



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.

Verlag: W. Moeser Buchhandlung, Inh.: Oscar Brandstetter, Leipzig C I, 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.

Das Ende des Parteienbundesstaats.

Von Professor Dr. Ernst Rudolf Huber, Kiel.

1. Die Weimarer Verfassung erwähnt bekanntlich die politischen Parteien nur an einer Stelle (im Art. 130 Abs. 2) und auch dort nur in einem abschätzigen Sinne. Das Wort „Bundesstaat“ enthält sie überhaupt nicht; die alten Gliedstaaten werden nicht mehr Staaten, sondern Länder genannt, und der Vorpruch wie der Art. 18 verweisen auf eine Neugliederung des Reiches nach stammesmäßigen, wirtschaftlichen und kulturellen Gesichtspunkten. Aber diese negative Bewertung von Parteien und Einzelstaaten ist bloß die Fassade der Weimarer Republik; der wirkliche Aufbau des Reiches erhebt sich auf einem parteipolitischen und bundesstaatlichen Fundament. Die Parteien und die Einzelstaaten hatten im Umsturz 1918/1919 über die Reichsgewalt triumphiert, und sie blieben die eigentlichen Machthaber der Weimarer Republik, obwohl die Verfassung nichts Ausdrückliches über diese Stellung enthält.

Der Weimarer Staat war erstens ein Parteienstaat. Das besagt nicht nur, daß in ihm politische Parteien bestanden und politischen Einfluß ausübten. Würde der Begriff des Parteienstaates in einem so weiten und farblosen Sinne verstanden, so wäre z. B. auch das Bismarcksche Reich unter ihn zu bringen gewesen. Solange die Parteien lose Wahlvereinigungen bleiben, der Staat aber über ihnen als selbständiges Eigenwesen besteht, ist jedoch von Parteienstaat keine Rede. Erst dann, wenn der Staat aufhört, eigenen politischen Gesetzen zu folgen, erst dann, wenn er politischen Willen und politische Macht nicht mehr aus sich selbst besitzt, sondern von den politischen Parteien als Instrument ihres Strebens benutzt wird, hat er sich in einen Parteienstaat verwandelt.

Solche Parteienstaaten sind in ihrer politischen Existenz nicht gefährdet, solange alle Parteien von einer gemeinsamen Weltanschauung ausgehen, der sie sich selbstverständlich einordnen¹⁾. Bezeichnend für diesen Typus des Parteienstaates sind England und die Vereinigten Staaten, wo über alle parteimäßigen Unterscheidungen und Gegenätze hinweg die Idee der englischen society und des amerikanischen Bürgerturns als maßgebend anerkannt werden, wenn auch in England die fortschreitende Radikalisierung der Labour-Partei dieses System in Frage stellt²⁾. Der deutsche Parteienstaat gehörte

einem anderen Typus zu; hier fühlte jede große Partei sich als politisch autonome Organisation; es gab kein gemeinsames geistiges Band und kein schlechthin anerkanntes politisches Gesamtziel. Die gemeinsame Einordnung in ein Volk wurde nur als Deckmantel benutzt, hinter dem sich der absolute Selbstzweck der verschiedenen Parteiorganisationen verbarg. Die Parteien waren nicht mehr lose, auf freier Werbung beruhende private Wahlvereinigungen; sie entwickelten sich zu festen Parteikörpern mit einer eigenen Weltanschauung, einem eigenen Wertsystem, einer festumrissenen politischen Idee, mit einer starken inneren Hierarchie und einer schlagkräftigen, für den inneren Kampf gerüsteten Wehrformation³⁾. Sie waren nach ihrer eigentlichen Natur Träger öffentlicher Macht im Staate, behielten aber ihren privatrechtlichen Status bei, um ohne jede Verantwortung gegenüber dem Staat ihren politischen Zielen zu folgen⁴⁾. Der deutsche Parteienstaat war ein Staat mit weltanschaulich und politisch in sich abgeschlossenen, selbstherrlichen Parteikörpern.

Der Weimarer Staat war zweitens ein Bundesstaat. Nun gibt es zahlreiche föderativ aufgebaute Staaten, die trotz der staatlichen Aufgliederung nach innen und außen eine politische Einheit sind. Für das Weimarer Staatsrecht ist bezeichnend, daß unter dem Einfluß alter geschichtlicher Übel und neuer Untugenden „Begriff und Wesen des Bundesstaats“ eine besondere Prägung erhielten. Der Weimarer Bundesstaatsbegriff setzt voraus, daß die innerstaatlichen Glieder in der Lage sind, auf Kosten des Gesamtstaates eigene politische Ziele zu verfolgen und einen eigenen politischen Willen zu bilden. Mag das Reich sehen, wie es seine Interessen verwirklicht, die Länder verfolgen die ihren! Soll ein in dieser Weise bündisch gegliederter Staat nicht in seine Teile zerfallen, so muß er wie das Bismarcksche Reich hegemonisch aufgebaut sein, d. h. einer der Gliedstaaten muß rechtlich und tatsächlich die Vormacht besitzen und über die Gesamtgewalt verfügen⁵⁾. Die Weimarer Republik hat die preussische Hegemonie beseitigt, ohne zugleich eine starke Reichsgewalt aufzurichten. Sie hat damit den föderalistischen, zugleich partikularistischen und

³⁾ Vgl. Carl Schmitt, *Gesunde Wirtschaft im starken Staat* (Mitt. des Langnam-Vereins 1932, 18 ff.).

⁴⁾ Über das „Zwielicht dieses Zwischenzustandes“ Carl Schmitt, *Legalität und Legitimität* (1932) S. 91.

⁵⁾ Vgl. Bilsfinger, *Der Einfluß der Einzelstaaten auf die Übung des Reichswillens* (1923) S. 110 ff.

¹⁾ Vgl. Koellreutter, *Grundriß der Allgemeinen Staatslehre* (1933) S. 148.

²⁾ Vgl. Koellreutter, *Der englische Staat der Gegenwart und das britische Weltreich* (1930) S. 32.

zuweilen sogar separatistischen Bestrebungen der Länder freien Spielraum gewährt. Theoretisch und ideologisch kann man die Begriffe Föderalismus, Partikularismus und Separatismus vielleicht unterscheiden. Aber praktisch-politisch gehen Föderalismus, Partikularismus und Separatismus schnell und unauffällig ineinander über, und vieles kleidet sich in das ideologische Gewand des Föderalismus, um nur desto sicherer den partikularistischen und separatistischen Neigungen nachzugehen.

Bestimmend für den Föderalismus des Weimarer Systems sind drei Wesenszüge: 1. Die Länder besitzen eine eigene politische Repräsentation, die nur formal nach gleichen Grundzügen wie der Reichstag gewählt wird (Art. 17 Verf.), in der Sache aber nach den besonderen politischen Verhältnissen des Landes zusammengesetzt wird, so daß in den Landesparlamenten andere Parteikoalitionen die Mehrheit besitzen können als im Reichstag. 2. Aus diesen Landesparlamenten erheben sich sog. eigenwüchsige Landesregierungen, d. h. von jedem Reichseinfluß freie, nur aus der Landesorganisation entstammende Regierungen, so daß die Landesregierungen sachlich nicht in Einklang mit der Reichsregierung zu stehen brauchen. 3. Landesparlament und Landesregierung zusammen sind berechtigt, eine eigene, von der Reichspolitik unabhängige und ihr sogar zuwiderlaufende Politik zu führen; auch bei der Vertretung dieser eigenen Politik im Reichsrat sind die Länder völlig frei. Diese Auffassung von „Begriff und Wesen des deutschen Bundesstaats“, die vor allem von Vertretern des extremen bayerischen Föderalismus verfochten worden ist, hat sich in der Verfassungspraxis der Weimarer Republik durchgesetzt. Sie ist vor allem vom Staatsgerichtshof in seiner berühmten Entsch. v. 25. Okt. 1932 im Prinzip anerkannt worden⁶⁾. Die Einordnungs- und Treupflicht, die den Ländern obliegt und deren Einhaltung im äußersten Fall mit der Reichsregierung erzwingen werden kann, ist von der Weimarer Staatsrechtslehre und vom Staatsgerichtshof auf ein Mindestmaß reduziert worden. Der Föderalismus, der in sich immer die Reine des Partikularismus und Separatismus trägt, hat sich bei Auslegung und Anwendung der Weimarer Verfassung durchgesetzt.

2. Der Weimarer Staat war nicht nur ein Parteienstaat und Bundesstaat; er hätte sich sonst ohne weiteres in eine Vielheit von Gruppen und Landschaften aufgelöst. Zwar war ursprünglich auch das Reich als solches in der Hand der politischen Parteien, die es als Instrument ihres Machtwillens benutzten. Aber es entwickelten sich im Reich immer stärker die Ansätze zu einer echten Reichsgewalt. Reichspräsident, Reichswehr und Reichsverwaltung suchten, eine von den Parteien unabhängige, eigene Reichsgewalt aufzurichten. Diese drei Faktoren der Reichsgewalt waren nach dem ursprünglichen Sinn der Weimarer Verfassung „neutral“ und „unpolitisch“. Aber das Fehlen einer „verfassungsmäßigen“ politischen Reichsgewalt zwang sie, sich selbst mit Hilfe der Ausnahmebefugnisse des Art. 48 zu Trägern einer politischen Reichsgewalt zu erheben. Es wird noch näher zu zeigen sein, daß diese Mächte nicht die genügende geistige Kraft und nicht die ausreichende innere Sicherheit besaßen, um eine wirklich vollgültige Reichsgewalt zu schaffen, und gerade die „Präsidialregierung“, die sich aus diesen Faktoren entfaltete, blieb ein Surrogat⁷⁾. Aber schon dieser mangelhafte und innerlich schwache Versuch, eine echte Reichsgewalt zu entwickeln, genügte, um die Parteien und die partikularistischen Mächte in ihrer Sicherheit zu erschüttern. Gegenüber den unscheinbaren und mäßigen Ansätzen der Reichsgewalt erhob sich sofort der Widerstand von Parteien und Einzelstaaten. Parteien und Einzelstaaten schlossen ein politisches Bündnis gegen das Reich; Parteienstaat und Bundesstaat wuchsen zu einer Front, dem Parteienbundesstaat, zusammen. Nur als Gegenwirkung gegen den unvollkommenen Versuch, die unabhängige Gewalt des Reiches durchzusetzen, kam die Entstehung des Parteienbundesstaates erklärt werden.

Der Parteienbundesstaat ist nämlich keine bloße

Summe von Parteienstaat und Bundesstaat; er ist die aus dem gemeinsamen Gegensatz gegen das Reich entstandene Synthese beider Elemente⁸⁾. Kennzeichnend für den deutschen Parteienbundesstaat ist, daß zwei an sich grundverschiedene, ja unvereinbare politische und soziale Mächte (Parteien und Länder) sich gegenseitig verbunden und durchdrungen haben, wobei sie nur ein einziger Zweck leitete, die eigene Macht auf Kosten des Reiches zu erhöhen. In zweifacher Weise trat diese Durchdringung von Ländern und Parteien ein; einmal indem die Länder versuchten, für ihre partikularistischen Zwecke die Form der politischen Partei zu benutzen; zum andern, indem die Parteien sich der Eigenstaatlichkeit der Länder bedienten, um ihren parteipolitischen Zielen nachzugehen. Für die erstgenannte Erscheinung ist die Entstehung und die Tätigkeit der Bayerischen Volkspartei bezeichnend; das Land Bayern verwandte die Partei als ein Instrument, um die bayerischen Sonderwünsche gegenüber der Reichsgewalt wirksam zu vertreten, und die Schlüsselstellung der Bayerischen Volkspartei im deutschen Parteiensystem gewährleistete dauernd den Erfolg dieses Mißbrauchs der Parteiform zu partikularistischen Zwecken. Noch erfolgreicher war die zweite Form, in der der Parteienbundesstaat sich verwirklichte. Die politischen Parteien wählten ihre Stützpunkte in den Ländern; sie nisteten sich in den Parlamenten, Regierungen, Verwaltungen und Gerichtsbehörden der Länder ein, um die Landesstaatsgewalt als Waffe im Kampf gegen die Reichsgewalt zu benutzen. Nur so war es möglich, daß die alten ultramontanen Reichsfeinde sich mit den an sich unitarischen Marxisten in den Ländern zu Koalitionen verbanden, die in erster Linie der gemeinsame Gegensatz gegen das Reich einte. Das Deutsche Reich zerfiel schließlich in einzelne Gruppen von Staaten, von denen die eine die Stützpunkte der schwarzroten Koalition (Preußen, Baden usw.), die zweite die Stützpunkte der marxistisch-bürgerlichen Koalition (Hamburg, Bremen, Lübeck usw.) und die dritte die ausgesprochenen Zentrumsstützpunkte (Bayern, Württemberg) umfaßte; Zentrum und SPD. verklammerten diese drei Gruppen zu einer einheitlichen Front gegen das Reich. Nur einige wenige Länder standen außerhalb dieser reichsfeindlichen Kombination. Am sichersten zeigte sich diese Struktur des deutschen Staates im Reichsrat, der völlig zu einem Organ des Parteienbundesstaates herabfiel. Sein Vorgänger, der alte Bundesrat, war ein Gesandtenkongreß, auf dem wirklich die Einzelstaaten als geschlossene politische Einheiten vertreten waren. Der Reichsrat der Weimarer Republik repräsentierte nicht mehr als Staatenkongreß die geschlossenen staatlichen Einheiten, sondern als Organ des Parteienbundesstaates die Parteikoalitionen, die in den einzelnen Ländern an der Macht waren.

3. Der erste Versuch, den Parteienbundesstaat zu überwinden, wurde unter der Regierung von Papen unternommen. Gestützt auf die staatsrechtlichen Lehren vom autoritären Staat und von der Präsidialregierung sollte die Autorität des Reichspräsidenten, die Macht der Reichswehr und die Organisation der Reichsverwaltung zu einer echten und unabhängigen Reichsgewalt zusammengefaßt und der Widerstand des Parteienbundesstaates gebrochen werden. Der verfassungsvolle Auftakt für dieses Unternehmen war der Preußenschlag v. 20. Juli 1932, wo es fast mühelos gelang, die schwarzrote Herrschaft in Preußen zu beseitigen und den Parteienbundesstaat seines mächtigsten Stützpunktes zu berauben. Aber unmittelbar nach diesem großen Ereignis der deutschen Geschichte zeigte sich, daß den damals herrschenden Trägern des Reichsgedankens die inneren Kräfte fehlten, die notwendig waren,

⁶⁾ Die Verbindung von bundesstaatlicher Gliederung und parteienstaatlicher Regierungsform hat Koellreutter in seiner Schrift „Das Deutsche Reich als Bundesstaat und als Parteienstaat“ (1927) S. 33 hervorgehoben. Die Folgen eines Bündnisses von parteipolitischem Pluralismus und Föderalismus sind bei Carl Schmitt, „Der Hüter der Verfassung“ (1931) S. 95 entwickelt. Der Ausdruck „Parteienbundesstaat“ ist von Hilfinger, „Exekution, Diktatur und Föderalismus“ (DJZ. 1932, 1018) zuerst verwendet, wenn auch noch nicht definiert worden. Über den Begriff vgl. ferner C. Schmitt, „Gesunde Wirtschaft im starken Staat“ (Witt. des Langnam-Bereins 1932, 14f.); ders., „Das ReichstatthalterG.“ (1933) S. 7; E. M. Huber, „Reichsgewalt und StG.“ (1932) S. 18.

⁶⁾ Lammers-Simons, Nspr. des StGH. Bd. 5 S. 30 ff.

⁷⁾ Vgl. Ritterbusch, „Der Verfassungskompromiß von Weimar, das Experiment der Präsidialregierung und die nationalsozialistische Staatsidee“ (1932).

um das parteibundesstaatliche System wirklich zu vernichten. Statt eine endgültige Tatsache zu schaffen und das Reich und Preußen mit einem Schlage unauf löslich miteinander zu verketten, begnügte man sich mit einem „vorübergehenden Eingriff“ und ließ man es zu, daß sich die Front des Parteienbundesstaates sammelte und zum Gegenschlag ausholte. Besonders bezeichnend war, daß die Kommissare des Reichs durch einen Vergleich mit den Vertretern des Parteienbundesstaates darauf verzichteten, die Rechte Preußens im Reichsrat sofort und nachdrücklich wahrzunehmen. Damit war das repräsentative Organ des Parteienbundesstaates von dem Eingriff des Reiches verschont geblieben; den parteibundesstaatlichen Mächten war der erste Einbruch in die am 20. Juli eroberte Stellung des Reiches gelungen. Noch kennzeichnender war, daß man, während sich von Bayern aus der Gegenangriff gegen die Reichsgewalt vorbereitete, der bayrischen Staatsregierung Angebote machte, die auf eine Stärkung der bayerischen „Eigenstaatlichkeit“ hinausliefen. Die Träger des Parteienbundesstaates konnten durch solche Angebote in ihrem Kampf gegen die Reichsgewalt nur ermutigt werden. Es konnte nicht wundernehmen, daß das Reich sich mit den Vertretern des Parteienbundesstaates auf einen Prozeß vor dem Staatsgerichtshof einließ, der auf dem Boden der prozessualen Gleichberechtigung geführt werden mußte und der nach dem Wesen dieses Gerichtshofs nur in einem Kompromiß enden konnte. Die Front, die damals in Leipzig zum Kampf gegen das Reich antrat, enthüllte kraft die Groteske des parteibundesstaatlichen Systems. Sozialdemokratie, Zentrum, Bayerische Volkspartei benutzten die Stützpunkte, die sie in den Ländern besaßen, dazu, einen Prozeß gegen das Reich durchzuführen; die Länder wurden vorgeschoben, um die formale Grundlage für einen Prozeß zu schaffen, bei dem es sich in Wahrheit nicht um die Verteidigung der Landesrechte, sondern der Parteieninteressen gegen das Reich handelte. Am 25. Okt. 1932 erließ der Staatsgerichtshof jene bekannte Entscheidung⁹⁾, die die preussische Staatsgewalt zwischen den Kommissaren des Reichs und der alten schwarzroten Regierung teilte. Daß es zu diesem juristisch verfehlten und politisch unsinnigen Urteil kommen konnte, lag nicht nur an der mangelnden Einsicht der Richter, sondern zum guten Teile auch an den damaligen Trägern der Reichsgewalt, denen die Entschlossenheit und die innere Sicherheit des Handelns fehlten, die notwendig gewesen wären, um den Überraschungssieg des 20. Juli zu erhalten und auszubauen.

4. Es gehört zu den großen Leistungen der nationalsozialistischen Regierung, daß sie unmittelbar nach ihrem Amtsantritt und lange vor den Wahlen v. 5. März die Reste des schwarzroten Systems in Preußen austilgte und sämtliche Funktionen der sog. „Hoheitsregierung“ Braun auf die Kommissare des Reichs übertrug¹⁰⁾. Ebenso erhielt die Reichsregierung noch vor den Reichstagswahlen das Recht, die Befugnisse der obersten Landesbehörden vorübergehend wahrzunehmen, falls in einem Lande die zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nötigen Maßnahmen nicht getroffen wurden¹¹⁾; damit war eine allgemeine gesetzliche Grundlage für die Einsetzung von Reichskommissaren in den Ländern geschaffen. Nach dem Sieg des 5. März war dann der Weg frei für die endgültige Niederwerfung des parteibundesstaatlichen Systems in den übrigen Ländern. Überall dort, wo noch Regierungen der Weimarer Front am Ruder waren, wurden die alten Machthaber beseitigt und Kommissare des Reichs eingesetzt, die die Landesstaatsgewalt im Auftrage der Reichsregierung ausübten. Die beiden GleichschaltungsG. v. 3. März und v. 7. April 1933 (RGBl. I, 153 u. 173) schließlich haben eine völlig neue staatsrechtliche Grundlage für das Verhältnis von Reich und Ländern geschaffen und die Elemente des Parteienbundesstaates restlos vernichtet. Das erste GleichschaltungsG. v. 31. März löste die alten Landtage auf

und ließ an ihre Stelle neue Landtage treten, die über sichere nationalsozialistische Mehrheiten verfügten. Diese Mehrheiten wurden durch die Ausschaltung der sozialdemokratischen Abgeordneten, die durch die V.D. zur Sicherung der Staatsführung v. 7. Juli 1933 (RGBl. I, 462) erfolgte, noch verstärkt. Das ReichstatthalterG. hat darüber hinaus die oberste Staatsgewalt in den Ländern in die Hand von Reichsorganen gegeben und so die Durchführung der Grundsätze der Reichspolitik in den Ländern unverbrüchlich gesichert. Die oben aufgeführten Merkmale des Bundesstaates Weimarer Stils, nämlich das von der Zusammensetzung des Reichstags unabhängige Landesparlament, die aus diesem unabhängigen Landesparlament hervorgehende „eigenwüchsig“ Landesregierung und das Recht des Landes auf eine eigene, von der Reichspolitik unterschiedene und ihr unter Umständen sogar entgegengesetzte Landespolitik sind auf diese Weise beseitigt worden. Die bundesstaatliche Struktur des Reiches ist entfallen.

Gleichzeitig setzte die Entwicklung ein, die die Überbleibsel des Parteienstaates im Deutschen Reich anräumte. Die staatsfeindliche KPD. wurde unmittelbar mit dem Umsturz faktisch vernichtet, und die kommunistischen Stimmen wurden bei der Bildung des Reichstages und der Landtage selbstverständlich nicht berücksichtigt. Die Sozialdemokratie war der gleichen Entwicklung unterworfen, die mit der schon erwähnten V.D. zur Sicherung der Staatsführung v. 7. Juli 1933 abgeschlossen wurde. Die Selbstauflösung der bürgerlichen Parteien im Sommer 1933 schuf die Grundlage für das Gef. v. 14. Juli 1933 (RGBl. I, 479), das jede Neubildung politischer Parteien verbot und das gleichzeitig die NSDAP. zur „einzigen politischen Partei“ Deutschlands erhob. Diese Ausschließlichkeit der NSDAP. ist natürlich nur dann wirklich gesichert, wenn verhindert werden kann, daß sich die ihr feindlichen Kräfte tarnen und hinter anderen, an sich ungefährlichen Organisationen verbergen, die sie als Instrumente des Widerstandes benutzen. Dieser Versuch ist bei den Gewerkschaften gemacht worden, wo er besonders nahe lag; er ist beim Stahlhelm und anderen nationalen Wehrverbänden fortgesetzt worden; und eine Zeitlang haben die Mächte des parteipolitischen Widerstandes sogar gesucht, die Kirche für ihre Zwecke zu mißbrauchen. Es gibt keine noch so „private“ oder „unpolitische“ Organisation, die nicht zur Tarnung eines apokryphen Parteienstaates verwandt werden könnte. Die „Gleichschaltung“ aller Organisationen bis hinein in den privaten und sogar den kirchlichen Bereich war ein Teil des Kampfes gegen die Reste des Parteienstaates. Die Eingliederung des Stahlhelms und anderer Wehrformationen in die SA., die Einordnung der bündischen Jugend, der Arbeiterjugend und des evangelischen Jugendwerks in die Hitlerjugend, die Einbeziehung der Gewerkschaften in die Arbeitsfront, die Auflösung von Beamtenbünden und die Umformung von wissenschaftlichen Vereinigungen, alles das und zahllose andere gleichlaufende Maßnahmen mehr sind (abgesehen von sonstigen dabei verfolgten Zielen) Teilhandlungen in dem unerbittlichen Kampf gegen verborgene Überreste des parteienstaatlichen Systems.

Hand in Hand damit gingen die einzelnen Akte, durch die die NSDAP. aus einer privaten Wahlvereinigung zum Träger öffentlicher Macht erhoben wurde. Das geschah von vornherein schon dadurch, daß der Führer der Partei Reichszkanzler und daß zahlreiche Reichsleiter Reichsminister wurden. Fast alle Reichsstatthalter sind Gauleiter der Partei, ebenso sind zahlreiche preussische Oberpräsidenten und Polizeipräsidenten entweder Gauleiter oder hohe SA.-Führer. Die erste gesetzliche Maßnahme, die diese Verbindung von Partei und Staat zum Ausdruck brachte, war das Gef. betr. die Dienststrafgewalt über die Mitglieder der SA. und SS. v. 28. April 1933 (RGBl. I, 230). Die erste enge Verklammerung von Partei und Staat brachte das Gef. über den preuß. Staatsrat v. 8. Juli 1933 (GS. 241); in der gleichen Richtung liegt das Gef. über den Provinzialrat v. 17. Juli 1933 (GS. 254); in dem GemVerfG. v. 15. Dez. 1933 (GS. 427) hat diese Entwicklung für Preußen einen krönenden Abschluß gefunden. Diese wenigen Beispiele aus einer reichen Fülle von Tatsachen sollen veranschaulichen, in wie starkem Maße die NSDAP. zum Unterbau der Staatsführung, der Staatsverwaltung und der Selbstverwaltung geworden ist.

⁹⁾ Vgl. dazu E. R. Huber, Reichsgewalt und StGH. (1932); Seckel, Das Ur. des StGH. v. 25. Okt. 1932 (ArchSchR. N.F. 23, 183 ff.).

¹⁰⁾ V.D. d. RPräf. zur Herstellung geordneter Regierungsverhältnisse in Preußen v. 6. Febr. 1933 (RGBl. I, 43).

¹¹⁾ § 2 V.D. d. RPräf. zum Schutze von Volk und Staat v. 28. Febr. 1933 (RGBl. I, 83).

Die NSDAP. hat mit ihrem Sieg über den Parteienstaat aufgehört, eine „Partei“ neben anderen zu sein; sie ist staatstragende Bewegung geworden. Der Nürnberger Parteitag machte den Wandel, dem die NSDAP. damit unterworfen wurde, bereits deutlich; wenn der Stellvertreter des Führers den Parteitag damals als den wahren Reichstag der deutschen Nation bezeichnete, so wurde damit die öffentliche Funktion, in die die Partei eingetreten war, zu klarem Ausdruck gebracht. Die Reichstagswahl v. 12. Nov. 1933, die ein eindeutiges Bekenntnis des deutschen Volkes zur Partei enthielt, ließ die repräsentative Funktion der Partei im deutschen Verfassungsleben noch sichtbarer hervortreten. Das Ges. v. 1. Dez. 1933 (RGBl. I, 1016), das die Einheit von Partei und Staat gewährleistet und die Partei auch juristisch zur staatstragenden Bewegung des Reiches macht, schließt diese politische Entwicklung staatsrechtlich ab. Es erhebt die Partei als die mit dem Staat unlöslich verbundene „Trägerin des deutschen Staatsgedankens“, als die „führende und bewegende Kraft des nationalsozialistischen Staates“ zur Körperschaft des öffentlichen Rechts; darunter ist natürlich hier kein der Staatsaufsicht unterstehender Selbstverwaltungsverband, sondern eine staatsrechtlich ausgezeichnete Führungsgemeinschaft zu verstehen. Den Mitgliedern der Partei obliegen nach dem Gesetz „erhöhte Pflichten gegenüber Führer, Volk und Staat“, die notfalls durch eine besondere Gerichtsbarkeit durchgesetzt werden. Der Stellvertreter des Führers und der Stabschef der SA. werden durch das Gesetz zu Mitgliedern der Reichsregierung gemacht. Darüber hinaus aber setzt das Gesetz offenbar auch die Verbindung des Reichskanzleramtes und des Parteiführeramtes in einer Hand, wie sich aus seinem § 8 ergibt, als selbstverständlich voraus. Man wird hier künftighin nicht nur tatsächlich, sondern auch juristisch notwendige und unaufschiebbare Personalunion des Kanzleramtes und des Parteiführeramtes zu sehen haben. Der durch die nationalsozialistische Revolution zerschlagene Parteienstaat hat mit diesem Gesetz auch äußerlich sein Ende gefunden.

5. Die politischen Parteien und die eigenstaatlichen Länder sind vernichtet; der Parteienbundesstaat, in dem sie sich zu einer unkontrollierbaren und undurchsichtigen, dafür aber um so gefährlicheren Front gegen das Reich organisiert hatten, ist durch die nationalsozialistische Revolution niedergeschlagen worden. Man hat geglaubt, diese negative Feststellung positiv dahin umschreiben zu können, daß das nationalsozialistische Reich nach seiner staatsrechtlichen Struktur ein Einheitsstaat und ein Einparteistaat sei. Beide Ausdrücke sind staatsrechtlich betrachtet nicht ungefährlich. Der Ausdruck Einheitsstaat ist im alten Reich von Freunden einer unitarischen Reichsreform geprägt worden; der Ausdruck Einparteistaat entspricht Vorstellungen des faschistischen und bolschewistischen Systems. Es ist nicht unbedenklich, rechtliche und politische Kategorien, die aus überlebten oder fremdvölkischen geistigen und politischen Zusammenhängen stammen, auf das gegenwärtige deutsche Staatsrecht anzuwenden. Juristische und politische Kategorien tragen immer etwas von der geistigen Umwelt in sich, in der sie geprägt worden sind, und es besteht die Gefahr, daß mit solchen Kategorien überlebte oder fremde Denkgewohnheiten, die dem heutigen deutschen Staatsrecht nicht angemessen sind, übernommen werden.

Der Ausdruck „Einheitsstaat“ umschreibt eine verwaltungstechnische Einheit des Staates, was sich besonders deutlich daran zeigt, daß man die beiden Formen des zentralisierten und des dezentralisierten Einheitsstaates unterscheiden. Zentralisation und Dezentralisation sind Formen der Staatsverwaltung und bezeichnen entweder eine technisch straffe oder eine örtlich aufgelockerte Verwaltungsart. Für den nationalsozialistischen Staat ist nicht die verwaltungstechnische Einheit das entscheidende Merkmal. Insbesondere ist es unzutreffend, wenn im Zusammenhang mit dieser Frage immer wieder die Meinung vorgetragen wird, daß im neuen deutschen Staatsrecht die Länder die Stellung von Selbstverwaltungskörpern erhalten hätten¹²⁾. Die Alternative „Staat oder Kommunalverband“ reicht nicht aus, um die heutigen deutschen Länder

zu erfassen; das ihnen zukommende Eigenleben ist weder staatslicher noch kommunaler, sondern eben „landesmäßiger“ Art, und das „Land“ (= Territorium) ist ein staatsrechtlicher Typus, der als dritte, selbständige Form neben Staat und Gemeinde steht. Die Länder, die Gesetzgebungshoheit, Justizhoheit und Polizeihochheit besitzen, können unmöglich in die Reihe der Kommunen eingeordnet werden; sie sind nach ihrer geschichtlichen, politischen und staatsrechtlichen Prägung eine selbständige Zwischenform zwischen Provinz und Staat und eine eigene Gattung eines staatsrechtlichen Verbandes¹³⁾. Da diese Länder keine bloßen Verwaltungseinheiten sind, ist ihre Einordnung in das Reich keine verwaltungsrechtliche Eingliederung; das Verhältnis von Reich und Ländern kann nicht mit den Mitteln des Verwaltungsrechtes gemeißelt werden, wie es bei einem wirklichen Einheitsstaat der Fall wäre. Die nationalsozialistische Gleichschaltung der Länder mit dem Reich hat deshalb nichts mit dem alten „Unitarismus“ zu tun¹⁴⁾. Gerade die Einrichtung der Reichsstatthalter, die keine Verwaltungsaufgabe, sondern eine politische Führungsaufgabe in den Ländern erfüllen, zeigt, daß die übernommenen Begriffe des Verwaltungsrechtes nicht ausreichen, um die Stellung der Länder im Reich zu umschreiben. Der Einheitsstaat im alten Sprachgebrauch, gleichviel ob er zentralisierter oder dezentralisierter Einheitsstaat war, war ein Verwaltungsstaat, d. h. ein Staat, dessen Einheit durch die Verwaltung hergestellt wird. Das Verhältnis von Reich und Ländern im nationalsozialistischen Staat beruht auf dem Prinzip der politischen Führung; er ist kein Einheitsstaat, sondern ein Führerstaat.

Der Ausdruck „Einparteistaat“ bezeichnet im präzisen Sinne einen Staat, in dem eine organisierte exklusive Minderheit eine politische rechtlose Mehrheit beherrscht. In diesem strengen und eindeutigen Sinne kann die Bezeichnung „Einparteistaat“ nur auf das bolschewistische Rußland angewandt werden; hier ist die Partei in der Tat noch eine „pars“, ein vom übrigen Volk abgeschlossener Teil. Sie paßt vielleicht auch auf das frühe faschistische System, aber nicht mehr auf das heutige Italien. Mit den Grundfragen des nationalsozialistischen Reiches steht sie in offenbarem Widerspruch¹⁵⁾. Das Ziel des Nationalsozialismus ist der völkische Staat, ein Staat also, der von dem ganzen Volke getragen wird und dessen Sein und Werden von der Idee des Volkes bestimmt ist, für den das Volk die Substanz der politischen Einheit ist, der seine Kraft nach innen und außen aus dem ganzen Volke zieht. Es gibt im nationalsozialistischen Reich nur eine Partei, aber es ist darum kein Einparteistaat. Denn die Partei hat nicht das Ziel, als eine organisierte Minderheit eine rechtlose Mehrheit zu vergewaltigen. Ihre Aufgabe ist es vielmehr, das gesamte Volk zur politischen Einheit zu formen und als Repräsentation dieser völkischen Einheit Bürge der staatlichen Geschlossenheit und Macht nach innen und außen zu sein. Die Partei und das Volk sind im nationalsozialistischen Staate eine Einheit, nicht in dem Sinne, daß jeder Volksgenosse notwendig Parteimitglied sein müßte, aber in dem Sinne, daß die Partei nichts anderes sein kann, als eine äußere Verkörperung und Darstellung der allumfassenden totalen Einheit. Der völkische Staat ist ein totaler Staat, nicht nur in der Weise, daß alle Lebensgebiete vom staatlichen Willen durchdrungen sind, sondern auch und entscheidend in dem Sinne, daß alle Volksgenossen an dem nationalen Geschehen teilnehmen und von dem gemeinsamen politischen Schicksal mitbetroffen sind. Die Totalität des völkischen Staates ist also nicht nur eine Totalität der Staatsgewalt, sondern auch eine Totalität der völkischen Einheit. Der Grundsatz von der Urgleichheit des ganzen Volkes, der für den Nationalsozialismus bestimmend ist¹⁶⁾, schließt die Herrschaft einer abgeschlossenen Kaste über ein rechtloses Volk nach bolschewistischem Vorbild aus.

Die Partei ist als staatstragende Bewegung eine dem

¹²⁾ Vgl. Carl Schmitt, Staat, Bewegung, Volk (1933) S. 19.

¹³⁾ Vgl. auch C. Schmitt, Das ReichsstatthalterG. S. 10; Bilfinger, Das ReichsstatthalterG., ArchStfR. Nf. 24, 138; anders Koellreutter, Grundriß der allgemeinen Staatslehre (1933) S. 221.

¹⁴⁾ Koellreutter, Grundriß S. 165 ff. wendet den Ausdruck unterschiedslos auf Bolschewismus, Faschismus und Nationalsozialismus an. Auch Carl Schmitt, Staat, Bewegung, Volk S. 11 spricht vom „Einparteistaat“ des nationalsozialistischen Deutschland.

¹⁵⁾ Vgl. C. Schmitt, Staat, Bewegung, Volk S. 42.

¹²⁾ Vgl. z. B. Röttgen, Die Neuordnung der kommunalen Selbstverwaltung (Gemeindetag 1933 Nr. 12 S. 1).

völkischen Ganzen dienende und ihm eingeordnete Bewegung; sie ist keine organisierte Minderheit, die herrscht, sondern eine politische Elite, die führt¹⁷⁾. Sie hat als führende politische Organisation das selbstverständliche Recht, die politischen Grundsätze zu formulieren, die im staatlichen Handeln entscheidend sind, und die Verwirklichung dieser politischen Aufgaben mit allen Mitteln durchzusetzen. Sie ist durch dieses Vorrecht ausgezeichnet, bleibt aber gerade dadurch aufs engste mit dem Volke verbunden¹⁸⁾. Ihr Sinn ist es, das Volk in den Staat einzufügen, es für seine politischen Aufgaben zu erziehen, ihm die Maßnahmen der Regierungspolitik verständlich zu machen, den politischen Menschentypus zu züchten, der verantwortlich handelnd in die staatliche Führung eintreten kann. Diese Stellung der Partei tritt eindrucksvoll in dem Ge-

¹⁷⁾ Über den Unterschied des Führens und anderer Arten des Herrschens vgl. E. Schmitt, *Staat, Bewegung, Volk* S. 41.

¹⁸⁾ Vgl. Forsthoff, *Der totale Staat* (1933) S. 33.

setz zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat v. 1. Dez. 1933 hervor, in dem die besonderen Pflichten, die den Parteimitgliedern gegenüber Führer, Volk und Staat obliegen, so stark hervorgehoben worden sind. Aber gerade als Führungsgemeinschaft des völkischen Staates hat die NSDAP. nichts mit dem Einparteiensystem des Bolschewismus zu tun. Man sollte nicht an einer gemeinsamen Bezeichnung für beide Staatstypen festhalten, die eine verhängnisvolle Verwechslung nahelegt. Der nationalsozialistische Staat ist kein Einparteiensstaat, sondern ein völkischer Staat; die NSDAP. ist keine zur Herrschaft privilegierte Minderheitsorganisation, sondern ein staats- und volkstragender Führungskern.

Das Ende des Parteienbundesstaates bedeutet also nicht, daß damit ein Einheitsstaat und ein Einparteiensstaat errichtet worden sei. Ein nationalsozialistischer Reich hat den Parteienbundesstaat durch den völkischen Führerstaat ersetzt und damit die staatsrechtlichen Voraussetzungen für eine unabhängige Reichsgewalt geschaffen.

Das neue preußische Gemeindeverfassungsrecht.

Von Staatsminister Professor Dr. Drews, Präsident des Oberverwaltungsgerichts Berlin.

Das preußische Gesetz v. 15. Dez. 1933 (GS. 427) setzt an die Stelle von 15 verschiedenen, durch mannigfache Zusätze und Änderungen äußerst unübersichtlich gewordenen Stadt- und Landgemeindeordnungen ein klares einheitliches neues Recht. Die Neuordnung bringt zugleich aber auch eine völlige Umgestaltung des gesamten Gemeindeverfassungsrechts, die nach dem gewaltigen Umschwung unseres ganzen staatlichen Lebens durch die nationale Revolution vom Frühjahr 1933 unbedingt notwendig war und die an Tragweite auf dem Gebiete des Kommunalrechts sehr wohl mit derjenigen auf dem Gebiete des Reichs- und Staatsrechts verglichen werden kann, die durch das ErmächtG. und das StatthalterG. erfolgt ist.

Als hervorragendstes Kennzeichen nicht nur des preußischen, sondern allgemein des deutschen Gemeindeverfassungsrechts galt bisher mit Recht die Selbstverwaltung, die den Gemeinden und den Gemeindeverbänden eingeräumt ist. Diese Selbstverwaltung wurde in der Form, zu der sie im Laufe des 19. und 20. Jahrhunderts bis zur nationalen Revolution ausgestaltet war, vor allem durch drei Momente charakterisiert: 1. durch die Selbständigkeit der Gemeinden gegenüber der Staatsgewalt, 2. durch die sog. Universalität und 3. durch die Selbstbestellung der Gemeindeorgane.

Die Selbständigkeit gegenüber der Staatsgewalt ging nach der bisherigen Rechtsentwicklung so weit, daß die staatliche Aufsichtsbehörde nicht befugt war, vom Standpunkt des höheren staatlichen Allgemeininteresses in die Entschließungen der Gemeindeorgane in Selbstverwaltungsangelegenheiten gebietend oder verbietend einzugreifen — es sei denn, daß ein Gesetz sie ausdrücklich dazu ermächtigte. Solche Spezialermächtigungen bestanden in einer Reihe bestimmt bezeichneter Fälle, z. B. in der Form der Bestätigung für die Wahlen leitender Gemeindebeamten oder der Genehmigung von Satzungen, Steuerordnungen und bestimmter anderer Gemeindebeschlüsse, insbesondere solcher von finanzieller Tragweite (Höhe der Steuerzuschläge, Veräußerung von Grundstücken, Aufnahme von Anleihen usw.). Weiterhin war die Aufsichtsbehörde generell befugt, Beschlüsse der Gemeindeorgane, die das bestehende Recht verletzten, aus diesem Grunde mit aufschiebender Wirkung zu beanstanden. Auch konnte sie rechtlich festgestellte Verpflichtungen der Gemeinden, deren Erfüllung die Gemeinden verweigerten, zwangsetatistieren. Über die Berechtigung solcher Beanstandungen und Zwangsetatistierungen entschieden dann auf evtl. Klage der Gemeinde die Verwaltungsgerichte im Verwaltungsstreitverfahren. Gegen unzumutbare, aber nicht rechtswidrige Beschlüsse der Gemeindeorgane in Selbstverwaltungsangelegenheiten waren die staatlichen Aufsichtsorgane zu irgendwelchen verbindlichen Maßnahmen nicht befugt, auch wenn die Beschlüsse ihrer Überzeugung nach das allgemeine Staatswohl oder die engeren eigenen Interessen der Gemeinde schädigten.

Die Universalität der Selbstverwaltung bedeutete nach dem bisherigen Recht, daß die Gemeinden befugt waren, neben den ihnen durch Gesetz auferlegten Pflichtaufgaben alle Angelegenheiten, Einrichtungen und Anstalten wirtschaftlicher oder kultureller Art nach ihrem freien Belieben als Gemeindeaufgaben zu übernehmen und durchzuführen, ohne daß es einer Zustimmung der Aufsichtsbehörde bedurfte und ohne daß diese berechtigt war, ein Veto einzulegen, auch wenn die Übernahme mit den höheren allgemeinen staatlichen Interessen oder der Finanzlage der Gemeinden nicht im Einklang stand. Ausgeschlossen waren lediglich solche Angelegenheiten, die durch Reichs- oder Landesgesetz einer anderen Stelle ausdrücklich vorbehalten waren. Diese Universalität stellte ein besonderes Kennzeichen der deutschen Selbstverwaltung gegenüber dem englischen „local government“ dar, das den Kommunalverbänden nur die Übernahme solcher Angelegenheiten erlaubt, deren Übernahme ihnen durch ein generelles oder spezielles Gesetz ausdrücklich freigegeben ist.

Die Selbstbestellung der Gemeindeorgane bedeutete nach bisherigem Recht, daß überall die gesetzgebenden Willensorgane (d. h. die Gemeindevertretungen) von den Gemeindeangehörigen frei gewählt und von diesen Vertretungen dann die leitenden ausführenden Organe (d. h. Bürgermeister, Magistratsmitglieder, Beigeordnete, Schulzen, Schöffen usw.) im Wege der Wahl bestellt wurden und diesen verantwortlich waren. Für diese Wahlen war zwar staatliche Bestätigung vorgesehen; tatsächlich hatten sich die Verhältnisse aber dahin entwickelt, daß eine Nichtbestätigung eine höchst seltene Ausnahme bildete und vielfach als Beschränkung der Selbstverwaltung ausgelegt wurde.

Gerade in diesen drei Hauptpunkten hat das Gesetz vom 15. Dez. 1933 die wesentlichsten Änderungen gebracht. Die Staatsaufsicht ist weitgehend ausgedehnt (§§ 58 ff.). Sie erstreckt sich nicht nur darauf, daß die Gemeinden ihre Angelegenheiten in Übereinstimmung mit den bestehenden Gesetzen führen, sondern daß diese Verwaltung auch wirtschaftlich, sparsam und sauber und im Einklang mit den Zielen der Staatsführung erfolgt. Im Einklang mit den Zielen der Staatsführung bedeutet, daß die Gemeinden verpflichtet sind, ihre Verwaltung so zu führen, wie es die Staatsregierung im Interesse der Gesamtheit oder der einzelnen Teile des Staates vom höheren Gesichtspunkt aus für zweckmäßig und geboten erachtet. Die Gemeinden bzw. Gemeindeorgane sind verpflichtet, ihre Entschließungen oder Anordnungen gemäß den diesbezüglichen Festsetzungen der Aufsichtsbehörde zu treffen oder abzuändern. Die Aufsichtsbehörde kann ihre Festsetzungen nötigenfalls zwangsweise durchführen. Eine Nachprüfung solcher Anordnungen der Aufsichtsbehörde im Verwaltungsstreitverfahren findet grundsätzlich nicht mehr statt, sondern lediglich die einfache Beschwerde an die höhere Staatsaufsichtsbehörde.

Die Universalität der Selbstverwaltung ist durch das Gesetz v. 15. Dez. 1933 zwar sachlich nicht aufgehoben oder auf bestimmte Gebiete beschränkt worden. Wohl aber ist durch § 7 vorgeschrieben, daß die Gemeinden nur solche Aufgaben übernehmen dürfen, die einerseits der Förderung der örtlichen Gemeinschaft und der Pflege ihrer Eigenart dienen und andererseits unter Berücksichtigung der Lage der Abgabepflichtigen ihrer Leistungsfähigkeit entsprechen und wirtschaftlich vernünftig sind. Auch dürfen sie Aufgaben nicht übernehmen, die von anderer Seite ausreichend besorgt werden. Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind oder nicht, entscheidet ausschließlich die Aufsichtsbehörde. Für wirtschaftliche Unternehmungen der Gemeinden gelten die weitergehenden Vorschriften der §§ 86 ff. GemFinanzG. Die bisherige freie Universalität ist also aufgehoben.

Die Selbstbestellung der Gemeindeorgane ist durchweg beseitigt. Wahlen finden in den Gemeinden überhaupt nicht mehr statt. Der Vorsteher der Gemeinde und die übrigen leitenden Beamten werden von der Aufsichtsbehörde ernannt und sind ausschließlich dieser gegenüber verantwortlich. Gemeindevertretungen mit beschließender oder entscheidender Stimme oder mit dem Recht der Kontrolle des Gemeindevorstandes gibt es überhaupt nicht mehr. Träger der gesamten gesetzgebenden Gewalt der bisherigen Gemeindevertretungen und der gesamten Exekutivgewalt ist allein der Gemeindevorstand. Dieser ist überall eine Einzelperson (in Stadtkreisen Oberbürgermeister, in anderen Städten Bürgermeister, in den rein ländlichen Bauerndörfern der Dorfschulze, in den anderen Landgemeinden der Gemeindefschulze). Kollegiale Gemeindevorstände (Magistrate usw.) gibt es nicht mehr. Lediglich zur Beratung des Gemeindevorstehers werden Gemeinderäte aus der Zahl der Mitglieder der Gemeindeangehörigen bestellt, die von der Aufsichtsbehörde ernannt werden. Auch kann der Gemeindevorsteher selbst Beiräte ernennen, die ihn für bestimmte Verwaltungsgebiete beraten.

Diese Änderung der Hauptgrundlagen des bisherigen Gemeindeverfassungsrechts sind zweifellos außerordentlich tiefgreifender Natur. Von manchen Seiten wird gemeint, daß damit die Selbstverwaltung, wie sie der Freiherr vom Stein in der StädteD. v. 19. Nov. 1808 begründet habe, überhaupt aufgegeben sei. Diese Auffassung ist insoweit schon tatsächlich unrichtig, als sie die Frage der Selbständigkeit und der Universalität betrifft. Die Selbstverwaltung der StädteD. von 1808 war gerade bezüglich der Stellung und Befugnisse der Aufsichtsbehörde gegenüber den Gemeinden wesentlich verschieden von der Selbstverwaltung, wie sie im Laufe der Folgezeit durch Gesetze und Verwaltungsbrauch ausgestaltet worden ist. In der Steinschen StädteD. waren zwei außerordentlich wichtige Vorschriften enthalten, die von den Verfechtern „reiner“ Selbstverwaltung in der Regel übersehen werden. Nach § 2 StädteD. hatte die Staatsaufsichtsbehörde neben der Genehmigung von Gemeindefatuten und der Bestätigung der Magistratsmitglieder die Aufgabe, über Beschwerden einzelner Bürger oder ganzer Abteilungen über das Gemeinwesen zu entscheiden, und nach §§ 171 ff. bedurften neue Einrichtungen der Gemeinden, deren Einführung nicht generell vom Staate genehmigt war, der Zustimmung der Aufsichtsbehörde. Eine „freie“ Universalität der Selbstverwaltung war also durch die Steinsche StädteD. nicht geschaffen worden, sondern zu jeder Ausdehnung ihrer Tätigkeit war die generelle oder spezielle Zustimmung der Aufsichtsbehörde nötig. Das unbegrenzte Recht der Aufsichtsbehörde, über Beschwerden in Gemeindeangelegenheiten zu entscheiden, gab der Aufsichtsbehörde ferner die Befugnis, alle Beschlüsse und Anordnungen jedes Gemeindeorgans, gegen die von irgendeiner Stelle Beschwerde erhoben wurde, aufzuheben und abzuändern — und zwar nicht nur aus Rechts-, sondern auch aus Zweckmäßigkeitsgründen. Steins Staatsauffassung war eine durch und durch organische. Wie in einem lebenden Körper die einzelnen Zellen und Zellverbände einerseits ihr eigenes Leben mit eigener Ernährung, Atmung, Stoffwechsel usw. führen, zugleich aber und zwar in erster Linie ihre besonderen Funktionen für den Gesamtorganismus verrichten, dessen untrennbare Bestandteile sie sind und ohne den sie nicht existieren können, so sollten nach

Steins Absicht auch die einzelnen Unterverbände im einheitlichen Staatsorganismus einerseits ihre eigenen engeren Angelegenheiten selbständig erledigen, zugleich aber und zwar in erster Linie dem Staatsganzen dienen, dessen nachgeordnete dienende Bestandteile sie sind. Jenes Eigenleben der Zellen war in dem alten absoluten Staat nur sehr wenig entwickelt. Insbes. die Städte zeigten unter Leitung der staatlichen Steuerräte und der Art und Weise, wie diese ihre fast unbeschränkten Befugnisse handhabten, kaum eine Spur selbständiger Teilnahme der Bürger am öffentlichen Leben. Um die Gemeinden zur eigenen Verwaltung ihrer engeren nachbarlichen Angelegenheiten zu befähigen und sie zugleich zu mitarbeitenden Zellen im Staatsorganismus zu machen und alle Gemeindeglieder so am Leben des Staatsganzen tätig zu beteiligen, hat Stein die städtische Selbstverwaltung geschaffen. Es wurde ihm damals vorgeworfen, daß er mit dieser Institution Hunderte von kleinen Republiken im Staate errichte und den Staat als solchen damit zersehe und zerstöre. Dieser Vorwurf war unberechtigt. Denn die Steinsche StädteD. sicherte in den zitierten Bestimmungen den Primat des Staates in vollem Umfange und setzte ihn jederzeit in stand, sowohl eine dem Gesamtwohl des Staates wie eine der Gesundheit der einzelnen Zellen schädliche Eigenentwicklung der nachgeordneten Verbände wirksam zu verhindern. Um ein anderes Bild zu gebrauchen: Die Gemeinden hatten vor Stein in der Zeit des absoluten und bürokratischen Staates etwa die Stellung kleiner Kinder unter sieben Jahren, die nach außen rechtlich völlig unselbständig sind, die nichts tun dürfen, ohne zu fragen, und schon gescholten werden, wenn sie ohne Erlaubnis etwas tun. Stein gab ihnen in der StädteD. etwa die Rolle eines 18jährigen Sohnes, den der Vater mit einem Wechsel auf die Universität schickt, um dort im Rahmen dieses Zweckes sein eigenes Leben zu führen und seine eigenen engeren Angelegenheiten selbständig zu besorgen; solange sich der Sohn in diesem Rahmen hält, läßt ihn der Vater freie Hand und freut sich, daß der Sohn eigene Verantwortung kennenlernt; selbst wenn der Sohn in dieser Freiheit einmal eine kleine Dummheit macht, läßt ihn der vernünftige Vater ruhig gewähren, denn er weiß: nichts erzieht so sehr, wie eine auf eigene Verantwortung gemachte Dummheit. Nur wenn der Sohn Dinge tut, die dem ideellen oder materiellen Interesse der Familie zuwiderlaufen oder die den Sohn selbst ernstlich schädigen, greift der Vater als Familienoberhaupt kraft seiner unbedingt übergeordneten patria potestas verbietend oder anweisend ein. So etwa dachte sich der im Grunde ganz konservativ und patriarchalisch veranlagte Stein das Verhältnis des Staates zu den Gemeinden, und die Vorschriften seiner StädteD., die er auf die Landgemeinden und sonstigen Kommunalverbände gleichmäßig auszudehnen beabsichtigte, bilden den Niederschlag dieser seiner Absicht.

Das individualistische 19. Jahrhundert hat diese Steinschen Ideen und die von ihm getroffene Regelung jedoch völlig umgestaltet. Es hat aus dem unter der unbefchränkten patria potestas stehenden Sohn einen großjährigen, der väterlichen Gewalt entzogenen Sohn gemacht, dem gegenüber der Vater nur ganz bestimmte, gesetzlich genau abgegrenzte Befugnisse hat. Die revidierte StädteD. von 1831 änderte an dem Verhältnis der Staatsaufsicht zu den Städten nichts Wesentliches. Wenn im § 139 der Inhalt der Staatsaufsicht dahin definiert wurde, daß sie dafür zu sorgen habe, daß die Verwaltung fortwährend in dem vorgeschriebenen Gange bleibe und angezeigte Störungen beseitigt würden, so sollte damit, wenn man den stark reaktionären Charakter der damaligen Regierung und Gesetzgebung in Betracht zieht, sicherlich keine Beschränkung der Staatsaufsichtsgewalt eingeführt werden. Dementsprechend wurde auch weiterhin in der Praxis die Staatsaufsicht nicht nur auf die Rechtmäßigkeit, sondern auch auf die Zweckmäßigkeit der Verwaltung erstreckt. Aber schon die StädteD. von 1853 schränkte im § 77 die Befugnis der Staatsaufsicht dahin ein, daß von ihr nur noch solche Maßnahmen der Gemeinden mit ausschließender Wirkung beanstandet werden konnten, die entweder das bestehende Recht verletzten oder das Staatswohl gefährdeten; eine bloße Benachteiligung der eigenen Gemeindeinteressen war

fortan nicht mehr genügender Grund zu staatlichem Eingreifen. Über die endgültige Aufhebung einer beanstandeten Maßnahme entschied aber im Streitfall nach wie vor die Aufsichtsbehörde allein. Ein Änderungs- oder Anweisungsbefehl der Aufsichtsbehörden, aus Zweckmäßigkeitsgründen in Selbstverwaltungsangelegenheiten bestimmt zu verfahren, bestand im übrigen fortan nicht mehr. Die Gneist'sche Reformgesetzgebung der 1870er und 1880er Jahre schrieb endlich vor, daß die Aufsichtsbehörden Maßnahmen der Gemeinden (sowohl der Städte wie der sonstigen Kommunalverbände) nur noch im Falle der Gesetzesverletzung mit aufschiebender Wirkung beanstanden dürften und daß über die Frage, ob eine solche Verletzung wirklich vorliege, auf Anrufen der Gemeinden nicht mehr die Aufsichtsbehörden, sondern die Verwaltungsgerichte endgültig zu entscheiden hätten. Jede Befugnis der Aufsichtsbehörden, aus Zweckmäßigkeitsgründen in die Selbstverwaltung gebietend oder verbietend einzugreifen, auch wenn das allgemeine Staatswohl oder das besondere Gemeinwohl geschädigt wurden, wurde aufgehoben. Im Schutze dieser dem Geiste der damals herrschenden individualistischen Staatsauffassung entsprungenen Rechtslage entwickelte sich dann gegen Ende des Jahrhunderts bei den Gemeinden immer stärker die Tendenz, die vornehmste Aufgabe der Selbstverwaltung in der Behauptung ihrer Individualität gegenüber dem Staate und in der unbedingten Abwehr jedes staatlichen Einflusses zu erblicken; Selbstverwaltung wurde als natürliche Opposition gegen den Staat betrachtet; die Gemeinden fühlten sich nicht mehr in erster Linie als natürliche Glieder und Zellen im Staatsorganismus, sondern als selbständige Individualitäten, die einerseits von dem Gegenspieler Staat sich nichts gefallen lassen dürften und andererseits auf möglichst geschickte Weise tunlichst viel von ihm für sich herauszuschlagen suchen mußten. Daß eine derartige individualistische Einstellung und Rechtsstellung der Gemeinden gegenüber dem Staat heute nach dem Siege des totalen und autoritären Staatsgedankens ein Ding der Unmöglichkeit ist, bedarf keiner weiteren Ausführung. Wenn das neue Gemeindeverfassungsgesetz den Primat des Staatswillens gegenüber der Selbstverwaltung als einen „rocher de bronce statueret“ hat, so bedeutet das keine Abwendung von, sondern vielmehr eine Rückkehr zu der organischen Staatsidee Stein's. Voraussetzung eines für alle Teile segensreichen Funktionierens dieser gewaltigen neu wiederhergestellten Macht der Staatsaufsicht ist natürlich ihre Handhabung nicht im bürokratischen Sinne dauernden Dreinredens und Nörgelns, sondern im großzügigen Stein'schen Sinne, der die Selbständigkeit und Selbstverantwortung der Gemeinden stets soweit unangetastet lassen wollte, als dies mit den öffentlichen Interessen vereinbar war. Der § 59 Gemeindeverfassungsgesetz bekennt sich zu diesem Stein'schen Gedanken mit den Worten, daß die Staatsaufsicht so zu handhaben ist, „daß die Entscheidungskraft und Verantwortungsreidigkeit der gemeindlichen Stellen gefördert und nicht beeinträchtigt wird“.

Grundsätzlich andere Wege als Stein geht die Neuordnung aber bezüglich der Bestellung der Gemeindeorgane. Stein glaubte, daß er durch die Übertragung der Wahl der Gemeindevertretung auf die Gemeindeangehörigen und durch die Übertragung der Wahl der leitenden Beamten sowie der Beschlussfassung in allen städtischen Angelegenheiten auf die Gemeindevertretung das Verantwortungs- und Pflichtgefühl der mit diesen Aufgaben Betrauten so erwecken und anspannen würde, daß jeder mit allen Kräften bestrebt sein würde, ohne Rücksicht auf andere Bindungen das von ihm nach seiner innersten persönlichen Überzeugung für das Staatsganze und für die Gemeinde Beste zu tun. Stein hat unter den damaligen Verhältnissen sicher recht gehabt; die von ihm geschaffene Organisation hat sich viele Jahrzehnte hindurch bewährt. Das gesunde Aufblühen der Gemeinden während dieser Zeit ist der Beweis dafür. Aber die Verhältnisse und vor allem die Menschen in ihrer Einstellung zum öffentlichen Leben änderten sich. Die unglückliche Entwicklung, die der Parlamentarismus gerade in Deutschland genommen hat, übte immer stärker ihre Rückwirkungen auch auf die kommunalen Vertretungen aus. Wähler und Gemeindevertretungen gruppieren sich immer weniger und handeln immer

weniger nach den Gesichtspunkten möglichst sachkundiger und zweckmäßiger Verwaltung der eigenen Gemeindeangelegenheiten als nach den Programmen der allgemeinen politischen Parteien; die gleiche innere Zerrissenheit und Zerfahrenheit, die gleiche gegenseitige Verhetzung und Beargöhnung, wie sie von jeher das Unglück unseres Vaterlandes gewesen ist und wie sie für unsere politischen Parlamente zum Fluch geworden ist, trat mit ihren Folgererscheinungen — Ruhhandel, Parteiklingelwirtschaft, Korruption und schließlich völlige Unfähigkeit, durch positive Beschlüsse die Kontinuität der Verwaltung sicherzustellen — in den Gemeindeparlamenten immer krasser zutage. Die restlose Politisierung der kommunalen Vertretungen durch Einführung der direkten Verhältniswahl nach der Revolution von 1918 beseitigte die letzten Schranken dieser Entwicklung. Eine radikale Beseitigung dieser Verhältnisse war unumgänglich nötig.

Die nationale Revolution vom Frühjahr 1933 hat nun eine Einheit des nationalen Willens entfacht, wie solche vorher in Deutschland nie bestanden hat. Dieser neue einheitliche nationale Wille, der auch in der im Frühjahr 1933 erfolgten Gleichschaltung der kommunalen Vertretungen bezüglich ihrer Zusammensetzung mit den von dem einheitlichen nationalen Willen gewählten politischen Körperschaften zum Ausbruch kam, würde an sich eine Gefahr, daß aus Wahlen in den Gemeinden sich noch einmal ähnliche Zustände entwickeln könnten wie früher, für absehbare Zeiten ausgeschlossen erscheinen lassen. Wenn gleichwohl das neue Gemeindeverfassungsgesetz die Wahlen in den Gemeinden überhaupt und gänzlich beseitigt hat, so liegt der Grund darin, daß sich — zuletzt noch in der großen Volksabstimmung vom 12. Nov. 1933 — das ganze deutsche Volk so gut wie geschlossen für die restlose Durchführung des Führerprinzips, mit dem die Geburt des neuen deutschen Geistes untrennbar verbunden ist, ausgesprochen hat. Führerprinzip bedeutet aber Bestellung eines verantwortlichen Leiters in jeder Organisation unseres öffentlichen Lebens von oben — letzten Endes also vom obersten Führer, nicht durch Wahl von unten; und sie bedeutet umgekehrt Verantwortung der bestellten Leiter nicht, wie bisher, von oben nach unten, sondern von unten nach oben. Wenn Reich und Länder und alle öffentlichen und halböffentlichen Organisationen in Wirtschaft, berufsständischem Aufbau usw. nach dem Führerprinzip aufgebaut sind, so konnten unmöglich die Gemeinden und sonstigen kommunalen Gebilde eine Ausnahme machen, und zwar nicht bloß aus logischer Prinzipienreiterei, sondern weil die Gemeinden sonst ihrem innersten Wesen nach anders geartete Fremdkörper im heutigen Staatsorganismus sein würden; als solche würden sie ihre Funktionen für den Gesamtkörper nicht reibungslos erfüllen können und nur zu leicht zu Störungen und Entzündungen Anlaß geben. Der Staat hat freilich eine gewaltige Aufgabe mit der Pflicht übernommen, für jede Gemeinde einen Mann zu bestellen, der neben den bisherigen Obliegenheiten des Gemeindevorstandes alles das allein und unter persönlicher Verantwortung zu bewältigen hat, was bisher Gemeindevertretung und kollegiale Gemeindevorstände in Gemeindeangelegenheiten zu beschließen, anzuordnen und auszuführen berufen waren, und der Staat hat diesen einen Mann nicht nur zu bestellen, sondern auch selbst und allein dauernd daraufhin zu kontrollieren, daß er seine Pflichten gewissenhaft und zum Wohle von Staat und Gemeinde erfüllt. Daß der heutige Staat diese Aufgabe übernommen hat, bezeugt von neuem, daß er auch den nötigen Wagemut besitzt, ohne den nun einmal große durchgreifende Reformen nicht zu machen sind — an dem es in früheren Zeiten so sehr fehlte.

Da fortan der Staat den allein zum Handeln für die Gemeinde berufenen und allein für ihre gesamte Verwaltung verantwortlichen Bürgermeister und Schulzen ohne entscheidende Mitwirkung der Gemeinde bestellt — an Vorschläge von Gemeinden, denen ein solches Vorschlagsrecht besonders verbleiben ist, ist der Staat nicht gebunden (§§ 48, 49) —, könnte es scheinen, als ob nunmehr die Selbstverwaltung in Staatsverwaltung umgewandelt sei. Dem ist aber nicht so. Die Gemeinde bleibt nach wie vor ein in sich geschlossener Zellverband mit eigenem Innenleben; die Angelegenheiten der Gemeinde bleiben nach wie vor von den Staatsangelegen-

heiten geschieden und sind unter dem Gesichtspunkt der besonderen Gemeindeinteressen zu verwalten. Gerade zur Wahrnehmung dieser besonderen Gemeindeinteressen im Rahmen der allgemeinen Staatsziele ist der Bürgermeister und Schulze kraft seiner Stellung als Gemeindebeamter — denn das ist und bleibt er, nicht etwa Staatsbeamter — unter persönlicher Verantwortung verpflichtet; seine Berufung durch den Staat und seine Verantwortung diesem gegenüber soll im Sinne des Führerprinzips lediglich sicherstellen, daß in der Leitung der Gemeinden nur solche Beamten tätig sind, die Gewähr dafür bieten, daß sie die Gemeindegeschäfte stets im Einklang mit den Zielen der Staatsführung verwalten. Vorschläge für die Berufung seitens dazu berechtigter Gemeinden werden bei der Regierung selbstverständlich stets sorgfältig geprüft und nach Möglichkeit berücksichtigt werden. Von großer Bedeutung für den kommunalen Charakter der Gemeindeverwaltung und für die Einflusnahme und Anteilnahme der Bevölkerung an der Gemeindeverwaltung wird die sorgfältige und richtige Auswahl der Gemeinderäte sein, die den Vorsteher ständig zu beraten haben und von ihm vor allen wichtigen Beschlüssen gehört werden müssen (§ 43). Werden hierzu, wie erwartet werden darf, überall das öffentliche Vertrauen genießende Männer bestellt, die wirklich als Repräsentanten der geistigen und materiellen Kräfte innerhalb der Gemeinde anzuerkennen sind, so wird ihr Rat auch ohne Abstimmung und Entscheidungsbefugnis bei dem Vorsteher tatsächlich fast immer den Ausschlag geben und damit sicherstellen, daß die Verwaltung auch dem wirklichen Willen der Gemeindeangehörigen selbst entspricht.

Von manchen Seiten wird die Frage aufgeworfen werden,

ob bei dieser Gestaltung der Dinge unter der Geltung des neuen Gemeindeverfassungsgesetzes überhaupt noch von einer Selbstverwaltung gesprochen werden kann. Zur Beantwortung der Frage muß zunächst feststehen, was Selbstverwaltung eigentlich ist. Der Begriff Selbstverwaltung ist bisher in den Gesetzen nirgends fest bestimmt; Stein selbst hat das Wort überhaupt noch nicht gebraucht; auch das Gemeindeverfassungsgesetz enthält im Gesetzestext selbst den Ausdruck nicht, er findet sich lediglich in der Einleitung. Über den Inhalt des Begriffs wird in der Wissenschaft außerordentlich viel gestritten. Fast jeder Autor gibt eine andere Definition. Der Streit ist in Wahrheit ein Streit um des Kaisers Bart. Selbstverwaltung ist kein ein für allemal feststehender Begriff mit einem absoluten Inhalt, sondern Selbstverwaltung ist zu jeder Zeit das, was das zu dieser Zeit geltende Recht als Selbstverwaltung anerkennt. Wenn also nach dem bisher geltenden Rechtszustande unter Selbstverwaltung etwa zu verstehen war die grundsätzlich von staatlicher Einwirkung freie, dieser nur in gesetzlich ausdrücklich vorgesehenen Fällen unterworfenen Verwaltung der einer Gemeinde gesetzlich übertragenen oder freiwillig von ihr übernommenen Aufgaben durch Organe, die durch Wahlen seitens der Gemeinde selbst bestellt wurden, so ist fortan unter dem neuen Gemeindeverfassungsgesetz unter Selbstverwaltung zu verstehen die Verwaltung der engeren Angelegenheiten einer Gemeinde in rechtlich vorgeschriebener, sachlich zweckmäßiger und mit den Zielen der Staatsführung übereinstimmender Weise durch einen vom Staate bestellten und diesem verantwortlichen Gemeindebeamten unter ständiger Beratung durch vom Staat dazu berufene Vertrauensleute aus der Gemeinde.

Die clausula rebus sic stantibus im heutigen Völkerrecht.

Von Oberverwaltungsgerichtsrat i. R. Graf Westarp, Berlin.

„Die Haltbarkeit aller Verträge zwischen Großstaaten ist eine bedingte, sobald sie in dem „Kampf ums Dasein“ auf die Probe gestellt wird. Keine große Nation wird je zu bewagen sein, ihr Bestehen auf dem Altar der Vertragstreue zu opfern, wenn sie gezwungen ist, zwischen beiden zu wählen. . . . Die clausula rebus sic stantibus wird bei Staatsverträgen, die Leistungen bedingen, stillschweigend angenommen.“

Treffender als durch diese und ähnliche Ausführungen Bismarcks¹⁾, der der Schöpfer und Lehrmeister deutscher nationaler Politik ist, können Wesen, Inhalt und pol. Bedeutung der clausula rebus sic stantibus gerade auch für Deutschland nicht umschrieben werden. Auch in Lijts Lehrbuch²⁾ ist der Ausspruch Bismarcks an die Spitze des Kapitels über die Klausel gestellt worden, mit dem Zusatz „so denkt der Staatsmann“. Die völkerrechtliche Theorie wird in einen einschränkenden Gegensatz dazu gebracht. Die Literatur aller Länder³⁾ darüber ist sehr umfangreich. Es gibt in ihr keine Frage, die nicht umstritten wäre. Besonders bemühen sich um die Ablehnung der Klausel als Rechtsnorm, oder wenigstens um die Einschränkung ihrer Anwendbarkeit alle diejenigen, die dem Völkerrecht trotz aller tatsächlichen Nichtbeachtung den Charakter eines bindenden Rechtes erhalten wissen wollen.

Einzelne Theorien der Begründung der Klausel als Rechtsinstitut führen sie auf Auslegungsregeln und Rechtsvermutung zurück, andere suchen ihren Grund in den Rechtsgrundsätzen über die Unmöglichkeit der Erfüllung oder über den Notstand, in der Langlebigkeit der Staaten, die eine

dauernde Bindung nicht zulasse, in der Abhängigkeit der Staatsverträge von den Interessen, zu deren Befriedigung sie bestimmt sind. Andererseits wird die Meinung vertreten, es handele sich in den historischen Anwendungsfällen der Klausel lediglich um Rechtsverletzungen oder sie sei nur ein präjuristisch politisches Maxim. Ein befriedigendes Ergebnis ist so nicht zu erzielen. Es kommt im Völkerrecht mehr auf die Tatsachen als auf Wunschtheorien an. Tatsache ist, daß in unzähligen Fällen völkerrechtliche Verträge einseitig aufgehoben wurden, weil die Verhältnisse sich seit ihrem Abschluß geändert hatten. Kein Bündnis- oder Neutralitätsvertrag hat die Ewigkeit, und zahlreiche von ihnen haben auch schon vor dem sacro egoismo Italiens i. J. 1915 und Rumäniens 1916 ihren Kündigungstermin nicht erlebt. Die tatsächliche Anwendung der Klausel ist aber keineswegs auf Verträge dieser Art beschränkt geblieben. Viel besprochene Beispiele sind in der Literatur der „Pontusfall vom Jahre 1870“, bei dem die Mächte Juni 1871 in einer Londoner Deklaration gegen die Anwendung der Klausel durch Rußland Protest erhoben, sich praktisch aber damit abgefunden haben, — der Zwischenfall Preußen-Österreich-Dänemark nach dem Kriege von 1864 — der Batumfall vom Juni 1886 — die Annexion von Bosnien und der Herzegowina von 1908 — das britisch-amerikanische Abkommen von 1815 u. v. a. Auch diejenigen Rechtslehrer, die, im Gegensatz zu Erich Kaufmann⁴⁾ und Reut-Nicolussi⁵⁾, wie Bruno Schmidt⁶⁾ und Wolfgang Schneider⁷⁾ bestritten, daß durch die Behandlung dieser und anderer Fälle ein Gewohnheitsrecht entstanden

1) Gedanken und Erinnerungen Bd. 2 S. 249, 258.

2) Lijts-Fleischmann, Lehrb. des Völkerrechts, 12. Aufl., Berlin 1925, S. 264.

3) Ein ausführliches Verzeichnis der deutschen, englischen, französischen und italienischen Literatur mit eingehender Wiedergabe und kritischer Besprechung der verschiedenen Meinungen bis in die neueste Zeit findet sich bei Eduard Reut-Nicolussi, „Zur Problematik der Heiligkeit der Verträge“, Innsbruck 1931 (Schriften des Instituts für Sozialforschung).

4) Erich Kaufmann, Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus, Tübingen 1911.

5) Siehe oben S. 1 Anm. 3.

6) Bruno Schmidt, Über die völkerrechtliche clausula rebus sic stantibus, Leipzig 1907.

7) Wolfgang Schneider, Die völkerrechtliche clausula rebus sic stantibus und der Art. 19 W.V.-Satzung im Heft 32 der Völkerrechtsfragen, Berlin 1931.

sei, geben doch zu, daß es sich nicht etwa nur um „eine bloße Summe unter sich zusammenhangloser Einzelsakta“ handele, sondern daß diese Durchbrechungen des strikten *Sacrae pacta sunt servanda* „mit konstanter Regelmäßigkeit zu beobachten“ sind. Sie haben das ganze vorige Jahrhundert erfüllt. Den Versuch, auf Grund des letzten Vertrages eine ewige Weltordnung zu schaffen, hat schon der Wiener Kongreß von 1815 mit der Heiligen Allianz gemacht. Alle von ihm geschlossenen Verträge und die dadurch geschaffenen Verhältnisse sind beginnend 1830 und endend 1871 auf Grund eines einseitigen Vorgehens eines Vertragspartners beseitigt worden. Nicht die ewige Dauer, sondern die Änderung der Verträge als Folge veränderter Machtverhältnisse und Zustände ist die Regel. Schon die Allgemeinheit ihrer Anwendung spricht dafür, daß die Klausel auf allgemeiner Rechtsüberzeugung beruht und deshalb als völkerrechtliches Rechtsinstitut anzuerkennen ist.

Die grundsätzlichen Ermägungen, aus denen die Klausel als Rechtsfaz anzuerkennen ist, sind in den an die Spitze des Aufsatzes gestellten Äußerungen Bismarcks enthalten. Auf die Darstellung des Standpunktes Bismarcks stützt sich auch Erich Kaufmann in seiner Beweisführung. Auch in dem Privatrecht spielt die Klausel eine Rolle, auf die hier nicht eingegangen werden kann. Für die Prüfung ihrer Bedeutung im Völkerrecht muß man den bei Kaufmann näher erörterten grundsätzlichen Unterschied des Privatrechtes als Subordinations- oder soziales Recht und des Völkerrechtes als Koordinations- oder Individualrecht im Auge behalten.

Die völkerrechtlichen Verträge sind Verträge untereinander koordinierter, nach oben unabhängiger Staaten. Einen Oberstaat, der als Gesetzgeber, Richter und Vollstrecker das Vertragsrecht regelt, gibt es nicht. Der Zweck des völkerrechtlichen Vertrages wird also nicht wie der des Privatvertrages durch die Unterordnung unter die allgemeinen Staatszwecke bestimmt und nicht vom staatlichen Gesetzgeber umschrieben. Er folgt allein und unmittelbar aus dem Wesen und Zweck des vertragschließenden Staates selber und wird allein durch dessen eigenen Willen bestimmt. Da der nationale Staat als Organ der Volkspersönlichkeit nach alten konservativen, ebenso wie nach den heute herrschenden Begriffen seine Aufgabe und seine sittliche Berechtigung in sich selbst trägt, so ist sein vornehmster Zweck die „Selbsterhaltung“ in einem weiteren Sinne, der neben dem Schutz des bestehenden Rechtszustandes auch die Selbstbehauptung durch dessen Fortbildung einschließt. Die Gemeinsamkeit politischer, kultureller, wirtschaftlicher Beziehungen und des Verkehrs begründet das Interesse der Staaten, Bündnisse und Verträge zu schließen und ihnen einen möglichst hohen Grad der Zuverlässigkeit zu geben. Die Sorge um die eigene Vertrauenswürdigkeit und Verkehrsfähigkeit muß den Staat am leichtfertigen Gebrauch der Klausel hindern. Wo aber das Interesse an dem Vertrag und seiner Haltbarkeit in unlösbaren Widerspruch mit der Aufgabe der Selbsterhaltung gerät, muß es zurücktreten. Deshalb ist jeder Staat, wie beim Abschluß, so bei der weiteren Bindung Herr seiner Verträge, also berechtigt, sie einseitig aufzuheben, sobald sie nach seinem eigenen Ermessen mit seiner Aufgabe und seinem Recht der Selbsterhaltung unvereinbar geworden sind. Das ist die „immanente Grenze“ aller Staatsverträge; sie sollen und wollen nur binden, solange die Macht- und Interessenlage, die zur Zeit des Abschlusses bestand, sich nicht so ändert, daß wesentliche Bestimmungen des Vertrages mit dem Selbsterhaltungsrecht der kontrahierenden Staaten unvereinbar werden“. Damit rechnen alle Staaten und insoweit mag die Auslegungstheorie zur Begründung der Klausel herangezogen werden.

Objektive Merkmale, nach denen bestimmte Arten von Verträgen von der Klausel ausgenommen werden sollen, sind nicht aufzustellen. Der Versuch scheidet schon daran, daß der einzelne Staat selbst zu entscheiden berufen ist, ob im gegebenen Fall sein Selbsterhaltungsrecht durch die Bindung an den Vertrag verletzt wird. Das kann begrifflich und praktisch bei allen Arten von Verträgen der Fall sein. In erster Linie stehen solche Verträge, in denen die Partner sich auf längere Zeit hinaus zu einem bestimmten politischen Verhalten verpflichten. Dazu gehören die früheren Bündnisse

und Rückversicherungsverträge und die heutigen Nichtangriffspakte und Friedenssicherungsverträge, die Unterlassung kriegerischer Handlungen, Neutralität, gegenseitige Unterstützung zum Inhalt haben. Die an die Spitze des Aufsatzes gestellten Äußerungen Bismarcks, die im Zusammenhang seiner Betrachtungen über den zeitlich bedingten Wert des Dreibundes getan sind, beziehen sich denn auch unmittelbar auf die Verträge dieses Inhaltes. Grundsätzlich zulässig, wenn auch seltener tatsächlich begründet, ist die Klausel für Verträge über die dauernde Regelung von Verkehrsbeziehungen, zoll- und handelspolitischen Angelegenheiten, internationalen Rechtsschutz. In den letzten Jahren des wirtschaftlichen Erdsturzes sind wiederholt auch Handelsverträge einseitig und verfrüht aufgehoben worden.

Von den generellen Festsetzungen völkerrechtlicher Grundsätze entsprechen gewisse Grundregeln des diplomatischen Verkehrs, wie die Exterritorialität oder die Verpflichtung zur Entschuldigung und Sühne bei Verletzungen der Ehre so sehr dem allgemeinen Verkehrsbedürfnis aller Staaten, daß ein Widerspruch mit dem Selbsterhaltungsrecht kaum in Frage kommen kann. Die Schüsse von Serajewo wurden freilich zum letzten Anlaß des Weltkrieges, weil man sich über das Maß der Sühne nicht einigen konnte.

Bei Verträgen, die nur eine kurz befristete einmalige Leistung — nicht etwa wie der Young-Vertrag eine sechsjährige Tributzahlung — zum Gegenstande haben, wird hinsichtlich dieser Leistung selbst die Klausel nur selten anwendbar sein. Anders liegt die Sache bei den meisten Friedensverträgen. Die darin vereinbarte Abtretung eines Gebiets ist an sich eine einmalige Leistung. Die dauernde Anerkennung der neuen Grenze wird aber, auch wenn sie nicht ausdrücklich vereinbart ist, als Vertragspflicht angesehen. Ihr gegenüber ist die Klausel besonders oft angewendet worden. Der Friedensvertrag eines unterlegenen Staates wird unter dem Druck militärischen Zwanges abgeschlossen. Trotzdem ist nach herrschender völkerrechtlicher Auslegung die Einrede des Zwanges gegen ihn nicht gegeben. Aber es ist ein Gebot handgeistlicher Gerechtigkeit, so führt Kaufmann — im Jahre 1911 — aus, „daß demjenigen Staat, der einen Vertrag unter dem Drucke von Zwang eingegangen ist, das Recht zustehen muß, sobald der Druck und die Bedingungen, die ihn veranlaßten, als *coactus* sein volo zu sagen, fortgefallen sind, das wieder frei gewordene Selbstbestimmungsrecht zur Anwendung zu bringen“. Hiernach ist zu allen Zeiten verfahren worden. Die Wiedereroberung Elsaß-Lothringens auf die Frankreich trotz des Frankfurter Friedens von 1871 niemals verzichtet hat, war das von seinen Verbündeten des Weltkrieges ausdrücklich anerkannte Kriegsziel. Die Präambel zu Art. 51 ff. W.V. mit der unwahren Behauptung einer moralischen Verpflichtung, das 1871 getane Unrecht wieder gutzumachen, kann den Tatbestand nicht ändern, daß man einen Friedensvertrag einseitig aufgehoben hat, weil die Machtverhältnisse sich geändert hatten.

Ebenjowenig wie die der Klausel unterliegenden Verträge, lassen sich also auch die bei ihrer Anwendung zu berücksichtigenden Änderungen der Verhältnisse nach objektiven Merkmalen begrenzen. List⁸⁾ faßt die Lehre von der Klausel dahin zusammen, daß Verträge, „die im Hinblick auf einen bestimmten tatsächlichen Zustand und unter Voraussetzung seiner Dauer geschlossen sind, einseitig gekündigt werden können, wenn dieser Zustand sich ändert“. Das ist zu eng. Jede das Selbsterhaltungsrecht verletzende Änderung reicht aus, gleichviel ob die unveränderte Dauer gerade der von ihr betroffenen Verhältnisse ausdrückliche oder stillschweigende Voraussetzung des Vertragsabschlusses gewesen ist. Das tritt besonders deutlich in dem Verhältnis zutage, das zwischen dem Krieg und der Klausel besteht. In den Waffen liegt die letzte Entscheidung des Streites über die Anwendung der Klausel, und wohl die meisten Kriege hatten die Verletzung oder Aufhebung bestehender Vertrags- und Rechtsverhältnisse zum Anlaß. Andererseits ist der Krieg der häufigste, deutlichste und umfassendste Anwendungsfall der Klausel. Zu den wenigen

⁸⁾ List-Fleischmann, Lehrbuch, 12. Aufl., S. 264.

unbestrittenen Rechtsätzen des Völkerrechts gehört der, daß der Krieg alle zwischen den Vertragsgegnern beschlossenen Verträge aufhebt. Dabei ist selbstverständlich, daß der Krieg als solcher nicht den Grund für die Aufhebung der Verträge sein kann, die gerade für den Kriegsfall selbst abgeschlossen sind, sich also auf die Art der Kriegführung, die Behandlung der Zivilbevölkerung, der Kriegsgefangenen, des Privatigentums, des Sanitätswesens beziehen. Ebenso selbstverständlich ist, daß er die zwischen einer der kriegführenden Mächte und neutralen Staaten abgeschlossenen Verträge und die unversalfen Abmachungen über das Kriegrecht nicht berührt. Deutschland hat denn auch den Neutralitätsbruch gegen Belgien nicht mit der Klausel, sondern mit einem Notstand begründet. Dem Wort Bethmanns von dem Unrecht an Belgien geht die Verurteilung voraus, daß Not kein Gebot kennt. Der U-Boot-Handelskrieg war eine Vergeltungsmaßnahme gegen den völkerrechtswidrigen Seehandelskrieg Englands⁹⁾. In seiner Kriegführung hielt es sich in den dieser Begründung entsprechenden Grenzen. England dagegen führte den Seehandelskrieg von vornherein unter Verletzung alles Völkerrechtes nicht nur zu Ungunsten der Mittelmächte, sondern auch der Neutralen, und begnügte sich damit, seine Maßnahmen mit der Kriegsnotwendigkeit oder mit unsubstantiierten Beschuldigungen Deutschlands zu begründen. Der Grundgedanke des in der Londoner Deklaration v. 26. Jan. 1909 niedergelegten Seekriegsrechtes war, daß außerhalb einer effektiven Blockade, die nicht vorlag, Schifffahrt und Verkehr der Neutralen nur beschränkt werden dürfen, soweit sie nicht für die feindliche Kriegsmacht, sondern für die private Wirtschaft und die Zivilbevölkerung des Kriegsgegners bestimmt sind. Bereits am 4. Aug. 1914 begann England durch Änderung der Konterbandellisten diesen Grundsatz außer Kraft zu setzen, fuhr damit in immer steigendem Maße fort, obwohl es sich am 20. Aug. 1914 auf Vortstellung der Vereinigten Staaten bereit erklärt hatte, die Deklaration während des Krieges zu beachten, um sich Juni 1916 auch formell von ihr loszusagen. Auch sonst gab es wohl keine durch Vertrag oder Gewohnheitsrecht festgesetzte Regel des Seekriegs und des Neutralitätsrechtes, die England nicht einseitig und gegen Protest der Neutralen aufgehoben hätte, um dem deutschen Volk durch gewaltsame Absperrung der neutralen Schifffahrt und durch schärfsten Druck auf die Neutralen die Hand an die Gurgel zu legen. Der Hungertod von 763 000 deutschen Zivilpersonen gehört zu den Ergebnissen dieser Kriegführung, die weit über das Recht der Klausel hinaus den ganzen Bau des Völkerrechtes, das sich auf die Wahrung der Neutralität und eine humane Kriegführung bezieht, schwer erschüttert hat.

