



Juristische Wochenschrift

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

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

Unter Mitwirkung der Mitglieder des Reichsfachgruppenrates:

Rechtsanwälte **Dr. Droege**, Hamburg; **Dr. Freih. von Hodenberg**, Celle; **Dr. Mößmer**, 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 1, Dresdner Straße 11/13.
Fernsprecher Sammel-Nr. 72 566 / Drahtanschrift: Imprimatur / Postfachkonto Leipzig Nr. 63 673.
Geschäftsstelle in Berlin SW 48 Hedemannstr. 14. Fernsprecher Bergmann 217.

Die Gesetzgebung des Jahres 1933 auf dem Gebiete des Strafrechts.

Von Generalstaatsanwalt i. R. **Dr. Schneider-Neuenburg**, Düsseldorf.

Vorbemerkung.

Die nachstehenden Ausführungen sollen ein Versuch sein, die seit der Übernahme der Regierungsgewalt durch die NSDAP. ergangenen Gesetze und WD. auf strafrechtlichem Gebiete systematisch in gedrängter Form zur Darstellung zu bringen. Sie umfassen in ihrem 1. Teile den Allgemeinen Teil des StGB.; der 2. Teil soll den Besonderen Teil des StGB. behandeln; ihm soll sich als 3. Teil die Darstellung der Gesetze und WD., die das StGB. und die StPD. betreffen, anschließen.

Bei Teil 1 und 2 folgt die Darstellung im wesentlichen der Gliederung der Deutschrift des preuß. Herrn Justizmin.; nur in einzelnen Punkten ist hiervon abgewichen, soweit dies zur besseren Erkenntnis der Zusammenhänge und zur Vermeidung von Wiederholungen erforderlich erschien.

A. Allgemeiner Teil.

I. Abschnitt: Voraussetzungen der Strafbarkeit.

1. Titel: Grundsätze der Bestrafung.

Das Strafrecht dient nach nationalsozialistischer Rechtsauffassung in erster Linie dem unmittelbaren Schutze der Daseinsbedingungen des Volkes gegen Rechtsverletzungen. Im Gegensaße zu den bisherigen, im StGB. verkörperten Verletzungs- oder Erfolgsstrafrecht, das dem mehr oder minder zufälligen Erfolge, der zudem sehr oft gar nicht oder nicht mehr in der Hand des Täters liegt, eine übergroße Bedeutung beimäß, erblickt das nationalsozialistische Strafrecht den Ausgangspunkt zur Bestrafung in der Gefährdung, in dem gefährlichen Wollen des Täters und räumt diesem Wollen eine beherrschende Stellung ein. Das nationalsozialistische Strafrecht stellt sich daher als ein Gefährdungs- oder Willensstrafrecht dar. Demnach ist auch für die Art und die Höhe der auszusprechenden Strafe das Maß der von dem Täter aufgewandten verbrecherischen Energie maßgebend, dann aber auch die Bedeutung, sowohl der Straftat als auch der Strafe für Volk und Staat. Demgegenüber treten die persönlichen Verhältnisse des Täters zurück; für den Grundsatz der sog. modernen Schule, nicht die Tat, sondern der Täter wird bestraft, ist in dem nationalsozialistischen Strafrecht kein Raum. Um allen Eigenheiten jedes einzelnen Falles in weitgehendster Weise Rechnung tragen zu können, enthalten die seit Übernahme der Regierungsgewalt durch die NSDAP. ergangenen

WD. und Gesetze sehr weite Strafrahmen. Andererseits ist aber, um für besonders gelagerte Fälle eine Stetigkeit bei der Strafzumessung zu wahren und deren Abgleiten zu verhindern, in §§ 223 b, 263, 266 StGB. nach dem Gef. v. 26. Mai 1933, der Begriff eines „besonders schweren Falles“ geschaffen, der dann vorliegt, „wenn die Tat das Wohl des Volkes geschädigt, oder einen anderen besonders großen Schaden gehabt, oder der Täter besonders arglistig gehandelt hat“. Nach § 3 Gef. v. 21. März 1933 bildet ein durch die Tat entstandener schwerer Schaden für das Reich oder ein Land einen Strafschärfungsgrund, ebenso nach § 4 WD. v. 28. Febr. 1933 eine durch eine Zuwiderhandlung gegen diese Vorschrift herbeigeführte gemeinsame Gefahr für Menschenleben und erst recht ein hierdurch verursachter Tod eines Menschen. In letzterem Falle kann sogar auf Todesstrafe erkannt werden. Einen weiteren Strafschärfungsgrund bildet nach Ziff. 12 Gef. v. 26. Mai 1933 die Absicht, in der die Tat begangen ist, sich oder einem Dritten einen Vorteil zu verschaffen, ferner die Tatsache einer früheren mehrmaligen rechtskräftigen Verurteilung, sei es allgemein zu bestimmten Strafen, so in § 20a StGB., sei es wegen bestimmter Straftaten, so in § 245a beide Bestimmungen geschaffen durch Ziff. 2 Gef. v. 26. Mai 1933 und in § 11 TierichutzG. Mit diesen Bestimmungen, die sich an das bisherige System des Rückfalls, das aber in einer kasuistischen Regelung bestand, anlehnen, will das Gef. v. 24. Nov. 1933 das gefährliche Gewohnheitsverbrechertum treffen, dessen Bekämpfung im bisherigen StGB. nur durch härtere Strafbestimmungen bei einzelnen Delikten, so in §§ 180, 181, 260, 302d StGB. sowie durch das sog. Rückfallssystem bei Betrug, Hehlerei, Diebstahl und Raub erfolgt war. Von den beiden nach dieser Richtung hin getroffenen Bestimmungen, der des § 20a und der des § 245a gehört aber nur die erstere in den Allgemeinen Teil, während die andere dem Besonderen Teile des StGB., den Vorschriften über den Diebstahl angehört. Dies drückt sich auch schon in ihrer äußeren Bezeichnung als § 245a aus. Nach der erlienen Bestimmung — § 20a — setzt die Strafverschärfung voraus:

1. eine zweimalige rechtskräftige Verurteilung, und zwar wegen eines Verbrechens oder vorsätzlichen Vergehens zu einer Todesstrafe, Zuchthausstrafe oder Gefängnisstrafe von mindestens 6 Monaten.
2. Die Bewirkung einer Freiheitsstrafe durch die neue Straftat.

3. Eine Gesamtwürdigung der Taten, daß der Täter ein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher ist.

Die Strafschärfung, auf die erkannt werden muß (es ist zu erkennen), besteht darin, daß, soweit die neue Tat nicht mit einer schwereren Strafe bedroht ist,

- a) auf Zuchthaus bis zu 5 Jahren,
- b) falls die neue Tat auch ohne diese Strafschärfung ein Verbrechen wäre, auf Zuchthaus bis zu 15 Jahren zu erkennen ist.

Die gleiche Strafschärfung kann — also hier fakultativ — das Gericht auch dann eintreten lassen, wenn jemand

1. drei vorfällige Taten begangen hat, und
2. die Gesamtwürdigung der Taten ergibt, daß der Täter ein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher ist,

und zwar bei jeder abzurteilenden Einzeltat, auch wenn die übrigen oben genannten Voraussetzungen nicht gegeben sind.

Eine frühere Verurteilung kommt nicht in Frage, wenn zwischen dem Eintritt ihrer Rechtskraft und der folgenden Tat, und falls noch keine rechtskräftige Aburteilung erfolgt ist, zwischen dieser Tat und der folgenden Tat mehr als 5 Jahre verstrichen sind. In diese Frist wird die Zeit nicht eingerechnet, in der der Täter eine Freiheitsstrafe verbüßt oder auf behördliche Anordnung in einer Anstalt verwahrt wird. Eine ausländische Verurteilung steht einer inländischen gleich, wenn die geahndete Tat auch nach deutschem Rechte ein Verbrechen oder vorfälliges Vergehen wäre.

Zu der 2. Bestimmung, der des § 245 a, mag hier nur kurz bemerkt werden, daß mit ihr im wesentlichen der Besitz von Diebeswerkzeugen, deren Gewahrsam oder deren Verwahrenlassen durch einen anderen hinsichtlich einer Person betroffen werden soll, die bereits wegen schweren Diebstahls, Diebstahls im Rückfalle, Raubes, gewerblich oder gewohnheitsmäßigen Hehlerei oder Hehlerei im Rückfalle rechtskräftig bestraft worden ist. Auf die Einzelheiten wird bei der Darstellung des Besonderen Teiles des StGB. näher eingegangen werden müssen. — Abgesehen von ihrer Bedeutung für die Art und die Höhe der zu erkennenden Strafe sind frühere Verurteilungen auch für die Anordnung der später noch zu erörternden Maßnahmen zur Sicherung und Besserung von wesentlicher Bedeutung.

Wie das Gesetz somit auf der einen Seite Vorsorge getroffen hat, um einer unangebrachten Milde bei der Strafzumessung vorzubeugen, so hat es auf der anderen Seite dem Richter dort, wo Milde wirklich am Platze ist, die Möglichkeit hierzu durch Weibehaltung des Systems der mildernden Umstände gegeben, ohne diese aber, was auch bisher nicht der Fall war, näher zu umschreiben.

Was sodann die Regelung der Bestrafung in den Fällen des Zusammentreffens mehrerer strafbaren Handlungen anbelangt, so bestimmt, im Gegensatz zu dem bisherigen Rechte, Ziff. 11 Gef. v. 24. Nov. 1933, daß neben einer Gesamtstrafe Nebenstrafen und Nebenfolgen verhängt und Maßregeln zur Sicherung und Besserung angeordnet oder für zulässig erklärt werden müssen oder können, wenn dies auch nur nach einer der Gesetzesverletzungen vorgeschrieben oder zugelassen ist. Bisher kam es nach §§ 47—76 StGB., abgesehen von der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte, nur auf die verwickelte schwerste Strafe an.

Aus allen diesen Vorschriften, wie überhaupt aus der ganzen Einstellung des nationalsozialistischen Strafrechtes, ergibt sich, daß der Zweck der Strafe nicht mehr wie bisher ausschließlich in der Besserung des Täters erblickt wird, sondern daß neben diesem Zweck, und ihn noch überragend, die Zwecke der Abschreckung und der Vergeltung getreten sind. Dies tritt schon in der, in weit ausgebehnterer Weise wie bisher, in den Gesetzen und WD. enthaltenen Androhung der Todesstrafe, in der durch das Gef. v. 29. März 1933 zugelassene Art ihrer Vollstreckung und in der Handhabung der Gnadenpraxis bei Todesurteilen eindeutig in die Erscheinung. Abgesehen hiervon zeigt sich dies aber auch in den Vorschriften des Pr-Str-VollzG. v. 1. Aug. 1933, dessen § 6 die Aufgaben des Strafvollzuges klar umreißt, endlich auch in dem Wegfall der Sonderbehandlung der Überzeugungstäter (Bef. v. 28. April 1933).

2. und 3. Titel: Zeitliche und räumliche Geltung der Strafgesetze. Ort und Zeit der Tat. Verjährung.

Der aus dem römischen Rechte stammende Grundsatz *nulla poena sine lege* hat eine wesentliche Einschränkung erfahren dadurch, daß

1. nach dem Gef. v. 29. März 1933 der Vorschrift des § 5 WD. v. 28. Febr. 1933 rückwirkende Kraft verliehen ist,
2. nach Art. 3 Ziff. 1 Gef. v. 24. Nov. 1933 über Maßregeln zur Sicherung und Besserung nach dem Gesetze zu entscheiden ist, das zur Zeit der Entscheidung gilt,
3. nach Art. 5 des gleichen Gesetzes unter bestimmten Voraussetzungen eine Sicherungsverwahrung anzuordnen ist und eine nachträgliche Sicherungsverwahrung und eine Entmannung auch dann angeordnet werden kann, wenn die Tat vor Inkrafttreten des Gesetzes begangen war.

Was die räumlichen Grenzen der Gesetze anbelangt, so hat § 4 StGB. eine sehr erhebliche Ausdehnung erfahren, und zwar

- a) Abs. 2 Nr. 1 durch Ausdehnung auf die Münzvergehen nach dem Gef. v. 26. Mai 1933 Art. I Ziff. 1,
- b) Abs. 2 Nr. 2 durch Ausdehnung auf

1. die Verbrechen und Vergehen gegen §§ 2 und 3 WD. v. 28. Febr. 1933 gegen Verrat am deutschen Volke und hochverräterischer Umtriebe,

2. auf die nach der WD. v. 21. März 1933 strafbaren Handlungen,

c) durch die Vorschrift des § 1 Nr. 3 Gef. v. 13. Okt. 1933, wonach ein Inländer und ein Ausländer bestraft wird, der im Auslande eine gegen diese Vorschrift verstößende Handlung begangen hat, gleichgültig, ob die Tat auch nach ausländischem Rechte strafbar ist oder nicht. Diese Vorschrift ist entgegen den sonstigen Bestimmungen des § 4 StGB. eine Maßvorschrift; es gilt also bezüglich ihrer Verfolgung das Legalitätsprinzip.

Es mag weiterhin noch erwähnt werden,

1. daß an mehreren Stellen des Gef. v. 24. Nov. 1933, so in Art. 1 Ziff. 1 bei §§ 20 a und 245 A, Art. 2 bei § 42 k, eine ausländische Verurteilung einer inländischen gleichgestellt ist, wenn die geahndete Tat auch nach deutschem Rechte ein Verbrechen oder vorfälliges Vergehen wäre,

2. daß nach dem Ausf. zum Gef. v. 24. Nov. 1933 in Art. 3 a zu § 429 e StPB. auch bei einer Verurteilung eines Deutschen im Auslande unter bestimmten Voraussetzungen der Staatsanwalt bei Gericht die nachträgliche Anordnung einer Sicherungsverwahrung oder der Entmannung beantragen kann.

Was sodann die bisherigen Bestimmungen der §§ 67 bis 72 StGB. über die Verjährung anbelangt, so enthält das Gef. v. 24. Nov. 1933 in Art. 3 Ziff. 7 ff. neben ihrer teilweisen Abänderung auch Vorschriften hinsichtlich ihrer Anwendung auf die Maßnahmen zur Sicherung und Besserung:

So erlischt nach Ziff. 7 mit der Verjährung der Strafverfolgung auch die Befugnis, auf Grund der Tat Maßregeln zur Sicherung und Besserung anzuordnen und zuzulassen.

Nach Ziff. 8 beträgt die Verjährungsfrist der Vollstreckung einer rechtskräftig erkannten Maßregel der Sicherung oder Besserung allgemein 10 Jahre; indes bei einer Unterbringung in einer Trinkerheil- oder Entziehungsanstalt, oder bei einer erstmaligen Unterbringung in einem Arbeitshause oder bei einer Entmannung 5 Jahre.

Nach Ziff. 9 verjährt, wenn auf Freiheitsstrafe und Geldstrafe zugleich oder neben einer Strafe auf eine mit Freiheitsentziehung verbundene Maßregel erkannt ist, die Vollstreckung der einen Strafe oder Maßregel nicht früher als die der anderen.

Erwähnt sei auch noch die in Art. 1 Ziff. 1 und 2 Gef. v. 24. Nov. 1933 zu §§ 20 a und 245 a StGB. enthaltene, der Rückfallverjährung des bisherigen StGB. nachgebildete Verjährungsfrist von 5 Jahren hinsichtlich einer früheren Verurteilung, soweit eine solche als Strafschärfungsgrund in Frage kommt.

II. Abschnitt: Die Straftat und ihre Formen.

1. Titel: Unternehmen und Vorbereitung.

Bereits in der W. v. 28. Febr. 1933, sodann in steigendem Maße, wenn auch noch keineswegs allgemein, ist in den W. und Gesetzen die Fassung der Tatbestände auf das „Unternehmen einer strafbaren Handlung“, auf die Vorbereitung solcher Handlungen abgestellt, „die geeignet sind“, den oder jenen verletzenden Erfolg herbeizuführen. Es wird hiermit dem schon mehrfach erwähnten Gefährdungsgrundsatz Ausdruck gegeben, der im Gegensatz zu dem bisherigen Strafrechte den Schwerpunkt des ganzen im Strafrechte verkörperten Schutgedankens bildet. Aus diesem Gefährdungsgrundsatz heraus hervorgeht auch der Begriff des Versuches i. S. des § 43 StGB. seine bisherige Bedeutung, der sich übrigens auch in der Praxis längst als zu eng erwiesen und an den sich eine Reihe von Meinungsverschiebenheiten geknüpft hatte. An seine Stelle tritt nun der Begriff des Unternehmens, der, wenn auch bisher im Gesetz noch nicht näher umschrieben, grundsätzlich der Vollenkung gleichkommt und vor dem nur die vorbereitenden Handlungen stehen, die aber nur strafbar sind, sofern sie einen selbständigen Tatbestand bilden. Allerdings kannte auch das bisherige Strafrecht den Begriff des „Unternehmens“, indes hatte dieser nicht bei allen Straftatbeständen, zu denen er gehörte, die gleiche Bedeutung. So umfaßte er bei § 82 StGB. auch die Vorbereitungshandlungen, während er sich bei §§ 105, 114, 159 StGB. mit dem Begriffe des Versuches deckte. Indes ist weder der bisherige Begriff des Unternehmens noch der des Versuches ganz ausgeschaltet; ersterer nicht, soweit die vorstehend angeführten Straftatbestände auch heute noch bestehen; was den Begriff des Versuches anbelangt, so ist seine Strafbarkeit nach dem Ges. v. 24. Nov. 1933 in § 277a ausdrücklich festgelegt und in §§ 51 Abs. 2, 58 Abs. 2 regelt sich die Bemessung der Strafe nach den Vorschriften über die Bestrafung des Versuches. Im übrigen tragen auch eine Reihe von Strafbestimmungen noch die Fassung des bisherigen StGB., so daß jedenfalls zur Zeit noch die alten wie die neuen Begriffe und damit auch das alte Erfolgs- und das neue Gefährdungsstrafrecht nebeneinander bestehen und Geltung haben. In einer Reihe von Strafbestimmungen, so u. a. in § 5 Ziff. 1 W. v. 28. Febr. 1933, § 1 Ziff. 1 und 2 Ges. v. 13. Okt. 1933, ist dem „Unternehmen“ gleichgestellt die Aufforderung zur Begehung einer Straftat, das Sicherbieten hierzu, die Annahme des Erbietens und die Verabredung einer Straftat mit einem anderen. In diesen Fällen handelt es sich um einen selbständigen, von der Begehung der Straftat, zu der aufgefordert oder die verabredet war, unabhängigen Straftatbestand. Gleichartige Bestimmungen enthielt auch das bisherige StGB. in §§ 49a, 49b, 83 StGB., während das „sich Verbunden haben zur fortgesetzten Begehung von Raub oder Diebstahl“ i. S. des § 243e und des § 250 Nr. 2 StGB., also die Bildung einer Bande, nur einen erschwerenden Tatbestand des Diebstahls bzw. Raubes bildete und die Begehung einer dieser Straftaten wenn auch nur in der Form des Versuches voraussetzte.

2. Titel: Täterschaft.

Aus dem Grundgedanken des nationalsozialistischen Strafrechtes, der der Gefährdung durch das gefährliche Wollen des Täters eine beherrschende Stellung einräumt, und der zur Schaffung des neuen Begriffes des „Unternehmens“ einer Straftat geführt hat, ist schlüssigerweise die Folgerung zu ziehen, daß dieser neue Begriff des Unternehmens sich nicht auf die Erfassung des bisherigen Versuchsbegriffes beschränkt, sondern, daß er auch auf die verschiedenen Arten der Täterschaft, Einzel-, Mittäter, Anstifter, Gehilfe und insbes. auf den bei ihrer Bestrafung anzulegenden Maßstab seine Rechtswirkungen ausübt. Wenn auch die bisherige nationalsozialistische Gesetzgebung noch keine ausgesprochenen Bestimmungen nach dieser Richtung hin enthält, so dürfte doch in Zukunft ein Unterschied zwischen Täter, Anstifter und Gehilfen nicht mehr zu machen sein und die in §§ 48 Abs. 2, 49 Abs. 2 festgelegte unterschiedliche Bestrafung zwischen Täter und Anstifter einerseits und Gehilfen andererseits entfallen müssen. Die Handlung des Anstifters, der jetzt schon gleich einem Täter

zu bestrafen ist, steht in ihrer Gefährdung der des Täters keineswegs nach, übersteigt sie vielmehr in manchen Fällen; ebenso kann aber auch die Handlung des Gehilfen, dessen Bestrafung nach § 49 Abs. 2 StGB. nach den über die Bestrafung des Versuches aufgestellten Grundsätzen zu ermäßigen ist, die gleiche Gefährdung verursachen, wie die des Täters. In den Fällen, in denen das Gesetz bereits seinen Tatbestand auf das „Unternehmen“ abgestellt hat, scheint mir daher, auch wenn das Gesetz zur Zeit noch keine Bestimmungen nach dieser Richtung hin getroffen hat, nur ein Begriff der Täterschaft zu bestehen, nämlich desjenigen, der es unternommen, oder Handlungen vorgenommen hat, die geeignet sind, diesen oder jenen Erfolg herbeizuführen. Soweit mehrere Personen an diesem Unternehmen beteiligt sind, wird dem Grade der Gefährdung bei jedem einzelnen der bei der Straftat Mitwirkenden je nach dem Maße, wie sie durch ihn veranlaßt ist, unabhängig von der bisherigen Regelung in §§ 48, 49, Rechnung zu tragen sein. Daß bei einer solchen Reizlage eine Reihe von Zweifelsfragen, die sich an den Begriff der Täterschaft anknüpfen, ihre Erledigung finden, braucht nicht näher erörtert zu werden. Soweit indes die Gesetze noch die alte Fassung tragen, also auf den Erfolg abgestellt sind, wird es bei den bisherigen Grundsätzen verbleiben müssen. Im übrigen wird sich die Rspr. mit diesen, keineswegs zweifelsfreien, Fragen noch näher zu beschäftigen haben.

3. Titel: Unterlassung.

Wie in dem bisherigen StGB., so finden sich auch in den nationalsozialistischen Gesetzen Vorschriften, die eine Bestrafung wegen Unterlassung enthalten. Indes beschränken sich diese auf die sog. echten Unterlassungsdelikte, d. h. solche, die in einer Übertretung eines gebietenden Gesetzes bestehen, wie sie das StGB. u. a. in §§ 139, 346, 360 Ziff. 10, 361 Ziff. 4, 9, 368 Ziff. 4 kannte. Nunmehr werden weiter unter Strafe gestellt:

1. a) nach § 21 Ziff. 2 W. v. 4. Febr. 1933 die Unterlassung der durch § 21 Abs. 1 W. gebotenen Anzeige, b) nach Art. 9 AusfGes. z. Ges. zur Verhütung erbkranken Nachwuchses v. 5. Dez. 1933 die Unterlassung der durch verschiedene Vorschriften sowohl des Ges. zur Verhütung des erbkranken Nachwuchses v. 24. Nov. 1933 wie des genannten AusfGes. vorgeschriebenen Anzeigen,

2. nach § 9 Ziff. 4 TierchutzG. v. 24. Nov. 1933 die Unterlassung des Nichtabhaltens von Kindern oder bestimmter anderer Personen von Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften dieses Gesetzes. Zu dieser letzteren Bestimmung sei weiter noch bemerkt, daß sie, wie auch die Bestimmungen des § 361 Ziff. 4 und 9, eine Art von Sippenhaftung enthält, wie sie der germanischen Rechtsauffassung hinsichtlich einer gemeinsamen Verantwortung eines durch die Natur zusammengeführten Personenkreises entspricht.

4. Titel: Schuld, Ausschließung der Schuld, Zurechnungsfähigkeit, verminderte Zurechnungsfähigkeit.

Zu den bisherigen Schuldformen des StGB., dem Vorlage und der Fahrlässigkeit, treten durch das Ges. v. 21. März 1933 die grobe Fahrlässigkeit und durch das Ges. v. 26. Mai 1933 ein leichtfertiges Verhalten als neue Schuldformen hinzu, von denen die erstere als ein verschärfter Grad der Fahrlässigkeit sich darstellen dürfte. Wenn schon in dem Ges. v. 26. Mai 1933 in der dort erfolgten Neufassung der §§ 263, 266 StGB. von einem „besonders arglistigen“ Handeln die Rede ist, so dürfte dieser Begriff kein neu geschaffener sein, sondern zum Tatbestande des § 170 StGB. gehören, allerdings umstrittenen Begriffe „des arglistigen Verschweigens“ von Ehehindernissen entsprechen. Sache der Rspr. und des Schrifttums wird es sein, diesen Begriff wie auch den der Leichtfertigkeit näher zu umgrenzen; während der der groben Fahrlässigkeit wohl kaum Schwierigkeiten bieten dürfte.

Hinsichtlich der Bestimmungen über die Zurechnungsfähigkeit folgt der im Ges. v. 26. Mai 1933 neu gefaßte § 51 dem Vorbilde des bisherigen StGB., das weder den Begriff der Zurechnungsfähigkeit noch den der Unzurechnungsfähigkeit

bestimmt, sondern nur einige Gründe anführt, die die Zurechnungsfähigkeit ausschließen. Solche sind in §§ 51 und 58 StGB., dann aber auch in §§ 2, 3 ZGB. v. 16. Febr. 1923 enthalten. In dem durch Gef. v. 24. Nov. 1933 neu gefaßten § 51 ist indes von den in § 51 a. F. aufgeführten Gründen der der Bewußtlosigkeit durch den der Bewußtseinsstörung ersetzt und ist der der Gesetzeschwäche hinzugekommen. Sodann ist an Stelle des Begriffes des „Ausschlusses der freien Willensbestimmung“ der der „Unfähigkeit, das Unerlaubte der Tat einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln“ getreten, ein weit klarerer Begriff, der auch die geistige Reife und die sittliche Widerstandsfähigkeit berücksichtigt und sich offensichtlich in seinen Grundzügen an die Fassung des § 3 ZGB. anlehnt. Was sodann die in § 58 StGB. geregelte Sonderstellung eines Taubstummen anbelangt, so ist hier an Stelle der bisher verlangten „zur Erkenntnis der Strafbarkeit der begangenen Handlung erforderlichen Einsicht“ als eine Voraussetzung der Strafbarkeit die Fähigkeit getreten, „das Unerlaubte der Tat einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln“, bei deren Fehlen „infolge geistiger Zurückgebliebenheit“ eine Strafbarkeit entfällt. Demnach ist auch hier, wie in § 51, der geistigen Reife und der sittlichen Widerstandsfähigkeit eine grundlegende Bedeutung für das Vorliegen einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit beigemessen. Im übrigen ist es, was die weiteren Rechtswirkungen des Vorliegens der Voraussetzungen der §§ 51 und 58 n. F. anbelangt, bei der bisherigen Rechtslage verblieben; im Falle des § 51 ist eine strafbare Handlung überhaupt nicht vorhanden; in dem des § 58 ist nur der Täter nicht strafbar.

Die nationalsozialistische Gesetzgebung hat sodann zwei große Lücken im bisherigen StGB. ausgefüllt, die bisherige fehlende Regelung der Zustände einer verminderten Zurechnungsfähigkeit, die das StGB. überhaupt nicht kannte, sodann die Behandlung der geisteskranken Verbrecher.

Sowohl § 51 Abs. 2 wie § 58 Abs. 2 n. F. behandeln neben den Fällen der Unfähigkeit, das Unerlaubte der Tat einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln, auch die der erheblichen Verminderung dieser Fähigkeit, und erklären, falls diese Verminderung auf einem der im Gesetze angegebenen Gründe beruht, eine Milderung der Strafe nach den Vorschriften über die Bestrafung des Versuches, aber nur in Form einer „Kann“- nicht einer „Muß“-vorschrift für zulässig. Was sodann die Behandlung der geisteskranken Verbrecher anbelangt, die eine ständige Gefahr für die Allgemeinheit bedeuten, so bestimmt das Gesetz v. 24. Nov. 1933 in seinem Abschnitt „Maßregeln zur Sicherung und Besserung“ in § 42 b, daß sowohl in den Fällen des § 51 Abs. 1 und 2 das Gericht, abgesehen von Übertretungen, eine Unterbringung in einer Heil- und Pflegeanstalt anzuordnen hat, und zwar bei vermindert Zurechnungsfähigen neben der Freiheitsstrafe, wenn die öffentliche Sicherheit es erfordert. Im einzelnen wird hierauf bei der Darstellung der Maßregeln zur Sicherung und Besserung einzugehen sein. Das Gesetz vom 24. Nov. 1933 hat endlich auch, ausgehend von der großen Gefahr, die das oft hemmungslose Verhalten sinnlos Betrunkener für die Allgemeinheit bedeutet, eine Sonderregelung für die in einem die Zurechnungsfähigkeit ausschließenden Rauschzustande begangene strafbare Handlung getroffen. An sich müßte in solchen Fällen nach § 51 StGB. a. w. n. F. Freisprechung erfolgen, auch würde das Gericht nicht in der Lage sein, die Allgemeinheit vor den durch solche Personen hervorgerufenen Gefahren zu schützen. Aus diesem Grunde hat nun das obige Gesetz in seinem § 330 a eine Vorschrift getroffen, die den Täter, zwar nicht wegen der von ihm im Zustande seines Rausches begangenen Straftat, sondern schon allein deshalb bestraft, weil er sich schuldhaft in diesen, seine Zurechnungsfähigkeit nach § 51 Abs. 1 ausschließendem Zustand des Rausches, den der Volltrunkenheit, versetzt hat. Den Grund der Bestrafung bildet daher nicht die im Rausche begangene strafbare Handlung, sondern allein schon das sich schuldhaft in diesen Zustand versetzen. Es liegt somit eine Art einer *actio libera in causa* vor, in dem der Täter die Ursache zu der im Stande der Unzurechnungsfähigkeit begangenen strafbaren Handlung im Stande der Zurechnungsfähigkeit gesetzt hat. Diese Vorschrift gehört, wie dies schon

ihre Eingliederung in das StGB. als § 330 a andeutet, in den besonderen Teil des StGB. und wird auch dort noch näher erörtert werden müssen. Um die Allgemeinheit vor den durch Personen, die gewohnheitsmäßig im übermäßigen geistigen Getränke oder andere berausende Mittel zu sich nehmen, verursachten Gefahren zu schützen, hat das Gesetz weiterhin in seinem § 42 e die Vorschrift getroffen, daß das Gericht unter bestimmten Voraussetzungen die Unterbringung einer solchen Person in einer Trinkerheil- oder Entziehungsanstalt anzuordnen hat, um sie an ein gesetzmäßiges und geordnetes Leben zu gewöhnen. Da es sich hierbei um eine Maßregel zur Sicherung und Besserung handelt, wird hierauf bei der Darstellung dieser Maßregeln noch näher einzugehen sein. Aus dieser Vorschrift des § 42 e in Verbindung mit der des § 330 a folgt m. E. zwingend, wenn dies im Gesetze auch nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, daß eine durch einen Rauschzustand schuldhafterweise verursachte verminderte Zurechnungsfähigkeit keine Berücksichtigung finden kann, insbesondere keinen Strafmilderungsgrund bildet. Zu den sonstigen, in diesen Zusammenhang auch gehörenden Fälle der Notwehr, des Notstandes und des Irrtums (§§ 53, 54, 59 StGB.) hat die nationalsozialistische Gesetzgebung bis jetzt noch keine Stellung genommen.

III. Abschnitt: Strafen und andere Maßnahmen.

Das bisherige Strafsystem ist bis jetzt im wesentlichen beibehalten; weggefallen ist die Überweisung an die Landespolizeibehörde durch Gef. v. 24. Nov. 1933 Art. 5 Ziff. 4; hinzugekommen sind die Vermögenseinziehung durch § 4 W. v. 28. Febr. 1933 und eine Anzahl von Maßregeln zur Sicherung und Besserung durch Gef. v. 24. Nov. 1933. Hinsichtlich der Todesstrafe ist durch Gef. v. 29. März 1933 und das PrStrVollzG. eine Änderung in der Art ihrer Vollstreckung getroffen; sie erfolgt nun regelmäßig durch das Beil; sie kann auch bei Verurteilung wegen eines gegen die öffentliche Sicherheit gerichteten Verbrechens auf Anordnung des Reiches bzw. des Landes, durch dessen Behörden das Urteil zu vollstrecken ist, durch Erhängen erfolgen. — Hinsichtlich der Zuchthausstrafe bestimmt das PrStrVollzG., daß diese die schwerste Freiheitsstrafe ist, die sich auch im Vollzug von der Gefängnisstrafe deutlich unterscheidet. Die Zuchthausgefangenen sind von den anderen Gefangenen scharf getrennt zu halten, sie tragen eine bestimmte Hauskleidung, die sich auch von der der anderen Gefangenen deutlich unterscheidet, und können zu Arbeiten auch außerhalb der Anstalt, gleichgültig ob sie wollen oder nicht, angehalten werden. Dabei ist die Dauer der Arbeitszeit länger wie die der übrigen Gefangenen; Selbstbeschäftigung und Selbstbeschäftigung ist ihnen versagt. — Die Strafe der Festungshaft besteht nach Art. I Ziff. 2 des Gef. v. 26. Mai 1933 in der Freiheitsentziehung mit Beaufsichtigung der Beschäftigung und Lebensweise der Gefangenen. Sie wird in Festungen vollstreckt, die dem Reichswehrministerium unterstehen. Wo das Gesetz die Wahl zwischen Zuchthaus und Gefängnis einerseits und der Festungshaft andererseits gestattet, darf nach Ziff. 3 des Gef. v. 26. Mai 1933 auf Festungshaft nur erkannt werden, wenn die Tat nicht gegen das Wohl des Volkes gerichtet und der Täter ausschließlich aus ehrenhaften Beweggründen gehandelt hat. Bezüglich der Nebenstrafen, der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte und der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter, wiederholt das Gef. v. 24. Nov. 1933 in Art. 3 Ziff. 2 die Bestimmung des § 36 StGB., daß ihre Wirksamkeit mit der Rechtskraft des Urteils eintritt und daß ihre Dauer von dem Tage ab berechnet wird, an dem die Freiheitsstrafe verbüßt, verjährt oder erlassen ist. Das Gesetz ergänzt den § 36 a. a. O. aber durch die weitere Bestimmung, daß, wenn neben der Strafe eine mit Freiheitsentziehung verbundene Maßregel der Sicherung und Besserung angeordnet worden ist, die Frist erst von dem Tage ab berechnet wird, an dem auch diese Maßregel erledigt ist. Durch das Gef. vom 24. Nov. 1933 ist sodann eine Reihe von Maßnahmen zur Sicherung und Besserung geschaffen worden, deren Anordnung nur dem Gerichte obliegt, das allein auch über deren Dauer zu befinden hat. Maßgebend für diese Anordnungen ist das Gesetz, das zur Zeit der Entscheidung gilt.

Es sind dies 1. die Unterbringung in einer Heil- und Pflegeanstalt, 2. die Unterbringung in einer Trinkerheilanstalt oder Entziehungsanstalt, 3. die Unterbringung in einem Arbeitshaus, 4. die Sicherungsverwahrung, 5. die Entmannung gefährlicher Sittlichkeitsverbrecher, 6. die Unterbringung der Berufsausübung und 7. die Reichsverweisung.

Zu 1. Die Überweisung in eine Heil- und Pflegeanstalt ist bei Verbrechen und Vergehen in den Fällen der §§ 51 Abs. 1 und 2, 58 Abs. 1 und 2 anzuordnen, wenn die öffentliche Sicherheit es erfordert; und zwar in den Fällen der §§ 51 Abs. 2, 58 Abs. 2 neben der Strafe.

Zu 2. Die Überweisung in eine Trinkerheil- oder Entziehungsanstalt ist bei dem Vorliegen folgender Voraussetzungen anzuordnen: I. bei Verurteilung einer Person, die gewohnheitsmäßig oder im Übermaß geistige Getränke oder andere berauschende Mittel zu sich nimmt, mit einer Strafe 1. wegen eines Verbrechens oder Vergehens, das sie a) im Rausch begangen hat oder das b) mit einer solchen Gewöhnung in ursächlichem Zusammenhange steht, oder 2. wegen Volltrunkenheit (§ 330 a). II. Erforderlichkeit der Unterbringung, um den Verurteilten an ein gesetzmäßiges und geordnetes Leben zu gewöhnen.

Zu 3. Die Unterbringung in einem Arbeitshaus setzt voraus I. Verurteilung zu einer Haftstrafe, 1. aus §§ 361 Ziff. 3—5, 6a—8; bei einer Verurteilung wegen Bettelerei (§ 361 Ziff. 4) indes nur, wenn der Täter aus Arbeitslos oder Viederlichkeit oder gewerbsmäßig gebettelt hat; 2. aus § 361 Ziff. 6, sofern es sich um eine Person handelt, die gewohnheitsmäßig zum Erwerbe Unzucht treibt. II. Erforderlichkeit der Unterbringung um die verurteilte Person zur Arbeit anzuhalten und sie an ein gesetzmäßiges und geordnetes Leben zu gewöhnen. Bei Arbeitsunfähigen tritt an die Stelle des Arbeitshauses die Unterbringung in einem Asyl.

Zu 4. Die Sicherungsverwahrung ist neben der Strafe anzuordnen bei Verurteilung einer Person nach § 20 a als gefährlicher Gewohnheitsverbrecher, wenn die öffentliche Sicherheit es verlangt.

Zu 5. Die Entmannung kann neben der Strafe bei folgenden Voraussetzungen angeordnet werden: A. Verurteilung eines Mannes, der zur Zeit der Entscheidung das 21. Lebensjahr vollendet hat, 1. zu einer Dauer von mindestens sechs Monaten Gefängnis a) wegen Verbrechens gegen §§ 176—178 StGB. (Unzucht, Schändung, Unzucht mit Kindern, Notzucht), b) wegen eines zur Erregung oder Befriedigung der Sinnestlust begangenen Verbrechens oder Vergehens gegen §§ 183, 223—226 (öffentliche Vornahme unzüchtiger Handlungen, Körperverletzung), 2. eine bereits einmal erfolgte rechtskräftige Verurteilung wegen einer solchen Tat zu einer Freiheitsstrafe, 3. Gesamtwürdigung der Taten, daß der Verurteilte ein gefährlicher Sittlichkeitsverbrecher ist, oder B. Verurteilung eines solchen Mannes wegen mindestens zwei derartiger Taten zu Freiheitsstrafen von mindestens einem Jahr und Gesamtwürdigung der Taten, daß es sich um einen gefährlichen Sittlichkeitsverbrecher handelt, auch wenn er früher wegen einer solchen Tat noch nicht verurteilt ist, oder C. Verurteilung eines solchen Mannes wegen eines zur Erregung oder Befriedigung des Geschlechtstriebes begangenen Mordes oder Totschlages (§§ 211—215). — Eine ausländische Verurteilung steht einer inländischen gleich, wenn die geahndete Tat nach deutschem Rechte ein Verbrechen oder Vergehen der vorstehend genannten Art wäre. Eine frühere Verurteilung kommt nach Ablauf der schon früher erwähnten fünfjährigen Verjährungsfrist nicht mehr in Betracht. In diese Frist wird die Zeit nicht eingerechnet, in der der Täter eine Freiheitsstrafe verbüßt oder auf behördliche Anordnung hin in einer Anstalt verwahrt wird.

Zu 6. Eine Untersagung der Berufsausübung kann unter folgenden Voraussetzungen erfolgen: 1. Verurteilung wegen eines unter Mißbrauch des Berufes oder Gewerbes, oder unter grober Verletzung der dem Täter kraft seines Berufes obliegenden Pflichten begangenen Verbrechens oder Vergehens zu einer Freiheitsstrafe von mindestens drei Monaten, 2. Erforderlichkeit der Untersagung, um die Allgemeinheit vor

weiterer Gefährdung zu schützen. Während der Dauer der Untersagung darf die Verurteilte den Beruf, das Gewerbe oder den Gewerbebezweig auch nicht für einen andern ausüben oder durch eine von seinen Weisungen abhängige Person ausüben lassen. Daneben kann aber auch die zuständige Landesbehörde, soweit die Gesetze dies zulassen, unter bestimmten Voraussetzungen einem Verurteilten eine bestimmte Beschäftigung untersagen, so in § 11 TiereschußG. bei wiederholt wegen einer vorsätzlichen Zuwiderhandlung auf Grund des § 9 des Ges. erfolgter rechtskräftiger Verurteilung.

