ordnung innerhalb des Bahngebiets und im Bahnverkehr erlassen werden, nachzukommen“.

Der Wortlaut ist gegenüber § 77 der früheren EGV BetrD. v. 4. Nov. 1904 (RGBl. 387) — EGV BetrD. —, die hier von „allgemeinen Anordnungen“ gesprochen hatte, verschieden. Allein sachlich ist eine Änderung gegenüber der EGV BetrD. 1904 nicht eingetreten (vgl. Stenglein, Strafrechtl. Nebenges., 5. Aufl., Bb. II S. 472, Anm. 1a zu § 77 EGV BetrD. 1928). Infolgedessen gilt auch für § 77 EGV BetrD. 1928, was für die frühere Fassung gegolten hat, nämlich, daß eine bestimmte Form für die Kundgebung der Bahnverwaltung nicht vorgeschrieben ist und daß infolgedessen eine „allgemeine Vorschrift“ i. S. des § 77 Abs. 1 EGV BetrD. 1928 auch durch schlüssige Handlungen erklärt werden kann. Insbes. liegt in der Anbringung eines Bahnsteiggitters unverkennbar die allgemeine verbindliche Vorschr., den Bahnsteig nur durch den amtlich geöffneten Gitterdurchlaß zu betreten und zu verlassen. Dies hat schon früher das RG. in seinem Ur. vom 24. Febr. 1920: 3StB. 43, 246 dargelegt. Der Sen. schließt sich dieser — auch von Stenglein a. a. D., Bb. I S. 353, Anm. 1a zu § 77 EGV BetrD. 1904, Bb. II S. 473, Anm. 2 zu EGV BetrD. 1928, vertretenen — Anschauung an.

(BahDBG., StrSen., Ur. v. 19. Mai 1932, RevReg. II Nr. 271/32.)

*

2. Zu den Bahnhofs- und Betriebswirtschaften, die nach § 16 Abs. 5 NBahnG. ebenso wie nach § 6 Abs. 1 GewD. als Hilfsbetriebe der Eisenbahnunternehmung den Bestimmungen der GewD. nicht unterliegen und auf die deshalb nach § 27 Abs. 1 Nr. 3 GaststättG. die Vorschriften dieses Gesetzes, insbes. diejenigen über die Festsetzung und Handhabung der Polizeistunde in Gast- und Schankwirtschaften (§§ 14, 29 Nr. 6 u. 7 GaststättG.), keine Anwendung finden, gehören auch jene Bahnhofs- und Betriebswirtschaften, die nicht von der Reichsbahnverwaltung selbst durch Angestellte betrieben, sondern von Pächtern auf eigene Rechnung geführt werden. (Vgl. Michel, GaststättG., Anm. IV zu § 27; Rohmer, GaststättG., Anm. 4 zu § 27; Stenglein, Strafr. Nebenges., 5. Aufl., Anm. 7, 8 zu § 27 GaststättG.; RGSt. 58, 137; RG. : DRZ. Rspr. 1926 Nr. 966.) †

Der abweichenden Auffassung des PrDBG., daß die von Pächtern auf eigene Rechnung geführten Bahnhofs- und Betriebswirtschaften nicht zu den Hilfsbetrieben der Eisenbahnunternehmung i. S. des § 6 Abs. 1 GewD. und des § 16 Abs. 5 NBahnG. zu zählen seien (GewArch. 23, 398; 27, 176), kann der erk. Sen. (vgl. BahDBGSt. 27, 49) nicht beitreten.

Zu 2. Daß das PrDBG. mit seiner gewerberechtlichen Behandlung der Bahnhofs- und Betriebswirtschaften eine Ausnahmestellung innehat, ist schon bei der Besprechung seines Ur. v. 18. Juni 1929: 3StB. 1930, 2002

Im Gegensatz zum früheren Recht (vgl. RSt. 37, 260; RG.: GoldbArch. 71, 257; BayObLGSt. 10, 144; Dischhausen, StGB., 11. Aufl., Anm. I, 2a zu § 365; Michel a. a. O.; Stenglein a. a. O.) finden nach § 27 Abs. 1 Nr. 3 GaststättG. die Vorschriften über Hofzeitstunde auf Bahnhofswirtschaften auch dann keine Anwendung, wenn es sich um Gäste handelt, die zum nichtreisenden Publikum gehören. Insofern sind die Vorschriften des am 1. Juli 1930 in Kraft getretenen GaststättG. für den Angekl. günstiger als die am 14. Mai 1930 in Geltung gewesenen Best. des Art. I §§ 2, 4 Abs. 2 RotG. v. 24. Febr. 1923 (RGBl. I, 147); daher müssen im gegebenen Falle gem. § 2 Abs. 2 StGB. die Best. des GaststättG. angewendet werden (vgl. RG.: JW. 1931, 1967; Urt. des erk. Sen. v. 16. Febr. 1931, R II 50/31 und v. 27. April 1931, R II 185/31).

(BayObLG., StrSen., Urt. v. 5. Nov. 1931, RevReg. II 584/31.)

*

3. § 29 Nr. 5 GaststättG.; BayVd. v. 15. Dez. 1921. Zum Begriffe des Angestellten des Wirtes (Schwenker, Biermädchen). †

Die Feststellungen des angefochtenen Urteils reichen nicht aus, die Freisprechung des Angekl. von der Anklage wegen einer fortgesetzten Übertretung nach § 29 Nr. 5 GaststättG. i. Verb. m. § 4 Abs. 2 BayVd. über die Beschäftigung weiblicher Personen in Gast- und Schankwirtschaften v. 15. Dez. 1921 (GWBl. 592) zu rechtfertigen.

Dies gilt in erster Linie von der Entlohnung des Schwenkers. Er gehört nach dem festgestellten Sachverhalt zu dem Personal des Angekl. Er ist — wenn auch auf Wunsch der Kellnerinnen — von dem Angekl. eingestellt worden und wird von ihm durch Gewährung eines festen Monatslohnes von 10 RM monatlich, der vollständigen Kost und der ganzen sozialen Abgaben entlohnt; er wird auch — neben dem Schwenker der Gläser — zu allen möglichen Arbeiten des Betriebs des Angekl. als „Hausfaktotum“ verwendet. Er ist also jedenfalls Angestellter des Wirtes, wobei es unerheblich ist, ob er i. S. des für den Betrieb des Angekl. geltenden TarVertr. für das Hotel- und Gaststättengewerbe von N. zu dem „sonstigen Fach- und Hilfspersonal“ oder zu den „Lehrlingen“ oder zu dem „Aushilfspersonal“ (Ziff. III, IV, V des Lohn tariffs) oder zu dem freien, vom Lohn tarifs nicht umfaßten Aushilfspersonal zu rechnen ist. Keinesfalls gehört er zu dem mit der persönl. Bedienung der Gäste betrauten „Bedienungspersonal“.

Infolgedessen ist es unzulässig, daß dem Schwenker aus dem Verdienst der Kellnerinnen, der hauptsächlich aus dem Bedienungsgeld, dem nach § 10 des TarVertr. dem „Servierpersonal“, „persönl.“ und — abgesehen von gewissen Abzügen — „restlos“ zustehenden Bedienungszuschlag von 10% besteht, eine weitere Entlohnung (von jeder Kellnerin täglich 20—30 Sch.) zugewendet wird. Diese weitere Entlohnung, die der Angekl. mit seinen Kellnerinnen vereinbart hat, läuft als Beitrag für Aushilfspersonal des Angekl. auf einen Beitrag der Kellnerinnen zu den Kosten des Unternehmers hinaus (§ 4 Abs. 2).

Der Beitrag, den die Kellnerinnen an den Schwenker leisten, kann auch nicht als freiwilliges Trinkgeld angesehen werden, wie

festgestellt worden. Übrigens hat auch das BayObLG. selbst bereits im Urt. v. 30. Jan. 1930 (EgerEntsch. 50, 277) grundsätzlich den Standpunkt vertreten, den es in dem oben abgedr. Urt. einnimmt. Auch möge hier in Ergänzung der angef. Besprechung erwähnt werden, daß die Berufung des PrObLG. auf Hoffmanns Komm. zur GewD. nicht zutrifft; wenigstens in der 25. Aufl. dieses Komm. (1925) werden (§ 17 u. 106) die von der Auffassung des PrObLG. abweichenden Gerichtsentscheidungen usw. widerspruchlos mitgeteilt.

Wirkl. Geh. Rat Fritsch, Wiesbaden.

Zu 3. Das Urteil ist richtig. § 29 Nr. 5 GaststättG. bedroht u. a. denjenigen mit Strafe, der den auf Grund des Ges. über weibl. Angestellte in Gast- und Schankwirtschaften v. 5. Jan. 1920 erlassenen Bestimmungen zuwiderhandelt. Eine solche Bestimmung ist erlassen in § 4 Abs. 2 BayVd. über die Beschäftigung weibl. Personen in Gast- und Schankwirtschaften v. 15. Dez. 1921. Dort heißt es: „Leistungen der Angestellten, die auf einen Beitrag zu den Kosten des Unternehmers hinauslaufen, wie Bruchgeld, Puzgeld, das Halten von Zeitungen, Bestellungen von Aushilfen oder Beiträge für Aushilfs- und anderes Personal, dürfen nicht vereinbart werden.“ Daß gegen diese Bestimmung verstoßen ist, ist nach den Feststellungen des ObG. zum mindesten wahrscheinlich. Sowohl der Schwenker wie die Biermädchen sind nach dem vom ObG. festgestellten Sachverhalt als Angestellte des Wirtes anzusehen. Der Schwenker wird zu allen möglichen Arbeiten des Betriebes als „Hausfaktotum“ verwendet. Nur ein Teil seiner Tätigkeit besteht in dem Schwenken der Gläser, das übrigens nach allgemeiner Übung in Norddeutschland wie in Süddeutschland nicht Sache des Servierpersonals, sondern anderer Angestellter (Hausdiener, Gläserpüler, Papier usw.) ist. Sind Schwenker und Biermädchen Angestellte des Wirtes, so hat er sie zu entlohnen und kann nicht verlangen, daß die Kellnerinnen aus dem Bedienungsgeld dazu einen Beitrag leisten. Denn in § 10 des betr. Lohn tarifs heißt es ausdrücklich, daß das Bedienungsgeld in den Fällen, in denen es das Servierpersonal vom Gast selbst einkassiert, dem Servier-

der Erstrichter meint. Allerdings hat es der Angekl. den Kellnerinnen freigestellt, die Dienste des Schwenkers in Anspruch zu nehmen oder das Schwenken der Gläser selbst zu besorgen; wenn sie aber die Dienste des Schwenkers in Anspruch nehmen, sind sie dem Angekl. gegenüber vertraglich verpflichtet, dem Schwenker die bebungene Vergütung zu gewähren. Auch diese bedingte Vereinbarung einer Leistung für Aushilfskräfte des Unternehmers fällt unter das Verbot des § 4 Abs. 2 der Vd. v. 15. Dez. 1921. Nach dem Wortlaut und Zweck dieser Vorschrift soll offensichtlich verhütet werden, daß die Angestellten in irgendeiner Form gemeinsam mit dem Unternehmer die Kosten für anderes Personal des Unternehmers zu tragen haben. Es ist deshalb unerheblich, ob der Schwenker Arbeiten verrichtet, die nach dem TarVertr. und den Einzelarbeitsverträgen den Kellnerinnen obliegen.

Schon aus diesem Grunde muß auf die Rev. des StrL. das Ur. aufgehoben und die Sache an den Erstrichter zurückverwiesen werden. Im neuen Urteil werden auch hinsichtlich der Biermädchen weitere Feststellungen zu treffen sein.

Biermädchen sind ebenfalls Angestellte des Angekl., in gleicher Weise wie der Schwenker. Auch sie verrichten Arbeiten für den Angekl. und gewähren ihm einen Nutzen insofern, als die Tätigkeit der Biermädchen eine raschere Bedienung ermöglicht und die Einstellung weiterer Kellnerinnen erspart.

Es ist daher nur noch zu prüfen, ob die Kellnerinnen den vom Angekl. vereinbarten Beitrag von je 50 Sch. täglich an die Biermädchen aus ihrem eigenen Vermögen zu leisten haben. Dafür ist entscheidend, ob die Biermädchen ebenfalls an der Bedienung der Gäste beteiligt sind und insbes. ob deshalb von vornherein ein Teil des Bedienungsgeldes (des Zuschlags von 10%) auch für sie bestimmt ist in dem Sinne, daß der Bedienungszuschlag bestimmungsgemäß zur Entlohnung der Kellnerinnen und der Biermädchen gemeinsam verwendet werden soll. Ist dies der Fall, dann steht den Kellnerinnen ein Anspruch auf das unverkürzte Bedienungsgeld überhaupt nicht zu. Dann wenden sie den Teil des von ihnen einkassierten Bedienungsgeldes, der an die Biermädchen abzuliefern ist, gar nicht aus ihrem Vermögen auf und leisten nicht Beiträge für anderes Personal. Wenn aber die Kellnerinnen einen Anspruch auf das ganze unverkürzte Bedienungsgeld besitzen und aus dem ihnen allein zustehenden Bedienungsgeld einen Teil an die vom Angekl. angestellten Biermädchen abzuführen müssen, dann haben sie vereinbarungsgemäß in gleicher Weise wie für den Schwenker tatsächlich Beiträge für anderes Personal zu leisten. In diesem Falle käme ein Verstoß gegen § 4 Abs. 2 der Vd. v. 15. Dez. 1921 in Betracht.

(BayObLG., StrSen., Urt. v. 21. Mai 1931, RevReg. II Nr. 240/31.)

*

4. Zum Begriffe der Telegraphenanlage nach § 318 StGB. Fallen Feuerlöschmelder darunter? †

Als Telegraphenanlagen sind nach der herrschenden Meinung zu erachten „Anstalten und Einrichtungen zur Beförderung von Mitteilungen, bei denen nicht eine Person oder Sache als Träger der

personal restlos zusteht. Und nach § 11 sind Abzüge vom Bedienungsgeld (außer den sozialen Beiträgen und Lohnsteuerabzügen) unzulässig. Um einen i. S. dieser Paragraphen unzulässigen Abzug und nicht etwa um ein dem Schwenker freiwillig gegebenes Trinkgeld handelt es sich hier aber, wie die Feststellungen des Vorberrichters ergeben.

Wie das Urteil des BayObLG. richtig ausführt, sind auch die Biermädchen Angestellte des Wirtes. Es bleibt nur festzustellen, ob diese Angestellte dem Servierpersonal i. S. des § 10 des Lohn tarifs zuzurechnen sind. Da Biermädchen zum Einkassieren nicht befugt sind, scheint der Wortlaut und der Sinn dieser Tarifbestimmung dafür zu sprechen, daß die Biermädchen auch nicht an dem Bedienungsgeld beteiligt sind. Dies entspricht auch wohl der Verkehrsauffassung. In München, wo der prozentuale Trinkgelbzuschlag nicht üblich ist, gibt der Gast der einkassierenden Kellnerin ein Trinkgeld, das nach seinem Willen dieser zustehen soll, nicht etwa den Biermädchen. Will der Gast auch diese bedenken, so gibt er ein besonderes Trinkgeld. Zur weiteren Aufklärung dieser Punkte wird es aber auf die ermittelten tatsächlichen Feststellungen ankommen.

RA. Dr. Leibl, Berlin.

Zu 4. Der Entsch. ist im Ergebnis zuzustimmen. Bedenken erweckt ihre Zweifel, ob ein Feuermelder eine „Telegraphenanlage“ sei. Was hierunter zu verstehen ist, sagen weder das StG., noch das JZG. v. 14. Jan. 1928, ebensowenig das frühere TG. v. 6. April 1892/7. März 1908, noch die Motive zu beiden Gesetzen. Wenn § 1 TG. v. 6. April 1892 Vermittlung von „Nachrichten“ fordert, so schränkt er damit nur den Bereich des Regals, nicht aber den Begriff der Telegraphenanlage ein. Das gleiche gilt entsprechend von § 1 JZG. Der Wirkungsbereich des § 317 StG. geht weiter, als § 1 TG. und JZG.; er umfaßt auch Telegraphenanlagen, die nicht dem Postregal unterstehen, weil sie keine „Nachrichten“, sondern nur „Zeichen“ vermitteln. Die Entsch. verweist mit Recht auf Urteil RGSt. 19, 55 ff., das die entscheidenden Wesensmerkmale richtig kennzeichnet. Sie irrt indessen, wenn sie dem Feuer-

Mitteilung befördert wird, sondern Zeichen oder Laute zum sinnlich wahrnehmbaren Ausdruck eines Gedankens an einem Orte erzeugt und an einem anderen Orte sinnlich wahrnehmbar wiedererzeugt, nachgebildet werden" (vgl. RGSt. 19, 55 ff. und Vegr. z. GesEntw. v. 19. Okt. 1927 betr. Änderung des Ges. über das Telegraphenwesen [RVerh. 419 Nr. 3682 S. 6]). Danach fällt z. B. eine bloße Klingelanlage, auch wenn es sich um eine weite Leitung handelt, nicht unter den Begriff der „Telegraphenanlage“, weil es ihr an dem Wesensmerkmale, daß eine sinnlich wahrnehmbare Erscheinung an einem Orte hervorgerufen und an einem anderen Orte reproduziert wird, fehlt.

Das BG. hat ohne weiteres angenommen, daß die Münchener Feuermelder „Telegraphenanlagen“ seien, und über deren Einrichtung und technische Funktion nicht die geringste Feststellung getroffen. Es handelt sich aber bei der Einrichtung der Feuermelder in ihren hier maßgebenden Elementen keineswegs um etwas allgemein Bekanntes und Gemeinverständliches; es ist auch anzunehmen, daß es nicht bloß ein System solcher Melder, sondern verschiedene Systeme oder wenigstens wesentliche Abweichungen innerhalb des einen Systems gibt. Schon aus diesem Grunde konnte das Urteil nicht aufrechterhalten werden.

(BayObLG., StrSen., Urte. v. 30. Mai 1930, RevReg. I Nr. 304/30.)

Oberlandesgerichte.

a) Zivilsachen.

I. Materielles Recht.

Königsberg.

1. Eisenbahn.

1. § 833 Satz 2 BGB. Der Hund des Bahnwärters als ein dessen Beruf dienendes Haustier.

Den Bekl. zwingt sein Beruf als Bahnwärter, in einsamer, abgelegener Gegend zu wohnen, in der aus Sicherheitsgründen das Halten eines Hundes notwendig ist. Auch die Auskunft der Reichsbahndirektion bestätigt, daß bei Schrankenposten in einsamer Gegend aus dienstlichen und persönlichen Gründen das Halten eines guten und scharfen Wachhundes zum Schutze des Bahnwärters und zur Bewachung der Schrankenbude erforderlich ist, zunal die Wärter auch zum Arbeitsdienst herangezogen werden und sich des-

melder diese Wesensmerkmale ab spricht. Eine „sinnlich wahrnehmbare Erscheinung“ als „Ausdruck eines Gedankens“ braucht nicht unbedingt eine „Nachricht“ im landläufigen Sinne zu sein. Auch ein „Zeichen“ oder ein „Signal“ (Winken mit einer Hand oder eine Flagge, Trompeten- oder Trommelzeichen, der Zug am Griff oder der Druck auf den Schaltknopf einer Klingelanlage oder eines Feuermelders) sind „sinnlich wahrnehmbare Erscheinungen“ und können als solche Ausdruck eines Gedankens (z. B. „Feuer!“) sein (siehe auch Erbmayr, Anm. 2 zu § 317 StGB.). Wird ein solches Zeichen durch eine besondere „Anlage“, deren Konstruktion und Funktion (mechanisch, optisch, akustisch, elektro-magnetisch), im einzelnen gleichgültig ist, an der Empfangsstation „nachgebildet“, so liegt eine Telegraphenanlage vor. Alle drei Voraussetzungen (Erscheinung, Nachbildung und Anlage) sind bei jedem Feuermelder gegeben, wie schon der Name besagt. Auch eine Klingelanlage ist eine Telegraphenanlage im Sinne des StGB. Wenn jemand einen Klingelknopf niederdrückt, so drückt er damit normalerweise einen bestimmten Gedanken aus („Kommen!“). Das Niederdrücken des Knopfes bewirkt in der Dose die Schließung eines Stromkreises. Durch den fließenden Strom wird an Empfangsort auf elektromagnetischem Wege eine gleiche oder ähnliche mechanische Bewegung ausgelöst, die der vernehmenden Person den zum Ausdruck gebrachten Gedanken („Kommen!“) vermittelt. Welcher weiteren Hilfsmittel man sich zur Entlastung der Aufmerksamkeit bedient (Glockenzeichen, Schnarren o. dgl.), ist nebensächlich. Maßgeblich ist das Prinzip, das bei Schelle und Feuermelder das gleiche ist, wie beim Morsetelegraph. Nur dort, wo eine der drei Voraussetzungen fehlt, wo insbes. eine Nachbildung mittels einer Anlage unterbleibt, liegt keine Telegraphenanlage, sondern u. U. eine bloße Signalanlage vor (Leuchtturm, Blockanlage der Reichsbahn, Winken mit der Hand oder einer Flagge).

Beizupflichten ist der Entsch., soweit sie das Vorliegen einer „Verhinderung“ oder „Gefährdung“ des Betriebes in Frage stellt. Ein Betrieb wird verhindert, wenn der Täter einen Zustand schafft, in dem die Anlage für die gegebene Zweckbestimmung nicht benutzt werden kann; er wird gefährdet, wenn der Täter einen Zustand schafft, in dem es wahrscheinlich ist, daß die Anlage für die ihr gegebene Zweckbestimmung nicht benutzt werden kann (RGSt. 29, 246).

Beides scheint im vorliegenden Fall nicht zuzutreffen. Allenfalls erleidet der durch den Täter geschaffene Zustand vielleicht eine mißbräuchliche Benützung der Anlage durch Dritte, die ihm in dessen nicht zuzurechnen ist.

Die Notwendigkeit der Ausführungen des Urteils über den

halb zeitweise eine größere Strecke von der Dienstbude entfernen müssen. Der Hund des Bekl. diente demnach dessen Beruf als Bahnwärter, was auch mit der Rpr. in ähnlichen Fällen im Einklang steht. Der Bekl. hat seiner Aufsichtspflicht über den Hund genügt. Durch das Anlegen des Hundes an die Kette hat der Bekl. alles getan, was ihm als Hundehalter unter den gegebenen Umständen zuzumuten war. Mit einem Reizen der Kette konnte er nicht rechnen; die Schweifstange machte die Kette zum Anlegen nicht ungeeignet, weil der Bekl. damit rechnen konnte, daß diese eigentlich zum Festbinden einer Kuh bestimmte Kette auf jeden Fall der Kraft eines Hundes ausreichend widerstehen würde. Am gleichen Abend konnte der Bekl. den Hund nicht mehr verfolgen, weil das in der Dunkelheit der Nacht zwecklos war. Dadurch, daß er sich in der Frühe des nächsten Morgens auf die Nachsuche zum Vorbesitzer des Hundes begab, hat er alles nach Lage der Sache Erforderliche getan und die gebotene Sorgfalt beobachtet.

(OLG. Königsberg, 4. ZivSen., Urte. v. 7. Jan. 1932, 5 U 172/31.)

Mitgeteilt von OWR. Ermel, Königsberg.

Naumburg.

2. § 25 PrEisenbG. Umfang der Haftung von Eisenbahn und Post bei Diebstählen aus ungenügend gesicherten Eisenbahn Güterwagen, die zur Beförderung von Postsendungen dienen. †)

Der Tatbestand, aus dem die Kl. ihren Erfordernisanspruch von vornherein hergeleitet hat, war einerseits die Verabreichung der in Fahrt begriffenen Postbewagen und andererseits die durch sie nach den Bestimmungen bewirkte Entschädigung der Geschädigten. Dieser Tatbestand enthält bereits die wesentlichen Unterlagen für den Ausgleichsanspruch unter den Gesamtschuldnern. Die Bekl. sucht nun diesem Ausgleichsanspruch dadurch den Boden zu entziehen, daß sie die Identität der geschädigten Personen in Abrede stellt. Es ist nun zwar richtig, daß die Entschädigungsberechtigte nach dem PostG. der Absender ist, während der Entschädigungsanspruch aus dem EisenbG. demjenigen zusteht, der das Eigentum an der Sache oder ein sonstiges Recht daran innehat. Hier ist aber davon auszugehen, daß die Absender zugleich die Eigentümer der betreffenden Sachen waren, denn nach § 1006 BGB. wird zugunsten des Besitzers einer beweglichen Sache vermutet, daß er ihr Eigentümer sei, und diese Vermutung kann nicht dadurch beseitigt werden, daß die Kl. ohne nähere Angaben in Post und Wagen das Eigentum der Absender bestreitet.

Begriff der Fahrlässigkeit lehrt von neuem, daß über die Zusammenfassung der, das Strafrecht beherrschenden Schuldbegriffe vielfach noch Unklarheit herrscht. Die Elemente jeder strafrechtlichen „Schuld“, mithin auch der Fahrlässigkeit, sind teils psychologischer, teils normativer Art. Die Frage, ob der Täter die Vorstellung vom Erfolg seiner Handlung, insbes. der Gefährlichkeit der Lage, haben konnte, ist stets nach seinen subjektiven Fähigkeiten und Kenntnissen zu beurteilen. Erste Voraussetzung für die Vorstellungsmöglichkeit des Erfolges ist daher naturnotwendig die Kenntnis der konkreten Tatumsstände, welche zum gesetzlichen Tatbestand gehören. Soweit der Täter sie nicht kennt, sind sie ihm nicht zuzurechnen, es sei denn, daß die Handlung eine Fahrlässigkeit war, und die Unkenntnis durch Fahrlässigkeit verschuldet ist (§ 59 StGB.). Daß der Täter im vorliegenden Fall die „Eigenschaft“ eines Feuermelders, die sich schon durch seine bloße Bezeichnung allein verrät, gekannt habe, wird ernstlich kaum bezweifelt werden können. Anders verhält es sich dagegen mit den „Folgen“, die sich als „Betriebsgefährdung“ darstellen. Ist die obige Annahme richtig, daß eine Gefährdung überhaupt nicht vorliegt, so erledigt sich diese Frage von selbst, andernfalls dürfte zu erwägen sein, ob nicht hier zum mindesten ein Schuldaußschließungsgrund infolge „Unkenntnis über die Tatumsstände“ (§ 59 StGB.) vorliegt, da schon die bloße Vorstellungsmöglichkeit von einer Gefährdung doch wohl u. a. U. eine genaue Sachkenntnis über die Einzelheiten des Ablaufs der Funktion der Anlage im einzelnen Falle voraussetzt.

HA. Dr. Grave, Essen.

Zu 2. Es muß auffallen, daß es der Eisenbahnverwaltung zur Last gelegt wird, wenn sie die Diebstähle nicht gänzlich zu verhindern in der Lage war oder nicht unverzüglich nach der Vollendung des ersten Diebstahls völlig sichere Maßregeln gegen ihre Wiederholung traf. Gerade bei Umstand, daß Diebstähle aus fahrenden Zügen wegen ihrer großen Lebensgefährlichkeit für den Täter nur sehr schwer ausföhrbar und deshalb sehr selten sind, beweist, daß nach dieser Richtung hin von einer Betriebsgefahr nicht gut die Rede sein kann. Der wenig genügende, offenbar von dem Diebe vorher ausgekundschaftete Verschluß war die eigentliche Ursache oder die Gelegenheit zu den Diebstählen, und diese Tatsache geht voll zu Lasten der Post. Selbst aber wenn man mit dem Gericht den § 254 BGB. für gegeben ansehen wollte, so wäre eine entgegengesetzte Teilung des Schadens für die Eisenbahnverwaltung als das Alleräußerste zu bezeichnen.

DRegR. Kanow, Frankfurt a. D.

Die Frage, ob die Absender, deren Eigentum hier vermutet wird, auf Grund des EisenbG. einen Schadensersatzanspruch gegen die Bekl. gehabt haben, ist zu bejahen. Nach dessen § 25 haftet die Eisenbahnunternehmung grundsätzlich für einen Schaden, welcher bei der Beförderung auf der Bahn an den auf derselben beförderten Gütern entsteht. Das RG. hat nun bereits in dem angef. Urte. zutreffend auseinandergesetzt, daß der Eisenbahnbetrieb die erhöhte Gefahr einer Verabingung der in fahrenden Zügen mitgeführten Güterwagen in sich birgt. Die Schnelligkeit der Bewegung, die Schwierigkeit, eine lange Reihe miteinander verbundener Wagen auf der Fahrt dauernd zu bewachen, die beschränkten Mittel, die zur völlig sicheren Abschließung von Güterwagen zu Gebote stehen, sind alles Eigenschaften, die den entschlossenen Täter zur Verabingung unbegleiteter Güterwagen anlocken. Mit Recht weist auch das RG. auf die große Zahl derartiger Unfälle hin, aus der zu entnehmen ist, daß die gewählte Art der Beförderung die Diebstahlsgefahr allgemein begünstigt.

Als unabwendbarer äußerer Zufall kann die Verabingung der Postwagen nicht angesehen werden, denn durch die Anwendung höchster Vorsichtsmassregeln — wie die Einrichtung eines Überwachungsdienstes, die schließlich auch zur Ergreifung des Täters geführt hat — lassen sich derartige Verabingungen verhindern. Da auch ein eigenes Verschulden der beschädigten Sacheigentümer gar nicht in Frage kommt, steht ihr Entschädigungsanspruch gegen die Bekl. auf Grund des EisenbG. fest.

Was den Ausgleichsanspruch anlangt, so wird die Heranziehung des § 254 BGB. nicht dadurch ausgeschlossen, daß diese Vorschrift im Verhältnis zwischen dem geschädigten Sacheigentümer und dem Eisenbahnunternehmer nicht anwendbar ist; denn es handelt sich hier nicht um den Entschädigungsanspruch der Eigentümer gegen die Eisenbahn, sondern um den aus § 426 BGB. hergeleiteten Ausgleichsanspruch zwischen zwei Gesamtschuldnern. Es ist deshalb zu untersuchen, ob einer der beiden Gesamtschuldner den Schaden überwiegend verursacht hat. Die fraglichen Postsendungen sind durchweg durch Eisenbahngüterwagen befördert worden. Demgemäß ermahnt der Eisenbahn hinsichtlich der beförderten Sachen keinerlei Verwahrungspflicht, ihre Aufgabe erschöpft sich vielmehr in der Zurverfügungstellung der Zugkraft. Hier ergibt sich, daß die Sicherung der Postwagen oder der zu Postzwecken zur Verfügung gestellten Güterwagen Sache der Post ist. Dagegen fällt die Sicherung des gesamten Eisenbahntransportes der Eisenbahn zu. Bei der Abwägung der verschiedenen Umstände, die zum Gelingen der Diebstahle beigetragen haben, wird man nun diejenigen Umstände der Bkl. zur Last legen können, die das Erbrechen des Wagenverschlusses und das Eindringen in den Wagen erleichtert haben. Die oben erwähnte erhöhte Diebstahlsgefahr hängt dagegen mit der Eigentümlichkeit des Eisenbahnbetriebes als solchen zusammen und geht zu Lasten der Bekl. Was die Sicherung der erbrochenen Postgüterwagen anlangt, so waren diese weder von einer Aufsichtsperson begleitet noch anders als durch eine einfache Bleiplombe verschlossen. Wenn nun auch die Sicherung durch eine besondere Aufsichtsperson bei Güterwagen nicht ausführbar erscheint, so muß die Verschließung der Türen durch bloße Bleiplomben, die der Dieb mit Hilfe einer Zange ohne große Schwierigkeit während der Fahrt beseitigen konnte, als unzureichend bezeichnet werden. War auch ein vollkommen diebstahlsicherer Verschluss bei fahrenden Eisenbahnwagen nur schwerlich zu bewerkstelligen, so wären doch nach Meinung des Senates Sicherungsmittel denkbar gewesen, die der Verabingung Absicht des Täters stärkeren Widerstand geleistet hätten als die tatsächlich verwendeten Bleiplomben.

Unter Berücksichtigung aller dieser Umstände erscheint es angemessen, die Kl. zu $\frac{1}{3}$, die Bekl. aber zu $\frac{2}{3}$ an dem verursachten Schaden zu beteiligen.

(OLG. Raumburg, Urte. v. 27. April 1931, 1 U 382/30.)

Berlin.

2. Binnenschiffahrtsgesetz.

3. §§ 28, 35 BinnSchG. Ladebereitschaft des Schiffers setzt keine Prüfung des Transportgutes auf seine Eignung zur Verladung im Kahn seitens des Schiffers voraus. f)

Der Kl. verpflichtete sich, auf seinem Motorkahn von 435 t

Zu 3. Die Entsch. ist in zweifacher Hinsicht für den Binnenschiffahrtsverkehr beachtlich.

1. Die Verlager und Spediteure pflegen Makler mit der Besorgung eines Fahrzeuges zu betrauen. Dieser Makler verwendet Blankoschlussscheine, die keinen Firmenkopf tragen; der Schiffseigner verpflichtet sich, eine Ladung unter bestimmten Bedingungen zu transportieren, ohne daß sich aus dem Schlussschein ergibt, für welchen Verlager oder Spediteur. Das RG. hat offengelassen, ob in der Unterzeichnung der Urkunde vor dem Makler, also dem Makler gegenüber, und ohne Kennung des Gegenkontrahenten im Schlussschein ein Frachtvertrag bereits zustande gekommen ist, oder ob die unterzeichnete Urkunde nur Vertragsangebot des Kl., also des Schiffseigners, darstellt. Richtiger Ansicht nach liegt bereits

Ladebereitschaft für die Bekl. von D. aus eine Ladung „Kabel a. Trommeln ca. 300 t nach K. bestimmt — frei ein frei aus“ zur bedingenen Fracht von 0,80 RM für je 100 kg einzuladen. Der Schiffsmakler M., der als Vermittler die Urkunde am 5. Juli 1929 unterzeichnet hatte, sandte sie am 6. Juli an die Bekl. M. Anschließend hieß es, daß der Frachtvertrag über „ca. 300 t Kabel a. Trommeln bis 10 t schwer“ von D. nach K. laute. Die Bekl. bestätigte mit Schreiben vom selben Tage dem M. den Abschluß auf Beförderung von „ca. 290—300 t Kabel a. Trommeln im Einzelgewicht bis 10000 kg“. Auf Anweisung des Schiffsmaklers M. meldete sich der Kl. am Dienstag, dem 9. Juli 1929, mit dem Kahn bei dem Kabelwerk in D. als ladebereit. Die Bekl. unterließ jedoch die Beladung. Durch Schreiben v. 10. Juli teilte der Kl. der Bekl. mit, daß er mit dem Ablauf der Lade- und Wartezeit am 16. Juli nicht länger auf die Beladung warten werde. Der Kl. beansprucht gem. § 34 BinnSchG. Zahlung der Fehl- oder Frachtfahrt, d. h. $\frac{1}{3}$ der bedingenen 2400 RM betragenden Fracht.

Das RG. hat nach Klageantrag verurteilt.

Der Frachtführer ist an den Frachtbetrag nicht länger gebunden und befugt, von dem Absender ein Drittel der bedingenen Fracht als Entschädigung zu verlangen, wenn der Absender bis zum Ablauf der Wartezeit keine Ladung geliefert hat. § 34 BinnSchG. setzt demnach voraus, daß ein Frachtvertrag vorliegt, ferner, daß der Absender bis zum Ablauf der nach § 33 BinnSchG. zu berechnenden Wartezeit keine Ladung geliefert hat, und schließlich, daß der Frachtführer wirklich ladebereit war und dem Absender gem. § 28 BinnSchG. seine Ladebereitschaft angezeigt hat. Diese Voraussetzungen sind sämtlich gegeben. Es mag dahingestellt bleiben, ob die Aufnahme der Urkunde v. 5. Juli 1929 bereits den Abschluß des Frachtvertrages zwischen den Parteien oder nur ein Vertragsangebot durch den Kl. darstellte. Da die Bekl., der der Vermittler M. am 6. Juli 1929 die Urkunde übersandte, dieser nicht widersprach, vielmehr dieselbe durch ihr Schreiben v. 6. Juli 1929 an M. bestätigte und damit genehmigte und M. diese Genehmigung dem Kl. mitteilte, so kam auf alle Fälle damit der Frachtvertrag zustande, und zwar gemäß den Bestimmungen der Urkunde v. 5. Juli. Auch die Entsch. der weiteren Frage, ob der von M. bekundete mündliche Hinweis an den Kl. bei der Verhandlung am 5. Juli, daß die Kabeltrommeln ein Einzelgewicht bis zu 10 t aufwiesen, Vertragsbestandteil geworden sei oder nicht, ist für die Entsch. des Rechtsstreits bedeutungslos. Selbst wenn der Vertrag über die Beförderung von Kabeltrommeln im Einzelgewicht bis zu 10 t lautet, so hat der Kl. den Umstand, daß die von der Bekl. für die Beförderung bestimmten Kabeltrommeln in seinem Fahrzeug überhaupt nicht oder nicht in der von der Bekl. gewünschten Weise untergebracht werden konnten, nicht zu vertreten. Der Kl. als Schiffer, der einmal diese und einmal jene Frachtgüter in seinem Fahrzeug befördert, ist kein Sachverständiger für Kabeltrommeln, selbst dann nicht, wenn er bereits mehrfach Kabeltrommeln in seinem Schiff befördert haben sollte. Er konnte daher aus den Gewichtszangaben der Trommeln „bis zu 10 t“ keinen sicheren Rückschluß auf deren Größe und Durchmesser ziehen und erkennen, daß die Kabel in seinem Schiff nicht untergebracht werden könnten, selbst wenn es richtig sein sollte, daß ein Kabel von 10 t Gewicht stets einen Durchmesser von 3,25 m hat. Ebenso wenig war der Kl. aber auch verpflichtet, sich nach der Größe und dem Durchmesser der einzelnen Kabeltrommeln vor dem Vertragsabschluß zu erkundigen und zu ermitteln, ob diese in seinem Fahrzeug untergebracht werden könnten oder nicht. Die Bekl. hat sich nach dem Vertrage einen genauen bestimmten Kahn zum Transport ihrer Kabeln ausbedungen. Der Kl. genügte also seiner Vertragspflicht, wenn er diesen Kahn ladebereit stellte. Nur mußte der Kahn, wie in der Urkunde vorgegeben ist, eine Tragfähigkeit von 435 t besitzen. Erwiesen sich die Trommeln für den Kahn als allzu groß, so hat dies die Bekl. zu vertreten, die sich einen bestimmten Kahn ausbedungen hatte.

(RG., Urte. v. 21. Juni 1930, 12 U 14197/29.)

*

in der Unterzeichnung der Urkunde der Frachtabschluß, denn der Schiffsmakler tritt als Vertreter des Verlager auf, und der Schiffseigner soll in jedem Falle gebunden sein.

2. Die Pflichten dieses Maklers oder Prokureurs sind aber recht weitgehende. Er hat sich zu überzeugen, welchen Kahn er annimmt. Nicht jeder Kahn ist zu jeder Ladung geeignet. Er, nicht der Schiffer, kennt die Ladung, denn er hat mit dem Verlager gesprochen, ist dessen Beauftragter und muß wissen, was der Verlager sucht. Da der Prokureur an einem Hafenplatz die Schiffseigner, die dorthin fahren, meistens kennt, weiß er auch schon, an welchen Schiffseigner er sich im Einzelfall zu wenden hat. Art Fahrzeuges, Bauart und Abmessung, Persönlichkeit und Heimat des Schiffseigners sind hierbei von Bedeutung.

RM. Dr. Tony Schneider, Breslau.

Karlsruhe.

4. § 82 Ziff. 5 BinnSchG. Zum Begriff der großen Haverei. (.)

Auf Anordnung der Hafenbehörde in Rotterdam mußte der Kahn „Baden 65“ der Bechl. nach beendeter Ladung am 7. Febr. 1929 den Maashafen wegen Überfüllung verlassen. Die Schifffahrt war damals wegen des herrschenden Winterfrostes geschlossen und der Kahn wurde nach dem seawärts in Rotterdam gelegenen Waalhafen geschleppt. Mit der Behauptung, daß dies zum Schutz gegen den Winterfrost geschah, ließ die Bechl. unterm 11. Juli 1929 durch den Mannheimer Dispatcheur G. wegen großer Haverei nach § 82 Ziff. 5 BinnSchG. Dispatche aufmachen, gegen welche die Kl. als Ladungs-beteiligte Widerspruch und in der weiteren Folge Klage mit dem Antrag erhoben, den Widerspruch gegen die Dispatche für begründet zu erklären. Das LG. hat der Klage stattgegeben, weil es sich bei dem Abschleppen des Kahns nach dem Waalhafen nicht um eine Flucht aus Eisgefahr in einen Schutzhafen, sondern lediglich um die Erfüllung einer behördlichen Anordnung gehandelt habe. An sich wäre das Schiff im Maashafen ebenso sicher gelegen wie im Waalhafen. Die Voraussetzungen einer großen Haverei nach § 82 Ziff. 5 BinnSchG. seien daher nicht gegeben. Gegen das Urteil hat die Bechl. Berufung eingelegt.

Diese ist nicht begründet. Nach der Sonderbestimmung des § 82 Ziff. 5 BinnSchG. liegt eine große Haverei dann vor, wenn das Schiff wegen Eintritts des Winterfrostes gezwungen ist, einen Zwischenhafen aufzusuchen. Auch in diesem Falle müssen die allgemeinen Voraussetzungen einer großen Haverei nach § 78 des Ges. erfüllt sein, d. h. es muß eine für Schiff und Ladung gemeinsame gegenwärtige Gefahr bestehen, die hier durch Eisbildung hervorgerufen sein muß (vgl. Mittelstein in Ehrenbergs Handb. Bd. 7 Abt. I S. 345). Diese Voraussetzungen sind vorliegend mit Recht verneint. Denn es handelt sich hier nur um eine ungefährdete und geringfügige Änderung des Liegeplatzes, die veranlaßt war durch eine behördliche Anordnung. Daß das Schiff, als es nach Verlassen des Maashafens auf Strom kam, dort — wie beklagterseits jetzt behauptet wird — von

Zu 4. Ohne Zweifel war der von „Baden 65“ bezogene Hafen als ein Zwischen„hafen“ i. S. des § 82 Ziff. 5 (im Gegensatz zu § 83) ein „an das Land grenzender Teil eines Binnengewässers zu verstehen, der von dem Verfügungsberechtigten durch Herrichtung gewisser Vorkehrungen dazu bestimmt ist, Flußschiffen einen gesicherten Ankerplatz zu bieten und ihnen zum Laden und Löschen zu dienen“ (SinnG. 1906, 100). Der Zwischenhafen war auch „aufgesucht“, denn „Baden 65“ ist nicht etwa in diesem Hafen vom Frost überrascht worden, und hat ihn auch nicht nach dem Reiseplan angefahren; streitig war aber, ob das Schiff hierzu „durch den Eintritt des Winterfrostes gezwungen“ war. Die Kl. ist damit durchgebrungen, daß das nicht der Fall war, sondern daß eine „behördliche Anordnung“ und nur eine solche die „Baden 65“ hierzu veranlaßte. Allein es wäre nicht ausgeschlossen, daß gerade eine behördliche Anordnung die Voraussetzungen des Falles der Winter-Großen-Haverei schafft. So etwa im Ur. des RG. v. 8. Jan. 1910, 12 U 6593/09 (siehe vorstehende Anm.), wo es heißt:

„Es ist ganz unerheblich, ob die Gefahr unmittelbar durch Eisbildung, also durch Eisgang und Einfrieren, drohte oder ob der Winterfrost unmittelbar dadurch eine Gefahr für das Schiff verursachte, daß wegen des Frostes das Legen der Wehre in Kürze bevorstand, und damit die Gefahr drohte, daß das Schiff auf dem Grund geraten und zerbrechen konnte. Aus der Auskunft der Wasserbauinspektion Wepeln geht hervor, daß innerhalb weniger Tage das Legen der Wehre erwartet werden mußte. Die Kl. hatten keine Möglichkeit, das Legen der Wehre zu verhindern und damit den Eintritt der Gefahr zu vermeiden. Wenn also der Eintritt des Winterfrostes den Unfall gab, daß die Wehre niedergelegt wurden, so war auch die hierdurch verursachte Gefährdung der Schiffe eine Folge des Winterfrostes. In § 82 Ziff. 5 dieses Ges. ist ganz allgemein gesagt, daß große Haverei vorliegt, wenn das Schiff wegen Eintritts des Winterfrostes gezwungen ist, einen Zwischenhafen aufzusuchen. In welcher Weise der Zwang durch den Frost ausgeübt sein muß, ist im Gesetz nicht gesagt. Es ist daher kein Unfall vorhanden, nur in den natürlichen Gefahren (durch Eisgang oder Einfrieren, welche der Frost mit sich bringt) einen derartigen Zwang zu erblicken; vielmehr muß man auch in anderen, die Schifffahrt gefährdenden Umständen, welche durch den Frost herbeigeführt werden und welche der Schiffer nicht verhindern kann, einen Zwang i. S. des § 82 Ziff. 5 erblicken. Es kommt also nicht darauf an, ob zu der Zeit, als die Kl. den Hafen aufsuchten, Eisgang herrschte oder unmittelbar bevorstand, sondern darauf, ob der Eintritt des Frostweters in irgendeiner Weise — sei es dadurch, daß er die Strombauberwaltung zum Niederlegen der Wehre veranlaßte, sei es dadurch, daß er Eisgang verursachte oder die Schiffe in die Gefahr des Einfrierens brachte — eine derartige Veränderung der Schifffahrtsverhältnisse bewirkte, daß nach vernünftigem Urteil der Schiffer nunmehr eine Sachlage vor-

gegentwärtiger Eisgefahr für Schiff und Ladung bedroht war, wird schon durch die Anordnung der Behörde selbst ausgeschlossen, die in einem solchen Falle auch bei Überfüllung des Maashafens gar nicht hätte ergehen dürfen und nicht ergangen wäre. Die Behörde darf nicht das Schiff in eine unmittelbare große Haverei hinausweisen. Die Frostgefahr scheidet daher, ohne daß es der Erhebung des beklagterseits beantragten Gutachtens über die Eisverhältnisse in dem Rotterdammer Hafen bedarf, als Grund für das Abschleppen des Kahns in den Waalhafen völlig aus. Der Umstand, daß die Schifffahrt bergwärts wegen des Winterfrostes geschlossen war, ändert nichts an der Beurteilung. Der aufgesuchte Waalhafen war nicht „Zwischenhafen“ i. S. von § 82 Ziff. 5 BinnSchG., weil die Reise bergwärts eben wegen der geschlossenen Schifffahrt noch gar nicht angetreten werden konnte und tatsächlich nicht angetreten war. Der Ausbruch „Zwischenhafen“ in § 82 Ziff. 5 des Ges. ist allerdings zeitlich, nicht räumlich zu verstehen. Auch der Abgangshafen kann an sich Zwischenhafen werden i. S. von Ziff. 5 a. a. D., wenn der Schiffer nach Eintritt der Reise gezwungen wird, sie zu ändern und jetzt deshalb den Abgangshafen wieder aufsucht (vgl. Mittelstein a. a. D. S. 347). So aber lagen die Verhältnisse, wie ausgeführt, hier nicht. Die Voraussetzungen des § 82 Ziff. 5 BinnSchG. sind daher vorliegend zu Recht verneint und die Berufung der Bechl. war deshalb als unbegründet zurückzuweisen.

(OLG. Karlsruhe, Ur. v. 12. Nov. 1930, II ZBR 137/30.)

Mitgeteilt von SenPräs. Hottinger, Karlsruhe.

3. Schifffahrtsrechtliche Bestimmungen des HGB.

Hamburg.

5. §§ 611, 613, 651, 652 HGB. Die Haftung des Verfrachters aus dem Konnossement (§§ 651, 652 HGB.) oder aus dem Frachtvertrage (§ 606) ist auch dann auf den gemeinen

Handen war, welche notwendigerweise oder doch regelmäßig Schaden verursacht, und ob die Kl., um dieser Gefahr zu begegnen, genötigt waren, den Hafen aufzusuchen.“

Im Falle der „Baden 65“ war das Schiff nach erfolgter Beladung wegen Überfüllung des Maashafens in den Waalhafen während wegen Winterfrosts geschlossener Schifffahrt geschleppt worden. Die Überfüllung eines Hafens kann zu Winterzeiten verhängnisvolle Folgen haben. Die getroffene behördliche Maßnahme konnte also i. S. der eben wiedergegebenen Entsch. des RG. die Voraussetzung der Winter-großen-Haverei begründen. Es ist also nicht ohne Bedeutung, ob Frostgefahr bestand oder nicht. Auch der Umstand, daß die Behörde das Schiff hinauswies, beweist keineswegs, daß nun keine Eisgefahr bestanden hat; wäre bei der Überführung ein Schaden eingetreten, so wäre die Strombauberwaltung möglicherweise verantwortlich gewesen wegen schuldhafter Herbeiführung eines Unfalles oder — einer Gefahr i. S. des § 79 BinnSchG. — wenn man der Argumentation des Urteils des OLG. folgt: „Die Behörde darf nicht das Schiff in eine unmittelbare große Haverei hinausweisen.“ Die Schleppkosten vom Maas zum Waalhafen sind zweifellos nach § 82 Ziff. 4 BinnSchG. in großer Haverei zu verrechnen. Wäre auf diesem Transport ein Ereignis eingetreten, das seinerseits die Auffindung eines Zwischenhafens erforderlich gemacht hätte — das ist offenbar vom OLG. gemeint mit den Worten „in eine große Haverei hinausweisen“ —, so wäre dadurch der Tatbestand des § 82 Ziff. 5 nicht erfüllt.

