



# Juristische Wochenschrift

Herausgegeben von dem Reichsfachgruppenleiter der Fachgruppe  
Rechtsanwälte des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen

Rechtsanwalt **Dr. Walter Raefe**, M. d. R.

Unter Mitwirkung der Mitglieder des Reichsfachgruppenrates:

Rechtsanwälte **Dr. Droege**, Hamburg; **Dr. Freih. von Hodenberg**, Celle; **Dr. Mößner**, München;  
**Dr. Müller**, Neustrelitz; **Dr. Noack**, Halle a. S.; **Dr. Römer**, Hagen; **Dr. Rudat**, Königsberg/Pr.;  
**Dr. Wilh. Scholz**, Berlin, und Patentanwalt **Dr. Ulrich**, Berlin;

und unter der politischen Leitung des Presse- und Zeitschriftenamtes der Deutschen Rechtsfront.

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

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

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

## Deutsche Juristen !

Das Jahr 1933 steht eingemeißelt in der Geschichte des deutschen Volkes. Der Sieg der nationalsozialistischen Revolution gab auch dem deutschen Recht endlich nach vielen Jahrhunderten gewalttätiger Unterdrückung seiner Eigengesetzlichkeit die freie Entwicklung wieder. Er gab dem deutschen Juristentum die einheitliche Organisation des deutschen Rechtsstandes und damit die Stärke, im Bewußtsein kameradschaftlicher Zusammenarbeit das Werk der deutschen Rechtserneuerung durchzuführen.

In Dankbarkeit und Treue sammeln sich die deutschen Juristen um die Fahne Adolf Hitlers zur schöpferischen Tat. Ihr deutschen Diener am Recht habt in diesem Jahre Euer ganzes Sein eingesetzt für Staat und Volk, im Kampf gegen die staats- und gemeinschaftszerstörenden Kräfte. Einig und entschlossen seid Ihr dem Ruf unseres Führers gefolgt. Dafür gebührt Euch der Dank des Führers und der Gesamtheit.

Mit tiefem Schmerz gedenken wir in diesen Tagen unserer deutschen Brüder in Österreich. Sie grüßen wir ganz besonders und versichern ihnen, daß wir uns im Kampf für ihr Deutschtum und ihr Lebensrecht ewig mit ihnen verbunden fühlen.

Deutsche Juristen, wenn ich Euch als Reichsjuristenführer heute für die in diesem Jahre geleistete Arbeit danke, fordere ich Euch auf, auch in der Zukunft restlos und rastlos dem Beispiel unseres großen Führers, des Volkskanzlers Adolf Hitler, zu folgen. Wie er das Leben der Nation zu dem feinen gemacht, so wollen wir deutsche Juristen unser Leben und unsere ganze Kraft dem deutschen Volk und seinem Wohl auch im neuen Jahr weihen.

Der Geist unseres von der Pfordten und Horst Wessel, unserer für die Idee des Nationalsozialismus gefallenen Juristen soll uns im Jahre 1934 in zäher opferfroher Arbeit am Aufbau unseres Rechtswerkes und unseres Rechtsstandes vereinen.

Heil unserem Führer

Heil Euch Juristenkameraden!

Dr. Hans Frank.

Neuhaus, den 21. Dezember 1933.



## Rückblick und Ausblick.

### (Zur Auflösung des Deutschen Anwaltvereins.)

Vom Reichsfachgruppenleiter Dr. Walter Raete, M. d. R., Mitglied der Akademie für deutsches Recht.

Am 27. Dezember 1933 hat der Deutsche Anwaltverein E. V., der bereits durch die am 30. September im Rahmen des Juristentages beschlossene Satzungsänderung die Hauptbezeichnung „Fachgruppe Rechtsanwälte im Bund Nationalsozialistischer Deutscher Juristen“ angenommen und die Mitgliedschaft auf arische Anwälte beschränkt hatte, in seiner letzten Mitgliederversammlung und ohne jeden Widerspruch die Auflösung zwecks Eingliederung in die Reichsfachgruppe Rechtsanwälte des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen beschlossen und einstimmig den Reichsfachgruppenleiter mit der Durchführung dieses Auflösungsbeschlusses und der vermögensrechtlichen Abwicklung beauftragt. Dem Führer der Deutschen Rechtsfront, Reichsjustizkommissar Dr. Frank, konnte berichtet werden, daß diese letzte Versammlung des Deutschen Anwaltvereins mit einem begeisterten Treuegelöbnis für den Führer der Bewegung und den Führer der Deutschen Rechtsfront beendet habe.

Mit dieser historischen Auflösungsversammlung hat die 62 jährige Geschichte des Deutschen Anwaltvereins ihren Abschluß gefunden. Der Anwaltverein war am 25. August 1871 von 169 Rechtsanwälten gegründet worden und umfaßte Anfang 1933 mit rund 15000 Mitgliedern die weit überwiegende Mehrzahl aller an den deutschen Gerichten zugelassenen Rechtsanwälte. Er war berufen, die Ständevertretung der gesamten deutschen Anwaltschaft zu sein und in der Zusammenfassung aller Rechtsanwälte als Diener am Recht lebendig an der Gestaltung des deutschen Rechts mitzuwirken. Dieser Aufgabe hat sich der Deutsche Anwaltverein in seiner bisherigen Form nicht gewachsen gezeigt. Seiner im „Geiste“ der liberalistischen Demokratie und des Parlamentarismus geschaffenen Organisation fehlte die geschlossene straffe Gliederung und eine wirkliche Führung. Trat der Anwaltverein in die Öffentlichkeit, insbesondere bei den Anwaltstagen und bei den Abgeordnetenversammlungen, so zeigte sich stets das typische Bild eines sehr viel redenden und „beschließenden“, aber wenig oder gar nicht handelnden Parlaments, das trotz weitreichendster Diskussion und „tiefsehender“ Referate fast niemals zu positiven und verwertbaren Ergebnissen kam, zumal auch die Mitwirkung der Anwaltschaft bei der Gesetzgebungstätigkeit sich auf mehr oder weniger fruchtlose und theoretische Stellungnahmen beschränkte. — Als wesentliches, mit weit größerem Erfolg bearbeitetes Tätigkeitsfeld blieb die Fürsorge für die Ständeangehörigen und ihre Hinterbliebenen sowie vor allem die Herausgabe von Publikationen, von denen namentlich die „Juristische Wochenschrift“ schon seit Jahrzehnten — wie auch vom Nationalsozialismus ohne jeden Vorbehalt anerkannt wird — eine weit über den Rahmen des Anwaltsstandes und auch über die Grenzen des Deutschen Reiches hinausgehende Bedeutung erlangt hat.

Die Reichsfachgruppe Rechtsanwälte hat das Erbe dieser dem Aufbau und dem lebendigen Lebenswillen des neuen Deutschlands, vor allem aber auch dem erweiterten Aufgabekreis einer völkerverbundenen Anwaltschaft nicht mehr entsprechenden Organisation übernommen. Der vom Reichsjuristenführer, Reichsjustizkommissar Dr. Frank, geschaffene und durchgeführte Zusammenschluß der gesamten völkisch empfindenden Anwaltschaft im Rahmen der berufständischen Organisation des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen und der Deutschen Rechtsfront bürgt dafür, daß diese neue und durch das große Erleben der nationalen Revolution geläuterte, zum Führerprinzip belehrte Anwaltschaft bei Anspannung aller Kräfte imstande sein wird, das vom Führer des neuen Deutschlands in sie gesetzte Vertrauen zu rechtfertigen und an der Erneuerung des deutschen Rechts, an der Befreiung der deutschen Rechtspflege von allen undeutschen Schladen und fremdrassigen Einflüssen in hervorragendem Maße mitzuwirken.

Daneben wird es eine der Hauptaufgaben der neuen deutschen Anwaltschaft und ihrer Führung sein, den Berufsstand der Rechtsanwälte aus der Entfremdung gegenüber den breiten Massen des deutschen Volkes, die in den letzten Jahren unter dem zunehmenden Einfluß fremdrassiger Elemente immer größer geworden war, durch schonungslose Ausmerzungen aller Reste des liberalistischen Krämergeistes herauszuführen, die Kluft zwischen dem deutschen Anwalt und dem deutschen Volk für immer zu schließen und hierdurch nicht nur der deutschen Rechtspflege, sondern letzten Endes auch dem deutschen Anwaltsstande selbst den größten Dienst zu erweisen. Dabei darf die Anwaltschaft das frohe Bewußtsein und die volle Sicherheit haben, daß bei einer derartigen Pflichterfüllung auch die berufliche Arbeit des Anwalts im neuen Deutschland voll anerkannt und gewertet wird, daß insbesondere das nationalsozialistische Leistungsprinzip, wonach jede ehrliche berufliche Arbeit einer angemessenen Gegenleistung wert ist, auch für die deutsche Anwaltschaft als berufene Beraterin und Rechtsvertreterin des deutschen Volkes Geltung hat, wie von dem Führer persönlich wiederholt zum Ausdruck gebracht wurde. Unbeschadet dieses Grundsatzes wird aber eine der vornehmsten und edelsten Pflichten der neuen deutschen Anwaltschaft darin bestehen, sich der von allen Anwälten der Deutschen Rechtsfront getragenen Organisation zur Kameradschaftlichen und unentgeltlichen Rechtsbetreuung aller unbemittelten deutschen Volksgenossen mit freudiger Hingabe und Opferwilligkeit zur Verfügung zu stellen.

Endlich und nicht zuletzt wird der neue deutsche Anwaltsstand bei seiner beruflichen Tätigkeit vor den Gerichten in kameradschaftlichem Zusammenwirken mit dem Richterstand alle sittlichen und Verstandeskräfte dafür einzusetzen haben, daß der von liberalistischen Juristen als verschwommen und „juristisch unverwertbar“ geschmähte Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben die oberste Richtschnur für die Auslegung aller Verträge wird, daß darüber hinaus alle diejenigen Vereinbarungen, die den Grundsätzen der unser heutiges Deutschland zum Segen der Volksgesamtheit beherrschenden nationalsozialistischen Rechtsanschauung über gute Sitten und zumutbare Forderungen zuwiderlaufen, als sittenwidrig und demgemäß als nichtig zu gelten haben, daß die gesamte Rechtsprechung im neuen tausendjährigen Reich Adolf Hitlers immerdar unter dem Leitstern steht:

„Recht ist, was dem Volke frommt, Unrecht, was ihm schadet“.



# Zum Gesetz gegen Mißbräuche bei der Ehe und der Annahme an Kindes Statt.

Von Ministerialrat im Reichsjustizministerium Dr. Brandis, Berlin.

(Schluß von F.W. 1933, 2862.)

## C. Bekämpfung sittenwidriger und sonst unerwünschter Kindesannahmeverhältnisse.

### I. Sittenwidrige Kindesannahmeverhältnisse.

1. Allgemeines. Noch radikaler wie bei der Bekämpfung sittenwidriger Ehen (F.W. 1933, 2862 zu B) konnte gegenüber Kindesannahmeverträgen vorgegangen werden, die dem Wesen der Adoption zuwider nicht der Begründung eines dem Eltern- und Kindesverhältnisses ähnlichen Familienbandes, sondern der Übertragung eines klangvollen Namens oder sonstigen unlauteren Zwecken dienen sollen. Bei der Ehe mußte sich die Regelung darauf beschränken, den mangelhaften Rechtsvorgang mit den Folgen der Nichtigkeit zu bedrohen und ihn, wenn er trotz Drohung vorgenommen wurde, nachträglich mit rückwirkender Kraft zu zerstören. Bei der Adoption konnte das Übel unmittelbar an der Wurzel angefaßt werden; da zum Zustandekommen des Annahmeverhältnisses eine behördliche Bestätigung (§ 1741 BGB.) erforderlich ist, bot sich hier von selbst der Weg, diese Bestätigung fortan von strengeren Voraussetzungen als bisher abhängig zu machen und sie überall da zu versagen, wo der Adoptionsvertrag berechtigten Anforderungen in bezug auf Sitte und Anstand nicht genügt. Während danach das Zustandekommen einer sittenwidrigen Ehe sich im allgemeinen nur durch die abschreckende Wirkung des § 1325 a, nicht aber durch Versagung der behördlichen Mitwirkung im Einzelfalle wird verhindern lassen (der Standesbeamte muß zwar nach § 48 PersStG. die Schließung einer nichtigen Ehe ablehnen, er wird aber nur selten in der Lage sein, sittenwidrige Absichten der Eheschließenden zu erkennen), kann der sittenwidrigen Adoption durch Ablehnung des Bestätigungsantrages von vornherein ein Riegel vorgeschoben und damit verhütet werden, daß überhaupt ein Gebilde zur Entstehung gelangt, das den äußeren Anschein eines gültigen Kindesannahmevertrages erweckt.

2. Versagung der Adoptionsbestätigung; Versagungsgründe. Nach § 1754 BGB. bisheriger Fassung „ist die Bestätigung des Annahmevertrages nur zu versagen, wenn ein gesetzliches Erfordernis der Annahme an Kindesstatt fehlt“. Die Novelle fügt dem zwei weitere Versagungsgründe hinzu: nach § 1754 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 und 3 darf die Bestätigung auch dann nicht erteilt werden,

- a) wenn begründete Zweifel daran bestehen, daß durch die Annahme ein dem Eltern- und Kindesverhältnis entsprechendes Familienband hergestellt werden soll,
- b) wenn vom Standpunkt der Familie des Annehmenden oder im öffentlichen Interesse wichtige Gründe gegen die Verstellung eines Familienbandes zwischen den Vertragsschließenden sprechen.

Aus der Fassung der Vorschrift, wonach die drei die Versagungsstatbestände enthaltenden Bedingungsätze im Abs. 2 von dem gleichen Hauptatz abhängig gemacht sind: „... ist nur zu versagen“, ergibt sich, daß die Versagungsfrage hier erschöpfend geregelt ist und weitere Versagungsgründe nicht zugelassen sein sollen. An der Grundeinstellung des BGB., wonach die Bestätigung lediglich bezweckt, das Vorhandensein der gesetzlichen Annahmeerfordernisse zur Verhütung ungültiger Annahmeverträge festzustellen, ist zwar danach eine wichtige Änderung insofern eingetreten, als das mit der Bestätigung befaßte Gericht fortan auch prüfen muß, ob einer der in Nr. 2 oder Nr. 3 bezeichneten Versagungsstatbestände der Bestätigung entgegensteht; liegt aber keiner dieser Fälle (Nr. 1, 2, 3) vor, so muß die Bestätigung erteilt werden, der Richter darf also den Bestätigungsantrag nicht etwa aus einem andern, nicht im Gesetz angeführten Grund ablehnen. Auch nach neuem Recht

kann also die Versagung z. B. nicht damit begründet werden, daß der Vertrag den Interessen der Vertragsschließenden, insbes. des Anzunehmenden, zuwiderlaufe; eine Prüfung, ob die Adoption dem Wohle der Vertragsparteien oder einer von ihnen entspricht, findet nur statt, soweit es sich um geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Personen, vor allem also um anzunehmende minderjährige Kinder handelt, und steht in diesem Falle auch nicht dem Bestätigungsrichter, sondern allein dem VormGer. im Rahmen des Genehmigungsverfahrens nach den §§ 1750, 1751 BGB. zu. Eine Versagung der Bestätigung des Vertrages wegen Schädigung oder Gefährdung eines Vertragsteiles kann danach auch in Zukunft nur erfolgen, wenn zugleich einer der übrigen Versagungsstatbestände, insbes. der aus § 1754 Nr. 2 oder Nr. 3, gegeben ist (Unlauterkeit des Vertrages, Beeinträchtigung der Interessen der Familie des Anzunehmenden oder der öffentlichen Interessen).

3. Zu § 1754 Abs. 2 Nr. 1. Die Vorschrift (Versagung der Bestätigung bei Fehlen eines Annahmeerfordernisses) entspricht der bisherigen Fassung des Satzes 1. Zu den „gesetzlichen Erfordernissen“ gehören natürlich nicht nur die in §§ 1741 Satz 1, 1742, 1744—1751, 1753 BGB. enthaltenen besonderen Adoptionserfordernisse, sondern auch die allgemeinen Essentialien eines Rechtsgeschäfts überhaupt. Die Bestätigung setzt also namentlich voraus, daß die Willenserklärungen, die zum Zustandekommen eines Annahmevertrages erforderlich sind, rechtliche Wirksamkeit besitzen; sind diese nichtig, etwa wegen Scheines oder wegen Verstoßes gegen die guten Sitten (§§ 117, 138 BGB.), so darf der Vertrag nicht bestätigt werden. Wie bereits unter A (F.W. 1933, 2862) ausgeführt, wären hiernach die Gerichte schon bisher in der Lage gewesen, sittenwidrige, unlautere Zwecke verfolgende Verträge, nämlich solche, die ohne den ernstlichen Willen zur Herstellung eines Familienbandes, insbes. zum Zweck der bloßen Namensübertragung, geschlossen waren, durch Ablehnung des Bestätigungsantrages zu zerstören (§ 1754 Abs. 2 Satz 2 bis. und neuer Fass.; vgl. dazu die Druckfehlerberichtigung in RWbl. 1933, I, 1064). Gleichwohl sind Verträge dieser Art namentlich seit Beendigung des Krieges nicht selten gerichtlich bestätigt worden; der Grund liegt natürlich nicht darin, daß die Gerichte solche Vereinbarungen in Kenntnis des wahren Sachverhalts für unbedenklich und mit den guten Sitten vereinbar gehalten hätten, sondern sie haben sich, wie zugegeben werden muß, teils die Erfüllung der ihnen nach § 12 RFVG. obliegenden Ermittlungspflicht etwas zu leicht gemacht, teils trotz ordnungsmäßiger Prüfung die wirklichen Zusammenhänge bei der Adoption nicht genügend durchschaut, manchmal wohl auch nicht durchschauen können. Vor allem ist aber zu berücksichtigen, daß die Versagung der Bestätigung eines Adoptionsvertrages unter dem Gesichtspunkt von Nr. 1 voraussetzt, daß das Fehlen der Adoptionserfordernisse oder eines von ihnen in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise festgestellt ist; bei sittenwidrigen Adoptionen müssen also die Tatsachen, die die Sittenwidrigkeit begründen, den Vertragsschließenden nachgewiesen sein. Der Umstand, daß sich dieser Nachweis oft nur mit großen Schwierigkeiten erbringen läßt, weil die Beteiligten naturgemäß ihre wahren Absichten mit allen Mitteln zu verbergen trachten, hat zur Bestätigung manches Vertrages geführt, an dessen Lauterkeit der Richter wahrscheinlich selber Zweifel gehabt hat.

Aus allen diesen Gründen konnten die bisherigen Vorschriften zur Befestigung der geschilderten Mißstände nicht als ausreichend angesehen werden. Um die Bekämpfung unlauterer Kindesannahmeverhältnisse wirksamer zu gestalten, hat das Gesetz dem bisherigen Ablehnungsgrunde (Fehlen eines Adoptionserfordernisses) einen weiteren, ausdrücklich



gegen die sog. Namensadoptionen u. dgl. gerichteten Ver-  
fügungstatbestand (Nr. 2 daf.) hinzugefügt. Wegen der Rechts-  
lage, die sich ergibt, wenn ein Vertrag trotz der ihm inne-  
wohnenden Sittenwidrigkeit bestätigt ist, vgl. unten 4i.

4. Zu § 1754 Abs. 2 Nr. 2. — Nach den Mot. z.  
BGB. IV, 956 bezweckt die Annahme an Kindes Statt, kin-  
derlosen Personen einen Ersatz für die ihnen verjagt ge-  
bliebene Nachkommenschaft zu verschaffen und dem Angenom-  
menen gegenüber dem Annehmenden zu der rechtlichen  
Stellung eines ehelichen Kindes zu verhelfen (vgl. §§ 1741  
Satz 1, 1757 BGB.). Noch deutlicher werden in der neuen  
Nr. 2 des § 1754 Ziel, Wesen und Inhalt der Adoption  
dahin umschrieben: die Vertragsschließenden müssen durch  
die Annahme ein dem Eltern- und Kindesverhältnis  
entsprechendes Familienband herstellen wollen. Das  
kann; da die an die Adoption geknüpften Rechtsfolgen auch  
ohne, ja sogar gegen den Willen der Vertragsschließenden  
Kraft Gesetzes eintreten (§§ 1757 ff. BGB.), nur bedeuten,  
daß, wer einen Adoptionsvertrag schließt, gewillt sein muß,  
mit dem andern Teil in ein tatsächliches Verhältnis  
innerer Zusammengehörigkeit zu treten, das nach  
Inhalt, Wesen und Innigkeit dem Bande entspricht, wie es  
in einer normalen Familiengemeinschaft Eltern und Kinder  
umschließt. Es genügt also nicht, daß die Vertragsschließ-  
enden die Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges, die Be-  
gründung des Adoptionsverhältnisses als bloßer Rechtsform,  
erstreben: nur wenn außer Zweifel steht, daß es ihnen um  
die Herstellung tatsächlicher Familienbeziehungen zu tun ist,  
kann der Vertrag als dem Willen des Gesetzgebers ent-  
sprechend und darum der staatlichen Sanktion würdig und  
fähig angesehen werden. Fehlt es an einem solchen Willen  
oder bestehen auch nur Zweifel an seinem Vorhandensein  
(siehe unten h a), so ist die Bestätigung zu verjagen.

a) Bei Prüfung der Frage, ob im einzelnen Falle  
mit dem Abschluß des Kindesannahmevertrages ein dem  
Eltern- und Kindesverhältnis entsprechendes  
Familienband hat hergestellt werden sollen, werden die  
gesamten Umstände in Betracht zu ziehen sein. Dabei spielen  
vor allem das Lebensalter und die sozialen und wirtschaft-  
lichen Verhältnisse der Vertragsschließenden eine wichtige Rolle.  
Was insbes. das Lebensalter des Anzunehmenden  
anlangt, so liegt es auf der Hand, daß bei der Annahme  
von Personen vorgerückteren Alters grundsätzlich weniger  
weitgehende Anforderungen gestellt werden können als bei  
der Adoption minderjähriger Kinder, wie ja auch bei leib-  
lichen Verwandten die Familienbeziehungen sich im Laufe  
der Zeit zu lockern oder doch andere Formen anzunehmen  
pflegen (Amtl. Begr. z. Ges., abgedr.: Deutsche Justiz 1933,  
765 zu Art. I 4). Ein Familienband, wie es hier gefordert  
wird, kann gegenüber einem minderjährigen Kinde  
regelmäßig nur dadurch begründet werden, daß es in den  
Hausstand des Adoptierenden aufgenommen wird und dort  
dauernd Unterhalt und Erziehung erhält (eine zeitweilige  
Unterbringung in einer Pension, einer Erziehungsanstalt  
usw. ist natürlich möglich). Bei der Adoption eines  
Volljährigen wird eine räumliche Vereinigung der Ver-  
tragsparteien grundsätzlich nicht verlangt werden dürfen,  
namentlich wenn der Anzunehmende bereits wirtschaftlich  
selbständig ist oder gewesen ist, einen eigenen Hausstand  
führt oder früher geführt hat, bei der Annahme einer ver-  
witweten oder geschiedenen Frau sowie in allen Fällen, in  
denen die Erreichung der Volljährigkeitsgrenze schon längere  
Zeit zurückliegt. Hier muß es genügen, wenn die Absicht,  
ein Familienband herzustellen, auf andere, weniger sinnfällige  
Art in die Tat umgesetzt wird; dabei sind, wie bereits er-  
wähnt, die gesamten Verhältnisse, in denen die Beteiligten  
leben, vor allem auch ihre Vermögenslage sowie die Ge-  
pfllogenheiten und Anschauungen der Kreise, denen sie an-  
gehören, in Rücksicht zu ziehen. Grundsätzlich ist zu fragen:  
verhalten sich die Beteiligten in einer Weise zueinander, wie  
es Eltern und erwachsene Kinder des betreffenden Alters und  
wirtschaftlichen und sozialen Milieus unter gewöhnlichen Ver-  
hältnissen zu tun pflegen? Dabei wird in der Regel davon  
ausgegangen werden können, daß Eltern und Kinder, letztere  
auch wenn sie dem elterlichen Hausstand entwachsen sind und

räumlich von ihren Eltern getrennt leben, normalerweise  
einen gewissen persönlichen oder wenigstens brieflichen Verkehr  
in angemessenen zeitlichen Abständen miteinander aufrecht-  
erhalten, namentlich an den großen Festen, an Geburts- und  
Namensstagen u. dgl. einander besuchen oder schreiben, sich  
gegenseitig Mitteilung von wichtigen Familienverhältnissen  
machen, einander bei Krankheiten, wirtschaftlichen Schwierig-  
keiten usw. Zuspruch und Unterstützung gewähren oder doch  
wenigstens nicht grundsätzlich jede ihnen mögliche Hilfe ver-  
weigern usw. Natürlich sind das alles lediglich Anhalts-  
punkte; eine auch nur für einen Teil der Fälle restlos zu-  
treffende Aufzählung ist weder möglich noch wäre sie an-  
gesehen der Vielgestaltigkeit des Lebens ungefährlich. Bei  
Prüfung der Frage, ob durch die Adoption eines Voll-  
jährigen ein „dem Eltern- und Kindesverhältnis ent-  
sprechendes Familienband begründet“ werden soll und ob der  
Vertrag damit den Erfordernissen des § 1754 entspricht oder  
nicht, wird man also einerseits keine übertriebenen Anfor-  
derungen stellen dürfen, andererseits sorgfältig darauf zu  
achten haben, daß die Betätigung wenigstens eines gewissen  
Maßes von verwandtschaftlichem Verhalten gesichert er-  
scheint; mit Rücksicht darauf, daß es sich nicht um die Fort-  
setzung schon vorhandener, durch Zeit und Gewohnheit tem-  
perierter Beziehungen, sondern um die Begründung einer  
neuen Familienverbindung handelt, wird man hier in aller  
Regel sogar eine etwas stärker betonte Gemeinsamkeit er-  
warten dürfen. Natürlich muß es sich dabei um ernstgemeinte,  
nicht nur vorgetäuschte Beziehungen handeln: mehr wie  
anderswo kommt hier alles auf die Gesinnung der Vertrag-  
schließenden an.

b) Von einer Absicht, ein dem Eltern- und Kindesver-  
hältnis entsprechendes Familienband herzustellen, wird grund-  
sätzlich nicht gesprochen werden können, wenn dem Annehmen-  
den für die Adoption eine finanzielle Gegenleistung  
gewährt oder zugesichert worden ist. Bei einer Adoption, wie  
sie dem Gesetzgeber als Ersatz für ein wirkliches Eltern- und  
Kindesverhältnis vorgeschwebt hat, handelt es sich um ernste  
und ehrwürdige Dinge von hoher ethischer Bedeutung: dem  
absterbenden Ast eines Baumes wird ein neues Reis auf-  
gepflanzt; zwei Menschen aus verschiedenen Ahnenreihen  
schließen sich aneinander, als wenn der eine der leibliche Er-  
zeuger des anderen wäre; der Jüngere begibt sich unter den  
Schutz und die Obhut des Älteren; er nennt ihn Vater, achtet  
und ehrt ihn als solchen und übernimmt die Fürsorge für  
ihn in alten und kranken Tagen. — Von Sohnesgefühlen  
dieser Art kann bei einem Menschen, der die Begründung des  
Sohnesverhältnisses mit Geld erkaufte, keine Rede sein; wer  
sich so verhält, zeigt, daß es ihm in Wahrheit auf ganz  
andere Dinge ankommt, insbes. auf die Erlangung des klang-  
vollen Namens seines „Vaters“. Daran ändert übrigens  
auch der Umstand nichts, daß die beiden Vertragsschließenden  
im gegebenen Falle gewisse, nach außen in die Erscheinung  
tretende Beziehungen zueinander unterhalten; in der Betäti-  
gung eines solchen Verkehrs kann unter den obwaltenden  
Verhältnissen nur ein — meist ziemlich durchsichtiger — Ver-  
such erblickt werden, den wahren Sachverhalt zu verschleiern.

c) Die sittenwidrige Gegenleistung braucht nicht in der  
Zahlung eines einmaligen Gelbbetrags, einer sog. „Abfin-  
dungssumme“, zu bestehen; sie kann auch in der Form einer  
fortlaufenden Geldrente versprochen werden. Die Par-  
teien werden in solchen Fällen häufig versuchen, die Zah-  
lungen als Ausfluß der dem Angenommenen gegenüber dem  
Annehmenden obliegenden Unterhaltspflicht hinzustellen, und  
werden gerade hiermit die Lauterkeit des Adoptionswillens  
nachweisen wollen. Hier bedarf es besonders eingehender  
Durchleuchtung der gesamten Verhältnisse, vor allem aber  
der genauen Feststellung, welche Gründe eigentlich den An-  
genommenen seinerzeit bestimmt haben, eine solche ihm an sich  
nicht obliegende dauernde Belastung auf seine Schultern zu  
nehmen.

d) Wenn gesagt wurde, daß die Gewährung einer Gegen-  
leistung grundsätzlich das Vorhandensein eines auf die Her-  
stellung eines Familienbandes gerichteten Willens der Ver-  
tragsparteien ausschliesse, so ist doch andererseits das Mo-  
ment der Entgeltlichkeit zur Annahme eines sitten-



widrigen Geschäftes nicht erforderlich: auch Verträge ohne Gegenleistung verstoßen gegen die guten Sitten und dürfen nicht bestätigt werden, wenn die Beteiligten ein Familienband nicht gewollt, sondern andere Zwecke mit der Adoption erstrebt haben. Man denke an folgenden Fall: Ein Richter heiratet eine arische Frau; die Kinder tragen einen jüdischen Namen. Um ihnen das Fortkommen zu erleichtern, erklärt sich ein Verwandter der Frau oder der arische Ehemann einer weiblichen Verwandten des Mannes bereit, sie an Kindes Statt anzunehmen; es wird aber dabei vereinbart, daß die Kinder im Hausstand ihrer leiblichen Eltern verbleiben und von diesen wie bisher unterhalten und erzogen werden sollen. Hier handelt es sich zwar nicht um eines der eingangs erwähnten Schachergeschäfte; andererseits wird mit der Adoption nicht die Begründung eines wirklichen Eltern- und Kindesverhältnisses erstrebt, sondern die Beteiligten verfolgen ausschließlich den Zweck, den Kindern den im Wege der öffentlich-rechtlichen Namensänderung nicht erreichbaren arischen Namen zu verschaffen.

e) Es wurde bereits hervorgehoben, daß ein Annahmevertrag grundsätzlich dann als sittenwidrig wird angesehen werden müssen, wenn der einzige oder doch der wesentlichste Beweggrund des Vertragschlusses die Absicht der Beteiligten gewesen ist, den Familiennamen des Annehmenden auf den Angenommenen zu übertragen. Immerhin sind hier gewisse Grenzfälle denkbar, wo zwar die Namensfrage eine wichtige, vielleicht sogar die ausschlaggebende Rolle spielt, gleichwohl aber von einer Verletzung der guten Sitten und einer Unlauterkeit der Vertragsabsichten nicht gesprochen werden kann. Nicht selten werden Annahmeverträge u. a. auch zu dem Zwecke geschlossen, den Namen des Annehmenden vor dem Aussterben zu bewahren oder diesen Namen im Zusammenhang mit einem auf den Angenommenen übergehenden Grundbesitz lebendig zu erhalten. Hiergegen kann grundsätzlich nichts eingewendet werden, zumal derartige Vertragsabsichten gewissen neueren Gedankengängen über die Verbundenheit von Namen und Boden (vgl. § 27 RGrbHofG.) keineswegs fernstehen; Voraussetzung ist aber natürlich auch hier, daß die Vertragsschließenden mit der Adoption wirkliche Familienbeziehungen, wie sie in der Natur des Einzelfalles begründet sind (siehe oben zu a), herstellen wollen, also dabei nicht ausschließlich die Namensübertragung im Auge haben.

f) Das durch die Adoption herzustellende Familienband muß „dem Eltern- und Kindesverhältnis entsprechen“. Dies liegt im Wesen des Adoptionsverhältnisses, das ein Abbild der Beziehungen darstellen soll, die normalerweise zwischen Ehegatten und ihren leiblichen Kindern bestehen. Es würde also nicht ausreichen, wenn die Vertragsschließenden zwar ein Familienband, aber doch eine weniger enge, inhaltlich andersartige Bindung herbeiführen wollten, z. B. eine solche, wie sie zwischen entfernteren Gliedern einer Familiengemeinschaft besteht. Das hat vor allem für die sog. Verwandtenadoptionen Bedeutung. Nimmt ein Onkel seinen Nefsen oder nehmen die Großeltern den ehelichen Enkel oder die Gesamtheit der Enkel an Kindes Statt an (natürlich unter der Voraussetzung, daß keine sonstigen ehelichen Abstammlinge vorhanden sind, vgl. Staudinger-Engelmann-Keidel BGB. § 1741 Bem. 1d), so braucht ein „Familienband“, wie es unter entfernten Verwandten das übliche ist, nicht mehr begründet zu werden; andererseits darf es dabei nicht sein Bewenden behalten, sondern das bestehende Familienband, das Nefsen- bzw. das Enkelverhältnis, muß tatsächlich in ein Sohnesverhältnis umgewandelt, also enger und innerlicher als bisher gestaltet werden (nach den oben zu a dargelegten Gesichtspunkten). — Im übrigen ist unter „Eltern- und Kindesverhältnis“ in dem hier behandelten Sinne das Verhältnis zwischen den Eltern und ihren ehelichen Kindern gemeint (vgl. § 1757 BGB.). Nimmt also die Mutter eines unehelichen Kindes oder sein Erzeuger das Kind an Kindes Statt an (vgl. Staudinger-Engelmann-Keidel § 1741 Anm. 1a), so muß beabsichtigt sein, daß die Mutter bzw. der Vater die durch die Adoption erlangte volle Rechtsstellung des ehelichen Elternteils auch tatsächlich ausübt (eine

zeitweilige Unterbringung oder Belassung in einer Pflegefamilie wird dadurch natürlich nicht ausgeschlossen).

Ist eine Adoption unter Verwandten ersichtlich auch zu dem Zweck erfolgt, um den zu Adoptierenden, der außerdem als Erbe des Annehmenden eingesetzt wird, nach Eintritt des Erbfalls die Erbschaftsteuer zu ersparen oder eine Ermäßigung dieser Steuer herbeizuführen, so wird die Bestätigung des Annahmevertrags i. Zw. versagt werden müssen, da hier im allgemeinen kaum angenommen werden kann, daß der Wille, ein neues, engeres Familienband zu knüpfen, für den Abschluß des Vertrages maßgebend gewesen ist.

g) Muß der sittenwidrige Wille bei beiden Vertragsschließenden vorliegen oder genügt der Sittenverstoß auf Seiten eines Teils? Nach RG. 114, 338 soll ein Kindesannahmevertrag trotz Unlauterkeit der Vertragsabsichten des Angenommenen nicht beanstandet werden, wenn der Annehmende an die Lauterkeit dieser Absichten geglaubt hat. Sind diese Grundsätze auch für die neue Vorschrift von Bedeutung? Abgesehen davon, daß Fälle solcher Art praktisch nur sehr selten sein werden, dürfte die Frage jetzt schon deshalb kaum noch eine Rolle spielen, weil das Bestätigungsgericht hier in aller Regel „begründete Zweifel“ an dem Willen, ein Familienband herzustellen, wird haben dürfen (s. unter h a).

h) Erleichterte Bekämpfung sittenwidriger Verträge nach neuem Recht. Wie bereits ausgeführt, gewährte bereits der bisherige § 1754 auf Grund von Abs. 2 Satz 1 das die Möglichkeit, Annahmeverträge, die ohne die Absicht der Begründung eines wirklichen Adoptionsverhältnisses geschlossen waren, die Bestätigung zu versagen; in der Praxis stellten sich jedoch einer wirksamen Bekämpfung dieser Auswüchse vielfach Schwierigkeiten entgegen. Das Gesetz will hier in dreierlei Richtung Abhilfe schaffen:

a) Während nach der früheren Fassung des § 1754 (und auch nach der neuen Nr. 1 das.) die Bestätigung nur versagt werden kann, wenn die Sittenwidrigkeit der Vertragsabsichten festgestellt, d. h. wenn den Vertragsschließenden das Unlautere ihres Tuns nachgewiesen ist, sollen nach Nr. 2 schon bloße Zweifel an dem Vorhandensein eines wirklichen Adoptionswillens ausreichen. Freilich soll nicht schon jeder leise Verdacht oder jede unbestimmte Vermutung, daß die Parteien mit dem Verträge irgendwelche unlauteren Ziele verfolgen könnten, eine Ablehnung des Bestätigungsantrages rechtfertigen: nach Nr. 2 müssen „begründete Zweifel“ daran bestehen, daß ein „Familienband“ (ber oben näher geschilderten Art) hergestellt werden soll, d. h. es müssen bestimmte Tatsachen feststehen, die es nach den Erfahrungen des Lebens wahrscheinlich machen, daß mit dem Verträge andere, dem Wesen der Adoption fremde Ziele erreicht werden sollen. Es handelt sich also gewissermaßen um eine „Umkehrung der Beweislast“ (wenn von einer solchen hier gesprochen werden könnte): nicht den Vertragsschließenden muß die Unlauterkeit des Vertrages nachgewiesen werden, sondern sie selber müssen gegenüber einem durch den Sachverhalt gerechtfertigten Zweifel die Lauterkeit ihrer Vertragsabsichten dartun.

ß) Um eine sachgemäße Entscheidung zu gewährleisten, ist die — mit den tatsächlichen Verhältnissen oft besser als das Gericht vertraute — höhere Verwaltungsbehörde in das Verfahren eingeschaltet; § 1754 Abs. 3 n. F.; Art. III Nr. 1 (§ 66a RFG.); vgl. dazu unten III.

γ) Gegenüber dem bisher unanfechtbaren Bestätigungsbeschluss (§ 68 RFG. bish. Fass.) ist die sofortige Beschwerde zugelassen, die der höheren Verwaltungsbehörde zusteht (§ 68 das. n. F.); vgl. dazu unten III 2.

ι) Wie bereits erwähnt, wurde nach bisherigem Recht die Sittenwidrigkeit eines Adoptionsvertrags und die sich daraus nach § 138 BGB. ergebende Nichtigkeit des Vertrags nicht durch die gerichtliche Bestätigung geheilt. Daran wird auch durch die neue Regelung nichts geändert. Sollte also unecht § 1754 Nr. 2 ein Vertrag, der ohne die Absicht der Begründung eines Familienbandes geschlossen ist, gerichtlich bestätigt werden, so würde er gleichwohl nichtig bleiben, und die Nichtigkeit würde von jedermann geltend gemacht werden können (z. B. in einem Erbschafts- oder Unterhaltsstreit), allerdings nur mit Wirkung unter den Parteien.



## II. Unerwünschte Kindesannahmeverhältnisse.

1. Allgemeines. Wie bereits erwähnt, fügt § 1754 n. F. im Abs. 2 unter Nr. 3 den bereits besprochenen, zur Ablehnung eines Bestätigungsantrages führenden Gründen einen weiteren, völlig neuen Versagungsstatbestand hinzu: die Bestätigung ist auch zu versagen, wenn vom Standpunkt der Familie des Annehmenden oder im öffentlichen Interesse wichtige Gründe gegen die Herstellung eines Familienbandes zwischen den Vertragsschließenden sprechen. Das Gesetz geht damit über sein erstes und eigentliches Ziel — die Vernichtung sittenwidriger Ehen und Kindesannahmeverträge, Namens- und Abekäufe u. dgl. in Vergangenheit und Zukunft — in einem wichtigen Punkte hinaus: während bisher das Zustandekommen eines Adoptionsverhältnisses ausschließlich Sache der Vertragsschließenden war und der Staat — abgesehen von der Mitwirkung des VormGer. (u. U. auch des Jugendamts) bei mangelnder Geschäftsfähigkeit der Parteien — sich um die Angelegenheit nur insoweit kümmerte, als die Rechtswirksamkeit der Adoption von einer formalen Feststellung der Adoptionserfordernisse durch das Gericht abhängig gemacht war, nimmt nunmehr der Staat in gewissen Grenzen ein Recht zur materiellen Prüfung von Adoptionsvorhaben jeder Art in Anspruch und ermächtigt und verpflichtet seine Behörden, Verträge, gegen deren Lauterkeit zwar an sich nichts einzuwenden wäre, die aber im Interesse der Angehörigen des Annehmenden oder auch im öffentlichen Interesse als unerwünscht anzusehen sind, durch Versagung der Bestätigung zu zerstören. Damit wird die Adoption mehr und mehr aus der Sphäre des Privatrechts herausgehoben und, wenn auch nicht als öffentlich-rechtliches Institut, so doch als eine Rechtseinrichtung mit stark öffentlich-rechtlichem Einschlag behandelt. In formeller Hinsicht kommt dies dadurch zum Ausdruck, daß die höhere Verwaltungsbehörde (s. oben I 4 h) auch über die Frage der Erwünschtheit des Adoptionsverhältnisses zu hören ist und daß ihr gegen einen Bestätigungsbeschluß, der nach ihrer Ansicht den Interessen des Staates und der Familie nicht genügend Rechnung trägt, das Recht der sofortigen Beschwerde zusteht.

Rücksichten auf die Interessen sonstiger Personen, insbes. der Vertragsschließenden selbst, können für sich allein nicht zur Versagung eines ordnungsmäßig geschlossenen Adoptionsvertrages führen (s. oben I 2 und unten 4). Die Interessen der Familie des Annehmenden werden sich nicht selten mit denen der Allgemeinheit decken, da auch der Staat nicht wünschen kann, daß Familien mit ehrenwertem Namen und wertvollem biologischem Erbgut durch die Aufnahme unerwünschter Elemente in den Familienverband beeinträchtigt werden. Im übrigen ist es Tatfrage, ob im gegebenen Falle die Interessen der Familie oder die der Allgemeinheit oder beider durch die Adoption in Mitleidenschaft gezogen werden; immerhin wird man von gewissen Tatbeständen sagen können, daß sie regelmäßig oder doch häufig die Voraussetzungen des im § 1754 Nr. 3 bezeichneten Versagungsgrundes erfüllen werden (vgl. unten 2, 3).

2. Das Interesse der Familie muß durch die Adoption verletzt sein. Als „Familie“ darf hier keineswegs nur der engere Kreis der Familienangehörigen des Annehmenden angesehen werden; es ist durchaus möglich, daß auch entferntere Verwandte dadurch, daß ein Blutsfremder ihren Namen durch Adoption erwirbt, ebenso hart oder womöglich noch härter betroffen werden als die nächsten Verwandten des Annehmenden, zumal wenn der Angenommene sich in der Gegend, in der die entfernten Angehörigen leben, ständig aufhält und hier den Namen als Aushängeschild für allerlei unlautere Machenschaften benutzt. Fühlt sich nur ein Teil der Familienglieder durch die Adoption beschwert, so wird festzustellen sein, aus welchem Grunde die übrigen ein Vorgehen in der Angelegenheit unterlassen haben; gerade hier sind übrigens die Stimmen zu wägen, nicht zu zählen! Keiner näheren Darlegung bedarf, daß in allen Fällen sorgsam zu prüfen sein wird, ob nicht etwa persönliche Gegnerschaft gegen den Annehmenden oder den Angenommenen oder sonstige unsachliche Gesichtspunkte den Widerspruch gegen die Kindesannahme hervorgerufen haben.

Vom Standpunkt der Familie des Annehmenden wird eine Adoption regelmäßig oder doch in der Mehrzahl der Fälle unerwünscht sein, wenn der Anzunehmende einer körperlich, geistig oder moralisch minderwertigen Familie entstammt (Kinder aus einer Alkoholikerfamilie, Kinder erkrankter Eltern — vgl. Gef. v. 14. Juli 1933 [RGBl. I, 529] — oder von Gewohnheitsverbrechern — vgl. Gef. v. 24. Nov. 1933 [RGBl. I, 995] — u. dgl.). Zahlreiche Personen, die einer ehrenwerten Familie mit geachtetem Namen angehören, werden sich aus einem gefunden Gefühl der Selbstachtung dagegen wehren, daß im Wege der Adoption Elemente in den Familienverband Eingang erlangen, von denen nach ihrer ganzen Erbanlage befürchtet werden muß, daß sie dem neuen Namen Unehre machen und Anlaß zu abschälliger Beurteilung der Familie geben werden. Immerhin hängt namentlich hier alles von den Umständen des Einzelfalles ab, vor allem von dem Grad der erblichen Belastung, sowie davon, ob die Möglichkeit besteht, durch besondere Erziehungsmaßnahmen den überkommenen schlechten Anlagen entgegenzuwirken. Bei der Beurteilung des Widerspruchs werden übrigens auch die Person des Widersprechenden sowie seine körperlichen, geistigen und sittlichen Qualitäten eine Rolle zu spielen haben.

3. Im öffentlichen Interesse — wie auch in dem der Familie des Annehmenden — kann sich die Bestätigung einer Kindesannahme z. B. dann verbieten, wenn der Angenommene und der Angenommene völlig verschiedenen Rassen angehören (vgl. Amtl. Begr. z. d. Gef. a. a. O. S. 766, Abs. 3). Das Adoptionsverhältnis soll ein Spiegelbild des wirklichen Eltern- und Kindesverhältnisses darstellen. Mit diesem Grundsatze läßt es sich schwer vereinigen, wenn Personen, die einander in rassistischer Hinsicht völlig fremd sind, in das Verhältnis von Vater und Sohn verfezt werden; vom biologischen wie vom bevölkerungspolitischen Standpunkt ist darauf hinzuwirken, daß eine künstliche und irreführende Vermischung der Rassengrenzen nach Möglichkeit unterbleibt. Immerhin kommt aber auch hier alles auf die Lage des Einzelfalles an, vor allem auf den Grad der Rassenvchiedenheit.

4. Vom Standpunkt des Wohles des Angenommenen hat der Bestätigungsrichter den Vertrag nicht zu prüfen. Er ist also nicht befugt, einer Adoption die Bestätigung deshalb zu versagen, weil er im Gegensatz zu dem Vormundschaftsrichter, der den Vertrag nach §§ 1750, 1751 genehmigt hat, der Auffassung ist, das Kind sei bei dem Adoptierenden nicht gut aufgehoben oder die Adoption entspreche aus sonstigen Gründen nicht dem Interesse des Kindes. Soweit vom Standpunkt des Kindeswohles auch die Allgemeinheit an der Sache interessiert ist, liegt die Wahrung des öffentlichen Interesses allein bei dem Vormundschaftsrichter; die Versagung der Bestätigung im Hinblick auf die Belange des Kindes kann also allenfalls dann in Frage kommen, wenn öffentliche Interessen anderer Art, die außerhalb der eigentlichen Kindesinteressen liegen, sich mit diesen Interessen decken.

5. Die Bestätigung darf nur beim Vorliegen wichtiger Gründe versagt werden, d. h. nur dann, wenn die Umstände eine Schädigung der Interessen der Familie mit Sicherheit oder großer Wahrscheinlichkeit befürchten lassen oder wenn es sich um eine schwerwiegende Verletzung öffentlicher Interessen handelt. Das oben über die Berücksichtigung der Lage des Einzelfalles Gesagte gilt auch hier. Die neue Vorschrift darf nicht dazu führen, daß die segensreiche Einrichtung der Kindesannahme, die schon so vielen Hilfsbedürftigen eine Heimat verschafft und sie vor körperlicher und seelischer Not bewahrt hat, an Bedeutung verliert und daß die Annahmewilligen von ihrem menschenfreundlichen Vorhaben Abstand nehmen, weil sie befürchten müssen, daß ihnen alle möglichen Schwierigkeiten bereitet werden.

6. Ist die Bestätigung erfolgt, so kann die Wirksamkeit des Annahmeverhältnisses nicht etwa nachträglich mit der Begründung in Zweifel gezogen werden, daß sie auf Grund von § 1754 Nr. 3 aus wichtigen Gründen hätte versagt werden müssen. Die Sache liegt hier anders als bei der Bestätigung eines sittenwidrigen, ohne die Absicht der Herstellung eines Familienbandes geschlossenen Vertrags (oben I 4i): der



Grund der Nichtigkeit einer sittenwidrigen Adoption, die Nichtigkeit der dieser zugrunde liegenden Willenserklärungen, liegt hier nicht vor.

### III. Mitwirkung der höheren Verwaltungsbehörde im Annahmeverfahren.

1. Anhörung über den Antrag auf Bestätigung des Annahmevertrages. Nach § 1754 Abs. 3 n. F.; § 66a RFGG. (i. d. Fass. v. Art. III Nr. 1 des Ges.) ist vor der Entscheidung über den Bestätigungsantrag die höhere Verwaltungsbehörde zu hören, in deren Bezirk das Bestätigungsgericht seinen Sitz hat. Welche Behörde als höhere Verwaltungsbehörde gilt, bestimmt nach § 66a Satz 2 RFGG. die oberste Landesbehörde; danach kommt in Preußen grundsätzlich der Regierungspräsident in Betracht (vgl. den bereits erwähnten Munderlaß v. 18. Dez. 1933, MBlW. 1933, 1473). Die Regelung bezweckt, eine möglichst sachgemäße Entscheidung des Bestätigungsgerichts zu gewährleisten; die Verwaltungsbehörde ist mit den Beteiligten und ihren Verhältnissen vielfach besser vertraut als das Gericht, kann sich jedenfalls meist auf eine weit einfachere und schnellere Weise über die in Betracht kommenden Fragen unterrichten. Vor allem merben in den Fällen des § 1754 Nr. 2 und 3 die Kenntnisse der Verwaltungsinstanz dem Bestätigungsgericht oft von erheblichem Nutzen sein.

Die Einschaltung der höheren Verwaltungsbehörde in das Annahmeverfahren hat aber noch eine weitere Bedeutung. Nach § 1754 Nr. 2 ist die Bestätigung zu versagen, wenn vom Standpunkt der Familie des Annehmenden wichtige Gründe gegen die Herstellung eines Familienbandes zwischen den Vertragsschließenden sprechen. Gleichwohl wird die „Familie“ nicht unmittelbar am Verfahren beteiligt; weder ist die Anhörung von Familienangehörigen vorgeschrieben (natürlich ist sie auf Grund des § 12 RFGG. zulässig), noch haben die Familienmitglieder ein Beschwerderecht gegenüber dem Bestätigungsbeschlusse (s. unten 2), vielmehr ist allein die höhere Verwaltungsbehörde anhörungs- und beschwerdeberechtigt. Dadurch wird einerseits eine zu weitgehende Einmischung von Familiengliedern — namentlich von weniger beteiligten — in die Adoptionsangelegenheit vermieden, andererseits werden die geltend gemachten Einwände vielfach schon durch die Vorprüfung im Verwaltungswege auf das richtige Maß zurückgeführt und unnötige Beschwerdeverfahren verhindert werden können.

Die Anhörung der höheren Verwaltungsbehörde ist für sämtliche Bestätigungsverfahren vorgeschrieben, nicht also nur für solche, wo das Gericht Zweifel an der Lauterkeit des Vertrages (§ 1754 Nr. 2) oder der Erwünschtheit der Kindesannahme (§ 1754 Nr. 3) hegt. Wenn sich auch dadurch das Zustandekommen des Annahmeverhältnisses regelmäßig etwas verzögert, so können doch jedenfalls dem Kinde Nachteile hieraus nicht erwachsen, da der Annehmende schon mit dem Vertragsabschluß gebunden ist (§ 1754 Abs. 1 Satz 2).

Die höhere Verwaltungsbehörde wird sich vor Abgabe ihrer Äußerung in Fällen, in denen sie es für erforderlich hält, mit Mitgliedern der Familie in Verbindung setzen, unter Umständen auch einen bestehenden Familienverband oder, wenn es sich um eine adlige Familie handelt, die deutsche Adelsgenossenschaft befragen.

2. Beschwerde gegen den Bestätigungsbeschlusse. Während nach früherem Recht gegen den Beschlusse, durch den ein Kindesannahmevertrag bestätigt wird, ein Rechtsmittel nicht zugelassen war (bisheriger Abs. 1 des § 68 RFGG.), ist durch das Gesetz (§ 68 Abs. 1 RFGG. n. F.) der höheren Verwaltungsbehörde das Recht der sofortigen Beschwerde eingeräumt (nicht den Angehörigen, dem Familienverband oder einem sonstigen Interessenten!). Dies rechtfertigt sich damit, daß die Annahme an Kindes Statt, wenn auch nach wie vor eine Einrichtung des bürgerlichen Rechts, gleichwohl jetzt einen stark öffentlich-rechtlichen Einschlag aufweist (s. oben 1). Aus diesem Grunde wird der höheren Verwaltungsbehörde das Beschwerderecht auch dann zuzugestehen sein, wenn sie seinerzeit auf Befragen des Bestätigungsrichters Bedenken gegen die Bestätigung nicht geäußert oder sie sogar empfohlen hatte.

Die Einführung des Beschwerderechts der höheren Verwaltungsbehörde machte die Änderung einiger weiterer Vorschriften des BGB. und des RFGG. erforderlich.

a) Da es zweifelhaft sein kann, ob die höhere Verwaltungsbehörde zu den nach § 16 RFGG. an Verfahren Beteiligten gehört und ob ihr danach schon auf Grund dieser Bestätigungsbeschlusse Befanntzumachen ist, ist eine entsprechende Vorschrift als neuer Abs. 1 des § 67 RFGG. eingefügt; dadurch wird sichergestellt, daß die höhere Verwaltungsbehörde von dem Beschlusse Kenntnis erlangt und daß die Beschwerdefrist in Lauf gesetzt wird.

b) Nach der bisherigen Fassung des § 1754 Abs. 1 Satz 1 BGB. trat die Annahme an Kindes Statt „mit der Bestätigung“ in Kraft. Mit Rücksicht auf die Einführung der Beschwerde mußte der Zeitpunkt des Inkrafttretens anderweit bestimmt werden; es heißt jetzt: „mit der rechtskräftigen Bestätigung des Annahmevertrages“, d. h. mit der Rechtskraft des Bestätigungsbeschlusses (zwei Wochen nach der Befanntmachung an die — allein beschwerdeberechtigte — höhere Verwaltungsbehörde bzw. mit der endgültigen Zurückweisung der dagegen von der höheren Verwaltungsbehörde eingelegten Beschwerde).

c) Aus dem zu b) Gesagten ergibt sich, daß es einer Bestimmung darüber, mit welchem Zeitpunkt der Annahmebeschlusse in Wirksamkeit tritt (vgl. § 67 RFGG. bisheriger Fassung), jetzt nicht mehr bedarf; mit Rücksicht auf § 1754 Abs. 1 Satz 1 BGB. n. F. kann der Beschlusse in keinem Falle vor dem Eintritt der Rechtskraft wirksam werden. Die Vorschriften des bisherigen § 67 a. a. D. behalten danach nur insoweit Bedeutung, als sie sich auf die Bestätigung eines Vertrages beziehen, durch den ein Kindesannahmeverhältnis wieder aufgehoben wird (§§ 1768 ff. BGB., unten d).

d) Bisher wurde der Kindesannahmevertrag und der die Aufhebung eines Adoptionsverhältnisses betreffende Vertrag in zahlreichen Beziehungen übereinstimmend behandelt (§ 1770 BGB.). Dabei konnte es im großen und ganzen auch in Zukunft sein Bewenden behalten; nur bestand kein Anlaß, die im § 1754 n. F. enthaltenen materiellen und formellen Er-schwerungen der Kindesannahme auch für den Aufhebungsvertrag einzuführen. Die Aufhebung des Annahmeverhältnisses soll also auch in Zukunft bereits mit der Bestätigung in Kraft treten; diese ist nur zu versagen, wenn ein gesetzliches Erfordernis der Aufhebung fehlt (§ 1770 Abs. 1 n. F.); eine Beschwerde gegen den Bestätigungsbeschlusse ist nicht zugelassen (§ 68 Abs. 1 Satz 2 RFGG. i. d. Fass. von Art. III Nr. 2). Selbstverständlich handelt es sich bei der Bestätigung im § 1770 n. F. um das gleiche Rechtsinstitut wie im § 1741, also um die gerichtliche Bestätigung (vgl. auch den unverändert gebliebenen, die Aufhebung besonders erwähnenden § 65 RFGG.); in dem Katalog des § 1770 Abs. 2 konnte daher der § 1741 Satz 2 fortgelassen werden. — § 67 Abs. 2 RFGG. i. d. Fass. von Art. III Nr. 2 bezieht sich nach dem Gesagten nur noch auf den Aufhebungsvertrag.

### IV. Frühere Kindesannahmeverhältnisse.

1. Aus den gleichen Gründen, aus denen gewisse in der Vergangenheit geschlossene Ehen durch Richterspruch für nichtig erklärt werden können (oben B), sollen nach Art. V des Ges. auch Kindesannahmeverträge, die zwischen dem 9. Nov. 1918 und dem Inkrafttreten des Gesetzes (26. Nov. 1933) in sittenwidriger Weise, d. h. ohne den Willen der Herstellung eines Familienbandes geschlossen und gerichtlich bestätigt worden sind, nachträglich mit Wirkung für und gegen alle in einem besonderen Verfahren als sittenwidrig gebrandmarkt und damit ein für allemal jeder Rechtswirksamkeit entkleidet werden können (Art. V § 1). Die materiellen Voraussetzungen sind die gleichen wie im § 1754 Abs. 2 Nr. 2 BGB. n. F.; doch sollen hier bloße Zweifel an der Lauterkeit des Vertrages nicht genügen, vielmehr muß die Annahme gerechtfertigt sein, daß die Vertragsschließenden ein Familienband nicht haben herstellen wollen. Ist der Vertrag zwar vor dem Inkrafttreten des Gesetzes geschlossen, aber noch nicht bestätigt, so finden die Vorschriften des neuen Rechts (§ 1754, Art. III), nicht die des Art. V, Anwendung. Eine nachträgliche Beseitigung



von Verträgen, denen, wenn sie heute geschlossen würden, möglicherweise auf Grund von § 1754 Abs. 2 Nr. 3 wegen wichtiger, die Interessen der Familie oder der Öffentlichkeit berührender Gründe die Bestätigung versagt werden würde, ist im Gesetz nicht vorgesehen (vgl. auch oben II 6).

Wie bereits ausgeführt, war ein ohne den Willen der Herstellung eines Familienbandes geschlossener Kindesannahmevertrag schon nach früherem Recht als sittenwidrig und daher nach § 138 BGB. nichtig anzusehen; die Nichtigkeit wurde auch durch die gerichtliche Bestätigung nicht geheilt. Mit Rücksicht hierauf bedurfte es — anders wie bei der Namenserte — hier nicht erst einer (konstitutiven) Nichtigkeitsentscheidung, sondern es genügte, daß die Nichtigkeit, die bisher nur von Fall zu Fall mit Wirkung unter den Parteien ausgesprochen werden konnte, deklarativ mit Wirkung für und gegen alle festgestellt wird. Auf Grund des Feststellungsbeschlusses steht es mit absoluter Wirkung fest, daß ein gültiges Adoptionsverhältnis niemals bestanden und daß es Rechte und Pflichten nicht begründet hat, insbes. daß der Angenommene nicht befugt ist, den Familiennamen des Annehmenden zu führen.

2. Der Antrag kann nur von der höheren Verwaltungsbehörde, nicht also von Angehörigen des Annehmenden, Familienverbänden oder sonstigen Interessenten gestellt werden. In Preußen kommt grundsätzlich der Regierungspräsident in Betracht (vgl. Runderlaß des PrMdZ. v. 18. Dez. 1933: MBlB. 1933, 1473); wegen der örtlichen Zuständigkeit vgl. Art. V § 2 des Gesetzes. Die höhere Verwaltungsbehörde kann den Antrag nur binnen sechs Monaten seit dem Inkrafttreten des Gesetzes, also spätestens bis zum 26. Mai 1933, stellen. Wird die Frist verjährt, so kann zwar eine Feststellung der Nichtigkeit mit absoluter Wirkung in dem in Art. V vorgesehenen besonderem Verfahren nicht mehr verlangt werden; an der Möglichkeit, die Nichtigkeit im Einzelfall, z. B. in einem Unterhalts- oder Erbschaftsprozess, geltend zu machen, wird dadurch nichts geändert.

Nach Art. V § 1 Abs. 2 Satz 2 kann der Antrag auf Nichtigkeitsfeststellung nicht mehr gestellt werden, wenn die Beteiligten eine gewisse Zeit hindurch in einem Eltern- und Kindesverhältnis gelebt haben (vgl. darüber oben I 4a: es kommt auf die Umstände des Einzelfalles, insbesondere auf das Lebensalter an; deshalb heißt es auch im Gegenfuß zu § 1324 Abs. 2 und § 1325 a Abs. 2 hier nicht „miteinander gelebt haben“). Auch hier wird der sittenwidrige Vertrag durch das Zusammenleben nicht geheilt (anders im § 1325 a); es erlischt nur das Recht, die Feststellung der Nichtigkeit für und alle zu verlangen. Eine Heilung des nichtigen Rechtsgeschäfts ist nur durch erneute Vornahme denkbar (§ 141 BGB.). Allerdings wird in einem Falle, in dem die Vertragsschließenden jahrelang zusammengelebt haben, die nachträgliche Feststellung einer ursprünglich vorhandenen gewissen Sittenwidrigkeit meist kaum noch getroffen werden können.

Der Antrag kann zurückgenommen werden (Art. V § 1 Abs. 3). Damit ist der höheren Verwaltungsbehörde die Möglichkeit eröffnet, in Fällen, in denen sich nachträglich herausstellt, daß die Antragsvoraussetzungen nicht vorliegen oder daß die Sittenwidrigkeit keinen solchen Grad erreicht hat, daß ihre Feststellung durch gerichtliche Entscheidung mit absoluter Wirkung geboten erscheint, von der Weiterverfolgung der Sache Abstand zu nehmen.

Vor der Stellung des Antrages wird sich die höhere Verwaltungsbehörde zweckmäßig mit Familienangehörigen oder mit dem Familienverband des Annehmenden, gegebenenfalls auch, wenn es sich um einen adligen Namen handelt, mit der deutschen Adelsgenossenschaft in Verbindung zu setzen haben (vgl. oben III 1 a. E.). Meist wird ohnehin die Anregung zur Stellung des Antrages von diesen Personen oder Kreisen ausgehen: die höhere Verwaltungsbehörde soll aber nicht erst auf solche Anträge warten, sondern von sich aus Ermittlungen darüber anstellen, ob sich Fälle von Namensadoptionen in ihrem Bezirk ereignet haben (vgl. dazu den mehrfach erwähnten Runderlaß d. PrMdZ.).

3. Über den Antrag entscheidet das Amtsgericht, in dessen Bezirk der Annehmende seinen Wohnsitz oder in Ermangelung eines inländischen Wohnsitzes seinen Aufenthalt hat, notfalls das Bestätigungsgericht; der Richter, der seinerzeit den Vertrag bestätigt hat, ist aus naheliegenden Gründen kraft Gesetzes ausgeschlossen (Art. V § 3).

4. Das Verfahren bestimmt sich nach den Vorschriften über die freiwillige Gerichtsbarkeit (§ 3 Abs. 2). Vor der Entscheidung sind die Vertragsschließenden zu hören, nach dem Tode des Annehmenden auch die Abkömmlinge, auf die sich die Wirkungen der Annahme erstrecken (vgl. § 1762 BGB.).

Gegen den dem Antrag stattgebenden Beschluß steht den Vertragsschließenden (auch einem von ihnen allein!) die sofortige Beschwerde zu, nach dem Tode des Annehmenden auch den erwähnten Abkömmlingen. Ist der Antrag abgelehnt, so hat die höhere Verwaltungsbehörde ein Beschwerderecht (§ 5). Weitere Beschwerde vgl. § 27 ff. RFGG.

Solange ein Verfahren nach Art. V anhängig ist, wird es sich empfehlen, Rechtsstreitigkeiten, in denen es auf die Wirksamkeit des Adoptionsverhältnisses ankommt, bis zur Entscheidung über das erwähnte Verfahren auszusetzen, da die Entscheidung über die Gültigkeit oder die Wirksamkeit des Adoptionsvertrages für die anderen Rechtsstreitigkeiten ohne weiteres maßgebend ist.

5. Standesregister. Wird die Nichtigkeit des Adoptionsverhältnisses festgestellt, so kann die höhere Verwaltungsbehörde die Beschreibung eines entsprechenden Randvermerks in der Geburtsurkunde des Angenommenen verlangen (und zwar auch dann, wenn die Adoption selbst dort nicht vermerkt war), ebenso auch in den Standesurkunden sonstiger Personen, die durch die Nichtigkeit betroffen werden (oben B IV 5; vgl. dazu die Muster in dem erwähnten Runderlaß des PrMdZ.).

## Das Führerprinzip im privaten Vereinsrecht.

Von Gerichtsreferendar, Fakultätsassistent Wilh. Paul, Frankfurt a. M.

I. Im Zuge der Gleichschaltung von rechtsfähigen Vereinen, insbes. bei verbandszugehörigen Vereinen — wie z. B. bei den in der Deutschen Turnerschaft zusammengeschlossenen örtlichen Turnvereinen —, hat sich in der letzten Zeit des öfteren folgender typischer Sachverhalt ergeben:

1. Die Gleichschaltung ist entweder freiwillig oder auf Richtlinien hin geschehen, die von einem Organ des Oberverbandes festgelegt worden sind. Sie vollzog sich zumeist in der Weise, daß der bisherige Vorstand seine Ämter niederlegte und die Mitgliederversammlung den Führer wählte. Dieser ernannte dann seinen Stellvertreter und einen etwaigen Beirat. Daraufhin wurde Eintragung der neuen Vereinsführung in das Vereinsregister beantragt.

2. Diese Sachlage wird noch häufig dadurch kompliziert, daß der Führer als erste Amtshandlung die bisherige Sitzung,

soweit sie auf parlamentarisch-demokratischen Grundsätzen beruht, außer Kraft setzt.

II. Im Anschluß an diesen Sachverhalt werden im folgenden einige Erörterungen nach geltendem und künftigen Recht vorgetragen. Sie geschehen nicht mit dem Anspruch auf Vollständigkeit, sondern nur zu dem Zwecke, vorhandene Probleme aufzuzeigen und sie der Diskussion zuzuführen.

1. Der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit hat ein zwar dem Umfang, nicht aber der Sache nach bestrittenes Prüfungsrecht und eine dahin gehende Prüfungspflicht. Ein Verein, der die Träger der Vereinsleitung mit Titeln belegt, die dem Prinzip autoritärer Körperschaftsführung entlehnt sind, gibt damit nach außen hin kund, daß sein Vereinsleben künftighin von autoritären Prinzipien bestimmt sein soll. Der Grundsatz autoritärer Körperschaftsführung aber widerspricht



den vereinsrechtlichen Vorschriften des BGB. und den von gleichem Geist erfüllten bisherigen Vereinsstatuten, die alle auf dem Gedanken parlamentarischer Mehrheitsbestimmung beruhen. Die Einführung des Führerprinzips bedeutet daher materiell in allen Fällen eine Satzungsänderung. Soll die Übernahme des Führerprinzips in das Vereinsleben nicht nur eine Angelegenheit opportuner Namengebung sein, so muß auch in allen Fällen die bisherige Satzung abgeändert werden. Es soll in der letzten Zeit des öfteren vorgekommen sein, daß Vereine ihre bisherigen Vorstandsämter lediglich umbenannt haben, ohne ihre Satzung entsprechend zu ändern. Gleichgültig, zu welcher Auffassung vom Prüfungsrecht des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit man sich bisher bekannte, so dürfte es jedenfalls heute einer nationalsozialistischen Rechtspflege zuwiderlaufen, wenn dem Antrag auf Eintragung der neuen Vereinsführung in das Vereinsregister stattzugeben wäre, ohne daß eine Prüfung in der Richtung vorzunehmen wäre, ob das Führerprinzip in dem betreffenden Verein auch materiell durchgeführt ist.

2. Das Vereinsleben wird bis zum Augenblick von den vereinsrechtlichen Vorschriften des BGB. beherrscht, die das Prinzip parlamentarischer Mehrheitsbestimmung verwirklichen. Hier können Bedenken entstehen, ob und wie eine Satzungsänderung in Richtung auf das Führerprinzip möglich ist.

Aus den Vorschriften der §§ 40, 32 BGB. ergibt sich jedenfalls soviel, daß die Mitgliederversammlung nicht das oberste Körperschaftsorgan zu sein braucht (a. M. v. Tuhr I, 1 S. 499). Somit kann die Befugnis, die Angelegenheiten des Vereins zu ordnen, auf ein anderes Vereinsorgan als die Mitgliederversammlung, also auch auf den Führer, übertragen werden. Ob darüber hinaus die Mitgliederversammlung als solche nach geltendem Recht beseitigt werden kann, oder ob sich aus der Nichterwähnung der §§ 36, 37 BGB. in § 40 BGB. eine „institutionelle Garantie“ der Mitgliederversammlung — nach der Ausdrucksweise der neueren Staatslehre — herleiten läßt, ist zweifelhaft (dafür: Pland-Knole § 32, 6; Goldmann-Lilienthal, 2. Aufl., Note 7 auf S. 197; Dernburg I, S. 212; dagegen, i. S. einer „institutionellen Garantie“, z. B.: Stauding-Loewenfeld-Riezler, 9. Aufl., § 32 III Abs. 2; Dertmann, 3. Aufl., § 32, 6; Enneccerus, 33./34. Aufl., Note 1 auf S. 254). Auf eine Stellungnahme zu dieser Frage kann jedoch verzichtet werden, da die Durchführung des Führerprinzips keineswegs die Beseitigung der Mitgliederversammlung als Institution erfordert.

Ist somit dargetan, daß die Einführung des Führerprinzips zulässig ist, so bleibt noch zu erörtern, wie dies zu geschehen habe. Die Beantwortung dieser Frage ergibt sich aus § 33 BGB. Danach ist bei Satzungsänderungen der Beschluß einer Dreiviertelmehrheit der erschienenen, bei Zweckänderung Zustimmung aller Mitglieder erforderlich. Unter Zweckänderung wird im Schrifttum die Änderung solcher Satzungsbestimmungen verstanden, die für die Individualität des Vereins von grundlegender Bedeutung sind (vgl. Warneher, Erl. zu § 33 BGB.). Nun sind das Führerprinzip ebenso wie das Prinzip parlamentarischer Mehrheitsbestimmung Fragen, welche die Organisation, nicht aber den Zweck des betreffenden Vereins angehen. Daraus folgt, daß die Einführung des Führerprinzips eine Satzungsänderung ist, zu welcher der Beschluß einer Dreiviertelmehrheit der erschienenen Mitglieder genügt. Ebenso ist ein mit Dreiviertelmehrheit gefaßter Beschluß gültig, der den Führer — etwa im Zusammenhang mit seiner Wahl — ermächtigt, die bisherige Satzung im Sinne des Führerprinzips umzugestalten. Auch im zweiten Falle bleibt das körperschaftsrechtliche Mitgestaltungsrecht der die Dreiviertelmehrheit ausmachenden Mitglieder gewahrt. Daher ist auch ein in der letzten Zeit verschiedentlich beobachtetes Verfahren zulässig, wonach diese Ermächtigung dem Oberverband oder dessen Führer erteilt bzw. delegiert worden ist. Somit kann der Führer — wie dies in einer Reihe von Fällen bereits geschehen ist — aus eigenem Recht, d. h. allein auf Grund seiner Wahl, eine solche Satzungsänderung nicht vornehmen.

3. Hat nun der Registerrichter die neue Vereinsführung

eingetragen ohne die nach der hier vertretenen Auffassung erforderliche vorgängige Prüfung, ob das Führerprinzip auch materiell, d. h. in der Satzung des betreffenden Vereins, durchgeführt ist, so liegt eine Eintragung vor, die nach der jetzigen Rechtsanschauung nicht hätte vorgenommen werden dürfen. Die Richtigstellung hat durch das Amtslösungsverfahren gemäß §§ 159, 142 ZGB. zu geschehen. Der Registerrichter wird dem Verein unter Mitteilung des Sachverhalts eine angemessene Frist zur Behebung des Mangels setzen. Bringt der Verein innerhalb dieser Frist den erforderlichen Beschluß der Mitgliederversammlung und den Antrag auf Eintragung der Satzungsänderung nach, so kann der Registerrichter diese Eintragung verfügen: damit ist die Richtigkeit des Registers wieder hergestellt. Wird der Mangel in der gesetzten Frist nicht behoben, so muß der Registerrichter die Eintragung der Vereinsführung löschen.

Dieses formellrechtliche Ergebnis ist innerlich begründet. Innerhalb einer angemessenen Frist kann ein Verein, dem an einer einwandfreien Durchführung des Führerprinzips ernstlich gelegen ist, einen entsprechenden Beschluß fassen. Geschieht dies nicht, so spricht eben eine hinreichende Vermutung dafür, daß die Verwirklichung des Führerprinzips nur opportune Namengebung sein sollte.

III. In diesem Zusammenhang sei auch im Hinblick auf künftige Rechtsgestaltung ein der gesetzlichen Regelung dringend bedürftig erscheinendes Problem hingewiesen: ob der nationalsozialistische Staat in seiner Rechtsordnung überhaupt Raum hat für ein parlamentarisch-demokratisch geregeltetes Körperschaftsleben?!

Dagegen spricht der Totalitätsanspruch des autoritären Staates, der es nicht dulden kann, daß in irgendeinem Bereiche seiner Machtsphäre Grundsätze weiterbestehen, die einer Denkwürdige entspringen, zu der er in unerbittlicher Gegnerschaft steht.

Andererseits begegnet eine restlose Durchführung des Führerprinzips im gesamten Vereinsrecht schwerwiegenden Bedenken. Sie könnte in solchen Vereinen, die nach ihrem Zweck und nach dem Umfang ihres Vereinslebens für den autoritären Staat unbedeutend sind, einer geradezu an Verhöhnung grenzenden Banalisierung des Führergedankens gleichkommen; wie denn auch zu erwägen ist, ob man nicht überhaupt den Titel „Führer“ als Bezeichnung des Leiters einer autoritär geführten privatrechtlichen Körperschaft verbieten soll. Die Abgrenzung der nach Führerprinzip zu organisierenden Vereine von den übrigen Vereinen ist daher von ganz besonderer Wichtigkeit und wird noch genauester Untersuchungen bedürfen. Vorläufig läßt sich wohl nur soviel sagen, daß diese Entscheidung eine Angelegenheit politischer Erwägung ist. Dort, wo der Staat von seinem Totalitätsanspruch Gebrauch machen muß, ist das Führerprinzip Organisationsgesetz des Verbandslebens. Die Erkenntnisquellen dafür, daß der Staat auf irgendeinem Lebensbereiche diese führermäßige Organisation fordert, sind bisher empirischer Natur. Dieses Interesse des Staates kommt in staatsseitigen Maßnahmen, wie in den Reden unserer führenden Politiker zum Ausdruck. Solche Lebensbereiche sind z. B. Sport, Wissenschaft, Kunst. Ferner sei darauf hingewiesen, daß der autoritäre Staat seinen Staatsbürgern auf denjenigen Gebieten, auf denen er noch kein unmittelbares Interesse bekundet hat, grundsätzlich auch Organisationsfreiheit gewähren kann.

Soweit nach diesen Erörterungen ein Verbandsleben im Sinne des Führerprinzips zu organisieren ist, kommen die folgenden Erwägungen in Betracht.

Autoritäre Führung bedeutet „Verantwortung nach oben und Autorität nach unten“; jene ist nur möglich, wo diese gegeben sind. Für die Ausgestaltung eines autoritären Körperschaftsrechts folgt daraus die Notwendigkeit, den Führer einer Körperschaft einer ihm übergeordneten Instanz verantwortlich zu machen. Diese Instanz hat die Tätigkeit des Führers zu überwachen. Sie kann ihn — von sich aus oder auf Beschwerde hin — zur Rechenschaft ziehen, an seiner Stelle Anordnungen treffen, ihn erforderlichenfalls absetzen und unter Umständen bis zur Behebung eines etwaigen Führermangels einen Vertreter bestellen.



Dabei wird sich die Prüfung nicht nur auf die Rechtmäßigkeit — d. h. ein Handeln ohne Willkür —, sondern auch auf die Zweckmäßigkeit der Tätigkeit des Führers richten müssen. Nur auf diese Weise kann — unter vollständiger Wahrung des Führerprinzips — verhindert werden, daß die Geschäftsführung eines Führers, der durch unzumutbare Entscheidungen seine sachliche Anzulänglichkeit dargelegt hat, den Vereinsinteressen auf die Dauer abträglich sein kann.

Entscheidend für die Bewahrung dieses autoritären Prinzips wird sein, wie das Verhältnis vom oberen Führer zu den unteren Führern aufgefaßt und durchgeführt werden wird. Erhalten bleiben muß — insbes. in den örtlichen Vereinen — die schöpferische Führerpersönlichkeit; vermieden werden muß eine Überlastung der Überwachungsinstanzen. Wesentliches Merkmal gerade auch der unteren Führertätigkeit wird nicht so sehr ein Handeln sein dürfen, das in Anweisung befolgendem Gehorsam als vielmehr in entschlußfreudiger, aber auch verantwortungsbehafteter Treue geschieht. Somit wird sich die Überwachungsinstanz eine weise Beschränkung in der Erteilung von Einzelanweisungen auferlegen müssen; andernfalls würde dem unteren Führer jede Selbständigkeit, jeder Mut zur eigenen Entscheidung verloren gehen. Die Tätigkeit der Überwachungsinstanz wird daher — von der Erteilung allgemeiner Anweisungen abgesehen — eine nachprüfende sein. Im Regelfall wird sich ihre Tätigkeit auf die Prüfung der Rechtmäßigkeit der unteren Führung beschränken können. Eine Nachprüfung der Zweckmäßigkeit dürfte nur da praktisch werden, wo ihr bei pflichtmäßigem Handeln ein Einschreiten von sich aus erforderlich scheint, oder wo ihre Aufmerksamkeit durch eine Beschwerde auf die Tätigkeit des unteren Führers gelenkt wird.

Eine solche Einrichtung verbürgt für die Körperschaftsmitglieder ferner Schutz gegen Willkür des Körperschaftsführers; sie bedeutet die Aufhebung der in ihrem Werte zweifelhaften Minderheitsrechte und setzt an deren Stelle einen wirksamen Minderheitenschutz.

Für die Kreation und die Amtsdauer des Führers sei kurz folgendes angedeutet.

Die Kreation kann durch Ernennung oder durch Wahl geschehen. Eine interessante Zwischenform ist die Ernennung mit Vorschlagsrecht der Mitgliederversammlung, wobei man auch der Minderheit unbedenklich ein Vorschlagsrecht zuerkennen kann. Auch kann die Mitgliederversammlung, soweit deren Teilnahme an der Führerkreation in Frage steht, überhaupt ausgeschaltet und durch ein besonderes Kreatiionsorgan ersetzt werden.

Die Entscheidung für die eine oder die andere Kreatiionsform ist eine weniger grundsätzliche als vielmehr praktische Frage, denn keine dieser Formen berührt das Führerprinzip. Zu beachten bleibt lediglich, daß für die Kreation durch Wahl oder durch Ernennung auf Vorschlag sozialpsychologische Erwägungen sprechen. Die beiden genannten Formen belassen dem Verein eine gewisse Selbstverwaltung und schaffen vermöge ihres demokratischen Charakters ein in seiner Bedeutung nicht zu unterschätzendes Interesse der Mitglieder für das Vereinsleben. Insbes. sei hervorgehoben, daß die Freiheit der Führerwahl — ein übrigens durchaus germanisches Rechtsprinzip — dem autoritären Staate sogar ungefährlich ist, denn ein der höheren Instanz untauglich erscheinender Führer kann jederzeit wieder abgesetzt werden.

Die Amtsdauer kann mit zeitlicher Begrenzung oder aber unbegrenzt zugelassen werden.

Auch hier dürfte die Entscheidung für die eine oder andere Möglichkeit rechtspolitisch indifferent sein. Die Regelung der Amtsdauer ist wohl mehr eine technische Frage, deren zweckvolle Erledigung man sogar dem betreffenden Vereine oder seinem Oberverband überlassen könnte.

Im Anschluß an diese Fragen von an sich zweitrangiger Bedeutung scheint eine Bemerkung auf den Inhalt des Führergedankens wertvoll, denn es müssen hier ja alle Entscheidungen an diesem Prinzip orientiert sein.

Der Führer ist deshalb Führer, weil er kraft seiner Persönlichkeit das Vertrauen derer hat, die er führt. Vertrauen allerdings hat hier einen anderen Sinn als im parla-

mentarischen Sprachgebrauch. Dort bedeutet Vertrauen soviel wie „Dulden“, wie „vorläufig das Mißtrauen nicht äußern“. Hier ist Vertrauen wieder in seinem echten, ursprünglichen Wortsinne zu nehmen, der in einer inneren Verwandtschaft zur Treue steht. Der Führer hat die Aufgabe, die Gesamtheit, deren Führer er ist, so zu führen, wie es ihm nach seiner Überzeugung für das Gesamtwohl im Hinblick auf geschichtliche Dauer am besten erscheint. Damit der Führer diese Aufgabe durchführen kann, ist er mit einer umfassenden Rechtsmacht ausgestattet, die es ihm ermöglicht, eine von ihm für notwendig befundene Maßnahme unter Umständen auch gegen den Willen einer augenblicklichen Mehrheit durchzuführen. Der Führer ist somit, wenn auch nicht im Sinne des parlamentarischen Sprachgebrauchs, so doch der Idee nach dem Volke für sein Handeln verantwortlich. Seine Macht ist nicht Selbstzweck ad maiorem gloriam principis, sie ist vielmehr nur Mittel zum Dienst. Daher ist es auch gerechtfertigt, vom autoritären Staate als einem demokratischen zu reden. Weiterhin ergibt sich daraus, daß der autoritäre Staat der einzelnen Körperschaft durchaus eine gewisse Selbstbestimmung lassen kann, wenn nur Garantien geschaffen sind, daß diese Freiheit nicht in einer dem Staate gefährlichen Weise ausgenutzt wird. Diese Garantien sind aber vorhanden, wo Überwachungsinstanzen bestehen, die zuletzt von einem starken Staate kontrolliert werden. Hier bleibt jede Entscheidung letztlich „dem“ Führer vorbehalten.

Für die Durchführung des Prinzips autoritärer Körperschaftsleitung sind mehrere Wege denkbar.

Die bisherige, wenngleich kurze Praxis hat gezeigt, daß die Verwirklichung der autoritären Körperschaftsführung dort am leichtesten möglich ist, wo bereits ein Oberverband besteht. Hier kann unschwer eine gebietsmäßig gegliederte Führerhierarchie aufgebaut werden, die Garant für die Durchführung des oben genannten Grundsatzes ist. Der Staat kann sich dann damit begnügen, den Oberverband durch seine staatlichen Mittel- oder Zentralinstanzen zu überwachen.

Fraglich ist nur, wie das Prinzip autoritärer Körperschaftsleitung in den der Zahl nach sicher nicht geringen verbandsfreien Körperschaften zur Geltung gebracht werden kann.

Hier kommen nach unserer Ansicht grundsätzlich nur zwei Möglichkeiten in Betracht: unmittelbare Überwachung durch staatliche Behörden oder zwangsweiser Zusammenschluß zu einem Oberverband, der seinerseits wieder von den staatlichen Mittel- oder Zentralbehörden kontrolliert wird und im übrigen wie die freiwilligen Oberverbände organisiert ist.