Zu 7. Was die Reichsverweisung anbelangt, so hatte das Ges. v. 26. Mai 1933 in Art. I Ziff. 4 die Vorschrift enthalten und als § 39 a dem StGB. eingefügt, daß, wenn ein Ausländer zu einer Freiheitsstrafe von mindestens drei Monaten verurteilt wird und sein Verbleiben im Inlande eine Gefahr für andere oder für die öffentliche Sicherheit bedeutet, das Gericht es für zulässig erklären kann, daß die zuständige Verwaltungsbehörde den Verurteilten innerhalb einer Frist von sechs Monaten nach Rechtskraft des Urteils aus dem Reichsgebiet ausweist. Das Ges. v. 24. Nov. 1933 wiederholt diese Bestimmung in § 42 m und behält sie auf den Fall aus, daß gegen einen Ausländer eine mit Freiheitsstrafe verbundene Maßregel der Sicherung und Besserung oder die Entmannung angeordnet wird. — Die Anordnung aller dieser Maßregeln ist, wie bereits erwähnt, dem Gerichte vorbehalten; sie ist bei Vorliegen der Voraussetzungen hinsichtlich der Unterbringung in einer Heil- und Pflegeanstalt, in einer Trinkerheil- oder Entziehungsanstalt, der Unterbringung in einem Arbeitshause (Asyl) und hinsichtlich der Sicherungsverwahrung obligatorisch. („Das Gericht ordnet an“); hinsichtlich der Entmannung, der Untersagung der Berufsausübung und der Reichsverweisung dagegen fakultativ. („Das Gericht kann anordnen“ bzw. bei der Reichsverweisung es für zulässig erklären.) — Was die Dauer der Unterbringung anbelangt, so dauert diese so lange, als der Zweck es erfordert. Im einzelnen a) bei einer Unterbringung in einer Trinkerheil- oder Entziehungsanstalt, bei der erstmaligen Unterbringung in einem Arbeitshaus (Asyl) beträgt die Höchstdauer zwei Jahre; b) bei einer Unterbringung in einer Heil- und Pflegeanstalt, der wiederholten Unterbringung in einem Arbeitshaus (Asyl) und der Sicherungsverwahrung besteht keine Höchstgrenze. Indes kann das Gericht jederzeit, muß aber bei der Überweisung in eine Heil- und Pflegeanstalt, der wiederholten Unterbringung in einem Arbeitshaus und bei der Sicherungsverwahrung jeweils in bestimmten Fristen, und zwar bei der Heil- und Pflegeanstalt und der Sicherungsverwahrung von drei Jahren, bei der wiederholten Unterbringung in einem Arbeitshaus in einer solchen von zwei Jahren entscheiden, ob der Zweck der Unterbringung erreicht ist, und gegebenenfalls die Entlassung des Untergebrachten anordnen. Die Fristen laufen vom Beginn des Vollzuges ab; lehnt das Gericht die Entlassung ab, so beginnt mit dieser Entscheidung der Lauf der obengenannten drei- bzw. zweijährigen Frist von neuem. Sind seit Rechtskraft des Urteils drei Jahre verstrichen, ohne daß mit dem Vollzug begonnen ist, so darf ihre Vollziehung nur erfolgen, wenn das Gericht dies anordnet. Diese Anordnung ist nur zulässig, wenn der Zweck der Maßregel die nachträgliche Unterbringung erfordert. In diese Frist wird die Zeit nicht eingerechnet, in der der Unterzubringende eine Freiheitsstrafe verbüßt oder auf behördliche Anordnung hin in einer Anstalt verwahrt wird. — Die Entlassung des Untergebrachten gilt nur als eine bedingte Aussetzung der Unterbringung. Auch können dem Untergebrachten bei der Entlassung besondere Pflichten auferlegt werden; solche Anordnungen können auch noch nachträglich getroffen und geändert werden. Zeigt der Entlassene durch sein Verhalten in der Freiheit, daß der Zweck der Maßregel noch nicht erreicht ist, und ist eine erneute Unterbringung noch nicht verjährt, dann widerruft das Gericht die Entlassung. Bei einer Unterbringung in einer Trinkerheil- oder Entziehungsanstalt und der erstmaligen Unterbringung in einem Arbeitshaus darf aber auch im Falle des Widerrufs die Höchstdauer der Maßregel nicht überschritten werden. — Was sodann die Beschäftigung der Untergebrachten anbelangt, so sind die a) bei einem Arbeitshaus oder in der Sicherungsverwahrung Untergebrachten

zu den in der Anstalt eingeführten Arbeiten anzuhalten. Zu lässig ist aber auch ihre Verwendung zu Arbeiten außerhalb der Anstalt, indes unter Getrennhaltung von den freien Arbeitern. b) Die in einer Heil- und Pflegeanstalt, Trinkerheil- oder Entziehungsanstalt Untergebrachten innerhalb oder außerhalb der Anstalt auf eine ihren Fähigkeiten angemessene Weise zu beschäftigen. — Die Dauer einer Berufsunterfügung endlich beträgt ein, höchstens fünf Jahre; berechnet von dem Tage ab, an dem die Freiheitsstrafe verbüßt, verjährt oder erlassen oder, falls neben der Strafe noch eine mit Freiheitsentziehung verbundene Maßregel der Sicherung und Besserung angeordnet war, an dem auch diese Maßregel erledigt ist. Im Fall einer bedingten Aussetzung der Strafe oder Maßregel der Sicherung und Besserung wird die Probezeit auf diese Frist angerechnet.

Diese Vorschriften über Maßregeln der Sicherung und Besserung strahlen ihre Wirkungen auch auf das sachlich-rechtliche und verfahrensrechtliche Gebiet aus, die hier aber nur kurz angedeutet werden können, im einzelnen aber bei der Darstellung des besonderen Teiles und des verfahrensrechtlichen Teiles des Strafrechtes erörtert werden müssen. Was das sachlich-rechtliche Gebiet anbelangt, so enthalten sie 1. eine Ausdehnung der Vorschriften der §§ 120—122 StGB. auf die in Sicherungsverwahrung und im Arbeits- hause untergebrachten Personen sowie eine Ergänzung dieser Vorschriften durch eine Strafandrohung gegen denjenigen, der a) vorsätzlich eine auf behördliche Anordnung in einer Anstalt untergebrachte Person befreit oder ihr das Entweichen erleichtert, b) die Vollstreckung einer gegen einen andern rechtskräftig angeordneten oder zugelassenen Maßregel der Sicherung oder Verwahrung ganz oder zum Teil vereitelt oder zu vereiteln versucht, soweit es sich nicht um eine Tat gegen einen Angehörigen handelt, 2. eine Strafandrohung bei einer Zuwiderhandlung gegen die Unterfügung der Ausübung des Berufes oder Erwerbes, 3. eine Strafandrohung gegen denjenigen, der wissentlich einer Person, die in einer Trinkerheil- oder Entziehungsanstalt untergebracht ist, ohne Erlaubnis des Leiters der Anstalt geistige Getränke oder andere berauschende Mittel verschafft, 4. Ausdehnung der Vorschriften der §§ 345 und 346 StGB. auch auf Maßnahmen der Sicherung und Besserung, sowie Gleichstellung eines in Sicherungsverwahrung oder in einem

Arbeitshause Untergebrachten mit einem Gefangenen in § 347 StGB.

Was das verfahrensrechtliche Gebiet anbelangt, so sei nur erwähnt, 1. daß Maßregeln der Sicherung und Besserung nicht in einem Strafbefehle angeordnet oder für zulässig erklärt werden können, 2. daß das Gericht durch einen Unterbringungsbeehl auch eine einstweilige Unterbringung anordnen kann, wenn dringende Gründe für die Annahme vorhanden sind, a) daß jemand eine mit Strafe bedrohte Handlung im Zustande der Zurechnungsunfähigkeit oder der verminderten Zurechnungsfähigkeit begangen hat, b) daß seine Unterbringung in einer Heil- und Pflegeanstalt angeordnet werden wird und c) wenn es die öffentliche Sicherheit erfordert. Dieser Unterbringungsbeehl steht einem Haftbefehle gleich, auf ihn kann auch ein Steckbrief erlassen werden, 3. daß das Gericht in den Fällen, in denen das Strafverfahren wegen Unzurechnungsfähigkeit des Beschuldigten nicht durchgeführt werden kann, die Unterbringung des Beschuldigten in einer Heil- oder Pflegeanstalt auf Antrag des Staatsanwalts in einem besonders geregelten sog. Sicherungsverfahren auch selbständig und auch dann anordnen kann, wenn der Beschuldigte infolge seines Zustandes oder aus Gründen der Sicherheit oder Ordnung nicht bei der Verhandlung zugegen sein kann. — Neben diesem Sicherungsverfahren gibt es weiterhin noch ein sog. nachträgliches Sicherungsverfahren, in dem das Gericht auf Antrag des Staatsanwalts, falls ein Deutscher im Auslande wegen eines Verbrechens oder vorsächlichen Vergehens zu Freiheitsstrafe verurteilt worden ist und bei ihm die Voraussetzungen vorliegen, die bei seiner Verurteilung im Inlande die Anordnung der Sicherungsverwahrung oder der Entmannung gerechtfertigt hätten, diese Maßnahmen nachträglich anordnen kann.

Erwähnt mag weiter noch werden, daß der zur Entmannung nötige ärztliche Eingriff in einer Krankenanstalt von einem im Deutschen Reiche approbierten Arzt ausgeführt wird und daß hierbei, falls andere Maßnahmen nicht ausreichen, die Anwendung unmittelbaren Zwanges zulässig ist; daß weiterhin, soweit nicht andere Bestimmungen entgegenstehen, die Vorschriften über die Strafvollstreckung auf die Vollstreckung von Maßregeln der Sicherung und Besserung sinngemäß Anwendung finden.

Die wirtschaftliche Not als Begründung für einen Sondertatbestand und die Strafverfolgung bei der Kindes-tötung.

Von Dr. jur. S. Gummersbach, Köln.

Um festzustellen, inwieweit die theoretischen Rechtfertigungsgründe für einen strafrechtlichen Sondertatbestand der Kindes-tötung praktisch wirksam sind, habe ich die in einem Zeitraum von 8 Jahren bei der Oberstaatsanwaltschaft einer deutschen Großstadt anhängig gewordenen Fälle durchgeprüft und dabei besonderen Wert auf mehrfache persönliche Aussprache mit den Täterinnen gelegt.

Zu den Gründen, mit denen man die Sonderstellung des Kindesmordes¹⁾ zu rechtfertigen sucht, gehört die wirtschaftliche Not, die als Rechtfertigungsgrund für einen besonderen Deliktstatbestand mehr bedeutet als ein Motiv, das eine Tat erklären oder verständlich machen und dadurch mildernde Umstände verschaffen soll. In meiner Abhandlung „Rechtfertigen Ratlosigkeit und Chronotstand einen Sondertatbestand der Kindes-tötung?“²⁾ bringt v. Hentig zwei Anmerkungen, in denen er ansührt, daß das Gesetz nicht nach dem Motiv oder der Überlegung frage, sondern objektive Kriterien gewählt habe

und nur verlange, daß eine Mutter ihr uneheliches Kind in oder gleich nach der Geburt getötet habe; andere Momente, darunter Ratlosigkeit, Chronotstand, Verfügungsrecht der Mutter³⁾, wirtschaftliche Not, kämen nur für die Frage der mildernden Umstände in Betracht. Damit verkennt v. Hentig völlig die Problemstellung meiner Untersuchungen. Sie sollten versuchen, Klarheit darüber zu schaffen, ob die Gründe, welche dafür geltend gemacht werden, daß die Kindes-tötung im Rahmen der Tötungsdelikte einen besonderen Tatbestand hat, in der Praxis mit solcher Wucht wirksam gewesen sind, daß deshalb der strafrechtliche Sondertatbestand gerechtfertigt ist. Damit hat es gar nichts zu tun, daß das Gesetz objektive Kriterien für den Tatbestand selbst gewählt hat, oder dort nicht nach der Überlegung fragt, und daß die für die allgemeine Rechtfertigung des Sondertatbestandes angeführten Gründe im Einzelfalle zur Zubilligung mildernder Umstände führen können. Um die Frage zu klären, ob das eine oder andere Motiv einmal in einem Kindes-tötungsfalle mildernde Umstände begründen könne, würde wohl kaum mehrere Jahrzehnte eine

¹⁾ Die Bezeichnung „Mord“ erklärt sich aus der Volkssprache, weil bei der Kindes-tötung das für den Mord im deutschen Recht entscheidende Moment der Heimlichkeit vorlag.

²⁾ Mschr. Krim. Pshch. 1933 S. 10.

³⁾ Vgl. meine Abh. über „Die Technik der Tat und das Verfügungsrecht der Mutter“: Kriminalist. Monatshefte 1933 S. 10/11.

umfangreiche Literatur geschrieben haben. Für und Wider ging und geht hier um das Ganze, um die Sache selbst, um die Frage, ob überhaupt ein Tatbestand der Kindesötung im System notwendig ist, oder ob man nicht mit den übrigen Tötungsdelikten auskommen könne. Das war Sinn und Zweck der Literatur und das ist auch Sinn und Zweck meiner Untersuchungen gewesen.

Als Rechtfertigungsgrund für einen strafrechtlichen Sonderatbestand der Kindesötung ist die wirtschaftliche Not nicht nur die Sorge um das tägliche Brot, sondern es gehören dazu auch die Umstände, welche materielle Not herbeizuführen geeignet sind: z. B. die Befürchtung, durch Vorwürfe oder gar Mißhandlungen der Eltern aus dem Hause getrieben zu werden, durch Verlust des Dienstes oder der Stellung der Mittel zum Fortkommen verlustig zu gehen.

Zuerst führte Meister⁴⁾ dieses Motiv an, nach ihm Martin⁵⁾, später Wächter⁶⁾ und andere Schriftsteller⁷⁾. Bei den Beratungen des preuß. Gesetzbuches⁸⁾ wurde es erfolglos geltend gemacht, die Motive anderer Landesgesetze weisen darauf hin⁹⁾.

Meispach¹⁰⁾ glaubt dieses Motiv vom Ehrennotstand nicht trennen zu können, lehnt jedoch die Ansicht nicht ganz ab, daß auch Kindesötungen lediglich unter dem Einfluß materieller Not vorkommen können¹¹⁾.

Im Sinne unserer Untersuchungen umgrenzen wir das Motiv der wirtschaftlichen Not zweckmäßig dahin, daß die Täterin durch die begründete Sorge um die Ernährung und Zukunft des Kindes infolge der durch die Geburt bzw. die Existenz des Kindes begründeten Verschlechterung ihrer Vermögens- oder Erwerbsverhältnisse zur Tat getrieben wurde. Für die Nachprüfung der praktischen Fälle ergeben sich dann zwei Fragen: 1. Wer beruft sich von den Täterinnen auf die wirtschaftliche Not? — Wird sie als Motiv der Tat nicht erwähnt, dann war sie auch kriminalpsychologisch bedeutungslos, denn sie ist im Seelenleben nicht in Erscheinung getreten. 2. Gibt der objektive Tatbestand positiven Grund für die subjektive Auffassung der Täterin?

Von 15 Fällen wird in 8 dieses Motiv nicht angeführt. Aber auch objektiv lag hier keine wirtschaftliche Not vor.

Aus dem Sachverhalt ergibt sich, daß die St., Me. und Mü. in geordneten Verhältnissen bei den Eltern bzw. in Dienststellen lebten und durch die Geburt des Kindes keinerlei Verschlechterung ihrer wirtschaftlichen Lage zu befürchten hatten, insbes. nicht den Verlust des Elternhauses bzw. der Dienststelle. Die Arbeitgeber der R. und W. sagen glaubhaft aus, daß sie die Mädchen nach der Geburt nicht entlassen haben würden. Die H. wohnte zu Hause, und wenn sie einige Tage später ihr Heim verließ, so hatte das andere Gründe. Auch die G. hätte ihre Stelle nicht verloren und hatte sich schon mit dem Gedanken getragen, durch die Polizei zu erreichen, daß der Erzeuger für das Kind sorgen müsse. Die Frau S. wollte „das Kind behalten und dann mit dem Erzeuger ihren Mann verlassen“.

In den übrigen Fällen haben die Täterinnen Äußerungen gemacht, die i. S. unseres Begriffs als Berufung auf die wirtschaftliche Not gelten können. Dabei sind alle Äußerungen einbezogen, welche in diesem Rahmen unterzubringen möglich war. Sie wurden meistens in Verbindung mit anderen Gründen vorgebracht, die bei der Nachprüfung anderer Motive zu

⁴⁾ Meister jun., Prakt. Bemerkungen Bd. 1 Bem. 8.

⁵⁾ Lehrb. § 123.

⁶⁾ Lehrb. Th. 2 S. 161; Arch. d. CrimR. 1835, 86 ff.

⁷⁾ U. a. Tittmann, Hdb. Th. 1 S. 168, 343/44 Anm.; Berner, Lehrb. S. 514; v. Holtendorff, Hdb. S. 452.

⁸⁾ Siehe Goldammer, Mat. S. 380.

⁹⁾ U. a. Hessen Art. 259; Nassau Art. 252; Schlesw.-Holst. Art. 609; dagegen John, Entw. n. Motiven zu e. StGB. f. d. Norddeutschen Bund, 1868, S. 442.

¹⁰⁾ ArchCrim. 27, 263.

¹¹⁾ In diesem Zusammenhang wendet er sich gegen Aschaffenburg, wodurch dieser in der Neuaufgabe seines Buches „Das Verbrechen und seine Bekämpfung“, 1923, auch zu diesem Motiv Stellung nimmt (S. 27/28).

werten waren. Ob die Mädchen tatsächlich solche Erwägungen angestellt und sich dadurch zur Tat haben bestimmen lassen, oder ob sie nachher, teils aus den Vernehmungen heraus, in dem natürlichen Bestreben sich eine milde Beurteilung und Strafe zu sichern, dazu gekommen sind, ließ sich nicht feststellen. Es war nur möglich, ihre Angaben hinzunehmen und deren Berechtigung am objektiven Sachverhalt nachzuprüfen.

Die R. gibt an, sie habe zuerst gedacht „wenn jetzt der Vater noch lebte“ und sich vor Mutter und Geschwistern gefürchtet. Zu dieser Furcht lag gar kein Grund vor. Die Mutter hat mehrfach während der Schwangerschaft auf sie eingeredet, sich ihr doch anzuvertrauen, und sie konnte wissen und wußte auch, daß sie zu Hause stets Unterkunft finden würde, auch mit ihrem Kinde. Verlust ihrer Stellung wegen der Geburt hatte sie ebensowenig zu befürchten. Es drohte also hier wie dort keine materielle Not. — Die in ihren Angaben stets schwankende und ungläubwürdige L. begründet u. a. ihre Tat einmal mit den Worten: „Ich hatte Furcht vor meinen Eltern.“ Dagegen steht fest, daß sie gleichfalls weder das Elternhaus noch ihre Stellung infolge der Geburt oder wegen ihres Kindes verloren hätte. Dienstherrschaft und Eltern haben sich ihrer während der Schwangerschaft wiederholt angenommen und mit allen Mitteln versucht, ihr Vertrauen zu gewinnen, um ihr helfen zu können. Daß ihr auch mit ihrem Kinde Verständnis und Hilfe zuteil geworden wäre, mußte sie deshalb wissen. Zweifellos wußte sie, daß sie nicht einmal Vorwürfe zu erwarten hatte und daß ihr Kind geforgt sein würde. Also bestand auch hier keine begründete Befürchtung für eine drohende wirtschaftliche Not.

Die M. gibt an, sie sei in einer verzweiferten Lage gewesen, da die Eltern sich von ihr losgesagt hätten. Richtig ist, daß sie zu Hause keine Unterstützung zu erwarten hatte, weil infolge eines strengen Befehles des Vaters die Mutter zu ängstlich war, ihr zu helfen. Es muß aber die Glaubwürdigkeit dieser Angaben als Motiv zur Tat stark erschüttern, daß sie nur in der ersten Vernehmung vorgebracht werden. Später kommt sie gar nicht mehr darauf zurück und versucht die Tat mit ganz anderen Angaben zu begründen. Dazu kommt, daß ihr die Möglichkeit, das Kind nach der Geburt in einer Anstalt unterzubringen, sehr wohl bekannt war, und daß sie auch schon zu diesem Zweck (angeblich) Schritte unternommen hatte. Daß sie außer Stellung kam, war ihr zur Zeit der Tat noch nicht bekannt, und der Grund war keineswegs ihre Niederkunft, sondern ihre Lügenhaftigkeit. Sie hatte in ihren Vernehmungen angegeben, das Kind stamme aus einem Verhältnis, das sie mit den beiden Söhnen ihrer Dienstherrschaft unterhalten hatte. Diese und noch andere Unwahrheiten führten zu ihrer Entlassung. Durch die Unterbringung in einer Anstalt bzw. deren Möglichkeit bestand also eine begründete Sorge für die Zukunft des Kindes nicht. Der Grund für eine etwaige Verschlechterung ihrer Erwerbsverhältnisse — wenn sie keine Stellung gefunden hätte — war nicht die Geburt oder die Existenz des Kindes. Demnach bestand auch hier keine wirtschaftliche Not i. S. unserer Begriffsbestimmung. — Die W. sagt in ihrer Vernehmung zwei Stunden nach der Tat, sie habe das Verbrechen begangen im Gedanken an ihre Not. Ihre Eltern lebten getrennt und sie unterstützte — wenn es wahr ist — ihre Mutter. Aber auch ihr war die Möglichkeit der Unterbringung des Kindes mit öffentlicher Hilfe bekannt und es steht fest, daß sie ihre Stellung nicht verloren haben würde.

Frau Z. erklärt einmal: „Mein Schwager (der Erzeuger) hat sich nicht um mich gekümmert, ich stand für mich allein und wußte nicht, was ich anfangen sollte“. Sonst betont sie wiederholt, das zu erwartende Kind habe mit den Kindern des Schwagers und der Schwester aufgezogen werden sollen. Nach dem ganzen Sachverhalt ist diese letztere Aussage richtig, zumal die Schwester von allem unterrichtet war und die Frau Z. im Haushalt der Schwester wohnte.

Mieze P. sagt vor dem Untersuchungsrichter aus: „Ich habe das Kind umgebracht, weil ich meine Stellung behalten wollte und mein Zimmer; die Kosten für den Unterhalt konnte ich nicht bestreiten. Wohl war mir bekannt, daß Armenpflege möglich war. Das zweite Kind war mir jedoch in der Armenpflege gestorben und für das erste zahlte ich noch monatlich 3 R.M., wenn ich konnte.“ Auch zu mir äußerte sie: „Ich hatte

ja niemanden, der für das Kind sorgte“, doch gab sie mir zu, daß sie ihre Stellung keineswegs verloren haben würde. Sie hatte eine Stundenstelle und wollte keine dauernde Stellung annehmen, weil sie ihre Freiheit behalten wollte. Dazu gehörte ihr Zimner und ihre Lebensauffassung, die ihr erlauben mußte, täglich möglichst viel Schokolade zu verzehren und noch mehr Zigaretten zu rauchen. Diesen Erwägungen stand das Kind im Wege und sie haben mit wirtschaftlicher Not nichts zu tun.

Es bleibt Franzl G., die in ihrer polizeilichen Vernehmung erklärt: „Ich wußte nicht, wo ich mit dem Kinde hin sollte.“ Sie ist Waise und versicherte glaubhaft, sie habe angenommen, als Ausländerin (sie ist Österreicherin) keinen Anspruch darauf zu haben, daß sie ihr Kind in einer öffentlichen Anstalt unterbringen könne. Sie lebte von ihrem Verdienst als Näherin. Nach Lage des Falles kann man hier zu der Annahme kommen, daß das Hauptmotiv der Tat die durch die Existenz des Kindes zu erwartende wirtschaftliche Not gewesen sei.

Als Ergebnis der Untersuchungen bleibt also ein Fall, in dem die wirtschaftliche Not mit Wahrscheinlichkeit Motiv zur Tat war, Motiv im Einzelfalle und damit maßgebend für die Zubilligung mildernder Umstände, aber nicht Rechtfertigungsgrund für einen strafrechtlichen Sondertatbestand.

Zu ähnlichen Ergebnissen haben meine Untersuchungen bezüglich anderer Rechtfertigungsgründe geführt¹²⁾. Will v. Hentig sie nur als Motive für die Zubilligung mildernder Umstände gelten lassen, dann lehnt er m. E. damit die Notwendigkeit eines Sondertatbestandes aus diesen Gründen ab und dann bin ich mit ihm insofern ganz derselben Meinung. Der Ansicht v. Hentigs (a. a. O.), daß es sich um eine Präsumtion gestörten seelischen Gleichgewichts handele, die wohlberechtigt sei, steht die Ansicht des sachverständigen Obergutachtens eines gerichtsarztlichen Ausschusses entgegen, das in einem der nachgeprüften Fälle erstattet wurde: „Wem . . . etwa hervorgehoben werden soll, daß die Frauen regelmäßig, wenn auch nur in geringem Grade erregt und unzurechnungsfähig sind, so muß das mit Bestimmtheit bestritten werden. Die übergroße Mehrzahl der Kreißenden und Frischentbundenen ist wohl etwas aufgeregt, ganz gewiß aber oft viel ruhiger und gefasster als ihre Umgebung¹³⁾.“ Auch läßt sich ein gestörtes seelisches Gleichgewicht bei anderen strafbaren Handlungen, nicht nur als Präsumtion, feststellen (z. B. bei den Sexualbelikten), ohne daß man deshalb an einen Sondertatbestand denkt. Ist dieses Moment für solche Fälle nichts weiter als ein Motiv für die Zubilligung mildernder Umstände, dann darf es auch nicht bei der Kindes tötung als Präsumtion einen strafrechtlichen Sondertatbestand rechtfertigen.

Was das Schrifttum in Jahrzehnten aufgebaut hat, läßt sich in der Praxis nicht so leicht wieder verdrängen. Die Seele lebt! — und das beweist die Strafverfolgung der Kindes tötung.

Es wird schon seltsam erscheinen, daß mir nur 15 Fälle als Material aus der Gerichtspraxis einer Großstadt in einem Zeitraum von acht Jahren zur Verfügung standen. Im April des letzten Jahres meiner Untersuchungen erfuhr ich vom Gerichtsarzt des LG., daß er bis dahin bereits fünf Leichen Neugeborener obduziert habe, von denen einige gräßlich zugerichtet gewesen seien, doch sei noch keine Täterin ermittelt worden. Die Gesamtzahl der in diesem Jahr von der Kriminalpolizei dort aufgefundenen Leichen Neugeborener war 13. Es fehlte also durchaus nicht an Kindes tötungen, wohl aber an einer ausreichenden Strafverfolgung.

Von den 15 nachgeprüften Fällen kamen 3 nicht zur Durchführung des Strafverfahrens, weil die Kindesleichen

nicht mehr als Beweismittel dienen konnten: eine war nicht mehr aufzufinden, die zweite befand sich in einem zu weit vorgeschrittenen Fäulniszustande, bei der dritten war die Identität nicht festzustellen. Bei dem hartnäckigen Bestreiten der Beschuldigten mußten deshalb die Verfahren eingestellt werden.

In 5 Fällen wurden die Täterinnen auf Grund des gerichtsmmedizinischen Gutachtens „aus dem tatsächlichen Grunde des mangelnden Beweises außer Verfolgung gesetzt“. Das erfolgte schon dann, wenn z. B. hartnäckiges Leugnen, selbst bei größter Unglaubwürdigkeit, die Überführung erschwerte, oder Sinnesverwirrung nicht mit Sicherheit auszuschließen war, ferner wenn eine Verurteilung durch die Geschworenen nicht zu erwarten war, weil das gerichtsmmedizinische Gutachten eine augenblickliche Erregung zur Zeit der Tat annahm oder eine milde Beurteilung empfahl. Bei keinem anderen Verbrechen würde man die Angeeschuldigten aus einem solchen Grunde außer Verfolgung setzen¹⁴⁾.

In den Fällen, die zur Verurteilung kamen, hielt das Strafmaß sich stets scharf an der Mindestgrenze, selbst wenn das gerichtsmmedizinische Gutachten jede psychische Störung ausdrücklich verneinte. Nur einmal schimmerte die Tatfache durch, daß § 217 RStGB. als Grundstrafe Zuchthaus androht, als der Vertreter der Staatsanwaltschaft im Falle P. drei Jahre Zuchthaus beantragte. Aber auch hier blieb das Urteil an der Mindestgefängnisgrenze. Untersuchungshaft wurde stets angerechnet. Praktisch kamen aber auch diese geringen Strafen nicht einmal zur sühnenden Auswirkung, weil infolge der festen und prompten Bereitschaft der Geschworenen zur Unterzeichnung von Gnadengesuchen bei zwei Täterinnen sofort und bei zwei weiteren nach teilweiser Strafverbüßung die Vollstreckung ausgesetzt wurde. Nur eine Täterin kam trotz des Gnadengesuches zur vollen Strafverbüßung, und das geschah wohl mehr wegen ihres Lebenswandels nach der Tat.

Es bleiben noch zwei Freisprechungen. Im Falle G.¹⁵⁾ bestand gerichtsmmedizinisch keinerlei Zweifel an der vollen Verantwortlichkeit der Täterin. Die Geschworenen sollten über die Schuldfrage nach vorsätzlicher und die Hilfsfrage nach versuchter Kindes tötung entscheiden. Die letztere Frage war von Amts wegen gestellt worden, weil das nach der Obduktion der Leiche erstattete vorläufige Gutachten im Gegensatz zu dem späteren annahm, daß dem Kinde der Halsschnitt erst nach dem Tode beigebracht worden sei. Auf Grund des „Nein“ der Geschworenen mußte das Gericht zum Freispruch kommen. Charakteristisch ist dabei ein Vermerk des in der Verhandlung antretenden Staatsanwalts, der in der tabelarischen Übersicht schreibt: „Der Spruch der Geschworenen ist ein grober Fehlspruch. Anscheinend haben sie der Angekl. den § 51 zugebilligt, obwohl nach dem ganzen Beweisergebnis, insbes. nach dem Gutachten des Sachverständigen, von einer Unzurechnungsfähigkeit zur Zeit der Tat keine Rede sein kann.“ — Auch im Falle W.¹⁶⁾ erzwangen die Geschworenen den Freispruch gegen die objektive Gerechtigkeit und das sachverständige Obergutachten eines gerichtsarztlichen Ausschusses. Der Vertreter dieses Ausschusses in der Hauptverhandlung sagte mir dazu später in einer persönlichen Aussprache über den Fall mit der ausdrücklichen Erlaubnis, davon Gebrauch zu machen: nach der Verhandlung sei einer der Geschworenen zu ihm gekommen und habe gesagt, daß sie das Obergutachten durchaus nicht angezweifelt hätten, aber sie hätten freisprechen wollen, das Mädchen habe ihnen leid getan. — Die gleiche Willkür erlebte ich noch vor wenigen Monaten, als nach einer Verhandlung wegen Kindes tötung der Vorsitzende verkündete, daß trotz des Gutachtens des Sachverständigen und des mit ihm übereinstimmenden Gutachtens des gerichtsarztlichen Ausschusses, dem hervorragende Mediziner angehört hätten, die Geschworenen dennoch zu einem Freispruch gekommen seien.

¹⁴⁾ Siehe dazu meine Abh. „Das gerichtsmmed. Gutachten bei der Kindes tötung“. Z. f. d. ges. ger. Med. 1934, Bd. 22 S. 419 ff.

¹⁵⁾ Durchtrennen der Halsschlagader mit einem Messer.

¹²⁾ Siehe die Ergebnisse in den Anm. 2 und 3 angegebenen Abhandlungen.

¹³⁾ Zu demselben Ergebnis kommen die Untersuchungen von Bischoff: ArchKrim. 29, 160; Haberda: Beitr. f. ger. Med. 1, 146; Menner: ArchKrim. Bd. 37.

¹⁶⁾ Nach der Geburt auf dem Abort zieht sie die Spülung, um das Kind fortzuschwemmen, als das nicht gelingt, versucht sie es durch die Öffnung zu pressen; als auch das mißlingt, zerklüftet sie den Körper mit einem Hackmesser und spült die einzelnen Teile fort.

An dieser Strafverfolgung ist nicht zuletzt die strafrechtliche Sonderstellung der Kindes- tötung und ihre Bezeichnung als Kindesmord mit schuldig. Die Richter, insbes. die Laienrichter, stehen unter dem Einfluß der angeführten Gründe, mit denen die Sonderstellung zu rechtfertigen versucht wird. Sie sehen dann eine Angekl., die meist so gar nicht den Vorstellungen entspricht, die sie sich von einer Mörderin gemacht haben. Da sprich sie. Es ist die Mentalität des Mannes in einem Tatbestandskomplex, der aufs engste mit sexuellen Vorgängen verknüpft ist, die hier zu subjektiven Maßstäben und Entscheidungen kommt.

Eine solche Strafverfolgung ist natürlich auch nicht ge-

eignet, die Ermittlungsbeamten zu ermutigen; ihre Arbeit ist ja doch zwecklos, weil im Endergebnis erfolglos. Und so wird es auch verständlich, daß in 8 Jahren nur 15 Fälle zur Strafverfolgung gekommen waren, während in derselben Stadt ungefähr dieselbe Anzahl Leichen Neugeborener in nur einem Jahr aufgefunden worden ist.

Beim Besuch des Strafvollzugs einer anderen deutschen Großstadt fand ich keine Kindesmörderin und erfuhr, daß auch seit langem keine zur Strafverbüßung dort gewesen sei. — In einer benachbarten Stadt klagte man gar nicht wegen Kindes tötung aus § 217 RStGB. an, sondern wegen fahrlässiger Tötung und umging so die Klippen der Schwurgerichte.

Zur Sondergerichtsbarkeit nach dem Reichserbhofgesetz.

Von Ministerialrat Cammerer, München.

Zur Durchführung der Aufgaben des RErbhofG.¹⁾ sind besondere Behörden, die Anerbengerichte, die Erbhofgerichte und das Reichserbhofgericht zu bilden (§ 40 Abs. 1), die in dem Sammelbegriff „Anerbenbehörden“ zusammengefaßt werden. Die Anerbenbehörden sind Gerichte; das erhellt schon daraus, daß die gesetzliche Bezeichnung ihrer einzelnen Unterarten das Wort „Gericht“ ausdrücklich enthält. Sie üben aber nicht die ordentliche Gerichtsbarkeit aus, sondern sind Sondergerichte. Gleichwohl genießen ihre Mitglieder, und zwar die beamteten (einschließlich des Präsidenten des Reichserbhofgerichts [§ 6 Abs. 2 Satz 1 DurchfW.D. I]) sowohl, als auch die bürgerlichen Besitzer (Anerben-, Erbhof- und Reichserbhofrichter) die richterliche Unabhängigkeit und sind nur dem Gesetze unterworfen. § 1 GG., der diesen Satz ausspricht, gilt allerdings nur für die ordentliche Streitige Gerichtsbarkeit. Auch beruht seine Übertragung auf die in der freiwilligen Gerichtsbarkeit tätigen Gerichte nur darauf, daß die Bestimmungen nach dem FGG. den Gerichten in ihrer durch das GG. geschaffenen Verfassung und Rechtsstellung überwiesen sind, so daß die den Gerichten als Trägern der ordentlichen Streitigen Gerichtsbarkeit eingeräumte bevorzugte Stellung ihnen auch bei ihren Bestimmungen auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit zugute kommt. Die Bestimmungen der Anerbenbehörden sind aber nicht den Gerichten als solchen übertragen. Anerbengerichte und Erbhofgerichte werden vielmehr nur bei den AG. und OVG. errichtet (§§ 41 Abs. 1 Satz 1, 43; die Erbhofgerichte können zudem auch als völlig selbständige Behörden gebildet werden (§ 66 DurchfW.D. I) und das Reichserbhofgericht ist dem Reichsministerium für Ernährung und Landwirtschaft angegliedert (§ 47; § 6 DurchfW.D. I). Die Organisation ist hiernach auch anders, als z. B. in Aufwertungssachen, für die das AG. als Aufwertungsstelle bestimmt und der Rechtszug an die ordentlichen Gerichte geknüpft ist (§ 72 Satz 1, § 74 AufwG.; Art. 117 Abs. 1 DurchfW.D. v. 29. Nov. 1925 [RWB. I, 392]). Die Vorschrift über die Anwendbarkeit des FGG. auf das Verfahren vor den Anerbenbehörden nach § 46 Abs. 1 mit § 11 DurchfW.D. I besagt demgemäß noch nichts über die rechtliche Stellung dieser Behörden. Die bevorrechtet-richterliche Eigenschaft ihrer Mitglieder ist vielmehr aus Art. 102 RVerf. abzuleiten, der für jede staatliche richterliche Tätigkeit, m. a. W. für die Richter aller Gerichte des Reiches und der Länder auch jetzt noch (mangels einer formellen oder sachlichen Aufhebung) gilt.

Die Zuständigkeit der Sondergerichte nach dem RErbhofG. beschränkt sich auf gewisse im Gesetze oder in den Durchführungsverordnungen aufgeführte Punkte und Fragen. Bei der Abgrenzung der Zuständigkeit ist also nach dem Aufzählungsgrundsatz verfahren; das Gesetz hat es insbes. abgelehnt, etwa für „Erbhofachen“ schlechthin die Zuständigkeit der Sondergerichte zu begründen. Die Zuständigkeitsverteilung

zwischen der ordentlichen und der Sondergerichtsbarkeit, die Grenzziehung im einzelnen und die Folgen hiervon für Verfahren und Entsch. werden manchmal Anlaß zu rechtlichen Zweifeln geben und dürften eine Betrachtung vom juristischen Standpunkte verdienen. Da aber die den Anerbenbehörden übertragenen Bestimmungen ihrer Art nach sehr verschieden sind, kann die Erörterung nur an der Hand einer übersichtlichen Gruppierung der Funktionen erfolgen.

Den Anerbenbehörden sind übertragen:

I. Entsch., wie sie ihrer Art nach auch von den bürgerlichen Streitgerichten zu treffen sind;

II. Beaufsichtigende und fürsorgende (rechtspolizeiliche) Tätigkeiten, wie sie ähnlich z. B. dem VormGer. obliegen; und endlich

III. Bestimmungen der Beurkundung und der formellen Mitwirkung bei gewissen Rechtsgeschäften ohne die besondere (sachliche) Eigenart der Tätigkeit unter II; als Gegenstück im bisherigen Rechtsleben sind hier die Geschäfte des OVA., Registergerichts und Nachlaßgerichts heranzuziehen.

Zu I: Die Entsch. der Anerbenbehörden sind zweierlei Art; diese Behörden haben einerseits Feststellungen über gewisse Rechtsverhältnisse zu treffen, andererseits über bestimmte Ansprüche (Leistungen) zu befinden.

1. In ersterer Hinsicht kommt in Betracht die Feststellung der Erbhofigenschaft eines Anwesens (§ 10), ferner der Bauernfähigkeit des Eigentümers oder des Anerben (§ 18), wobei die Zuständigkeit zur Entsch. über ein einzelnes Begriffsmerkmal der Bauernfähigkeit, nämlich die Haffereinheit, noch besonders herausgehoben wird (§ 13 Abs. 3 Satz 2), endlich die Feststellung, ob in einer Gegend die Anerbenfütte, gegebenenfalls welchen Inhalts, herrscht (§ 21 Abs. 3 Satz 2, § 25 Abs. 1 letzter Satz).

2. Bei der Entsch. über einzelne Ansprüche handelt es sich um die Beilegung von Streitigkeiten über die Versorgung der Abkömmlinge und über den Altenteil der Eltern (§ 32) und über die Regelung von Versorgungsberechtigungen beim Vorliegen mehrerer Erbhöfe (§ 36 Abs. 3).

Zu II: Zu den Bestimmungen der Aufsicht und Fürsorge (Rechtspolizei) möchten zu zählen sein: die Entziehung der Verwaltung und Nutzung des Erbhofs (§ 15 Abs. 2) und die Übertragung des Eigentums am Erbhof auf einen anderen (Abs. 3 dorts.), die Bestimmungen über die Entlastung des Anerben durch den an seiner Stelle Berufenen (§ 22 Abs. 4), die Übertragung der Verwaltung und Nutzung an den überlebenden Ehegatten nach Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft (§ 6 Abs. 3 DurchfW.D. II) und die Aufhebung der Verwaltung und Nutzung des Ehegatten des Erblassers (§ 13 Abs. 2 DurchfW.D. II). Freilich könnte man diese Fälle auch als dritte Kategorie, nämlich als rechtsbegründende Entsch., denen unter I zuzählen. Doch möchte namentlich die Ähnlichkeit mit Maßnahmen des VormGer. ihre Einbeziehung hierher rechtfertigen. Unbestreitbar gehören an diese Stelle die zahlreichen Fälle, in denen eine Genehmigung der Anerbenbehörde zu einem Rechtsgeschäfte oder einer

¹⁾ Abkürzungen: § ohne Angabe = RErbhofG. v. 29. Sept. 1933 (RWB. I, 685), DurchfW.D. I = 1. DurchfW.D. z. RErbhofG. v. 19. Okt. 1933 (RWB. I, 749), DurchfW.D. II = 2. DurchfW.D. z. RErbhofG. v. 19. Dez. 1933 (RWB. I, 1096).