Der aufgesuchte Waalhafen war niemals ein „Zwischen“hafen i. S. des § 82 Ziff. 5 BinnSchG. „Zwischenhafen“ kann unter Umständen der Abgangshafen sein, sogar ein Hafen, der über dem Zielhafen hinaus liegt (s. vorstehende Entsch.); aber Wesensmerkmal der im Begriff „Zwischenhafen“ enthaltenen Relativität ist, daß die Reise angetreten war, also eine Unterbrechung der Reise erfolgt. Angetreten ist die Reise aber erst, wenn das Schiff zum Zwecke desselben den Ladeplatz verlassen hat (also mehr als das Seerecht voraussetzt § 580 HGB.; OLG. 34, 398). Die Reise ist demgemäß noch nicht angetreten und vom Aufsuchen eines „Zwischenhafens“ nicht die Rede, wenn das Schiff, lediglich um Winterchutz zu finden, eine andere Liegestelle freiwillig oder unfreiwillig aufsucht. Es ergibt sich dies auch aus § 83 BinnSchG.: „Wird außer dem Fall des § 82 Ziff. 5 das Schiff genötigt, die Reise zu unterbrechen...“ Der Winter-großen-Havereifall setzt die angetretene Reise voraus. Davon ist aber im Falle „Baden 65“ keine Rede. Wäre sie nicht behördlich gezwungen worden, eine Schutzstelle aufzusuchen, so hätte sie den Ladeplatz nicht verlassen. — Das Aufsuchen einer vorgeschriebenen Schutzstelle — während das Schiff lieber im Abgangshafen geblieben wäre und die Schifffahrt im übrigen geschlossen war — ist kein Antritt, die Einnahme der Schutzstelle keine Unterbrechung der Reise.

RA. Dr. J. Schneider, Breslau.

Wert gemäß §§ 611, 613 beschränkt, wenn dem Verfrachter ein vertragliches Verschulden zur Last fällt. †)

Die Haftung des Verfrachters, der aus dem Konnossement in Anspruch genommen wird, beschränkt sich auf den Ersatz des Mindertwertes (§ 652 HGB.). Diese Bestimmung ist der Ausdruck eines allgemeinen Grundsatzes, der dahin geht, daß bei ganzlichem Verlust der Ware ebenso wie aus der Übernahme der Güter nur auf den gemeinen Wert gehaftet wird (Schaps-Mittelstein, Anm. 7 u. 8 zu § 652 HGB.). Nur wenn dem Verfrachter eine bössliche Handlungsweise zur Last fällt, tritt eine Haftung auf das volle Interesse ein (vgl. Schaps ebenda). Eine solche ist aber in der in Hamburg üblichen Auslieferung gegen Revers nicht zu sehen.

Eine andere Ansicht geht dahin, daß sich der Umfang der Haftung des Verfrachters aus dem Konnossement nach den §§ 611, 613 richtet, aber den gleichen Umfang habe wie die Haftung aus dem Frachtvertrage (Leo, Seerecht, Anm. zu § 651 a. E.). Der Verfrachter, der Güter ohne Vorlegung des Konnossements ausliefert, handelt auf eigene Gefahr, und wenn er aus diesem Grunde eine Ware dem legitimierten Konnossementeninhaber nicht ausliefern kann, so ist das ein von ihm zu vertretender Umstand, eine schuldhaftige Verletzung des in dem Konnossement abgegebenen Leistungsversprechens an den legitimierten Empfänger. Es fragt sich daher, ob der Verfrachter aus diesem Grunde über den gemeinen Wert der Ware hinaus auf das volle Interesse haftet. Diese Frage ist streitig. Schaps-Mittelstein, Anm. 3 zu § 606 führen aus, daß die §§ 611, 613 nur die allgemeine gesetzliche Haftung aus dem Frachtvertrage im Auge haben, nicht diejenige auf Grund eines besonderen Haftungsgrundes, nämlich eines vom Verfrachter zu vertretenden Verschuldens oder einer Gewährleistung, während z. B. Pappenheim im Falle des § 606 auch bei Verschulden nur die beschränkte Haftung eintreten läßt (Seerecht, Bd. 3, § 30 S. 455 f., § 55). Der ersteren Ansicht ist bereits HansDVG.: HansRZ. 1904 Nr. 43 entgegengetreten und ferner in einem Rechtsgutachten, welches das HansDVG. dem Dtsch.-Engl. GemSchGH. erstattet hat. Dort ist ausgeführt, daß das HansDVG. nach eingehender Beratung keinen Grund findet, von diesem Urteil abzuweichen (vgl. HansRZ. 1924, 139). In dieser Ansicht ist festzuhalten.

Zunächst ist auf die gleichlautende Vorschrift des § 430 Abs. 1 HGB. für das Landfrachtrecht zu verweisen. Dort ist ausdrücklich bestimmt, daß bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit Ersatz des vollen Schadens verlangt werden kann. Dadurch ist klargestellt, daß bei sonstigem vertraglichen Verschulden nur auf den gemeinen Wert gehaftet wird. Eine entsprechende Vorschrift fehlt im § 611. Der eigentliche Grund, weshalb im alten HGB. sowohl im Land- wie im Seefrachtrecht die Haftung auf den gemeinen Wert beschränkt war, lag darin, daß nach altem HGB. der Frachtführer und Verfrachter nicht nur für fahrlässiges Verhalten, sondern „bis zur höheren Gewalt“ haftete. Es war das ein Anwendungsfall des Grundsatzes, daß einer erhöhten Haftung über das Normale (Vorsatz und Fahrlässigkeit) hinaus eine Beschränkung der Haftung dem Umfange nach entspricht; vgl. z. B. §§ 701, 702 BGB., wo allerdings ausdrücklich — im Gegensatz zu § 430 HGB. — ausgesprochen ist, daß bereits bei jedem Verschulden die normale Haftung auf das volle Interesse wieder eintritt, ferner die Vorschriften des KraftB. Nicht die besondere Haftung aus dem receptum, sobald die Haftung bis zur „höheren Gewalt“ bibete also den Grund für die Beschränkung der Haftung (so auch Pappenheim, Seerecht, Bd. 3, § 30 S. 452).

Das neue HGB. hat die Haftung des Land- und Seefrachtführers zwar gemildert, indem es ihm den Beweis nachließ, daß der Verlust auf Umständen beruht, die durch die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers (Verfrachters) nicht abgewendet werden konnten. Wenn man dennoch die Beschränkung der Haftung auf den gemeinen Wert bestehen ließ, so hatte das seinen guten Grund. Damals standen Rspr. und Rechtslehre noch überwiegend auf dem Standpunkt, daß der Geschädigte stets das Verschulden des anderen Vertragspartners beweisen müsse. Gegenüber den meisten Landesrechten bedeutete die Um-

kehrung der Beweislast, wie sie in den §§ 429, 606 HGB. (vgl. auch § 831 BGB.) bestimmt ist, eine von der normalen Verteilung der Beweislast abweichende Regelung und damit im Ergebnis trotz der Milde der neuen Fassung immer noch eine Verschärfung der Haftung gegenüber den allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts. Erst allmählich hat sich in Rechtslehre und Rspr. der Grundsatz ausgebildet, daß jeder, der eine Sache auf Grund eines entgeltlichen Vertrages in Obhut hat (Mieter, Verwahrer, Unternehmer beim Werkvertrage) und der die Sache nicht oder in beschädigtem Zustande zurückliefert, die Beweislast dafür hat, daß diese Beschädigung nicht auf Umständen beruht, die er zu vertreten hat, indem man den § 282 BGB. auf alle diese Fälle anwandte.

Bei dieser Entwicklung des Rechts begründet jetzt die Regelung der Beweislast in den §§ 429, 606 HGB. keine Sonderstellung des Frachtführers und Verfrachters gegenüber dem bürgerlichen Recht. Aber das kann nicht dazu führen unter Anwendung des Grundsatzes cessante ratione legis, cessat lex ipsa nun die §§ 429, 611 dahin auszuliegen, daß jetzt die Haftung auf das volle Interesse eintritt. Denn dieser Grundsatz kann nur dann angewandt werden, wenn die Lebensverhältnisse die Anwendung des Gesetzes überflüssig gemacht haben, nicht aber, wenn durch eine Änderung der Rspr. die Beweggründe des Gesetzgebers für eine bestimmte gesetzliche Regelung fortgefallen sind. Pappenheim S. 452 Anm. 3 weist darauf hin, daß diese Regelung der Schadenshaftung getroffen ist, obwohl vor Erlass des Gesetzes darauf hingewiesen ist, daß sie nicht mehr gerechtfertigt sei.

Im vorl. Falle kommt noch folgendes hinzu. Die Haftung der Bekl. wird auf das Konnossement gestützt. Nach deutschem Recht haftet der Verfrachter ohne Rücksicht auf ein Verschulden für die Waren, deren Ablieferung in gleicher Menge und Qualität er versprochen hat, und zwar auch dann, wenn er die Ware gar nicht übernommen hat. Es handelt sich hier um eine sehr weitgehende Gewährleistungshaftung. Dieser weitgehenden Haftung steht das englisch-amerikanische Recht und der Brüsseler Entwurf von 1922 gegenüber, der in Art. III S. 4 ausdrücklich bestimmt, daß das Konnossement lediglich eine Vermutung begründet, daß der Verfrachter die Güter in der beschriebenen Menge, Beschreibung und Beschaffenheit übernommen hat, daß aber der Gegenbeweis zulässig sei.

Solange diese darüber hinausgehende Gewährleistungshaftung im deutschen Recht besteht, scheint es aber angebracht, die Haftung des Verfrachters aus dem Konnossement dem Umfange nach zu beschränken. Somit kann der Schaden, der hier geltend gemacht wird, nicht schon deshalb von dem Verfrachter verlangt werden, weil er bei der Auslieferung an die Firma T. schuldhaft gehandelt hat.

Auch RG. 107, 213 steht den hier entwickelten Grundsätzen nicht entgegen. Dort ist lediglich ohne nähere Begründung ausgeführt, daß der aus dem Konnossement hergeleitete Anspruch wegen verlorener Güter über die Erstattung des bloßen Sachwerts hinausgehen kann, und im übrigen handelt es sich darum, ob die Bekl. mit ihrer Verpflichtung zum Ersatz des gemeinen Werts in Verzug gekommen war und aus diesem Grunde über den gemeinen Wert hinaus haftet.

Man kann auch nicht einwenden, daß es sich hier um einen Verzögerungsschaden handelt, der nicht unter § 611 fällt. Wenn nur für die Verzögerung nicht für Verlust und Beschädigung Ersatz zu leisten ist, dann bleibt das Maß des Schadens in der Regel hinter dem Wert der Ware zurück. Wenn aber, wie hier, neben dem gemeinen Wert noch der Verzögerungsschaden ersetzt verlangt wird, so wird mehr als der gemeine Wert verlangt, und das ist nach § 611 nicht zulässig.

Weber aus dem Konnossement noch aus dem Frachtvertrage — wenn die Rechte aus dem letzteren überhaupt von dem Empfänger geltend gemacht werden können — läßt sich der Anspruch der Kl. begründen.

(OLG. Hamburg, 2. ZivSen., Urte. v. 27. Mai 1930, Bf II 150/30.)
Mitgeteilt von OLG. Dr. Prochowick, Hamburg.

*

sache nicht durch eine Auslegung der in ihrer Fassung durchaus nicht eindeutigen Vorschriften hätte Rechnung getragen werden können, wie dies bei Schaps geschehen ist. Ich glaube nicht, daß in diesem Falle die Anrufung des Gesetzgebers erforderlich ist, um das geltende Recht entgegen der früheren Übung in Einklang zu bringen mit den Prinzipien, die sich aus der Praxis der Gerichte hinsichtlich der Beweislast ergeben. Immerhin haben wir es hier mit einer Rspr. zu tun, welche ihre Stütze nunmehr in zwei Urteilen und einem Gutachten des HansDVG. findet und von der Literatur wohl überwiegend gebilligt wird. Das Gutachten des HansDVG. (HansRZ. 1924, 139) stellt fest, daß ein Ausspruch des RG. über diese Frage noch nicht vorliegt, und das Urteil hat durchaus recht, wenn es ausführt, daß aus der Entsch. RG. 107, 213 für die Entsch. dieser Frage nichts entnommen werden könnte. Bei der praktischen Bedeutung derselben ist zu hoffen, daß das RG. einmal Gelegenheit hat, seine Ansicht über diesen Teil der Konnossementslehre (welches, wie Wüstenbörfers S. 435 ausführt, „an kasuistischer Zersplitterung“ leidet) auszusprechen.

RA. Dr. Seeba, Königsberg.

Zu 5. Die Entsch. beschäftigt sich mit einer bereits seit längerer Zeit bestrittenen Frage. Sie gibt die Rspr. und Literatur ziemlich vollständig wieder. Hinzuzufügen wäre jedoch auf die grundsätzlichen Ausführungen von Wüstenbörfers, Studien zur modernen Entwicklung des Seefrachtvertrags II S. 430 ff. Wüstenbörfers meint, daß die Frage, welche hier streitig ist, sich nicht mit apodiktischer Gewißheit beantworten lasse. Seine Äußerung S. 432 Nr. 2: „hätten vollends diejenigen recht, die heute die Haftungsbeschränkung der §§ 611 ff. auch für den Fall der Verschuldung gelten lassen wollten.“ weist anscheinend darauf hin, daß Wüstenbörfers diese Frage für zweifelhaft hält. Bei Besprechung der Skripturhaftung (S. 434) meint er allerdings in Anm. 2, daß die subsidiäre Verschuldenshaftung aus § 485 HGB., § 278 BGB. auf das volle Interesse bestehen bleibe. Das Urteil weist zudem mit Recht darauf hin, daß der Rechtsgrund der eingeschränkten Haftung bei der heutigen Entwicklung der Lehre von der Beweislast nicht mehr anerkannt werden könnte. Fraglich allerdings ist es, ob dieser Teil-

6. §§ 614, 623 HGB. Pfandrecht des Verfrachters. Durch die Abstempelung von Konnossementen und Liefer scheinen mit dem Stempel „Ausliefern“ verliert der Verfrachter nicht das Pfandrecht. †)

Zur Erfüllung von Kaufverträgen hat die Firma E. den Kl. je einen von der bekl. Maklerfirma ausgestellten Lieferscheine angeben. Gegen Aushändigung dieser Lieferscheine haben die Kl. den Kaufpreis für die Ware an die Firma E. bezahlt. Um die Auslieferung der Ware zu erreichen, haben die Kl. aber außerdem je § 83,16 zahlen müssen, weil die bekl. die Lieferscheine inzwischen gesperrt hatte und die Auslieferung der Ware von der Zahlung dieses Betrages für rückständige Fracht — die von der zahlungsunfähigen Firma E. nicht erhalten war — abhängig machte. Die Kl. verlangen mit der gegenwärtigen Klage die Erstattung jener anteiligen Frachtzahlung. Sie berufen sich auf die Tatsache, daß die Lieferscheine von der bekl. auf der Rückseite mit dem Stempel „Ausliefern“ versehen seien, daß der Kl. zu 2 übergebene Lieferscheine zudem den Vermerk „Fracht bezahlt“ trage. Sie meinen, in der Abstempelung der Lieferscheine liege nach Handelsbrauch das Versprechen, jedem legitimierten Präsentanten der abgestempelten Urkunde die darin bezeichneten Waren unter Verzicht auf das gesetzliche Pfandrecht vorbehaltlos auszuhandigen. Die Zahlung auf rückständige Fracht sei daher von den Kl. ohne rechtlichen Grund geleistet. Die bekl. bestreitet das Bestehen eines Handelsbrauches des behaupteten Inhalts.

Das OLG. hat die Kl. zu 1 abgewiesen und den Anspruch der Kl. zu 2 zuerkannt.

Aus dem Wortlaut des Stempels „Ausliefern“ läßt sich der von der Kl. behauptete Verzicht auf das Pfandrecht an der Ware um so weniger herleiten, als die Lieferscheine den Vermerk tragen: „Es gelten die Klauseln und Bedingungen des Original-Konnossements“.

Auch die Umstände, unter denen der Auslieferungstempel erteilt zu werden pflegt, rechtfertigen nicht den Schluß, daß die bekl. durch Erteilung des Stempels auf das Pfandrecht wegen rückständiger Fracht habe verzichten wollen. Es mag den Kl. zugegeben werden, daß die Erteilung des Auslieferungstempels durch den Reeder oder seinen Vertreter nicht nur eine formelle Prüfung hinsichtlich der Vollständigkeit der vorgelegten Dokumente, der Identität der in ihnen bezeichneten Waren, der Legitimation des Präsentanten usw. zur Voraussetzung hat, sondern daß vor der Abstempelung in aller Regel auch eine Kontrolle der Zahlung der Fracht erfolgt und daß die Erteilung des Auslieferungstempels trotz rückständiger Fracht mit einer Kreditierung der Fracht an den Präsentanten des Originaldokumentes verbunden zu sein pflegt. Aber wenigstens dies Vorgehen es im Regelfalle praktisch unnötig macht, zum Zwecke der Befriedigung etwa noch bestehender Frachtsprüche das Pfandrecht an der auszuliefernden Ware geltend zu machen, so ergibt sich daraus keineswegs, daß die Erteilung des Stempels einen verbindlichen Verzicht auf die rechtliche Möglichkeit zum Ausdruck bringt, notfalls doch von dem Pfandrecht Gebrauch zu machen.

Zu 6. Von jeher ist man sich über die Schwierigkeiten klar gewesen, die die praktische Durchführung des Zug-um-Zug-Verfahrens bei der Ablieferung der Güter seitens des Verfrachters mit sich bringen muß. Diese Schwierigkeiten haben bereits den Grund dafür abgegeben, daß das gesetzliche Pfandrecht des Verfrachters ungeachtet seines Ursprungs aus einem bloßen Zurückbehaltungsrecht nicht mit dem Verlust des Besitzes der Güter erlischt und auch deren Ablieferung nach Maßgabe von § 623 Abs. 2 HGB. überdauert. Die moderne Entwicklung der Verkehrsverhältnisse, die den Umfang der zu bewirkenden Ablieferungen und das Bedürfnis ihrer möglichst schnellen Erledigung gleichermaßen gesteigert hat, hat auch jene Schwierigkeiten dementsprechend vergrößert. Das Abstempelungsverfahren sucht sie in der Art zu verringern, daß der Inhaber des Konnossements es zunächst einem Vertreter des Reeders, gewöhnlich dem Schiffsmakler, vorlegt und von ihm auf Grund erfolgter Prüfung durch die Abstempelung als legitimierter Empfänger anerkannt, dem Schiffer aber oder der Reverwaltung, in deren Hand sich die auszuliefernden Güter befinden, auf diese Weise die Legitimationsprüfung sowie die Berechnung und Einziehung der Fracht usw. erspart wird. Dieses Verfahren scheint seine Aufgabe im allgemeinen zur Zufriedenheit aller Beteiligten zu lösen. Gegenstand einer Streitfrage ist aber, ob in der Abstempelung des Konnossements oder des auf das Konnossement erteilten Lieferscheins ein Verzicht auf das gesetzliche Pfandrecht zu erblicken ist. Die vorliegende Entsch. bejaht dies in Übereinstimmung mit der 1914 ergangenen des 5. Sen. betreffs des lediglich den Stempel „Ausliefern“ tragenden Lieferscheins nur für den Fall, daß ein entsprechender Handelsgebrauch besteht, erachtet aber das Bestehen eines solchen auch für die Gegenwart nicht als festgestellt. Eine Veränderung hat sich seit der früheren Entsch. nur insofern vollzogen, als diese sich auf übereinstimmende Äußerungen aller befragten Sachverständigen stützen konnte, seither aber die Ansichten der Interessentengruppen sich geschieben haben, und jetzt nur noch die Vertreter der Reeder und der Schiffsmakler die Existenz des bezeichneten Handelsgebrauchs in Abrede stellen. Er ist aber nicht nur wegen der noch bestehenden

Eine derartige Folgerung läßt sich auch nicht aus der Tatsache ziehen, daß die Hamburger Reverwaltung Waren nur gegen Vorlegung abgestempelter Konnossemente oder Lieferscheine ausliefert. Durch die Aufstellung dieses Erfordernisses sucht sich die Reverwaltung gegenüber Ansprüchen der Reeder und der sie vertretenden Makler zu sichern, über die Rechtsbeziehungen zwischen den letzteren und den Inhabern abgestempelter Dokumente befragt sie nichts.

Zur Stützung der von den Kl. vertretenen Rechtsauffassung bleibt demnach nur die Möglichkeit, daß der Handelsbrauch der Erteilung des Auslieferungstempels durch den Reeder oder Makler eine Bedeutung heimißt, die ihr nach dem Wortlaut des Stempels und nach den Umständen seiner Erteilung an sich nicht innewohnt. Die in dieser Hinsicht angestellten Ermittlungen haben insoweit Klarheit geschaffen, daß dem Akt der Abstempelung durch den Reeder oder Makler in der Praxis bei Lieferscheinen keine andere und jedenfalls keine weitergehende Bedeutung beigemessen wird als bei Konnossementen, so daß in dieser Beziehung alle Erwägungen, die für die Abstempelung von Konnossementen zutreffen, unbedenklich auf den vorliegenden Fall übertragen werden dürfen.

Die von den Kl. vertretene Rechtsauffassung bezüglich der Bedeutung des von der bekl. auf die Lieferscheine gesetzten Stempels wäre nur dann berechtigt, wenn sich feststellen ließe, daß eine derartige Abstempelung nach hiesigem Handelsbrauch zum Ausdruck bringt, daß der Aushändigende nur mit dem konnossementmäßigen Empfänger die Abwicklung der Zahlungsgeschäfte an Fracht usw. vornehmen und unter Verzicht auf das gesetzliche Pfandrecht an den Gütern jedem legitimierten Präsentanten der abgestempelten Urkunden die darin bezeichneten Waren vorbehaltlos auszuhandigen will. Diese Frage hat das erkennende Gericht wiederholt beschäftigt. Die weiter zurückliegenden Entsch. — HansOz. SpHl. 1874 Nr. 152; 1883 Nr. 108; 1884 Nr. 9; 1888 Nr. 20; 1895 Nr. 26 — enthalten keine eindeutigen positiven Feststellungen des strittigen Handelsbrauches, wenngleich sie für sein Bestehen verwendet werden. Das Ur. des 2. Sen. v. 15. Juni 1912: HansOz. 1912 Nr. 127 befaßt sich in erster Linie mit der Frage, welche Papiere der Käufer beim Kauf Kasse gegen Dokumente beanspruchen kann, insbes. ob ihm sämtliche Konnossementsduplikate angeben werden müssen. Es ist dort allerdings auch versucht, die Frage zu klären, welche Bedeutung nach Auffassung des Handelsverkehrs die Abstempelung eines Ordrekonnossements durch den Schiffsmakler habe. Die von dem Gericht gehörten Sachverständigen haben die hier interessierende Frage aber keineswegs einheitlich beantwortet, insbes. ist aus ihren Äußerungen nicht zu entnehmen, daß die Abstempelung einen unbedingten und unanfechtbaren Anspruch auf Auslieferung der Ware gewähre. Wenn daher in den Gründen jenes Ur. der fragliche Handelsbrauch festgestellt wird, so geschah das anscheinend weniger auf Grund der Gutachten als mit Rücksicht auf die dort angeführte Literatur.

Ein Ur. des 6. Sen. v. 17. März 1914, Bf VI 409/13 vertritt denselben Standpunkt ohne weitere Begründung. Auch dort handelte es sich bezüglich dieses Handelsbrauches nur um einen Nebenpunkt.

Der 5. Sen. hat daher in der Sache Bf V 132/13 erneut ein-

Meinungsverschiedenheit nicht feststellbar, sondern, wie die Entsch. mit Recht hervorhebt, namentlich auch deshalb, weil in den von der Hk. herbeigeführten Äußerungen der am Verkehr beteiligten Kreise nur deren Ansichten und Interessen zum Ausdruck gelangt sind, es aber an jedem Beleg für eine dem Inhalt des behaupteten Handelsgebrauchs entsprechende, tatsächliche Übung fehlt. Eine solche kann auch darin nicht gesehen werden, daß der Käufer das ihm vom Verkäufer angegebene, abgestempelte Konnossement zum vollen Werte einlöst, ohne wegen möglicherweise auf der Ware noch lastender Fracht einen Vorbehalt zu machen. Denn das Verfahren des Käufers läßt sich zur Genüge daraus erklären, daß das mit ihm verbundene Risiko tatsächlich zu gering ist, um ausschlaggebend ins Gewicht fallen zu können. Wenn aber vor dem Erwerb abgestempelter Konnossemente von den Reflektanten vielfach bei den Reedern oder den Schiffsmaklern Erkundigungen betreffs der etwa auf den Waren noch ruhenden Frachtsprüche eingezogen werden (vgl. auch die Äußerungen der Sachverständigen in HansOz. SpHl. 1914, 262 f.), so spricht dies deutlich gegen das Bestehen des strittigen Handelsgebrauchs. Und in dem gleichen Sinne ist es zu verstehen, wenn, wie im vorl. Falle auf dem Lieferschein der Kl. zu 2, neben dem Stempel „Ausliefern“ der Vermerk „Fracht bezahlt“ erscheint: Er wäre vollkommen überflüssig, wenn schon die Abstempelung schlechthin den Verzicht auf die Verfolgung von Frachtsprüchen gegen den legitimierten Inhaber des Lieferscheins nach Handelsgebrauch bedeuten würde.

Ist somit der vorl. Entsch. durchaus beizupflichten, so muß es ferner auch als unwahrscheinlich bezeichnet werden, daß ein Handelsgebrauch des in Rede stehenden Inhalts vorerst zur Entstehung gelangen werde. Die von dem Verein Hamburger Reeder geltend gemachten Erwägungen sind völlig durchschlagend, und es ist nicht einzusehen, warum die Reeder das Risiko auf sich nehmen sollten, das bei Bestehen des strittigen Handelsgebrauchs mit der Abstempelung für sie verbunden wäre.

Geh. RA. Prof. Dr. Max Pappenheim, Kiel.

gehenden Sachverständigenbeweis erhoben und Inhaber erster Firmen aus den Kreisen der Importeure und Makler gehört. Sie haben das Bestehen des behaupteten Handelsbrauches übereinstimmend verneint, worauf das Gericht die auf die Behauptung dieses Handelsbrauches gestützte Einrede des Bekl. durch Ur. v. 10. Juli 1914 verworfen hat (HansGZ. 1914, 264).

Hat ein solcher Brauch aber damals nicht bestanden, so hätten die Kl. dazun müssen, daß und wodurch sich seither ein derartiger Verkehrsbrauch entwickelt haben sollte. Ein in den H&Mitt. 1920 Nr. 7 abgedr. Gutachten befaßt darüber nichts, weist im Gegenteil am Schluß darauf hin, daß Bestrebungen bestanden haben, die durch die ergangenen Gerichtsentfch. entstandene Unsicherheit durch Schaffung neuer Formulare für den Raiteilschein zu beseitigen. Dazu ist es jedoch nicht gekommen. Ein Aufsatz in der Hafenerkehrsztg. v. 20. April 1928 stellt ausdrücklich fest, daß über die Tragweite der Konnossementsabstempelung die Meinungen noch außerordentlich weit auseinandergingen. Es wird ausgeführt, daß die Reedereien die Widerruflichkeit des Auslieferungszersprechens verträten, was jedoch im Interesse des Handels nicht wünschenswert sei.

Das Fehlen einer einheitlichen Auffassung und Rechtsüberzeugung der beteiligten Kreise wird auch durch das Ergebnis der Ermittlungen bestätigt, die in dem gegenwärtigen Verfahren durch die Kl. angestellt worden sind. Allerdings haben die Fachvereine des Warenhandels, des Speditionsgewerbes und der Banken das Bestehen des von den Kl. behaupteten Handelsbrauches übereinstimmend bejaht. Zur Stützung dieser Auffassung weist der Warenverein darauf hin, daß bei Andienung eines abgestempelten Konnossements durch den Verkäufer der Käufer das Dokument stets zum vollen Wert einzulösen pflege, ohne seinerseits Vorbehalte für den Fall zu machen, daß etwa noch Frachtrückstände auf der Sendung ruhen sollten. Der Verein Hamburger Speditoren meint, die entgegenstehende Ansicht würde in allen am Warenhandel beteiligten Kreisen zu den unheilvollsten Verwirrungen führen. Dadurch würde der Charakter des Konnossements als Traditionspapier derartig verwässert werden, daß sich niemand mehr darauf einlassen könnte, Waren mittels Konnossements zu erwerben.

Andererseits wird das Bestehen eines Handelsbrauches des behaupteten Inhalts von den Vertretungen der Reeder und Schiffsmakler verneint. Die Vereinigung Hamburger Schiffsmakler und Schiffsagenten weist in ihrer Äußerung darauf hin, daß Firmen, welche abgestempelte Konnossemente zu erwerben beabsichtigen, vielfach vorweg bei der Reederei bzw. bei dem Schiffsmakler rückfragen, ob auf der Ware noch Frachtsprüche ruhen. Der Verein Hamburger Reeder führt aus, daß eine Bejahung des streitigen Handelsbrauches zwingend dazu führen müsse, daß keine Reederei oder Makler irgendein Konnossement noch abstempeln würde, ohne gleichzeitig Barzahlung der Fracht zu fordern; jeder, der an einer glatten Abwicklung des Verkehrs ein Interesse habe, müsse zugeben, daß ein solches Vorgehen außerordentliche Ersparungen für den Handel bringen würde.

Angeichts dieser widersprechenden Auffassungen der beteiligten Kreise läßt sich das Bestehen des von den Kl. behaupteten Handelsbrauches nicht feststellen. Namentlich fehlt es an jedem Nachweis von Fällen, in denen sich das Bestehen des angeblichen Handelsbrauches praktisch erwiesen hätte, in denen also Makler oder Reeder in Anerkennung der angeblichen Verkehrsbräute mit Rücksicht auf den von ihnen erteilten Auslieferungstempel gegen ihr eigenes Interesse auf die Ausübung des ihnen gesetzlich zustehenden Pfandrechtes verzichtet hätten. Dabei ist zu berücksichtigen, daß sich ein Handelsbrauch nicht bildet durch die von gewissen Interessentengruppen vertretenen Ansichten und erstrebten Übungen, sondern daß seine Entstehung die unter durchgehender Zustimmung und Rechtsüberzeugung aller beteiligten Kreise einheitlich vertretene Anschauung und geübte Geschäftsbehandlung erfordert.

Der von der Kl. zu 2 erworbene Lieferschein trug den Vermerk der Bekl. „Fracht bezahlt“. Dieser Vermerk kann nach Treu und Glauben nicht anders aufgefaßt werden als ein ausdrücklicher Verzicht auf die Geltendmachung von Ansprüchen auf Frachtkosten gegen den legitimierten Inhaber des Lieferscheines. Die Kl. zu 2 hat daher die streitige Zahlung ohne rechtlichen Grund geleistet und ist berechtigt, deren Erstattung zu fordern.

(OLG. Hamburg, 6. Zivilsen., Ur. v. 14. Jan. 1932, Bf VI 233/31.)
Mitgeteilt von OLG. v. der Decken, Hamburg.

Zu 7. Den Ergebnissen der Entsch. ist zuzustimmen. Sie halten in allen Punkten die Linie der Mpr. des RG. ein.

Die Kl. führt nebeneinander drei verschiedene Gesichtspunkte für ihre Ansprüche an. Erstens, daß die Beamten der Wasserstraßenverwaltung hätten Unterstau eintreten und trotzdem die Durchschleusung vor sich gehen lassen. Zweitens, daß sie die Schleusenanlage nicht frei von Hindernissen gehalten hätten. Drittens, daß das Wasserbauamt in Frankfurt es unterlassen habe, durch allgemeine polizeiliche Vorschrift die Ladetiefe herabzusetzen. Wir müssen diese Gesichtspunkte nacheinander für sich betrachten.

I. Die klagende Schifffahrtsgesellschaft sieht in allen drei Rich-

Frankfurt a. M. 4. Reichswasserstraßen.

7. Art. 131 RVerf.; PrBeamtHaftpfG.; § 39 SchiffahrtspolWD.; §§ 823 ff. BGB. Die Verwaltung der Reichswasserstraßen erfolgt in der mittleren und unteren Instanz durch die Landesbehörden. Amtspflichtverletzungen des Schleusenpersonals. Die Verpflichtung, die Wasserstraßen in einem verkehrsfähigen Zustand zu erhalten, ist privatrechtlicher Natur. †)

Die Kl. fordert vom preuß. Staat Schadenersatz wegen Beschädigung eines ihr gehörigen Rahnes bei der Bergfahrt in der Schleuse Mainkur infolge pflichtwidrigen Verhaltens der Beamten des Bekl.

Sie behauptet, das Aufgrundgeraten des Rahnes beruhe entweder auf einem starken Absinken des Staues im Unterwasser der Schleuse unter den Normalstau oder darauf, daß sich im Schleusenkanal und in der Schleuse größere Hindernisse befunden hätten. Eine Amtspflichtverletzung des Schleusenpersonals bzw. der sonst für die Sicherheit des Schifffahrtsverkehrs verantwortlichen Beamten des Bekl. aber liege einmal darin, daß sie das Unterwasser der Schleuse Mainkur nicht mindestens auf Normalstau gehalten und trotz vorhandenem erheblichen Unterstau die Durchschleusung vorgenommen, sowie darin, daß sie die Schleusenanlage nicht frei von Hindernissen gehalten hätten. Auch stelle es eine Amtspflichtverletzung dar, daß das Wasserbauamt in F. trotz der Anregung einer Reederei, es unterlassen habe, mit Rücksicht auf den niedrigen Wasserstand des Mainis die Ladetiefe allgemein unter 2,30 m herabzusetzen. Beide Instanzen haben abgewiesen.

Den geltend gemachten Schadenersatzanspruch leitet sie aus einer Amtspflichtverletzung der für die Schleuse Mainkur verantwortlichen Beamten der Wasserstraßenverwaltung her. Es ist zwar davon auszugehen, daß der Bekl. für eine Amtspflichtverletzung dieser Beamten gemäß Art. 131 RVerf., PrBeamtHaftpfG. einzustehen hat, obwohl der Main lt. Staatsvertrag v. 29. Juli 1921 (RGBl. 962) Reichswasserstraße geworden ist und die Beamten der Wasserstraßenverwaltung somit Hoheitsrechte des Reichs ausüben. Denn die Verwaltung der Reichswasserstraßen erfolgt in der mittleren und unteren Instanz durch die Landesbehörden (vgl. §§ 11, 12, 22 des Staatsvertrages und § 2 des Nachtragsvertrages vom 18. Febr. 1922 (RGBl. 3, 222)), und die hier tätigen Beamten werden von den Ländern, im vorliegenden Fall von dem Bekl., und zwar nur für ihren Dienst, ernannt. Der Anstellungsakt aber entscheidet darüber, in wessen Diensten ein Beamter steht und wer deshalb für seine Amtsverfehen zu haften hat (vgl. RG.: JW. 1927, 2203; 1929, 2820). Einer Haftung des Bekl. wegen eines Amtsvergehens eines seiner Beamten, zu denen auch die auf Privatdienstvertrag angestellten Personen, sofern sie in Ausübung öffentlicher Gewalt tätig werden, gehören, steht auch nicht der Umstand entgegen, daß die Kl. Niederländerin ist, da mit den Niederlanden die Gegenseitigkeit gemäß § 7 PrBeamtHaftpfG. verbürgt ist (RGBl. 29, 1).

Der Anspruch der Kl. scheitert aber daran, daß sie nicht den Nachweis zu erbringen vermocht hat, daß für die Havarie ihres Rahnes ein pflichtwidriges, eine Amtspflichtverletzung darstellendes Verhalten eines preussischen Beamten ursächlich war.

Zwar würde es eine Amtspflichtverletzung des Schleusenpersonals darstellen, wenn durch sein Verschulden Unterstau in der Schleuse eingetreten sein sollte oder wenn es trotz erheblichen Unterstaus die Durchschleusung vorgenommen hätte; denn es handelte hierbei ähnlich wie die Zwangslotsen in Ausübung öffentlich-rechtlicher Gewalt.

Jedoch läßt die Tatsache allein, daß trotz der Vorschrift, nach Möglichkeit Überstau zu halten, in dem wasserarmen Sommer 1929 die Stauhöhe im Unterwasser der Schleuse Mainkur vorübergehend unter den Normalstau von 2,50 m gesunken ist, noch nicht auf eine Pflichtwidrigkeit des Schleusenpersonals schließen. Denn eine solche läge nur dann vor, wenn sie dieses Absinken hätten verhindern können. Dies war nicht möglich.

Wenn es auch nach der SchiffpolWD. für den kanalisierten Main v. 3. April 1925 in erster Linie Sache des Schiffers ist, sich über den Wasserstand mittels des Schleusenpegels zu unterrichten und danach mit Rücksicht auf den Tiefgang seines Schiffes seine Maßnahmen zu treffen, so würde in dem Durchschleusen bei vor-

tungen einen Anspruch aus Amtspflichtverletzung als gegeben an. Das OLG. begrenzt indes wie auch das RG. den Bereich, innerhalb dessen die Wasserstraßenverwaltung in Ausübung öffentlicher Gewalt handelt, enger. Nicht dazu rechnet nämlich das RG. die Maßnahmen der baulichen Unterhaltung der Wasserstraßen. Es leitet daher die Haftung für Mängel in ihr aus einem besonderen privatrechtlichen Rechtsprinzip her (davon unter II). Als Handlungen der öffentlichen Gewalt erkennt das RG. dagegen alle nach außen über den inneren Dienstbetrieb hinausgehende Tätigkeit derjenigen Beamten an, „welchen die Leitung des Schifffahrtsverkehrs im Kanal und seiner Schleusen an höherer oder untergeordneter Stelle über-

handenem Unterbau dann ein Verschulden des Schleusenpersonals liegen, wenn dieses bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte erkennen müssen, daß das Durchschleusen mangels genügenden Staus mit Gefahr für den Schleppezug verbunden war. Davon kann jedoch im vorliegenden Fall keine Rede sein.

Nun behauptet die Kl. weiter, daß sich im Schleusenkanal Hindernisse (Steine) befunden hätten und der Kahn über diese ge-

rakt habe. Auf diese Behauptung braucht jedoch schon deshalb hier nicht näher eingegangen zu werden, weil die Verpflichtung, die Wasserstraßen in einem verkehrssicheren Zustand zu erhalten, privatrechtlicher Natur ist und ihre Vernachlässigung daher nicht eine Amtspflichtverletzung zu begründen vermag (vgl. Holz-Kreuz-Schlegelberger, Wasserrecht, § 133 Anm. 4; RG. 106, 339¹⁾; 128, 358²⁾), sondern nur die Haftung des Unterhaltungsspflichtigen

1) JW. 1922, 1579.

2) JW. 1930, 1941.

tragen ist, welche die allgemeinen den Schiffsverkehrsregelnden Anordnungen zu erlassen oder im einzelnen die zur Sicherung des Kanals und seiner Einrichtungen wie des Schiffsverkehrs erforderlichen Maßregeln zu treffen und durchzuführen haben" (RG. 105, 99), d. h. also einmal die unmittelbar dem Verkehr dienenden Betriebs- handlungen, nämlich die Tätigkeit der Zwangsloten (RG. 86, 117; 111, 375; JW. 1927, 2203²¹⁾; 1930, 1938⁹⁾, nicht dagegen die Beamteter, aber freiwillig angenommener Lotsen, wie der des Hamburger Hafens: RG. 114, 197 = JW. 1926, 2294 und HansOV., HansRZ. 1919, 243 Nr. 80) und der Schleusenwärter beim Öffnen und Schließen der Schleusentore (RG. 105, 99), sodann aber auch die Maßnahmen der Wasserpolyzei zur Sicherung des Verkehrs (davon zu III). Das DLG. rechnet mit Recht auch die Sorge für die Erhaltung der Stauhöhe und die Durchführung der Durchschleusung unter die Betriebs- handlungen. Die Unterscheidung zwischen diesen Handlungen und denen der baulichen Unterhaltung dürfte hinreichend klar zu ziehen sein. Sie ist auch in der Natur der Sache begründet. Denn die Erfüllung der Unterhaltungspflicht im Wasserrecht (ebenso im Wegerecht) läßt sich nicht ohne Zwang als Ausübung öffentlicher Gewalt auffassen.

Daß das DLG. die Verantwortung dem preuß. Staate, nicht dem Reich auferlegt, entspricht der ständigen Anspr. des RG., wonach für Amtspflichtverletzungen nicht die Körperschaft haftet, deren Hoheitsrechte der Beamte ausübt, als deren Organ er tätig wurde, sondern diejenige, in deren Dienst er steht, d. h. die ihn angestellt hat. Dieser Standpunkt darf heute wieder als ganz befestigt gelten, nachdem die Unklarheit beseitigt ist, die durch das die gegenteilige Rechtsprechung kritisiert haben. Es wäre freilich rechtskonstruktiv einwandfreier und logischer konsequenter, bei der Bestimmung des haftenden Verbandes nicht auf die Anstellung sondern die Natur der Handlungen von Personen, die öffentlichen Gewalt üben, ohne Beamte zu sein, den Ausschlag geben muß (RG. 104, 263 = JW. 1924, 48). Aber der 3. Sen. des RG. hat in der erneuten eingehenden Begründung seines Standpunktes (RG. 125, 11 = JW. 1929, 2820³⁾) nicht ohne Grund auf den Wortlaut des Art. 131 WVerf. („in dessen Dienst“) und dessen Zusammenhang mit dem § 4 PrStHaftG. v. 1. Aug. 1909 hingewiesen, der für die Tätigkeit der kommunalbediensteten auch in Ausführung der staatlichen Aufträge Angelegenheiten stets die Gemeinde haften läßt, in deren Dienst sie stehen. Ferner ist es aber für den Rechtsuchenden immer noch viel leichter festzustellen, von wem das handelnde Organ angestellt, als wessen Hoheitsrecht es ausgeübt hat. Das muß für die Billigung dieses Standpunktes den Ausschlag geben, da zwischen den öffentlichen Körperschaften ja ein interner Ausgleich Platz greifen kann. Einen Mangel auch dieses Standpunktes enthüllt freilich gerade die vorl. Entsch. Die Kl. muß ihren Anspruch, soweit er auf Amtspflichtverletzung gestützt ist, gegen Preußen richten. Soweit er indes nach der Auffassung des DLG. und des RG. auf Vernachlässigung der Unterhaltungspflicht gründet, haftet das Reich und die Kl. wird daher hier mit diesem Klagegrunde wegen mangelnder Passivlegitimation zurückgewiesen. Sie hätte also von vornherein auch Klage gegen das Reich erheben müssen, weil sie ja nicht wissen konnte, ob das Gericht den Anspruch wegen Verschens des Schleusenpersonals oder baulicher Fehler der Schleusenanlage zuspochen würde. Diese Situation hat aber vom Standpunkt des Rechtsuchenden etwas höchst Unbefriedigendes; folgte man der anderen Auffassung, so würde sie vermieden sein.

II. Was den zweiten Grund anlangt, auf den die Klage sich stützt, die Vernachlässigung der Unterhaltung des Schleusenkanals, so gründet das DLG. die Haftung in Übereinstimmung mit dem RG. hier nicht auf Amtspflichtverletzung, sondern auf den allgemeinen rechtlichen Grundsatz, daß wer auf dem ihm gehörigen oder seiner Verfügung unterliegenden Grund und Boden einen Verkehr eröffnet, für die Verkehrssicherheit nach § 823 BGB. i. Verb. m. §§ 30, 31, 89 bzw. 831 BGB. haftet (RG. 54, 53; 68, 358 = JW. 1908, 465; RG. 106, 340; 128, 358 = JW. 1930, 1941¹⁰⁾). Diese Haftung für schuldhaftes Vernachlässigen der Pflicht zur Verkehrssicherung, die das RG. auf den verschiedensten Gebieten, für Straßen und Brücken, Wasserstraßen, für den Zugang und die inneren Gänge in Dienstgebäuden, Geschäfts- und Wohnhäusern, die dem Verkehr geöffnet sind, dem Eigentümer oder Unterhaltungs- und Inhaber aufzulegen (vgl. Übergangsbeschr., 6. Aufl., Anm. 6a—c zu § 823), beruht auf einem allgemeinen Rechtsgebanen, der in gewisser Beziehung zur

Gefährdungshaftung steht. Bedenken sind nur dagegen zu erheben, daß das RG. diese Verantwortlichkeit schlechthin als eine privatrechtliche bezeichnet. Es gibt selbst zu, daß im Wege- und Wasserrecht die Pflicht zur Unterhaltung des öffentlichen Verkehrswege eine öffentlich-rechtliche Last ist (RG. 106, 340; Gruch. 68, 76). Dann ist konsequenterweise aber auch die Verantwortung gegenüber dem Benutzer eines öffentlichen Weges oder einer Wasserstraße eine öffentlich-rechtliche (so auch D. Mayer, Dt. VerwRecht, 2. Aufl., Bd. 2 [1917], S. 540 f.). Was das RG. abhält, das offen einzugehen, ist sicherlich die anerkennenswerte Rücksicht auf § 13 BGB., da ein anderer als der bürgerliche Rechtsweg dem Geschädigten sonst nicht zur Verfügung steht. Diese Rücksicht ist aber nicht nötig. Da das RG. annimmt, daß der Begriff „bürgerliche Rechtsfreiheitigkeit“ in § 13 BGB. einer historischen Interpretation bedarf, so könnte es trotz der heute erkannten öffentlich-rechtlichen Natur der Haftung für mangelnde Unterhaltung öffentlicher Verkehrs- und Wasserwege sie doch als „bürgerlich-rechtlich“ i. S. des Gesetzgebers vom Jahre 1877 anerkennen und nach wie vor den Rechtsweg für zulässig erklären.

Ihren Umfang nach umfaßt die wasserbauliche Unterhaltungspflicht die Erhaltung der Schiffbarkeit (§ 114 Abs. 1 WassG.) in dem Stande, der durch den etwaigen Ausbau der Wasserstraße (Schleusen usw.) hergestellt ist (Holz-Kreuz-Schlegelberger, WassG., 3./4. Aufl. 1927, Anm. 1 zu § 114, S. 576; RG.: Gruch. 68, 76 [78]). Dazu gehört insbes. die Beseitigung, evtl. Markierung von Hindernissen im Schiffsverkehrswege (RG. 106, 340; 128, 358 = JW. 1930, 1941¹⁰⁾). Befanden sich also tatsächlich Steine im Schleusenkanal, so würde für ein dabei vorliegendes Verschulden seiner mit dem Wasserbau betrauten Organe das Reich nach §§ 30, 31, 89 bzw. nach § 831 BGB. (vgl. RG. 74, 250 = JW. 1911, 27; JW. 1915, 395⁷⁾; 1930, 1941¹⁰⁾) einzustehen haben.

III. Der dritte Gesichtspunkt, den die Klage anführt, stellt wieder eine Amtspflichtverletzung dar, die aber in ganz anderer Richtung liegt wie die zu I behandelte. Es handelt sich hier nicht um Handhabung der Betriebseinrichtungen, sondern um ein Verschulden der Schiffschutzpolizei in der Überwachung und Sicherung des Verkehrs, weil sie es schuldhaft unterlassen haben soll, die Bادتiefe durch polizeiliche Anordnung herabzusetzen. Das DLG. lehnt die Annahme einer Pflichtverletzung mit Recht ab. Wenn das Wasserbauamt nach gewissenhafter Prüfung von einer Maßnahme absieht, liegt eine in sachlichen Grenzen bleibende Ermessensübung vor; zudem besteht, wie § 5 SchiffPolWD. v. 3. April 1925 ergibt, nach der die Schiffsführer sich über die Wasserstandsverhältnisse selbst Kenntnis zu verschaffen haben, mitwirkendes Verschulden der Kl. Nicht zutreffend ist es aber, wenn das DLG. zur Begründung anführt, daß eine Amtspflichtverletzung in der Unterlassung einer Anordnung „schon deshalb“ nicht erblickt werden könne, weil sie nach freiem Ermessen zu treffen gewesen wäre. Es übersieht dabei, daß eine Ermessensübung daraufhin vom Gericht zu überprüfen ist, ob sie die ihr von der ermächtigenden Vorchrift gegebenen rechtlichen Schranken und Richtlinien eingehalten hat, und daß sich daher eine schwere Überschreitung dieser Grenzen als Amtspflichtverletzung darstellen kann. Das gilt auch für die Frage, ob eine polizeiliche Anordnung zu erlassen war. Grundsätzlich steht das Einschreiten freilich im Ermessen der Polizei. Aber das RG. hat bereits in einer ganzen Reihe von Fällen anerkannt, daß der Befugnis der Polizei auch eine ihr gegenüber dem einzelnen Staatsbürger obliegende Amtspflicht zum Handeln in dringenden Fällen entspricht, in der die Pflicht der Polizei zur Fürsorge ein Eingreifen gegen gefährliche Zustände gebietet: RG.: JW. 1911, 759¹¹⁾ und PrVerwBl. 43, 394 (Pflicht zur Verhinderung des Gefahren mit Rodelschlitten auf Verkehrsstraße), JW. 1927, 1265²¹⁾ (Haftung für Unterlassung der Kennzeichnung einer gefährlichen Wegestrecke durch Warnungstafeln). In diese Reihe gehört auch die vorliegende Entsch., und es ist zu bebauern, daß das DLG. sie nicht in diesen Zusammenhang gestellt, sondern die Unüberprüfbarkeit des pflichtmäßigen Ermessens in den Vordergrund geschoben hat. Eine solche Prüfung der Ermessensentsch. bedeutet aber mit nichten etwa den Übergang zur Anerkennung des Legalitätsprinzips in der Polizei, sondern, darin stimme ich mit W. Sellink (PrVerwBl. 46 [1924/25], 490) ganz überein (nähere Begründung habe ich gegeben im VerwArch. 33 [1928], 89/90), nur die Anerkennung, daß es auch für die Entsch. darüber, ob die Polizei einschreiten soll, zu beiden Seiten der Sphäre freien Ermessens eine Zone gibt, in der mit positiver Gewißheit die Notwendigkeit bzw. Unzulässigkeit eines Einschreitens sich mit positiver Gewißheit feststellen läßt. PrivDoz. Dr. Ulrich Scheuner, Berlin.

gemäß §§ 823, 31, 89, 831 BGB. nach sich zieht. Da aber nicht der Bekl., sondern das Deutsche Reich die Verpflichtung zur Unterhaltung der Maimwasserstraße und ihrer Schleusenanlagen trifft und die Beamten der Wasserstraßenverwaltung insoweit als gesetzliche Vertreter bzw. Erfüllungsgehilfen des Reichs bei Durchführung einer privatrechtlichen Verpflichtung tätig werden, würde für eine Beschädigung des Rahnes infolge des Auslaufens auf Steinen im Schleusenkanal nicht der Bekl., sondern allein das Reich zum Schadensersatz verpflichtet sein.