Gegen die unmittelbare Überwachung durch staatliche Behörden spricht die Erwägung, daß hier den Unterbehörden eine Entscheidungsbesugnis in materiellen Vereinsangelegenheiten eingeräumt werden müßte, insbes. hinsichtlich der Zweckmäßigkeit von getroffenen Entscheidungen: ein Vorgang, dessen sachliche Bewährung bei der Zielgestaltigkeit der Vereinszwecke reichlich zweifelhaft sein kann.

Empfehlenswerter erscheint daher der zwangsweise Zusammenschluß entweder zu einem, unter großen Gesichtspunkten sachlich und im übrigen gebietsmäßig gegliederten Oberverband oder zu mehreren Oberverbänden.

Schließlich taucht hier noch die Frage auf, wie künftig bei der Gründung neuer Vereine zu verfahren sei. Der Jurist ist geneigt, diese Frage mit der Alternative: System der Normativbestimmungen oder Konzessionsystem zu unschreiben. Hier ist vorweg zu bemerken, daß diese beiden Systeme zwar der Idee nach völlig verschieden sind; in der Rechtswirklichkeit findet jedoch eine weitgehende Annäherung beider Systeme statt (vgl. Klaußing, Reform des Aktienrechts S. 21). Diese tatsächliche Annäherung wird u. a. dadurch bewirkt, daß die Durchführung des Konzessionsystems die Aufstellung interner Verwaltungsvorschriften mit sich bringt, in denen für die die Konzession erteilenden Behörden die Voraussetzungen bestimmt werden, unter denen eine Konzession erteilt werden kann und im Regelfall dann auch erteilt werden wird. Unter diesen Umständen scheint eine Aufhebung



des Systems der Normativbestimmungen auch nach künftigen Recht nicht erforderlich. Zur Durchführung des Prinzips autoritärer Körperchaftsleitung, der nach unserer Ansicht der freiwillige oder zwangsweise Zusammenschluß zu Oberverbänden am besten zu dienen geeignet ist, dürfte sachlich wichtig nur die Beibringung einer Bescheinigung des in Betracht kommenden Oberverbandes sein, daß der „errichtete“ Verein dem Oberverband als „Vorverein“ beigetreten ist und daß nunmehr keine Bedenken gegen seine Eintragung bestehen. Diese Maßnahme ist sowohl möglich als Einschränkung des Systems der Normativbestimmungen wie auch im Rahmen eines etwa neu eingeführten Konzessionsystems.

In den vorstehenden Ausführungen war nur von rechtsfähigen Vereinen die Rede. Nun hat sich aber gezeigt, daß die Notwendigkeit, einen Verein im Sinne des Führerprinzips zu organisieren, nicht aus dessen Rechts-

persönlichkeit, sondern ausschließlich nur aus seiner Natur als Personenverband herzuleiten ist, der einen Zweck von unmittelbarem politischem Interesse verfolgt. Ist aber somit das Führerprinzip ein Organisationsgesetz von Personenverbänden, dann kann sich auch seine Durchführung im privaten Vereinsrecht nicht auf die rechtsfähigen Vereine beschränken. Für die Durchführung des Führerprinzips in den nicht rechtsfähigen Vereinen sind die oben entwickelten Grundsätze anwendbar; eine Verschiedenheit ergibt sich nur nach der registerrechtlichen Seite. Hier wird man für die nichtrechtsfähigen Vereine — sofern der Staat an ihrem Zweck ein unmittelbares politisches Interesse befundet hat — den korporativen Beitritt zu einem Oberverband fordern müssen. Dieser Beitritt muß staatsseitig erzwingbar sein. Man könnte ferner an eine Registrierung der nichtrechtsfähigen Vereine durch die Oberverbände denken.

## Enteignungen im landwirtschaftlichen Entschuldungsverfahren?

### Die Grundgedanken des neuen Bodenrechts.

Von Gerichtsassessor Dr. Hans-Georg Szogs, Schneidemühl.

Der zahlungsfähigste Bürge schützt den Gläubiger eines Entschuldungsbetriebes nicht mehr vor Verlusten; denn, wird seine Forderung im amtsgerichtlichen Entschuldungsverfahren oder in dem von den Landstellen durchzuführenden Mithilfeverfahren gegen seinen Willen herabgesetzt, so kann er sich wegen des Ausfalls auch nicht an den Bürgen halten (§ 35 Schuldenregelungsgesetzes [SchRG.] v. 1. Juni 1933; § 7 der 6. Mithilfedurchführungsverordnung [MithDurchfVO.] v. 7. Juli 1933 [RW. 464]). Einen anschaulichen praktischen Fall aus dem Mithilfeverfahren behandelt der Erlaß des Reichsernährungsministers v. 21. Nov. 1933 (III/Z—3202/33): Eine Sparkasse hatte dem Inhaber des Entschuldungsbetriebes einen Kredit eingeräumt, nachdem ein anderer Kunde von ihr aus Gefälligkeit gegen den Betriebsinhaber sein bei derselben Kasse unterhaltenes Guthaben zur Sicherheit für diesen Kredit ordnungsmäßig verpfändet hatte. Die Forderung der Sparkasse kann, obwohl sie durch das verpfändete Barguthaben voll gedeckt wird, notfalls um die Hälfte zwangsweise gekürzt werden, ohne daß sich die Sparkasse wegen ihres Ausfalls am verpfändeten Sparguthaben schadlos halten könnte. Im amtsgerichtlichen Verfahren würde das Ergebnis dasselbe sein; denn durch Faustpfand, Sicherungsübereignung oder Forderungsverpfändung gesicherte Forderungen sind stets kürzungsfähig und können auch nicht bevorzugt behandelt werden (§ 23 Abs. 4 SchRG.), wenn die Höhe der Verschuldung es nicht zuläßt (Harmering = Pätzold, Die landwirtschaftliche Schuldenregelung, S. 179, 199).

Formalrechtlich enthalten diese Beispiele Enteignungen. Wer nicht die tiefere Ursache und Bedeutung dieser Regelung sieht, wird sie rechtspolitisch für um so bedenklicher halten, als die Enteignungen entschädigungslos und zugunsten eines Privaten, des Betriebsinhabers oder seines Bürgen, geschehen. Gegen die Wirksamkeit der Bestimmungen als geltendes Recht bestehen keine Bedenken; denn sowohl Art. 48 WRV., auf den die Sicherungsverordnung (SV.) und ihre Nebengesetze zurückgehen, als auch Art. 2 ErmächtG. vom 24. März 1933, auf den sich das SchRG. stützt, gestatten es, sich über das Enteignungsverbot der WRV. (Art. 153) hinwegzusetzen. Mit der Feststellung der formalen Ordnungsmäßigkeit dieser Bestimmungen ist es aber nicht getan; denn die richtige Rechtsanwendung, beispielsweise bei der Entscheidung der Ermessensfrage, welche von verschiedenen, ihrer Sicherheiten entkleideten Forderungen Landstellen oder AG. tunlichst besser berücksichtigt werden (§§ 15 b S. 3, 18 Abs. 2 S. 4 SV.; § 22 Abs. 5 DurchfVO. z. SV. v. 5. Dez. 1931; § 32 Abs. 4 SchRG.) und gegebenenfalls in welchem Umfang, erfordert Verständnis für Sinn und Zweck dieser auffälligen

Regelung. Außerdem bezeugen diese Vorschriften einen solchen radikalen Bruch mit bislang üblichen Rechtsauffassungen, daß es sich schon lohnt, Grund und Bedeutung desselben zu erforschen.

Unser bisheriges Grundstücksrecht litt an zwei Grundübeln: Es war, wie das ganze Vermögensrecht, individualistisch, d. h. es stellte Nutzung und Verwertung der Grundstücke ins freie Belieben des einzelnen Eigentümers. Er konnte es bewirtschaften oder liegen lassen, zum Erwerb oder Vergnügen gebrauchen, ganz oder teilweise belasten, veräußern oder aufteilen. Der Gläubiger konnte mittels dinglicher Rechte denselben Einfluß nehmen, und er sah nur nach seinem Gelde. Die Interessen des Volks an der Erhaltung der Ernährungsgrundlage blieben dabei unbeachtet. Das Recht übersah das Volk.

Es wußte auch nichts vom Boden und seiner Bestimmung. Nicht nur für die Volksernährung, sondern auch für den einzelnen Bauern gewinnt der Boden nur Bedeutung innerhalb des landwirtschaftlichen Betriebes als einer zweckgebundenen Ordnung von Land, Menschen, Vieh und Geräten zu einer vom Betriebsinhaber bestimmten Arbeitsverrichtung. Der Betrieb ist daher, weil keiner seiner Teile selbständig funktionieren kann, eine nach eigenen Gesetzen lebende, nicht mehr zu zergliedernde Einheit. Das Recht kannte ihn nicht als Einheit. Es versuchte, den lebensvollen Reichtum der Erscheinungswelt in möglichst wenige Begriffe einzufangen. Je vielseitiger ihre Anwendungsfähigkeit, je erfolgreicher also die Zergliederungskunst war, desto stoffloser mußten die Begriffe werden. Man muß sich nur vor Augen führen, wie weit es formalistische Versteiegenheit brachte. Ein Beispiel: Ein Betrieb, der eine größere Zahl von Menschen beschäftigt, braucht eine Betriebsverfassung, eine Arbeitsordnung; diese wollte man (Schuldt, Die Betriebsvereinbarung im Verhältnis zum Einzelarbeitsvertrag und zum Tarifvertrag, Berlin 1925, S. 18) einfach aus dem Eigentumsrecht des Betriebsinhabers erklären, der seinen Arbeitern die Art, sein Eigentum, die Betriebsmittel, zu benutzen, vorschreiben darf. Ich habe mich in meiner Dissertation: „Der Betrieb als Rechtsbegriff“ (Münchberg 1928, S. 22 ff., 30, 40) zu zeigen bemüht, wie man mit dieser Methode, durch übertriebene Zergliederung Begriffe ohne Sachhaltigkeit zu bilden, zwar, wie mit Zahlen in einer mathematischen Formel, wundervolle Gedankenkonstruktionen erkügelte, sich aber von der Wirklichkeit immer mehr entfernte und auf allen Rechtsgebieten zu falschen, mindestens unvollständigen Ergebnissen kommt, wo, wie besonders im Arbeits-, Haftpflicht-, Erfindungs- und Patentrecht der Betrieb als sinnvolles Zusammenspiel der verschiedenen Kräfte Gegen-



stand der Betrachtung ist und vom Recht als naturgegebene Einheit hingenommen werden sollte. Im Bodenrecht wurde derselbe Fehler begangen: Der Betrieb wurde aufgelöst in eine Vielzahl von Beziehungen einer Person zu einzelnen untereinander gleichwertigen, besser: rechtlich gleich farblosen Sachen (Landparzellen, Geräten, Vieh, Wirtschaftserzeugnissen usw.) oder zu einzelnen andern Personen (Gutsbeamten, Landarbeitern), deren für das Leben unentbehrlicher Zusammenhang dadurch zerschnitten wurde, daß die durch Begriffsspekulation gewonnenen zahlreichen rechtlichen Beziehungen Gegenstand der verschiedensten, sich widersprechenden Rechtsvorgänge wurden. Auf der Suche nach dinglichen Sicherungen wurden die Grundstücke mit Hypotheken, womöglich die einzelnen Parzellen eines einheitlichen Betriebes mit verschiedenen, belastet; Teilflächen wurden einem Gläubiger zur Sicherheit verpachtet, Vorverkaufsverträge über Wirtschaftserzeugnisse, Sicherungsübereignungen mit dem Inventar vorgenommen; Brennerei- und Milchgelder wurden abgetreten. Eigentumsvorbehalte wurden an Sachen gemacht, wo es nach deren Zweckbestimmung sinnwidrig war, an Düngemitteln und Saatgut. Das Recht war wirklichkeitsfremd, formalistisch geworden. Das war sein zweiter Fehler. Es war ungeeignet, in Zeiten krisenmäßiger allgemeiner Erschütterungen, die Betriebe ihrer Funktion zu erhalten.

Die in zahllosen Zusammenbrüchen und Versteigerungen zutage getretenen Schäden mußten wiedergutmacht werden. Die Geschichte der Hilfsmaßnahmen zeigt, daß alle Versuche scheitern müssen, die nicht das individualistische und formalistische Bodenrecht von Grund aus ändern. Zunächst glaubte man, die Bauernnot wäre beseitigt, wenn man die drückenden schwebenden Schulden durch niedriger verzinsliche, allmählich zu tilgende Kredite ersetzte (§§ 4 ff. WD. v. 26. Juli 1930 [RWB. 311]; § 2 Abs. 1 der Richtlinien über die Gewährung von Umschuldungsdarlehen v. 17. Sept. 1930: DRUnz. Nr. 218). Bald merkte man, daß der Landwirtschaft mit einer „Um“schuldung noch nicht geholfen werden konnte, daß ihr vielmehr eine „Ent“schuldung vonnöten war (§§ 14 ff. DstHilfG. v. 31. März 1931). Man vertraute darauf, daß die Gläubiger im wohlverstandenen eigenen Interesse entgegenkommen würden (§ 11 der Richtlinien für die landwirtschaftliche Entschuldung v. 24. Juli 1931 [RWB. 406]). Als man sah, daß sich die Verfahren wegen der Weigerung einiger Gläubiger endlos hinschleppen, half man der mangelnden Einsicht der Gläubiger durch das Mittel des Zwangsakkordes nach (§ 18 SB.). Dadurch sollten wirtschaftlich minderwertig gewordene Forderungen in einem erleichterten Verfahren auch in ihrer rechtlichen Erscheinungsform auf ihren wahren Wert zurückgeführt werden, es sollte nach einem Wort des Ministers Schlange bei den Gläubigern die Bilanzwahrheit wiederhergestellt werden. An dem individualistisch-formalistischen Bodenrecht wurde aber grundsätzlich nichts geändert: Wo der Gläubiger Aussicht hatte, sich in der Zwangsversteigerung zu befriedigen, durfte er nicht zwangsgeführt werden (§ 18 Abs. 3 S. 3). Nach der Entschuldung galt wieder uneingeschränkt das alte Recht. Die Folge war die alsbaldige Wiederkehr der Sanierungsbedürftigkeit: Die durch die provinziellen Umschuldungen gegangenen Betriebe mußten wieder zum Sicherungsverfahren zugelassen werden (Art. V § 1 WD. v. 19. Febr. 1932 [RWB. 71]); die nach dem DstHilfG. entschuldeten Landwirte konnten die Wiederaufnahme ihres durchgeführten Entschuldungsverfahrens zum Zwecke einer Nachsanierung beantragen (§ 99 SchRG.). Mit einer Bilanzberichtigung war das Problem eben nicht zu lösen; die halben Maßnahmen konnten, weil sie das Grundübel unbeseitigt ließen, nur eine vorübergehende Erleichterung bringen.

Den gründlichsten Wandel schafft das RErbhofG. vom 1. Okt. 1933: Es sichert dem bäuerlichen Betrieb unbedingte Lebensfähigkeit, indem es ein für allemal Schluß macht mit den Möglichkeiten, Grund und Boden sowie die andern zum Betrieb erforderlichen sächlichen Mittel (§§ 7, 8 RErbhofG.) insgesamt oder einzeln zum Schaden des Betriebes zu belasten, zu veräußern, aufzuteilen (§ 37 Abs. 1 RErbhofG.) oder betriebschädigende Vollstreckungen (§§ 38, 39 RErbhofG.) vorzunehmen. Weil hier — erstmalig im Privatrecht —

der Betrieb als die kleinste, eine volkswirtschaftlich bedeutungsvolle Arbeitsleistung ermöglichende Einheit gesehen und deswegen in dieser Einheit von Grundstücken, beweglichem Zubehör (§§ 7, 8 RErbhofG.) und betriebsgebundenen Forderungen (§ 9 RErbhofG.) für unantastbar erklärt wird, kann jetzt — durch § 15 RErbhofG. — auch der Grundbesitz der RErbf. (Art. 153 Abs. 3) verwirklicht werden: „Eigentum verpflichtet“, der solange ein frommer Wunsch bleiben mußte, als man im Eigentum bloß die Beziehung einer Person zu einer einzelnen Sache sah, die in der Vereinzelung, wie sie das Recht nur anerkannte, eine volkswirtschaftliche Bestimmung überhaupt nicht haben konnte. In dem Recht des Bauern, des ernährungs- und bevölkerungspolitisch wichtigsten Teiles der Landwirtschaft, sind diese neuen Gedanken am reinsten entwickelt. Ansätze finden sich aber auch in dem Verbot, Entschuldungsbetriebe aus dem amtsgerichtlichen oder dem alten DstHilfverfahren bis zur Entschuldung durch Zwangsvollstreckungen (§ 8a SB.; §§ 8, 26 Abs. 1 a SchRG.) oder durch Geltendmachung von vertraglichen Pfandrechten (§ 8b SB.; § 26 Abs. 1 b SchRG.) oder von Eigentumsvorbehalten (§ 2 der 6. DstHilfWD.; § 26 Abs. 2 SchRG.) zu stören und nach der Entschuldung über die Mündelheitsgrenze rechtsgeschäftlich oder im Wege der Zwangsvollstreckung zu belasten (§§ 91, 92 Abs. 2, 100 SchRG.).

Dieser Wandel kann nicht vor sich gehen, ohne daß überlebte Rechtseinrichtungen absterben. Weil nach dem Willen der nationalsozialistischen Reichsregierung der landwirtschaftliche Betrieb für die Zukunft nicht mehr nach einem volksfremden Recht in einer Bauern und Volk schädigenden Weise in seine einzelnen Bestandteile aufgelöst werden soll, muß in der Übergangszeit eine Grenze gezogen werden, wo die Begriffe sich scheiden und wo der einzelne sich nicht mehr auf formales, beseitigtes Recht berufen kann. So gesehen erscheinen die eingangs erwähnten Beispiele nicht mehr als Enteignungen zum Vorteil eines einzelnen, sondern sie sind die unvermeidbare Folge aus der Schaffung eines neuen deutschen Bodenrechts, wobei hier und da vermeintlich sichere Einzelrechte unter den Trümmern des an seiner Unzulänglichkeit zusammenbrechenden individualistisch-formalistischen Rechts versinken. Es bestand außerhalb des formalen Rechts keine wahre innere Berechtigung, Ansprüche zu schonen, die ohne Rücksicht auf die Ertragsfähigkeit des Betriebes begründet waren, wenn ihnen auch ein den Betrieb als Rechtseinheit nicht anerkennendes Recht eine wirtschaftlich nicht vorhandene Sicherheit vorspiegelte.

Aus dem Grundgedanken des neuen Bodenrechts, das an die Stelle eines individualistischen Rechts mit stofflosen, formalistischen Begriffen ein aus der Anschauung des Wirtschaftslebens gewonnenes, durch Erhaltung und Förderung der landwirtschaftlichen Betriebe die Ernährungsgrundlage unseres Volkes sicherndes Recht setzte, folgt für die praktische Rechtsanwendung in den landwirtschaftlichen Entschuldungsverfahren, daß für die Befriedigung einer Forderung nicht mehr ihre sich in Ziffern des Grundbuchblattes und der Eintragung ausdrückende äußere Erscheinungsform maßgebend ist, sondern ihr wirtschaftlicher Wert, der aus der Beziehung ersichtlich wird, in der sie zum landwirtschaftlichen Betrieb steht und der desto größer ist, je mehr sie dem Nutzen des Betriebes gebiet hat. Inhalt geht über Form, Betriebsgemäßheit einer Forderung über ihre Stellung in einem erkügeltesten System sogenannter dinglicher Sicherheiten.

Im einzelnen ist folgendes zu beachten:

Als geschichtlich gewordene und wirtschaftlich gerechtfertigte Form des Grundkredits bleibt die mündelsichere Hypothek (§§ 49, 97 Abs. 2 S. 1 SchRG.; Art. 11—3 der 4. DurchWD. z. SchRG. v. 5. Okt. 1933 [RWB. 719]) unantastet; sie darf kapitalmäßig nicht geführt werden (§§ 29 Abs. 1, 97 Abs. 2 S. 1) und wird durch Zinsherabsetzung (§§ 83, 84, 100 SchRG.); § 10 der 6. DstHilfWD. v. 7. Juli 1933 [RWB. 464]) und durch Umwandlung in eine unkündbare Forderung (§ 84 Ziff. 2 SchRG.) den Bedürfnissen und der Ertragsfähigkeit der Landwirtschaft angepaßt. Die Rechtsänderung vollzieht sich bei allen in das Entschuldungsverfahren kommenden oder bereits entschuldeten (§ 100



SchRG.) Betrieben kraft Gesetzes; die Interessen eines Geld benötigten Gläubigers sind dadurch gewahrt, daß er jederzeit von einer Grundpfandbriefanstalt die Ablösung seiner unfündbar gewordenen Forderung verlangen kann (§ 84 Ziff. 3 SchRG.).

Alle übrigen Forderungen sind, vom Standpunkt der Sicherheit nach altem formalistischem Recht, gleichwertig, nämlich grundsätzlich kürzungsfähig. Ausnahmen gelten aus besonderen Gründen für genossenschaftliche Haftverpflichtungen (§ 30 Ziff. 3 SchRG.), Auslandskredite (Ziff. 4 und Abs. 2) und die bereits auf 25% zusammengeschrumpften Aufwertungsforderungen (Ziff. 7 und § 6 Abs. 1 der 6. DsthdurchfWd.); auch wo der Gläubiger des Landwirts seinerseits noch nicht geleistet hatte oder vor Beginn des Entschuldungsverfahrens aufrechnen konnte, ist, da man nicht von ihm die volle Leistung verlangen, die ihm gebührende Gegenleistung aber schmälern kann, eine Kürzung nicht statthaft; im Dsthilfeverfahren kann dafür aber im ersten Fall der Landwirt vom Vertrag zurücktreten (§ 10 SW.).

Der Grundsatz der Unbeachtlichkeit aller formalen Sicherungen außer den mündelsicheren Grundpfandrechten ist erst durch das SchRG. in voller Schärfe durchgeführt. Nach § 18 Abs. 3 S. 3 SW. konnte der Gläubiger noch der Zwangskürzung durch den Nachweis entgegen, daß er bei der Versteigerung voraussichtlich zur Hebung gelangen würde; das verschlägt nicht mehr (§§ 29 Abs. 2, 97 Abs. 2 SchRG.; § 6 Abs. 2 der 6. DsthdurchfWd.). Pfandrechte an beweglichen Sachen und Rechten, Sicherungsübertragungen und Bürgschaften geben ebenfalls kein Recht mehr auf Befriedigung aus diesen Sicherheiten. Die Gesetze gehen von der Kürzungsfähigkeit der so gesicherten Forderungen aus (§ 18 Abs. 2 SW.; § 29 Abs. 1, II SchRG.) und enthalten außer dem Hinweis auf tunlichste Berücksichtigung (§ 18 Abs. 2 SW.; § 32 Abs. 4 SchRG.) keine Anweisung, sichere Pfänder unter allen Umständen zu achten. In Höhe des zwangsgelänzten Betrages hat die Forderung aufgehört zu bestehen, als ob sie vertraglich nachgelassen wäre (§ 19 Abs. 1 SW.; § 51 Abs. 1 SchRG.). Daher haften auch die vom Betriebsinhaber bestellten Sicherheiten nicht mehr; das galt schon immer (Umkehrschluß aus § 6 Abs. 2 der 1. DsthdurchfWd. v. 6. Febr. 1932 [RGBl. 130]). Dasselbe gilt nunmehr aber auch für von dritten Personen bestellte Pfänder und von dritten Personen übernommene Bürgschaften, soweit diese Dritten im Falle eigener Inanspruchnahme auf den Betriebsinhaber zurückgreifen könnten, was — §§ 670, 774 BGB. — regelmäßig der Fall sein wird (§ 7 der 6. DsthdurchfWd., der § 6 der 1. DsthdurchfWd. ersetzt, und § 35 SchRG.; vgl. auch § 8 Abs. 1 und 2 der 6. DsthdurchfWd. und Art. 5 der 2. DurchfWd. z. SchRG. v. 5. Juli 1933 [RGBl. 459]). Nur bei Forderungen aus Wechseln behält der Gläubiger auch hinsichtlich des zwangsgelänzten Betrages das Rückgriffsrecht gegen die Wechselmitverpflichteten, praktisch also gegen den für die Kreditgewährung verantwortlichen Händler oder unmittelbaren Kreditgeber des Betriebsinhabers (§ 5 der 1. DsthdurchfWd.; Erl. des Reichsernährungsministers v. 6. Sept. 1933, III/4, 3175—105; § 34 S. 2 SchRG.).

Die Tendenz der neuen Gesetzgebung erfordert heute auch eine andere Auslegung im Wortlaut nicht geänderter Bestimmungen der SW. Nach § 14 DurchfWd. zur SW. war der Erlös verpfändeter Sachen, die verwertet werden mußten, für die „beteiligten Gläubiger“ zu hinterlegen. Nach der im Schrifttum (vgl. Szogó: Agrarnotrecht, 2. Aufl., S. 94 f.) allerdings bekämpften Erlaßpraxis des Reichskommissars für die Dsthilfe (Erl. v. 21. Dez. 1931, III 5472/31, § 6 und v. 8. Febr. 1933, III 3109/30) begriff man darunter die Gläubiger, die an dem in Rede stehenden Pfandrecht beteiligt

waren, so daß der Erlös dann gleich dem Gläubiger zur Verfügung zu stellen war, wenn nur ein einziger von vorn herein in Frage kommen konnte. Nachdem heute auch das beste Pfand keinen Anspruch auf volle Befriedigung im Entschuldungsverfahren gibt, muß die genannte Vorschrift jetzt in Übereinstimmung mit den Ansichten über die im Wortlaut ähnliche Bestimmung des § 26 Abs. 1b SchRG. dahin ausgelegt werden, daß die Hinterlegung zugunsten aller „am Entschuldungsverfahren beteiligten Gläubiger“ zu erfolgen habe (Harmening-Päzold, Landwirtschaftliche Schuldenregelung S. 152), eine Auslegung, die übrigens durch den klarstellenden Wortlaut des Art. 5 Abs. 2 der 2. DurchfWd. zum SchRG. gesetzliche Anerkennung gefunden hat. Nur müßte in beiden Fällen, worüber Vorschriften fehlen, Vorsorge getroffen werden, daß der Erlös, wenn das Entschuldungsverfahren scheitert und daher keine Zwangskürzung stattfindet, wieder dem Pfandgläubiger allein nach den allgemeinen Bestimmungen zugute kommt.

Durch die grundsätzliche Gleichstellung aller nicht mündelsicheren Forderungen im Hinblick auf ihre Sicherheit sind die Betriebe von den Folgen eines wirklichkeitsfremden und lebensvernichtenden Rechtsformalismus geschützt. Für das Entschuldungsverfahren gilt eine neue Wertordnung der Forderungen; durch sie wird zugleich der schrankenlose Individualismus beseitigt, der so lange im Recht herrschte: Die Reihenfolge der zum Zwangskürzung heranzuziehenden Forderungen und das Maß der Zwangskürzung bestimmt sich nach der Betriebsgemäßheit der Forderungen. Betriebsfremde Verbindlichkeiten sind, auch wenn sie dinglich besser gesichert sind, in erster Linie und eher schärfer zu kürzen (§ 27 Abs. 3 DurchfWd. zur SW.; § 32 Abs. 3 SchRG.) als betriebsgemäße Forderungen, also die — teils überhaupt nicht kürzbaren — Ansprüche aus betriebserhaltenden Lieferungen — Dünger, Saatgut, Futtermitteln und ähnlichem — oder Leistungen — der Gutsarbeiter, Handwerker usm. — (§ 27 Abs. 3 DurchfWd. zur SW.; § 30 Abs. 1 Ziff. 1, 2, 9 SchRG.). Die Praxis der Entschuldungsstellen kennt gerade bei diesem Punkt die überzeugendsten Beispiele für die Unzulänglichkeit des alten Bodenrechts. Wo ein Landwirt durch übertriebene Aufwendungen für sich oder seine Familie in Schulden geraten war, hatten meist gerade die mit der individualistischen Geldwirtschaft gut vertrauten Gläubiger, die ihm das Geld zur Bestreitung seiner verschwenderischen Bedürfnisse gegeben hatten, bessere dingliche Sicherheiten in der Hand als die Händler, Handwerker und Kleingewerbetreibenden, die den Betrieb beliefert hatten. Durch den Zusammenbruch des Betriebes wären in solchen Fällen vorwiegend die Personen geschädigt worden, die durch ihre Arbeit oder Lieferungen den Fortbestand des Betriebes ermöglicht hatten. Damit das verhindert würde, mußten oft gegen die Sanierungswürdigkeit des Betriebsinhabers zu erhebende Bedenken zurückgestellt werden. Die allgemeine wirtschaftliche Erschütterung offenbarte diese Mängel des Rechts besonders deutlich. Neue Betriebskredite mußten jetzt ausbleiben. Zur vorübergehenden Abhilfe wurden in den beiden Verordnungen zur Sicherung der Frühjahrsdüngung und Saatgutversorgung v. 23. Jan. 1932 (RGBl. S. 32) und v. 19. Jan. 1933 (RGBl. S. 23) einem bestimmten Kreis betriebsfördernder Leistungen Vorrechte vor allen anderen Forderungen eingeräumt. Die eben behandelten Zwangskürzungsgrundsätze versuchen, die Fehler der Vergangenheit wieder gutzumachen. Für die Zukunft hindert das Verbot, Erbhöfe ohne Genehmigung des Auerbengerichts und Entschuldungsbetriebe über die Mündelsicherheitsgrenze zu belasten, den Betriebsinhaber daran, Betriebswerte unter Gefährdung der im Interesse des Gemeinwohls zu erhaltenden Funktionsfähigkeit des landwirtschaftlichen Betriebes zu eigennützigen Zwecken auszunutzen.



# Sind politische Maßnahmen, insbesondere Schutzhaftbefehle, der richterlichen Nachprüfung entzogen?\*)

Von Gerichtsassessor Dr. Robert Berger, Breslau, z. B. Dts.

Die Frage wird bejaht von Neubert: JW. 1933, 2426, dem sich Hoche: DZ. 1933, 1491 anschließt, während Lüdtke: JW. 1933, 2241 das Prüfungsrecht des Richters stillschweigend voraussetzt.

1. M. E. ist der Umfang der richterlichen Nachprüfung gegenüber politischen Maßnahmen derselbe, wie bei anderen öffentlich-rechtlichen Handlungen. Der Beurteilung des Gerichts unterliegt nur die Rechtmäßigkeit, nicht auch die Zweckmäßigkeit. Damit ist das rein Politische, die Frage des politischen Ermessens, allerdings dem Urteil des Richters entzogen. Das bedeutet aber nicht, daß politische Maßnahmen überhaupt nicht Gegenstand richterlicher Nachprüfungen sein könnten.

Was insonderheit die Schutzhaft anlangt — sonderbarerweise hat gerade diese Frage den Streit der Meinungen entfacht; Schutzhaftbefehle sind wirklich keine Haupt- und Staatsakte —, so ist mit Lüdtke davon auszugehen, daß einmal die Rechtsbehelfe des PrPolVerwG. mit der Schlußfrage vor dem Verwaltungsgericht (§§ 49 ff.) Anwendung finden. Daß die W. zum Schutze von Volk und Staat v. 28. Febr. 1933 (RW. I, 83) keine besonderen Rechtsmittel gegen die auf ihrer Grundlage von den Landesbehörden getroffenen Maßnahmen enthält, beweist nicht, daß die Rechtsbehelfe des allgemeinen Polizeirechts ausgeschlossen sein sollten. Sachlich betrifft die Schutzhaft zweifellos eine polizeiliche Angelegenheit. Die W. v. 28. Febr. 1933 spricht in § 2 ausdrücklich von „Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung“. Der preuß. MdZ. hat in der W. v. 2. März 1933 (GS. 33) diese Aufgabe den ordentlichen Polizeibehörden, nämlich der Kreispolizeibehörde, nicht einer Sonderpolizeibehörde, zugewiesen. Durch die ausdrückliche Bezugnahme auf § 3 Abs. 5 PrPolVerwG. hat der Minister die Schutzhaft in das System des PolVerwG. eingegliedert und auch dessen Rechtsmitteln (§§ 45 ff.) unterstellt. Im Gesetz über die Errichtung des Geheimen Staatspolizeiamts v. 26. April 1933 (GS. 122) sind zwar die Aufgaben der politischen Polizei „neben oder an Stelle der ordentlichen Polizeibehörden“ einer besonderen Stelle, dem Geheimen Staatspolizeiamt, übertragen worden, das die Stellung einer Landespolizeibehörde erhalten hat. Gleichzeitig hat der Gesetzgeber aber im § 1 Abs. 3 l. c. die Vorschriften des PolVerwG. über die Anfechtung landespolizeilicher Verfügungen mit der Maßgabe für anwendbar erklärt, daß für Klagen im Verwaltungsstreitverfahren gegen Verfügungen des Geheimen Staatspolizeiamts der Bezirksausschuß in Berlin zuständig ist. Die Außerkräftsetzung der Grundrechte in der W. v. 28. Febr. 1933 befreite die Polizei nur von den, für ihr Einschreiten sonst erforderlichen Voraussetzungen, insbes. von den materiellen Schranken der §§ 14 ff., 41 PrPolVerwG. Der formelle Inzinstanzzug dagegen blieb, wie die preuß. Ausführungsgesetzgebung zeigt, unberührt<sup>1)</sup>.

Daneben steht die Rechtskontrolle durch den ordentlichen Richter, die auch vor politischen Maßnahmen, wie Schutzhaftbefehlen, grundsätzlich nicht haltmacht, freilich mit der bereits erwähnten Beschränkung auf die rein rechtliche Seite. Sowohl im Strafprozeß, beispielsweise bei Anklage wegen

Freiheitsberaubung (§§ 239, 341 StGB.), wie im Zivilprozeß kann diese Nachprüfung praktisch werden; die Haftung des Staates wegen schuldhafter Amtspflichtverletzung ist nach wie vor geltendes Recht — nicht nur weil dies in Art. 131 Verf. und in den BeamtenhaftpfG. steht, sondern kraft ungeschriebener Volksüberzeugung —. Rechtswidrig ist die Schutzhaft insbes. dann, wenn sie aus Willkür oder aus Motiven, die außerhalb der W. v. 28. Febr. 1933 liegen, erfolgt, z. B. ein Landrat verfügt Schutzhaft gar nicht aus politischen Gründen, sondern um den Verhafteten zur Zahlung der Kreissteuer anzuhalten.

Eine Sonderbehandlung politischer Maßnahmen erscheint auch deshalb nicht angängig, weil sie auf eine schwierige, wenn nicht unmögliche Unterscheidung zwischen politischen und nicht politischen Maßnahmen hinausläuft. Der nationalsozialistische Staat erblickt sein Wesen und seinen Zweck allein im Dienste am deutschen Volkstum. Infolgedessen steht jede öffentliche Betätigung mehr oder weniger unter dieser höchsten Zielsetzung, d. h. sie ist notwendig politisch. Was hätte es auch für eine innere Berechtigung, daß Schutzhaftbefehle dem Forum des Richters entrückt wären, während, wenn dieselbe Polizei aus kriminalpolizeilichen Gründen verhaftet, der Staat Rede und Antwort stehen muß? Schließlich, gibt es nicht auch kriminalpolizeiliche Verhaftungen anlässlich politischer Straftaten? Gerade dieses Beispiel zeigt, wie flüchtig die Grenzen sind.

2. Beachtlich, aber nicht stichhaltig ist das mir am wichtigsten scheinende Argument, die Nachprüfung politischer Maßnahmen durch den Richter verträge sich nicht mit der veränderten Rechtsauffassung des nationalsozialistischen Staates. Ich verweise vorweg auf das schon erwähnte Gesetz über die Errichtung des Geheimen Staatspolizeiamts vom 26. April 1933, das aus der Zeit nach der nationalsozialistischen Revolution stammt und in welchem die Verwaltungsfrage gegen Verfügungen der politischen Polizei vom nationalsozialistischen Gesetzgeber ausdrücklich anerkannt ist. Gewiß stehen im nationalsozialistischen Staat Gesetzgebung, Verwaltung und Justiz nicht „gegeneinander“, sondern sind nur „verschiedene Tätigkeitsgebiete desselben Organismus“. Die daraus gezogene Folgerung, daß daher „die Justiz nicht unter dem Blickpunkt einer anderen Betrachtungsweise verneinen kann, was der Staat als politische Handlung vornimmt“, ist aber zumindest mißverständlich. Gerade der gegenteilige Schluß drängt sich auf. Eben weil im totalen Staat die drei Gewalten einander nähergerückt sind, weil Rechtsprechung und Verwaltung nur verschiedene Tätigkeiten desselben Organismus sind, weil sie kraft der Ungeteiltheit des Imperiums Ausflüsse eines Staatswillens sind und beide nur einem Ziel — Erhaltung und Erneuerung des Deutschen Volkstums — dienen, liegt in der richterlichen Nachprüfung keine Diskriminierung oder auch nur eine Schwächung der staatlichen Autorität. Nach Überwindung der Justizkrise sollte auch der Verwaltungsbeamte im Gericht kein heterogenes Element sehen. Steht das Verwaltungsgericht (Bez. Aussch. oder DWG.) den vom Landrat erlassenen Schutzhaftbefehl auf oder gelangt das ordentliche Gericht wirklich einmal zu einem Schadensersatzanspruch — die Fälle werden, da das pflichtgemäße Ermessen vom Gericht nicht nachprüfbar ist, zu den Seltenheiten gehören —, so wird dadurch die Autorität des Staates, oder auch nur die des betr. Landrats, ebensowenig erschüttert werden, als wenn der Regierungspräsident im Aufsichtsweg die vom Landrat getroffene Maßnahme mißbilligt. Man erwidere nicht, der Richter versteht nichts von Politik. Gewiß, selbst der vollkommenste „politische Richter“ kann die Sachkenntnis und Praxis jedes einzelnen Verwaltungszweiges — politischen oder unpolitischen — nicht selbst beherrschen, ein Vorwurf, der übrigens für manches Verwaltungsgericht — dort sitzen oft gerade die tüchtigsten Verwaltungspraktiker — nicht zutrifft. Gerade wegen ihrer geringeren Sachkenntnis und ihres

\*) Die an sich beachtlichen Ausführungen des Verfassers sind nicht als Meinungsäußerung der Schriftleitung anzusehen, worauf bereits in den Richtlinien JW. 1933, 1690 Ziff. 10 grundsätzlich für alle Beiträge hingewiesen ist. Die Schriftleitung beabsichtigt, durch weitere Beiträge das obige Thema auch von anderen Gesichtspunkten behandeln zu lassen. D. S.

<sup>1)</sup> Abereinstimmend die im RdErl. d. MdZ. v. 3. März 1933, II 1121 (MW. 233) vertretene Auffassung „... ihre Anordnungen bleiben im übrigen Polizeiverordnungen oder polizeiliche Verfügungen und unterliegen daher auch in formeller Beziehung den dafür geltenden Vorschriften“.



geringeren tatsächlichen Überblick ist aber die Nachprüfung des Ermessens, die Frage der politischen Zweckmäßigkeit, den Gerichten, insbes. dem ordentlichen Gericht — wie eingangs erwähnt — weitgehendst entzogen. Das genügt. Der absolute Ausschluß richterlicher Nachprüfung dagegen würde, selbst wenn man ihn auf rein politische Akte beschränken wollte, über das sachlich gebotene Ziel hinausschießen. Letzten Endes besteht der Unterschied zwischen der Verwaltungskontrolle des Vorgesetzten und der Rechtskontrolle des Richters darin, daß die letztere eine Nachprüfung durch eine unabhängige Instanz gewährleistet. Wer aber wollte deren Urteil scheuen? An politischer und moralischer Verantwortung stellt das Dritte Reich höhere Anforderungen, an rechtlicher mindestens die gleichen. Wie der Liberalismus aus der Antithese von Staat und Individuum die Rechtskontrolle der Verwaltung durch das Gericht als Grundrecht zum Postulat erhob, so erkennt sie der nationalsozialistische Staat kraft innerer Überlegenheit als organischen Bestandteil an und ist — nicht zuletzt darum — ein Rechtsstaat.

3. Selbstverständlich kann und wird der nationalsozialistische Staat Auswüchse des richterlichen Prüfungsrechts, wie sie uns der liberale Staat noch im Herbst vorigen Jahres in dem Streit zwischen der Reichsregierung und der preussischen „Hoheitsregierung“ Braun-Severing zum abschreckenden Exempel vor Augen führte, nicht dulden. Diese unselbige Tragödie deutschen Staats- und Rechtslebens wird und darf sich im Dritten Reich nicht wiederholen. Daß dazu nicht jeder

Ausschluß richterlicher Nachprüfung politischer Maßnahmen bis herab zu den Schutzhaftbefehlen erforderlich ist, glaube ich bereits zur Genüge dargetan zu haben. Der nationalsozialistische Staat hat das kraft seines inneren Aufbaues nicht nötig. Abgesehen von der gemeinsamen Zielrichtung aller verwaltenden und richtenden Tätigkeit, abgesehen auch von einzelnen positiven Beschränkungen des richterlichen Prüfungsrechts — Ausnahmen bestätigen die Regel —, bildet die sicherste Gewähr für eine den Staatsnotwendigkeiten Rechnung tragende, Mißbrauch vermeidende Rechtsanwendung die Persönlichkeit jedes einzelnen Richters. Gerade in dieser Hinsicht aber braucht der nationalsozialistische Staat dank seiner Fürsorge für die Heranbildung der charakterlichen Eigenschaften seiner Rechtsdiener und der von ihm getroffenen Auslese, die nicht lediglich nach intellektuellen Qualitäten erfolgt, keine Sorge zu haben. Andererseits halte ich es aber für ausgeschlossen, daß der Richter von heute, insbes. der des ordentlichen Gerichts, nachdem die rechtliche Wertung in höherem Maße wieder von sittlichen Gesichtspunkten durchdrungen wird — Recht und Moral sind eins —, in Fällen offener Willkür —, unter welchem Gesichtspunkt die von Lüdtke am Eingange seiner Abhandlung genannten Beispiele zu untersuchen wären, — dem davon Betroffenen jeden Rechtsschutz versagen würde. Das ist der deutsche Richter seinem Gewissen und seinem Volke schuldig, mag auch die gegenteilige Auffassung ihn der Notwendigkeit mancher, vielleicht weniger angenehmen Entscheidung entheben.

## Der neue strafrechtliche Schutz der Pflegebefohlenen und der Arbeitskraft.

Von Amtsgerichtsrat Dr. Botho Schleich, Weissenburg i. B.

Der durch das Gef. v. 26. Mai 1933 (RGBl. I, 295) als § 223 b RStGB. neu formulierte Tatbestand der Mißhandlung Pflegebefohlener ist umfassender als der des früheren § 223 a Abs. 2 RStGB. Während früher nur die noch nicht 18 Jahre alten oder wegen Gebrechlichkeit oder Krankheit wehrlosen Personen, die der Fürsorge oder Obhut des Täters unterstehen oder seinem Hausstand angehören, oder die der Fürsorgepflichtige der Gewalt des Täters überlassen hat, in Schutz genommen worden waren, erstreckt sich jetzt der Schutz ganz allgemein auf Kinder, Jugendliche oder die eben erwähnten Wehrlosen, und zwar außer den bereits erwähnten Fällen auch dann, wenn sie durch ein Dienst- oder Arbeitsverhältnis von dem Täter abhängig sind. Weiterhin werden sämtliche Personen nicht erst gegen eine mittels grausamer oder boshafter Behandlung begangene Körperverletzung, sondern schon gegen ein Quälen, ein rohes Mißhandeln oder gegen eine Gesundheitsbeschädigung geschützt, welche unter böswilliger Vernachlässigung der Pflicht des Täters, für sie zu sorgen, verübt wurde. Zu der Erweiterung des Tatbestandsinhalts ist auch eine Verschärfung der Strafandrohung insofern getreten, als jetzt die Mindeststrafe drei Monate Gefängnis und in besonders schweren Fällen die Höchststrafe Zuchthaus von fünf Jahren betragen, während früher als Höchststrafe nur eine Gefängnisstrafe und bei milderen Umständen als Mindeststrafe eine Geldstrafe von 3 RM in Betracht kam.

Aus der ratio des Gesetzes ergibt sich, daß trotz der insoweit zweideutigen Fassung des § 223 b in Übereinstimmung mit dem früheren § 223 a Abs. 2 Kinder und Jugendliche nicht ohne weiteres, sondern wie die wegen Gebrechlichkeit oder Krankheit Wehrlosen den erhöhten Strafschutz nur dann genießen, wenn sie zu dem Täter in einem bestimmten Autoritäts- und Abhängigkeitsverhältnis stehen. Denn Strafschärfungsgrund ist nicht so sehr die Tatsache, daß das Opfer infolge seines Alters oder seiner körperlichen bzw. geistigen Konstitution weniger wehr- und damit widerstandsfähig ist, als die, daß einerseits das Opfer aus Furcht oder Respekt dem Täter nicht den entsprechenden Widerstand entgegenzusetzen sich getraut, andererseits dieser durch seine Handlungsweise die ihm obliegenden Pflichten verletzt bzw. die ihm zukommenden Rechte mißbraucht. Dies kann nach der jetzigen Auffassung des Gesetzgebers auch schon dann gegeben sein, wenn der Mißhandelte durch ein Dienst- oder Arbeitsverhältnis von dem

Täter abhängig ist, ohne daß dabei der zur Dienst- oder Arbeitsleistung Verpflichtete auch unbedingt der Fürsorge oder Obhut des Täters unterstellt zu sein oder seinem Hausstand anzugehören braucht. Denn jeder Dienstherr oder Arbeitgeber hat an sich schon dafür zu sorgen, daß der Dienstverpflichtete oder Arbeitnehmer gegen Gefahr für Leib und Leben geschützt ist, eine Verpflichtung, die im öffentlichen Interesse zwingend festgesetzt ist und welche nach der Gesetzgebung und Rechtsprechung für das öffentliche und private Recht in Geltung steht (§§ 618, 619 BGB.; § 62 HGB.; § 120 a-g RWerD.; vgl. auch RW. 80, 27).

Wie sich aus der Zusammenstellung der Qualifizierungsmomente ergibt, ist mit diesem Dienst- oder Arbeitsverhältnis ein Verhältnis persönlicher, unter Umständen auch noch wirtschaftlicher Abhängigkeit gemeint, auf Grund deren der Verletzte eine gewisse Dauer hindurch unter dem Einfluß des Täters steht. Dabei ist es gleichgültig, ob dieses Verhältnis rechtlich auf einem Dienstvertrag, einem Werkvertrag oder einer rein tatsächlichen Beziehung zum Täter mit oder ohne Entgelt (z. B. vertragslose Arbeitsleistung im Auftrag und für Rechnung des Täters, wie häusliche Hilfe) beruht und ob sie im Haupt-, Neben- oder ohne Beruf ausgeübt wird. Ebenförmig wie auf den Ort der Tätigkeit (im Betrieb oder außerhalb desselben) kommt es auf ihre Art an (höhere oder niedrigere Dienste; Hand- und Kopfarbeit; mechanische oder nichtmechanische; gewerbliche, kaufmännische, landwirtschaftliche Arbeit usw.), da diese Unterscheidung höchstens für bürgerlich- und öffentlich-rechtliche Untergliederungen (z. B. in Arbeiter und Angestellte usw.) von Bedeutung ist. Ohne Belang ist es ferner, aus welchem Grunde die Arbeitsleistung erfolgt: ob sie zu Erwerbzzwecken oder mit Rücksicht auf körperliche oder geistige Ausbildung (Volontär, § 82 a HGB.), ob sie freiwillig oder unfreiwillig (Gefangene) erfolgt, ob sie Erziehung (Fürsorgezöglinge), die Befestigung der Arbeitslosigkeit (Arbeitsdienst), Heilung (Erholungsheime, Lehrwerkstätten für Schwerbeschädigte) oder sittliche und politische Besserung (im Konzentrationslager) bezweckt, ob sie wissenschaftlichen (Instalten der Arbeitstherapie), religiösen, künstlerischen oder karitativen Motiven dient. Doch gehören die lediglich auf Grund des familiären Zusammenlebens von Verwandten oder als Ausfluß des ehemännlichen (§ 1356 BGB.) oder elterlichen (§ 1617 BGB.) Rechts geleisteten Dienste nicht hierher;



diese fallen vielmehr unter das Qualifizierungsmoment der Zugehörigkeit zum Hausstand des Täters, mag auch hier und da im Einzelfall zwischen dem Täter und einem Familienmitglied ein Abhängigkeitsverhältnis denkbar sein, das sich auf einen Dienst- oder Arbeitsvertrag schlechthin stützt.

Die Frage, wie sich das Dienst- vom Arbeitsverhältnis unterscheidet, wird nur im konkreten Fall einwandfrei beantwortet werden können, da die Grenzen zwischen beiden Verhältnissen sehr flüchtig sind. Während das Dienstverhältnis wohl in der Hauptsache auf ein Bereitsein zur Leistung von verschiedenen, von Anfang an noch nicht bestimmten Diensten im Laufe einer längeren Zeit hinweist, wird man unter einem Arbeitsverhältnis meistens ein solches zu verstehen haben, durch welches der Arbeitnehmer zur Verrichtung einer bestimmten, eine gewisse Zeit in Anspruch nehmenden Tätigkeit oder mehrerer von vornherein bestimmter Arbeiten verpflichtet ist.

Bei sämtlichen Tätigkeiten ist es aber immer zur Anwendung der fraglichen Gesetzesbestimmung notwendig, daß der Verletzte zur Ausübung einer Tätigkeit verpflichtet ist, und daß der Täter selbst oder als Vertreter eines anderen einen Anspruch auf diese Arbeitsleistung hat, so daß er gerade mit Rücksicht auf diese Dienstleistung auf die Person des Verletzten einen Einfluß ausüben vermag und dieser daher von ihm persönlich abhängig, somit unselbständig ist. Es muß eine gewisse Mündigkeit des Verhältnisses zum Auftraggeber vorliegen, unter dessen Disziplin der Beschäftigte steht. Mißhandelt z. B. ein Lehrer seinen Schüler, so macht er sich nur um deswillen nach § 223 b strafbar, weil er sich an seinem Pflegebefohlenen vergreift, nicht aber deshalb, weil der Mißhandelte durch ein Dienst- oder Arbeitsverhältnis von ihm „abhängig“ ist, mag auch der Lehrer seinen Schüler noch so streng zum Arbeiten anhalten. Denn der eigentliche Dienstverpflichtete aus diesem Lehr- und Erziehungsvertrag ist ja nicht der Schüler, sondern der Lehrer selbst entweder dem Schüler oder dessen gesetzlichen Vertreter gegenüber. Die Strafbarkeit eines solchen Prügelpädagogen ergibt sich dann daraus, daß der Schüler seiner Fürsorge oder Obhut untersteht.

Eine bloße wirtschaftliche Abhängigkeit (z. B. Hausgewerbetreibende im Gegensatz zum Heimarbeiter), mag sie auch in einer noch so starken Bindung mit dem Arbeitgeber bestehen, genügt nicht, selbst wenn der Verletzte den Anweisungen des Täters bezüglich der Ausführung der Arbeit unterliegt und insofern in seiner Entschließung von ihm nicht frei ist. So gehört beispielsweise die Tätigkeit eines Mallers oder eines Agenten im juristischen Sinne (§ 84 HGB.) nicht hierher, obwohl er im Einzelfall in einem sehr festen Vertragsverhältnis zum Täter stehen kann, sofern er nicht trotz des Titels in Wahrheit ein abhängiger Angestellter ist, was sich beispielsweise aus der Vereinbarung eines festen Gehalts oder aus der ausschließlichen Tätigkeit für eine einzelne Firma usw. ergeben kann. Daß die gesetzlichen Vertreter von juristischen Personen und Personengesamtheiten, d. h. die nach Gesetz, Satzung oder Gesellschaftsvertrag vertretungsberechtigten Personen mit Rücksicht auf ihre selbständige Stellung, die sie namentlich in persönlicher Hinsicht im Gegensatz zu den sonst kraft Auftrags Bevollmächtigten einnehmen, hier ausscheiden, ist selbstverständlich. Dasselbe gilt auch für die gesetzlichen Vertreter natürlicher Einzelpersonen (Vormund, Pfleger, Verwalter usw.), nachdem sie in keinem Arbeitsverhältnis zu denjenigen Personen stehen, welche sie vertreten.

Auch muß die Dienst- oder Arbeitsleistung gerade im Auftrage und für Rechnung des Täters oder der von ihm vertretenen Personen erfolgen. Nicht ausreichend ist es, wenn ein Dritter den Verletzten zugunsten des Täters beschäftigt, ohne daß der Täter selbst Ansprüche gegen den Verletzten auf Grund des Beschäftigungsverhältnisses geltend machen kann, es sei denn, daß er als Vertreter des Dritten auftritt. Es genügt ja, wenn der Täter den Berechtigten in dem Dienst- oder Arbeitsverhältnis vertritt und den Arbeitnehmer in Ausübung oder in Veranlassung der Ausübung, ja sogar gelegentlich bei Ausübung dieser Vertretungsbefugnis mißhandelt. Ist auch in diesem Fall der Verletzte auf Grund des Vertrags dem Täter gegenüber zur Arbeitsleistung nicht „verpflichtet“, so ist er aber doch von ihm durch den Vertrag „abhängig“,

mag auch erst hinter ihm der eigentliche Arbeitgeber oder Dienstberechtigte stehen.

Unter diese Strafbestimmung sind daher auch die Fälle einzureihen, in welchen der Arbeitgeber eine juristische Person ist, die durch eine physische Person gegenüber dem Beschäftigten vertreten wird, wie z. B. der Staat, der durch seine Organe die Gefangenen beschäftigt läßt. Die Frage, in welchem Verhältnis der § 223 b zu dem § 340 RStGB. steht, wenn die staatlichen Organe den Beamtenbegriff im Sinne des § 359 RStGB. erfüllen, soll weiter unten entschieden werden. Irrig wäre es aber, wollte man aus demselben Gesichtspunkt heraus die Mißhandlung eines Beamten durch seinen Vorgesetzten unter diese Strafvorschrift fallen lassen. Wenn auch der vorgesetzte Beamte auf Grund seiner Dienstaufsicht den Untergebenen anzuhalten hat, daß dieser alle Obliegenheiten des ihm übertragenen Wirkungsbereiches den Gesetzen, Verordnungen und Dienstvorschriften entsprechend gewissenhaft wahrnimmt, so wird sich der Täter, welcher in Ausübung oder in Veranlassung der Ausübung der genannten Aufsichtspflicht den Untergebenen quält oder roh mißhandelt, doch nicht nach § 223 b strafbar machen, weil ein derartiges persönliches Abhängigkeitsverhältnis des Untergebenen von seinem Vorgesetzten in der Beamtenhierarchie nicht besteht, wie es die Anwendung des Begriffes „abhängig sein“ erfordert. Hat auch der Beamte den Dienstbefehlen seiner Vorgesetzten zu gehorchen, so wurzelt doch diese Gehorsamspflicht in dem Grundgedanken der gegenseitigen Über- und Unterordnung der Behörden. Es liegt nur eine Abhängigkeit des Untergebenen als Träger des niederen Amtes gegenüber dem Vorgesetzten als Träger des höheren Amtes vor, welche sich nur auf den Beamten als solchen, nicht aber auf seine Person im übrigen wie bei einem privatrechtlichen Dienstmietvertrag erstreckt. Das zeigt sich insbesondere darin, daß „von der Gehorsamspflicht nicht alle jene Weisungen erfaßt werden, die Handlungen bezwecken, welche außerhalb der dienstlichen Verpflichtung des untergebenen Staatsdieners liegen, z. B. Weisungen zur Verrichtung häuslicher oder ähnlicher Dienste für die persönlichen Zwecke des Vorgesetzten oder Weisungen, die in das reine Privatleben des Untergebenen eingreifen“ (Reindl, Kommentar zum bayerischen Beamtengesetz, 1914, Anm. 1 und 2 zu Artikel 12 S. 71 und 72). Hierbei kommt noch der weitere Gesichtspunkt in Betracht, daß in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis die Gefahr der plötzlichen Entlassung den Dienstverpflichteten bei weitem nicht in dem Maße bedroht wie bei einem privatrechtlichen Dienstvertrag, in welchem daher schon aus diesem Grunde die Abhängigkeit des Arbeiters und seine Gebundenheit dem wirtschaftlich stärkeren Arbeitgeber gegenüber entsprechend größer ist. Im Falle des Quälens oder rohen Mißhandelns eines Beamten durch seinen Vorgesetzten wird daher die Strafvorschrift des § 340 Platz zu greifen haben, welche den Mißbrauch der Staats- und Amtsgewalt schärfer ahndet und den Täter, sofern er in Ausübung oder in Veranlassung der Ausübung seines Amtes handelt, mit Rücksicht auf seine Beamteneigenschaft stärker strafen will.

Aus dem eben Ausgeführten ergibt sich gleichzeitig, daß schon mit Rücksicht auf die verschiedenen Gesichtspunkte, unter welchen die §§ 223 b und 340 erlassen wurden, diese Strafbestimmungen sich niemals decken können, sondern gleichwertig nebeneinander, also ideell konkurrierend stehen, mag auch unter ihnen der § 223 b wegen seines engeren Tatbestandes zunächst rein äußerlich als *lex specialis* erscheinen: Genügt doch zur Erfüllung des Tatbestandes des § 340 die Verübung einer einfachen körperlichen Mißhandlung oder einer Gesundheitsschädigung im Sinne des § 223, welche nicht erst in ein Quälen oder rohes Mißhandeln im Sinne des § 223 b ausarten muß. Wenn also ein Beamter in Ausübung oder in Veranlassung der Ausübung seines Amtes auf eine dieser soeben erwähnten Arten einen vom Staat durch ein Dienst- oder Arbeitsverhältnis abhängigen Nichtbeamten mißhandelt, so wird er gemäß § 73 nach beiden Vorschriften (§§ 223 b und 340) abgeurteilt werden müssen.

Was nun unter den Begriffen „quälen“ und „roh mißhandeln“ zu verstehen ist, definiert der Gesetzgeber neuerdings selbst im § 1 Abs. 2 TiereschutzG. v. 24. Nov. 1933 (RGBl. I, 987): Hiernach ist „quälen“ das Verursachen von länger



dauernden oder sich wiederholenden erheblichen Schmerzen oder Leiden, während das „Mißhandeln“, d. h. die Verurteilung von erheblichen Schmerzen, „roh“ ist, wenn es nicht gefühllosen Gesinnung entspringt. Es wird demnach nicht mehr wie bisher im § 223 a Abs. 2 gefordert, daß der Täter aus einer niederträchtigen Gesinnung heraus seinem Opfer Qualen nur um des Quälens selbst willen auferlegt, um sich an diesen weiden zu können, mithin die Körperverletzung mittels „boshafter“ Behandlung begehrt oder daß er aus einer mit den Schmerzen des Verletzten gefühllosen und unbarmherzigen Gesinnung sein Opfer besonders schwer leiden läßt,

also die Körperverletzung mittels „grausamer“ Behandlung verübt.

Daß der Begriff „Gesundheitsbeschädigung“ mit dem Begriff „Gesundheitsbeschädigung“ im Sinne des § 223 identisch ist, und daß das Wort „böswillig“ den in den §§ 103 a, 134, 134 a und 135 enthaltenen Begriffen „böswillig“ entspricht (siehe RGSt. 48, 174), sei der Vollständigkeit halber ebenso abschließend bemerkt wie das, daß die Pflicht, für einen anderen zu sorgen, nicht unbedingt auf einem Rechtsgrunde beruhen muß, sondern ebensogut auf einem tatsächlichen Grunde beruhen kann.

### Eid und Restitutionsklage im neuen Zivilprozeß.

Während nach bisherigem Prozeßrecht grundsätzlich jeder Zeuge vereidigt werden mußte, bringt die Neufassung der ZPO. v. 8. Nov. 1933 im § 391 die Bestimmung, daß ein Zeuge zu seiner Aussage nur noch dann zu vereidigen ist, wenn das Gericht dies mit Rücksicht auf die Bedeutung der Aussage oder zur Herbeiführung einer wahrheitsgemäßen Aussage für geboten erachtet. Entsprechendes gilt für die Vereidigung des Sachverständigen. Was den Parteieid anlangt, so ist die bisherige gesetzliche Regel, daß einer Parteibeauptung überhaupt nur Beweiskraft zusteht, wenn sie eidlich bekräftigt ist, völlig aufgegeben worden. Der Richter braucht nach dem neuen § 452 die Vereidigung der Partei nur noch dann anzuordnen, wenn die unbeeidigte Aussage der Partei nicht ausreicht, von der Wahrheit oder Unwahrheit einer zu beweisenden Tatsache zu überzeugen. Damit ist der dem bisherigen Zivilprozeßrecht völlig fremde Grundsatz aufgestellt, daß auch die unbeeidete Parteiaussage ein (wenn auch nur subsidiäres) Beweismittel ist.

Von der Praxis wird die Einschränkung des Eideszwanges lebhaft begrüßt, da es in vielen Fällen als eine Entwürdigung der Heiligkeit des Eides empfunden worden ist, in einer weniger belangreichen Sache schwören zu lassen. Durchaus billigenwert ist die Einschränkung des Eideszwanges auch darum, weil es dem Gericht bei vernünftiger Handhabung der neuen Gesetzesbestimmungen ermöglicht ist, dem einfachen Manneswort einer zufolge ihrer Berufsstellung oder zufolge ihrer Unbescholtenheit als zuverlässig anzusehenden Persönlichkeit Glauben zu schenken, ohne von ihr die eidliche Bekräftigung zu fordern. Ich habe häufig feststellen können, daß man in Laienkreisen kein Verständnis dafür finden konnte, warum z. B. ein angesehener Notar den Zeugeneid, ein angesehener Universitätsprofessor den Sachverständigeneid leisten und ein beklagter angesehener Kaufmann die Unwahrheit der Behauptung eines notorisch betrügerischen Klägers beschwören mußte.

Jedoch stößt die neue gesetzliche Regelung insofern auf Bedenken, als mit Einschränkung des Eideszwanges zugleich in ganz erheblichem Maße die Möglichkeit beschnitten wird, ein auf einer falschen Aussage beruhendes rechtskräftiges Urteil durch die Restitutionsklage anzufechten. Bekanntlich kann nach § 580 Ziff. 3 mit § 581 ZPO. die Wiederaufnahme des Verfahrens nur dann betrieben werden, wenn der Zeuge oder Sachverständige wegen eines Eidesdeliktes verurteilt worden ist oder die Durchführung eines Strafverfahrens wegen Eidesverletzung aus anderen Gründen als wegen Mangels an Beweises erfolgen kann. Ein uneidliches Zeugnis oder Gutachten ist also nie Restitutionsgrund. Müßte es schon nach der alten Fassung der ZPO. als eine weitgehende Erschwerung der Restitutionsklage empfunden werden, daß man einem Zeugen oder Sachverständigen „meineidig machen“ muß, um eine Wiederaufnahme betreiben zu können, so wird künftig nach der neuen Fassung in weit zahlreicheren Fällen als den in § 393 ZPO. a. F. genannten Fällen eine Restitutionsklage ganz ausgeschlossen sein. Das gleiche gilt für das neue Beweismittel der Parteivernehmung, die gleichfalls nur dann als Restitutionsgrund anerkannt ist, wenn die Partei vereidigt worden ist (vgl. § 580 Ziff. 1 ZPO. n. F. mit § 581 ZPO.). Denn die im Urteil als beweisend unterstellte aber unwahre Parteibeauptung war früher, weil sie ohne Eid nie als beweisend galt, immer Restitutionsgrund, heute nicht mehr. Daran wird auch durch § 580 Ziff. 4 ZPO. nichts geändert, weil die uneidliche Prozeßklage, die allerdings ausdrücklich verboten ist (§ 138 Abs. 1 ZPO. n. F.), doch aus wohlwollenden Gründen (vgl. ZW. 1933, 2429) nicht unter Strafe gestellt worden ist.

Die strengen Voraussetzungen für die Restitutionsklage erklären sich daraus, daß das Allgemeininteresse an der Rechtsicherheit und der Endgültigkeit rechtskräftiger Urteile größer ist als das Parteiinteresse an einer Abänderung der Entscheidung. Trotzdem erscheint mir die gesetzliche Regelung der Restitutionsklage in den hier genannten Fällen nur nach der alten ZPO. gerechtfertigt. Läßt man im Beweisrecht den Grundsatz fallen, daß regelmäßig nur der Eid Beweiskraft hat, so muß denn auch die Restitutionsklage angepaßt werden. Denn

es darf nicht verkannt werden, daß Justizirrtümer in fast allen Fällen nicht auf einer falschen Rechtsanwendung, sondern auf einer falschen Beweiswürdigung, insbes. auf der Überschätzung des Wertes einer Zeugenaussage und künftig vielleicht auch des Wertes einer Parteivernehmung beruhen und daß das Geständnis des Gerichts, irreführt worden zu sein, mehr Vertrauen zur Justiz schafft, als die Unabänderlichkeit fehlerhafter menschlicher Erkenntnis.

Meines Erachtens erfordert die unbeeidete Zeugenaussage und Parteivernehmung (nicht Parteibeauptung) im Interesse der Wahrheitsermittlung in gleicher Weise eine strafrechtliche Sanktion wie der Eid. Es wird ja auch der unwahre Eid, obwohl der Eid eine religiöse Handlung ist, nicht als Religionsdelikt, sondern als Beweisverfälschung und zugleich als Angriff gegen die Rechtspflege bestraft. Wir haben wohl auch mit entsprechenden Reformen des Strafrechts zu rechnen. Dann läßt sich eine Anpassung der Restitutionsklage an das neue Beweisrecht am besten in der Weise erreichen, daß Voraussetzung für die Restitutionsklage eine Verurteilung des Zeugen, des Sachverständigen oder der Partei nicht nur wegen Eidesdeliktes, sondern auch wegen des neu zu schaffenden Deliktes der falschen uneidlichen Aussage vor Gericht ist.

RM. Dr. Erich Hofmann, Leipzig.

### Ist es angängig, im Defektenverfahren auf Grund der Verordnung v. 26. Mai 1933 die Zwangsvollstreckung aufzuheben?

In letzter Zeit sind mehrere Fälle bekanntgeworden, in denen sich Beamte an dem ihnen amtlich anvertrauten Vermögen vergangen haben.

Soweit es sich hierbei um Vermögen der öffentlichen Hand oder um Privatvermögen handelte, das bei öffentlichen Rassen oder anderen öffentlichen Verwaltungen geführt wurde, findet gegen den Beamten das Verfahren bei Fehlbeträgen statt (Defektenverfahren). Die Rechtsgrundlage für dieses Verfahren ist bei Reichsbeamten das NWG. i. d. Fassung der Bek. v. 18. Mai 1907 (RGBl. 245) §§ 134—148, bei preuß. Beamten die WD. über die Festsetzung und den Erlass der bei Rassen und anderen Verwaltungen vorkommenden Defekte vom 24. Jan. 1844 (GS. 52). Die preuß. WD. findet auch nach § 18 dasselbst auf Kommunalbeamte Anwendung. Eine Sonderregelung mußte mit dem Wegfall der ehemals preußisch-hessischen, der bayerischen usw. Eisenbahnen für die Beamten der Reichsbahn erfolgen. Hier werden nach § 31 Ziff. 1 der Personalordnung der Deutschen Reichsbahngesellschaft (PersD.) in der ab 15. Nov. 1933 gültigen Fassung Fehlbeträge am Gesellschafts- oder sonstigen Vermögen, das entweder zu den Beständen einer Kasse oder einer anderen Reichsbahnstelle gehört, in der Regel von der örtlich zuständigen Reichsbahndirektion oder dem Reichsbahn-Zentralamt verfolgt. Wenn aber die geschädigte Kasse oder andere Stelle weder einer Reichsbahndirektion noch dem Reichsbahn-Zentralamt untersteht, obliegt entsprechend § 139 NWG., § 7 WD. v. 24. Jan. 1844 dem Generaldirektor die Verfolgung des nach seiner vollen Überzeugung als Täter oder Teilnehmer einer Unterschlagung in Frage kommenden Beamten oder des Beamten, der seine Dienstpflicht aus grobem Versehen verletzt hat (§ 31 Ziff. 3 PersD.). Der Generaldirektor kann auch dann einschreiten, wenn es sich um Aufsehen erregende Fälle oder Beträge von mehr als 3000 RM handelt (§ 31 Ziff. 6 PersD.).

Das Verwaltungsverfahren endet jeweils mit dem Erlaß eines zu begründenden Beschlusses, der die Höhe des Fehlbetrages, die Person des zum Erlass verpflichteten Beamten und den Grund sowie den Umfang der Schadensersatzpflicht feststellt (§ 137 NWG., § 4 WD. v. 24. Jan. 1844, § 31 Ziff. 7 PersD.). Der Beschluß ist sofort vollstreckbar, sofern er von einer höheren Reichsbehörde, einer Zentral- oder Provinzialbehörde erlassen ist; andernfalls bedarf er zur Vollstreckbarkeit der Genehmigung der vorgesetzten Reichs- oder Zentralbehörde (§ 139 NWG., § 6 WD. v. 24. Jan. 1844, § 31 Ziff. 7 PersD.). Die Durchführung der Zwangsvollstreckung erfolgt auf An-



trag der Behörde, die den Beschluß erlassen hat ohne Nachprüfung seiner Rechtmäßigkeit durch die allgemein hierzu berufenen Organe: den Gerichtsvollzieher, das Vollstreckungsgericht und das Grundbuchamt (§ 134 RRG, § 14 S. 2 W. v. 24. Jan. 1844, § 31 Ziff. 7 PersD.). Ausnahmsweise kann in Preußen die Verwaltungsbehörde aus dem Beschluß selbst vollstrecken, wenn sie nach den bestehenden Gesetzen Vollstreckungen zu verfügen berechtigt ist (§ 14 S. 1 W. v. 1844).

Da die Schadenersatzforderung im Fehlbetragsverfahren stets auf Geld geht, kann der betroffene Beamte jedenfalls geltend machen, daß die Zwangsvollstreckung in Gegenstände seines beweglichen Vermögens für die Zeit bis zum 31. März 1934 gemäß § 18 Abs. 1 W. v. 26. Mai 1933 beschränkt ist. Fraglich ist aber, ob das VollstrGer. dem Antrag des Schuldners auf Aufhebung der Zwangsvollstreckung stattgeben wird. Nach der W. v. 26. Mai 1933 kann die Erinnerung des Schuldners den gewünschten Erfolg nur dann haben, wenn der Schuldner ohne sein Verschulden außerstande ist, die Verbindlichkeit zu erfüllen, ihn durch den Verlust der gepfändeten Gegenstände ein unverhältnismäßiger Nachteil erwächst und schließlich eine Notlage des Gläubigers nicht vorliegt. Würde z. B. durch eine Änderung der Besold. oder eine Preissteigerung der Gegenstände des täglichen Bedarfs die bisherige Zahlungskraft des Beamten wesentlich gemindert, so könnte das VollstrGer. an sich auf Aufhebung der Pfändung erkennen, wenn auch der aus der Durchführung der Vollstreckung dem Schuldner entstehende Schaden wesentlich größer wäre als der Vorteil, der sich für den Gläubiger aus ihr ergäbe. Der Gesetzgeber stellt es also bei der Aufhebung der Zwangsvollstreckung ausschließlich auf Umstände ab, die außerhalb der zum Schadenersatz verpflichtenden Handlung selbst liegen. Es ist daher gleichgültig, ob der Rechtsgrund der Schadenersatzpflicht ein vertragswidriges Handeln oder eine unerlaubte Handlung ist. Da auch die strafbare Handlung — in Betracht kommen im Fehlbetragsverfahren nach der herrschenden Ansicht nur die besonders aufgeführten Tatbestände der Unterschlagung und der Untreue (§ 141 RRG, § 10 W. v. 1844, § 31 Ziff. 3 PersD.) — eine unerlaubte Handlung ist, hinderte ihr Vorliegen als Rechtsgrund der Schadenersatzpflicht den Richter nicht, dem Antrag des Schuldners auf Aufhebung der Pfändung stattzugeben.

M. E. darf aber der Richter bei Vorliegen eines Defektenbeschlusses als Grundlage der Zwangsvollstreckung nie die Aufhebung der Pfändung verfügen. Besteren schon, worauf Jonas, Zwangsvollstreckungsrecht, 7. Aufl., zu § 18 hinweist, hinsichtlich des Moratoriums volkswirtschaftliche Bedenken, so nicht minder auch Bedenken rechtspolitischer Art. Gewiß erfordert die ungeheure Wirtschaftskrise Schutzmaßnahmen zugunsten des wirtschaftlich immer schwächeren Schuldners. Wichtiger aber ist die öffentliche Moral. Der neu sich aufbauende Staat der nationalen Regierung will vor allem eine saubere und vorbildliche Verwaltung haben. Mit diesem Ziel ist es unvereinbar, daß ein Beamter sich an öffentlichen Geldern oder Materialien vergeißt oder schuldhaft Kassenbestände od. dgl. schädigt, dann aber, zur Rechenschaft gezogen, eine Rechtswohlthat zur Verfügung haben soll. Eine strafbare oder unerlaubte Handlung als Rechtsgrund der Schadenersatzpflicht eines Beamten darf daher nicht dazu führen, dem Beamten den Vollstreckungsschutz dahin zu gewähren, daß die Pfändung von Gegenständen seines beweglichen Vermögens aufgehoben wird.

Das öffentliche Interesse, das stets dem eigenen Interesse nachzugehen hat, verbietet aber auch antragsgemäß eine Vollstreckungsmaßnahme aufzuheben, wenn dem Beamten als Schuldner eine grobfahrlässige Verletzung einer Vertragspflicht zur Last fällt.

Daraus ergibt sich für den Vollstreckungsbeamten, daß er bei Vollstreckung aus einem Defektenbeschuß von einer Pfändung nicht von vornherein absehen darf (§ 18 Abs. 3 W. v. 26. Mai 1933).

Die Rücksichtnahme auf die unverschuldete Zahlungsschwierigkeit des schuldigen Beamten darf daher jeweils nur zu einer einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung unter Bewilligung von Zahlungsfristen führen. Zu diesem Ergebnis kann das Gericht auch mit dem Gesetz kommen. Nach § 18 Abs. 4 W. v. 26. Mai 1933 kann das Gericht an Stelle der beantragten Aufhebung der Zwangsvollstreckung ihre einstweilige Einstellung bewilligen, wenn dies unter Berücksichtigung aller Umstände angemessen erscheint. Der Richter kann sich mithin bei seiner Entscheidung nicht nur wie bei der Aufhebung der Zwangsvollstreckung von wirtschaftlichen Gründen allein, sondern auch von andern Umständen, insbes. dem Entstehungsgrunde der Schadenersatzpflicht und dem überwiegenden öffentlichen Interesse leiten lassen.

Zur Einstellung der Zwangsvollstreckung unter Bewilligung von Zahlungsfristen kann aber die Erinnerung des Schuldners nach der W. v. 26. Mai 1933 nicht in jedem Falle führen. Bei der Pfändung von Miet- und Pachtzinsen und bei der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen des Schuldners wegen eines Anspruchs, der durch eine auf einem Grundstücke lastende Hypothek oder Grundschuld gesichert ist, kann die Erinnerung des Schuldners nur die Aufhebung der Pfändung zur Folge haben. Denn § 19 Abs. 3 und § 19a Abs. 2 letzter Satz W. v. 26. Mai 1933 schließen die Anwendung von § 18

Abs. 4, der die Einstellung vorsteht, dadurch aus, daß sie nur die Vorschriften des § 18 Abs. 3, 5 und 6 für entsprechend anwendbar erklären. Diese gesetzliche Beschränkung erklärt sich aus dem Interesse, das der Staat an der Erhaltung der Grundstücke in einem nicht nur polizeiemäßigen, sondern auch wirtschaftlich ordnungsmäßigen Zustand hat, der seinerseits wiederum verhütet, daß der Eigentümer der öffentlichen Fürsorge anheimfällt; weiter daraus, daß nur der ordentliche Zustand eines Grundstückes dem Staat die Sicherheit des Eingangs der für das staatliche Leben nun einmal erforderlichen Steuern gewährt und schließlich aus der Erwägung, daß die ordentliche Unterhaltung der Grundstücke durch Vornahme notwendiger Instandsetzungsarbeiten der Beseitigung der Arbeitslosigkeit dient, dem höchsten und wichtigsten Ziele der nationalsozialistischen Regierung. Diese weitgehende Berücksichtigung des öffentlichen Interesses in den §§ 19, 19a rechtfertigt es daher, auf Antrag des Schuldners insoweit die Zwangsvollstreckung aufzuheben, auch wenn sie aus einem im Fehlbetragsverfahren ergangenen Beschluß erfolgte.

Das öffentliche Interesse an der Reinerhaltung der Verwaltung und der Unversehrtheit des öffentlichen Vermögens, das nach den früheren Ausführungen nur dazu führen darf, einem Antrag des ersatzpflichtigen Beamten auf Einstellung der Zwangsvollstreckung stattzugeben, scheidet sich in den Fällen der §§ 19, 19a mit öffentlichen Interessen. Die Wahrung der öffentlichen Interessen, die die angeführten Bestimmungen sichern wollen, ist aber zur Zeit höher zu stellen als ein Verlust an Geld und Gut sowie an Ansehen der Verwaltungen durch einen unredlichen, ungetreuen oder nachlässigen Beamten.

Daran ist aber festzuhalten: das eigene Interesse eines aus einem im Fehlbetragsverfahren ergangenen Beschluß in Anspruch genommenen Beamten muß unter allen Umständen hinter dem öffentlichen Interesse an der Reinerhaltung der Verwaltung und der Unversehrtheit des öffentlichen Vermögens zurückstehen, mag der Beamte auch dadurch Verluste an seinem Vermögen erleiden, die der Nichtbeamte auf Grund des § 18 W. v. 26. Mai 1933 abzuwenden imstande ist.

Dr. E. D. Melten, Köln.

### **Zur Rechtsstellung des Bauern, dem Verwaltung und Nutznießung des Erbhofes vom Anerbengericht entzogen worden ist.**

§ 15 AErbhofG. sieht drei Fälle vor, in denen das Anerbengericht die Nutznießung und Verwaltung des Erbhofes einem andern als dem Bauern übertragen — sie also dem Bauern damit entziehen kann:

- a) wenn der Bauer die Ehrbarkeit verliert;
- b) wenn er seinen Schuldbestimmungen nicht nachkommt; obwohl ihm dies bei ordnungsgemäßer Wirtschaftsführung möglich gewesen wäre;
- c) wenn er die Fähigkeit verliert, den Hof ordnungsgemäß zu betwirtschaften.

Da nun in der Regel ein Bauer außer seinem Erbhof kein Vermögen haben wird, ergibt sich die Frage, ob der entlassene Bauer auf die Unterhaltsansprüche des Erbhofes angewiesen ist, die gerade dann oft verjagen werden, wenn der Nutznießer des Erbhofes — der nach § 15 berufene Anerbe — nicht zugleich unterhaltspflichtig ist: denn gerade, wenn als Anerben nicht unterhaltspflichtige Nessen, Brüder, Nichten und Schwestern berufen werden, hat diese Berufung doch zur Voraussetzung, daß es an näherstehenden Anerben — und damit an Unterhaltspflichtigen — fehlt. Die Entlassung würde also oft zur Folge haben, daß der entlassene Bauer der öffentlichen Fürsorge zur Last fällt, obwohl ihm vielleicht ein ertragreiches Rittergut gehört.

Der Wortlaut des Gesetzes trägt nichts zur Lösung der Frage bei, insbes. ist eine „Heimatzufucht“ des Ruhestandsbauern nicht vorgesehen. Es fragt sich nun, ob diese Nichterwähnung einer Heimatzufucht eindeutig gewollt ist, oder ob sich in diesem Punkte Zweifel ergeben, denn nur im letzteren Falle erlaubt der § 56 „so zu entscheiden, wie es den in den Einleitungsworten zum Gesetz dargelegten Zweck des Gesetzes entspricht“. Für eine absichtliche Nichterwähnung des entlassenen Bauern bei der Regelung der Heimatzufucht spricht, daß das Zufluchtsrecht nach § 30 den dortgenannten Personen nur bei unverschuldeter Notlage gegeben ist. Die Tatbestände dagegen, die zur Entlassung des Bauern führen, sehen z. T. geradezu Verschulden voraus. Trotzdem möchte ich aus folgenden Erwägungen heraus auch dem wegen Verschuldens entlassenen Bauern ein Zufluchtsrecht zubilligen:

Für die Fälle des Verlustes der Ehrbarkeit und der böswilligen Nichterfüllung von Schulden wäre allerdings leichtverständlich, warum der Gesetzgeber die Zuflucht versagt haben sollte. Die Verjagung bei Ehrbarkeitsverlust würde etwa der Entziehung des Pflichtteils wegen chlofen Verhaltens entsprechen und auch bei schuldhafter Nichtbezahlung von Schulden würde die Entziehung eine Art Strafe sein: denn zum Schutze der Gläubigerinteressen würde



an und für sich auch die Entziehung der Verwaltung — unter Belassung der Nutznießung — genügen; dagegen kann man die Entziehung unmöglich als Bestrafung auffassen, wenn es sich um ein unfähig geworden handelt: denn „unfähig“ kann man auch durch sehr lobenswerte Handlungen, etwa durch Kriegsdienst oder durch einen Unfall bei seiner Berufstätigkeit werden. Nun steht es allerdings im Ermessen des Auerbengerichts, ob es in solchen Fällen von seiner Macht Gebrauch machen will. Dieser Ermessensgebrauch wäre jedenfalls dann fehlerhaft, wenn das Gericht von vornherein alle Fälle der unverschuldeten Unfähigkeit ausschalten wollte: denn das Gesetz hat absichtlich die objektive Unfähigkeit zum Wirtschaften neben das schuldhafte Schlechtwirtschaften gestellt. Um hier unbillige Härten auszugleichen, wird man dem Auerbengericht die Macht zusprechen müssen, auch die Verwaltung allein (ohne Nutznießung) dem Bauern zu entziehen. Eine Trennung von Verwaltung und Nutznießung ist ja auch dem bisherigen Recht nicht fremd. (Ausübung der elterlichen Gewalt durch die Mutter bei tatsächlicher Verhinderung des Vaters usw.)

Wer damit sind die Härten nicht ausgeglichen. Es kann sich zunächst der Zwang ergeben, auch dem sehr ehrenwerten und schuldblos Unfähigen die Nutznießung zu entziehen, weil es nach der besonderen Lage etwa nötig ist, dem verwaltenden Auerben durch Gewährung der Nutznießung einen Anreiz zur besseren Bewirtschaftung des Gutes zu geben. Vor allem aber wäre es auch beim ehelichen und böswilligen Bauern merkwürdig, wenn er durch ein schlechtes Verhalten erreichen sollte, daß er sich nicht mehr aus seinem Vermögen zu ernähren braucht, vielmehr fremdes Vermögen, vor allem das des Staates, beanspruchen dürfte. Es würde eine solche Auslegung auch den Grundgedanken des Gesetzes widersprechen, die nach § 56 in allen Zweifelsfragen ausschlaggebend sein sollen: nach dem Vorpruch zum Gesetz ist der Zweck dieses neuen Hofrechtes: „unter Sicherung alter Erbhitte, die Bauernhöfe vor Überschuldung und Zerspaltung im Erbgang zu schützen, damit sie dauernd als Erbe der Sippe in der Hand freier Bauern bleiben.“ Der Bauer ist also damit in Wahrheit Treuhänder der Sippe geworden, und das wirkliche Rechtssubjekt ist — auch wenn seine Rechte keinen faßbaren Inhalt bekommen haben — nicht der Eigentümer i. S. des BGB., sondern die Sippe.