Rechtshandlung erfordert wird, so zur Auswahl des Auerben innerhalb der ersten Ordnung (§ 25 Abs. 1 Nr. 3), zur Bevorzugung des unehelichen Sohnes (Abs. 2 dort.) und einer Person der 4. Ordnung vor einer solchen einer früheren Ordnung (Abs. 3 dort.), dann zur Überspringung von Ordnungen bei der Auerbeneinsetzung (Abs. 4 Satz 2 dort.), zur Veränßerung und Belastung des Erbhofs (§ 37 Abs. 2, 3), und zu seiner Verpachtung über drei Jahre (§ 64 Abs. 2 DurchfW. I), ferner zur Bildung mehrerer Erbhöfe durch Teilung und zur Auscheidung einzelner Teile des Anwesens aus der erbhofmäßigen Bindung (Abs. 3 dort.), weiter zur einseitigen Bestimmung des Auerben durch den überlebenden Ehegatten im Falle des § 62 Abs. 4 DurchfW. I (§ 6 Abs. 1 DurchfW. II) und endlich zur Berufung einer nach dem 1. Okt. 1933 an Kindesstatt angenommenen Person zum Auerben (§ 7 DurchfW. II).

Zu III: Zum Reste der Verrichtungen gehört neben dem Ersuchen an das GBA. um Eintragung des neuen Eigentümers im Falle des § 15 Abs. 4 Satz 2 und der Entgegennahme gewisser Erklärungen der Beteiligten, z. B. nach § 22 Abs. 2, § 23 Abs. 2, § 29 Abs. 2, namentlich die Anlegung und die Führung der Erbhöferolle § 1 Abs. 3, § 52; §§ 34 ff. DurchfW. I.

Das Verfahren in den Fällen I, 1 zeigt eine unverkennbare Ähnlichkeit mit dem sog. Statusprozeß. Handelt es sich doch bei der Frage nach der Erbhofeigenschaft und der Bauernfähigkeit um den Rechtsstand oder eine für die Stellung im Rechtsleben entscheidende rechtliche Eigenschaft einer Sache oder einer Person, letztlich immer einer Person. Schon die Einleitung des Verfahrens liegt auf dieser Linie; sie kann nicht nur von dem zunächst Betroffenen, also dem Eigentümer des Hofes oder derjenigen Person, um deren Bauernfähigkeit es sich handelt, herbeigeführt werden, sondern auch vom Kreisbauernführer, in dem man den Vertreter der Belange des Bauernstandes und des Volksganzen, also gewissermaßen das Gegenstück zum Staatsanwalt in den sonstigen Statusprozessen zu erblicken hat; weiterhin ist aber antragsberechtigt jeder, der ein rechtliches Interesse an der Feststellung hat, mithin insbes. jeder dingliche und persönliche Gläubiger einer Geldforderung gegen den Bauern, da bei Verneinung der Erbhof- und Bauerneigenschaft das Vollstreckungsverbot des § 38 entfällt; § 18; § 61 DurchfW. I. Was den Kreis der am Verfahren Beteiligten anlangt, so muß innerhalb des durch §§ 11 ff. DurchfW. I gezogenen Rahmens dem pflichtmäßigen Ermessen der Auerbenbehörden ein weiter Spielraum gelassen werden. Es wird in der Regel schlechterdings unmöglich sein, zum Verfahren etwa alle derzeitigen Gläubiger oder gar die vermutlichen Auerben oder diejenigen Personen, die mangels Vorliegens eines Erbhofs Erben werden können, aus dem Gesichtspunkte heranzuziehen, daß ihre Rechte oder Anwartschaften berührt werden. Es genügt, sie zu hören, wenn sie sich selbst beteiligen, soweit nicht die Ermittlungspflicht nach § 12 ZGO. ihre Zuziehung und Einbernahme geboten erscheinen läßt. Für das Rechtsmittlungsverfahren gilt grundsätzlich das gleiche. Das Beschwerderecht kann aber, da lediglich an Fristen gebundene Rechtsbehelfe gegeben sind, nur den im unteren Rechtszuge formell Beteiligten zustehen; doch tritt an die Stelle des Kreisbauernführers im zweiten Rechtszuge der Landesbauernführer; § 48 Abs. 2; § 49 Abs. 2. Die Eigenart der Auerbenbehörde als Sondergericht mit fest umrissener Zuständigkeit führt dazu, ihr grundsätzlich das Recht zur Entsch. über Zwischen- oder Vorfragen abzuspreden. Auch einer Vereinbarung der Beteiligten hierüber ist die Rechtswirksamkeit und Verbindlichkeit zu versagen. So hat die Auerbenbehörde z. B. bei der Entsch. über die Erbhofeigenschaft eines Anwesens zwar die Erfordernisse hinsichtlich der Größe, der landwirtschaftlichen Nutzung, der Adernahrung und der Bewirtschaftung von einer Hofstelle aus zu prüfen; es darf aber bei einem für die Entsch. belanglosen Streit über das Eigentum aller oder eines Teiles der Grundstücke oder über das Bestehen einer Gemeinschaft nach § 62 Abs. 1, 4 DurchfW. II hierüber nicht selbst befinden. Das möchte übrigens schon dem Wortlaute des § 10 zu entnehmen sein, demzufolge lediglich die Entsch. darüber, ob und inwieweit einem Hof, nämlich einem in seiner objektiven Gestaltung unbestritten feststehenden

und gegebenen Grundkomplex, die Erbhofeigenschaft zukommt, dem Auerbengericht überlassen ist. Es kann deshalb z. B. niemals die Aufgabe des Sondergerichts sein, zu entscheiden, ob eine Auflassung rechtswirksam war und den Eigentumsübergang wirklich zur Folge hatte. Meist wird in solchen Fällen allerdings der Grundbuchinhalt (§ 891 BGB.) der Entsch. zugrunde zu legen sein. Allein bei ernstlichen Einwendungen gegen die Richtigkeit des Grundbuchs, insbes. bei Glaubhaftmachung seiner Unrichtigkeit, darf die Auerbenbehörde auf den Grundbucheintrag wohl nicht ohne weiteres ihre Entsch. gründen; vielmehr wird sie zur Klärung der Eigentumsverhältnisse eine Frist setzen und sich bis dahin der eigenen Entsch. enthalten. Ebenso wird bei Zweifelhastigkeit des Besitzes der Staatsangehörigkeit (§ 12) dem hierfür landesrechtlich vorgehenden verwaltungsrechtlichen Streitverfahren nicht vorzugreifen sein. Doch möchte es sich hier, ebenso wie bei der Frage, ob zur Feststellung der Ehrbarkeit (§ 15 Abs. 1 Satz 1) der Ausgang eines anhängigen Strafverfahrens abzuwarten ist, im Gegensatz zum vorigen Falle mehr um eine prozeßtechnische Zweitmäßigkeitsfrage handeln. Auf der anderen Seite ist die Zuständigkeit der Auerbenbehörde aber eine ausschließliche. Soweit ihr eine Angelegenheit zur Entsch. zugewiesen ist, kann das ordentliche Gericht nicht angerufen werden (§ 40 Abs. 2). Dieses darf über den der Auerbenbehörde überlassenen Punkt auch nicht als Zwischenfrage entscheiden²⁾. § 148 ZPO. stellt es zwar für die Regel dem Ermessen des Gerichts anheim, ob es über den Zwischenpunkt selbst befinden oder die Entsch. hierüber aussetzen will. In den Fällen der §§ 151 bis 154 ZPO. ist die eigene Entsch. aber ausgeschlossen. Diesen Ausnahmefällen, die durchweg sog. Statusfragen betreffen, möchten die Entsch. der Auerbenbehörden wegen ihrer inneren Gleichartigkeit anzufügen sein. Welche Bedeutung für die Zukunft kommt nun aber der Bejahung oder Verneinung der Erbhofeigenschaft oder der Bauernfähigkeit hinsichtlich der Bindung an die ergangene rechtskräftige Entsch. zu? Damit ist das Problem der Rechtskraft der Entsch. dieser Art angeschnitten. Daß im Verfahren nach dem ZGO. und damit nach dem ErbhofG. eine formelle Rechtskraft der Entsch. anzuerkennen ist, erscheint unbestreitbar. Sprechen doch Gesetz und DurchfW. selbst von endgültigen (nicht mehr anfechtbaren) und von rechtskräftigen Entsch., z. B. § 32 letzter Satz, § 36 Abs. 3; § 41 DurchfW. I, und wird die Vollstreckung der Entsch. an ihre (formelle) Rechtskraft geknüpft (§ 50). Was aber die materielle Rechtskraft, das ist die Bindung der Beteiligten, des Sondergerichts selbst, des ordentlichen Gerichts, des GBA. und der Verwaltungsbehörden an die ergangene Entsch. anlangt, so ist aus dem oben angeführten negativen Satze des § 40 Abs. 2 (wonach das ordentliche Gericht in den dem Sondergerichte zugewiesenen Fragen nicht angerufen werden kann), allerdings der Schluß auf die Fähigkeit der Entsch. des Sondergerichts zur materiellen Rechtskraft nicht zwingend abzuleiten. Aus dem Fehlen des z. B. in § 75 Satz 1 AufwG., § 25 Abs. 1 AufwFällG. zu findenden Satzes über die Verbindlichkeit der Entsch. für Gerichte und Verwaltungsbehörden ist aber andererseits auch der Gegenschluß nicht wohl zulässig. Ohne auf die Frage der materiellen Rechtskraft auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit³⁾ im allgemeinen einzugehen, ist jedenfalls festzustellen, daß auch der Heranziehung der Vorschriften des ZGO. (§ 11 DurchfW. I) ein Grund gegen die materielle Rechtskraft nicht zu entnehmen ist. Denn für gewisse Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit, so z. B. für Jugendfürsorge- und Aufwertsachen, ist sie in der Rechtsprechung anerkannt; vgl. RWZ. 24, A 35; 33, A 78; BayObV. 32, 483. Allerdings beruft sich die letztere Entsch. gerade auf die Bestimmung in § 75 AufwG. und gipfelt weiter darin, daß die Anerkennung der materiellen Rechtskraft um deswillen hier geboten sei, weil es sich um rein bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten unter Privatpersonen handle und das öffentliche Interesse zurück-

²⁾ So mit Recht Wendt: JW. 1933, 2628; auf die dortige Begründung darf verwiesen werden.

³⁾ Siehe hiern. Schlegelberger, R. 8 zu § 16 ZGO. (3. Aufl., S. 246). Gegenüber dem Aufsätze von Wode: JW. 1933, 2942, der mir bei der Niederschrift noch nicht vorlag, halte ich an meinem Ergebnis fest.

trete, das in der freiwilligen Gerichtsbarkeit als Hauptargument gegen das Erwachsen in materielle Rechtskraft bewertet werde. Obwohl dieser Gesichtspunkt hier nicht durchgreift, möchte gleichwohl namentlich die Rücksicht auf die Sicherheit des Rechtsverkehrs es rechtfertigen und erfordern, daß eine in das Rechtsleben so tief einschneidende Frage, wie die Erbhofeigenschaft oder die Bauernfähigkeit, nach Prüfung in dem hierfür vorgesehenen Verfahren endgültig erledigt sein muß und ohne Änderung der sachlichen Grundlagen nicht wieder soll aufgegriffen, also namentlich durch eine anderweitige rechtliche Beurteilung des gleichen Sachverhalts nicht erschüttert werden können. Die Rechtskraft schafft nun aber regelmäßig nur *ius inter partes*. Für und gegen wen soll bei der Entsch. über Erbhof- und Bauerneigenschaft die Wirkung eintreten? Etwa nur für diejenigen, die formell am Verfahren teilgenommen haben und ihre Rechtsnachfolger? Kann also z. B. nach rechtskräftiger Feststellung der Erbhofeigenschaft ein neuer Gläubiger dieses Ergebnis wieder in Frage ziehen? Angesichts der mehrfach herangezogenen Analogie zu den Statusverfahren möchte die Frage zu verneinen und der Schluß zu ziehen sein, daß bis zur Änderung der tatsächlichen Grundlagen der Entsch. diese für und gegen jeden Dritten wirkt. Der Beteiligung und Beteiligung des Bauernführers als Sachwalters der Interessen der Allgemeinheit möchte als Rückwirkung die absolute Geltung der unter seiner Mitwirkung getroffenen Entsch. entsprechen. Erst wenn man dieses Ergebnis annimmt, können m. E. die Begriffe Erbhof und Bauernfähigkeit zu brauchbaren Gebilden des Rechtslebens werden. Nur beim Vorliegen der Voraussetzungen der Nichtigkeit oder der Restitutionsklage nach (den entsprechend anzuwendenden) §§ 579, 580 ZPO. wird man das Wiederaufgreifen der erledigten Frage und die Wiederaufnahme des Verfahrens zulassen haben; vgl. für das Aufwertungsverfahren RG. in AufwRspr. 4, 578 und BayObLG. a. a. D.; so z. B., wenn nach Bejahung der Bauernfähigkeit eine Urkunde aufgefunden wird, die die Annahme der Masseneinheit des Anwesenzeigentümers i. S. des § 13 widerlegt u. ä. m. Ist die Anerbenbehörde in ihrer Entsch. von einer unrichtigen Grundlage auf einem ihrer Zuständigkeit nicht angehörenden Gebiete ausgegangen, fehlt es z. B. an dem Eigentum am Anwesen ganz oder in einem für die Entsch. maßgeblichen Umfang, so ist ein nichtiges und gegenstandsloses Erkenntnis des Sondergerichts gegeben. Um es aus der Welt zu schaffen und unbeachtlich zu machen, bedarf es wohl keiner Insechtung durch ein ordentliches oder außerordentliches Rechtsmittel.

Zu den Entsch. nach § 21 Abs. 3 Satz 3 und § 25 Abs. 1 Nr. 1, 2 mit Abs. 1 legt. Satz sei hier nur der Notwendigkeit der Beschränkung auf die Frage des Bestehens einer Anerbenfolge und ihres Inhalts Erwähnung getan. Die Rechtskraft der Entsch. wirkt nur für den oder die Höfe, für die sie ergeht, wird aber auch für spätere Aneerbefälle Anerkennung zu beanspruchen haben. Über die Aneerbefolge als solche, das ist darüber, ob eine bestimmte Person Aneerbe ist, ist der Aneerbenbehörde die Entsch. gezogen. Diese ist vielmehr im Streitfalle Sache des ordentlichen Gerichts, wenn ihm auch ein Teil der Elemente der Entsch. durch die Aneerbenbehörde zu beschaffen ist. Mangels einer dahingehenden Vorschrift hat das Aneerbengericht auch nicht die Möglichkeit, dem Aneerben die Legitimation für sein Erbrecht als solches an die Hand zu geben. Die Ausstellung des Erbscheins obliegt nach dem zur Zeit geltenden Rechtszustande dem Nachlassgerichte auch insoweit, als die Aneerbefolge im Spiele steht.

Das Verfahren und die Entsch. über die unter I, 2 angeführten Leistungen an Verwandte des Aneerben gibt zu besonderen Bemerkungen mit Rücksicht auf die in dieser Darstellung behandelten Fragen keinen Anlaß. Sachlich handelt es sich um bestrittene bürgerlich-rechtliche Ansprüche und Verbindlichkeiten, mithin um einen in der Form der freiwilligen Gerichtsbarkeit sich abspielenden bürgerlichen Rechtsstreit. An der materiellen Rechtskraft der Entsch. ist nicht zu zweifeln, der ebenwähnt wird der Anwendung des § 323 ZPO. ein Bedenken entgegenzusetzen sein. Das Verfahren ist, da das Aneerbengericht endgültig und unter Ausschluß der Beschwerde entscheidet, wohl als eine Art Schiedsverfahren gedacht.

Von den unter II vermerkten Maßnahmen beanspruchen

die Genehmigungen⁴⁾ gewisser Rechtsgeschäfte und rechtlicher Erklärungen ein besonderes Interesse. Es handelt sich hier um eine obrigkeitliche Mitwirkung aus dem Gesichtspunkt der Sicherung der vom Gesetze verfolgten Ziele. Der Vergleich mit der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung liegt nahe, darf aber über die Wesensverschiedenheit nicht hinwegtäuschen. Dort handelt es sich um die Ergänzung einer gesetzlichen Vertretungsbeschränkung im Interesse des Mündels, hier dagegen um Auswirkungen der aus Gründen des Gemeinwohls, nämlich der Erhaltung eines lebenskräftigen Bauernstandes, eingeführten Verfügungsbeschränkungen in der Form einer weitgehenden behördlichen Aufsicht. Daß der die Genehmigung erteilende oder verweigende Beschluß in formelle Rechtskraft erwächst, ist aus § 11 DurchfWd. II unmittelbar zu entnehmen. Von einer materiellen Rechtskraft wird nicht eigentlich gesprochen werden können. Die Zurücknahme der Genehmigung ist auf jeden Fall nach Vornahme des genehmigten Geschäfts nicht mehr zulässig. Auch soweit das Vorliegen der Erbhofeigenschaft Grundlage und Voraussetzung der Genehmigungspflicht bildet, hat die Genehmigung für sich selbstverständlich nicht die oben dargelegten Wirkungen einer ausdrücklichen Feststellung dieses Inhalts. Der Frage, ob der Aneerbenbehörde die Kompetenzkompetenz in dem Sinne zukommt, daß ordentliches Gericht und OVA. daran gebunden wären, wenn jene die Genehmigung für nicht erforderlich bezeichnet, ist an sich zu verneinen. Indessen wird die Vorfrage, ob Genehmigungsbedürftigkeit vorliegt, sehr häufig gerade von einem Rechtsverhältnis abhängig sein, zu dessen Feststellung nur die Aneerbenbehörde berufen ist. Die Genehmigung heilt nicht einen dem Rechtsgeschäfte anhaftenden Mangel. Indessen ist sie grundsätzlich nur gegenüber einem rechtswirksamen Geschäfts zu erteilen. Ist der Aneerbenbehörde die Fehlerhaftigkeit eines Rechtsaktes bekannt, so hat sie die Sachentscheidung über die Genehmigung abzulehnen. Unzweifelhaft — und nunmehr für einen Teil der genehmigungspflichtigen Geschäfts durch § 9 DurchfWd. II ausdrücklich klargestellt — ist, daß die Genehmigung dem Geschäfts sowohl vorangehen als auch nachfolgen kann. Auch im ersteren Falle muß der Aneerbenbehörde der Inhalt des Geschäfts in allen Punkten genau bekanntgegeben sein. Auch wenn man im Falle des § 9 nur die dingliche Verfügung als genehmigungspflichtig erachtet⁵⁾, wird der Inhalt des schuldrechtlichen Grundgeschäftes bei den Erwägungen über die Genehmigung nicht außer Betracht bleiben dürfen. Die Zweifel in Ansehung der Übergangfragen auf diesem Gebiete⁶⁾, die eine schwere Belastung des Rechtsverkehrs gebildet haben, sind durch § 15 DurchfWd. II nunmehr größtenteils beseitigt.

Von den Einrichtungen unter III ist die wichtigste die Anlegung und die Führung der Erbhöferolle. Diese Tätigkeit ist, rechtlich betrachtet, nichts anderes, als eine gesetzlich vorgeschriebene Beurkundung mit gewissen Rechtsfolgen. Die Eintragung eines Anwesens und seiner Bestandteile in die Erbhöferolle hat keine rechtsbegründende Wirkung (§ 1 Abs. 3 Satz 2), wohl aber die Bedeutung einer Vermutung für die Unterwerfung unter die erbhofrechtlichen Bindungen (§ 1 Abs. 1 DurchfWd. I). In gleicher Weise wird, wenn die Erbhöferolle nach Bef. des RM. als angelegt anzusehen ist, vermutet, daß ein nicht in die Erbhöferolle eingetragenes Grundstück die Erbhofeigenschaft nicht besitzt (§ 1 Abs. 2, 3 DurchfWd. II). Die gleiche Folge wird der Löschung zuzumessen sein. Die Vermutung kann jederzeit durch den Gegenbeweis entkräftet werden, es sei denn, daß eine Entsch. in dem oben zu I, 1 erörterten Sinne über die Erbhofeigenschaft diese mit Wirkung für und gegen alle festgestellt hat und eine Änderung der für die Entsch. maßgebenden Verhältnisse inzwischen nicht eingetreten ist. Die Anlegung der Erbhöferolle (§§ 34 bis 42 DurchfWd. I) kann nur als vorläufige Feststellung der Erbhöfe und ihres Bestands gelten, sie dient zunächst lediglich der Herbeiführung der Rechtsvermutung, wenn

4) Wegen des Worts „Genehmigung“ (statt Zustimmung) siehe Reineke: ZW. 1934, 82 (a. E.).

5) So Vogels, Ann. I, 1 Abs. 3 zu § 37 und Wöhrmann: ZW. 1934, 76.

6) Siehe hierwegen v. Tabouillot: ZW. 1934, 83 und meine Ausf. in BahZ. 1933, 388.

auch das Bestreben auf die möglichste Übereinstimmung mit der wirklichen Rechtslage gerichtet sein muß. Die Durchführung des Anlegungs- einschließlich des Einspruchsverfahrens (§ 40 DurchsW. I) hat deshalb nicht die materiellrechtliche Wirkung der oben unter I, 1 behandelten Feststellungsentscheidungen. Die im Anlegungsverfahren infolge Einspruchs gebotene Entsch. wird deshalb zweckmäßig dahin zu lauten haben, daß die Eintragung in der Erbhofrolle zu erfolgen hat, nicht aber,

daß die Erbhofeigenschaft festgestellt wird. Auf jeden Fall dürfte sich diese Trennung des „materiellen und formellen“ Erbhofrechtes angesichts der Notwendigkeit, das Eintragungsverfahren rasch durchzuführen, durchaus empfehlen. Die Zweifel, ob gegen die Entsch. des Auerbengerichts über den Einspruch (§ 40 DurchsW. I) ein Rechtsmittel gegeben ist, sind angesichts des § 48 Abs. 1 und des Wortes „rechtskräftig“ in § 41 DurchsW. I nicht begründet.

Die Schadensberechnung bei Verletzung von musikalischen Aufführungsrechten.

Von Rechtsanwalt Dr. Wilhelm Ritter, Berlin.

Die Berechnung des Schadens bei Musikurheberrechtsverletzungen weist verschiedene von der normalen Berechnung eines Schadens abweichende Eigenarten auf, die sich aus den besonderen wirtschaftlichen und rechtlichen Tatsachen erklären, mit denen die Musikurheber bei der Geltendmachung ihrer Ansprüche rechnen müssen. Der einzelne Musikurheber ist niemals in der Lage, seine Ansprüche für sich allein gegenüber den zahllosen, vielen tausenden musikverbrauchenden Betrieben zu erheben, die die von ihm verfaßten Werke benutzen. Die Musikurheberchaft war deshalb von jeher genötigt, sich zu Organisationen zusammenzuschließen, um ihre Rechte zu wahren. Diese Rechtstatut hat ihre gesetzliche Anerkennung gefunden in dem am 4. Juli 1933 erlassenen Ges. über die Vermittlung von Musikaufführungsrechten. Der Gesetzgeber hat erklärt, daß der Musikurheber sich in einer besonders gefährdeten Lage befindet, und hat deshalb eine einheitliche Organisation zur Wahrung der bedrohten Rechte der Musikurheberchaft geschaffen. Diese Organisation ist die Stagma (Staatlich anerkannte Gesellschaft zur Verwertung musikalischer Urheberrechte).

Aber nicht allein der Umstand, daß der einzelne Urheber den Verletzungen seines Rechts gegenüber machtlos ist, kennzeichnet die besondere Lage des Musikurheber bei der Geltendmachung ihrer Schadensersatzansprüche. Auch die Organisation der Musikurheber kann nur unter großen Schwierigkeiten Gesetzesverletzungen, die von Musikverbrauchern begangen werden, feststellen und den den Urhebern entstandenen Schaden berechnen. Es zeigen sich bei der Berechnung des Schadens Probleme, die auf dem Gebiete des gewöhnlichen Schuld- und Sachenrechts keine wesentliche Bedeutung haben und deshalb auch bisher nur wenig erörtert worden sind.

Auch für den Musikurheber gilt allerdings der allgemeine Satz des § 249 BGB., wonach der Verlezer seiner ausschließlichen Befugnis den Zustand wieder herzustellen hat, der bestehen würde, wenn der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Die Schadensfolgen bei der Verletzung eines Musikurheberrechts sind aber eigener Art und haben nur wenig mit den auf anderen Rechtsgebieten gewohnten Schadensfolgen gemein.

Es lassen sich vier verschiedene Arten von Schadensfolgen unterscheiden, deren jede für sich eine besondere Schadensart darstellt und die bei der endgültigen Feststellung des Schadens summiert werden müssen.

I. Als erste zunächst ins Auge fallende Schadensfolge ergibt sich die Tatsache, daß der Musikurheber für die Aufführung seines Werkes ein Entgelt beansprucht hätte, wenn er um die Aufführungserlaubnis angegangen worden wäre. Da die Musikurheber, wie schon erwähnt, sich in eine Organisation zusammengeschlossen haben, hat diese allgemeine Richtlinien bezüglich der Bemessung des Entgelts für die Erteilung der Aufführungserlaubnis aufgestellt (Tariffätze). Diese Tariffätze, die im normalen Geschäftsverkehr mit den redlichen Musikverbrauchern zur Anwendung gelangen, müssen auch bei der Berechnung des Schadens maßgebend sein. Es kann sich nur darum handeln, welcher der verschiedenen Tariffätze der Stagma bei der Schadensberechnung zugrunde zu legen ist. Grundsätzlich ist davon auszugehen, daß es dem Ermessen des Schadens-

erfaberberechtigten überlassen bleiben muß, zu bestimmen, für welchen Tariffatz er die Aufführungserlaubnis gegeben haben würde. Die von der Stagma für einzelne Musikstücke festgesetzte Tariffatz beträgt durchweg je 10 RM. Die Stagma hat bisher ständig in ihren Übertretungsprozessen diesen Satz der Berechnung ihres Schadens zugrunde gelegt. Gegen diese Einzelgebühr ist eingewandt worden, daß für viele Veranstalter ein Vertragsatz von 10 RM je Stück wirtschaftlich nicht tragbar gewesen wäre. Hieraus kann es nicht ankommen. § 249 BGB. setzt nicht voraus, daß der Schadensersatzverpflichtete so vermögend ist, daß er die von dem Urheber geforderte Einzelgebühr ohne Schwierigkeit hätte entrichten können. Wenn jemand z. B. ohne Eintrittskarte die Loge eines Theaters besucht, so muß er hierfür als Eintrittspreis den vollen Kassenpreis entrichten, ohne sich darauf berufen zu können, daß er nach seinen persönlichen Verhältnissen gar nicht in der Lage sei, überhaupt ins Theater zu gehen oder gar eine Logenkarde zu kaufen. § 249 BGB. fingiert bewußt einen Zustand, der in Wirklichkeit nicht besteht, dessen Bestehen vielmehr nur konstruiert wird, um so die Möglichkeit einer Berechnung des Schadensersatzanspruches zu gewinnen. Dieser konstruierte Zustand braucht durchaus nicht tatsächlich möglich zu sein. Selbst wenn jemand, ohne einen Pfennig Geld zu besitzen, das Theater betritt und in der erwähnten Loge der Vorstellung beivohnt, muß er doch Schadensersatz i. S. des § 249 BGB. leisten. Es ist deshalb grundsätzlich unrichtig, bei der Anwendung des § 249 BGB. danach zu fragen, ob derjenige, der die Erlaubnis zur Aufführung eines Stückes einholen mußte, auch in der Lage war, diese Erlaubnis zu den tarifmäßigen Gebühren zu erwerben. Auf die wirtschaftliche Lage des einzelnen Veranstalters und auch auf die allgemeine wirtschaftliche Lage kommt es für die gesetzmäßige Höhe des Schadensersatzes überhaupt nicht an. Der Urheberrechtsverlezer muß vielmehr, ohne Rücksicht auf seine wirtschaftliche Lage, für das Fehlen der Erlaubnis einstehen. Dieses Fehlen der Erlaubnis ist der eigentliche zum Schadensersatz verpflichtende Umstand. Der Einzeltariffatz von 10 RM je Stück kann selbst dann der Berechnung des Schadensersatzes zugrunde gelegt werden, wenn er in der Praxis sonst im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nicht üblich ist. Der Urheberrechtsverlezer verletzt durch die Aufführung jedes einzelnen geschützten Stückes aufs neue jeweils ein anderes Urheberrecht. Jede Komposition ist ein selbständiges Werk; das daran bestehende Urheberrecht verliert seinen selbständigen Charakter auch nicht durch die Tatsache, daß die Urheber durch den Zwang der Verhältnisse genötigt waren, sich in der Stagma zusammenzuschließen, um ihre Rechte wirksam zu wahren. Irgend eine Vermengung oder Vermischung der Urheberrechte durch ihre Abtretung an die Stagma ist nicht eingetreten. Die einzelnen Rechte sind vielmehr wie einzelne Sachen zwar in die Verfügungsgewalt der Stagma gelangt, werden aber von ihr als besondere Rechte zugunsten der einzelnen Urheber getrennt treuhänderisch verwaltet. Es wäre auch ungerechtfertigt, den Urhebern dadurch Nachteile erwachsen zu lassen, daß sie sich zusammenschließen mußten, um überhaupt gegen die Verletzung ihrer Rechte sich zur Wehr setzen zu können. Daher wird auch durch die Aufführung eines jeden einzelnen Musikstückes ein besonderer Schadensersatzanspruch begründet,

der auch besonders verfolgt und im Prozeßwege geltend gemacht werden kann. Der Anfaß einer Einzelgebühr für jedes Musikstück erweist sich auch aus diesem Grunde als gerechtfertigt. Der Urheberrechtsverlezer kann nachträglich nicht mehr wählen, in welcher Weise er ein für allemal der Verletzung von Urheberrechten hätte aus dem Wege gehen können. Er kann sich also nicht darauf berufen, daß er die Möglichkeit gehabt hätte, durch einen Pauschalvertrag das Ausführungsrecht für sämtliche Musikstücke erwerben zu können. Der Fall liegt hier ähnlich wie bei einem gewohnheitsmäßigen Schwarzfahrer oder einem gewohnheitsmäßigen Schwarzbesucher des Theaters. Auch diese können nicht nachträglich Abonnement- oder Monatskartenpreise für sich in Anspruch nehmen, da sie sich nicht vorher ein für allemal die Erlaubnis zum Besuch des Theaters oder zum Fahren mit den Verkehrsmitteln durch Erwerb des Abonnements bzw. der Monatskarte eingeholt haben. Sie müssen deshalb als Schadensersatz den Betrag entrichten, der für den Einzelbesuch oder die Einzelbenutzung tarifmäßig jeweils vorgeschrieben ist.

Wenn man aber die Auffassung vertritt, daß die tarifmäßige Einzelgebühr nicht maßgebend sein kann, weil sie im sonstigen gewöhnlichen Geschäftsverkehr nicht in Anfaß gebracht wird, und wenn man ferner die Auffassung vertritt, daß auch bei der Schadensberechnung nur der übliche Handelspreis der „Ware“ Musik maßgebend sei, so muß man bei folgerichtiger Durchführung dieser von der bisherigen Judikatur, die den Zehnmarksaß billigte, abweichenden Auffassung zu dem Ergebnis gelangen, daß die Musikverbraucher, wenigstens im Regelfall, die Jahrespauschalgebühr für die ganze vertragslose Zeit zu entrichten haben.

Üblicher Handelspreis der „Ware“ Musik ist nämlich dann weder die Einzelgebühr von 10 RM noch eine Einzelpauschalgebühr für einen Abendsabend, sondern nahezu ausschließlich die Jahrespauschalgebühr. Die Stagma schließt mit Gastwirten, Kaffeehäusern, kleinen Musikkafeebetrieben, Schankstätten jeder Art und sonstigen Vergnügungsunternehmen nur Jahrespauschalverträge. Sie würde nicht daran denken, mit Inhabern derartiger Betriebe einen Vertrag über einzelne Tage zu schließen, und auch kein Betriebsinhaber hätte Interesse an einem solchen Abkommen. Es wäre für beide Teile widersinnig, wenn sie ihre Beziehungen nur von Tag zu Tag regeln wollten, so daß praktisch etwas Derartiges auch tatsächlich nicht vorkommt. Ein Betriebsinhaber schließt entweder einen Jahrespauschalvertrag für ein oder mehrere Jahre, oder er schließt gar keinen Vertrag. Bei dem Jahresvertrag kann auch allein die Tatsache Berücksichtigung finden, daß die meisten Betriebe Saisonbetriebe sind, also entweder vorwiegend im Sommer oder im Winter Zuspruch haben.

Pauschalverträge über einzelne Abende werden durchweg nur mit Vereinen geschlossen, die ein öffentliches Vereinsfest veranstalten wollen, oder mit den Unternehmern großer Ballsportveranstaltungen (z. B. Presseball u. dgl.).

Für den Normalfall ist die Einzelpauschalgebühr für einen Abend daher nicht die übliche Form des Entgelts für die „Ware“ Musik.

Die Stagma ist genötigt, dem Verlezer ihrer Rechte diese Verletzung nachzuweisen und zu diesem Zweck laufend alle größeren und kleineren Betriebe kontrollieren zu lassen. Bei der Unzahl kleiner und kleinster Schankstätten, die in ihren Räumen musizieren lassen, ist natürlich nur eine gelegentliche Stichprobenweise Kontrolle der Einzelbetriebe möglich, da sonst die volkswirtschaftlich auch durchaus unproduktiven Kosten ins Ungemessene wachsen würden. Die Kontrolle findet erst statt, wenn festgestellt ist, daß ein Wirt keinen Vertrag abgeschlossen hat, und wenn der Betriebsinhaber trotz vorheriger, schriftlicher, eingehender Belehrung es abgelehnt hat, einen Vertrag zu schließen. Wird bei einer solchen Kontrolle, die in der Regel etwa zweimal an verschiedenen Tagen erfolgt, festgestellt, daß geschützte Musikstücke ohne Erlaubnis gespielt wurden, so rechtfertigt sich nach der Erfahrung des täglichen Lebens der Schluß, daß in der gesamten vertragslosen Zeit von dem Inhaber dieses Betriebes die Rechte der Stagma nicht beachtet worden sind. Ein Betrieb, der bei unvermuteter mehr-

maliger Kontrolle geschützte Musikstücke spielt, gehört eben zu denjenigen Gaststätten, die ihrem Publikum regelmäßig Musik bieten und hierbei ohne die der Stagma geschützte Musik nicht auszukommen vermögen. Das Publikum will in den Gaststätten, die als Musikverbraucher ganz überwiegend in Frage kommen, nicht nur klassische ungeschützte Musik hören, sondern hauptsächlich und fast ausschließlich moderne geschützte Musik. Diesem Verlangen muß der einzelne Betriebsinhaber Rechnung tragen, ob er will oder nicht. Auch das Repertoire der Musiker, die in diesem Betriebe arbeiten, umfaßt nahezu ausschließlich moderne geschützte Musik. Selbst wenn also im Einzelfall ein Betriebsinhaber seine Musiker anweisen wollte, nur ungeschützte Musik zu spielen, könnten diese in den weitaus meisten Fällen diesen Anordnungen gar nicht Rechnung tragen.

Kann also durch ein- oder zweimalige unvermutete Kontrolle das Spielen geschützter Musik festgestellt werden, so muß nach dem Gesagten der Betriebsinhaber für die ganze vertragslose Zeit die Jahrespauschalgebühr entrichten, die sich nach den Verhältnissen seines Betriebes bemißt. Es muß dem Betriebsinhaber überlassen bleiben, gegenüber der tatsächlichen Vermutung, die sich durch die Kontrolle ergeben hat, den Gegenbeweis zu erbringen, daß er nur in den festgestellten Fällen ausnahmsweise geschützte Musik gespielt hat. Derartige Fälle werden recht selten sein. Es kommen hier eigentlich nur Lokale in Betracht, die einen ganz eigentümlichen Charakter und ein besonderes Publikum haben, das auf klassische Musik ausschließlich Wert legt.

Dem Gericht ist nach § 287 ZPO. bei der Schätzung des Schadens absichtlich vom Gesetzgeber freigestellt worden, damit es der wirklichen Sachlage, ohne Rücksicht auf die häufig einem strikten Beweis entgegenstehenden Schwierigkeiten, gerecht werden kann. Das Gericht ist aber auch verpflichtet, diese ihm vom Gesetzgeber verliehene Befugnis sachgemäß anzuwenden. Deshalb ist auch neuerlich wieder die Rev. bei einer Verletzung des § 287 ZPO. zugelassen worden. Die Urheber sind ohnedies bei der Ermittlung der Verletzung ihrer Rechte und bei der Feststellung des Schadens in einer sehr schlechten Lage, was zur Folge hat, daß über die Hälfte aller Musikausführungen geschützter Stücke ohne die erforderliche Erlaubnis vorgenommen wird. Es wird nur dann gelingen, diesem ungeleglichen und dem geistigen Arbeiter nachteiligen Zustand ein Ende zu bereiten, wenn die Gerichte sich dazu entschließen, von der ihnen im § 287 ZPO. gegebenen Macht angemessenen Gebrauch zu machen. Dazu gehört vor allem, daß bei der Ermittlung und Feststellung des Schadens die tatsächliche Lebenserfahrung weitgehend berücksichtigt wird.

Das entgangene Entgelt findet sein Gegenstück in dem Schaden, der den Urhebern dadurch entsteht, daß das Publikum, weil es nur ein gewisses Musikbedürfnis hat, andere Musikstätten redlicher Musikveranstalter weniger aufsucht und dadurch die Möglichkeit, mit anderen Musikveranstaltern günstige Verträge abzuschließen, gemindert wird. Das Publikum hat ein zwar nach dem Bildungsgrad und nach der persönlichen Veranlagung verschieden großes, im ganzen aber ein ziemlich feststehendes und begrenztes Bedürfnis, in öffentlichen Lokalen Musik zu hören. Wird seinem Bedarf in einer Gaststätte genügt, so wird es ein anderes Lokal nicht mehr aufsuchen. Der Gesamtumsatz, der sich durch den Verkehr des Publikums in Gaststätten ergibt, verteilt sich auf Schwarzspieler und redliche Musikveranstalter. Würde es keine Schwarzspieler geben, so würden die redlichen Musikveranstalter den ganzen Umsatz des in Frage kommenden Publikums für sich buchen und entsprechend Tantieme an die Urheber abführen können. Der Gesamtschaden, der durch den Tantiemeausfall bei den Schwarzspielern den Urhebern entsteht, ist gleich dem Schaden, den diese dadurch erleiden, daß die redlichen Musikveranstalter durch die eingetretene Publikumsverminderung niedrigere Tantiemen zahlen können. Der redliche Musikveranstalter könnte sein Lokal vergrößern, bessere und stärker besetzte Kapellen engagieren und dementsprechend höhere Tantiemen zahlen, wenn er nicht mit der Konkurrenz der Schwarzspieler zu rechnen hätte. Diese Konkurrenz fiele weg, wenn die Schwarzspieler keine Musik spielten. Die Schadensfolge der entgangenen Tantiemen äußert sich also nach

zwei Seiten: Einmal als vollständiger Lantienverlust von seiten der Schwarzspieler, zum anderen als Lantienminderung von seiten der redlichen Musikspieler. Es handelt sich dabei um eine einheitliche Schadenswirkung, nur von zwei Seiten gesehen, die aber auf beiden Seiten keineswegs nur einen ideellen, sondern einen wirklichen konkreten Vermögensschaden bedeutet.

