



Juristische Wochenschrift

Organ der Reichsgruppe Rechtsanwälte des NS. Rechtswahrer-Bundes

Herausgegeben von dem Reichsgruppenwarter Rechtsanwalt Dr. Droege,
unter Mitwirkung der Mitglieder des Reichsgruppenrates: Rechtsanwälte Dr. Hanns Fritzsche,
Leipzig; Dr. Hawlikzy, Forst i. L.; Dr. Ernst Ladwig, Berlin; Dr. Ferdinand Nößner, München;
Prof. Dr. Erwin Noack, Halle a. S.; Dr. Rudat, Königsberg (Pr.); Wilhelm Scholz, Berlin;
Dr. Artur Schüßler, Weinheim; Dr. Emil Schwarz, Prenzlau, und Patentanwalt Dr. Ullrich, Berlin

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

Verlag: W. Moeser Buchhandlung, Inh.: Oscar Brandstetter, Leipzig C 1, Dresdner Straße 11/13
Fernsprecher Sammel-Nr. 22566 / Drahtanschrift: Imprimatur / Postcheckkonto Leipzig Nr. 63623
Geschäftsstelle in Berlin SW 48, Hedemannstr. 14. Fernsprecher A 9, Blücher 0217

Der Volksgerichtshof für das Deutsche Reich

Von Volksgerichtsrat Schauweder, Berlin

Durch das Gef. vom 18. April 1936 über den Volksgerichtshof und über die 25. Änderung des BesoldG. ist die Aufmerksamkeit auf ein Gesetz gelenkt worden, das die nationalsozialistische Regierung am 24. April 1934 zur Änderung von Vorschriften des Strafrechts und des Strafverfahrens erlassen hat. In diesem Gesetz hat der Nationalsozialismus mit der Auffassung der liberalistischen Zeit über Hoch- und Landesverrat endgültig gebrochen.

In der vernationalsozialistischen Zeit wurde der Hochverrat nur um deswillen vom Staat bekämpft, weil es um die Existenz des Staatswesens ging. Für die Gemeinheit und Schimpflichkeit des Landesverrats war in gewissen Volkskreisen jedes Gefühl abhanden gekommen. Diesen Kreisen, die meist über große internationale Verbindungen verfügten, war es nur recht, wenn Vorgänge und Einrichtungen des Deutschen Reiches an das Ausland verraten wurden, die dem Versäufel Diktat zuwider in Deutschland sich abspielten oder bestehen sollten. Es war dies nur aus einer Einstellung heraus möglich, die das eigene Vaterland und damit das eigene Volk verleugnete. In keinem anderen Land wäre dies je möglich gewesen.

Schon bald nach der Machtübernahme durch die nationalsozialistische Regierung ergingen zwei WD. des RPräs. vom 28. Febr. 1933, die die bisherigen milden Strafrohungen gegen Hoch- und Landesverrat verschärften, indem sie insbesondere für das Unternehmen des Hochverrats, für den politischen und militärischen Geheimnisverrat und für die Ausübung die Todesstrafe androhten. Das Gesetz zur Gewährleistung des Rechtsfriedens vom 13. Okt. 1933 gab weiterhin die Möglichkeit, auch die vom Ausland her, insbesondere durch Emigranten betriebene umstürzlerische Aufhebung mit schweren Strafen zu treffen.

Die Verschiedenheit der Rechtsquellen machten die Vorschriften über eine Verschärfung und Ausgestaltung der gesetzlichen Bestimmungen über Hoch- und Landesverrat und Verrat militärischer Geheimnisse unübersichtlich.

Diese Unübersichtlichkeit bedurfte der Abhilfe und gab der nationalsozialistischen Regierung Veranlassung zum Erlaß des Gesetzes vom 24. April 1934.

In diesem Gesetz ist klar zum Ausdruck gebracht, daß Hochverrat und Landesverrat als unmittelbare Angriffe gegen

das Leben der Volksgemeinschaft die schändlichsten und damit schwersten Verbrechen innerhalb des ganzen Strafrechtsaufbaues bilden. Das kommt durch die Androhung der Todesstrafe in allen Fällen des hochverräterischen Unternehmens, darüber hinaus auch schon im Falle der bloßen Vorbereitung eines hochverräterischen Unternehmens, wenn diese in einer qualifizierten Form geschieht, sowie in der Mehrzahl der Fälle des Landesverrats zum Ausdruck. Die Todesstrafe ist zwingend als einzige Strafe angedroht: beim Hochverrat, wenn er sich gegen die Unversehrtheit des Reiches richtet, und beim Landesverrat, wenn ein Deutscher den Verrat am eigenen Vaterland begeht und die Tat geeignet ist, eine Gefahr für das Wohl des Reiches herbeizuführen.

Dieser grundlegenden nationalsozialistischen Auffassung von der Schwere der Verbrechen des Volksverrats entsprach es, daß der nationalsozialistische Staat zu ihrer Aburteilung in dem gleichen Gesetz vom 24. April 1934 ein besonderes Gericht, den Volksgerichtshof für das Deutsche Reich mit dem Sitz in Berlin, schuf. Der Volksgerichtshof ist insoweit als höchstes Gericht an die Stelle des RG. getreten.

Schon die äußere Gestaltung und Zusammenfassung des Volksgerichtshofs, der in den Senaten in der Besetzung von zwei Berufsrichtern und drei ehrenamtlichen Mitgliedern Recht spricht, ist Ausdrucksform nationalsozialistischer Grundauffassungen auf dem Gebiete der Rechtsfindung.

Existenz und Sicherheit des Reiches hängen wesentlich davon ab, ob es gelingt, das höchste Rechtsgut einer Nation vor den Angriffen von Elementen zu schützen, die durch ihre verbrecherischen volks- und landesverräterischen Handlungen den Bestand des Staates zu untergraben und zu gefährden drohen.

Deshalb wählt der Nationalsozialismus die ehrenamtlichen Mitglieder nach ihrer persönlichen Geeignetheit und besonderen Sachkenntnis aus. Sie werden auf Vorschlag des RStM. vom Führer und Reichskanzler ernannt und gehören der Wehrmacht, Polizei, der NSDAP. und ihren Gliederungen an. Die ernannten ehrenamtlichen Mitglieder verfügen über besondere Erfahrung tatsächlicher Art auf dem Gebiete der Abwehr staatsfeindlicher Angriffe. Diese Besetzung der Senate mit zwei fachlich geschulten Berufsrichtern und drei solcher Art qualifizierten ehrenamtlichen Beisitzern bietet die

Gewähr für eine vollsverbundene Rechtsfindung zur Sicherung von Volk und Staat.

Im Rahmen einer schlichten und würdigen Feier im großen Sitzungssaal des Preussenhauses trat der Volksgerichtshof am 14. Juli 1934 zu seiner Eröffnungssitzung zusammen, bei der der RM. die feierliche Vereidigung der 12 Berufsrichter und der 20 ehrenamtlichen Mitglieder nach einer Ansprache vornahm, die dahin ausklang: „Walten Sie Ihres Amtes als unabhängige Richter, verpflichtet allein dem Gesetz, verantwortlich vor Gott und Ihrem Gewissen.“

Nach diesen Richtlinien hat der Volksgerichtshof in nunmehr fast zweijähriger Arbeit seine ihm gesetzten hohen Aufgaben erfüllt und sich durch seine volksnahe und geradlinige Rechtsfindung das allgemeine Vertrauen des deutschen Volkes erworben. Er hat es darüber hinaus trotz härtester und schwerster Strafen, die im Laufe der Zeit gegen Staatsfeinde zur Sicherung von Volk und Staat verhängt werden mußten, verstanden, die gehässigen Stimmen draußen in der Welt, die den Volksgerichtshof schon vor Beginn der Arbeit als ein Revolutionstribunal begrüßten, dazu bestimmt, sich nicht an Gesetz und Recht zu kehren, zum Schweigen zu bringen.

Die Verhandlungen vor dem Volksgerichtshof in Hochverratsachen werden, soweit nicht eine Gefährdung der Staatssicherheit den Ausschluß der Öffentlichkeit erforderlich macht, grundsätzlich öffentlich geführt, damit sich jeder Volksgenosse von der Schwere und Gefährlichkeit der abzuurteilenden Straftaten überzeugen und deutsche Gründlichkeit und Gerechtigkeit kennenlernen kann.

Wir deutschen Richter brauchen eine gerechte, wahrheitsgemäße Kritik nicht zu fürchten; aber man weiß auch, wie häufig unter dem Druck internationaler Hege die Berichterstattungen in ausländischen Zeitungen über deutsche Belange, insbesondere über deutsches Rechtsempfinden und Verantwortungsgesühl, gehässig und ungerecht sind. In diesem Zusammenhang ist es immerhin beachtenswert, wenn ein holländischer Mitarbeiter des „Amsterdamer Telegraaf“, der zur Berichterstattung über Kommunistenprozesse an auswärtigen Sitzungen des ersten Senats des Volksgerichtshofs im Westen Deutschlands teilgenommen hat und sich daher aus persönlicher Anschauung ein eigenes Urteil bilden konnte, zu einem objektiven wahrheitsgemäßen Ergebnis kommt. Hier seine Ausführungen vom 6. Febr. 1936 über den Eindruck, den er von der Gerichtspraxis des Volksgerichtshofs für das Deutsche Reich gewonnen hat:

„Es ist eine genaue Untersuchung. Allein das Verhör der Angeklagten nimmt fünf Stunden in Anspruch. Sie bekommen Gelegenheit, alles vorzubringen. Sie müssen erzählen, wie sie zu der Tat kamen. Ich kann nichts anderes sagen, als daß diese Untersuchung mit großer Gründlichkeit geführt wird. Der Staatsanwalt wird dann und wann von den Verteidigern scharf angegriffen. Der Vorjüngende fragt weise und sehr menschlich. Dies Gericht ist unzweifelhaft davon überzeugt, daß es seine große Macht mit großer Vorsicht wahrnehmen muß.“

Mein Eindruck von dieser Rechtsprechung ist somit günstig. Hier waren ernsthafte Männer an der Arbeit, die einen schweren Auftrag und eine große Macht haben und sich dessen vollauf bewußt sind. Wenn die Schuld bewiesen ist, strafen sie äußerst streng.“

Diese Ausführungen beweisen, daß das Geraume von dem Volksgerichtshof als politisches Ausnahmegericht, das hinter verschlossenen Türen verhandelt und keinerlei Rechtsicherheit für die Angeklagten bietet, nichts anderes als übelste Hege ist.

In dem durch das Gesetz vom 24. April 1934 geschaffenen Volksgerichtshof war ein oberstes Gericht an Stelle des RG. für die Aburteilung von Hoch- und Landesverrat geschaffen, das in seiner Struktur nur den Charakter eines besonderen Gerichts hatte, dessen Berufsrichter, genau wie die ehrenamtlichen Mitglieder, für die Dauer von fünf Jahren ernannt waren.

Der Volksgerichtshof war also zunächst als eine vorübergehende Erscheinung gedacht. Auch die Anklagebehörde beim Volksgerichtshof war lediglich eine Zweigstelle des Oberreichsanwalts in Leipzig mit dem Sitz in Berlin.

Das Gesetz vom 18. April 1936 hat den Volksgerichtshof in die Reihe der ordentlichen Gerichte eingefügt. Sein bisheriger Charakter entsprach weder der Bedeutung noch der Würde des Volksgerichtshofs. Dieser Gerichtshof hat durch die scharfe, aber gerechte und geradlinige Rechtsprechung bewiesen, daß er das in ihn gesetzte Vertrauen erfüllt hat und daß dieser Gerichtshof in seiner Besetzung mit Berufsrichtern und ehrenamtlichen Mitgliedern sich bewährt hat. Der Volksgerichtshof ist nunmehr etatiziert. Er hat seinen eigenen Haushalt und damit für die hauptamtlichen Mitglieder eigene Planstellen. Vorgesehen sind in dem Gesetz ein Präsident, der gleichzeitig in einem Senat den Vorsitz führt, und zwei Senatspräsidenten sowie sechs Volksgerichtsräte, die sämtlich die Befähigung zum Richteramt besitzen und das 35. Lebensjahr vollendet haben müssen. Die Berufung der hauptamtlichen Mitglieder erfolgt auf Lebenszeit, während es bei der Ernennung der ehrenamtlichen Mitglieder für die Dauer von fünf Jahren verbleibt.

Entsprechend seiner Bedeutung als höchstes Gericht ist auch die Eingruppierung der ernannten Richter. Der Präsident des Volksgerichtshofs ist dem Kammergerichtspräsidenten, die Senatspräsidenten denjenigen des RG. und die sechs Volksgerichtsräte den Landgerichtspräsidenten bei Gerichten mit 60 und mehr planmäßigen Richtern im Bezirk gehaltlich gleichgestellt.

Ebenso ist auch die Staatsanwaltschaft beim Volksgerichtshof selbständig geworden. Sie untersteht nicht mehr dem Oberreichsanwalt in Leipzig, sondern wird geleitet von dem Reichsanwalt beim Volksgerichtshof. Dieser bezieht das gleiche Gehalt wie die Senatspräsidenten beim Volksgerichtshof. Ihm zur Seite stehen drei Oberstaatsanwälte als Abteilungsleiter.

Noch ein Wort über die Erfahrungen der Zusammenarbeit mit den ehrenamtlichen Mitgliedern: Sie ist, getragen von gegenseitigem Vertrauen und einem sehr starken Verantwortungsbewußtsein, vorbildlich und in der Beratung außerordentlich befruchtend. Der Beweis ist damit erbracht, daß der Gedanke der nationalsozialistischen Führung, die ehrenamtlichen Mitglieder nach ihrer persönlichen Eignetheit und besonderen Sachkenntnis auszuwählen, richtig ist. Damit ist gleichzeitig gewährleistet, daß das Volk unmittelbaren Anteil an dieser Rechtsprechung hat.

In dieser glücklichen Zusammensetzung ist der Volksgerichtshof ein scharfes Instrument in der Bekämpfung und Aburteilung der schwersten Verbrechen, die ein auf dem Treuegedanken aufgebautes völkisches Staatswesen überhaupt kennt. Er hat das höchste Rechtsgut einer Nation zu garantieren, nämlich den Schutz des Staates vor Hoch- und Landesverrätern. Der Volksgerichtshof ist stolz auf die ihm übertragene Aufgabe und wird auch weiterhin unbeirrbar im Interesse und zur Gewährleistung einer ruhigen Aufbauarbeit und zur Sicherung der Volksgemeinschaft den Kampf gegen die Staatsfeinde rücksichtslos führen.

Zur Vertretung der Gemeinden

Von Kreis Syndikus Dr. Kauf, Nauen

I.

Klar und eindeutig hat die Deutsche Gemeindeordnung (DGemO.) in § 36 Abs. 1 bestimmt, daß der Bürgermeister die Gemeinde vertritt. Seine Vertretung erstreckt sich auf jedes Tätigwerden der Gemeinde, ganz gleich, ob es das Gebiet der Hoheitsverwaltung oder das des bürgerlichen Rechtsverkehrs, das der Tätigkeit der Gemeinde nach außen oder das ihrer inneren Verwaltung betrifft. Er ist das alleinige Vertretungsorgan der Gemeinde. Beigeordnete, sonstige Beamte und Angestellte, die nach § 35 DGemO. vertretungsberechtigt sein können, leiten ihr Recht zur Vertretung von ihm her. Sie vertreten ihn, nicht die Gemeinde, sind also seine Vertreter, nicht die der Gemeinde. Die Gemeinde kann nur durch ihn oder besser in seiner Person handeln. Sie selbst ist, wie jede Körperschaft des Rechts, unsichtbar und wird durch ihn verkörpert. Er ist also als Vertretungsorgan der Gemeinde für deren Handlungsfähigkeit lebensnotwendig¹⁾.

In besonderen Fällen, deren tatsächliche Voraussetzungen im Streitfall über die rechtliche Wirksamkeit einer Vertreterhandlung im bürgerlichen Rechtsverkehr nach dem Sinn und Wortlaut des Gesetzes (namentlich des § 111 DGemO.) nicht der Nachprüfung durch das ordentliche Gericht unterliegen dürften, hat sich der Staat als Machtmittel seiner Aufsicht das Recht vorbehalten, Anordnungen, die aus der Staatsdisziplin heraus notwendig sind (§§ 108—110 DGemO.), „an Stelle der Gemeinde“ selbst durchzuführen oder die Durchführung einem Dritten zu übertragen. Der Staat kann also den Bürgermeister ausschalten und selber mit Wirkung für und gegen die Gemeinde handeln, auch im bürgerlichen Rechtsverkehr. Hierdurch wird jedoch die organische Vertretungsmacht des Bürgermeisters nicht abgeschwächt, wenigstens nicht ohne weiteres. Seine Handlungen sind, solange sie nicht nach außen hin rückgängig gemacht sind (wozu § 109 DGemO. der Aufsichtsbehörde die Handhabe gibt, aber auch nur, soweit nicht schon rechtlich verbindliche Wirkungen nach außen hin eingetreten sind), nicht ihrer Wirkung beraubt. Auch der unbotmäßige Leiter einer Gemeinde vertritt noch seine Gemeinde und kann sie durch Handlungen berechtigen und verpflichten, solange er seines Amtes nicht enthoben ist. Deshalb ist es notwendig, in den Fällen der §§ 108 ff. DGemO. die Vertretungsmacht des Bürgermeisters, soweit erforderlich, zu beseitigen, sei es durch Abberufung, falls sie noch möglich ist (§ 45 DGemO.), sei es durch vorläufige Amtsenthebung, um zu unterbinden, daß er nach außen wirksam in einer Weise handelt, die den staatlichen Belangen zuwider läuft. Das Recht des Staates, an Stelle der Gemeinde zu handeln, ist kein mit der Gemeinde verbundenes organisches Vertretungsrecht neben dem des Bürgermeisters, sondern ein originäres nach Umfang und Mitteln begrifflich unbeschränktes Sonderrecht des Staates, das aus seiner Machtfülle kommt und sein Aufsichtsrecht erst mit dem Werkzeug versieht, das es braucht, um sich gegenüber der Selbstverwaltung notfalls rechtslos durchsetzen zu können. Vom Standpunkt der größeren Gemeinschaft aus gesehen, stehen Staat und Selbstverwaltung in ständiger Wechselbeziehung zueinander²⁾. Ohne das Kor-

relat einer wirksamen Aufsicht könnte die Selbstverwaltung eigene gesamtchädliche Wege gehen. Aus dieser organischen Betrachtungsweise erklärt sich auch, daß der staatliche Eingriff in das Verfassungs- und Vertretungsrecht der Gemeinde nur Teile der Gemeindeverwaltung zu erfassen braucht, deren Funktionen dann auf den Beauftragten des Staates übergehen (§ 112 DGemO.). Das kann die ganze Funktion des Bürgermeisters sein, aber auch nur ein Teil von ihr, oder die eines anderen Beamten der Gemeinde. Der Beauftragte des Staates, der sog. Staatskommissar, kann dann keine andere Rechtsstellung in der Verwaltung und in der Vertretung der Gemeinde haben, als sie der Beamte gehabt hat, dessen Funktionen ihm übertragen sind. Es handelt sich in solchem Falle also, auf die Vertretung der Gemeinde durch den Bürgermeister bezogen, um das Auswechseln einer vertretenden Person, nicht um eine Änderung der organischen Vertretung der Gemeinde. Der Staatskommissar zeichnet unter Umständen „in Vertretung“ des Bürgermeisters^{2a)}. Daraus, daß der Staat oder sein Beauftragter im Falle des § 111 „an Stelle der Gemeinde“ handelt, ergibt sich weiter, daß solche Handlungen hinsichtlich ihrer Wirksamkeit den Vorschriften über die Gemeindebehandlungen unterworfen sind, weil sie den Handlungen der Gemeinde selber gleich sind, also z. B. dem Gebot der Schriftlichkeit im Falle des § 36 Abs. 2 DGemO. oder der Genehmigung der Aufsichtsbehörde in den Fällen des § 104, wobei diese allerdings begrifflich entfällt, wenn die Aufsichtsbehörde selbst handelt²⁾; die Zustimmung des Ministers nach § 13 GUmstG. wird aber z. B. auch hier nicht ausgeschlossen.

Als alleiniges Vertretungsorgan der Gemeinde hat der Bürgermeister bürgerlich-rechtlich die Stellung eines gesetzlichen Vertreters (wie § 26 BGB.). Die Wirksamkeit seiner Willenserklärungen für und gegen die Gemeinde hängt daher unter Anwendung des § 164 BGB. davon ab, daß die Erklärung im Namen der Gemeinde abgegeben oder an den Bürgermeister als den Vertreter der Gemeinde gerichtet sein muß und daß sie sich innerhalb der Vertretungsmacht hält. Die erste Voraussetzung ist erfüllt, wenn der Wille des Bürgermeisters, für die Gemeinde zu handeln, äußerlich erkennbar ist, sei es, daß die Erklärung ausdrücklich im Namen der Gemeinde abgegeben wird, sei es, daß dies aus den Umständen (z. B. Briefbogen der Gemeinde, Abgabe im Amtsbüro u. ä.) hervorgeht. War der Wille nicht erkennbar und hält der andere Teil den Bürgermeister selber für den Verpflichteten, so kann sich der Bürgermeister nicht darauf berufen, daß er nicht für sich handeln wollte (§ 164 Abs. 2 BGB. „der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, kommt nicht in Betracht“). Das kann bei ehrenamtlich geleiteten kleineren Gemeinden u. U. praktisch werden (auch bei den abgeleiteten Vertretungen). Liegt ein solcher Fall vor, so beurteilt sich das Geschäft auch nicht nach den Sondervorschriften der DGemO., sondern nach den allgemein bürgerlich-rechtlichen oder sonstigen Vorschriften. § 36 Abs. 2 DGemO. greift z. B. nicht ein.

Die Vertretungsmacht des Bürgermeisters ist an sein Amt gebunden, beginnt und endigt also mit dem Beginn (Ernennung durch die Gemeinde § 41 Abs. 3 DGemO., genauer mit der Aushändigung der Anstellungsurkunde oder dem in ihr anzugebenden Tage der Ernennung, der nach der Aushändigung, aber nicht vor ihr liegen darf, s. RfErl. d. Pr.-MdJ. v. 25. Juli 1935 [MBlB. 958]) und dem Ende seines Amtes (Abberufung, Suspension, Dienstentlassung, Tod). Vor Beginn oder nach der Beendigung des Amtes namens der Gemeinde vorgenommenen Handlungen fehlt es an der erforder-

^{2a)} So auch Schlempp a. a. O. S. 53.

²⁾ Siehe Schlempp a. a. O. S. 53; Surén-Lojshelder, Komm. z. DGemO. § 112 Erl. 2 zu e.

¹⁾ Siehe Komm. z. DGemO. von Zeitler, Bitter, v. Derchau § 36 Erl. 1; Schlempp, „Vertretung und Formgebung bei Verpflichtungserklärungen der Gemeinden“ in „Der Gemeindegewalt“ 36, 52.

²⁾ In neuerer Zeit wird mit Nachdruck gegen die „individualistische Auffassung der Gemeinde als einer unsichtbaren Rechtspersönlichkeit“ unter dem Gesichtspunkte einer höheren Gemeinschaftsordnung und eines neuen staatsrechtlichen Gemeinschaftsdenkens Stellung genommen (siehe z. B. Prügler, „Gemeindliche Bodenordnung statt Anliegerleistungsrecht“: RVerwBl. 1936, 218 f.). Für die hier behandelten Fragen scheint mir diese Einstellung nicht von Bedeutung. Solange man die Selbstverwaltung einzelner Gebiete im Staatsgefüge gesetzlich anerkennt, muß man sie auch mit dem praktisch Notwendigen ausstatten. Dazu gehört ihre eigene Handlungsfähigkeit durch ihre Vertreter.

sichen Vertretungsmacht. Sie können nicht unmittelbar für und gegen die Gemeinde wirken.

Die Vertretungsmacht des Bürgermeisters ist grundsätzlich unbeschränkt und auch unbeschränkbar. Eine Ausnahme enthält nur § 104 DGemD. i. Verb. m. den einschlägigen Vorschriften des Gesetzes (§§ 62 Abs. 2, 66 Abs. 2 letzter Satz, 71, 75, 76, 78 und 81 DGemD.), in denen die Genehmigung der Aufsichtsbehörde zu gewissen Rechtshandlungen verlangt ist. Durch die Fassung des § 104 ist das Vorhandensein der aufsichtsbehördlichen Genehmigung zu einem gesetzlichen Tatbestandsmerkmal gemacht, das erfüllt sein muß, wenn die Vertreterhandlung wirken soll. Solange die Genehmigung nicht erteilt ist, kann die Handlung nicht wirken. In den Fällen des § 104 Abs. 2 muß sie schon bei der Erklärung der Gemeinde vorliegen, also vorher beschafft sein, sonst ist die Erklärung, auch bei Wahrung aller sonstigen Formen unheilbar nichtig (so geregelt zur Verschärfung des Verbots der Ausübung einer Monopolstellung der Gemeinde in der Wirtschaft [§ 73] und des Verbots einer besonderen Sicherung des Darlehnsgebers der Gemeinde [§ 79 DGemD.]). In den andern Fällen kann die Genehmigung nachgeholt werden. Der bis dahin bestehende Schwebezustand unterliegt der rechtlichen Beurteilung nach den §§ 182 ff. BGB., die man zum mindesten analog anzuwenden haben wird. Die Aufsichtsbehörde ist zwar in ihrer staatsrechtlichen Stellung kein „Dritter“, hat aber im Hinblick auf die bürgerlich-rechtliche Seite des Rechtsgeschäfts der Gemeinde und vom Standpunkt des Vertragsgegners der Gemeinde aus gesehen, eine Stellung wie der Dritte. Es sind daher m. E. keine Bedenken gegen die sinngemäße Anwendung dieser Bestimmungen vorhanden, z. B. auch nicht des § 183, wonach die vorherige Zustimmung der Aufsichtsbehörde bis zur Vornahme des Rechtsgeschäfts widerruflich ist. Die nachträglich erteilte Genehmigung wirkt grundsätzlich, soweit nichts anderes bestimmt ist, auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück (§ 184 BGB.). Daß der Bürgermeister gehalten ist, in wichtigen Fällen die Gemeinderäte vorher zu hören (§ 55 DGemD.), hat nur Bedeutung im Innenverhältnis und schränkt seine Vertretungsmacht nach außen hin ebensowenig ein wie z. B. die Vorschriften über die Beachtung des Haushaltsplanes (§§ 87 ff. DGemD.), deren Verletzung aber seine persönliche Haftung zur Folge haben kann (§ 92 DGemD.). Auch die Vorschrift, daß Erklärungen, durch die die Gemeinde verpflichtet werden soll, der schriftlichen Form bedürfen (§ 36 Abs. 2 DGemD.⁴⁾), hat nichts mit seiner Vertretungsmacht zu tun. Es handelt sich hier um eine Formvorschrift nach § 125 Satz 1 BGB. Eine Erklärung, die die Gemeinde verpflichten soll, wirkt nicht, wenn sie nicht geschrieben und gehörig unterschrieben ist, ganz gleich, ob der oder die Unterzeichner Vertretungsmacht haben oder nicht. Eine Verletzung der Form ist nicht durch irgendeine nachträgliche oder zusätzliche Maßnahme eines legitimierten Vertreters der Gemeinde, insbesondere auch nicht durch eine nachträgliche Genehmigung rückwirkend heilbar⁵⁾. Das Rechtsgeschäft müßte ebenso wie bei Verstoß gegen die Genehmigungsvorschriften in den Fällen des § 104 Abs. 2 DGemD. oder gegen die Formvorschrift des § 313 BGB. o. ä. in richtiger Form neu vorgenommen werden (§ 141 BGB.).

Die Vertretung der Gemeinde durch den Bürgermeister bietet hiernach im allgemeinen keine rechtlichen Besonderheiten. Ihr Umfang ist, weil sie nur durch das Gesetz im Einzelfällen eingeschränkt ist, gut in seinen Grenzen erkennbar. Das gleiche ergibt sich bei der ersten Vertretung des Bürger-

meisters, der sog. allgemeinen Vertretung. Die Vertretungsmacht des allgemeinen Vertreters geht so weit wie die des Bürgermeisters selbst und ist unabhängig davon, ob der Bürgermeister selber zur Vertretung in der Lage ist oder nicht. Der Bürgermeister kann sie zwar im Innenverhältnis, nicht aber mit rechtlicher Wirkung nach außen einschränken. Seine Befugnis hierzu folgt nicht unmittelbar aus dem Gesetz, sondern aus seiner Führerstellung, die ihm stets die Möglichkeit gibt, alle ihm unterstellten Beamten (auch die ehrenamtlichen) und Angestellten mit Weisungen jeder Art zu versehen (siehe Ausf. Best. z. DGemD. Ziff. 1 zu § 35). Auch diese Vertretungsmacht ist demnach im allgemeinen verhältnismäßig leicht festzustellen. Schwieriger ist schon u. U. die Feststellung, wer allgemeiner Vertreter ist. Sagt das Gesetz in § 35 Satz 1 auch, allgemeiner Vertreter sei der 1. Beigeordnete, so wird dieser hin und wieder tatsächlich oder rechtlich (§§ 38, 25 DGemD.) an der Vertretung verhindert sein, so daß einer der übrigen Beigeordneten für ihn einspringen muß. Selbstverständlich gilt für die Vertretungsbefugnis auch hier, wie bei dem Bürgermeister, das Amt des Beigeordneten als die Grundlage, so daß also Anfang und Ende dieses Amtes gegebenenfalls zu prüfen wären. Das Recht zur Vertretung ist aber im Gegensatz zu der Vertretungsbefugnis des 1. Beigeordneten den übrigen Beigeordneten durch das Gesetz nur dann eingeräumt, wenn der 1. Beigeordnete tatsächlich verhindert ist. Die Verhinderung des 1. Beigeordneten ist also die rechtliche Voraussetzung für die Wirksamkeit der Sondervertretung durch einen anderen Beigeordneten. Fällt allerdings die Vertreterhandlung im Einzelfall zugleich in das Arbeitsgebiet des vertretenden Beigeordneten, so ist sie nach § 35 Abs. 2 DGemD. auch ohne die Voraussetzung der tatsächlichen Verhinderung gültig. Andernfalls wird die Feststellung, ob die Voraussetzung erfüllt gewesen ist, nicht immer leicht sein, besonders dann nicht, wenn der 1. Beigeordnete nicht allgemein, z. B. durch Urlaub oder Krankheit, sondern nur im Einzelfall verhindert war⁶⁾).

Die Reihenfolge, in der die übrigen Beigeordneten an Stelle des 1. Beigeordneten den Bürgermeister vertreten dürfen, richtet sich entweder nach ihrem Dienstalter als Beigeordnete ihrer Gemeinde oder, falls der Bürgermeister etwas anderes bestimmt hat, nach dessen Bestimmungen. Eine besondere Form für diese Bestimmung ist nicht vorgeschrieben. Der Außenstehende hat insoweit keine Möglichkeit, die gesetzlichen Voraussetzungen einer solchen Vertretung nachzuprüfen, es sei denn, daß er besondere Ermittlungen darüber anstellt.

Je größer die Verwaltung der Gemeinde ist, desto größer ist das Bedürfnis nach weiteren Vertretungsmöglichkeiten. Deshalb bestimmt § 35 Abs. 2 DGemD., daß die übrigen Beigeordneten den Bürgermeister „in ihrem Arbeitsgebiet“ vertreten. Auch hier ist die Vertretungsbefugnis gegeben ohne Rücksicht auf die Behinderung des Bürgermeisters oder des 1. Beigeordneten, und auch mit unbeschränkbarer Wirkung nach außen. Im Innenverhältnis ist sie nach § 35 Abs. 2 DGemD. dadurch beschränkbar, daß der Bürgermeister jede Angelegenheit, die der Beigeordnete bearbeitet, an sich zieht, d. h. ihre selbständige Bearbeitung und Entscheidung übernimmt. Daß hierdurch die Vertretung des Beigeordneten nach außen eingeschränkt werden sollte, geht aus dem Gesetz nicht hervor. Vielmehr ergibt sich aus der amtlichen Begründung zu § 35 Ziff. 1 b letzter Satz, daß die Beschränkung nur das Innenverhältnis berührt⁷⁾. Auch sonst kann der Bürgermeister seiner Führerstellung entsprechend die Beigeordneten durch Anweisungen im Innenverhältnis binden (amtl. Begründung Ziff. 1 zu § 34). Er kann aber auch die Geschäftsverteilung, von der der Umfang des Arbeitsgebietes des Beigeordneten abhängt, jederzeit ändern. Dadurch, aber auch nur dadurch kann er die Vertretungsbefugnis des Beigeordneten (also mit Wirkung nach außen) jederzeit einschränken oder erweitern. Da die Vertretungsmacht des Beigeordneten von dem Umfang

⁴⁾ Durch die 2. WD. zur Durchführung der DGemD. v. 25. März 1936 (RGBl. 272) ist der § 36 Abs. 2 rückwirkend vom 1. April 1935 ab (!) dahin erweitert worden, daß „Geschäfte der laufenden Verwaltung, die für die Gemeinde geldlich von nicht erheblicher Bedeutung sind“, bis auf weiteres nicht der Form des § 36 Abs. 2 bedürfen. Ähnlich, aber in der Abgrenzung der Geschäfte enger § 45 Abs. 3 PrGemFinG., das noch für die Provinzen und Kreise gilt.

⁵⁾ So auch Schlempp a. a. O. S. 140, der über die Arglisteinrede und die (beschränkte) Möglichkeit der Heilung durch nachfolgende Erfüllung Näheres bringt. Vgl. auch die dort angezogene Entscheidung des RG.: NVerwBl. 56 (1935), 598 und RGZ. 139, 64 = JW. 1933, 1526⁹⁾ mit Anm.

⁶⁾ Worauf auch Schlempp a. a. O. S. 55 hinweist.

⁷⁾ Wie hier Surén-Lojcheider § 35 Ecl. 4. Unrichtig: Schlempp S. 56, der Einschränkung der Vertretungsmacht annimmt.

seines Arbeitsgebietes abhängt, ergibt sich für den Bürgermeister praktisch die Notwendigkeit, die Grenzen der einzelnen Arbeitsgebiete möglichst klar und eindeutig zu ziehen, eine Aufgabe, die, wie die Praxis immer wieder lehrt, nicht leicht und oft genug nur mit verschwommenen Grenzen, also mangelhaft zu lösen ist. Auch hier ist für die Verteilung der Arbeitsgebiete und ihre Abgrenzung keine bestimmte Form vorgeschrieben. Infolgedessen kann der Bürgermeister nicht nur zu Beginn der Amtszeit des Beigeordneten, sondern auch später frist- und formlos durch eine mündliche Anordnung die Geschäfte und damit die Arbeitsgebiete anders verteilen. Eine Ausnahmestellung hat nur der Stadtkämmerer, dessen Arbeitsgebiet in seinem Mindestumfang gesetzlich (durch § 34 Abs. 2 Satz 2 DGemD.) festgelegt ist, allerdings, was die Vertretungsmacht angeht, auch nicht mit völlig eindeutigen Grenzen („Verwaltung des Geldwesens“). Je nach ihrem Inhalt berührt die Änderungsmaßnahme des Bürgermeisters entweder nur das Innenverhältnis oder auch sofort das Außenverhältnis, also die Vertretungsmacht des Beigeordneten, ohne daß dies dem Dritten, der mit der Gemeinde rechtsgeschäftlich zu tun hat, erkennbar zu sein braucht.

In § 35 Abs. 3 DGemD. gibt der Gesetzgeber schließlich die Möglichkeit, daß außer den Beigeordneten auch andere Beamte und Angestellte „in bestimmten Angelegenheiten“ mit der Vertretung des Bürgermeisters „beauftragt“ werden. Ihre Vertretungsmacht folgt demnach nicht unmittelbar aus dem Gesetz wie die des Beigeordneten, die allerdings mit Ausnahme der des 1. Beigeordneten, wie wir gesehen haben, auch noch ein Tätigwerden des Bürgermeisters, nämlich die Zuteilung eines Arbeitsgebietes, voraussetzt, sondern aus einem dienstlichen Auftrag. Es handelt sich hier nicht etwa um einen Auftrag im Rechtsinne der §§ 662 ff. BGB.⁷⁾, sondern im Sprachgebrauch des öffentlichen Dienstes. Es ist damit das Verhältnis der Unterordnung des Beauftragten und seine besondere Gehorsamspflicht betont. Die Vertretung ist hier also keine gesetzliche, sondern eine kraft besonderen Willens. Ihre Ausdrucksform ist nicht die bürgerlich-rechtliche Vollmacht und ihre Rechtsgrundlage nicht ein bürgerlich-rechtliches Vertragsverhältnis, z. B. Auftrag, Dienst- oder Werkvertrag, sondern ein dienstlicher Befehl. Praktische Folgerungen ergreifen sich aber für die Vertretung aus dieser Unterscheidung grundsätzlich nicht (über die Nichtanwendbarkeit von §§ 170 ff. BGB. siehe unten). Auch kommt das Besondere des dienstlichen Auftrags im Innenverhältnis rechtlich nur in der Beziehung des Bürgermeisters zu seinen Beamten zum Ausdruck, nicht dagegen zum Angestellten. Die Rechtsstellung des Beamten seiner Anstellungsgemeinde gegenüber ist nach der herrschenden Ansicht nicht nach den Grundsätzen über das Dienstverhältnis eines Angestellten oder Arbeiters zu beurteilen, sondern unterliegt in vieler Hinsicht Sonderbestimmungen. Wird z. B. der dienstlich erteilte Auftrag verletzt und sollen disziplinarische Folgerungen daraus gezogen werden, so sind sie beim Beamten und Angestellten ihrer verschiedenen Rechtsstellung entsprechend verschieden, sowohl was die Maßnahmen selber anbelangt (Disziplinarstrafen oder Kündigung), wie auch im Hinblick auf den Rechtsschutz des zu Maßregelnden (Dienststrafgerichte oder Arbeitsgerichte). Daß der Arbeiter im § 35 Abs. 3 DGemD. nicht erwähnt ist⁸⁾, ist zwar zu beachten, kann aber für die Praxis, wie schon aus den obigen Ausführungen hervorgeht, keine allzu große Bedeutung erlangen. Die Vollmacht, die der Angestellte kraft dienstlichen Auftrags in bestimmten Angelegenheiten vom Bürgermeister oder ermächtigten Beigeordneten erhalten kann, kann der Arbeiter, wie jeder Dritte, kraft bürgerlich-rechtlichen Auftrages bekommen (s. unten). Allerdings wird seine Vertretungsbefugnis in der Praxis seinem wirtschaftlichen Aufgabengebiet entsprechend, immer nur eng begrenzt sein.

„Bestimmte Angelegenheiten“, in denen die Beamten und Angestellten beauftragt werden können, müssen, wenn die Sprache des Gesetzes beachtet wird, etwas anderes sein als

die „Arbeitsgebiete“ in § 35 Abs. 2 DGemD.⁹⁾. Die amtliche Begründung bringt, ebenso wie die Ausführungsanweisung, zur Auslegung des Begriffs nichts. Daß die Beamten und Angestellten an die Grenzen ihres jederzeit widerruflichen Auftrages gebunden sind (so die amtl. Begründung Ziff. 2 zu § 35), bietet nichts Besonderes, denn, wie wir gesehen haben, sind auch die Beigeordneten in ihrem Arbeitsgebiet an Weisungen und, was für die Vertretungsbefugnis bedeutungsvoll ist, an jederzeit veränderliche Grenzen gebunden. Die Unterscheidung ist wenig klar und für das hier behandelte Thema der Vertretungsmacht auch schwierig. Was „Arbeitsgebiet“ ist, bestimmt der Bürgermeister. Kein Gericht kann das, wenn es die Vertretungsmacht zu prüfen hat, korrigieren, sondern allenfalls auslegen. Ob aber der Vertretungsauftrag des Bürgermeisters nach § 35 Abs. 3 DGemD. sich im gesetzlichen Rahmen gehalten hat („in bestimmten Angelegenheiten“), muß das Gericht erforderlichenfalls prüfen und entscheiden, wobei es auch zu dem Ergebnis kommen kann, daß der Bürgermeister durch seinen Vertretungsauftrag den gesetzlichen Rahmen überschritten habe und die Vertreterhandlung aus diesem Grunde unwirksam sei. In § 35 Abs. 3 DGemD. wird ein Unterschied zwischen einer „bestimmten Angelegenheit“ und einem „Arbeitsgebiet“ gemacht. Sinngemäß muß hiernach die Angelegenheit, die bestimmt wird, aus dem Arbeitsgebiet herrühren, mit andern Worten also etwas Kleineres sein als das Arbeitsgebiet. Aber auch mit dieser Feststellung ist für die Frage, wo die Grenze des einen und des anderen verläuft nicht viel gewonnen. Das Schrifttum legt allem Anschein nach¹⁰⁾ den Begriff der „bestimmten Angelegenheit“ im Gegensatz zur „einzelnen Angelegenheit“ möglichst weit aus, wobei die Formulierung, daß „ein bestimmter abgegrenzter Kreis von Geschäften“ gemeint sei, noch am glücklichsten erscheint, wenigstens, soweit die Geschäfte sich auf bestimmte dienstliche Aufgaben (also doch wieder Arbeitsgebiete?) beziehen^{9a)}.

Jeder, der sich aus der Praxis heraus mit der Frage zu befassen hat, muß die Notwendigkeit anerkennen, daß in größeren Gemeinden die Vertretung des Bürgermeisters auch durch andere Personen als nur durch Beigeordnete zulässig sein muß. Man kann aber nicht sagen, daß diese Erkenntnis im Gesetz einen Niederschlag gefunden habe, der nicht vielen Zweifeln und Rechtsunsicherheiten Raum ließe.

Den dienstlichen Auftrag erteilt grundsätzlich der Bürgermeister. Er kann, wenn er die Geschäftsverteilung vornimmt, die betr. Beamten und Angestellten von sich aus ohne Rücksicht auf das Arbeitsgebiet der Beigeordneten für „bestimmte Angelegenheiten“ mit seiner Vertretung beauftragen. Anders als in dem PrGemFinG. v. 15. Dez. 1933 (GS. 442 § 44) ist auch hier wie in den vorher erörterten Vertretungsfällen keine besondere Form vorgeschrieben¹¹⁾. Den Auftrag kann der Bürgermeister jederzeit widerrufen. Auch seine verfassungsmäßigen Vertreter (§ 35 Abs. 1 und 2 DGemD.) sind hierzu befugt, soweit sich der Bürgermeister dies nicht ausdrücklich allgemein oder im Einzelfalle selber vorbehalten hat. Dies folgt aus dem allgemeinen Gesichtspunkt der Unbeschränktheit ihrer Vertretungsbefugnis. Arg. e contr. könnte aus § 35 Abs. 2 DGemD. gefolgert werden, daß die Beigeordneten, wie

⁹⁾ A. M. Zeitler, Bitter, v. Derschau, Komm. § 35 Erl. 3, wo beides gleichgesetzt ist.

^{9a)} So offenbar gemeint von Schlempp a. a. O. Vgl. in diesem Zusammenhang § 3 der 2. Durchf. v. D. z. DGemD. (RWB. 1936, 273). Dort ist in Satz 2 die Ausnahme von der Schriftform des § 36 Abs. 2 auch auf Geschäfte bezogen, die ein für das Geschäft oder „den Kreis von Geschäften“ ausdrücklich Bevollmächtigter abschließt, wenn die Vollmacht in der Form des § 36 Abs. 2 DGemD. erteilt ist.

¹⁰⁾ Siehe Zeitler, Bitter, v. Derschau, Komm. z. DGemD. § 35 Erl. 3; Schlempp a. a. O. S. 57.

¹¹⁾ Das PrGemFinG. verlangte besondere schriftliche Vollmachten auch keinen Unterschied zwischen Arbeitsgebieten und best. Angelegenheiten. Die Regelung gilt heute noch für die Verbände. Siehe im übrigen Schlempp a. a. O. S. Zeitler, Bitter, v. Derschau, Erl. 3 zu § 35, die Zeit empfehlen. Die Notwendigkeit hierfür dürfte schon auf § 36 Abs. 2 Satz 3 DGemD. gegeben sein.

⁷⁾ Siehe Schlempp S. 47 Anm. 40.

⁸⁾ Worauf Schlempp a. a. O. S. 57 besonders hinweist.

zur Auftragserteilung, auch zum Widerruf besonders ermächtigt werden müßten; daß sie also das Recht des Widerrufs nicht hätten, wenn sie nicht ausdrücklich ermächtigt worden wären. So weit zu gehen, zwingt aber der Sinn des Gesetzes nicht, auch nicht das Bedürfnis der Praxis, denn der Bürgermeister kann den Widerruf als besondere Angelegenheit jederzeit an sich ziehen und so oder auch durch andere Weisungen die Dinge in seinem Sinne regeln. Der Widerruf ist ein Akt der Verwaltungsführung, weil rein interner Art, nicht der Vertretung nach außen (§ 32, nicht § 36 DGemD.), unterliegt also auch dann keiner Form, wenn der Auftrag, der widerrufen wird, schriftlich erteilt war. Würde es sich um eine bürgerlich-rechtliche Vollmacht handeln, so fände § 171 Abs. 2 BGB. Anwendung, wonach die Vertretungsmacht bestehen bliebe, bis die Kundgebung der Vollmacht in derselben Weise wie sie erfolgt ist, widerrufen würde. Da es sich aber nicht um eine bürgerliche Vollmacht handelt, sondern um einen Auftrag anderen Rechtes, läßt sich diese zum Schutz des gutgläubigen Dritten geschaffene Vorschrift auf die dienstliche Beauftragung nicht anwenden. Man würde sonst die DGemD., die die Führung der Verwaltungsgeschäfte regelt, in einer Weise durch privatrechtliche Vorschriften ergänzen, die sich nicht mehr mit ihrer Bedeutung als besonderes Verfassungsgesetz verträgt (siehe unter II). Nach der DGemD. ist der gutgläubige Dritte nicht vor Überraschungen geschützt, die sich aus dem Widerruf eines dienstlichen Auftrags für die Wirksamkeit einer Vertreterhandlung ergeben können. Erhebliche Unklarheiten und Verwicklungen können auch daraus entstehen, daß die Zuständigkeit mehrerer Vertreter es ermöglicht, daß der eine einen Auftrag erteilt und ein anderer ihn widerruft. Auch hier können Maßnahmen dieser Art bedeutende zivilrechtliche Wirkungen nach sich ziehen.

Die Beigeordneten können „in ihrem Arbeitsgebiet“ solche dienstlichen Aufträge nach § 35 Abs. 3 DGemD. zur Vertretung des Bürgermeisters erteilen, wenn der Bürgermeister sie dazu ermächtigt hat. Die Ermächtigung muß also besonders, wenn auch ohne Form, ausgesprochen sein. Ist sie nicht erteilt, darf der Beigeordnete derartige Aufträge nicht erteilen. Nach der Stellung des Beigeordneten in der allgemeinen Vertretung des Bürgermeisters muß man annehmen, daß der Beigeordnete auch ohne besondere Ermächtigung das Recht zur Auftragserteilung habe, soweit er den Bürgermeister allgemein vertreten kann, denn in seiner Eigenschaft als allgemeiner Vertreter des Bürgermeisters muß er auch stellvertretender Dienstvorgesetzter aller Beamten, Angestellten und Arbeiter der Gemeinden sein, es sei denn, daß der Bürgermeister sich dieses Gebiet ganz oder teilweise ausdrücklich vorbehalten hat. Da das Gesetz die besondere Ermächtigung, Vertretungsaufträge an Beamte und Angestellte zu erteilen, vorschreibt, muß gefolgert werden, daß der Beigeordnete, der den Bürgermeister nicht allgemein vertritt, ohne besondere Ermächtigung keinen Auftrag erteilen kann. Tut er es trotzdem, handelt er ohne Vertretungsmacht und daher rechtlich wirkungslos. Der allgemeine Vertreter des Bürgermeisters (I. Beigeordneter oder bei seiner Verhinderung ein anderer Beigeordneter) kann also ohne besondere Ermächtigung beauftragen, der Beigeordnete, der nicht allgemein vertritt, nur mit besonderer Ermächtigung. Besondere Bedeutung bekommt der etwaige Mangel der Vertretungsmacht bei der Auftragserteilung u. U.¹²⁾ bei der Unterzeichnung einer Verpflichtungserklärung der Gemeinde im Falle der Vertretung des Bürgermeisters (§ 36 Abs. 2 DGemD.). Fehlt einem der zwei Unterzeichner die Vertretungsberechtigung — und nach dem oben Dargelegten sind genug Fehlerquellen für eine solche Möglichkeit vorhanden —, so ist die Verpflichtungserklärung der Gemeinde ohne rechtliche Wirkung und, was oft größere Folgen hat, unheilbar nichtig.

Außer durch die Vertreter nach § 35 DGemD. kann die Gemeinde noch durch bürgerlich-rechtliche Bevollmächtigte handeln. Sowohl die amtliche Begründung (zu § 36) wie die Ausführungsanweisung (zu § 35 Ziff. 3 Abs. 2) betonen, daß dies selbstverständlich sei. Derartige Vollmachten sind nach bürger-

lichem Recht zu beurteilen. Sie könnten zwar begrifflich so weit gehen wie die Handlungsfähigkeit der Gemeinde auf bürgerlich-rechtlichem Gebiet überhaupt. Mehr Rechte, als die Gemeinde selber hat, kann sie natürlich nicht auf den Bevollmächtigten übertragen. Infolgedessen kann ein Bevollmächtigter, der ein Darlehn für die Gemeinde aufnehmen oder ein größeres Grundstück für sie verkaufen soll¹³⁾, das Geschäft wirksam auch nur abschließen, wenn die gesetzlich erforderlichen Genehmigungen der Aufsichtsbehörde erteilt werden. Ob die etwa schriftlich gegebene Vollmacht der Gemeinde hierauf aufmerksam macht, ist rechtlich unerheblich. Daß aber die Vollmachten der Gemeinde nicht in Generalvollmachten ausarten dürfen, hat das RG.¹⁴⁾ schon früher dadurch ausgesprochen, daß es allzu weitgehenden Vollmachten, durch die der Machtgeber seine gesamten Befugnisse einem andern übertrug, die Wirksamkeit auch Dritten gegenüber absprach (so RG. 86, 265). Durch die 1. Ausf. Anw. zu § 36 Nr. 2 d ist in übrigen den Gemeinden die Ausstellung von Generalvollmachten ausdrücklich untersagt. Es soll dadurch verhindert werden, daß die eigentlichen Verantwortlichkeiten und Hemmungen, die die DGemD. festgelegt hat, durch weitgehende Vollmachten abgeschwächt oder umgangen werden. Eine Generalvollmacht der Gemeinde wäre also heute in jedem Falle ohne Wirkung. Wohl aber läßt das Schrifttum¹⁵⁾ Vollmachten für einen bestimmten Geschäftskreis oder sogenannte Gattungsvollmachten für eine bestimmte Art von Geschäften, z. B. zur Pargellierung eines bestimmten Gemeindegeländes oder allgemein zur Auflassung von Grundstücken der Gemeinde oder zur Vertretung in Prozessen der Gemeinde zu. Es handelt sich also um etwas Ähnliches wie in § 35 Abs. 3 DGemD. („bestimmte Angelegenheiten“). Der Umfang der Vertretungsmacht ergibt sich in diesen Fällen aus der Vollmacht selbst. Die Vollmachtserteilung ist grundsätzlich formlos¹⁶⁾. Für Verpflichtungserklärungen aber schreibt die Ausf. Anw. auch für die Vollmacht die Schriftlichkeit nach § 36 Abs. 2 DGemD. ausdrücklich vor (siehe auch § 3 Satz 2 der 2. Durchf. Anw. z. DGemD. (RGBl. 1936, 273)), offenbar, um eine Umgehung des § 36 Abs. 2 durch Erteilung einer Vollmacht an Dritte zu verhüten, also zum Schutze der Gemeinden aus Gründen der Rechtsicherheit¹⁷⁾. Aber auch schon nach der Rechtsprechung des RG. (RGZ. 76, 182 = JW. 1911, 577) bedarf eine Vollmacht, mit der nur die Form des § 313 BGB. bei der Grundstücksveräußerung umgangen werden soll, der gleichen Form des § 313. Ferner ist die Vollmacht z. B. zur Gründung einer GmbH. nach besonderer Vorschrift formbedürftig (§ 2 Abs. 2 GmbHG.). Aus alledem folgt, daß es immer zweckmäßig, häufig aber auch rechtlich notwendig ist, die Schriftform, wenn nicht gar die gerichtliche oder notarielle bei der Vollmachtserteilung der Gemeinde zu wahren.

Wer die Vollmachten namens der Gemeinde erteilen darf, sagt die DGemD., die sie nicht besonders erwähnt^{17a)}, nicht ausdrücklich. Infolgedessen ist dies aus den allgemeinen Vertretungsbestimmungen zu beantworten. Selbstverständlich kann der Bürgermeister sie nach § 36 DGemD. erteilen, außer ihm aber stets auch sein allgemeiner Vertreter nach § 35 Abs. 1 Satz 2 (g. F. in der Form der zwei Unterschriften nach § 36 letzter Satz) und in ihrem „Arbeitsgebiet“ auch die Beigeordneten (ebenfalls evtl. mit zwei Unterschriften¹⁸⁾). Es ist aus dem Gesetz nichts zu entnehmen, was darauf schließen ließe, daß die Beigeordneten das Recht der Vollmachtserteilung nicht auch hätten, soweit derartige Bevollmächtigungen in ihr Arbeitsgebiet fallen. Z. B. im Grundstücksbezernat und der Rechtsabteilung dürften Vollmachten für den Gerichtsvorbehalt¹⁸⁾ durchaus im Arbeitsgebiet des betr. Beigeordneten notwendig

¹³⁾ Siehe hierzu die 1. u. 2. Durchf. Anw., die die strengen Vorschriften der DGemD. mehrfach gelockert haben.

¹⁴⁾ Woran Zeitler, Bitter, v. Derschau, Erl. 4 zu § 36 erinnern.

¹⁵⁾ Vgl. Zeitler, Bitter, v. Derschau a. a. D.

¹⁶⁾ Vgl. § 167 Abs. 2 BGB., Ausführungsanweisung zu § 36, 2 d, Schlempp S. 58 und die dort zitierte Lit.

¹⁷⁾ Vgl. hierüber besonders Schlempp a. a. D. S. 58.

^{17a)} Jetzt erwähnt sie die 2. Durchf. Anw. v. 25. März 1936 in § 3, f. oben.

¹⁸⁾ Hierüber anscheinend a. M. Schlempp S. 59.

¹²⁾ Worauf Schlempp S. 56 besonders aufmerksam macht.

sein und daher innerhalb ihrer Vertretungsmacht liegen. Dar- aus, daß den Beigeordneten die Ermächtigung nach § 35 Abs. 3 fehlen kann, Beamte und Angestellte in ihrem Arbeits- gebiet mit einer Vertretung dienstlich zu beauftragen, läßt sich nicht schließen, daß ihnen das Recht fehlen soll, bürgerlich- rechtliche Vollmachten zu erteilen. Die Vertretungsmacht des Beigeordneten in seinem Arbeitsgebiet ist, wie wir oben ge- sehen haben, grundsätzlich unbeschränkt und in ihrer Außen- wirkung unbeschränkbar. Die Tatsache, daß ein Beigeordneter, der nicht nach § 35 Abs. 3 DGemD. ermächtigt ist, Beamte und Angestellte dienstlich zu beauftragen, fast den gleichen Er- folg auf dem Wege der bürgerlich-rechtlichen Vollmacht er- reichen kann, reicht nicht aus, ihm das Recht der Vollmachten- erteilung überhaupt abzuspreden. Das müßte der Gesetzgeber dann schon deutlich sagen. Liegt es in der Absicht des Bürger- meisters, dem Beigeordneten nicht das Recht der Vollmachten- erteilung zu geben, z. B. aus Gründen einer strafferen Füh- rung der Verwaltungsgeschäfte, so kann und muß er sich nach der jetzigen Rechtslage dieses Recht ausdrücklich vorbehalten oder er muß die Vollmachtenerteilung als einzelne Angelegen- heit nach § 35 Abs. 2 DGemD. später an sich ziehen. Daß diese Maßnahmen aber nur im Innenverhältnis wirken, geht aus den früheren Ausführungen zur Genüge hervor.

Da die bürgerlich-rechtlichen Bestimmungen der §§ 167 ff. BGB. auf solche Vollmachten der Gemeinden anzuwenden sind, finden auch die Schutzbestimmungen der §§ 170—172 An- wendung. Hat also die Gemeinde die Vollmacht durch Er- klärung gegenüber einem Dritten erteilt, so bleibt sie diesem gegenüber in Kraft, bis ihm die Gemeinde das Erlöschen an- gezeigt hat. Das gleiche gilt, wenn die Gemeinde die Voll- macht zwar gegenüber dem Bevollmächtigten selbst erteilt, hiervon aber dem Dritten besondere Mitteilung gemacht oder sie gar durch öffentliche Bekanntmachung kundgegeben hat. Hier muß der Widerruf in derselben Weise wie die Kundge- bung erfolgen. Hat der bevollmächtigte Vertreter eine Voll- machtsurkunde von der Gemeinde erhalten und sie dem Dritten vorgelegt, so bleibt die Vertretungsmacht so lange bestehen, bis die Vollmachtsurkunde der Gemeinde zurückgegeben oder für die kraftlos erklärt ist. Daß nur der gutgläubige Dritte, der die inzwischen eingetretenen Veränderungen nicht kennt oder kennen muß, geschützt wird, ergibt sich aus §§ 169 und 173 BGB. Liegt ein Mißbrauch der Vertretungsmacht vor, so können nach den Grundsätzen, die das RG. entwickelt und wiederholt bekräftigt hat, und die den Notwendigkeiten des Rechtsverkehrs in vielen Fällen genügend Rechnung tragen, die abgeschlossenen Geschäfte trotz vorliegender Vertretungs- macht nichtig sein. Es kommt hier aber sehr auf den einzelnen Fall an¹⁹⁾. Die Rechtsprechung hat auf diese Weise den groben Auswüchsen der Vertretung der Gemeinden durch bürgerlich- rechtliche Bevollmächtigte sowohl wie durch gesetzliche oder ver- fassungsmäßige Vertreter namentlich bei bewußtem und ge- wolltem Zusammenwirken zwischen Vertreter und Dritten zum Schaden der Gemeinde, aber auch schon bei fahrlässiger Un- kenntnis (z. B. von Weisungen des Bürgermeisters) einen Miegel vorgeschoben.

II.

Die obigen Ausführungen, die keinen Anspruch darauf machen, die Materie der Vertretung der Gemeinde erschöpfend behandelt zu haben, zeigen, daß die gesetzliche Regelung an vielen Stellen Raum für Unklarheiten und Fehler gelassen hat. Je weiter sich die Vertretung der Gemeinde, organisch gesehen, von der durch den Bürgermeister entfernt, desto schwieriger wird es, den Umfang der Vertretungsmacht des einzelnen Vertreters zu bestimmen, zum Teil nur in tatsächlicher Be- ziehung, zum Teil aber auch in rechtlicher Hinsicht. Liegen in der Vertreterhandlung Mängel der Vertretungsmacht, han- delt z. B. der Bürgermeister vor seiner Ernennung oder nach seiner Abberufung oder Amtsenthebung oder ohne aufsichts- behördliche Genehmigung, der Beigeordnete außerhalb seines Arbeitsgebietes, der Beamte oder Angestellte unter Überschrei-

tung seines dienstlichen Auftrages, der Bevollmächtigte außer- halb seiner Vollmacht, so handeln die Vertreter ohne Vertre- tungsmacht. Ihre Erklärungen können nicht unmittelbar für oder gegen die Gemeinde wirken. Hieraus darf aber nicht allgemein geschlossen werden, daß solchen Erklärungen die Wirksamkeit auf immer ver sagt bliebe. Die Gemeinde ist im bürgerlichen Rechtsverkehr eine Rechtsperson, die, wie die juristische Person des Privatrechts, bürgerlich-rechtlich berech- tigt und verpflichtet werden kann. Soweit nicht ihre Sonder- stellung im Staatsganzen aus Gründen des öffentlichen Wohles zu anderen Schlüssen zwingt und soweit nicht ins- besondere die Vorschriften ihres Verfassungsgesetzes, nämlich der DGemD., etwas anderes bestimmen, kann sich die Ge- meinde nicht außerhalb der Gesetze stellen, die den bürgerlich- rechtlichen Verkehr zu regeln bestimmt sind. Infolgedessen ist die Tatsache, daß die Gemeinde als Selbstverwaltungsteil des Staates in gewisser Beziehung Sonderrechten unterliegen muß, kein Hindernis, die §§ 177 ff. BGB. über den Vertreter ohne Vertretungsmacht insoweit anzuwenden, als Wortlaut oder Sinn der DGemD. dem nicht entgegenstehen. Das RG. hat zwar in einer Entscheidung v. 9. April 1918 (Recht 1918 Nr. 1230) mit Bezug auf die Aktiengesellschaften ausgeführt, das HGB. habe die Vertretungsbefugnis der einzelnen Organe der AktG. dergestalt geregelt, daß zur Vertretung regelmäßig der Vorstand und ausnahmsweise der Aufsichtsrat und die General- versammlung berufen seien; die damit bezweckte Sicherheit des Rechtsverkehrs würde wesentlich beeinträchtigt und es ergäbe sich eine Quelle von Streitigkeiten, wenn die vom HGB. auf- gestellten Vorschriften durch die Bestimmungen des BGB. über die Stellvertretung ohne Vertretungsmacht (§§ 177 ff.) durch- brochen würden. Das ließe sich natürlich mutatis mutandis auch für die Gemeinde und die DGemD. sagen. Damit würde man aber weder dem Zweck der DGemD. noch den Bedürf- nissen des Rechtsverkehrs gerecht. Gerade aus den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs heraus haben sich über die natürliche und kräftige Rechtsquelle des Gewohnheitsrechtes nicht nur die Stellvertretung überhaupt, sondern auch — gemeinrechtlich über die culpa in contrahendo und Windscheids Garantie- vertrag (vgl. RGZ. 35, 145) — die gesetzliche Regelung der machtlosen Stellvertretung entwickelt. Die Lage der Belange, die zur Beurteilung steht, ist überall, wo Vertreter handeln, die gleiche: Die Handlung des Vertreters kann dringenden Bedürfnissen des Vertretenen dienen; der Dritte, der mit dem Vertreter einen Vertrag geschlossen hat, kann berechtigt dessen Wirksamkeit erhoffen, besonders dann, wenn er etwa schon Aufwendungen in gerechtfertigtem Vertrauen auf die Wirkung seines Abkommens gemacht hat. Der Vertreter schließlich kann dringend wünschen, daß alles in Ordnung kommt, denn er läuft Gefahr, selbst verantwortlich zu werden. Nur die Be- urteilung dieser Belange muß verschieden sein, je nachdem, ob sie koordiniert oder subordiniert sind. Ist eine Gemeinde mit ihren Aufgaben des öffentlichen Wohles, d. h. zugunsten einer größeren Allgemeinheit, beteiligt, so müssen u. U. die Belange der anderen Personen, die nicht von so überragender Bedeu- tung sind, denen der Gemeinde insoweit untergeordnet werden, wie das öffentliche Wohl es erfordert. Darüber wird keine Meinungsverschiedenheit bestehen. Gemeinnutz geht auch hier vor Eigennutz. Die bürgerlich-rechtlichen Vorschriften über die machtlose Stellvertretung bezwecken einen billigen Ausgleich der Belange der drei bei der Vertretung Beteiligten: des Ver- treters, des Vertretenen und des Dritten. Im Recht der juristischen Person, die ja nur durch Vertreter handeln kann, muß dieser Gesichtspunkt von besonderer Bedeutung sein. Es hat immer zu den vornehmsten Aufgaben von Rechtsprechung und Rechtslehre gehört und ist auch das gesündeste Zeichen ihres lebensnahen Wirkens, den Widerstreit zwischen den star- ken Bedürfnissen des Rechtsverkehrs und dem — irgendwie stets unvollkommenen — gesetzten Rechts konstruktiv oder auch durch neue Rechtsschöpfungen auszugleichen, an die der Gesetz- geber selber ursprünglich nicht gedacht zu haben braucht. Da im übrigen, wie die bisherigen Darlegungen schon gezeigt haben, die Vorschriften des bürgerlichen Rechts bei der Ver- tretung der Gemeinde vielfach ergänzend herangezogen wer- den mußten, so sind auch keine grundsätzlichen Bedenken gegen

¹⁹⁾ Siehe hierüber RGRKomm. § 166 Anm. 4; auch Sclimpp S. 56 o.

die Anwendung der §§ 177 ff. BGB. vorhanden. Inwieweit sind sie nun anwendbar?

Soweit die Vertretung der Gemeinde auf bürgerlich-rechtlicher Grundlage, also auf einer Vollmacht im Sinne des BGB. beruht, bietet die Rechtslage im Falle der machtlosen Vertretung nichts Besonderes. Die Vorschriften des BGB. sind ohne Einschränkung anwendbar (siehe oben). Soweit dagegen die Vertretung auf der DGemD. beruht, ergibt sich aus der Anwendung ihres Sonderrechts in weitem Umfange Abweichendes von dem Recht des BGB. Grundsätzlich regelt die DGemD. nur die verfassungsmäßigen Vertretungsfälle der Gemeinde, zu denen in diesem Zusammenhange auch die des § 35 Abs. 3 des Gesetzes gerechnet werden mögen, dagegen nicht die Frage, was rechtens ist, wenn die Vertretungsmacht fehlt. Als auf eine Ausnahme ist nach den früheren Ausführungen hier auf § 104 DGemD. hinzuweisen, dessen rechtliche Bedeutung wir oben nicht zuletzt in der Beschränkung der Vertretungsmacht gefunden haben. Er schreibt in Abs. 2 ausdrücklich die Nichtigkeit des fehlerhaften Rechtsgeschäftes zwingend vor, während er im übrigen in Abs. 1 nur eine heilbare Unwirksamkeit eintreten läßt. Diese Sonderregelung, die in ihrem Abs. 1 dem Grundgedanken des § 177 Abs. 1 BGB. entspricht, schließt die Anwendung der entsprechenden Vorschriften des BGB., nicht aber z. B. die über die Genehmigung (s. oben) aus, macht sie ja auch überflüssig. Ebenso sind die Vorschriften des BGB. über die machtlose Vertretung, wie oben schon dargelegt wurde, nicht anwendbar, wenn die Willenserklärung des Vertreters der Gemeinde aus formalen Gründen (z. B. § 36 Abs. 2 DGemD. u. ä.) nichtig ist. Da unter § 36 Abs. 2 DGemD. sehr viele Verträge der Gemeinde fallen²⁰⁾, ist damit die Anwendbarkeit der Vorschriften des BGB. über die machtlose Vertretung erheblich eingeschränkt. Offen bleiben die Geschäfte, die nicht zur laufenden Verwaltung zu rechnen sind (vgl. den Begriff der „laufenden Geschäfte“ in § 137 der R.D. f. d. östl. Prov. und das dazu vorhandene Schrifttum) und solche, die geldlich von erheblicher Bedeutung für die Gemeinde sind (stark relativer Begriff!), ferner solche, die keinen verpflichtenden Inhalt haben, also insbesondere die Verfügungen, wie Erfüllung, Verzicht, Aufrechnung, Erlaß, Vorrangseinräumungen, überhaupt Veränderung von dinglichen Rechten (Veräußerung, Belastung), dann Anweisungen, Genehmigung, Rücktritt²¹⁾, Widerruf, Kündigung. Mit Recht wird schon im Schrifttum^{22a)} darauf hingewiesen, daß die wirtschaftlichen Folgen solcher Geschäfte u. U. für die Gemeinde weit größer sein können als die aus Verpflichtungserklärungen. Die Unterscheidung in § 36 Abs. 2 DGemD. trifft also insofern nicht ganz den Kern des Problems, als sie die Gemeinde nicht vor unüberlegtem Handeln bei Geschäften ohne Verpflichtung schützt²²⁾. Auf die Geschäfte ohne verpflichtenden Inhalt für die Gemeinde können die Vorschriften des BGB. über die Stellvertretung ohne Vertretungsmacht angewendet werden. Aus § 180 BGB. ergibt sich aber, daß die machtlose Stellvertretung bei einem einseitigen Rechtsgeschäft, also z. B. bei der Kündigung, dem Widerruf, der Genehmigung oder Einwilligung grundsätzlich unzulässig ist. Der Empfänger einer solchen Erklärung der Gemeinde darf die Erklärung eines machtlosen Vertreters der Gemeinde zurückweisen (was z. B. bei Kündigungen im letzten Augenblick u. U. recht unbequeme Folgen haben kann). Beanstandet aber der Empfänger die behauptete (ausdrücklich oder nach den Umständen § 164 BGB.) Vertretungsmacht des Vertreters der Gemeinde nicht oder ist er mit der machtlosen Vertretung einverstanden, so genießt er nicht mehr den Schutz des Verbots des § 180 BGB., sondern muß sich seine Behandlung nach § 177 BGB. gefallen lassen. Die Wirksamkeit der Erklärung hängt dann, wie bei dem Verträge, von der Genehmigung durch die Gemeinde, d. h. durch den Bürgermeister oder seinen Vertreter nach § 35 DGemD. im Rahmen seiner Ver-

tretungsmacht ab. Dagegen ist das gegenüber einem machtlosen Vertreter der Gemeinde vorgenommene einseitige Rechtsgeschäft, z. B. die Kündigung gegenüber einem nicht vertretungsberechtigten Beamten für die Gemeinde unverbindlich^{22a)}. Es kann aber durch die Genehmigung der Gemeinde gültig werden, wenn der machtlose Vertreter damit einverstanden gewesen ist, daß es ihm gegenüber vorgenommen wurde, obwohl ihm der Mangel seiner Vertretungsmacht durchaus bewußt gewesen ist.

Hiernach ist für die Anwendung der Vorschriften über die machtlose Vertretung aus dem BGB. auf die Vertretung der Gemeinde nach der DGemD. nur ein verhältnismäßig kleines Gebiet geblieben.

III.

Man hatte sich vor dem Inkrafttreten der DGemD. im rechtsgeschäftlichen Verkehr mit den Gemeinden und Gemeindeverbänden nachgerade daran gewöhnt, daß die Vorsichtigen und einigermaßen Erfahrenen die Vertretungsbefugnisse der öffentlichen Vertreter ganz besonders aufmerksam prüften und lieber noch eine Genehmigung und Unterschrift mehr forderten, als vielleicht nötig war, nur um sich nicht der Gefahr formeller Mängel des Rechtsaktes auszuweichen. Der räumlichen Zersplittertheit des Rechtszustandes ist zwar durch die DGemD. für die Gemeinden im ganzen Deutschen Reich²³⁾ ein Ende bereitet. Das aus der amtlichen Begründung ersichtliche Streben des Gesetzgebers aber, die Vertretung dem Bedürfnis des Verkehrs entsprechend klar (amtl. Begr. 2 zu § 36) zu regeln, hat das gesteckte Ziel noch nicht völlig erreichen können. Es besteht in vieler Hinsicht eine Unsicherheit in den Fragen der Vertretungsmacht. Fragen wir uns warum, so gibt bis zu einem gewissen Grade ein kurzer Blick Aufklärung, den wir auf die Regelung werfen, mit der das bürgerliche Recht das gleiche Problem bei der Stellvertretung im allgemeinen und den juristischen Personen des Privatrechts im besonderen zu meistern ver sucht hat. Der gleiche Wunsch nach Rechtssicherheit und Rechtsklarheit hat dort zu gewissen Schutz einrichtungen und Schutzbestimmungen geführt. Dahin gehören die Vorschriften über die Fortgeltung der bekanntgegebenen Vollmacht gegenüber dem gutgläubigen Dritten (s. oben und §§ 170, 171 Abs. 2, 172 Abs. 2, 173 BGB.), dann die Einrichtung und Bedeutung der Handelsregistereintragung (§ 15 HGB.), auch die gesetzliche Festlegung des Umfangs der Procura (§§ 49, 50 Abs. 1 HGB.) und der Befugnisse des Handelsbevollmächtigten oder Handlungsreisenden (§§ 54, 55 HGB.), im gewissen Sinne auch die Vorschriften über den Schiffer in §§ 522 ff. HGB., ferner die über die Prozeßvertretung in den §§ 57, 58, 81 ZPO. und den Konkursverwalter in §§ 6, 78 R.D., auch die Vorschriften über den Vormund (§§ 1774 ff. BGB.), Pfleger (1909 ff.), Nachlassverwalter (§§ 1975 ff.), schließlich auch über die Legitimation des Überbringers einer echten Quittung (§ 370 BGB.) zur Empfangnahme der Leistung. Alle diese Gesetzes-schöpfungen haben das Gemeinsame, daß sie bemüht sind, den zu schützen, der gutgläubig und berechtigt auf den Bestand der Vertretungsmacht vertraut, und daß sie zu diesem Zweck u. U. die kundgegebenen Vertretungsbefugnisse trotz tatsächlichen Fortfalls der Vertretungsmacht fortbestehen lassen. In der Methodik decken sie sich darin mit dem öffentlichen Glauben des Grundbuches. Im Recht der Vertretung öffentlicher Körperschaften fehlt eine gesetzlich geregelte Offenkundigkeit ähnlicher Art, insbesondere auch in der DGemD. Das Bedürfnis danach läßt sich kaum bestreiten. Auch in den obigen Ausführungen ist es zwischen den Zeilen zu erkennen. Um festzustellen, wer nach § 35 DGemD. wirklich vertretungsberechtig ist, ist eine Prüfung notwendig, die objektiv schon nicht einfach ist, deren Ergebnis aber in manchen Grenzfällen immer zweifelhaft bleiben wird. Wie soll nun erst der außenstehende Dritte Genaueres wissen? Soll er in seinem berechtigten guten Glauben ungeschützt sein? Oder genauer: soll er nur geschützt

²⁰⁾ Durch § 3 der 2. Durchf. V. d. z. DGemD. v. 25. März 1936 gelockert (siehe oben).

²¹⁾ Hierüber näher Schlempp S. 88 Anm. 75 d.

^{22a)} So Schlempp a. a. O. S. 88.

²²⁾ Etwas Ähnliches liegt bei § 78 Abs. 2 DGemD. vor. Hierüber siehe meine Ausführungen in J.W. 1935, 1139.

^{22a)} Vgl. RGR-Komm. § 180 Anm. 2.

²³⁾ Ausnahmen vereinzelt und vorübergehend nach §§ 119, 122 DGemD.; siehe § 10 der 2. Durchf. V. d. z. DGemD.

sein, wenn er mit einem bürgerlich-rechtlich Bevollmächtigten der Gemeinde zu tun hat, nicht aber wenn es sich um einen Vertreter handelt, dessen Vertretungsmacht unmittelbar nach § 35 DGemD. zu beurteilen ist? Welcher Grund ist vorhanden, hier weittragende Unterschiede zu machen? Dabei neigt der deutsche Mensch, wie es scheint, besonders dazu, der Behörde, mit der er zu tun hat, blindlings zu vertrauen und, getrieben von seinen Wünschen, manche mündlich nur angedeutete Aussicht schon für ein sicheres Versprechen zu nehmen. Die Leichtgläubigkeit und Unaufmerksamkeit kann das Recht natürlich grundsätzlich nicht schützen. Es ist Sache des Einzelnen, Augen und Ohren richtig aufzumachen. Man darf aber nicht übersehen, daß das Ansehen einer Gemeinde auch auf dem Vertrauen derer beruht, die gezwungen sind, rechtlich mit ihr zu verkehren. Die Enttäuschungen aber, die lediglich aus Mängeln der Vertretungsmacht oder, anders ausgedrückt, aus sogenannten Unzuständigkeiten herrühren, die die Bevölkerung niemals restlos erkennen und begreifen kann, gefährden das Ansehen der Behörde und bilden einen Herd für Unzufriedenheiten mit ihr, ihren Repräsentanten und der ganzen „Bürokratie“. Deshalb wäre es schon der Mühe wert, einmal grundsätzlich zu überlegen, ob nicht der gutgläubige Dritte auch im Verkehr mit den Gemeinden besser als bisher vor Überraschungen geschützt werden kann, die durch den Mangel der Vertretungsmacht hervorgerufen werden. Selbstverständlich lassen sich grundsätzlich öffentliche Körperschaften nicht wie Handelsgesellschaften oder Vereine in das bürgerliche Rechtsleben einordnen.