Aufgabe dieses Treuhänders ist es (sei er nun zugleich der bürgerlich-rechtliche Eigentümer oder nur der mit Verwaltungs- und Nutznießungsrecht bekleidete Auerbe), das Treugut der Sippe in ihrem Interesse zu verwalten, also den Mitgliedern dieses Sippenverbandes auch Unterhalt zu gewähren. Das Gesetz beschränkt nun dieses allgemeine Unterhaltsrecht jedes einzelnen Sippenmitgliedes, und zwar ist diese Beschränkung auf die Abkömmlinge gewollt, denn erst so war es möglich, der Pflicht überhaupt einen juristischen Inhalt zu geben. Gewollt kann sie aber nicht sein, soweit das Sippenoberhaupt von der Heimatzusucht ausgeschlossen ist. Wenn man sich überhaupt vergegenwärtigt, daß die im Gesetz genannten Heimatzusuchberechtigten ja nur wegen ihrer Mitgliedschaft im Sippenverband das Unterhaltsrecht erhalten haben, dann ergibt sich aus diesem Gedanken von selbst, daß der Stammvater der ganzen Sippe, durch den die andern erst ihre Mitgliedschaft erworben haben, an erster Stelle zusuchtsberechtigt ist. Sein Recht ist sogar stärker als das der Abkömmlinge, weil es m. E. selbst bei verschuldeter Notlage in Kraft treten muß (zum Unterschied von § 30 Abs. 3); denn soweit für sein Verschulden eine Strafe vorgesehen ist, ist dieser Vorpruch durch Entlassung aus der Verwaltung und die Entziehung der Nutznießung Genüge getan. Die weitergehende Entziehung der Heimatzusucht wäre keine Strafe für ihn, sondern für den, der an Stelle der Sippe als Unterhaltspflichtiger einrückt, also sehr oft für den Fiskus. Eine solche Befreiung der Sippe von der Pflicht zur Ernährung ihres Oberhauptes würde zu keinem der im Vorpruch zum Gesetz genannten Zwecke dienlich sein und auch deutscher Erbhitte widersprechen. Letzten Endes wäre es also ein Verstoß gegen § 56.

Ref. Egon Wendt, Olmitz i. Vogtl.

### Bleibt für arbeitsrechtliche Klagen gemäß § 146 R.O. eine ausschließliche örtliche Zuständigkeit für das im Bezirk des Konkursgerichts gelegene Arbeitsgericht?

Folgender Fall aus der Praxis: Der Kl., bisher Angestellter einer gegenwärtig in Konkurs befindlichen Firma, betreibt gegen den beklagten Konkursverwalter die Feststellung noch irgendwelcher Ansprüche aus seinem Arbeitsverhältnis. Er hat die Klage, da er in einer auswärtigen Zweigniederlassung seiner Firma beschäftigt war und auch

am Orte dieser Zweigniederlassung wohnt, vor dem dort befindlichen ArbG. erhoben. Die Konkursverwaltung hingegen wird am Hauptsitz der Firma, der in einem anderen ArbG. Bezirk gelegen ist, geführt. Der Konkursverwalter hat den Betrieb der Firma eingestellt und demzufolge auch die Zweigniederlassungen geschlossen. Nachdem er sich bereits in die mündliche Verhandlung zur Hauptsache eingelassen hat, macht er plötzlich örtliche Unzuständigkeit des angerufenen ArbG. geltend, da vielmehr das ArbG. am Orte der Konkursverwaltung bzw. des Konkursgerichts örtlich zuständig sei. Der Kl. erwidert, daß die örtliche Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts vor Beginn der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache hätte gerügt werden müssen, während der Bekl. meint, daß die Bestimmung ausschließlicher örtlicher Zuständigkeit für Klagen gemäß § 146 R.O. auch für die ArbG. gelte und deshalb keine Unzuständigkeitsrüge in jeder Lage des Rechtsstreits zu berücksichtigen sei.

Es handelt sich also um die Frage, ob für Klagen gemäß § 146 R.O. bei einem im Bezirke des Konkursgerichts gelegenen ArbG. eine ausschließliche örtliche Zuständigkeit begründet ist.

M. E. ist die Frage zu verneinen. Aus folgenden Erwägungen:

1. § 146 Abs. 2 R.O. bestimmt eine ausschließliche örtliche Zuständigkeit für Klagen, für die sachlich das AG. oder LG. zuständig ist.
2. Für Klagen, für die sachlich ein Sondergericht zuständig ist, gilt diese Regelung ausschließlicher örtlicher Zuständigkeit nicht, auch nicht durch § 146 Abs. 5, der ja argumentum e contrario den Abs. 2 von einer entsprechenden Anwendung auf den Fall sachlicher Zuständigkeit eines Sondergerichts ausschließt.
3. § 146 Abs. 5 R.O. hat zu der hier aufgeworfenen Frage vielmehr lediglich die Bedeutung, daß er erkennen läßt, daß die sachliche Zuständigkeit von Sondergerichten bestehen gelassen ist.
4. Die örtliche Zuständigkeit für ein sachlich zuständiges Sondergericht richtet sich daher nach den allgemeinen Bestimmungen, d. h. es gilt folgendes:

- a) Allgemeiner Gerichtsstand für den Prozeßgegner ist der Wohnsitz des Gemeinschuldners.
- b) Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes ist am Orte der gewerblichen Niederlassung des Gemeinschuldners begründet.
- c) Der Gerichtsstand der gewerblichen Niederlassung oder Zweigniederlassung ist nur noch gegeben, wenn das Geschäft bzw. die Zweigniederlassung von dem Konkursverwalter weiterbetrieben wird.
- d) Prorogation, also auch stillschweigende, ist möglich; örtliche Unzuständigkeit des angerufenen ArbG. muß vom Konkursverwalter vor der Einlassung zur Hauptsache geltend gemacht werden.

Dr. Robert Franke, stellv. ArbG. Vors., Frankfurt a. M.

### Haftung des Arbeitgebers wegen unterlassener oder falscher Anmeldung des Arbeitnehmers zu einer Sozialversicherung?

Karsten: ZM. 1933, 2756 f. behandelt die Frage, ob der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer zivilrechtlich schadenersatzpflichtig ist, wenn er seine Mitwirkungspflichten bei der Sozialversicherung schuldhaft verlegt. Abgesehen davon, daß der Verfasser die Pflicht zur Anmeldung und die Pflicht zur Beitragsleistung nicht immer hinreichend scheidet, hebt er nicht genug hervor, daß die Verletzung der Melde- und Beitragspflicht nur dort hierbei von Bedeutung sein kann, wo ihre Verletzung für einen Schaden des Arbeitnehmers (Ausfall von Versicherungsleistungen) ursächlich ist. Infolgedessen bezieht sich die von Karsten erörterte Rechtslage grundsätzlich nur auf die Invaliden- und Angestelltenversicherung, weil im allgemeinen lediglich hier dieser Zusammenhang zu bejahen ist.

Etwas anders liegt es bei der Arbeitslosenversicherung. Hier ist u. U. die Anmeldung zur richtigen Lohnklasse mittelbar für die Höhe der Versicherungsleistungen von Bedeutung (§ 105 Abs. 3 Arb-BermG.). Dadurch wird aber nach der Rspr. des RArbG. die Vorschrift über die Meldepflicht des Arbeitgebers noch kein den Schutz des Arbeitnehmers bezweckendes Gesetz i. S. des § 823 Abs. 2 BGB., und eine diesbezügliche vertragliche Pflicht des Arbeitgebers wird kaum praktisch werden (BenshSamml. 18 [RArbG.], 114).

Was aber die Invaliden- und Angestelltenversicherung betrifft, so ist die Verneinung der außervertraglichen Haftung des Arbeitgebers durch das RArbG. unbefriedigend und unbegründet. Die von Dersch wiederholt (Nachweis: BenshSamml. a. a. O. S. 120) geübte Kritik ist m. E. durchschlagend.

Prof. Dr. Wilhelm Herschel, Köln.



## Schrifttum.

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

**Stark Zimmermann: Die geistigen Grundlagen des Nationalsozialismus.** Leipzig 1933. Verlag Quelle & Meyer. 84 S. Preis kart. 1,80 RM.

Der Verf. zeigt in anschaulichen Worten die Quellen der nationalsozialistischen Weltbetrachtung auf und hat dabei wohl keinen der geistigen Vorläufer des Nationalsozialismus vergessen. Er verweist insbes. auch auf Nietzsche, Chamberlain, Theodor Fritsch. Mit Recht wendet er sich gegen den Pessimismus Oswald Spenglers. Das ganze Werk ist eine eingehende Erläuterung des Programms der NSDAP. Sie ist geschickt und einleuchtend. In der Akademie für deutsches Recht sieht der Verf. die Verwirklicherin der langersehnten Rechtsreform auf rassegesetzlicher Grundlage. Eingehend beschäftigt sich der Verf. mit dem Rassegedanken. Mit Nachdruck weist er auf das Wort Adolf Hitlers hin: „Der Staat hat die Rasse in den Mittelpunkt des allgemeinen Lebens zu setzen. Die gesamte Bildungs- und Erziehungsarbeit des völkischen Staates muß ihre Krönung darin finden, daß sie den Rasseinstinct, das Rassegefühl instinkt- und verstandesmäßig in Herz und Hirn der anvertrauten Jugend einbrennt.“ Die Schrift ist geeignet, das Wissen über den Nationalsozialismus zu vertiefen. Sie gehört in die Hand eines jeden Deutschen.

Dr. Reg. Schraut, Berlin.

**Dr. Karl Lohmann: Hitlers Staatsauffassung.** Berlin 1933. Junker & Dünhaupt Verlag. Preis brosch. 1,60 RM.

In einem kurzen Vorwort bezeichnet der Verfasser die vorliegende Schrift als einen Versuch, „die vielen Äußerungen Adolf Hitlers über den Staat zum Bild seiner Staatsauffassung zusammenzufassen und in den Gesamtzusammenhang des geistig-politischen Geschehens einzuordnen“.

Aus sicherem Instinkt für die Gefahr, in diesem Beginnen als Kompilator eines doktrinären Gedankenschemas genommen zu werden und somit dem Sinne echten und schöpferischen Führertums zuwiderzuhandeln, verwahrt er sich alsdann dagegen, ein „Programm“ zu entwickeln, auf das man den Führer „festlegen“ könne; statt dessen bezeichnet er es als sein Ziel, „den vielen Volksgenossen, die aus mangelndem Verständnis auch heute immer noch absichtslos stehen, einen je verpflichtenden Begriff von einigen wesentlichen Momenten des revolutionären Geschehens unserer Tage zu vermitteln“.

Die Schrift verfolgt also in erster Reihe einen sittlich-pädagogischen Zweck. In diesem Rahmen ist sie ehrlichen Lobes würdig.

Der Verf. beginnt mit einer eindrucksvollen Schilderung des kontrastierenden Hintergrundes der Staatsauffassung Hitlers. Dieser kontrastierende Hintergrund, das dialektische Gegenteil der nationalsozialistischen Staatsauffassung, ist der individualistische Liberalismus der vergangenen Epoche.

Der Verf. zeigt, wie die jetzt überwundene Staatsauffassung des Liberalismus eine immer mehr zum Anachronismus erstarrte Konserbierung des Gedankengutes von 1789 darstellte, die in ihrer äußersten geschichtlichen Folgewirkung, nämlich unter der Verfassung von Weimar, den Staat schließlich in ein „herrschaftsloses Chaos von Interessentengruppen“ (S. 31) verwandelte und dem „aus allen naturgemäßen Bindungen entlassenen, hemmungslos, aber auch haltlosen liberalen Individuum“ (S. 36) jegliches Gefühl für die „verpflichtende Bindung echter Gemeinschaft“ (S. 16) raubte.

In anschaulicher Weise führt der Verf. aus, wie dieser Emanzipation des Individuums von Volk und Staat durch Grundrechtskataloge und Gewaltenteilung (S. 17) eine Okkupation des Staates durch die bürgerliche Gesellschaft parallel lief, die mit der Erhebung des Parlaments, „der ersten Bastion des Staates“, begann (S. 18/19) und schließlich in dem „pluralistischen Vielparteien-Scheintat von Weimar“ endete, „in dem jedes organisierte Gesellschaftsinteresse politischen Einfluß gewinnen konnte“ (S. 20).

Auf diesem mit eindrucksvoller Lebendigkeit gestalteten Hintergrund zeichnet der Verf. alsdann die neue Staatsauffassung Hitlers ein.

Er zeigt, wie Hitler an die Stelle des ökonomisch-mechanistischen Gesellschaftsdenkens des Liberalismus, der lediglich eine rein quantitative Häufung monadenhafter Individuen zur atomistisch aufgelockerten Masse kennt und dabei den Einzelnen ausschließlich nach seiner ökonomischen Funktion bewertet, die organische Gedankenwelt der völkischen Staatsauffassung gesetzt hat, in der „das Volk als eine durch Blut und Boden gebundene Gemeinschaft artgleicher Menschen“ (S. 27) erscheint. Die wichtigste Aufgabe des

nationalsozialistischen Staates ist seine „völkische Mission“, die in der Ermöglichung, Erhaltung und Förderung des Volkstums, „des rassischen Daseins der Menschen“ (S. 28), besteht. Für die völkische Staatsauffassung Hitlers ist der Staat also kein bloß rationales Zweckgebilde im Dienste ökonomisch-materieller Interessen, sondern „der lebendige Organismus des Volkstums“ (S. 28). Darin besteht das innere Lebensgesetz, der Nomos des heutigen Staates. Aus ihm erhält er seine innere Würde und seine verpflichtende Kraft. Letzte Legitimitätsquelle des völkischen Staates ist mithin die vom Schöpfer geschaffene Weltordnung selbst, in der die Völker als Glieder der Schöpfungsordnung vorgegeben und dem Schutze und der Pflege der staatlichen Obrigkeit anvertraut worden sind. Aus dieser Rückverbindung zu Gott und der göttlichen Schöpfung, in die sich der völkische Staat willig einordnet, quillt seine wahre und echte Autorität. „In der Anerkennung und Verwirklichung der Schöpfungsordnung, die zum Fundament der politischen Organisation des Volkes wird, liegt die eigentliche Überwindung des Staates der Vergangenheit“ (S. 30/31).

Anschließend (S. 32—40) zeigt der Verf. dann die praktischen Auswirkungen dieser am Volkstum orientierten organischen Staatsauffassung Hitlers auf die wichtigsten Bereiche der nationalsozialistischen Politik, deren Grundzüge er an Hand gut gewählter und markanter Äußerungen Hitlers entwirft.

Den letzten Teil der Ausführungen (S. 41—56) bilden Betrachtungen über das strukturelle Bild, das Hitlers Staatsauffassung zugrunde liegt. Da Hitler es als sein Ziel proklamiert hat, „die Einheit des Geistes und des Willens der deutschen Nation wieder herzustellen“, ergibt sich nach den zutreffenden Darlegungen des Verf., daß der nationalsozialistische Staat nicht in agnostischer Neutralität verharren kann, sondern mit aktivsten politischen Energien geladen ist, die ihn begriffswortwendig zu einem autoritären und totalen Staat machen (S. 41—43).

Aus dieser politischen Haltung ergibt sich auch Hitlers Stellung zu dem alten Problem der föderativen Gestaltung des Reiches. Die nationalsozialistische Antwort auf dieses Problem liegt in Hitlers Erklärung auf dem Nürnberger Parteitag, auf dem er „eine einschneidende Absage an alle Träume von Macht und Herrlichkeit der Länder“ (S. 48) erteilte, indem er ausführte: „Die nationalsozialistische Bewegung ist nicht der Konservator der Länder der Vergangenheit, sondern ihr Liquidator zugunsten des Reiches der Zukunft.“ Zutreffend würdigt der Verf. die kommende Gestalt dieses Reiches der Zukunft als dezentralisierten Einheitsstaat. Mit Recht spricht er bereits heute — besonders seit dem Reichsstatthaltergesetz — den deutschen Ländern jede staatliche Qualität ab. Es ist in der Tat eine unfruchtbare positivistische Spielerei, mit dem Pseudoargument der angeblichen „Ursprünglichkeit der Herrschaftsgewalt der Länder“ deren Staatsqualität retten zu wollen. Ein Staat ist eine selbständige politische Potenz — das aber sind die deutschen Länder nicht!

Zuzustimmen ist dem Verf. auch, wenn er dagegen das Prinzip der Selbstverwaltung als eines der wichtigsten Organisationsprinzipien des neuen Staates bezeichnete (S. 49/50).

Zum Abschluß behandelt der Verf. schließlich noch die organisatorischen Auswirkungen des Führerprinzips (S. 50—54), sowie die Stellung der Partei im Staate. Die Ausführungen zum letztgenannten Punkte haben inzwischen in dem „Gesetz zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat“ vom 1. Dez. 1933 eine nähere Konkretisierung erfahren.

Die Darlegungen des Verf. stehen sowohl in der Gesamtkonzeption wie auch bezüglich vieler Einzelheiten unter dem zugegebenen Einfluß von Carl Schmitt. Das hindert den Verf. aber nicht, seiner Schrift ein durchaus selbständiges Gepräge zu geben. Sie ist ein „ernster Versuch eines jungen Deutschen und SA-Mannes“ (Dr. von Leers in der Einleitung zur besprochenen Schrift), in dem ein „leidenschaftlich ergriffener Zeitgenosse“ (S. 22) zu den aufrüttelnden Ereignissen unserer Zeit in freudiger Bejahung Stellung nimmt. Die Schrift erreicht das ihr vom Verf. gesetzte Ziel: ein sittlicher Appell zu sein „zur Mitarbeit an dem zum drittenmal geschmiedeten Deutschen Reich“ (S. 56).

R. A. Reuß, Berlin.

**Helmuth Rosenfeld: Volk — Arbeit — Wirtschaft. Grundriß für den deutschen Aufbau.** Leipzig. Verlag Quelle & Meyer. 79 S. Preis 1,50 RM.

Der Verf. geht aus von der siegreichen Arbeitschlacht d. J. 1933



und vergleicht sie mit den Mißerfolgen der früheren Regierungen auf diesem Gebiet. Ein Staat ohne Führung mußte durch die Wirtschaftsgesinnung des liberalen Zeitalters zusammenbrechen. Als Ursachen dieses Zusammenbruchs werden im einzelnen aufgezählt: Veränderungen des Weltmarkts, Rückwirkungen der Tribute, die Rationalisierungswelle, unzureichende Maßnahmen im Inneren, verfehlte Geldpolitik, der 13. Juli 1931 und das Wachstumsgesetz der Arbeitslosigkeit. Den Sinn der deutschen Revolution sieht der Verf. in der Lösung des deutschen Menschen von dem ihm fremden Geist des Westens und seiner Rückführung und Bestimmung auf die eigenen gestaltenden Kräfte, die aus der Tiefe des deutschen Bodens, der deutschen Landschaft kommen. Mit der durch die Entschuldung und das Erbhofgesetz vollzogenen Bauernbefreiung ist für den Neubau des deutschen Staates und seiner Wirtschaft der Anfang gemacht. Zunächst und entscheidend für alle Maßnahmen ist der Durchbruch einer neuen Wirtschaftsgesinnung. In der Rückbindung der deutschen Menschen an das Land, in der Rückführung der deutschen Wirtschaft zu den Formen, die unser Boden tragen kann und der Art unseres Volkes entsprechen, liegt das Endziel unserer Bestrebungen. Das Büchlein ist ernst und ohne Übertreibungen geschrieben und vermag in seiner klaren und eindringlichen, dabei aber kurzgefaßten Ausdrucksweise einen guten Überblick über wirtschaftspolitische Anschauungen des Nationalsozialismus zu geben.

Verf. Georg Bayerle, Berlin.

**Nationalsozialistischer Juristenkalender 1934.** Herausgegeben vom Bund Nationalsozialistischer Deutscher Juristen. 1. Jahrgang. München 1934. J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier). Preis 1,20 R.M.

Der von der Reichsführung des NSDAP herausgegebene Juristenkalender für das Jahr 1934 enthält neben einem umfangreichen auch für den Anwalt gut brauchbaren Kalendarium eine Reihe von für jedes Mitglied des NSDAP wichtigen Beiträgen:

Front des deutschen Rechts,  
Satzungen des NSDAP,  
Dienstanzweisung des NSDAP,  
Akademie für Deutsches Recht (Satzung, Organisation und Mitglieder),  
Überblick der Reichsparteileitung mit den Anschriften der Parteibienststellen.

Es folgt dann ein Verzeichnis der Gerichtsorte sowie Tabellen zur Berechnung der Gerichtskosten und Rechtsanwaltsgebühren und die üblichen Tabellen über Post-, Telegraphen- und Fernspreckgebühren.

Der durch ein Vorwort des Reichsjuristenführers Dr. Frank eingeleitete Kalender ist mit Bildern des Führers Adolf Hitler und des Reichsjustizkommissars Dr. Frank ausgestattet. Er ist ein praktisches brauchbares Taschenbuch.

D. S.

**Lindenburg-Denkmal für das deutsche Volk.** Herausgegeben von Paul Lindenberg, unter Mitwirkung von Walter Bloem. Berlin. Vaterländischer Verlag. 503 Seiten. Preis 50 R.M.

Neben den zahlreichen, dem Führer und seinem engeren Mitarbeiterkreis gewidmeten Büchern sind in letzter Zeit die Veröffentlichungen über den Reichspräsidenten etwas in den Hintergrund getreten. Es ist daher sehr zu begrüßen, daß der Vaterländische Verlag es in diesem monumentalen Werk unternommen hat, das Leben des Siegers von Tannenberg in Einzeldarstellungen dem deutschen Volk nahezubringen. Text und Abbildungen schlagen die Verbindung zwischen dem tatenreichen Leben des nationalen Helden der Vergangenheit und dem von höchster Verantwortung getragenen denkwürdigen Entschluß des Januar 1933. Für diesen ehrwürdigen Nationalheros bedurfte es keiner Gleichschaltung. National und Sozial waren die bewegenden Impulse seines ganzen Lebens. Das kommt gleichsam symbolisch dadurch zum Ausdruck, daß viele der Artikel des Buches (z. B. der Sven Hedins und der Lindenbergs) nicht eigens jetzt geschrieben sind, sondern unverändert früheren Veröffentlichungen entnommen werden konnten. Das Werk eignet sich hervorragend zu Gedenkzwecken, zumal da die Ausstattung (namentlich die zahlreichen z. T. farbigen Bilder) eine Spitzenleistung des deutschen Buchdrucks darstellt.

U.

**Reichstagung in Nürnberg 1933.** Herausgegeben im Auftrage des Frankenführers Julius Streicher. Berlin 1933. Vaterländischer Verlag C. M. Keller. 261 Seiten. Preis 11,40 R.M.

Alle die, die nicht das Glück hatten, die erhebenden Tage von Nürnberg mitzuerleben, auch soweit sie am Lautsprecher oder vor der Leinwand einen Abglanz jener Feststunden vermittelt erhielten, wer-

den dies Buch gern und dankbar in ihrer Bücherei einstellen. Außer einer großen Anzahl vorzüglich photographierter und sorgfältig wiedergegebener Abbildungen enthält das Buch namentlich sämtliche auf dem Parteitage gehaltenen Reden im antiken Wortlaut. Angesichts ihrer weitgehenden Bedeutung für die deutsche Entwicklung der Zukunft mag sie das Werk auch zu einer politischen Erkenntnisquelle ersten Ranges. Besonders wertvoll unter den Illustrationen ist das Titelbild „Ritter, Tod und Teufel“ von Albrecht Dürer, dessen Original die Stadt Nürnberg dem Führer aus Anlaß des Parteitages schenkte.

**Hans Gerber: Staatsrechtliche Grundlinien des neuen Reiches.** Tübingen 1933. Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). Preis 1,50 R.M. (1,20 R.M. in der Subskription).

Der Verf. bekennt sich mit der vorliegenden Broschüre in freudiger Apotheose zum heutigen Staat.

Der hohe sittliche Ernst, mit dem er kurz vor dem Anbruch der neuen Zeit in seiner Schrift „Freiheit und Bindung der Staatsgewalt“ dem deutschen Volk ins Gewissen geredet und es zu einer Erinnerung seiner Staatsauffassung aufgerufen hat, zeigt sich in dieser neuesten Schrift zu sittlicher Freude über die Erfüllung der Sehnsucht gesteigert.

Gerbers Ausführungen liegen im Zuge der im jüngsten Schrifttum erfreulicherweise allgemein zu bemerkenden Vertiefung und Verinnerlichung des staats- und verfassungstheoretischen Denkens. Die Abkehr von der positivistischen Anklammerung an das Rechtstechnische und das Jur-Formal-Organisatorische führt zu einem allseitigen und gründlichen Bemühen um die Erarbeitung der weltanschaulichen Substanz des Staates. Im Gegensatz zu dem intellektuellen Inzest der Laband-, Georg Jellinek- und Relsen-schen Schule ist die Zielsetzung der „Werkleute am Bau wahrhaft deutscher eigenständiger Kultur“ (S. 5) nicht auf die bloße Befriedigung rein rationaler Bedürfnisse gerichtet, sondern dient der Festigung des Staatsbewußtseins „in Verstand und Gemüt“ (S. 4) durch die Pflege der „Ideen, die den schöpferischen Grund der geschichtlichen Ereignisse unserer Tage abgegeben haben“ (S. 4).

Diesen „schöpferischen Grund“ der jüngsten deutschen Entwicklung erläutert Gerber in einer vertiefenden Sinnbedeutung der nationalsozialistischen Revolution (S. 6-14). Er zeigt zunächst die inhaltliche Unzulänglichkeit des liberalen Revolutionsbegriffs. Diesem liberalen Begriff zufolge ist Revolution ein — möglichst gewaltsamer — Bruch einer „geltenden gesetzförmlichen Verfassung“ und Rechtsordnung“ (S. 8). Der liberale Revolutionsbegriff orientiert sich also an formalen Außerlichkeiten, am Normativ-Organisatorischen; eine substantielle Seite kennt er bezeichnenderweise nicht. Auch die Auffassung vom Wesen der Revolution hat mithin im Liberalismus an der allgemeinen inhaltlichen Entleerung der Begriffe teilgenommen. Auch für Gerber ist Revolution Verfassungsbruch. „Aber die Verfassung ist mehr und anderes als ein formales Grundgesetz! Und das Zerbrechen kann sich in mancherlei Formen vollziehen, vor allem auch in einem sehr gefegmäßigen Verfahren“ (S. 8). Gerber vergeistigt also in gleicher Weise den Verfassungs- wie den Revolutionsbegriff, indem er unter Verfassung „die geistig-seelische Haltung einer übergreifenden sozialen Gemeinschaft“ (S. 8) und unter Revolution „die bis zur letzten Selbsteinkehr gehende Erneuerung des staatlichen Selbstbewußtseins im Kampfe mit der eigenen Entartung“ (S. 11) versteht.

Diese Begriffsbildung dürfte allerdings allzu zeitbedingt sein. Überzeitlich genommen ist sie ein Euphemismus, denn Revolutionen sind nicht stets ein Akt der Selbstbestimmung und der Läuterung, sie können vielmehr auch ein Akt der Selbstentfremdung, der „Sündenfall“ eines Volkes sein! Daß die nationalsozialistische Revolution eine Abkehr von geistiger Überfremdung durch Liberalismus und Marxismus und eine Heimkehr in die völkische Selbsttreue darstellt, ist das Spezifische an ihr; zum begrifflichen Wesen einer Revolution gehört es nicht! Aber im Grundförmlichen ist Gerber zustimmend: „Das Entscheidende an einer echten Revolution ist der Durchbruch einer neuen Staatsidee“ (so Scheuner: ArchOffR. N.F. Bd. 24 Heft 2 S. 167). Gerber ist auch zustimmend, wenn er die organisatorische Seite für eine „zweite und untergeordnete Frage“ (S. 10) hält, „deren Beantwortung davon abhängt, ob die sündige Entartung des Staatslebens sich auch normativen und organisatorischen Ausdruck verschafft hatte“ (S. 10). Allerdings darf diese Wertung der normativ-organisatorischen Frage nicht zu einem rein introvertierten Quietismus verleiten, aus dem heraus die organisatorische Sicherung der staatlichen Individualität vernachlässigt wird!

In kurzen, aber beachtlichen Worten deutet Gerber auch das ethische Problem der Revolution an (S. 12). Mit Recht wendet er sich gegen die Ewig-Gestrigen, „die aus Scheu vor dem Worte Revolution zu feigen Sklaven einer hohen Gefügigkeit geworden sind; die in offener Not ihres Staates den Mut nicht finden, die Staatsverfassung zu zerbrechen, wenn anders die Seele des Staates nicht zu retten ist“ (S. 12). In diesen eindringlichen Worten wird spürbar, daß auch Revolutionen „ihre sittliche Berechtigung haben und sich



nach einer höheren Moral vollziehen können, als sie legalen Vorgängen innewohnt" (so Dr. Goebbels in der Eröffnungsrede der Reichskulturkammer).

Als eine der wesentlichsten Früchte der deutschen Revolution bewertet es Gerber, daß „der Gedanke des Staates überhaupt wieder neu zur Anerkennung und Ehre gebracht worden ist“ (S. 14 ff.). Diese Wiedererweckung staatlicher Haltung bedeutet nach Gerber (S. 4/5 und 15) eine geistesgeschichtliche Verknüpfung der nationalsozialistischen Staatsidee mit der klassischen deutschen Kulturepoche, mit Trägern klassischer deutscher Kultur vom Range Fichtes und Hegels. Es handelt sich also um ein Zurückfinden in alte und beste deutsche Art, um eine Wiedergeburt der zugleich organischen wie sittlichen Gedankenwelt des ausgehenden 18. und des beginnenden 19. Jahrhunderts. In dieser Gedankenwelt war der Staat nicht nur ein eigenwertiger sozialer Organismus, sondern auch zugleich — nach dem berühmten Wort Hegels — „die Wirklichkeit der sittlichen Idee“. Gerber zeigt (S. 16/17), wie der geistige Schatz dieser hochgestimmten Zeit in der degenerativen Skepsis und in dem atomisierenden Individualismus der folgenden liberalistischen Epoche langsam unterging, um schließlich noch von der Ausbeuterideologie des Marxismus überspült zu werden. Der Staat war schließlich aller zweckfreien Würde entkleidet und zu einem Mittel der Selbstsucht gierender Interessentenhäufen geworden.

Dieser Entwürdigung des Staatsgedankens machte die deutsche Revolution ein Ende. Der Staat ist für den Nationalsozialismus kein utilitaristisches Zweckinstrument, das einer rationalen Rechtfertigung bedarf, sondern „geradezu die Seinsart eines lebendigen Volkes, er ist das Volk in seiner geschichtlichen Wirklichkeit“ (S. 19). Indem der Staat als die politische Lebensform des Volkes betrachtet, das Volk aber als eine „in Raufe und Blut verbürgte schöpferische Individualität“ (S. 20) erfaßt wird, die als ein Teil der göttlichen Schöpfungsordnung zu verstehen ist, wird „der Staat seiner Idee nach zum Garanten, daß sich in der Geschichte der Wille der Schöpfung vollende“ (S. 20).

Gerbers Ausführungen bleiben bis zum Schluß anregend und fruchtbar.

Im letzten Drittel seiner Darlegungen führt er aus, daß das neue deutsche Reich ein auf dem Führerprinzip aufgebaut, „autoritärer“ (S. 20—23) und „totaler“ (S. 26—28) Staat sei; den Abschluß bilden aufschlußreiche Erörterungen über den Rechtsstaatscharakter des neuen Staates. Alle diese Begriffe erfahren hierbei von Gerber eine erfreuliche Vertiefung.

W. Reuß, Berlin.

**Bahrhoffer-Fuchs: Das Gemeindeumfshuldbungsgesetz v. 21. Sept. 1933 (RGBl. I, 647) i. d. F. des Ges. z. Änderung d. GemUmfshG. v. 14. Nov. 1933 (RGBl. I, 791). Ebertswalde 1933. Verlagsgesellschaft P. Müller m. b. H. 154 S. Preis 3,60 RM.**

Das Werk enthält außer einem Gesetzestext den Wortlaut der Durchführungsbestimmungen und Grundsätze des RM. sowie die Ausführungsbestimmungen Preußens, Bayerns, Sachsens und Thüringens, das Muster einer Schuldverschreibung und einen Tilgungsplan.

Nach einer Vorbemerkung über die Schuldenlage der deutschen Gemeinden und die Entwicklungsgeschichte der verschiedenen Umschuldungsprojekte werden die einzelnen Bestimmungen des Gemeindeumfshuldbungsg. erläutert. Die Erläuterungen geben zunächst eine typische Bezeichnung für den einzelnen Paragraphen und, wenn der Inhalt umfangreicher ist, eine Übersicht. Erwünscht wäre es für die praktische Benutzung, wenn bei der Drucklegung auf die Durchführung dieses gleichmäßigen Systems geachtet worden wäre, insbes. wenn jede zweite Seite Paragraphennummer und Überschrift tragen würde. Bei § 5 ist eine Überschrift vermieden, obwohl eine schlagwortartige Bezeichnung auch hier möglich gewesen wäre, etwa Umschuldungsgegenstand.

Die Erläuterungen bestehen in erster Linie in einer übersichtlichen und auch für den juristisch nicht vorgebildeten Leser verständlichen Zusammenfassung der Bestimmungen des Gesetzes und der Durchführungs- und Ausführungsbestimmungen. Die Erläuterungen werden sodann ergänzt durch die Aufzählung von Verweisungen auf andere Gesetze und Bestimmungen unter Heranziehung sonstiger in Betracht kommender Vorschriften. Da die Ausführungsbestimmungen bereits eine Reihe von gesetzlichen Begriffen und gesetzgeberischen Intentionen selbst erläutern, hatte sich die eigene Stellungnahme der Verf. meist auf zivilrechtliche Ausführungen zu beschränken. Mit der Stellung, die die Verf. nehmen, wird man im allgemeinen völlig einverstanden sein. Dies gilt besonders von den Ausführungen über die Haushaltslage (S. 48 ff.), den Begriff des inländischen Gläubigers (S. 61), die Fristberechnung (S. 88) und die Darstellungen der Rechtswirkungen der Annahme (S. 92 ff.). Dagegen kann den Erörterungen auf S. 68 ff. hinsichtlich derjenigen Forderungen, die der Umschuldung unterliegen, insoweit die Verf. über den durch die Ausführungsbestimmungen festgelegten Rahmen hinausgehen, nicht voll beigestimmt werden.

W. C. Hermann Dyse, Berlin.

**Dr. jur. Adolf Stödter: Öffentlich-rechtliche Entschädigung.** (Hamburgische Universität, Abhandlungen und Mitteilungen auf dem Seminar für öffentliches Recht, Heft 28.) Hamburg 1933. Verlag Lüdtke & Wolff. 286 S.

Das Buch behandelt die Frage der öffentlich-rechtlichen Entschädigung für rechtmäßige Eingriffe des Staates als Hoheitsträger in subjektive Rechte, also den sogenannten Aufopferungsanspruch (im Gegensatz zu dem auf widerrechtliche Eingriffe gestützten Deliktsanspruch). Gerade in unserer Zeit, in der der Grundsatz „Gemeinutz geht vor Eigentum“ verwirklicht wird, ist diese Frage ohne Zweifel von besonderem Interesse. In ebenso ausführlicher wie übersichtlicher Darstellung unter ausgiebiger Heranziehung von Schrifttum und Rechtsprechung werden der Begriff und die geschichtliche Entwicklung des Instituts der öffentlich-rechtlichen Entschädigung dargelegt. Besonders eingehend wird Art. 153 RVerf. behandelt, den der Verf. als die eigentliche Rechtsgrundlage des Aufopferungsanspruchs betrachtet; Begriff und Wesen des Eigentums und der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung, insbes. die Unterschiede zwischen allgemeiner öffentlicher Last und Enteignung im engeren Sinne, werden gründlich und sorgfältig erörtert. Die Darlegungen stehen auf hohem wissenschaftlichen Niveau und sind dabei in der Form äußerst flüssig geschrieben. Den Ergebnissen wird man fast durchweg beistimmen können. In einzelnen Punkten kann man natürlich anderer Ansicht sein. So bekämpft der Verf. den vom RG. 113, 306 aufgestellten Grundsatz, daß in sinnmäßiger Anwendung des § 75 Einl. WRV. auch bei objektiv widerrechtlichen, aber subjektiv nicht schuldhaften Eingriffen ein Entschädigungsanspruch anzuerkennen sei. Er verneint solchen Anspruch, weil Art. 131 RVerf. lediglich bei widerrechtlichen schuldhaften und Art. 153 RVerf. lediglich bei rechtmäßigen Eingriffen einen Ersatzanspruch vorsehen und diese Regelung erschöpfend sei. Gerade vom Standpunkt dynamischer Rechtsauffassung aus, zu dem der Verf. sich ausdrücklich bekennt, wird man zu der Ansicht kommen, daß das RG. mit dieser Entscheidung eine Lücke der Gesetzgebung — falls solche wirklich anzuerkennen ist — durch einen Akt mit dem allgemeinen Rechtsbewußtsein voll übereinstimmender schöpferischer Rechtsprechung in vorbildlicher Weise ausgefüllt hat.

Präs. des Pr. OVG., St. Min. Prof. Dr. Drews, Berlin.

**Dr. Julius Erisolli, Regierungsrat: Lehrbuch des Steuerrechts.** 1. Teil: Allgemeines Steuerrecht. Berlin 1933. Verlag G. Stille. XV, 424 S. Preis geh. 11 RM.

Solange die grundlegende und dann bei den verschiedenen Einzelsteuern sich auswirkende Neuregelung des deutschen Steuerwesens noch aussteht, gehört sowohl beim Verleger als auch beim Verf. ein reiches Maß von Mut und Unternehmungsgelüste dazu, ein neues Lehrbuch des Steuerrechts zu veröffentlichen. Selbst die beim vorliegenden Werk zunächst vorsichtshalber vorgenommene Beschränkung auf die allgemeinen Lehren ist von der Gefahr der gesetzgeberischen Überholung bedroht. Da aber die RMVgD. ein ihrer Zeit voranzuliegender, die größten Fehler einseitig liberalistischer Grundhaltung vermeidendes Gesetzeswerk war und überdies schon seit 1930 eine gewisse Anpassung an den Bedarf und Geist der neuen Zeit erfahren hat, konnte wohl die Herausgabe dieses Allgemeinen Teiles des neuen Werkes gewagt werden. Er umfaßt nächst den Grundlagen über Quellen und System das sog. materielle Steuerrecht, das steuerliche Verfahrensrecht, das Steuerstraftrecht und Steuerverfahren.

Was das Buch zunächst für den Praktiker des deutschen Steuerrechts — den Steuerbeamten wie den Steuerberater — wertvoll macht, ist die Vollständigkeit des Stoffes, die gründliche Stellungnahme zu Einzelfragen und Einzelfällen, die sorgsame Auswertung der steuerlichen Rsp. des RSt., der klare Aufbau und die übersichtliche Gliederung. Zu begrüßen ist aber auch, daß der Verf. den Gegenstand nicht isoliert dargestellt, sondern im Zusammenhang mit den allgemeinen Rechtsgedanken anderer, benachbarter Rechtsgebiete, besonders des Verwaltungsrechts, aufgezeigt hat. Diese Methode entspricht namentlich den Lehr- und Lernerfordernissen, wie sie dem Verf. selbst bei der Unterweisung der seinerzeit in die Steuerverwaltung übernommenen Verkehrsbeamten bewußt geworden sind, wie sie gleichermaßen bei der Ausbildung der Steuerspezialbeamten des gehobenen mittleren Dienstes und für die ergänzende Selbstfortbildung der in die Finanzverwaltung über tretenden höheren Justizbeamten wesentlich sind.

Gerade diese Bearbeitungs- und Darstellungsweise begründet andererseits auch den besonderen Wert des Buches für die Theorie des Steuerrechts. Dies möge an einigen Beispielen veranschaulicht werden. Eigenartig ist die Gliederung des materiellen Steuerrechts nach dem System des bürgerlichen Rechts in steuerliches Personenrecht, Schuldrecht, Sachenrecht, Familien- und Erbrecht. Dabei ist es dem Verf. gelungen, nicht nur die darin liegende große Gefahr der nicht stimmvollen Übertragung privatrechtlicher Institute in das öffentliche Steuer-



recht zu vermeiden, sondern die unterschiedliche Rechtslage klar erkennbar zu machen.

Besonders eng ist die rechtstheoretische und methodische Verbindung des Steuerrechts mit dem Verwaltungsrecht, insbes. des steuerlichen mit dem administrativen Verfahrensrecht. So ist vor allem das Wesen des Steuerwaltungsaktes nur im Rahmen der allgemeinen Lehre von den Verwaltungsakten zu erfassen. Auch hier bewährt sich die Methode des Verf., der sich namentlich an Otto Mayer anschließt und vielfach an die Spezialstudie von Niemann über den Steuerwaltungsakt anknüpft. Doch vermag ich hier seinen eigenen Standpunkt nicht immer zu teilen. Ablehnen möchte ich die S. 165 gemachte Einteilung der Steuerwaltungsakte in Gestaltungsakte und Erkenntnisakte; richtiger scheint mir, nur die Gestaltungsakte als Verwaltungsakte anzuerkennen, diesen dagegen die Erkenntnisakte als Entscheidungen gegenüberzustellen, was vor allem für die materielle Rechtskraft (nur der Entscheidungen!) bedeutsam ist. Ferner dürften Widerruf und Aufhebung (S. 170) nicht bloß für die Zukunft, sondern grundsätzlich ex tunc wirken. Endlich erscheint mir die Unterscheidung zwischen zivilprozessualer, strafprozessualer und steuerrechtlicher materieller Rechtskraft (S. 172 ff.) bedenklich, richtig vielmehr die Annahme einer einheitlichen materiellen Rechtskraft, die sich auf allen Verfahrensgebieten als Wirkung einer Rechtsfeststellung darstellt; Akte ohne Rechtsfeststellung können niemals im materiellen Sinne rechtskräftig werden; die Zusammenfassung von Gestaltungs- und Erkenntnisakten unter den Oberbegriff „Steuerwaltungsakt“ trübt die Erkenntnis, daß nur Entscheidungen materiell rechtskräftig werden können.

Es würde hier zu weit führen, auch noch für das steuerliche Prozeß- und Strafrecht die Vorzüge der Orientierung am allgemeinen Prozeßrecht und Strafrecht an Beispielen aufzuzeigen. Auch hier bewährt sich die grundsätzliche Methode des Buches, das somit auch für die Steuerrechtswissenschaft als recht wertvoll und förderlich gerühmt werden kann.

Prof. Dr. Friedr. Geje, Frankfurt a. M.

**Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich.** Kommentar, begründet von Ludwig Gaupp, fortgeführt von Friedrich Stein. 15. neubearb. Auflage von Dr. Martin Jonas, MinR. im Reichsjustizministerium. Lieferungen 1, 2, 3 (§ 1 bis § 360). Tübingen 1933. Verlag J. C. B. Mohr.

Trotz der erheblichen Bedenken, die im Hinblick auf die im Gang befindlichen Arbeiten zur Umgestaltung der ZPO. der Herausgabe einer neuen Auflage des altbewährten Kommentars entgegenstanden, haben sich Verfasser und Verlag doch entschlossen, die neue 15. Aufl. des Kommentars erscheinen zu lassen.

Sie sind dabei mit Recht von dem Gedanken ausgegangen, daß angesichts der zahlreichen, seit Erscheinen der letzten 14. Aufl. des Kommentars herausgekommenen Ergänzungs- und AbGes. und W. (so insbes. auf dem Gebiete des schiedsrichterlichen Verfahrens, des Armenrechts, der Beschwerde, der Revision, der Lohn- und Gehaltsänderungen, des Zustellungszweifels, des Anwaltsrechtes, des Zwangsvollstreckungs-Notrrechtes, des landwirtschaftlichen Vollstreckungsschutzes, der Dichtliefersetzgebung, des Devisennotrechtes, des SchuldenregelungsG., der Mieterschutzgesetzgebung und schließlich des internationalen Rechtes) schon derzeit ein dringendes Bedürfnis der Praxis besteht, daß der führende, große Kommentar bis zum Inkrafttreten der neuen Prozeßordnung entsprechend dem jeweiligen neuesten Stande der Gesetzgebung in neuer Bearbeitung zur Verfügung steht.

Den nicht unerheblichen technischen Schwierigkeiten, die durch die Möglichkeit bedingt sind, daß im Laufe des fortschreitenden Erscheinens oder nach vollständigem Erscheinen der Lieferungen einzelne Teile infolge der Weiterentwicklung der Gesetzgebung einer Umgestaltung bedürfen, ist der Verlag durch entsprechende Umgestaltung der Lieferungen gerecht geworden, indem er einerseits die Seitenzahl nicht wie bisher durchnummeriert, sondern an den Kopf jeder Seite die Paragraphenzahl setzt und die Seiten innerhalb der Paragraphen nummeriert, so daß mit jedem neuen Paragraphen eine neue Seitennummer beginnt, andererseits jeder Druckbogen am Fuß der ersten Seite eine Wiedergabe des Titels nebst Angabe des Bandes, der Lieferung und der Bogennummer enthält, ferner dadurch, daß jeder Bogen für sich geheftet ist, so daß jeder einzelne Bogen, der von wichtigen Änderungen betroffen wird, ohne Schwierigkeit herausgelöst und durch einen neuen Bogen ersetzt werden kann. Außerdem ist durch eine Lochung am Rücken die Möglichkeit der Einfügung der Lieferungen und evtl. Ersatzbogen in die Einbanddecke ermöglicht, die gleichzeitig mit der ersten Lieferung bezogen werden kann.

Durch diese technische Vorkehrung war es möglich, daß die Lieferung 1, umfassend die §§ 1—107 und die Lieferung 2, umfassend die §§ 128—252, die seit September erschienen sind und die nunmehr vorliegende Lieferung 3, umfassend die §§ 253—360 durch eine Lieferung 1a, umfassend die §§ 108—169, sowie drei Ersatzbogen, einander angeglichen und mit dem neuesten Stand der Gesetzgebung,

d. h. der Fassung der ZPO. v. 8. Nov. 1933 (RGBl. I, 821 ff.), in Übereinstimmung gebracht werden konnten und nunmehr die §§ 1—360 in der ab 1. Jan. 1934 geltenden Fassung geschlossen kommentiert vorliegen.

Die wesentlichsten Änderungen, die das Gef. v. 27. Okt. 1933 (RGBl. I, 780 ff.) gebracht hat, sind mit Ausnahme der Bestimmungen über die Sicherheitsleistung für Prozeßkosten und das Armenrecht sowie der §§ 138, 279, 287 und 349 in den bereits vorliegenden Lieferungen noch nicht enthalten, insbes. diejenigen neuen Bestimmungen, die der strafferen Zusammenfassung des Streitstoffes, der besseren Ausgestaltung der Unmittelbarkeit des Beweisverfahrens und des Eidesrechtes, insbes. der Parteieinvernahme, der Revision, dem Wiederannahmeverfahren, der Zwangsvollstreckung und dem Urteilverfahren sowie dem schiedsgerichtlichen Verfahren gewidmet sind, da sie erst in späteren Teilen der ZPO. systematisch untergebracht und daher erst in den noch folgenden Lieferungen bearbeitet sind.

Eine wissenschaftliche und kritische Besprechung im einzelnen ist daher derzeit nicht veranlaßt, auch nicht im Zusammenhang möglich und muß einem späteren Zeitpunkt vorbehalten bleiben.

Es bedarf wohl keines Hinweises, daß der altbewährte Kommentar auch in der neuen Auflage alle Zweifelsfragen mit der wissenschaftlichen Gründlichkeit und praktischen Durcharbeitung behandelt, die den früheren Auflagen eigen war, und daß er für jeden Praktiker mit Rücksicht auf die bereits vorgenommenen und die im Zug befindlichen Umgestaltungen des Zivilprozeßrechtes ein notwendiges Hilfsmittel ist.

Gerade die Tatsache, daß die 15. Aufl. durch die getroffenen Vorkehrungen die Möglichkeit bietet, sie jederzeit auf dem jeweiligen Stande der Gesetzgebung zu halten, macht den Besitz der 15. Aufl. unentbehrlich, deren Erwerb durch ein entsprechendes Umtauschangebot bis 31. Dez. 1933 für die Besitzer der 12./13. und der 14. Aufl. erleichtert ist.

RA. Gg. Krauß II, München.

**Ernst Armstroph: Die Zwangsvollstreckung in das bewegliche und unbewegliche Vermögen.** 3. Aufl. Berlin 1933. Verlag Franz Vahlen. 121 S. Preis kart. 3,45 RM.

Nach dem Vorwort will der Verf. eine Einführung in das Vollstreckungswesen geben. Ihm ist seine Aufgabe gut gelungen. Jeder Jurist, der praktisch noch gar nicht oder nur wenig mit der Zwangsvollstreckung zu tun gehabt hat, kann aus dem Buche reiche Belehrung schöpfen. Er wird sich gern von der klaren Schreibweise des Verf. leiten lassen. Die übersichtlich gegliederte Darstellung erörtert die wesentlichen Gesetzesvorschriften über die Vollstreckung in bewegliche Sachen und in Grundstücke. Der Verf. meidet belastende Einzelheiten, erwähnt aber alle wichtigen Streitfragen und ihre Lösung durch die herrschende Meinung. Mit besonderem Geschick sind zahlreiche amtliche preußische Vordrucke in das Werk hineingearbeitet und einige Rechtsfälle durch praktische Beispiele verdeutlicht worden. Bei wissenschaftlicher Tätigkeit kann die Benutzung des Werkes selbstverständlich nicht den Kommentar ersetzen. Deshalb ist mit Recht auch die Anführung von Gerichtsentscheidungen und Schrifttum unterblieben. Die mannigfachen Vorschriften der NotW., die nur für beschränkte Zeit wirksam sind, treten in der Schilderung zurück, so daß der Leser nicht ein rasches Veralten des Buches zu befürchten braucht.

RA. Dr. Fritz Hummel, Berlin.

**Das Reichserbhofgesetz,** enthaltend das Reichserbhofgesetz v. 29. Sept. 1933 nebst der ersten DurchW.D. zum Reichserbhofgesetz, insbesondere über Einrichtung und Verfahren der Anerkennungsbörden, v. 19. Okt. 1933 und dem PrAusfGes. zum Reichserbhofgesetz v. 26. Okt. 1933. Textausgabe mit Erläuterungen und Sachregister von Dr. jur. Otto Wöhrmann, AGN. und Vorsitzender des Anerkengerichts in Celle. Berlin. Verlag Paul Parey. Preis geb. 5,60 RM.

Dem Kommentar Wöhrmanns ist in der bisherigen Schriftenreihe über das Anerknerrecht eine besonders bedeutsame Stellung einzuräumen, weil er als Vorsitzender des Anerkengerichts Celle bereits in der Praxis steht und auf Grund seiner langjährigen Erfahrungen im Höferecht bei den Vorarbeiten zum PrErbhofG. herangezogen wurde. Ferner erläutert Wöhrmann bereits die 1. AusfW.D. z. RErbhofG. v. 19. Okt. 1933 und das PrAusfG. v. 26. Okt. 1933.

Die Erläuterungen lassen das Bestreben erkennen, auf streng nationalsozialistischer Grundlage die Gesetzesbestimmungen erschöpfend anzulegen. — Will der schlichte Bauer erfahren, weshalb nach § 22 RErbhofG. der Anerbe aussteht, sofern er bereits einen Erbhof hat, so findet er sofort die Belehrung: „Mehrere Erbhöfe zersplittern des Bauern Arbeitskraft und hindern seine enge Verbindung mit der



Scholle. Außerdem begünstigt die Zusammenfassung mehrerer Erbhöfe in einer Hand die Bildung von Großgrundbesitz, die im Interesse der Gefunderhaltung von Volk und Staat gerade verhindert werden soll."

Der unter den Anerben mögliche Besitzwechsel in § 22 Abs. 2—4 wird gemeinverständlich an einem Beispiel erläutert.

Für die 2. Aufl. stelle ich zur Erwägung, ob nicht zweckmäßigerweise im Anschluß an die Regelung der Rechte und Pflichten des Reichsnährstandes sowie der Kreisbauernführer bei der Übernahme und Befriedigung öffentlich-rechtlicher Forderungen in § 39 des Ges. (über unter § 54 betr. die Zuständigkeit der Kreis- und Landesbauernführer) die Verfügung des Reichsnährungsministers v. 19. Sept. 1933 gemäß § 10 Abs. 1 RNährstG. v. 13. Sept. 1933 zwecks Klarstellung des Reichsnährstandes als Selbstverwaltungsorgan wiederzugeben ist.

Im Anschluß hieran ist die Entschädigungsfrage bei widerrechtlichen Eingriffen und bei Mißbrauch des Aufsichtsrechtes um so dringender zu erörtern, weil § 6 RNährstG. eine Entschädigungspflicht des Reiches wegen eines rechtswidrigen Eingriffes, der auf das Gesetz zurückzuführen ist, ablehnt und es andererseits eine nationalsozialistische Pflicht zum Schutze der Volksgenossenschaft ist, den mit Machtbefugnissen ausgestatteten Ausführungsorganen des Reichsnährstandes das Verantwortungsgefühl zu schärfen. Die Zeit wird ihnen die wirtschaftlichen Erfahrungen und die Besonnenheit schenken, die heute nur allzuoft fehlen.

Bei § 14 der 1. Durchf. VO. fehlt ein Hinweis auf Art. 5 RNährstG., 3 PD. und des ArbGG. v. 20. Juli 1933, wonach bis zum 31. März 1934 für die Zulassung von Rechtskonsulenten noch § 157 3 PD. in der alten Fassung gilt (also richterliches Ermessen bzgl. der Zulassung) und von da ab erst die Entscheidung in der Zulassungsfrage durch die Landesjustizverwaltung getroffen wird. Es ist dringend zu wünschen, daß der Bauer dem sehr oft schollenverwurzelten, fast ausnahmslos innerlich durch langjährige Praxis sowie Familienverbundenheit nahestehenden Bauernanwalt die Beratung und Vertretung in Erbhöferechtsfragen überträgt und sich vom Winkelkonsulententum löst. Beitragen hierzu kann der Landanwalt, wenn er sich öfters zu Vorträgen bei Bauernzusammenkünften entschließt, wie ich dies in den Vorkriegsjahren in den landwirtschaftlichen Vereinen mit Erfolg tat.

RM. u. Fachanw. f. Verw. R. Ernst Döttger, Berlin.

## Eingegangene Bücher.

Hartn Struckmeyer: Entwurf eines Gesetzes über die Aktiengesellschaft und die GmbH. Greifswald 1933. Universitätsverlag Ratsbuchhandlg. v. Bamberg. 34 S. Preis 1,50 RM.

Dr. Wegener, DRG. im Reichsmin. f. Ernährung und Landwirtschaft, Berlin: Nationale Fettwirtschaft. Zusammenstellung der wichtigsten Bestimmungen der neuen Fettwirtschaft nebst kurzen Erläuterungen. Teil I: Margarine und Ole. Kempen im Allgäu. Verlag Deutsche Molkerei-Zeitung. 72 S. Preis 1,85 RM.

Handwörterbuch der Terminologie und der anderen strafrechtlichen Hilfswissenschaften, hrsg. von Dr. Alexander Elster, Berlin, und Dr. Heinrich Lingemann, Essen. 10. Bief.: Landjägerei — Munifikation. Berlin u. Leipzig 1933. Verlag Walter de Gruyter & Co. Preis 6 RM.

Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung. Handausgabe mit den Ausf. Vorj. und den grundsätzl. Entsch. d. RVers. Hrsg. von F. Berndt, B. Lehfeldt, O. Weigert, M. Ehler, F. Schrup. 13. Bief. Berlin 1933. Verlag Reimar Hobbing. 58 Blatt Großoktav. Preis 2,90 RM.

Dr. jur. Hans Heinrich Blum: Die Veräußerung einer vermieteten Sache in rechtsvergleichender Darstellung nach deutschem, französischem, österreichischem und schweizerischem Recht, nebst einer einführenden Gegenüberstellung mitrechtlicher Grundbegriffe. Würzburg 1934. Buchdruckerei und Verlag Konrad Tritsch. IX, 89 S.

Strafprozessordnung. GG. und Nebengesetze. Textausgabe mit Verweisungen und Sachregister. Hrsg. von Dr. Rudolf Lehmann, MinR. im RM. 2. Aufl. Berlin 1934. Verlag Franz Vahlen. Preis geb. 2,70 RM.

Dr. Ottmar Bühler, o. ö. Prof. an der Universität Münster i. W.: Neue staatsrechtliche Gesetze des Reichs und Preußens (1933) nebst den wichtigsten neuen Verwaltungsgesetzen Preußens (1932/33). Textausgabe mit Paragrafenüberschriften und Sachregister. (Ergänzung zu den Bänden 3 und 3a: Staats- und verwaltungsrechtliche Gesetze des Reichs und Preußens sowie GewD.) Berlin u. Leipzig 1934. Verlag Walter de Gruyter & Co. Preis 3 RM.

## Reichsgerichtsurteil und Rechtsreform.

Zum Urteil des 4. StrSen. des RG. im Prozeß gegen van der Lubbe und Genossen (Reichstagsbrandstifterprozeß) hat die NSDAP. die nachstehende parteiamtliche Stellungnahme erlassen. Obwohl der Text bereits durch einen Teil der Tagespresse gegangen ist, bringen wir ihn unseren Lesern hiermit erneut zur Kenntnis, weil wir seiner Fassung eine Bedeutung zumessen, die gar nicht stark genug bewertet werden kann und für eine im Volksempfinden wurzelnde Rechtsprechung, wie sie der neue Staat verlangt, von höchster Bedeutung ist.

(Die Schriftleitung.)

### Das Leipziger Fehlurteil.

NSR. Das Urteil im Reichstagsprozeß, demzufolge Torgler und die drei bulgarischen Kommunisten aus formal-juristischen Gründen freigesprochen wurden, ist nach dem Volksempfinden des Volkes ein glattes Fehlurteil.

Wir können uns nicht einmal die formal-juristischen Gründe des Gerichts zu eigen machen, da selbst sie dem heutigen staatspolitischen Rechtsbewußtsein in Deutschland in keiner Weise entsprechen. Wenn das Urteil nach dem wahren Recht, das im neuen Deutschland wieder seine Geltung haben soll und im Volksempfinden seine Wurzel hat, gesprochen worden wäre, hätte es anders gelaute. Dann wäre allerdings auch schon die ganze Prozeßanlage und die Prozeßführung, die vom Volke mit wachsendem Unwillen verfolgt worden ist, eine andere gewesen.

Wenn man überhaupt von einem für das deutsche Volk

positiven Ergebnis dieses Prozesses sprechen will, so kann höchstens hingewiesen werden auf die eindrucksvolle Widerlegung der verleumderischen Behauptungen, mit denen die antideutsche Greuelpropaganda gerade den Reichstagsbrand zum Anlaß beispielloser Hefeldzüge genommen hat. Es ist nach Abschluß des Verfahrens festzustellen, daß nicht ein Schimmer dieser Behauptungen aufrechterhalten werden konnte.

Mit um so größerer Überraschung wird das deutsche Volk vor dem Freispruch Torglers und der übrigen vaterlandslosen Drahtzieher Kenntnis nehmen, nachdem es in den einzelnen Stadien des Prozesses immer erneut ein Bild von der Größe und Brutalität der bolschewistischen Gefahr erhalten und ihm immer wieder die Erkenntnis vertieft wurde, daß das furchtbare Chaos der Staatsvernichtung und des Bürgerkrieges nur durch das verantwortungsbewußte, entscheidende Handeln des nationalsozialistischen Staates in letzter Stunde abgewendet wurde. Wäre in Deutschland der Kommunismus nicht von der nationalsozialistischen Revolution niedergeschlagen und seine Träger nicht unschädlich gemacht worden — durch solche falschen juristischen Verfahren, wie das soeben beendete, wäre die kommunistische Gefahr in Deutschland niemals beseitigt worden.

So ist gerade dieses Urteil ein Fehlurteil, das mehr vielleicht als jedes andere die Notwendigkeit einer grundlegenden Reform unseres Rechtslebens, das sich vielfach noch in den Gleisen überwindenen, volksfremden liberalistischen Denkens bewegt, mit aller Deutlichkeit erweist und sie dem Volke vor Augen führt.



# Rechtspredung.

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

## A. Ordentliche Gerichte.

### Reichsgericht.

#### a) Zivilsachen.

Berichtet von den Rechtsanwälten beim Reichsgericht Justizrat Dr. Kaiser, Justizrat Dr. Schrömbgens und Huber.

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

#### 1. § 12 BGB.

1. Unbefugter Gebrauch eines Namens kann nicht nur dann vorliegen, wenn Verwechslungsgefahr besteht, sondern auch sonst und ohne diese.

2. Ist eine Firma allein aus Worten des gewöhnlichen Sprachgebrauches gebildet, so besteht auch dann kein Verbotzrecht gegenüber einem anderen Gewerbetreibenden, wenn eine gewisse Verwechslungsgefahr gegeben ist. †)

(U. v. 20. Juni 1933; II 35/33. — Dresden.)

Abgedr. ZB. 1933, 2897.

\*\* 2. §§ 89, 31, 839, 826 BGB.; Art. 102, 131, 109, 130, 151, 118 RVerf. Amtliches Verbot der Justizverwaltung, eine Zeitung zu amtlichen Veröffentlichungen zu benutzen, ist, soweit die Verfügung sich an die richterlichen Beamten wendet, ein unbefugter Eingriff in das freie richterliche Ermessen und verpflichtet den Staat zum Schadensersatz; im übrigen liegt es im Bereiche der Zuständigkeit der Justizverwaltung.

Die Kl. nimmt den kess. Staat wegen einer angeblich von dem preuß. JustizMin. begangenen unerlaubten Handlung in Anspruch. Nun haftet aber der Staat nicht in allen Fällen für den durch eine unerlaubte Handlung seiner Beamten verursachten Schaden. Diese Haftung tritt vielmehr nur in den gesetzlich besonders geregelten Fällen des § 89 i. Verb. m. § 31 BGB., sowie des Art. 131 RVerf., der an die Stelle des preuß. Gesetzes v. 1. Aug. 1909 getreten ist, ein.

Zu 1. Das BG. hatte der Unterlassungsklage der Firma „Auto-Licht GmbH.“ insoweit stattgegeben, als die Bekl. über der Tür ihrer Werkstatt ein Schild mit der Aufschrift „Auto-Licht Reparaturen“ gebracht hatte und dieses Urteil mit den §§ 16, 1 UntBGB. (Verwechslungsgefahr) begründet. Es hatte jedoch insoweit die Klage abgewiesen, als die Bekl. sich „E. B. Autolicht- und Zünd-Reparaturen“ nannte, soweit sich das Wort „Autolicht“ in der Darstellungsweise nicht etwa durch größere Schrift hervorhob und soweit es nur als ein Wort und mit Bindestrich zum folgenden geschrieben wurde.

Diese offenbar damit begründete Entsch. des BG., daß eine Verwechslungsgefahr im zweiten Falle nicht vorliege, hat nun die Rev. mit der Begründung angefochten, daß, ohne daß es auf die Verwechslungsgefahr ankomme, auf jeden Fall auf Grund der Vorschriften über das Namensrecht der Klage im vollen Umfange stattzugeben gewesen wäre. Der Namensschutz des § 12 BGB. sei nicht nur im Falle der Verwechslungsgefahr, sondern auch ohne diese gegeben.

Weit Recht hat das RG. zwar diese letztere Ansicht der Rev. für begründet erachtet. Zunächst entspricht es der festen Rspr. des RG., daß auch die juristische Person des Handelsrechts Namensschutz genießt. Klar ist auch, daß bei einer GmbH., die sich „Auto-Licht GmbH.“ nennt, das Wort „Auto-Licht“ den Firmenkern und somit auch den Hauptbestandteil ihres Namens enthält.

Aber es ist auch weiterhin richtig, daß Verwechslungsgefahr nicht der einzige Grund der Gewährung des Namensschutzes sein kann. Es genügt z. B. schon Verringerung der Kennzeichnungskraft des Namens, indem durch Gebrauch des Namens seitens anderer eine „Verwässerung“ des von der Kl. für ihre Firma eingeführten Namensschlagswortes eintritt.

Zweifelhaft kann nach der Meinung des RG. nur sein, ob das Wort „Auto-Licht“ ein von der Kl. für ihren Betrieb frei erfundenes

Mit zutreffender Begründung stellt das RG. fest, daß der preuß. JustizMin. bei Erlass der Verfügungen v. 3. Dez. 1929 und 18. Jan. 1930 in Ausführung eines obrigkeitlichen Verwaltungsaktes gehandelt hat, nicht in Wahrnehmung rein privatrechtlicher Interessen des Fiskus. Infolgedessen kann die Bestimmung des § 89 BGB. keine Anwendung finden. Denn sie bezieht sich nur auf die Handlungen, die von den verfassungsmäßig berufenen Vertretern des Fiskus in Ausführung privatrechtlicher Einrichtungen vorgenommen sind (RG-Nomm. Anm. 1 zu § 89 BGB.; RG. 72, 349<sup>1)</sup>).

Die Haftung des Staats gem. Art. 131 RVerf. i. Verb. m. § 839 BGB. setzt aber voraus, daß der Beamte eine ihm dem Geschädigten gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt hat. Nach der Rspr. des RG. ist die Frage, ob dem Beamten eine Dienstpflicht gegenüber einem Dritten obliegt, unter Berücksichtigung des Amtskreises des Beamten und der Art des Geschäfts, das er verrichtet, zu beurteilen. Das Hauptgewicht ist hierbei auf den Zweck zu legen, dem die Amtspflicht dienen soll. Ist diese den Beamten gerade im Interesse einzelner Personen auferlegt, so ist Dritter jeder, dessen Interessen nach der besonderen Natur des Amtsgeschäfts durch dieses berührt werden. Daher wird der Kreis der „Dritten“ auf dem Gebiete des Beurkundungswesens der streitigen und freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchwesens von der Rspr. des RG. weit gezogen (RG. 72, 327<sup>2)</sup>; 78, 243<sup>3)</sup>; 86, 105<sup>4)</sup>; 129, 43<sup>5)</sup>). Ist der Zweck der Amtspflicht aber nur die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung oder das Interesse des Staates an einer ordentlichen Amtsführung der Beamten, so handelt es sich nicht um eine dem Beamten einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, mag durch die Ausübung dieser Amtspflicht mittelbar auch in die Interessen Dritter eingegriffen werden (RG-Nomm. Anm. 3 zu § 839 BGB.; RG. 135, 113<sup>6)</sup>; 139, 153<sup>7)</sup>).

Im gegebenen Falle hat der preuß. JustizMin. die von der Kl. beanstandeten Verfügungen in seiner Eigenschaft als oberstes Organ der Justizverwaltung erlassen, zur Regelung einer bestimmten öffentlich-rechtlichen Angelegenheit seines Verwaltungsbereichs. Es handelt sich also um die Erfüllung einer Amtspflicht in rein öffentlichen Interesse, nicht im

<sup>1)</sup> ZB. 1910, 242.

<sup>2)</sup> ZB. 1910, 157.

<sup>3)</sup> ZB. 1912, 349.

<sup>4)</sup> ZB. 1915, 276.

<sup>5)</sup> ZB. 1930, 2774.

<sup>6)</sup> ZB. 1932, 1146.

<sup>7)</sup> ZB. 1933, 1189.

Phantasiwort ist oder ob es nur dem allgemeinen Sprachgebrauch entnommen ist und demgemäß nur die normale Bezeichnung für einen derartigen Betrieb bedeutet. Es ist richtig, daß der Namensschutz der juristischen Person da nicht durchgreifen kann, wo die juristische Person des Handelsrechts nur ein solches Wort gewählt hat, welches dem allgemeinen Sprachschatz angehört und üblicherweise für derartige Geschäftszweige verwandt wird. Klar wird es z. B., wenn sich in einer Stadt ein Bierbrauunternehmen einfach „Brauerei GmbH.“ nennen wollte, da „Brauerei“ nur die für derartige Geschäftsbetriebe allgemein übliche Kennzeichnung des allgemeinen Sprachschatzes ist.

Bei dem Wort „Autolicht“ ist mir dies allerdings zweifelhaft. Wenn es sich bei einem derartigen Betrieb wie üblich um „die gesamte elektrische Ausrüstung von Kraftwagen“ handelt, so ist nicht einzusehen, inwiefern es dem deutschen Sprachgebrauch entsprechen soll, ein solches Unternehmen mit „Auto-Licht“ zu bezeichnen. Denn bei der elektrischen Ausrüstung des Kraftwagens stellt doch die Beleuchtungsanlage, also das Licht, nur einen kleinen Teil dar, während außer der Beleuchtung noch eine Fülle anderer Einrichtungen des Kraftwagens durch Elektrizität bedient werden (Anlasser, Zündung, Lupe usw.). Diese ebenfalls durch Elektrizität gespeisten Einrichtungen des Kraftwagens haben mit „Licht“ nicht das geringste zu tun. Es kommt hinzu, daß die Bezeichnung „Auto-Licht“ auch für die Beleuchtungsanlage des Kraftwagens noch absolut nicht üblich war, bevor die Kl. mit ihrer eigenen Geschäftsbildung auf den Platz trat.

M. Dr. Kunick, Halle (Saale).



Interesse einzelner Dritter. Wollte man aber selbst annehmen, die betreffenden Verfügungen seien, soweit sie Anweisungen an die Gerichtsvollzieher und Gerichtskassenvollzieher enthalten, auch auf Grund einer der Justizverwaltung im Interesse einzelner obliegenden Amtspflicht erlassen, so könnten doch als „Dritte“ i. S. des § 839 BGB. nur die von dem Zwangsvollstreckungsverfahren betroffenen Personen, wie Gläubiger und Schuldner, sowie die Eigentümer der Pfandsache, in deren Rechtskreis durch die Versteigerung eingegriffen wird, angesehen werden (vgl. III 423/12 v. 4. März 1913: Recht 1913 Nr. 1288; III 177/30 v. 24. April 1931: JW. 1931, 2427), bei freiwilligen Versteigerungen die an diesem Verfahren beteiligten Personen, nicht dagegen die Zeitungsunternehmer, deren Zeitungen für die öffentlichen Bekanntmachungen in Betracht kommen. Diesen Zeitungsunternehmen ist auch keinerlei Erinnerungs- oder Beschwerde-recht eingeräumt, was ebenfalls einen Anhalt dafür bietet, daß ihnen gegenüber keine Amtspflicht besteht (RG. 135, 115<sup>9</sup>)).

Nun vertritt aber weiter das RG. in ständiger Rspr. den Grundsatz, daß der Beamte jedem Dritten gegenüber die Amtspflicht hat, die Grenzen seiner Zuständigkeit einzuhalten, und daß eine schuldhaftes Amtüberschreitung eine Schadens-erzulpflicht gem. § 839 BGB. jedem gegenüber begründet, der durch sie geschädigt worden ist (vgl. RG. 71, 62<sup>9</sup>); 91, 383; 99, 288; 104, 348). Es ist daher zu prüfen, ob der Erlaß der von der Kl. beanstandeten Verfügungen sich innerhalb des dem preuß. JustMin. zugewiesenen Amts-bereichs hält. Das ist insoweit zu verneinen, als die Ver-fügung v. 3. Dez. 1929 sich an die richterlichen Beamten wendet. Die Ausübung des richterlichen Ermessens bei der Auswahl der Zeitungen für die Bekanntmachung gerichtlicher Verfügungen stellt eine Tätigkeit des Richters dar, die unter dem Schutze des Art. 102 WVerf. steht (vgl. RG. 58, 434). Die Justizverwaltung ist daher nicht befugt, in irgendeiner Form in die Ausübung dieses Ermessens einzugreifen. Wenn auch die letztgenannte Verfügung des preuß. JustMin. ihrem Wortlaute nach keine ausdrückliche Anweisung an die Richter enthält, so läßt doch ihr nicht mißzuverstehender Sinn nur die Auslegung zu, daß die Richter dahin beeinflusst werden sollten, ihr Ermessen nach einer, den Blättern der Kl. nach-teiligen Richtung hin auszuüben. Daß die Verfügung nur in diesem Sinne verstanden werden konnte, war für den preuß. JustMin. bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt ebenso er-kenubar, wie daß sie einen unzulässigen Eingriff in die richter-liche Unabhängigkeit, also eine Amtüberschreitung darstellte. Demgemäß hat der preuß. JustMin. durch die an die richter-lichen Beamten gerichtete Verfügung fahrlässig die Grenzen seiner Zuständigkeit überschritten. Der Bekl. haftet daher gem. Art. 131 WVerf. i. Verb. m. § 839 BGB. der Kl., insofern ihr hierdurch ein Schaden entstanden ist. Die Ent-stehung eines Schadens setzt allerdings voraus, daß ein Richter sich durch die Verfügung des Ministers hat bestimmen lassen, die Blätter der Kl. für gerichtliche Bekanntmachungen nicht mehr zu berücksichtigen. Jedoch wäre durch die unter dem Druck dieser Verfügung getroffene Entschließung des be-treffenden Richters der ursächliche Zusammenhang zwischen der Amtüberschreitung des Ministers und dem schädigenden Erfolge nicht unterbrochen, sondern nur fortgesetzt worden.

Soweit sich dagegen die Verfügungen v. 3. Dez. 1929 und 18. Jan. 1930 nicht an die richterlichen Beamten wenden, hat der preuß. JustMin. die Grenzen seiner Zuständigkeit nicht überschritten.

Daß er Anordnungen darüber treffen kann, in welchen Blättern die Anzeigen der Justizverwaltung veröffentlicht werden sollen, liegt auf der Hand. Wenn auch der Gerichts-vollzieher ein selbständiges Organ der Rechtspflege ist und den einzelnen Auftrag nach eigenem pflichtmäßigen Ermessen auszuführen hat, so daß ihm hierfür bestimmte Anweisungen sachlicher Art nicht im Dienstaufsichtswege erteilt werden dürfen, so ist er doch an die allgemeinen Bestimmungen der Geschäftsanweisung gebunden, die von der Justizverwaltung erlassen ist und von ihr ergänzt werden kann (§ 154 GVG., § 73 PrAGGVG.). Daß durch die Geschäftsanweisung all-

gemeine Bestimmungen über die Auswahl der zu öffentlichen Bekanntmachungen zu verwendenden Zeitungen getroffen wer-den können, ist nicht zweifelhaft (vgl. Stein-Jonas II zu § 816 ZPO.; Seuffert-Walzmänn 3 zu § 816 ZPO.). Denn es handelt sich hierbei nicht um Anweisungen sachlicher Art, noch um einen Eingriff in das Ermessen des Gerichts-vollziehers hinsichtlich des eigentlichen Vollstreckungsaktes. Ebensovienig ist ein Grund ersichtlich, aus dem solche An-weisungen für einen begrenzten Bezirk erlassen werden dürften, welcher Fall übrigens vorliegend gar nicht gegeben ist. Der preuß. JustMin. war daher befugt, die Vorschrift des § 77 Nr. 4 der preuß. Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher zu ergänzen. Dieselben Grundsätze gelten auch für Gerichtskassen-vollzieher.

Es ist zwar richtig, daß nach der Rspr. des RG. der § 826 BGB. beim Vorliegen einer Amtspflichtverletzung i. S. des § 839 BGB. keine Anwendung findet (RG. 87, 348<sup>10</sup>); 94, 103<sup>11</sup>); 100, 287<sup>12</sup>). Allein hiervon unab-hängig ist die Frage, ob ein Beamter seine Amtspflicht ver-letzt, wenn er in einer den Tatbestand des § 826 BGB. er-füllenden Weise durch Ausübung seiner Amtsgewalt einem Dritten Schaden zufügt. Diese Frage ist mit dem RG. zu bejahen. Als eine derartige, den Staat zum Schadensersatz verpflichtende Amtspflichtverletzung ist insbes. eine Handlung anzusehen, die mehr der Willkür als dem freien Ermessen zu-zurechnen ist, die ein verständiger Beamter nicht, oder doch nicht leicht in dieser Weise vorgenommen haben würde (RG. v. 27. März 1925, III 183/24: JW. 1925, 1875<sup>2</sup>; RG. 121, 232<sup>13</sup>); 126, 167<sup>14</sup>). In dieser Beziehung führt aber das RG. in tatsächlicher Würdigung des Sachverhalts, die einen Rechtsirrtum nicht erkennen läßt, aus, daß die preuß. Staats-regierung durch die Artikel, welche die Zeitungen der Kl. zum Volksbegehren für das sog. Freiheitsgesetz veröffentlicht haben, Anlaß hatte, sich angegriffen und in ihrer Ehre verletzt zu fühlen. Schon diese Feststellung nimmt den Abwehrmaß-nahmen der Regierung gegenüber den Zeitungen der Kl. den Charakter eines Willküraktes. Der Umstand, daß das Volks-begehren kurz vor Erlaß der Verfügungen abgelehnt worden war, kann keine maßgebende Bedeutung beanspruchen, da gerade mit Rücksicht auf diese Ablehnung weitere Presse-angriffe zu erwarten waren.

Auch die Art. 109, 130, 151 WVerf. sind nicht ver-letzt, da solche Abwehrmaßnahmen mit ihnen nicht in Wider-spruch stehen, abgesehen davon, daß aus ihnen subjektive Rechte überhaupt nicht hergeleitet werden können. Daß der Gewerbebetrieb der Kl. geschädigt wurde, macht das Vor-gehen des preuß. JustMin. noch nicht sittenwidrig. Denn wenn auch der eingerichtete Gewerbebetrieb ein geschütztes Rechtsgut darstellt, so ist doch eine Handlung noch nicht schon deswegen rechtswidrig, weil sie für den Gewerbebetrieb eines anderen nachteilig ist (RG. 64, 55). In diesem Zusammen-hange ist es ferner rechtlich unerheblich, ob in dem Vorgehen des preuß. JustMin. ein eigentlicher Boykott oder nur eine Abwehr zu erblicken ist. Denn auch der Boykott verstößt nicht als solcher ohne weiteres gegen § 826 BGB., sondern nur dann, wenn mit ihm eine öffentliche Verurteilung verknüpft ist, die den Zweck und Erfolg hat, die gewerbliche Existenz des Gegners völlig zu vernichten, oder wenn Ver-urteilungen ohne jede Angabe einer Tatsache oder mit aufreizendem Inhalt öffentlich verbreitet werden, oder wenn die Maßregel desjenigen, der den Boykott verhängt, in keinem billigen Verhältnis zu der Handlungsweise dessen steht, gegen den der Boykott sich richtet (RG. 51, 385; 79, 19<sup>15</sup>); 105, 7; 130, 92<sup>16</sup>). Keiner dieser Umstände ist im gegebenen Fall von der Kl. schlüssig behauptet.

Endlich versagt auch die Berufung der Kl. auf Art. 118 Abs. 2 WVerf. Diese Vorschrift wendet sich, wie in der Entsch. des RArbG. v. 19. Dez. 1931 (RArbG. 10, 32, vgl. auch S. 275 ff. das.) ausführlich erörtert ist, gegen die „Maß-regelung“ eines Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber wegen einer Meinungsäußerung und allgemein gegen einer solchen

<sup>10</sup>) JW. 1916, 319.

<sup>11</sup>) JW. 1919, 46.

<sup>12</sup>) JW. 1921, 237.

<sup>13</sup>) JW. 1928, 2019.

<sup>14</sup>) JW. 1930, 1189.

<sup>15</sup>) JW. 1912, 538.

<sup>16</sup>) JW. 1931, 1469.

<sup>8</sup>) JW. 1932, 1146.

<sup>9</sup>) JW. 1909, 391.



Maßregelung gleichstehende Willkürakte des in sozialer Machtstellung Befindlichen gegenüber dem seine Meinung frei Äußernden. Ein soziales Abhängigkeitsverhältnis der Kl. gegenüber der preuß. Justizverwaltung ist aber ebensowenig gegeben, wie eine Monopolstellung dieser Verwaltung. Es können daher auch die Grundsätze über den Mißbrauch einer Monopolstellung nicht in Betracht kommen.

(U. v. 21. Juni 1933; 392/32 V. — Berlin.) [Sch.]  
 (= RG. 140, 424.)

3. §§ 195, 182 HGB.; § 839 BGB. Zur Frage der Zulässigkeit des Erwerbes des Mantels einer AktG. oder einer GmbH. Haftung des Notars wegen Nichtaufklärung über die Zweifelhafteit der Rechtslage und der Rechtsprechung zu dieser Frage.†)

Die Rev. rügt, daß das RG. es unterlassen habe, zu prüfen, ob der Mantelkauf in Wirklichkeit nichtig gewesen sei. Sie meint, eine Prüfung an Hand der im Schrifttum gegen die Rspr. des RG. geltend gemachten Bedenken müsse zur Verneinung dieser Frage führen. Jedenfalls könne mit Rücksicht auf die Stellungnahme der führenden Kommentare zum HGB. (Staub 12./13. Aufl., Anm. 146 zu § 195 HGB.; Düringer-Hachenburg 3. Aufl., Anm. 2, Anhang zu § 182 HGB.) ein Verschulden des Bekl. nicht darin erblickt werden, daß er den Mantelkauf für zulässig erachtet habe. Zu der Frage der Zulässigkeit des Erwerbes des Mantels einer GmbH. oder einer AktG. zur Vermeidung der Gründung einer neuen Gesellschaft hat das RG., soweit ersichtlich, noch keine Stellung genommen. Das RG. hält ein derartiges Rechtsgeschäft, soweit es sich um den Mantel einer AktG. handelt, für grundsätzlich unzulässig, soweit der Mantel einer GmbH. in Frage steht, hat es in mehreren Entsch. die Unzulässigkeit auf Grund der besonderen Umstände des Falles angenommen (JW. 1924, 1535<sup>1</sup>; JFG. 2, 206). Der Standpunkt des RG. ist in Anmerkungen zu diesen Entsch. in der JW. a. a. O. von Byf., Hachenburg und Breit mit ausführlichen Begründungen bekämpft worden, auch wird die gegenteilige Meinung in den Kommentaren von Staub und Düringer-Hachenburg an den oben bezeichneten Stellen vertreten. Einer Entsch. dieser Rechtsfrage bedarf es jedoch im gegebenen Falle nicht. Denn keinesfalls durfte der Bekl. die Frage der

Zu 3. Das RG. läßt die Frage offen, ob der Erwerb des Mantels einer GmbH. oder AktG. zur Vermeidung der Gründung einer neuen Gesellschaft zulässig sei. Es glaubt, dies bejahen zu können, weil der Notar auf die Zweifel auf jeden Fall habe hinweisen müssen. Dieser Standpunkt könnte angreifbar erscheinen: wenn die Ansicht des Notars die Billigung des RG. finden mußte, also richtig war, was er gesagt hatte, so war ja der Vertrag in Ordnung. Wie konnte er da haftbar gemacht werden. RG. sagt: Nicht hier liegt der Schaden, sondern darin, daß Registergericht und Beschw. die Eintragung der Satzungsänderung ablehnten, weil sie den Mantelkauf für nichtig hielten. Das wäre zwar vom Standpunkt der etwa zu billigen Ansicht des Notars aus ein Fehlspruch gewesen, aber mit diesem „Fehlspruch“ war nach der gegebenen Sachlage (Standpunkt des RG.) zu rechnen, und das mußte der Notar wissen und, zum mindesten auf Befragen, sagen. Hiergegen läßt sich nichts vorbringen. Wenn das Gesetz gewisse Vorgänge des Rechtslebens unter die Kontrolle des Notars stellt, so ist dem Gesetzgeber mit rein schematischen Beurkundungen und Beglaubigungen natürlich nicht gebient. Daß andererseits in der Persönlichkeit dessen, der zu solchen Beurkundungen berufen ist, die Gewähr für die Erfüllung dieser Aufgabe gegeben sein muß, kann der Gesetzgeber selbstverständlich nicht aus dem Auge lassen.