II. Dem redlichen Musikveranstalter erwächst aber nicht nur dadurch ein Schaden, daß, wie schon ausgeführt, ihm ein Teil seines Umsatzes verloren geht, sondern darüber hinaus muß er auch schon deshalb mit großen Unkosten und einer ungünstigeren Wettbewerbslage rechnen, weil er im Gegensatz zu dem Schwarzspieler sich den Urhebern zur Zahlung einer Jahrespauschalgebühr verpflichtet hat. Ein Betrieb, der mit höheren Unkosten rechnen muß als ein Konkurrenzbetrieb, ist diesem gegenüber im Wettbewerbskampf stets im Nachteil. In guten Zeiten wirkt sich dieser Nachteil nur insofern aus, als ein geringerer Gewinn erzielt und so die Möglichkeit, neues Kapital anzufammeln, das Unternehmen zu erweitern und zu vervollkommen, beeinträchtigt wird. Ernster werden die Folgen bei sinkender Wirtschaftskonjunktur. In solchen Zeiten kann ein Betrieb oft kaum mehr einen Gewinn abwerfen. Die Einnahmen reichen vielmehr nur zur Deckung der Ausgaben und zur Deckung des notwendigen Lebensunterhalts des Unternehmers. Was dem Unternehmer zum Lebensunterhalt verbleibt, entspricht dann kaum noch dem Wert seiner eigenen Arbeitsleistung. Jede Erhöhung der Unkosten wirkt sich dann derart aus, daß der Unternehmer seinen Lebensstandard einschränken muß. Wird die Wirtschaftslage aber schließlich so schlecht, wie sie nach der eigenen Erklärung der Musikverbraucher seit langem ist, so wird für den Unternehmer jede Erhöhung der Unkosten über das Maß hinaus, das auch seinem Konkurrenten auferlegt ist, unerträglich. Er kann schließlich mit höheren Unkosten nicht mehr existieren und muß seinen Betrieb eventuell aufgeben, wenn es ihm nicht gelingt, sich von den höheren Unkosten zu befreien. Es könnte vielleicht dem entgegengehalten werden, daß die Jahrespauschalsumme, die ein Musikverbraucher zu zahlen hat, für die Existenz seines Betriebes nicht so wesentlich ist, da diese Summe keine besondere Höhe im Vergleich mit den sonstigen Betriebsunkosten hat. Dies ist schon an sich nicht richtig, da im Konkurrenzkampf auch eine Erhöhung um nur wenige Prozente sehr ins Gewicht fällt. Abgesehen davon sind es gerade die Schwarzspieler, die es auf anderen Gebieten verstehen, unter Außerachtlassung der gesetzlichen Bestimmungen ihre Unkosten herabzudrücken. Es sind in der Regel dieselben Leute, die Vergünstigungs-, Umsatz- und andere Steuern nach Möglichkeit einzusparen versuchen, die ihre eigenen Angestellten und Musiker unter Tarif entlohnen u. dgl. m. Die Unkostendifferenz zwischen dem redlichen Musikveranstalter und dem Schwarzspieler ist also bei weitem größer, als man zunächst anzunehmen geneigt ist.

Der Schade, der den Urhebern durch die Verschlechterung der Wettbewerbslage ihrer Vertragspartner entsteht, ist nun darin zu finden, daß die vertraglich vereinbarten Pauschalgebühren entweder gar nicht oder doch nur sehr schleppend und nach Anstrengung von Prozessen beglichen werden. Der wettbewerbsmäßig schlechter gestellte Vertragspartner ist zur Deckung seiner gesamten erhöhten Kosten nicht in der Lage. Er vernachlässigt zunächst die Tilgung der Schulden, deren Bezahlung für die Fortführung seines Geschäftes ihm weniger lebenswichtig erscheint. Er wird also zunächst Miete, Warenlieferungen, Löhne u. dgl. bezahlen, für die Urheber dann aber meist kein Geld mehr übrig haben. Gerade der Betrag, der ihm zur Deckung seiner Gesamtkosten fehlt, entgeht also auch dem Urheber. Trotz der ungünstigen Wirtschaftslage würden die Zahlungseingänge in Pauschalachen nicht unwesentlich besser und die Prozeßzahl bedeutend geringer sein, wenn nicht die Pauschalvertragspartner der unlauteren Konkurrenz der Schwarzspieler mit ihren geringeren Unkosten standhalten müßten. Wie sich diese Schadensquelle im Einzelfall auswirkt, ist natürlich der Höhe nach recht schwer zu beurteilen. Daß insoweit ein Schade entsteht, kann aber nicht zweifelhaft sein. Auch hier ist es Pflicht des Gerichts, nach § 287 *3PD.* den zutreffenden Betrag zu ermitteln.

III. Eine dritte Schadensfolge wird dadurch verursacht, daß viele an sich redliche Musikveranstalter durch die unlautere Konkurrenz der Schwarzspieler dazu verlockt und in den schlechten Zeiten direkt dazu genötigt werden, sich dem Beispiel der Schwarzspieler anzuschließen, um ihren Unkostenetat herabzusetzen. Die Zahl der Schwarzspieler hat, wie der Stigma bekannt ist, gerade in den letzten Jahren unter diesem Druck des unlauteren Wettbewerbs ständig zugenommen.

Jeder Unternehmer kann auf die Dauer nur diejenige Moral einhalten, die auch der größte Teil seiner Berufskollegen einhält. Besonders gefährdet sind naturgemäß die Betriebe, die an sich schon aus natürlichen Gründen — wegen ihrer Kleinheit, ihrer ungünstigen Verkehrslage oder ihrer sonstigen Bedeutungslosigkeit — mit schlechterem Wettbewerbsbedingungen rechnen müssen als die anderen. Gerade diese Betriebe haben auch am wenigsten mit einer Kontrolle zu rechnen und brauchen für ihren guten Ruf nicht zu fürchten, weil sie praktisch nichts zu verlieren haben. In dieser Berufsschicht der Musikverbraucher, die den weitaus größten Teil aller Musikverbraucher darstellt, wird also das Beispiel eines Schwarzspielers besonders anreizend für die anderen sein. Die Grenz-moral, d. h. diejenige Moral, die ein Unternehmer gerade noch einhalten kann, um wettbewerbsfähig zu bleiben, sinkt in Zeiten schlechter Wirtschaftslage unter dem Einfluß des schon früher unredlich gewesenen Teils der Berufsschicht stark herab.

Es ist gesagt worden, daß der durch das schlechte Beispiel entstandene Schaden nicht erstattungspflichtig sei. Zur Begründung hat man folgendes Beispiel gewählt:

Ein Obstplantagenbesitzer faßt in einer zu Diebstählen neigenden Umgebung einen Dieb und nimmt ihn auf Ersatz des längst verzehrten Obstes in Anspruch. Außerdem verlangt er noch eine besondere Summe dafür, weil durch das Beispiel dieses einen Diebes noch weitere zu Diebstählen veranlaßt werden könnten.

Es ist richtig, daß der von dem Obstplantagenbesitzer erhobene weitere Anspruch auf den ersten Blick ungewöhnlich und auch schwer begründbar erscheint. Dies liegt indessen nicht daran, daß sich ein solcher Anspruch rechtlich nicht begründen ließe, sondern lediglich daran, daß praktisch solche Ansprüche bisher nicht erhoben worden sind, weil kein Bedürfnis danach bestand, einen solchen Schaden geltend zu machen. Außerdem kann der einzelne Obstplantagenbesitzer, der ja nie der einzige Obstzüchter im Lande ist, niemals nachweisen, daß gerade er durch das böse Beispiel des von ihm gefaßten Diebes einen weiteren Schaden erlitten hat. Er müßte dann schon dartun, daß dieser Dieb mit seinen Taten gepflückt und dadurch andere bestimmte Personen zu ähnlichen Eingriffen gerade in sein Eigentum verleitet hat. Anders liegt es bei der Stigma, welche die Gesamtheit der deutschen und ausländischen Musikurheber in Deutschland ausschließlich vertritt. Sie wäre nur mit einem Obstplantagenbesitzer zu vergleichen, der ganz allein in Deutschland Obst züchtet und vertriebt. Einem derartigen Obstzüchter würde allerdings immer durch das böse Beispiel eines Diebes Schaden erwachsen. Unerheblich ist, daß es bisher nicht üblich war, einen solchen Schaden geltend zu machen. Gerade auf diesem Gebiete des Musikurhebersrechts hat sich eben infolge der Eigenart dieser Rechtssphäre das besondere Bedürfnis ergeben, auch insoweit Schadensersatzansprüche geltend zu machen, weil hier tatsächlich der durch das Verhalten der nicht redlichen Musikverbraucher entstandene Schaden einen derartigen Umfang angenommen hat, daß er in jeder Form und auf jede Weise in allen seinen Entstehungsursachen aufgesucht und verfolgt werden muß.

Auch hier ist die Höhe des entstandenen Schadens nach § 287 *3PD.* zu ermitteln.

IV. Zur Überprüfung der Innehaltung der gesetzlichen Bestimmungen durch die Musikverbraucher sind die Urheber genötigt, in allen Teilen Deutschlands Kontrollbeamte zu beschäftigen, welche ständig damit betraut sind, die einzelnen Betriebe aufzusuchen. Die hierdurch entstehenden Kontrollkosten sind sehr erheblich. Der Kontrollbeamte muß Speisen und Getränke verzehren, Eintrittsgelder bezahlen, er hat Fahr- und Übernachtungs-

kosten aufzuwenden und muß schließlich ein Gehalt beziehen. Die Notwendigkeit der Kontrollen ist ursächlich darauf zurückzuführen, daß Schwarzspieler vorhanden sind und diese festgestellt werden müssen. Jeder einzelne von diesen ist also durch seine ungesegnete Handlungsweise mit ursächlich für den durch die Kontrollkosten entstehenden Gesamtschaden. Es ist also unrichtig, wenn gelegentlich gesagt worden ist, daß die Kontrollkosten keine Folgen der Urheberrechtsverletzung seien, sondern nur zu ihrer Feststellung dienen. Es wäre niemals notwendig, Kontrollen vorzunehmen und Kontrollkosten erwachsen zu lassen, wenn es keine Schwarzspieler gäbe.

Auf den einzelnen Schwarzspieler entfällt naturgemäß nur ein Teil der Gesamtkontrollkosten, und zwar in erster Linie die Kosten, die durch die Kontrollen in seinem Betriebe hervor-

gerufen worden sind. Daneben muß er aber auch einen Teil derjenigen Kosten ersehen, welche für die erfolglos gebliebenen Kontrollen aufgewendet wurden. Für diese Kosten haftet er im Verhältnis, in welchem der gegen ihn sonst erhobene Schadenersatzanspruch zu den Gesamtschadensansprüchen gegen andere Schwarzspieler steht.

Die Verpflichtung zum Ersatz der Kontrollkosten läßt sich nicht nur aus dem Gesichtspunkt der adäquaten Verursachung begründen; die Kontrollkosten stellen vielmehr auch gleichzeitig die Kosten eines außergerichtlichen Beweissicherungsverfahrens dar und müssen daher in entsprechender Anwendung der für das gerichtliche Beweissicherungsverfahren gegebenen Vorschriften auch aus prozessualen Gründen erstattet werden (vgl. RG. gegen Kienast — 10 U 10101/27 —).

Die Vergleichsgebühr bei Vergleichen unter Widerrufsvorbehalt.

Der Kostenferrat des RG. hat bisher stets den Standpunkt vertreten, daß der unter Vorbehalt des Widerrufs abgeschlossene Vergleich rechtlich sich bereits als Bindung zwischen den Parteien mit Lösungsmöglichkeit darstelle und demgemäß nach Art eines auflösbaren bedingten Vergleichs zu behandeln sei. Damit rechtfertigte sich die Zubilligung der Vergleichsgebühr ohne Rücksicht auf einen späteren Widerruf.

Diese Ansicht, die von der in der Rechtslehre vertretenen Ansicht, hat auch in der Praxis keinen Anklang gefunden. Soweit Entscheidungen dazu bekannt geworden sind (OLG. Stuttgart v. 6. Juni 1930: JW. 1930, 2809; OLG. Königsberg v. 8. April 1932: JW. 1933, 1077 mit Anm. von Friedländer; ferner Kostenbeschwerdefammer des LG. Berlin) haben sie die Vergleichsgebühr für den widerrufenen Vergleich abgelehnt.

Der Kostenferrat des RG. hat nunmehr¹⁾ ebenfalls sich zu dieser Ansicht bekannt, nicht aus rechtlichen, wohl aber aus praktischen Erwägungen. Zwar hat sich die von mancher Seite gehegte Befürchtung, es könne die Rechtsprechung des RG. die Anwälte dazu verleiten, nunmehr auch in völlig aussichtslosen Fällen einen Vergleich auf Widerruf zu schließen, erfreulicherweise nicht bestätigt. Trotzdem aber hat diese Rechtsprechung eher verneinend als fördernd gewirkt. Gerade Anwälte, die ganz besonders darauf bedacht waren, ihrer Partei vermeintbare Kosten zu ersparen, sind mit dem Abschluß eines derartigen Vergleichs zurückhaltender geworden. Denn der Widerruf bedeutete — nutzlose — Belastung des Prozesses mit zwei vollen Gebührenerhebungen — nur erst mit Vergleichsangeboten oder gar nur Anregungen statt schon mit einem wenigstens äußerlich fertigen Vergleich operiert werden kann, sind die Aussichten einer Vergleichserledigung von vornherein geringer. Der Widerrufsvorbehalt aber bot und bietet die Möglichkeit, den Parteien — sei es von Gerichts- sei es von Anwaltsseite, vielfach natürlich unter beiderseitiger Mitwirkung — den Abschluß eines Vergleichs unter gerechter zu machen, selbst dann, wenn sie von sich aus an eine solche Erledigung des Prozesses noch nicht gedacht hatten.

Gerade die Erwägung ist letzten Endes für das RG. ausschlaggebend gewesen, den Widerrufsvorbehalt noch nicht als Vergleich i. S. von § 13 Ziff. 3 GebD. anzuerkennen: seinem ursprünglichen Wesen nach als vollkommene fertige Einigung der Parteien gedacht, die aber gleichwohl für eine oder auch beide Parteien aus irgendwelchen Gründen die Möglichkeit offenlassen sollte, noch zurückzutreten, ist der Widerrufsvorbehalt in der Praxis weitgehend — man könnte fast sagen mißbräuchlich — dazu benutzt worden, auch in solchen Fällen einen Vergleich zu schließen, in denen über irgendwelchen Einigungswillen der Parteien bisher noch nichts bekannt war, solcher vielmehr erst geschaffen werden sollte. Dieser „Vergleich“ sollte dann nur an Stelle des Angebots einer Partei oder des Versuchs beider Prozeßbevollmächtigter oder einer Anregung oder auch schon eines bestimmten Vorschlags des Gerichts zur vergleichsweisen Erledigung treten und den Parteien in der äußeren Form eines bereits geschlossenen Vergleichs in Wahrheit nur erst einen abzuschießenden Vergleich nahelegen und möglichst bequem machen.

Es liegt auf der Hand, daß dafür das Gesetz eine Vergleichsgebühr niemals hat auswerfen wollen. Denn hier liegt noch keine Bindung vor. Eine solche ist aber Voraussetzung des § 13 Ziff. 3 GebD.

Man hätte allerdings daran denken können, dann je nach Lage des Falles zu prüfen, welche Bedeutung einem Widerrufsvor-

vorbehalt im Vergleich zukommt und danach in einem Falle die Vergleichsgebühr anzuerkennen, im anderen zu versagen. Eine derartige Handhabung verbietet sich indes von selbst. Für die kostenrechtliche Beurteilung irgendwelcher Prozeßhandlungen der Parteien darf die Entscheidung nicht davon abhängen, welcher Wille der Parteien im Einzelfalle hinter ihren Handlungen und Erklärungen sich verbirgt. Vielmehr müssen sie ihre Handlungen und Erklärungen so gegen sich gelten lassen, wie sie nach außen hin sich darstellen. Das hat der Kostenferrat auch in anderem Zusammenhang für die kostenrechtliche Beurteilung bereits ausgesprochen. Diese kann also bei Benutzung des Instituts des Widerrufsvorbehalts nur eine einheitliche sein, und zwar — nach obigen Darlegungen — nur dahin, daß eine Bindung noch nicht vorliegt, sondern erst bei ungenutztem Ablauf der Widerrufsfrist eintritt. Erst dann entsteht mithin die Vergleichsgebühr für die beteiligten Anwälte.

Es ist im Interesse der Einheitlichkeit der Rechtsprechung nur zu begrüßen, daß nunmehr auch der Kostenferrat des RG. diesem Standpunkt beigetreten ist und daß damit in dieser für die Praxis so bedeutsamen Frage eine geschlossene Front hergestellt ist.

Damit ist insbes. auch für die Prozeßbevollmächtigten im Interesse der Parteien die nötige Bewegungsfreiheit bei Vergleichsangeboten hergestellt, ohne daß ihre eigenen berechtigten Interessen geschädigt sind. Denn in Fällen, in denen in der Tat die Parteien sich bereits geeinigt haben, diese Einigung aber auflösend bedingt sein soll, steht nach wie vor der auflösend bedingte Vergleich zur Verfügung. Dieser läßt nach allgemeiner Ansicht bereits die Vergleichsgebühr entstehen. Beim aufhebend bedingten Vergleich dagegen wird sie nicht anerkannt. Soweit ersichtlich, ist dies einseitige Ansicht. Nur OLG. Kiel nimmt in einer — nicht veröffentlichten Entsch. 2 a W 161/31 eine Sonderstellung ein, indem es Vergleiche jeglicher Art, gleichgültig ob bedingt und in welcher Art bedingt, als gebührenpflichtig ansieht, da § 13 Ziff. 3 keine Einschränkung vorsehe.

Über den Widerrufsvorbehalt ist in dieser Entsch. nichts gesagt. Inzwischen ist nun aber die im letzten Heft: JW. 1934, 243^o abgedruckte Entsch. des OLG. Kiel v. 28. Okt. 1933 bekannt geworden, die, gestützt auf die bisherige Rpr. des RG. auf zwei Entsch. von Celle und Hamm, die oben erwähnte Entsch. von Stuttgart und die Entsch. 2 a W 161/31 den unter Widerrufsvorbehalt geschlossenen Vergleich als „vorläufig endgültig“ abgeschlossen ansehen und daraus die Vergleichsgebühr für derartige Vergleiche auch im Widerrufsfalle herleitet. Das OLG. Kiel irrt dabei aber insoweit, als es fälschlich OLG. Stuttgart für sich zitiert. Diese Entsch. befaßt nämlich ausdrücklich das Gegenteil. Die Entsch. von Celle und Hamm sind nicht veröffentlicht und deshalb im Augenblick nicht nachprüfbar.

Danach scheint leider obige Annahme, daß nunmehr in dieser Frage von einer geschlossenen Front gesprochen werden könne, noch nicht ganz zutreffen. Vielleicht bedeutet aber die jetzige Entsch. des RG. — dessen praktische Gesichtspunkte bisher, soweit ersichtlich, noch nirgends eine Rolle gespielt haben — einen entscheidenden Schritt dazu.

RGK. Dr. Gaedete, Berlin.

Zur Kostenregelung beim Armenrechtsverfahren nach § 118a Abs. 4 ZPO.

Die Frage der Kostenersatzung beim Armenrechtsverfahren war sehr umstritten. Ich habe in der Anm. zu JW. 1932, 2899¹⁶ näher dargelegt, daß auf Grund der Entscheidung im Armenrechtsverfahren ein Kostenersatzungsanspruch nicht besteht, da-

¹⁾ Vgl. die Entsch. S. 305 dieses Heftes.

gegen unter Umständen ein solcher auf Grund der Entscheidung im Prozeß. Durch § 118a Abs. 4 S. 1 ZPO. n. F.:

„Eine Erstattung der dem Gegner durch die Anhörung gemäß Abs. 1 Satz 2 erwachsenen Kosten findet nicht statt.“
wird jenes bestätigt, aber auch der Erstattungsanspruch aus der Prozeßentscheidung beseitigt, soweit es sich um den Gegner des Geschwärtelers handelt. Baumbach, 8. Aufl., Anm. 5 zu § 118a will die Kosten der Anhörung des Gegners von dessen sonstigen Kosten, insbes. den der Vertretung in Beweisterminen unterscheiden. Letztere sollen erstattungspflichtig sein. Diese Unterscheidung ist aber nicht gerechtfertigt. Die dem Gegner durch Anhörung erwachsenen Kosten betreffen überhaupt die Kosten seiner Beteiligung an dem Verfahren. Wenn nicht einmal die Kosten einer vom Gericht veranlaßten Äußerung erstattungspflichtig sind, dann erst recht nicht die Kosten anderweiter Beteiligung.

Soweit der Geschwärteler selbst Erstattung seiner Armenrechtskosten auf Grund der Prozeßentscheidung verlangen kann (vgl. dazu meine erwähnte Anm.), ist es dabei verblieben (vgl. Baumbach a. a. O. für den Fall der Bewilligung des Armenrechts).

Ich habe ferner a. a. O. ausgeführt, daß, wenn es nicht zum Prozeß kommt, unter Umständen ein selbständig einlagbarer, von den gewöhnlich verlangten Voraussetzungen aus § 286 oder § 826 BGB. unabhängiger Erstattungsanspruch besteht. Auch dieser muß durch die neue Bestimmung als ausgeschlossen angesehen werden, soweit es sich um den Gegner des Geschwärtelers handelt, dagegen nicht, soweit ein Anspruch des Geschwärtelers selbst in Frage kommt, was z. B. praktische Bedeutung hat, wenn der Gegner nach Bewilligung des Armenrechts den Anspruch befriedigt.

Über die Gerichtskosten bestimmt § 118a Abs. 4 S. 2:

„Die durch die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen gemäß Satz 3 daselbst entstandenen Auslagen sind als Gerichtskosten von der Partei zu tragen, der die Kosten des Rechtsstreits auferlegt sind.“

Diese Regelung entspricht dem, was nach meinen Ausführungen in der erwähnten Anm. schon bisher zufolge § 79 GRG. als Rechtens anzusehen war. Das gleiche wie von Zeugen und Sachverständigenkosten hat daher auch z. B. von Augenscheinkosten oder Kosten einer amtlichen Auskunft zu gelten (Baumbach a. a. O.).

M. Willy Reinberger, Leipzig.

ist die Zwangsvollstreckung wegen des Anspruchs auf Pfandauscheidung nach der VO. über Düngemittel- und Saatgutversorgung vom 19. Januar 1933 von der einen Monat vorausgehenden Zustellung des Titels an den Kreisbauernführer gemäß §§ 39, 59 RErbhofG. abhängig?

Die VO. v. 19. Jan. 1933 zur Sicherung der Düngemittel- und Saatgutversorgung (= VO.) gewährt für Forderungen, die aus Lieferungen von Düngemitteln und Saatgut für landwirtschaftliche Betriebe entstanden sind, ein gesetzliches Pfandrecht an der gesamten Ernte des landwirtschaftlichen Betriebs, soweit sie nicht unpfindbar ist (§ 1 VO.). Sowohl dem Gläubiger wie dem Schuldner ist das Recht eingeräumt, zu verlangen, daß aus den dem Pfandrecht unterliegenden Früchten eine Menge, die zur Sicherung der Forderung ausreicht, ausgegliedert, als dem Pfandrecht unterliegend kenntlich gemacht und gesondert aufbewahrt wird (§ 3 Abs. 1 VO.). Der Auscheidungsanspruch des Pfandgläubigers wird verwirklicht auf Grund eines vollstreckbaren Leistungstitels oder einer einstweiligen Verfügung durch Pfändung eines zur Sicherung der Forderung ausreichenden Teils der dem Pfandrecht unterliegenden Früchte (§ 3 Abs. 2 VO.).

Durch Erlass des RErbhofG. v. 29. Sept. 1933 ist die Frage aufgetaucht, ob die Verwirklichung des Auscheidungsanspruchs nach § 3 Abs. 2 VO. gemäß §§ 39 Abs. 2, 59 RErbhofG. von der Zustellung des Titels an den Kreisbauernführer und der Einhaltung einer Wartefrist von einem Monat abhängig ist, wenn die Lieferantenforderung mehr als 150 RM beträgt. Die Frage wird von den Vollstreckungsorganen verschieden beantwortet und bedarf aus praktischen Gründen der Klärung. Sie kann nach dem gegenwärtigen Rechtszustand nur verneint werden.

Die „Zwangsvollstreckung“ wegen des Auscheidungsanspruchs nach § 3 VO. ist ein neuartiges rechtliches Gebilde, das in der ZPO. nicht vorgesehen ist. Sachlich-rechtlich hat die Maßnahme zum Inhalt, daß von dem Gesamtbestand an Früchten, die vom gesetzlichen Pfandrecht des Lieferanten erfasst sind, ein Teil ausgegliedert wird, daß dadurch das Pfandrecht auf die ausgeschiedene Menge beschränkt und die übrige Ernte pfandfrei wird. Formell ist dieser sachenrechtliche Vorgang in den Behördenakt der Pfändung gekleidet, der an sich ein zivilprozessuales Institut der Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung ist (§ 803 ZPO.). Sowohl aus der sachlich-rechtlichen wie der formellrechtlichen Betrachtung ergibt sich, daß mit den Bezeichnungen Pfändung und Zwangsvollstreckung in § 3 Abs. 2 VO. etwas anderes gemeint ist als eine Pfändung und Zwangsvollstreckung i. S.

der ZPO. Pfändung ist nach der ZPO. ein behördlicher Akt, durch den an den Sachen, die der Zwangsvollstreckung unterliegen, ein materielles Pfandrecht und die Verstrickungswirkung begründet werden. Sie bewirkt also nur neue Rechtsbeziehungen. Die Pfändung nach § 3 Abs. 2 VO. dagegen hat den Zweck, das schon bestehende Recht in der Weise zu gestalten, daß es sich auf gewisse Sachen beschränkt, insoweit aber auch erstarkt. Die Auscheidungs-pfändung hat eine wesentlich praktische Aufgabe. Der Schuldner soll, soweit mit Rücksicht auf den Anspruch des Gläubigers möglich, von den Schranken befreit werden, die ihm durch das Pfandrecht an der gesamten Ernte in seinem landwirtschaftlichen Betrieb auferlegt sind (siehe § 2 VO.). Der Gläubiger dagegen soll auch gegen widerrechtliche Eingriffe des Schuldners in das Pfandrecht soweit möglich geschützt werden (§ 3 Abs. 1 Satz 2 VO.). Die Auscheidung ist nichts anderes als eine Auseinandersetzung zwischen Gläubiger und Schuldner über die Grenzen des Rechts. Da die Durchführung der Auseinandersetzung im Prozeß, etwa in einer Feststellungsklage, zu umständlich erscheint, ist vom Gesetz der Formalakt der Pfändung als einfachstes Mittel zur praktischen Bewirklichung gewählt worden. Dementsprechend bedeutet die Pfändung hier trotz des Gebrauchs des Wortes „Zwangsvollstreckung“ in § 3 VO. nicht eine Zwangsvollstreckung im Sinne der allgemeinen Gesetze, insbes. auch des RErbhofG. Vielmehr ist dem Gläubiger damit nur ein Weg gewiesen, sich behördlicher Hilfe bei der Auseinandersetzung mit dem Schuldner über den Umfang seines Pfandrechts zu bedienen. In diese Möglichkeit wollte der Gesetzgeber durch das in den Übergangsvorschriften modifizierte Verbot der Zwangsvollstreckung in den Erbhof samt Zugehörungen nicht eingreifen.

In zweiter Linie bezweckt die Pfändung nach § 3 Abs. 2 VO. auch nicht die Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung. Die Pfändung hat nur die Durchsetzung des Auscheidungsanspruchs zum Gegenstand. Sie erschöpft sich mit der Auscheidung, Kennzeichnung und Absonderung des zur Sicherung der Forderung ausreichenden Bestandes und führt jedenfalls nicht unmittelbar zur Befriedigung des Gläubigers hinsichtlich seines Geldanspruchs. Während die Pfändung im materiellen und formellen Sinne der ZPO. nur die Vorbereitung der behördlichen Verwertung durch Versteigerung ist, die dann zur Befriedigung des Geldanspruchs des Gläubigers führen soll, erfüllt die Pfändung i. S. des § 3 Abs. 2 VO. ihren Zweck vollständig und bleiben die weiteren Maßnahmen, nämlich die Pfandverwertung, Aufgabe des Pfandgläubigers, der sie nach den Vorschriften des BGB. oder der ZPO. durchführen kann. Diese Auffassung, daß Auscheidungsanspruch und Geldforderung verschieden sind, wird bestätigt dadurch, daß der Auscheidungsanspruch auch schon vor Fälligkeit der Forderung besteht, also vor der Verwertung des Pfands erfolgen kann, und daß er auch durch einstweilige Verfügung geltend gemacht werden kann (§ 3 Abs. 1 Satz 2 VO.), in welchem Verfahren wieder die Verwertung der Pfandstücke bis zur Befriedigung des Geldanspruchs des Gläubigers ausgeschlossen ist. Der Wortlaut des Gesetzes ergibt also deutlich, daß durch den Formalakt der Pfändung nicht eine Geldforderung vollstreckt, sondern der Auscheidungsanspruch verwirklicht wird. Nun legt aber gerade § 59 RErbhofG. ebenso wie §§ 38 und 39 das Gewicht darauf, daß die Vollstreckung wegen Geldforderungen eingeschränkt werden soll, während das RErbhofG. Beschränkungen in der Durchsetzung anderer Rechte, insbes. dinglicher Rechte und Herausgabensprüche nicht kennt. Die Vorschriften des RErbhofG. haben also in die Geltendmachung des Pfandauscheidungsanspruchs nicht eingegriffen.

Dieses aus dem Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen gewonnene Ergebnis entspricht auch allein ihrem Sinn und den Grundsätzen einer auf Förderung des Wirtschaftslebens bedachten Rechtsanwendung. Das RErbhofG. zielt darauf ab, Zwangsvollstreckungen gegen Bauern wegen Geldforderungen wegen der die Betriebsführung störenden Wirkungen möglichst überflüssig zu machen. Die Bestimmung einer Wartefrist von einem Monat für den Gläubiger nach der Zustellung an den Kreisbauernführer hat den Zweck, diesem die Prüfung zu ermöglichen, ob der Bauer ohne Schaden für die Betriebsführung seine Verpflichtung erfüllen kann. Ist das nicht möglich, so kann der Kreisbauernführer die Schuld für den Reichsährstand übernehmen, der Bauer kann ruhig weiter wirtschaften. Demgegenüber steht fest, daß das RErbhofG. die bereits entstandenen Pfandrechte für die Lieferantenforderungen nicht enteignet hat. Die Pfandschuldner können aber leichter fortwirtschaften, wenn die Pfandauscheidung geschehen ist, weil sie dann genau wissen, wie weit sie über die Ernte verfügen dürfen. Eine Übernahme des Auscheidungsanspruchs durch den Reichsährstand zur Erfüllung ist ausgeschlossen, weil sie nicht möglich ist.

Andererseits führt die Auffassung, daß die Wartefrist auch vor der Auscheidungs-pfändung eingehalten werden müsse, zu ganz unannehmbaren Ergebnissen. Es würde dadurch ausgeschlossen, das Pfandrecht durch einstweilige Verfügung nach § 3 Abs. 2 Satz 2 VO. geltend zu machen. Denn die einstweilige Verfügung kann nur binnen Monatsfrist nach Erlass vollzogen werden (§§ 929, 936 ZPO.). Da aber nach § 4 VO. das Pfandrecht am 1. April 1934 erlischt, wenn es nicht vorher gerichtlich geltend gemacht wird, wäre das Pfandrecht

mindestens in den Fällen praktisch vernichtet, in denen eine Stundung über den 1. März hinaus erteilt ist. Denn das Leistungsurteil ist in aller Regel erst mit dem Tage der Fälligkeit zu erlangen, jedenfalls ist es vorher nicht vollstreckbar. Den der Landwirtschaft nachsichtigen Gläubiger so in seinem Rechte zu treffen, kann nicht Absicht des Gesetzes sein.

RM. Max Lehner, Freising.

Der erbhofrechtliche Pflichtteil.

A. Von WM. Dr. Wöhrmann: JW. 1933, 2813.

B.

I. (Zu Abs. 4.)

Daß die „Miterben“ (gemeint sind hier die „Miterben des Anerben“, noch richtiger: die allgemeingeseßlichen Pflichtteilsberechtigten Erben mit Ausnahme des etwa auch zu ihnen gehörenden Anerben) gegebenenfalls — natürlich nicht nur gegenüber dem Anerben — bezüglich des freien Vermögens Pflichtteilsansprüche haben, ist zweifellos. Zweifelhaft ist dagegen, wie diese Ansprüche zu berechnen sind. Der Meinung, daß sie nach anderen Gesichtspunkten zu ermitteln sind als der Pflichtteil des Anerben, wenn dieser zu den allgemeingeseßlichen und pflichtteilsberechtigten Erben gehört, stimme ich zu. Dr. W. will (Abs. 4) bei der Berechnung dieser Pflichtteile den Erbhof nicht mit einwerfen und lediglich nach der Höhe des freien Vermögens rechnen. Daß er das nicht für alle Fälle vertritt, ergibt sein bei der Erörterung der Pflichtteilsansprüche des Anerben (Abs. 6 a. E.) gegebenes Beispiel. Denn dort berechnet er den Erbteil und Pflichtteil jedes Sohnes unter Einbeziehung des Erbhofwertes.

Wie die Dinge in Wirklichkeit liegen, mag sich aus folgenden drei Beispielen ergeben:

Beispiel 1:

Wert des Erbhofs	70000
Wert des freien Vermögens	30000
Wert des Gesamtnachlasses	100000

Ein Bruder des Bauern, der nicht zu den allgemeingeseßlichen Erben gehört, ist Nur-Anerbe (A.). Allgemeingeseßliche Erben sind zwei Töchter (T. 1 und T. 2) sowie die Witwe (W.).

Die Rechte (auch die Pflichten?) der allgemeingeseßlichen Erben (T. 1, T. 2 und W.) beschränken sich auf das übrige Vermögen des Bauern, b. h. den Nachlaß ohne Erbhof (Einleitung IV, 5), das sich nach den Vorschriften des allgemeinen Rechts vererbt (§ 33) und nach Berücksichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten auf die Miterben des Anerben nach den Vorschriften des allgemeinen Rechts zu verteilen ist (§ 35). T. 1, T. 2 und W. erhalten also als die allgemeingeseßlichen Miterben zusammen die freien 30 000, davon

T. 1 $\frac{3}{8}$ mit	11250
T. 2 $\frac{3}{8}$ mit	11250
W. $\frac{1}{4}$ mit	7500
	<u>30000</u>

Die Pflichtteile betragen daher bei T. 1 und T. 2 je 5625 und bei W. 3750, zusammen 15 000.

Beispiel 2:

Wert des Nachlasses wie im Beispiel 1. Allgemeingeseßliche Erben sind zwei Söhne (S. 1 und S. 2) und die Witwe (W.). S. 1 ist Auch-Anerbe (A.) und erhält als solcher den Erbhof ungeteilt als besondern Teil der Erbschaft (§ 19). Die allgemeingeseßlichen Miterben als solche erhalten zusammen die 30 000 (§ 33). Die Verteilung geschieht aber gemäß § 35 „auf die Miterben des Anerben“, also nur auf S. 2 und W., und zwar nach den Vorschriften des allgemeinen Rechts. Die hiernach an sich diesen beiden Miterben zufallenden

$\frac{3}{8} =$	11250
$+ \frac{1}{4} =$	7500
$\frac{5}{8} =$	<u>18750</u>

erschöpfen das zur Verteilung vorhandene freie Vermögen nicht, erhöhen sich daher kraft Gesetzes im Verhältnis 18 750 : 30 000 und betragen in Wirklichkeit:

für S. 2	18000
für W.	12000
	<u>30000</u>

Wenn es sich hierbei auch nicht mehr um allgemeingeseßliche Erbteile handelt, können sie m. E. doch unbedenklich als solche behandelt werden, da sie ja immer noch weit geringer sind als diese.

Die Pflichtteile betragen daher m. E.

für S. 2 nicht 5625, sondern	9000
für W. nicht 3750, sondern	6000
zusammen nicht 9375, sondern	<u>15000</u>

Beispiel 3:

Wert des Erbhofs	30000
Wert des freien Vermögens	70000
Wert des Gesamtnachlasses	<u>100000</u>

Allgemeingeseßliche Erben und Anerbe wie im Beispiel 2.

Die allgemeingeseßlichen Miterben als solche erhalten zusammen die 70 000. In diesem Falle kann aber im Gegensatz zu den Beispielen 1 und 2 der Anerbe S. 1 A. in seiner Eigenschaft als allgemeingeseßlicher Miterbe Beteiligung an der Verteilung verlangen, weil „der auf ihn entfallende Anteil größer ist als der lastenfreie Ertragswert des Erbhofs“. Die Errechnung der geseßlichen Erbteile muß gemäß § 35 Abs. 2 unter Heranziehung des Erbhofwertes des Erbhofs erfolgen. Auch hier handelt es sich nicht um allgemeingeseßliche Erbteile, weil der Erbhof ja nur mit dem Ertragswert einzuweisen ist. Da aber die Erbteile der übrigen Erben auch hier geringer sind, als ihre allgemeingeseßlichen Erbteile sein würden, können sie m. E. wiederum als solche behandelt werden. Sie betragen:

für S. 2 $\frac{3}{8}$ von 100000 =	37500
für W. $\frac{1}{4}$ von 100000 =	25000
zusammen $\frac{5}{8}$ von 100000 =	<u>62500</u>

Die Pflichtteile betragen also m. E.:

für S. 2	18750
für W.	12500
	<u>31250</u>

Aus diesen Beispielen ergibt sich als meine Ansicht:

Wenn der Anerbe bei der Verteilung des übrigen Nachlasses unbeteiligt ist, sei es, daß er überhaupt nicht allgemeingeseßlicher Erbe ist, oder sei es, daß der Ertragswert des Erbhofs den „auf ihn entfallenden Anteil“ am Gesamtnachlaß übersteigt (Beispiele 1 und 2), kommt der Wert des Erbhofs nicht in Frage. Kann dagegen der Anerbe eine Beteiligung bei der Verteilung des übrigen Nachlasses verlangen (Beispiel 3), muß der Ertragswert des Erbhofs entsprechend der geseßlichen Vorschrift des § 35 Abs. 2 in die Berechnung einbezogen werden.

II. (Zu Abs. 6.)

Ein Pflichtteil des Anerben in seiner Eigenschaft als allgemeingeseßlicher und pflichtteilsberechtigter Erbe kann — darin stimme ich mit Dr. W. überein — nur in den Fällen meines Beispiels 3, das seinem Beispiel im Abs. 6 a. E. entspricht, vorkommen. Der in meinem Beispiel 3 auf S. 1 A. entfallende „Anteil“ gemäß § 35 Abs. 2 beträgt — entsprechend dem „Erbteil“ von S. 2 —

rechnerisch	37500
Da der Ertragswert des Erbhofs	<u>30000</u>
beträgt, ist jener „Anteil“ um	7500

„größer als der lastenfreie Ertragswert des Erbhofs“ und kann S. 1 A. insoweit eine Beteiligung an dem freien Vermögen verlangen. Nach Dr. W. ist nun der „Anteil“ von 37 500 „der geseßliche Erbteil“ von S. 1 A., so daß nach ihm der Pflichtteil $37\,500 : 2 = 18\,750$, also weniger als der Ertragswert des Erbhofs beträgt. S. 1 A. würde also nach Dr. W.s Auffassung in meinem Beispiel 3 keinen Pflichtteil zu beanspruchen haben. Dr. W. begründet diese Auffassung damit, daß „der Anerbe den Erbhof als Erbe erhält“ und deshalb „in seinem Pflichtteilsrecht nur dann verletzt sein kann, wenn dieser hinterlassene Erbteil geringer ist als die Hälfte des geseßlichen Erbteils“ (§ 2305 BGB.).

Wenn es richtig wäre, daß der Anerbe den Erbhof als Erbe erhält, und wenn die Frage — wie Dr. W. ebenfalls annimmt — lediglich nach allgemeinem Recht zu beurteilen wäre, würde seine Auffassung sicher richtig sein. Ich bin aber der Meinung, daß jene Voraussetzungen nicht zutreffen. Wenn das RErbhofG. auch keine ausdrücklichen Bestimmungen über das Pflichtteilsrecht enthält, hat es doch das allgemeine Pflichtteilsrecht entscheidend geändert. Der miterbende Anerbe kann in seinem „Anteil“, soweit dieser im Erbhof besteht, niemals verkürzt werden. Von dem allgemeingeseßlichen Grundsaß der Gesamterbschaft und der Gesamterbfolge ist fast nichts übriggeblieben. Die geseßliche Verteilung des Nachlasses ist, auch wenn sie „nach den Vorschriften des allgemeinen Rechts“ vorgenommen wird, im Verlauf und Ergebnis doch vom allgemeinen Recht wesentlich verschieden.

Das RErbhofG. will den Erbhof durch eine besondere „Erbfolge in den Erbhof“ (Überschrift des § 19) von dem erbrechtlichen Säkular des übrigen Nachlasses ganz unabhängig machen und hat dieses Ziel im wesentlichen erreicht. Der Anerbe, der nicht mehr notwendig zu den allgemeingeseßlichen Erben gehört, erhält den Erbhof als besondern Teil der Erbschaft ungeteilt und — abgesehen von gewissen Versorgungsrechten nächster Familienangehöriger — auch unbelastet von Rechten der allgemeingeseßlichen Erben. Der Anerbe kann „den Anfall des Erbhofs ausschlagen“ (bisher: „auf das Anerbenrecht verzichten“). Er ist, auch wenn er zugleich allgemeingeseßlicher Erbe

ift — von der besonders geregelten Verchtigung der Nachlaßverbindlichkeiten abgesehen —, nur ausnahmsweise an dem freien Vermögen beteiligt. Es gibt fogar Fälle (§ 25 Abs. 5 Satz 2), in denen der — vom Reichsbauernführer bestimmte — Nachfolger in den Erbhof nur noch dem Namen nach „Anerbe“ ist, dessen Recht mit Erbrecht nichts mehr zu tun hat. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang ferner, daß die Nachlaßgläubiger wegen ihrer Geldforderungen nicht mehr in den Erbhof vollstrecken können (§ 38). Gegenstand des allgemeinen Rechts ist also nur noch das außer dem Erbhof vorhandene Vermögen, der übrige Nachlaß, auf das sich gemäß der Einleitung des Gesetzes (IV, 5) die Rechte der Miterben (= allgemeinrechtlichen Erben) beschränken. Nur dieses freie Vermögen vererbt sich nach den Vorschriften des allgemeinen Rechts (§ 33) und kommt nach diesen Vorschriften zur Verteilung (§ 35), grundsätzlich nur „auf die Miterben des Anerben“. Alles dieses ist zwingendes Recht, das durch letztwillige Verfügung weder ausgeschlossen noch beschränkt werden kann.