Unbestritten ist auch der Rechtsatz, daß ein zweiseitiger völkerrechtlicher Vertrag, der von einem Vertragspartner nicht gehalten wird, für die Gegenseite — mit oder ohne Kündigung — nicht mehr verbindlich ist. Neben der Tatsache, daß es eine vollstreckbare Erfüllungsklage im Völkerrecht nicht gibt, wird auch dieser Rechtsatz damit begründet, daß die Nichterfüllung durch den Vertragspartner eine Änderung der Umstände sei, die zur Anwendung der Klausel berechtigt. Im Auswärtigen Ausschuss des Reichstages und in der Literatur habe ich zuerst die Ansicht vertreten¹⁰⁾, daß die Entwaffnungsbestimmungen des Vers. Vertr. ein zweiseitiger Vertrag sind, von dem Deutschland zurückzutreten berechtigt ist, sobald endgültig feststeht, daß sein Vertragsanspruch auf Durchführung einer allgemeinen Abrüstung nicht erfüllt wird. Diese Rechtsauffassung hat nicht nur in Deutschland, sondern auch im Auslande steigende Anerkennung gefunden. Außerdem sind durch die ungeheuren Rüstungen der anderen und durch die Feststellungen, Vorschläge und Beschlüsse der Abrüstungskonferenz Änderungen eingetreten, die ein Zurückgehen auf den Teil V WVB. ebenso unmöglich machen¹¹⁾, wie ein Zu-

rückgreifen auf den Young-Vertrag ausgeschlossen erscheint, obwohl die Ratifikation des ihn aufhebenden Lausanner Abkommens immer noch aussteht.

Das Recht der Klausel ist durch den W. nicht wesentlich geändert worden. Der W. ist kein „überstaat mit obrigkeitlichen Zwangsbefugnissen“ über seine Mitglieder¹²⁾. Außerdem fehlt ihm die Universalität. Die völkerrechtlichen Verträge der Mitglieder wie der Nichtmitglieder sind daher nach wie vor keiner überstaatlichen Zwangsgesetzgebung unterworfen. Auch der ideelle Zweck des W. ist nicht geeignet, als oberstes Prinzip der Staatsverträge an die Stelle des Selbsterhaltungsrechtes des einzelnen Staates zu treten. „Der höchste Zweck des W. wurde vereitelt, als er mit dem Friedensverträge verbunden und zu einem Zwangsapparate der Sieger des Weltkrieges gemacht wurde.“ Das haben ihm bei seiner Entstehung der Präsident Harding in seiner Kongressbotschaft und 1933 Mussolini durch den Reformvorschlag, die Satzung vom WVB. loszulösen, bescheinigt.

Die *clausula rebus sic stantibus* ist nicht das einzige Rechtsinstitut, das durch das Selbsterhaltungsrecht des Staates begründet ist. Ihm ver dankt ihren Ursprung ebenso die Ehrenklausel, die das Recht des völkerrechtlichen Schiedspruches und Vergleichsverfahrens beherrscht. Unter Billigung der Haager Konferenzen von 1899 und 1907 war sie in allen Schiedsverträgen der Vorkriegszeit in der Form enthalten, daß alle das Lebensinteresse, die Ehre und die Unabhängigkeit des Staates berührenden Streitfälle von dem Schiedsverfahren ausdrücklich ausgenommen wurden. Trotz aller Versuche, objektive Merkmale für die Gerichtsfähigkeit festzustellen, behielt der einzelne Staat die selbständige Entscheidung darüber. Ebenso verpflichtet noch jetzt Art. 13 Abs. 1 W.-Satzung die Mitglieder nur, solche Streitfragen dem schiedsrichterlichen Verfahren zu überweisen, die „nach ihrer Ansicht“ einer schiedsgerichtlichen oder gerichtlichen Lösung zugänglich sind. Dem entsprechen im wesentlichen die Satzung des Ständigen Internationalen Gerichtshofs (StIG.) und die Einzelverträge über das Schiedsverfahren, von denen allein Deutschland 15 abgeschlossen hat, auch die Locarno-Verträge. Erst die „Generalakte“ v. 26. Sept. 1928, die von der Bundesversammlung zur Annahme empfohlen wurde, will die pol. Interessenkonflikte obligatorisch einem Schiedsgericht zu bindender Entscheidung überweisen. Für den Schiedspruch aber schließt die Generalakte jede Berücksichtigung einer eingetretenen Änderung der Verhältnisse ausdrücklich aus. Denn sie schreibt in Art. 28 vor, daß das Schiedsgericht an die allgemeinen Regeln des Völkerrechtes, insbes. an die bestehenden Verträge gebunden ist und nur bei Fehlen solcher Unterlagen *ex aequo et bono* entscheiden darf. Bei den meisten pol. Interessenkonflikten, deren Austragung die Generalakte unter Ausschluß der Klausel dem obligatorischen Schiedspruch überträgt, handelt es sich nun aber gerade um die Frage, ob die Verträge und die durch sie geschaffenen Verhältnisse, insbes. Grenzen, geändert werden sollen. Durch den Art. 28 wird die Generalakte also zu einer weiteren Sicherung des *status quo* auch gegen schiedsrichterliche Entscheidungen. Die deutsche Regierung hat deshalb trotz scharfen Druckes, den England und Frankreich auf der Abrüstungskonferenz ausübten, die Annahme der Generalakte abgelehnt, die infolgedessen nicht in Kraft getreten ist¹³⁾. Für den pol. Interessenkonflikt über die Aufhebung von Verträgen und Rechtsverhältnissen, die infolge tatsächlicher Veränderungen mit dem Selbsterhaltungsrecht unvereinbar geworden sind, fehlt also nach wie vor eine Rechtsprechung mit Einlassungszwang und bindender Kraft.

Schließlich fehlt allen internationalen Urteilen, Schieds- und Vergleichsvorschlägen die Vollstreckbarkeit. Klarer noch als durch theoretische Untersuchungen der Art. 12—17 W.-Satzung wird das durch die historischen Tatsachen erwiesen. Polens Verhalten bei der gewaltsamen Bestrafung von Wilna und Oberschlesien sowie in Minderheitenfragen und Japans Krieg gegen China sind nur einzelne Glieder

⁹⁾ Gutachten des Sachverständigen Winkl. Geh. Rat Dr. Kriege, „Die völkerrechtliche Beurteilung des deutschen Unterseebootskrieges“ S. 116 ff. in *Völkerrecht im Weltkrieg 1914—1918*, 3. Reihe im Werk des Parlamentarischen Untersuchungsausschusses, Bd. 4 (Deutsche Verlagsgesellschaft für Politik u. Geschichte, Berlin 1927).

¹⁰⁾ WVB. 1932, 13; 1933, 1393; Weg zur Freiheit 1932, 186.

¹¹⁾ Schwendemann, *Abrüstung und Sicherheit*, 3. Aufl. 1933, Historisch-Politischer Verlag Hoffmeyer, Leipzig, S. 404—406.

¹²⁾ Schücking-Wehberg, *Die Satzung des W.*, 3. Aufl., Berlin 1931, Bd. I S. 83 ff.

¹³⁾ Schwendemann a. a. O. S. 65 und 575 ff.

einer langen Kette von Beispielen. Seit dem Genfer Protokoll von 1924 bis zu dem am 14. Nov. 1932 der Abrüstungskonferenz überreichten konstruktiven Plan hat Frankreich immer wieder vorgeschlagen¹⁴⁾, dem Rat erweiterte Sanktionsbefugnisse zu geben. Zeigen diese fortgesetzten Versuche, wie schwer Frankreich die Ohnmacht seines WB. empfindet, so zeigt ihr Scheitern, das übrigens nicht allein oder vorwiegend auf Deutschlands Widerstand zurückzuführen ist, daß in absehbarer Zeit keine Aussicht besteht, die selbständige Ausübung des Selbsterhaltungsrechtes der einzelnen Staaten durch wirksamen Zwang des WB. tatsächlich einzuzwingen.

Schließlich kommt noch in Betracht, daß auch das Revisionsverfahren des WB. nicht ausreicht, um das einseitige Aufhebungsrecht der Klausel zu ersehen. Der vielgenannte Art. 19 muß, selbst abgesehen davon, daß seine Auslegung in allen Punkten unstritten ist, deshalb versagen, weil er keine Verpflichtung der Bundesmitglieder begründet, einer von der Bundesversammlung ausgesprochenen Aufforderung zur „Nachprüfung von Verträgen, die unanwendbar geworden sind, oder von internationalen Verhältnissen, deren Aufrechterhaltung den Weltfrieden gefährden könnten“, zu folgen. Der Art. 19 sichert also nicht einmal die Einleitung von Revisionsverhandlungen, geschweige denn deren Erfolg.

Für die Zukunft liegt die Frage nahe, ob Deutschlands Kündigung der Mitgliedschaft im WB. v. 14. Okt. 1933 Änderungen herbeigeführt hat, die zu einer Anwendung der Klausel führen könnte. Das ist ein weites Gebiet, aus dem hier nur die Locarno-Verträge genannt seien. Die Zugehörigkeit Deutschlands zum WB. und die Durchführung der allgemeinen Abrüstung gehörten zu den Voraussetzungen ihres Abschlusses. Ob England und Italien einen vertragswidrigen französischen Einmarsch auf Grund der in Locarno übernommenen Garantie tatsächlich verhindern würden, war vielleicht schon vor der jetzt eingetretenen Änderung der Verhältnisse zweifelhaft. Um so mehr könnte Deutschland über kurz oder lang in die Lage kommen, zu prüfen, ob die Locarno-Verträge in allen ihren Bestimmungen noch mit dem Selbsterhaltungsrecht Deutsch-

lands vereinbar sind. Das gilt insbes. für die in Art. 1 des Hauptvertrages erneut übernommene und garantierte Verpflichtung, die Bestimmungen der Art. 42 und 43 BZV. über die Entmilitarisierung ganz Westdeutschlands bis 50 km diesseits des Rheines einzuhalten.

Die Feststellung Erich Kaufmanns, daß im Koordinationsrecht „jeder Staat nur das darf, was er kann“, mag nicht lieblich klingen in den Ohren der Ideologen des Völkerrechts, der Völkergemeinschaft und des ewigen Völkerfriedens. Bei nüchterner Betrachtung der historischen Entwicklung und der tatsächlichen Verhältnisse im Leben der Völker und angelehnt von den harten Lehren, die wir in den letzten zwei Jahrzehnten erhalten haben, ist sie berechtigt. Aus dem Vorgehen eines Staates, der um seines Selbsterhaltungsrechtes willen bestehende Verträge, Grenzen und Rechtsverhältnisse einseitig ändert, entstehen neue Rechtsverhältnisse von Dauer und Wert nur dann, wenn er die Kraft und Macht einzusetzen vermochte, die erforderlich waren, um alle Widerstände zu überwinden, und wenn er im rechten Augenblick das rechte Maß fand. Der Erfolg hat noch stets über das historische Recht solchen Vorgehens entschieden und danach neues formales Recht geschaffen. Trotzdem ist gründliche und gewissenhaft objektive juristische Untersuchung der völkerrechtlichen Fragen unerlässlich. Gerade das deutsche Volk will, wenn es sich für sein Dasein einsetzt, auch ernstlich von seinem guten Rechte überzeugt sein, und im Ringen mit dem Ausland, besonders mit Frankreich, um die Meinung der Welt ist die juristische Argumentation eine bedeutsame Waffe. Nur die juristische Prüfung ist der Gegenstand meiner Darstellung. Die letzte Entscheidung über die Frage, ob, wann und in welchem Ausmaß Deutschland von seinem guten Rechte Gebrauch machen kann und darf, die im Verf. diktiert geschaffenen rechtlichen Zustände um seiner Selbsterhaltung und Selbstbehauptung willen zu kündigen oder einseitig aufzuheben, gehört dem pol. Gebiete an, das hier nicht zu betreten war. Da hängt Einsatz und Erfolg von der Kraft ab, die das deutsche Volk durch geschlossene Einheit seines Willens aufbringt, von einer ebenso klugen wie unbeugsam zielbewußten Politik seiner Regierung, und von der ideellen und materiellen Machtstellung, die es sich zu erringen weiß.

¹⁴⁾ Graf Westarp, „Der französische konstruktive Plan“: Weg zur Freiheit 1932, 181 ff.

Das Gesetz über die Beschränkung der Nachbarrechte vom 13. Dez. 1933 (RGBl. I, 1058).

I. Unter der großen Anzahl wichtiger Gesetze, welche die Regierung Hitler seit der Übernahme der Regierungsgeschäfte erlassen hat, ist ein Gesetz in der breiteren Öffentlichkeit wie auch in der Fachwelt fast unbemerkt geblieben, das im Hinblick auf die künftige Entwicklung des deutschen Bürgerlichen Rechtes im Dritten Reich von größter Bedeutung ist: Das Gesetz über die Beschränkung der Nachbarrechte gegenüber Betrieben, die für die Volkserziehung von besonderer Bedeutung sind, v. 13. Dez. 1933 (RGBl. I, 1058). Es handelt sich bei diesem Gesetz nicht etwa nur darum, daß das Eigentumsrecht des BGB. durch eine im Einzelfall mehr oder weniger einschneidende Bestimmung erweitert, und daß das Eigentum selbst dadurch einer weiteren Beschränkung in nachbarrechtlicher Hinsicht unterworfen ist. Die Bedeutung des Gesetzes geht vielmehr viel weiter: Es hat gleichzeitig nicht nur eine empfindliche — nur den Anfang einer entsprechenden Entwicklung bildende — Bresche in die bisherige, individualistisch-liberalistische Auffassung des Eigentums geschlagen, sondern es hat darüber hinaus — und das ist das rechtspolitisch kennzeichnende und Wichtige — wohl zum ersten Male auf dem Gebiet des Bürgerlichen Rechtes den Grundsatz in die Tat umgesetzt, der eines der Fundamente der nationalsozialistischen Auffassung bildet: „Gemeinwohl geht vor Eigentum“. Während sich der Grundstücks-eigentümer bisher eine Beschränkung seines Rechtes nur dann gefallen lassen mußte, wenn berechnete Interessen seines Nachbarn dies geboten, ist in dem neuen Gesetz zum ersten Male der Gedanke ausgesprochen, daß sich der Eigentümer auch dann Beschränkungen seines Rechtes gefallen lassen muß, wenn das Gemeinwohl, das Wohl des ganzen Volkes, es erfordert. Der Gesetzgeber ist dabei von dem

Gedanken ausgegangen und hat sich von der Tatsache leiten lassen, daß die Sportbewegung, vor allem seit dem Fortfall der allgemeinen Wehrpflicht auf Grund des Versailler Diktates, immer weitere Kreise des deutschen Volkes erfaßt und eben deshalb für die körperliche Erziehung und Ertüchtigung und auch Wehrhaftmachung des Volkes von größter Bedeutung geworden ist. Daraus ist für den Staat die Aufgabe und die Pflicht erwachsen, dieser Bewegung möglichst freie Bahn zu schaffen und sie von allen Hindernissen und jedem Hemmschuh zu befreien. Das sind in erster Linie die Vorschriften des BGB. über das Nachbarrecht (§§ 904 ff., 1004 BGB.). Diese geben dem Eigentümer eines Grundstücks, der durch einen benachbarten Sportbetrieb, also vor allem durch den von dort ausgehenden Lärm, in der Benutzung seines Grundstücks wesentlich oder in nicht ortsüblicher Weise beeinträchtigt wird, die rechtliche Möglichkeit, die Einstellung des Sportbetriebes oder zum mindesten die Herstellung bestimmter Vorrichtungen zu verlangen, durch welche die „Zimmisionen“ ausgeschlossen werden. Daß die praktische Anwendung dieser Vorschriften die Ausbreitung der gerade jetzt für uns so wichtigen Sportbewegung hemmen, mindestens aber finanziell erschweren muß, unterliegt keinem Zweifel. Man braucht, um dies zu belegen, nicht erst auf den unerfreulichen Rechtsstreit hinzuweisen, in welchem der Staat selbst einen nicht nur für die Wehrmacht, sondern auch für den Schießsport so wichtigen Betrieb wie die Versuchsanstalt für Handfeuerwaffen in Mannsee bei Berlin gegen den auf die obigen Bestimmungen gestützten Generalangriff der benachbarten Grundstückseigentümer verteidigen mußte, eine Tatsache, die allein schon den Erlaß des Gesetzes gerechtfertigt hätte.

II. Um die der Volkserziehung dienende Sportbewegung gegen solche nachbarrechtlichen Einengungen und Beschränkungen zu schützen, hat der Gesetzgeber in § 1 des Gesetzes das Eigentumsrecht des Grund-

stückseigentümers gegenüber solchen Betrieben eingeschränkt, die wegen ihrer besonderen Bedeutung für die Volkserziehung von dem Reichsminister des Innern genehmigt sind. Der Eigentümer oder Besitzer eines Grundstücks, der durch Einwirkungen eines auf einem andern Grundstück befindlichen, genehmigten Betriebes in der Benutzung seines Grundstücks beeinträchtigt wird, und der nach dem bisherigen Recht die Einstellung des Betriebes erzwingen konnte, kann künftig nicht mehr verlangen, daß der Betrieb eingestellt wird. Er hat auch nicht mehr das Recht, die Herstellung von Einrichtungen zu verlangen, durch welche die nachteiligen Einwirkungen ausgeschlossen oder gemindert werden könnten. Er muß sich also nunmehr jede Einwirkung eines genehmigten Betriebes gefallen lassen, mag sie noch so beeinträchtigend für ihn sein: sein Individualrecht hat den berechtigten Interessen des ganzen Volkes, also des Staates, gegenüber zurückzutreten. Dabei ist es unerheblich, ob sein Eigentums- bzw. Besitzrecht älter ist als der genehmigte Betrieb, d. h. ob der Betrieb erst eröffnet worden ist, nachdem der Betreffende das Eigentum bzw. den Besitz an dem von ihm benutzten Grundstück erlangt hat. Unter keinen Umständen kann er der Eröffnung oder Fortführung eines genehmigten Betriebes in irgendeiner Form widersprechen. Die §§ 906, 907, 1004 BGB. sind damit gegenüber genehmigten Betrieben in aller Regel außer Kraft gesetzt.

Diese gesetzliche Regelung beschränkt aber nur die Ansprüche des Grundstückseigentümers bzw. -besitzers, die sich aus dem Nachbarrecht ergeben. Ansprüche, die auf einem besonderen bürgerlich-rechtlichen Titel beruhen, werden daher durch das Gesetz nicht berührt (§ 1 Abs. 2). Hat also der Eigentümer einen vertraglichen Anspruch darauf, daß auf einem andern Grundstück ein an sich unter das Gesetz fallender Betrieb nicht eröffnet wird, dann kann er nach wie vor den vertraglichen Unterlassungsanspruch geltend machen, falls dem Vertrag zuwider ein solcher Betrieb eröffnet wird. In gleicher Weise sind die Vorschriften über unerlaubte Handlungen, also in erster Linie § 823 BGB., durch die gesetzliche Regelung unberührt geblieben. Fliegt z. B. beim Fußballspiel auf dem genehmigten Sportplatz ein Ball über die Grenze und beschädigt etwa ein Fenster eines Nachbarhauses, so ist dessen Eigentümer nicht gehindert, Schadenersatz zu verlangen, sofern Fahrlässigkeit der Spieler anzunehmen ist.

III. Wie die amtlichen Erläuterungen zu dem Gesetz ergeben, ist jedoch nicht daran gedacht, jede Sportanlage unter den besonderen Schutz des Gesetzes zu stellen, vielmehr kommen hierfür nur solche Betriebe in Betracht, die für die Volkserziehung von besonderer Bedeutung sind, also z. B. große Sportanlagen, wie die Stadien, Schießstände usw. Die Entscheidung, ob solche Betriebe genehmigt werden, erfolgt nach einer eingehenden Prüfung, ob der Betrieb Gefahren, erhebliche Nachteile oder Belästigungen für die Allgemeinheit verursachen kann. Dabei wird gleichermaßen berücksichtigt, ob solche Gefahren usw. auch für die Eigentümer bzw. Besitzer benachbarter Grundstücke zu befürchten sind. Ist das der Fall, so schreibt das Gesetz eine weitere Prüfung vor, ob den Betreffenden mit Rücksicht auf den Wert, den der Betrieb für die Volkserziehung hat, zuzumuten ist, solche Nachteile hinzunehmen. Es soll also sorgfältig abgewogen werden, ob das Interesse an der Eröffnung oder Fortführung des Betriebes und seine Bedeutung für die Volkserziehung derart groß ist, daß dem Eigentümer des andern Grundstücks eine Beschränkung seiner Rechte zuzumuten ist. Ist das zu bejahen, so wird der Betrieb von dem hierfür zuständigen Reichsminister des Innern genehmigt. Diese Genehmigung kann nach § 2 Abs. 2 unter Auflagen erteilt werden; diese Auflagen können auch noch nach der Genehmigung gemacht werden. Vor allem kommen hier solche Auflagen in Betracht, durch die dem Betrieb aufgegeben wird, besondere Einrichtungen zum Schutze benachbarter Grundstücke, wie Zäune, Bretterwände, Erdwälle (Schießstand!) zu errichten und zu unterhalten. Ist dem Eigentümer oder Besitzer eines Nachbargrundstücks trotz der Rücksicht, die er auf das Allgemeinwohl zu nehmen hat, nicht zuzumuten, die nachteiligen Einwirkungen des Betriebes ohne Entschädigung hinzunehmen, so kann die Auflage dahin gehen, daß ihm eine Entschädigung zu gewähren ist (§ 2 Abs. 3). Die Höhe und Art der Entschädigung bestimmt der Reichsminister des Innern, und zwar durch unanfechtbaren Bescheid: der Rechtsweg ist ausdrücklich ausgeschlossen.

Die Genehmigung kann jederzeit widerrufen werden (§ 2 Abs. 4); ein Rechtsmittel ist gegen diesen Widerruf gleichfalls nicht gegeben. Der Widerruf wird z. B. dann in Betracht kommen, wenn der Betriebsinhaber der ihm gemachten Auflage nicht nachkommt oder ihr zuwiderhandelt. Die Folge des Widerrufs ist die, daß der Betrieb den besonderen Schutz des Gesetzes verliert und wieder den allgemeinen, nachbarrechtlichen Vorschriften untersteht. Der Eigentümer des Nachbargrundstücks kann also nach erfolgtem Widerruf auf Grund der §§ 906, 907, 1004 BGB. gegen den Betrieb vorgehen.

IV. Zum Schluß bestimmt das Gesetz im § 3, daß, falls ein anhängiger Rechtsstreit durch das Gesetz seine Erledigung findet, jede Partei ihre außergerichtlichen Kosten und die Hälfte der gerichtlichen Auslagen zu tragen hat, während die Gerichtgebühren niedergeschlagen werden. Im Abs. 2 wird der Reichsjustizminister ermächtigt, im Einvernehmen mit dem Reichsminister des Innern zur Durchführung

des Gesetzes Rechtsverordnungen und allgemeine Verwaltungsvorschriften zu erlassen, außerdem, soweit erforderlich, allgemeine Vorschriften ergänzenden oder abweichenden Inhalts.

V. Die Regelung, wie sie in dem Gesetz getroffen ist, stellt einen wohlverwogenen Ausgleich und eine billige und gerechte Abwägung der Interessen einerseits der Allgemeinheit und andererseits derjenigen des Einzelnen, der von dem Gesetz betroffen wird, dar, und wird dem Zweck, den man mit dem Gesetz verfolgt, sicherlich genügen. Nur in einem Punkte würde m. E. eine Abänderung bzw. Ergänzung wünschenswert sein. In der letzten Zeit haben sich die Fälle gemehrt, in denen Fischereiberechtigte unter Berufung auf ihre alten, ihnen teilweise schon vor Jahrhunderten verliehenen Rechte mit großen Entschädigungsansprüchen an die verschiedenen Wasserportvereine herangetreten sind. Diese Ansprüche werden damit begründet, daß die Erträge der Fischerei in den betreffenden — öffentlichen — Gewässern infolge des Wasserportes erheblich zurückgegangen seien. Vielfach sind die Fischereiberechtigten mit ihren Ansprüchen im Prozeß durchgedrungen und, wie es scheint, dadurch auf den Gedanken gekommen, der Reihe nach sämtliche in Betracht kommenden Sportvereine zu verklagen, um sich von jedem eine — wenn auch im einzelnen verhältnismäßig niedrige — Rente zahlen zu lassen. Es liegt auf der Hand, daß dadurch der Wasserport, der für die Volkserziehung von nicht zu unterschätzender Bedeutung ist, und dem daher der Schutz des Gesetzes — soweit wenigstens die großen Rudervereine, Badeanstalten u. a. in Frage kommen — auf alle Fälle zuteil werden muß, stark beeinträchtigt wird, und man wird auch weiter bejahen müssen, daß der in der Regel verhältnismäßig geringe Ausfall in der Fischerei, der auf die Ausübung des Wasserportes zurückzuführen ist, den Fischereiberechtigten mit Rücksicht auf das Allgemeininteresse durchaus zuzumuten ist. Gleichwohl scheitert hier eine Anwendung des Gesetzes an seinem Wortlaut, der auf Fälle dieser Art nicht paßt, ganz abgesehen davon, daß die hier fraglichen Fischereiberechtigten vom Landesherren den Rechtsvorgängern des heute Berechtigten verliehen worden sind und daher nicht als Ausfluß des etwaigen Eigentums der Berechtigten an einem Wassergrundstück angesehen werden können. Eine auf solche Fälle passende Ergänzung des Gesetzes wäre daher sehr zu begrüßen.

Ger.-Rat Dr. Grund, Berlin.

Werden Siedlungen Erbhöfe?

Während das preuß. Erbhofrecht das Gesetz betreffend das An-erbenrecht auf Renten- und Anstaltsgütern v. 8. Juli 1896 in Kraft ließ und auf mit öffentlichen Siedlungskrediten geschaffene Siedlerstellen keine Anwendung fand, setzt § 60 RErbhofG. derartige landesgesetzliche Vorschriften außer Kraft. Die Siedlerstellen haben mithin ihre alte Renten- und Anwartschaftsverhältnisse verloren. Soweit sie die Voraussetzungen der §§ 1—3 RErbhofG. erfüllen, was regelmäßig der Fall sein wird, sind sie seit dem 1. Okt. 1933 Erbhöfe. Dies gilt gem. § 62 der 1. DurchfVd. auch für im Eigentum von Ehegatten befindliche Siedlerstellen.

Traglich erscheint jedoch, ob Siedlerstellen, die nach dem 1. Okt. 1933 durch Grundbuchberichtigung ihre rechtliche Selbständigkeit erlangen, Erbhöfe werden. Dies ist unbedenklich zu bejahen, wenn Siedlerstellen, die ihrem Wesen nach selbständige Uebernahmen sind, aus einem Siedlungsgut gebildet werden, das bereits Erbhof ist. Siedlungsgüter werden aber praktisch fast niemals Erbhöfe sein, da sie im allgemeinen über 125 ha groß sind und ferner im Eigentum von Siedlungsgesellschaften, also juristischer und daher nicht erbhofsfähiger Personen, zu stehen pflegen. Sind die Siedlungsgüter aber nicht selbst Erbhöfe, so können die Siedlerstellen nur nach Maßgabe des § 4 RErbhofG. Erbhöfe werden. § 4 verlangt, daß die durch Teilung geschaffenen Höfe den Voraussetzungen der §§ 1—3 entsprechen und der Gesamtbetrag der Schulden des Eigentümers einschließlich der auf dem zu teilenden Grundbesitz ruhenden dinglichen Lasten 30% des vor der Teilung zuletzt festgesetzten steuerlichen Einheitswertes nicht übersteigt. Bei der heutigen Wirtschaftslage ist die Siedlung auf Hilfe durch öffentliche Kredite angewiesen. Deren Sicherstellung erfolgt durch Eintragung von Hypotheken auf dem Siedlungsgut. Erfahrungsgemäß wird der Siedlungskredit möglichst bis zur zulässigen Höhe, nämlich 90% des Taxpreises, ausgenutzt, um später auf die Siedlerstellen unterverteilt zu werden. Es wird daher kaum ein Siedlungsgut zu finden sein, dessen Belastung 30% des steuerlichen Einheitswertes nicht übersteigt. Wird diese Grenze aber überschritten, so werden gem. § 4 Ziff. 2 die Siedlerstellen offenbar nicht Erbhöfe, selbst wenn die übrigen Voraussetzungen hinsichtlich Größe des Hofes und Bauernfähigkeit des Besitzers gegeben sind. Der Grund der Einschränkung der Ziff. 2 des § 4 liegt in der für Erbhöfe notwendigen und schon in alternativer Zeit zu erwartenden Entschuldung der Erbhöfe. Da diese nur auf einer vom Reich oder der Allgemeinheit getragenen Grundlage möglich ist, soll der übermäßig verschuldete Großgrundbesitzer hieran nicht teilnehmen. In Wirklichkeit sind die Belastungen der Siedlungsgüter aber ja gar nicht Schulden des Großgrundbesitzers, sondern Reichskredite, die zum ausschließlichen Zweck

gegeben sind, dem Siedler den Erwerb eines Bauernhofes zu ermöglichen. Siedlung und RErbhofG. erstreben dasselbe Ziel: Schaffung eines selbständigen Bauerntums. Es liegt daher auf der Hand, daß der Ausschluß der Siedlerstellen von der Erbhofeigenschaft vom Gesetzgeber nicht gewollt ist. Dies darf auch aus § 64 Ziff. 5 der 1. Durchf. VO. geschlossen werden, die von der Siedlungsbehörde genehmigte Belastungen von Siedlerstellen für eintragungsfähig erklärt, sofern die Siedlerstelle Erbhofeigenschaft besitzt. Immerhin erscheint es schwierig, den Begriff „Schulden des Eigentümers einschließlich der dinglichen Lasten“ auf die Belastungen des Siedlungsgutes nicht anzuwenden. Nicht angängig erscheint es auch, unter den Begriff „Teilung“ eine Aufteilung im Siedlungsverfahren nicht fallen zu lassen. Der Kommentar von Vogel's sagt ausdrücklich zu § 4 Ziff. 1 b: Die mehreren Höfe können im Eigentum desselben Eigentümers bleiben. Er sieht scheinbar also als die Regel an, daß die Eigentümer — wie im Siedlungsverfahren — verschiedene Personen sein werden. Gleicher Ansicht Wöhrmann, Reichserbhofrecht S. 10. Der von Vogel's unter Ziff. 3 zu § 4 erwähnte Fall, daß ein Besitzer von mehr als 125 ha seinen Besitz durch Überäußerungen so verkleinert, daß schließlich sein Hof nur noch Erbhofgröße hat, und auf den er § 4 Ziff. 2 in folgebeffen mit Recht nicht anwendet, trifft auf das Siedlungsverfahren ebenfalls nicht zu, denn bei ihm handelt es sich nicht um eine „Teilung in mehrere Erbhöfe“.

Um eine gewaltsame und daher leicht willkürliche Auslegung des § 4 zu vermeiden, andererseits aber dem Ziel des ErbhofG. gerecht zu werden, erscheint daher der Erlaß einer ergänzenden Durchf. VO. gemäß § 60 Abs. 2 erforderlich, die die Einwirkungen des RErbhofG. auf Siedlerstellen regelt.

Verf. Dr. Engler, Stettin.

Vorherige oder nachträgliche Genehmigung nach § 37 Reichserbhofgesetz?

Ich stimme Kies: JW. 1933, 2814 insofern bei, als ich auch „Genehmigung“ i. S. von § 37 RErbhofG. nicht für gleichbedeutend mit „Genehmigung“ i. S. des § 184 BGB. halte.

Grundsätzlich kann also die Genehmigung auch beantragt und erteilt werden, bevor eine rechtsgeschäftliche Erklärung bindend vorliegt.

Es darf aber nicht vergessen werden, daß der Genehmigungsbeschuß dem Grundbuchrichter bzw. Rechtspfleger die Feststellung ermöglichen muß, ob gerade die beantragte Eintragung genehmigt ist. Es gibt da nur zwei Möglichkeiten.

Entweder wird die betr. Erklärung vor Stellung des Genehmigungsantrags gleich in der für das Grundbuchgeschäft erforderlichen Form beurkundet und dem Auerbengericht mit dem Genehmigungsantrage eingereicht oder es muß ein lückenloser Entwurf der betr. Urkunde eingereicht werden.

Im ersteren Falle würde der Genehmigungsbeschuß auf die betr. Urkunde Bezug nehmen können; der Beschuß könnte auch nach Rechtskraft in Ausfertigung auf die Urkunde gesetzt werden.

Im zweiten Falle müßte das Auerbengericht den vollen Wortlaut des Entwurfs in den Beschuß — den Tenor oder die Gründe — aufnehmen.

Ich möchte unter allen Umständen das erstere Verfahren empfehlen, und zwar ganz besonders für Veräußerungsverträge.

Die Gefahr, daß eine Eintragungsbewilligung für eine Belastung wegen nachträglicher Bedenken eines Teils von dem Entwurf der Bewilligung abweichend gefaßt wird, ist nicht sehr groß.

Erster ist die Gefahr, daß die Vertragsteile eines Kaufvertrages nach Fertigung des Entwurfs und Genehmigung Abänderungswünsche für die Beurkundung des eigentlichen Vertrages äußern und durchsetzen.

Dann muß nochmals die Genehmigung beantragt werden.

Dadurch ist nicht nur ein erheblicher Zeitverlust bedingt. Es entstehen auch weitere Kosten.

Das Risiko, daß die Kosten der Beurkundung bei Verweigerung der Genehmigung unnütz verausgabt sind, muß in Kauf genommen werden.

Dieses Risiko wird sich im Lauf der Zeit ganz erheblich vermindern, weil sich sehr bald eine bestimmte Praxis der Auerbengerichte herausbilden wird.

Es besteht gar kein Grund, bei der Beschaffung der Genehmigung des Auerbengerichts anders zu verfahren als bei der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung.

Ich kann auch nicht anerkennen, daß dringende Fälle eine vorherige Genehmigung erforderlich machen.

In dringenden Fällen kann zwar alsbaldige Beurkundung der Veräußerung bzw. der Belastungsbewilligung erfolgen. Es gibt aber keinen Weg, die Genehmigung des Auerbengerichts umgehend zu beschaffen. Die Genehmigung wird erst wirksam, wenn der Genehmigungsbeschuß rechtskräftig geworden ist.

U. a. hat der Kreisbauernführer das Recht, gegen einen Genehmigungsbeschuß sofortige Beschwerde einzulegen (§ 48 Abs. 2 RErbhofG.).

Vom Eingang des Genehmigungsantrages bis zur Rechtskraft des Genehmigungsbeschlusses wird deshalb regelmäßig eine Frist von mehr als drei Wochen vergehen.

Nach Eingang des Antrages werden zunächst die erforderlichen Ermittlungen angestellt. Gleichzeitig wird der Antrag mit entsprechenden Erläuterungen dem Kreisbauernführer zur Stellungnahme mitgeteilt.

Dies Verfahren ist unbedingt zu empfehlen, weil so etwaige Bedenken des Kreisbauernführers bereits bei der Entsch. über die Genehmigung berücksichtigt werden können. Andernfalls müßten sie von dieser Stelle mit der sofortigen Beschwerde geltend gemacht werden.

Die Frist vom Eingang des Antrags bis zu der Entsch. des Auerbengerichts wird also im Regelfalle schon mehr als eine Woche betragen.

Wird das Genehmigungsverfahren binnen vier Wochen rechtskräftig abgeschlossen, so bedeutet das im Vergleich zu dem normalen Ablauf des vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungsverfahrens einen Schnelligkeitsrekord.

Während bei dem vormundschaftsgerichtlichen Verfahren nur ein Richter tätig wird, wirken beim auerbengerichtlichen Verfahren der Vorsitzende allein — bei der Vorbereitung der Entscheidung —, der Kreisbauernführer — bei der Stellungnahme zum Antrag und evtl. Beschwerde — und das voll besetzte Auerbengericht mit.

Während beim vormundschaftsgerichtlichen Verfahren eine Beschwerde nur bei Ablehnung der Genehmigung gegeben ist, ist sie beim auerbengerichtlichen Verfahren auch gegen den Genehmigungsbeschuß vorgeesehen.

Vors. des Auerbengerichts UOR. Engelhardt, Jnsferburg.

Sind sog. gemischt-landwirtschaftliche Betriebe entschuldungsfähig? Werden Personen oder Betriebe entschuldigt?

Nach § 1 Abs. 1 EntschuldG. v. 1. Juni 1933 können Inhaber eines landwirtschaftlichen, forstwirtschaftlichen oder gärtnerischen Betriebes das Entschuldungsverfahren beim zuständigen VG. betreiben, wenn sie sich aus eigenen Mitteln nicht zu entschulden vermögen. Es ist nun die Frage, ob dies auch für gemischt-landwirtschaftliche Betriebe, also dann gilt, wenn der Gesamtbetrieb teils landwirtschaftlicher, teils nicht landwirtschaftlicher Art ist. Diese Frage brauchte dann nicht gestellt zu werden, wenn schlechthin jeder landwirtschaftliche Betrieb nach dem Gesetz zu entschulden wäre ohne Rücksicht auf eine Verbindung mit einem andersartigen Betriebe; denn dann wäre in jedem Fall hinsichtlich des landwirtschaftlichen Teiles des Gesamtbetriebes das Verfahren zu eröffnen, und es bliebe der Entschuldungsstelle überlassen, die erforderliche Trennung der Schulden des landwirtschaftlichen Teilbetriebes von den andersartigen Schulden zu treffen. Nach dem Zweck des Gesetzes wäre eine solche Regelung durchaus möglich. Das Gesetz ist aber, ohne daß allerdings diese Frage eindeutig aus ihm beantwortet werden könnte, diesen Weg augenscheinlich nicht gegangen; insbes. bestimmt nämlich § 10, daß alle Gläubiger des Schuldners an dem Verfahren beteiligt sind. Die Unterscheidung zwischen Schulden aus dem landwirtschaftlichen Teilbetriebe und sonstigen Schulden aus dem Gesamtbetriebe würde wohl auch die Entschuldungsstelle oft vor zu schwierige Entschuldigungen stellen. Ferner spricht § 32 auch von betriebsfremden Forderungen, ohne freilich ihren Begriff zu bestimmen. Es ist deshalb der Schluß gerechtfertigt, daß bei nicht rein landwirtschaftlichen Betrieben der Gesamtbetrieb unter das Entschuldungsverfahren fällt. Dies bedeutet aber, daß nicht eigentlich Betriebe — wie dies dem Zweck des Gesetzes an sich genügen würde —, sondern die Inhaber der Betriebe, also Personen entschuldete werden (so auch der Kommentar von Harmening-Pätzold zu § 1 Note II).

Die eingangs gestellte Frage, ob auch gemischt-landwirtschaftliche Betriebe entschuldete werden können, wird anscheinend von dem genannten Kommentar a. a. O. in dem Sinne beantwortet, daß es genüge, wenn der Betriebsinhaber überhaupt nur einen landwirtschaftlichen Betrieb habe, also auch dann, wenn der Hauptbetrieb nicht landwirtschaftlicher Art ist. Die Rechtsprechung scheint dem zu folgen (vgl. die Entsch. des VG. Schneidemühl: JW. 1933, 2665, die allerdings in erster Linie sich mit der Frage der Entschuldung von Zwergebetrieben beschäftigt). Dieser Ansicht muß entgegengetreten werden. Der Zweck des Gesetzes ist die Entschuldung der landwirtschaftlichen Betriebe. Es ist also tunlichst zu vermeiden, daß Wirkungen erzeugt werden, die über den Zweck des Gesetzes hinausgehen. Es dürfen nicht Personen entschuldete werden, die ihrer wirtschaftlichen Existenz nach nicht Landwirte, Forstwirte oder Gärtner sind. Das Gesetz ist ein Ausnahmegesetz und muß als solches eher einschränkend als ausdehnend ausgelegt werden. Die Entschuldung geschieht auf Kosten der Gläubiger, in deren Privatrechte eingegriffen wird. Eine unndige

Berücksichtigung der bereits heute bestehenden Gläubigernot ist zu vermeiden. Leider ordnet § 32 Abs. 3 gerade die Kürzung fremder Forderungen in erster Linie an.

Die Grenze für die Entschuldungsfähigkeit eines gemischt-landwirtschaftlichen Gesamtbetriebes ist da zu ziehen, wo der landwirtschaftliche Betrieb nicht der Hauptbetrieb ist. Mindestens muß gefordert werden, daß die wirtschaftliche Existenz des Schuldners von seiner Landwirtschaft abhängt, daß er also ohne sie seine Existenz verlieren würde; eine bloße Gefährdung genügt noch nicht. Diese Grenzziehung ist insbes. auch für sog. Zwergbetriebe (Häusler, Köhner) von Wichtigkeit. Ihre Entschuldungsfähigkeit ist freilich grundsätzlich zu bejahen.

Das Gesagte gilt sowohl für die Fälle einer wirtschaftlichen Einheit des Gesamtbetriebes wie auch für die Fälle, in denen eine Wirtschaftseinheit nicht besteht, vielmehr nur in der Person des Schuldners die Verbindung liegt. Dort spricht man von gemischt-landwirtschaftlichen Betrieben, hier von Doppelbetrieben (vgl. den gen. Kommentar a. a. D.). Gemischt-landwirtschaftliche Betriebe liegen dann vor, wenn Erzeugnisse des landwirtschaftlichen Betriebes verarbeitet werden, z. B. bei Molkereien, Brennereien usw. Sobald jedoch der gewerbliche Betrieb sich nicht auf die Erzeugnisse des landwirtschaftlichen Betriebes beschränkt, ist es Tatfrage, ob der Gesamtbetrieb dann noch als ein landwirtschaftlicher anzupredigen ist. Eine andere Art gemischt-landwirtschaftlicher Betriebe sind die, bei denen der Gewerbebetrieb durch den landwirtschaftlichen Betrieb ergänzt oder unterstützt wird, z. B. ein Gastwirt oder Handwerker im Dorfe hat nebenher ein Stück Land, das er landwirtschaftlich oder gärtnerisch nutzt. In allen diesen Fällen wird man eine Entschuldungsfähigkeit des Gesamtbetriebes nur dann bejahen können, wenn die wirtschaftliche Existenz des Schuldners von seiner Landwirtschaft abhängt. Grenzfälle sind natürlich schwierig zu entscheiden. Bei sog. Doppelbetrieben gilt grundsätzlich das gleiche, da ja Personen und nicht Betriebe entschuldet werden.

Bei der Wichtigkeit dieser Frage wäre eine gesetzliche oder Auslegungsbestimmung, insbes. für die sog. Doppelbetriebe, erwünscht; bis eine solche etwa getroffen wird, muß sich die Rechtsprechung mit einer sinngemäßen Auslegung des Gesetzes helfen.

UGR. u. UGR. Pitcairn, Allenstein.

Pfändbarkeit des Kreditanspruchs.

(Schlußwort.)

Die entgegennenden Ausführungen von Koch (JW. 1933, 2757) über die in meinem Aufsatz (JW. 1933, 2503 ff.) miterörterte Pfändbarkeit des sog. Kreditanspruchs des Bankkunden gegen seine Bank können nicht unwidersprochen bleiben.

Allen Erörterungen muß die Klarstellung vorangehen, was unter dem Kreditanspruch des Kunden gegen seine Bank zu verstehen ist. Die Ausführungen von Koch lassen diese Klarstellung vermessen.

Auf S. 2504 habe ich hervorgehoben, daß streng zu scheiden sei zwischen dem Anspruch aus einem Darlehnsvorvertrag (Anspruch auf Abschluß des eigentlichen Darlehnsvertrages) und dem Anspruch auf Auszahlung der Darlehnsvaluta. Letzterer Anspruch ist ein reiner Geldanspruch, dem der Konsens des eigentlichen Darlehnsvertrages vorhergegangen sein muß. Nur dieser Anspruch wurde von mir als Kreditanspruch bezeichnet und auch nur dieser Anspruch ist pfändbar. Dagegen ist der Anspruch aus einem Darlehnsvorvertrag, der nur auf den Abschluß des eigentlichen Darlehnsvertrages abzielt, wie ganz allgemein anerkannt wird, nicht pfändbar; niemals kann sich ein Dritter als vollberechtigte Vertragspartei in ein fremdes Schuldverhältnis hineindrängen.

Ganz anders verhält es sich jedoch mit der Pfändbarkeit des Kreditanspruchs, der ein reiner Geldanspruch ist. Gegen eine Pfändung dieses Anspruchs ist grundsätzlich nichts einzuwenden, handelt es sich doch um einen der wichtigsten Vollstreckungsfälle. Die Anwendung von § 399 BGB. kommt deshalb für den Regelfall gar nicht in Frage. Infolgedessen wird in Literatur und Rechtsprechung auch ganz überwiegend der Standpunkt vertreten, daß der Kreditanspruch pfändbar sei (vgl. Planck zu § 399 Erl. 1c; Staudinger zu § 399 I 1b; Stein-Jonas zu § 351 III Abs. 3; RG. 51, 119: „Soweit dem Schuldner aus abgeschlossenen Kreditgeschäften schon bestimmte Ansprüche gegen den Bekl. zustehen mochten, konnten diese freilich von der Klägerin gepfändet werden.“ Anderer Meinung vornehmlich nur Dertmann zu § 399 Bem. 1a). Man muß sich wohl hüten, die durch streng konstruktive Scheidung des Anspruchs aus Darlehnsvorvertrag vom nackten Anspruch auf Zahlung der Darlehnsvaluta gewonnene klare Lösung durch das Schlagwort von der „höchstpersönlichen Natur“ gewisser Rechte wieder zu verwässern. Ob ein Recht von höchstpersönlicher Natur ist, ist in den meisten Fällen schwer zu entscheiden. Jedenfalls empfiehlt es sich, mit dem Urteil, daß ein Recht höchstpersönlicher Natur vorliege, vorsichtig zu sein. Keinesfalls kann man einem Anspruch auf Zahlung einer bestimmten

Geldsumme ohne weiteres diese Eigenschaft beilegen. Der Umstand, daß der Kreditvereinbarung zwischen Bank und Kunden selbstverständlich ein Vertrauensverhältnis zugrunde liegt, ändert jedenfalls noch nichts an der Natur des Kreditanspruchs als eines reinen Geldanspruchs. Legten Endes liegt allen schuldrechtlichen Vereinbarungen ein mehr oder weniger ausgeprägtes Vertrauensverhältnis zugrunde. Das gibt aber den einzelnen, aus dem Schuldverhältnis entspringenden Ansprüchen noch nicht höchstpersönlichen Charakter.

Die von Koch erwähnte, überwiegend anerkannte Unpfändbarkeit von Baugeldforderungen hängt mit der Zweckgebundenheit der Geldleistung zusammen. Soweit eine solche im Einzelfalle im bankmäßigen Kreditgeschäft vereinbart ist, muß auch die Pfändung des Kreditanspruchs ausgeschlossen sein. Inbes, derartige Fälle werden höchst selten sein, da allein der Umstand, daß der Kredit vereinbarungsgemäß für das Geschäft des Schuldners bestimmt ist, noch keinesfalls eine solche Zweckgebundenheit herbeiführt.

Die im Falle einer Pfändung praktisch zu lösende Frage ist immer die: Hat der Bankkunde bereits einen Kreditanspruch, oder sind die Vereinbarungen vielleicht erst bis zum Darlehnsvorvertrag gebunden?

Man wird das Vorhandensein eines Kreditanspruchs immer dann bejahen können, wenn dieser in den Büchern der Bank schon in der Weise kenntlich gemacht ist, daß das laufende Konto in Höhe des Kreditbetrages erkannt und ein Kreditbinderkonto in gleicher Höhe belastet ist (oder auch umgekehrt). In diesem Falle wird die Bank schon durch das bloß einseitige Abrufen des Kredits durch den Kunden zur Zahlung veranlaßt. Hieraus ergibt sich klar, daß der Kunde einen reinen Geldanspruch hat. Dieser Anspruch ist aber pfändbar.

Noch wirkt ferner die Frage auf, welche Bedeutung den allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken (AGB.) im Falle der Pfändung des Kreditanspruchs zukommt. Allerdings behalten sich die Banken in ihren AGB. grundsätzlich das Recht vor, die Konten fristlos zu kündigen und damit die Geschäftsverbindung jederzeit zu lösen, dies jedoch nur, soweit nicht besondere Fristen vereinbart sind. Solche besonderen Vereinbarungen liegen aber bei festen Kreditzusagen, die den pfändbaren Kreditanspruch erzeugen, regelmäßig vor. Andernfalls wäre für die Kunden eine feste Kreditzusage ziemlich wertlos. Eine Befreiung der Bank von ihrer Zusage, auch gegenüber dem Pfändungsgläubiger, ist nur im Wege des § 610 BGB. möglich.

Ger.-Ass. Dr. Wolfgang Diefel, Köln.

Rückwirkende Kraft von Strafgesetzen.

I.

Nicolai: JW. 1933, 2315 ff. führt den Widerstand, der sich in den rechtswissenschaftlichen Kreisen des In- und Auslands gegen die Zulassung der Rückwirkung von Strafgesetzen erhoben hatte, auf die ausschließliche Schulung der Juristen an der römischen Rechtslehre und auf die geringe Vertrautheit mit der Rechtsgeschichte und den Grundfragen deutschrechtlichen Denkens zurück. In Verfolg der Parteiforderung auf Ersetzung des römischen durch germanisches Recht müßte auch der „altrömische Rechtsgrundsatz“ nulla poena sine lege beseitigt werden.

Demgegenüber muß im Interesse der Klärung einer der wichtigsten Strafgesetzgebungsfragen — man mag sie entscheiden wie man will — festgestellt werden, daß der Satz nulla poena sine lege mit dem römischen Recht nicht nur nichts gemein hat, sondern, daß der erst nach Ausgang des Mittelalters sich bildende Begriff im Gegensatz zum römischen Strafrechtssystem steht. Da die Römer keine ausgebildete Strafgesetzgebung hatten, war die Bestrafung dem Rechtsgesühl der Richter in erheblichem Umfang freigestellt. Ich zitiere das Buch des bedeutenden Forschers Wenger, Das Recht der Griechen und Römer, in der vom Verlag Teubner herausgegebenen allgemeinen Rechtsgeschichte (1914) S. 281.

„Die römische Strafgesetzgebung ist äußerst mangelhaft geblieben. Nur an die Namen Sulla, Caesars und Octavians knüpfen sich die wichtigen cornelischen und julischen Strafgesetze. Vor und nach dieser Epoche, von den zwölf Tafeln bis auf Justinians Gesetz fehlt es an einer bedeutsamen Strafgesetzgebung, und ist auch hier der Wissenschaft und selbständigen Praxis das Feld freigegeben. So ist es vielfach richterlichem Ermessen anheimgestellt, nicht bloß wie, sondern auch was bestraft werden soll. Während es Fundamentalsatz gerade des modernen Strafrechts ist, nur auf Grund einer gesetzlichen Fixierung des Delikts Strafe zuzumessen, gibt es in Rom auch für das Ob der Strafbarkeit einen Analogieschluß aus ähnlichen gesetzlichen Normen.“

Die Untersuchung von Schottländer, die geschichtliche Entwicklung des Satzes nulla poena sine lege (in den von v. Lilienthal herausgegebenen Strafrechtlichen Abhandlungen, Heft 132) führt die langsame und oft unterbrochene Entwicklung des Prinzips geradezu

auf den unheilvollen Einfluß des römischen Rechts zurück. Sie zeigt, daß die italienische Strafrechtswissenschaft des Mittelalters, die sich auf das römische Recht der Kaiserzeit stützte, auf die Schaffung einer dem Satz *nulla poena sine lege* entsprechenden Regel verzichtete. Der deutsche Jurist Karstow folgerte im Mittelalter aus römischen Stellen, daß jede poena eine poena extraordinaria, somit arbitraria sei, und daß die Bestrafung daher im Belieben des Richters stehe. Als ein Beispiel für die rückwirkende römische Strafgesetzgebung sei die lex Sempronia des C. Sempronius Gracchus genannt, die mit Kapitalstrafe in der Vergangenheit ohne Volksbefragung vorgenommenen Hinrichtungen römischer Gerichte überhaupt beseitigt. Während des ganzen Kaisertums gab es für die oberste Spitze des Staates kein Hindernis, ein Strafverfahren nach ihrem Belieben zu eröffnen und zum Abschluß zu bringen. An Literatur sei angeführt: zunächst die bereits erwähnte Schrift von Schottländer mit reichen Belegen, Gustav Geib, Geschichte des römischen Kriminalprozesses bis zum Tode Justinians; Seeger, Über die rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze, 1862; Mommsen, Römisches Strafrecht S. 280 ff., S. 55 ff.

Der moderne Grundsatz hat sich vielmehr in England, also in dem Lande des germanischen Gewohnheitsrechts, entwickelt, und zwar im Verlaufe des Kampfes der Edelen gegen das absolute Königtum. Im Jahre 1215 zog ein Heer von 2000 Rittern mit Unterstützung der Londoner Bürgerschaft nach Runimede vor das Schloß des Königs Johann. Auf Grund einer Vereinbarung zwischen dem König und den Baronen wurde der ursprünglich nur auf die Barone bezügliche Artikel in erweiterter Form in die Magna Charta aufgenommen:

„Nullus liber homo capiatur vel imprisonetur aut dissaisiatur aut utlagetur aut exuletur aut aliquo modo destruat nec super eum ibimus nec super eum mittemus nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae.“

Dieser Verfassungssatz wurde dann von der englischen Philosophie weiter ausgebaut (John Locke, Blackstone).

Das erste verfassungsmäßige Verbot der Rückwirkung von Strafgesetzen ist in den vor 1789 erlassenen Verfassungen der amerikanischen Freistaaten gefunden worden, und zwar zuerst in der Verfassung des Staates Maryland (Art. 15). Die scharfe Formulierung des Satzes *nulla poena sine lege* mit der Darlegung der letzten Konsequenzen des Rückwirkungsverbots wird dem deutschen Gelehrten P. J. Anselm Feuerbach in seinem Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts (§ 20) zugeschrieben (siehe Lips-Schmidt, Lehrbuch, Anm. 3 zu § 18 III).

Man sieht, daß keine Rede davon sein kann, daß das umstrittene Prinzip ein römisches ist. Die Meinung konnte nur darum aufkommen, weil der Satz sich in der lateinischen Gelehrtensprache international eingebürgert hat. Auch ein für gut gehaltenes Ergebnis kann durch eine falsche Argumentation disqualifiziert werden.

Hendrik George van Dam, Basel.

II.

Bei der Frage, ob eine rückwirkende Kraft von Strafgesetzen rechtlich zulässig ist oder nicht, kommt es m. E. auf die grundlegende Vorfrage an, ob angenommen wird, daß das Recht aus dem Gesetz hervorgeht oder ob das Gesetz nur den an sich schon vorhandenen Rechtsgedanken formuliert. Nimmt man mit dem Positivismus an, daß das Recht mit dem Gesetz erst entsteht, so entfällt folgerichtig das Recht, ohne vorher vorhandenes Gesetz zu strafen. Die positivistische Auffassung aber ist eine Entartungserscheinung des Rechtsgedankens und läßt sich im spätrömischen Recht sowohl wie auch im liberalistischen Zeitalter gleichermaßen als Rechtslehre nachweisen. Nach altheutrechtlicher Anschauung aber ist das Recht als feststehende Größe an sich und unabhängig von der formulierenden Gesetzgebung vorhanden. Ein Unrecht ermißt sich nach dieser Auffassung nicht daran, ob ein Gesetz eine Tat für Unrecht erklärt, sondern ob die Tat den ewigen sittlichen Rechtsgrundsätzen widerspricht; folgerichtig ist es danach möglich, eine Strafe auch dann auszusprechen, wenn die Gesetzgebungsmaschine offenkundig versagt hat. Es ist van Dam zu danken, daß er meinen Irrtum, der Satz *nulla poena sine lege* sei römischer Herkunft, in vorstehenden Ausführungen berichtigt. Daß im späten Rom nicht, wie im liberalistischen Zeitalter, die notwendige Folgerung aus dem Positivismus gezogen und folglich, wie die Geschichte der römischen Kaiserzeit bezeugt, auch eine völlige Willkürjustiz bestand, erweist m. E. schlagend die Mangelhaftigkeit der römischen Gesetzgebung und Rechtslehre auf den Gebieten von politischer Bedeutung.

NegPräs. Dr. Nicolai, Berlin.

Bund Nationalsozialistischer Deutscher Juristen e. V. Reichsgeschäftsstelle.

Die Reichsgeschäftsstelle des NSDj. hat ihre Geschäftsräume ab 11. Jan. 1934 in die Tiergartenstraße 20, Berlin W 35, verlegt. Die neuen Telephonanschlüsse sind: B 2 — Lützow — 8961/65. Auch das Presse- und Zeitschriftenamt der Deutschen Rechtsfront ist unter dieser Anschrift erreichbar.

Schrifttum.

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

Heinrich Krüger, DVVN.: Die Verfassung der nationalsozialistischen Revolution. 2. Aufl. Dresden 1933. Verlag C. Heinrich. 99 S. Preis 2,60 RM.

Daß nach so kurzer Zeit bereits eine zweite Auflage dieser vorzeitschriftlichen und praktisch sehr brauchbaren Schrift erscheinen konnte, möchte ich mit besonderer Freude begrüßen. Es zeigt, daß diese erste erläuternde Behandlung der neuen Staatsgrundgesetze einem Bedürfnis entsprochen hat. Die neue Auflage muß aber vor allem auch deshalb begrüßt werden, weil sie den Stoff ganz wesentlich erweitert und ihn vollkommen neu durchgestaltet hat. Das Werk enthält nun die „vorläufige Verfassung“ (Ges. v. 24. März 1933), das GleichschaltG., ReichstatthalterG., das Ges. über den preuß. Staatsrat und das RMing. mit Erläuterungen. In der Darstellung finden aber auch die weiteren wichtigen Verfassungsgesetze, insbes. das Ges. über Volksabstimmung v. 14. Juli und das Ges. gegen Neubildung von Parteien v. 14. Juli 1933 ihre Behandlung. In einem Nachtrag ist das Gesetz zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat v. 1. Dez. 1933 wiedergegeben. Die Erläuterungen sind unter sorgfältiger Verarbeitung der ganzen Literatur, aber ohne längere Auseinandersetzungen abgefaßt. Sehr angenehm ist, daß in ihnen in weitem Umfang bedeutsame Erklärungen führender Persönlichkeiten (z. B. über Reich und Länder, künftige Gestalt des Reichs- oder Reichsstaats usw.) im Wortlaut angeführt, auch ausschlußreiche Formulierungen anderer Autoren wiedergegeben sind; dadurch vermag das Buch auch gerade für den praktischen Gebrauch, insbes. für Unterrichtszwecke jeder Art, den praktischen Dienste zu leisten. In sachlicher Hinsicht möchte ich hervorheben, daß die Schrift mit vollem Recht davon ausgeht, daß die Weimarer Verf. nicht mehr als Verfassungssystem gilt, sondern durch das Ges. v. 24. März 1933 und die anderen Grundgesetze ein neues Staatsrecht Deutschlands geschaffen ist; daher stellt die neue Auslegung des Verf. richtig auf die Gedanken dieses neuen deut-

lichen Verfassungsrechts ab und vertritt die Ansicht, daß der NSReg. eine verfassungsgebende Macht zusteht. Wenn Krüger meint, die NSReg. könne z. B. auch Art. 54 aMVerf. außer Kraft setzen, so bin ich freilich der Auffassung, daß dieser den Grundprinzipien des nationalsozialistischen Staates widersprechende Art. 54 rechtlich nicht mehr in Kraft ist (vgl. auch § 4 ReichstatthalterG.). Das Buch kann in Unterricht und Praxis seine hohe Brauchbarkeit vielfach bewähren. Ich zweifle daher nicht, daß auch die zweite Auflage sich rasch einen großen Freundeskreis schaffen wird.

Prof. U. Scheuner, Jena.

Dr. Heinrich Rogge: Nationale Friedenspolitik. Handbuch des Friedensproblems und seiner Wissenschaft auf der Grundlage systematischer Völkerrechtspolitik, mit einem Geleitwort von Franz von Papen, Stellvertreter des Reichskanzlers. Berlin 1934. Junker & Dünnhaupt Verlag. Preis brosch. 12 RM., Leinen 14 RM.
(Besprechung folgt.)

Blätter für das Zweckparwesen. Heft 1, 1. Jahrgang. Herausgeber Notar Dr. jur. H. Goltz; Berlin W 35, Am Karlsbad 1b, Druck: Hiebold & Co., Berlin SO 36, Admiralsstr. 29.

Der Führer des Zentralverbandes der Deutschen Zweckparunternehmungen E. W. M. Dr. Herbert Goltz, gibt seit dem 1. Nov. 1933 die monatlich erscheinenden Blätter für das Zweckparwesen heraus. Nach dem Gesetz über Zweckparunternehmungen vom 17. Mai 1933 (RGBl. I, 269) werden als Zweckparunternehmungen diejenigen Privatunternehmungen geregelt, bei denen durch die Lei-

stungen mehrerer Sparer ein Vermögen aufgebracht werden soll, aus dem die einzelnen Sparer ein Darlehn erhalten sollen oder das dazu verwendet werden soll, ihnen Gegenstände auf Kredit zu verschaffen. Im Sinne dieses Gesetzes sind nicht Zwecksparunternehmungen die Bauparkassen und gemeinnützigen Wohnungsunternehmungen. Steig in seinem in Heft 2 der „Blätter“ veröffentlichten Aufsatz (S. 19) bemerkt dazu: „Wesensmerkmal des Bauparens ist die dingliche Sicherung gewährter Darlehn; mobile oder sonstige Sicherung ist typisch für Zwecksparen. Die Unterscheidung ist willkürlich und die Grenze flüchtig.“ Wenn auch die Pauschalgeschäfte der beiden Sparunternehmungsarten die gleichen sind, nämlich das Aufbringen von Kapitalien dadurch, daß die Sparer die Verpflichtung eingehen, periodisch bestimmte Beträge als Spareinlagen einzuzahlen, so besteht doch auf der Seite der Aktiengeschäfte der große Unterschied, daß bei Bauparkassen und gemeinnützigen Wohnungsunternehmungen das Wohnungs- und Behausungsproblem die Rolle spielt, während die typischen Zwecksparunternehmungen dem Personalkredit der Sparer dienen sollen. Die „Blätter“ wollen für die bestehenden Sparunternehmungen die Materialien zusammentragen, so daß den Leitern dieser Unternehmungen die für die Verwaltung nötigen Kenntnisse übermittelt werden. Es erscheinen daher in den „Blättern“ Aufsätze über die Wirtschaftlichkeit und Bedeutung der Zwecksparunternehmungen, über ihre Durchführung, über Steuerfragen und über die Judikatur. Die Verhältnisse bringen es mit sich, daß die meisten Aufsätze einen mehr wirtschaftlichen Charakter tragen; in den der Besprechung vorliegenden Nummern bieten die rechtlichen Ausführungen keinen Anlaß zu einer besonderen Stellungnahme. Ob die Zwecksparunternehmungen die erstrebten Erfolge erreichen werden, ist im wesentlichen eine wirtschaftliche Frage, die sich hauptsächlich dahin konzentriert, für welche Zwecke ohne Gefährdung des Spargedankens Personalkredite den Sparern zur Verfügung gestellt werden. Wenn von einzelnen Seiten Konsumtivkredite besonders propagiert werden, so birgt dies naturgemäß eine erhebliche Gefahrenquelle in sich. Entwickeln sich die Zwecksparunternehmungen selbst günstig, so werden die „Blätter“ für die Leiter dieser Unternehmungen eine wertvolle Zusammenfassung des Materials bedeuten.

N. C. Hermann Döse, Berlin.

Dr. Herbert Klein: Staatsfahrzeuge und Staatsluftfahrzeuge im Völkerrecht. (Heft II der Verkehrsrechtlichen Schriften, herausgegeben von Dr. Hans Oppikofer, ord. Prof. an der Universität Königsberg i. Pr.) Königsberg i. Pr. und Berlin 1934. Ost-Europa-Verlag. 101 S. Preis kart. 4,80 R.M.

Früher war es üblich, die gleiche Rechtsstellung aller ausländischen Staatsfahrzeuge im fremden Hoheitsgebiet zu behaupten. In der vorliegenden Arbeit versucht der Verf. mit Erfolg eine rechtliche Differenzierung im Hinblick auf die neuere rechtliche und tatsächliche Entwicklung vorzunehmen. Er gelangt zur Unterscheidung von drei Gruppen von Fahrzeugkategorien: An erster Stelle die mit der am weitesten gehenden Exemption ausgestatteten Militärfahrzeuge und die Fahrzeuge zur Beförderung von Staatsvertretern. Hier ist auch die Befreiung in dienstlichen Angelegenheiten von der fremdstaatlichen Gerichtsbarkeit befreit. Die zweite Gruppe bilden die Fahrzeuge, die zwar öffentliche Dienste tun, aber entweder keine Hoheitsstätigkeit ausüben oder dies im Vergleich mit den Militärfahrzeugen nur im verminderten Maße tun (z. B. Zoll- und Polizeifahrzeuge). Hier ist die Befreiung nicht exterritorial. Die dritte Gruppe, hauptsächlich am Beispiel der Sowjetflotte erläutert, besteht aus den Fahrzeugen, die mit den eigentlichen Staatsaufgaben nichts zu tun haben. Sie sind, soweit keine besonderen Verträge bestehen, ebenso zu behandeln wie die privaten Fahrzeuge.

In der ganzen Arbeit zieht der Verf. interessante Parallelen zwischen den völkerrechtlichen Problemen des Seerechts und denen des Luftrechts. Er vermeidet dabei eine generalisierende Behandlung.

Verf. Dr. Karl Arndt, Berlin.

Handbuch des gesamten öffentlichen Grundbuchrechts (Reich und Preußen). Unter Mitarbeit von Mitgliedern des Pr. D. B. G. herausgegeben von Franz Schulz, SenPräs. 2./3. Lieferung. Köln. Dr. Otto Schmidt. S. XXI—XXXVIII, 353—1054.

Vgl. die Anzeige der 1. Lief. in JW. 1933, 1176. Auch diesmal kann ich nur eine einfache Anzeige geben; eine vollständige Besprechung unter eingehender Rücksichtnahme auf sachliche Streitfragen und Zweifel würde den Raum überschreiten, den selbst ein so hervorragendes, bedeutendes Werk beanspruchen könnte. Die beiden vorliegenden Lieferungen erschienen am 4. Juni und 31. Dez. 1933, aber schon geraume Zeit vorher verfaßt und gedruckt, führen den 1. Band

zu Ende mit dem Rest des Rechts der land- und forstwirtschaftlichen Grundstücke (v. Hympius S. 307—464), Grundstücke der öffentlichen Hand (v. Hympius, Scholz, Mirow S. 465—544), öffentlich-rechtlichem Grundstücksrecht (v. Hympius S. 545—580), öffentlich-rechtlichen Beschränkungen des Grundbesitzes (Froelich, Scholz, Mirow S. 581—625), Wegerecht (Seydel-Wehmann S. 626—710), Jagd, Fischerei, Wasserrecht (Schlegelberger S. 711—862), Bergbau (Bohens S. 863—904), Schutz des Grundstücks und des Grundbesitzes (Scholz, v. Müller S. 905—980), Verlust des Grundeigentums (darunter ausführlich die Enteignung, Bohens S. 981—1040). Daran schließt sich ein Sachregister. Für den 2. Band ist das Abgabenrecht in Aussicht genommen. Der Abschnitt vom Wegerecht bietet in seiner Anordnung und Stoffeinteilung einen wesentlichen Fortschritt gegenüber dem selbständigen Werk von Germerhausen-Seydel; immerhin wäre es in diesem Werke zweckmäßiger gewesen, den Stoff nicht nach megepolizeilichen Gesichtspunkten zu ordnen, sondern die anliegerrechtlichen Gesichtspunkte hervorzuheben (Rechte und Pflichten am Wege; Rechte und Pflichten am eigenen Grundstück mit Rücksicht auf das Anliegerverhältnis). Dazu gehörte allerdings auch ein Teil dessen, was vorher in Abschn. IV über Bebauung und Benutzung vorgetragen ist. Der Abschn. XVII vom Schutz hätte weiter eingeteilt werden müssen in Schutz des Grundstücks (gegen Unfälle und bösen Willen) und Schutz des Eigentums. Der hier vorgetragene Vollstreckungsschutz (S. 956—980) ist nichts Selbständiges, sondern Einschränkung des Zwangsversteigerungsrechts, dem auf S. 13, 1035 im ganzen nur 17 Zeilen gewidmet sind. Aber Zweifel an der Einteilung werden durch das Sachregister geheilt. Im ganzen wird es nicht möglich sein, Fragen des öffentlichen Grundstücksrechts zu begutachten oder zu entscheiden, ohne zu dem Werke Stellung zu nehmen, selbst soweit es durch die schnell fortschreitende Gesetzgebung veraltet ist.

Dr. Dr. Karl Friedrichs, Jlimenau.

Eingegangene Bücher.

Leitsatzkartei der Rechtsprechung des Reichsfinanzhofes aus Steuer und Wirtschaft. Dargestellt von den SenPräs. Dr. h. c. Enno Becker und Evers und den RFinR. Dr. Herz, Mirre, Ott und Seweloh einschließlich der Amtlichen Sammlung. Hrsg. von DR. R. Alfons Wetter. Erneuerungsausgabe 1933. Stuttgart. Verlag J. Neff.

Wilhelm Herschel: Recht und Volk. Vom Werte volkstümlicher Rechtskunde. Arbeitsrechtliche Abhandlungen. Hrsg. von Prof. Dr. Dr. Rudolf Joerges, Direktor des Instituts für Arbeitsrecht an der Universität Halle-Wittenberg. Heft 4. Erfurt 1934. Verlag Kurt Stenger.

Deutsche Reichsgesetze. Sammlung des Zivil-, Straf-, Verkehrs- und Staatsrechts für den täglichen Gebrauch. Hrsg. von Dr. Heinrich Schönfelder. 2., durchges. u. verm. Aufl. Deckblätter, 2. Lief. nach dem Stande v. 10. Dez. 1933. München u. Berlin. C. F. Becksche Verlagsbuchh. Preis Deckblätter je Lieferung 1 R.M., Hauptband mit Deckbl. 1. u. 2. Lief. wie bisher 13,50 R.M.

Dr. R. Giacometti, Prof. für öffentliches Recht und Kirchenrecht an der Universität Zürich: Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Schweizerischen Bundesgerichts. (Die staatsrechtliche Beschwerde.) Zürich 1933. Polygraphischer Verlag. 282 S. Preis geb. 20 Fr.

Dr. jur. Dr. rer. pol. Dencker, Licencié en droit de l'Université de Dijon: Der Rang der „allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts“ gegenüber dem staatlichen Gesetzesrecht. Positiv-rechtsphilosophische Untersuchung eines Normenrangproblems unter Berücksichtigung des Staatsrechts auch ausländischer Staaten. (Greifswalder rechtswissenschaftliche Abhandlungen. Heft 4.) Greifswald 1933. Universitätsverlag Ratibuchhandlg. L. Bamberg. Preis 4,50 R.M.

Dr. Karl Braunias, PrivDoz. an der Universität Wien: Nationalgedanke und Staatsgestaltung im 19. und 20. Jahrhundert. Akademische Eintrittsvorlesung. (Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart [106].) Tübingen 1934. Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 48 S. Preis 1,50 R.M., in der Subskript. 1,20 R.M.

Dr. jur. H. Krueckemeyer: Sammlung der Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts des Saargebietes in Steuerfällen. Saarbrücker Druckerei und Verlag H. G. Saarbrücken 3.

Rechtsprechung.

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

A. Ordentliche Gerichte.

Reichsgericht.

a) Zivilsachen.

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

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

****1.** Art. 131 RVerf.; § 3 Nr. 1; §§ 5, 6 RGeF. zur Änderung des Beamten-Besoldungs- und Versorgungsgesetzes v. 30. Juni 1933 (BRÄndG.).

1. Der Beamtenbegriff des Haftungsrechtes ist durch das BRÄndG. nicht geändert, er hat vielmehr seinen bisherigen Umfang behalten. Die Haftung für alle mit öffentlicher Gewalt betrauten Personen, und zwar für das Reichs- wie Landesrecht, bleibt bestehen.

2. Wenn wegen Fehlens einer öffentlich-rechtlichen Anstellung kein Beamtendienstverhältnis besteht, so haftet für den Beamten dasjenige Gemeinwesen, das ihn zur Ausübung öffentlicher Gewalt berufen und ihn damit für den Bereich des Haftungsrechtes zum Beamten gemacht hat.

Das BG. hat die Klage allein deshalb abgewiesen, weil kein Rechtsgrund gegeben sei, aus dem eine Haftung des verklagten preuß. Staates für die Handlungen des Feld- und Jagdhüters L., der als solcher von den Ackerinteressenten in E. angestellt und am 1. Aug. 1922 vom Landrat gem. § 62 Abs. 2 PrFeldJPolG. v. 1. April 1880 bestätigt worden war, hergeleitet werden könne. Dem vermag der erf. Sen. nicht beizupflichten.

Der Klageanspruch kann seine Rechtfertigung nur finden in Art. 131 RVerf. Danach trifft, wenn ein Beamter in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt, die Verantwortlichkeit dafür grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst der Beamte steht. Beamter i. S. dieser Verfassungsvorschr. ist jede Person, die der Staat oder eine dazu befugte öffentliche Körperschaft mit öffentlicher Gewalt umkleidet hat, und zwar unabhängig davon, ob ihr staatsrechtlich Beamteneigenschaft zukommt oder nicht (RG. 105, 335¹⁾; 114, 200²⁾; 118, 242³⁾). Im wesentlichen deckte sich allerdings der Kreis der Beamten i. S. des Art. 131 RVerf. mit dem der Beamten im staatsrechtlichen Sinne so lange, als der von dem erf. Sen. in ständiger, wenngleich umstrittener Rspr. festgehaltene Rechtsgrundsatz galt, daß die Ausübung obrigkeitlicher Befugnisse dem damit Beliehenen volle Beamteneigenschaft im Innen- wie im Außenverhältnis verschaffe. Dieser Rechtsatz ist jedoch durch BRÄndG. Kap. II (Die Begründung des Beamtenverhältnisses) § 3 Nr. 1, §§ 5, 6 aufgehoben worden. Beamter i. S. des RWG. und dementsprechend für das Beamtenrecht der Länder, Gemeinden, Gemeindeverbände und sonstigen Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts ist danach nur, wer als solcher berufen worden ist. Die Ver. als Beamter muß künftig in der Form der Aushändigung einer Anstellungsurkunde erfolgen.

Der vorl. Fall gibt Veranlassung zu prüfen, ob diese Einschränkung des bisherigen staatsrechtlichen Beamtenbegriffs auch für Art. 131 RVerf. Bedeutung besitzt. Das ist indessen zu verneinen, und zwar schon mit Rücksicht auf den Zweck der genannten Vorschr. des Gef. v. 30. Juni 1933. Sie sollen

solche Personen, welche die Verwaltung nicht als Beamte betreiben hat und daher auch nicht als solche anerkennt, an der Geltendmachung von vermögensrechtlichen Ansprüchen hindern, die diese etwa auf die Rspr. des RWG. über den Erwerb der Beamteneigenschaft durch Ausübung obrigkeitlicher Tätigkeit zu stützen vermöchten. Das Innenverhältnis zwischen Staat (öffentlicher Körperschaft) und Beamten sollte also klargestellt werden. Ein Eingriff in das Außenverhältnis zwischen Staat und dritten Personen liegt außerhalb der erkennbaren Ziele, die mit der Neuregelung der Begr. des Beamtenverhältnisses verfolgt werden.

Diese Auslegung wird bekräftigt durch eine Vorschr. des neuen Gesetzes selbst. § 4 BRÄndG. bestimmt: Im § 1 Abs. 1 RGeF. über die Haftung des Reichs für seine Beamten vom 22. Mai 1910 werden die Worte „(§ 1 des Reichsbeamten-gesetzes)“ gestrichen.

Das hier genannte RGeF. v. 22. Mai 1910 regelte schon vor Erl. der RVerf. die Haftung des Reichs für seine Beamten. Es blieb auch gegenüber dem Art. 131 RVerf. insofern von Bedeutung, als es die in Abs. 2 das. vorbehaltene nähere Regelung enthielt (RG. 102, 171, vgl. auch 106, 34). § 1 Abs. 1 RHaftG. lautete nun dahin: „Verlezt ein Reichsbeamter (§ 1 RWG.) in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt vorsätzlich oder jahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die im § 839 BGB. bestimmte Verantwortlichkeit an Stelle des Beamten das Reich.“

Die Verweisung auf § 1 RWG. verdeutlichte, daß das Reich nur für seine Beamten im staatsrechtlichen Sinne haften sollte. Zu ihnen gehörten allerdings bisher nach dem bereits wiedergegebenen, auch für das Reich geltenden allgemeinen Rechtsgrundsatz die Personen, die durch Übertragung hoheitsrechtlicher Tätigkeit Beamte geworden waren. Diese sind aber nach dem RG. v. 30. Juni 1933 nicht mehr Beamte i. S. des RWG. Die Haftung des Reichs für die von ihnen begangenen Amtspflichtverletzungen würde also nach dem ursprünglichen Wortlaut des § 1 Abs. 1 RHaftG. nunmehr weggefallen sein. Dieser sonst eintretenden Wirkung der für geboten erachteten Verengung des Beamtenbegriffs wird aber vorgebeugt durch § 4 BRÄndG., durch die Streichung der Worte „(§ 1 RWG.)“ in § 1 Abs. 1 RHaftG. Damit wird die Verknüpfung des Beamtenbegriffs des Haftungsrechtes mit dem allgemeinen staatsrechtlichen Beamtenbegriff aufgehoben. Der erstere behält seinen bisherigen Umfang. Die Haftung für alle mit öffentlicher Gewalt betrauten Personen, wie sie die Rspr. dem Art. 131 RVerf. entnommen hat, bleibt bestehen. Das ist der Sinn des § 4 BRÄndG. Und zwar gilt das nicht bloß für das Reichsrecht, sondern auch für das Landesrecht, das durch § 6 BRÄndG. dem ersteren genau angepaßt wird. Zu dem Beamtenrecht der Länder usw., für das nach § 6 der neue reichsrechtliche Beamtenbegriff gleichfalls gelten soll, gehört das Beamtenhaftungsrecht nicht. Aus dem RGeF. v. 30. Juni 1933, insbes. aus seinem § 4, kann sonach eine Bestätigung der bisher dem Art. 131 RVerf. gegebenen Auslegung und deren Fortgeltung entnommen werden.

Der Feld- und Jagdhüter L., von dem der Kl. nach seiner Behauptung schuldhaft widerrechtlich verletzt worden ist, stand in keinem staatsrechtlichen Beamtenverhältnis. Die Ackerinteressenten, die ihn als Feld- und Jagdhüter angestellt haben, bilden eine privatrechtliche Vereinigung, die anscheinend nicht einmal juristische Persönlichkeit besitzt. Jedenfalls ist diese Gemeinschaft keine Körperschaft des öffentlichen Rechts und kann deshalb keine Beamten anstellen. Auch L. war in ihrem Dienst nicht Beamter. Seine Bestätigung durch den zuständigen Landrat nach § 62 Abs. 2 PrFeldJPolG. begründete ebensowenig ein Beamtenverhältnis zwischen ihm und dem verkl. preuß. Staat. Infolge der Bestätigung besaß L. nur in Ausübung seines Amtes als Feld- und Jagdhüter

¹⁾ ZB. 1924, 1360. ²⁾ ZB. 1926, 2294. ³⁾ ZB. 1928, 235.

die Befugnisse eines Polizeibeamten, wie das auch in der Bestätigungsurkunde v. 1. Aug. 1922 ausdrücklich gesagt war. L. übte also als Feld- und Jagdhüter zwar öffentliche — polizeiliche — Gewalt aus, war aber gleichwohl kein Beamter i. S. des Beamtenrechts.

Das BG. zieht nun daraus, daß L. nicht als Beamter im Dienste des Best. stand, den Schluß, daß dieser nicht für ihn hafte. Ob es eine Haftung der Gemeinschaft der Ackerinteressenten in G. annimmt, läßt die Begr. des BU. nicht klar erkennen. Auf Art. 131 RVerf. kann jedoch solche Haftung nicht gestützt werden, da diese Verfassungsvorschr. nur auf öffentliche Körperschaften Anwendung findet. Andererseits unterstehen den Vorschr. des bürgerlichen Rechts über die Haftung für unerlaubte Handlungen von Angestellten usw. solche Handlungen nicht, die in Ausübung öffentlicher Gewalt begangen werden (vgl. Art. 77 GGWB.). So würde der Kl., falls ihm kein Schadenersatzanspruch gegen den Best. zustände, darauf angewiesen sein, den Schädiger L. persönlich in Anspruch zu nehmen. Diese mit dem Grundgedanken des Art. 131 RVerf. unverträgliche Folgerung, zu welcher der vom BG. angenommene Standpunkt notwendig führt, beweist, daß dieser selbst nicht richtig sein kann, mag auch der Wortlaut der genannten Verfassungsvorschr. auf den ersten Anschein für ihn sprechen.

Nach Art. 131 RVerf. trifft die Verantwortlichkeit für Amtspflichtverletzungen, die ein Beamter in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt begeht, den Staat oder die (öffentliche) Körperschaft, in deren Dienst er steht. Im Sinne dieser Verfassungsvorschr. befindet sich der Beamte im Dienst des Gemeinwesens, für das er angestellt worden ist. Dieses hafet für ihn, während es nicht darauf ankommt, wessen Hoheitsrechte der Beamte bei der beanstandeten Amtshandlung ausgeübt hat. Für einen Körperschaftsbeamten, der staatliche Hoheitsrechte wahrnimmt, hafet danach die Körperschaft, in deren Dienst er steht, nicht dagegen der Staat. Diesen Grundsatz hat der erf. Sen. in ständiger Nrpr. entwickelt (vgl. RG. 88, 257⁴) und 111, 13⁵), in der Entsch. RG. 125, 11⁶) nochmals eingehend begründet und auch weiterhin unter Billigung anderer Sen. des RG. (vgl. RG. 128, 359⁷) festgehalten (RG. 126, 83⁸). Das BG. geht gleichfalls von ihm aus und schließt aus ihm, daß, weil L. kein Beamter im Dienste des verkl. preuß. Staates gewesen sei, dieser nicht für ihn einzustehen habe. Der Fehler in dieser Schlußfolgerung liegt darin, daß das BG. die besondere Gestaltung des vorl. Falles nicht hinreichend beachtet hat. Die Frage, in wessen Dienst der schuldige Beamte steht, kann nur dann aufgeworfen werden, wenn verschiedene öffentliche Körperschaften als möglicherweise haftbar in Betracht kommen, die eine als seine Dienstherrin, die andere, weil er ihre Hoheitsrechte wahrgenommen hat. Dann hafet für ihn, wie sich aus Art. 131 RVerf. unter Heranziehung insbes. seines Vorbildes, des § 4 BrStaatshaftG. v. 1. Aug. 1909 ergibt, die erstere ohne Rücksicht darauf, daß nicht ihre eigenen Hoheitsrechte ausgeübt worden sind. Anders ist die Rechtslage aber dann, wenn, wie im gegebenen Fall, die Person, für die gehaftet werden soll, zwar für das Haftungsrecht Beamter ist, weil ihr öffentliche Gewalt anvertraut worden ist, wenn sie aber wegen Fehlens einer öffentlich-rechtlichen Anstellung in keinem Beamten-dienstverhältnis steht. Dann kann der in den angeführten Art. des erf. Sen. erörterte und entschiedene Zweifel, welches von mehreren Gemeinwesen für den Beamten einzustehen hat, überhaupt nicht auftauchen. Nur ein Gemeinwesen kann als haftbar in Betracht kommen, dasjenige nämlich, welches den Beamten zur Ausübung öffentlicher Gewalt berufen und ihn damit für den Bereich des Haftungsrechts zum Beamten gemacht hat.