Soweit daher die Klage auf das Vorhandensein von Hindernissen in der Schleuse als Schadensursache gestützt ist, fehlt es an der Passivlegitimation des Bekl.

Auch darin, daß das Wasserbauamt die Ladetiefe für die wasserarme Zeit nicht herabgesetzt hat, liegt keine Amtspflichtverletzung. Der Erlaß allgemeiner, die Schifffahrt regelnder Vorschriften ist zwar polizeilicher Natur, so daß das Unterlassen einer solchen nach den Umständen gebotenen Regelung eine Amtspflichtverletzung darstellen könnte. Eine schuldhaftige Amtspflichtverletzung kann jedoch in dem Unterlassen einer solchen Anordnung schon deshalb nicht erblickt werden, weil diese nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffen gewesen wäre. Die Frage, ob eine solche Anordnung zu treffen sei, ist aber auch von dem Wasserbauamt pflichtgemäß erwogen, jedoch verneint worden. Eine derartige Anordnung war im übrigen auch bereits mit Rücksicht auf § 5 Ziff. 1 SchiffPolV. vom 3. April 1925 nicht erforderlich, da nach dieser Bestimmung die planmäßige Wassertiefe von 2,50 m nicht gewährleistet wird, so daß es Sache der Schifffahrtstreibenden ist, ihre Ladetiefe dem jeweiligen Wasserstande anzupassen.

(OLG. Frankfurt a. M., Ur. v. 13. April 1931, 1 U 21/21.)

Mitgeteilt von RA. Selmar Spier, Frankfurt a. M.

Düsseldorf.

5. Gaststättengesetz.

8. §§ 1, 4 GaststättG. v. 28. April 1930. Auch nach dem GaststättG. v. 28. April 1930 ist die Erteilung einer Nebenkonzession an den Pächter einer Gastwirtschaft zulässig.

Die Kl. hatte eine Gastwirtschaft von der Hauseigentümerin und Inhaberin der Wirtschaftskonzession gepachtet mit der Berechtigung zur Weiterverpachtung. Gemäß Vertrages v. 21. Juli und 14. Aug. 1930 verpachtete die Kl. diese Gastwirtschaft an die Bekl. weiter.

Nach § 2 des Pachtvertrages waren die Bekl. verpflichtet, sich die gesetzliche Schankerlaubnis in Form der sog. Nebenkonzession zu verschaffen. Die Erteilung einer solchen Konzession neben einer schon bestehenden ist auch nach dem GaststättG. v. 28. April 1930 nach wie vor zulässig. Zwar kennt das GaststättG. begrifflich keine von einer Hauptkonzession verschobene Nebenkonzession. Ein in den Ausschlußberatungen gestellter Antrag, durch einen Zusatz zu § 1 des Ges. mit dem Inhalt, daß für den Betrieb einer Gast- oder Schankwirtschaft mehrere nebeneinander bestehende Erlaubnisse erteilt werden könnten, die Zulässigkeit von Nebenkonzessionen ausdrücklich klarzustellen, wurde zwar abgelehnt. Hieraus kann jedoch nicht geschlossen werden, daß im Gegensatz zu dem früheren Rechtszustand nach dem neuen GaststättG. dem Pächter einer Gastwirtschaft eine Konzession neben der weiterbestehenden Erlaubnis des Eigentümers nicht mehr erteilt werden könne. Vielmehr ergibt sich aus der höchstpersönlichen Natur der Schankerlaubnis, daß „sie keinesfalls an den Räumen, für die sie erteilt ist, haften bleibt. Deshalb können trotz des oben erwähnten Antrages, aber mit den aus § 4 Abs. II des Ges. sich ergebenden Beschränkungen, mehrere selbständige Erlaubnisse nebeneinander stehen (so: Michel, Komm. z. GaststättG., 1930, S. 48). Diese Auffassung wird auch allein den Erfordernissen des praktischen Lebens gerecht: sie läßt bei Unfähigkeit des Hauptkonzessionsinhabers infolge von Krankheit oder Alters, bei Witwen, bei Minderjährigen und in ähnlich gelagerten Fällen dem Hauptkonzessionsinhaber die Möglichkeit offen, ohne Verlust der Hauptkonzession eine Wirtschaft durch einen Pächter mit Nebenkonzession zu betreiben. Dabei ist es unerheblich, ob man dieses Institut einer weiteren Konzession, das sich aus den ange deuteten praktischen Erwägungen heraus und im Interesse der Rechtssicherheit bereits unter dem alten GaststättG. herausgebildet hatte, als „Nebenkonzession“ oder „Zweitkonzession“ oder noch anders bezeichnet. Dem Pächter einer Gastwirtschaft kann somit bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen eine Nebenkonzession erteilt werden; die Hauptkonzession bleibt bestehen, bis sie nach § 4 Abs. II des Ges. erlischt oder bis auf sie verzichtet wird.

(OLG. Düsseldorf, 9. ZivSen., Ur. v. 15. März 1932, 9 U 341/31.)

Mitgeteilt von RA. Dr. F. Reuß, Düsseldorf.

Berlin.

II. Verfahren.

9. § 811 Ziff. 5 ZPO. Bei einem Pensionsbetrieb mit voller Verpflegung ist das Esszimmer unpfändbar. (RG., Ur. v. 11. Febr. 1932, 8 W 1228/32.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Carl Haensel, Berlin.

*

10. § 811 Ziff. 5, 865 ZPO.; §§ 97, 1120 BGB. Ein Klavier in einer Gastwirtschaft gehört nicht unbedingt zu den unentbehrlichen, nicht pfändbaren Gegenständen. Es ist auch nicht ohne weiteres Zubehör des für den Gastwirtschaftsbetrieb hergerichteten Grundstücks. Nicht im Eigentum des Grundstückseigentümers stehendes Zubehör kann außerhalb der Immobilienzwangs Vollstreckung für sich gepfändet werden.

Das Klavier kann nicht als Zubehör angesehen werden. Hierzu wäre erforderlich, daß es dem wirtschaftlichen Zweck der Gastwirtschaft zu dienen bestimmt ist (§ 97 BGB.). Ob es für diesen Zweck unentbehrlich oder auch nur wirtschaftlich nützlich sei, ist freilich unerheblich, denn es genügt die Zweckbestimmung als solche. Eine derartige Best. ist hier nicht getroffen. Der Schuldner hat in seiner Gastwirtschaft keinen Saal; das Klavier befindet sich in einem kleinen Zimmer neben dem Schenkräum, welches zwar auch als Gastzimmer benutzt wird, gleichzeitig jedoch anderen Zwecken, nämlich der Verwendung als Postzimmer dient. Unter diesen Umständen ist eine Zweckbestimmung des Klaviers für den Gastwirtschaftsbetrieb nicht anzunehmen, und auch nicht, daß der Schuldner eine solche den tatsächlichen Verhältnissen widersprechende Zweckbestimmung getroffen haben könnte. Kommt aber hiernach dem Klavier die Eigenschaft eines Zubehörsstückes nicht zu, so ist schon aus diesem Grunde für die Anwendung des § 865 ZPO. kein Raum.

(RG., 8. ZivSen., Beschl. v. 15. April 1932, 8 W 4089/32.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Bruno Wohl, Charlottenburg.

*

Jena.

11. § 91 ZPO. ist im Armenrechtsverfahren anwendbar, wenn dem Gegner Gelegenheit zur Äußerung gegeben war. †)

Die Antragsgegner wollen den Beschluß des OLG. durch den Antragsteller das Armenrecht für den ersten Rechtszug versagt worden ist, so ergänzt haben, daß die ihnen entstandenen außergerichtlichen Kosten dem Antragsteller auferlegt werden. In Über-einstimmung mit RG. (11. ZivSen.: JW. 1931, 1116; 29. ZivSen.: JW. 1932, 121; 21. ZivSen.: JW. 1932, 121 hält auch der erk. Sen. den § 91 ZPO. im Armenrechtsverfahren für anwendbar, wenn dem Gegner zur Äußerung Gelegenheit gegeben worden ist. Unter Rechtsstreit i. S. der angeführten Best. fällt nicht nur ein durch

Zu 11. Das OLG. Jena stellt sich in der seit Inkrafttreten der ZPO. v. 6. Okt. 1931 weit häufiger praktischer werdenden Frage, ob bei Ablehnung des Armenrechts dem Antragsteller die dem Gegner durch die Anhörung erwachsenen Kosten aufzuerlegen sind, im Anschluß an mehrere RGEntsch. auf den der herrschenden Mjpr. (vgl. u. a. JW. 1927, 2153; 1928, 1526, 2733; 1929, 1688; 1930, 185; 1931, 1134, 2381; 1932, 1163 (RG.), 1166) entgegengesetzten Standpunkt.

Im Wege rein logischer Auslegung ist die Frage nicht zu beantworten. Es ist richtig, daß das, was im § 91 ZPO. für den Rechtsstreit, d. h. für das eigentliche Klageverfahren, bestimmt ist, auch für andere Verfahren gilt; daraus folgt aber noch nicht, daß auch die Prüfung des Armenrechtsgesuchs hierher zu rechnen ist. Rechts bedenklich scheinen mir vor allem die die Entsch. tragenden prozesspolitischen Erwägungen. Ein unbegründetes Armenrechtsgesuch braucht noch längst keine „mißbräuchliche“ Inanspruchnahme des Armenrechts zu sein. Wenn die ZPO. v. 6. Okt. 1931 Teil 6 Kap. I die Bewilligung des Armenrechts an engere Voraussetzungen knüpft, um die Justiz und die Wirtschaft von entbehrlichen Prozessen zu entlasten, so wendet sie sich damit noch keineswegs gegen Armenrechtsträger. Diese mit dem Risiko einer u. U. erheblichen Kostenlast zu belegen, hat mit den Absichten der Novelle nichts zu tun. Ebenjowenig vernag ich darin ein geeignetes „Erziehungsmittel“ zu erblicken. Mit derartigen Gedankengängen kommt man bewußt oder unbewußt auf das Gebiet des Verschuldens. Die Kostenhaftung des § 91, die das OLG. Jena hier Platz greifen lassen will, sieht aber von dem Gedanken des Verschuldens schlechthin ab: vom Standpunkte der vorliegenden Entsch. müßten danach dem Antragsteller die gegnerischen Kosten auch dann aufgebürdet werden, wenn das Gesuch durchaus vernünftig und die Ablehnung für den Gesuchsteller nicht voraussehbar war. Wollte man aber die Auferlegung der Kosten in das Ermessen des Gerichts stellen, so würde damit ein dem Gesetz völlig fremder Gedanke in die Sache getragen. Auch der Satz, daß durch die Aufnahme einer Kostenentscheidung ein sonst erforderlicher Rechtsstreit erspart würde, trifft für den Regelfall

Mlage eingeleitetes Verfahren, das durch eine Entsch. abgeschlossen wird, die geeignet ist, einen vollstreckbaren Titel zu bilden (§ 103 ZPO.). Einen solchen gewähren nach § 794 ZPO. Entsch., wogegen die Beschwerde gegeben ist; dazu gehört aber auch nach § 127 ZPO., auch der das Armenrecht verjagende Beschluß (Stein-Jonas, ZPO., 14. Aufl., § 794 V und § 103 II, 1). Der Wortlaut des § 91 „Rechtsstreit“ ist also nicht entscheidend, das Gesetz geht bloß vom Regelfall aus. Daß § 91 für alle Verfahrensarten des ZPO. gilt, ergibt sich auch aus seiner Stellung unter den allgemeinen Best. Es ist nicht anzunehmen, daß das Gesetz den Antragsteller im Armenrechtsverfahren von jeder Kostenerstattungspflicht seinem Gegner gegenüber befreien wollte. Denn das Armenrecht darf nicht zu unbegründeten, den Gegner belastenden Armenanträgen mißbraucht werden. Demgegenüber hat der vom RG. (25. ZivSen.): ZB. 1931, 2381 hervorgehobene „soziale“ Gedanke (Schonung der armen Partei) zurückzutreten. Das gilt besonders jetzt nach Erlaß der NotW. v. 6. Okt. 1931, die sich in § 11 Teil 6 Kap. I scharf gegen unbegründete Armenrechtsanträge richtet. Bei dieser Abwehr kann man auf einen Auspruch über die Kostenerstattungspflicht nicht verzichten, man würde sich sonst eines wirksamen Erziehungsmittels begeben.

Die beantragte Ergänzung entspricht aber auch dem in derselben NotW. ausgesprochenen Grundsatz der Prozesssparsamkeit; sie erspart nämlich den sonst erforderlichen neuen Rechtsstreit.

Spricht man im Beschluß aus, daß, wer das Armenrecht nachgesucht habe, die Verfahrenskosten zu tragen habe, dann bleibt freilich immer noch im folgenden Festsetzungsverfahren zu prüfen, ob sie auch wirklich zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendig waren. Darum läßt sich gegen die Auffassung, die hier vertreten wird, auch nicht sagen, sie verteuere das Verfahren.

(OLG. Jena, Beschl. v. 1. Febr. 1932, 3 W 119/32.)

Mitgeteilt von *RA. Brückmann, Eisenach.*

*

Marienwerder.

12. § 865 Abs. 2 Satz 1 ZPO.; § 98 Ziff. 1 BGB. Die Schaulästen, Kaffeebehälter und Kaffeestandbüchsen eines Kolonialwarengeschäfts auf einem auf den Betrieb des Geschäfts von vornherein zugeschnittenen Grundstück sind Geschäftsinventar, gehören also zu den „zum Betriebe bestimmten Gerätschaften“. Sie sind daher Zubehör des Grundstücks und demnach unpfändbar.

(OLG. Marienwerder, 1. ZivSen., Beschl. v. 25. Febr. 1932, I W 1/32.)

Mitgeteilt von *DR. Dr. v. Rzycki, Schneidemühl.*

*

nicht zu, denn für einen solchen materiellrechtlichen Kostenanspruch würde — abgesehen von dem praktisch kaum denkbaren Fall, daß die Voraussetzungen des § 820 BGB. vorliegen — jede materielle Rechtsgrundlage fehlen.

Das, was gegen die Auffassung des OLG. Jena entscheidend spricht, ist m. E. folgendes: Mit dem Armenrechtsgehalt wird ein sich gegen einen Gegner richtendes Verfahren überhaupt nicht eingeleitet, der Antragsteller sucht nur eine Vergünstigung für ein demnächst einzuleitendes Verfahren nach. Der Gegner hat in dem Prüfungsverfahren keinerlei Parteistellung, wie ihm ja auch in § 127 ZPO. eine Beschwerde verweigert ist. „Gegner“ ist er nur im Hinblick auf das künftige Verfahren. Seine in § 11 W. v. 6. Okt. 1931 Teil 6 Kap. I vorgeschriebene Anhörung ist lediglich Auskunftsmittel, nicht Parteihandlung, und als Auskunftsperson steht der „Gegner“ bei der antizipierten Prüfung des Armenrechtsgehalts nicht anders da als eine dritte Auskunftsperson, an die sich das Gericht bei der ihm obliegenden Ermittlungen angewandt hat. Vgl. auch neuerdings RG. 135, 114.

Die Belastung des Antragstellers mit den gegnerischen Anwaltskosten, um die es sich ja praktisch allein handelt, würde bei großen Objekten — man denke an Schadenzinsprüche aus Unfällen usw. — für die Betroffenen zu schlechterdings unmöglichen Ergebnissen führen. Wenn nun das OLG. Jena diesen Einwände damit begegnet, daß es jagt, im Kostenfestsetzungsverfahren werde ja der vom Gegner in Rechnung gestellte Betrag unter dem Gesichtspunkte der Notwendigkeit der Aufwendungen geprüft, so scheint mir das nach § 91 nicht wohl möglich, denn, wenn man diese Vorschrift entsprechend anwendet, geht es nicht an, den Abs. 2, wonach Anwaltskosten ohne Rücksicht auf die Notwendigkeit der Zuziehung eines Anwalts zu erstatten sind, wiederum auszunehmen.

Schließlich noch ein weiteres Bedenken: Wie, wenn die Partei, der das Armenrecht unter Belastung mit den gegnerischen Kosten verweigert war, hernach in dem auf eigene Kosten durchgeführten Prozesse obsiegt? Die dem Gegner erstatteten Kosten im Kostenfestsetzungsverfahren auf Grund des obliegenden Urts. zurückzuerlangen, ist nicht möglich, da die Kosten des Armenrechtsverfahrens mit dem Hauptprozeß nichts zu tun haben, und eine Rechtsgrundlage für einen materiellrechtlichen Kostenanspruch besteht ebenfalls nicht. Es wäre aber

Stuttgart.

13. § 811 Ziff. 5 ZPO. Ein Klavier in einer Wirtschaft ist in der Regel pfändbar.

Der Wirt gehört zu den in § 811 Ziff. 5 geschützten Personen, wenn er selbst an der Bedienung der Gäste teilnimmt (Baumbach, § 811 Bem. 7B a. E.). Aber auch dann gehört das Klavier nicht zu den Gegenständen, deren er zur Bedienung der Gäste bedarf, außer wenn er selbst Klavier spielt, um sie zu unterhalten.

(OLG. Stuttgart, 2. ZivSen., Beschl. v. 26. April 1932, W 341/32.)

Berlin.

b) Straffachen.

14. §§ 17 Abs. 2, 29 Ziff. 5 GaststättG. v. 28. April 1930. Entlohnung von Lehrlinginnen im Gaststättenbetriebe. †)

Der Angekl. hat in seinem Kaffee- und Konditoreibetriebe Lehrlinginnen gegen freie Kost und Wohnung, aber ohne Barlohn beschäftigt. Er ist zu Recht wegen Übertretung des § 29 Ziff. 5 i. Verb. m. § 17 Abs. 2 GaststättG. und mit III 1 u. 9 PrDurchfW. v. 18. Juni 1930 (GS. 117) bestraft. Im Rahmen der gesetzlichen Ermächtigung des § 17 Abs. 2 GaststättG. erklärt die DurchfW. (III 1, 9) ganz allgemein die Beschäftigung weiblicher Arbeitnehmer in der Weise, daß ein unmittelbarer Verkehr mit den Gästen stattfindet, nur gegen Barlohn für zulässig. Es besteht kein Anlaß dafür, daß der Gesetzgeber Lehrlinginnen von dem Begriff der weiblichen Arbeitnehmer hat ausnehmen wollen (Friedrichs, GaststättG., S. 63; Rohmer, GaststättG., S. 78). Das ist insbes. nicht aus Ziff. 9 Abs. 2 zu schließen, wonach „Dienstverträge“ schriftlich abzuschließen sind; hiermit sollten Lehrverhältnisse nicht ausgeschaltet werden. Allerdings bestimmt Abs. 3 der Ziff. 9, daß Abweichungen auf Grund von Tarifverträgen zulässig sind; TarVertr., die sich auf Konditoreilehrlinge beziehen, kommen aber für den fraglichen Bezirk nicht in Betracht. Für die Unanwendbarkeit des Begriffs „Arbeitnehmer“ auf Lehrlinge spricht, abgesehen von dem Schutzzweck vor allem, daß auch die Arbeitszeitverordnungen nicht nur Gesellen und Gehilfen, sondern auch die Lehrlinge ausdrücklich in ihre Regelung einbezogen haben (vgl. insbes. § 1 BäckerArbZWD.), daß ferner auch das Lehrverhältnis tarifvertraglicher Regelung unterworfen werden kann (vgl. Conrad-Floegel, GewD. u. GaststättG., S. 268 Anm. 5). Wenn § 1 Abs. 2 Satz 2 BäckerArbZWD. i. Verb. m. § 6a ArbZWD. vom 21. Dez. 1923 u. 14. April 1927 die Lehrlinge vom Mehrarbeitslohnzuschlag ausnimmt, sie also in dieser Hinsicht abweichend von

doch offensichtlich unbillig, wenn in einem solchen Falle die dem unterlegenen Gegner durch die Anhörung erwachsenen Kosten schließlich auf der siegreichen Partei hängen blieben.

MinR. Dr. Jonas, Berlin.

Zu 14. Das Urteil entspricht dem Wortlaut und dem Sinn der in Betracht kommenden gesetzlichen Best. Die auf Grund des § 17 Abs. 2 GaststättG. erlassene PrDurchfW. v. 18. Juni 1930 bestimmt in Ziff. III, daß der Inhaber einer Gast- und Schankwirtschaft weibliche Arbeitnehmer, die bei der Bedienung oder Unterhaltung der Gäste mit diesen in unmittelbarem Verkehr treten, nur gegen festen und ausreichenden Barlohn beschäftigen darf. Dies gilt auch für Konditoreien (Salomon, GaststättG. S. 37). Es ist also nur die Frage zu prüfen, ob auch ein Lehrling unter den Begriff „Arbeitnehmer“ fällt. Diese Frage ist zu bejahen. Nach dem feststehenden Sprachgebrauch der Gesetzgebung sind Lehrlinge Arbeitnehmer. Nach § 10 BetrVG. sind Arbeitnehmer i. S. des Gesetzes Arbeiter und Angestellte. § 11 DemobW. v. 18. März 1919 umfaßt u. a. auch diejenigen Angestellten, die als Lehrlinge in kaufmännischen, technischen Diensten oder als Büroangestellte ausgebildet werden (arg. a. contr.: § 12 DemobW., sie findet u. a. keine Anwendung auf Lehrlinge in Apotheken). Daraus ergibt sich, daß Lehrlinge als Angestellte, also als Arbeitnehmer, angesehen werden. Das Urteil erwähnt in dieser Beziehung noch zutreffend § 1 BäckerArbZWD. und § 6a ArbZWD. v. 21. Dez. 1926. Heranzuziehen wäre auch noch § 2 ArbZWD. v. 23. Dez. 1926. Nach diesem sind die ArbZ. u. a. zuständig für bürgerliche Rechtsfreitigkeiten zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern aus dem Arbeits- oder Lehrverhältnis. Auch hier wird als selbstverständlich vorausgesetzt, daß Lehrlinge unter den Begriff Arbeitnehmer fallen. Sind aber Lehrlinge Arbeitnehmer und ist für sie nicht, wie in § 6a ArbZWD. eine Ausnahme vorgesehen, so fallen sie auch unter die Best. der §§ 17 Abs. 2, 29 Ziff. 5 GaststättG.; III 1, 9 DurchfW. Etwasigen Unzutraglichkeiten, die sich hieraus in der Praxis ergeben können, mag im Einzelfall durch tarifliche Best. abgeholfen werden. Die DurchfW. III 9 läßt tarifliche Abweichungen zu.

RA. Dr. Leibl, Berlin.

den übrigen Arbeitnehmern behandelt, so ist diese Ausnahme nach den Motiven darin begründet, daß ihre Arbeit weniger durch Barlohn als durch Unterweisung und Sachbezüge entgolten wird (vgl. Rohmer, ArbZWD. [3.], S. 33 Anm. 6). Hieraus läßt sich aber nicht ableiten, daß Lehrlinge auch von der Barlohnregelung der DurchfW. z. GaststättG. ausgenommen sein sollen. Hierfür hätte es, wie hinsichtlich des Mehrarbeitslohnzuschlages, der Aufstellung einer ausdrücklichen Ausnahme bedurft.

(RG., 3. StrSen., Urte. v. 4. April 1932, 3 S 122/32.)

Mitgeteilt von RGN. Rothmann, Berlin.

*

15. Art. 139 RVerf.; § 366 Ziff. 1 StGB.; Art. 6 Ziff. 7, 88 Abs. 1 RVerf.; Ges. üb. Fernmeldeanlagen v. 14. Febr. 1928; Reichspostfinanzgesetz v. 18. März 1924; Bef. d. Reichspost-FinMin. über den Unterhaltungsrundfunk v. 25. Aug. 1925. Karfreitagsschutz und Berliner Funkstunde AktG.

§ 10 der PolWD. d. PolPräs. von Berlin v. 15. Mai 1913, 27. Juli 1920, 13. April 1927 über die äußere Heiligung der Sonn- und Feiertage bestimmt:

„Am Karfreitag und am Bußtag sind alle öffentlichen, am Karfreitag auch alle privaten, in Theatern, Konzerten und sonstigen öffentlichen Vergnügungsorten veranstaltete Lustbarkeiten mit Einschluß der Gesangs- und deklamatorischen Vorträge, Schaustellungen, theatralischen Vorstellungen und Musikaufführungen verboten.

Nur Aufführungen geistlicher Musik und Vorführungen von Lichtbildern aus der biblischen Geschichte oder sonst mit religiösem Zweck und Charakter sind gestattet, sofern sie in Kirchen oder in den Räumen solcher Konzert- und Theaterunternehmungen stattfinden, deren Zweck es ist, Darbietungen zu veranstalten, bei welchen ein höheres Interesse der Kunst obwaltet.“

Der Vorderrichter hat zu Unrecht das Gegebensein des Abs. 2 verneint. Wenn er inhaltlich ausführt, daß das Radio „Rach“ verursache und daß die Vorführung des Radioprogramms durch den Lautsprecher in den Schankräumen des Angekl. keine Darbietung i. S. des § 10 Abs. 2 PolWD. darstelle, so verkennt er sowohl die geschichtlich verankerte Funktion des Rundfunks im allgemeinen, als auch die rechtliche Bedeutung des § 10 Abs. 2 PolWD. — Die Rechtsgrundlage des Rundfunks bildet das Gesetz über Fernmeldeanlagen v. 14. Febr. 1928 (RGBl. I, 8). Nach § 1 Abs. 1 steht das Recht, Funkanlagen zu errichten und zu betreiben, ausschließlich dem Reiche zu. Dieses Recht übt der RPostM. aus (Abs. 2; vgl. ferner Art. 6 Ziff. 7, 88 Abs. 1 RVerf. und § 2 RPostFinG. v. 18. März 1924, 15. Juli 1926 [RGBl. 1924, I, 287; 1926, I, 410]). Über den Unterhaltungsrundfunk, dessen Betrieb durch den RPostM. verliehen werden kann (§ 2 FernmeldeanlG.), ist das Nähere in der Bekanntmachung des RPostM. über den Unterhaltungsrundfunk v. 24. Aug. 1925 (RGBl. 1925, 1001) geregelt (vgl. auch die Bek. v. 11. April 1930 [RGBl. S. 161]; Arch. f. Funkrecht, 3. Bb., 1930, S. 155 ff.). Die Deutsche Reichspost ist Eigentümer der Sendeanlagen (vgl. Neugebauer, Fernmeldebereich, 1929, S. 699). Die Rundfunkgesellschaften, denen das Recht zum Rundfunkbetrieb verliehen ist, bedienen sich dieser Anlagen zur Übermittlung des von ihnen zusammengestellten Programms an die Hörer. Die Rundfunkgesellschaften sind aber nicht Organe der Reichspost. Nicht die Reichspost also, sondern die einzelnen Sendegesellschaften veranstalten die Darbietungen des Rundfunks auf Grund der ihnen zuteil gewordenen öffentlich-rechtlichen Verleihung (vgl. hierzu Neugebauer a. a. D. S. 697, 701 ff.). Im Rahmen der ihnen bei der Verleihung auferlegten Verpflichtungen stellen die Rundfunkgesellschaften unter Mitwirkung der sog. kulturellen Beiräte und der aus Beamten und Parlamentariern bestehenden Überwachungsausschüsse das Programm ihrer Darbietungen zusammen. Dadurch soll insbes. auch erzielt werden, daß alles vermieden wird, was Religion und Sittlichkeitsgefühl der Hörschaft verletzen könnte. — Das Durchgeben eines Choral mit Orgelbegleitung am Karfreitag durch die Berl. Funkstunde verletzt aber nicht den mit der PolWD. bezweckten besonderen Schutz des Karfreitags. Die Rundfunkgesellschaft für Berlin, die Funkstunde AktG. — ob das auch für die übrigen Sender der Erde zutrifft, ist hier nicht zu entscheiden —, muß nach der gesamten Sach- und Rechtslage und der von ihr gehandhabten Art der Programmzusammenstellung als ein solches Konzert- und Theaterunternehmen rechtlich gewertet werden, dessen Zweck es ist, Darbietungen zu veranstalten, bei welchem ein höheres Interesse der Kunst obwaltet. Aufführungen geistlicher Musik (Choral mit Orgelbegleitung) durch das Radio fallen danach unbedenklich unter Abs. 2 PolWD. und stellen weder „Lustbarkeiten“ i. S. des § 10 Abs. 1 noch auch solche Darbietungen dar, die geeignet wären, die äußere Heiligung der Sonn- und Feiertage im allgemeinen, und die des Karfreitag in besonderen, zu beeinträchtigen. Die Radioempfangsanlage in den Schankräumen des Angekl. vermittelt nur die Darbietungen der Sendegesellschaft, und der Vorderrichter wendet daher rechtsirrig auf die Schankräume des Angekl. die Best. des § 10 Abs. 2 PolWD. insofern an, als er ausführt, daß diese nicht zu den Räumen gehören, in denen bei Darbietungen der fraglichen Art ein höheres

Kunstinteresse obwaltet. Die PolWD. bezweckt nicht einen örtlichen, sondern einen sachlichen Schutz des Karfreitags und steht deshalb auch nicht mit der technischen Einrichtung des Radios in Widerspruch.

(RG., Urte. v. 26. Aug. 1930, 1 S 436/30.)

Mitgeteilt von RGN. Dr. Stienen, Berlin.

*

16. Revisionsgericht bei Übertretung der Eisenbahn-Bau- und Betriebsordnung ist das zuständige OLG.

Nach § 50 Ziff. 2 WGGV. ist das RG. zur Verhandlung und Entsch. auf die Revision ausschließlich zuständig, sofern die Revision nicht ausschließlich auf die Verlegung einer in den Reichsgesetzen enthaltenen Rechtsnorm gestützt wird. Letzteres ist aber hier der Fall. Es wird Verlegung der §§ 77—82 EißBetrD. v. 17. Juli 1928 gerügt. Diese WD. ist auf Grund des Art. 91 RVerf. nach Zustimmung des Reichsrats durch die Reichsregierung erlassen worden (RGBl. 1928, II, 541 ff.). Der Betrieb und Bau der Eisenbahnen hat durch die Übertragung an das Unternehmen „Deutsche Reichsbahn“ nicht aufgehört, Angelegenheit des Reichs zu sein; die Reichsbahngesellschaft ist als unmittelbarer Träger eines Zweiges der Reichsverwaltung zu erachten (vgl. RGSt. 60, 139 ff.). Die hier in Frage stehenden Rechtsnormen sind daher lediglich in „Reichsgesetzen enthalten“. (Vgl. ferner Ges. v. 30. April 1920, RGBl. 773, §§ 1, 13, 25 und die RBahnG. v. 30. Aug. 1924, RGBl. II, 272 ff.) Danach ist die Zuständigkeit des RG. nicht gegeben. Vielmehr ist das örtlich zuständige OLG. zur Entsch. berufen. Das war gemäß § 348 Abs. 1 StPD. auszusprechen.

(RG., 1. StrSen., Beschl. v. 8. April 1930, I S 231/30.)

Mitgeteilt von RGN. Dr. Stienen, Berlin.

*

Dresden.

17. §§ 6, 137, 138, 139a, 151, 154 Ziff. 4 GewD.; §§ 1, 2—7, 9, 11, 14 ArbZWD. v. 14. April 1927 Ziff. I, III, VIII Anordnung über die Regelung der Arbeitszeit gewerblicher Arbeiter v. 23. Nov. 1918 (RGBl. 1334) und v. 17. Dez. 1918 (RGBl. 1436); § 16 RBahnG. v. 30. Aug. 1924. Die Bewirtschaftung der Abortanlagen der Reichseisenbahn ist ein Hilfsbetrieb des Eisenbahnunternehmens, der zu dem Verkehrsgewerbe i. S. der Vorschriften über die Arbeitszeit rechnet, der GewD. aber nicht unterliegt. Das Verkehrsgewerbe ist nicht schlechthin von dem Grundsatz des achtstündigen Arbeitstages ausgenommen; aber es können allgemeine Ausnahmen durch Tarifverträge getroffen werden. Die Zehnstundengrenze des § 9 ArbZWD. gilt nicht für das Verkehrsgewerbe. — Die Arbeitszeit i. S. der ArbZG. umfaßt auch die bloße Arbeitsbereitschaft. — Als Arbeitnehmerverband ist jede tariffähige Arbeitervereinigung anzusehen. Erfordernis der Tariffähigkeit einer Arbeitervereinigung ist volle äußere und innere Unabhängigkeit von der Arbeitgeberseite. Wertvereine sind tariffähig. Irrtum über die Tariffähigkeit unterfällt § 59 StGB. — Die in § 151 GewD. aufgestellten Grundsätze gelten auch für Gewerbebetriebe, die nicht der GewD. unterfallen bei Zuwiderhandlungen gegen die Arbeitszeitbestimmungen. †)

Die Firma D. bewirtschaftet auf einer Reihe von Bahnhöfen der Deutschen Reichsbahngesellschaft die Abortanlagen, so auch in E. Dort wurden zur Bedienung des Publikums in den Frauenaborten und zur Reinigung der Anlagen Aufwärterinnen beschäftigt. Über die Arbeitszeit dieser Aufwärterinnen war in einem zwischen der Firma und der „Vereinigung ihrer Arbeitnehmer“ geschlossenen schriftlichen — als TarBetr. bezeichneten — Abkommen v. 31. Mai 1927 bestimmt: „Die tägliche Arbeitszeit soll ausschließlich der Pausen den Zeitraum von 13 Stunden nicht überschreiten. Die Pausen sind so zu legen, daß den Bedürfnissen des reisenden Publikums bei Benutzung der Anlagen unter allen Umständen voll Rechnung getragen wird.“ Dieser Vertrag ist später durch eine zwischen der Firma und dem Vorstand des Werkvereins der Firma abgeschlossene Gesamtvereinbarung v. 14. Febr. 1930 ersetzt worden, die auch als TarBetr. bezeichnet worden ist. Die erwähnten Best. über die Arbeitszeit der Wärterinnen und die Einlegung der Pausen sind unverändert in den neuen Vertrag übernommen wor-

Zu 17. Die Auffassung, daß zum Gewerbebetrieb der Eisenbahnunternehmungen i. S. des § 6 GewD. neben dem eigentlichen Eisenbahnbetrieb auch alle Einrichtungen zu rechnen sind, mit denen die Eisenbahnunternehmungen den Bedürfnissen des reisenden Publikums entgegenkommen, einschließlich der hier in Rede stehenden Abortanlagen, und zwar gleichviel ob die Eisenbahnunternehmung diese Einrichtungen durch ihre eigenen Angestellten oder durch Pächter verwalten läßt, entspricht der weit überwiegenden Meinung; sie ist kaum noch bestritten, seitdem auch das Ges. über die Reichsbahn v. 30. Aug. 1924 in § 16 Abs. 5 die Best. enthält, daß die Vordr. der GewD. auf den Betrieb

den. Leiter der Filiale C. war der Angekl. unter der Herrschaft beider Verträge. Er hat die Aufwärterinnen in der Tages- und in der Nachtschicht 11 und in der Nachtschicht 13 Stunden beschäftigt. Nach jeder Schicht hatten sie eine Ruhezeit von mindestens 24 Stunden. Während der Arbeitsschicht durften die Wärterinnen die Anlagen nicht verlassen. Pausen hat der Angekl. nicht eingelegt, obwohl es nach der Annahme des OLG. ihm auf Grund der erwähnten Verträge oblag, für die Einrichtung von Pausen der Wärterinnen Sorge zu tragen.

Auf Grund dieser Feststellungen und der Annahme, daß die reine Arbeitszeit der Wärterinnen in jedem Falle 10 Stunden nicht überschritten habe, die übrige Dienstzeit in jeder Schicht nur als Arbeitsbereitschaft anzusehen sei, auch dem Angekl. nicht zu widerlegen sei, daß er die gen. Gesamtverträge „für solche in § 2 ArbZWD. 1927 genannten Abweichungen gegenüber der normalen gesetzlichen Arbeitszeit (§ 1) gehalten“ habe, hat die Verkl. den Angekl. freigesprochen.

Die Rev. der §§ 1, 9, 11 ArbZWD. ist begründet. Zutreffend ist vom OLG. dargelegt, daß die von der Firma D. mit den einzelnen Wärterinnen abgeschlossenen Beschäftigungsverträge als Arbeitsverträge sind, obwohl die Arbeiterinnen darin als „Unterpächter“ bezeichnet sind. Beizupflichten ist auch der Ansicht, daß die Bewirtschaftung der Bahnhofsabortanlagen durch die Firma als ein Hilfsbetrieb des Eisenbahnunternehmens anzusehen ist und daher der GewD. zufolge der Best. in § 6 dieses Ges. nicht unterliegt. Denn nach der in der Rpr. überwiegenden, vom erk. Sen. geteilten Auffassung umfaßt der Gewerbebetrieb der Eisenbahnunternehmung bei der Personenbeförderung auch alle Einrichtungen, die dem Bedarf der Reisenden zu dienen bestimmt sind. Dazu gehören auch die Abortanlagen der Bahnhöfe, da sie im Interesse der ankommenden und abfahrenden Reisenden von der Eisenbahnverwaltung eingerichtet sind. Dabei begründet es keinen Unterschied, ob die Eisenbahnverwaltung selbst durch Angestellte die Abortanlagen bewirtschaftet oder die Bewirtschaftung einem Pächter überträgt. Ebenso ist es belanglos, daß die Benutzung der Anlagen auch außerhalb des Reiseverkehrs möglich ist, sofern nur, wie hier, die Einrichtung hauptsächlich den Bedürfnissen des Reiseverkehrs zu dienen bestimmt ist (vgl. RGSt. 58, 137; RZ. 1926 Rpr. Nr. 966; Landmann-Rohmer, GewD., 8. Aufl., Anm. 10 zu § 6; Stenglein, Strafr. NebG., 5. Aufl., Bd. II, Anm. 9 zu § 6 GewD.).

Als Hilfsbetrieb des Eisenbahnunternehmens gehört der Betrieb der Firma D. zu dem Verkehrsgewerbe i. S. der Vorschr. über die Arbeitszeit. Infolgedessen sind die besonderen Schutzbest. für weibliche Arbeitnehmer in §§ 137, 138, 139a GewD., die durch tarifliche Vereinbarungen nicht durchbrochen werden können, schon zufolge der

Ausnahmenvorschr. in § 154 Abs. 1 Ziff. 4 dieses Ges. nicht anwendbar auf die Beschäftigung der Wärterinnen der Abortanlagen.

Rechtsirrtümlich aber ist die Meinung der Strk., daß das Verkehrsgewerbe auch der ArbZWD. i. d. Fass. v. 14. April 1927 (ArbZWD. 1927), insbes. ihrem § 1 nicht unterworfen sei. Die Frage, ob und inwiefern die ArbZWD. 1927 auf das Verkehrsgewerbe anzuwenden sei, ist streitig (vgl. Rohmer, ArbZWD., 2. Aufl., S. 64 Anm. 2). Die Vorschr. in Ziff. III ArbZWD. v. 23. Nov. 1918 u. 17. Dez. 1918 (ArbZWD. 1918), die durch §§ 1, 14 Abs. 1 ArbZWD. 1927 wieder in Kraft gesetzt worden ist, bestimmt: „Für die in Verkehrsgewerben erforderlichen, durch die Zeitverhältnisse bedingten allgemeinen Ausnahmen von vorstehenden Vorschriften sind alsbald Vereinbarungen zwischen Betriebsleitungen und den Arbeitnehmerverbänden zu treffen. Sollten die Vereinbarungen nicht innerhalb zweier Wochen zustande kommen, bleiben weitere Anordnungen vorbehalten.“ Die „vorstehenden Vorschr.“, von denen Ausnahmen zugelassen werden, sind die durch die ArbZWD. 1927 wieder in Kraft gesetzte Ziff. I, nach der die Regelung der Arbeitszeit in der WD. die gewerblichen Arbeiter in allen gewerblichen Betrieben, einschließlich der Arbeiter in den Reichs-, Staats- und Gemeindebetrieben — selbst wenn diese nicht zur Gewinnerzielung betrieben würden — umfaßt, sowie Ziff. II, die nunmehr aufgehoben und durch den § 1 ArbZWD. 1927 ersetzt worden ist. In diesem ist jetzt, wie früher in Ziff. II, der Grundsatz des 8-Stunden-Tags festgelegt. Aus der Fassung der Sondervorschr. für das Verkehrsgewerbe ist daher zu entnehmen, daß grundsätzlich der 8-Stunden-Tag und die für die gewerblichen Betriebe im allgemeinen getroffene Regelung der Arbeitszeit der gewerblichen Arbeiter, also die Arbeitszeitbest. der ArbZWD. 1927 auch für das Verkehrsgewerbe einschließlich der öffentlichen Verkehrsbetriebe gelten sollen. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Betriebe unter die GewD. fallen oder nicht (ebenso Stenglein a. a. O. Bd. II Anm. 1d zu Ziff. I und Anm. 2c zu Ziff. III ArbZWD. 1918; Rohmer a. a. O. S. 6 unter 3 und S. 64 unter 2). Denn das Verkehrsgewerbe einschließlich der Eisenbahn-, Post- und Telegraphenverwaltung wird in Ziff. III ArbZWD. 1918 nicht schlechthin von der Anwendung des Grundsatzes des 8-Stündigen Arbeitstages befreit. Vielmehr ist nur vorgesehen, daß für das Verkehrsgewerbe allgemeine Ausnahmen, die infolge seiner Eigenart erforderlich sind und durch die Zeitverhältnisse bedingt sind, durch Gesamtvereinbarungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, d. h. durch Tarifverträgen, irgendwelcher Art zu treffen sind, und daß unter der im zweiten Satz der Vorschr. angegebenen Voraussetzung weitere Anordnungen der Reichsregierung vorbehalten bleiben. Da solche weitere Regierungsanordnungen bisher nicht ergangen sind,

aus Ziff. III anders behandeln wollte als einen gleichartigen Tarifvertr. aus § 2 ArbZWD. Der Zweifel wird aber kaum auszuräumen sein, solange die verschiedenen ArbZWD., wie es jetzt der Fall ist, ganz oder teilweise nebeneinander bestehen.

Den Ausführungen des Urts., wonach bei der Bemessung der Dauer der Arbeitszeit Arbeitsbereitschaft, sofern nicht eine Sonderregelung nach § 2 ArbZWD. getroffen wird, der Arbeitszeit im allgemeinen Sinne grundsätzlich gleichzustellen ist, ist zugustimmen; ebenso den Ausführungen, daß eine tarifvertragliche Regelung der Arbeitszeit nach Ziff. III mit öffentlich-rechtlicher Wirkung an die Stelle der allgemein geltenden Arbeitszeitregelung, insbes. des § 1 ArbZWD., tritt (vgl. u. a. Ausf. Bes. zum § 5 ArbZWD., wonach die Innehaltung der tariflich festgesetzten Arbeitszeiten der Aufsicht durch die Aufsichtsbeamten unterliegt und unter den Strafschuß des § 11 gestellt ist) und demnach die Nichtgewährung der im Tarifvertr. vorgesehenen Pausen, die von Zeiten der Arbeitsbereitschaft streng zu scheiden sind, den Strafschuß des § 11 ArbZWD. unterliegt. Ähnlich Urts. des hantl. OLG. v. 2. Febr. 1931: RArbBl. I, 190 und Urts. des RG. v. 18. Juni 1931, 2 D 1355/29; Samml. Vereinigung 32, 7.

Auch die Ausführungen über die Tariffähigkeit von Werkvereinen entsprechen der heute weit aus vorherrschenden Ansicht, insbesondere auch der Ansicht des RG. und des RArbG. In dem Werkverein im vorl. Fall die völlige Unabhängigkeit von der Arbeitgeberseite und damit auch die Tariffähigkeit zuerkannt werden kann, erblickt das RArbG. einen Hauptgrund für die Aufhebung des BU. und die Zurückverweisung der Sache an das Vorderegericht.

Schließlich entspricht auch die im Urts. vertretene Anwendbarkeit des § 151 GewD., der die strafrechtliche Verantwortlichkeit der den Arbeitgeber vertretenden Personen regelt, dem engen Zusammenhang der ArbZWD. mit den ArbZVorschr. der GewD. Die Anwendbarkeit ist trotz Fehlen einer ausdrücklichen Best. in früheren Urts. schon des öfteren ausgesprochen und läßt sich insbes. im Hinblick auf die noch in Geltung befindliche Ziff. XI der Verordnung v. 23. Nov. 1918 rechtfertigen, wonach die in Reichs- und Landesges. erlassenen Vorschr. im bisherigen Umfang soweit Anwendung finden, als sie nicht den Best. der Verordnung zuwiderlaufen; dabei kann die inzwischen erfolgte Ersetzung der früher die Strafbest. enthaltenden Ziff. X der Verordnung v. 23. Nov. 1918 durch den § 11 ArbZWD. als unerheblich angesehen werden.

MinR. Neigel, Berlin.

gilt also die ArbZWD. 1927 uneingeschränkt auch für das Verkehrsgewerbe, soweit nicht durch TarVertr. eine abweichende Regelung getroffen ist. Diese kann auch die Grenzen überschreiten, die in der ArbZWD. 1927 für die dort in §§ 2 und 5 zugelassenen Sonderregelungen der Arbeitszeit gezogen sind. Insofern sind Vereinbarungen über die Arbeitszeit, die ihre Rechtsgrundlage in Ziff. III ArbZWD. 1918 haben, im Gegensatz zu solchen, die auf § 5 ArbZWD. 1927 beruhen, nicht an die 10-Stunden-Grenze des § 9 ArbZWD. 1927 gebunden. Das geht daraus hervor, daß im ersten Satze des § 9 ArbZWD. 1927 die in Ziff. III ArbZWD. 1918 bezeichnete Ausnahme ebensowenig angeführt ist, wie die in § 2 ArbZWD. 1927 bezeichnete, für die gleichfalls die 10-Stunden-Grenze nicht gilt (ebenso BayObLG.: JW. 1929, 1483; vgl. auch Stenglein a. a. D. Anm. 2b zu § 9 ArbZWD. 1927).

Diese gesetzliche Sonderregelung der Beschränkungen der Arbeitszeit im Verkehrsgewerbe erstreckt sich auch auf die Deutsche Reichsbahngesellschaft und ihre Hilfsbetriebe mit der Maßgabe, daß die Ausübung der durch die ArbZWD. 1927 dem RWbM. oder anderen Behörden übertragenen Befugnisse dem RWbM. und dem Generaldirektor der Reichsbahngesellschaft zusteht. Das ergibt sich aus Ziff. I u. III ArbZWD. 1918 und § 16 Abs. 4 RWbM. v. 30. Aug. 1924, der der Reichsbahngesellschaft in arbeitsrechtlicher Beziehung die gleiche Sonderstellung einräumt, wie sie den Verwaltungen des Reichs in § 13 ArbZWD. 1927 gewährt ist (vgl. ObG. Königsberg: HöchstrWRpr. 1931 Nr. 569).

Bei dieser Rechtslage ist es von wesentlicher Bedeutung, ob die beiden Gesamtvereinbarungen zwischen der Firma D. und den Organisationen ihrer Arbeitnehmer als Tarifverträge anzusehen sind oder nicht. Sind sie keine Tarifverträge, so dürfte — mangels einer an sich zulässigen Ausnahmeregelung — die regelmäßige tägliche Arbeitszeit der Aufwärtinnen ausschließlich der Pausen die Dauer von 8 Stunden nicht überschreiten (§ 1 Satz 2 ArbZWD. 1927). Eine Ausgleichung der an einzelnen Tagen durch die 24stündige Ruhezeit zwischen zwei Arbeitsschichten eintretenden Ausfälle von Arbeitsstunden durch Mehrarbeit an den übrigen Tagen der gleichen oder folgenden Woche war nicht zulässig. Denn die in § 1 Satz 3 ArbZWD. 1927 zugelassene Verschiebung der Arbeitsstunden innerhalb der 48-Stunden-Woche oder der 96-Stunden-Doppelwoche ist nur für den ganzen Betrieb oder eine Betriebsabteilung statthaft. Der bei einem einzelnen Arbeitnehmer eintretende Arbeitsausfall darf nicht in dieser Weise ausgeglichen werden (RSt. 63, 266).