Sie haben ihre rechtliche Sonderstellung und müssen sie haben. Das Gemeinsame im Problem ihrer Vertretung legt aber ähnliche Gedankengänge in der Methodik des Rechts ihrer Vertretung durchaus nahe. Den Bedürfnissen der Praxis wäre beispielsweise schon bis zu einem Grade Rechnung getragen, wenn bestimmt würde, daß jeder Bürgermeister seine Vertreter nach § 35 DGemD. namentlich und unter so klarer und so genauer Angabe des Umfangs ihrer Vertretungsmacht, wie es nur eben möglich ist, in ein Vertreterverzeichnis einzutragen habe, das im Amtsgebäude der Gemeinde und auch vielleicht bei der Aufsichtsbehörde ständig zu jedermanns Einsicht ausgehängt oder niedergelegt werden müßte, ähnlich der Bekanntgabe der Zeichnungsbefugten im Geldverkehr der Banken und Sparkassen, und daß dieses Verzeichnis immer auf dem neuesten Stand zu halten sei. Es wäre zunächst abzuwarten, welche Erfahrungen damit gemacht werden; ob insbesondere etwa Schäden auftraten, die die DGemD. gerade hat verhindern wollen. Ist das nicht der Fall, so könnte man in der weiteren Entwicklung solchen Verzeichnissen vielleicht sogar eine Art öffentlichen Glauben beilegen. Dem dringenden Bedürfnis nach größerer Offenbarkeit in der Vertretung der Gemeinde wäre dadurch abgeholfen. Daß durch eine solche Vorschrift im übrigen die Leiter der Gemeinden gezwungen würden, sich selber größte Klarheit über die Vertretungsbefugnis jedes einzelnen ihrer Vertreter nach § 35 DGemD. zu schaffen, woran es zurzeit noch häufig fehlt, wäre eine Nebenfolge, die sicherlich auch nicht ganz unwichtig sein würde.

Die Ansprüche aus der Wohnungsbauleihe

Von Gerichtsassessor Dr. Joachim Haack, Apolda

Die Vorschriften über die Wohnungsbauleihe und Ausgabe der Schuldverschreibungen des Gemeindeemihuldungsverbandes sind nicht nur für die Grundstüdz Eigentümer, sondern auch für Zwangsversteigerungsrichter, Zwangsverwalter und Gläubiger von Bedeutung. Die Leihe ist im § 2 Ges. zur Förderung des Wohnungsbaues v. 30. März 1935 (RGBl. I, 469) eingeführt. Dazu sind die 1. DurchfVd. v. 18. April 1935 (RGBl. I, 546), die 2. DurchfVd. v. 5. Febr. 1936 (RGBl. I, 59) und die Vd. v. 27. März 1936 (RGBl. I, 365) ergangen, wozu vor allem die Runderlasse des RfM. im RStBl. 1935, 656, 909, 1105 kommen.

Die Gebäudeentschuldungssteuer des Rechnungsjahres 1934 ist für die Zeit v. 1. April 1935 bis zum 31. März 1937 unvermindert weiterzuentrichten. 25 % davon gelten als Einzahlung auf die Wohnungsbauleihe (§ 1, 2 der 1. DurchfVd.). Von ganz oder teilweise wegen Hilfsbedürftigkeit eines Mieters erlassenen Beträgen gelten auch 25 % des Erlasses als Einzahlung auf die Leihe (§ 2 Abs. 2 a. a. D.). Wenn das jährliche Steuerfoll weniger als 200 RM beträgt, mindert sich die Gebäudeentschuldungssteuer um 25 %, so daß in diesen Fällen eine Einzahlung auf die Leihe nicht in Frage kommt (RdErl. a. a. D. S. 656). Für die als Leihe verrechneten 25 % der Steuer bekommt der Pflichtige entweder Schuldverschreibungen des Amshuldungsverbandes deutscher Gemeinden oder wenigstens Guthabenbescheinigungen, die er dann verwerten kann. Diese 25 % der Steuer werden vom FinA. auf einem sog. Leihenkonto des Pflichtigen gutgeschrieben. Für die durch 100 teilbaren Guthabenbeträge erhält der Einzahlungspflichtige Schuldverschreibungen mit den Zinsrechten von dem Abschnitt an, in dem 100 RM Guthaben auf dem Konto gutgebracht sind (§§ 2, 5 der 1. DurchfVd.). Wenn das Guthaben weniger als 100 RM beträgt oder wenn nach Ausgabe von Schuldverschreibungen am Ende des Monats ein durch 100 nicht mehr teilbarer Restbetrag verbleibt, so hat das FinA. dem Einzahlungspflichtigen zu erteilen, wie groß das Guthaben auf dem Konto ist (Guthabenbescheinigung). Diese ist jedoch nicht ihm selbst, sondern einem von ihm benannten Kreditinstitut (Sparkasse, Genos-

senschaft, Bank, Bankier) auszuhandigen. Wenn aber die Einzahlungspflicht erfüllt ist und Restbeträge von weniger als 100 RM verbleiben, so erteilt das FinA. in jedem Fall, also auch ohne Antrag, Guthabenbescheinigungen, wobei Spitzenbeträge unter 1 RM unberücksichtigt bleiben (Abs. 6 von § 7 i. d. Fassung von Nr. 2 der 3. DurchfVd.).

Trotz ihrer Eigenart — entsteht doch aus der Erfüllung oder gar dem Erlaß der Abgabenschuld ein schuldrechtlicher Ersetzanspruch — werden die bisher erwähnten Vorschriften in der gerichtlichen Praxis weniger Schwierigkeiten machen. Diese tauchen erst bei der Frage auf, wem der Anspruch auf Auszahlung der Schuldverschreibungen und das Verfügungsrecht über die Guthabenbescheinigungen zusteht. Das Gesetz nennt den Einzahlungspflichtigen als Berechtigten, der dem FinA. von der Steuerbehörde mitgeteilt wird. Für mehrere Grundstücke desselben Pflichtigen in demselben Finanzamtsbezirk kann ein gemeinsames Konto geführt werden. Zahlt jeder von mehreren Einzahlungspflichtigen seinen Anteil, wird für jeden ein besonderes Konto geführt, zahlt einer alles, wird nur für ihn eines geführt. Trotzdem ist nicht immer notwendig der als sachlich Berechtigter anzusehen, auf dessen Namen das Konto geführt wird. Da die Ausgabe der Schuldverschreibungen und Guthabenbescheinigungen ein Ersatz für die als Leihe gezahlten Steuern ist, steht vielmehr dem grundsätzlich der Anspruch darauf zu, der die betreffenden Beträge, die erstattet werden, tatsächlich selbst oder für dessen Rechnung sie ein Dritter bezahlt hat.

Die 2. DurchfVd. bringt Sondervorschriften für die Zwangsversteigerung und -verwaltung. § 1 Abs. 1 bestimmt, daß die Schuldverschreibungen dem Grundstüzeigentümer zuzuteilen sind, wenn er die Steuer entrichtet hat, dem Vollstreckungsgericht dagegen, wenn die Steuer aus dem Versteigerungserlös bezahlt ist. Dieses hat sie dann nach dem Verteilungsplan zu verteilen. Die Zuteilung an den Eigentümer oder das Vollstreckungsgericht hängt also zunächst davon ab, wer die Steuer bezahlt hat, und dann davon, daß die Schuldverschreibungen nach der Anordnung auszuhandigen

sind. Wenn das Guthaben nun nicht 100 erreicht oder ein darüber hinausgehender Rest verbleibt und dann nach § 7 der 1. Durchf. Bd. darüber Guthabenbescheinigungen auszustellen sind, so steht nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift als Ausnahme nach Abs. 2 des § 1 der 2. Durchf. Bd. in jedem Fall also auch, wenn die Steuer aus dem Versteigerungserlös bezahlt ist, deren Gegenwert dem Grundstückseigentümer zu. Ohne diese Sondervorschrift müßte auch dieser Wert als Surrogat des Versteigerungserlöses nach dem Teilungsplan verteilt werden. Die Ausnahme wird mit daraus zu erklären sein, daß nach Abs. 5 von § 7 der 1. Durchf. Bd. die Guthabenbescheinigungen und der Anspruch auf ihre Ausfertigung weder übertragbar noch pfändbar sind. Ungeregt ist aber der Fall geblieben, daß z. B. das Guthaben auf dem Anleihekonto des Eigentümers 75 R.M. beträgt, durch Bezahlung der rückständigen oder laufenden Steuern aus dem Versteigerungserlös aber auf 100 R.M. oder mehr, vielleicht 120 R.M. anwächst. Die 75 R.M. blieben auf dem Konto solange stehen, als der Eigentümer keinen Antrag auf die Guthabenbescheinigung stellte. Im gegebenen Beispiel ist nichts dagegen einzuwenden, wenn er, und sei es kurz vor dem Verteilungstermin, über 70 R.M. die Guthabenbescheinigung beantragt. Nach der Zahlung der Steuer aus dem Versteigerungserlös im angegebenen Beispiel würde er über weitere 50 R.M. eine Guthabenbescheinigung beantragen können. So hätte er für sich aus der Versteigerung noch einen Vorteil erzielt. Wenn aber der Eigentümer die Guthabenbescheinigung nicht beantragt, bevor sein Guthaben auf dem Konto durch die Zahlung aus dem Zwangsversteigerungsverfahren 100 R.M. erreicht oder überschritten hat, ist eine Schuldverschreibung auszuhändigen. Und diese ist nach § 1 Abs. 1 der 2. Durchf. Bd. dem Vollstreckungsgericht „zur Verteilung nach Maßgabe des Teilungsplanes zuzuführen“. Sind aber nun die ganzen 100 R.M. nach dem Plan zu verteilen oder nur der aus dem Versteigerungserlös bezahlte und darin enthaltene Teilbetrag? Im erwähnten Beispiel würden $\frac{1}{4}$ dem Eigentümer und $\frac{1}{4}$ den Gläubigern zufallen. Nach dem oben aufgestellten Grundsatz, daß der, der tatsächlich bezahlt, auch der Berechtigte ist, müßte eine solche Verteilung erfolgen. Ich glaube aber, daß der genannte § 1 Abs. 1 der 2. Durchf. Bd. wörtlich dahin auszulegen ist, daß die dem Vollstreckungsgericht zuzuführende Schuldverschreibung nach dem Teilungsplan vollständig zu verteilen ist ohne Rücksicht darauf, ob ihr Gegenwert ganz oder nur teilweise aus dem Versteigerungserlös bezahlt ist. Denn zunächst hat es ja der Eigentümer dadurch, daß er rechtzeitig den Antrag auf die Guthabenbescheinigung stellt, in der Hand, zu vermeiden, daß von ihm entrichtete Leistungen den Grundstücksberechtigten oder sonst am Verfahren Beteiligten zufällt. Und außerdem hat der Eigentümer den Vorteil, falls das Guthaben nicht 100 R.M. erreicht, so daß keine Schuldverschreibung ausgehändigt werden kann, daß ihm dann der Gegenwert der Guthabenbescheinigung auf jeden Fall zusteht.

Für die Zwangsverwaltung bestimmt § 2 der 2. Durchf. Bd., daß nach ihrer Anordnung Schuldverschreibungen dem Zwangsverwalter oder Grundstückseigentümer auszuhändigen sind, je nachdem wer die Gebäudeentschuldungsteuer entrichtet hat. Wenn es auch nicht ausdrücklich im Gesetz steht, wird man annehmen müssen, daß der Verwalter die Schuldverschreibung oder den Erlös aus ihrer Verwertung nach den Vorschriften über die Zwangsverwaltung zu verteilen hat. Das gilt auch, wie oben ausgeführt ist, falls ein Teil des durch die Schuldverschreibung erstatteten Guthabens noch vom Eigentümer gezahlt sein sollte. Dagegen ist für die Zwangsverwaltung nicht ausdrücklich geregelt, wem der Anspruch auf die Guthabenbescheinigung zusteht, falls das Guthaben keinen durch 100 teilbaren Betrag erreicht, so daß keine Schuldverschreibungen auszuhändigen sind. Mangels einer abweichenden Sondervorschrift steht nach der grundsätzlichen Regel der Anspruch dem zu, der

die Steuer bezahlt hat. Wenn das der Zwangsverwalter ist, ist er berechtigt, die Guthabenbescheinigung zu beantragen. Es besteht kein zwingender Grund, die Ausnahmevorschrift des Abs. 2 von § 1 der 2. Durchf. Bd. ausdehnend auszulegen und auf die Zwangsverwaltung analog anzuwenden. Da die Zwangsverwaltungen häufig sich jahrelang hinziehen, wäre es auch unbillig, ohne zwingende Gründe dem Grundstückseigentümer fortlaufend aus der Verwaltung einen Vorteil zu kommen zu lassen.

Der Vollständigkeit halber sei noch auf Abs. 3 von § 1 der 2. Durchf. Bd. hingewiesen. Danach hat das Vollstreckungsgericht eine Schuldverschreibung durch den Gerichtsvollzieher freihändig verkaufen oder öffentlich versteigern zu lassen oder sonst zu verwerten und den Erlös zu verteilen, falls sie nach dem Teilungsplan nicht einem Berechtigten zuzuteilen ist. Entsprechend wird der Zwangsverwalter verfahren können und müssen.

Zum Schluß sei noch erwähnt, wie man die Unpfändbarkeit und Unabtretbarkeit der Guthabenbescheinigung zu umgehen versucht. Bekanntlich muß der Berechtigte beim FinA. beantragen, die Bescheinigung der von ihm benannten Bank auszuhändigen. Unbedenklich wird er die Bank auch bevollmächtigen können, für ihn den Antrag zu stellen. Wenn aber die Vollmacht nach den zugrunde liegenden Vereinbarungen — u. U. zur Sicherung eines Kredits — unter ausdrücklichem Verzicht auf ein Widerrufsrecht erteilt wird, läuft das auf eine Abtretung hinaus. Da diese ausgeschlossen ist, würde der Widerrufsverzicht gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen und nichtig sein.

Zuständigkeit und Verfahren bei Streitigkeiten über die Ansprüche aus der Wohnungsbauanleihe sind gesetzlich nur zum Teil geregelt. Zweifelhaft ist, wieweit die ordentlichen Gerichte oder Steuerbehörden zuständig sind, wieweit nach der ZPD. oder der Abgabenordnung zu verfahren ist. Diese Frage beantwortet sich m. E. je nachdem danach, ob über abgaben- oder bürgerlich-rechtliche Tatbestände zu entscheiden ist.

Über die Höhe des Anspruchs auf Schuldverschreibungen oder Guthabenbescheinigungen ist von den Steuerbehörden zu entscheiden; denn sie ergibt sich aus dem Guthaben auf dem Anleihekonto. Dieses wiederum besteht nur aus gesetzlich festgelegten Teilen der Steuer. Das Verfahren für die Bestimmung der Steuerhöhe ist also zugleich mit maßgebend für die Höhe der Anleiheansprüche.

Bei Streit über die Person des Berechtigten ist auch zu unterscheiden, ob bürgerlich- oder abgabenrechtliche Tatbestände zugrunde liegen. Wenn für einen Steuerbetrag mehrere Personen einzahlungspflichtig sind und eine von ihnen den Betrag entrichtet hat oder für einen Einzahlungspflichtigen ein Dritter die Steuer bezahlt hat, so ist deren Streit darüber, wer den Anspruch auf die Anleihe und das Verfügungsrecht über die Guthabenbescheinigungen hat, durch die ordentlichen Gerichte zu entscheiden (§ 8 der 2. Durchf. Bd.). Darüber hinaus dürften die ordentlichen Gerichte auch dann für zuständig zu erachten sein, wenn aus anderen bürgerlich-rechtlichen Sachverhalten Zweifel über den Berechtigten entstehen, etwa zwischen Eigentümer und Zwangsverwalter, infolge von Abtretungen oder Pfändungen der Ansprüche auf die Schuldverschreibungen. Die Klage müßte auf Feststellung oder Einwilligung in die Aushändigung gerichtet werden.

Wenn nun dieser Streit über den Berechtigten erst auftritt, nachdem die Schuldverschreibungen oder Guthabenbescheinigungen ausgehändigt sind, fragt sich nicht nur, in welchem Verfahren der wahre Berechtigte festzustellen ist, sondern weiter, wie die Erbschaftsansprüche gegen den nichtberechtigten Empfänger geltend zu machen sind. Hierzu bestimmt § 9a (eingef. durch die 3. Durchf. Bd.) folgendes. Wenn Schuldverschreibungen ausgehändigt sind, auf die der Empfänger keinen Anspruch hat, ist er verpflichtet, diese oder Stücke gleicher Art mit Zinsbügen und -erneuerungschein im gleichen Wert zurückzugeben. Und bei Guthabenbescheinigungen bestimmt Abs. 2 entsprechend, daß der Empfänger

lungspflichtige verpflichtet ist, dafür zu sorgen, daß diese von dem Kreditinstitut zurückgegeben werden. Wird dieser Rückgabepflicht nicht genügt, hat der Einzahlungspflichtige oder unberechtigte Empfänger eine Entschädigung in Höhe des Wertes der Guthabenbescheinigung oder der Ersatzbeschaffungskosten für die Schuldverschreibungen zuzüglich der fällig gewordenen Zinsseine zu entrichten. Auf die Festsetzung, Erhebung und Beitreibung dieser Entschädigung finden nun die Vorschriften der RAbgD. über die Festsetzung, Erhebung und Beitreibung der Einkommensteuer entsprechende Anwendung. Gegen die Verfügung ist ausschließlich die Beschwerde nach §§ 303, 304 RAbgD. gegeben. Der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten ist ausgeschlossen (§ 9 a. a. D.). Dieser § 9 a regelt aber m. E. nicht die Zuständigkeit für die Vorfrage, ob tatsächlich an einen Nichtberechtigten geleistet ist. Entweder wird diese Vorfrage in den Entschädigungsverfahren nach § 9 a mitentschieden. Oder

der Streit wird vorher nach den oben entwickelten Grundsätzen ausgetragen. Wenn also steuerrechtliche Fragen zu entscheiden sind, sind auch diese Behörden zuständig. Wenn aber z. B. einem von mehreren Pflichtigen die Schuldverschreibungen ausgehändigt sind und nun erst streitig wird, ob dieser auch der Berechtigte war, oder wenn zwischen dem Steuerpflichtigen und einem Dritten, der die Steuer bezahlt hat, nach der Aushändigung Streit über den Berechtigten entsteht (Fälle des oben erwähnten § 8), oder bei anderen bürgerlich-rechtlichen Tatbeständen entscheiden auch über die Vorfrage die ordentlichen Gerichte. Ihre Entscheidung ist dann für das Entschädigungsverfahren bindend. Der Ausschluß des ordentlichen Rechtswegs im letzten Satz des § 9 a steht m. E. nicht entgegen, da er sich nur auf das Verfahren zur Festsetzung, Erhebung und Beitreibung der Entschädigung bezieht, aber nicht darauf, ob tatsächlich an einen Nichtberechtigten geleistet ist oder nicht.

Die Haftung des Kraftfahrzeughalters bei Schwarzfahrten

Von Rechtsanwalt Dr. Walter, Düsseldorf

I. Die Best. des § 7 Abs. 3 Satz 2 KraftfG., wonach der Halter eines Kraftfahrzeugs für den Schaden, der auf einer Schwarzfahrt entsteht, dann haftbar ist, wenn die unbefugte Benutzung seines Wagens „durch sein Verschulden ermöglicht worden ist“, hat vor Inkrafttreten der RStrafVerfD. zu einer Rechtsprechung geführt, die an den Kraftfahrzeughalter äußerst strenge Anforderungen stellte und diese Anforderungen auch gegenüber den heftigen Angriffen, die gegen sie in der verkehrsrechtlichen Literatur gerichtet wurden, aufrechterhielt.

Es ist nicht überflüssig, sich die von dieser Rechtsprechung entwickelten Grundsätze heute wieder in die Erinnerung zu rufen und sorgfältig zu prüfen, welche von ihnen auch jetzt noch Bestand haben:

Man kann sie folgendermaßen zusammenfassen:

1. Es ist zu beachten, daß bei Schwarzfahrten die Führer von Kraftfahrzeugen sich selbst überlassen sind und erfahrungsgemäß leicht dazu neigen, die erforderliche Rücksichtnahme auf die Ordnung im öffentlichen Verkehr und die Gesundheit ihrer Mitmenschen in besonders hohem Maße außer acht zu lassen. Aus dieser erhöhten Betriebsgefahr ergibt sich die Forderung gegen den Halter, daß er bis zur Grenze des unabweidbaren Zufalls alles tun muß, was ihm billigerweise zur Verhütung solcher Fahrten zugunsten werden kann (RGZ. 119, 352 = JW. 1928, 402 u. 657).

2. Zwar muß an sich der Geschädigte dem Halter das Verschulden an der unbefugten Benutzung nachweisen, aber es können ihm hierbei die Grundsätze vom Beweise des ersten Unschens zu Hilfe, und es ist Sache des Halters, die von ihm zur Verhinderung von Schwarzfahrten in seinem Betriebe getroffenen Maßnahmen darzutun und zu beweisen (RGZ. 136, 4 = JW. 1932, 2014).

3. Diese Maßnahmen betreffen die Auswahl und Beaufsichtigung des Führers und die Art der Verwahrung des Fahrzeuges (JW. 1932, 2014).

a) An die planmäßige und dauernde Beaufsichtigung des Führers ist ein strenger Maßstab anzulegen (RGZ. 120, 161 = JW. 1928, 1721; RGZ. 128, 153 = JW. 1930, 2849; RGZ. 136, 4; JW. 1931, 3327; 1932, 1254). Das Maß der Überwachung ist verschieden, je nachdem es sich um einen jungen, noch unbewährten oder um einen älteren, als zuverlässig erprobten Führer handelt (RGZ. 119, 352 = JW. 1928, 402 und 657; RGZ. 136, 4 = JW. 1932, 2014; JW. 1931, 3327).

b) Unter Umständen kann dem Halter zugunsten werden, den Schlüssel zur Wagenhalle regelmäßig in seiner Wohnung aufzubewahren, zumal bei geringer Entfernung der Wagenhalle von seiner Wohnung und wenn der Führer noch jung und unerprobt ist. Gelegentliche telefonische Anrufe zu der Wagenhalle reichen keinesfalls aus (JW. 1928, 402 u. 657).

c) Lediglich das allgemeine Verbot eines Halters, seinen Wagen in Betrieb zu setzen, genügt nicht, um seine Haftung

auszuschließen (RG.: JW. 1934, 238 = DAutoR. 1935, 69). Selbst das Verbot sofortiger Entlassung des Führers im Falle einer Schwarzfahrt ist ohne wesentliche Bedeutung (JW. 1932, 2014).

d) Eine geeignete Maßnahme zur Verhütung von Schwarzfahrten ist das dem Führer mitzuteilende Ersuchen an das Autohaus (wohin er zur Wagenwäsche fährt), die Zeit der Ankunft und Abfahrt des Führers festzustellen (JW. 1932, 2014; ähnlich in RStraf. 1934, 249).

e) Ist der Wagen zur Reparatur gegeben, so reicht es nicht aus, daß der Halter, der die unbefugte Inbetriebnahme in allgemeiner Form verboten hat, auch die Wagenpapiere an sich nimmt. Es hätte aber genügt, wenn der Halter ausdrücklich erklärt hätte, er wolle seinen Wagen unter allen Umständen selbst abholen (RG.: JW. 1934, 238 = DAutoR. 1935, 69).

f) Das Abschließen des Kraftfahrzeugs genügt nicht auf jeden Fall zur Verhütung einer unbefugten Benutzung eines unbeaufsichtigt stehenden Wagens. Es genügt insbes. dann nicht, wenn die Gefahr unbefugter Benutzung naheliegt. Handelt es sich um ein Serienschloß, so hat möglicherweise diese Sicherung nur geringen Wert, namentlich gegenüber solchen Personen, bei denen der Besitz eines passenden Schlüssels nicht ungewöhnlich und die Kenntnis von den technischen Voraussetzungen für die Wiedereinschaltung des Motors ohne weiteres vorauszufragen ist (RG.: RStraf. 1934, 165). Kann das Abschließen der Türen durch einen Sonderschlüssel erfolgen, so hat dies zu geschehen, wenn der Wagen auf einer belebten Straße ohne Aufsicht steht, da durch diese Maßnahme ein Diebstahl wesentlich erschwert wird. Es ist verfehlt, von dem Verschließen der Türen abzusehen, um das Zerstoren der Türschlösser zu vermeiden, denn diese Schädigung spielt keine Rolle gegenüber den schweren Gefahren von Schwarzfahrten für den Straßenverkehr. Darüber hinaus kann von dem selbstfahrenden Halter die Herausnahme der Verteilerklaue verlangt werden (RGZ. 138, 320 = JW. 1933, 828 u. 1404).

4. Zu unterscheiden hierbon ist die Haftung nach §§ 823 ff. BGB. Hier muß der adäquate Zusammenhang des Verschuldens des Halters nicht nur mit der Benutzung, sondern auch mit dem Unfall nachgewiesen werden, wobei jedoch nach den Umständen des Einzelfalles dieser Zusammenhang sich aus der besonderen Gefährlichkeit der Schwarzfahrten (s. oben 1) ergeben kann (RGZ. 136, 4 = JW. 1932, 2014).

5. Eine Haftung des Halters aus § 831 BGB. ist bei Schwarzfahrten nicht gegeben (RGZ. 136, 15 = JW. 1932, 2027⁴ mit Anm.).

II. Hat nun die RStrafVerfD. und ihre AusfAnw. in dieser Frage eine Änderung der Rechtslage geschaffen und in welchem Umfange? Gemäß ihrem Charakter als AusfB.D. zum KraftfG. konnten die RStrafVerfD. und ihre AusfAnw. eine Änderung der Vorschriften des KraftfG. ebensowenig bringen

wie früher die V.D. über Kraftfahrzeugverkehr (KraftfVerkV.D.). Sie stellen aber die Anforderungen auf, die „zur Erhaltung der Ordnung und Sicherheit auf den öffentlichen Wegen und Plätzen“ an Führer und Halter von Kraftfahrzeugen gestellt werden müssen (§ 6 KraftfG.), und bestimmen damit den Inhalt des in den Vorschriften des KraftfG. enthaltenen Sorgfaltsbegriffes. Sie liefern daher den Maßstab für die Beurteilung der Frage, ob der Halter die unbefugte Benutzung seines Kraftfahrzeugs „durch sein Verschulden ermöglicht“ hat. Darum muß eine Änderung der Rechtslage gegenüber der KraftfVerkV.D. auch den Verschuldensbegriff des § 7 Abs. 3 S. 2 KraftfG. geändert haben.

Was die Vorrichtungen am Fahrzeug selbst anlangt, durch welche die Schwarzfahrten zu verhüten sind, so verlangte die frühere KraftfVerkV.D. in § 28 Abs. 2 von dem Führer:

„... Er darf das Fahrzeug nur verlassen, nachdem er die erforderlichen Maßnahmen getroffen hat, um Unfälle und Verkehrsstörungen zu vermeiden; insbes. muß er, falls er sich von dem Fahrzeug entfernt, die Vorrichtung (§ 4 Abs. 1 Nr. 6) in Wirksamkeit setzen, die verhindern soll, daß ein Unbefugter das Fahrzeug in Betrieb setzt.“

§ 4 Abs. 1 Ziff. 6 schrieb vor:

„§ 4. (1) Jedes Fahrzeug muß versehen sein:

6. mit einer Vorrichtung, die verhindert, daß das Fahrzeug von Unbefugten in Betrieb gesetzt werden kann.“

Heute heißt es in der AusfAnw. zu § 25 RStrafVerkV.D. unter III Abs. 2 S. 2:

„Beim Verlassen des Kraftfahrzeugs hat der Führer die nötigen Maßnahmen zu treffen, um Unfälle und Verkehrsstörungen zu vermeiden. Zur Verhinderung unbefugter Benutzung des Kraftfahrzeugs hat er die üblicherweise hierfür bestimmten Vorrichtungen am Fahrzeug in Wirksamkeit zu setzen.“

Die AusfAnw. läßt es also schlechthin genügen, wenn die üblichen Vorrichtungen betätigt werden, während die KraftfVerkV.D. eine Vorrichtung verlangte, die tatsächlich die unbefugte Inbetriebnahme verhinderte. Dieser Wandel in den positiven Vorschriften, die sich auf die Verhütung von Schwarzfahrten beziehen, entspricht der gewandelten Rechtsanschauung, in deren Geiste die gesamte RStrafVerkV.D. und die AusfAnw. geschaffen wurden und an deren Spitze das Postulat der Förderung des Kraftfahrzeugs steht. Darum muß nicht nur die positiv geregelte Frage nach dem Erfordernis geeigneter Vorrichtungen am Kraftfahrzeug selbst, sondern es müssen die gesamten Anforderungen an die Sorgfaltspflicht des Halters im Rahmen des § 7 Abs. 3 S. 2 KraftfG. einer Überprüfung unterzogen werden. Gleichwohl muß davor gewarnt werden, hierbei übereifrig vorzugehen. Eine solche Warnung liegt nicht nur im Interesse des gesamten Straßenverkehrs, sondern auch des Kraftfahrzeughalters selbst, um ihm unliebsame Überraschungen in künftigen Prozessen zu ersparen. Die Warnung ist um so mehr am Platze, als in Kraftfahrerkreisen eine erstaunliche Unkenntnis über die Gefahr verbreitet ist, die sich für den Halter aus einer unbefugten Benutzung seines Kraftfahrzeugs ergeben kann. Der Verf. hat immer wieder die Beobachtung machen müssen, daß es selbst älteren Kraftfahrern unbekannt ist, daß sie unter Umständen zum Ersatze des Schadens herangezogen werden können, der durch einen Unfall auf einer Fahrt entsteht, die ein Dritter gegen ihren Willen mit ihrem Kraftfahrzeug unternommen hat. Daraus, sowie aus einem unverantwortlichen Leichtsinne vieler Kraftfahrer erklärt es sich, daß man täglich beobachten kann, wie Selbstfahrer ihre Fahrzeuge ohne jede Sicherheitsmaßnahme unbeaufsichtigt stehen lassen oder Kraftfahrzeughalter die Kontrolle ihrer Führer vernachlässigen.

Bei Überprüfung der bisherigen Rechtsprechung im Lichte der neuesten Rechtsentwicklung kann nicht deutlich genug betont werden, daß die Schwarzfahrten heute nicht ungefährlicher geworden sind, als sie es früher waren. Es besteht kein Anlaß zu der Annahme, daß das RG. von der für seine frühere Rechtsprechung grundlegenden Feststellung abgeht, daß bei Schwarzfahrten die Führer „erfahrungsgemäß leicht dazu neigen, die erforderliche Rücksichtnahme auf die Ordnung im öffentlichen Verkehr und die Gesundheit ihrer Mitmenschen in besonders

hohem Maße außer acht zu lassen“. Diesem Erfahrungsatz kann nicht mit dem Hinweis begegnet werden, seit Inkrafttreten der RStrafVerkV.D. gelte der Grundsatz, daß von jetzt ab jeder Verkehrsteilnehmer sich auf das vernünftige Verhalten der anderen Verkehrsteilnehmer verlassen dürfe, oder, wie Rüper es in *AutoR.* 1935, 26 formuliert: heute gelte auch in dieser Hinsicht „die auf den Gemeinschaftsgedanken aufgebaute Erwägung, daß jeder Teilnehmer der Verkehrsgemeinschaft sich grundsätzlich rechtmäßig verhalten wird“. Es wird dabei vergessen, daß man sich auch heute auf das vernünftige und rechtmäßige Verhalten der anderen Verkehrsteilnehmer nur so lange verlassen darf, als keine Anzeichen dafür ersichtlich werden, daß sie sich nicht so verhalten (in diesem Sinne besonders deutlich: *OLG. Düsseldorf: RStraff.* 1935, 353²⁷⁴; ferner *OLG. Dresden: JW.* 1935, 3403^{43 44}; vgl. auch *RG.: JW.* 1935, 2057²⁵). Hat aber ein Führer sich einmal zu einer Schwarzfahrt entschlossen, also bereits die Schranken des Rechts übertreten, so muß damit gerechnet werden, daß er sich auch auf der Fahrt unvernünftig und unrechtmäßig verhält, und der Halter hat daher nach wie vor die Pflicht, solche Schwarzfahrten tunlichst unmöglich zu machen. Ferner kann man auch nicht sagen, der Halter dürfe heutzutage damit rechnen, daß sein Führer vernünftig genug sein werde, um eine Schwarzfahrt überhaupt nicht anzutreten, oder gar, daß es heute keine verbrecherischen Elemente mehr gäbe, die sein unbeaufsichtigt gelassenes Fahrzeug stehlen oder unrechtmäßig zu Fahrten benutzen würden. Wenn auch die Statistik der Kriminalfälle eine erfreuliche Besserung aufweist, so wäre es doch eine verhängnisvolle Vogelstraußpolitik, die keineswegs im Sinne der nationalsozialistischen Staatsführung liegt, wollte man behaupten, daß die verbrecherischen Elemente in unserer Volksgemeinschaft ausgestorben seien. Der Grundsatz, daß der Kraftfahrer sich auf das vernünftige Verhalten der anderen Verkehrsteilnehmer verlassen dürfe, ist eine erfreuliche Errungenschaft in unserem Rechtsleben, die ihr Ziel, das Kraftfahrwesen zu fördern, gewiß nicht verfehlen wird. Um so mehr muß aber davor gewarnt werden, das gute Prinzip ad absurdum zu führen. Darum ist klar hervorzuheben, daß der Grundsatz dort seine Grenze hat, wo der lokale Verkehrsteilnehmer dem vorsächlichen Rechtsbrecher gegenübersteht, und eben darum kann er dort keine Anwendung finden, wo es sich um die Verhütung unbefugter Benutzung von Kraftfahrzeugen — sei es durch den im Betriebe angestellten Führer selbst, sei es durch eine andere Person, die zu dem Fahrzeuge Zugang hat, oder aber durch den Autodieb — handelt.

Richtig ist dagegen, daß gemäß dem Geiste der RStrafVerkV.D. nur noch solche Maßnahmen gefordert werden dürfen, die sich dem Wesen des Autoverkehrs anpassen (*Müller, Kommentar*, 10. Aufl., S. 231, CI zu § 7 Abs. 3 S. 2; *Rüper a. a. O.*). Man sollte sagen, daß die Rechtsprechung diesen Grundsatz schon unter der Herrschaft des bisherigen Rechts nicht hätte aus den Augen lassen sollen. Es ist anzunehmen, daß sie ihn sich gemäß dem Postulat der Förderung des Kraftfahrzeugs heute zu eigen machen wird. Man wird daher so viel sagen können, daß Entscheidungen wie das vielbekämpfte Urteil des RG., das dem Halter vorwarf, er hätte die Verteilerklaue aus dem Motor entfernen müssen, nicht mehr zu gewärtigen sind.

Andererseits dürfen wegen der nach wie vor bestehenden Gefährlichkeit der Schwarzfahrten die Anforderungen an den Halter doch nicht allzusehr gelockert werden, sondern nur insoweit, als sie eben mit dem Wesen des Kraftfahrzeugverkehrs nicht zu vereinbaren sind. Was der Kraftfahrer ohne große Mühe tun kann, um die unbefugte Benutzung seines Fahrzeugs zu verhindern, das muß auch heute von ihm gefordert werden. Darum erscheint es dem Verfasser zu weit gegangen, wenn *Müller a. a. O.* S. 231 (vgl. auch S. 607) die Ansicht vertritt, der Kraftfahrer brauche die Wagentüren nicht mehr abzuschließen, da „Verschließbarkeit nicht mehr vorgeschrieben und offene Kraftfahrzeuge zulässig sind“. Dem ist entgegenzuhalten, daß der Kraftfahrer, dessen Wagen nun einmal verschließbar ist und der ihn gleichwohl nicht verschließt, eben nicht alles getan hat, was ihm billigerweise zugemutet werden konnte, um einer unbefugten Benutzung so viele Hindernisse entgegenzusetzen, wie ihm ohne sonderliche Mühe möglich war. Und wenn ihm ein Sonderschloß zur Verfügung stand, so wird nach

wie vor die Ansicht des RG. gelten (RGZ. 138, 320 = JW. 1933, 828 und 1404), daß er das Sonderschloß hätte abschließen müssen. Was ferner den Hinweis auf offene Wagen anlangt, so leuchtet doch wohl ein, daß auch hier das Abschließen der Türen ein Hindernis für unbefugte Benutzung bildet, da der Autodieb, der über die Türen steigt, leicht Gefahr läuft, von Passanten bemerkt zu werden. Diese Auffassung steht auch im Einklang mit der oben zitierten Vorschrift der AusfAnw., denn das Türschloß dürfte wohl üblicherweise dazu bestimmt sein, abgeschlossen zu werden, und wenn das Abschließen ein gewisses Hindernis für den unbefugten Benutzer bildet, so ist das Schloß auch üblicherweise dazu geschaffen, um die unbefugte Benutzung zu verhindern. Auch der Einwand geht m. E. fehl, daß das Verschließen mit einem Serienschlüssel — ebenso wie das Abziehen des (serienmäßigen) Anlasserschlüssels — doch kein absolut wirksamer Schutz gegen den Schwarzfahrer sei, und daß es schließlich einen in jedem Falle wirksamen Schutz überhaupt nicht gäbe. Denn dann hätte der Gesetzgeber nicht vorzuschreiben brauchen, daß der Kraftfahrer die üblicherweise hierfür bestimmten Vorrichtungen in Wirksamkeit setzen müsse. Gerade die Vorschrift der AusfAnw. zeigt, daß der Kraftfahrer auch heute nicht der Verpflichtung überhoben ist, die billigerweise ihm zuzumutende Sorgfalt zur Verhütung von Schwarzfahrten aufzuwenden. Durch eine solche Gesetzesanwendung wird der Kraftfahrzeugverkehr nicht mehr behindert, als verlangt werden kann, um Schwarzfahrten zu verhüten, deren Überhandnehmen eine viel ernstere Behinderung und Gefährdung des Autoverkehrs bedeuten würde.

Inwieweit die sonstigen Anforderungen, welche die bisherige Rechtsprechung an die Sorgfalt des Halters im Rahmen des § 7 Abs. 3 S. 2 KraftfG. gestellt hat, in der künftigen Rechtsprechung des höchsten Gerichtshofs eine Milderung erfahren dürften, bleibt abzuwarten. Wird man noch heute unter Umständen von dem Halter verlangen, regelmäßig den Schlüssel der Wagenhalle an sich zu nehmen? Wird das an den Führer oder Dritte gerichtete Benutzungsverbot nicht ausreichen? Wird er das Autohaus ersuchen müssen, die Zeit der Ankunft und Abfahrt seines Führers festzustellen? Diese und andere Fragen werden heute wie früher nach den Umständen des Einzelfalles zu entscheiden sein, und der Kraftfahrer wird gut daran tun, sich nach wie vor an die bislang vom RG. aufgestellten Richtlinien wenigstens insoweit zu halten, als sie nicht mit dem Wesen des Autoverkehrs im Einzelfalle in eklatantem Widerspruch stehen.

Zimmerhin sollte man erwarten, daß man heute den in der Rechtsprechung des RG. entwickelten Grundsatz von der Haftung des Halters „bis zur Grenze des unabwendbaren Zufalls“ dahin auffaßt, daß unabwendbar schon das Ereignis ist, welches mit den üblichen und dem Wesen des Autoverkehrs angepaßten Mitteln nicht abgewendet werden kann. Auch mit dem gegen den Halter angewandten Beweise des ersten Anscheins sollte man vorsichtiger sein und ihn nur dann für geführt erachten, wenn wirklich im Gegensatz zum Normalfall der erste Anschein für eine Verletzung der Sorgfaltspflicht des Halters spricht. Damit wäre die Stellung des Kraftfahrzeughalters im Prozeß bereits wesentlich entlastet und der Förderung eines gesunden Kraftverkehrs gedient.

Zum Stand der Rechtsprechung in der Frage der Gefälligkeitsfahrt

A.

Von Referendar Klaus Groebe, Koburg

Die entschiedenen Ausführungen von Louis in JW. 1936, 425 ff. zugunsten eines vollständigen Haftungsausschlusses bei der sog. „Gefälligkeitsfahrt“ lenken auf die Frage, welchen Standpunkt die bisherige Rechtsprechung in dieser Frage einnimmt, und ob die bisherige Rechtsprechung den Erfordernissen entspricht, die die neuen Gesetze und die nationalsozialistische Rechtsanschauung an sie zu stellen berechtigt sind. Diese Frage ist in den letzten Jahren nicht zur Ruhe gekommen. Das gewaltig angewachsene Schrifttum und die Fülle der hier vertretenen, widersprechendsten Ansichten machen eine Klärung dahingehend notwendig, inwieweit die bisherigen Ergebnisse den gewandelten Anschauungen standhalten können.

I. Der Begriff der „Gefälligkeitsfahrt“ kann als geklärt gelten. Man versteht hierunter eine Fahrt, bei der ein Fahrgast auf eigenen Wunsch im Wagen eines anderen mit dessen Einverständnis beifährt („mitgenommen“) wird. Dies ist der normale Fall. Es scheiden demnach einmal die Fälle aus, wo der Fahrgast auf ausdrücklichen Wunsch des Führers mitfährt, wie andererseits jene, wo es sich um eine entgeltliche Fahrt handelt. Das Merkmal der Unentgeltlichkeit bei Gefälligkeitsfahrten wird zwar vielfach geleugnet und statt dessen die begriffliche Möglichkeit auch einer entgeltlichen Gefälligkeitsfahrt angenommen, indessen fehlt es für eine derartige Abweichung vom Sprachgebrauch an einer stichhaltigen Begründung. Weiter soll bei der Betrachtung auch die Schwarzfahrt ausgeschlossen, die Fahrt also, bei der jemand den Wagen eines anderen ohne dessen Wissen und Willen benutzt und hierbei einen Dritten mitnimmt (sog. „Gefälligkeits-schwarzfahrt“).

Bei der Frage, wie der Vorgang der unentgeltlichen Mitnahme rechtlich zu erfassen und einzuordnen ist, beginnt die Problematik. Haben wir es mit einem tatsächlichen Vorgang zu tun, der keine rechtliche Bedeutung besitzt? Oder ist vielmehr ein Vertrag zwischen den Beteiligten anzunehmen, auf den gesetzliche Bestimmungen des Vertragsrechts unmittelbar oder entsprechend anzuwenden wären? Diese rein theoretisch anmutende Frage ist praktisch von weit-

gehender Bedeutung. Nimmt man einen tatsächlichen Vorgang ohne rechtlichen Charakter an, so kommen bei Unfällen nur die Vorschriften über unerlaubte Handlungen in Frage, also insbes. § 823 BGB. Hier hätte dann der Fahrer auf Grund des Abs. 1 des § 823 BGB. jede Fahrlässigkeit zu vertreten, er würde sich also schlecht stehen. Wichtig ist die Frage, ob Vertrag anzunehmen ist oder nicht, auch besonders dann, wenn ein anderer als der Halter geführt hat. Bei Annahme eines Vertrages wäre dieser der Erfüllungsgehilfe des Halters, und es müßte der Halter nach § 278 BGB. haften, ohne die Möglichkeit des Entlastungsbeweises nach § 831 BGB. zu haben. Die besonderen kraftfahrzeugrechtlichen Vorschriften scheiden aus, da gem. § 8 KraftfG. der § 7 a. a. D., welcher die Gefährdungshaftung festlegt, für die Insassen nicht anwendbar ist. Es bleiben also die bürgerlich-rechtlichen Vorschriften.

Es kann als herrschende Meinung bezeichnet werden, daß die Gefälligkeitsfahrt keine vertraglichen Beziehungen begründet (RGZ. 141, 262 = JW. 1933, 2389; OLG. Karlsruhe: HöchstRpPr. 1935, 683 u. ö.). Aus der Verneinung des Rechtscharakters ergibt sich, daß eine, sei es auch nur entsprechende, Anwendung gesetzlicher Bestimmungen aus dem Vertragsrecht auf die Gefälligkeitsfahrt unzulässig ist (RG.: JW. 1935, 2033). Während das RG. noch in RGZ. 65, 20 die Möglichkeit einer entsprechenden Anwendung der §§ 521, 595 BGB. erwogen hatte, hat es dann später dieses Vorgehen aus Erwägungen rechtsgrundrechtlicher Art abgelehnt (Urt. v. 28. April 1932, VI 1/32). Damit hat es also die Annahme zurückgewiesen, daß — vorbehaltlich einer besonderen abweichenden Parteiabrede — der Beförderer nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haftet und für einfache Fahrlässigkeit überhaupt nicht einzustehen hat. Vielmehr hat es für Gefälligkeitsfahrten ausdrücklich entschieden (JW. 1910, 234), daß auch dann, wenn nur leichte Fahrlässigkeit anzunehmen ist, bei Verneinung des Verzichts auf Entschädigung davon auszugehen ist, daß der Führer für jedes Verschulden, nicht nur für grobes, einzustehen hat, es sei denn, daß ganz besondere Umstände eben die Annahme eines Verzichts rechtfertigen. Andererseits hat das RG. die Möglichkeit des vorherigen Haftungsausschlusses auch für grobe Fahrlässigkeit für zulässig erklärt (JW. 1934, 2034).

Damit bleibt also im Einzelfalle die Möglichkeit, den Beförderer vorbehaltlich des § 276 Abs. 2 BGB. von der Haftung zu befreien. Auf welche Weise dies geschehen kann, oder besser, wann bei fehlender Parteivereinbarung ein mehr oder minder umfassender Haftungsausschluß angenommen werden kann, darüber herrschen so verschiedene Auffassungen und Konstruktionen, daß es an der Zeit wäre, in der Rechtsprechung eine dem neuen Geist im Verkehrs- und Kraftfahrrecht entsprechende klare Linie zu gewinnen.

II. Es handelt sich also um die Frage, ob jemand, der eine Gefälligkeitfahrt einget, ohne daß zwischen ihm und dem „Gefälligen“ eine Vereinbarung über die Haftung getroffen wird, stillschweigend damit auf die Geltendmachung der Verschuldenshaftung verzichtet. Der Verzicht auf die Haftung aus vorsätzlicher Schädigung ist überhaupt unzulässig (§ 276 Abs. 2 BGB.), und die Annahme eines Verzichts auf Gefährdungshaftung kommt ohnehin nicht in Betracht, da sie gegenüber den Inassen überhaupt ausgeschlossen ist (§ 8 Nr. 1 KraftfG.); es bleibt also hinsichtlich der Verschuldenshaftung nur die Frage, ob ein Verzicht auf Haftung aus grober und leichter Fahrlässigkeit anzunehmen ist.

Dabei wird es meistens so sein, daß Fahrer und Beförderer bei Beginn der Fahrt an die Möglichkeit eines Unfalls und dessen etwaige rechtliche Folgen gar nicht gedacht haben. Soll nun ein Haftungsausschluß nur dann angenommen werden können, wenn beide Teile an den möglichen Eintritt eines Schadens gedacht und darin übereingestimmt haben, daß ein solches Ereignis gewisse Rechtsfolgen haben sollte? Eine solche Auffassung wäre zu eng und würde den §§ 133, 157 BGB. nicht gerecht. Hierzu führt das RG. (allerdings für den Fall der Tierhalterhaftung in RGZ. 67, 433 = JW. 1908, 300) aus:

„Maßgebend ist der erklärte Wille. Als Willenserklärung aber sind zu berücksichtigen nicht bloß die Worte, die geteilt werden, sondern das ganze Verhalten der Beteiligten. Aus dem, was die Beteiligten ausdrücklich oder stillschweigend erklärt haben, muß unter Berücksichtigung der Umstände, unter denen sie handelten, entnommen werden, was sie gewollt haben ... Soweit nicht ein anderweiter Wille kundgegeben ist, darf angenommen werden, daß die Beteiligten die Einzelheiten so geregelt wissen wollten, wie es die allgemeine Anschauung bei einem Verkehr zwischen billigen denkenden Menschen unter den besonderen Umständen des jeweiligen Falles entspricht ... Es kann unter Umständen als selbstverständlich erscheinen, daher als stillschweigend vereinbart zu erachten sein, daß ein Fuhrbesitzer, der eine unentgeltliche Mitfahrt gestattet, von der Haftung für die besondere Gefahr befreit sei, welcher derjenige sich aussetzt, der seine Person dem Fuhrwerk anvertraut.“

Meines Erachtens steckt in dieser fast drei Jahrzehnte zurückliegenden Entscheidung des höchsten Gerichts ein außerordentlich entwicklungsfähiger Gedanke, der gegebenenfalls zum völligen Haftungsausschluß ausgebaut werden könnte. Davon wird noch zu handeln sein. Der Gedanke, daß durch schlüssige Handlungen eine stillschweigende Vereinbarung derart möglich ist, daß dem Fahrer die Haftung auf Ersatz für Fahrlässigkeitschäden im voraus erlassen ist, taucht in der Rechtsprechung des RG. verschiedentlich auf. Nur wann dies als Regelfall angenommen werden kann, dafür fehlt eine nähere Erläuterung; so wird — unter Zugrundelegung der begrifflichen Möglichkeit einer entgeltlichen Gefälligkeitfahrt — in RGZ. 128, 232 = JW. 1930, 2854 die Unentgeltlichkeit der Fahrt lediglich als Anhaltspunkt erklärt, der jedoch als solcher noch nicht ausreichen soll:

„Handelt es sich bei der vom Schuldner übernommenen Leistung um eine Gefälligkeit, so wird der Gesichtspunkt der Unentgeltlichkeit als ein für den Ausschluß der Haftung auch für Fahrlässigkeitschäden sprechender Umstand zwar keineswegs, wie besonders betont werden mag, der Regel nach, wohl aber beim Hinzutreten weiterer Umstände angenommen werden können.“

Später hat dann das RG. in OZG. 1931, 360 festgestellt, bei Fehlen besonderer Anhaltspunkte sei ohne Rechtsirrtum der Ausschluß der Haftung jedenfalls für grobes Verschulden zu verneinen. Schließlich hat das RG. noch unlängst in Fortführung der bisherigen Linie (JW. 1935, 1023) die Feststellung getroffen, daß es einen Rechtsatz des Inhalts, daß im Falle einer Gefälligkeitfahrt nur für grobes Verschulden des Wagenführers gehaftet werde, nicht gibt. Aus dieser Entscheidung erhellt, daß die Rechtsprechung vor einer allgemeinen Regel über den Umfang der Haftung bei der Gefälligkeitfahrt zurückschreckt. Es müssen immer noch besondere Umstände im Einzelfalle hinzutreten, um den Ausschluß auch der weiteren Haftung zu rechtfertigen. Ob es allerdings wünschenswert ist, eine allgemeine Regel zugunsten der kaufmännischen Gestaltung zu umgehen, wird noch zu untersuchen sein.

III. Bisher ist davon ausgegangen worden, daß eine Parteivereinbarung über die Haftung nicht vorlag. Wie ist nun die Rechtslage, wenn der Wagenführer in seinem Wagen ein Schild angebracht hat mit der Aufschrift: „Sie fahren auf eigene Gefahr“? Hier sind drei Möglichkeiten denkbar: der Beförderte liest das Schild und erklärt sich ausdrücklich einverstanden. Dann ist kein Zweifel möglich. Aber dieser Fall wird nicht sehr häufig sein. Oder der Beförderte sieht das Schild überhaupt nicht. Dann dürfte die Rechtslage so sein, wie wenn überhaupt nichts vereinbart wäre. Endlich ist noch der Fall zu denken, daß der Beförderte es liest und schweigt. Soll dann sein Schweigen als Zustimmung angesehen werden? Das RG. glaubt, das verneinen zu müssen. Unter eingehenden Erwägungen führt es hierzu aus (JW. 1935, 1023):

„Die Anbringung eines solchen Schildes deutet zunächst nur auf die einseitige Absicht des Halters des Kraftwagens hin, eine solche Erklärung abzugeben; daß sie in jedem Falle jedem Beförderten gegenüber abgegeben werden soll, ist bei der Verschiedenheit der Fälle der Beförderung nicht anzunehmen. Ferner ist aber erforderlich, daß der Beförderte der etwa abgegebenen Erklärung des Halters auch zustimmt. Dies ist allein aus der Kenntnisnahme noch nicht zu entnehmen. Diese Kenntnis wird der Fahrgast ... regelmäßig erst nach dem Einsteigen nehmen, also dann, wenn die Einigung der Beteiligten über die Beförderung bereits erfolgt ist. Ist dem Fahrgast aber vorher keine Mitteilung über den Haftungsausschluß gemacht worden, so wird er regelmäßig nicht annehmen können, daß der Inhalt des Schildes als eine ihm gegenüber abgegebene Willenserklärung des Halters gelten soll. Gibt der Fahrgast nicht irgendeine Erklärung ab, aus der sich der rechtsgeschäftliche Wille ergibt, daß er Schadensersatzansprüche nicht geltend machen wolle, oder zeigt er nicht ein Verhalten, das nach Treu und Glauben als der Ausdruck eines solchen Willens angesehen werden muß, dann kommt ein Haftungsausschluß ... nicht in Betracht.“

Wenn man diese Entscheidung des RG. betrachtet, so ist es zu verwundern, wie sich das RG. durch theoretische Erwägungen von der praktischen Lebenserfahrung hat ablenken lassen. Wir wollen dabei ganz von der Beweischwierigkeit, ob der Fahrgast das Schild gelesen hat, absehen. Das ist Tatfrage. Aber dennoch bleibt es unerfindlich, wie so ein Wagenhalter, der sich durch ein derartiges Schild allgemein zu schützen versucht, diese Erklärung nicht gegenüber jedermann abgeben will. Ebenso unverständlich ist die Annahme, daß der Fahrgast diese Erklärung nicht auf sich beziehen wird. Auf wen denn sonst? Es dürfte gerade umgekehrt sein, daß jeder Einsteigende, der das Schild liest, sich getroffen fühlt! Weiter ist nicht einzusehen, warum der Haftungsausschluß durch Kenntnisnahme von dem Schild nicht noch soll erfolgen können, wenn die Parteien bereits unterwegs sind, sich also über die Beförderung geeinigt haben. Dann wird die Einigung doch noch vor dem Unfall kommen, also noch früh genug! Will der Gast nicht auf sie eingehen, dann kann er immer noch aussteigen. Wenn nun aber das RG. erst eine „rechtsgeschäftliche Willensäußerung“ des Beförderten verlangt, ehe es den Haftungsausschluß anerkennt, dann hat das betr. Schild überhaupt keinen Sinn. Das läme

wieder auf die Notwendigkeit einer ausdrücklichen Parteilabrede hinaus. Und „mit Tren und Glauben“ läßt sich diese Entscheidung am allerwenigsten rechtfertigen. Tren und Glauben gebieten gerade, daß der Inasse, der das Schild liest und schweigt, als Zustimmungmer behandelt wird. Tren und Glauben verlangen von ihm, daß er auf die Beförderung verzichtet oder sie abbricht, wenn er die ihm durch das Schild kenntlich gewordene Erklärung des Halters sich nicht zu eigen machen will.

Daher muß aus allen diesen Erwägungen diese Entscheidung als fehlgehend angesehen werden.

IV. Weiter ist in diesem Zusammenhang noch die Frage von Bedeutung, inwieweit es gegen oder für den Abschluß eines Enthastungsvertrages spricht, wenn der Wagenführer eine Haftpflichtversicherung eingegangen ist. Man könnte der Ansicht sein, daß der Versicherte kein Interesse daran hat, die Haftung auszuschließen, weil sie ja letzten Endes nicht ihm, sondern die Versicherung trifft. Hier hat das RG. angenommen, daß ein solches Verhalten des Versicherten zwar nicht zu billigen sei, daß aber § 138 BGB. (Sittenwidrigkeit) hierauf nicht Anwendung finden, oder daß eine solche Unterlassung zum Schadensersatz nach § 826 BGB. verpflichten könne; des näheren führt das RG. (JW. 1934, 2034) aus:

„Richtig ist, daß das RG. in mehreren Entscheidungen ausgesprochen hat, die dem Verletzten bekannte Tatsache, daß der andere Teil gegen Haftpflicht versichert sei, könne gegen den Abschluß eines Enthastungsvertrages ... bei Fahrlässigkeitschäden sprechen. Jene Tatsache ist als ein mögliches Auslegungsmittel für die Willensrichtung der Beteiligten anerkannt worden; neben dieser Tatsache sind aber auch die sonstigen Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen ... Die Ansicht ... geht fehl, es müsse aus jener Tatsache stets auf den Abschluß eines Enthastungsvertrages geschlossen werden.“

Und für das Innenverhältnis zwischen Versichertem und Versicherung erwägt das RG. (a. a. O. S. 2035):

„Im allgemeinen könnte wohl die Tatsache, daß in den letzten Jahren einige für sicher gehaltene Versicherungsgesellschaften zusammengebrochen sind, und die gegen Haftpflicht Versicherten den Schaden haben aus eigener Tasche tragen müssen, den Versicherten davon abhalten, von dem Abschluß des Enthastungsvertrages im Hinblick auf das Bestehen des Versicherungsvertrages abzusehen.“

Auch hier zeigt sich wieder die Neigung der Rechtsprechung, eine allgemeine Regel zu vermeiden; es soll also die Kenntnis von der Versicherung nur ein Merkmal sein, aus dem auf den Abschluß eines Enthastungsvertrages geschlossen werden kann. Es soll aber allein noch nicht ausreichen und dem Tatrichter die „Würdigung der Persönlichkeit der Parteien“ und der „sonstigen Umstände“ (RG. a. a. O.) überlassen bleiben. Die ganze Frage hat in der Praxis große Bedeutung. Es wäre erfreulich, wenn die Rechtsprechung hierin möglichst großzügig vorgehen würde.

V. Ein weiterer rechtlicher Gesichtspunkt, der als Grund für den Ausschluß der Haftung in Betracht kommt, ist das sog. „Handeln auf eigene Gefahr“. Dieser Einwand ist nicht etwa in den bisher aufgeführten rechtlichen Gesichtspunkten enthalten, sondern ihm kommt eine selbständige Bedeutung zu (RGZ. 128, 233 = JW. 1930, 2854; RGZ. 130, 169 = JW. 1931, 875). Es handelt sich also für die Fälle der Gefälligkeitssahrt beim Handeln auf eigene Gefahr, worunter hier die Übernahme eines Risikos (vgl. RStUrt. v. 22. Febr. 1932, VI 407/31) verstanden werden soll, rechtlich um etwas anderes als um einen vertragsmäßigen Haftungsausschluß (siehe u. a. RG.: Gruch. 55 Nr. 343; JW. 1912, 857). Über die rechtliche Beurteilung des Wesens dieser Gefahrübernahme bestehen im wesentlichen zwei Auffassungen.

Die eine sieht im Handeln auf eigene Gefahr lediglich die Setzung einer Schadensursache. Diese Ansicht hat zur praktischen Folge, daß ein rechtsgeschäftlicher Wille des auf eigene Gefahr Handelnden nicht erforderlich ist, und daß — ähnlich wie in

§ 254 BGB.; § 17 KraftfG. — eine Gefährdungs- und Verschuldensaufrechnung stattfinden muß.

Die zweite Auffassung, der sich das RG. (RGZ. 141, 265 = JW. 1933, 2389; JW. 1934, 2035) angeschlossen hat, sieht ihr Wesen in folgendem:

„Die Gefahrübernahme bei Gefälligkeitssfahrten ist rechtlich eine — vorbehaltlich der Grenzen des Erlaubten zulässige — Einwilligung des Handelnden in eine möglicherweise auf der Fahrt eintretende Verletzung des Fahrtteilnehmers zu beurteilen. Die Einwilligung wird danach als eine empfangsbedürftige Willenserklärung angesehen, die den Vorschriften über Willenserklärungen unterliegt, somit insbes. unwirksam ist bei Minderjährigkeit des auf eigene Gefahr Handelnden. Die Einwilligung hat zur Folge, daß das Tatbestandsmerkmal der Widerrechtlichkeit der Schadenszufügung (§§ 823 Abs. 1, 831 BGB.) und damit eine Haftung des Gegners entfällt, soweit jene Einwilligung reicht.“

Neben dieser rechtlichen Beurteilung gehört zur Annahme eines Handelns auf eigene Gefahr die Möglichkeit einer Gefährdung und das hierauf bezogene Bewußtsein des Handelnden. Das wird von den Vertretern beider Ansichten anerkannt und ist im wesentlichen Tatfrage.

Nach der vom RG. vertretenen Ansicht kommt also der Gesichtspunkt des Handelns auf eigene Gefahr bei Minderjährigen nicht in Betracht, da eine etwa dahingehende Willenserklärung des Minderjährigen ein einseitiges, unwirksames Rechtsgeschäft wäre (§§ 107, 111 BGB.). Diese Auffassung findet ihre praktische Rechtfertigung darin, daß sich der Minderjährige gemeinhin nicht der Tragweite einer solchen Erklärung bewußt ist und mitunter aus Leichtsinne sich zu ihrer Abgabe bereit finden wird. Dieser Entscheidung ist also unbedingt zuzustimmen.

Wenn man nun den oben behandelten „Enthastungsvertrag“ mit der hier in Rede stehenden „Gefahrübernahme“ vergleicht, so unterscheidet sich letztere von der ersteren dadurch, daß nicht das beiderseitige Einverständnis, sondern nur die einseitige Erklärung des auf eigene Gefahr Handelnden und der Empfang dieser Erklärung durch den Gegner der Feststellung bedürfen. Allerdings kommt es — wie oben beim Enthastungsvertrag — nach anerkannten Rechtsgrundsätzen (RGZ. 119, 25 = JW. 1928, 166; RGZ. 131, 351 = JW. 1931, 2478) nicht auf den inneren Willen des Gefahrübernehmenden an, sondern darauf, wie der Gegner dessen Verhalten nach den gesamten Umständen unter Berücksichtigung der im Verkehr zwischen billig denkenden Menschen herrschenden Anschauungen zu verstehen berechtigt war.

VI. Die bisherigen Ausführungen lassen erkennen, welche verschiedenen Wege rechtlicher Konstruktion bisher die Rechtsprechung eingeschlagen hat, um das Problem der Gefälligkeitssahrt einer Lösung entgegenzuführen. Es ist allerdings dabei nicht zu verkennen, daß alle diese Versuche letzten Endes theoretische Konstruktion bleiben müssen, die schwer Volkstümlichkeit und Volksverständlichkeit gewinnen werden. Gerade diese aber fordern wir heute von unserer Rechtsprechung! Im Verkehrsrecht ist uns die Gesetzgebung hierin vorangegangen; die Rechtsprechung ist mit erfreulichen, den neuen Geist atmenden Entscheidungen gefolgt. Nur auf dem Gebiete des Kraftfahrerechts harret die Frage der Gefälligkeitssahrt, deren Bedeutung unzählige Prozesse unterstreichen, noch immer einer befriedigenden Lösung. Wenn der Vorpruch zur Reichsstraßenverkehrsordnung fordert, daß die Gerichte „sich von dem neuen Geist dieser Ordnung leiten lassen, um so ihrer Verantwortung gegenüber der Verkehrsgemeinschaft gerecht zu werden“, so muß das auch hier gelten.

Die Lösung kann nur eine einfache und klare sein. Eine Rechtsprechung, die einmal den Fahrer für jede Fahrlässigkeit haften läßt und ein anderes Mal selbst die grobe Fahrlässigkeit ausschließt, wird der Frage nur ungenügend gerecht. Die Regelung kann nur eine allgemeine sein. Denn auch in diesem Falle wird immer ein mitwirkendes Verschulden (§ 254 BGB.) des Beförderten die Haftung mindern oder aufheben können, z. B. wenn der Beförderte bewußt an einer besonders gefähr-

lichen Fahrt teilnimmt. Louis (JW. 1936, 425) will bei einer Gefälligkeitssahrt jeden Anspruch des Fahrgastes gegen den Fahrer oder Falter ausschließen. Es ist nicht zu verkennen, daß diese Auffassung den Vorzug der Klarheit hat. Sie läßt sich zudem, wie Louis a. a. O. dargetan hat, rechtlich und weltanschaulich erhärten. Allein es ist zu fragen, ob vom Standpunkt der Verkehrsgemeinschaft, die die Grundlage unseres heutigen Verkehrsrechtes bildet, ein Haftungsausschluß auch für Schäden aus grober Fahrlässigkeit erwünscht ist. Soll ein Fahrer für grobe Fahrlässigkeit im Verkehr nicht verantwortlich gemacht werden? Das hieße doch wohl ein Verhalten begünstigen, das die Verkehrsgemeinschaft nicht billigen kann, und zu dem auch der eine Gefälligkeit im Sinne der Volksgemeinschaft erweisende Fahrer nicht berechtigt sein kann. Denn auch die Gemeinschaft hat ein Interesse daran, daß ihre Mitglieder einander durch grobe Fahrlässigkeit nicht schädigen. Die hinter dem Fahrer stehende Drohung des Strafgesetzes kann allein nicht genügen. Sie kann nur strafen, aber nicht heilen. Wer daher durch grobe Fahrlässigkeit wider die Verkehrsgemeinschaft verstößt, darf, auch wenn er „gefällig“ ist, nicht von der Last der Haftung gegenüber dem Verletzten befreit werden.

Anders ist es mit der leichten Fahrlässigkeit. Einen durch sie hervorgerufenen Schaden kann der Verletzte nicht geltend machen, wenn er durch eine „Gefälligkeit“ als Fahrgast zu dem Fahrer in Beziehung getreten ist. Hat das auch von der Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten (*diligentia quam in suis*) zu gelten? Man könnte dagegen anführen, daß der Fahrgast unter Umständen an einen arg leichtsinnigen Fahrer gerät. Allein eine solche Eigenschaft des Fahrers mit in Kauf zu nehmen, muß vom Beförderten verlangt werden. Das gebietet ihm der Umstand, daß er mit dem Fahrer in eine Fahrtgemeinschaft eintritt. Allzu große Härten, die sich hieraus für ihn ergeben könnten, werden ja dadurch abgeschwächt, daß ein Schadensersatzanspruch in dem Augenblick entsteht, wo der Fahrer sich eine grobe Fahrlässigkeit zuschulden kommen läßt und durch sie einen Unfall verursacht. —

Aus allen diesen Gründen ist zu wünschen, daß die Rechtsprechung zu der klaren und einfachen Auffassung gelangt, die schon in Schrifttum und Rechtsprechung (z. B. RG: *JurAbsh-PrVers.* 1931, 166; *OLG. Naumburg: RRasif.* 1931, 241) vertreten wird, nämlich, daß sie den Rechtsatz festlegt:

Im Falle einer Gefälligkeitssahrt haftet der Wagenführer nur für grobes Verschulden.

B.

Von Rechtsanwalt Dr. Gü l d e, Dresden

Die Gefälligkeitssahrt im Kraftwagen ist seit langem in haftpflichtrechtlicher Beziehung ein Sorgentkind der Rechtslehre und Rechtsprechung. Ich verweise hierzu auf die Arbeit von Helmut Becker, *Gefälligkeitssahrten im Kraftfahrzeug* (Carl Heymanns Verlag, Berlin 1932), auf das dort S. 53 ff. befindliche Schrifttumsverzeichnis und auf die umfassende Zusammenstellung bei Müller, *Straßenverkehrsrecht*, 10. Aufl., S. 248—251. Eine klare und befriedigende Lösung ist noch nicht gefunden worden. Das RG. vermeidet in erkennbarer Weise, allgemeingültige Grundsätze dafür zu entwickeln, und stellt seine Entscheidungen regelmäßig ausschließlich auf die einzelnen Fälle ab. Das entspricht der in der Rechtsprechung ganz allgemein noch herrschenden Neigung, allgemein gültige Rechtsgrundsätze tunlichst zu vermeiden. Mir scheint es demgegenüber mit dem veränderten nationalsozialistischen Rechtsdenken besser im Einklang zu stehen, wenn die Rechtsprechung dazu übergeht, der lebendigen Fortentwicklung des Rechts durch die Herausarbeitung von Rechtsgrundsätzen zu dienen, welche für das in Betracht kommende Gebiet im Einklang mit der nationalsozialistischen Weltanschauung möglichst allgemeine Geltung beanspruchen können.

Auch Groebes Bemühungen gehen offenbar dahin, für das Gebiet der Gefälligkeitssahrt im Kraftfahrzeug möglichst bestimmte und klare Haftpflichtgrundsätze zu entwickeln. Er zeigt in deutlicher Weise die Mängel der bisherigen Rechtsprechung auf, lehnt die Meinung von Louis (JW. 1936, 425), daß man jede Haftung als ausgeschlossen ansehen müsse, ab und vertritt den Standpunkt, der Wagenführer habe im Falle der Gefälligkeitssahrt wenigstens für grobes Verschulden zu haften.

Ich vermag mich weder der Meinung von Louis noch der von Groebe anzuschließen. Ich gehe dabei wie Groebe von der Annahme aus, daß eine Gefälligkeitssahrt dann vorliegt, wenn sich jemand im Kraftfahrzeug eines anderen auf eigenen Wunsch unentgeltlich mitnehmen läßt. Ich halte es aber nicht für vereinbar mit dem heutigen Rechtsdenken, daß man in der Gestattung der Mitfahrt lediglich einen tatsächlichen Vorgang ohne rechtliche Bedeutung erblickt. Der in der Volksgemeinschaft lebende Mensch ist mit allem seinen Tun und Unterlassen ständig der die Volksgemeinschaft beherrschenden Rechtsordnung unterworfen, soweit er nicht wie z. B. bei rein natürlichen Vorgängen (Schlafen usw.) etwa außerhalb jeder Beziehung zur Volksgemeinschaft steht. Die Vorstellung, der Einzelnen könne sich eine Sphäre privater Lebensäußerungen ohne Rechtswirkungen und ohne Beziehungen zur Gemeinschaft abgrenzen, ist ein Überbleibsel liberalistischer Denkweise. Das Recht, wie wir es auffassen, ist die Ordnung des Gemeinschaftslebens, welche den Einzelnen allüberall und dauernd umgibt und beherrscht. Von dieser Auffassung aus muß man aber auch den Gedanken der Gefälligkeitssahrt als eines tatsächlichen Vorgangs ohne rechtliche Bedeutung ablehnen.

Zu einer richtigen Würdigung der Gefälligkeitssahrt gelangt man vom Gemeinschaftsgedanken und vom Grundsatz der Verantwortlichkeit aus. Wer einen anderen aus Gefälligkeit in seinem Kraftfahrzeug mitnimmt, übernimmt auch dann, wenn die Mitnahme auf Wunsch des anderen erfolgt, für den anderen die Verantwortung, ihn heil und unverfehrt bis ans Ziel der Gefälligkeitssahrt zu bringen. Hierzu bedarf es nicht der Konstruktion eines stillschweigenden Vertragsverhältnisses. Wo in einzelnen Fällen besondere Vertragsverhältnisse vorliegen, kommen zu der gekennzeichneten Verantwortung für den Gefälligkeitssahrgast noch die besonderen Vertragspflichten hinzu. Man darf die Frage nach der Haftung bei der Gefälligkeitssahrt nicht zu sehr einseitig vom Standpunkt dessen beurteilen, der die Gefälligkeit erweist. Man muß sich darüber klar sein, daß der Mitgenommene regelmäßig von dem Gefühl durchdrungen ist, sich in der Obhut des mitnehmenden Kraftfahrers zu befinden. Es ist berechtigt, wenn der Gefälligkeitssahrgast darauf vertraut, daß der, der ihn mitnimmt, sein Kraftfahrzeug beherrscht und so fährt, wie es die Pflicht gegenüber der Volksgemeinschaft verlangt. Diese Pflicht verbietet es ja auch dem allein fahrenden Kraftfahrer, deshalb nachlässiger zu fahren, weil er irrtümlich davon ausgeht, nur für sich selbst verantwortlich zu sein. Es wäre eine etwas sonderbare Gefälligkeit, wenn sie infolge Ausschlusses jeder Haftung für den Gefälligkeitssahrgast mit erhöhter Gefahr für Leib und Leben verbunden wäre.

Man halte nicht entgegen, daß es umgekehrt für den, der die Gefälligkeit erweist, eine übertriebene Zumutung wäre, obendrein auch noch die hohe Gefahr der Haftung für den anderen übernehmen zu müssen. Wer es sich nicht zutraut, den Gefälligkeitssahrgast unverfehrt ans Ziel zu bringen, und wer nicht genug Verantwortungsfreudigkeit besitzt, muß es eben unterlassen, in seinem Kraftfahrzeug andere aus Gefälligkeit mitzunehmen. Der bei der Erörterung der Gefälligkeitssahrt häufig zugute tretende Mangel an Verantwortungsfreudigkeit steht nicht mehr im Einklang mit den männlich-deutschen Anschauungen und Empfindungen, welche der Nationalsozialismus endlich im deutschen Volke wieder zu neuem Leben erweckt hat.

Wer in seinem Kraftfahrzeug einen Gefälligkeitssahrgast mitnimmt, hat demzufolge die normale uneingeschränkte Sorgfaltspflicht. Der Gefälligkeitssahrgast befindet sich in der Obhut des Mitnehmenden, der Mitnehmende hat ihm gegenüber eine Obhutspflicht. Es ist dieselbe Pflicht der Obhut, welche man

dem Gast gegenüber hat. Die Gefälligkeit ist kein Freibrief für Sorglosigkeit und Nachlässigkeit. Im Gegenteil. Für den Gast sorgt man besonders gut.

Der Wagenführer haftet also im Falle der Gefälligkeitsfahrt für jedes Verschulden aus § 823 BGB., wenn nicht etwa in besonderen Fällen noch besondere Vertragspflichten hinzutreten. Haftungsausschlüsse bleiben daneben zulässig, bedürfen aber besonderer und klarer Vereinbarung. In diesem Zusammenhang hat Grobe recht, wenn er die Rechtsprechung zu dem Schild „Sie fahren auf eigene Gefahr“ als lebensfremd kritisiert. Wer das Schild sieht und trotzdem als Gefälligkeits-

fahrgast mitfährt oder weiterfährt, muß es nach Treu und Glauben gegen sich gelten lassen. Was Grobe hierzu sagt, ist durchaus zutreffend.

Wenn es dem Gedanken der Verkehrsgemeinschaft entspricht, bei der Gefälligkeitsfahrt den Mitnehmenden voll haften zu lassen, so ist es selbstverständlich, daß die Kenntnis vom Bestehen einer Haftpflichtversicherung gegen die Annahme eines Haftungsausschlusses spricht, und daß, von Ausnahmefällen abgesehen, für den Gedanken des „Handelns auf eigene Gefahr“ kein Raum ist. Der Haftungsausschluß ist die Ausnahme, die volle Haftung und Verantwortung ist die Regel.

Reichsfluchtsteuer und Devisenrecht bei der Auswanderung

Von Gerichtsassessor Otto Böhmert, Berlin

Gemäß § 2 Ziff. 3 der RFluchtstW. v. 8. Dez. 1931 (RGBl. I, 699 ff.) i. d. Fassung v. 18. Mai 1934 (RGBl. I, 392) werden diejenigen Auswanderer von der Zahlung der Reichsfluchtsteuer befreit, denen das für sie örtlich zuständige Landesfinanzamt auf ihren Antrag hin bescheinigt hat, daß die Aufgabe des inländischen Wohnsitzes oder des gewöhnlichen Aufenthaltes im Inlande und die damit verbundene Auswanderung im deutschen Allgemeininteresse liegt oder aus Gründen erfolgt, welche volkswirtschaftlich gerechtfertigt sind.

Eine derartige Bescheinigung stellt jedoch das Landesfinanzamt lediglich dann aus, wenn der Antrag auf Erteilung dieser Bescheinigung vor der Aufgabe des inländischen Wohnsitzes oder des gewöhnlichen Aufenthaltes im Inland gestellt wird (§ 2 Ziff. 3 b RFluchtstW.).