Allerdings steht, wie zuzugeben ist, der Haftbarmachung dieses Gemeinwesens anscheinend die Wortfassung des Art. 131 RVerf. im Wege. Diese Verfassungsvorschr. legt die Verantwortlichkeit dem Staat oder der Körperschaft auf, „in deren Dienste der Beamte steht“. Gleichwohl ist es nicht angängig, daraus, wie es das BG. getan hat, zu schließen, für den Beamten, der in keinem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis

stehe, hafte überhaupt kein öffentliches Gemeinwesen. Eine solche Auslegung des Art. 131 RVerf. legt zu sehr Gewicht auf seinen Wortlaut und wird seinem wahren Sinn nicht gerecht. Die Verfassungsvorschr. will neben die bürgerlich-rechtliche Haftung des Staates und der öffentlichen Körperschaften grundsätzlich ihre öffentlich-rechtliche Haftung stellen. Schäden, die durch schuldhaftige Ausübung öffentlicher Gewalt verursacht werden, sollen nicht mehr bloß ersetzt werden von dem schlamm handelnden Beamten, sondern in erster Reihe von dem öffentlichen Gemeinwesen selbst. Allgemein — nicht bloß in der Nrpr. des RG., sondern nunmehr auch in der Gejegung durch den bereits erörterten § 4 BrAndG. — ist anerkannt worden, daß für die Anwendung des Art. 131 RVerf. Beamte alle mit Ausübung öffentlicher Gewalt betraute Personen sind, unabhängig davon, ob sie als Beamte im staatsrechtlichen Sinn in einem öffentlich-rechtlichen Beamtenverhältnis stehen oder nicht. Dieser weitere Beamtenbegriff des Art. 131 RVerf. müßte aber wiederum auf den engeren staatsrechtlichen Beamtenbegriff beschränkt werden, wenn man die Haftung nach dieser Verfassungsvorschr. nur dem Gemeinwesen auferlegen wollte, mit welchem der Beamte durch ein öffentliches Dienstverhältnis verknüpft ist. Nimmt man einmal — und daran ist bei der umfassenden Bedeutung des Art. 131 RVerf. festzuhalten — an, daß Staat und öffentliche Körperschaft für die schuldhaftige Amtspflichtverletzung aller mit öffentlicher Gewalt betrauten Personen haften sollen, so kann man die Worte „in deren Dienste der Beamte steht“ nur auf den Regelfall beziehen, auf den Fall, daß der mit Ausübung öffentlicher Gewalt Beauftragte zugleich Beamter i. e. S. ist. Ist er das ausnahmsweise nicht, so muß man die Verantwortlichkeit für seine Amtshandlungen anderweit bestimmen. Sie kann nur das Gemeinwesen treffen, das ihn mit öffentlicher Gewalt beliehen hat. Für diesen Sonderfall ist dann also für die Haftung die Art der von dem Beamten ausgeübten Hoheitsrechte maßgebend.

Der gegenwärtige Fall liegt ähnlich wie der RG. 104, 257 (263) behandelte, dessen Bedeutung bereits RG. 125, 16⁹ erörtert worden ist. Bei den Arbeiter- und Soldatenräten konnte mangels einer Anstellung und eines dadurch begründeten staatsrechtlichen Beamtenverhältnisses das Gemeinwesen, das für sie einzustehen hatte, nur nach der Natur der jeweils verletzten Amtspflicht bestimmt werden. Die Feld- und Forsthüter des § 62 PrFeldJPolG., zu denen L. gehörte, sind nur privatrechtliche Angestellte und stehen deshalb gleichfalls in keinem öffentlichen Dienstverhältnis. So muß auch bei Best. des für sie verantwortlichen Gemeinwesens auf die Natur der ihnen übertragenen Hoheitsrechte zurückgegriffen werden. Kraft der landräulichen Bestätigung besitzen sie polizeiliche Befugnisse. Verletzen sie bei deren Wahrnehmung ihre Amtspflichten, so muß mithin der Staat als Träger der Polizeigewalt der entstandenen Schaden ersetzen.

(U. v. 7. Nov. 1933; III 139/33. — Naumburg.)

[Sch.]

2. Art. 131 RVerf.; § 839 BGB.; § 1 UnfWG. Wettbewerbs-handlungen der Stadt auf dem Gebiet des Bestattungswesens. Für den Anspruch, daß Hoheits-handlungen zu Wettbewerbszwecken vorgenommen würden, ist der Rechtsweg nur dann zulässig, wenn Schadenersatzansprüche wegen Mißbrauch der Amtsgewalt erhoben werden. Handlungen dagegen, die sich auf dem Gebiete der privaten Betätigung der Stadt bewegen, können als unlauterer Wettbewerb im ordentlichen Rechtsweg verfolgt werden. †)

(U. v. 3. März 1933; II 306/32. — Königsberg.) [Ru.]

Abgedr. JW. 1933, 2134¹⁸.

*) JW. 1929, 2820.

Zu 2. Wo die Frage des unlauteren Wettbewerbs der öffentlichen Hand erörtert werden soll, bedarf es zuerst der Feststellung, ob der Rechtsweg für eine Unterlassungsklage überhaupt offensteht (§ 13 BGB.). Um eben diese Frage geht es auch in der vorl. Entsch. Die materiellrechtliche Seite (§ 1 UnfWG. selbst) wird nur in dem — auf sich zutreffenden — kurzen Hinweis über die Unlauterkeit des Unter-

⁴ JW. 1916, 1416. ⁵ JW. 1925, 2766. ⁶ JW. 1929, 2820.
⁷ JW. 1930, 2431. ⁸ JW. 1930, 1938.

****B.** Art. 17 PrGef. v. 8. April 1924. Grenzen der Zulässigkeit des Rechtsweges für Patronatslasten und kirchliche Abgabepflicht. — Ortssetzung als Rechtsquelle für die Steuerlast. — Die Besteuerung von Mitgliedern eines anderen Bekenntnisses ist durch die RVerf. nicht grundsätzlich ausgeschlossen.

Als Patron und Gutsbesitzer in H. und W. hatte Karl Graf von W. am 30. Okt. 1869 mit dem Kirchen- und Schulvorstande von H. und L. über das Beitragsverhältnis zu den Kirchen- und Schullasten sowie über das Stimmverhältnis vorbehaltlich der höheren Genehmigung eine Vereinbarung getroffen, wonach er sich an Stelle gleichzeitig aufgehobener älterer Vergleiche aus dem Jahre 1804 verpflichtete, als Patron und Besitzer von H. und W. für seinen jetzigen Grund- und Häuserbesitz sowie für seine Gutspächter und die in seinen Guts- und sonstigen Wohnungen wohnenden Administratoren und Deputatisten $\frac{11}{24}$ der Lasten zu tragen, die die bei Unzulänglichkeit der Mittel des Herrars subsidiarisch eintretende Kirchengemeinde H.-L. aufzubringen hatte. Gleichzeitig wurde die Vereinigung des Gutes W. mit der Kirchen- und Schulgemeinde H.-L. vereinbart.

bietens durch öffentliche Körperschaften am Ende der Entscheidungsgriinde kurz gestreift.

Der Wortlaut der Entscheidungsgründe gibt keine unbedingt klare Übersicht darüber, für welche der Klageanträge schließlich der Rechtsweg zugelassen sein soll. Offenbar wird folgendermaßen unterschieden:

Zulässig soll der Rechtsweg sein, soweit entschieden wird: 1. über die Erkundigung nach den Preisen der Konkurrenzunternehmen und den Hinweis, daß die Stadt billiger sei; 2. über die Erklärung, daß auch die Bestattung billiger erfolge, wenn der Sarg von der Stadt geliefert werde, oder umgekehrt, daß die Bestattungsätze sich erhöhten, wenn der Sarg nicht von der Stadt geliefert werde; 3. über die Bedingung in den Verträgen mit den Bestattungsvereinen, daß auch der Sarg von der Stadt bezogen werden müsse. — Der Nachprüfung vor den ordentlichen Gerichten entzogen soll offenbar sein die — wenn auch als unberechtigt zu unterstellende — Beanstandung der Vollmachten und die Belastung mit un gerechtfertigten Auflagen. Die Zubilligung von Sondergebühren an Mitglieder von Bestattungsvereinen wird an sich von der Kl., wie es scheint, nicht ernstlich in diesem Verfahren bekämpft.

Ob mit dieser Untercheidung eine eindeutige Grenzziehung gewonnen ist, erscheint zweifelhaft. Die Frage ist in jeder Hinsicht äußerst problematisch.

Keine Bedenken bestehen, eine Zivilklage in den Fällen zuzulassen, in denen die öffentliche Körperschaft in ihren Handlungen offen als Trägerin eines eigenen gewerblichen Unternehmens auftritt. Darum muß der Rechtsweg selbstverständlich stets dann offenstehen, wenn die Stadt als Lieferantin der Särge oder bei der Überführung der Leichen zur Leichenhalle tätig wird. Diese Fälle tragen kaum eine besondere Note, sie geben auch in der Praxis nicht in größerem Maße zu Streitigkeiten Anlaß als jede normale Wettbewerbshandlung zwischen privaten Unternehmern.

Grundsätzlich unstritten sind dagegen die Fälle, in denen amtliche Tätigkeit mit geschäftlicher Betätigung verquickt, ja die geschäftliche Tätigkeit durch amtliche oder amtlich aussehende Maßnahmen verdeckt und deshalb natürlich nur um so intensiver gefördert werden soll. So liegt der Fall ja auch hier, wenn man die Behauptungen der Kl. als richtig unterstellt. Daß in diesen Fällen der Mißbrauch amtlicher Funktionen ein Unlauterkeitsmoment in das Wettbewerbsverhältnis einführt, liegt verhältnismäßig klar auf der Hand. Um so zweifelhafter muß es aber erscheinen, ob gegenüber solchen Maßnahmen noch der Rechtsweg offensteht; denn hier erhebt sich das gewichtige Bedenken, ob nicht durch den Urteilspruch des Zivilrichters unzulässigerweise in Verwaltungsmaßnahmen einer öffentlichen Körperschaft eingegriffen wird.

Man ist aber nicht schwer zu erkennen, daß eine äußerlich ganz konsequente Durchführung des Grundsatzes, daß es dem Zivilrichter verboten sei, über Maßnahmen der öffentlichen Verwaltung zu entscheiden, dem Richter tatsächlich in keinem Falle die Möglichkeit gäbe, gegen Förderung des Wettbewerbs der öffentlichen Körperschaft durch falschen Gebrauch ihrer Amtsgewalt einzuschreiten. Es blieben höchstens die Tatbestände, in denen eine Amtsperson bei Gelegenheit der Vornahme von Amtshandlungen, sachlich getrennt davon, auch Maßnahmen geschäftlicher Art für das gewerbliche Unternehmen durchführte. Dahin wäre also der Fall zu zählen, daß der Beamte während der Vornahme der zur Bestattung selbst gehörenden Handlungen auch nach den Preisen für Sarg und Überführung der Leichen

Das Konsistorium hat mit Schreiben v. 6. Aug. 1872 diese Vereinbarung genehmigt und durch Einpfarrungsdekret vom gleichen Tage die Einpfarrung des Gutes W. angeordnet. Es hat in das Dekret auch die übrigen Abmachungen aufgenommen, insbes. auch die Verteilung der Lasten, und dabei zum Ausdruck gebracht, daß die Beitragspflicht auch für die Rechtsnachfolger des Grafen von W. gelte.

In diesem Rechtsstreit nimmt die Kl. den Bekl. als Rechtsnachfolger im Eigentum der Güter H. und W. auf Zahlung der auf das Rechnungsjahr 1928/29 entfallenden $\frac{11}{24}$ der aufzubringenden Lasten in Anspruch und verlangt die Feststellung der Beitragspflicht für die Zukunft. Der Klage ist entsprochen worden.

I. Rechtsweg.

a) Durch die Vereinbarung v. 30. Okt. 1869 sind die Vergleiche v. 8. Febr. 1804, welche zwischen dem Kirchenpatron und den Gemeinden H. und L. abgeschlossen waren, zwar aufgehoben worden, aber die Urteilsgründe ergeben, daß dieses nicht ohne Neuverpflichtung geschehen ist, so daß alte Verpflichtungen, wie die Pflicht des Patronats zur Versicherung der Kirche in L., in der in der Vereinbarung v. 30. Okt. 1869 einheitlich zusammengefaßten Geldverpflichtung mitenthalten sind und lediglich eine neue Form gefunden haben. Das W.

durch die privaten Unternehmungen fragt und auf die billigeren Preise der Stadt für diese Leistungen hinweist.

Es bleiben dann aber noch alle die Tatbestände unberücksichtigt, in denen die Förderung des kommunalen Unternehmens durch die Amtshandlung selbst bewerkstelligt wurde. Die Kpr. hat sich nun nicht geschert, auch diese Fälle einzubeziehen. Das zeigt schon deutlich die Entsch. aus MuW. XVIII, 31, wo der Inhalt eines Verwaltungsberichts einer öffentlich-rechtlichen Versicherungsanstalt aus dem Gesichtspunkt des unlauteren Wettbewerbs gerügt wird. Die Kpr. mußte sich allerdings mit diesem Schritt vor neue Schwierigkeiten gestellt sehen, wenn der Satz, daß der Spruch des Zivilrichters nicht in Amtshandlungen eingreifen dürfe, noch Sinn behalten sollte. Es galt also innerhalb der Amtshandlungen zu unterscheiden. In RG. 116, 29 = JW. 1927, 1102 knüpfte das RG., um diese Unterscheidung zu finden, an den Umstand an, daß bei einer öffentlich-rechtlichen Feuerversicherung das Versicherungsverhältnis selbst privatrechtlicher Natur sei. Das kann aber für die Zulässigkeit des Rechtsweges bei Entscheidung über amtliche Handlungen der Versicherungsbehörden selbst nicht ausschlaggebend sein, wie auch im Schrifttum (vgl. JW. a. a. O.) schon zutreffend bemerkt worden ist. In der vorl. Entsch. verfuhr das RG. es nun darauf abzustellen, ob die Amtshandlung nur äußerlich als solche in Erscheinung tritt, ihrem Zweck nach aber die Förderung des gewerblichen Unternehmens der Stadt erstrebt. Darin steckt ein richtiger Gedanke, der wohl auch schon in früheren Entsch. Ausdruck gefunden hat, so wenn etwa in GewREch. 1914, 88 solche „Amtshandlungen“ als überprüfbar bezeichnet werden, die überhaupt nicht zu einem ordnungsmäßigen Geschäftsbetrieb einer Behörde gehören können. Man muß sich dann aber auch darüber klar sein, daß mit der Betonung dieses Gesichtspunktes die Grenzen sehr weit hinausgeschoben, ja vielleicht überhaupt aufgehoben werden. Denn damit wird nicht mehr und nicht weniger gesagt, als daß jeder Mißbrauch der Amtsgewalt zu Wettbewerbszwecken, weil er nicht zu den ordnungsmäßigen Verwaltungsaufgaben einer Behörde zählt, vor dem ordentlichen Gericht mit der Unterlassungsklage aus § 1 UmwG. angegriffen werden kann.

Zweifelhaft muß es nur sein, ob von diesem Standpunkt aus noch die Untercheidung zu rechtfertigen ist, die der Senat im vorl. Falle hinsichtlich der einzelnen Klageanträge vornimmt. Es scheint mir dann gar nicht so abwegig, die Zulässigkeit des Rechtsweges auch insofern zu bejahen, als eine unberechtigte, also durch Amtsmißbrauch verübte Beanstandung der Vollmachten und andere Schikanen überhaupt werden. Es handelte sich, materiell gesehen, im übrigen dann um Fälle unerlaubten Behinderungswettbewerbs. Ein Unterschied gegenüber den anderen Maßnahmen — man denke etwa an das Inanspruchstellen niedrigerer Bestattungsgebühren, wenn auch der Sarg bei der Stadt bestellt wird — ist ja allerdings nicht zu verkennen. Es findet in diesen Fällen des Behinderungswettbewerbs die positive Seite der Förderung des gewerblichen Unternehmens der Stadt keinen unmittelbaren, sichtbaren Ausdruck. Aber wie der Behinderungswettbewerb ein Fall des Wettbewerbs überhaupt ist, so muß grundsätzlich der Amtsmißbrauch zu Zwecken des Behinderungswettbewerbs in gleichem Maße vor dem Zivilrichter angreifbar sein wie der Amtsmißbrauch in den übrigen Fällen des Wettbewerbs. Will man diese Folgerung nicht ziehen, dann muß man in E. die Lehre von der Zulässigkeit des Rechtsweges wegen Mißbrauchs der Amtsgewalt überhaupt einer Korrektur unterwerfen. Das letztere scheint mir aber auch im Interesse einer gesunden privaten Wirtschaftspolitik nicht wünschenswert.

Prof. Dr. Ripperdeh, Köln.

hat danach den alten Rechtsgrund der Patronatsverpflichtung durch die Vereinbarung v. 30. Okt. 1869 nicht für beseitigt erachtet und der Rev. ist daher zuzugeben, daß über eine Patronatsstreitigkeit entschieden worden ist. Daraus zieht die Rev. aber zu Unrecht den Schluß auf Unzulässigkeit des Rechtswegs. Durch Art. 17 PrGes. v. 8. April 1924 (GS. 221 [224]) ist lediglich bestimmt worden, daß Streitigkeiten der Beteiligten darüber, wem von ihnen die öffentlich-rechtliche Verbindlichkeit zum Bau oder zur Unterhaltung eines Kirchengebäudes obliegt, im Verwaltungsstreitverfahren ausgetragen sind. Die Pflichten, die der Rechtsvorgänger des Vekl. übernommen hat, erschöpfen sich, mögen sie ihren letzten Ursprung einst in einer Baulastverpflichtung gehabt haben oder nicht, jetzt jedenfalls in einer Geldverpflichtung. Das gibt die Rev. selbst zu. Diese Geldleistung ist nicht für den besonderen Zweck des Baues oder der Unterhaltung von Gebäuden bestimmt, sondern soll allen Bedürfnissen der klagenden Gemeinde dienen. Der Streit betrifft daher nicht die durch Art. 17 Abs. 3 gekennzeichnete und allein von ihm betroffene Art von Verbindlichkeiten, für die allein der Rechtsweg ausgeschlossen worden ist. Eine Geldverpflichtung, die unter Umständen auch Bauzwecken dienen soll, fällt nicht unter die Vorschrift des Art. 17 (RG. v. 7. April 1932, IV 448/30).

Patronatsstreitigkeiten unterliegen nur, wenn sie Bau- oder Unterhaltungspflichten an Gebäuden betreffen, der genannten Gesetzesbestimmung. Im übrigen ist der Rechtsweg für Patronatsstreitigkeiten nicht eingeschränkt worden; zur Zeit der Einführung des VVG. war — auch im Gebiet des gemeinen Rechts — der Rechtsweg für alle Patronatsstreitigkeiten gegeben. Die Rev. irrt daher, wenn sie meint, daß für alle Patronatsstreitigkeiten nunmehr der Rechtsweg verschlossen sei (vgl. RG. 111, 161 [162]; 110, 160 [164]¹⁾; JW. 1927, 2855¹⁶, 1929, 1142¹⁷⁾).

b) Die Vereinbarung v. 30. Okt. 1869 regelt nach der Ansicht des VG. auch die gesamte Abgabepflicht des Rechtsvorgängers des Vekl., und der Rechtsstreit behandelt insoweit die Pflicht zur Leistung öffentlicher, nicht auf Privatrechtstiteln beruhender Abgaben. Auch hierzu hat das VG. den Rechtsweg ohne Irrtum auf Grund des § 15 PrGes., betr. die Erweiterung des Rechtswegs v. 24. Mai 1861 (GS. 241) für gegeben erachtet. Dieses Ges. gilt auf Grund der WD. v. 16. Sept. 1867 (GS. 1515) auch in H. Auf § 10 stützt sich das Art. nicht; privatrechtliche Fundamente i. S. dieser Gesetzesbestimmung, insbes. gützherrliche, schutzherrliche und grundherrliche Verhältnisse werden, das ist der Rev. zuzugeben, als Grundlage der streitigen Verpflichtung nirgends erörtert, sondern nur eine Steuerpflicht.

Die Rev. meint nun freilich, daß durch Art. IV §§ 1 u. 7 PrGes. betr. die Erhebung von Kirchensteuern in den Kirchengemeinden und Gesamt- (Parochial-) Verbänden der ev.-luth. Kirchen der Provinzen Hannover und Schleswig-Holstein sowie in den Kirchengemeinden der ev.-ref. Kirche der Provinz Hannover v. 22. März 1906 (GS. 41) der Rechtsweg nur für die Fälle der §§ 9 u. 10 Ges. v. 24. Mai 1861 offengelassen sei. In diesem Hinweis liegt aber ein Rechtsirrtum. Das Ges. v. 22. März 1906 bezieht sich (vgl. Art. 1, 4) nur auf Beschlüsse und Steuern nach Maßgabe der Abschn. II bis IV des irrevocablen KirchenG., betr. die Erhebung von Kirchensteuern in den Kirchengemeinden und Gesamtverbänden der ev.-luth. Kirche der Provinz Hannover v. 10. März 1906 (GS. 23), also nur auf Steuern, zu denen die Mitglieder der Kirchengemeinde auf Grund ihrer persönlichen Kirchengemeindeangehörigkeit (ohne Rücksicht auf Grundbesitz) herangezogen werden dürfen. Um solche Steuern handelt es sich hier nicht, sondern um die im Abschn. VII § 30 Ges. v. 10. März 1906 genannten Kirchensteuern, die auf Grund zu Recht bestehender älterer, von den Vorschriften des Ges. v. 10. März 1906 abweichender Ordnungen umgelegt werden. Die Befugnis hierzu ist in § 30 aufrechterhalten worden, ohne andererseits den Kirchengemeinden das Recht zu nehmen, Steuern nach Maßgabe des neuen Ges. zu erheben. Solche sind vom Vekl. nicht gefordert worden, und lediglich auf diese Tatsache will das VG. hinweisen, wenn es sagt, daß Ges. v. 22. März 1906

komme nicht in Betracht. In dieser Äußerung liegt also kein Fehler, und die Rev. irrt auch in ihrer Annahme, daß der Rechtsvorgänger des Vekl. i. J. 1869 Gemeindeglied gewesen sei. Er war evangelisch, lebte aber in Österreich und war nach den Feststellungen des VG. nicht als Gemeindeglied, sondern nur als Grundbesitzer besteuert worden.

Es ist nicht ersichtlich, daß die Vorschrift des § 30 KirchenG. v. 10. März 1906 (GS. 23) verkannt sein könnte. § 30 umfaßt nach seinem Wortlaut alle zu Recht bestehenden älteren Ordnungen, die von den Vorschriften dieses KirchenG. abweichen und die Umlage von Kirchensteuern regeln. Hierauf weiter einzugehen, muß sich das RevG. versagen, weil das Ges. nicht revisibel ist. Aus § 15 Ges. v. 24. Mai 1861 (GS. 241) i. Verb. m. Nr. 1 der AKD. v. 19. Juni 1836 (GS. 198) ist ein Erfordernis der Bestimmung eines „Steuerfußes“ nicht zu entnehmen. Unter Steuerfuß wird der Hundertsatz verstanden, durch dessen Anwendung auf die Steuerungsgrundlage die Höhe der Steuer bestimmt wird (Bühler, Lehrb. des Steuerrechts I § 1 S. 11). Von diesen Merkmalen neuzeitlichen Steuerrechts kann bei den alten Ordnungen für Umlage von Kirchensteuern schon um deswillen keine Rede sein, weil das Bedürfnis, nicht aber ein Gegenstand der Besteuerung über die Höhe der Steuer entschied. Wenn die Rev. aber unter Steuerfuß den Maßstab für die Verteilung des aufzubringenden Solls unter den Steuerpflichtigen begreifen will, so ist ihr Verbringen nicht recht verständlich, da der Vergleich von 1869 nur die Verteilung unter Gutsherr und Gemeinde regeln wollte und hierzu den Verteilungsschlüssel gibt. Die weitere Umlage unter die Gemeindeglieder war nicht Sache der Vereinbarung; diese konnte daher hierfür auch keinen Maßstab geben, wird aber deswegen nicht ihrer Eigenart als StD. entkleidet.

II. Nach der Auffassung des VG. enthält die Vereinbarung v. 30. Okt. 1869 eine Neuordnung sowohl des bis dahin durch die Vergleiche vom Jahre 1804 geregelten Patronatsverhältnisses als auch der für die Kirchengemeinde aufzubringenden Steuern (Art. 5, 10, 12). Das VG. macht dabei einen Unterschied in den Erfordernissen für das rechtsgültige Zustandekommen der beiderartigen Verpflichtungen. Es hält den schriftlichen Vergleich für die Rechtsgültigkeit der Abmachungen über das Patronat für ausreichend (Art. 5, 28). Hinsichtlich der Steuern dagegen spricht es dem Übereinkommen als solchen allein die Rechtswirksamkeit ab. Es erblickt aber in der Vereinbarung v. 30. Okt. 1869 im Zusammenhang mit der Genehmigung dieser Vereinbarung durch das Konsistorium v. 6. Aug. 1872 eine Umbildung des Ortsrechts und findet in dieser neuen Ortsverfassung die Rechtsgrundlage für den Anspruch.

Für die Bildung der Ortsfassung ist das örtliche Kirchenrecht entscheidend. Die hannoversche Kirchenverfassung war bei der Einverleibung in Preußen zunächst unberührt geblieben (vgl. Schön, Das ev. Kirchenrecht in Preußen Bd. I S. 139). Soweit das VG. das Ges., betr. die Kirchengemeinden- und Synodalordnung für die ev.-luth. Kirche des Königreichs Hannover v. 9. Okt. 1864, das hannoversche Kirchengemeindengesetz v. 14. Okt. 1848, die hannoverschen Bestimmungen über die Mitwirkung des Konsistoriums (§ 19 Ges. v. 14. Okt. 1848 [Lohmann Bd. 1 S. 83; Schön Bd. I S. 256]), die Bekanntmach. des Generalgouvernements v. 24. Juni 1867 und sonstiges Ortsrecht beachtet, handelt es sich um irrevocabile Normen und ist daher eine Nachprüfung in der RevInst. nicht zugänglich. Gemeines ev. Kirchenrecht gab es nicht (RG. 125, 188²⁾).

Die Frage, wie weit außerdem Staatsrecht zu beachten ist, insbes. ob die staatliche Genehmigung zur Umbildung des Ortsrechts notwendig war, wird vom VG. nicht erörtert. Revisionsrügen sind insoweit nicht erhoben; ein Anlaß zu Zweifeln nach dieser Richtung ist auch nicht gegeben.

Das VG. hält den Anspruch, auch soweit dabei patronatsrechtliche Verpflichtungen zu beachten sind, aus der Ortsfassung für begründet. Es kommt daher die Prüfung von Regeln der Vertragsauslegung nicht in Frage, es handelt sich vielmehr um die Auslegung einer Rechtsnorm, auch soweit

¹⁾ JW. 1925, 1614.

²⁾ JW. 1929, 3374.

das Abkommen v. 30. Okt. 1869 selbst einen Teil dieser Rechtsnorm bildet. Das RevG. ist an die Auslegung gebunden, die das BG. dieser irrevisiblen Rechtsnorm gegeben hat.

Diese Rechtslage wird von der Rev. verkannt.

Wenn sie aus dem Art. als Meinung des BG. zu entnehmen glaubt, daß der Vergleich als öffentlich-rechtlicher keine Wirkung haben könnte, so ist ihr entgegenzuhalten, daß das BG. zwar dem Vergleich für sich allein aus dem von der Rev. (Begr. IX) richtig angegebenen Gründen keine Wirkung bemessen, ihn aber als Unterlage der behördlichen Genehmigung zusammen mit dieser für ein gültiges Ortsgesetz angesehen und beiden vereint daher auch eine Wirkung als Gesetz zuerkannt hat.

In dieser Beurteilung liegt durchaus kein Widerspruch, auch kein Verkennen autonomer Sagung, wie die Rev. zu Unrecht annimmt. Die Zweckmäßigkeit einer Übereinkunft der Beteiligten über die gewünschte Neuregelung ergab sich daraus, daß die Genehmigung durch das Konsistorium dadurch erleichtert wurde. Die Vereinbarung war daher keineswegs bedeutungslos.

Den Angriffen, die die Rev. gegen die Auslegung der Vereinbarung v. 30. Okt. 1869 erhebt, kann das RevG. aus den oben erörterten Gründen nicht nachgehen. Das gilt von der Ansicht des BG., daß diese Vereinbarung nicht nur Steuerpflichten, sondern auch die alte Patronatslast in neuer Form regelt, daß das Ortsgesetz auch die Nachfolger im Besitz der Güter H. und W. binde.

Die Rev. macht dem Art. unzureichende Erörterung der Voraussetzungen für die Entstehung eines Wohnheitsrechts zum Vorwurf. Demgegenüber sei nochmals hervorgehoben, daß der Anspruch nicht auf Grund Wohnheitsrechts, sondern auf Grund einer Ortsfassung zugesprochen worden ist, die nicht Wohnheitsrecht, sondern gesetztes Recht zur Grundlage hat. Das BG. hat auch nicht etwa ausgesprochen, daß die Ortsfassung Wohnheitsrecht zur Voraussetzung habe und auf Wohnheitsrecht verweise. Eine solche Verweisung würde die Ortsfassung auch nicht revisibel machen. Das BG. zieht vielmehr das Wohnheitsrecht lediglich als einen von mehreren Gründen für die Auslegung der Ortsfassung heran; diese Auslegung, und die einzelnen Gründe für diese Auslegung, nachzuprüfen aber ist dem RevG. auch dann verweigert, wenn unzureichende Betrachtungen über eine revisible Rechtsnorm dabei mitverwertet worden wären (vgl. RG. v. 1. Nov. 1920, IV 214/20).

Wenn die Rev. meint, daß Kirchenlasten grundsätzlich als persönliche Lasten den Parochianen aufzuerlegen sind, so mag das für neue Besteuerungen gerecht erscheinen. Die Entwicklung nach dieser Richtung mag schon in der Aufhebung des Pfarrzwangs ihren Ausdruck gefunden haben, wobei aber nach der StD. v. 28. Sept. 1824 in Hannover die Leistungen unberührt bestehen blieben, welche auf Grundstücken ohne Rücksicht auf des Besitzers persönliche Eigenschaft als Glaubensgenosse und Eingepfarrter hafteten (vgl. Giese, i. d. kirchenrechtl. Abhandlungen von Stuk, Heft 69.—71 S. 89). Die Entwicklung war aber auch i. J. 1869 durchaus nicht abgeschlossen. An nicht rein örtlichen ev. KirchStD. gab es damals in Preußen nur die für Rheinland und Westfalen aus dem Jahre 1835 (vgl. Schön, Bd. 2 S. 569). Erst 1905 ist es allgemein zur gesetzlichen Regelung des kirchlichen Steuerrechts gekommen, und auch dann noch und später sind die alten örtlichen StD., die andere Grundlagen hatten, nicht beseitigt, sondern aufrechterhalten worden — vgl. z. B. § 2 Gef. v. 14. Mai 1873, betr. den Austritt aus der Kirche (vgl. RG. 26, 288 [292], § 30 Gef. v. 10. März 1906 [GS. 23]; Art. 19 StaatsG. v. 8. April 1924, GS. 221/225). Es wird allgemein anerkannt, daß in solchen alten örtlichen und irrevisiblen StD. die Lasten vielfach den jeweiligen Eigentümern von bestimmten Grundstücken rechtsgültig auferlegt worden sind (vgl. Schön Bd. 2 S. 569; Giese S. 92) und so waren nach der Feststellung des BG. (Art. S. 25) auch der Besitzer des Guts H. sowie die Reichbesitzer in H. lange vor 1869 mit der Kirchensteuer belastet. Die Rev. tritt daher in Widerspruch zu den Feststellungen des BG. mit ihrer Behauptung, daß die sog. Dinglichkeit der Steuern erst durch den Vergleich v. 30. Okt.

1869 eingeführt worden sei (RevBegr. IX). Da es sich um öffentliche Lasten handelt, sind auch Umstände aus dem Grundbuchrecht nicht herzuführen. Irgendwelche Bedenken gegen die Zulässigkeit der i. J. 1869 getroffenen Neuregelung bestehen aus revisiblem Recht jedenfalls nicht.

Der Bekl. irrt aber auch, wenn er annimmt, daß er als kath. Grundbesitzer nach der Rev. nicht mehr zur Kirchensteuer der ev. Landeskirche herangezogen werden könne.

Es geht aus den Verhandlungen bei Erlaß der KVerf. nicht hervor, daß beabsichtigt worden wäre, in die bestehenden kirchlichen Steuerrechtsverhältnisse der einzelnen Länder einzugreifen. Im Verfassungskentwurf fehlten zunächst Vorschriften über ein Steuerrecht der Kirche. Bestimmungen hierzu sind, wie die Verhandlungen ergeben, nur deshalb für erforderlich erachtet worden, weil die Kirche gegenüber etwaigen Eingriffen durch Landes- oder Reichsgesetze sichergestellt werden sollte. Zweck der Vorschrift war also Sicherung der Kirche, nicht aber Sicherung eines Steuerpflichtigen oder Beschränkung alter Steuerordnungen. Nähere Bestimmungen wurden dem Landesrecht vorbehalten (Art. 137 Abs. 6). In Art. 138 Abs. 2 wurde der Kirche ein weitgehender Schutz ihres Rechtsbestandes gewährleistet. Alle diese Umstände erweisen, daß durch Art. 137 Abs. 6 ein Eingriff in den alten landesrechtlichen Rechtszustand, in die Steuerbefugnisse der Kirche nicht erfolgt ist, auch wenn jene sich gegen ein Mitglied anderer Konfession richten. Wie wenig Art. 137 die Besteuerung von Mitgliedern eines andern Bekenntnisses grundsätzlich ausschließt, ergibt sich aus der Änderung seines ursprünglichen Wortlauts, durch die die Besteuerung juristischer Personen und damit die Aufbüdung der Steuern auf physische Personen gleich welchen Bekenntnisses zugelassen worden ist. Die gleiche Auffassung ist schon vom PrRG. 84, 230 (231) und 87, 236 (238) vertreten und durch Hinweis auf Einzelheiten bei den Verhandlungen über die KVerf. näher begründet worden. Daß auch der preußische Gesetzgeber diese Auffassung geteilt hat, ergibt sich daraus, daß er in dem schon genannten Art. 19 StaatsG. v. 8. April 1924 (GS. 221 [225]) die Voraussetzungen der Kirchensteuerpflicht ohne Einschränkung aufrechterhalten hat. Daher kann bei Gebhard, KVerf. Anm. 4a zu § 137 geäußerte Meinung, physische Personen, die nicht Bekenntnisgenossen seien, dürften zu Kirchensteuern nicht herangezogen werden, für die alten noch gültigen Steuerordnungen keine Bedeutung beanspruchen.

(U. v. 23. Nov. 1933; 152/33 IV. — Celle.)

[N.]

****4.** §§ 40, 78 Gef. zur Änderung von Vorschriften auf dem Gebiete des allgemeinen Beamten-, des Besoldungs- und des Versorgungsrechtes v. 30. Juni 1933. Dieses Gef. ist, auch wenn es erst nach Erlaß des B. U. ergangen war, vom RG. anzuwenden. § 40 Abs. 4 betrifft besondere Zusicherungen und Vereinbarungen gerade dann, wenn sie rechtswirksam zustande gekommen sind. Verufung auf schuldhaft verspätete Beanstandungen der Einstufung eines Beamten durch den Regierungspräsidenten und Verstöße gegen Treu und Glauben sowie Verufung auf wohlverworbene Rechte sind durch §§ 40 Abs. 4, 77 Abs. 1 i. Verb. m. Art. 2 des Gef. zur Behebung der Not von Volk und Reich v. 24. März 1933 ausgeschlossen. †)

Die Frage, ob der § 78 des Gef. v. 30. Juni 1933 Anwendung zu finden hat, ist für den zur Entsch. stehenden Fall zu verneinen. Nach § 78 trägt jede Partei die ihr entstandenen außergerichtlichen Kosten, und die Gerichtskosten werden niedergeschlagen, wenn auf Grund der Vorschr. dieses Gef. ein anhängiger Rechtsstreit seine Erledigung findet. Diese Best. ist fast wörtlich dem § 82 AustOG. v. 16. Juli 1925 nachgebildet,

Zu 4. Der 3. ZivSen. des RG. hat zu der obigen Frage in einer in ZfNR. 1933, 194 abgedruckten gutachtlichen Äußerung Stellung genommen, in welcher die maßgeblichen Gesichtspunkte in noch schärferer Form herausgearbeitet worden sind als in der obigen Entsch. Nach letzterer könnte es den Anschein erwecken, als ob die Erklärung des Kl. — in den höheren Rechtszügen des Rechtsmittelklägers — dafür ausschlaggebend sei, ob die Kostenregelung des § 78

die Rspr. zu dieser Gesetzesvorschrift kann daher ohne weiteres auch für die Auslegung des § 78 Gef. v. 30. Juni 1933 verwertet werden. Nun hat der 5. ZivSen. des RG. in RG. 112, 302¹⁾ ausgesprochen, die Vorschr. des § 82 AufwG. sei eine dem Rechtsfrieden dienende Kostenbest.; die Kostenregelung des § 82 AufwG. trete ohne weiteres kraft Gesetzes ein, und es sei auch, sofern der Rechtsstreit in der Hauptsache infolge der Vorschr. des AufwG. erledigt sei, jeder Streit der Parteien über eine von der Best. des § 82 AufwG. abweichende Kostenverteilung gegenstandslos. Dies gelte insbes. für eine Streitigkeit der Parteien über die Frage, ob und inwieweit etwa der geltend gemachte Anspruch nach der früheren Rechtslage ohne das Inkrafttreten des AufwG. begründet war.

Wie die Begr. des erwähnten Ur. aber weiter ausführt, lassen sich für die Frage, wann ein Rechtsstreit infolge der Vorschr. des AufwG. seine Erledigung gefunden hat, keine allgemeingültigen Regeln aufstellen. Vielmehr kann die Entsch. hierüber nur für jeden einzelnen Fall, besonders unter Berücksichtigung aller Umstände, getroffen werden. Die Voraussetzungen des § 82 AufwG. werden in der Entsch. stets dann für gegeben erachtet, wenn infolge der Vorschr. des Gesetzes für die Parteien kein Interesse an der Fortführung des Rechtsstreits in der Hauptsache mehr gegeben ist. Zur Ermittlung dieser Tatsache sollen die von den Parteien im Rechtsstreit abgegebenen Erklärungen berücksichtigt und ausgelegt werden. Damit stimmt auch die sonstige Rspr. des RG. zu § 82 AufwG. überein, in der durchweg der Standpunkt vertreten wird, eine Erledigung des Rechtsstreits infolge der Vorschr. des AufwG. liege dann nicht vor, wenn der Revkl., dessen Recht im AufwG. geregelt ist, trotzdem seinen abweichenden Standpunkt durch Fortführung des Rechtsstreits durchzusetzen sucht (RG. 112, 172²⁾; Zeiler, Aufwertungsfälle Nr. 858 und 934).

Wendet man diese Grundsätze auf den vorl. Fall an, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die Voraussetzungen des § 78 des Gef. v. 30. Juni 1933 nicht gegeben sind. Der Kl. hat noch in der mündlichen Verhandlung vor dem RevGer. vortragen lassen, daß die Vorschr. des Gef. v. 30. Juni 1933 seinen mit der Klage geltend gemachten Ansprüchen nicht im Wege stünden, und er hat seinen in den vorderen Rechtszügen und in der schriftlichen RevBegr. vertretenen Standpunkt sowie die früher gestellten Anträge in vollem Umfang aufrechterhalten. Auch die Bekl. hat keine dem § 78 entsprechenden

¹⁾ ZW. 1926, 1795.

²⁾ ZW. 1926, 538.

WRÄndG. Platz zu greifen habe oder nicht. Dies ist jedoch offenbar nicht der Fall. Vielmehr genügt die Erklärung auch nur einer Partei — gleichgültig, ob es sich um den Kl. oder Bekl., den Rechtsmittelkläger oder Rechtsmittelbekl. handelt —, um die Kostenregelung des § 78 zur Anwendung zu bringen, vorausgesetzt nur, daß ein unter die Best. des WRÄndG. fallender Anspruch vorliegt. Hiermit stimmt auch die gleichfalls zum Abdruck in der amtlichen Sammlung bestimmte Entsch. vom gleichen Tage — III 15/33 — überein, in welcher das RG. trotz des Widerspruchs des Bekl. und Revkl. auf den Antrag der Kl. hin den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt und die Kostenregelung nach § 78 vorgenommen hat. Ebenso sagt das RG. in oben benannter gutachtlicher Äußerung: „Ein gegen die Erledigung des Rechtsstreits erhobener Widerspruch einer Partei, der lediglich die Kostenfolge des § 78 abwenden will, ist nicht zu beachten.“ Allerdings darf nicht übersehen werden, daß das RG. sich den für den Fall des § 82 AufwG. gemachten Vorbehalt, die Entsch. darüber, ob ein Rechtsstreit seine Erledigung gefunden habe, könne nur für jeden einzelnen Fall getroffen werden, in obiger Entsch. auch für die Fälle des § 78 zu eigen gemacht hat.

Der Anwalt der klagenden Partei wird bei dieser Rspr. mit besonderer Gründlichkeit prüfen müssen, ob der Anspruch seiner Partei durch die Best. der WRÄndG. betroffen worden ist, um alsdann seiner Partei eine Erklärung gem. § 78 anzuraten, da er sie anderenfalls der Gefahr aussetzt, mit allen Prozeßkosten belastet zu werden. Die Rspr. des RG., welche die Anwendbarkeit des § 78 von den Erklärungen der Parteien abhängig macht, bürdet deshalb dem Anwalt eine große Verantwortung auf. Im allgemeinen Interesse wäre es wünschenswert gewesen, wenn die Gerichte die Erledigungserklärung und die Kostenregelung aus § 78 ohne Rücksicht auf die Erklärungen der Parteien hätten vornehmen können. Dies würde dem Rechtsfrieden, dem die Best. des § 78 zu dienen bestimmt ist, noch förderlicher gewesen sein und klarere Verhältnisse geschaffen haben.

RGMR. v. Bonin, Potsdam.

Anträge gestellt. Unter diesen Umständen mußte auf Zurückweisung der Rev. mit der Kostenfolge des § 97 ZPO. erkannt werden.

(U. v. 24. Okt. 1933; III 30/33. — Hamm.) [Sch.]
(= RG. 142, 52.)

****5.** 1. BeamtdndRG. v. 30. Juni 1933 ist in der RevJust. anzuwenden, auch wenn das BU. vor seinem Erlaß ergangen ist.

2. Zur Festsetzung des Gehaltes eines Beamten gehört auch die Festsetzung des Besoldungsdienstalters.

3. Zu § 117 Abs. 1 Satz 1 ArbGG. f)

Das Gef. v. 30. Juni 1933 ist zwar erst nach Erlaß des BU. ergangen. Da es sich jedoch um ein RGef. handelt, das mit sofortiger Wirkung in Kraft getreten ist, und rückwirkend in der Vergangenheit geregelte und selbst rechtskräftig entschiedene Rechtsbeziehungen weitgehend erfaßt und ändert, so kann es nach der Rspr. des Sen. keinem Zweifel unterliegen, daß das Gesetz alsbald und bei anhängigen Rechtsstreitigkeiten noch im Rechtszuge der Rev. anzuwenden ist (RG.: ZW. 1927, 1257¹⁾).

Wenn Abs. 1 Satz 1 des § 117 ArbGG. bestimmt, die hauptamtlichen Beamten der nach § 85 GewGerG. zugelassenen GewGer., die sich am Tage der Verkündung des ArbGG. im Amte befinden, seien unter Anrechnung ihrer bisherigen Dienstzeit in Dienststellen gleicher Art bei den für ihren bisherigen Amtssitz zuständigen ArbGBeh. zu übernehmen, so hat diese Vorschr. zur selbstverständlichen, und darum im Gesetz nicht besonders hervorgehobenen Voraussetzung, daß die anzurechnende „bisherige Dienstzeit“ rechtlich einwandfrei festgestellt ist. An einer solchen Feststellung fehlt es aber im vorl. Fall. Nach dem klaren Wortlaut des § 32 Abs. 5 des Regulativs für das GewGer. in R. sind die Gehälter des Personals der Gerichtschreiberei des GewGer. durch den RegPräf. festzustellen. Zu dieser Feststellung der Gehälter gehört aber sinngemäß auch die Festsetzung des BDA. eines Beamten, denn dieses bildet nach ständiger Rspr. einen wesentlichen Berechnungsfaktor für die Dienstbezüge.

Das ist hier nicht geschehen (wird näher ausgeführt).

Im übrigen ist zu bemerken, daß sich aus § 117 Abs. 1 Satz 1 ArbGG. bei Übernahme der hauptamtlichen Beamten in den Dienst der ArbGBeh. deren Verpflichtung zu einer

Zu 5. Zu 1: Nach § 550 ZPO. liegt eine Verletzung des Gesetzes vor, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist. Im Fall einer Gesetzesänderung hat daher das RevG. bei der Nachprüfung des Ur. des BG. regelmäßig nur dasjenige Recht anzuwenden, das zur Zeit der Verkündung des letzteren Ur. galt (vgl. Stein-Zonas [12.], Rem. III, 2 zu § 300 ZPO. mit Fußnote 36; Rem. III A zu § 549 ZPO. mit Fußnote 24; Schow-Busch-Prax [18.], Anm. 3 zu § 549 ZPO.; Anm. 4 zu § 561 ZPO.).

Von dieser Regel hat das RG. eine Ausnahme gemacht bezüglich solcher Reichsgesetze (nicht auch Landesgesetze, auch wenn diese auf reichsrechtlicher Anweisung und Ermächtigung beruhen; vgl. RG.: ZW. 1927, 1258), die sich selbst eine in die Vergangenheit reichende Wirkung beilegen.

a) Zunächst sind solche erst nach Verkündung des BU. erlassene Gesetze vom RevG. zu berücksichtigen, deren Inhalt erkennen läßt, daß sie nach dem Willen des Gesetzgebers in die Vergangenheit zurückwirken sollen. Beispiele für derartige mit rückwirkender Kraft ausgestattete Gesetze sind u. a. das RTumSchG. v. 12. Mai 1920 (RG. 100, 246 = ZW. 1921, 170; 102, 152 = ZW. 1922, 102); das deutsch-schweiz. Goldhypothekenabk. v. 10. Dez. 1920 (RG. 101, 147 = ZW. 1921, 232), die AusfW. v. 21. Dez. 1923 zur DevW. v. 8. Mai 1923 (RG. 108, 143 = ZW. 1924, 1373).

b) Eine weitere Ausnahme von der eingangs angeführten Regel besteht hinsichtlich zwingender Verbotsgesetze und anderer öffentlich-rechtlicher Normen, die erst nach Erlaß des BU. in Kraft getreten sind und die von derartigen Einfluß auf die freitragenden Rechtsverhältnisse der Parteien sind, daß das BU. mit ihnen unvereinbar ist (vgl. RG. 97, 161; 101, 165; 108, 143 = ZW. 1924, 1373).

c) Endlich tritt eine Ausnahme von der Regel ein bezüglich solcher Gesetze, durch die nach Verkündung des BU. der wahre Inhalt eines früher ergangenen Gesetzes lediglich authentisch interpretiert wird. Eine „solche authentische Interpretation“ ist noch in der RevJust. zu beachten, weil der Rechtsfuß, den sie aus-

gleichen gehaltlichen Eingruppierung der Beamten, also zu einer Beibehaltung der bisherigen Befoldung nicht ergibt (amtl. Begr. z. Entw. eines ArbGG. zu § 112 des Entw. [Druckf. Nr. 2065 der 3. Wahlper. des R.L. 1924/1926 S. 62]; Baumbach-Königsberger zu § 117 ArbGG. Anm. 2). Aus Satz 3 daselbst, der sich nach RG. 136, 390 (395¹⁾) auch auf Satz 1 bezieht, könnte allerdings eine solche Verpflichtung abgeleitet werden, jedoch, wie ausgeführt, nur dann, wenn die „bisherige Einstufung“ des Kl. in Übereinstimmung mit den gesetzlichen Best. erfolgt wäre, und wenn die zuständige Stelle seine „bisherigen Dienstbezüge“ rechtswirksam festgestellt hätte.

(U. v. 24. Okt. 1933; III 81/33. — Düsseldorf.) [Sch.]

****6.** B. DienstinstG.; BesoldG. v. 17. Dez. 1927. Die gesetzlichen Bestimmungen und Voraussetzungen für die Gewährung von Kinderbeihilfen an Beamte, insbes. für Stiefkinder. Rechtsbegriff der „Aufnahme in den Hausstand“. Unterschiedliche Regelung und Behandlung von Kinderbeihilfe und Waisenrente. †)

Die Grundlage des erhobenen Anspruches auf Kinderbeihilfen für Stiefkinder bilden die Gesetze über die Dienstbezüge der unmittelbaren Staatsbeamten, und zwar regelt sich der Anspruch des Kl. für die Zeit, in welcher er Beamter war, d. h. bis zum 10. Dez. 1930, zunächst nach § 18 B. DienstinstG. in der Fassung v. 1. April u. 9. Okt. 1924 und vom 1. Okt. 1927 ab nach § 11 BesoldG. v. 17. Dez. 1927, während für die Zeit nach seinem Ausscheiden aus dem Dienst, in der ihm gem. § 59 PolBeamtG. v. 31. Juli 1927 i. Verb. m. §§ 4, 38, 58 SchutzPolBeamtG. v. 16. Aug. 1922 und 30. Mai 1925 auf die Dauer von drei Jahren Übergangsgebühren zustehen, § 25 BesoldG. v. 17. Dez. 1927 entsprechend anzuwenden ist. Auf Grund dieser Vorschr. erhält ein Beamter während seiner Dienstzeit, der Kl. außerdem während der Übergangszeit, d. h. während der ersten drei Jahre nach seinem Ausscheiden aus dem Dienst, für jedes eheliche Kind „eine Kinderbeihilfe“. Den ehelichen Kindern

¹⁾ JW. 1932, 3447.

spricht, nach der in Wissenschaft und Praxis feststehenden Auffassung als schon zur Zeit der früheren Rechtsverhältnisse bestehend anzusehen ist“ (RG. 63, 143).

Daß das mit sofortiger Wirkung in Kraft getretene (vgl. Art. 3 ErmächtG. v. 24. März 1933 [RGBl. I, 141]) RGef. zur Änderung von Vorschr. auf dem Gebiete des allgemeinen Beamten-, des Besoldungs- und des Versorgungsrechts v. 30. Juni 1933 (RGBl. I, 433) unter die Ausnahme zu a fällt, ist dem RG. ohne weiteres zuzugeben. Zahlreiche Best. dieses Gesetzes erlassen in weitgehendem Maße rückwirkend in der Vergangenheit geregelte Rechtsbeziehungen (vgl. u. a. die §§ 5, 8, 38, 53, 57, 65); einige Vorschr. regeln mit rückwirkender Kraft sogar bereits rechtskräftig entschiedene Rechtsverhältnisse (vgl. u. a. die §§ 39, 44). Es kann daher in der Tat nicht zweifelhaft sein, daß ein derartiges Gesetz noch nach Erlaß des B.V. in der RevJust. zur Anwendung gelangen muß.

Zu 2: Weiter ist dem RG. auch darin beizupflichten, daß zur Feststellung des Gehalts eines Beamten sinngemäß auch die Festsetzung des Besoldungsabstufers (B.V.) gehört, weil dieses einen wesentlichen Faktor für die Berechnung der Dienstbezüge des Beamten bildet. Die Vorschr. über das B.V. sind ein Teil der BesoldG. (vgl. RG. 135, 356 = JW. 1932, 1969). Der Tag, auf den das B.V. eines planmäßigen Beamten festgesetzt wird, ist der Berechnung der dem Beamten in seiner Besoldungsgruppe zukommenden Dienstaltersstufe zugrunde zu legen. Das B.V. bezeichnet den Anfangspunkt, von dem an die Zeitabschnitte für das Verbleiben im Anfangsgrundgehalt und für das Aufsteigen in die höheren Gehaltsstufen zu berechnen sind (vgl. Brandt, Beamtenrecht [3.] S. 181 § 49).

Zu 3: Der § 112 des Entw. eines ArbGG. (Druckf. Nr. 2065 der 3. RWahlper. 1924/26 S. 17) enthält keine dem § 117 Abs. 1 Satz 3 ArbGG. entsprechende Best. Vielmehr ist darin nur gesagt, daß der Umfang der Verpflichtung zur Gewährung von Ruhegehalt und Hinterbliebenenversorgung sich nach den Vorschriften für entsprechende Landesbeamte bestimme. Insofern ist in der vom RG. in Bezug genommenen Begr. zu § 112 des Entw. mit Recht hervorgehoben, daß die gleiche gehaltliche Eingruppierung nicht vorgeschrieben sei. Auch läßt sich aus § 117 Abs. 1 Satz 1 ArbGG. allein in der Tat nicht die Verpflichtung der ArbGBehörden zu einer gleichen gehaltlichen Eingruppierung, also zu einer Beibehaltung der bisherigen Befoldung der in ihren Dienst übernom-

menen hauptamtlichen Beamten herleiten. Nachdem aber in den Entw. der Satz 3 eingefügt worden ist, wonach durch die Übernahme eine Beeinträchtigung der bisherigen Einstufung, der bisherigen Dienstbezüge, Ruhegehalts- und Hinterbliebenenversorgungsansprüche nicht eintreten darf, ergibt sich aus Satz 1 i. Verb. m. Satz 3 leg. cit. im Gegensatz zu der von Baumbach (ArbGG. [2.] S. 303 Anm. 2 zu § 117 ArbGG.) vertretenen Ansicht, daß die Beibehaltung der bisherigen Befoldung der in den Dienst der ArbGBehörden übernommenen hauptamtlichen Beamten bindend vorgeschrieben ist (wie das RG. auch Dersch-Bolkmar [4.] S. 691, Anm. 2a zu § 117 ArbGG. — vgl. auch Depéne [2.], Anm. zu § 117 ArbGG., der ausdrücklich RG. 136, 390 = JW. 1932, 3447 zitiert).

Daß die Beibehaltung der bisherigen Befoldung des zu übernehmenden Beamten zur Voraussetzung hat, daß die zuständige Stelle seine „bisherigen Dienstbezüge“ rechtswirksam festgestellt hat, wozu insbes. die rechtlich einwandfreie Best. des B.V. des betreffenden Beamten gehört, wird vom RG. mit Recht hervorgehoben (vgl. zu 2).

RA. Dr. Kurt Lindemann, Berlin.

Zu 6. Bedenken gegen die Richtigkeit des obigen Standpunktes bestehen nicht. Wenn § 1617 BGB. die Erziehung und den Unterhalt des Kindes von der Zugehörigkeit zu dem elterlichen Hausstande trennt und wenn nach § 1617 BGB. beide Voraussetzungen vorliegen müssen, um die Dienstleistungspflicht des Kindes zu begründen, so kann hieraus kein Rückschluß auf die Bedeutung des rein besoldungsrechtlichen Begriffes der „Aufnahme in den Hausstand“ gezogen werden. Wie das RG. zutreffend ausführt, ist die Einstufung der Kinderbeihilfen eine Maßnahme ausgleichender Fürsorge gegenüber kinderreichen Familien, welche ihre verfassungsmäßige Grundlage in Art. 119 Abs. 2 Satz 2 RWerf. findet. Die Kinderbeihilfe soll einen Beitrag zu den Kosten der Erziehung und des Unterhalts der Kinder bilden. Dagegen ist es nicht der Zweck dieser Bestimmung, über die Unterhaltspflicht hinaus dem Stiefvater eine besondere besoldungsrechtliche Vergünstigung zu gewähren, welche auch ohne geldliche Mehrbelastung rein äußerlich nur mit der Last der Aufnahme in den Hausstand verknüpft ist. Um einer mißverständlichen Auslegung des § 11 Abs. 3 c vorzubeugen, ist in Nr. 63 Abs. 3 und Nr. 65 Abs. 8 BGB. der Gesichtspunkt der Unterhaltsgewährung als Voraussetzung des Anspruchs auf Kinderbeihilfe stärker betont worden.

RA. von Bonin, Potsdam.

Wortlaut der fraglichen BesoldVorschr. über die Gewährung einer Kinderbeihilfe an Stiefkinder enthalten, lediglich von Stiefkindern, „die in den Hausstand des Beamten aufgenommen sind“, und es können darunter nach Entstehungsgeschichte, Sinn und Zweck dieser Vorschr. mit dem BG. nur die Stiefkinder verstanden werden, für deren Unterhalt der Beamte sorgt. Die Einführung von Kinderbeihilfen (im BesoldG. „Kinderzuschläge“) an Beamte ist auf Art. 119 Abs. 2 Satz 2 RVerf. zurückzuführen, wonach kinderreiche Familien Anspruch auf ausgleichende Fürsorge haben. Die Kinderbeihilfen sollen nur einen Beitrag zu den Kosten der Erziehung und des Unterhalts der Kinder bilden, während Erziehung und Unterhalt als solche in erster Linie den Eltern obliegen (§§ 1601 ff. BGB. i. Verb. m. der Begr. zum Entw. des PrWDienstentfG., Druckf. Nr. 2341 der verfassungsgebenden Preuß. Landesversammlung S. 3715 und Erzhthropol-König, Die Preuß. Besoldungsgesetze, 5. Aufl., zu § 11 Num. 1 S. 66). Es ist daher und im Hinblick auf die besondere Rechtslage der „unehelichen“ Kinder einerseits durchaus erklärlich, daß § 18 Abs. 4 und § 11 Abs. 3d der in Rede stehenden beiden preuß. Gesetze der „Ausnahme“ eines unehelichen Kindes „in den Hausstand“ des Beamten, falls dessen Vaterschaft feststeht, er also gem. §§ 1708 ff. BGB. unterhaltspflichtig ist, durch den Gebrauch des Wortes „oder“ den Umstand gleichstellt, daß der Beamte „auf andere Weise nachweislich für den vollen Unterhalt“ des unehelichen Kindes „aufkommt“. Andererseits bedurfte es entgegen der Meinung der Rev. der Hervorhebung des letzteren Umstandes nicht hinsichtlich der „Stiefkinder“, da zwar ihnen gegenüber der Stiefvater keine gesetzliche Unterhaltspflicht hat, aber nach der oben gegebenen Begriffsbest. die Aufnahme auch eines solchen Kindes in den „Hausstand“ die Unterhaltsgewährung ohne weiteres einschließt. Daß eine Familiengemeinschaft auch vorliegt, mithin die Aufnahme in den Hausstand nicht aufgehoben ist, wenn die Stiefkinder zum Zwecke der Erziehung oder Ausbildung auf Kosten des Stiefvaters, d. h. zeitweilig, anderweit untergebracht sind, versteht sich von selbst. Das BL. hat mithin den Rechtsbegriff „Aufnahme in den Hausstand“ keineswegs verkannt.

Aus dem bisher Gesagten ergibt sich zugleich, daß ein Beamter oder Ruhegehaltsempfänger die Kinderbeihilfe für Stiefkinder nur erhält, wenn er ihnen den Unterhalt in Wirklichkeit auch gewährt (ebenso für die entsprechenden Vorschr. des BesoldG. und RVerf. d. Entsch. des RVerf. d. 7. 220 Nr. 47). Das BG. hat diese Frage ebenfalls einer Prüfung unterzogen und daraufhin im wesentlichen auf Grund tatsächlicher Erwägungen festgestellt, daß der Kl. in der hier fraglichen Zeit den Unterhalt seiner beiden Stiefkinder weder ganz noch teilweise aus eigenen Mitteln bestritten, sondern mit den Beträgen gedeckt hat, die ihm zum Zwecke des Unterhalts dieser Kinder aus Waisenrenten und sonstigen Versorgungsgeheimnissen zugeflossen sind. Die daraus zumgunsten des Kl. gezogene Schlussfolgerung aber läßt einen Rechtsirrtum nicht zutage treten, sie entspricht ohne weiteres der bereits oben als bedenkenfrei bezeichneten Auslegung der einschlägigen gesetzlichen Vorschr. und ist um so mehr zu billigen, als der gegenteilige Standpunkt dazu führen würde, daß der Stiefvater, der seinen Stiefkindern keinen Unterhalt gewährt, besser gestellt wäre als der Vater von ehelichen Kindern, der diesen gegenüber gesetzlich zur Unterhaltsleistung verpflichtet ist. Daß das nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen sein kann, leuchtet ein.

Ebenso wenig steht dem Ergebnis, zu welchem das BG. gelangt, entgegen, daß Kinderbeihilfe und Waisenrente, wie

schon eine Bfg. des PrZinM. v. 31. Okt. 1922 (ZinMinBl. S. 760 f. und MBlB. Sp. 1112 ff.) zum Ausdruck bringt, verschieden geartet sind. Es trifft allerdings zu, daß die Kinderbeihilfe dem Beamten bzw. Ruhegehaltsempfänger zusteht und einen Bestandteil seiner Dienstbezüge bildet, während die Waisenrente und ähnliche Versorgungsbezüge einen selbständigen Anspruch des Kindes darstellen, der auf dem durch Tod, Dienstbeschädigung oder ein ähnliches Ereignis herbeigeführten Wegfall des dem Kinde gesetzlich Unterhaltspflichtigen beruht. Das vermag jedoch nichts daran zu ändern, daß notwendige Voraussetzung des Anspruchs auf eine Kinderbeihilfe die — vorliegend nach dem festgestellten Sachverhalt nicht gegebene — tatsächliche Unterhaltsgewährung ist.

(U. v. 3. Nov. 1933; III 61/33. — Raffel.) [Sch.]

****7.** Die Gültigkeit und Berechnung der im zwischenstaatlichen Verkehr festgesetzten Tarife richtet sich für jeden Staat nach seinen Gesetzen. Für Deutschland ist § 6 Abs. 4 EWD. v. 16. Mai 1928 maßgebend, namentlich die hier als Regel verordnete zweimonatige Veröffentlichungsfrist. — Der Vertrag tritt erst nach Veröffentlichung in allen beteiligten Ländern in Kraft. — Unterbrechung der Verjährung durch Reklamation. †)

Im Juli 1930, nach dem zweiten Tage dieses Monats, wurden von belgischen Stationen 308 Wagenladungen Kartoffeln zur Beförderung nach Stationen der Reichsbahndirektion Essen mit internationalen Frachtbriefen aufgegeben. Die Sendungen kamen an den Bestimmungsorten an. Die Frachten wurden von den Empfängern bezahlt. Sie wurden nach dem v. 1. Juni 1929 ab geltenden deutsch-belgischen Eisenbahngütertarif berechnet, und zwar derart, daß für die deutschen Frachtberechnungsabschnitte der Ausnahmetarif 14/114 und für die belgischen Frachtberechnungsabschnitte der Ausnahmetarif 24a zugrunde gelegt wurde. Letzteres geschah, weil die belgischen Eisenbahnen eine Änderung der Frachtsätze vorgenommen hatten. Nachdem von ihnen nämlich für eine vorübergehende Zeit eine Ermäßigung der Fracht für Kartoffel sendungen eingeführt worden war, wurde diese im Juni 1930 wieder aufgehoben und diese Änderung in Deutschland im Tarif- und Verkehrsanzeiger für Güter- und Tierverkehr der Deutschen Reichsbahngesellschaft und der Deutschen Privat-Eisenbahnen v. 19. Juni 1930 mit der Tarifvorschr. 119 und in Belgien im Moniteur Belge in Brüssel v. 26. Juni 1930 Nr. 179 bekannt gemacht. Die Bef. der Reichsbahn hatte folgenden Wortlaut: „Im Ausnahmetarif 14/114 für Kartoffeln wird im Abschnitt C die Ziff. 1 wie folgt geändert: I. Für die belgischen Strecken: Es gelten: a) für Sendungen von 5000 kg die allgemeinen belgischen Frachtsätze des Festes 2, b) für Sendungen von mindestens 10000 kg die belgischen Frachtsätze des Ausnahmetarifs 24a. Diese Änderung tritt am 2. Juli 1930 in Kraft.“ Die Kl., der die Empfänger ihre Ansprüche abgetreten haben, ist der Meinung, daß die Frachten für den belgischen Berechnungsabschnitt zu Unrecht nach dem Ausnahmetarif 24a statt nach den vorher gültigen niedrigeren Sätzen berechnet worden seien, und verlangt von der Befl. Erstattung der danach zuviel gezahlten Beträge von zusammen 6184,65 RM nebst Zinsen. Das BG. hat der Klage stattgegeben. Die Sprungrevision der Befl. hatte keinen Erfolg.

Die Befl. hält die Frachtberechnung für die belgischen Frachtberechnungsabschnitte nach dem Ausnahmetarif 24a für zutreffend, weil dieser Tarif zur Zeit des Abschlusses der

Zu 7. Die Entsch. verdient Beifall; sie ist überzeugend begründet.

Für die Frage, wann ein zwischen Eisenbahnen verschiedener Länder, die am Internationalen Übereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr (ZüG.) v. 23. Okt. 1924 beteiligt sind, vereinbarter direkter Tarif in Kraft tritt, ist auszugehen von dem erwähnten Übereinkommen. Nach Art. 9 § 1 daselbst bemittelt sich die Rechtswirklichkeit und die dazugehörige ordnungsgemäße Veröffentlichung eines zwischenstaatlichen Verbundtarifs nach dem Recht jedes einzelnen an dem Tarif beteiligten Staates. Damit hat das ZüG. die Frage der gehörigen Tarifveröffentlichung selbst geregelt, indem es das Landesrecht für maßgebend erklärt hat. Zusatzbestimmungen einzelner am Übereinkommen beteiligter Eisenbahnen, die diese Regelung des

ZüG., d. h. die hierin für maßgebend erklärten landesrechtlichen Vorschriften über die Veröffentlichung eines Tarifs, abändern, sind nach Art. 61 § 2 ZüG. unstatthaft. Demnach gilt für die Veröffentlichung des Tarifs in Deutschland § 6 Abs. 4 EWD., denn eine ihn abschließende Bestimmung i. S. des § 1 Abs. 2 EWD. fehlt. Wegen der Verschiedenartigkeit der landesrechtlichen Vorschriften über die Veröffentlichung von Tarifen tritt ein zwischen Eisenbahnen verschiedener Länder vereinbarter direkter Tarif sonach erst in Kraft, wenn er in sämtlichen beteiligten Ländern gehörig veröffentlicht worden ist.

Auch die Ausführungen des BG. über die Hemmung der Verjährung durch Reklamation sind zu billigen.

Reichsb.-Ass. Dr. Arthur Müller, Ludwigshafen a. Rh.

Frachtverträge bereits gegolten habe. Sie stützt sich hierfür auf das Vorwort zum deutsch-belgischen Eisenbahngütertarif Heft 1, gültig v. 1. Juni 1929, in dem es heißt: „Für Erhöhungen und Erschwerungen sowie für die Aufhebung dieses Tarifs ist eine Veröffentlichungsfrist von 14 Tagen einzuhalten. In Belgien kann diese Frist auf 24 Stunden begrenzt werden.“ Sie erblickt hierin eine Zusatzbestimmung i. S. des Art. 61 des Internationalen Übereinkommens über den Eisenbahnfrachtverkehr (ZÜG.) v. 23. Okt. 1924, durch welche die Anwendung der EGD. v. 16. Mai 1928 gem. § 1 Abs. 2 das. ausgeschlossen werde. Diese Auffassung kann nicht gebilligt werden. Die Zusatzbest. zum ZÜG. finden sich im deutsch-belgischen Eisenbahngütertarif, gültig v. 1. Juni 1929 Heft 1 in dem hinter dem Vorwort folgenden Abschnitt A und enthalten über Veröffentlichungsfristen nichts. Das läßt erkennen, daß die erwähnte Best. im Vorwort zum Verbandstarif nicht als Zusatzbest. zum ZÜG. gedacht und vereinbart worden ist. Dazu kommt folgendes: Nach Art. 61 § 2 ZÜG. dürfen Zusatzbest., die zur Ausführung des Übereinkommens von einzelnen beteiligten Eisenbahnen erlassen werden, die Vorschr. des Übereinkommens nicht abändern. Eine solche Abänderung würde aber die Best. im Vorwort enthalten, wenn sie die ihr von der Befl. zugeschriebene Bedeutung hätte. Denn Art. 9 § 1 ZÜG. schreibt vor: „Die Fracht und die Nebengebühren werden nach den in jedem Staat zu Recht bestehenden und gehörig veröffentlichten Tarifen berechnet.“ Man hat also, von einzelnen Grundsätzen abgesehen, für die am Übereinkommen beteiligten Staaten kein einheitliches Tarifrecht geschaffen, sondern die Frachtberechnung soll nach den Tarifen der Vertragsparteien erfolgen. Daß diese Tarife zu Recht bestehen und gehörig veröffentlicht sein müssen, sagt Art. 9 § 1 ausdrücklich. Es entspricht das der Vorschr. in Art. 11 Abs. 1 Satz 1 altes ZÜG. v. 14. Okt. 1890, die, soviel bekannt geworden, immer dahin verstanden worden ist, daß die Frage, ob ein Tarif zu Recht besteht, hinsichtlich aller ihrer Voraussetzungen nach den Vorschr. des betr. Staates zu beurteilen ist (vgl. Eger: ZÜG., 3. Aufl., Erl. 75 Ziff. 1 S. 134). Daß dies der Sinn des Art. 11 altes ZÜG. war, fand seine Bestätigung auch in Ziff. 3 des Schlußprotokolls, wonach von den Vertragsstaaten anerkannt worden ist, daß durch das Übereinkommen die in jedem Staate in Geltung stehenden Best. über die staatliche Genehmigung der Tarife und Transportbedingungen nicht berührt würden. In dem gleichen Sinne ist auch das jetzt geltende ZÜG. auszulegen (ebenso Loening, ZÜG., Art. 9 § 1 Bem. 3 S. 210 und Seligsohn, ZÜG., Art. 9 Abs. 3). Hiernach ist das Landesrecht insbes. für den Zeitpunkt maßgebend, von dem ab ein Tarif Rechtswirksamkeit erlangt. Für Deutschland gilt § 6 Abs. 4 EGD. v. 16. Mai 1928. Der dort im letzten Satz vorgesehene Fall, daß ein Tarif nur für eine bestimmte Zeit eingeführt war, liegt nach dem Vortrage der Parteien hier nicht vor, da die Frachtermäßigung für die belgischen Bahnstrecken zwar nur zeitweilig, aber für eine nicht bestimmte Zeit, nämlich „bis auf weiteres“, d. h., wie erläuternd bemerkt worden ist, für die Zeit der Kartoffelernte 1930, eintreten sollte. Der Fortfall dieser Vergünstigung bedeutete eine Tarifierhöhung, die nach Satz 2 a. a. D. nicht vor Ablauf von zwei Monaten nach ihrer Veröffentlichung in Kraft treten konnte, wenn nicht die Verkürzung der Veröffentlichungsfrist vom Reichsverkehrsminister genehmigt war. Außerdem schreibt Satz 3 a. a. D. vor, daß diese Genehmigung aus der Veröffentlichung ersichtlich sein muß.

Wie nach den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils anzunehmen ist, ist es im zweiten Rechtszuge unstrittig gewesen, daß in dem vorl. Falle die Abkürzung der Veröffentlichungsfrist nicht genehmigt worden ist. Fehlt es an der erforderlichen Genehmigung der Abkürzung der Veröffentlichungsfrist von zwei Monaten, so darf der neue Tarif erst nach Ablauf der Frist angewandt werden, und wenn, wie hier gesehen, vorher der Frachtberechnung die neuen erhöhten Sätze zugrunde gelegt worden sind, so ist der überhöbete Betrag zu erstatten (§ 70 EGD.; Art. 18 ZÜG.). Daß dies die Bedeutung des § 6 EGD., Art. 9 ZÜG. ist, ersieht man nach der Fassung der Best. nicht zweifelhaft. So sagen denn auch Blume-Weirauch, EGD., 4. Aufl., § 6

U. 13 ausdrücklich: „Nicht gehörig veröffentlichte Tarife können einer Frachtberechnung nicht zugrunde gelegt werden.“ Derselben Ansicht ist offenbar auch Richter, EGD. § 6 U. 4a, wo es heißt: „Bei Tarifierhöhungen oder anderen Erschwerungen der Beförderungsbedingungen müssen weiter die in Abs. 4 vorgesehenen Fristen abgelaufen sein.“ § 6 Abs. 4 EGD. dient dem Schutze der am Eisenbahngüterverkehr beteiligten Personenkreise, auf deren Wunsch die früher vorgesehene sechswöchige Frist in eine solche von zwei Monaten geändert worden ist (Eger, EGD., 3. Aufl., § 6 Bem. 27 Abs. 3 S. 25). Wenn daher die Ausführungen der Befl., insbes. im vorgetragenen Schriftsatz v. 6. Febr. 1933 und in der Revisionschrift dahin, daß § 6 Abs. 4 EGD. keine zwingende Vorschrift sei, sich auf die hier erörterte Frage beziehen sollen, so kann ihnen nicht zugestimmt werden; denn die Vorschr. ergibt unmittelbar und unzweideutig, daß ein Tarif, der gegenüber dem bis dahin in Geltung befindlichen Tarif eine Erhöhung der Frachttäge verordnet, mangels einer Genehmigung der Abkürzung der Veröffentlichungsfrist durch den Reichsverkehrsminister vor Ablauf von zwei Monaten nach der Veröffentlichung nicht angewandt werden darf.

Die Befl. hat sich für ihre abweichende Ansicht auf die Schrift von Adolph, „Eisenbahn-Gütertarifwesen“, berufen. Dort wird allerdings auf S. 53—55 der Standpunkt vertreten, daß im ZÜG. über den Beginn der tariflichen Wirkung von Tarifierhöhungen keine besonderen Best. getroffen seien, und daß es daher keine unzulässige Abänderung, sondern nur eine nach Art. 61 zulässige Ergänzung des ZÜG. darstelle, wenn in zwischenstaatlichen Verbandsstarifen die Veröffentlichungsfrist anders als in § 6 Abs. 4 EGD. bestimmt werde. Allein der Ausgangspunkt dieser Erwägung kann nicht als zutreffend anerkannt werden. Wenn nämlich Art. 9 § 1 ZÜG. vorschreibt, daß die Fracht nach den in jedem Staat zu Recht bestehenden Tarifen berechnet werde, so werden damit auch diejenigen Best. der am dem Übereinkommen beteiligten Staaten für maßgebend erklärt, die Veröffentlichungsfristen festsetzen. Denn vor deren Ablauf bestehen Tarife eben nicht zu Recht. Es ist nicht angängig, diese Gesetzesworte dahin zu verstehen, daß damit nur die Genehmigung der Tarife durch die zuständigen Stellen und ihre vorchriftsmäßige Veröffentlichung gemeint sei. Die Notwendigkeit gehöriger Veröffentlichung wird in Art. 9 § 1 ZÜG. besonders hervorgehoben („zu Recht bestehenden und gehörig veröffentlichten Tarifen“) und, was die Genehmigung anbetrifft, so ist sie nur eine von mehreren Voraussetzungen für die Geltung eines Tarifs i. S. seiner Anwendbarkeit im Eisenbahngüterverkehr. Auf letzteres allein ist es aber offenbar den beteiligten Staaten bei Festsetzung der Best. in Art. 9 § 1 Satz 1 ZÜG. angekommen. Es bestand für sie kein Bedürfnis, die Genehmigung der Tarife durch die zuständige Stelle vorzuschreiben. Es genügte vielmehr insoweit, wenn die Freiheit der Vertragsstaaten in der Regelung ihres Tarifwesens zum Ausdruck gebracht wurde, wie es durch die Worte „in jedem Staate“ gesehen ist. Dagegen waren für die Beförderungsbedingungen, insbes. für die im zwischenstaatlichen Eisenbahngüterverkehr zu berechnenden Preise, die nötigen Grundsätze aufzustellen, und hierbei mußte auch die Frage geregelt werden, von wann ab die Frachterhöhungen enthaltenden Tarife der Frachtberechnung zugrunde gelegt werden dürfen. Deshalb sind die in den dem Übereinkommen beigetretenen Staaten bestehenden Best. auch insoweit für anwendbar erklärt worden. Das ist auch die von Seligsohn Art. 9 U. 3 und von Loening Art. 9 § 1 U. 3a vertretene Ansicht. Die Vereinbarung in einem Verbandsstarif, welche die Veröffentlichungsfrist anders festsetzt, als es dem Recht der beteiligten Staaten entspricht, enthält daher eine unzulässige Abänderung des ZÜG.

Die EGD. hat, wie das LG. zutreffend annimmt, durch § 33 RBahnG. v. 13. März 1930 keine Abänderung erfahren. Was die Rev. hiergegen vorbringt, ist rechtsirrig. Es wird dabei die Tragweite des § 33 RBahnG. verkannt, in dem lediglich die Rechtsstellung der Reichsbahn gegenüber der Reichsregierung geregelt wird und nicht ihre hier allein in Betracht kommenden Beziehungen zu den am Eisenbahngüterverkehr beteiligten Personenkreisen. (Wird noch ausgeführt.)

Die in § 6 Abs. 4 EGD. bestimmte Veröffentlichungs-

frist von zwei Monaten ist, wie gesagt, in dem vorl. Falle nicht eingehalten worden. Eine Feststellung über die nach belgischem Recht einzuhaltende Frist hat das O.G. nicht getroffen. Letzteres war auch nicht erforderlich, da die Frachtberechnung, wie sie erfolgt ist, auch dann unrichtig ist, wenn die Vorschr. des belgischen Rechts über Tarifierhöhungen beobachtet worden sein sollten. Allerdings sieht der Ausnahmetarif 14/114 Schnittfrachtsätze in dem Sinne vor, daß für die belgischen Strecken andere Sätze als für die deutschen gelten, so daß es an sich möglich gewesen wäre, die Frachten danach auch dann zu berechnen, wenn bei der angeordneten Tarifierhöhung, die nur die belgische Strecke betrifft, lediglich die belgische Veröffentlichungsfrist eingehalten gewesen wäre und eingehalten worden ist. Allein der deutsch-belgische Eisenbahngütertarif ist ein einheitlicher Verbandsgütertarif, der auch durchgerechnete Frachtsätze von dem Versand- bis zum Bestimmungsbahnhof enthält und für diese Fälle in § 1 Abs. 3 Satz 2 Allg. TarVorschr. Best 1 S. 10 eine Frachtberechnung für die Gesamtstrecke nach diesen Frachtsätzen anordnet. Jedenfalls insoweit würde die Frachtberechnung, wie das O.G. Frankfurt a. M.: JW. 1932 2562¹³ zutreffend bemerkt, oft auf große Schwierigkeiten stoßen, ja mangels ausdrücklicher Regelung geradezu unmöglich sein, wenn man annehmen wollte, daß der Tarif in den beteiligten Ländern zu verschiedenen Zeitpunkten in Kraft treten könnte. Letzteres wäre auch mit der Natur des Verbandsstarifs nicht vereinbar, der es entspricht, daß er in allen Teilen des Verbandsgebiets nur gleichzeitig Geltung erlangen kann. Es muß daher angenommen werden, daß ein zwischen Eisenbahnen verschiedener Länder vereinbarter direkter Tarif, wie es der deutsch-belgische Eisenbahngütertarif ist, wenn in den Ländern verschiedene Veröffentlichungsfristen bestehen, erst nach Ablauf dieser sämtlichen Fristen in Kraft tritt. Diese Meinung wird auch von Seligsohn JüG. Art. 9 N. 4 a. E. vertreten. Derselben Ansicht sind Gerstner, Intern. Eisenbahnrecht § 28 I 2 S. 202 und Rosenthal, Intern. Eisenbahnrecht § 13 S. 95 Fußnote 7. Die Entsch. des Kassationshofs in Turin v. 13. Febr. 1910: EgersEntsch. XXVIII, 167 läßt den ihr zugrunde liegenden Sachverhalt nicht völlig klar erkennen, indem darin einmal von einem internationalen (italienisch-französischen) und an anderer Stelle von einem italienischen Tarif die Rede ist. Anscheinend ist allerdings der Kassationshof der Ansicht gewesen, daß in einem Fall wie dem vorliegenden, wo die höheren Frachtsätze nur für die belgischen Eisenbahnstrecken berechnet und die Güter in Belgien zur Beförderung abgegeben und daher dort die Frachtverträge geschlossen worden sind, die Innehaltung der im belgischen Recht vorgeschriebenen Veröffentlichungsfrist hinreichend sei, die Frachtberechnung zu rechtfertigen. Dem könnte nicht zugestimmt werden. Die dafür gegebene Begr. ist auch nicht überzeugend. Insbes. gilt dies von der Erwägung, daß, wenn die Sendungen in Frankatur erfolgt wären, sich der Absender bei Zahlung der Fracht in Paris, wo der Frachtvertrag abgeschlossen worden war, „auf keine Weise der Anwendung jener in Frankreich ordnungsmäßig veröffentlichten Tarifänderung hätte entziehen . . . können“. Denn nach dem geltenden JüG. hat der Absender, der die Fracht im voraus bezahlt hat (Art. 17), ebenso einen Anspruch gegen die Eisenbahn auf Erstattung des zuviel erhobenen Betrages wie der Empfänger, der einen zu hohen Frachtbetrag entrichtet hat. Art. 18 § 1 schreibt allgemein und ohne jede Einschränkung für den Fall, daß der Tarif unrichtig angewendet worden ist oder bei Festsetzung der Fracht und der sonstigen Kosten Fehler vorgekommen sind, Erstattung des Mehr- oder Minderbetrages vor, und Art. 41 § 1 erklärt ohne Einschränkung denjenigen, der die Zahlung geleistet hat, für befugt, Ansprüche auf Rückerstattung von Zahlungen gerichtlich geltend zu machen, die auf Grund des Frachtvertrages geleistet worden sind. Das ist bei Frankatur der Absender. Ähnliche Vorschr. enthielt auch schon das alte JüG. in Art. 12, 26. Es besteht also auch bei Frankatur ein Erstattungsanspruch, wenn zuviel Fracht erhoben worden ist, und die Frage ist eben die, ob die Berechnung der Frachten mit den geltenden Tarifen in Einklang steht.

Den vorstehenden Erörterungen liegt die Annahme zugrunde, daß die Abkürzung der Veröffentlichungsfrist im vorl.

Falle nicht genehmigt worden ist. Die Vekl. hat dies indessen in der mündlichen Verhandlung vor dem RG. nicht als unstrittig bezeichnet. Sie will den Satz in den EntschGründen des angefochtenen Ur. „Es ist unstrittig, daß diese Vorschr. für eine Abkürzung der Veröffentlichungsfrist von der Vekl. in vorl. Falle nicht eingehalten worden ist“ nur darauf beziehen, daß die Vorschr. in § 6 Abs. 4 Satz 3 E.O. „Die Genehmigung muß aus der Veröffentlichung ersichtlich sein“ nicht beobachtet worden ist. Das würde aber zu keinem für die Vekl. günstigeren Ergebnis führen. Denn die Vorschr., daß die Genehmigung aus der Veröffentlichung ersichtlich sein muß, ist, wie ihre Fassung erkennen läßt, zwingend. Es handelt sich dabei nicht um eine bloße von dem Sprachgebrauch der neueren Gesetze und E.O. abweichende Ungenauigkeit der Ausdrucksweise. Denn die Vorschr. stammt aus neuerer Zeit. Sie fand sich noch nicht in der E.O. v. 23. Dez. 1908, sondern erst in die neue E.O. v. 16. Mai 1928 aufgenommen worden. Und dies ist geschehen, nachdem das RG. in seinem Ur. v. 7. Juli 1920 (RG. 99, 250¹⁴) die in engem Zusammenhang mit dem Tarifrecht stehende Vorschr. des § 2 Abs. 3 Satz 2 der damals geltenden E.O. als eine zwingende bezeichnet hatte unter Hinweis darauf, daß die Mißform in der neueren Gesetzgebung angewendet werde, um eine Vorschr. als zwingende, die Wichtigkeit des Rechtsgeschäfts bei Nichtbeachtung herbeiführende zu kennzeichnen. Unter solchen Umständen ist anzunehmen, daß das Wort „muß“ in § 6 Abs. 4 Satz 3 der neuen E.O. absichtlich gewählt worden ist, um die zwingende Natur der Vorschr. anzudeuten. Das hat auch einen guten Sinn, indem dadurch die am Eisenbahngüterverkehr beteiligten Personenkreise der Notwendigkeit überhoben werden sollen zu prüfen, ob der Reichsverkehrsminister die Abkürzung der Veröffentlichungsfrist genehmigt hat. Hiernach hat die Vekl. der Frachtberechnung die höheren Frachtsätze auch deshalb zu Unrecht zugrunde gelegt, weil die erfolgte Genehmigung der Tarifierhöhung in der Veröffentlichung darüber nicht ersichtlich gemacht worden ist.