Eine andere Frage, ob nicht doch der Partei die weitere Beschw. hätte zugemutet werden müssen. M. E. ja. Kein deutsches Gericht wird unter allen Umständen starr an einer Rskr. festhalten; auch das RG. hat, zumal in Anpassung an den Wechsel der Anschauungen des Verkehrs, ganz bewußt eine „ständige“ Rskr. wiederholt aufgegeben, wenn es sich von der Unhaltbarkeit überzeigte.

Frage, ob es für den Notar — oder für die Frage, ob die Partei weitere Beschw. einlegen mußte — etwas ausmachte, ob mit der Möglichkeit der Änderung zu rechnen war. Das führt auf die materielle Kernfrage. Das Ur. führt die Literaturstellen an. Aus diesen läßt sich jedoch eine Widerlegung des kammergerichtlichen Standpunktes nicht gewinnen. Wenn Flechtheim (bei Düringer-Hachenburg a. a. O.) sagt, gerade Breit habe so klar aufgezeigt, daß die Rechtsvorgänge, die das RG. beim Mantel-

Handwerker, ob die Gesellschaftsgründung auf dem von ihnen beabsichtigten Wege rechtlich möglich sei, vorbehaltlos bejahen. Seine Pflicht war es vielmehr, auf die Bedenken hinzuweisen, die sich aus der Rskr. des RG. ergaben, zumal dieses Gericht in Preußen in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit in letzter Instanz zu entscheiden hat, seine Rskr. daher für die Registergerichte richtunggebend ist, bei Zugrundelegung dieser Rskr. aber das von den Beteiligten erstrebte Ziel sich nicht erreichen ließ. Auf diese Bedenken hätte der Bekl. auch gemäß Art. 40 Abs. 1 PrZGB. aufmerksam machen müssen, als er zur Führung des Protokolls in der GenVers. zugezogen wurde.

Der Schaden des Kl. ist denn auch nicht darin zu erblicken, daß der Kauf der Interimascheine sachlich=rechtlich ungültig war, als vielmehr darin, daß mangels Eintragung der Satzungs- und Firmenänderung im Handelsregister die beteiligten Handwerker Leistungen für einen Zweck gemacht haben, den sie nicht erreichen konnten. Aus den Gründen des BU. ist auch die Feststellung zu entnehmen, daß die Handwerker von dem Mantelkauf Abstand genommen hätten, wenn sie auf die Rskr. des RG. und auf die Tatsache hingewiesen worden wären, daß dieses Gericht in der Entsch. JFG. 2, 206 unter Würdigung der gegen seine Rskr. im Schrifttum erhobenen Angriffe seinen Standpunkt aufrechterhalten hat. Da dem Kl. und seinen Auftraggebern nicht zuzumuten war, Kosten für eine voraussichtlich erfolglose weitere Beschwerde aufzuwenden, so kann in der Nichteinlegung dieses Rechtsmittels ein Verschulden i. S. des § 839 Abs. 3 BGB. nicht erblickt werden.

(U. v. 1. Juli 1933; 83/33 V. — Berlin.) [Sch.]

4. Der im § 7 Abs. 1 Satz 2 WbzG. vorgesehene Übergang eines Warenzeichens kann auch allmählich geschehen. — Zur Frage der Verwirkung.†)

Die Rev. hat zur Grundlage die der Kl. günstige, trotz gegenteiliger Anschauung des RPatV. vom Jahre 1897 rechtlich unbedenkliche Entsch. des Vorderrichters, daß die Worte „Balvoline“, Firmenschlagwort und wesentlicher Bestandteil oder alleiniger Inhalt der beiden der Kl. geschützten Warenzeichen Nr. 4484 und Nr. 75442, und „Balvonit“, alleiniger Inhalt des nun auf die Firma des Bekl. umgeschriebenen

kauf beanstande, nach jeder Richtung normale seien, so kann ich dem nicht bestimmen. Breit konstruiert. Er geht aber an dem vorbei, was das RG. im Grunde will, wenn es den Unterschied zwischen der Anwendung unter Satzungsänderung und der Benutzung des leeren Mantels zur Neugründung immer wieder betont. Der Sen. sagt (JW. 1925, 637), seine Abneigung gegen die Mantelkäufe beruhe auf der Überzeugung, daß der Handel mit Gesellschaftsmanteln eine höchst unerfreuliche Erscheinung unseres Wirtschaftslebens sei, ohne Rücksicht darauf, welche Zwecke im einzelnen Fall verfolgt würden. So können denn auch die steuerlichen Vorschr., von denen die Diskussion ausging, ausbleiben. Das kann doch wohl kein Zweifel sein, daß man hier mit juristischen Möglichkeiten operiert, die das Gesetz vielleicht offen läßt, aber sicher nicht im Sinne seines Schöpfers, und das ist es, was das RG. hervorhebt. Ein wirklich klares und gerechtfertigtes, auch vom Gesetzgeber anzuerkennendes Bedürfnis, das, was man hier auf Konstruktionswegen erreicht, von sich aus glatt zuzugestehen, kann m. E. nicht behauptet werden. Ist das richtig, so ist auch der Standpunkt des RG. der einzig mögliche. Es kommt hinzu, daß nicht nur im Verkehr, sondern auch bei gerichtlichen Auseinandersetzungen immer noch auf das Grundkapital zurückgegangen wird, um die Bedeutung, die Zuverlässigkeit eines Unternehmens zu beurteilen. Legt aber der Verkehr — ob mit Recht oder Unrecht bleibe offen — hierauf Wert, dann muß man zum mindesten bei der Gründung eines neuen Unternehmens (und darum handelt es sich ja) Wahrheit in dem Sinne verlangen, daß die dafür bestehenden gesetzlichen Vorschr. befolgt werden. Dies dürfte das „zwingende“ Gesetzrecht sein, von dem das RG. spricht.

M. Prof. W. Fischer, Hamburg.

Zu 4. 1. Das Ur. beruht auf zwei interessanten Gesichtspunkten, die beide methodisch von erheblicher Bedeutung sind. Für beide Gesichtspunkte — den Übergang des Warenzeichens „Balvonit“ von der GmbH. auf den Einzelkaufmann und die Verwirkung nach 35jährigem Nebeneinanderbestehen der Zeichen „Balvoline“ und „Balvolit“ — liegt der Angriff in der Ver-



Warenzeichens Nr. 27541, verwechslungsfähig seien. Sie setzt mit ihren Rügen gegen das Erkenntnis des Vorderrichters bei der Anerkennung der Rechtswirksamkeit des Erwerbs des letztgenannten Zeichens durch den Bekl. ein und bestreitet demgemäß die Zulässigkeit der Umschreibung des Zeichens auf der Firma des Bekl., d. h. rechtlich auf den Bekl. selbst. Der rechtswirksame Erwerb dieses Zeichens durch den Bekl. ist Voraussetzung für die Bekämpfung des aus § 12 HGB, § 16 UrtW.G. (Namens- und Firmenrecht) und §§ 12, 20 WbZ.G. (Zeichenrecht aus beiden klägerischen Zeichen) abzuleitenden Unterlassungs- und Löschungsanspruchs der Kl. wegen des verwechslungsfähigen, sonst ohne Rechtsgrund auf ihn umgeschriebenen Zeichens „Balvolit“; er ist weiter tatsächliche Grundlage für die Erhebung des Verwirklichungseinzelschlags gegenüber dem Namens- und Firmenrecht und dem älteren Zeichen der Kl., welche kraft ihres höheren Alters (vgl. für die Zeichen untereinander § 9 Abs. 1 Ziff. 1 WbZ.G.) dem vom Bekl. erworbenen Zeichen vorgehen würden. Der Angriff der Rev. ist gerichtet gegen die Annahme eines Übergangs des Zeichens von der GmbH. auf den Bekl. mit seiner im Okt. 1924 neu angenommenen Firma gleichen Namens, wie die ursprüngliche Einzelfirma seines Vaters, auf die das Zeichen bis 13. Jan. 1932 in der Zeichenrolle eingetragen war (erneuert am 19. Mai 1927 gerade auf Antrag des mit der eingetragenen Inhaberin gleichnamigen Bekl.). Die Rev. geht im wesentlichen davon aus: Mit Rücksicht auf die Vorschr. des § 7 Abs. 1 Satz 2 WbZ.G., daß das Zeichenrecht nur mit dem Geschäftsbetrieb, wozu es gehört, auf einen anderen übergehen kann, sei gemäß den Vorschr. der §§ 22, 23 HGB. zu prüfen, ob ein solcher Geschäftsübergang mit dem Zeichen stattgefunden habe, Art. dieses Sen. v. 12. Juni 1928, II 406/27; MuW. 1927/28, 527. Sie führt nun unter Bezugnahme auf das vorgenannte Art. sowie die anderen Art. dieses Sen. v. 23. Dez. 1903, II 206/03; PatMusf. ZeichBl. 1904, 400 und v. 17. April 1928, II 338/27; MuW. 1927/28, 592 aus: Der wesentliche Teil der Aktiven müsse übertragen sein. Seien wesentliche Bestand-

teile des alten Betriebs nicht übertragen und der alte Betrieb in seiner wirtschaftlichen Funktion nicht beendet, so liege kein Übergang vor. Die beim alten Betrieb verbliebenen Reste des Unternehmens müßten also nicht mehr dazu ausreichen, um die bisherige gewerbliche Tätigkeit auszuüben und fortzusetzen. Es müsse eine Wesensänderung des alten Betriebs eingetreten sein, so daß die dem alten Inhaber verbliebenen Teile des Betriebs nicht mehr ein selbständiges und lebensfähiges wirtschaftliches Unternehmen darstellen. Wenn dagegen der Restbetrieb noch so belassen worden sei, daß zur Fortsetzung des Gewerbes ein Neuaufbau nicht erforderlich sei, sondern nur eine Erneuerung der noch vorhandenen Bestände, z. B. durch Neubeschaffung von Waren, so sei eine Veräußerung des Betriebs nicht anzunehmen. Der Übertragungsakt sei um so schärfer zu prüfen, wenn die Umschreibung des Zeichens in der Zeichenrolle und damit die Verlautbarung des Wechsels des Berechtigten längere Zeit (hier 1924—1931/32) unterblieben sei.

Die Ausführungen der Rev. geben keinen Grund zur Beanstandung der Stellungnahme des Vorderrichters. Sie gehen hinweg über seine rechtlich zutreffende Auffassung, daß auch eine allmähliche Überleitung des Geschäfts in ein mit neuer Firma errichtetes Unternehmen als Übergang des Geschäftsbetriebs i. S. von § 7 Abs. 1 Satz 2 WbZ.G. anzusehen sei. Wenn in Entsch. dieses Sen. Prüfung des Übergangs nach den Grundsätzen der §§ 22, 23 HGB. gefordert ist, so dürfen doch auch gewisse Unterschiede nicht verkannt werden, die hinsichtlich des Übergangs einer Firma und eines Warenzeichens gesetzlich und der Natur der Sache nach vorhanden sind. Das gesetzliche Erfordernis der ausdrücklichen Zustimmung des Vorgängers bei der Übertragung einer Firma nach § 22 Abs. 1 HGB. — die übrigens auch durch irgendwelche für eine Zustimmungserklärung schlüssige Handlungen erfolgen kann, RDStG. 10, 291; ZB. 1888, 220<sup>7</sup>; 1911, 594<sup>4</sup> ist in § 7 WbZ.G. nicht aufgestellt und wenn auch das Warenzeichen so wenig als die Firma örtlich und sonstwie zerlegt werden kann, RG. 51, 263 (269); 64, 397 (398);

wechslungsfähigkeit der beiden Wortzeichen. Wäre eine solche absolute Verwechslungsfähigkeit nicht vorhanden (oder vorhanden gewesen), so wäre weder ein Streit, ob der Übergang auf die andere Firma rechtmäßig war, noch die andere Frage, ob ein schutzwürdiger Besitzstand an dem Zeichen „Balvolit“ den Rechtsanspruch des Gegners als verwirkt erscheinen lasse, überhaupt aufgetaucht. Dies sei betont, um dadurch von Anfang an zu zeigen, daß nicht die Verwirklichungslehre es ist, die hier die große Rolle zu spielen hat.

Sowohl die Frage des Warenzeichenübergangs wie die der Verwechslungsfähigkeit, des verkehrsgültigen Besitzstandes und der Verwirklichung sind nur Symptome; sind nur zweitrangig hinter der großen grundsätzlichen Frage der Wettbewerbsordnung, deren Sinn und Zweck es aufrechtzuerhalten gilt, und zwar mit Hilfe klarer gesetzlicher Grundlagen.

Dem ROrt. ist im Ergebnis in allen Punkten zuzustimmen, weil es lebensvoll die Tatsachen gewürdigt und formalistische Begründung weit von sich gewiesen hat — aber es ist höchstens zwischen den Zeilen zum Ausdruck gekommen, daß es sich hier nicht um die Abwägung subjektiver Ansprüche, auch nicht um die begriffsmäßige Abgrenzung von Verwechslungsgefahr, Berkehrsgeltung und Besitzstand usw., sondern um eine aus allen diesen Teilen zusammengesetzte, die Einzelfragen überragende wirtschaftsethische Wettbewerbsordnung handelt, in welcher die Belange der Allgemeinheit die ausschlaggebende Rolle spielen. Das bedeutet nicht, die Einzelfragen beiseite zu setzen, wohl aber, sie unter dem größeren Gesichtspunkt der Allgemeinheit und ihren Rechtsverkehr schützenden Wettbewerbsordnung zu betrachten. Auch die „Verwirklichung“ ist nur ein Schlagwort dafür, während andere Gesichtspunkte weit wichtiger sind.

2. Ich befinde mich hier in grundsätzlicher Übereinstimmung mit den Ausführungen de Boors in der methodisch weitstehenden Ann. in ZB. 1933, 2276 ff., wo es sich um einen urheberrechtlichen Verwirklichungsfall handelte, der dort zu grundsätzlichen Ausführungen über die Verwirklichungslehre Anlaß gab. Wenn de Boor dort (mit dem RG.) die Anwendbarkeit des Verwirklichungsrechts — wenigstens im Urheberrecht — als eine Ausnahme bezeichnet, so hat er damit völlig recht, aber wenn er die Wichtigkeit des Gesichtspunktes, ob der Verletzte bisher ohne den Anspruch auskommen konnte und deshalb keinen Verwirklichungsanspruch geltend machen soll, betont, so trifft er da nur ein Symptom eines größeren grundlegenden Gedankens, nämlich des Gedankens

einer ruhigen, dem Allgemeininteresse dienenden Wettbewerbsordnung, die eine Störung nach langem ruhigen Zustand nur infolge markanter neuer Tatsachen oder ganz neuer Rechtskenntnisse soll erfahren dürfen. In dieser Wettbewerbsordnung sind viele materielle Gründe und Rechtsgedanken. Zu der Frage, ob sie völlig ausreichen und der reichsgerichtliche und vom Schrifttum aufgenommene Gedanke der Verwirklichung namentlich im Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht etwa überflüssig ist, wird man sich heute noch nicht ganz abschließend äußern können. Ich verweise auf das reichshaltige Schrifttum, namentlich Schumann, „Der Zusammenbruch der Verwirklichungslehre“, GewRsch. 1933, 87 ff., und Reimer, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Bd. I, Berlin 1933, S. 165 ff. mit ausgiebigen Literaturangaben, worauf im einzelnen hier nicht eingegangen werden kann. Es stehen sich da ernste Anhänger — wie z. B. Lobe — und unbefangene Ablehner — wie Schumann und Nolting-Hauff — gegenüber, während die Wahrheit zwar nicht in der Mitte, aber auch nicht in Extremen liegen dürfte. Näheres s. unten zu 4.

3. Eine Unterordnung unter den Gedanken der gesetzlichen Wettbewerbsordnung als eines Ganzen ist schon bei der Frage des Zeichenüberganges „mit dem Betriebe“ erforderlich. Es kann nicht darauf ankommen, diesen Übergang „mit dem Betriebe“ formalistisch zu ergünden, ihn etwa zu verneinen, weil zeitweise der alte, in Liquidation befindliche Betrieb das Zeichen „Balvolit“ neben dem neuen Betrieb, der die Waren und ihre Herstellung übernommen hat, noch gebraucht hat. Diese Übergangerscheinungen zwischen den beiden Betrieben sind vorübergehender und deshalb rechtlich nebensächlicher Natur. Das RG. hat recht, wenn es in der allmählichen Überleitung des alten in den neuen Betrieb einen dem § 7 WbZ.G. genügenden Vorgang erblickt — aber nicht, weil der alte Betrieb „die Eigenschaft als werbendes Unternehmen verliert“ oder dem neuen Betrieb „davor ein nur obligatorisches Verbrauchrecht einräumt“ — das ist wohl zu formalistisch und individualistisch ausgedrückt —, sondern weil, wie das Art. schließlich selbst sagt, „auch die wirtschaftlichen Gesichtspunkte zu beachten sind und auf die Erhaltung der Werte gegenüber formalen Vorschr. Bedacht zu nehmen ist“. Mag sein, daß dies zunächst keine volle Rechtssicherheit zu verbürgen scheint. Die Wettbewerbsordnung, die für den Übergang des Warenzeichens den Übergang des Betriebs vorschreibt, will durch diese Vorschr. einem Kauf von bloßen Zeichen entgegenwirken und die Waren-



80, 124 (129<sup>1)</sup>), so ist doch der Übergang des ersteren jedenfalls nicht stets an den Übergang des ganzen Geschäfts gebunden, es kann vielmehr bei Teilung des Geschäfts mit demjenigen Teil allein übergehen, für den gerade ausschließlich das Warenzeichen geführt worden ist, RG. 51, 263 (269). So wenig aber, wie bei der Firmenübertragung — Ur. des erf. Sen. v. 19. Sept. 1933, II 65/33; Staub-Bondi, Anm. 7 zu § 22 HGB.; Düringer-Hachenburg-Hoeniger § 22 Nr. 7 — bedarf es eines einheitlichen Rechtsaktes der Übertragung von Zeichen und Geschäft. Beides kann sich, wenn nur der innerliche, zeitliche und wirtschaftliche Zusammenhang gewahrt ist, auch nach und nach vollziehen. Ein allmählicher Vollzug, wozu sich der Vorderrichter auf die erhobenen Zeugnisaussagen beruft, ergibt sich hier schon daraus, daß dem Vekl. festgestelltermaßen die der GmbH. zustießenden Aufträge übergeben wurden, die diese mit ihren Warenvorräten nicht mehr ausführen konnte, also so, wie sie nacheinander ankamen. Naturgemäß mußten diese Überweisungen von Aufträgen in steigendem Maße erfolgen nach dem Verhältnis der Abnahme der Vorräte der GmbH. Daß diese neue Vorräte nachbezogen habe, ist weder festgestellt noch auch behauptet. Nicht genügend beachtet ist von der Rev. das Wesen der Liquidation und die Tatsache, daß auch die Liquidation ein allmählich vor sich gehender Vorgang ist. Als sog. stille Liquidation kann sie auch schon vor der rechtsförmlichen Anmeldung des Eintritts in dieses Stadium tatsächlich stattfinden, wie die Rev. auch selbst von einer Liquidation im Okt. 1924 gegenüber dem förmlichen Beschluß erst v. 25. März 1925 spricht. In diesem Stadium verliert die Firma, wenn die Liquidation ernsthaft betrieben wird, die Eigenschaft als werbendes Unternehmen, begrifflich also auch die Lebensfähigkeit, von der die Rev. spricht. Das praktische Bedürfnis kann dabei auch zu einem Nebeneinandergebrauch des Warenzeichens führen, dessen sich der zu Ende gehende Betrieb zugunsten des aufnehmenden geben will. Selbst bei der Firma ist es möglich, daß das Fortführungsrecht zunächst auf Zeit und erst später unbeschränkt erteilt wird (RG. 76, 263<sup>2)</sup>). Noch mehr gilt dies bei einem Warenzeichen, das auch der rein schuldrechtlichen Gewährung von Gebrauchsrechten (Lizenzen) für den Vertrieb fremder Waren nicht widerspricht (vgl. z. B. RG. 100, 3 [6]<sup>3)</sup>), Ur. dieses Sen. v. 12. Mai 1931, II 337/30: JW. 1932, 595<sup>12</sup>. Der nebeneinander-

<sup>1)</sup> JW. 1913, 52. <sup>2)</sup> JW. 1911, 660. <sup>3)</sup> JW. 1920, 646.

zeichen als wirkliche Kennzeichnungen und nicht als bestehendes Verkehrsgut behandelt wissen; das ist ihr Sinn, der gewahrt werden soll. Versteht man ihn, und zwar ohne Formalismus, so kommt man zu vernünftigen Folgerungen. Daß Geschäftsübergänge u. U. allmählich geschehen und eine gewisse Übergangszeit lang ein Nebeneinandergebrauch des Zeichens unterlaufen kann, ist kein Verstoß gegen diesen Sinn der Wettbewerbsordnung, wenn nur der alte Betrieb alsbald weicht und er sein Warenzeichenrecht dem neuen im Geschehenszusammenhang übermacht.

4. Ähnliche Unterscheidungen des wirklich Wesentlichen von unwesentlichen Formulierungen treffen aber insbes. auf die Frage der Verwirkung zu.

Wir müssen uns, möchte ich behaupten, davon losmachen, das Verwirklichungsproblem als ein eigenes Rechtsproblem anzusehen — es etwa in gleicher Dynamik wie die Verjährung, die Erfindung u. dgl. betrachten —; dazu fehlt ihm die gesetzliche Festigkeit. Als Richterrecht liegt ihm ein an sich guter Gedanke zugrunde; dieser ist aber nur die Folgeerscheinung, nur das Ergebnis aus anderen Tatsachen und vielgestaltigen Vorgängen. Im vorl. Fall ergibt sich der Verwirklichungsgedanke ganz sekundär a) aus einer Wandlung des Tatbestandes der Verwechslungsgefahr und b) aus der (aus a) folgenden) Beurteilung der individuellen Rechtswidrigkeit (sowie c) aus der (aus a und b folgenden) Umstellung der generellen Rechtswidrigkeit im Sinne des Schutzes einer beruhigten Wettbewerbsordnung.

a) Schon wiederholt habe ich erkennen müssen und darauf hingewiesen, daß Verwechslungsfähigkeit etwas wesentlich anderes ist als Verwechslungsgefahr und daß der Verkehr in vielen Fällen einen gewissen Grad von Verwechslungsfähigkeit in Kauf nehmen muß, während nur wirkliche Verwechslungsgefahr eine rechtliche Gegenwehr rechtfertigt. Verwechslungsfähigkeit ist sehr vieles — im Leben und im Warenzeichenrecht —, weil die Abwandlungsmöglichkeiten der Sprache und

laufende Gebrauch eines Zeichens durch die bisherige Inhaberin und durch einen anderen (künftigen) Berechtigten bei einer allmählichen Übertragung eines Geschäftsbetriebs ist daher nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Die Sache wird regelmäßig so zu denken sein, daß der bisherige Berechtigte das Zeichen behält und demjenigen, der es mit dem Übergang des Geschäfts künftig erhalten und weiterführen soll, vorerst ein nur obligatorisch begründetes Gebrauchsrecht einräumt, das später mit dem Entbehrlichwerden beim bisherigen Inhaber vom vollen Zeichenrecht des anderen erstarben soll. Ein besonderer Übertragungsakt, insbes. die Umschreibung des Zeichens zum Schluß oder eine sonstige Verlautbarung ist nicht erforderlich. (Wird noch weiter ausgeführt.)

Des weiteren bekämpft die Rev. die Anerkennung der Verwirkung des Unterlassungsanspruchs der Kl., den sie gegenüber dem vom Vekl. mit Altersrang v. 2. Juli 1897 erlangten Zeichen aus ihrem älteren Namens- und Firmenrecht und aus ihrem älteren gleichfalls durch Übertragung erlangten Zeichen mit Wirkung v. 15. Dez. 1882 an ableiten könnte. Der Vorderrichter erklärt, die Rechtslage sei so zu beurteilen, wie wenn der Vekl., dem die Besitzzeit seines Vaters, der DKG. und der GmbH. zugute komme, seit der Eintragung Inhaber des Zeichens Balbonit gewesen wäre. 35 Jahre lang sei dieses Zeichen unangefochten von ihm und seinen Rechtsvorgängern gebraucht worden und dadurch habe sich für den Zeicheninhaber ein wertvoller Besitzstand gebildet, kraft dessen die Verwirkung auch schon vor dem Kriege eingetreten gewesen wäre, so daß es auf die Einwirkung der Kriegsverhältnisse gar nicht mehr ankomme. Die wechselnden Zeicheninhaber hätten beim Nichthandeln der Kl. ihren Besitzstand nach Treu und Glauben als einen von der Kl. geduldeten und erlaubten ansehen dürfen.

Auf Grund beigebrachter Belege wird vom Vorderrichter festgestellt, daß das Zeichen „auch nach dem Kriege ständig benutzt“ worden sei, wie dies auch mit dem beiderseitigen Gebrauch durch die GmbH. und den Vekl. in der Übergangszeit bekräftigt wird. Die hiermit getroffene Feststellung erledigt den Einwand der Rev. wegen der Fortdauer des Besitzstandes des Vekl. bis zur letzten Tatsachenverhandlung. Das Wort „ständig“ trifft die ganze Zeit bis zum Urteil. Da nichts über eine völlig untergeordnete oder auch nur rein örtliche Bedeutung des Betriebs des Vekl. und seiner Rechts-

anderer Erscheinungsformen begrenzt sind. Gewiß liegt hier zwischen „Balvoline“ und „Balvolit“ Verwechslungsfähigkeit auch jetzt noch vor; aber diese ist bedeutungslos, weil durch 35 Jahre langes unangefochtenes Nebeneinanderbestehen der beiden Bezeichnungen die allein rechtlich bedeutame Verwechslungsgefahr geschwunden ist. Dies wird als ausreichendes Argument in solchen Fällen — also ohne die „überflüssige“ Verwirklichungslehre — auch von Noiting-Hauff, GewRSch. 1932, 1088 scharf betont. Ähnlich wie bei der Entwicklung zum Gattungsnamen oder bei der Herkunftsbezeichnung: Verwechslungsfähigkeit bleibt zwar, aber sie ist als rechtliche bedeutsame „Gefahr“ beseitigt, weil der Verkehr mit Herkunft- und Gattungsnamen zu rechnen hat und diese nicht einem Einzelnen monopolistisch überlassen werden können. Wenn also auch im vorl. Fall das RG. mit dem BG. die Verwechslungsfähigkeit zwar grundsätzlich bejaht, so kann es gar nichts anderes versuchen, als Gründe für die Unrichtigkeit dieser Verwechslungsfähigkeit zu suchen — eben um die für jetzt nicht mehr vorhandene, juristisch allein bedeutame, Verwechslungsgefahr zu verneinen. Das geschieht dort mit dem Hinweis auf einen schutzwürdigen Besitzstand und auf Treu und Glauben. Das ist an sich ganz gut. Aber es sind doch noch unzureichende Begriffe, weil man fragen darf: Warum ist hier der Besitzstand schutzwürdig und warum fordern Treu und Glauben das unbehelligte Nebeneinanderbestehen? Wegen der Länge der Zeit? Mittelbar ja; aber unmittelbar, weil die Verwechslungsfähigkeit durch ihren lange Jahrzehnte dauernden Bestand von der Rechts- und Wettbewerbsordnung nicht mehr als „Gefahr“ angesehen werden kann; denn das Publikum — die Mitwelt — hat sich daran gewöhnt und hat die ähnlichen Bezeichnungen unterscheiden lernen müssen. Deshalb widerspricht ein nach solcher Entwicklung hervortretender Anspruch dem Besitzstandsschutz und Treu und Glauben. Einer eigentlichen Verwirklichungslehre bedarf es hierfür nicht.

b) Solche Entwicklung ist aber weiter nur dann schutzwürdig, wenn auf beiden Seiten — beim Kl. wie beim Vekl. — kein rechtswidriges Tun oder Verhalten vorliegt. Individuell rechtswidrig ist beim „Verlezer“ ein Vor-



vorgänger, welche alle ihren Sitz in dem Haupthandelsplatz Hamburg für das Deutsche Reich hatten oder haben, festgestellt ist, vermag die Rev. auch nichts mit den Ausführungen über die Größe des Besitzstandes des Bekl. und der Forderung nach einer hierauf abgestellten Interessenabwägung zwischen den beiden Betrieben für die Verwirklichungsfrage auszurichten. Es kann der Entsch. nichts anderes zugrunde gelegt werden, als daß zwei Betriebe, wovon der eine von großem Umfang, der andere gegenüber früher zurückgegangen ist, sich mit Warenzeichen, die seit 35 und mehr Jahren verwechslungsfähig nebeneinander in der Zeichenrolle des RPatA. eingetragen und im Gebrauch sind, gegenüberstehen. Die Rev. fußt noch darauf, daß in zwei neueren, vom Vorderrichter angeführten Erkenntnissen dieses Sen. v. 12. Jan. 1932, II 150/31: JW. 1932, 1849<sup>22</sup> = GewRSch. 1932, 308 (Marienbader Mineralwasser) und II 149/31: JW. 1932, 3336<sup>9</sup> = GewRSch. 1932, 466 (Nastalan-Salbe) gesagt ist, als der sog. wertvolle feste Besitzstand könne für die Verwirklichung nur ein Zustand der Verkehrsgeltung Anerkennung finden, wobei der überwiegende Teil der Abnehmerkreise in der Bezeichnung den Hinweis auf die Herkunft aus einem bestimmten Betriebe, also aus keiner anderen Ursprungsstätte als der des Bekl., erblicke. Dieser Ausspruch, dem der Vorderrichter ausdrücklich sich nicht anschließt, war im Hinblick auf die dort von den Parteien aufgestellten, jenem Ausspruch entsprechenden tatsächlichen Behauptungen für die damals zur Entsch. stehenden Fälle gemüht, in denen es sich um den Gebrauch des gleichen, mit einem bestimmten Begriff verbundenen Wortes (Marienbad, Nastalan), wenn auch mit Zusätzen, handelte. Es ist dem gegenübergestellt — und das ist das Wesentliche —, daß das mißbrauchte Wort seine alte kennzeichnende Kraft für eine andere Herkunft nicht verloren habe. Wenn dort in diesem Zusammenhange gesagt ist, hierfür wäre eine Änderung in der Auffassung des überwiegenden Teiles der Ab-

nehmerkreise erforderlich gewesen, so schloß sich diese Wendung, wie bemerkt, dem Hinweis der Parteien über die tatsächlichen dortigen Verhältnisse an. Als allgemeines Erfordernis eines schutzwürdigen Besitzstandes auch für nur ähnliche Zeichen sollte aber die Verkehrsgeltung im überwiegenden Teile der Abnehmerkreise, bezogen auf deren Gesamtheit im Reichsgebiet, nicht aufgestellt werden. Damit wäre dem Gedanken der Verwirklichung gegenüber jedem Großbetrieb, ja auch gegenüber gleich großen Betrieben der Boden entzogen und nur für den Größeren ein Schutz möglich. Denkbar ist aber auch einem Großbetrieb gegenüber ein schutzwürdiger Besitzstand. In anderen Entsch. des Sen. zuvor und danach ist ein solcher ohne Rücksicht auf das Größenverhältnis, teils ernstlich erwogen, teils anerkannt worden, woran festgehalten wird (vgl. v. 5. Dez. 1930, II 118/30: JW. 1931, 424<sup>20</sup>; v. 17. Juni 1932, II 385/31: JW. 1933, 1521<sup>6</sup>; v. 24. Juni 1930, II 534/29: MuW. 1930, 440; v. 27. Okt. 1931, II 25/31: RW. 134, 38 = JW. 1932, 942<sup>9</sup>; v. 20. Jan. 1933, II 296/33). — Für das Erfordernis der „überwiegenden“ Verkehrsgeltung wäre da überhaupt kein Raum, wo es sich um Vertrieb nicht gleichartiger Waren und sonach um verschiedene Käuferkreise handelt, wie z. B. in dem Falle v. 20. Jan. 1933, Klebstoffe mit dem Zeichen „Viktoria“ einerseits für die Schreibwarenbranche, andererseits für Kraftfahrzeuge, Fahrräder und Schuhe. Hierbei fehlt es an einem zusammengehörigen, in seinen Teilen vergleichbaren Verkehrskreis. Genügen muß für die Regel eine Verkehrsgeltung von so erheblichem Umfang, daß verglichen mit dem Wert, den das Zeichen für den Geschäftsbetrieb des Inhabers (Verlegers) hat, und verglichen mit allgemeinen Anforderungen an einen für die Wirtschaft beachtlichen Betrieb ein schutzwürdiger Besitzstand behauptet werden kann. In dem der Vorderrichter sich bei der Feststellung der „ständigen“ Benutzung des Zeichens „Balbonit“ auch nach dem Kriege auf die vom Bekl. beigebrachten Unterlagen bezieht, macht er

gehen, das unlauter war, auf die Verwechslungsfähigkeit spekuliert hat, die Gegenwehr zu hintertreiben wußte oder dgl.; beim „Verleihen“ ein böswilliges Zuhalten, um den Andern noch tiefer im Unrecht und im Schadenerfah zu verstricken. In solchem Sinne urteilt mit Recht auch de Boor a. a. O. S. 2277. Schuldloses Verhalten auf beiden Seiten (wieweit Fahrlässigkeit dahin gehört, wird manchmal schwierig abzugrenzen sein) ist nötig, wenn allgemeine (generelle) Rechtswidrigkeit (Verstoß gegen die Wettbewerbsordnung, s. u. zu c) den alleinigen Ausschlag geben soll. Schuldhaftes Verhalten auf einer Seite belästigt die Waage zugunsten des schuldhaft Handelnden: steht also gegen den dolosen Verletzten wie gegen den schuldhaft unachtsamen und gleichgültigen Verletzten (so mit Recht RG.: JW. 1933, 2276).

c) Die notwendige Berücksichtigung der allgemeinen (generellen) Rechtswidrigkeit trifft sich mit dem Schutz der Wettbewerbsordnung. Dies meint das RG. mit dem nachdrücklichen Hinweis auf die Abwägung der beiderseitigen Interessen; denn solches kann nur von Gesichtspunkten der Allgemeinheit geschehen, bedeutet Verwirklichung des Ausgleichsgedankens, bereitet Treu und Glauben eine entscheidende Stätte. Es ist etwas wie der öffentliche Glaube, der da geschützt wird, wenn sehr lange Zeit der Knorr neben dem Knubben stand und sich vertragen mußte und wenn das Bild sich dann nur infolge einschneidender Veränderung der Tatsachenkenntnis oder der Kenntnis gewandelter rechtlicher Beurteilung ändern kann.

Wenn Schumann a. a. O. S. 92 den Ausgleichsgedanken grundsätzlich ablehnt, weil die Rechtsidee, nicht die Vergleichsidee, zu wahren sei, so kann ihm darin nicht zugestimmt werden. Bei klaren Rechten oder auch nur bei starken nach einer Seite sich neigenden Argumenten braucht der Rechtsanspruch sich nicht durch einen Vergleich, und ersichene er auch der Billigkeit entsprechend, übertönen zu lassen; aber in schwer zu lösenden Zweifelsfällen ist der Ausgleichsgedanke ein wahrer Rechtsgedanke. Eine Wettbewerbsordnung ohne Ausgleichsgedanken ist wirtschaftlich und rechtlich unmöglich.

5. Alle diese Auffassungen sind dynamischer Natur. Statisch wäre es, das zeitweise Nebeneinander der Warenzeichenbenutzung der alten in Liquidation befindlichen Firma neben der ihres Nachfolgers als rechts erheblich anzusehen (weil es ein im Augenblick als feststehend zu erkennender Zustand ist); die dynamische Anschauung aber sieht mehr und sieht Besseres; sie sieht die Bewegung des Überganges und erblickt, weil das Leben eben wirklich nicht stillsteht, das rechtlich Wesentliche klarer

(vgl. Fehr, Das kommende Recht, Berlin 1933: „Das dynamische Recht ist ein elastischeres, beweglicheres Recht. Es arbeitet ebenfalls mit Begriffen. Aber seine Begriffe sind weniger körperhaft, weniger statisch. Seine Begriffe sind mehr funktionell gestaltet.“). Ebenso funktionell muß der Begriff der Verwirklichung angeschaut werden. Es gibt keinen Rechtsatz, der lautet, daß ein nicht benutztes Recht nach bestimmter Zeit oder unter kurz zu umreisenden Voraussetzungen verwirkt werde. Die Verwirklichung ist kein (stehendes, statisches) Rechtsinstitut (etwa wie die Verjährung); sie ist auch kein Argument, sie ist auch kein fester Maßstab, den man an wettbewerbliche, aufwertungsrechtliche oder gar Urheberrechtliche (s. de Boor: JW. 1933, 2276) Tatbestände einfach mechanisch anlegen kann. Es ist nur ein Ergebnis im Sinne einer Würdigung vieler funktioneller Tatbestandsmerkmale, ein Ausgleich. Für Aufwertungsstatbestände vgl. die zutreffenden Ausführungen von Endemann im Art. Verwirklichung: HbR. VI, 635 („Es gibt überhaupt keinen inhaltlich festgeprägten Verwirklichungsbegriff“, so auch RG. 118, 337 = JW. 1928, 633). Für Wettbewerbs- und Warenzeichentatbestände ist die aus Gedanken von Treu und Glauben, von Ausgleich und Billigkeit, von Rechtswidrigkeit und Schutzwürdigkeit zusammengesetzte Wettbewerbsordnung maßgebend für die Festsetzung einer etwaigen Verwirklichung als Ergebnis; denn als Ergebnis verdient sie nicht etwa eine grundsätzliche Ablehnung.

6. Diese Wettbewerbsordnung stellt sich somit ausgesprochenemassen als ein dynamisches, ein funktionelles Gebilde dar. Es ist die aus dem UnWG. mit seinen Ergänzungen (Warenzeichen-, Zugaben-, RabattG. bis zu dem Gesetz über Wirtschaftswerbung und den Bekanntmachungen des Werberats) hergeleitete Ordnung einer der Allgemeinheit nützlichen privaten Wettbewerbstätigkeit, die auf Leistung, nicht auf Behinderung, auf Wahrheit, nicht auf Blendwerk, auf Rücksicht, nicht auf Skrupellosigkeit aufgebaut ist und in dieser Umgrenzung Ausgleich und lebendiges Funktionieren finden soll (vgl. Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf, Berlin 1933, und Elster, Gesetzliche Wettbewerbsordnung in DAB. v. 12. Dez. 1933). Vor dieser Wettbewerbsordnung muß mit Argumenten wie den oben zu 4 dargelegten bestehen können, was als „Verwirklichungs-“ oder als Geltungsanspruch rechtlich anerkannt werden will. Die Argumente haben im Gesetz ihren Ursprung; Theorien sind nur dazu da, sie zu erkennen, sie zu ordnen und anzuwenden. So kamt es unter Umständen zu dem Spruch kommen, daß ein Recht „verwirkt“ sei, aber trotzdem ist die Verwirklichung kein Rechtsinstitut im Wettbewerbsrecht. Dr. Alexander Elster, Berlin.



sich deren Inhalt für die Bejahung des wertvollen Besitzstandes zu eigen. Darunter finden sich Bestätigungen von Zwischenhandelsfirmen aus verschiedenen Gegenden Deutschlands über jahre- und jahrzehntelangen Bezug der Maschinen- die Marke „Balbonit“ und den Vertrieb durch den einzelnen unter diesem Namen an viele Hunderte von Kunden. Das konnte in Verbindung mit dem Bestand der Firma Wilhelm Sch. in ihrer verschiedenen Gestalt durch 35 Jahre dem Vorderrichter durchaus genügen.

(U. v. 20. Okt. 1933; II 93/33. — Hamburg.) [R.]

5. § 101 BGB. Es wird daran festgehalten, daß die Voraussetzungen des § 101 nur in den Fällen gegeben sind, in denen das BGB. ein Freiwerden des Versicherers wegen des Verhaltens des Versicherungsnehmers bestimmt.†)

Der Bruder des Kl., Walter P., war Eigentümer eines Mühlengrundstücks. Für den Kl. war auf diesem Grundstück eine Hypothek von 20 000 RM eingetragen. Die Gebäude waren bei einer Reihe von Versicherungen gegen Feuer- schaden mit einer Gesamtversicherungssumme von 153 800 RM derart versichert, daß von der Gesamtversicherung pro rata eines jeden Gegenstandes und Wertes die drei Bekl. je 15% übernommen hatten. Die führende Gesellschaft war die Drittbekl. Der Versicherungsvertrag enthielt die Wiederherstellungs- klausel:

„Im Schadensfalle wird die Entschädigung für die versicherten Betriebsgebäude und die Maschinen nur zur Wiederherstellung, d. h. zum Wiederaufbau gleichartiger, denselben Zwecken dienender Gebäude und Maschinen an derselben Stelle gezahlt. . . .“

Kann die Wiederherstellung aus zwingenden Gründen überhaupt nicht erfolgen und ist die Sozietät bereit, in Anerkennung dieser Gründe von der Wiederherstellung abzusehen, so verliert der Versicherungsnehmer den Anspruch auf ein Drittel der für die nicht wiederhergestellten Gebäude und Maschinen berechneten Entschädigung.“

Die Mühle brannte am 22. Juli 1926 ab. Der Schadensbetrag wurde auf 103 527 RM endgültig festgesetzt. Verschiedene Hypothekengläubiger widersprachen der Auszahlung der Brandentschädigung an den Versicherungsnehmer. Gegen diesen wurde ein Strafverfahren wegen Brandstiftung und versuchten Betrugs eingeleitet. Wegen der Anschuldi- gung der Brandstiftung ist er wegen mangelnden Beweises außer Ver- folgung gesetzt worden. Der Betrug sollte versucht sein bei Regelung der Brandschäden an den beweglichen Sachen, die auf Grund eines besonderen Versicherungsscheines versichert waren. Auch von dieser Anklage ist der Versicherungsnehmer rechtskräftig freigesprochen worden. Er hat die Mühlen- gebäude zum Teil wiederherstellen lassen. Auf Antrag eines Hypothekengläubigers wurde die Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung der Grundstücke eingeleitet.

Am 1. März 1928 teilte der Versicherungsnehmer der Drittbekl. mit, daß er von der Wiederaufbauklausel zurück- trete, die Annahme der Leistung zum Wiederaufbau ablehne und Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlange. Daraufhin nahmen die Versicherungsgesellschaften den Standpunkt ein, daß der Versicherungsnehmer nur zwei Drittel der festge- setzten Entschädigung beanspruchen könne und hinterlegten 69 018 RM zugunsten des Versicherungsnehmers, der Hypo- thekengläubiger, der Pfandgläubiger und von Fessionaren.

Über das Vermögen des Versicherungsnehmers wurde am 17. März 1928 das Konkursverfahren eröffnet. Es endete am 26. Dez. 1928 mit einem Zwangsvergleich. Am 10. Dez. 1928 kam das Grundstück zur Zwangsversteigerung. Es wurde ohne

den Anspruch auf die hinterlegte Versicherungssumme und den etwaigen weiteren Versicherungsanspruch dem Kl. zuge- schlagen. Auf Antrag der Gerichtsstafel kam es zur erneuten Versteigerung. In diesem Verfahren erhielt am 25. Nov. 1929 die Drittbekl. den Zuschlag. Wegen der Versicherungs- summe besteht die Zwangsverwaltung weiter.

Der Zwangsverwalter hat zunächst gegen die damals noch in Betracht kommenden sieben Versicherungsgesellschaften Klage auf Zahlung der festgesetzten Versicherungssumme von 103 527 RM erhoben, und zwar beanspruchte er von jeder Versicherungsgesellschaft den nach dem Betrage auf sie ent- fallenden Prozentsatz, von den drei Bekl. des vorl. Rechts- streits je 15%. In dem Rechtsstreit wurde angenommen, daß der Versicherungsnehmer in Höhe von 26 871,01 RM Wieder- aufbauarbeiten ausgeführt habe. In Höhe dieses Betrages wurde die Klage abgewiesen, weil der Zwangsverwalter ins- weit zur Geltendmachung des Anspruchs nicht legitimiert sei. Im übrigen wurden die jetzigen Bekl. und zwei andere be- teiligte Versicherungsgesellschaften verurteilt, je 11 498,40 RM teils an den Zwangsverwalter zu zahlen, teils zu hinterlegen. Über das Vermögen zweier weiterer beteiligten Versicherungs- gesellschaften war im Verlaufe des Rechtsstreits das Konkurs- verfahren eröffnet worden.

Der Zwangsverwalter hat dann gegen die Drittbekl. auf Zahlung von 16 739,30 RM geklagt, weil er mit der Ver- sicherungsforderung in dieser Höhe in dem Konkurs der bei- den Gesellschaften einen Ausfall erleide. Den Klageanspruch hat er damit begründet, daß die Gesellschaften als Gesamt- schuldnern zu haften hätten, und die Drittbekl. auch für den Ausfall aufzukommen habe, weil sie den Schaden durch Ver- letzung ihrer Pflichten als führende Gesellschaft herbeige- führt habe. Diese Klage des Zwangsverwalters ist rechts- kräftig abgewiesen worden.

Der Kl. hatte im März 1928 seine Hypothek an seinen Bruder G. P. abgetreten, der gleichfalls Hypothekengläubiger ist. Dieser erhob auf Grund eines wegen seiner Hypothek er- wirkten Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses Klage gegen die sämtlichen Versicherungsgesellschaften auf Hinterlegung von 103 527 RM zu der zur Befriedigung der Hypotheken- und Pfändungsgläubiger und des Versicherungsnehmers bestimm- ten Masse, und zwar gegen jede Gesellschaft zu dem nach dem Versicherungsschein auf sie entfallenden Prozentsatz, hilfsweise auf Zahlung zu der Zwangsversteigerungsmasse. Diese Klage ist rechtskräftig abgewiesen worden. G. P. hat am 16. Dez. 1931 die Hypothek bzw. alle an deren Stelle getretenen Er- satzansprüche an den Kl. zurückübertragen.

Dieser hat nun in dem vorl. Rechtsstreit seinerseits An- sprüche gegen die drei Bekl. Versicherungsgesellschaften er- hoben. Er hat sich auf den Standpunkt gestellt, daß die Gesell- schaften für die ganze Entschädigungsforderung als Gesamt- schuldnern haften, so daß die jetzigen Bekl. noch über die Beträge hinaus zahlen müßten, zu denen sie in dem ersten Prozesse des Zwangsverwalters verurteilt worden seien. Der Kl. hat weiter geltend gemacht, daß jedenfalls ein Betrag von 26 871,01 RM für Wiederaufbauarbeiten nicht hätte ab- gezogen werden dürfen, weil solche nur im Werte von 11 527 RM ausgeführt worden seien. Die Bekl. müßten also mindestens den Unterschiedsbetrag von 15 344 RM zahlen. Er hat schließlich behauptet, es sei ihm durch den Verzug der Bekl. ein Schaden von mindestens 60 000 RM entstanden, von denen er vorläufig von den Bekl. 70% = 42 000 RM ver- lange; seine Ansprüche stütze er auf § 1127 BGB., § 101 BGB. und die Best. des BGB. über unerlaubte Hand- lungen.

Er hat danach von den Bekl. als Gesamtschuldnern

erscheinen dem RG. nicht als stichhaltig, und zwar m. E. mit Recht. Dagegen werden auch Prölß und Bruck die obige Entsch. billigen müssen. Bei der Verjährung bleibt eine natürliche Verbindlichkeit bestehen, so daß der Versicherer nicht „frei“ geworden ist. Außerdem folgert das RG. aus dem Abs. 2 des § 101 BGB., der nur von der nicht rechtzeitigen Prämienzahlung spricht, den allgemeinen Rechts- gedanken, daß der § 101 BGB. nicht eingreife, wenn der Hypo- thekengläubiger sich selbst schützen könne, wie z. B. im vorl. Falle durch die ihm gegebene selbständige Klage.

RM. Dr. Bartmann, Dortmund.

Zu 5. In seiner oben erwähnten Entsch. JW. 1933, 1834 hat das RG. zu § 101 Abs. 1 BGB., RG. 130, 273 = JW. 1930, 428 zu § 176 Abs. 2 BGB. ausgesprochen, daß eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nicht unter den Begriff „Freiwerden des Ver- sicherers von der Verpflichtung zur Leistung“ falle. Demgegenüber nimmt Prölß mit Bruck u. a. in der Besprechung der erstgenannten Entsch. a. a. O. an, daß bei einer nach dem Versicherungsfall er- folgten Anfechtung der § 101 Abs. 1 BGB. analog anzuwenden sei, die Verpflichtung des Gebäude-Versicherers gegenüber dem Hypotheken- gläubiger also bestehen bleibe. Die von Prölß vorgebrachten Gründe



1. die Hinterlegung von 14 000 *RM* zur Befriedigung der Realgläubiger der versicherten Grundstücke, hilfsweise die Hinterlegung von je 3000 *RM*, von der Drittbekl. die Hinterlegung von 8000 *RM*, hilfsweise die Zahlung von 15 344 *RM*;

2. die Zahlung von 42 000 *RM* verlangt; zu 2 hilfsweise von der Erst- und Zweitbekl. je 9000 *RM*, von der Drittbekl. 24 000 *RM* nebst Zinsen.

OG. erließ Teilurteil:

Die Klage wird hinsichtlich des auf 14 000 *RM*, hilfsweise auf 15 344 *RM* bezifferten Anspruchs abgewiesen. In der BerZinst. verlangte der Kl. Hinterlegung von 16 000 *RM* in erster Linie zur Befriedigung der bei der Zwangsversteigerung ausgefallenen Realgläubiger gegen Erteilung einer beglaubigten Quittung auf den Hypothekenbriefen, evtl. gegen Abtretung der bei der Versteigerung ausgefallenen Forderungen, soweit befriedigt, ferner mit der Maßgabe, daß er beim VollstrVer. ein Teilungsverfahren unter entsprechender Anwendung des für die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen geltenden Teilungsverfahrens beantragen könne unter Ausschluß des Versicherungsnehmers, in zweiter Linie zur Befriedigung des Versicherungsnehmers und der ausgefallenen Realgläubiger. Ber. und Rev. wurden zurückgewiesen.

1. Soweit der Kl. den in der RevZinst. gestellten Antrag auf Hinterlegung von 16 000 *RM* zur Befriedigung der bei der Zwangsversteigerung ausgefallenen Realgläubiger auf § 101 BGB. gestützt hat, hat ihm das BG. die Befugnis abgesprochen, einen solchen Antrag zu stellen, weil er einen ihm auf Grund der bezeichneten Best. etwa zustehenden Anspruch als eigenen Anspruch unmittelbar auf Zahlung an sich richten könne. Auf die Ausstellungen, die die Rev. an dieser Auffassung des Tatrichters macht, braucht indes nicht eingegangen zu werden, weil er ohne Rechtsirrtum verneint hat, daß dem Kl. überhaupt ein Anspruch aus § 101 BGB. gegen die Bekl. zusteht.

2. Das BG. hat angenommen, daß die Bekl. dem Versicherungsnehmer gegenüber nicht von der Verpflichtung zur Leistung frei geworden seien. Diese Feststellung entnimmt es zunächst der Tatsache, daß in dem Rechtsstreit des Zwangsverwalters gegen die Versicherungsgesellschaften entschieden ist, dem Versicherungsnehmer stehe der Anspruch auf die Versicherungssumme zu, insbes. habe er den Anspruch auf ein Drittel derselben nicht deshalb verloren, weil er den Wiederaufbau der Mühle nicht entsprechend der Wiederaufbaukaufel der Drittbekl. vorgenommen habe. In dem vorl. Rechtsstreit sei nichts dargetan, was eine andere Beurteilung rechtfertigen könne. Der Hinweis des Kl. auf die §§ 97—99 BGB. sowie auf den § 17 AllgVerfBed. mehrerer Versicherungsgesellschaften gehe fehl. Aus diesen Best., ebenso wie auch aus dem Art. 48 der damals geltenden Satzung der Drittbekl. ergebe sich nicht, daß die Versicherungsgesellschaft in dem Falle, in dem der Wiederaufbau nicht mehr möglich sei, dem Versicherungsnehmer gegenüber von der Leistung frei sei. Diese Best. dienen lediglich einer Sicherung des Realcredits. Hier sei nur geregelt, unter welchen Voraussetzungen der Versicherungsnehmer die Zahlung beanspruchen könne, im Hinblick darauf, daß die Realberechtigten gegen eine Verfügung des Versicherungsnehmers über die Entschädigungssumme ohne ihre Befriedigung gesichert sein sollten. Diese Sicherung sei hier im übrigen durch den Tatbestand der Zwangsverwaltung erreicht, die dem Verwalter auch die Berechtigung gebe, die Versicherungssumme zu verlangen. Das BG. widerspricht weiter der Auffassung des Kl., daß die Voraussetzungen des § 101 Satz 1 BGB. insoweit gegeben seien, als der Zwangsverwalter mit seiner Nachtragsklage auf Zahlung von 16 739 *RM* rechtskräftig abgewiesen sei. Die Klage sei abgewiesen worden, weil dem Versicherungsnehmer gegen die einzelnen Versicherungsgesellschaften ein höherer Anspruch als 15% bzw. 10% nicht zustehe. Das BG. meint, in einem derartigen Falle könne nicht die Rede davon sein, daß die Versicherungsgesellschaften infolge des Verhaltens des Zwangsverwalters von der Verpflichtung zur Leistung i. S. des § 101 Abs. 1 Satz 1 BGB. frei seien. Es treffe auch nicht zu,

daß der Zwangsverwalter auf den Betrag von 15 344 *RM* für nicht ausgeführte Wiederaufbauarbeiten verzichtet habe. Soweit schließlich die Forderung des Versicherungsnehmers verjährt sei, komme die Best. des § 101 BGB. nicht in Betracht, weil Verjährung nicht darunter falle.

Die Rev. vermisst eine Darlegung des BG., mit welchem Rechte der Versicherungsnehmer heute noch einen Anspruch aus dem Versicherungsvertrage geltend machen könne. Er habe nicht nur den Wiederaufbau abgelehnt, sondern seine Ansprüche seien auch der Verjährung ausgesetzt gewesen. Nichts stehe der Annahme entgegen, daß auch passives Verhalten des Versicherungsnehmers als Verhalten anzusehen sei, das den Versicherer von der Leistung frei mache. Die Ansprüche der Realgläubiger seien an sich selbständige und würden von der Verjährung, die gegen den Versicherten laufe, nicht betroffen. Denn einmal sei die Entstehung ihrer Ansprüche sachlich und zeitlich nicht an den Anspruch des Versicherten gebunden, dann aber sei es mindestens zweifelhaft, ob der Anspruch aus § 101 BGB. überhaupt unter die verjährungsrechtliche Verjährung falle.

Entgegen der Auffassung der Rev. wäre es Sache des Kl. gewesen, darzulegen, daß bzw. inwieweit die Bekl. wegen des Verhaltens des Versicherungsnehmers von ihrer Verpflichtung zur Leistung frei seien. Die Rev. meint, der Versicherungsnehmer habe nicht nur den Wiederaufbau abgelehnt, seine Ansprüche seien auch der Verjährungseinrede ausgesetzt gewesen. Das BG. hat festgestellt, daß der Versicherungsnehmer nicht den Anspruch auf ein Drittel der Versicherungssumme verloren habe, weil er nicht entsprechend der Wiederaufbaukaufel den Wiederaufbau vorgenommen habe. Verjährung aber falle nicht unter den § 101 Abs. 1 BGB. Das BG. hat in Übereinstimmung mit der Entsch. des erf. Sen. v. 28. April 1933, VII 10/33 (JW. 1933, 1834<sup>10</sup>), zutreffend angenommen, daß die Voraussetzungen des § 101 Abs. 1 nur in den Fällen gegeben sind, in denen das BGB. ein Freiwerden des Versicherers von der Verpflichtung zur Leistung wegen des Verhaltens des Versicherungsnehmers bestimmt. An dieser Auffassung wird auch gegenüber den Ausstellungen festgehalten, die an der Abdruckstelle an dem Ur. des Sen. gemacht werden. Um ein solches Freiwerden des Versicherers handelt es sich aber nicht im Falle der Verjährung nach § 12 Abs. 1 (anders § 12 Abs. 2) BGB. Im übrigen läßt aber auch die Verjährung den Anspruch des Versicherungsnehmers selbst nicht erlöschen, sondern gibt dem Verpflichteten nur das Recht zur Verweigerung der Leistung, mithin nur eine verzichtbare Einrede, deren Geltendmachung von seinem Belieben abhängt und daher nicht von Amtes wegen unterstellt werden kann. Daraus folgt, daß im Falle der Verjährung des Anspruchs auf die Versicherungssumme nicht von einem Verhalten des Versicherungsnehmers gesprochen werden kann, das den Versicherer von der Leistung „frei“ macht. Gegen die Einbeziehung der Verjährung in den § 101 Abs. 1 BGB. spricht weiter die Erwägung, daß das Gesetz im § 101 Abs. 1 BGB. den Hypothekengläubiger gegen Handlungen oder Unterlassungen des Versicherungsnehmers schützen will, gegen die er sich sonst nicht schützen kann. Kann er sich schützen, so greift § 101 nicht ein. Das folgt aus § 101 Abs. 2, wo bestimmt ist, daß die Vorschr. des Abs. 1 Satz 1 keine Anwendung findet, wenn der Versicherer wegen nicht rechtzeitiger Prämienzahlung von der Verpflichtung zur Leistung frei ist. Denn hier kann der Hypothekengläubiger sich selbst helfen, weil ihm der Versicherer nach § 103 von der nicht rechtzeitigen Prämienzahlung unverzüglich Mitteilung zu machen hat. Das gleiche gilt im Falle der Verjährung des Versicherungsanspruchs, weil der Hypothekengläubiger sich nach §§ 1128 Abs. 2, 1281, 1282 BGB. gegen die Verjährung dadurch schützen kann, daß er selbst die Zahlung verlangt.

3. Die Rev. bittet nachzuprüfen, ob der Verzug der Bekl. nicht zur Grundlage eines Schadensanspruchs aus §§ 823, 826 BGB. dienen könnte. Dahin hatte der Kl. in den Vorinstanzen seinen Anspruch auf Zahlung von 42 000 *RM* begründet, über den bisher nicht entschieden ist. Im übrigen hat das BG. zutreffend ausgeführt, daß es insoweit an einer Grundlage für einen Antrag auf Hinterlegung fehle und das



Vorbringen des Kl. zur Annahme einer unerlaubten Handlung der Bekl. i. S. jener Bekl. nicht ausreiche.

4. Das BG. hat schließlich dem aus §§ 1127 ff. BGB. hergeleiteten Anspruch des Kl. den Erfolg verweigert, weil ihm die von den Bekl. erhobene Einrede der Verjährung entgegenstehe. In dem Prozeß des Zwangsverwalters gegen die Versicherungsgesellschaften habe der Sen. entschieden, daß die Gesellschaften die Entschädigung bereits i. J. 1927 hätten zahlen müssen. Die Klage sei erst i. J. 1931 erhoben worden. Dem Anspruche des Kl. wegen der 15344 RM., von denen die Bekl. nach dem Vertrage nur je 15% zu leisten hätten, stehe schließlich noch die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegen, weil G. P. in seiner Sache von jedem der Bekl. 15% der vollen Entschädigungssumme auf Grund der Abtretung der Hypothek des Kl. verlangt habe.

Die Rev. bemängelt zunächst, daß das BG. die Einrede der Verjährung durchgreifen läßt. Diese Rüge ist unbegründet. Im Rahmen der §§ 1127 ff. BGB. kann der Hypothekengläubiger keine weiteren Ansprüche geltend machen als der Versicherungsnehmer; denn er klagt als Pfandgläubiger an der Versicherungsforderung nur aus dem Rechte des Versicherungsnehmers. Er muß sich deshalb auch die Einrede der Verjährung in demselben Umfang entgegenhalten lassen, wie es der Versicherungsnehmer mußte. Dem Versicherungsnehmer könnte die Einrede aber bezüglich der 15344 RM. entgegengesetzt werden, denn der Verkl. hat festgestellt, daß die Versicherungsentschädigung bereits i. J. 1927 hätte gezahlt werden müssen, die Klage aber erst i. J. 1931 erhoben ist. Greift die Einrede der Verjährung aber durch, so kommt es nicht mehr darauf an, ob die weiteren Erwägungen zutreffen, aus denen das BG. dem Anspruche des Kl. unter dem Gesichtspunkt der §§ 1127 ff. BGB. nicht Folge gegeben hat.

(U. v. 13. Okt. 1933; VII 79/33. — Stettin.) [S.]

(= RG. 142, 66.)

**\*\*6.** § 1 PrKommBeamtG.; § 1 RBG.; § 5, 6 BeamtRG. v. 30. Juni 1933.

1. Erfordernisse für die Anstellungsurkunde nach § 1 KommBeamtG.; sie darf nicht eine innere dem Beamten zur Kenntnismache vorgelegte Verfügung sein, sondern muß ihm als Urkunde ausgehändigt werden. Begriff der Berufung als Beamter i. S. des RBef. v. 30. Juni 1933.

2. Der Richter ist nicht befugt, einem ordnungsmäßig erlassenen Gesetz seines Inhaltes wegen die Anwendbarkeit abzuspochen.†)

Der Landrat als Vorsitzender des Kreisausschusses hat in den Personalakten des Kl. am 16. Mai 1928 folgende Bfg. mit seinem Namenszeichen versehen:

Zu 6. Mit diesem Urte. wird endlich eine, durch viele Jahre hindurch starke Beunruhigung aller Beteiligten verursachende, Meinungsverschiedenheit zwischen dem RG. einerseits und der preuß. bzw. Reichsregierung andererseits beigelegt (siehe hierzu meine Bemerkungen zu dem Urte. v. 28. Mai 1931: JW. 1932, 488 ff.). Wenn das RG. jetzt den Standpunkt vertritt, daß auch durch die Ausübung obrigkeitlicher Funktionen nicht mehr automatisch die Beamteneigenschaft erworben werden könne, so schließt es sich damit nur einer in der Literatur seit längerer Zeit herrschenden Meinung an (Dassar, v. Wasse, Leinebeber, Röttgen u. a.), die schon vor dem RBef. v. 30. Juni 1933 und seiner ausdrücklichen Bestimmung diesen von der bisherigen Judikatur des 3. Sen. behaupteten Rechtsgrundsatz nicht anzuerkennen vermochte. Insofern muß daher die jetzt von dem Senat vollzogene Schwenkung uneingeschränkt begrüßt werden, nur daß in dem Urte. selber diese „Schwenkung“ nicht als solche, sondern als lediglich durch die seitherige Gesetzgebung verursachte Änderung der bisherigen Rechtslage und eine hierdurch bedingte neue Judikatur in Erscheinung tritt. Wie aus den Entscheidungsründen hervorgeht, hat sich der Kl. im vorl. Fall auf das berühmte Urte.: RG. 125, 420 ff. = JW. 1929, 3382 berufen, demzufolge der von dem RG. unterstellte allgemeine Rechtsgrundsatz durch keinerlei gesetzliche Bestimmung — mag diese auch mit verfassungsbekämpfender Kraft beschlossen worden sein — außer Kraft gesetzt werden könne, da der Gesetzgeber damit die auch für ihn geltenden Schranken, wie sie im Begriff des Beamten gegeben sind, überschreiten würde. Soweit es sich um die materialrechtliche Seite des Fragenkomplexes handelt, ist

1. Herr B. — d. i. der Kl. — hat auf meine Anordnung am 12. Mai 1928 die Bearbeitung der Dienstgeschäfte der Abt. IV des Kreisausschusses übernommen. Die Vergütung desselben wird hiermit vom 12. Mai 1928 ab einschl. Steuern auf monatlich 293 RM festgesetzt.

2. Herrn B. zur Kenntnis.

3. Der Abt. V zur Anweisung der Vergütung.

4. J. d. U.

Der Kl. hat neben Nr. 2 dieser Bfg. vermerkt:

„Kenntnis genommen! 16. Mai 1928. P.“

Der vom Kl. eingenommene Standpunkt, die Bfg. v. 16. Mai 1928 enthalte eine genügende Anstellungsurkunde, mindestens i. S. des KommBeamtG., aber auch i. S. des RBef. v. 30. Juni 1933, ist unhaltbar. Die Urkunde v. 16. Mai 1928 enthält selbst weder eine Übertragung von Dienstgeschäften, noch gar eine Anstellung als Beamter, sondern vermerkt unter Nr. 1 zunächst lediglich, daß eine Übertragung von gewissen Dienstgeschäften mündlich stattgefunden habe, und regelt sodann unter derselben Nummer die Vergütung. Es kann dahingestellt bleiben, ob als Anstellungsurkunde i. S. des KommBeamtG. auch eine Urkunde angesehen werden kann, in der nicht die Anstellung selber ausgesprochen, sondern lediglich bezeugt wird, daß eine Anstellung stattgefunden hat. Jedenfalls bezeugt die Bfg. nicht eine Anstellung als Beamter, sondern nur eine Übertragung von Dienstgeschäften. Dem Erfordernis des § 1 KommBeamtG. ist aber auch insofern nicht genügt, als es an einer Aushändigung der Urkunde an den Kl. fehlt; die Vorlage der in den Akten enthaltenen und verbliebenen Bfg. lediglich zur Einsichtnahme ist keine Aushändigung. Schon aus diesen Gründen kann aber auch nicht die Rede davon sein, daß die Bfg. v. 16. Mai 1928 als Anstellungsurkunde i. S. des § 1 RBef. v. 30. Juni 1933 angesehen werden könnte. Nun wäre allerdings nach § 5 Abs. 1 i. Verb. mit § 6 Abs. 1 Satz 1 RBef. v. 30. Juni 1933, da die angebliche Anstellung vor dem Inkrafttreten dieser Vorschr. (1. Juli 1933) liegen würde, die Aushändigung einer dem § 1 RBef. v. 30. Juni 1933 entsprechenden Anstellungsurkunde nicht erforderlich, sondern eine sonstige Ver. als Beamter ausreichend. Aber § 6 Abs. 1 Satz 3 fordert doch wieder für solche älteren Ver. die Einhaltung landesrechtlich bestimmter Formen, für den vorl. Fall also die Aushändigung einer Anstellungsurkunde i. S. des § 1 KommBeamtG.

Danach kommt in der Tat nur in Frage, ob der Kl. durch die Übertragung einer mit obrigkeitlichen Aufgaben verbundenen Tätigkeit Beamter geworden ist. Ein solcher Erwerb der Beamteneigenschaft war zwar nach der ständigen Rspr. des RG. rechtlich möglich, wird aber durch das Gesetz v. 30. Juni 1933 mit rückwirkender Kraft ausgeschlossen (§ 5 Abs. 2 letzter Satz i. Verb. m. § 6). Der Kl. will diesem Ausschluß mit der dem Urte. des Sen. v. 11. Okt. 1929: RG. 125,

dieses Urte. mit Recht auf Widerspruch gestochen. Soweit das RG. jedoch hier wie in anderen Fällen ein materielles Prüfungsrecht für sich in Anspruch nahm, hielt es sich durchaus im Rahmen der herrschenden Rechtsüberzeugungen. Solange nicht durch den Gesetzgeber die Frage des richterlichen Prüfungsrechts von sich aus entschieden wird, liegt auch heute offenbar kein Anlaß vor, von der bisherigen Linie der Rspr. in der Frage des richterlichen Prüfungsrechts abzugehen. Es erscheint daher nicht unbedenklich, wenn das RG. in dem oben abgedruckten Urte. offenbar den von ihm in vielen Urte. immer wieder neu begründeten Gedanken des richterlichen Prüfungsrechts ohne viel Aufhebens weitgehend fallen läßt und sich mit dieser Begründung bereit erklärt, reichsgesetzliche Bestimmungen zur Anwendung zu bringen, die am Maßstab der in früheren Urte. geäußerten Rechtsanschauungen des RG. gemessen, schwerlich als gültiges Recht angesprochen werden können. Muß man daher auch mit dem Ergebnis der Entsch. gewiß übereinstimmen, so doch nicht bezweigen, weil der Richter nicht befugt sei, ein ordnungsmäßig erlassenes Gesetz kritisch am Maßstab höherer Rechtsnormen zu überprüfen, sondern weil die bisherige Judikatur des 3. Sen., die offenbar auch in diesem Urte. noch nicht aufgegeben werden sollte, von irtümlichen Voraussetzungen ausging, weil es insbes. jene allgemeine Rechtsnorm, auf Grund deren mit der tatsächlichen Ausübung obrigkeitlicher Funktionen automatisch der Erwerb der Beamteneigenschaft verbunden sein soll, nicht gibt und auch nicht gegeben hat, so daß also auch kein Gesetz gegen sie verstoßen konnte.

Prof. Dr. Röttgen, Greifswald.



420 ff.<sup>1)</sup> entlehnten Erwägung entgegneten, die Vorschr. sei ungültig, weil sie etwas rechtlich Unmögliches und Unburchführbares angeordnet habe. Demgegenüber ist darauf hinzuweisen, daß schon in RG. 134, 21<sup>2)</sup> der erf. Sen. ausdrücklich an seinem schon RG. 107, 317<sup>3)</sup> ausgesprochenen Rechtsstandpunkt festgehalten hat, daß der Richter grundsätzlich nicht befugt ist, einem ordnungsmäßig erlassenen Gesetz seines Inhalts wegen die Anwendbarkeit abzuspüren. Daß das RG. v. 30. Juni 1933 ordnungsmäßig erlassen ist, kann einem Zweifel nicht unterliegen. Auf Grund dieses Gesetzes ist also davon auszugehen, daß der Kl. auch durch die Betrauung mit obrigkeitlicher Tätigkeit und ihre Ausübung nicht Beamter geworden ist.

(U. v. 27. Okt. 1933; III 116/33. — Düsseldorf.) [Sch.]  
(= RG. 142, 56.)

**\*\*7.** § 57 Nr. 2 RWG.; § 78 RWG. v. 30. Juni 1933.

1. Einkünfte bei der Technischen Nothilfe gelten beamtenrechtlich als aus öffentlichen Mitteln herrührend.

2. § 78 ist eine dem Rechtsfrieden dienende Kostenbestimmung. Die Frage, wer von den Parteien materiell im Rechte ist, kann nicht berücksichtigt werden.

Nach Inkrafttreten des RWG. v. 30. Juni 1933 (RW-AndG.) hat gem. § 57 Nr. 2 RWG. in der Fass. v. 30. Juni 1933 auf Antrag des RWB. der RZM. nach Anhörung des RZM. am 7. Aug. 1933 entschieden, daß die in § 57 Nr. 2 Abs. 2 Buchst. a RWG. aufgestellte Voraussetzung bei der Technischen Nothilfe e. V. erfüllt sei, weil ihre Einkünfte mit mehr als der Hälfte unmittelbar aus den Mitteln von Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts fließen. Der Kl. hat darauf beantragt, den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt zu erklären und die gesetzliche Kostenfolge des § 78 RW-AndG. auszusprechen.

Sie hat damit eingeräumt, daß sie einen Antrag auf Zurückweisung der Rev. nicht mit Erfolg stellen könne und hat ihren Willen zum Ausdruck gebracht, die frivollen Ansprüche nunmehr nicht weiterverfolgen zu wollen. Durch dieses Nachgeben der Kl. ist der Streit der Parteien über die Hauptsache beseitigt. Über die Hauptsache besteht nunmehr unter den Parteien keine Meinungsverschiedenheit, kein Streit mehr. Das Gericht ist dadurch der Notwendigkeit überhoben worden, über den Streit in der Hauptsache zu entscheiden; der Rechtsstreit hat sich also in der Hauptsache erledigt. Daß die Kl. nunmehr ihren Widerstand gegen den Rechtsstandpunkt des Bf. aufgegeben hat, hat seinen Grund in den Vorschr. des RW-AndG., der Rechtsstreit hat also auf Grund der Vorschr. dieses Gesetzes seine Erledigung gefunden. Damit ist der Tatbestand des § 78 RW-AndG. gegeben, und es hat die hier vorgeschriebene Gesetzesfolge einzutreten.

Das bekl. Deutsche Reich hat dem widersprochen. Es hat geltend gemacht: Die Klage sei schon nach altem Recht unbegründet und zur Abweisung reif gewesen, was zur Folge hätte haben müssen, daß die Kl. zur Tragung aller Kosten des Rechtsstreits verurteilt werde. Diese Rechtslage des Bf. bei der er völlig frei von Kosten ausgegangen wäre, könne durch das RW-AndG. nicht verschlechtert werden; denn dieses i. Verb. m. dem Spruch des RZM. v. 7. Aug. 1933 habe den bereits vorhandenen Gründen für die Klageabweisung nur noch einen neuen hinzugefügt. Dem kann aber nicht beigetreten werden.

Ein gleicher Meinungsstreit hat sich seinerzeit an § 82 AufwG. angeknüpft. (Wird näher ausgeführt.) In RG. 112, 302<sup>1)</sup> wird ausgeführt: Die Vorschr. des § 82 AufwG. sei eine dem Rechtsfrieden dienende Kostenbestimmung. Wenn eine Erledigung in der Hauptsache infolge der neuen Vorschr. des AufwG. erfolge, so trete die in § 82 vorgesehene Kostenregelung ohne weiteres kraft Gesetzes ein und das ProzGer. sei überhaupt nicht in der Lage, eine davon abweichende Kostenverteilung vorzunehmen. Darum sei auch ein Streit der Parteien über eine anderweite Kostenentsch. — etwa unter

dem Gesichtspunkt, wie nach der früheren Rechtslage zu entscheiden gewesen wäre — gegenstandslos, und ein gegen die Erledigung erhobener Widerspruch einer Partei, der lediglich die gesetzliche Kostenfolge abwenden wolle, sei nicht zu beachten. Das RG. hat in der Folgezeit an dieser Auffassung ständig festgehalten und ihr auch in der Rpr. der Untergerichte Anerkennung verschafft. Auch das Schrifttum hat sich auf diesen Standpunkt gestellt. § 78 RW-AndG. stimmt in seinem Wortlaut mit § 82 AufwG. so weitgehend überein, daß die Annahme gerechtfertigt ist, der Gesetzgeber des § 78 RW-AndG. habe diese Vorschr. so ausgelegt und angewandt wissen wollen, wie § 82 AufwG. nach Erledigung des Meinungsstreits schließlich ständig angelegt und angewandt worden ist. Die in RG. 112, 302<sup>2)</sup> in bezug auf § 82 AufwG. angestellten Erwägungen treffen durchweg auch auf § 78 RW-AndG. zu. Wenn das bekl. Reich geltend macht, es sei unbillig, daß es infolge des Nachgebens der Kl. seine außergerichtlichen Kosten dreier Rechtszüge tragen müsse, während bei Fortsetzung des Streits die Kl. auch ohne die Änderung des RWG. unterlegen und zur Tragung aller Kosten verurteilt worden wäre, so kann das nicht durchschlagen. Ob ohne das Dazwischentreten des RW-AndG. die Klage hätte abgewiesen werden müssen, kann nur durch Erörterung des streitigen Anspruchs auf der Grundlage des früheren Rechts ermittelt werden. Lediglich um eine Kostenentsch. geben zu können, müßte also der unter den Parteien bereits erlebte Rechtsstreit über die Hauptsache von den Parteien durchgefochten und vom Gericht entschieden werden. Das Ziel des Rechtsstreits, Wiederherstellung des Rechtsfriedens, wird dadurch in die Ferne gerückt und es wird ein Kraftaufwand, der dem Gegenstand des Hauptstreits angemessen ist, für die Lösung eines Nebenstreits vertan. Dazu kommt folgendes. Das RW-AndG. will, wie auch die antilige Begr. (RW-BefehlBl. 1933, 101) deutlich erkennen läßt, dem Meinungsstreit ein Ende bereiten, der zwischen Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichten einerseits, und den ordentlichen Gerichten, namentlich dem RG., andererseits, hinsichtlich der Tragweite der Verfassungsvorschr. über den Schutz wohlervorbener Beamtenrechte bestand. Dieser im allgemeinen Staatsinteresse bedauerliche Meinungsstreit würde jedoch verewigt, wenn zur Herbeiführung einer Kostenentsch. trotz der neuen gesetzlichen Regelung doch wieder die frühere Rechtslage erörtert werden müßte. Alles das wird durch die neue Kostenregelung vermieden. Daß sie in besonderen Fällen zu unbilligen Ergebnissen führen kann, muß zugegeben werden. Solche Unbilligkeiten hat aber der Gesetzgeber ersichtlich in Kauf genommen. Noch die 2. WD. zur Durchf. des Art. 2 der III. StNotWD. v. 24. Mai 1924, die in § 7 eine dem § 78 RW-AndG. gleichartige Kostenvorschr. enthielt, gab dem ProzGer. die Möglichkeit, über die außergerichtlichen Kosten anders zu entscheiden, wenn dies zur Vermeidung offenbar unbilliger Härten geboten sei. Aber schon § 82 AufwG. ließ diese Härten fallen und gab damit zu erkennen, daß zur Erreichung einer glatten Durchschnittslösung auf Unbilligkeiten im Einzelfall keine Rücksicht genommen werden solle. Darin ist ihm § 78 RW-AndG. gefolgt.

Der Widerspruch des Bf. verfolgt allein den Zweck, die Kostenfolge des § 78 zu vermeiden. Er kann deshalb keine Beachtung finden. Eine ausdrückliche Aufhebung des Bf. und Abweisung der Klage braucht nicht zu erfolgen; es genügt die urteilsmäßige Feststellung, daß der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt ist.

(U. v. 24. Okt. 1933; III 15/33. — Berlin.) [Sch.]  
(= RG. 142, 47.)

**8. PrGVollzG.** Der Gerichtsvollzieher (GVollz.) darf nur für den inneren Bürodienst sich eines Gehilfen bedienen. Seine eigentliche Amtsausübung, insbes. die gesamte Zustellungstätigkeit muß er persönlich erledigen.†)

Art. 78 GGWB. läßt die landesgesetzlichen Vorschriften

<sup>1)</sup> ZB. 1929, 3332. <sup>2)</sup> ZB. 1932, 494. <sup>3)</sup> ZB. 1924, 458.

<sup>1)</sup> ZB. 1929, 3332. <sup>2)</sup> ZB. 1932, 494. <sup>3)</sup> ZB. 1924, 458.  
<sup>4)</sup> ZB. 1926, 1795.

<sup>2)</sup> ZB. 1926, 1795.  
Zu 8. Die Entsch. ist von grundsätzlicher Bedeutung, und zwar um so mehr, als wohl mit Recht angenommen werden kann, daß die GVollz. bei den sehr zahlreichen Zustellungen durch die Post — im



unberührt, nach welchen die Beamten für die von ihnen angenommenen Gehilfen in weiterem Umfang als nach dem BGB. haften. Die auf Grund des § 154 BGB. und des § 73 PrOVG. erlassene PrOVollzD. bestimmt nun in § 27 Abs. 1 in der i. S. 1928 maßgeblichen Fassung (vgl. Schröder, *OVollzD.* S. 20): „Der OVollz. hat sein Amt persönlich auszuüben; er ist nicht befugt, die Ausführung eines Dienstgeschäfts einer anderen Person zu übertragen. Die Beschäftigung von Postgehilfen unter Verantwortlichkeit des OVollz. zur Hilfeleistung bei Erledigung von Schreibarbeiten, einschließlich der Entwürfe zu Zustellungsurkunden und der Vorbereitung von Protokollen und bei der Registerführung regelt sich nach den hierüber getroffenen Bestimmungen (vgl. § 60 Abs. 7 und AllgVfg. v. 18. Jan. 1898 (SMBl. 199)).“ Der angeführte § 60 Abs. 7 besagt: „Die Register hat der OVollz. selbst zu führen. Der aufsichtführende Amtsrichter ist ermächtigt, unter besonderen Umständen die Registerführung durch einen Privatgehilfen des OVollz. zu gestatten; der OVollz. bleibt aber auch in diesem Falle für die Führung verantwortlich.“ Die AllgVfg. v. 18. Juli 1898 (SMBl. 199; Schröder S. 93) bestimmt, ein OVollz., der Gehilfen beschäftigt, habe vor Annahme und Entlassung eines solchen dem aufsichtführenden Amtsrichter Anzeige zu erstatten. Ferner ist in der Rundverfügung des preuß. ZM. v. 25. Febr. 1926 (I 2085; Schröder S. 75 ff. unter Nr. 6 [79]) bestimmt, es sei, um die Arbeitskraft der OVollz. für die Zustellungs- und Vollstreckungstätigkeit freizumachen, darauf zu halten, daß sie, sobald die Geschäftslast eine entsprechende Höhe erreiche, zu ihrer Entlastung im inneren Dienst eine zuverlässige Schreibhilfe einstellen, hierbei seien §§ 27 Abs. 1, 60 Abs. 7 OVollzD. und die dazu ergangenen ergänzenden Verfügungen genau zu beachten. Die AllgVfg. des preuß. ZM. v. 15. Mai 1930 (SMBl. 159; Sattelmacher-Lenz-Schröder, *Das Gerichtsvollzieherwesen 1930* S. 288 [nebst Nachtrag 1933]) hat zwar die AllgVfg. v. 18. Juli 1898 aufgehoben, jedoch die Anzeigepflichtbestimmung wiederholt und nur dahin eingeschränkt, daß sie sich nicht auf Angehörige erstrecke, welche in der hänzlichen Gemeinschaft des OVollz. leben. In der Rundverfügung v. 29. April 1930 (I 6774; Sattelmacher-Lenz-Schröder S. 289) über die Büro- und Schreibgehilfen der OVollz. sind in Ergänzung der vorgenannten AllgVfg. allgemeine Anordnungen über Auswahl und Aufsichtigung dieser Gehilfen und den Inhalt der mit ihnen zu schließenden Dienstverträge erlassen worden.

Hieraus ergibt sich, daß nach § 27 Abs. 1 BGB. i. S. 1928 — wie auch noch jetzt — die Heranziehung von Gehilfen nur für den inneren Bürodienst geregelt worden ist. Die besondere Wichtigkeit der Zustellungstätigkeit des OVollz.