Diese Bestimmung kann bei Auswanderern dann zu Schwierigkeiten führen, wenn die Auswanderungsabsicht als solche noch nicht zu einer endgültigen geworden ist. Für den Auswandernden ist es in vielen Fällen in dem Zeitpunkt, in welchem er zum erstenmal seinen — vorläufig als vorübergehend angesehenen — Aufenthalt im Ausland nimmt, noch nicht sicher, ob es ihm gelingen wird, sich eine wirtschaftlich gesicherte Existenz im Auslande zu verschaffen, — ebenso wenig wie er in diesem Zeitpunkt beurteilen kann, ob die in Aussicht genommene Tätigkeit auch den deutschen volkswirtschaftlichen Interessen dienen kann und wird.

In vielen Fällen besteht dann die Gefahr einer Überschneidung der steuerlichen Vorschriften der RFluchtstW. und der Devisenvorschriften.

I.

Die Reichsfluchtsteuerpflicht wird nicht durch die Erteilung eines entsprechenden Steuerbescheides begründet, sondern ipso jure durch das Vorliegen des in § 1 RFluchtstW. angegebenen Tatbestandes ausgelöst, d. h. durch die Tatsache der Aufgabe des inländischen Wohnsitzes oder des ständigen Aufenthaltes im Inland.

Der steuerliche Wohnsitzbegriff ist jedoch ein anderer als der bürgerlichen Rechts gem. §§ 7 ff. BGB.

Der Wohnsitz im steuerlichen Sinne verlangt objektiv das Innehaben einer für Wohnzwecke hinreichend geeigneten und ausgestatteten Wohnung und subjektiv die Absicht ihrer Beibehaltung für eigene Zwecke (vgl. auch Lion-Hartenstein, Steuer- und Devisenrecht, 1932, S. 108). Die ständige tatsächliche Benutzung der Wohnung durch den Wohnungsinhaber selbst ist an sich bei Wahrung der rechtlichen Verfügungsgewalt nicht notwendige Voraussetzung der Innehabung, — eine Benutzung durch Familienangehörige wird z. B. in der Regel dem gleichzusetzen sein.

Andererseits ist der Begriff des Wohnsitzes oder ständigen Aufenthaltes im Inlande i. S. des § 6 Abs. 6 des DevG.

v. 4. Febr. 1935 grundsätzlich an den persönlichen Aufenthalt des Wohnungsinhabers im Inland gebunden.

Ein längerer Auslandsaufenthalt (in der Regel mehr als drei Monate) kann dazu führen, daß die betreffende Person von der zuständigen Devisenstelle bereits devisenrechtlich als Ausländer angesehen wird, obwohl die im Inland belegene Wohnung unverändert beibehalten ist; die Feststellung der Inländer- oder Ausländereigenschaft wird von den Devisenstellen — oder gegebenenfalls von der Reichsstelle für Devisenbewirtschaftung —, in Zweifelsfällen mit bindender Wirkung getroffen (§ 6 Abs. 6 DevG.; Runderlaß der Reichsstelle für Devisenbewirtschaftung 164/35 v. 17. Aug. 1935). Folgerichtig wird man annehmen müssen, daß die Devisenstellen gleichfalls die Feststellung über die „Auswanderereigenschaft“ im devisenrechtlichen Sinne treffen können (so Kaab: Devisenarchiv 1936, 286) und zwar auch für die Vergangenheit, soweit diese Feststellung zur Klarstellung von zivilrechtlichen Rechtsverhältnissen notwendig ist.

Im Hinblick auf die verschiedenen gesetzgeberischen Ziele bei den Reichsfluchtsteuervorschriften einerseits und den Devisenbestimmungen andererseits muß jedoch ein scharfer Unterschied zwischen diesen gesetzlichen Tatbeständen gemacht werden.

Diese Notwendigkeit ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

Eine Mitnahme von Vermögenswerten ins Ausland anlässlich einer Auswanderung ist nur dann möglich, wenn eine entsprechende Genehmigung der zuständigen Devisenstelle hierzu vorliegt.

Eine solche Genehmigung wird jedoch von den Devisenstellen nur dann erteilt, wenn bestimmte Voraussetzungen formeller Art erfüllt sind (vgl. Richtlinien für die Devisenbewirtschaftung v. 4. Febr. 1935, IV. Abschnitt, Ziff. 56). Insbesondere müssen der Devisenstelle folgende Unterlagen vorgelegt werden:

1. die Bescheinigung einer Auswandererberatungsstelle über die wirtschaftlichen Aussichten der Auswanderung,
2. ein Vermögensverzeichnis,
3. eine Unbedenklichkeitsbescheinigung des zuständigen Finanzamtes, wonach Steuerrückstände nicht bestehen,
4. eine polizeiliche Abmeldung.

Ohne Beibringung dieser Unterlagen können Genehmigungen zur Überführung von Geldbeträgen, Maschinen oder Maschinenteilen, Waren, die in einem eigenen gewerblichen Betrieb als Produktionsmittel verwandt werden können, ins Ausland oder zur Mitnahme von Wertpapieren nicht erteilt werden (vgl. Richtl. IV 56, Abs. 2; Runderlaß 1/36).

Eine solche Mitnahme braucht von den Auswandernden im Hinblick auf die Unsicherheit der noch zu gründenden wirt-

geschäftlichen Existenz im Auslande im Zeitpunkt der erstmaligen Grenzüberschreitung noch gar nicht beabsichtigt zu sein, — eben weil die Auswanderungsabsicht noch nicht endgültig ist. Der Auswandernde wird aber andererseits schon vor dem Zeitpunkt, in welchem er seine versuchsweise unternommene geschäftliche oder gewerbliche Tätigkeit im Ausland beginnt — ohne daß damit in jedem Falle gleich eine Wohnsitzverlegung vom Inland ins Ausland vorgenommen würde —, die erforderlichen Schritte zur Erreichung der Devisengenehmigung in die Wege leiten müssen, um nicht bei einer späteren Beantragung der Genehmigung deshalb auf Schwierigkeiten zu stoßen, weil er sich tatsächlich schon längere Zeit im Auslande befindet. Dieser letztere Umstand ist devisenrechtlich, wie oben ausgeführt, insofern von Bedeutung, als die Devisenstellen eine Person, die sich länger als drei Monate ununterbrochen im Ausland aufhält, gegebenenfalls als Devisenausländer i. S. von § 6 Abs. 6 DevG. ansehen können. Einem Devisenausländer aber kann begrifflich eine Auswanderung i. S. des Devisenrechts mit der Möglichkeit der Mitnahme von Vermögenswerten nicht mehr zugestanden werden, — abgesehen von besonderen Einzelvorschriften über die Möglichkeit eines Nachstrafers.

Es kann demnach der Fall eintreten, daß eine Person, die sich tatsächlich längere Zeit geschäftlich im Ausland aufhält, um dort eine Existenz zu gründen, devisenrechtlich bereits als ausgewandert angesehen wird, obwohl sie (subjektiv) ihren inländischen Wohnsitz noch gar nicht aufgegeben hat, und auch tatsächlich eine Wohnung im Inland mit der vorläufig noch bestehenden Absicht der Beibehaltung unterhält.

Wenn aber eine Person bereits im Zeitpunkt der Annahme einer versuchsweisen geschäftlichen oder gewerblichen Tätigkeit im Auslande vorsorglich die zur späteren Mitnahme von Vermögenswerten bei der endgültigen Auswanderung erforderlichen Anträge bei der Devisenstelle einreicht, besteht die Gefahr, daß das zuständige Finanzamt schon in diesem Zeitpunkt das Vorliegen der Voraussetzungen des § 1 RzFluchtstW. bejaht und den Betreffenden als reichsfluchtsteuerpflichtig ansieht, obwohl die Absicht der Auswanderung — d. h. der Wohnsitzverlegung aus dem Inland ins Ausland — noch keineswegs endgültig feststeht. Als Anhaltspunkt könnte hierbei bei den Steuerbehörden die polizeiliche Abmeldung dienen.

Infolgedessen besteht die weitere Gefahr, daß das Landesfinanzamt einen gem. § 2 Ziff. 3 der RzFluchtstW. nunmehr eingereichten Antrag auf Freistellung von der Reichsfluchtsteuer ohne sachliches Eingehen auf die vorgetragenen Tatsachen, die die Wohnsitzverlegung und Auswanderung als im deutschen Interesse liegend erscheinen lassen, als verspätet zurückweist.

Über diese Frage ist eine grundlegende Entscheidung des RStO. v. 14. Nov. 1935 (III A 216/35) ergangen, in welcher u. a. ausgeführt wird, daß es für die Frage der Rechtzeitigkeit des Freistellungsantrages gem. § 2 Ziff. 3 RzFluchtstW. ausschließlich darauf ankomme, ob der Antragsteller zur Zeit des Einganges seines Antrages bei dem Landesfinanzamt seinen inländischen Wohnsitz tatsächlich aufgegeben habe.

In der Begründung wird insbesondere dargelegt, daß es nach der ständigen Rechtsprechung des Senats für die Frage der Wohnsitzverlegung auf die polizeiliche Abmeldung allein nicht ankommen könne. Der Begriff der Auswanderung sei insofern überhaupt kein steuerrechtlicher Begriff. Das Gesetz spreche ausdrücklich nur von der Aufgabe des Wohnsitzes und des gewöhnlichen Aufenthalts. Die begleitenden Umstände, die Besonderheiten des Einzelfalles und insbesondere die Ungewißheit über das Gelingen der Pläne des Antragstellers könnten unter Umständen den Schluß rechtfertigen, daß bei dem Antragsteller noch nicht die endgültige Absicht bestehe, seinen inländischen Wohnsitz nicht beizubehalten.

Nach dieser Stellungnahme des RStO. bietet demnach die zwecks Erlangung einer Devisengenehmigung zur späteren Mitnahme von Vermögenswerten erteilte steuerliche Unbedenklichkeitsbescheinigung oder die von dem Ausreisenden vorgenommene polizeiliche Abmeldung keinen für die Steuerbe-

örden zwingenden Anhaltspunkt für die Annahme, daß der Betreffende in diesem Zeitpunkt reichsfluchtsteuerpflichtig geworden sei.

II.

In einer weiteren Entscheidung, die ebenfalls am 14. Nov. 1935 ergangen ist (III A 272/35 = JW. 1936, 533⁵⁴), hat zu dieser Frage der RStO. den Grundsatz aufgestellt, daß ohne Wohnung kein Wohnsitz bestehen könne. Wenn auch das Innehaben einer Wohnung allein zur Begründung und Beibehaltung eines Wohnsitzes nicht ausreicht, vielmehr daneben mindestens die begleitenden Umstände auf die Absicht der Beibehaltung des Wohnsitzes schließen lassen müßte — so insbesondere der Wille des Wohnungsinhabers darauf gerichtet sein müsse, die Wohnung tatsächlich beizubehalten und zu benutzen —, so sei doch jedenfalls die erste Voraussetzung für die Annahme des Wohnsitzes im Inlande das Vorhandensein und die Innehabung einer Wohnung.

Demgegenüber erlischt nach der angeführten Entscheidung der „gewöhnliche Aufenthalt“ erst dann, wenn weder die körperliche Anwesenheit noch der Wille zur Rückkehr gegeben ist (vgl. RStO. v. 27. Aug. 1935 [RStBl. 1935, 1219]). Allerdings kommt hierbei alles auf die Umstände des Einzelfalles an, — insbesondere ist es möglich, daß für die Frage der Aufgabe des gewöhnlichen Aufenthalts das spätere Verhalten des Steuerpflichtigen als ausschlaggebend angesehen wird. Es müssen sich danach in dem Verhalten des Steuerpflichtigen nach dem Verlassen des Inlandes Anhaltspunkte dafür finden lassen, ob und wann er gegebenenfalls ernstliche Anstalten zur Rückkehr ins Inland getroffen hat. Ist ein längerer Zeitraum seit der Ausreise verstrichen, ohne daß der Steuerpflichtige erkennbar solche Anstalten getroffen hat, so wird unter Umständen nachträglich festgestellt werden können, daß der Zeitpunkt der Ausreise auch gleichzeitig der Zeitpunkt der Aufgabe des Wohnsitzes oder des gewöhnlichen Aufenthalts im Inlande war. Insofern werden sich dann wieder der devisenrechtliche Begriff der Auswanderung durch verbindliche Feststellung der zuständigen Devisenstelle gem. § 6 Abs. 6 DevG. und der steuerrechtliche Begriff der Wohnsitzverlegung im Inland gem. § 1 RzFluchtstW. zeitlich im Wege der nachträglichen Feststellung decken.

III.

In der ersten angeführten Entscheidung hat der RStO. in Ergänzung und in Fortsetzung seiner bisherigen Rechtsprechung und unter Bezugnahme auf das grundlegende Ur. v. 13. Sept. 1934 (III A 299/33: „Steuer und Wirtschaft“ 1934 Nr. 773 S. 1631) ausgeführt, daß ein volkswirtschaftlich gerechtfertigter Grund zur Aufgabe des inländischen Wohnsitzes auch dann vorliegt, wenn der Steuerpflichtige zwar mit seiner Abwanderung eigenwirtschaftliche Interessen verfolgt, zugleich aber der Förderung der deutschen Volkswirtschaft und insbesondere des Exportes aus Deutschland mit seiner Tätigkeit im Ausland dient.

In dem besonderen Falle, der der Entscheidung v. 14. Nov. 1935 zugrunde lag, hatte sich der Antragsteller im Auslande niedergelassen und vermöge seiner durch vorhergegangene langjährige Auslandsarbeit geschaffenen geschäftlichen Beziehungen den deutschen Export in das betreffende Land zu fördern gesucht. Der Antragsteller vermochte den Nachweis zu führen, daß eine ganze Reihe von deutschen Firmen erheblichen Wert auf die durch den Antragsteller zu vermittelnden neuen Ausführbeziehungen zu dem betreffenden Lande legten. Er vermochte ferner durch Vorlage von Bescheinigungen der deutschen wirtschaftlichen Auslandsvertretungen (Handelskammern) darzutun, daß seine Tätigkeit im Interesse der deutschen Exportindustrie liegt, und daß es ihm gelungen ist, für deutsche Erzeugnisse Interesse und neue Absatzmöglichkeiten in bisher nicht bearbeitenden Absatzgebieten zu finden.

Da das Gericht aus den beigebrachten Unterlagen glaubte schließen zu können, daß der Antragsteller in Zukunft

im Ausland mit Erfolg arbeiten werde, hielt es die Tatsache für bedeutungslos, daß der Antragsteller infolge der veränderten wirtschaftlichen Verhältnisse im Inland die Wohnsitzüberlegung aus eigenem wirtschaftlichen Interesse vorgenommen hat, weil er für sich ein Tätigkeitsfeld im Inland nicht mehr finden konnte.

Das Gericht erklärt es in der Entscheidung sogar für volkswirtschaftlich gerechtfertigt, daß der Antragsteller seine Kräfte nicht im Inland brach liegen ließ, sondern sich im Ausland einen neuen, der deutschen Wirtschaft förderlichen Wirkungsbereich suchte; es erkennt weiter an, daß sich dieser von dem Antragsteller gefaßte Plan ohne Aufgabe des inländischen Wohnsitzes nicht ausführen ließ, da es sich hierbei notwendig um eine schwierige und langwierige Aufbauarbeit handele.

In der gleichen Entscheidung führt das Gericht aus, daß es nur natürlich ist, wenn in einem solchen Falle sich Eheleute nicht voneinander trennen. Die Tatsache, daß die Ehefrau ihren Mann ins Ausland begleitet hat, könne daher keinesfalls dazu führen, daß die Ehefrau für ihre Person allein als reichsfluchtsteuerpflichtig angesehen werde.

IV.

Es sei in diesem Zusammenhang noch erwähnt, daß auch in der Praxis der Finanzämter neuerdings weitgehend auf

die Tatsache Rücksicht genommen wird, daß ein Auswanderer den Nachweis dafür, daß seine Auswanderung aus wirtschaftlichen und volkswirtschaftlich gerechtfertigt ist, in der Regel vor der Auswanderung nicht erbringen kann, weil seine Tätigkeit im Ausland normalerweise notwendig einen gewissen Zeitraum beanspruchen wird, ehe man die Ergebnisse übersehen kann.

Die Finanzämter sind demnach in solchen Fällen, in denen der Antragsteller hinreichend glaubhaft zu machen vermochte, daß er eine der deutschen Wirtschaft nutzbringende Tätigkeit im Ausland entfalten werde, dazu übergegangen, die Reichsfluchtsteuer als solche auf eine gewisse Frist (in der Regel ein Jahr) zu stellen, mit der Maßgabe, daß der Auswanderer nach Ablauf dieser Frist den Nachweis führt, daß sich seine Auswanderung als volkswirtschaftlich gerechtfertigt erweisen hat.

Gelingt dem Auswanderer dieser Nachweis, so wird auch noch nach der Auswanderung von den Finanzämtern die Reichsfluchtsteuerpflicht als nicht gegeben angesehen.

Wenn dieses Verfahren auch formell rechtlich vielleicht zu beanstanden sein mag, so bietet es doch andererseits die Möglichkeit, die Vorschriften über die Reichsfluchtsteuer den veränderten wirtschaftlichen Verhältnissen und der durch die Devisenbewirtschaftung eingetretenen Überschneidung mit dem Verbot eines Kapitaltransfers ins Ausland anzupassen.

Gebühren für die Einsicht und Auskunft beim Schuldnerverzeichnis

Bei einzelnen Gerichten sind Zweifel darüber entstanden, ob die durch Kap. II Art. 2 des 1. Teils der W. v. 14. Juni 1932 (RGBl. I, 285) vorgeschriebenen Gebühren für die Einsicht und Auskunft beim Schuldnerverzeichnis auch nach dem 1. April 1936 noch zu erheben seien. Zur Beseitigung dieser Zweifel weist der Reichsjustizminister darauf hin, daß die genannte reichsrechtliche Vorschrift weder durch die am 1. April 1936 in Kraft getretene Kostenordnung noch durch die W. zur Anpassung des GG. an die Kostenordnung und über die Aufhebung landesrechtlicher Kostenvorschriften v. 27. März 1936 (RGBl. I, 319) berührt wird. Die Gebühren für die Einsicht und Auskunft beim Schuldnerverzeichnis sind daher nach wie vor in dem bisherigen Umfang zu erheben.

(W. v. d. R. v. 24. April 1936 [5610 — IV b 6756]. — DZ. S. 709.)

Kennzeichen des Wildes durch Stutzen der Lauscher

Vor einiger Zeit ist ein früherer Jagdaufscher, der nicht jagd-ausübungsberichtig war, wegen Verstoßes gegen §§ 1, 9 Abs. 1 Tier-schutzG. v. 24. Nov. 1933 gerichtlich bestraft worden, weil er einem Rehkitz mit einem Taschenmesser den rechten Lauscher etwa 1—1½ cm abgeschnitten hatte, um es später wiederzuerkennen. Aus Anlaß dieses Urteils sind in Jägerkreisen Zweifel laut geworden, ob auch das von einem Jagdausübungsberechtigten vorgenommene Stutzen der Lauscher zum Kennzeichnen des Wildes allgemein als Tierquälerei strafbar sei. Der Reichsjägermeister hat in einem in den amtlichen Verkündungs-blättern der „Deutschen Jägerschaft“ veröffentlichten Erlaß v. 24. März 1936 (R 1113) diese Frage verneint und unter Berufung auf ein Gutachten des Landesgesundheitsamtes in Dresden folgendes ausgeführt:

Es sei allgemein üblich, daß Wild, das eingefangen und auf andere Revierteile zur Wutanfrischung ausgeführt wird, nicht nur mit einer Wildmarke gezeichnet, sondern diesen Stücken auch noch das Gehör gestutzt werde, um zu verhindern, daß diese mit großen Kosten ausgelegten Tiere bei Erfüllung der Abschlußpläne geschossen werden. An den Wildmarken allein könne der Jäger diese ausgelegten Stücke nicht erkennen. In gleicher Weise werde eingefangenes Wild gekennzeichnet, um die natürliche Lebensdauer des Wildes festzustellen oder ähnliche Fragen zu erforschen.

Dieses Vorgehen erfülle nicht den Tatbestand des § 1 Tier-schutzG. Dem Tier werde beim Stutzen der Lauscher nur ein kleines Stück aus der gefäß- und nervenarmen Ohrspitze abgeschnitten. Wenn auch der Eingriff selbst vielleicht im Augenblick schmerzhaft sei, so verheile

die Ohrwunde doch sehr schnell und verursache dem Tiere keine länger dauernden oder sich wiederholenden erheblichen Schmerzen. Ein Quälen liege also nicht vor, ebensowenig könne man darin eine rohe Miß-handlung erblicken. Auch geschehe der Eingriff zu einem berechtigten Zweck.

Der Reichsjustizminister hat sich dieser Auffassung angeschlossen und die Strafverfolgungsbehörden ersucht, ebenfalls diesen Standpunkt zu vertreten.

(W. v. d. R. v. 4. Mai 1936 [4032/5 — II a 18489]. — DZ. S. 710.)

Vereinheitlichung des bäuerlichen Siedlungskredits in Mexiko

Wie das in Englisch und Spanisch herausgegebene Mitteilungs-blatt des Mexikan. Außenministeriums in Nr. 62, 2. Jahrg. (13. März 1936), bekanntgibt, ist durch ein im verflochtenen Dezember dem Nationalkongress vorgelegtes und nunmehr in Kraft getretenes Gesetz die neue „Nationalbank für ländlichen Landkredit“ mit einem Kapital von 120 Mill. Pesos Mex. (etwa 247 Mill. RM) ins Leben gerufen worden.

Das neue Organisationsgesetz ergänzt das Ges. v. 24. Jan. 1934 und wurde bereits im Sept. v. J. vom mexikan. Staatspräsidenten Cárdenas, der sich besonders für die soziale Besserung von Bauern-tum und Arbeiterschaft einsetzt, in seinen Grundzügen als nationales System für bäuerliche Siedlungskredite gekennzeichnet.

Durch die neue Staatsbank, deren Kapital in sechs gleichen Jahres-raten in der Hauptsache aus Staatsmitteln aufgebracht wird, werden sämtliche ländlichen Kreditinstitutionen dieser Art in einer Hand vereinigt. Die bisherigen provinziellen und Distriktkreditanstalten werden als lokale Zweiganstalten (agencias locales) weiterbestehen. Haupttätigkeitsfeld der neuen Sammelorganisation wird die Versorgung lokaler bäuerlicher Genossenschaften mit Siedlungskrediten für die Erschließung von Staats- oder Privatländereien, sowie die Unterstützung von Bewässerungs- und Anstiehlungsprojekten sein. Durch die Umwandlung der bisherigen Lokalkreditbanken in Agenturen der neuen Zentralbank wird erreicht, daß der kleine Bauer nunmehr im ganzen Staatsgebiet direkt mit der neuen staatlichen Kreditbank, deren Gründung eine langjährige Sehnsucht — vor allem der sehr kreditbedürftigen Kleinbauern Mexikos — verwirklicht, zu tun hat. Durch das neue Gesetz wird das gesamte bäuerliche Siedlungsweesen auf eine neue, festere Grundlage gestellt.

Dr. G. Wolf, Berlin.

Aus der Deutschen Rechtsfront

Arbeitstagung

der Reichsgruppe Rechtsanwälte auf dem Deutschen Juristentag 1936

Anlässlich des Deutschen Juristentages 1936, über dessen Ablauf und Großkundgebungen schon in den vorigen Hefen der JW. (S. 1430 und 1517) berichtet worden ist, versammelten sich am 18. Mai in Leipzig mehr als 1200 Rechtsanwälte im Kristallpalast zu einer Arbeitstagung der Reichsgruppe Rechtsanwälte des NS-Rechtswahrerbundes.

Reichsgruppenwalter Rechtsanwalt Dr. Droege, Hamburg, eröffnete die Tagung und gab einen kurzen Überblick über die Arbeit der Reichsgruppe seit dem Juristentag 1933. Die damals aufgestellten berufsständischen Ziele seien in erheblichem Umfange verwirklicht worden. Die neue Zielsetzung des deutschen Anwaltsberufes habe ihren gesetzlichen Niederschlag in der Gesetzgebung v. 13. Dez. 1935 gefunden. Es gebe keine „Advokaten“ mehr, sondern nur noch Anwälte des Rechts. Der hemmungslose Zustrom zur Anwaltschaft sei beseitigt, statt dessen bestehe jetzt eine Auslese nach Qualität und Charakter. Diese Regelung bedeute keine Abdrosselung des Nachwuchses, vielmehr sei erfreulicherweise festzustellen, daß jeder nach Leistung und Charakter wirklich brauchbare Anwärter aus dem Nachwuchs erwarten könne, den von ihm angestrebten Lebensberuf auch tatsächlich erreichen zu können. Auch die Vereinigung der beruflichen Verhältnisse der Anwälte untereinander habe Fortschritte gemacht, wie die Zusammenfassung der Patentanwälte und der Verwaltungsrechtsräte als Reichsuntergruppen der Reichsgruppe Rechtsanwälte, die Klärung der Frage der Syndikusanwälte und die einseitige Regelung der Simultanzulassung bewiesen. Bei den beiden letzten Fragenkomplexen noch hier und da auftretende Schwierigkeiten müßten im Geiste der Kameradschaft und im Blickpunkt der gemeinsamen Sache beseitigt werden.

Danach sprach Rechtsanwalt Professor Dr. Noack, Halle, zu dem Thema „Der freie Anwalt im Dritten Reich“ und Rechtsanwalt Dr. Seydel, Berlin, über „Die Freiheit des Anwalts“. Beide gingen davon aus, daß der nationalsozialistische Freiheitsbegriff etwas anderes darstelle als der der liberalistischen Zeit, die nur eine zügellose Freiheit, eine Willkür, darunter verstanden habe, während wir heute unter Freiheit eine gebundene, nämlich an das Volk und die nationalsozialistische Weltanschauung gebundene Freiheit verstehen.

Rechtsanwalt Dr. Noack führte im wesentlichen sodann aus, daß die Freiheit des Handelns immer eingeschränkt sei durch die Kontrolle der Handlung im Innern des einzelnen Volksgenossen auf dem Boden der nationalsozialistischen Weltanschauung, entsprechend dem Grundsatz: Gemeinnutz geht vor Eigennutz! Wenn daher zum Schutz der Gesamtheit eine Einschränkung der Zahl der Rechtsanwälte notwendig sei, wenn das Ausleseprinzip bei der Zulassung der Anwaltschaft durchgeführt werde, so finde das lediglich seine Begründung in den Notwendigkeiten unseres Volkes. Aus diesem neuen Freiheitsbegriff folge erhöhte Treue- und Sorgfaltspflicht. Letzte Bindung sei die nationalsozialistische Weltanschauung. Da das Gewissen des einzelnen Deutschen ihr entsprechen muß, könne nur der deutsche Rechtswahrer und damit auch freier Anwalt sein, dem durch seine Blutzugehörigkeit zum deutschen Volk die nationalsozialistische Weltanschauung Gewissen wurde. Niemand anders dürfe freier deutscher Anwalt sein.

Daraus folge für die Ehrengerichtbarkeit, daß der freie Anwalt die letzte Verantwortung selbst trage. Den letzten Vorrang habe das Volk, und darum dürfe der Satz, daß der Richter an das Recht gebunden und der Anwalt Diener am

Recht ist, auch heute, allerdings mit anderem Inhalt, Anspruch auf Geltung erheben. Auch das Recht sei nur ein Mittel zur Erhaltung der Volksgemeinschaft. Der Nationalsozialismus habe gezeigt, daß in einem Volkskörper niemals etwas um seiner selbst willen da sein kann, weder das Einzelwesen noch ein Stand und letztlich auch nicht ein abstrakter Begriff. Aus den Vertretern formaler Jurisprudenz seien Diener des Volksrechts geworden.

Zu ähnlichen Ergebnissen kam Rechtsanwalt Dr. Seydel, der erklärte, daß die Gestaltung der Anwaltschaft der politischen Struktur des Gemeinwesens und der weltanschaulichen Haltung seiner Zeit entspreche. An Hand zahlreicher Beispiele aus der Geschichte wies er sodann nach, wie sich das absolute Fürstentum einen im Hinblick auf Beginn, Ausübung und Beendigung anwaltlicher Tätigkeit abhängigen Anwalt zu schaffen suchte, während der bürgerliche Liberalismus in der freien Advokatur die ihm gemäße Form fand. Die Stellung und die Aufgaben, die eine Zeit und ein Volk seiner Anwaltschaft zuweist, waren also in der Geschichte bestimmt durch die Auffassungen über Volk und Staat, Recht und Richter, die eine Epoche oder ein Staatswesen beherrschen. Nach der nationalsozialistischen Lehre liegt der Ausgangspunkt nicht mehr im Staat, sondern im Volke und daraus ergibt sich die Stellung des Rechtsanwalts im Dritten Reich. Da die Gemeinschaft nicht die Rechtlosigkeit, sondern gerade die kraftvolle Persönlichkeit will, die ihre Ehre darin sieht, an ihrem Platz, an ihrem Stand, in ihrem Beruf dem Volk gut und anständig zu dienen, folgt hieraus der Freiheitsbegriff für die Stellung des Rechtsanwalts im Dritten Reich. „Wer diese Freiheit im Rahmen seiner völkischen Bindung gebraucht, muß auch im Gebrauch seiner Freiheit geschützt sein. Deshalb ist mit Recht die Unabhängigkeit des Anwalts wie die des Richters geschützt.“

Nur eine Ausnahme muß bestehen: Der kann nicht Anwalt, Wahrer der Lebensordnung der Gemeinschaft bleiben, der für sich selbst oder in seiner Berufsausübung größtenteils gegen die Gesetze der Gemeinschaft verstößt. Nach unserer Auffassung darf auch nur der dem Beruf angehören, der als Mitgleicher die Grundsätze der Bewegung in sich aufgenommen hat; denn nur das, was man innerlich erlebt und ergriffen hat, kann man im Einzelfall mitgestalten.

Frei zu sein ist innere Qualität, Verpflichtung, Aufgabe. Wir können deshalb heute von einer Pflicht zur Freiheit, von der Pflicht zur mutigen und unabhängigen Wahrung eines nationalsozialistischen Gemeinschaftsrechts sprechen. Eine starke Volksführung duldet nicht nur diese Freiheit des Anwalts, sondern verlangt sie, und traurig wäre es um eine Anwaltschaft bestellt, die diese Freiheit zur tapferen Wahrung der Volkordnung nicht als ihren heiligsten Beruf betrachtete.“

Während der Arbeitstagung erschien, von den versammelten Anwälten herzlich begrüßt, Reichsinspekteur Dr. Raake, der in einem Schlußwort betonte, daß er sich auch in seiner Stellung als Reichsinspekteur stets als Anwalt fühle und stolze sich als Angehöriger der Anwaltschaft bekenne. Seine Arbeit werde im Rahmen der großen Rechtswahraufgaben auch stets dem deutschen Anwalt gelten; Aufgabe der deutschen Anwälte sei es, sich der ihnen vom nationalsozialistischen Staate gewährleisteten Freiheit würdig zu erweisen, die ihnen gestellten Aufgaben treu zu erfüllen und stets eingedenk zu sein, daß sie nicht dem einzelnen, sondern dem Volke zu dienen hätten.

Schrifttum

Drei Jahre Kampf für Deutsches Recht. Ein Bericht über die rechtschöpferische Arbeit in den Zeitschriften der Deutschen Rechtsfront. Im Auftrage des Presse- und Zeitschriftenamtes der Deutschen Rechtsfront. Verfaßt von Hans Erwin Knüpfel. Berlin 1936. Deutscher Rechts-Verlag (Deutsche Rechts- und Wirtschafts-Wissenschaft Verlags-ges. m. b. H.). 86 S. Preis kart. 3 RM.

Die Broschüre schildert, von authentischer Warte aus die Rechtsneugestaltung überblickend, den geistesgeschichtlichen Kampf um die Neuverdung des deutschen Rechts seit der Machtübernahme. Außerlich als Leistungs- und Tätigkeitsbericht des Presse- und Zeitschriftenamtes der Deutschen Rechtsfront herausgegeben, stellt sie eine in sich geschlossene, von kämpferischen Geiste getragene rechtspolitische Abhandlung dar, deren Wert ebensosehr in der Fülle des zusammen-gestellten Materials mit vielen Platen führender Parteigenossen wie in der zügigen und klaren Darstellungsweise des Verf. besteht.

Aus den Einleitungsworten des Pressesches der Deutschen Rechtsfront, Dr. Frh. du Prel, geht hervor, daß die nationalsozialistische Rechtspolitik als Teilgebiet der nationalsozialistischen Gesamtpolitik zu sehen und zu werten ist. Diese Auffassung bedingte bei der Rechtsneugestaltung die Abkehr von den vernationalsozialistischen Methoden bürgerlicher Jurisprudenz. Mit der Schaffung eines rechtspolitischen Zeitschriftenamtes, dessen Aufgabe nicht die Wahrung von Justizbelangen oder die Weiterführung abstrakt-juristischer Methoden, sondern die Förderung der Propaganda des deutschen Volksrechts war, hat der Reichsrechtsführer Dr. Hans Frank im Anschluß an den Deutschen Juristentag 1933 „den entscheidenden schöpferischen Akt zur Schaffung eines in der nationalsozialistischen Ideenwelt und nationalsozialistischen Politik verwurzelten rechtspolitischen Zeitschriftenamtes vollzogen“.

Die Schrift, die die Ergebnisse bis zum Deutschen Juristentag 1936 zusammenfaßt, bietet ein neuartiges, alle Gebiete umfassendes und die Grundentwicklung der vergangenen drei Jahre freilegendes Gesamtbild der nationalsozialistischen Rechtsentwicklung.

Dr. Wilhelm Stuckart, Staatssek. im RMdJ., und Dr. Wilhelm Albrecht, ObRegR. i. e. R.: Neues Staatsrecht. (Schaeffer, Neugestaltung von Recht und Wirtschaft, Heft 13, Teil 1.) 8. durchgef. u. erg. Aufl. 139 S. Preis kart. 2,70 RM.

Dr. Wilhelm Albrecht, ObRegR. i. e. R.: Neues Gemeinderecht. (Schaeffer, Neugestaltung von Recht und Wirtschaft, Heft 14, Teil 2.) 2. durchgef. u. erw. Aufl. Leipzig 1936. Verlag W. Kohlhammer (Abt. Schaeffer). 89 S. Preis kart. 1,80 RM.

I. Die erst Ende vorigen Jahres erschienene 7. Aufl. des „Neuen Staatsrechts“ von Stuckart und Albrecht habe ich JWB. 1936, 710 eingehend besprochen. In der nunmehr vorliegenden Auflage haben die Verf. in sorgfältiger Weise die Gesetzgebung bis Ende März 1936 berücksichtigt. Vor allem sind die Nürnberger Gesetze nebst den zur Ergänzung und Ausgestaltung ergangenen Verordnungen neu in der bekannten übersichtlichen Art dargestellt.

Auch diese Neuauflage wird daher ihren Zweck, über den Gang der Gesetzgebung in den letzten drei Jahren schnell zu unterrichten, in trefflicher Weise erfüllen.

Der Anregung in meiner letzten Besprechung, überholte Bestimmungen kürzer abzutun, sind die Verf. leider nicht gefolgt. Die Verf. haben aber nunmehr an verschiedenen Stellen bei der chronologischen Wiedergabe schärfer hervorgehoben, welche Bestimmungen inzwischen hinfällig geworden sind.

Wie ich bereits ebenfalls früher hervorgehoben habe, wäre es zu wünschen, wenn die Verf. demnächst von dem rein chronologischen Aufbau (Erstes, zweites, drittes ... Jahr des nationalsozialistischen Staatsaufbaus) abgehen würden. Eine mehr systematische Darstellung des geltenden neuen Staatsrechts würde den Grundriß noch wertvoller machen!

II. Das „Neue Gemeinderecht“ von Albrecht bringt nach einer einleitenden Schilderung der Grundbegriffe und geschichtlichen Entwicklung des deutschen Gemeinderechts eine klare systematische Wiedergabe des Rechts der DGemD. (mit DurchfW. und AusfWv.) und der Preuß. Amtsordnung (nebst der 1. DurchfW. v. 13. Juli 1935).

Schließlich sind Wesen, Aufgaben und Rechtsverhältnisse des Deutschen Gemeindetages dargestellt.

Die Darstellung ist übersichtlich, leichtverständlich und doch gründlich. Sie gibt eine vortreffliche Einführung in das Recht der Verfassung und Verwaltung unserer Gemeinden.

RM. Dr. v. Bohlen, Berlin.

Staatskirchenrecht. Textausgabe der neueren staatskirchenrechtlichen Bestimmungen mit Verweisungen und Sachverzeichnis von Prof. Dr. Werner Weber. München und Berlin 1936. C. F. Becksche Verlagsbuchh. 192 S. Preis geb. 3,50 RM.

Eingeleitet wird die Textausgabe mit einer kurzen Darstellung der Entwicklung des evangelischen Staatskirchenrechts seit dem 30. Jan. 1933 von Weber, in der die äußeren gesetzgeberischen Maßnahmen, nicht aber ihre Ursachen und Beweggründe behandelt werden. Danach kommen zunächst die Bestimmungen des evangelischen und dann die des katholischen Kirchenrechts zum Abdruck. Dem mit dem Kirchenrecht Verfaßten wird es angenehm sein, die zerstreuten mannigfaltigen Verordnungen und Gesetze in einem einheitlichen Bande übersichtlich zusammengestellt zu finden.

Dr. Heinrich Drost, Professor der Rechte in Münster i. W.: Grundlagen des Völkerrechts. München und Leipzig 1936. Verlag von Duncker & Humblot. XII u. 144 S. Preis brosch. 3,90 RM, geb. 4,90 RM.

Dieses Buch will eine Klärung und systematische Ordnung der Grundbegriffe des Völkerrechts geben. Hierunter versteht der Verf. „diejenigen Begriffe, welche den Erörterungen über Völkerrechtsinhalte logisch vorausgehen“. In diesem Sinne erörtert er, ohne Sondergebiete und Einzelfragen zu berühren, die völkerrechtlich grundlegenden Probleme, wie Gegenstand und Bezeichnungen des Völkerrechts, seine Stellung im Rechtssystem, seinen Rechtscharakter, seine Rechtsquellen und ihre Lücken, die Grenzen der Gemeinschaft zwischen den Staaten, den Einfluß des Naturrechts auf das Völkerrecht, Geltungsgrad, Adressaten und Subjekte, Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht, zwischen Doktrin und Wirklichkeit.

Der Verf. geht davon aus, daß kein anderes Rechtsgebiet so unmittelbar auf die Grundfragen der Rechtswissenschaft zurückführe wie das Völkerrecht, daß wohl nirgends die Lehre von den Rechtsquellen und den konstitutiven Merkmalen des Rechts praktisch so folgenreich sei wie im Völkerrecht, daß kein formalisiertes Befahren der Rechtszeugung kenne. Dies wird unter Übertragung der „Bewußtseinstheorie“ auf die völkerrechtliche Theorie aufzuzeigen versucht.

Den Ausgangspunkt bildet also die These, daß das Bewußtsein von der Verbindlichkeit einer Norm und dem Vorhandensein äußerer Garantien für ihre Durchsetzung den konstitutiven Seinsbestandteil des Begriffes Recht ausmache. So auch im Völkerrecht; die Unvereinbarkeit notwendiger Folgerungen der Willenslehre mit dem tatsächlichen Rechtsleben erweise sich hier besonders deutlich. Nicht der Wille, sondern das Bewußtsein der Menschen, an eine Norm gebunden zu sein, konstituiere auch seinen Rechtscharakter. Die internationale Rechtsgemeinschaft beruhe auf der alle denkenden Menschen verbindenden Gemeinschaft der Überzeugung, daß auch die Beziehungen herrschaftsfreier Verbände, insbesondere der Staaten, bindenden Regeln unterständen. Die als Völkerrecht bezeichneten Normen seien also Recht, insofern sie in dem Bewußtsein der zivilisierten Menschen existierten als eine für die Staaten verbindliche, mit äußeren Garantien ihrer Durchsetzung unkleidete Ordnung. Es seien nicht die Verbände (Staaten) als solche, sondern die Menschen, deren Rechtsbewußtsein die Wirklichkeit der Rechtsnormen schaffe. An die Staaten habe dann allerdings diese internationale Rechtsgemeinschaft die Befugnis delegiert, durch zwischenstaatliche Verträge Völkerrechtsnormen aufzustellen. Diese Delegationsnorm existiere in dem internationalen Rechtsbewußtsein als der primären Rechtsquelle, der die Staatenverträge als eine sekundäre Rechtsquelle gegenüberständen.

Mit dieser immer wiederkehrenden und sehr folgerichtig durchgeführten Feststellung glaubt der Verf. die Übereinstimmung des Wesens des Völkerrechts mit dem allen Rechtes dargetan zu haben. Wir vermögen ihm jedoch schon bei seinem Ausgangspunkte, geschweige denn bei den daraus gezogenen Konsequenzen, nicht zu folgen. Es mag hier dahingestellt bleiben, ob und wie weit man der heutigen deutschen Rechtsauffassung gerecht wird, wenn man überhaupt Wesen

und Geltung des Rechts auf das Bewußtsein von Menschen — anstatt auf eine völkische Gemeinschaft — zurückführt. Offenbar unrichtig ist aber nicht nur heute, sondern war auch früher schon eine solche Rechtsanschauung für das Gebiet des Völkerrechts.

Man kann darüber streiten, ob die Völkerrechtsordnung in den Staaten oder in den Völkern wurzelt, wobei übrigens diese Fragestellung nicht notwendig einen Gegensatz zu enthalten braucht. Darüber aber sollte man im Völkerrecht nicht mehr streiten, daß auf keinen Fall Menschen fähig sind, durch noch so gemeinsame Überzeugung und übereinstimmendes Bewußtsein eine internationale Rechtsgemeinschaft zu begründen. Diese Annahme führt zwangsläufig zu der — auch vom Verf. abgelehnten — Weltrechtstheorie. Jene Vorstellung nötigt aber auch zu der weltfremden Konstruktion, daß die durch das Rechtsbewußtsein der zivilisierten Menschen begründete internationale Rechtsgemeinschaft den Staaten die Befugnis verleihe, durch zwischenstaatliche Verträge Völkerrecht zu setzen, ja vollends zu der unhaltbaren Folgerung, daß die Staaten sich nicht der Verbindlichkeit solcher Normen entziehen können, die kraft des internationalen Rechtsbewußtseins der Menschen als Normen des Völkerrechts konstituiert sind. Die bedenklichen Folgen dieser Delegationstheorie werden auch nicht dadurch beseitigt, daß man der Delegation gewisse Grenzen zieht, ebensowenig dadurch, daß man, was der Verf. eingehender darzulegen leider unterlassen hat, dagegen einen Schutzwall von Grundrechten errichtet.

Es darf anerkannt werden, daß der Verf. seinen Standpunkt mit aller Folgerichtigkeit durchgeführt hat. Es wäre deshalb ungerade, die weiteren, vom Ausgang aus richtigen Folgerungen im einzelnen zu bekämpfen. Es muß ferner betont werden, daß das Buch da, wo der Inhalt nicht so sehr durch die grundsätzliche Einstellung bedingt war, wertvolle und fruchtbare Ausführungen darbietet, so z. B. zur Frage der Bedeutung des § 38 Nr. 3 des StGB-Statuts oder zum Problem des Verhältnisses von Völkerrecht und Landesrecht. Es soll auch nicht unerwähnt bleiben, daß der Verf. an einigen Stellen der Bedeutung der Nation und der Artverwandtschaft von Nationen gerecht zu werden versucht. Abzulehnen aber ist, wenigstens für die deutsche Grundauffassung, die Verankerung des Rechts und vollends des Völkerrechts im Bewußtsein von einzelnen Menschen. Darum kann die interessante Darstellung nur solchen Lesern empfohlen werden, die kritisch genug sind, durch Verneinung der Grundauffassung des Verf. vom Völkerrecht zur richtigen Erkenntnis vorzudringen.

Prof. Dr. Friedrich Giese, Frankfurt a. M.

Strafrecht und Strafprozeß. Eine Sammlung der wichtigsten Gesetze des Strafrechts und des Strafverfahrens mit Erläuterungen. Für den Praktiker zum Handgebrauch begründet von Dr. A. Dalko, weiland GenStA., Geh. DJM. 27. Neubearb. Aufl. besorgt von Dr. E. Fuhrmann, OStA., Dr. K. Krug, OStA. im RZM., Dr. Karl Schäfer, OLGm. im RZM. Berlin 1936. Verlag von H. W. Müller. 1500 S. Preis geb. 18 RM.

Die bekannte Dalkosche Handausgabe hat nunmehr bereits die 27. Aufl. erreicht, ein neuer Beweis für die allseitige Beliebtheit des Buches. Die Neuauflage weist gegenüber der im Jahre 1935 erschienenen Voraufgabe eine Reihe erheblicher Änderungen auf. Die grundlegenden Novellen v. 28. Juni 1935 haben Strafrecht und Strafverfahren weitgehend umgestaltet, eine Reihe neuer auch in das Strafrecht und Strafverfahrensrecht hinüber wirkender Gesetze ist in der Zwischenzeit im Zuge des nationalsozialistischen Aufbaus ergangen (z. B. die Nürnberger Gesetze v. 15. Sept. 1935, das EhegesundheitsG. v. 18. Okt. 1935 usw.), die Verreichlichung der Justiz hat insbesondere auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung und der Justizverwaltungstätigkeit zu einer Vereinheitlichung des Rechtszustandes geführt (vgl. die WD. zur einheitlichen Regelung der Gerichtsverfassung v. 20. März 1935, ferner die grundlegenden AllVg. des RZM., wie die GnadenS. v. 6. Febr. 1935, die StrafvollstreckungsD. v. 7. Dez. 1935 usw.) und auch auf dem Gebiete des Nebenstrafrechts sind verschiedene Änderungen zu verzeichnen (vgl. das DevG. v. 4. Febr. 1935, das neue Maß- und GewichtG. v. 18. Dez. 1935, das neue LebMittG. v. 17. Jan. 1936). Auf all diesen Gebieten zeigt sich die Neubearbeitung, die im Februar 1936 abgeschlossen worden ist. Darüber hinaus sind die verschiedenen politischen Gesetze, die in den Vorauslagen nur zum Teil und über das ganze Werk verstreut abgedruckt waren, zusammenfassend mitgeteilt und erläutert worden. Preussisches Landesrecht, das noch bis zur 25. Aufl. einen wesentlichen Teil der Handausgabe beanspruchte, ist inzwischen durch die fortgeschrittene Verreichlichung derart zusammengefaßt worden, daß das Buch nicht bloß in der Hand des preussischen Praktikers voll ausgenutzt werden kann, sondern im ganzen Reichsgebiet als umfassende Handausgabe den Anforderungen der Praxis zu genügen vermag.

Die Verf. haben sich nicht darauf beschränkt, den derzeit gelten-

den Gesetzestext zuverlässig zu vermitteln und die wichtigsten Neuerungen aus Rechtsprechung und Schrifttum nachzutragen, sondern haben sich darüber hinaus bemüht, soweit erforderlich, auf die Notwendigkeit einer Überprüfung bisheriger Rechtsprechungsergebnisse hinzuweisen.

Der besondere Wert des Buches liegt darin, daß es bei aller Knappheit und Kürze doch ein umfassendes Material, vor allem auch aus den einschlägigen Nebengesetzen, bietet, das dem Praktiker viele Such- und Nachschlagetätigkeit erspart.

Die Neubearbeitung wird sich wie ihre Vorgängerinnen wieder großen Erfolges erfreuen.

WR. Dr. Albert Weh, Berlin.

Prof. Dr. Georg Dahm, Rektor der Univ. Kiel: Das freisprechende Urteil im Strafverfahren. (Volk und Recht. Nr. 2.) Berlin 1936. Deutsche Rechts- und Wirtschaftswissenschaften Verlags-Ges. m. b. H. 28 S. Preis brosch. 1,50 RM.

Der Verf. zeigt in seiner Arbeit an einem Beispiel aus dem Strafverfahrensrecht, wie nötig es ist, vom Standpunkt des nationalsozialistischen Rechtsdenkens aus alle überkommenen Rechtsbegriffe und Rechtseinrichtungen von Grund auf zu überprüfen und neu zu erarbeiten. Dahm weist mit Nachdruck darauf hin, daß „die Betrachtung des Verbrechens von der Gemeinschaft her . . . und die Auffassung der Strafe als Ehrenstrafe“ (S. 3) nicht bloß theoretisches Interesse beansprucht, sondern weitgehende praktische Folgerungen nach sich zieht, insbesondere auch das Strafverfahren und damit das strafgerichtliche Urteil in völlig neuem Lichte erscheinen läßt. Der Strafprozeß stellt sich vom Standpunkt der nationalsozialistischen Rechtsauffassung aus als „Verfahren zur Reinigung der Gemeinschaft von ehrlosen und minderwertigen Volksgenossen und zur Auscheidung Unarteter“ dar (S. 4); damit erschöpft sich aber auch das Urteil nicht in dem Ausdruck über die Verhängung äußerer Maßnahmen, sondern ist „in erster Linie ein Ausdruck über die Ehre des Angeklagten“ (S. 20). Der Ausdruck über die Ehrenhaftigkeit des Angeklagten darf nicht als juristisch unerheblich, sondern muß geradezu als der Kern des Richterpruches angesehen werden. Dann bedarf es aber einer verschiedenen Wertung freisprechender Urteile. Es ist für die Ehre des Angeklagten von wesentlichem Unterschied, ob es wegen erwiesener Unschuld oder wegen mangelnder Beweise zum Freispruch oder aus anderen Gründen (z. B. wegen Verjährung) zur endgültigen Einstellung des Verfahrens kommt. Die bisher herrschende Lehre, die diese Verschiedenheiten als juristisch unerheblich ignoriert, weil es in allen Fällen des Freispruchs oder der endgültigen Verfahrenseinstellung an einer Beschönigung des Angeklagten mangle, erweist sich damit als unhaltbar. Dahm stellt ihr den Satz gegenüber, daß der Angeklagte durch einen seine Ehre belastenden Freispruch als beschwerdet und dementsprechend auch zur Urteilsanfechtung als bejagt erachtet werden muß (S. 20). Ähnliche Folgerungen könnten sich — je nach Lage des Falles — bei den Urteilen über Einstellung des Verfahrens ergeben (S. 24).

Die Ausführungen Dahms, dem es mehr darauf ankommt, die veränderte Einstellung zum strafgerichtlichen Urteil grundsätzlich zu kennzeichnen, als ihre Auswirkungen bis in die letzten Einzelheiten zu verfolgen, gewinnen besondere Überzeugungskraft durch eingehende rechtsgeschichtliche Untersuchungen. Der Umstand, daß sowohl der gemeinrechtliche Kriminalprozeß wie der Strafprozeß der deutschen Partikularrechte bis in die Mitte des 19. Jahrhunderts verschiedene Formen des freisprechenden Urteils, insbesondere neben dem freisprechenden Urteil die sog. Losprechung von der Instanz (absolutio ab instantia) kannte, mußte geradezu dazu anreizen, den tieferen Gründen nachzugehen, die zu der modernen Regelung (§ 260 StPD.) geführt haben. Dahm zeigt, wie die absolutio ab instantia als Bestandteil des Inquisitionsprozesses vor den aus dem Geiste der Aufklärung stammenden neuen Ideen nicht mehr bestehen konnte, da sie mit der Überzeugung von der — grundsätzlich zu vermutenden — sittlichen Güte des Menschen unvereinbar war (S. 11f.). Der beginnende Liberalismus hat diese Argumente für die Auswertung seines Freiheitsbegriffs nutzbar gemacht und die absolutio ab instantia als einen unberechtigten Eingriff in die Freiheit des nicht in vollem Umfange und in den gesetzlichen Formen überführten abgelehnt (S. 12f.). Es ist kein wesentlich veränderter Zusammenhang, wenn die moderne Lehre die Unzulässigkeit der Unterscheidung freisprechender Urteile daraus folgert, daß das Strafverfahren „lediglich zur rechtlichen Geltendmachung des staatlichen Strafanspruchs bestimmt“ sei. Denn auch hier liegt der Gedanke zugrunde, daß sich die staatliche Tätigkeit auf „die Verfolgung ganz bestimmter, gesetzlich umschriebener und äußerlicher Einzelinteressen zu beschränken“ habe und sich mit dem Ausdruck „über die Berechtigung eines staatlichen „Eingriffs“ in die Sphäre des einzelnen“ erschöpfe. Für einen Ausdruck über die Ehre des Angeklagten ist unter solchen Umständen kein Raum (S. 16).

Dahm bestreitet, daß diese Auffassung, die dem einfachsten Rechtsempfinden widerspricht, überhaupt formallogische Beweisgründe für sich hat, und weist nach, daß sie in einer vom Gemeinschaftsdenken beherrschten Rechtsordnung unzmöglich beibehalten werden kann.

Dahm will nicht die absolutio ab instantia wieder eingeführt wissen — das schon deshalb nicht, weil weit mehr Zwischenformen zwischen dem Freispruch wegen erwiesener Unschuld und der Verurteilung denkbar sind als die Freisprechung mangels ausreichender Beweise (S. 21 f.) —, aber soll auch dem durch die Begründung des freisprechenden Urteils beschwerten Angeklagten der Rechtsmittelweg offen stehen (S. 23).

Gewiß wird es nicht einfach sein, die Fälle der Beschwerde bei freisprechenden oder Einstellungsurteilen im einzelnen zu umgrenzen — dies verkennt auch Dahm nicht (vgl. S. 24 f.) —, aber grundsätzlich wird der von Dahm aufgestellten Forderung Rechnung getragen werden müssen.

Die Arbeit ist in jeder Hinsicht lesenswert; sie entwickelt nicht nur wertvolle Gedanken für die Erneuerung des Strafverfahrens, sondern ist auch ein gutes Beispiel dafür, die Rechtseinrichtungen nicht klar und schematisch, sondern lebensnah zu sehen, und aus dieser Einstellung heraus die richtige Fragestellung und Entscheidung zu gewinnen.

OGM. Dr. Albert Weh, Berlin.

Straffreiheitsgesetz vom 23. April 1936 mit Durchführungsvorordnung und Ausführungsbestimmungen. Erläutert von Dr. R. Schäfer, OGM. im RM. Berlin 1936. R. v. Decker's Verlag G. Schend. 68 S. Preis 0,80 RM.

Die Schrift enthält den Text des Straffreiheitsgesetzes und als Erläuterung die Aufsätze aus der Zeitschrift „Deutsche Justiz“ 1936, Heft Nr. 18 und 19 in erweiterter Form. D. S.

Gerichtsreferendar Joachim Kleinhaus, Berlin: Die Voraussetzungen der Entmannung. Berlin. Verlag A. Schödel & Cie. AG. 66 S.

Die Arbeit behandelt ein verhältnismäßig neues Rechtsgebiet, nämlich die Bekämpfung des Verbrechertums durch biologische Maßnahmen. Der Verf. hat die Bedeutung dieser Einführung biologischen Denkens in das Rechtsdenken klar erkannt und zieht deshalb in seine Betrachtung auch die zum Verständnis der gesetzlichen Maßnahmen notwendigen erbkundlichen und ärztlichen Untersuchungen mit hinein. Die Arbeit berücksichtigt in weitestem Umfang alle mit der Entmannung als kriminal-biologischer Maßnahme in Zusammenhang stehenden Gesichtspunkte, sie gibt eine eingehende Darstellung aller rechtlichen und verfahrensrechtlichen Vorschriften und eine rechtsphilosophische Grundlegung, die der Rechtsauffassung des Nationalsozialismus, also der lebensgesetzlichen Rechtslehre, in erfreulichem Umfang Rechnung trägt.

Es ist erfreulich, daß ein junger Rechtswahrer sich hier ein Thema für seine Arbeit ausgesucht hat, das Gelegenheit zur Darstellung wirklich neuer Gedankengänge gibt. Besonders zu begrüßen ist es, daß der Verf. auch ärztliche und biologische Randprobleme, die zu einem wirklichen inneren Verständnis der Maßnahmen notwendig sind, mit erörtert. Er ist sich durchaus bewußt, damit die ausgeführte Weise alter Rechtsbetrachtung zu verlassen, geht aber entschlossen und, wie man mit Freude feststellen kann, erfolgreich seinen eigenen neuen Weg. Wenn die Arbeit auch nur ein bestimmtes, nur Sonderfälle umfassendes Teilgebiet der gesamten Rechtspflege behandelt, so gibt sie doch jedem Rechtswahrer Anregungen wegen der schon vorerwähnten allgemeinen Ausführungen und insbesondere wegen der Grundhaltung, aus der heraus die ganze Arbeit geschrieben worden ist.

Es wäre erfreulich, wenn die jungen Rechtswahrer die in der vorliegenden Arbeit enthaltenen Anregungen zu weiteren Untersuchungen gerade in der Richtung auf die biologisch unterbanten Maßnahmen der Rechtspflege ausdehnen würden.

Dr. Ruttke, Berlin.

Dr. jur. Walter Kraegeloß, Verwaltungsrat: Handwerkliche Ehrengerichtbarkeit. Berlin 1936. Verlag Georg Stilke. 64 S. Preis 1,50 RM.

In leicht faßlicher Sprache wird der Inhalt der tatsächlichen Bestimmungen über die handwerkliche Ehrengerichtbarkeit dargestellt. Ein Anhang gibt in einer sehr guten bildlichen Darstellung das Ehrengerichtsverfahren in seinen einzelnen Stadien und Instanzen

wieder und fügt weiterhin auszugsweise die 1. BD. über den vorläufigen Aufbau des deutschen Handwerks v. 15. Juni 1934 bei. Über das hinaus, was sich bereits aus den gesetzlichen Bestimmungen ergibt, ist wesentlich Neues in der Schrift nicht festzustellen. Insbesondere Hinweise auf die Rechtspflege der handwerklichen Ehrengerichte, die außerordentlich wertvoll sein würden. Zur Frage der Verteidigung vertritt der Verf. die Auffassung, daß auch nichtarische Verteidiger eines arischen Angeklagten nicht zurückgewiesen werden können, daß aber aus der Tatsache, daß der Angeklagte einen Juden mit seiner Vertretung betraut hat, entscheidende Schlüsse auf seine Einstellung gegenüber der Volksgemeinschaft zu ziehen sein werden. Es wird sich fragen, ob gerade in Ehrengerichtssachen hier nicht de lege ferenda ausdrücklich eine klare Scheidung erwünscht ist.

RM. Dr. Graf v. d. Voß, Berlin.

Wirtschaftsprüfer-Verzeichnis. Herausgegeben vom Institut der Wirtschaftsprüfer. Berlin 1936. Heft I. Nachtrag.

Das Verzeichnis, das einem dringenden Bedürfnis entspricht, enthält nach einer kurzen Erläuterung unter dem Kapitel „Über den Wirtschaftsprüferberuf“ knapp gefaßte treffende Ausführungen über diesen Beruf nebst eine Übersicht über die Bezirksgruppen. Dann folgt ein alphabetisches Gesamtverzeichnis der öffentlich bestellten Wirtschaftsprüfer und zugelassenen Wirtschaftsprüfungs-Gesellschaften, das einschl. des Nachtrags 1082 Namen aufweist.

Kapitel 4 bringt ein Verzeichnis der öffentlich bestellten Wirtschaftsprüfer und zugelassenen Wirtschaftsprüfungs-Gesellschaften, geordnet nach ihren Wohnsitzen. Das Buch schließt mit einem Verzeichnis, das nach den Bezirksgruppen des Instituts gegliedert ist. Der Nachtrag entspricht dem Stand v. 31. März 1936. D. S.

Prof. Dr. Eberhard Schmidt: Militärstrafrecht. (Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften, Band XXa.) Berlin 1936. Verlag von Julius Springer. VI und 119 S. Preis brosch. 8,40 RM.

In einer Zeit, in der das deutsche Volk voller Freude und Stolz an seine ihm durch den Führer wiedergegebene Wehrhoheit denkt, hat das deutsche Wehrrecht und damit auch dessen Sonderzweig, das Militärstrafrecht, eine besonders fruchtbare Entwicklung zu erwarten. Da ist es lebhaft zu begrüßen, daß Eberhard Schmidt durch eine anschauliche und gedankenreiche systematische Darstellung unseres Militärstrafrechts die wissenschaftliche Verbindung, die früher zwischen dem Militärstrafrecht und dem allgemeinen Strafrecht bestanden, sich aber seit 1919 stark gelockert hat, neu aufgenommen und gefestigt hat. Allerdings machte es die heutige wissenschaftliche Lage dem Verf. unmöglich, schon jetzt ein harmonisches Gesamtbild des Militärstrafrechts als eines Sonderzweiges des „gemeinen“ Strafrechts aufzustellen. Denn die Erneuerungsbewegung hat das heutige Militärstrafrecht nur zu einem kleinen Teile erfasst. Der eigentliche Umbruch liegt hier noch vor uns. Es ist bedauerlich, daß der Verf. infolge Raummangels nicht den Versuch unternahm, innerhalb seiner Darstellung durch umfangreichere Erörterungen de lege ferenda die hier noch vielfach fehlenden Zusammenhänge zwischen dem heutigen Militärstrafrecht und dem kommenden gemeinen Strafrecht herzustellen. Für solche Erörterungen hat aber der Verf. mit seiner Arbeit wertvolle Vorarbeit geleistet, und darin liegt ihr gesetzpolitischer Wert. Vor allem aber führt Eb. Schmidt in der ihm eigenen klaren Weise in die dogmatische Behandlung des heutigen Militärstrafrechts ein. Aus der Fülle der von ihm behandelten Fragen sei hier nur wenigstens herausgegriffen.

Bei der Erörterung des Verhältnisses der Grundsätze des Militärstrafrechts zu denen des gemeinen Strafrechts betont Eb. Schmidt zutreffend die hervorragende Bedeutung der Disziplin bei der nach § 2 MilStGB. gebotenen entsprechenden Anwendung der allgemeinen Strafgesetze und wendet sich damit gegen die von R. E. Mayer und anderen früher vertretene den militärischen Wehrdiensten widersprechende gegenteilige Meinung. Wie nun aber allgemein im nationalsozialistischen Recht neben den Gedanken der Autorität der Gedanke der Gemeinschaft tritt, so sollte auch in der Wissenschaft des Militärstrafrechts betont werden, daß im heutigen deutschen Volksheer die Gemeinschaft, die Kameradschaftlichkeit, der Sozialismus sich ebenbürtig neben die Autorität, die Disziplin stellt. Mir scheint, daß von dieser Seite her das gesamte Militärstrafrecht einer erneuten Überprüfung bedarf. Andererseits kann gerade das „gemeine“ Strafrecht aus dem in der Wehrmacht vorhandenen lebendigen konkreten Gemeinschaftsdenken wertvolle Anregungen schöpfen. Überhaupt kann der lebendige Geist der auf Autorität und Kameradschaft-

sicherheit beruhenden Wehrmacht das gesamte Rechtsleben befruchten. So ist etwa auf die Behandlung der Freigheit in § 49 MilStGB. hinzuweisen. Während die heute noch geltenden §§ 52, 53 III und 54 RStGB. schließlich die auf Freigheit beruhende Notstandsfrage entschuldigen und damit den Selbsterhaltungstrieb ungebührlich schützen (vgl. hiergegen meine Grundzüge d. Strafrechts im neuen Staate, 1934, S. 54), fehlt im Militärstrafrecht seit jeher der Freigheit die schuldanschlitzende Wirkung. Während nun Gb. Schmidt (S. 56) die Frage offenläßt, ob etwas Derartiges künftig auch im gemeinen Strafrecht gelten soll, möchte ich mit Entschiedenheit für die Durchführung entsprechender Grundsätze im künftigen Reichsstrafrecht eintreten. Der Hinweis auf die gesunde Volksanschauung im Görtner'schen Entwurf (Allg. Teil, 2. Aufl., S. 90) wird hierfür die rechtliche Grundlage geben, da die gesunde Volksanschauung von jedem Volksgenossen eine Selbstherrschung und Willensstärke verlangt. So lassen sich die Grundsätze des Militärstrafrechts gerade in unserer Zeit nutzbringend auch für allgemeine Fragen verwerten.

Prof. Dr. Karl Siegert, Göttingen.

Nachtrag zum Arbeitsgerichtsgesetz in der vom 1. Mai 1934 an geltenden Fassung zwecks Anpassung an die seit dem Erscheinen des Buches bis zum 1. April 1936 eingetretenen einschlägigen Gesetzesänderungen mit den Bestimmungen über den Kündigungsschutz auf Grund der Gesetze zur Ordnung der nationalen Arbeit nebst Erläuterungen dazu und den Vorschriften des neuen Lohnpfändungsrechts von OGD. Dr. Wolfgang Pracht, Vorf. beim ArbG. Berlin. April 1936. Berlin. Carl Heymanns Verlag. 28 S.

Der Inhalt des Nachtrags ergibt sich aus vorstehenden Angaben. Gleichzeitig wird auf die Besprechung des Hauptwerkes JW. 1935, 30 Bezug genommen. D. S.

Dr. Horst Schiedel, Regierungsrat i. R.: Die Ersatzansprüche der Fürsorgebehörden. Stuttgart 1936. Verlag W. Kohlhammer. 104 S. Preis geb. 4,80 RM.

Der selbe Verfasser hat im Vorjahre das Buch „Die Ersatzansprüche der Versicherungssträger“ im gleichen Verlage herausgegeben (vgl. die Buchbesprechung in JW. 1935, 1477). Das vorliegende neue Buch über die Ersatzansprüche der Fürsorgebehörden hat der Verf., wie er in seinem Vorworte sagt, auf Anregung des Verlages als einen Ergänzungsband des vorjährigen Buches erscheinen lassen. Es dürfte aber m. E. doch wohl zu weit gehen, diesen neuen Band als einen „Ergänzungsband“ des vorjährigen Bandes zu bezeichnen. Denn praktisch geht der erste Band im wesentlichen die Sozialversicherungssträger an, während der diesjährige Band im wesentlichen die Fürsorgebehörden interessiert.

Der Verf. behandelt in dem ersten Teil des neuen Bändchens die Ersatzansprüche (im engeren Sinne) und im zweiten Teil die Ersatzansprüche, deren Unterscheidung er in einer Vorbemerkung vorweg klarstellt.

Die Ersatzansprüche behandelt er nach den Gesetzen, auf die sie sich stützen. Der eingehenden Darstellung der Ersatzansprüche nach der FürsPflWD. (v. 13. Febr. 1924) folgen die Ersatzansprüche nach anderen fürsorgerechtlichen Bestimmungen (Privatrechtliche Vereinbarung u. § 59 Satz 2 ArbDG.), weiter die Ersatzansprüche nach der RWD. (§§ 1531—1540; § 903), nach dem AngVerfG. (§ 80 a. F.), nach dem KknappschG. (§ 105 i. Verb. m. § 903 RWD.), nach dem ArbVermG. (§ 111a) und nach sonstigen Vorschriften (FamilienunterstützungswD. v. 19. Dez. 1935 [RWV. 1511]).

Die Darstellung der Ersatzansprüche nach der FürsPflWD. ist wieder zweckdienlich untergeteilt in Ansprüche aus eigenem Rechte des Fürsorgeverbandes und aus abgeleiteten Rechte (aus den Ansprüchen des Unterstützten) nach dem GVB., den Bestimmungen des Versorgungsrechts und nach sonstigen Vorschriften, wie z. B. nach dem GVB., der GewD., dem KraftfG., dem LuftfG. usw.

Die Ersatzansprüche werden alsdann ebenfalls dargestellt nach den Gesetzen, auf denen sie beruhen, so gemäß öffentlich-rechtlicher Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 677 BGB.), gemäß der FürsPflWD. und der RWD. und dem AngVerfG.

Auf weitere Einzelheiten einzugehen, dürfte hier zu weit führen. Es muß jedoch bedauert werden, daß auch das vorliegende Bändchen wieder veraltete Gesetzesbestimmungen enthält, z. B. der für die Gesamtdarstellung immerhin erhebliche § 80 AngVerfG. (a. F.) ist schon lange fortgefallen; gemäß § 48 AngVerfG. i. d. Fassung der WD. v. 17. Mai 1934 gelten für die Angestelltenversicherung die Vor-

schriften der §§ 1531 ff. RWD. entsprechend. Auch dürfte sich beim Abweichen der persönlichen Meinung des Verf. von der herrschenden Auffassung der Praxis ein entsprechender Hinweis empfehlen (z. B. auf S. 90: zur Geltendmachung des Ersatzanspruches nach § 1531 RWD. ist die Zustimmung des Rentenberechtigten erforderlich; vgl. Kommentar des Reichsverbandes Deutscher Landesversicherungsanstalten zu § 1531 Anm. 11 Abs. 2).

Im ganzen wird der Wert des neuerschienenen Bändchens darin zu sehen sein: Es enthält eine für den einzelnen Fürsorgeverband handliche zusammenfassende Darstellung der in den verschiedensten Gesetzen verstreuten Ersatzansprüche. Es ist insofern besonders auf die tägliche Fürsorgepraxis abgestellt, als es nicht nur die Ersatzansprüche in ihren materiellen Grundlagen zusammenfassend erörtert, sondern auch auf die verschiedenartige verfahrensmäßige Geltendmachung eingeht und dabei auch die in den früheren Landesgebieten recht mannigfachen Verfahrensvorschriften in zweckdienlicher Weise zusammenstellt.

Verf. Dr. A. Post, Berlin.

UGR. Dr. Ludwig Frese, Obmann des Oberchiedsgerichts für Lieferstreitigkeiten beim Reichsnährstand: Die privatrechtliche Schiedsgerichtsbarkeit beim Reichsnährstand. Ein praktischer Ratgeber für Schiedsrichter und Schiedsparteien. Berlin und Leipzig 1936. Verlag Theodor Weicher. 106 S. Preis brosch. 2,50 RM.

Der Verf. erläutert in knapper Form die Schiedsgerichtsordnung, die vom Reichsbauernführer angeordnet ist für die beim Reichsnährstand bestehenden Schiedsgerichte für Lieferstreitigkeiten. Die Erläuterungen geben einen klaren Überblick, wie die wesentlichen Fragen des Verfahrens vor diesen Schiedsgerichten geordnet sind und wie das Verfahren nach seinem Sinn und seiner Aufgabe sich im einzelnen gestalten muß. Diese Erläuterungen bedürfen keiner Kritik. Vielmehr kann es angebracht erscheinen, auf Grund dieses Erläuterungsbuches kurz auf die Bedeutung der Schiedsgerichte für Lieferstreitigkeiten beim Reichsnährstand hinzuweisen, die von den öffentlich-rechtlichen Marktschiedsgerichten des Reichsnährstandes wohl zu unterscheiden sind.

Schiedsgerichte für Lieferstreitigkeiten bestanden bisher bei den Verkaufsverbänden, bei öffentlich-rechtlichen Berufsvertretungen, bei Viehmärkten oder Produkten- und Warenbörsen. Für diese Schiedsgerichte galten eine Anzahl verschiedener Schiedsgerichtsordnungen, so daß die Schiedsgerichtsbarkeit etwa bei der einzelnen Produktenbörse anders eingerichtet war als bei anderen, im Getreidehandel anders als im Kartoffelhandel oder im Vieh- und Pferdehandel. Hier schafft die erläuterte Schiedsgerichtsordnung ein einheitliches Verfahren. Sie gilt für die Schiedsgerichte für Lieferstreitigkeiten, die am Sitz der Landbauernschaft errichtet sind, und für das Oberchiedsgericht für Lieferstreitigkeiten beim Reichsnährstand in Berlin. Da diese Schiedsgerichte praktisch über einen wesentlichen Teil der Lieferstreitigkeiten in der Ernährungswirtschaft zu entscheiden haben, dient der Reichsnährstand durch die einheitliche Gestaltung des Schiedsgerichtsverfahrens vor seinen Schiedsgerichten zugleich der ihm übertragenen öffentlichen Aufgabe, zwischen seinen Angehörigen einen dem Gemeinwohl dienenden Ausgleich herbeizuführen (S. 24). Die Schiedsgerichte beim Reichsnährstand stehen als unabhängige Gerichte, die an keinerlei Weisungen gebunden sind (S. 35), im Aufbau der Gemeinschaftsordnung der deutschen Ernährungswirtschaft. Es ist deshalb von ihnen zu erwarten, daß sie von dem nationalsozialistischen Grundgedanken dieser Gemeinschaftsordnung aus den Lieferstreitigkeiten im einzelnen und der Wirtschaft im ganzen durch eine praktische und lebensnahe Rechtsprechung gerecht werden.

Die Abgrenzung von der Marktschiedsgerichtsbarkeit wird vom Verf. an Beispielen erläutert. Die Marktschiedsgerichte sind für solche Streitigkeiten zuständig, die aus Maßnahmen der Marktordnung entstehen, wozu insbesondere auch solche Streitigkeiten zwischen Mitgliedern der Zusammenschlüsse gehören, die „aus Maßnahmen der Zusammenschlüsse mit unmittelbarer Wirkung gegen beide Parteien“ erwachsen. Damit ist nicht gemeint, daß die Maßnahmen sich als Anordnung unmittelbar an beide Parteien wenden müssen, vielmehr genügt es, daß das Rechtsverhältnis zwischen den Streitenden durch die Anordnung oder ihre Ausführung unmittelbar betroffen wird. Da in allen diesen Fällen die Anordnung, also die öffentliche Gestaltung der Marktordnung, die Grundlage für das Streitverhältnis bildet, entfalten hier unter Ausschluß des Rechtsweges die öffentlich-rechtlichen Marktschiedsgerichte.

Der Ratgeber des sachkundigen und mit der Ordnung der Ernährungswirtschaft aufs beste vertrauten Obmannes des Oberchiedsgerichts des Reichsnährstandes für Lieferstreitigkeiten kann allen Ratjudenden bestens empfohlen werden.

Dr. Basse, Berlin.

Rechtspredung

Nachdruck der Entscheidungen nur auszugsweise und mit genauer Quellenangabe gestattet

Reichsgericht: Zivilsachen

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

****1.** § 839 BGB. § 839 BGB. gibt nur Anspruch auf Schadensersatz in Geld, nicht auf Wiedergutmachung durch Vornahme oder Unterlassung von Amtshandlungen. Die nach der Rspr. anerkannte, vorbeugende Unterlassungsklage beschränkt sich auf den Bereich der ordentlichen Gerichtsbarkeit und kann deshalb kein Mittel bilden, Beamte auf Unterlassung künftiger Amtshandlungen in Anspruch zu nehmen. Unfachliche Amtshandlungen des Beamten vermögen ebenfalls nur Schadensersatzansprüche in Geld auszulösen und können nicht unmittelbar Gegenstand einer Prüfung und Entscheidung durch die ordentlichen Gerichte bilden. †)

Die Kl. stellt Fette her. Im Jahre 1934 erließ das Hauptzollamt in A. einen Steuerbescheid, durch den es diese Fette für fettsteuerpflichtig nach der VO. über die Erhebung einer Ausgleichsabgabe auf Fette v. 13. April 1933 (RdW. I, 206) erklärte. Diesen Steuerbescheid focht die Kl. unter Berufung auf ein Gutachten an. Daraufhin holte das Hauptzollamt ein Gutachten der Technischen Prüfungs- und Lehranstalt der Reichszollverwaltung in B. ein. Das Gutachten wurde am 21. Sept. 1934 erstattet. Bearbeiter war der Befl., der leitende Chemiker der genannten Anstalt, der es auch „Im Auftrage“ unterzeichnete. Das Gutachten erklärte die genannten Fette für Kunstspeisefette. Es führte u. a. aus: Der sich in den Fetten befindliche Diacetylzusatz solle deren Minderwertigkeit verdecken und der Ware ein butterartiges Aroma verleihen. Er (der Gutachter) sei der Überzeugung, daß es sich nicht um „ausgezeichnete Backfette“, sondern um leicht aromatisierte, nach dem Hallerschen oder einem ähnlichen Verfahren gereinigte Abdeckereifette oder sonstige technische Fette handele.