Was die Einrede der Verjährung anlangt, so streiten die Parteien lediglich darum, ob die einjährige Verjährungsfrist des Art. 45 § 1 Abs. 1, § 2 c JüG. nach § 3 das. durch schriftliche Reklamation gem. Art. 40 JüG. gehemmt worden ist. Daß eine Reklamation erfolgt ist, stellt die Vekl. nicht in Abrede. Sie macht nur geltend, daß die Reklamation nicht ordnungsmäßig gewesen sei, weil die Kl. Sammel- und nicht Einzelabtretungserklärungen vorgelegt habe. Sie stützt sich also auch insoweit nur auf die Ausf. Best. zu § 95 E.O. Allein, daß diese Best. auch für das Reklamationsverfahren nach dem JüG. gelten soll, ist diesem Übereinkommen nicht zu entnehmen. Der das Reklamationsverfahren regelnde Art. 40 erklärt in keiner Beziehung die Vorschr. des Landesrechts für maßgebend. Eine solche Bezugnahme enthält lediglich die einheitliche Ausf. Best. 3 zu Art. 40. Hier ist vorgeschrieben, daß Ansprüche, die von anderen als den nach Art. 41 berechtigten Personen eingebracht werden, mit einer Bescheinigung zu belegen sind, daß der Berechtigte mit der Auszahlung des Betrages an den Fordernden einverstanden ist. Diese Bescheinigung hat den gesetzlichen Vorschr. des Staates zu entsprechen, dem die für die Behandlung zuständige Eisenbahn angehört. Sie deckt sich rechtlich nicht mit einer Abtretungserklärung nach der Ausf. Best. zu § 95 E.O., so daß die letztere Vorschr. nicht anwendbar ist. Wollte man aber auch das Gegenteil annehmen, so hat doch ihre Nichtbeachtung nicht die Unwirksamkeit der Reklamation mit Beziehung auf die Hemmung der Verjährung zur Folge, sondern es muß hierfür die Beobachtung der in Art. 40 JüG. selbst gegebenen Vorschr. genügen. Diese Ansicht wird u. a. von Seligsohn a. a. D. Art. 40 N. 3 a. E., N. 5 vertreten, ebenso von Loenig a. a. D. Art. 40 §§ 3, 4 N. 3. Für ihre Richtigkeit spricht insbes. die von Loenig a. a. D. S. 815 wiedergegebene Entsch. des Kassationshofs, nach der es abgelehnt worden ist, in das JüG. eine Best. dahin aufzunehmen, daß Frachtreklamationen Dritter eine Erklärung beizufügen sei, wonach der Berechtigte mit der Auszahlung an den Dritten einverstanden sei. Das JüG. selbst regelt danach die an eine Reklamation zu stellen-

¹⁴) JW. 1920, 732.

den Anforderungen vollständig, jedenfalls soweit sie die Verzögerung hemmt. Daher ist auch für die Anwendung der für den inneren Verkehr jedes der an dem Übereinkommen beteiligten Staaten geltenden Gesetze und Reglemente insoweit kein Raum (Art. 53 ZUG.; Seligsohn a. a. D. Art. 45 A. 17 S. 582).

(U. v. 11. Nov. 1933; I 113/33. — LG. Essen.) [R.]

8. §§ 123, 766 BGB. Eine Bürgschaftserklärung, die, ohne die Schuldschuld selbst zu nennen, auf den Schuldschein verweist, ist formgültig, mag auch bei ihrer Abfassung die Ausstellung des Schuldscheins nur erst beabsichtigt gewesen sein. Hat der Hauptschuldner das Zustandekommen der Bürgschaft zwischen Gläubiger und Bürgen vermittelt, so kann ihm u. U. die Eigenschaft eines Dritten i. S. des § 123 fehlen. Mündliche Nebenabreden, die die schriftliche Bürgschaftserklärung abschwächen, sind gültig. †)

Im Sommer 1925 hat der Kl. S. dem Kaufmann H., der damals Direktor einer Kreisbank war, kurz darauf aber wegen Unregelmäßigkeiten entlassen wurde, ein Darlehen von 3000 RM gegeben, um die durch seine Unregelmäßigkeiten entstandenen Verluste bei der Kreisbank zu decken. Nach der Entlassung des H. eröffnete die Kreisbank auf Anregung und durch Vermittlung des H. dem Kl., der ein Kunde der Kreisbank war, neben dem ihm schon eingeräumten Kredit einen weiteren Kredit von 15000 RM mit der Verpflichtung, davon nur 3000 RM für sich selbst in Anspruch zu nehmen, die übrigen 12000 RM aber dem H. als Darlehen zu geben, damit dieser sich eine neue Lebensstellung gründen könne. Demgemäß hat der Kl. am 7. Nov. 1925 dem H. 3000 RM in bar gegeben und weitere 5900 RM in zwei Schecks. Den an 12000 RM fehlenden Restbetrag erhielt H. ohne Kenntnis der Kreisbank dadurch, daß der Kl. diesen Betrag im Einverständnis mit H. für sich abhob und H. auf diese Weise seine Darlehensschuld aus dem Sommer 1925 tilgte. Demgemäß stellte H. dem Kl. einen Schuldschein v. 6. Nov. 1925 über ein heute erhaltenes Darlehen von 12000 RM aus mit der Verpflichtung, als Sicherheit für dieses Darlehen, „auf diesen Schuldschein die selbstschuldnerische Bürgschaft einiger befannter Herren beizubringen“. Ohne ihnen den Schuldschein vor-

Zu 8. Die Entsch. gibt in mehreren Punkten zu Bedenken Anlaß.

1. Richtig ist die Entsch. unzweifelhaft insoweit, als sie feststellt, daß eine Bürgschaftserklärung, die ohne die Summe zu nennen, auf den Schuldschein verweist, formgültig ist, auch wenn bei ihrer Abfassung die Ausstellung des Schuldscheins erst beabsichtigt gewesen ist. Es muß in allen Fällen zur rechtswirksamen Übernahme einer Bürgschaft genügen, wenn die Forderung, zu deren Sicherheit die Bürgschaft bestellt werden soll, hinreichend individualisiert ist. Wann eine solche Individualisierung vorliegt, ist Tatfrage, sie kann jedenfalls auch dann vorliegen, wenn auf eine noch auszustellende Schuldburkunde Bezug genommen wird. Das folgt schon daraus, daß einerseits die Bürgschaft nach § 765 Abs. 2 BGB. auch für eine zukünftige Schuld übernommen werden kann und andererseits das Vorhandensein einer Schuldburkunde nicht Voraussetzung einer rechtsgültigen Bürgschaft ist.

Ebenfalls ist die Rechtsauffassung des RG. richtig, daß mündliche Nebenabreden neben dem schriftlichen Bürgschaftsverprechen trotz der Formvorschrift des § 766 BGB. Gültigkeit haben können. Es können insoweit aber nur solche Vereinbarungen in Betracht kommen, die das Bürgschaftsverprechen einengen und beschränken, nicht dagegen solche, die es erweitern. Das folgt daraus, daß nur für den Abschluß des Bürgschaftsvertrages in § 766 die Schriftform vorgeschrieben ist, nicht dagegen für die vollständige oder teilweise Aufhebung eines solchen Bürgschaftsvertrages. Der teilweisen Aufhebung eines Bürgschaftsvertrages ist aber jede Vereinbarung gleichzusetzen, die die Rechte des Gläubigers einerseits und die Pflichten des Bürgen andererseits beschränkt, sei es durch die Vereinbarung einer Bedingung oder Zeitbestimmung oder, wie im vorl. Fall, durch die Beschränkung der Bürgschaft auf einen Teil der zu sichernden Forderung.

2. Der Kern der Entsch. liegt aber bei der Beurteilung der Frage, welche rechtliche Stellung der Hauptschuldner zu den Beteiligten einnimmt, ob er bei der Vermittlung der Bürgschaft im Hinblick auf den Kl. als Dritter i. S. des § 123 Abs. 2 BGB. an-

zulegen, veranlaßte H. am selben Tage die Befl. zu 1 und 2 zu einer Bürgschaftserklärung folgenden Wortlauts: „Für die aus dem Schuldschein vom heutigen Tage des Herrn H. Herrn S. gegenüber übernommenen Verbindlichkeiten übernehmen wir hiermit die selbstschuldnerische Bürgschaft bis zu dem Betrage, der von Herrn S. nicht einzutreiben ist, und zwar zu gleichen Anteilen.“ Kl. nahm die Befl. als Gesamtschuldner in Anspruch.

Mit Schreiben v. 10. Nov. 1925 hat der Befl. zu 2 diese seine Bürgschaftserklärung angefochten, weil H. ihm vorher erklärt habe, es handle sich bei der Bürgschaft nur um den Restbetrag von 3000 RM — für die Summe von 9000 RM habe er selbst mit Sachwerten — und für die 3000 RM würden außer dem Befl. zu 2 vier weitere Herren bürgen, so daß er nur für 600 RM zu haften habe; wie er aber jetzt in Erfahrung gebracht habe, lehnten diese Herren außer dem Befl. zu 1 die Bürgschaft ab; außerdem handle es sich nicht um die Summe von 3000 RM, sondern um 12000 RM, so daß er in Wirklichkeit für 6000 RM haften müsse und für den Fall, daß von dem Befl. zu 1 nichts zu kriegen sei, sogar für die ganze Summe von 12000 RM aufkommen müsse.

RG. hat den Anspruch gegen den Befl. zu 1 aus Bürgschaft dem Grunde nach zur Hälfte für gerechtfertigt erklärt, im übrigen die Klage gegen den Befl. zu 1 abgewiesen und den Anspruch gegen den Befl. zu 2 auf Ersatz des Vertrauensinteresses in vollem Umfange dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. RG. hob auf und verwies zurück.

Das BG. geht davon aus, daß die „Bürgschaftserklärung“ der Befl. v. 6. Nov. i. Verb. m. dem Schuldschein des H. vom gleichen Tage einen rechtswirksamen Bürgschaftsvertrag darstelle, wenn auch die Erklärung als solche keine Angabe über die Höhe der Hauptforderung enthalte, diese vielmehr erst aus dem in Bezug genommenen Schuldschein zu entnehmen sei. Auch dann würde nach der Ansicht des BG. die Erklärung nicht der nötigen Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit der zu sichernden Forderung ermangeln, wenn die Ausstellung des Schuldscheins damals nur erst beabsichtigt gewesen sein sollte. Diese Ansicht läßt keinen Rechtsirrtum erkennen. Hatten auch die Befl., die nach der Feststellung des BG. den Schuldschein nicht zu Gesicht bekommen hatten, sich nach den unwahren Angaben des H. eine falsche Vorstellung von seinem Inhalt gemacht, so wird doch dadurch die Rechtsgültigkeit der urkundlichen Erklärung nicht berührt.

zuziehen ist, und ob er hinsichtlich der Erteilung der schriftlichen Bürgschaftsurkunde an den Gläubiger Bote oder Bevollmächtigter der Befl. oder sogar des Kl. war.

Die Ausführungen, die das RG. hierzu macht, dürfen nicht unwidersprochen bleiben.

Als Dritter i. S. des § 123 Abs. 2 BGB. ist jeder anzusehen, der an dem Abschluß des anzusehenden Rechtsgeschäfts nicht beteiligt ist. Der Bevollmächtigte, der für seine Vollmachtgeber abschließt, ist daher nicht Dritter. Dagegen ist der Makler und jeder andere rechtsgeschäftlich Beauftragte, der, ohne Abschlußvollmacht zu haben, das Geschäft lebhaftig vorbereitet, Dritter i. S. des § 123 Abs. 2 BGB. (so RG. 101, 98 = JW. 1921, 392). „Wer einen anderen bevollmächtigt, ihn zu vertreten, gibt damit nach außen kund, daß er dem erwähnten Vertreter sein volles Vertrauen geschenkt habe und es sich gefallen lassen wolle, mit ihm identifiziert zu werden. Dieser Gesichtspunkt trifft aber nicht in solchen Fällen zu, wo die Partei einen anderen nur zu beschränktem Handeln beauftragt und sich selbst die entscheidende Tätigkeit vorbehält. Hier weiß der Dritte, daß es im wesentlichen auf das ankommt, was der Auftraggeber weiß und will, und er kann sich nicht darauf berufen, daß der Auftraggeber, auch wenn er den Erklärungen seines Beauftragten völlig fernsteht, diese zu bedenken habe. Eine so weitgehende Annahme würde den Interessen des Geschäftsverkehrs nicht förderlich sein, sondern nur hinderlich im Wege stehen“ (so RG. 101, 98 = JW. 1921, 392). Hiervon ausgehend kommt man zu dem Ergebnis, daß im vorl. Fall die Anrechnung der Befl. nur dann durchgreifen kann, wenn feststeht, daß H. Bevollmächtigter des Kl. war. Die Auffassung des RG. in der besprochenen Entsch., daß es genüge, wenn H. nicht nur in seinem eigenen Interesse, sondern auch im Interesse des Kl. die Bürgschaft vermittelt habe, steht somit im Gegenjag zu der vom RG. in der oben zitierten Entsch. in RG. 101, 98 zum Ausdruck gebrachten Auffassung. Es kann nicht genügen, daß der Schuldner, „auch im Interesse des Gläubigers“ die Bürgschaft vermittelt. Erforderlich ist vielmehr, daß er in Vollmacht des Gläubigers den Bürgschaftsvertrag zustande bringt, indem er im Namen des Gläubigers die schriftliche

Denn durch die Bezugnahme auf den Schuldschein wurde, ohne daß die Höhe der Forderung ausdrücklich genannt zu werden brauchte, die darin angegebene oder anzugebende Schuldsomme zum Gegenstand der Bürgschaft gemacht. Ein Zweifel darüber, welcher Schuldschein gemeint war, bestand nicht, wie insbes. sich aus der Anfechtungserklärung des Bekl. zu 2 vom 10. Nov. 1925 ergibt, auf welche auch der Bekl. zu 1, abgesehen von seiner im Laufe des Rechtsstreits abgegebenen Anfechtungserklärung, seine Anfechtung des Bürgschaftsvertrages stützt. Der Formvorschrift des § 766 BGB. war dadurch genügt, daß die Urkunde den Verbürgungswillen, die Schuld, für die gebürgt werden sollte, die Person des Hauptschuldners und die Person des Gläubigers erkennen ließ (vgl. RG. 59, 218). Der Rev. kann daher nicht zugegeben werden, daß der Schriftform nicht entsprochen sei, weil das BG. die Möglichkeit unterstelle, daß bei Abfassung der Bürgschaftsurkunde die Ausstellung des Schuldscheins nur erst beabsichtigt gewesen sei.

Zutreffend werden von der Rev. indessen Bedenken gegen die Ansicht des BG. erhoben, H. sei nur als Dritter i. S. des § 123 Abs. 2 BGB. anzusehen, und der Kl. werde von der von H. verübten arglistigen Täuschung, wonach die Bekl. sich nur für 3000 RM mit fünf anderen zu verbürgen hätten, nicht berührt, weil der Kl. diese Täuschung weder gekannt habe noch habe kennen müssen. Nach den Feststellungen des BG. handelte es sich um ein gemeinschaftlich geplantes und durchgeführtes Geschäft, das der Kl. und H. mit Hilfe der Kreisbank machten. Der Kl. erhielt die 3000 RM zurück, die er dem H. im Sommer 1925 geliehen hatte, und empfing von der Bank außerdem einen Sonderkredit von 3000 RM, während er der Bank fernere 9000 RM zurückzahlen hatte, die H. durch ihn erhielt und wegen deren Rückzahlung er sich bei den unsicheren Vermögensverhältnissen des H., der seine Stellung bei der Bank verloren hatte und sich eine neue Existenz erst noch gründen wollte, durch geeignete Bürgschaften sichern mußte. In der Natur dieser Verhältnisse lag es daher, daß H. gleichermaßen wie der Kl. ein für das Zustandekommen des Geschäfts entscheidendes Interesse daran hatte, diese Bürgen zu finden. Das BG. meint zwar: Da der Kl. bereits am 5. Nov. die erste Abhebung von dem Kredit S.-H. vorgenommen und bis zum 6. Nov. von dem ihm bei der Kreisbank eröffneten Kredit noch nichts an H. abgeführt habe, so habe es

völlig in der Hand des Kl. gelegen, die Auszahlung von der Verbringung der Bürgschaften abhängig zu machen. Dabei übersieht das BG., daß nach dem im Tatbestand seines Ur. wiedergegebenen Sachverhalt die Bank den weiteren Kredit von 15000 RM dem Kl. nur gegen die Verpflichtung eingeräumt hatte, davon im Darlehnswege 12000 RM an H. weiterzuleiten. Darüber, daß diese Verpflichtung nur bestanden hätte, wenn H. dem Kl. entsprechende Bürgschaften für die Rückzahlung des Darlehns stellen würde, ist nichts festgestellt worden. Insofern lag es also mindestens ebenso sehr im Interesse des Kl. wie in dem des H., daß letzterer die Bürgen zur Sicherheit des Kl. gewann. Trat aber H. auf Grund der Gemeinlichkeit dieser Interessenschaft mit dem Kl. an die Bekl. heran, um sie als Bürgen zu gewinnen, so erscheint es nicht unbedenklich, wenn das BG. die Möglichkeit, daß H. in seinem Verhältnis zum Kl. nicht „Dritter“ i. S. des § 123 Abs. 2 BGB. gewesen sei, mit der Begr. ablehnt, H. sei nicht Vertreter des Kl. gewesen, sondern habe bei den mit den Bekl. geführten Verhandlungen „nur“ seine eigenen Geschäfte geführt.

Abgesehen davon, welche Stellung H. insofern gegenüber dem Kl. einnahm, gibt auch die Frage, wie das BG. im übrigen die rechtliche Stellung des H. zu den Parteien beurteilt, zu Bedenken Anlaß. Wenn das BG. meint, H. sei nur Bote der Bekl. gewesen, um die Bürgschaftsurkunde dem Kl. zuzuleiten, so wird damit die in dieser Beziehung vorzunehmende Prüfung des zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisses nicht erschöpft. Um sich dem Kl. gegenüber als Bürgen rechtlich zu verpflichten, war neben dem Willen der Bekl., für die Erfüllung der Verbindlichkeit des H. einzustehen, die Erteilung, d. h. die Übergabe ihrer Bürgschaftserklärung erforderlich. Es ist in der Rspr. anerkannt, daß das Erfordernis der Schriftform für die Erteilung der Bürgschaftserklärung die Gültigkeit mündlicher Nebenabreden nicht ausschließt, die die Bürgschaftserklärung abschwächen oder einschränken, sofern nur die Vertragsschließenden deutlich ihren Willen zu erkennen gegeben haben, daß die Nebenabrede auch neben der schriftlichen Beurkundung gelten solle (RG. 65, 49; 71, 415¹); WarnRspr. 1908 Nr. 149; 9110 Nr. 114; DZ. 1909 Sp. 1385; RGUr. v. 16. Jan. 1933, IV 385/32). Der ihnen insofern allerdings obliegenden Beweispflicht — da die Bürgschaftsurkunde nach allgemeiner Regel hinsichtlich der Ver-

1) ZW. 1909, 655.

Bürgschaftserklärung entgegennimmt. Nur wenn dieses festgestellt werden kann, wird man zu dem Ergebnis kommen können, daß H. nicht Dritter i. S. des § 123 Abs. 2 BGB. im Verhältnis zu dem Kl. war. Denselben Standpunkt vertritt übrigens auch die Entsch. ZW. 1919, 379, wo das RG. die Anfechtung des Bürgen nach § 123 BGB. nur deswegen zuließ, weil der Schuldner gleichzeitig Vorstand der Gläubigerin (AktG.) war.

Eine Feststellung dahin, daß H. Bevollmächtigter des Kl. bei der Vermittlung bzw. beim Abschluß des Bürgschaftsvertrages war, wird sich jedoch nach dem im Urteil wiedergegebenen Sachverhalt schwerlich treffen lassen. Grundsätzlich ist davon auszugehen, daß der Bürgschaftsvertrag ein Vertrag allein zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen ist, und daß der Schuldner bei dem Zustandekommen des Vertrages nicht mitzuvirken braucht. Daher ist auch das Rechtsverhältnis zwischen dem Schuldner und dem Bürgen auf den Bestand der Bürgschaft ohne Einfluß. Es kommt jedoch häufig, oder sogar in der überwiegenden Zahl der Fälle vor, daß der Schuldner den Bürgschaftsvertrag vermittelt, und daß der Bürge dem Schuldner die Bürgschaftsurkunde, wie auch im vorl. Falle, aushändigt, damit dieser sie dem Gläubiger erteile. In allen diesen Fällen ist, wie Reichel in der Besprechung des Urteils ZW. 1927, 39 mit Recht ausführt, im Zweifel anzunehmen, daß der Schuldner Bevollmächtigter des Bürgen ist und nicht des Gläubigers. Denn in der Mehrzahl dieser Fälle liegt der Übernahme der Bürgschaft durch den Bürgen ein daraufhin gerichteter Vertrag zwischen Bürgen und Schuldner zugrunde. Hiervon geht auch das Gesetz, wie die Regelung des § 774 BGB. beweist, aus. Auf Grund eines derartigen Vertrages ist der Schuldner aber als Bevollmächtigter des Bürgen und nicht des Gläubigers anzusehen. Auch in dem hier zu besprechenden, der Entsch. zugrunde liegenden Falle, ist ein solcher Vertrag zwischen Bürgen und Hauptschuldner vorhanden. Es liegt daher nahe, anzunehmen, daß H. Bevollmächtigter des Bekl. bei der Erteilung des schriftlichen Bürgschaftsversprechens war. Bei dieser Sachlage aber hätte das RG. prüfen müssen, ob dieser Umstand nicht, insbes. mit Hinblick auf § 181 BGB., das Vorhandensein einer Bevollmächtigung seitens des Kl. ausschloß. Ganz abgesehen davon ist für eine Annahme, daß H. Bevollmächtigter des Kl. gewesen sei, aus dem Sachverhalt nichts zu

entnehmen. Die angebliche „Gemeinlichkeit der Interessen“, die das RG. im vorl. Falle feststellt, genügt jedenfalls zur Annahme einer solchen Bevollmächtigung nicht. Wollte man dieser Ansicht des RG. folgen, so käme man zu dem unbilligen Ergebnis, daß jeder Bankier, der seinen Kreditsuchenden „beauftragt“ für einen in Aussicht gestellten oder bereits gewährten Kredit Bürgen zu beschaffen, sich eine evtl. arglistige Täuschung seiner Kunden dem Bürgen gegenüber entgegenhalten lassen mußte. — Denn die Gewährung des Kredits seitens des Bankiers an den Kunden liegt nicht nur im Interesse des Kunden, sondern auch des Bankiers; denn letzterer zieht gerade aus der Hingabe solcher Darlehn seinen Nutzen und Geschäftsgewinn. Insofern ist in jedem Fall auch der Bankier an der Beschaffung der Bürgschaft durch den Schuldner interessiert, da diesem dadurch die Möglichkeit gegeben wird, einen für ihn gewinnbringenden Kredit unterzubringen. Auch hier liegt ein gemeinschaftlich geplantes und durchgeführtes Geschäft vor, das eine „Gemeinlichkeit der Interessen“ zwischen Bankier und Schuldner auslöst. Es wäre aber ein unhaltbares Ergebnis, wenn der Bankier sich in diesem Falle nicht auf den Inhalt und Wortlaut der ihm erteilten Bürgschaftserklärung verlassen könnte und sich eine arglistige Täuschung des Bürgen durch seinen Kunden entgegenhalten lassen mußte. Anders liegt auch im vorl. Fall der Sachverhalt nicht. Der Kl. hat keine andere Stellung als in dem oben gebildeten Beispiel der Bankier. Insbes. kann auch die angebliche Verpflichtung des Kl. der Kreisbank gegenüber zur Darlehnsvermittlung an den Schuldner H. zu einer anderen Beurteilung nicht führen, ganz abgesehen davon, daß der Kl. für den Fall, daß es dem Schuldner H. nicht gelang, Bürgschaftserklärungen beizubringen, ohne weiteres in der Lage war, durch Rückgabe der am 5. Nov. abgehobenen 3000 RM an die Kreisbank diese Verpflichtung rückgängig zu machen.

3. Auch insofern erscheint die Ansicht des RG. verfehlt, als es annimmt, daß der Kl. die unrichtige Übermittlung der Bürgschaftserklärung durch den Schuldner H. sich auch dann entgegenhalten lassen müsse, wenn das BG. zu dem Ergebnis käme, daß H. Bevollmächtigter der Bekl. gewesen sei. Die Begr. des RG., daß H. in diesem Falle seine Vollmacht überschritten habe und daher die Bürg-

pflichtung des Bürgen die Vermutung der Vollständigkeit für sich hat (RG. 95, 125; Warnspr. 1917 Nr. 288) — würden die Befl. hier in Anbetracht der Feststellung des BG. überhoben sein, daß die Befl. — mindestens der Befl. zu 2 — auf Grund der Täuschung durch H. angenommen haben, sich mit ihren Unterschriften nur zusammen mit drei anderen Bürgen höchstens für zusammen 3000 RM zu verbürgen, nicht aber zu zweien für 12000 RM. Haben mithin bei Übergabe der Bürgschaftsurkunde Erörterungen über den Inhalt und die Bedeutung der schriftlichen Erklärung stattgefunden, so werden die so zu verstehenden gesamten Erklärungen als die „erteilte Bürgschaftserklärung“ anzusehen sein.

Dies vorausgeschickt, fragt es sich vorl. Falles weiter, welche Rechtsfolgen sich ergeben können, wenn der Bürge Erklärungen der vorbezeichneten Art nicht unmittelbar dem Gläubiger, sondern einem Dritten gegenüber abgibt, der sie wieder an den Gläubiger weitergibt. Es kann dann nach Lage der Umstände dieser Dritte als Empfangsbote des Gläubigers zu gelten haben. Es ist aber auch denkbar, daß der Bürge ihn bevollmächtigt hat, die Bürgschaftserklärung dem Gläubiger im Rechtsinne zu erteilen, der Dritte also insoweit Bevollmächtigter des Bürgen ist. Im einen wie im anderen Falle würde es nicht ohne rechtliche Bedeutung sein, wenn bei den zwischen den Befl. und H. stattgehabten, der Bürgschaftsübernahme zugrunde liegenden Erörterungen zum Ausdruck gekommen ist, daß die Befl. sich nur zusammen mit drei anderen Bürgen für zusammen 3000 RM, nicht aber zu zweien für 12000 RM verbürgten. Bezüglich des ersteren Falles wäre hier demnach zu prüfen gewesen, inwiefern etwa H. von dem Kl. ermächtigt war, als sein Beauftragter oder Empfangsbote (RG. 107, 242; Düringer-Hachenburg, Komm. z. HGB. IV, 313 Anm. 165) die Bürgschaftserklärungen der Befl. in dem vorstehend dargelegten Sinne entgegenzunehmen, und ob der Kl. mithin die Bürgschaft so gegen sich gelten lassen muß, wie sie dem H. gegenüber als seinem Empfangsboten erklärt ist (RG.: DZ. 1926 Sp. 959). Die Gefahr einer unrichtigen Übermittlung würde dann der Kl. zu tragen haben. Im zweiten Falle aber käme die Frage, ob H. als Bevollmächtigter der Befl. die ihm erteilte Vollmacht hinsichtlich Übermittlung der Bürgschaftserklärung überschritten hätte und daher die Bürgschaft die Befl., wenn überhaupt, so nur in dem Umfange binden würde, den sie nach ihrer Er-

schaft die Befl. nur in dem Umfange binden würde, den sie nach ihrer Erörterung mit H. gehabt habe, verkennt den Begriff der Vollmacht. Sie unterscheidet nämlich nicht zwischen der nach außen hin wirkenden Vollmacht und dem nur im Innenverhältnis zwischen dem Befl. und H. wirkenden ausübenden Auftragsverhältnis, das der Vollmacht zugrunde lag. „Der Bevollmächtigte kann auftragswidrig, doch möglicherweise in den Grenzen der ihm erteilten Vollmacht handeln. Der dritte Kontrahent braucht sich in der Regel nicht um das erstere, sondern nur um die Vollmachtmäßigkeit des Geschäfts zu kümmern“ (so RG. 71, 222 = JZ. 1909, 453; vgl. ferner Staubinger § 164 Anm. 7). Im vorl. Fall mag es richtig sein, daß der Schuldner H. den ihm erteilten Auftrag überschritten oder nicht richtig ausgeführt hat. Seine Vollmacht ging aber, jedenfalls soweit sie dem Kl. erkennbar war, dahin, dem Kl. ein Bürgschaftsversprechen zu erteilen. Innerhalb dieser Vollmacht hat der Schuldner H. auch dann gehandelt, wenn er es unterließ, den ihm erteilten Auftrag, dieses Bürgschaftsversprechen zu beschranken, auszuführen. Dieser Umstand geht jedoch nicht zu Lasten des Kl., sondern zu Lasten der Vollmachtsgeber, d. h. der Befl. Das verkennt das RG.

RM. Herriger, Düsseldorf.

Zu 9. Eine zutreffende Entsch., deren Begründung aber nicht frei von Bedenken ist.

1. Der Zessionar einer vor Wirksamwerden der Zession gepfändeten Forderung hatte dem Pfändungspfandgläubiger geschrieben, daß die Pfändung der Zession vorgehen solle und davon den Schuldner verständigt. Während BG. und OVG. darin nur eine verpflichtende Erklärung sehen wollten, legt das RG. ihr „dingliche“ Bedeutung bei. Mit Recht! Denn im Zweifel wird man einem derartigen Verhalten des Zessionars die Absicht entnehmen dürfen, dem Pfändungspfandgläubiger eine wirkliche Sicherung für das Vorgehen seiner Forderung zu verschaffen, wie sie eine bloße obligatorische Bindung des Zessionars nicht begründen könnte. Insoweit ist das Ur. durchaus zu billigen.

Fraglich kann nur sein, wie sich dieser Zweck am besten erreichen

örterung mit H. gehabt hat (vgl. dazu RG. v. 16. Jan. 1933, IV 385/32). Ob nach Lage der Sache der eine oder der andere Fall hierfür vorliegend zu erachten ist, muß der Tatrichter unter Berücksichtigung der gesamten Umstände entscheiden.

Aus allen diesen Gründen kann das BU. nicht bestehen bleiben. Sollte das BG. zu dem Ergebnis kommen, daß H. nicht „Dritter“ i. S. des § 123 Abs. 2 BGB. war, so käme es auf die Anfechtung des Vertrages wegen arglistiger Täuschung mit einer für den Kl. weitergehenden Wirkung, als das BG. annimmt, an, anstatt auf eine Anfechtung wegen Irrtums, auf die das BG. seine Entsch. abstellte. In der erneuten Verhandlung wird das BG. auch zu der Nachprüfung Gelegenheit haben, ob hinsichtlich der Abgabe der schriftlichen Bürgschaftserklärung v. 6. Nov. die beiden Befl. wirklich mit verschiedenem Maße zu messen sind.

(U. v. 19. Okt. 1933; VI 280/33. — Naumburg.) [H.]

9. §§ 185, 816, 1280 BGB. § 185 Abs. 2 bezieht sich nicht auf Akte der Zwangsvollstreckung. In der Einräumung eines Vorranges seitens des Zessionars an einen Pfändungspfandgläubiger kann die Bestellung eines rechtsgeschäftlichen Pfandrechts liegen. In der Prozeßführung um das durch unberechtigte Verfügung Erlangte liegt eine Genehmigung der Verfügung. †)

Die Firma P. GmbH. trat am 8. Aug. 1925 ihre Forderung gegen die Stadt K. im Betrage von 22000 RM an den A.-Bankverein zur Sicherung eines ihr gewährten Kredites ab, für den die Kl. Bürgschaft geleistet hatte. Die Abtretungsurkunde war zunächst nur von einem Geschäftsführer unterschrieben. Die sachungsmäßig notwendige Unterschrift des zweiten Geschäftsführers wurde am 16. Nov. 1925 nachgeholt. In der Zwischenzeit hatte der Befl. Arrestpfändung und engtliche Pfändung der Forderung gegen die Firma P. für 10664 RM erwirkt. Er machte Rechtsunwirksamkeit der Abtretung geltend.

Darauf teilte der Bankverein dem Befl. am 30. Nov. 1925 mit, er sei mit Rücksicht darauf, daß die Zahlung seiner Forderung von P. anderweit geregelt werde, damit einverstanden, daß die Pfändung des Befl. wegen einer Forderung von 10664 RM seiner Zession vorgehe. Durch Schreiben vom

Klief. Die nähere Ausgestaltung der von den Parteien erstrebten Wirkungen ist Sache der Rechtsordnung, und wo diese versagt, des Richters. M. E. boten sich zwei Wege: Einmal die analoge Anwendung des § 185 Abs. 2 BGB., sodann die Annahme der Bestellung eines rechtsgeschäftlichen Pfandrechts.

Das RG. erkennt nur den zweiten Weg als gangbar an. Es lehnt zunächst die Möglichkeit einer Konvaleszenz durch Genehmigung nach § 185 Abs. 2 BGB. schlechthin ab unter Berufung auf RG. 60, 70, weil ein Akt der Zwangsvollstreckung keine rechtsgeschäftliche Verfügung darstelle. Das ist zweifellos richtig. Aber daraus ergibt sich doch nur die Unzulässigkeit der unmittelbaren Anwendung des § 185 Abs. 2, nicht die einer analogen Anwendung. RG. 60, 70 hat in Wahrheit die analoge Anwendung des § 185 Abs. 2 gutgeheißen für den Fall der Pfändung einer dem Schuldner nicht gehörigen Sache, wenn der Schuldner sie hinterher erwirbt — und es hat die Analogie ausdrücklich offengelassen für den Fall der Genehmigung durch den Eigentümer.

Zuzugeben ist allerdings, daß in unserem Falle die Verwirklichung der Parteiabsicht auf einem einfacheren Wege durch Anerkennung der Bestellung eines rechtsgeschäftlichen Pfandrechts möglich war, da die für das Wirksamwerden der Pfändung wesentliche Anzeige an den Schuldner erfolgt war (§ 1280 BGB.). Aber warum den Weg über § 185 Abs. 2 BGB. verramen? Er bleibt da notwendig, wo eine solche Anzeige unterblieben, wohl aber die Absicht einer dinglichen Sicherung zum Ausdruck gekommen ist. Man denke daran, daß der Zessionar nur dem Pfändungspfandgläubiger geschrieben hätte, aber in dem Schreiben die Absicht ganz unzweifelhaft zum Ausdruck gebracht hätte, das Pfändungspfandrecht anzuerkennen und zu genehmigen. Ich vermag nicht einzusehen, was einer Analogie entgegenstehen sollte.

Die nachträgliche Bestärkung des Pfändungspfandrechts durch Bestellung eines rechtsgeschäftlichen Pfandes vermag auch keine rückwirkende Kraft zu entfalten, an der den Parteien vielleicht gelegen ist. Für die Analogie haben sich erklärt Heinrich Lehmann,

gleichen Tage teilte der Bankverein dem Oberbürgermeister mit, er sei damit einverstanden, daß die vor dem 16. Nov. 1925 erfolgten „Zessionen“ seiner Zession vorgingen.

Da die Stadt die Zahlung verweigerte, nahm der Bankverein die Kl. als Bürgin in Anspruch. Diese tilgte die Kreditschuld der Firma P. an den Bankverein, worauf dieser ihr die ihm abgetretene Forderung abtrat. Auf ihre Klage zur Zahlung verurteilt, hinterlegte die Stadt bei dem Gericht die Urteilssumme zugunsten der Zessionare und Pfandgläubiger der Firma P., darunter der Beklagten.

Der Klage auf Freigabe des hinterlegten Betrages gaben LG. und BG. in vollem Umfange statt. RG. wies sie in Höhe von 10 664 RM ab.

Das Schreiben an den Bekl. v. 30. Nov. sollte nicht eine rein schulrechtliche, sondern eine dingliche Bedeutung haben. Diese dingliche Bedeutung kann nun freilich nicht darin gefunden werden, daß der Bankverein die gegen die Firma P. ausgebrachte Arrestpfändung genehmigte. Denn die Vorschr. des § 185 Abs. 2 BGB., nach der eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft, wirksam wird, wenn der Berechtigte sie genehmigt, bezieht sich nicht auf Akte der Zwangsvollstreckung, also nicht auf die Pfändung einer Forderung, die nicht dem Schuldner, sondern einem Dritten zusteht (RG. 60, 70 ff.). Wohl aber ist die dingliche Bedeutung des Schreibens darin zu finden, daß der Bankverein in ihm an der ihm abgetretenen Teilforderung dem Bekl. ein rechtsgeschäftliches Pfandrecht bestellte. Denn nur auf diesem Wege ließ sich der mit dem Schreiben erstrebte Erfolg, daß „die Pfändung des Bekl. wegen der Forderung von 10 664,82 RM der Zession vorgehe“, wirklich erreichen. Freilich ist nach § 1280 BGB. die Verpfändung einer Forderung, zu deren Übertragung der Abtretungsvertrag genügt, nur wirksam, wenn der Gläubiger sie dem Schuldner anzeigt. Aber diese Anzeige ist in dem Schreiben des Bankvereins an den Oberbürgermeister v. 30. Nov. mit genügender Deutlichkeit zu finden. Daß der Bekl., der das Vorrecht gefordert hatte, mit dieser Regelung einverstanden war, ergibt sich aus der Sachlage ohne weiteres. Das LG. meint nun freilich, wenn auch im anderen Zusammenhang, „unterstelle man ein Pfandrecht des Bekl. gerade an der eingeklagten Teilforderung,

so habe die Kl. als Nichtberechtigter über die Forderung in Höhe des Pfändungsbetrags verfügt, diese Verfügung sei aber dem Bekl. gegenüber unwirksam, ein Anspruch nach § 816 BGB. sei also nicht gegeben“. Dabei übersieht das LG. aber, daß der Bekl. als Pfandgläubiger die Einziehung der Forderung durch die Kl. genehmigen konnte, — § 185 BGB. — und daß eine solche Genehmigung in seiner Prozeßführung um den streitigen Betrag ohne weiteres zu finden ist (RGW-Komm., 6. Aufl., Anm. 1 zu § 816 BGB.). Daraus folgt, daß der Bekl. unmöglich mit seinen Ansprüchen an die Stadt verwiesen werden kann, wie es das LG. für richtig hält. Die Kl. ist dem Bekl. gegenüber vielmehr verpflichtet, darein zu willigen, daß der hinterlegte Betrag, soweit das Pfandrecht reicht, an ihn herausgegeben wird; denn darin besteht das von der Kl. durch die Verfügung Erlangte (§ 816 Abs. 1 BGB.). Unter diesen Umständen kann aber die Kl. nicht von dem Bekl. verlangen, daß er ihr den hinterlegten Betrag auch insoweit freigebe, als sein Pfandrecht reicht.

(U. v. 24. Nov. 1933; VII 216/33. — Köln.) [S.]

10. § 930 BGB. Die Bezeichnung des Kaufgegenstandes ist nicht bestimmt genug, wenn bei wechselndem Bestand an Tieren der Sicherungsübergangsvertrag eine bestimmte Zahl als Gegenstand der Übereignung bezeichnet, zeitweilig aber mehr als diese Zahl vorhanden sind. †)

Der Bekl. hatte dem L. laufend Schweine geliefert und diese zum größten Teil, sobald sie gemästet waren, von L. zurückgekauft. Als L. seine Zahlungen eingestellt hatte, hat der Bekl. am 20. Sept. 1930 240 Schweine abgeholt und verkauft.

Schon am 18. Sept. 1930 hatte die Bank D. ihre Ansprüche aus einem Sicherungsübergangsvertrag v. 30. April 1928 hinsichtlich 130 Stück Schweinen an den Kl. abgetreten und in der Abtretungsurkunde erklärt, sie sei sich mit dem Kl. darüber einig, daß dieser Eigentümer der 130 Schweine sein solle.

Auf Grund seines Eigentums und aus anderen Gründen verlangte der Kl. mit der Behauptung, durch den Sicherungs-

Allgem. Teil (4) S. 325; Enneccerus-Nipperdey (13), § 191 Anm. 24; vgl. auch OLGEntsch. 22, 163.

2. In beiden Fällen entsteht übrigens das Bedenken, ob der Zessionar überhaupt über die Forderung in Höhe des gepfändeten Betrages verfügen konnte. War das Pfändungsrecht wirksam, ist das zu verneinen. Das RG. sucht diesem Bedenken damit zu begegnen, daß in der Prozeßführung um den vom Nachfolger des Zessionars eingezogenen Betrag eine Genehmigung gefunden werden müsse zu der in der Einziehung gelegenen Verfügung. Zur Erteilung einer solchen Genehmigung sei der Bekl. als Pfandgläubiger nach § 185 BGB. in der Lage gewesen.

Hier läßt die Begründung die Klarheit vermissen. Man erwartet den Nachweis der Genehmigung der in der Pfandrechtsbestellung gelegenen Verfügung. Diese Genehmigung konnte aber doch der Pfandgläubiger, der seine Rechtsstellung gerade aus dieser Bestellung ableitet, nicht selber aussprechen. Um die Pfandrechtsbestellung wirksam zu machen, muß man auf das Pfändungspfandrecht zurückgreifen. Entsprechendes gilt für die Genehmigung der in der Einziehung gelegenen Verfügung. Sie konnte der Bekl. bei Wirksamkeit des Pfändungspfandrechts nur in seiner Eigenart als Pfandgläubiger aussprechen. Also ist die Bedeutung der Annahme der rechtsgeschäftlichen Bestellung eines Pfandrechts abhängig von der wirksamen Begründung des Pfändungspfandrechts, über die sich das RG. nicht ausläßt. War das Pfändungspfandrecht wirksam entstanden, braucht man aber die nachträgliche rechtsgeschäftliche Bestellung gar nicht mehr. Sie ist nur bedeutsam, wenn das Pfändungspfandrecht nicht wirksam entstanden ist. Dann spielt indessen die Frage der Genehmigung durch den Pfandgläubiger keine Rolle mehr.

M. E. hätte das RG. alternativ begründen müssen: Sollte das Pfändungspfandrecht nicht wirksam entstanden sein, so hat der Bekl. doch durch die nachträglichen Erklärungen des Zessionars ein rechtsgeschäftliches Pfandrecht erlangt, das zu seiner Wirksamkeit keiner Genehmigung bedurfte. War aber das Pfändungspfandrecht wirksam entstanden, so ergibt sich der Vorrang des Bekl. schon hieraus allein, ohne daß es auf eine nachträgliche rechtsgeschäftliche dingliche Sicherung noch ankommen könnte.

Prof. Dr. Heinrich Lehmann, Köln.

Zu 10. Die Frage der Sicherungsübergang von Warenlagern und ähnlichen Sachanlagen ist äußerst umstritten. Beantwortet werden kann sie nur nach geltendem Recht, und hier dürfte die Bejahung das richtige sein. Wie weit man sie für zulässig erklären kann, hängt letzten Endes von der Grundlage unseres Sachenrechts überhaupt ab. Die Sachenrechte sind absolute Rechte, sie wirken gegen jedermann. Das hat zu dem Postulat geführt, daß die Rechtslage bei ihnen auch für jedermann erkennbar ist und daß eine Veränderung in den Sachenrechten so verkäuflich wird, daß die Mittelwelt in der Lage ist, sie zu erkennen. Diesem Postulat folgen die meisten modernen Gesetzgebungen, auch unser BGB. Es verlangt Grundbucheintragung bei Grundstücken und Besitzübergabe bei beweglichen Sachen. Da das BGB. den mittelbaren Besitz als Besitz auffaßt, enthält die Eigentumsübertragung durch constitutum possessorium keine Inkonsequenz, wenn auch zuzugeben ist, daß gerade beim mittelbaren Besitz die Publizität oft recht fraglich ist. Damit muß man sich abfinden. Aber das Grundprinzip muß wiederum ausschlaggebend sein in allen Grenzfällen, bei denen man zweifeln kann, ob eine gültige Eigentumsübertragung vorliegt. Solche Zweifel entstehen oft beim antizipierten Konstitut, dessen Zulässigkeit in der Wissenschaft ja stark umstritten ist. Ich halte es für zulässig. Um so größer und schärfer müssen jedoch hier die Anforderungen sein, die man in bezug auf die Erkennbarkeit für Dritte erhebt. Mit Recht hat daher das RG. die Gültigkeit der Eigentumsübertragung im vorl. Fall in Frage gestellt. Nach der Fassung des Vertrags zwischen L. und der Bank sollten 130 Schweine mit einem Durchschnittsgewicht von je zwei Zentnern zu Eigentum auf die Bank übergehen. Diese Schweine waren genau bezeichnet. Die Bank überließ den Besitz an diesen Schweinen dem L., der sich verpflichtete, den etwaigen Verkaufserlös aus den Schweinen an die Bank abzuliefern, aber auch berechtigt sein sollte, statt dessen mit dem Kaufpreis „andere Bestände der übereigneten Art zu kaufen, die mit dem Ankauf ohne weiteres gemäß dieser Vereinbarung Eigentum der Bank werden sollten“. Letzteres ist geschehen. Es sind die alten 130 Schweine längst veräußert und andre dafür angeschafft. Das RG. lehnt bzgl. der Ersatzstücke den Eigentums-

übereignungsvertrag v. 30. April 1928 sei er Eigentümer von 130 Stück der vom Bekl. abgeholt 240 Schweine geworden, Wertersatz.

LG. und BG. gaben der Klage statt, RG. hob auf und verwies zurück.

Das angef. Erkenntnis beruht auf der Annahme, daß die Bank (Rechtsvorgängerin des Kl.) durch den Sicherungsübereignungsvertrag v. 30. April 1928 das Eigentum an 130 Stück der vom Bekl. am 28. Sept. 1930 bei L. abgeholt Schweine erworben habe.

Dabei geht das BG. davon aus, daß im Vertrage die Schweine, die in das Eigentum der Bank übergehen sollten, genügend bestimmt bezeichnet seien. Nach der Fassung des Vertrags sollte sich der Eigentumsübergang auf einen Bestand von 130 Stück Schweinen mit einem Durchschnittsgewicht von je 2 Zentnern erstrecken, von denen 92 im alten Schweinestall in den Buchten 1 bis 8, 20 im neuen Schweinestall in der Bucht 7 und 18 im alten Pferdestall in den Buchten 1 und 2 standen. Der Vertragsurkunde ist ein Abriss beigelegt, der die Lage der darin aufgezeichneten Buchten erkennen läßt. Nach Nr. 1 I des Vertrags überließ die Bank den Besitz an diesen Schweinen dem L., der sich verpflichtete, den etwaigen Verkaufserlös aus den Schweinen an die Bank abzuliefern, aber auch berechtigt sein sollte, statt dessen mit dem Kaufpreis „andere Bestände der übereigneten Art zu kaufen, die mit dem Ankauf ohne weiteres gemäß dieser Vereinbarung Eigentum der Bank werden“ sollten. L. hatte der Bank den Verkauf und Ankauf jeweils anzuzeigen, außerdem ein Bestandsverzeichnis zu führen und dieses bis zum Ersten eines jeden Monats der Bank zu übersenden.

Das BG. erachtet für festgestellt, daß beim Abschlusse des Vertrags in den bezeichneten Buchten nicht mehr als 130 Schweine vorhanden gewesen seien. Die Buchten in den Ställen waren nicht mit Nummern versehen, die Sicherungsübereignung war nicht äußerlich kenntlich, auch den Angestellten des L. nicht bekanntgegeben. Das BG. hält dies für belanglos.

Die durch den Vertrag v. 30. April 1928 an die Bank übereigneten Schweine waren im Sept. 1930, als L. seine Zahlungen einstellen mußte, längst verkauft. Aber es waren — wie das BG. feststellt — an ihre Stelle andere Schweine getreten, die Buchten in den L.schen Ställen waren auch im Sept. 1930 wie üblich gefüllt. Das BG. nimmt an, mit der Unterbringung dieser Ersatzschweine in den Buchten sei das Eigentum an den Tieren auf die Bank übergegangen. Ob L. über die Zu- und Abgänge in den Buchten ein Bestandsverzeichnis geführt habe und seiner Verpflichtung, die Veränderung des Bestands der Bank anzuzeigen, nachgekommen sei, könne auf sich beruhen; durch diese Unterlassungen sei der Eigentumsübergang nicht verhindert worden, weil es sich nur um vertragliche Verpflichtungen des L. zur Sicherung des Nachweises des Eigentums der Bank gegen künftige Ansprüche Dritter handle. Weiter stellt das BG. fest, daß L. bei den Einstellungen von Schweinen in die im Sicherungsübereignungsvertrag bezeichneten Buchten den Willen gehabt habe, das Eigentum an ihnen der Bank zu übertragen.

Das BG. läßt sich nicht aufrechterhalten, weil die Annahme, die Bank habe nach § 930 BGB. das Eigentum an den im Sept. 1930 vorhandenen Ersatzschweinen erworben, in einem wesentlichen Punkte rechtlichen Bedenken begegnet.

erwerb wegen der Unbestimmtheit ab. Mit Recht hebt es hervor: Hätte sich die Sicherungsübereignung auf den jeweiligen Gesamtbestand an den Schweinen in den im Vertrag bezeichneten Buchten erstreckt, dann hätten die sämtlichen eingestellten Ersatzschweine ohne Rücksicht auf ihre Anzahl und Einzelbeschaffenheit in das Eigentum der Bank übergeben können. Das RG. legt jedoch den Vertrag dahin aus, daß das Eigentum der Bank immer nur auf 130 Schweine beschränkt sein sollte. Das ist Auslegungsfrage. Man könnte (ohne genauere Einsicht in den Tatbestand) den Vertrag so ausulegen, daß alle für den Erlös angeschafften Schweine in das Eigentum der Bank übergeben sollten. Wenn dann jeweils alle in den betr. Buchten vorhandenen Schweine, auch bei größerer Zahl, etwa 140, unter diese fallen, was sich wohl feststellen läßt, würde der Eigentumsübergang nicht an der Unbestimmtheit scheitern. Sie wäre nur vorhanden, wenn auch Schweine, die nicht

Zwar geht der Vorderrichter mit Recht (vgl. RG. 132, 183 [187])¹⁾ davon aus, daß die zu übereignenden Sachen deutlich bestimmt, nicht bloß bestimmbar bezeichnet sein müssen, um die Wirksamkeit der Eigentumsübertragung sicherzustellen. In dieser Beziehung begnügt er sich aber mit der Feststellung, daß beim Abschlusse des Vertrags v. 30. April 1928 nicht mehr als 130 Schweine in den im Vertrage bezeichneten Buchten vorhanden gewesen seien, daß also die auf 130 Schweine beschränkte Übereignung tatsächlich den gesamten damaligen Bestand erfaßt habe. Aus seinen weiteren Erörterungen ergibt sich aber, daß in jenen Buchten insgesamt bis zu 140 Schweinen — wenn nicht noch mehr — untergebracht werden konnten und zeitweilig auch untergebracht waren. Demnach ist es nicht ausgeschlossen, daß in den Zeitpunkten der wiederholten Neuanschaffungen tatsächlich mehr als insgesamt 130 Schweine in den Buchten eingestellt waren. Die übereigneten Schweine waren im Vertrage nur nach einem Durchschnittsgewicht von je 2 Zentnern bestimmt; es liegt aber klar zutage, daß die neubeschafften Schweine je nach ihrem Alter und Ernährungszustand nicht durchweg und dauernd von gleichem Gewicht, gleicher Beschaffenheit und gleichem Werte waren. Hätte sich die Sicherungsübereignung auf den jeweiligen Gesamtbestand an Schweinen in den im Vertrage bezeichneten Buchten erstreckt, so wäre dieser Umstand wohl ohne Belang; dann hätten möglicherweise die sämtlichen dort eingestellten Ersatzschweine ohne Rücksicht auf ihre Anzahl und ihre Einzelbeschaffenheit in das Eigentum der Bank übergehen können. Angesichts der im vorl. Falle vereinbarten Beschränkung auf eine gewisse Anzahl von Tieren gebracht es jedoch für die jeweiligen Ersatzstücke an der zum Eigentumsübergang erforderlichen Bestimmtheit, weil es bei jedem Wechsel im Bestande der in den Buchten befindlichen Schweinen unsicher blieb, auf welche einzelnen Stücke sich die Eigentumsübertragung erstrecken sollte und es demnach bei etwaigen Pfändungen der Schweine oder sonstigen Verfügungen darüber ungemiß war, ob nicht solche Stücke betroffen waren, welche die Bank als ihr Eigentum ansah. Auch war sie selbst infolge dieser Ungewißheit, soweit zeitweise mehr als 130 Schweine in den Buchten waren, nicht in der Lage, die ihr gehörigen Stücke zu bezeichnen. Wenn sie z. B. beliebige Stücke aus dem vorhandenen Bestande von mehr als 130 Schweinen als ihr gehörig wählte, so konnte bei dem nicht durchgehend einheitlichen Werte der Tiere leicht ein Streit darüber entstehen, ob sie sich nicht die besseren ausgesucht und die minderwertigen zurückgelassen habe. Demnach fehlt es an der erforderlichen Bestimmtheit der übereigneten Gegenstände. Die Übereignung ist also rechtswirksam. Die Bank konnte auf Grund des Vertrags v. 30. April 1928 weder Eigentum noch mittelbaren Besitz an 130 ersatzweise angeschafften Schweinen erwerben, folglich auch nicht das Eigentum oder einen Herausgabeanspruch auf den Kl. übertragen. Daran muß auch ein etwa behaupteter Eigentumserwerb des Kl. nach § 934 BGB. scheitern, wenngleich dessen guter Glaube unterstellt sein mag. Insoweit könnte nämlich nur der zweite Fall des § 934 gelten; aber von L. hat der Kl. nach seiner eigenen Darstellung den (unmittelbaren oder mittelbaren) Besitz an den Schweinen nicht erlangt.

Danach ist das Klagebegehren, soweit der Kl. als Rechtsnachfolger der Bank auftritt, unbegründet.

(U. v. 14. Nov. 1933; VII 171/33. — Königsberg.) [S.]

¹⁾ ZB. 1931, 1962.

vom Erlös gekauft waren, in die Bucht eingestellt wären, so daß eine Unterscheidung nicht möglich war. Man könnte auch dann noch sagen, daß es sich nur um Beweisbarkeit handelt, die für die materielle Rechtslage gleichgültig sei. Aber letzteres ist hier unrichtig, weil hier die Beweisunmöglichkeit die materiell-rechtlich relevante Unbestimmtheit in sich schließt. Das RG. legt freilich den Vertrag so aus, daß immer nur 130 Schweine Eigentum der Bank sein sollten. Dann ist bei Überschreitung dieser Zahl die Unbestimmtheit i. S. des RG. gegeben. An sich scheint mir allerdings die erstere Auslegung von der wohl das BG. und das OLG. ausgegangen sind, plausibler.

Prof. Dr. Hans W a l s m a n n, Rostod.

11. §§ 28, 128, 123 HGB.; §§ 119, 123, 138 BGB. Zur Frage der Anwendung der allgemeinen Vorschriften über die Anfechtung wegen Willensmängeln oder die Geltendmachung der Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen die guten Sitten auf das Gesellschaftsrecht, insbes. auf das Recht der Kapital- und Personalgemeinschaft des Handelsrechtes. Haftung des Gesellschafters den Gläubigern gegenüber ohne Rücksicht auf die Willensmängel auf Grund der Eintragung zum Handelsregister und deren Veröffentlichung. Rechtslage infolge der Anfechtung bei Schulden eines Einzelkaufmannes, für die die nachher durch Eintritt eines Gesellschafters entstandene OHG. und der neue Gesellschafter haftet, namentlich dann, wenn der Eintritt nicht in das Handelsregister eingetragen ist. †)

Die Anfechtung des Gesellschaftsvertrags ist in der für die Anfechtung von Willenserklärungen nach den AllgVest. des bürgerlichen Rechtes geltenden Weise durch Erklärung gegenüber dem Vertragsgegner erfolgt. War die Anfechtung überhaupt zulässig, so wurde sie schon durch Erklärung gegenüber dem Vertragsgegner wirksam. Es bedurfte dazu nicht, wie der Kl. meint, in Anwendung des § 133 HGB. einer gerichtlichen Entsch. Die Klage auf Auflösung i. S. des HGB. setzt das Bestehen einer Gesellschaft voraus. Sie findet deshalb nicht statt, wenn die durch seinen Eintritt erfolgte Begr. einer OHG. in das Handelsregister eingetragen und diese Eintragung bekannt gemacht ist. Im vorl. Fall handelt es sich nur darum, ob die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages dem Gläubiger gegenüber auch dann außer Betracht zu bleiben hat, wenn eine Eintragung noch nicht erfolgt ist, der Eintretende sich aber bereits in anderer Weise als Gesellschafter betätigt hat. Diese Frage war in der Rspr. bisher noch offen geblieben und hat in der Literatur eine geteilte Beurteilung gefunden (vgl. Bauer-Mengelberg: JW. 1931, 781). Die vorl. Entsch., die im Ergebnis auf die Lage des einzelnen Falles abstellen will, bedeutet auch wohl noch keine endgültige Lösung der Frage. Eine Würdigung der Entsch. ist nur möglich, wenn auf die Grundlage der ganzen Lehre eingegangen wird.

Die Entsch. hängt daher von der Beantwortung der im Schrifttum immer noch bestrittenen Frage ab, ob die Anwendung der AllgVorschr. über die Anfechtung wegen Willensmängeln oder die Geltendmachung der Nichtigkeit wegen Ver-

Zu 11. Das RG. hat in mehreren früheren Urten entschieden, daß derjenige, der in das Geschäft eines Einzelkaufmanns eingetreten ist, sich den Gläubigern des letzteren gegenüber nicht auf die Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages berufen kann, wenn die durch seinen Eintritt erfolgte Begr. einer OHG. in das Handelsregister eingetragen und diese Eintragung bekannt gemacht ist. Im vorl. Fall handelt es sich nur darum, ob die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages dem Gläubiger gegenüber auch dann außer Betracht zu bleiben hat, wenn eine Eintragung noch nicht erfolgt ist, der Eintretende sich aber bereits in anderer Weise als Gesellschafter betätigt hat. Diese Frage war in der Rspr. bisher noch offen geblieben und hat in der Literatur eine geteilte Beurteilung gefunden (vgl. Bauer-Mengelberg: JW. 1931, 781). Die vorl. Entsch., die im Ergebnis auf die Lage des einzelnen Falles abstellen will, bedeutet auch wohl noch keine endgültige Lösung der Frage. Eine Würdigung der Entsch. ist nur möglich, wenn auf die Grundlage der ganzen Lehre eingegangen wird.

I. Vorweg ist zu bemerken, daß die bisherige Rspr., die den Eintretenden wenigstens nach erfolgter Eintragung ohne Rücksicht auf die Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit des Vertrages haften läßt, rechtspolitisch keineswegs befriedigt (vgl. Bauer-Mengelberg a. a. O. und Düringer-Hachenburg zu § 28). Der in § 28 HGB. angeordnete Übergang der Verbindlichkeiten des früheren Geschäftsinhabers auf die neue OHG. (und damit gem. § 128 auf den Neueintretenden) ist eine gesetzliche Folge der Entstehung der Gesellschaft, deren rechtspolitischer Grund nur derselbe sein kann wie der für die Haftung des Erwerbers eines Vermögens (§ 419 BGB.) maßgebliche. Der Gläubiger soll durch den Vermögensübergang nicht benachteiligt werden. Ihm soll das Haftungsobjekt, aus dem er sich bisher befriedigen konnte, nicht entzogen werden. Wenn der Abs. 2 des § 28 HGB. einer abweichenden Vereinbarung unter bestimmten Voraussetzungen auch Wirkung gegenüber den Gläubigern beilegt, so ist daraus doch nicht der Schluß zu ziehen, daß der gesetzgeberische Grund für die Haftung aus § 28 Abs. 1 ein vermuteter Parteilichkeit sei, sondern es ergibt sich daraus nur, daß das Gesetz den Gedanken der Fort-

stoßes gegen § 138 BGB. auf das Gesellschaftsrecht, insbes. auf das Recht der Kapital- und Personalgemeinschaften des Handelsrechtes ausgeschlossen ist, oder ob nicht wenigstens im Außenverhältnis eine Beschränkung in der Geltendmachung der Nichtigkeit eintreten muß. Für den vorl. Fall, wo von einem Dritten die persönliche Haftung des Besf. mit seinem ganzen Vermögen geltend gemacht wird, kommt nur die Wirkung nach außen, gegenüber den Gläubigern, in Frage. Eine ausdrückliche Best. über die Wirkung der Anfechtung von Gesellschaftsverträgen enthält weder das BGB., noch das HGB., noch die Spezialgesetze, insbes. das GmbHG. oder das GenG. Für die Kapitalgesellschaften ist die Frage durch die jahrzehntelange ständige Rspr. in Übereinstimmung mit der herrschenden Rechtslehre dahin entschieden, daß die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertr. nicht mehr geltend gemacht werden kann, wenn die Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister oder ein entsprechendes Register, die für die Entstehung der Gesellschaft nach den für sie geltenden besonderen Vorschr. eine rechtfertigende Tatsache bildet, erfolgt ist (vgl. z. B. RG. 123, 102¹⁾; 124, 279²⁾; 127, 186³⁾).

Danach ist der maßgebende Grund für die Verfassung der Anfechtung nach geschehener Eintragung der AktG., der GmbHG. oder der eingetragenen Genossenschaft, der, daß die Beitrittserklärung auch dazu bestimmt ist, zur Bildung der Kapitalgrundlage der ins Verkehrsleben tretenden oder bereits getretenen Gesellschaft mitzuwirken. Von diesem Gesichtspunkt aus richtet sich die Beitrittserklärung des einzelnen an die Allgemeinheit und habe dieser gegenüber die Bedeutung, daß der Erklärende für die übernommenen Stammeinlagen schlechthin haften wolle, sobald die Eintragung in das öffentliche Register erfolgt ist. Das Interesse derer, die im Vertrauen auf die so geschaffene Kapitalgrundlage mit dem betreffenden Unternehmen in Verkehr getreten sind oder in Verkehr treten wollen, verlange Erhaltung der Kapitalgrundlage. Auf die mit Willensmängeln behaftete Errichtung einer OHG. ließe sich diese Rechtfertigung des Ausschlusses jeder Anfechtung nicht ohne weiteres übertragen. Bei der Kapitalgesellschaft bildet das nach bestimmten Vorschr. beigebrachte Kapital die Grundlage des Vertrauens aber — abgesehen von Ausnahmen, wie bei der GmbHG. — auch die Grenze der Haftung des Gesellschafters; bei der

¹⁾ JW. 1929, 643. ²⁾ JW. 1929, 2134^a. ³⁾ JW. 1930, 2663.

haftung des Vermögens hier unter den bezeichneten näheren Voraussetzungen hinter dem Interesse des Geschäftsinhabers an der Erweiterung seines Geschäfts zurücktreten lassen will. Das ändert nichts daran, daß der Übergang der Verbindlichkeiten nach § 28 HGB. ebenso wie nach § 419 BGB., eine rein gesetzliche Folge ist. Wenn nun der Gesellschaftsvertrag nichtig oder anfechtbar und von dem Eintretenden angefochten ist, entfällt damit der rechtspolitische Grund für den Übergang der Haftung, da nun ja ein Vermögensübergang nicht mehr stattfindet. Ebensovienig begründet ist hier der Übergang der Haftung aus dem Gesichtspunkt des Schutzes des guten Glaubens und der Verkehrssicherheit. Denn dieser Gesichtspunkt trafe doch nur solchen Gläubigern gegenüber zu, die nach der Eintragung im Vertrauen auf die Entstehung einer OHG. mit dieser ein Rechtsgeschäft abgeschlossen haben, nicht aber denen gegenüber, die schon vorher Gläubiger waren. Auch das RG. hat sich diesen rechtspolitischen Erwägungen im vorl. Urte. nicht verschlossen. Sehr mit Recht führt es aus: „Dem Bedürfnis nach Rechtsschutz — abgesehen vom Falle der Eintragung ins Handelsregister — wird genügt, wenn derjenige geschützt wird, der sich im Vertrauen auf das Bestehen einer OHG. mit der sich als solche darbietenden in Rechtsverkehr eingelassen hat oder, wenn er schon vorher Gläubiger eines der Gesellschafter war, sein Verhalten danach eingerichtet, z. B. Stundung gewährt hat.“ Nur müssen wir dem hinzufügen, daß diese rechtspolitische Erwägung genau ebenso für den Fall zutrifft, daß die Eintragung bereits erfolgt ist. Wenn der Eintragung, sei es allein oder in Verbindung mit vorangegangenen Erklärungen, überhaupt öffentlicher Glaube beigelegt werden kann, so rechtfertigt sich dieser Vertrauensschutz doch nur gegenüber dem, der nach erfolgter Eintragung ein Rechtsgeschäft vornimmt, also nicht ohne weiteres gegenüber dem Altgläubiger.

II. Da die bisher herrschende Rspr. somit rechtspolitisch nicht befriedigen kann, erscheint eine Nachprüfung ihrer dogmatischen Voraussetzungen um so mehr geboten. Das RG. begründet seine Stellungnahme in dieser wie in zahlreichen anderen Entsch. damit,

D. H. haftet die Person, und zwar mit ihrem ganzen Vermögen. Die unbeschränkte Übertragung der für die Kapitalgesellschaft geltenden Grundsätze wäre also bei der D. H. viel einschneidender als bei ersterer. Andererseits kann auch für den mit einer D. H. in Verkehr tretenden, die Erklärung, D. H. er zu sein, die Grundlage des Vertrauens bilden, und zwar gerade wegen der über eine begrenzte Kapitaleinlage hinausgehenden Haftung aller Gesellschafter. Daß bei der Kapitalgesellschaft die Eintragung eine rechtsbegründende Tatsache ist, die die juristische Person und damit deren Haftung erst zur Entstehung gelangen läßt, die D. H. aber schon vor der Eintragung bestehen kann, gibt zu einer verschiedenen Beurteilung der Folgen der Eintragung keinen Anlaß. Denn in beiden Fällen liegt in der mit Willen des Eingetragenen erfolgten Eintragung und namentlich in der nachfolgenden Veröffentlichung die Erklärung, mit seinem Vermögen, ganz oder zum Teil, haften zu wollen. Nun wird freilich gegen diese Deutung der Einwand erhoben, der Erklärende wolle die Haftung nur für den Fall übernehmen, daß sein Beitritt nicht wegen Willensmängel anfechtbar sei. Der Erklärende muß sich aber gefallen lassen, daß seine Erklärung so aufgefaßt wird, wie sie im geschäftlichen Verkehr verstanden wird. Hat sich in einem Verkehrsgebiet durch langjährige Übung, auch unter dem Einfluß einer langdauernden ständigen R. Spr. und unter dem Eindruck des Verkehrsbedürfnisses ein bestimmter Sprachgebrauch gebildet, so muß die übliche Erklärung als in diesem Sinne abgegeben behandelt werden. Da nun, wie sich aus der R. Spr. insbes. über das Recht der Kapitalgesellschaften ergibt, sich ein Sprachgebrauch dahin gebildet hat, daß derjenige, auf dessen Anmeldung sein Eintritt in eine Gesellschaft in ein öffentliches Register eingetragen worden ist, damit erklärt, wie ein Gesellschafter gegenüber allen haften zu wollen, die im Vertrauen auf diese Eintragung mit der darin bezeichneten Gesellschaft in Rechtsverkehr getreten sind, so besteht diese

die Anmeldung und Eintragung der D. H. im Handelsregister oder auch eine sonstige öffentliche Kundgabe ihres Bestehens enthalte eine an die Allgemeinheit, „den Verkehr“, gerichtete Willenserklärung des Anmeldenden, aus der er selbständig, ohne Rücksicht auf den zugrundeliegenden Vertrag und dessen eventuelle Anfechtbarkeit oder Richtigkeit gem. § 28 haften (so z. B. R. G. 76, 441 = J. W. 1911, 770; 89, 98 = J. W. 1917, 105; ebenso auch S t a u b zu § 28). Diese Begr. unterliegt schwerer Bedenken. Die Anmeldung zur Eintragung im Register und die darauf erfolgende Eintragung und Bekanntmachung sind, genau genommen, keine Willenserklärungen, gerichtet auf Herbeiführung eines Rechtserfolges, etwa der Schuldübernahme, sondern nur Mitteilungen über rechtserhebliche Tatsachen. Sie als verpflichtende Willenserklärungen zu behandeln und demgemäß eine der Allgemeinheit erklärte rechtsgeschäftliche Schuldübernahme anzunehmen, ist eine reine Fiktion (so auch Düringer-Hachenburg zu § 28, und besonders nachdrücklich W i e l a n d, Handelsrecht, Vd. I, S. 236). Wer die Entstehung einer D. H. zum Register anmeldet, will einer gesetzlichen Meldepflicht genügen und sich die Vorteile der Eintragung sichern. Keineswegs will er damit eine Schuldübernahme erklären oder gar eine Schuld ohne Rücksicht auf die Gültigkeit des Gesellschaftsvertrages übernehmen. Auch die nach § 157 BGB. vorgenommene Auslegung mit Rücksicht auf die Verkehrssitte kann unmöglich, wie es das R. G. will, dahin führen, der Anmeldung einen derartigen Sinn zu unterstellen, denn es widerspricht der Lebenserfahrung, anzunehmen, daß der Anmeldende einen so weitgehenden Verpflichtungswillen habe und zum Ausdruck bringen wolle; daher kann ihm diese Deutung seiner Erklärung keinesfalls zugerechnet werden.

Trotzdem ist es unbezweifelbares Recht, daß derjenige, der eine öffentliche Erklärung in handelsüblicher Weise abgibt, insbes. eine Tatsache zur Eintragung in das Register anmeldet, daran von dem festgehalten werden kann, der im guten Glauben an die Richtigkeit der Erklärung gehandelt hat (vgl. J u l i u s v. G i e r k e, Handelsrecht, S. 64). Aber die Begr. dieses Satzes ergibt sich u. E. nicht, wie das R. G. anzunehmen scheint, aus einem doch nur fiktiven rechtsgeschäftlichen Willen des Erklärenden, auch nicht, wie W i e l a n d meint, aus dem öffentlichen Glauben des Handelsregisters, sondern aus der Rechtscheinwirkung einer mit dem Willen des Erklärenden abgegebenen Kundgabe, ähnlich wie sie in den §§ 171—72 und wohl auch in § 409 BGB. einen gesetzlichen Ausdruck gefunden hat. Man muß sich nur vor Augen halten, daß es sich bei den „handelsüblichen Erklärungen“, insbes. bei der Anmeldung zum Register, vielfach gar nicht um rechtsgeschäftliche Willenserklärungen im strengen Sinne handelt, die

Haftung ohne Rücksicht darauf, ob der der Erklärung zugrunde liegende Vertrag an Willensmängeln leidet oder nicht. Es besteht auch kein Anlaß dafür, daß im Gebiet der Personengesellschaften des Handelsrechts eine andere Auffassung über die Bedeutung der durch die Eintragung kundgegebenen Erklärung besteht, um so mehr als das Verkehrsbedürfnis für eine gleichmäßige Auffassung spricht. Diese Folge hat die R. Spr. auch bereits für die Personengesellschaften anerkannt (R. G. 51, 33; 76, 439⁴); 89, 97; 93, 227; R. Z. 1909, 858). Wenn auch in diesen Entsch. die Eintragung im Handelsregister für entscheidend angesehen wird, so ist der tragende Grund für die Haftung doch nicht, wie aus R. G. 124, 288⁵) oder R. G. 125, 228 = J. W. 1929, 2597 und dem Hinweis auf § 15 Abs. 1 HGB. entnommen werden könnte, der — nicht bestehende — öffentliche Glaube des Handelsregisters, sondern die Erklärung an die Öffentlichkeit, haften zu wollen, auch wenn die Gesellschaft nicht besteht. Daraus ergibt sich, daß es sich bei der Eintragung ins Handelsregister zwar um eine besonders deutliche und allgemein gehaltene Erklärung handelt, daß aber die Erklärung, wie ein Gesellschafter haften zu wollen, aber auch in anderer Weise abgegeben werden kann, sei es ausdrücklich, sei es durch schlüssige Handlungen. Zu letzteren kann insbes. die Eröffnung des gemeinsamen Geschäftsbetriebes gerechnet werden. Dabei findet § 123 Abs. 2 HGB. nicht unmittelbar Anwendung, da infolge der Anfechtung eine Gesellschaft von Anfang an nicht besteht. Der Grundgedanke des § 123, der die Wirksamkeit der D. H. im Verhältnis zu Dritten entweder mit dem Zeitpunkt, in dem die Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen wird (Abs. 1), oder in dem Zeitpunkt des Geschäftsbegins eintreten läßt (Abs. 2), ist in beiden Fällen des Paragraphen derselbe: die Erklärung an die Öffentlichkeit, sei es durch wörtliche Erklärung, sei es durch schlüssige Handlung.

Dieser Grundgedanke ist im Falle der Richtigkeit des Ge-

⁴) J. W. 1911, 770.

⁵) J. W. 1929, 2134².

die Herbeiführung eines Rechtserfolges bezwecken, sondern um sog. geschäftsähnliche Erklärungen, um Kundgaben, Mitteilungen von derselben Art wie die Mitteilung, daß man jemand bevollmächtigt habe, oder die Mitteilung an den Schuldner von der erfolgten Abtretung der Forderung. Solche Mitteilungen rechtserheblicher Tatsachen sind in vielen Fällen nicht rechtlich wirkungslos, sondern verhaften kraft objektiven Rechts den Erklärenden gegenüber demjenigen, an den sie gerichtet sind, oder der sich auf sie verläßt. Sie stellen einen Tatbestand dar, der den Anschein einer bestehenden Rechtslage erweckt und auf den man kraft Gesetzes oder Gewohnheitsrechts in bestimmten Fällen vertrauen darf. Es handelt sich also nicht um rechtsgeschäftliche, sondern um gesetzliche Haftung, die folgerichtig nur da Platz greift, wo der zugrundeliegende Rechtsgedanke es erfordert. Da dieser Rechtsgedanke der des Schutzes des gutgläubigen Verkehrs ist, kann die Rechtswirkung auch nur da eintreten, wo ein Handeln im Vertrauen auf den äußeren Tatbestand möglich ist, also nur demjenigen gegenüber, der nach der Eintragung oder sonstigen Kundgabe mit der D. H. im Vertrauen auf ihr Bestehen ein Rechtsgeschäft abgeschlossen hat. Damit wird der herrschenden R. Spr. bzgl. der unbedingten Haftung des Eintretenden nach erfolgter Eintragung für die vor der Eintragung begründeten Schulden ihre dogmatische Begr. entzogen. Die Haftung nach § 28 setzt einen endgültigen Eintritt in das Geschäft und eine wirksame Entstehung der D. H. voraus; darüber hinaus kann eine Haftung des Eintretenden nur aus der Rechtscheinwirkung der Eintragung oder sonstigen Kundgabe hergeleitet werden, die aber dem Altgläubiger gegenüber in aller Regel (d. h., sofern er nicht nach der Eintragung ein auf seine Forderung bzgl. Rechtsgeschäft vorgenommen, z. B. Stundung gewährt hat) versagt. Es kann auch keinen Unterschied machen, ob eine Registereintragung oder eine sonstige handelsübliche Kundgabe vorliegt. In beiden Fällen ist eine Haftung des Eintretenden gegenüber dem Altgläubiger nach der zu Recht erfolgten Anfechtung des Gesellschaftsvertrages, von dem erwähnten Sonderfall abgesehen, weder rechtspolitisch noch dogmatisch gerechtfertigt. Übrigens hat das R. G. selbst die Haftung des Eintretenden im Falle der Richtigkeit des Gesellschaftsvertrages ursprünglich nur für die nach der Eintragung entstandenen Schulden der Gesellschaft angenommen (Vd. 51, S. 39). Die später vom R. G. ausgesprochene Ausdehnung der Haftung auch auf die früheren Schulden, falls nur die Eintragung erfolgt ist, geht über das Ziel hinaus. Vielleicht darf man hoffen, daß die vorl. Entsch., deren Endergebnis zugestimmt wer-

gesellschaftsvertrages für die Auslegung der Erklärung der Haftungsübernahme i. S. des oben angegebenen Sprachgebrauchs verwertbar.

Das BG. will nun die Haftung jedenfalls dann nicht eintreten lassen, wenn es sich nicht um eine Schuld handelt, die erst nach Eintritt der in § 123 Abs. 1 und 2 HGB. die Wirksamkeit der D.H.G. begründenden Tatsachen entstanden ist, sondern um eine vor dem Eintritt eines Gesellschafters in das Geschäft eines Einzelkaufmanns entstandene, für welche kraft der positiven Vorschr. des § 28 HGB. die neue Gesellschaft und damit auch gemäß § 128 HGB. der eintretende Gesellschafter haftet. Jedenfalls will es die Haftung ausschließen, wenn der Eintritt nicht in das Handelsregister eingetragen worden ist. Das BG. macht für diese Auffassung u. a. geltend: Im vorl. Falle sei durch den Gesellschaftsvertrag die Haftung des Bekl. für die vor seinem Eintritt entstandenen Schulden ausgeschlossen; die beiden Vertragsparteien hätten am 27. Juli 1925 dem Handelsregister gegenüber die Vereinbarung, wie bereits im notariellen Abl. v. 23. Juni 1925 vorgesehen war, zur Eintragung und Bkl. angemeldet; wäre mit der Eintragung und Veröffentlichung des Eintritts auch die Eintragung und Veröffentlichung des Haftungsausschlusses erfolgt (dafür, daß es unterblieben wäre, fehle es an jedem Anhalt), so würde, da nach allgemein herrschender Rechtsansicht in einem solchen Falle der Gläubiger aus dem früheren Geschäftsbeginn keine Haftung des Eintretenden herleiten könne, der Bekl. für die Forderung des Kl. nicht mithaften. Dieser Begr. kann nicht beigetreten werden. Auch im Falle der Eintragung des Haftungsausschlusses wirkt er nur, wenn er unverzüglich erfolgt ist. Staub, §§ 25 Abs. 18, 28 Abs. 6 HGB. Keinesfalls genügt es, daß die Eintragung und Bkl. hätte erfolgen können. Denn der Haftungsausschluß ist an die Tatsache seiner Bekanntgabe, sei es durch Veröffentlichung, sei es durch besondere Mitteilung an den einzelnen Gläubiger geknüpft. Wollte der Bekl., nachdem er von der arglistigen Täuschung Kenntnis erhalten hatte, seinen Eintritt nicht mehr bekanntmachen lassen, so blieb ihm doch die Möglichkeit, die ihm bekannten Gläubiger einzeln zu benachrichtigen. Auch die Erwägung wäre nicht ausschlaggebend, daß der Altgläubiger

durch die Haftung des anfechtungsberechtigten Neueintretenden ohne adäquate Gegenleistung zu seinen bisherigen einen neuen Schuldner erhält. Denn diese Wirkung tritt auch ein, wenn der Gesellschaftsvertrag unanfechtbar ist. Eher würde für den Wegfall der Haftung sprechen, daß § 28 einen Sonderfall des § 25 HGB. regelt (vgl. Ritter zu § 28 HGB.), und daß beide Best. dem Gedanken, der auch in § 419 BGB. zum Ausdruck kommt, entsprechen, da derjenige, der das Vermögen erhält, auch für die Schulden aufkommen soll. Bei Wegfall des Vermögensübergangs infolge Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags entfiele auch der Grund für die Haftung. Immerhin kann auch durch einen nichtigen Gesellschaftsvertrag die Sicherheit des Altgläubigers beeinträchtigt werden, wenn im Vertrauen auf die Wirksamkeit des Vertrages und bei längerer Dauer bis zur Erkennung der Anfechtbarkeit Veränderungen im Vermögensstande eingetreten sind. Geht man aber von der Begr. des Ausschlusses der Anfechtung für Kapitalgesellschaften aus, daß nämlich das Vertrauen derjenigen, die sich auf die Eintragung und die darin liegende öffentliche Erklärung der Haftungsübernahme verlassen haben, geschützt werden müsse, so ist dabei doch in erster Linie an diejenigen gedacht, die nach Abgabe der öffentlichen Erklärung mit der sich ihnen als solche anbietenden Gesellschaft in Rechtsverkehr getreten sind. Dieses rechtspolitische und Schutzinteresse würde aber nicht oder nur unbedeutend bestehen zugunsten derjenigen, deren Gläubigerrecht schon früher entstanden ist. Das RG. hat (RG. 76, 439^o); 89, 97^o); 93, 227) zwar auch für die D.H.G. und die Kommanditgesellschaft die Haftung für Altschulden trotz Anfechtung des Gesellschaftsvertrages anerkannt, aber immer nur in Fällen, in denen die Eintragung im Handelsregister und Bkl. erfolgt war, und als Entscheidungsgrund angegeben, daß die Eintragungen als öffentlich im Rechtsverkehr abgegebene verantwortliche Erklärungen zu gelten haben. Dort lag also der Fall so wie bei den Kapitalgesellschaften. Die Eintragung im Handelsregister hat auch bei den D.H.G. den Erfolg einer sich an die Allgemeinheit richtenden Erklärung. Ihr Inhalt ist auch regelmäßig unzweideutig. Anders verhält es sich bei Erklärungen, die nur an eine einzelne Person gerichtet sind, oder die in schlüssigen

den kann, dem RG. zu einer nochmaligen Überprüfung und Rev. seiner Auffassung Anlaß gibt.

III. Eine besondere Betrachtung verlangt noch die in der vorl. Entsch. ausgesprochene Ansicht, daß die Grundsätze über die Ausschließung der Anfechtung bei Kapitalgesellschaften „wenigstens im Außenverhältnis“ auch für die Personalgesellschaften des Handelsrechts anwendbar seien. Dieser Ansicht des RG. kann wenigstens in so weiter Formulierung nicht zugestimmt werden. Bei den Kapitalgesellschaften hat eine feststehende Rspr. dazu geführt, die Anfechtung z. B. einer Aktienübernahme oder Zeichnungserklärung auszuschließen, sobald die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister erfolgt ist. Die Rücksicht auf die Verkehrssicherheit und das Interesse der mit der Gesellschaft in Geschäftsbeziehungen tretenden Gläubiger erfordert die Erhaltung der Gesellschaft in ihrem Bestande, insbes. aber ihrer Kapitalgrundlage. Daher ist, wie das RG. wiederholt ausgesprochen hat, die Anfechtung der Übernahme- oder Zeichnungserklärung im Interesse der Gläubiger ihnen und auch der Gesellschaft gegenüber zulässig und wirksam, wenn die Eintragung erfolgt ist. Bei der D.H.G. dagegen ist, auch nach der im vorl. Urte. ausgesprochenen Ansicht des RG., die Anfechtung im Innenverhältnis zulässig und wirksam und nur die Geltendmachung der durch die Anfechtung bewirkten Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages den Gläubigern gegenüber beschränkt. Dieser Unterschied muß festgehalten werden. Er wird nur dadurch verdunkelt, daß auch der Ausschluß der Anfechtbarkeit bei der AltG. vielfach damit begründet wird, in der Übernahme oder Zeichnung der Aktie und der ihr folgenden Anmeldung zum Register liege eine „an den Verkehr gerichtete“ Willenserklärung, aus der der Anmeldende unbedingt, d. h. ohne Rücksicht auf Willensmängel und sonstige Nichtigkeitsgründe, hafte. Inwiefern bedürfte diese Begr. doch wohl noch der näheren Nachprüfung. Nur einige Bedenken seien hier angedeutet. Bei der Gründung der Gesellschaft werden die Willenserklärungen der Gründer nicht, wie teilweise angenommen wird, an die Öffentlichkeit, sondern an die übrigen Beteiligten gerichtet. So stellt sich der Vorgang für die unbefangene Betrachtung dar. (vgl. statt aller F. v. Gierke a. a. O. S. 300). Vor der Eintragung können deshalb die Erklärungen auch noch nach den allgemeinen Vorschr., durch Erklärung gegenüber den Mitgrün-

*) ZB. 1911, 770.