Wenn nun nach § 35 Abs. 2 der zu einem „Erbeil an dem übrigen Nachlaß“ berufene Auerbe ausnahmsweise eine Beteiligung an dem freien Nachlaß verlangen kann und in diesem Falle der laftenfreie Ertragswert des Erbhofs eine Rolle spielt, kann der Sinn dieser Bestimmung m. E. unmöglich der sein, daß der durch das ganze Gesetz sich hindurchziehende Grundfatz der völligen Loslösung des Erbhofs vom übrigen Vermögen durchbrochen werden soll, sondern nur der, daß hier zwecks Berechnung des dem miterbenden Auerben zukommenden „Erbeils an dem übrigen Nachlaß“ „der auf ihn entfallende Anteil“ (am ganzen Nachlaß) nach bestimmten, für ihn günstigen Grundfätzen festgestellt werden soll. Der Erbhof ist kein „gesetzlicher Erbeil“ im Sinne des allgemeinen Rechts, insbes. der §§ 2303 ff. BGB., sondern fällt dem Auerben ohne jede Rücksicht auf das allgemeine Erbrecht kraft Reichserbhofgesetzes zu. Es stimmt nicht, daß der Auerbe den Erbhof als Erbe erhält. Nicht nur bei einem vom Reichsbauernführer bestimmten „Auerben“, trifft das nicht zu, sondern auch nicht in den Fällen meines Beispiels 1. Auch dort ist A. trotz seiner Verwandtschaft nicht „Erbe“. Im RErbhofG. kommt das Wort „Erbe“ nicht vor. Man kann also unmöglich annehmen, daß das Gesetz dem allgemeinrechtlichen Begriff eines „Erben“ (§ 1922 Abs. 1 BGB.) einen neuen Inhalt habe geben wollen. Wo das RErbhofG. den Ausdruck „Miterben“ gebraucht, bedeutet er nicht immer daselbe.

Ich bin daher der Meinung, daß es für den an der Verteilung des freien Vermögens als allgemeingesehlichen Erben beteiligten Auerben einen „gesetzlichen Erbeil“ i. S. der §§ 2303 ff. BGB. nur bezüglich des zu verteilenden freien Vermögens gibt und daß der Pflichtteil des Auerben als Miterben aus dem freien Vermögen im Beispiel des Dr. W.: $50\,000 - 20\,000 = 30\,000 : 2 = 15\,000$ und in meinem Beispiel 3: $37\,500 - 30\,000 = 7\,500 : 2 = 3\,750$ beträgt, der ihm neben dem Erbhofe zukommt.

Hätte also in meinem Beispiel 3 etwa der Bauer sein gesamtes Vermögen durch letztwillige Verfügung einer weder als Auerben noch als gesehlichen Erben berufenen Person (Z.) vermacht, so würde zunächst diese letztwillige Verfügung gemäß § 24 Abs. 1 insoweit nichtig sein, als sie die Erbfolge kraft Auerbenrechts ausschließt. Der Erbhof fällt trotzdem an S. 1 A. Bezüglich des freien Vermögens wäre die letztwillige Verfügung gültig. Insoweit wären die gesehlichen Erben von der Erbfolge ausgeschlossen und auf ihre Pflichtteile beschränkt. Die allgemeingesehliche Erbmasse besteht also lediglich in dem freien Vermögen von 70 000 und die Pflichtteile betragen

für S. 1 A.	$37\,500 - 30\,000 + 7\,500 : 2 =$	3750 (außer dem Erbhof)
für S. 2	$37\,500 : 2 =$	18750
für W.	$25\,000 : 2 =$	12500
		zusammen 35000

III. (Zu Abs. 7.)

Ein besonderes Auerben-Pflichtteilsrecht als solches, d. h. ein Pflichtteilsanspruch des infolge letztwilliger Bestimmung eines Auerben gemäß §§ 25, 28 nicht mehr berufenen Auerben, besteht m. E. nicht. Ein ausschließender Auerbe hat als solcher auch bisher in keinem Falle einen Pflichtteilsanspruch gehabt. Das Pflichtteilsrecht ist eine Einrichtung des allgemeinen Erbrechts. Im Auerbenrecht kann von einem Pflichtteilsrecht nur die Rede sein, soweit auch dort das allgemeine Erbrecht gilt. Die Auerbenfolge, „Erbfolge in den Erbhof“, ist aber eine ausschließliche Angelegenheit des RErbhofG., die mit dem allgemeinen Erbrecht nichts zu tun hat. Gerade im RErbhofG. tritt das besonders deutlich in die Erscheinung (vgl. die Ausführungen unter II). Die letztwillige Bestimmung eines Auerben gemäß der §§ 25, 28 in Abweichung von der normalen Reihenfolge der Auerbenordnung in den §§ 19, 20, aber doch aus und auf Grund dieser Auerbenordnung, mag als Ausschließung von der Auerbenfolge bezeichnet werden, sie ist aber keine Ausschließung von der Erbfolge und ebensowenig eine Verkürzung des Pflichtteils i. S. des § 2305 BGB., sondern ist selbst Auerbenrecht. Jeder Auerbe leitet sein Recht aus dem Sonderrecht her und ist auch dann gesehlicher Auerbe, wenn er mittelbar (§§ 24 und 25 Abs. 1—4) berufen, „bestimmt“ ist. Auch der uneheliche Sohn des § 25 Abs. 2 ist gesehlicher Auerbe, da seine Bestimmung nicht nur auf der letztwilligen Verfügung, sondern in erster Linie auf besonderer gesehlicher Vorschrift, der zwingenden „Erbfolge kraft Auerbenrechts“, beruht. Einen frei bestimmbareren Auerben kennt das Gesetz nur im Fall des § 25 Abs. 5 Satz 1, in dem meist auch kein Pflichtteilsberechtigter Erbe mehr vorhanden ist. Der als solcher allein noch in Frage kommende überlebende Ehegatte ist niemals gesehlich berufenen Auerbe. Deshalb kann es m. E. in Ermangelung besonderer gesehlicher Bestimmung ein Auerben-Pflichtteilsrecht nicht geben.

JR. Tolle, Celle.

Schrifttum.

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

Deutscher Juristentag 1933. 4. Reichstagung des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen e. V. in Leipzig vom 30. Sept. bis 3. Okt. 1933. Sprachen und Fachvorträge zusammengestellt und bearbeitet von **Rudolf Schraut**, DRegR. im Reichsjustizministerium, Mitglied der Akademie für Deutsches Recht. Deutsche Rechts- und Wirtschafts-Wissenschaften Verlagsgesellschaft m. b. H. Berlin. 326 S. und 16 Bildtafeln. Preis 9 RM.

Seerschau der deutschen Juristen!

Das grandiose Bild der Leipziger Tagung — des ersten Deutschen Juristentages im neuen Reich — tritt beim Lesen dieses Buches wieder vor unser Auge. Wir sehen die Bevölkerung vor dem Hotel Haupte sich stauen, um die Ankunft des Ministers Dr. Frank und seiner engeren Mitarbeiter zu erleben. Wir sehen die Menschenmasse zur Messehalle pilgern, sind Zeugen der feierlichen Eröffnung des Deutschen Juristentages, der 4. Reichstagung des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen, in der dichtbesetzten riesigen Messehalle 7 und stehen in Erinnerung vor dem monumentalen Bau des Reichsgerichts, inmitten von 12 000 Juristen und Tausenden von Nichtjuristen, die begeistert den leidenschaftlichen Worten des Ministers Dr. Frank lauschen. Der Fackelzug der Referendare, die feierliche Proklamierung der Akademie für Deutsches Recht — alles wird wieder lebendig in uns bis zu dem gewaltigen Schlusshorod, dem Juristenappell in der Messehalle, bei dem der Staatsminister Dr. Frank den Führer mit den Worten begrüßte:

„Deutsche Juristen, wir schwören dem Führer die Treue und die Hingabe bis zur letzten Kraft in diesem Gottesfreit um das Recht, das ewige Recht des deutschen Volkes. Über die Gräber der Toten des Krieges hinweg, über die Gräber der Gefallenen unserer Bewegung hinweg, grüßen wir deutsche Juristen dich, mein Führer, in ewiger Treue und Hingabebereitschaft. Sie können sich auf Ihre deutschen Juristen verlassen! Heil!“

Das ist der eine Wert dieses Buches, daß es die Erinnerung an die schönen, großartigen Stunden der Leipziger Tagung in den Teilnehmern wieder wachruft, daß es die Erlebnisse in Wort und Bild festhält, und daß es diese Tagung unsterblich werden läßt.

Der andere Wert aber liegt auf dem wissenschaftlichen Gebiete. Hier wird der Nachweis erbracht, daß vom NSDAP. nicht nur organisierte Aufgaben erfüllt worden sind, sondern daß er wertvollste wissenschaftliche Arbeit für das Deutsche Recht und damit für das deutsche Volk geleistet hat und leistet. Es kann nicht Aufgabe dieser Besprechung sein, diesen Nachweis auch nur auszugeweiht hier zu führen. Hier kann nur der Reihe hervorragender Fachvorträge Erwähnung getan werden, bei denen Minister Perrl, die Staatssekretäre Freisler und Reinhardt, die Hochschullehrer Dr. Risch, Dr. Detker, Dr. Schmitt, die DRegR. Schraut und Lange, RegPräs. Dr. Nicolai, die Reichsstadgruppenleiter der Berufsgruppen, RA. Dr. Raake, RA. Noack, Notar Wolperz, UGR. Ryser, Dr. Spletstößer, Rechtspfleger Singer, RegR. Kühle, das Wort ergriffen. Ein kurzer Hinweis auf die Fülle der Themen — Volk, Staat und Recht, die Rechtslage Österreichs, Rasse und Recht, Justizreform und deutscher Richter, Reform des Strafrechts und Strafprozesses, Reform des Zivilprozesses, der Neubau des Staats-

und Verwaltungsrechts, Nationalsozialistische Finanz- und Steuerpolitik, die Aufgabe des Steuerrechts im neuen deutschen Recht, die Einflüsse der deutschen Philosophie auf die Wirtschaftstheorie der Gegenwart, Studienreform, Bauernsiedlung und Erbhofrecht, die rechtliche Stellung der Zivilbevölkerung im Luftschutz —, die neben den Sondertagungen der Fachgruppen des BNSDZ. und der juristischen und staatswissenschaftlichen Dekane der deutschen Universitäten behandelt wurden und in dem vorliegenden Buch wiedergegeben werden, mag genügen, um jeden objektiven Beobachter zu überzeugen, daß sich die Tagung des BNSDZ. in Leipzig nicht in politischen Proklamationen erschöpfte, sondern derartig wissenschaftlich unterbaut war, daß sie von den bisherigen Deutschen Juristentagen nicht in den Schatten gestellt wurde. Diesen gegenüber hatte sie den großen Vorteil, daß sie nicht abgeschossen von der Öffentlichkeit, sondern unter ihrer ungeheuren Beilegung stattfand, daß sie in völliger Freiheit ihrer ungeheuren Beilegung durchgeführt wurde, ohne allerdings dem Fehler einer unmöglichen parlamentarischen Schlußabstimmung zu erliegen.

Das in vorzüglicher Ausmachung erscheinende Buch trägt politisch und rechtspolitisch, berufsmäßig und wissenschaftlich alles Wesentliche zusammen, was zur Gestaltung des „Deutschen Rechts“ zu sagen ist. Wer sich ein Urteil über die Rechtsgestaltung im neuen Deutschland bilden will, muß das vorliegende Werk zugrunde legen.

Leppin.

1. **Das Recht der Neuzeit.** Vom Weltkrieg zum nationalsozialistischen Staat. Ein Führer durch das geltende Recht des Reichs und Preußens von 1914 bis 1934, begründet von Dr. Dr. Franz Schlegelberger, Staatssekretär im Reichsjustizministerium und Dr. Werner Hoche, MinR. im Reichsministerium des Innern. In neunter, erweiterter Auflage bearbeitet von Dr. Werner Hoche. Berlin 1934. Verlag Franz Bahlen. Preis kart. 6,30 *RM.*, geb. 7,20 *RM.*

2. **Die Gesetzgebung des Kabinetts Hitler.** Die Gesetze in Reich und Preußen seit dem 30. Januar 1933 in systematischer Ordnung mit Sachverzeichnis. Heft 5. (15. Oktober bis 31. Dezember 1933.) Herausgegeben von Dr. Hoche, MinR. im Reichsministerium des Innern. Berlin 1934. Verlag Franz Bahlen. Preis steif kart. 7,50 *RM.*, Ganzleinen 8,70 *RM.* (Heft 1 u. 2: steif kart. je 2,90 *RM.*, Ganzleinen je 3,50 *RM.*), (Heft 3 [Doppelheft]: steif kart. 5,90 *RM.*, Ganzleinen 7 *RM.*), (Heft 4 [Doppelheft]: steif kart. 5,25 *RM.*, Ganzleinen 6,25 *RM.*).

Das Recht der Neuzeit bringt in der 8. Auflage nach Stichworten alphabetisch geordnet eine Übersicht über die in der Zeit vom 1. Aug. 1914 bis zum 1. Jan. 1934 erlassenen Gesetze, Rechtsverordnungen und Verwaltungsvorschriften des Reichs und Preußens. Mit Rücksicht auf die große Zahl neuer Gesetze, in denen die für den Neuaufbau des deutschen Rechts in dem ersten Jahr des nationalsozialistischen Staats geleistete gewaltige Arbeit zum Ausdruck kommt, muß das Werk von Hoche heute noch mehr als früher als ein unentbehrliches Hilfsmittel bezeichnet werden. Der Verf. hat an dem Grundsatz festgehalten, bei wichtigen Vorschriften außer Datum und Fundort auch eine kurze Inhaltsangabe beizufügen, die aber naturgemäß nicht ausführlich gehalten ist.

Wer den Wortlaut aller seit dem 30. Jan. 1933 erlassenen Gesetze und Verordnungen des Reichs und Preußens nebst den Ausführungsvorschriften nachschlagen will, sei auf die von dem gleichen Verf. herausgegebene Sammlung „Die Gesetzgebung des Kabinetts Hitler“ hingewiesen, von der gerade jetzt Heft 5 erschienen ist, das die Zeit vom 15. Okt. bis 31. Dez. 1933 umfaßt. Das Recht der Neuzeit bildet zu dem anderen Werk eine wertvolle Ergänzung.

D. S.

Kurzkommentar der Zivilprozessordnung in der vom 1. Januar 1934 ab geltenden Fassung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den wichtigsten Nebengesetzen. Von Dr. Adolf Baumbach, SenPräs. beim RG. a. D. 8., durchgearbeitete Auflage, 54.—58. Tausend. München 1934. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. 1581 S., Dünnruckpapier. Taschenformat. Preis geb. 18 *RM.*

Baumbachs Kommentar der ZPO. ist zu einem bestimmten Begriff geworden. Das Erläuterungsbuch gehört neben den großen Kommentaren zu den wenigen Werken, auf die angewendet das Wort „unentbehrlich“ keine Übertreibung ist.

In nicht zu übertreffender Weise sind die einzelnen Bestimmungen des Gesetzes erläutert, die höchstgerichtliche Rechtsprechung in einer

bewunderungswürdigen Weise bearbeitet und jede herangezogene Entscheidung kurz, stichwortartig und doch erschöpfend mit eigener Stellungnahme des Verf. vermerkt. Der Verf. verdient für die hervorragende Leistung bei der Schwierigkeit des Stoffes und der Fülle des gebotenen Materials angesichts der kurzen Zeit, die zur Verfügung stand, die größte Anerkennung.

Hier wäre es nicht am Platze, über die Auslegung der einen oder anderen Bestimmung zu streiten. Es genügt, darauf hinzuweisen, daß Baumbachs Kommentar in keinem Punkt versagt und das Werk nicht nur für den praktischen Anwalt und Richter, sondern auch für den jungen Juristen zum Studium und zur Einführung in die Praxis geeignet ist.

Kn.

Terminkalender für Deutsche Rechtsanwälte und Notare auf das Jahr 1934. Herausgegeben im Auftrage des Reichsfachgruppenleiters der Berufsgruppe Rechtsanwälte des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen von Dr. Heinrich Dittenberger, Rechtsanwalt in Berlin. Kalendarium. 74. Jahrgang. Preis in einem Band geb. 4,50 *RM.*, in zwei Bänden gebunden 5 *RM.* Die Mitglieder des früheren Deutschen Anwaltvereins erhalten den Terminkalender vertragsgemäß durch die Reichsfachgruppe Rechtsanwälte des BNSDZ. zum Vorzugspreis von 3,40 *RM.* bzw. 3,80 *RM.* Carl Heymanns Verlag in Berlin W 8.

Dr. Friedrich Schoen: Leistungswettbewerb und Behinderungswettbewerb. Düsseldorf 1933. Selbstverlag. 50 S. Preis geb. 3 *RM.*

Die Schrift, in der wohl eine Dissertation vermutet werden darf, stellt sich unausgesprochen die Aufgabe, die Richtigkeit der von Ripperdey aufgestellten, scharfsinnig begründeten und durchgeführten Unterscheidung zwischen Leistungs- und Behinderungswettbewerb zu erweisen. Daß dies dem Verf. besser gelungen wäre als N. selbst, läßt sich füglich bezweifeln, zumal ja auch bereits Reinhardt (MuW. 30 S. 10) die Lehre Ripperdeys gegen die Einwendungen von Tschierschky (WartAbsch. 1930, 255 ff.) zu rechtfertigen suchte. Besonderen wissenschaftlichen Wert konnten die Ausführungen des Verf. nur gewinnen, wenn er die von Ripperdey zunächst nur an Hand eines besonderen Tatbestands (Preisunterstützung durch Kartell) und speziell zur Klärung der Generalklausel des Wettbewerbsrechts entwickelten Grundsätze durch Anwendung auf das gesamte Gebiet des Wettbewerbsrechts erweitert und so die Richtigkeit dieser Lehre, insbes. auch als tauglicher Grundlage für die Systematik des Wettbewerbsrechts erprobt hätte. Daran fehlt es durchaus, obwohl die nicht deutlich erkennbare Fragestellung des Verf. anscheinend recht weit gefaßt sein soll.

Der Verf. gelangt nach einem mitunter recht ermüdenden Referat über die in diesem Zusammenhang vertretenen Meinungen, wobei der Verf. sich zumeist auf ablehnende Kritik beschränkt, zu dem Ergebnis, daß die Meinung Ripperdeys zutreffend sei. Zum Schluß (S. 48 ff.) behandelt er dann die Würdigung, die Ripperdeys Ausführungen in der Entsch. des RG. (RG. 134, 342 ff. = JW. 1932, 1893 ff.) gefunden haben und billigt — nach dem bisherigen Anschluß an Ripperdey einigermaßen überraschend — mit leiser Zweifel („wohl mit Recht“) den von dem RG. im Gegensatz zu Ripperdey vertretenen Standpunkt, daß in dem entschiedenen Fall ein Tatbestand des Behinderungswettbewerbs vorgelegen habe.

Schon daran, daß in einem Fall von solch großer Allgemeinbedeutung ganz entgegengesetzte Ergebnisse bei Zugrundelegung der gleichen Gesichtspunkte möglich sind, zeigt sich, daß die Lehre von Ripperdey noch des Ausbaus und der Verfeinerung zugänglich ist. Insbes. hätte für einen Verf., der drei Jahre später als Ripperdey die gleichen Fragen behandelt, nahe gelegen, die entwickelten Grundsätze nach der wesentlich veränderten geistigen und sittlichen Einstellung unserer Zeit zu überprüfen. Die Schlusshausführungen des RG., obwohl schon Ende 1931 niedergelegt, weisen auf solche Betrachtungsweise bereits deutlich hin.

Als Dissertation mit in der Hauptsache komplizatorischem Charakter mag die Abhandlung des Verf. dessen Fähigkeit zu wissenschaftlichem Denken unter Beweis stellen. Mehr läßt sich aber auch von der Leistung des Verf. nicht ausagen.

Prof. Dr. Rüh, Halle a. d. S.

Dr. Walter Köhler, RA. in Mannheim: Allgemeine Verkaufsbedingungen. Mannheim 1934. Deutsches Druck- und Verlags-Haus GmbH.

Zu den mancherlei Kommentaren von Bank-, Versicherungs- und Spediturbedingungen gefellt sich hier eine Erläuterung der

geläufigsten Bestimmungen in den Geschäftsbedingungen für Kaufverträge in Industrie und Handel. Die Aufgabe ist schwieriger als dort, weil hier die Zersplitterung und Vielfältigkeit solcher Bedingungen ungleich viel größer ist — und bleiben muß, wenn die Bedingungen ihrem legitimen Zweck, der Anpassung an die Bedürfnisse der einzelnen Geschäftszweige und -methoden, nicht untreu werden sollen. Kaffe verkauft man anders als Schreibmaschinen; der Händler hat andere Sorgen als der Fabrikant. Der Verf. konnte darum keine bestimmten Bedingungen zugrunde legen; er stellt systematisch zusammen, welche Klauseln jeweils zur Frage der Lieferfrist, der Mängelhaftung, des Vertragsbruchs, der Sicherung des Kaufpreises usw. in Betracht kommen, kommentiert sie gut und knapp an Hand der Rechtsprechung und bespricht zugleich als Ratgeber für den Geschäftsmann oder Syndikus die Vorzüge der verschiedenen Fassungen. Gelegentlich fügt er hinzu, in welchen Branchen die eine oder andere Klausel üblich ist; völlig entgegen kann er der Gefahr einer neuen, gefeßähnlichen Abstraktion von den verschiedenartigen Geschäftszweigen nicht, zumal der innere Zusammenhang der Klauseln gelöst ist.

Die hauptsächlichsten Klauseln für das Inlandsgeschäft dürfen erfaßt sein. Nicht recht zur Geltung kommt Verbreitung und Bedeutung des dem Gefeßrecht unbekanntem Prinzip der Nachbesserung oder Ersatzlieferung bei Sachmängeln; die S. 88 allein besprochene Fassung ist nicht gerade typisch, andererseits beschränkt sich das Prinzip auch nicht auf die Maschinenindustrie, für die es auf S. 92 ff. wieder besonders behandelt ist. Unrichtig sind die Sätze S. 89 über die Arbitrageklausel, deren Sinn man nicht aus Entscheidungen entnehmen darf; davon, daß das Schiedsgericht im Zweifel nur die Tatfrage bei Qualitätsunterschieden zu entscheiden habe, kann keine Rede sein, wie ein Blick in den 4. Band der Berliner Gutachten über Handelsgebräuche lehrt (1930; f. Sachregister bei „Arbitrage“), und RWarn. 1925 Nr. 15 behauptet das auch nicht. Das gleiche gilt für die Angabe, die Arbitrageabrede bedeute regelmäßig, daß der Käufer nur das Recht der Minderung habe. Die Entscheidung des Schiedsgerichts geht doch meist gerade darum, ob der Käufer die Ware trotz Minderwerts mit Preisabzug abnehmen muß oder nicht. Übrigens ist zu den treffenden Ausführungen S. 67 über die Sittenwidrigkeit von Schiedsklauseln die inzwischen erlassene ZPO-Novelle vom 27. Okt. 1933 zu vergleichen; der neue § 1025 Abs. 2 legalisiert die in RG. 137, 251 = JW. 1932, 3817 entwickelten Rechtsgrundsätze und spezialisiert damit wieder für eine wichtige Frage die Norm des § 138 BGB. Auch an § 1027 über die Form von Schiedsverträgen ist zu erinnern. — Bedenklich stimmt S. 106 die Rechtfertigung eines generellen Ausschlusses von Schadensersatzansprüchen des Käufers. Er ist, wie der Verf. selbst bemerkt, noch nicht allgemein üblich und darf es auch nicht werden. Der Fall liegt doch anders als im Transportrecht, wo der Unternehmer nicht leicht alle Gefahrenquellen verstopfen kann, die dem Gut unterwegs drohen, und wo sein Entgelt in keinem inneren Verhältnis zum Wert der Ware und dem möglichen Schaden steht. Verständlich und berechtigt ist der Wunsch des Verkäufers, ungewöhnliche und für ihn unvorhersehbare Schäden abzuwälzen, und für solche Beschränkung sollte es in der Tat gleichgültig sein, ob untergeordnete Organe die Schuld tragen oder der Unternehmer selbst. Ein völliger Ausschluß jeder Haftung aber stört empfindlich das Zusammenspiel in der Gesamtwirtschaft und sollte darum vom verantwortungsbewußten Unternehmer nicht versucht und vom Richter nicht zugelassen werden.

Der Wert der vorzüglichen Arbeit soll darum nicht geschmälert werden. Gut ist auch die kurze Darstellung der Voraussetzungen, unter denen die Lieferungsbedingungen nach der Rechtsprechung Vertragsinhalt werden, und der Grundsätze über ihre Auslegung und Rechtsqualität. Dogmatisch richtig und verdienstvoll ist insbes. die in der Rechtsprechung nicht ganz klar durchgeführte Unterscheidung zwischen der Unmöglichkeit einer Klausel wegen Monopolmißbrauchs nach § 138 BGB. und ihrer Nichtanwendung im Einzelfall auf Grund einer *exceptio doli* (S. 33 ff., 39 ff.).

Ger.-Ass. Dr. Ludwig Kaiser, Berlin.

Dr. Heinz Negenheister: Das Treuhandkonto. Ein Beitrag zum deutschen Treuhandrecht. (Bonner rechtswissenschaftl. Abhandlungen, Heft 27, 1933.) Bonn 1933. Verlag Ludwig Röhrscheid. 96 S. Preis 4 RM.

Im Rahmen der Erörterung der Treuhandprobleme hat neuerdings die Frage des Treuhandkontos in Anbetracht der praktischen Bedeutung zunehmende Beachtung gefunden — zuerst im Gutachten Friedmann (S. 978 ff.), neuerdings eingehend in Siebert: „Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis“ (S. 340 ff.). Die Siebertschen Ausführungen sind allerdings dem Verf. bei Veröffentlichung der Schrift noch nicht bekannt gewesen. Die Regelung des Treuhandkontos erfordert eine Anpassung und Anwendung der allgemeinen Treuhandlehre an die Eigentümlichkeiten des Bankverkehrs; diese ergeben sich besonders aus dem dreieckigen Beziehungsverhältnis:

„Treuhaber, Treuhänder und Bankier“, sowie aus der Tatsache, daß das dem Treuhandverhältnis zugrunde liegende Treugut nicht Eigentum an einer Sache, sondern das auf dem Bankkonto beruhende Forderungszugrecht gegen den Bankier ist. Solange das allgemeine Treuhandproblem in dem gegenwärtigen schwankenden Zustand verharrt und nicht im Rahmen der künftigen Gefeßform seine endgültige Ausgestaltung erfährt, wird auch das Treuhandkonto eine letzte befriedigende Lösung nicht finden können. Nach einer einleitenden Erörterung der Grundlagen des deutschen Treuhandrechts werden von dem Verf. alle Einzelfragen in übersichtlicher Gliederung eingehend untersucht, insbes. die Probleme der Kontenveräußerung und des guten Glaubens des Bankiers. Gegenüber dem Zwiespalt zwischen dem fiduziarischen Rechtsverhältnis und der Ermächtigungstreuhand stellt der Verf. die Ermächtigung in den Vordergrund, da er meint, es handle sich beim Treuhandkonto wesentlich um eine verwaltende Tätigkeit des Treuhänders, wobei er allerdings zugibt, daß die Fiduzia in dem Ausnahmefall den Vorzug verdient, daß ein Sicherungszweck verfolgt wird (S. 55); beachtlich ist, daß Siebert (S. 362 ff.) weitergeht und hinsichtlich der praktischen Verwendbarkeit die fiduziarische Gestaltung und die Ermächtigung als ziemlich gleichwertig gegenüberstellt.

Wenn gerade dieser Punkt hervorgehoben wird, so geschieht es aus dem Anlaß, daß der Anwaltsstand hieran besonders interessiert ist. Die Frage der Behandlung anvertrauter fremder Gelder hat in den letzten Jahren auf Grund besonderer Vorkommnisse die Beachtung der anwaltlichen Standesorgane gefunden und zu einer gemeinsamen Arbeit der deutschen Bankverbände und der Berliner Anwaltskammer geführt. Das Ergebnis dieser Arbeit sind „die Geschäftsbedingungen für Anderkonten der Rechtsanwälte und Notare“. Negenheister prüft die Frage, ob diese Bedingungen mit dem Ergebnis seiner Untersuchungen übereinstimmen (S. 86 ff.) und meint, daß die Geschäftsbedingungen weniger befriedigend, da sie wesentlich von der Fiduzia ausgehen, obwohl es sich bei Rechtsanwälten und Notaren um eine verwaltende Tätigkeit handelt. Unter diesem Gesichtswinkel werden die einzelnen Punkte der Geschäftsbedingungen kritisch gewürdigt. Dieser Umstand allein dürfte dem Berliner Kammerverband Anlaß geben, eine Überprüfung der Geschäftsbedingungen vorzunehmen. Ich persönlich teile die Bedenken des Verf. in vollem Maß nicht, und zwar aus dem Grund, weil es m. E. nicht richtig ist, daß es sich vorwiegend um eine verwaltende Tätigkeit handelt. In vielen Fällen muß unter allen Umständen die mit der Ermächtigung verbundene Folge vermieden werden, daß neben dem Treuhänderanwalts oder -notar auch der Treugeber verfügungsberberechtigt bleibt; es sei erinnert an die Verfügung über den Kaufpreis bei Abwicklung von Kaufverträgen, an hypothekarische Beleihungen, Vollstreckungssicherheiten usw. In solchen Fällen kann der beabsichtigte Erfolg nur durch ein Vollrecht des Fiduziars erreicht werden, während das zu lösende Problem sich dahin verlagert, die größtmögliche Schutzwirkung des Fiduzianten zu erzielen (vgl. hierzu Siebert S. 149 ff.). Die Festlegung dieser Schutzwirkung ist aber gerade der Zweck der Geschäftsbedingungen; nach Ziffer 5 z. B. kann der Bankier bei dem Anderkonto nicht das Recht der Aufrechnung, noch ein Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht ausüben. Es ist zuzugeben, daß bei Ausarbeitung der Geschäftsbedingungen der Unterschied zwischen Fiduzia und Ermächtigung, sowie zwischen dem Verwaltungs- und Sicherungszweck sicherlich nicht im Vordergrund stand, daß man vielmehr in erster Linie eine dem Verkehr dienliche praktische Handhabung erstrebte. Demnach könnte eine Überprüfung nach der Richtung empfohlen werden, ob eine unterschiedliche Behandlung der beiden erwähnten Fälle zu einer Anwendung verschiedener Bedingungen je nach Wahl führt.

Dem Verf. gebührt jedenfalls Dank für die gegebenen Anregungen. Zu loben ist ferner die klare Form der Darstellung, welche die Schrift nicht nur den Anwälten, sondern auch den in gleicher Weise interessierten Kreisen der Bank- und Wirtschaftsfachleute zugänglich macht.

N. Paul Jessen, Kiel.

Dr. jur. et phil. Fritz Blandrat: Die Präsumtionen im Strafrecht. Wien 1933. Manzsche Verlags- und Universitätsbuch. 140 S. Preis 4,70 RM.

Nachdem die Bedeutung der Fiktion im Straf- und Prozeßrecht durch Karl Baumhoer u. v. a. eine eingehende Bearbeitung erfahren hat (vgl. Weisheit Nr. 247 zum Arch. f. Rechts- und Wirtschaftsphilosophie 1930; dort S. 8 ff. die Literatur), legt nunmehr der durch seine umfangreiche Arbeit über die persönlichen Sicherungsmittel im Strafrecht und im Strafverfahren (1932) bekannte Verf. eine eingehende Untersuchung über die Bedeutung der Präsumtionen im Strafrecht vor. Eine solche Untersuchung ist um so wertvoller, als die gesetzlichen Präsumtionen in der zivilrechtlichen Literatur zwar seit langem bekannt und bearbeitet worden sind, während sich auf strafrechtlichem Gebiet nur gelegentliche Hinweise auf diese Rechtserscheinung finden, die nicht näher auf ihr Wesen und ihre Bedeutung gerade für das Strafrecht eingehen. In dieser Hinsicht untersucht

Verf., ob und inwieweit sich Präsumtionen im Strafrecht finden, und ob und in welchem Umfange sie de lege ferenda vermieden werden können. Dabei geht er aus von dem Wesen und den verschiedenen Arten der Präsumtionen, wobei er sich für die vorl. Untersuchung auf die sog. praes. juris et de jure beschränkt, die dann vorliegen, „wenn der Gesetzgeber an andere Merkmale als an diejenigen, welche tatsächlich von Bedeutung sein sollen, anknüpft“. Dies kann wiederum in doppelter Weise der Fall sein: entweder erseht der Gesetzgeber das entscheidende Merkmal durch ein anderes, sagt also a, während er das regelmäßig oder häufig mit dem Merkmal a verbundene Merkmal b meint; oder die Norm wird lediglich auf das Merkmal a abgestellt, obwohl außerdem noch andere Merkmale den rechtlichen Wert oder Unwert der Tat bestimmen. Die Ausschaltung dieser übrigen Merkmale erfolgt dann deshalb, weil sie entweder für den rechtlichen Wert oder Unwert nur in unerheblichem Maße in Betracht kommen, oder weil sie sämtlich hinsichtlich des rechtlichen Wertes untereinander auswechselbar sind (vgl. S. 6), und zwar so, daß lediglich das Merkmal a den rechtlichen Wert der Handlung ausmacht, während die übrigen Merkmale b, c, d usw. die rechtliche Bedeutung des Verhaltens nur unwesentlich beeinflussen oder nur entweder das eine oder das andere von ihnen wegen ihrer rechtlichen Bedeutungsähnlichkeit gegeben sein muß und auch regelmäßig gegeben ist. Der erste Fall, in dem es dem Gesetzgeber nicht auf das in der Strafnorm genannte Merkmal ankommt, dieses vielmehr nur deshalb aufgenommen ist, weil mit ihm regelmäßig ein anderes, tatsächlich relevantes Merkmal verbunden ist, liegt vor allem in den abstrakten Gefährdungs- oder Polizeidelikten vor (Verbot des Schnellfahrens usw.), während die zweite Art von Präsumtionen eine Folge jeder Typenbildung darstellt, die dazu zwingt, bestimmte andere Merkmale, die im konkreten Falle notwendig mit gegeben sind, ungenannt zu lassen. Für die Ungrenzung der ersten Gruppe ist es vor allem wesentlich festzustellen, daß es dem Gesetzgeber auf ein anderes als das Merkmal ankommen ist, das er in den Tatbestand aufgenommen hat, und hierbei kann, wie Verf. richtig hervorhebt, niemals eine Wortinterpretation zum Ziele führen, sondern nur eine Erforschung des Sinnes des Gesetzes und der ratio legis, wie sie sich aus dem Strafgesetz selbst oder aus der gesamten Rechtsordnung ergibt, also eine teleologische Untersuchung, wie sie in den letzten Jahren in der Rpr. und Literatur allgemein üblich geworden ist (vgl. z. B. RG. 58, 314; B. ö. d. B. d. B., Bes. Teil I 381, II 571 A 5; Schwinge, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, 1930, bes. S. 41 ff., 47 ff.; Bohne: JW. 1933, 2286 u. ö.). Derselbe Methode der Gesetzesauslegung findet sich auch in der Lehre von der Gesetzes- oder Rechtsanalogie, nur dient sie hier einem anderen Zweck: hier soll festgestellt werden, daß der Gesetzgeber ein Merkmal in eine Norm aufgenommen hat, auf das es ihm gar nicht ankam, und weiter, unter welchen Voraussetzungen das wirklich relevante Merkmal in den Tatbestand aufgenommen werden konnte, eine Untersuchung, die mithin der Vorbereitung einer Gesetzesreform dient. Weiterhin untersucht Verf. die Gründe, die den Gesetzgeber veranlassen, eine Norm auf ein anderes Merkmal abzustellen, als auf das wirklich relevante, wobei zwischen unbewußten und bewußten Präsumtionen unterschieden wird, von denen die letzteren besonders der leichteren Beweisbarkeit des Tatbestands dienen. Das kann insbesondere dazu führen, an Stelle des Erfolgs die für den Erfolg typische Handlung als solche in den Tatbestand aufzunehmen, und zwar besonders dann, wenn sich der Gesetzgeber selbst noch nicht völlig über die Abgrenzung des zu schützenden Rechtsguts klar ist. (Ein typischer Fall liegt vor in § 173 StGB! Hier zeigt sich auch besonders deutlich die Auswirkung des Festbegriffs in der Praxis: RG. 47, 189 ff. Dazu Binding, Normen, III 528 ff., bes. 552 A 59; Graf zu Dohna, MonSchr. crim. XIII, 228 ff. Zu der ganzen Frage vgl. noch Philipsborn, Die Klassifikation der einzelnen strafbaren Handlungen, 1906; Hanke, Rechtsgüter bei Sittlichkeitsverbrechen. Marburger Diss. 1926, und Krautwig, Die Objekte des Verbrechens. Kölner Diss. 1931.) Verf. unternimmt es nun, die wichtigsten Gruppen von Präsumtionen, die sich im österreichischen Strafrecht finden, aufzusuchen und daraufhin zu untersuchen, ob sie de lege ferenda vermieden werden können, wobei er besonders zwei Gesichtspunkte berücksichtigt: die Frage nach der Schädlichkeit der Präsumtion, d. h. danach, ob sie zu unrichtigen Ergebnissen führen kann, und die Frage, ob ihre Aufhebung wesentliche Beweisschwierigkeiten zur Folge haben könnte. Ausgeschlossen werden dagegen die Präsumtionen, die von der Praxis der Gerichte häufig gegen das Gesetz gebildet werden, indem einem bestimmten Merkmal eine weitergehende Bedeutung beigelegt wird, als es dem Wortlaut und Sinn des Gesetzes entspricht (Bedeutung des Geständnisses, der Vorstrafen usw.). Im einzelnen werden von den materiellrechtlichen Präsumtionen die sich auf dem Gebiete des Unrechts finden, und zwar in bezug auf den Erfolg, auf die Handlung und auf dem Gebiete der Unrechtsausschließungsgründe, ferner die auf dem Gebiete der Schuld, insbes. mit Bezug auf die Täterpersönlichkeit; sodann die Beziehung zwischen Erfolgsaufhebung und Präsumtion wie zwischen Nichtsdelikten und Präsumtion. Weitere Ausführungen beschäftigen sich mit den Präsumtionen außerhalb des Vergeltungstypus (in bezug auf die Spezial- und

Generalprävention und auf außerstrafrechtlichen Gebiet), mit der Erscheinung mehrdeutiger Präsumtionen, der Gnade und gesetzlichen Scheinpräsumtionen. Der zweite Hauptteil hat die Auflösbarkeit der materiellrechtlichen Präsumtionen zum Gegenstand. Hierbei werden zunächst allgemeine Richtlinien gegeben, woran sich die Untersuchung der Auflösbarkeit der Präsumtionen in bezug auf das Unrecht und in bezug auf die Schuld und in den anderen genannten Fällen anschließt.

Wenn in der gesamten Untersuchung positiv-rechtlich auch fast ausschließlich das österreichische geltende Strafrecht zugrunde gelegt wird, so sind die Ausführungen in ihrem systematischen Gehalt doch so folgerichtig und theoretisch beachtlich, daß sie auch für das deutsche Strafrecht, insbes. die legislative Technik, von großer Bedeutung sind. Eine ganz wesentliche Bereicherung der Untersuchung wäre es allerdings gewesen, wenn Verf. die Bedeutung der strafrechtlichen Präsumtionen auch auf dem Gebiet des Strafverfahrens systematisch untersucht hätte, da sich hier die Bedeutung der Präsumtionen in der Praxis am deutlichsten erweisen läßt. Allerdings hat Verf. stets Rücksicht genommen auf Beweisschwierigkeiten oder Beweis erleichtigungen beim Vorliegen oder Auflösen einer Präsumtion, diese Frage aber weniger systematisch behandelt. Dies wäre um so wertvoller gewesen, als gerade dieser Punkt auch in den Darstellungen des Prozeßrechts regelmäßig zu kurz kommt (vgl. z. B. Birkmeyer, Strafprozeß, § 19 II; v. Kries, § 37; Bennecke-Beling, § 83; Rosenfeld, Reichsstrafprozeß, § 21 III; Beling, Deutsches Reichsstrafprozeßrecht, § 58 III 2 u. a.).