Die Verk. hat die Freisprechung u. a. damit begründet, daß die reine Arbeitszeit der Aufwärtinnen 10 Stunden täglich nicht übersteigen habe. Sie hat dabei offensichtlich die 10-Stunden-Grenze des § 9 ArbZWD. 1927 im Auge gehabt. Diese Vorschr. kann aber überhaupt nicht angewendet werden. Denn sie setzt nur für die in den §§ 3 bis 7 ArbZWD. 1927 bezeichneten Ausnahmen vom 8-Stunden-Tag, die hier nicht in Frage kommt, die Arbeitszeit auf höchstens 10 Stunden täglich fest.

Frrümlich ist auch die Ansicht, als Arbeitszeit sei im vorl. Falle nur die reine Arbeitszeit anzusehen, d. h. die Summe des Zeitaufwandes, den die Aufwärtinnen für die Ausführung ihrer einzelnen Dienstleistungen in der Tages- oder Nachtschicht benötigten. Die Arbeitszeit i. S. der ArbZWD. umfaßt nicht nur die Zeit der eigentlichen Arbeit, d. h. der vollen Tätigkeit des Arbeitnehmers, sondern auch die Zeit bloßer Arbeitsbereitschaft, d. h. die Zeit, während der sich der Arbeitnehmer auf Geheiß des Arbeitgebers an der Arbeitsstätte zur jederzeitigen sofortigen Aufnahme der eigentlichen Arbeit bereithält (Nikisch, ArbZWD., Anm. 4a zu § 1). Die Arbeitszeit in § 1 Satz 2 ArbZWD. 1927 gilt grundsätzlich auch für die Tätigkeit der Arbeitnehmer, bei denen regelmäßig und in erheblichem Umfang Arbeitsbereitschaft vorliegt. Nur ist für diese Fälle in § 2 ArbZWD. 1927 eine abweichende Regelung der Arbeitszeit durch TarVertr. oder in Ermangelung tariflicher Vereinbarungen durch den RWbM. nachgelassen (Stenglein a. a. D. Anm. 2 zu § 2 ArbZWD. 1927; Nikisch a. a. D.; Kaskel, Arbeitsrecht, 3. Aufl., S. 213). Daß eine solche Ausnahmeregelung für die Aufwärtinnen getroffen worden sei, ist im Urh. nicht ausreichend dargelegt worden.

Sind die Gesamtvereinbarungen v. 31. Mai 1927 und 14. Febr. 1930 Tarifverträge, so waren die darin getroffenen Arbeitszeitbest. nach Ziff. III ArbZWD. 1918 zulässig und sowohl für die Aufwärtinnen wie für den Angekl. verbindlich. Dann verdrängte die durch den TarVertr. vereinbarte Regelung der Arbeitszeit mit öffentl. rechtlicher Wirkung die nachstehenden gesetzlichen Normen, die der Disposition der TarVertr. Parteien unterliegen, und daß in diesem Rahmen vereinbarte Recht genießt den gleichen Strafschutz wie die gesetzliche Regelung der Arbeitszeit. Es treten alle Best. des TarVertr., die sich auf die über den Rahmen des § 1 ArbZWD. 1927 ausgedehnte Arbeitszeit beziehen, soweit sie nicht etwa gegen sonstige zwingende gesetzliche Best. verstoßen und deshalb nichtig sind, an die Stelle der gesetzlichen Vorschr. als Rechtsnormen öffentl. rechtlicher Natur für alle Arbeitgeber und Arbeitnehmer, für die der TarVertr. verbindlich ist. Dann dürfte also für die Aufwärtinnen die tägliche Arbeitszeit einschließlich der Pausen den Zeitraum von

13 Stunden nicht überschreiten. Auch diese Arbeitszeitregelung ist nach dem festgestellten Sachverhalt nicht eingehalten worden. Denn die Aufwärtinnen sind ohne Pausen beschäftigt worden. Pausen sind nur planmäßige Unterbrechungen der Arbeitszeit. Diese umfaßt auch bei tarifvertraglicher Regelung sowohl die Zeit der eigentlichen Arbeit wie die Zeit bloßer Arbeitsbereitschaft. Die Einlegung von Pausen war in beiden Verträgen durch die Worte „einschließlich der Pausen“ und „die Pausen sind so zu legen“ in den Sätzen, die die Arbeitszeit der Wärterinnen regeln, zwingend vorgeschrieben. Die Auslegung der Strk., nach den Verträgen habe die Gewährung von Pausen im Ermessen des Angekl. gestanden, ist denkgesehlich nicht haltbar. Nur über die Dauer der Pausen und ihre Verteilung auf die Arbeitsschicht war in den Verträgen nichts bestimmt.

Beginn und Ende der Pausen sind nach Ziff. VIII ArbZWD. 1918, die durch §§ 1, 14 Abs. 1 ArbZWD. 1927 wieder in Kraft gesetzt worden ist, und die sich auf alle Betriebe bezieht (Kohmer a. a. D. S. 68), vom Arbeitgeber im Einverständnis mit dem Arbeitersauschuss oder, wenn ein solcher nicht besteht, mit der Arbeiterschaft des Betriebes festzulegen und durch Aushang in dem Betrieb zu veröffentlichen. Gegen diese Vorschr., der auch die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Einhaltung der festgelegten Pausen zu entnehmen ist (ObG. Dresden: SächsWRch. 1922, 125), und deren Verletzung nach § 11 ArbZWD. 1927 strafbar ist, ist ebenfalls durch die pausenlose 11- und 13stündige Beschäftigung der Wärterinnen verstoßen worden. Hinsichtlich dieses Vergehens macht es keinen Unterschied, ob die mehrerwähnten Gesamtvereinbarungen TarVertr. sind oder nicht. Denn die Einlegung von Pausen war sowohl nach den Verträgen geboten wie nach § 1 ArbZWD. 1927, der in Ermangelung einer der Ziff. III ArbZWD. 1918 genügenden Ausnahmeregelung für die Arbeitszeit der Wärterinnen maßgebend war. Dieses Vergehen bildete auch einen Teil der in der Anklage bezeichneten Tat i. S. des § 264 StrbG., da nach der Auffassung der Anklage für den Zweigbetrieb in G. der Angekl. hinsichtlich aller Arbeitszeitbest. an Stelle des Betriebsinhabers strafrechtlich verantwortlich war und Gegenstand der Anklage die Überschreitung der zulässigen Arbeitszeit bei der Beschäftigung der 6 er Aufwärtinnen ist.

Die Hilfsverwägung am Ende des angefochtenen Urh., die Nichteinlegung der Pausen könne den Angekl. nicht belasten, weil er die Verträge für TarVertr. i. S. des § 2 ArbZWD. 1927 gehalten habe, ist rechtsirrig. Diese Annahme entband den Angekl. nicht von der Einhaltung der Vertragsbest., die zur Einlegung von Pausen verpflichteten. War er aber der Meinung, die pausenlose Beschäftigung der Wärterinnen sei durch § 2 ArbZWD. 1927 erlaubt gewesen, weil die eigentliche Arbeit in einer Schicht 10 Stunden nicht überstiegen habe, so irrte er nur über die Auslegung des Strafsatzes. Strafrechtlicher Natur wäre sein Irrtum auch gewesen, wenn er die Zeiten der bloßen Arbeitsbereitschaft der Wärterinnen für Pausen i. S. der Arbeitszeitbest. gehalten hätte. Denn die Gebote und Verbote der ArbZWD. bilden mit der Strafandrohung des § 11 ArbZWD. 1927 ein einheitliches Strafgesetz (Stenglein a. a. D. Anm. 4a zu § 11 ArbZWD. 1927).

Zur Beurteilung der Frage, ob die Verträge v. 31. Mai 1927 und v. 14. Febr. 1930 als „Vereinbarungen zwischen Betriebsleitung und Arbeitnehmerverbänden“ i. S. der Ziff. III ArbZWD. 1918 anzusehen sind, bietet das angefochtene Urh. keine ausreichende Möglichkeit, da es die hierzu erforderlichen Feststellungen vermissen läßt. Die Strk. hat die Frage verneint, weil die Verträge „nicht von Arbeitnehmerverbänden, sondern allein von den Arbeitnehmern abgeschlossen worden sind“. Dabei hat sie den Begriff „Arbeitnehmerverband“ zu eng ausgelegt. Als Arbeitnehmerverband ist jede tariffähige Arbeitervereinigung anzusehen. Denn es ist kein Grund ersichtlich, warum die Fähigkeit, auf der Arbeitnehmerseite eine Vereinbarung i. S. dieser Vorschr. abzuschließen, an strengere Voraussetzungen geknüpft sein sollte als die Fähigkeit, einen Tarifvertrag abzuschließen, durch den für andere Gewerbe als die Verkehrsgewerbe nach §§ 2 und 5 ArbZWD. 1927 die Arbeitszeit abweichend von § 1 Satz 2 und 3 geregelt werden kann. Der Begriff „Arbeitnehmerverband“ ist deshalb gleichzusetzen mit dem Begriff „Vereinigung von Arbeitnehmern“ in § 1 TarVertrD. v. 23. Dez. 1918 und 1. März 1928. Nach der herrschenden, vom Sen. geteilten Meinung ist Erfordernis der Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung ihre volle äußere und innere Unabhängigkeit von der Arbeitgeberseite (vgl. Entsch. d. RWbG. 3, 170). Deshalb sind bloße Betriebsvereinbarungen, d. h. Abmachungen zwischen dem einzelnen Arbeitgeber und der Betriebsvertretung, wie sie z. B. in Ziff. VIII ArbZWD. 1918 vorgesehen sind, keine Gesamtvereinbarungen i. S. der Ziff. III ArbZWD. 1918, wohl aber Vereinbarungen, die auf Arbeitnehmerseite von Werkvereinen mit sozialer Unabhängigkeit vom Arbeitgeber abgeschlossen sind. Der Sen. bejaht in übereinstimmung mit der überwiegenden Meinung die grundsätzliche Tariffähigkeit der Werkvereine, d. h. der Vereinigungen, in denen sich die Arbeiter eines einzelnen Betriebes organisiert haben mit dem Ziel, auf die Gestaltung der Arbeitsbedingungen zur Förderung der eigenen wirtschaftlichen Interessen Einfluß zu gewinnen (vgl. Stenglein a. a. D. Anm. 1 zu § 5 ArbZWD. 1927; Molitor, TarVertrD., 1930, 46). Die Frage, ob ein solcher Werkverein die

erforderliche Unabhängigkeit nicht nur sachgemäß, sondern auch tatsächlich hat, ist in jedem einzelnen Falle eingehend zu prüfen und kann nur auf Grund der gesamten tatsächlichen Verhältnisse entschieden werden (vgl. DLG. Stuttgart: RArbBl. 1930 I, 128).

Für die neue Hauptverhandlung ist noch auf folgendes hinzuweisen.

Wird festgestellt, daß den Arbeitervereinigungen, die in den Verträgen v. 31. Mai 1927 und 14. Febr. 1930 als Vertragsparteien genannt sind, die Tariffähigkeit mangels der erforderlichen sozialen Unabhängigkeit fehlte, so wird weiter zu prüfen sein, ob und warum der Angekl. die Arbeitervereinigungen gleichwohl für tariffähig gehalten hat. Ein Irrtum des Angekl. in dieser Richtung wäre nach § 59 StGB. zu beachten, wenn sich ergeben würde, daß der Angekl. die konkreten tatsächlichen Verhältnisse, welche die Vereinerung der Tariffähigkeit bedingen, nicht oder nur ungenügend erkannt hat. Denn dann hätte er über Tatumstände geirrt. Dieser Irrtum würde aber die Befragung des Angekl. nicht ausschließen, wenn er vom Angekl. durch Fahrlässigkeit verschuldet wäre. Denn in § 11 Abs. 1 ist im Gegensatz zu Abs. 2 auch die fahrlässige Zuverhandlung unter Strafe gestellt (RSt. 63, 269). Die Bestrafung wegen Vergehens nach Ziff. VIII ArbZWD. 1918 i. Verb. m. § 11 ArbZWD. 1927 würde selbst durch einen unverschuldeten Tatsachenirrtum des Angekl. über die Tariffähigkeit nicht ausgeschlossen werden, da die Einlegung der Pausen auch durch die Verträge geboten war. Die IrrtumsW.D. v. 18. Jan. 1917 ist nach der überwiegenden — jetzt auch vom erk. Sen. geteilten — Meinung in der Rspr. auf die ArbZWD. 1927 und die durch diese wieder in Kraft gesetzten Best. der ArbZWD. 1918 nicht anwendbar (ZB. 1931, 1984; RSt. 63, 266).

Für die Beurteilung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Angekl. kann es von Bedeutung werden, ob § 151 GewD. auf den vorl. Fall angewendet werden kann. Diese Vorschr. ist unmittelbar vorl. für die Gewerbebetriebe maßgebend, auf welche die GewD. Anwendung findet. Das schließt aber nicht aus, die im § 151 GewD. aufgestellten Grundfälle über die Haftung eines Vertreters, dem die Leitung des ganzen Betriebes oder eines Teiles übertragen ist, und über die Haftung des Inhabers neben ihm entsprechend auf andere Betriebe anzuwenden (RSt. 64, 193; Stenglein a. a. O. Anm. 3 zu § 151 GewD.). Diese entsprechende Anwendung erscheint bei Zuverhandlungen gegen die Arbeitszeitbest. in Ausübung eines der GewD. nicht unterliegenden Gewerbes um so mehr geboten, als die Arbeitszeitbest. aus der GewD. erwachsen sind und die Neuregelung der Arbeitszeit der gewerblichen Arbeiter nach der staatlichen Umwälzung offenbar nur aus gesetzmäßigen Gründen in besonderer W.D. erfolgt ist, aber mit der Maßgabe, daß sie auf alle gewerblichen Betriebe Anwendung findet.

(DLG. Dresden, Ur. v. 12. Jan. 1932, 2 Ost 231/31.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

*

18. §§ 1, 11 ArbZWD. v. 14. April 1927. Anwendbarkeit auf die Verkehrsgerwerbe.

Durch § 1 ArbZWD. ist die Bestimmung unter Ziff. I Anordnung über die Regelung der Arbeitszeit gewerbl. Arbeiter vom 23. Nov. 1918/17. Dez. 1918 von neuem zur Geltung erhoben und das grundsätzliche Verbot der Überbeschäftigung über die Dauer von 8 Stunden ausdrücklich hinsichtlich aller in dieser Bestimmung bezeichneten Arbeitnehmer ausgesprochen worden. Nun hat zwar, wie sich aus § 14 Abs. 1 ArbZWD. v. 14. April 1927 ergibt, auch Ziff. III der Anordnung wieder Bestand erhalten, die für „Verkehrsgerwerbe“ Ausnahmeregelungen inbetr. der täglichen Arbeitszeitdauer zuläßt; solange indessen besondere Regelungen der zulässigen Art für ein „Verkehrsgerwerbe“ nicht stattgefunden haben, gehört dieses zur Allgemeinheit der von Ziff. I umfaßten gewerblichen Betriebe, für die jenes grundsätzliche Verbot in § 1 Satz 2

Zu 19. Die Vorschr. im § 1 Nr. 4 sächs. Ges., die Besteuerung des Gewerbebetriebes im Umherziehen betr., v. 1. Juli 1878 deckt sich zwar nicht dem Wortlaute, wohl aber dem Sinne nach mit der Vorschr. im § 55 Abs. 1 Nr. 3 GewD. Zwar ist im § 55 Abs. 1 Nr. 3 GewD. von einer Anbietung gewerblicher Leistungen die Rede, während im § 1 Nr. 4 sächs. Ges. von der Feilbietung solcher Leistungen gesprochen wird. Dies kommt aber nicht auf einen sachlichen Unterschied hinaus. Die Worte „Anbieten“ und „Feilbieten“ befragen vielmehr ein und dasselbe (Landmann-Rohmer, Komm. z. GewD., 8. Aufl., § 55 Anm. 11). Es kann daher die umfangreiche Zublikatur, die zu § 55 Abs. 1 Nr. 3 GewD. ergangen ist, für die Auslegung des sächs. Ges. nutzbar gemacht werden. Die gesamte Rspr. — von einer Ausnahme abgesehen — steht nun auf dem Standpunkt, daß um das Begriffsmerkmal des Anbietens zu erfüllen, die sofortige Bereitschaft zu einer Teilleistung genügt. Nur das DLG. Dresden hatte bisher in einem abweichenden Sinne entschieden. Ich verweise auf das Ur. des 2. StrSen. v. 8. Juni 1926, 2 Ost 69/26; ZB. 1926, 2222. Hierbei der Angekl. die Bewohner eines außerhalb seines Wohnortes gelegenen Hauses gebeten, an das Fenster zu treten und hatte, nachdem

ArbZWD. v. 14. April 1927 gült. (vgl. RArbG.: GewArch. 26, 131; BayDblG. 29, 119; Rohmer, „ArbZWD.“, S. 5, 64). Nach den Feststellungen der Vorinst. ist für das „Verkehrsgerwerbe“ der Angekl. weder durch Tarifvereinbarung noch durch eine Sondermaßnahme nach § 6 Abs. 1 ArbZWD. v. 14. April 1927 eine Ausnahme in der fraglichen Richtung geschaffen worden, ebensowenig hat bisher das RArbG. eine solche angeordnet. Wenn die Beschw. am Schlusse der RevBegründung aus dem Umstande, daß die in Ziff. III vorbehaltenen weiteren Anordnungen bislang unterlassen worden sind, den Standpunkt der zuständigen Reichsstelle herzuweisen sucht, es sei durch den Inhalt der Bestimmung die Ausnahmestellung der „Verkehrsgerwerbe“ im Punkte der Arbeitszeitdauer schon genügend normiert, so muß dem entgegengehalten werden, daß es dann vom Gesetzgeber annehmbar vorgezogen worden sein würde, mit klaren Worten die Nichtanwendbarkeit der ArbZWD. v. 14. April 1927 auf die „Verkehrsgerwerbe“ zu statuieren, statt unter Ziff. III mit dem aus dieser ersichtlichen Vorbehalte von neuem zur Geltung kommen zu lassen.

(DLG. Dresden, Ur. v. 28. April 1931, 2 Ost 50/31.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

*

19. § 1 Ziff. 4 u. 5 SächsGes., die Besteuerung des Gewerbebetriebes im Umherziehen betr. v. 1. Juli 1878. Feilbieten einer gewerblichen Leistung liegt beim Wandersphotographen vor, wenn er schon vor der Lichtbildaufnahme die aufgenommene Person fragt, ob er eine Aufnahme machen könne. f)

Der Angekl. hat, nachdem er mit seinem photographischen Apparat an den im Garten arbeitenden Zeugen G. herangetreten war, seinen Apparat aufgestellt, hierauf den G. gefragt, ob er eine Aufnahme machen könne, und sodann auf die Antwort G.s, daß er ihm nicht hinderlich dabei sei, die Aufnahme durch Belichten der Negativplatte bewerkstelligt. Nach der Aufnahme hat er G. gefragt, ob er nicht ein paar Bilder nehmen wolle. G. hat sich zunächst ablehnend verhalten, schließlich aber doch sechs Bilder bestellt, die ihm nach Fertigstellung in G. von dort zugesendet worden sind.

Ohne Rechtsirrtum hat der N. in diesem Verhalten das Feilbieten einer gewerblichen Leistung erblickt. Dieser Begriff erfordert lediglich die nach außen erkennbar zum Ausdruck gebrachte Bereitwilligkeit zum sofortigen Beginne der Leistung gegen Bezahlung. Diese Bereitwilligkeit hat der Beschw. im vorliegenden Falle dadurch zum Ausdruck gebracht, daß er nach Aufstellen seines photographischen Apparates und nach Erbitten der Erlaubnis zu einer Aufnahme nicht etwa nur das Haus des Zeugen aufgenommen, sondern vor der Aufnahme den Zeugen an einen bestimmten Platz gestellt hat. Der Umstand, daß der Beschw. erst nach der Aufnahme dem Zeugen G. das Angebot auf Bestellung von Bildern gemacht, und daß G. sich diesem Angebot gegenüber zunächst ablehnend verhalten hat, steht der Annahme, daß der Beschw. bereits vorher die photographische Aufnahme als solche feilgeboten hat, nicht entgegen. Mit der nach außen erkennbar zum Ausdruck gebrachten Bereitwilligkeit des Beschw. zum sofortigen Beginne der Aufnahme, die sich als Anfang und als wesentlicher Teil der auf die Herstellung von Photographien gerichteten Tätigkeit, also als wesentlicher Teil der gewerblichen Leistung des Photographen darstellt, war hiernach der Begriff des Feilbietens erfüllt, und es kam daher nicht mehr darauf an, daß die Herstellung der photographischen Abzüge gerichtete Tätigkeit des Beschw. an dem Orte seiner Niederlassung noch ihre Fortsetzung und ihren Abschluß gefunden hat.

(DLG. Dresden, Ur. v. 3. Febr. 1931, 2 Ost 170/30.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

*

dieser Bitte nachgekommen wurde, eine Aufnahme gemacht. Nach der Aufnahme wurden Bilder bestellt, die im Wohnorte des Photographen abgezogen wurden. Das DLG. hatte die Voraussetzungen des § 55 Abs. 1 Nr. 3 GewD. nicht als erfüllt angesehen, weil der Photograph die Bilder erst in seinem Wohnorte entwickelt hatte, also nicht zur sofortigen Leistung bereit gewesen sei. Demgegenüber genügt es nach der herrschenden Meinung, wenn der Photograph zunächst zur Aufnahme einer Aufnahme einlädt; denn die photographische Aufnahme ist eine wesentliche Teilleistung, zu deren sofortigen Vornahme der Photograph bereit ist. Dieser herrschenden Ansicht schließt sich das oben wiedergegebene Ur. des DLG. Dresden v. 3. Febr. 1931, 2 Ost 170/30 mit Recht an, womit es gleichzeitig von seiner früheren Rechtsansicht abrickt.

Offensichtlich legt das DLG. Gewicht darauf, daß dem Photographen vorher die Erlaubnis zur Aufnahme erteilt worden sei. Dies ist in der Tat wesentlich; denn wenn diese Zustimmung nicht vorliegen würde, könnte man von einem Feilbieten gewerblicher Leistungen nicht sprechen (RG.: GewArch. 25, 422).

R.A. Dr. Erler, Dresden.

20. §§ 135, 136, Ziff. 5a ZollG.; § 468 AbgD.; § 2 Abs. 2 StGB.; § 6 Ziff. 3, 6 Zolltarif. Zurückbringen eines im Ausland mit einem neuen Bezug versehenen Pelzmantels ins Zollinland. — Die Anwendung von § 468 AbgD. entfällt, wenn die Zollbehörde erklärt hat, zunächst die rechtskräftige Entscheidung der Frage abwarten zu wollen, ob eine strafbare Desfraude vorliege.

Der Beschw. hat im Herbst 1928 einem Schneidermeister aus Böhmischo-Weißa nach vorheriger Verständigung mit ihm in Wobensbach in der Tschechoslowakei einen ihm gehörigen getragenen Pelzmantel mit dem Auftrage übergeben, den Pelzmantel nach Entfernung des alten Bezugs mit einem neuen Bezug zu versehen. Im Frühjahr 1929 hat dann der Beschw. den mit einem neuen Bezug versehenen Pelz in einer Gastwirtschaft in Georgsvalde in der Tschechoslowakei selbst abgeholt, angezogen und ihn alsbald darauf an seinem Körper über die deutsche Reichsgrenze ins Zollinland eingeführt, ohne ihn beim Grenzübertritt bei dem deutschen Zollamt anzumelden und zu verzollen. Anlaß und wesentlicher Zweck der Reise des Beschw. nach Georgsvalde war die Abholung und Übernahme des im Zollaussland mit einem neuen Bezug versehenen Pelzmantels. Für den neuen Bezug auf das bereits getragene Pelzwerk hat der Beschw. etwa 700 K = 87,50 RM bezahlt. Davon entfielen etwa 400 K auf den Stoff und die restlichen 300 K auf die Arbeitsleistung. Der Wert des Pelzmantels einschließlich des Pelzkragens betrug unwiderlegt etwa 320 RM. An Eingangszoll für den ganzen Pelzmantel, der ein Gewicht von 3 kg hatte, wären nach TarNr. 565 des deutschen Zolltarifs 27 RM zu entrichten gewesen.

Der Beschw. ist wegen Hinterziehung des Eingangszolls für den ganzen Pelzmantel auf Grund des Vermutungstatbestandes des § 136 Ziff. 5a ZollG. gem. § 135 des. Ges. zu der dem vierfachen Betrage des hinterzogenen Eingangszolles gleichkommenden Geldstrafe von 108 RM, ersatzweise acht Tage Gefängnis, verurteilt und die Einziehung des Pelzmantels ausgesprochen worden.

§ 468 (früher § 433) AbgD. stand dem Erlaß des strafgerichtlichen Ur. erster wie zweiter Instanz nicht entgegen, und auch das Rev. ist an seiner Entsch. durch diese Vorschr. nicht gehindert. Wie die Akten des HZoll. ergeben, ist allerdings der Zollbescheid, in dem vom Beschw. die Entrichtung des Eingangszolls von 27 RM gefordert worden ist, noch nicht rechtskräftig, da er rechtzeitig mit dem zulässigen Rechtsmittel, der Anfechtung, angefochten worden ist. Indessen hat der Präf. des ZFin. in seinem Bescheid an das HZoll. ausdrücklich erklärt, daß er über die Anfechtung des Beschw. gegen den Zollbescheid erst entscheiden werde, wenn in dem anhängigen Strafverfahren rechtskräftig festgestellt sei, daß sich der Beschw. der Hinterziehung der Eingangszabgabe schuldig gemacht habe. In einem solchen Falle, in dem also die Rechtsmittelfinanzbehörde es ablehnt, die in § 468 (§ 433) AbgD. vorgesehene Vorentscheidung zu treffen, entfällt nach der auch vom erk. Sen. geteilten Rechtsauffassung des RG. die Anwendung dieser Vorschrift. Denn das Strafgericht hat weder eine Handhabe, die Finanzbehörde zum Erlaß eines Zoll- oder Steuerbescheids, noch eine Handhabe, die Rechtsmittelfinanzbehörde zum Erlaß einer Entsch. über die Anfechtung gegen einen Zoll- oder Steuerbescheid zu zwingen, wenn diese Behörden davon Abstand nehmen wollen (vgl. ZFR. 1925, 198; 1927, 46; RGSt. 60, 245). Die Anwendung des § 468 AbgD. würde aber im vorl. Falle überdies noch um deswillen entfallen, weil die Verurteilung des Beschw. auf den Vermutungstatbestand des § 136 Ziff. 5a ZollG. gegründet ist (vgl. RGSt. 57, 212).

Sachlich-rechtlich gibt das Ur. keinen Anlaß zu rechtlichen Bedenken.

Zunächst ist der Umstand, daß das in der Tschechoslowakei mit einem neuen Bezug versehene Pelzfutter und der Pelzkragen unwiderlegt aus dem Zollinlande stammten und vorher mit dem alten Bezug aus dem Zollinland ins Zollaussland lediglich zu dem Zwecke verbracht worden waren, sie dort von einem Schneider mit einem neuen Bezug versehen zu lassen, weder für die Zollspflichtigkeit des Pelzes, noch für die Möglichkeit, durch die Wiedereinführung dieser Teile des Pelzmantels eine Zollhinterziehung zu verüben, von rechtlicher Bedeutung. Denn weder der Zolltarif noch das ZollG. bedingen Unterscheidungen für die Zollpflichtigkeit je nach zollinländischem oder zollaussländischem Ursprung der Ware (§ 4). §§ 111 ff. ZollG. gestatten zwar unter gewissen Umständen für sog. transitierende (§ 111), für Messe- und Marktwaren (§ 112), für Retourwaren (§§ 113, 114), für den Veredelungsverkehr (§ 115 u. VeredelungsD. v. 5. April 1906 [Zoll-Bl. 536]) usw. Befreiungen vom Eingangszoll. Diese Befreiungen aber beziehen sich regelmäßig auf ganz bestimmte einzelne Warenpartien und sind bedingt sowohl durch den Identitätsnachweis der aus- und wiedereingeführten Gegenstände (§ 113 ZollG.), als auch durch die Beobachtung der sonst vorgeschriebenen Kontrollen (§ 118 ZollG.). Im vorliegenden Falle steht aber fest, daß der Beschw. eine solche ausnahmsweise Befreiung vom Eingangszoll

nicht erwirkt hatte, daß insbes. weder bei der Ausfuhr, noch bei der Wiedereinfuhr die vorgeschriebenen Anmeldungen beobachtet worden sind. Damit fiel an sich der Pelzmantel als ganzes ohne weiteres unter die regelmäßige Zollpflichtigkeit. Diese war an sich gegeben, sobald nicht bereits vor seiner Einfuhr über die deutsche Zollgrenze der Erlaß des Eingangszolls für das Pelzfutter und den Pelzkragen besonders bewirkt worden war (vgl. RGSt. 9, 42). Ob in der Anfertigung des neuen Bezugs für den mit dem alten Bezug aus dem Zollinland ins Zollaussland verbrachten Pelzmantel eine Veredelung i. S. des § 115 ZollG. erblickt werden könnte, hat die Strk. dahingestellt sein lassen können, da, selbst wenn dies der Fall wäre, eine zollamtlich zugelassene Veredelung nicht in Frage kommen würde.

Die Annahme der Strk., daß es sich bei dem vom Beschw. unangemeldet und unverzollt ins Zollinland eingeführten, nicht zum Verkauf oder zur gewerblichen Verwendung dafelbst bestimmten Pelzmantel nicht um ein nach § 6 Ziff. 3 Zolltarifs. vom 25. Dez. 1902 (RGBl. 303) vom Eingangszoll befreites gebrauchtes Kleidungsstück handele, ist rechtlich nicht zu beanstanden.

Unter gebrauchten Kleidungsstücken sind solche zu verstehen, deren Wert durch Alter oder Abnutzung gemindert ist. Der Begriff „gebraucht“ setzt voraus, daß das Kleidungsstück als solches schon getragen worden ist und im ganzen in seiner Identität als gebrauchtes Kleidungsstück erkennbar ist. Die Entsch. der Frage, ob ein Kleidungsstück als gebraucht zu gelten hat, liegt daher im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet. Unwiderlegt ist nun allerdings das Pelzwerk des hier fraglichen Pelzmantels vor dessen Aus- und Wiedereinfuhr schon getragen worden. Der zu diesem gebrauchten Pelzwerk in der Tschechoslowakei angefertigte neue Bezug, durch den das vom alten Bezug getrennte Pelzwerk erst wieder die Eigenschaft eines Kleidungsstücks erhalten hat, war aber noch ungebraucht. Denn die kurze Zeit, die der Beschw. den Mantel mit dem neuen Bezug vom Augenblicke der Übergabe bis zu dem Grenzübertritt getragen hat, machte den Bezug noch nicht zu einem gebrauchten. Hätte der Beschw. das Pelzwerk des Mantels allein, also ohne Bezug über die Grenze ins Zollinland wiedereingeführt, so wäre dieses unter allen Umständen ein zollpflichtiger Gegenstand gewesen, weil es, wenn schon gebraucht, so doch als solches kein Kleidungsstück, sondern nur ein Teil eines Kleidungsstücks war und erst in Verbindung mit dem dazu angefertigten neuen Bezug die Eigenschaft eines Kleidungsstücks wieder erhalten hatte. In Verbindung mit dem in der Tschechoslowakei neu dazu angefertigten Bezug war dieser aber noch kein gebrauchtes Kleidungsstück. Die wesentliche Teilerneuerung, die der Pelzmantel durch das Versehen mit einem neuen Bezug erfahren hatte, hob die Eigenschaft des Mantels als eines gebrauchten Kleidungsstücks auf und gab ihm die Eigenschaft eines noch ungebrauchten Kleidungsstücks. Denn in dieser neuen Erscheinungsform war das Kleidungsstück als solches, der ganze Pelzmantel, vorher noch nicht getragen worden. Der Umstand, daß der wertvollere Teil des Pelzmantels, das Pelzfutter und der Pelzkragen, bereits gebraucht war, war daher nicht geeignet, dem Mantel die Eigenschaft eines gebrauchten Kleidungsstücks zu geben. Durch die Vornahme einer bloßen Reparatur an einem gebrauchten Kleidungsstück wird dieses allerdings nicht zu einem ungebrauchtem. Von einem gebrauchten Kleidungsstück kann dagegen dann keine Rede mehr sein, wenn mit ihm eine so wesentliche Veränderung vorgenommen worden ist, daß es in seiner Identität nicht mehr erkennbar ist, wenn also an dem Kleidungsstück nicht nur eine Reparatur durch Verwendung bloßer Zutaten und Nebensachen, sondern eine wesentliche Teilerneuerung vorgenommen worden ist, durch die es die zunächst verlorengegangene Eigenschaft eines Kleidungsstücks erst wieder erhalten hat.

Nach RGSt. 12, 342 vermag die Rev. nichts zu ihren Gunsten herzuführen, weil in dem angefochtenen Ur. frei von Rechtsirrtum festgestellt ist, daß Anlaß und wesentlicher Zweck der Reise des Beschw. die Abholung und Übernahme des dort neu bezogenen Pelzmantels war, daß also der Beschw. den Mantel in der Tschechoslowakei abgeholt hat, nicht um ihn dort in Gebrauch zu nehmen, sondern lediglich um ihn über die Grenze ins Zollinland zu bringen. Der Beschw. kann daher auch nicht als Reisender i. S. des § 6 Ziff. 6 Zolltarifs. angesehen werden. Denn unter „Reisenden“ sind nur diejenigen Personen zu verstehen, die sich von einem Orte zum anderen bewegen in der Absicht, für ihre Person, nicht aber der Gegenstände wegen, die sie mit sich führen, zu einem bestimmten Ziele zu gelangen (vgl. Stenglein, Strafr. Nebengef., 4. Aufl., Bd. II S. 49, Anm. 14 zu § 21 ZollG.).

Der von der Rev. der Strk. gemachte Vorwurf, sie habe unter Verstoß gegen § 2 Abs. 1 StGB. im Wege der Analogie die Strafvorschriften des ZollG. über Zollhinterziehung über ihren Rahmen hinaus auf einem vom Ges. nicht geregelten Fall ausgebeht, ist unbegründet. Denn die Strk. ist lediglich im Wege der Auslegung des § 6 Ziff. 3 Zolltarifs. unter Beobachtung der

Best. in § 9 (§ 4) ArbZD. zu einem Ergebnis gelangt, daß allein dem Sinn und dem Zwecke des ZollG. entspricht.

Auch die Anwendung des § 135 ZollG. statt des § 396 (§ 359) ArbZD. auf die vor dem 1. Jan. 1930 begangene, aber erst nach diesem Zeitpunkt abgeteilte Tat, ist nicht zu beanstanden. § 136 ZollG. ist im vorl. Falle anwendbar, weil er gegenüber den §§ 396, 401 (§§ 359, 365) ArbZD. das mildere Ges. ist (§ 2 Abs. 2 StGB.). Denn während in § 135 ZollG. die Strafe des vierfachen Betrags der hinterzogenen Abgabe neben der Konfiskation als absolute Strafe angedroht ist, ist in §§ 396, 401 (§§ 359, 365) ArbZD. neben der Einziehung der zollpflichtigen Waren der vierfache Betrag der hinterzogenen Abgabe als Mindeststrafe angedroht.

Rechtlich zu beanstanden ist nur, daß die Strk. auch die Verpflichtung des Beschw. zur Erstattung der dem Nebenkl., dem ZollN., erwachsenen notwendigen Auslagen ausgesprochen hat. Dieser Anspruch ist in den Urteilsgründen auf § 465 — muß, wie keinem Zweifel unterliegen kann, § 475 (früher § 441) des — ArbZD. gestützt. Die für die Nebenklage gegebenen Best. der StPD. über die Kostentragung gelten weder in dem Falle, in dem sich die Verwaltungsbehörde gem. § 427 StPD. der Strafverfolgung angeschlossen hat, noch in dem Falle, in dem die Verwaltungsbehörde kraft Ges. die Rechte eines Nebenkl. hat. Denn die Verwaltungsbehörde tritt in beiden Fällen nur als Organ der Staatsgewalt auf und stellt mit der StA. eine einheitliche Behörde i. S. der StPD. dar (vgl. RSt. 48, 340). Die Verteilung des Beschw. zur Tragung der Kosten des Strafverfahrens schloß daher die Verpflichtung zur Erstattung der dem Nebenkl. erwachsenen notwendigen Auslagen schon in sich. Dies ist auch in § 475 (§ 441) ArbZD. ausdrücklich ausgesprochen. Dieser Rechtsfehler konnte vom RevG. durch Aufhebung des fraglichen Urteils in der landgerichtlichen Urteilsformel beseitigt werden.

(OLG. Dresden, Urk. v. 24. Mai 1932, 2 Ost 142/32.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

Hamburg.

21. §§ 1, 10 ArbZD.; §§ 105b, 146a GewD. Das Expeditionsgewerbe gehört zu den Verkehrsgewerben, bei denen durch tarifliche Abmachungen oder behördliche Anordnung Ausnahmen von der allgemeinen Arbeitszeitregelung zulässig sind. Der Begriff der „außergewöhnlichen Fälle“ deutet sich nicht mit dem der „Notfälle“. †

Der Angekl. gehört der Geschäftsleitung der Firma ... an. Diese Firma ist eine der vier bis fünf Expeditionsfirmen in H., in deren Händen die gesamte Zuckerexpedition in H., als dem Hauptausgangshafen, liegt. Die Zuckerexpedition drängt sich auf wenige Monate zusammen. Im Hinblick auf die zu erwartenden Eingänge glaubte der Angekl. im Herbst 1928 für die bevorstehende Verladungszeit mit einem Stammpersonal von sieben Angestellten die Arbeit bewältigen zu können. Unerwartet trafen jedoch Mitte November Aufträge über erhebliche Zuckerlieferungen ein, deren Erledigung von der Firma nicht abgelehnt werden konnte, wenn sie sich nicht selbst in eine „katastrophale“ Lage versetzen wollte. Da nur eingearbeitete Kräfte die Zuckerverladungen besorgen können, wurde mit allen Mitteln versucht, geeignete Arbeiter heranzuschaffen, doch war es aller Bemühungen ungeachtet nicht möglich, so viel Personal zu besorgen, um das im Dezember zu expedierende Quantum von 19 575 t innerhalb achtstündiger Arbeitszeit zu bewältigen. Es wurde daher in der Zuckerabteilung in der Zeit vom 1. bis 20. Dez. 1928 von zehn An-

Zu 21. Die Entsch. ist in erster Linie für das Expeditionsgewerbe von Bedeutung. Sie stellt nochmals klar, daß das Expeditionsgewerbe nicht den allgemeinen Bestimmungen des § 1 ArbZD. v. 14. April 1927 unterliegt (vgl. OLG. Düsseldorf; NachrBl. d. ArbZGVerb. d. Dtsch. Straßenb., Klein- u. Privatseisen. Nr. 19/20 v. 15. Okt. 1927). Es können vielmehr im Expeditionsgewerbe allgemeine Ausnahmen von der Festlegung des Achtstundentages zwischen den Betriebsleitungen und den Arbeitnehmerverbänden vereinbart werden. Geschicht dies nicht, so hat die Behörde das Recht, weitere Anordnungen zu erlassen (§ 15 BZ. v. 18. März 1919 und Ziff. III BZ. v. 23. Nov. 17. Dez. 1918). Ist weder das eine noch das andere erfolgt, so kann eine Befragung wegen Vergehens gegen § 1 ArbZD. v. 14. April 1927 überhaupt nicht erfolgen.

In dem obigen Fall war eine besondere Vereinbarung getroffen worden, derzufolge die Arbeitszeit bis auf 54 Stunden in der Woche ausgebeht werden durfte. Der Angekl. hat jedoch auch diese Arbeitszeit nicht eingehalten. Er hält sich hierzu auf Grund des § 10 Abs. 1 ArbZD. für berechtigt, demzufolge die Beschränkungen der Arbeitszeit keine Anwendung finden auf vorübergehende Arbeiten in Notfällen und in außergewöhnlichen Fällen, die unabhängig vom Willen des Betroffenen eintreten und deren Folgen nicht auf andere Weise zu beseitigen sind. Der Entsch. ist durchaus darin beizutreten, daß dieser Ausnahmefall hier vorliegt. Aus den Entscheidungsgründen

gestalteten in den beiden ersten Dezemberwochen zwischen 75 und 87¼ Arbeitsstunden gearbeitet. An den Sonnabenden ist am längsten gearbeitet worden, und zwar am 1. Dez. teilweise bis zum Sonntag morgens 3 Uhr, am 8. Dez. von acht Angestellten bis zum Sonntag morgens 4 Uhr, am 15. Dez. von sämtlichen zehn Angestellten bis zum Sonntag morgens 5 Uhr. OLG. und OLG. haben wegen Vergehens gegen die ArbZD. freigesprochen, wegen Übertretung der Vorschriften über Sonntagsruhe verurteilt.

Die ArbZD. i. d. Fass. des Ges. v. 14. April 1927 gibt der Anordnung über die Regelung der Arbeitszeit gewerblicher Arbeiter v. 23. Nov. 1918/17. Dez. 1918 und der BZ. über die Regelung der Arbeitszeit der Angestellten während der wirtschaftlichen Demobilisierung v. 18. März 1919 Gesetzeskraft. Wie sich aus § 14 der BZ. v. 14. April 1927 ergibt, ist der § 15 der BZ. v. 18. März 1919, welcher für das Verkehrsinteresse Ausnahmen zuläßt, bestehen geblieben. Das gleiche gilt bezüglich der Regelung der Arbeitszeit der gewerblichen Arbeiter hinsichtlich der Ziff. III der BZ. v. 23. Nov. 1918/17. Dez. 1918. Zu den in den genannten Bestimmungen erwähnten Verkehrsgewerben ist, wie mit der herrschenden Ansicht anzunehmen ist, auch das Expeditionsgewerbe zu rechnen. Im Hinblick auf den Zweck des Gesetzes darf der Begriff des Verkehrsgewerbes, da es sich um eine der Natur dieser Gewerbe entgegenkommende Regelung der Arbeitszeit handelt, nicht zu eng ausgelegt werden, denn wie die Regierungsbeurteilung erkennen läßt, ist bezweckt, unter entsprechender Berücksichtigung der sozialpolitischen Belange wesentliche Hemmungen für die freie und kraftvolle Betätigung des Arbeitwillens mit dem Ziele einer Förderung und Verbilligung der Gütererzeugung zu beseitigen und demzufolge freie Bahn zu schaffen für Ausnahmen von strengem Achtstundentag, in erster Reihe durch tarifliche Abrede, in zweiter durch behördliche Genehmigung (Erdmann, ArbZD., 1928, S. 38; desgl. Rohmer [1927] S. 59). Es bestehen daher keine Bedenken, auch für den Speditur, dessen Geschäft in der Übernahme der Güterverfendung durch Frachtführer oder Versfrachter für Rechnung eines anderen Namen besteht und der zu seinen Aufgaben nicht nur den Abschluß der erforderlichen Fracht- und Expeditionsverträge, sondern auch eine Reihe von Leistungen rechnet, die die Güterverfendung vorbereiten, erleichtern und zur Durchführung bringen, den der gesetzlichen Regelung zugrunde liegenden Grundgedanken zu lassen, daß für die dem Verkehr dienenden Gewerbe eine erhöhte Arbeitsbereitschaft gewährleistet werden muß. Danach können auch für dieses Expeditionsgewerbe allgemeine Ausnahmen von der Festlegung des Achtstundentages vereinbart werden, soweit solche Ausnahmen erforderlich sind und durch die Zeitverhältnisse bedingt sind (ArbZG. 1, 333; Erdmann, ArbZD. S. 34). Zu der Zeit, in welcher die strafbare Handlung begangen ist, galt, da der neue hamburgische Angestelltentarif erst am 11. Juni 1929 in Kraft getreten ist, in H. der Großhandelsstarif v. 1. April 1926, nach welchem eine wöchentliche Arbeitszeit von 48 Stunden vorgesehen war, die, wenn die Betriebsverhältnisse es erforderten, bis auf 54 Stunden in der Woche ausgedehnt werden konnte.

Nach den getroffenen Feststellungen ist die danach zulässige Arbeitszeit vom Angekl. nicht eingehalten. Trotzdem ist das OLG. insoweit zu einer Freisprechung gelangt, da es die Voraussetzungen des § 10 ArbZD. für gegeben erachtet hat. Siernach finden die nach der ArbZD. sich ergebenden Beschränkungen der Arbeitszeit keine Anwendung auf vorübergehende Arbeiten in „Notfällen“ und „in außergewöhnlichen Fällen“, die unabhängig vom Willen des Betroffenen eintreten und deren Folgen nicht auf andere Weise zu beseitigen sind. Wenn die Rev. der Staatsanwaltschaft ausführte, daß die Voraussetzungen dieser Bestimmungen nicht genügend dargetan

ergibt sich, daß der Angekl. sich in einer Zwangslage i. S. des § 10 befunden hat. Die Freisprechung ist daher zu Recht erfolgt.

Sehr fraglich dagegen erscheint es, ob eine Befragung wegen verbotener Sonntagsarbeit auf Grund der §§ 105b, 146a GewD. erfolgen durfte und ob nicht auch insoweit gem. § 105c GewD. Freisprechung hätte erfolgen müssen.

§ 105c befaßt, daß die Bestimmungen des § 105b über das Verbot der Sonntagsarbeit keine Anwendung finden auf Arbeiten, welche in „Notfällen“ vorgenommen werden müssen. Die Entsch. lehnt die Anwendung des § 105c ab mit der Begründung, daß es sich wohl um einen „außergewöhnlichen Fall“ i. S. des § 10 ArbZD., nicht aber um einen „Notfall“ gehandelt habe. Gemäß Ziff. 149 der PrArbGewD. v. 1. Mai 1904 gehören zu den „Arbeiten in Notfällen“ nicht nur solche Arbeiten, welche zur Beseitigung eines Notstandes oder zur Abwendung einer Gefahr sofort vorgenommen werden müssen, sondern auch dringende Arbeiten, die durch unvorhergesehene, erhebliche geschäftliche Zwischenfälle usw. erforderlich werden und nicht wohl auf den nachfolgenden Werktag verschoben werden können. Die Entsch. hätte den Begriff des „Notfalls“ aus dieser Bestimmung der PrArb. entnehmen sollen. Der in der Entsch. wiedergegebene Tatbestand hätte alsdann sehr wohl die Möglichkeit gegeben, zu einer Anwendung des § 105c GewD. zu gelangen. Eine Freisprechung auch insoweit dürfte dem allgemeinen Rechtsempfinden mehr entsprechen haben.

RA. Waldemar Grote, Berlin.

sein, so kann diese Bemängelung nicht als begründet angesehen werden. Zu den „außergewöhnlichen Fällen“, die in § 10 genannt sind, müssen in erster Linie Fälle gerechnet werden, in denen die Verschiebung der Arbeit wegen Dringlichkeit nicht möglich ist. Während es sich bei einem „Notfall“ um ein unvorhergesehenes unglückliches oder widriges Ereignis handelt, sind zu den „außergewöhnlichen Fällen“ des § 10 die sonstigen Fälle zu rechnen, in denen die bedrängte Lage durch andere unvorhergesehene Ereignisse, z. B. durch plötzliche große und eilige Bestellungen, veranlaßt wird. Wenn in solchen Fällen ein unverhältnismäßiger Schaden nur durch die Überschreitung der Arbeitszeit vermieden werden kann, dann sind die Voraussetzungen des § 10 ArbZWD. als gegeben anzusehen (Klehmert, ArbZWD., 1927, S. 39; Rohmer a. a. O. S. 50). Eine solche Lage hat nach den Feststellungen, welche das OLG getroffen hat, für den Angekl. vorgelegen. Die Zwangslage ist eine außergewöhnliche, unvorhergesehene und unvorhersehbar gewesen. Zur Vermeidung katastrophaler Folgen sind alle denkbaren Versuche gemacht, um eine Überschreitung der gesetzlichen Arbeitszeit zu verhindern. Eine Verteilung der Arbeiten auf längere Zeit ist bei der Eigenartigkeit des Zuckererzeugnisses nicht möglich gewesen. Danach erscheint die Feststellung, daß der Angekl. sich insoweit nicht strafbar gemacht hat, von Rechtsirrtum nicht beeinflusst.

Auch die Rev. des Angekl. kann einen Erfolg nicht haben. Nach der hamburgischen Bek. über die Arbeit im Speditionsgewerbe v. 5. April 1919 können im Speditionsgewerbe an Sonn- und Festtagen Gehilfen, Lehrlinge und Arbeiter bis zu zwei Stunden beschäftigt werden. Der Angekl. hat seine Angestellten über diese Zeitspanne hinaus beschäftigt. Die Behauptung der Rev., daß dem Angekl. die Bestimmung des § 105 c GewD. zur Seite stehe, nach welcher die Bestimmungen des § 105 b über die Arbeitszeit keine Anwendung finden sollen, wenn es sich um Arbeiten handelt, welche in Notfällen vorgenommen werden müssen, erscheint unbegründet. Die Anwendung des § 105 c GewD. ist nicht möglich, da es sich wohl um einen außergewöhnlichen, nicht aber um einen Notfall gehandelt hat.

(OLG. Hamburg, Ur. v. 19. Juni 1930.)

Mitgeteilt von H. Julius Lebh, Hamburg.

*

Karlsruhe.