*) ZB. 1917, 105.

dem, angefochten werden. Die spätere Anmeldung zum Register aber bezweckt eine an die Öffentlichkeit gerichtete Kundgabe, sie ist nicht eigentlich Willenserklärung. Selbst wenn sie es aber wäre, würde damit noch nicht ihre Unanfechtbarkeit erwiesen sein. Endlich würde die Unanfechtbarkeit der an die Öffentlichkeit gerichteten Erklärung, die nur in der Anmeldung zum Register erblickt werden könnte, noch nicht den Ausschluß der Anfechtbarkeit auch im Innenverhältnis, der Gesellschaft und den Mitgründern gegenüber, erklären. Man wird daher auch hier eine mit der Eintragung verbundene Wirkung objektiven Rechts anzunehmen haben. Auch das RG. hat in älteren Entsch. den Ausschluß der Anfechtbarkeit allein auf objektive Gesichtspunkte, wie die Analogie aktienrechtlicher Sondervorschr. und das in ihnen gesetzlich anerkannte Bedürfnis nach Erhaltung der Gesellschaft im Interesse des Verkehrs, gestützt (vgl. Bd. 54, S. 132 und Bd. 71, S. 99 = ZB. 1909, 433). In späteren Entsch. werden beide Begr., die aus objektivem Recht und die aus der angeblichen rechtsgeschäftlichen Verpflichtung gegenüber „dem Verkehr“, nebeneinander angeführt. Ausschlaggebend ist in Wahrheit doch nur die erste (so auch v. Tuhr, Allg. Teil I, S. 480 insbes. Anm. 16 a). Heute wird man zudem wohl ein Gewohnheitsrecht annehmen können.

Dieser jetzt gewohnheitsrechtlich anerkannte Satz geht, worauf es uns hier ankommt, sowohl hinsichtlich seiner Voraussetzungen wie hinsichtlich seiner Wirkungen über einen einfachen Schutz des guten Glaubens und damit über die sonst allenfalls anzuerkennende Wirkung einer Anmeldung zum Register oder sonstigen Kundgabe an die Öffentlichkeit weit hinaus. Hinsichtlich seiner Voraussetzungen, da er nicht nur dem gutgläubigen Gläubiger und Aktionär zugute kommt; hinsichtlich seiner Wirkung, da er die Anfechtung auch im Innenverhältnis vom Zeitpunkt der Eintragung ab ausschließt. In beiden Richtungen unterscheidet sich die rechtliche Gestaltung bei den Kapitalgesellschaften von der für die Personalgesellschaften anzuerkennenden. Die Übertragung der Grundsätze, die für die Kapitalgesellschaft gelten, auf die Personalgesellschaft ist weder erforderlich — da bei dieser dem Interesse der Gläubiger schon durch die Rechtscheinwirkung der

Handlungen bestehen. Wenn auch grundsätzlich die Möglichkeit besteht, in solchen Handlungen eine ungeachtet der Aufsehung des Gesellschaftsvertrags bindende Haftungsübernahme zu finden, so können doch leichter Zweifel eintreten. Auch besteht hier nicht das gleiche rechtspolitische Schutzinteresse wie im Falle der Eintragung im Handelsregister mit nachfolgender Bek. Es besteht auch kein Zwang, die Grundsätze der RPr. zu Bek. § 123 Abs. 2 wörtlich anzuwenden. Da keine DSt. besteht, könnten die Best. nur funktgemäß angewendet werden. Auch rechtfertigt das geringere Rechtsschutzbedürfnis des Altgläubigers, dessen ursprünglicher Schuldner haftbar bleibt, es die Interessen des durch arglistige Täuschung zum Eintritt bewogenen mehr zu berücksichtigen. Dem Bedürfnis nach Rechtsschutz — abgesehen vom Falle der Eintragung ins Handelsregister — wird genügt, wenn derjenige geschützt wird, der sich im Vertrauen auf das Bestehen einer DSt. mit der sich als solche darbietenden in Rechtsverkehr eingelassen hat oder wenn er schon vorher Gläubiger eines der Gesellschafter war, sein Verhalten danach eingerichtet, z. B. Stundung gewährt hat. Im wesentlichen kommt man damit — für die nicht eingetragene Gesellschaft — zu dem Ergebnis von Lehmann bei Düringer-Sachnburg § 123 Nr. 8, der von Dritten mit der angeblichen Gesellschaft abgeschlossenen Verträgen im Einzelfall nach den Grundsätzen von Treu und Glauben im Wege der Auslegung den Inhalt geben will, den sie für den Dritten haben würden, wenn die als Mitglieder einer DSt. auftretenden Personen wirklich eine DSt. gegründet hätten (vgl. auch J. Gierke, Handelsrecht, 4. Aufl., S. 64 f., 68 ff.). Im Falle des § 28 BGB ist dann derjenige Altgläubiger, dem gegenüber die DSt. oder der einzelne Gesellschafter als solche aufgetreten sind, und sich damit als Schuldner bekannt haben, geschützt. Dieses Bekenntnis kann auch in einem nach außen in die Erscheinung getretenen Geschäftsbetrieb als Gesellschaft gefunden werden. Es besteht dagegen kein Bedürfnis, den mit Erfolg ansprechenden Gesellschafter deshalb für haftbar zu erklären, weil er eine dem Altgläubiger gegenüber gar nicht in die Erscheinung getretene Vorbereitungshandlung, wie die Mitwirkung bei der Anstellung eines Vertreters oder bei einer Kreditaufnahme vorgenommen hat. Dabei wird auch zu beachten sein, ob die einzelne Handlung eine solche ist, die nur von einem DSt. oder eine solche, die auch von einem Angestellten, einem Prokuristen oder einem mit besonderen Befugnissen ausgestatteten, im Geschäft tätigen stillen Gesellschafter, oder wie eine Sicherheitsleistung auch von einem Dritten — einem Nichtgesellschaftler — vorgenommen werden kann. Zusammenfassend ist also zu sagen: Entscheidend ist

1. ob der Bek. eine öffentliche Erklärung in handelsüblicher Weise abgegeben hat, an der ihn der Kl. festhalten könnte;

2. oder ob er allgemein oder dem klagenden Gläubiger gegenüber in einer Weise als Gesellschafter aufgetreten ist, daß der Ver. auf die Richtigkeit des Vertrages die Einrede der Arglist entgegenstehen würde.

Betrachtet man unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt die beiden Handlungen, auf die der Kl. die Haftung des Bek. gründet, nämlich die Teilnahme an der Verhandlung mit der Kreditgenossenschaft K. und an dem Vertretervertrag mit dem früheren Gesellschafter G., so haben beide gemein, daß sie weder in Gegenwart des Kl. vorgenommen noch für ihn bestimmt waren. Seine Erklärung war nicht dazu bestimmt, Dritten bekanntgegeben zu werden. Daß er in dem Protokoll und dem von ihm unterschriebenen Zusatz als DSt. er be-

kundgabe genügt wird —, noch billigenwert, da die Personalgesellschaft auf einer persönlichen Vertrauensbeziehung der Gesellschafter aufgebaut ist und daher bei deren Fehlen die Aufsehung wenigstens im Innenverhältnis möglich und wirksam sein muß. Man sollte daher schärfer, als es in der vorl. Entsch. geschieht, zwischen den beiden Formen des Verkehrsschutzes bei der Kapitalgesellschaft und bei der Personalgesellschaft unterscheiden: dort Ausschluß der Anfechtbarkeit und der Richtigkeit nach erfolgter Eintragung auch im Innenverhältnis und ohne Rücksicht auf guten Glauben, also eine Zurückdrängung der allgemeinen Vorschr. über Anfechtung und Richtigkeit aus aktienrechtlichen Sondererwägungen, hier dagegen lediglich Ausschluß der Geltendmachung

zeichnet wurde, ergibt noch nicht, daß er als DSt. er, insbes. der Allgemeinheit gegenüber, auftreten wollte.

(U. v. 13. Okt. 1933; II 110/33. — Dresden.) [Sch.]

**12. § 28 RAd.; § 138 Abs. 1 BGB. Strenge Auffassung vom Wesen des Anwaltsberufes; strenge Aufrechterhaltung der Schranke, die schon bisher der eigenständigen Berufsausübung des Kl. entgegenstanden, jetzt nach der nationalen Erhebung. Die Vereinbarungen zwischen dem Anwalt und der Partei über die Vergütung sind nicht nur nach Standesgrundsätzen zu beurteilen, unterliegen vielmehr auch der Nachprüfung nach § 138 BGB. Verhältnis standeswidrigen Verhaltens des Kl. bei Vereinbarung eines Erfolgshonorars zur Frage der Sittenwidrigkeit. Grundsätze für die Beurteilung der Frage der Standes- und Sittenwidrigkeit der Vereinbarung von Erfolgshonoraren.

Nicht davon hängt die Entsch. ab, wie diese allgemeinere Frage, ob sich der Kl. überhaupt eine Erfolgsvergütung ausbedingen konnte, zu beantworten ist, sondern allein davon, ob die Vergütungsvereinbarung so, wie sie von den Parteien getroffen worden ist, rechtlichen Bestand haben kann. Diese Vereinbarung wird aber gekennzeichnet dadurch, daß dem Kl. nicht etwa für den Fall des günstigen Ausgangs der von ihm zu führenden Sachen eine fest bestimmte Summe versprochen wurde, sondern daß er an den Vorteilen teilhaben sollte, die seine Tätigkeit dem Bek., sei es im Wege des Rechtsstreits, sei es im Wege des gütlichen Vergleichs, verschaffen würde. Ein bestimmter Hundertsatz davon wurde dem Kl. versprochen. Er selbst nennt das, was er fordert, „Ersparnisprozente“. Die Ausbedingung solcher „Ersparnisprozente“ verstößt aber, zumal unter Berücksichtigung der Nebenbestimmungen des Abs., gegen die guten Sitten und ist daher nichtig.

Das BG. ist bei Beurteilung der Sachlage mit Recht ausgegangen von den Grundsätzen RG. 115, 141¹⁾. Wie dort ausgeführt, darf sich der Kl., weil er Organ der Rechtspflege ist, bei seiner Tätigkeit als Beistand und Berater der Partei nur von Rücksichten auf die von ihm zu vertretende Sache leiten lassen. Hierzu muß er sich seiner Partei gegenüber die erforderliche Freiheit wahren. Diese Stellung gefährdet er aber und würdigt sie herab, wenn er das Interesse an einer angemessenen Entlohnung seiner Mühewaltung mit den Interessen der Partei dadurch verquickt, daß er es in Abhängigkeit zu ihrem Erfolg im Rechtsstreit setzt. Ein Kl., der ein solches Abs. schließt, verstößt deshalb gegen die Standeslehre. Nur bei befonderer Gestaltung des Falles läßt sich ausnahmsweise eine andere Beurteilung rechtfertigen.

Dem erk. Sen. ist bekannt, daß gegen seine vorstehend wiedergegebene Auffassung im Schrifttum lebhafteste Angriffe erhoben worden und daß auch einige DSt. ihr nicht gefolgt sind. Gleichwohl hält er an ihr fest. Soweit sich die Einwendungen beziehen auf die Ausführungen des früheren Urteils darüber, wann ein Verstoß gegen die anwaltliche Standeslehre zugleich einen Verstoß gegen die guten Sitten enthält, wird später auf sie eingegangen werden. Im übrigen ist ihnen gegenüber zu sagen, daß die früher allgemein anerkannte Standesunwürdigkeit einer Verabredung, die dem Kl. als Entlohnung einen Teil des Ergebnisses seiner Tätigkeit zuweist, nur dann geleugnet werden kann, wenn man dem einzelnen Anwalt völlige Freiheit in der Gestaltung seiner wirtschaftlichen Berufsangelegenheiten geben will. Das ist aber ange-

¹⁾ JW. 1927, 513²⁾.

der im Innenverhältnis zulässigen und wirksamen Anfechtung gegenüber demjenigen Gläubiger, der nach der Eintragung oder sonstigen öffentlichen Kundmachung im Vertrauen auf deren Richtigkeit mit der Gesellschaft ein Rechtsgeschäft abschließt, also Rechtsscheinwirkung der öffentlichen Kundgabe. In beiden Fällen handelt es sich nicht um rechtsgeschäftliche, sondern um gesetzliche Wirkungen der Anmeldung zum Register oder sonstigen Kundgabe, die aber bei der Kapitalgesellschaft sehr viel weiter gehen als bei der Personalgesellschaft.

sichts der Stellung, die der Gesetzgeber dem Anwaltsstande gegeben hat, unmöglich. Der Anwaltsberuf wird zwar — im Gegensatz zum Beamtenberuf — zu den freien Berufen gezählt. Die Freiheit eines nur durch die allgemeinen Gesetze in seiner wirtschaftlichen Betätigung beschränkten Privatmannes genießt der RA. gleichwohl nicht. Aus der gesetzlich geordneten und mit besonderen Rechten ausgestatteten Stellung der Anwaltschaft, aus der Bedeutung, die der Anwaltschaft für das Rechts- und damit für das gesamte Staatsleben zukommt, folgen vielmehr besondere Pflichten für jeden einzelnen RA. Sie werden in § 28 RAO. dahin zusammengefaßt, daß der RA. verpflichtet ist, seine Berufstätigkeit gewissenhaft auszuüben und durch sein Verhalten in Ausübung des Berufs sowie außerhalb desselben sich der Achtung würdig zu zeigen, die sein Beruf erfordert. Die danach gebotene Gewissenhaftigkeit der Berufsausübung ist aber nicht mehr unbedingt gewährleistet, wenn sich der Anwalt mit seiner Partei dadurch wirtschaftlich aufs engste verbindet, daß er sich einen Teil des Gewinnes versprechen läßt, den seine Arbeit der Partei verschaffen wird. Das eigene Interesse an der von ihm zu führenden Sache wird dann so groß, daß die ihm gesetzlich zugewiesene Stellung als Wächter des Rechts gefährdet erscheint. Der Anwalt, der solche Gefährdung herbeiführt, handelt in aller Regel gegen die Ehre seines Standes.

Daß es sich hierbei nicht um bloß erdachte Gefahren handelt, sondern daß sich ein Anwalt, der durch Gewinnbeteiligung in stärkster Maße persönlich an dem Ausgang der von ihm geführten Sache interessiert ist, leichter entschließen wird, sie mit unstatthaften Mitteln zu fördern, als das ein nicht in solcher Weise beteiligter Anwalt tut, dafür bietet gerade der vorl. Fall einen gewissen Anhalt. (Das wird näher belegt.) Natürlich soll nicht etwa aus dem späteren Verhalten des Kl. die Sittenwidrigkeit der von ihm mit dem Bekl. getroffenen Vergütungsvereinbarung hergeleitet werden. Es begründet nur den Verdacht, daß der Kl. infolge der zwischen ihm und seiner Partei bestehenden Interessengemeinschaft nicht mehr imstande war, seinen Anwaltspflichten unter allen Umständen gerecht zu werden. Somit bildet es eine aus dem Einzelfall zu gewinnende Rechtfertigung für die Forderung, daß die Anwälte nicht in solcher Weise ihre Interessen mit denen ihrer Partei verquicken sollen.

Der erf. Sen. befindet sich bei dieser grundsätzlichen Beurteilung der Beteiligung des RA. an den wirtschaftlichen Erträgen seiner Tätigkeit durchaus im Einklang mit dem OGH. für RA. Dessen frühere Rspr. ist bereits RG. 115, 142²⁾ angeführt worden. Er hat aber auch später an ihr festgehalten, so in der Entsch. v. 5. Mai 1928 (OGH. 22, 111). Er sagt dort, nur in seltenen Ausnahmefällen könnten derartige Abf. als maßfrei erscheinen. Diese Entsch. ist besonders bemerkenswert, weil sie unter standesrechtlichen Gesichtspunkten denselben Fall behandelt, über den der erf. Sen. in RG. 115, 141 nach bürgerlichem Recht zu befinden hatte. Im Grundsätzlichen sind also die beiden obersten Gerichtshöfe durchaus einig. Daß der OGH. den damaligen Einzelfall anders beurteilt hat als der Sen., kommt demgegenüber nicht irgendwie entscheidend in Betracht. Auch später noch in der Entsch. v. 1. Nov. 1930 (OGH. 24, 169) hat der OGH. daran festgehalten, daß das Erfolgshonorar in Form der Zuficherung eines Teiles des Streitgegenstandes, d. h. eines Teiles des demnächst durch die Tätigkeit des Anwalts erlangten Streitgegenstandes, zu beanstanden sei.

Die Bekämpfung des vom Sen. eingenommenen strengen Standpunkts ist letztlich zurückzuführen auf eine abweichende Auffassung von dem Wesen des Anwaltberufes, auf eine Auffassung, welche dessen wirtschaftliche Seite in den Vordergrund rückt, seinem öffentlich-rechtlichen Charakter und den daraus entspringenden Anwaltspflichten aber nicht hinreichend Rechnung trägt. Diese Anschauung kam zwar gewissen Zeitströmungen der letzten Jahre entgegen. Gleichwohl kann, zumal angesichts der Rspr. des OGH., nicht anerkannt werden, daß sie jemals zur endgültigen Herrschaft gelangt ist. Ihr jetzt noch zum Siege zu verhelfen, verbietet sich aber ohne

weiteres, nachdem die nationale Erhebung ganz allgemein wieder einer sittlicheren Rechtsauffassung zum Durchbruch verholfen hat. Zu den Wesensmerkmalen dieser Rechtsauffassung gehört die Betonung der Pflichten gegenüber den Rechten, zumal bei all denen, die der öffentlichen Rechtsordnung eingegliedert sind. So ist es gerade aus dem heutigen Rechtsempfinden heraus geboten, die Schranken, die bisher einer eigensüchtigen Berufsausübung der RA. entgegenstanden, nicht etwa zu lockern, sondern sie im Gegenteil aufrechtzuerhalten. Und zu diesen Schranken, welche übrigens von den ihrer Berufsehre bewußten, zweifellos die überwiegende Mehrzahl bildenden deutschen RA. niemals als solche empfunden worden sind und auch in Zukunft nicht empfunden werden, gehört die grundsätzliche Unzulässigkeit einer Beteiligung des Sachwalters am Streitgewinn. An ihr muß somit festgehalten werden.

Allerdings hindert auch die heutige Rechtsauffassung nicht, daß unter besonderen Umständen ausnahmsweise ein Abf. der gedachten Art zwischen dem Anwalt und seiner Partei als nicht standeswidrig erscheinen kann. Indessen liegt der gegenwärtige Fall nicht so. Im Gegenteil ist dem BG. durchaus darin beizustimmen, daß die Einzelbestimmungen der zwischen den Parteien getroffenen Abmachungen diese in einem ganz besonders ungünstigen Licht erscheinen lassen.

Hier hebt das BG. zunächst mit Recht die lange Dauer der nach dem Abf. vom Bekl. an den Kl. zu leistenden Zahlungen hervor. (Das wird näher ausgeführt.)

Es läßt sich hiernach nicht leugnen, daß der Bekl. nach dem Abf. jahrelange Zahlungen an den Kl. zu leisten hatte, Zahlungen, die er nur aus den Erträgen seiner Wirtschaftsbetriebe machen konnte. Diese Belastung des Bekl. verlor von Jahr zu Jahr mehr ihren Zusammenhang mit der immer weiter zurückliegenden Tätigkeit des Kl. Die Bedeutung dieser Tätigkeit für den Bekl. konnte schließlich völlig aufhören, zumal wenn nicht vorauszu sehende Änderungen der wirtschaftlichen oder rechtlichen Verhältnisse eintraten. (Wird näher ausgeführt.) Allen Neugestaltungen, welche die Zukunft bringen konnte, zum Trotz blieb aber der Bekl. dem Kl., seinem Anwalt, für viele Jahre verpflichtet. Durchaus unstatthaft ist es, daß sich ein Anwalt für seine Bemühungen eine derartige Abgabe ausbedingte, die ihm seine Partei für eine nicht sicher zu bestimmende Zeit, mindestens aber für fast zehn Jahre zahlen soll.

In dem mehrerwähnten Art. RG. 115 wird allerdings auf S. 143 ein Fall herausgehoben, in welchem die Ausbedingung eines Gewinnanteils keinen Verstoß des Anwalts gegen seine Anwaltspflichten bedeuten soll. Es heißt dort:

„Wenn die Sache so läge, daß die Bekl. ohne erhebliche Verletzung ihrer eigenen Interessen die Zahlung der Sondervergütung in einer anderen Gestalt nicht hätte übernehmen können oder wenn ähnliche Gründe sie genötigt hätten, auf der Vereinbarung des besonderen Entgelts in der gewählten Form zu bestehen, so würde darin, daß der Kl. sich das Versprechen für den Fall des Obfiegens usw. im Rechtsstreit erteilen ließ, kein Verstoß gegen die Berufspflichten des Anwalts zu finden sein.“

Der dort vorausgesetzte Tatbestand liegt hier nicht vor. (Wird näher ausgeführt.)

Es ließe sich bei solcher Sachlage vielleicht überhaupt ein Erfolgshonorar rechtfertigen, für die Zulässigkeit einer prozentualen Gewinnbeteiligung ist damit noch nichts gewonnen. Außerdem fordert der Sen. in dem oben wiedergegebenen Satz seines früheren Urteils eine wirklich bestehende Zwangslage des Auftraggebers des Anwalts oder mindestens doch, daß dieser nach ernsthafter Prüfung angenommen hat, eine andere Lösung der Vergütungsfrage lasse sich nach den auf seiten der Partei bestehenden Verhältnissen nicht ermöglichen. Hieran fehlt es hier. Der Kl. hat sonach bei Abschluß der streitigen Abmachung seine Standespflichten außer acht gelassen. Das Abf. ist aber nach § 138 Abs. 1 BGB. nur dann nichtig, wenn es zugleich gegen die guten Sitten verstößt. Auch das hat das BG. mit zutreffender Begr. angenommen. Insbes. hat es das Verhältnis zwischen Verletzung der Standesehre und Verletzung der guten Sitten richtig erkannt. Nicht jede Verletzung der ersteren enthält zugleich einen Verstoß gegen letztere. Das hat der

²⁾ 33. 1927, 513.

erf. Sen. bereits RG. 83, 114³⁾ gerade mit Bezug auf die anwaltlichen Standespflichten ausgesprochen und hat davon auch in seinen Ausführungen RG. 115, 144⁴⁾ nicht abweichen wollen, wie schon der dortige Hinweis auf die frühere Entsch. Bd. 83 zeigt. Der Satz:

„Gehört jedoch die Person, welcher die Verletzung (der Standeschre) zur Last fällt, einem Stande an, der, wie der Anwaltsstand, vermöge seines Berufs bei der Aufrechterhaltung der Rechtsordnung mitzuwirken hat, also der Träger wichtiger öffentlich-rechtlicher Funktionen ist, so wird der Verstoß in den Kreisen der billig und gerecht Denkenden wegen der strengen Anforderungen, die an das Verhalten der Angehörigen jener Berufe gestellt werden, als sittlich anstößig empfunden“

bezieht sich nur auf den damals zu beurteilenden Verstoß gegen die anwaltliche Standeschre. Im engsten Zusammenhang mit dem folgenden Satz:

„Schon wenn der objektive Inhalt eines Abf. dem sittlichen Empfinden und dem Anstandsgefühl der Gesamtheit widerspricht, ist der Vertrag wegen Unvereinbarkeit mit den guten Sitten nichtig“,

sollte er dartun, daß die Vertragsabrede, auf welche in jenem Fall der Klageanspruch gestützt wurde, ihrem sachlichen Gehalt nach unsittlich war. Daß der Sen. alle Verletzungen anwaltlicher Standeschre unter § 138 BGB. habe stellen wollen, ist ein Mißverständnis seiner Ausführungen, in denen nur — und das mit Recht — für die Bejahung der Sittenwidrigkeit des damals in Frage kommenden Vergütungsabkommens die besondere Stellung des Anwalts im öffentlichen Leben und die sich daraus für ihn ergebenden Pflichten entscheidend herangezogen worden sind. Auf der anderen Seite muß aber mit Entschiedenheit der Versuch zurückgewiesen werden, die Vereinbarungen zwischen Anwalt und Partei über die dem ersteren zu zahlenden Vergütungen nur nach Standesgrundsätzen zu beurteilen und sie dem Geltungsbereich des § 138 BGB. gänzlich zu entziehen. Das würde der gefestigten Rspr. des Sen. zuwiderlaufen, wie übrigens auch der OGH. 25, 72 ausgesprochen hat, daß das Verlangen und Durchsetzen übermäßiger Honorare weit außerhalb des Rahmens einer bloßen Standessitte liegt.

Mithin bedarf es, wie überhaupt, so auch für den vorl. Einzelfall noch der Prüfung, ob der Verstoß gegen die Standeschre, den sich der Kl. hat zuschulden kommen lassen, so schwer wiegt, daß ihn billig und gerecht Denkende als sittlich anstößig empfinden. Das ist mit dem BG. zu bejahen. Freilich darf dabei nicht abgestellt werden auf die Anschauung solcher Personen, die sich lediglich in wirtschaftlichen Gedankengängen bewegen und die kein Verständnis besitzen für die besondere Rechtsstellung, welche das Gesetz den Kl. zuweist. Zieht man aber letztere gebührend in Rücksicht, so muß allerdings gesagt werden, daß der Kl. bei seinen mit dem Bf. getroffenen Abmachungen den an ihn als Kl. zu stellenden sittlichen Anforderungen so wenig gerecht geworden ist, seinen persönlichen Vorteil so rücksichtslos verfolgt hat, daß sein Verhalten gerechtem und billigen Anschauungen nicht mehr entspricht, sondern als sittlich verwerflich bezeichnet werden muß. (Wird näher ausgeführt.)

Die vorstehenden Darlegungen ergeben, daß die vom Kl. im Anschluß an schriftstellerische Äußerungen vertretene Auffassung unbegründet ist, der Sen. habe sich mit seinem Ur. RG. 115, 141⁵⁾ in Widerspruch gesetzt zu seinem RG. 113, 1⁶⁾ abgedruckten Erkenntnis. Der hier (S. 4) gemachte Unterschied zwischen dem bloß disziplinarisch zu ahnenden Verhalten eines Richters und seinem Zuwiderhandeln gegen die guten Sitten erkennt der Sen. nach dem Gesagten auch für Kl. an. Im übrigen ist hervorzuheben, daß sich der Bd. 113 behandelte Fall von dem späteren (Bd. 115) wesentlich unterschied. Der Vertrag, den der Richter über seine Bestellung zum Obmann eines Schiedsgerichts geschlossen hatte, war inhaltlich unanstößig und konnte nur dann als unsittlich gelten, wenn der Richter, wie ihm vorgeworfen wurde, sein Staatsamt mißbraucht hatte, um mit dem Schiedsrichteramt betraut zu werden. Ein solcher Mißbrauch kam aber nicht in Frage, wenn

ihm letzteres von den Streitparteien selbst angetragen worden war. Die Vereinbarung, durch die sich in dem späteren Fall der klagende Kl. eine Beteiligung an dem Ertragnis seiner Tätigkeit hatte versprechen lassen, war aber schon ihrem Inhalt nach, objektiv betrachtet, unsittlich und erforderte deshalb eine andere Beurteilung.

(U. v. 20. Okt. 1933; III 406/32. — Berlin.) [Sch.]
(= RG. 142, 70.)

b) Strafsachen.

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

I. Materielles Recht.

**** 13.** §§ 73, 212, 223 a, 226, 227 StGB. Der Mitäter an einer gemeinschaftlichen Körperverletzung kann für deren Todesfolge, die unmittelbar ein anderer herbeigeführt hat, auch nach § 226 StGB. nur dann verantwortlich gemacht werden, wenn die Handlung des anderen gerade in der Beschaffenheit, in der sie zur Tötung führte, im Rahmen des beiderseitigen Einverständnisses lag und von jedem als eigene Tat gewollt war. †)

In RGSt. 61, 375 ist ausgesprochen, daß eine vorsätzliche behufs Tötung verübte Körperverletzung nur unter dem Gesichtspunkte der §§ 211 ff. StGB. zu beurteilen ist, und daß der Vorsatz des Täters nicht gleichzeitig darauf gerichtet sein kann, den Verletzten zu töten und darauf, ihn nicht zu töten. Wohl aber ist es — auch nach jenem Ur. — denkbar, daß der Täter im Beginn eines einheitlichen, über einen gewissen Zeitraum sich erstreckenden Tuns nur von dem Körperverletzungsvorsatz und im weiteren Verlauf vom Tötungsvorsatz beherrscht wird (RGSt. 42, 214). So lag es im vorl. Falle beim Mitangekl. B. Das SchwG. hat offensichtlich bei der Einheitlichkeit des Angriffs der Angekl. auf S. und seine drei Begleiter eine natürliche Handlungseinheit zwischen der besonders festgestellten tätigen Beteiligung B.s am Schlagen und dem von ihm mit bestimmter oder doch unbestimmtem Tötungsvorsatz bewirkten Einstechen auf S. erblickt und sich, weil er hiernach insoweit lediglich aus § 212 StGB. zu verurteilen war, nicht noch ausdrücklich darüber ausgesprochen, mit welchem Vorsatz er zunächst mit den Mitangekl. auf S. und Genossen eingeschlagen hat. Daß er hierbei aber nur mit dem Vorsatz der Körperverletzung handelte, ist als Ansicht des SchwG. dessen Feststellungen über den gemeinschaftlichen Willen der fünf Beteiligten, die Gegner anzugreifen und ihnen etwas „anzuhaben“ und über die Art der unter B.s Mitwirkung zunächst erfolgten körperlichen Mißhandlungen zu entnehmen. An der gemeinschaftlichen Körperverletzung war also B. an sich als Mittäter beteiligt; sie ging bei ihm nur auf in dem sich anschließenden Totschlag. Der BeschwF. und die anderen Mitangekl. waren nach dem angef. Ur. auch damit einverstanden, daß B., wie sie selbst, bei der Kampfhandlung ein gefährliches Werkzeug verwendeten. Hätte sich dieses Einverständnis — bestimmt oder unbestimmt — auch auf das Stechen mit dem Messer erstreckt und nur insofern eine Meinungsverschiedenheit zwischen den Angekl. bestanden, als B. zuletzt mit Tötungsvorsatz handelte, die anderen aber eine Tötung nicht billigten und wollten, so wäre ohne weiteres gerechtfertigt, daß insoweit B. wegen Totschlags und die Mitangekl. wegen gemeinschaftlicher Körperverletzung mit Todesfolge verurteilt worden sind. Das ganze einheitliche äußere Tun wäre dann vom übereinstimmenden Willen aller getragen gewesen, und B. hätte nur einen umfassenderen Erfolg dieses

Zu 13. Der Fall ist insofern eigenartig gelagert, als der eine Täter Totschlag begangen hat, bei den anderen aber höchstens Körperverletzung mit tödlichem Ausgang in Betracht kommt. Liegt hier überhaupt Mittäterschaft vor mit der Folge, daß die letzt-erwähnte Tätergruppe aus § 226 und nicht vielmehr nur aus §§ 223, 223 a StGB. strafbar ist? Wenn A. und B. gemeinschaftlich mit Stöcken mit Mißhandlungsvorsatz auf C. einschlugen und C. stirbt infolge eines von B. geführten Stockschlages, so ist nicht nur B., sondern auch A. aus § 226 strafbar; aus dem Wesen der Mittäterschaft heraus ist es dann so anzusehen, als habe A. selbst

³⁾ ZB. 1913, 1144.

⁴⁾ ZB. 1927, 513³⁾.

⁵⁾ ZB. 1927, 513.

⁶⁾ ZB. 1926, 1569.

Tun in seinen Willen aufgenommen, als die Mittäter. Die Willensübereinstimmung hätte also nur gefehlt hinsichtlich der Herbeiführung des Todes, auf die aber der Vorsatz beim Verbrechen nach § 226 StGB. ohnehin nicht gerichtet sein darf (vgl. Art. II D 697/28).

Wenn in dem von der Rev. erwähnten Art. RGSt. 44, 231 für einen ähnlichen Fall die Verurteilung des einen Mittäters aus § 212, die des anderen aber aus § 223a StGB. gebilligt wird, so hängt das damit zusammen, daß dort nur zu prüfen war, ob ein Widerspruch darin zu finden sei, daß die Geschworenen hinsichtlich desselben Vorgangs bei dem einen Angekl. die Frage aus § 212, bei dem anderen nur die aus §§ 223, 223a StGB. bejaht hatten; über die Anwendbarkeit des § 226 StGB. bei letzterem sich auszusprechen, gab die Rev. des wegen Totschlags Verurteilten dem RG. keine Veranlassung.

Das SchwG. hat aber hier auch für nicht erweislich erklärt, daß der Beschw. und die Mitangekl. W., G. und D. die Verwendung eines Messers zum Stechen vorausgesehen und gebilligt und bei ihr mitgewirkt hätten. Andererseits wird zwar gesagt: „Diese vier Angekl. haben damit gerechnet und es gebilligt, daß auch B. ein gefährliches Werkzeug bei dem gemeinschaftlichen Vorgehen verwende, wenn ihnen auch nicht nachgewiesen ist, daß sie gerade den Gebrauch eines Messers gebilligt haben. Diese vier Angekl. sind alle Mitglieder der kommunistischen Partei und wissen ganz genau, daß bei derartigen Gelegenheiten, wie dem Überfall bei M., von den Angreifern von gefährlichen Werkzeugen ein ergiebiger Gebrauch gemacht wird.“ Im Zusammenhang mit dem ersten Satz könnte jedoch hieraus allenfalls die Überzeugung des SchwG. entnommen werden, daß sie im besonderen nicht gerade an die Möglichkeit von Messerstichen gedacht und deshalb keine Veranlassung gehabt haben, über deren Billigung oder Ablehnung sich besonders schlüssig zu machen. Das würde aber nicht genügen, um eine den anderen nicht zuzurechnende Ausbreitung B.s auszuschließen.

Der Mittäter an einer gemeinschaftlichen Körperverletzung kann für deren Todesfolge, die unmittelbar ein anderer herbeigeführt hat, auch nach § 226 StGB. nur dann verantwortlich gemacht werden, wenn die Handlung des anderen in derjenigen äußeren Beschaffenheit, durch die sie zur Tötung führte, im Rahmen des beiderseitigen ausdrücklichen oder stillschweigenden Einverständnisses lag und von jedem als eigene Tat gewollt war. Eine mit ihren Folgen dem Mittäter nicht zuzurechnende Überschreitung des anderen würde also darin zu finden sein, daß der andere zu der unmittelbar tödlichen Handlung eine Art von Waffen verwendet, die — etwa wegen ihrer besonderen Gefährlichkeit — nach dem ausdrücklichen und stillschweigenden Einverständnis der Mittäter über die anzuwendenden gefährlichen Werkzeuge vom Gebrauch ausgeschlossen sein sollte. Allerdings sind in § 223a

StGB. Messer unter dem Überbegriffe Waffen anderen gefährlichen Werkzeugen gleichgestellt; es ist auch denkbar, daß der übereinstimmende Wille der Mittäter von vornherein ohne die Begrenzung auf die Verwendung jedes gerade zur Verfügung stehenden gefährlichen Werkzeugs gerichtet ist. Das Stechen mit einem Messer hat aber von jeher in der Volksmeinung und auch bei der Strafzumessung durch die Gerichte wegen der erhöhten Gefährlichkeit und Robheit als besonders schwerer Fall der gefährlichen Körperverletzung gegolten, und das aufgeklappte Messer war auch hier nicht ohne weiteres als ein Angriffsmittel anzusehen, das den sonst bei der Kampfhandlung von den Mittätern benutzten gefährlichen Werkzeugen gleichartig war. Es bedurfte darum um so mehr der klaren Feststellung, entweder, daß auch das Stechen mit einem Messer von den Mittätern vorgeesehen und gebilligt war, oder doch, daß sie allgemein und ohne jede Einschränkung mit dem Gebrauch von Waffen jeder Art, auch den gefährlichsten, rechneten und ihn eintretendenfalls wie ihr eigenes Tun billigten und wollten. Da eine solche Feststellung nicht getroffen ist, ist die Verantwortlichkeit des Beschw. für diejenige Handlung des Mittäters B., die allein den Tod des S. unmittelbar herbeigeführt hat, — und somit die Verursachung des Todes durch die vom Beschw. begangene gemeinschaftliche Körperverletzung — bisher nicht rechtlich bedenkenfrei nachgewiesen (RGSt. 14, 119; 21, 267; 59, 389; GoldArch. 50, 398; 69, 99).

Daß der tödliche Messerstich ein Teil des gemeinschaftlichen „Angriffs“ war, an dem sich der Beschw. — nicht ohne sein Verschulden — beteiligt hat, daß der Beschw. schon wegen dieser Beteiligung nach § 227 StGB. zu bestrafen war, und daß an sich zwischen dem Verbrechen nach § 226 und dem Vergehen nach § 227 StGB. Tateinheit bestanden hätte, ist im angef. Urte. ohne Rechtsirrtum dargetan.

Wegen dieser Tateinheit kann sich die Aufhebung des Urte. nicht auf die Verurteilung aus § 226 StGB. beschränken, sie muß auch die aus § 227 StGB. mitergreifen.

Alle vorstehenden Ausführungen treffen auch auf die Mitangekl. W., G. und D. zu; sie sind im angef. Urte. auf Grund des gleichen Sachverhalts und infolge desselben rechtlichen Mangels aus §§ 226, 227, 73 StGB. verurteilt worden, haben aber keine Rev. eingelegt. Nach § 357 Abs. 1 StPD. ist das Urte. insoweit auch zu ihren Gunsten aufzuheben.

(2. Sen. v. 23. Nov. 1933; 2 D 1170/33.)

[2.]

**** 14.** §§ 117, 53 StGB. Waffengebrauch gegen den fliehenden Frevler ist unter Umständen zulässig. Begriff „Bedrohung mit einem Angriff“ (Notwehr. 4)

Die zur Aburteilung stehenden Vorgänge haben sich im preuß. Kreise Suhl zugetragen, und zwar im Dienstbezirke

den tödlichen Stockschlag geführt, und daraus ergibt sich, auch mangels oder vielmehr gerade mangels eines Tötungsvorsatzes bei ihm, ohne weiteres seine strafrechtliche Haftung aus § 226. Wenn aber A. mit Körperverletzungsvorsatz und B. mit Tötungsvorsatz auf C. einschlugen und C. stirbt von der Hand des B., so ist es zweifelhaft, ob hier für eine Bestrafung des A. aus § 226 noch Raum ist. Ob B. den Tötungsvorsatz von vornherein gehabt oder, wie im vorl. Falle, erst im Laufe der Zeit gefaßt hat, spielt keine entscheidende Rolle. Es kommt nur darauf an, welchen Inhalt und welche Richtung sein Vorsatz im Augenblicke der Handlung, aus der der Tod des C. hervorgegangen ist, gehabt hat. Bei Tötungsvorsatz des einen Beteiligten B. liegt aber eine gemeinschaftlich von A. und B. begangene Körperverletzung nicht vor, dann ist aber auch für die Anwendbarkeit des § 226 kein Raum. Zwar ist der Tod des C. die Folge des Einschlagens des B. gewesen, dieses Einschlagen ist aber keine Körperverletzung, sondern eine Tötungshandlung, weil B. nicht verletzen, sondern töten wollte. Wer töten will, will aber nur töten und nicht auch verletzen (RGSt. 61, 375); die Verletzung geht in der Tötung auf, objektiv und subjektiv. Der Gesamtcharakter der Tat ändert sich auch wesentlich für den A., der nur hat körperlich mißhandeln wollen. Selbst wenn, worauf das RG. mit Recht Gewicht legt, A. die besondere Beschaffenheit des von B. angewendeten Werkzeugs, aus der sich der tödliche Ausgang entwickelt hat, gekannt hat, kann er mit der schweren Folge der Benutzung dieses Werkzeugs nur dann belastet werden, wenn diese Folge aus einer bloßen Körperverletzungshandlung des B. hervorgegangen ist. Denn im Falle eines andersge-

arteten, weitergehenden Vorsatzes des B. liegt keine Mittäterschaft des A. und B. vor, kraft welcher allein der § 226 auch auf A. anwendbar werden könnte. Wollte man mit dem RG. anderer Meinung sein, was eigentlich nur dann möglich ist, wenn man von einer in der Tötungshandlung eingeschlossenen Körperverletzung ausgehen würde, eine Auffassung, die ja das RG. selbst in RGSt. 61, 375 grundsätzlich ablehnt, so würde das dahin führen, daß man das Konto des A. mit einer Folge belastet, die auf ganz andere Weise herbeigeführt worden ist als im gewöhnlichen Falle einer Mittäterschaft aus § 226. Denn es liegt auf der Hand, daß die Gefahr des tödlichen Ausgangs eine viel größere ist, wenn B. den Messerstich mit Tötungsvorsatz ausführt, als wenn er ihn nur mit Verletzungsvorsatz ausführt. Jemand, der einen anderen töten will, wird in aller Regel das Werkzeug zielbewußter gebrauchen, als wenn er nur „darauflos sticht“. Würde andererseits A. von vornherein, daß B. auf Tötung ausgeht, würde er sich kaum mit derselben Entschlußkraft mit ihm zusammengetan haben, als wenn B. nach seiner Meinung ebenso wie er, A., eben nur auf Körperverletzung ausgegangen wäre. Das Risiko des tödlichen Ausgangs für A. ist sicher größer bei Tötungsvorsatz des B. Es erscheint daher nicht recht und billig, daß ihm die schwere Folge auch dann zugerechnet wird, wenn er das erhöhte Risiko nicht in seine Vorstellung aufgenommen hat. Alles Gesagte gilt selbstverständlich unbeschadet der Anwendung des Kaufhandels-Paragrafen 227.

SenPräs. Prof. Dr. Klec, Berlin.

Zu 14. Für die Frage, in welchem Umfange einem Forstbeamten die Befugnis zum Gebrauch der Schusswaffe gegenüber Wil-

des getöteten staatlichen Försters, der die Angekl. beim unberechtigten Jagen dort betroffen hatte. Für die Beurteilung des Verhaltens des Försters kommen daher die Vorschr. des preuß. Ges. über den Waffengebrauch der Forst- und Jagdbeamten v. 31. März 1837 (GS. 65) und der AllgVfg. des Preuß. Min. für Landwirtschaft, Domänen und Forsten vom 14. Juli 1897 und v. 8. Aug. 1919 (MBl. 1897, 175 und PrLwMBl. 1919, 234) in Betracht.

Nach § 1 Abs. 1 des genannten Gesetzes steht den Forst- und Jagdbeamten der Gebrauch von Waffen in ihrem Dienste „zum Schutze der Forsten und Jagden und gegen Forst- und Jagdfrevler“ zu: 1. wenn ein Angriff auf ihre Person erfolgt oder wenn sie mit einem solchen Angriffe bedroht werden, 2. in gewissen Fällen von Widerseßlichkeit der durch die Amtsausübung betroffenen Personen. Durch § 1 Abs. 3 des Ges. ist das Recht der Beamten zum Gebrauche des Schießgewehrs als Schußwaffe eingeschränkt; es soll nur bestehen, wenn „der Angriff oder die Widerseßlichkeit mit Waffen, Arten, Knütteln oder anderen gefährlichen Werkzeugen oder von einer Mehrheit, die stärker ist als die Zahl der zur Stelle anwesenden Forst- oder Jagdbeamten, unternommen oder angedroht wird; der Androhung eines solchen Angriffs soll es hierbei gleichgültig werden, wenn der Betroffene die Waffen oder Werkzeuge nach erfolgter Aufforderung nicht sofort ablegt oder sie wieder aufnimmt.“

Die zu diesem Gesetze erlassene Instruktion des Kgl. HausMin. v. 17. April 1837 (Sam p y, Annalen 1837, 344) für die staatlichen Forstbeamten sagt in Art. 4, daß der Waffengebrauch jedenfalls nur stattfinden dürfe, soweit der Zweck, die ... Frevler bei tätlichem Widerstand oder gefährlichen Drohungen entschieden zu machen, es unerlässlich fordere; die Waffen seien daher gegen keinen schon auf der Flucht begriffenen Frevler ... zu gebrauchen. Eine inhaltlich gleiche Best. findet sich übrigens auch in § 4 der Instruktion des Preuß. Ministers des Innern und der Polizei für die kommunalen und privaten Forstbeamten v. 21. Nov. 1837 (Sam p y, Annalen S. 350). Man hat also damals das Gesetz

bereits zu geben ist, sind zwei Momente von Bedeutung: Einerseits stehen in jedem Fall ihm, wie jedem Menschen, die Notwehrrechte aus der reichsgesetzlichen Norm des § 53 StGB. zu. — Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, inwieweit ihm in seiner besonderen Stellung als staatl. oder priv. Forstbeamter, dem die Bekämpfung des Wilderertums als Pflicht obliegt, ein weitergehendes Recht zum Waffengebrauch zuzuerkennen ist.

Dabei muß die Erwägung leiten, daß der Kampf zwischen Förstern und Wilderern von alters her auf seiten dieser mit besonderer Erbitterung geführt wird. Eine Begegnung beider bringt für den Förster immer ein erhöhtes Gefahrmoment mit sich. Dieses wird noch verstärkt durch die im Wald fast stets für einen hinterlistigen und schwer abzuwehrenden Angriff sich bietende Deckung.

Offenbar von diesen Gedanken ausgehend, ist bereits das preuß. Ges. v. 31. März 1837 geschaffen worden, indem es schon die Bedrohung mit einem Angriff als Rechtfertigungsgrund für den Waffengebrauch ansieht und es der Androhung eines solchen Angriffs gleichachtet, „wenn der Betroffene die Waffen oder Werkzeuge nach erfolgter Aufforderung nicht sofort ablegt“. — Gerade diese letzte Bestimmung zeigt, daß der Gesetzgeber damals bereits die besondere Gefährlichkeit und Angriffslust der Wilderer in Rechnung zog, die gegeben ist, solange sich eine Waffe in den Händen des vom Förster gestellten Jagdfrevlers befindet.

Es kann allerdings nicht gesagt werden, daß die einschränkende Auslegung, „auf fliehende Wilderer dürfe nicht geschossen werden“, die das Gesetz von 1837 durch die Instruktion des königl. Hausministeriums erfährt, etwa nicht folgerichtig gewesen wäre. Mit Recht führt das RG. aus, daß erst durch die technische Vervollkommnung der Schusswaffen die Angriffsmöglichkeiten und damit die Angriffslust der Wilderer in erheblichem Maße zugenommen haben.

Wenn es darum die Rechtsgültigkeit der Allgemeinen Verfügungen von 1897 und 1919 anerkennt, weil der Begriff der Bedrohung mit einem Angriff eine Abwandlung erfahren habe, so ist ihm nur zuzustimmen. In der Tat tragen die genannten Ministerialverfügungen lediglich dieser Bedeutungsveränderung in einer angemessenen Weise Rechnung, ohne das Gesetz seinem sachlichen Inhalt nach zu verändern. Sie verstoßen nicht gegen die ratio, die damals schon den Gesetzgeber leitete. Eine „Anderung“ liegt höchstens darin, daß der Satz, „der Bedrohung mit einem Angriff wird es gleichgültig, wenn der Betroffene die Waffe nach erfolgter Aufforderung nicht sofort ablegt“, zur Zeit des Erlasses dieses Gesetzes die Gleichstellung eines besonderen Falles war und nach den neuen Verfügungen ganz all-

dahin ausgelegt, daß auf fliehende Frevler überhaupt nicht geschossen werden dürfe.

Mit dieser Auslegung stimmt es nicht überein, wenn die AllgVfg. des Preuß. Ministers für Landwirtschaft, Domänen und Forsten v. 14. Juli 1897 und 8. Aug. 1919 unter Aufhebung der angeführten Vorschr. der Instruktion v. 17. April 1837 auch das Schießen auf fliehende Frevler unter gewissen Voraussetzungen gestatten, und zwar die AllgVfg. v. 8. Aug. 1919 schon dann, wenn der fliehende Frevler trotz Aufforderung zum Halten die Flucht fortsetzt und das Hinzutreten anderer Verdachtsumstände „unter den heutigen unsicheren Verhältnissen“ zu der Annahme berechtigt, daß der Fliehende die Flucht zu einem erneuten Angriff oder einer Widerseßlichkeit mit gefährlichen Werkzeugen benutzen wolle. Daraus ergibt sich nach dem ersten Ansehen ein Bedenken gegen die Rechtsgültigkeit der Ministerialverfügungen, da das Gesetz v. 31. März 1837 nicht durch Ministerialverfügungen abändert werden kann.

Indessen die genannten AllgVfg. stehen doch mit dem geltenden Rechte in Einklang.

Es ist nämlich zu beachten — worauf die Ministerialverfügungen auch selbst ausdrücklich verweisen —, daß im Laufe der Jahrzehnte seit Erl. des Ges. v. 1837 die Technik der Schusswaffen und mit dieser Technik die Angriffsmöglichkeiten, daher auch die Angriffslust und die Gefährlichkeit der Forst- und Jagdfrevler fortgeschritten sind. Diese Änderung der tatsächlichen Verhältnisse nötigt dazu, ohne Änderung des Gesetzes eine „Bedrohung mit einem Angriff“ durch fliehende Frevler auch unter solchen Umständen anzuerkennen, unter denen man früher keine solche Bedrohung anzunehmen hatte. Es liegt also der Fall vor, daß infolge einer geschichtlichen Entwicklung ohne Änderung des Gesetzes die Merkmale eines gesetzlichen Rechtsbegriffs (Bedrohung mit Angriff) eine Abwandlung erfahren haben (vgl. RGSt. 64, 118 über ähnliche Beeinflussung eines unveränderten Gesetzes durch den Fortschritt der Wissenschaften).

Über den Inhalt des Ges. v. 31. März 1837, wie er in

gemein unter den abgewandelten Begriff der Bedrohung mit einem Angriff fällt, also nunmehr nur noch die Bedeutung einer beispielsweise Anführung hat.

Daß das RG. den Begriff der Bedrohung mit einem Angriff dem eines gegenwärtigen Angriffs i. S. des § 53 StGB. gleichsetzt, und die Annahme eines solchen Angriffs auch im Falle einer „bewaffneten Flucht“, ist nicht zu beanstanden und entspricht der heute in Rpr. und Schrifttum allgemein anerkannten Auffassung. Schon in der auch in diesem Erkenntnis angeführten Entsch. 53/133 hat das RG. einen gegenwärtigen Angriff seitens eines fliehenden Wilderers dann angenommen, wenn dieser „in den Angriffshandlungen auf den ihn verfolgenden Jagdschutzbeamten noch nicht soweit gegangen ist, daß er auf ihn einschlägt“. Es biete diesem „die Tatsache, daß der Gegner sich seines einen Angriff jederzeit ermöglichenden Gewehrs auf Anruf nicht entledigt hat, genügend Anhalt für die Annahme, daß ein Angriff im nächsten Augenblick erfolgen könne“. — Von Hälßner (I, 478) und Olshausen (N. 5 zu § 53 StGB.) werden gegen die Auffassung der Flucht eines Wilderers als Angriff i. S. des Notwehrgesetzes Bedenken geltend gemacht: „der Angriff müsse bereits begonnen haben.“ Dies ändert jedoch nichts an der praktischen Übereinstimmung mit der vom RG. vertretenen Meinung, insofern sie selbst den Angriff als „eine zeitlich verlaufende Handlung“ betrachten, „welche in ihrem Beginn in der Regel als Drohung erscheinen wird“. — Sehr mit Recht steht das RG. daher auch hier einen gegenwärtigen Angriff als vorliegend an, „wenn zwar noch kein Recht verletzt ist, aber das Verhalten unmittelbar in eine Verletzungshandlung umschlagen kann und dadurch der Eintritt einer unmittelbaren Rechtsverletzung angedroht wird“. Diese Auffassung allein ist zu billigen. Wie sehr sie ältestem Rechtsempfinden entspricht, zeigt die Tatsache, daß sie eigentlich nur den in Art. 140 der O.C. von 1532 und in der Bambergensis enthaltenen Grundsatz, „daß der Angegriffene mit seiner Gegenwehr, bis er geschlagen wird, zu warten hat“, in einer der heutigen Sachlage angepaßten Form wiedergibt (vgl. dazu v. Hippel II, 208 ff.; Olshausen I. c. und Coenders: *StB.* 1933, 429).

Allerdings würde selbst diese weite Ausdehnung des Begriffs der Bedrohung mit einem Angriff allein noch nicht ausreichen, dem Forstbeamten den in Anbetracht seiner gefährlichen Aufgabe der Widererkrankung gebotenen Schutz zu gewährleisten: wenn nämlich der fliehende Wilderer in Wirklichkeit nur an Flucht denkt und keine Angriffsabsichten hegt. Dann handelte der Förster in Putativnotwehr und sein Angriff wäre rechtswidrig, wenn auch nicht schuldhaft. Eine

der Gegenwart verstanden werden muß, gehen hiernach die genannten Ministerialverfügungen nur insofern noch etwas hinaus, als sie schon Verdachtsgründe, die die Annahme einer Bedrohung durch einen Angriff mit gefährlichen Werkzeugen rechtfertigen, als Grundlage für das Recht des Forstbeamten zum Gebrauche der Schußwaffe genügen lassen. Insofern aber finden die AllgVfg. des Ministers eine ausreichende Grundlage zwar nicht in dem Preuß. Ges. v. 31. März 1837, wohl aber in dem ihm vorgehenden Reichsrecht.

Als ein „gegenwärtiger Angriff“, der i. S. des § 53 StGB. zu Notwehr berechtigt, ist nämlich auch ein solches Verhalten anzusehen, daß zwar noch kein Recht verlegt, aber unmittelbar in eine Verletzungshandlung umschlagen kann und dadurch den Eintritt einer unmittelbaren Rechtsverletzung androht, wobei durch Hinausschieben der Abwehrhandlung der Erfolg der Abwehr gefährdet werden würde. Dies ist in der Rspr. des RG. gerade für den Fall eines (Privat-)Forstbeamten, der mit Wilderern zusammenstieß, anerkannt worden (RGSt. 53, 133 — einigermassen ähnlich auch RGSt. 61, 216, 217 für einen Fall eines Polizeibeamten —).

Hierzu kommt nun noch, daß die als Notwehr unternehmen dienlichen Handlungen eines Beamten schon dann eine rechtmäßige Amtsausübung darstellen, wenn der Beamte nach pflichtmäßigem Ermessen annehmen kann, sich in einer Notwehrlage zu befinden. Wenn also ein Forstbeamter sich nach pflichtmäßiger Prüfung der Sachlage in dieser Annahme irrt, weil in Wirklichkeit kein rechtswidriger Angriff eines anderen vorliegt — etwa weil im Einzelfalle der fliehende Wilderer in Wirklichkeit an nichts anderes als nur an Flucht denkt —, so ist dies nicht geeignet, einer Notwehrhandlung des Forstbeamten die Eigenschaft der rechtmäßigen Amtsausübung zu nehmen (RGSt. 61, 297, 299).

Im vorl. Falle hatte der Förster als einzeln gehender Beamter drei Wilderer im Walde betroffen; der eine von diesen hatte sich seitwärts entfernt, so daß der Förster bei der Natur eines Waldgeländes von vornherein in Gefahr war, während er sich mit den beiden Angekl. R. befaßte, vielleicht einem hinterlistigen Angriffe des dritten Wilderers ausgesetzt zu sein; beide Angekl. R. waren mit geladenen Jagdgewehren versehen; A. R. floh, obwohl der Förster ihm „halt“ zugerufen hatte, in der Richtung auf ein Dickicht, der Förster hätte sich daher, wenn er ohne Gebrauch seiner Schußwaffe bei W. R. geblieben wäre, in der weiteren Gefahr befunden, von A. R. beschossen zu werden, sobald dieser das Dickicht und dadurch eine Deckung erreicht hätte, während er andererseits dem A. R. nicht nachlaufen konnte, ohne den bewaffneten Beschw. F. un beobachtet hinter seinem Rücken zurücklassen zu müssen.

An der Berechtigung des Försters zum Waffengebrauche gegenüber dem Fliehenden kann unter diesen Umständen kein Zweifel sein. Daher kann das Verhalten des Beschw. F. W. R. nicht als eine Notwehrhandlung angesehen werden. Schon indem der Beschw. F. den Gewehrlauf des Försters herunterschlug, während dieser im Begriff war, auf den fliehenden A. R. zu schießen, leistete er vielmehr dem in rechtmäßiger Amtsaus-

Notwehr dagegen z. B. seitens eines anderen Wilderers, wie hier, wäre möglich. Das würde insbes. in einem wie der Entsch. zugrunde liegenden Fall zu unhaltbaren Ergebnissen führen.

Dem steht aber entgegen, wie das RG. mit Recht betont, daß die Notwehrhandlung des Försters infolge des Gesetzes von 1837 in seiner, wie erörtert, erweiterten Bedeutung eine „als Notwehr unternommene dienstliche Handlung eines Beamten“ darstellt. Und dieser befindet sich schon und immer dann in rechtmäßiger Ausübung seines Amtes, wenn er nach pflichtgemäßem Ermessen annehmen kann, sich in einer ihn zur Amtsausübung berechtigenden Lage zu befinden. Denn „hat der Beamte nach dem ihm vom Gesetz eingeräumten pflichtmäßigen Ermessen geprüft, so stellt sich seine Amtshandlung auch dann als eine rechtmäßige dar, wenn er sich in der Beurteilung der Verhältnisse tatsächlich geirrt hat“ (RGSt. 6, 369; 7, 544; 55, 166; 61, 298).

Es ist daher durchaus zutreffend, wenn das RG. unter Berücksichtigung dessen die Ministerialverfügungen auch insoweit als rechtmäßig anerkennt, als sie über den Inhalt des Gesetzes v. 31. März 1837 hinausgehen. Indem es sie nämlich auch anerkennt, sofern sie dem Forstbeamten die Befugnis zum Gebrauch der Schußwaffe schon dann zubilligen, wenn „zu der Flucht andere Verdachtsumstände hinzutreten, die zu der Annahme berechtigen, daß der fliehende Frevler die Flucht zu einem erneuten Angriff oder einer Widerseßlichkeit mit gefährlichen Werkzeugen benutzen wolle“.

übung begriffenen Forstbeamten gewaltsamen Widerstand; das dann folgende Ringen war eine Fortsetzung dieses Widerstandes und zugleich ein rechtswidriger tätlicher Angriff auf den Förster.

Auch eine nur vermeintliche Notwehr des Beschw. F. im Frrtum über die Rechtmäßigkeit des Waffengebrauchs des Försters kann nicht in Frage kommen (RGSt. 55, 166). Ebensovienig ist der Entschuldigungsgrund des § 54 StGB. gegeben; denn der Beschw. F. und sein Vater haben den Notstand durch unberechtigtes Jagen verschuldet.

(1. Sen. v. 10. Okt. 1933; 1 D 1011/33.)

[Hn.]

15. Zur Auslegung des § 129 StGB. f)

Das angef. Ur. erblickt in der Ortsgruppe S. der Kommunistischen Partei Deutschlands (KPD.) eine staatsfeindliche Verbindung i. S. des § 129 StGB., weil in ihren Versammlungen seit Sommer 1932 längere unbestimmte Zeit hindurch als Ziel erörtert und verfolgt wurde, entgegen den gesetzlichen Best., durch einen bewaffneten Generalfreist die Regierung gewaltsam zu stürzen, die Herrschaft des Proletariats zu errichten und die Mauern zu enteignen. Hiergegen macht die Rev. geltend, daß dies zu Unrecht geschehen sei. Denn die KPD. sei zur damaligen Zeit noch nicht verboten, sondern erlaubt gewesen und habe auch noch das Recht gehabt, für die Reichstagswahl v. 5. März 1933 eigene Kandidaten aufzustellen.

Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. § 129 StGB. setzt nicht voraus, daß die betreffende Verbindung verboten ist oder auch nur verboten werden kann. Vielmehr reicht zu seiner Anwendung aus, daß die Verbindung mit ungesetzlichen Mitteln Maßregeln der Verwaltung oder der Vollziehung von Gesetzen entgegenarbeitet. Hierbei genügt es, daß sich die Teilnehmer bewußt sind, bei der Verfolgung ihrer Pläne auf den Widerstand der Regierung zu stoßen, und daß sie den Willen haben, die sich ihnen in den Weg stellenden Gegenmaßregeln der Regierungsbehörden mit ungesetzlichen Mitteln zu überwinden, ohne Rücksicht darauf, ob derartige Gegenmaßregeln bereits getroffen sind oder erst noch bevorstehen (RGSt. 54, 102 [105]).

(2. Sen. v. 16. Nov. 1933; 2 D 1135/33.)

[Hn.]

16. § 222 StGB. Fahrlässige Tötung. Man- gels einer ausdrücklichen Vorschrift besteht weder für eine Gruppe von Fußgängern, noch für den Führer zweier Pferde eine Beleuchtungs- pflicht, wenn sie sich nachts auf einer öffentlichen Straße auf deren rechter Seite vorwärts bewegen.

In der Nacht v. 14. auf den 15. Aug. 1932 führte der Angekl. W. im Auftrage des Mitangekl. M. zwei Schlachtpferde von R. nach F. Er bewegte sich mit den Pferden auf der rechten Seite der Landstraße. Bei seinem Abmarsch von R. war es mondhell und der Himmel unbewölkt; hinter dem Orts-

Der für den vorliegenden Sachverhalt vom RG. getroffenen Entsch. ist mithin ohne Einschränkung beizustimmen. Ihre allgemeine Bedeutung über den Rahmen der Anwendung des preuß. Gesetzes hinaus ist nicht zu unterschätzen.

RA. Dr. Otto Niek, Berlin.

Zu 15. Dem Ur. ist zuzustimmen. Es kann kein Zweifel daran sein, daß § 129 nicht ein vorheriges Verbot der betreffenden Vereinigung fordert, ja, daß es ganz sinnwidrig wäre, ein vorhergehendes Verbot zu verlangen. Bedenklich ist im zweiten Absatz nur der Satz, daß es auch nicht nötig sei, daß die betreffende Vereinigung verboten werden könne. Ist damit gemeint, daß ein Verbotgrund, abgesehen von § 129, nicht gegeben zu sein braucht, so ist nichts dawider zu sagen. Aber selbstverständlich liefert grundsätzlich § 129 den Verbotgrund. Es ist unmöglich, daß ein Verein soll verwaltungsrechtlich gebildet werden können, wenn die Teilnahme an ihm unter Strafe gestellt ist.

Allerdings lag im konkreten Fall der jetzt der Vergangenheit angehörende Fall der politischen Partei vor. Es ist aber auch für die Vergangenheit dem RG. darin beizutreten, daß das Verbrechen dadurch nicht erlaubt wurde, daß es sich zur politischen Partei konstituierte.

Prof. Dr. Hellmuth Mayer, Dostock.

ausgang von D. war aber die Sicht durch Nebelbildung stark beeinträchtigt. An dieser Stelle stieß ein auf derselben Straßenseite und in derselben Richtung fahrendes, von dem Metzger R. gelenktes Motorrad von hinten auf das links gehende Pferd auf. R. wurde durch den Zusammenstoß vom Rade geschleudert und starb an den Folgen der hierdurch verursachten Verletzungen. Die beiden Angekl. wurden beschuldigt, den Tod R.'s durch Fahrlässigkeit verursacht zu haben; die Fahrlässigkeit wurde darin erblickt, daß sie nicht für Beleuchtung des Pferdetransports gesorgt hatten. Sie sind vom LG. mit Recht freigesprochen worden.

Gesetzliche oder polizeiliche Vorschriften, auf Grund deren die Angekl. zur Beleuchtung des Pferdetransports verpflichtet gewesen wären, bestehen für die hier in Betracht kommende Gegend nicht. Aber auch aus der jedem Wegebenutzer obliegenden, aus den Bedürfnissen des Verkehrs sich ergebenden allgemeinen Sorgfaltspflicht kann eine solche Beleuchtungspflicht nicht abgeleitet werden. Sie besteht mangels einer ausdrücklichen Vorschrift für den Führer zweier Pferde ebensowenig wie für eine Gruppe von Fußgängern, die sich nachts auf einer öffentlichen Straße auf deren rechter Seite vorwärts bewegen. Die Art, in der W. im Auftrage M.'s die öffentliche Straße benutzte, war zulässig und üblich. Durch den Pferdetransport wurde niemand, der sich seinerseits ordnungsmäßig diesem Verkehr einfügte, einer besonderen Gefahr ausgesetzt. Auch R. wäre nicht verunglückt, wenn er die Verkehrsregeln beobachtet hätte. Das Ur. des erf. Sen. v. 10. Jan. 1933, I 1438/32 betrifft einen anders gelagerten Fall.

(1. Sen. v. 8. Dez. 1933, 1 D 940/33.)

[Gn.]

****17.** § 12 DevBD. v. 23. Mai 1932; § 134 ZollG.; §§ 2 Abs. 2, 472 Abs. 1 ABG. Neben den Strafvorschr. der DevBD. ist für die Anwendung der §§ 134 ff. ZollG. kein Raum. Die DevBD. sind keine Steuergesetze i. S. von § 2 Abs. 2 ABG.

A. Der Angekl. ist aus § 14 DevBD. v. 23. Mai 1932 verurteilt. Insofern kam die Anwendung des § 134 ZollG. nicht in Frage, weil die Zuwiderhandlung gegen die erwähnte Best. (nicht genehmigte Aushändigung inländischer Zahlungsmittel an einen Ausländer im Inland) für sich allein keine Zuwiderhandlung gegen ein Ausfuhrverbot enthält. Nur Teilnahme an der Tat des M. (nicht genehmigte Überbringung von Zahlungsmitteln ins Ausland) hätte eine solche dargestellt. Eine Verurteilung des Angekl. ist jedoch insofern nicht ausgesprochen worden.

Zu der von der Rev. aufgeworfenen Rechtsfrage ist aber im Hinblick auf die Verurteilung des Angekl. M. aus § 12 DevBD. 1932 Stellung zu nehmen.

I. Es kann keine allgemeine Regel aufgestellt werden, unter welchen Voraussetzungen neben einem besonderen Gesetze, das die Ein-, Aus- oder Durchfuhr von Gegenständen unter Strafandrohung schlechthin verbietet oder nur mit bestimmter Genehmigung erlaubt, auch die Strafbest. des ZollG. anzuwenden sind. Die Anwendung beider Gesetze nebeneinander ist nahegelegt durch § 134 ZollG., wonach die dort angedrohte Geldstrafe zu verhängen ist, „insofern nicht in besonderen Gesetzen eine höhere Strafe festgesetzt ist“. Es wird daher daran festzuhalten sein, daß besondere Gründe vorliegen müssen, um den Ausschluß des ZollG. zu rechtfertigen (RGSt. 49, 127).

In dem hier allein in Betracht kommenden § 12 DevBD. 1932 ist der im § 134 ZollG. gebrauchte Fachausdruck „Ausfuhr“ nicht verwendet; statt dessen ist vom Versenden und Überbringen ins Ausland die Rede. Das gleiche ist der Fall bei den entsprechenden früheren Best. des § 3 der 1. und § 10 der 6. Durchf. zur DevBD. 1931 v. 12. Aug. und 2. Okt. 1931. Der Ausdruck „Ausfuhr“ findet sich nur in der 1. Durchf. v. 17. Nov. 1931 mit Beziehung auf „Waren“; hier ist zudem nicht ein Ausfuhrverbot, sondern nur eine Anmeldepflicht aufgestellt. Entscheidende Bedeutung soll in dessen dem Ausdruck nicht beigelegt werden, denn ein Versenden oder Überbringen der im § 12 aufgezählten Sachen ins Ausland steht dem Ausführen gleich. Der Rev. ist auch einzuräumen, daß Zahlungsmittel, Wertpapiere, Gold und

Edelmetalle Gegenstände i. S. des § 134 ZollG. sind (vgl. RGSt. 57, 93).

II. Eine Untersuchung der an die Übertretung des § 12 geknüpften strafrechtlichen Folgen führt aber zu dem Ergebnis, daß die Gesetzgebung über die Devisenbewirtschaftung das Gebiet der Ausfuhr selbständig und erschöpfend regeln wollte.

1. Bei Anwendung des ZollG. müßte beim wiederholten Rückfall für die Regel und bei Bandenschmuggel neben der Hauptstrafe des besonderen Gesetzes eine Zusatzstrafe verhängt werden, welche beim Rückfall zwei Jahre (§ 141 Abs. 1 ZollG.) und beim Bandenschmuggel im Regelfall sechs Monate Gefängnis nicht übersteigen darf, in besonderen Fällen sich bis zu zwei Jahren erstrecken kann (§ 146). Die DevBD. bedroht im § 36 die Verbotsübertretung neben einer Geldstrafe bis zum zehnfachen des Wertes der Gegenstände, auf die sich die strafbare Handlung bezieht, mit Gefängnis, in besonders schweren Fällen mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren. Dieser überaus weite Strafrahmen gibt dem Strafrichter die Möglichkeit, auch dem schwersten Ausfuhrvergehen ausgiebig gerecht zu werden, so daß die Zusatzstrafen des ZollG. ihren Sinn verlieren würden, anders als in dem in RGSt. 49, 127 behandelten Falle, wo die Höchststrafe des besonderen Gesetzes sechs Monate Gefängnis nebst Geldstrafe beträgt (§ 26 Nr. 1 SchlachtviehG. v. 3. Juni 1900). Die Strafandrohung für besondere schwere Fälle verträgt sich aber auch nicht mit den angeführten Best. des ZollG. Denn würde der Strafrichter gerade im Hinblick auf die bandenmäßige Begehung auf mehrfache Rückfälligkeit einen besonders schweren Fall annehmen, dann würde der Täter bei Festsetzung der Zusatzstrafen wegen desselben Erschwerungsgrundes doppelt in Strafe genommen werden. Es wäre andererseits kaum zulässig, allein aus dem Grunde das Vorliegen eines besonders schweren Falles zu verneinen, weil neben der Hauptstrafe aus der DevBD. die Zuerkennung der Zusatzstrafen des ZollG. geboten wäre. Auf diese Weise müßte ein besonders strafwürdiger Verbrecher, der nach dem Willen des Gesetzgebers Zuchthaus verdient hat, mit Zuchthaus verschont werden. Es ist daher anzunehmen, daß die Abgeltung auch der bandenmäßigen Begehung und jeden ferneren Rückfalls ausschließlich mit den Strafen der DevBD. geschehen sollte. Entsprechendes gilt von den weiteren Erschwerungsgründen der §§ 147 und 148 ZollG.

Soweit das ZollG. auf den Rückfall erhöhte Geldstrafen aussetzt (§§ 140, 141 Abs. 2), könnte die gewollte Strafschärfung ohnehin im Strafrahmen des besonderen Gesetzes zum Ausdruck gebracht werden (RGSt. 49, 216).

2. Die Einziehungsmöglichkeiten der DevBD. sind ausgedehnter als die des ZollG. Während dieses nur die Einziehung derjenigen Gegenstände zuläßt, deren Ausfuhr gegen das Verbot unternommen wurde, gestattet die DevBD., alle Werte einzuziehen, auf die sich die strafbare Handlung bezieht. Das ermöglicht unter Umständen z. B. auch die Einziehung solcher Wertpapiere und Zahlungsmittel, die noch nicht vom Unternehmen der Ausfuhr umfaßt, sondern im Zusammenhang mit einer vorausgegangenen Ausfuhr hierzu erst bereitgelegt sind (RGSt. 67, 130, 143).

Außerdem kann aber nach § 36 Abs. 6 DevBD. auf die Einziehung selbständig erkannt werden, wenn keine bestimmte Person verfolgt oder verurteilt werden kann, was nach dem ZollG. nicht zulässig ist (RGSt. 21, 431; 49, 127, 135).

3. Beide Gesetze stimmen im wesentlichen darin überein, daß sie an Stelle einer nicht ausführbaren Einziehung die Verurteilung zur Erlegung eines entsprechenden Geldbetrages zulassen (Wertersatz). Zur Sicherung der Einziehung, auch des Wertersatzes, kann aber nach der DevBD. das Vermögen des Beschuldigten ganz oder teilweise beschlagnahmt werden, während dies im ZollG. nicht vorgesehen ist. Das gleiche gilt von Sicherung der Geldstrafe (§ 36 Abs. 7 DevBD.).

4. Nach der DevBD. ist selbst strafbar, wer vorsätzlich zu einer nach § 36 Abs. 1 mit Strafe bedrohten Handlung auffordert, anreizt oder sich erbietet, wobei die Strafandrohung der des § 36 Abs. 1 gleichkommt (§ 36 Abs. 4). Das ZollG. hat keine ähnliche Bestimmung.

III. Überall sind die Strafbest. so scharf und so weitreichend, daß ein Bedürfnis nach einer Ergänzung oder Verschärfung nicht hervortritt und nicht einzusehen ist, wie durch die gleichzeitige Anwendung des ZollG. der Zweck der Ausfuhrbest. besser gefördert werden sollte. Dafür lassen sich zwar einige Gründe anführen, ihre Stichhaltigkeit kann aber nicht anerkannt werden.

1. Daß die Einziehung nach § 134 ZollG. die wesentlichste Hauptstrafe ist (RGSt. 47, 377; 49, 127), nach der DevBD. aber Nebenfolge, hat keine praktische Bedeutung. Andererseits würde niemand dafür Verständnis haben, daß zufolge der Anwendung des § 134 ZollG. die Einziehung gegenüber einer nach § 36 DevBD. zu verhängenden Zuchthausstrafe die wesentlichste Hauptstrafe darstellen soll.

2. Bedeutungslos ist auch der Zeitpunkt des Eigentumsübergangs an den eingezogenen Gegenständen (§ 156 ZollG.).

3. Wichtiger ist der Unterschied, der darin besteht, daß die Einziehung nach dem ZollG. zwingend vorgeschrieben ist, während sie die DevBD. dem Ermessen des Strafrichters anheimstellt. Aber gerade dieser Unterschied weist auf den gewollten Ausschluß des ZollG. hin. Denn die Regelung in der DevBD. wäre, soweit Ausfuhrvergehen in Frage kommen, kaum verständlich, wenn der Gesetzgeber beide Gesetze nebeneinander hätte angewendet wissen wollen. Denn das dem Richter eingeräumte Ermessen wäre dann, soweit der § 134 ZollG. reicht, also für die Regelfälle, durch die zwingende Vorschr. der Einziehung beseitigt, und dem Ermessen bliebe nur insoweit Raum, als die Einziehungsmöglichkeiten nach der DevBD. über die des ZollG. hinausgreifen.

IV. Daß die Anwendbarkeit des ZollG. überhaupt nicht ins Auge gefaßt war, läßt sich aus anderen Gesetzesstellen folgern:

1. Der § 38 DevBD. 1932 befagt: „In den Fällen der §§ 36 und 37 finden die Vorschr. der §§ 416, 417 RMbgD. entsprechende Anwendung“. Auch das ZollG. enthält eine Best. über die Haftung Dritter für Geldstrafe und Kosten. Auf den hierauf bezüglichen § 153 gehen sogar die §§ 416, 417 RMbgD. zurück (vgl. RGSt. 67, 49). Sie decken sich aber nur teilweise. Hier würde sich die Frage erheben, ob im Bereich der Ausfuhrvergehen der DevBD. beide nebeneinander gelten oder der § 153 ZollG. durch die angeführte Vorschr. ersetzt und beseitigt ist. Es hätte deshalb aller Anlaß bestanden, zur Ausräumung des naheliegenden Zweifels die Frage zu klären und etwa den § 153 ZollG. für das Gebiet der DevBD. ausdrücklich außer Kraft zu setzen, wie z. B. in der EinfuhrgänzungsBD. v. 22. März 1920 (RGBl. 334) durch § 3a dem § 139 Nr. 1 ZollG. die Geltung entzogen worden ist. Auch sonst findet sich in der DevBD. kein Hinweis auf das ZollG., wie das z. B. beim SüßstoffG. v. 7. Juli 1902 der Fall war (§ 7).

2. § 14 der 4. DurchfBD. v. 9. Mai 1933 (RGBl. 278) überträgt die Überwachung der Durchführung des § 12 DevBD. den Bediensteten der Reichszollverwaltung. Diese Best. wäre überflüssig gewesen, wenn man die Anwendbarkeit des ZollG. vorausgesetzt hätte.

V. Mag auch jede der angestellten Erwägungen für sich allein genommen nicht durchschlagend sein und einer Gegenüberlegung Raum lassen (vgl. RGSt. 49, 127, 159, 216, 253; 51, 75; 52, 280; 53, 11; 56, 287; 57, 177; 60, 191), so ergibt doch der Gesamtüberblick über die Devisengesetzgebung und besonders der ganze Aufbau der Strafbest. zur vollen Überzeugung, daß die DevBD. das Gebiet der Ausfuhr ins Ausland und ins Saargebiet erschöpfend regeln wollte und die gleichzeitige Anwendung der Strafbest. des ZollG. nicht statthaben sollte. Sie wäre auch ohne praktische Bedeutung, wie sich aus diesen Ausführungen ergibt. Die angeführten Urte. des RG. stehen dieser Entsch. nicht entgegen, da die Anwendbarkeit der §§ 134 ff. ZollG. neben einem die Ausfuhr von Gegenständen regelnden Sondergesetze immer der besonderen Prüfung bedarf und zugänglich ist (RGSt. 49, 127; 56, 42, 74; 57, 258).

Das gemomene Ergebnis ist auch allein befriedigend. Die gleichzeitige Anwendung des ZollG. und eines besonderen Gesetzes gestaltet die Str.Rspr. oft überaus verwickelt und

wirft eine Fülle zweifelhafter Rechtsfragen auf. Es sei hier nur hingewiesen auf die Festsetzung der Geld- und Freiheitsstrafen bei Rückfälligkeit (RGSt. 49, 216) und auf das Verhältnis der Zusatzfreiheitsstrafen des ZollG. zu einer Androhung von Zuchthaus bei besonders schweren Fällen im Sondergesetze. Solche Schwierigkeiten verzögern die Strafverfahren erfahrungsgemäß beträchtlich, da sie zur Anfechtung von Urte. Anlaß geben. Die Übertretung der DevBD., die Zeitgesetz ist, und der bestehenden Wirtschaftsnot steuern soll, erfordert aber eine straffe und schnelle Strafverfolgung. Die Verzögerung würde nicht ausgleichlich werden durch eine wirksame Bestrafung der Übeltäter.

Die Entsch. entspricht dem Antrage des Oberreichsanwalts.

B. Die Rev. des ZollA. ist unzulässig, denn es ist nicht berechtigt, als Nebenkl. aufzutreten. Seinen Antrag auf Zulassung hatte das LG. abgelehnt, da die den Angekl. zur Last gelegte Tat keine Steuerzuwiderhandlung sei. Der Beschw. des ZollA., das seine Berechtigung nur auf die Anwendbarkeit des ZollG. stütze, hat das OLG. Breslau mit der Begr. stattgegeben, daß die DevBD. als Steuergesetz i. S. des § 2 Abs. 2 RMbgD. anzusehen sei, so daß sich die Zulassung aus § 472 Abs. 1 RMbgD. ergebe. Die Entsch. des OLG. bindet das RevG. nicht. Dieses hat vielmehr von neuem und selbständig über die Zulassung zu befinden (RGSt. 59, 126; 62, 209; JW. 1930, 1003).

Der vom ZollA. vorgebrachte Grund ist hinfällig, da, wie ausgeführt, die Anwendung des ZollG. entfällt. Auch der Auffassung des OLG. Breslau vermag sich der Sen. nicht anzuschließen. Der 1. Str.Sen. hat bereits in RGSt. 67, 114 ausgesprochen, daß die DevBD. 1931, anders als das Kap-FluchtG. 1920, kein Steuergesetz i. S. der RMbgD. und deshalb der § 358 daselbst nicht anwendbar sei. Derselbe Auffassung liegt der Entsch. RGSt. 66, 405 zugrunde, in welcher die Anwendbarkeit der verfahrensrechtlichen Vorschr. der RMbgD. über die Zuziehung des Nebenbeteiligten im Bereich der DevBD. 1931 § 18 abgelehnt wurde. Die DevBD. sind deshalb, weil sie den ungeregelten Abfluß der Devisen aus der deutschen Wirtschaft verhüten sollen, noch keine Gesetze, die die Vermögen- und Einkommensteuer i. S. von § 2 Abs. 2 RMbgD. sichern. Während die alten Kap-FluchtG. zur Verhinderung der Kapital- und Steuerflucht erlassen, überdies in der RMbgD. ausdrücklich als Steuergesetze gekennzeichnet waren (§§ 451, 452 Abs. 1 Nr. 3, § 453 a. F.), handelt es sich bei der Devisenbewirtschaftung um Pflichten, die im Interesse der Zahlungskraft der Reichsbank und der deutschen Wirtschaft gegenüber dem Auslande auferlegt worden sind. Denn der eigentliche Zweck der Devisengesetzgebung besteht nach den Richtlinien v. 23. Juni 1932 darin, den ungeregelten Abfluß der Devisen aus der deutschen Wirtschaft zu verhüten und die Devisen zweckmäßig zu bewirtschaften. Mögen einzelne Vorschr. nebenher auch die Wirkung haben, die steuerrechtliche Überwachung zu erleichtern, so reicht das doch nicht aus, die DevBD. zu Steuergesetzen i. S. von § 2 Abs. 2 Nr. 5 RMbgD. zu machen.

Einen Anhalt, daß von der Reichsregierung selbst die DevBD. nicht für ein Steuergesetz angesehen wird, gewährt auch § 10 EinfG. z. MitStGD. v. 4. Nov. 1933. Nach § 3 MitStGD. ist die Untersuchung und Entsch. wegen Steuerzuwiderhandlungen den allgemeinen Bef. vorbehalten. § 10 EinfG. bestimmt hierzu, daß bis auf weiteres Devisenzuwiderhandlungen und solche gegen das VolksratsG. den Steuerzuwiderhandlungen gleichzustellen seien. Diese Vorschr. setzt die Auffassung voraus, daß Devisenzuwiderhandlungen keine Steuerzuwiderhandlungen sind.

Die DevBD. gehören demnach nicht zu den Steuergesetzen i. S. des § 2 Abs. 2 RMbgD. Daß diese Frage gleichmäßig beantwortet werden muß für die DevBD. von 1931 und die von 1932, die nur eine Zusammenfassung der ersten mit den ihr folgenden, besonders den Durchf.Vorschr. ist (Art. III BD. v. 15. April 1932 [RGBl. 177]), bedarf keiner weiteren Ausführung. So sind auch Zuwiderhandlungen gegen §§ 12 und 14 DevBD. 1932, die hier in Frage stehen, keine Verletzungen von Pflichten, die ein Steuergesetz im Interesse der Besteuerung auferlegt hätte, also keine Steuerzuwiderhandlungen

i. S. des § 392 Abs. 1 Nr. 1 AbgD. Die Anweisung zu § 12 Dev-
BD. in den Richtlinien, die Genehmigung nur zu erteilen,
wenn nach Prüfung im Einzelfall kein Verdacht einer Kapital-
oder Steuersucht vorliege, kann zu keiner anderen Beurteilung
führen.

(2. Sen. v. 16. Nov. 1933; 2 D 922/33.) [23.]

18. §§ 9, 13 Abs. 2, 26 Ziff. 1 WeinG. Gesetzes-
einheit zwischen §§ 9 u. 13 besteht, wenn Wein in
der Absicht nachgemacht wird, das Getränk in
Verkehr zu bringen, und wenn die Verwirk-
lichung dieser Absicht dann auch erfolgt. f)

Der nachgemachte Wein ist nachher veräußert worden.
Hiernach liegen die Tatbestände sowohl des § 9 wie des § 13
WeinG. vor. Das LG. hat angenommen, die beiden Ver-
fehlungen stünden in Tateinheit. Dem kann nicht beigetreten
werden. Die Rspr. zu der hierin liegenden Frage hat ge-
schwankt. Das LG. hat sich auf RGSt. 41, 205 berufen. An
dieser Auffassung ist nicht festzuhalten.