Prof. Dr. Bohne, Köln.

Das Neue Deutsche Arbeitsrecht seit der Machtübernahme durch die nationalsozialistische Regierung. Textausgabe mit Erläuterungen und Rechtsprechung. Herausgegeben von Dr. **Max Zeidler**, Stellv. Geschäftsführer des Deutschen Gemeindetags, **C Ernst Stacnide**, Syndikus des Reichsverbandes kommunaler und anderer öffentlicher Arbeitgeberverbände Deutschlands, unter Mitwirkung von Dr. **Hans Schiedt**, Referent beim Reichsverband kommunaler und anderer öffentlicher Arbeitgeberverbände Deutschlands. Stuttgart 1934. Verlag W. Kohlhammer. Mit Ergänzungslieferung 1 — 32 Druckblätter.

Das ausgezeichnete Werk bietet eine systematisch gegliederte Zusammenfassung der von der nationalsozialistischen Reichsregierung erlassenen Gesetze und Rechtsverordnungen arbeitsrechtlichen Inhalts, und zwar in Loseblattform. Diese Form ermöglicht es, das Werk ständig auf dem laufenden zu halten, was durch Herausgabe von ErgänzungsLieferungen geschehen soll. Die erste von diesen liegt bereits vor.

Die Anordnung des Stoffes ist außerordentlich übersichtlich. Inhaltsübersicht und alphabetisches Sachverzeichnis erleichtern den Gebrauch. Soweit zu den ergangenen Gesetzen eine amtliche Begründung vorliegt, ist sie mit abgedruckt. Zu jedem Gesetz sind Erläuterungen gegeben, die durch Klarheit und knappe Form auffallen. Endlich werden grundlegende Entscheidungen auszugswweise mitgeteilt. Bei der Auswahl dieser Entscheidungen sind bisher die Berliner Arbeitsgerichtsbehörden vielleicht noch etwas zu stark in den Vordergrund getreten.

Im übrigen läßt das Werk kaum etwas zu wünschen übrig. Es ist wirklich unentbehrlich für jeden, der sich mit der Praxis des Arbeitsrechts zu befassen hat. Den Herausgebern und dem Verlag gebührt uneingeschränkte Anerkennung.

RA. Dr. W. Oppermann, Dresden.

Dr. Carl Heyland, a. o. Prof. der Rechte an der hessischen Landesuniversität Gießen, RA. in Frankfurt a. M.: **Die Rechtsgültigkeit von Zusicherungen nach deutschem und preussischem Beamtenrecht**. Berlin 1932. Carl Heymanns Verlag. Preis 8 RM.

Der Verf. untersucht das — wie er zeigt, erst in der Nachkriegszeit recht bedeutend gewordene, bisher im Schrifttum noch nicht im Zusammenhang behandelte — Rechtsgebilde der beamtenrechtlichen Zusicherung; nicht nur, wie der Buchtitel glauben macht, nach der Richtung der Rechtsgültigkeit, sondern auch in bezug auf die Rechtswirkung, die Geltendmachung und den Widerruf. Unter dem Abschnitt „Geltendmachung und Widerruf“ werden auch Fragen der Auslegung von (günstigen) Zusicherungen erörtert. Anhangsweise wird der — inzwischen rettungslos geschichtliche Vergangenheit gewordene — Entwurf eines deutschen Beamtengesetzes besprochen, der im Sommer 1928 dem Reichstag durch einen Initiativantrag der Demokratischen Fraktion vorgelegt worden ist, und schließlich wird die Einwirkung der RPräsVd. v. 1. Dez. 1930, v. 5. Juni, v. 6. Okt. und vom 8. Dez. 1931 untersucht. Es handelt sich also um eine umfassende Darstellung der Rechtsform „Zusicherung“, wenn auch in der Be-

schränkung auf Reichsrecht und preussisches Landesrecht. Die Abhandlung ist, wie im Vorwort betont wird, aus der Praxis für die Praxis geschrieben, sie verzichtet daher auf ganz strenge Systematik und auf tiefgehende Eindringen in rechtstheoretische Fragen, verarbeitet aber, dem Praktiker sicher willkommen, eine mit größtem Fleiß zusammengetragene Fülle gerichtlicher Entscheidungen und setzt sich in selbständiger Prüfung mit ihnen auseinander.

Unter „Zusicherung“ versteht der Verf. „ein öffentlich-rechtliches Rechtsgeschäft, durch das der öffentlich-rechtliche Dienstherr einem einzelnen Beamten oder Beamtenanwärter oder einer individuell bestimmbar Mehrheit von Beamten oder Beamtenanwärtern eine günstige Rechtsstellung einräumt, als sie für die Beamten oder Beamtenanwärter nach den in Geltung befindlichen beamtenrechtlichen Vorschriften in allgemeinen begründet ist“. Bewußt scheidet er also aus dem Begriff aus alle Zusagen einer Vorzugsstellung, die auf Rechtsfähigkeiten beruhen, er beschränkt den Begriff vielmehr auf Zusagen, die durch Verwaltungsakte (öffentlich-rechtliche Rechtsgeschäfte) erteilt werden. Die Beschränkung ist insofern zweckmäßig, als die den Hauptinhalt der Abhandlung bildenden Fragen der Rechtsgültigkeit bei rechtsfähigen Zusagen eine weitaus geringere Rolle spielen als bei den rechtsgeschäftlichen; innerlich begründet ist sie nicht. Sie hat in einer mecklenburgischen Sache den beklagten Staat verleitet, gegenüber der auf eine Fußnote des BesoldG. gestützten Klage eines Beamten einzurufen, eine Zusicherung, die wohlverordnete, gegen spätere gesetzliche Eingriffe geschützte Beamtenrechte schaffe, könne nur in einem einzelnen Verwaltungsakt bestehen (vgl. Art. des RG. vom 4. April 1933: ZBR. 5, 131). Beachtlich und unter Umständen von erheblichen Rechtsfolgen bleibt natürlich der Unterschied zwischen rechtsfähigen und rechtsgeschäftlichen Zusicherungen. So bedürfen nur die letzteren der in § 56 Nr. 8 OstStädteD., § 61 Nr. 8 StädteD. der Provinz Hessen-Nassau vorgeschriebenen Form, während die Mitteilung eines Gemeindebeschlusses an die durch ihn begünstigten Beamten formlos wirksam ist (Art. des RG. v. 31. März 1925, III 175/24, und v. 27. Jan. 1925, III 1010/23). Nicht streng an seine Begriffsbestimmung hält sich andererseits der Verf. insofern, als er in den Kreis seiner Betrachtung mehrfach Anstellungsbedingungen zieht, die im Einzelfall von der Behörde mit dem Anzustellenden vereinbart worden sind, ohne daß aber dabei ausdrücklich gemacht oder irgendwelcher Wert darauf gelegt wird, ob für Beamte dieser Art überhaupt allgemeine Vorschriften bestanden, die an sich dem Betreffenden nur eine minder günstige Rechtsstellung eingeräumt hätten. (Nebenbei bemerkt sei, daß die Bezeichnung „Beamtenanwärter“, die der Verf. durchgehend für die Bewerber um eine Beamtenanstellung verwendet, besser für diejenigen Amtsbewerber vorbehalten bleiben sollte, die zu dem öffentlich-rechtlichen Dienstherrn schon in einem — bürgerlich-rechtlichen — Dienstverhältnis stehen; vgl. Art. des RG. v. 20. Dez. 1932, III 171/32.)

Zutreffend und für die Untersuchung fruchtbar ist die Unterscheidung zwischen vermögensrechtlichen und dienstrechtlichen Zusicherungen, nämlich solchen, deren unmittelbarer Zweck auf eine wirtschaftliche Besserstellung des Beamten gerichtet ist (Zusicherung einer persönlichen Zulage, eines bestimmten Besoldungsbiensalters usw.) und solchen, die sich allein auf die dienstliche Stellung beziehen (Zulage der Anstellung, der Beförderung usw.), deren etwaige vermögensrechtlichen Auswirkungen vielleicht den Beweggrund, aber nicht den Inhalt und Zweck der Z. bilden. Freilich den grundlegenden Unterschied in der Rechtswirkung dieser beiden Arten von Zusicherungen, den das RG. in ständiger Rechtsprechung von jeher festgehalten hat, erkennt der Verf. nicht an. Das RG. hält es für schlechthin unvereinbar mit der Amtshoheit, daß der Staat oder ein anderer öffentlich-rechtlicher Dienstherr sich verpflichtet, jemanden als Beamten anzustellen, ihm ein bestimmtes Amt zu übertragen, ihn zu befördern usw. Die Schaffung einer Rechtspflicht hierzu sei unmöglich, aus einer derartigen Zusicherung gebe es weder Klage auf Erfüllung noch auf Schadensersatz (RG. 53, 423 ff.; ZB. 1924, 1301⁸; neuerdings z. B. ZBR. 5, 38). Diese, kürzlich auch vom KArbG. (Art. v. 23. Nov. 1932: VenshSamml. 17, 129) ausdrücklich gebilligte Auffassung hält der Verf. für unrichtig. Sie enthalte lediglich eine *petitio principii*, die offenbar auf irrige Rechtsanschauungen aus der Zeit des Polizeistaats zurückzuführen sei, wo subjektive öffentliche Rechte des Untertanen gegenüber dem Staat als Träger der öffentlichen Verwaltung „begrifflich unmöglich“ gewesen seien. Das heute allgemein, auch vom RG., anerkannte Recht des Beamten „auf die allgemeine Dienststellung“, d. h. „auf Aufrechterhaltung des bestehenden Beamtenverhältnisses“, beweise, daß subjektive Beamtenrechte mit der neuzeitlichen Staatsauffassung recht wohl vereinbar seien. Der öffentlich-rechtliche Dienstherr könne, ehe er eine solche Zulage abgebe, die Eignung des Bewerbers eingehend prüfen. Die Willigkeit fordere Einhaltung gegebener Zusagen, und die Staatsautorität würde schwersten Schäden leiden, wenn feierlichen Versprechungen nicht fester vertraut werden könne, als den Versprechungen irgendeines dunklen Ehrenmannes. Freilich will der Verf. die Möglichkeit bindender Zusicherungen schlechthin nur insoweit bejahen, als die Übernahme in ein bestimmtes Beamtenverhältnis zugesichert ist, wogegen er für Zusicherungen

auf Übertragung eines „generell oder individuell bestimmten“ Amtes Unterscheidungen machen will, je nach der Art des zugesicherten Amtes, und zwar will er entscheidend sein lassen, ob jeweils der Inhaber eines Amtes der betreffenden Art ein subjektives Recht auf Verbleiben darin habe. So hält er z. B. die Zulage der Übertragung eines politischen Amtes für schlechthin unwirksam, weil der Inhaber eines solchen jederzeit in den Wartestand versetzt werden könne, während die Zusicherung dann rechtlich möglich sei, wenn sie sich auf ein Amt beziehe, dessen Inhaber kraft Gesetzes unversetzbar sei, wie das Amt des Präsidenten, der Senatspräsidenten und der Räte des RG., eines preuß. Universitätsprofessors usw. Durch solche Gründe wird sich das RG. auch in Zukunft schwerlich von seinem bisherigen Standpunkt abbringen lassen, bis jetzt sind sie ihm — soweit ich sehe — weder durch Ausführungen eines angefochtenen Urteils noch durch Parteivorträge in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich zur Entscheidung unterbreitet worden. Noch in dem mir zufällig vorliegenden Art. v. 28. Febr. 1933, III 255/32, also lange nach Erscheinen der Heylandschen Schrift, hat es mit bürren Worten ausgesprochen, daß aus einer Zusicherung auf Verleihung eines Amtes klagbare Ansprüche nicht erwachsen könnten; ebenso im Art. vom 14. März 1933, III 302, 378/32, daß es einen im Rechtsweg verfolgbar Anspruch auf Beförderung nicht gebe (s. auch Gruch. 73, 353). Vor allem für den heutigen Staat scheint mir die Möglichkeit einer solchen Bindung auf womöglich Jahre hinaus völlig unerträglich, zumal wenn man mit Heyland einen Widerruf wegen veränderter Umstände nicht zulassen will.

Lebighig berichtet sei, daß Heyland die Rechtsprechung des RG. auch zu der Frage ablehnt, ob ein bloßer, durch den Beamten selbst sei es überhaupt nicht, sei es wenigstens nicht schuldhaft hervorgerufener Irrtum der Anstellungsbehörde diese zum Widerruf einer Anstellung, einer Zurücksetzung usw. berechtigt. Für nicht unbegründet möchte ich persönlich die Einwendungen halten, die Heyland gegen die Begründung des — in seinem Ergebnis übrigens auch von ihm gebilligten — Art. des RG. v. 17. März 1931: RG. 132, 122 erhebt, daß sich zu sehr in zivilistischen Gedankengängen bewege.

Nicht völlig klar geworden ist mir die Unterscheidung, die der Verf. vornimmt zwischen Zusicherungen, durch die öffentlich-rechtliche Ansprüche, d. h. doch wohl subjektive Rechte, des Verprechensempfängers geschaffen, und solchen, durch die nur eine Rechtspflicht des öffentlich-rechtlichen Dienstherrn dem begünstigten Beamten gegenüber begründet werden (dazu vgl. auch die Anmerkung Heylands: ZB. 1926, 2305⁹). Nach der Rechtsprechung des RG. (z. B. ZBR. 5, 131) jedenfalls fallen beamtenrechtliche Zusicherungen allgemein unter den Schutz des Art. 129 KVerf. Auch scheint mir nicht genau schief auseinandergehalten zu sein, wann in der Verletzung einer Zusicherung die Verletzung einer aus dem Beamtenverhältnis entspringenden Rechtspflicht und wann darin eine unerlaubte Handlung zu erblicken ist und wie sich in dem einen und in dem anderen Fall die Rechtsfolgen gestalten. Auch die Rechtsprechung des RG. scheint mir übrigens in diesem Punkt nicht völlig einheitlich zu sein.

Mit besonderer Liebe geht Heyland der Lehre Walter Zelinks vom zweiseitigen Verwaltungsakt nach. Er bringt auch die Zusicherung unter diesen Begriff und zieht daraus wiederholt Folgerungen. Das RG. hat — mit, soweit ich sehe, alleiniger Ausnahme des Art. v. 22. Nov. 1929: RG. 126, 243 = ZB. 1930, 1188 — die Verwendung des Ausdrucks vermieden, hat in der Sache selbst aber niemals auf einem anderen Standpunkt gestanden, als dem, daß die Anstellung eines Beamten ohne dessen Zustimmung schlechthin unwirksam und nicht etwa wie bei den sog. Verwaltungsakten auf Unterwerfung lebighig ansprechbar ist. Infolgedessen wird den vom Verf. aus dieser Rechtsnatur der Zusicherung gezogenen Schlüssen auch vom Standpunkt des RG. nicht widersprochen werden können.

Das Gesetz zur Änderung von Vorschriften auf dem Gebiet des allgemeinen Beamten- u. v. Rechts (BVerfG.) v. 30. Juni 1933, das mit rücksichtsloser Schärfe über wohlverordnete Rechte aus Zusicherungen hinweggeht (siehe §§ 40, 44, 51, 52, 53, 55, 63, 79), hat es mit sich gebracht, daß das Buch Heylands augenblicklich nicht mehr so häufig wie bisher Berater der Rechtspraxis wird sein können. Völlig verloren aber hat es seine Bedeutung auch nicht für die Rechtsanwendung, denn in gewissen Grenzen läßt das BVerfG. nicht nur Zusicherungen aus der Vergangenheit bestehen, sondern auch künftige zu. Nichts genommen ist ihm durch das Gesetz von seinem Wert als einer klaren, auf dem festen Boden des Rechtslebens stehenden Übersicht über ein in solcher Vollständigkeit bisher noch nicht dargestelltes Rechtsgebiet.

RGW. Dr. Brodführer, Leipzig.

Dr. jur. Joachim Woelker: Das Staatsleben unter der Sächsischen Verfassung vom 1. November 1920 in der Zeit vom 31. März 1927 bis zum 11. Juli 1931 (Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, herausgegeben von der Leipziger

Juristen-Fakultät, Heft 80). Leipzig 1933. Theodor Weicher.
142 S. Preis 7 *R.M.*

Im Anschluß an die 1928 als Heft 32 der gleichen Schriftenreihe erschienene Darstellung des Staatslebens unter der Sächsischen Verfassung bis 1927 von Reichelt und in Ergänzung des Berichts von Apelt: Jahrb. Off. R. 19 (1931) schildert der Verf. die staatsrechtlichen Vorgänge in Sachsen während vierer Jahre. Die Lehren, die man aus diesem Rückblick ziehen könnte, daß nämlich die deutschen Verfassungen von 1919 und 1920 ihre Aufgabe, eine gute und gerechte Leitung der staatlichen Angelegenheiten zum Wohle des Volkes zu sichern, nicht gelöst haben und daß insbes. der Länderparlamentarismus sich als höchst unglückliche Belastung des politischen Lebens erwiesen hat, sind inzwischen Allgemeingut geworden. Die vorliegende Schrift war insoweit schon zur Zeit ihres Erscheinens sachlich überholt. Sie ist es nicht als historische Darstellung dessen, wie im Namen längst unglücklich gewordener Ideologien und im Dienst pluralistischen Machtstrebens gesündigt werden kann: Politischer Kampf der Parteien, der Regierung, des Reichsgerichts und des Staatsgerichtshofs um das Idol der Wahlgleichheit, parlamentarische Kämpfe um Aufwandsentschädigungen, um die Geschäftsordnung, um die Rechte der Ausschüsse, um Landtagsauflösungen usw. — nicht zuletzt um die Bildung der Landesregierung, deren kleiner es gelang, gestützt auf eine überzeugende Mehrheit, über einen längeren Zeitraum hin die Geschicke des Volkes in sachlicher Arbeit zu lenken und zu verwalten. Die Schädigung dieser Vorgänge und ihrer Motive begleitet der Verf. mit meist zutreffenden juristischen Erwägungen, auf die des näheren einzugehen sich erübrigt, nachdem ihre Rechtsgrundlagen hinfällig geworden sind.

Prof. Dr. Hans J. Wolff, Frankfurt a. M.

Efried Härle: Die allgemeinen Entscheidungsgrundlagen des Ständigen Internationalen Gerichtshofes. Eine kritisch würdigende Untersuchung über Art. 38 des Gerichtshof-Statuts. (Völkerrechtliche Monographien, herausgegeben von Herbert Kraus, Walther Schücking, Karl Strupp und Hans Wehberg, Heft 10.) Berlin 1933. Verlag Franz Vahlen. XII, 329 S. Preis kart. 18 *R.M.*

Das Werk, das aus einer von der Universität Basel preisgekrönten Arbeit hervorgegangen ist, befaßt sich in seinem Hauptteil mit einer Untersuchung der Frage, was unter den vom Statut des St. I. G. genannten „*principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées*“ zu verstehen ist, die das Gericht neben Staatsverträgen und „*coutume internationale*“ seinen Entscheidungen zugrunde legen soll. Verf. prüft weiter den Hinweis desselben Artikels des Statuts auf Gerichtspraxis und Lehre und geht kurz auf die Bedeutung der Entscheidung *ex aequo et bono* ein. — Das Thema des Buches geht in seiner Bedeutung über das Gebiet des internationalen Verfahrensrechtes, ja selbst über das des Völkerrechtes hinaus und beansprucht für die gesamte Rechtsquellenlehre weitgehendes Interesse. Das gilt besonders für die Frage der „allgemeinen Rechtsgrundsätze“, die Verf. für allen Rechtsordnungen immanente, tiefer postulierte Gerechtigkeitsnormen eines univiersell wirkenden Rechtsbewußtseins hält, und ergibt sich für das Problem der Bedeutung von Gerichtspraxis und Doktrin aus dem Zusammenhang mit dem berühmten Artikel 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, den „*principi generali di diritto*“ des italienischen Zivilgesetzbuches und ähnlichen bekannten Bestimmungen. Die Beschäftigung mit diesen Fragen läßt den Wert der Rechtsvergleichung für die Wissenschaft vom Völkerrecht hervortreten, indem dabei deutlich wird, daß ein fundiertes völkerrechtliches Wissen ohne umfassende Kenntnis der auf der Welt geltenden Rechtssysteme und des verschiedenen Rechtsdenkens — auch auf rein privatrechtlichem Gebiet — nicht möglich ist. Zum anderen vermag die Lehre von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen im Völkerrecht vielleicht Fingerzeige für das Verhältnis von Völkerrecht und internationalem Privatrecht zu geben, jedenfalls in dem tatsächlichen Sinne, daß diese allgemeinen Rechtsgrundsätze einerseits dem Völkerrecht angehören und andererseits vom St. I. G. zu berücksichtigen sind. Vielleicht wird eine genaue Erforschung dieser Grundsätze gewisse Gemeinsamkeiten beider Rechtsordnungssysteme beleuchten können.

Es ist daher sehr verdienstlich, daß der Verf. auch den Versuch gemacht hat, die allgemeinen Rechtsgrundsätze ihrem Inhalt nach eingehender darzustellen. Im übrigen liegt der Wert der Arbeit nicht zum Geringsten in der sorgfältigen, bisher nicht vorhandenen, kritischen Darstellung der in den Verhandlungen über das Courstatut hervorgetretenen Anschauungen über Wesen und Bedeutung der Rechtsgrundsätze. Verf. hält sie für Normen des positiven Rechts und setzt sich in vorzüglich klarer Weise mit den verschiedenen, vor allem auch den naturrechtlichen Anschauungen auseinander. Sowohl zu den grundsätzlichen Ausführungen, wie zu der Darstellung der Rechtsätze selbst,

wie auch zu vielen Einzelfragen — z. B. der Auffassung des Verf., daß sich die Rechtsprechung der Cour nach Statut und Praxis nicht auf rechtliche Fragen beschränke —, wäre manches Kritische zu sagen. Ich möchte mich hier auf einen Punkt beschränken: In den Ausführungen des Verf. über die „Subsidiarität“ der Geltung der „Rechtsgrundsätze“ — d. h. im Verhältnis dieser Normen zu denen des Vertragsrechts und des Gewohnheitsrechts — ist m. E. in einem Punkt noch nicht völlige Klarheit vorhanden. Die Lehre des Verf. ist schon von anderer Seite angegriffen worden (von der Heydte, Friedenswarte, 1933, S. 289). Ich habe jedoch eine andere Frage im Auge: Verf. fordert, daß die Rechtsgrundsätze, anstatt nur „subsidiär“ zu gelten, zu „vollwertigen, generell gültigen“, „für die gesamte Staatenwelt anerkannten“ Normen werden (S. 80 ff.). Ich glaube, subsidiär und generell sind keine Gegensätze. Daß die „Grundsätze“ für alle Staaten (aber eben nur subsidiär!) gelten, wird vom Verf. selbst an anderer Stelle dargetan, bei Behandlung der Frage nämlich, ob sie nur von dem St. I. G. oder von allen Schlichtungsinstanzen anzuwenden sind (S. 70 ff.). Verf. meint in Wahrheit, diese Grundsätze sollten anstatt *dispositiv*, vielmehr *zwingenden* Rechts sein, so wenn er an anderer Stelle (S. 105) fordert, daß sie auch „*reniteuten*“ Staaten gegenüber durchzusetzen sein sollten. Wird die These des Verf. als solche erkannt, so erweist sie sich aber als unrichtig. Man braucht nur die vom Verf. selbst aufgestellten „Grundsätze“ einmal durchzusehen, um festzustellen, daß bei vielen nicht der mindeste Grund dafür besteht, den Staaten eine andere Regelung im Einzelfall zu verbieten (z. B. der Umfang des Schadensersatzes, ob *lucrum cessans*, ob indirekter und immaterieller Schaden; ob *Vorteilsausgleichung*, ob Verzugszinsen, ob Erfüllungsanpruch oder nur Schadensersatz usw.). Verf. kommt zu dieser Meinung wohl auf Grund der Annahme, daß diese Grundsätze alle „tiefer postuliert“ seien, daß sie „sich auf Gerechtigkeitsanschauungen gründen“. Das scheint mir — ganz gleich, ob dies an sich richtig ist — ein Fehlschluß zu sein. Gerechtigkeit gibt es nur im Einzelfall, und juristisch „gerecht“ ist eine Situation jedenfalls dann, wenn beide Teile sie wirklich frei wollen. Ein Rechtsatz ist zwingend nicht um der Gerechtigkeit willen, sondern damit keine der Grundstruktur der betreffenden Rechtsordnung widersprechenden, somit destruktiven, Regelungen getroffen werden, aus Ordnungsgründen also, nicht aus Gerechtigkeitsgründen. Daher können auch in verschiednen konstruierten Rechtsordnungen jeweils Normen völlig verschiedenen Inhalts zwingend sein und doch die Anschauungen über die Gerechtigkeit völlig übereinstimmen. Die Forderung nach zwingendem Recht kann daher in der vom Verf. eingeschlagenen Weise nicht begründet werden. — Eine Formalität zum Schluß. Wenn Verf. einmal Karl Schmidt (S. 85), ein andermal R. Schmitt (S. 321) an Stelle von Carl Schmitt zitiert oder wenn er die „*Zeitschr. für ausl. öff. Recht u. Völkerrecht*“, in der der bekannte Aufsatz von Brunz, „Völkerrecht als Rechtsordnung“ erschienen ist, mit der „*Zeitschr. für Völkerrecht*“ verwechselt (S. 314, 324), so setzt er sich der Gefahr des Vorwurfs eines wissenschaftlichen Dilettantismus aus, den gerade der, der den sachlichen Wert des Buches zu schätzen weiß, bedauern würde.

U. Graf von Mandelsloh, Berlin.

Almanach de Gotha. Annuaire Généalogique diplomatique et statistique 1934. Gotha. Justus Perthes.
1372 S. Preis 28 *R.M.*

Der genealogische erste Teil enthält die Familiendaten sämtlicher regierender oder entsetzter Herrscherhäuser sowie der mediatisierten und der sonstigen fürstlichen Häuser; der zweite Teil bringt das diplomatische und statistische Jahrbuch. Auch der, der glaubt, den ersten Teil nie notwendig zu haben, wird oft den zweiten erfolgreich zu Rate ziehen können. Der Almanach z. B., welcher rechtliche oder tatsächliche Nachforschungen in Neuzealand vorzunehmen hat, erfährt die dort bestehenden Ministerien und die Namen ihrer höchsten Beamten. Oft werden kirchliche Stellen in Anspruch zu nehmen sein; im „Gotha“ sind die obersten geistlichen Behörden nebst Anschrift verzeichnet. Auch sämtliche Angaben über die fremden Vertretungen im entferntesten Staat sind vorhanden. Die wesentlichsten Angaben aus der Landesstatistik geben weitere wertvolle Fingerzeige. Keine größere Bibliothek sollte das jetzt im 171. Jahrgang erscheinende Taschenbuch entbehren.

U.

Eingegangene Bücher.

W-B-Jahrbuch 1934. Hrsg. vom Institut der Wirtschaftsprüfer, Berlin. Leipzig 1934. G. U. Hoeschner. Etwa 400 Seiten. Taschenbuchformat. Preis Leinenband 3,80 *R.M.*, Lederband 4,90 *R.M.*

Das Recht im neuen Reich. Loseblattausgabe der Gesetze des Reichs mit den wichtigsten Ansh. in systemat. Anordnung. Hrsg. von Karl Waldmann, Staatsrat im würt. Staatsmin.,

Dr. Otto Müller, RegM. beim württ. OVerfA., Eugen Munder, RechM. beim württ. OVerfA. Stuttgart 1933. Verlag W. Kohlhammer. 5. Nachtragslieferung zur Ausgabe Reich. 72 Nachlieferungsbätter sowie Titelblatt, Vorwort und Inhaltsverzeichnis (für Bd. 2).

Kalender für Gemeindebeamte (Kombi-Kalender) 1934. Hrsg. vom Verbands der Kommunalbeamten und -angestellten

Preußens, e. B. (Kombi). 35. Jahrg. Berlin. Verlag Franz Vahlen. Preis in Leinen 1,90 RM.

Frommes Juristen-Kalender. 62. Jahrgang. 1934. Verlag Carl Fromme, Wien V. Preis 4,20 RM.

W. D. B. Taschenbuch 1934. Hrsg. vom Verband Deutscher Buchrevisoren, Wirtschaftsprüfer und -treuhänder (W. D. B.) im V. D. B. Stuttgart. Rüttsche Verlagsbuchh. 470 S. Preis Ganzleinen 3,50 RM.

Die Gesetzgebung des Dritten Reiches.

Nach kurzer Weihnachtspause ergingen in den ersten Januarwochen Gesetze von einschneidender Bedeutung. Auf dem Gebiete der Rechtspflege erging das Gesetz über die Vorstände der Anwaltskammern v. 6. Jan. 1934 (RGBl. I, 21). Danach finden bis 31. März 1935 Wahlen zum Vorstand der Anwaltskammern nach § 43 Abs. 1 RD. nicht statt. Die bei Inkrafttreten des Gesetzes im Amt befindlichen Mitglieder des Vorstandes bleiben bis 31. März 1935 im Amt, soweit die Amtszeit nicht über diesen Zeitpunkt infolge einer Wahl nach § 44 RD. hinausreicht. Allenfalls notwendige Ergänzung des Vorstandes erfolgt bis 31. März 1935 im Wege der Zuwahl.

Die 2. RD. über den vorläufigen Aufbau des Reichsnährstandes v. 15. Jan. 1934 (RGBl. I, 32) brachte nähere Ausführungen über landwirtschaftliche Genossenschaften im Sinne des Reichsnährstandes (§ 1), über die Führung des Reichsverbandes der deutschen landwirtschaftlichen Genossenschaften durch den Reichsbauernführer (§ 2), über die Verpflichtung der Vorstände landwirtschaftlicher Genossenschaften auf Antrag des Reichsbauernführers Generalversammlungen einzuberufen (§ 3). § 5 ermächtigt zur Bildung von Standesgerichten zur Wahrung der Standesehre.

Die Verfahrensordnung für Berufsgerichte der Presse v. 15. Jan. 1934 (RGBl. I, 40) regelt in den allgemeinen Vorschriften die Bildung der Berufsgerichte der Presse (§ 1), die Zuständigkeit (§ 2), die Besetzung der Gerichte (§§ 3—5), die Rechtshilfpflicht der ordentlichen Gerichte (§ 6), die Kosten der Berufsgerichte (§ 7). Das ehrengerichtliche Verfahren ist in den §§ 8—27 im einzelnen geordnet. Die Vorschriften der SPD. finden entsprechende Anwendung. Eine Mitwirkung der Staatsanwaltschaft findet nicht statt (§ 8). Ein ehrengerichtliches Verfahren ist nur zulässig, wenn es zur Lösung des Betreffenden in der Berufsliste führen wird (§ 9). Die Verjährungsfrist beträgt 5 Jahre (§ 10). § 11 regelt die Einstellung des Verfahrens. Gegen die vorläufige Unterlegung der Berufsausübung ist schriftliche Beschwerde innerhalb einer Woche vorgesehen (§ 12). Bei Erhebung der öffentlichen Klage ist das ehrengerichtliche Verfahren auszuweisen (§ 13 Abs. 1). § 14 gibt nähere Anweisung über die Anzeige wegen Berufsvergehens und über die Behandlung der Anzeige. Der Antrag auf Eröffnung des Verfahrens kann vom Leiter des Landesverbandes zurückgenommen werden (§ 15). Die Tätigkeit und die Befugnisse des Vorsitzenden des Bezirksgerichtes regeln die §§ 16 bis 18, die §§ 19—22 regeln das Verfahren in der mündlichen Hauptverhandlung. § 23 trifft Bestimmungen über die Berufungseinlegung. Die Berufungsfrist beträgt 2 Wochen. § 24 regelt das Verfahren vor dem Pressegerichtshof, die §§ 25—27 die Vollstreckung und die Kostenfrage.

Das Einspruchsverfahren gem. § 10 Satz 2 und § 11 Satz 2 SchriftleiterG. ordnen die §§ 28—43. Die Entscheidung des Gerichtes über den Einspruch erfolgt in öffentlicher mündlicher Verhandlung (§ 32). Gegen die Entscheidung im Einspruchsverfahren ist die Rechtsbeschwerde an den Pressegerichtshof gegeben. Die Einlegungsfrist für die schriftlich zu begründende Rechtsbeschwerde beträgt 4 Wochen ab Zustellung des Urteils des Bezirksgerichtes. Die Rechtsbeschwerde kann nur auf Gesetzesverletzung gestützt werden (§ 42).

Auf wirtschaftlichem Gebiete erging das Gesetz gegen Waldverwüstung v. 18. Jan. 1934 (RGBl. I, 37). § 2 verbietet die Abholzung hiebunreifer Nadelhochwaldbestände und gibt bestimmte Mindestmengen an, über die bei der Abholzung nicht hinausgegangen werden darf. Ein Verstoß gegen diese Bestimmungen kann mit Gefängnis bis zu einem Jahr und mit Geldstrafe oder mit einer dieser Strafen geahndet werden. Die Strafverfolgung tritt nur auf Antrag ein. Der Antrag ist zurücknehmbar (§ 3). Neben der Strafe kann auf Einziehung des geschlagenen Holzes erkannt werden. Auf die Einziehung kann auch selbständig erkannt werden (§ 4). § 5 trifft Bestimmungen über die Wiederaufstellung auf Kosten des Eigentümers oder des sonst zur Verfügung Berechtigten.

Von außerordentlicher Bedeutung ist das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit v. 20. Jan. 1934 (RGBl. I, 45). Der 1. Abschnitt behandelt die Führer des Betriebes und den Ver-

trauensrat (= VR.). Der Unternehmer ist Führer, die Angestellten und Arbeiter sind die Gefolgschaft mit dem Ziele der Förderung der Betriebszwecke und zum gemeinen Nutzen von Volk und Staat (§ 1). Der Führer entscheidet in allen betrieblichen Angelegenheiten (§ 2). Bei juristischen Personen und Personengesellschaften ist der gesetzliche Vertreter der Führer (§ 3). § 4 regelt, was Betrieb im Sinne des Gesetzes ist. § 5 ordnet die Stellung des VR., § 6 seine Pflichten, § 7 die Zahl der Vertrauensleute, § 8 die Voraussetzungen für die Bestellung zum Vertrauensmann, § 9 die Art der Berufung des VR., § 10 die Verpflichtungserklärung der Vertrauensleute. Das Amt des VR. dauert ein Jahr (1. Mai bis 30. April) (§ 11). § 12 regelt die Einberufung des VR. Das Amt der Vertrauensmänner ist ein Ehrenamt (§ 13). Die §§ 14 und 15 treffen Bestimmungen über das Erlöschen des Amtes als Vertrauensmann. § 16 regelt die Voraussetzung der Anrufung des Treuhänders der Arbeit durch den VR.

Der Abschnitt 2 des Gesetzes befaßt sich mit dem Treuhänder der Arbeit (= TdA.). Dieser wird für größere Wirtschaftszweige bestellt (§ 18). Die TdA. haben für die Erhaltung des Arbeitsfriedens zu sorgen (§ 19). Bei Entlassungen ist dem TdA. vom Unternehmer schriftlich Anzeige zu erstatten (§ 20). Dem TdA. können Beauftragte unterstellt werden, die seine Arbeit für einen bestimmten Bezirk zu versehen haben (§ 21). Wiederholte vorsätzliche Zuwiderhandlungen gegen die Anordnungen des TdA. sind strafbar (§ 22). Der TdA. beruft einen Sachverständigenrat (§ 23). Die TdA. sind vor Beginn ihrer Tätigkeit zu beeidigen (§ 24). Sie haben untereinander Amtshilfe zu leisten (§ 25).

Der 3. Abschnitt des Gesetzes befaßt sich mit der Betriebsordnung und der Tarifordnung. Eine Betriebsordnung ist in Betrieben mit mindestens 20 Arbeitern und Angestellten notwendig (§ 26). Der Inhalt der Betriebsordnung wird in § 27 näher bestimmt. Die Verhängung von Bußen gegen die Beschäftigten ist nur wegen Verstoßes gegen die Ordnung und Sicherheit des Betriebes zulässig (§ 28). Die Bestimmungen der Betriebsordnung sind für die Betriebsangehörigen als Mindestbedingungen rechtsverbindlich (§ 30). Der TdA. kann nach Beratung in einem Sachverständigenausschuß Richtlinien für den Inhalt der Betriebsordnungen und Einzelarbeitsverträge festsetzen (§ 32), bei größerem Geltungsbereich ist ein Sondertreuhänder der Arbeit zu bestellen (§ 33). Die §§ 32 und 33 gelten für Hausangestellte entsprechend (§ 34).

Der 4. Abschnitt des Gesetzes regelt die soziale Ehrengerichtbarkeit. § 36 zählt die einzelnen strafbaren Verstöße gegen die soziale Ehre auf. Die Verjährungsfrist beträgt ein Jahr (§ 37). Die einzelnen ehrengerichtlichen Strafen enthält § 38. Die §§ 39—48 regeln im einzelnen das Verfahren vor den im Bezirk eines TdA. zu errichtenden Ehrengerichten (§ 41). Anzeigen wegen Verletzung der sozialen Ehre durch Angehörige eines Betriebes sind schriftlich beim TdA. anzubringen (§ 43). Der TdA. hat das Recht, der Hauptverhandlung beizuwohnen (§ 48). Gegen die Urteile des Ehrengerichtes ist Berufung an den Reichsehrengerichtshof gegeben (§ 49), die binnen 2 Wochen schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle nach Zustellung des Urteils beim Ehrengericht einzureichen ist. Die §§ 50—55 ordnen das Verfahren vor dem Reichsehrengericht.

Der 5. Abschnitt des Gesetzes regelt den Mündigungsschutz. Dieser tritt grundsätzlich ein nach einjähriger Beschäftigungsdauer in Betrieben, in denen mindestens 10 Arbeiter oder Angestellte beschäftigt werden.

Der 6. Abschnitt über die Arbeit im öffentlichen Dienst nimmt Arbeiter und Angestellte in den Verwaltungen und Betrieben des Reiches, der Länder, der Gemeinden und anderer öffentlicher Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechtes, der Reichsbank usw., in den Vorschriften des Gesetzes aus.

Zu 7. Abschnitt sind die Schluß- und Übergangsvorschriften enthalten. Das Gesetz tritt in seinen Hauptvorschriften am 1. Mai 1934 in Kraft. § 11 ArbGG. ist dahin geändert, daß u. a. auch von der Arbeitsfront zugelassene Rechtsanwälte zur Vertretung von Parteien ermächtigt sind.

D. Rogk. Schraut, Berlin.

Rechtssprechung.

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

D. S.

A. Ordentliche Gerichte.

Reichsgericht.

a) Zivilsachen.