Diese Sätze des Gutachtens v. 21. Sept. 1934 bilden die Grundlage der gegenwärtigen Klage. Die Kl. erklärt sie für unrichtig. Die Ausführungen des Befl. seien weder objektiv noch subjektiv als Gutachten zu werten. Die Kl. hat u. a. beantragt, den Befl. zu verurteilen, die aufgestellten Behauptungen zu widerrufen und es zu unterlassen, die angegebenen Behauptungen aufzustellen.

Der Befl. hat unter Erhebung der Einnahme der Unzulässigkeit des Rechtswegs Klageabweisung beantragt. Ihm ist das Deutsche Reich als Nebenintervenient beigetreten.

In die RevInst. gelangt ist die Klage insoweit, als sie dem Befl. gegenüber wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs abgewiesen worden ist. Sie ist das insoweit, als mit ihr behauptet wird, daß der Befl. verurteilt werde, gewisse Behauptungen über die Erzeugnisse der Kl. der Steuerbehörde gegenüber zu widerrufen und dieser gegenüber in Zukunft zu unterlassen.

Das BG. hat nicht unterschieden, ob der Befl. bei Begutachtung der Erzeugnisse der Kl. nur als Beamter tätig geworden ist, wie er behauptet, oder ob er, wie sie geltend macht, ein Privatgutachten erstattet hat. Es hat für beide Fälle den Rechtsweg für unzulässig erklärt. Indessen bedarf die Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs für den zweitgenannten Fall keiner sachlichen Erörterung. Denn die Be-

hauptung der Kl., der Befl. habe ein Privatgutachten erstattet, ist, wie der Sachverhalt mit völliger Sicherheit ergibt, un wahr. Sie ist lediglich aufgestellt worden, um dadurch die Verfolgung der Klageansprüche im Rechtsweg zu erschleichen, und ist deshalb rechtlich unbeachtlich. Diese Feststellung zu treffen, ist auch das RevG. bei der von Amts wegen vorzunehmenden Prüfung der Zulässigkeit des Rechtswegs befugt.

Da der Befl. das Gutachten v. 21. Sept. 1934 als Beamter erstattet hat, so kommt auch für die Zukunft nur in Frage, daß er als Beamter zur Begutachtung in dem Steuerverfahren gegen die Kl. herangezogen werden wird. Sonach können Ansprüche gegen ihn lediglich aus § 839 BGB. hergeleitet werden. Dabei muß in dem gegenwärtigen Verfahrensabschnitt dahingestellt bleiben, ob er für eine solche auf Widerruf und Unterlassung gerichtete Klage überhaupt der richtige Befl. ist, ob sie nicht vielmehr nach Art. 131 WeimVerf. gegen das Deutsche Reich hätte gerichtet werden müssen.

§ 839 BGB. gibt nur Anspruch auf Schadensersatz in Geld, nicht auf Wiedergutmachung durch Vornahme oder Unterlassung von Amtshandlungen. Das folgt aus der grundsätzlichen Trennung zwischen Rechtspflege und Verwaltung, die es den ordentlichen Gerichten verwehrt, Beamte zu verurteilen, amtlich etwas zu tun oder zu unterlassen. Ein Urteil dieses Inhalts würde eine unzulässige Einmischung der Gerichte in die Tätigkeit der Verwaltungsbehörden bedeuten. Eine Befugnis zu solcher Einmischung kann auch nicht aus § 249 BGB. hergeleitet werden. Den dort ausgesprochenen Grundsatz, daß Schadensersatz durch Herstellung des Zustandes zu leisten ist, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre, können die Gerichte nur so weit verwirklichen, als ihre Befugnisse überhaupt reichen (vgl. Ur t. des erf. Sen. v. 4. Dez. 1925, III 630/24). Läßt sich der frühere Zustand nur durch Vornahme einer Amtshandlung wiederherstellen, insbes. durch Rückgängigmachung einer früher vorgenommenen, wie sie in dem mit der Klage geforderten Widerruf der früheren Behauptungen des Befl. enthalten sein würde, dann kann in sinngemäßer Anwendung des § 251 Abs. 1 BGB. Schadensersatz bloß in Geld eingeklagt werden. Der Anspruch der Kl., der Befl. solle bei künftigen amtlichen Begutachtungen gewisse Behauptungen unterlassen, also eine Amtshandlung dieses Inhalts nicht vornehmen, ist nach dem Gesagten ebenfalls im Rechtsweg nicht verfolgbar. Die nach der Rspr. anerkannte vorbeugende Unterlassungsklage beschränkt sich auf den Bereich der ordentlichen Gerichtsbarkeit und kann deshalb kein Mittel bilden, Beamte auf Unterlassung künftiger Amtshandlungen in Anspruch zu nehmen.

Alles das gilt auch dann, wenn die von der Kl. beanstandeten Teile des Gutachtens, wie sie behauptet, völlig unsachlich sind. Unfachliche Amtshandlungen eines Beamten vermögen ebenfalls nur Schadensersatzansprüche in Geld auszulösen und können nicht unmittelbar Gegenstand einer Prüfung und Entsch. durch die ordentlichen Gerichte bilden. Mehr als eine sachwidrige Amtsausübung durch den Befl. vermag die Kl. aber mit dem, was sie gegen das von ihm verfaßte Gutachten einwendet, nicht zu behaupten. Selbst wenn die von ihr angegriffenen und nach ihrer Behauptung unrichtigen Sätze des Gutachtens für die Fettsteuerpflicht keine Bedeutung besäßen, wenn sie sich also unnötigerweise mit der Beschaffenheit und Güte der von der Kl. hergestellten Erzeugnisse beschäftigten, so würde sich doch daraus immer nur eine Fehlerhaftigkeit der Amtshandlung des Befl. ergeben. Sie möchte die Kl. berechtigen, Schadensersatz in Geld zu verlangen.

Zum Widerruf der früheren und zur Unterlassung gleichartiger Amtshandlungen kann der Befl. aber trotz der ihm etwa zur Last fallenden Pflichtwidrigkeit im Rechtswege nicht gezwungen werden.

(U. v. 31. Jan. 1936; III 221/35. — Celle.) [v. B.]
 (= RGZ. 150, 140.)

Anmerkung: Der Entsch. ist beizutreten. Sie befaßt sich in grundsätzlicher Weise mit der ungemein wichtigen und schwierigen Abgrenzung zwischen Justiz und Verwaltung. Sie hat daher Anspruch auf besondere Beachtung.

Nach dem auch jetzt noch geltenden Art. 131 Abs. 1 Satz 3 WeimVerf. ist für Schadenersatzansprüche gegen den Staat wegen hoheitsrechtlicher Handlungen der Beamten der Rechtsweg zulässig. Würde man aber in solchen Fällen den Rechtsweg unbeschränkt zulassen, so würde man Gefahr laufen, den ordentlichen Richter zum Herrn über die Verwaltung zu setzen. Das würde zur Folge haben, daß die Verwaltung in ihrer ungehinderten und für die Staatszwecke notwendigen Entfaltung lahmgelegt oder doch wesentlich beeinträchtigt würde. Diese Gefahr hat auch das RG. schon von jeher erkannt und ist bemüht gewesen, ihr wirksam zu begegnen. Es hat deshalb in ständiger Rspr. verlangt, daß die Klagebegründung sich für die behauptete Amtspflichtverletzung auf bestimmte Tatsachen stütze, die ausreichten, um die Verletzung auf die Amtspflichtverletzung nicht als unzulässige Einkleidung eines dem Rechtsweg entzogenen öffentlich-rechtlichen Anspruchs in ein privatrechtliches Gewand erscheinen zu lassen (RGZ. 106, 42; 108, 263; RG. v. 28. Juni 1928; JW. 1928, 2705; f. auch PrKompKonfStG. v. 31. Okt. u. 12. Dez. 1925 u. 12. April 1930; PrVerwBl. 47, 210; 49, 218; JW. 1930, 3504). Läuft das Klagebegehren darauf hinaus, daß ein Verwaltungsakt unabhängig von einer schuldhaften Amtspflichtverletzung des dabei beteiligten Beamten als unrechtmäßig angefochten werden soll, dann steht der Rechtsweg nicht offen. Denn sonst würden die ordentlichen Gerichte genötigt sein, unmittelbar über die Gültigkeit von Anordnungen der Verwaltungsbehörden zu entscheiden. Dazu sind sie aber nicht berufen (RGZ. 143, 84 ff. = JW. 1934, 421¹⁸; RGZ. 145, 137 = JW. 1935, 1153⁹). So hat das RG. v. 10. Juli 1934: RVerwBl. 56, 377 den Rechtsweg für unzulässig erklärt für eine gegen den preuß. Staat gerichtete Schadenersatzklage, die sich darauf stützte, daß der zum Gemeindevorsteher gewählte Kl. zu Unrecht vom Landrat nicht bestätigt sei. Der Rechtsweg ist auch nicht zulässig, wenn durch eine Staatshaftungsklage in Wirklichkeit nur eine Entsch. über die Rechtsgültigkeit von PolizeivD. herbeigeführt werden soll (RGZ. 144, 253 = JW. 1934, 1907⁷).

Im Einzelfall ist es nicht immer leicht, festzustellen, ob der Kl. nur den Versuch macht, auf einem Umweg einen öffentlich-rechtlichen Streit der dafür nicht gegebenen richterlichen Beurteilung zu unterstellen, oder ob er wirklich einen im Art. 131 WeimVerf. wurzelnden Schadenersatzanspruch geltend macht. Das RG. hat hier nach Ansicht mancher Schriftsteller (Karl Schmitt: DJZ. 34, 776; Schack: RnPrVerwBl. 55, 592 ff.; Hofacker: DJZ. 34, 889 u. a.; f. dagegen Hagemann: RVerwBl. 55, 587; 56, 591; Peters: BeamtsJahrb. 35, 483 ff.) die Grenzlinien nicht immer richtig gezogen und mitunter Fälle im Rechtsweg zugelassen, die im Interesse einer uneingeschränkten Verwaltungstätigkeit besser dem Machtbereich des ordentlichen Richters entzogen worden wären. Es kann hier dahingestellt bleiben, ob diese Vorwürfe gegen das RG. begründet sind oder nicht. Jedenfalls handelt es sich nur um ganz vereinzelte Fälle, und man wird und darf dem RG. nicht das ernste Bestreben absprechen, der Verwaltung zu geben, was der Verwaltung zukommt und den Rechtsweg nur dann zuzulassen, wenn ein Eingriff in die Verwaltung nicht zu befürchten ist.

Dieses Bestreben des RG. kommt auch in der vorliegenden Sache in bemerkenswerter Weise zur Geltung. Auch hier ist sich das RG. bewußt, daß die öffentliche Verwaltung des Staates nicht den Maßstäben und Gesichtspunkten bürgerlich-rechtlicher Interessen unterworfen werden dürfe und daß

die gegen den Staat gerichteten Schadenersatzansprüche nicht bürgerlich-rechtliche, sondern ihrer Natur nach öffentlich-rechtliche Ansprüche seien.

Deshalb hat es mit Recht den Grundsatz aufgestellt, daß § 839 BGB. nur Anspruch auf Schadenersatz in Geld, nicht Wiedergutmachung durch Vornahme oder Unterlassung von Amtshandlungen gebe. Denn sonst würde die Verwaltung durch Sprüche des ordentlichen Richters völlig lahmgelegt werden können. Nicht das eigene pflichtmäßige Ermessen der Verwaltungsorgane, ob diese oder jene Amtshandlung vorzunehmen oder zu unterlassen sei, würde maßgebend sein, sondern der ordentliche Richter würde letzten Endes darüber zu bestimmen haben, was die Verwaltung zu tun und zu lassen habe. Daß dieser Rechtszustand unerträglich wäre, bedarf keiner Ausführung.

Übrigens hat schon § 36 der preuß. V.D. v. 26. Dez. 1808 bestimmt, daß „kein Prozeß stattfinden“ darf für Klagen, die auf Unterlassung gerichtet sind, wenn es sich um „wirkliche Majestäts- und Hoheitsrechte“ handle. Die PrKAbOrd. v. 4. Dez. 1831 hat ferner erklärt, daß ein privatrechtlicher Widerspruch gegen einen Akt des Hoheitsrechts unstatthaft sei und Ansprüche dieser Art der Zuständigkeit der Gerichte entzogen seien. In demselben Sinne bewegt sich auch die ständige Rspr. des RG.; vgl. insbes. RGZ. 71, 47 = JW. 1909, 398; RGZ. 78, 210 hat eine Unterlassungsklage wegen Kreditgefährdung für unzulässig erklärt, wenn es sich um dienstliche Äußerungen eines Beamten handelt. RGZ. 107, 367 hat den Rechtsweg für unzulässig erklärt, wenn die Klage darauf abzielt, der Richter solle durch seinen Spruch einen öffentlich-rechtlichen Staatsakt aufheben oder sonst irgendetwie beseitigen. Ebenso hat RGZ. 110, 294 = JW. 1925, 1166 mit Ann. den Rechtsweg für unzulässig erklärt für eine Klage, die die Beurteilung des bekl. Staates zur Vornahme einer Amtshandlung hoheitsrechtlicher Art verlangte. Auch RGZ. 111, 49 betont, daß der Staat zur Vornahme oder Unterlassung von Amtshandlungen von den ordentlichen Gerichten nicht angehalten werden könne, und RGZ. 109, 294 meint, daß es in solchen Fällen gleich sei, ob es sich um eine Leistungs- oder Feststellungsklage handle.

Schließlich hat auch das OLG. Dresden in der Entsch. v. 8. Nov. 1935: DZ. 1936, 691 ähnliche Grundsätze entwickelt und betont, daß, wer in Ausübung einer öffentlich-rechtlichen Pflicht — es handelte sich um einen Ortsbauernführer, der in einer Eingabe an die Kreisbauernschaft über einen Gutsbesitzer ehverleübende Behauptungen aufgestellt hatte, um die Eintragung dessen Gutes in die Erbhöferolle zu verhindern — über einen andern schädigende Behauptungen aufgestellt habe, von deren Richtigkeit er überzeugt gewesen sei, nicht mit einer Klage auf Unterlassung solcher Behauptungen belangt werden könne. Wenn es sich auch bei dieser Entsch. nicht um einen Beamten im staatsrechtlichen Sinne gehandelt hat, so waren doch Äußerungen eines mit der Wahrnehmung öffentlicher Funktionen betrauten Amtsträgers (eines Ortsbauernführers) in Rede, und diese können nicht wie private, nur zur Wahrnehmung persönlicher, eigentlicher Interessen gemachte Äußerungen zum Gegenstand einer auf Unterlassung gerichteten Zivilklage gemacht werden.

Man sieht, daß das RG. sich in seiner neuen Entsch. mit in den Bahnen seiner früheren Rspr. bewegt und wiederum in Übereinstimmung mit dem OLG. Dresden einen Versuch, die Vornahme oder Unterlassung öffentlich-rechtlicher Maßnahmen im ordentlichen Rechtsweg durchzusetzen, energisch und zielbewußt zurückgewiesen hat. Man kann also nicht die Vornahme oder Nichtvornahme eines Hoheits- oder Verwaltungsaktes im ordentlichen Rechtsweg erzwingen, sondern muß sich damit begnügen, einen Schadenersatz in Geld zu beanspruchen, wenn man sich durch den Akt infolge schuldhaften Verhaltens eines Beamten für geschädigt hält. Auch in letzterem Falle müssen natürlich die Voraussetzungen des § 839 BGB. vorliegen, wenn die Klage Erfolg haben soll.

LGPräs. i. R. Prof. Dr. Brand, Dresden.

2. § 1 BRÄndG. v. 30. Juni 1933. Wenn § 1 BRÄndG. das Vorhandensein einer „dauernd erforderlichen“ Amtsstelle zur Voraussetzung für die Einstellung eines Reichsbeamten erklärt — was nach § 2 auch für die Einstellung eines Gemeindebeamten gilt —, so ist hier vom Reichsgesetzgeber nur eine Richtschnur für die Beamtenpolitik des Reiches usw. gegeben, nicht aber eine sachlich-rechtliche Voraussetzung für die Rechtswirksamkeit einer Beamtenanstellung. Es ist ein allgemeiner Grundsatz des Beamtenrechts, daß die Vorschriften über Feststellung der öffentlichen Haushalte ohne Bedeutung sind für die Besoldungsansprüche der Beamten.

Der Kl. war Obersekretär der befl. Stadtgemeinde und wurde Ende Mai 1933 mit der Wahrnehmung der Dienstgeschäfte des Stadtverwaltungsdirektors beauftragt, nachdem der Inhaber dieser Stelle K. wegen angeblicher Amtsverfehlungen mit dem Ziel seiner Zuruhesetzung beurlaubt worden war. Am 24. Juli 1933 beschloß der Magistrat die Zuruhesetzung des K. auf Grund des § 6 BRÄndG. und zugleich die Beförderung des Kl. zum Stadtverwaltungsdirektor mit Wirkung v. 1. Juli 1933. Dieser letztere Beschl. ist dem Kl. durch ein von dem Stadtrat A. unterzeichnetes Schreiben des Magistrats mitgeteilt worden. Der Kl. bezog das Gehalt des Stadtverwaltungsdirektors v. 1. Juli 1933 bis Ende März 1934. Die Zuruhesetzung des K. erwies sich in der Folgezeit als unwirksam; zuständig dafür war nicht der Stadtrat der befl., sondern der MdZ. Dieser lehnte die Pensionierung des K. ab, K. mußte wieder in sein Amt eingesetzt werden. Mit Schreiben v. 29. März 1934 teilte darauf die befl. dem Kl. mit, seine Beförderung zum Stadtverwaltungsinspektor sei als unzulässig anzusehen, er werde v. 1. April 1934 ab nur noch sein früheres Gehalt als Obersekretär erhalten, Rückforderung der seit dem 1. Juli 1933 mehr gezahlten Beträge bleibe vorbehalten. Die befl. zahlt ihm demgemäß seit 1. April 1934 noch Obersekretärgehalt. Der Kl. hat Klage erhoben und u. a. beantragt: festzustellen, daß er für die Zeit v. 1. April 1934 Gehalt der Gruppe 2b (Stadtverwaltungsdirektor) zu beanspruchen habe.

Die befl. hat gegen die Rechtswirksamkeit der Beförderung des Kl. zunächst Einwendungen aus § 56 Nr. 6 und Nr. 8 der Städteordnung für die Provinz Westfalen v. 11. März 1856 (GS. 237) erhoben. Das BG. hat diese Bedenken in Auslegung der genannten Vorschriften zurückgewiesen. Bei dem über den Bezirk des OVG. Hamm nicht hinreichenden Geltungsgebiet der Westfälischen Städteordnung sind diese Erörterungen des angefochtenen Urts. im Rechtszug der Rev. nicht nachzuprüfen (§ 549 Abs. 1 ZPO.).

Als sachliches Hindernis für die Rechtswirksamkeit der Beförderung des Kl. wird von der befl. geltend gemacht, diese Beförderung sei, wie dem Kl. genau bekannt gewesen sei, nur unter der Voraussetzung beschlossen worden, daß der damals noch im Amte befindliche Stadtverwaltungsdirektor K. in den Ruhestand versetzt werden würde. Der Kl. sei als Amtsnachfolger des K. befördert worden, die Beförderung habe also bis zu dessen endgültiger Zuruhesetzung in der Schwebe bleiben und dann hinfällig sein sollen, wenn es nicht zum Ausscheiden des K. kommen würde. Die Beschl. auf Zuruhesetzung des K. und auf Beförderung des Kl. hätten eine Einheit gebildet, beide seien gegenseitig bedingt gewesen.

Durchschlagend ist die Erwägung des BG., daß weder der Beschl. des Magistrats noch das dem Kl. darüber zugegangene Schreiben irgendwelche Beschränkung in der von der befl. behaupteten Richtung enthalte, sowie die hierzu getroffene — rein tatsächliche — Feststellung, daß auch der Wille des Magistrats nicht auf eine nur vorläufige oder bedingte, sondern auf eine endgültige Beförderung des Kl. gerichtet gewesen sei, da der Magistrat entschlossen gewesen sei, auf keinen Fall weiter mit K. zusammenzuarbeiten. Wenn der Magistrat dabei übersehen oder sich darüber hinweggesetzt hat, daß möglicherweise die geplante Zuruhesetzung des K. nicht gelingen

konnte, so kann dadurch die Wirkung der endgültig gewollten und endgültig erklärten Beförderung nicht beeinträchtigt werden. Es handelt sich hier allenfalls um einen Irrtum im Beweggrund, der so wenig wie im bürgerlichen Rechte die Rechtsbeständigkeit der von ihm beeinflussten Erklärung in Frage stellen kann. Daran wird auch durch die Tatsache nichts geändert, daß der Kl. die Beschl. über die Zuruhesetzung des K. und seine eigene Beförderung büromäßig selbst vorbereitet hat. Ein Verstoß gegen Treu und Glauben — sofern ihm im öffentlichen Rechte überhaupt Bedeutung zuerkennen ist — kann nicht darin gefunden werden, daß der Kl. sich auf seine Beförderung beruft, obwohl er seinerzeit den Beweggrund, der sich — auch für ihn — erst später als Irrtum herausgestellt hat, gekannt hat.

Die befl. hatte sich auch darauf berufen, daß in ihrem Haushaltsplan eine zweite Verwaltungsdirektorstelle nicht vorgesehen sei und eine Doppelbesetzung gegen § 10 PrGemeinD. v. 2. Nov. 1932 (GS. 341) oder auch gegen § 1 BRÄndG. v. 30. Juni 1933, verstoße. Das BG. hat diesen Einwand mit Recht zurückgewiesen. Es ist ein allgemeiner Grundsatz des Beamtenrechts, daß die Vorschriften über Feststellung der öffentlichen Haushalte ohne Bedeutung sind für die Besoldungsansprüche der Beamten (RGZ. 111, 360; 109, 270). Daraus folgt, daß die Rechtswirksamkeit einer Anstellung wie einer Beförderung des Beamten nicht davon abhängt, ob im öffentlichen Haushalt Mittel hierfür vorgesehen sind oder nicht. Wenn § 1 BRÄndG. das Vorhandensein einer „dauernd erforderlichen“ Amtsstelle zur Voraussetzung für die Einstellung eines Reichsbeamten erklärt — was nach § 2 auch für die Einstellung von Gemeindebeamten gilt —, so ist hier vom Reichsgesetzgeber nur eine Richtschnur für die Beamtenpolitik des Reiches usw. gegeben, nicht aber eine sachlich-rechtliche Voraussetzung für die Rechtswirksamkeit einer Beamtenanstellung. Es wird hier ein Grundsatz aufgestellt, der von den in Frage kommenden Anstellungsbehörden bei Entsch. der öffentlichen Verwaltungsaufgaben von einem Beamten oder einem auf Privatdienstvertrag angenommenen Angestellten wahrgenommen werden soll. Nicht dagegen ist damit ein Verbot ausgesprochen, für die Bedürfnisse einer bestimmten Verwaltung nicht notwendige, also überflüssige, Beamte anzustellen. Dieses Verbot ergibt sich schon ohne weiteres aus der öffentlich-rechtlichen Pflicht zur sparsamen Bewirtschaftung öffentlicher Mittel. Sollte eine Anstellungsbehörde in Verletzung oder Mißachtung der in § 1 gegebenen Richtschnur ein Amt mit einem Beamten anstatt mit einem Angestellten besetzen, so ist diese Beamtenanstellung nicht deshalb unwirksam, so wenig wie etwa die Anstellung einer Überzahl von Beamten deshalb nichtig ist, weil sie dem Gebot der Sparsamkeit zuwiderläuft.

(U. v. 6. März 1936; III 278/35. — Hamm.) [v. B.]

*
**3. I. Art. 97 BayVG. v. 15. Aug. 1908; § 8 RBeamtllVG.; § 1546 RVD. Für den Beginn der Ausschlussfrist des Art. 97 Abs. 2 BayVG., der auf das Bemerkbarwerden einer einen Anspruch begründenden Folge eines Unfalls abgestellt ist, muß zu der Erkenntnis des Körperschadens als einer Unfallfolge auch die Erkenntnis kommen, daß die Unfallfolge den Anspruch auf Ruhegehalt begründet. Wird der Anspruch mit einer durch einen Dienstunfall herbeigeführten Erwerbsbeschränkung begründet, so muß also auch die Erwerbsbeschränkung bekannt sein.

II. § 287 ZPO. Beweisgrundsätze bei einem typischen Geschehensablauf, der nach allgemeinen Erfahrungstatsachen bestimmte Schlussfolgerungen zuläßt.

Der Kl. war seit 1919 widerruflicher Beamter der befl. Stadtgemeinde, zuletzt Stadtobersekretär.

Mit Dienststrafbescheid v. 26. Nov. 1931 wurde er ohne Versorgungsbezüge wegen strafbarer Verfehlungen entlassen.

Das Bezirksamt bestätigte den Bescheid mit Beschluß vom 16. Jan. 1932. Der Kl. erhob gegen die Gemeinde Klage auf Zahlung von Unfallruhegehalt.

Der Rechtsweg ist nach Ablehnung des Abhilfsgefuchs durch die Gemeinde nach Art. 99 Abs. 1 und 3 BayGemD. v. 17. Okt. 1927 (BayGVBl. 293) offen und von dem Kl. rechtzeitig innerhalb von sechs Monaten nach der Eröffnung der auf sein Abhilfsgefuch ergangenen Entsch. beschritten worden (Art. 177 Abs. 3 BayGV. v. 15. Aug. 1908 (BayGVBl. 581)). Das VG. hielt aber die Antragsanmeldung für verspätet, da sie nicht in den in Art. 97 BayGV. gesetzten Ausschlußfristen erfolgt sei, den Art. 93 GemD. in Bezug nimmt. Kl. habe zwar den Unfall gleich angemeldet. Davon müsse aber die Anmeldung des Anspruchs unterschieden werden. Einen solchen habe er zwar in dem Schreiben v. 19. Okt. 1925 geltend gemacht, jedoch nur wegen des Armbruchs. Dagegen habe er den durch die erhöhten Bauchbruchbeschwerden verursachten Schaden erst in der Anmeldung v. 15. April 1929 erwähnt, ihn also nicht in der Frist des Art. 97 Abs. 1 BayGV., aber auch nicht in der Frist des Art. 97 Abs. 2 angemeldet, da er auch diese Unfallfolge spätestens schon im Dezember 1928 erkannt habe.

I. Art. 97 BayGV. entspricht § 8 RBeamtLFG. und § 1546 RW. Wichtig ist, daß die Antragsanmeldung von der Unfallmeldung zu unterscheiden ist. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Antragsanmeldung nicht entgegen der Annahme des VG. notwendig eine einheitliche ist derart, daß die Anmeldung des Anspruchs aus einer Unfallfolge die Anmeldefrist für alle Unfallfolgen wahr. Denn das VG. hat überhaupt den Beginn der Ausschlußfrist des Art. 97 Abs. 2 BayGV., der auf das Bemerkbarwerden einer einen Anspruch begründenden Folge des Unfalls abgestellt ist, rechtsirrig mit der Erkenntnis des Körperschadens als einer Unfallfolge gleichgesetzt und übersehen, daß die Erkenntnis dazu kommen muß, daß die Unfallfolge den Anspruch auf Ruhegehalt begründet. Zunächst genügt zu einem Bemerkbarwerden i. S. des Gesetzes nicht, daß der Verletzte mit der bloßen Möglichkeit des ursächlichen Zusammenhangs zwischen Unfall und Körperbeschädigung rechnet (RGZ. 82, 225). Aber auch wenn dieser Zusammenhang eindeutig erkennbar ist, muß weiter der Zusammenhang zwischen der unmittelbaren Unfallfolge, der Körperbeschädigung, und dem Ruhegehaltsanspruch erkennbar sein. Denn der Ruhegehaltsanspruch wird nach Art. 89 nicht durch jede Unfallfolge begründet, sondern nur durch eine solche, die Dienstunfähigkeit oder Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit nach sich zieht. Hier wird der Anspruch mit der durch den Dienstunfall herbeigeführten Erwerbsbeschränkung begründet. Der Kl. mußte also erst seine Erwerbsbeschränkung kennen, ehe er sie zu dem Dienstunfall in Beziehung setzen konnte. Das VG. hat zutreffend ausgeführt, daß Erwerbsfähigkeit i. S. des Art. 89 Abs. 2 des Ges. nicht der Dienstunfähigkeit gleichzusetzen ist. Solange der Kl. dienstfähig und im Dienste war, konnte ein Anspruch wegen Erwerbsbeschränkung aus dem Dienstunfall gar nicht in Frage kommen. Der Kl. konnte nicht gehalten sein, den Anspruch zu einer Zeit geltend zu machen, zu der es noch völlig ungewiß war, ob die Unfallfolge auch die weiteren Voraussetzungen eines Anspruchs nach Art. 89 in sich trug (RGZ. 76, 404, 405 = JW. 1911, 774, für einen Fall der Dienstbeschädigung nach dem OffPenG.). Die Ungewißheit bestand aber nicht nur, solange noch nicht erkennbar war, inwieweit der aus dem Dienstunfall entstandene Körperschaden die Erwerbsfähigkeit beeinträchtigen würde, sondern auch so lange, als noch nicht daran zu denken war, daß die Erwerbsbeschränkung überhaupt in Betracht zu ziehen war, also solange der Kl. im Dienst war. Erst mit der Dienstentlassung wurde die Bedeutung der Erwerbsfähigkeit erkennbar und damit auch erst die Bedeutung der Dienstunfallfolgen für die Erwerbsfähigkeit. Da erst konnten sie als den Anspruch begründende Unfallfolgen erkannt werden. Vor der Erkenntnis der Bedeutung der Erwerbsbeschränkung kann daher die Ausschlußfrist des Art. 97 Abs. 2 nicht begonnen haben. Diese Erkenntnis war erst durch den unabänderlichen Beschl. des Bezirksamts v. 16. Jan. 1932 gegeben. Die Anmeldung des Anspruchs ist daher am

4. Febr. 1932 noch rechtzeitig erfolgt. Inwieweit ähnliche Gedankengänge auch für den Fall eines Ruhegehaltsanspruchs wegen Dienstunfähigkeit infolge Dienstunfalls zu gelten haben, kann unerörtert bleiben.

II. Ob die Beschädigung des Kl. eine Folge des Dienstunfalls ist und ob der Kl. deshalb Anspruch auf das Unfallruhegehalt nach Art. 89 BeamtG. hat, kann nur nach den allgemeinen Rechtsregeln über den ursächlichen Zusammenhang entschieden werden, die, wenn sie auch zunächst nur für das Gebiet des bürgerlichen Rechts entwickelt worden sind, doch für öffentlich-rechtliche Ansprüche ebenfalls gelten.

Dabei können die Regeln des ersten Anscheins insofern nicht unbeachtet bleiben, als der Verletzte zunächst nur nach zumeist hat, daß der Unfall nach dem natürlichen Verlauf der Dinge geeignet war, die Erwerbsbeschränkung herbeizuführen (RGZ. 102, 242, 243). Diese Regeln greifen bei einem typischen Geschehensablauf Platz, der nach allgemeinen Erfahrungstatsachen bestimmte Schlußfolgerungen zuläßt.

Die Sachverständigen haben also aus dem natürlichen Verlauf des Unfalls und der Erfahrung des täglichen Lebens auf den ursächlichen Zusammenhang der Vergrößerung der Baudnarbe mit dem Unfall geschlossen. Diesen Gedankenängen ist das VG. nicht gefolgt und hat nicht ermogen, ob der typische Geschehensablauf zum Beweis für den Zusammenhang ausreichte, sondern ist umgekehrt von späteren Neben Umständen, der Unterlassung der Geltendmachung des Zusammenhangs durch den Verletzten und vermeintlichen Übersehen der Ärzte bei ihrer Begutachtung, ausgegangen und hat von diesem Ausgangspunkt aus eine genügende Wahrscheinlichkeit für den ursächlichen Zusammenhang verneint. Es ist nicht ausgeschlossen, daß das VG. zu einem anderen Ergebnis gekommen und den dem Verletzten obliegenden Ursachenbeweis für erbracht angesehen hätte, wenn es von dem typischen Geschehensablauf ausgegangen wäre. Der Befl. blieb es dann überlassen, Umstände darzutun, die die richterliche Überzeugung wieder hätten erschüttern können (RGZ. 134, 237 = JW. 1932, 1736¹⁴ [m. Anm.]).

Wegen dieser Verkennung der anzuwendenden Beweisgrundsätze und wegen rechtsirriger Berechnung der Ausschlußfrist für die Antragsanmeldung ist das Ur. aufzuheben.

(U. v. 7. Febr. 1936; III 127/35. — Zweibrücken.) [v. B.]
(= RGZ. 150, 210.)

*

** 4. §§ 14, 29 FürsPfWB.; §§ 677, 679 BGB.; § 13 OVB. Hat eine Stadtgemeinde in ihrem städtischen Krankenhaus hilfsbedürftige Personen aus dem Fürsorgebezirk eines Landkreises aufgenommen, ohne öffentliche Fürsorge ausgeübt zu haben, so handelte sie in Geschäftsführung ohne Auftrag. Für den von ihr als Eigentümerin des Krankenhauses gegen den Landkreis erhobenen Erstattungsanspruch ist der ordentliche Rechtsweg zulässig.

In den Jahren 1931 bis 1934 wurden im Krankenhaus der Kl., Stadtgemeinde, hilfsbedürftige Personen aus dem Fürsorgebezirk des Bekl., Landkreis, behandelt. Der Bekl. war in der Mehrzahl der Fälle vorläufig zur Fürsorgegewährung verpflichtet; in einigen dieser Fälle hatte er, da er selbst kein Krankenhaus besaß, die Hilfsbedürftigen in das Krankenhaus der Kl. gefandt und ihnen einen Schein mitgegeben, in dem er sich zur Übernahme der Kosten verpflichtete. In weiteren sechs Fällen war der Bekl. endgültig zur Fürsorge verpflichtet, während der Kl. die vorläufige Fürsorgepflicht oblag. In diesen Fällen hat das Krankenhaus der Kl. als Fürsorgeverband von der Behandlung der Hilfsbedürftigen Mitteilung gemacht.

Bei der Bezahlung entstand Streit, weil der Bekl. statt der geforderten Sätze nur den Betrag bezahlen wollte, den die Ortskrankenkasse der Stadt L. an die Kl. für die ihr angehörigen Krankenhauspatienten bezahlte, in einem Falle auch deshalb, weil der Bekl. nicht von der Aufnahme, sondern erst von der Anzeige an die Kosten der Krankenhausbehandlung tragen wollte.

Die Kl. verlangt mit der Klage als Eigentümerin des städtischen Krankenhauses die Unterschiedsbeträge mit insgesamt 3121,64 RM. Der Bekl. hat die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges erhoben. Das OLG. hat diese für durchschlagend erachtet und die Klage abgewiesen. Das OLG. hat die Ber. der Kl. zurückgewiesen.

Für die Frage der Zulässigkeit des ordentlichen Rechtsweges ist die rechtliche Natur des Klageanspruchs entscheidend, so wie er sich aus der tatsächlichen Begr. der Klage ergibt. Liegt der Streit nach dem vorgetragenen Sachverhältnis auf öffentlich-rechtlichem Gebiet, so ist der Rechtsweg nach § 13 OVG. auch dann unzulässig, wenn die Kl. ihren Anspruch durch Wegnahme auf Vorsch. des bürgerlichen Rechtes begründet (RGZ. 129, 288 = JW. 1931, 1194; RGZ. 130, 268 = JW. 1932, 1378; RGZ. 133, 244 = JW. 1931, 3555).

Nach §§ 14, 29 FürsPfWD. v. 13. Febr. 1924 (RGBl. I, 100) i. Verb. m. §§ 37 ff. RGes. über den Unterstützungswohnsitz i. d. Fass. v. 30. Mai 1908 (RGBl. 381) gehören Streitigkeiten zwischen Fürsorgeverbänden, insbes. zwischen dem vorläufig und dem endgültig verpflichteten Fürsorgeverband, dem öffentlichen Rechte an und werden im Verwaltungswege entschieden. Das gleiche gilt nach § 20 PrAusfWD. zur WD. über die Fürsorgepflicht i. d. Fass. v. 30. Mai 1932 (PrGS. 207) für den Anspruch des Hilfsbedürftigen gegen den Fürsorgeverband, den nach § 24 FürsPfWD. auch die Krankenanstalt zur Deckung ihrer Verpflegungskosten für ihre Insassen erheben kann.

Solche Ansprüche will aber die Kl. nach der Klagebegründung nicht geltend machen. Sie klagt als Eigentümerin des städtischen Krankenhauses, nicht als Fürsorgeverband, da sie keine öffentliche Fürsorge ausgeübt haben will. Wenn der Bekl. meint, mit der Stellung des Antrages aus § 24 FürsPfWD. bei dem Bekl. oder der Aufnahme der Hilfsbedürftigen, die einen Übernahmchein vorlegen konnten, habe das Krankenhaus zu erkennen gegeben, daß es öffentliche Fürsorge ausüben wolle, seine Erstattungsansprüche seien daher öffentlich-rechtlicher Natur, so ist das richtig. Denn es liegt nichts dafür vor, daß die Leitung des Krankenhauses befugt gewesen wäre, für die Kl. verbindliche Erklärungen über die Übernahme der öffentlichen Fürsorge abzugeben. Zwar hat der Bekl. in der RevInst. neu vorgetragen, nach ihrer eigenen Angabe in einem anderen Rechtsstreite der Parteien habe die Kl. das städtische Krankenhaus ermächtigt, Privatpatienten, die im Laufe der Behandlung wegen Nichtzahlung des Kostenvorschlusses Hilfsbedürftig würden, auf Kosten der Stadt als Fürsorgeverband weiter zu behandeln. Er hat Schriftsätze der Kl. überreichen lassen, in denen sie dies erklärt. Es braucht aber nicht entschieden zu werden, ob dies neue tatsächliche Vorbringen ausnahmsweise in der RevInst. deshalb berücksichtigt werden kann, weil die Frage der Zulässigkeit des Rechtsweges von Amts wegen zu prüfen ist. Denn aus dem neuen Vorbringen ergibt sich nicht, daß das städtische Krankenhaus auch in Fällen, wie sie hier zur Entsch. stehen, in denen die Personen schon bei der Aufnahme in das Krankenhaus hilfsbedürftig waren, ermächtigt war, sie auf Kosten der Stadt als Fürsorgeverband aufzunehmen. Das Krankenhaus aber ist kein Fürsorgeverband, und nur die Erstattungsansprüche von Fürsorgeverband zu Fürsorgeverband sind öffentlich-rechtlicher Natur. Die Kl. macht auch nicht Ansprüche der Hilfsbedürftigen geltend, sondern klagt aus eigenem Rechte gegen den Bekl. und verlangt von ihm nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag Erstattung von Auslagen, die sie für ihn gemacht habe. Derartige Ansprüche gehören dem bürgerlichen Recht an (vgl. RGZ. 133, 244 [245 ff.]). Auch wenn das Krankenhaus zunächst gem. § 24 FürsPfWD. für den Hilfsbedürftigen den Anspruch auf Unterstützung zur Deckung ihrer Verpflegungskosten gestellt hat, ist es der Kl. unbenommen, soweit das Krankenhaus mit diesem Antrage keinen Erfolg gehabt hat, den in Betracht kommenden Fürsorgeverband gem. §§ 677, 679 BGB. auf Grund von Geschäftsführung ohne Auftrag in Anspruch zu nehmen (vgl. B a t h, Fürsorgepflicht, 10. Aufl., Anm. zu § 24; Entsch. des Bundesanwalts für das Heimatwesen 66, 27). Daß die Verpflichtung des Geschäfts-

herrn, deren Erfüllung der Geschäftsführer besorgt hat, auf öffentlichem Recht beruht, ist ohne Belang. Wenn der von der klagenden Partei verfolgte Anspruch eine bürgerlich-rechtliche Grundlage hat, so liegt eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit auch dann vor, wenn sich die Notwendigkeit ergibt, zur Entsch. des Streitiges über Fragen und Verhältnisse zu befinden, die dem öffentlichen Rechte angehören (vgl. RGZ. 113, 180; 76, 324 = JW. 1911, 719 und die dort angeführte Entsch.). Die bürgerlich-rechtliche Natur der geltend gemachten Erstattungsansprüche ergibt sich besonders deutlich in den Fällen, wo der Bekl. selbst die Hilfsbedürftigen dem Krankenhaus der Kl. zugeleitet hat, weil er ein eigenes Krankenhaus nicht zur Verfügung hatte. Denn der Bekl. hatte in diesen Fällen keinerlei Anspruch darauf, daß das städtische Krankenhaus die ihm zugeleiteten Personen auch aufnahm, und hätte, wenn er richtig hätte handeln wollen, einen Vertrag mit dem Krankenhaus schließen müssen.

In Preußen ist auch nicht etwa für die Ansprüche Dritter gegen die Fürsorgebehörden die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten begründet. Durch die Entsch. der Vereinigten Trib. in RGZ. 41, 267 wurde dies bereits vor dem Inkrafttreten der FürsPfWD. und der PrAusfWD. dazu verneint, und diese WD. haben an dem bisherigen Zustande nichts geändert.

Der ordentliche Rechtsweg für den geltend gemachten Anspruch ist daher nach § 13 OVG. gegeben, soweit sich nicht unter der äußeren Form eines Erstattungsanspruches aus Geschäftsführung ohne Auftrag die Absicht der Kl. verbirgt, eine gerichtliche Feststellung über die Höhe der Beträge herbeizuführen, die ein Fürsorgeverband einem anderen zu erstatten hat. Denn dann handelt es sich in Wirklichkeit um die Geltendmachung eines öffentlich-rechtlichen Anspruches. Eine solche Absicht kann aber nicht ohne weiteres daraus gefolgert werden, daß die Kl. nicht nur Eigentümerin des städtischen Krankenhauses, sondern auch Fürsorgeverband ist. Denn sie ist nach ihrem Vorbringen in der Mehrzahl der in der Klage behandelten Fälle nicht als solcher tätig geworden, hatte dazu auch keine Veranlassung, weil sie in diesen Fällen nicht fürsorgepflichtig war. Dagegen ist jene Absicht anzunehmen für diejenigen Fälle, in denen sie selbst, sei es vorläufig, sei es endgültig, fürsorgepflichtig war. In diesen Fällen läßt sich ihre Stellung als Eigentümerin des Krankenhauses und als fürsorgepflichtiger Fürsorgeverband nicht trennen. Dies gilt vor allem für die Fälle, in denen nach dem unstreitigen Sachverhalt das Krankenhaus die Hilfsbedürftigen bei der Kl. als vorläufig unterstützungspflichtigem Fürsorgeverband angemeldet hat. Denn in diesen Fällen handelt es sich, wenn die Kl. jetzt von dem Bekl. Erstattung verlangt, in der Tat um Ansprüche des vorläufig unterstützungspflichtigen Fürsorgeverbandes gegen den endgültig verpflichteten und damit um einen Anspruch, der dem öffentlichen Rechte angehört. Wenn die Kl. auch hier behauptet, keine öffentliche Fürsorge ausgeübt zu haben, so setzt sie sich mit dem klaren Sachverhalt in Widerspruch. Aus ähnlichen Erwägungen ist der Rechtsweg aber auch ausgeschlossen in denjenigen Fällen, in denen die Kl. als endgültig fürsorgepflichtiger Verband dem Bekl. als vorläufig verpflichtetem Verbands nach § 7 Abs. 2, § 14 FürsPfWD. für die Aufwendungen, deren Erstattung sie jetzt verlangt, Ersatz leisten müßte. Denn es hat als Mißbrauch des bürgerlichen Rechtes zu gelten, wenn die Kl. versucht, mit Hilfe bürgerlich-rechtlicher Best. Beträge von dem Bekl. zu erlangen, die sie ihm nach ihrer eigenen Angabe nach den Best. des öffentlichen Rechtes wieder erstatten muß.

Wegen der Ansprüche in diesen Fällen ist der Rechtsweg mit Recht für unzulässig erklärt worden; insoweit ist demnach die Rev. zurückzuweisen. Im übrigen aber ist unter Aufhebung des angefochtenen Urteils die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges zu verwerfen.

(U. v. 11. Febr. 1936; VII 225/35. — Celle.)

[2.]

(= RGZ. 150, 243.)

** 5. §§ 5, 7 ff. ThürWegeG. v. 24. Juli 1929 (GS. 127). In Thüringen fällt eine Benutzung des Luftraumes über dem öffentlichen Wege zur Durchführung der Zuleitung von Kraftstoff von der am öffentlichen Wege, aber auf privatem Boden liegenden Tankzapfsäule zu dem auf dem Verkehrswege stehenden Kraftwagen mittels eines während des Einfüllens den Luftraum über der Straße durchquerenden, von der Zapfsäule ausgehenden Schlauchs unter Sondergebrauch am Wege. Die Wegeeigentümer sind daher berechtigt, wenn sie solche Eingriffe in ihr Recht durch die bei der Handhabung der Tankstellen stattfindende Benutzung des Luftraumes über der Straße gestatten, sich eine Vergütung von dem Tankstelleninhaber auszubedingen. †)

Die Kl. Gesellschaften vertreiben Betriebsstoffe für Kraftfahrzeuge aus Tankstellen. Hier handelt es sich um Verkaufsstellen im Gebiete des Landes Thüringen, bei denen die Pumpanlagen an öffentlichen Wegen, aber auf privatem Boden liegen und die Zuleitung zu dem den Stoff einnehmenden Kraftwagen, der auf dem Verkehrswege steht, mittels eines während des Einfüllens den Luftraum über der Straße durchquerenden, von der Zapfsäule ausgehenden Schlauchs oder Schwentarms geschieht. Anders ist die Lage nur bei den Tankstellen, die die Zweitklägerin in K. und die Drittklägerin in W. haben. Die erstere steht auf öffentlichem Straßengelände. Bei der letzteren fahren die Kraftwagen, den Bürgersteig querend, auf das an der Straße liegende Privatgrundstück, auf dem die Tankanlage steht, nehmen den Triebstoff ohne Inanspruchnahme des Straßenraums ein und gelangen danach wieder über den Bürgersteig zur Fahrbahn.

Für die sich so vollziehende Benutzung der Straßen verlangen, soweit es sich um Staatsstraßen handelt, das Land Thüringen, soweit Gemeindestraßen in Betracht kommen, die betr. Gemeinden Entschädigungen von jährlich fast durchweg 20 RM je Tankstelle. Die Kl. haben sich teils unter Vorbehalt, teils ohne solchen zu den verlangten Zahlungen bereit gefunden. Sie halten diese aber nicht für gerechtfertigt, weil die stattfindende Straßenbenutzung im Rahmen des jedermann ohne weiteres zustehenden Gemeingebrauchs an der Straße liege. Sie meinen, die hierüber geschlossenen Verträge seien, als auf eine von vornherein unmögliche Leistung der Befl. gerichtet, nichtig; sie seien außerdem Knebelverträge und verstießen gegen die guten Sitten. Die Kl. haben die Feststellung begehrt, daß den Befl. Entschädigungen für die Benutzung des Luftraums über der Straße und bei der Tankstelle W. für die Überquerung des Bürgersteigs nicht zuständen.

Die Befl. halten zunächst den Rechtsweg für unzulässig. Weiter meinen sie, nach dem ThürWegeG. v. 24. Juli 1929 (GS. 127) sei die so stattfindende Benutzung der Straße **Sondergebrauch** und nicht Gemeingebrauch; für die Gestattung dessen könnten sie sich als Eigentümer der Wegeflächen Vergütungen ausbedingen; das sei grundsätzlich vom Bestehen der einzelnen Tankstellen an gesehen; so sei nach der Entwicklung der örtlichen Verhältnisse in Thüringen eine solche Benutzung, auch abgesehen von den Best. des WegeG., nicht als Gemeingebrauch anzusehen.

Das VG. hat in den meisten Fällen und grundsätzlich die von den Kl. beehrte Feststellung ausgesprochen. Nur in einigen wenigen Fällen hat es die Klagen auf Grund besonderer örtlicher Lage abgewiesen. Die Befl. haben, soweit unterlegen, Ber. eingelegt. Das DVG. hat sämtliche Klagen abgewiesen. Das RG. hat die Rev. der Kl. zurückgewiesen.

Nachdem die hier in Betracht kommenden Tankstellen in ihrer Anlage und Betriebsweise polizeilich genehmigt worden sind, lassen sich die Befl. in ihrer Eigenschaft als Eigentümer des Wegegeländes Vergütungen für dessen Benutzung beim Betriebe der Zapfstellen zahlen. Die Zahlungen beruhen auf ausdrücklich oder durch schlüssige Handlungen stillschweigend geschlossenen Verträgen. Der Streit darüber, ob diese rechtsgül-

tig zustande gekommen und ob sie eine rechtswirksame Grundlage für die den Kl. abverlangten und von ihnen bewilligten Vergütungen bilden, ist bürgerlich-rechtlicher Natur und ist auch nicht durch besondere Gesetzesvorschriften den ordentlichen Gerichten entzogen. Der Rechtsweg ist daher zulässig.

Die Verträge mit ihrem Inhalt, daß die bef. Wegeeigentümer den Kl. den Gebrauch des Wegeraums gestatteten, und daß sie dafür Vergütungen bezahlten, wären als auf eine von seiten der Befl. von vornherein unmögliche Leistung gerichtet nichtig, wenn den Kl. diese Art der Benutzung ohnedies zustände. Für eine ihm zwingend obliegende Duldung kann der Eigentümer keine Leistungsvergütung fordern (RGZ. 132, 402 = JW. 1931, 2239). Das DVG. verwirft den Standpunkt der Kl., daß dies hier deswegen zutrefte, weil die stattfindende Benutzung des Luftraums über der Wegefläche unter den jedermann ohne weiteres zustehenden Gemeingebrauch an der Straße falle. Dem VG. ist zuzustimmen. Seine die Anwendung des ThürWegeG. v. 24. Juli 1929 betr. Ausführungen unterliegen der Nachprüfung durch das RG. (RGZ. 146, 194).

Das RG. hat für Preußen angenommen, der Umfang des einem jeden kraft öffentlichen Rechts zustehenden freien Gebrauchs der Wege für den Verkehr sei gesetzlich nicht abschließend geregelt; vielmehr beziehe sich die Best. des § 7 II 15 PrALR.: „Der freie Gebrauch der Land- und Heerstraßen ist einem jeden zum Reisen und Fortbringen seiner Sachen gestattet“, nur auf den Verkehr im engsten Sinne, ohne eine anderweite, nach der allgemeinen und regelmäßigen Gestaltung des Verkehrs übliche Art der Wegebenutzung von dem für jedermann zulässigen Gemeingebrauch auszuschließen; auch außerhalb des Geltungsbereichs des ALR. ergebe sich aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen die Besugnis des gehenden und fahrenden Publikums, wie auch der Straßenanlieger zur freien Wegebenutzung in der gemeinüblichen Weise (RGZ. 123, 181, 187 = JW. 1929, 1241; RGZ. 125, 108 = JW. 1929, 3385; RGZ. 132, 398 = JW. 1931, 2239; JW. 1930, 1961).

Nun sagt das ThürWegeG. in § 5 unter der Überschrift „Gemeingebrauch“: „Auf einem öffentlichen Wege kann jedermann . . . sich aufhalten, gehen, reiten, Vieh treiben und mit Fahrzeugen aller Art fahren.“ Weiter wird in § 7 unter der Überschrift „Sondergebrauch“ bestimmt:

„I. Ein öffentlicher Weg dient dem Gemeingebrauch i. S. des § 5.

Ein anderer Gebrauch ist nur mit Erlaubnis der Wegpolizeibehörde zulässig.

II. Das gilt insbes. für Gas-, Wasser- und elektrische Leitungen und Tankanlagen auf oder in dem Weg, sowie Rundfunkanlagen in dem Luftraum darüber, für dauernde oder vorübergehende Lagerung, Aufstellung und Anbringung von Gegenständen irgendwelcher Art, Ab- und Zufahrten, sowie Überbauten.“

Da es sich beim Gemeingebrauch um einen Begriff und Bestandteil des öffentlichen Wegerechts handelt, war das Land Thüringen nach der Weim. Verf. zu solcher Gesetzgebung befugt (dort Art. 7 Nr. 19, Art. 12).

Im ThürWegeG. sind also Gemeingebrauch und Sondergebrauch einander gegenübergestellt. In §§ 7 ff. werden alle nicht im Rahmen des § 5 liegenden Benutzungsarten als etwas über den Gemeingebrauch Hinausgehendes geregelt. Im Sprachgebrauch des Schrifttums wird unter „Gemeingebrauch“ die ohne weiteres nach der Zweckbestimmung des Wegs zulässige Benutzungsweise und unter „Sondergebrauch“ oder „besonderer Nutzung“ der nur auf Grund besonderer Gestattung seitens des über den Wegeraum Verfügungsberechtigten erlaubte Gebrauch verstanden. Bisweilen wird der nur in der Eigenschaft als Straßenanlieger auszuübende Gemeingebrauch noch besonders bezeichnet als „gesteigerter Gemeingebrauch“ oder als „Anliegernutzung“ (Merkel: JW. 1929, 2342). Dabei wird gelehrt, daß der Inhalt des Gemeingebrauchs, seine Abgrenzung gegenüber dem Sondergebrauch nicht von vornherein festliegt, sondern zeitlich und örtlich verschieden sei. Das ist auch der für preußische Rechtsgebiete entwickelte Standpunkt des RG.

Über die durch das ThürWegeG. geschaffene Rechtslage führt das DVG. aus: Dem Gesetzeswortlaut nach enthalte der § 5 des Gef. eine ausschließliche Best. des Gemeingebrauchs,

wie ihn sich der Thür. Gesetzgeber gedacht habe; alles was nicht darunter falle, stelle einen Sondergebrauch dar, für den § 7 II Beispiele gebe, die aber nicht ausschließlich zu verstehen seien. Mit Erlaß dieses Gesetzes hätten die Rechte an öffentlichen Wegen eindeutig und unter Ausschaltung der bisherigen Streitfragen geregelt werden sollen. Da die Benutzung des Luftraums über dem Wege durch Tankschläuche keine der in § 5 abschließend aufgezählten Gebrauchsarten sei, so gehöre sie zu dem in §§ 7 ff. geregelten Sondergebrauch.

Demgegenüber vertreten die Kl. folgenden Standpunkt: So wie von der Wissenschaft entwickelt und vom RG. für Preußen angenommen, sei auch vor Erlaß des WegeG. die Rechtslage in den verschiedenen zum Lande Thüringen zusammengefaßten Staaten gewesen. Eine Änderung dieses Rechtszustandes hätte eine Umwälzung in der Anschauung von der Rechtsnatur und dem Inhalt des Gemeingebrauchs bedeutet. Daran sei bei Erlaß des WegeG. nicht gedacht gewesen. Das ergebe sich daraus, daß die Begr. zum Gesetz (Druckf. des 4. LT. von Thüringen 1927/1929, I, 350 ff.) sich überhaupt nicht mit dem Wesen und Umfange des Gemeingebrauchs befaßte. So habe die Best. des § 5 keine Neuerung geben sollen. Das Recht der Anlieger auf gesteigerten Gemeingebrauch sei durch das Gesetz nicht geregelt und daher auch nicht beseitigt worden. Das ergebe zu dem ein Vergleich des Wortlauts in § 7 I des Ges. („ein öffentlicher Weg dient dem Gemeingebrauch i. S. des § 5“) mit dem Wortlaut der Regierungsvorlage (a. a. D. S. 340: „Ein öffentlicher Weg darf nur nach § 5 benutzt werden“). In dieser Änderung zeige sich, daß der Gemeingebrauch nicht streng auf die in § 5 aufgezählten Befugnisse beschränkt sein sollte. Weiter ergebe ein Vergleich von § 7 II des Ges. mit § 7 II der Regierungsvorlage die Unrichtigkeit der Auslegung des BG. Denn gegenüber dem Wortlaut der Vorlage, wo „Tank- sowie Rundfunkanlagen in den Weg oder durch den Luftraum darüber“ als Sondergebrauch bezeichnet werden, spreche das Gesetz von „Tankanlagen auf oder in dem Weg, sowie Rundfunkanlagen in dem Luftraum darüber“. Danach wolle das Gesetz Tankschläuche im Luftraum nicht als Sondergebrauch ansehen. Es widerspreche deutscher Rechtsanschauung, den Gemeingebrauch weiter zu behindern, als durch die öffentliche Benutzung des Wegs geboten sei.

Die so erhobenen Bedenken greifen jedoch nicht durch. Zunächst entscheidet der Wortlaut des Gesetzes. Hier gibt nun der § 7 unter der Überschrift „Sondergebrauch“ eine Umschreibung dessen, was das ThürWegeG. als solchen ansieht. Das geschieht zunächst in Abgrenzung gegenüber dem in § 5 bestimmten Inhalt des Gemeingebrauchs, wobei die Notwendigkeit wegepolizeilicher Erlaubnis für Sondergebrauchsbenutzung festgelegt wird. Und weiter durch — nicht abzuschließende — Aufzählung hauptsächlichlicher Sondergebrauchsarten. § 7 besagt, jede Wegebenutzung, die nicht i. S. des Gemeingebrauchs liege, wie er in § 5 zugelassen sei, werde als Sondergebrauch behandelt. Als der für jedermann ohne weiteres zulässige Gemeingebrauch ist in § 5 aufgezählt: auf dem Wege „sich aufhalten, gehen, reiten, Vieh treiben und mit Fahrzeugen aller Art fahren“. Wohl darf man aus dem Gebot sinngemäßer Anwendung des § 5 schließen, daß dessen Aufzählung nicht unter allen Umständen rein wörtlich zu nehmen ist, und daß auch dem dort genannten ähnliche Vorgänge oder Nebentätigkeiten dazu als Gemeingebrauch angesehen werden können (so etwa kindliche Spiele auf der Straße, das Ausführen eines Hundes). Aber andererseits besteht doch schon aus der Natur der Sache heraus ein beachtlicher Unterschied zwischen dem, was jedermann auf der Straße vollbringen kann und dem, was gerade nur der Straßenanlieger infolge seines räumlichen Verhältnisses zur Straße auszuüben vermag (Anliegernutzung). Hierzu erhellt aus der beispielsweise Aufzählung in § 7 II, daß gerade diese Maßnahmen und Einrichtungen, auch wenn sie in Rechtslehre und in der Rspr. für andere Rechtsgebiete als unter den Gemeingebrauch fallend angesehen werden sollten (z. B. Anbringen von Fahnenstangen, Ladenschilbern, Lichtverbeanlagen), in Thüringen als Sondergebrauch behandelt werden. Von den dort genannten Einrichtungen kommt für den gegenwärtigen Fall in Betracht, die dauernde oder vorübergehende Lagerung, Aufstellung und Anbringung von Gegenständen irgend-

welcher Art“. Das Durchqueren des Luftraums mit Tankschläuchen ist in keiner Weise den in § 5 genannten Handlungen gleichartig; wohl aber ist es einer „vorübergehenden Anbringung von Gegenständen“ zum mindesten wesensverwandt, wenn es nicht gar unmittelbar als solche anzusehen sein sollte. Der Umstand, daß zum Tanken auch das Anfahren und Stehenbleiben der Fahrzeuge gehört, kommt hierbei nicht in Frage. Diese Straßenbenutzung durch den Kraftfahrer liegt selbstverständlich im Rahmen des Gemeingebrauchs. Etwas anderes und davon getrennt zu Betrachtendes aber ist die Benutzung des Straßentraums durch den Tankstelleninhaber für seinen Gewerbebetrieb.

Man kann demgegenüber nicht sagen, daß ein Herausnehmen der eben als Sondergebrauch i. S. des ThürWegeG. gekennzeichneten Handlungen und Einrichtungen aus dem Gemeingebrauch dem Begriff und den Zwecken eines öffentlichen Weges derart widerspräche, daß das unmöglich Inhalt des Gesetzes sein könne. Sicherlich liegt es im Wesen der öffentlichen Straße und ist es durch die Entwicklung des Verkehrslebens geboten, daß alles dies auf und über dem Wege ausgeübt werde, und daß das ohne wesentliche Erschwerung möglich sei. Dem wird aber durch die in § 8 enthaltene Vorschr. Rechnung getragen, daß die zum Sondergebrauch notwendige Erlaubnis der Wegepolizeibehörde nur versagt werden darf, wenn der Sondergebrauch den Gemeingebrauch behindert oder die Unterhaltung des Weges beeinträchtigt. Es muß zwar bezweifelt werden, daß tatsächlich in Thüringen für vorübergehende Handlungen solcher Art, z. B. bei Umzügen, Anfahren von Kohlen, Fässern, polizeiliche Genehmigungen eingeholt werden. Wenn aber die Wegepolizeibehörde derartiges stillschweigend duldet, so besagt das nichts dagegen, daß gesetzlich die erlaubte Vornahme solcher Handlungen vom Einverständnis der Polizeibehörde abhängt. Dagegen mag bei dauernden oder regelmäßig und häufig wiederholten Handlungen, wie den hier in Frage kommenden Ablieferungen unter Benutzung von Tankschläuchen im Wegetraum, die ausdrückliche Erlaubnis der Wegepolizeibehörde verlangt werden. Diese Auslegung des WegeG. vertritt auch das ThürWB. (so für eine Lichtreklamavorrichtung in „Thür. kommunale Rtsch.“ 1930, 332, für ein Sonnenschutzdach in WB. 15, 103).

Zur Zeit, wo das ThürWegeG. eingebracht, beraten und erlassen wurde, waren Fragen, wie die hier behandelte, häufiger aufgetreten und streitig geworden. Damals waren bereits die eine Lichtverbeanlage und eine Tankeinrichtung betr. Art. des RG. v. 16. Febr. 1929 ergangen und bekannt geworden (außer RGZ. 123, 181 = JW. 1929, 1241; RGZ. 123, 187 = JW. 1929, 1589 auch JW. 1929 Heft v. 27. April und 25. Mai 1929). Es lag nahe, daß ein damals neu zu erlassendes WegeG. an eine gesetzliche Regelung dieser Fragen heranging. Dabei ist zu beachten, daß auch nach dem bisherigen Standpunkt des erf. Sen. eine solche Schlauchzuführung von einer Zapfsäule zum Fahrzeug hin durchaus nicht zweifelsfrei und unter allen Umständen als gemeingebrauchlich anzusehen ist. Da konnte es dem Gesetzgeber nützlich erscheinen, durch gesetzliche Regelung diese und ähnliche Fragen klar zu lösen. Nach alledem entspricht die Annahme, daß eine Benutzung des Luftraums über dem öffentlichen Wege zur vorübergehenden Durchführung der Zuleitung von der Tankzapfsäule zum Fahrzeug als Sondergebrauch am Wege nicht ohne weiteres zulässig sei, dem Wortlaut und Sinn der §§ 5, 7 ff. ThürWegeG. und ist dagegen auch nichts aus dem Begriff der öffentlichen Straße und den Erfordernissen des Verkehrs heraus zu entnehmen.

Ebenso wenig spricht die Entstehungsgeschichte des Gesetzes gegen diese Auslegung. Wenn auch in der dem Gesetzentwurf beigegebenen Begr. nicht hervorgehoben wurde, daß mit der völligen Herausnahme der Anliegernutzung aus dem Gemeingebrauch eine Neuerung gegenüber dem damaligen Stande der Wissenschaft und Rspr. getroffen werde, so wird doch die mit dem Vorschlag der §§ 5, 6 und der §§ 7 bis 10 verbundene Absicht betont, auf diesem Gebiet, auf dem bisher Unklarheit herrschte, eine endgültige Lösung zu geben (Druckf. des 4. LT. 1, 352). Die Erörterungen im LT. zeigen das Bewußtsein dessen, daß nach deutscher Rechtsauffassung der Gemeingebrauch nicht weiter behindert werden dürfe, als durch die öffentliche Be-

nutzung des Wegs geboten (a. a. D. 4, 2792), und daß, wenn man schon gewisse Benutzungsweisen des Wegs, die notwendig sind, aus dem Gemeingebrauch herausnehmen und als Sondergebrauch regeln wolle, doch auch die polizeilicherseits unbehinderte Ausübung solchen Sondergebrauchs sichergestellt werden müsse (a. a. D. 5, 3776). Der den Sondergebrauch im Gegensatz zum Gemeingebrauch i. S. des § 5 festlegende § 7 des Gef. ist nur aus sprachlichen Gründen etwas anders als im Regierungsentwurf gefaßt worden (a. a. D. 5, 3743). Für eine Absicht des Gesetzgebers, die auf der Grenze liegende Anliegernutzung aus der gesetzlichen Regelung herauszulassen, spricht dabei aber nichts. Solches hätte nicht zu der in der Begr. ausgesprochenen Absicht gepaßt, eine endgültige Lösung der diesbezüglich herrschenden Unklarheiten zu geben. Die von der Rev. hervorgehobene Änderung des § 7 II im Gef. gegenüber der Fassung der Regierungsvorlage derart, daß die Worte „in (oder durch) dem Luftstraum darüber“ sich nun nicht mehr auf Tankanlagen beziehen, ist gleichfalls ohne sachliche Bedeutung. Das Durchführen der Leitungsschläuche fällt unter „vorübergehende Anbringung von Gegenständen“. So ändert auch eine Prüfung der Gesetzesmaterialien nichts daran, daß die bei der Handhabung der Tankstellen stattfindende Benutzung des Luftstraums über der Straße einen Sondergebrauch am Wege i. S. der §§ 7 ff. des Gef. darstellt.

Die gesetzliche Regelung für solchen Sondergebrauch geht zunächst dahin, daß er nur mit Genehmigung der Wegepolizeibehörde, die jedoch nur unter bestimmten Voraussetzungen versagt werden darf, zulässig ist. Diese verwaltungsrechtliche Seite der Sache kommt hier nicht weiter in Betracht. Bei den mit den Kl. bedungenen Vergütungen handelt es sich nicht etwa um die „Zahlung einer Abgabe für erschwerte Wegeunterhaltung zugunsten des Trägers der Wegelast“ i. S. des § 8 II des Gef. Vielmehr sollen die Kl. mit ihren Zahlungen, wie schon hervorgehoben, den Bekl. Entschädigungen dafür gewähren, daß diese als Wegeeigentümer aus freien Stücken die Benutzung ihres Eigentums gestatten. Dazu besagt § 9 des Gef. unter der Überschrift „Sondergebrauch und Privatrecht“: „Wenn der Sondergebrauch von einem anderen als dem Wegeeigentümer ausgeübt werden soll, so bleiben unbeschadet der Erlaubnis der Wegepolizeibehörde die Vorsch. des Privatrechts für die rechtlichen Beziehungen zwischen dem Eigentümer und dem anderen unberührt.“ Nach den in der Beziehung maßgebenden Vorsch. des bürgerlichen Rechts (§§ 903, 905, 1004 BGB.) können die Bekl. als Wegeeigentümer Einwirkungen der Kl. auf den Wegekörper und den darüber befindlichen Raum ausschließen, soweit nicht etwa die unten zu behandelnde Sondervorschrift des § 905 Satz 2 eingreift und soweit die Eigentümer nicht aus der Tatsache heraus, daß es sich um öffentliche Wege handelt, zu irgendeiner Duldung verpflichtet sind.

Wie weit dies letztere der Fall ist, entscheidet sich nach dem geltenden öffentlichen Recht, dem Wegerecht (RGZ. 123, 184 = JW. 1929, 1241), hier also dem ThürWegeG. Eingeschränkt ist in der Richtung das Eigentumsrecht nur, soweit dieses Gesetz solches mit Rücksicht auf den Verkehr zugunsten der auf die Benutzung des Wegs Angewiesenen ausspricht. Das aber trifft nur zu für das, was als zum Gemeingebrauch (§ 5) gehörig jedermann ohne weiteres zu tun freisteht. Jede andere Benutzung ist nach Inhalt des WegeG. als Sondergebrauch nach zwei Richtungen hin erschwert, einmal nur mit wegepolizeilicher Erlaubnis zulässig; und weiter den durch das Privateigentum am Wegegrundstück gesetzten regelmäßigen Grenzen unterworfen. Denn zu letzterem bestimmt der eben wiedergegebene § 9, daß das Wegerecht nicht zugunsten eines Sondergebrauchs in die privatrechtlich gegebene Eigentumsfreiheit eingreife. Eben aus diesem Grunde wurde vom LL. der § 30 II des Entwurfs gestrichen („Sondergebrauch an einem öffentlichen Wege kann nicht durch privatrechtlichen Vertrag eingeräumt werden“). Man wollte die Verfügungsfreiheit des Wegeeigentümers über sein Eigentum durch sondergebrauchliche Benutzung, auch wenn sie polizeilich gestattet sein sollte, nicht eingeschränkt sehen (4. VL., Stenogr. Berichte 5, 3731, 3745, 3763). Daraus folgt dann auch seine Vertragsfreiheit in bezug auf das Eigentum. Wer eine Sonderbenutzung des Weges vornehmen will, muß sich, abgesehen von der polizeilichen Erlaubnis, weiter noch mit

dem Wegeeigentümer abfinden, mag dieser auch im Einzelfall mit der Polizeibehörde personengleich sein. Findet der Eigentümer sich bereit, den Eingriff in sein Recht zu gestatten, so kann er sich eine Vergütung als Gegenleistung ausbedingen. So wurden in den vorl. Fällen Mietverträge über den einen Bestandteil des Grundeigentums bildenden Luftstraum abgeschlossen (vgl. RGZ. 88, 14 = JW. 1916, 599).

Unzutreffend ist weiter die Meinung der Rev., hier sei die Vorsch. des § 905 Satz 2 BGB. anzuwenden, daß der Eigentümer eine Einwirkung nicht verbieten dürfe, die in solcher Höhe stattfinde, daß er an der Ausschließung kein Interesse hat. Allerdings kann, wie das RG. mehrfach ausgesprochen hat (RGZ. 123, 182 = JW. 1929, 1241 und dortige Hinweise), das Ausschließungsinteresse gegenüber einer Einwirkung i. S. dieser Best. nur durch eine Beziehung zur Benutzung des Grundstücks begründet werden und genügt lediglich das Interesse, sich für die Gestattung der Einwirkung eine Vergütung auszubedingen, nicht um die Verbietung zulässig zu machen. Hier aber handelt es sich von vornherein nicht um eine solche bedeutende Entfernung von der Erdoberfläche, daß diese den Wegfall des Interesses des Eigentümers an der Ausschließung begründen könnte. Vielmehr ergibt sich ohne weiteres aus der örtlichen Lage heraus sogar seine Pflicht zu einer Prüfung, ob er die Benutzung seines Eigentums im Einzelfall gestatten kann und will. Sie vollzieht sich im unmittelbaren Bereich des Wegekörpers. Von ihr können sehr lästige Beeinträchtigungen für dessen sonstige Benutzung ausgehen. Wenn sich die Rev. auf den RGRKomm., 8. Aufl., Anm. 4 zu § 905, dort S. 190, beruft, so steht ihr der Inhalt der Urteile des erf. Sen., auf die an jener Stelle hingewiesen wird (RGZ. 123, 181; JW. 1930, 1961²⁰) keineswegs zur Seite. In jenen Fällen hat der Senat, ebenso wie vorliegend, angenommen, das Verbotungsrecht des Eigentümers scheitere nicht an der Best. des § 905 Satz 2.

Nach alledem versagen die Angriffe der Kl. gegen die Gültigkeit der zwischen ihnen und dem Bekl. zur Gestattung der Überquerung von Wegegelen mit Tankschläuchen oder Schwentarmen geschlossenen Verträge, soweit wegerechtliche Gesichtspunkte und daraus herzuleitende Vertragsnichtigkeit in Betracht kommen. Auch die Angriffe aus § 138 BGB. und § 123 BGB. (Knebelung und Drohung) hat das BG. mit Recht zurückgewiesen, da die Kl. völlig frei handelten, als sie sich zur Anlegung der Tankstellen in der Weise entschlossen, daß eine Einigung mit den Wegeeigentümern notwendig wurde.

Besonders liegen die Fälle der Tankstelle in A. und der in B. Für erstere ist unstreitig geworden, daß sie auf Straßengelände liegt. Diese Einrichtung ist daher auch nach der Auffassung der Kl. ein Sondergebrauch, der nur mit Genehmigung des Wegeeigentümers zulässig ist. Die Tankstelle B. liegt völlig auf Privateigentum, die Fahrzeuge gelangen, den Bürgersteig überquerend, auf dieses Grundstück, wo die Einnahme des Betriebsstoffes ohne Inanspruchnahme von Wegegelen geschieht. Das BG. meint, diese Art der Benutzung des Bürgersteigs sei Sondergebrauch, weil sie unter die in § 7 II erwähnten „Ab- und Zufahrten“ falle. Dem ist im Ergebnis zuzustimmen. Allerdings sind wohl unter den im Gesetz genannten „Ab- und Zufahrten“ besondere örtliche Einrichtungen zu verstehen und fällt darunter nicht die bloße Tätigkeit des Heraus- und Hereinfahrens, die übrigens nicht der Tankstelleneinhaber, sondern der einzelne Fahrer ausübt. Daß in B. der Bürgersteig für die Zwecke der Tankanlage besonders gestaltet worden sei, erhellt nicht. Aber indem die Tankstelle angelegt wurde, daß der Zuweg zu ihr für alle Fahrzeuge über den Bürgersteig weggeht, hat der Tankstelleneinhaber auf dem Bürgersteig einen Verkehr eröffnet, für den dieser seinem Wesen nach nicht bestimmt ist. Solche gewerbliche Ausnutzung des Straßengeländes ist entsprechend dem Inhalt des § 7 II als Sondergebrauch am Straßengelände i. S. des WegeG. anzusehen.

(U. v. 7. Febr. 1936; V 183/35. — Jena.)
(= RGZ. 150, 216.)

[Anmerkung: Gegen das Urteil sind erhebliche Bedenken geltend zu machen
Es handelt sich um zwei Fragen:

[p. 9.]

1. Ein Kraftwagen, der auf einem öffentlichen Wege steht, tankt. Die Tankstelle befindet sich auf privatem Boden. Das Tanken geschieht „mittels eines während des Einfüllens den Luftraum über der Straße durchquerenden, von der Zapfäule ausgehenden Schläuchs“.

Die Frage ist: Fällt eine solche Benutzung des Luft-raumes über dem öffentlichen Wege unter Gemeingebrauch des Weges? Wenn ja, dann kann für solche Benutzung des Luft-raumes kein Entgelt verlangt werden. Wenn nein, dann ist eine Sondernutzung. Der Wegeigentümer kann für diese Nutzung „seines“ Luft-raumes eine Vergütung verlangen.

2. Die Tankstelle liegt völlig auf privatem Eigentum; das Fahrzeug gelangt, den Bürgersteig überquerend, auf das Tankgrundstück. Dort geschieht die Einnahme des Betriebsstoffes ohne Inanspruchnahme der „Luftsäule“ des öffentlichen Weges.

Die Frage ist hier: Fällt die Überquerung des Bürgersteiges noch unter Gemeingebrauch?

Der 5. ZivSen. des RG. hat für Preußen (vgl. Entsch. v. 16. Febr. 1929, V 86/28; JW. 1929, 1589¹¹) entschieden, daß im Falle 1 Gemeingebrauch vorliegt. Das ergäbe sich auch außerhalb des Entscheidungsbereichs des Pr. u. N. aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Dann würde dies erst recht im Falle 2 gelten.