22. 1. Im Fall verbundener Verfahren (§ 237 StPD.) ist der eine wegen fahrlässiger Körperverletzung verurteilte Nebentäter durch die Freisprechung des mitangeklagten zweiten Nebentäters nicht beschwert, kann also daß von ihm eingelegte Rechtsmittel nicht lediglich mit der Behauptung begründen, die Freisprechung des zweiten sei zu Unrecht erfolgt.

2. Die Aufhebung eines Berufungsurteils und Zurückverweisung auf Revision nur eines mehrerer angeklagter Nebentäter wirkt beim Fehlen eines gemeinsamen Revisionsgrundes nicht auch zugunsten des anderen Nebentäters (§ 357 StPD.) †)

L. fuhr mit einem Personenkraftwagen mit erheblicher Geschwindigkeit. Auf einer Straßenkreuzung stieß er mit dem von D. geführten Kraftwagen berast zusammen, daß Personen- und Sachschaden entstand. Gegen L. war Strafbefehl ergangen, gegen den Einspruch eingelegt wurde; gegen D. wurde Anklage erhoben. Ohne ausdrücklichen Verbindungsbeschluss, aber an sich gem. § 237 StPD. zulässig, wurden die beiden Verfahren zum Zwecke gleichzeitiger Verhandlung verbunden.

Zu 22. Dem Urteil ist in allen Punkten beizutreten. Mit Recht wird das entscheidende Moment darin gesehen, daß das OLG., nachdem sein erstes Urteil auf die nur von dem einen Nebentäter eingelegte Revision aufgehoben worden war, die erneute Verhandlung auf den anderen Nebentäter miterstreckt hat. Die zur Einstellung des Verfahrens gegen den Nebentäter, der keine Revision eingelegt hatte, führende Unzulässigkeit des vom OLG. beliebigen Verfahrens ergibt sich ohne weiteres daraus, daß das OLG. als RevG. von der Vorschr. des § 357 StPD. keinen Gebrauch gemacht hatte. Hierauf hätte in dem zweiten — vorliegenden — Urteil des OLG. allein abgestellt werden können. Es hätte ganz dahingestellt bleiben können, ob überhaupt in dem in Rede stehenden Falle für eine Anwendung des § 357 Raum war. Die die Anwendbarkeit verneinenden Ausführungen begegnen im übrigen keinem Bedenken.

Der vorl. Fall ist wieder ein augenfälliger Beweis dafür, wie wichtig genaue Tenorierung der aufhebenden revisionsgerichtlichen Urteile ist. Hätte das OLG. in seinem ersten Urteil die Aufhebung des landgerichtlichen Urteils, das sich doch auf die beiden Nebentäter bezogen hatte, ausdrücklich auf den Revidenten beschränkt und die Sache „in diesem Umfange“ zur anderweiten Verhandlung und Entsch. an das OLG. zurückverwiesen, wäre das OLG. gar nicht auf den Gedanken gekommen, auch den Nichtrevidenten in die neue Verhandlung einzubeziehen. Dann wäre ein abermaliges Revisionsverfahren und die Überbürdung sämtlicher Kosten und der notwendigen Auslagen auf die Staatskasse vermieden worden.

RGK. Prof. Dr. Klee, Berlin.

Vom OLG. M. wurden L. wegen fahrlässiger Körperverletzung in Tateinheit mit Übertretung des § 18 Abs. 2 u. 3 KraftfZWD. § 21 KraftfZWD., D. wegen fahrlässiger Körperverletzung je zum Nachteil der Nebenkl. R. verurteilt. Von der Strk. M. wurden die Berufungen des L. und D. am 24. Sept. 1931 zurückgewiesen. Hiergegen legte nur D. Revision ein. Der Senat hob am 23. Dez. 1931 „das landgerichtliche Ur. v. 24. Sept. 1931 einschließlich der zugrundeliegenden Feststellungen auf und verwies die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entsch. an das OLG. M. zurück“. Hierauf fand dort am 11. Febr. 1932 erneute Hauptverhandlung, und zwar gegen beide Angekl., statt, die mit einem Urteil abschloß, das hinsichtlich L. abermals auf Zurückweisung der Berufung erkannte und den Angekl. D. freisprach. Hiergegen hat allein L. wegen materiellrechtlichen Verstoßes die vorl. Revision eingelegt. Sie wäre, wenn eine Sachentsch. wegen angeblicher Verletzung des § 230 StGB. und des KraftfZ. in Frage kommen könnte, als unbegründet zurückzuweisen, weil sie als Rechtsmittel des Angekl. L. ausschließlich darauf ausgeht, auch die Verurteilung des Mitangekl. D. herbeizuführen. In einem Falle, wie dem vorl., bei dem es sich nicht um eine Teilnahme i. S. der §§ 47—49 StGB., sondern außerbestfalls um eine sog. „Nebentäterschaft“ zweier Angekl. handelt, von denen jeder durch selbständiges fahrlässiges Verhalten zum gleichen Erfolg mitgewirkt hat, muß wegen Fehlens einer Beschwerde (Loewe-Rosenberg, 18. Aufl., § 296 Anm. 2b) ein Rechtsmittel erfolglos bleiben, das eine Änderung eines angegriffenen Urteils lediglich zumunsten des anderen Angekl. herbeiführen soll, bezüglich dessen das Rechtsmittel von keiner Seite eingelegt ist. Denn es ist bei der Selbständigkeit der Schuld einschließlich der Verursachung des Erfolges eines jeden der beiden Angekl. der verurteilte Angekl. weder in der Schuld noch in der Straffrage durch die Freisprechung des anderen beschwert. Wäre gegen die beiden Angekl. in getrennten Verfahren verhandelt und entschieden worden, dann wäre der zweite Angekl. — hier L. — an dem anderen Verfahren (gegen D.) unbeteiligt, also auch nicht bejugt, dort ein Rechtsmittel gegen D. einzulegen. Die Verbindung der zwei Verfahren zu gemeinsamer Verhandlung ändert hieran nichts. Daraus folgt bei verbundenen Strafsachen notwendig, daß der zweite Angekl. L. ein Rechtsmittel gegen seine Verurteilung auch nicht mit Gründen rechtfertigen kann, die nur aus dem Fragenkomplex der Schuld oder Richtschuld des anderen Mitangekl. D. entnommen werden. Die Selbständigkeit der einzelnen Strafsachen wird durch die Verbindung nicht aufgehoben (Loewe-Rosenberg, 18. Aufl., § 237 StPD. Anm. 1); diese hat zwar wichtige prozessuale Folgen, aber nicht die, daß die Freisprechung des einen Angekl. ohne weiteres den anderen beschwert und ihm einen Revisionsgrund abgibt.

Eine Sachentsch. hatte hier aber aus folgender Erwägung zu unterbleiben. Da die materiellrechtliche Revision in zulässiger Weise, wenn auch mit fehlerhafter Begründung eingelegt ist, hatte das RevG. seine Prüfungspflicht von Amts wegen darauf zu erstrecken, ob kein Prozeßhinderis vorliegt, und zwar nach der strengeren Auffassung auch dann, wenn es sich um ein Prozeßhinderis gemischtrechtlicher Charakter handeln sollte. Zu dieser Art von Prozeßhinderis gehört der Grundsatz „No bis in idem“ (vgl. Loewe-Rosenberg, Vorbem. vor § 151 StPD., Erster Abschnitt, Num. 17 u. 18). Nun schießt aber das Verfahren gegen L. einen Verstoß gegen diesen Grundsatz in sich, wie nachfolgende Ausführungen zeigen:

Gegen das StrkUr. v. 24. Sept. 1931 hatte nur der Angekl. D., nicht auch L., Revision eingelegt. Das RevUr. v. 23. Dez. 1931 konnte hiernach das Ur. des OLG. hinsichtlich des Angekl. L. nur ändern, wenn die Voraussetzungen des § 357 StPD. vorliegen. Dieser setzt einen Zusammenhang i. S. des § 3 StPD. — nicht bloß des § 237 StPD. — voraus (RGSt. 6, 257 und Loewe-Rosenberg § 357 Anm. 3); er besteht aber nicht nur beim Vorliegen einer Teilnahme i. S. der §§ 47—49 StGB., sondern schon bei einer „Nebentäterschaft“ (vgl. oben und Loewe-Rosenberg § 3 Anm. 3). Das genügt aber zur Anwendung des § 357 StPD. noch nicht: „es muß auch ein den mehreren Angekl. gemeinsamer Revisionsgrund (ein gravamen commune) beigefügt vorliegen, daß aus der bezüglich des Revidenten vorl. Richtigkeit eine solche ohne weiteres auch bezüglich des anderen Angekl. sich ergibt.“ Der Paragraph setzt Identität der Tat voraus (ebenda Anm. 2b u. 3) und entspringt dem Gedanken, „daß es eine schwere Schädigung der Gerechtigkeit enthalte, wenn einer von mehreren Komplicen auf Grund der von ihm allein eingelegten Revision von der Strafe befreit werde, während die übrigen Komplicen, dafern sie die selbe Revision eingelegt hätten, gleichfalls Freisprechung erlangt haben würden, nunmehr aber die Strafe, welche durch die Entsch. des RevG. als eine ungerechtfertigte bezeichnet ist, an ihnen vollstreckt werde“ (Bericht der RKomm. v. 28. Okt. 1876 und RGSt. 6, 259). Das RGSt. 16, 417 hat den weitgehenden Grundsatz ausgesprochen, § 357 finde auch dann Anwendung, wenn das Urteil wegen Verletzung von Rechtsnormen aufgehoben wird, welche die in der Person des Revidenten begründeten, die Strafbarkeit ausschließenden, vermindern oder erhöhenden Umstände betreffen und die

gleiche Rechtsverletzung bezüglich anderer Angekl. vorliegt, welche die Revision nicht eingelegt haben (a. M. Loewe a. a. D.). Nach dieser Mspr. könnte also auch im Falle einer Nebentäterchaft unter besonderen Umständen die Anwendung des § 357 StPD. einmal geboten sein. Allein eine solche Gleichartigkeit, wie sie RG. 16, 417 im Auge hat, lag hier nicht vor. Die StrSt. nahm an, daß L. zu rauch und auf sein Vorfahrtrecht pochend, nicht mit der gehörigen Rücksicht auf fehlsame andere Wegbenutzer in die Straßenkreuzung eingefahren sei, während sie dem D. zum Vorwurf macht, daß er dem L. das ihm zustehende Vorfahrtrecht nicht eingeräumt habe.

Die Taten der beiden Angekl., denen ja als Fahrlässigkeits-täter eine gemeinsame strafrechtliche Willensrichtung ohne weiteres zuzurechnen ist, stellen je eine ganz besondere Handlungs- und Ursachenkette dar, die — wiederum ohne ihren Willen —, nach der damaligen Feststellung der StrSt. schließlich im eingetretenen Erfolg, der Körperverletzung der Nebenkl. M. zusammen- oder richtiger parallel lief. Nach dem durch die Mspr. festgelegten strafrechtlichen Verursachungs-begriff blieb aber trotzdem die Frage nach dem zurechenbaren Erfolg für jeden Angekl. allein aus seinem eigenen Handeln selbständig zu beantworten. Jeder Angekl. ist strafrechtlich für den Gesamterfolg verantwortlich, wenn sein Handeln die oder auch nur eine von mehreren Voraussetzungen hierfür gesetzt hat, ohne daß es darauf ankommt, ob weitere Personen ebenfalls schuldhaft hierzu beigetragen haben.

Hieraus ergibt sich, daß, wenn der Angekl. D. mit seiner Revision vom September-Oktober 1931 die Verletzung des gegen ihn angewandten § 24 KraftPD. rügte, dieser Revisionsgrund einzig und allein nur auf ihn zuträfe, ein gravamen commune für ihn und L. also fehlte. Darum war dem StrSen. die Anwendung des § 357 StPD. bei seinem Urte. v. 23. Dez. 1931 von vornherein unmöglich. Dazu kommt als selbständiger Entscheidungsgrund, daß der Senat eine solche Anwendung damals auch nicht gewollt und nicht ausgesprochen, sondern unzweifelhaft abgelehnt hat. (Wird ausgeführt.)

Fehlt es aber an dem Anspruchs des RevG., daß die Wirkung seines Urteils sich auch auf den Angekl. L., der keine Revision eingelegt hatte, erstrecke, dann blieb es in seinen Wirkungen auch auf den Angekl. D. beschränkt. Das RevG. hat nicht etwa aus Versehen, sondern mit voller Absicht die Aufhebung auch zugunsten des Angekl. L. unterlassen; eine nachträgliche Ergänzung nach dieser Richtung (RG.: LZ. 18, 42) kommt daher nicht in Frage und liegt jedenfalls nicht vor.

Das Urte. v. 24. Sept. 1931 war also gegen L. mit Ablauf der Revisionsfrist, spätestens mit Erlaß des RevUrte. v. 23. Dez. 1931 rechtskräftig geworden; die erneute Fortsetzung des gerichtlichen Verfahrens, insbes. auch die Hauptverhandlung gegen ihn war unzulässig. In Anwendung des § 260 StPD. war hiernach das landgerichtliche Urte. v. 11. Febr. 1932 aufzuheben und das gegen L. seit Rechtskraft des Urte. v. 24. Sept. 1931 fortgeführte Verfahren einzustellen. Diese Entsch. konnte zur Vermeidung unnötigen Zeit- und Kostenaufwands in Beschlufsform gefällt werden. (Ebenso beim Prozeßhindernis der Verjährung und des fehlenden Strafantrags — so der erk. Sen. — Loewe zu § 260 StPD. Anm. 3.) Daß diese Hindernisse auch einen materiellrechtlichen Charakter besitzen, hindert die Wahl der Beschlufsform nicht.

(RG. Karlsruhe, StrSen., Beschl. v. 29. März 1932, RevTab. 56/32.)

Mitgeteilt von Präf. Dr. Wuzengeiger, Karlsruhe.

Landgerichte.

Zivilsachen.

Berlin.

1. § 1 HaftpflG. Rolltreppen auf U-Bahnhöfen gehören nicht zum Betriebe einer Eisenbahn.

Nach § 1 dies. Ges., das auch auf Untergrundbahnen Anwendung findet, haftet der Betriebsunternehmer, wenn bei dem Betriebe einer Eisenbahn ein Mensch körperlich verletzt wird. Die Rolltreppe, auf welcher die Kl. sich verletzt hat, gehört nicht zu dem Betriebe einer Eisenbahn, da sie keine dem Eisenbahnbetrieb eigentümliche Anlage darstellt. Rolltreppen gibt es heutzutage in vielen großen Kaufhäusern und Betrieben der Großstädte (in Berlin z. B. bei Wertheim, Tieg, Karstadt, Mokka, Esti, Wilhelmshallen usw.). Nach der grundsätzlichen Entsch. des RG. (EisenbG. 28, 166; Seligsohn, 2. Aufl., S. 43) sind Unfälle vor dem Einsteigen oder nach dem Aussteigen an sich als Betriebsunfall der Eisenbahn nicht anzusehen. Erst mit dem Einsteigen in den Wagen beginnt und mit dem Verlassen des Wagens endigt für den Reisenden die Verbindung mit dem Eisenbahnbetrieb. Nur die Eile oder das Gedränge stellen den sonst fehlenden ursächlichen Zusammenhang mit dem Eisenbahnbetrieb her (vgl. auch RG., 5 U 4804/29; 5 U 10076/30). Die Haftung der Bekl. kann daher nur aus dem Gesichtspunkt des Beförderungsvertrages oder aus un-

erlaubter Handlung hergeleitet werden, da die Bekl. zur Gewährleistung eines verkehrssicheren Zugangs zum Zuge und eines verkehrssicheren Ausganges aus dem Bahnhof verpflichtet ist (Seligsohn S. 330, 333). Die Kl. macht geltend, daß die Rolltreppe eine verkehrsgefährdende Anlage sei. Dem konnte nicht beigetreten werden. Die eisernen Greifer der Greiferanlage gehen von oben nach unten. Die Holzleisten auf den einzelnen Treppenstufen sind so eingerichtet, daß sie an den Greifern vorbeigehen und dadurch verhindern, daß der die Treppe benutzende Passagier mit den Füßen zwischen den Holzleisten und den Greifern hängen bleibt. Dagegen, daß jemand, der auf der Rolltreppe zu Fall kommt und dann mit der Hand kurz vor der Greiferanlage auf die Treppenstufen fällt und dadurch zwischen Treppe und Greifer gerät, kann keine noch so sachgemäß angelegte Rolltreppe Schutz gewähren. Ein gewisser, geringer Abstand zwischen dem Boden der Holzleisten und den über ihn hinweggehenden Greifern ist technisch nicht zu vermeiden, da andernfalls die Treppe an den Greifern hängen bleiben oder sich an ihnen abschleifen würde. Da die Treppenanlage die vorgeschriebene behördliche Genehmigung und Abnahme erhalten hat, war zwar die Bekl. ihrer eigenen Verantwortlichkeit nicht überhoben (RG.: EisenbG. 50, 219). Es kann ihr aber in dieser Beziehung eine Vernachlässigung der im Verkehr gebotenen Sorgfalt nicht zur Last gelegt werden.

(RG. I Berlin, 1. Zk., Urte. v. 6. Febr. 1932, 16 O 98/31.)

Mitgeteilt von GerRat Dr. Seibert, Berlin.

*

2. § 61 BinnSchG. Die zur Prüfung des Zustandes des Frachtgutes zugezogenen Sachverständigen müssen unabhängig sein.

Der Ansicht, daß die Feststellung des Mindergewichts durch einen von der Industrie- und Handelskammer vereidigten Wäger den Voraussetzungen des § 61 BinnSchG. genüge, konnte das Gericht nicht beitreten. Wie RG. und RG. in ständ. Mspr. ausgeführt haben, ist es erforderlich, daß der Sachverständige nicht nur in der Lage ist, das Gewicht der Ladung festzustellen, es muß ihm auch möglich sein, durch Untersuchung des Zustandes der Ware die Gründe für eine eventuelle Gewichtsverminderung oder sonstige Mängel der Ware zu ermitteln. Hierzu ist der Wäger aber nicht in der Lage. Aber auch aus anderen Gründen sind die von der Handelskammer ernannten vereidigten Wäger als Sachverständige nicht geeignet. Der Sachverständige soll eine unparteiische Feststellung machen, die für die Austragung späterer Streitigkeiten zugrunde gelegt werden kann. Er darf deshalb von keiner der Parteien abhängig sein. Die Wäger aber nehmen die Verwiegung im Auftrage der Empfängerin vor und werden auch von ihr für ihre Tätigkeit bezahlt. Sie sind daher nach außen hin nicht unparteiisch.

(RG. I Berlin, 12. Zk., Urte. v. 20. März 1930, 28 S 1/30.)

RA. Dr. Jony Schneider, Breslau.

*

Guben.

3. §§ 30, 49 Abs. 2 BinnSchG. Ein Zuschlag zum gesetzlichen Liegegelde kann unter den heutigen Verhältnissen wohl bei der Überschreitung der Löschzeit, nicht aber bei Überschreitung der Ladezeit ohne besondere Vereinbarung verlangt werden. †)

Der Kl. — Frachtführer eines Binnenschiffes — ist mit seiner Ladung bei der Einladung auf Liegegeld gekommen. Die Bekl. hat das gesetzliche Liegegeld bezahlt. Der Kl. verlangt aber einen fünfzigprozentigen Zuschlag zum gesetzlichen Liegegelde und beruft sich auf Handelsbrauch, in zweiter Linie auf Schadensersatz. AG. und LG. haben die Klage abgewiesen. Eine vom Gesetz abweichende Vereinbarung oder ein Vorbehalt seitens des Kl. liegt nicht vor. Auch

Zu 3. Die Entsch. wird die Schifffahrttreibenden kaum befriedigen. Sie konnte aber nach den geltenden gesetzl. Bestimmungen nicht anders ausfallen. Nachdem das Gericht das Bestehen eines Handelsbrauches nicht annimmt und eine Vereinbarung über den Zuschlag nicht behauptet worden ist, kann ein Schaden, der über die Höhe des Liegegeldes hinausgeht — Liegegeld ist kein Schadensersatz, sondern Anner zur Fracht, also vom Nachweis eines Schadens unabhängig —, nicht geltend gemacht werden. Das ergibt sich durch arg. e contr. aus § 30 BinnSchG., weil bei den Vorschriften über die Ladezeit eine Bestimmung entsprechend § 49 Abs. 2 BinnSchG. nicht besteht.

Die ratio legis dieser abweichenden Regelung gibt das Urteil zutreffend wieder (vgl. Mittelstein, Recht der Binnenschifffahrt S. 175 u. 239).

Bei Überschreitung der Löschzeit wird der Zuschlag im übrigen allgemein anerkannt (vgl. ZB. 1928, 570; 1930, 1989).

RA. Dr. Jony Schneider, Breslau.

die Verurteilung des Kl. darauf, daß üblicherweise ein Zuschlag gezahlt werde, ist unbeachtlich, denn die bloße Üblichkeit vermag im Gegensatz zu einem bindenden Handelsbrauch oder fester Verkehrssitte — den Mangel einer Vereinbarung nicht zu ersetzen. Es kommt daher auf die Erhebung der vom Kl. für die Üblichkeit angebotenen Beweise nicht an. Abgesehen hiervon hat bereits die Industrie- und Handelskammer in Breslau in der Auskunft v. 16. Aug. 1929 erklärt, daß in ihrem Bezirk ein fünfzigprozentiger Zuschlag zu dem gesetzlichen Liegegeld in der Wartezeit nicht üblich ist.

Freilich soll nicht verkannt werden, daß die gesetzlichen Liegegelde heute wahrscheinlich nicht mehr zureichend und durch die Zeitverhältnisse überholt sind. Die Liegegebühren des § 32 BinnSchG. sind aber durch W.D. v. 6. Febr. 1926 (RGBl. I, 99) ausdrücklich auf die nach Einführung der neuen Währung geltenden Reichsmark umgestellt worden, ohne daß eine zahlenmäßige Änderung erfolgt wäre. Eine Änderung kann — in Ermangelung vertragsmäßiger Festsetzung — nach ausdrücklicher Vorschrift des Gesetzes nur durch W.D. der höheren Verwaltungsbehörde (in Preußen: des Oberpräsidenten) erfolgen. Eine Änderung auf diesem Wege ist bisher nicht vorgenommen worden. Dem muß das Gericht sich fügen. Das Gericht hat das geforderte Recht anzuwenden, auch wenn es den Zeitverhältnissen nicht mehr voll entspricht. Eine Weiterbildung des Rechtes liegt im gegebenen Falle außerhalb des gerichtlichen Machtbereichs.

Auch aus dem Gesichtspunkt des Schadenersatzes läßt sich eine Erhöhung des Liegegeldes nicht rechtfertigen. Nach § 49 BinnSchG. erhält der Frachtführer bei Überschreitung der Löszeit das gesetzliche Liegegeld. Darüber hinaus gibt § 49 Abs. 2 die Vorschrift, daß der Frachtführer außer dem Liegegeld auch den Ertrag eines höheren Schadens verlangen kann, welcher ihm durch die Überschreitung der Löszeit erwächst. Eine entsprechende Bestimmung fehlt indessen für die Überschreitung der Ladezeit. Dies hat seinen Grund offenbar darin, daß dem Frachtführer hier das Rücktrittsrecht und der Anspruch auf Frachtpacht (§ 34 BinnSchG.) gewährt ist (vgl. Förtsch a. a. O., Ann. 2 zu § 30). Die Bestimmung des § 46 Abs. 2 BinnSchG. beruht dagegen auf der Erwägung, daß der Frachtführer bei einer Verzögerung der Löszeit nicht, wie bei Versäumung der Ladung, in der Lage ist, einfach vom Vertrage zurückzutreten oder mit unvollständiger Ladung abzufahren (Förtsch, Ann. 1 zu § 49). Die Vorschrift des § 49 BinnSchG. läßt sich daher auch nicht entsprechend anwenden. Nur auf § 49 BinnSchG. bezieht sich O.G. Stettin: JW. 1928, 570.

(O.G. Guben, Urt. v. 15. Mai 1931, 1 S 443/29.)

Mannheim.

4. §§ 1, 5 des 3. Teils der 4. W.D. des RPräs. v. 8. Dez. 1931 (RGBl. I, 699). Der Begriff des „Schuldners“ i. S. der §§ 1, 5 des 3. Teils der 4. W.D. v. 8. Dez. 1931 ist den Bestimmungen des BGB., des ZwVerfG. und der ZPD. zu entnehmen. †)

Als „Schuldner“ i. S. von §§ 1 u. 5 Teil 3 der 4. W.D. des RPräs. v. 8. Dez. 1931 ist derjenige anzusehen, gegen den das auf Zahlung aus dem Grundstück i. S. von § 1147 BGB. gerichtete Urt. ergangen, gegen den als den Eigentümer des Grundstücks eine Zwangshypothek nach §§ 864 ff. (vgl. § 367 Abs. 2 ZPD.) eingetragen, der als Eigentümer des dinglich in Anspruch genommenen Grundstücks eingetragen ist, § 17 Abs. 1 ZwVerfG., oder als solcher „für eine innerhalb der ersten 7 Zehntelle des Grundstücks werts stehende Hypothek oder Grundschuld, die nach dem 31. März 1931 fällig geworden ist, keinen Ertrag gefunden hat oder wenn er infolge von Ausfällen an Mieten oder eines wesentlichen Rückganges der sonstigen Erträge des Grundstücks oder eines auf dem Grundstück befindlichen Betriebs nicht in der Lage

Zu 4. Der Entsch. des O.G. ist im vollen Umfang beizutreten. § 5 Teil 3 der W.D. v. 8. Dez. 1931 gibt das Recht, die Einstellung der Zwangsversteigerung eines Grundstücks zu beantragen, nur dem Schuldner. Der Begriff des Schuldners ist im Vollstreckungsrecht der ZPD. völlig eindeutig festgelegt, man versteht darunter denjenigen, gegen den sich der vollstreckende Schuldtitel und damit die Vollstreckung selbst richtet (vgl. z. B. §§ 712, 732, 758 ZPD. ufm.). Entsprechend ist auch bei der Vollstreckung in ein Grundstück Schuldner nur derjenige, gegen den der Titel, auf Grund dessen die Versteigerung angeordnet wurde, vollstreckt wird. Da ferner nach § 17 ZwVerfG. die Zwangsversteigerung nur angeordnet werden kann, wenn „der Schuldner“ als Eigentümer des Grundstücks eingetragen oder Erbe des eingetragenen Eigentümers ist, so ist im Zwangsversteigerungsverfahren lediglich der Eigentümer, gegen den das Verfahren betrieben wird, als Schuldner auch i. S. des § 5 a. a. D. anzusehen (vgl. a. F. Jonas, Zwangsvollstreckungsnotrecht — Verlag Wahlen — 3. Aufl., Ann. 3 zu § 5).

Wenn im vorl. Falle die Vorinstanzen neben dem Eigentümer noch eine andere Person für berechtigt hielten, den Antrag aus § 5 a. a. D. zu stellen, so geschah dies, weil es sich um die Käuferin des zur Versteigerung gestellten Grundstücks handelt und diese, ob-

war, die aus den Erträgen zu deckenden wiederkehrenden Leistungen zu decken“, nicht aber derjenige, der die Schuld, wegen der vollstreckt wird, übernommen hat, auch wenn er auf Grund Vormerkung zur Sicherung eines Anspruchs auf Übertragung des Eigentums an dem Grundstück im Grundbuch als Berechtigter eingetragen oder aus einem anderen Grunde (§ 9 ZwVerfG.) als „Beteiligter“ am Zwangsversteigerungsverfahren gilt. Die ausdehnende Auslegung des aus den Best. des BGB., des ZwVerfG. und der ZPD. zu entnehmenden Begriffes des „Schuldners“ i. S. der §§ 1 u. 5 der 4. W.D. v. 8. Dez. 1931, wie ihn das Notariat und das O.G. angewendet haben, erscheint nicht zulässig. Einem derartigen „Beteiligten“ am Zwangsversteigerungsverfahren muß es vielmehr überlassen bleiben, den Schuldner, d. h. den Vollstreckungsschuldner, zu veranlassen, einen Einstellungsantrag i. S. der §§ 1 oder 5 a. a. D. zu stellen und zu begründen.

(O.G. Mannheim, 3. ZM., Beschl. v. 4. Mai 1932, 3 ZBS 68/32.)

Mitgeteilt von M. Ulrich Kasz, Mannheim.

B. Arbeitsgerichte.

Reichsarbeitsgericht.

Bericht von Rechtsanwalt Abel, Essen, Rechtsanwalt und Dozent Dr. Georg Baum, Berlin, und Rechtsanwalt Dr. W. Doppermann, Dresden.

1. Eisenbahn.

** 1. § 2 WahlO. z. BetrRG.; § 3 WahlO. f. d. BetrVert. bei der Reichsbahn; § 18 Abs. 2 Satz 1 BetrRG.; § 11 Abs. 2 Satz 1 W.D. üb. d. Bildung v. BetrVert. bei der Reichsbahn. Das Wahlrecht zum Betriebsrat hängt nicht von der Aufnahme in die Wählerliste, sondern von der Betriebzugehörigkeit ab. Das Wahlrecht darf aber nur ausüben, wer in der Wählerliste steht. Bestehen Zweifel hinsichtlich des Wahlrechts einzelner Arbeitnehmer, so hat der Wahlvorstand Ermittlungen anzustellen und gegebenenfalls die Liste rechtzeitig zu ergänzen. Die Wahl eines Sondervertreters bei vorübergehender Steigerung der Arbeitnehmerzahl kommt nur in Frage, wenn diese vorübergehende Steigerung während der Amtszeit der ständigen Betriebsvertretung eintritt. Hat eine ordentliche Betriebsratswahl überhaupt noch nicht stattgefunden oder muß wegen Ablaufs der Amtszeit der bisherigen Betriebsvertretung eine Neuwahl stattfinden, so nehmen die vorübergehend beschäftigten Arbeitnehmer an der Wahl teil ohne einen Sondervertreter für sich beanspruchen zu können. (NArbG., Beschl. v. 11. Juli 1931, RAG RB 48/30.) [D.]

*

** 2. § 14 LohnTarVertr. für die Arbeiter der Reichsbahn. Voraussetzungen für die Gewährung der Auswärtszulage i. S. dieser Bestimmung.

Die Prozessparteien sind Tarifvertragsparteien des LohnTarVertr. für die Arbeiter der Reichsbahn v. 11. Juli 1924 (LVB.), der in § 14 u. a. folgendes bestimmt:

„1. Als auswärtige Beschäftigung gilt jede dienstliche Tätigkeit an einer Arbeitsstelle, die mindestens 5 km von der Dienststelle entfernt ist.“

Für die Arbeiter der Bahnmeistereien gilt als auswärtige Beschäftigung jede dienstliche Tätigkeit an einer Arbeitsstelle, die

wohl sie die Auflassung noch nicht erlangt hatte, doch durch eine Auflassungsvormerkung dinglich gesichert war und ferner die Schuld, wegen deren vollstreckt wurde als persönliche Schuldnerin übernommen hatte. Diese Umstände können aber nicht ausreichen, um die Käuferin zur Schuldnerin i. S. des Vollstreckungsrechts und deshalb des § 5 a. a. D. zu machen. Denn, wenn sie auch wirtschaftlich und, wegen der für sie eingetragenen Auflassungsvormerkung, fogar i. S. des § 9 Nr. 1 ZwVerfG. rechtlich am Verfahren beteiligt ist, so richtet sich doch der dem Verfahren zugrunde liegende Titel nicht gegen sie und wird auch nicht gegen sie vollstreckt. Eine ausdehnende Auslegung des § 5, wie sie die Vorinstanzen gegeben haben, verbietet sich nicht nur mit Rücksicht auf ihren Charakter als Ausnahmestimmung, sondern läßt sich auch nicht aus ihrem Zweck rechtfertigen, zumal wie das O.G. m. R. hervorhebt, der Eigentümer des Grundstücks ja in der Lage ist, den Einstellungsantrag zu stellen. Im vorl. Falle dürfte er sogar mit Rücksicht auf die sich aus dem Kaufvertrag für ihn ergebende Verpflichtung, der Käuferin das Grundstück zu übereignen, auch verpflichtet sein, alle ihm zustehenden Rechtsbehelfe zu ergreifen, die die drohende Gefährdung der Vertragserfüllung abwenden können. Ministerialdirektor Dr. Volkmar, Berlin.

außerhalb des Bezirks der Bahnmeisterei liegt, der der Arbeiter angehört.

2. u. 3. enthalten Bestimmungen über die für auswärtige Beschäftigung zu zahlenden Auswärtzulagen.

4. Die im Zug- oder Schiffsdienst beschäftigten Arbeiter erhalten für die ausgeführten Fahrdienste an Stelle der Auswärtzulagen nach Ziff. 2 die in der besonderen Vorschriften bestimmten Nebengebühren. Werden sie jedoch an einen Dienstort abgeordnet, der mindestens 5 km von ihrer Dienststelle entfernt ist, so erhalten auch sie die vorstehend bestimmten Auswärtzulagen und außerdem für die von dem anderen Dienstort aus geleisteten Fahrdienste die Nebengebühren nach der besonderen Vorschriften.

Unter der Parteien besteht Streit über die Auslegung dieser Vorschriften für den Fall, daß ein Arbeiter der Bahnmeisterei im Zugdienst beschäftigt wird. Während die Bekl. den Standpunkt vertritt, daß ein solcher Arbeiter auf Grund der Ziff. 4 Satz 2 einen Anspruch auf die Auswärtzulagen nur habe, wenn er an einen Dienstort abgeordnet werde, der mindestens 5 km von der Grenze seines Bahnmeistereibezirks entfernt liegt, ist der Kl. der Auffassung, daß sich Ziff. 4 nur auf die im Zug- und Schiffsdienst ständig beschäftigten Arbeiter beziehe, daß also auch deren Satz 2 für die im Zugdienst beschäftigten Arbeiter der Bahnmeisterei nicht in Betracht komme, daß für diese vielmehr in jedem Falle Ziff. 1 Abs. 2 maßgebend sei, wonach sie die Auswärtzulage stets dann zu beanspruchen hätten, wenn sie an einem Dienstorte, außerhalb ihres Bahnmeistereibezirks — gleichviel, in welcher Entfernung von dessen Grenze — beschäftigt würden.

Der Kl. hat Klage auf Feststellung erhoben, daß die Bekl. verpflichtet ist, den Arbeitern der Bahnmeisterei bei einer Abordnung zu einer Dienststelle außerhalb des Bezirks der Bahnmeisterei Auswärtzulagen zu zahlen, auch wenn die Dienststelle noch nicht 5 km von der Grenze der Bahnmeisterei entfernt liegt.

Die Klage ist in allen Instanzen abgewiesen.

Das *RRrbG.* hat sich in zwei Urten. v. 29. Sept. 1928, RAG 88/28: *RRrbG.* 2, 235¹) und RAG 113/28, mit der Auslegung der hier streitigen TarVest. befaßt und diese in den von der Bekl. vertretenen Sinne ausgelegt. Die erneute Nachprüfung an Hand der von dem Kl. im vorliegenden Rechtsstreit gegenüber jenen Urteilen gemachten Ausführungen gibt keine Veranlassung, von der bisherigen *RRpr.* abzuweichen. Hiernach enthält die Ziff. 4 des § 14 *RRb.* mit Rücksicht auf die aus der Art der Tätigkeit sich für die im Zugdienst beschäftigten Arbeiter ergebenden besonderen Verhältnisse, welche eine unmittelbare Anwendung der in Ziff. 1 getroffenen Regelung der Auswärtzulage nicht angängig erscheinen lassen, eine besondere Regelung für alle im Zugdienst beschäftigten Arbeiter, ohne Rücksicht darauf, ob es sich um im Zugdienst ständig beschäftigte Arbeiter handelt, oder um solche, die nur vorübergehend darin beschäftigt werden und zu diesem Zwecke aus einem anderen Beschäftigungsverhältnis dorthin abgeordnet worden sind. Dafür, daß diese letztere der Fall, spricht schon der Wortlaut der Bestimmung. Sie betrifft nicht etwa die „Arbeiter des Zug- oder Schiffsdienstes“, eine Wortfassung, die, wenn sie gewählt wäre, vielleicht einen Anhaltspunkt gemeint seien, sondern „die im Zug- oder Schiffsdienst beschäftigten Arbeiter“, legt also Gewicht lediglich auf die Tatsache der Beschäftigung im Zug- oder Schiffsdienst und läßt einen Unterschied zwischen ständig oder nicht ständig beschäftigten Arbeitern nicht erkennen. Es ist aber auch kein innerer Grund zu dieser einschränkenden Auslegung ersichtlich. Denn, solange die aus einem anderen Dienst zum Zugdienst abgeordneten Arbeiter im Zugdienst beschäftigt werden, sind für sie die gleichen besonderen Arbeitsverhältnisse maßgebend, welche für die im Zugdienst beschäftigten Arbeiter überhaupt eine von der Regelung der Ziff. 1 abweichende Regelung erforderlich gemacht haben. Aus der Fassung und Stellung der Ziff. 4 im Zusammenhang der ganzen Bestimmungen des § 14 ergibt sich aber auch, daß die Ziff. 4 die Beschäftigung außerhalb der ständigen Arbeitsstelle für die im Zug- oder Schiffsdienst beschäftigten Arbeiter erschöpfend hat regeln wollen, also eine Sonderregelung gegenüber der in der ganzen Ziff. 1 getroffenen Regelung enthält. Diese Sonderregelung besteht aber darin, daß der im Zug- oder Schiffsdienst beschäftigte Arbeiter „an Stelle“ der Auswärtzulagen der Ziff. 2, die ihm, falls Ziff. 1 Anwendung fände, zustehen würden, zunächst nur die in der besonderen Vorschrift über die Aufwandsentschädigung des Zupersonals (*RRb.*) bestimmten Nebengebühren erhält, und daß er neben diesen Nebengebühren nur dann Anspruch auf die Auswärtzulagen hat, wenn er an einen Dienstort abgeordnet wird, der mindestens 5 km von seiner Dienststelle entfernt ist. Die Abordnung bedeutet, wie sie sich aus den Ausf. v. zu § 9 Ziff. 1 *RRb.* ergibt, eine Zuteilung zu einer anderen Beschäftigung bzw. an einen anderen Dienstort unter Aufrechterhaltung des Zugehörigkeitsverhältnisses zur bisherigen Dienststelle. Der zum Zugdienst an einen anderen Dienstort abgeordnete Bahnmeistereiarbeiter bleibt auch weiter Angehöriger der Bahnmeisterei, für ihn ist der Bezirk der Bahnmeisterei

auch für die Dauer seiner Abordnung die Dienststelle, und es steht deshalb einem im Zugdienst beschäftigten Bahnmeistereiarbeiter nach Ziff. 4 Satz 2 die Auswärtzulage erst dann zu, wenn er an einen Dienstort abgeordnet wird, d. h., wenn seine Tätigkeit im Zugdienst an einem anderen Ort zu beginnen hat (z. B. Zugbildungsstation), der mindestens 5 km von seiner Dienststelle, d. h. von der Grenze seines Bahnmeistereibezirks, entfernt liegt. Nichts spricht dafür, daß der Bahnmeistereiarbeiter, der im Zugdienst beschäftigt wird, abweichend von der in Ziff. 4 getroffenen Regelung neben den in der *RRb.* vorgeschriebenen Nebengebühren die Auswärtzulagen in jedem Falle dann erhalten soll, wenn er an einen außerhalb seiner Dienststelle, d. i. seines Bahnmeistereibezirks, liegenden Ort abgeordnet wird. Sollte die in Ziff. 1 Abs. 2 für die Bahnmeistereiarbeiter getroffene Ausnahmebestimmung auch für die im Zugdienst beschäftigten Bahnmeistereiarbeiter Geltung haben, so hätte dies mit Rücksicht auf die in Ziff. 4. für die im Zug- oder Schiffsdienst beschäftigten Arbeiter getroffene erschöpfende Sonderregelung ausdrücklich hervorgehoben werden müssen. Die Ausführungen der *RRpr.* bieten keine neuen Gesichtspunkte, welche geeignet wären, einen von der bisherigen *RRpr.* abweichenden Standpunkt einzunehmen.

(*RRrbG.*, Urten. v. 17. Mai 1930, RAG 589/29. — Berlin.) [D.]

2. Schifffahrt.

**** 3.** §§ 855, 858, 992, 328 Abs. 1 *BGB.* Der Schiffer ist wegen der ihm auf dem Kahn angewiesenen Unterkunfts- räume Besizdiener. Ob die Wiedereinstellungsklausel im Firmentarifvertrag die Bedeutung eines Vertrages zugunsten der entlassenen Arbeiter hat, hängt in Ermangelung einer besonderen Vertragsbestimmung von der Würdigung der tatsächlichen Verhältnisse ab. Abweichende Auffassung im Urten. v. 10. Juli 1929, RAG 522/28 wird nicht aufrecht erhalten. Normativen Charakter kann die Friedensklausel nicht äußern, wenn das Arbeitsverhältnis beim Abschluß des Tarifvertrages bereits wirksam beendet war; sie hat vielmehr nur schuldrechtliche Bedeutung, der Arbeitnehmer kann also Abschluß eines neuen Arbeitsvertrages verlangen. †)

Das *RRrbG.* hat sich mit den Folgen des Ungehorsams der Schiffer, die wegen der Beteiligung an dem hier in Rede stehenden Streik striflos entlassen und entgegen dem Verlangen des Arbeitgebers auf dem Kahn verblieben sind, bereits in seinem Urten. v. 10. Juli 1929, RAG 522/28 befaßt. Es ist dort ausgesprochen, daß es das gute Recht des Arbeitgebers war, den eine Kampfmaßnahme darstellenden Eintritt des Schiffers in den Streik mit einer entsprechenden Gegenmaßnahme zu beantworten. Eine solche Gegenmaßnahme war die an den Bekl. gestellte Aufforderung zur Fortsetzung des Dienstes und das damit verbundene Verbot einer weiteren Benutzung der ihm auf dem Kahn zur Verfügung gestellten Räume für den Fall des Beharrens im Streik. Auch in dem damals entschiedenen Falle war der Schiffer der Aufforderung nicht nachgekommen, sondern entgegen dem Verbot auf dem Kahn verblieben. Ebenso wie damals ist auch im gegenwärtigen Falle mit dem Verh. davon auszugehen, daß bei dem Bekl. für den Mangel des Bewußtseins von der Pflichtwidrigkeit seines Verhaltens nach dem festgestellten Sachverhalt kein Anhalt besteht, die Kl. also im Rahmen

Zu 3. Das Urteil ist schon durch die Feststellung gerechtfertigt, daß der Bekl. nur Besizdiener war. Denn als solcher verübte er in jedem Fall, mochte nun ein Arbeitsvertrag zwischen ihm und der Kl. bestehen oder nicht, verbotene Eigenmacht, wenn er der Kl. wider ihren Willen den Besiz des Kahns vorenthielt. Auch das von der herrschenden Meinung für die Anwendung des § 992 *BGB.* geforderte Verschulden ist vorhanden, wenn man mit der ständigen Praxis des *RRrbG.* über die sog. riskante Rechtsausübung ein Verschulden schon darin erblickt, daß der Bekl. damit hätte rechnen müssen, daß sein Verhalten, zu dem er sich subjektiv berechtigt halten mochte, objektiv vielleicht unberechtigt war.

Die hiernach an sich überflüssigen Ausführungen über die Wiedereinstellungsklausel entsprechen mit einer Ausnahme der bisherigen *RRpr.* des *RRrbG.* Wie in früheren Urteilen erkennt auch hier das *RRrbG.* der Wiedereinstellungsklausel nach Beendigung der Arbeitsverträge nur schuldrechtliche Wirkung zu. Es anerkennt aber, daß sie derart zugunsten der einzelnen Arbeitnehmer vereinbart werden kann, daß diesen ein unmittelbarer Anspruch gegenüber der Arbeitgeberpartei des TarVertr. auf Veranlassung ihrer Wiedereinstellung zusteht. Neu ist, daß das vorliegende Urteil in Abweichung von der deshalb mit Recht allgemein getadelten Entsch. v. 10. Juli 1929: *BenzSamml.* 6 (*RRrbG.*), 515 ff. daraus für den besonderen Fall des Firmentarifvertrages einen unmittelbaren Anspruch gegenüber der tarifvertragsschließenden Firma herleitet.

1) *ZB.* 1929, 1320.

der ihr gesetzlich zutuehenden Befugnisse handelte, wenn sie den Bekl. am 17. Nov. 1927 wegen seines beharrlichen Ungehorsams fruchtlos entließ (§ 20 Abs. 3 BinnSchG. i. Verb. m. § 133 c Nr. 3 GewD.). Mit der hierdurch herbeigeführten Beendigung seines Dienstverhältnisses entfiel für den Bekl. das Recht, den Kahn — sei es auch nur zum Zwecke der Unterkunft — weiter zu betreten oder zu benutzen. Der Bekl. war hinsichtlich des Kahns und der ihm auf diesem zugewiesenen Unterhaltsräume nur Besitzdiener (§ 855 BGB.). Die Kl. dagegen war Besitzerin des Kahns und hatte kraft ihres Besitzes nach der Beendigung des Dienstverhältnisses das Recht, von dem dann trotz ihres Widerspruchs mit verbotener Eigenmacht auf dem Kahn verbliebener Bekl. dessen Räumung und bei deren Verweigerung Ersatz des ihr daraus erwachsenen Schadens zu beanspruchen (§§ 858, 992 BGB.). Davon ist der VerN. zutreffend ausgegangen. Die Kl. fordert im gegenwärtigen Prozeß nur Schadensersatz für die Nichträumung des Kahns in der Zeit vom 29. März bis 16. Juni 1928. Der Bekl. macht geltend, der Anspruch für diese Zeit entfalle, weil er zufolge des am 16. März 1928 für verbindlich erklärten Schiedspruchs der Schlichtungskammer seine Wiedereinstellung und also auch die Weiterbenutzung des Kahns zum Zwecke der Unterkunft für sich und seine Ehefrau hätte beanspruchen können. Die Bestimmungen des Schiedspruchs, auf die er sich beruft, lauten:

„IV. Die Arbeit ist baldmöglichst wieder aufzunehmen. Die Arbeitnehmer sind, sobald und soweit die Betriebsmöglichkeiten es gestatten, wieder einzustellen. Laden, Löschen, Überschlagen, Leichtern, Reparatur- und Instandsetzungsarbeiten an den Fahrzeugen, soweit sie üblicherweise von Schiffsleuten ausgeführt werden, sowie Fahren gilt als Inbetriebnahme des Fahrzeugs und bedingt die Wiederaufnahme der Arbeit bzw. die Wiedereinstellung.