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

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

****1.** §§ 387, 611 ff., 626 BGB.

1. Zur verfahrens- und materiellrechtlichen Behandlung der Eventualaufrechnung, insbes. beim Erlaß eines Teilurteils.

2. Fortbestehende Vertragspflicht eines entlassenen Angestellten, der sich zu Unrecht entlassen glaubt und deshalb die Rechte aus dem Dienstvertrag in Anspruch nimmt; insbes. bei einem Dienstverpflichteten in höherer Stellung. †)

Da die Klageforderung bestritten war und der Bekl. seine angebliche Gegenforderung nur eventuell zur Aufrechnung gestellt hatte, mußte, ehe auf die Eventualaufrechnung einzugehen war, zunächst die Klageforderung auf ihre Begründetheit geprüft werden; erst wenn dargetan war, daß die Klageforderung überhaupt bestand, konnte eine Aufrechnung in Frage kommen, da eine einseitige Aufrechnung begrifflich das Bestehen einer fälligen Forderung zur Voraussetzung hat, der gegenüber aufgerechnet werden kann — § 387 BGB. (vgl. dazu RG. 80, 164, 166; auch JW. 1902, 544⁷ und die dort angeführten Entsch.). An dieser rechtlichen Beurteilung kann für den vorl. Fall auch der Umstand nichts ändern, daß es sich nicht um eine den Rechtsstreit abschließende Entsch., sondern um ein Teilurteil handelt. Auch ein Teilurteil ist ein Endurteil und darf nur erlassen werden, wenn von mehreren geltend gemachten Ansprüchen nur der eine oder ein Teil eines Anspruchs oder bei erhobener Widerklage nur die Klage oder Widerklage zur Entscheidung reif ist (§ 301 ZPO.). Ein Teilurteil darf deshalb nur unter denselben Voraussetzungen erlassen werden, unter denen eine den Rechtsstreit abschließende Entsch. zulässig wäre, wenn den Gegenstand des Rechtsstreits nur derjenige Anspruch bilden würde, über

den die Teilentsch. erlassen ist. Die Abweisung der Klageforderung mit der Begr., daß sie entweder nicht bestanden habe oder durch Aufrechnung getilgt worden sei, wurde deshalb dadurch, daß der Bekl. die eventuell zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung zugleich zum Gegenstand einer Widerklageforderung erhoben hatte, und daß die Entsch. über diese Widerklageforderung dem Schlussurteil vorbehalten blieb, nicht zulässig. Dem BG. kann auch nicht darin zugestimmt werden, daß es mit Rücksicht darauf, daß es sich um ein Teilurteil handele, nicht ungewiß bleibe, ob das Klagevorbringen ein schon an sich unbegründetes sei, und ob dem Bekl. seine Gegenforderung erhalten bleibe, oder ob die Klageforderung an sich begründet und nur durch die lediglich für diesen Fall erklärte Aufrechnung des Bekl. getilgt sei, weil die Klarstellung dieser Frage bei der Entsch. des Schlussurteils über den Restanspruch der Widerklage erfolgen müsse. Mit Rechtsnotwendigkeit ergibt sich solches keineswegs. Wird das angefochtene Teilurteil rechtskräftig, so ist damit einmal festgestellt, daß die Klageforderung nicht besteht, und andererseits, daß die Widerklage in Höhe des Betrages von 7833,34 RM, zu dessen Zahlung die Kl. verurteilt ist, begründet ist. Eine weitergehende Rechtskraftwirkung würde dem Teilurteil nicht innewohnen; insbes. würde die Rechtskraftwirkung sich nicht auf das Bestehen der zur eventuellen Aufrechnung verwandten Gegenforderung erstrecken (RG. 80, 164, 167, 168). In dem weiteren Verfahren wäre deshalb das BG. an die in dem Teilurteil vertretene Auffassung, daß die Gegenforderung auf Zahlung der Gehaltsbezüge an sich begründet sei, nicht gebunden; die Frage wäre vielmehr in dem weiteren Verfahren völlig selbstständig zu prüfen. Sollte dabei — was nicht ohne weiteres ausgeschlossen ist — das BG. zu dem Ergebnis kommen, daß die fragliche Gegenforderung überhaupt nicht zur Entstehung gelangt ist (etwa, weil die fristlose Entlassung berechtigt war), so wäre es gar nicht in der Lage, in eine Prüfung der — rechtskräftig abgewiesenen — Klageforderung einzutreten. Es würde sich dann zwar ergeben, daß die Klageforderung durch Aufrechnung mit der Gegenforderung nicht getilgt ist, nicht aber, ob die Klageforderung an sich begründet war oder nicht. Diese Frage würde also in dem Rechtsstreite, ungeachtet des Umstandes, daß die Klageforderung rechtskräftig abgewiesen worden ist, unentschieden bleiben. Ähnlich würde es liegen, wenn etwa der Bekl. in dem weiteren Verfahren auf die

Zu 1. Die Bedeutung der obigen Entsch. liegt teils auf privatrechtlichem, teils auf prozessrechtlichem Gebiet. In ersterer Hinsicht handelt es sich um die Rechtsstellung des Dienstpflichtigen, der fristlos entlassen ist, ohne daß nach seiner Meinung ein Grund für die fristlose Entlassung bestanden hätte. Da der Dienstpflichtige, der dem Dienstberechtigten das Vorhandensein eines wichtigen Kündigungsgrundes abstreitet, die Fortdauer des Vertragsverhältnisses behauptet und regelmäßig (so auch im obigen Falle) aus dieser Fortdauer Ansprüche ableitet, so bleibt er seinerseits zu den vertragsmäßigen Leistungen weiter verpflichtet. Insbes. ist der Dienstpflichtige, mag auch der Dienstberechtigte sich wegen Nichtannahme der ihm vom anderen Teile zur Verfügung gestellten Dienste im Annahmeverzug befinden, nach wie vor mit den Treupflichten belastet, die das Dienstverhältnis beiden Parteien auferlegt. Es kann sein, daß die Treupflicht durch die eigenartige Situation, in die die fristlose Entlassung den Dienstpflichtigen versetzt, gewisse Modifikationen erfährt: so wird dem Dienstpflichtigen, der ja nicht wissen kann, ob der Richter sich im Prozeß auf seine Seite stellen und mit ihm das Bestehen eines Entlassungsgrundes verneinen wird, nicht verwehrt werden dürfen, im Interesse seines Unterhaltes und der Sorge für seine Zukunft vorläufig ein anderes Dienstverhältnis aufzusuchen und sei es selbst (vorbehaltlich etwa entgegenstehender vertraglicher Wettbewerbsverbote) in einem Betrieb, der im Vergleich zu dem des Dienstberechtigten als Konkurrenzunternehmen anzusehen ist. Der Dienstpflichtige wird unter Umständen schon um der Folgen des § 615 Satz 2 BGB. willen solche sich ihm bietende anderweitige Arbeitsgelegenheit nicht ablehnen können (vgl. die oben angezogene Entsch. des RG.: JW. 1916, 744). Nie und nimmer aber darf der Dienstpflichtige in der hier

gedachten Situation die von ihm noch geschuldete Treupflicht so weit verletzen, daß er — aus einer Art Rachegefühl heraus — die Interessen des Dienstberechtigten in einer böswilligen und fittmwidrigen Weise schädigt. In dem der obigen Entsch. zugrunde liegenden Sachverhalt hat der beklagte Direktor einer AktG., der gleichzeitig RA. war, nach der von ihm als rechtsunwirksam bemängelten fristlosen Entlassung in dem von einem Dritten gegen den Dienstberechtigten geführten Prozeß die Vertretung des Dritten übernommen und im Verlauf der Prozeßführung heftige Angriffe gegen das Geschäftsgebaren des Dienstberechtigten gerichtet. Das wird vom RG. mit recht als ein so schwerer Verstoß gegen die noch fortbestehenden Dienstpflichten angesehen, daß das Verhalten des Dienstpflichtigen, selbst wenn bisher ein Anlaß zur fristlosen Entlassung nicht vorhanden gewesen wäre, nunmehr einen wichtigen Grund zur sofortigen Kündigung abgeben würde. — Und in verfahrensrechtlicher Hinsicht dreht es sich in der obigen Entsch. um die prozessuale Bedeutung der Eventualaufrechnung. Das RG. hält an seinem bisherigen und richtigen Standpunkt fest, daß der Richter, auch wenn er die Gegenforderung für begründet ansieht, zur Klageabweisung nicht schreiten dürfe, ohne die Klageforderung ebenfalls auf ihre Begründetheit geprüft zu haben. Und dieser Standpunkt erfährt keine Änderung dadurch, daß die Klageabweisung in einem Teilurteil erfolgt. Denn das Teilurteil ist nur in seinem Umfang, nicht in seinem Wesen vom Totalurteil verschieden. Darum muß den bekannten Gründen, die das RG. für den Fall der Klageabweisung durch Totalurteil zu seiner prozessrechtlichen Behandlung der Eventualaufrechnung geführt haben, unverminderte Geltung auch für den Fall der Klageabweisung durch Teilurteil zukommen.

Prof. Dr. T i e b e, Berlin.

Widerklageforderung, soweit über sie noch keine Entsch. getroffen, verzichten sollte.

Die Kl. ist hiernach dadurch, daß die Klage abgewiesen ist, ohne daß eine Prüfung der Klageforderung auf ihre Begründetheit stattgefunden hat, beschwert. Der Umstand, daß sie den Verfahrensmangel in der schriftlichen RevBegr. nicht gerügt hat, steht seiner Berücksichtigung nicht entgegen; denn er ist von Amts wegen zu beachten. Es handelt sich — ähnlich wie in RG. 132, 305 ff.¹⁾ entschiedenem Falle — um einen in der RevJust. fortwirkenden Verstoß gegen einen verfahrensrechtlichen Grundsatz, der im öffentlichen Interesse zu beachten und dessen Befolgung dem Belieben der Parteien entzogen ist. Vor allem aber — und das ist schon allein ausschlaggebend — liegt dem Mangel zugleich ein Verstoß gegen sachliches Recht, nämlich eine Verletzung des § 387 BGB., zugrunde.

Ein Dienstverpflichteter, der sich zu Unrecht von dem Dienstberechtigten fristlos entlassen glaubt und deshalb auch weiterhin die sich aus dem Dienstvertrage für ihn ergebenden Rechte in Anspruch nimmt, hat sich seinerseits so zu verhalten, als wenn die fristlose Entlassung nicht erfolgt wäre, und alles zu unterlassen, was in seinem Verhältnis zum Dienstberechtigten ohne die Entlassung unzulässig gewesen wäre. In ganz besonderem Maße muß die Beachtung dieses Grundsatzes der fortbestehenden Treuepflicht bei grundloser Entlassung und weiterer Inanspruchnahme der Vertragsrechte von einem Dienstverpflichteten in höherer Stellung verlangt werden. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz hat die Rpr. nur unter ganz besonderen Umständen, vor allem aus Gründen wirtschaftlicher Natur, zugelassen, die letzten Endes im Interesse beider Vertragsschließenden gelegen waren (vgl. z. B. RG. 88, 127²⁾).

(U. v. 3. Nov. 1933; II 112/33. — Berlin.) [Sch.]
(=> RG. 142, 175.)

2. §§ 839, 880 BGB.; § 16 GBD. Zulässigkeit der Vorrangseinräumung unter einer Bedingung; Unzulässigkeit der Beschränkung des Eintragungsantrages oder der Eintragungsbewilligung. †)

Die von dem bekl. Notar der Kl. erteilte Auskunft, eine Vorrangseinräumung unter einer Bedingung sei nicht möglich, war falsch. Die Einigung des zurücktretenden und des vortretenden Berechtigten bei der Rangänderung gem. § 880 BGB. ist kein bedingungsfeindliches Geschäft. Die Einigung hat Vertragsnatur; sie unterfällt daher, soweit nicht aus dem im Abs. 2 S. 1 für anwendbar erklärten § 873 Abs. 2 BGB. sich eine hier nicht in Betracht kommende Ausnahme ergibt, sämtlichen Vorschriften des allgemeinen Teils über Rechtsgeschäfte. Zu diesen Vorschriften gehören auch die §§ 158 ff. BGB. Nach ständiger Rpr. des RG., insbes. zur Frage der

¹⁾ ZW. 1931, 3086.

²⁾ ZW. 1916, 744.

Zu 2. Die Entsch. behandelt den Negreßanspruch gegen einen Notar, der eine Partei dahin beraten hatte, daß eine Vorrangseinräumung mit einer Bedingung nicht möglich sei. Auf Grund dieser Auskunft entschloß sich die beratene Partei, die mit ihrem Recht zurücktreten sollte, zu einer unbedingten Vorrangseinräumung in der Erwartung, daß die Bedingung eintreten würde. Die Bedingung trat aber nicht ein, so daß die beratene Partei ihre Rangstelle verlor, was nicht der Fall gewesen wäre, wenn der Vorrang nur bedingt eingeräumt worden wäre.

Es kann kein Zweifel bestehen, daß die von dem Notar erteilte Auskunft unrichtig war. In der Literatur wird, soweit ich sehen kann, ausnahmslos angenommen, daß Rangänderungen auch bedingt erfolgen können. Außer den in der Entsch. selbst zitierten Belegstellen sei verwiesen auf Martin Wolff, Sachenrecht, § 42 zu Note 10; Biermann § 880 Num. 1 b; sowie DVG. Dresden: DVG. 5, 425. Wie die Entsch. mit Recht ausführt, ist kein Grund einzusehen, warum die allgemeinen Grundsätze über die Zulässigkeit von Bedingungen auf die Vorrangseinräumung nicht anwendbar sein sollten. Richtigerweise muß dann natürlich die Bedingung im Grundbuch eingetragen werden. Die mangelnde Eintragung der Bedingung im Grundbuch dürfte allerdings die bedingte Vorrangseinräumung nicht nichtig machen, da in einem solchen Falle die Eintragung im Grundbuch weiter als die Einigung der Parteien geht und infolgedessen die materielle Einigung der Parteien deckt.

Vorrangseinräumung zugunsten einer Baugelderhypothek (vgl. RG. 59, 313; 61, 37; 76, 373¹⁾; 83, 125²⁾; 92, 212) kann der Einigung über die Rangänderung eine Bedingung sogar stillschweigend hinzugefügt werden, mit der Maßgabe freilich, daß die Bedingung für den Erwerb des Vorrangs (wie z. B. volle Valutierung der vortretenden Hypothek) im Grundbuch eingetragen werden muß, wenn sie dritten rechtsgeschäftlichen Erwerbern des vortretenden Rechts gegenüber wirksam sein soll (zu vgl. RWRKomm., 7. Aufl., Bd. III Num. 3 zu § 880; Staudinger, 9. Aufl., Bem. I 2 a zu § 880; Gütthe, GBD., 5. Aufl., Num. 34 zu § 46). Insofern kann ein Zweifel nicht wohl obwalten. Etwas anderes ist es, daß die Erledigung eines Eintragungsantrages gem. § 16 GBD. nicht an einen Vorbehalt geknüpft werden darf und daß eine beschränkte, d. h. selbst von einer Bedingung abhängig gemachte Eintragungsbewilligung für den Grundbuchverkehr nicht zu brauchen ist (Gütthe, Num. 4—6 zu § 16). Möglicherweise hat der Bekl. bei der der Kl. erteilten Auskunft hieran gedacht. Hier stand aber nicht eine Beschränkung des Eintragungsantrages oder der Eintragungsbewilligung, sondern eine Beschränkung der einzutragenden Rangänderung selber in Rede. Die Kl. hätte den demnächst eingetretenen Erfolg — Rangverlust ohne Tilgung des Hauptteils ihrer Bauforderung — vermeiden können, wenn sie die Einräumung des Vorranges auch der Stadtparkasse gegenüber an eine entsprechende Bedingung geknüpft hätte. Indem der Bekl. entgegen dem Wunsche der Kl. deren Erklärung über die Einräumung des Vorrangs unbedingt faßte, verletzte er eine ihm der Kl. gegenüber obliegende Amtspflicht.

(U. v. 11. Nov. 1933; V 181/33. — Berlin.) [Sch.]

*3. §§ 1018 ff., 873 BGB. Zulässigkeit der Eintragung einer Grunddienstbarkeit, wenn dienendes und herrschendes Grundstück demselben Eigentümer gehören — sog. Eigentümergrunddienstbarkeit. †)

Der beschließende Sen. tritt dem RG. bei und gibt die im Beschl. v. 26. Jan. 1901 (RG. 47, 202) niedergelegte abweichende Ansicht auf. Die für die Zulässigkeit und den möglichen Inhalt einer Grunddienstbarkeit in erster Linie maßgebende Gesetzesbestimmung des § 1018 BGB. spricht von zwei verschiedenen Grundstücken, dem zu belastenden und dem anderen, dessen jeweiliger Eigentümer berechtigt werden soll. Sie enthält aber nichts von der Notwendigkeit einer Personenverschiedenheit beim Eigentümer der beiden in Betracht kommenden Grundstücke. Die hier eingetragene Tonabbau-gerechtigkeit stellt ein Recht dar, das dienende Grundstück zum Vorteil des herrschenden in einzelnen Beziehungen zu benutzen, fällt also an sich unter § 1018 BGB. Wohl sind in §§ 1020 bis 1023 BGB. die persönlichen Beziehungen zwischen Berechtigtem und Belastetem als zwischen zwei ver-

¹⁾ ZW. 1911, 763.

²⁾ ZW. 1914, 37.

Wohl aber bedarf es der Eintragung der Bedingung im Grundbuch, wenn sie dritten gutgläubigen Erwerbern des vorgehenden Rechts gegenüber wirksam sein soll (§ 892 BGB.). Auf einem anderen Brett liegt die Frage, ob die formellen Erklärungen gegenüber dem GBl., nämlich die Eintragungsbewilligung und der Eintragungsantrag, bedingt abgegeben werden können. Diese Frage ist zu verneinen. Würde man auch bei solchen Erklärungen eine Bedingung zulassen, so würde die Sicherheit des Grundbuchverkehrs gestört werden. Für den Eintragungsantrag ist in § 16 GBD. ausdrücklich vorgeschrieben, daß er nicht an einen Vorbehalt geknüpft werden kann. Das gleiche hat man für die Eintragungsbewilligung aus allgemeinen Grundätzen abgeleitet (vgl. insbes. RG. 44, 197). Dem hat sich nunmehr auch das RG. mit Recht angeschlossen.

RA. Dr. Ernst Voesebeck, Frankfurt a. M.

Zu 3. Überall im Leben gibt es alte Zöpfe, in der Rechtsordnung nicht weniger als auf anderen Lebensgebieten, eher sogar mehr. Sie lassen sich nur schwer beseitigen, denn sie treten meist als historische Ehrwürdigkeiten oder unantastbare Denkzeuge auf. Durch die vorl. Entsch. ist ein solcher Zopf gefallen. Der alte Satz „nulli res sua servit“ besteht mit der Verkündung der Entsch. nicht mehr.

Der Rechtsatz stammt aus den Anfängen des römischen Rechts. Er mag dort ursprünglich seine Berechtigung gehabt haben, als noch kein wirtschaftliches Bedürfnis dafür bestand, dem Eigentümer neben

schiedenen Personen geordnet. Das betrifft den Regelfall, besagt aber nichts über die notwendigen Voraussetzungen eines solchen Rechts. Das BGB. erkennt die Möglichkeit des Bestehens beschränkter Rechte an eigener Sache an. Das ergibt sich aus § 889 BGB. für alle Fälle, in denen sich ein an fremdem Grundstück begründetes Recht mit dem Eigentum am dienenden Grundstück in einer Person vereint. Darin ist eine Auswirkung des deutschrechtlichen Grundsatzes der Teilbarkeit des Eigentums dem Inhalte nach enthalten. Im Falle des § 889 BGB. behält der dinglich Berechtigte, in dessen Person sich das ihm zustehende Recht am früher fremden Grundstück mit dem Eigentum an diesem vereinigt, alle Befugnisse des Berechtigten. Er kann über das Sonderrecht verfügen; er kann bei Beeinträchtigung aus ihm heraus klagen. Die in RG. 47, 209 niedergelegte Anschauung, das Recht an eigener Sache ruhe während der Dauer der Vereinigung und lebe erst mit deren Lösung wieder auf, kann nicht aufrechterhalten werden. Das BGB. kennt aber nicht nur die Entstehung beschränkter Rechte an eigener Sache durch Vereinigung, nachdem die Rechte ursprünglich an fremder Sache begründet worden waren, sondern regelt auch einzelne Fälle, in denen von vornherein ein beschränktes Recht als Recht an eigener Sache entsteht (Bestellung einer Eigentümergrundschuld in § 1196 BGB.; Belastung einer im Miteigentum stehenden Sache zugunsten eines Miteigentümers in § 1009 BGB.). Aus alledem ergibt sich, daß in heutigen bürgerlichen Recht, insbes. dem der Dienstbarkeiten, der Rechtsatz „nulli res sua servit“ nicht mehr gilt. Die auf Grund dieses Satzes in den Entsch. des RG.: RGZ. 40, 241 und 51, 291 und vom OLG. Dresden im Beschl. v. 26. Febr. 1929 (SächsArch. 1929, 424) gegen die Zulässigkeit einer Eigentümergrunddienstbarkeit entwickelten Bedenken sind daher nicht stichhaltig. Die aus § 1018 BGB. zu entnehmenden gesetzlichen Voraussetzungen enthalten nichts, was die Begründung einer solchen Dienstbarkeit hinderte. Ebensovienig stehen allgemeine Rechtsgrundsätze des geltenden Rechts oder die Regeln der Denkgesetze entgegen. Vielmehr gehört es nach dem BGB. nicht zu dem Begriff der Grunddienstbarkeit, daß sie als Recht an einem fremden Grundstück begründet werde.

Es fragt sich weiter, ob das Gesetz einen Weg zur Begründung einer Eigentümergrunddienstbarkeit als solcher gibt. Vornehmlich in diesem Punkt setzen Rspr. und Schrifttum in ihrer verneinenden Auffassung ein. So RG. 47, 202; ebenso OLG. Dresden: SächsArch. 1929, 424: Für die Begründung der Grunddienstbarkeit gelte § 873 BGB., wonach zur Belastung eines Grundstücks mit einem Recht die Einigung des Berechtigten und des anderen Teils über den Eintritt der

Rechtsänderung und die Eintragung in das Grundbuch erforderlich sei, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibe. Das Erfordernis der Einigung falle nur fort, soweit das Gesetz selbst etwas anderes bestimme. Ausnahmefälle, in denen materialrechtlich anstatt ihrer die einseitige Erklärung des Eigentümers genüge, seien die Bestellung einer Hypothek für eine Schuldschreibung auf den Inhaber (§ 1188 BGB.), einer Inhabergrundschuld (§§ 1192, 1195 BGB.), einer Eigentümergrundschuld (§ 1196 BGB.). Für die Bestellung einer Grunddienstbarkeit fehle es an einer solchen Ausnahmebestimmung. Deswegen müsse zur Entstehung beschränkter Rechte an einem Grundstück Einigung, d. h. ein zweiseitiger Akt gefordert werden. Ein solcher aber sei bei Personeneinheit ausgeschlossen. Die Motive (III, 480) führen aus, der Begründung einer Eigentümergrunddienstbarkeit stehe der Umstand hindernd im Wege, daß die Möglichkeit eines Vertrags mit sich selbst in diesem Falle nicht anzunehmen sei; die Zulassung eines gleichwertigen Stiftungsakts finde sich nicht im geltenden Recht und werde auch durch ein praktisches Bedürfnis nicht erfordert.

Der Gedankengang der erwähnten Beschlüsse, insbes. RG. 47, 202, ist jedoch nicht zwingend und die in den Motiven ausgesprochene Meinung nicht maßgebend, weil das Gesetz selbst eine andere, die Begründung einer Grunddienstbarkeit zugunsten eines eigenen Grundstücks an einem anderen eigenen Grundstück durch den Eigentümer beider Grundstücke zulassende Auslegung gestattet und diese andere Deutung sowohl den Erfordernissen des Geschäftsverkehrs, als auch der Sonderart einer subjektiv dinglichen Dienstbarkeit entspricht. Allerdings verlangt die in § 873 Abs. 1 BGB. zur Belastung eines Grundstücks mit einem Recht für den Regelfall vorgeschriebene Einigung begriffsnotwendig das Vorhandensein von zwei verschiedenen Personen. Dies Erfordernis besteht „soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt“. Obwohl das BGB. für die Grunddienstbarkeit keine ausdrückliche Ausnahmebestimmung von der Regel des § 873 Abs. 1 enthält, ergibt sich doch für sie ein Ausnahmefall durch eine Auslegung des Gesetzes, die seinem Zweck und seinem Gesamthalt entspricht. Wenn § 873 Abs. 1 „die Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles“ verlangt, so ist der Grund hierfür der, daß niemand ohne seinen Willen ein Recht erwerben soll (vgl. Motive III, 160 und RGZ. 40, 243). Ist aber der sein Eigentum Belastende zugleich der Erwerber, so tut die einseitige Belastungserklärung auch die Zustimmung zum Erwerb kund. Durch sie wird der Zweck des § 873 Abs. 1 erreicht (vgl. hierzu Regelsberger: ZheringzS. 58, 160 ff.). Für den ähnlich liegenden Fall, daß der In-

dem aus dem Eigentum hergeleiteten Gebrauchrecht an dem Grundstück noch ein besonderes Gebrauchsrecht auf Grund eines dinglichen Rechts einzuräumen (Regelsberger: ZheringzS. 58, 148 ff.). Zwar traten auch schon im alten Rom tiefgreifende Änderungen der wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse ein. Der alte Satz hat aber diese Änderungen überstanden und ist von den Juristen Justinians in die Digesten aufgenommen worden (D. 8, 2, 26). Mit der Rezeption des römischen Rechts ging der Satz dann in die deutsche Rechtspraxis über, obwohl er hier um so weniger berechtigt war, als das deutsche Recht die verschiedenartigsten Spaltungen des Eigentums anerkannte. Er nistete sich so fest ein, daß er sogar in das PrALR. übernommen wurde. Schließlich wurde der Satz nicht nur als geltendes Recht, sondern sogar als ein Gebot der Rechtslogik bezeichnet. Eine Grunddienstbarkeit an eigener Sache sei, so jagte man, nicht möglich, weil die Servitut begrifflich ein Recht an fremder Sache sei und weil niemand mit sich selbst einen Vertrag schließen könne, durch den eine solche Grunddienstbarkeit begründet werde (vgl. RG. 47, 208).

Schon unter der Herrschaft des gemeinen Rechts hat es vereinzelt Juristen gegeben, die der Geltung des Satzes widersprochen haben. So hat insbes. Zhering in seinem Aufsatz „Über die passive Wirkung der Rechte“ (ZheringzS. 10, 337 ff.) den Satz zu bekämpfen versucht. Der Eigentümer, so meinte er, könne zwar seine Sache nicht einseitig binden. In dem Grundbuchsystem erfolge die Bindung aber nicht durch den Eigentümer, sondern durch die Grunddienstbarkeit eintragende Behörde. Diese Begr. war freilich falsch und machte es deshalb den Gegnern der Zhering'schen Auffassung leicht, für die Beibehaltung des alten Satzes einzutreten. Während die Zhering'sche Auffassung von dem Germanisten Stobbe (Lehrbuch des deutschen Privatrechts, 2. Aufl., II S. 213 Note 3) unterstützt wurde, wurde sie von Otto v. Gierke (Deutsches Privatrecht II

§ 144 Note 6) bekämpft. Es ergab sich also der merkwürdige Umstand, daß es ein hervorragender Romanist (Zhering) war, der den alten römischen Satz unter Hinweis auf andere deutsche Rechtseinrichtungen zu bekämpfen versuchte, während es ein ebenso hervorragender Germanist (v. Gierke) war, der für die Fortdauer des römischen Satzes eintrat.

Die Verfasser des BGB. standen ganz im Banne des römischrechtlichen Satzes. In den Mot. (III S. 480) wird ausdrücklich hervorgehoben, daß die Begr. einer Grunddienstbarkeit zugunsten eines eigenen Grundstücks nicht möglich sei. Weder sei es möglich, mit sich selber Verträge zu schließen, noch bestehe ein praktisches Bedürfnis, einen Ausnahmefall zu bilden, in dem Rechte durch einen einseitigen Willensakt begründet werden könnten. Mit Recht spricht Regelsberger a. a. O. hier von einem „schrecklichen Beispiel für die Widerstandsfähigkeit eines einmal eingebürgerten Lehrsatzes gegen die Weiterbildung des Rechts“.

Wie abwegig die Verneinung eines praktischen Bedürfnisses war, wurde sehr bald durch die Praxis selbst erweisen. Die Fälle mehrten sich immer mehr, in denen sich ein dringendes Bedürfnis zur Bestellung von Grunddienstbarkeiten an eigener Sache zeigte. Hierbei handelte es sich um Tatbestände etwa folgender Art: Die Baupolizeibehörde war mitunter gehalten, die Genehmigung zu Bauten an der Grundstücksgrenze nur dann zu erteilen, wenn das Nachbargrundstück mit der Servitut belastet wurde, einen gewissen Raum an der Grenze urbebaut zu lassen. Wie aber, wenn die beiden Nachbargrundstücke einem und demselben Eigentümer gehörten? Oder ein Gelände sollte zu Villengrundstücken parzelliert werden; so daß auf den Parzellen keine Fabriken gebaut, keine Gaststätten errichtet werden durften u. dgl. m. Wie sollte das geschehen, solange das Gelände in der Hand desselben Eigentümers war? Einen Fall der ersteren Art mußte das RG. bereits am 24. Sept. 1900 entscheiden

haber zweier auf einem Grundstück lastender Rechte eine Rangänderung unter ihnen vornehmen will, hat die Rspr. des RG. schon früher die einseitige Erklärung des Berechtigten gegenüber dem G.M. genügen lassen, obwohl § 880 Abs. 2 BGB. für eine Rangänderung die Einigung des zurücktretenden und des vortretenden Berechtigten erfordert (RGZ. 40, 241). Dieser Beschluß und seine Begründung, der Zweck der Bestimmung in § 880 Abs. 2, daß niemand ohne seinen Willen einen besseren Rang erwerben solle, sei bei Einigkeit in der Person des Gläubigers beider Rechte durch die einseitige Erklärung erfüllt, haben im Schrifttum Zustimmung gefunden (Hinweise bei Planck-Streicher § 880 BGB. Erl. II 2). Gleichwohl könnte es angesichts der dem Richter gebotenen Gesezestreue bedenklich erscheinen, allein daraus, daß die einseitige Erklärung zur Begründung einer Eigentümergrunddienstbarkeit den Zweck des § 873 Abs. 1 BGB. erfüllt, beim Fehlen einer ausdrücklichen Ausnahmebestimmung hinsichtlich des Erfordernisses einer Einigung von einer solchen abzusehen und etwa dementsprechend diese Gesezsvorschrift für alle Fälle der Personengleichheit zwischen dem Rechtserberwerber und dem dinglich zu Verpflichtenden auszuschalten. Aber es kommen für das Gebiet der Grunddienstbarkeit noch rechtliche und tatsächliche Besonderheiten hinzu.

Wesentlich ist, daß es sich um die Begründung eines subjektiv dinglichen Rechts handelt, eines Rechts an dem belasteten Grundstück für den jeweiligen Eigentümer eines anderen Grundstücks. Wird auch nicht das Grundstück als solches berechtigt, sondern dessen Eigentümer, die Person, so haben doch die subjektiv dinglichen Rechte die Besonderheit, daß sie dem Berechtigten nur in seiner Beziehung zu einem bestimmten Grundstück zustehen. Das „jeweilig“ weist bereits auf die Möglichkeit einer späteren Trennung des herrschenden Grundstücks und damit auch der als Bestandteil dieses geltenden Berechtigung von der Person des gegenwärtigen Eigentümers hin. Bei der Grunddienstbarkeit sind das Wesentliche die Beziehungen der Grundstücke zueinander. Nur eine für die Benutzung des herrschenden Grundstücks vorteilhafte Last kann dem dienenden Grundstück

auferlegt werden, während ein Vorteil nur für die Person des jetzigen Eigentümers nicht genügt. Es handelt sich also um die Regelung der rechtlichen Beziehungen zwischen den beiden Grundstücken, die gegenwärtig gewissermaßen zufällig in der Hand desselben Eigentümers sind. Es würde dem Sinn und Zweck des Gesezes nicht entsprechen, wenn dieser zufällige Umstand einer zweckmäßig erscheinenden Regelung dieser Beziehungen hinderlich sein sollte. Hier überschattet die Bedeutung der Grundstücke als solcher die der Person des Eigentümers. Vergleichsweise ist darauf hinzuweisen, daß auch auf einem anderen Rechtsgebiet, dem der Fideikommission, die Rechtsentwicklung auf eine Verfelbständigung der dem Fideikommissbesitzer gehörigen Fideikommissvermögensmasse gegenüber dem demselben Eigentümer gehörigen Allodvermögen hingeht, so daß da eine persönliche und dingliche Verschulbung des Fideikommissbesitzers sich selbst gegenüber in den getrennten Eigenschaften als Herr des einen und des anderen Vermögens für zulässig gehalten wird (RG. 132, 355¹); 137, 340²). Überhaupt entspricht eine Verfelbständigung der Rechtsverhältnisse eines Grundstücks als einer Sondervermögensmasse den Gedanken des alten deutschen Rechts.

Die in den Motiven zum BGB. (III, 480) ausgesprochene Ansicht, es bestehe kein praktisches Bedürfnis für die Begründung von Eigentümerdienstbarkeiten, trifft jedenfalls für die gegenwärtigen wirtschaftlichen Verhältnisse nicht mehr zu. Im Gegenteil hat sich ein solches im Laufe der Zeit vielfach als dringend gezeigt. So um den Vorschr. örtlicher Bauordnungen auf Freihaltung von Grundflächen vor Gebäuden zu genügen; ferner zur Aufschließung zusammenhängenden Baugeländes und zur Ausstattung jedes einzelnen Baugrundstücks mit den zur Benutzung nötigen Wegerechten od. dgl.; auch — wie im vorliegenden Falle — zur Ermöglichung von Beleihungen von Grundstücken, deren Wert vorher durch eine Grunddienstbarkeit sicherzustellen oder zu erhöhen ist. Angesichts der bisherigen, die Zulässigkeit der Errichtung von Dienstbarkeiten zwischen Grundstücken desselben Eigentümers verneinenden Rspr. ist man

¹) JW. 1931, 3427.

²) JW. 1932, 3817.

(DVG. 1, 427 ff.). Getreu dem gemeinen Recht und den Mot. hat das RG. die Bestellung der Grunddienstbarkeit nicht nur für materiell-rechtlich unwirksam, sondern auch für grundbuchrechtlich unzulässig erklärt. Noch in demselben Jahre lag der gleiche Fall dem HanDVG. zur Entsch. vor. Das DVG. wollte die Servitutenbestellung mit der Föheringischen Begr. zulassen. Aber wegen der Entsch. des RG. mußte es den Rechtsstreit dem RG. vorlegen. Das RG. schloß sich in der Entsch. RG. 47, 202 ff. dem gemeinen Recht, den Mot. und dem RG. an. Damit war die Frage, wie man so zu sagen pflegt, juristisch „geklärt“. Dem praktischen Bedürfnis, das unvermindert weiterbestand, war hiermit aber nicht gedient. Deshalb war die Praxis gezwungen, irgendwelche Aus- und Umwege zu suchen. Nachdem das RG. in seiner Entsch. v. 3. Jan. 1911 (RGZ. 40, 127) so gar die Begr. einer Vormerkung zwecks Eintragung der Grunddienstbarkeit für unzulässig erklärt hatte, blieb nur noch der Ausweg über § 1009 BGB.: Der Eigentümer übertrug einen ideellen Eigentumsanteil an einem Grundstück auf einen anderen, unter der gleichzeitigen Abrede, daß dieser Eigentumsanteil nach Eintragung der Servitut zurückübertragen werden solle. Um die Kosten möglichst zu verringern, wählte man hierbei einen ideellen Anteil von $\frac{1}{100}$ oder gar $\frac{1}{1000}$. Diese „Lösung des Problems“ ist von Junker, Die Eigentümerdienstbarkeit, S. 81 ff. und Schubert: ZDVB. 1913, 587 ausdrücklich empfohlen worden. Der energische Protest Hedemanns gegen derartige Pseudojurisprudenz (BürgR. 31, 406 ff.) hat nicht zu verhindern vermocht, daß sich die Praxis dieses Umwegs weiter bediente, eben weil es keinen anderen Ausweg gab. Dabei war die juristische Begr., auf die sich die herrschende Meinung stützte, mehr als dürftig. Sah man einmal von der magischen Zauberkraft des römischen Rechts, des gemeinen Rechts und der Mot. ab, so bestand der einzige Stein des Anstoßes in § 873 BGB. Aus dieser Vorschr. glaubte man entnehmen zu müssen, daß zur Begr. eines Rechts unbedingt die Einigung zweier Parteien erforderlich sei. Es half auch nicht der Hinweis, daß es im BGB. selbst eine ganze Reihe von Fällen gab (nämlich die Tatbestände der §§ 1188, 1192, 1195, 1196, 1009 BGB.), in denen das Gesez anerkanntermaßen die einseitige Begr. eines Rechts an eigener Sache zuließ (Martin Wolff, Sachenrecht, § 108 I b; Regelsberger a. a. D.; Dernburg III, § 170 Note 4). Dem hielt man unter Bezugnahme auf die Mot. entgegen, daß es sich um Ausnahmen handle, die einen Analogieschluß nicht zuließen. Hätte man sich auf den gesezgeberischen

Zweck des § 873 BGB. besonnen, wie dies Regelsberger a. a. D. und neuerdings Heck, Sachenrecht S. 96 ff. getan haben, so wäre klar geworden, wie wenig dieser Paragraph einer vernünftigen Entsch. im Wege stand. Bei der Vorschr. des § 873 BGB. handelt es sich nicht um „ein Zaubermittel, das aus unbekanntem Gründen für die Entstehung der Rechtswirkung unentbehrlich ist“ (Heck a. a. D.). Die Best. hat vielmehr ihren Grund nur darin, daß der Erwerbswille zweifelsohne feststehen muß. Sind der Erwerber und der Veräußerer ein und dieselbe Person, so steht mit der einseitigen Begr. des Rechts auch der Erwerbswille fest. Zu dieser Feststellung bedarf es also keiner entsprechenden Erklärung eines Erklärungsempfängers. Für die Rangänderung zweier dem Eigentümer selbst zustehender dinglichen Rechte hat das RG. diese Gedankengänge bereits früher anerkannt (RGZ. 40, 221). Es bedurfte nunmehr nur noch einer Übertragung dieser Gedankengänge auf die Grunddienstbarkeit. Dem stand aber der magische Zauber „nulli res sua servit“ entgegen.

Das RG. hat sich nun im wesentlichen den Gedankengängen Regelsbergers, Hecks und anderer angeschlossen. Neu und besonders zu begrüßen ist, daß das RG. in diesem Zusammenhang längst verschüttete alte deutsche Rechtsgedanken wieder aufdeckt. Es klingt alt und neu zugleich, wenn das RG. sagt, die Bedeutung der Grundstücke als solcher „überschattete“ die der Person des Eigentümers und die Verfelbständigung der Rechtsverhältnisse eines Grundstücks als einer Sondervermögensmasse entspreche den Gedanken des alten deutschen Rechts, wie sie sich bei der Trennung des Fideikommissvermögens von dem Allodvermögen auf einem anderen Rechtsgebiet bis heute erhalten hätten. Es sind dies die gleichen Gedanken, die einem Gesez zugrunde liegen, das ebenfalls zugleich alt und neu ist, nämlich dem ErbhofG.

Es ist zu hoffen, daß das RG. mit der gleichen überlegenen Beherrschung des Stoffes, der gleichen freihellen Einstellung gegenüber dem Gesezswortlaut und überlebten Phantomen und mit dem gleichen Verständnis für die besondere deutsche Rechtsentwicklung an die Auslegung anderer Rechtsvorschriften des BGB. herantritt. Dann wird es wohl möglich sein, das BGB. mit den Bedürfnissen und dem Rechtsbewußtsein des deutschen Volkes völlig in Einklang zu bringen, ohne daß es hierzu, von Teilgebieten abgesehen, großangelegter Reformen bedarf.

N. Dr. Ernst Voesebeck, Frankfurt a. M.

auf künstliche Anhilfsmittel verfallen; so auf Übertragung eines Bruchteils des zu belastenden Grundstücks an eine andere Person und Zurückübertragung, nachdem die Dienstbarkeit bestellt war; oder Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Grunddienstbarkeit für den Fall einer Trennung im Eigentum der beiden Grundstücke. Der einfache und unmittelbare Weg zur Regelung solcher Beziehungen zwischen zwei Grundstücken, welche sich zur Zeit in der Hand desselben Eigentümers befinden, ist aber der, daß der Eigentümer die Dienstbarkeit durch einseitige Erklärung und daraufhin erfolgende Eintragung errichten könne. Eine solche Erklärung erfüllt den oben geschilderten Zweck des § 873 Abs. 1 BGB. Der Eigentümer bildet dabei den die Rechtslage und die gegenseitigen Beziehungen der beiden Grundstücke maßgebend bestimmenden Willen, einer Einigung ähnlich, in sich selbst.

Aus diesen Erwägungen kommt der beschließende Senat zu dem Ergebnis: In Fortentwicklung der bisherigen Rechtsauffassung ist aus dem Gesetzesinhalt auch ohne ausdrückliche Vorschr. eine Ausnahme von dem in § 873 Abs. 1 BGB. aufgestellten Grundsatz, daß zur Begründung eines Rechts an einem Grundstück Einigung zweier verschiedener Personen erforderlich ist, für die Errichtung einer Grunddienstbarkeit durch den Eigentümer zweier Grundstücke an dem einen zugunsten des anderen (sog. Eigentümergrunddienstbarkeit) dahin anzunehmen, daß in diesem Falle an die Stelle der Einigung die einseitige Erklärung des Eigentümers tritt. Die vom beschließenden Senat in dem in RG. 47, 202 abgedr. Beschluß v. 26. Jan. 1901 niedergelegte abweichende Rechtsansicht wird aufgegeben.

(Beschl. v. 14. Nov. 1933; V B 10/33.)

[Sch.]

Zu 4. Der Entsch. vermag ich nicht zuzustimmen. Die Begründung ist vom rechtlichen und vom Verkehrsstandpunkt aus bedenkl. (1); ferner (2) gibt sie Anlaß zu einer grundsätzlichen Erwägung.