Rechnungsjahre 1932 waren es 2 208 879 — nicht selten in der vom RG. mißbilligten — Art und Weise verfahren, wie es in dem vom RG. entschiedenen Falle geschehen ist. Die OVollz. werden sich nicht ganz ohne Grund, darauf berufen, daß es ihren Geschäftsbetrieb stark belaste, wenn man ihnen auch noch die persönliche Beförderung der postfertigen Zustellungsfindungen zur Post zumute, und ferner darauf hinweisen, daß im Schrifttum (vgl. Stein-Jonas, *Ann. I* zu § 194 ZPO.) die Auffassung vertreten werde, die ZPO. sehe die persönliche Übergabe der Sendung zur Post nicht vor, die auch der Beamte der Geschäftsstelle bei Zustellungen durch die Post in der Regel durch den Justizwachtmeister bewirken lasse. Gleichwohl ist der Entsch. zuzustimmen; sie entspricht den Grundsätzen, die von der Justizverwaltung in den von ihr erlassenen Dienstvorschriften stets befolgt worden sind. An dem in § 27 OVollzD. aufgestellten Grundsatz der persönlichen Amtsausübung ist auch gegenüber den — in bestimmten Grenzen auch von der Justizw. geförderten — Befreiungen der stark beschäftigten OVollz., sich durch Einstellung von Büro- und Schreibkräften zu entlasten, stets festgehalten worden. Diese Entlastung mußte vorwiegend auf den inneren Dienst beschränkt bleiben und durfte sich hier, wie vor allem im Außendienst, nur auf rein mechanische Dienstleistungen erstrecken. Mit Recht verneint aber das RG., daß es sich bei der Beförderung und Übergabe der Sendungen an die Post — mag sie durch Aufgabe am Postschalter oder durch Einwerfen in den Postbriefkasten geschehen — um Vorgänge des inneren Dienstes oder um rein mechanische Dienstleistungen handele. Die Übergabe der Sendung an die Post ist ein Teil des Gesamtzustellungsverfahrens und ersetzt das förmliche Ersuchen des OVollz. an die Post um Bewirkung der Zustellung. Der OVollz. muß diesen Vorgang auch in urkundlicher Form auf der Urschrift des zuzustellenden Schriftstückes oder auf einem damit zu verbindendem Bogen als

geschehen bezeugen, und das hierfür vorgeschriebene Muster Nr. 14 läßt keinen Zweifel daran, daß die Übergabe durch ihn persönlich geschehen muß. — Für den Fall der Zustellung durch Aufgabe zur Post ist die Notwendigkeit der persönlichen Übergabe in § 39 Nr. 3 GeschAnw. ausdrücklich betont. Man könnte versucht sein, daraus, daß das für den hier in Frage stehenden Fall der Zustellung durch die Post nicht geschehen ist, den Schluß zu ziehen, daß also die Dienstvorschriften selbst für diesen Fall das Erfordernis der persönlichen Übergabe nicht aufstellten. Das wäre ein Irrtum. In jenem Falle wird die Zustellung selbst unmittelbar mit der Übergabe an die Post vollzogen, im zweiten Falle dagegen erfolgt die eigentliche Zustellung i. e. S. erst durch den Postboten. Mit gutem Grunde hat deshalb die Justizw. bei Zustellungen durch Aufgabe zur Post, die an sich schon aus § 27 OVollzD. folgende Pflicht der persönlichen Übergabe nochmals betont, da bei abweichender Behandlung Bedenken gegen die Rechtswirksamkeit der Zustellung auftauchen könnten. — Der vom RG. entschiedene Fall zeigt im übrigen, daß aus Gründen der Rechtssicherheit in der Tat ein abweichendes Verfahren nicht geduldet werden kann. Die OVollz. sind vielfach gar nicht in der Lage, ältere, gereifte Hilfskräfte einzustellen, sondern müssen sich allzoonft mit jugendlichen Kräften begnügen, die nicht immer das erforderliche Maß von Verantwortungsbewußtsein besitzen und nicht die Gewähr für den sicheren Verlauf der ihnen anvertrauten Beförderung bieten, wie das umgekehrt bei den Staatsbediensteten der Fall ist, deren sich der Beamte der Geschäftsstelle des Gerichts bei entsprechenden Zustellungen bedienen kann. Der Schadensfall hätte in dem hier besprochenen Rechtsfall nicht eintreten können, wenn der OVollz. den Dienstvorschriften entsprechend die Übergabe an die Post als seine persönliche Dienstpflicht angesehen und vorgenommen hätte.

(U. v. 4. Okt. 1933; 118/33 V. — Düsseldorf.) [Sch.]

9. § 13 BGB.; § 549 ZPO.; § 56 Nr. 8 Westf-StädteD.; V.D. des RPräs. v. 24. Aug. 1931; PrOV. v. 12. Sept. 1931 4. Teil Kap. I § 3.

1. Öffentlich-rechtliche Ansprüche, die auf rein vertraglicher Regelung beruhen, haben eine privatrechtliche Grundlage.

2. § 56 Nr. 8 ist keine revisible Rechtsnorm.

3. Die V.D. v. 24. Aug. 1931 ist gültig, ebenso obiger § 3.

4. Die Voraussetzungen des § 3 sind gegeben, wenn nach der Vereinbarung die Leistungen auch nicht unmittelbar an die Beamten usw. zu erfolgen haben, wenn sie nur zu ihren Gunsten und in Erfüllung einer ihnen gegenüber zu erfüllenden Pflicht bestehen.

5. Ob die Maßnahme im Einzelfall zum Aus-

geschehen bezeugen, und das hierfür vorgeschriebene Muster Nr. 14 läßt keinen Zweifel daran, daß die Übergabe durch ihn persönlich geschehen muß. — Für den Fall der Zustellung durch Aufgabe zur Post ist die Notwendigkeit der persönlichen Übergabe in § 39 Nr. 3 GeschAnw. ausdrücklich betont. Man könnte versucht sein, daraus, daß das für den hier in Frage stehenden Fall der Zustellung durch die Post nicht geschehen ist, den Schluß zu ziehen, daß also die Dienstvorschriften selbst für diesen Fall das Erfordernis der persönlichen Übergabe nicht aufstellten. Das wäre ein Irrtum. In jenem Falle wird die Zustellung selbst unmittelbar mit der Übergabe an die Post vollzogen, im zweiten Falle dagegen erfolgt die eigentliche Zustellung i. e. S. erst durch den Postboten. Mit gutem Grunde hat deshalb die Justizw. bei Zustellungen durch Aufgabe zur Post, die an sich schon aus § 27 OVollzD. folgende Pflicht der persönlichen Übergabe nochmals betont, da bei abweichender Behandlung Bedenken gegen die Rechtswirksamkeit der Zustellung auftauchen könnten. — Der vom RG. entschiedene Fall zeigt im übrigen, daß aus Gründen der Rechtssicherheit in der Tat ein abweichendes Verfahren nicht geduldet werden kann. Die OVollz. sind vielfach gar nicht in der Lage, ältere, gereifte Hilfskräfte einzustellen, sondern müssen sich allzoonft mit jugendlichen Kräften begnügen, die nicht immer das erforderliche Maß von Verantwortungsbewußtsein besitzen und nicht die Gewähr für den sicheren Verlauf der ihnen anvertrauten Beförderung bieten, wie das umgekehrt bei den Staatsbediensteten der Fall ist, deren sich der Beamte der Geschäftsstelle des Gerichts bei entsprechenden Zustellungen bedienen kann. Der Schadensfall hätte in dem hier besprochenen Rechtsfall nicht eintreten können, wenn der OVollz. den Dienstvorschriften entsprechend die Übergabe an die Post als seine persönliche Dienstpflicht angesehen und vorgenommen hätte.

OLGPräs. Dr. Sattelmacher, Raumburg.



gleich des Haushalts beizutragen geeignet ist, hat das Gericht nicht zu prüfen. †)

Der Magistrat der Bekl. faßte einen Beschl., in dem er sich bereit erklärte, die Gründung einer Krankenkasse für die nicht versicherungspflichtigen Beamten und Angestellten der Bekl. zu fördern und einen Beitrag in Höhe der allgemein üblichen Arbeitgeberbeiträge zu leisten. Der Gründungsausschuß setzte den von der Bekl. zu leistenden Zuschuß auf die Hälfte der zu erhebenden Mitgliederbeiträge fest. Der Finanzausschuß der Bekl. beschloß, der Stadtverordnetenversammlung zu empfehlen, sich grundsätzlich bereit zu erklären, der zu errichtenden Krankenkasse für die von der Stadt beschäftigten Beamten und Angestellten und für die Lehrer an allen städtischen Schulen einen Beitrag in Höhe der Hälfte der ordentlichen Mitgliederbeiträge zu leisten. Der Magistrat der Bekl. bewilligte „gemäß dem Beschl. des Finanzausschusses“ den Zuschuß der Stadt in der genannten Höhe. Die Stadtverordnetenversammlung beschloß, „daß sie grundsätzlich bereit sei, zu einer von den städtischen Beamten und den Lehrern zu errichtenden Krankenkasse nach Maßgabe des Beschl. des Finanzausschusses Beiträge zu zahlen“. Die Krankenkasse, die Kl., erlangte ihr rechtliches Dasein. Ihre Satzung enthält in § 6 die Best.: „Die Stadt B. leistet einen Zuschuß in Höhe der halben Mitgliederbeiträge. Sie hat dafür Sitz und Stimme im Vorstand und in der Mitgliederversammlung.“

Am 30. Juni 1931 beschloß die Stadtverordnetenversammlung auf Vorschlag des Finanzausschusses und des Magistrats mit Rücksicht auf die schlechte Finanzlage der Bekl., den Zuschuß zur Krankenkasse nicht mehr für Beamte, Angestellte und Lehrer mit einem Jahresgehalt von mehr als 3600 RM zu zahlen. Vom 1. Juli 1931 ab unterblieben insoweit die Zahlungen. Unter dem 29. Sept. 1931 teilte der Magistrat der Kl. mit, daß er einen Rechtsanspruch der Kl. auf die Zahlungen überhaupt verneinen müsse. Vorsorglich kündigte er den Vertrag zum 15. Okt. 1931 bez. aller Leistungen unter Ver. auf die PrNotW.D. v. 12. Sept. 1931 4. Teil Kap. I § 1 Abs. 2. Vom 15. Okt. 1931 ab hat die Bekl. nichts mehr gezahlt.

Die Kl. verlangte von der Bekl. den Unterschied zwischen

Zu 9. 1. Die Entsch. berührt von neuem die leidige Auslegung des § 13 BGB., die Frage nach der Unterscheidung zwischen dem Rechtsstreit bürgerlicher und öffentlichen Rechts. Alle Bemühungen der Theorie, die Unterscheidung als Scheinproblem oder als unmöglich zu erweisen, müssen — sofern sie überhaupt begründbar sind — graue Theorie bleiben, solange § 13 BGB. diese Unterscheidung voraussetzt und verlangt. Daß im vorl. Fall des BG. und das RG. den geltend gemachten Anspruch als bürgerlich-rechtlichen ansehen haben, erscheint als zutreffend. Aber die Frage des Warum spricht das RG. nicht, trägt also zur Klärung der Grundfrage nichts bei. Durch den Satz, den es der Begründung des BG. hinzusetzt, scheint es eher die Grundfrage zu komplizieren oder zu verwirren. Das RG. sagt, öffentlich-rechtliche Ansprüche haben dann eine privatrechtliche Grundlage, wenn sie auf rein vertraglicher Regelung beruhen. Inwiefern aber aus einer vertraglichen Regelung öffentlich-rechtliche Ansprüche hervorgehen können, ist recht unklar. Das Bild von der „Grundlage“, vom „Veruhen“ führt leicht in die Irre. Maßgebend kann nur sein, ob der Anspruch selbst von öffentlichem oder privatem Recht geregelt wird. So kann sich an den Tatbestand eines privatrechtlichen Vertragsschlusses ein öffentlich-rechtliches Anspruchsverhältnis anschließen, das dann aber nicht Gegenstand eines bürgerlichen Rechtsstreits sein kann, wie z. B. die Stempelsteuerpflicht, die Wertzuwachssteuerpflicht und ähnliches. Diese Art Ansprüche und Pflichten werden nicht von dem Vertrage geregelt, sondern durch Gesetz, Verordnung usw. öffentlich-rechtlichen Inhalts; der Vertrag ist nur tatbestandsmäßige Voraussetzung der Entstehung der öffentlich-rechtlichen Pflicht oder Forderung. Wird umgekehrt der Anspruch nach Inhalt, Umfang usw. durch den Vertrag selbst und demnach durch ein bürgerliches Gesetz geregelt, so kann es sich nur um einen privatrechtlichen, keinesfalls mehr um einen öffentlich-rechtlichen Anspruch handeln. Das ist klar und nicht neu.

Es fragt sich aber, was für andere Ansprüche das RG. im Auge hat, von denen es sagt, sie könnten vielleicht öffentlich-rechtliche sein, beruhen aber auf vertraglicher und damit privatrechtlicher Grundlage und müßten deshalb prinzipieller Gegenstand eines bürgerlichen Rechtsstreites sein. Die Bezugnahme des RG. auf frühere Entsch., insbes. die im 105. u. 111. Bd., gibt darüber keine Aufklärung. In RG. 111, 213/14 = JW. 1925, 2436 wird die bekannte Ansicht vertreten, zur Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte gehöre, was bisher als zu dieser

den „satzungsgemäß“ von der Bekl. zu leistenden Zahlungen und deren tatsächlichen Leistungen vom 1. Juli bis 31. Okt. 1931 in der Höhe von 17 060,59 RM.

BG. verurteilte zur Zahlung von 14 566 RM und wies im übrigen die Klage ab. Die Rev. beider Teile wurden zurückgewiesen.

I. Das BG. lehnt — wie näher ausgeführt wird, ohne Rechtsirrtum — die Annahme ab, daß die Bekl. Mitglied der Kl. in dem Sinne geworden sei, daß sie mit ihr einen Versicherungsvertrag abgeschlossen habe.

Beizutreten ist dem BG. auch darin, daß die von ihm festgestellten vertraglichen Beziehungen der Parteien zueinander privatrechtlicher Art sind. Den Ausführungen des Ur. ist in dieser Richtung höchstens noch beizufügen: Selbst wenn es sich, was nicht angenommen werden kann, um öffentlich-rechtliche Ansprüche der Kl. handeln würde, so würden sie doch eine privatrechtliche Grundlage haben, da sie auf einer nicht im öffentlichen Recht begründeten, rein vertraglichen Regelung beruhen würden (RG. 89, 209<sup>1</sup>); 105, 35 [37]; 111, 213<sup>2</sup>) u. 214 u. a.).

II. Das BG. kommt weiter zu dem Ergebnis, es sei von der Bekl. die Verpflichtung zu einer Dauerleistung nach Maßgabe des § 6 der Satzung, also zur dauernden alljährlichen Zahlung der halben ordentlichen Mitgliederbeiträge, übernommen worden.

Dagegen wendet sich die Rev. der Bekl.

1. ...

2. Auch die Angriffe, welche die Rev. der Bekl. gegen die Auslegung des § 56 Nr. 8 WestfälischeD. durch das BG. erhebt, können nicht beachtet werden. Denn die WestfälischeD. ist nicht revisibel. Die Best. in § 56 Nr. 8 daf. wird der Nachprüfung in der RevJust. nicht um deswillen zugänglich, weil sie sich im wesentlichen mit der entsprechenden Best. der StädteD. für die sieben östlichen Provinzen deckt (vgl. Ur. des RG. v. 2. März 1909, III 202/08). Das westfälische Provinzialrecht hat auch nicht etwa revisibles preußisches Recht für die Provinz Westfalen einführen wollen (RG. 55, 248 [251]; 59, 25 [27 ff.]; 89, 362/3<sup>3</sup>); 120, 200<sup>4</sup>); sondern es hat Vorsch., wie sie sich auch anderweit in revisiblen Vorsch.

<sup>1</sup>) JW. 1917, 606.

<sup>2</sup>) JW. 1925, 2436.

<sup>3</sup>) JW. 1917, 465.

<sup>4</sup>) JW. 1928, 1454.

Zuständigkeit gehörend aufgefaßt worden sei, auch wenn sich inzwischen die Auffassung darüber geändert habe. Diese historisierende Ansicht ist schon deshalb unhaltbar, weil sie keinen Schlüssel zur Lösung der zahlreichen neu auftretenden Fragen enthält. Die Entsch. RG. 105, 37 beruht gerade die umgekehrte Lage, daß vertragliche Ansprüche nicht deshalb öffentlich-rechtliche zu sein brauchen, weil sie im öffentlichen Recht wurzeln und darin ihre Grundlage haben. Es handelte sich bei diesem Falle darum, daß sich ein Träger öffentlicher Gewalt zur Erreichung seines Zweckes nicht der ihm zur Verfügung stehenden öffentlich-rechtlichen Mittel bediente, nämlich der Unterjagung des Betriebes oder der Entziehung der Großhandelslaubnisse, sondern sich von dem Betriebsinhaber die Zahlung einer Buße versprechen ließ. Das RG. hat diese Vereinbarung zutreffend als privatrechtlich aufgefaßt. Es ist aber unerfindlich, inwiefern der in diesem Vertrag geregelte Anspruch öffentlich-rechtlicher Art sein oder im öffentlichen Recht wurzeln soll. Öffentlich-rechtlich ist an der Beurteilung jenes Falles — ebenso wie bei dem vorliegenden — ausschließlich die inzidente Frage, ob eine ihrer Entstehung nach gültige und zulässige Willenserklärung des Staates oder sonstigen Subjekts des öffentlichen Rechts vorliegt, oder etwa ein fehlerhafter, möglicherweise nichtiger Staatsakt. Der Inhalt der Erklärung unterliegt dagegen lediglich der Beurteilung nach privatem Recht, wie stets, wenn Personen öffentlichen Rechts Privatrechtsgeschäfte vornehmen. Die Unklarheiten beruhen im wesentlichen darauf, daß kausale und normative Zusammenhänge nicht scharf genug voneinander getrennt werden. In dem letzterwähnten Fall aus dem 105. Bd. besteht zwischen dem öffentlich-rechtlichen Verhältnis und der privatrechtlichen Vereinbarung nur eine kausale Verknüpfung. Daher „wurzelt“ auch der Anspruch auf Zahlung der Buße und der nachfolgende Konditionsanspruch keineswegs im öffentlichen Recht, sondern in der privatrechtlichen Vereinbarung, die den Anspruch geregelt hat. Richtig ist also, daß ein vertraglicher Anspruch nicht deshalb öffentlich-rechtlicher anzusehen ist, weil zwischen dem Vertrag und einer öffentlich-rechtlichen Beziehung eine kausale Verknüpfung besteht. Unerrfindlich ist aber, wieso ein Anspruch, der auf rein vertraglicher, privatrechtlicher Regelung beruht, d. h. vertraglich oder durch privates Vertragsrecht geregelt ist, öffentlich-rechtlich sein kann. Vielleicht



finden, als Recht der Provinz Westfalen aufgestellt (vgl. RG. 82, 49; ferner Ur. des erf. Sen. v. 9. Okt. 1900 [VII 162/00]; v. 21. Okt. 1910 [VII 242/10]; v. 7. Juli 1912 [VII 77/12]; v. 31. Jan. 1922 [VII 288/21]; v. 3. Jan. 1933 [VII 251/33]). Die Rev. der Kl. hat die Revisibilität der vom BG. vorgenommenen Gesetzesauslegung darauf gründen zu können geglaubt, daß sie ausführt, das BG. habe mit der Anwendung des Rechtsbegriffes der „in corpore“-Vertragschließung nicht irrevisibles Provinzialrecht, sondern einen für alle Kommunalgesetze Preußens in gleicher Weise von der Rspr. herausgearbeiteten Rechtsbegriff angewendet. Die Rev. übersieht hierbei, daß die Anwendung eines Rechtsbegriffes, zu dem die Auslegung einer irrevisiblen Rechtsnorm führt, nicht schon unbeswillen allein die Rechtsnorm selbst revisibel macht, weil der Rechtsbegriff sich auch in anderen revisiblen Rechtsnormen findet. Gegenstand der Auslegung bleibt § 56 Nr. 8 WestfStädteD., nach dem Ausgeführten eine nicht revisible Gesetzesnorm; bei ihrer Auslegung hat das BG. den vorerwähnten Rechtsbegriff verwendet.

3. Das OVG. sieht das Verhältnis der Parteien als bürgerlich-rechtliche Gesellschaft an, will aber das Schreiben der Befl. v. 29. Sept. 1931 nicht als eine nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen alsbald wirksame Kündigung gelten lassen und erklärt dementsprechend auch die Zurückhaltung der Zuschüsse für die Beamten, Angestellten und Lehrer mit einem Jahreseinkommen von über 3600 RM seit dem 1. Juli 1931 für nicht gerechtfertigt. Gegen die Begr., die das OVG. dieser Rechtsauffassung gibt, wendet sich die Rev. der Befl. (wie näher dargelegt wird) ohne Erfolg.

III. Dagegen hält das OVG. die Kündigung der Befl. auf Grund der PrWD. v. 12. Sept. 1931 (PrGS. 179) 4. Teil Kap. I § 1 Abs. 1 u. 2 der Kl. gegenüber für durchgreifend. Dagegen wendet sich die Rev. der Kl.; auch sie kann aber keinen Erfolg haben.

Die erwähnte PrWD. stützt sich (in dem hier maßgebenden Teile) auf die WD. des RPräf. zur Sicherung der Hausmeint das RG., die Forderung gegen die Stadt könne doch deshalb öffentlich-rechtlich sein, weil das Zustandekommen der Willenserklärung des einen Vertragsteiles, der Stadt, nach öffentlichem Recht, nämlich nach § 56 Nr. 8 der westf. StädteD. zu beurteilen, ihre Begründetheit aber trotzdem und wegen des Vertrages nach Zivilrecht und deshalb vom ordentlichen Gericht zu beurteilen sei. Der Satz erklärt sich dann nur aus einer Unsicherheit in der Trennung zwischen dem öffentlich-rechtlichen Zustandekommen und dem privatrechtlichen Inhalt der Willenserklärung der Stadt; er dient folglich nur der Verschleierung dieser Unsicherheit und enthält keinen wissenschaftlich brauchbaren Sinn.

Will man dennoch in diesem Satz überhaupt einen vernünftigen Sinn finden, dann etwa die Meinung, daß alle Ansprüche, die sich aus übereinstimmenden Willenserklärungen (Vertrag) ergeben, privatrechtlicher Art seien. Dann hätte das RG. nicht von öffentlich-rechtlichen Ansprüchen reden dürfen. Abgesehen davon würde diese Auffassung in voller Allgemeingültigkeit unrichtig sein. Es gibt auch im öffentlichen Recht vertragliche oder mindestens vertragsähnliche Rechtsformen, aus denen sich Ansprüche ergeben, die der ordentlichen Gerichtsbarkeit entzogen sind, wie z. B. die öffentlich-rechtliche Pflichtübernahme. Der Vertrag ist daher allein genommen kein ausreichendes Unterscheidungsmerkmal zwischen öffentlichem und privatem Recht. Da er aber die rechtstechnische Grundform des Privatrechts ist, gehört er im Einzelfall nur dann zum öffentlichen Recht, wenn es ausdrücklich bestimmt ist oder wenn er von Rechtsnormen geregelt wird, die sich bestimmt ist oder wenn er von Rechtsnormen geregelt wird, die ihren systematischen Ort in einem Normenkomplex haben, welcher primär der Verwirklichung des staatlichen Existenzwertes dient. Die einseitig berechtigende oder verpflichtende Anordnung — die rechtstechnische Grundform des öffentlichen Rechts — gehört umgekehrt nur dann zum Privatrecht, wenn es ausdrücklich bestimmt ist, oder wenn sie von Normen geregelt wird, die ihren systematischen Ort in einem Normenkomplex haben, der seinem Inhalt nach primär dem Existenzwert des Einzelnen dient.

2. Daß die westf. StädteD. nach § 549 PrWD. nicht revisibel ist, trifft zu. Interessant und bemerkenswert ist die weitere zutreffende Ansicht, daß nicht Rechtsbegriffe, sondern nur Rechtsfälle revisibel sein können. Wird mit der Rev. die Verkennung eines Rechtsbegriffes gerügt wie hier, so handelt es sich stets um die Auslegung des Rechtsbegriffes, der den Begriff verwendet, oder desjenigen Normenkomplexes, von dem der Rechtsbegriff abgezogen ist. Diese beiden Arten von Rechtsbegriffen muß man unterscheiden. Bei der ersten kann über die auszuliegende Norm kein Zweifel bestehen. Bei der zweiten Art, um die es sich bei der „in corpore“-Vertragschließung handelt, kann

halte von Ländern und Gemeinden v. 24. Aug. 1931 (RGBl. I, 453). Dort ist bestimmt:

„1. Die Landesregierungen sind ermächtigt, alle Maßnahmen, die zum Ausgleich der Haushalte von Ländern und Gemeinden (Gemeindeverbänden) erforderlich sind, im Verordnungswege vorzuschreiben. Sie können dabei vom bestehenden Landesrechte abweichen.

2. Die Landesregierungen können insbes. bestimmen, daß und in welcher Weise Personalausgaben ... herabgesetzt werden. Verpflichtungen aus Verträgen bleiben unberührt, soweit es sich nicht um persönliche Ausgaben handelt.“

Die PrWD., welche sich als „zur Durchführung der WD. des RPräf. v. 24. Aug. 1931...“ ergangen bezeichnet, bestimmt an der obenerwähnten Stelle (GS. 200):

„Abs. 1. Die Verwaltungsorgane der Gemeindeverbände sind berechtigt, alle Maßnahmen, die zum Ausgleich der Haushalte der Gemeinden (Gemeindeverbände) erforderlich sind, zu treffen.

Abs. 2. Soweit bei den Personalausgaben vertragliche Vereinbarungen der Durchführung von Sparmaßnahmen entgegenstehen, können die Verträge — mit Ausnahme von Tarifvertr. — mit halbmonatlicher Frist kündigt werden.“

Die Gültigkeit der WD. des RPräf. v. 24. Aug. 1931 (RGBl. I, 453) kann nicht in Zweifel gezogen werden (vgl. dazu Ur. des StGH. v. 20. Juni 1932 (StGH. 10/31); RG. 137 Anh. 17 ff. = JW. 1932, 3269<sup>1</sup> und vom 15. März 1932: RG. 135 Anh. 30 ff.). In dem ersten Ur. hat sich der StGH. auch ausdrücklich mit der Gültigkeit der PrSparNotWD. v. 12. Sept. 1931 (PrGS. 179) auseinandergesetzt; danach ist die Gültigkeit der hier streitigen Befl. im Kap. I des 4. Teils § 1 nicht zu beanstanden. Sie ist auch vom StGH. wie vom RArbG. wiederholt ausdrücklich bejaht worden; es genügt, auf die Ur. des RArbG. v. 23. März 1932, RAG. 50/32 und 24/32 (beide JW. 1932, 3468<sup>2</sup>), v. 18. Juni 1932, RAG. 5/32 und 148/32 (JW. 1932, 3484<sup>3</sup> und RArbG. 11, 213) hinzuweisen. Die genannte

man dagegen fragen, ob nicht alle, darunter auch revisible Rechtsnormen, von denen der Begriff abgezogen ist, auszulegen sind. Das RG. lehnt diese Ansicht mit Recht ab; denn auszulegen sind stets nur die den konkreten Fall betreffenden Normen, nicht auch andere Normen, die etwa der Bildung des fraglichen Begriffes zugrunde gelegen haben.

3. Die Gültigkeit der NotWD. des RPräf. und der angezogenen Bestimmung der preußischen SparWD. wird ohne eigene Begründung bejaht. Das ist nicht zu beanstanden, nenngleich nicht verkannt werden darf, daß diese wie die späteren NotWD. des RPräf. weit über den Sinn des Art. 48 RVerf. hinausgehen, so wie ihn die Schöpfer der Verfassung verstanden haben und wie er sich aus einer historischen Auslegung ergibt. Die Auflösung bürgerlich-rechtlicher Verträge hat mit der Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung der politischen Ruhe und Ordnung — das war mit Art. 48 ursprünglich gemeint — nichts mehr zu tun. Dennoch wird die Gültigkeit der NotWD. zutreffend angenommen, meist allerdings mehr auf Grund eines instinktiveren richtigen Gefühls als aus klarer staatsrechtlicher Erkenntnis heraus. Die Auslegung öffentlichen Rechts darf sich nie auf den historisch zu ermittelnden Sinn beschränken, sondern muß stets davon ausgehen, daß das öffentliche, insbes. das Verfassungsrecht in allererster Linie dazu da ist, die Existenz und Handlungsfähigkeit des Staates unter allen Umständen zu sichern. Von da aus läßt sich die Gültigkeit der NotWD. durchaus, wenn auch nicht in allen Einzelheiten, begründen. Im übrigen deckt die NotWD. v. 24. Aug. 1931 unbedenklich die angezogene Bestimmung der preuß. SparWD. Daß mit Verträgen über persönliche Ausgaben solche des bürgerlichen Rechts gemeint sind, ergibt sich daraus, daß es Verträge, die nur durch öffentliches oder Landesrecht geregelt sind, kaum oder nur vereinzelt gibt.

4. Zutreffend ist auch, daß es sich um Personalausgaben handelt. Anders würden diese Ausgaben gar nicht charakterisiert werden können. Ob sie den Beamten usw. unmittelbar oder durch Vermittlung eines Dritten zufließen, ist belanglos.

5. Hier wird man noch etwas weitergehen müssen als das RG. Nicht nur die Prüfung, ob im besonderen Falle, sondern auch ob im allgemeinen die Kündigung zur Ersparnis von Personalausgaben und zum Ausgleich des Haushalts geeignet war, ist eine Zweckmäßigkeitsfrage, die vom Gericht nicht nachzuprüfen ist, sondern nach freiem Ermessen von den zuständigen Gemeindebehörden entschieden wird. Lediglich die Grenze des freien Ermessens, die Frage des Ermessensmißbrauches kann noch Gegenstand gerichtlicher Nachprüfung sein.

PrivDoz. Dr. R. Sporneffer, Berlin.



W. des RPräs. ermächtigt zu dem in Abs. 1 bezeichneten Zwecke und in dem dort umschriebenen Umfange den Landesgesetzgeber, auch vom Reichsrecht, nämlich von der Verbindlichkeit der gemäß dem bürgerlichen Reichsrecht durch Vertrag begründeten Verpflichtungen, abzuweichen, soweit es sich um „Personalausgaben“ handelt. So hat die PrSparW. in § 1 Abs. 2 a. a. D. die der Landesregierung erteilte Ermächtigung aufgefaßt, indem sie, unter Abweichung vom bürgerlichen Reichsrecht, in dem in der W. des RPräs. bezeichneten Umfange und zu dem dort angeführten Zwecke (den sie auch selbst in ihrem Abs. 1 und in den Eingangsworten des Abs. 2 wiedergibt), vertragliche Vereinbarungen für kündbar erklärt, „soweit sie bei den Personalausgaben“ der Durchführung von Sparmaßnahmen entgegenstehen. Diese Fassung will und kann aber nichts anderes besagen als die des Abs. 2 W. des RPräs., aus der zu entnehmen ist, daß die Verpflichtungen aus den Verträgen selbst persönliche Ausgaben betreffen müssen.

Der vorl. Fall gibt dem Sen. keine Veranlassung, sich allgemein und grundsätzlich mit der Frage zu befassen, was unter „Personalausgaben“ i. S. der beiden NotW. zu verstehen sei. Denn die hier festgestellten besonderen Verhältnisse lassen es unbedenklich zu, die streitigen Leistungen der Befl. an die Kl. als „Personalausgaben“ i. S. der beiden W. anzusehen.

Das BG. hat festgestellt, daß der Krankenkasse alle nicht versicherungspflichtigen Gemeinbedienten und Angestellten der Befl. angehören sollten. Sie in Krankheitsfällen gegen Not zu sichern, und so gleichzeitig die bisherigen Notstandsbeihilfen der Befl. an ihre Beamten und Angestellten abzulösen, sei der Zweck der Beteiligung der Befl. an der Gründung und an den Organen der Kl. und der Zweck der Zuschußleistungen der Befl. an die Kl. gewesen. Daß nach § 3 der Satzung in gewissem Umfange Mitglieder der Kl. auch andere Beamte, so Staatsbeamte, die in der Stadt tätig waren, sowie Beamte und Lehrer des Landkreises werden konnten, konnte demgegenüber schon um deswillen nicht ins Gewicht fallen, weil Leistungen der Befl. für solche Beamte usw. nicht in Betracht kamen. Wenn unter solchen Umständen das BG. die Leistungen, welche die Befl. an die Kl. für ihre Beamten und Angestellten betätigte, als „Personalausgaben“ i. S. jener W. ansieht, so kann darin ein Rechtsfehler nicht gefunden werden; die Tatsache allein, daß die Leistungen nicht unmittelbar an die Beamten und Angestellten der Stadt zu erfolgen hatten, sondern an einen Dritten (die Kl.), kann dem nicht entgegenstehen; denn sie erfolgten an die Kl. zugunsten der Beamten und Angestellten und gleichzeitig aber in Erfüllung einer der Befl. allgemein ihren Beamten und Angestellten gegenüber in gewissem Umfange obliegenden Treu- und Fürsorgepflicht und um die Befl. von der Belastung mit Notstandsbeihilfen (zweifellos Personalausgaben) zu befreien. Diese besonderen Umstände im Zusammenhang mit den in Abs. 1 des angeführten Paragraphen der PrNotW. und in Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 der erwähnten W. des RPräs. zum Ausdruck gekommenen beherrschenden allgemeinen Grundsätzen, die keine ausdehnende Auslegung der in Abs. 2 PrW., gemäß Abs. 2 S. 2 W. des RPräs. vorgesehenen Ausnahme zulassen, lassen die Anwendung des dort vorgesehenen Kündigungsrechts auf das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältnis begründet erscheinen.

Dann aber genügt es, daß die Kündigung im allgemeinen zum Zwecke der Ersparnis von Personalausgaben, zum Ausgleich des Haushalts beizutragen geeignet war. Darüber, ob die Maßnahme (Kündigung) im Einzelfall (hier also z. B. mit Rücksicht auf die etwa wieder anfallenden Not-

standsbeihilfen) zum Ausgleich des Haushalts auch wirklich beiträgt oder notwendig war, steht dem Gericht keine Nachprüfung zu (vgl. Ur. des RArbG. v. 25. März 1933, RAG. 332/32).

(U. v. 20. Okt. 1933; VII 176/33. — Hann.) [S.]

## b) Straffachen.

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

### I. Materielles Recht.

10. § 139 StGB. Der Anzeigepflicht wird auch durch eine verzögerte Anzeigenerstattung genügt, wenn sie noch zu einer Zeit erfolgt, zu der das Verbrechen verhütet werden kann.†)

Nach Annahme des SchwG. hat der Angekl. von dem Vorhaben des R., den Ehemann Sch. zu ermorden, bereits einige Zeit vor der Ausführung des Mordes dadurch glaubhafte Kenntnis erhalten, daß ihm die Ehefrau Sch. hiervon Mitteilung machte und er selbst sich davon überzeugte, daß diese Mitteilung ernst zu nehmen war. Daß damals die Verhütung des Verbrechens noch möglich war, ist nicht zweifelhaft. Wenn die Rev. in diesem Zusammenhange darauf hinweist, daß es damals zu strafbaren Versuchen noch nicht gekommen sei, so muß dieses Vorbringen schon deswegen unbeachtlich bleiben, weil nach den Urteilsdarlegungen feststeht, daß das Vorhaben in der Zwischenzeit bis zur Ausführung des Verbrechens aufgegeben worden und der Angekl. sich dessen auch bewußt gewesen ist. Dem widerspricht es nicht, wenn an einer anderen Stelle des Ur. ausgeführt ist, R. habe bei einem seiner nächtlichen Besuche in dem Gehöft des Ehemanns Sch. auf diesen nicht geschossen, weil ihn sein Gewissen gewarnt habe. Denn daraus ergibt sich keineswegs der zwingende Schluß, daß R. sein Vorhaben aufgegeben habe, abgesehen davon, daß der Angekl. das selbst nicht angenommen hat. Nun hat das SchwG. zugunsten des Angekl. seinem Vorbringen entsprechend unterstellt, er habe, als er am Tage vor dem Morde (Dienstag) erfuhr, R. werde die — bisher immer wieder hinausgeschobene — Tat am Donnerstag bei Gelegenheit der von dem Ehemann Sch. beabsichtigten Fahrt nach F. ausführen, dem Ehemann Sch. nachfahren und ihn warnen wollen und sei nur durch die von ihm nicht erwartete Ausführung der Tat am Mittwoch nicht mehr dazu gekommen. Das SchwG. führt dazu aus, der Angekl. habe sich trotzdem nach § 139 StGB. strafbar gemacht, weil er schon längere Zeit vorher von dem Vorhaben Kenntnis gehabt habe. Die Rev. rügt diese Auffassung und meint, eine Bestrafung aus § 139 StGB. hätte angesichts der Unterstellung des Vorbringens des Angekl. nicht mehr erfolgen dürfen, weil darnach die von dem Angekl. beabsichtigte Anzeige zur rechten Zeit erfolgt wäre. Die Rüge ist nicht begründet. Durch § 139 StGB. ist demjenigen, der von dem Vorhaben eines der dort näher aufgeführten Verbrechen zu einer Zeit, in der die Verhütung des Verbrechens möglich ist, glaubhafte Kenntnis erhält, die Pflicht auferlegt, hiervon zur rechten Zeit Anzeige zu erstatten, und die Verletzung dieser Pflicht unter Strafe gestellt, sofern das Verbrechen oder ein strafbarer Versuch desselben begangen ist. Der Anzeigepflicht genügt hiernach nicht nur die sofortige Anzeige, sondern auch eine verzögerte Anzeige, wenn sie nur zur rechten Zeit, d. h. zu einer Zeit erfolgt, in der die Verhütung des Verbrechens noch geschehen kann. Daraus kann jedoch nicht gefolgert werden, daß das Gesetz dem Verpflichteten die Befugnis eingeräumt habe, die

Zu 10. Dem Ur. muß man zustimmen. M. E. ist davon auszugehen, daß die Begehung des Verbrechens des Hochverrats, Landesverrats, Münzverbrechens, Mordes, Raubes, Menschenraubes oder eines gemeingefährlichen Verbrechens eine Strafbarkeitsbedingung ist; der staatliche Strafanpruch entsteht also nur, wenn das Verbrechen oder ein strafbarer Versuch desselben begangen worden ist. Tritt diese Bedingung nicht ein, dann muß der Täter straflos bleiben, gleichviel, ob er die Anzeige sofort erstattet oder erst nach Ablauf einer gewissen Zeit. Tritt die Bedingung dagegen ein, dann ist der Täter schon dann nach § 139

StGB. zu bestrafen, wenn eine noch so kurz andauernde Unterlassung der Erfüllung der Anzeigepflicht für den eingetretenen Erfolg der Begehung des Verbrechens ursächlich ist. Das ist aber schon dann der Fall, wenn die sofortige Anzeige eine negative Bedingung des Erfolges ist, die nicht hinzugebacht werden könnte, ohne daß der eingetretene Erfolg der Begehung des Verbrechens oder seines Versuchs entfiel (RSt. 58, 130), d. h. wenn bei sofortiger Anzeige die Behörde die Begehung des Verbrechens noch hätte verhindern können.

M. Dr. Mazke, Berlin.



Anzeige nach Belieben zu verzögern. Das ergibt sich schon ohne weiteres daraus, daß die verzögerte Anzeige noch rechtzeitig sein muß, dem Verpflichteten die Ver. auf eine verspätete Anzeige also gerade verschlossen ist. Andererseits kann nicht zweifelhaft sein, daß jede, auch die geringste Verzögerung der Anzeige eine pflichtwidrige Unterlassung begründet, wenn nicht die — verzögerte — Anzeige noch zur rechten Zeit kommt. Nur unter dieser letzteren Voraussetzung kann der Verpflichtete der Bestrafung entgehen, wenn er die sofortige Anzeige unterläßt. In diesem Sinne geht hiernach das Gesetz grundsätzlich von der Verpflichtung zur sofortigen Anzeige aus. Die bewußte und gewollte Verzögerung der Anzeige stellt sich daher schon als ein vorzügliches Untätigbleiben entgegen dieser Anzeigepflicht dar, so daß es, wenn die Anzeige nicht mehr rechtzeitig erfolgt ist, ohne Bedeutung sein muß, ob der Verpflichtete hoffte, seine Anzeige werde rechtzeitig sein, oder gar nur beabsichtigte, eine rechtzeitige Anzeige zu erstatten, und nur wegen der inzwischen erfolgten Ausführung des Verbrechens nicht mehr dazu kam. Eine andere Auslegung müßte dem Sinn und dem auf die Vereitelung von Verbrechen müßte dem Sinn und dem auf die Vereitelung von Verbrechen abgestellten Zweck des § 139 StGB. widersprechen. Wie bereits dargelegt, soll dem Verpflichteten durch das Erfordernis einer rechtzeitigen Anzeige die Ver. auf jede verspätete Anzeige abgeschnitten werden. Würde man dem bloßen Glauben des Verpflichteten an die Rechtzeitigkeit der Anzeige Bedeutung beimessen, so würde man unmittelbar die Möglichkeit einer solchen Ver. in einem viel weiteren, dem offensichtlich widersprechenden Anfange eröffnen. Denn der Verpflichtete könnte sich solchenfalls durch die Ver. auf seinen Glauben an die Rechtzeitigkeit der Anzeige nicht nur, wenn er sie verspätet erstattet hat, sondern auch, wenn es dazu überhaupt nicht gekommen ist und er sie nur beabsichtigt hatte, der Bestrafung wegen ihrer pflichtwidrigen Unterlassung entziehen. Hiernach hinderte im vorl. Falle die erwähnte Unterstellung das SchwG. nicht, den Angekl., der die Anzeige unterließ, weil er die Freuden des weiteren Umgangs mit der Ehefrau Sch. den Unannehmlichkeiten einer derartigen Anzeige vorzog, aus § 139 StGB. zu verurteilen.

(2. Sen. v. 9. Okt. 1933; 2 D 935/33.)

[W.]

**11.** § 157 Ziff. 2 StGB. Die Belehrung des Zeugen muß in dem gleichen Termine erfolgt sein, in dem er beeidigt worden ist.

Das SchwG. lehnt die Anwendung des § 157 Nr. 2 StGB. mit der Begr. ab, daß der Angekl., wie das Protokoll und die Aussage des Zeugen M. ergebe, über sein Zeugnisverweigerungsrecht ausdrücklich belehrt worden sei. Diese Begr. ist nicht ausreichend. Ist, wie im vorl. Falle, die Vernehmung des Schwurpflichtigen in mehreren Terminen erfolgt und dessen Beeidigung erst im letzten Termin vorgenommen worden, so genügt eine im ersten Termin geschehene Belehrung über das Zeugnisverweigerungsrecht nicht zum Ausschluß des § 157 Nr. 2 StGB., vielmehr muß diese Belehrung in demjenigen Termin erfolgt sein, in dem die Beeidigung stattgefunden hat (RGSt. 60, 106; 62, 207).

(2. Sen. v. 6. Nov. 33; 2 D 957/33.)

[W.]

**12.** § 218 Abs. 4 StGB. Die Feststellung, daß jemand mit einer mehrfach entfalteten Tätigkeit einen Gewinn erstrebt habe, genügt nicht zur Feststellung gewerbsmäßigen Handelns. †)

Nicht hinreichend begründet ist die Annahme des SchwG., daß die Angekl. die beiden je als eine selbständige Handlung angesehenen Abtreibungshandlungen gewerbsmäßig begangen hat. Ein Handeln ist gewerbsmäßig, wenn es in der

Zu 12. In Einklang mit seiner ständigen Rpr. fordert das RG. als Voraussetzung der Annahme „gewerbsmäßiger“ Abtreibung die Feststellung, daß der Täter (meist ist es eine Täterin) nicht nur von der einzelnen Handlung Gewinn ziehen, sondern weiter, daß er sie wiederholen und sich dadurch eine dauernde Einnahmequelle verschaffen wollte. Hiergegen ist sicherlich nichts einzuwenden. Es fragt sich nur, ob das erst durch die Novelle v. 18. Mai 1926 in § 218 StGB. hineingekommene Erfordernis der Gewerbsmäßigkeit ebenso praktikabel ist wie die nur auf die Entgeltlichkeit der Abtreibungshandlung abstellende frühere Fassung des Gesetzes. Denn die Fest-

Abt. vorgenommen ist, sich durch Wiederholung der Handlung eine dauernde Erwerbsquelle zu verschaffen (RGSt. 60, 363). Liegt diese Absicht vor, so kann schon die erstmalige Handlung gewerbsmäßig sein (RGSt. 12, 391; 58, 20). Das SchwG. führt nun zu dem Merkmal der Gewerbsmäßigkeit lediglich aus, „die Angekl. habe gewerbsmäßig gehandelt, nämlich um auch durch diese Tätigkeit einen Gewinn zu erzielen“. Diese Feststellung reicht nicht aus. Sie stellt es auf die Absicht der Angekl. ab, je für die einzelne Handlung ein Entgelt zu erreichen, und enthält keinen Hinweis darauf, daß diese Einzelhandlungen von der weiteren Absicht der Angekl. begleitet gewesen seien, durch die gleichartige Betätigung in der Zukunft sich einen dauernden Erwerb zu sichern. Dafür, daß das Gericht den Begriff der Gewerbsmäßigkeit verkannt hat, spricht auch der Umstand, daß das Ur. keinerlei Erörterung darüber enthält, weshalb das SchwG. trotz der von ihm angenommenen Gewerbsmäßigkeit der ersten Handlung die weitere Abtreibung als selbständige Handlung angesehen hat. Es liegt an sich im Wesen des Sammelverbrechens, daß der bei der ersten Handlung gefaßte Gesamtvorsatz sich auch auf die späteren gleichartigen Betätigungen erstreckt. Solche nachfolgenden Handlungen können nur dann als neue selbständige Handlungen gewertet werden, wenn sich ergibt, daß der Täter in der Zwischenzeit den Erwerbswillen aufgegeben, ihn aber später wieder aufgenommen hat (RGSt. 61, 148). Der sich nach alledem ergebende Mangel im angefochtenen Ur. mußte zu seiner Aufhebung führen.

Betreffs der Strafzumessung ist zu bemerken: Das SchwG. berücksichtigt straffschärfend, daß die Angekl. aus einer verbrecherischen Absicht gehandelt hat. Daß hiermit etwas anderes gemeint sein könnte, als der auf gewerbsmäßige Abtreibung gerichtete Vorsatz der Angekl., ist nicht ersichtlich. Es ist aber nicht zulässig, Tatbestandsmerkmale als Grund für die Verschärfung der Strafe heranzuziehen.

(2. Sen. v. 12. Okt. 1933; 2 D 992/33.)

[W.]

**13.** § 259 StGB. erfordert allerdings, daß der Täter seinen eigenen Vorteil erstrebt; für diesen Begriff genügt aber auch ein nur mittelbarer Vorteil.

Die beiden wegen Hehlerei angeklagten Eheleute haben die gemeinschaftliche Verfügungsgewalt über die gestohlenen Gegenstände erlangt, von denen sie wußten, daß es sich um „Diebesgut“ handelte.

Die gestohlenen Getränke sollten bei der bevorstehenden Hochzeit der Tochter der Angekl. mit einem der Diebe verwendet werden; die gestohlenen Wäschestücke sind gleichfalls zu Zwecken des gemeinschaftlichen Haushalts benutzt worden. Die Ehefrau M. handelte in der Erwartung, daß die Gegenstände bei der von vornherein beabsichtigten Verwendung im gemeinsamen Haushalt auch ihr selbst Nutzen bringen würden. Hiernach ist ausreichend festgestellt, daß nicht nur bei dem Ehemann, sondern auch bei der Ehefrau Eigennutz der Beweggrund des gemeinschaftlichen Tuns war (vgl. 3 D 1021/27 v. 19. Jan. 1928).

(3. Sen. v. 19. Okt. 1933; 3 D 1066/33.)

[Hn.]

**14.** § 259 StGB. Verwertung von Diebesgut im Haushalt der Eltern des Diebes.

Hinsichtlich derjenigen Gegenstände — meist Nahrungs- und Genussmittel —, die nach der Verteilung im Haushalte der Eheleute H. verblieben, stellt die StrR. fest, daß die Sachen zumieist „im Haushalte der Familie H. verbraucht worden seien“. Darüber hinaus wird aber auch festgestellt, die diebischen Söhne H. hätten ihren Eltern über die in den Haushalt ein-

stellung einer über die gewinnstüchtige Absicht im Einzelfalle hinausgehenden Absicht dauernden Erwerbs ist natürlich oft mit Schwierigkeiten verbunden, vor allem dann, wenn der Abtreiber, wie sehr häufig, sich als solcher im Rahmen eines anderen erlaubten Gewerbes (Krankenpfleger, Wassenfse) betätigt. Es wird de lege ferenda zu erwägen sein, ob entweder die alte sich mit Entgeltlichkeit im Einzelfalle begnügende Fassung wiederherzustellen oder ob die Entgeltlichkeit neben der Gewerbsmäßigkeit auch als schwerer zuchtunwürdig, wenn auch nicht gleich schwerer Fall zu berücksichtigen sein wird.

SenPräs. Prof. Dr. Klee, Berlin.



gebrachten Sachen, sowohl das Bier als auch Genussmittel sowie Wäsche, durch die Art des Einbringens in den Haushalt die Verfügungsgewalt verschaffen wollen, und beide Beschw. seien damit einverstanden gewesen und hätten die Verfügungsgewalt über die Gegenstände ausgeübt, und zwar der Ehemann, indem er die Sachen dem Verbrauch im Haushalt überließ und sich auch daran beteiligte, die Ehefrau, indem sie die Sachen teils im Haushalt verwertete, teils für künftige Verwertung bereit hielt. In diesem Sachverhalte konnte das LG. ohne Rechtsirrtum den Tatbestand finden, daß beide Beschw. die bezeichneten Gegenstände an sich gebracht hätten.

Hierbei steht nicht entgegen, daß im allgemeinen eine im Familienhaushalt tätige Ehefrau die zum Verbrauch im Haushalt angeschafften Gegenstände nur kraft ihrer Schlüsselgewalt als Vertreterin des Mannes zu bewirtschaften pflegt. Wenn allerdings eine Ehefrau nur kraft ihrer Schlüsselgewalt als Vertreterin ihres Mannes tätig sein will, so läßt sich der Standpunkt vertreten, daß der Tatbestand des „Anschbringens“ nur bei dem Manne vorliegen könne. Aber das LG. stellt im Gegensatz zu einem solchen Sachverhalt fest, daß die angeklagte Ehefrau H. die Verfügungsgewalt für sich selbst übernommen habe. Rechtliche Bedenken gegen eine solche Feststellung sind aus den Vorschritten über die vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehe um so weniger zu erheben, als gerade gestohlene Gegenstände den gesetzlichen Regeln über Eigentumswerb des einen oder des anderen Ehegatten sowie über Erwerb zugunsten des eingebrachten Gutes oder des Vorbehaltsgutes der Ehefrau nicht unterliegen, weil die Gegenstände im Eigentume der Bestohlenen verbleiben.

In ihrem Zusammenhange ergeben die Ausführungen des angef. Urts., daß die Eheleute H. an der ihnen zum Verbrauch im Haushalt überlassenen Diebesbeute Mitgewaltig erworben haben. Dies ist zum Tatbestande des Anschbringens i. S. des § 259 StGB. ausreichend (RGSt. 52, 204).

(1. Sen. v. 17. Okt. 1933, 1 D 830/33.)

[B.]

Zu 15. I. Nach dem vorl. Urte. soll zur Annahme eines Betrugs nicht genügen, wenn festgestellt wird, daß ein Darlehensempfänger bei der zu Sicherungszwecken vorgenommenen Abtretung von Werten weniger leistet, als der Darlehensgeber auf Grund der Kreditabmachungen zu beanspruchen hatte. Diese Ablehnung stützt sich — was von vornherein zur Klarstellung bemerkt werden mag — nicht etwa auf eine ungenügende Feststellung der Täuschungshandlung oder der Irrtumserregung, sondern auf die Ablehnung einer in der Darlehenshingabe gelegenen Vermögensbeschädigung i. S. des § 263 StGB.

II. Das Urte. bezieht sich bei dieser Entsch. auf den Beschl. der VerStGH. v. 20. April 1887: RGSt. 16, 1 ff. Dort ist bekanntlich zur Bestimmung der Vermögensbeschädigung beim Betrug die sog. objektive Ansicht zugrunde gelegt, wonach eine Vermögensbeschädigung nicht schon dann vorliegt, wenn der Getäuschte die Verfügung ohne den Irrtum nicht getroffen hätte oder wenn er selbst sich als geschädigt einschätzen würde, sondern nur dann, wenn das Vermögen nach Maßgabe einer objektiven Einschätzung beeinträchtigt ist. Vermögensbeschädigung soll demnach sein „die dem Getäuschten nachteilige Differenz zwischen dem Geldwerte, welchen dessen Vermögen nach und infolge der durch die Täuschung hervorgerufenen Verfügung tatsächlich hatte, und demjenigen Geldwerte, den es gehabt hätte, wenn die Täuschungshandlung nicht vorgekommen wäre“. Denn nach seiner Entstehungsgeschichte sei der Betrag des § 263 StGB. ein „materielles Erfolgsdelikt“. Freilich anerkennt auch das RG., daß jene Feststellung sich stets nach der konkreten Gestaltung des Falles richtet (sog. Grundsatz der Individualisierung), weil erst die Beschaffenheit des individuellen Vermögens, die persönlichen Eigenschaften seines Inhabers, sein Stand, sein Beruf usw. den wirtschaftlichen Wert und die Brauchbarkeit eines bestimmten Gegenstandes innerhalb eines Vermögens bestimmen.

III. Die Eigenart des vorl. Falles besteht darin, daß für das Darlehn, das die Hamburg-Mannheimer VersicherungsAktG. der Allgemeinen Abrechnungsbank geben sollte, außerordentlich weitgehende und umfangreiche Sicherungen zugelagt waren, nämlich: a) her der selbstschuldnerischen Bürgschaft des Heimstättenbauverbandes sollten Briefhypotheken im doppelten Nennbetrag der Darlehenssumme sicherungshalber abgetreten werden. Die übertragenen Hypotheken waren aber nicht einmal zur Hälfte ihres Nennbetrags valutiert. Darauf stützt die Strk. die Feststellung einer Vermögensbeschädigung i. S. von § 263 StGB. Das RG. lehnt diesen Standpunkt ab: denn es fehle an der Vermögensbeschädigung, wenn die Rückzahlungsforderung des Darlehensgebers auch ohne die gegebene Sicherheit wirtschaftlich sicher sei; nur wenn Zahlungsfähigkeit des Darlehensempfängers (All-

15. § 263 StGB. Die Feststellung, daß ein Darlehensempfänger bei der zu Sicherungszwecken vorgenommenen Abtretung von Werten weniger geleistet habe, als der Darlehensgeber auf Grund der Kreditabmachungen zu beanspruchen hatte, rechtfertigt noch nicht die Annahme eines Betrugs. f)

Der „Baubund“ hatte für das Darlehn, das die VersicherungsAktG. der A.-Bank gewähren sollte, die selbstschuldnerische Bürgschaft zu übernehmen und außerdem zur Sicherung der Darlehensforderung Briefhypotheken im doppelten Nennbetrag der Darlehenssumme an die Darlehensgeberin abzutreten. Die Hypotheken, die der Angekl. als Vorstandsmittglied des Baubundes in Erfüllung dieser Abmachungen übertragen hat, waren aber nicht einmal zur Hälfte ihres Nennbetrages valutiert. Bei der Prüfung der Frage, ob die Hingabe des Darlehens — zu der es dann in Wirklichkeit nicht mehr gekommen ist — eine Vermögensbeschädigung i. S. des § 263 StGB. bedeutet haben würde, stellt es die Strk. nur darauf ab, daß „der Baubund bei der Abtretung an die Darlehensgeberin weniger leistete, als sie auf Grund der Kreditabmachungen zu beanspruchen hatte“, und erblickt die Vermögensbeschädigung in dem „Minderwert der ihr gewährten Deckung gegenüber der ihr vertragsmäßig zustehenden Deckung“.

Diese Betrachtungsweise wird den Grundsätzen nicht gerecht, die in der RPr. des RG. (vgl. RGSt. 16, 1) für die Feststellung einer Vermögensbeschädigung aufgestellt worden sind. Hiernach ist zu prüfen, ob nach und infolge der durch die Täuschung veranlassenen Vermögensverfügung das Gesamtvermögen des Verfügenden einen geringeren Wert hatte als vorher. Bei der Gewährung eines Darlehens kann eine Vermögensbeschädigung dann nicht angenommen werden, wenn die durch die Darlehenshingabe begründete Gegenforderung gegen den Darlehensnehmer auf Rückzahlung des Darlehens wirtschaftlich sicher und deshalb dem Gegenstande

gemeine Abrechnungsbank), des Bürgen (Heimstättenbauverbandes) und dinglicher Wert der Hypotheken (§§ 1138, 1154, 1155, 1157, 892 BGB.) versagten und der Angekl. dies gewußt hätte, könnte Betrug angenommen werden.

In diesen Ausführungen liegt eine nicht gerechtfertigte, formalistische Überspannung der objektiven Theorie. Es muß zunächst bezweifelt werden, daß es den Lebensverhältnissen wirklich gerecht wird, wenn gesagt ist: falls die Rückzahlungsforderung im Hinblick auf die Vermögenslage des Darlehensnehmers oder auf sonstige Umstände auch ohne die gegebene Sicherheit „wirtschaftlich sicher“ sei, sei sie dem Gegenstande des Darlehens „gleichwertig“. So formal und lebensfern läßt sich der maßgebende Wert nicht bestimmen. Jede Hingabe von barem Geld in Form eines Darlehens bedeutet ein Risiko. Auch wenn die Verhältnisse des Darlehensempfängers zur Zeit völlig einwandfrei sein mögen, so besteht keine Gewähr dafür, daß sie es auch in alle Zukunft und daß sie es auch für die Zeit der Darlehensrückzahlung bleiben. Deshalb wertet auch der Verkehr eine mehrfach und wohl gesicherte Darlehensforderung höher als eine ungesicherte Forderung, selbst wenn keinerlei derzeitige Bedenken gegen die Zahlungsfähigkeit des Schuldners bestehen. So stimmt also die Rechnung des RG. schon allgemein objektiv betrachtet nicht.

Aber es ist notwendig, noch einen Schritt weiterzugehen, damit nicht die sog. objektive Bestimmung der Vermögensbeschädigung zu unangemessenen Ergebnissen führt. Das RGSt. 16, 1 ff., 9 mag m. R. die Berücksichtigung der nur „subjektiven Willkür des Getäuschten“ ablehnen. Wo aber der über ein in meine Willen der Beteiligten eine Wertfestlegung vorgenommen hat, da muß diese „objektiv“ maßgebend sein und maßgebend bleiben. Im vorl. Fall war nach dem Darlehensvertrag als Gegenwert des Darlehens die Darlehensrückforderung, und zwar diese gesichert durch Bürgschaft und durch Briefhypotheken im doppelten Nennbetrag, ausdrücklich bestimmt worden. Dieses Wertverhältnis muß auch bei der Prüfung der Betrugsmerkmale zugrunde gelegt werden. Ist der Darlehensgeber nur durch falsche Vorwispelung, denen zufolge er irrtümlicherweise die Gegenbedingungen als erfüllt angesehen hat, zur Darlehenshingabe veranlaßt worden, so schertert die Annahme des § 263 StGB. nicht an der fehlenden Vermögensbeschädigung.

IV. Den grundsätzlichen Ausführungen des vorl. Urte. in dem genannten Punkte kann somit nicht beigepflichtet werden. Damit soll aber nicht gesagt sein, daß die Sache selbst unter allen Umständen falsch entschieden wäre. Selbstverständlich bleibt neben der Feststellung der objektiven Vermögensbeschädigung die Feststellung des Vorsatzes (des sog. inneren Tatbestandes) notwendig. Aber auch abgesehen davon



des Darlehens gleichwertig ist. Schon hieraus ergibt sich, daß im Falle der Erschleichung eines Darlehens durch die Vorspiegelung vollwertiger Sicherung gleichwohl keine Vermögensbeschädigung des Darlehensgebers dann eintritt, wenn die Rückzahlungsforderung im Hinblick auf die Vermögenslage des Darlehensnehmers oder auf sonstige Umstände auch ohne die gegebene Sicherheit wirtschaftlich sicher ist. Darlehensnehmer aber sollte hier die — mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattete — A.-Bank sein. Wie deren Vermögenslage im Zeitpunkte des Vertragsabschlusses beschaffen war, erörtert das Urteil überhaupt nicht. Selbst wenn man als Annahme der Str.R. entnehmen könnte, daß die A.-Bank keinesfalls aus eigenen Mitteln das Darlehen hätte zurückzahlen können, so fehlt es doch auf jeden Fall an einer Feststellung darüber, ob solches auch dem Angekl. bekannt war, und ob er infolgedessen wußte und billigte, daß aus diesem Grunde die Hingabe des Darlehens das Vermögen der Versicherungsgesellschaft schädigen würde. Hinzu kommt aber noch, daß der Baubund die selbstschuldnerische Bürgschaft für das Darlehen zu übernehmen hatte. Selbst wenn also der Rückzahlungsanspruch gegen die A.-Bank von Anfang an minderwertig gewesen sein sollte, so würde eine Vermögensbeschädigung dann nicht anzunehmen sein, wenn die Vermögenslage des Baubundes zur Zeit des Vertragsabschlusses die Erfüllung dieser Bürgschaftsverpflichtungen ohne weiteres gewährleistete. Allerdings wird nun dessen Vermögenslage als „schlecht“ bezeichnet, jedoch ist dieses nur beiläufig ausgesprochene Werturteil zu allgemein, als daß man daraus allein schon bestimmte Schlüsse ziehen könnte.

(1. Sen. v. 22. Sept. 1933; 1 D 621/33.)

[W.]

**16.** § 266 StGB. Ein Bankbeamter ist nicht ohne weiteres Bevollmächtigter der Bankkunden. § 266 Ziff. 2 StGB. ist nicht erfüllt, wenn jemand durch Täuschung einen Bankbeamten zu einer Gutschrift für einen Dritten veranlaßt.

Der Angekl. war bei der Girozentrale als Kassierer tätig. Seine Aufgabe bestand lediglich darin, den Bargeldverkehr der Bank zu vermitteln. Im Juni 1930 stellte er eines Tages

bleibt die Möglichkeit offen, daß wegen der dinglichen Sicherheit, welche die Hypotheken gewährleisteten (zit. §§ 1138 ff. BGB.), die nur teilweise Nichtvalutierung derselben bedeutungslos war, und zwar bedeutungslos auch nach dem beiderseits ursprünglich zugrunde liegenden Parteiwillen.

Prof. Dr. Edm. Mezger, München.

Zu 16. Das Wesen der eigentlichen Untreue i. S. des § 266 Ziff. 1 u. 2 StGB. liegt im Mißbrauch der durch Gesetz oder Rechtsgeschäft eingeräumten Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen andern zu verpflichten, unter Benachteiligung des anderen Teils und in Verletzung der Treuepflicht gegenüber dem Benachteiligten. Von den Erweiterungen des Begriffs in § 266 Ziff. 3 und in anderen Reichsgesetzen ist abzusehen. Die Befugnis besteht in der rechtlichen Macht zu rechts erhebllichem, nicht nur rechts geschäftlichem Behandeln und Unterlassen mit Wirkung für einen andern, wenn auch nicht in dessen „Vertretung“. Ein solches rechtliches Können ist unter allen Umständen eine vom Rechte erteilte „Vollmacht“, nicht notwendig eine „Vollmacht“ im Sinne des bürgerlichen Rechts (§§ 164 f. BGB.). Analogien bieten die dem Richter erteilte Urteilsvollmacht, die Rechtsmacht des Konkursverwalters, die vom Standpunkte der Amtstheorie aus nicht „Vertretungs“-Vollmacht ist. Mit diesem weiteren Begriffe der Vollmacht operiert Bindung in seiner Darstellung der Untreue, Lehrbuch des Besond. Teils I, 395 f. In der Folge sind Bindungs Ausführungen dahin mißverstanden worden, daß er eine Vollmacht gemäß BGB. vor Augen habe. Es war eine Abirrung im Objekt, als man gegen die so gedeutete Ansicht polemisierte.

Streitig war und ist auch das Verhältnis von Untreue und Unterschlagung. Die Vollmacht im weiteren und im engeren (bürgerlich-rechtlichen) Sinne geht nie auf Unterschlagung. Wer sich rechtswidrig zueignet, mißbraucht insofern nicht eine ihm erteilte Vollmacht. Also in solchem Falle nicht Ideal- oder Gesetzeskonkurrenz, nicht „Subsidiarität“ der Untreue gegenüber der Unterschlagung, so daß Untreue auch durch Unterschlagung begangen werden könnte und bei diesem Zusammentreffen die härtere Strafsatzung entscheiden müßte. Einen scheinbaren Grund für Annahme der Subsidiarität könnte nur die innerlich nichtbegründete Verschiedenheit der Strafsatzungen für Untreue und Unterschlagung (Zulassung mitbender Umstände für diese, nicht für jene, Straflosigkeit der Unterschlagung, nicht auch der Untreue, be-

bei der Aufnahme seines Kassenbestandes einen Fehlbetrag von 4500 RM fest. Diesen Fehlbetrag deckte er in der Weise, daß er bei der Sparkasse in G. ein Darlehen von 4500 RM aufnahm, das er der von ihm verwalteten Kasse gutbrachte. Im Dez. 1930 ergab sich die Notwendigkeit, auf das Darlehen einen Teilbetrag von 2000 RM zurückzahlen. Er füllte deshalb einen Einzahlungsbeleg bei seiner Kasse aus, der folgenden Wortlaut hatte: „Anbei erfolgen zur Gutschrift auf Konto 59 G. 2000 RM.“ Diesen Einzahlungsbeleg stellte er in der Kassenprimanote zugunsten der Sparkasse G. in Einnahme. Der Kassenbeleg durchlief die vorgeschriebenen Abteilungen der Bank und wurde schließlich in der Kontokorrentbuchhaltung zugunsten der Sparkasse in G. auf deren Konto verbucht. Tatsächlich war eine Einzahlung in die Kasse der Bank nicht vorgenommen worden. Zur Abdeckung des Darlehensrestes entnahm der Angekl. der Kasse am 9. Nov. 1932 den baren Betrag von 2500 RM und zahlte diesen Betrag an die Sparkasse G.

Die Str.R. hat angenommen, daß der Angekl. sich durch die Ausstellung des Einzahlungsbelegs über 2000 RM und die Weitergabe des Kassenbelegs an die Kontokorrentbuchhaltung zur Gutschrift für die Sparkasse G. zum Nachteil der Bank eines Betrags (§ 263 BGB.) und in Tateinheit damit einer Untreue i. S. des § 266 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StGB. schuldig gemacht habe. In der Entnahme des Betrags von 2500 RM aus der Kasse der Bank erblickt sie eine Unterschlagung in Tateinheit mit Untreue.

Das Ur. begegnet rechtlichen Bedenken zunächst insoweit, als in dem ersten Falle auch der Tatbestand der Untreue als gegeben angesehen worden ist. Nach der zutreffenden Annahme der Str.R. war die das Vermögen der Bank benachteiligende Verfügung die Gutschrift des Betrags von 2000 RM für die Sparkasse G. auf deren Kontokorrentkonto. Diese Verfügung ist nicht vom Angekl., sondern von der Kontokorrentbuchhaltung vorgenommen worden. Der Angekl., dem lediglich die Vermittlung des Bargeldverkehrs der Bank oblag, hatte weder die rechtliche noch die tatsächliche Möglichkeit, in dieser Weise über das Vermögen der Bank zu verfügen. Hierzu war vielmehr nur der mit der Führung des Kontokorrentkontos

gangen von Akzidenten an Deszendenten usw.) liefern. Diese Differenz wäre durch Gesetzesänderung zu beseitigen.

Die „Bevollmächtigten“-Untreue des § 266 Ziff. 2 unterscheidet sich von der des Vormundes, Masseverwalters usw. nach Ziff. 1 daselbst durch das Erfordernis einer Bevollmächtigung auf der Grundlage oder doch in Analogie des bürgerlich-rechtlichen Vollmachtbegriffs. Das nimmt für Ziff. 2 auch Bindung an, so daß insofern sowohl er als seine Gegner den Strafgrund in Vollmachtmißbrauch finden. Es bleibt die Frage, ob mit dieser Untreue Unterschlagung in Ideal- (Gesetzes-) Konkurrenz treten kann, was verneint werden muß, wenn man in Unterschlagung, wie geboten, ein Handeln außerhalb der Vollmacht, nicht in Vollmachtmißbrauch erblickt.

Der Entsch. des RG. in den zwei zur Beurteilung stehenden Fällen ist im Ergebnis, ganz überwiegend auch in der Begründung zuzustimmen. Denn wie zutreffend ausgeführt wird, fehlt es im ersten Falle schon an der „Verfügung“ („Bevollmächtigte, die über Forderungen usw. verfügen“, § 266 Ziff. 2), in beiden Fällen an der Vollmacht.

Der Entsch. 1927 hatte sich im § 348 Abs. 1 „wer die ihm durch Gesetz oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen andern zu verpflichten, öffentlich mißbraucht und dadurch dem andern Nachteil zufügt“ usw., auf den Boden der Bindungsschen Lehre gestellt.

Ähnlich auch das Gesetz zur Wandlung strafrechtl. Vorschr. v. 29. Mai 1933 Art. I Ziff. 18: „wer vorsätzlich die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen andern zu verpflichten, mißbraucht“; alternativ verbindet sich damit in dem neugefaßten § 266 die Verletzung der „Kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses bestehenden Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen“: uneigentlichen neben der eigentlichen Untreue.

Eine Konkurrenz von Untreue und Unterschlagung kam in dem hier gegebenen Falle nicht in Frage, weil es an den Voraussetzungen der Untreue fehlte. Die Str.R. hatte irrtümlicherweise angenommen und Unterschlagung dazu in Ideal-Konkurrenz gestellt. Das RG. erachtet diese Konkurrenz rechtlich für möglich (so bereits in vielen Entsch., z. B. RGSt. 63, 253), insofern kann ich der Begründung des Urteils nicht zustimmen.

Prof. Dr. Detker, Würzburg.



der Sparkasse G. betraute Beamte in der Lage. In ihm hat der Angekl. durch Ausstellung und Weitergabe des Kassenbogens über 2000 RM den Irrtum hervorgerufen, daß dieser Betrag für die Sparkasse G. eingezahlt worden sei, und ihn dadurch bestimmt, ihr 2000 RM gutzuschreiben, obwohl in Wirklichkeit eine Einzahlung nicht erfolgt war. Die Handlung des Angekl. stellt sich demnach nicht selbst schon als eine Verfügung über eine Forderung oder ein anderes Vermögensstück der Bank, sondern als eine Täuschungshandlung dar, die dazu bestimmt war, eine das Vermögen der Bank schädigende Verfügung eines anderen herbeizuführen.

Auch im zweiten Falle läßt sich die Verurteilung des Angekl. wegen Untreue nicht aufrechterhalten. Zwar hat in diesem Falle der Angekl. über Vermögensstücke der Bank zu deren Nachteil und in der Absicht verfügt, sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen. Es fehlt aber an einer ausreichenden Feststellung, daß der Angekl. Bevollmächtigter i. S. des § 266 Nr. 2 StGB. gewesen sei. Die Strk. ist offenbar der Meinung, daß ein Bankfasser ohne weiteres auch Bevollmächtigter ist. Das trifft jedoch nicht unter allen Umständen zu. Die Begriffe „Bevollmächtigter“ und „Auftraggeber“ i. S. des § 266 Nr. 2 StGB. setzen, wenn auch nicht notwendig, eine „Vollmacht“ i. S. der §§ 164 ff. BGB. oder einen „Auftrag“ i. S. der §§ 662 ff. BGB., so doch ganz allgemein ein Vertrauensverhältnis zwischen zwei Personen voraus, vermöge dessen die eine zur offenen oder verdeckten rechtsgeschäftlichen Vertretung der anderen bestellt ist und hierdurch die in der Natur des Verhältnisses begründete rechtliche oder doch tatsächliche Möglichkeit der Verfügung über das Vermögen der anderen Person besitzt und ausübt. Erforderlich ist also die Bestellung zu einem rechtsgeschäftlichen Handeln gegenüber einem Dritten und die Ausübung einer rechtsgeschäftlichen Selbsttätigkeit, einer Vertretung des Machtgebers im Willen (RGSt. 61, 2; 62, 19; 63, 336). Eine rein tatsächliche, mechanische Tätigkeit genügt nicht (RGSt. 7, 377; 42, 212; 43, 433; 65, 404). Die Annahme, daß der Angekl. Bevollmächtigter i. S. des § 266 Nr. 2 StGB. gewesen sei, hätte hiernach näherer Begründung bedurft.

(1. Sen. v. 10. Okt. 1933; 1 D 900/33.) [W.]

17. § 347 StGB. Die „Entweichung“ i. S. von § 347 Abs. 2 StGB. umfaßt auch die „Befreiung“ des Gefangenen i. S. von § 347 Abs. 1. Für die Bewirkung einer solchen Befreiung ist es bedeutungslos, ob der Gefangene weder entweichen wollte noch konnte. Läßt der Beamte den Gefangenen unter genügender Bewachung ein Lichtspielhaus besuchen, so erfüllt dies nicht den Tatbestand des § 347 Abs. 1. f)

Die Strk. geht davon aus, daß die von dem Angekl. in dem Kraftwagenführer S. bestellte Aufsichtsperson für die Aufgäbe der Bewachung des immerhin fluchtverdächtigen M. völlig untauglich war, und daß der Angekl. sich als Richter und Gefängnisvorstand bei pflichtgemäßer Würdigung aller Umstände dies hätte sagen müssen. Aus diesen Darlegungen und der weiteren Ausführung, daß der Angekl. die pflichtgemäße Vorsicht außer acht gelassen habe, ergibt sich als Ansicht des Gerichts, daß für den Angekl. bei Anwendung der gebotenen und ihm möglichen Aufmerksamkeit voraussehbar

Zu 17. In dem nicht abgedr. Teil des RGUrts. wird darauf verwiesen, daß die „Entweichung“ in § 347 Abs. 2 StGB. jede Form der — für den objektiven Straftatbestand wesentlichen — Aufhebung der Gefangenschaft, der Beseitigung des behördlichen Gewahrsams über den Gefangenen, also auch die „Befreiung“ i. S. des § 347 Abs. 1 umfaßt und daß es für dieses Tatbestandsmerkmal belanglos ist, ob der frei gewordene Gefangene sich seiner tatsächlich erlangten Freiheit bewußt wurde und ob er sie zur Durchführung einer Flucht ausnützen konnte oder wollte. Gegen diese — in der Nrpr. (vgl. RGSt. 5, 324; 9, 4; 36, 403; 41, 119; 57, 75) anerkannten — grundsätzlichen Erwägungen und Ausführungen, auf denen sich die vorl. Entsch. aufbaut, bestehen keine Bedenken. Auch im übrigen ist die Entsch. zu billigem; insbes. ist der Fahrlässigkeitsbegriff nicht überspannt.

Prof. Dr. Fr. Doerr, München.

war, daß als Folge der gänzlichen Ungeeignetheit der von ihm eingesetzten Bewachungsperson die nach der Sachdarstellung demnächst erfolgte Aufhebung der Gefangenschaft des M. eintreten konnte. Diese Annahmen der Strk. gründen sich allein darauf, daß der Angekl. es schuldhaft außer acht gelassen hat, auf die völlige Untauglichkeit des S. für die ihm übertragenen Aufgabe Bedacht zu nehmen. Demgegenüber konnte es nicht mehr darauf ankommen, ob der Untersuchungsgefangene als immerhin fluchtverdächtig zu gelten hatte oder ob sein körperlicher Zustand und seine seelische Verfassung die Ausführung einer Flucht ausschloßen. Denn es ist für die Bewirkung einer Gefangenenbefreiung bedeutungslos, ob der Gefangene weder entfliehen konnte noch wollte. Maßgebend bleibt allein, daß pflichtwidrig der behördliche Gewahrsam über den Gefangenen aufgegeben wurde. Auch der Nachweis des Schutzbewirkens des Angekl. konnte daher vorliegend nicht zu einer Änderung der rechtlich einwandfrei im Urte. begründeten Auffassung des LG. führen, daß der Angekl. fahrlässig gehandelt und dadurch die Befreiung des ihm zur Bewachung anvertrauten Untersuchungsgefangenen M. verursacht hat.

Aus diesen Erörterungen ergibt sich zugleich, daß die Sachbeschwerde des Angekl. erfolglos bleiben mußte. Denn entgegen der Ansicht der Rev. konnte die Strk. den Tatbestand der Befreiung des M. der Verurteilung des Angekl. aus § 347 Abs. 2 StGB. zugrunde legen.

Die Freisprechung des Angekl. von der Anklage des Verbrechens gegen § 347 Abs. 1 StGB. in dem einen Falle ist rechtlich bedenkenfrei von der Strk. begründet. Nach der Sachdarstellung konnte allein in Frage kommen, ob die Gefangenschaft des M. dadurch aufgehoben wurde, daß der Angekl. diesen nur unter der Bewachung der Ehefrau des Angekl. ein Lichtspielhaus besuchen ließ. Es ist der Rev. zuzugeben, daß in dieser Maßnahme des Angekl. eine Verletzung seiner Amtspflicht zu sehen ist, die über M. verhängte Untersuchungshaft nach den für eine solche Haft bestehenden Gesetzes- und Verwaltungsbest. durchzuführen. § 347 StGB. will aber nicht solche Verstöße, sondern nur die Beseitigung der vom Staate gebilligten Freiheitsentziehung durch Handlungen oder Unterlassungen der für die Aufrechterhaltung der Gefangenschaft verantwortlichen Beamten ahnden. Vorliegend hat die Strk. in ausreichender Berücksichtigung der besonderen Umstände des Falles festgestellt, daß durch die hier angeordnete Bewachung der Zustand der Unfreiheit des Gefangenen aufrechterhalten worden ist. Diese Würdigung des Sachverhalts, die sich im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiete bewegt, läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Sie rechtfertigt auch die Freisprechung des Angeklagten.

(2. Sen. v. 30. Okt. 1933; 2 D 1065/33.) [W.]

18. § 314 Abs. 1 Nr. 1 StGB. wird durch nicht erkennbare „Voraktivierungen“ erfüllt, auch wenn die Voraktivierung an sich nicht zu beanstanden und bei offener Darlegung das ziffernmäßige Endergebnis dasselbe wäre. f)

1. In der Bilanz für 1928 waren in dem mit „Fabrikate“ bezeichneten Aktivposten Waren (Herbe) enthalten, die bereits verkauft und den Käufern in Rechnung gestellt waren;

Zu 18. Die Entsch. verdient Zustimmung.

1. Bekanntlich ist sehr bestritten, wie weit noch nicht gelieferte Waren mit den vereinbarten Kaufpreisen aktiviert werden dürfen. Wo das Mindestwertprinzip des § 261 Ziff. 2 StGB. nicht gilt, ist das sicher zulässig. Das hat das RG. auch für die Bilanz der GmbH. bejaht (vgl. RG. 80, 334 = JW. 1913, 143). Für die Bilanz der AktG. wird eine derartige Durchbrechung des Mindestwertprinzips von der herrschenden Lehre für den Fall anerkannt, daß an der Einbringlichkeit der Kaufpreise kein Zweifel besteht (vgl. Horowitz-Ullmann, Komm. z. neuen Aktienrecht § 261 Anm. 31; Simon S. 352; Staub-Pinner Anm. 5; Lehmann-Hirsch Anm. 6; a. U. Brodmann Anm. 4 b). Auf alle Fälle war es aber unzulässig, die verkauften Herbe doppelt anzusetzen. Auch wenn man die Voraktivierung verkaufter Waren unter Festhalten am Mindestwertprinzip des § 261 Ziff. 2 StGB. verneint, eröffnet sich aber heute noch ein anderer Weg, die Aufwendungen für die Herbebringung



infolgedessen war ihr Wert auf der Aktivseite doppelt angesetzt (60710 *R.M.*).

Ferner waren Herde im Gesamtwerte von 4620 *R.M.* als der Gesellschaft gehörend in diesem Posten einbegriffen, obwohl sie ihr nur zur Reparatur übersandt waren.

Endlich war ein Herd mit 1026 *R.M.* angesetzt, obwohl er bereits verkauft und bezahlt war.

Auf diese Weise wurden die Aktiven der Wahrheit zuwider um 66356 *R.M.* erhöht.

2. Die Bilanz für 1929 war insofern falsch, als willkürlich Herde als auf Lager befindlich angesetzt wurden, die überhaupt nicht vorhanden waren; dadurch wurde der Aktivposten „Fabrikate“ wiederum künstlich um einen Betrag von rund 66000 *R.M.* erhöht.

Die falsche Bilanzierung war erfolgt, um einen Ausgleich für die durch Beschaffung von Auslandsaufträgen entstandenen Kosten zu ermöglichen. Die Gesellschaft hatte sich um Auslandsaufträge bemüht und solche auch erhalten. Hierdurch waren Auslagen für Reisen und Vorarbeiten usw. entstanden, die zunächst die Bilanz belasteten, während der durch die Abwicklung der Aufträge zu erwartende Gewinn sich noch nicht bilanzmäßig auswirkte. Die durch die Beschaffung der Aufträge gemachten Aufwendungen beschloß man dadurch „vorweg zu aktivieren“, daß man den Posten „Fabrikate“ in den beiden Bilanzen in der geschilderten Weise erhöhte.

Die Rev. irrt, wenn sie meint, der für die Beurteilung der Sachlage maßgebende Gesichtspunkt könne nur der sein, ob eine Voraktivierung der durch die Beschaffung der Auslandsaufträge entstandenen Kosten zulässig sei. Die Tatsache der Voraktivierung an sich hat die Str.R. dem Beschwz. nicht zur Schuld angerechnet, sondern nur die Art und Weise, wie dies geschehen ist, und darin ist der Str.R. beizupflichten. Die Frage, ob die sog. Voraktivierung zulässig ist, ob dies überhaupt durch Einsetzung eines Postens in die Bilanz geschehen kann, braucht nicht erörtert zu werden. Wenn es geschieht, muß es jedenfalls in einer Form geschehen, die klar erkennen läßt, um was es sich handelt; das ist hier nicht der Fall. Den Bilanzen konnte man nicht ansehen, daß der Posten „Fabrikate“, womit die auf Lager befindlichen, der Gesellschaft gehörenden Waren zu verstehen waren, Summen enthielt, die einen aus der künftigen Ausführung von Aufträgen zu erwartenden Gewinn darstellten. Daß diese Unrichtigkeit nicht nebensächlicher Natur, sondern für die Beurteilung der Lage des Unternehmens von großer Bedeutung ist, bedarf keiner näheren Erörterung. Durch nicht erkennbare „Voraktivierungen“ solcher Art wird, wie die Str.R. mit Recht annimmt, ein falsches Bild über die Gesamtlage der Gesellschaft hervorgerufen, auch wenn die Voraktivierung an sich nicht zu beanstanden und bei offener Darlegung das ziffernmäßige Endergebnis dasselbe wäre. Gerade gegen ein solches wider die Pflicht zur Wahrheit und Klarheit verstößendes Verhalten richtet sich die Strafordrohung des § 314

von Auslandsaufträgen zu aktivieren. Denn nach § 261 Ziff. 2 Abs. 1 Satz 2, der § 261 Ziff. 1 Abs. 1 Satz 2 auf die Berechnung der Herstellungskosten für anwendbar erklärt, können angemessene Anteile an den Betriebs- und Verwaltungskosten aktiviert werden. Zu den Betriebskosten gehören auch die Kosten der Werbung usw. Bei Waren wird der Gefahr einer zu hohen Aktivierung freilich dadurch ein Riegel vorgeschoben, daß neben den Herstellungskosten als weitere Höchstgrenze der Markt- oder Geschäftswert vorgeschrieben ist.

Keiner Ausführung bedarf es, daß die Einsetzung von Herden, die nur zur Reparatur übersandt werden, mit ihrem Markt- oder Geschäftswert völlig unzulässig war, daß allenfalls die Aktivierung der Werklohnforderung in Betracht kam.