V. Maßregelungen aus Anlaß des Streiks oder der Aussperrung finden nicht statt.

VI. Die Wiedereinstellung bewirkt, daß das Arbeitsverhältnis als nicht unterbrochen im Sinne des Tarifvertrages gilt.“

Das BG. hat in den Bestimmungen unter IV und V eine schuldrechtliche Vertragsbestimmung zugunsten Dritter, nämlich zugunsten der bis zum Beginn des Streiks im Betriebe der beteiligten Firmen beschäftigt gewesen und wegen des Streiks entlassenen Arbeitnehmer erblickt und sich zur Stütze seiner Ansicht auf das Ur. des NArbG. v. 27. April 1929, RAG 574/28; ArbNpr. 1929, 343 berufen. Diese Auslegung der fraglichen Bestimmungen ist nicht zu beanstanden. Der für verbindlich erklärte Schiedspruch steht einem TarVertr. gleich. Daß in ihm ebenso wie im TarVertr. selbst auch zugunsten der Einzelmitglieder der Tarifvertragsparteien unmittelbare vertragliche Ansprüche i. S. des § 328 Abs. 1 BGB. begründet werden können, ist vom RG. wiederholt ausgesprochen (RG. 111, 177¹); auch das. S. 105²); 113, 197 ff.³). In der erst erwähnten Entsch. ist insbes. dargelegt worden, daß aus der Wiedereinstellungsklausel eines Zwangsarbeitsvertrages den entlassenen Arbeitern des beteiligten Arbeitnehmerverbandes gegen den beteiligten Arbeitgeberverband Klagerrechte auf vertragsmäßiges Verhalten erwachsen, nämlich in der Klausel zugleich ein Vertrag zugunsten der entlassenen Arbeiter zu finden ist. Verneint ist damals und in Entsch. des NArbG. (NArbG. 3, 142⁴); 5, 127) lediglich, daß die Arbeitnehmerverbände oder die einzelnen Arbeiter aus der Wiedereinstellungsklausel unmittelbar gegen die Einzelmitglieder des beteiligten Arbeitgeberverbandes im Klagewege vorgehen könnten, dies um deswillen, weil durch den TarVertr. zwischen den Arbeitnehmerverbänden und ihren Mitgliedern auf der einen Seite und den einzelnen Unternehmern in ihrer Eigenschaft als Mitglieder des auf der anderen Seite beteiligten Arbeitgeberverbandes keine unmittelbaren Rechtsbeziehungen geschaffen würden und Verträge zu Lasten Dritter dem bürgerlichen Recht unbekannt seien. In dieser Beziehung liegt aber der vorliegende Fall anders als die damals entschiedenen Fälle. Es sind hier nicht wie in den früheren Fällen auf der Arbeitgeberseite Verbände, sondern Einzelfirmen, darunter die Kl., beteiligt. Das gilt sowohl von dem TarVertr. für die Schiffsahrt auf den westdeutschen Kanälen in der ab 1. Juli 1927 gültigen Fassung, als von dem Schiedspruch v. 28. Febr./16. März 1928. Die einzelnen Arbeitgeber (20 bzw. 22) waren also die Vertragsgegner der am Zwangsarbeitsvertrag auf Arbeitnehmerseite beteiligten beiden Arbeitnehmerverbände. Daraus folgt schon in Anwendung des in RG. 111, 177⁵) ausgesprochenen Grundsatzes, daß durch die Wiedereinstellungsklausel für die entlassenen Arbeitnehmer begründet werden konnten. Die Entsch. der Frage, ob tatsächlich in diesem Sinne ein Vertrag zugunsten der Arbeitnehmer vorliegt und ob diese unmittelbare Rechte aus dem TarVertr. gegen die Arbeitgeber erwerblich sind, hängt nach der Rspr. des RG. (RG. 127, 222⁶) und die dort angeführten Entsch.) in Ermangelung einer besonderen Vertragsbestimmung im wesentlichen von der Würdigung der tatsächlichen Verhältnisse ab, wobei auf den Parteivillen und den Geschäftszweck, auch auf die Verkehrssitte, Rücksicht zu nehmen und der ergänzenden Ver-

tragsauslegung besondere Beachtung zu schenken ist. In Beachtung dieser Grundzüge hat das NArbG. in der vom NArbG. erwähnten Entsch. v. 27. April 1929 in einem Falle, bei dem sich an einem zur Beilegung des Arbeitskamps von den Arbeitnehmerverbänden und Arbeitgeberverbänden vor dem Tarifamt geschlossenen Vergleich eine Firma beteiligt hatte, in der im Vergleich enthaltenen Wiedereinstellungsklausel eine Vertragsbestimmung zugunsten der entlassenen Arbeiter i. S. des § 328 Abs. 1 BGB. erblickt, und zwar nicht nur zugunsten der den Vertrag schließenden Verbänden angehörenden Arbeiter, sondern zugunsten aller Arbeiter, die bis zum Beginn des Streiks im Betriebe der beteiligten Firma beschäftigt gewesen und infolge des Streiks entlassen worden waren. Es ist dabei erwogen worden, daß die durch den Abschluß des Vergleichs bezweckte Herbeiführung des Wirtschaftsfriedens nur habe erreicht werden können, wenn die vereinbarte Wiedereinstellungsverpflichtung sich nicht nur auf die Verbandsmitglieder, sondern auch auf die Außenleiter bezog. Deshalb ist damals den nichtwiedereingestellten Arbeitern der Firma, die sich am Vergleich beteiligt hatte, gegen diese ein unmittelbarer Schadensersatzanspruch zuerkannt worden. Die damals vereinbarten Bestimmungen unterscheiden sich nicht wesentlich von denen des jetzt in Frage kommenden Schiedspruchs. Wenn demgemäß das BG. im gegenwärtigen Fall angesichts des Wortlauts der Bestimmungen des Schiedspruchs und seines Zweckes, den Wirtschaftsfrieden herbeizuführen, der Wiedereinstellungsklausel die Bedeutung eines Vertrages zugunsten der entlassenen Arbeiter i. S. des § 328 Abs. 1 BGB. beigemessen hat, so sind dagegen rechtliche Bedenken nicht zu erheben. Soweit in dem eingangs erwähnten Ur. des NArbG. v. 10. Juli 1929 eine andere Auffassung vertreten wird, ist sie nicht aufrechtzuerhalten. In der dort bezogenen Entsch. des NArbG. v. 26. Jan. 1928⁷) (NArbG. 3, 140) lautete die Wiedereinstellungsklausel des für verbindlich erklärten Schiedspruchs wesentlich anders, nämlich dahin, daß der Arbeitgeberverband sich verpflichtete, bei seinen Mitgliedern dahin zu wirken, daß die sich bis zu einem bestimmten Termine zur Arbeit wieder meldenden Arbeiter wiedereingestellt würden. Der Wortlaut wies also darauf hin, daß keine unmittelbaren Rechte der Arbeiter auf Wiedereinstellung, sondern nur eine Einwirkungsspflicht der Tarifvertragsparteien auf ihre Mitglieder begründet werden sollte. Damals waren auch auf Arbeitnehmerseite nicht Einzelfirmen, sondern nur ein Arbeitgeberverband beteiligt, so daß zugunsten der Arbeitnehmer, wie oben dargelegt, auch keine unmittelbaren Vertragsrechte gegen die einzelnen Arbeitgeber hätten begründet werden können.

Der Bekl. konnte also vermöge der erwähnten Bestimmungen, wie der VerN. zutreffend annimmt, von der Kl. bei der Wiedereinbetriebnahme des Kahnes Delta, soweit nicht ein besonderer Grund für seine Entlassung vorlag, seine Wiedereinstellung als Schiffer, also den Abschluß eines neuen Arbeitsvertrages mit ihm, verlangen und die Kl. dadurch, daß er ihr seine Dienste tatsächlich anbot, in Annahmeverzug setzen. Keinesfalls durfte er aber, nachdem sein Arbeitsverhältnis einmal zu Ende gegangen war, gegen den Willen der Kl. den Kahn benutzen. Indem er dies tat und trotz des Widerspruchs der Kl. seine Wohnung auf dem Kahn beibehielt, entzog er ihr den Besitz und die Verfügungsmacht über den Kahn, verhinberte sie, den Kahn mit einem anderen ihr genehmen Schiffer zu besetzen, und zwang sie, zum Zwecke der Räumung des Kahns den Klageweg gegen ihn zu beschreiten. Davon ist der VerN. mit Recht, sich insoweit der Entsch. des NArbG. v. 10. Juli 1929, RAG 522/28 anschließend, ausgegangen. Normativen Charakter hatte die Friedensklausel nicht und normative Wirkung hätte sie, selbst wenn sie gewollt gewesen wäre, für den Bekl. schon um deswillen nicht äußern können, weil sein Arbeitsverhältnis wirksam beendet worden war, ja bei Fälligkeit des Schiedspruchs selbst bei Innehaltung der tariflichen Kündigungsfrist (§ 5 des TarVertr.) erloschen gewesen wäre, ein Arbeitsvertrag, dessen Bestandteil die Bestimmungen des Schiedspruchs hätten werden können, also nicht mehr vorlag (NArbG. 3, 140 ff.; 5, 128). Nur schuldrechtliche Bedeutung konnte also die Wiedereinstellungsklausel für den Bekl. äußern. Kam die Kl. ihrer Verpflichtung zur Wiedereinstellung des Bekl. ohne triftigen Grund nicht nach, weigerte sie sich, mit ihm einen neuen Arbeitsvertrag zu schließen, so erwachsen ihm Schadensersatzansprüche gegen sie (vgl. auch § 615 BGB.). Keinesfalls aber konnte er seine tatsächliche Wiedereinstellung und die Einräumung der Unterkunft auf dem Kahn erzwingen. Denn die tatsächliche Annahme seiner Dienste kann der Dienstverpflichtete überhaupt nur dann verlangen, wenn eine Verpflichtung dazu für den Dienstberechtigten vertraglich besonders vereinbart worden ist oder sich aus der besonderen Art der Dienstleistung und dem Vertragszweck (z. B. Bühnengagementsvertrag) ergibt. Eine solche Ausnahme kam im vorliegenden Falle nicht in Frage, kann insbes. nicht daraus hergeleitet werden, daß der Bekl. bei Leistung der Dienste hätte auf dem Kahn wohnen müssen und seine Ehefrau dann auch dort hätte wohnen dürfen. Nur für die Kl., nicht aus eigenem Recht, hätte er in diesem Falle die tatsächliche Gewalt über den Kahn auszuüben gehabt (§ 855 BGB.). Ein eigenes Recht zum Verbleiben auf dem Schiffe stand ihm also nicht zu. Indem er es für sich in Anspruch

¹) JW. 1925, 2464. ²) JW. 1925, 2464. ³) JW. 1927, 246.

⁴) Dort steht irrig Ur. v. 26. Jan. 1928 statt 26. Jan. 1929.

⁵) JW. 1925, 2464. ⁶) JW. 1930, 3092.

⁷) 26. Jan. 1929.

nahm und trotz Beendigung seines Vertragsverhältnisses und trotz des auch durch Erhebung der Räumungsklage zum Ausdruck gekommenen ernstlichen Verlangens der Kl. den Rahn nicht räumte, legte er seinen eigenmächtigen Besitz, den er bereits seit seiner Entlassung innehatte, gegen den Willen der Kl. fort. Sein Verhalten war nach wie vor verbotene Eigenmacht. Dessen und also der Rechtswidrigkeit seines Verbleibens auf dem Schiff ist er sich nach den sich zu versiehenden Ausführungen des BG. bewusst gewesen. Damit ist der Tatbestand des § 992 BGB. festgestellt und daraus ergibt sich, daß der Bekl. der Kl. den durch sein Verhalten erwachsenen Schäden erstatten muß. An die Feststellungen des VerSt., die keinen Rechtsirrtum gegen Auslegungsregeln erkennen lassen, ist das RevG. gebunden. Der Bekl. kann also nicht damit gehört werden, daß er nicht sachfällig gehandelt habe. Volkommen abwegig ist seine Revisionsrüge, die Kl. habe nach § 254 Abs. 2 BGB. durch Annahme seiner Dienste den Schaden mindern müssen. Dabei wird übersehen, daß die Kl. nicht gezwungen werden konnte, gerade den Bekl. zu beschäftigen, er aber durch seine verbotene Eigenmacht und sein rechtswidriges Verhalten der Kl. die Annahme eines anderen Schiffers unmöglich gemacht hat. Ob der Bekl. tatsächlich wegen seiner Nichtwiedereinstellung einen Schadenersatzanspruch gegen die Kl. hat, ist hier nicht zu entscheiden, denn dadurch würde an der Rechtswidrigkeit seines Handelns nichts geändert und der Schadenersatzanspruch der Kl., die infolge seines Verhaltens nach der Feststellung des VerSt. den Rahn nicht in Betrieb nehmen konnte und infolgedessen einen Schaden durch Ausfall der Frachtvergütungen erlitten hat, nicht gemindert.

(NArbG., Ur. v. 26. März 1930, RAG 523/29. — Duisburg-Ruhrort.) [U.]

3. Gaststättenrecht.

**** 4.** RGef. über weibl. Angestellte in Gast- und Schankwirtschaften v. 15. Jan. 1920. Auslegung der hierzu ergangenen BayMinWD. v. 15. März 1921 (GWB. 592). †)

Das NArbG. hat sich bereits in dem Ur. v. 13. Mai 1931, RAG 634/30, eingehend über die im Freistaat Baden auf Grund des RGef. über weibl. Angestellte v. 15. Jan. 1920 (GWB. 69) erlassene MinWD. ausgesprochen, während in dem schon am 30. Okt. 1929 ergangenen Erkenntnis der Sache, RAG 253/29¹), die auf gleicher Grundlage getroffene preuß. Anordnung v. 13. Aug. 1920 mit späteren Änderungen zu beurteilen war. In dem Ur. v. 13. Mai 1931 ist dargelegt, daß der leitende Gedanke des RGef. v. 15. Jan. 1920 der einer Lohnsicherung für weibl. Bediener war, und daß die den Ländern überlassene Wegbereitung zu diesem Ziel

¹) BenschSamml. 7, 335.

Zu 4. Durch das NArbG. v. 28. April 1930 (GWB. 146) ist das obengenannte RGef. v. 15. Jan. 1920, ein lediglich aus einem Paragraph bestehenden ErmächtG., mit Wirkung v. 1. Juli 1930 außer Kraft gesetzt worden. Das berührt natürlich auch die zu seinem Vollzug ergangenen Vorschriften der Länder (vgl. z. B. jetzt für Baden die an Stelle der WD. v. 30. Mai 1921 getretene WD. v. 15. Sept. 1930). Die Grundzüge des Ur. v. 4. Juli 1931 (= NArbG. 8, 356 und DRZ. 1931 Nr. 684) können daher für das jetzige Recht nur mit Vorsicht benützt werden.

Es handelt sich um ein schwer zu regelndes und schwer zu übersehendes Rechtsgebiet. Denn die Stellung und die Entlohnungsverhältnisse der in Gast- und Schankwirtschaften beschäftigten weibl. Angestellten sind in den verschiedenen Ländern Deutschlands sehr verschieden. Deshalb sind auch die einzelnen Vollzugsvorschriften sehr mannigfaltig ausgefallen, und die Rechtslage wird dadurch noch verwickelter, daß diese Vorschriften häufig mit einer — bezirks- oder länderweisen — Regelung durch TarVertr. rechnen.

Das RGef. bezweckt die Sicherung des Lohnes der weibl. Bedienung. Es geht von der grundsätzl. Bekämpfung des Trinkgeldbewusstseins aus, und als Ideal schwebt ihm die Entlohnung lediglich durch festen, ausreichenden Barlohn vor. Aber die Übung der Gäste, Trinkgelder entweder nach festen Prozentsätzen oder nach freiem Belieben zu geben, ist tatsächlich so weit verbreitet, daß sie häufig zu einer erhebl. Einnahmequelle für die Bedienung werden. Das Gef. kann diese Tatsache nicht ignorieren; es muß — jedenfalls in gewissem Umfang — die Verneinung auf diese Einnahmequelle gestatten, die entweder ganz oder teilweise an die Stelle von festem Barlohn tritt. Es ist also zu einem Kompromiß genötigt, der dann nicht selten zu Unklarheiten führt. Das Ur. behandelt die Regelung des Arbeitsentgelts in Bayern, das dort mindestens zu einem angemessenen Teil aus einem festen Barlohn bestehen muß. Vorangegangen ist ein Ur. über die Rechtslage in Preußen, wo nach der Anordnung von 1920 die Beschäftigung nur gegen festen und ausreichenden Barlohn gestattet ist, und ein — nicht abgedr. — Ur. über diejenige in Baden, wo nach § 7 WD. v. 30. Mai 1921 die Beschäftigung weibl. Personen nur gegen ausreichenden, festen Barlohn oder auf Grund einer Vereinbarung zulässig ist, die dem Wirt gegenüber einen

eine verschiedene gewesen ist. So hat die preuß. Anordnung i. d. Fassung von 1920 die Beschäftigung nur gegen festen und ausreichenden Barlohn gestattet; die BadWD. dagegen hat die Lohnverhältnisse freier gestaltet und ihren Schutz dem Trinkgeldbeweis gegenüber darauf beschränkt (soweit nicht ausreichender fester Barlohn vereinbart ist), den Beschäftigten dem Wirt gegenüber einen Rechtsanspruch auf ausreichende Mindesteinnahme zu geben. In jenem Ur. ist ausgeführt, daß die bad. Regelung die Verweisung auf Einnahmen lediglich als Trinkgeld nicht ausschließt, sofern nur der Arbeitgeber für genügende Mindesteinnahme im Monat aus dieser Quelle selber aufkommt. In der hier zu beurteilenden bayr. MinWD. v. 15. März 1921 (GWB. 592) bestimmt § 4: „Das Arbeitsentgelt der weibl. Bedienung muß mindestens zu einem angemessenen Teile aus einem festen Barlohn bestehen. Tariflöhne gelten als angemessen. Wohnung und Verpflegung dürfen nur nach tarifl. oder ortsbübl. Sätzen auf den Lohn angerechnet werden.“ Mit dieser Gestaltung des Lohnschutzes steht die bayr. Regelung zwischen der in Preußen 1920 und der in Baden getroffenen. Ebenso wie in Baden ist auch in Bayern die Anstellung auf Trinkgeldempfang von den Gästen nicht untersagt. Die insoweit von der Rev. erhobenen Angriffe gegen das BU. sind grundlos, eine Anstellung mit Aussicht auf die von den Gästen nach Landesitte frei zu zahlende Vergütung („Trinkgeld“) widerstrebt nach allgemeiner Volksanschauung dem guten Sitten nicht (RAG 253/29). Auf der anderen Seite ist im Gegensatz zu der bad. Vorschrift dem Arbeitnehmer nicht lediglich eine Einnahmegewähr durch den Arbeitgeber zugestanden, sondern es ist unzweifelhaft vorgeschrieben, daß ein angemessener Teil des Arbeitsentgelts (zu dem das „Trinkgeld“, dessen Gelegenheit der Gastwirt vergibt, rechnet) aus einem festen Barlohn bestehen muß, dessen Schuldner der Arbeitgeber ist. Der Inhalt des vorl. Arbeitsvertrags, entspricht der WD. nicht, weil die Kl. allein auf Trinkgeldbezug gestellt war. Unrichtig ist aber die Annahme des BG., der Verstoß gegen das Gebot der WD. habe den Fälligkeit des Vertrages als nichtig zur Folge. Schon aus dem Gesichtspunkt des § 134 BGB. (Verbotsgesetze) hätte geprüft werden müssen, ob es dem Willen des Gesetzgebers entsprochen haben kann, die Arbeitsverträge, auf die er für sorglich einwirken wollte, zu wichtigen Rechtsgeschäften zu machen und die betroffenen Arbeitnehmer damit aus festen Verträgen zu setzen. Wie aber in der Sache RAG 634/30 schon ausgeführt ist, handelt es sich in Wahrheit bei Bestimmungen solcher Art nicht um Verbotsgesetze, sondern um zwingendes Sozialrecht, das den Arbeitsvertrag bestehen läßt und nach dem Willen des Gesetzes gestaltet. Danach steht der unter die WD. fallenden weibl. Bedienung, auch wenn sie im übrigen zulässig auf Trinkgeld angewiesen war, der in der WD. verbriefte Anspruch zu, in einem angemessenen Teil festen Barlohn vom Wirt zu erhalten. Eine An-

Rechtsanspruch auf eine ausreichende Mindesteinnahme gibt. Das Ur. meint, die bayr. Regelung stehe zwischen der preuß. und der bad. Aber es erscheint fraglich, ob diese erhebl. Verschiedenheit der rechtl. Bestimmungen auch zu einer erhebl. Verschiedenheit in der tatsächl. Entlohnung führt, denn die preuß. Vorschriften (vgl. BenschSamml. a. a. O. S. 336) enthalten so viele Ausnahmen, daß die Verweisung auf Trinkgeldvereinbahrungen in weitem Umfang zulässig ist. Das preuß. Ur. hat denn auch die Klage auf Barlohn abgewiesen. Und die bayr. Bestimmungen schreiben zwar zwingend, ohne daß Ausnahmen zugelassen sind, vor, daß das Arbeitsentgelt mindestens zu einem angemessenen Teil aus festem Barlohn bestehen muß. Aber sie sagen nichts darüber, was angemessen ist, und wie hoch dieser Teil sein muß. Das Ur. führt dazu aus, daß bei der Bemessung dieses Teils auch die sonstigen Einnahmen zu beachten sind. Es ist daher anzunehmen, daß das Endergebnis in dem bayr. Fall ähnlich sein wird, wie in Preußen und Baden, daß nämlich bei angemessenen, ausreichenden Einnahmen aus Trinkgeldern der Barlohn, wenn er nicht ganz wegfällt, auf ein geringes Maß zu beschränken ist.

Im übrigen ist das Ur. juristisch deshalb interessant, weil es den Verstoß gegen die bayr. Vorschriften nicht zur Nichtigkeit des Einzelarbeitsvertrags führen läßt, sondern da „zwingendes Sozialrecht“ vorliegt, zur Ausgestaltung des Vertrags. Ein Barlohn ist zwischen den Parteien nicht vereinbart worden. Aber die gesetzl. Vorschriften verlangen ihn, er kann nicht abgedungen werden. Deshalb muß er zugesprochen werden. Auch hier tritt, ebenso wie nach § 1 Abs. 1 Satz 3 TarWD., an Stelle der unwirksamen Vereinbarung die entsprechende Bestimmung (nicht des TarVertr., sondern) des Gef., wenn auch hier die maßgebenden Vorschriften nicht auf die TarWD. verweisen und sich nicht darüber aussprechen, welche zivilrechtlichen Folgen ihre Nichtbeachtung haben soll. Zwingendes Sozialrecht. Der Arbeitende soll tunlichst davor bewahrt werden, daß die Nichtigkeit seines Arbeitsvertrags seine Rechte aus der Arbeitsleistung in Frage stellt. Ähnliche Erwägungen sprechen auch mit, wenn das NArbG. Verstöße gegen vereinbarte oder gesetzliche Schriftform oder die Arbeitszeitbestimmungen nicht zur Nichtigkeit des Einzelarbeitsvertrags führen läßt (vgl. NArbG. 7, 118 und 349; 5, 317 und Queck-Nippert, Lehrbuch, 3. Aufl., §§ 27 u. 30).

DRSt. Dr. Solth, Karlsruhe.

rechnung oder Aufrechnung des eingezogenen Trinkgelds auf (gegen) den Barlohn kommt nicht in Frage, weil dem Arbeitgeber kein Recht auf den Trinkgelbbetrag zusteht (RAG 492/29; Ur. v. 22. März 1930²⁾), weil auch ein solcher Ablauf gegen den Zweck der W. verstößen würde.

Der Kl. ist deshalb ein Anspruch auf Barlohn entstanden, dessen Höhe unter Würdigung der Gesetzeszwecke und Beachtung der sonstigen Einnahmen der Kl. der Tatrichter zu bestimmen hat.

Dagegen findet der erhobene Anspruch auf Vergütung von Sachbezügen nach dem Vortrag der Kl. in den erörterten Rechtsnormen keine Grundlage. Insbes. besagt die Vorschrift über Anrechnung von gewährten Sachbezügen keineswegs, daß diese Bezüge (Wohnung und Verpflegung) 1931 werden müssen.

(NArbG., Ur. v. 4. Juli 1931, RAG 651/30. — Zweibrücken.) [D.]

4. Sonstiges Arbeitsrecht.

**** 5.** Sind Urlaubsansprüche tariflich von einer Beschäftigung von bestimmter Dauer „im Betriebe“ abhängig, so ist ein Wechsel in der Person des Betriebsinhabers bei ununterbrochener Fortführung des bisherigen Geschäftszwecks an derselben Betriebsstätte unerheblich. †)

Die Kl. war seit 15. Sept. 1924 Büfettfräulein in der Bahnhofswirtschaft des Hauptbahnhofs in M. Am 1. Febr. 1929 wechselte der Inhaber der Wirtschaft. Dem Personal war vorher gekündigt worden, es wurde aber vom neuen Inhaber, dem Bekl., zum großen Teil ohne Abschluß neuer Anstellungsverträge übernommen. Dazu gehörte die Kl., die jedoch bereits am 1. Juni 1929 ausschied. Sie fordert auf Grund des TarVertr. v. 21. Dez. 1928 für das Hotel-, Gast- und Schankkrättingewerbe zu M., der für die Parteien anwendbar ist, die Urlaubsvergütung für 11 Tage. NArbG. und RArbG. haben verurteilt.

In § 5 des erwähnten TarVertr. ist bestimmt: „Allen Arbeitnehmern wird jährlich in der Zeit v. 1. Mai bis 31. Okt., falls sie in dieser Zeit ein Jahr in dem betreffenden Betriebe beschäftigt waren, folgender Urlaub gewährt: nach einjähriger Beschäftigung fünf Tage, nach zweijähriger Beschäftigung sieben Tage, nach dreijähriger Beschäftigung zehn Tage. Für jedes weitere abgelaufene Beschäftigungsjahr ein Tag mehr, aber höchstens vierzehn Tage.“

Der Arbeitnehmer erhält während der Urlaubszeit den vollen Lohn und, soweit Anspruch auf Kost besteht, die hierfür vorgesehenen Tariffätze ausgezahlt.“

Daß hiernach die Kl., wenn der Inhaber der Bahnhofswirtschaft nicht gewechselt hätte, die Zahlung des Lohnes für elf Urlaubstage hätte beanspruchen können, ist unstrittig. Der Streit betrifft die Frage, wie im Abs. 1 der erwähnten Tarifbestimmung die Worte „in dem betreffenden Betriebe beschäftigt waren“ für den Fall des Wechsels des Betriebsinhabers auszulegen sind. Der Bekl. meint, er habe am 1. Febr. 1929 durch Übernahme der Wirtschaft einen ganz neuen Betrieb eröffnet und dafür mit der Kl. stillschweigend einen neuen Vertrag geschlossen. Die von der Kl. bei der früheren Pächterin der Wirtschaft geleistete vierjährige Beschäftigung könne daher auf das neue Arbeitsverhältnis nicht angerechnet werden. Das NArbG. ist dagegen mit der Kl. der Auffassung, daß die fraglichen Worte der Urlaubsbestimmung in dem gleichen Sinne auszuliegen sind, wie dies unter Billigung des NArbG. im Ur. v. 8. Febr. 1928 (NArbG. 1, 153 ff.¹⁾) hinsichtlich des TarVertr. der Metallindustrie beider Mecklenburg v. 16. April 1925 geschehen ist. In der damaligen Tarifvertragsbestimmung steigerte sich mit den Jahren der ununterbrochenen Beschäftigungsdauer in „demselben

Betriebe“ gleichfalls der Anspruch auf die Urlaubsdauer. Die tarifliche Bestimmung entsprach also derjenigen, welche jetzt der richterlichen Beurteilung unterliegt. Auch insoweit liegt der gegenwärtige Fall dem früher entschiedenen gleich, als die Bestimmung für die Einzelvertragsverhältnisse der Arbeitnehmer zu dem früheren Inhaber eines Unternehmens maßgebend gewesen war und der neue Inhaber im unmittelbaren Anschluß an den bisherigen den Betrieb weitergeführt hat, ohne den übernommenen Arbeitern gegenüber eine Anfechtung über die Änderung des Arbeitsvertrages zu machen. Der gegenwärtige Fall liegt sogar für die Kl. noch günstiger, da — anders als in dem damals entschiedenen — der neue Inhaber des Betriebs, der Bekl., kraft Tarifzugehörigkeit die fraglichen Bestimmungen unmittelbar für die mit den tarifzugehörigen Angestellten geschlossenen Arbeitsverträge gelten lassen muß. Wenn daher im gegenwärtigen Fall das NArbG. mit den gleichen Erwägungen, wie sie damals vom NArbG. dargelegt worden sind, zu demselben Ergebnis gekommen ist, daß nämlich durch den Wechsel des Inhabers der Wirtschaft i. S. des TarVertr. der Betrieb, in dem die Kl. seit dem 15. Sept. 1924 beschäftigt wurde, unverändert als derselbe fortbestanden habe, so läßt das einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Die Entsch. darüber, ob dies trotz eines Wechsels des Inhabers des Betriebes anzunehmen ist, ist von Fall zu Fall zu treffen und liegt im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet. Das NArbG. kann also nur nachprüfen, ob die vom BG. festgestellten Tatsachen die Annahme rechtfertigen können, daß i. S. des TarVertr. hinsichtlich des Urlaubsanspruchs der Kl. deren in derselben Bahnhofswirtschaft unter zwei unmittelbar einander folgenden Pächtern ausgeübte Beschäftigung als „in dem betreffenden Betriebe“ geleistet zusammenzuzählen ist. Daß dies zu bejahen ist, folgt unmittelbar aus den Darlegungen des NArbG. 1, 157 ff. Die die gegenteilige Ansicht vertretenden Ausführungen der Rev. verkennen, daß die tarifliche Bestimmung den Urlaub und seine Dauer nicht von einer betreffenden Person geleisteten Beschäftigung, sondern von der in dem betreffenden Betriebe geleisteten Beschäftigung abhängig macht und dabei „Betrieb“ im wirtschaftlichen Sinne zu verstehen ist, in diesem Sinne aber der Wechsel des Betriebsunternehmers, in welcher Rechtsform es auch sei, bei ununterbrochener Fortführung des vom bisherigen Inhaber verfolgten Geschäftszwecks den Betrieb als solchen fortbestehen läßt. Es kann daher auch nicht darauf ankommen, ob der neue Inhaber des Betriebs seine Rechte von dem früheren oder wie dieser von einem Dritten herleitet und ob er Eigentümer oder Pächter der Betriebsmittel ist, und es ist daher entgegen der Ansicht der Rev. insoweit unerheblich, daß die Deutsche Reichsbahngesellschaft Eigentümerin des Bahnhofes ist und den Betrieb der Wirtschaft dem Bekl. erst nach öffentlicher Ausschreibung pachtweise übertragen hat. Daß der Erfolg eines Restaurationsbetriebes wesentlich von der Tüchtigkeit seines Inhabers, von der individuellen Art seiner Geschäftsführung, Leitung und Werbekraft abhängt und sich dadurch „das Gesicht“ des Betriebes unter dem neuen Inhaber allmählich ändern kann, ist zuzugeben. Aber das trifft mehr oder weniger bei jedem Unternehmen zu und hat mit der Frage, ob i. S. des TarVertr. beim Wechsel des Inhabers des Betriebes der neue Unternehmer Angestellten seines Vorgängers, wenn er sie ohne wesentliche Änderung des Geschäftszweckes im Betriebe weiter beschäftigt, bei der Urlaubsberechnung und Urlaubsbemessung die von ihnen bei seinem Vorgänger verbrachte Beschäftigungszeit anrechnen muß, nichts zu tun. Für die Beantwortung dieser Frage ist auch nicht entscheidend, ob der neue Betriebsinhaber in die von den Angestellten mit seinem Vorgänger abgeschlossenen Verträge eingetreten ist oder mit ihnen bei ihrer Weiterverwendung neue Anstellungsverträge geschlossen hat, sondern lediglich die Frage, ob der Betrieb trotz des Wechsels seines Inhabers im dargelegten Sinne der gleiche geblieben ist. Das ist vom VerM. in einwandfreier Weise festgestellt worden, indem er auf die unveränderte Weiterverfolgung des bisherigen Betriebszweckes in demselben Anfange und an derselben Betriebsstätte, nämlich in den vom bisherigen Arbeitgeber der Kl. übernommenen Wirtschaftsräumen des Hauptbahnhofs, und auf die Weiterführung derselben Bahnhofswirtschaft durch den Bekl. mit demselben von der früheren Pächterin an ihn verkauften Inventar verweist und weiter ausführt, daß der Bekl. das Personal der früheren Pächterin zum großen Teil, darunter die Kl. wieder eingestellt habe, ohne zum Ausdruck zu bringen, daß die von den Angestellten bisher erworbenen Rechte und Anwartschaften (aus dem TarVertr.) ihm gegenüber nicht gelten sollten, die Angestellten daher davon ausgegangen seien, daß ihnen diese Rechte und Anwartschaften bei Übernahme in den Dienst des Bekl. erhalten blieben. Liegt hiernach die wirtschaftliche Identität des Betriebes des Bekl. mit dem der früheren Pächterin der Wirtschaft i. S. des TarVertr. vor, so folgt daraus die Berechtigung des Klagenanspruchs (vgl. auch NArbG. 3, 130 und Ur. des NArbG. v. 11. Jan. 1930, RAG 350/29²⁾).

(NArbG., Ur. v. 16. April 1930, RAG 536/29. — Münster i. W.)
(= NArbG. 5, 327; WenzlSamml. 9, 226.) [D.]

²⁾ JW. 1930, 3012.

¹⁾ JW. 1928, 1613.

Zu 5. Das Urteil, dem zuzustimmen ist, ist insoweit von Bedeutung, als es betont, daß der Betrieb unabhängig vom jeweiligen Betriebsinhaber ist. Der Betrieb als eine Zusammenfassung von persönlichen, sächlichen und immateriellen Mitteln zur Erreichung eines bestimmten technischen Zwecks (Jacobi, Leipziger Festschrift für Ehrenberg S. 1 ff.) ist zwar nicht unabhängig von dem zusammenschließenden (organisierenden) Willen des jeweiligen Betriebsinhabers. Aber es ist möglich, daß ein neuer Inhaber diesen zusammenschließenden Willen des bisherigen Inhabers und damit den Betrieb übernimmt. Ob das der Fall ist, ist, wie das Ur. zutreffend hervorhebt, im wesentlichen Tatfrage.

Der vom NArbG. herausgearbeitete Satz ist von sehr erheblicher praktischer Bedeutung. Er kommt nicht nur für den Urlaub und andere arbeitsvertragliche Anwartschaften wie solche auf Lohn-erhöhung, Alters- und Hinterbliebenenversorgung in Betracht, die nach dem Inhalt des betreffenden Arbeitsvertrags nach einer gewissen Dauer der Betriebszugehörigkeit erworben werden sollen, sondern ist auch für die Fortdauer des Betriebsratsamts, für die Angestelltenkündigung und die Höhe der nach § 87 BetrVG. zu gewährenden Entlassungsschädigung von Bedeutung.

Prof. Dr. Erich Molitor, Greifswald.

²⁾ S. 2: NArbG. 5, 47.

6. Zehrgeld und Sackgeld (oder Abtragegeld) der Transportarbeiter. — Widerspruchslöse Annahme untertariflichen Lohnes ist nicht ohne weiteres Verzicht.

Der Kl. war vom 17. Febr. 1927 bis zum 12. Sept. 1929 Transportarbeiter bei der Bekl. Er wurde als Sackträger beschäftigt und hatte vorwiegend Mehltransporte zu leisten.

Zwischen dem Südwestdeutschen Arbeitgeberverband der Transport-, Handels- und Verkehrsgewerbe, dem die Bekl. nicht angehört, und dem Deutschen Verkehrsbund, Bezirk Darmstadt, besteht ein Manteltarifvertrag mit zugehörigem Lohnabkommen, das ab 1. Juni 1928 für allgemeinverbindlich erklärt worden ist. Der Lohn tarif sieht für die Arbeiter je nach Alter und Familienstand feste Wochenlöhne vor und bestimmt weiter, daß sie für Landtouren ein sog. „Zehrgeld“ erhalten sollen. Dabei wird zwischen gewöhnlichen Landtouren und Abentouren sowie zwischen Touren mit und ohne Übernachten unterschieden. Für gewöhnliche Tagestouren ohne Übernachten beträgt das Zehrgeld 2 *N.M.* Sonstige Zuschläge für besondere Arbeitsleistungen (abgegeben von Überstunden) sind für die Transportarbeiter weder im Lohnabkommen noch im Manteltarif vereinbart.

Der Kl. verlangt für die Zeit vom 1. Juni 1928 bis zu seinem Ausscheiden 146 *N.M.* Zehrgeld. Er hat in der angegebenen Zeit 73 Transporte geleistet.

Die Bekl. lehnt die Zahlung des Zehrgeldes ab. Sie trägt vor, ihre Rechtsvorgängerin, die Hessische Handwerkszentralgenossenschaft, bei der der Kl. auch bereits tätig war, habe den Transportarbeitern bei Landtouren sog. „Spesen“ gewährt. Bei Gründung der bekl. Genossenschaft sei aber unter Berücksichtigung eines alten Wunsches der Arbeiter vereinbart worden, daß ihnen gestattet werde, vom Empfänger der Ware ein sog. Sacktragegeld in Höhe von 10 Pf. für den Sack zu erheben, daß dagegen Spesen nicht mehr sollten gefordert werden können. Später sei den Arbeitern erlaubt worden, vom Empfänger das ortsübliche Sacktragegeld zu fordern. Durch diese Sacklohnvereinbarung sei der Kl. sehr viel besser weggekommen, als wenn er das tarifmäßige Zehrgeld erhalten hätte.

Die Klage hatte in allen Instanzen Erfolg.

Das BG. unterstellt, daß die Arbeiter nach ihrem Dienstvertrage gehalten seien, die Mehlsäcke beim Empfänger in den Lagerraum zu tragen, und berücksichtigt die unbefristete Angabe der Bekl., daß die Empfänger nach Handelsbrauch verpflichtet sind, das Abtragegeld (Sackgeld) in bestimmter Höhe an die einbringenden Transportarbeiter zu entrichten. Für die Rechtslage bis zum 1. Juni 1928 (von dem ab der TarVertr. verbindlich war) führt es aus, daß die Empfänger demnach mit der Zahlung des Sackgeldes eine Forderung tilgten, die von den Arbeitern der Bekl. gegen ihre Arbeitgeberin zu erheben war (entsprechend der vielfachen Übung beim Bedienungszuschlag der Kellner). Diese Ausführungen sind rechtlich bedenkenfrei.

Das Inkrafttreten des TarVertr. hat die Rechtslage betreffend das Sackgeld nach der Auffassung des BG. zunächst nicht geändert. Durch den TarVertr. wurde für die Transportarbeiter eine Entlohnung nach Wochenlöhnen und Zehrgeld eingeführt. Diese Regelung, die für den Betrieb der Bekl. eine Neuerung bedeutete, berührte nach Auffassung des BG. das Sackgeld zunächst nicht, wie auch umgekehrt der tarifliche Anspruch auf Zehrgeld durch Weitergewährung des Sackgeldes nicht beeinflusst wurde. Das Zehrgeld sei nämlich, so führt das BG. aus, von dem den Transportarbeitern verbleibenden Sackgelde durchaus verschieden. Das Sackgeld (oder Abtragegeld) hänge von Ziel und Dauer der Transporte nicht ab, werde nur für das Eintragen der Mehlsäcke und auch dabei, wie das BG. der Beweisaufnahme entnimmt, nicht ausnahmslos erhoben, auch werde es unmittelbar vom Abnehmer an die Arbeiter bezahlt. — Auch diese Ausführungen des BG. lassen, jedenfalls soweit sie den Anspruch auf das Zehrgeld betreffen, einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Der TarVertr. verpflichtete die Bekl., ihren Arbeitern künftig neben dem Wochenlohn das sog. Zehrgeld zu gewähren. Wenn sie gleichwohl duldet, daß die Arbeiter das von dem Zehrgeld nach Grund und Höhe verschiedene Abtragegeld weiterhin erhoben und behielten, so wird dadurch der Anspruch auf das durch den TarVertr. neu eingeführte, seiner Natur nach vom Sackgeld verschiedene Zehrgeld zunächst nicht betroffen. Ob darüber hinaus, wie das BG. meint, auch ein Anspruch auf Weitergewährung des Sackgeldes bestand, solange er nicht im Wege der Einzelvereinbarung beschränkt oder beseitigt wurde, kann hier dahingestellt bleiben, da der Kl. ja nicht Sackgeld, sondern Zehrgeld fordert.

Von dieser im wesentlichen zutreffenden Beurteilung der Grundlage des Vertragsverhältnisses aus prüft das BG. weiter, ob die Parteien, wie die Bekl. behauptet hatte, etwa vereinbart haben, daß nach Inkrafttreten des TarVertr. an Stelle des Zehrgeldes das angeblich weit höhere Abtragegeld treten, das erstere also durch das letztere abgegolten sein sollte. Unter der von ihm unterstellten Voraussetzung, daß das Abtragen der Säcke

eine arbeitsvertragliche Verpflichtung, nicht etwa eine Sonderleistung der Arbeiter darstelle, und unter der weiteren Voraussetzung, daß dadurch die tariflichen Gesamtbezüge der Arbeiter erreicht oder überschritten würden, erachtet das BG. eine solche Abrede für zulässig. Die Frage, ob tatsächlich das vom Kl. vereinbarte Sackgeld das ihm zustehende Zehrgeld übersteigen habe, läßt das BG. offen, verneint aber aus tatsächlichen Gründen das Zustandekommen der von der Bekl. behaupteten Abrede. Wenn nach der Bekundung des Zeugen F. der Geschäftsführer der Bekl. eines Tages geäußert habe, das Geschäft könne die „Spesen“ nicht mehr bezahlen (der Ausdruck „Spesen“ wird hier mit „Zehrgeld“ gleichgesetzt), die Leute hätten ja ihr Sackgeld, und wenn die Arbeiter darauf nichts erwidert hätten, so stehe, wie das BG. bemerkt, nicht einmal fest, ob der Kl. bei dieser Besprechung zugegen gewesen sei. Die Aussage F.s sei aber auch widerlegt durch die Angaben aller übrigen Zeugen, wonach ein Abkommen über die Abgeltung des Zehrgeldes durch den Sacklohnbezug nicht zustande gekommen sei. Die Arbeiter seien nicht damit einverstanden gewesen, sie seien vielmehr wiederholt wegen der „Spesen“ vorstellig geworden und hätten schließlich ihren Verband mit weiterem Vorgehen beauftragt.

Diese Ausführungen des BG. sind überwiegend tatsächlicher Natur und lassen einen Rechtsverstoß nicht erkennen. Die Rev. meint, daß nach ständiger Rspr. das Lohnabkommen auch durch eine andere Art der Bezahlung rechtswirksam abgeändert werden könne, wenn die Gesamtbezüge des Arbeitnehmers dadurch nicht niedriger würden. Das trifft zu (33. 1927, 2421; RArbG. 2, 280, bef. 286), wird aber vom BG. nicht verkannt, das vielmehr ausdrücklich hervorhebt, die vom Bekl. behauptete Abrede sei zulässig, wenn dadurch die tariflichen Gesamtbezüge der Arbeiter erreicht oder überschritten würden. Das BG. vermisst nur den Beweis und ist insoweit mit der Rev. nicht angefeindet.

In der widerspruchsfreien Annahme untertariflichen Lohnes ist nicht ohne weiteres ein wirksamer Verzicht zu finden (vgl. RArbG. 1, 118 ff., 187 ff.); auch RArbG. 2, 159).

(RArbG., Ur. v. 9. Juli 1930, RAG 84/30. — Darmstadt.) [D.]

*

7. Verkäufer in Lebensmittel- und Zeitungsverkaufsständen auf Bahnhöfen als Handlungsgehilfen.

Der in F. wohnende Kl. ist durch „Dienstvertrag“ v. 4. Sept. 1927 von der bekl. Handelsgesellschaft für Reise und Verkehr in St. für deren „Verkaufsstand“ auf dem Bahnhof F.-West als Verkäufer gegen eine Provision von 10% der abzuschließenden Verkäufe mit vereinbarter beiderseitiger vierwöchiger Kündigung „angestellt“ worden. Für Personen, die er zu seiner Unterstützung oder Ablösung im Verkaufsstand beschäftigte, trug er der Bekl. gegenüber die volle Verantwortung. Der Vertrag enthält eine eingehende Dienstinstruktion, die u. a. bestimmt, daß der Verkaufsstand während der Dienststunden ununterbrochen geöffnet bleibt. Er hat an Provision erhalten für Sept. 1927: 201,85 *M.*; für Okt. 1927: 226,74 *M.* Er fordert für diese Monate die Unterschiedsbeträge nach, die sich bei Zugrundelegung der tariflichen Gehälter nach dem für allgemeinverbindlich erklärten TarVertr. für kaufmännische und technische Angestellte der Stadtgemeinde Frankfurt a. M. v. 12. Febr. 1926 ergeben, sowie Zuschläge für Überstunden nach § 5 dieses Vertrages. Die Bekl. ist der Ansicht, der Kl. sei Handlungsagent gewesen, die ArbG. seien daher für die geltend gemachten Ansprüche nicht zuständig. Da der Kl. nur Umsatzprozentage habe beanspruchen können, gelte für das Arbeitsverhältnis überhaupt kein TarVertr.

Der Rev. war ein Erfolg zu verlagern. Nach dem Wortlaut des „Dienstvertrag“ genannten Vertrags v. 4. Sept. 1927 ist der Kl. von der Bekl. für deren „Verkaufsstand“ auf dem Bahnhof in F.-West als „Verkäufer“ unter Bindung an genaue, bis ins einzelne gehenden Weisungen und „Dienstinstruktionen“ „angestellt“ worden. Die Weisungen erstrecken sich sogar auf sein außerdienstliches Verhalten. Die auf der Rückseite des Vertrages abgedruckte, vom Kl. unterschriebene „Dienstinstruktion“ schreibt zunächst für den „Verkaufsstand“ vor, daß die Waren — es handelte sich um Zigaretten, Zigarren, Tabake, Rauchentwürfen, Schokoladen und Zuckwaren, Likör, Bier, Wein und andere Getränke, Obst, Zeitungen und Zeitschriften usw. — nur zu den von der Firma vorgezeichneten Preisen verkauft werden dürfen, der Kl. andere Waren als die ihm von der Zentrale der Bekl. oder in deren Auftrage gelieferten nicht führen darf, daß die Waren ein Kontrollzeichen der Firma tragen und ohne ein solches Zeichen eingehende Waren sofort zurückzuführen sind. Weiter ist dort u. a. vorgezeichnet, wie der Verkaufsstand in Ordnung zu halten und die Ware darin aufzustellen ist, daß auch ein Inventarverzeichnis dort sein und in Ordnung gehalten werden muß. Unter „Geschäftsführung“ ist bestimmt, daß der Verkaufsstand während der Dienststunden (zu ergänzen: der Bahn) ununterbrochen geöffnet sein

muß, und wie er zu dekorieren ist, daß wiederholte Unpünktlichkeit im Dienst fruchtlose Entlassung zur Folge hat, wie das Publikum zu behandeln ist, daß Angehörige oder Bekannte sich nicht am oder im Verkaufsstand aufhalten dürfen, „der Verkäufer“ sich nur mit Genehmigung der Firma vertreten lassen darf und dann für seine Vertretung persönlich verantwortlich ist, daß während der Dienststunden nicht geraucht werden darf, wie die Ware vom „Verkäufer“ zu behandeln ist und daß alle Reklamationen innerhalb drei Tagen an die Firma zu richten sind. Dann folgen genaue Vorschriften über die Führung der „Geschäftskasse“, die „Buchführung“ und die „Abrechnung“. Daraus ist hervorzuheben, daß allwöchentlich Samstags abgerechnet, die vereinnahmten Beträge wöchentlich mehrere Male auf ein Postcheckkonto eingezahlt, der Wochenalbo unter „Abzug des Gehalts und Provision“ am Montag abgeführt und die Wochenabrechnungszettel und die Bestellte Montag vormittags abgehan werden mußten. Der Kl. hatte also hiernach lediglich die kaufmännischen Dienste eines Verkäufers in jenem Verkaufsstand der Bekl. nach deren Anordnungen, also in deren Handelsgewerbe, gegen Entgelt zu leisten und war dabei durchaus von den Anordnungen der Bekl. abhängig. Damit ist der Tatbestand des § 59 HGB. erfüllt, wie denn auch nicht nur der Wortlaut der Vertragsbestimmung über die Anstellung jener Gesetzesbestimmung entspricht, sondern auch im Verträge bei den Bestimmungen über die Berechtigung der Bekl. zur sofortigen Entlassung des Kl. ausdrücklich auf § 70 HGB. Bezug genommen ist. Der Kl. war also Handlungsgehilfe der Bekl. (vgl. auch die in Staub-Bondi, HGB., 12./13. Aufl., zu § 59 Anm. 14 angeführten Entsch., wonach die Verkäufer in einer Trinkhalle, einer Bahnhofsbuchhandlung und in einem Zeitschriftenstande als Handlungsgehilfen anzusehen sind). Daß für ihn kein festes Gehalt vereinbart war, die ihm zu zahlende Vergütung vielmehr in 10% der Umsätze bestehen sollte, steht der Annahme, daß der Kl. Verkäufer der Bekl. und also Handlungsgehilfe war, nicht entgegen. Es ist nicht ungewöhnlich, daß ein Handlungsgehilfe kein festes Grundgehalt bezieht, sondern als ausschließliche Vergütung eine Provision in Höhe eines bestimmten Prozentsatzes des Rohertrages der von ihm abgeschlossenen Geschäfte (vgl. § 65 i. Verb. m. §§ 83 f. HGB.). Ebensovienig scheidet die Eigenschaft des Handlungsgehilfen daran, daß der Kl. unter eigener voller Verantwortung und Haftung (§ 278 HGB.) andere Personen „zu seiner Unterstützung und Ablösung im Stand“ beschäftigen konnte. Daß der Kl. wegen seiner persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit von der Bekl. nicht als Handelsagent, sondern als Handlungsgehilfe anzusehen sei, ist von den Vorinstanzen hiernach in Übereinstimmung mit der Rspr. des RRbG. (RRbG. I, 263¹) und 269²); 2, 119; 3, 15³); Urt. v. 5. Jan. 1929, RAG 268/28⁴) zutreffend angenommen worden. Daraus folgt zugleich, daß der Kl. auch i. S. der hier fraglichen TarVertr. kaufmännischer Angestellter war, und daß eine arbeitsrechtliche Streitigkeit vorliegt, zu deren Entsch. die Arbeitsgerichtsbehörden zuständig sind.

(RRbG., Urt. v. 23. Febr. 1929, RAG 419/28. — Stuttgart.)
[D.]

C. Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte.

I. Reich.

Reichsfinanzhof.

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

× 1. §§ 3, 9, 18, 92, 135 ZollG.; §§ 112, 396 ABG.D.

a) Wer im Reiseverkehr die Frage des Zollbeamten nach zollpflichtigen Waren verneint, verfügt über die in seinem Gewahrsam befindlichen Waren so, als stünden sie im freien Verkehr und bringt dadurch die Zollschuld zur Entstehung. Das gilt aber dann, wenn sich ein solcher Vorgang außerhalb des Zollgebiets, z. B. bei einer deutschen Auslandszollstelle abspielt, nur unter der Voraussetzung, daß die Ware auch noch die Zollgrenze überschreitet.

b) Anders als beim Unternehmen der Zollhinterziehung nach § 135 ZollG. erfordert die Zollhinterziehung nach § 396 ABG.D. zu ihrer Vollendung, daß eine Steuerverkürzung tatsächlich eintritt.

c) Bei bloßem Versuch der Steuerhinterziehung ist die Haftung nach § 112 ABG.D. nicht gegeben.