Diese Auffassung, in dem Schrifttum eingehend belegt (vgl. z. B. Stammler, „Das Recht des Gebrauchs öffentlicher Straßen“: GruchBeitr. 70, 129 ff.; Korte, Gemeingebrauch im heutigen Recht, 1934, S. 43; vgl. auch v. Almsick, Rechtsstellung des Privateigentümers von Sachen des Gemeingebrauchs, 1928), vom RG. (und zwar sowohl vom 5. als auch vom 6. Sen.) wiederholt bestätigt (z. B. JW. 1929, 1241; 1929, 3383), hat grundsätzlich Zustimmung gefunden (vgl. z. B. Anm.: JW. 1929, 1589; 1929, 1976; 1929, 3383 usw.). Abweichende Meinungen, wie z. B. die von Merkel (JW. 1929, 2342) beruhten auf der fehlgehenden Lehre Otto Mayers vom öffentlichen Eigentum, auf die in diesem Zusammenhang nicht weiter eingegangen werden kann (vgl. Otto Mayer, DVermR. II § 35). Man lobte allgemein jedenfalls das große Verständnis des RG. für die Erfordernisse von Verkehr, Wirtschaft und Technik. Man hielt die Rspr. des RG. für eine treffende Widerlegung des Vorwurfs von der Rückständigkeit und Verständnislosigkeit der Gerichte gegenüber den Belangen neuzeitlicher Fortentwicklung. Man begrüßte, daß dem Bestreben, jedes Stückchen Luftraum der Straße zur fiskalischen Einnahmequelle zu machen, ein Riegel vorgeschoben wurde.

In Thüringen soll das nun anders sein. „Der König“, so war es einmal in früherer Zeit, „sperrt die Brücken und Straßen. Und sprach: Der Zehnte ist mein!“ Das gehört gewiß vergangenen Tagen an. Nicht jedoch in Thüringen, meint das RG.! Hier „erhelle“ aus der beispielsweise Aufzählung in § 7 Abs. 2 ThürBegeG., daß Maßnahmen und Einrichtungen, auch wenn sie in Rechtslehre und Rspr. als unter den Gemeingebrauch fallend angesehen werden sollten, in Thüringen als Sondergebrauch behandelt werden.

I. Die Begr., die das RG. gibt, ist nicht überzeugend, sie geht aber auch an dem Kernpunkt der Sache vorbei! Man kann nicht sagen, daß die Durchquerung des Luft-raumes der Straße mit dem Tankschlauch, wie das RG. hilfsweise erwägt, eine „vorübergehende Anbringung von Gegenständen“ an der Straße sei. Man kann aber auch nicht, wie das RG. in erster Linie meint, annehmen, daß das Durchqueren des Luft-raumes mit dem Tankschlauch „mindestens“ der vorübergehenden Anbringung von Gegenständen an der Straße „wesensverwandt“ sei. Das RG. sagt selbst: Der Umstand, daß zum Tanken auch das Anfahren und Stehenbleiben der Fahrzeuge gehört, ist nebensächlich; denn die Straßenbenutzung durch den Kraftfahrer liegt selbstverständlich im Rahmen des Gemeingebrauchs. Vom Standpunkt des Kraftfahrers aus gesehen, gehört also das Tanken zum Gemeingebrauch, vom Standpunkt des Tankstelleneinhabers jedoch nicht. Diese Auffassung ist irrig. Der Erwerbsszweck des Tankstelleneinhabers spielt rechtlich keineswegs diese entscheidende Rolle. Das RG. (vgl. auch RGZ. 125, 108 = JW. 1929, 3383) hat ja auch anerkannt, daß der Straßenhandel in gewissem Umfange und in gewisser Form durchaus im Rahmen des Ge-

meingebrauchs liegt. Die entscheidende Frage ist vielmehr, ob die Einrichtung der Tankstelle den Verkehr und damit den Gemeingebrauch der anderen Mitberechtigten hindert oder ob die Harmonie aller Gebrauchsberechtigten (vgl. Stammler a. a. O. S. 145) gewahrt ist. Das Vorliegen eines Gemeingebrauchs kann deshalb nicht damit abgelehnt werden, daß die Tankstellen nur im Nebenzweck den Verkehr fördern. Das RG. sagt selbst, daß bei seiner Auslegung des ThürBegeG. auch z. B. das Anfahren von Kohlen, Säubern, die Benutzung der Straße bei einem Umzug usw. unter Sondergebrauch fällt. Das RG. bezweifelt aber selbst, ob hier von den Thür. Behörden der § 7 ThürBegeG. in Anwendung gebracht wird. Wenn demgegenüber das RG. meint, daß infolge stillschweigender Duldung solcher Handlungen durch die Wegepolizei der Charakter des Sondergebrauchs nicht verloren ginge, so ist das irrig. Denn der Gemeingebrauch richtet sich nun einmal gerade nach der Übllichkeit. Eine Wegebenutzung, die sich derart allgemein eingebürgert hat, daß der, der sie zu hindern versuchte, sich lächerlich machen würde, fällt unter Gemeingebrauch.

Das führt aber überhaupt erst zu der Kernfrage: Der Gemeingebrauch, als Legaldefinition landesrechtlich wohl selten festgelegt, ist kein landesrechtlicher Begriff. Es ist vielmehr ein Begriff des allgemeinen deutschen Verwaltungsrechts, ebenso wie z. B. die Begriffe: polizeilicher Notstand, polizeiwidriger Zustand usw. Gemeingebrauch ist die Freiheit jedermanns, eine öffentliche Sache der Zweckbestimmung gemäß oder in der üblichen Weise zu gebrauchen. In der Beurteilung bestimmter Wegebenutzungen in grundsätzlicher Beziehung kann es deshalb, von Sonderfällen abgesehen, landesrechtliche Verschiedenheiten nicht geben.

Unter der Voraussetzung, daß die Bedienung der Tankstellen in Thüringen nicht rein tatsächlich auf Grund besonderer örtlicher Verhältnisse eine Behinderung des Verkehrs bildet, muß sie auch dort, falls die Tankstelle auf privatem Boden liegt und die Benutzung der Straße nur durch Benutzung der Luftsäule in Betracht kommt, innerhalb des Gemeingebrauchs liegen. Die Entwicklung des Verkehrs zeigt, daß die Wege durchaus nicht nur zum Reisen und zum Fortbewegen von Sachen bestimmt sind. Die Umgestaltung der Verkehrsverhältnisse wirkt auch auf den Verkehr ein. Noch niemand ist auf die Idee gekommen, die Anlieferung des Betriebsstoffes in Kannen zu dem Kraftwagen als Sondernutzung des Weges anzusehen. Wenn die Entwicklung des Kraftfahrzeugverkehrs aber nun ein schnelleres und sicheres Mittel für die Hinüberleitung des Betriebsstoffes gefunden hat, so ist der Vorgang seinem Wesen nach doch derselbe, wie wenn die Ware primitiv zu dem Fahrzeug gebracht wird. Wenn sich das moderne Verfahren, einem Verkehrsbedürfnisse folgend, ganz allgemein eingebürgert hat, so hat sich damit der allgemeine Begriff des Gemeingebrauchs grundlegend erweitert. Je mehr die Straße der Mittelpunkt des geschäftlichen Lebens wird, desto mehr bemächtigt sich ihrer auch mit einer gewissen elementaren Gewalt der Gemeingebrauch (vgl. auch Thoma, Das Recht an der Straße: DRZ. 1930, 60). Eine etwa bestehende landesrechtliche Kasuistik, die somit dem grundsätzlichen Rahmen des allgemeinen Begriffs widerspricht, ist ungültig.

Für eine solche Auffassung sprechen auch rechtspolitische Gründe, da eine Zersplitterung grundlegender allgemeiner Rechtsbegriffe heute besonders unverständlich ist und unserer Rechtsauffassung widerspricht.

Einer solchen Auffassung steht nicht entgegen, daß der Gemeingebrauch sich auch nach örtlichen, nicht nur nach zeitlichen Beziehungen regelt. Örtliche Besonderheiten bei der Beurteilung des grundsätzlichen Umfangs des Gemeingebrauchs können sich aber nicht aus erstarrter landesrechtlicher Kasuistik ergeben.

Was das Verkehrsleben in ganz Deutschland als Gemeingebrauch ansieht, kann somit in Thüringen nicht auf Grund einer keinesfalls überzeugenden Gesetzesinterpretation als Sondergebrauch gelten. Sondergebrauch kann sich nur aus einer besonderen Übllichkeit, aus einem besonderen Verkehrsbedürfnis ergeben. Hier kommt es allein darauf an, ob sich in Thüringen die Verkehrsverhältnisse rein tatsächlich besonders gestaltet haben. Ein kasuistisches Landesrecht besagt

nichts. Daß aber rein tatsächlich in ganz Thüringen besondere Verkehrsverhältnisse im Gegensatz zu Preußen oder Sachsen (vgl. Sächs. V. v. 15. Mai 1931; Reum-Jahrb. 30 Ziff. 9) herausgebildet haben sollen, ist wohl kaum anzunehmen.

II. Zu dem zweiten oben angegebenen Fall sei nur noch kurz folgendes bemerkt:

Überquert das Fahrzeug lediglich den Bürgersteig, um zu der völlig auf Privateigentum liegenden Tankstelle zu gelangen, so kann darin, daß der Zutweg zur Tankstelle über den Bürgersteig geht, auch nicht eine Sondernutzung des Weges gesehen werden. Eine solche Auffassung ist schlechthin unverständlich. Man müßte dann dazu kommen, daß auch Zufahrten zu Garagen, überhaupt jede Anlage einer Ein- und Ausfahrt für Wagen irgendwelcher Art nicht mehr unter Gemeingebrauch fallen. Das RG. lehnt, anscheinend auch hier nur für Thüringen, den sonst allgemein anerkannten, sog. tatsächlich gesteigerten Gemeingebrauch des Anliegers, wie er sich aus der Natur der Sache ohne weiteres ergibt, ab. Es genügt hier zu wiederholen: Der Gemeingebrauch mag tatsächlich bei besonderen Verhältnissen örtlich verschieden sein, in der Grundauffassung ist er jedoch ein, zwar dauernd Wandel unterliegender, Begriff des allgemeinen deutschen Rechts, insoweit also ein einheitlicher Begriff, dessen Rahmen durch das allgemeine Verkehrsbedürfnis und nicht durch lokale Rückständigheiten und erst recht nicht durch erstarrete landesrechtliche Normen bestimmt wird!

N. Dr. v. Bohlen, Berlin.

*

6. § 24 WassG. Wenn in § 24 WassG. von der „unerlaubten Verunreinigung eines Wasserlaufs“ gesprochen wird, so ist demgegenüber erlaubt nur eine Verunreinigung, wenn dem Unternehmer ein Recht auf sie zusteht.

Eine verunreinigende Anlage kommt in zweierlei Beziehungen in Betracht, nämlich nach der polizeilichen (öffentlich-rechtlichen) und nach der privatrechtlichen Seite hin. Erstere wird in § 23 WassG. unter Beachtung einer bereits nach § 16 GewD. erteilten Genehmigung dahin geregelt, daß diese eine Anzeige der Verunreinigungsabsicht an die Wasserpolizeibehörde und eine Mitwirkung dieser unnötig macht. Mit der privatrechtlichen Folge einer Verunreinigung befaßt sich § 24. Das „unerlaubt“ in dieser Gesetzesbestimmung hat nicht den Sinn eines polizeilichen Unrechts, sondern den eines Handelns ohne Berechtigung (widerrechtlich; vgl. RG. v. 22. Dez. 1926; Ztschr. f. Agrar- u. Wasserrecht 9, 259). Ein Recht zur Verunreinigung kann als bei Inkrafttreten des WassG. bestehend aufrechterhalten und nach § 86 WassG. sichergestellt sein. Unter Herrschaft dieses Ges. kann es durch Verletzung entstehen. Wie weit und mit welcher Wirkung ein Recht zur Verunreinigung aus einer vor Geltung des WassG. nach § 16 GewD. erteilten Genehmigung hergeleitet werden kann, bedarf keiner Erörterung (vgl. dazu MinErl. v. 1. Okt. 1930: MinBl. f. Landwirtschaft usw. 1930, 647). Denn die hier vorl. früheren Genehmigungen deckten keinesfalls die schädlichen Auswirkungen des seit 1926 erweiterten Betriebs, um die es sich hier handelt. Nach Inkrafttreten des WassG. konnte sich ein neues Recht auf Verunreinigung i. S. des § 24 nur auf die Best. dieses Gesetzes gründen (vgl. Erklärung des Regierungsvertreters im Herrenhause, Stenogr. Berichte 1913, 1008). Die gewerbepolizeiliche Genehmigung v. 14. Dez. 1926 schützte das Unternehmen gegen nachträgliche polizeiliche Eingriffe und gab ihm auch den privatrechtlichen Schutz des § 26 GewD. gegen einen Unterlagungsanspruch; aber sie gab kein Recht zur Verunreinigung i. S. des § 24 WassG. Wenn bei Holz-Kreuz-Schlegelberger, WassG., 4. Aufl., 1927, § 24 Anm. 2 gesagt wird, eine gewerbepolizeiliche Genehmigung beseitigt das „Unerlaubte“ der Verunreinigung, so trifft das für Genehmigungen, die nach Inkrafttreten des WassG. unter Berücksichtigung der darin enthaltenen Bestimmungen ausgesprochen sind, nicht zu. In der im Sammelwerk von Brauchitsch, Verwaltungs-Gesetze Bd. 3, enthaltenen Bearbeitung des WassG. von Schlegelberger (1929) ist in Anm. 2 zu § 24 richtig gesagt, unerlaubt sei

jede einen anderen schädigende Verunreinigung, sofern nicht ein Recht dazu bestehe.

Diesem zwischen der polizeilichen und der privatrechtlichen Seite solcher Verunreinigung zu machenden Unterschied entspricht das Verhalten der Behl. selbst. Denn trotz Vorhandenseins gewerbepolizeilicher Genehmigungen ließ sie sich zunächst das Recht auf Anstauung, Ableitung und Wiederzuleitung des Wassers sicherstellen und beantragte sie zur Erweiterung ihres Betriebs nicht nur die gewerbepolizeiliche Genehmigung, sondern auch die Verleihung eines Rechts auf Entnahme des dafür erforderlichen Wassers aus dem Fluß und zu dessen Wiederzuführung nach Benützung im Fabrikationsgang. Auf diese beiden Anträge hin hat der Bezirksausschuß in L. zunächst am 14. Dez. 1926 die gewerbepolizeiliche Genehmigung und dann am 28. Jan. 1933 die wasserrechtliche Verleihung ausgesprochen. Auch er hat also die polizeiliche und die privat-wasserrechtliche Seite der Angelegenheit getrennt behandelt. Zwar befaßt sich der Beschl. v. 14. Dez. 1926 mit Einzelheiten der Abwässerreinigung vor ihrer Wiederzuführung zum Fluße B.; er setzt also die Stauanlage und die Zurückführung des Wassers in den Fluß voraus; aber er gibt doch kein Recht dazu. Daß letzteres nicht der Inhalt dieses Beschl. sein sollte, erhellt schon daraus, daß eben dieser Bezirksausschuß sich mit der Rechtsverleihung in einem späteren besonderen Beschluß befaßt hat. Hiernach entspricht die Annahme des OVG., daß die Flußverunreinigung, die die Behl. nach der Vergrößerung ihres Betriebes bewirkt, unerlaubt i. S. des § 24 WassG. sei, dem Inhalt dieses Gesetzes und der daran gemessenen Bedeutung der vorl. behördlichen Genehmigungen. Dies Unerlaubte besteht so lange, bis die Behl. sich auf eine Rechtsverleihung wird stützen können (§§ 76, 77 WassG.).

Einer Schadenshaftung aus § 24 des Ges. könnte die Behl. durch die Darlegung entgehen, daß sie zur Verhütung der Verunreinigung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet habe (dort Abs. 1 Satz 2). Das aber ist hier nicht der Fall.

(U. v. 17. Jan. 1936; V 93/35. — Breslau.) [v. B.]

*

7. §§ 9, 17 Satz 2, 18 Abs. 3 KraftfG.; § 254 BGB.

I. Heranfahren an eine Kreuzung mit 90 km Geschwindigkeit führt Verwirkung des Vorfahrtsrechts herbei.

II. Ist ein bei einem durch beide Kraftfahrzeuge verursachten Autozusammenstoß Verletzter lediglich Inasse und nicht Mithalter des verunglückten Wagens, so kann er wegen des ihm erwachsenen Schadens den Halter oder den Führer des anderen Wagens unbeschränkt in Anspruch nehmen, es sei denn, daß ein besonderer Rechtsgrund vorliegt, aus dem der Verletzte für ein etwa anzunehmendes Verschulden des Kraftwagenführers oder des Halters des verunglückten Wagens einzustehen hätte.

III. Liegt ein eigenes Verschulden des Verletzten vor, so kommt es bei der Abwägung nach § 9 KraftfG. und § 254 BGB. nicht allein auf dieses Verschulden, sondern in erster Linie darauf an, inwieweit er den Schaden mitverursacht hat. Für die Ansprüche des Halters und des Führers des verunglückten Wagens sind die §§ 17 Satz 2, 18 Abs. 3 KraftfG. maßgebend. †)

(U. v. 2. Jan. 1936; VI 251/1935. — Hamm.)

Anmerkung: Der Entsch. ist zuzustimmen.

I. Verpflichtung zur Verminderung der Geschwindigkeit an Kreuzungen.

Wenn das Urteil erörtert, daß bei einer vom BG. als möglich unterstellten Geschwindigkeit des Kl. von 90 km nahe an der Kreuzung eine Verwirkung des Vorfahrtsrechts durch regelwidriges Fahren in Betracht komme, so befindet es

sich in Einklang mit der ständigen Rspr. des RG. 132, 102 = JW. 1931, 3345²¹ ist zutreffend darauf hingewiesen, daß sich sonst der Zweck der Vorschriftregelung, beschleunigte und gefahrlose Abwicklung des Verkehrs, nicht erreichen lasse. Das RG. hat an dieser Auffassung seitdem auch ständig festgehalten (vgl. JW. 1934, 1723⁷; 1935, 1455²¹ und DAutoR. 1935 Nr. 110). Beide Urteile, die beide die Frage der zulässigen Geschwindigkeit an Kreuzungen betreffen, beziehen sich aber noch auf das Recht der KraftfVerfD.

Diese Auffassung ist auch für das Recht der KStrafVerfD. zutreffend. Ihr stehen die Urteile in Strafsachen JW. 1936, 450¹² und WLG. 1, 79 nicht entgegen. Wenn in diesen Urteilen zutreffend ausgesprochen ist, daß der Vorfahrtberechtigte grundsätzlich seine Fahrt über die Kreuzung ungehemmt fortsetzen dürfe und mit einem verkehrs-widrigen Verhalten eines ihm gegenüber nicht Bevorrechtigten nicht von vornherein zu rechnen brauche, so kann das nicht rechtfertigen, daß mit 90 km Geschwindigkeit an eine Kreuzung herangefahren wird. Die erste Entsch. JW. 1936, 450¹² stellt ausdrücklich fest, daß die Beteiligten mit 30—35 km Stundengeschwindigkeit an die Kreuzung herangefahren seien. Es ist selbstverständlich, daß darin keine übermäßige Geschwindigkeit liegt. Ebenso selbstverständlich ist aber, daß an einer Kreuzung mit erheblich mehr Möglichkeiten auch unverschuldeter Gefahrenlagen gerechnet werden muß als auf freier gerader Straße. Diese allgemeine Gefahren-erhöhung muß nach § 25 KStrafVerfD. dazu führen, daß an einer Kreuzung nicht mit 90 km Geschwindigkeit gefahren wird. Das entspricht auch, trotz der allgemeinen Fassung der vorerwähnten Entsch., der Rspr. des RG. in Strafsachen (vgl. die Entsch. über notwendige besondere Vorsicht an Straßenbahnhaltestellen RG.: JW. 1936, 50¹⁸ = Schriftenreihe der JW. Nr. 2 Nr. 86 b, gegenüber Rindern, 1 D 540/35 = a. a. D. Nr. 88 und die Entsch. JW. 1935, 3110²¹ [a. a. D. Nr. 126] und 3397³³ a. a. D. Nr. 125).

II. Die Frage, wer als Injasse oder Beifahrer ein Verschulden des Fahrers des benutzten Fahrzeuges gegen sich gelten lassen müsse, hat verschiedenartige Beantwortung gefunden. Müller weist CIA 3 zu § 17 S. 331 darauf hin, daß JW. 1931, 3345²¹ (insoweit RG. 132, 100 nicht abgedruckt) einem Beifahrer das Verschulden des Fahrers entgegengedehalten worden ist, der sicherlich nicht Halter war. In dem dortigen Falle (vgl. JW. 1931, 3347, 3352) war der Fahrer Käufer oder Kaufliebhaber eines Motorrades, das der Beifahrer ihm „vorführen“ sollte und wo dem Käufer die Steuerung des Rades auf die Erklärung hin, er besitze den Führerschein, überlassen worden war, als sich der Unfall ereignete. Mit Recht weist Müller darauf hin, daß das RG. hier § 17 KraftfG. anwende, obwohl nicht ein Verschulden des Halters vorliege, und weist weiter darauf hin, daß auch die Anwendung des § 831 BGB. nicht unbedenklich sei und vom RG. in anderen Fällen WR. 1931 (10), 486 ohne nähere Prüfung der Frage abgelehnt worden sei, ob ein Auftragsverhältnis vorliege. Ob die beiden Entsch. sich in ihrer Rechtsauffassung widersprechen, ist allerdings bei der kurzen Veröffentlichung WR. a. a. D. nicht klar erkennbar. Zutreffend weist aber Arndt: JW. a. a. D. in der Anmerkung darauf hin, daß mindestens ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen Fahrer und Beifahrer vorliegen müsse, um § 831 anzuwenden, was gerade in dem Falle, daß der Beifahrer Angestellter des Verkäufers, nicht des Käufers war, besonderer Begründung bedürft hätte. Denn der Verkehrsanschauung, das betont Arndt: JW. 3351 unter 8 der Anmerkung mit Recht, entspricht diese Auffassung des RG. sicherlich nicht.

Der Fall WR. 1931, 153 lag erheblich anders. Dort ist zunächst gesagt, daß sich grundsätzlich der Injasse eines Kraftwagens nicht um die ordnungsmäßige Sicherung der Wagenführung zu kümmern brauche. Wohl müsse man das von dem Halter verlangen, es sei vielleicht denn, daß er eine lange Zeit einen als besonders zuverlässig erprobten Fahrer besitze. Die gleichen Anforderungen müsse man dann aber auch an die Familienangehörigen des Halters stellen (vort die Ehefrau!), sofern sie mit dem Wagen ver-

traut seien, in häuslicher Gemeinschaft mit dem Halter lebten und ihnen eine eigene Verfügungsmacht über den Wagen eingeräumt sei. Unter diesen Voraussetzungen könnten die Familienangehörigen bloßen Injassen nicht gleichgestellt werden. In der Entsch. RG. 138, 1 ff. = JW. 1932, 3711 ist gegenüber der Ehefrau des Halters, die in einem Kraftwagen saß, der von dem Fahrer des Ehemannes bei der Unglücksfahrt gesteuert wurde, der Einwand aus § 17 KraftfG. mit der Erwägung abgelehnt worden, daß sie nur Injasse des Kraftwagens gewesen sei, deshalb könne ihr ein mitwirkendes Verschulden des Fahrers nicht entgegengedehalten werden; es ist dann erörtert, ob dem Ehemann Verletzung der Sorgfaltpflicht bei Stellung des Kraftwagenführers vorgeworfen werden könne (was ihn der Ehefrau gegenüber zum Erlaß hätte verpflichten können!), diese Frage verneint und irgendeine Haftung der Ehefrau für den Fahrer aus § 831 überhaupt nicht erwähnt, also auch nicht als möglich unterstellt worden.

Mit diesem Urteil steht die obige Entsch. in Einklang, ihr ist zuzustimmen, die Auffassung RG.: JW. 1931, 3345 scheint mir dagegen im Grundsatz nicht zutreffend. Ob sie im Ergebnis richtig ist, ist eine andere Frage: Denn wenn der Angestellte des Geschäftes ohne rechtfertigenden Anlaß, ohne Auftrag und ohne sich von der Fahrzuverlässigkeit des Kaufliebhabers irgendein Bild zu machen, diesem die Steuerung überließ und sich selbst auf den Soziussitz setzte, so könnte Handeln auf eigene Gefahr vorliegen, dem neben und unabhängig von dem Gesichtspunkte der §§ 17, 18 KraftfG., § 254 BGB. selbständige Bedeutung zukommt.

Auf diesem Wege wäre m. E. zu dem vielleicht gleichen Ergebnis wie in der Entsch. zu kommen gewesen. Denn in dem Verhalten des Kl. konnte sehr wohl „eine zulässige Einwilligung des Handelnden in die möglicherweise eintretende, von vornherein als denkbare Folge von ihm erkannten, demnächst verwirklichten Verletzung“ (so RG. 141, 262 = JW. 1933, 2389) gesehen werden.

Daß gerade bei Fällen, deren gerechte Lösung sonst kaum möglich erscheint, dieser Gesichtspunkt besondere Berücksichtigung verdient und zu billigen Ergebnissen führen kann, beweist besonders deutlich die Entsch. JW. 1934, 2033¹ = RGWarn. 1934 Nr. 162 mit zustimmender Anm. Lechner: JW. a. a. D. und kurzer Anm. von mir JW. 1935, 1461¹⁴.

III. Daß in erster Linie nicht das Verschulden für die Verteilung des Schadens maßgeblich ist, sondern die Verursachung, daß bei dieser Abwägung aber der Grad des Verschuldens auch von erheblicher Bedeutung sein kann, entspricht ständiger Rspr. des RG. (vgl. WR. 1935, 49; RG. 140, 388 und 131, 125 mit weiteren Nachweisungen).

RA. Carl, Düsseldorf.

Reichsgericht: Strafsachen

**8. § 51 Abs. 2 StGB. ist auch dann anwendbar, wenn die verminderte Zurechnungsfähigkeit nicht nachgewiesen, sondern nur als möglich angenommen worden ist. Grundsätze für die Anordnung von Sicherungsmaßregeln.

Das LG. hat den Angekl. G. wegen Rückfallbetruges verurteilt, und zwar als gefährlichen Gewohnheitsverbrecher. Die Strafe hat es auf der einen Seite aus § 20a StGB. verschärft, auf der andern auf Grund des für anwendbar erachteten § 51 Abs. 2 StGB. gemildert. Es hält für möglich, daß infolge von Zwangsvorstellungen die Willensfähigkeit des Angekl. bei Begehung seiner Straftaten erheblich vermindert war; es erklärt aber für ebensogut möglich, daß er einen solchen Geisteszustand und damit eine Minderung seiner Zurechnungsfähigkeit nur vortäuscht und in Wirklichkeit geistig gesund war und ist. Zu einer Feststellung, welche von beiden Möglichkeiten tatsächlich zutrifft, erklärt es sich für außerstande, da Klarheit hierüber nur durch eine längere — möglicherweise mehrjährige — Beobachtung des Angekl. in einer Heil- und Pflegeanstalt erbracht werden könne. Das LG. hat

geglaubt, die erste Möglichkeit als die dem Angekl. günstigere sowohl bei der Strafzumessung als auch bei der Entsch. über die Sicherungsfrage zugrunde legen zu müssen. Es hat deshalb die Unterbringung in einer Heil- oder Pfllegeanstalt angeordnet. Für den Fall, daß der Angekl. tatsächlich an Zwangsvorstellungen leidet, hält es die Möglichkeit seiner Heilung, die Verringerung seines verbrecherischen Hangs und damit die Beseitigung seiner Gefährlichkeit für die öffentliche Sicherheit für gegeben. Die gleichzeitige Anordnung der Sicherungsverwahrung erklärt es deshalb für unzulässig, obwohl es feststellt, daß der Angekl. in jedem Falle, mag er nun an Zwangsvorstellungen leiden oder nicht, ein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher ist, und obwohl es sich bewußt ist, daß der Angekl., falls er geistig gesund ist, aus der Anstalt entlassen werden muß, sobald sich dies herausstellt, und daß er dann wieder eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit bildet. Hiergegen richtet sich die Rev. der Staatsanwaltschaft. Sie ergreift bei der gegebenen Sachlage den ganzen Strafausspruch (RGSt. 68, 385 = JW. 1935, 201⁹, 3 D 419/35 v. 20. Mai 1935), dagegen läßt sie den Schuldspruch unberührt (RGSt. 69, 110 = JW. 1935, 1855¹³, 3 D 51/35 v. 14. März 1935). Sie wirkt auch zugunsten des Angekl. (§ 301 StGB.).

Die Ermäßigung der Strafe nach § 51 Abs. 2 StGB. ist nicht zu beanstanden. Diese Vorschrift betrifft allerdings nicht wie der Abs. 1 die Schulfrage, sondern sie enthält nur einen Strafermäßigungsgrund (RGSt. 69, 110, 112). Der Wortlaut der Bestimmung scheint auch dafür zu sprechen, daß der Richter die Strafe nur dann mildern darf, wenn er die Überzeugung von dem Vorliegen der vorgesehene Merkmale gewonnen hat. Die Bestimmung rührt aber so nahe an die Schulfrage, daß als Sinn des Gesetzes die Anwendbarkeit wie des Abs. 1 so die des Abs. 2 auch dann anzunehmen ist, wenn ihre Voraussetzungen zwar nicht als nachgewiesen, aber doch als möglicherweise gegeben angenommen werden. Bei einer Entsch. über die Sicherungsfrage gilt dies nicht. Hier hat der Schutz der Allgemeinheit vor Rechtsbrüchen der Rücksichtnahme auf den Angekl. vorzugehen. Das nötigt dazu, in Fällen wie hier, in welchen der Sachverhalt nicht eindeutig festgestellt werden kann, im Rahmen des gesetzlich Zulässigen diejenigen Maßregeln anzuordnen, welche bei jeder der gegebenen Gefahrenmöglichkeiten den Schutz der öffentlichen Sicherheit gewährleisten. Nach den eigenen Feststellungen des LG. kann dies vorl. zuverlässig nur durch die Sicherungsverwahrung erreicht werden. Diese muß daher angeordnet werden. Die Unterbringung des Angekl. in einer Heil- oder Pfllegeanstalt könnte höchstens neben der Sicherungsverwahrung in Frage kommen (§ 42n StGB.). Sie ist vorliegend aber überhaupt unzulässig; denn sie setzt die Feststellung voraus, daß die Straftat in einem Zustand der Zurechnungsfähigkeit oder der verminderten Zurechnungsfähigkeit begangen ist. Daran fehlt es hier; die Annahme einer bloßen Möglichkeit genügt nicht. Dies hat der erf. Sen. bereits in seiner Entsch. v. 23. April 1935, 3 D 391/34 (vgl. auch RGSt. 69, 12, 14) ausgesprochen. Daran wird festgehalten.

(3. Straffen. v. 12. Dez. 1935, 3 D 741/35.)
 (= RGSt. 70, 127.)

9. § 60 StGB. Das Gericht muß prüfen, ob die aus Anlaß der den Gegenstand des Verfehrens bildenden Straftaten verhängte Schutzhaft gemäß § 60 StGB. auf die erkannte Strafe anzurechnen ist. Daß dies zulässig ist, hat bereits der 3. Str.Sen. im Ur. v. 30. Sept. 1935: JW. 1935, 3380¹⁰ = RGSt. 69, 327 ausgesprochen, ihm hat sich der 5. Str.Sen. im Ur. v. 28. Okt. 1935, 5 D 640/35: JW. 1936, 338 angeschlossen. In einem Erlaß an die Generalstaatsanwälte v. 17. Juni 1935 hat ferner der RZM. die grundsätzliche Stellungnahme des Führers zur Frage der Anrechnung der Schutzhaft auf die Strafzeit bekanntgegeben; danach soll sie in der Regel vorbehaltlich besonderer Maßnahmen angerechnet werden.

(1. Sen. v. 28. Febr. 1936; 1 D 573/35.)

10. §§ 164 a. F., 31 Abs. 2, 356 StGB. Der Rechtsanwalt ist Träger eines „öffentlichen Amtes“ i. S. §§ 31 Abs. 2, 356 StGB. Die rechtsprechende Tätigkeit der Ehrengerichte genießt den Strafschutz des § 164 StGB.

Es steht rechtlich nichts im Wege, den Vorstand der Anwaltskammer (zu vgl. RGSt. 47, 394) als Behörde i. S. des § 164 StGB. anzusehen.

Dagegen ist es im Schrifttum streitig, ob der Verstoß eines RA. gegen seine Standespflichten als Verletzung einer Amtspflicht i. S. des § 164 StGB. a. F. angesehen werden kann. Das ist jedoch zu bejahen. Zwar ist der RA. nicht Beamter i. S. des § 359 StGB., wohl aber Träger eines „öffentlichen Amtes“ i. S. der §§ 31 Abs. 2, 356 StGB. und als solcher einer öffentlich-rechtlichen Dienststraf- und Ehrengerichtbarkeit unterworfen, deren Organe als Behörden anerkannt sind (RGMRpr. 10, 168; RGSt. 47, 394). Es ist kein innerer Grund dafür ersichtlich, warum die rechtsprechende Tätigkeit dieser Behörden gegenüber Amtsträgern, die das StGB. ausdrücklich als solche bezeichnet, nicht den Strafschutz des § 164 StGB. gegen bewußt falsche Anschuldigungen genießen sollte. Vielmehr sprechen die Fassung des Gesetzes, sein Zweck und das sachliche Bedürfnis für die weite Auslegung. Ebenso der Umstand, daß der Gesetzgeber durch das Gef. vom 26. Mai 1933 (RWBl. I, 298) den § 164 StGB. noch erheblich erweitert und verschärft und damit das Bedürfnis nach einem umfassenden Strafschutz gegen das Angebertum anerkannt hat.

(3. Sen. v. 27. März 1936; 3 D 18/36.)

*

11. § 218 Abs. 4 StGB. n. F. enthält gegenüber dem früheren Rechtszustand kein neues Verbot, sondern bedeutet nur eine Verschärfung der früher schon bestandenen, in den §§ 218 Abs. 1, 219 StGB. a. F. ausgesprochenen Strafdrohungen.†)

Nach früherem Rechte war der Versuch der Lohnabtreibung als solcher nicht strafbar. Die Rpr. hat dies aus der besonderen Fassung des Tatbestandes des § 219 StGB. a. F. geschlossen (RGSt. 4, 302, 304). Zutreffend ist aber die Behauptung der Rev., daß nach neuem Rechte ein Versuch der gewerbsmäßigen Abtreibung rechtlich ebenfalls nicht möglich wäre. Die Fassung des § 218 Abs. 4 StGB. n. F. weicht von der üblichen Normierung der gesetzlichen Tatbestände nicht ab (vgl. auch RGSt. 61, 147 f.). Soweit jedoch nach früherem Rechte die Fälle der versuchten Lohnabtreibung nicht nach den §§ 219, 43 StGB. a. F. strafbar waren, waren sie es nach den §§ 218, 43, 49 StGB. a. F. Stellt demnach ihre Strafbarkeit nach altem Rechte fest, so besteht nach dem Inkrafttreten des Gef. vom Jahre 1926 kein Bedenken dagegen, daß die sämtlichen strafbaren Fälle zu einer Sammelstrafat der teils versuchten, teils vollendeten, gewerbsmäßig begangenen Abtreibung zusammengefaßt werden. Der erf. Sen. schließt sich in dieser Beziehung der Auffassung des 1. Str.Sen. in dem RGUrt. v. 25. März 1927, 1 D 255/27: JW. 1927, 2698¹⁵ an, in dem darauf hingewiesen ist, daß § 218 Abs. 4 StGB. n. F. gegenüber dem früheren Rechtszustand kein neues Verbot enthält, sondern nur eine Verschärfung der früher schon bestandenen, in den §§ 218 Abs. 1, 219 StGB. a. F. ausgesprochenen Strafdrohungen bedeutet. Hierzu gehört auch die gegen die versuchte Handlung gerichtete Strafdrohung nach den §§ 218 Abs. 1 a. F., 43 StGB.

(5. Sen. v. 30. März 1936; 5 D 179/36.)

Anmerkung: Die Abtreibung ist nicht ein Sonderdelikt Schwangerer, sondern jedem mit Einschluß der Schwangeren verboten. Die Tat des andern ist nicht ein delictum sui generis, seine Täterhaftung nicht auf den Fall vollendeter Abtreibung beschränkt, vielmehr auch bei Versuch der Abtreibung gegeben, so daß er in solchem Falle, wie die einwilligende Schwangere, des Versuchs schuldig wird, nicht nur wegen Beihilfe zum Versuche der Schwangeren zu bestrafen ist

(anders ältere RGEntsch. zu den §§ 218—220). Der üble Redaktionsfehler in dem früheren § 219, wonach wegen Lohndtreibung mit schwerer Strafe bedroht wird, „wer einer Schwängern, welche ihre Frucht abgetrieben hat, gegen Entgelt die Mittel hierzu beigebracht hat“, hätte sich wohl durch freiere Auslegung beheben lassen, man hat aber aus dem Perfektum „abgetrieben hat“, geschlossen, daß die qualifizierte Strafe des § 219 nur bei vollendeter Abtreibung verwirkt sei, im Falle des Versuches der andere lediglich nach § 218 zu haften habe (und zwar unter dem Gesichtspunkte der Beihilfe zum Versuch).

Durch die Novelle v. 18. Mai 1926 ist nun die wohlverdiente schwerere Ahndung der gewerbmäßigen Abtreibung nicht mehr, wie nach der fehlgehenden früheren Fassung des § 219 die Strafverhütung wider die Lohndtreibung, auf den Vollendungsfall abgestellt, sondern im § 218 Abs. 4 auch dem Versuche mitbestimmt.

Vergebens hatte sich in dem zur Beurteilung stehenden Falle die Rev. der Angekl. noch auf den früheren durch die Novelle unhaltbar gewordenen Standpunkt gestellt. Die Bedeutung der reichsgerichtlichen Entsch. aber liegt weit weniger in der gebotenen Verwerfung dieses Revisionsgrundes, als darin, daß sie an Grundprobleme des Strafrechts rührt und zur Beseitigung alter Irrungen beiträgt, die ihre Rolle in der Strafrechtslehre noch keineswegs ausgespielt haben. Als ergiebige Irrtumsquelle wirkt die einseitige Erfassung des Vergehens unter dem Gesichtspunkte des strafbaren Tuns in Nichtbeachtung seines normwidrigen Charakters. In der Entsch. kommt die Ablehnung dieser Auffassung zu klar erkennbarem Ausdruck.

Es ist eine abwegige Vorstellung, im Strafgesetze nur die an ein gewisses Tun angeknüpfte Strafandrohung zu finden, als ob das Morden, Stehlen usw. bloße Bedingungen der Strafbarkeit wären, und es dem Gesetzgeber nur darauf ankäme, begangene Missetaten zu bestrafen. Man verkennet den unlöslichen Zusammenhang von Recht und Ethik, wenn man im Verbrechen die Verletzung wohl eines Moralgebotes, einer „Kulturnorm“ usw., nicht auch und ganz besonders des Rechtsgesetzes erblickt. Der Gesetzgeber verbietet die Tötung, die Körperverletzung, die Abtreibung, indem er ihre Bestrafung vorschreibt.

Lange Zeit hindurch war in den Systemen des Strafrechts von den Verboten und Geboten an die Volksgenossen, deren Übertretung das Verbrechen begründet, ohne deren Annahme das Strafrecht seinen Sinn verliert, kaum die Rede. Anders einst in der naturrechtlichen Periode, aber überwuchernde Fehler der naturrechtlichen Systeme brachten diesen Wahrheitsgehalt in Vergessenheit. Heute ist der untrennbare Zusammenhang von Volksgemeinschaft und Führerwille und im Führergebote die grundsätzliche Rechtsquelle erkannt. Es ist im Bindungs Verdienst, den imperativen Gehalt des Strafrechts wieder zu Ehren gebracht zu haben. Seine Normentheorie konnte freilich nicht in einer Begründung auftreten, wie sie erst in der nationalsozialistischen Staatsauffassung sich bot, aber in ihrem Kerne ist sie nationalsozialistisch gedacht.

Leider teilte die Lehre insofern das Schicksal so mancher neuen Erkenntnis, als sie in einer Übertreibung auftrat, die ihren Erfolg wesentlich beeinträchtigte. Die Norm, das Verbot, ist nicht, wie Binding meint, ein selbständiger Rechtsatz gegenüber dem Strafgesetze. Sie ergibt sich vielmehr aus dem Strafgesetze im Wege der Auslegung.

Immer hat der Strafrichter an erster Stelle zu prüfen, ob die zu beurteilende Tat normwidrig war, ein bestehendes Verbot verletzt hat. Wenn ein neues Strafgesetze eine Tat unter erhöhte Strafe stellt, die längst verboten war, so versteht sich, daß in dieser Strafbestimmung nicht ein neues Verbot zu finden ist. Aber, um im gegebenen Falle dieser einleuchtenden Wahrheit Geltung zu verschaffen, bedurfte es der reichsgerichtlichen Entsch., die schon deshalb zu begrüßen ist. Und nicht nur deshalb! Denn die vom RG. zurückgewiesene Auffassung ist nur ein einzelnes Symptom der Verwirrung, die zufolge fortgesetzter Vernachlässigung der Verbote

über den Straffunktionen in der Strafrechtslehre eingerissen war.

Die zutreffende Ableitung der Normen aus den Strafgesetzen ist wichtigste Aufgabe der Strafrechtsdogmatik. Ein falsches Bild erhält, wer nur die Straffassung sieht und nicht das ihr korrespondierende Verbot. Wie oft hat man nicht in der Lehre von der zeitlichen Geltung der Strafgesetze allein an jene Sätze angeknüpft, den weiter maßgebenden Faktor, die Verbotsnormen, unbeachtet gelassen! Nicht anders in der Frage des Rechtsirrtums usw. Rückbeziehung eines neuen Strafgesetzes, wie es die Novelle in § 218 Abs. 4 für die gewerbmäßige Abtreibung aufgestellt hat, auf vorher begangene Tat wäre gewiß dann ungerecht, wenn damals ein Verbot dieses Tuns noch nicht bestanden hätte. War es aber bereits verboten, so mag sich die Bestrafung nach dem neuen Gesetze kriminalpolitisch widerraten, ungerecht aber wäre sie nicht, denn ein Verbot muß befolgt werden, auch wenn keine Strafe auf seine Übertretung gesetzt ist.

Keineswegs führt jedes Strafgesetz auf ein besonderes Verbot zurück. Daß das RG. sich genötigt sah, diese Annahme zu bekämpfen im Hinblick auf die verschärfende Strafvorschrift wider gewerbmäßige Abtreibung in § 218 Abs. 4, stellt dem Rechtsdenken, wie es vor dem nationalsozialistischen Umsturz das Feld beherrschte, ein wenig günstiges Zeugnis aus. Wie oft verteilen sich doch die Übertretungen einer und derselben Norm auf eine Mehrheit von Strafgesetzen, damit verschiedenartige, dem Gesetzgeber in verschiedenem Maße strafwürdig erscheinende Verletzungen dieser Norm die ihnen gebührende Strafe erhalten! Es erhellt ja sofort, daß nicht neben der allgemeinen Diebstahls-, Körperverletzungs-, Abtreibungsnorm noch besondere Verbote des Kirchendiebstahls, des bewaffneten Diebstahls, der gefährlichen, schweren Körperverletzung, der Abtreibung wider den Willen der Schwangeren, der gewerbmäßigen Abtreibung bestehen können, denn alle diese Deliktgestaltungen sind von der generellen Norm bereits miterfaßt. Die Spezies ordnet sich dem Genus unter, steht ihm nicht selbständig zur Seite.

Mit dem Verbote eines Tuns ist auch der Versuch dazu verboten. Es kann nicht erst das sich vollendende Tun verboten sein. „Jeder Versuch ist seinem Wesen nach auf Vollendung gerichtet, und wer durch eine beabsichtigte, aber nicht über den Versuch gediehene Abtreibung es unternimmt, dieses Verbrechen gewerbmäßig zu betreiben, hat hierdurch bereits den Anfang der Ausführung des Entschlusses betätigt, nicht nur eine Abtreibung zur Vollendung zu bringen, sondern auch aus solchem wiederholten Tun dauernden Erwerb zu ziehen“, so zutreffend RG., 2. Str.Sen., RGSt. 61, 149, und ebenso jetzt das hier besprochene Urteil. Immer ist die ausführende (im Gegensatz zur vorbereitenden) Tätigkeit von ihrem Beginne an verboten, nicht erst in ihrem weiteren, eine Fäsur nicht zulassenden Verlaufe, und nicht erst in ihrem Abschlusse. Daraus folgt denn auch, daß der Versuch gewerbmäßiger Abtreibung darum nicht weniger verboten ist, weil ihn das Gesetz, § 218 Abs. 4, nicht ausdrücklich erwähnt. Zudem wird des Versuches der einfachen Abtreibung in Abs. 3 des § 218 gedacht, und schon insofern, bei dem Umfaßsein der Spezies vom Genus, auch des Versuches der erschweren Abtreibung. Ist jener strafbar, so muß es unbedingt auch dieser sein. Ob er nach dem Strafrahmen des einfachen oder nach dem des qualifizierenden Gesetzes zu strafen ist, hängt von den Voraussetzungen der Strafschärfung ab, je nachdem sie nur objektiv bestimmt sind (nach der Gefährlichkeit des Tuns usw.) oder auch ein Bewußtseinmoment, die Kenntnis des erschwerenden Umstandes, erfordern und dieses gegeben ist. Für Gewerbmäßigkeit entscheidet das innere Moment der Erwerbsabsicht, zu dessen Feststellung auch frühere normwidrige Begehungen mit herangezogen werden können. Insbes. schließt die begriffliche Differenz von Lohndtreibung und gewerbmäßiger Abtreibung nicht aus, als Indizien für die Gewerbmäßigkeit einer Abtreibungshandlung, verübt nach Inkrafttreten der Novelle, auch Lohndtreibungen aus früherer Zeit in Rechnung zu stellen.

Daß die Entsch. Fälle der letzteren Art mit den späteren,

von der Novelle erfassten Verübungen zu einer Sammelstraf-
tat der teils versuchten, teils vollendeten gewerbsmäßig be-
gangenen Abtreibung zusammengefaßt hat, ist insofern nicht
ohne Bedenken, als jene Fälle nicht unter dem Gesichtspunkte
der Gewerbsmäßigkeit strafbar waren, mag auch eine
solche Willensrichtung sich deutlich darin befunden haben¹⁾.

Richtiger wäre gewesen die Annahme eines Kollektivums
von Abtreibungshandlungen, die teils Lohn-, teils gewerbs-
mäßige Abtreibung ergaben. Auf die Reihe als solche war
allerdings in Wahrung ihrer Einheitlichkeit das durch die
letzten Akte betroffene Strafgesetz wider die gewerbsmäßige
Abtreibung anzuwenden, bei der Strafzumessung aber durfte
der heterogene Charakter der früheren und späteren Fälle
— gewerbsmäßige Abtreibung ist nach § 218 Abs. 4 schwerer
strafbar als die Lohnabtreibung des § 219 a. F. — nicht un-
berücksichtigt bleiben.

Das Wesentliche an dem Präjudize aber ist die klare
Scheidung von Normwidrigkeit und Strafbarkeit und die zu-
treffende Beurteilung der Versuchsfrage.

Ermähnt sei noch, daß nach den Gründen der Entsch. das
RG. die Einbeziehung früherer in dem Zeitpunkte, mit welchen
eine neue Reihe deliktischer Akte des Täters einsetzt, bereits
verjährter Straftaten in das Kollektivum für bedenklich er-
achtet. Und mit vollem Rechte, denn jene Handlungen waren
mit Eintritt der Verjährung unverfolgbar und straflos ge-
worden. Auffälligerweise ist diese Schranke im Schrifttum über
die Kollektivdelikte stets übersehen worden (vgl. die Anm. in
JW. 1927, 2698). Nicht anders verhält es sich mit Delikten,
die durch Ablauf der Antragsfrist präjudiziert sind. Als
Beweismomente für Gewerbsmäßigkeit späterer Verübungen
mögen die einen wie die anderen mit verwertet werden, aber
als Glieder einer Sammelstrafat müssen sie ausscheiden.

Prof. Dr. Dr. Detker, Würzburg.

*

12. § 257 Abs. 2 StGB. entfällt, wenn der
Begünstiger nicht nur seinen Angehörigen,
sondern auch noch einen Dritten der Bestrafung
entziehen wollte.

§ 257 Abs. 2 StGB. schützt nicht bloß den Angehörigen
des Begünstigten, der die Begünstigungshandlung selbst vor-
genommen, sondern auch den, der einen Dritten zu ihr an-
gestiftet hat; das entspricht dem Zweck des Gesetzes und ist
vom RG. in ständiger Rspr. festgehalten worden; von ihr
abzugehen besteht kein Anlaß.

Aber es könnte zweifelhaft sein, ob diese Straflosigkeit
des Begünstigers dann entfällt, wenn er außer seinem An-
gehörigen noch einen Dritten begünstigen will und begünstigt.

Für den Fall der (straflosen) Selbstbegünstigung
ist diese Frage von der Rspr. des RG. stets verneint wor-
den (RGSt. 21, 376; 63, 233); danach kann dem Handel-
nden nicht zugemutet werden, dem in § 257 StGB. enthaltenen
Verbot auch dann Folge zu leisten, wenn er dadurch sich
selbst der Gefahr einer Bestrafung aussetzen würde (RGSt.
60, 103), wenn er also im Widerstreit zwischen diesem Ver-
bot und seinem natürlichen Bestreben handelt, die strafrecht-
lichen Folgen seiner Tat abzuwenden; das dürfe ihm auch
dann nicht verwehrt sein, wenn er durch die Begünstigungshandlung
zugleich einen Dritten der Bestrafung entziehen
wolle, es sei denn, daß er an seine eigene Strafbarkeit über-
haupt nicht gedacht haben sollte, sondern nur den Dritten
(Mittäter) begünstigen wollte (RGSt. 21, 376). Es wird
also hier eine Ausnahme von dem allgemeinen Rechtsgrund-
satz gemacht, daß eine an sich straflose Handlung (hier: die
Selbstbegünstigung) strafbar wird, sobald sie sich (zugleich)
durch Verwirklichung eines strafbaren Tatbestands (hier: der
Begünstigung eines anderen) äußert (RGSt. 63, 235).

Selbst vom Boden dieser Rspr. aus kann nun aber
Entsprechendes nicht auch für den Fall der Begünstigung
eines Angehörigen i. S. des § 257 Abs. 2 StGB.
gelten. Zwar handelt auch in diesem Fall der Täter aus

einem Widerstreit der Beweggründe heraus; aber der Be-
weggrund, der hier dem Verbot aus § 257 StGB. gegen-
übertritt (der Wunsch, einen Angehörigen der Bestrafung zu
entziehen), ist für die Regel leichter zurückzudrängen als das
Bestreben, sich selbst der Bestrafung zu entziehen. Er ver-
mag deshalb die Durchbrechung des oben erwähnten Rechts-
grundsatzes nicht zu rechtfertigen. Hier muß vielmehr das
Interesse der Allgemeinheit an der Sicherung der Rechts-
pflege und an der ungehinderten Verfolgung von Straftaten in den
Vordergrund treten. Es erfordert die Bestrafung des Begünstigers
jedenfalls dann, wenn er neben dem Angehörigen auch den
Dritten der Bestrafung zu entziehen beabsichtigt hat, wenn also
dessen Begünstigung nicht lediglich das notwendige und unvermeidliche
Mittel war, den Angehörigen begünstigen zu können. Das entspricht
schon der älteren Rspr. des RG. (vgl. 3 D 416/10 v. 16. Juni 1910;
1 D 127/13 v. 14. April 1913).

(1. Sen. v. 14. Jan. 1936; 1 D 966/35.)

*

13. § 359 StGB. Ein städtischer Gasableser
ist Beamter i. S. § 359 StGB.

Als städtischer Gasableser hatte der Beschw., wenn er
auch nur auf Privatdienstvertrag angestellt war, nach den von
der Strk. über die Art seiner Tätigkeit getroffenen Fest-
stellungen unbedenklich die Stellung eines Beamten i. S. des
§ 359 StGB. Ganz abgesehen von den ihm obliegenden
Kassengeschäften stellte bereits die Kontrolle der Uhren und
die Führung der betreffenden Karten solche Dienstverrichtungen
dar, die aus der Staatsgewalt abgeleitet waren. Wirt-
schaftliche Unternehmungen der Gemeinden, wie Gaswerke und
Elektrizitätswerke, dienen auch öffentlichen Zwecken (vgl.
§§ 86, 90, 92, 93, 94 PrWemZinG. v. 15. Dez. 1933 [GS.
442]; §§ 3, 7, 60, 67, 72, 74 DGemD. v. 30. Jan. 1935
[RGBl. I, 49]). Die dem Beschw. obliegende Tätigkeit war
auch nicht lediglich mechanischer Art. Strafrechtlich war er
daher als Beamter zu betrachten (RGSt. 60, 139 [140]; RG.
Recht 1926 Nr. 2313 und 1930 Nr. 2125).

(5. Sen. v. 8. April 1936; 5/6 D 218/36.)

*

14. StraffreiheitsG. v. 7. Aug. 1934. Bei einer
Fortsetzungstat, die teils vor dem 2. Aug. 1934
begangen ist (dies ist der entscheidende Zeit-
punkt), teils später, findet das StraffreiheitsG.
v. 7. Aug. 1934 keine Anwendung (RG. v. 29. Juli
1935, 6 D 29/35: JW. 1935, 2975⁴⁴).

(5. Sen. v. 23. März 1936; 5 D 108/36.)

*

****15.** § 3 Nr. 4 StraffreiheitsG. v. 7. Aug. 1934
ist auch bei Streitigkeiten zwischen Parteige-
nossen anwendbar.

Den Nebenklägern, die der Auffassung sind, der § 3
Nr. 4 a. a. D. könne nicht angewendet werden, weil ein politi-
scher Meinungsstreit zwischen Parteigenossen nicht möglich sei,
kann in dieser allgemeinen Auffassung nicht beigetreten wer-
den. Wichtig ist nur, daß ein politischer Meinungsstreit zwi-
schen Parteigenossen, die vom Geiste des Führers befeelt sind,
über die nationalsozialistische Weltanschauung nicht möglich ist
und ebenso nicht über Fragen, zu denen der Führer in ent-
scheidender Weise Stellung genommen hat. Wohl aber sind
auch zwischen Parteigenossen politische Meinungsverschieden-
heiten, z. B. über örtlich begrenzte Fragen, möglich, solange
der Führergrundsatz der Partei nicht das Gegenteil verlangt.
Daher kann auch bei Beleidigungen, die in einem solchen poli-
tischen Meinungsstreit zwischen Parteigenossen vorgekommen
sind, die Anwendung des § 3 Nr. 4 StraffreiheitsG. vom
7. Aug. 1934 grundsätzlich nicht ausgeschlossen werden (vgl.
RGSt. 69, 179 = JW. 1935, 1941⁴¹); RG. v. 31. Jan.
1930, 3 D 1305/34.)

(6. Straffen. v. 25. Jan. 1936; 6 D 489/35.)
<= RGSt. 70, 100.>

¹⁾ Vgl. meine Anmerkung zu der Entsch. des 1. StrSen. vom
25. März 1927: JW. 1927, 2698.

Oberlandesgerichte: Zivilsachen

Berlin

16. §§ 5, 6 Allg. Verj. Bed. für Kraftfahrversicherung. Der Versicherungsnehmer hat im Falle eines Unfalles den Anspruch auf Schadensersatz verwirkt, wenn er vorzüglich der Versicherungsgesellschaft nicht alle wichtigen Punkte aus dem Geschehnisverlauf mitteilt. Hierbei ist nicht erforderlich, daß durch die Verwirkung führende Handlung des Versicherungsnehmers der Versicherungsgesellschaft ein Schaden entstanden ist. †)

Am 7. Sept. 1934 zwischen 1—2 Uhr morgens verließ der Kl. mit drei Bekannten namens J., N. und M., ein in der Nähe des P. er Platzes gelegenes Lokal, in dem sie Bier getrunken hatten. J., N. und der Kl. stiegen in dessen in der L.straße parkenden Kraftwagen. Als dieser sich in Bewegung setzte, sprang der vor ihm stehende M., wie der Kl. behauptet, auf das seitliche Trittbrett; wie dagegen der Bekl. behauptet, auf die Stoßstange. Ohne sich darum zu kümmern fuhr der Kl. von der L.straße in die S.straße hinein. Hier fuhr der Kraftwagen auf die gegenüber dem P. er Bahnhof befindliche Verkehrsinsel. Die auf ihr stehende Leuchtsäule der B. Verkehrsversicherungsgesellschaft wurde dabei zertrümmert.

Wegen dieses Vorfalles wurde gegen den Kl. vom AG. B. ein rechtskräftig gewordener Strafbefehl in Höhe von 40 RM erlassen wegen groben Unfugs und Übertretung des Kraftf. G. und der Kraftf. Verj. B. v. 10. Mai 1932.

Noch am gleichen Tage, mit Schreiben v. 7. Sept. 1934, machte der Kl. dem Bekl. von dem Unfall Mitteilung und gab als Grund des Schadens Versagen der Bremsen an. Die ihm von diesem daraufhin sofort zugesandte formularmäßige Anzeige füllte er am 21. Sept. ganz unvollkommen aus, unter anderem fehlte darin jegliche Schilderung über den Unfallhergang. Erst nachdem der Bekl. ihm das Formular mit Anschriften v. 28. Sept. 1934 zurückgeschickt hatte, in dem er unter Hinweis auf die Allg. Verj. Bed. für Kraftfahrversicherung (AVB.) darum bat, es genauestens zu ergänzen, berichtete er mit einigen Worten über den Unfall. Als Grund des Schadens gab er jetzt an, daß er einer plötzlich auf den Fahrdamm getretenen Person und einer gleichzeitig vom P. er Bahnhof kommenden Droschke nach links habe ausweichen müssen, sodann die Steuerung nicht mehr rechtzeitig herumbekommen habe und deswegen auf die Verkehrsinsel geraten sei. Auf die im Schreiben v. 4. Okt. 1934 gestellten Fragen des Bekl. antwortete er zunächst überhaupt nicht, sondern teilte durch die Briefe v. 6. und 8. Okt. 1934 mit, daß er bereits alle den Unfall betreffenden Angaben gemacht habe. Erst auf erneutes energisches Drängen des Bekl. in der Zuschrift v. 8. Okt. 1934, in der er den Kl. darauf aufmerksam machte, von wie großer Bedeutung die genaueste Beantwortung der Fragen für ihn sei und in der er diesen wiederum auf seine ihm nach den Versicherungsbedingungen obliegenden Verpflichtungen hinwies, beantwortet der Kl. die an ihn gestellten Fragen. Als Ansassen des Wagens gab er dabei auch seinen Bekannten M. an.

Von dem gegen ihn wegen des Unfalls eingeleiteten Ermittlungsverfahren machte der Kl. dem Bekl. keinerlei Mitteilung, stellte ihm aber, nachdem dieser anderweitig Kenntnis davon erhalten hatte, Vollmacht zur Einsicht in die Ermittlungsakten aus.

Der Kl. verlangt die Freistellung von seiner Schadensersatzverpflichtung gegenüber der B. Verkehrsversicherungsgesellschaft aus Anlaß des Autounfalles v. 7. Sept. 1934. Er stützt den Anspruch auf den zwischen ihm und dem Bekl. bestehenden Haftpflichtversicherungsvertrag.

Den gegenüber dem Anspruch des Kl. erhobenen, auf die §§ 5, 6 AVB. gestützten Einwand des Bekl. hat das LG. mit Recht als begründet angesehen. Die Feststellung des erstinstanzlichen Urts., daß der Kl. gegen die ihm in § 5 AVB.

aufgelegten Obliegenheiten verstoßen hat, unterliegt keinem Bedenken. Einmal hat er, wie aus der formularmäßigen Schadensanzeige und dem Schriftwechsel zwischen den Parteien hervorgeht, den Unfall nicht so ausführlich geschildert, wie es bei einem derartigen Schaden seine Pflicht gewesen wäre. Von den Begleitumständen des Unfalls, nämlich daß vorher Alkohol getrunken worden war und daß nicht alle Fahrteilnehmer ordnungsgemäß innen im Wagen saßen, hat er nichts mitgeteilt. Selbst wenn man der Darstellung des Kl., daß M. auf dem seitlichen Trittbrett gestanden und ihn nicht in der Sicht behindert habe, glaubt, so ist auch das Verschweigen dieser Tatsache eine Obliegenheitsverletzung. Dieser Umstand, daß während der Unfallfahrt ein Mann auf dem seitlichen Trittbrett stand, durfte nicht unerwähnt bleiben. Auf keinen Fall durfte der Kl. der Versicherungsgesellschaft gegenüber diesen Mann als Wageninsassen bezeichnen. Er hat also seine Wahrheitspflicht dadurch verletzt, daß er wichtige Punkte aus dem Geschehnisverlauf unterdrückt hat. Ob diese für die Entstehung des Unfalls ursächlich waren, ist unerheblich.

Weiter mußte der Kl., was er nicht getan hat, dem Bekl. von der Einleitung des Ermittlungsverfahrens Kenntnis geben. Abgesehen davon, daß ihm diese Verpflichtung schon durch § 5 Abs. 2 Satz 3 AVB. auferlegt war, befand sich auch noch in der ihm zugesandten formularmäßigen Schadensanzeige eine Rubrik mit Fragen über diesen Punkt, die er verneinend beantwortete, obwohl er zu dieser Zeit bereits von der Polizei verwonnen worden war. Daß unter einem Strafverfahren im Sinne der fraglichen Bestimmung auch ein polizeiliches Verfahren zu verstehen ist, entspricht dem Sinn und Zweck dieser Vorschrift und ist in ständiger Rpr. anerkannt. Im übrigen hat der Kl., trotz seiner gegenteiligen Angaben wohl gewußt, daß es sich bei seiner polizeilichen Vernehmung um die Einleitung eines Strafverfahrens gehandelt hat. Er hat damals ausgesagt: „Ich bestritte, mich im vorliegenden Fall strafbar gemacht zu haben.“

Die weiteren Feststellungen des erstinstanzlichen Urts., daß der Kl. die ihm obliegenden Verpflichtungen bewußt und planmäßig verletzt hat, sind auch gerechtfertigt. Was das Verschweigen des eingeleiteten Strafverfahrens anbelangt, so hat der Kl. hierbei vorsätzlich gehandelt. Er wußte sowohl, daß ein Strafverfahren gegen ihn schwebte als auch, daß er zur Mitteilung verpflichtet war. Soweit er seine Wahrheitspflicht dadurch verletzt hat, daß er wichtige Punkte aus dem Geschehnisablauf unterdrückt hat, ist auch das vorsätzlich geschehen. Er war von dem Bekl. in mehreren Briefen aufgefordert worden, eine genaue Schilderung aller Umstände zu geben. Dieser hatte außerdem ihm auch noch auseinandergesetzt, daß er die genaueste, bis in die kleinsten Einzelheiten gehende Kenntnis des Unfallherganges brauche, um sich vor eventuell unberechtigten Haftpflichtansprüchen zu schützen.

Dadurch ist dem Kl. zu Bewußtsein gebracht worden, daß er alle Einzelheiten eingehend zu schildern hat, auch wenn sie ihm selbst für die Entstehung des Schadens nicht wesentlich erscheinen mochten. Wenn er trotz alledem derart wichtige Dinge, wie das Mitfahren eines Mannes auf dem Trittbrett und den vorherigen Alkoholgenuß verschwie, so ist das vorsätzlich geschehen.

Der Bekl. ist demnach gem. § 6 AVB. von seiner Verpflichtung zur Leistung freigeworden. Nicht erforderlich hierfür ist, daß durch die zur Verwirkung führende Handlung des Kl. dem Bekl. ein Schaden entstanden ist. Der Kl. kann auch nicht geltend machen, daß der Bekl. arglistig handelt, wenn er unter Bezugnahme auf § 6 AVB. die Leistung verweigert. Sinn und Zweck der vertraglich vereinbarten Verwirkung des Anspruchs auf Versicherungsschutz ist, den Versicherungsnehmer durch jene strenge Rechtsfolge der Verwirkung dazu zu zwingen, sämtliche ihm auferlegten Obliegenheiten peinlichst genau zu erfüllen. Gegen die Zulässigkeit der Vereinbarung sind Bedenken nicht zu erheben. Es kann daher auch nicht ein arglistiges Verhalten des Bekl. darin gesehen werden, daß er sich auf die vereinbarte Verwirkung beruft. Da die Entstehung eines Schadens auf Seiten des Bekl. nicht Voraussetzung für den Verlust des Kl. auf Versicherungsschutz ist,

so ist es für die Verneinung der Arglist unerheblich, daß der Bekl., noch, ehe ihm durch die Verletzung der Auskunftspflicht ein Schaden entstanden war, den wahren Sachverhalt erfahren hat.

(RG., 24. Sen., Urt. v. 30. Nov. 1935, 24 U 4195/35.)

Anmerkung: Die AllgVersBed. der Kraftfahrtversicherung verpflichten in § 5 den Versicherten zur unverzüglichen Anzeige des Versicherungsfalles. Der Versicherte ist hiernach gehalten, alles zu tun, was zur Aufklärung des Tatbestandes und zur Minderung des Schadens dienen kann; er hat die etwaigen Weisungen des Versicherers zu befolgen. Von einem Strafverfahren ist unverzüglich Anzeige zu erstatten. § 6 sieht Leistungsfreiheit des Versicherers vor, wenn die Erfüllung der Obliegenheiten aus § 5 vorzüglich oder grobfahrlässig verletzt wird. Diese Bestimmung hält sich im Rahmen der Vertragsfreiheit entsprechend § 6 Abs. 2 BGB. Im gegebenen Fall hat der Versicherungsnehmer vorsätzlich, trotz Mahnung des Versicherers, eine Darstellung des Versicherungsfalles gegeben, die sein eigenes schuldhaftes Handeln für die Entstehung des Unfalles und das gegen ihn anhängig gemachte Ermittlungsverfahren verschwie. Daß die Anzeige- und Auskunftspflicht vor der Selbstanzeige oder Selbstbeschuldigung nicht haltmacht, ist ohne weiteres anzunehmen. Die Anzeige eigenen schuldhaften Handelns bringt dem Versicherungsnehmer gegenüber dem Versicherer keinen Schaden. Andererseits muß der Versicherer die schuldhafte Mitwirkung des Versicherungsnehmers an der Entstehung des Versicherungsfalles kennen, weil davon seine Entschließung über die Erledigung des Schadens wesentlich abhängen kann. Die Anforderungen an Genauigkeit und Vollständigkeit der Anzeige müssen aus diesem Grunde strenge sein. Ob man hierbei so weit gehen kann, auch das Verschweigen von Alkoholgenuß vor dem Unfall oder eines so subjektiv zu betrachtenden Tatbestandsteiles wie der Trunkenheit auch nur als grobfahrlässig zu bezeichnen, mag zweifelhaft sein. Im übrigen kann es auf die Auffassung des Versicherungsnehmers über die Ursächlichkeit eines Tatbestandsteiles nicht ankommen. Sie ist objektiv ohne Bedeutung. Für den Versicherungsnehmer liegt kein Anlaß vor, einen unvollständigen Tatbestand mitzuteilen, weil seine Interessen durch die Mitteilung nicht betroffen werden. Daß der durch die Anzeige klargestellte wirkliche und den Versicherungsnehmer vielleicht belastende Tatbestand über den Zivilprozeß in das Strafverfahren gelangen kann, bringt allerdings möglicherweise Nachteile für den Versicherungsnehmer, die dieser aber mit Rücksicht auf seine Vertragspflicht gegenüber dem Versicherer in Kauf nehmen muß.

Ist die Obliegenheit aus § 5 AllgVersBed. auch keine erzwingbare Leistung, so bleibt sie doch ein Teil des Vertragsinhaltes, der in einem Ausgleichsverhältnis zur Leistung des Versicherers steht. Schon aus diesem Grunde ist es nicht möglich, die Verletzung der vertraglich bedingungslosen Obliegenheiten mit der Bedingung des Schadenseintrittes zu verbinden. Diese Möglichkeit ist gesetzlich mit § 32 Satz 2 BGB. nur für Fälle von Obliegenheiten bei Gefährtands-, Minderungs- und Berührungspflichten vorgesehen. Daß sich § 32 Satz 2 BGB. nicht auf Obliegenheiten anwenden läßt, die nach Eintritt des schädigenden Ereignisses zu erfüllen sind, hat das RG. schon mehrfach, u. a. in RGZ. 127, 367 = JW. 1930, 3617² (mit Anm.) und RGZ. 136, 370 = JW. 1932, 2514³ (mit Anm.), ausgesprochen. Mit dieser Rspr. stimmt das Urteil des RG. überein. Daß die Berufung auf die vertragliche Abrede nicht arglistig sein kann, versteht sich eigentlich von selbst. Sie könnte es nur durch Hinzutritt besonderer Umstände, hier auch aus der Anwendung von § 33 Abs. 2 BGB., werden. Das RG. hat in JW. 1930, 3617² (mit Anm.) die Frage, ob dem sich auf Verspätung der Anzeige berufenden Versicherer überhaupt die Arglisteinrede entgegengesetzt werden kann, dahingestellt sein lassen. Aus RGZ. 126, 329 = JW. 1930, 3633¹⁵ (mit Anm.) ergibt sich aber, daß nach Eintritt sachlicher Nachteile für den Versicherer infolge verspäteter Anzeige kein Platz mehr für die Arglisteinrede ist. Und schon in JW. 1901, 426 hat das RG. betont, daß es Treu und Glauben widersprechen

würde, wenn sich der Versicherer auf die Verletzung der AllgVersBed. berufen könnte, obwohl er Kenntnis von dem anzeigenpflichtigen Ereignis gehabt hat. Im vorl. Fall handelte es sich nicht um die verspätete, sondern um die unrichtige Anzeige. Die Befreiung des Versicherers ist Vertragsfolge. In Frage steht der zeitliche, nicht der ursächliche Verlauf. Infolgedessen unterliegt das RG. in seiner Entsch. einem falschen Schluß, wenn es die Verneinung der Arglist auf die Wirkung, nicht aber auf die zeitliche Folge abstellt. Die Anzeige ist nach den AllgVersBed. unverzüglich, aber nach § 153 BGB. mit einer Befristung von 1 Woche zu erstatten. Es ist recht wohl denkbar, daß der Versicherer den wirklichen Sachverhalt erfährt, ehe der Versicherungsnehmer die unrichtige Darstellung gibt, weil die Frist für die Anzeigepflicht nicht schon von der Entstehung des Haftpflichtanspruches eines Dritten, sondern erst von der Erhebung dieses Anspruches an läuft. Hier handelt es sich im wesentlichen um die Verletzung der Auskunftspflicht, bei der sich eine analoge Anwendung des § 33 BGB. aus dem Gesetz nicht ergibt. Die Verletzung der Auskunftspflicht stellt aber in der Regel, auf jeden Fall hier, eine arglistige Täuschung dar. Diese stellt den Versicherer nach der herrschenden Ansicht (vgl. Bruck, Versicherungsvertrag, 6. Aufl., Anm. 16) leistungsfrei, und zwar auch bei dem bloßen Versuch, so daß auf jeden Fall hiernach, selbst bei rechtzeitiger Kenntnis des Versicherers vom wirklichen Sachverhalt, der nachfolgende Täuschungsversuch zur Befreiung des Versicherers führen würde.

RA. Hennicke, Naumburg a. S.

*

Röhm

17. § 823 BGB.; § 256 ZPO. Ein Unfallverlester kann auch dann Befreiung von einer Verbindlichkeit verlangen, die er infolge des schädigenden Ereignisses eingegangen ist, wenn er weder Vermögen noch ein beachtliches Einkommen hat und deshalb zur Zeit und in Zukunft selbst nicht in der Lage ist, die Verbindlichkeit zu erfüllen.

Am 8. Aug. 1933 suchte ein Motorrad, in dessen Beiwagen der Kl. saß, einen dem Bekl. gehörigen Lieferwagen zu überholen. Dabei kam es zum Zusammenstoß. Der Kl. erlitt verschiedene Verletzungen. Auf seine Klage hat das LG. u. a. den Bekl. verurteilt, an den Kl. 380 RM zu zahlen, und festgestellt, daß der Bekl. verpflichtet ist, dem Kl. allen aus dem Unfall vom 8. Aug. 1933 entstandenen Schaden zu ersetzen. Mit einem weiteren Anspruch auf Befreiung von den Rückforderungsansprüchen des Wohlfahrtsamtes in S., die durch Unterstützung des Kl. aus Anlaß des Unfalls entstanden sind, wurde der Kl. abgewiesen, weil er diese Ansprüche trotz Aufforderung nicht beziffert habe.

Die u. a. vom Kl. hiergegen eingelegte Berufung hatte teilweise Erfolg. Die Ansprüche sind von ihm beziffert und ihre Höhe ist durch Beweisaufnahme festgestellt worden.

Der Bekl. hatte u. a. ausgeführt, der Kl. sei vermögenslos und schon seit langem ohne Einkommen. Auch in Zukunft werde er aller Voraussicht nach vermögenslos bleiben und ein beachtliches Einkommen nicht erwerben können. Bei dieser Sachlage bestche nach feststehender Rspr. ein Befreiungsanspruch nicht.

Aus den Entscheidungsgründen des zweitinstanzlichen Urteils interessiert folgendes:

Dem Anspruch des Kl. auf Befreiung von seinen Verbindlichkeiten gegenüber dem Wohlfahrtsamt der Stadt Siegburg könnten im vorl. Falle grundsätzliche Bedenken rechtlicher Art entgegenstehen.

Nach der Rspr. des RG., wie sie zuletzt noch in der Entsch. RGZ. 147, 248 ff. = JW. 1935, 2195² niedergelegt ist, vgl. auch RGZ. 146, 360 = JW. 1935, 1557⁷, besteht unter dem Gesichtspunkt des Schadenersatzes ein Anspruch auf Befreiung von einer durch das schädigende Ereignis entstandenen Verbindlichkeit dann nicht, wenn der Verletzte Ver-

mögen oder beachtliches Einkommen nicht besitzt, wenn er deshalb zur Zeit und voraussichtlich auch in Zukunft nicht in der Lage ist, die Verbindlichkeit zu erfüllen, und wenn aus dem gleichen Grunde auch keine Möglichkeit besteht, ihn im Wege der Zwangsvollstreckung zu dieser Erfüllung zu zwingen.

Dieser Rspr. kann der erf. Sen. sich nicht anschließen. Sie geht von dem Gedanken aus, daß in Fällen der erwähnten Art der Verletzte durch die Verbindlichkeit nicht belastet sei, daß die Schuld sein Vermögen praktisch nicht überlastet und daß deshalb ein erfassungsfähiger Vermögensschaden überhaupt nicht vorhanden sei. Schon dieser Ausgangspunkt erscheint dem Senat nicht zutreffend. Ganz abgesehen davon, daß einem jeden durch unvorhergesehene Umstände Vermögen anfallen kann, wird die überwiegende Zahl der zwar vermögenslosen aber anständig denkenden Volksgenossen keineswegs der Auffassung sein, daß sie infolge dieser Vermögenslage der eingegangenen Verbindlichkeiten, wenn auch vielleicht nicht rechtlich, so doch praktisch ledig sei und sich mit diesem Ergebnis zufrieden geben. Gerade der wertvollere Teil des Volkes, dessen Anschauungen die Quelle des neuen Rechts bilden, wird sich nicht nur moralisch, sondern auch vermögensrechtlich stets mit einer Schuld belastet fühlen. Jedenfalls wird er sich so lange mit einer Schuld belastet fühlen, als nicht alles getan ist, was irgendwie getan werden kann, um die berechtigten Ansprüche des dritten Gläubigers zu befriedigen. Der natürliche und nächstliegende Weg zu diesem Ziel ist es aber, den Schädiger zur Befriedigung der Ansprüche heranzuziehen. Es geht deshalb nicht an, diesen Weg mit der oben erwähnten Begründung abzuschneiden. Wenn erörtert wird, durch die Zulassung des Befreiungsanspruchs würde dem dritten Gläubiger, ohne daß eine Rechtfertigung dafür vorläge, statt des vermögenslosen ein zahlungsfähiger Schuldner zugeführt werden, so mag es Fälle geben, in denen das zutrifft. Dieser Umstand, der höchstens den dritten Gläubiger begünstigt — ebenso wie es ihn begünstigen würde, wenn der Verletzte erbt oder in der Lotterie gewönne —, der den grundsätzlich erfassungspflichtigen Schädiger aber nicht weiter belastet, als es der normalen Sachlage entspricht, würde nach der Ansicht des Senats an sich schon nicht genügen, um gegen die oben dargelegte Volkanschauung das Bestehen eines Befreiungsanspruches zu verneinen. In zahlreichen Fällen liegt es aber auch gar nicht so, daß ein zureichender Grund für den Schuldneraustausch nicht vorliegt. Häufig, insbes. in Unfallfällen, erwägen die dritten Gläubiger, wie Ärzte, Kranken- und Kuranstalten, Lieferanten von Heilmitteln u. dgl., bei ihren Leistungen, daß der Verletzte zwar zahlungsunfähig sei, daß der Gläubiger aber, sei es infolge eigener Mittel oder infolge Versicherungsschutzes, zur Zahlung in der Lage sein werde. Es wäre unbillig und würde zu unhaltbaren Ergebnissen führen, wollte man diese Personen, die sich häufig mit der Abtretung der Ansprüche des Verletzten gegen den Schädiger begnügen, deshalb abweisen, weil sie ihre Hilfe einem unbemittelten Volksgenossen geliehen haben. In gleicher Lage befänden sich in vielen Fällen auch die Fürsorgebehörden der Fürsorgeverbände v. 13. Febr. 1934, obwohl § 21 a W.D. eindeutig den Willen des Gesetzgebers zum Ausdruck bringt, daß die Fürsorgeverbände sich im Interesse der Volksgemeinschaft an den in erster Linie verpflichteten Dritten sollen schadlos halten können. Da die Mitteilung nach § 21 a a. a. D. nur für die bereits gemachten Leistungen in Frage kommt (Baath, Vorbem. zu § 21 a), würde der in erster Linie Verpflichtete, wenn es sich um einen Schadensersatzanspruch handelt, wohl in fast allen Fällen einwenden können, der Unterstützte habe in Höhe der Unterstützung keinen solchen Anspruch gehabt, und deshalb könne auch nichts auf den Fürsorgeverband übergegangen sein.