2. Angesichts der Zweifel über die Zulässigkeit der Aktivierung hat das RG. gut getan, diese Fragen dahingestellt sein zu lassen, da auf alle Fälle gegen den Grundsatz der Bilanzklarheit und -wahrheit, wie er durch § 314 Ziff. 1 StGB. gesichert ist, verstoßen worden war. Mag die Aktivierung auch zulässig sein und das ziffernmäßige Endergebnis nicht beeinträchtigen, so muß sie doch als solche erkennbar sein, wenn nicht zum mindesten der Vorwurf der Bilanzverschleierung begründet sein soll. Zwischen Verschleierung und unwahrer Darstellung besteht nach RGSt. 37, 431 ff. folgender Unterschied: Die Verschleierung besteht in der Undeutlichmachung wahrer Tatsachen, enthält also keine unwahre Darstellung; eine solche liegt nur dann vor, wenn in der Bilanz unwahre Tatsachen angegeben werden. Für mich besteht kein Zweifel,

Abs. 1 Nr. 1 StGB., und zwar sowohl im öffentlichen Interesse an gesunder Entwicklung des Aktienwesens wie zum Schutze des Publikums gegen schadenbringende Nachenschaften überhaupt (RGSt. 38, 195 [199]; 41, 293 [298]; 49, 358 [363]; RG. 112, 19 [23]). Dabei kann dahingestellt bleiben, ob es sich im vorl. Fall um eine „unwahre Darstellung“ oder um eine „Verschleierung“ handelt (RGSt. 37, 433 [434, 435]).

Auch der innere Tatbestand, der Wissentlichkeit — i. S. von Vorsatz (RGSt. 64, 423) — erfordert, ist rechtlich einwandfrei nachgewiesen. Durch die etwaige Mitschuld anderer Personen wird der Angekl. von seiner Verantwortlichkeit der Allgemeinheit gegenüber, zu deren Schutz die Vorschr. erlassen ist, nicht befreit.

(3. Sen. v. 13. Nov. 1933; 3 D 869/33.)

[Hr.]

**\*\*19.** § 239 Ziff. 1 RD. Zum Tatbestand des Beiseiteschaffens. Begriff des Verheimlichens. Beihilfe. †)

Die dem Angekl. zur Last gelegte Beihilfe zu dem Verbrechen des Mitangekl. G. gegen § 239 Ziff. 1 RD. sieht das LG. in dem Mitwirken des Angekl. bei der Bestellung einer Hypothek für ihn auf dem Grundstück, das zu gleichen Teilen im Miteigentum des G. und dessen Ehefrau stand. Es geht dabei davon aus, daß der Haupttäter sich eines Beiseiteschaffens von Vermögensstücken schuldig gemacht habe. Dieses Merkmal findet es darin, daß der in Höhe von 6000 *R.M.* durch Eintragung und Briefübergabe bestellten Hypothek nur eine Forderung von 1260 *R.M.* zugrunde lag und daß dieser Umstand nach der Absicht der Tatbeteiligten in dem bevorstehenden und von ihnen erwarteten Konkurs des Haupttäters zum Nachteil der Konkursgläubiger dem Konkursverwalter unbekannt bleiben sollte, damit er wegen der gegenüber dem Grundstückswert durch diese letzte Hypothek bewirkten zu hohen Gesamtbelastung von einer Verwertung des Grundstücks zugunsten der Konkursmasse Abstand nähme. In dieser Maßnahme des Haupttäters ist aber ein Beiseiteschaffen i. S. des § 239 Ziff. 1 RD. nicht zu sehen. In der vom Schuldner angenommenen Belastung seines Grundstücks mit einer Hypothek zugunsten eines Dritten kann ein Veräußern und damit ein Beiseiteschaffen eines Vermögensstücks nach § 239 Ziff. 1 RD. gefunden werden (RGSt. 66, 130 ff.). Es muß aber tatsächlich eine Belastung des Grundstücks zugunsten eines Dritten stattgefunden haben. Dies Erfordernis ist jedoch in dem angefochtenen Urte. nicht dargetan. Von vornherein auszuschließen ist die Belastung durch die Hypothek insoweit, als für sie nach dem Urte. eine Forderung des Angekl. bestand. Denn das LG. geht insoweit ersichtlich davon aus, daß der Haupttäter die Hypothek zu diesem Teile für den Angekl. nicht in der Absicht, seinen Gläubiger zu benachteiligen, bestellt hat.

daß die vorliegende Bilanz sogar den Tatbestand der unwahren Darstellung erfüllt.

Die Bedeutung der Entsch. tritt aber noch mehr hervor, wenn man betont, daß die als solche nicht erkennbare Voraktivierung auf alle Fälle, auch wenn sie sachlich nicht zu beanstanden ist und das Endergebnis nicht berührt, ein falsches Bild über die Gesamtlage der Gesellschaft hervorruft, folglich den Tatbestand der Verschleierung erfüllt.

Prof. Dr. Heinrich Lehmann, Köln.

Zu 19. Der gut begründeten Entsch. ist beizustimmen. Die Frage, ob in einer Veräußerung ein Beiseiteschaffen erblickt werden kann, steht nicht zur Erörterung, da das RG. zutreffend ein Verheimlichen annimmt. Sie ist aber, wie kurz bemerkt werden mag, mit dem RG. zu bejahen (a. A. Jaeger, RD. § 239 Anm. 29, der überhaupt den Tatbestand des Beiseiteschaffens auf Immobilien nicht für anwendbar erklärt, was m. E. nicht zutrifft). Da nun dem Tatbestand nach ein einfaches Verschweigen nicht in Betracht kommt (der Haupttäter hat durch positive Angaben den Vermögensbestand zu verschleiern versucht), braucht auch die Frage nicht geprüft zu werden, ob bloßes Verschweigen tatbestandsmäßig zur Bestrafung nach § 239 Ziff. 1 RD. genügt. Erwähnt sei aber, daß die Frage bejaht werden muß, wenn, wie im vorl. Fall, eine Pflicht zur Klarlegung der Verhältnisse bestand.

Prof. Dr. Heinrich Gerland, Jena.



Für den hiernach verbleibenden Teil der Hypothek entfällt das Merkmal des Beseitigens, weil ja die Hypothek, soweit keine Forderung bestand, zur Eigentümerhypothek der Miteigentümer wurde. Eine Belastung des Grundstücks zugunsten eines Dritten wurde damit nicht geschaffen. Auch der Umstand, daß die Eigentümerhypothek durch die Machenschaften der Beteiligten für Dritte nicht erkennbar in die Erscheinung trat, sondern daß der Angekl. als Gläubiger erschien und an sich die Möglichkeit hatte, durch ihre Veräußerung an einen gutgläubigen Dritten eine wirkliche Belastung des Grundstücks zu dessen Gunsten herbeizuführen, erfüllt den Tatbestand des Beseitigens nicht, das begrifflich die Beseitigung des Vermögensstücks selbst erfordert. Eine Veräußerung des Grundstücks zu einem Teile seines wirtschaftlichen Wertes in Form einer Fremdbelastung ist durch das Entstehen der Eigentümerhypothek nicht erfolgt. Diese ist auch in der Konkursmasse verblieben. Ebensowenig wie betreffs des Grundstücks als wirtschaftlichen Wertes ist auch betreffs der Eigentümerhypothek dem Haupttäter eine Tätigkeit nachgewiesen, die dies Vermögensstück aus seiner bisherigen Lage oder seinem natürlichen Verlauf in eine andere Lage oder in einen anderen Verlauf versetzte (RGSt. 2, 119). Die dingliche Rechtslage ist dadurch nicht geändert worden, daß der Rechtschein den Angekl. als Gläubiger der Hypothek erscheinen ließ und daß der den Miteigentümern zustehende Berichtigungsanspruch dem Willen der Tatbeteiligten gemäß möglicherweise unbekannt bleiben konnte.

Wohl aber ist das Tatbestandsmerkmal des Verheimlichens in dem Verhalten des Haupttäters gegeben. Den Urteilsgründen ist zu entnehmen, daß G. nach der Konkurseröffnung dem Konkursverwalter gegenüber entsprechend seiner Abrede mit dem Angekl. daran festgehalten hat, daß die Hypothek allein dem Angekl. zustände. Darin lag aber im Zusammenhang mit der Bestellung der nicht valuierten Hypothek ein Verheimlichen i. S. des § 239 Ziff. 1 RD., nämlich das Verschweigen der wahren Sachlage, nach der dem Haupttäter und dessen Ehefrau die gemeinsame Eigentümerhypothek zustand. Das in dem Anteil des Haupttäters an dieser Hypothek bestehende Vermögensstück ist somit nach dem Urteilsinhalt von dem Haupttäter verheimlicht worden. Das ergangene Urte. ergibt, daß auch im übrigen der Tatbestand des § 239 Ziff. 1 RD. in bezug auf das festgestellte Verheimlichen dieses Vermögensstücks nach der äußeren und inneren Tatseite rechtlich einwandfrei dem G. nachgewiesen ist.

Dem angef. Urte. ist ferner zu entnehmen, daß der Angekl. sich der Beihilfe zu dem nach dem zuvor Gesagten aus dem Urteilsinhalt sich ergebenden Verbrechen des G. gegen § 239 Ziff. 1 RD. schuldig gemacht hat. Er hat nach der Sachdarstellung in Kenntnis der Absicht der Gläubigerbenachteiligung seitens des Haupttäters bewußt dazu mitgewirkt, daß die diesem Zwecke dienende Bestellung der Hypothek von 6000 RM erfolgte, obwohl es zum größten Teile dieses Betrages an einer zu sichernden Forderung fehlte. Da der Angekl. und G. dabei den Plan verfolgten, es sollte in dem Konkurse der Schein aufrechterhalten werden, daß die Hypothek voll valuiert sei, so ergibt sich bedenkenfrei, daß der Gehilfenvorsatz des Angekl. auch auf eine Tatausführung durch ein Verheimlichen des in Betracht kommenden Vermögensstückes gerichtet war.

(2. Sen. v. 20. Nov. 1933; 2 D 545/33.)

[Hn.]

Zu 20. Mit Recht hält das RG. an seiner früheren Rpr. fest, wonach die Frage, ob ein Zeuge durch einen ersuchten oder beauftragten Richter gem. § 223 StPD. zu vernehmen ist, nicht eine bloße Tats., sondern auch eine Rechtsfrage ist. Die Frage ist besonders sorgfältig zu prüfen, weil bei Anwendung des § 223 im Einzelfall von dem Grundsatz der Mündlichkeit abgewichen wird.

Die Grundsätze, nach welchen das RevG. nachzuprüfen hat, ob die Rechtsbegriffe „große Entfernung“ und „besondere Erschwerung des Erscheinens“ i. S. des § 223 Abs. 2 nicht verkannt sind, sind im Urte. v. 20. Juni 1910 (RGSt. 44, 8 ff.) ausführlich niedergelegt. Bei Nachbargerichten werden diese Voraussetzungen meistens nicht gegeben sein. Im vorl. Fall ist zutreffend die Entfernung der durch Eisenbahn verbundenen Orte mit B. nicht für berartig über das gewöhnliche Maß hinausgehend erachtet worden,

## II. Verfahren.

20. § 223 StPD. Die Frage der „großen Entfernung“ ist der Nachprüfung durch das RevG. nicht entzogen. Ist der Wohnort der Zeugen eine Eisenbahnstation vom Gerichtshof entfernt und gestattet der Fahrplan, daß der Zeuge an einem Tag die Hin- und Rückreise bewirkt, so liegt keine „große Entfernung“ vor. †)

Die Frage, ob die Anwendung des § 223 StPD. durch große Entfernung gerechtfertigt sei, ist der Nachprüfung seitens des RevG. nicht entzogen (RGSt. 4, 174; 18, 261; 44, 9). Vorliegend sind die Wohnorte der Zeugen von den an der Bahnstrecke nach B. liegenden Bahnhöfen S., D. oder J. etwa 1—4 km entfernt. Von diesen Bahnhöfen aus, die mit den Wohngemeinden der Zeugen durch Landwege verbunden sind, verkehren täglich je drei Züge nach und von B. Die Fahrzeit beträgt von dem am entferntesten liegenden D. nicht viel über eine Stunde. Die Verkehrszeiten der Züge ermöglichten ohne weiteres das Erscheinen der Zeugen vor der Strk. in B. und ihre Rückkehr zu ihren Wohnorten an einem Tage. Diese Verkehrsverbindung mit dem Gerichtsort der Hauptverhandlung kann für sich allein die Annahme nicht begründen, daß das Erscheinen der Zeugen durch große Entfernung besonders erschwert sei. Daß für das Gericht aber noch andere Gesichtspunkte maßgebend gewesen sind, um eine besondere Erschwerung anzunehmen, ist dem Beschl. nicht zu entnehmen und ist auch sonst nicht erkennbar. Die Anordnung der kommissarischen Vernehmung der genannten Zeugen erscheint sonach nicht gerechtfertigt. Die Niederschriften über diese Vernehmungen durften in der Hauptverhandlung nicht verlesen werden. Zur Zeit dieser Verhandlung hat ersichtlich die gleiche Lage wie bei der kommissarischen Vernehmung der Zeugen bestanden. Die Verlesung kommissarischer Zeugenvernehmungen nach § 251 Abs. 2 und 3 StPD. ist aber nur zulässig, wenn einer der Gründe des § 223 StPD. auch noch im Zeitpunkt der Verlesung vorliegt (RGSt. 59, 302).

(2. Sen. v. 13. Nov. 1933; 2 D 1101/33.)

[W.]

21. §§ 267 Abs. 1, 337 StPD. Schon auf eine sachlich-rechtliche RevKlage hin unterliegt ein Urte. der Aufhebung, das durch unzulässige Verweisungen unklar oder lückenhaft ist.

Unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfange das Gericht die Wiedergabe der tatsächlichen Feststellungen in den Urteilsgründen durch eine Bezugnahme ersetzen darf, hat das RG. in einer Reihe von Entsch. ausgesprochen (vgl. z. B. RGSt. 4, 367; 59, 427; 62, 216; 66, 8). Insbes. hat der erf. Sen. im Urte. 1 D 1133/30; DRZ. Rpr. 1931 Nr. 135 ausgeführt, daß es unter keinen Umständen zulässig ist, auf Feststellungen eines früheren, in derselben Sache ergangenen, aber vom RevG. mitsamt den tatsächlichen Feststellungen aufgehobenen Urte. Bezug zu nehmen.

Dem RevG. kann nicht angefochten werden, den Versuch zu unternehmen, vorhandene Unklarheiten — oder gar vorhandene offenbare Lücken — im Wege der Vergleichen und der Auslegung der verschiedenen Urte. zu beseitigen.

Dieser Rechtsfehler ist an sich verfahrensrechtlicher Art (§ 267 Abs. 1 Satz 1 StPD.). Da er es aber dem RevG. unmöglich macht, den Umfang der tatsächlichen Feststellungen zu erkennen, und so die Prüfung verhindert, ob das Straf-

daß es für sich allein schon unter allen Umständen eine besondere Erschwerung des Erscheinens mit sich gebracht hätte, zumal dem Beschluß nicht zu entnehmen war, daß sich etwa aus dem Stand, Beruf, dem Alter oder sonstigen Verhältnissen der einzelnen Zeugen beachtliche Gründe dafür hätten gewinnen lassen. Der Beschluß hätte mithin unbedingt nähere Angaben darüber enthalten müssen, weshalb die Voraussetzungen des § 223 Abs. 2 für vorliegend erachtet wurden. Mangels solcher Feststellungen ist es nicht von der Hand zu weisen, daß ein Verstoß gegen §§ 223 Abs. 2, 251 Abs. 2 StPD. vorgekommen ist. Da ferner die tatsächlichen Feststellungen des Urte. auf einer Würdigung der zu Unrecht verlesenen Zeugenausagen aufgebaut sind, so ist nicht zu widerlegen, daß das Urte. auf diesem Verstoß beruht.

RM. Dr. Fraeb, Hanau.



gesetz durchweg rechtsirrtumsfrei angewendet worden ist, so nötigt er schon auf die allgemeinen sachlich-rechtlichen Beschwerden der Angekl. zur Aufhebung des Urts.

(1. Sen. v. 29. Sept. 1933; 1 D 697/33.)

[B.]

## Freiwillige Gerichtsbarkeit.

I. §§ 1, 63 Abs. 1 Nr. 2, 67 RZWOHlfG. Auch für die Anordnung der vorläufigen und endgültigen Fürsorgeerziehung gegen ausländische oder staatenlose Kinder bilden die Vorschriften der §§ 63 Abs. 1 Nr. 2, 67 RZWOHlfG. die alleinige gesetzliche Grundlage, wie der Senat bereits bezüglich der endgültigen Fürsorgeerziehung in dem Beschl. v. 16. Mai 1924 (1a X 389/24), abgedruckt in JZG. 2, 96, dargelegt hat.)

Das RG. hat die vorläufige Fürsorgeerziehung einer ausländischen bzw. staatenlosen Minderjährigen angeordnet. Das LG. hat auf die sofortige Beschw. des Landeshauptmanns diese Entsch. im Hinblick auf den Beschl. des RG. v. 30. Juni 1927 (RG. 117, 376 ff. 1)) aufgehoben, weil die Tatsache allein, daß das erst 16jährige Mädchen mit einem früheren Zuhälter ein Liebesverhältnis unterhalte und von ihm schwanger sei, noch keine Gefahr für deutsche Kinder bedeute. Die hiergegen vom Jugendamt erhobene sofortige weitere Beschw. hatte Erfolg.

Das RG. hielt das Rechtsmittel im Hinblick auf die von ihm im JZG. 2, 96 entwickelten Rechtsgrundsätze für begründet, glaubte sich aber durch den oben erwähnten Beschl. des RG. gehindert, der Beschw. stattzugeben und hat deshalb zunächst gem. § 28 Abs. 2 JZG. die Sache dem RG. zur Entsch. vorgelegt.

Das RG. hat eine Entsch. mit folgender Begr. abgelehnt:

Wenn das RG. der Beschw. stattgeben wolle, weil es die §§ 63 Abs. 1 Nr. 2, 67 JWOHlfG. für anwendbar halte, so befände es sich in Übereinstimmung mit dem Beschl. des Senats v. 30. Juni 1927. In diesem Beschl. sei ausgeführt, daß die Anwendbarkeit des RZWOHlfG. zwar grundsätzlich auf deutsche Kinder beschränkt sein solle, daß das Gesetz aber die Anordnung der Fürsorgeerziehung für Ausländerkinder auch nicht verbiete. Die Zulässigkeit der Fürsorgeerziehung von Ausländerkindern sei aus den allgemeinen Grundsätzen gefolgert worden, wie sie sich aus der

Natur der Fürsorgeerziehung als einer öffentlich-rechtlichen Maßregel ergäben. Der Senat sei in dieser Beziehung der Ermägung des RG. in dessen Beschl. JZG. 2, 96 beigetreten, daß die Fürsorgeerziehung neben der Besserung des Jugendlichen zugleich den Schutz der Allgemeinheit bezwecke und deshalb bei den der Zuständigkeit des deutschen VormGer. an sich unterstehenden Ausländern in demselben Maße zulässig sei wie die Bestrafung von Ausländern, die sich auf deutschem Gebiet gegen deutsche Strafgesetze vergingen. Weil die Anordnung der Fürsorgeerziehung (Zwangserziehung) wesentlich zugleich auf öffentlich-rechtlichen Gründen des Staatswohls beruhe, so müsse sie gerade auch gegenüber Ausländerkindern zulässig sein. Mit diesen Ausführungen sei die rechtliche Grundlage klargestellt worden, auf der die Zulässigkeit der Anordnung der Fürsorgeerziehung gegenüber Ausländerkindern beruhe. Sie gingen davon aus, daß dem ausländischen Kinde zwar nicht, wie nach § 1 RZWOHlfG. dem deutschen, ein nötigenfalls vom Staate zu gewährleistendes Recht auf Erziehung zur leiblichen, seelischen und gesellschaftlichen Tüchtigkeit zustehe, daß es dem Staate aber nicht verwehrt sein könne, gegenüber einem der Verwahrlosung anheimgefallenen ausländischen Kinde zum Schutze der Allgemeinheit die zur Beseitigung der Verwahrlosung erforderlichen Erziehungsmaßregeln zu treffen. Es sei dabei auch auf die Vorschr. über die Zwangserziehung zur Beseitigung der Verwahrlosung im Anschluß an ein Strafverfahren hingewiesen worden, wie sie bereits in den §§ 55, 56 StGB. vorgesehen und jetzt in den §§ 5, 7 JZG. enthalten seien, und es sei ausgeführt worden, daß auch diese Vorschr. ihrem allgemeinen Zwecke nach zugleich dem öffentlichen Interesse und dem Schutze des Staates gegen jugendliche Missetäter dienten. Wie nach den §§ 5, 7 JZG. die Begehung einer mit Strafe bedrohten Handlung den Anlaß zur Anordnung der Fürsorgeerziehung bilde, so seien es bei einem ausländischen Kinde, das im Inland der Verwahrlosung anheimgefallen sei, allgemeine polizeiliche Erwägungen, die für die Anordnung der Fürsorgeerziehung ausschlaggebend seien. Inwieweit sei der vom Beschw. verbelegener mitgeteilten Entsch. des Bundesamts für das Heimatwesen vom 13. Sept. 1932 beizutreten. Führten aber diese Erwägungen zur Bejahung der Notwendigkeit, die eingetretene Verwahrlosung eines sich im Inlande aufhaltenden ausländischen Minderjährigen zu beseitigen, so könnten sich die Voraussetzungen, die Ausführung und Aufhebung sowie das Erlöschen der Fürsorgeerziehung ebenso wie im Falle des § 7 Abs. 3 JZG. nur nach dem RZWOHlfG. bestimmen. Daß dies der

daß es nicht gerechtfertigt erscheint, an der Nichtanwendbarkeit des RZWOHlfG. auf Ausländer überhaupt noch festzuhalten, wie das RG. aus der Fassung des § 1 RZWOHlfG. folgert. Das RG. erwähnt zwar auch jetzt wieder den § 1, weil in ihm die Ablehnung eines subjektiven öffentlichen Rechts für das Ausländerkind enthalten sei; dies jedoch nur um darzutun, daß damit dem Staat noch nicht das Recht genommen sei, gegen seine Verwahrlosung einzuschreiten. Demgegenüber ist zu betonen, daß im § 1 hinsichtlich des Ausländerkinds nur die Ablehnung eines subjektiven öffentlichen Rechts enthalten ist und weitergehende Schlüsse gegen die Anwendbarkeit des Gesetzes auf Ausländer nicht gezogen werden können.

Das RG. hatte in seinem von ihm selbst zitierten Beschl. von 1927, auf dem es auch heute fußt, ausgeführt, daß § 1 RZWOHlfG. dem Grundsatz des Art. 120 RVerf. nachgebildet sei, der von den Grundrechten und -pflichten der Deutschen spreche. Daneben zeige die Entstehungsgeschichte des RZWOHlfG., daß im Reichstagsausschuß ein Antrag, das Wort „deutsche“ in § 1 RZWOHlfG. durch „in Deutschland lebende“ zu ersetzen, gefallen sei. Aus beiden Gründen müsse angenommen werden, daß das RZWOHlfG. nur auf deutsche Kinder Anwendung finden könne.

Demgegenüber ist mit von Elbe darauf hinzuweisen, daß die Grundrechte der Verfassung nicht das Verhältnis des Staates zum Bürger, sondern zum Individuum regeln und auch der in Deutschland lebende Ausländer an dieser Rechtsordnung teilnimmt. Und nicht nur im Privat- und Strafrecht ist der Ausländer dem Inländer gleichgestellt, auch die Verwaltungsgesetze gelten grundsätzlich territorial und nicht personell. Aber selbst wenn diese Auffassung nicht allgemein geteilt wird, so bleibt doch zumindest für Spezialgesetze zur Ausführung der Grundrechte die Frage entscheidend, ob das Sondergesetz im einzelnen territorial oder personell gelten will. Wenn im § 1 RZWOHlfG. die Fassung „deutsche“ Kinder der Fassung „in Deutschland lebende Kinder“ vorgezogen worden ist, so bedeutet das nur, soweit überhaupt die Fassung des § 1 nicht nur programmatische, sondern auch — in Abs. 3 — rechtsbegründende Bedeutung hat, daß nur dem deutschen Kind ein subjektiv öffentliches Recht auf öffentliche Jugendhilfe zusteht und nicht auch dem ausländischen Kind. Darüber hinaus Folgerungen auf die Nichtanwendbarkeit des RZWOHlfG. bei Ausländern zu ziehen, entbehrt der Berechtigung. Für eine derartige Entsch. ist allein die Frage maßgebend, ob das RZWOHlfG. territorial oder personell gelten soll. Soweit die Erhaltung der staatlichen Ord-

Zu 1. Die Entsch. ist, wie aus der Fassung des Textes ersichtlich, in der Folge eines Beschlusses des vom RG. angerufenen RG. ergangen, das in seinem Beschl. v. 22. Mai 1933 (IV B 19/33) festgestellt hat, daß es noch immer die Auffassung des RG. vom 16. Mai 1924 teile, nach der die Anordnung der Fürsorgeerziehung auch bei Ausländern zulässig sei. Wenn diesen Entsch. auch in ihrem Ergebnis zugestimmt werden kann, so bleibt doch die Aufgabe bestehen, ihre Begr. neu zu überprüfen, nachdem das RG. sich veranlaßt sah, das RG. anzurufen.

Das RG. hat hier die Gründe des RG. wörtlich übernommen, um im Endergebnis die Übereinstimmung mit seiner eigenen Auffassung kund zu tun. Daß sich seine bisherige Begr. mit der des RG. nicht völlig deckt, bleibt dabei unerörtert, ebenso wie die Frage, ob das RG. damit nunmehr der Begr. des RG. etwa in allen Teilen beitrifft. Jüngst hat Friedrich von Elbe in einer bisher ungedruckten Arbeit „Die Frage der Anwendung des RZWOHlfG. auf ausländische Minderjährige“<sup>1)</sup> eingehend dargelegt, daß die ursprüngliche Begr. des RG. zumindest mißverständlich war. Danach kann dem RG. nicht zugestimmt werden, wenn es zwar die Anwendbarkeit des RZWOHlfG. grundsätzlich auf deutsche Kinder beschränkt wissen will, daneben aber doch „aus allgemeinen Grundsätzen“ die Anordnung einer Fürsorgeerziehung über Ausländerkinder für zulässig erklärt. Auch das RG. hat in seiner dem Beschl. des RG. vorausgehenden Entsch. v. 10. März 1933 (1a X 127/33) zum Ausdruck gebracht, daß es sich in einem Gegensatz zur Auffassung des RG. sehe, und hat deshalb die Entsch. des RG. erbeten unter Hinweis darauf, daß nach seiner Ansicht der § 1 RZWOHlfG. die Anwendung der Fürsorgeerziehungs-Bestimmungen des RZWOHlfG. auf Ausländerkinder „nicht hindere“. Das RG. hat nun mit der Wiederholung seiner Ausführungen v. 30. Juni 1927 (RG. 117, 376 ff. = JZG. 1928, 3115) beantwortet, die das RG. zur erneuten Anrufung des RG. veranlaßt hatten, allerdings mit dem Zusatz, daß die §§ 63, 67 RZWOHlfG. auf Ausländer anwendbar seien. Es will uns scheinen, als ob das RG. sich damit der Ansicht des RG. genähert habe, allerdings ohne darüber völlige Klarheit zu schaffen, ob es diese Best. unmittelbar oder nur analog anwenden will.

Entscheidender aber als die Beantwortung dieser Frage ist,

<sup>1)</sup> JZG. 1928, 3115.

<sup>2)</sup> Diss. Frankfurt a. M. 1933.



Standpunkt des Senats gewesen sei, ergebe sich auch aus dem letzten Satz des Beschl. v. 30. Juni 1927, der zwar nicht in der amtlichen Sammlung, wohl aber in *JW.* 1928, 3115<sup>7</sup> mit zum Abdruck gelangt sei. In diesem Satz sei die Zurückverweisung der Sache an die Vorinst. damit begründet worden, daß das *LG.* zu dem sachlichen Erfordernis der Verwahrlosung noch nicht endgültig Stellung genommen habe. Damit hätte nur gemeint sein können, daß das *LG.* noch festzustellen habe, ob eine Verwahrlosung i. S. des § 63 Abs. 1 Nr. 2 *RZWoHfG.* gegeben sei. Eine Abweichung von dem Senatsbeschl. v. 30. Juni 1927 liege nach alledem nicht vor, wenn das *RG.* auf die Anordnung der Fürsorgeerziehung gegen einen ausländischen oder staatenlosen Minderjährigen die Vorschr. des *RZWoHfG.* — hier die der §§ 63 Abs. 1 Nr. 2, 67 — anwenden wolle.

(*RG.*, *ZivSen.* 1a, Beschl. v. 23. Juni 1933, 1a X 127/33.)

Ver. von *RON. Seydmann*, Berlin.

## Rechtsentscheide in Miet- und Pachtverhältnissen.

Berichtet von *RON. Dahmann*, Berlin.

**1.** § 1 Abs. 2 *RMietG.* Das *MGV.* hat einem Antrage auf Ermittlung der gesetzlichen Miete nur dann zu entsprechen, wenn der Antragsteller darlegt, daß für das Mietverhältnis gesetzliche Miete gilt.

Wenn zwischen den Vertragsteilen Streit über die Höhe des Mietzinses besteht, kann das *MGV.* nach dem *RMietG.* in zwei verschiedenen Weisen auf Antrag eines der Beteiligten tätig werden: Es kann ein Verfahren zur Ermittlung der Friedensmiete nach § 2 *RMietG.* eingeleitet werden oder ein Verfahren nach § 1 Abs. 2 *RMietG.* zur Berechnung der gesetzlichen Miete.

Wie das *RG.* in ständiger *Rspr.* ausgeführt hat, muß derjenige, welcher die Ermittlung der Friedensmiete beantragt, infolge der Neufassung des § 5 *PrMietzWD.* durch die *WD.* v. 8. Okt. 1931 nunmehr vortragen, daß auf das Mietverhältnis, für das die Ermittlung der Friedensmiete beantragt wird, die Best. des *RMietG.* anwendbar sind oder in einem früheren Zeitraum, für den die Entsch. noch erheblich sein kann, anwendbar gewesen sind. Dies gilt für die Ermittlung der Friedensmiete.

Für die Zulässigkeit eines Verfahrens auf Berechnung der gesetzlichen Miete ist zu beachten, daß dieses Verfahren nur auf § 1 Abs. 2 *RMietG.* gestützt werden kann. Voraussetzung des Antrags ist daher, daß zwischen den Vertragsteilen Streit über die Höhe der gesetzlichen Miete besteht. Da dieser Streit nur dann von rechtlicher Bedeutung ist, wenn für das Mietverhältnis gesetzliche Miete gilt, ist weitere Voraussetzung des Antrags, daß für das Mietverhältnis gesetzliche Miete gilt, daß also ein Vertragsteil dem anderen schriftlich erklärt hat, daß die Miete nach den Vorschr. des *RMietG.* berechnet werden soll (§ 1 Abs. 1 *RMietG.*). Die Absicht eines Vertragsteils, die Wahl der gesetzlichen Miete gem. § 1 Abs. 1 zu erklären, genügt noch nicht für die Begr. des Antrags auf Ermittlung der gesetzlichen Miete, da es dann zur Zeit noch nicht des Einverständnisses der Vertragsteile über die Höhe der gesetzlichen Miete bedarf und es daher zur Zeit an einem Grund für die Tätigkeit des *MGV.* fehlt.

Der Mieter hat nun die Ermittlung der gesetzlichen Miete beantragt ohne den Vortrag des Vermieters, daß eine Vertragsmiete gelte, durch Angabe bestimmter Einzelheiten, insbes. durch die Behauptung der Wahl der gesetzlichen Miete in der Form des § 1 Abs. 1 *RMietG.* entgegenzutreten. Die für den Antrag des Mieters nach § 1 Abs. 2 *RMietG.* erforderliche Voraussetzung, daß für das Mietverhältnis gesetzliche Miete gilt, ist also zur Zeit nicht dargetan. Deshalb ist auch

nung dies fordert, muß die Anwendbarkeit bejaht werden. Für das *RZWoHfG.*, das verschiedene Materien behandelt, kann nur von Teil zu Teil entschieden werden, ob er territorial oder personell gelten soll. Daß die Fürsorgeerziehung keine vormundschaftsgerichtliche Maßregel darstellt, so daß Art. 23 *EGWB.* zur Anwendung käme, ist allgemein anerkannt. Die Entwicklung der Fürsorgeerziehung aus dem Strafrecht und der Zwangserziehung läßt nun keinen Zweifel darüber zu, daß sie dem Schutz der Allgemeinheit nicht weniger als den Belangen des verwahrlosten Kindes dient. Das hat auch die *Rspr.* des *RG.* zum alten *PrFürsErzG.* schon erkennen lassen. Die Fürsorgeerziehung hat deshalb, ebenso wie beispielsweise die Pflegekinderaufsicht des *RZWoHfG.*, auch polizeilichen Charakter. Das bedeutet aber, daß diese Best. territoriale Geltung haben und deshalb auf Ausländerkinder anwendbar sind. Nicht trotz des § 1, sondern in sinnvoller Auslegung seines Wortlautes ist die Fürsorgeerziehung des *RZWoHfG.* auf Grund des Territorialprinzips auch auf Ausländer anwendbar.

Dr. *Seinrich Weble*r, Berlin.

die gestellte Rechtsfrage über die Anwendbarkeit der 10. *LockWD.* nicht erheblich. Die Erteilung des *RG.* ist daher abzulehnen.

(*RG.*, 17. *ZivSen.*, Beschl. v. 30. Okt. 1933, 17 Y 30/33.)

\*

**2.** § 1 *PrWD.* v. 8. Sept. 1923. Der Niedergang der Landwirtschaft in der Zeit nach Festigung der deutschen Währung kann eine Herabsetzung der Geldbezüge aus einem Altenteilsvertrage nach § 1 *preuß. WD.* über die anderweitige Festsetzung von Geldbezügen aus Altenteilsverträgen v. 8. Sept. 1923 rechtfertigen.

Im *RG.* v. 1. Dez. 1932, 17 Y 29/32 (*JWBl.* 1933, 25; *JW.* 1933, 706) ist ausgesprochen: Die *preuß. WD.* v. 8. Sept. 1923 über die anderweitige Festsetzung von Geldbezügen aus Altenteilsverträgen findet auch auf Geldbezüge Anwendung, die nach der Festigung der Mark vereinbart worden sind. Diese Entsch. ist im *RG.* v. 29. April 1933, 17 Y 14/33 (*Landwirtsch. Pachtbetrieb* 1933, 130) aufrechterhalten worden. Bei der Begr. des Rechtsatzes ist ausgeführt worden, daß der Zweck des Gesetzes zwar unzweifelhaft darin bestand, den Mitsizer vor der Geldentwertung zu schützen, daß aber das *RGef.* und die diesem entsprechende *preuß. WD.* sich eine Beschränkung auf diesen Zweck nicht zu eigen gemacht haben und daß daher eine Veränderung der Verhältnisse auch zugunsten des Altenteilsgebers zu berücksichtigen ist. Das *RGef.* und ebenso die *preuß. WD.* bestimmen in § 1 nur als Maß der anderweitigen Festsetzung, daß diese „entsprechend den veränderten Verhältnissen“ erfolge, „soweit dies der Billigkeit entspricht“. Nun ist im erstgenannten *RG.* weiter ausgeführt: Die Besonderheiten der *WD.* und der Umstand, daß sie zur Zeit stärkster Geldentwertung erlassen ist, sind insofern von Bedeutung, als sie erkennen lassen, daß nur eine erhebliche, grundsätzliche Veränderung der Verhältnisse in Betracht kommt, auf Grund deren die Billigkeit eine anderweitige Festsetzung der Geldleistungen rechtfertigen kann. Es sind also erhebliche Anforderungen an das Maß der Veränderung der Verhältnisse zu stellen. An dem Erfordernis einer erheblichen Veränderung der Verhältnisse als Grundlage der anderweitigen Festsetzung der Geldbezüge ist festzuhalten, da, wenn schon eine geringe und unerhebliche Veränderung der Verhältnisse berücksichtigt würde, dies zu einer Beunruhigung der Vertragsteile und zur Störung des Rechtsfriedens führen, also dem Zweck des Gesetzes widersprechen würde.

Hieraus ergibt sich ohne weiteres, daß Konjunkturschwankungen keinen Grund zur anderweitigen Festsetzung der Geldbezüge aus Altenteilsverträgen geben können. Eine bloße Konjunkturschwankung liegt aber nur dann vor, wenn eine Bewegung bald in der einen und bald in der anderen Richtung geht. Der Umstand also, daß der Ertrag eines mit einem Altenteil belasteten Grundstücks bald geringer und bald höher ist, kann es nicht rechtfertigen, bei jeder Ertragsänderung die Geldbezüge anderweit festzusetzen.

Etwas ganz anderes ist aber der Niedergang der Landwirtschaft, wie er nach Festigung der deutschen Währung in die Erscheinung getreten ist. Dieser Niedergang der Landwirtschaft ist nicht, wie das *RG.* meint, einer Konjunkturschwankung gleichzusetzen, er zeigt vielmehr in seinen Grundzügen einen andauernden Rückgang des Ertrages der Landwirtschaft, und zwar einen Rückgang von derartig erheblichem Ausmaße, daß, wenn er auch der Geldentwertung im Herbst 1923 nicht gleichkommt, so doch eine umfangreiche Gesetzgebung zum Schutze der Landwirtschaft erforderlich machte. Wird ferner, wie schon im *RG.* 17 Y 14/33 ausgeführt ist, der im *preuß. Gesetz* über das bäuerliche Erbhofrecht, insbes. § 19, ausgesprochene und vom *RErbhofG.* übernommene deutsche Rechtsgebote beachtet, „daß unter billiger Berücksichtigung der Verhältnisse der Beteiligten so zu entscheiden ist, daß der Hof bei Kräften bleibt“, so ergibt sich, daß der Niedergang der Landwirtschaft in der Zeit nach der Festigung der deutschen Währung eine erhebliche und wesentliche Veränderung der Verhältnisse und damit einen Grund zur anderweitigen Festsetzung der Geldbezüge aus Altenteilsverträgen bilden kann.

Ob der Niedergang der Landwirtschaft im einzelnen Falle die Abänderung der Geldbezüge rechtfertigt, ist eine Tatsache des Einzelfalles. Ihre Entsch. hängt davon ab, in welchem Maß die Erträge des Grundstücks, auf dem das Altenteil ruht, vom Niedergang der Landwirtschaft ergriffen sind und in welchem Maß dieser Niedergang seit der Vereinbarung oder anderweitigen Festsetzung der Geldbezüge fortgeschritten ist.

(*RG.*, 17. *ZivSen.*, *RG.* v. 30. Okt. 1933, 17 Y 29/33.)

## Oberlandesgerichte.

Berlin.

a) Zivilsachen.

**1.** § 557 *BGB.*

1. Gemietete Geschäftsräume sind dem Vermieter am Ende des Vertrages ohne Räumungsfrist herauszugeben



2. Voraussetzung für die Forderung einer Mietentfädigung wegen verspäteter Rückgabe der Mietsache nach § 557 BGB. ist nur eine Vorenthaltung, nicht eine Bereicherung des Mieters oder das Entstehen eines Schadens des Vermieters.

3. Hat der Mieter bauliche Einrichtungen in den Mieträumen getroffen und dann zum 31. März 1932 außerordentlich gekündigt, so kann der Vermieter nur die Beseitigung aller Einrichtungen fordern, nicht aber einen Teil derselben bestehen lassen und die Beseitigung der übrigen verlangen. †)

1. § 557 BGB. bestimmt in Satz 1: Gibt der Mieter die gemietete Sache nach der Beendigung des Mietverhältnisses nicht zurück, so kann der Vermieter für die Dauer der Vorenthaltung als Entschädigung den vereinbarten Mietzins verlangen. Voraussetzung der Anwendbarkeit dieser Best. ist nur, daß der Besitz der Mietsache dem Vermieter vorenthalten wird. Wenn die Bekl. demgegenüber unter Berufung auf die Motive zu § 525 des Entw. z. BGB., Amtl. Ausgabe S. 415, geltend macht, § 557 Satz 1 gebe dem Vermieter nur einen Anspruch, den er auch ohne diese Vorschrift auf Grund der Best. über Schadensersatz oder ungerechtfertigte Bereicherung haben würde und regule nur die Höhe des Anspruchs, indem er den vereinbarten Mietzins als den Mindestbetrag dieses Anspruches festsetze, so ist eine derartige Begrenzung der Anwendbarkeit der Vorschrift im Gesetz nicht zum Ausdruck gekommen. Vielmehr gibt § 557 Satz 1 dem Vermieter einen von den Grund des Schadensersatzes und der ungerechtfertigten Bereicherung unabhängigen selbständigen mietrechtlichen Anspruch als Nachwirkung des Mietverhältnisses. Es ist daher auch unerheblich, ob der Mieter durch die Vorenthaltung bereichert ist und ob dem Vermieter ein Schaden entstanden ist.

Bei dieser Auslegung des § 557 Satz 1 BGB. ist es auch entgegen der auf Staudinger, Num. 11 Abj. 4 zu § 557 geäußerten Ansicht der Bekl. unerheblich, wenn die Kl., wie die Bekl. behauptet, nicht in der Lage gewesen wären, die Mieträume schon in der Zeit der Vorenthaltung anderweit zu benutzen, insbes. zu vermieten. Es genügt vielmehr, daß eine Vorenthaltung der Mietsache erfolgt ist.

Wenn die Bekl. weiter im Anschluß an Staudinger a. a. O. Num. 4, ausführt, nach § 242 BGB. müsse ihr eine Räumungsfrist gewährt werden, so fehlt es für die Rückgabe von Geschäftsräumen an einer Verkehrsstille, die den Räumungstermin über das Vertragsende hinauszieht. Eine gesetzliche Vorschrift desselben Inhaltes gibt es für Geschäftsräume nicht, da auf Grund des § 2 ZwGes. v. 30. Juni 1834 von der Polizei nur Räumungsfristen für Wohnungen bestimmt werden können. Es ist daher auch unerheblich, ob die Bekl. schon einige Tage vor dem Vertragsende mit der Räumung begonnen hat. Es kommt vielmehr allein darauf an, wann die Bekl. die Räume zurückgegeben hat.

2. Nach der ausdrücklichen Best. des Vertrages hatten die Kl. entgegen der Vorschrift des § 547 Abj. 2 Satz 2 BGB., die abdingbar ist, einen Anspruch auf Zurücklassung der Einbauten der Bekl. Wenn die Bekl. diesem Anspruch zuwider handelte, beging sie eine positive Vertragsverletzung, die für die Kl. nach § 276 BGB. einen

**Zu 1.** Der Entsch. ist überall beizupflichten. Wird bei Beendigung eines Mietvertrages die Mietsache nicht zurückgegeben, ohne daß eine Verlingerung des Vertrages gemäß § 568 BGB. stattfindet, dann kommt regelmäßig zugunsten des Vermieters die Vorschrift des § 557 BGB. zur Anwendung. Die einzige Voraussetzung für ihre Anwendung ist es, daß der Mieter bei der Beendigung des Mietvertrages noch den Besitz der Mietsache hat, wobei der bloß mittelbare, z. B. durch einen Untermieter ausgeübte Besitz dem unmittelbaren Besitz des Mieters gleichzusetzen ist. Diese Besitzinhabung (trotz Beendigung des Mietvertrages) meint das Gesetz mit dem Ausdruck „Vorenthaltung“ (RG. 99, 232). Im Gegensatz zu der herrschenden Lehre bezeichnet das RG. den Anspruch auf § 557 BGB. nicht als einen Schadensersatzanspruch, sondern als einen selbständigen mietrechtlichen Anspruch als Nachwirkung des Mietverhältnisses. Praktische Bedeutung hat diese Unterscheidung nicht, weil der Anspruch, auch wenn man ihn als einen Schadensersatzanspruch ansieht, ein Verschulden des Mieters nicht voraussetzt.

Die Herleitung einer Räumungsfrist aus § 242 BGB. kann gerade angesichts des § 557 BGB. nicht in Frage kommen, weil eben das Gesetz den Mieter ohne Rücksicht auf sein Verschulden zur Zahlung einer Entschädigung in Höhe des vereinbarten Mietzins anhält.

Hat der Mieter den Mietraum mit baulichen Veränderungen oder besonderen Einrichtungen versehen, so kann der Vermieter im Falle der außerordentlichen Kündigung die Wiederherstellung des früheren Zustandes verlangen. Dieser Anspruch ist ein einheitlicher Anspruch. Es würde über den vom RG. zutreffend hervorgehobenen Zweck der Vorschrift hinausgehen, wenn der Vermieter rein willkürlich entscheiden könnte, welche baulichen Veränderungen oder Einrichtungen er behalten will. Eine enge Auslegung der Vorschrift als Ausnahmebestimmung gegenüber dem Gesetz ist durchaus geboten.

M. Andreas Delze, Essen.

Anspruch auf Schadensersatz begründete, so daß diese nicht Zurückschaffung der unter Verletzung des Vertrages weggenommenen Einbauten zu fordern brauchen, sondern Schadensersatz beanspruchen können. Der Umstand, daß die Bekl. die Wiederanbringung abgelehnt hat, entthot die Kl. der Pflicht zur Fristsetzung nach § 250 BGB. Denn die Ablehnung der Bekl. ließ mit Sicherheit den Schluß zu, daß sie freiwillig die Einbauten nicht anbringen würde (vgl. § 326 BGB. und die dazu ergangene Rspr.). Dann aber ist die angemessene Frist längst abgelaufen. Der Ersatz in Geld kann daher nach § 250 Satz 2 BGB. beansprucht werden, ohne daß es darauf ankommt, ob die Forderung von Schadensersatz in Geld auch wegen Beschädigung einer Sache nach § 249 Satz 2 BGB. gefordert werden kann.

3. Für den Fall, daß der Anspruch auf Rückgabe des Mietschrankes unbegründet ist, fordern die Kl. Beseitigung der Mische, die für die Einstellung des Schrankes gebildet worden ist. Sie stützen diesen Anspruch auf Art. 3 der Durchf. v. 23. Dez. 1931. Diese Begründung trifft nicht zu. Nach Art. 3 kann der Vermieter nur die Beseitigung aller Einrichtungen oder keiner fordern, sich aber nicht eine Einrichtung ausfinden, deren Beseitigung er verlangt und im übrigen Belassung der Einrichtungen fordern. Die Vorschrift des Art. 3 soll den Vermieter davor schützen, daß er im Vertrauen auf die Fortdauer des Vertrages, der nun durch die außerordentliche Kündigung gekürzt worden ist, dem Mieter die Vornahme baulicher Veränderungen gestattet hat, daß er jetzt aber die Mietsache in veränderten Zustände weniger günstig verwenden kann. Dabei ist die Mietsache als Einheit zu betrachten und nicht jede einzelne der verschiedenen baulichen Arbeiten für sich. Denn entsprechend dem Zwecke des Gesetzes bestimmt Art. 3, daß der frühere Zustand wieder herzustellen ist. Dies ist aber der Zustand der Mietsache in ihrer Gesamtheit. Daher ist dieser Hilfsanspruch der Kl. unbegründet.

(RG., 17. Zivilsen., Ur. v. 27. Febr. 1933, 17 U 11157/32.)

Ber. v. ROK. Dahmann, Berlin.

**2. §§ 239 ff. ZPO. Keine Unterbrechung oder Aussetzung des Vollstreckungsverfahrens bei Wegfall des gesetzlichen Vertreters, insbesondere bei Erzwingung der Rechnungslegung.**

Die Antragsgegnerin hat beantragt, mit Rücksicht auf den am 18. Sept. 1933 erfolgten Tod des einzigen Geschäftsführers das Vollstreckungsverfahren auszusetzen oder die Frist zur Rechnungslegung um sechs Wochen zu verlängern.

Nach § 246 ZPO. tritt bei Wegfall des gesetzlichen Vertreters einer Partei eine Verfahrensunterbrechung nicht ein, falls eine Vertretung durch einen Prozeßvollmächtigten stattfindet. Solchenfalls ist jedoch auf Antrag des Bevollmächtigten die Aussetzung des Verfahrens anzuordnen. Das Aussetzungsgeheuch ist beim ProZer. anzubringen (§ 248). ProZer. ist vorliegend, nachdem das Erkenntnisverfahren abgeschlossen ist, das Vollstreck., also das Gericht erster Instanz, so daß an dieses ein Aussetzungsantrag zu richten wäre. Doch saßt der Sen. den Antrag v. 11. Okt. 1933 dahin auf, daß er als eine Ergänzung zum Beschwerd. des Sen. v. 12. Juli 1933 behandelt werden soll.

Der Sen. ist entgegen Seuffert-Walsmann (§ 239 Vorbem. u. Note 1) und in Übereinstimmung mit Gaupp-Stein-Jonas (§ 704 Vorbem. VI 1a u. 1b) sowie OLG. 6, 144 und dort genannten weiteren Schrifttum der Ansicht, daß die Vorschr. über Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens nach §§ 239 ff. sich nur auf das Erkenntnis, nicht auf das Vollstreckungsverfahren beziehen, und daß im letzteren die Möglichkeiten der dafelbst Einstellung genannten Aussetzung — eine selbständige Unterbrechung tritt überhaupt nicht ein — erschöpfend in den einzelnen ausdrücklich vorgesehenen Fällen beispielsweise der §§ 707, 719, 732, 766, 769, 771 und 775 geregelt sind. Nirgends ist im Achten Buch der Wegfall der gesetzlichen Vertretung als Einstellungsgrund genannt. Dies ergibt sich ohne weiteres aus der Offizialnatur des Vollstreckungsverkehrs und vorliegend auch daraus, daß an sich der Fortfall einer gesetzlichen Vertretung die Durchführung der Zwangsvollstreckung, wie z. B. Pfändung oder Formahme von Sachen, nicht hindert, es sei denn, daß sie sich unmittelbar gegen eine Person richtet, z. B. Ableistung des Offenbarungsbeides oder Abgabe einer Willenserklärung. In solchen Fällen wird im Rahmen der Vollstreckung der Schuldner zur Bestellung eines neuen gesetzlichen Vertreters angehalten werden, ohne daß er Anspruch auf eine Aussetzung bzw. Einstellung der Zwangsvollstreckung hätte. Die Erzwingung einer Rechnungslegung durch Vollstreckungsmaßnahmen, die sich nicht gegen eine physische Person richten oder die einen gesetzlichen Vertreter nicht voraussetzen, läßt ein Bedürfnis für eine Einstellung vermischen. Die Rechnungslegung ist sachlich eine Zusammenstellung gewisser Geschäftsvorgänge aus den Büchern und dem Briefwechsel. Diese Zusammenstellung kann durch das kaufmännische Personal bewirkt werden. Eine Hinzuziehung des Geschäftsführers ist nicht nötig. Eventuelle Beanstandungen der Rechnung durch den Gläubiger können ebenfalls durch das Personal bereinigt werden. Findet der Gläubiger die Rechnung einwandfrei, so braucht der Geschäftsführer gar nicht in Er-



scheinung zu treten, auch nicht in der Gestalt, daß er die gelegte Rechnung unterschreibt. Die Unterschrift kann der Zusammensteller der Rechnung, insbes. ein Prokurist leisten. Erst wenn der Gläubiger Anlaß hat, die Bekräftigung der Rechnung zu fordern, ist die Zuziehung der Person des gesetzlichen Vertreters unumgänglich. Diese Erwägung zeigt, daß für die Rechnungslegung selbst das Vorhandensein eines gesetzlichen Vertreters nicht nötig ist und die Veranlassung für eine Einstellung der Vollstreckung nicht besteht. Aus diesen inneren rechtlichen Erwägungen ist für eine Einstellung der Vollstreckung bei Wegfall des gesetzlichen Vertreters des Schuldners in keinem Fall Raum.

Danach war der Antrag der Antragsgegnerin, das Verfahren bis zur Bestellung eines gesetzlichen Vertreters oder für eine bestimmte Zeit einzustellen, als prozessual unzulässig abzulehnen, und es brauchte nicht geprüft zu werden, ob in der Sache selbst Veranlassung bestanden hätte, dem Antrag stattzugeben, da die Schuldnerin nach Ansicht des Sen. in der Lage wäre, ohne Schwierigkeiten und ohne Zeitverlust aus ihren Angestellten oder denen ihrer im gleichen Hause domizilierenden, den gleichen Geschäftskreis wie die Schuldnerin pflegenden Schwesterngesellschaften einen für die Abwicklung der Rechnungslegung erforderlichen gesetzlichen Vertreter zu bestellen.

(RG., 10. ZivSen., Beschl. v. 21. Okt. 1933, 10 W 1829/33.)

Ber. v. RG. Dr. Schumann, Berlin.

\*

### Düsseldorf.

3. §§ 9, 13 RWG. Eine Beweisgebühr entsteht dann nicht, wenn im Restitutionsverfahren Akten herbeigezogen werden und das Gericht aus diesen Akten feststellt, daß sie nicht beweisheblich sind und daher kein Restitutionsgrund gegeben ist.)

Der Kl., der mit seiner Klage rechtskräftig abgewiesen worden war, hat gegen dieses Ur. Restitutionsklage erhoben mit der Begr., er habe erst nach Erlaß des Ul. Kenntnis von dem Vorhandensein

Zu 3. Ob in dem vorl. Fall eine Beweis- und eine weitere Verhandlungsgebühr entstanden sind, ist vor allem aus tatsächlichen Gründen nicht vollkommen zweifelsfrei.

Nach § 13 Nr. 4 RWG. steht dem Kl. die Beweisgebühr für die Vertretung in einem Beweisnahmeverfahren zu, wenn die Beweisnahme nicht bloß in Vorlegung der in den Händen des Beweisführers oder des Gegners befindlichen Urkunden besteht. Aus dieser letzteren Klausel ergibt sich schon, daß grundsätzlich auch das Urkundenbeweisverfahren als Beweisnahme i. S. des § 13 RWG. anzusehen ist. Die Entstehung der Beweisgebühr ist grundsätzlich auch nicht davon abhängig, daß durch Beweisbeschluß ein besonderes Beweisnahmeverfahren i. S. des § 358 ZPO. angeordnet und dann in der in den §§ 361—370 ZPO. geregelten Weise durchgeführt worden ist. Die Absicht, eine Beweisnahme anzuordnen, reicht vielmehr aus (RG.: ZB. 1923, 20<sup>1</sup> und ständig). Weiter ist auch nicht erforderlich, daß die Beweisnahme in einem von dem Verhandlungstermin zeitlich getrennten Termin stattgefunden hat (RG. 36, 386).

Die gerichtliche Anordnung der Vorlegung von Akten kann, muß aber nicht die Grundlage einer Beweisnahme i. S. des § 13 Nr. 4 RWG. sein. Allerdings kommt es nicht darauf an, ob der Anordnungsbeschluß die in § 359 ZPO. geregelten Voraussetzungen des Beweisbeschlusses erfüllt, wohl aber kommt eine „Beweisnahme“ im kostenrechtlichen Sinne nur in Betracht, wenn die Vorlegung zum Zwecke der Erhebung des Beweises über eine streitige Behauptung angeordnet worden ist, nicht dagegen, wenn sich das Gericht lediglich informieren wollte (RG. München: ZB. 1928, 763<sup>1</sup>; RG. [KostSen.]: ZB. 1929, 130<sup>21</sup> und <sup>22</sup>; OLG. 40, 458). Die Beweisgebühr ist dann nicht entstanden, wenn die Herbeiziehung der Akten nicht zur Klärung von streitigen Parteibehauptungen gedient hat (RG.: ZB. 1929, 130<sup>21</sup>). Die ältere RWPraxis hat immer angenommen, daß es ebenso läge, wenn sich nachträglich nicht feststellen läßt, ob die Vorlegung zum Zwecke der Beweisnahme oder lediglich zum Zwecke der Information angeordnet ist (RG.: ZB. 1895, 243<sup>15</sup> und RG.: ZB. 1897, 532<sup>10</sup>). Das letztere Urteil bemerkt: „Diese Ungevißheit genügt, um eine für die Zubilligung der geforderten Gebühr erforderliche Vornehmung nicht als vorliegend erscheinen zu lassen.“ Das bedeutet m. E. eine Verkennerung der Tatsache, daß die Frage, ob in derartigen Fällen die Herbeiziehung zum Zwecke der Beweishebung oder zum Zwecke der Information erfolgt ist, im wesentlichen eine Rechtsfrage ist, die nicht mit einem „non liquet“ entschieden werden darf. Mit Recht hat schon Kraemer: ZB. 1927, 1661 darauf hingewiesen, daß vom Standpunkt der verfahrensrechtlichen Systematik und der Rechtsstatistikenforschung aus die Herbeiziehung der Akten zum Zwecke der Beweisnahme die Regel und die bloße Information die Ausnahme ist. Schon hieraus ergibt sich, daß im Zweifel zu vermuten ist, daß die Anordnung der Vorlegung von

einer Urkunde erlangt, deren Inhalt geeignet gewesen sei, eine ihm günstigere Entsch. herbeizuführen (§ 580 Ziff. 7b ZPO.). In dem Wiederaufnahmeverfahren sind Grundakten herbeigezogen und zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht worden.

Im Hinblick hierauf hat die Bekl. gegen den auch im Wiederaufnahmeverfahren unterlegenen Kl. im Kostenfestsetzungsverfahren Festsetzung einer Beweis- und Weiterverhandlungsgebühr beantragt. Der Urkundsbeamte hat diesen Betrag abgesetzt, weil eine Beweisnahme nicht stattgefunden habe.

Das OLG. hat diese Ansicht gebilligt.

Die sofortige Beschwerde ist unbegründet.

Der Anlaß einer Beweis- und Weiterverhandlungsgebühr würde nur dann gerechtfertigt sein, wenn der erk. Sen. die Beiziehung der erwähnten Grundakten zur Feststellung streitiger Tatsachen angeordnet hätte. Dies ist aber schon deshalb zu verneinen, weil der Senat in seinem die Restitutionsklage abweisenden Urteil neben den Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Klage nur geprüft hat, ob die von dem Kl. nachträglich aufgefundenen Urkunde geeignet sei, gegenüber dem Beweisergebnis des Vorprozesses zu einer dem Kl. günstigeren Entsch. zu führen. Der Senat hat sich also lediglich mit der Frage der Beweisheblichkeit der von dem Kl. in Bezug genommenen Urkunde befaßt. Die Restitutionsklage ist abgewiesen worden, weil diese Frage und damit das Vorhandensein des geltend gemachten Restitutionsgrundes zu verneinen war. Eine Beweisnahme hat hiernach nicht stattgefunden, da schon das eigene Vorbringen des Kl. als nicht ausreichend zur Begr. der Restitutionsklage angesehen wurde. Da somit dem Prozeßbevollmächtigten der Bekl. eine Beweis- und Weiterverhandlungsgebühr nicht erwachsen ist, so ist die Beschw. als unbegründet zurückzuweisen.

(OLG. Düsseldorf, 10. ZivSen., Beschl. v. 28. Sept. 1933, 10 W 255/33.)

Eingef. von RA. Schmidt-Ernsthausen, Düsseldorf.

\*

### Karlsruhe.

4. §§ 84ff., 92 GGB.; § 326 BGB. Dem Eigentümer einer Benzintankpumpe ist auch ohne ausdrückliche Bestimmung im Tankstellenvertrag gegenüber dem Tank-

Alten zum Zwecke der Beweisnahme erfolgt ist (Kraemer a. a. O.; OLG. Hannover: ZB. 1927, 1661<sup>9</sup>).

Aus dem obenstehenden Beschluß ist nicht zweifelsfrei ersichtlich, ob die Grundakten zum Zwecke der Beweisnahme oder zum Zwecke der Information herbeigezogen worden sind. Nach dem Vorstehenden hätte das OLG. Düsseldorf, wenn es den wahren Sachverhalt nicht mehr vollständig klären konnte, davon ausgehen müssen, daß die Herbeiziehung zum Zwecke der Beweisnahme erfolgt sei. Die vom OLG. Düsseldorf hierzu gemachten Rechtsansführungen überzeugen nicht.

Das Gericht hatte zwar von Amts wegen zu prüfen, ob die Klage an sich statthaft ist (§ 589 ZPO.) und konnte auch anordnen, daß die Verhandlung über Grund und Zulässigkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens vor der Verhandlung zur Hauptsache erfolge (§ 590 Abs. 2 Satz 1 ZPO.). Es ist wiederum aus dem obenstehenden Beschluß nicht ersichtlich, ob eine derartige Anordnung getroffen worden ist.

M. E. wäre aber auch dieser Umstand letzten Endes unerheblich. Zunächst erfordert der Begriff der Beweisnahme nicht, daß die zwischen den Parteien streitigen Tatsachen, von denen sich das Gericht überzeugen soll, zur Begr. der Klage selbst oder von Einreden vorgebracht worden sind; es genügt vielmehr, daß es sich um Tatsachen handelt, die zur Begr. des Vorliegens von Sachurteilsvoraussetzungen dienen sollten, d. h. also: Beweisnahme i. S. der RWG. ist auch eine Beweisnahme über das Vorliegen der Voraussetzungen der Zulässigkeit der Restitutionsklage.

Das OLG. Düsseldorf irrt aber auch, wenn es glaubt, daß eine Beweisnahme deswegen nicht stattgefunden habe, weil die Würdigung der vom Kl. bezuggenommenen Grundakten im Ergebnis gezeigt hat, daß der Inhalt der Akten nicht beweisheblich sei. Für die Frage, ob die Akten zum Zwecke der Information oder der Beweishebung vorgelegt werden sollten, muß es darauf ankommen, ob das Gericht, als es diese Anordnung traf, die Vorstellung hatte, daß die Einsichtnahme in die Akten der Klärung von rechtlich erheblichen, zwischen den Parteien streitigen Behauptungen dienen könne und solle. Wenn in einem solchen Falle das Gericht nach Einsicht in die herbeigezogenen Akten die Auffassung vertritt, daß der Inhalt der Akten rechtlich nicht erheblich sei, so bedeutet das nicht, daß überhaupt keine Beweisnahme stattgefunden hat, sondern es kommt allenfalls in Betracht, daß die Beweisnahme ergebnislos gewesen ist, d. h. die vom Beweis Antragsteller behaupteten Tatsachen nicht bestätigt hat. Abgesehen hiervon würde es mit dem Zweck der Beweisgebühr, dem Kl. seine sich aus der Beweisnahme ergebende Mehrarbeit zu vergüten, im Widerspruch stehen, wenn das Gericht, das den Beweis Antrag zunächst für rechtlich erheblich gehalten hat, nach der Beweisnahme aus Rechtsgründen die Ansicht vertritt, daß er unerheblich sei.

RA. Dr. Mathe, Berlin.



Stelleninhaber die Befugnis zuzubilligen, an der Pumpe alle Vorrichtungen, z. B. Plomben an den Einfüllstutzen, anzubringen, um eine vertragsgemäße Fortführung des Betriebes der Pumpe zu gewährleisten und zu verhindern, daß vertragswidrig fremde Betriebsstoffe verkauft werden. \*)

Die Parteien streiten darüber, ob der Bekl. verpflichtet sei, zu dulden, daß die Kl. an den Einfüllstutzen der unbefrittenenmaßen ihr gehörigen Tankpumpen jeweils nach erfolgter Auffüllung der Betriebsstoffbestände Plomben anbringen lasse, um auf diese Weise zu verhindern, daß der Bekl. aus der D.-Pumpe fremde Betriebsstoffe verkaufe.

OLG. und OLG. haben verurteilt.

Nach Ziff. 3 des zwischen den Parteien geschlossenen Abk. hat der Bekl. den Verkauf der bei ihm von der Kl. eingelagerten Betriebsstoffmengen im Namen und auf Rechnung der Kl. zu tätigen. Es besteht somit zwischen den Streitteilen ein Agenturverhältnis oder dem ähnliches Verhältnis i. S. der §§ 84 ff. HGB. Nach Ziff. 9 des Abk. ist der Vertrag nur für die Kl. unter gewissen Voraussetzungen vor dem 31. Dez. 1933 kündbar; für den Bekl. besteht keine vorherige Kündigungsmöglichkeit, es sei denn, daß er auf Grund des § 92 Abs. 2 HGB. wegen wichtigen Grundes kündigen könnte. Im vorl. Fall hat denn auch der Bekl. dies getan und seinen Rücktritt nach § 92 Abs. 2 HGB. und auf Grund des § 326 BGB. erklärt. Die von ihm hierwegen vorgetragene Tatumsände reichen aber nicht hin, um den Rücktritt vom Vertrag oder die Kündigung mit sofortiger Wirkung zu rechtfertigen. Nach Ziff. 4 des Abk. hat sich der Bekl. verpflichtet, die von der Kl. nach freiem Ermessen festgesetzten Verkaufspreise unbedingt einzuhalten. Wenn der Bekl. nunmehr nach über dreijährigem Vertragsbestande behauptet, die überhöhten Preise der Kl. gefährdeten den Bestand seiner Garage und seiner eigenen Wirtschaftseristenz, so hält dem die Kl. m. R. entgegen, daß der Bekl. schon bei Vertragsabschluss die ihm auferlegte unbedingte Bindung an die von der Kl. festgesetzten Preise kannte und gewußt habe, daß die Kl. ihrerseits ebenfalls an die Bestimmungen der Benzinkonvention gebunden sei. Der Bekl. behauptet weiter, der Verkauf habe sich lediglich durch den gleichzeitigen Vertrieb anderer Betriebsstoffe ermöglichen lassen. Der Bekl. hat dadurch seinen Gesamtumsatz vertragswidrig erhöht, der Senat hält aber einen Beweis dafür, daß nur dadurch der Absatz auch des Betriebsstoffes der Kl. ermöglicht wurde, für unmöglich. Es ist daher nicht zu ersehen, daß der Vertrag größere Härten enthält, als langfristige Abkommen normalerweise mit sich bringen. Von einem Anhebungsvertrag, durch den die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Bekl. in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise eingengt wird, kann keine Rede sein. Der Bekl. kann seinen Rücktritt nicht damit begründen, daß ihn die Kl. trotz Aufforderung nicht mehr beliefert habe. Die Kl. tat dies deshalb nicht mehr, weil der Bekl. aus ihrer Pumpe den mit fremdem Betriebsstoff gemischten D.-Betriebsstoff verkauft und den Vertrag auf diese Weise so erheblich verletzt hatte, daß die Kl. die von ihr trotz allem gewünschte Vertragsfortsetzung von weiteren Voraussetzungen (Plombierung) abhängig machen durfte. Aus dem gleichen Grunde liegt auch ein Verzug der Kl. nicht vor, so daß ein Rücktrittsrecht auf Grund des § 326 BGB. entfällt.

Da der Tankstellenvertrag zwischen den Streitteilen also noch

Zu 4. Der Ansicht des OLG., daß sich der Vertrag zwischen den Parteien als ein Agenturverhältnis i. S. der §§ 84 ff. HGB. darstelle, ist insoweit zuzustimmen, als sich dieses Vertragsverhältnis auf den Vertrieb von Brennstoff durch den Bekl. für Rechnung und im Namen der Kl. bezieht. Nicht genügend scharf aber hat das OLG. herausgestellt, wie die Überlassung der Tankpumpen an den Bekl. aufzufassen ist. Daß diese Überlassung nicht ohne weiteres dem Begriff des Agenturvertrages untergeordnet werden kann, hat wohl auch das OLG. richtig erkannt, indem es die Einschränkung macht, daß das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien jedenfalls als ein dem Agenturvertrag ähnliches Verhältnis anzusehen sei. Dieser Ansicht des OLG. kann aber nicht beigepllichtet werden. Die Zurverfügungstellung der der Kl. gehörenden und auch weiterhin in deren Eigentum verbliebenen Tankeinrichtung ist ein auf unentgeltliche Gebrauchsüberlassung der Anlage gerichtetes Vertragsverhältnis, eine Leihe, die allerdings mit dem zwischen den Parteien zugleich begründeten Agenturvertrag in einem so engen und nahen Verhältnis steht, daß sie von dem rechtlichen Schicksal dieses Vertrages abhängig ist. Es handelt sich also in Wahrheit um einen gemischten Vertrag, bei dem das Agenturverhältnis die führende Rolle übernimmt, nicht aber, wie das OLG. annehmen will, um ein dem Agenturvertrag ähnliches Vertragsverhältnis. Mit der Beendigung des Agenturverhältnisses — gleich ob diese durch Kündigung oder auf sonstige Weise herbeigeführt wird — entfällt auch das Leihverhältnis. Als Endigungsgrund kam selbstverständlich in erster Linie eine Kündigung aus wichtigem Grunde gem. § 92 Abs. 2 HGB. in Betracht, dessen Vorliegen das OLG. aus zutreffenden Gründen ablehnt. Zweifelhaft aber ist, ob neben § 92 Abs. 2 HGB. noch die Vorschr. der §§ 325, 326 BGB. Anwendung finden können, was das OLG. ohne weiteres annehmen will. Der

zu Recht besteht, erhebt sich die Frage, ob das Verlangen der Kl. auf Plombierung der Pumpe gerechtfertigt ist. Im Vertrag ist ausdrücklich keine entsprechende Bestimmung enthalten. Wenn der Bekl. daraus die Folgerung zieht, die Plombierung sei unstatthaft, weil der Vertrag die Rechtsbeziehungen unter den Parteien erschöpfend regle, so geht dieser Einwand fehl. Die sach- und zweckgemäße Auslegung des Vertrages ergibt vielmehr, daß die Kl. gegen die Vermischung ihres Betriebsstoffes gesichert sein mußte, zumal wenn der Tankstelleninhaber aus der der Kl. gehörigen Pumpe fremde oder doch vermischte Betriebsstoffe verkauft. Nach Ziff. 1 ist nämlich die Tankeinrichtung Eigentum der Kl. und darf nur zur Einlagerung ihrer Ware benützt werden. Nach Ziff. 3 des Vertrages hat der Bekl. im Geschäftsverkehr den Weisungen der Kl. zu folgen. Die Kl. hat m. R. aus diesen beiden Vertragsbestimmungen die Befugnis zur Plombierung der Einfüllstutzen hergeleitet. Als Eigentümerin der Pumpe ist ihr das Recht zuzubilligen, an der Pumpe alle Vorrichtungen anbringen zu lassen, die sie zur vertragsmäßigen Fortführung des Betriebes für erforderlich hält. Der Bekl. hat als Handlungsagent den Weisungen der Kl. als Dienstberechtigten zu folgen, solange sie sich im Rahmen des Vertragszweckes halten. Im vorl. Fall dient das Verlangen der Kl. nach Anbringung von Plomben gerade der Erfüllung und Aufrechterhaltung des Vertrages. Der Bekl. hat dem entgegengehalten, die Plombierung stelle eine erhebliche Belästigung für ihn dar. Dieser Einwand kann nicht durchgreifen, weil ja der Bekl. selbst Anlaß zu dieser Maßnahme gegeben hat.

(OLG. Karlsruhe, Ur. v. 14. Juli 1933, II ZBR 63/33.)

Eingef. von RA. Dr. R. Anders, Karlsruhe.

\*

5. § 328 BGB. Prozeßvergleich zugunsten eines Dritten ohne dessen Zuziehung.

Im Vorprozeß hatten sich Parteien dahin verglichen, daß Kl. an die N. (seine geschiedene Ehefrau) bis 1. Juli 1932 2000 RM. zahlen sollte. Er zahlte die Hälfte und rechnete gegen die Restforderung die von ihm im Ehecheidungsprozeß geleiteten Prozeßkosten vorzuschüsse auf. Bekl. ließ darauf bei ihm pfänden. Die Vollstreckungsgegenklage hatte Erfolg:

Der Prozeßvergleich stellt einen Vertrag i. S. des § 328 BGB. dar mit der Wirkung, daß die N. aus ihm unmittelbar Rechte erwirbt. Hieran ändert die Tatsache nichts, daß N. dem Prozeß oder Vergleich als Partei nicht beigetreten war. Aber nach dem Vertragswillen der Vergl. Parteien ist eine Aufrechnung nicht ausgeschlossen. Ein Verzicht auf sie liegt weder in der Terminbest.; sie bedeutet lediglich eine Zahlungsfrist; noch in dem Unterlassen des Kl., beim Vergl. Abschl. seine Gegenforderung zur Aufrechnung zu stellen. Der Kl. ist zur Aufrechnung berechtigt, aber nicht verpflichtet. Sein Unterlassen kann auch nicht als Verstoß gegen Treu und Glauben gewertet werden. Denn für den Kl. bestand ja gar kein Anlaß, seinem Vertragsgegner gegenüber mit der Aufrechnung hervorzutreten, die ihn gar nicht betraf, sondern nur die unmittelbar forderungsberechtigte N.

(OLG. Karlsruhe, 2. Zivilsen., Ur. v. 24. Mai 1933, ZBR 43/33.)

Ver. v. OGR. i. R. Dr. Wolff-Billiger, Freiburg i. Br.

\*

Agenturvertrag ist ein unabhängiger Dienstvertrag mit einem Handlungsagenten (vgl. Staudinger-Nipperdey, Vorbem. V 3 zu § 611 BGB.). Er ist zwar ein gegenseitiger Vertrag, auf den die Vorschr. der §§ 320 ff. BGB. Anwendung finden, sofern nicht das OGB. Sondervorschriften aufweist. Die Anwendung der §§ 325, 326 BGB. begegnet aber deswegen Bedenken, weil in steigendem Maße von Schrifttum und Rspr. beim Dienstvertrag die Vorschr. über die Kündigung aus wichtigem Grunde als Sondervorschrift gegenüber den Rücktrittsbestimmungen beim gegenseitigen Vertrag angesehen wird (vgl. Staudinger-Nipperdey, Bem. VIII zu § 626 BGB. und die dort aufgeführte Literatur und Rspr.). Es ist nicht einzusehen, warum man beim Agenturvertrag zu einem anderen Ergebnis kommen soll als beim Dienstvertrag des BGB. und beim Dienstvertrag des Handelsgesetzbuchs (§ 70 Abs. 2 HGB.). Diese Frage hat das OLG. unbeachtet gelassen.

Daß hier eine Ausräumung des Vertrages wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage nicht in Frage kommen kann, leuchtet ohne weiteres ein. Zuzustimmen ist auch der Ansicht des OLG., daß der Wortlaut der Vertragsurkunde nicht allein ausschlaggebend sein kann für die Frage, ob die von der Kl. gewählte Maßnahme der Plombierung der Einfüllstutzen als rechtmäßig anzusehen ist. Wolte man hier allein den Wortlaut des Vertrages maßgebend sein lassen, so hieße das, zu einer Buchstabeninterpretation greifen, was vom Gesetz nicht gewollt ist (§§ 133, 157 BGB.). Die Plombierung stellt sich, wie das OLG. mit Recht ausführt, als eine Maßnahme dar, die Vertragswidrigkeiten des Bekl. zu verhindern bestimmt war, sie lag also durchaus im Rahmen des Vertrages und begründet sich auf dem der Kl. vertraglich vorbehaltenen Recht der Einwirkung auf die Tätigkeit des Bekl.

Prof. Dr. Nipperdey, Köln.



## Riel.

6. § 850 ZPO. Die Schutzvorschrift des § 850 a. a. O. gilt in gleicher Weise für Beamte im Hauptberuf wie für solche im Nebenberuf.

Wichtig ist, ob es sich bei der gepfändeten Forderung des Schuldners, der im Tabakgeschäft seiner Frau tätig ist und daneben eine Posthilfsstelle entgeltlich verwaltet und in letzterer Eigenschaft laut Anstellungsurkunde „die Rechte und Pflichten eines Reichsbeamten hat“, um Arbeits- oder Dienstlohn i. S. des Lohnbeschl. oder um Dienstverdienst eines Beamten handelt. Im ersteren Falle ist nach § 1 des genannten Gesetzes die Pfändung nur dann beschränkt, wenn das Arbeits- oder Dienstverhältnis die Erwerbstätigkeit des Vergütungsberechtigten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt. In dem anderen in § 850 Abs. 1 Ziff. 8 und Abs. 2 ZPO. geregelten Falle ist dagegen die vorgesehene Einschränkung nicht an jene Voraussetzung geknüpft. Sie betrifft vielmehr schlechthin „das Dienstverdienst der Beamten“, und zwar ist der Begriff des Beamten hier nicht anders als in den sonstigen Reichsgesetzen zu verstehen. Der Schuldner ist zu den Postagenten zu rechnen. Diese hat das RG.: RSt. 21, 310 als Beamte angesehen. Nach den Ausführungen des RG., denen der Sen. beitrifft, ist der Schuldner also Beamter und als solcher des Schutzes des § 850 ZPO. teilhaftig. Die Auffassung des Gläubigers, daß diese Schutzbest. nach Art des § 1 Lohnbeschl. einzuschränken sei, indem ein Unterschied zwischen Beamten im Hauptberuf und solchen im Nebenberuf gemacht werden müsse, findet im Gesetz keine Stütze. Es ist auch kein innerer Grund abzusehen, aus dem jene beiden Arten von Beamten hinsichtlich der Pfändung ihres Dienstverdienstes verschieden behandelt werden sollten. Vielmehr ist zu bedenken, daß der Staat die Pfändungsmöglichkeit nicht so sehr um der Beamten selbst willen, als im Interesse des allgemeinen Nutzens einschränkt. Das Ansehen des Beamten, seine Arbeitsfähigkeit und Dienstwilligkeit sollen nicht dadurch beeinträchtigt werden dürfen, daß ihm diejenigen Mittel entzogen werden, die er zu angemessener Wohnung und Kleidung und zu erträglicher Ernährung durchaus nötig hat. Unter diesem Gesichtspunkt betrachtet, bedarf aber der Beamte, welcher aus einer amtlichen Tätigkeit, die seine Arbeitskraft nur z. T. in Anspruch nimmt, ein geringes Einkommen bezieht, des Pfändungsschutzes mindestens ebenso dringend, wie derjenige, der seinen ganzen Lebensunterhalt aus seinem Beamtenberuf gewinnt. Treffen Dienstverdienst öffentlicher Beamter mit privatem Lohn zusammen, so ist der Notbedarf von den öffentlichen Bezügen zu berechnen. Es wird allgemein abgelehnt (OLG. Köln: DRZ. 1931 Nr. 178), bei der Prüfung der Pfändbarkeit aus Ziff. 7—9 des § 850 Abs. 1 ZPO. andere Einkommen zu berücksichtigen. Nach alledem ist es in dem zur Entsch. stehenden Falle unerheblich, ob der Schuldner aus der Betätigung in der Tabakhandlung seiner Frau noch irgendwelches Einkommen hat. Die Vergütung, die er als Verwalter der Posthilfsstelle erhält, ist auf jeden Fall Dienstverdienst eines Beamten i. S. des § 850 Abs. 1 Ziff. 8 ZPO. Sie unterliegt der Pfändung zugunsten der Forderung des Gläubigers nur in den Grenzen des § 850 Abs. 2 ZPO.

(OLG. Kiel, 4. ZivSen., Beschl. v. 4. Okt. 1933, 4 W 195/33.)

Ver. von OVR. Schumacher, Altona.

\*

## Königsberg.

7. § 5 ArmAnwG. Ohne Leistung der in dem noch nicht rechtskräftigen Urteil bestimmten Sicherheit darf die Staatskasse die verauslagten Armenanwaltsgebühren nicht von dem in die Kosten verurteilten Gegner einzuziehen.

Von den Bekl., die durch gegen Sicherheitsleistung vollstreckbares, noch nicht rechtskräftiges Urte. verurteilt sind, sind die aus der Staatskasse gezahlten Armenrechtsgebühren des Anwalts des Kl. erfordert. Die Erinnerung der Bekl., mit der sie geltend machen, daß vor Sicherheitsleistung diese Kosten von ihr nicht erfordert werden dürfen, erscheint begründet. Nach § 5 ArmAnwG. ist zwar der Anspruch des Kl. gegen die ersatzpflichtigen Bekl. auf die Staatskasse übergegangen; nach § 124 ZPO. ist aber der ArmAnw. zur Beitreibung seiner Gebühren von dem Gegner nur berechtigt, sofern ein zur Zwangsvollstreckung geeigneter Titel vorliegt. Nur unter derselben Voraussetzung kann auch die Staatskasse den auf sie übergegangenen Anspruch geltend machen. Deshalb muß die Staatskasse, falls der verurteilte Bekl. von der ihm gewährten Befugnis, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung abzuwenden, Gebrauch macht, von der Einforderung solcher Kosten von ihm Abstand nehmen (Oelensky-Meyer, ArmAnwG. S. 165 zu 2). Entsprechendes hat auch im vorl. Falle zu gelten, in dem die Vollstreckung des Urte. von einer Sicherheitsleistung abhängig gemacht ist. Der auf die Staatskasse übergegangene Anspruch ändert seine rechtliche Natur nicht; d. h. die Kosten bleiben außergerichtliche Parteikosten; lediglich ihre Einziehung erfolgt wie die der Gerichtskosten im Verwaltungs-zwangsverfahren. Infolgedessen wird der Anspruch der Staatskasse

erst fällig, wenn die Entsch. vollstreckbar, also hier die Sicherheit geleistet ist. Für den Fiskus besteht in dieser Beziehung keine Ausnahme. Der vereinzelt (OLG. 11, 96; RGW. 10, 61) vertretenen Auffassung, daß mit Rücksicht auf die Best. der HinterlegungsD. eine vom Fiskus bei sich selbst vorzunehmende Hinterlegung ein Lindung sei, ist entgegenzuhalten, daß die reichsgesetzliche Best. der ZPO. keine Ausnahme machen, während im § 67 Abs. 3 ZivVerfSt. der Fiskus ausdrücklich ausgenommen ist. Demgegenüber kann die Ermägung des OLG., der Staat biete den Bekl. genügend Sicherheit dafür, daß sie im Falle der Abänderung des Urte. die gezahlten Kosten zurückerhalte, nicht entscheidend sein. Mangels Sicherheitsleistung ist deshalb die Einziehung der ArmAnwKosten von dem Gegner nicht zulässig.

(OLG. Königsberg, Beschl. v. 27. Nov. 1933, 7 W 119/33.)

Ver. von OVR. Sietloff, Königsberg.

\*

## Rannburg.

8. §§ 883, 888 ZPO. Zur Erzwingung der Herausgabe und Zuführung eines Kindes kann eine Hastandrohung nach § 888 ZPO. erlassen werden.

Die Parteien sind Ehegatten. Gegen den Bekl. war eine EinstwBerf. auf Antrag der Kl. erlassen worden, durch welche ihm die Sorge für das am 6. Sept. 1929 geborene Kind Anneliese H. entzogen und aufgegeben wurde, das Kind an die Kl. herauszugeben. Nachdem die Kl. mit Hilfe des Gerichtsvollziehers das Kind erhalten hatte, hat ihr der Bekl. das Kind wieder weggenommen und es zu seinen Eltern gebracht. Die Kl. hat hierauf ein Urte. des OLG. im Wege einer ordentlichen Klage erwirkt, durch das der Bekl. zur Herausgabe und Zuführung des Kindes verurteilt ist. Als der Bekl. diesem für vorläufig vollstreckbar erklärten Urte. nicht nachkam, beantragte die Kl. unter dem Hinweis, daß sie auf Grund des Urte. gegen die Eltern des Bekl. nicht vorgehen könne, die Anordnung der Haft gegen den Bekl. zwecks Erzwingung des Urteilsanpruchs auf Herausgabe und Zuführung des Kindes. Das OLG. gab diesem Antrag statt. Die Beschwerde hatte keinen Erfolg.

Im Schrifttum und der Rspr. besteht darüber Streit, ob die Vollstreckung aus einem Urte. der vorl. Art unter entsprechender Anwendung des § 883 ZPO. nur durch Wegnahme des Kindes durch den Gerichtsvollzieher erfolgen und der Schuldner, falls das Kind bei ihm nicht vorgefunden wird, nur zur Leistung des Offenbarungseides gezwungen werden kann, oder ob § 888 ZPO., wie es hier das OLG. getan hat, angewendet und demgemäß der Schuldner durch Geldstrafen oder Haft zur Erfüllung des Urte. angehalten werden kann.