Der Beschw. war am 23. Sept. 1931, als er von B. (Tschechoslowakei) mit der Eisenbahn in S. (Tschechoslowakei) eintraf, in die Revisionshalle des dortigen deutschen Auslandszollamts getreten, hatte die seinen Mundvorrat enthaltende Handtasche auf den Revisionsstisch gestellt und war dann von einem diensttuenden Zollbeamten auf-

gefordert worden, sich in den hinter dem Revisionsstisch gelegenen Amtsräum zu begeben. Dort wurde der Beschw., der wegen einer Zollschuld gepfändet werden sollte, nach pfändbaren Gegenständen gefragt, was er verneinte. Die darauf an ihm vorgenommene körperliche Untersuchung förderte 2 Liter Rumverschnitt zutage. Die Vorinstanz hat angenommen, daß der Beschw. durch dieses Verhalten über die Ware so verfügt habe, als stünde sie im freien Verkehr; sie hat daher die im zollamtlichen Steuerbescheid geltend gemachte Zoll- und Monopolausgleichsforderung für den Brauntwein begilligt.

Die Beschw. mußte Erfolg haben.

Richtig ist, daß die Zollschuld für eine Ware, deren Überführung in den freien Verkehr nicht durch ordnungsmäßige Eingangsbefreiung erfolgt, dann entsteht, wenn über sie so verfügt wird, als stünde sie im freien Verkehr (RRb. 3, 286; 4, 269; 9, 290). Das gilt auch für Waren wie Rumverschnitt, deren Einfuhr verboten ist (§ 3 BrauntwMonG., § 56 Abs. 1 Grundbest.; RRb. 30, 160). Eine solche Verfügung kann auch schon dann vorliegen, wenn im Reiseverkehr die Frage des Zollbeamten nach zollpflichtigen Waren von dem Inhaber mit „nein“ beantwortet und dadurch die Anmeldepflicht nach § 92 ZollG. verletzt wird (vgl. Urt. des erk. Sen. v. 25. März 1927, IV A 27/27 [Marlei, Rechtspr. 18 zu § 13 ZollG.]). Es kann dahingestellt bleiben, ob im vorl. Falle, wo die Frage des Zollbeamten nicht nach zollpflichtigen, sondern nach pfändbaren Gegenständen ging, die Verneinung dieser Frage die angegebene rechtliche Folge überhaupt haben kann. Denn immer ist Voraussetzung für die Entstehung der Zollschuld, daß die Ware durch die eigenmächtige Verfügung tatsächlich in den freien Verkehr des Zollinlands tritt (Urt. des erk. Sen. v. 4. Febr. 1931, IV A 288/30). Eine Zollschuld hätte also auch im vorl. Falle nur entstehen können, wenn die Ware tatsächlich noch die Grenze des deutschen Zollgebiets überschritten hätte. Das ist aber nicht der Fall gewesen, da der Rumverschnitt nach seiner Entdeckung noch auf dem Auslandsbahnhof S. von der Zollbehörde beschlagnahmt wurde. Zwar haben die deutschen Auslandszollstellen in gewissen Beziehungen, nämlich für die Erhebung der Zölle und für die Überwachung der Einfuhr als innerhalb des deutschen Zollgebiets gelegen zu gelten (RRSt. 13, 410; 19, 192, 194 ff.; 48, 29); für die Entstehung der Zollschuld ist aber erforderlich, daß nicht nur die unterstellte (fiktive), sondern auch die wirkliche Zollgrenze überschritten wird (RG. 42, 107; RRb. 30, 160, 168; auch 11, 275). Daran ändert nichts der Umstand, daß im Einfuhrverkehr über die Auslandszollstellen die Zollforderung in der Regel schon vor Übertritt der Ware über die Zollgrenze geltend gemacht wird; denn diese Maßnahme der Zollbehörde gehört in das Bereich der Zollerhebung, die nach dem maßgebenden Staatsvertrag auf ausländischem Gebiet vorgenommen werden soll (RRSt. 13, 410).

Kann sonach die Zollforderung auf materielle Vorschriften des Zollrechts (§§ 9, 13 ZollG.) nicht gestützt werden, so bleibt noch zu unteruchen, ob der Beschw. nicht auf Grund des § 112 ABG.D. für den Zoll haftet. Danach haftet, wer eine Steuerhinterziehung begeht, soweit er nicht Steuerschuldner ist, für den Betrag, in dessen Höhe Steuereinnahmen verkürzt werden. An sich können auch Waren, deren Einfuhr verboten ist, Gegenstand einer Zollhinterziehung nach § 396 ABG.D. sein (Urt. des erk. Sen. v. 2. März 1932, IV A 259/31 S). Das Um des Beschw. kann aber jedenfalls nicht als eine vollendete Zollhinterziehung angesehen werden. Das nach § 135 ZollG. strafbare Unternehmen der Zollhinterziehung erforderte zu seiner Vollendung allerdings nicht die Tatsache der verwirklichten Schädigung der Zollkasse um den geschuldeten Zoll (RRSt. 19, 194). Auf die nach dem 31. Dez. 1929 begangene Tat des Beschw. findet aber nicht mehr § 135 ZollG., sondern § 396 ABG.D. Anwendung (Urt. VII Nr. 10, Art. IX Abs. 1 AbG. z. TabStG. v. 22. Dez. 1929 [RGBl. I, 234]; vgl. auch Bd. v. 1. Dez. 1930 Teil 3 Kap. IV Art. IV § 10 Nr. 1 [RGBl. I, 517, 579]). Zum Tatbestand der Steuerhinterziehung i. S. des § 396 ABG.D. gehört, daß infolge des steuerrechtlichen Verhaltens des Täters eine Steuerverkürzung tatsächlich eintritt (Urt. des RG. 3 D 28/31 v. 9. März 1931). Eine Steuerverkürzung ist aber, wie oben dargelegt, im vorl. Falle nicht eingetreten. Ob die Tat des Beschw. als Versuch der Steuerhinterziehung angesehen werden kann, bedarf hier keiner weiteren Erörterung; denn die Haftung nach § 112 ABG.D. setzt vollendete Steuerhinterziehung voraus.

Das gleiche hat zu gelten in Ansehung der Monopolausgleichsforderung. Nach § 154 Abs. 1 BrauntwMonG. entsteht die Monopolausgleichsschuld mit der Überschreitung der Zollgrenze. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Zollbehörde auf Grund des einschlägigen Staatsvertrags bezüglich der Erhebung und Sicherung des Monopolausgleichs auf dem Bahnhofe in S. die gleichen Befugnisse hat wie hinsichtlich des Zolls. Denn auch dann, wenn man diese Frage bejaht, ist die Entstehung der Monopolausgleichsschuld — ebenso wie die der Zollschuld — an die Voraussetzung geknüpft, daß nicht nur die vorgeschobene, sondern auch die wirkliche Zollgrenze überschritten wird.

Danach ist der Beschw. von der Zoll- und Monopolausgleichsforderung freizustellen.

(RRb., 4. Sen., Urt. v. 24. Mai 1932, IV A 82/32 S.)

¹ ZM. 1928, 1951.

² ZM. 1928, 1686.

³ ZM. 1929, 2437.

⁴ WeiszSamml. 5, 27.

Reichsversicherungsamt.

Berichtet von Senatspräsident Dr. Zielke, Landgerichtsdirektor
Kerstin, Berlin.

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

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

** 1. Für Versicherte, die in der Seeschiffahrt be-
schäftigt sind, gilt i. S. der §§ 1311a und b RVD. die ganze
deutsche Küste als dieselbe Gegend und als Jahresarbeits-
verdienst der gem. §§ 1067, 1068 RVD. festgesetzte.

(RVerf., 3. RevSen., Art. v. 13. März 1930, IIa 6047/28*) [R.]

II. Länder.

Oberverwaltungsgerichte.

1. Preußen.

Preussisches Oberverwaltungsgericht.

Berichtet von SenPräs. Geh. RegR. von Fries u. RA. Dr. Görres,
Berlin.

1. Gewerbebeitragsteuer. GewStWD. i. d. Fass. vom
17. April 1930 (GS. 93). RA. unterliegen nach dem pr. Ges.
v. 17. April 1930 der Gewerbesteuer. Bei RA., die ihren
Veruf in einem echten Sozietätsverhältnis und nicht nur
in Bürogemeinschaft ausüben, ist der im § 5 Abs. 3 Gew-
StWD. als Entgelt für die persönlichen Arbeiten und
Dienste vorgesehene Abzug von 6000 RM vom Gewerbe-
ertrage nur einmal zulässig.

Streitig ist, ob und inwieweit die Rechtsanwälte Notar S. und
Dr. G. in B. für 1930 gewerbsteuerpflichtig sind, sowie, bejahenden-
falls, ob der Abzug nach § 5 Abs. 3 GewStWD. für jeden der beiden
Anwälte oder nur einmal für beide zulässig ist. Der GewStVerfAusf.

Zu 1. A. Der Begriff: Beteiligung am allgemeinen
wirtschaftlichen Verkehr ist m. E. verkannt.

Er kann in doppelter Weise ausgelegt werden. Zunächst nach
dem natürlichen Wortsinne, dann im Gegensatz zur Ausübung von
Staatshoheitsfunktionen, bzw. zur Tätigkeit der Geistlichen und
Kirchendiener. Beteiligen sich die RA. nach dem natürlichen
Wortsinne nicht am allgemeinen wirtschaftlichen Ver-
kehr, so tun es auch diejenigen Mitglieder anderer freier Berufe
nicht, die gleich den RA. Verkehrshemmungen unterliegen. Dagegen
die Ausübung staatshoheitlicher Funktionen, wenn sie
bei RA. zutrifft, würde bei Ärzten usw. nicht vorliegen.

Die Untersuchung muß auf beide Bedeutungen eingehen.
Wenn auch nur eine der beiden zutrifft, so waren die RA. frei-
zustellen.

I. OVG. meint, ob eine Beteiligung am allgemeinen wirtschaft-
lichen Verkehr vorliege, hänge entscheidend vom Inhalte der Tätig-
keit ab, nicht von Art und Weise ihrer Ausführung. Zum Be-
weise dieser für sich allein etwas unklaren Darlegung verweist es auf
Bovens und weitere Entsch. Bovens sagt a. a. D.: „Am all-
gemeinen wirtschaftlichen Verkehr beteiligt sich jeder, der mit seiner
Erwerbstätigkeit an die Öffentlichkeit tritt, sich an dem freien
öffentlichen Wettbewerb, soweit ein solcher besteht, beteiligt, seine Lei-
stungen also grundsätzlich jedem anbietet, der dafür Begehre hat.“

Oh, daß doch der höchste Gerichtshof diese Definition an-
gewandt hätte!

Wirtschaftlicher Verkehr kann bedeuten wirtschaftlichen Kon-
sumtverkehr — in diesem Sinne sind alle Menschen am wirt-
schaftlichen Verkehr beteiligt, die Säuglinge ausgenommen. Dieser
Sinn scheidet hier aus. Gemeint ist nur der Produktiv- und
Tauschverkehr. Die Teilnahme an ihm steht grundsätzlich jeder-
mann frei. — Im Anfange war die Freiheit, erst dann kam das
Gesetz, die Beschränkung! Die Freiheit des Tauschverkehrs unterliegt
im Kulturstaat gewissen Beschränkungen. Sie können so weit gehen,
daß von Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr
schlechterdings nicht mehr die Rede ist. So ist die Rechtslage in
Deutschland hinsichtlich der RA., Ärzte und weiterer freier Berufe.

In der Staatsgerichtshofklage (S. 10), die dem OVG. vorlag,
war vorgetragen:

„In der Rechtshilfeproduktion ist der RA. kraft Gesetzes weit-
hin ausgeschaltet (vgl. ArbGG., Schlichtungsordnung, Gesetz über die
Vertretung vor den Verwaltungsgerichten, wonach der RA. trotz ge-
gebener Voraussetzungen nicht Verwaltungsrechtswort werden kann).
Im Tauschverkehr ist er im weitesten Sinne gehemmt. Alle Schran-

erklärte die Ausübung der Rechtsanwaltspraxis für steuerpflichtig, die-
jenige der Notariatspraxis des RA. u. Notars S. für steuerfrei
und billigte jedem der beiden Anwälte den Abzug von 6000 RM zu.

Hiergegen haben die Beteiligten, nämlich der Vors. d. GewStAusf.
und die beiden Anwälte, letztere ohne Begründung, RBeschw. erhoben.
Ersterer wendet sich dagegen, daß die Einnahme aus dem Notariat
steuerfrei gelassen sowie daß der Abzug von 6000 RM für jeden der
Anwälte zugelassen ist.

Das OVG. wies die Beschw. der StPfl. zurück; auf die Beschw.
des Vors. d. StAusf. wies das OVG. die Sache an den VerAusf.
zurück.

I. Was die RBeschw. des Vors. des GewStAusf. bez. des
Notariats anlangt, so wird auf die Entsch. des Gerichtshofs v.
19. Mai 1931: R.-u. PrVerwBl. 52, 556 ff. verwiesen, in welcher
der Senat unter eingehender Begründung entschieden hat, daß die
Tätigkeit eines Notars als Ausübung staatshoheitlicher Funktion keine
Beteiligung am allg. wirtschaftlichen Verkehre darstelle und deshalb
nicht gewerbsteuerpflichtig sei. Irgendwelche neuen Gründe, welche
diese Entsch. abzuändern geeignet wären, hat der Vors. nicht vor-
gebracht. Insofern ist seine RBeschw. unbegründet. Da das Notariats-
einkommen sonach nicht gewerbsteuerpflichtig ist, erübrigt sich die
weiter von dem Vors. beantragte Entsch. darüber, wie der Ertrag aus
dem Notariat zu veranlagen sei.

II. Der zweite Angriff der RBeschw. des Vors. richtet sich da-
gegen, daß der Abzug der 6000 RM für jeden der beiden im Sozietäts-
verhältnis beteiligten RA. besonders zugelassen ist. Diese Frage stellt
die Entsch. darüber voraus, ob überhaupt die Tätigkeit der RA. gew-
erbsteuerpflichtig ist.

Über die Frage, ob mit Wirkung v. 1. April 1930 die RA. der
preuß. GewSt. unterliegen, ist, ebenso wie über die zu I erwähnte
Frage der GewStPfl. der Notare, eine ausdrückliche Vorschr. in
der GewStWD. in der v. 1. April 1930 ab geltenden Fassung des Ges.
v. 17. April 1930 (GS. 93) nicht enthalten. Es ist vielmehr lediglich
die frühere Vorschr. des § 3 Ziff. 2 GewStWD. weggefallen, durch
welche die RA. ausdrücklich für steuerfrei erklärt worden waren. Es
ist deshalb zu prüfen, ob für die RA. die GewStPfl. nach den allg.
Vorschr. des preuß. GewStRechts in Verb. mit dem Zwecke des
Ges. v. 17. April 1930 begründet ist, und, wenn dies zu be-
jahen ist, ob etwa dieser durch die preuß. Gesetzgebung begründeten
Steuerpflicht reichsgerichtliche Vorschr. entgegenstehen.

ken, die der Anwalts-, Notariats- und Arztetätigkeit gesetzt sind,
übertragen auf die Tätigkeit von Gewerbetreibenden, würde mutatis
mutandis ergeben:

Gewerbetreibende dürfen Arbeiterkleider und Gebrauchsgegen-
stände nicht verkaufen, in Arbeiter- und sonstigen gesetzlich näher
bezeichneten Gegenden sich nicht niederlassen, sie dürfen einmal bei
Errichtung des Betriebes dies in der Zeitung anzeigen, später ist
jede Erwähnung des Betriebs in Zeitungen mittels Inzerats, in
Plakaten und sonstwie verboten; sie dürfen keine offenen Schau-
fenster mit Auslagen zeigen, keine Filialen errichten, keine Reisen-
den ausfinden, keine Prospekte verschicken, keine Kartelle, Zu-
sationen, Trusts errichten, ihr Geschäft nicht verkaufen, sie haben
Preistarife, die nicht unterboten werden dürfen — sie sind ver-
pflichtet, an Arme ihre Waren ungefähr umsonst zu veräußern, es
ist ihnen verboten, sich gegenseitig zu verklagen ohne vorheriges
Angehen des Schreiaususses, über jede Klage gegen einen Ge-
werbetreibenden müssen die Gerichte Anzeige an den Vorsitzenden
der Handelskammer usw. erstatten, alles dies und vieles andere
bei der Gefahr für den Gewerbetreibenden, im Falle der Zuwid-
erhandlung aus dem Kaufmannsstande usw. mit Schimpf verwiesen
zu werden.“

Ist es denkbar, anzunehmen, derartige Gewerbetreibende be-
teiligten sich am freien öffentlichen Wettbewerbe i. S. von Bovens?
So aber ist die Beteiligung nicht der Gewerbetreibenden, — wohl
der Rechtsanwälte und Ärzte. Sie findet statt unter scharfer Standes-
aufsicht und -gerichtsbarkeit.

Der Herrenreiter, dessen Pferd mit einem Zentner mehr belastet
wird, nimmt nicht teil am Wettrennen.

II. Im Art. des OVG. v. 19. Mai 1931, VIII GST 9/31, das
die Gewerbesteuerfreiheit der Notare feststellt, ist die Beteiligung
des Notars am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehre deswegen ver-
neint, weil die Tätigkeit des Notars ein Ausfluß der öffent-
lichen Gewalt des Staates sei.

Nicht zwar von der gesamten Tätigkeit des RA., wohl aber
von einem sehr bedeutungsvollen Teile trifft unbedingt daselbe zu,
— nämlich insoweit der RA. kraft positiver Gesetzesvor-
schriften in das System der staatshoheitlichen Gewährung des
Rechtsschutzes an Private eingegliedert ist mit der Wirkung,
daß sein Fehlen in genau bestimmten wichtigen Prozessstationen
den ganzen Staatsakt der Rechtsschutzgewährung
zum fehlerhaften Staatsakt macht.

Gemeint ist hier die Einrichtung des Anwaltszwanges
bei den Kollegialgerichten der Zivilrechtspflege und das System der

Die allg. Voraussetzungen für die GewStPflcht sind in § 1 GewStW. aufgeführt. Danach gilt als GewBetrieb jede fortgesetzte, auf Gewinnerzielung gerichtete selbständige Tätigkeit, die sich als Beteiligung am allg. wirtschaftlichen Verkehr darstellt. Die StPfl. glauben aus mehrfachen Gründen, daß die Ausübung der Rechtsanwaltschaft einen derartigen GewBetrieb nicht darstelle.

1. Sie machen zunächst geltend, daß sie einen „Beruf“ und nicht ein „Gewerbe“ ausüben. Die „Berufe“ könnten mit dem „Gewerbe“ nicht gleichgestellt werden. Hierauf kommt es jedoch nicht an. Denn nachdem das neuere GewSteuerecht in § 1 GewStW. v. 23. Nov. 1923 (GS. 519) eine gesetzliche Umschreibung derjenigen Tätigkeiten gegeben hat, die es als GewBetrieb gelten lassen, also der GewStPflcht unterwerfen will, ist es unerheblich, welche Betriebe als „Gewerbe“ nach dem Sprachgebrauch oder nach der Sprechweise anderer Ges. anzusehen sind. Es kann auch nicht anerkannt werden, daß etwa das HGB. oder die RWoV. eine für die preuß. GewSteuergesetzgebung bindende Auslegung des GewBegriffs enthalten, wie dies die Veranlagten anscheinend behaupten wollen (vgl. über diese Frage Entsch. des OVG. v. 24. März 1931: R.-u. PrVerwBl. 52, 555/56). Im übrigen kann dahingestellt bleiben, ob die enge Abgrenzung der Begriffe des „Berufs“ und des „Gewerbes“ für das frühere GewSteuerecht (das GewStG. v. 24. Juni 1891 [GS. 205] und die älteren Ges.) Geltung hatten. Jedenfalls ist nach der Rpr. des OVG. diese Grenze für das neue GewSteuerecht (die GewStW. v. 23. Nov. 1923 nebst Nachträgen), insbes. auch die hier in Frage kommende Nov. v. 17. April 1930 (GS. 93), niemals anerkannt worden. Durch diese Novelle sind die „freien Berufe“ ausdrücklich für gewerbsteuerpflichtig erklärt worden, indem in den § 4 Abs. 1 Satz 2 eine Vorchrift des Inhalts aufgenommen ist, daß die freien Berufe nur nach dem GewErtrage der GewSt. unterliegen. Vgl. auch die neue Fass. des § 5 Abs. 3 und Art. II der Nov. („Das Einkommen aus der Einbeziehung der freien Berufe in die GewSt. usw.“). Hierdurch ist vom

notwendigen Verteidigung bei den Strafgerichten. § 140 StrW.

Wenn eine Partei in einem Verfahren nicht nach Vorchrift der Gesetze vertreten war, so hat das dieselbe Wirkung, wie wenn das erkennende Gericht nicht vorchriftsmäßig besetzt war (§ 579 ZPO.): es findet die Nichtigkeitsklage statt. Richtig liegt darin ein absoluter Revisionsgrund: § 551⁶ ZPO. Ein Antrag i. S. des § 172 Abs. 2 StPO., § 29 ZOG. ohne Mitwirkung eines RA. verfällt der Zurückweisung. Gerade § 29 ZOG. ist in der Richtung aufschlußreich, weil seine Unterschrift für gleichwertig bezeichnet wird derjenigen einer Behörde oder eines Notars.

Diese rechtsnotwendige, durchaus unentbehrliche Tätigkeit des RA. innerhalb der staatlichen Einrichtung des Zivil- und Strafprozesses sowie der freiwilligen Gerichtsbarkeit hat ihren Grund staatspolitisch in der erstrebten Erleichterung der Tätigkeit der Kollegialgerichte und in der gewollten Garantie verstärkter Rechtsschutzes für das rechtsherrschende Publikum.

Es sind somit den RA. öffentlich-rechtliche Funktionen anvertraut als Personen, welche durch ihre Vorbildung und staatliche Prüfung die Befähigung zum Richteramt erlangt haben.

In bezug auf die Rechtsnatur der Tätigkeit besteht kein Unterschied zwischen der rechtsnotwendigen Mitwirkung des Notars (Gerichts) z. B. bei Verträgen, betr. Grundstücksübertragung (§ 313 BGB.) einerseits und der ebenso notwendigen Mitwirkung des Rechtsanwalts in Fällen des Anwaltszwanges und der notwendigen Verteidigung andererseits.

In beiden Fällen handelt es sich um die Tätigkeit einer Person, die kraft besonderer gesetzlicher Vorchrift öffentlich-rechtliche Funktionen im öffentlichen Interesse wahrnimmt, der Notar kraft Ernennung zum Beamten, der RA. kraft Zulassung zur Rechtsanwaltschaft und Eintragung in die Anwaltsliste.

In beiden Fällen wirkt das Ausbleiben der Tätigkeit des zuständigen Notars und des beim fraglichen Gericht zugelassenen RA. auf das Zustandekommen des erstrebten staatlichen Hoheitsaktes in besonderer Weise nachteilig.

Der RA. ist zwar kein Beamter i. S. des § 359 StWB.; daß er aber ein öffentliches Amt mit öffentlich-rechtlichen Funktionen dann wahrnimmt, wenn er kraft Anwaltszwanges oder kraft notwendiger Verteidigung auftritt, erleidet keinen Zweifel, ist für den Fall schwerer Verfehlungen auch in § 31 RStWB. ausgesprochen. Denn die private Beratungstätigkeit allein würde die Ausübung eines öffentlichen Amtes nicht begründen.

Vorstehende Ausführungen finden wesentliche Stütze in den Grundgesetzen, die OVG., Art. v. 19. Mai 1931, VIII GST 9/31 ausgesprochen hat bezüglich der Personen und Korporationen, die schon wegen des Inhalts ihrer Tätigkeit von der Gewerbesteuerpflicht befreit sind: Notare, Eichmeister, Trichinenschauer, Brückengelderheber, Schlachthausbetriebe, reichsgesetzliche Krankenkassen, Dampfkehlüberwachungsvereine.

In dieser Entsch. hat der Gerichtshof auch ausgesprochen, daß die Absicht der Gewinnerzielung bei den Notaren der Annahme ihrer

Gesetzgeber selbst klargestellt worden, daß eine Beschränkung der GewSt. auf die im Sprachgebrauch als „Gewerbe“ bezeichneten Tätigkeiten nicht erfolgt, daß vielmehr zum mindesten auch die freien Berufe nunmehr allgemein der GewStPflcht unterliegen. Ein allgemeiner Rechtsatz, wonach die freien Berufe nicht unter die nach § 1 für steuerpflichtig erklärten stehenden GewBetriebe fallen können, besteht daher nicht. Die freien Berufe sind vielmehr nach § 4 i. Verb. m. § 1 GewStW. dann gewerbsteuerpflichtig, wenn bei ihnen die für die GewStPflcht nach § 1 erforderlichen Voraussetzungen vorliegen.

2. In letzter Beziehung erscheint zweifellos, ist auch im vorl. Falle unstreitig, daß RA. in ihrem Büro eine „Betriebsstätte“ i. S. des § 1 Abs. 1 GewStW. unterhalten, sowie daß sie durch die Ausübung der Rechtsanwaltschaft eine „fortgesetzte, auf Gewinnerzielung gerichtete Tätigkeit“ (§ 1 Abs. 2 a. a. O.) ausüben. Daß diese Tätigkeit eine „selbständige“ i. S. jener Vorchrift darstellt, muß ebenfalls bejaht werden. Insbes. ist die im Schrifttum neuerdings vereinzelt aufgetauchte Ansicht, daß die RA. keine „selbständige“ Tätigkeit ausüben, durchaus abwegig. Sie sind nicht Angestellte ihres jeweiligen Mandanten, nicht dessen Organe, vielmehr umgekehrt in gewissem Sinn Organe der Rechtspflege. Zwar übt der RA. regelmäßig auf Grund eines Dienstvertrags sein Mandat aus. Dabei handelt es sich aber um einen fog. freien oder unabhängigen Dienstvertrag, bei dem sich Berechtigter und Verpflichteter selbständig und frei gegenüberstehen. Die Vielheit der Geschäftsherrn, wie sie nach jener irigen Meinung in der Gestalt der verschiednen Mandanten dem RA. gegenüberstehen würde, ist bei Grenzfällen selbständig oder unselfständiger Tätigkeit gerade umgekehrt als ein Kennzeichen der Selbständigkeit anerkannt worden (RStBl. 1928, 354; 1929, 237; Popitz, Komm. z. UmStG., 3. Aufl., S. 301, 307; ErgBd. 1930 S. 43 ff.). Wie schließlich ein „freier Beruf“ ein abhängiger Dienstberuf sein soll, ist überhaupt nicht einzusehen. Vielmehr ist die RA.Tätigkeit, soweit es sich nicht um eine Tätigkeit in

Steuerfreiheit nicht im Wege steht, was ebenso für die RA. zutrifft, insoweit sie öffentlich-rechtliche Funktionen ausüben.

Wie die Rechtsanwaltsordnung im einzelnen den Pflichtenkreis der RA. umschreibt, wie sie ihn beamtenrechtsmäßig ausgestaltet, ist bekannt, leider nicht immer präsent. Es sei kurz daran erinnert:

§§ 1—17 Zulassungsverfahren. § 17 Dienstzeit. §§ 18, 29 Revisionspflicht. § 33 Übernahmeplcht betr. anderweit abgelehnter Mandate. § 34 desgl. betr. Armenmandate. § 40 Verpflichtung Referendare auszubilden. § 68 Ehrengerichtsverfahren, durchaus dem Beamtendisziplinarverfahren nachgebildet, § 28 wörtlich genau in Anlehnung an die Beamtendienstpflichten. Nach der Strafprozeßordnung § 138 können Verteidiger grundsätzlich nur RA. und Hochschullehrer sein. §§ 140, 141 Pflichtverteidigungen.

Aus dem RStWB. interessiert die Schweigepflicht des § 300. — § 352 sagt: Ein Beamter, Advokat, Anwalt oder sonstiger Rechtsbeistand, welcher Gebühren oder andere Vergütungen für amtliche Verrichtungen zu seinem Vorteil zu erheben hat, usw. — Amtliche Verrichtungen kann außer dem Beamten nur ein öffentlich-rechtlicher Funktionär ausüben. Eine Gebühr ist öffentlich-rechtlicher Entgelt (vgl. öffentliches Recht voraus, S. 53).

III. Schlimmstenfalls durften nur die außerhalb Anwaltszwanges, notwendiger Verteidigung oder ähnlicher Funktionärtätigkeit anfallenden Entgelte für steuerpflichtig erklärt werden.

RA. Dr. Görres, Berlin.

B. 1. Eine neue Niederlage zu den vielen Niederlagen, die der deutsche Anwaltsstand in den letzten Jahren erlitten hat. Ein Schlag, der seine materiellen und ideellen Daseinsgrundlagen heftig erschüttert. Die Entsch. des OVG. erklärt für rechtmäßig eine weitere schwere Belastung des durch mannigfache andere Opfer fortgesetzt geminderten Einkommens des einzelnen Anwalts, eine weitere peinliche Degradierung der vor der Öffentlichkeit und im eigenen Bewußtsein schon empfindlich beeinträchtigten sozialen Stellung des Anwaltsstandes. Die juristischen Mängel der Entsch. hat Görres aufgezeigt. Es wäre reizvoll, die Gedanken dieser scharfsinnigen und überzeugenden Kritik noch in dem einen oder anderen Punkt zu unterstreichen und zu ergänzen. Ich vermute mir dies an dieser Stelle, weil ich wiederholt Gefagtes — das ich durch diese neueste Entsch. nicht widerlegt finde — nicht noch einmal sagen möchte (vgl. ZB. 1928, 937 ff., 2768 ff.; 1929, 542 f., 543 f.; 1931, 1770 ff.; „Die freien Berufe“ S. 105 ff.; „Der Staat und die freien Berufe, Staatsamt und Sozialamt“ S. 7 ff.; „Technik und gewerblicher Rechtsschutz“, 1931, S. 3 ff.). Aber auch darum, weil mir neben der juristischen Kritik, die mit den gesetzlich gegebenen Bequiffen logisch argumentiert, noch eine andere sowohl der wissenschaftlichen Erkenntnis als auch den Interessen der Anwaltschaft förderlich zu sein scheint, nämlich eine Kritik, die — um im Bilde des Kampfes, der Niederlage zu bleiben — eine Besinnung ist über die tieferen Gründe des erlittenen Schlags. Denn nur auf der Grundlage einer solchen

einer festen Stellung als Angestellter, z. B. als Syndikus handelt, sowohl objektiv wie subjektiv selbständig. Die objektive Selbständigkeit besteht darin, daß die Tätigkeit eines RA. eine in sich abgeschlossene ist; die subjektive darin, daß der RA. in persönlicher Beziehung bez. der Ausübung seiner Tätigkeit unabhängig von den Weisungen seiner Mandanten ist. Er betreibt diese Tätigkeit vielmehr auf eigene Rechnung und Gefahr mit eigener Verantwortung gegenüber den Behörden und dem Publikum (vgl. Marcuse, GewSt. der freien Berufe in Preußen, Berlin 1930, S. 49, 50).

3. Der Streit betrifft hauptsächlich die Frage, ob die weitere in § 1 Abs. 2 GewStW. aufgestellte Voraussetzung für die Sipflicht, nämlich die Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr, bei der RA-Tätigkeit vorliegt. Auch dies ist zu bejahen.

Die Abgrenzung dieses Begriffs kann allerdings Schwierigkeiten bereiten. Abzulehnen ist jedenfalls die Ansicht, daß eine Beteiligung am wirtschaftlichen Verkehr dann nicht vorliegt, wenn sich die Tätigkeit nicht nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten vollzieht. Ob eine solche Beteiligung vorliegt oder nicht, hängt entscheidend nicht von der Art und Weise der Ausübung der Tätigkeit, sondern von deren Inhalt ab. Nur wenn die Tätigkeit äußerlich überhaupt nicht in die Erscheinung tritt, kann trotz ihres wirtschaftlichen Inhalts nicht von einer Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr die Rede sein (vgl. Bohrens: R.-u. PrVerwBl. 51, 271 ff., 272 und die dort angef. Entsch.). Da nun die Tätigkeit eines RA. unzweifelhaft nach außen in die Erscheinung tritt, so bleibt nur noch zu prüfen, ob sie überhaupt eine Beteiligung am wirtschaftlichen Verkehr darstellt. Die Bedeutung dieses Begriffs ist folgende: Es sollen damit einzelne Tätigkeiten ausgeschieden werden, wie die Ausübung staatshoheitlicher Funktionen und die Tätigkeit der Geistlichen und Kirchendiener (vgl. Fuising-Struß, GewStG., 3. Aufl., S. 16/17). Als Beteiligung am wirtschaftlichen Verkehr ist dagegen jede Tätigkeit anzusehen, durch welche geldwerte Güter, Leistungen oder Waren der Allgemeinheit gegen Entgelt zur Verfügung gestellt werden, sofern es sich nicht um die vorerwähnten Ausnahmefälle handelt (vgl. R.-u. PrVerwBl. 52, 555/56). Unter Zugrundelegung dieses Begriffs stellt sich aber die RA-Tätigkeit als Beteiligung am wirtschaftlichen Verkehr dar. Sie ist eine geldwerte Leistung, welche gegen Entgelt dem Publikum zur Verfügung gestellt wird, die daher auch

Erkenntnis kann dann auch nachgedacht werden über die Wiedergewinnung des verlorenen Terrains.

2. Man muß — will mir scheinen — hinter der äußeren Erscheinung des sich abspielenden Kampfes die realen Mächte, die gegeneinander stehen, zu erkennen suchen. Nur der Form nach ist dieser Kampf, in dem wir unterlegen sind, ein Kampf der juristischen Argumente. Nur dem Schein nach sind es die üblichen Mittel der juristischen Logik, durch die uns die Steuergerichte beweisen, daß wir von Rechts wegen der Gewerbesteuer unterliegen. In Wahrheit aber ist die getroffene Entsch. — wie häufig Entsch., bei denen Fragen der Weltanschauung hereinspielen — eine Willensentscheidung, wobei die psychologische Frage dahingestellt bleiben kann, ob und in welchem Maße die logisch argumentierenden Richter sich dessen bewußt sind. Eine Willensentscheidung, die beruht auf der inneren Überzeugung: Es ist mir recht und billig, daß die Anwälte Gewerbesteuer zahlen wie irgendwelche andere Gewerbs- und Geschäftsleute, die sich von dem Publikum für Dienstleistungen Geld zahlen lassen.

„Noch heute befindet sich die Dspr. jedesmal in sichtlicher Verlegenheit, wenn sie in die Lage kommt, sich über den Charakter der Anwaltschaft auszulassen“ (Trieppel, „Staatsdienst und staatlich gebundener Beruf“ S. 20). Diese Verlegenheit ist durch den Tatbestand bedingt. Sie erklärt sich aus dem Zwittercharakter des Anwaltsberufs, der Elemente des Amtes und des Gewerbes an sich trägt. Unser positives Recht aber — sowohl das bürgerliche wie das öffentliche — ist aufgebaut auf einem Entweder — Oder. Entweder Beamter oder Geschäftsmann! Die freien Berufe sind obdachtlos in dem System des geltenden Rechts. Notwendig bereitet daher jeder Tatbestand, der in dieses rechtlich einfache, allzu einfache Schema sich nicht reiflos einfügt, logische Schwierigkeiten. Gerade diese aber gilt es zu bewältigen, wobei formale Definitionen, die jenem Zwittercharakter Ausdruck verleihen, wie „halbamtlicher Beruf“, „staatlich gebundener Beruf“, „Sozialamt“, zwar die begriffliche Erfassung dieses besonderen Tatbestands fördern, aber noch nicht bei der Behandlung einzelner Zweifelsfragen notwendig die Entsch. nach der einen oder nach der anderen Richtung bedingen.

An sich scheint es eine Frage der tatsächlichen Feststellung zu sein, welches von zwei Elementen bei einem Mischtatbestand überwiegt. Auf den Anwaltsberuf angewendet: ob das gewerbliche oder das amtliche Element in ihm vorwiegt. Soziologisch mögen derartige Erforschungen des Tatbestands sehr interessante Ergebnisse zeitigen. Aber allgemeingültige Erkenntnisse sind damit bei der Verschiedenheit der Erscheinungen — Verschiedenheiten in der zeitlichen Entwicklung, Verschiedenheiten bei den einzelnen Individuen,

der Umst. unterliegt (§ 1 Nr. 1 UmstG. in der seit dem Gef. v. 24. Dez. 1919 [RWB. 2157] geltenden Fassung).

Stellt sich sonach die Tätigkeit eines RA. ihrem Inhalte nach als eine Beteiligung am allg. Wirtschaftsverkehr dar, so kommt es nicht darauf an, ob die Betätigung sich nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten vollzieht. Es ist also unerheblich, ob die Gebühren des RA. auf Geheß beruhen. Auch andere Tätigkeiten, für welche das Entgelt nach festen Taxen und Gebühren zu entrichten ist, sind gewerbesteuerpflichtig, so die der Lotsen (R.-u. PrVerwBl. 51, 773/74), der Pfandleiher (R.-u. PrVerwBl. 51, 62/63). Es ist ferner unerheblich, ob ein Unterbieter nicht minder unstatthaft ist wie übermäßige Preisforderung, und ob ein RA. seine Tätigkeit grundsätzlich nicht auf beliebige andere übertragen kann.

Ferner ist die Tätigkeit des RA. auch nicht als die Ausübung staatshoheitlicher Funktionen anzusehen. Es mag zunächst darauf hingewiesen werden, daß die frühere ausdrückliche Befreiung der RA. von der GewSt. nicht auf jenem Gedanken beruht (vgl. Art. v. 7. Mai 1903: DVB. i. StStS. 11, 403). Zwar ist die Mitwirkung der RA. bei der Ausübung der dem Staate zukommenden Gerichtshoheit durch öffentlich-rechtliche Gesetznormen geregelt, so daß man wohl in diesem Sinne den RA. als ein Organ der Rechtspflege bezeichnen kann. Er ist aber nicht Organ der Rechtspflege in dem Sinne, daß er Tätigkeiten wahrnimmt, welche dem Staate kraft seiner Gerichtshoheit zuzustehen, welche also ihrem Wesen nach Geschäfte des Staates sind. Der RA. hat vielmehr die Geschäfte des einzelnen, also der Privatinteressenten, wahrzunehmen, welche dem Staate bei seiner Ausübung der Gerichtshoheit gegenüberstehen. Insofern besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen dem RA. und dem Notar, der, überdies in Beamteneigenschaft, staatshoheitliche Funktionen, nämlich Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, ausübt.

4. Ein weiterer Einwand geht dahin, daß die GewSt. nur als Sonderbelastung des fundierten Einkommens anzusehen sei und nur als solche eine Berechtigung habe. Auch dieser Einwand greift nicht durch. Wie die Beschw. selbst zugeben, gibt es eine Reihe von Berufen und Gewerben, welche, wie z. B. die Makler und die Prozeßagenten, einen Fundus nicht besitzen und gleichwohl zweifellos gewerbesteuerpflichtig sind. Aber abgesehen davon, daß auch der RA. in der Regel in seinem Büro einen

Verschiedenheiten auch vielfach lokaler oder provinzieller Natur — nicht zu gewinnen. Allgemeingültige Erkenntnis ist vielmehr nur zu gewinnen, wenn man die Frage abstellt nicht auf das Seiende, sondern auf das Sein-sollende. Was soll, was muß vorwiegen; das gewerbliche oder das amtliche Element? Die Antwort hierauf aber hängt nicht etwa ab — wie man auf den ersten Blick annehmen könnte — von irrationalen Faktoren, solchen des Gefühls, der Weltanschauung, der ethischen Anschauung; sie ist vielmehr teleologisch zu beantworten aus den Bedürfnissen des Lebensbereichs, in dem die anwaltliche Arbeit sich abspielt.

Es handelt sich um die Prüfung des Zusammenhangs zwischen einem sozialen Bedürfnis und den dessen Befriedigung dienenden Mitteln. Hier aber gilt: die in der heutigen gesellschaftlichen Organisation dem Anwalt obliegenden Funktionen können nicht befriedigend erfüllt werden, wenn der Anwalt wie ein Gewerbetreibender rein um des materiellen Entgelts willen ohne sozial-amtliche Verantwortung, die den Erwerbssinn und den Erwerb selbst beschränkt, sein Werk verrichtet. Das amtliche Gewissen soll die geschäftliche Tätigkeit des Anwalts beherrschen, soll den geschäftlichen Teil jener Mischerscheinung in ständiger verantwortungsbewußter Kontrolle haben, damit die Anwaltschaft ihre soziale Funktion richtig erfüllen kann. Die anwaltliche Arbeit im Dienste des einzelnen Auftraggebers hat zugleich immer Dienst zu sein an der Gesamtheit, immer zugleich Rechtspflegedienst. Dieser gesamtwirtschaftliche Dienst ist nicht nur unvergoltene Arbeit, Leistung „versteckten Staatsbedarfs“, sondern bedeutet eine erhebliche Belastung und Minderung des privatrechtlichen Erwerbs (eingebender, als dies hier möglich, sind diese Gedankengänge dargestellt in ZfB. 1928, 937 ff.).

Hier ist der logische Anknüpfungspunkt für die zu ziehenden finanzwissenschaftlichen Folgerungen. Erwerbsbelastung verbietet Steuerentlastung. Wer schon unmittelbar mit seiner Arbeit staatswirtschaftliche Leistung verrichtet, hat Anspruch auf Entlastung bei der Besteuerung, mit der die einzelnen Staatsbürger mittelbar — durch Hingabe von Geldmitteln — die staatlichen Leistungen ermöglichen. Dies ist eine Forderung des Prinzips der Gerechtigkeit, der Gleichmäßigkeit der Besteuerung (Art. 109, 134 WVerf.). Der Ausgleich kann nur geschehen durch Einschränkung der normalen Belastung eines abnorm vorbelasteten gesellschaftlichen Einkommens. Mittel solcher Einschränkung sind (wenn man schon nicht den anwaltlichen Arbeitsertrag völlig mit Steuern verschonen will): Befreiung von der zusätzlichen Einkommensbesteuerung, die die Gewerbesteuer ja ihrem Wesen nach ist; die Erhöhung des steuerfreien Existenzminimums; die Lastenerleichter-

gewissen, auch realisierbaren Fundus besitzt, ist grundsätzlich an der Rspr. des Gerichtshofs festzuhalten, wonach im Einzelfalle das Vorhandensein eines Fundus nach den bestehenden gesetzlichen Vorschriften keine wesentliche Vorbedingung für das Bestehen der StPflcht ist (zu vgl. Entsch. des OBG. v. 20. Nov. 1928: R. u. PrVerwBl. 50, 368). Der Tatsache, daß bei den freien Berufen ein wesentlicher Fundus in der Regel nicht vorhanden sein wird, hat im übrigen der Gesetzgeber, als er die freien Berufe in die GewStPflcht einbezog, zugleich dadurch Rechnung getragen, daß er für sie eine Steuer nach dem GewKapital ausschließt (vgl. § 4 GewStW. i. d. Fass. der Nov. v. 17. April 1930). Daß im übrigen bei den obengenannten GewTreibern (Makler, Prozeßagenten) im Gegensatz zu den RA. ein Fundus deshalb als vorhanden anzusehen sei, weil sie ihre Forderungen diskontieren lassen und Reklame machen können, ist nicht zutreffend. Richtig ist allerdings, daß es einem RA. rechtlich nicht möglich ist, seine Praxis zu veräußern oder zu vererben. Das ist aber für die Frage der GewStPflcht nicht entscheidend; im übrigen gibt es auch GewTreiber, z. B. die Kanallotfen (vgl. R. u. PrVerwBl. 51, 773/74), bei denen diese Möglichkeit fortfällt, und welche gleichwohl für gewerbesteuerpflichtig erachtet sind.

Somit sind auch gegenüber den Einwendungen der beschwerdeführenden RA. sämtliche Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 und 2 GewStW. als vorliegend anzuerkennen.

5. Die Veranlagten bemängeln weiter, daß es an einer gesetzlichen Bemessungsgrundlage für die Ertragsberechnung fehle. Nach § 5 GewStW. werde der GewErtrag nach den Best. des REinkStG. über das steuerbare Einkommen aus GewBetrieb und dessen Ermittlung festgestellt. Nach dem REinkStG. hätten aber die RA. kein Einkommen aus GewBetrieb, sondern Einkommen aus sonstiger selbständiger Berufstätigkeit. Dieser Einwand ist nicht zutreffend. Darauf, welcher im REinkStG. vorgeesehenen Einkommensart das Einkommen der RA. zu unterstellen ist, kommt es überhaupt nicht an. Die Vorschr. des § 5 GewStW. besagt nur, daß bei der Ermittlung des steuerpflichtigen GewErtrags die Vorschr. des REinkStG. Anwendung finden. Wie der Gerichtshof in ständ. Rspr. entschieden hat, gilt dies sogar für solche StPfl., welche, wie die Gesellsch. des Handelsrechts, überhaupt nicht unter das REinkStG., sondern unter das KorpStG. fallen. Die Beschwz. übersehen offenbar, daß die Ver-

anlagung hinsichtlich der abzugsfähigen Betriebsausgaben, z. B. in Gestalt der Anerkennung eines höheren Pauschbetrags, der zugleich eine Entlastung in buchtechnischer Hinsicht bedeutet.

Nur aus solcher ratio rechtfertigen sich die gesetzlich noch vorhandenen Reste steuerlicher „Privilegien“ der freien Berufe, im besonderen der Anwaltschaft. Diese gesetzgeberische ratio muß aber zugleich maßgebende Regel der Auslegung des Gesetzes in Zweifelsfragen sein. Wo der Gesetzgeber nicht durch einen Machtpruch die Belastung des Anwaltseinkommens mit der Gewerbesteuer unabweisbar verordnet, wo das positive Recht Möglichkeiten einer Entlastung offenläßt, mußte die Steuerverwaltung diese Möglichkeiten mit favor advocatorum wahrnehmen. Die hier tätigen beamteten Juristen aber werden dieses nur tun, wenn und soweit sie jenes Entlastungsbedürfnis innerlich anerkennen, jene ratio des Gesetzgebers als solche selbst gutheißen, wenn und soweit sie überzeugt sind von der kulturellen Bedenklichkeit einer weiteren ideellen und materiellen Nivellierung der wesentlichen Unterschiede zwischen Sozialamtsträgern und Geschäftsleuten, zwischen einer Sozietät von Anwälten und einer Handelsgesellschaft, wenn und soweit sie wünschen, daß in der Anwaltschaft das amtliche Element gegenüber dem geschäftlichen überwiege, wenn und soweit sie im Erkenntnis des Sein-sollenden sich zu ihrem Teil für dessen Erfüllung verantwortlich fühlen.

Mit anderen Worten: Die Zweifelsfragen der freiberuflichen Steuerbegleichung müßten ausgelegt werden nach dem Rechtsatz „in dubio pro advocato“. Hieran aber fehlt es. Statt dessen scheint vielfach zu walten der — metajuristische — aber darum nicht weniger wirksame Satz: in dubio contra advocatum.

Dies läßt sich auf mannigfachen Rechtsgebieten — im Bühnenrecht, im Honorarrecht, im Steuerrecht, im Haftungsgesetz — nachweisen (vgl. hierzu die „Freien Berufe“ S. 116 ff., 277 ff., 554 ff.). Das Walten dieses Satzes beschränkt das Arbeitsentgelt und steigert die Lasten. Das RG. läßt den Anwalt Geld verdienen wie einen Beamten (vgl. hierzu das Verbot der quota litis als gewerbnämäßige Erwerbsform, das Verbot des Praxisverkaufs), aber haften wie einen Gewerbetreibenden (z. B. Haftung für Versehen der Bürogehilfen bei mechanischen Verrichtungen gem. § 278).

Nur aus solcher Gesinnung heraus ist auch das oben abgedruckte Ur. erklärlich, das mit logischen Gründen zu vereinen weiß die Feststellung, daß der Anwalt „Organ der Rechtspflege“ ist, und die Feststellung, daß sein Arbeitseinkommen zu besteuern

anlagung zur REinkSt. in keiner Weise für die zur GewSt. bindend ist. Es ist durchaus zulässig, daß die Veranlagung zur REinkSt. auf Grund der Vorschr. des REinkStG. über das Einkommen aus sonstiger selbständiger Berufstätigkeit erfolgt, während die Veranlagung zur GewSt. auf Grund der Vorschr. des selben Ges. über das Einkommen aus GewBetrieb erfolgt.

6. Daß keine „Berufsvertretung“ der freien Berufe im vorl. Falle gehört worden ist, bedeutet keine Verletzung des § 45 GewStW. Abgesehen davon, daß dieser Einwand zu denen gehört, welche sich nur gegen die gemeindliche Veranlagung, nicht aber gegen die vom Staate vorgenommene Veranlagung der Steuergrundbeträge richten können, sei zur Vermeidung von Weiterungen darauf hingewiesen, daß nach § 45 Abs. 3 GewStW. der Kreis der anzuhörenden Berufsvertretungen ausdrücklich auf die zuständigen Handels- und Handwerkskammern eingeschränkt ist. Eine Anhörung der Berufsvertretungen der freien Berufe ist daher zur Rechtsgültigkeit der Zuschlagsbeschlüsse (§ 44 GewStW.) nicht erforderlich. Wenn auch die Vorschr. des § 45 a. a. O. nach der Einbeziehung der bisher steuerfreien freien Berufe eine ungleichmäßige Behandlung dieser StPfl. mit sich bringt, so kann dies nicht dazu führen, sie anders auszuliegen als nach ihrem klaren Wortlaut und Sinn.

7. Es kann auch keine unzulässige Rückwirkung der GewStNov. v. 17. April 1930 darin erblickt werden, daß der ersten Veranlagung auf Grund dieses Ges. der Ertrag zugrunde zu legen ist, der i. J. 1929 erzielt war. Denn es besteht keine gesetzliche Vorschr., welche es dem preuß. Gesetzgeber verbietet, der Veranlagung für die GewSt. eines Rechnungsjahrs das Ergebnis des vorangehenden Kalender- oder Wirtschaftsjahrs (§ 16 GewStW.) zugrunde zu legen. Dadurch wirkt aber die Steuer nicht zurück. Im übrigen besteht auch kein allgemeines gesetzliches Verbot der Rückwirkung von Steuergesetzen, soweit nicht Strafvorschr. in Frage kommen.