Stehen somit dem vom Kl. geltend gemachten Befreiungsanspruch die erörterten grundsätzlichen Bedenken entgegen, so bleibt des weiteren zu prüfen, ob dieser Anspruch im übrigen und insbes. der Höhe nach begründet ist.

(Folgen Feststellungen nach dieser Richtung.)

(DVG. Köln, 9. RivSen., Ur. v. 5. März 1936, 9 U 65/35.)

Oberlandesgerichte: Strafsachen

Berlin

18. § 230 Abs. 1 StGB.; § 366 Ziff. 10 StGB. i. Verb. m. §§ 9, 13, 58 Erfurter StrafD. v. 1. Jan. 1932; §§ 1363, 1373, 1374 BGB. Streupflicht bei Winterglätte. Beim gesetzlichen Güterstande der Verwaltung und Nutznießung ist für das Bestreuen des Bürgersteigs mit abstumpfsenden Stoffen vor einem zum eingebrachten Gute gehörigen Hause der Frau der Ehemann allein verantwortlich.

Bei der fahrlässigen Körperverletzung durch den Armbruch der auf dem vereisten Gehwege hinstürzenden Nebenklägerin kommt es zunächst gar nicht darauf an, ob in der Wahl des Streumittels (Sägemehl statt Asche oder Sand) ein Verschulden der angeklagten Ehefrau liege. Die ausschlaggebende Grundfrage ist vielmehr, wer für die Erfüllung der Streupflicht selbst verantwortlich sei. Diese Frage mußte der Senat nach den Best. der Erfurter StrafD. und des ehelichen Güterrechts (§§ 1363 ff. BGB.) dahin beantworten, daß die Verantwortlichkeit der Frau zu verneinen ist. Gem. § 9 StrafD. ist für die Erfüllung der Streupflicht (§ 13) der nach der für die Stadt Erfurt geltenden Obergerichtsurteil zur Straßenreinigung Verpflichtete verantwortlich. Nach der für die Stadt Erfurt geltenden, durch § 3 WegeReinigungsG. vom 1. Juli 1912 (GS. 187) aufrechterhaltenen Obergerichtsurteil liegt die Verpflichtung zu der das Bestreuen mit abstumpfsenden Stoffen in sich schließenden (Ausf. Antw. v. 20. Juli 1912 [MBl. B. 220] zu § 1) Wegereinigung im Stadtbezirk Erfurt den Anliegern (Eigentümern, Erbbauberechtigten, sonstigen dinglich Nutzungsberechtigten der angrenzenden Grundstücke) ob (Fußn. 1 zu § 9 StrafD.). Anlieger in diesem Sinne ist hier nicht die Ehefrau, sondern der Ehemann (§§ 1363, 1373, 1374 BGB.). Bei der nicht bloß eine Befugnis, sondern auch eine Pflicht bildenden Ausübung der vom Gesetz bewußt an erster Stelle aufgeführten Verwaltung des Eheguts handelt der Ehemann in den ihm gezogenen Grenzen entsprechend der auf die altdeutsche Gemere zu rechter Vormundschaft zurückführenden geschichtlichen Entwicklung des Güterstandes und dem Wesen der Ehe und der natürlichen Ordnung als Oberhaupt der Familie und als verantwortlicher Verwalter und Alleinbesitzer des eingebrachten Gutes der Frau nach innen wie nach außen unter ihrem Ausschluß mit Wirkung für und gegen die Frau. Ihr ist es versagt, außer auf dem Gebiete des Schutzes ihrer Person (§ 1402) die Vornahme bestimmter Verwaltungshandlungen durch den Mann zu erzwingen. Das Verwaltungsrecht des Ehemannes ist mithin als begrenztes, mit dem Nießbrauch nahe verwandtes dingliches Recht am eingebrachten Gut aufzufassen (vgl. Prot. [Suttentag] IV 119, 120; Denkschr. 193, 194; RGKRomm., 8. Aufl., Anm. 4 zu § 1363 und 1 zu § 1374; Staudinger, 9. Aufl., 5 zu § 1363; Warnher, 2. Aufl., II zu § 1373; Hebe, Verwaltungsrechte mit dinglicher Wirkung: Gruch. 61, 577; Heinemann: Gruch. 70, 539—542). Aus diesen Gründen treffen den Mann auch die aus der Verwaltung eines Hauses Dritten gegenüber entspringenden Pflichten, und hat er für Unfälle einzustehen, für die der „Hauswirt“ verantwortlich ist (vgl. RGUr. v. 10. Juni 1909, VI 309/08: JW. 1909, 415). Der Umstand, daß die Frau selbst es gewesen ist, die am Tage des Sturzes der Nebenklägerin tatsächlich mit Sägemehl gestreut hat, vermag an der Haftbarkeit des Ehemannes nichts zu ändern. Insbes. führt § 1357 BGB. zu keinem anderen Ergebnis. Wie die Treppenbeleuchtungspflicht in dem vom RG. behandelten Falle (JW. 1909, 415) wird auch die Streupflicht von der Hausverwaltung mitumfaßt. Das Streuen bei Glätteis kann hier nicht als in den häuslichen Wirkungskreis der Frau fallend angesehen werden, und, selbst wenn man dies annehmen wollte, würden doch die Folgen eines unvorschriftsmäßigen Streuens nicht die Frau, sondern unmittelbar den Mann treffen (§ 1357 Abs. 1). Aus der Tatsache, daß nicht die Frau sondern der Mann für die Erfüllung der Streupflicht verantwortlich war, folgt ohne weiteres, daß die Körperverletzung der Nebenklägerin durch den Sturz auf dem glatten Bürgersteige vor dem Hause der Angekl. nicht durch Fahrläs-

figkeit der Frau verursacht ist. Für die Anwendung des § 230 Abs. 1 StGB. ist deswegen in Ansehung der Person der angeklagten Ehefrau kein Raum.

(RG., 1. Str.Sen., Urt. v. 18. Febr. 1936, 1 Ss 30/36.)

19. § 16 Abs. 1 Satz 2 RStRAFVerfD. Ausf.-Anw. zum § 16 Abs. 1 Ziff. 3 Abs. 2 Satz 2. Das an der Rückseite des Anhängers eines Kraftfahrzeugs befindliche amtliche Kennzeichen muß bei Dunkelheit beleuchtet sein.

Das AG. hat festgestellt, daß das von der Verwaltungsbehörde zugeteilte Kennzeichen an der Rückwand des Anhängerwagens des vom Angekl. gesteuerten Personenkraftwagens trotz der Dunkelheit nicht beleuchtet war, daß eine Beleuchtungsanlage für dieses Kennzeichen überhaupt fehlte. Es hat den Angekl. deshalb wegen Zuwiderhandlung gegen die oben bezeichneten Vorschr. verurteilt (§ 36 RStRAFVerfD.). Seine Rev. hatte keinen Erfolg. Ihre Ausführungen lassen erkennen, daß der Angeklagte trotz des im angef. Urteil zutreffend festgelegten Unterschiedes zwischen Rückstrahler, Schlußlicht und Kennzeichenbeleuchtung diese noch immer verwechselt. Infolgedessen gehen auch die auf den Aufsatz in der Dtsch. Berufs Kraftztg. 1935 Heft 18/19, 18 gestützten Ausführungen fehl, da dort nur die hier überhaupt nicht streitige Frage der Verpflchtung zum Führen eines Schlußlichts oder Rückstrahlers behandelt wird, während es sich im vorl. Fall ausschließlich darum handelt, ob das polizeiliche Kennzeichen an der Rückwand des Anhängers zu beleuchten war oder nicht. Die Haftung des Angekl. ergibt sich zunächst aus § 5 Abs. 3 Satz 2 RStRAFVerfD., der den Führer verpflichtet, dafür zu sorgen, daß sich das Fahrzeug oder die zu einem Zuge miteinander verbundenen Fahrzeuge in vorschriftsmäßigem Zustande befinden. Dazu gehört, daß die Fahrzeuge außer dem durch § 12 vorgeschriebenen Schlußlicht oder Rückstrahler gem. der AusfAnw. zu § 16 auch am Anhänger ein polizeiliches Kennzeichen führen, das der Führer nach § 16 Abs. 1 Satz 2 im Verkehr stets gut sichtbar zu erhalten hat. Ziff. 4 Abs. 1 der AusfAnw. zum § 16 Abs. 1 gestattet lediglich für Fahrten im Inlande das Anbringen des Kennzeichens statt an der Rückwand des letzten Anhängers auf beiden Seitenwänden des Kraftfahrzeugs und befreit diese seitlichen Kennzeichen vom Beleuchtungszwange. Wird statt dessen aber das Kennzeichen an der Rückseite des Anhängers geführt, unterliegt dieses den allgemeinen Vorschr. über die Beleuchtung des Kennzeichens. Ziff. 3 Abs. 2 Satz 2 AusfAnw. stellt dies noch besonders klar. Die sich hiergegen richtenden Ausführungen der Rev. sind mit dieser Anweisung, daß „hintere Kennzeichen“ in der dort angegebenen Weise zu beleuchten sind, unvereinbar (vgl. Müller, 10. Aufl., S. 521). Auch der RVerfMErl. (K 1. 3085) v. 13. Mai 1935 (RKraftf. 1935, 153) über die Kennzeichnung der Anhänger geht von dieser Auffassung aus; denn er weist im Schlußsatz des 2. Abs. darauf hin, daß das Anbringen von Vorrichtungen zur Kennzeichenbeleuchtung technisch und wirtschaftlich keine Schwierigkeiten mache und die im Abs. 3 vorgesehenen Schilder gem. Abschn. 3 Abs. 1 Satz 3 und Abs. 2 der AusfAnw. zum § 16 Abs. 1 RStRAFVerfD. zu beleuchten sind.

(RG., 1. Str.Sen., Urt. v. 4. Febr. 1936, 1 Ss 4/36.)

Dresden

20. § 1 Ziff. 5, § 3 SächsWD. über öffentliche Ankündigungen auf dem Gebiete des Heilwesens v. 1. Aug. 1933; Ziff. 2 der 7. Bef. des Werberats der deutschen Wirtschaft vom 21. März 1934 und §§ 1, 5 Ges. über Wirtschaftswerbung v. 12. Sept. 1933. Die SächsWD. über öffentliche Ankündigungen auf dem Gebiete des Heilwesens v. 1. Aug. 1933 ist durch die Bekanntmachungen des Werberats, insbes. die 7. Bef. v. 21. März 1934, nicht aufgehoben. Der Gesetzgebung über die Wirtschaftswerbung kommt lediglich wirtschaftspolitische Bedeutung zu. †)

Am 9. und am 16. Sept. 1934 erschienen in den „L. Neueste

Nachrichten“ und in der „Neuen L. Zeitung“ Werbeanzeigen der Firma B. in L., in denen diese Firma das von ihr vertriebene Hausmittel „K.“ anpries. Jede der Anzeigen enthielt den Wortlaut eines Schreibens an die genannte Firma, in denen die Absender die von ihnen mit dem genannten Mittel erzielten Heilerfolge bestätigten. Die Schreiben waren mit Ort und Zeit der Ausstellung sowie unter Angabe des Namens, des Berufes und der Anschrift der Absender abgedruckt. Die Anzeigen waren von dem Angekl. A. als Betriebswerber der Firma B. verfaßt und zum Einrücken u. a. an die oben genannten Tageszeitungen gegeben worden. Die Angekl. B. und H., die für den Anzeigenteil der „L. Neueste Nachrichten“ bzw. der „Neuen L. Zeitung“ verantwortlich waren, hatten die Anzeigen vor der Aufnahme in jene Zeitungen gelesen.

Auf Grund dieses Sachverhalts hat der Amtsrichter die drei Angekl. je wegen einer vorsätzlichen Übertretung nach § 1 Ziff. 5, § 3 SächsWD. über öffentliche Ankündigungen auf dem Gebiete des Heilwesens v. 1. Aug. 1933 verurteilt.

Die Rev. der Angekl. A. und H. rügen lediglich Verletzung des sachlichen Rechts. Sie machen, wie das schon in der erstinstanzlichen Verhandlung geschehen ist, unter Bezugnahme auf Auslassungen des Präsidenten des Werberats der deutschen Wirtschaft geltend, daß das in der erwähnten SächsWD. ausgesprochene Verbot der Verwendung von Empfehlungen, Dank- und Bestätigungen von Heilerfolgen bei der Werbung auf dem Gebiete des Heilwesens durch die 7. Bef. des Werberats der deutschen Wirtschaft v. 21. März 1934 (Dtsch. Reichsanzeiger Nr. 69 v. 22. März 1934), die in ihrer Ziff. 2 die Verwendung von Dank- und Empfehlungsschreiben bei der Wirtschaftswerbung allgemein unter bestimmten, im vorl. Falle erfüllten Voraussetzungen gestattet, nach dem Grundgesetz „Reichsrecht bricht Landesrecht“ aufgehoben worden sei. Dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden.

Die genannte SächsWD. befaßt sich mit öffentlichen Ankündigungen und Anpreisungen lediglich auf dem Gebiete des Heilwesens und verfolgt damit, wie sich aus dem Gesamtinhalt der WD. ergibt, vornehmlich den Zweck, die Bevölkerung vor gesundheitlichen Schädigungen zu bewahren. Sie ist also aus medizinisch-polizeilichen Gesichtspunkten erlassen. Die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden der Länder auf gesundheitspolizeilichem Gebiete ist durch die verfassungsrechtliche Entwicklung seit der nationalen Erhebung nicht beseitigt worden, mag auch das Verhältnis der Länder zum Reich durch diese Entwicklung, selbst noch nach dem Erlaß der mehrfach genannten SächsWD., noch so starke Veränderungen erfahren haben.

Die Bekanntmachungen des Werberats der deutschen Wirtschaft verfolgen dagegen ganz andere Ziele. Sie finden ihre gesetzliche Grundlage im § 1 des Ges. über Wirtschaftswerbung v. 12. Sept. 1933 (RGBl. I, 625) und in den §§ 4 und 5 der 2. DurchfWD. zu diesem Ges. v. 27. Okt. 1933 (RGBl. I, 791). Die Gesetzgebung über die Wirtschaftswerbung bezweckt, die auf diesem Gebiete bestehenden Mißstände abzustellen und die Wirksamkeit der Werbung durch organisatorische Zusammenfassung und systematische Gestaltung auf das Höchstmaß zu steigern (Begr. des Ges. im Dtsch. Reichsanzeiger Nr. 215 v. 14. Sept. 1933). Das gesamte öffentliche und private Werbungs-, Anzeigen-, Ausstellungs-, Messe- und Reklamewesen wird daher zwecks einheitlicher und wirksamer Gestaltung der Aufsicht des Reiches unterstellt, die durch den Werberat der deutschen Wirtschaft ausgeübt wird (§ 1 des Ges.). Aus alledem folgt, daß dieser Gesetzgebung lediglich wirtschaftspolitische Bedeutung zukommt. Daher ist es auch notwendig gewesen, im § 5 des Ges. ausdrücklich zu bestimmen, daß die Zuständigkeit gewisser anderer Reichsministerien auf dem Gebiete der Wirtschaftspolitik unberührt bleiben sollen, während sich das für die Zuständigkeit der Reichsministerien im übrigen, so z. B. für die des RMWf. auf dem Gebiete des Gesundheitswesens, von selbst ergibt.

Ob die Bekanntmachungen des Werberats der deutschen Wirtschaft Reichsrecht schaffen, kann hier dahingestellt bleiben. Sie können es jedenfalls nur setzen, soweit wirtschaftspolitische Belange in Frage kommen. In die Befugnis der Länderbehörden, im Rahmen ihrer medizinisch-polizeilichen Zuständigkeit Vorschr. zu erlassen, können sie jedoch nicht eingreifen. Deshalb

berlieren auch durch die Bekanntmachungen des Werberats der deutschen Wirtschaft im Interesse der Volksgesundheit erlassenen VO. nicht ihre Kraft, selbst wenn sie einen Teil der Wirtschaftswerbung — hier diejenige auf dem Gebiete des Heilwesens — betreffen und insoweit den Bekanntmachungen des Werberats entgegenstehen.

Der Amtsrichter hat daher zutreffend die mehrfach erwähnte SächsVO. v. 1. Aug. 1933 für noch zu Recht bestehend angesehen. Seine Feststellungen, die einen Rechtsirrtum nicht erkennen lassen, erfüllen den äußeren und den inneren Tatbestand der § 1 Ziff. 5, § 3 jener VO. Wenn der Angekl. A. in seiner RevBegr. noch geltend macht, daß er auf Grund von Auslassungen des Präsidenten des Werberats der deutschen Wirtschaft der Auffassung gewesen sei, die genannte SächsVO. habe durch die 7. Bef. des Werberats ihre Gültigkeit verloren, so findet diese Behauptung in dem angefochtenen Urteil keine tatsächliche Grundlage. Deshalb kann dahingestellt bleiben, ob die daran geknüpften Schlußfolgerungen über die Bedeutung eines solchen Irrtums des Angekl. A. für die Beurteilung der Schulfrage zutreffend sind.

Nach alledem sind die Rev. der Angekl. A. und S. unbegründet.

(OLG. Dresden, 1. StrSen., Ur. v. 27. Jan. 1936, 6 Ss 142/35.)

Anmerkung: Die Entsch. klärt eine Streitfrage, die unmittelbar nach dem Erlaß der 7. Bef. des Werberats entstanden ist und die Heilmittelindustrie unaufhörlich beunruhigt hat.

In Sachsen und mehreren anderen Ländern bestimmt eine VO. über Heilmittelwerbung:

„Die öffentliche Ankündigung oder Anpreisung von Gegenständen, Vorrichtungen, Mitteln, Verfahren oder Behandlungen, die zur Verhütung, Vinderung oder Heilung von Menschen- oder Tierkrankheiten bestimmt sind, ist verboten, wenn mit der Ankündigung eine Veröffentlichung von Empfehlungen, Dankfagungen, Bestätigungen von Heilerfolgen verbunden ist.“

Zumiderhandlungen werden mit Geld oder Haft bestraft.

Die 7. Bef. des Werberats Ziff. 2 jagt unterschiedslos für alle Gebiete der Werbung, gleichviel ob Heilmittel, Konserven oder Maschinen den Gegenstand der Reklame bilden:

„Dank- und Empfehlungsschreiben dürfen nur mit ausdrücklicher und schriftlicher Zustimmung der Schreibenden und unter genauer Angabe ihres Namens, Berufes und ihrer genauen Anschrift, sowie von Ort und Zeit der Ausstellung der Schreiben verwendet werden. Der Inhalt der Schreiben muß den Tatsachen sowie den Richtlinien des Werberats entsprechen.“

Dank- und Empfehlungsschreiben, für die Zuwendungen irgendwelcher Art versprochen oder gewährt worden sind, dürfen zur Wirtschaftswerbung nicht verwendet werden.“

Während Preußen und Bayern bisher schon darauf verzichtet hatten, eine der SächsVO. ähnliche Best. zu erlassen, haben andere Länder, wie Bremen, ihre der SächsVO. entsprechende LandesVO. dem Inhalt der 7. Bef. des Werberats Ziff. 2 angepaßt. So das Land Bremen durch eine besondere VO. v. 24. Juli 1934. Sachsen ist indessen hartnäckig geblieben. Das zwang die Werbungtreibenden, entweder alles aus ihrer Werbung zu entfernen, was die Behauptung rechtfertigen würde, daß das propagierte Erzeugnis bestimmt sei, Krankheiten zu verhüten, zu lindern oder zu heilen. Die der menschlichen Gesundheit dienenden Erzeugnisse gaben sie also nicht mehr als Heilmittel, auch nicht einmal als Vorbeugungsmittel aus, sondern lediglich als Aufbau-, Kräftigungs- und Förderungsmittel. Wer seine Werbung nicht in dieser Weise umzustellen in der Lage war, mußte bei seinem Werbefeldzug andernfalls das Land Sachsen übergehen. Er konnte also nicht einheitlich in ganz Deutschland inserieren, wenn er in seiner Werbung Dank- und Empfehlungsschreiben verwenden wollte, sondern mußte für das Land Sachsen besondere Inseratentexte entwerfen oder ganz auf Werbung verzichten.

Nun ist der Widerspruch zwischen der SächsVO. und der 7. Bef. einstweilen entschieden. Das Urteil ist von durchaus grundsätzlicher Bedeutung und Wichtigkeit, entscheidet es doch zugleich zwischen dem Präsidenten des Werberats und dem

RMdZ. Der Präsident des Werberats der deutschen Wirtschaft hat im Herbst 1934 geschrieben:

„... Meine 7. Bef. stellt wie die früheren eine Regelung für das ganze Reichsgebiet dar. Die Auffassung des Beamten des 2. Gesundheitsamts, nach der die VO. der Länder, soweit durch meine 7. Bef. eine Neuregelung getroffen ist, als überholt gelten, besteht hiernach zu Recht.“

Es ist selbstverständlich, daß mit dem Ges. über Wirtschaftswerbung v. 12. Sept. 1933 die Absicht verbunden war, eine für das ganze Reich einheitlich geltende Regelung zu schaffen. Damit kommt zugleich der Wille des Gesetzgebers zum Ausdruck, der bisherigen, in den einzelnen Ländern unterschiedlichen Handhabung der Wirtschaftswerbung die Reichsregierung überzuordnen. Die schwierige Lage, in die die Wirtschaftswerbung und damit auch die wirtschaftliche Lage der Firmen durch uneinheitliche Handhabung geraten war, erfährt zweifellos jetzt eine Erleichterung.“

Das Reichs- und PrMdZ. hat am 3. Dez. 1935 dem 1. StrSen. des OLG. Dresden mitgeteilt: „Mit Erlaß der im Entwurf vorl. PolizeiVO. über die Werbung auf dem Gebiete des Heilwesens, die zur Zeit den beteiligten Reichsressorts zur Stellungnahme vorliegt, würde für das Land Sachsen die VO. v. 1. Aug. 1933 aufzuheben sein. Die VO. über die Werbung auf dem Gebiete des Heilwesens soll von den Ländern erlassen werden. Die Annahme, daß es sich um eine ReichsVO. handele, ist nicht zutreffend. Ebenso ist nicht zu erkennen, weshalb durch die vorgesehene Fassung der neuen VO. auch für die vorl. Fälle, soweit sie noch nicht rechtskräftig entschieden sind, die Voraussetzungen für eine Strafe beseitigt sein sollten.“

Man sieht also, daß selbst für die Zukunft der RMdZ. an der Zuständigkeit der Länder auf dem Gebiete der Heilmittelwerbung festhält. Er bleibt bei seiner, seit Errichtung des Werberats unentwegt vertretenen Auffassung, daß auf dem Gebiete der Heilmittelwerbung die Verordnungsgewalt den Befugnissen des Werberats vorgeht.

Das Urteil sieht die Heilmittelwerbung als eine medizinisch-polizeiliche Angelegenheit an. Der Werberat aber habe nicht Gesundheitspflege, sondern lediglich Wirtschaftspolitik zu treiben. Diese Feststellung ist durchaus nicht von der Hand zu weisen. Schon § 2 Abs. 2 GrundG. für den Werberat, nämlich des Ges. über Wirtschaftswerbung v. 12. Sept. 1933 sagt: „Der Werberat untersteht der Aufsicht des Propagandaministers, die im Einvernehmen mit den für die Wirtschaftspolitik zuständigen Reichsministern ausgeübt wird.“ Wenn auch mit der Formel: Propaganda ist Kultur! die Ableitung des Werberats vom Propagandaministerium geschaffen wurde, so hat man doch schon damals erkannt, daß Wirtschaftspolizei, also Reklame, oder wie der neue Sprachgebrauch sagt „Wirtschaftswerbung“ nur auch Kultur sein kann, zunächst einmal aber Wirtschaft ist. Man hat sich freilich nicht entscheiden können, das Kind Werberat von seiner leiblichen Mutter Propagandaministerium zu trennen, indessen ließ es sich auch damals schon nicht umgehen, den naturgegebenen Vater der Wirtschaftswerbung, nämlich dem Wirtschaftsminister, Mitrechte einzuräumen. In der Zwischenzeit ist die Erkenntnis stärker geworden, daß die Formel: Propaganda ist Kultur! ein ungleich geringeres Gewicht hat als die Formel: Propaganda ist Wirtschaft! Die Feststellung, daß die Gesetzgebung über Wirtschaftswerbung in allererster Linie wirtschaftspolitische Ziele hat, wird durch das Urteil des OLG. Dresden erhärtet. Sie läßt sich nicht umstoßen. Es bleibt nur übrig, aus ihr die Folgerungen zu ziehen. Die zukünftige Entwicklung wird nicht umhin können, das zu tun.

Die Länder haben gesundheitspolizeiliche Aufgaben, der Werberat wirtschaftspolitische. Deshalb hat das Werberecht die VO. der Länder über Heilmittelwerbung nicht aufheben können. Trotzdem ist die Entsch. unbefriedigend. Das Land Sachsen hätte so wie das Land Bremen seine VO. der 7. Bef. des Werberats anpassen sollen und können. Dagegen bestehen keinerlei gesundheitspolizeiliche Bedenken. Die scharfen Anforderungen, die der Werberat ganz allgemein an die Verwendung von Dankschreiben in der Werbung stellt, genügen auf dem Gebiete der Heilmittelwerbung voll und ganz, um Schäden für die Gesundheitspflege zu verhüten. Da aber Sachsen es ab-

gelehnt hat, sich der 7. Bef. des Verberaters anzupassen, so wäre Einstellung des Verfahrens am Platze gewesen. Folgen der Tat können sich überhaupt nicht gezeigt haben. Das Verschulden des Täters aber, der geglaubt hat, daß die scharfen Best. derjenigen Stelle, der die Aufsicht über das gesamte Werbewesen im Reich übertragen ist, die einschlägigen Länderbestimmungen auf einem beschränkten Gebiete außer Kraft gesetzt hätten, ist ganz geringfügig. Für den Laien ist es fast unmöglich, sich vorzustellen, daß eine vom neuen Reich geschaffene Reichsregelung bezirklich wieder ausgeschaltet werden kann.

Al. Dr. C u l e m a n n, Düsseldorf

Hamm

21. §§ 154 Abs. 1 und 2, 304 StPD. Gegen den Beschluß, durch den das Gericht gem. § 154 Abs. 1 und 2 StPD. das Verfahren vorläufig eingestellt hat, steht dem Angekl. das Rechtsmittel der Beschw. zu.

Die Strk. hat durch den angefochtenen Beschluß auf Grund der Vorschr. des § 154 Abs. 2 StPD. das Verfahren vorläufig eingestellt, weil sie der Ansicht ist, daß die Straftat, zu der die Durchführung des Verfahrens führen könnte, neben der gegen den Beschw. in der Sache ... St. A. B. rechtskräftig verhängten Zuchthausstrafe von 1 Jahr 6 Monaten nicht ins Gewicht falle. Die gegen diesen Beschluß von dem Beschw. eingelegte Beschw. ist entgegen der in der Rspr. auch vertretenen Ansicht, daß einem Angekl. gegen einen derartigen auf Grund des § 154 Abs. 2 StPD. ergangenen Beschluß kein Beschwerderecht zustehe, für an sich nach § 304 Abs. 1 StPD. zulässig zu erachten, da ein derartiger Beschluß durch das Gesetz nicht ausdrücklich einer Aufhebung entzogen ist und auch nicht gesagt werden kann, daß kein Fall denkbar sei, in dem ein Angekl. durch die vorläufige Einstellung des Verfahrens beschwert sein könnte.

(OLG. Hamm, 1. StrSen., Beschl. v. 14. Jan. 1936, 1 Ws 12/36.)

Landgerichte: Strafsachen

Düsseldorf

22. §§ 458, 462 StPD.; §§ 3, 20, 30 GnadenD. v. 26. Febr. 1935; Ges. über den Neuaufbau des Reiches v. 30. Jan. 1934. Ein Beschluß, der unter Überschreitung der Befugnisse der GnadenD. v. 6. Febr. 1935 ergeht, ist fehlerhaft, aber nicht richtig. Wirkungen des schwebend-unwirksamen Beschlusses hinsichtlich der Strafvollstreckung gemäß §§ 458, 462 StPD. Ein solcher Beschluß kann durch die erlassende Stelle frei widerrufen werden, er ist nicht der Rechtskraft fähig. Der Widerruf eines Beschlusses über die Aussetzung der Strafvollstreckung ist durch Rechtsmittel, die eine Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung bezwecken, nicht anfechtbar. f)

Die Strk. hatte über folgenden Sachverhalt zu entscheiden:

Auf ein Gesuch des Angekl., der rechtskräftig zu einer Gefängnisstrafe von 8 Monaten verurteilt war, ist bezüglich der Reststrafe, die noch 8 Monate abzüglich von 35 Tagen verbüßter Untersuchungshaft betrug, unter dem 11. Mai 1935 im Gnadenwege durch den Amtsrichter ein Beschluß dahingehend ergangen, daß die Reststrafe ausgesetzt wird, daß die Aussetzung davon abhängig gemacht wird, daß er eine bestimmte Geldbuße zahlt.

Am 28. Mai 1935 erging durch den gleichen Richter ein Beschluß, wonach die durch Beschluß v. 11. Mai 1935 angeordnete bedingte Strafaussetzung wieder aufgehoben wird und die Vollstreckung der von dem Verurteilten noch zu verbüßenden Reststrafe angeordnet wird, weil bei dem Erlaß des Strafaussetzungsbeschlusses v. 11. Mai 1935 außer acht gelassen ist, daß die noch nicht verbüßte Reststrafe mehr als

einen Monat beträgt, der Amtsrichter somit als Vollstreckungsbehörde für die Aussetzung der Strafvollstreckung nicht zuständig ist (§ 20 Abs. 2 der GnadenD. v. 6. Febr. 1935) und der Beschluß v. 11. Mai 1935 bei Kenntnis der Sachlage nicht erlassen worden wäre (§ 30 a. a. D.).

Der Verurteilte hat gegen diesen Beschluß Erinnerung eingelegt mit dem Antrage, diesen Beschluß aufzuheben oder diese Beschwerde der vorgelegten Behörde zur Entsch. vorzulegen. Er begründet diese Beschwerde damit, daß durch diesen Beschluß auch das AG. als Vollstreckungsbehörde und an die in ihm gemachten Bedingungen dergestalt gebunden worden ist, daß ein Widerruf oder Abänderung des Beschlusses nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen noch möglich ist. Diese Auffassung finde einmal ihre Stütze darin, daß das Gericht nicht beliebig eine einmal erlassene Entsch., mag sie auch fehlerhaft sein, abändern könne. Die Voraussetzungen des § 30 GnadenD. seien nicht gegeben, da die sachlichen Voraussetzungen, die zum Gnadenerweis führten, sich nicht verändert hätten, vielmehr die im Gesuch gemachten Angaben zutreffend seien, ferner die auferlegten Bedingungen von ihm eingehalten seien. Die Gebundenheit des Gerichts an seine eigene Entsch., die bezüglich des ordentlichen Verfahrens nicht bestritten sei, sondern allgemein anerkannt sei, ergebe sich im vorl. Falle daraus, daß, selbst wenn man annehmen sollte, daß eine Fehlerhaftigkeit in der Entsch. vorliege, doch diese aus Verkehrs- und Rechtssicherheitsgründen, wie auch aus der Bedeutung, die sie für die Allgemeinheit und für den Einzelnen hat, als zu Recht bestehend angesehen werden müsse, da die Anwendung dieses Grundsatzes über die Entsch. der Gerichte oder Behörde mit gerichtsbareitsähnlichen Befugnissen hinausgehe und allgemein als fehlerhafter Staatsakt angewandt würde.

Diese Beschwerde ist gemäß § 37 Abs. 2 der GnadenD. v. 6. Febr. 1935 dem Oberstaatsanwalt zur Entsch. weitergeleitet worden.

Der Oberstaatsanwalt hat unter dem 14. Juni 1935 den Beschw. beschieden, daß Rechtsfolgen an den Beschluß v. 11. Mai 1935 nicht geknüpft werden könnten, da der Beschluß, weil unzuständig ergangen, wieder aufgehoben sei. Die eingelegte Beschwerde sei als neuer Antrag auf bedingte Strafaussetzung angesehen und nach Prüfung des Sachverhaltes sei er nicht in der Lage, Strafaussetzung zu gewähren.

Der Beschw. hat gegen den vorbezeichneten Bescheid Beschwerde eingelegt mit der Begründung, daß er nicht damit einverstanden sei, daß seinem Rechtsmittel v. 3. Juni 1935 eine Bedeutung beigemessen werde, wie dies der Bescheid des Oberstaatsanwaltes tue. Es solle nicht ein neuer Antrag auf bedingte Strafaussetzung gestellt werden, sondern es gehe nicht an, wenn der Staatshoheitsakt der AG. fehlerhaft sei, daß das ordnungsmäßige Rechtsmittel umgedeutet würde, wie es tatsächlich geschehen sei. Zur Entsch. über das eingelegte Rechtsmittel sei nicht die Staatsanwaltschaft zuständig.

Der Beschw. ist hierauf durch Bescheid des Generalstaatsanwaltes dahin beschieden worden, daß er nach Prüfung des Sachverhaltes die Auffassung des Oberstaatsanwaltes, daß an den Beschluß, durch den der Amtsrichter zunächst die bedingte Strafaussetzung ausgesprochen hatte, keine Rechtsfolgen geknüpft werden können, billige, da der Amtsrichter zur Gewährung bedingter Strafaussetzung vorliegend nicht ermächtigt war (§ 20 Abs. 2 der GnadenD. v. 6. Febr. 1935). Danach unterliege es auch keinem Bedenken, wenn der Oberstaatsanwalt die Beschwerde v. 3. Juni 1935 als neues Gesuch um bedingte Strafaussetzung angesehen habe. Im übrigen sei die Ablehnung des Gesuches gerechtfertigt.

Ein erneutes Gesuch ist durch den JustMin. ebenfalls im gleichen Sinne beschieden worden.

Der Verurteilte begehrt nun mit Schriftsatz v. 30. Sept. 1935, da weder der Generalstaatsanwalt noch der JustMin. Anlaß gefunden hätten, im Dienstaufsichtsweg der Beschwerde abzuwehren, Entsch. vom Gericht über die Erinnerung oder Beschwerde v. 3. Juni 1935, indem er erneut Verwahrung dagegen einlegt, daß seine Eingabe als neues Gnaden Gesuch aufgefaßt werde. Er führt aus, daß sein Vorbringen entweder als Beschwerde gegen die Rechtmäßigkeit des Aufhebungs-

Beschlusses v. 28. Mai 1935 oder aber inhaltlich als Antrag über die Zulässigkeit der Strafvollstreckung (§ 462 StPD.) aufzufassen sei. Deshalb habe hierüber in keinem Falle die Staatsanwaltschaft, sondern das ordentliche Gericht zu entscheiden.

Daraufhin hat der Amtsrichter unter dem 5. Okt. 1935 einen neuen Beschluß gemäß § 462 StPD. erlassen, wonach die Strafvollstreckung für zulässig erklärt wurde. Der Beschluß weist weiter darauf hin, daß die bedingte Strafaussetzung von einem unzuständigen Gericht beschlossen sei und nachträglich wieder aufgehoben sei, daß die Staatsanwaltschaft die Bewilligung einer Bewährungsfrist abgelehnt habe, die Strafe mithin zu vollstrecken sei.

Der Verurteilte hat gegen diesen Beschluß das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde eingelegt und beantragt, unter Aufhebung der angefochtenen Entsch. nach dem diesseitigen Antrag erster Instanz zu erkennen.

Zur Begründung führt er aus, daß sich bisher keine Stelle mit den Gründen auseinandergesetzt habe, die seinerseits dafür vorgebracht seien, daß das UG. an den einmal erlassenen Beschluß v. 11. Mai 1935 gebunden war, wonach die Strafvollstreckung mit dem Ziele der späteren Begnadigung bedingt ausgesetzt worden sei. Er führt weiter aus, daß das Gericht, ebenso wie es an ein Urteil, das einmal erlassen sei, gebunden sei, auch den Beschluß, nachdem er erlassen und zugestellt sei, nicht aufheben könne, weil die Entsch. fehlerhaft sei. Es sei bei einem irrigerweise durch Überschreiten der Zuständigkeit zustande gekommenen Beschlusse der an sich fehlerhafte Staatsakt durchaus als bindend und wirksam anzusehen. Es gehe aber nicht an, durch einen neuen fehlerhaften Staatsakt diese bindende Entsch. aus der Welt zu schaffen.

Die Beschwerde gegen den Beschluß des UG. v. 5. Okt. 1935 ist frist- und formgerecht eingelegt, aber unbegründet.

Die Entsch. über die sofortige Beschwerde gegen den Beschluß v. 5. Okt. 1935 über die Zulässigkeit der Strafvollstreckung ist davon abhängig, ob der letztgenannte Beschluß v. 11. Mai 1935 zu Recht besteht, dann weiter, ob der diesen Beschluß aufhebende Beschluß v. 28. Mai 1935 zulässigerweise ergangen ist. Zur Begründung der sofortigen Beschwerde bezieht sich der Beschw.F. auf seine Ausführungen, mit denen er die Erinnerung (Beschwerde) v. 3. Juni 1935 gegen die seiner Ansicht nach unzulässigerweise erfolgte Aufhebung des Beschlusses v. 28. Mai 1935 begründet hat und macht sie zum Gegenstand seines Vorbringens. Wenn somit das gesamte Vorbringen des Beschw.F. gegen den Beschluß v. 5. Okt. 1935 als vorgebracht zu gelten hat, so ist in der rechtlichen Beurteilung dem Gericht eine Grenze insoweit gesetzt, als es eine sachliche Entsch. nur über die Beschwerde gegen den Beschluß v. 5. Okt. 1935 zu fällen in der Lage ist, über den Beschluß v. 28. Mai 1935 nur insoweit, als in ihm die Strafvollstreckung gemäß §§ 458 462 StPD. angeordnet ist.

Der Inhalt des Gnadenrechts umfaßt nach § 3 der GnadenD. die Befugnis, rechtskräftig erkannte Strafen zu erlassen, zu ermäßigen, unzuwandeln und auszusetzen. Gnadenbehörde ist die Vollstreckungsbehörde. Steht die Vollstreckung dem Amtsrichter zu, so tritt an seine Stelle der Oberstaatsanwalt bei dem übergeordneten LG. (§ 4 Abs. 1 GnadenD.). § 20 Abs. 2 der GnadenD. bestimmt für den Fall der bedingten Strafaussetzung, daß, wenn die erkannte Freiheits- oder Ersatzfreiheitsstrafe nicht mehr als 1 Monat beträgt, der Amtsrichter als Vollstreckungsbehörde zur Gewährung bedingter Strafaussetzung ermächtigt ist. Er ist insoweit Gnadenbehörde. An dem Charakter des Gnadenrechtes, welches früher grundsätzlich den Ländern zustand, ist nun durch den Übergang auf das Reich auf Grund des NeuaufbauG. vom 30. Jan. 1934, wodurch an Stelle der Hoheitsrechte der Länder die Reichshoheit trat, das Reich auch rechtlich zum Träger der Gnadenbefugnisse wurde, nichts geändert. Die Schaffung unmittelbarer Reichsverwaltungen, namentlich die Übernahme der Justizverwaltung auf das Reich, gab die Möglichkeit, das Gnadenrecht auch der Ausübung nach organisch in den Neuaufbau des Reiches einzugliedern. Die im Aussetzungsverfahren ergehenden Beschlüsse des Gerichts sind keine richterlichen Entsch., sondern Verwaltungsakte. Der Amts-

richter ist insoweit den anderen Organen der Vollstreckungsbehörde gleichgestellt. Er vollzieht bei der Gewährung der bedingten Strafaussetzung nicht als ein nach § 1 UGB. unabhängiger Richter einen Rechtsakt, sondern einen Verwaltungsakt (vgl. für das preuß. Gnadenrecht: Grauschäfer, Preuß. Gnadenrecht, Aufl. 1931, S. 249, 308; desgl. Meyer: GoldArch. 74, 184). Daraus ergibt sich dann ohne weiteres, daß gegen sie ein förmliches Rechtsmittel, über das nach den Vorschriften des UGB. oder der StPD. im Instanzenzug zu entscheiden wäre, nicht gegeben ist (vgl. Grauschäfer und Meyer a. a. D.).

Hieraus folgt, daß dem Gericht die Entsch. über die Beschw. v. 3. Juni 1935 gegen den Aufhebungsbeschluß vom 28. Mai 1935 nur in der Richtung obliegen kann, als in diesem Beschlusse die Vollstreckung der von dem Verurteilten noch zu verbüßenden Strafe angeordnet ist, insoweit also der Beschluß v. 28. Mai 1935 mit dem Beschluß gem. §§ 458, 462 StPD. v. 5. Okt. 1935 inhaltlich übereinstimmt.

Dieses hindert aber nicht die Prüfung des Gerichts, ob der Beschluß v. 11. Mai 1935 zu Recht besteht, denn dessen rechtmäßiges Bestehen und rechtmäßige Aufhebung durch Beschluß v. 28. Mai 1935 bedeutet auch in verneinendem Falle eine Vorentsch. über die rechtliche Zulässigkeit des Beschlusses v. 28. Mai 1935, insoweit die Strafvollstreckung angeordnet, und v. 5. Okt. 1935.

Der Amtsrichter hat bei seinem Beschlusse v. 11. Mai 1935 die Grenzen seiner Zuständigkeit überschritten. Der Strafaussetzungsbeschluß ist demnach, da der Amtsrichter in dem in § 20 der GnadenD. vorgegebenen Rahmen als Vollstreckungsbehörde tätig wird, nicht von einer absolut unzuständigen Behörde erlassen worden. Er ist mithin nicht als nichtig, sondern nur als fehlerhaft anzusehen (vgl. Kormann, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, Aufl. 1910, S. 247; v. Hippel, Untersuchung zum Problem der fehlerhaften Staatsakte, 1931, S. 71, 72, 107). Umstände, die den Aussetzungsbeschluß aus anderen Gründen als nichtig erscheinen ließen, sind nicht dargetan. Die Fehlerhaftigkeit des Beschlusses bewirkt, daß er schwebend unwirksam ist, und zwar dergestalt, daß er von der Vollstreckungsbehörde beachtet werden mußte und somit auch einem Beschluß nach §§ 458, 462 StPD. entgegenstehen würde. Die Fehlerhaftigkeit eines Staatsaktes ermächtigt die Staatsorgane nicht, ihn einfach zu ignorieren (vgl. Jellinek, Der fehlerhafte Staatsakt, 1908, S. 171). Sie bedingt aber entweder die nachträgliche Bestätigung durch die zuständige oder hierzu besonders berufene Stelle oder gibt der erlassenden Stelle das Recht der Zurücknahme.

Soweit der Beschw.F. weiter ausführt, daß durch ihn keine arglistige Täuschung verübt sei, ist ihm zuzustimmen. Bisher ist kein Anhaltspunkt dafür ersichtlich, daß die durch den Amtsrichter erlassene objektiv fehlerhafte Entsch. durch Täuschung seinerseits herbeigeführt wäre. Weiter liegt auf seiten der erlassenden Behörde kein Irrtum über die Tragweite ihrer Erklärung oder ein sonstiger etwa der Vorschrift des § 119 BGB. entsprechender Erklärungsirrtum vor. Einem solchen Irrtum ist indessen nicht der Fall gleichzusetzen, wenn eine Behörde irrtümlicherweise den Rahmen der Zuständigkeit überschreitet. Für die Gültigkeit des formellen Aktes mag die Richtigkeit seiner Voraussetzungen unerheblich sein und muß man insoweit eine Anfechtung wegen Irrtums ausschließen (vgl. Kormann, S. 369 Abs. 1; so auch Jellinek, Verwaltungsrecht, Aufl. 1931, S. 277). Eine Anfechtung wegen wesentlicher Verfahrensmängel ist aber zuzulassen (vgl. Kormann S. 369 Abs. 2; Jellinek a. a. D. S. 275, 276). Hierzu gehört auch die Gesetzwidrigkeit. In diesem Sinne ist dann auch die Ansicht des Beschw.F. rechtsirrig, wenn er unter Berufung auf das Zitat bei Kormann S. 351 meint, daß eine Ausnahme von den rechtsvernichtenden Verfügungen, die grundsätzlich dem freien Widerruf unterliegen, dann zu machen sei, wenn die Verfügung eigene Rechte des Staates vernichtet, wie bei Begnadigung und Steuererlaß, die nicht dem freien Widerruf unterliegen, da die Widerrufsverfügung nichts anderes als eine neue Steuerauslage oder eine neue Bestrafung sei. Dieses mag für den freien Widerruf zutreffen. Nicht

aber ist dieses hier der Fall, sondern es wird ausdrücklich anzuerkennen sein (vgl. R o r m a n n S. 397 Abs. 2 und 3), daß die frei widerruflichen rechtsvernichtenden Verfügungen auch wegen Gesetzeswidrigkeit der Aufhebungen unterliegen.

Der schwebende rechtswirksame Beschluß v. 11. Mai 1935 ist von dem Amtsrichter durch den Beschluß v. 28. Mai 1935, bevor er eine Bestätigung durch die übergeordnete Stelle gefunden hat, demnach durchaus zu Recht aufgehoben worden. Der Beschluß v. 11. Mai 1935 ist einer Rechtskraft i. S. der StPD. nicht fähig, da er in Betätigung der dem Amtsrichter übertragenen Ausübung des Gnadenrechtes ergangen ist, mithin keine Entsch. auf dem Gebiete der RSP. darstellt, für die allein die Regeln der StPD. gelten. Demnach ist der Beschl. v. 11. Mai 1935 nicht ein solcher i. S. der StPD. und somit nicht nach der Bestimmung des § 304 StPD. anfechtbar. Soweit die Beschlüsse nicht der Rechtskraft fähig sind, sind die Gerichte zudem durchaus auch nach den Grundsätzen der StPD. für befugt zu erachten, auch mangels einer Beschw. von Amts wegen oder auf Antrag Beschlüsse zu ändern oder zurückzunehmen (vgl. G ü n d e l u. Gen., Komm. zur StPD. § 306 Anm. 5a). So kann nach herrschender und durchaus zutreffender Meinung, solange eine Bestätigung des schwebend unwirksamen Beschlusses nicht vorgelegen hat, das Gericht den Beschluß von Amts wegen oder auf Anregung der Staatsanwaltschaft wieder aufheben. Dieses kann auch dann noch geschehen, wenn die Bekanntgabe des Beschlusses v. 11. Mai 1935 an den Beschw. schon erfolgt ist (vgl. G r a u = S c h ä f e r, Preuß. Gnadenrecht, S. 272, 273, 310).

Es ergibt sich mithin, daß der Beschluß v. 11. Mai 1935 mangels Zuständigkeit zu Unrecht ergangen ist und mit Recht wieder aufgehoben ist. Der den Beschluß v. 11. Mai 1935 aufhebende Beschluß v. 28. Mai 1935 hat, soweit nicht in ihm die Anordnung der Strafvollstreckung ergangen ist, auf die Erinnerung (Beschw.) des Angekl. durch die sie aus § 37 Abs. 2 der GnadenD. als übergeordnete Instanzen sich ergebenden Stellen eine Aufhebung nicht gefunden. Der Beschluß v. 11. Mai 1935 ist somit durch diese Stelle nicht bestätigt worden. Für die nach §§ 458, 462 StPD. in dem Beschluß v. 28. Mai 1935 enthaltene Entsch. waren die genannten Instanzen indessen nicht zuständig. Es kann für das Gericht bei der Entsch. gem. §§ 458, 462 StPD. hinsichtlich der in dem Beschluß v. 28. Mai 1935 und 5. Okt. 1935 enthaltenen Anordnung der Strafvollstreckung durchaus dahingestellt bleiben, ob gegen den Aufhebungsbeschluß v. 28. Mai 1935 überhaupt das Rechtsmittel der Beschw. in analoger Anwendung des § 37 Abs. 2 der GnadenD., der nur im Falle der Ablehnung der bedingten Strafaussetzung oder von Strafausstand diese zuläßt, gegeben ist. Im vorl. Falle steht eine die Anwendung der §§ 458, 462 StPD. hindernde Entsch. der Anordnung der Strafvollstreckung nicht entgegen. Sie ist in dieser enthalten, und über diese hat das Gericht nach den Vorschriften der StPD. allein zu entscheiden. Der Beschluß v. 11. Mai 1935 steht somit der Anordnung der Strafvollstreckung gem. §§ 458, 462 StPD. nicht entgegen.

Die Anordnung in dem Beschluß v. 28. Mai 1935 deckt sich inhaltlich mit der Anordnung des Beschlusses v. 5. Okt. 1935, der ja auch auf den erstgenannten Beschluß Bezug nimmt. Die Anordnung ist, wie aus Vorstehendem sich ergibt, begründet und die sofortige Beschw. v. 14. Okt. 1935 gegen den Beschluß v. 5. Okt. 1935 ist mit der Maßgabe als unbegründet zu erachten, daß die Beschlüsse v. 28. Mai 1935, insoweit die Strafvollstreckung in diesem angeordnet ist, und v. 5. Okt. 1935 als einheitliches Ganzes zu bewerten sind, daß weiterhin auch die Beschw. v. 3. Juni 1935, soweit sie sich gegen die in dem Beschluß v. 28. Mai 1935 angeordnete Strafvollstreckung wendet, durch den vorl. Beschluß als erledigt zu betrachten ist.

(LG. Düsseldorf, 5. H. Strk., Beschl. v. 22. Nov. 1935, 14 Qs 358/35 = 29 Bs 34/35.)

Anmerkung: Der Entsch. ist in vollem Umfang zuzustimmen. Das LG. hat sich mit Recht auf den in der preuß. Gnadenpraxis stets vertretenen Standpunkt gestellt, daß in

den Fällen, in denen einer Behörde in gewissem Umfang durch den Träger des Gnadenrechtes oder die von ihm ermächtigte Stelle die Ausübung von Gnadenbefugnissen übertragen worden ist, eine Überschreitung der Befugnisse den Gnadenakt schwebend unwirksam macht. Das heißt: er ist nicht ohne weiteres nichtig, kann vielmehr volle Wirksamkeit dadurch erlangen, daß die sachlich zuständige Stelle (hier: der Oberstaatsanwalt [§ 20 der GnadenD. v. 6. Febr. 1935]) den von der unzuständigen Stelle gewährten Gnadenakt bestätigt. Es entspricht dies dem allgemein anerkannten Grundsatz des öffentlichen Rechts, daß Staats- und Verwaltungsakte, die gegen das Gesetz verstoßen und deshalb fehlerhaft sind, in der Regel nicht nichtig, sondern nur vernichtbar sind (vgl. z. B. von Entsch. aus neuerer Zeit BayObLG.: BayMPrS. 1931, 57). Dabei braucht auf die Frage, ob der Mangel der sachlichen Zuständigkeit eines Gnadenorgans so schwer wiegen kann, daß seine Entschließung nicht nur vernichtbar, sondern nichtig ist (vgl. dazu Pralle, Die Begnadigung als fehlerhafter Staatsakt, Breslau 1934, S. 46 f.), nicht eingegangen zu werden, denn es liegt auf der Hand, daß der Fall, in dem eine Gnadenentschließung von einer Stelle getroffen wird, die mit der Ausübung des Gnadenrechtes in keiner Weise betraut ist, nicht in einem Atem genannt werden kann mit dem hier zur Erörterung stehenden Fall, in dem der tätig gewordenen Stelle — dem Amtsrichter — Gnadenbefugnisse in gewissem Umfang anvertraut sind und sie nur den Rahmen ihrer quantitativ abgegrenzten Ermächtigung überschritten hat. Solange aber die Bestätigung weder erfolgt noch abgelehnt ist, der Schwebezustand also noch andauert, ist die fehlerhaft tätig gewordene Stelle befugt, selbst ihre gesetzeswidrige Maßnahme rückgängig zu machen. Das ist in der preuß. Gnadenpraxis stets anerkannt worden und gilt auch, wie der RSP. in einem Erlaß v. 22. Juni 1935, III a 15918/35, ausgesprochen hat, unter der Herrschaft der GnadenD. v. 6. Febr. 1935, da insoweit keine Änderung der Rechtslage oder der sonstigen Anschauungen eingetreten ist, die zu einer anderen Beurteilung Anlaß geben könnten. Es kann keine Rede davon sein, daß — wie dies Pralle a. a. O. S. 47 annimmt — der Mangel der sachlichen Zuständigkeit bedeutungslos ist, wenn der Begnadigte gnadenwürdig ist und, als er die unzuständige Stelle anging, an deren Zuständigkeit glaubte. Solche Billigkeitsgründe sind bei Vollmächtsüberschreitungen auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts am Platze (§ 179 BGB.), wo es sich im allgemeinen um den Ausgleich vernünftiger Einzelinteressen handelt, aber nicht hier, wenn es sich um die Entsch. der Frage handelt, ob unter Berücksichtigung der Belange der Volksgemeinschaft von der Vollstreckung der verwirkten Strafe abgesehen werden kann. Nebenbei bemerkt hat Pralle die Bedeutung seiner These für die bedingte Aussetzung nicht erörtert, da er — im Anschluß an Peters, Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters, 1932, S. 156 — bestreitet, daß die bedingte Strafaussetzung einen Gnadenakt darstellt und in ihr einen Rechtsakt erblickt (a. a. O. S. 16 f.). Während aber Peters — obschon in rechtlicher Hinsicht seine Auffassung fraglos unzutreffend war — sich immerhin darauf berufen konnte, daß nach der damaligen Regelung praktisch die bedingte Aussetzung, die seit mehr als einem Jahrzehnt in den meisten Ländern den erkennenden Gerichten übertragen war, mit Rücksicht auf Art und Umfang ihrer Anwendung den Charakter des Gnadenerweises verloren habe, kann nach der Neuordnung des Gnadenwesens, wie sie durch das preuß. Strafvollstreckungs- und Gnadenrecht v. 1. Aug. 1933 (GS. 293) und demnächst durch die GnadenD. v. 6. Febr. 1935 durchgeführt worden ist, diese Ansicht auch nicht mit dem geringsten äußeren Schein eines Rechts vertreten werden. Schon die Tatsache, daß nach dem Ges. v. 1. Aug. 1933 wie nach der GnadenD. Gnadenbehörde die Vollstreckungsbehörde ist und auch der Amtsrichter nur in seiner Eigenschaft als Vollstreckungsbehörde bedingte Aussetzung gewähren kann, hat dem Standpunkt von Peters auch äußerlich den Boden entzogen. Und das Hauptargument Pralles, die bedingte Aussetzung könne keine Gnade sein, weil sie von den Staatsanwaltschaften gehandhabt werde, während Gnade nur vom Gnadenträger

empfangen werden könne, ist so handgreiflich falsch, daß sich eine Widerlegung erübrigt. Es würde im Rahmen dieser Anmerkung zu weit gehen, die übrigen Argumente Parallel in einzelnen zu widerlegen; es mag an dieser Stelle der Hinweis genügen, daß § 3 der GnadenD. die Befugnis zur Ausübung einer rechtskräftigen Strafe, also sowohl die be dingte Ausübung (§§ 20 ff. GnadenD.) wie den Strafaus stand (§§ 34 ff.), ausdrücklich als zum Inhalte des Gnaden rechts gehörig hervorhebt.

DÖRR. Dr. R. Schäfer, Berlin.

Amtsgerichte

Weißenfels

23. §§ 2, 223 StGB. Schläge, bei denen der Angegriffene keinen Schmerz spürt, sind in entsprechender Anwendung des § 223 StGB strafbar.†)

Der Angekl. hat am 25. Jan. 1936 den W. durch Schläge mit einem Schlauch angegriffen und ihn auch getroffen. Diese Tat ist kein Vergehen nach dem Wortlaut des § 223, 223 a StGB., da die von W. mit der Innenseite der Hand aufgefange nen Schläge diesem wegen der schwierigen Beschaffenheit der Innenfläche nicht wehtaten. Diese Besonderheit kann aber nach gesundem Volksempfinden den Angekl. nicht straffrei machen. Die Tat war bei normaler Handbeschaffenheit geeignet, eine Körperverletzung gem. § 223 a StGB. herbeizuführen, zumal auch ein Gummischlauch infolge der Möglichkeit, durchziehende Schläge mit ihm auszuüben, als ein gefährliches Werkzeug aufzufassen ist. Infolgedessen rechtfertigte sich die Bestrafung gem. § 2 StGB. i. Verb. m. § 223, 223 a StGB.

(SchöffG. Weißenfels, Ur. v. 12. März 1936, 2 Ls 9/36.)

Anmerkung: Die vorl. Entsch. ist ein Musterbeispiel für eine verfehlte Anwendung des neuen § 2 StGB. Bereits in RGSt. 19, 136 hat das RG. ausgesprochen, daß Stöße und Schläge auch dann als körperliche Mißhandlungen nach § 223 StGB. strafbar sind, wenn sie von dem Gestohlenen oder Ge schlagenen wegen seiner besonderen körperlichen Beschaffenheit nicht empfunden werden. Infolgedessen kann im vorl. Falle von einer rechtschöpfenden Anwendung der §§ 2, 223 keine Rede sein.

DÖRR. Dr. R. Schäfer, Berlin.

Reichsarbeitsgericht

Berichtet von Rechtsanwalt Dr. W. Doppermann, Dresden

**24. § 41 Abs. 3 BRÄndG. v. 30. Juni 1933 (RGBl. I, 433). Der Ausschluß des Rechtswegs erstreckt sich nicht auf die Frage, ob ein Beamter oder Angestellter in den Kreis der vom BRÄndG. betroffenen Personen gehört.

Der Kl. wurde am 25. April 1934 als Büroassistent bei der kgl. Ortskrankenkasse eingestellt. Mit Schreiben v. 22. Dez. 1934 wurde ihm eröffnet, daß seine Bezüge den Bezügen vergleichbarer Staatsangestellter angeglichen und v. 1. Jan. 1935 an herabgesetzt würden.

Der Kl. hält die Herabsetzung für unzulässig und verlangt Nachzahlung. Die Klage wurde in zwei Rechtszügen wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs abgewiesen.

Das BG. hat den Rechtsweg nach § 41 Abs. 3 BRÄndG. v. 30. Juni 1933 (RGBl. I, 433) schon deshalb für schlechthin unzulässig erklärt, weil die Gehaltsherabsetzung in Durchführung dieses Gesetzes erfolgt sei. Darin kann dem angefochtenen Urteil nicht gefolgt werden. Der Kl. bestreitet, daß gegen ihn nach dem BRÄndG. verfahren werden konnte, weil er erst nach dem in § 48 des Gef. für die Ausübung des Gesetzes vorgesehenen Zeitpunkt in die Dienste der Bekl. getreten sei, also die Maßnahme gegen ihn nicht in Durchführung dieses Gesetzes erfolgt sein könne. Für die Frage,

ob der Kl. in den Kreis der von dem BRÄndG. betroffenen Personen gehört, ist der Rechtsweg durch § 41 Abs. 3 nicht ausgeschlossen. Erst unter dieser Voraussetzung kann die gegen ihn verfügte Gehaltsherabsetzung eine in Durchführung des § 40 des Gef. getroffene Maßnahme sein. Die Annahme des Bl., daß § 41 Abs. 3 dadurch anwendbar geworden sei, daß die Maßnahme in Durchführung des Angleichungsgesetzes erfolgt ist, enthält den unmöglichen Schluß, daß die Anwendung des Gesetzes es anwendbar mache. Richtig kann aber erst die Anwendbarkeit die Maßnahmen zur Durchführung des Gesetzes tragen und entzieht die nach dem Gesetz getroffenen Maßnahmen der Verwaltungsbehörden der richterlichen Nachprüfung. Bis dahin ist der Rechtsweg durch den Wortlaut des Gesetzes nicht ausgeschlossen. Auch die bisherige Rspr. (RÄrbG. 14, 81 [86] = JW. 1934, 1986) hat diesen Standpunkt eingenommen.

Die Bezugnahme auf die Rspr. zu § 5 Abs. 5 der 2. DurchfW.D. v. 4. Mai 1933 zum BWSG. v. 7. April 1933 (RGBl. I, 233 und 175) in RÄrbG. 15, 337 = JW. 1936, 525 und 14, 248 (254) = JW. 1935, 729 ist abwegig, weil die Bestimmungen die Zulässigkeit des Rechtswegs verschieden abgrenzen.

(RÄrbG., Ur. v. 21. März 1936, RAG 5/36. — Chemnitz.)

Reichsfinanzhof

Berichtet von den Senatspräsidenten Arlt und Bodenlein und den Reichsfinanzräten Ott und Sölk

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

× 25. §§ 7 Abs. 3, 15 Abs. 1 Nr. 4, 13, 30 Abs. 4 EinkStG. 1925; § 215 ABG.D.

1. Das negative Kapitalkonto eines Gesellschafters einer Personengesellschaft ist im Falle des Konkurses der Gesellschaft dann als Verlust auszubuchen, wenn damit zu rechnen ist, daß dieser Gesellschafter nicht in der Lage ist, das negative Kapitalkonto abzudecken und wenn der wahre Wert der Beteiligung nicht etwa infolge Vorhandenseins stiller Reserven positiv ist.

2. Die Streichung des negativen Kapitalkontos eines Gesellschafters bedeutet für diesen regelmäßig keinen Gewinn.

3. Ein in Konkurs geratener Steuerpflichtiger kann Verluste nach § 15 Abs. 1 Nr. 4 EinkStG. 1925 insoweit nicht vortragen, als sie auf Schulden entfallen, die voraussichtlich von dem Kaufmann nicht getilgt werden. In gleichem Umfange können solche Verluste auch nicht mit anderen positiven Einkünften nach § 7 Abs. 3 EinkStG. 1925 ausgeglichen werden.†)

Die von den Gesellschaftern H. und A. betriebene DGG. hat am 15. Dez. 1931 den Konkurs angemeldet. Sie erklärte für diesen Zeitpunkt einen Verlust von 12 263 RM. Das FinA. stellte einen Gewinn von 20 093 RM fest, der auf jeden Gesellschafter mit 10 046 RM entfiel. Hierzu kam das FinA. dadurch, daß es die Abschreibung des negativen Kapitalkontos des Gesellschafters A. in Höhe von 32 356 RM nicht anerkannte. Der Gesellschafter H. verlangte die Anerkennung der Abschreibung, weil A. vollständig vermögens- und einkommenslos war.

Das FinGer. hat die Abschreibung abgelehnt. Es sei davon auszugehen, daß in den Büchern der DGG. der Gewinn und Verlust der DGG. zu ermittelt sei, der sich aus den Geschäften ergebe, die die DGG. betreibe. Ob nach Buchung des Gewinnes oder des Verlustes der eine Teilhaber ein negatives Kapitalkonto bekomme oder nicht, sei für die Errechnung des Gewinnes oder Verlustes der Gesellschaft für die betr. Jahre gleichgültig. Das sei eine Buchung, die erst nach Feststellung des Gewinnes oder Verlustes erfolge. Nach der Rspr. des Sen.

(Urt. v. 24. Juni 1931, VI A 1311/29 = StW. 1931 Nr. 890) sei die Zulässigkeit einer Abschreibung auf das negative Kapitalkonto von den Folgerungen abhängig, die die Mitgesellschafter aus der Tatsache der Unterbilanz eines Gesellschafters gezogen hätten. Im vorl. Falle sei das Kapitalkonto des Mitgesellschafters A. bereits Ende 1927 negativ gewesen. Trotzdem seien ihm weitere Entnahmen gestattet worden. Aus der Tatsache, daß sich die Überschuldung in den nächsten Jahren trotz Erzielung von Gewinn vergrößert habe, müsse angenommen werden, daß der Gesellschafter H. die Lage nicht so ungünstig gehalten habe, daß sich eine größere Abschreibung rechtfertigen ließe. Da die Kapitalkonten beider Gesellschafter am Ende des Steuerabschnitts 1931 günstiger gestanden hätten als am Anfang des Steuerabschnitts, könne auch nicht anerkannt werden, daß das negative Kapitalkonto des A. allein die Veranlassung zum Konkursantrag gegeben habe. Das werde auch dadurch bestätigt, daß der Gesellschafter H. zwei Tage nach Eröffnung des Konkurses den Geschäftsbetrieb für eigene Rechnung fortgesetzt habe.

Die hiergegen eingelegte R.Beschw. der Firma ist begründet.

I. 1. Es entspricht dem Ziel und Gegenstand der einheitlichen Gewinnermittlung, daß die von den einzelnen Beteiligten auf Grund ihrer Beteiligung erzielten Gewinne (oder Verluste) festzustellen sind; nicht etwa der Gewinn der OHG. als solcher. Die Beweisführung der Vorbehörde ist daher nicht unbedenklich, wenn sie davon ausgeht, daß es allein auf die Gewinnermittlung der OHG. ankomme. Denn es ist für die Feststellung des Gewinnes (oder Verlustes) der einzelnen Gesellschafter nicht ohne Einfluß, wie der Gewinn (oder Verlust) auf die einzelnen Gesellschafter zu verteilen ist.

2. Im vorl. Fall ergab sich aus dem Vergleich des Anfangs- und Endvermögens der OHG. ein Gewinn von 18 486,58 *R.M.* Es handelte sich um eine Bilanz, die für den Tag der Konkurseröffnung aufgestellt worden ist. Der Gesellschafter H. hatte durch seinen Gewinn im Steuerabschnitt 1931 sein aktives Kapitalkonto zunächst buchmäßig um 9243,29 *R.M.* verbessert. Auch der Gesellschafter A., der ein negatives Kapitalkonto besaß, hatte dieses negative Kapital durch den Gewinn im laufenden Steuerabschnitt um 9243,29 *R.M.* verbessert. Gegen eine Gewinnermittlung von je 9243,29 *R.M.* für jeden Gesellschafter, wie das die Vorbehörden erstreben, wäre dann nichts einzuwenden, wenn über das Vermögen der OHG. nicht das Konkursverfahren eröffnet worden wäre, sondern die OHG. weitergeführt worden wäre und wenn der Gesellschafter H. fernerhin die Entnahmen des A. geduldet hätte. So liegen im vorl. Fall die Verhältnisse aber nicht. Entgegen dem Tatbestand in der Entsch. v. 24. Juni 1931, VI A 1311/29 = StW. 1931 Nr. 890, auf die sich das FinGer. bezieht, wird im vorl. Falle die OHG. nicht weitergeführt. Am Tage der Konkurseröffnung (15. Dez. 1931) stand fest, daß der Gesellschafter A. mittellos war, und daß er sein negatives Kapitalkonto von 22 309,98 *R.M.* nicht abdecken konnte. Soweit keine stillen Rücklagen vorhanden waren, mußte der Gesellschafter H. damit rechnen, sein buchmäßiges Kapitalkonto von 12 929,27 *R.M.* (einschließlich Gewinn von 9243,29 *R.M.*) verloren war, und daß er darüber hinaus wegen der Mittellosigkeit seines Mitgesellschafters allein von den Gläubigern bis zur Höhe von 9380,71 *R.M.* in Anspruch genommen wurde. Hiernach würde der Verlust für den Gesellschafter H. auf (12 929,27 - 9243,29 + 9380,71 =) 13 066,69 *R.M.* festzustellen sein.

3. Diese Gewinnermittlung wäre dann bedenklich, wenn etwa noch stille Reserven in Form eines Geschäftswerts vorhanden gewesen wären. Denn der wahre Wert der Beteiligung kann trotz eines buchmäßigen negativen Kapitalkontos beim Vorhandensein innerer Reserven positiv sein. Der ohne Berücksichtigung der Abschreibung des negativen Kapitalkontos ausgewiesene Gewinn von 18 486,58 *R.M.* zwingt allein nicht zu der Annahme des Vorhandenseins eines Geschäftswerts. Denn der Gewinn im streitigen Steuerabschnitt beruht zum Teil auch auf der Auflösung einer in früheren Jahren gelegten Reserve von 7065 *R.M.* Der Gesellschafter H. hat kurz nach der Eröffnung des Konkurses sich als Provisionsvertreter für Fahrradteile niedergelassen und führt damit einen gleichen

Betrieb wie vorher die OHG. Es ist zwar anzunehmen, daß er Kunden und Vertretungen der in Konkurs geratenen OHG. übernommen hat. Berücksichtigt man jedoch, daß er in Zeiten schwersten wirtschaftlichen Niedergangs (Dez. 1931) den Betrieb begonnen hat und berücksichtigt man weiter, daß der Einnahmehüberschuß seines neu gegründeten Betriebs Ende Okt. 1932 nur 4664,27 *R.M.* betrug, dann kann der Geschäftswert, wenn überhaupt ein solcher anzunehmen ist, nicht nennenswert sein. Der Sen. glaubt daher von der Feststellung eines Geschäftswerts Abstand nehmen zu können.

4. Nun könnte die Feststellung eines Verlustanteils von 13 066,69 *R.M.* für den Gesellschafter H. mit Rücksicht auf die Ausgleichsmöglichkeit gegenüber anderen positiven Einkünften nach § 7 Abs. 3 EinfStG. deshalb bedenklich sein, weil unterstellt worden ist, daß der Gesellschafter H. die Gläubiger vollständig befriedigt. Erfahrungsgemäß handelt es sich in solchen Fällen aber meistens nur um einen buchmäßigen Verlust, weil die Gläubiger nicht oder nicht voll befriedigt werden, so daß ein Ausgleich mit positiven Einkünften deshalb nicht geboten erscheint, weil nicht der StPfl., sondern die Gläubiger den Verlust erlitten haben (vgl. die Ausführungen unter II). Tatsächlich hat später der Gesellschafter H. die Forderungen der Gläubiger für 15—20% des Nennwerts gekauft. Er hat also durch Befriedigung der Gläubiger nicht 9380 *R.M.*, sondern etwa nur 1500—1800 *R.M.* verloren. Eine ziffernmäßige Feststellung erübrigt sich für das Streitjahr jedoch im vorl. Falle, weil andere positive Einkünfte, die mit dem Verlust zu verrechnen wären, im vorl. Falle nicht vorhanden sind und weil die Höhe des Verlustes allein Bedeutung für die Höhe des Verlustvortrages hat. Die Höhe des Verlustvortrages ist jedoch erst im folgenden Steuerabschnitt festzusetzen, und zwar endgültig im Einzelveranlagungsverfahren.

II. Der Gesellschafter H. befindet sich in einem Irrtum, wenn er annimmt, daß er berechtigt sei, den Gesamtverlust von 13 066,69 *R.M.* vorzutragen. Der Senat hat in einer neueren Entsch. v. 27. Nov. 1935, VI A 820/35 festgestellt, daß ein in Konkurs geratener Kaufmann Verluste insoweit nicht vortragen darf, als sie sich nur in Schulden auswirken, die voraussichtlich von dem Kaufmann nicht getilgt werden. In der Entsch. wird ausgeführt, daß die Zulassung des Verlustvortrages dem Kaufmann gestattet will, Verluste, die er erlitten hat, und die in dem einen Jahre bei der Veranlagung nicht zur Auswirkung gekommen sind, in einem späteren Jahre, wenn er Gewinn hat, zur Anrechnung zu bringen. Das setze aber voraus, daß es sich um Verluste handle, die der Kaufmann wirtschaftlich selbst trage und nicht um Verluste, die wirtschaftlich nicht ihn, sondern im wesentlichen seine Gläubiger berührten. Deshalb könne der Verlustvortrag nicht zugelassen werden für reine Buchverluste, die den StPfl. nur buchmäßig belasteten, bei denen aber voraussichtlich nicht in Frage komme, daß der StPfl. ihr etwa etwas leiste. Ein anderer Standpunkt würde darauf hinauskommen, dem StPfl. Verluste, die tatsächlich die Gläubiger zu tragen haben, steuerlich als eigene Verluste zuzurechnen. Die Sache könnte dann anders liegen, wenn z. B. der StPfl. am Anfang des Steuerabschnitts ein Kapital von 30 000 *R.M.* gehabt hätte und er nach Privatentnahmen von 5000 *R.M.* beispielsweise mit einem Verlust von 100 000 *R.M.* abgebrochen hätte. Dann würde es dem Zweck des Gesetzes entsprechen, ihm einen Verlustvortrag von 25 000 *R.M.* zu gestatten.

Unter Anwendung dieser Grundsätze ergibt sich für den vorl. Fall folgendes: Der Verlust von 13 066,69 *R.M.* entfällt mit 3685,98 *R.M.* auf das bereits am 1. Jan. 1931 vorhanden gewesene aktive Kapitalkonto des Gesellschafters H. (abzüglich der Privatentnahmen) und mit 9380,71 *R.M.* auf Gläubigerforderungen. Die erstgenannten 3685,98 *R.M.* sind vortragsfähig. Die weiteren 9380,71 *R.M.* sind nur insoweit vortragsfähig, als der StPfl. tatsächlich Aufwendungen gemacht hat. Diese wird der StPfl. zur Berechnung der Höhe des Verlustvortrages im folgenden Steuerabschnitt nachweisen müssen.

III. Hiernach ist der Verlust einheitlich auf 3823,40 *R.M.* festzustellen. Auf den Gesellschafter H. entfällt ein Verlust von 13 066,69 *R.M.* und auf den Gesellschafter A. ein Gewinn von 9243,29 *R.M.* A. hat diesen Gewinnanteil auch durch Abheben von seinem Kapitalkonto bezogen. Dagegen ist die Ansicht

des Gesellschafters H. nicht richtig, daß auf den Gesellschafter A. ein Gewinnanteil in Höhe des abgeschrieben Kapitalkontos von 31 553,27 *R.M.* entfallen müsse. Denn für den Gesellschafter A. bedeutet die Streichung des negativen Kapitalkontos keinen Gewinn, da die Forderung des H. an A. wertlos war und der Erlaß einer wertlosen Forderung dem Schuldner nicht als Gewinn angerechnet werden kann (vgl. Entsch. v. 3. Juli 1935, VI A 652/34 = StW. 1935 Nr. 540 = JW. 1935, 3668⁵³).

(RFG., 6. Sen., Ur. v. 5. Febr. 1936, VI A 690/34.)