Das RG. hat in einer Entsch. v. 3. Okt. 1904 (SeuffArch. 60, 313 Nr. 116) die erstere Ansicht vertreten und hierbei im Gegenfalle zu dem damaligen Standpunkte von Gaupp-Stein (Komm. zu § 883 ZPO. Anm. 3) ausgeführt, daß auch in solchen Fällen, in denen der Schuldner nicht nur zur Herausgabe, sondern auch zur Zuführung eines Kindes verurteilt sei, § 888 ZPO. nicht anwendbar sei; die Zuführung eines Kindes sei keine ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängige Leistung, da sie von äußeren Umständen, wie Geldmitteln und dem Gesundheitszustande des Kindes, abhängig sei. Später haben die Entsch. des OLG. Darmstadt (ZW. 1923, 849) und des RG. (ZW. 1925, 377) einen abweichenden Standpunkt vertreten, erstere für den Fall eines anscheinend im Auslande befindlichen Kindes, letztere für einen dem vorl. Fall ähnlichen Tatbestand, in dem ein Verstoß des Schuldners gegen das Recht der elterlichen Gewalt, also gegen ein Recht nach § 823 Abs. 1 BGB., als vorliegend erachtet und hieraus ein nach § 888 ZPO. erzwingbarer Zuführungsanspruch abgeleitet würde. Der letzteren Entsch. ist auch der Komm. von Wartenher zu § 1632 BGB., Bem. II, beigetreten, wogegen die Stellungnahme des RMStRatKomm. zu § 1632 Bem. 1 u. 2 nicht ganz einbeutigt ist. Der neue Komm. von Seuffert-Walshmann behandelt zu § 888 ZPO. in Anm. 1 nur den Anspruch auf Herausgabe, nicht auch auf Zuführung und erklärt für ersteren lediglich eine Vollstreckung nach § 883 für statthaft. Nicht ganz eindeutig ist schließlich die jetzige Stellungnahme von Stein-Jonas zu § 883 ZPO. Bem. III. Während in dem Texte ausgeführt wird, daß § 883 ZPO. auch bei einer Anordnung der Zuführung anzuwenden ist, wird in der Randbemerkung zunächst eine gegenteilige Entsch. des OLG. Hamburg angeführt und sodann anscheinend (als Ausnahme von der vorerwähnten Regel) die obige Entsch. des OLG. Darmstadt: ZW. 1923, 849 für den Fall eines in das Ausland gebachten Kindes gebilligt sowie auf die vorerwähnte Entsch. des RG.: ZW. 1925, 377 verwiesen.

Wie sich aus dem Vorstehenden ergibt, ist die eine Anwendung des § 888 ZPO. ablehnende Entsch. des RG.: SeuffArch. 60, 313 Nr. 116 gerade in neuerer Zeit verschiedentlich angegriffen. In der Tat läßt sich nicht verkennen, daß es gerade in der Jetztzeit kaum vom rechtspolitischen Standpunkte aus haltbar erscheint, wenn einem Schuldner, der nicht nur zur Herausgabe, sondern in bewusster Erweiterung dieser Leistung auch zur Zuführung eines Kindes verurteilt ist, nicht mit den Zwangsmitteln aus § 888 ZPO. entgegengetreten werden kann, wenn er seiner urteilsmäßigen Verpflichtung durch eine



Verbringung des Kindes zu anderen Personen gegenstandslos zu machen versucht. Im vorl. Fall muß angesichts der Urteilsformel und der äußeren Begleitumstände davon ausgegangen werden, daß die Zuführung des Kindes dem Bekl. als eine persönliche, nicht durch einen Dritten vorzunehmende Leistung, mag sie nun auf familienrechtlichen Beziehungen beruhen oder die Folge einer unerlaubten Handlung sein, auferlegt ist, und daß sie ferner ausschließlich von seinem Willen abhängt. Die entstehenden Kosten der Zuführung können für den Bekl., der Landwirt ist und das Kind zu seinen Eltern bringen konnte, keine Rolle spielen. Er behauptet selbst an keiner Stelle, daß ihm diese Mittel fehlten, und im Notfalle könnte die Kl. immer noch selbst, um zu ihrem Ziele zu gelangen, diese Mittel vorstrecken (Seuffert-Walshmann zu § 888 ZPO. Bem. 1). Ebensovienig wird von dem Bekl. behauptet, daß der Gesundheitszustand des Kindes sich ändern und der Zuführung entgegenstehen könne. Sollte wirklich aber künftig ein solches Hindernis den bisher völlig freien Willen des Bekl. beeinflussen, so steht ihm immer noch der Weg einer Erinnerung nach § 766 ZPO. offen.

Die Beschwerde mußte daher zurückgewiesen werden. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO.

(Raumburg a. S., 4. ZivSen., Beschl. v. 17. Nov. 1933, 4 W 402/33.)

Ver. v. OÖGR. Dr. Tapper, Raumburg.

\*

### Zweibrücken.

9. §§ 824, 31, 826, 1004 BGB.; §§ 186 193 StGB. Die versehentliche unrichtige Mitteilung eines Handelsbuchvereins in einem vertraulichen Rundschreiben, daß gegen jemand Haftbefehl zur Erzwingung des Offenbarungseides erlassen ist, verpflichtet nicht zu Schadensersatz; jedoch muß die Nachricht in gleicher Weise widerrufen werden.

Wohl ist nach der Mspr. des RG. das Recht an einem bestehenden gewerblichen Unternehmen als subjektives Recht i. S. des § 823 Abs. 1 BGB. aufzufassen; allein nur gegenüber einem unmittelbaren Eingriff in den Gewerbebetrieb ist der Schutz des § 823 Abs. 1 zu gewähren, nicht bei Handlungen, die den Gewerbebetrieb nur mittelbar schädigen, wie bei schädigenden Einwirkungen auf den Kundenkreis oder auf die Lieferanten (s. RG. 79, 226 ff. 1); 56, 271). Ist eine solche mittelbare Schädigungs- oder Gefährdungshandlung ist aber der objektiv unrichtige Zusatz HDE., d. h. „Haftbefehl zur Erzwingung des Offenbarungseides“ ist erlassen; fruchtlose Pfändung ging voraus, in dem vertraulichen Rundschreiben des bekl. Vereins zu erachten.

Aber auch die Schutzvorschrift des § 823 Abs. 2 BGB. mit § 186 StGB., der eine Strafbestimmung zum Schutze bestimmter Einzelinteressen enthält, greift nicht durch, da nicht zu bestreiten ist, daß der Bekl. in Wahrung berechtigter Interessen gehandelt hat. Eine Auskunfts- und in gutem Glauben ein ungünstiges Gerücht als Unterlage für eine Auskunft mitteilt, kann sich auf § 193 StGB. berufen. Dasselbe Recht steht hier dem Bekl. zu. Daß er vorfälschlich handelte, ist nicht erwiesen; daß eine Fahrlässigkeit des verfassungsmäßig berufenen Vertreters innerhalb seines durch die Satzung bestimmten Geschäftsbereichs vorliegt, ist nicht zu bezweifeln. Wegen der für die Schuldner eintretenden Folgen wird mit der Auffassung des Verkehres eine besonders sorgfältige Anfertigung der Listen verlangt werden müssen. Nachprüfung, evtl. wiederholte, ist geboten. Sie wurde hier offenbar unterlassen. Bei Anwendung des § 31 BGB. scheidet ein Entlastungsbeweis nach § 831 BGB. aus. Eine schuldhaft Verletzung enthält nicht notwendigerweise einen Vorstoß gegen die guten Sitten i. S. des § 826 BGB. Daß besondere Umstände die Anwendung dieser Vorschr. rechtfertigen, ist im Streitfall nicht dargetan.

Nach § 824 Abs. 1 BGB. steht dem in seinem Gewerbebetrieb gestörten Unternehmer gegen denjenigen, der der Wahrheit zuwider eine Tatsache verbreitet, die geeignet ist, den Kredit zu gefährden oder sonstige Nachteile für dessen Erwerb herbeizuführen, ein Ersatzanspruch zu, wenn dieser die Unwahrheit zwar nicht kennt, aber kennen muß. Aber auch hier entfällt ein Schadensersatzanspruch, wenn der Mitteilende oder der Empfänger der Mitteilung an ihr ein berechtigtes Interesse hat. Als Vorbild hat hier im allgemeinen die Vorschr. des § 193 StGB. gebietet.

Dem Bekl. ist also, wie nach § 186 mit § 193 StGB., so nach § 824 Abs. 2 BGB. Entlastung zu gewähren. Doch wird dadurch nicht die Handlung nach § 824 Abs. 1 BGB. des Charakters als unerlaubte Handlung entkleidet.

Unter allen Umständen ist dem Kl. ein Abwehranspruch in Gestalt eines Anspruchs auf Widerruf oder Rücknahme der rechtswidrigen Rundgebung zuzubilligen. Dieser von der neueren Mspr. geschaffene Rechtsbehelf, der auf dem dem Beseitigungsanspruch des § 1004 BGB. zugrunde liegenden Rechtsgedanken aufgebaut ist, ist nicht als Unterart des Schadensersatzanspruches aufzufassen; er gewährt keine nicht als Unterart des Schadensersatzanspruches aufzufassen; er gewährt keine Entschädigung für zugefügten Schaden, sondern soll nur eine Störung beseitigen. Einen Anspruch auf Widerruf hat das RG. in ständiger

Mspr. anerkannt, wo durch Rundgebungen in ein geschütztes Rechtsgut eingegriffen ist (s. Baumbach, Wettbewerbsrecht S. 139 oben). Dieser Anspruch setzt weder ein Verschulden wie die Schadensersatzklage noch eine Wiederholungsgefahr voraus. Er verlangt nur, daß die störenden Folgen des in der Vergangenheit liegenden objektiv rechtswidrigen Eingriffs noch fortwirken; es ist dies besonders bei derartigen kreditverletzenden Äußerungen der Fall (s. JW. 1919, 994). Ebensovienig wie das Schutzmoment, kommt bei einer solchen Klage die Wahrnehmung berechtigter Interessen in Betracht (s. RG. 60, 6). Es genügt eine vertrauliche Mitteilung an einzelne (s. Warteneyer, Komm. Bd. I S. 1440). Daß ihre schädigende Wirkung am Orte des klägerischen Betriebs nicht ganz aufgehoben ist, kann nicht bezweifelt werden, da nach der Erfahrung des Lebens bei ehrenrührigen Äußerungen, trotz ihres später erkannten unwarharen Inhalts, in der Regel etwas zurückbleibt, falls nicht ein energischer Schritt von berufener Seite geschieht, da man sich den Mißgriff bei ungenügender Kenntnis der Umstände nicht völlig erklären kann. Die Durchstreichung des Namens des Kl., so daß er unleserlich wurde, geschah allzu stillschweigend, während der Bekl. sie in aller Offenheit, ohne Rücksicht auf das Eingestehen eines eigenen Verschuldens hätte ausführen lassen sollen. Man konnte nicht erkennen, welcher Anlaß zu dem Vorgehen gegeben war. Dieser aber mußte frei bekannt werden, um dem Beseitigungsanspruch des Kl. voll zu genügen. Daß die Rechtsausübung des Kl. lediglich den Zweck der Schadenszufügung (§ 226 BGB.) verfolgt, schließen die Umstände aus. Soweit der Klageanspruch auf die Einrückung des Widerrufs in das Rundschreiben abzielt, ist er daher begründet, jedoch unbegründet, soweit er die Veröffentlichung in den beiden Tageszeitungen erstrebt. Der Kl. hat nur Anspruch darauf, daß soweit möglich die unwahre Rundgebung derart richtig gestellt wird, daß derselbe Personenkreis hiervon Kenntnis erhält, dem die unwahre Tatsache durch die Behauptung zugänglich gemacht worden ist (s. Staubinger, Recht der Schuldverhältnisse Bd. II S. 1812).

(OÖG. Zweibrücken, 2. ZivSen., Ur. v. 13. Mai 1932, L 385/31.)

Ver. von OÖGR. Pfafflin, Zweibrücken.

### Darmstadt.

### b) Straffachen.

10. § 4 OÖGR.; §§ 3, 63, 64, 72 RAGebD.; RD. über Bild. b. Sonderger. v. 21. März 1933. Die Kosten des Pflichtverteidigers werden im Verwaltungswege festgesetzt. Sondergerichte sind den Schwurgerichten gebührenrechtlich nicht gleichzustellen. Bei Wahlverteidigung und Pflichtverteidigung steht dem Anwalt nur eine Gebühr zu. Die gesetzlichen Gebühren als Wahlverteidiger sind auf diejenigen als Pflichtverteidiger anzurechnen.

RA. A. war für elf Angekl. als Wahlverteidiger in der Hauptverhandlung des Sondergerichts, die sechs Tage dauerte, aufgetreten. Durch Beschluß des Sondergerichts in der Hauptverhandlung wurde er auch als Pflichtverteidiger der übrigen fünf Angekl. bestellt, für die er ebenfalls auftrat. Er beantragt nun aus der Staatskasse Anweisung seiner Gebühr als Amtsverteidiger (sechs Tage für mehrere Angekl.) mit 720 RM nebst Auslagen. Das Sondergericht billigte dem Verteidiger die erhöhte Gebühr des § 63 RAGebD. zu (also 6 mal 80 und 40) = 720 RM und sprach (auf Grund einer vorhergehenden Korrespondenz zwischen Urkundsbeamten und Verteidiger) weiter aus, daß eine Aufrechnung des Honorars als Wahlverteidiger nicht statzufinden habe. Dagegen richtet sich die Beschwerde des GenStA.

Es wird zunächst ausgeführt, daß der § 4 OÖGR., ebenso das Gesetz betr. Erstattung der Gebühren in Armensachen v. 20. Dez. 1928 auf den Amtsverteidiger keine Anwendung finden. Dessen Kosten werden vielmehr im Verwaltungswege festgesetzt (Baumbach, Anm. zu § 2 vorgeh. Gef.) (wird für das heftigste Recht näher ausgeführt und das Beschwerderecht des GenStA. als der mit Kostenrevision betrauten Behörde bejaht). Dann heißt es weiter:

Die Beschwerde ist begründet. Die Frage, welcher Satz des § 63 RAGebD. dem RA. für seine Verteidigung in der Hauptverhandlung vor dem Sondergericht zusteht (ob 40 oder 80 RM), ist bestritten. Daß die RAGebD. selbst auf das Verfahren vor dem Sondergericht, das an sich kein ordentliches Gericht ist, Anwendung findet, kann nicht zweifelhaft sein, da § 6 RD. über die Bildung der Sondergerichte v. 21. März 1933 (RGBl. 136) die Vorschr. der StPO. entsprechende Anwendung finden läßt (vgl. § 1 RAGebD.). Mindestens jedoch ergäbe sich ihre entsprechende Anwendung aus dem § 89 RAGebD. (so auch JW. 1933, 1671<sup>15</sup> OÖG. Hamm). Was nun den Gebührensatz selbst (ob 40 oder 80 RM) anlangt, so hängt die Entscheidung davon ab, ob man das Sondergericht als ein dem Schwurgericht gleichzustellendes Gericht achtet. Diese Annahme wäre jedoch nur dann berechtigt, wenn Straftaten, die an sich dem SchwG. kompetieren, lediglich infolge ihres politischen Charakters vor das Sondergericht gezogen werden.

1) JW. 1912, 687.



Auf diesem Standpunkt stehen das RG. (ZB. 1933, 559<sup>14</sup>) und OLG. Dr. Gaedecke in der Ann. zum Beschluß des OLG. Hamm (ZB. 1933, 1671<sup>15</sup>). Der Senat vermag sich dieser Auffassung nicht anzuschließen, er lehnt vielmehr in Übereinstimmung mit den OLG. Kiel und Hamm (ZB. 1933, 1671<sup>15</sup>, 2165<sup>18</sup>) diese weitgehende Auslegung ab.

SchwG. und Sondergericht sind zwei Rechtsinstitute, die in ihrer Struktur völlig verschieden sind. Das SchwG. ist in der Hauptsache ein Laiengericht, das Sondergericht ein reines Berufsrichtergericht (§ 4 WD.). Das SchwG. ist nur für die Ururteilung der schwersten Verbrechen bestimmt, das Sondergericht ist neben Verbrechen auch für Vergehen zuständig (§ 2 WD.). In den zur Zuständigkeit der SchwG. gehörenden Strafsachen muß eine Voruntersuchung stattfinden (§ 178 StPD.), während bei den sondergerichtlichen Strafsachen eine Voruntersuchung nicht stattfindet (§ 11 WD.). Schon diese Punkte zeigen, daß sich das Verfahren vor beiden Gerichten nicht nach denselben Grundsätzen abspielen kann. Namentlich ist die Tätigkeit des RA. sowohl was Vorbereitung als was sein Auftreten in der Hauptverhandlung anlangt, im schwurgerichtlichen Verfahren eine andersgeartete als in dem Verfahren vor dem Sondergericht. Der Unterschied fällt sinnfällig in die Augen, wenn man noch die Best. des § 16 Abs. 2 WD. betrachtet, wo im Weg der Wiederaufnahme des sondergerichtlichen Verfahrens eine Nachprüfung der Sache im „ordentlichen Verfahren“ vorgesehen ist (vgl. auch § 13 WD.). Der Senat steht deshalb auf dem Standpunkt, daß die ganze Frage nur generell (nicht von Fall zu Fall) beantwortet werden kann und daß bei der völlig verschiedenen Struktur der beiden Gerichte nicht mit Analogieschlüssen gearbeitet werden darf. Wollte daher der Gesetzgeber die Sondergerichte den SchwG. gleichgestellt wissen, so hätte es einer besonderen gesetzlichen Regelung bedurft. Ganz besonders wäre diese erforderlich gewesen, soweit es sich um eine gebührenrechtliche Best. handelt. Denn gerade bei der Anwendung solcher gebührenrechtlicher Best. muß die Anwendung des formalen Rechts den Ausschlag geben. Da die WD. v. 21. März 1933 eine solche Regelung nicht trifft, ist es auch nicht angängig, in dem § 63 RAGebD. die Sondergerichte den SchwG. gleichzustellen. Damit kann der Verteidiger vor dem Sondergericht nur die Gebühr des § 63 RAGebD. in Höhe von 40 RM verlangen. Gegen vorstehende Auffassung kann auch ein Argument nicht aus den wesenähnlichen Best. der § 140 StPD. und § 10 WD. hergeleitet werden, wonach sowohl vor dem SchwG. als dem Sondergericht die Verteidigung eine absolut notwendige ist. Die Notwendigkeit der Verteidigung vor dem Sondergericht erklärt sich im wesentlichen daraus, daß gegen die Urteile der Sondergerichte ein Rechtsmittel nicht gegeben ist und der Gesetzgeber deshalb für die ausreichende Verteidigung des Angekl. auf jeden Fall sorgen wollte, ohne daß er damit aber die Verteidigung in § 10 WD. derjenigen vor dem SchwG. gleichzustellen beabsichtigte. Wäre dies seine Absicht gewesen, so hätte er dies, wie schon oben erwähnt, in irgendeiner Weise zum Ausdruck gebracht.

RA. A. hat in der Hauptverhandlung alle Angekl. verteidigt. Für diese Verteidigung kann er nur eine Gebühr beziehen, und zwar diejenige der §§ 63 und 64 RAGebD., die sich nach § 72 RAGebD. (gemeinschaftliche Verteidigung mehrerer Angekl.) um fünf Beihilf erhöht (40 + 20 = 60 RM pro Tag). An diesem Ergebnis kann auch der Umstand nichts ändern (was der BeschwZ. besonders betont), daß der Verteidiger, der sowohl als Wahlverteidiger wie als Pflichtverteidiger tätig wird, auf Grund zweier gänzlich verschiedenen Verhältnisse tätig wird (privates Rechtsverhältnis bei der Wahlverteidigung, Bestellung auf Grund eines staatlichen Hoheitsrechts, vgl. § 10 WD., bei der Pflichtverteidigung). Denn in beiden Fällen handelt es sich doch immer nur um dieselbe gemeinschaftliche Verteidigung der Angekl. Die §§ 63, 64, 72 RAGebD. treffen denn auch keine Unterscheidung. Ein Unterschied besteht lediglich insofern, als dem Verteidiger sowohl ein Anspruch gegen seine Klienten als gegen den Staat auf Zahlung seines gesetzlichen Honorars zusteht.

Nun kann zwar nach § 3 Abs. 2 RAGebD. die Mitverhaftung der anderen Angekl. dem RA. gegenüber nicht geltend gemacht werden. Es kann aber der RA. die ihm zustehende Gebühr nur einmal verlangen, weil nur eine Tätigkeit (gemeinsame Verteidigung der Angekl.) entfaltet wurde. Hätte also der Verteidiger als Wahlverteidiger bereits sein gesetzliches Honorar erhalten, so könnte er die gleichen Gebühren nicht nochmals als Pflichtverteidiger verlangen.

Vorliegendenfalls hat nun RA. A. in seinem letzten Schriftsatz Angaben über seinen Honoraranspruch als Wahlverteidiger gemacht.

Danach hat er 130 RM empfangen. Es besteht kein Bedenken, daß RA. A. von diesem Betrag zunächst seine Auslagen und weiter seine Gebühren für ein Gnadengesuch und zwei Anträge auf Wiederaufnahme des Verfahrens in Abzug bringt, sowie seine Gebühren nach § 69 RAGebD. Diese in Abzug gebrachten Beträge ergeben 93 RM, so daß noch verbleiben 130 RM weniger 93 RM

= 37 RM, die er sich auf seine Gebühren als Pflichtverteidiger (6 Tage mal 60) = 360 RM anrechnen lassen muß, da ihm, wie oben dargelegt, die Gebühr für die gemeinsame Verteidigung nur einmal zusteht (vgl. auch § 422 BGB., der mindestens entsprechend anzuwenden ist).

Der gegenteilige Standpunkt des Sondergerichts, daß das Honorar als Wahlverteidiger nicht anzurechnen ist, würde zu dem wenig befriedigenden Ergebnis führen, daß der Fiskus, der ja nicht „Auftraggeber“ i. S. des § 3 RAGebD. ist, sondern der kraft seines Hoheitsrechts dem RA. die Verteidigung überträgt (oben), von vornherein seinen Ausgleich gegenüber den anderen (wahlverteidigten) Angekl. in einem vielleicht langwierigen und umständlichen Verfahren suchen müßte. Das kann ihm ohne weiteres nicht zugemutet werden. Vielmehr erscheint der dargestellte Weg allein als derjenige, der den tatsächlichen Verhältnissen am besten gerecht wird. Von dem RA. muß deshalb verlangt werden, daß er Auskunft über den Empfang des gesetzlichen (nicht etwa des vereinbarten) Honorars seitens seiner Wahlverteidigten gibt.

(OLG. Darmstadt, Beschl. v. 23. Nov. 1933, StW 231/33.)

Ver. von OLG. Dr. Fuchs, Darmstadt.

\*

Kiel.

II. § 14 ZeugGebD. Erstattung von Stellvertretungskosten bei als Zeugen gehörten Dienstverpflichteten. †)

Der Zeugin sind Stellvertretungskosten als ersatzfähige Auslagen zugebilligt. Mit der Beschw. wird geltend gemacht, daß der Entschädigungsanspruch eines Zeugen nur durch sein persönliches Interesse begründet werde, daran fehle es, wenn für einen in einem Dienstverhältnis stehenden Zeugen eine Stellvertretung notwendig werde, weil der Zeuge durch die Erfüllung seiner öffentlich-rechtlicher Zeugnispflicht an der Dienstleistung verhindert werde und deshalb keine Verpflichtung bestehe, auf seine Kosten einen Vertreter zu bestellen; der Dienstherr sei solchen Falles nur zu einem Lohnabzug in einem der veräumten Zeit entsprechenden Verhältnis berechtigt, der etwaige Lohnausfall könne dem Zeugen dann aus der Staatskasse ersetzt werden.

Diesem Standpunkt ist beizutreten. Nach § 14 ZeugGebD. können dem Zeugen und Sachverständigen notwendige Auslagen nach billigem Ermessen erstattet werden; dies gilt namentlich von den Kosten für eine notwendige Vertretung. Voraussetzung der Erstattung ist danach, daß es sich um eine notwendige Auslage handelt, daß also der Zeuge seinem Dienstherrn gegenüber rechtlich verpflichtet oder sonstwie gehalten ist, die Stellvertretungskosten zu bezahlen. Daß dies hier der Fall war,

Zu 11. Die Entschädigung eines Zeugen für von ihm gezahlte oder zu zahlende Stellvertretungskosten kann unter einem doppelten Gesichtspunkt in Frage kommen:

a) § 2 Abs. 1 ZeugGebD. Entschädigung für die erforderliche Zeitversäumnis: unmittelbar: wenn nämlich der Zeuge selbst, um einem Ausfall wegen seiner Zeitversäumnis vorzubeugen, auf eigene Kosten einen Vertreter stellt, oder: mittelbar, wenn die Vertretung zwar eine unentgeltliche ist, der Vertreter selbst jedoch einen Ausfall erleidet, und dieser Ausfall wiederum den Zeugen schädigt. Beispiel: Arbeiter bleibt zu Hause, um die als Zeugin geladene Ehefrau zu vertreten. Um seinen Lohnausfall mindert sich der sonst der Ehefrau zustehende Unterhaltsbetrag. Auch das ist zu ersetzender Lohnausfall (so Wegner, 1930, Ann. 49/50 zu § 2 ZeugGebD.; Baumbach, RKostG., 1933, Ann. 4 B zu § 2 GebD.).

b) § 14 ZeugGebD. Entschädigung für notwendige Auslagen, die nach billigem Ermessen zu erstatten sind. In beiden Fällen muß die Erforderlichkeit dargetan werden, d. h. Ersatz wird nur gewährt, wenn und soweit die Stellvertretung objektiv notwendig war. Denn nur, wenn nach der Sachlage unbedingt geboten, darf der Zeuge einem sonst drohenden Ausfall durch Stellung eines Vertreters vorbeugen, und § 14 S. 2 ZeugGebD. spricht ausdrücklich von den Kosten einer notwendigen Vertretung.

Damit scheidet aber von vornherein der Gesichtspunkt aus, als ob notwendige Vertretungskosten auch solche sein könnten, die der Zeuge für notwendig gehalten hat, ohne daß sie es objektiv — was das Gericht im Streitfalle gem. § 20 ZeugGebD. festzustellen hat — waren. Nur wenn also nach dem im Einzelfalle vorliegenden vertraglichen Abmachungen zwischen dem Dienstherrn und dem Zeugen oder nach etwa in Frage kommenden gesetzlichen Best. der Zeuge für die Zeit seiner Behinderung einen Vertreter auf eigene Kosten zu stellen verpflichtet ist oder — was dem gleichsteht — sich einen Lohnabzug gefallen lassen müßte, oder wenn sonst die Verhältnisse des Zeugen die Annahme eines Vertreters erheischen (z. B. selbständige Geschäftsfrau), ist die von ihm auf eigene Kosten gestellte Vertretung eine notwendige.

Obige Entsch. des OLG. Kiel läßt nicht klar erkennen, ob sie



ist nicht geltend gemacht. Die Annahme des BG., daß die Vertretungskosten der Zeugen als besondere Auslagen entstanden seien, sei es, daß sie auf Grund des Dienstvertrages ausdrücklich verpflichtet gewesen sei, für eine Stellvertretung zu sorgen, sei es, daß sie sich für verpflichtet gehalten habe, die Stellvertreterkosten zu bezahlen, um keine Unannehmlichkeiten mit ihrem Dienstherrn zu haben, oder um nicht Gefahr zu laufen, durch ihre Dienstverräumnis die Stellung zu verlieren, ist in den tatsächlichen Verhältnissen nicht begründet. Der Entschädigungsanspruch der Zeugin beschränkt sich mithin auf den Lohnabzug, den der Dienstherr wegen der Versäumnis des Dienstes von der vereinbarten Vergütung nach Verhältnis der versäumten Zeit zu machen berechtigt ist.

(OBG. Kiel, StrSen., Beschl. v. 1. Nov. 1933, W 218/33.)

Ver. von OBR. Schumacher, Altona.

## Altenstein.

### Landgerichte.

1. § 18 B.D. v. 26. Mai 1933. Wird ein gepfändeter Gegenstand in einem gewerblichen Betrieb benötigt, der stillgelegt ist und mit dessen Wiedereröffnung in absehbarer Zeit nicht zu rechnen ist, dann ist kein Vollstreckungsschutz zu gewähren. Eigentumsvorbehalt des Gläubigers an dem Pfandgegenstand hindert die Anwendung der B.D.

§ 18 Abs. 2 der B.D. bezieht sich auf gepfändete Gegenstände, welche zu einem von dem Schuldner betriebenen gewerblichen Unternehmen gehören. Der Zweck der Vorschr. ist, das Stilllegen oder Rahmlegen eines Gewerbebetriebes durch Pfändung von Betriebsgegenständen zu verhindern. Hiervon kann dann keine Rede mehr sein, wenn ein Gewerbe überhaupt nicht mehr betrieben wird. Die Beschw. hat selbst vorgetragen, daß der Betrieb seit mehr als zwei Jahren stillgelegt sei und der Pfandgegenstand seither unbenutzt da stehe. Sie erklärt zwar, daß sie bei ausichtsreichen Kreditverhandlungen die Absicht habe, im Frühjahr 1934 den Betrieb wieder zu eröffnen; für das Beistehen und den Erfolg solcher Kreditverhandlungen ist jedoch nichts glaubhaft gemacht. Die Gefahr einer Verschleuderung und ein hieraus folgender unverhältnismäßiger Nachteil für die Schuldnerin besteht nicht, da der Zuschlag nicht unter dem durch B.D. v. 8. Okt. 1914 festgesetzten Mindestgebot erteilt werden darf. Endlich ist der Gläubigerin auch darin beizutreten, daß sie infolge ihres Eigentumsvorbehalts jederzeit in der Lage ist, im Prozeßwege den Schlepper herauszuverlangen und daß der Zweck der B.D. v. 26. Mai 1933 schon aus diesem Grunde mit einer Einstellung nicht erreicht würde.

(LG. Altenstein, Beschl. v. 6. Dez. 1933, 4 F 1153/33.)

Ver. von Ger. Ass. Berthmann, Nürnberg.

## Altona.

2. §§ 274 ff., 935 ff. ZPO. Die im Verfahren einer Einstw. Verf. erhobene Einrede einer Gütestellen-Vereinbarung bedeutet den Einwand zeitweiligen Verzichts auf Beantragung einer Einstw. Verf.

Ein Innungsmitglied säßte sich durch ein anderes beleidigt und erwiderte diesbezüglich gegen das andere eine Einstw. Verf. auf Unterlassung. Die Einstw. Verf. ist auf den Widerspruch des Vfgs. Bechl. aufgehoben. In den Innungssatzungen heißt es nämlich: „Falls unter den Innungsmitgliedern Beleidigungen vorkommen, so hat der Vorstand auf Antrag eines derselben beide Teile vorzuladen und eine Aussöhnung mit ihnen zu versuchen; Innungsmitglieder, die solche Streitig-

keiten ohne Sühneveruch vor dem Vorstande gerichtlich anhängig machen, verurteilen eine vom Vorstande festzusetzende Geldstrafe.“ Diese Best. hat zwar nicht die Bedeutung einer Schiedsgerichtsvereinbarung, es ist ihr aber der Wille der Innungsmitglieder zu entnehmen, sich einer Anrufung des Vorstandes als Gütestelle vor einer Entsch. des Gerichts untereinander zu verpflichten. Wäre die Anrufung der Gütestelle lediglich in das Belieben der Innungsmitglieder gestellt, so wäre es unverständlich, weshalb eine Strafe für den Fall der Nichtanrufung des Vorstandes festgesetzt ist. Diese Best. kann nur den Sinn haben, die Innungsmitglieder zur Einhaltung einer Verpflichtung anzuhalten. Da der Vfgs. Bechl. sich der Satzung unterworfen hat, so hat er auf das Recht verzichtet, vor Anrufung der vereinbarten Gütestelle eine Entsch. der ordentl. Gerichte herbeizuführen. Das gilt gleichermaßen für die Erhebung von Klagen wie für die Stellung von Antragern auf Erlaß einer Einstw. Verf. Die diesbezügliche Einrede des Vfgs. Bechl. ist daher berechtigt.

(LG. Altona, 6. ZR., Ur. v. 27. Sept. 1933, 6 S 274/33.)

Ver. von OBR. Schumacher, Altona.

## Berlin.

3. Der Schutz der §§ 19, 19a Vollst. Sch. B.D. ist nicht schon deswegen zu verfallen, weil der Schuldner Ausländer ist.

Der den Schutz des § 19 begehrende Schuldner hat auch glaubhaft zu machen, daß er zur Erfüllung der nach § 19 Abs. 2 vorgehenden Ansprüche auf die Mietzinsen angewiesen ist.

Der in §§ 19, 19a der B.D. bestimmte Schutz ist ebenso wie z. B. die in den Abschn. I u. II der B.D. (§§ 1 ff.) enthaltenen Schutzbestimmungen nicht nur aus dem Gedanken der Erhaltung persönlicher Volksgüter, sondern auch aus anderen Schutzwägungen zu erklären und geboten, z. B. der Verhütung zu häufigen Wechsels im Grundeigentum und damit eines weiteren Preissturzes auf dem Grundstücksmarkt und einer hieraus folgenden Erschütterung der Seriosität, Herabwürdigung des Grund und Bodens zur Handelsware und Vernachlässigung der für das Volksganze wertvollsten Substanz. Die Kammer stimmt daher mit den Schuldnerin darin überein, daß die Anwendung des § 19 der B.D. nicht schon allein durch die Ausländereigenschaft der Schuldner ausgeschlossen wird. ...

Da § 19 der B.D. als ausdrücklich zeitlich beschränkte Ausnahmevorschrift nur das Grundeigentum vor unbilliger, substanzgefährdender Not bewahren will, ist die Wendung in Abs. 2 Satz 1 dieser Vorschrift: „insoweit aufzuheben, als der Schuldner ... braucht“ dahin zu verstehen, daß der Schuldner den Vollstreckungsschutz nur insoweit beanspruchen kann, als er ohne die Mietzinsen außerstande wäre, die in § 19 Abs. 2 Satz 1 aufgezählten bevorzugten Grundstückslasten und andere Ansprüche zu bestreiten. Hat der Schuldner außer den Mietzinsen noch genügend andere Mittel aus Vermögen oder anderen Einkünften, wäre es unbillig, dem Gläubiger, dem der Staat einen vollstreckbaren Titel zuerkannt hat, den Zugriff auf die Mieten zu entziehen. Dies um so mehr, als § 19 im Gegenlaß zu § 18 Abs. 2 Satz 3 auch den selbst notleidenden Gläubiger nicht bevorzugt. Die Kammer ist daher der Ansicht, daß der den Schutz des § 19 begehrende Schuldner auch darzulegen und glaubhaft zu machen hat, daß er zur Erfüllung der nach § 19 Abs. 2 Satz 1 vorgehenden Ansprüche auf die Mietzinsen angewiesen ist, also nicht über ausreichendes anderes Einkommen und Vermögen verfügt.

(LG. Berlin, 57. ZR., Beschl. v. 5. Dez. 1933, 257 T 18876/33.)

Ver. von OBR. Robert Hoffmann, Berlin.

## Dresden.

4. § 11 Ausf. B.D. v. 14. Febr. 1933 (RGBl. 1933, 66). Der Offenbarungseidschutz für den Inhaber eines landwirtschaftlichen Betriebes nach § 11 a. a. D. tritt auch dann ein, wenn auf das Verlangen einer Verwaltungsbehörde hin das Offenbarungseidsverfahren betrieben wird.

Das Beschw. vermag nicht die Auffassung des BG. zu teilen bzgl. der Auslegung des § 11 Ausf. B.D. v. 14. Febr. 1933 (RGBl. I, 66). Zwar spricht diese Best. nur von der Eidesleistung gem. § 807 ZPO. Bei Betreibung des Offenbarungseidsverfahrens gem. § 27 des sächs. Ges. über die Zwangs Vollstreckung wegen Geldleistungen in Verwaltungssachen v. 18. Juli 1902 hat das Offenbarungseidsverfahren nach der erfolglosen Vollstreckung in das bewegliche Vermögen des Schuldners auf Ersuchen der Verwaltungsinstanz zu erfolgen, ohne daß das Vollst. Ger. die nach § 807 ZPO. sich ergebende Prüfung der Erfolglosigkeit der Vollstreckung anzustellen hätte. Hierin liegt allerdings eine Abweichung von § 807 ZPO., ferner auch in dem Titel, aus dem das Offenbarungseidsverfahren betrieben wird. Andererseits läßt das sächs. Ges. das Offenbarungseidsverfahren im übrigen schlechthin in den Formen des zivilprozessualen Verfahrens vor sich gehen und verweist allenthalben auf die Vorschr. der ZPO. Die

in dieser Weise die Ansprüche des Zeugen an die Staatskasse begrenzen will, da sie die weitergehende Auslegung des BG., „sei es, daß die Zeugin verpflichtet war oder daß sie sich für verpflichtet gehalten habe, um Unannehmlichkeiten durch den Dienstherrn zu entgehen“, nur als „nicht in den tatsächlichen Verhältnissen begründet“ ablehnt.

Es ist nicht zu verkennen, daß die Lösung keine für alle Fälle befriedigende ist. Es gibt Situationen, in denen der Zeuge das Verlangen des Dienstherrn nach Vertretung für begründet hält oder in denen er in eine Zwangslage versetzt wird, indem er z. B. anderenfalls die Kündigung bei nächstbester Gelegenheit zu gewärtigen hat: hier besteht zwar objektiv eine gewisse Zwangslage, trotzdem aber nicht eine objektive Notwendigkeit für die Vertreterbestellung. Der Zeuge handelt hier also stets auf eigene Gefahr, und der Streit um die Rechtmäßigkeit des Verlangens des Dienstherrn wird — bedauerlicherweise — auf dem Rücken des Zeugen ausgetragen. Das ist indes unvermeidlich. Andernfalls würde der für die Erstattungspflicht unentbehrliche Begriff der Erforderlichkeit und Notwendigkeit Gefahr laufen, verwässert zu werden.

OG. Dr. Gaedeke, Berlin.



öffentlich-rechtliche Veranlassung führt also zu dem gleichen Verfahren wie in den Fällen der Verfolgung bürgerlich-rechtlicher Ansprüche, die der grundsätzliche Zweck des in der ZPO. geregelten Verfahrens ist. Deshalb hätte es einer ausdrücklichen Einschränkung des § 11 ZPO. bedurft, wenn dieser im vorl. Falle nicht Platz greifen sollte.

Eine andere Auslassung läßt sich nicht auf § 19 d. Abs. 6 ZPO. v. 26. Mai 1933 stützen. Schon der zeitliche Abstand steht dem entgegen. Auch kann Veranlassung für diese Fassung gerade das inzwischen erfolgte Austausch von Zweifeln der vorstehend erörterten Art gewesen sein.

(ZG. Dresden, 12. ZR., Beschl. v. 20. Okt. 1933, 12 BC 1667/33 Nr. 3.)  
Ver. von OMR. Dr. Rudolf Scheld, Dresden.

\*

### Göttingen.

5. 1. Der Antrag auf Unterlassung von öffentlichen Aufführungen urheberrechtlich geschützter Tonkunstwerke setzt den Nachweis voraus, daß dem Kläger das Ausführungsrecht gerade an dem in Frage stehenden Tonkunstwerk zusteht.

2. Der Exculpationsbeweis des Veranstalters der Aufführung aus § 831 Abs. 1 ZGB. verlangt, daß der Veranstalter den Leiter der Kapelle während seiner Tätigkeit kontrolliert.

(ZG. Göttingen, Ur. v. 25. Okt. 1933, 1 S 195/33.)

Abgebr. ZW. 1933, 2664<sup>o</sup>.

\*

### Zu 5 A. Anm. Hoffmann ebenda.

B. Das Ur. des ZG. Göttingen v. 25. Okt. 1933 steht im Widerspruch zu der eigenen früheren Rpr. des gleichen ZG. (vgl. Ur. v. 8. Jan. 1930, 1 S 145/29). Es beruht eigentümlich, daß sich das ZG. in seinem jetzigen Erkenntnis weder mit seiner eigenen früheren Judikatur noch mit der Rpr. des übergeordneten OLG. Celle (vgl. Ur. v. 11. Okt. 1929, 3 III U 65/29; GewRSch. 1929, 1428) auseinandersetzt. Die erwähnten früheren Ur. sind nach Erlaß der Entsch. des RG. 123, 309 ff. = ZW. 1929, 3081 ergangen und stehen mit ihr nicht im Widerspruch. Schon das RG. 123, 309 hat nämlich im Abschnitt 2c selbst die Möglichkeit erwähnt, daß bei anderer Begründung des Unterlassungsanspruches auch ein unbestimmter Unterlassungsantrag sehr wohl Erfolg haben könnte. Es läßt dort unberührt, ob sich das von ihm gemonnene Ergebnis anders gestalten würde, wenn folgendes behauptet worden wäre: Den Urhebern bleibt zur Wahrnehmung ihrer Rechte gegen Verletzungen vernünftigerweise kein anderer Weg als der einer Übertragung zu treuen Händen der Kl., und die notwendige Folge solcher Überlassung sei Verlegung des Rechtsnachweises aus dem Erkenntnis in das Vollstreckungsverfahren. Auf diese Weise war nämlich dort der Unterlassungsanspruch in den Tatsacheninstanzen trotz Ausübung des Fragerechts durch das ZG. nicht begründet worden. Das ZG. untersucht auch die weitere Frage nicht, ob einem unbestimmten Unterlassungsantrage dann stattzugeben wäre, wenn seine Grundlage in der Behauptung bestünde: Aus dem rechtsverletzenden Verhalten der Bekl. in bezug auf gewisse der Kl. übertragene Werte sei den Umständen nach zu schließen, daß Wiederholungen gleicher Verletzungen in unabsehbarem Umfang an den sonstigen zu treuen Händen erworbenen urheberrechtlichen Befugnissen der Kl. befürchtet werden müssen. Auf diese Weise war in dem der damaligen Entsch. zugrunde liegenden Fall der Unterlassungsanspruch — wie schon erwähnt nach mehrmaliger richterlicher Frage im zweiten Rechtszuge — nicht begründet worden (vgl. RG. zu 2c).

Die frühere Entsch. des RG. ist nach dem Gefagten durchaus kein endgültiges Präjudiz für die Rpr., da sie gerade dahingestellt sein läßt, ob nicht bei anderer und tatsächlicher Begründung ein unbestimmter Unterlassungsantrag doch Erfolg haben könnte. Schon bald nach dem Erlaß des RGUr. haben sich daher verschiedene höhere Gerichte erneut mit der gleichen Frage befassen müssen. Gerade das ZG. Göttingen war, wie bereits erwähnt wurde, eines der ersten Gerichte, das auch den unbestimmten Unterlassungsantrag trotz des genannten RGUr. zugelassen hat. Bald darauf haben auch das OLG. Celle a. a. D. und das Hanseatische OLG., letzteres im Ur. vom 13. Febr. 1930 (Bl. III 557/1929, 51), die Zulässigkeit des unbestimmten Unterlassungsanspruches bejaht. Beide OLG. gehen davon aus, daß das ZG. die Frage in seiner Entsch. 123, 309 = ZW. 1929, 3081 offen gelassen habe. Beide Gerichte stellen übereinstimmend fest, daß, wenn dem Bekl. nur die Aufführung bestimmter Musikstücke verboten würde, bei seinem bedenklichen Verhalten in der Tat zu beforgen sei, daß er die vom Urteilsgebot nicht erfassten, von der Kl. betretenen Musikstücke mit einer an Gewißheit grenzenden Wahrscheinlichkeit ohne Rücksicht auf irgendwelche Urheberrechte unberechtigt aufführen lassen würde. Demnach würden naturgemäß die jeweils neuesten Schlager „vogelfrei“ sein. „Wollte man unter diesen Umständen von der Kl. einen bestimmten, insbes. auf schon erworbene Musikstücke beschränkten Antrag verlangen, so würde das bei der

Kurzlebigkeit vieler Schlager einer tatsächlichen Verfolgung des Rechtsschutzes nahekommen... Die tatsächlichen Verhältnisse, denen ein lebensvolles Recht die nötigen Formen zur Verfügung zu stellen hat, gebieten daher, den auf Unterlassung gerichteten allgemeinen Antrag der Kl. ... zuzulassen. Dies kann um so eher geschehen, als der Bekl. aus den ihm auf Verlangen zur Verfügung stehenden Verzeichnissen der Kl. einen einigermaßen sicheren Anhalt über den Umfang seiner Pflicht gewinnen kann“ (so OLG. Celle a. a. D.). Auch das OLG. Hamburg betont besonders, daß bei dem raschen Wechsel der leichten Musik — was heute noch für modern gilt, ist morgen veraltet —, bei dem täglichen Entstehen neuer Tanzweisen, neuer Lieder, neuer Schlager, jeder sog. Schwarzspieler, wenn die gegenteilige Ansicht richtig wäre, daß die Urhebererschaft ihre Sachlegitimation jedesmal nur durch Vorlage eines ihre gesamten Autorenrechte enthaltenden Verzeichnisses nachweisen könnte, nur gerade immer wieder die neuesten Sachen zu spielen brauchte, um vor unerwünschten Zugriffen geschützt zu sein.

Auf diese gewichtigen Ur. seines eigenen Bezirks und auf die in dem RGUr. 123, 309 = ZW. 1929, 3081 offen gelassene Frage ist das ZG. nicht eingegangen. Seine Entsch. muß daher als für die Rechtsentwicklung wertlos bezeichnet werden. Im übrigen hat das ZG. selbst in einer Entsch. v. 5. April 1933 (I 175/32 = ZW. 1933, 1396) sich nunmehr in Ergänzung der Entsch. in RG. 123, 309 = ZW. 1929, 3081 für die Zulässigkeit des unbestimmten Unterlassungsanspruches wegen des besonderen Bedürfnisses ausgesprochen. Die rein formale Behandlung der zur Entsch. stehenden Rechtsfrage wird der Lebensstatistik nicht gerecht und kann heute noch weniger als in früheren Jahren richtunggebend sein. Es ist eben gerade in diesem Falle erforderlich, daß unter Umständen gewisse Tatsachen erst im Vollstreckungsverfahren nachgeprüft werden, deren Prüfung sonst normalerweise schon dem erkennenden Richter obliegt. Da das Prozeßrecht, wie besonders das OLG. Celle mit Recht hervorhebt, eine Ordnung von Zweckmäßigkeitsregeln ist, kann die Macht der Tatsachen nicht unberücksichtigt bleiben. Die Rpr. hat schon seit langem in gewissem Umfang unbestimmte Klageanträge aus Zweckmäßigkeitsgründen zugelassen. Es besteht daher kein grundsätzliches Hindernis, auch den unbestimmten Unterlassungsantrag als prozessual möglich anzuerkennen. Die berechtigten Interessen der Bekl. können durchaus im Vollstreckungsverfahren gewahrt werden, da ihre Anhörung gesetzlich vorgeschrieben ist. Die Bekl. haben es auch ihrem eigenen Verhalten zuzuschreiben, wenn das Unterlassungsgebot eine so weitgehende Fassung erhalten muß. Ein eingeschränktes Unterlassungsgebot wäre im musikalischen Urheberrecht, besonders „bei leichter Musik“, praktisch wertlos und würde dem Urheber nichts nützen.

Die in der Anmerkung des M. Dr. Willi Hoffmann vertretene Auffassung, daß für die Unterlassungsklage in Zukunft kein wesentlicher Anwendungsraum mehr bestehen würde, kann nicht geteilt werden. Es ist zwar richtig, daß durch das RG. v. 4. Juli 1933 die Polizeibehörde die Befugnis erhalten hat, bei Verletzungen musikalischer Urheberrechte einzugreifen, den Nachweis eines bestehenden Vertrages zu verlangen und unberechtigte Vorführungen zu verhindern. Durch diese gesetzliche Regelung ist indessen an der bestehenden Rechtslage nicht allzuviel geändert worden. Schon früher waren die Polizeibehörden nach § 10 II 17 RM. bzw. § 14 Pol-VerwG. in Preußen und auf Grund ähnlicher Bestimmungen in den anderen deutschen Ländern berechtigt und verpflichtet, Verletzungen von Urheberrechten nach Möglichkeit zu verhindern. Wenn der Polizeibehörde z. B. von den Urhebern oder einer ihrer Genossenschaften Mitteilung gemacht worden wäre, daß in einem Musiklokal geschützte Werke unbefugt gespielt würden, so hätte die Polizei auch schon bisher durchaus das Recht gehabt, einzuschreiten und die strafbaren Handlungen, nämlich das Spielen der geschützten Musik, zu verhindern. Die Änderung der Rechtslage besteht nur darin, daß jetzt ein polizeiliches Einschreiten auch bei nur fahrlässigen Urheberrechtsverletzungen erreichbar ist, eine Möglichkeit, die praktisch bisher nicht vorhanden war. Diese Änderung dürfte aber keine sehr weitgehende Bedeutung haben, weil der Musikveranstalter in dem Augenblick, in dem der Polizeibeamte erscheint und ihr auf die bestehenden Schutzrechte hinweist, stets vorzüglich und damit strafbar handelt, wenn er trotzdem versucht, die Aufführung fortzusetzen. Die Bedeutung des RG. vom 4. Juli 1933 liegt darin, soweit es sich hier um die in Frage kommende Bestimmung handelt, daß die bisherige landesgesetzliche Regelung durch ein einheitliches RG. ersetzt und ergänzt worden ist. Die praktische Tragweite des polizeilichen Einschreitens dürfte in der zitierten Anmerkung überschätzt sein. Das Einschreiten der Polizei mag bei Gaststätten, die auf ihren guten Ruf besonders zu achten haben, wirksam sein. Bei der überwiegenden Anzahl der mittleren, kleineren und kleinsten Gastwirtschaftsbetriebe jedoch ist leider mit einer dauernden und durchgreifenden Wirkung der polizeilichen Maßnahmen schwerlich zu rechnen. Der Gastwirt wird in dem Augenblick, in dem die Polizei erscheint, sicherlich zum Spielen älterer freier Musikstücke übergehen. Er wird es gar nicht erst zu einem polizeilichen Eingreifen kommen lassen. Sobald der Beamte die Gaststätte wieder verläßt, besteht für den Gastwirt kein tatsächliches Hindernis mehr, zum



**Magdeburg.**

**6.** § 1 Gef. zur Regelung der landwirtschaftlichen Schuldenverhältnisse v. 1. Juni 1933 (RGBl. I, 331). Der Begriff des gärtnerischen Betriebes.

Der Beschw. ist nicht Inhaber eines gärtnerischen Betriebes i. S. des § 1 SchuldenregG. Er nennt sich Maschinenbauer und ist lediglich Eigentümer von drei kleinen Hausgärten, die insgesamt 1150 qm groß sind. Ein gärtnerischer Betrieb ist nur dann vorhanden, wenn ein unter gesteigerter Bodenbewirtschaftung ausschließlich oder überwiegend auf Erzeugung bestimmter Nutz- oder Pflanzpflanzen gerichtetes Unternehmen vorhanden ist. Ein solches Unternehmen betreibt der Beschw. nicht. In einem seiner Gärten stehen u. a. 65 Obstbäume. Er unterhält weder Gewächshäuser noch Mistbeete. Wenn er gelegentlich im Frühjahr in seinem Garten zwei Fenster von etwa 1 1/2 qm Größe verwendet, so ist darin keine Unterhaltung von Mistbeeten zu erblicken.

(LG. Magdeburg, Beschl. v. 24. Nov. 1933, 3 T 111/33.)

Ber. v. UGR. u. UGR. Dr. v. Roznycki = v. Hoewel, Magdeburg.

**B. Arbeitsgerichte.****Reichsarbeitsgericht.**

Berichtet von Rechtsanwalt Dr. W. Oppermann, Dresden.

**1.** § 626 BGB.; § 70 HGB.; § 124a GewD. Obrigkeitliche, vom Arbeitgeber nicht verschuldete Einstellung eines Gewerbebetriebes bildet keinen Grund zu fristloser Lösung der Anstellungsverträge, wenn der Arbeitgeber bei deren Abschluß das Risiko des Verbots bewußt auf sich genommen hat.

Die Kl. war bis zum 31. März 1933 bei der Firma M. L. beschäftigt, die in A. ein Kaufhaus betrieb. Die Bekl., welche durch Vertrag v. 23. Febr. 1933 das Geschäftshaus von der Firma L. vom 1. April 1933 ab gepachtet hatte, um darin ein Kauf- und Warenhaus zu betreiben, hatte mit der Kl. am 21. März 1933 einen Vertrag geschlossen, wonach diese vom 3. April 1933 ab als Kontoristin in dem Geschäft der Bekl. in A. tätig sein sollte. Am 29. März 1933 erhielt die Kl. von der Bekl. ein Schreiben folgenden Inhalts: „Durch Verfügung des Bayer. Min. des Außern, für Wirtschaft und Arbeit ist uns die Niederlassung und Eröffnung des bisherigen Warenhauses M. L. verboten worden. Diese Verfügung von hoher Hand ist als höhere Gewalt zu betrachten und bedauern wir sehr, Ihnen mitteilen zu müssen, daß Ihr Engagement hierdurch hinfällig geworden ist.“

Das ArbG. hat in der Erklärung der Bekl. v. 29. März 1933 eine fristlose Kündigung des am 21. März 1933 mit der Kl. geschlossenen Vertragsverhältnisses wegen wichtigen Grundes erblickt. Die Zulässigkeit der fristlosen Kündigung des Vertragsverhältnisses aus wichtigem Grunde ergibt sich für den vorl. Fall aus § 70 HGB.; die Zulässigkeit der fristlosen Kündigung schon vor dem Zeitpunkt des

Spielen geschützter Werke überzugehen. Die Polizei verfügt auch gar nicht über eine solche Anzahl musikalisch ausgebildeter Beamter, die geschützte und ungegeschützte Werke auseinanderzuhalten in der Lage sind, um eine wirksame Kontrolle durchführen zu können. Es kommt hinzu, daß die Polizei mit so vielen anderen Aufgaben betraut ist, daß es kaum möglich sein wird, gerade für diesen Zweck den notwendigen großen Kontrollapparat zu schaffen und ständig zu unterhalten. Die zivilrechtliche Unterlassungsklage wird daher voraussichtlich ihre alte Bedeutung im wesentlichen behalten. Die Entwicklungstendenz der letzten Jahre ging eher dahin, der zivilrechtlichen Unterlassungsklage gegenüber dem Strafverfahren einen größeren Spielraum zu gewähren, weil sich gezeigt hat, daß der Zivilprozeß geeignet ist, die Verletzungen der Urheberrechte schneller und durchgreifender zu verhindern (so RG. 116, 151 ff., insbes. 155 = JW. 1927, 1471).

Inwiefern durch eine gesetzliche Lizenz für die Mitglieder der Verbände der Musikveranstalter eine endgültige Befriedigung erzielt werden könnte, ist nicht zu ersehen. Schon bisher haben die Genossenschaften der Komponisten niemandem die Erlaubnis verweigert, der diese Erlaubnis zu den Tariffähigen erwerben wollte. Die Musikveranstalter können daher praktisch schon jetzt jederzeit die Lizenz erwerben, wenn sie es nur wollen. Dadurch, daß ihnen dieses niemals verweigerte Recht gesetzlich verbürgt ist, dürfte sich an dem bisherigen tatsächlichen Zustande nichts ändern. Eine etwa gesetzlich eingeführte Zwangslizenz hätte allerdings, um allgemein wirksam zu sein, eine ebenso gesetzlich eingeführte Zwangsmitgliedschaft in den anerkannten Verbänden der Musikveranstalter zur Voraussetzung. Ob es aber hierzu kommen wird, steht einstweilen noch dahin. Für den heutigen Rechtszustand ist jedenfalls der Unterlassungsanspruch in der allgemeinen Form unerlässlich.

Diensttritts ist in der Rspr. anerkannt (vgl. RAG 114/33; Bensch-Samml. 18, 11).

Der Begriff des wichtigen Grundes im Falle der fristlosen Kündigung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses (§ 626 BGB., § 70 HGB., § 124a GewD.) ist in langjähriger Rspr. gefestigt. Vgl. insbes. RArbG. 12, 325<sup>2</sup>). Demnach setzt der Begriff des wichtigen Grundes einen Sachverhalt voraus, der bei verständigem Ermeßen dem Arbeitgeber die Fortsetzung oder Einhaltung des Vertragsverhältnisses nicht mehr zumutbar erscheinen läßt. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Umstände, die diesen Sachverhalt herbeigeführt haben, auf einem Verschulden des Arbeitgebers oder des Arbeitnehmers beruhen. Im übrigen unterliegt die Entsch. des BG. der Nachprüfung nur insoweit, ob für die Frage der Zumutbarkeit der Einhaltung des Vertragsverhältnisses alle in Frage kommenden Umstände des Falles in rechtlich einwandfreier Weise berücksichtigt sind, insbes. der das ganze Vertragsrecht beherrschende Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB.) nicht verkannt ist.

Die Auffassung des BG., daß eine obrigkeitliche, vom Arbeitgeber nicht verschuldete Einstellung eines Gewerbebetriebes in der Regel einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung nach § 70 HGB. bildet, ist frei von Rechtsirrtum. Die Überzeugung, daß mit Rücksicht auf die besonderen Umstände im vorl. Falle das obrigkeitliche Verbot der Eröffnung des Geschäftes nicht als ein wichtiger Grund anzusehen sei, stützt sich auf die Feststellung, die Bekl. habe bei Abschluß des Anstellungsvertrages bewußt das Risiko des Verbots auf sich genommen, eine Feststellung, angesichts deren allerdings nicht die Rede davon sein kann, daß der Bekl. nach Treu und Glauben das Innehalten der ordentlichen Kündigungsfrist nicht zugemutet werden könnte. Die Bekl. hat bei Abschluß des Anstellungsvertrages davon Kenntnis gehabt, daß in A. sich eine erhebliche Bewegung gegen die Eröffnung des Betriebes durch die Bekl. geltend gemacht hatte, die zu einer großen, von dem Verein des Einzelhandels und dem Handwerksamt geleiteten Protestkundgebung am 9. März 1933 geführt hatte, in der im Wege einer Entschließung ein sofortiges gesetzliches Einschreiten gefordert wurde. Das ArbG. hat weiter angenommen, daß gerade mit Rücksicht darauf, daß die schon damals zur Macht gelangte NSDAP. unter ihren Zielen die Bekämpfung der Warenhäuser, Konzerne und Großfilialbetriebe hatte, mit der Möglichkeit zu rechnen war, daß noch vor dem 1. April 1933 Bestimmungen erlassen würden, durch die die Eröffnung des Betriebes unmöglich gemacht wurde. Es hat endlich angenommen, daß die Bekl. die Anstellungsverträge gerade mit Rücksicht auf die von ihr als vorhanden erkannten Schwierigkeiten bedingungslos abgeschlossen hat, um eben durch den bedingungslosen Abschluß der Verträge zu erreichen, daß ihr hinsichtlich der Eröffnung des Betriebes keine Schwierigkeiten gemacht würden. Alles das sind Erwägungen tatsächlicher Natur, die einer Nachprüfung des ArbG. nicht zugänglich sind.

(RArbG., Ur. v. 25. Okt. 1933, RAG 215/33. — Würzburg.)

**\*\* 2.** §§ 818 Abs. 3, 820, 242 BGB. Wird ein Angestellter unter Vorbehalt späterer Nachprüfung in eine Vergütungsgruppe eingereiht, so kann darin ein Rückzahlungsverbehalt für die Vergangenheit liegen; wird aber die vorbehaltene Nachprüfung ungebührlich verzögert, so steht dem Rückzahlungsanspruch der Einwand des Wegfalls der Bereicherung (§ 818 Abs. 3) entgegen.

Der Bsk. zum 8. Dez. 1929 auf dem Bürgermeisteramt in A. als Bürohilfe beschäftigt gewesene Kl. war seit dem 16. Dez. 1929 vorläufig zur informatorischen Beschäftigung und v. 1. Jan. 1930 nach Maßgabe des § 37 DienstO. für die Angestellten der Reichsanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung als Zeitangestellter auf unbestimmte Zeit bei dem Arbeitsamt G. beschäftigt worden. Mit dem 1. Jan. 1931 wurde er gem. § 37 TarVertr. in das Tarifangestelltenverhältnis überführt. Am 26. Jan. 1931 teilte der Vorsitzende des Arbeitsamtes ihm folgendes mit: „Gem. § 21 TarVertr. für die Angestellten der Reichsanstalt teile ich Ihnen mit, daß Sie in die Vergütungsgruppe V TarVertr. für die Angestellten der Reichsanstalt eingereiht worden sind. Ihre Grundvergütung (Satz 9) ist (vorbehaltlich späterer Nachprüfung) mit Wirkung v. 1. Jan. 1931 auf monatlich 176,92 R.M. festgelegt worden, steigend ab 1. Jan. 1932 auf 185 R.M.“ usw. Nach der diesem Schreiben zugrunde liegenden Vergütungsberechnung v. 14. Jan. 1931 bezog der Kl. in der Zeit v. 1. Jan. 1931 bis einschließlich Aug. 1932 insgesamt 3693,26 R.M. Am 14. Sept. 1932 teilte ihm der Vorsitzende des Arbeitsamtes mit, das Landesarbeitsamt Rheinland habe bei der Nachprüfung seiner Personalakten festgestellt, daß bei der am 14. Jan. 1931 aufgestellten Vergütungsberechnung übersehen worden sei, bei der Festsetzung des Grundvergütungssatzes die Durchgruppierung von Gruppe IV aus vorzunehmen; durch die Änderung der Vergütungsberechnung sei er ab 1. Jan. 1931 in den 6. Grundver-



gütungsatz der Vergütungsgruppe V einzureihen. Unter Berücksichtigung dieser Änderung war dem Kl. für die Zeit v. 1. Jan. 1931 bis zum 31. Aug. 1932 ein Betrag von 228,27 RM zu viel bezahlt worden. Die Bekl. hält diesen Betrag wieder ein, indem sie dem Kl. monatlich 10% von seinen Bruttolohnbezügen mit 15,67 RM kürzt. Die Klage auf Zahlung des einbehaltenen Betrags drang in allen Instanzen durch.

Das ArbG. ist davon ausgegangen, daß die Bekl. sich durch das Schreiben v. 26. Jan. 1931 die Nachprüfung der ab 1. Jan. 1931 wirkenden Festsetzung vorbehalten habe; der Vorbehalt lasse zur Genüge erkennen, daß er auch das gezahlte Gehalt betreffe und einen Rückgriff auf die Vergangenheit zulassen wolle. Dies steht im Einklang mit der Rspr. des RRbG. (vgl. RAG 512/30 v. 11. März 1931: BenschSamml. 11, 495; RRbG. 6, 354 [364]).

Das ArbG. hat der Klage gleichwohl aus folgenden Erwägungen stattgegeben:

Die in dem Schreiben v. 26. Jan. 1931 liegende Erklärung erlaube eine durch den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB.) gebotene Einschränkung. Die Bekl. hätte die vorbehaltene Nachprüfung nicht ungebührlich verzögern dürfen. Der Angestellte, der auf das Gehalt zur Bestreitung seines notwendigen Unterhalts angewiesen sei, müsse wissen, wieviel er in den einzelnen Zeitabschnitten verbrauchen dürfe. Dies gelte vor allem in Zeiten, in welchen das Gehalt durch Eingreifen des Gesetzgebers fortgesetzt Kürzungen unterworfen sei. Der Angestellte dürfe daher nach Treu und Glauben annehmen, daß die vorbehaltene Nachprüfung seines Gehalts innerhalb angemessener Frist vorgenommen werde. Selbst wenn man den großen Verwaltungskörper der Bekl. und die hierdurch erklärlichen Schwierigkeiten berücksichtige, hätte der Kl. nach dem die Bekl. ihm das ursprünglich festgesetzte Gehalt seit Jahr und Tag (20 Monate) fortgezahlt hätte, davon ausgehen dürfen, daß sie die Festsetzung nachgeprüft und als richtig befunden habe. Eine schriftliche Mitteilung habe der Kl. im Falle des Nichtigbefundes nicht zu erwarten brauchen. In der Verjährungsbestimmung des § 196 BGB. Ziff. 8 sei ein ausreichender Schutz nicht zu finden. Der Kl. könne sich somit gem. § 818 Abs. 3 BGB. darauf berufen, daß er nicht mehr bereichert sei. Den Wegfall der Bereicherung durch Verbrauch habe die Bekl. nicht bestritten.

Vergeblich beruft sich die Reb. gegenüber diesen Ausführungen auf die Schwierigkeiten, welche der endgültigen Eingruppierung entgegenstanden. Es handelt sich bei dem Kl. nicht um einen der Angestellten, deren Übernahme nach Maßgabe der §§ 220 f. ArbVermG. erfolgt ist. Hinsichtlich der damals übernommenen Angestellten ist das RRbG. in mehreren Entsch. allerdings davon ausgegangen, daß es der Bekl. bei der großen Zahl der von ihr beschäftigten, meist aus anderen Dienststellen, noch dazu zu den verschiedensten Terminen übernommenen Angestellten nicht möglich gewesen sei, für jeden einzelnen von ihnen alsbald nach der Einstellung eine endgültige Einreihung in eine bestimmte Vergütungsgruppe vorzunehmen; diesen Gesichtspunkt hat es aber zugunsten der Bekl. auch nur für eine gewisse Übergangszeit gelten lassen, die es im allgemeinen (vgl. RRbG. 9, 359<sup>1)</sup> mit Nachweigungen) Ende 1929 und spätestens Anfang 1931 als beendet angesehen hat (vgl. auch RAG 442/32 v. 11. März 1933). Für die spätere Zeit muß aber angenommen werden, daß es mit Treu und Glauben im verkehrsmäßigen Sinne unvereinbar war (vgl. auch RRbG. 9, 262 [268] und 10, 354 [361]<sup>2)</sup>), wenn die Bekl. den Kl. längere Zeit im unklaren darüber ließ, ob eine anderweitige Festsetzung der Grundvergütung erfolgen würde. Der Vorbehalt der späteren Nachprüfung muß nach Treu und Glauben dahin gewertet werden, daß er eine solche für die Vergangenheit wirkende Neufestsetzung nur zulassen sollte, falls sie in einer angemessenen Frist erfolgte. Denn zu einer Verzögerung, die sich erheblich länger als ein Jahr erstreckte, war nach Ablauf der Übergangszeit, selbst unter Berücksichtigung des großen Verwaltungskörpers der Bekl., keine ausreichende Veranlassung mehr gegeben. Die Bekl. mußte sich vielmehr bei Abgabe des Erklärungsverbodens im klaren darüber sein, daß der Kl. ihn unter Zugrundelegung der Grundsätze von Treu und Glauben nur dahin deuten konnte, daß die Nachprüfung lediglich binnen einer angemessenen Frist erfolgen würde, zumal der Kl. eine schriftliche Mitteilung über den Nichtigbefund nicht erwarten konnte. Nach Ablauf einer gewissen angemessenen Frist konnte somit der Kl. annehmen, daß er mit einer Rückzahlung nicht mehr zu rechnen habe, nachdem die Bekl. ihm über Jahr und Tag das bisherige Gehalt weiterzahlte, ohne jemals zum Ausdruck zu bringen, daß er sich auf die Notwendigkeit einer teilweisen Rückzahlung einrichten müsse (vgl. auch RAG 46/31, Urt. v. 14. Nov. 1931 und RAG 442/32, Urt. v. 11. März 1933).

Damit entfällt eine Anwendung des § 820 BGB., und der

Kl. kann sich auf den Wegfall der Bereicherung gem. § 818 Abs. 3 BGB. berufen. Der Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben stehen auch weder die Best. des TarVertr. (§§ 21, 18 Abs. 3) noch der Umstand entgegen, daß die Rückzahlung von Überzahlungen (Vorschüssen) der Verjährungsfrist des § 196 Nr. 8 BGB. unterliegt. In letzterer Beziehung weist das RRbG. zutreffend darauf hin, daß im Hinblick auf die Best. des § 201 BGB. der Angestellte u. U. verpflichtet sein könnte, die Rückzahlung während fast dreier Jahre zu dulden.

(RRbG., Urt. v. 25. Okt. 1933, RAG 94/33. — Köln.)

\*

3. §§ 115, 117 GewD.; §§ 1, 2 LohnbeschG.; §§ 394, 133 BGB. Anrechnung der Wohnungsmiete bei der Lohnzahlung i. S. von § 115 GewD. liegt nicht vor, wenn der Arbeitslohn tarifmäßig errechnet und gegen die Mietzinsforderung des Arbeitgebers aus besonderem Mietvertrag aufgerechnet wird. Solche Aufrechnung ist in den Grenzen der §§ 1, 2 LohnbeschG., § 394 BGB. zulässig. Eine die gesetzliche Miete übersteigende vereinbarte Mietzinsforderung ist nicht ohne weiteres wucherisch. †)

Der Kl., der als Bergarbeiter bei der Bekl. tätig ist und seit 1922 in einem ihr gehörigen Hause zur Miete wohnt, fordert, nachdem v. 1. Jan. 1932 die im März 1932 vom MEA für die Wohnung auf 14 RM monatlich festgesetzte Friedensmiete die Grundlage der gesetzlichen Miete bildet, für die Jahre 1930 und 1931 Rückzahlung von angeblich zubiell bezahlter Miete, da ihm die Bekl. in dieser Zeit monatlich 27,90 RM auf Miete vom Lohne einbehalten habe. Er stützt diesen Anspruch auf ungerechtfertigte Bereicherung, da die Bekl. nach §§ 115, 117 GewD. nur den ortsüblichen Mietsatz vom Lohne habe kürzen dürfen. Silbweise macht er Nichtigkeit des früheren Mietabkommens wegen Wuchers geltend.

Das ArbG. hat abgewiesen. Die Reb. war erfolglos.

Die Feststellung des BG., daß dem Kl. die Wohnung seitens der Bekl. nicht als Teil seines Lohnes gewährt worden sei, vielmehr ein vom Arbeitsvertrag unabhängiger Mietvertrag bestünde, ist tatsächlicher Natur und danach die Schlussfolgerung, daß eine Verabfolgung von Wohnung in Anrechnung auf Lohn i. S. von § 115 GewD. nicht vorliege, rechtlich nicht zu beanstanden. Da dem Kl. stets sein Lohn tarifmäßig errechnet worden ist, handelt es sich nicht um eine „Anrechnung“ gem. § 115 a. a. O., sondern lediglich um eine „Aufrechnung“ der Mietzinsforderung der Bekl. auf Lohn. Einer solchen steht an sich § 115 a. a. O. nicht entgegen (Staudinger, BGB., § 611 VIII 8c), es finden aber auf sie die zwingenden Vorshr. des § 394 BGB., § 2 LohnbeschG.

Zu 3. Der Auffassung des RRbG. über die Art der zwischen den Parteien bestehenden vertraglichen Rechtsbeziehungen ist zuzustimmen. Es handelt sich in diesem Falle nicht um einen gemischten Vertrag (Arbeitsvertrag mit Mietvertrag), bei dem die Gewährung der Wohnung in Anrechnung auf die Lohnzahlungen erfolgte, sondern es liegen zwei selbständige Verträge vor, die nur insoweit miteinander in Verbindung stehen, als der Mietzins im Wege der Aufrechnung von den Lohnzahlungen an den Kl. abgehalten wurde. Auf dieses Abrechnungsverhältnis finden die Vorshr. der §§ 115, 117 GewD. keine Anwendung. Jedoch unterliegt es den Beschränkungen der §§ 1, 2 LohnbeschG. und des § 394 BGB. Mit Recht hebt aber das RRbG. hervor, daß sich der Kl. in diesem Falle nicht mehr auf das Aufrechnungsverbot berufen kann, da mit der nicht rechtzeitigen Einhebung der fälligen Restsummen der Lohnbeträge diese unumschränkt pfändbar und daher auch unumschränkt aufrechenbar geworden sind. Es genüge also nunmehr eine einseitige Aufrechnung von Seiten der Bekl., um sich aus den nicht abgehobenen Lohnbeträgen für ihre Mietforderungen zu befriedigen. Bedenken gegen diese Art der Zahlung könnten nur dann entstehen, wenn die Bekl. den Kl. durch Ausübung eines wirtschaftlichen Druckes von der rechtzeitigen Einforderung des für die Mietzahlungen bestimmten Teiles seines Arbeitslohnes abgehalten hätte, um so der Vergünstigung des § 1 LohnbeschG. teilhaftig zu werden. Es liegen hier aber keine Anhaltspunkte vor, die auf einen solchen wirtschaftlichen Druck der Bekl. auf den Kl. schließen ließen. Richtig ist auch der Hinweis des RRbG., daß der Bekl. zudem noch die Einrede der Arglist zustehe, weil der Kl. von ihr etwas fordere, was er sogleich als vereinbarten Mietzins wieder zurückerstatten müsse. Voraussetzung der wirksamen Geltendmachung der Einrede der Arglist durch die Bekl. ist aber, was das RRbG. nicht genügend klar hervorhebt, daß das Aufrechnungsverbot nicht mehr besteht, weil der Kl. die fälligen Restbeträge seines Lohnes nicht rechtzeitig eingefordert hat; denn die Geltendmachung der Arglisteinrede kommt im Ergebnis einer Aufrechnung gleich, so daß für sie die gleichen Beschränkungen wie für die Aufrechnung bestehen. Eine Durchbrechung des Aufrechnungsverbotes kann nur da angenommen werden, wo dem Arbeitgeber auf Grund einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung oder einer

1) JW. 1933, 261.

2) JW. 1933, 249.



Anwendung. Dabei ist es gleichgültig, ob die Aufrechnung eine einseitige des Arbeitgebers oder eine beiderseits einverständliche ist (vgl. Staudinger § 394 II; Sigel, Generell. Arbeitsvertrag S. 45 f.; Vertmann, Arbeitsvertragsrecht S. 178, 180; Potmar, Arbeitsvertrag, Bd. I, S. 401, 408), dagegen findet § 117 Abs. 2 GemD. auf einen Aufrechnungsvertrag keine Anwendung (Sigel a. a. O.). Es braucht nun nicht erörtert zu werden, ob bzw. in welchem Umfang die Aufrechnung gem. § 394 BGB., § 2 LohnbeschlG. etwa nichtig gewesen ist. Der Kl. fordert nur den Betrag der seiner Meinung nach das Maß des ortszüblichen (§ 115 Abs. 2 GemD.) übersteigenden Miets zurück, um den er die Befl. für ungerechtfertigt bereichert hält. Er könnte aber nur Lohnnachzahlung fordern, denn ungerechtfertigt bereichert um zu hohe Miets ist die Befl. nicht, weil die im Wege der Aufrechnung erlangte, vom Kl. jahrelang anstandslos entrichtete Miets als vereinbart angesehen werden muß, sie also darauf ein Recht hatte. Bestünde aber noch ein Lohnanspruch des Kl. wegen Unzulässigkeit der damaligen Aufrechnung, so stünde ihm jedenfalls jetzt die Aufrechnungseinrede der Befl. entgegen, da der Kl. die von ihm jetzt beanspruchte Restsumme für seine 1930/31 geleisteten Arbeitsdienste bei Fälligkeit nicht eingefordert hat (§ 1, 2 LohnbeschlG.). Daß ihm überdies die Befl. Arg. ist einhalten könnte, weil er etwas von ihr fordert, was er ihr als vereinbarte Miets sofort wiedergeben müßte (RG. 123, 245 1); 126, 385), bedarf danach keiner besonderen Erwähnung.

Daß die Mietsforderung der Befl. nicht als eine i. S. von § 138 Abs. 1, 2 BGB. wucherische darzulegen ist, hat der Vorderrichter mit nicht zu beanstandenden tatsächlichen Erwägungen ausgeführt. Diese Erwägungen treffen, soweit sie die Höhe des Mietzinses betreffen, auch auf die Frage des sog. Mietwuchers (§ 49 a MietSchG.) zu. Für diese ist ebenso wie für § 138 BGB. in erster Linie maßgebend, ob die berechnete Miets unangemessen hoch ist; wobei diese Frage unter Berücksichtigung der gesamten Verhältnisse zu entscheiden ist. Die Festsetzung des Betrages der Friedensmiets durch das RM. ist nicht ohne weiteres dafür beweisend, daß eine davon abweichende vereinbarte Miets notwendig unangemessen sein müsse.

(NArbG., Urte. v. 14. Okt. 1933, RAG 165/33. — Gleiwitz.)

\*

\*\* 4. §§ 96, 97, 99 BetrRG.; § 3 B. D. über die Bildung von Betriebsvertretungen im Bereiche der deutschen Reichsbahn-Gesellschaft (BetrVD.) v. 15. Dez. 1924 (RMBl. 1925, 30). Die Arbeitsvertragsparteien können Kündigungsschutzbestimmungen für das Arbeitsverhältnis bindend einführen, ohne daß solchen Vereinbarungen die Kraft öffentlich-rechtlicher Verfügungsbeschränkungen des Arbeitgebers zukäme. Eine bei der ausländischen Betriebsstelle eines deutschen Unternehmens eingerichtete Betriebsvertretung hat nur die Bedeutung eines freiwilligen Arbeiterschutzes, weil außerhalb der Reichsgrenzen die deutsche Betriebsverfassung nicht kraft Gesetzes gilt. Begriff des Betriebs i. S. des BetrRG. und der BetrVD.

Nach Annahme beider Vorderrichter ist der Betriebsrat bei der Güterabfertigungsstelle Basel, Bad. Bahnhof, obwohl diese Dienst-

vorläufigen Vertragsverletzung des Arbeitnehmers eine Schadensforderung gegen diesen zusteht. Die Berufung des Arbeitnehmers auf das Aufrechnungsverbot bedeutet in diesem Falle einen Verstoß gegen Treu und Glauben, so daß dem Arbeitnehmer der Schutz des § 394 BGB. versagt bleiben muß (vgl. Staudinger, Bem. VIII 8c zu § 61). Es handelt sich in einem solchen Falle um eine Ausnahme, die nicht auf andere Fälle ausgedehnt werden kann, in denen dem Arbeitgeber irgendein Anspruch gegen den Arbeitnehmer zusteht; denn wollte man das Aufrechnungsverbot auch in derartigen Fällen beiseite schieben, so würde dadurch der Schutz, den das LohnbeschlG. und § 394 BGB. dem Arbeitnehmer zuteil werden lassen will, nahezu bedeutungslos gemacht.

Eine ungerechtfertigte Bereicherung der Befl. liegt, wie das NArbG. mit Recht ausführt, hier nicht vor; denn da § 115 GemD. keine Anwendung findet und eine Nichtigkeit des Mietvertrages wegen Verstoßes gegen die guten Sitten sowie Mietwucher ausschalten, so war die vereinbarte Miets maßgebend. Als vereinbarte Miets muß aber hier die von dem Kl. längere Zeit hindurch anstandslos gezahlte Miets angesehen werden, selbst dann, wenn sich die Parteien hierüber vorher nicht ausdrücklich geeinigt haben. Es liegt eben hier eine stillschweigende Mietzinsvereinbarung vor, deren Rückabkommen nur dann zweifelhaft sein könnte, wenn die Befl. die Mietzinszahlungen von dem Kl. durch einen wirtschaftlichen Druck erzwungen hätte, so daß eine stillschweigende Billigung des Mietzinses durch die Leistungen des Kl. nicht angenommen werden könnte.

Prof. Dr. Ripperdeh, Köln.

1) JW. 1929, 1661 u. 1882.

stelle der bekl. Deutschen Reichsbahn auf Schweizer Gebiet liegt, eine gesetzliche Betriebsvertretung i. S. des BetrRG. und der BetrVD. Ist dem zu folgen, so genöß der Kl. den Schutz des § 96 BetrRG.

Der BetrK. meint, die Betriebsvertretung bei der Güterabfertigungsstelle sei gem. § 3 BetrVD. zulässig errichtet worden. Das entnimmt der BetrK. in erster Linie dem badisch-schweizerischen Staatsvertrag v. 27. Juli 1852 (BadRegBl. 1853, 159). Daß dieser Staatsvertrag auch für die Befl. als Rechtsnachfolgerin des Landes Baden maßgeblich ist, nimmt der BetrK. zutreffend an.

Der Art. 9 des Staatsvertrags lautet:

„Die schweizerische Eidgenossenschaft, unter ausdrücklicher Wahrung ihrer Hoheitsrechte sowie derjenigen der betreffenden Kantone Basel-Stadt und Schaffhausen, überläßt dem Großherzogtum Baden den ungestörten und unbehinderten Betrieb der auf schweizerischem Gebiete befindlichen Bahnstrecken . . .“

Zu den von der Schweiz vorbehaltenen Hoheitsrechten rechnet auch der BetrK. das Recht der Gesetzgebung. Wenn daher die Schweiz — so folgert der BetrK. — ein dem deutschen ähnliches Betriebsverfassungsrecht hätte, so müßte dieses als zwingendes öffentliches Recht auch auf die auf Schweizer Boden liegenden Betriebsstellen der Befl. angewendet werden. Unstreitig bestiehe nun aber in der Schweiz kein solches Betriebsverfassungsrecht. Im übrigen gestatte die Schweiz den ungestörten und unbehinderten Betrieb der auf ihrem Gebiete befindlichen deutschen Bahnstrecken. Unter „Betrieb“ sei hier nicht, wie die Befl. wolle, nur der technische Teil, der umgebundene Verkehr von Personen und Fahrzeugen zu verstehen. Betrieb sei vielmehr, wie der BetrK. in Anlehnung an NArbG. I, 157<sup>1)</sup> darlegt, der wirtschaftliche Gesamtorganismus. Daß Art. 9 des Staatsvertrags den Begriff des Betriebs nicht in diesem weiteren Sinne aufgefaßt haben wolle, sei nicht ersichtlich. Demnach bilde der Staatsvertrag kein Hindernis für die Anwendung des BetrRG. auf die innerhalb Schweizer Gebietes belegenen Dienststellen der Befl., er gestatte vielmehr „ausdrücklich“ deren Anwendung.

Sodann prüft der BetrK., ob vom Standpunkt des deutschen Rechtes aus die Anwendung des BetrRG. und der BetrVD. auf die in der Schweiz gelegenen Dienststellen der Befl. gerechtfertigt sei. Daß jene Normen überwiegend öffentliches Recht enthalten, stehe jener Anwendung nicht entgegen. Auch für das öffentliche Recht gelte der Territorialitätsgrundsatz nicht schlechthin; sei doch das NArbG. auf die im Ausland befindlichen Reichsbeamten anwendbar. Die Errichtung der Betriebsvertretungen bei der Befl. finde in § 61 BetrRG. ihre Grundlage. Die auf Grund des § 61 erlassene BetrVD. fordere Betriebsvertretungen bei allen Reichsbahnstellen; es sei nicht einzusehen, warum sie nicht auf die in der Schweiz belegenen Dienststellen anwendbar sein sollte, „zumal“ in Schweizer Recht keine Beschränkungen für die Errichtung von Betriebsvertretungen bestehen. Die Auffassung der Befl., daß entsprechend der Verfügung des NArbG. v. 10. Mai 1921 die BetrVD. für die Dienststellen in der Schweiz nur die Bedeutung einer inneren Verwaltungsvorschrift habe, sei nicht zutreffend.

Mit Recht bekämpft die Rev. diese Ausführungen.

Auszugehen ist von der Frage: entspricht es auch nur dem eigenen deutschen Recht, daß seine öffentlich-rechtlichen Best. über die Betriebsverfassung — das BetrRG. und die BetrVD. — auch für Auslandsbetriebe gelten sollen?