8. Ist hiernach die GewStPflcht der RA. auf Grund des preuß. Ges. v. 17. April 1930 zu bejahen, so fragt sich nur noch, ob dieser durch preuß. Ges. geschaffenen StPflcht reichsrechtliche Normen entgegenstehen.

In erster Linie machen die Veranlagten geltend, daß die Einbeziehung der Rechtsanwaltschaft in die GewStPflcht gegen die RVerf. verstoße, weil sie einen unzulässigen Eingriff in das

ist wie das eines Winkelkonsulenten. Dieses Ur. richtet eine Scheidewand auf zwischen zwei Organen der Rechtspflege, zwischen dem Anwalt und dem Notar, obwohl bestimmt die öffentliche Funktion des Anwalts in der streitigen Gerichtsbarkeit mehr Ähnlichkeit hat mit der öffentlichen Funktion des Notars in der freiwilligen Gerichtsbarkeit als mit irgendwelcher geschäftlicher Tätigkeit von Maklern, Agenten und Kommissionsären. Aber — wer Unterschiede finden will, der findet sie. Mittels Jurisprudenz stellt sich das gewollte Ergebnis dar als logisch gezogene Schlussfolgerung. Diese Jurisprudenz aber übersteht die jenseits aller positivistischen Regelung der formalen Berufsgestaltung geltende überzeitliche Wesensgleichheit der sozialen Funktionen. Dem Wesen der Funktion nach ist das Notariat Sozialamt, nicht anders wie die Anwaltschaft (vgl. „Der Staat und die freien Berufe“ S. 21 ff.). Es hat bekanntlich in der Geschichte schon Regelungen gegeben, die das Notariat als freien Beruf gestaltet, und solche, die den Anwalt zum Beamten gemacht haben. Aber im jetzigen preussischen Recht ist der Notar „Beamter“. Darum siegt hier die Beamtensolidarität — nostra ipsorum res agitur — über die Tendenz: in dubio contra... Das Ergebnis solcher Jurisprudenz ist dann nicht nur ungerecht, sondern nicht einmal mehr logisch-begrifflich befriedigend. Sie duo faciunt idem...

Der Anwalt — ein „Organ der Rechtspflege“! Es liegt diesem Wort eine tiefe, unvergängliche Wahrheit zugrunde. Niemand wird einen Hofensabrikanten ein „Organ der Bekleidungspflege“, einen Bäckermeister ein „Organ der Volksernährung“, den Gummiartikelhändler „Organ der Gesundheitspflege“ nennen. Aber es ist eine bedenkliche Entartungserscheinung, daß jenes Wort von denen, die es am nächsten angeht, vielfach schon als hohle Phrase empfunden wird. Man degabiert nicht ungestraft fortgesetzt einen Beruf vor seinen eigenen Angehörigen und vor dem ganzen Volk. „Das einzige Verbrechen ist die Abwesenheit des Ideals.“ Amtsidee und Ernährungsidee gehören notwendig zusammen. Amtspflicht gegenüber der Gesamtheit ist nicht denkbar ohne Ernährungspflicht der Gesamtheit. Wer das Ideal anerkennt, muß auch, soweit er an verantwortlicher Stelle steht, mitwirken an der Schaffung und Erhaltung der Bedingungen für seine Verwirklichung. Noch ist das Ideal nicht „abwesend“, aber es ist in Schwund begriffen. „Je mehr heute der Erwerbszweck das Leben zu überschweben droht, desto mehr hat der Staat ein Interesse an Dämmen und Wehren, die sich aus alter Zeit her noch erhalten haben“ (Jaitrow,

von der Verfassung geschützte Gerichtsweisen und seine Organe darstelle. Sie haben in dieser Beziehung auf die vor dem StGH. eingereichte Klage Bezug genommen. Diese Klage ist inzwischen von dem StGH. durch Urf. v. 13. Juni 1931 „wegen sachlicher Unbegründetheit“ abgewiesen worden (RG. 133, Anh., 29). Dabei hat der StGH. ausdrücklich die Abweisung damit begründet, daß die mit der Klage angefochtenen Ges., zu denen auch das hier freitragende preuß. Ges. v. 17. April 1930 gehört, „gegen keine Vorschr. der Landesverf. oder der RVerf. verstoßen“. Der erk. Gerichtshof schließt sich den Ausführungen des StGH. in jeder Beziehung an. Jrgend etwas Neues ist demgegenüber nicht vorgebracht. Es genügt daher, auf jenes Urf. Bezug zu nehmen.

Der zweite Einwand der Veranlagten geht dahin, daß die Heranziehung der RM. zum GewSt. gegen das FinAusglG. verstoße, da die nach dem GewErtrag bemessene GewSt. mit einer EinkSt. i. S. des § 2 FinAusglG. gleichartig sei. Zu dieser Frage hat bereits der RStG. Stellung genommen. Er hat durch Urf. v. 15. Juli 1931 (RStG. 29, 110) dahin entschieden, daß die GewSt. der freien Berufe durch § 2 Abs. 1 FinAusglG. nicht gehindert sei, da sie unter die Ausnahmevorschrift des § 8 falle, und daß jedenfalls seit dem Inkrafttreten des RVerwG. v. 10. Aug. 1925 (RWB. I, 214) das Reich selber mit Einbeziehung der freien Berufe in die gewerblichen Betriebe vorgegangen sei (vgl. auch Henkel: VerwArch. 37, 72 ff.). Der erk. Gerichtshof schließt sich diesen Ausführungen durchaus an, zumal die beschwerdeführ. RM. auch hiergegen nichts Neues vorgebracht haben.

Somit war die auf Freistellung wegen ihrer RM-Tätigkeit gerichtete RBeschw. der beiden RM. als unbegründet zurückzuweisen.

III. Es bleibt auf die RBeschw. des Vorf. des GewStAusgl. noch zu prüfen, ob der Abzug von 6000 RM für jeden der beiden RM. zu Recht besteht. Der VerAusgl. führt zur Begründung seiner behandelnden Entsch. aus, die RM-Sozietät sei von einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts grundsätzlich so verschieden, daß sie mit ihr nicht auf eine Stufe gestellt werden könne. Jeder RM., der Mitglied einer Sozietät sei, sei auf Grund seiner Eigenschaft als RM. ohne weiteres berechtigt, vor Gericht aufzutreten. Die Sozietät von RM. stelle sich überhaupt nicht als ein rechtliches Gebilde dar, sondern mehr als eine Gemeinschaft zur Verminderung der Werbungskosten. Überdies würde eine Gleichstellung der Sozietät mit den sonstigen Erwerbsgemeinschaften eine Überspannung des nicht unbedenklichen Prinzips der Gleichstellung von freien Berufen und gewerblichen Tätigkeiten darstellen.

Diese Ausführungen können nicht für zutreffend erachtet werden.

Der § 5 Abs. 3 GewStWD. in der hier maßgebenden Fassung des Ges. v. 17. April 1930 bestimmt, daß bei GewBetrieben, die nicht in der Form der jurist. Person betrieben werden, bei GmbH. und bei KommGes. a. N. als Entgelt für die persönlichen Arbeiten und Dienste des oder der Geschäftsinhaber (Gesellschafter) „insgesamt 1500 RM., bei den freien Berufen 6000 RM.“ als Ertrag abgezogen werden dürfen. Das „insgesamt“ in der Vorschr. bezieht sich nicht nur auf den Abzug der 1500 RM., sondern auch auf denjenigen der 6000 RM. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb bei mehreren Geschäftsinhabern (Gesellschaftern) in dem einen Falle der Abzug (1500 RM.) nur einmal gestattet sein sollte, in dem anderen Falle aber, nämlich bei freien Berufen, der Abzug (6000 RM.) für jeden Gesellschafter besonders, also mehrere Male. Wäre das die Absicht des Gesetzgebers gewesen, dann hätte der Wortlaut dies zum Ausdruck bringen müssen, insbes. hätte es nahegelegen, vor die Summe von 6000 RM. das Wort „je“ zu setzen. Das ist nicht geschehen. Wie aus der Fassung des Beschl. des Hauptausgl. des LZ. (DruckPrLZ., 3. Wahlber., 1. Tag. 1928/30 Nr. 4512 S. 7) und den anschließenden Verh. des LZ. (PrLZ., 148. Sitz. v. 25. März 1930, Drucks. S. 12558 ff.) sich ergibt, hat lediglich der für persönliche Arbeiten und Dienste abzugsfähige Betrag von 1500 RM. bei den freien Berufen auf 6000 RM. erhöht werden, im übrigen aber an der Vorschr. des § 5 Abs. 3 GewStWD. nichts geändert werden sollen. Allerdings ist bei den Beratungen über die AusfAnw. in der Sitz. des preuß.

Staatsrats v. 27. Mai 1930 (Drucks. d. PrStaatsrats v. 1930, 13. Sitz., S. 241) von den Mitgliedern Fehr. v. Gahl u. Gen. ein Antrag Nr. 128 eingebracht worden, der folgendermaßen lautet:

„Der Staatsrat ist der Ansicht, daß im Falle der sog. Sozietäten von RM. und von Ärzten jeder der Sozien die Freigrenze von 6000 RM. genieße, da in dem Ges. v. 17. April 1930 das Wort „insgesamt“, das sich im bisherigen Ges. vor „1500 RM.“ finde, weggelassen sei, da ferner nach dem Wortlaute der vorgelegten Anweisung selber die „6000 RM.“ abgezogen werden könnten, als Entgelt für die persönlichen Arbeiten und Dienste.“

Wenn Staatsratsmitglied Dr. Caspari in seiner Stellungnahme zu diesem Antrage darauf hingewiesen hat, daß es unmöglich sei, eine Parallele etwa zwischen einer OG. und einer Sozietät von Anwälten zu ziehen, so mag das dann zutreffen, wenn zwischen den Anwälten lediglich eine Bürogemeinschaft besteht. Anders liegt es aber dann, wenn die RM. eine echte Sozietät bilden. Dies wird insbes. dann der Fall sein, wenn die Zusammenarbeit der Anwälte in der Weise erfolgt, daß die Erträge gemeinsam vereinnahmt und nur nach einem Schlüssel derart verteilt werden, daß die tatsächlich von jedem einzelnen RM. ausgeübte Tätigkeit im einzelnen unberücksichtigt bleibt. Es kann dahingestellt bleiben, ob es sich zivilrechtlich um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§§ 705 ff. BGB.) handelt (vgl. Josef: GruchBeitr. 44, 413 ff.). Jedenfalls liegt in diesem Fall eine auf gemeinsame Rechnung unternommene Tätigkeit vor, die bei der durch § 9 RWBd. gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise gewerbesteuerrechtlich als ein gemeinsamer Betrieb dem in Gesellschaftsform betriebenen freien Beruf entspricht. Daß bei den Gerichten nicht die Sozietät, sondern der einzelne RM. zugelassen ist, und daß formelle Erklärungen im Prozeß nicht von der Sozietät, sondern von dem „unterzeichneten RM.“ abgegeben werden, ist für die hier zur Entsch. stehende Frage unerheblich. Es widerspricht nicht dem Begriffe des gemeinschaftlichen Betriebs, daß jeder einzelne der Mitunternehmer eine von der des anderen abgeforderte Tätigkeit ausübt, sofern nur die Tätigkeit des einzelnen einen Teil der im Rahmen der Gemeinschaft ausgeübten Gesamttätigkeit bildet. Ebenso wie die im Rahmen einer Gesellsch. des bürgerlichen oder des Handelsrechts zusammengeschlossene, wenn auch inhaltlich abgeforderte Tätigkeit von Technikern oder Kaufleuten als eine Einheit betrachtet werden muß, ohne Rücksicht darauf, daß jeder den ihm zukommenden Aufgabenkreis für sich bearbeitet, muß dies bei einer RM-Sozietät der Fall sein. Bei ihr liegt alsdann die Tätigkeit des einzelnen Anwalts im Rahmen der durch die Sozietät bedingten gemeinsamen Aufgabe, durch diese Tätigkeit Einnahmen für die Gemeinschaft zu schaffen. Ferner ist nicht einzusehen, warum aus der Tatsache, daß jedes an der Sozietät beteiligte Mitglied sich für die von ihm begangenen Fehler gegen Haftpflicht versichern und für die Anwaltskammer, der er persönlich angehört, die Beiträge auch persönlich zahlen muß, zu folgern sei, daß der Anwaltsberuf der Sozietätsmitglieder nicht gemeinschaftlich betrieben wird. Wenn aber die echte Sozietät der Anwälte eine wirkliche Gemeinschaft bildet, dann ist nicht zu erkennen, weshalb nicht die Beschränkung auf einen einmaligen Abzug für die persönlichen Arbeiten und Dienste der Gesellsch. für die Sozietäten der Anwälte ebenso gelten soll wie für andere gemeinschaftlich betriebene Tätigkeiten (andere freie Berufe und Gewerbe im engeren Sinne). Die Gründe, welche für diese Betriebe die Einführung der Beschränkung veranlaßt haben, liegen in gleicher Weise bei Sozietäten der Anwälte vor. Insbes. sollten die gemeinschaftlichen Inhaber in jener Beziehung nicht besser gestellt sein als die Einzelinhaber. Was im übrigen in dem oben mitgeteilten Antrage für RM. und Ärzte verlangt wurde, hätte in gleicher Weise auch für die übrigen freien Berufe gefordert werden müssen. Der Antrag wurde im Staatsrat zwar angenommen. Eine Änderung des Ges. ist daraufhin aber nicht erfolgt. Danach ist bei RM., wenn ihr Beruf durch mehrere Personen in echter Sozietät gemeinschaftlich ausgeübt wird, der Abzug der 6000 RM. nur einmal zulässig (vgl. Hög-Arens, Preuß. GewSt., Nachtr. 1930, S. 35 und R. u. PrVerwBl. 53, 355).

dazu, die juristischen Waffen zu überschätzen. Aber welche anwaltpolitischen Konsequenzen sind aus der Erkenntnis der realen Situation zu ziehen?

Im Rahmen dieser Kritik an einer Entsch. des OVG. muß es genügen, diese Frage klar und deutlich ins Bewußtsein der Beteiligten, vor allem der für unsere Anwaltpolitik verantwortlichen Führer zu rücken. Sie ist die entscheidende Frage. Eine Antwort zu versuchen, überschreite den durch den Zweck dieser Anmerkung gesteckten Rahmen.

RM. Dr. Sigbert Feuchtmayer, München.

„Freie Berufe und Gewerbesteuer“). Dabei verkennen die beamteten Juristen die bestehende Interessen- und Idealgemeinschaft, die bestehende Solidarhaftung für die Folgen jenes Idealschwundes: Derselbe Wurm, der an dem anwaltlichen Berufsideal nagt, bedroht auch den Wesenskern des Berufsbeamtentums. Solidarität der Kulturverantwortlichen!

3. So stellt sich die Kampfsituation dar. Mit Jurisprudenz ist dieser Kampf von uns nicht zu gewinnen. Hier sind Mächte zu beseitigen, an denen juristischer Scharfsinn abprallt. Also Resignation —? Juristische Resignation heißt nicht, daß wir die Flinten ins Korn werfen dürfen. Wir Anwälte neigen naturgemäß

Weil die Vorentscheidung dies verkannt hat, unterlag sie auf die R.Beschw. des Vorf. des GewStAusfch. der Aufhebung wegen Rechtsirrtums. Bei freier Beurteilung ist die Sache nicht spruchreif und deshalb an den VerAusfch. zurückzuverweisen. Dieser wird zunächst festzustellen haben, in welcher Weise die Anwaltspraxis von den beiden A.A. ausgeübt wird. Kommt der VerAusfch. auf Grund dieser Ermittlungen zu dem Ergebnis, daß tatsächlich zwischen den beiden Anwälten eine echte Sozietät i. S. der vorstehenden Ausführungen und nicht nur eine Bürogemeinschaft vorliegt, so kann nicht ein doppelter Abzug von 6000 RM erfolgen, sondern nur ein einmaliger. Wenn, den Behauptungen des Vorf. in der R.Beschw.Begründung entsprechend, die Gemeinschaft in der Weise begründet ist, daß an den Einnahmen aus der Anwaltspraxis beide zu je 50% beteiligt sind, so liegt eine echte Sozietät und nicht nur eine Bürogemeinschaft vor. Dafür spricht insbes. auch die Tatsache, daß beide Anwälte auch an der Einnahme aus dem Notariat beteiligt sind. Der Abzug der 6000 RM kann in diesem Falle nur einmal erfolgen.

Eine Bürogemeinschaft würde dann vorliegen, wenn die Anwälte sich in der Art zusammengeschlossen haben, daß sie gemeinschaftlich nur die Betriebsunkosten tragen, im übrigen aber sich auf eigene Rechnung betätigen. Eine Gemeinschaft keinerlei Art kann angenommen werden, wenn einer der Beteiligten zu dem andern in Verhältnis des Arbeitnehmers zum Arbeitgeber steht und ein Gehalt, sei es in fester Höhe, sei es in der Form als Gewinnanteil erhält (zu vgl. Pfeil-Koppe, 3. Aufl., Anm. 6 zu § 65 RRGStG.).

Schließlich sind von den Bruttoeinnahmen aus der Anwaltspraxis nur die hierfür entstandenen Unkosten abzuziehen, während die für die steuerfreie amtliche Tätigkeit als Notar entstandenen Unkosten ebenso wie die entspr. Einnahmen bei der Ertragsberechnung unberücksichtigt bleiben müssen. Sollte die Teilung dieser Unkosten buchmäßig nicht erfolgen können, so wird sie im Wege der Schätzung vorgenommen werden müssen.

(PrWBG., 8. Sen., Entsch. v. 5. April 1932, VIII GSt 435, 436/31.)

2. Bayern.

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof.

Berichtet von Oberstaatsanwalt Lee, München.

2. Für die Veranlagung der Kurförderungsabgabe kann der Bierverbrauch der ortsanfässigen Bevölkerung, auch soweit er mit der durch den Fremdenverkehr erhöhten Kaufkraft der Bevölkerung begründet wird, nicht als „indirekter Vorteil“ aus dem Fremdenverkehrswesen der Gemeinde angerechnet werden. Ebenso scheidet hierfür der Bierabsatz nach auswärts aus, selbst wenn das Bier in den Nachbarorten durch Kurgäste der Gemeinde verzehrt wird.

Nach § 5 der Satzung hat sich die Höhe der Kurförderungsabgabe in erster Linie nach den besonderen Vorteilen und Mehreinnahmen zu bemessen, die dem Abgabepflichtigen aus dem Kur- und Fremdenverkehrswesen der Gemeinde zukommen.

Der Beschwz. wurde in die zweithöchste (11.) Stufe mit einem Abgabesaß von 251—300 RM eingereiht und in dieser Stufe mit dem Höchstsatz von 300 RM veranlagt; nur ein einziger Gewerbebetrieb (Hotel Sch.) wurde noch mit einer höheren Abgabe belastet.

Wie aber die vorliegende Zahlenübersicht über die Bewegung des Bierabsatzes des Beschwz. zunächst in den Tr.er Wirtschaften zeigt, ist der Mehrabsatz von Bier während der Fremden-saison (Juni mit August) nur im Ser-Keller ein erheblicher; er betrug ungefähr das Doppelte des Durchschnittes der übrigen Monate, also in den drei Sommermonaten zwischen 130—140 hl. In den übrigen sechs Wirtschaften ergeben sich tatsächlich für die drei Sommermonate nur ganz geringfügige Unterschiede gegenüber dem Bierabsatz der anderen Monate. Hiernach zählt der Beschwz. jedenfalls nicht zu dem Kreise der Personen in Tr., die unmittelbar aus dem Fremdenverkehr die höchsten Mehreinnahmen erzielen. Abwegig ist allerdings, daß der Beschwz. die Gäste des Kaufm. Erholungsheims nicht zu den Fremden rechnen will, weil sie von der Bezahlung einer Kurtaxe befreit sind. Ebenso wenig kann dem Beschwz. beipflichtet werden, wenn er der Berechnung seines Reinerwerbses lediglich den Biermehrabsatz in den Sommermonaten, wie er sich aus obiger Zahlenübersicht errechnen würde, zugrunde legen will. Abgesehen von der Hauptsaison im Sommer dauert der Fremdenverkehr, zu dem auch der Besuch der Gemeinde durch Passanten zu rechnen ist, in gewissem Umfange das ganze Jahr hindurch an; dazu kommt, mag man

dies als direkten oder indirekten Nutzen aus dem Fremdenverkehr rechnen, daß auch außerhalb der Fremdensaison eine größere Zahl von Personen, Angestellten und Arbeitern, die zur Befriedigung des Fremdenverkehrs einschließlich der dazu nötigen Vorbereitungen benötigt sind, in Tr. weilen. Hiernach müssen die Mehreinnahmen, die der Beschwz. infolge des Fremdenverkehrswesens durch einen erhöhten Bierabsatz in Tr. erzielt, schon erheblich höher eingeschätzt werden, als dies der Beschwz. durch die Berechnung einer Summe von nur 210 RM tut.

Dagegen kann der Senat dem Stadtrat Tr. und dem Regierungsenatsbescheide nicht darin zustimmen, daß auch der Biergenuß durch die ortsanfässige Bevölkerung für die Abschätzung der besonderen Vorteile und Mehreinnahmen aus dem Fremdenverkehrswesen in Rechnung zu stellen sei, weil mit der durch den Fremdenverkehr bedingten erhöhten Kaufkraft der Bevölkerung auch ihre Lebenshaltung steige und dies nicht zuletzt den Bierbrauern zugute kommen.

Die Möglichkeit „indirekter“ Vorteile aus dem Fremdenverkehrswesen einer Gemeinde ist an sich gegeben und auch bereits anerkannt (WVG, 49, 97). Solche indirekte Vorteile erwachsen, soweit die ortsanfässige Bevölkerung in Betracht kommt, z. B. Gewerbetreibenden beim Verkauf von Waren, die zwar der Fremde nicht unmittelbar benötigt, die aber von anderen Ortsanfässigen zur Befriedigung des Fremdenverkehrs benötigt werden. Was jedoch der Ortsanfässige zur Befriedigung seiner eignen Bedürfnisse bedarf, hier also verzehrt, kann auch nicht in dem Maß der Bedarfsdeckung als Auswirkung des Fremdenverkehrs angesehen werden. Eine solche erweiternde Auslegung der Steuerfassung würde dem Sinne und Zweck der Kurförderungsabgabe widersprechen und bei der Unmöglichkeit für das Ausmaß dieses Mehrverbrauchs irgendwelche, auch nur schätzungsweise brauchbare Unterlagen zu gewinnen, zu willkürlichen Abgabeeinflüssen der Gemeinden führen.

Ebenso muß die Heranziehung des Bierabsatzes nach auswärts, auch wenn dieses Bier hauptsächlich durch Tr.er Kurgäste verzehrt werden sollte, aus rechtlichen Gründen für die Bemessung der Höhe der Kurförderungsabgabe ausscheiden. Nach § 5 Satz 1 der Satzung ist für die Höhe der Abgabe maßgebend, welche besonderen Vorteile und Mehreinnahmen dem Abgabepflichtigen aus dem Kur- und Fremdenverkehrswesen der Gemeinde zukommen. In Übereinstimmung hiermit umschreibt § 1 der Satzung den Kreis der Abgabepflichtigen und erklärt als abgabepflichtig alle am Kur- und Fremdenverkehrswesen der Gemeinde interessierten Kreise. Damit ist für den Vollzug der Satzungsbestimmungen eindeutig festgestellt, daß hierfür nur der Kur- und Fremdenverkehr, der sich im Bezirke der Gemeinde abspielt, herangezogen werden kann. Diese Begrenzung ergibt sich aus der Natur der Kurförderungsabgaben als örtlicher Steuern, deren Erhebung nach dem Territorialprinzip sowohl in persönlicher wie auch in sachlicher Beziehung auf den Bezirk der einzelnen Gemeinde beschränkt bleiben muß.

Die hiernach vom Stadtrat Tr. angezogenen Verhältnisse berühren somit nicht die Höhe der „besonderen Vorteile und Mehreinnahmen aus dem Fremdenverkehr der Gemeinde“ nach § 5 der Satzung, sondern höchstens die im Rahmen des § 4 der Satzung zu würdigende „wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Abgabepflichtigen“. Die Berücksichtigung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit darf aber nicht dazu führen, das auf Grund der Bestimmung des § 5 gefundene Ergebnis umzukehren.

(BayWBG., 2. Sen., Entsch. v. 9. Juli 1930, Nr. 37/30.)

3. Thüringen.

Thüringisches Oberverwaltungsgericht.

3. § 33 GewD.; §§ 1ff. GaststättG. Wer bei einheitlich erteilter Erlaubnis zum Gast- und Schankwirtschaftsbetrieb die Fremdenbeherbergung einstellt, beginnt einen neuen erlaubnispflichtigen Gewerbebetrieb.

Nach dem Sinne des § 33 GewD. kann daraus, daß die einheitlich erteilte Erlaubnis zum Betrieb einer Gastwirtschaft regelmäßig die Befugnis zum Ausschank von Getränken mitumfaßt,

Zu 3. Die Rechtslage ist für die Zeit vor und nach Inkrafttreten des GaststättG. verschieden. Nach der früheren Praxis war wohl für alle Bundesstaaten die Frage zu bejahen, ob dem Gastwirt ohne weiteres auf Grund der ihm erteilten Erlaubnis auch die Schankverlaubnis zustand. Allerdings konnte bei der Erlaubniserteilung die Befugnis zum Ausschank von Getränken ausgeschlossen oder auf bestimmte Getränke beschränkt werden. (Näheres hierüber bei Rohmer, GaststättG., § 1 Anm. 2. Rohmer weist auch

nicht geschlossen werden, daß der Inhaber einer Gastwirtschaft diese ohne Erlaubnis in eine bloße Schankwirtschaft umwandeln könnte. Die Ansicht, daß die Gastwirtschaftserlaubnis zwei verschiedene selbständige Berechtigungen, das Recht, Fremde zu beherbergen, und die Schankberechtigung enthalte (BadWB.: Reger 29, 354, und Schicker daf. 9, 165) und deshalb, wenn ein Wirt, der die Gastwirtschaftserlaubnis besitzt, sich drei Jahre lang auf die Ausübung der Schankwirtschaft beschränke, nur die Befugnis zur Fremdenbeherbergung erlösche, mag für Fälle zutreffen, wo jemand die Konzession zur Fremdenbeherbergung und außerdem durch selbständigen Verwaltakt (z. B. zeitlich vorhergehend und nach Bejahung des Bedürfnisses für den Schankbetrieb als solchen) die Erlaubnis zum Ausschank von Getränken erhalten hat (Landmann-Rohmer, GewD., 8. Aufl., S. 629 § 49 Anm. 5). In dessen in einem Falle, wo durch einen Verwaltakt schlechthin die Erlaubnis „zum Gastwirtschaftsbetriebe“ erteilt worden ist, handelt es sich um eine unteilbare Konzession und ist die Schankbefugnis nicht eine in der Gastwirtschaftskonzession enthaltene und von ihr trennbare selbständige Teilberechtigung.

Das ergibt sich aus dem Wesen der Bedürfnisfrage. Denn nach § 33 GewD. darf die Erlaubnis zum Betriebe einer Gastwirtschaft oder Schankwirtschaft nur erteilt werden, wenn ein Bedürfnis nachgewiesen ist. Die Bedürfnisfrage kann nun aber im Einzelfalle ganz verschieden zu beurteilen sein, je nachdem es sich um eine Gastwirtschaft oder eine Schankwirtschaft handelt. Denn bei jener ist die Prüfung nicht nur auf das Bedürfnis für den Ausschank von Getränken, sondern auch auf das Bedürfnis für die Fremdenbeherbergung zu richten. Das schreibt jetzt § 5 Nr. 4 AusfW. z. GaststättG. v. 28. April 1930 (RGBl. I, 146) ausdrücklich vor; aber auch schon unter dem alten Rechtszustand (§ 33 GewD.) hat der Grundsatz gegolten, daß sich die Bedürfnisprüfung nach dem Antrag (Gastwirtschaft, Schankwirtschaft, Kaffeehaus usw.) zu richten habe (Landmann-Rohmer a. a. O. S. 401 § 33 Anm. 5). Es ist also denkbar, daß im Einzelfalle mit Rücksicht auf das Beherbergungsbedürfnis die Erlaubnis zur Gastwirtschaft erteilt wird, der Antrag derselben Person für dieselben Räume auf Konzessionierung einer Schankwirtschaft aber mangels Bedürfnisses abgelehnt würde. Deshalb stellte die Umwandlung des Betriebes einer Gastwirtschaft in eine bloße Schankwirtschaft den Beginn eines neuen Betriebes dar, durch den die Bedürfnisfrage erneut aufgerollt wird. Und zwar ist dabei die Änderung der Betriebsart das Entscheidende, nicht der Gesichtspunkt, daß bei Aufgabe der Fremdenbeherbergung der Betrieb sich infolge des Wegfalls der Fremdenzimmer nicht mehr auf dieselben Räume erstreckt wie die, für die die Erlaubnis erteilt ist (PrWB.: GewArch. 24, 34). Denn die Neuheit des — geänderten — Betriebes ergibt sich schon aus der Verschiebung der Bedürfnisfrage.

(ThürWB., Ur. v. 3. Febr. 1932, A 101/31.)

Mitgeteilt von N. Dr. Geisenhühner, Gera.

darauf hin, daß nach der Begründung der Nov. zur GewD. von 1879 die Folge dieses Zustandes war, daß unter dem Schein der Errichtung von Gastwirtschaften eine Menge von Branntweinschenken entstanden seien.)

§ 3 GaststättG. bestimmt demgegenüber, daß die Erlaubnis bei Gast- und bei Schankwirtschaften für eine bestimmte Betriebsart, für bestimmte Arten von Getränken und für bestimmte Räume zu erteilen ist. Die Beschränkung auf eine bestimmte Betriebsart ist eingeführt, um zu verhindern, daß Inhaber einer Vollerlaubnis (d. h. einer nicht auf bestimmte Getränkearten beschränkten Erlaubnis) ihren Betrieb in eine Diele, Bar oder eine ähnliche Schankstätte umwandeln, ohne den Inhalt ihrer Erlaubnis zu überschreiten (Salomon, GaststättG. § 3 Anm. 1). Die Schankerelaubnis ist nach dem Wortlaut und Sinn des § 3 GaststättG. nicht mehr notwendig mit der Erlaubnis des Betriebes einer Gastwirtschaft verbunden. Das GaststättG., und ihm vorausgehend das RotG. v. 24. Febr. 1923, brachte ja überhaupt schärfere Best., um das Überhandnehmen von Schankbetrieben jeder Art zu bekämpfen (vgl. auch Landmann, GewD., 8. Aufl., § 33 Anm. 5a). Aber nach dem alten wie nach dem neuen Rechtszustand ist die tatsächliche Grundlage für die Erlaubniserteilung bei Gast- und bei Schankwirtschaften eine verschiedene. Die diesbezüglichen Ausführungen des besprochenen Ur. sind zutreffend, und wenn durch den Wegfall des Beherbergungszweckes die Gastwirtschaft zu einer reinen Schankwirtschaft wird, so liegt ein neuer Betrieb vor und die Bedürfnisfrage ist erneut zu prüfen. Richtig dürfte auch sein, daß die Änderung der Betriebsart dabei das Entscheidende ist, wenn auch nicht zu verkennen ist, daß im Einzelfalle daneben auch die Raumfrage eine Rolle spielen kann. N. Dr. Leibl, Berlin.

4. Braunschweig.

Verwaltungsgerichtshof Braunschweig.

4. Zugehörigkeit von Bahnhofswirtschaften zum Betriebe der Deutschen Reichsbahn und Unanwendbarkeit des GaststättG. v. 28. April 1930. Gleichmäßige Behandlung der reisenden und der nichtreisenden Gäste in Beziehung auf die Unanwendbarkeit der Polizeistunde.

Der Kl. ist Inhaber der Bahnhofswirtschaft auf dem Hauptbahnhofe in B., die er auf Grund eines Pachtvertrages mit der Deutschen Reichsbahn-Gesellschaft betreibt. Das beklagte Polizeipräsidium hat dem Kl. einen Kostenfestsetzungsbescheid v. 22. Nov. 1930 über Zahlung eines Gebührenbetrages von 616,70 RM für Verkürzung der Polizeistunde in den Monaten Juli bis einschließlich Dez. 1930 zugehen lassen. Nach abschlägig vom Polizeipräsidium beschiedener Erinnerung hat der Kl. Verwaltungsklage erhoben mit dem Antrage, die Zahlungsaufforderung des Polizeipräsidiums v. 22. Nov. 1930 über 616,70 RM aufzuheben, und folgender Begründung:

Die Zahlungsaufforderung gründet sich auf die GewD. für Verkürzung der Polizeistunde v. 2. Juli 1930, GuWS. 51, 73, die als Ausf. Best. zum GaststättG. v. 28. April 1930, RGBl. I, 146, erlassen sei. Mit dem GaststättG. selbst fänden aber auch dessen BraunschwausfW., insbes. auch die v. 30. Juni 1930, GuWS. 50, 67, auf die vom Kl. betriebene Bahnhofswirtschaft keine Anwendung, da nach § 27 Ziff. 3 GaststättG. und § 16 Abs. 5 RBahnG. v. 30. Aug. 1924, RGBl. II, 272, die GewD. auf den Betrieb der Deutschen Reichsbahn nicht anwendbar sei. Eine Bahnhofswirtschaft wie die des Kl. gehöre aber, als für die Bedürfnisse der Reisenden unentbehrlich, zum Betriebe der Deutschen Reichsbahn.

Sie bliebe auch Hilfsbetrieb der Bahn trotz der Möglichkeit ihrer Benutzung auch durch Nichtreisende. Man könne bei der Beurteilung der rechtlichen Stellung einer Bahnhofswirtschaft nicht das Schwerkraft auf den Abschluß des Pachtverhältnisses legen. Die Stellung der Pächter von Bahnhofswirtschaften sei durch die von der Reichsbahn-Gesellschaft erlassenen „Allgemeinen Bedingungen für die Verpachtung der Bahnhofswirtschaften“ sehr eingehend und berart geregelt, daß der Bahnhofswirtschaftsbetrieb aus der Rechtsphäre der Deutschen Reichsbahn-Gesellschaft nicht ausseide. Im Verordnungswege sei in den Stunden von 1 bis 4 Uhr vormittags der Aufenthalt in den Wartesälen nur für Reisende gestattet, und die Befolgung dieser W. werde durch regelmäßige bahnpolizeiliche Kontrollen gesichert.

Das Polizeipräsidium hat Klageabweisung beantragt und erwidert, nach Art. 12 Ziff. VII BraunschwausfBest. z. GaststättG. fänden die Bestimmungen über Polizeistunde nur auf Reisende, die in Bahnhofswirtschaften einkehren, keine Anwendung. In der hiesigen Bahnhofswirtschaft machten in den Nachtstunden die Reisenden den kleinsten Teil der Gäste aus, sie könne daher in dieser Zeit als Hilfsbetrieb der Bahn nicht angesehen werden. Daher müsse der Kl. auch wie die Inhaber anderer Schankwirtschaften für den Bescheid über Verkürzung der Polizeistunde Gebühren entrichten.

Die erhobene Verwaltungsklage ist zulässig nach § 18 VerwRG. v. 1. April 1924, GuWS. 68, 151. Auch sachlich ist ihr der Erfolg nicht zu versagen.

Der auf die GewD. für die Verkürzung der Polizeistunde vom 2. Juli 1930 gestützte angefochtene Gebührenbescheid hat zur Voraussetzung, daß auf die vom Kl. betriebene Bahnhofswirtschaft im hiesigen Hauptbahnhof das GaststättG. und mit ihm die BraunschwausfBest. v. 30. Juni und 2. Juli 1930, GuWS. 50, 67, Anwendung finden.

Hierbei ist auszugehen von § 27 Ziff. 3 GaststättG., wonach das Gesetz nicht anzuwenden ist auf Bahnhofswirtschaften, soweit diese nach § 16 Abs. 5 RBahnG. den Bestimmungen der GewD. nicht unterliegen.

§ 16 Abs. 5 RBahnG. v. 30. Aug. 1924, RGBl. II, 272, besagt, daß die Vorschriften der GewD. auf den Betrieb der Deutschen Reichsbahn nicht anzuwenden sind. Zu beantworten ist also die Frage, ob die vom Kl. auf Grund eines Pachtvertrages mit der Bahn im Empfangsgebäude des hiesigen Hauptbahnhofes betriebene Bahnhofswirtschaft zum Betriebe der Deutschen Reichsbahn als Nebenbetrieb gehört, oder aber ein selbständiges außerhalb des Betriebes der Bahn stehendes wirtschaftliches Unternehmen ist.

Schon vor Erlass des GaststättG. war in Rspr. und Literatur bestritten, ob die GewD., und mit ihr der Konzessionszwang, § 33, auf Bahnhofswirtschaften, die durch Pächter betrieben werden, anwendbar, oder ob ihre Anwendbarkeit durch § 6 GewD., wonach diese keine Anwendung findet auf den Gewerbebetrieb der Eisenbahnunternehmungen, und später durch den oben angeführten § 16 Abs. 5 RBahnG. ausgeschlossen sei.

Die erstere Auffassung vertritt das PrWB., da der Pächter selbständiger gewerblicher Unternehmer und sein Unternehmen nicht ein Gewerbebetrieb der Eisenbahnverwaltung sei (ZB. 1926, 735 u. 1930, 2002; ferner Rohrscheidt, GaststättG., § 27 Anm. 4), jedoch im Gegensatz zur herrschenden Meinung, so: Landmann (8),

GewD., § 6 Anm. 10 S. 122; Jaeger: ZW. Eisenb. Betr. 66, 773 f.; DLG. Raumburg: ZW. 1926, 2779; RGSt. 58, 138; ZW. 1927, 1268; RG. unter Aufgabe früherer abweichender Ansicht: DZ. 1925, 194; ThürWB. ZWB. 1930, 801 = ZW. 1929, 2846 u. Anm. Taeschner, ebenda; Anm. Leibl: ZW. 1930, 2007; DLG. Jena: ZW. 1930, 3110 = GewArch. 28, 181; Michel, GaststättG., § 27 Anm. IV S. 226; Rohmer, GaststättG., § 27 Anm. 4 S. 104; a. A. Rohrscheidt, Anm. 4.

Der herrschenden Meinung, wonach durch Pächter betriebene Bahnhofswirtschaften von der Anwendung der Bestimmungen der GewD., jetzt des GaststättG., befreit sind, ist der Vorzug zu geben.

Der Betrieb der Reichsbahn (§ 16 Abs. 5 RBahnG.) begreift, was den Personenverkehr anlangt, nach moderner Verkehrsauffassung nicht nur den bloßen Transport der Reisenden in sich, sondern auch alle jene Vorrichtungen, die zur Gesundheit und Bequemlichkeit der Reisenden erforderlich sind, insbes. die Verschaffung von Gelegenheit zur Beköstigung und Erfrischung der Reisenden. Fände die Bahnverwaltung nicht Personen, die als Pächter Wirtschaften auf den Bahnhöfen auf eigene Rechnung betreiben, so würde sie genötigt sein, solche durch Angestellte in eigener Regie zu führen.

Durchaus zutreffend weist auch das DLG. Raumburg: ZW. 1926, 2779 darauf hin, daß durch die von der Reichsbahngesellschaft erlassenen „Allgemeinen Bedingungen für die Verpachtung der Bahnhofswirtschaften“ die Stellung der Pächter von Bahnhofswirtschaften in eigenartiger Weise ausgestaltet ist und daß diese in weitgehender Abhängigkeit von der Verwaltung stehen. Die Preise in den Bahnhofswirtschaften werden durch die Reichsbahn festgesetzt, und ihre Einhaltung wird von ihr überwacht. Der Bahnhofswirt ist verpflichtet, die Wirtschaftsräume zu bestimmten, von der Bahnverwaltung festgesetzten Zeiten offenzuhalten und bestimmte Speisen und Getränke für die Reisenden bereitzustellen. Das Hausrecht in den Wirtschaftsräumen wird durch die Bahnpolizeibeamten ausgeübt. Der Bahnwirt untersteht der Aufsicht des Bahnhofsvorstandes und des übergeordneten RBahnBetrV. Erhebliche Verstöße gegen deren Anordnungen sind wichtiger Grund für fristlose Kündigung des Vertragsverhältnisses (§ 2 Ziff. 3 Allg. Bedingungen). Der Bahnhofswirt untersteht also einem Kontrahierungszwang, er muß jeden Reisenden beliefern, und es ist dem DLG. Raumburg darin beizustimmen, daß das Vertragsverhältnis zwischen Bahn und Wirt sich, ungeachtet der herkömmlichen Bezeichnung als Pachtvertrag, einem Dienstverhältnis wesentlich annähert. In dieser Regelung des Verhältnisses durch die „Allgemeinen Bestimmungen“ tritt überall die Zweckbestimmung der Bahnhofswirtschaft, dem Interesse der Reisenden, und damit dem Eisenbahnbetriebe in Form eines Nebenbetriebes zu dienen, zutage. Es ist nicht überzeugend, wenn das BrWB. demgegenüber lediglich das Moment ausschlaggebend sein läßt, daß die Bahnhofswirtschaft für Rechnung des Wirtes geführt wird.

§ 27 Ziff. 3 GaststättG. und § 16 Abs. 5 RBahnG. sind aber mit RGSt. 58, 138 auch dahin aufzufassen, daß eine Bahnhofswirtschaft ihre Eigenschaft als Hilfsbetrieb der Eisenbahn noch nicht durch die bloße Möglichkeit einer Benutzung auch durch Nichtreisende verliert. Daher ist, wie Michel zu § 27 GaststättG. Anm. IV S. 226 zutreffend ausführt, für eine unterschiedliche Behandlung der Gäste einer Bahnhofswirtschaft, z. B. mit Beziehung auf die Polizeistunde, in dem Sinne, daß diese auf das nichtreisende Publikum Anwendung fände, nicht aber auf die Reisenden, bei der Fassung der Ziff. 3 des § 27 kein Raum.

Daß hierdurch Mißstände hervorgerufen würden, wird durch die Ausübung der Bahnpolizei verhindert. Wie die vom Kl. schriftlich überreichte Bescheinigung des hiesigen RBahnBetrV. 2 ergibt, hat dieses auf Grund §§ 77 u. 82 Eisenb. BetrV. (neueste Fass. v. 17. Juli 1928, RGBl. II, 541) eine W.D. über den Verkehr auf dem hiesigen Hauptbahnhof v. 13. Juni 1922 erlassen. In dieser in den Warterräumen an auffälliger Stelle ausgehängten W.D. ist bestimmt, daß „der Aufenthalt in der Bahnhofswirtschaft und in den Warterräumen von 1 bis 4 Uhr vormittags nur für mit entsprechenden Fahrtausweisen versehene Durchgangsreisende, für Abreisende eine Stunde vor Abgang ihres Zuges und während der Sperrzeit ankommende Reisende gestattet“ ist. Die Durchführung dieser Bestimmung überwacht die Bahnpolizei durch Kontrollen, sie führt unbefugt in den Warterräumen verweilende Personen der Bestrafung zu. Es ist auch nicht etwa eine verschiedene rechtliche Beurteilung der Bahnhofswirtschaften einerseits für die Zeit von 1 bis 4 Uhr vormittags, andererseits für die übrigen Stunden des Tages möglich. Auch in der Zeit von 1 bis 4 Uhr vormittags muß für Verpflegung der Reisenden gesorgt werden. Und da die bahnpolizeilichen Kontrollen in diesem Zeitraum — nach Möglichkeit — die Nichtreisenden aus den Wirtschaftsräumen fernhalten, läßt sich sagen, daß in diesen Stunden die Bahnhofswirtschaft, weil nur den Bedürfnissen der Reisenden dienend, besonders ausgeprägt den Charakter eines Hilfsbetriebes der Bahn hat.

Das Polizeipräsidium stützt seine Verfügung auf Art. 12 Ziff. VII der Ausf. Best. des braunschw. Min. d. Inn. zum GaststättG. vom 30. Juni 1930, GuVS. 50, 67, wonach die Bestimmungen über Polizeistunde auf Reisende, die bei nächstlicher Reise, um sich zu erfrischen, in Bahnhofswirtschaften vorübergehend einkehren, keine Anwendung finden. Der Wortlaut der Bestimmung nötigt nicht dazu, durch Umkehrschluß daraus zu entnehmen, daß die Polizeistundenbestimmungen auf andere in Bahnhofswirtschaften einkehrende Personen Anwendung finden. Wollte man einen solchen Schluß ziehen, so würde sich freilich fragen, ob die W.D. des Min. mit § 27 Ziff. 3 GaststättG. und § 16 Abs. 5 RBahnG. vereinbar wäre. Der Wortlaut der Bestimmung spricht aber dafür, daß sie sich nur auf das Verhältnis der Reisenden, nicht auf das der Bahnhofswirte zu den Bestimmungen über die Polizeistunde bezieht. Daher kommt sie für die hier zu entscheidende Frage nicht in Betracht.

(WBG. Braunschweig, Urk. v. 4. Febr. 1931, P R 202/30.)

Mitgeteilt von H. Dr. Duakatz, Braunschweig.

5. Hamburg.

Hamburgisches Oberverwaltungsgericht.

Berichtet von Landgerichtsdirektor Dr. Krüß, Hamburg.

5. § 1 Ausf. W.D. z. GaststättG. Die Bedürfnisfrage bei Erteilung der Erlaubnis zum Ausschank alkoholfreier Getränke.

Die Kl. beabsichtigt, eine Verkehrseinrichtung zu schaffen, bestehend aus einem Reisebüro, einem Hotelnachweis, einem Anzeigenbüro, einer Theater- und Konzertkasse, einer Werbestelle der deutschen Bäder und Kurorte, einer Bücherei, einer Schreibstube, postalischen Einrichtungen und einer großen Lesehalle, in der etwa 5000 Zeitschriften, Zeitungen und Fachblätter und zahlreiche Abreißbücher und dergleichen ausliegen sollen. Sie hat um die Erlaubnis zum Ausschank nichtgeistiger Getränke in der Lesehalle gebeten. Die Polizeibehörde (Verkl.) hat die Erlaubnis mangels eines Bedürfnisses verweigert. Das WB. hat der abweisenden Bescheid der Verkl. aufgehoben, das DLG. die Berufung zurückgewiesen.

Nach § 1 Ausf. W.D. z. GaststättG. v. 21. Juni 1930 kann die Erlaubnis zum Ausschank nichtgeistiger Getränke nur verweigert werden, wenn ein Bedürfnis nach Einrichtung einer solchen Schankstätte nicht vorhanden ist. Es besteht also eine gesetzliche Vermutung für das Vorhandensein des Bedürfnisses. Es genügen nicht Zweifel an dem Vorhandensein des Bedürfnisses, um die Erlaubnis zu verweigern, sondern es bedarf des Nachweises, daß ein Bedürfnis nicht besteht. Das Gesetz hat sich also von dem bisherigen Rechtszustand, der den Nachweis eines Bedürfnisses erforderte, grundsätzlich abgewandt und eine Regelung geschaffen, die der in der WVerf. grundsätzlich zugesicherten Gewerbefreiheit wieder sehr stark genähert ist.

Beschränkungen bleiben freilich auch nach dem jetzigen Rechtszustand bestehen. Denn das Gesetz hat nicht etwa den Ausschank nichtgeistiger Getränke freigegeben oder sich mit einer Vorschrift der Anmeldung begnügt. Daß das Bild der Schankstätten nunmehr ein völlig anderes Aussehen annehmen soll, liegt nicht im Sinne des Gesetzes. Insofern sind die Beschränkungen der Verkl., daß, wenn in vorliegenden Falle die Erlaubnis gegeben werden müsse, eine Überschwemmung mit Schankstätten für nichtgeistige Getränke eintreten werde, nicht begründet. Wo nach den Anschauungen des Verkehrslebens niemand eine Schankstätte sucht, wo bereits Schankstätten in überreichlicher Menge vorhanden sind, wird auch nach dem nunmehr geltenden Rechte die Erlaubnis zu verweigern sein.

Der vorliegende Fall liegt insofern eigenartig, als es sich um ein Unternehmen handelt, für welches das inländische Verkehrsleben Vorbilder schwerlich kennt. Die Entsch. muß daher in gesteigertem Maße an der Hand von Vermutungen darüber gefällt werden, wie sich das Publikum nach seinen Gewohnheiten zu dem geplanten Unternehmen stellen wird.

Es mag durchaus zulässig sein, in diesem Zusammenhange zunächst die Frage aufzuwerfen, ob das geplante Unternehmen in seiner Gesamtheit überhaupt lebensfähig ist. Denn einem nichtlebensfähigen Unternehmen eine Schankstätte anzugliedern, besteht allerdings kein Bedürfnis. Man mag unterstellen, daß die in dieser Richtung von der Verkl. ausgesprochenen Zweifel gerechtfertigt sind. Man kann jedoch keinesfalls schon jetzt mit Sicherheit feststellen, daß das geplante Unternehmen sich nicht wird halten können. Aus diesem Gesichtspunkte läßt sich also das Bedürfnis nicht verneinen.

(HambWBG., Urk. v. 24. Juni 1931, Az 54/31.)