Der Täter verwirklicht allerdings, indem er nachmacht
und sodann veräußert, beide gesetzlichen Tatbestände. Dabei
kann die Sache so liegen, daß kein innerer Zusammenhang
zwischen beiden besteht, wenn etwa zunächst Wein nachgemacht
wird, ohne den Vorsatz, das Erzeugnis nachher als Wein zu
veräußern. Dann wären beide Verfehlungen in Tateinheit
begangen. Es kann aber auch von vornherein die Veräußerung
gerade des durch Nachmachung hergestellten Erzeugnisses be-
absichtigt sein. Das wird die Regel bilden. Dann kann nicht
Tateinheit angenommen werden (RGSt. 25, 101). Anderer-
seits ist aber auch, da das Nachmachen bereits vollendet ist,

Zu 18. I. In § 4 Nr. 1 LebensmittelG., der eine wörtliche Wieder-
gabe des entsprechenden § 10 Nr. 1 des alten NahrMittG. v. 14. Mai
1879 darstellt, ist verboten, „zum Zweck der Täuschung in
Handel und Verkehr Lebensmittel nachzumachen“.

In § 36 MilchG. ist verboten, „Milch und Milcherzeugnisse zur
Verwendung als Lebensmittel nachzumachen“.

§ 9 WeinG. lautet schlechthin: „Es ist verboten, Wein nach-
zumachen.“

Der Begriff des Nachmachens ist in der Ribr. vornehmlich
an § 10 des alten NahrMittG. und § 146 StGB. (Geldfälschung oder
-verfälschung) entwickelt worden. In beiden Fällen bildet die Zweck-
bestimmung ein Tatbestandsmerkmal, das zu dem Nachmachen
hinzutreten muß. Darauf mag es beruhen, daß bei der Er-
läuterung des Nachmachensbegriffs in § 9 WeinG. selbst vom
RG. hier und da das Zwedmonent mit hineingenommen worden ist.
So in RG., 4. StrSen., v. 20. Febr. 1912 (mitgeteilt auf S. 58/59
der vom RGSt. herausgegebenen Sammlung I von Gerichtsent-
scheidungen zum WeinG.), wo es heißt, Nachmachen von Wein bedeute die
Herstellung eines Getränks „in der Weise und zu dem Zweck“,
daß es Wein zu sein scheine. In RGSt. 45, 346 hat sich in dem
gleichen Zusammenhang ein „vorläufig“ eingeschlichen. Der anerkannte
und auch vom RG. grundsätzlich festgehaltene Begriff des Nach-
machens von Wein erfordert aber nur, daß — unabhängig von einem
vom Hersteller verfolgten Zweck — ein Getränk das Ergebnis der
Herstellungstätigkeit ist, das, ohne wirklich Wein zu sein, doch nach
seiner stofflichen Beschaffenheit, insbes. nach Farbe, Geruch, Ge-
schmack, Flüssigkeitsgrad und Alkoholgehalt dem Wein so ähnlich
ist, daß es vom Durchschnittsverbraucher mit wirklichem Wein ver-
wechselt werden kann.

Wirklicher Wein aber ist „das durch alkoholische Gärung aus
dem Saft der reifen Weintraube hergestellte Getränk“ (§§ 1 u. 2
WeinG.), dem bei der Kellerbehandlung keine anderen Stoffe zugesetzt
sein dürfen als im WeinG. und seinen Ausw. ausdrücklich zu-
gelassene. Man soll sich im Verkehr darauf verlassen dürfen, daß
Erzeugnisse, die unter dem Namen „Wein“ dort auftreten, diesen Vor-
schriften entsprechen. Deshalb dürfen nach § 13 Abs. 2 WeinG. Er-
zeugnisse, die den in § 13 Abs. 2 WeinG. einzeln aufgeführten Vor-
schriften des WeinG., zu denen auch § 9 gehört, widersprechen, nicht
in den Verkehr gebracht werden. Das ist zunächst eine Vorschrift
außerstrafrechtlicher Natur, die z. B. auch Getränke verkehrsunfähig
macht, die ohne strafbares menschliches Zutun verwässert sind — etwa
durch einen in die Maische (§ 12 WeinG.) gelangten Gemitterregen
(RGSt. 54, 168) —. Die Einhaltung dieses Verkehrsverbots ist
durch eine gegenüber dem Nachmachungsverbot selbständige Straf-
drohung (§ 26 Abs. 1 Nr. 1 i. Verb. m. den dort angeführten §§ 9
und 13 WeinG.) gesichert.

Daß die Verbote des Nachmachens und des Inverkehrbringens
jedes für sich selbständig nebeneinander bestehen und Zuwiderhand-
lungen gegen die Verbote Gegenstand voneinander unabhängiger Straf-
taten sein können, kommt in dem zur Besprechung stehenden Ur.

bevor der Täter die Veräußerung beginnt, trotz des von An-
fang auf das einheitliche Ziel gerichteten Willens doch keine
Tateinheit gegeben. Jedoch führt jene Einheitlichkeit des auf
das schließliche Ergebnis gerichteten Willens zu der Auf-
fassung, daß der Täter nur eines Vergehens schuldig zu er-
achten ist, nämlich der Veräußerung, der gegenüber das vorher
begangene Tun, die Herstellung, nur als vorbereitend zu
werten ist.

Das ist zum früheren NahrMittG. in RGSt. 11, 359
ausgesprochen worden. Derselbe Gedankengang wird von
Schneidewin zu § 26 WeinG. (Anm. 4) unter Verweisung
auf die Anm. 7 zu § 12 LebensmittelG. vertreten. Ihm ist auch
der erf. Sen. im Ur. 1 D 1404/31 für eine ähnliche Sach-
lage auf dem Gebiete der AbgD. gefolgt. Wenn der Angekl.
schon bei der Handlung, durch die er sich bereits verwendete
Steuermarken verschaffte, den Vorsatz hatte, die Marken in
Verkehr zu bringen oder wiederzuverwenden, dann gehe, führt
das gen. Ur. aus, die frühere Begehungsform in der späteren
auf, es liege Gesetzesinheit vor. Wenn dann an der Spitze
aller jener Handlungen ein das gesamte Tun umfassender
Gesamtvorsatz gestanden habe, stehe nichts im Wege, das ge-
samte Verhalten als ein fortgesetztes Vergehen nach § 369 a
Abs. 2 Nr. 1 AbgD. zu beurteilen. Nach dieser Betrachtungsweise
ist in der vorliegenden Sache — auf Grund der vom LG.
getroffenen Feststellungen, wonach die ganze Menge des nach-
gemachten Weins von vornherein zur Veräußerung bestimmt
war — ein fortgesetztes Vergehen nach §§ 9, 13 Abs. 2, 26
Nr. 1 WeinG. gegeben, ohne daß zugleich § 73 StGB. mit
heranzuziehen ist. Dieser rechtlichen Beurteilung des Ver-
hältnisses der §§ 9 u. 13 WeinG. steht es nicht entgegen, daß

des RG. klar zum Ausdruck. Dies gilt sowohl, wenn eine und die-
selbe Person herstellt und in den Verkehr bringt, als auch wenn
dies von verschiedenen Personen geschieht. Nur der erstgedachte Fall
interessiert hier.

II. Man kann jede strafbare Handlung, auch diejenige, die in
ihrem Verlauf nur ein Strafgesetz verletzt, gewissermaßen mit der
Zeitlupe betrachten und so in eine Fülle von Einzelbetätigungen des
auf ihre Ausführung gerichteten menschlichen Willens zerlegen, z. B.
das Töten eines Menschen mit einem Schießgewehr. Die Einzelakte
in statischer Betrachtungsweise auseinanderzuhalten, kann etwa für
einen psychologischen Forscher von besonderem Wert sein. Diese Be-
trachtungsweise ist aber nicht die dem Strafrecht gemäße. Für den,
der über eine Straftat zu urteilen hat, verbindet sich der auf ein
strafrechtlich bedeutungsvolles Ziel gerichtete Wille mit diesem Ziel durch
eine einheitliche dynamische Linie, in der die Einzelbetätigungen
als solche verschwinden, und Zwischenziele den Blick nur auf sich
lenken, wenn sie vom Strafrecht her gleichstarke oder noch größere
Beleuchtung erfahren als das endgewollte Ziel. So z. B. ein vor-
bedachter Mord als Mittel zu einem Briefstaschenraub. Hier ist der
Mord strafrechtlich besonders zu werten.

Gebräuchliche und der natürlichen Folgerichtigkeit entsprechende
(wenn auch an und für sich selbständig mit Strafe bedrohte) Zwischen-
betätigungen des auf ein strafrechtlich gleich oder schwerer be-
wertetes Ziel gerichteten Willens verschmelzen aber mit der end-
gewollten Straftat zu einer der natürlichen Betrachtungsweise ent-
sprechenden gesetzlichen Einheit.

a) Solcher Betrachtungsweise entnimmt z. B. der Rechtsbegriff
der fortgesetzten Handlung seine Rechtfertigung. Man denke etwa
an den bekannten Diener, der seinen vorgefaßten Entschluß, sich un-
auffällig aus der Zigarrenkiste seines Herrn einen größeren Posten
Zigaretten anzuweignen, durch rechtlich unselbständige Einzelentnahmen
betätigt, oder an den Schankwirt, der sein Faß nachgemachten Weins
durch glasweisen Ausschank an unbestimmt welche und wie viele Gäste
„in Verkehr bringt“.

b) Der gleiche Gedanke erweist sich auch als fruchtbar, wenn
eine an und für sich strafbare Handlung anderer Art als die end-
gewollte das „gegebene und dem gewöhnlichen Gergang entsprechende
Mittel“ zur Begehung der letzteren bildet. So hat RGSt. 58, 4 die
von einem Teilnehmer an einem Mord in den Zügen eines hochverräte-
rigen Unternehmens erfolgten Tötungshandlungen gegenüber Re-
gierungsstruppen nicht als selbständige strafbare Handlungen bewertet,
„weil sie mit der Hilfeleistung zur gewalttätigen Umänderung der Reichs-
verfassung zu gesetzlicher Einheit verschmelzen“. Strafbare
Handlungen gegen Leben und Eigentum von Privatpersonen aber hat
das RG. nicht in diese Einheit hineingenommen.

Geht jemand darauf aus, Wein nachzumachen (§ 9 WeinG.), so
gehen in der auf dieses Ziel gerichteten strafbaren Handlung die (an
sich auch als ja selbständige Vergehens (strafbaren) Handlungen über-
mäßigen Zuckerverwässerung, des Zusatzes von Birnenwein und Zi-
tronensäure (§§ 3 u. 4 WeinG., Art. 4 AuswD. z. WeinG.) als un-

im § 9 das Nachmachen von Wein schlecht hin verboten ist. Denn wenn hiernach auch die Strafbarkeit eines Nachmachens nicht zur Voraussetzung hat, daß dieses in der Absicht geschehe, das Getränk in den Verkehr zu bringen, so ist doch unverkennbar das Verbot, „Wein nachzumachen“, in dem Sinne ergangen, damit sicher jedes solche Getränk vom Verkehr fernzuhalten. Danach ist dann aber, wenn im einzelnen Falle tatsächlich bei der Nachmachung jene Absicht besteht und dann das Getränk wirklich in den Verkehr gebracht wird, jene Beziehung der beiden Handlungen gegeben, die die Annahme von Gesetzesinheit rechtfertigt und fordert.

(1. Sen. v. 12. Dez. 1933; 1 D 1253/33.) [B.]

II. Verfahren.

**** 19.** §§ 326 ff. StPD.; Bd. v. 7. Dez. 1918; StraffreiheitsG. v. 20. Dez. 1932. Auch ohne ein Verfahren nach §§ 362 ff. StPD. kann die Strafverfolgung wieder aufgenommen werden, wenn das BG. die Niederschlagung infolge eines tatsächlichen Irrtums angenommen hatte. f)

Der geschichtliche Vorgang, welchen das angegriffene Ur. hier zum Gegenstand seiner Urteilsfindung gemacht hat, ist bereits in dem gegen H. früher anhängigen Verf. 3 J

selbständig werdende Einzelakte auf. Die Handlung des Nachmachens wiederum verliert ihren strafrechtlichen Eigenwert, wenn sie im Einzelfall als vorbereitendes Mittel in die Linie des erstrebten Inverkehrbringens nachgemachten Weins einrückt.

c) Eine interessante Beleuchtung erfährt diese dynamische Betrachtungsweise gerade durch das WeinG. Es gestattet das sonst streng verbotene Vermischen von Rot- und Weißwein und von inländischen und ausländischen Weißweinen in § 2 Abs. 4 dann, wenn es im Zuge der Herstellung von Schaumwein, von Branntwein, von Weinessig in Fabriken geschieht, bei denen solche Verschnitte nicht Wein werden sollen, sondern im Zuge des Fabrikationsgangs die Vorstufe zu einem andersartigen Erzeugnis darstellen. — Wo dieser Gesichtspunkt auf ein Erzeugnis zutrifft, das an und für sich dem unbedingten Nachmachungsverbot des § 9 WeinG. unterfiele, spricht m. R. Stenglein-Schneidewin Bd. I § 12 Anm. 8 S. 871 auch dem Nachmachungsverbot die Annehmbarkeit ab.

III. In dem zur Besprechung stehenden Ur. bringt das RG. die bereits i. J. 1894 in RGSt. 25, 101 für § 10 Nr. 1 u. 2 des alten NahrMittG. vorgenommenen Betrachtungsart wieder voll zur Geltung. In RGSt. 11 (355), 358 wird aus der Entstehungsgeschichte das Verhältnis der Nr. 1 zu Nr. 2 des § 10 des alten NahrMittG. dargelegt. Es entspricht im LebMittG. dem Verhältnis der Nr. 1 zu Nr. 2 des § 4 und im WeinG. denjenigen des § 9 zu § 13 Abs. 2, soweit die vorliegend zu erörternden Gesichtspunkte in Betracht kommen. Danach war die Hauptbestimmung im alten NahrMittG. das Verkehrsverbot, mit dem man auch da, wo der Betrugsparagraf verlagte, das Verbraucherpublikum vor Täuschung durch minderwertige Nahrungsmittel schützen wollte. Um ein rechtzeitiges Eingreifen der Strafjustiz zu ermöglichen, wurde in der Richtung auf diesen Gesetzeszweck auch schon die Herstellung für sich allein für strafbar erklärt. Man wollte so, wie es das RG. in scharfer Zuspitzung a. a. O. ausdrückt, auch den nichtverkauften Hersteller bestrafen können, aber nicht eine doppelte Bestrafung für den (praktisch die Regel bildenden) verkaufenden Hersteller ermöglichen.

Auch im WeinG. ist der Zweck des Gesetzes, im Interesse des Verbraucherpublikums und des ehrlichen Winzers und Weinhändlers minderwertige Erzeugnisse aus dem Verkehr fernzuhalten. Diesen Zweck dient das Nachmachungsverbot, das schon das Vorhandensein nachgemachten Weins unterbinden soll.

OLGPräf. i. R. Dr. Holtzöfer, Berlin.

Zu 19. Die Auslegung, die StA. habe, wenn sie hier die Zurücknahme des Rechtsmittels erklärte, ihrer Erklärung erkennbar nur die Bedeutung geben, daß sie mit Rücksicht auf die nach ihrer Meinung eingetretene Unzulässigkeit weiterer Strafverfolgung sagen wollte, sie sei deshalb auch nicht in der Lage, die von ihr eingelegte Berufung weiter zu verfolgen und sehe sie daher als gegenstandslos an, halte ich für höchst bedenklich und nicht befallswürdig.

Diese Stellungnahme widerspricht durchaus einer alten Rechtsübung der Strafsenate des RG. Die öffentlich-rechtliche Natur des Prozesses und die in öffentlich-rechtlichem Interesse zu fordernde Sicherstellung eines geordneten Verfahrens verlangt zweifelsfreien Bestand und unbedingte Rechtswirksamkeit der auf Einlegung, Verzicht oder Zurücknahme eines Rechtsmittels gerichteten Willenserklärung. Die Erklärung, ein Rechtsmittel zurückzunehmen, ist eine Prozeß-

1040/31 rechtshängig gewesen und vom SchöffG. in R. am 29. Aug. 1932 abgeurteilt worden. Der Annahme des SchwG., daß dieses Verf. nicht infolge Rechtskräftigwerdens des Ur., sondern erst durch den Einstellungsbeschuß des O. R. v. 28. Dez. 1932 beendet worden sei, muß im Ergebnis beigetreten werden. Dieser Beschl. ist auf den bei dem Verf. am 27. Dez. 1932 eingegangenen Antrag der StA. ergangen, in welchem diese die Einstellung des Verf. auf Grund des StraffreiheitsG. v. 20. Dez. 1932 beantragt, zugleich aber auch die von ihr gegen das Ur. v. 29. Aug. 1931 eingelegte Berufung zurücknimmt. Durch die Tatsachen, an die von Gesetzes wegen die Niederschlagung geknüpft ist, wären die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Strafverfolgung weggefallen (RG. 54, 17, 18). Durch die beantragte Entsch. nach § 10 StraffreiheitsG. würde das Verf. beendet und für eine Durchführung der auf Bestrafung des Angekl. hinzulienenden Berufung kein Raum mehr gewesen sein. Es ist nicht anzunehmen, daß die StA. sich dieser Rechtslage nicht bewußt gewesen sein sollte. Wenn sie trotzdem die Zurücknahme des Rechtsmittels erklärte, so hat das erkennbar nur die Bedeutung gehabt, daß sie mit Rücksicht auf die nach ihrer Meinung eingetretene Unzulässigkeit weiterer Strafverfolgung sagen wollte, sie sei deshalb auch nicht in der Lage, die von ihr eingelegte Berufung weiter zu verfolgen und sehe sie daher als gegenstandslos an. Diese Erklärung aber konnte die Rechtskraft des schöffengerichtlichen

handlung, die den Bestimmungen des BGB. nicht unterliegt. Die Frage nach der Wirksamkeit einer solchen rein verfahrensrechtlichen Willenserklärung ist, falls der die Zurücknahme Erklärende eine Erklärung solchen Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte, ausschließlich nach dem Verfahrensrechte zu entscheiden. Die Frage aber, ob ein wirksamer Verzicht oder eine wirksame Rechtsmittelszurücknahme vorliegt, kann nur von dem über das Rechtsmittel entscheidenden Gerichte entschieden werden (vgl. RG. Rpr. 8, 470). Nicht das SchwG. und das RG., sondern die StA. hätte mithin als zuständiges BG. bezüglich des schöffengerichtlichen Ur. v. 29. Aug. 1932 die allein maßgebende Entscheidung über die Wirksamkeit der Berufungszurücknahme gehabt.

Es fällt auf, daß die StA. anscheinend die Berufungszurücknahmeerklärung, die gleichzeitig mit dem Einstellungsantrag eingegangen war, vollkommen unberücksichtigt gelassen hat. Verzicht und Zurücknahme werden wirksam — und zwar ipso iure — mit dem Eingang bei Gericht (RG. Rpr. 1, 301, 423, 828; 6, 63).

Jedem eine Priorität oder Reihenfolge ist in der StPD. für mehrere gleichzeitig eingehende Erklärungen nicht vorgeschrieben, käme aber auch vorliegend nicht in Betracht, weil die Zurücknahme alsbald mit dem Einlauf von selbst wirksam wurde und eine Beschlüßfassung des Gerichts nicht erforderlich machte (vgl. Rassel: GoldbArch. 39, 188). Der Einstellungsantrag konnte jedoch erst nach Gerichtsbeschuß beschieden werden, dieser Beschuß ist aber erst am 28. Dez. 1932 ergangen. Wie lange die Berufungsfrist noch lief, ist aus den Urteilsgründen nicht zu entnehmen. Längstens bis zum Ablauf der Berufungsfrist für den Angekl. — man weiß nicht, ob er vom SchöffG. freigesprochen oder nur zu gering bestraft worden war — konnte die StA. noch den Einstellungsantrag stellen. Ergab sich dann, daß das BG. die Niederschlagung infolge eines tatsächlichen Irrtums vorgenommen hatte, so konnte die StA. die Strafverfolgung deshalb nicht mehr aufnehmen, weil ihre Berufung rechtswirksam zurückgenommen war und das Ur. mangels Einlegung der Berufung seitens des Angekl. nach dem Erlaß des — nicht beachtlichen — Einstellungsbeschlusses die Rechtskraft erlangt hat.

Das abweichende Ergebnis, zu dem das RG. hier gelangt, ist auf die von ihm in unzulässiger Weise ausgeübte Zurücknahmeerklärung der StA. zurückzuführen. Weder die StPD. noch die StPB. enthalten für die Entscheidung über die Wirksamkeit verfahrensrechtlicher Willenserklärungen ausdrückliche Vorschriften, so daß diese Entscheidung aus allgemeinen Grundsätzen zu entnehmen ist. Der öffentlich-rechtliche Charakter des Strafverfahrens und namentlich auch die öffentlich-rechtliche Stellung der StA. verlangen im Hinblick auf die Notwendigkeit der sicheren Gewährleistung eines geordneten Verfahrensfortganges, daß eine ungewöhnliche Verfügung eines Prozeßbeteiligten über ein Rechtsmittel der Rechtswirksamkeit nicht um deswillen entbehren darf, weil die dem Gericht gegenüber abgegebene Erklärung mit dem inneren Willen des Erklärenden nicht übereinstimmt. Eine Umwandlung des Wesens eines Rechtsbehelfs durch bloße Parteiwillkür ist dem Prozeßrecht fremd. Das ist hinsichtlich des Angekl. mit voller Entschiedenheit (RGSt. 64, 14) und auch hinsichtlich der StA. (RGSt. 57, 83; 60, 354) ausgesprochen (vgl. auch RGSt. 66, 120; die angezogene Entsch. RGSt. 54, 17 f. steht nicht entgegen, denn dort war offensichtlich das frühere Verfahren noch gar nicht in die Rechtsmittelinstantz gelangt).

OLM. Dr. Fraeb, Hanau.

Art. v. 29. Aug. 1932 nicht herbeiführen. Das damalige Verf. ist vielmehr erst durch den Einstellungsbeschl. des VG. v. 28. Dez. 1932 zum förmlichen Abschluß gekommen. Durch diesen Beschl. ist jedoch der staatliche Strafanspruch nicht befreit, die Strafflage mithin nicht verbraucht. Wenn sich ergab, daß das VG. die Niederschlagung infolge eines tatsächlichen Irrtums angenommen hatte, konnte auch ohne ein Verf. nach §§ 362 ff. StGB. die Strafverfolgung wieder aufgenommen werden. Dieser Grundsatz ist für die durch WD. v. 7. Dez. 1918 erlassene militärische Amnestie von der RPr. des RG. anerkannt (RGSt. 54, 17, 18). Für das StrafrechtsG. v. 20. Dez. 1932 muß dasselbe gelten. Die Bestimmung des § 10 Abs. 2 Satz 2 dort steht dem nicht entgegen, da sie nur einen sicheren und schleunigen Abschluß der Prüfung bezweckt, die über das Vorliegen oder Nichtvorliegen der Niederschlagung vorzunehmen ist (RG. v. 23. März 1933, 3 D 186/33; 1 D 222/33 v. 28. März 1933; 3 D 762/33 v. 23. Okt. 1933), nicht aber eine das Verf. sachlich beendende Entsch. (vgl. RGSt. 67, 315, 316) herbeiführen will.

Dagegen war der Beschl. des VG. v. 28. Dez. 1932 bestimmt und geeignet, das früher gegen den Beschw. anhängige Verf. zu beendigen (RG. v. 28. März 1933, 1 D 222/33). Die Rechtshängigkeit, d. h. der Gebrauch des Rechtes auf Strafverfolgung, war damit erloschen. Die StA. war daher nicht gehindert, die weitere Strafverfolgung vor demjenigen Gericht zu betreiben, welches zur Aburteilung des nach den neuen Ermittlungen in Frage kommenden umfassenderen Sachverhalts berufen war; das Verfahrenshindernis anderweiter Rechtshängigkeit (vgl. RG. 29, 174, 178, 179, 180) bestand nicht.

(3. Sen. v. 30. Nov. 1933, 3 D 1169/33). [Hn.]

Freiwillige Gerichtsbarkeit.

1. § 13 Abs. 1 DevBD. v. 23. Mai 1932 (RGBl. I, 231); § 8 Abs. 1 DurchfWD. v. 9. Mai 1933 (RGBl. I, 278), Ziff. I 2 b. Richtl. v. 23. Juni 1932 (RGBl. I, 317). Die Krediteinräumung und demgemäß auch die Bestellung von Sicherheiten, insbesondere von Hypotheken und Grundschulden, zugunsten eines Ausländers (oder Saarländers), ist, soweit sich die Wirksamkeit der Rechtshandlung nach deutschem Recht bestimmt, auch dann genehmigungspflichtig, wenn sie durch einen Ausländer erfolgt.

Gemäß § 13 Abs. 1 DevBD. v. 23. Mai 1932 dürfen Kredite, die auf Reichsmark oder Goldmark lauten, Ausländern (oder Saarländern) nur mit Genehmigung der Devisenbewirtschaftungsstelle eingeräumt werden. Es bestand bisher im Schrifttum und in der RPr. Streit darüber, ob die Bestellung einer Hypothek oder Grundschuld zugunsten eines ausländischen Gläubigers als Krediteinräumung i. S. dieser Vorschrift anzusehen sei. Das RG. hatte diese Frage in ständiger RPr. verneint (vgl. Beschl. v. 7. Juli 1932, 1 X 434/32; HöchstRPr. 1932 Nr. 1777 = JW. 1932, 3186 I; v. 7. Juli 1932, 1 X 325/32; HöchstRPr. 1933 Nr. 417 = JW. 1932, 3188² = DNotZ. 1932 Nr. 645; v. 14. Nov. 1932; HöchstRPr. 1933 Nr. 418); die abweichende Auffassung, welche die Ziffen 28 c und 29 c der Richtl. f. d. DevBew. v. 23. Juni 1932 erkennen ließen, wurde für nicht maßgeblich erachtet. Diese Streitfrage ist nunmehr durch die 4. DurchfWD. v. 9. Mai 1933 in deren § 8 Abs. 1 in rechtsverbindlicher Weise, im Gegensatz zu der bisherigen RPr. des Sen., dahin entschieden, daß „die Bestellung von Sicherheiten, insbes. von Hypotheken und Grundschulden, für einen ausländischen oder saarländischen Gläubiger“ einer Krediteinräumung nach § 13 Abs. 1 DevBD. gleichsteht.

Im vorl. Falle steht nun die weitere Frage zur Entsch., ob die Krediteinräumung und demgemäß auch die Bestellung von Sicherheiten, insbes. von Hypotheken und Grundschulden zugunsten eines Ausländers (oder Saarländers) auch dann genehmigungspflichtig ist, wenn sie durch einen Ausländer erfolgt. Gemäß § 2 Abs. 6 DevBD. sind die Antragsteller unzweifelhaft Ausländer i. S. dieser Vorschriften, weil sie ihren Wohnsitz im Auslande haben.

Im Schrifttum wird die erwähnte Frage überwiegend verneint, und zwar mit der Begründung, daß die DevBD. und ihre Durchf. Vorschr. gemäß Ziff. 1 der Richtl. lediglich den Zweck verfolgen, „den ungerichteten Abfluß von Devisen aus der deutschen Wirtschaft zu verhindern und die vorhandenen und anfallenden Devisen zweckmäßig zu bewirtschaften“, daß es aber ihrem Sinn nicht entspreche, Vermögensverschiebungen zwischen Ausländern zu kontrollieren (vgl. Dr. Mül-ler: JW. 1932, 2000 zu II g; Dr. Wilhelm Thiele: JW. 1932,

2237 zu III und DNotZ. 1933, 457; Lion-Hartenstein, Steuer- u. Devisennotrecht S. 438, § 13 Anm. 7; Sternberg: JW. 1933, 643 Anm. 1). Die gleiche Ansicht vertritt auch das VG. Breslau in einer Entsch. v. 4. Jan. 1933 (JW. 1933, 643 I), allerdings mit der Einschränkung: „soweit nicht inländische Erfüllungshandlungen in Betracht kommen.“

Hierbei wird jedoch die Ziff. 2 der Richtl. v. 23. Juni 1932 übersehen, welche, wie folgt, lautet: „Die Verbote der DevBD. und der Durchf. Vorschr. gelten, soweit nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist, ohne Rücksicht auf die Rechtsnatur (natürliche oder juristische Person), Staatsangehörigkeit oder Ansässigkeit (Wohnsitz, gewöhnlicher Aufenthalt, Sitz oder Ort der Leitung) der Person, welche die Rechtshandlung vornimmt. Sie gelten für Rechtshandlungen, die im Ausland vorgenommen werden, insofern, als sich die Wirksamkeit dieser Rechtshandlungen nach deutschem Recht bestimmt.“ Wenn nun auch die Richtl. — deren Erlaß auf § 35 Abs. 1 DevBD. beruht —, soweit es sich nicht lediglich um Ausnahmen von den Vorschriften handelt (§ 35 Abs. 1 Satz 2), keine allgemeine rechtsverbindliche Kraft, sondern nur die Bedeutung einer Anweisung an die RFinA. haben und daher nur für diese maßgeblich sind, so sind sie doch für die Auslegung der DevBD. insofern erheblich, als sie die Auffassung derjenigen Stellen wiedergeben, die in erster Linie bei der Schaffung der DevBD. mitgewirkt und ihre Ausführung zu überwachen haben. Diesen Standpunkt hat der Sen. auch bereits bei seinen früheren oben erwähnten Entsch. vertreten; er hat die Berücksichtigung der aus den Richtl. etwa zu entnehmenden Absichten des Gesetzgebers lediglich insofern abgelehnt, als eine erweiternde Auslegung mit dem allgemeinen Wortsinne der von der DevBD. gewählten Ausdrücke nicht vereinbar sein würde (vgl. insbes. Beschl. v. 24. Nov. 1932, 1 X 745/32; HöchstRPr. 1933 Nr. 418).

Die Vorschrift des § 13 Abs. 1 DevBD., wonach Kredite, die auf Reichsmark oder Goldmark lauten, Ausländern oder Saarländern nur mit Genehmigung eingeräumt werden dürfen, enthält keine Einschränkung hinsichtlich der Personen, deren Rechtshandlungen für genehmigungspflichtig erklärt werden. Es läßt sich auch nicht etwa allgemein sagen, daß Kredite, die ein Ausländer einem anderen Ausländer in Reichsmark oder Goldmark einräumt, unter allen Umständen für die deutsche Devisenbewirtschaftung bedeutungslos seien; sie können, sofern hierfür inländische Vermögenswerte verwertet werden, sogar gerade darauf abzielen, diese der deutschen Wirtschaft zu entziehen. Das gleiche gilt auch hinsichtlich der Bestellung einer Hypothek oder Grundschuld durch einen ausländischen Grundstückseigentümer zugunsten eines Ausländers, wie bereits in der oben angeführten Entsch. des Sen. v. 7. Juli 1932, 1 X 325/32 (HöchstRPr. 1933 Nr. 417 = JW. 1932, 3188²) hervorgehoben worden ist. Hiernach besteht keine Veranlassung, zugunsten der ausländischen Kreditgeber, denen jetzt die Sicherungsgeber gleichgestellt worden sind, eine Ausnahme von der fraglichen Devisenvorschrift zu machen. Für die in Rede stehende Bestellung der Grundschuld ist deshalb mit Recht die Verbindung der Genehmigung der Devisenbewirtschaftungsstelle verlangt worden.

(RG., 1. ZivSen., Beschl. v. 21. Sept. 1933, 1 X 496/33.)

Ber. v. RGR. Dr. Werner Schulze, Berlin.

Oberlandesgerichte.

Berlin.

a) Zivilsachen.

1. § 7 KraftG. Der Halter eines Kraftwagens hat die Schwarzfahrt des mit einer Reparatur des Wagens außerhalb der eigenen Garage Beauftragten jedenfalls dann „durch sein Verschulden ermöglicht“, wenn er nicht ganz zweifellosfrei und nachdrückliche Anordnungen dahin getroffen hat, daß der Wagen in seiner Abwesenheit keinesfalls in die eigene Garage zurückgebracht werden dürfe.

Solche Anordnungen muß der Halter auch dann treffen, wenn er durch eine plötzlich notwendig werdende und unaufschiebbare Reise gehindert wird, die Reparatur weiter zu überwachen.

Der Halter, der durch sein Verschulden die Benutzung seines Wagens durch einen andern möglich gemacht hat, kann sich keinesfalls darauf berufen, daß eine Schwarzfahrt vorgelegen habe. †)

Der Bekl. zu 1 hatte im Sommer 1931 seinen Kraftwagen in die Reparaturwerkstatt des Th. R. in Berlin gebracht. Der Wagen sollte dort durch den Bekl. zu 1 selbst und den bereits rechtskräftig beurteilten Autoschlosser E. repariert werden. Nach fast beendeter Reparatur brachte E. den Wagen des Bekl. zu 1 in

Zu 1. Die Haftung für Schwarzfahrten war nach dem ursprünglichen Wortlaut des § 7 Abs. 3 KraftG. vom Jahre 1909 ausgeschlossen. Hier hieß es:

„Wird das Fahrzeug ohne Wissen und Willen des Fahrzeug-

dessen Garage zurück. Auf dieser Fahrt wurde der Former V. verletzt. Er verlangt jetzt Schadenersatz.

Der allein noch in Betracht kommende Vell. zu 1 führt u. a. an, daß E. von ihm zu der Unglücksfahrt nicht beauftragt worden sei. Er habe E. sogar verboten, seinen Kraftwagen zu benutzen.

Das LG. hatte gegen den Vell. zu 1 abgewiesen, weil es nicht angenommen hatte, daß der Vell. zu 1 die Schwarzfahrt des E. durch sein Verschulden ermöglicht habe. Das RG. hat aufgehoben und verurteilt.

Der Vell. zu 1 ist dafür beweispflichtig, daß die Benutzung gegen seinen Willen stattgefunden hat (vgl. Isaac-Sieburg, Autorecht, S. 180; RG. 119, 58¹⁾). Es kann hier dahingestellt bleiben, ob Schwarzfahrt vorlag. Lag keine vor, so haftet er nach § 7 Abs. 2 KraftG., da er den Entlastungsbeweis aus § 7 Abs. 2 nicht geführt hat. Lag eine Schwarzfahrt vor, so haftet der Vell. doch dafür, da er sie selbst verschuldet hat.

Er hat nicht die notwendigen Anordnungen getroffen, um die Fahrt des E. von der Reparaturwerkstatt des R. nach der Garage zu verhindern, nachdem sein Wagen repariert worden war. Lediglich das Verbot eines Kraftwagenhalters, seinen Wagen in Betrieb zu setzen, schließt seine Haftung bei unbefugter Inbetriebnahme des Wagens durch einen andern nicht ohne weiteres aus. Im Interesse der Sicherheit des Verkehrs ist der Halter eines Kraftfahrzeugs verpflichtet, alles zu tun, um eine Gebrauchsanhaltung hinsichtlich seines Fahrzeuges zu verhindern. Dazu genügt nicht die Kundgabe des ausdrücklichen Willens, der sich ganz allgemein gegen die unbefugte Inbetriebnahme richtet. Erforderlich ist vielmehr, daß der Halter eines Autos nach Möglichkeit bis zur Grenze des unabwendbaren Zufalls alles tut, um das unbefugte Inbetriebsetzen seines Wagens zu verhindern. Mit

halters von einem anderen in Betrieb gesetzt, so ist dieser an Stelle des Halters zum Ersatz des Schadens verpflichtet."

Diese Gesetzesbestimmung, welche den Halter vor ungerechter Haftung schützen sollte, wurde aber zum Teil dadurch zunichte gemacht, daß die Rspr., insbes. die des RG., durch eine entsprechende Auslegung des Betriebsbegriffes in sehr vielen Fällen doch die Haftung des Halters bewirkte. Die Folge davon war eine große Unsicherheit in der Frage der Haftbarkeit des Halters. Ich erinnere mich noch aus meiner eigenen Praxis in jener Zeit, daß ein solcher Prozeß immer geeignet war, große Überraschungen sowohl nach der einen wie der anderen Richtung zutage zu fördern. War doch — und auch mit Recht — der Gedanke in sehr vielen Fällen unbefriedigend, daß die Tatsache der Inbetriebsetzung ohne Wissen und Willen des Halters geeignet sein konnte, die Haftung gerade des zahlungsfähigen Teiles auszuschließen.

Diese vielen Zufälle, welche hier möglich waren, wurden nun zunächst durch folgenden Zusatz, welchen der § 7 Abs. 3 KraftG. erhielt, beseitigt. Der Satz hat folgenden Inhalt:

"Daneben bleibt der Halter zum Ersatz des Schadens verpflichtet, wenn die Benutzung des Fahrzeuges durch sein Verschulden ermöglicht worden ist."

Durch diesen Zusatz ist jedenfalls für die Rspr. eine Erleichterung darin zu erblicken, daß sie nicht mehr gezwungen ist, aus reinem Gerechtigkeitsgefühl Konstruktionen zur Feststellung einer ordnungsgemäßen und nicht „schwarzen“ Autofahrt zu machen, die sicher nicht mehr eine befriedigende Auslegung des Gesetzes genannt werden konnten.

War doch nun ein Ventil geschaffen, durch das — auch bei Vorliegen einer Schwarzfahrt — i. S. der Vorschr. eine Haftung des Halters festgestellt werden konnte. Zunächst muß also einmal der Halter den Nachweis erbringen, daß eine solche Schwarzfahrt i. S. des Gesetzes und der Rspr. gegeben ist. So werden im einzelnen Falle örtliche wie zeitliche Abweichungen — z. B. durch den sonst berechtigten Fahrer — eine Schwarzfahrt bewirken können.

Im ersteren Falle ist ausschlaggebend das Moment, ob eine völlige Änderung des gesamten Weges in Frage kommt. Es genügt hier nicht, daß Ausgangs- und Endpunkt der Fahrt die gleichen bleiben, dagegen aber zwischendrin ein Weg gewählt wird, der vollständig aus dem Rahmen der Anweisung fällt. Ähnliche Grundsätze sind anzuwenden, wenn zeitliche Abweichungen in Betracht kommen. So kann z. B. in einem Aufenthalt in einer Gaststätte eine Benutzung des Wagens ohne Wissen und Willen des Halters nur dann gesehen werden, wenn dieses Verhalten eine sogenannte Abweichung von der beauftragten Fahrt soweit zur Folge hat, daß eine Identität zwischen der aufgetragenen und der tatsächlich unternommenen Fahrt nicht mehr vorliegt, oder der Gesamtcharakter sich durch diesen Zwischenfall so geändert hat, daß er völlig aus dem Rahmen des dem Führer erteilten Auftrages herausfällt.

Nachdem aber nunmehr durch diesen Zusatz die Möglichkeit

Schwarzfahrten ist eine erhöhte Betriebsgefahr verbunden. Deshalb stellt auch das Gesetz besonders strenge Anforderungen an die Sorgfaltspflicht des Halters (§ 7 Abs. 3 Satz 2 KraftG.). Je nach den besonderen Umständen hat der Fahrzeughalter alle gebotenen Maßnahmen zu treffen, um die Vornahme von Fahrten, die gegen seinen Willen unternommen werden, zu verhindern.

Wird die Benutzung des Fahrzeuges durch das Verschulden des Halters ermöglicht, dann bleibt er dem Schadenersatzberechtigten gegenüber voll verantwortlich. Halter und Fahrer haften als Gesamtschuldner (§ 7 Abs. 3 Satz 2 KraftG., § 426 BGB.).

Der Vell. zu 1 hat nun zwar dem E. verboten, mit seinem Wagen zu fahren; E. sollte lediglich an der Reparatur des Wagens mithelfen. Der Vell. zu 1 ist aber vor der Beendigung der Reparatur verreist. Wenn er den Rücktransport seines Autos nach erfolgter Instandsetzung durch E. sachgemäß verhindern wollte, dann hätte er vor seiner Reise besondere Maßnahmen treffen müssen. Das Fahrverbot, das der Vell. zu 1 im Beisein des Zeugen R. lediglich beim Einstellen des Kraftwagens in dessen Werkstatträume zwecks Reparatur zum Ausdruck gebracht hatte, genügte nicht, um den Rücktransport des Wagens durch E. nach durchgeführter Reparatur, die in der Werkstatt des R. aus Entgegenkommen vorgenommen werden durfte, zu verhindern. Denn der Vell. zu 1 hatte dem Zeugen R. vor der Reparatur erklärt, daß der Betrieb der Werkstatt nicht gestört werden sollte. Unter dieser von ihm erklärten Rücksichtnahme auf den Werkstattbetrieb hatte er versprochen, nach der Instandsetzung den Wagen selbst auszuprobieren und abzuholen. Als der Kraftwagen aber fast instandgesetzt war, konnte das Abholen des Wagens durch den Vell. zu 1 nicht erfolgen, da er gerade für etwa acht Tage verreist

geschaffen worden war, auch bei einer Schwarzfahrt den Halter haften zu lassen, brauchte man in der Auslegung dieses Begriffes nicht mehr so weit ausholend vorzugehen.

Es entstand nun die Frage, wann eine solche ohne Wissen und Willen des Halters unternommene Fahrt „durch das Verschulden desselben ermöglicht wird“.

Zur historischen Seite der Best. sei gesagt, daß die Vorschr. des § 833 BGB. über die Haftung des Tierhalters und insbes. diejenige des § 19 Abs. 2 LuftwG. v. 1. Aug. 1922 (RGBl. I, 681) die unmittelbaren Vorbilder für diese Gesetzesnovelle sind.

Zunächst darf nicht übersehen werden, daß der Halter auch im Falle einer Schwarzfahrt den Entlastungsbeweis gem. § 7 Abs. 2 KraftG. zu führen in der Lage ist. Es kann vom Halter z. B. jederzeit die Entlastung auch dadurch gesucht werden, daß der Unfall durch ein unabwendbares Ereignis verursacht worden ist, das weder auf einem Fehler in der Beschaffenheit des Fahrzeuges, noch einem Versagen seiner Vorrichtungen beruht, wie denn überhaupt der Halter auch in diesen Fällen alle Möglichkeiten des KraftG. hat, sich zu entlasten (§§ 7, 8, 12 KraftG.). Die Haftung nach § 7 Abs. 3 Satz 2 KraftG. ist ebenso, wie im übrigen Teil dieses Paragraphen auf dem Grundsatz der Gefährdungshaftung aufgebaut. Wann liegt nun eine schuldhaft Ermöglichung der Benutzung eines Fahrzeuges durch den Halter vor?

Hier kommt in Frage die Bewachung des Fahrzeuges, die Auswahl und die Beaufsichtigung des Führers. Ferner spielt dabei eine Rolle der Grad der Sorgfalt, welche vom Halter hier verlangt werden muß. Der Führer soll eine gewisse Überwachung erfahren, welche sich natürlich insbes. auch auf die einzelnen Fälle abzustellen hat. Ein erfahrener, als besonders zuverlässig bekannter Führer kann hier anders behandelt werden, als ein junger, noch nicht näher bekannter Mensch. Aus der Rspr. ergibt sich, daß hier fast jeder Fall wieder anders zu beurteilen ist. So hat das RG. in einer Entsch. v. 2. Jan. 1928 den Fall behandelt, daß ein telephonischer Anruf des Halters nicht zur Verhinderung von Schwarzfahrten genügt, wenn der Fahrer noch jung und unerprobt ist und der Wagen in einer Sammelgarage steht. Es muß z. B. in einem solchen Falle der Chauffeur veranlaßt werden, den Schlüssel der Garage und den des Wagens nach jeder Fahrt abzuliefern. Aber schon die Auswahl des Führers spielt bei der Beurteilung der Frage des Verschuldens eine Rolle. Geistige, körperliche Fähigkeiten, technische Kenntnisse, Pflicht- und Verantwortlichkeitsgefühl müssen bei Einstellung des Führers einer Nachprüfung unterzogen werden, damit der Halter den Maßstab dafür besitzt, was er im einzelnen Falle zur Überwachung und Beaufsichtigung zu tun hat. In diesem Zusammenhange spielen auch die Vorstrafen des Führers eine Rolle.

Die Sorgfaltspflicht als solche ist auch nicht die allgemeine, sondern eine sehr ausgedehnte, weitgehende, nämlich eine solche, deren Beobachtung einen Unfall als unmöglich erscheinen läßt (Rd. Dr. Arnold, Düsseldorf, Recht des Kraftfahrers, S. 28, 115).

In dem vorl. von mir zu besprechenden Falle sagt das RG., daß der Halter die Schwarzfahrt eines mit einer Reparatur des

1) JW. 1928, 559.

war. Sollte der Kraftwagen des Bekl. zu 1 nach durchgeführter Instandsetzung weiter in den Werkstattträumen des K. verbleiben, weil der Bekl. zu 1 ihn unter allen Umständen selbst abholen wollte, dann mußte er das vor seiner Abreise vor allem E. ausdrücklich erklären. Das ist in dieser Klarheit nicht erfolgt. Hätte der Bekl. zu 1 das getan, dann würde er den Erfordernissen der Verkehrsorgane genügt haben. So konnte aber E. annehmen, daß er mit Rücksicht auf die besonderen Umstände zu dem Rücktransport des Fahrzeugs befugt war, da das ursprünglich geäußerte Fahrverbot unter anderen Voraussetzungen erklärt worden war. Infolge der Abreise des Bekl. zu 1 war eine andere Sachlage geschaffen.

Im Interesse der Sicherheit des Verkehrs mußte der Bekl. zu 1 die Anordnungen, um eine Gebrauchsanmaßung durch E. zu verhindern, auch dann treffen, selbst wenn seine Abreise plötzlich und aus zwingenden geschäftlichen Gründen erfolgt sein sollte.

An der Notwendigkeit des ausdrücklichen Verbots, den Wagen nach der Reparatur in die Garage zurückzuführen, kann die Tatsache nichts ändern, daß der Bekl. zu 1 die Zulassungspapiere für seinen Kraftwagen E. nicht ausgehändigt hatte. Der Nichtbesitz dieser Papiere steht einer Inbetriebnahme des Fahrzeugs besonders zu einer kurzen Fahrt von der Reparaturwerkstatt zur Garage nicht im Wege. Aus dem Nichtbesitz dieser Papiere konnte vor allem E. nicht die entscheidende Willensrichtung des Bekl. zu 1 entnehmen, daß dieser auch trotz seiner Abreise aus Berlin dagegen war, nach erfolgter Reparatur seinen Wagen durch ihn — E. — zurückfahren zu lassen.

Bei dieser Sachlage kann dahingestellt bleiben, ob der Bekl. zu 1 den E. beauftragt hatte, seinen Wagen in die Garage zurückzubringen, wie der K. behauptet, und es kann auch dahingestellt bleiben, ob eine Schwarzfahrt vorlag. Denn jedenfalls durch Verschulden des Bekl. zu 1 ist die Benutzung seines Wagens durch E. — also selbst eine etwaige Schwarzfahrt — ermöglicht worden.

Wagens außerhalb der Garage Beauftragten jedenfalls dann durch sein Verschulden ermöglicht hat, wenn er nicht ganz zweifelsfrei und nachdrücklich Anordnungen dahin getroffen hat, daß der Wagen in seiner Abwesenheit keinesfalls in die Garage zurückgebracht werden dürfe. Solche Anordnungen muß der Halter auch dann treffen, wenn er durch eine plötzlich notwendig werdende unaufschiebbare Reise gehindert ist, die Reparatur weiter zu überwachen und das Fahrzeug selbst zurückzubringen. In der hier behandelten Unfallsangelegenheit hatte der Halter bei Beginn der Reparatur das Verbot erlassen, den Wagen in Betrieb zu setzen und hatte ferner die Wagenpapiere an sich genommen. Dem gegenüber stand die Anordnung, daß der Wagen den Betrieb der Reparaturwerkstätte nicht stören dürfe. Unter diesen Umständen besteht die auch in dieser Entsch. niedergelegte Verpflichtung, alles zu tun, um eine Ingebrauchnahme des Fahrzeuges zu verhindern.

Dazu genügt nach Ansicht des Obersten Gerichtshofes nicht die Kundgabe des ausdrücklichen Willens, der sich gegen unbefugte Benutzung richtet, erforderlich sei vielmehr, daß der Halter eines Autos nach Möglichkeit bis zur Grenze des unabwendbaren Zufalles alles tue, um die unbefugte Inbetriebnahme seines Wagens zu verhindern. Wenn z. B. der Halter plötzlich verreisen mußte und so nicht in der Lage war, nach Beendigung der Reparatur den Wagen selbst zurückzuführen, dann hätte er besondere Maßnahmen treffen müssen. Er hätte insbes. vor seiner Abreise — wie das RG. sagt — ausdrücklich noch erklären müssen, daß er trotzdem selbst das Auto zurückzufahren wünsche. So aber war das ursprünglich beim Einbringen in die Werkstätte ausgesprochene Fahrverbot unter anderen Voraussetzungen ergangen, als sie bei Fertigstellung bestanden. Der Halter hat aber in dem vorl. Falle nicht in dem oben angeführten Sinne gehandelt. Das macht ihm die Entsch. zu Vorwurf und rechnet ihm als Verschulden i. S. des § 7 Abs. 3 Satz 2 KraftG. an. Wenn dies allein in Frage gekommen wäre, dann würde ich wohl auch der Ansicht sein, daß der Halter sicherlich durch sein Verschulden (nämlich mangels rechtzeitiger anderweitiger Maßnahmen) diese Schwarzfahrt ermöglicht hat.

Dagegen liegt hier aber noch ein zweiter Umstand vor, der vielleicht doch eine andere Beurteilung, als die das RG. hier vornimmt, zuläßt. Es waren nämlich vom beklagten Halter die Zulassungspapiere für seinen Kraftwagen zurückbehalten worden, so daß der die Fahrt ausübende Autoschlosser E. ohne Zulassungspapiere fahren mußte. Das RG. vertritt die Ansicht, daß der Nichtbesitz dieser Papiere die Inbetriebnahme des Fahrzeugs, insbes. zu einer kurzen Fahrt von der Reparaturwerkstätte zur Garage nicht hindere, ferner könne aus dem Nichtbesitz dieser Papiere vor allem der Autoschlosser E. nicht die entscheidende Willensrichtung des beklagten Halters entnehmen, daß dieser auch trotz seiner Abreise aus Berlin nicht mit der Rückfahrt einverstanden sei.

Ich kann mich dieser Ansicht des RG., daß der Nichtbesitz der Papiere einer Inbetriebnahme in dieser Weise nicht entgegenstehe

Der Bekl. zu 1 haftet daher für den Unfall, da er unter diesen Umständen den Entlastungsbeweis aus § 7 KraftG. nicht führen kann, und dem daher auch durch § 7 Abs. 3 S. 2 der Entlastungsbeweis aus § 7 Abs. 2 verjagt ist.

(RG., Ur. v. 22. Mai 1933, 7 U 2159/33.)

Ver. von Ger. Ass. Dr. Seidel, Berlin.

*

2. § 124 ZPO. Keine Weinträchtigung des Beitreibungsbereiches des Armenanw. durch Zahlung oder Aufrechnung an die Partei selbst, wenn Armenanw. die Festsetzung auf seinen Namen betrieben hat. Wirkung der Berichtigung eines verhehentlich auf die Partei gestellten Festsetzungsbeschlusses. 7)

Es handelt sich darum, ob die von der unterliegenden Partei nach Zustellung des auf den Namen der armen Partei lautenden Kostenfestsetzungsbeschlusses erklärte Aufrechnung dem Armenanwalt gegenüber wirksam ist. § 124 Abs. 1 ZPO. gemährt dem Armenanwalt ein eigenes selbständiges neben dem Recht der armen Partei zur Kostenfestsetzung bestehendes Beitreibungsrecht. Zu dessen Ausübung bedarf er ebenso wenig des Einverständnisses seiner Partei wie diese, um die Kosten auf ihren Namen festsetzen zu lassen, dazu die Zustimmung des Armenanwalts benötigt (vgl. grunds. Entsch. 20 W 2050/33 v. 4. März 1933, Partei zu §§ 103, 124 ZPO.). Es gilt auch nicht der Grundsatz, daß die Ausübung des Rechts des einen das des anderen zum Erlöschen bringt. Vor allem verliert der Armenanwalt sein Beitreibungsrecht nicht schon dadurch, daß er die Kostenfestsetzung zunächst auf den Namen der Partei betreibt. Darin ist kein Verzicht des Armenanwalts auf sein eigenes Festsetzungsrecht zu erblicken (so grunds. Entsch. 20 W 8254/31 v. 28. Sept. 1931; bei Gaedek: KostenRspr. Nr. 210 = ZB. 1932, 284).

Aus diesem Nebeneinanderbestehen des Rechts beider Teile

und daß der Fahrer nicht ein Verbot aus dieser Handlungsweise entnehmen könne, auf keinen Fall anschliefen.

Der Nichtbesitz der Wagenpapiere bedeutet für den ordentlichen Fahrer das Verbot, mit dem Wagen Fahrten irgendwelcher Art zu unternehmen, da bekanntlich diese Ausweise immer mitgeführt werden müssen. Es wäre also höchstens diese Frage m. E. darauf abzustellen, ob es sich in dem vorl. Falle um einen Fahrer gehandelt hat, dem der Halter zutrauen konnte, daß er trotz dieses rechtlichen und tatsächlichen Zustandes geeignet war, doch und trotz des bestehenden Verbotes zu fahren. Diese Frage hat aber jedenfalls insofern ihre Beantwortung zu erfahren, als mangels gegenteiligen Ausführungen angenommen werden muß, daß es sich nicht um eine Persönlichkeit handelte, von der man ohne weiteres derartige Handlungen erwarten konnte. Ich kann also annehmen, daß dieses anfänglich erteilte Verbot im Zusammenhang mit dieser Handlungsweise des Halters (Zurückbehalten der Zulassungspapiere) jedenfalls unzweifelhaft so aufzufassen gewesen ist, daß der Wagen nicht ohne den Halter selbst zurückgebracht werden durfte und daß der Halter unter den obwaltenden Umständen mit einer solchen Wirkung seiner durch Wort und Tat versinnbildlichten Handlungsweise rechnen konnte.

Eine andere Frage ist die, ob das weitere Verbleiben des Wagens in der Werkstätte so große Schwierigkeiten bereitet haben würde, daß er unbedingt zurückgeführt hätte werden müssen und daß unter diesen Umständen die oben angeführten Sicherungsmaßnahmen doch nicht als ausreichend zu erachten gewesen seien. Dabei wäre aber immer noch in Betracht zu ziehen, inwieweit dem Halter bekannt war, bzw. hätte bekannt sein müssen, daß solche Umstände vorlagen. Irgendwelche derartige Momente können aber aus den tatsächlichen Feststellungen des Ur. nicht herausgelesen werden. Die Neg. des oberstgerichtlichen Ur. geht ja auch auf derartige Ausführungen gar nicht ein, so daß diese Umstände wohl in der Beurteilung von vornherein ausgeschlossen sind und auch auszuschließen haben.

Dazu könnte auch noch erwähnt werden, daß an und für sich aus dem gesamten Tatbestand kein so besonders gearteter Grund ersichtlich ist, warum gerade dieser Autoschlosser E. allein geeignet und befugt gewesen sein sollte, den Wagen zurückzuführen, und, daß daher der Wille des Halters auch aus diesem Grunde nicht von vornherein unbedingt auf die Zurückführung durch diesen allein abgestellt anzusehen ist.

RA. Dr. Ludwig Lechner, München.

Zu 2. Schon die in ZB. 1932, 255 abgedr. Entsch. des PostSen. des RG., 20 W 8254/31 v. 28. Sept. 1931, ist von Geiershäger in der Ann. daselbst als wertvoller Beitrag zur Lehre aus § 124 ZPO. bezeichnet worden. Die jetzige Entsch. des PostSen. stellt einen weiteren gleichwertvollen Beitrag zur Lösung der in § 124 liegenden Schwierigkeiten dar.

Das Beitreibungsrecht des Armenanwalts, so wie es § 124 regelt,

auf Kostenfestsetzung können sich naturgemäß leicht Schwierigkeiten ergeben, so vor allem dann, wenn, bevor der Armenanwalt sein Recht aus § 124 ZPO. geltend gemacht hat, an die arme Partei gezahlt oder ihr gegenüber aufgerechnet wird.

Wenn auch dem Armenanwalt ein selbständiges Recht verliehen worden ist, so hängt es doch in seiner Existenz untrennbar von dem Erstattungsanspruch der Partei ab.

Ungeachtet der rechtlichen Konstruktion des Rechts aus § 124 ZPO. steht aber trotzdem außer Frage, daß § 124 ZPO. den Armenanwalt gegen einseitige Dispositionsakte der Partei nach Möglichkeit sicherstellen will (so RG.: JW. 1904, 146; Geiershöfer: JW. 1932, 254 Anm.), ohne indes andererseits ein unverzichtbares Schutzrecht des Armenanwalts etwa aus öffentlich-rechtlichen Interessen heraus zu schaffen.

Aus diesen Ermägungen heraus hat der Senat in seinen früheren Entsch. zum Schutze des Armenanwalts bereits anerkannt, daß er durch die von ihm auf den Namen der Partei betriebene Kostenfestsetzung allein seines Rechts aus § 124 ZPO. noch nicht verlustig gehe, daß aber andererseits an der durch sein eigenes Vorgehen — dem das Vorgehen der Partei mit seiner Zustimmung gleichsteht — geschaffenen Rechtslage nicht vorbeizugehen werden kann. Der Senat hält an dem in 20 W 8254/31: JW. 1932, 254) ausgesprochenen Grundsatz, daß der Armenanwalt, wenn er selbst die Kostenfestsetzung für die Partei betrieben hat, die dadurch infolge Tilgung des Erstattungsanspruchs der Partei durch Zahlung oder Aufrechnung gegenüber der armen Partei selbst geschaffene Rechtslage seinem eigenen Recht aus § 124 ZPO. entgegenhalten lassen muß, auch jetzt fest und erkennt dessen Geltung regelmäßig für alle diejenigen Fälle an, in denen die Festsetzung zunächst auf den Namen der Partei durch den Armenanwalt selbst oder doch mit seinem Wissen und Willen betrieben worden ist. Darin liegt mindestens ein — fiktives — Einverständnis dahin, daß die Festsetzung und damit die Beitreibung, erst recht also auch die freiwillige Tilgung des Erstattungsanspruchs der Partei vollkommen auf die Person der Partei selbst abgestellt wird.

Dem entspricht andererseits, daß grundsätzlich irgendwelche Beeinträchtigung des Rechts des Armenanwalts auf eigene Kostenfestsetzung nicht mehr möglich ist, sobald der Armenanwalt von Anfang an die Festsetzung im eigenen Namen betrieben hat.

Dementsprechend hat das OLG. mit Recht schon das Gelingen machen des Rechts des Armenanwalts aus § 124 ZPO. gegenüber der unterliegenden Partei als den maßgebenden Zeitpunkt angesehen, von welchem an das Recht des Armenanwalts selbst nicht mehr beeinträchtigt werden könne. In der Tat können Rechts-handlungen, die die Gegenpartei gegenüber der armen

gehört leider zu den unklarsten Materien, und zwar gerade wegen des Nebeneinanderbestehens der Rechte zweier Anspruchspräsidenten, aus dem sich, wie das RG. mit Recht betont, mit Notwendigkeit Komplikationen ergeben müssen.

Obige Entsch. trägt ganz erheblich zur Klärung der Zweifel bei: Während die Entsch. v. 28. Sept. 1931 denjenigen Tatbestand herausarbeitet, der den Armenanwalt seines Anspruchs aus § 124 ZPO. verlustig gehen läßt, baut die neue Entsch. darauf auf und zeigt denjenigen Tatbestand, dessen Vorhandensein einen solchen Verlust ausschließt. Sie errichtet gleichsam einen Schutzwall zugunsten des Armenanwalts, der ohne sein eigenes Zutun nicht durchbrochen werden kann. Das Charakteristikum beider Entsch. ist das: nur eigenes Verhalten des Armenanwalts kann ihn sein Recht verlieren lassen, gegen seinen Willen kann es ihm nicht verlorengehen, und zwar — das ist das wesentlichste an der Entsch. — selbst dann nicht, wenn infolge eines Vergehens des Urkundsbeamten äußerlich eine Rechtslage geschaffen worden ist, die einen solchen Verlust herbeiführen könnte.

Damit ist in der Tat der Kernpunkt des § 124 ZPO. getroffen. Schutz des Armenanwalts gegen einseitige Dispositionsakte der Parteien einerseits (RG.: JW. 1904, 146), Berücksichtigung der Rechtslage zugunsten der Parteien und insbes. der unterliegenden Partei andererseits. Diesem Grundsatz wird dadurch vollauf Rechnung getragen, daß der Armenanwalt es in der Hand hat, sich sein Recht aus § 124 ZPO. zu erhalten. Damit ist in der Tat das Ziel des § 124 erfüllt.

Der Schwerpunkt obiger Entsch. liegt darin, daß auch nicht etwa der Urkundsbeamte durch Übersehen des geltend gemachten Rechtes des Armenanwalts dieses gefährden kann. Es ist nur folgerichtig, daß ein trotz des Antrags aus § 124 ZPO. versehentlich für die Partei erlassener Kostenfestsetzungsbeschuß nur scheinbar eine die Partei und insbes. die Gegenpartei begünstigende Rechtslage schafft.

Die besondere Schwierigkeit liegt eben darin, daß der Kostenerstattungsanspruch, über den der Kostenfestsetzungsbeschuß sich verhält, ja nicht erst durch diesen Beschuß existent geworden ist. Auch hier wird man aber der von obiger Entsch. gemachten Unterscheidung in den Kostenerstattungsanspruch einerseits und den Anspruch auf

Partei selbst vornimmt, in diesem Falle die eigenen Ansprüche des Armenanwalts nicht mehr berühren.

Hier hatte nun R. v. von Anfang an die Festsetzung im eigenen Namen beantragt. Nur versehentlich ist der Beschuß auf den Namen der Partei ergangen. Der Urkundsbeamte hat dann auch von sich aus diesen Beschuß entsprechend berichtigt. Der Senat hat bereits früher ausgesprochen, daß eine derartige, nach § 319 ZPO. zulässige Berichtigung nicht dadurch gehindert wird, daß vorher bereits der Partei selbst gegenüber Verfügungen in bezug auf den Kostenerstattungsanspruch vorgenommen worden sind. Folgerichtig haben diese Verfügungen dann auch nur einen vermutlichen, infolge Berichtigung jedoch als von Anfang an nicht bestehend festgestellten Anspruch der armen Partei betroffen. Dabei ist unter Anspruch in diesem Sinne nicht der Erstattungsanspruch selbst, der seine Grundlage ja bereits in der Kostenentsch. findet, sondern i. S. des Rechts zur Festsetzung und Beitreibung, wie es § 124 ZPO. dem Armenanwalt neben der Partei gewährt, zu verstehen. Verfügungen über den Erstattungsanspruch der Partei sind also im Falle der mit Recht erfolgten Berichtigung wirkungslos und können insbes. den Erstattungsanspruch des Armenanwalts nicht beeinträchtigen. Hat also die unterliegende Partei im Vertrauen auf einen auf den Namen der armen Partei ergangenen Kostenfestsetzungsbeschuß an diese gezahlt, wird dieser Beschl. aber demnächst mit Recht berichtigt und auf den Namen des Armenanwalts ausgestellt, dann kann die zahlende Partei sich dem Armenanwalt gegenüber nicht darauf berufen, daß sie den Erstattungsanspruch durch Zahlung bereits zum Erlöschen gebracht habe.

(RG., Beschl. v. 25. Nov. 1933, 20 W 9726/33.)

Ver. von OBR. Dr. Gaedeker, Berlin.

*

3. §§ 1, 90 VollstrMaßnVO. v. 26. Mai 1933; § 43 ZwVerfG. Für den neuen Versteigerungstermin nach Verfassung des Zuschlages gemäß § 1 VO. v. 26. Mai 1933 gilt die Frist des § 43 Abs. 1 ZwVerfG.; § 90 VO. v. 26. Mai 1933 ist in diesem Fall nicht anwendbar.

Wenn der Zuschlag gem. § 1 III. Teil VO. v. 8. Dez. 1931 (§ 1 VO. v. 26. Mai 1933) verjagt wird, ist von Amtes wegen ein neuer Versteigerungstermin zu bestimmen. Der Zeitraum zwischen beiden Terminen soll regelmäßig mindestens drei Monate betragen, er darf sechs Monate nicht übersteigen. Diese Frist dient vornehmlich dazu, daß die Beteiligten in Ruhe planmäßige Schritte zur Beschaffung von Erwerbslustigen unternehmen können. Bei Bemessung der Zeitpanne muß zwischen den Belangen des betreibenden Gläubigers und der nachstehenden Berechtigten abgewogen werden (Jonas,

Durchsetzung dieses Erstattungsanspruches andererseits beipflichten müssen. § 124 ZPO. schafft diese Unterscheidung, also muß ihr auch gebührend Rechnung getragen werden.

Daß durch ein Versehen des Urkundsbeamten Regressansprüche entstehen können, liegt auf der Hand: entweder solche des Armenanwalts oder der zahlenden Partei gegenüber dem Fiskus. Das Ergebnis obiger Entsch. ist, daß der Armenanwalt vorgeht, d. h. sein Recht aus § 124 behält und daß die Gegenpartei — außer ihrem praktisch wertlosen Bereicherungsanspruch an die Partei — auf den Regress angewiesen ist. Auch das dürfte durchaus i. S. des § 124 liegen.

Offen bleiben aber noch zwei Fragen: Wie ist es, wenn der Armenanwalt sich nicht rührt, die Partei aber — ohne Wissen des Armenanwalts — die Festsetzung betreibt und der Gegener daraufhin an sie zahlt? Gerade dieser Fall bietet besondere Schwierigkeiten und hart noch der Lösung durch eine Entsch. des KostSen. Zweitens: wieweit muß die ganze Frage der Konkurrenz bereits in der Kostenfestsetzung erörtert und entschieden werden? Wäre es nicht einfacher und rechtlich am klarsten, bezüglich irgendwelcher Einwendungen die Partei auf den Weg des § 767 ZPO. zu verweisen, dem Armenanwalt also in jedem Falle die beantragte Festsetzung aus § 124 zu erteilen? Die genannten Entsch. des RG. geben allerdings indes bereits die Antwort: ist bereits feststellbar, daß der Armenanwalt gegen die unterliegende Partei nicht mehr vorgehen kann, dann entfällt auch bereits die Rechtsgrundlage, das Rechtsschutzinteresse für eine Festsetzung aus § 124 ZPO. auf seinen Namen. Diese Lösung aber ist unbedingt zu begründen. Denn ein doppelter Kostenfestsetzungsbeschuß gefährdet die Rechtssicherheit selbst dann, wenn er nur in der Weise ergeht, daß der ersterklassene, auf den Namen der Partei selbst lautende Beschuß auf den Namen des Armenanwalts umgeschrieben wird. Es erscheint als selbstverständliche Forderung, die Entsch., ob eine solche Gefährdung verhindert werden kann, bereits im Festsetzungsverfahren zu treffen, im Rahmen der Prüfung des Bestehens des Beitreibungsanspruchs des Armenanwalts als der Grundlage für die Anwendung des § 124 ZPO. überhaupt.

R. Kubijsch, Lübben (Spreewald).

Zwangsvollstreckungsnotrecht, 7. Aufl. 1933, § 1 Anm. 8). Hier ist neuer Versteigerungstermin auf den 21. Aug. 1933 bestimmt worden. Der Termin lag etwa drei Monate und eine Woche später als der erste Versteigerungstermin v. 15. Mai 1933. Zwischen dem Termin v. 21. Aug. 1933, der infolge nicht rechtzeitiger Rückkunft der Akten aus dem Beschwerderechtszug nicht abgehalten werden konnte, und dem neuen Termin v. 9. Okt. 1933 liegen sieben Wochen. Die Frist des § 1 W.D. v. 8. Dez. 1931 ist bereits zwischen dem ersten Termin v. 15. Mai 1933 und dem Termin v. 21. Aug. 1933 eingekalkuliert worden, daher durfte der an die Stelle des nicht zustande gekommenen Termins v. 21. Aug. 1933 tretende neue Versteigerungstermin v. 9. Okt. 1933 mit kürzerer Frist anberaumt werden. Die Terminsbestimmung zum 9. Okt. 1933 ist am 2. Sept. 1933, also bloß fünf Wochen vor dem Versteigerungstermin, im Amtsblatt bekanntgemacht worden. Bei der Verlegung von Versteigerungsterminen ist die sechswöchige Frist des § 43 Abs. 1 ZwVerfG. zwischen der Bekanntmachung der Terminsbestimmung in dem nach § 39 ZwVerfG. bestimmten Blatt und dem Versteigerungstermin erneut einzuhalten (Reinhard-Müller, 3./4. Aufl. 1931, § 83 II 7; DKG. Hofmar: R. 1912 Nr. 1720; RWarn. 1914, 266). Da es sich bei dem verlegten Termin aber um einen neuen Versteigerungstermin auf Grund der Vorschr. des § 1 W.D. v. 8. Dez. 1931 handelt, fragt es sich, ob auch in solchem Falle die Frist des § 43 Abs. 1 ZwVerfG. gilt. Wie der Wortlaut des § 1 W.D. v. 8. Dez. 1931 ergibt, kann bei der Anberaumung des neuen Versteigerungstermins ausnahmsweise auch unter die Mindestfrist von drei Monaten heruntergegangen werden (Zonas: ZW. 1931, 3634, 3636 und Zwangsvollstreckungsnotrecht § 1 Anm. 8a, § 7 Anm. 9a). Im allgemeinen wird das VollstrVer. im Falle des § 1 W.D. v. 8. Dez. 1931 den neuen Versteigerungstermin aus Zweckmäßigkeitsgründen erst nach Rechtskraft des Versteigerungsbefchlusses bestimmen, so daß zunächst zwei Wochen nach Verkündung des Versteigerungsbefchlusses abgewartet werden (§§ 96, 98 ZwVerfG.). Die geschäftsmäßige Erledigung des Erlöschens um Veröffentlichung der Terminsbestimmung in dem für die Bekanntmachungen des Gerichts bestimmten Blatte sowie die Veröffentlichung selbst werden sodann einige Zeit, etwa 1—2 Wochen, in Anspruch nehmen. Rechnet man noch die sechswöchige Frist des § 43 Abs. 1 ZwVerfG. zwischen der öffentlichen Bekanntmachung des Termins und dem Versteigerungstermin hinzu, so würde der neue Versteigerungstermin im regelmäßigen Geschäftsgange ungefähr zehn Wochen nach den ersten Versteigerungsterminen stattfinden. Die in § 1 W.D. v. 8. Dez. 1931 zugelassene Verkürzung der Fristspanne von drei Monaten zwischen beiden Versteigerungsterminen hätte also keine große Bedeutung, wenn nicht zugleich damit stillschweigend eine Verkürzung der Frist des § 43 Abs. 1 ZwVerfG. zugelassen wäre. Es kann darum in der Tat zweifelhaft sein, ob nicht der Gesetzgeber mit der in Ausnahmefällen vorgesehenen Verkürzung der Frist von drei Monaten zugleich eine Verkürzung der Frist des § 43 Abs. 1 ZwVerfG. beabsichtigt hat, so daß die Nichterhaltung der Frist des § 43 Abs. 1, wenn besondere Umstände für das Heruntergehen unter die Mindestfrist des § 1 vorliegen, keinen Grund zur Verjagung des Zuschlages nach § 83 Nr. 7 ZwVerfG. darstellen würde. Solche besonderen Verhältnisse würden im vorl. Falle gegeben sein, weil der Zwischentermin v. 21. Aug. 1933 durch zufällige, im behördlichen Geschäftsgange begründete Umstände weggefallen war und dadurch eine über die ursprüngliche Absicht des VollstrVer. hinausgehende Frist zwischen den beiden Versteigerungsterminen gewährt worden ist. Wenn aber der Wille des Gesetzgebers wirklich dahin gegangen wäre, unter Umständen die Frist des § 43 Abs. 2 ZwVerfG. zu verkürzen, so wäre zur Vermittlung von Zweifeln mit Rücksicht auf die zweiwöchige Frist des § 43 Abs. 2 ZwVerfG. eine Best. darüber geboten gewesen, wie weit die Frist des § 43 Abs. 1 verkürzt werden darf und ob die Frist des § 43 Abs. 2 unberührt bleibt. Beim Fehlen einer solchen Best. (vgl. den durch W.D. v. 14. Juni 1932 [RWBl. I, 285] eingeführten § 9a) in § 1 W.D. v. 8. Dez. 1931 ist nicht mit Sicherheit zu schließen, daß § 1 W.D. v. 8. Dez. 1931 in Ausnahmefällen ein Heruntergehen unter die Frist des § 43 Abs. 1 ZwVerfG. gestattet. Die Frist des § 43 Abs. 1 ZwVerfG. ist daher im Falle des § 1 W.D. v. 8. Dez. 1931 (§ 1 W.D. v. 26. Mai 1933) nicht als aufgehoben anzusehen.

Es bleibt noch zu prüfen, ob eine Verkürzung der Frist des § 43 Abs. 1 ZwVerfG. im Falle des § 1 W.D. v. 8. Dez. 1931 (§ 1 W.D. v. 26. Mai 1933) auf § 9c a. a. O. gestützt werden kann. § 9c ordnet bei der Fortsetzung eines einstweilen eingestellten Verfahrens die Anberaumung des Versteigerungstermins mit einer Frist von nicht mehr als sechs Wochen seit Terminsberaumung, mindestens mit so langer Frist an, daß zwischen der Bekanntmachung des Termins und dem Termin zwei Wochen liegen. § 9c läßt also die Verkürzung der Frist des § 43 Abs. 1 ZwVerfG. bis auf zwei Wochen zu. § 9c gilt für alle Arten der einstweiligen Einstellung, auch für Fälle der Ergebnislosigkeit der Versteigerung gem. §§ 77 Abs. 1, 86 ZwVerfG. (Zonas, § 9 Anm. 2; W. I Berlin: ZW. 1932, 3218). Die Verjagung des Zuschlages bei Nichterreichung der 7/10-Grenze durch das Meistgebot hat zwar in ihrer Wirkung gewisse Ähnlichkeit mit der einstweiligen Einstellung (vgl. § 86 ZwVerfG.),

ist aber nicht als Fall der einstweiligen Einstellung aufzufassen (Zonas § 1 Anm. 8 und ZW. 1932, 1947; Fischer: ZW. 1932, 1957). Die unmittelbare Anwendung des § 9c ist daher nicht anständig. Die Vorschr. des § 9c will zugunsten des betreibenden Gläubigers das Hinauszögern eines Verfahrens vermeiden, das bereits durch die vorangegangene einstweilige Einstellung einen Aufschub erfahren hat. Zu diesem Zweck soll die Versteigerung nicht später als sechs Wochen nach der Anberaumung des Termins stattfinden. Eine notwendige Folge der im § 9c Satz 1 bestimmten Frist von sechs Wochen zwischen Terminsberaumung und Termin ist die Verkürzung der sechswöchigen Frist des § 43 Abs. 1 ZwVerfG., wie sie § 9c Satz 2 vorsieht. § 1 dagegen hat die in seinem Fall in Betracht kommenden Fristen zwischen den beiden Versteigerungsterminen in besonderer, von § 9c abweichender Weise geregelt. Die in den Fällen des § 9c geltenden Rechtsfristen können deshalb auf den besonderen Fall des § 1 nicht übertragen werden. Die Erwägung, daß noch in anderen Fällen, als denen der einstweiligen Einstellung eine Beschleunigung des durch Schutzmaßnahmen der W.D. v. 26. Mai 1933 verzögerten Verfahrens zur Vermeidung einer Schädigung des betreibenden Gläubigers angebracht ist, kann allein die Anwendung des § 9c im Falle der Verjagung des Zuschlages nach § 1 W.D. vom 26. Mai 1933 nicht rechtfertigen.

(RG., 12. ZivSen., Beschl. v. 29. Nov. 1933, 12 W 9397/33.)

Ver. von RGR. Dr. Winkler, Berlin.

Düsseldorf.

4. Durch die Unterzeichnung der einem Vertragsgegner übersandten Lieferungs- und Zahlungsbedingungen des Rheinisch-Westfälischen Kohlsyndikats kommt ein Dauervertrag zustande, der das Syndikat zum Abschluß von Einzelverträgen verpflichtet. †)

Der Kl., der als Lehrer a. D. ein Ruhegehalt von etwa 200 RM bezieht, betreibt seit August 1930 in L. einen Kohlenhandel. Die Bekl. ist die Verkaufsgesellschaft des Rheinisch-Westfälischen Kohlsyndikats für den Bezirk Rheinland und Westfalen, zu dem auch L. gehört.

Im März 1932 trat der Kl. mit der Bekl. in Verhandlungen ein, um von ihr für sein Geschäft mit Brennstoffen von den Zechen des Rheinisch-Westfälischen Kohlsyndikats beliefert zu werden. Die Bekl. teilte dem Kl. am 11. März 1932 schriftlich mit, sie sei „bereit“, ihn gegen Vorkasse zu beliefern, behalte sich aber im Falle der Weiterveräußerung seines Geschäftes die Belieferung seines Nachfolgers vor. Mit demselben Schreiben übersandte sie dem Kl. ihre Lieferungs- und Zahlungsbedingungen mit der Aufforderung, diese ohne Vorbehalt an sie unterschrieben zurückzusenden. Nachdem der Kl. diesem Verlangen entsprochen hatte, führte die Bekl. einige Bestellungen des Kl. aus.

Mit Schreiben v. 22. März 1932 teilte sie dem Kl. jedoch mit, daß sie ihn in Zukunft nicht mehr beliefern werde, da die Voraussetzung für seine Zulassung zu einer Geschäftsverbindung mit ihr sich nach nochmaliger Prüfung nicht als gegeben herausgestellt hätten.

Am 29. April 1932 bestellte der Kl. Schnuß-Kohlen der Zechen Zentrum-Morgensonne in B. Der Kl. klagte mit Erfolg auf Lieferung. 1. Durch den Brief der Bekl. v. 11. März 1932 und durch die Annahme der Lieferungs- und Zahlungsbedingungen der Bekl. durch den Kl. ist zwischen den Parteien ein Vertrag zustande gekommen, wonach die Bekl. verpflichtet ist, auf Verlangen des Kl. die in dessen Geschäft benötigten Brennstoffe gemäß ihren allgemeinen Lieferungsbedingungen zu liefern. Zwar läßt die Anbahnung einer Geschäftsverbindung und die Unterbreitung einer Partei unter die Lieferungs- und Zahlungsbedingungen der anderen im allgemeinen

Zu 4. Die Entsch. ist klar durchdacht und befriedigt im Ergebnis.

1. Die Frage, ob die Bekl. als Monopolinhaberin einem Kontrahierungszwang unterliegt, bleibt dahingestellt, weil das Gericht auf anderem Wege hilft. Sie ist für die Aufnahme der Geschäftsbeziehung mit dem Kl. zu verneinen. Zwar grenzt das, was das Gericht über die Rolle der Bekl. im Kohlenhandel ihres Bezirkes feststellt, nahe an ein tatsächliches Monopol. Aber selbst wenn man daraus eine Pflicht zum Vertragsabschluß herleitet, was das RG. bisher nur zögernd mitmacht, bleibt zu untersuchen, wer auf der anderen Seite berechtigt sein soll. Gewiß, jeder Verbraucher für seinen Bedarf. Aber nicht auch jeder Händler in beliebigen Mengen zum Weiterverkauf. Der Produzent oder Großhändler kann ein vernünftiges wirtschaftliches Interesse daran haben, die Zahl der Zwischenhändler zu beschränken, ohne damit die Verbraucher zu schädigen. Kein falsch angebrachter Gleichheitsgrundsatz sollte ihm das Recht nehmen, nach seinem Belieben Auswahl unter ihnen zu halten. Niemand soll einen Kohlenhandel aufnehmen dürfen im Vertrauen darauf, daß er einen Anspruch auf Belieferung gegen die Verkaufsgesellschaft des Syndikats habe.

2. Das Gericht will im vorl. Falle der Bekl. das Recht der Auswahl nicht verkürzen. Aber es will sie an der einmal getroffenen Wahl festhalten. Hat sie zu liefern begonnen und dem Kl. damit die

nach keine bindenden vertraglichen Beziehungen zur Vornahme derartiger Geschäfte entstehen. In der Regel steht es vielmehr den beteiligten Parteien frei, innerhalb der durch die Lieferungs- und Zahlungsbedingungen festgesetzten Normen demnächst Einzelverträge abzuschließen (RG. 58, 155). Die zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen gehen aber über derartige allgemeine Forderungen hinaus. Die Bekl. hat dem Kl. nicht nur ihre Lieferungs- und Zahlungsbedingungen überandt, sondern sie hat diesem gegenüber ausdrücklich ihre Lieferungsvereinbarung erklärt. Dieser Erklärung kommt in Anbetracht der im Kohlenhandel bestehenden wirtschaftlichen Verhältnisse und bei der wirtschaftlichen Stellung der Bekl. eine besondere Bedeutung zu. Es mag zutreffend sein, daß man diese Stellung der Bekl. nicht als ein tatsächliches Monopol bezeichnen kann, da immerhin die Möglichkeit besteht, Brennstoffe aus anderen Kohlengebieten zu beziehen. Dies ist aber immer mit mehr oder weniger großen Schwierigkeiten verbunden, so daß insbes. für die Lieferung von Koks praktisch nur die Bekl. in Betracht kommt, da Aushokks, wie gerichtsbekannt ist, als der beste gilt und von den Verbrauchern vorgezogen wird. Die Bekl. nimmt daher als alleinige Verkaufsgesellschaft des Rheinisch-Westfälischen Kohlenyndikats eine derartige überragende wirtschaftliche Stellung ein, daß im Bezirk Rheinland und Westfalen ein Kohlenhandel ohne eine Geschäftsverbindung mit ihr nur unter erheblichen Schwierigkeiten bestehen kann. Für den Kl. handelte es sich also bei der Anfrage an die Bekl. darum, die Grundlage seiner wirtschaftlichen Existenz zu gestalten und zu sichern. Wenn die Bekl. sich unter diesen Umständen bereit erklärte, den Kl. zu beliefern, so ist darin die Bereitwilligkeit zu erblicken, dem Kl. die Möglichkeit zu geben, sein Geschäft auf der Grundlage einer Geschäftsbeziehung mit der Bekl. aufzubauen und dauernd zu erhalten. Der Kl. mußte daher die Erklärung der Bekl. nicht nur als eine allgemeine, nicht verpflichtende Lieferungsvereinbarung, sondern als bindenden Vertragsabschluss auffassen. Daß die Bekl. selbst bei den Beziehungen zu ihren Abnehmern mit einem verbindlichen Charakter dieser Beziehungen rechnet, ergibt sich aus ihren Lieferungs- und Zahlungsbedingungen, in denen in § 7 eine Vertragsstrafe für anderweitigen Brennstoffbezug seitens ihrer Abnehmer sowie der Rücktritt vom Vertrage vorgesehen ist und in denen in § 12 von der „Vertragszeit“ die Rede ist. Diese Bestimmungen wären unverständlich, wenn sie nicht von bindenden vertraglichen Beziehungen zwischen den Parteien ausgingen. Es ist in keiner Weise ersichtlich, daß sich diese Bestimmungen nur auf die besonderen Jahreslieferungsverträge beziehen, wie die Bekl. ausführt. Es fehlt auch nicht an der nötigen Bestimmtheit des Vertragsinhaltes. Dieser Vertrag ist zwar nicht als ein Vorvertrag im gewöhnlichen Sinne des Wortes anzusehen, sondern als ein Dauervertrag, der in rechtlicher Beziehung etwa dem Wasser-, Gas- und Elektrizitätsbezugsvertrag gleichzustellen ist. Man kann deshalb einem solchen Abnahmevertrag nicht, wie das LG. es tut, als unverbindlich bezeichnen, weil die zu liefernde Menge nicht näher bestimmt sei. Die Preise der zu liefernden Brennstoffe ergeben sich aus den allgemein zugänglichen Preislisten des Rheinisch-Westfälischen Kohlenyndikats; die zu liefernden Brennstoffsorten sind aus den von den Zeichen des Rheinisch-Westfälischen Kohlenyndikats hergestellten Erzeugnissen auswählbar und die Menge der benötigten Brennstoffe ist nach dem jeweiligen Bedarf des Kl. gem. §§ 315, 316 BGB. in hinreichendem Maße bestimmbar.