Anmerkung: I. Um das Verständnis für die zahlenmäßigen Berechnungen des Urteils zu erleichtern, muß aus dem nicht abgedruckten Teil zunächst mitgeteilt werden, daß der RFG. auch das gesamte Bilanzergebnis gegenüber dem FinGer. geändert hat. Hiernach zeigt die Bilanz vor der Verteilung des Gewinnes folgendes Bild:

Verschiedene Aktiva	553,18	Verschiedene Passiva	9938,89
Konto A	31553,27	Konto H	3685,98
		Gewinn	18486,58
	<u>32111,45</u>		<u>32111,45</u>

Wird dieser Gewinn auf beide Gesellschafter je zur Hälfte zerlegt, so stellt sich der Anteil des A. auf minus 22 309,98 *R.M.*, der des H. auf plus 12 929,27 *R.M.* Die übrigen Passiva übersteigen die Aktiva um 9380,71 *R.M.*, und diesen Betrag schuldet H. nach wie vor den Gläubigern, sein Rückgriffsanspruch gegen A. ist wertlos.

II. Mit erfreulicher Deutlichkeit betont der RFG., daß es steuerlich keine Gewinnfeststellung der D.G. (oder einer sonstigen Gemeinschaft) gibt, sondern eine *gemeinschaftliche* Feststellung des Gewinnes für die mehreren einzelnen Beteiligten; der „gemeinschaftlich festgestellte“ Gewinn ist die Summe der Gewinnanteile der Einzelnen, er wird zwar in der Regel mit dem bilanzmäßig festgestellten Bilanzgewinn der Gemeinschaft übereinstimmen, aber diese Regel unterliegt einigen Ausnahmen, und eben mit den Voraussetzungen solcher Ausnahmen befaßt sich die vorl. Entsch.

III. Diese Voraussetzungen sind streng, sie werden im Anschluß an die bisherige Rspr. noch einmal zusammengefaßt: Wenn und solange die übrigen Gesellschafter das negative Kapitalkonto dulden und weitere Entnahmen gestatten, sollen sie auch steuerlich keine Folgerungen ziehen dürfen. Es kann fraglich sein, ob man diesen Satz ohne Einschränkung anwenden kann und muß; denkbar wäre es, daß dem kapitalschwachen Gesellschafter gestattet wird, bescheidene Entnahmen zu machen, um seinen Lebensunterhalt zu bestreiten, dabei aber gleichzeitig durch Auffsparung der Gewinne sein Schuldkonto auszugleichen. Hier spricht manches dafür, den übrigen Gesellschaftern steuerlich eine gewisse Berücksichtigung des negativen Kapitalkontos wenigstens insoweit zu gestatten, als sie nach Lage der Dinge mit einer wirklichen Inanspruchnahme durch die Gläubiger rechnen müssen. Diese persönliche Inanspruchnahme wird freilich praktisch insoweit keine Rolle spielen, als der Geschäftsbetrieb tatsächlich fortgeführt wird. Im vorl. Falle bestand kein Anlaß zur näheren Erörterung dieser Frage, weil der Betrieb infolge Konkurses tatsächlich eingestellt war.

IV. Mit den Ausführungen über die Berechnung der Höhe des Verlustes für H. wird man sich ebenfalls einverstanden erklären können. Es steht jedenfalls fest, daß die Zahlen der Einkommensteuerbilanz nicht schlechthin maßgebend sein können. Wenn und soweit stille Reserven vorhanden sind, muß das negative Kapitalkonto zunächst um den Anteil des A. an diesen Reserven vermindert werden. Es liegt hier ähnlich, wie wenn A. aus der Gesellschaft ausscheiden und seine Restschuld abdecken würde. Mit dieser Erwägung ist auch der an sich naheliegende Einwand zu widerlegen, daß diese Berücksichtigung der stillen Reserven auf eine unzulässige Besteuerung nicht realisierter Gewinne hinauslaufe. Allerdings wird man hier eine Einschränkung machen dürfen: wenn das Geschäft von dem andern Gesellschafter allein weitergeführt wird, so kann er zwar das negative Kapitalkonto des zahlungsunfähigen ausgeschiedenen Gesellschafters nur insoweit abziehen, als es über dessen Anteil an den stillen Reserven hinausgeht, aber

dieser Anteil ist dann auch steuerlich realisiert, ebenso wie wenn der Gesellschafter regelrecht ausgeschieden wäre. Es müssen die gleichen Grundsätze zur Anwendung kommen, d. h. es können die Anteile an den stillen Reserven aktiviert und gegebenenfalls abgeschrieben werden.

In diesem Zusammenhang ist es besonders erfreulich, daß das Urteil sich sichtlich bemüht, eine Zurückverweisung zwecks näherer Feststellung der stillen Reserven zu vermeiden. Die Beschränkung der tatsächlichen Nachprüfung auf die VerJnst. soll zu einer Entlastung des RFG. führen, aber nicht zu einer unnötigen Verzögerung des Verfahrens. Hoffentlich fährt der Senat auf diesem Wege weiter fort.

V. Mit der Feststellung des Verlustanteils für H. hätte das Urteil abschließen und alles weitere dem Veranlagungsverfahren für die persönliche Einkommensteuer überlassen können. Das Urteil erörtert aber anschließend noch zwei weitere Fragen, nämlich die des Verlustvortrages und die des Verlustausgleichs. In dem ersten Punkt wird die bisherige Rspr. aufrechterhalten, es ist dagegen nichts einzuwenden, die Frage wird auch mit dem Fortfall des Verlustvortrages ihre Bedeutung verlieren. Zweifelhafter ist aber die Stellungnahme zu dem zweiten Punkt. Zunächst will es bedenklich erscheinen, ob es überhaupt angängig ist, bei der gemeinschaftlichen Feststellung des gewerblichen Gewinnes oder Verlustes überhaupt das Vorhandensein und die Höhe des sonstigen Einkommens zu berücksichtigen. Soweit ein gewerblicher Verlust durch Sanierungsmaßnahmen beseitigt ist, steht es zwar fest, daß er nicht mit sonstigen Einkünften auszugleichen ist, es ist aber doch ein erheblicher Schritt weiter, wenn dieses Verbot des Ausgleichs auch auf den Fall ausgedehnt wird, wo ein Sanierungsgewinn noch gar nicht entstanden, seine Entstehung vielmehr durchaus ungewiß ist. Nur wenn zur Zeit der Bilanzaufstellung (bzw. der Veranlagung) schon feststeht, daß die Schulden durch Sanierung vermindert werden, wird man dies schon bei der Veranlagung für das abgelaufene Jahr berücksichtigen dürfen. Insofern liegt es hier wesentlich anders als beim Verlustvortrag.

RA. Dr. Delbrück, Stettin.

Reichsverfassungsgericht

Berichtet von Senatspräsident Dr. Arendts, Berlin

[** Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsverfassungsgerichts abgedruckt]

**** 26.** Verurteilung auf Grund des § 1 Nr. 4 des Ges. zur Gewährleistung des Rechtsfriedens v. 13. Okt. 1933 (RGBl. I, 723) ist eine Verurteilung wegen Hochverrats i. S. des § 61 Abs. 1 Nr. 4 RVerfG.

(RVerfG., Ur. v. 9. Dez. 1935, M 2838/35, 3; Grundf. Entsch.)

*

27. Dienen Gerichtsvollzieher als Dienstaufwand zustehenden Gebührenanteile und Schreibgebühren sind beim Ruhen der Verforgungsgebühren nach § 62 RVerfG. i. d. Fassung des Ges. v. 28. Juli 1925 nicht zu berücksichtigen.

(RVerfG., Ur. v. 6. Dez. 1935, M 313/34, 2.)

*

28. Das Vorliegen öffentlicher Mittel wurde bejaht: beim Unternehmen „Reichsautobahn“ (RVerfG., Entsch. v. 28. Sept. 1935, M 3942/35, 2), ferner bei der RSDA. und ihren Gliederungen, soweit sie keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzen.

(RVerfG., Entsch. v. 1. Febr. 1936, M 10 772/35, 9.)

Preussisches Oberverwaltungsgericht

29. § 15 PrFluchtG. v. 2. Juli 1875 (GS. 561); § 70 PrVWG. v. 30. Juli 1883 (GS. 195). Verwaltungsstreitverfahren. Anliegerbeiträge. Gem. § 24 Abs. 2 WD. v. 3. Sept. 1932 (GS. 283) i. d. Fass. d. WD. v. 17. März 1933 (GS. 43) ist an Stelle des KreisVerwGer. das BezVerwGer. nur dann zuständig, wenn ein Kreis Kommunalverband und eine Kreisangehörige Gemeinde einander als Prozeßparteien gegenüberstehen. Als „Dritter“ kann nach § 70 VWG. zum Streitverfahren nicht eine Person beigegeben werden, die selbst Partei ist oder in die Rolle einer Partei gebracht werden kann. Die Gemeinden sind nicht befugt, auf noch nicht fällige Anliegerbeiträge Vorschüsse auf Grund § 15 FluchtG. einzufordern.

Auf Grund Beschlusses der städtischen Körperschaften in M. v. 23. Juli 1930 erging am 7. Aug. 1930 folgende Heranziehungsverfügung an B.:

„Nachdem Ihr Wohngebäude ... an der Gartenstraße errichtet und die genannte Straße nunmehr ausgebaut worden ist, sind die gem. § 13 Ortsstatut v. ... fälligen Anliegerbeiträge zu zahlen. Da aber die Verschleißdecke noch nicht aufgelegt ist, stehen die Anliegerbeiträge noch nicht endgültig fest. Die städtischen Körperschaften haben daher beschließen, auf die zu zahlenden Beträge Vorschüsse von 20 RM je laufenden Meter Straßenlänge zu erheben.“ (Folgt Berechnung des Vorschusses.)

Nach vergeblichem Einspruch richtete B. an den Magistrat am 1. Nov. 1933 eine neue „Einspruchsschrift“, die das KreisVerwGer. M. als Klage behandelte. Am 11. Dez. 1933 hat dann B. noch eine Klage an das BezVerwGer. gerichtet, das sie an das KreisVerwGer. abgab. Am 29. Mai 1934 legte das KreisVerwGer. die Akten dem BezVerwGer. zur zuständigen weiteren Veranlassung vor, weil eine Zuständigkeit des KreisVerwGer. nicht gegeben sei; denn auch der Kreis sei als Patronatsvertreter des Realgymnasiums zu Anliegerbeiträgen herangezogen worden und daher beteiligt. Auf Anregung des BezVerwGer. beantragte der Kreis Kommunalverband M. seine Beiladung. Das BezVerwGer. erkannte auf Abweisung der Klage, indem es gleichzeitig dem Antrag auf Beiladung des Kreis Kommunalverbandes M. entsprach. Auf Rev. des Kl. setzte das OVG. die Heranziehungsverfügung v. 7. Aug. 1930 außer Kraft.

Der Streit der Parteien betrifft den Anliegerbeitrag für den Ausbau der Gartenstraße in der Stadt M. M. ist Kreisangehörige Stadt; die Annahme des BezVerwGer., es sei zur Entsch. im gegenwärtigen Streitfall berufen, ist unzutreffend.

Nach § 24 Abs. 2 VereinfachungsWD. v. 3. Sept. 1932 i. d. Fass. des Art. IX Nr. 8 WD. v. 17. März 1933 ist VerwGer. erster Instanz, soweit nicht der Kreis beteiligt ist, für alle Angelegenheiten, in denen vom Landrat beaufsichtigte Gemeinden beteiligt sind, der Kreis Ausschuss — jetzt das KreisVerwGer. gem. § 2 VpG. v. 15. Dez. 1933 (GS. 479) —. In der Ausf. v. 25. März 1933 (MBl. 328) ist unter Nr. 60 der § 24 Abs. 2 a. a. D. im Verhältnis zum § 59 VWG. dahin erläutert worden, „daß die Zuständigkeit des Kreis Ausschusses entfällt, sobald auf der einen Seite Gemeinden usw. der in § 24 bezeichneten Art, auf der anderen Seite der Kreis beteiligt sind“. Dabei versteht es sich von selbst, daß im Verwaltungsstreitverfahren Gemeinde und Kreis als Kl. und Bekl. einander gegenüberstehen müssen, nur dann ist die Zuständigkeit eines VerwGer. überhaupt gegeben. In der Streitfache, um die es sich hier handelt, ist Bekl. zwar der Bürgermeister als Vertreter der Stadt M., Kl. aber lediglich der Grundstückseigentümer W. Kreis und Gemeinde stehen einander nicht in den Partierollen des Streitverfahrens gegenüber; zuständig war also das Kreis-

VerwGer. Ob und inwieweit gem. § 59 VWG. ein anderes KreisVerwGer. deshalb, weil auch der Kreis an der Gartenstraße ein Grundstück besitzt, bestellt werden könnte, ist hier nicht zu erörtern; das BezVerwGer. war zur Entsch. im vorl. Streitfalle jedenfalls nicht zuständig.

Die Zuständigkeit des BezVerwGer. konnte aber auch nicht durch die Beiladung des Kreises M. zu dem hier zu entscheidenden Verwaltungsstreit begründet werden. Nach § 70 VWG.

kann das Gericht auf Antrag oder von Amts wegen die Beiladung Dritter, deren Interesse durch die zu erlassende Entsch. berührt wird, verfügen.

Wie sich aus dem Gesetz unmittelbar ergibt und vom OVG. wiederholt (vgl. OVG. 17, 27; 21, 214) anerkannt worden ist, ist der Beigeladene niemals selbst Prozeßpartei. Er wird auch nicht Mitpartei oder Streitgenosse, auch nicht Parteivertreter. Zu den Parteien tritt er in ein prozeßrechtliches Verhältnis überhaupt nicht. Er braucht sich keiner Partei anzuschließen, er kann jeder Partei entgegen treten. Auch dann, wenn er einer Partei sich anschließt, tritt er zu ihr nicht in ein prozeßrechtliches Verhältnis; vielmehr steht er neben den Parteien und verfolgt seine eigenen Rechte. Dies können immer nur Rechte sein, die dem Beigeladenen aus der Streitfache selbst, zu der er beigegeben ist, erwachsen, z. B. dem Eigentümer eines Grundstücks bei einem Streit über dessen kommunale Eigenschaft. Das OVG. hat daher Rechtsmittel des Beigeladenen stets nur dann zugelassen, wenn der Beigeladene durch das von ihm angefochtene Ur. in seinen eigenen, seiner Verfügung unterliegenden Rechten verletzt wird (OVG. 63, 310; RuPrVerwBl. 55, 524). Diese Voraussetzung liegt dann nicht vor, wenn eine Gemeinde eine Gemeindeabgabe aus dem gleichen Grunde von mehreren Pflichtigen fordert. Diese Abgabepflichtigen mag ein gemeinsames Interesse verbinden, ihre Ansprüche stehen aber völlig selbständig nebeneinander; im Streitfall muß über jeden einzelnen Freistellungsantrag besonders entschieden werden, nur damit wird ein solcher Anspruch zu Gunsten oder zu Ungunsten des Pflichtigen endgültig erledigt. Durch eine Beiladung könnte an dieser Rechtslage nichts geändert werden, dem geladenen Abgabepflichtigen steht aus dem Streitverhältnis des klagenden Pflichtigen kein Recht zur Seite; mit seinen eigenen Einwendungen gegen die Abgabeforderungen kann er nicht gehört werden, ihm gegenüber könnte die Entsch. niemals gültig werden; auch bei einer dem klagenden Pflichtigen ungünstigen Entsch. bleibt es der selbständigen Entschließung des anderen Pflichtigen überlassen, ob er seinerseits und ohne Rücksicht auf gleiche Streitfachen seinen Freistellungsanspruch durchsetzen will. Der Abgabepflichtige, der für seine Person einen Abgabestreit aus gleichem Grunde wie ein anderer Abgabepflichtiger durchsetzen kann, kann also niemals Dritter i. S. des § 70 VWG. sein; wie eine Prozeßpartei selbst nicht Dritter ist, so auch nicht eine Person, die in die Stellung einer Prozeßpartei gebracht werden kann (siehe Brauchitsch, Bd. 1, 24. Aufl., S. 103); das sind jedenfalls Abgabepflichtige, denen nebeneinander, aber jedem besonders eine Abgabepflicht aus demselben Grunde auferlegt ist und die sie jeder für sich bekämpfen.

Hier hat Kl., der ein Grundstück an der Gartenstraße besitzt, seine Verpflichtung zur Leistung von Anliegerbeiträgen für den Ausbau der Gartenstraße bestritten; der Streit war also nur zwischen dem Abgabegläubiger und dem Abgabepflichtigen zu entscheiden. Der Kreis besitzt ebenfalls ein Grundstück an der Gartenstraße, hieraus erwächst ihm aber kein in der Streitfache B. zu vertretendes Recht; er kann in dieser Streitfache nicht Dritter i. S. von § 70 VWG. sein. Die Beiladung war also sachlich unzulässig, so daß es keiner Prüfung bedurfte, ob im vorl. Falle überhaupt durch Beiladung eine andere als die gewöhnliche Zuständigkeit begründet werden konnte. Daß im übrigen eine Beiladung von Abgabepflichtigen, die nur freiwillige Streitgenossen sein können, zu ganz unmöglichen Folgen führen müßte, sei nur nebenbei erwähnt.

Das Ur. des BezVerwGer., das mit Unrecht seine Zu-

ständigkeit zur Entsch. der vorl. Streitfrage angenommen hat, war demnach aufzuheben. Bei freier Beurteilung ist die Sache spruchreif.

Nach § 15 FluchtG. entsteht die Pflicht zur Erstattung von Straßenherstellungskosten, sobald ein Gebäude an der Straße errichtet und die Straße programmäßig hergestellt worden ist. Durch Ortsstatut kann die Gemeinde bestimmen, daß einzelne vollständig ausgeführte Leistungen gesondert erstattet werden; derartige Leistungen sind aber nur die im Ges. vorgesehenen vier Arten von Leistungen, darunter die erste Einrichtung der Straße. Hier hat die Gemeinde von den Anliegern Vorschüsse auf die zu zahlenden Anliegerbeiträge mit der Begr. gefordert, daß die Verschleißdecke noch nicht aufgelegt sei. Das war unzulässig. Eine Pflicht der Anlieger, Vorschüsse zu zahlen, kennt das FluchtG. nicht; die Anliegerbeiträge selbst waren, weil die Straße noch nicht hergestellt ist, noch nicht fällig; im Wege der Spaltung einen Teil der Kosten einzuziehen, war ebenfalls unzulässig, weil das Ortsstatut die Möglichkeit einer Spaltung nicht vorsieht, übrigens nach § 5 daselbst zur ersten Einrichtung auch mehr Arbeiten als nur die Aufbringung der Verschleißdecke gehören.

Der Bekl. hat hiernach die Anlieger verfrüht herangezogen; die Heranziehungsverfügung und der Einspruchsbescheid mußten daher außer Kraft gesetzt werden.

(PrDVG., 2. Sen., Urt. v. 3. Dez. 1935, II C 92/35.)

*

30. PolWfg. Baudispens. Ein Baudispens kann auch befristet erteilt werden. Die aus der allgemeinen baurechtlichen Bestimmung sich ergebende Rechtswidrigkeit eines Baues wird in solchem Falle durch den Dispens nur für die in dem Dispens angegebene Frist beseitigt und tritt nach Ablauf der Frist ohne weiteres wieder ein. Eine PolWfg., die ihre Rechtfertigung in einer PolW.D. findet, ist als eine unselbständige Wfg. auch dann anzusehen, wenn sie zugleich unmittelbar auf § 14 PolWermG. (insbes. wegen Vorliegens einer konkreten Gefahr) gestützt werden könnte und von der Polizei oder den Vorinstanzen darauf gestützt worden ist.

S. hat in den Jahren 1919—1922 am R.-Platz in R. in der Nähe der A.-Kirche 1 Wohnhaus, 1 Werkstättengebäude und 2 Holzschuppen errichtet. Die Umfassungsmauern sind bei sämtlichen Gebäuden entgegen der Vorschrift des § 20 Ziff. 1 der damals geltenden BauD. für die Stadt R. vom 7. März 1911 nicht massiv ausgeführt, bei dem Wohnhaus und dem Werkstättengebäude auch nicht, wie in § 21 Ziff. 1 a. a. D. vorgeschrieben, als Brandmauern ausgebildet. Das Werkstättengebäude und die Schuppen besitzen ferner nicht den in § 13 Ziff. 2 a. a. D. vorgeschriebenen Abstand von 5 m von der Nachbargrenze. Der BezAusSch. hat dem S. zur Errichtung des Wohnhauses durch Besch. v. 28. Mai 1921 auf 10 Jahre, zur Herstellung des Werkstättengebäudes durch Besch. v. 18. Okt. 1919 auf 5 Jahre, zur Erbauung des ersten Holzschuppens durch Besch. v. 20. Jan. 1922 ebenfalls auf 5 Jahre und zur Erbauung des zweiten Schuppens durch Besch. v. 3. April 1922 auf 3 Jahre Dispens von den bezeichneten Vorschriften der BauD. erteilt.

Nachdem die Dispensfrist für das Werkstättengebäude und die Schuppen abgelaufen war, forderte die städt. Baupolizei in R. durch Wfg. v. 10. Juni 1930 den S. auf, die gesamte Schuppenanlage bis zum 1. Aug. 1930 restlos zu beseitigen, da sie für die Umgebung und speziell für die Kirche im höchsten Grade feuergefährlich sei; ausgenommen von dem Abbruch zu dem gestellten Termin sei die Baracke mit der Chauffeurwohnung, die bis zum 15. Juni 1931 genehmigt worden sei.

S. erhob darauf am 25. Juni 1930 bei dem BezAusSch. gegen die städt. Baupolizei Klage mit dem Antrag, die Wfg. der Baupolizei v. 10. Juni 1930 aufzuheben. Er wies darauf hin, daß ihm seinerzeit die Genehmigung zur Errichtung der Bauten von der Baupolizei erteilt worden sei, und betritt,

indem er Einholung einer Auskunft der Feuerzörietät beantragte, daß sie für die Umgebung feuergefährlich seien. Er erklärte sich vergleichsweise bereit, die anderen Bauten zu entfernen, wenn ihm gestattet werde, eine Baracke zu behalten und als Kontor und Lagerraum einzurichten.

Der BezAusSch. wies durch Entsch. v. 29. Mai 1931 die Klage ab. Er führte aus, der provisorische Charakter der Schuppenanlage habe sich von vornherein aus der Befristung der Dispense auf 3 und 5 Jahre ergeben. Kl. könne es daher nicht als unbillig empfinden, wenn die Polizei, die das Provisorium 10 Jahre geduldet habe, jetzt die Beseitigung der Gebäude fordere. Die angegriffene Verfügung sei nach § 10 II 17 WRN. gerechtfertigt. Die Rev. des Kl. beim DW. blieb erfolglos.

Das Vorbringen der Rev. ergibt weder einen Rechtsirrtum noch einen Verfahrensmangel (§ 94 DW.). Der BezAusSch. führt zutreffend aus, daß die angefochtene PolWfg. gegen Kl. zu Recht ergangen sei, und hebt zur Begründung hervor, daß die Dispense nur auf die Dauer von 3 und 5 Jahren erteilt worden und inzwischen längst abgelaufen seien, da etwa 10 Jahre seit ihrer Erteilung verstrichen seien. Diese Begründung genügt, um die Entsch. des BezAusSch. zu tragen. Die Bauten entsprachen unstreitig z. B. ihrer Errichtung nicht den Vorschriften des damals geltenden materiellen Baurechts, da sie sämtlich gegen § 20 Ziff. 1 BauD. für die Stadt R. v. 7. März 1911 verstießen, das Werkstättengebäude auch der Vorschrift des § 21 Ziff. 1 a. a. D. nicht genügte und bei der Errichtung der Schuppen § 13 Ziff. 2 a. a. D. nicht beachtet war. Gegen die Gültigkeit dieser Vorschriften der BauD., die dem Feuerschutz dienen, bestehen keine Bedenken. Der gesetzwidrige Zustand der Gebäude ist durch das Inkrafttreten der neuen BauD. für R. v. 1. Okt. 1925 nicht beseitigt worden. Denn diese enthält in den §§ ... Vorschriften, die inhaltlich den angeführten Bestimmungen der alten BauD. entsprechen. Durch die Dispense ist dem Kl. nur auf bestimmte Zeit Befreiung von den Vorschriften erteilt worden. Eine solche Befreiung des Dispenses ist zulässig (vgl. Balg-Fischer, Preuß. Baupolizeirecht, 6. Aufl., S. 175). Die Gesetzwidrigkeit der errichteten Bauten wird dann nur für die in den Dispensen angegebene Zeit beseitigt, tritt aber nach Ablauf dieser Frist ohne weiteres wieder ein. Da im vorl. Fall die Frist der Dispense für die Gebäude, deren Beseitigung in der angefochtenen PolWfg. verlangt wird — wie der BezAusSch. ausdrücklich feststellt —, bei Erlaß der angefochtenen PolWfg. abgelaufen und die Wirkung der Dispense damit erloschen war, so war die Baupolizeibehörde ohne weiteres berechtigt, Beseitigung der den gesetzlichen Vorschriften nicht entsprechenden Gebäude zu fordern. Auf das Angebot des Kl., nur einen Teil der Gebäude zu beseitigen, brauchte sie nicht einzugehen.

(PrDVG., 4. Sen., Urt. v. 21. Nov. 1935, IV B 48/31.)

*

31. §§ 45, 49, 51 PrPolWermG. v. 1. Juni 1931 (GS. 77); § 56 Abs. 1 u. 4 PrZustG. v. 1. Aug. 1883 (GS. 237). Baupolizeiliche Wegeinanspruchnahme. Zur Entscheidung über ein Baugesuch ist die Baupolizei auch dann ausschließlich zuständig, wenn streitig ist, ob der Bauplatz freies Privateigentum des Antragstellers darstellt oder — sei es ganz, sei es teilweise — Gelände eines öffentlichen Weges bildet. Gegen die Verfassung der Baugenehmigung ist in solchen Fällen, auch soweit der Betroffene sein freies Privateigentum geltend macht, nur die Beschwerde gemäß § 45 PolWermG. mit anschließender Klage im WermStrVerf., nicht der Einspruch gemäß § 56 ZustG. zulässig (Abweichung von DW. 32, 338; 43, 370; 45, 413, 415).

Durch Wfg. v. 31. Okt. 1933 lehnte der Oberbürgermeister in S. den Antrag des G. auf Bauerlaubnis für einen Neubau seines Wohnhauses in S., R.-Straße, „aus wegepolizeilichen Gründen gem. § 56 ZustG.“ ab, weil durch den ge-

planten Neubau sowohl in der A.-Straße wie in der M.-Straße Gelände, welches bisher dem öffentlichen Verkehr diene, ja sogar gepflasterte Teile der Straße, zur Bebauung in Anspruch genommen würden.

Nach fruchtlosem Einspruch erhob G. Klage im VerwStrVerf. bei dem BezVerwGer. mit dem Antrag, die Verfügungsverfügung und den Einspruchsbescheid aufzuheben und die beantragte Bauerlaubnis zu erteilen.

Das BezVerwGer. wies die Klage ab. Auf Rev. des Kl. hob das OVG. das Vorderurteil auf und setzte den Einspruchsbescheid außer Kraft.

Das BezVerwGer. hat ausgeführt, daß der Bevl. als Wegepolizeibehörde zum Erlaß der streitigen Verfügung nach § 55 JustG. befugt gewesen sei, daß aber die Verfügung schon allein deshalb aufrechtzuerhalten sei, weil durch den beabsichtigten Bau die Baufluchtlinie überschritten werde. Der Verwaltungsrichter habe bei einer Klage wegen Verfassung der Baugenehmigung nur zu prüfen, ob der Bau nach dem öffentlichen Recht zulässig sei oder nicht, ohne Rücksicht darauf, ob der von der Polizeibehörde angegebene Grund für die Verfassung zutrefte. Hierbei ist unklar, ob das BezVerwGer. die streitige Verfügungsverfügung als eine wegepolizeiliche oder als eine baupolizeiliche aufgefaßt hat. Eine Klarstellung in dieser Hinsicht war schon wegen des einzuhaltenden Rechtsmittelzuges wichtig. Denn wenn die streitige Verfügung als eine baupolizeiliche aufzufassen ist, so war gegen sie nicht der Einspruch bei dem bekl. Oberbürgermeister, sondern die Beschw. an den RegPräs. gegeben (§§ 45, 47 Abs. 2 b PolVerwG.). Gegen diesen mußte dann auch die Klage im VerwStrVerf. gerichtet werden (§ 49 Schlusssatz PolVerwG.). Da das BezVerwGer. dies verkannt hat und ihm daher ein Rechtsirrtum zur Last fällt, hatte freie Prüfung der Sach- und Rechtslage durch das RevG. zu erfolgen (§ 98 OVG.).

Dabei ergab sich, daß die streitige Verfügung ungeachtet ihrer Begründung nicht als wegepolizeiliche, sondern als baupolizeiliche aufgefaßt werden muß. Das geht nicht nur daraus hervor, daß sie als Entsch. über einen Baugenehmigungsantrag erlassen worden ist, sie stellt sich vor allem auch nach ihrem Inhalt und ihrem Wortlaut als Verfassung der Baugenehmigung, d. h. als eine Verwaltungshandlung, dar, die Aufgabe der Bau-, nicht der Wegepolizeibehörde ist. Nach den Bauakten des Bevl. hat allerdings wohl die Absicht bestanden, eine wegepolizeiliche Inanspruchnahmeverfügung gegen den Kl. zu erlassen. Die Akten wurden zu diesem Zwecke der PolDir. überfandt, die den Erlaß der Verfügung aber abgelehnt hat. Nun ist zwar grundsätzlich ebenso wie die Verkehrsbehörde auf ihrem Sondergebiet auch die Wegepolizeibehörde innerhalb ihres Bereichs zum Erlaß einer Inanspruchnahmeverfügung befugt, und die Wegepolizei gehört in S. ebenso wie die Baupolizei zur Zuständigkeit des bekl. Oberbürgermeisters. Einer näheren Prüfung aber, ob im vorl. Falle das der Wegepolizei vorbehaltene Gebiet in Frage kommt, bedarf es nicht, da die streitige Verfügung, wie oben dargelegt, keine Inanspruchnahme-, sondern eine baupolizeiliche Verfügung darstellt. Im übrigen ist sie auch nicht äußerlich als eine von der Wegepolizeibehörde ausgehende gekennzeichnet worden. Vielmehr trägt sie als Bezeichnung der absendenden Behörde lediglich die Angabe „Der Oberbürgermeister als Ortspolizeibehörde“ und das Geschäftszeichen BP . . ., dessen Anfangsbuchstaben auf die Baupolizei als absendende Stelle schließen lassen.

Die Baupolizeibehörde ist berufen, jeden Baugenehmigungsantrag nach allen Richtungen hin zu prüfen. Sie vereinigt bei ihrer Entsch. daher auch die Zuständigkeiten aller derjenigen Sonderpolizeibehörden, deren Belange durch das Bauvorhaben unmittelbar berührt werden, wie z. B. der Gesundheits-, Sicherheits- und Feuerpolizei und ebenso auch der Wegepolizei. Denn für eine einheitliche polizeiliche Maßnahme kann regelmäßig nur eine der in Betracht kommenden Polizeibehörden zuständig sein. Dieser vom OVG. in ständiger Rspr. festgehaltene Grundsatz (OVG. 27, 390; 39, 369; 41, 365; Scholz, Handb. d. gef. öffentlichen Grundstücksrechts, I, 193) hat zur Folge, daß auch das Rechtsmittelverfahren gegen eine einheitliche polizeiliche Verfügung ein

einheitliches sein muß. Demgemäß findet gegenüber baupolizeilichen Verfügungen gemäß den für sie geltenden allgemeinen Vorschriften (§§ 45 ff. PolVerwG.) als Rechtsmittel die Beschw. mit nachfolgender Klage auch insoweit statt, als sie sich auf dem Gebiet einer anderen Polizeibehörde, insbes. der Wegebaupolizeibehörde (§ 56 JustG.), bewegen, gegen deren Verfügungen besondere Rechtsmittel gegeben sind. Wenn in früherer Entsch. von diesem schon von jeher beobachteten Grundsatz für diejenigen Fälle eine Ausnahme gemacht worden ist, in denen die Verfassung der Bauerlaubnis als Inanspruchnahme eines Weges für den öffentlichen Verkehr aufgefaßt worden ist (OVG. 32, 338; 43, 370/73; 45, 413/15), so kann hiervan nicht mehr festgehalten werden. Vielmehr ist die Verfassung der Bauerlaubnis durch die Baupolizeibehörde in jedem Falle, auch soweit sie den Schutz öffentlichen Wegeländes zum Gegenstande hat und vom Betroffenen mit dem Hinweis auf sein freies Privateigentum an dem streitigen Gelände angefochten wird, als eine Verfügung baupolizeilichen Charakters und nicht als eine Wegemanspruchnahmeverfügung anzusehen.

Hiernach mußte der Einspruchsbescheid des bekl. Oberbürgermeisters, weil gegen die angefochtene polizeiliche Verfügung der Einspruch nicht zulässig war, außer Kraft gesetzt werden. Über den „Einspruch“ des Kl., der trotz seiner unrichtigen Bezeichnung als Beschw. aufzufassen ist, wird nunmehr der RegPräs. Entsch. zu treffen haben. Erst gegen dessen Bescheid ist gegebenenfalls erneut die Klage im VerwStrVerf. zulässig.

(PrOVG., 7. Sen., Urte. v. 14. Nov. 1935, IV C 80/35.)

32. StaatsG. betr. Anordnung kirchlicher Neu- und Reparaturbauten in den katholischen Diözesen v. 24. Nov. 1925 (GS. 161). Kirchliche Baulast. Umwehrgung kirchlicher Friedhöfe. Die Umwehrgungen kirchlicher Friedhöfe gehören zu den der kirchlichen Baulast unterworfenen Baulichkeiten, für die das StaatsG. betr. Anordnung kirchlicher Neu- und Reparaturbauten in den katholischen Diözesen v. 24. Nov. 1925 gilt. Der § 710 II 11 NR. gilt auch für die Umwehrgungen kirchlicher Friedhöfe. Das Benutzungsrecht an einem Friedhof umfaßt außer dem Recht auf Vornahme einer Bestattungshandlung das Recht auf das Halten der Gräber während der Liegezeit.

Durch Resolut der Regierung, Abt. d. Inn., in L. vom 22. Aug. 1836 wurde die katholische Parodie Sch. für erloschen erklärt und deren Vermögen als herrenlos der landesherrlichen Disposition zugesprochen. Durch Regulativ vom 28. Jan., 3. Juli 1861 erfolgte die kanonische Supprimierung der Parodie Sch. und die Inkorporierung der Angehörigen in die Pfarrei zu G. Durch § 4 des Regulativs fand eine Regulierung der Benutzung des die katholische Kirche umgebenden Kirchhofs statt. § 4 lautet folgendermaßen:

„Das Eigentum an dem um die katholische Kirche gelegenen Kirchhof wird von der Ortsgemeinde wie von der katholischen Kirchenvertretung beansprucht und mit demselben auch seitens der Ortsgemeinde das Recht, Grabdenkmäler ohne Nachscheidung der Genehmigung des katholischen Pfarrers und ohne Entrichtung von Gebühren dafür auf diesem Kirchhof zu entrichten. Seitens der katholischen Kirchenvertretung dagegen das Recht, dergleichen Gebühren zur katholischen Kirche zu fordern und den Totengräber zu bestellen. Bei dem Mangel einer Einigung kann nur im Rechtswege hierüber endgültig entschieden werden. Bis diese Entsch. erfolgt ist, verbleibt den Evangelischen zu Ober-, Mittel-, Nieder- und N.-Sch. und E. die Berechtigung der Mitbenutzung des katholischen Kirchhofs zur Beerdigung der Leichen ihrer Angehörigen ohne die Entrichtung eines Grabstellengeldes, aber gegen die Verpflichtung der baulichen Unterhaltung der Kirchhofmauer. Die Grasnutzung des Kirchhofs hat die katholische Kirche.“

(Es folgen die Motive.)

Diese Regelung in § 4 beruht auf den in der Verhandlung v. 23. Juni 1885 durch die Vertreter der „Evangelischen Kirchen- und bzw. Ortsgemeinde“ gestellten Anträgen.

Im Jahre 1885 wurde ein evangelischer Friedhof in Sch. eingerichtet. Seitdem wurden Angehörige der evangelischen Kirchengemeinde nicht mehr auf dem die katholische Kirche umgebenden Kirchhof bestattet.

Im Jahre 1926 stürzte ein Teil der alten Mauer dieses Kirchhofs ein. Nach vergeblichen Verhandlungen beantragte der katholische Kirchenvorstand von Sch. den Erlass eines Baubeschlusses über die Wiederherstellung der Kirchhofsmauer gem. Art. I Abs. 1 StaatsG. betr. Anordnung kirchlicher Neu- und Reparaturbauten in den katholischen Diözesen vom 24. Nov. 1925. Daraufhin erließ der RegPräs. in L. am 3. Mai 1932 folgenden Beschluß:

„1. Die Instandsetzung der Kirchhofsmauer der katholischen Kirche zu Sch., Nr. 1, ist notwendig;

2. die Instandsetzung ist zweckmäßig nach dem Kostenschlag des ... über 650,16 RM auszuführen;

3. die Kosten mit anschlagsmäßig 650,16 RM hat die Landgemeinde Sch. zu tragen.

Gegen diesen Baubeschluß erhob die Landgemeinde Sch. gegen den RegPräs. in L. und die katholische Filialkirchengemeinde Sch. Klage im Verwaltungsstreitverfahren bei dem Bezirksausschuß gegen die Auferlegung der Kosten für diese Arbeiten. Sie begründete ihre Klage im wesentlichen damit, daß die Verhältnisse, die einst zu der Regelung in § 4 des Regulativs geführt hätten, nicht mehr beständen, da der Kirchhof seit 1885 von den Evangelischen nicht mehr benutzt würde. Am 13. Dez. 1929 habe die evangelische Kirchengemeinde ausdrücklich auf die unentgeltliche Mitbenutzung des Kirchhofs verzichtet. Ebenso verzichte die Landgemeinde Sch. auf sämtliche Rechte an dem Kirchhof. Die Befl. zu 2 — die katholische Kirchengemeinde — führte dagegen aus, daß die Nichtbenutzung des Kirchhofs seitens der evangelischen Kirchengemeinde seit einer Reihe von Jahren für die Rechtslage unerheblich sei. Denn ihr Recht auf die Mitbenutzung bestehe weiter und damit auch die Pflicht zur Instandhaltung der Mauer. Eine Änderung der Best. des Regulativs bedürfe der Zustimmung aller Vertragspartner. Im übrigen habe es der evangelische Gemeindefürsprecher in der Sitzung v. 14. April 1930 abgelehnt, auf die Eigentumsansprüche an dem katholischen Kirchhof aus § 4 des Regulativs zu verzichten.

Der Bezirksausschuß traf nach Beiladung der evangelischen Kirchengemeinde Sch. folgende Entsch.:

„Die Bfg. des RegPräs. in L. v. 3. Mai 1932 wird dahin abgeändert, daß Ziff. 3 zu lauten hat:

Die Kosten des Baues in Höhe von 650,16 RM hat die katholische Kirchengemeinde zu tragen. Die Kosten des Verwaltungsstreites werden der bekl. katholischen Kirchengemeinde auferlegt.“

Der Bezirksausschuß führte in seiner Begr. folgendes aus: Nach Sinn und Wortlaut des § 4 des Regulativs sei die Tatsache der Mitbenutzung des Kirchhofs in den Vordergrund gestellt und erst an ihr Bestehen die Verpflichtung zur baulichen Unterhaltung der Kirchhofsmauer geknüpft. Unstreitig sei aber seit 1885 eine Mitbenutzung durch die Kl. nicht mehr erfolgt, also die Voraussetzung für die Verpflichtung der Kl. nicht mehr gegeben. Der Standpunkt der bekl. katholischen Kirchengemeinde, daß der Kl. das Mitbenutzungsrecht jederzeit zugestanden habe und auch jetzt noch zustehen sei abzulehnen. Würde sich der Bezirksausschuß diesem Gedankengange anschließen, dann würde er Gefahr laufen, der auf römisch-rechtlichem Boden erwachsenen Irrefahre, „*fiat iustitia, pereat mundus*“, zu verfallen. Die Prüfung der Sach- und Rechtslage, welche unter Beachtung der in deutschen Volksempfinden wurzelnden Begriffe von Treu und Glauben, Recht und Billigkeit erfolgt sei, führe zu dem Ergebnis, daß das Mitbenutzungsrecht der Kl. tatsächlich nicht mehr bestehe und von ihr auch nicht mehr in Anspruch genommen werde. Nicht nur stillschweigend, sondern durch aus den Vorgängen zu schließenden ausdrücklichen Verzicht habe sich die Kl. ihres Mitbenutzungsrechts längst begeben, da a) seit 1885 kein evangelischer Gemeinangehöriger mehr auf

dem Kirchhof beerdigt worden sei, b) sämtliche Leichen evangelischer Gemeinangehöriger seit dieser Zeit auf dem neu eingerichteten evangelischen Friedhof beerdigt würden, c) auf diesem evangelischen Kirchhof auch katholische Gemeinangehörige beerdigt würden, d) die Vertreter der Kl. im Termin vor dem Bezirksausschuß erklärt hätten, eine Beerdigung evangelischer Gemeinemitglieder auf dem katholischen Kirchhof käme nicht mehr in Frage.

Dies Ergebnis entspreche auch der Billigkeit. Derjenige, der seit Jahrzehnten den Kirchhof allein benutze, müsse auch die Kirchhofsmauer unterhalten.

Auf Rev. der bekl. katholischen Kirchengemeinde wies das OVG. die Klage ab.

Die Klage richtet sich gegen den Baubeschluß des RegPräs. in L. v. 3. Mai 1932, ist also die sog. Reklamationsklage. Sie stellt sich zugleich als Abbürdungsklage dar, da sie erkennen läßt, daß die katholische Kirchengemeinde als Verpflichtete an Stelle der Kl. angesehen wird. Der Bezirksausschuß hat daher mit Recht neben dem RegPräs. auch die katholische Kirchengemeinde in Sch. als bekl. Prozeßpartei aufgenommen. Der bekl. RegPräs. hat sich zwar der Rev. der bekl. Kirchengemeinde nicht angeschlossen, ist aber wegen seiner notwendigen Streitgenossenschaft mit dieser ebenfalls als RevKl. anzusehen (vgl. Berner: Brauchitsch=Drews, VermGes. für Preußen, Bd. 1, 24. Aufl., S. 340 Num. h Abs. 1 zu § 46 ZustG.). Der angegriffene Baubeschluß stützt sich auf Art. 1 StaatsG. betr. Anordnung kirchlicher Neu- und Reparaturbauten in den katholischen Diözesen v. 24. Nov. 1925 i. Verb. mit der ZustW. zur Ausführung dieses StaatsG. v. 8. Febr. 1926 (GS. 45). Der erf. Sen. hat zunächst geprüft, ob auf den vorl. Rechtsstreit die Best. des Art. 1 StaatsG. v. 24. Nov. 1925 überhaupt Anwendung finden konnten, d. h. ob es sich bei der Kirchhofsmauer um eine „andere, der kirchlichen Baukunst unterworfenere Bauart“ handelt. Diese Frage war zu bejahen.

Wie aus der Begr. der Staatsregierung zu dem Entwurf sowohl des StaatsG. betr. die Kirchenverfassungen der evangelischen Landeskirchen v. 8. April 1924 (GS. 221) (vgl. IZDruckf. 1. Wahlper. 1. Tag 1921/23 S. 7708 Nr. 7266) als auch des StaatsG. betr. Anordnung kirchlicher Neu- und Reparaturbauten in den katholischen Diözesen v. 24. Nov. 1925 (vgl. IZDruckf. 2. Wahlper. 1. Tag 1925 S. 1147 Nr. 500) hervorgeht, sind die in diesen Ges. enthaltenen Best. an die Stelle der Verfahrensvorschriften der §§ 708 u. 709 II 11 WR. getreten. Daher war die Frage, welche Bauarbeiten außer den Kirchengebäuden als der kirchlichen Bauart unterworfen anzusehen sind, nach den Best. 11 II WR. zu entscheiden. Die Vorschriften der §§ 761 ff. II 11 WR. über „Bau und Besserung der Kirchhöfe“ schließen sich an die Vorschriften über „Bau und Besserung der Kirchengebäude“ (§§ 699 ff. a. a. D.) „Aufsicht über den Bau“ (§§ 757 a. a. D.) unmittelbar an. Außerdem ist nach § 762 a. a. D. der Kirchhof im Falle der Bezahlung der Grabstellen an die Kirche „auf eben die Art wie die Kirche selbst“ zu unterhalten. Im Sinne des WR. ist daher die Bauart an den Kirchhöfen — mit Ausnahme der dem WR. noch unbekanntem sog. reinen Kommunalfriedhöfe (Berner, Das Bestattungswesen in Preußen S. 55, 88) — ein Teil der kirchlichen Bauartspflicht. Das in Art. I des erwähnten StaatsG. v. 24. Nov. 1925 geregelte Verfahren war daher im vorl., einen kirchlichen Friedhof betreffenden Fall gegeben. In prozessualer Hinsicht ist danach gegen die Borentsche. nichts einzuwenden.

In sachlicher Hinsicht ist sie jedoch nicht frei von Rechtsirrtum. Dieser liegt in der unrichtigen Auslegung, welche der Bezirksausschuß dem regulativmäßig den nichtkatholischen Gemeinemitgliedern zustehenden Mitbenutzungsrecht an dem streitigen Kirchhof gegeben hat. Der Bezirksausschuß hat dieses Recht auf die Bestattung der Leichen, also auf die Inanspruchnahme einer Grabstelle durch Vornahme einer Bestattungshandlung beschränkt; denn seine Feststellung, daß seit 1885 eine Mitbenutzung durch die Kl. nicht erfolgt sei, folgert er aus der Tatsache, daß seit 1885 kein evangelischer Gemeinangehöriger mehr auf dem katholischen Kirchhof bestattet worden ist. Der Bezirksausschuß ist also der Ansicht,

daß das Mitbenutzungsrecht die Nutzung und Pflege der Gräber während der Liegezeit der Leichen nicht umfaßt. Nach dem Wortlaut des § 4 des Regulativs ist das Mitbenutzungsrecht auf die „Beerdigung der Leichen“ abgestellt. Es kann aber nicht zweifelhaft sein, daß das Beerdigungsrecht das Recht auf das Halten der Gräber während der Liegezeit als selbstverständliche Folge mitumfassen sollte. Das geht vor allem daraus hervor, daß nach § 4 des Regulativs die Beerichtigung der Mitbenutzung des Kirchhofs den Evangelischen „ohne die Entrichtung eines Grabstellengeldes“, aber gegen die Verpflichtung zur Unterhaltung ... usw. verblieben ist. Grabstellengeld, an dessen Stelle hier die Pflicht zur Unterhaltung der Kirchhofsmauer getreten ist, wird aber nicht für das Recht der Beerdigung, sondern für die Benutzung der Grabstelle während einer bestimmten Liegezeit entrichtet. Daraus ergibt sich, daß das Mitbenutzungsrecht nicht auf die Belegung der Gräber beschränkt ist, sondern sich auch auf das Halten der Gräber erstreckt. Da der Bezirksausschuß das verkannt hat, war seine Entsch. wegen Rechtsirrtums aufzuheben.

Bei der nunmehr eintretenden sachlichen Beurteilung erwies sich die Sache als spruchreif. Daß die Mitbenutzung des katholischen Kirchhofs durch evangelische Gemeindeglieder in dem dargelegten Umfange, also für das Halten von Gräbern, noch besteht, ergibt sich ohne weiteres sowohl aus der Mitteilung des Pfarrers D., daß noch etwa zehn evangelische Gräber auf dem katholischen Kirchhof unterhalten werden, als auch aus den von der evangelischen Kirchengemeinde gelegentlich der gerichtlichen Vergleichsverhandlungen gestellten Forderungen, nach denen

1. ohne Genehmigung des evangelischen Gemeindeführers Sch. Grabsteine nicht entfernt und Grabstellen nicht eingeebnet werden durften,

2. die Grabsteine im Besitz der Angehörigen bzw. des Gemeindeführers verbleiben sollten,

3. der Zutritt zu den Gräbern unbehindert bleiben sollte.

Diese Forderungen beweisen, daß tatsächlich die Mitbenutzung des katholischen Kirchhofs fort dauert, und daß auch auf die Berechtigung hierzu keineswegs verzichtet worden ist. Damit erledigen sich die Schlußfolgerungen, die der Bezirksausschuß aus der Annahme gezogen hat, daß das Mitbenutzungsrecht tatsächlich längst erloschen sei. Treu und Glauben erfordern hier im Gegensatz zu den Ausführungen des Bezirksausschusses, daß eine rechtmäßige Verpflichtung wie diejenige des § 4 des Regulativs so lange erfüllt wird, als die Gegenleistung gewährt wird.

Es fragt sich daher nur noch, ob die Vorschrift in § 4 des Regulativs überhaupt rechtmäßig war. Diese Frage war aus folgenden Gründen zu bejahen. Das Regulativ ist im Jahre 1861, also unter der Herrschaft des ALR., erlassen worden. §§ 761 ff. II 11 ALR. regeln die Unterhaltungsfrage der Kirchhöfe dahin, daß die Unterhaltung als gemeine Last allen obliegt, die an dem Kirchhofe teilzunehmen berechtigt sind, sofern nicht Bezahlung für die Grabstellen erfolgt. In diesem Fall ist „der Kirchhof aus der Kirchklasse“ zu unterhalten. Von der Bezahlung der Grabstellen sind in Sch. die Evangelischen ausdrücklich befreit. Sie hätten daher nach § 761 II 11 ALR. — und zwar jeder einzeln (vgl. Hinshius, Kirchenrecht im Gebiete des ALR. S. 419 Anm. 43) — an den Unterhaltungskosten für den Kirchhof mitzutragen. Hiervon weicht die Regelung in § 4 des Regulativs ab, die den Evangelischen lediglich die Verpflichtung der baulichen Unterhaltung der Kirchhofsmauer auferlegt. Eine derartige Abweichung war nach den Vorschriften des ALR. gestattet. Nach Schrifttum und Rspr. findet auf Kirchhöfe der § 710 II 11 ALR. Anwendung, wonach in erster Linie „Verträge“ ... „ununterbrochene Bewohnheiten“ usw. gelten und den landrechtlichen Vorschriften vorgehen (vgl. Hinshius a. a. O. S. 419 Anm. 41; v. Wittken: GruchBeitr. 26, 673 und die daselbst angeführte Rspr.). § 710 II 11 ALR. behandelt die Baulast an den „Kirchengebäuden“. Darunter sind alle in den folgenden Vorschriften aufgeführten, der Kirchenbaulast unterworfenen Baulichkeiten zu verstehen. Zu ihnen gehören, wie oben näher ausgeführt ist, auch Umwehrungen kirchlicher

Friedhöfe. Der Anwendung des § 710 II 11 ALR. stehen danach Bedenken nicht entgegen. Die ursprünglich auf Obervanz beruhende Regelung der Unterhaltung der Kirchhofsmauer durch § 4 des Regulativs war daher zulässig. Mit Recht ist daher auf Grund dieser Vorschrift des Regulativs in dem durch die Klage angegriffenen Baubeschluß des Reg-Präs. in L. v. 3. Juni 1932 der Landgemeinde Sch. die Pflicht zur Tragung der Baukosten an der Kirchhofsmauer auferlegt worden. Wenn diese Pflicht nach dem Wortlaut des § 4 des Regulativs scheinbar „den Evangelischen zu Ober-, Mittel-, Nieder-, R.-Sch. und E.“ auferlegt ist, so ist der Senat hier im wesentlichen der Begr. des Baubeschlusses gefolgt. Hiernach war der Sinn des Regulativs der, daß wegen des Mitbenutzungsrechts der Evangelischen die Ortsgemeinde die Verpflichtung zur Bauunterhaltung der Kirchhofsmauer, entsprechend der bisherigen Observanz, tragen sollte. Es kann auch nicht beanstandet werden, wenn der Baubeschluß unter der Ortsgemeinde die Dorfgemeinde, also jetzt die klagende Landgemeinde Sch., verstanden hat.

(PrDWB., 8. Sen., Ur. v. 26. Nov. 1935, VIII C 7/34.)

*

33. § 35 RWGD. Unterfagung eines Wohnungsnachweises. Der Betrieb eines Wohnungsnachweisesbüros kann so geführt werden, daß er nicht unter allen Umständen die Merkmale einer Vermittlungsagentur für Immobilienverträge i. S. des § 35 RWGD. an sich trägt. Die Beschäftigung einer unzuverlässigen Person innerhalb eines Gewerbebetriebes rechtfertigt den Schluß auf die Unzuverlässigkeit des Betriebsinhabers selbst nur dann, wenn die Beschäftigung jedenfalls die Möglichkeit zu einer maßgeblichen Beeinflussung des Gewerbebetriebes gibt.

Dem Ehemann der Frau S. ist durch rechtskräftiges Ur. des BezVerwGer. die gewerbsmäßige Beforgung fremder Rechtsangelegenheiten und der Geschäfte eines Vermittlungsagenten für Immobilienverträge unterfagt worden. In Beachtung dieses Ur. beschränkte er seinen Geschäftsbetrieb auf den auch vorher schon mit ihm verbunden gewesenen Wohnungsnachweis und erweiterte ihn durch die Übernahme von Haus- und Treppensflurreinigungen.

Am 12. Okt. 1934 wurde das in D. betriebene Geschäft in diesem Umfang auf die jetzt beklagte Ehefrau S. übertragen, die es am 12. Nov. 1934 auf ihren Namen anmeldete. Daraufhin stellte der PolPräs. in D. beim BezVerwGer. in Klagewege den Antrag, der Befl. die gewerbsmäßige Beforgung von Geschäften der Vermittlungsagenten für Immobilien- und Mietverträge über Wohnungen, Geschäftsräume und Zimmer zu unterfagen. Die Klage geht davon aus, daß der Ehemann der Befl. der eigentliche Leiter des Gewerbebetriebes und die Befl. als Inhaberin nur vorgeschoben sei, um dem Ehemann die Fortführung des Betriebs zu ermöglichen, sowie daß es sich um eine Vermittlungstätigkeit von Immobilienverträgen handele, weil in dem Unternehmen der Befl. nicht nur Wohnungen für den Betrag von 2 RM nachgewiesen würden, sondern der Wohnungsuchende außerdem nach Abschluß des Mietvertrags mit dem Vermieter den Betrag von 3 RM je Zimmer an die Befl. zu zahlen habe.

Die Befl. hat auf die Klage erwidert:

Sie befaße sich nicht mit der Vermittlung von Immobilienverträgen. In ihrem Betrieb würden lediglich, woran auch die Tatsache einer nachträglichen (Erfolgs-) Provision nichts ändere, freistehende Mietwohnungen, also nur die Gelegenheit zum Abschluß von Mietverträgen nachgewiesen. Mit den Vertragsabschlüssen selbst habe sie nichts zu tun. Sie erfolgten ohne irgendwelche Mitwirkung ihrerseits völlig selbstständig zwischen Mieter und Vermieter. Eine Wohnungsbesichtigung mit dem Mieter werde weder von ihr noch von ihrem Personal vorgenommen. Richtig betrachtet, handle es sich bei ihrem Geschäft nur um einen Adressenaustausch, so daß auf ihren Betrieb der § 35 RWGD. keine Anwendung finden könne.

Die Klagebehauptung, daß ihr Ehemann der Leiter des Geschäfts sei, sei nicht richtig. Zwar sei er in dem Geschäft tätig; alle entscheidenden Anordnungen würden indessen von ihr getroffen. Sie widme sich, abgesehen von einer ein- bis dreistündigen Mittagspause, von 8 bis 19 Uhr dem Geschäft mit ganzer Kraft, wie sie durch Zeugen nachweisen könne.

Durch Urf. des BezVerwGer. v. 7. Mai 1935 ist nach dem Klageantrag erkannt worden, und zwar mit folgender Begründung:

Nach den bei den Akten befindlichen Auftragsformularen lasse die Bekl. sich den Auftrag erteilen, eine Wohnung zu vermitteln bzw. nachzuweisen. Ihre Tätigkeit sei also nicht nur auf den Wohnungsnachweis beschränkt. Aber auch wenn dies der Fall wäre, so würde nach der Rspr. des OBG. (PrVerwBl. 48, 321) ihr Betrieb sich als Vermittlung von Immobilienverträgen i. S. des § 35 RGewD. darstellen. Im übrigen müsse die Bekl. als unzuverlässig erachtet werden, weil nach der Überzeugung des BezVerwGer. ihr als unzuverlässig erkannter Ehemann die Leitung des Geschäfts innehatte, oder die Bekl. ihn zum mindesten in erheblicher Weise beschäftigte.

Nach dem übereinstimmenden Vortrag beider Parteien hat die Bekl. ihr Geschäft am 14. Juni 1935 veräußert und den Gewerbebetrieb eingestellt. Daraufhin ist sie von D. nach E. verzogen.

Auf Rev. der Bekl. wies das OBG. die Klage ab.

Daß Mietverträge über Wohnungen, da Wohnungen zu den unbeweglichen Sachen gehören, den Immobilienverträgen zuzurechnen sind, ist unbedenklich anzunehmen. Nicht jeder Wohnungsnachweis aber braucht so eingerichtet zu sein, daß sein Inhaber als Vermittlungsagent für Immobilienverträge anzusehen ist. Die in der Entsch. des Sen. vom 18. Nov. 1926 (PrVerwBl. 48, 321 und GewArch. 24, 541) aufgestellte Regel gilt nicht ohne Ausnahme. Eine lediglich nachweisende Tätigkeit, wie sie die Bekl. von sich behauptet, stellt sich noch nicht als Vermittlungstätigkeit dar. Ebenso wie nach § 1 Stellenvermittlungsg. v. 2. Juni 1910 (RGBl. 860) Stellenvermittler nur ist, wer die Gelegenheit zur Erlangung einer Stelle nachweist und sich zu diesem Zweck mit Arbeitgebern und Arbeitnehmern in besondere Verbindung setzt, ist Vermittlungsagent von Wohnungsmietverträgen nur, wer als Mittelsperson zur Herbeiführung eines Mietvertrags mit Vermieter und Mieter in Beziehung tritt. Der Inhaber eines Wohnungsnachweises, dessen Tätigkeit nur in der Bekanntgabe einer dem Auftraggeber bis dahin unbekannt gewesenen Gelegenheit zum Abschluß eines den Wünschen des Auftraggebers etwa entsprechenden Mietvertrags besteht, ist nicht Vermittler. Der Begriff der Vermittlung setzt mehr voraus als eine bloß auf den Nachweis beschränkte Mitwirkung zum Zustandekommen eines Vertrags (vgl. Landmann, RGewD., 8. Aufl., I. Bd. I. Teil, Anm. 9 zu § 35). Die Möglichkeit, daß die Bekl. als Inhaberin des von ihr geführten Wohnungsnachweises nicht die Eigenschaft eines Vermittlungsagenten für Immobilienverträge besaß, ist daher nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen. Um darüber ein Urf. gewinnen zu können, hätte es der näheren, bisher jedoch nicht vorgenommenen Aufklärung über das Geschäftsgebaren der Bekl. bedurft. Dem Umstande, daß nach den Formularen der Bekl. erteilte Auftrag dahin geht, „zu vermitteln bzw. nachzuweisen“, und daß sich die Provision bei dem Zustandekommen des Mietvertrags erhöht, ist keine besondere Bedeutung beizumessen. Es kommt nicht auf das Formular an, sondern darauf, wie der Geschäftsverkehr sich tatsächlich abwickelt.

Auch der Beweis der Unzuverlässigkeit der Bekl. ist nicht zwingend geführt. In der Rspr. steht fest, daß selbst unzuverlässig ist, wer sich im Gewerbebetriebe in erheblichem Maße der Mitwirkung eines unzuverlässigen Dritten bedient (Entsch. des OBG. v. 6. Okt. u. 3. Nov. 1902, 24. Okt. 1904, 21. Juni und 3. Dez. 1906, 11. Juli 1910, 5. Febr. 1912, 19. Juni 1924, 7. Okt. 1926: GewArch. 2, 428, 475; 4, 428; 6, 269 und 428; 10, 429; 13, 57; 22, 221; 24, 380 und III C 86/33). Diese Entsch. sind jedoch so zu verstehen, daß die Be-

schäftigung des Dritten jedenfalls die Möglichkeit der Beeinflussung des Gewerbebetriebs in sich schließen muß, was in der tatsächlichen Ausschaltung des Betriebsinhabers von der Leitung des Geschäfts, der Führung der Verhandlungen mit den Parteien durch den unzuverlässigen Dritten, der Selbständigkeit, Hervorgehobenheit und Bedeutung seiner Tätigkeit für den Betrieb und in anderen Umständen gefunden worden ist und gefunden werden kann. Die Beeinflussung eines vom Ehemann übernommenen Betriebs der Ehefrau durch den im Betrieb beschäftigten Ehemann liegt an sich sehr nahe und wird in der Regel ohne weiteres angenommen werden können, wenn die Betriebsführung Kenntnisse und Fähigkeiten erfordert, die man bei einer Frau nur ausnahmsweise voraussetzen kann, wie beim Rechtsberater-, Steuerberaterbetrieb usw. Ein Wohnungsnachweis ist aber ein sehr einfacher Betrieb, den jedermann schnell erfassen kann. Die Bekl. behauptet, daß alle einschneidenden Anordnungen von ihr getroffen worden wären und sie sich mit kurzen Unterbrechungen den ganzen Tag im Geschäft aufgehalten habe. Sie hat allerdings zugegeben, daß ihr Ehemann im Geschäft tätig war. Worin indessen seine Tätigkeit bestand, darüber ist den Akten nichts zu entnehmen. Ob er die Verhandlungen mit den Wohnungsuchenden geführt hat oder zu diesen Verhandlungen überhaupt zugelassen war, darüber sind keine Ermittlungen angestellt worden. Ausgeschlossen ist auch nicht, daß er seine Arbeitskraft nur den nicht den Best. des § 35 RGewD. unterstehenden Zweigen des Geschäfts gewidmet hat. Um eine einwandfreie Feststellung dahin zu treffen, daß die Beteiligung des unzuverlässigen Ehemannes der Bekl. am Geschäftsbetrieb der Bekl. derart war, daß sie selbst als unzuverlässig zu erachten ist, dazu war der Sachverhalt nicht genügend erforscht. Das angefochtene Urf., das ohne genügende tatsächliche Handhabe die Klagevoraussetzungen in rechtlicher Beziehung besaß hat, beruht daher wegen Verletzung der Aufklärungspflicht (§ 71 Abs. 3 OBG.) auf einem wesentlichen Verfahrens-mangel, der zur Aufhebung des Urf. führen mußte (§ 94 OBG.).

Bei freier Beurteilung ist die Sache spruchreif. Die Unterfangungsklage ist nach der Rspr. des Sen. (PrVerwBl. 25, 561; GewArch. 8, 422) dadurch bedingt, daß der Gewerbebetrieb, um den es sich handelt, besteht, oder, wenn er eingestellt ist, jedenfalls die Annahme berechtigt erscheint, daß die Einstellung nicht ernstlich gemeint oder die Wiederaufnahme zu erwarten ist. Die Bekl. hat nach den Erklärungen beider Parteien ihr Geschäft inzwischen veräußert und den Gewerbebetrieb aufgegeben. Sie ist nach E. verzogen. Ein Anhalt dafür, daß die Aufgabe des Gewerbebetriebs nicht endgültig ist, liegt nicht vor. Unter diesen Umständen entbehrt die Klage ihrer wesentlichen Grundlage und mußte abgewiesen werden.

(PrOBG., 3. Sen., Urf. v. 21. Nov. 1935, III C 158/35.)

*

34. §§ 56 ff. RGewD. Erteilung eines Wandergewerbebescheins. Die allgemeine Erfahrung, daß Zigeuner sich bei Ausübung des Wandergewerbes vielfach strafbare Handlungen und Unredlichkeiten zuschulden kommen lassen, vermag im Einzelfall die im Tatbestand des § 57b Ziff. 2 RGewD. geforderte Voraussetzung nicht zu ersetzen, daß Tatsachen vorhanden sein müssen, aus denen sich die Unzuverlässigkeit des den Wandergewerbebeschein Nachsuchenden in bezug auf den Gewerbebetrieb im Umherziehen ergibt.

Der Frau B. wurde ebenso wie einer Anzahl von anderen Zigeunern die Erteilung des für 1935 nachgesuchten Wandergewerbebescheins zum Handel mit Kurzwaren aller Art von dem RegPräs. u. a. mit der Begründung versagt, daß es der Antragstellerin an der für die Ausübung des Wandergewerbes erforderlichen Zuverlässigkeit (§ 57b Ziff. 2 RGewD.) fehle.

Der Klage der Frau B. gab das BezVerwGer. statt. Die

Rev. des befl. RegPräs. wies das OVG. zurück, und zwar zu diesem Punkte mit folgender Begründung:

Das angefochtene Ur. des BezVermGer. stellt — übrigens in Übereinstimmung mit den Ausführungen des Befl. in seiner Revisionsbegründung — fest, daß im vorliegenden Falle bestimmte Tatsachen nicht nachzuweisen sind, aus denen hervorgeht, daß K. die für die Ausübung des Gewerbebetriebs im Umherziehen erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt. Das ist aber nach der Vorschrift des § 57b Ziff. 2 RWGv. Voraussetzung zur Verfassung des Wandergewerbescheins, und bei dem klaren Wortlaut des Gesetzes vermögen die — wie zugegeben werden muß: begründetermaßen — aus Erfahrungen in noch so zahlreichen anderen Fällen gezogene Einsicht und eine auf ihr sich aufbauende allgemeine Vermutung den Mangel bestimmter, die Unzuverlässigkeit gerade der K. beweisender Tatsachen nicht zu ersetzen.

(PrOVG., 3. Sen., Ur. v. 19. Dez. 1935, III C 211/35.)

*

35. §§ 3ff. FreizügigkeitsG. v. 1. Nov. 1867 (BGBl. 55). Aufenthaltsverbot für Zigeuner. In einer PolWD. enthaltene Bestimmungen, nach denen Zigeunern das Lagern im Bezirk einer Ortschaft überhaupt und an jedem Platz von vornherein verkehrt werden kann, die Dauer des Aufenthalts von Zigeunern im allgemeinen beschränkt wird und die Zigeuner nach Ablauf einer bestimmten Frist ohne weiteres zum Verlassen des Bezirks verpflichtet werden, sind rechtsungültig.

Die PolWD. des RegPräs. in S. v. 5. Jan. 1931 enthält in § 2 folgende Bestimmungen:

„§ 2. Zigeuner und nach Zigeunerart herumziehende Personen dürfen auf den Gemarkungen der Städte und Landgemeinden des Regierungsbezirks nur mit Genehmigung der Ortspolizeibehörde lagern. Sie dürfen ihre Wagen, Tiere und Gerätschaften nur auf dem ihnen von der Ortspolizeibehörde angewiesenen Platz und nur für 24 Stunden aufstellen. Nach Ablauf dieser Frist ist die Gemarkung wieder zu verlassen; in besonders begründeten Fällen kann der Landrat Ausnahmen hiervon gestatten.“

In Anwendung dieser PolWD. erhielten K. und R., die ihre Wagen auf dem Hof der Gastwirtschaft K. in St. aufgestellt hatten, am 30. Jan. 1935 von dem Bürgermeister als Ortspolizeibehörde in St. folgende gleichlautende polizeiliche Verfügung: „Es ist festgestellt worden, daß Sie und Ihre Familie die Bevölkerung von St. dauernd belästigen und die öffentliche Ruhe, Sicherheit und Ordnung gestört wird. Auf Grund §§ 14, 40, 41 PolVermG. v. 1. Juni 1931 (GS. 77) i. Verb. m. § 2 PolWD. des RegPräs. in S. v. 5. Jan. 1931 ... werden Sie aufgefordert, die Gemarkung St. innerhalb drei Stunden mit Ihrem Wohnwagen zu verlassen...“

Die nach vergeblicher Beschwerde von K. und R. erhobene Klage wies das BayVermGer. mit folgender Begründung ab:

Die K. seien Zigeuner, die nach Zigeunerart mit ihren Wohnwagen im Lande umherzögen. Im Winter 1933/34 und ebenso wieder im Winter 1934/35 hätten sich die K. mit ihren Familienangehörigen und ihren Wohnwagen auf dem Hof des K., der eine Gastwirtschaft in St. betreibt, gegen Zahlung einer Mietsentschädigung für längere Zeit niedergelassen. Sie führten ihr Zigeunerleben im Hofe der Gastwirtschaft K. und bildeten eine erhebliche Belästigung der Bevölkerung. Der von den K. vorgebrachte Einwand, daß die PolWD. v. 5. Jan. 1931 auf sie nicht zuträfe, weil sie mit dem Gastwirt K. einen Mietvertrag dahingehend abgeschlossen hätten, daß sie innerhalb seines Eigentums die Wohnwagen aufstellen und sich dort aufhalten könnten, sei unerheblich. Denn selbstverständlich gehöre auch das in der Gemarkung St. gelegene Anwesen des K. zur Gemarkung St. und dieser könne die mit der PolWD. beabsichtigte Wirkung, nämlich eine Ortschaft gegen die Belästigungen durch

Zigeuner zu schützen, nicht dadurch vereiteln, daß er Zigeunern gestatte, sich längere Zeit auf seinem Eigentum niederzulassen.

Auf Rev. der K. setzte das OVG. die angefochtene polizeiliche Verfügung außer Kraft.

Die PolWD. des RegPräs. in S. v. 5. Jan. 1931 richtet sich nach ihrer Überschrift, ihrem Wortlaut und Sinn gegen das Lagern von Zigeunern und nach Zigeunerart herumziehenden Personen. Die K. haben bestritten, daß sie in St. gelagert hätten, behaupten vielmehr, feste Wohnung in der K.ischen Gastwirtschaft genommen zu haben. Es ist nicht hinreichend aufgeklärt, ob und in welchem Umfang dies zutrifft. Aber auch wenn die K. in St. ein Lagerleben geführt hätten, oder wenn die PolWD. der weiteren vom Vorderrichter ihr gegebenen Auslegung fähig wäre, nach der sie sich nicht nur auf lagernde Zigeuner, sondern auf Zigeuner überhaupt bezieht, konnte die angefochtene polizeiliche Verfügung auf die fragliche PolWD. nicht gestützt werden. Denn diese ist, soweit sie Best. enthält, nach denen Zigeunern das Lagern in den einzelnen Gemarkungen des Regierungsbezirks überhaupt und an jedem Platz von vornherein verkehrt werden kann, die Dauer des Aufenthalts von Zigeunern allgemein beschränkt wird, und die Zigeuner nach Ablauf einer bestimmten Frist ohne weiteres zum Verlassen der Gemarkung verpflichtet werden, rechtsungültig.

Zigeuner können, wenn sie Ausländer sind, unter den Voraussetzungen des Gesetzes über Reichsverweisungen vom 23. März 1934 (RGBl. I, 213) aus dem Reichsgebiet verwiesen werden. Die K. sind nach ihrer vom Befl. nicht abgestrittenen Behauptung deutsche Staatsangehörige und seit vielen Jahren im Besitz eines Wandergewerbescheins. Als deutsche Staatsangehörige unterliegen Zigeuner keinem Ausnahmerecht. Wie sie den allgemeinen gesetzlichen Verpflichtungen unterworfen sind, befinden sie sich andererseits aber auch unter dem Schutze der Gesetze. Freilich ist die Polizei berechtigt, den aus den eigentümlichen Lebensgewohnheiten der Zigeuner und ihrem Nomadentum entspringenden besonderen polizeilichen Gefahren entgegenzutreten. Sie kann sie aber nicht von Ort zu Ort jagen. Das würde auch allen regierungsseitig auf ihre Sehaftmachung hinzuliefernden Bestrebungen geradezu entgegenlaufen (vgl. Erlaß des MdZ. v. 17. Febr. 1906 betreffend Bekämpfung des Zigeunerunwesens [MBl. S. 53 ff. zu B 6]). Die Ab- und Ausweisung von Personen aus einem Gemeindebezirk, wie sie die fragliche PolWD. vorsieht, ist nur unter den Voraussetzungen der §§ 3ff. RWGv. über die Freizügigkeit vom 1. Nov. 1867 (BGBl. 55) statthaft. Unter diesen befindet sich nicht der Fall, daß jemand, nur weil er Zigeuner ist oder nach Zigeunerart herumzieht, ausgewiesen werden kann. Die polizeiliche Ausweisung Reichsangehöriger aus dem Ort ihres dauernden oder vorübergehenden Aufenthalts in anderen als den durch das FreizügigkeitsG. vorgesehenen Fällen ist ausdrücklich für unzulässig erklärt worden (§ 12 das.). Das in der PolWD. gegenüber Zigeunern ausgesprochene Verbot einer Aufenthaltsdauer von mehr als 24 Stunden an einem Ortspolizeibezirk entbehrt somit der Rechtsgültigkeit.

Das gleiche hat von der auf die fragliche Best. der PolWD. gegründeten angefochtenen polizeilichen Verfügung zu gelten. Diese mußte ferner auch dann, wenn außerhalb der PolWD. liegende, dem allgemeinen polizeilichen Aufgabengebiet entnommene polizeiliche Gesichtspunkte für ein polizeiliches Vorgehen gegen die K. in Betracht genommen werden konnten, für nicht rechtsbeständig erachtet werden, weil, wie dargelegt, die mit der polizeilichen Verfügung an die K. gerichtete Aufforderung zum Verlassen St.s von vornherein ungesetzlich war. Das angefochtene Ur., das auf einer Verkennung der Rechtslage beruhte, mußte daher aufgehoben und die streitige polizeiliche Verfügung wegen Rechtsunwirksamkeit außer Kraft gesetzt werden.

Im übrigen fehlte es für ein polizeiliches Einschreiten gegen die K. bisher überhaupt an jeder ausreichenden tatsächlichen Unterlage. Die K. sind in irgendwelcher strafbarer Handlung weder überführt noch verdächtigt worden. Zurechnen sie die Bevölkerung St.s dauernd belästigt haben, ist in keiner Weise festgestellt. Die Behauptung allein, daß

dies geschehen sei, genügt nicht, um ein polizeiliches Vorgehen gegen sie zu rechtfertigen. Daß die Bevölkerung St. s sich allein schon durch die Anwesenheit von Zigeunern belästigt fühlt und die Gefahr besteht, daß sie zur Selbsthilfe schreitet, bedeutet keine von den Kl. verursachte Gefahr der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung, womit, abgesehen von besonderen und auch nur vorübergehende polizeiliche Maßnahmen begründenden Ausnahmefällen, die Verechtigung der Polizei entfällt, gegen die Kl. vorzugehen. Ob der Aufenthalt der Kl. bei R. zu einer gesundheitsgefährlichen Verschmutzung der Kl. schen Gastwirtschaft oder des Wagenstandplatzes geführt hat, so daß aus diesem Grunde die Notwendigkeit polizeilicher Maßnahmen und gegebenenfalls auch die Entferrnung der Wagen vom Kl. schen Grundstück sich ergeben könnte, ist durch nähere polizeiliche Ermittlungen und ärztliche Stellungnahme nicht hinreichend aufgedeckt, um eine gewissenhafte Feststellung in dieser Beziehung treffen zu können. Beizustimmen ist dem Vorderrichter darin, daß die Durchführung öffentlich-rechtlicher Verpflichtungen an privaten Verträgen nicht scheitern darf. Auch eine Untersuchung darüber, ob mit Rücksicht auf bestehende Feuergefährlichkeit oder die un mittelbare Nähe der Kirche polizeiliche Einwendungen gegen den Standort der Wagen zu erheben sind, ist bei der ungenügenden Aufklärung des Sachverhalts nicht möglich.

Die Zulässigkeit polizeilicher Maßnahmen gegen den Gastwirt R. stand in diesem Verfahren nicht zur Erörterung. (PrDVG., 3. Sen., Urt. v. 5. Dez. 1935, III C 173/35.)