Dieser Fragestellung gegenüber konnten zunächst Zweifel entstehen, ob die Güterabfertigungsstelle auf dem Bad. Bahnhof in Basel einen ausländischen Betrieb darstellt. Ohne Rechtsverstoß hat der BetrK. erwogen, daß es für diese Frage nur auf den Betriebsbegriff i. S. des Betriebsverfassungsrechts ankomme und daß dieses (§ 3 BetrVD.) „jede einzelne Reichsbahnstelle“ als Betrieb i. S. „dieser Verordnung“ ansieht. Im Hinblick auf diese Rechtslage muß die Güterabfertigungsstelle auf dem Bad. Bahnhof in Basel als ausländischer Betrieb angesehen werden; insoweit ist dem BL. nicht entgegenzutreten. Auch als bloße „Ausstrahlung“ eines deutschen Betriebs kann die Güterabfertigungsstelle, als dauernder Betrieb und selbständige Dienststelle, nicht angesehen werden (vgl. RAG RB 28/29 v. 25. Sept. 1929: BenschSamml. 7, 90<sup>2)</sup>).

Daß nun das deutsche Betriebsverfassungsrecht, als öffentliches Recht von fast durchweg zwingender Natur, außerhalb des Reichsgebietes keine Geltung beanspruchen kann, folgt unmittelbar aus seinem Wesen und ist vom NArbG. in dem Urte. v. 1. April 1931: NArbG. 8, 195<sup>3)</sup> anerkannt.

Dieser Urteil hat sich mit der Frage auseinanderzusetzen, inwiefern die Parteien des Arbeitsvertrags (Einzelarbeits- oder Tarifvertrags) durch Übereinkunft die Kündigungsschutzbestimmungen des BetrRG. in Kraft setzen können. Das NArbG. hat (NArbG. 8, 197/98) dazu ausgeführt, daß die Arbeitsvertragsparteien wie andere Arbeitsbedingungen, so auch gewisse Kündigungsschutzbestimmungen als für das Arbeitsverhältnis bindend einführen könnten. Es

1) JW. 1928, 1613.

2) JW. 1930, 2727.

3) JW. 1932, 604.



hat aber a. a. D. weiter ausgesprochen, daß dies nicht ausreiche, um solchen Vertragsvereinbarungen die rechtliche Kraft öffentlich-rechtlicher Verfügungsbeschränkung des Arbeitgebers zuzusprechen. Gegen einen etwaigen Mißbrauch des § 96 BetrVG. schützt den Arbeitgeber einmal § 97 BetrVG. — er kann, wenn die Betriebsvertretung die Zustimmung verweigert, die Entsch. des ArbG. nachsuchen —, sodann aber auch § 39 Abs. 2 BetrVG.: der Arbeitgeber kann, wenn ein Mitglied der Betriebsvertretung bei Ausübung der Befugnisse aus § 96 BetrVG. seine gesetzlichen Pflichten gröblich verletzt, beim ArbG. den Antrag stellen, daß dieses hierwegen das Erlöschen der Mitgliedschaft des betreffenden Betriebsratsmitglieds beschließe. Beide Vorschr. bilden mithin wichtige Ergänzungen zu § 96 BetrVG. zugunsten des Arbeitgebers. Ihrer entbehrt der Arbeitgeber, der nur kraft freier Übereinkunft der Arbeitnehmererschaft einen inhaltlich dem § 96 entsprechenden Kündigungsschutz eingeräumt hatte. Es kann daher nicht angenommen werden, daß der Arbeitgeber, indem er außerhalb des Geltungsbereichs der gesetzlichen Betriebsverfassung eine mit seiner Zustimmung frei gebildete Betriebsvertretung zuläßt, diesem Vertretungskörper die gleichen Befugnisse habe zugestehen wollen, die nach § 96 BetrVG. der gesetzlichen Betriebsvertretung zukommen. Eine bei der ausländischen Betriebsstelle eines deutschen Unternehmens eingerichtete Betriebsvertretung hat, da außerhalb der Reichsgrenzen die deutsche Betriebsverfassung nicht kraft Gesetzes gilt, nur die Bedeutung eines freiwilligen Arbeiterschutzes; bei ihr fehlt es an den wichtigsten Ergänzungsbestimmungen der §§ 97, 39 BetrVG., und es kann daher an ihre Zustimmung nicht die Rechtswirklichkeit einer Kündigung ebenso gebunden sein, wie dies nach § 96 der Fall ist.

Ganz den nämlichen Standpunkt hat mit klaren Worten der RWerkM. in dem vom VerM. angeführten Erlaß v. 10. Mai 1921 ausgesprochen. Dieser Erlaß besagt:

„Es sind Zweifel darüber aufgetreten, ob es zulässig sei, bei den außerhalb des Reichsgebiets liegenden Dienststellen Betriebsvertretungen zu errichten. — Die BetrVO. als solche kann ebensowenig wie das BetrVG. im Ausland gültig sein, wenn dieses nicht durch völkerrechtliche Staatsverträge für anwendbar und zulässig erklärt ist. Andererseits steht nichts im Wege, die BetrVO. als eine innere Verwaltungsvorschrift auch im Auslande durchzuführen, soweit und solange sich daraus keine Schwierigkeiten und Einwendungen der beteiligten Staaten ergeben.“

Es geht nicht an, diese amtliche Kundgebung des RWerkM. einfach damit auszukurieren, daß man den dort vertretenen Standpunkt als unzutreffend bezeichnet. In dem Erlaß bringt der RWerkM. unmißverständlich zum Ausdruck, daß das BetrVG. und die BetrVO. außerhalb des Reichsgebiets nicht als Gesetzesrecht gelten und daß die gleichwohl außerhalb des Reichsgebiets zu errichtenden Betriebsvertretungen mithin keine gesetzlichen — freilich auch keine ungesetzlichen, aber außergesetzlichen Körperschaften, also Vertretungskörper privater Art, m. a. W. Arbeiterschüsse seien.

Mit der hieraus zu entnehmenden Maßgabe ist ferner auch § 3 BetrVO. zu verstehen. Nach dieser Vorschr. ist jede einzelne Reichsbahnstelle als Betrieb i. S. der BetrVO. anzusehen, und bei jeder Stelle ist eine Betriebsvertretung zu errichten. Nach Lage des Gesetzes kann sich das nur auf innerdeutsche Stellen beziehen; die Rechtslage bei außerdeutschen Dienststellen bemißt sich nach dem angeführten Erlaß des Reichsverkehrsministers.

Daß deutsche Reichs- oder Staatsbeamte auch bei ausländischer Tätigkeit der deutschen Beamtengesetzgebung unterstehen, beweist nichts dafür, daß der sog. Territorialitätsgrundsatz nun auch im Betriebsverfassungsrecht durchbrochen werden dürfte. Übrigens sind die Rechtsverhältnisse deutscher Beamter im Ausland durch Staatsverträge, sonstige völkerrechtliche Normen oder außerstensfalls kraft Herkommen und Übung ausreichend geregelt, wovon in bezug auf ausländische Betriebsverfassungen nicht die Rede sein kann.

Nach alledem steht dem Kl. der gesetzliche Kündigungsschutz des § 96 BetrVG. nicht zur Seite. Daß die Bekl. sich durch (Einzelarbeits- oder Tarif-) Vertrag rechtlich verbunden hätte, dem Kl. nicht ohne Zustimmung der bei der Güterabfertigungsstelle errichteten Betriebsvertretung zu kündigen, ist dem Vortrag des Kl. nicht zu entnehmen. Dazu genügt es nicht, daß die Bekl. die Errichtung jener Körperschaft gebilligt oder selbst in die Wege geleitet und deren Wirksamkeit in gewissem Umfang gebildet hat. Dazu würde vielmehr weiter erforderlich sein, daß die Bekl. sich trotz Fehlens wichtiger Ergänzungsbestimmungen ( §§ 97, 39 BetrVG.) ausdrücklich verbindlich gemacht hätte, dem Kl. nicht ohne Zustimmung der Betriebsvertretung zu kündigen. Das könnte nur allenfalls dann angenommen werden, wenn etwa durch Schiedsklauseln (vgl. Flator: Bensch-Samm. 12, 111) gewisse Bürgschaften gegen einen Mißbrauch des Zustimmungserfordernisses geschaffen worden wären.

(RABG., Urt. v. 4. Nov. 1933, RAG 182/33. — Karlsruhe.)

## C. Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte.

### I. Reich.

#### Reichsfinanzhof.

Berichtet von Reichsfinanzrat Dr. Voettkhe, Reichsfinanzrat Artl und Reichsfinanzrat Dr. Georg Schmauser, München.

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

1. § 2 AmnVO. der StAmnVO. v. 23. Aug. 1931 (RGBl. I, 449) ist nicht anwendbar auf Familienstiftungen, die ein Ausländer, der in Deutschland niemals unbeschränkt steuerpflichtig war, im Ausland errichtet, und zwar auch dann nicht, wenn ein in Deutschland unbeschränkt Steuerpflichtiger zu den Bezugsberechtigten gehört.

Der Beschwerdegegner hatte im Jahre 1931 aus einer Familienstiftung in Basel, die sein in London lebender Halbbruder 1929 errichtet hatte, eine Rente von . . . R.M. erhalten. Das FinA. hatte ihn mit dieser Rente nach § 40 EinkStG. veranlagt. Mit der Ver. verlangte der Vorsteher des FinA., daß der Beschwerdegegner nach § 2 StAnmestVO. v. 23. Aug. 1931 (RGBl. I, 449) besteuert werde, da die Familienstiftung bis zum 31. Dez. 1931 nicht aufgelöst worden sei.

Das FinG. hat die Ver. zurückgewiesen; es hat festgestellt, daß der Halbbruder des Beschwerdegegners Ausländer ist und in Deutschland niemals unbeschränkt steuerpflichtig war; darum hält es die Vorschr. des § 2 VO. v. 23. Aug. 1931 für unanwendbar.

Die R.Beschw. des FinA. ist nicht begründet.

Mit Recht hat das FinGer. angenommen, daß § 2 AmnVO. auf Familienstiftungen, die ein Ausländer, der in Deutschland niemals unbeschränkt steuerpflichtig war, im Ausland errichtet, keine Anwendung finden kann, und zwar auch dann nicht, wenn ein in Deutschland unbeschränkt StPfl. zu den Bezugsberechtigten gehört. Der Zweck des ersten, die ausländische Familienstiftung betr. Titels der VO. v. 23. Aug. 1931 ist, den deutschen Vermögens, das in ausländischen Familienstiftungen angelegt ist, steuerlich zu erfassen und nach Möglichkeit in das Inland zurückzuführen (vgl. den Erlaß des RFinM. v. 24. Aug. 1931, S 1912 A — 143 III [RStBl. 597]). Es wird darum die Auflösung derartiger Familienstiftungen steuerlich begünstigt (§ 1 a. a. D.); bei Nichtauflösung treten steuerliche Nachteile ein (§ 2). Zutreffend hat das FinGer. darauf hingewiesen, daß in Fällen, in denen eine Person, die in Deutschland niemals unbeschränkt steuerpflichtig war, eine Familienstiftung im Ausland errichtet, eine Zurückführung des Vermögens der Stiftung nach Deutschland gar nicht in Frage kommt, der Zweck der AmnVO. ihre Anwendung in solchen Fällen also nicht erfordert. Daß § 2 der VO. für den Beschwerdegegner nicht gelten kann, ergibt sich auch ohne weiteres aus seinem Wortlaut. Nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 ist der Bezugsberechtigte nur dann nach der Vorschr. des § 2 zu besteuern, wenn der Errichter der Stiftung gestorben oder seine unbeschränkte Steuerpflicht aus anderen Gründen fortgefallen ist; der Errichter muß m. a. W. einmal in Deutschland unbeschränkt steuerpflichtig gewesen sein. Das ist hier nicht der Fall (vgl. auch Marcuse: JW. 1931, 2676 und Wederle: DStZ. 1931, 392).

(RStB., 6. Sen., Urt. v. 25. Okt. 1933, VI A 677/33.)

\*

< 2. §§ 9, 10 KAbgD. Auf Grund des § 9 KAbgD. können unter Umständen für die Körperst. Darlehen der Gesellschafter als Stammeinlagen behandelt werden. Hierbei ist jedoch von besonders strengen Voraussetzungen auszugehen. †)

Streitig ist, ob Darlehen der Gesellschafter an die BeschwF. steuerlich als Stammeinlage und die den Darlehensgebern gezahlten Zinsen als verdeckte Gewinnausschüttungen angesehen sind. Die BeschwF. besitzt ein Stammkapital von 25 000 R.M. Im Anschluß an die Gründung der Gesellschaft i. J. 1925 haben sich die Gründer schriftlich verpflichtet, über das Stammkapital hinaus noch weitere Gelder zur Verfügung zu stellen. In der Verpflichtungserklärung ist bestimmt, daß die BeschwF. 150 Anteile zu 1000 R.M. auf den Namen des Inhabers lautend, herausgibt. Die Inhaber der Anteile sind am Gewinn der Gesellschaft beteiligt. Die Gewinnverteilung soll jedoch erst nach Tilgung der auf dem Unternehmen ruhenden Schuld eintreten. Für den Fall, daß weitere Einschüsse erforderlich werden, die auf dem

Zu 2. Im Frühjahr 1932 erhob sich die bekannte Auseinandersetzung über die Zulässigkeit und Zweckmäßigkeit der wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Steuerrecht, die dann zu der Tagung des DVB. in München führte. Die Einwendungen, die gegen die Anspr. des RStB. von verschiedenen Seiten erhoben wur-



Anleiheweg nicht zu beschaffen sind, ist die Ausgabe weiterer Anteilscheine vorgesehen. In den Geschäftsjahren 1926—1929 bezugten die über das Stammkapital hinaus geleisteten Einshüsse 155 000 *R.M.* Wie aus dem Protokoll über die Gesellschafterversammlung v. 22. Juli 1926 hervorgeht, waren auch für die Geschäftsanteile Anteilscheine auszugeben worden. Diese sind durch Beschluß der Gesellschafterversammlung wieder eingezogen worden. Der diesbezügliche Teil des Beschlusses lautet wie folgt: „Außerdem waren auch für die Geschäftsanteile Anteilscheine herauszugeben, diese bestehen zu Unrecht und verpflichten sich sämtliche Gesellschafter, diese umgehend an den Geschäftsführer zurückzugeben. Weitere Anteilscheine, wie die oben angeführten 155 Stück sollen nicht herausgegeben werden.“ Auf Grund einer Kapitalverkehrssteuerprüfung im Juli 1927 wurden die über das Stammkapital hinaus der Beschw. zur Verfügung gestellten Gelbbeträge von 155 000 *R.M.* zur Gesellschaftsteuer herangezogen.

Nach ihren Handelsbilanzen hat die Gesellschaft i. J. 1926 10 873 *R.M.*, 1927 92 905 *R.M.*, 1928 79 656 *R.M.* und 1929 51 902 *R.M.* Gewinn erzielt. Für die Jahre 1926 bis 1928 wurden Gewinnanschlüttungen nicht vorgenommen.

An Stelle der ursprünglich vorgesehenen Gewinnbeteiligung sind die Darlehensanteilscheine i. J. 1926 mit 8% und in den Jahren 1927 bis 1929 mit 10% verzinst worden.

Nach einem Schreiben der Beschw. vom 15. Okt. 1927 ist „in Anbetracht der schwankenden Wirtschaftslage und des Geldmarktes die Höhe des Zinsfußes der Beschlussefassung der Gesellschafterversammlung vorbehalten“. Diese erfolgte nachträglich für das abgelaufene Geschäftsjahr. Die Darlehen wurden in den Jahren 1926 bis 1929 von der Beschw. als „nicht gesetzliche Geschäftsanteile“ bezeichnet. In der Gesellschafterversammlung vom 27. Febr. 1929 sind die „nicht gesetzlichen Geschäftsanteile“ unter den Gesellschaftern im Verhältnis ihrer „gesetzlichen Geschäftsanteile“ aufgeteilt worden. In demselben Jahre sind als Ersatz für die Anteilscheine Schuldscheine herausgegeben worden, nach deren Inhalt die Kapitalbeträge ab 1. Januar 1929 mit 10% zu verzinsen und unter Einhaltung einer Frist von 6 Monaten kündbar sind. In einer besonderen Vereinbarung haben jedoch die Gesellschafter die Regelung getroffen, daß die Rückzahlung des Kapitals aus den laufenden Gewinnen erfolgen und die Kündigung mit Rücksicht hierauf ausgeschlossen sein soll.

Das FinA. hat den Abzug der auf die „nicht gesetzlichen Geschäftsanteile“ entfallenden Zinsen nicht zugelassen, da diese Anteile nicht als Darlehen, sondern als Gesellschaftskapital anzusprechen seien. In der Einspruchsentsch. hat es seine Rechtsauffassung damit begründet, daß das Unternehmen mit einem Stammkapital von 25 000 *R.M.* nicht lebensfähig, sondern auf langfristige Kapitaleinschüsse angewiesen sei. Daß die Kapitaleinlagen nicht Darlehen, sondern Stammkapital darstellten, sei bereits durch ihre Heranziehung zur Kapitalverkehrssteuer rechtskräftig festgestellt worden.

Das FinGer. ist der Rechtsauffassung des FinA. beigetreten. Die Beschw. ist begründet.

Zur Stützung seiner Rechtsauffassung, daß die Gesellschafterdarlehen verdecktes Stammkapital und die auf sie entfallenden Zinsen nicht abzugsfähig sind, beruft sich das FinA. darauf, daß die Darlehen bereits rechtskräftig zur Kapitalverkehrssteuer herangezogen worden seien. In dem Buchprüfungsbericht wird die Stammkapitaleigenschaft auch mit dem Hinweis auf das zu § 26 Abs. 2 Nr. 3 *RWemG.* 1925 ergangene Ur. I A 478/27 v. 3. Jan. 1928 (*RSStBl.* 1926, 56) begründet. Dies ist rechtsirrig. § 6 c *KapVerStG.* stellt eine auf anders gearteten Rechtsgrundlagen beruhende Sondervorschr. dar, die die Heranziehung von Darlehen zur Gesellschaftsteuer von bestimmten Voraussetzungen abhängig macht. Sie kann daher zur Beurteilung der Körperschaftsteuerpflicht der auf Gesellschafterdarlehen entfallenden Zinsen nicht herangezogen werden. Das gleiche gilt für § 26 Abs. 2 Nr. 3 *RWemG.* 1925, der sich nicht auf Körperschaften i. S. des *KörpStG.*, sondern auf *UGb.* und *KommGes.* bezieht und schon um deswillen für die Entsch. der vorl. Streitfrage nicht maßgebend sein kann. Da sich das FinGer. die Rechtsausführungen des FinA. und des Buchprüfers zu eigen gemacht hat, muß die Vorentsch. aufgehoben werden.

den, gründeten sich im wesentlichen auf die Auswirkung dieser *Rspr.* in der Praxis der FinA. und FinGer. Wenn damals hierzu gesagt wurde: „Der Meister kann die Form zerbrechen mit weiser Hand zur rechten Zeit“, so ist dies Ur. ein Anzeichen dafür, wie der *RSStBl.* selbst einer Überspannung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise Grenzen zieht. Nach dem ausführlich wiedergegebenen Sachverhalt hätte es an und für sich nicht so ganz ferngelegen, die Schaffung der „nicht gesetzlichen Geschäftsanteile“ als eine Steuerumgehung anzusehen und die darauf gezahlten Zinsen schlechthin dem Gewinn hinzuzurechnen. Das Ur. stellt

In früheren Ur. (z. B. I A 102/24 v. 1. Mai 1925; *RSStBl.* 1926, 296, sowie I A 24/25 v. 15. Juli 1925; *RSStBl.* 17, 109) ist die Möglichkeit, Darlehen der Gesellschafter für die Körperschaftsteuer als Stammeinlagen zu behandeln, auf § 5 *ABG.D.* a. F. = § 10 n. F. gestützt worden. In ihrer weiteren Entwicklung hat die *Rspr.* zugelassen, auch ohne das Vorliegen der besonderen Voraussetzungen des § 5 *ABG.D.* a. F. = § 10 n. F. auf Grund des § 4 *ABG.D.* a. F. = § 9 n. F. Darlehen als Stammeinlagen zu behandeln. Im Vordergrund der Erwägungen bei Auslegung nicht nur des § 5 (§ 10) *ABG.D.*, sondern auch des § 4 (§ 9) hat jedoch stets der Gedanke zu stehen, daß die *StPfl.* grundsätzlich nicht beschränkt sind in der Wahl der Mittel, mit denen sie den Betrieb führen. Da bei der Körperschaftsteuer die subjektive Steuerpflicht ausschließlich an die Rechtsform anknüpft, ist diese allein maßgebend. Das hat seinen guten Grund. Denn nur dadurch, daß der Wirtschaft freigestellt wird, welche Rechtsform sie gerade auch im Hinblick auf die Wirkungen für die Besteuerung wählen will, wird die Besteuerung erst erträglich. Die Finanzbehörden haben daher grundsätzlich die Körperschaftsteuerpflichtigen Gebilde so hinzunehmen, wie sie aus der Hand ihres Schöpfers hervorgegangen sind, ohne Rücksicht darauf, ob sie vom wirtschaftlichen Standpunkt aus zweckmäßig, also zur Erzielung eines erheblichen Einkommens befähigt, geschaffen sind. Die Steuerbehörden können die gewählte Rechtsform nicht verwirren und durch eine steuerlich anders zu beurteilende ersetzen, weil ihnen nicht erfindlich ist, warum nicht die andere Rechtsform gewählt ist. Das würde zu einer unzulässigen Bevormundung der *StPfl.* durch die Steuerbehörden führen.

Ist schon bei der Anwendung der §§ 4 und 5 (§§ 9 und 10) auf Rechtsakte des laufenden Geschäftsverkehrs (z. B. Pachtverträge) zurückhaltende Vorsicht geboten, so muß dies in um so höherem Maße bei Beurteilung der die innere Struktur der Erwerbsgesellschaften bestimmenden Verträge der Fall sein. Hierzu zwingen auch die sich aus einer abweichenden Beurteilung ergebenden weiteren Folgen auf steuerlichem und handelsrechtlichem Gebiete. Beispielsweise sei verwiesen auf die Anerkennung einer Unterbilanz, die das Grund- oder Stammkapital angreift auf die rechtliche Beurteilung des „verdeckten Stammkapitals“ im Konkurs sowie auf die weiter hiermit im Zusammenhang stehende Frage, ob die Rückzahlung der Darlehen eine Rückzahlung von Stammkapital darstellt.

An die den Finanzbehörden obliegende Beweisführung, daß Gesellschafterdarlehen auf Grund des § 4 (§ 9) als Stammkapital zu behandeln sind, sind hiernach besonders strenge Anforderungen zu stellen. Die für die Beurteilung der Kapitalverkehrssteuerpflicht erhebliche Tatsache, daß die Darlehen die Voraussetzung für den Beginn oder die Fortführung des Unternehmens bildeten, genügt für das Gebiet des Körperschaftsteuerrechts nicht. Ebensovienig genügt die Feststellung, daß bei „wirtschaftlicher Betrachtungsweise“ die gewählte Rechtsform unzulässig ist. Die Steuerbehörden haben vielmehr darzutun, daß in der Lage des *StPfl.* nach rechtlichen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten nicht die gewählte Rechtsform, sondern eine andere „zwingend“ war. Der eingeschlagene Weg muß ungewöhnlich sein. Es muß einem von dem *StPfl.* gewollten Tatbestand nicht die ihm entsprechende natürliche Rechtsform, sondern eine andere gegeben worden sein, um nach außen hin den Eindruck zu erwecken, daß der dieser Rechtsform entsprechende, aber von dem *StPfl.* nicht gewollte Tatbestand vorliegt. Eine Einschränkung der Anwendungsmöglichkeit des § 9 (§ 4) *ABG.D.* zur Entsch. der Frage, ob Gesellschafterdarlehen als Stammkapital zu behandeln sind, findet sich auch in der *Rspr.* des 3. Senats, der die Zurechnung von Gesellschafterdarlehen zum Betriebsvermögen von ähnlichen Voraussetzungen abhängig gemacht hat (vgl. z. B. Ur. III A 200/29 v. 29. Jan. 1931; *RSStBl.* 1932, 103, sowie Ur. III A 106/29 v. 26. Juni 1930; *RSStBl.* 1931, 32).

Unter Zugrundelegung der vorstehenden Rechtsausführungen wird das FinA. den Sachverhalt erneut zu prüfen und gegebenenfalls weitere Beweise zu erheben haben.

(*RSStBl.*, 1. Sen., Ur. v. 19. Sept. 1933, I A 272/32.)

aber mit erfreulicher Deutlichkeit und in einen ebenso erfreulichen Gegenas zur Praxis mancher Finanzämter hohe Anforderungen an den Beweis, daß tatsächlich die Beziehungen zwischen der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern steuerlich anders zu würdigen seien, als sie sich nach Handelsrecht darstellen. Je mehr sich allmählich feste Grundsätze für die Behandlung derartiger Gesellschafterdarlehen als Stammkapital herausbilden, um so leichter wird es möglich sein, die wirklichen Umgehungsfälle steuerlich richtig zu treffen.

*RA.* Dr. Deibrück, Stettin.



3. §§ 6 Abs. 1 Nr. 1, 7 Abs. 2 Nr. 1, 11 Abs. 1, 2 u. 4, 12 Abs. 1 Satz 3, 26, 28 EinfStG.; § 4 der vorl. B.D. über die Ordnungsmäßigkeit der landwirtschaftlichen Buchführung v. 5. Sept. 1925 (RWB. 1925, I, 183). Es erscheint grundsätzlich nicht ausgeschlossen, bei forstwirtschaftlichen Nachhaltsbetrieben ohne Buchführung der Einkommensermittlung nach § 12 Abs. 1 Satz 3 EinfStG. den Überschuss der Einnahmen über die Ausgaben zugrunde zu legen, vorausgesetzt, daß das dem Betriebe dienende Vermögen (insbesondere der stehende Wald) am Schlusse der einzelnen Steuerabschnitte wesentlichen Schwankungen nicht zu unterliegen pflegt und am Schlusse des Steuerabschnitts Waren (insbesondere geschlagene Holzbestände) über das übliche Maß hinaus nicht vorhanden sind. Betrieben ohne Buchführung können solche mit einer solchen nicht ordnungsmäßigen Buchführung i. S. von § 4 der vorl. B.D. über die Ordnungsmäßigkeit der landwirtschaftlichen Buchführung v. 5. Sept. 1925 (RWB. 1925, I, 183) gleichgestellt werden; als nicht ordnungsmäßige Buchführung in diesem Sinne ist z. B. die sog. „kameralistische“ Buchführung anzusehen, die im wesentlichen nur eine Einnahme- und Ausgabennachweisung darstellt.

(RFG., 6. Sen., Urt. v. 8. Nov. 1933, VI A 991/31 S.)

\*

4. § 1 Nr. 1 UmfStG. Der Kommissionsagent ist umsatzsteuerrechtlich als Kommissionär zu behandeln.

Die Beschw. verkauft Rohtabak für Rechnung einer amerikanischen Firma, teils aus deren bei ihr in Bremen unterhaltenem Konfigurationslager, teils nach Bemusterung unter unmittelbarer Zusendung der Ware von der amerikanischen Firma an die Abnehmer; diese bezahlen nach ihrer Wahl an die Beschw. oder an die amerikanische Firma. Mit der Beschw. bringt die von den Vorinstanzen mit der Provision zur UmfSt. herangezogene Beschw. vor, sie habe in den weitaus meisten Fällen nicht als Agentin, sondern als Verkaufskommissionärin gehandelt und sei daher wegen ihrer Verkaufseinnahmen auf Grund des § 2 Nr. 1 h UmfStG. 1926 steuerfrei. Die Beschw. ist zum Teil begründet.

Bei freier Würdigung des Akteninhalts ergibt sich nach Aufhebung der auf einem Rechtsirrtum beruhenden Vorentscheidung, daß nichts dafür spricht, die Abnehmer der Beschw. seien in unmittelbare Rechtsbeziehungen zu der amerikanischen Firma getreten. Die Beschw. hat vielmehr die Rechtsstellung eines Kommissionsagenten (Agenturkommissionärs), d. h. eines selbständigen Kaufmanns, der von einem anderen ständig damit betraut ist, im eigenen Namen, aber für Rechnung des anderen zu kaufen oder zu verkaufen (vgl. Düringer-Sachenburg, HGB., 3. Aufl., Bd. V 2 S. 654 Anm. 16, S. 664/65 Anm. 10; Schmidt-Rimpler in Ehrenbergs Hdb. des gesamten Handelsrechts, Bd. 5 I 1 S. 539 ff.; Staub-Wadon, HGB., 14. Aufl., Bd. 4 S. 481 Anm. 3a). Dieses Rechtsverhältnis ist eine Mischform zwischen Agentur und Kommission: im Innenverhältnis zum Auftraggeber sind auch die Rechtsnormen des Agenturverhältnisses anwendbar, soweit sie auf dem dauernden Vertrauensverhältnis beruhen; im Außenverhältnis zu den Kunden gelten nur die Rechtsnormen des Kommissionsverhältnisses. Der Kommissionsagent ist Kommissionär. Es müssen daher auch jeweils zwei Umsätze angenommen werden, einer zwischen dem Auftraggeber und dem Kommissionsagenten, ein zweiter zwischen dem Kommissionsagenten und dem Kunden. Daraus folgt, daß der Kommissionsagent umsatzsteuerrechtlich wie der Kommissionär zu behandeln ist und für den vorliegenden Fall, daß die Beschw. insoweit als Einfuhrkommissionärin steuerbefreit ist, als sie als Kommissionsagentin aufgetreten ist, vorausgesetzt, daß alle sonstigen gesetzlichen Erfordernisse der Steuerbefreiung erfüllt sind. In einzelnen Fällen ist sie jedoch nach dem eigenen Vorbringen der Beschw. als Agentin der amerikanischen Firma in deren Namen aufgetreten und insoweit daher mit der verdienten Provision steuerpflichtig. In den Fällen, in denen lediglich aus devisentechnischen Gründen amerikanische Fakturen ausgeschrieben wurden, während die Schlupfscheine auf die Firma der Beschw. lauteten, sind Rechtsbeziehungen aus dem Kaufvertrag zwischen den Kunden und der amerikanischen Firma nicht begründet worden, so daß auch in diesen Fällen die Beschw. als Verkaufskommissionärin wird anerkannt werden müssen.

(RFG., 5. Sen., Urt. v. 27. Nov. 1933, V A 241/33.)

\*

5. § 1 Nr. 1 UmfStG. 1926 (= 1932 § 1 Nr. 1). Der Mangel gewerblicher Selbständigkeit einer Gesellschaft kann nur auf Grund tatsächlicher Verhältnisse angenommen werden, ohne Rücksicht auf die bürgerlich-rechtliche Form, in die die Beteiligten ihre wirtschaftlichen Beziehungen einkleiden.

(RFG., 5. Sen., Urt. v. 13. Okt. 1933, V A 835/32 S.)

\*

6. § 1 Nr. 2 UmfStG. Ein Kreis, der eine Kiesgrube im Betriebe hat und auch Kies an Dritte veräußert, ist für die Entnahme von Kies, der zum Bau von kreiseigenen Straßen verwendet wird, umsatzsteuerpflichtig mit dem Werte des entnommenen Kiefers.

(RFG., 5. Sen., Urt. v. 13. Okt. 1933, V A 481/33.)

\*

7. § 2 Nr. 9 UmfStG. 1926 (§ 2 Nr. 13 UmfStG. 1932); § 21 Abs. 1 Ziff. 3 UmfStDurchfVest.

1. Entgelte, die von reichsgesellschaftlichen Versicherungs-trägern oder diesen gleichgestellten Kassen für die Verabreichung von Heilbädern an Versicherte im Rahmen einer Badekur bezahlt werden, sind nach § 2 Nr. 9 UmfStG. 1926 (§ 2 Nr. 13 UmfStG. 1932) von der UmfSt. ausgenommen.

2. Die Befreiungsvorschrift des § 2 Nr. 9 UmfStG. 1926 (§ 2 Nr. 13 UmfStG. 1932) erstreckt sich nicht auf Kur-taxen, die von reichsgesellschaftlichen Versicherungs-trägern für Versicherte gezahlt werden.

(RFG., 5. Sen., Urt. v. 15. Sept. 1933, V A 303/33; RFG. 34, 153.)

\*

8. § 6 Abs. 1, § 8 Abs. 7 UmfStG. 1926 (1932). Läßt eine Umtauschbäckerei das Getreide in einer selbständigen Umtauschmühle vermahlen, so erhält sie als umsatzsteuerpflichtige Gegenleistungen von den Kunden die dem aus Backlohn und Mahllohn bestehenden Werklohn entsprechende Getreidemenge, von der Mühle die der Mahlmeße entsprechende Arbeitsleistung des Vermaßlers.

(RFG., 5. Sen., Urt. v. 26. Sept. 1933, V A 764/32; RFG. 34, 159.)

\*

9. § 12 AufbringG.; § 2 Abs. 1 DurchfB.D. zu den Aufbringungsumlagen 1931/32 v. 19. Juli 1932 (RWB. I, 379); § 44 Abs. 1 ABewG. n. F.; § 14 VermStG.

1. Die Rspr. des RFG., daß die Einstellung eines gewerblichen Betriebs im Aufbringungsverfahren erst dann zu berücksichtigen ist, wenn eine Neufeststellung des Einheitswerts des Betriebsvermögens auf Null stattgefunden hat (vgl. RFG. 27, 139, bes. S. 156 = StW. 1930 Nr. 1339), gilt für das neue Recht nicht mehr.

2. Der Wegfall der persönlichen Aufbringungs-pflicht setzt nicht voraus, daß zuvor die Beendigung der persönlichen Vermögensteuerpflicht nach § 14 VermStG. 1931, § 226 RAbgD. 1931 festgestellt worden ist.

3. Ein gewerblicher Betrieb hört nicht schon mit der Einstellung der eigentlichen gewerblichen Tätigkeit (Fabrikation, Warenverkauf u. dgl.) und mit Beginn der Liquidation zu bestehen auf, sondern erst dann, wenn die Liquidation beendet ist, d. h. wenn sämtliche Betriebsgegenstände veräußert oder in das Privatvermögen des Steuerpflichtigen übernommen worden sind. †)

Die Beschw., eine Schrauben- und Mutternfabrik, die von einer Erbgemeinschaft unter der Einzelfirma des früheren Inhabers betrieben wird, ist steuerrechtlich als OHG. behandelt und als solche zur VermSt. veranlagt und zu den Aufbringungsleistungen herangezogen worden. Sie beantragt Herabsetzung der Aufbringungsumlage für 1931 auf die Hälfte nach § 2 Abs. 1 DurchfB.D. zu den Aufbringungsumlagen 1931/32 v. 19. Juli 1932 (RWB. I, 379) und Freistellung von der Aufbringungsumlage für 1932, weil ihre persönliche Aufbringungs-pflicht im Kalenderjahr 1931 weggefallen sei. Z. Z. 1931 habe sie ihren Gewerbebetrieb eingestellt. Sie habe ihre Fabrikationsmaschinen, Werkzeuge und Warenvorräte an ein Konsortium übertragen und sich für zehn Jahre verpflichtet, keine Schrauben und Muttern mehr herzustellen. Der Versuch, einige Werkzeugmaschinen und sonstige, vom Konsortium nicht übernommene Werkanlagen — u. a. auch Grundstücke und Gebäude — zu verkaufen und Außenstände einzuziehen, könne nicht mehr als Gewerbebetrieb angesehen werden. Nach Ansicht des FinA. ist die Beschw. steuerrechtlich ebenso zu behandeln.

Zu 9. Der Grundsatz unter Ziff. 1 ergibt sich aus der Änderung des ABewG. Dieses schließt in seiner jetzigen Fassung eine Neufeststellung auf den Zeitpunkt, in welchem der Gewerbebetrieb beendet wird, aus. Damit mußte auch die Bindung der Aufbringungsleistungen an das Bewertungsverfahren entfallen.

Satz 2 stellt zutreffend fest, daß eine Bindung der Aufbringungs-pflicht an die Vermögensteuerveranlagung für die Frage der Beendigung der Aufbringungs-pflicht nicht besteht. Durch § 3 DurchfB.D. v. 19. Juli 1932 ist die Beendigung der Aufbringungs-pflicht abweichend von der Vermögensteuerpflicht auf einer pauschalen Grundlage geregelt.

Der Grundsatz, wonach der Begriff des gewerblichen Betriebsvermögens nicht schon mit dem Beginn der Liquidation, sondern erst mit ihrer Beendigung entfällt, entspricht der bisherigen Rspr. des RFG. RWA. Dr. Wille, München.



wie eine in Liquidation befindliche D.G., deren Aufbringungsspflicht trotz des Eintritts in die Liquidation bis zur vollständigen Ausschüttung des Vermögens weiterbesteht. Demgegenüber vertritt die Beschw. die Auffassung, daß die Liquidation durch Übertragung der nicht verteilten Gegenstände auf die Erbengemeinschaft beendet sei, und daß die Erbengemeinschaft in Ansehung dieser Gegenstände nach Aufgabe ihres gewerblichen Betriebs nicht anders behandelt werden könne als eine sonstige Vermögensgemeinschaft.

Das FinGer. hat die Berufung zurückgewiesen. Wenn die Beschw. als D.G. im Handelsregister eingetragen wäre, würde ihre Aufbringungsspflicht allerdings während der Liquidation bis zur vollständigen Ausschüttung des Vermögens fortbestehen. Da aber die Erbengemeinschaft allein wegen ihres Fabrikbetriebs steuerrechtlich als D.G. angesehen werde, sei ihre Steuerrechtsfähigkeit auch mit Aufgabe des Betriebs erloschen. Trotzdem könne die Berufung keinen Erfolg haben, weil nach der ständigen Rpr. des RfG. (betr. die enge Bindung von Aufbringungsverfahren an die Einheitsbewertung und die Vermögenssteuerveranlagung) über die Beendigung der persönlichen Steuerpflicht ausschließlich nach § 14 VermStG. 1931 i. Verb. m. § 226 ABG.D. 1931 entschieden werden und diese Entsch. für das Aufbringungsverfahren bindend sein müsse.

Hiergegen ist sowohl von der Firma wie vom FinA. Beschwerde eingelegt worden. Beide Beschw. lehnen die Auffassung des FinGer. ab, daß die Frage im Vermögenssteuerverfahren zu entscheiden sei; sie begehren eine sachliche Entscheidung.

Die Beschw. sind begründet. Dem FinA. ist darin beizupflichten, daß die Rpr. des RfG., wonach die Einheitsbewertung und die Vermögenssteuerveranlagung in weitgehendem Maße für das Aufbringungsverfahren bindend sind, hier nicht anwendbar ist. Zwar hat der RfG. in ständiger Rpr. die Auffassung vertreten, daß die Einstellung des Gewerbebetriebs nur dann im Aufbringungsverfahren berücksichtigt werden darf, wenn der Einheitswert des Betriebsvermögens auf Null neu festgestellt worden ist (vgl. Seweloh, Handkomm. z. AufbringG. § 12 Anm. 9, e S. 175, § 9 Anm. 3 S. 153; RfG. 27, 139, bef. S. 156 = StW. 1930 Nr. 1339 = Mrozek, Kartei, AufbringG. § 12, Rechtspr. 12—17). Das setzt aber voraus, daß, wie es im BewG. 1925 (§ 75 Abs. 1, 2) vorgesehen war, auch wirklich eine Neufeststellung auf den Zeitpunkt des Eintritts der Vermögensänderung stattfindet. Nach dem neuen Recht gilt dies nicht mehr. Einmal ist jetzt die Neufeststellung nur auf den Beginn eines Kalenderjahrs zulässig (§ 24 BewG. 1931), und außerdem sind Neufeststellungen auf den 1. Jan. 1932 und den 1. Jan. 1933 überhaupt ausgeschlossen (WD. des Präf. v. 12. Mai 1932 [RWM. I, 192] und v. 18. März 1933 [RWM. I, 109, 116]). Demgemäß haben Erhöhungen und Ermäßigungen des Betriebsvermögens, die seit dem 1. Jan. 1931 eingetreten sind, auf die Höhe der Aufbringungsumlage keinen Einfluß (§ 3 Abs. 1 DurchWD. zu den Aufbringungsumlagen 1931/32). Damit ist die Rpr. des RfG. über das Erfordernis der Neufeststellung auf Null gegenstandslos geworden; sonst wäre die bereits erwähnte Vorschr. des § 2 Abs. 1 DurchWD., daß beim Wegfall der persönlichen Aufbringungsspflicht im Kalenderjahr 1931 nur die Hälfte des Jahresbetrags 1931 zu entrichten ist, praktisch bedeutungslos. Ferner hat der RfG. auch eine bei der Vermögenssteuerveranlagung getroffene Entsch. für das Aufbringungsverfahren maßgebend angesehen, z. B. über Befreiungsgründe, über die Zusammenrechnung des Vermögens von Ehegatten und über das Vorhandensein von ausländischem Betriebsvermögen (vgl. Seweloh a. a. D. § 1 Anm. 2 S. 35, § 2 Anm. 39, D. S. 111, § 9 Anm. 3 S. 154). Dieser Grundsatz beruht hauptsächlich auf der Erwägung, daß einander widersprechende Entsch. nach Möglichkeit vermieden werden müssen. Eine solche Erwägung kommt jedoch im Falle des Erlöschens der persönlichen Steuerpflicht nicht in Betracht, weil die Voraussetzungen für die Beendigung der persönlichen Vermögenssteuerpflicht und für die Beschränkung der Aufbringungsumlage 1931 auf die Hälfte nicht die gleichen sind. Die persönliche Steuerpflicht muß bei der VermSt. im Laufe des Rechnungsjahrs (§ 14 VermStG. 1931), bei der Aufbringungsumlage dagegen im Laufe des Kalenderjahrs (§ 2 Abs. 1 DurchWD.) weggefallen sein. Es ist also möglich, daß z. B. die VermSt. nur bis zum Schlusse des Rechnungsjahrs 1932, d. h. bis zum 31. März 1932, erhoben wird, während der volle Teilbetrag der Aufbringungsumlage 1931 zu entrichten ist, nämlich dann, wenn die persönliche Steuerpflicht zwischen dem 1. Jan. und dem 31. März 1932 erloschen ist. Daher braucht eine Entsch. des FinA., daß die VermSt. nur bis zum Ende des Rechnungsjahrs 1931 erhoben wird, noch nicht die Folge zu haben, daß die Aufbringungsumlage 1931 nur zur Hälfte zu entrichten ist. Hieraus ergibt sich, daß über die Beendigung der persönlichen Aufbringungsspflicht im Aufbringungsverfahren selbständig entschieden werden muß. Entsprechendes gilt für die Frage der Entziehung der persönlichen Aufbringungsspflicht 1932.

Wegen dieses Rechtsirrtums war die Borensch. aufzuheben. Es ist nunmehr zu untersuchen, ob die persönliche Aufbringungsspflicht der Beschw. im Kalenderjahr 1931 durch endgültige Einstellung ihres gewerblichen Betriebs beendet worden ist. Insoweit ist die Sache nicht spruchreif. Die Erbengemeinschaft kann nur insoweit und so lange

steuerrechtlich als D.G. behandelt werden, wie sie das gemeinschaftliche Gewerbe ausübt. Mit der endgültigen Einstellung dieses Gewerbebetriebs hört die Erbengemeinschaft auf, steuerrechtlich eine D.G. zu sein; die Rechtslage ist hier also anders als bei einer handelsrechtlichen D.G. Der Umstand, daß sich noch ehemalige Betriebsgegenstände im gemeinschaftlichen Besitz der Erben befinden, schließt die Annahme nicht unbedingt aus, daß der Gewerbebetrieb beendet ist. Andererseits wird aber auch bei Einzelgewerbetreibenden der gewerbliche Betrieb nicht schon durch die Einstellung der eigentlichen gewerblichen Tätigkeit (Fabrikation, Warenverkauf u. dgl.) beendet, sondern erst mit Abschluß der Liquidation (vgl. Seweloh a. a. D. § 2 Anm. 13 S. 54, § 12 Anm. 9, a S. 173; Urt. des RfG. v. 18. Sept. 1930, III A 61/28 und v. 26. Sept. 1930, III A 19/28; StW. 1930 Nr. 1328 u. 1335). Die Liquidation ist abgeschloffen, sobald sämtliche Betriebsgegenstände, die verkauft werden können und verkauft werden sollen, veräußert worden sind. Es steht nichts im Wege, daß der StPfl. einzelne Betriebsgegenstände behält und in sein Privatvermögen überführt, weil er sie nicht verkaufen will oder verkaufen kann. In dem Besitz solcher Gegenstände allein liegt noch keine Fortsetzung der Liquidation, und zwar auch dann nicht, wenn der StPfl. die Absicht hat, den einen oder anderen Gegenstand bei sich bietender Gelegenheit später doch einmal abzugeben. Voraussetzung ist jedoch, daß die eigentliche Verkaufstätigkeit (Liquidation) beendet ist, und daß der StPfl. die Gegenstände nicht mehr zum Zwecke des Verkaufs, sondern zum Gebrauch für seine Privat Zwecke besitzt. Ob diese Voraussetzung im vorl. Falle bei den noch im gemeinschaftlichen Besitz der Erben befindlichen Gegenständen gegeben ist, läßt sich aus dem Akteninhalt nicht mit Sicherheit entnehmen. Das FinGer., an das die Sache zurückgeht, wird hierüber noch weitere Ermittlungen anzustellen haben.

(RfG., 3. Sen., Urt. v. 22. Sept. 1933, III A 196/33.)

\*

10. § 10a Abs. 1, 4 TabStG. 1929; §§ 8 Abs. 2, 50 TabStGAusfBest. Die Bestimmung im § 8 Abs. 2 TabStGAusfBest., daß wie Pfeifentabak auch Kentucky- und Virginia-Preßtabak, der „im Kleinverkauf unmittelbar an Verbraucher abgegeben“ wird, zu versteuern ist, ist nicht dahin zu verstehen, daß die Besteuerung des Preßtabaks wie Pfeifentabak nur dann erfolgen dürfe, wenn tatsächlich der Tabak im Kleinverkauf unmittelbar an Verbraucher abgegeben sei. Vielmehr ist die Vergünstigung von der Abgabe an Kleinhändler abhängig gemacht. Wird bei der Bestandsaufnahme im Betriebe eines Vorratsvervollers (TabStGAusfBest. § 50) eine Fehlmengenan Kentuckytabak festgestellt, so ist auf sie der Steuerfuß des § 10a Abs. 1 Satz 1, 2 TabStG. 1929 für ausländischen Rohtabak anzuwenden. Findet die Fehlmengenan ihre Aufklärung darin, daß sie durch zu reichliches Wiegen bei der Abgabe an Kleinhändler entstanden ist, so hat die Besteuerung nach den Sätzen für Pfeifentabak (§ 10a Abs. 4 TabStG. 1929) zu erfolgen.

(RfG., 4. Sen., Urt. v. 18. Okt. 1933, IV A 219/33.)

### Reichsversicherungsamt.

Berichtet von Senatspräsident Dr. Ziecke, Landgerichtsdirektor Dr. Kersting, Berlin.

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

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

\*\* 01. § 205a RVD. In die Vorversicherungszeit ist die Dreiwochenfrist des § 214 RVD. nicht einzurechnen.

§ 205a RVD. setzt nach seinem klaren Wortlaut voraus, daß der Versicherte während der dort vorgeschriebenen Fristen gegen Krankheit „versichert“ gewesen ist. Nach § 214 Abs. 1 Satz 1 RVD. verbleibt, falls Versicherte wegen Erwerbslosigkeit ausscheiden, die in den vorangegangenen 12 Monaten mindestens 26 oder unmittelbar vorher mindestens 6 Wochen versichert waren, ihnen der Anspruch auf die Regelleistungen der Kasse, wenn der Versicherungsfall während der Erwerbslosigkeit und binnen drei Wochen nach dem Ausscheiden eintritt. Danach beginnt die Dreiwochenfrist dieser Vorschrift erst mit dem Ausscheiden aus der Versicherung und dauert nicht über das Ende der Erwerbslosigkeit hinaus. Ihr Lauf setzt demnach gerade das Nichtversichersein voraus. Wenn gleichwohl der Eintritt des Versicherungsfalls während dieser Frist den Anspruch auf Versicherungsleistungen auslöst, so handelt es sich lediglich um eine Nachwirkung des früheren Versicherungsverhältnisses in die Zeit nach seinem Erlöschen. Dadurch soll, wie in der Entsch. 3125 NachrRVerf. 1928, IV 109 = EuW. 22, 35 Nr. 18) ausgeführt ist, verhindert werden,



daß Versicherte, die aus der Versicherung wegen Erwerbslosigkeit ausgeschieden sind, und die sich wegen der damit gewöhnlich verbundenen Mittellosigkeit auch nicht freiwillig weiterversicherer können, unvermittelt aus der Krankenhilfe herausfallen. Dieser Auslegung entspricht auch die im § 214 Abs. 1 Satz 1 RVD. enthaltene Begrenzung des Versicherungsschutzes. Wie in der Entsch. 3125 bemerkt ist, ergibt sich aus der Fassung dieser Begrenzung, insbes. aus dem Ausdruck „verbleibt“, daß während der Dreiwochenfrist der bisherige Anspruch auf Krankenhilfe in demselben Umfang wie zur Zeit der Versicherung, jedoch beschränkt auf die Regelleistungen, fortbesteht. Diese Beschränkung auf die Regelleistungen zeigt deutlich, daß der Anspruch aus § 214 RVD. weder auf einem Zustande des Versicherten beruht, noch daß seine Rechtsgrundlage in einem diesem Zustande gleichstehenden Verhältnis des Ausgeschiedenen zu seiner bisherigen Klasse zu erblicken ist, da sonst die vollen sachungsmäßigen Leistungen zu gewähren sein würden. Eine Einrechnung der Frist des § 214 RVD. in die Vorversicherungszeit des § 205 a RVD. erscheint hiernach ausgeschlossen. Übrigens legt § 214 in gleicher Weise wie § 205 a die Zurücklegung einer Vorversicherungszeit voraus. Würde die Dreiwochenfrist jener Vorschrift in deren Vorversicherungszeit einzurechnen sein, so würde diese bei wiederholtem Ausscheiden des Versicherten wegen Erwerbslosigkeit unter Umständen größtenteils schon durch diese dreiwöchigen Fristen erfüllt werden können. Das würde dem Sinn und Zweck des § 214 widersprechen. Ist aber nach § 214 die dort vorgeschriebene dreiwöchige Frist nicht in die Vorversicherungszeit einzurechnen, so muß das gleiche auch für § 205 a schon um deswillen gelten, weil nicht anzunehmen ist, daß die beiden in demselben Abschnitt der RVD. enthaltenen Vorschriften trotz ihrer gleichartigen Fassungen verschieden auszulegen seien. Die Nichteinrechenbarkeit der Dreiwochenfrist des § 214 in die Vorversicherungszeit des § 205 a Abs. 1 Nr. 3 entspricht auch dem Zweck dieser letzteren Vorschrift, der darin besteht, einer geldlichen Schädigung der Rassen, der eine angemessene Beitragsleistung nicht gegenübersteht, vorzubeugen, nachdem bei der Wochenhilfe die Erfahrung ergeben hatte, daß vielfach Schwangere kurz vor ihrer Entbindung nur deshalb noch eine die Versicherungspflicht begründende Beschäftigung annahmen, um den Unterhaltungsanspruch zu erwerben (vgl. *Jahn-Rahn*, Handbuch der Krankenversicherung, 10./11. Aufl., S. 335 Anm. 3 zu § 205 a i. Verb. m. S. 319 Anm. 4 b zu § 195 a).

(RVerfA., 1. RevSen., Urt. v. 23. Nov. 1933, IIa K 19/33!) [R.]

\*

**2.** Zur Frage, wann die Unterbringung eines Rentenempfängers in einem Hospital als Gewährung des vollständigen Unterhalts in einer Anstalt i. S. § 1535 b RVD. anzusehen ist. +)

Der vom Kl. geltend gemachte Erfahungsanspruch setzt nach § 1535 b RVD. voraus, daß der Kl. dem bei der Bekl. krankenversichert gewesenen Vorrichter Sp. vom 1. Jan. 1932 bis 15. April 1932 in der Heilanstalt Buch-West vollständigen Unterhalt gewährt hat. Dies ist der Fall, wenn der in einer Anstalt Untergebrachte daselbst mit allen Lebensbedürfnissen versorgt wird und dauernd oder doch für lange Zeit vollständig aus seinen bisherigen Verhältnissen und seiner Erwerbstätigkeit herausgerissen ist (vgl. Entsch. 1750: RVerfANachr. 1913, 673 = *EuM.* 1, 375, Nr. 213; ferner Entsch. 3616: RVerfA-

Nachr. 1930, IV 36 = *EuM.* 26, 259, Nr. 112; auch Entsch. v. 23. Sept. 1931, IIa KE 195/31: Deutsche Krankenkasse 1932, 386). Daß diese Voraussetzungen auf Sp. in vollem Umfange zutreffen, hat das OVerfA. ohne Rechtsirrtum bejaht. Sp. ist ausweislich der Unterfügungsakten zunächst im B.-Krankenhause gewesen. Am 9. Nov. 1931 haben sich der leitende Arzt und der Assistenzarzt für die Verlegung des an offener Lungenfibrose leidenden Sp. in eine Siechenanstalt ausgesprochen, da er unheilbar, arbeitsunfähig und wärterbedürftig, aber nicht mehr Gegenstand der ärztlichen Behandlung in einem Krankenhaus sei. Hiermit hat sich der Versicherte einverstanden erklärt und ist nach Eingang der Genehmigung des Zentralgesundheitsamts nach Buch-West überführt worden. Das OVerfA. hat rechtlich einwandfrei festgestellt, daß Sp. in Buch den gesamten Lebensbedarf (Wohnung, Verpflegung, ärztliche Behandlung, Kleidung, Taschengeld) erhalten hat. Dem steht nicht entgegen, daß Sp. zu gleicher Zeit Miete für die von seinen Angehörigen bezugte Wohnung zahlen mußte. Denn der dem Sp. gewährte Unterhalt umfaßt nicht die Erfüllung der dem Sp. seinerseits Dritten gegenüber obliegenden schuld- oder familienrechtlichen Verpflichtungen. Deshalb steht der Annahme der vollständigen Unterhaltsgewährung auch nicht entgegen, daß der Kl. nicht zugleich für den Unterhalt der Angehörigen des Sp. sorgte, ganz abgesehen davon, daß Sp. als todtkrank, arbeitsunfähig und sonst vermögensloser Mann seinen Angehörigen nicht zum Unterhalt verpflichtet war. Die Entsch. v. 23. Sept. 1931, auf die sich die Klasse bezieht, steht dem nicht entgegen. In ihr wird nicht gefordert, daß der Hilfsbedürftige der ihm noch obliegenden Sorge für die eigene Wohnung überhoben sei. Dort ist der Umstand, daß der in einem Krankenhaus Untergebrachte als Verbeirater eine eigene Wohnung besaß, nur im Sinne gewertet, daß er noch nicht aus seinen bisherigen Lebensverhältnissen vollständig herausgerissen sei. Jener Fall lag aber schon infolgedessen anders, als ärztlicherseits mit der Möglichkeit einer Heilung gerechnet wurde, die dauernde Anstaltsunterbringung also keineswegs feststand. Endlich ist ohne Belang, daß Sp. bereits am 18. April 1932 in Buch verstorben ist. Er war jedenfalls als unheilbarer, ständiger Wartung bedürftiger Lungenkranke aus seinen bisherigen Lebensverhältnissen herausgenommen und in ein Spital gebracht worden, da sein Aufenthalt weder in einem Krankenhaus noch in einer Familie möglich war. Daß dem Sp. selbst nicht gesagt worden ist, daß er unheilbar sei, beruht auf ärztlichen und menschlichen Erwägungen und hat mit der Frage, ob ein vollständiger Unterhalt gewährt worden ist, nichts zu tun. Danach kann auch dahingestellt bleiben, ob Buch vom Kl. in anderen Fällen als Krankenhaus zur Unterbringung von Kranken benutzt wird. Im Fall Sp. ist dies ausweislich der oben mitgeteilten Verhandlung des leitenden Arztes und des Assistenzarztes vom B.-Krankenhause nicht geschehen und Sp. als Siecher in Buch eingetiefert worden.

(RVerfA., 1. RevSen., Urt. v. 3. Nov. 1933, IIa KE 332/32!)

\*

**\*\* OZ.** §§ 1542, 1324 RVD. Kann der nach der RVD. Versicherte nach anderen gesetzlichen Vorschriften Erfah eines Schadens beanspruchen, der ihm durch Unfall usw. erwachsen ist, so ist ein zwischen ihm und dem Schädiger geschlossener Vergleich der RVerfAnst. gegenüber wirksam, wenn er nur den über den Betrag der Invaliden-

Zu **2.** Über die Frage, ob bzw. inwieweit die Hospitalunterbringung als Gewährung des vollständigen Unterhalts in einer Anstalt anzusehen ist, fehlte es bisher an einer grundsätzlichen Entsch. des RVerfA. Die nunmehr vorl. Entsch. sucht auf den Fall der Hospitalunterbringung in vorsichtiger Form die Grundsätze anzuwenden, die in der Nrpr. für die Krankenhausunterbringung entwickelt worden waren. Für die Krankenhausunterbringung hatte das OVerfA. in seinen Entsch. v. 10. Juli 1905 (Arbeiterversorgung 1905, 659), 7. Juli 1906 (Archiv für Arbeiterversicherung 1907, Heft 12 S. 558) und 11. Jan. 1912 (Archiv für Reichversicherung 1912, 85 Nr. 203) den Grundsatzz aufgestellt, daß eine vollständige Gewährung des Unterhalts in einer Anstalt nur dann anzunehmen sei, wenn der im Krankenhause untergebrachte Rentenempfänger dauernd oder doch für lange Zeit vollständig aus seinen bisherigen Lebensverhältnissen und seiner Erwerbstätigkeit herausgerissen ist und wirklich mit allen seinen Lebensbedürfnissen, z. B. auch mit vollständiger eigener Kleidung, versorgt wird. Maßgebend für diese enge Auslegung des Begriffs der vollständigen Unterhaltsgewährung war u. a. die Erwägung, daß der Rentenempfänger nach einem Krankenhausaufenthalt häufig geraume Zeit benötigt, ehe er eine neue Erwerbstätigkeit findet, und in der Zwischenzeit nicht von allen Mitteln entschloß dastehen soll. Diese Erwägung versagt aber bei solchen Hospitalintern, aus deren Zweckbestimmung sich von vornherein ergibt, daß eine Rückkehr ins Erwerbsleben nicht mehr in Frage kommt, also z. B. bei Anstalten für unheilbar Geisteskranke, Siechenhäuser, Alters-, Blindenheimen u. dgl. Hier spricht von vornherein eine Lebensvermutung dafür, daß vollständiger Unterhalt gewährt wird, und es kann demjenigen, der das bestritt, überlassen

bleiben, den Beweis dafür zu erbringen, daß ausnahmsweise nicht vollständiger Unterhalt gewährt wird. Es wäre immerhin begrüßenswert gewesen, wenn die Entsch. auch nach dieser Richtung hin allgemein Stellung genommen und den grundlegenden Unterschied vieler Hospitaler gegenüber den Krankenhäusern herausgearbeitet hätte.

Die weiteren Ausführungen des RVerfA. sind der Frage gewidmet, ob die Gewährung des vollständigen Unterhalts in einer Anstalt dadurch ausgeschlossen wird, daß der Rentenempfänger noch außerhalb der Anstalt eine Wohnung hält und diese bezahlet muß. Die Entsch. stellt zutreffend darauf ab, ob zum Lebensbedarf des Rentenempfängers das Halten der Wohnung gehört. Etwaige familienrechtliche Verpflichtungen des Rentenempfängers sind für die Bemessung seines Lebensbedarfs unbeachtlich. Danach würde es der Gewährung des vollständigen Unterhalts in einer Anstalt nicht entgegenstehen, wenn ein Rentenempfänger noch für seine Ehefrau eine Wohnung hält, mag er ihr auch zum Unterhalt verpflichtet sein. Ebenso sind irgendwelche schuldrechtlichen Verpflichtungen des Rentenempfängers gegenüber Dritten unerheblich, wenn sie nicht mehr mit der Befriedigung seines gegenwärtigen Lebensbedarfs zusammenhängen. Bedarf also ein Rentenempfänger einer Wohnung außerhalb der Anstalt nicht mehr, hat er sie aber noch inne, weil die Kündigung noch nicht möglich ist oder die Kündigungsfrist noch läuft oder der Hausrat erst verwertet werden muß, ehe eine Kündigung erfolgen kann, so ändert das nichts daran, daß ihm schon während dieser Zeit vollständiger Unterhalt in einer Anstalt gewährt wird. Durch diese Gesichtspunkte werden die teilweise nicht ganz genauen Ausführungen früherer Entsch. inhaltlich klargestellt.

VerfA. Kurt Wehlig, Berlin.



rente hinaus entstandenen Schaden umfaßt. Die WVerf.-Anst. darf in diesem Falle den Betrag ihrer Leistung nicht gegen die Vergleichssumme aufrechnen.

Die bekl. WVerfAnst. hat dem Kl. wegen der Folgen eines am 31. März 1927 erlittenen Autounfalls die Rente für vorübergehende Invalidität mit Wirkung v. 1. Sept. 1927 an bewilligt. In einer gegen den Schädiger schwebenden Schadenersatzklage wurde schließlich ein Vergleich geschlossen, wonach die Versicherungsgesellschaft des Schädigers „A.“ zur Abgeltung der persönlichen Ansprüche des Kl. gegen den Eigentümer des Kraftwagens sofort 10 000 RM an den Kl. zahlte und sich verpflichtete, die sämtlichen entstandenen und noch entstehenden Ansprüche der WVerfAnst. dem Kl. von der Hand zu halten.

Die WVerfAnst. verlangte nunmehr von der „A.“ Befriedigung ihres Anspruches für die bereits gezahlte und die laufende Invalidentrente, stellte die Zahlung der Rente an den Kl. mit Ablauf des Monats Nov. 1930 ein und rechnete gemäß § 1324 RWD. mit ihrem Erbschaftanspruch gegen den Rentenanspruch des Kl. auf bis zur Erschöpfung der Vergleichssumme von 10 000 RM. WVerfAn. und WVerfAn. haben sie verurteilt, die eingestellten Rentenzahlungen fortzusetzen.

Nach § 1324 RWD. dürfen die Rentenansprüche unter anderem nur angerechnet werden auf Erbschaftforderungen für bezogene Unfallrenten und Entschädigungen, soweit der Versicherungsanstalt ein Anspruch darauf nach § 1542 a. a. D. zusteht. Nach letzterer Vorschrift geht, soweit die nach der RWD. Versicherer nach anderen gesetzlichen Vorschriften Ertrag des Schadens beanspruchen können, der ihnen durch Unfall usw. erwachsen ist, der Anspruch auf die Träger der Versicherung insoweit über, als sie den Entschädigungsberechtigten nach der RWD. Leistungen zu gewähren haben. Der Rechtsübergang vollzieht sich also kraft Gesetzes mit der Entstehung der Leistungspflicht des Versicherungsträgers (gesetzliche Forderungsübertragung). Der Erbschaftanspruch für eine Invalidentrente geht also auf die WVerfAnst. über, sobald der die WVerfAnst. zur Rentenzahlung nach §§ 1255/56 RWD. verpflichtende Zustand der Invalidität bei dem Versicherten eingetreten ist (vgl. RWD., von Mitgl. des RVerfA. I, 2. Aufl., S. 159 Anm. 6 Abs. 1 zu § 1542). Insoweit ist der Versicherte also zur Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches dem Schädiger gegenüber nicht aktiv legitimiert. Anscheinend geht aber die WVerfAnst. davon aus, die Schadenersatzforderung des Kl. sei als Ganzes auf sie beruht übergegangen, daß sie sich an jeden Teil dieser Forderung halten, insb. den Betrag ihrer Rentenleistungen gegen diese Forderung auch insoweit aufrechnen könne, als es sich um Schaden handelt, der über den durch die Invalidentrente gedeckten hinaus erwachsen ist. Hieraus würde zu folgern sein, daß der Kl. nicht berechtigt war, diesen Teil des Schadens auszunehmen und zum Gegenstand einer besonderen Regelung durch den abgeschlossenen Vergleich zu machen. Dem kann nicht beigetreten werden. Das Gegenteil ergibt sich aus § 1542 RWD., wonach die gesetzliche Forderungsübertragung nur in Höhe der Leistungspflichtung des Versicherungsträgers vor sich geht. Ein nur teilweiser Übergang der Schadenersatzforderung findet also in allen Fällen statt, in denen der Schaden durch die Leistung des Trägers der Sozialversicherung nicht im vollen Umfange abgegolten ist, sondern darüber hinaus gegen den Verletzten auswirkt. So ist vorliegend der Teil der Schadenersatzforderung, der sich auf die Zeit v. 31. März bis zum 1. Sept. 1927 bezieht, zweifellos nicht auf die WVerfAnst. übergegangen. Denn für diese Zeit hat letztere dem Kl. überhaupt keine Leistungen gewährt, vielmehr ist die Invalidentrente, da vorübergehende Invalidität angenommen worden ist, erst vom 1. Sept. 1927 an bewilligt worden. Auch der durch den Unfall dem Versicherten erwachsene Anspruch auf Ertrag des Schadens und der Anspruch auf Schmerzensgeld gehören nicht zu den Erbschaftsprüchen, die gemäß § 1542 RWD. auf den Träger der Sozialversicherung übergehen (vgl. EuM. 33, 312 Nr. 37). Über auch sonst kann dem Verletzten über die Höhe der Leistungen der Sozialversicherung hinaus ein Schaden erwachsen sein. Über diesen Teil des Schadenersatzanspruches kann der Verletzte, ohne daß es der Einwilligung des Trägers der Sozialversicherung bedarf, verfügen, er vermag daher diesen Teil ohne weiteres einzuklagen, und es kann im Rechtsstreit hierüber besonders entschieden werden. Diese Auffassung entspricht, soweit der Senat zu übersehen vermag, durchweg der Rpr. der ordentl. Gerichte (vgl. RG. 62, 337 Nr. 81; im übrigen EuM. 2, 293 Nr. 155). Gerade in der gegenwärtigen Sache hat dementsprechend auch das OLG. Kiel ausdrücklich ausgeführt, daß die Klagebefugnis des Kl. entgegen der Auffassung des bekl. Schädigers nicht zu beanstanden sei. Die nach dem Vortrag des bekl. Schädigers auf die WVerfAnst. übertragene Ansprüche seien nicht die, welche mit der Klage geltend gemacht worden seien. Wenn nun der Kl. befugt war, die in Betracht kommenden Ansprüche von sich aus einzuklagen und hierüber ohne Rücksicht auf die Forderung der WVerfAnst. ein Urte. ergehen konnte, so muß das selbe auch für den geschlossenen Vergleich gelten, der die gleiche Wirkung hat wie ein Urte. Auch der Vergleichsvergleich kann sich daher auf einen Teil des Schadenersatzanspruches beschränken, nämlich auf denjenigen Schadensbetrag, der übrigbleibt, nachdem er dem Verletzten gewährte Betrag der Invalidentrente abgezogen worden ist. Ob ein Vergleich gegebenenfalls so ausgelegt werden kann, ist Tatfrage.

Beziehen sich aber die im Vergleich erwähnten Ansprüche des Kl. nicht auf denjenigen Schaden, der bereits durch die Zahlung der Invalidentrente gedeckt ist, und ist daher diese Schadenersatzforderung nicht gemäß § 1542 RWD. auf die WVerfAnst. übergegangen, so hat sie nach § 1324 RWD. insoweit auch keine Aufrechnungsbefugnis.

(RVerfA., 3. RevSen., Urte. v. 11. Aug. 1933, IIa 7714/31<sup>a</sup>). [R.]

\*

4. § 1583 RWD. Auch bei einer Neu Feststellung der Dauerrente nach Heilanstaltspflege bleibt der Versicherungsträger an die Grundlagen der früheren Feststellung der Dauerrente gebunden. In ständiger Rpr. hat das RVerfA. entschieden, daß die Feststellung der Dauerrente nach Heilanstaltspflege nicht als Neu Feststellung i. S. der Nr. 8 des § 1700 RWD. (Neu Feststellung wegen Änderung der Verhältnisse) anzusehen ist. Nicht berührt ist dagegen die Frage, ob und wie weit der Versicherungsträger bei der neuen Rentenfeststellung nach Beendigung der Heilanstaltspflege an die Grundlagen der früheren Feststellung — insbesondere an die Anerkennung später hinzugegetretener Leiden als Unfallfolge — gebunden ist. Das RVerfA. ist der Auffassung, daß die Entschädigungspflicht als solche nach beendeter Heilanstaltspflege nicht erneut nachgeprüft werden kann, und daß infolgedessen eine Versagung der Rente mit der Begründung, bei der Heilanstaltspflege habe sich ergeben, daß kein Zusammenhang des Leidens mit dem Unfall bestehe, nicht zulässig ist.

(RVerfA., Entsch. v. 23. Juni 1933, Ia 3498/32; EuM. 34, 370). [R.]

\*

5. § 1738a RWD. Für das Verfahren nach § 1738a RWD. ist kein Raum, wenn die Versorgungsbehörden auf Grund der RWD. v. 26. Juli 1930 Abschn. IV Teil 3 (Reichsversorgung) Art. 2 nicht verpflichtet sind, Versorgungsgebühren nach den Versorgungsgeetzen festzustellen.

(RVerfA., Entsch. v. 20. Juni 1933, Ia 4101/32; EuM. 34, 377). [R.]

\*

6. § 62 Abs. 2 AngVersG. Der „Eintritt“ in eine religiöse Gemeinschaft i. S. des § 62 Abs. 2 liegt erst dann vor, wenn die Versicherte auf Grund des sog. ersten Gelübdes oder eines ihm gleichstehenden Versprechens die vollen Mitgliedsrechte und -pflichten der Gemeinschaft erworben hat.

(RVerfA., Urte. v. 24. Mai 1933, IIIa A V 223/33; EuM. 34, 519). [R.]

\*

7. Gesetz zur Verminderung der Arbeitslosigkeit v. 1. Juni 1933.

Die auf Grund des genannten Gesetzes zu Tiefbauarbeiten herangezogenen Arbeitslosen gelten für die reichsgesetzliche AngVers. als Arbeiter i. S. des § 544 RWD. Für die Berechnung der Leistungen und der Beiträge ist der Ortslohn zugrunde zu legen.

Nach dem Gef. zur Verminderung der Arbeitslosigkeit v. 1. Juni 1933 Abschn. I § 2 Nr. 6a bis c wird den zu Tiefbauarbeiten (Erdbauarbeiten) der Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände (§ 1 Nr. 7) herangezogenen Arbeitslosen neben der Arbeitslosenhilfe eine Vergütung von 25 RM für je vier volle Arbeitswochen in Form eines Bedarfsdeckungsscheins und eine warme Mahlzeit je Arbeitstag gewährt. Die Frage, ob diese Bezüge einen Arbeitsentgelt darstellen, auf Grund dessen die Unfallbeiträge sowie die Leistungen zu berechnen wären, ist zu verneinen. Vielmehr sind diese Arbeitslosen für die reichsgesetzliche AngVers. als Arbeiter i. S. des § 544 Abs. 1 RWD. anzusehen und für die Berechnung der Leistungen und der Beiträge ist der Ortslohn (§§ 149—152 RWD.) zugrunde zu legen.

(RVerfA., Bfg. v. 9. Aug. 1933, Gem Verm I 4065/33; EuM. 34, 383). [R.]

## II. Länder.

### Oberverwaltungsgerichte.

#### Preußen.

### Preussisches Oberverwaltungsgericht.

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

#### 1. § 14 PrPolVerwG.

I. Es entspricht der Eigenart des Verwaltungsstreitverfahrens, dem Vorbringen der Parteien den Sinn unterzulegen, der mit einer geordneten Wahrnehmung ihrer Interessen am besten vereinbar ist.



II. Mit dem Durchbruch der nationalen Revolution hat ein gewaltiger innerer Umschwung stattgefunden, der sich gerade auch auf die Begriffe von öffentlicher Ordnung und Sittlichkeit erstreckt und insbesondere auch in den Anschauungen über Bestimmung und Betätigung der Frau einen Wandel bewirkt hat. Die Veranstaltung von sog. Damenboxkämpfen in einer öffentlichen Wirtschaft verstößt heute gegen die öffentliche Ordnung.

Unter dem 23. März 1933 teilte der PolPräs. in R. dem Unternehmer S., der daselbst in einer Wirtschaft sog. Damenboxkämpfe veranstaltete, mit, daß er gegen die Fortsetzung dieser Kämpfe bis zum 31. März 1933 aus wirtschaftlichen Gründen vorläufig nicht einschreiten werde, vorausgesetzt, daß sich in dieser Zeit keine Beanstandungen oder Beschwerden ergäben. Er wies ihn jedoch ausdrücklich darauf hin, daß er über den 31. März 1933 hinaus oder für die spätere Zukunft weibliche Boxkämpfe nicht mehr zulassen werde.

Auf die hiergegen von S. erhobene Beschwerde erteilte der RegPräs. in R., er könne der Beschwerde wegen Gefährdung der öffentlichen Sittlichkeit und des Anstandes nicht entsprechen. S. erhob gegen diesen Bescheid Klage beim BezAusj. in R. mit dem Antrage, festzustellen, daß seine Vorführungen nicht gegen die öffentliche Sittlichkeit verstießen. Der BezAusj. wies die Klage zurück.

Die gegen das Ur. eingelegte Rev. ist unbegründet.

I. Allerdings kann der Meinung des BezAusj., daß die Klage schon deshalb keinen Erfolg haben könne, weil sie sich als Feststellungsklage darstelle und eine solche im Verwaltungsstreitverfahren unzulässig sei, nicht beigetreten werden. Zwar hat der Kl. seinen Antrag dahin formuliert: er beantrage, „festzustellen“, daß seine Vorführungen „nicht gegen die öffentliche Sittlichkeit und Ordnung verstößen“, indessen wird doch aus seinem sonstigen ausführlichen Vorbringen ohne weiteres ersichtlich, daß ihm sachlich an der Aufhebung des ausgesprochenen Verbots gelegen ist, zumal er in den Anfangsworten seiner Klage als deren Gegenstand den Bescheid des RegPräs. auf seine Beschwerde gegen den PolPräs. bezeichnet und hierbei die Daten und Aktenzeichen der beiden in Betracht kommenden Entsch. anführt. Der Eigenart des Verwaltungsstreitverfahrens und der Übung des Gerichtshofs entspricht es, in solchen Fällen dem Vorbringen der Partei denjenigen Sinn unterzulegen, der mit einer geordneten Wahrnehmung ihrer Interessen am besten vereinbar ist.

II. Die Vorführung von sog. Damenboxkämpfen in der Weise, wie sie Kl. im vorl. Falle veranstaltet hat, bedeutet einen Verstoß gegen die öffentl. Ordnung i. S. § 14 PolVerbG. Der Begriff der öffentl. Ordnung ist nicht ein absoluter, seinem Inhalt nach ein für allemal fest abgegrenzter. Er umfaßt die Gesamtheit jener ungeschriebenen Regeln für das Verhalten des einzelnen in der Öffentlichkeit, deren Beobachtung nach den jeweils herrschenden Anschauungen als unerlässliche Voraussetzung eines geordneten staatsbürgerl. Gemeinschaftslebens betrachtet wird (vgl. Drews, Pr. Polizeirecht, Allgem. Teil, 4. Aufl., S. 15). Er wandelt sich daher im Laufe der Zeit mit dem Wandel dieser Anschauungen. Wenn in einem früheren Falle, in dem die Veranstaltungen des Kl. wegen der anstößigen Kleidung seiner Artisten pol. verboten worden waren, der Gerichtshof ausgesprochen hat, es müsse vor erdült. Entsch. der vom Kl. gemachte Vorschlag einer weniger anstößigen Bekleidung auf Grund § 41 Abs. 2 Satz 3 PolVerbG. geprüft werden, so entsprach das den damals — d. h. im Herbst 1932 — auf dem fragl. Gebiete in der Bevölkerung noch überwiegend vertretenen Ansichten.

Inzwischen hat mit dem Durchbruch der nationalen Revolution ein gewaltiger innerer Umschwung stattgefunden, der sich u. a. gerade auf die Begriffe von öffentl. Ordnung, von öffentl. Anstand und öffentl. Sittlichkeit erstreckt und in den Anschauungen über Bestimmung und Betätigung der Frau einen Wandel bewirkt hat, wie er in der Entwicklung deutschen Wesens selten erlebt worden ist. Nach diesen veränderten Anschauungen ist es mit den Wesenseigenheiten der Frau, ihrer Stellung und ihrer Würde innerhalb der Volksgemeinschaft unvereinbar, wenn zur Befriedigung der Schaulust in öffentl. Lokalen weibliche Personen auftreten, die im Kampfe aufeinander losschlagen und sich gegenseitig Verletzungen beizubringen suchen. Bei Boxkämpfen zwischen Männern liegt die Sache anders, denn mit der Natur des Mannes ist die wechselseitige Erprobung von Mut und Körperkraft im Faustkampf selbst dann noch vereinbar, wenn sie in der Form einer Baritätbarbietung erfolgt und deshalb, sportlich betrachtet, ohne Wert ist.

Andere Schauluststellungen von Frauen, etwa in der Form von Turn- oder Tanzvorführungen, lassen sich nicht ohne weiteres zum Vergleich heranziehen, da die dort entwickelten Fertigkeiten dem Wesen der Frau weit eher zu entsprechen vermögen. Auf die bei Box- und Ringkämpfen zutage tretende Gewalttätigkeit und Rohheit trifft das dagegen in keinem Falle zu.

(PrOstg., 3. Sen., Ur. v. 9. Nov. 1933, III C 109/33.)

## D. Ausländische Gerichte.

### Obertribunal Kaunas.

Berichtet von Obertribunalrichter Plümcke, Memel.

I. § 78 ZPO.; § 34 NAD. Auf seinen Antrag kann ein bei einem anderen als dem angerufenen Gericht zugelassener N.A. als Armenanwalt beigeordnet werden.†)

Es ist zwar richtig, daß ein Anspruch einer armen Partei auf Beordnung eines N.A. für das Verfahren vor dem AG. nicht besteht (vgl. § 78 ZPO. und § 34 NAD.). Eine solche Beordnung kann aber erfolgen (vgl. § 34 NAD.). Nach Ansicht des ObTrib. entspräche die Beordnung im vorliegenden Falle der Billigkeit, da die Rechtslage nicht so einfach ist, daß deshalb die Beordnung ohne Gefahr für den Kl. unterbleiben könnte, und da auch der Gegner durch einen N.A. vertreten ist. Nun besagt allerdings § 36 NAD., daß die Auswahl eines beigeordneten N.A. durch den Vorsitzenden des Gerichts aus der Zahl der bei diesem zugelassenen N.A. erfolgt. Hiernach könnte also ein bei dem betreffenden Gericht nicht zugelassener N.A. nicht gezwungen werden, eine Parteivertretung als Armenanwalt zu übernehmen. Es würde jedoch eine Überspannung des im § 36 ausgesprochenen Gedankens bedeuten, wenn man aus dem Wortlaut folgern wollte, daß ein bei dem betreffenden Gericht nicht zugelassener Anwalt auch mit seiner Zustimmung und auch auf seinen ausdrücklichen Wunsch nicht als Armenanwalt beigeordnet werden könnte. Im vorliegenden Falle hat aber der bei dem ProzGer. nicht zugelassene N.A. Sch. selbst beantragt, dem Kl. einen Armenanwalt beigeordnen und sich dabei selbst bereit erklärt, den Kl. als Armenanwalt zu vertreten. Nur dürfen, da N.A. Sch. in S. wohnt, der Rechtsstreit aber bei dem AG. in W. schwebt, nicht größere Kosten entstehen, als durch die Tätigkeit eines in W. wohnhaften Armenanwalts entstehen würden. Dies ergibt sich sinngemäß aus § 37 NAD.

(ObTrib. Kaunas, Beschl. v. 11. Juni 1933, W c 134/33.)

Zu 1. Die Entsch. betrifft einen Fragenkomplex, der die deutschen Gerichte vielfach beschäftigt hat, nämlich die Beordnung eines nicht beim ProzGer. zugelassenen Anwalts. Zu unterscheiden ist dabei, ob die Beordnung durch das ProzGer. für das Verfahren vor dem ProzGer. oder für das Verfahren vor dem ersuchten Richter erfolgt. Die Entsch. beschäftigt sich nur mit der ersten dieser beiden Möglichkeiten und bejaht sie mit der Einschränkung, daß die Beordnung nur mit Zustimmung des Anwalts möglich sei und mit der Folge, daß innerhalb der Grenzen des § 37 NAD. auch ein Kostenanspruch gegen die Staatskasse für den N.A. bestehen. Die gleiche Auffassung vertreten OLG. Stuttgart: JW. 1930, 191; OLG. I Berlin: JW. 1930, 209, Beschl. der Prozesrichtervereinigung Groß-Berlin: JW. 1931, 1361<sup>22</sup>. Anders Friedländer, NAD. Bem. 7 zu § 36 und Bem. 5 zu § 34, sowie die ersichtlich überwiegende Rechtsmeinung, die zutreffend de lege lata die Frage wegen des klaren Wortlauts des § 36 NAD. (durch den Vorsitzenden des ProzGer. aus der Zahl der bei diesem zugelassenen N.A.) verneint (vgl. auch Weiershöfer: JW. 1930, 209 und 1931, 1130 zu Biff. 6 der dortigen Anmerkung). Die Argumente sind die gleichen, wie sie zur Verneinung der wesentlich wichtigeren Frage herangezogen werden, ob für ein auswärtiges Beweisverfahren ein Anwalt beigeordnet werden kann. Insofern dürfte im deutschen Reich die Erörterung wohl abgeschlossen sein durch AG.: JW. 1913, 214; 1930, 64 und zuletzt durch die sehr sorgfältig und unangreifbar begründete Entsch. AG. 133, 137 = JW. 1931, 2907 (mit vielen Nachweisen).

Ergebnis: § 36 NAD. schließt jede Beordnung eines nicht beim ProzGer. zugelassenen N.A. durch das ProzGer. aus sowohl für die Tätigkeit bei dem ProzGer. als auch für die Tätigkeit vor dem ersuchten Richter, ebenso jede Beordnung eines N.A. durch ein ersuchtes Gericht. Auf die Zustimmung des N.A. kann es dabei nicht ankommen, da durch sie ein gesetzliches Gebot nicht ausgeräumt werden kann. Für den der besprochenen Entsch. zugrunde liegenden Fall ist auch eine Änderung des Gesetzes unnötig, sogar unerwünscht, da sie der Lokalisierung der Anwaltschaft widerspricht, deren Aufrechterhaltung und strenge Durchführung das Interesse der Rechtspflege erfordert (vgl. die beherzigenswerten Darlegungen in der Begründung zum Entwurf einer ZPO. 1931, 291/92). Die Beordnung eines Armenanwalts für auswärtige Beweisstermine wird dagegen häufig wünschenswert sein, wobei selbstredend strenge Anforderungen an die Notwendigkeit anwaltlicher Vertretung im Einzelfall zu stellen wären. Die Erwägung einer gesetzlichen Regelung wird hier um so unbedenklicher sein, als die ZPO. v. 27. Okt. 1933 die Beweisstermine vor dem ersuchten Richter sehr stark einschränkt.

N.A. Dr. F e r g e, Celle.