Der Kl. kann daher grundsätzlich die Lieferung einer bestimmten Brennstoffmenge verlangen, auch ohne daß es vorher zum Abschluß eines Einzelvertrages gekommen ist. Es mag zwar richtig sein, daß die Bekl. auch auf ein Jahr laufende Einzelverträge über bestimmte Brennstoffmengen mit ihren Abnehmern abzuschließen pflegt. Diese Verträge sind jedoch hinsichtlich der Mengen für die Abnehmer nicht

Einrichtung seines Geschäftsbetriebs ermöglicht, so soll sie sich nur noch aus wichtigem Grund zurückziehen dürfen. Das ist der Grundgedanke der Entsch. Er entpricht dem gesunden Bestreben, eine rückstandslose Ausübung wirtschaftlicher Übermacht zu verhindern. Da sich beide Parteien darüber klar sein mußten, daß die wirtschaftliche Existenz des Kl. von der Lieferbereitschaft der Bekl. abhing, darf die einmal erklärte Bereitschaft fortan nicht einfach im Belieben der Bekl. stehen. Es ist auch richtig, diese Bindung der Bekl. nicht auf einen aus § 826 abgeleiteten Kontrahierungszwang, sondern auf einen besonderen, durch Abgabe der Bereitschaftserklärung abgeschlossenen Vertrag mit dem Kl. zu stützen. Denn damit wird die Bedeutung dieser Erklärung ins rechte Licht gerückt: die Bekl. kann in ihr die näheren Bedingungen ihrer Bereitschaft festlegen, etwa eine bestimmte Dauer oder bestimmte Kündigungsgründe einfügen, und sie kann diese Bedingungen, anders als bei einem gegenüber allen bestehenden Kontrahierungszwang, dem jeweiligen Einzelfall anpassen. Schließlich muß ihr auch unverwehrt bleiben, eine solche Bindung von vornherein ausdrücklich auszuschließen.

3. Die Denkform eines derartigen, vor und unabhängig von den einzelnen Lieferungsverträgen bestehenden Grundvertrages, aus dem die Verpflichtung zum Abschluß der Einzelverträge erwächst, ist der Dogmatik schon bisher geläufig. Er erlischt nicht wie ein Vorvertrag mit

verbindlich, da diese, wie die vorgelegten Musterverträge v. 6. April 1933 zeigen, nur im Rahmen ihres jeweiligen Bedarfs zur Abnahme verpflichtet sind. Diese Verträge erfüllen offenbar nur den Zweck, der Bekl. eine annähernd genaue Übersicht über ihren jeweiligen Monatsbedarf zu verschaffen. Der Abschluß eines zeitlich unbegrenzten Dauervertrages ist durch diese Gepflogenheit der Bekl. nicht ausgeschlossen. Die Lieferungsverpflichtung der Bekl. bezieht sich aber nur ganz allgemein auf Brennstoffe von den Zeichen des Rheinisch-Westfälischen Kohlenyndikats und nicht auf die von einer bestimmten Zeche geförderten Kohlen; gemäß den Lieferungs- und Zahlungsbedingungen hat der Kl. nur Anspruch auf Erzeugnisse des Rheinisch-Westfälischen Kohlenyndikats.

Da bereits auf Grund des Schreibens v. 11. März 1932 eine allgemeine Lieferungsverpflichtung der Bekl. besteht, kann es dahingestellt bleiben, ob die Bekl. eine Monopolstellung einnimmt und aus diesem Grunde einem Vertragsabschlusszwang unterliegt.

2. Die von der Bekl. vorsorglich vorgenommene Aufsehung des Vertrages und dessen Kündigung aus wichtigem Grunde ist ungerechtfertigt. (Wird näher ausgeführt.)

(OLG. Düsseldorf, Art. v. 26. April 1933, 2 U 233/32.)

Eingef. von M. Seidel, Remscheid-Remnep.

Hamburg.

5. § 606 BPD. In Deutschland ist die Scheidung zwischen einer Deutschen und einem Griechen in Deutschland geschlossenen Ehe (die in Deutschland gültig, in Griechenland nichtig ist) trotz ausländischen Wohnsitzes des Ehemannes möglich.

Die Parteien haben sich am 21. März 1925 vor dem Standesbeamten in Hamburg miteinander verheiratet. Der Bekl. war und ist Grieche, die Kl. war bei der Eheschließung Deutsche. Die Kl. wohnt in Hamburg, der Bekl. in Griechenland. Der letzte inländische Wohnsitz der Parteien war Hamburg. Dort hatten die Parteien nach ihrer Eheschließung zunächst gewohnt. Später sind sie nach Griechenland übergesiedelt, wo der Bekl. geblieben ist, während die Kl. mit ihren Kindern später nach Hamburg zurückgekehrt ist. Die Kl. verlangt mit der Klage Scheidung der Ehe wegen Zerrüttung, weil sich der Bekl. seit Jahren nicht um seine Familie gekümmert habe. Die Zuständigkeit des LG. Hamburg leitet sie daraus her, daß die Ehe nach deutschem Recht gültig geschlossen sei, nicht aber nach griechischem Recht, weil es an einer ordnungsmäßigen Trauung durch einen Popen fehle. Das LG. hat die Klage wegen örtlicher Unzuständigkeit abgewiesen. Der Bekl. hat sich in beiden Instanzen nicht vertreten lassen.

Das HanfOLG. hat die Ehe der Parteien geschieden und den Bekl. für den schuldigen Teil erklärt.

Entgegen der Entsch. des LG. war das LG. Hamburg für die Entsch. über die angestrebte Scheidung als örtlich zuständig anzusehen. Da sich die Form einer in Ausland geschlossenen Ehe gemäß Art. 13 Abs. 3 EGVGB. ausschließlich nach den deutschen Gesetzen bestimmt und die Parteien die Ehe in Hamburg vor dem Standesbeamten geschlossen haben, ist die Ehe nach deutschem Recht ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit der Parteien gültig geschlossen. Dagegen ist die Ehe nach griechischem Recht ungültig, weil der Bekl. bei der Eheschließung Grieche und griechisch-orthodoxen Bekenntnisses war und die Ehe nicht ordnungsmäßig vor einem Popen geschlossen ist (Staudinger-Naape, Ann. IC, Abs. 3, S. 248, zu Art. 13 und Ann. F II 4, S. 399, zu Art. 17 EGVGB.). Es liegt danach ein Fall des sog. matrimonium claudicans vor (Staudinger-Naape a. a. O. S. 399). Kl. hat die deutsche Staatsangehörigkeit verloren, jedoch die griechische nicht erworben, ist also staatenlos geworden

Abschluß des Hauptvertrages, sondern geht neben den Einzelverträgen her und überdauert sie (vgl. dazu RG.: LZ. 1911, 379; RG. 78, 385 = LZ. 1912, 457⁴; Roth, Der Vorvertrag S. 144 ff., 157, 292; neuerdings Kaufing in Kabeitz, Sonderh. 1932 zum Haager Kongreß für Rechtsvergleichung, der den Kreditöffnungsvertrag in diese Kategorie einreicht). — Allerdings enthält das Eingehen einer Geschäftsverbindung und die schlichte Einigung über die Geschäftsbedingungen in der Regel noch keine solche Verpflichtung. Aber sie kann daraus entstehen. Im vorl. Falle, wo die Bindung aus dem geschilderten Sachverhalt folgt, hätte die Bekl. zweckmäßigerweise darüber in ihrer Bereitschaftserklärung oder den Lieferbedingungen genauere Vorshr. getroffen. Da sie fehlen, muß der Inhalt des Vertrages mit dem Verzicht aus den Umständen ergänzt oder nach § 315 BGB. nachträglich festgesetzt werden. Mifflig ist, daß dem Vertrag eine zeitliche Begrenzung fehlt. Doch muß eine Änderung der Wirtschaftslage, die der Bekl. die Fortsetzung der Lieferungen nicht zumutbar macht, diese auch zur Kündigung berechtigen. Überhaupt darf der „wichtige Grund“ nicht allzu engherzig gefaßt werden; neben dem Interesse des Kl. an der Erhaltung seiner Existenzgrundlage ist auch das der Bekl. daran zu berücksichtigen, in ihrer notwendigen wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit nicht übermäßig gehemmt zu werden.

Verf. Dr. Ludwig Kaiser, Berlin.

(Staudinger-Raape a. a. D. S. 248, 399). Die Ehe wird also in Deutschland als wirksam, in Griechenland als unwirksam angesehen. Daß keine ordnungsmäßige Trauung durch einen Popen stattgefunden hat, ergibt sich aus den glaubwürdigen Erklärungen der Kl. Sie hat angegeben, auf Wunsch ihrer Mutter seien die Parteien i. J. 1928 allerding in Calamata in Griechenland durch einen angeleglichen Popen getraut. Da aber der Bekl. sich immer sehr gegen eine kirchliche Trauung gestäubt habe, die Trauung auch nicht in der Kirche, sondern in ihrer Wohnung stattgefunden habe und ihres Wissens über die Trauung keinerlei Bescheinigung erteilt sei, müsse sie annehmen, daß die Person, durch die sie getraut seien, überhaupt kein Popen gewesen sei und der Bekl. nur eine Scheintrauung in die Wege geleitet habe, um ihre Mutter zu beruhigen. Das erschien dem Gericht glaubhaft. Bei dieser Sachlage ist das LG. Hamburg unter entsprechender Anwendung des § 606 Abs. 3 ZPO. für die Scheidungsklage der Kl. örtlich zuständig. Wenn dort die Zuständigkeit der deutschen Gerichte nur für die Nichtigkeits- und Anfechtungsklage angeordnet ist, so beruht das darauf, daß sich die Gültigkeit der Eheschließung, wenn nur einer der Verlobten ein Deutscher ist, gemäß Art. 13 Abs. 1 EGVGB. nach deutschem Recht richtet und daher der ehemalige Deutsche unter allen Umständen die Möglichkeit gegeben werden soll, die Gültigkeit der Eheschließung durch deutsche Gerichte nachprüfen zu lassen; für die Scheidungsklage besteht hierzu kein Anlaß, weil sich die Scheidung in erster Linie in solchen Fällen nach ausländischem Recht richtet (Art. 17 Abs. 1 EGVGB.) und daher die ehemalige Deutsche sich an die ausländischen Gerichte wenden kann, die dann nach ihrem Recht entscheiden (vgl. Die Materialien zur ZPO., 1898, S. 37—38 zu § 568 des Entw., der dem jetzigen § 606 ZPO. entspricht). Die Gründe, die für den Ausschluß der Scheidungsklage im Falle des Abs. 3 maßgebend waren, treffen hier aber nicht vollen Umfang zu, weil hier für die Kl. keine Möglichkeit besteht, sich wegen der Scheidungsklage an die griechischen Gerichte zu wenden; denn diese sehen ja die Eheschließung als ungültig an, können also die Ehe auch nicht scheiden. Besteht man der Kl. also nicht das Recht zu, im Inlande auf Scheidung zu klagen, so besteht für sie überhaupt keine Möglichkeit, die Ehe zur Auflösung zu bringen, während der Bekl. in Griechenland neu heiraten kann (Staudinger-Raape S. 248). Hier greift aber der höhere dem § 606 Abs. 3 ZPO. zugrunde liegende Rechtsgedanke ein, nämlich der Schutz der ehemaligen Deutschen, die einen Ausländer geheiratet hat. So gut wie ihr der Schutz der inländischen Gerichte zur Verfügung gestellt wird, wenn sie die nach deutschem Recht zu beurteilende Gültigkeit der Ehe nachgeprüft haben will, muß ihr dieser Schutz im Falle des § 606 Abs. 3 ZPO. auch dann zur Seite stehen, wenn sie die Scheidung einer Ehe verlangt, die, wenn nach ausländischem Recht gültig, im Ausland geschieden werden könnte, die aber im Ausland nicht geschieden werden kann, weil ihr das ausländische Recht im Gegensatz zum deutschen Recht die Anerkennung überhaupt versagt. In einem solchen Falle muß der zweite Leitzgedanke des § 606 Abs. 3 ZPO. zurücktreten, daß die deutschen Gerichte mit der Scheidung von Ehen, die wegen der Scheidung dem

ausländischen Recht unterstehen, nichts zu tun haben sollen, wenn der Ehemann keinen allgemeinen Gerichtsstand im Inlande hat. Hier muß unter entsprechender Anwendung des § 606 Abs. 3 ZPO. das deutsche Gericht auch für die Scheidungsklage zuständig sein, und zwar das LG. Hamburg als Gericht des letzten inländischen Wohnsitzes.

Da die Scheidungsklage begründet ist, ohne daß es dazu noch einer weiteren Verhandlung bedarf, bedurfte es keiner Zurückverweisung, sondern die Scheidung konnte vom BG. ausgesprochen werden (§ 538 ZPO.). Die Scheidung ist nach § 1568 BGB. wie auch nach Art. 5 des griechischen Gesetzes v. 24. Juni 1920 über die Ehescheidung (Bergmann, Ehescheidung, Ab. II S. 207) begründet, weil der Bekl. durch schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses verschuldet hat, daß der Kl. die Fortsetzung der Ehe nicht zugemutet werden kann.

(LG. Hamburg, Urt. v. 25. Okt. 1933, Bf V 200/33.)

Ber. von R. Dr. L. Grisebach, Hamburg.

Riel.

6. § 13 Abs. 3 RVGebD. Die Vergleichsgebühr ist auch dann zuzubilligen, wenn der Vergleich unter Widerruf abgeschlossen wird oder bei Vorbehalt des Rücktritts, auch wenn Widerruf oder Rücktritt tatsächlich erfolgen. f)

Es handelt sich um die in Schrifttum und Rpr. streitige Frage, ob dann, wenn ein Vergleich unter Vorbehalt des Widerrufs abgeschlossen ist und alsdann der Widerruf erklärt wird, die Vergleichsgebühr des Anwalts zur Entstehung gelangt. Die Frage ist u. a. bejaht vom RG., 20. ZivSen., v. 24. Okt. 1932, 20 Wc 175/32 (Just. BerwBl. 1932, 61); ferner RG., 20. ZivSen., v. 16. Febr. 1933, 20 W 1639/33 (Bürbl. 1933, 141); RG., 20. ZivSen., v. 8. Juni 1931, 20 W 5704/31 (Bürbl. 1931, 195); OLG. Celle, 1. ZivSen., v. 19. April 1932, 1W 91/32; OLG. Hamm, 10. ZivSen., vom 11. April 1932, 10 W 89/32; OLG. Stuttgart, v. 6. Juni 1930, W 373/30 (RWB. 1930, 2809), sowie vom erk. Sen. in der Entsch. v. 9. Juli 1931, 2a W 161/31. Auf den entgegengesetzten Standpunkt haben sich u. a. das OLG. Königsberg, 6. ZivSen., v. 4. Febr. 1933, 6 W 13/33 sowie das OLG. Berlin: JW. 1933, 2235 (vgl. auch HöchstRspr. 1933, 889) gestellt. Diese Entsch. sind u. a. gebilligt von R. Dr. Friedlaender (Fußnote JW. 1931, 1077 zu Nr. 13), sowie von Friedlaender, RVGebD., 9. Aufl., S. 292; Willenbücher, Deutsche RVGebD., 11. Aufl., S. 301 u. v. Baumbach, RVGebD., Ann. 5 zu § 13. Der Sen. hat gleichwohl trotz der entgegenstehenden Bedenken an seinem bisherigen Standpunkt festgehalten und ist nach wie vor der Ansicht, daß die Vergleichsgebühr auch bei einem widerrufenen Vergleich zur Entstehung gelangt ist.

Ob die Vergleichsgebühr auch dann zuzubilligen ist, wenn die Parteien einen Vergleich in der Weise abschließen, daß sie sich die Erklärung vorbehalten, ob der Vergleich als geschlossen gelten soll oder nicht, wenn es sich also um das Hinzufügen einer auf-

der Höhe nach beeinflussen kann, handelt es sich um einen Gesichtspunkt, der entsprechend auch für alle andern Gebühren gilt und nicht typisch für die Vergleichsgebühr ist.

Da der Anwalt nicht den Vergleich, sondern seine Arbeit zwecks Vergleichsabschluss vergütet erhält, lautet § 13 Ziff. 3 a. a. D. auch nicht dahin, daß die Gebühr entsteht für die Mitwirkung bei einem Vergleich, „durch welchen der Prozeß beigelegt wird“, sondern für die Mitwirkung bei einem „zur Beilegung eines Rechtsstreits“ abgeschlossenen Vergleichs. Es genügt daher ein Vergleich der Prozeßparteien in der Absicht geschlossen, dadurch den Prozeß zu beenden, eine tatsächliche Beilegung des Rechtsstreits wird ausdrücklich nicht gefordert. Es kommt nicht darauf an, ob die Parteien mit dem Vergleich den gewünschten Zweck erreichen oder nicht. Sobald zur Beilegung des Rechtsstreits von den Parteien ein Vergleich abgeschlossen ist, erwächst dem Anwalt der Anspruch auf Vergleichsgebühr gegenüber seinem Auftraggeber. Dieser ist nunmehr ein vollkommen neuer und selbständiger Anspruch auf Dienstlohn zwischen andern Kontrahenten. Für den Anspruch hat der Vergleich nur zeitliche Wirkung; die weiteren Schicksale des Vergleichs haben auf die Vergleichsgebühr keinen Einfluß mehr.

Ist der Vergleich nichtig, so kann die Vergleichsgebühr nicht entstehen, weil kein Vergleich zustande gekommen ist. Es fehlt an der gesetzlichen zeitlichen Voraussetzung, welche der Vergleichsgebühr zur Entstehung verhilft.

Im übrigen läßt jeder Vergleich zur Beilegung des Rechtsstreits die Vergleichsgebühr entstehen, denn das Gesetz schränkt diese Vergleiche in keiner Beziehung ein. Ein solcher Vergleich ist deshalb im Moment des Abschlusses auch ein anfechtbarer Vergleich, wenn er der Beilegung des Rechtsstreits dienen soll. Mit Abschluß eines solchen Vergleichs entsteht die Vergleichsgebühr als selbständiger Anspruch aus dem Dienstvertrage, der weiter nichts mit den Beziehungen der Prozeßparteien zu tun hat.

Zieht eine Prozeßpartei den Vergleich mit Erfolg an, dann wird

Zu 6. Die Entsch. ist zutreffend.

Die Anwaltsgebühren der RVGebD. stehen dem Anwalt nach § 1 für die Berufungstätigkeit zu, sind daher Dienstlohn (RWB. 75, 105 = JW. 1911, 209). Dieser Dienstlohn setzt sich aus einzelnen Pauschalvergütungen zusammen, deren Entstehung an rein äußerliche, möglichst eindeutig erkennbare Umstände geknüpft ist. So entsteht die Prozeßgebühr mit der Einreichung der Klage, die Verhandlungsgebühr mit Verlesung des Auftrages im Termin, die Vergleichsgebühr mit Abschluß des Vergleichs, die Beweisgebühr mit Beginn der Vertretung in dem prozessual scharf begrenzten Beweisverfahren. Für die Höhe der Gebühr kommt es nicht mehr auf die Tätigkeit des Anwalts nach Umfang und Schwierigkeit an, aber es wird diese Tätigkeit pauschal vergütet, nicht die Tatsache, daß die einzelnen Entstehungsumstände eingetreten sind.

Regelmäßig liegt der Entstehungsumstand für die einzelne Gebühr am Beginn der einzelnen Tätigkeit. Insbes. gilt das für die Gebühren des § 13 Ziff. 1, 2 u. 4 RVGebD. Nur in § 13 Ziff. 3 a. a. D. ist der Entstehungsumstand an das Ende der Tätigkeit verlegt, d. h. die Vergleichsgebühr entsteht erst mit Abschluß des Vergleichs. Der Anwalt erhält aber trotzdem nicht eine Prämie dafür, daß ein Vergleich abgeschlossen ist, sondern Vergütung für seine Dienste zwecks Herbeiführung des Vergleichs. Die Vergleichsgebühr bleibt Dienstlohn und ist nicht etwa ausnahmsweise ein Werklohn oder gar ein Maklerlohn usw. Wenn der Gesetzgeber die Vergleichsgebühr ausnahmsweise am Ende der Tätigkeit entstehen läßt, so erklärt sich dieses damit, daß der Beginn einer auf Vergleich hinzielenden Tätigkeit keineswegs immer mit Sicherheit zu bestimmen ist und ein in allen Fällen eindeutiger Vorgang festzulegen war, der sich aus den Gerichtsakten ergibt. In allen Fällen treffen hier aber nur der früheste und der späteste Zeitpunkt, der Abschluß des Vergleichs, zusammen.

Es kommt deshalb auch für die Vergleichsgebühr nicht auf den Inhalt des Vergleichs an. Soweit dessen Inhalt die Vergleichsgebühr

schiebenden Bedingung handelt, steht nicht zur Entsch. und mag dahingestellt bleiben. Wenn aber der Vergleich unter Widerruf abgeschlossen wird oder wenn sich die Parteien den Rücktritt vom Vergleich vorbehalten, dann sind beide Fälle zwar materiell-rechtlich verschieden zu behandeln; kostenrechtlich besteht aber zwischen ihnen kein Unterschied. In beiden Fällen liegt der Fall anders als bei einem aufschiebend bedingten Vergleich. In beiden Fällen liegt es jedenfalls im Ergebnis rechtlich wie bei einem Vergleich, dem eine auflösende Bedingung hinzugefügt ist. Das ist im Gegensatz zu Friedlaender und Willen häufiger anzunehmen. Der Vergleich ist in solchen Fällen jedenfalls vorläufig endgültig abgeschlossen, und es bedarf erst einer neuen Tätigkeit der Parteien, um ihn wieder in Wegfall zu bringen. Die Voraussetzungen des § 13 Ziff. 3 RV-GebD. sind in solchem Fall erfüllt. Das Gesetz gewährt dem Kl. die Vergleichsgebühr für seine mit der Vergleichstätigkeit verbundene Mithewaltung, nicht aber dafür, daß der Rechtsstreit durch den Vergleich mit dem Erfolge beigelegt ist, daß es bei dem Vergleich verbleibt. Die Vergleichsgebühr ist insoweit keine Erfolgsgebühr, also nicht als Gebühr unter dem Gesichtspunkte eines Werkvertrages, sondern, wie alle Handlungen des Kl., lediglich unter dem Gesichtspunkte des Dienstvertrages zu betrachten. Schon für seine Tätigkeit, die in der Mitwirkung beim Vergleich besteht, entsteht die Vergleichsgebühr.

Die theoretische Möglichkeit, daß bei dieser Auffassung eine Vergleichsgebühr mehrmals im Laufe des Prozesses zur Entstehung gelangt, wird durch § 25 RVG. ausgeschlossen, in dem ausdrücklich bestimmt ist, daß jede der im § 13 RV-GebD. genannten Gebühren in jeder Instanz nur einmal beansprucht werden kann.

(OV. Kiel, 2. ZivSen., Beschl. v. 28. Okt. 1933, 2a W 103/33.)

Eingef. von Tietje, Kiel.

*

Rönigsberg.

7. § 10 Ziff. 3 ZivVerfG. Spanndienste i. S. des § 68 PrKommAbgG. sind öffentliche Grundstückslasten.

Die bekl. Landgemeinde nimmt für ihre Ersatzansprüche wegen der von dem Schuldner nicht geleisteten Spanndienste den Vorrang aus § 10 Ziff. 3 ZivVerfG. in Anspruch. Der von der Kl. als Hypothekärer erhobene Widerspruch ist unbegründet. Nach den maßgebenden Art. 1, 2 AusfG. z. ZivVerfG. gehören zu den öffentlichen Grundstückslasten, die auf einem nicht privatrechtlichen Titel beruhenden Abgaben und Leistungen, die aus dem Kommunalverband entspringen und auf dem Grundstück nach G. ruhen. Um öffentliche Lasten handelt es sich bei den Spanndiensten, die eine Unterart der Naturaldienste sind, welche die Gemeinden nach § 1 KommAbgG. außer Gebühren und Steuern zu fordern berechtigt sind. Dieser Annahme steht der Umstand nicht entgegen, daß es sich nicht um Geld-

er allerdings ex tunc nichtig. Diese Wirkung tritt aber nur zwischen den Parteien des Vergleichs ein. Die rechtlichen Beziehungen zwischen dem Anwalt und seinem Auftraggeber sind selbständig und können nicht mehr durch Verfügungen der Prozessparteien untereinander nachträglich beeinflusst werden.

Was vom aufschiebenden Vergleich gilt, muß entsprechend auch vom bedingten Vergleich gelten, sei die Bedingung aufschiebend oder auflösend. Das Gesetz verlangt nur den formalen Abschluß eines Vergleichs zum Zwecke der Prozeßbeilegung ganz uneingeschränkt, und bedingte Vergleiche sind auch Vergleiche.

Es ist nur folgerichtig, wenn das Gesetz in § 652 Abs. 1 Satz 2 BGB. bestimmt, daß sogar der Maklerlohn nicht fällig wird — entstanden ist er trotzdem —, wenn der Vertrag unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen ist. Der Maklerlohn ist dazu noch ein Erfolgslohn, die Vergleichsgebühr aber ein Dienstlohn. Wenn trotzdem der Gesetzgeber sich zu dieser Spezialbestimmung veranlaßt sah, so ergibt sich daraus, daß ohne diese Bestimmung sogar die Erfolgsprämie des Maklers auch beim aufschiebend bedingten Vertrag mit Vertragschluß fällig geworden wäre. Um so mehr hätte es einer positiven Bestimmung bedurft, wenn ein Dienstlohn, wie die Vergleichsgebühr, von Bedingungen im Vergleich abhängig sein sollte.

Die weiteren Möglichkeiten, wie etwa das Vorliegen des § 779 BGB., Vergleich unter Widerruf, wenn man hierin keine suspensiv bedingten Vergleiche sehen will usw., lassen deshalb die Vergleichsgebühr ebenfalls entstehen. Desgleichen ist ein Vergleich unter Vorbehalt der späteren Erklärung der Annahme einer Partei ein Vergleich i. S. des Gebührenrechts.

Erwägungen darüber, daß bei solcher gesetzlichen Regelung die Anwälte womöglich Mißbrauch mit dem Abschluß von Vorbehaltvergleichen treiben könnten, um die Vergleichsgebühr zu erlangen, sind nicht geeignet, die Rechtslage zu verändern. Sollte ein solcher Mißbrauch vorkommen, der auch hinsichtlich anderer Anwaltsgebühren denkbar ist, so würde die entsprechende Feststellung nicht in dem Rechtsstreit, sondern auf Grund der Beziehungen des Anwalts zu seinem Auftraggeber zu treffen sein.

RM. Dr. W a b e l, Königsberg.

leistungen handelt; denn unter Leistungen i. S. des Art. 2 AusfG. z. ZivVerfG. fallen, da sie neben Beiträgen und Abgaben besonders hervorgehoben sind, auch Leistungen, die nicht in Geld bestehen. Zweifel können allein darüber bestehen, ob es sich um eine dingliche Last handelt. Während § 4 KommAbgG. die Dinglichkeit der Steuer vom Grundbesitz dadurch zum Ausdruck bringt, daß es dieser Steuer die Grundstücke unterwirft, können nach § 68 Abs. 1 a. a. O. zu Naturaldiensten (Hand- und Spanndiensten) die Steuerpflichtigen herangezogen werden. Naturaldienstpflichtig sind deshalb nicht nur die Grund- und Gewerbebesteuerpflichtigen, sondern auch die nach dem KommAbgG. der Gemeindeeinkommensteuer unterworfenen Personen. Daß aber das Ges. den Spanndiensten im Gegensatz zu den Handdiensten den Charakter der Dinglichkeit verleihen wollte, folgt einmal daraus, daß sie von den Grundbesitzern nach dem Verhältnis der zur Bewirtschaftung der Grundstücke erforderlichen und nicht der tatsächlich gehaltenen Zugtiere zu leisten sind, während die Handdienste von sämtlichen Steuerpflichtigen gleichheitlich zu leisten sind. Dadurch ist nicht nur ein Maßstab für die Verteilung der Naturaldienste unter sämtliche Steuerpflichtige nach dem Verhältnis ihrer Leistungsfähigkeit geschaffen, sondern es ist dem Grundbesitz als solchem die Verpflichtung zur Leistung der Spanndienste auferlegt. Dagegen spricht nicht, daß nach § 68 Abs. 2 S. 4 mit Genehmigung auch gespannaltende Nichtgrundbesitzer zu Spanndiensten herangezogen werden dürfen. Für die Ansicht des Senats ist ferner zu verwerten, daß in § 68 Abs. 4 gelegentlich der Einschränkung der Befreiung der in den §§ 40—42 aufgeführten Personen von Naturaldiensten, soweit sie nicht auf ihren Grundstücken Lasten, die Niede ist, und daß nach Art. 44 der AusfG. z. KommAbgG. im Falle der Verpachtung des Grundbesitzes der Gemeinde gegenüber für die Leistung der Spanndienste der Verpächter einzustehen hat. Welche Folgerungen für die Haftung des Eigentümers mit seinem sonstigen Vermögen oder seines Beschnadfolgers aus der Dinglichkeit herzuleiten sind, ist für die Beurteilung der strittigen Frage unerheblich. An dem dinglichen Charakter einer Last wird dadurch nichts geändert, daß neben der Haftung des Grundstückes noch eine persönliche Haftung des Eigentümers über seine Besitzzeit hinaus besteht. In der Npr. und Rechtslehre ist, soweit bekannt, die Frage der Dinglichkeit der Spanndienste nicht erörtert (Möll-Freund, KommAbgG., § 90 Anm. 7c).

(OV. Königsberg, Art. v. 13. Nov. 1933, 3 U 78/33.)

Ber. von OVG. Sieloff, Königsberg.

*

Raumburg.

8. §§ 823, 845 BGB. Zur Begründung des Ersatzanspruchs aus § 845 für die entgehenden Dienste genügt der Nachweis des Dienstentgangs, ohne daß nachgewiesen zu werden braucht, in welcher besonderen Art der Ausfall sich in einzelnen schädigend ausgewirkt hat.)

Die Frau des Kl., eines ländlichen Fleischermeisters, wurde bei einem Kraftwagenunfall getötet. Der Ehemann verlangte von dem für die Unfallsfolgen auch aus unerlaubter Handlung haftbaren Kraftwagenhalter Ersatz des Schadens, der ihm dadurch entstanden war, daß die bisherigen Dienste seiner Frau in Haushalt und im Fleischergeschäft durch ihren Tod weggefallen waren. Er hatte ihn damit näher begründet, daß er für Haus und Fleischerer Hilfskräfte an Stelle der Frau habe annehmen müssen, ihm trotzdem aber in der Fleischerer durch Mindereinnahmen Verluste entstanden seien.

Der Schadenersatzanspruch aus § 845 BGB. wurde mit folgender Begr. zugesprochen.

Wer nach § 823 wegen Tötung eines Menschen Schadensersatzpflichtig ist, hat nach § 845 BGB. einem Dritten, dem der

Zu 8. Im Falle der Tötung bzw. Verletzung eines kraft Gesetzes Dienstpflichtigen gibt das BGB. in § 845 dem Dienstberechtigten einen Ersatzanspruch in Gestalt einer Geldrente für die ihm entgehenden Dienste. Die Rentenhöhe ist — unter Anrechnung der vom Ersatzberechtigten durch den Tod des Dienstpflichtigen etwa ersparten Unterhaltsbeträge — nach den Aufwendungen zu berechnen, die der Dienstberechtigte machen muß, um sich die für ihn nötigen Dienste anderweitig zu beschaffen. Hatte der Dienstpflichtige Dienste faktisch nicht geleistet, so entfällt natürlich jeder Rentenanspruch, es sei denn, daß für die Zukunft mit der Leistung von Diensten zu rechnen gewesen wäre. Es fragt sich, ob wenn der Dienstpflichtige, wie etwa die Ehefrau, Dienste zwar geleistet hat, der Ehemann sich aber nach dem Tode der Ehefrau Ersatzdienste nicht beschafft hat, der Ehemann einen Rentenanspruch mit der Begr. geltend machen könne, daß durch den Ausfall der Dienste der Ehefrau das Geschäft in seiner Rentabilität zurückgegangen sei. Das obige Art. verneint offenbar die Frage, denn es stellt den Satz auf, daß der Ehemann seinen Ersatzanspruch aus § 845 „nicht auf den ihm allgemein durch den Dienstausfall verursachten Schaden ausdehnen dürfe“; es will einen auf

Getötete Kraft Gesetzes zur Leistung von Diensten im Haushalt oder Gewerbe verpflichtet war, für die entgehenden Dienste durch Entrichtung einer Geldrente Ersatz zu leisten. Nach § 1356 BGB. ist eine Ehefrau ihrem Ehemann verpflichtet, das gemeinsame Hauswesen zu leiten und, soweit eine solche Tätigkeit nach den besonderen Verhältnissen üblich ist, im gemeinsamen Hauswesen und im Erwerbsgeschäft des Mannes zu arbeiten. Für eine landliche Fleischerei ist die Ubligkeit ständiger Mitarbeit der Ehefrau im Haushalt und im Geschäft regelmäßig zu bejahen.

Wenn also die Schadenserlasspflicht des Vekl. wegen der Tötung der Frau des Kl. feststeht, wie es hier der Fall ist, so ist damit gleichzeitig auch seine Verpflichtung festgestellt, dem Kl. für den ihm durch Wegfall der Frau entgehenden Dienste im Haushalt und Geschäft Ersatz zu leisten. Es sei dabei hervorzuheben, daß sich die Ersatzleistung eben nur auf die entgehenden Dienste, d. h. den Wert dieser Dienste erstreckt, daß also der Kl. seinen Ersatzanspruch aus § 845 BGB. insofern einmal nicht auf den ihm allgemein durch den Dienstaussfall verursachten Schaden ausdehnen darf, zum anderen aber auch nicht nachzuweisen braucht, in welcher besonderen Art dieser Dienstaussfall sich für ihn im einzelnen tatsächlich schädigend ausgewirkt hat, daß vielmehr der Nachweis des Dienstentgangs ganz für sich allein schon zur Begr. des Ersatzanspruchs aus § 845 BGB. genügt.

Es war also für die Bemessung der Höhe der vom Kl. deshalb nach § 845 geforderten Geldrente festzustellen, welchen wirtschaftlichen Wert die Dienste der verstorbenen Frau gehabt haben würden, die sie ihm, wenn sie nicht verunglückt wäre, noch weiter in Haus und Geschäft geleistet hätte. Dabei ist zu beachten, daß es sich um den Wegfall einer sich in steter, unbegrenzter Arbeitsbereitschaft darbietenden Hilfskraft in Haus und Geschäft handelt, die als solche durch fremde Kräfte überhaupt kaum ersetzt werden kann, und selbst dann wäre allenfalls nur an Ersatz durch geeignete Kräfte für Geschäft und für den Haushalt zu denken. Dabei darf weiter nicht vergessen werden, daß einer fremden Kraft im Geschäft dazu noch die so äußerst wertvolle nahe Bekanntschaft und Vertrautheit mit dem Kundenkreise mehr oder weniger fehlen würde. Der Wert der Ersatzleistung durch die Dienste fremder Frauen kann danach dem Werte der Frauendienste nicht gleichgesetzt werden.

Unter Berücksichtigung alles dessen ist in freier Schätzung gemäß § 287 ZPO. angenommen worden, daß der Kl. durch eine Rentenzahlung von monatlich 75 RM., wie er das verlangt hat, einen Ersatz für die ihm entgehenden Dienste seiner Frau erhalten mag. Dabei ist berücksichtigt, daß der Kl. seiner Frau vollen Unterhalt hätte gewähren müssen, und es ist die Rente als Überchuß danach des Dienstwertes über den Unterhaltswert errechnet worden.

(OLG. Naumburg a. S., 7. Zivilsen., Urt. v. 12. Sept. 1933, 7 U 365/32.)

Ver. von OLG. Biedermann, Naumburg.

*

Stuttgart.

§§ 1379, 1525 BGB. Erzekung der Zustimmung der Ehefrau durch das VormGer. Für die Frage, ob ein Rechtsgeschäft zur ordnungsmäßigen Verwaltung des eingebrachten Gutes der Ehefrau erforderlich i. S. von § 1379 BGB. ist, kommt es lediglich auf die Interessen der Ehefrau und nicht darauf an, ob die beabsichtigte Regelung dem Ehemann erwünscht ist oder nicht.

Der Ehemann der Beschw. hat beim VormGer. D. beantragt,

den Wegfall der Mitarbeit der Ehefrau zurückzuführenden Prospektmangel zwar u. U. mitberücksichtigen, aber, wie es scheint, nur in Ansehung der Höhe des Rentenanspruches, wenn ein solcher infolge Annahme einer anderen und minderwertigen Arbeitskraft entstanden ist. Diese Anschauung würde im Einklang stehen mit einer bei Gruch. 51, 380 abgedruckten Entsch. des RG., wonach, wenn infolge des Todes der Frau der Reingewinn im Geschäft des Mannes geringer geworden sei, dieser Umstand nur als Rechnungsfaktor in Betracht kommen könne für die Bewertung der Dienste der Frau. Mir scheint aber für diese einengende Auslegung des § 845 kein Grund vorzuliegen. Denn § 845 spricht schlechthin von dem Ersatz für die entgehenden Dienste; er setzt nicht voraus, daß der Schaden, der durch den Rentenanspruch ausgeglichen werden soll, gerade durch die Annahme einer Ersatzkraft entstanden sei. Dem Ehemann muß darum § 845 auch dann zur Seite stehen, wenn er aus irgendeinem Grunde von der Beschaffung einer Ersatzkraft abgesehen hat. Eine Frage für sich bleibt es natürlich, inwieweit in solchem Falle der an sich begründete Anspruch des Ehemannes eine Beeinträchtigung aus dem Gesichtspunkt des eigenen Verschuldens des Geschädigten erfährt.

ihre Zustimmung zur Eintragung einer Briefhypothek im Betrag von 750 RM auf ihrem Anteil am gemeinschaftlichen Grundstück zugunsten seines Vaters zu ersehen. Dem Antrag wurde stattgegeben. Das OLG. hat die Beschw. der Ehefrau unter Ermäßigung des Hypothekensbetrags auf 600 RM zurückgewiesen. Die weitere Beschw. muß zur Abweisung des Antrags in vollem Umfang führen.

Die Ehegatten, die seit 9. Dez. 1922 verheiratet sind, haben durch Ehevertrag v. 12. April 1928 als eheliches Güterrecht mit Wirkung vom Tag ihrer Verheiratung an die Erzungenschaftsgemeinschaft des BGB. eingeführt und bestimmt, daß das ihnen als Miteigentümer je zur Hälfte gehörende, i. Z. 1925 gekaufte Grundstück von der Eigenschaft als Gesamtgut ausgenommen sein soll. Am 1. Febr. 1929 erhielten die Ehegatten vom Vater der Beschw. ein Darlehen von 600 RM, für das sie sich gesamtschuldnerisch verpflichteten. Das Geld wurde zum Verblenden des gemeinschaftlichen Hauses verwendet. Seit Juni 1933 leben sie in Scheidung. Im Juli kündigte der Gl. das Darlehen und verklagte den Antragsteller auf Rückzahlung der 600 RM nebst Zinsen. Dem Antragsteller, der keine flüssigen Mittel hatte, stellte sein Vater 750 RM zur Verfügung, jedoch nur gegen Eintragung einer Briefhypothek auf dem ganzen Grundstück, also auch auf dem Anteil der Beschw. Diese verweigert ihre nach §§ 1525, 1379 BGB. erforderliche Zustimmung zur Eintragung der Briefhypothek auf ihrem Anteil.

Nach §§ 1525, 1379 BGB. kann das VormGer. die Zustimmung einer Ehefrau zu einem Rechtsgeschäft ersehen, wenn dasselbe zur ordnungsmäßigen Verwaltung des eingebrachten Gutes erforderlich ist und die Zustimmung ohne ausreichenden Grund verweigert wird. Das OLG. bejaht, daß es sich im vorl. Fall um ein zur ordnungsmäßigen Verwaltung des eingebrachten Gutes erforderliches Rechtsgeschäft handelt, weil ohne dessen Vornahme der eingebrachte Hausanteil der Beschw. gefährdet sei. Diese Gefährdung erblickt das OLG. darin, daß der Vater der Beschw. darauf ausgehe, den Grundstücksanteil des Antragstellers auf schnellstem Wege zur Versteigerung zu bringen, und daß, wenn dies geschehen sei, der Ersteller die Zwangsversteigerung zum Zweck der Aufhebung der Gemeinschaft betreiben werde, da nicht feststehe, ob der Vater der Beschw. bei der Zwangsversteigerung den Zuschlag erhalte, so laufe sie Gefahr, ihren Hausanteil zu verlieren; diese Gefahr habe dadurch abgewendet werden können, daß der Vater des Antragstellers diesem den zur Rückzahlung des Darlehens erforderlichen Betrag gegen Verpfändung des ganzen Grundstücks gebe. Nun hat sich aber der Vater der Beschw. seinerseits bereit erklärt, den ihm geschuldeten Betrag von 600 RM gegen Einräumung einer Buchhypothek auf dem Anteil des Antragstellers stehen zu lassen, und zwar zwei Jahre unkündbar. Unter diesen Umständen ist nicht einzusehen, wieso der Hausanteil der Beschw. weniger gefährdet sein soll, wenn der Vater des Antragstellers eine Hypothek auf dem ganzen Haus hat, als wenn für ihren Vater eine Hypothek auf dem Anteil des Antragstellers eingetragen ist, vielmehr ist doch nach aller Erfahrung davon auszugehen, daß der leibliche Vater die Interessen seiner Tochter, und auf die kommt es allein an, mindestens so gut, wenn nicht besser wahren wird, als ihr Schwiegervater. Dies ist um so mehr anzunehmen, als der Antragsteller und die Beschw. in Scheidung leben, also zwischen den Ehegatten gespannte Verhältnisse bestehen, die erfahrungsgemäß auch nicht ohne Einfluß auf die Beziehungen zwischen Schwiegereltern und Schwiegerkindern zu sein pflegen. Deshalb ist auch nicht von ausschlaggebender Bedeutung, daß die für den Vater der Beschw. auf dem Hausanteil des Antragstellers einzutragende Hypothek sofort mit dem Verzug des Antragstellers in der Zinszahlung oder mit Stellung des Antrags auf Zwangsversteigerung zwecks Aufhebung der Gemeinschaft von seiten eines der Gatten fällig geworden wäre. Abgesehen davon, daß die Beschw. ohne Zustimmung des Antragstellers diesen Antrag nicht stellen kann (§ 1395 BGB.), ist auch in dieser Beziehung davon auszugehen, daß die Interessen der Beschw. von ihrem Vater mindestens ebenfugot gewahrt werden, wie vom Vater des Antragstellers. Wenn das OLG. darauf hinweist, es könne dem Antragsteller nicht zugemutet werden, daß er einem so unerwünschten OLG., wie seinem Schwiegervater, eine Hypothek auf seinem Anteil einräume, so hat dieser Gesichtspunkt auszuscheiden, da für die Anwendung des § 1379 BGB. allein die Interessen der Frau entscheiden. Übrigens könnte unter den gegebenen Umständen auch die Beschw. mit demselben Recht für sich geltend machen, daß sie lieber ihren Vater als ihren Schwiegervater zum Hypothekengl. haben will.

Hiernach kann nicht anerkannt werden, daß es sich bei der Begr. der in Frage stehenden Hypothek auf dem ganzen Grundstück und damit auf dem Anteil der Beschw. zugunsten des Vaters des Antragstellers um einen Akt ordnungsmäßiger Verwaltung dieses Hausanteils handelt.

(OLG. Stuttgart, Beschl. v. 11. Nov. 1933, FG 85/33.)

Eingef. von RA. Dr. Dreiß, Taifingen (Württ.).

Berlin.

b) Strafsachen.

10. § 360 Ziff. 8 StGB. Strafrechtlicher Schutz der Friedensuniformen des alten Heeres.

Auch heute noch genießen die Friedensuniformen des alten Heeres den Schutz des § 360 Nr. 8 StGB. (Leipz. Komm. VIII 2; Dischhausen b1; Kohlrusch, 10 zu § 360 StGB., Entw. 27 S. 198; DVG. Karlsruhe: JW. 1927, 468^o; RG. Ur. v. 27. Sept. 1928, 2 D 414/28: Dtsch. Musikz. 61, 56). Daran ändert auch die RPräsV. v. 26. Aug. 1925 (RG. I, 320) ausgesprochene Aufhebung der — andere Gesichtspunkte, als hier vorliegen, hervorkehrenden — RPräsV. v. 30. Aug. 1921 (RG. I, 1251) nebst Ausf. v. 3. Okt. 1921 (RG. I, 1280) nichts (vgl. Wagner: JW. 1927, 468^o Fufu.). Zugabe ist allerdings, daß die Frage, ob die Kleidung des Angekl. bei seinen Konzerten — bis auf unbedeutende Unterschiede — der alten Mänenuniform gleich und deshalb beim Publikum im allgemeinen die Gefahr einer Verwechslung mit ihr begründete, als Tatfrage anzusehen ist. Es läßt sich aber die Möglichkeit nicht von der Hand weisen, daß das AG. bei seiner negativen Feststellung von einer unzutreffenden Auffassung des — info-rem einen Rechtsbegriff (vgl. JW. 1927, 468 r. Sp. Zeile 17/18) bibendens — Begriffes der Verwechslungsgefahr ausgegangen ist. Ob-ektiv ist — außer dem „Tragen“, dem Sich-öffentlich-in-der-Kleidungs-zeigen — entscheidend, ob die Kleidung des Täters — unbefehdet geringfügiger Abweichungen — in sich die wesentlichen Merkmale einer staatlichen Uniform aufweist (RG. I, 61, 8), d. h. ob der Ge-ramteindruck der Uniform, und zwar auf solche Personen, die die Bestandteile der geschützten Uniform in ihren Einzelheiten nicht genau kennen oder übersehen, derartig ist, daß die Gefahr der Verwechslung besteht (vgl. JW. 1927, 468^o). Gerade bei Uniformen muß, wie Wagner a. a. D. hervorhebt, der Gesamteindruck auf den Unkundigen entscheiden, soll nicht der Zweck der Strafbestimmung des § 360 StGB. überhaupt zurückgebrängt werden.

(RG., 2. Str. Sen., Ur. v. 11. Dez. 1933, 2 S 429/33.)

Ber. von RG. Körner, Berlin.

*

11. § 410 ABG. v. 22. Mai 1931 (RG. I, 161); § 15 Teil 3 der sog. 2. StAnmV. v. 19. Sept. 1931 (RG. I, 493). Die Vorschriften über tätige Neue (§ 410 ABG.) finden Anwendung, wenn ein Vergehen gegen § 15 der 2. StAnmV. vorliegt. Begriff der unmittelbaren Gefahr der Entbedung.

Die Vorschr. der sog. 1. StAnmV. v. 23. Aug. 1931 (RG. I, 449) finden nach § 18 auf den Angekl. keine Anwendung, da er seine Steuerangaben innerhalb der Amnestiefrist nicht vollständig berichtigt hat. Dagegen kann er den Schutz des § 410 ABG. für sich beanspruchen. Die Str. hat mit Recht angenommen, daß § 410 ABG. neben den Best. der StAnmV. v. 23. Aug. 1931 anwendbar ist. Inwieweit hat sich der erk. Sen. gleichfalls dem Gutachten des Rf. v. 23. Jan. 1933, GrS D 3/32 (RS. I, 387), auf dessen überzeugende Gründe verwiesen wird, angeschlossen, ohne die Bedenken von Nieberl., ABG., 3. Aufl., 1 zu § 410 zu teilen, der annimmt, § 15 der 2. StAnmV. enthalte eine Sonderstrafbest., die keine nachträgliche Vergünstigung durch § 410 ABG. zulasse. Festgestelltermachen hat der Angekl. seine Angaben berichtigt, bevor gegen ihn eine Strafanzeige erlattet oder eine Untersuchung eingeleitet war. Es kommt demnach für die Anwendung des § 410 darauf an, ob für den Angekl. bei Abgabe der Berichtigungserklärungen eine „unmittelbare Gefahr der Entbedung“ bestanden hat. Eine Verkennung dieses Rechtsbegriffs läßt das angef. Ur. nicht erkennen. Festgestelltermachen hat der Angekl. die Berichtigungserklärung v. 26. Nov. 1931 abgegeben, nachdem er eine Vorladung zum 19. Nov. 1931 erhalten hatte und seinem in diesem Termine erschienenen Steuerberater eröffnet worden war, daß beim Angekl. eine Prüfung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse stattfinden werde. Diese Tatsachen rechtfertigen jedoch nicht den Schluss, daß der Angekl. zu der Berichtigungserklärung v. 26. Nov. 1931 durch eine unmittelbare Entbedungsgefahr veranlaßt worden wäre. Eine solche würde der erk. Sen. in Übereinstimmung mit RG. I, 56, 386; 57, 315; 61, 116 dann annehmen, wenn das Fin. die Rev. schon vor Abgabe der Berichtigungserklärung angeordnet und der Angekl. seine Angaben erst unmittelbar bei Beginn der Rev. berichtigt hätte. War dagegen dem Angekl. zunächst nur eröffnet worden, daß eine Rev. stattfinden werde, so lag für ihn noch keine unmittelbare Gefahr, sondern höchstens die Möglichkeit einer Entbedung vor, die aber die Anwendung des § 410 nicht ausschloß (Becker, ABG., 7. Aufl., 954 ff.; Mrozek, ABG., 2. Aufl., II 1220). Es kommt dabei auch nicht darauf an, ob sich der Angekl. bei der Berichtigungserklärung gefahdet fühlte. § 410 verlangt nicht, daß der Angekl. seine Angaben aus eigenem Antrieb gemacht habe. Sofern nicht die Angaben durch eine tatsächlich vorhandene unmittelbare Gefahr der Entbedung veranlaßt worden sind, ist der Beweggrund für ihre Abgabe gleichgültig, so daß auch die irri-ge An-

nahme einer bevorstehenden Entbedung oder gar die Furcht vor Bestrafung der Anwendung des § 410 nicht im Wege steht (RG. I, 57, 316; 61, 117/118; Becker a. a. D.; Nieberl., 4 zu § 410). Nach dem festgestellten Sachverhalt hätte sich der Angekl. auch nicht gefahdet zu fühlen brauchen; nachdem bei der Betriebsprüfung im Frühjahr 1931 seine Steuerhinterziehungen nicht herausgekommen waren, durfte er annehmen, daß auch bei einer weiteren solchen Prüfung das von ihm verschwiegene Bankguthaben nicht entbedt werden würde.

(RG., 2. Str. Sen., Ur. v. 11. Dez. 1933, 2 S 405/33.)

Ber. von RG. Körner, Berlin.

Landgerichte.

Berlin.

1. § 139 ZPO. Ausübung des richterlichen Fragerechts ist auch im Zwangsversteigerungsverfahren zulässig.

Wenn die Beschw. rügen, daß der Antrag der betreibenden Gläubiger aus § 61 Zw. Verst. G. erst auf Anraten des Versteigerungsrichters gestellt worden sei, ist dies unbeachtlich, da dieser Vorgang im Protokoll nicht enthalten ist (§ 80 Zw. Verst. G.). Aber selbst wenn dieser richterliche Hinweis erfolgt wäre, so könnte die Beschwerde nicht darauf gestützt werden. Es handelte sich um die Ausübung des richterlichen Fragerechts. Der § 139 ZPO. muß — wenigstens entsprechend — auch im Versteigerungsverfahren gelten. Das Zw. Verst. G. ist so zu lesen, als ständen seine Vorschr. im 8. Buch der ZPO. (Mot. z. Zw. Verst. G., 72; Jaekel-Güthe, Vorbem. S. 1). Aus den das Zw. Verst. G. beherrschenden Grundbüchern (Verfahren von Amts wegen, Fehlen einer mündlichen Verhandlung im eigentlichen Sinne) kann nicht hergeleitet werden, daß der § 139 ZPO. hier nicht auch Geltung hätte. Das Zw. Verst. G. sieht verschiedentlich Anträge der Beteiligten, insbes. im Versteigerungstermin, vor. Das Versteigerungsgericht darf zwar nicht in das materielle Recht der Beteiligten eingreifen (Mot., zit. bei Jaekel-Güthe, Anm. 2 zu § 59), anderseits soll aber der Richter die Erledigung des Versteigerungsgeschäfts nicht bloß bürokratisch betreiben. Ihm liegt vielmehr eine vermittelnde, ausgleichende und fördernde Tätigkeit ob (Ber. des Herrenhauses zum Pr. Zw. Verst. G. v. 1883; Jaekel-Güthe a. a. D.). Dieser Pflicht hat der Richter hier entsprochen, wenn er, als die Schuldnerin den Antrag auf Zahlungsfrist stellte, die Gläubiger fragte, ob Anträge aus § 61 Abs. 1 Satz 1 Zw. Verst. G. gestellt würden. Wenn durch diese Anfrage das Doppelausgebot bewirkt wurde, so war dies ein sachdienliches Ergebnis, zumal Gebote lediglich zu den gesetzlichen Versteigerungsbedingungen (ohne Frist) abgegeben worden sind. Gegen seine Pflicht zur Objektivität (Waubach, Anm. 3 zu § 139; RG. I, 102, 266) hat der Richter durch die Anregung nicht verstoßen. Übrigens kann ein Rechtsmittel nur auf Unterlassung der Ausübung des richterlichen Fragerechts, nicht auf seine angebliche Überschreitung gegründet werden. Daß nunmehr nur zu den gesetzlichen Versteigerungsbedingungen geboten wurde, ist nicht zu beanstanden (vgl. JW. 1933, 718).

(LG. Berlin, Beschf. v. 30. Nov. 1933, 201 T 17986/33.)

Ber. von Ger. Ass. Dr. Seibert, Berlin.

*

Breslau.

2. §§ 1179, 883 BGB.

I. Gemäß §§ 1179, 883 Abs. 1 Satz 2 BGB. ist es zulässig, den Anspruch des Eigentümers gegen einen Hypothekengläubiger auf Löschung der Hypothek durch eine Vormerkung zu sichern.

II. Die Eintragung einer solchen Vormerkung zugunsten des jeweiligen Eigentümers ist unzulässig, da eine solche Eintragung den gesetzlich begrenzten Kreis der dinglichen Rechte durchbrechen würde.

III. Eine Vormerkung zur Sicherung eines solchen Lösungsanspruchs aus einem Verträge zwischen Hypothekengläubiger und persönlichem Schuldner zugunsten eines Dritten, z. B. eines späteren Eigentümers gemäß § 328 BGB. ist zulässig.

Im Grundbuche von B. steht in Abt. III unter Nr. 15 für den Beschw. eine Darlehnshyp. von 40 000 M. eingetragen. Eingetragener Eigentümer des belasteten Grundstücks ist der Kaufmann M. Dieser hat nach den Angaben in der notariell beglaubigten Urkunde v. 27. Juli 1933 das Grundstück an die K. Akt. in B. verkauft, und zwar mit der Abrede, daß die Hyp. des Beschw. zunächst auf dem Grundstück stehen bleibe, ohne daß die Erwerberin die der Hypothekenbestellung zugrunde liegende persönliche Schuld übernommen hat. Infolgedessen ist der gegenwärtig eingetragene Eigentümer des Grundstücks M., der die Hyp. bestellt hat, persönlicher Schuldner der zugrunde liegenden Forderung geblieben.

Zwischen dem Beschw. und dem Grundstückseigentümer ist in der erwähnten Urkunde außer neuen Rückzahlungsbedingungen vereinbart worden, daß der Eigentümer des belasteten Grundstücks zur jederzeitigen Ablösung der Hyp. bei Einhaltung einer Kündigungsfrist von 2 Wochen berechtigt sein soll, und zwar in der Weise, daß er die Lösung der Hyp. im Grundbuch gegen Zahlung des Kapitals und der Zinsen des laufenden Kalender- vierteljahrs verlangen darf und daß der Grundstückseigentümer berechtigt sein soll, die Entpändung von Teilen des belasteten Grundstücks, die jedoch nicht kleiner als 900 qm sein dürfen, gegen Zahlung des entsprechenden Teils des Hypothekenskapitals zu verlangen. Zur Sicherheit dieses Anspruchs des Grundstückseigentümers auf Lösung der Hyp. auf dem ganzen Grundstück oder auf Teilen des Grundstücks hat der Beschw. die Eintragung einer Lösungs- vormerkung zugunsten des jeweiligen Grundstückseigentümers be- willigt und der Grundstückseigentümer sie beantragt.

Der Grundbuchrichter hat den Antrag auf Eintragung dieser Vormerkung mit der Begr. beanstandet, daß die Eintragung einer Vormerkung für den jeweiligen Eigentümer nicht zulässig sei und zur Behebung des Mangels eine Frist gem. § 18 GBD. gesetzt. Wegen diese Verfügung des Grundbuchrichters hat der Beschw. Beschw. erhoben.

Dem nach § 71 GBD. zulässigen Rechtsmittel ist aus fol- genden Gründen stattgegeben worden:

Die Beteiligten beabsichtigen durch die einzutragende Vor- merkung den Anspruch des Eigentümers gegen den Hypotheken- gläubiger auf Lösung der Hyp. auf dem ganzen Grundstück und auf Entlastung einzelner Grundstücksteile aus der Haftung für die Hyp. zu sichern. Die Eintragung einer derartigen Vormerkung ist entgegen der Meinung des ersten Richters nach §§ 1179, 883 Abs. 1 Satz 2 BGB. zulässig. Eine Lösungsvormerkung i. S. des § 1179 BGB. kommt allerdings bei dem Inhalt der beabsichtigten Be- lastung der Hyp. nicht in Frage. Der obligatorische Anspruch des Eigentümers, dem eine Einrede zusteht, durch welche die Geltend- machung der Hyp. dauernd ausgeschlossen wird, nämlich auf Lösung der Hyp., kann grundsätzlich durch die Eintragung einer Vormerkung gesichert werden. Der Inhalt solcher Vereinbarungen kann von den Beteiligten im Rahmen der allgemeinen Schranken der Vertragsfreiheit ausgestaltet werden und die im vorl. Falle vereinbarte Beschränkung der Gläubigerrechte ist statthaft. Das ist die in Nr. und Schriftum überwiegend vertretene Ansicht (vgl. Staubinger, Komm. z. BGB., 9. Aufl., zu § 1179 Num. 1b mit weiteren Nachweisen). Hiernach entfallen die grundsätzlichen Be- denken des Grundbuchrichters gegen die Zulässigkeit der Ein- tragung einer Vormerkung des in der Urkunde v. 27. Juli 1933 bezeichneten Inhalts. Denn eine Lösung gemäß den Absichten der Beteiligten ist möglich und diese künftige Rechtsänderung daher vormerkbar.

Auch die Frage, ob die Vormerkung des oben erörterten In- halts für den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks ein- getragen werden kann, ist hier zu bejahen. Wenn jener Anspruch durch eine Vormerkung mit der Wirkung gesichert werden sollte, daß er bei jedem Eigentumswechsel ohne weiteres, gleichviel welchen Inhalt der Wille der Beteiligten und welchen Rechtsgrund der Eigentumswechsel hat, in der Person des bisherigen Eigentümers erlöschen und in der des neuen Eigentümers entstehen soll, so könnte man darin eine Erweiterung des im BGB. fest umschrie- benen Kreises der subjektiv-dinglichen Rechte erblicken. Die Ein- tragung einer solchen Vormerkung würde wegen des gesetzlich be- grenzten, der Parteivereinbarung entzogenen Kreises der dinglichen Rechte grundsätzlich unzulässig sein (vgl. OLG. Dresden: OLG. 40, 35). Eine solche Sachlage liegt jedoch hier nicht vor.

Der Beschw. hat zwar die Eintragung einer Vormerkung für den jeweiligen Eigentümer beantragt. Gleichwohl kommt das her- vorgehobene Bedenken nicht in Frage, denn die auch im Grund- buchverfahren gebotene, den Grundrissen der §§ 157, 242 BGB. entsprechende Auslegung muß zu einem anderen Ergebnis führen. Aus den ganzen Umständen des Geschäfts, insbes. aus der Tat- sache, daß das Grundstück bereits an die K-MtG. verkauft worden ist, ist zu entnehmen, daß diese Vormerkung nur zugunsten des Käufers, nämlich der K-MtG. als späteren Eigentümerin des Grundstücks, eingetragen werden soll. Es würde sich somit um eine Vormerkung zur Sicherung eines Anspruches aus einem Verträge zugunsten eines Dritten handeln, den der Hypothekengläubiger und der persönliche Schuldner miteinander abgeschlossen haben. Die Sicherung eines derartigen Anspruches durch eine Vormerkung ist unzulässig, denn soweit nach dem Rechte der Schulverhältnisse ein Anspruch auf Lösung einer Hyp. besteht, kann auch eine Vor- merkung zu seiner Sicherung eingetragen werden. Das RG. hat wiederholt die Vormerkung eines Rechtes für einen Dritten, das durch einen gem. § 328 BGB. abgeschlossenen Vertrag entstanden war, für zulässig erklärt (vgl. RG. 32, A 213; 36, A 212 ff.; 40, A 128 f.; ferner RG.: JW. 1906, 354). Die Eintragung einer

Vormerkung für den Anspruch der Erwerberin als künftigen Grundstückseigentümers auf Sicherung der Lösung der zu be- lastenden Hyp. gemäß den getroffenen Abreden ist also in einem Falle wie dem vorliegenden zulässig, weil die Erwerberin als Be- rechtigte vorhanden ist, zu deren Gunsten ein solcher Anspruch in einem Verträge gem. § 328 BGB. begründet ist. Denn die vom Beschw. beantragte Eintragung einer Vormerkung soll, soweit erkennbar, nur zugunsten des Käufers des Grundstücks, nämlich der K-MtG., vereinbarte Ansprüche auf Lösung der Hyp. sichern.

(LG. Breslau, 6. ZR., Beschl. v. 13. Okt. 1933, 6, 14 T 72/33.)
Eingef. von OMR. Dr. Warmbrunn, Breslau.

Düsseldorf.

3. § 865 Abs. 2 ZPO. In herrschaftlichen Wohnungen bilden eine Badewanne und ein Geiser Zubehör zur Woh- nung und sind deshalb nach § 865 Abs. 2 ZPO. und § 1120 BGB. unpfändbar.

Die Badewanne befindet sich in einem eigens dafür bestimm- ten Räume und ist durch die anmontierten Zu- und Ablaufrohren mit diesem fest verbunden. Der Warmwassergeiser ist in der Küche fest an der Wand angebracht, und von ihm gehen durch die Wände Zuleitungsrohre in die verschiedenen Zimmer der Wohnung, wo dann aus besonderen Säulen das Warmwasser entnommen wird.

Nach hiesigem Ortsgebrauch sind in herrschaftlichen Woh- nungen, wie es sich auch vorliegend um etne solche handelt, der- artige, festverbundene Gegenstände als Zubehör anzusehen. Sie werden von den jeweiligen Mietern der Wohnungen nicht mitge- bracht, sondern vom Vermieter in den Wohnungen vorgelesen, eingebaut und mitvermietet.

Als Zubehörstücke des Hauses sind daher die fraglichen Sachen nach § 865 Abs. 2 ZPO. und § 1120 BGB. unpfändbar, weil sie der Hypothekhaftung unterliegen.

(LG. Düsseldorf, 9. ZR., Beschl. v. 21. Dez. 1933, 21 Ta 2897/33.)
Ver. von M. Werner Tillmann, Düsseldorf.

Frankfurt a. M.

4. Die VO. v. 26. Mai 1933 findet auch bei Massen- pfändungen entsprechende Anwendung.

Das VG. hat die Erinnerung der Schuldnerin gegen die Pfändung eines Geldebetrages für begründet und die Pfändung für unzulässig erklärt. Ferner ist der Gerichtsvollzieher angewiesen wor- den, weitere Massenpfändungen im Auftrage der Gläubigerin sowie etwaiger Gläubiger in den Haupt- und Nebenbetrieben der Schul- nerin zu unterlassen.

Die Beschw. wurde zurückgewiesen.

Wie das VG. mit Recht ausführte, steht die erfolgte Massenpfän- dung nicht im Widerspruch mit Best. der ZPO., besonders der §§ 811 ff. Auch die VO. v. 26. Mai 1933 über erweiterten Voll- streckungsschutz erwähnt Massenpfändungen nicht wörtlich. Daraus kann aber nicht geschlossen werden, wie es die Gläubigerin tut, daß damit die Zulässigkeit von Massenpfändungen, da nicht verboten, ohne weiteres bejaht werde. Denn gerade eine VO. wie die v. 26. Mai 1933, deren Wirksamkeit überaus weit reicht, vermag nicht für jeden einzelnen Fall eine Regelung zu treffen. Sie soll und will dies auch nicht. Dies ergibt sich aus dem Zweck der VO. und den anzuwendenden Mitteln zu dessen Erreichung.

Der Zweck ist deutlich erkennbar: Den Zusammenbruch von Schuldnern zu verhüten, deren wirtschaftliches Bestehen als Haus- halt, Erwerbsunternehmen, landwirtschaftlicher Betrieb usw. im all- gemeinen volkswirtschaftlichen Interesse liegt und bei Rücksicht- nahme seitens der Gläubiger nicht unmöglich ist. Möglich insbes. da- durch, daß unter Stillhaltung der Gläubiger mit älteren Forderungen vorerst nur diejenigen Verpflichtungen erfüllt werden, welche un- bedingt bestritten werden müssen zur Aufrechterhaltung des Betrie- bes zur Fortführung bis in die erhoffte und erwartete bessere all- gemeine Wirtschaftslage. Insofern dient die VO. wie andere Maß- nahmen der Reichsregierung dazu, den Wiederaufbau der deutschen Volkswirtschaft zu fördern oder zum mindesten Ereignisse zu ver- hüten, die diesen Wiederaufbau gefährden können.

Erreicht kann dieses Ziel jedoch nur dadurch werden, daß die Best. der VO. nicht eng und nur im Wortsinne ausgelegt werden, sondern die Anwendung der Best. derart elastisch erfolgt, wie es der jeweilige Fall verlangt.

Diesen Gedanken hat das VG. schon wiederholt Rechnung ge- tragen.

Flüssige Geldmittel sind wirtschaftlich betrachtet in gleicher Weise Betriebsmittel wie die vorerwähnten Gegenstände. Denn sie dienen dazu, die Unkosten des laufenden Betriebes zu decken, Rohstoffe an- zuschaffen und vor allem die beschäftigten Arbeiter und Angestellten

zu entlohnern. Sie sind um so mehr erforderlich, als andernfalls, da die Schuldnerin andere verwertbare Mittel zur Zeit nicht hat, die Pfändung von Kasseineinnahmen zum Zusammenbruch führen müßte, wodurch die bei der Schuldnerin nach ihren Angaben beschäftigten 280 Personen arbeitslos werden würden.

Auch dies würde im Widerspruch stehen mit den Wiederaufbaubestrebungen der Reichsregierung, die vor allem Arbeitsmöglichkeiten nicht nur erhalten, sondern auch neu schaffen will.

Mag daher die wirtschaftliche Lage der Gläubigerin auch nicht allzu günstig sein, so hat deren Interesse an der Pfändung nach Lage des Falles doch zurückzutreten vor dem wesentlich größeren der Allgemeinheit an der Vermeidung des Zusammenbruches der Schuldnerin.

Aus alledem folgt, daß die Best. der WD. v. 26. Mai 1933 nicht eng ausgelegt werden dürfen und daß auch Kapitalgesellschaften wie die Schuldnerin des Schutzes dieser WD. teilhaftig werden können.

Mit Recht hat daher das AG. die Zwangsvollstreckung der gepfändeten Gegenstände nach § 18 Abs. 2 der vorgenannten WD. über erweiterten Vollstreckungsschutz aufgehoben, zumal gerichtsbekannt ist, daß das Zahlungsunvermögen der Schuldnerin darauf beruht, daß sich ihre wirtschaftliche Lage seit Eingehen der Verbindlichkeit verschlechtert hat. Mit Rücksicht auf die Gesamtlage der Schuldnerin konnten Zahlungsauslagen nach Abs. 4 des § 18 der WD. nicht mehr in Betracht kommen. Entgegen der besonders vor Erlaß der WD. herrschenden Meinung, daß mit Geldwegnahme seitens des Gerichtsvollziehers die Zwangsvollstreckung beendet sei und eine Erinnerung seitens der Schuldnerin unstatthaft sei, hat das AG. den Standpunkt des AG. gebilligt, daß hier eine Erinnerung noch zulässig sei. Dies folgt schon daraus, daß die WD. volkswirtschaftliche Zwecke verfolgt und daher die Pfändung von Geld der von anderen Betriebsmitteln der Schuldnerin gleichzusetzen ist. — Mit Rücksicht auf die unvermeidliche Störung der wirtschaftlichen Stellung der Schuldnerin, die durch weitere Rassenpfändung entstehen würde, rechtfertigt sich auch in entsprechender Anwendung der Best. des § 18 Abs. 3 WD. v. 26. Mai 1933 die von dem AG. erfolgte Anweisung an den Gerichtsvollzieher, von weiteren Rassenpfändungen im Auftrage der Gläubigerin und anderer Gläubiger abzuweichen.

(AG. Frankfurt a. M., Beschl. v. 7. Nov. 1933, 2^o T 1085/33.)
Ber. von Ger. Ass. Kersten, Frankfurt a. M.

Hanau.

5. §§ 10, 18, 37—39 ErbhofG.; § 61 der 1. Durchf. WD. Das Zwangsversteigerungsverfahren darf erst aufgehoben werden, wenn das Anerbengericht die Genehmigung des Verfahrens versagt hat. Das Anerbengericht hat auch über die Bauernfähigkeit des Substanten zu entscheiden.

Der Beschw. betreibt die Zwangsversteigerung des der Schuldnerin gehörigen, landwirtschaftlich genutzten Grundeigentums, welches eine Größe von etwa 14½ ha hat. Die Zwangsversteigerung ist durch Beschl. v. 19. Sept. 1932 angeordnet. Das Verfahren ist auf Grund der WD. v. 14. Febr. 1933 i. Verb. m. dem Ges. v. 25. Okt. 1933 bis zum 31. Dez. 1933 einmitten eingestellt. Durch den angeforderten Beschluß hat das AG. das Verfahren von Amts wegen aufgehoben, weil der den Gegenstand des Verfahrens bildende Bauernhof Erbhof sei und nach §§ 38, 39 ErbhofG. Zwangsversteigerungen in Erbhöfen unzulässig seien. Die hiergegen erhobene Beschw. erscheint begründet und mußte zur Aufhebung des Beschl. führen. Zunächst hat das AG. verkannt, daß § 38 Abs. 1 des Gesetzes sich nur auf Vollstreckungshandlungen bezieht, die nach dem 1. Okt. 1933 — Inkrafttreten des Gesetzes — begonnen haben. Vorher vorgenommene Vollstreckungshandlungen bleiben an sich wirksam. Allerdings kann die vorher angeordnete Zwangsversteigerung nicht ohne weiteres durchgeführt werden, weil nach § 37 Abs. 1 des Ges. der Erbhof grundsätzlich unveräußerlich ist. Das Anerbengericht kann jedoch die Veräußerung genehmigen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt (§ 37 Abs. 2). Das Verfahren kann also erst aufgehoben werden, wenn das Anerbengericht die Genehmigung des Verfahrens versagt hat. Hinzu kommt, daß noch gar nicht feststeht, ob es sich im vorl. Falle überhaupt um einen Erbhof handelt. Nach § 1 des Ges. kommt es hierbei nicht nur auf die Größe des Grundstücks, sondern auch auf die Bauernfähigkeit des Eigentümers an. Diese bezweifelt der Beschw., und es ist auch aus diesem Grunde eine Entsch. des Anerbengerichts gem. §§ 10, 18 des Ges. erforderlich. Den Antrag auf Entsch. kann übrigens der Beschw. selbst stellen (§ 61 der 1. Durchf. WD.).

(AG. Hanau, 3. ZR., Beschl. v. 14. Dez. 1933, 2 T III 499/33.)

Ber. von LGM. Dr. Fraeb, Hanau.

Tübingen.

6. Ges. zur Regelung der landwirtschaftlichen Schuldverhältnisse v. 1. Juni 1933 (RGBl. I, 331).

Für den Begriff des „landwirtschaftlichen Betriebes“ i. S. des Ges. v. 1. Juni 1933 ist es erforderlich, daß der landwirtschaftliche Betrieb als solcher selbständig sein

kann und nicht nur Hilfsbetrieb für einen anderen gewerblichen Betrieb ist.

Der Antragsteller, der neben dem Betrieb einer Baumaterialienhandlung Eigentümer landwirtschaftlich benutzter Grundstücke im Maßgehalt von etwa 1,7 ha ist, hat beim AG. den Antrag gestellt, das Entschuldungsverfahren über ihn zu eröffnen, hilfsweise seinen Betrieb zum Entschuldungsbetrieb zu erklären. Das AG. hat beide Anträge abgelehnt.

Die hiergegen eingelegte sofortige Beschw. ist nicht begründet. Die Kammer steht auf dem Standpunkt, daß ein landwirtschaftlicher Betrieb i. S. des Ges. v. 1. Juni 1933 nicht gegeben ist. Es muß zwar nicht ausschlaggebend darauf ankommen, ob der landwirtschaftliche Betrieb ausgesprochen als Hauptbetrieb anzusehen ist. Immerhin muß es sich um landwirtschaftlichen Grundbesitz und landwirtschaftliche Betriebsführung in solchem Umfang handeln, daß der landwirtschaftliche Betrieb als geschlossener anzusehen ist und als solcher auch selbständig sein könnte. Reinesfalls kann es genügen, wenn der Schuldner lediglich Eigentümer landwirtschaftlicher Grundstücke ist, die er hilfsweise zur Stützung und Führung seines anderweitigen Gewerbebetriebs nützt. Im vorl. Falle ist nach der ganzen Art der Bewirtschaftung davon auszugehen, daß die Bewirtschaftung seiner landwirtschaftlichen Grundstücke dem Schuldner im wesentlichen dazu dienen soll, das für seine Pferde notwendigen Futtermittel zu erzeugen. Soweit der Schuldner also Landwirtschaft betreibt, handelt es sich um einen ausgesprochenen Hilfsbetrieb, der gegenüber dem Betrieb der Baumaterialienhandlung kaum ins Gewicht fällt. Dazu kommt, daß die Verschuldung des Antragstellers so gut wie ausschließlich auf den Betrieb der Baumaterialienhandlung zurückzuführen ist. Es kann aber nicht Sache des Entschuldungsverfahrens sein, einen überschuldeten Gewerbebetrieb zu entschulden, nur weil der Schuldner nebenher noch Grundstücke besitzt und nützt, die für sich betrachtet, nicht als landwirtschaftlicher Betrieb angesehen werden können.

(AG. Tübingen, 2. ZR. (als Beschw. im EntschVerf.), Beschl. v. 6. Nov. 1933, T 223/33.)

Eingef. von RA. Dr. Dreiß, Tübingen (Wtbg.).

7. Zum landwirtschaftlichen Betrieb i. S. des § 1 EntschuldG. v. 1. Juni 1933 gehört auch Pachtland.

Nur ein landwirtschaftlicher Betrieb mit entsprechendem Zubehör ist entschuldungsfähig.

Der landwirtschaftliche Betrieb muß der Hauptberuf sein; bildet er lediglich eine Nebeneinnahme, so trifft das EntschuldG. nicht zu.

Die Entsch. des AG., welches die Eröffnung des Entschuldungsverfahrens abgelehnt hatte, wurde durch Beschl. v. 18. Dez. 1933 bestätigt aus folgenden Gründen:

Nach dem Grundbuchauszug besitzt nur die Antragstellerin Grundstücke, nämlich ein Haus mit Schweinestall, Garten, Baumäckern und Wiesen, insgesamt 48,99 a, welche in den Jahren 1906—1911 auf etwa 4160 M geschätzt worden waren, wobei aber auf das Haus allein 3200 M entfielen. Unrichtig wäre es jedoch, nur dieses Besitztum als den „landwirtschaftlichen Betrieb“ anzusehen. Nach dem Antrag der Antragsteller wie nach der Auskunft des Bürgermeisters B. haben die Antragsteller jährlich noch etwa 160 a hinzugepachtet, um den kleinen Betrieb mit zwei Kühen aufrechtzuerhalten. Auch dieses Pachtland gehört zum landwirtschaftlichen Betrieb. Allerdings geht das Gesetz von der hypothekarischen Sicherung der Schulden des Betriebsinhabers, d. h. von seinem Eigentum an den Grundstücken, aus. Aber es stellt in § 39 die Sicherung durch Fahrnispfandrecht der Hypothek gleich, die 3. Durchf. WD. v. 16. Sept. 1933 (RGBl. I, 641) bezeichnet in Art. 1 Ziff. 8 als Entschuldungsstelle (§ 5 EntschuldG.) für Pachtbetriebe die Deutsche Pächterkreditbank (Domänenbank) GmbH. in Berlin und die 4. Durchf. WD. v. 5. Okt. 1933 (RGBl. I, 719) nimmt in Art. 2 Abs. 1 Satz 3 bei der Bemessung der Zinsleistungsgrenze (§ 28 EntschuldG.) auf die Tatsache Rücksicht, daß zu dem Betriebe auch hinzugepachtete Grundstücke gehören.

Nimmt man das Pachtland hinzu, so bleibt es doch ein ganz kleiner Betrieb, welcher lediglich eine Nebeneinnahme bildet, während der Antragsteller in den letzten Jahren als Maurer 130—150 RM jährlich verdiente, als Arbeitsloser Unterstützung bezog und als Kriegsbeschädigter eine monatliche Rente von 30 RM erhält.

Es fragt sich, ob so kleine Betriebe der landwirtschaftlichen Entschuldung überhaupt unterliegen. Das Gesetz verlangt im Gegensatz zu § 2 ErbhofG. v. 29. Sept. 1933 (RGBl. I, 685) und § 34 der 1. Durchf. WD. v. 19. Okt. 1933 (RGBl. I, 749) keine Mindestgröße (vgl. die tabellarische Übersicht ZW. 1933, 2613) und nach Art. 1 Abs. 1—4 der 4. Durchf. WD. kann auch über Betriebe unter 10 000 RM Einheitswert, deren Mindestsicherheitsgrenze einwirken noch nicht festzustellen ist, das Entschuldungsverfahren mit den Vorteilen des Vollstreckungsschutzes (Art. 4 der 2. Durchf. WD. v. 5. Juli 1933 [RGBl. I, 459]) eingeleitet werden. Andererseits muß es nach Wortlaut und Sinn des EntschuldG. ein landwirtschaftlicher Betrieb sein, nur

er soll entschuldet werden, nicht, wie schon gesagt wurde (LG. Schneidemühl v. 3. Nov. 1933; JW. 1933, 2665⁶), „jeder Betrieb, bei dem überhaupt eine landwirtschaftliche Nutzung in Frage kommt“. Zum Betrieb gehören entsprechende Gerätschaften, Gebäulichkeiten und Vieh (vgl. § 98 Ziff. 2 BGB., § 7 der 1. Durchf. v. 14. Febr. 1933 [RWB. I, 64]), so daß landwirtschaftliche Nutzung ohne diese Voraussetzungen (etwa auf wenigen Äckern oder Wiesen) ohne weiteres ausscheidet. Man wird aber weitergehen müssen. Das Gesetz dient schon nach seiner Überschrift „zur Regelung der landwirtschaftlichen Schulverhältnisse“. Es bezeichnet zwar diese Schulverhältnisse nicht näher, es sagt aber, daß nur landwirtschaftliche Betriebe entschuldet werden dürfen. Es geht deshalb nicht an, die Vorteile dieser Entschuldung Personen zuzuwenden, die nur nebenbei einen landwirtschaftlichen Betrieb besitzen. Soweit sie verschuldet sind, beruht die Verschuldung regelmäßig nicht auf ihrem landwirtschaftlichen Betrieb und der Not der Landwirtschaft in den letzten Jahren, sondern auf anderen Ursachen. Würden sie als Landwirte entschuldet, so genössen sie unberechtigter Vorteil vor allen anderen, namentlich den städtischen Grundbesitzern, die ebenfalls durch die allgemeine Wirtschaftsnot getroffen wurden, ohne sich entschulden zu können. Mit Recht wird man deshalb fordern müssen, daß die Landwirtschaft den Hauptberuf darstellt (so P h r k o s c h: JW. 1933, 2629 Ziff. 3), und Nebenbetriebe auszuscheiden haben (a. A. LG. Schneidemühl a. a. O. und JW. 1933, 2721⁶). W i l d e n - M o n h o f f (Das landw. SchuldenregelungsG.² [1934] S. 6) führt für diese Ansicht auch noch Art. 5 der 3. Durchf. an, nach welchem die Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts (für welche der landwirtschaftliche Betrieb sozusagen nur Nebenberuf ist) die Entschuldung nicht verlangen können. Zu Unrecht wird dagegen geltend gemacht (Weber: JW. 1933, 2629), wenn der Erbhofbetrieb sich entschulden dürfe, müsse man dies den wirtschaftlich schwächeren Nichterhobetrieben erst recht zugestehen. Aus dem RErhofG. läßt sich für die Entschuldung nichts entnehmen, am wenigsten die Schlußfolgerung, daß Nichterbhöfe gerade so gut gestellt werden sollten.

Im vorl. Fall kann man wohl von einem landwirtschaftlichen Betrieb reden; es ist aber nicht der Hauptberuf des Antragstellers, sondern eine zusätzliche Nebeneinnahme. Auch rühren die Schulden nicht von der Landwirtschaft, sondern von der Arbeitslosigkeit des Antragstellers in seinem Beruf als Maurer her. Das EntschuldG. trifft daher nicht zu.

(LG. Tübingen, 1. B., Beschl. v. 18. Dez. 1933, T 234/33.)

Ber. von OMR. Dr. Lehmann, Tübingen.

B. Arbeitsgerichte. Reichsarbeitsgericht.

Berichtet von Rechtsanwalt Dr. W. Oppermann, Dresden.

I. §§ 84 ff., 90 BetrRG.; § 1 Ausf. v. D. z. BetrRG. v. 5. Juni 1920. Wegen die Entscheidung des ArbG., durch die ein Antrag auf Wiedereinstellung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Einspruchsfrist des § 84 BetrRG. zurückgewiesen wird, findet die RBeschw. nach §§ 85 ff. ArbGG. nicht statt.

Der Antragsteller war bei der Antragsgegnerin als Angestellter beschäftigt. Die Stellung wurde ihm gekündigt. Er legte bei dem Angestelltenrat Einspruch nach § 84 BetrRG. ein, jedoch verspätet. Nunmehr hat er beim ArbG. Klage gegen die Antragsgegnerin auf Weiterbeschäftigung erhoben und Antrag auf Wiedereinstellung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Einspruchsfrist gestellt. Das ArbG. hat den Antrag mit der Begr. zurückgewiesen, daß der Antrag erst nach Ablauf eines Monats, von dem Ende der versäumten Einspruchsfrist an gerechnet, gestellt worden sei.

Die hiergegen erhobene RBeschw. ist unzulässig. Der Antrag auf Wiedereinstellung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Einlegung des Einspruchs gegen die Kündigung nach § 84 BetrRG. findet seine Grundlage im § 90 BetrRG. und der Ausf. v. D. v. 5. Juni 1920 (RWB. I, 1139). In diesen Best. ist eine RBeschw. als Rechtsmittel nicht vorgesehen. Nach den Best. des ArbGG. findet aber gem. § 85 Abs. 1 die RBeschw. nur gegen die das Beschlußverfahren i. S. der §§ 80 f. ArbGG. beendenden Beschlüsse statt. Nach § 80 Abs. 1 ArbGG. findet dieses Beschlußverfahren nur in den im § 2 Nr. 5 ArbGG. bezeichneten Fällen Anwendung. Die damit getroffene Regelung der Anwendung des Beschlußverfahrens ist erschöpfend. Keiner der im § 2 Nr. 5 ArbGG. bezeichneten Fälle trifft jedoch vorliegend zu.

Ob etwa, sei es in unmittelbarer, sei es in entsprechender Anwendung der im ArbGG. enthaltenen Vorsch. das Rechtsmittel der Beschw. im vorl. Falle zulässig sein würde, unterliegt nicht der Nachprüfung des RBeschw.