*

36. § 32 Abs. 3 PrDVG. v. 28. Juli 1906 (GS. 335); §§ 47, 49 Abs. 2 PrZustG. v. 1. Aug. 1883 (GS. 237); § 14 Abs. 2 PrLehrerbefoldG. v. 3. März 1897 (GS. 25) und 26. Mai 1909 (GS. 93). Volksschulunterhaltung durch Dritte auf Grund besonderer Rechtstitel. Anwendbarkeit der §§ 47, 49 PrZustG. auf den Bau von Lehrerdienstwohnungen. Die in § 32 Abs. 3 PrDVG. enthaltene Vermutung zuungunsten des Fiskus gilt dann nicht, wenn dessen Verpflichtung auf einem gutsch- oder grundherrlichen oder Domänialverhältnis beruht. Die Vermutung kann in anderen Fälle durch den Nachweis entkräftet werden, daß die Verpflichtung auf einem allgemeinen Titel, insbes. auf Herkommen beruht, mag dieses auch an die Stelle eines etwa vorhanden gewesenen besonderen Titels getreten sein. § 47 ZustG., der nach der Sondervorschrift des § 14 Abs. 2 LehrerbefoldG. vom 3. März 1897 und 26. Mai 1909 für Lehrerdienstwohnungen nicht anwendbar war, ist seit Wegfall dieser Sondervorschrift für Lehrerdienstwohnungen wieder anzuwenden.

Der Gesamtschulverband F. (Hessen-Nassau) bestand i. F. 1926 aus den Gemeinden F. usw. In F. bestand seit dem Jahre 1730 für die Schule ein besonderes Gebäude, das ursprünglich der Propstei F. und nach deren Säkularisation dem jeweiligen landesherrlichen Fiskus, jetzt dem preuß. Domänenfiskus, gehörte. Es wies ursprünglich nur eine Lehrerwohnung und ein Schulzimmer auf. Im Jahre 1854 wurde es durch Aufsetzen eines dritten Stockwerks erweitert, dann aber, weil die Kinderzahl erheblich gewachsen war, i. F. 1896 abgerissen, um einem Neubau mit zwei Schulsälen Raum zu machen. Gleichzeitig wurden in einem benachbarten, zur Domäne gehörigen Wirtschaftsgelände zwei Lehrerwohnungen neu hergerichtet. Inzwischen trat durch die in F. durchgeführte Vermögensauseinandersetzung zwischen der katholischen Kirchengemeinde und dem Gesamtschulverband in diesem Zustande insofern eine Änderung ein, als die bisherige Küsterlehrerwohnung endgültig der Kirchengemeinde zufiel und damit für den Gesamtschulverband als Lehrerwohnung verloren ging. Da die Kinderzahl in F. weiter wuchs, der Gesamtschulverband sich aber nicht freiwillig zum Neubau eines dritten Schulsalles und zur Errichtung der beiden notwendigen Lehrerdienstwohnungen (die eine für den früheren

Kirchschullehrer und jetzigen ersten Lehrer, die andere für einen neu anzustellenden dritten Lehrer) entschließen wollte, erließ die Regierung, Abt. für Kirchen- und Schulwesen, auf Grund § 47 ZustG. v. 1. Aug. 1883 (GS. 237) am 26. Juli 1926 folgenden Schulbaubeschluß:

„Der Gesamtschulverband F., bestehend aus . . ., ist verpflichtet, einen Schulsaal (dritten Schulsaal) und zwei Lehrerwohnungen in F. zu errichten, als geeigneten Bauplatz das am Ortsausgang von F. an der Straße nach . . . gelegene domänenfiskalische Grundstück . . . zu erwerben und die Kosten des Neubaus im Darlehnswege zu beschaffen.“

Der Gesamtschulverband F. erhob daraufhin gegen die Regierung, Abt. für Kirchen- und Schulwesen, und gegen den preuß. Fiskus Klage mit dem Antrage, unter Aufhebung des Schulbaubeschlusses die darin ausgesprochene Baulastverpflichtung dem preuß. Fiskus aufzuerlegen. Zur Begr. der Klage berief er sich auf die Vermutung des § 32 Abs. 3 PrDVG. Jedenfalls hätten, so führte er weiter aus, der preuß. Fiskus und seine Rechtsvorgänger bisher in F. alle Schulbaukosten getragen. Es sei das eine uralte Verpflichtung der ehemaligen Propstei F., die nach der Säkularisation i. F. 1803 auf den Staat übergegangen sei.

Die beklagte Regierung und der preuß. Fiskus beantragten Klageabweisung, weil ein „besonderer Rechtstitel“ für eine fiskalische Baulastverpflichtung in F. nicht bestehe und eine frühere, etwa auf „allgemeinem Rechtstitel“ beruhende Verpflichtung nach § 32 Abs. 1 PrDVG. weggefallen sei.

Durch Bescheid des Vorsitzenden des KrAussch. in F. vom 11. Juli 1927 wurde der Schulbaubeschluß der Regierung dahin abgeändert, daß nicht der Gesamtschulverband, sondern der preuß. Fiskus verpflichtet sei, den dritten Schulsaal und die beiden Lehrerwohnungen in F. zu errichten.

Auf die Ver. der Vell. setzte der BezAussch. unter gleichzeitiger Aufhebung des angefochtenen Bescheides den Schulbaubeschluß der Regierung insoweit außer Kraft, als er die Verpflichtung des Kl. zur Errichtung von zwei Lehrerwohnungen in F., zum Erwerb des dazu erforderlichen Bauplatzes und zur Beschaffung der erforderlichen Geldmittel betrifft; im übrigen wies er die Klage ab.

Auf die nun vom Gesamtschulverband und der Regierung eingelegte Rev. stellte das DVG. das Verfahren ein, soweit es sich auf die gegen die Regierung (jetzt RegPräs.) erhobene Reklamationssklage bezieht; die Rev. des Gesamtschulverbandes wurde, soweit die Abbürdungssklage vom BezAussch. abgewiesen worden war, zurückgewiesen und das angefochtene Urteil, soweit es die Lehrerdienstwohnungen betrifft, aufgehoben und die Abbürdungssklage unter Aufhebung auch des Bescheides des Vorsitzenden des KrAussch. v. 11. Juli 1927 auch insoweit abgewiesen.

I. Soweit die Klage sich gegen die Regierung, jetzt den RegPräs. als Schulaufsichtsbehörde, richtet, ist sie die Reklamationssklage nach § 47 ZustG. v. 1. Aug. 1883. Das Verfahren ist daher insoweit auf Grund §§ 11 Abs. 1, 13 Abs. 6, 15 PrAnkG. v. 15. Dez. 1933 (GS. 479) i. Verb. m. §§ 1 Nr. 4, 2 und 3 PrDVG. v. 10. Okt. 1934 (GS. 407) einzustellen. Auf die Rev. der Regierung war daher nicht einzugehen.

II. Soweit die Klage gegen den preuß. Fiskus gerichtet ist, stellt sie sich als die Abbürdungssklage dar und ist daher insoweit zulässig geblieben (§ 2 Abs. 1 der vorgenannten VO.).

1. Die Rev. des Schulverbandes wird bzgl. des Schulsalles auf unrichtige Anwendung des § 32 Abs. 3 PrDVG. v. 28. Juli 1906 gestützt. Der § 32 PrDVG., der, wie der Vorderrichter mit Recht hervorhebt, eine Übergangsvorschrift (genauer vielleicht Überleitungs-vorschrift) ist, enthält den Grundsatz, daß sämtliche „auf allgemeine Rechtsnorm“ beruhenden Verpflichtungen für die Zwecke der Volksschule, unter denen ausdrücklich auch das Herkommen ein aufgeführt ist, in Wegfall kommen (§ 32 Abs. 1). An deren Stelle sind mit der Einführung des sogenannten Kommunalprinzips durch das PrDVG. die Leistungen der Kommunen als der ordentlichen Unterhaltsträger der Schule getreten. Nur die „auf besonderen Rechtstiteln“ beruhenden Verpflichtungen Dritter, d. h. der nicht zu dem Kreise der bisherigen

ordentlichen Schulunterhaltungsträger gehörenden Personen, sollen, dem Art. 25 der damaligen PrVerf. entsprechend, bestehen bleiben (§ 32 Abs. 2). Zu den hiernach grundsätzlich in Wegfall kommenden, weil auf „allgemeiner Rechtsnorm“ beruhenden Verpflichtungen gehören auch diejenigen, welche von ehemaligen Stiftern und Klöstern herkömlich („Herkommen“ in § 32 Abs. 1) übernommen waren. Sie leiteten ihre Entstehung daraus her, daß Stifter und Klöster die Schuleinrichtungen seinerzeit als kirchliche Anstalten eingerichtet hatten, weil der Unterricht zu den Aufgaben der Kirche gehörte (vgl. Bremer, BÜG., 2. Aufl., S. 76). Diese Rechtslage gilt grundsätzlich auch für den Fiskus, der infolge der Säkularisation an die Stelle einer aufgehobenen kirchlichen Anstalt getreten ist. Nur hat das Gesetz hier gegenüber dem Regelfall eine Sonderbestimmung insofern getroffen, als nach § 32 Abs. 3 z u n g u n g e n des Fiskus „die Vermutung“ gilt, daß die Verpflichtung des Fiskus auf einem besonderen Titel beruhe.

Diese Vermutung gilt aber nicht in dem Falle, daß die Verpflichtung des Fiskus „auf einem gutsch- oder grundherrlichen oder Domänialverhältnisse“ beruht. In dem vorl. Rechtsstreit hat der Fiskus selber die Behauptung, seine vermeintliche Verpflichtung beruhe auf einem Domänialverhältnis, nicht aufrechterhalten. Daher braucht auf diesen Punkt nicht näher eingegangen zu werden. Mit Recht ist aber der BezAussh. davon ausgegangen, daß die Vermutung entkräftet werden kann. Dem stehen insbes. nicht die Entsch. des Gerichtshofs vom 22. und 29. Mai 1914 (ZBUnwVerw. 1914, 613 ff., 759 ff.) entgegen. Abgesehen davon, daß in den dort entschiedenen Streitfällen allein der Einwand aus der Guts herrlichkeit erhoben war, besagen jene Urteile auch nur, die Vermutung gelte als solche solange, als der Fiskus nicht dartue oder als sonst nicht klar erhelle, daß die ihm angefallene Leistung auf einem gutschherrlichen usw. Verhältnis beruhe. Es liegt aber im Wesen der Vermutung, daß sie als solche durch den Nachweis entkräftet werden kann, daß das, was vermutet wird, unrichtig ist. Wenn daher zuungunsten des Fiskus vermutet wird, daß seine Leistung auf besonderem Rechtstitel beruhe, so wird diese Vermutung dadurch entkräftet, daß der Fiskus nachweist, die Leistung beruhe nicht auf einem besonderen, sondern auf einem allgemeinen Rechtstitel.

Von diesem Rechtsgrundsatz ist der Vorderrichter ausgegangen. Er hat zunächst die einzelnen, nach Maßgabe des Aktenmaterials möglicherweise in Betracht kommenden Titel geprüft und hat festgestellt, daß aus den Akten ein besonderer Titel nicht zu ermitteln sei. Diese Ausführungen sind in jeder Hinsicht zutreffend, insbes. auch darin, daß ein konstitutives Anerkenntnis, das im Gegensatz zu einem rein deklaratorischen allein als besonderer Titel in Frage kommen könnte, in keiner der angeführten Erklärungen der Regierung zu finden ist. Der BezAussh. hat sich aber mit Recht nicht mit dieser rein negativen Feststellung begnügt, sondern er hat weiterhin geprüft, ob nicht die bisherige Übernahme der Baulast durch den Fiskus auf einer allgemeinen Rechtsnorm beruht. Diese Prüfung hat er mit dem Ergebnis abgeschlossen, daß die Verpflichtung, gleichgültig, worauf sie ursprünglich beruhte, jedenfalls im Laufe der Zeiten und seit der Säkularisation sich als eine rein auf Herkommen (Objervanz) beruhende entwickelt hat. Auch diese Feststellung ist zutreffend und läßt insbes. einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Ganz abgesehen davon, daß sie derjenigen entspricht, welche das OVG. in dem Vorprozeß, doch ohne Rechtskraftwirkung für den vorl. Fall, unter eingehender Begr. getroffen hatte, so kann es nicht, wie anscheinend der klagende Schulverband meint, der Sinn und Zweck der Vermutung des § 32 Abs. 3 BÜG. sein, auch gegenüber nur auf Herkommen beruhenden Verpflichtungen wirksam zu bleiben. Vielmehr ist in § 32 Abs. 1 a. a. O. ausdrücklich ausgesprochen, daß unter eine „allgemeine Rechtsnorm“ auch das „Herkommen“ fällt, woraus folgt, daß die auf Herkommen beruhenden Verpflichtungen mit dem Inkrafttreten des BÜG. in Wegfall gekommen sind. Es genügt daher zur Entlastung des Fiskus von der gegen ihn streitenden Vermutung, daß er nachweist, die streitige Baulast sei von ihm beim Inkrafttreten des BÜG. kraft Herkommens getragen worden. In dieser Beziehung hat der Vorderrichter festgestellt, daß, selbst wenn ursprünglich vor Jahrhunderten etwa einmal ein besonderer Titel

bestanden haben sollte, er jedenfalls dem Gedächtnis der Beteiligten entschwunden war (Scholz: R. u. PrVerwBl. 55, 239), so daß in der für die Bildung eines Herkommens (Objervanz) maßgebenden Zeit der Berechtigte niemals mehr auf diesen besonderen Titel sich berufen hat. Der BezAussh. hat daraus gefolgert, daß die Verpflichtung nicht mehr auf einem besonderen Titel beruht habe, sondern daß dieser Titel durch Herkommen untergegangen sei und die Verpflichtung des Fiskus hinfort allein auf Herkommen oder Objervanz sich gegründet habe. Diese Rechtsauffassung ist zutreffend. Es kommt daher nicht mehr darauf an, ob durch archivalische Forschungen ein solcher Titel aus der Zeit vor 1800 sich nachweisen läßt, da jedenfalls nach der einwandfreien Feststellung des BezAussh. im ganzen 19. Jahrhundert niemals eine Berufung auf diesen Titel stattgefunden hat. Dieser Folgerung gegenüber kann auch nicht geltend gemacht werden, nach der Rpr. des Gerichtshofs (OVG. 57, 263 ff.) sei ein besonderer Rechtstitel auch dann als fortbestehend i. S. von § 32 Abs. 2 BÜG. anzunehmen, wenn der besondere Titel ein Teil der Schulverfassung geworden ist, die ein allgemeiner Rechtstitel sei; es müsse also dasselbe für den Fall gelten, daß ein besonderer Titel in den allgemeinen Titel des Herkommens sich verwandelt habe. Indessen in jenem Falle beruht die Verpflichtung nach wie vor auf dem besonderen Rechtstitel. Dieser ist durch die Aufnahme in die Schulverfassung, wie in dem Urteil ausdrücklich hervorgehoben ist (a. a. O. S. 264), nicht untergegangen. Im vorl. Falle ist aber der Titel als solcher durch Herkommen fortgefallen. Man kann daher nicht mehr sagen, daß die Leistung noch auf dem besonderen Titel beruhe, sondern sie hat ihre Grundlage jetzt allein auf dem Herkommen, also auf einer allgemeinen Rechtsnorm.

Da die auf Herkommen beruhende Verpflichtung nach § 32 Abs. 1 BÜG. in Wegfall gekommen ist, so war die Rev. des Schulverbandes gegen die dies aussprechende Entsch. des BezAussh. als unbegründet zurückzuweisen.

2. Begründet ist dagegen die Rev. des Schulverbandes, soweit sie sich dagegen richtet, daß der BezAussh. die Anwendbarkeit des § 47 ZustG. für den Bau von Lehrerdienstwohnungen verneint und den Baubefehl aus diesem Grunde insofern erloschlos aufgehoben hat. Insofern ist der klagende Schulverband durch die Aufhebung des Baubeschlusses in der VerJust. gegenüber dem die Bauverpflichtung des Fiskus aussprechenden Urteil der ersten Instanz beschwert. Nach § 47 ZustG. unterliegen dem dort geregelten, durch die oben unter 1 erwähnten neuen Vorschr. abgeänderten Verfahren sämtliche Entsch. der Schulaufsichtsbehörde „über die Anordnung von Neu- und Reparaturbauten bei Schulen, welche der allgemeinen Schulpflicht dienen, über die öffentlich-rechtliche Verpflichtung zur Aufbringung der Baukosten sowie über die Verteilung derselben auf Gemeinden (Gutsbezirke), Schulverbände und Dritte, statt derselben oder neben denselben Verpflichtete, sofern Streit entsteht“. Für die hiernach im Verwaltungsstreitverfahren antr. Entscheidungen sind nach § 49 Abs. 2 ZustG. die allgemeinen Anordnungen der Schulaufsichtsbehörde über die Ausführung von Schulbauten maßgebend. Allerdings war in § 14 Abs. 2 LehrerbefoldG. v. 3. März 1897 und in dem wörtlich gleichlautenden § 14 LehrerbefoldG. v. 26. Mai 1909 bzgl. der Dienstwohnungen der Volksschullehrer das Verwaltungsstreitverfahren ohne Einschränkung zugelassen. Diese gesetzliche Vorschr. bezweckte, wie die in OVG. 39, 151 ff., 158 wiedergegebene Entstehungsgeschichte zeigt, die Verwaltungsgerichte von der Bindung an die Entsch. der Schulaufsichtsbehörden nach § 49 Abs. 2 ZustG. freizumachen.

Eine dem § 14 der früheren LehrerbefoldG. entsprechende Vorschr. findet sich jedoch nicht mehr in den seit dem Jahre 1920 ergangenen Dienstverordnungen für die Volksschullehrer. Der BezAussh. hat daraus den Schluß gezogen, daß seitdem überhaupt keine Regelung des Verfahrens zur Erzwingung des Baues von Dienstwohnungen mehr vorhanden sei. Durch den § 14 LehrerbefoldG. sei zwar nicht ausdrücklich, so doch stillschweigend der § 47 ZustG. „außer Kraft gesetzt und aufgehoben“. Durch die Aufhebung eines aufgehobenen Gesetzes, hier des § 14 LehrerbefoldG., lebe aber der von diesem seinerzeit befestigte Rechtszustand nicht wieder auf, sondern es trete eine Gesetzeslücke ein, die nur durch ein neues Gesetz geschlossen werden könne.

Diesen Ausführungen des BezAusSch. kann jedoch nicht gefolgt werden. Der § 47 ZustG., dessen Rechtsbeständigkeit noch niemals in Zweifel gezogen worden ist und gezogen werden kann, enthält eine allgemeine Regelung (lex generalis) für alle vorkommenden „Anordnungen von Neu- und Reparaturbauten bei Schulen usw. ...“. Die Vorschr. gilt also überall da, wo nicht durch Sondernorm (lex specialis) etwas Besonderes bestimmt ist. Eine solche Sondervorschrift war der nur von Lehrerdienstwohnungen handelnde § 14 LehrerbefoldG. von 1897 und 1909. Mit dem Wegfall jenes § 14 ist daher ohne weiteres die allgemeine Vorschr. des § 47 ZustG. auch bzgl. der Dienstwohnungen der Lehrer wieder in Kraft getreten. Wenn die Vorentschr. zur Stützung ihres Standpunktes darauf hinweist, daß dann auch § 49 Abs. 2 ZustG. wieder für Lehrerdienstwohnungen anzuwenden sei, so ist das zwar zutreffend. Es fehlt aber, entgegen der Ansicht des BezAusSch., ein hinreichender Anhalt dafür, daß diese Bindung des Verwaltungsrichters an die „allgemeinen Anordnungen über die Ausführung von Schulbauten“ „kaum i. S. des Gesetzgebers gelegen“ habe. Es kann vielmehr mit dem gleichen Rechte angenommen werden, daß es kaum i. S. des Gesetzgebers gelegen hätte, nunmehr die Anforderung der Dienstwohnungen überhaupt nicht mehr erzwingbar zu gestalten. Jedenfalls ist es rechtlich unabweisbar, daß nach Wegfall der für Lehrerdienstwohnungen seinerzeit erfolgten Einschränkung des § 47 ZustG. diese allgemeine Regelung wieder uneingeschränkt in Kraft ist, und zwar mit der in § 49 Abs. 2 für den genannten Bereich des § 47 geltenden Bindungsvorschrift.

Der vorstehenden Auffassung entspricht auch die Entsch. des OVG. v. 18. Mai 1926 (OVG. 81, 181 ff.; PrVerwBl. 48, 79 ff.). Allerdings ist dort die hier streitige Frage nicht ausdrücklich erörtert worden; aber die Entsch. setzt (vgl. a. a. O. S. 197 ff.) stillschweigend voraus, daß die als Baukosten zu behandelnden Anmietungskosten der Regelung des § 47 ZustG. unterliegen. Der gleiche Standpunkt ist, ebenfalls ohne besondere Erörterung, in einer nicht veröffentlichten Entsch. v. 12. April 1927, VIII C 39/26 eingenommen. Etwas anderes ist allerdings scheinbar in der Entsch. v. 26. Febr. 1929 (R.- u. PrVerwBl. 50, 721 ff.) ausgeführt. In ihr wird ausgesprochen, daß durch die Fortlassung der Vorschr. des § 14 des alten LehrerdienstfinkG. zu folgen sei, der Gesetzgeber habe „in dem genannten Falle“ (Festsetzung der Schulaufsichtsbehörde über Notwendigkeit usw. von Lehrerdienstwohnungen) das Verwaltungsstreitverfahren bewußt ausschalten wollen. Diese Ansicht vermag der Gerichtshof aber bzgl. der Anordnung von Neu- oder Reparaturbauten aus dem oben entwickelten Gedankengange heraus (Wegfall der lex specialis) der nochmaligen Nachprüfung nicht aufrechtzuerhalten. Dort lag bei Fall übrigens insoweit anders, als es sich nicht um eine Anordnung von Neu- oder Reparaturbauten handelte; sondern es war die Rückgabe einer infolge von Wohnungsnot beschlagnahmten Dienstwohnung durch Verfügung der Regierung angeordnet, und es wurde das Verwaltungsstreitverfahren gegen diese Anordnung für unzulässig erklärt.

Nach alledem war die Entsch. des BezAusSch., welche den Bau von Dienstwohnungen als nicht unter den § 47 ZustG. fallend angesehen hat, wegen Rechtsirrtums aufzuheben.

Bei freier Beurteilung ist die Sache spruchreif. Auch für die Lehrerdienstwohnungen beruhte die Neubaupflicht des Fiskus, ihr Bestehen überhaupt vorausgesetzt, jedenfalls auf derselben Grundlage wie bzgl. des eigentlichen Schulhauses. Auch hier muß daher, entsprechend den in diesem Punkte, wie oben dargelegt, zutreffenden Ausführungen des BezAusSch. als erwiesen angesehen werden, daß diese Baupflicht vor dem Inkrafttreten des BUC. auf einer allgemeinen Rechtsnorm, nämlich einer unabhängig von einer etwa früher vorhanden gewesenen Stiftung od. dgl. entstandenen Oberbauz (Herkommen) beruhte. Diese Verpflichtung des Fiskus war aber mit dem Inkrafttreten des BUC. gem. § 32 Abs. 1 BUC. untergegangen.

Insoweit mußte daher unter gleichzeitiger Aufhebung der hiermit in Widerspruch stehenden Entsch. des Vorsitzenden des BezAusSch. die Abbürdungsfrage des Gesamtschulverbandes gegen den Fiskus abgewiesen werden.

(PrOVG., 8. Sen., Ur. v. 24. Sept. 1935, VIII C 36/31.)

37. § 5 Abs. 2d GewStBD. i. d. Fass. vom 15. März 1927 (GS. 21). Gewerbesteuer. Miet- und Pachtzinsen. Die aus einem gewöhnlichen Lizenzvertrage gezahlten Gebühren sind, ebenso wie die aus einem ausschließlichen Lizenzvertrag, gewerbesteuerrechtlich als Pachtzins zu behandeln.

Bei der Veranlagung der H.-KommGes. zur Gewerbesteuer nach dem Ertrage für 1929 handelte es sich in der VerAnst. u. a. um Lizenzgebühren. Hier handelte es sich, da auch eine andere Firma für die Erfindung Lizenzen erhalten sollte, nicht um eine ausschließliche Lizenz. Der BezAusSch. setzte $\frac{1}{4}$ der für die Lizenz gezahlten Gebühren als Pacht dem Ertrage hinzu. Die R-Beschw. der Steuerpfl. wies das OVG. zurück.

Zutreffend ist die Beurteilung auch einer nicht ausschließlichen Lizenz als einer Pacht. Nach der Rspr. des OVG. (OVG. 85, 110 ff.; R.- u. PrVerwBl. 51, 230/1) rechnet zu den Betriebsmitteln des § 5 Abs. 2d GewStBD. in der — insoweit unverändert gebliebenen — Fass. v. 15. März 1927 ein ausschließliches Benutzungsrecht (Lizenz), das einem Unternehmer an einer fremden patentierten Erfindung seitens des Patentinhabers vertragsmäßig eingeräumt worden ist. Die von dem Lizenznehmer für die Benutzung der Erfindung entrichtete Gebühr (Lizenzgebühr) ist bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise als Pachtzins i. S. des § 5 Abs. 2d GewStBD. anzusehen und im Rahmen dieser Vorschrift dem Gewerbeertrag hinzuzurechnen, falls das Betriebsmittel nicht nur vorübergehend, sondern für eine gewisse Dauer dem Betriebe zu dienen bestimmt ist (R.- u. PrVerwBl. 52, 232 Nr. 10).

Es fragt sich nun, ob im vorl. Falle anders zu entscheiden ist, weil die Steuerpfl. Lizenzgebühren aus Lizenzverträgen zu zahlen hat, die den Ausschluß weiterer Wettbewerber nicht enthalten. Das Vorliegen solcher gewöhnlichen Lizenzverträge nötigt indessen nicht zu einer abweichenden rechtlichen Beurteilung. Der Entsch. des OVG. 85, 110 ff. lag allerdings ein ausschließlicher Lizenzvertrag zugrunde, der für den Lizenznehmer absolute, gegen jedermann wirkende (quasi-dingliche) Befugnisse dergestalt begründet, daß der Nehmer aus eigenem Recht gegen Patentverletzungen vorgehen darf, und daß nur ihm, nicht aber mehr dem Geber ein übertragbares Benutzungsrecht zusteht (vgl. Piesker in Stier-Somlo u. Elster, Handwörterb. der Rechtswiss. 4, 419; Lutter, PatG., 8. Aufl., 106/7; ROZ. 57, 40; 76, 236 = JW. 1911, 668; ROZ. 82, 432).

Demgegenüber beläßt ein gewöhnlicher Lizenzvertrag dem Lizenzgeber das verfügbare Recht, weitere Lizenzen zu erteilen; der Nehmer einer solchen Lizenz ist auch nicht befugt, sich unmittelbar gegen Patentverletzungen zu wehren (vgl. Piesker a. a. O.; Lutter a. a. O. 108/9; ROZ. 78, 12 = JW. 1912, 139; ROZ. 83, 94/5 = JW. 1913, 1152). Dabei ist streitig, ob der gewöhnliche Lizenzvertrag bloß einen Verzicht des Gebers auf sein Widerspruchsrecht enthält oder darüber hinaus die positive Einräumung eines Benutzungsrechts zum Gegenstand hat. Der Lösung dieser Streitfrage bedarf es jedoch in Fällen der vorl. Art nicht. Denn nach der rechtlichen Seite ist es zweifelsfrei (vgl. Piesker a. a. O.; Robolski-Lutter in Elster-Weber-Wieser, Handwörterb. der Staatswiss., 4. Aufl., 6, 826; ROZ. 116, 82), daß der gewöhnliche Lizenzvertrag — wie der ausschließliche — in Anlehnung an den bürgerlich-rechtlichen Pachtvertrag zu behandeln ist. Bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise ferner, die in Gewerbesteuerfällen geboten ist, befindet sich jeder der Nehmer einer gewöhnlichen Lizenz vermöge seines vertraglichen Anspruchs, seinem Betrieb ein fremdes Benutzungsrecht dienstbar zu machen, in der gleichen Lage wie ein Pächter, dem nach § 581 BUC. der Gebrauch des verpachteten Gegenstandes und der Gewinn der Früchte geschuldet werden. Demnach müssen die aus einem gewöhnlichen Lizenzvertrag gezahlten Lizenzgebühren eben-

falls als Pachtzins für ein Betriebsmittel i. S. des § 5 Abs. 2d GewStWD. angesehen werden.

Die RBeschm. war daher zurückzuweisen.

(PrDWB., 8. Sen., Entsch. v. 17. Dez. 1935, VIII GSt 434/33.)

*

38. § 96 RAbgD. a. F. (jetzt § 116). Steuerhaftung aus § 96 (jetzt § 116) RAbgD. beim Erwerb eines Unternehmens. Unter welchen Voraussetzungen haftet der Ersteher eines zwangsversteigerten Grundstücks für Gewerbesteuerzuschulden des Vollstreckungsschuldners, der auf dem Grundstück ein Gewerbe betreibt, wenn dieser seinen Betrieb aufgibt und der Ersteher in den gleichen Betriebsräumen einen gleichartigen Gewerbebetrieb eröffnet?

Schankwirt K. hatte am 3. Nov. 1931 ein Grundstück in B. im Wege der Zwangsversteigerung erworben. Das Grundstück war nicht von ihm, sondern von anderen Gläubigern zur Zwangsversteigerung gebracht worden. Da er aber eine Hypothek an letzter Stelle besaß, mußte er die beiden ihm vorangehenden Gläubiger, die Forderungen von ... RM und ... RM besaßen, ausbieten, um seine Hypothekensforderung zu retten. Eigentümer des versteigerten Grundstücks und Vollstreckungsschuldner war P. Dieser betrieb auf dem Grundstück eine Schankwirtschaft. Außerdem enthielt das Grundstück noch einen kleineren Laden und drei kleinere Mietwohnungen.

Am 1. Dez. 1931 meldete P. den Schankwirtschaftsbetrieb ab und erklärte, daß dieser am 26. Nov. 1931 gänzlich eingestellt worden sei. Er errichtete mehrere Monate später in L. einen neuen Gewerbebetrieb.

Der Ersteherer K. verpachtete die Schankwirtschaftsräume nebst dem ihm von der Brauerei zur Verfügung gestellten Inventar, das früher P. gehört hatte, durch Pfändung aber ins Eigentum der Brauerei übergegangen war, an seinen Schwager S., der darin einen Schankwirtschaftsbetrieb am 3. Dez. 1931 eröffnete.

K. wurde hierauf von dem Bezirksamt T. wegen der rückständigen Gewerbebesitzsteuer des früheren Schankwirts P. für 1930 und 1931 gem. § 96 RAbgD. a. F. (jetzt § 116) in Höhe von ... RM zur Haftung herangezogen. Sein Einspruch hiergegen blieb erfolglos. Er erhob hierauf gegen das Bezirksamt T. Klage im Verwaltungsstreitverfahren mit dem Antrage auf Freistellung.

Die Klage wurde damit begründet, daß in der Zwangsversteigerung nicht die Schankwirtschaft, sondern lediglich das Grundstück erworben sei. Es sei nicht richtig, daß er, K., die früher von P. betriebene Schankwirtschaft wieder eröffnet habe. P. habe, ohne daß auch nur der geringste Einfluß auf ihn ausgeübt worden sei, sein Geschäft freiwillig und endgültig aufgegeben und ihm die Eigenschaft eines lebenden Betriebs genommen. Dies gehe schon daraus hervor, daß die Schankerlaubnis von ihm abgemeldet worden sei. Es fehlten daher alle Voraussetzungen, die für die Haftung von Steuerschulden des Vorgängers vorhanden sein müßten. Es habe weder eine Veräußerung noch eine Übernahme des Betriebs stattgefunden. Ein endgültig aufgegebenen Betrieb sei kein Unternehmen i. S. des § 116 RAbgD.

Das Bezirksamt T. machte demgegenüber geltend, daß das Grundstück im wesentlichen ein Schankwirtschaftsgrundstück sei; diese Eigenart werde weder durch den sehr primitiven Laden noch durch die Wohnungen beeinträchtigt. P. habe nur deshalb seinen Betrieb aufgeben müssen, weil ihm infolge der Zwangsversteigerung des Grundstücks von R. Räumung zum 1. Dez. 1931 angedroht worden sei. R. habe den Vorschlag von P., ihm den Betrieb weiter zu verpachten, abgelehnt. Auch daraus ergebe sich, daß er die Absicht gehabt habe, den Betrieb des P. zu übernehmen. Das Inventar der Schankwirtschaft habe früher P. gehört, sei aber von ihm einer Brauerei übereignet worden, von der es wie-

derum R. erhalten habe. P. habe in keinem Falle den Betrieb freiwillig aufgegeben.

Das BezVerwGer. stellte durch Urteil den Kl. frei. Das Gericht nahm den Standpunkt ein, daß Kl. nicht Nachfolger des früheren Inhabers der Schankwirtschaft P. geworden sei. Seine Absicht sei lediglich dahin gegangen, durch den Erwerb des Grundstücks, ohne Rücksicht auf den darauf geführten Gewerbebetrieb, die auf dem Grundstück ruhende Hypothek zu retten. Da er nicht Nachfolger des früheren Betriebsinhabers geworden sei, also nicht den Betrieb erworben habe, so könne er auch für die auf dem Betriebe ruhende rückständige Gewerbebesitzsteuer nicht haftbar gemacht werden.

Die Rev. des Beil. wies das UrG. zurück.

Nach § 96 (jetzt § 116) RAbgD. haftet in dem Falle, daß sich die Steuerpflicht auf den Betrieb eines Unternehmens gründet und das Unternehmen im ganzen veräußert wird, der Erwerber neben dem Veräußerer für die laufenden und für die festgesetzten, aber noch nicht entrichteten Steuern. Diese Vorschrift findet nach § 19 GewStWD. auch auf die Gewerbebesitzsteuer Anwendung. Die Inanspruchnahme des Kl. im Wege der Haftung für die hier rückständigen Gewerbebesitzsteuern würde daher begründet sein, wenn Kl. den früheren Schankwirtschaftsbetrieb des Steuerschuldners P. „im ganzen“ im Wege der Veräußerung erworben hätte. Nach der Rpr. des UrG. liegt ein solcher Erwerb, wie durch die neue Fassung des § 116 Abs. 3 RAbgD. (§ 21 Ziff. 11 GewStG. v. 16. Okt. 1934 [RWB. I, 925]) noch besonders festgestellt worden ist, auch dann vor, wenn ein Unternehmen nicht freihändig, sondern im Zwangsversteigerungsverfahren erworben ist (vgl. auch R. u. PrVerwBl. 54, 35). Der Vorschrift des § 96 (jetzt § 116) a. a. D. liegt die gesetzgeberische Erwägung zugrunde, daß in dem Unternehmen als solchem eine Sicherung für die sich auf den Betrieb gründenden Steuerschulden gegeben ist, die durch den Übergang in andere Hände nicht verlorengehen soll, und daß, wer durch die Übernahme eines bestehenden Betriebs die damit verbundenen Vorteile erlangt, auch in gewissem Umfange die durch den bisherigen Betrieb entstandenen Steuerlasten zu tragen habe. Diese Erwägung trifft in gleichem Maße zu auf den Erwerb eines Unternehmens in der Zwangsversteigerung wie auf den freihändigen Erwerb.

Diese Rechtslage hat das BezVerwGer. nicht verkannt. Es hat jedoch angenommen, daß Kl., als er das Grundstück ersteigert habe, nur die Absicht gehabt habe, seine auf dem Grundstück eingetragene Hypothek zu retten und nicht die Absicht, den auf dem Grundstück betriebenen Gewerbebetrieb (des P.) fortzuführen. Da Kl. nicht Nachfolger des früheren Betriebsinhabers geworden sei, dessen Betrieb also nicht erworben habe, so könne er für dessen Steuerrückstände nicht haftbar gemacht werden. Diese Gedankengänge sind nicht ganz klar. Sollte etwa damit gemeint sein, daß in jedem Fall, wo auf einem versteigerten Grundstück vom Eigentümer und Vollstreckungsschuldner ein Gewerbe betrieben wird, einem Hypothekengläubiger, der das Grundstück zur Rettung seiner Hypothek ersteht, der Wille fehle, mit dem Grundstück auch das Unternehmen zu erwerben und er daher niemals gem. § 96 (jetzt § 116) RAbgD. als Erwerber des Betriebs in Anspruch genommen werden könne, so wäre dies nicht zutreffend. Es ist nicht einzusehen, warum nicht der ausbietende Hypothekengläubiger gleichzeitig auch den Willen haben kann, den Betrieb durch die Ersteigerung an sich zu bringen. In vorstehendem Sinne sind jedoch auch die Ausführungen der Borentsich. nicht zu verstehen. Offenbar sollte nur der Aufassung Ausdruck gegeben werden, daß im vorl. Falle ein fortsetzungsfähiger Betrieb bei der Versteigerung nicht mehr vorhanden gewesen sei. Richtiger wäre es allerdings gewesen, wenn das BezVerwGer. auf die Frage näher eingegangen wäre, weshalb P. den Schankwirtschaftsbetrieb auf dem Grundstück aufgegeben habe. Es wäre vielleicht auch zweckmäßig gewesen, wenn das BezVerwGer. den früheren Betriebsinhaber P. hierüber eidlich als Zeugen vernommen hätte. Gleichwohl ist in der Unterlassung dieser Vernehmung ein wesentlicher Verfahrensmangel nicht zu erblicken. Denn

einmal befindet sich in den Steuerakten die Gewerbeabmeldung des P., worin er erklärt, daß er den Betrieb am 26. Nov. 1931 gänzlich eingestellt habe und daß der Betrieb nicht weitergeführt werde. Sodann liegt die eidesstattliche Versicherung des P. vor, daß er den Betrieb freiwillig aufgegeben habe, „weil er keine Existenzmöglichkeit mehr gesehen habe“.

Der Feststellung des BezVerwGer., Kl. sei nicht Betriebsnachfolger des P. geworden, weil er dessen Betrieb weder erworben noch fortgeführt habe, ist im Ergebnis jedenfalls zuzustimmen. Durch den Zuschlag (§ 90 ZwVerfG.) erwirbt der Ersteher des Grundstücks den auf dem Grundstück geführten Gewerbebetrieb des Vollstreckungsschuldners nicht ohne weiteres mit der Folge, daß nunmehr die Haftung aus § 96 (jetzt § 116) ABgD. einträte; vielmehr erlangt er nur das Eigentum des Grundstücks und damit in der Regel die Möglichkeit, den Betrieb an sich zu bringen. Dies aber auch nur unter der Voraussetzung, daß durch die Räumung, d. h. durch die Besitzentziehung des bisherigen Betriebsinhabers und durch Inbesitznahme der Räume seitens des neuen Grundeigentümers die wesentlichen Grundlagen des Betriebs, die eine Fortführung desselben ermöglichen, auf den neuen Grundeigentümer übergehen. Diese wesentlichen Grundlagen können unter Umständen auch in dem bloßen Besitz der Betriebsräume oder in diesem in Verbindung mit einer etwa dazugehörigen Einrichtung (Inventar) bestehen, die durch die Zwangsversteigerung als Bestandteil oder Zubehör des Grundstücks mit erworben ist. Ein Erwerb des auf dem Grundstück geführten Betriebs findet allerdings, wie auch in der von dem RevKl. angeführten Entsch. des RFS. v. 7. Juni 1932 (abgedr. im RStBl. 1932, 593) durch Bezugnahme auf ein früheres Ur. v. 20. Jan. 1931 (M r o z e k s Kartei, Rfpr. 2 zu § 116 Abs. 1 ABgD. n. F.) ausgesprochen ist, überhaupt nicht statt, wenn der Ersteher des Grundstücks den bisherigen Eigentümer und Betriebsinhaber, statt ihn gem. § 93 ZwVerfG. zur Räumung zu zwingen, mit seinem Betriebe weiterhin auf dem Grundstück beläßt, indem er mit ihm eine vertragsmäßige Abmachung (Miet- oder Pachtvertrag) trifft. Unter diesen Umständen ergibt sich eine ähnliche Rechtslage wie in dem an sich hiervon verschiedenen Falle, daß der Betriebsinhaber nicht der Eigentümer des versteigerten Grundstücks, sondern lediglich Mieter oder Pächter ist. Ein derartiger Fall liegt der im RStBl. 1935 Nr. 479 veröffentlichten Entsch. des RFS. v. 3. Mai 1935 zugrunde, auf die sich der RevKl. berufen hat. In solchem Fall erwirbt der Ersteher des Grundstücks durch den Zuschlag überhaupt nicht die Zwangsversteigerung über das Unternehmen, vielmehr tritt er dem Unternehmer gegenüber in die Rechte des Verpächters (Vermieters) ein (§ 57 ZwVerfG.) und erwirbt lediglich nach § 57 a ZwVerfG. ein vorzeitiges Kündigungsrecht. Übereinstimmend mit dem RFS. ist hier bei Ausübung des Kündigungsrechts ein Pachtverfall anzunehmen, der nach der Rfpr. des Senats nicht als Veräußerung i. S. des § 96 (jetzt § 116) ABgD. anzusehen ist (vgl. DWG. 86, 167, 169).

Auch der Umstand, daß der Ersteher des Grundstücks ein Hypothekengläubiger ist, der zur Rettung seiner Hypothek das Grundstück ersteigert hat, würde, wie bereits gesagt, seiner Inanspruchnahme aus § 96 (jetzt § 116) ABgD. als Erwerb eines Unternehmens nicht entgegenstehen (vgl. RFS. 31, 133). Ebensovienig kommt es darauf an, ob der Inanspruchgenommene Erwerb des Unternehmens selber fortführt oder es weiterverpachtet. Es genügt, daß er in der Lage ist, das Unternehmen fortzuführen oder zu seinen Gunsten über die Fortführung durch andere Personen Bestimmung zu treffen (RStBl. 1934, 1371 ff.).

Zu Unrecht beruft sich der RevKl. auf die Entsch. des RFS. v. 7. Juni 1932 (RStBl. 1932, 593). Nach dieser Entsch. hatte eine Brauerei ein Grundstück mit Gastwirtschaft im Wege der Zwangsversteigerung erworben, weil sie an dem Erwerb und an der Fortführung der Gastwirtschaft das Interesse hatte, daß in ihr eine Ausschankstätte ihrer Biere erhalten bliebe. Die haftweise Heranziehung des Erwerbers war deshalb auch dem Grunde nach für berechtigt angesehen

worden. Der jetzt zur Entsch. stehende Fall liegt jedoch wesentlich anders. Es mag dahingestellt bleiben, ob der RevKl. bei der Ersteigerung des Grundstücks überhaupt von der Absicht geleitet worden war, die auf dem Grundstück betriebene Schankwirtschaft des P. in seine Betriebsgewalt zu bekommen, um den Schankwirtschaftsbetrieb als solchen durch eigene Fortführung oder Verpachtung für sich zu verwerten. In jedem Falle könnte von einem Erwerb eines im ganzen veräußerten Unternehmens, das nach § 96 (jetzt § 116) ABgD. die Haftung des Erwerbers begründet, nach feststehender Rfpr. nur dann gesprochen werden, wenn ein lebender Betrieb auf den Erwerb übergeht. Ein lebender Betrieb in diesem Sinne ist aber nicht vorhanden, wenn der Betrieb bereits von dem Inhaber ernstlich aufgegeben und eingestellt war. Im vorl. Falle hat P. unstreitig nach dem Zwangsversteigerungstermin seinen Betrieb aufgegeben und abgemeldet. Nach seiner eidesstattlichen Versicherung hat er dies freiwillig getan, weil er keine Existenzmöglichkeit mehr gesehen hat. Bald darauf hat P. auch den Offenbarungseid geleistet. Weiterhin hatte P., bevor der RevKl. die Gastwirtschaftsräume an seinen Schwager weiterverpachtete, die Schankerlaubnis aufgegeben. Es war daher unter diesen Umständen überhaupt nicht mit Sicherheit damit zu rechnen, daß für einen neueröffneten Schankwirtschaftsbetrieb auf dem Grundstück die Konzession erteilt werden würde. Der Schankwirtschaftsbetrieb, den der Bekl. oder sein Schwager in den bisherigen Schankwirtschaftsräumen eröffnete, stellt sich als neugegründeter Betrieb dar; der Schankwirtschaftsbetrieb des P. war bereits erloschen. Die Ersteigerung des Grundstücks schuf hier nur die Möglichkeit für den Ersteher, einen neuen Schankwirtschaftsbetrieb in den gleichen Räumen zu eröffnen oder durch einen anderen eröffnen zu lassen.

Gegenüber den Ausführungen des RevKl. ist hervorzuheben, daß es nicht i. S. des § 96 (jetzt § 116) ABgD. liegt, denjenigen, der in der Zwangsversteigerung ein Grundstück erwirbt, auf dem der Eigentümer und Vollstreckungsschuldner ein Gewerbe betreibt, mit der Steuerhaftung zu beschweren, falls der Ersteher lediglich das Grundstück oder die auf ihm befindlichen Gebäude und Räume in zweckentsprechender Weise verwertet. Es muß vielmehr dem Ersteher unbenommen bleiben, auf dem Grundstück einen gleichartigen Betrieb entweder selber zu eröffnen oder durch andere eröffnen zu lassen, falls sich das Grundstück im ganzen oder in seinen Teilen lediglich für den Betrieb eines solchen Gewerbes eignet. Es kann nicht vom Gesetzgeber gewollt sein, ihm die Hände zu binden, daß er besüchtigen muß, durch eine zweckmäßige Verwertung des Grundstücks die Folge der Steuerhaftung auf sich zu ziehen. Nur dann, wenn er infolge der Zwangsversteigerung einen bestehenden Betrieb an sich bringt und die mit ihm verbundenen Vorteile erlangt, tritt gem. § 96 (jetzt § 116) ABgD. die Folge der Steuerhaftung ein.

Kl. hat einen lebenden Betrieb des P. nicht übernommen; er hat vielmehr in den betr. Räumen einen zwar gleichartigen, aber doch neuen Betrieb eröffnet, der keinerlei Fortsetzung des früheren Betriebs darstellt. Es ist ohne weiteres glaubhaft, daß P., der bald darauf den Offenbarungseid geleistet hat, wirtschaftlich gar nicht in der Lage gewesen wäre, seinen Schankwirtschaftsbetrieb auf dem Grundstück fortzuführen, sofern Kl. ihn auf dem Grundstück belassen hätte. Abgesehen davon, daß Kl. das gleiche Inventar, das P. einst besessen hatte, von der Brauerei übernommen hat, bestehen keinerlei Anhaltspunkte dafür, daß der auf dem Grundstück neueröffnete Betrieb in irgendeiner Weise an den früheren Betrieb anknüpft, geschweige denn, daß der neue Betrieb eine Fortsetzung des alten darstellt. Kl. hat nicht etwa den erloschenen Betrieb des P. wiederaufleben lassen, sondern nur die ihm zustehende Möglichkeit ausgenutzt, auf dem ersteigerten Grundstück in den bisherigen Betriebsräumen einen gleichartigen Betrieb eröffnen zu lassen.

Nach alledem hat das BezVerwGer., wenn auch vielleicht mit nicht ganz zutreffender Begründung, im Ergebnis aber mit Recht, der Klage stattgegeben und den Kl. von der Zahlung der Steuerhaftungsbeträge freigestellt. Die von dem

Bekl. gegen dieses Urteil eingelegte Rev. war daher als unbegründet zurückzuweisen.

(PrDVB., 8. Sen., Ur. v. 10. Dez. 1935; VIII C 25/34.)

*

39. § 3 Ziff. 2 Gef. über Verlängerung der Geltungsdauer und die Änderung von Steuerbescheid in Grundvermögensteuersachen. § 3 Ziff. 2 Gef. v. 22. Dez. 1934 bezieht sich nur auf den GrundstAusSch. und nicht auf den GrundstVerAusSch. In der VerInst. kann deshalb nur durch Beschluß des GrundstVerAusSch., nicht durch Bescheid des Vorsitzenden eine Entscheidung getroffen werden.

Der Beschw. hat das den Gegenstand des Verfahrens bildende Haus als Gutshaus erworben. Nachdem er das Haus umgebaut und Mietwohnungen sowie einen Laden in dem Haus eingerichtet hatte, ist er wegen Veränderung der Zweckbestimmung ab 1. April 1933 nachveranlagt worden. Bei der Nachveranlagung ist das Haus auch zur Hauszinssteuer herangezogen worden. In dem gegen den Veranlagungsbescheid eingelegten Einspruch hat Beschw. zunächst Aufhebung der Nachveranlagung beantragt, später den festgesetzten Grundvermögensteuerwert aber ausdrücklich anerkannt, dagegen seine Einwendungen gegen die Heranziehung zur Hauszinssteuer aufrechterhalten. Einspruch und Ver. hatten keinen Erfolg. Die RBeschw. beim DVB. führte zur Aufhebung der Vorentscheidung und Zurückverweisung der Sache an den GrundstVerAusSch.

Die als „Berufungsbescheid“ bezeichnete Vorentscheidung ist lediglich durch den Vorsitzenden des GrundstVerAusSch. getroffen. Dieses Verfahren wird in der Entsch., weil es sich um eine reine Rechtsfrage handelt, als zulässig bezeichnet unter Ver. auf § 33 Abs. 1 RAbgD. i. Verb. m. § 3 Abs. 2 Gef. über Verlängerung der Geltungsdauer und die Änderung von Steuerbescheid vom 22. Dez. 1934. Gemeint ist offenbar § 3 Ziff. 2, denn einen Abs. 2 hat der Paragraph überhaupt nicht. Der § 3 des vorerwähnten Gesetzes hat folgenden Wortlaut:

„Das Gef. über die Erhebung einer vorläufigen Steuer vom Grundvermögen v. 14. Febr. 1923 (G.S. 29) nebst den dazu ergangenen Abänderungen bleibt bis zur Neuregelung der Grundsteuer in Kraft. Es gelten jedoch die nachstehenden Änderungen:

1. Die Steuer vom Grundvermögen wird durch den Vorsitzenden des GrundstAusSch. veranlagt. Er trifft auch die übrigen in dem GrVermStG. dem GrundstAusSch. zugewiesenen Entscheidungen.

2. Der GrundstAusSch. berät den Vorsitzenden bei der Veranlagung und bei den übrigen Entscheidungen. Die §§ 32 und 33 RAbgD. i. d. Fass. des § 21 Ziff. 6 StAnpG. v. 16. Okt. 1934 (RGBl. I, 925) finden sinngemäß Anwendung.

3. pp.

4. pp.“

Der dort angezogene § 32 RAbgD. i. d. Fass. des Gef. vom 16. Okt. 1934 (RGBl. 925, 930) bestimmt in Abs. 2 folgendes: „Vor der Entsch. über einen Einspruch, der sich gegen eine der im § 31 bezeichneten Steuerfeststellungen und Steuerfestsetzungen richtet, hat das FinA. ein Mitglied oder mehrere Mitglieder des Beirats zu hören.“ Der § 33 bestimmt: „In Einzelfällen (§ 32 Abs. 1 Ziff. 2 und § 32 Abs. 2) ist eine Anhörung des Beirats nicht erforderlich: 1. soweit es sich um reine Rechtsfragen handelt, 2. pp.“

Die Best. des § 3 Ziff. 2 bezieht sich also, wie der Wortlaut ausdrücklich und klar besagt, lediglich auf den GrundstAusSch. und nicht auf den GrundstVerAusSch. Auch die dort angezogenen §§ 32, 33 RAbgD. finden lediglich auf das FinA. und auf durch das FinA. zu treffende Einspruchsentscheidungen, also auch nur auf die unterste Instanz Anwendung. Gegenteiliges ergibt sich auch nicht — wie der Vorsitzende des GrundstVerAusSch. vielleicht angenommen hat — aus Ziff. II Abs. 2 RdErl. des FinMin. v. 4. Jan. 1935, K V 2 gen. 4 (Fin-MBl. v. 12. Jan. 1935 I, 4), wo gesagt ist, daß die übrigen im § 3 vorgesehenen Änderungen sich auf die Stellung und die

Bildung der GrundstAusSch. und GrundstVerAusSch. beziehen. Dieser Satz verweist auf die GrundstVerAusSch. nur insoweit, als sie im § 3 genannt sind, was im § 3 Ziff. 4 der Fall ist. Eine Änderung und Erweiterung der gesetzlichen Best. konnte der MinErl. nicht vornehmen und wollte er auch gar nicht vornehmen. Das geht auch deutlich aus dem Satz hervor, der in Ziff. II Abs. 2 dem vorerwähnten Satz folgt, wo ausdrücklich darauf hingewiesen ist, daß für die GrundstAusSch. die gleiche Änderung vorgenommen worden sei wie für die bei dem FinA. gebildeten SteuerausSchüsse.

Die VerEntsch. konnte mithin nicht durch einen Bescheid des Vorsitzenden des GrundstVerAusSch. ersetzt werden. Es fehlt daher an der verfahrensrechtlich unentbehrlichen Grundlage einer Entsch. durch den VerAusSch. Die Vorentscheidung war deshalb aufzuheben und die Sache zur Herbeiführung einer Entsch. des GrundstVerAusSch. zurückzuverweisen (vgl. Bape, Preuß. Hauszins- und Grundvermögensteuerrecht, IV, 37). Es muß dabei dahingestellt bleiben, ob nicht bei Zugrundelegung des in der angegriffenen Entsch. dargestellten Tatbestandes in der Sache selbst zutreffend entschieden ist (Bape a. a. O., IV, 87 Nr. 19).

(PrDVB., 7. Sen., Entsch. v. 15. Nov. 1935, VII D 191/35.)

*

40. Art. 7 BayVermGerG. v. 8. Aug. 1878 (GVB. 369); Art. 131 WeimRVerf. Vorentscheid. Der Erlaß einer Vorentscheidung nach Art. 7 BayVermGerG. v. 8. Aug. 1878 ist seit 1. Okt. 1935 auch im bairischen Gebiet des Saarlandes unzulässig, wenn der Schadensersatzanspruch sich gegen eine Stadtgemeinde richtet und die Verantwortlichkeit des Beamten nicht durch Unzurechnungsfähigkeit aufgehoben ist.

B. in S. (Saar) stellte am 28. Sept. 1928 bei dem DVB. des Saargebietes den Antrag, gem. Art. 7 BayGef. v. 8. Aug. 1878 über Errichtung eines VermGerH. eine Vorentscheidung zu treffen, ob der Bürgermeister von S. und mehrere andere genannte Beamte sich anläßlich der am 5. Jan. 1926 erfolgten Zwangsräumung des Hauses des Antragstellers in S., sowie der dabei erfolgten Festnahme, Mißhandlung und Abtransportes des Antragstellers sich einer Überschreitung ihrer Amtsbefugnisse bzw. der Unterlassung von Amtshandlungen schuldig gemacht haben.

Am 7. Juni 1929 änderte er seinen Antrag, indem er ihn nicht mehr gegen die genannten Beamten, sondern gegen die Stadtgemeinde S. richtete und nicht mehr meinte, daß diese Beamten Amtshandlungen unterlassen hätten, sondern lediglich behauptete, daß sie ihre Amtsbefugnisse überschritten hätten.

Die RegKomm. des Saargebietes hatte am 2. Dez. 1925 eine Zweizimmerwohnung im Obergeschoß des Hauses des Antragstellers beschlagnahmt. Nachdem sie seine Beschw. darüber zurückgewiesen hatte, forderte der Bürgermeister in S. ihn am 4. Jan. 1926 auf, die Schlüssel der Wohnung herauszugeben und ließ die Wohnung dann am 5. Jan. 1926 mit polizeilicher Gewalt öffnen, nachdem sich die Aufforderung als vergeblich erwiesen hatte.

Der Antragsteller behauptete, daß bei allen den polizeilichen Maßnahmen die genannten Personen als Beamte beteiligt gewesen seien, und daß sie dabei die verfassungsmäßigen Grenzen ihrer Befugnisse überschritten hätten, und begründete dies näher.

Er hatte die Stadtgemeinde S. bereits im ordentlichen Rechtswege bei dem LG. S. wegen Schadensersatz in Anspruch genommen. Das LG. hat den Rechtsstreit aber am 20. April 1928 ausgesetzt, damit erst die nunmehr beantragte Vorentscheidung ergebe.

Die Stadtgemeinde wie die genannten Personen bestritten, daß die Behauptungen des Antragstellers zuträfen.

Das DVB. des Saargebietes vertagte nach mehrmaliger Verhandlung und Beweisaufnahme die Sache auf Antrag der Stadtgemeinde auf unbestimmte Zeit wegen neuer Ausführungen des Antragstellers.

Das DVB. des Saargebietes ist gem. §§ 6, 10 RGef. vom 30. Jan. 1935 über die vorläufige Verwaltung des Saarlandes

(RGBl. I, 66) am 1. März 1935 weggefallen. Nach § 7 d a. a. D. und §§ 5 und 7 der 1. Durchf. v. 22. Febr. 1935 (RGBl. I, 229) sind seine Aufgaben und Zuständigkeiten am gleichen Tage auf das PrOVG. übergegangen. Diesem lag es daher ob, zufolge des Antrages auf Vorentschr. zu befinden.

Es konnte aber eine sachliche Vorentschr. nicht erlassen, weil die jetzige Gesetzeslage eine solche in dem streitigen Falle nicht mehr zuläßt. Zu der Zeit, zu welcher der Antrag darauf gestellt war, in den Jahren 1928 und 1929, war sie allerdings noch zulässig. Nach § 23 Abs. 1 Saarstatut, Anl. zu Teil III Abschn. IV Art. 45—50 W. (RGBl. 1919, 687, 761, 775) sind Gesetze und Verordnungen, die am 11. Nov. 1918 im Saargebiet in Kraft waren, in Kraft geblieben. Daher ist der angeführte Art. 7 Bay-VerwGerG. v. 8. Aug. 1878 in der damaligen Fassung in dem bayerischen Teile dieses Gebietes, also auch in S., vom 11. Nov. 1918 ab in Geltung geblieben. Nach Abs. II Satz 1 des damaligen Wortlautes von Art. 7 war der VerwGerG., an dessen Stelle im Saarlande das OVG. des Saargebietes getreten war, berufen, in den Fällen, in welchen der Staat, eine Gemeinde oder ein anderer Kommunalverband wegen des Schadens in Anspruch genommen werden soll, den ein Beamter in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt vorsätzlich oder fahrlässig einem Dritten zugefügt hat, die Vorentschr. darüber zu treffen, ob der Beamte sich einer Überschreitung seiner Amtsbefugnisse oder der Unterlassung einer ihm obliegenden Amtshandlung schuldig gemacht hat. Ein solcher Fall war nach dem vorgetragenen Sachverhalt der streitige. Daß der Antragsteller sich zuerst an die für schuldig erachteten Beamten unmittelbar gewendet hatte, war ohne Bedeutung.

Ein Antrag auf Vorentschr., der die Haftpflicht einer Gemeinde im Auge hat, ist jetzt nicht mehr zulässig, wenn er sich auf die Gründe stützt, die in der wiedergegebenen Gesetzesvorschrift, Satz 1 des Abs. II von Art. 7 bezeichnet sind. Denn diese Vorschr. hat inzwischen im Saarlande ihre Geltung verloren. Nach § 1 W. v. 27. Sept. 1935 über die Einführung reichsrechtlicher Vorschr. im Saarland (RGBl. I, 1204) treten die im übrigen Reichsgebiet geltenden Vorschr. auch im Saarland nach Maßgabe der danach besonders aufgeführten Best. am 1. Okt. 1935 in Kraft. Da in diesen Best. der Art. 131 Weim-Verf. v. 11. Aug. 1919 nicht vom Inkrafttreten ausgeschlossen ist, so ist er einschließlich des dritten Satzes in Abs. 1: „Der ordentliche Rechtsweg darf nicht ausgeschlossen werden“ ebenfalls am 1. Okt. 1935 im Saarland in Kraft getreten. Mit dieser reichsgesetzlichen Anordnung ist aber nach der Rspr. des RG. vom 20. Febr. 1923 (RGZ. 106, 34; RGBl. I, 292) die Erhebung eines Konflikts bei Schadenersatzklagen wegen Amtspflichtverletzungen von Beamten unvereinbar, wenn die Klagen sich gegen den Staat oder die Körperschaft richten, in deren Dienst der schuldige Beamte steht. Das RG. hat seine Ansicht zwar gegenüber § 2 PrGes. v. 16. Nov. 1920 ausgesprochen. Es ist aber kein Zweifel zu erheben, daß es seine ausführlich begründete Ansicht gegenüber entsprechenden Best. anderer Länder ebenso äußern und daran festhalten würde. Die bayerische Gesetzgebung hat dieser Ansicht bereits Rechnung getragen, indem sie durch Art. I Nov. v. 7. März 1924 (GBl. 65) den Abs. II in Art. 7 VerwGerG. demgemäß abgeändert hat, so daß die Vorentschr. bei Inanspruchnahme des Staates oder eines öffentlich-rechtlichen Verbandes nur noch dann statthaft ist, wenn der Beamte selbst infolge von Anzurechnungsfähigkeit nicht verantwortlich ist, sonst nur bei Inanspruchnahme des Beamten selbst. Ein solcher noch zugelassener Fall steht bei dem Antrage gegenüber der Stadt S. aber nicht im Streite. Indessen kommt es auf die Abänderung des Art. 7 durch die Nov. v. 7. März 1924 im Hinblick auf § 1 W. v. 27. Sept. 1935 nicht an. Denn wenn man der Rspr. des RG., von der abzuweichen kein Anlaß gegeben ist, folgt, so ist mit dem Inkrafttreten des Art. 131 Weim-Verf. im Saarlande die beantragte Vorentschr. unzulässig geworden. Das Bestehen dieser Rechtslage läßt sich auch nicht mit dem Einwande bekämpfen, daß die Gültigkeit der Verfassung in dem Umfange, in dem sie allgemeine, grundsätzliche Vorschr. enthalte, welche die Richtung der Gesetzgebung regeln sollten, nicht mehr anzuerkennen sei. Denn die angegebene Rspr. beruht auf der Ansicht, daß der genannte dritte Satz in Abs. 1 des Art. 131 eine un-

mittelbar anwendbare Rechtsvorschrift, nicht bloß eine Richtlinie darstelle.

Der erste Satz in Abs. II Art. 7 VerwGerG. in der im Saarlande bisher geltenden alten Fassung konnte daher vom 1. Okt. 1935 ab nicht mehr als gültig angesehen werden. Diese Auffassung ist um so mehr am Platze, als sie mit der im übrigen Lande Bayern bestehenden Gesetzeslage seit 1924 übereinstimmt.

Die beantragte Vorentschr. war daher nicht mehr zu erlassen, obwohl das Verfahren deswegen schon zu mehreren Verhandlungen geführt hatte. Eine sachliche Vorentschr. würde nicht die vom Gesetz — Art. 7 Abs. III — gewollte Wirkung haben können, das ordentliche Gericht zu binden. Der Antrag war ohne Eingehen auf die Sache abzuweisen.

(PrOVG., 3. Sen., Art. v. 28. Nov. 1935, III C 64/35.)

Sächsisches Oberverwaltungsgericht

41. § 157 SächsBauG. Die Erhöhung der Anforderungen an Luftschutz und in bezug auf Wohndichte sind Änderungen der bestehenden Verhältnisse, die bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen den Widerruf einer Baugenehmigung rechtfertigen.

Nach § 157 SächsBauG. kann eine Baugenehmigung widerrufen werden, wenn sich die „bestehenden Verhältnisse“ nachträglich geändert haben, das öffentliche Wohl den Widerruf fordert und mit dem Bau noch nicht begonnen worden ist. Nach der nationalsozialistischen Revolution haben sich die Anschauungen auf dem Gebiete des Luftschutzes und für die Beurteilung der zulässigen Wohndichte grundlegend geändert; die Frage der wirtschaftlichen Ausnutzbarkeit des Grund und Bodens hat noch weit mehr hinter den Forderungen des Wohles der Volksgemeinschaft zurückzutreten, als man es früher für notwendig ansah. Das aber ist eine wesentliche Änderung der „bestehenden Verhältnisse“ und rechtfertigt den Widerruf der Baugenehmigung, wenn die sonstigen Voraussetzungen gegeben sind.

(SächsOVG., Entsch. v. 24. Jan. 1936, 199 I 35.)

Badischer Verwaltungsgerichtshof

Berichtet von Oberverwaltungsgerichtsrat Dr. Kloß, Karlsruhe

42. § 13 Abs. 3 BadVerwRPfVG.; §§ 114 ff., 126, 127 ZPO. Der Vorsitzende des Bezirksrats ist zur Ablehnung eines Armenrechtsgesuches allein nicht zuständig. Die Entsch. obliegt dem Bezirksrat als dem erkennenden Verwaltungsgericht.

Die gesetzliche Grundlage für die Regelung des Armenrechts im Verwaltungsstreitverfahren bietet der § 13 Abs. 3 VerwRPfVG., der die Best. der ZPO. über das Armenrecht für „entsprechend“ anwendbar erklärt. Die maßgebenden Best. finden sich in den §§ 114 ff. ZPO., soweit das Verfahren in Frage kommt, in den §§ 126 und 127 ZPO. Demnach kann über das Gesuch um Bewilligung des Armenrechts ohne mündliche Verhandlung durch Beschluß entschieden werden. Nach § 127 ZPO. findet gegen den Beschluß, durch den das Armenrecht verweigert wird, die Beschw. statt, über welche nach § 568 ZPO. das im Instanzenzug zunächst höhere Gericht entscheidet. Da nach § 2 Ziff. 1 VerwRPfVG. über den Anspruch auf das Ortsbürgerrecht und die Bürgerannahme, der von den Kl. erhoben ist, die VerwGer. — Bezirksrat und OVG. — entscheiden, ist der Gerichtshof in entsprechender Anwendung (§ 13 Abs. 3 VerwRPfVG.) der §§ 127 und 568 ZPO. sowie gem. § 40 VerwRPfVG. als nächsthöheres Gericht zur Verbescheidung der Beschw. zuständig. Demgemäß hat auch die gegenwärtige Entsch. durch Beschl. ohne mündliche Verhandlung zu ergehen (vgl. auch § 40 Abs. 4 VerwRPfVG.).

Nach den angeführten Best. der ZPO. ist im Zivilprozeß

zuständig zur Beschlussfassung über Armenrechtsgesuche stets das Prozeßgericht (vgl. Baumbach, ZPD. 1935, S. 217, Erläuterung zu § 126 ZPD.). Eine Zuständigkeit des Vorsitzenden zur Erlassung dieser Beschlüsse ist in der ZPD. nicht vorgesehen.

In dem im MdZ. im Jahr 1881 ausgearbeiteten Gesetzentwurf über das Verfahren vor den VerwGer. hat der damals geplante § 10 gelautet: „Das Armenrecht wird durch die §§ 106 bis 118 ZPD. geregelt. Für das Verfahren vor dem Bezirksrat entscheidet das Bezirksamt über das Gesuch um Bewilligung des Armenrechts.“ Dieser Entwurf ist nicht Gesetz geworden. Es kann heute nicht mehr festgestellt werden, aus welchen Gründen in den in den Jahren 1882 und 1883 neu ausgearbeiteten Entwurf eines Gesetzes, die Verwaltungsrechtspflege betr., eine dem § 10 Satz 2 des Entwurfs 1881 entsprechende Best. nicht aufgenommen wurde. In dem am 17. Nov. 1883 dem ZL. vorgelegten Entwurf (Weil. 5 z. Prot. der 1. Kammer v. 21. Nov. 1883, S. 7) hatte vielmehr der § 13 folgende, dem heutigen Wortlaut sachlich gleichbedeutende Fassung: (Abs. 1) „Auf die Prozeßkosten finden neben § 24 dieses Ges. die §§ 87 Abs. 1, 88 bis 100 ZPD. entsprechende Anwendung.“ (Abs. 2) „Die Entsch. über die Kostenfestsetzungsgesuche in den bei dem Bezirksrate verhandelten Sachen trifft der Vorsitzende.“ (Abs. 3) „Auf das Armenrecht finden die §§ 106 bis 118 ZPD. entsprechende Anwendung.“ Aus den Materialien ergibt sich nicht, ob die Weglassung der in § 10 des Entwurfs 1881 enthaltenen gewesenen Vorschr., die die Zuständigkeit des Bezirksamtes zur Entsch. über Armenrechtsgesuche begründen wollte, dahin zu verstehen ist, daß man die alleinige Entscheidungsbefugnis des Vorsitzenden des Bezirksamtes für so selbstverständlich gehalten hat, daß eine besondere Klarstellung im Gesetz nicht für nötig erachtet wurde, oder ob man die ursprünglich geplante Regelung bewußt aufgegeben und die Entschließung über ein Armenrechtsgesuch (vielleicht im Hinblick auf die schon nach der damaligen Fassung des § 106 Abs. 1 ZPD. v. 30. Jan. 1877 in gewissem Umfang erforderliche Vorwegentscheidung über den Streitstoff als solchen) dem Bezirksrat als dem erkennenden VerwGer. übertragen wollte. In der Begr. zu dem Gesetzentwurf, die Verwaltungsrechtspflege betr., v. 17. Nov. 1883 ist bei § 13 über die beregte Frage nichts enthalten. Der Bericht der Justizkommission 1. Kammer (Weil. Nr. 75 z. Prot. vom 31. Jan. 1884) befaßt lediglich, daß man es für richtig halte, wenn nur auf einzelne Paragraphen der ZPD. verwiesen sei, welche sich zur Anwendung besonders eignen. Auch im Bericht der Kommission der 2. Kammer (Weil. z. Prot. v. 24. April 1884) findet sich keine Unterlage.

Die rechtsvergleichende Heranziehung der außerbadischen Gesetzgebung bietet ebenfalls keinen Anhaltspunkt. Die preussische Rspr. kann nicht herangezogen werden, da nach preussischem Recht das Verwaltungsstreitverfahren die gerichtliche Verleihung des Armenrechts nicht kennt. Die nach § 109 PrWBG. in Frage kommende Niederschlagung wegen Armut erfolgt erst nach Beendigung des Streitverfahrens (vgl. von Brauchitsch, Verwaltungs-Gesetze für Preußen, 1930, I. Bd. S. 186, Anm. 6 Abs. 2 zu § 109 WBG.). In § 109 WBG. ist aber zur Entsch. über ein Kostenfreiheitsgesuch die Zuständigkeit des Kreisausschusses bzw. des Bezirksausschusses, also auch des Gerichts — und nicht des Vorsitzenden — vorgesehen, im Gegensatz zu § 108 WBG., wo die Zuständigkeit des Vorsitzenden für das Kostenfestsetzungsverfahren (ähnlich wie in Baden § 13 Abs. 2 VerwRPfG.) bestimmt ist. Auch das Sächs. VerwRPfG. kennt die Bewilligung des Armenrechts nicht (vgl. Apeit, Das Sächs. Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege v. 19. Juli 1900, 2. Aufl. 1911, S. 329 Anm. 21). Ebenjowenig gibt es in Bayern im verwaltungsgerichtlichen Verfahren eine Zulassung zum Armenrecht. Der § 4 Abs. 5 der Bay-VollzVorschr. bestimmt vielmehr: Die Beigabe von ArmAnw. findet nicht statt (vgl. im übrigen Dyrhoff, BayVerwGerG., 5. Aufl. 1917, S. 581). Das Württembergische Gesetz

verweist in Art. 40 Abs. 2 und 3, ebenso wie der Art. 88 Abs. 4 des Entwurfs eines Verfahrens-Ges. für Württemberg lediglich auf die entsprechende Anwendung der ZPD. bei der Zulassung zum Armenrecht, während der § 84 Abs. 1 der VerwD. für Thüringen v. 10. Juni 1926 in seinem ersten Satz die Bewilligung des Armenrechts ausdrücklich den „VerwGer.“ vorbehält (vgl. Sohl, Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, Stuttgart 1877 und Rnauth-Wagner, Landesverwaltungsordnung für Thüringen, Weimar 1927).

Eine Abweichung von dem Grundsatz der ZPD., daß über ein Armenrechtsgesuch das erkennende Prozeßgericht durch Beschluß ohne mündliche Verhandlung zu entscheiden hat, könnte im badischen verwaltungsgerichtlichen Streitverfahren lediglich auf die in § 13 Abs. 3 VerwRPfG. enthaltene Vorschr., daß die Best. der ZPD. über das Armenrecht nur „entsprechende“ Anwendung finden, begründet werden. Eine solche Auffassung könnte sich aus praktischen Erwägungen darauf stützen, daß — zumal bei kleineren Bezirksamtern mit wenigen Bezirksratsmitgliedern — es in der Natur der Sache liege, wenn nicht das Kollegium des Bezirksamtes, sondern der Vorsitzende allein über das Armenrechtsgesuch entscheide. Abgesehen davon, daß auch in der Zivilrechtspflege Fälle denkbar sind, in denen nicht nur ständige zur Verfügung stehende Berufsrichter, sondern auch nicht ständig verfügbare Laienrichter zu Entsch. außerhalb der mündlichen Verhandlung zugezogen werden müssen (z. B. Kammer für Handelsachen, § 105 GVG.), erscheint dem Gerichtshof in Übereinstimmung mit der Auffassung des Ministerialbevollmächtigten auch aus anderen Gründen ein Abweichen von dem Grundsatz der ZPD. bei Beschlussfassung über die Bewilligung oder Ablehnung des Armenrechts, lediglich auf Grund des Wortes „entsprechend“, nicht tragbar zu sein. Denn bei dieser Entsch., besonders bei der Ablehnung von Armenrechtsgesuchen nicht etwa lediglich aus dem Grunde, weil die das Armenrecht nachsuchende Partei etwa nicht „außerstande ist, ohne Beeinträchtigung des für sie und ihre Familie notwendigen Unterhalts die Kosten des Prozesses zu bestreiten“ (vgl. § 114 Abs. 1 Satz 1 1. Halbs. ZPD.), sondern insbes. dann, „wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung ... eine hinreichende Aussicht auf Erfolg“ nicht bietet oder mutwillig erscheint (§ 114 Abs. 1 Satz 2. Halbs. ZPD.), handelt es sich wohl fast immer um eine materielle Vorwegnahme der Entsch. über den Streitgegenstand selbst. Es ist nicht von der Hand zu weisen, daß die Ablehnung des Armenrechtsgesuchs in derartigen Fällen einer Verweigerung des Rechtsschutzes nahekommen kann. Wenn daher die ZPD. (im Gegensatz zu § 53 Abs. 1 ArbGG. [RGBl. 1934, I, 327]) eine für die Partei derartig wichtige Entsch. bewußt dem Prozeßgericht zugewiesen hat und nicht lediglich dessen Vorsitzenden, so kann bei „entsprechender Anwendung“ der Best. der ZPD. in dem verwaltungsgerichtlichen Streitverfahren, in welchem die Entsch. über das Armenrecht dieselben Wirkungen haben können, ohne ausdrückliche gesetzliche Vorschr. von den Grundsätzen der ZPD. nicht abgewichen werden. Der Gerichtshof wird in dieser Auffassung dadurch bestärkt, daß in § 13 Abs. 2 VerwRPfG. die Entsch. über Kostenfestsetzungsgesuche in den bei dem Bezirksrat verhandelten Sachen ausdrücklich dem Vorsitzenden in der Weise übertragen ist, daß gegen die Entsch. des Vorsitzenden unmittelbar die Beschw. an den VGS. gegeben ist, während im Gegensatz dazu in § 13 Abs. 3 VerwRPfG. schlechthin auf die Best. der ZPD. verwiesen ist. Endlich hat der Ministerialbevollmächtigte darauf hingewiesen, daß das VerwGerG. v. 17. August 1923 (RGBl. 283) der Verwaltungsbehörde in besonders dringlichen Fällen die Möglichkeit gebe, das Verwaltungsstreitverfahren ohne Vorsetzüberhebung durchführen zu lassen und nach seiner Beendigung die erwachsenen Kosten wegen Armut des Beteiligten niederzuschlagen (vgl. §§ 1, 14 Ziff. 5, 24 a. a. D.). Der Vorsitzende des Bezirksamtes war somit zur Erlassung der angefochtenen Bsg. nicht zuständig.

(BadVGS., Entsch. v. 2. Okt. 1935, 60/35.)