(RARBG., Beschl. v. 25. Nov. 1933, RAG RB 32/33.)

Landesarbeitsgerichte.

Berlin.

I. § 13 RAGebD. Vergleichsgebühr. Wird in einem Vergleich beim LG. in erster Instanz zugleich eine bei dem RArbG. schwebende Sache mit verglichen, so erhält der RA. nur eine Vergleichsgebühr nach dem Gesamtstreitgegenstand beider Prozesse, und zwar mit dem Zuschlag der Revisionsinstanz für den Streitwert des arbeitsgerichtlichen Prozesses. †

(LArbG. Berlin, v. 20. Okt. 1933, 105 T 261/33.)

Abgebr. JW. 1934, 187.

Zu 1. A. Ann. Humann, ebenda.

B. Wegen die Begründung des Beschlusses ergeben sich einige Bedenken.

I. Es waren im wesentlichen vier Fragen zu lösen:

1. Ist für jeden der beiden Prozesse je eine Vergleichsgebühr entstanden? Wenn diese Frage zu verneinen war;
2. Nach welchem Streitwert wird die Vergleichsgebühr berechnet?
3. Findet die Gebührenerhöhung gem. § 52 RAGebD. statt oder sind die Sätze der §§ 9 und 13 Ziff. 3 maßgeblich?
4. Wen trifft die Erstattungslast?

II. 1. Die erste Frage wird außer vom OLG. Kiel: JW. 1931, 1132⁷³ vor allem von Geiershöfer: JW. 1929, 1681³⁰ bejaht. Geiershöfer wendet sich zunächst gegen den im Schrifttum gelegentlich vertretenen (auch im vorl. Beschl. wieder verwendeten) Vergleichsschluß aus § 36 DRAG. Ein solcher Schluß sei wegen der grundsätzlichen systematischen Verschiedenheit der Kostenberechnung im ArbG. einerseits und in der RAGebD. andererseits nicht möglich, vielmehr sei davon auszugehen, daß die Bemessung aller Gebühren der RAGebD. unter Zugrundelegung des Wertes des Streitgegenstandes und der einzelnen bürgerlichen Rechtsstreitigkeit über diesen Gegenstand erfolge. Es gebe keinen inneren Grund dafür, in dem Problemsfall von dem zuletzt erwähnten Berechnungsgrundsatz abzuweichen.

2. Das LArbG. Berlin bezieht diese Ansicht schlechterdings als „rechtsirrig“. Seine formale Begründung: „Denn ist nur ein einheitlicher Vergleich geschlossen, so kann der RA. niemals zwei Gebühren für zwei Vergleiche berechnen, die nicht berechnet worden sind“, stellt sich als *petitio principii* dar. Es fragt sich ja gerade: Kommt es darauf an, ob die Prozesse durch einen einheitlichen Vorgang beendet werden, oder darauf, daß dieser Vorgang zwei Rechtsstreitigkeiten beendet.

3. Im Anschluß an RG.: JW. 1929, 129²⁰ geht Friedlaender: JW. 1931, 1132⁷³ von der Erwägung aus, daß der Abschluß eines einheitlichen gerichtlichen Vergleichs ohne vorangegangene Verbindung der Sachen den übereinstimmenden Willen sowohl der Parteien, die den Vergleich schließen, und ihrer Anwälte, die dabei mitwirken, als auch des Gerichts, das ihn beurkundet, dahin zum Ausdruck bringt, daß die Beilegung der verschiedenen Streitigkeiten am besten einheitlich erfolge, oder sogar nicht anders als einheitlich möglich sei, daß also die Sachen als für den Vergleichsschluß miteinander verbunden anzusehen und zu behandeln seien.

4. Das LArbG. Berlin weist auf die unter 3 erwähnte Bemerkung von Friedlaender hin, übersieht aber, daß die entscheidende Besonderheit des vorl. Falles darin liegt, daß eine Verbindung der beiden Streitigkeiten überhaupt nicht möglich gewesen wäre (vgl. Stein-Jonas, 15. Aufl., Bem. V zu § 147 ZPO.).

Man könnte versuchen, über dieses Bedenken durch folgende Erwägungen hinwegzukommen: Hinsichtlich der Tätigkeit der Rechtsanwältin bei den LArbG. und beim RArbG. findet die RAGebD. unmittelbar (so Walter-Joachim-Friedlaender, Ann. 73 zu § 1 RAGebD.) oder doch entsprechend (für die in Preußen niedergelassenen Rechtsanwälte) über Art. 2 PrRAGebD. Anwendung. Der gerichtliche Vergleich ist aber tunlichst ebenso zu behandeln wie ein außergerichtlich geschlossener (vgl. hierzu im einzelnen Friedlaender: JW. 1931, 1133 Abschn. 3) und der über einen rechtshängigen Einspruch tunlichst so wie derjenige über einen nicht rechtshängigen. Ob aber allein hieraus gefolgert werden kann, daß es auch in Fällen der vorliegenden Art maßgeblich darauf ankommt, ob für jeden der mehreren Rechtsstreitigkeiten, auf die sich nach dem Willen der Parteien der Vergleich erstrecken soll, die RAGebD. Anwendung findet, ist doch sehr zweifelhaft.

III. Wenn man auch für Fälle der vorliegenden Art sich nicht der von Geiershöfer vertretenen Ansicht anschließt, wird man allerdings die Vergleichsgebühr nicht nur nach dem für die Vergleichsinstanz festgesetzten Streitwert berechnen (so die ältere Ansicht in Spr. und Schrifttum u. a.: OLG. Colmar: Recht 1903, 609; OLG. Hamburg: SanfGZ. 1917 Beibl. 228; OLG. Kiel: SchlesHofstAnz. 1917, 191; OLG. Naumburg: NaumbUR. 1906, 15 und vor allem Schönfeld: Recht 1906, 927), sondern der vom LArbG. Berlin vertretenen

C. Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte.

I. Reich.

Reichsfinanzhof.

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

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

× I. § 4 Abs. 2 KörperStG.

a) Eine Genossenschaft, die nicht Konsumgenossenschaft ist, kann nicht unter Berufung auf das GenG. verlangen, daß die im GenG. gestattete oder nicht ausdrücklich verbotene Ausdehnung des Geschäftsbetriebs auf Nichtmitglieder auch steuerlich als unschädlich gilt.

b) Eine steuerlich schädliche Teilnahme von Nichtmitgliedern an den Genossenschaftszwecken tritt auch ein, wenn eine landwirtschaftliche Bezugs- und Absatzgenossenschaft duldet, daß ein Mitglied die von der Genossenschaft bezogenen Waren an Nichtmitglieder weiterveräußert.

Streitig ist, ob die Beschw. ihren Geschäftsbetrieb auf den Kreis der Mitglieder beschränkt hat. Es handelt sich um eine landwirtschaftliche Bezugs- und Absatzgenossenschaft, die einem Revisionsverband angeschlossen ist. Nach § 2 der Satzungen ist Gegenstand des Unternehmens, „mittels gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebes die Wirtschaft der Mitglieder dadurch zu fördern, daß denselben:

1. die Bedarfsartikel zum Betriebe ihrer Landwirtschaft, welche die Genossenschaft im großen bezieht, unter Garantie für den vollen Gehalt an deren wertbestimmenden Bestandteilen im kleinen abgelassen werden;
2. ihre landwirtschaftlichen Erzeugnisse abgenommen und gemeinschaftlich verkauft werden.

Im Wirtschaftsjahr 1929/30 hat ein Mitglied für den landwirtschaftlichen Betrieb bestimmte Waren von der Genossenschaft bezogen, diese Waren aber nicht restlos in seinem eigenen Betrieb verwendet, sondern z. T. an Nichtmitglieder gewerbsmäßig weiterverkauft. Das FinU. hat in diesen Geschäften ein Hinsausgehen über den Kreis der Mitglieder erblickt und die Genossenschaft unter Verjagung der Vergünstigung des § 4 Abs. 2b als Erwerbsgenossenschaft zur Körperschaftsteuer herangezogen.

Die Sprungberufung blieb erfolglos.

Die Vorentscheid. wurde aufgehoben.

Nach § 4 Abs. 2b gehören nur solche einem Revisionsverband angeschlossenen Genossenschaften, deren Geschäftsbetrieb sich auf den Kreis der Mitglieder beschränkt, nicht zu den Erwerbsgenossenschaften. Die besondere Behandlung solcher Genossenschaften im KörperStG. beruht auf dem Grundgedanken von der Identität zwischen Unternehmer und Kundschaft. Solange durch die Beschränkung des Geschäftsverkehrs auf den Kreis der Mitglieder die Identität zwischen Unternehmer und Kundschaft gewahrt ist, fehlt dem genossenschaftlichen Zusammenschluß der Erwerbcharakter. Dieser Umstand allein rechtfertigt die im § 4 Abs. 2b vorgesehene Steuerver-

Auffassung den Vorzug geben sollen, daß eine Zusammenrechnung der Streitwerte zu erfolgen habe. Diese Ansicht ist nunmehr in Rpr. und Rechtslehre herrschend (vgl. die Zitate des obenstehenden Beschl.) und oft genug begründet worden.

IV. Die Frage, ob gen. § 52 RWObD. Erhöhung stattzufinden hat, könnte entweder einheitlich verneint oder einheitlich bejaht oder in verschiedener Weise uneinheitlich nach dem Verhältnis der Streitwerte der erstinstanzlichen zu dem in eine weitere Instanz gehörender Rechtsstreitigkeiten entschieden werden.

1. Das VArbG. Berlin schließt sich in. R. nicht der ersten (vom OVG. München: ZW. 1929, 1692⁵⁶) vertretenen Ansicht an. Diese Ansicht ist in der Besprechung des Beschl. des OVG. München von Friedlaender überzeugend widerlegt worden.

2. Seine eigene Ansicht, daß eine Berechnung entsprechend dem Verhältnis der beiden in Betracht kommenden Streitwerte zu erfolgen habe, begründet das VArbG. Berlin lediglich damit, daß sie allein „billig und angemessen“ sei. Das ist keine ausreichende Begründung. Insbes. sind die Gründe, die von Reinberger: JurWdsch. 1930, 300 und von Friedlaender: ZW. 1931, 1133 für die zweite Ansicht vorgetragen sind (vor allem: Anwendung des Rechtsgedankens des § 14 Abs. 2 DGG.), nicht widerlegt.

V. Wenn man der Ansicht des VArbG. Berlin zu den unter III und IV behandelten Fragen folgen könnte, wäre in. E. gegen seine Behandlung der vierten Frage nichts einzuwenden. Diese ist von seinem Standpunkte aus folgerichtig.

RM. Dr. Mayke, Berlin.

günstigung. Im GenG. ist der Gedanke von der Identität zwischen Unternehmer und Kundschaft nicht rein erhalten, vielmehr durch die grundsätzliche Ausdehnung des Geschäftsbetriebs auch auf Nichtmitglieder durchbrochen. Das KörperStG. dagegen hält den Grundgedanken der Genossenschaftsbewegung in reiner Form aufrecht. Das geht daraus hervor, daß es im § 4 Abs. 2b ausdrücklich nur die Genossenschaften begünstigt, deren Geschäftsbetrieb nicht über den Kreis der Mitglieder hinausgreift. Daß der Gesetzgeber im KörperStG. bewußt auf den Grundgedanken der Genossenschaftsbewegung zurückgegangen ist, ergibt sich aus den Beratungen des KörperStG. im Aussch. Dem FinGer. ist daher darin beizutreten, daß die Beschw. nicht unter Ver. auf das GenG. verlangen kann, daß die im GenG. gestattete oder nicht ausdrücklich verbotene Ausdehnung des Geschäftsbetriebs auch steuerlich als unschädlich gilt (vgl. Ur. v. 1. Dez. 1931, I A 397/31 = RStBl. 1932, 248 = StW. 1932 Nr. 251). Der im KörperStG. in reiner Form enthaltene Gedanke von der Identität zwischen Unternehmer und Kundschaft nötigt aber zu der Annahme, daß nicht nur die unmittelbare, sondern auch die mittelbare Teilnahme von Nichtmitgliedern an den Genossenschaftszwecken steuerlich schädlich ist. Eine mittelbare, von der Genossenschaft zu vertretende Teilnahme von Nichtmitgliedern tritt ein, wenn die Genossenschaft Waren an ein Mitglied absetzt und duldet, daß das Mitglied die Waren an Nichtmitglieder weiterveräußert. Das FinGer. hat auch mit Recht darauf hingewiesen, daß sich die Beschw. nicht darauf berufen kann, es fehle ihr mangels einer dem § 153 GenG. entsprechenden Best. an einer Handhabe, den Mitgliedern die Weiterveräußerung von Waren zu verbieten. Wenn die Beschw. weiß, daß ein Mitglied von der Genossenschaft bezogene Waren gewerbsmäßig an Nichtmitglieder weiterveräußert, dann muß sie, wenn sie die steuerliche Bevorzugung des § 4 Abs. 2b in Anspruch nehmen will, für die Einstellung dieser Geschäfte sorgen, nötigenfalls das Mitglied wegen Verletzung seiner statutemäßigen Verpflichtungen ausschließen.

Das Ur. des VG. war aber aus einem anderen Grunde aufzuheben. Nach dem Inhalt der Akten handelte es sich bei den an Nichtmitglieder veräußerten Waren lediglich um Restposten von Sammelsendungen. Danach wäre es möglich, daß gestattete Nichtmitgliedergeschäfte vorliegen, die unter besonderen Umständen oder aus besonders zwingender Veranlassung abgeschlossen worden sind. Dies wäre z. B. der Fall, wenn die Sammelbestellungen nicht ganz ausreichten, um einen Eisenbahnwagen zu füllen und die Genossenschaft gezwungen war, eine verhältnismäßig kleine Menge an nichtbenötigter Ware hinzuzukaufen, um den waggonweisen Bezug der Ware zu ermöglichen. Das FinGer. hat hierzu nicht erkennbar Stellung genommen und den Sachverhalt insoweit nicht genügend aufgeklärt.

(RStBl., 1. Sen., Ur. v. 8. Nov. 1933, I A 133/33 S.)

*

2. § 20 Nr. 3 Durchs. Besl. z. UmfStG. 1926 (= 1932 § 20 Nr. 3). Von der UmfSt. sind ausgenommen die Entgelte für die Benutzung von Hafenkaischuppen, sofern sie die zu ihrer Herstellung und Unterhaltung erforderlichen Kosten nicht übersteigen, gleichviel ob sie entrichtet werden in Form von Gebühren für Einzelleistungen oder in Form einer Gesamtsumme (Pachtzins) für einen bestimmten Zeitraum.

(RStBl., 5. Sen., Ur. v. 27. Okt. 1933, V A 935/32 S.)

*

× 3. § 8 LippwertZunStG. v. 26. Sept. 1927. § 8, durch den auch die vom Veräußerer an der Realbelastung durch die Geldwertung erzielten Gewinne berücksichtigt werden, ist rechtmäßig, weil solche Gewinne keinen Wertzuwachs am Grundstück bedeuten können.

Die §§ 7 u. 8 des oben bezeichneten Gesetzes lauten:

§ 7. Soweit der Erwerbspreis nicht in Vorkriegs-, Gold-, Renten- oder Reichsmark berechnet ist, wird er nach den Best. des § 2 AufhG. v. 16. Juli 1925 (RStBl. I, 117) nach seinem Goldmarkwert berechnet. Maßgebend für die Berechnung ist, falls ein zur Übertragung des Eigentums verpflichtendes Veräußerungsgeschäft abgeschlossen war, der Tag des Abschlusses des Rechtsgeschäfts, in allen übrigen Fällen der Tag, an dem der Rechtsvorgang, der die Rechtsänderung bewirkt, zum Abschluß gekommen ist.

§ 8. Hatte der Veräußerer beim Erwerb des Grundstücks in Anrechnung auf den Erwerbspreis oder neben dem Erwerbspreis Schuldverpflichtungen (Restkaufgelber), Hypotheken usw. übernommen, so gilt abweichend von der Best. in § 7 für die Berechnung des Goldmarkwertes der übernommenen Schuldverpflichtungen folgendes:

a) soweit die Schuldverpflichtungen bei der Veräußerung des Grundstücks noch bestehen und von dem neuen Erwerber übernommen werden, ist für die Berechnung ihres Goldmarkwertes der Tag des Eintritts der Steuerpflicht aus der neuen Veräußerung maßgebend;

der Wert der Verpflichtungen muß mindestens dem Betrage entsprechen, der bei der Berechnung des neuen Veräußerungspreises vereinbarungsgemäß in Ansatz gebracht ist;

b) sind die Schuldverbindlichkeiten bis zur neuen Veräußerung getilgt, so ist bei der Berechnung des Erwerbspreises ihr Goldmarkwert nach dem Werte der Leistungen zu berechnen, die der Veräußerer für die Tilgung am Tilgungstage aufgewandt hat.

Der Beschw. führt aus, daß durch § 8 nicht ein wirklicher unverdienter Wertzuwachs am Grundstück, sondern ein Vermögenszuwachs getroffen werde und daß deshalb das Gesetz gegen § 2, auch gegen § 18 FinAusglG. verstoße.

Den Gedankengängen des Beschw. ist zu folgen, wenn auch im einzelnen seine Darlegungen den Kern der Sache nicht treffen.

Vor dem RZwStG. 1911 gab es für die Länder keine reichsrechtlichen Schranken für die Besteuerung des unverdienten Wertzuwachses an Grundstücken. Die Länder und in den Landesgesetzlichen Schranken die Gemeinden, konnten Wertzuwachssteuergesetze und -ordnungen erlassen, in denen willkürlich bestimmt war, was als steuerpflichtiger Wertzuwachs anzusehen war. Die Bezeichnung als RZwStG. war nur ein Name, unter dem sich Dinge der verschiedensten Art verbergen konnten. So war in Preußen für die indirekten Gemeinbesteuerungen (und zu diesen gehörten die Zuwachssteuern) in § 13 Abs. 1 KommAbgG. v. 14. Juli 1893 lediglich bestimmt: „Die Gemeinden sind zur Erhebung indirekter Steuern innerhalb der durch die Reichsgesetze gezogenen Grenzen befugt.“ Es folgten nur noch Vorschriften über Steuern auf den Verbrauch von Fleisch usw., über die Luftbarkeits- und die Hundsteuer.

Das wurde anders, als am 1. April 1911 das RZwStG. in Kraft getreten war. Jetzt hörte grundsätzlich die Befugnis der Bundesstaaten und Gemeinden zur Besteuerung des Wertzuwachses an Grundstücken auf (§ 72 Abs. 2 RZwStG.). Dabei konnte es zweifelhaft sein, was unter dem Begriff „Wertzuwachs“ zu verstehen sei. Aber darauf braucht an dieser Stelle nicht eingegangen zu werden.

In der RZwSt. nahm das Reich nur zur Hälfte teil. Als dann durch das Gef. v. 3. Juli 1913 diese Beteiligung aufgehoben war und damit die Steuer aufhörte, eine Reichsteuer zu sein, wurde bestimmt (§ 1 Abs. 2): „Durch Landesgesetz oder in Gemäßheit des Landesrechts durch ortstatutarische Vorschrift kann eine andere Regelung des Wertzuwachses getroffen werden.“ Es kann dahingestellt bleiben, ob hierdurch den Bundesstaaten und Gemeinden dieselbe Freiheit wiedergegeben worden war, wie sie früher bestanden hatte, oder ob innerhalb einer RZwStD. die Landesgesetzgebung an die grundsätzliche Auflassung des RZwStG. 1911 gebunden war. Markull (Reichs- und Landesrecht der ZwSt., Heft, Stuttgart 1928) ist jedenfalls dieser zweiten Ansicht (S. 8).

Das FinAusglG. ordnete im § 18 die Erhebung von sog. Inflationswertzuwachssteuern an, überließ es aber im übrigen den Ländern, ob sie Grundstücks-Zuwachssteuern einführen wollten oder nicht. In § 18 Abs. 3 wurde bestimmt, daß § 1 Abs. 5 des Gef. vom 3. Juli 1913 unberührt bleibe. Hierzu hat der Große Senat des RZG. in der Entsch. v. 9. Jan. 1926 (RZG. 18, 109) dargelegt, daß die Einbeziehung des Zubehörs, um das es sich damals handelte, seit dem Gef. v. 3. Juli 1913 nicht mehr gehindert gewesen, oder richtiger, daß die Besteuerung des Wertzuwachses von Mobilien oder Zubehör überhaupt niemals beschränkt gewesen sei. Der RZG. fährt dann fort: „Eine solche Einschränkung ist indessen in der Zwischenzeit durch die steuerliche Inanspruchnahme des Vermögenszuwachses und des Einkommens von seiten des Reichs erfolgt. Diese Beschränkung ist durch § 1 Abs. 5 nur insoweit abgeschwächt, als die Landessteuerhoheit durch das RZwStG. von 1911 beschränkt war und durch das Gef. v. 3. Juli 1913 wiederhergestellt worden ist. Die Ausnahmevorschrift kann daher auch nur innerhalb der Grenzen wirken, die vorher durch die reichsgesetzliche Schranke abgesteckt waren, nämlich auf dem Gebiete des ohne Zutun des Eigentümers beim Übergange des Eigentums an Grundstücken entstandenen Wertzuwachses.“

Der RZG. hat sich also auf den Standpunkt gestellt, daß nach dem neuen Recht die Länder und Gemeinden bei der Zuwachsbesteuerung der Grundstücke gewissen Schranken unterliegen, daß sie jedenfalls als Grundstückswertzuwachs nur das besteuern können, was wirklich unter diesen Begriff fällt. Es fragt sich nur, wie der Begriff abzugrenzen ist.

Markull (S. 13) verweist zunächst auf die amtliche Darstellung des RZwStG. im Zusammenhang, Amtliche Mitteilungen über die Zuwachssteuer Bd. I S. 137—194, wo unter anderem folgendes gesagt ist: „Die einschränkenden Worte „ohne Zutun des Eigentümers entstanden“ haben lediglich programmatische Bedeutung. Für die Ermittlung des Wertzuwachses überhaupt und für die Ausschließung des steuerpflichtigen Teiles der Wertsteigerung sind ausschließlich und bindend die Vorschr. des Gef. (von 1911) maßgebend. Der unter Beobachtung der gesetzlichen Vorschr. berechnete Wertzuwachs gilt dann als der Wertzuwachs, der ohne Zutun des Eigentümers entstanden ist.“ In den „im RSchAbl. zusammengestellten“ Erläuterungen zum RZwStG. (Amtl. Mitt. I, 99) heißt es: „Den Einzelbestimmungen gegenüber kann der Einwand nicht beachtlich

erscheinen, bei deren Anwendung werde auch vom Eigentümer geschaffener Zuwachs von der Steuer getroffen, während nach dem Willen des Gesetzgebers nur der ohne Zutun des Eigentümers geschaffene Zuwachs steuerpflichtig sein soll. Diese Auslegungsregel sollte durch die Worte „gemäß den Vorschr. dieses Gesetzes“ sichergestellt werden.“ Solche Vorschr. werden sodann aufgezählt.

Markull (S. 15) folgert hieraus, daß durch die aufgezählten Vorschr. des RZwStG. der Begriff des Wertzuwachses begrenzt werde, daß man den Begriff zwar enger und zugunsten des Steuerpflichtigen ziehen dürfe, nicht aber weiter und zu Ungunsten des Steuerpflichtigen. Dieser Auffassung kann nicht beigegeben werden. Bei der Abfassung des RZwStG. haben sich große Schwierigkeiten dahin ergeben, was unter einem ohne Zutun des Eigentümers entstandenen Wertzuwachs zu verstehen sei. Die Meinungen gingen weit auseinander. Wenn schließlich bestimmte Einzelvorschriften Gesetz wurden, so bedeutet das keineswegs, daß alles, was mit diesen Vorschr. nicht übereinstimmt, dem Wesen der Zuwachssteuer zuwiderläuft. Man hat eben nur einen von vielen Wegen festgelegt und bestimmt, daß als unverdienter Wertzuwachs für das Anwendungsgebiet des Gesetzes das behandelt werden soll, was das Gesetz vorschreibt. Die Ausprägung des RSchAbl. in den Amtl. Mitt. beziehen sich nur auf das Gesetz, wie es vorlag; sie wollten sich keinerlei Gesetzeskraft beilegen und sind lediglich wie eine sehr beachtenswerte und damals auch nützliche Privatarbeit zu werten.

Da das FinAusglG. aber den Begriff des Wertzuwachses vorausest, läßt es sich nicht umgehen, diesen Begriff wenigstens nach der verneinenden Seite zu bestimmen, und das ist nur so möglich, daß man sagt: Wertzuwachs am Grundstück kann nicht das sein, was dem Wesen eines solchen Zuwachses entgegensteht, was also nicht unter diesen Begriff fallen kann (vgl. Boethke: DStBl. 1928, 38). Das trifft für § 8 RZwStG. zu. Dort ist der Zuwachs einbezogen, den das Vermögen des Eigentümers durch die Geldentwertung erfahren hat, nämlich der Gewinn, den der Eigentümer durch Entwertung der Forderungen gezogen hat, die durch sein Grundstück hypothekarisch gesichert waren. Das hat mit einem Grundstückszuwachs nichts zu tun. Der Umstand, daß auch die Hypotheken, d. h. die dinglichen Rechte, in ihrem Werte vermindert worden sind, betrifft ebenfalls nicht den Grundstückswert. Denn dieser ist unabhängig von den Lasten, die in Abt. III des Grundbuchblatts eingetragen sind. Das gilt auch dann, wenn die Hypothekenforderungen Ausgaben betreffen, die zugunsten des Grundstücks gemacht worden sind und dessen Wert erhöht haben. Ihr Betrag ist überdies bei Feststellung des Erwerbspreises regelmäßig hinzuzurechnen, wenn er während der Besitzzeit aufgewendet ist.

Zu Unrecht weist das FinVer. darauf hin, daß nach § 18 Abs. 2 FinAusglG. der Wille des Gesetzgebers in erster Linie auf die steuerliche Erfassung solcher Gewinne gerichtet gewesen sei, die in Grundstückserwerbungen während der Zeit der Geldentwertung ihren Ursprung gehabt hätten. Das ist nur insoweit richtig, als das FinAusglG. in jedem Falle den am Grundstück entstandenen Geldentwertungsgewinn erfassen wollte, und das bewegt sich durchaus im Rahmen einer Grundstückszuwachsbesteuerung, von dem Gesichtspunkte aus, daß das Grundstück für einen niedrigeren Goldpreis erworben ist und später einen unverhältnismäßig hohen Reichsmarkpreis erzielt hat. Das ist auch der Gedanke des § 7 RZwStG., soweit Grundstücke in Frage stehen, die in der Wertentwertungszeit erworben sind. § 8 betrifft aber ganz etwas anderes. Es muß von dem vereinbarten Preis ausgegangen werden, gleichviel wie er getilgt wird. Sind Hypothekenschulden übernommen, so ist insoweit der Preis getilgt und die Gegenleistung erledigt; die Übernahme geschieht an Zahlungs Statt (§ 364 BGB.). Wird der Preis gestundet, so ist er noch nicht getilgt. Hier wird durch die Entwertung der Restkaufgeldforderung ebenfalls der Grundstückswert oder Grundstückspreis nicht berührt. Für die Aufwertung war das AufwG. 1925 (§§ 9 ff., 62 ff.) maßgebend.

(RZG., 2. Sen., Urt. v. 24. Nov. 1933, II A 181/33 S.)

Reichspatentamt.

1. § 3 PatG.

Für die Frage der Identität nach § 3 Abs. 1 PatG. kann auch ein allgemeiner Erfindungsgedanke von Bedeutung sein, der zwar durch die im Anspruch gekennzeichnete Verkörperung der Erfindung erschöpfenden Ausdruck nicht gefunden hat, aber aus der Patentschrift für den durchschnittlichen Fachmann erkennbar ist. Ein selbständiges und für sich schutzfähiges Element einer im Anspruch gekennzeichneten Kombination kann patent-hindernd sein.

Die nach dem Wissensstande der Technik ohne weiteres sich ergebenden Ausbildungen der Erfindung gehören ebenso wie die in der Patentschrift behandelten, aber

nicht zum Gegenstand eines Unteranspruchs gemachten besonderen Ausführungsformen zum Gegenstand des Patentes.

Die Verschiedenheit der Bezeichnungen für die Kategorie des älteren Patentes und der jüngeren Anmeldung oder des jüngeren Patentes kann die Identität nicht ausschließen, wenn offensichtlich die im Anspruch bezeichnete Kategorie dem wahren Wesen der Erfindung nicht entspricht oder sie nicht erschöpfend wiedergibt. †)

... Die vom Anmelder geltend gemachte Rechtslehre stellt grundsätzlich den von den Gerichten abzugrenzenden Schutzzumfang dem vom Pat. festzustellenden Gegenstand der Erfindung gegenüber. Diese Lehre ist aus dem Bedürfnis entwickelt worden, den Gerichten einen Ausgleich von Unvollkommenheiten des Erteilungsverfahrens und besonders der Abfassung der Ansprüche zu ermöglichen, Unvollkommenheiten, die aus verschiedenen Gründen unvermeidlich sind. Denn es kann im allgemeinen im Erteilungsverfahren, um mit den Worten der RGEntsch. v. 9. Febr. 1910 zu reden, durch das Pat. „der Patentschutz nicht nach allen Seiten genau abgegrenzt werden“ (vgl. PatMusZschBl. 1910, 157). Um diese Abgrenzung gegenüber dem einzelnen Verletzungsfall nachholen zu können, nehmen die Gerichte im Zweifelsfall eine vollständige Aufrollung des Prüfungsverfahrens einschließlich einer Neuheitsprüfung an Hand des von den Parteien und den Sachverständigen beigebrachten Materials für sich in Anspruch, eine Praxis, deren Markstein die genannte Entsch. des RG. v. 9. Febr. 1910 darstellt. Diese Abgrenzung des Schutzzumfanges durch die Gerichte bildet den einen extremen Fall der weitestgehenden Erfassung der Erfindung im Wege der Auslegung des Patentes, während die Feststellung des Gegenstandes der Erfindung das andere Extrem der engen Erfassung der Erfindung darstellt. Denn unter dem „Gegenstand der Erfindung“ versteht die vorherrschende Rechtslehre die konkrete Erscheinungsform der Erfindung, also die konkrete Sache oder das konkrete Verfahren (vgl. Piezcker, PatG. S. 27 und Jsay, PatG., 1931, S. 190).

Diese Feststellung des „Gegenstandes der Erfindung“ wird nun vielfach als alleinige Aufgabe des Pat. bei der Kennzeichnung der Erfindung in den Ansprüchen bezeichnet. Wenn hiermit dem Pat. grundsätzlich nur eine enge Aufgabe zugewiesen wird, so darf dies nur so verstanden werden, daß damit lediglich das Mindestmaß dessen bezeichnet wird, was das Pat. zu leisten hat, um den Best. des PatG. zu genügen. Das Pat. wird aber darüber hinaus seiner Pflicht, festzustellen, was als patentfähig unter Schutz gestellt werden soll, um so mehr gerecht, als es sich über den zu gewährenden Schutz weitgehend Klarheit verschafft und das gewonnene Ergebnis in den Ansprüchen in möglichst vollkommener Weise mit allen Mitteln begrifflicher Wiedergabe zum Ausdruck bringt. Diese Aufgabe des Pat. ergibt sich schon aus der Pflicht der patenterteilenden Instanz, unbeeinträchtigt durch den Aufgabenkreis anderer rechtsprechenden Stellen in den praktisch gegebenen Grenzen diejenigen Untersuchungen und Erwägungen vorzunehmen, die erforderlich sind, um Schutzrechte mit möglichst klar erkennbarem Inhalt zu erteilen, die dem Bedürfnis der beteiligten Kreise nach Rechtssicherheit entsprechen. Deshalb hat auch das RG., obwohl es grundsätzlich an einer Unterscheidung zwischen Schutzzumfang und Gegenstand der Erfindung festhält, der Zuständigkeit des Pat. keine engen Schranken gesetzt, sondern hat in den Entsch. v. 23. Mai 1914: PatMusZschBl. 1914, 298 und vom 29. März 1915: PatMusZschBl. 1929, 228, mit aller Deutlichkeit zum Ausdruck gebracht, daß es Sache des Pat. ist, den Gegenstand der patentierten Erfindung zu bestimmen und den Schutzzumfang, soweit tunlich, abzugrenzen, und weiter, daß eine Formulierung des

Anspruchs, welche den allgemeinen Erfindungsgedanken zum Ausdruck bringt, entsprechend der ständigen Mspr. des RG. um so unbedenklicher für zulässig zu erklären ist, als damit jeder Leser der Patentschrift Klarheit über den Schutzzumfang des Patentes erhält.

Es wäre ein Widerspruch in sich selbst, sollte dem Pat. diese tunlichste Klärung des Schutzzumfanges i. S. der Feststellung des erkennbaren Erfindungsgedankens, die ihm gemäß vorkommender Entsch. des RG. bei der Formulierung der Patentansprüche zukommt, verweigert sein bei der Auslegung der Ansprüche im Verfahren gemäß § 3 Abs. 1 und § 10 Nr. 2. Eine solche Feststellung würde auch in einem späteren Verletzungsfall für das Gericht keine grundsätzliche Vorwegnahme der Entsch. darstellen. Aus dieser Würdigung des älteren Patentes folgt vielmehr ebensowenig eine absolute Bindung des Verletzungsrichters, wie aus der Bewertung einer Vorveröffentlichung im Erteilungsverfahren.

Die vom Anmelder vertretene enge Bewertung des älteren Patentes beruht im wesentlichen darauf, daß er den in §§ 3 Abs. 1 u. 10 Nr. 2 gebrauchten Ausdruck „Gegenstand des Patentes“ mit dem „Gegenstand der Erfindung“, also der konkreten Erscheinungsform der Erfindung identifiziert. Diese Auslegung der Gesetzesstellen gibt aber Anlaß zur Doppelpatentierung, entspricht also nicht dem Sinne des PatG. Denn über den „Gegenstand der Erfindung“ soll der Schutzbereich des Patentes hinausgehen können (vgl. Jsay, PatG., 1931, S. 91 Abs. 9 und Piezcker, PatG. S. 250, § 4, Num. 28). Würde man nun bei der Identitätsprüfung dem jüngeren Patent oder der jüngeren Anmeldung lediglich den Erfindungsgegenstand gegenüberstellen, so könnte der übrige, unter den Schutzbereich des Patentes fallende und somit ebenfalls durch dieses geschützte Teil der älteren Erfindung einer neuen Patentierung nicht hinderlich sein. Es müßte dann also für Dinge, die schon durch das ältere Patent geschützt sind, erneut ein Patent erteilt werden. Dann wären also die Inhaber zweier verschiedener Patente befugt, übereinstimmende Rechte aus § 4 PatG. geltend zu machen. Dieser Befugt aber, daß das Benutzungsrecht des Patentinhabers ein ausschließliches sein soll. Demnach müssen die Best. der §§ 3, Abs. 1, und 10 Nr. 2, in dem Sinne angewendet werden, daß die Identitätsprüfung nicht auf einen Bruchteil des vom älteren Patent gewährten Schutzes, sondern auf dessen gesamtes erkennbares Schutzrecht gegründet wird (vgl. hierzu auch Damm-Lutter, Das deutsche Patentrecht, 1925, S. 236—242).

Diese Identitätsprüfung, die auf Grund des erkennbaren Erfindungsgedankens vorgenommen wird, ist durchaus vereinbar mit dem Grundsatz, daß der Anspruch die Grenze für den Patentgegenstand bildet. Denn die Feststellung des Erfindungsgedankens soll auch nur im Wege der Auslegung der Patentansprüche erfolgen. Es dürfen also die Grenzen der Patentansprüche nicht etwa in der Weise überschritten werden, daß bei der Feststellung des Erfindungsgedankens eine neue Erfindung an Stelle der in den Ansprüchen angegebenen gesetzt wird. Dies ist in der Mspr. allgemein anerkannt und gilt auch für die Abgrenzung des Schutzbereichs durch die Gerichte im Verletzungsfall (vgl. Jsay, PatG., 1931, 197 Abs. 7; Krause, PatG., 1931, S. 88 D, c; Risch, Handbuch des deutschen Patentrechts, 1923, 161 Abs. 1; Piezcker, PatG. S. 273 letzter Abs.; Seligsohn, PatG., 1932, S. 121—123). Als auslegungsbedürftig ist der Anspruch jedoch nicht nur dann zu betrachten, wenn er in sich sprachliche oder logische Unklarheiten enthält, sondern auch wenn sich Unklarheiten über das durch den Anspruch begründete Schutzrecht im Vergleich mit den übrigen Unterlagen der Patentschrift ergeben. Für diese Auslegung des Anspruchs ist der gesamte, durch die Patentschrift übermittelte Vorstellungsinhalt, also Beschreibung und Zeichnung, heran-

klarere Weise zu erkennen, daß es für sich das Recht in Anspruch nimmt, den Schutzzumfang eines Patentes im Patentanspruch festzulegen.

Nur in einem Punkt ist die Begr. der Entsch. des BeschwSen. nicht richtig, insofern, als der erk. Sen. den Standpunkt vertritt, daß etwas, das bereits in den Schutzbereich eines Patentes fällt, nicht in einem jüngeren Patent unter Schutz gestellt werden könne. Es ist, wie allgemein anerkannt, ohne weiteres möglich, daß eine in den Erfindungsbereich eines älteren Patentes fallende Lösung der dem älteren Patent zugrunde liegenden Aufgabe, die einen besonderen technischen Fortschritt bedeutet und nur durch Anwendung von erfinderscher Tätigkeit gefunden wurde, dem Patentschutz zugänglich ist (vgl. z. B. Lutter, PatG., 1928 S. 79). Dieses Patent ist alsdann von dem älteren Patent abhängig, d. h. der Inhaber des Patentes kann also ohne Genehmigung des Inhabers des älteren Patentes seine Erfindung nicht benutzen. Die in der in Frage stehenden Entsch. des Pat. vertretene Auffassung, daß das ausschließliche Benutzungsrecht eines Patentinhabers auch tatsächlich immer ein ausschließliches Recht sein müsse, ist also nicht richtig.

Im übrigen kann das ausschließliche Benutzungsrecht nach § 4 PatG. auch noch verklümmert werden durch das Vorbenutzungsrecht nach § 5 PatG. und durch öffentliches Recht.

Patentanwalt Dr. Arthur Ulrich, Berlin.

Zu 1. Der Entsch. ist im Ergebnis und auch in wesentlichen Teilen der Begr. zuzustimmen. Nach den Grundsätzen, die von Jsay 1909 aufgestellt worden sind, hat das Pat. in dem Patentanspruch nur den Gegenstand der Erfindung, nicht aber den Umfang des Patentschutzes festzustellen. Die Best. des Schutzbereichs des Patentes ist nach Jsay Sache der oberinstanzlichen Gerichte. Diese Grundsätze wurden, abgesehen von wenigen Abweichungen, vom Pat. und vom RG. eingehalten. Trotz der in der Begr. der Entsch. genannten RGEntsch. aus den Jahren 1910—1916 war es in Wirklichkeit so, daß im Verletzungsfall der Patentanspruch unberücksichtigt blieb und mit Hilfe eines Sachverständigen auf Grund des Standes der Technik am Tage der Anmeldung des Patentes sein Schutzbereich ausgelegt wurde. Dabei ergab sich in recht vielen Fällen, daß der Sachverständige, infolge seiner Unkenntnis in patentrechtlichen Fragen, bei der Auslegung von Veröffentlichungen, die auch das Pat. im Erteilungsverfahren berücksichtigt hat, zu einem der Ansicht des Pat. entgegengesetzten Standpunkt kam, der dann der Entsch. des Gerichts zugrunde gelegt wurde.

Die Grundsätze von Jsay sind von Lutter, der einen Unterschied zwischen „Gegenstand des Patentes“ und „Umfang des Patentschutzes“ nicht anerkennt, in seinem Romm. mit Recht bekämpft worden, ohne daß ihm die Mspr. gefolgt ist. Das Pat. lehnt sich an die Auffassung von Lutter an und gibt mit der vorl. Entsch. in

zuziehen. Dies hat RG. v. 13. Mai 1925: PatMusfZeichBl. 1925, 200 ff. . . Den gleichen Grundsatz hat das PatU. schon in der Entsch. der Bl. v. 7. Mai 1909: PatMusfZeichBl. 1910, 4 u. 5 dahin zum Ausdruck gebracht: „Ein Heranziehen von Beschreibung und Zeichnung bei der Identitätsprüfung gem. § 3 Abs. 1 PatG. ist nicht bloß dann nötig, wenn der Anspruch des älteren Patentes so unklar gefaßt ist, daß eine deutliche und zweifelsfreie Vorstellung der Erfindung, die hat geschützt werden sollen, nur durch Einsichtnahme in die übrigen Unterlagen der Anmeldung gewonnen werden kann. Sondern diese Heranziehung erscheint auch in dem Falle zulässig, wenn ein allgemeiner Erfindungsgebanke geschützt ist und nun ermittelt werden soll, in welchem Umfange hierdurch besondere Ausführungsformen dieses Gedankens mitgeschützt sind. Zweifel nach dieser Richtung sind durch Prüfung der Beschreibung und Zeichnung des älteren Patentes insofern zu beheben, als die darin zur Erläuterung des allgemeinen Gedankens angeführten Ausführungsbeispiele regelmäßig als solche Ausführungsformen der Erfindung zu gelten haben, für die der Schutzbereich mitbeanprucht und miterteilt ist, auch wenn es an einem besonderen Unteranspruch nach dieser Richtung fehlt.“

Wenn hiernach besondere Ausführungsformen und Verkörperungen des Erfindungsgebänkens, die zum Gegenstand eines Unteranspruchs hätten gemacht werden können, als mitgeschützt zu gelten haben, so soll offenbar der ganze, vom Anmelder offenbarte, den geschützten Erfindungsgebanken verkörpernde Erfindungsinhalt ihm vorbehalten sein. Es sind also bei der Identitätsprüfung auch keine Grenzen in dem Sinne zu ziehen, daß nur Ausführungsformen, die „technisch“ oder „glatte“ — also ohne weiteres auffindbare — Äquivalente zum Patentgegenstande zu rechnen i. S. der RG-Entsch. v. 1. Febr. 1905 (PatMusfZeichBl. 1910, 187). Nun muß man aber zur Untersuchung der patentrechtlichen Äquivalenz zunächst den Erfindungsgebanken bestimmen (vgl. Beyer, PatG. S. 259 Anm. 39). Ist dieser festgestellt, so kann es weiter nicht zweifelhaft sein, daß alle Ausführungsformen als patentrechtlich äquivalent zu gelten haben, die diesen Gedanken mit denjenigen Hilfsmitteln verkörpern, die sich dem durchschnittlichen Fachmann als selbstverständlich oder nahelegend im Besitzstande der Technik darbieten. Im Falle der §§ 3 Abs. 1, u. 10 Nr. 2 sind also patentrechtlich äquivalent diejenigen Mittel, die sich ohne weiteres durch den Wissensstand der Technik, also ohne erfinderisches Zutun, als Ausführungsformen des Erfindungsgebänkens ergeben. Lediglich in diesem Sinne kann bei der Berücksichtigung des älteren Patentes auch eine Prüfung auf Erfindungsqualität stattfinden. Diese besteht aber nicht in einer Bewertung des Überschusses des jungen Patentes über das ältere auf erfinderischen Charakter, ist also nicht Feststellung des über eine Grenze hinausragenden erfinderischen Überschusses i. S. der Prüfung nach §§ 1 u. 2 PatG., sondern ist eine Feststellung dessen, was von der Seite des älteren Patentes aus gesehen noch unterhalb der Erfindungsgrenze liegt und aus diesem Grunde als Patentgegenstand mit erfasst wird.

Ebenso wie die Allgemeinheit ein Recht darauf hat, daß ihr außer den im Stande der Technik nachgewiesenen Verkörperungen eines technischen Gedankens auch die Abänderungen und Zutaten zur Verfügung freibleiben müssen, die sich in nahegelegender Ausbildung dieses technischen Gedankens ohne weiteres ergeben, darf auch dem Patentinhaber das Recht nicht geschmälert werden, seine Erfindungsgebanken so auszubauen, wie es mit den jeweils dargebotenen und dem durchschnittlichen Fachmann zugänglichen Mitteln der Technik ohne weiteres möglich ist. Nur dasjenige, was in der Weiterausbildung des Patentgegenstandes über das Naheliegende und Selbstverständliche hinausgeht, kann Gegenstand eines besonderen Patentes sein (vgl. Jäy, PatG., 1931, 166 unten, und 167 oben; Risch, Handbuch des deutschen Patentrechts, 1923, 106 letzter, und 107 erster Absatz).

Da diese Beachtung des Wissensstandes der Technik etwas durchaus anderes ist als eine Neuheitsprüfung nach § 2 PatG., so findet auch die eingangs erwähnte Verurteilung auf die Best. des § 28 PatG. tatsächlich keine Stütze (vgl. auch Jäy, PatG., 1931, S. 166 letzter Abs.; Seligsohn, PatG., 1932, S. 94 Schluß des Abs. 3).

Wenn es also erkennbar ist, daß das im Anspruch gekennzeichnete technische Gebilde oder Verfahren den Ausdruck für einen allgemeineren Gedanken darstellt oder daß eine Überbestimmung diesen Erfindungsgebanken unbegründeterweise einengt, so ist die geschützte Erfindung in ihrer erkennbaren allgemeineren Form als Gegenstand des Patentes zu betrachten und sind ihr sowohl die nach dem Wissensstand der Technik sich ohne weiteres ergebenden Ausbildungen als auch darüber hinaus die in der Patentschrift behandelten besonderen Ausführungen zuzurechnen.

Die Feststellung des Erfindungsgebänkens führt auch dazu, daß bei der Prüfung gem. §§ 3 u. 10 der Teilschutz eines Elementes einer Kombination anerkannt werden muß. Auch in dieser Frage besteht schon Übereinstimmung zwischen der Praxis des

RG. und der des PatU. (RG. v. 2. Juli 1930: Musf. 1930, 488 u. 489.) . . .

Die gleiche Rolle, die in der letzteren Entsch. der Unteranspruch spielt, kommt selbstverständlich auch dem Zusatzpatent zu. Auch dieses steht zum Hauptpatent im Verhältnis einer Kombination. Es ist demnach schon Identität gegeben, wenn die jüngere Anmeldung sich lediglich mit dem eine selbständige Erfindung darstellenden Gegenstande des Zusatzpatentes deckt, ohne die Kombinationselemente des Hauptpatentes aufzuweisen.

Wenn es also aus der Patentschrift eines Patentes erkennbar ist, daß einem Element der im Anspruch gekennzeichneten Kombination, insbes. auch dem zum Hauptpatent im Kombinationsverhältnis stehenden Zusatzpatent, selbständiger Erfindungscharakter zukommt, so liegt auch Identität i. S. der §§ 3 Abs. 1, u. 10 Nr. 2 vor, wenn die jüngere Anmeldung oder das jüngere Patent nur dieses Kombinationselement zum Gegenstand hat.

Auf dem Wege der Klarstellung des Erfindungsgebänkens wird auch die Frage der Bedeutung der Patentkategorie beantwortet. Daß die Verschiedenheit der Kategorien die Identität ausschließt, trifft nur dann zu, wenn die Verwirklichung des Erfindungsgebänkens in der anderen Kategorie nicht ohne weiteres möglich war oder wenn derselbe Gedanke in der Übertragung auf die andere Kategorie eine wesentlich andere Bedeutung gewonnen hat. Anders aber liegt es, wenn ein Erfindungsgebanke ohne weiteres verschiedene Gestalt annehmen kann, ohne daß sich sein Wesen ändert. In diesem Falle entfällt kein patentrechtlicher Unterschied. Denn der in seinem Wesen begründeten Möglichkeit, verschiedene Form anzunehmen, dürfen auch keine Schranken gesetzt werden, wenn hierbei ein Übergreifen auf andere Kategorien stattfindet. Weiter kommt es vor, daß ein Erfindungskomplex auf verschiedene Kategorien übergreift und eine einwandfreie und volle Wiedergabe des Erfindungsgebänkens nur durch mehrere, auf verschiedene Kategorien sich erstreckende Patentansprüche möglich ist. In solchen Fällen darf es dem Patentinhaber nicht zum Nachteil gereichen, daß die Erfindung im Patentanspruch nicht in Beschränkung auf eine Kategorie erfasst ist, und es erfordert die volle Bewertung des Patentes daher auch die Feststellung, welche Kategorien für die Verwirklichung des ermittelten Erfindungsgebänkens in Frage kommen (vgl. RG. v. 20. März 1912: PatMusfZeichBl. 1912, 276 und v. 14. Juni 1933: Mitt. v. Verband deutscher Patentanwälte 1933 S. 239f.) . . .

Die Verschiedenheit der Zeichnungen für die Kategorie des älteren Patentes und der jüngeren Anmeldung oder des jüngeren Patentes kann die Identität nicht ausschließen, wenn es erkennbar ist, daß die im Anspruch bezeichnete Kategorie dem wahren Wesen der Erfindung nicht entspricht oder sie nicht erschöpfend wiedergibt.

Wie die vorstehend angezogenen Entsch. zeigen, bleibt der Sen. durchaus in Bahnen, welche in der neueren Zeit vom RG. und PatU. beschritten worden sind. Die meisten Entsch., auf die der Anmelder sich glaubt stützen zu können, stammen dagegen aus einer Zeit, in welcher die Grundzüge der neueren Rspr. noch nicht ausgereift waren. . .

(PatU., BeschwSen. II, Entsch. v. 16. Okt. 1933, J 29 468 IV b/23 f, B 468/31.)

Ber. von DRGK. Dr. Giese, Berlin.

II. Länder.

1. Oberverwaltungsgerichte.

Preußen.

Preussisches Oberverwaltungsgericht.

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

1. Anliegerbeiträge. § 15 PrFluchtG.

Wird eine Straße ganz oder teilweise in größerer Breite als 26 m ausgebaut, so dürfen die auf die größere Breite entfallenden Ausbautkosten nicht den Anliegern aufzuerlegt werden. Die nach Ausschneiden dieses Teiles der Kosten verbleibenden Kosten des Straßenausbaues werden gleichmäßig auf die Anlieger nach der Frontlänge verteilt, auch wenn die Straße vor ihrem Grundstück schmaler als vor anderen Grundstücken ist.

Es fragt sich, ob die Art, in welcher der bekl. Oberbürgermeister bei der Berechnung des Beitrags dem Umstand, daß der hier fragliche Abschnitt der B.-Str. verschieden breit ist, Rechnung getragen hat, den gesetzlichen Vorschr. entspricht. Allerdings ist das Verlangen des Kl., daß die Beiträge für alle Straßenabschnitte mit verschiedenen Breiten getrennt erhoben werden müßten, unbedeutend. Nach ständ. Rspr. unterliegt es dem freien Ermessen der Gemeinde, für welche Straßenabschnitte sie die Beiträge gesondert anfordern will. Es steht also nichts im Wege, daß ein betätigter

Abchnitt auch Straßenstrecken von verschiedener Breite umfaßt. Indessen müssen, da die Anlieger nach § 15 Abs. 1 FluchtG. nur für die Hälfte und höchstens für 13 m der Straßenbreite herangezogen werden dürfen, in Fällen, in welchen die Straße breiter als 26 m ist, die im ganzen entstandenen Kosten nach dem Verhältnis der tatsächlichen Straßenbreite zu einer fiktiven Straßenbreite von 26 m entsprechend gekürzt werden (DWB. 37, 60; Strauß und Tornen, BaufluchtG., 6. Aufl., S. 222, 300). Der Bekl. erklärt diesen Grundsatz für praktisch nicht durchführbar. Insbestreffe dies auf D. zu, weil dort allem Herkommen gemäß die Bürgersteigerstellung eine Last der Anlieger sei, müßten die Kosten hierfür unter allen Umständen in die Beitragsberechnung einbezogen werden. Aus diesem Grunde werde die 13-m-Grenze stets von der Straßenfluchtlinie ab nach der Straßenmitte zu berechnet. Die Bezugnahme auf die angebliche Überbanz ist schon deshalb verfehlt, weil bei Bestehen einer solchen die Bürgersteigkosten gar nicht zum Gegenstand einer Beitragsforderung auf Grund § 15 FluchtG. hätten gemacht werden dürfen, wie es in §§ 2—4 Ortsstat. geschehen ist. Vor allem aber geht aus der Vorschr., daß die beiderseitigen Anlieger bei Straßen von mehr als 26 m Breite nicht für mehr als 13 m der Straßenbreite zu den in § 15 Abs. 1 FluchtG. bezeichneten „Verpflichtungen“ herangezogen werden dürfen, hervor, daß bei der Berechnung des hiernach der Gemeinde verbleibenden Kostenanteils die gesamten Kosten einschließlich derjenigen der Bürgersteigerstellung zugrunde zu legen sind. Aus der angeführten Vorschr. folgt weiter, daß auch dann, wenn eine Straße oder ein Straßenabchnitt teils breiter, teils schmaler als 26 m ist, die flächenmäßig auf die größere Breite entfallenden Ausbaurkosten nicht den Anliegern auferlegt werden dürfen. Die nach Ausschreibung dieses Teiles der Kosten verbleibenden Kosten des Straßenaufbaues sind auf alle Anlieger, auch auf diejenigen der schmälere Straßenstrecke, gleichmäßig nach der Frontlänge unterzuteilen. (PrDWB., 2. Sen., Ur. v. 19. Sept. 1933, II C 177/32.)

2. Wertzuwachssteuer. § 87 Abs. 1 Nr. 2 PrKommAbgG.; § 2 Ziff. a BerlWertZuwStD.

I. Die Steuerpflicht des Erschaffenden tritt nicht erst mit dem Zeitpunkt ein, in dem die Feststellung gerechtfertigt ist, daß die Steuer von dem Hauptschuldner nicht beigetrieben werden kann. Sie entsteht vielmehr, sobald der Tatbestand verwirklicht ist, an den das Gesetz den Anspruch des Abgabengläubigers knüpft.

II. Entsprechend der Vorschrift des § 87 Abs. 1 Nr. 2 PrKommAbgG. ist die Berechtigung der Gemeinden zur Heranziehung zur Wertzuwachssteuer auch desjenigen, der im Falle der Nichtbeitreibbarkeit der Steuer bei dem Hauptschuldner ersatzweise haftet, auf die Frist von 3 Jahren seit dem Ablauf des Rechnungsjahres beschränkt, in dem die Steuerpflicht entstanden ist.

Anlässlich einer gemäß notariellem Vertrag v. 31. Juli 1924 erfolgten Grundstücksveräußerung an die Kl. wurde am 19. Sept. 1924 auf Grund der SteuerD. der Stadt Berlin v. 11. April 1924 zunächst der Veräußerer S. zur Wertzuwachssteuer herangezogen. Da von ihm die Steuer nicht beigetrieben werden konnte, wurde durch Bescheid der Stadt Berlin v. 20. April 1929 die Kl. als Zweitschuldnerin für die Steuer in Höhe von 912,95 RM haftbar gemacht. Der Verjährung gem. § 87 KommAbgG. geltend gemachte Einspruch wurde zurückgewiesen. Auch die Klage war erfolglos. In der Rev. bekämpft die Kl. in erster Linie die Stel lungnahme des BezAussh., daß § 87 KommAbgG. vorliegend der Geltendmachung des streitigen Anspruchs nicht entgegenstehe.

Wie der Gerichtshof stets angenommen hat, tritt die Steuerpflicht des Erschaffenden nicht erst mit dem Zeitpunkt ein, in welchem die Feststellung gerechtfertigt ist, daß die Steuer von dem Hauptschuldner nicht beigetrieben werden kann. Eine Abgabenschuld entsteht, sobald der Tatbestand verwirklicht ist, an den das Gesetz den Anspruch des Abgabengläubigers knüpft; das gilt auch dann, wenn die Abgabenschuld durch eine Veranlagung festgestellt werden muß. Die auf dem steuerpflichtigen Rechtsvorgang einer Grundstücksveräußerung beruhende persönliche Steuerpflicht des Grundstücksveräußerers ist ihrem Wesen nach die gleiche wie die des Veräußerers, sie entsteht daher auch wie diese gleichzeitig mit ihr nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschr. (DWB. 84, 183). Gemäß § 2 a BerlWertZuwStD. v. 11. April 1924 ist danach die Steuerpflicht der Kl. als Erwerberrin am 31. Juli 1924 ebenso durch Abschluß des notariellen Vertrages vom gleichen Tage entstanden wie die des Veräußerers S., von dem die veranlagte Wertzuwachssteuer nicht beigetrieben werden kann. Entsprechend der Vorschr. des § 87 Abs. 1 Nr. 2 KommAbgG. ist die Berechtigung der Gemeinden zur Heranziehung hinsichtlich einer indirekten Steuer wie der Wertzuwachssteuer auf die Frist von drei Jahren seit dem Ablauf desjenigen Rechnungsjahres beschränkt, in welchem die Steuerpflicht entstanden ist. Daher erweist sich die nach dem Ablauf des

31. März 1928 erfolgte Heranziehung der Kl. als unzulässig. Eine Anwendung der reichsrechtlichen Regelung des § 57 WertZuwStG. v. 14. Febr. 1911 kommt nicht in Frage, da es sich insoweit nicht um einen Fundamentaltatfall des Reichsrechts handelt, der als Zwangsnorm auch bei abweichender Regelung seitens des Orts- oder Landesrechts Geltung beanspruchen könnte, wie der Gerichtshof stets angenommen hat.

Nicht durchgreifen kann schließlich auch die Ermägung des BezAussh., daß ein Zeitablauf zugunsten des StPfl., d. h. die Verjährung i. S. des § 87 KommAbgG., nicht in Frage kommen könne, bevor der Steuergläubiger überhaupt die Möglichkeit habe, den Steueranspruch geltend zu machen. Sich innerhalb der Frist des § 87 KommAbgG. die Möglichkeit der Heranziehung zu verschaffen, ist lediglich Sache des Steuergläubigers, der deshalb auch die Nichtanzeige oder die verspätete Anzeige des Eintritts steuerpflichtiger Rechtsvorgänge grundsätzlich unter Strafe stellen kann und wird. Deshalb vertritt der Gerichtshof stets den Standpunkt, daß die Unkenntnis des Steuergläubigers von seinem im Einzelfall entstandenen Steueranspruch nicht den Lauf der im § 87 vorgesehenen Fristen hemmt und daß insbes. der Beginn des Fristablaufs nicht abhängig von der Erstattung der dem Steuerschuldner obliegenden Anzeige über den Eintritt der Steuerpflicht ist (vgl. Röll-Freund-Surón, KommAbgG., S. 451/52 und den Bericht der genannten Kommission des Herrenhauses a. a. O.). (PrDWB., 7. Sen., Entsch. v. 6. Okt. 1933, VII C 33/33.)

Sachsen.

Sächsisches Oberverwaltungsgericht.

1. §§ 17 Abs. 1, 84 KapVerfStG.

I. § 17 Abs. 1 KapVerfStG. besteuert die Gesellschaftserrichtung, d. h. alle Vereinbarungen, die unmittelbar der Begründung der Gesellschaft samt der sich darin verkörpernden Kapitalbildung dienen. Dazu gehört auch das Konkurrenzverbot und die Schiedsgerichtsklausel. Die Versteuerung der über diese Rechtsvorgänge errichteten Urkunden durch Länder und Gemeinden ist daher gemäß § 84 KapVerfStG. ausgeschlossen.

II. Dagegen sind Vertragsstrafbestimmungen keine Ausgestaltungen des Gesellschaftsverhältnisses durch Festsetzung gesellschaftlicher Rechte und Pflichten. Sie werden daher von dem Landesstempelverbot des § 84 KapVerfStG. nicht betroffen.

Der Kl. beansprucht Befreiung der in der Urkunde über den Gesellschaftsvertrag v. 12. Nov. 1931 enthaltenen Abmachungen von dem dazu — neben 400 RM Gesellschaftsteuer — abgeforderten sächsischen Landesstempel auf Grund von § 84 Abs. 2 KapVerfStG. i. d. Fass. v. 22. Mai 1931 (RSBl. I, 241). Danach ist insoweit, als dieses Gesetz Rechtsvorgänge der Besteuerung unterwirft, ebenso wie nach Abs. 1 desselben Paragraphen die Erhebung gleichartiger Steuern so auch die Besteuerung der über die Rechtsvorgänge errichteten Urkunden durch die Länder und Gemeinden (Gemeinverbände) ausgeschlossen. Zu entscheiden ist also zunächst die Frage, ob durch die Gesellschaftsteuer nach dem KapVerfStG. die in die Urkunde über den Gesellschaftsvertrag aufgenommenen Vertragsstrafverprechen, das Konkurrenzverbot und die Schiedsgerichtsklausel getroffen werden.

Da die Kommanditgesellschaften, weil sie keine Kapitalgesellschaften (§ 3 KapVerfStG.) sind, nach § 16 Abs. 1 KapVerfStG. zu den „anderen Erwerbgesellschaften“ i. S. des § 2 Abs. 1 und b dess. Ges. gehören, bestimmt sich bei ihnen die Gesellschaftsteuer nach § 17. Danach unterliegen ihr die darin unter a bis e aufgeführten Rechtsvorgänge, sofern darüber eine Urkunde errichtet ist. Wenn das Ges. hiernach bei diesen Gesellschaften noch am Grundsatze der Urkundenbesteuerung festhält, den es bei der Gesellschaftsteuer von Kapitalgesellschaften verlassen hat (§ 6 KapVerfStG.), so folgt daraus allerdings nicht, daß nun ohne Einschränkung alles, was in das den reichssteuerpflichtigen Vorgang beurkundende Schriftstück aufgenommen ist, von der reichsrechtlichen Gesellschaftsteuer getroffen und damit nach § 84 Abs. 2 KapVerfStG. der landesrechtlichen Besteuerung entzogen wäre. Vielmehr reicht, wie das einschränkende Wort „soweit“ in dieser Best. ergibt, auch das Landesstempelverbot nicht über die von der Gesellschaftsteuer getroffenen Rechtsvorgänge hinaus. Nach dem hier allein einschlagenden Punkte a des § 17 Abs. 1 KapVerfStG. liegt die Gesellschaftsteuer auf der Errichtung der Gesellschaft. Sie besteuert wirtschaftlich die Kapitalanlage durch Gesellschaftsbildung, wie sich auch aus § 21 Abs. 1 unter a KapVerfStG. ergibt. Zur Gesellschaftserrichtung gehören alle Vereinbarungen, die unmittelbar der Begründung der Gesellschaft samt der sich darin verkörpernden Kapitalbildung dienen, also die Festsetzungen über die ge-

gesellschaftlichen Rechte und Pflichten, deren Gesamtheit das Gesellschaftsverhältnis darstellt (vgl. Jahrb. 24, 235, bes. 239). Diese Voraussetzungen treffen aber von den den Gegenstand des vorl. Stempelsteuerfreits bildenden Abmachungen der Beurkundung v. 12. Nov. 1931 auf das Konkurrenzverbot und die Schiedsgerichtsklausel zu. Wenn sich das Konkurrenzverbot auch erst auf die Zeit nach dem Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft, also nach Beendigung des Gesellschaftsverhältnisses bezieht, so stellt es doch bewußtermaßen eine über dessen Dauer hinaus wirksame Gesellschaftsverpflichtung zur Aufrechterhaltung des Gesellschaftsvertrags auf. Der gegenteiligen Meinung bei Böhmé-Voreh, StempStG., 2. Aufl., S. 507 unter L und der dort angezogenen Entsch. FinMinBl. 1911, 57 unter e und SächsArch. 1911, 479 Nr. 52 kann nicht beigetreten werden. Diese gegenteilige Auffassung ist von der Best. in § 10 Abs. 2 StempStG. beeinflusst, die weder unmittelbar noch seinem Gedanken nach zur Beantwortung der Frage, welche Erklärungen von der Gesellschaftsleiter getroffen werden, herangezogen werden kann (Jahrb. 24, 235 ff.). Mit Recht bezeichnet Greiff, RStempStG., S. 28 Anm. 1 zu § 7 Konkurrenzverbote unterschiedslos als Bestandteile des Gesellschaftsvertrags. Gleiches gilt von der Schiedsgerichtsklausel. Sie regelt als Bestandteil des Gesellschaftsverhältnisses die Verpflichtung, vor dem Schiedsgericht Recht zu geben und zu nehmen. Die Entsch. des RG. (RG. 42, 180 ff., bes. 191) steht nicht entgegen, da sie auf § 10 Abs. 3 PrStempStG. beruht, dessen Inhalt bei der Auslegung des § 84 Abs. 2 KapVerkStG. ebenso wenig verwertet werden kann, wie nach dem oben Gesagten der entsprechende § 10 Abs. 2 SächsStempStG.

Anderes als Konkurrenzverbot und Schiedsgerichtsklausel zu beurteilen sind dagegen die Vertragsstrafversprechen. Sie sind, gleichviel, ob sie während des Bestehens des Gesellschaftsverhältnisses oder nach dessen Beendigung wirksam werden können, keine Ausgestaltung des Gesellschaftsverhältnisses durch Festsetzung von gesellschaftlichen Rechten und Pflichten, sie dienen vielmehr nur der Bekräftigung und Sicherung solcher (Jahrb. 15, 90, 93 u. 95 ff.). Sie sind deshalb ebenso zu behandeln wie Sicherheitsleistungen und Hypothekenbestellungen, hinsichtlich deren das SächsDVG.: Jahrb. 30, 358 und 32, 113 bereits unter der Geltung des KapVerkStG. entschieden hat, daß sie vom Landesstempelverbot in dessen § 84 Abs. 2 nicht betroffen werden. Der Fall eines nach Beendigung des Gesellschaftsverhältnisses wirkenden Vertragsstrafversprechens in einem Vertrag über Errichtung einer DVG. war unter der Geltung des § 7 RStempStG. v. 3. Juli 1913 i. Verb. m. dessen TarNr. 1 A c in dem schon oben erwähnten Ur. des Gerichts: Jahrb. 24, 235 ebenso entschieden worden. Der Kreis der reichssteuerpflichtigen Rechtsvorgänge unter dem RStempStG. war derselbe wie unter dem KapVerkStG. Hiernach sind die Vertragsstrafversprechen nicht nach § 84 Abs. 2 KapVerkStG. der landesrechtlichen Urkundenbesteuerung entzogen. Der gegenteiligen Auffassung von Heinig in der Besprechung des Ur. des Gerichts: Jahrb. 24, 235 ff. = JW. 1917, 878, kann nicht beigepflichtet werden. Um eine Doppelbesteuerung handelt es sich nicht, denn die Vertragsstrafversprechen werden, weil sie begrifflich nicht zur Gesellschaftserrichtung gehören, von der daraufliegenden Gesellschaftsteuer nach dem KapVerkStG. nicht erfaßt. Daran ändert sich auch dadurch nichts, daß derartige Vertragsstrafversprechen nach der Behauptung des Kl. infolge der neuzeitlichen Entwicklung des Gesellschaftswezens und der Vertragstechnik zum üblichen Inhalt von Gesellschaftsverträgen gehören und, wie im Streitfalle noch besonders ihre Höhe zeige, wesentliche Vertragsgrundlage seien. Die Unterscheidung zwischen den sog. essentialia und accidentalia negotii spielt bei der hier zu entscheidenden Frage keine Rolle.

(SächsDVG., 2. Sen., Ur. v. 28. Sept. 1933, II 182/32.)
Eingef. von H. Dr. Runge, Berlin.

2. Sonstige Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte.

Bayern.

Bayerisches Landesversorgungsgericht.

Berichtet von Senatspräsident Dr. Arendts, Verfm.

1. Ein ehemaliger aktiver Offizier, der eine Dienstzeit von weniger als zehn Jahren hat, somit den Versorgungsanspruch auf Dienstbeschädigung und dadurch bedingte Dienstunfähigkeit stützen muß, hat von vornherein die Auswahl zwischen der Versorgung nach den nach wie vor geltenden eigentlichen OffBensG. und dem RVerjorgG. und zwar auch dann, wenn er vor dem 1. April 1920 aus dem Heere ausgeschieden ist, den Versorgungsanspruch aber erst nach dem 31. März 1920 angemeldet hat.

2. Die Garnisondienstfähigkeit ist nach den Anforderungen zu beurteilen, die bei Weiterbestand des alten

Heeres zu stellen wären. Dabei ist aber die Steigerung in den Anforderungen auch an einen nur Garnisondienstfähigen zu berücksichtigen, welche die Weiterentwicklung des Heereswezens und der Angriffs- und Verteidigungsmittel mit sich gebracht hätte. Die Erfahrung des großen Krieges hat gezeigt, daß die Verwendung der nur Garnisondienstfähigen in der Etappe und sogar hinter der Front unumgänglich ist. Die Weiterentwicklung des chemischen Krieges hat schon im Dezember 1919 auch für jeden nur Garnisondienstfähigen die unbedingte Fähigkeit gefordert, Gasdruckmittel ohne jede Behinderung zu seiner Sicherung anwenden zu können.

(BayVerjorgGer., Ur. v. 21. Juli 1933, II MV 165/32; Sfg. 1933, 32 Ziff. 207.)

*

2. 1. Über den Anspruch des Reichsfinanz auf Rückzahlung von Leistungen, die einem Ruhegehaltsempfänger auf Grund des BesoldG. 1927 und den Vollzugsbestimmungen dazu gewährt worden sind, ist im Eruchverfahren der Reichsversorgung zu entscheiden (§§ 73, 74 VerjG.)

2. Die in Ausführung einer formell ordnungsgemäß ergangenen Verfügung der Verwaltungsbehörde auf Grund der Nr. 110 BesoldD. 1927 gewährten Bezüge sind bis zu ihrer Wiedereinstellung nicht zu Unrecht empfangen und können deshalb durch den Reichsfinanz nicht zurückgefordert werden.

(BayVerjorgGer., Ur. v. 21. Juli 1933, II MV 5226/31; Sfg. 1933, 35 Ziff. 208.)

*

3. Wiederholt der Empfänger von Versorgungsgebühren die von ihm früher gemachte Anzeige über den Bezug von Einkommen aus öffentlichen Mitteln in späteren Jahren in den sog. „Jahresbereinigungen“ nicht (§ 83 VerjG.), so können von da an aus dem Unterlassen der Regelung zugunsten des Versorgungsberechtigten keine Schlüsse mehr gezogen werden.

(BayVerjorgGer., Ur. v. 5. Sept. 1933, II MV 3441/31; Sfg. 1933, 38 Ziff. 209.)

D. Ausländische Gerichte.

England.

House of Lords.

1. Bei einer auf Pfund Sterling lautenden Schuldverschreibung wirkt die Zahlung in Papierpfunden nicht schuldbefreiend, wenn die aufgedruckten Bedingungen eine Goldklausel enthalten. †)

Das House of Lords hat am 15. Dez. 1933 einstimmig durch Lord Russell of Killowen zu dem Tatbestand, mitgeteilt JW. 1932, 3843², folgende, die Entsch. der beiden Vorinstanzen aufhebende Entsch. gefällt. Aus der Begründung:

„Die Gesellschaft macht geltend, sie ist berechtigt, Kapital und Zinsen durch Angebot desjenigen, was am Zahlungstage gesetzliches Zahlungsmittel ist, in Höhe des Nennbetrages der Schuldverschreibung oder des Zinscheines zu erfüllen. Es ist klar, daß diese Auslegung, die in den Klauseln 1 und 2 der Schuldverschreibung enthaltene Klausel: „in Goldmünzen des Vereinigten Königreichs oder dem Wert zu dem oder gleich dem Gewicht und Feingehalt in Geltung am 1. Sept. 1928“ jeder Bedeutung beraubt. Diese Worte, welche ich nur der Einfachheit halber Goldklausel nennen will, hätten dann überhaupt nicht eingebracht zu werden brauchen. Der Inhaber andererseits macht geltend, daß sie für einen bestimmten Zweck eingebracht sind, nämlich den Darlehensgeber gegen eine Entwertung des Sterling gegenüber Gold zu schützen, und daß die Goldklausel mit ihrer Bezugnahme auf Goldmünze von einem bestimmten Gewicht und Feingehalt eine Klausel ist, welche bestimmt ist, nicht die Art und Weise zu regeln, wie eine Schuld von einem bestimmten und unabänderlichen

zu 1. Mit dieser Entsch. des House of Lords sind die schwereren Bedenken aus dem Wege geräumt, auf welche bei Besprechung der Entsch. erster Instanz aufmerksam gemacht wurde. Es ist äußerst bemerkenswert, daß die erstinstanzliche Entsch. durch die VerZust. einstimmig gebilligt, aber in der dritten Instanz ebenso einstimmig abgelehnt worden ist. Die Entsch. legt die in der Schuldverschreibung und auf den Zinscheinen vorhandene Goldklausel nicht als eine Goldmünze, sondern als eine Goldwertklausel aus, weil die Zinsbeträge, insbes. nach Steuerabzug, in Bruchteilen eines Schilling erscheinen und in Goldmünzen überhaupt nicht darstellbar sind und weil außer-

Beträge zu erfüllen ist, sondern wie der Betrag der Schuld zu bestimmen ist, die erfüllt werden soll. Eventuell führt der Inhaber aus, daß er, falls die Schuldverschreibung als Vertrag auf Zahlung in Goldmünzen des Vereinigten Königreichs von bestimmtem Gewicht und Feingehalt auszuliegen sei, wegen Vertragsbruchs zu entsprechendem Schadenersatz berechtigt sei.

Die unteren Instanzen sind bei der Auslegung der Schuldverschreibung von der Annahme ausgegangen, daß diese, wie sie äußerlich erscheint, eine solche über „100 £“ ist; sie legen sodann die Worte der Goldklausel buchstäblich aus und sind der Auffassung, daß ihr alleiniger Zweck war, Zahlung nur in einer bestimmten Währungsform zu erhalten, und daß diese Absicht durch gesetzlichen Eingriff hinfällig geworden sei. Was nicht angeht, so gelange ich zur Auslegung auf einem anderen Wege. Ich ziehe zunächst den Stand der Dinge vom Tage der Schuldverschreibung in Betracht. Der Gold Standard Act 1925 hatte die Bank von England von der Verpflichtung befreit, ihre eigenen Noten in gesetzlicher Münze einzulösen, aber hatte vorgesehen, daß die Noten deshalb nicht aufhören sollten, gesetzliches Zahlungsmittel zu sein. Es hatte außerdem die Best. des Currency and Bank Notes Act 1914 aufgehoben, derzufolge der Inhaber einer Currency-Note Anspruch hatte auf Zahlung des Nennwerts in Goldmünze. Er hatte indessen vorgesehen, daß die Bank von England verpflichtet sein sollte, auf Verlangen Goldbarren von annähernd 400 Unzen Feingold zu dem angegebenen Preise zu verkaufen. Die Currency and Bank Notes Act 1928 hatte bereits die königliche Zustimmung erlangt, obwohl sie erst am 22. Nov. 1928 in Kraft trat. Hiernach war die Bank von England berechtigt, Banknoten zu 1 £ und 10 sh. auszugeben, welche in jeder Höhe gesetzliches Zahlungsmittel sein sollten. Bestehende Currency-Noten wurden in Banknoten umgetauscht, und die Bank wurde aus ihnen verpflichtet; die Bank war berechtigt, jedem in dem Vereinigten Königreich, der Goldmünzen oder Barren zu einem Betrage über 10000 £ besaß, aufzufordern, sie an die Bank gegen Zahlung des Nennbetrages (bei Goldmünzen) zu verkaufen. Das Land hatte den Goldstandard aufgeben würde, und 2. daß keine der Parteien eine tatsächliche Zahlung in Goldmünzen auf die Schuldverschreibung ins Auge gefaßt hat. Wenn ich den Inhalt der Schuldverschreibung selbst in Betracht ziehe, so ist klar, daß die Parteien die Worte der Goldklausel nicht in ihrer buchstäblichen Bedeutung gebraucht, die diese haben würden, wenn man sie unabhängig vom übrigen Teil der Urkunde und von den Umständen zur Zeit ihrer Ausfertigung betrachten würde. Eine Betrachtung der Klausel 2 ergibt, meine ich, daß die Worte, wie sie gebraucht sind, etwas anderes bedeuten müssen, als sie besagen: denn $5\frac{1}{2}\%$ in gleichen halbjährlichen Zahlungen bedeutet in entsprechenden Ziffern eine Zahlung von 2.15.0 £ „in Goldmünzen des Vereinigten Königreichs“. Dieselbe Erwägung bezieht sich auf die Zinskupons, welche mit ihrer ausdrücklichen Vorschrift über den Abzug der Einkommensteuer bedeuten würde, daß eine Zahlung im Betrage von gegenwärtig 2.1.3 £ erfolgen solle „in Goldmünzen des Vereinigten Königreichs“. Ferner, wenn man Klausel 4 in Betracht zieht, kann die Bezugnahme auf Goldmünzen des Vereinigten Königreichs keine buchstäbliche Auslegung zulassen. Es gibt keine Emission und keinen aufstehenden Betrag „in Goldmünze des Vereinigten Königreichs“. Sogar Klausel 1 für sich könnte unmöglich den buchstäblichen Voraussetzungen genügen, selbst wenn noch genügend Goldmünzen im Umlauf wären, denn bei strikter Auslegung müßten die angebotenen Münzen sämtlich das genaue Gewicht und den genauen Feingehalt haben, wie er in dem Münzgesetz von 1870 vorgesehen ist, und nicht das Passiergewicht. Infolgedessen können

dem bei Vertragsschluß nach Lage der Dinge eine Aufgabe des Goldstandards für die Zukunft immerhin in Rechnung gezogen werden konnte. Die Entsch. wird ferner durch dieselben Gesichtspunkte getragen, welche den Ständigen Internationalen Gerichtshof in Haag in seinen beiden Entsch. bestimmt haben und auf die gegenüber der Begründung der ersten Instanz bei Besprechung des Ur. hier ausdrücklich hingewiesen worden war. Da die übrigen in England herausgebrachten fremden Anleihen mit Goldklausel aus der gleichen Zeit stammen, so ist durch diese Entsch. die wirtschaftlich äußerst bedeutende Frage hiermit restlos i. S. der Gläubiger gelöst. Für den internationalen Kapitalmarkt bedeutet die Entsch. ein wichtiges Glied in der Anerkennung der Goldwertklausel. Wenn die Entsch. auch auf die in den Vereinigten Staaten herausgebrachten Anleihen nicht unmittelbar Anwendung finden kann, so ist sie aber auch für diese Anleihen bedeutungsvoll, da die Fassung der Klausel in den amerikanischen

weder in Klausel 1 noch in Klausel 2 die Worte nach dem Willen der Parteien eine rein buchstabenmäßige Auslegung übertragen. Ich stelle mir daher die Frage: Wenn die Worte der Goldklausel von den Parteien nicht in ihrem buchstabenmäßigen Sinn gebraucht sein können, habe ich sie völlig außer Betracht zu lassen und ihnen keinerlei Sinn beizumessen, oder muß ich, wenn ich dies nach der Urkunde kann, ihnen eine andere Bedeutung beilegen. Offenbar muß der zweite Weg beschritten werden, wenn er möglich ist, denn die Parteien müssen die besonderen Worte zu irgendeinem besonderen Zweck eingefügt haben, und wenn der Zweck mit berechtigten Mitteln erreicht werden kann, muß er durchgreifen. Nach meiner Auffassung kann der Zweck aus Klausel 4 entnommen werden, worin die Bezugnahme auf Goldmünzen des Vereinigten Königreichs sich klarerweise nicht auf die Zahlungsmodalität, sondern auf das Maß der Verpflichtung der Gesellschaft bezieht. Ebenso zeigt Bedingung 6, welche wieder keine Klausel hinsichtlich der Zahlungsmodalität, sondern hinsichtlich der Umschreibung der Bemessung der Verbindlichkeiten ist, daß die Worte als Maßstab benutzt sind. In der gleichen Weise meine ich, daß in Klausel 1 u. 2 der Schuldverschreibung die Parteien sich auf Goldmünze des Vereinigten Königreichs eines bestimmten Gewichts und Feingehalts bezogen, nicht als Modalität, wie die Verpflichtung der Gesellschaft erfüllt werden sollte, sondern als Mittel, wie der Betrag der Schuld bemessen und festgestellt werden sollte. Ich lege Klausel 1 daher nicht dahin aus, daß 100 £ in einer bestimmten Weise gezahlt werden müssen, sondern daß es sich um eine Verpflichtung handelt, einen Betrag zu zahlen, welcher den Gegenwert von 100 £ darstellen würde, wenn er in einer bestimmten Weise gezahlt werden muß, mit anderen Worten, ich lege die Klausel, wie sie ist, unter Weglassung unerheblicher Worte dahin aus: Zu zahlen in Sterling zu einem Betrage gleich dem Wert von 100 £, falls in Goldmünze des Vereinigten Königreichs zu oder gleich dem Gewicht oder Feingehalt gezahlt wird, wie er am 1. Sept. 1928 bestanden hat. Ebenso würde ich Klausel 2 auslegen.

Im Laufe der Verhandlung sind wir auf verschiedene Entsch. in Fällen aufmerksam gemacht worden, welche vor den Ständigen Internationalen Schiedsgerichtshof im Haag gebracht waren. Ich brauche nicht zu erwägen, daß diese uns in keiner Weise blinden. Tatsächlich sind die maßgeblichen Faktoren und Worte sehr verschieden von denen, welche wir hier in Betracht zu ziehen haben. Ich möchte indessen eine Stelle zitieren, welche in glücklicher und kurzer Weise die Grundsätze zusammenfaßt, welche mich beeinflusst haben, zu dem von mir gezogenen Schluß zu gelangen. Sie kommt in dem Ur. hinsichtlich gewisser serbischer Anleihen vor, die hinsichtlich Kapital und Zinsen in Gold zahlbar waren. Sie lautet folgendermaßen: „Da es wesentlich ist, die Ausdrücke eines Vertrages, die ein Versprechen mobilisieren, nicht als überflüssig abzulehnen und da das ausdrückliche Wort ‚Gold‘ nicht übergangen werden kann, ergibt sich die Frage: Was muß als Bedeutung dieses Ausdrucks angesehen werden? Es ist zuzugeben, daß es die Absicht der Parteien war, sich gegen die Schwankungen des serbischen Dinars zu schützen und daß es nötig war, um Anleihen zu erhalten, durch Vertrag eine Rückzahlung in fremder Währung vorzusehen. Aber die Parteien waren, als sie derartige Vereinbarungen trafen, nicht damit zufrieden, einfach von dem Wort ‚Franken‘ Gebrauch zu machen oder im Vertrag eine Zahlung in französischen Franken vorzusehen, sondern sie haben ‚Goldfranken‘ festgesetzt. Es ist völlig unlogisch, anzunehmen, daß ihre Absicht dahin gegangen sei, einfach eine Zahlung in Gold oder Goldfranken vorzusehen und nicht die Bezugnahme auf einen Wertmesser. Wollte man die Goldklausel so behandeln, als gäbe sie eine bloße Zahlungsmodalität an, und nicht die Bezugnahme auf einen Goldwertmesser, so hieße dies nicht, sie auszulegen, sondern sie zu zerstören.“ Ich würde daher der weiteren Berufung stattgeben.

(House of Lords v. 15. Dez. 1933 i. S. Feist v. Société Intercommunale Belge d'Electricité.)

R. E. Hermann D hse, Berlin.

Fällen im wesentlichen die gleiche ist. Die Goldklausel ist in den Vereinigten Staaten durch W. des Prä. aufgehoben, es ist aber äußerst zweifelhaft, ob diese Aufhebung mit der amerikanischen Bundesverfassung in Einklang gebracht werden kann. Auf jeden Fall könnte eine Aufrechterhaltung gegenüber den Best. der Verfassung nur dann anerkannt werden, wenn der Klausel der Charakter einer Goldmünzklausel beizumessen wäre. Sinsu kommt, daß ausländische Schuldner sich auf die amerikanischen Ausnahmeleggebung mit Erfolg nicht berufen können, sofern sie in einem anderen Lande in Anspruch genommen werden können, und zwar von Gläubigern, welche in keiner Weise der Souveränität der Vereinigten Staaten unterliegen. Die vorl. Entsch. des House of Lords bedeutet daher wichtiges Material auch für die Auseinandersetzung der deutschen Inhaber in New York herausgegebener Bonds mit ihren Schuldnern.

R. E. Hermann D hse, Berlin.