1. Behandelt wird die Frage, wie aus einer Einbahnstraße in eine gewöhnliche Straße links einzubiegen ist. Grundsätzlich (§ 21 Abs. 1 KraftfVerkVd.) ist rechts zu fahren; dieser Grundsatz gilt auch in Einbahnstraßen, aber nach § 21 Abs. 2 a. a. D. nur für langsam fahrende Fahrzeuge und im übrigen nur, soweit seiner Befolgung keine Hinderungsgründe entgegenstehen; in solchem Fall ist „die Ausnutzung der Fahrbahn in ihrer ganzen Breite gestattet“, es sei denn, daß der Verkehr entgegenkommender Schienenfahrzeuge es nicht zuläßt. Hinderungsgrund gegen die Einhaltung der rechten Wegseite ist z. B. regelmäßig das Vorhandensein langsam sich bewegender Fahrzeuge. Hiernach kann sich ein Kraftfahrzeug bei Annäherung an die Kreuzung einer gewöhnlichen Straße mit der von ihm befahrenen Einbahnstraße durchaus rechtmäßig ganz links befinden. Nun ist nach § 21 Abs. 3 a. a. D. beim Einbiegen in einen anderen Weg nach links in weitem Bogen zu fahren. Diese Vorschrift gibt Weisung, wie sich das Fahrzeug in Ausführung der Linkswendung zu verhalten hat, regelt also das Verhalten während der Durchführung des Einbiegens, hat aber, wie gegen das RG. angenommen werden muß, unmittelbar nichts mit der Frage zu tun, wie sich das Fahrzeug vorher zu verhalten, vor der Wendung innerhalb des übrigen Verkehrs einzuordnen hat. Deshalb kann der Vorschrift des Einbiegens in weitem Linksbogen nicht die Pflicht entnommen werden, die Ausnutzung der ganzen Fahrbahnbreite einer Einbahnstraße zu unterlassen, insbes. also sich von der linken Seite fernzuhalten; und dies um so weniger, als der vom RG. überhaupt nicht herangezogene § 27 Abs. 2 Satz 3 a. a. D. ausdrücklich vorschreibt, wer links einbiegen will, müsse sich vorher möglichst weit links einordnen. Es hätte wohl nahegelegen, dieser Bestimmung, im Gegensatz zum RG., zu entnehmen, daß auf der Einbahnstraße das Fahrzeug, das links einbiegen will, sich ganz links einzuordnen hätte. Diesen Schluß zieht das RG. nicht, wohl aus der irrigen Auffassung, daß das Einbiegen von einer Stellung auf der linken Straßenseite aus gleichzusetzen wäre einem Einbiegen in kurzer Wendung; anders ausgedrückt: daß das Einbiegen von solcher Linkstellung aus die Befolgung der Vorschrift — Linkseinbiegen in weitem Bogen — unmöglich mache; tatsächlich aber kann durchaus, auch wer links eingeordnet ist, in weitem Bogen links einbiegen. Das hat das RG. wohl verkannt. Wer aus der Linkstellung nach links einbiegen will, könnte das in kurzer Linkswendung tun; dann geriete er in der anderen Straße gegen den Verkehrsstrom; er kann und verständigerweise wird er auch in weitem Bogen fahren, um sich in die richtige Verkehrsrichtung einzufügen. Das RG. glaubt, ein anderes als das von ihm für erforderlich erachtete Verhalten würde zu Zusammenstößen mit den auf der anderen Straße verkehrenden Fahrzeugen führen; das ist nicht anzuerkennen. Der auf der Einbahnstraße

4. § 21 Abs. 2 KraftfVerkVd. Für denjenigen, der aus der Einbahnstraße links einbiegen will, gilt nicht die Regel über Ausnuzbarkeit der ganzen Fahrbahnbreite der Einbahnstraße. †)

Die Befugnis, eine Einbahnstraße in der ganzen Breite zu befahren — welche Befugnis übrigens im § 21 Abs. 2 der hier noch nicht anwendbaren KraftfVerkVd. v. 10. Mai 1932 eingeschränkt wird —, muß da ihre Schranke finden, wo beim Übergang in eine andere Straße auf den in dieser Straße sich abspielenden Verkehr Rücksicht zu nehmen ist. Wollte man das nicht anerkennen und zulassen, daß das Ausfahren aus einer Einbahnstraße nach links in kurzer Wendung geschehen könne, so würde der Zweck der Vorschrift, Zusammenstöße mit den von links in der andern Straße herankommenden Wagen zu verhüten, verfehlt werden. Ob auch das Einbiegen nach links in eine Einbahnstraße in weitem Bogen geschehen muß, worüber die Meinungen geteilt sind (bejahend: BayObV. v. 21. Juli 1931; DMZ. 1931 694 Nr. 884 und RG. v. 21. Aug. 1929; VerkRdsch. 1929 Nr. 421; Floegel, Dem. 14 zu § 21 KraftfVerkVd.; a. A.: Düsseldorf v. 14. Jan. 1929; MKraftf. 1929, 387 Nr. 324; Müller, 6. Aufl., Anm. 8a; Heude zu § 21 KraftfVerkVd.), bedarf um so weniger einer näheren Erörterung, als durch die Fassung des § 21 in der KraftfVerkVd. v. 10. Mai 1932 eine andere Rechtsgrundlage geschaffen worden ist.

(U. v. 16. Nov. 1933; VI 331/33. — München.) [S.]

**5. §§ 1, 14c HypothekemoratoriumNotVd. v. 11. Nov. 1932. Begriff der Sicherung der Darlehnsforderung durch eine Hypothek und eine Grundschuld. Wie weit geht die in Abs. 5 § 1 für

links befindliche und zum Einbiegen nach links ansehende Führer muß sich naturgemäß durch Blick nach links vergewissern, ob seine Absicht durchführbar ist, das erfordert schon die allgemeine Sorgfaltspflicht; hat aus ihr ja doch das RG. in ähnlichen Fällen die Pflicht abgeleitet, sich an die Gefahrstellen „heranzutasten“. Andererseits führt gerade die Entsch. des RG. zu schwerer Gefährdung des Verkehrs; denn danach müßte das Fahrzeug, das sich (befugterweise) äußerlich links gehalten hatte, 1. nach rechts hinübergehen (wie weit übrigens?), also den zu seiner Rechten sich abspielenden Verkehr schneiden und 2. alsdann die Linkswendung ausführen und dabei zum zweitenmal den Verkehr schneiden, nämlich denjenigen, der sich links von ihm auf der Einbahnstraße in der geraden Richtung vollzieht. Dieses zweimalige Schneiden des übrigen Verkehrs würde gerade vermieden werden, wenn sich auch auf der Einbahnstraße der Führer so verhielte, wie ihm das ganz allgemein, also auch für die Einbahnstraße, § 27 Abs. 2 Satz 3 vorschreibt.

2. Für den Gesetzgeber ist das Ur. ein neuer Beweis, daß der bisherige Weg der Gesetzgebung wohl besser verlassen werden sollte. Ursprünglich hatte sich die KraftfVerkVd. in ihren Verkehrsverordnungen auf die großen Grundregeln beschränkt. Im Lauf der Zeit trat wachsend die Neigung hervor, für jeden erdenklichen Verkehrs Vorgang eine Vorschrift zu haben; gerade die Einbahnstraße ist ein bezeichnendes Beispiel dafür. Alle Verkehrsfragen auf diese Weise zu erfassen, ist naturgemäß nicht möglich; neue Streitfragen treten auf und lösen immer wieder neue Vorschriften aus, die wieder zu Streitfragen führen. Erschöpfend kann die Regelung nie sein; das allein schon sollte zu denken geben, ob der bisherige Weg richtig ist. Es kommt hinzu, daß die Gerichte, an ihrer Spitze das RG., häufig neben den sich aus den Vorschriften ergebenden Pflichten noch weitere aus der allgemeinen Sorgfaltspflicht herleiten, insbes. da, wo der Sonderfall eines Verkehrsvorgangs (noch) nicht ausdrücklich geregelt ist. Erwägt man hierzu den Umstand, daß die Verkehrsteilnehmer regelmäßig ein richtiges Empfinden dafür haben, was im Verkehr richtig ist — die oft zu beobachtenden Verstöße beweisen nichts hiergegen, denn sie werden ganz überwiegend bewußt begangen —, so wird man erwarten können, daß auch ohne eine alle Einzelheiten erfassende Gesetzgebung eine vernünftige Regelung des Verkehrs und eine befriedigende Rpr. möglich wäre. Auf einen großen Teil der Einzelvorschriften könnte wohl verzichtet werden, nämlich auf diejenigen, die doch nur vorschreiben, was sich für jeden Verkehrsteilnehmer aus seiner Pflicht ergibt, Gefährdungen, Behinderungen und Belästigungen anderer zu vermeiden. Eine solche allgemeine Bestimmung würde auch für die Gerichte vollkommen ausreichen, im Einzelfall, wo das erforderlich, ein schulhaftes Verhalten zu begründen. Die Verkehrsteilnehmer würden zweifellos über eine solche Entlastung von einer Fülle Einzelbestimmungen nur Erleichterung empfinden.

MinR. Geh. RegR. Dr. Müller, Berlin.

die Grundschuld angeordnete „entsprechende Anwendbarkeit“ der für die Hypothek geltenden Bestimmungen der Abs. 1—4 daselbst? Begriff der langfristigen Kreditgewährung in § 14c; maßgebender Zeitpunkt für die Beurteilung ist das Inkrafttreten der RotW. †)

Die Kl. sucht auf doppeltem Wege zu begründen, daß die ihr verpfändete Grundschuld den Schutz der RotW. v. 11. Nov. 1932, des sog. Hypothekemoratoriums, nicht genieße: nämlich sowohl aus § 1, wie aus § 14c jener W. Aus der im Abs. 5 des § 1 verordneten entsprechenden Geltung der Abs. 1—4 das. für Grundschulden und für Forderungen, die durch Grundschulden gesichert sind, sucht sie herzuzeigen, daß in gleicher Weise, wie dies bei hypothekarisch gesicherten Forderungen gelte, auch für Grundschulden die Anwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit der Moratoriumsvorschr. sich bestimmen müsse nach ihrer Anwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit auf die gesicherte Forderung. Diese Folgerung würde von vornherein der Schlüssigkeit ermangeln, wenn dem VerK. darin beizutreten wäre, daß es sich vorliegend bei der Verpfändung der Grundschuld für die Darlehnsforderung der Kl. an die Mlag um eine „Sicherung der Darlehnsforderung durch die Grundschuld“ i. S. des § 1 Abs. 5 RotW. v. 11. Nov. 1932 gar nicht handelte. Aber hierin kann dem BG. nicht zugestimmt werden. Seine Auslegung des Begriffes der Sicherung durch eine Grundschuld ist zu eng. Es mag hier dahingestellt bleiben, ob nicht auch bei Hypotheken unter „Sicherung durch eine Hypothek“ der Fall zwanglos mitverstanden werden könnte, daß zur Sicherung einer rein persönlichen Forderung eine Hypothek — Hypothek hier in dem weiteren Sinn einer hypothekarisch gesicherten (anderen) Forderung verstanden — abgetreten oder verpfändet wird. Jedenfalls ist bei Grundschulden gerade im Hinblick auf ihre begriffliche Unabhängigkeit vom Bestehen einer persönlichen Schuld keinerlei Grund ersichtlich, weshalb nicht unter „Sicherung durch eine Grundschuld“ neben dem nächstliegenden Fall der Bestellung einer Grundschuld zum Zwecke der Sicherung einer Forderung auch die nahe verwandten Fälle der Verpfändung oder Abtretung einer schon bestehenden Grundschuld zu dem gleichen Zwecke mitbegriffen werden sollten. Sicherung ist kein eindeutiger technischer Rechtsbegriff, sondern ein allerdings der Rechtssprache angehöriger Ausdruck, mit dem auf einen der Verwirklichung in mannigfacher Weise zugänglichen Zweck oder Erfolg hingewiesen wird. Daß, wie das BG. hervorhebt, die Sicherung bei der Verpfändung einer Grundschuld nicht durch die Grundschuld unmittelbar, sondern durch das Pfandrecht daran erfolge, hindert nicht, auch in diesem Falle von Sicherung durch die Grundschuld zu sprechen, denn der Sicherungswert des Pfandrechts ist abhängig von dem der Grundschuld, auf der die Sicherung wirtschaftlich beruht. Ist aber hiernach auch bei bloßer Verpfändung einer Grundschuld für eine Forderung diese als durch jene gesichert i. S. des § 1 Abs. 5 RotW. anzuerkennen (so auch Schlegelberger-Harmering, Das Hypothekemoratorium, 2. Aufl., Num. 4 Abs. 3 zu § 1, S. 30), so nötigt dies freilich

zu der Feststellung, daß das Wort „sichern“ im Abs. 1 des § 1 bei den Worten „Forderung, die durch eine Hypothek an einem inländischen Grundstück gesichert ist“ in einem engeren, technischeren Sinne gebraucht ist als im Abs. 5. Denn dort ist unter der Sicherung angesehentlich die organische, eine Schicksalsgemeinschaft begründende rechtliche Verbindung verstanden, die nach unserer Rechtsordnung zwischen der Forderung und der für sie bestellten Hypothek (Hypothek hier im engeren Sinne gebraucht) entsteht. Diese Verschiedenheit der Bedeutung des Ausdrucks „sichern“ im Abs. 1 und Abs. 5 des § 1 ist aber auch keineswegs so auffällig und unnatürlich, daß sie als unmöglich gewollt abzulehnen wäre. Sie findet vielmehr ihre naheliegende Erklärung in der rechtsbegrifflichen Verschiedenheit von Hypothek und Grundschuld und durch den Unterschied in der Art von Verbindung, die zwischen ihnen und einer durch sie zu sichernden persönlichen Forderung hergestellt werden kann, Abweichungen, die auch darin zur Erscheinung kommen, daß im Abs. 1 Satz 1 des § 1 von der durch eine Hypothek gesicherten Forderung als einer (organisch verbundenen) Einheit gesprochen wird, während im Abs. 5 die Grundschulden einerseits, die Forderungen, die durch Grundschulden gesichert sind, andererseits selbständig nebeneinander genannt werden unter, worauf noch zurückzukommen sein wird, bedeutungsvoller Voranstellung der Grundschulden.

Wenn nun aber die Kl. mit der Rev. aus der Rechtsstatfache der Sicherung ihrer Darlehnsforderung durch die verpfändete Grundschuld vermöge der im § 1 Abs. 5 RotW. bestimmten entsprechenden Anwendbarkeit der Abs. 1—4 das. die Folgerung zu begründen versucht, daß jedenfalls im Bereiche des Moratoriums zwischen der Forderung und der sie sichernden Grundschuld eine ebenso enge Verbindung verordnet sei, wie zwischen einer Forderung und der für sie bestellten Hypothek (i. e. S.), und daß deshalb die rechtlichen Schicksale der Forderung maßgeblich auch die sichernde Grundschuld ergreifen mit den gleichen rechtlichen Wirkungen für beide, so kann ihr darin nicht gefolgt werden. Sie überspannt damit die „entsprechende Geltung“. Denn diese hat zwar zur Folge, daß alles, was in den Abs. 1—4 für die hypothekarisch gesicherte Forderung bestimmt ist, entsprechend anzuwenden ist auf Grundschulden und auf Forderungen, die durch Grundschulden gesichert sind. Nicht aber folgt daraus auch, daß in Abweichung vom allgemeinen bürgerlichen Recht die Grundschulden für den Bereich des Moratoriums den Hypotheken in Ansehung ihrer Verbindung mit der gesicherten Forderung gleichgestellt und die insoweit sonst zwischen ihnen bestehenden Unterschiede aufgehoben sein sollen. Für die Absicht einer so tiefgreifenden Änderung des allgemeinen bürgerlichen Rechts fehlt es an jedem Anhalt. Vielmehr ergibt sich gerade das Gegenteil aus der vom Gesetzgeber gewählten Fassung. Denn im Gegensatz zu der Zusammenfassung von Forderung und Hypothek zu einer Einheit im Abs. 1 Satz 1 des § 1 sind im Abs. 5 die Grundschulden für sich und durchaus selbständig gegenüber den durch Grundschulden gesicherten Forderungen als dem Moratorium unterworfen bezeichnet, wobei die Trennung noch durch die Wiederholung des Wortes „Grundschulden“ (statt „Forderungen, die durch sie gesichert sind“ oder

Zu 5. Gegen dieses sorgfältig durchdachte Ur. des RG. lassen sich Einwendungen nicht erheben. Sowohl die Untersuchung über den Sinn der W. v. 11. Nov. 1932, insbes. die Untersuchung über die juristische Bedeutung einer durch Hypothek „gesicherten“ Forderung in § 1 Ziff. 1 und im Unterschied dazu die Bedeutung der Sicherung bei Forderungen, die durch Grundschulden „gesichert“ sind, in Ziff. 5 entspricht dem allgemeinen Rechtscharakter der Hypotheken und Grundschulden und ihrer Unterschiede.

Auch die Darlegung, daß im Bereiche des Hypothekemoratoriums die Behandlung der Grundschulden in Ansehung der Verbindung mit einer Forderung anders zu bewerten sei, als bei einer Hypothek, ist zu billigen.

Endlich ist die Ansicht des RG., daß vorliegendensfalls die Voraussetzungen der Ausnahmebestimmung des § 14c RotW. vom 11. Nov. 1932 nicht vorliegen, als zutreffend anzusehen.

Die Entsch. regt aber zum Nachdenken nach anderer Richtung an; diese betrifft die Redigierung der W. und Gesetze im allgemeinen.

Wenn auch die Gesetze und W. in den letzten Jahrzehnten überwiegend aus besonderen eiligen Anlässen, wirtschaftlichen Not-

wendigkeiten, die eben erst aufgetaucht waren, erlassen werden und die Redaktion daher schnell erfolgen mußte, so sollte es gerade vermeiden werden, wie es in der W. v. 11. Nov. 1932 geschehen ist, in einem Paragraph daselbst das Wort „gesichert“ in Ziff. 1 und 5 zu gebrauchen, wenn erst eine mühevollste Auslegung ergibt, daß das Wort durchaus nicht denselben Sinn hat.

Es wäre z. B. zweckmäßig gewesen, im § 1 Ziff. 1 zu sagen: „Die Rückzahlung einer Forderung, die durch eine an einem inländischen Grundstück bestellte Hypothek ‚gesichert‘ ist, kann nicht usw. . .“

Während man in Ziff. 5 dagegen hätte sagen können:

„Abs. 1—4 gelten entsprechend für ‚Sicherstellungen‘ durch Grundschulden und für Forderungen, für die Grundschulden bestellt sind.“ Diese Ausdrucksweise dürfte zweckmäßiger sein und eine größere Klarheit ergeben.

Auch § 14c a. a. O. hätte es erfordert, unzweideutig klarzustellen, daß es für die Beurteilung der Ausnahme nur auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens der W., nicht aber auf etwa früher und langjährig zurückliegende Verhältnisse ankam.

M. Dr. Eberhard Henke, Berlin.

„durch sie gesicherte Forderungen“) besonders betont ist. Und wenn weiter im Abs. 5 die Grundschulden vorangestellt sind, so enthält dies einen deutlichen Hinweis darauf, daß die Unabhängigkeit der Grundschuld von der durch sie etwa gesicherten persönlichen Forderung durchaus gewahrt bleiben sollte. Die gewählte Reihenfolge läßt die Anwendung des Moratoriums auf die durch Grundschulden gesicherten Forderungen als Folge seiner Anwendung auf die Grundschulden erkennen, nicht aber umgekehrt, wie auch schon die Überschrift der NotW. auf den Vorrang der dinglichen Seite hindeutet.

Läßt sich somit aus den Vorschr. des § 1 NotW. die Unanwendbarkeit des Moratoriums auf die streitige Grundschuld nicht begründen, so bleibt nur noch zu prüfen, ob etwa, wie die Kl. weiterhin geltend macht, die Voraussetzungen vorliegen, die nach § 14c NotW. deren Anwendung ausschließen. Nach dieser Vorschr. (soweit sie hier einschlagen könnte) verfährt der Schutz des Moratoriums bei Forderungen aus Darlehen, die unter Umständen gegeben worden sind, aus denen zu entnehmen ist, daß eine langfristige Kreditgewährung nicht beabsichtigt war, sowie bei Grundschulden, durch die solche Forderungen gesichert werden. Nach dem oben Ausgeführten liegen die Voraussetzungen dieser Ausnahme insoweit vor, als es sich um eine Grundschuld handelt, durch die eine Darlehensforderung der Kl. gesichert wird. Zu untersuchen bleibt demnach, ob aus den Umständen, unter denen das Darlehen gegeben war, zu entnehmen ist, daß eine langfristige Kreditgewährung nicht beabsichtigt war. Die Worte des Gesetzes könnten dem Zweifel Raum geben, ob damit etwa auf die einseitige (innere) Absicht des Kreditgebers abgestellt werde. Die Rev. nimmt dies aber mit Recht selbst nicht für sich in Anspruch, indem sie vielmehr die Unanwendbarkeit des Moratoriums nur darauf gründet, daß der ursprünglich unstreitig langfristig, nämlich auf fünf Jahre gewährte Kredit durch ein Abkommen vom Herbst 1931 in einen kurzfristigen umgewandelt worden sei. Es kann ihr nun zugegeben werden, daß als maßgebender Zeitpunkt für die Beurteilung das Inkrafttreten der NotW. gelten muß (vgl. Schlegelberger-Harmening a. a. O., Anm. 3 Abs. 5 zu § 14, S. 66), und daß es, wenn auch der Wortlaut des Gesetzes zunächst auf die Umstände bei der ursprünglichen Darlehenshingabe hinzuweisen scheint, auf die Sachlage ankommt, wie sie beim Inkrafttreten der NotW. bestand, so daß die anfängliche Langfristigkeit des Kredits außer Betracht bleiben müßte, wenn ein Verlängerungsabkommen ihn nur kurzfristig belassen hätte. Das aber liegt nicht vor. (Wird näher ausgeführt.) (Vgl. auch Harmening: DNotW. 1932, 743, 679.) Die Ausnahme des § 14c NotW. ist hiernach ohne Rechtsirrtum verneint worden.

(U. v. 29. Nov. 1933; V 305/33. — Düsseldorf.)

[Sch.]

Zu 6. I. Seit längerer Zeit hatte man innerhalb der interessierten Handelskreise sich damit abgefunden, daß gewisse auf die Herkunft deutende Warenbezeichnungen sich zur Angabe der Gattung entwickelt haben. Neuerdings glauben jedoch die beteiligten Interessenten ein Mittel gefunden zu haben, um ihr Monopol auf die umstrittene Bezeichnung wieder aufzurichten und zu befestigen: In zunehmendem Maße tritt die Behauptung hervor, daß eine Rückentwicklung zur Herkunftsbezeichnung stattgefunden habe. Die Möglichkeit solcher Wandlung der Verkehrsanschauung ist zwar grundsätzlich nicht gut zu bestreiten. Man denke etwa an den Fall, daß die nicht in dem fraglichen Ort produzierenden Unternehmungen im Lauf der Zeit eingehen oder daß aus sonstigen Gründen längere Zeit hindurch die betreffende Ware nur noch in dem Ort, auf den die Bezeichnung der Ware hinweist, hergestellt wird und so die Veränderung der Umstände zu einer Umwandlung der Verkehrsanschauung führt. Aber berechtigte Zweifel an dieser Schlussfolgerung sind schon dann angebracht, wenn die Rückentwicklung zur Herkunftsbezeichnung nicht auf realen Tatsachen jener Art, sondern lediglich auf einer ausgedehnten Verkehrswerbung beruhen soll und beruht. Denn solche Propaganda ist ja kaum anders denkbar, als daß unwahre Behauptungen in die Welt gestreut, daß der „echten“ Ware Vorzüge beigelegt werden, die sie in Wirklichkeit kaum — sicherlich nicht bei allen Herstellern desselben Orts — besitzen dürfte, nachdem nun einmal das Herstellungsrezept allgemein bekanntgeworden ist und verwendet wird. Wegen solche Verkehrswerbung der örtlichen Produzenten könnten die betroffenen auswärtigen Hersteller m. R. nach § 3 UnlWG.

6. §§ 3, 5, 13, 16 UnlWG.; § 4 Ziff. 3 LebMittG.; § 100 Abs. 4 S. 3 BranntwMonG. Herkunftsbezeichnung, Umwandlung zur Beschaffenheitsangabe, Rückbildung zur Herkunftsbezeichnung; Schutz des Besitzstandes in diesem Falle. Begriff der „irreführenden Bezeichnung“ ist der gleiche i. S. des UnlWG. wie des LebMittG. und des BranntwMonG. Zur Klageberechtigung von Vereinen und Verbänden gem. §§ 13, 3 UnlWG., wenn die Klage zugleich Ansprüche aus dem LebMittG. und BranntwMonG. geltend macht. f)

Nordhäuser ist — wie Steinhäger (vgl. RG. 137, 282 ff. = JW. 1932, 3769) — nicht Herkunfts- sondern Beschaffenheitsangabe, Gattungsbezeichnung für Branntwein; eine Rückentwicklung zur Herkunftsbezeichnung hat nicht stattgefunden. Eine etwaige Rückentwicklung könnte dann, wenn — wie hier — eine abändernde gesetzliche Vorschrift fehlt, nur von Bedeutung sein gegenüber einer nach ihrem Abschluß neugegründeten Unternehmung oder gegenüber einer zeitlich später aufgenommenen Anwendung der fraglichen Bezeichnung durch eine ältere Erzeugungstätte von Branntwein, weil ein einmal erworbener wertvoller Besitzstand von der angeblickt erfolgten Rückentwicklung nicht mehr berührt werden kann, da er sonst die vollen Wirkungen eines geschützten Rechtsgutes nicht entfalten könnte. Ob eine Herkunftsbezeichnung zur Gattungsbezeichnung geworden ist, entscheidet die Verkehrsanschauung. Eine solche Umwandlung ist als Ausnahme vom regelmäßigen ursprünglichen Zustande nur unter strengen Anforderungen an den Beweis und nur dann zu bejahen, wenn nur noch ein ganz unbeträchtlicher Teil der beteiligten Verkehrskreise in der betreffenden Angabe einen Hinweis auf die Herkunft erblickt. Ist die Umwandlung erfolgt, dann liegen, wie § 5 Abs. 1 UnlWG. und § 16 Abs. 2 WbzG. sagen, Namen vor, die zur Benennung dienen, „ohne die Herkunft bezeichnen zu sollen“. Die Wendung „zu sollen“ ist, wie Raumbach, Unl. Wettbewerb 2. Aufl. S. 172 letzter Absatz, S. 173 mit Recht bemerkt, angesichts der Maßgeblichkeit der Verkehrsauffassung für die Schaffung der Ausnahmestellung der Gattungsnamen schief. Danach ist auch der weitere Standpunkt der Rev. unzutreffend, daß im Gegensatz zu dem im § 5 UnlWG. entscheidenden Moment der subjektiven Willensrichtung die Vorschriften des LebMittG. (§ 4 Ziff. 3) und des BranntwMonG. (§ 100 Abs. 4 Satz 3) auf das objektive Moment abstellen. Vielmehr ist für die Prüfung und Entscheidung der Frage, ob eine Bezeichnung als irreführend anzusehen sei, für alle 3 Gesetze der gleiche Beurteilungsmaßstab entscheidend, nämlich die Verkehrsanschauung, d. h. die Auffassung derjenigen Kreise, an die sich die betr. Bezeichnung wendet, die also als Käufer der so bezeichneten Ware in Betracht kommen. Hat sich nach der Verkehrsanschauung die

vorgehen und damit schon die Bildung einer veränderten Verkehrsanschauung vernichten. Aber weder in dem vorliegenden noch in dem ganz ähnlich gelagerten „Steinhäger“-Fall hat überhaupt eine entsprechende Propaganda stattgefunden, wie von den ererkennenden Gerichten ausdrücklich festgestellt wurde. Und es genügt keineswegs, einfach die angeblich erfolgte Veränderung der Verkehrsanschauung zu behaupten und durch eine Reihe von Handelskammern konstataren zu lassen. Vielmehr bedarf es einer Begründung, worauf sich im Einzelfall die behauptete Rückentwicklung zur Herkunftsbezeichnung gestützt hat bzw. gestützt haben könnte. Denn darüber ist man sich doch allseits klar, daß alle Äußerungen der beteiligten Verkehrskreise von höchst zweifelhaftem Wert sind, recht subjektiven Meinungen Ausdruck geben und mehr oder weniger auf begrenzten persönlichen und zufälligen Erfahrungen statt auf umfassender Marktbeobachtung beruhen. Mit der Konstatierung ist es also nicht getan, sondern man muß auch eine überzeugende Ursache für die so auffällige Wandlung der Verkehrsanschauung dem Gericht angeben können.

Rechtspolitisch verdienen derartige Bestrebungen, eine anerkannte Beschaffenheitsangabe wieder als Herkunftsbezeichnung zu beschlagnahmen, nicht den geringsten Schutz. Wirklichen Sinn hat der Schutz der Ortsbezeichnung, wenn mit dem Herstellungsort eine besondere, anderwärts nicht zu erzielende Dualität der Ware verknüpft ist. Ist dieser Vorsprung nicht mehr vorhanden, so ziehen die Fabrikanten dieses Orts unberechtigte Vorteile aus der Lage ihrer Erzeugungstätte und aus reinen Illusionen, die sich in dem leichtgläubigen Publikum gebildet haben. Gerade diejenigen, die so eifrig den Ort

Umbildung einer Herkunftsangabe zur Gattungsbezeichnung vollzogen und hat ebenfalls nach der Verkehrsanschauung eine spätere Rückbildung dieses Wortes zur Herkunftsangabe nicht stattgefunden, so liegt eben keine irreführende Bezeichnung, und zwar nicht nur i. S. des § 3 UnlWG., sondern auch des § 4 Ziff. 3 LebMittG. und des § 100 Abs. 4 Satz 3 BranntwMonG. vor, so RGSt. 52, 260; 48, 101; die erstere ist zu der WD. v. 26. Juni 1916 betr. die Bekanntmachung des Stellvertreters des Reichskanzlers gegen irreführende Bezeichnung von Nahrungs- und Genußmitteln (RGBl. 588) ergangen, zu deren Ersetzung gem. § 24 LebMittG. die Vorschrift des § 4 Ziff. 3 in das LebMittG. v. 5. Juli 1927 aufgenommen ist. Auf dem gleichen Standpunkt steht das Schrifttum, vgl. z. B. Holt-Höfer-Juckenack, Komm. z. LebMittG. 2. Aufl. Anm. 14, 15, 16 zu § 4, wo zahlreiche, zu § 3 UnlWG. erlassene Urte. des erl. Sen. angeführt und zum Teil inhaltlich behandelt werden, u. a. das oben mehrfach erwähnte Steinhäger-Urteil. Auch nach der Entsch. des erl. Sen. v. 13. Nov. 1931, II 99/31 (MuW. 32, 83 ff.) ist die Anschauung des Verkehrs, insbes. der Verbraucherkreise, maßgebend für die Beurteilung der Frage, ob ein — nicht angegebener — Zusatz von Salizylsäure zu Räucherlachscheiben in Dosen als die Ware verfälschend anzusehen sei gem. § 4 Ziff. 1 u. 2 LebMittG. (ebenso die dort zit. Urte.). Es soll nur noch darauf hingewiesen werden, daß sich bereits in dem zit. Steinhäger-Urteil des erl. Sen. über das sich aus dem Zweck des

der Herstellung betonen und ihre Konkurrenten von der gleichen Warenbezeichnung ausschließen möchten, haben oft am wenigsten dazu getan, um den unter dieser Bezeichnung laufenden Waren ihre Bekanntheit und Beliebtheit zu verschaffen. Sie zehren auf jeden Fall mit von den Verdiensten anderer, sei es der ersten Hersteller an diesem Ort, sei es auswärtiger Produzenten, die gleichfalls das ihrige für die Eroberung des Marktes für Waren dieser Art und für die Verbreitung der Bezeichnung beigetragen haben. Das ist insbes. gegenüber Alfesld (ZB. 1932, 3770) zu betonen, der allzusehr das Interesse der Allgemeinheit an der Fernhaltung irreführender Bezeichnungen aus dem Verkehr hervorhebt und deshalb der Behauptung der erfolgten Rückentwicklung übermäßigen Wert beimißt. Selbst wenn ein Teil des Publikums — schon das soll nach Alfesld genügen — oder gar das gesamte Publikum mit der Gattungsbezeichnung nunmehr wieder die Vorstellung einer Herkunftsangabe verbinden sollte, so rechtfertigt das durchaus nicht, den ortsansässigen Produzenten ein Monopol zuzubilligen, für dessen Erwerb sie wenig oder nichts getan haben, und die irrigen Vorstellungen des Publikums über die bessere Qualität der aus dem betr. Ort bezogenen Waren zu unterstützen. Das öffentliche Interesse geht gerade nach der gegenteiligen Richtung. Denn solche Illusionen müssen meist teuer bezahlt werden.

Man sollte sich daher grundsätzlich entschließen, der Behauptung einer erfolgten Rückentwicklung zur Herkunftsbezeichnung von vornherein den Glauben zu versagen, wenn sie nicht auf ganz konkrete und durchschlagende Tatsachen gestützt werden kann. Die Stützung der Behauptung auf den Erfolg einer Verkehrsverwertung sollte man überhaupt nicht zulassen, weil die Werbung nur unter Verletzung des Gesetzes vor sich gehen konnte. Damit wäre man dann aller übrigen umständlichen Erwägungen über wohl erworbenen Besitzstand u. a. enthoben.

II. Was die Hilfserrägung anlangt, daß der Bekl. einen Besitzstand erlangt habe, demgegenüber selbst die Rückentwicklung zur Herkunftsbezeichnung nicht durchgreife, so liegt hier und in dem Steinhäger-Urteil einmal einer der seltenen Fälle vor, in denen sich die allgemeine, auch vom RG. beliebte Vermengung des Besitzstands mit der Lehre von der Verwertung (vgl. hierzu eingehend die gute Darstellung bei Reimer, Wettbew. u. WarZeichn. Bd. I S. 164 ff.) nicht durchführen läßt. Denn daß die Kl. durch ihr Verhalten etwa bestandene Ansprüche „verwirkt“ habe, läßt sich schlechterdings nicht behaupten. Solche Ansprüche sind nie zur Entlehnung gekommen, weil sie von vornherein der Rechtsgrundlage entbehrten. Es zeigt sich hier deutlich, daß der Besitzstand des Bekl. nicht lediglich als untergeordnetes Tatbestandsmerkmal im Rahmen der Verwirkung von Ansprüchen des Kl. zu bewerten ist, sondern selbständige rechtliche Bedeutung hat. Der Besitzstand beruht auf der erworbenen Verkehrsverwertung und diese wiederum in der Regel auf erheblichen Aufwendungen des Produzenten an Arbeit und Kosten. Wer ein Interesse daran hat, einen ihm abträglichen wettbewerbsrechtlichen Besitzstand nicht zur Entlehnung gelangen zu lassen, mag ihn bekämpfen mit allen ihm zur Verfügung stehenden Mitteln, sei es durch Klage, sei es durch Gegenwirkung tatsächlicher Art, insbes. Aufklärung der Öffentlichkeit. Ist es aber einmal, ob mit oder ohne Kenntnis des Gegners, ob mit oder ohne dessen „Schuld“, zu einem konkurrierenden Besitzstand gekommen, so hat niemand ein Recht, diesen wieder zu vernichten. Man

BranntwMonG. ergebende Verhältnis dieses Ges. zum UnlWG. eingehende Ausführungen befinden.

Zu der Frage, ob der nach § 13 Abs. 1 i. Verb. m. § 3 UnlWG. zur Klagerhebung befugte klagende Verein überhaupt zur Geltendmachung von Ansprüchen aus dem LebMittG. und dem BranntwMonG. berechtigt wäre, mag bemerkt werden, daß es nicht unbedeutlich erscheint, mit der Schärfe, wie Baumbach a. a. O. S. 181 betont, den Zweck der §§ 3 u. 5 UnlWG. ebenso wie des ganzen UnlWG. allein in dem Schutz der Mitbewerber, nicht daneben — allerdings erst in zweiter Linie — auch des Publikums zu erblicken, wenn auch seine dort weiter vertretene Ansicht, daß die erwähnten anderen Gesetze nur die Allgemeinheit, das Publikum, die Mitbewerber aber nicht als solche, sondern nur als Teil des Publikums schützen sollen, unbedeutlich richtig ist. Deshalb erscheint auch die Annahme Baumbachs, daß diese letzteren Vorschriften daher nicht in Gesetzeskonfurrenz mit § 3 UnlWG. stehen können, somit die Mitbewerber durch diese Gesetze nicht zur Klage berufen seien (a. M. Fuld: MuW. 30, 476), nicht unbedeutlich. Das gleiche gilt von seiner Ansicht, daß diese Frage deshalb ziemlich bedeutungslos sei, weil § 3 UnlWG. meist mit § 1 daselbe konfuriere, wenn § 4 Ziff. 3 LebMittG., § 5 Abs. 1 WeinG. verletzt sei. Das wird häufig, aber keineswegs stets der Fall sein.

(U. v. 7. Nov. 1933; II 111/33. — Berlin.)

[Sch.]

muß ihn dulden, ohne dadurch seine eigenen Rechte einzubüßen. Die Verwirkung führt zur Vernichtung bestehender Rechte oder hindert wenigstens ihre Ausübung. Der Besitzstand hat den Erwerb eines Rechts oder Rechtsguts zur Folge, tastet also den Bestand konkurrierender Rechte an sich nicht an, wenngleich er praktisch deren Geltungsbereich einzuschränken vermag. Für den Eintritt der Verwirkung ist maßgeblich das Verhalten des Verletzten. Für den Erwerb des Besitzstands sind allein entscheidend die Handlungen dessen, der ihn geschaffen hat, sei es auch — was durchaus nicht stets der Fall zu sein braucht — unter Verletzung bereits bestehender Rechte oder Rechtsgüter. Deshalb ist es abwegig, die Entstehung des Besitzstands abhängig zu machen von subjektiven Voraussetzungen in der Person des Verletzten, von seinem Untätigbleiben trotz Kenntnis oder fahrlässiger Nichtkenntnis des in der Entstehung begriffenen Besitzstands.

Schwierigkeiten bereitet allerdings die rechtliche Herleitung solchen Besitzstands und damit die Feststellung seiner Voraussetzungen. Daran liegt es wohl auch, wenn sich die Erkenntnis von der selbständigen Bedeutung des Besitzstands bisher noch nicht durchzuringen vermochte. Der Besitz an einer Sache ist allemal erkennbar und beweisbar. Die Verkehrsverwertung einer Warenbezeichnung, einer Auszeichnung u. a. als Grundlage des Besitzstands ist außerordentlich schwer objektiv festzustellen, wenn man es damit einigermaßen genau nimmt. Man bleibt hier ebenso wie in der Frage, ob eine Herkunftsbezeichnung sich in eine Beschaffenheitsangabe verwandelt oder eine Rückentwicklung zur Ortsbezeichnung erfahren hat, wie überall, wo die Verkehrsanschauung zu ermitteln ist, auf subjektive Meinungen und Zufallsergebnisse von Umfragen angewiesen. Es beruht deshalb das Gewisse, wenn man sich außerdem noch darauf berufen kann, daß der Verletzte selbst Schuldfrage an der Entstehung des ihm beeinträchtigenden Besitzstands seines Konkurrenten.

Aus diesen Gründen ist es auch nicht vertretbar, sachenrechtliche Grundsätze über die Erziehung zur entsprechenden Anwendung zu bringen und den wettbewerbsrechtlichen Besitzstand auf eine Art von Erziehung zu gründen. Man käme damit zu unerfüllbaren Anforderungen an die Dauer des ungestörten Besitzstands und an die Gutgläubigkeit des Erwerbers; das Institut des Besitzstands wäre so praktisch ganz wertlos. Es handelt sich um einen erworbenen, nicht einen ererbtenen Besitzstand (vgl. Reimer S. 172 Anm. 13). Praktisch brauchbar ist nur der Gedanke der Verarbeitung (§ 950 BGB.). Man bewahrt damit auf jeden Fall ein wertvolles — allerdings auch nur ein solches — Arbeitsergebnis vor der Vernichtung. Auf die Gutgläubigkeit des Erwerbers kommt es hierbei nicht an, auch nicht auf die Dauer seines Besitzstands. Aber auch dem Verletzten bietet diese Lösung den besten Ausgleich. Denn soweit der Besitzstand auf Kosten eines Mitbewerbers geschaffen wurde, steht nichts im Wege, dem Beeinträchtigten einen Bereicherungsanspruch in analoger Anwendung des § 951 BGB. zuzubilligen, eine Konsequenz, die bisher noch kaum beachtet worden ist. Hierbei wird freilich wieder die Verwertung als Schranke der Rechtsausübung sowohl für die Bereicherungsansprüche als auch für die unberührt bleibenden (§ 951 Abs. 2) Schadensersatzansprüche zu ihrem Rechte kommen. Sühnis in der Geltendmachung solcher Ansprüche kann dazu führen, dem Berechtigten die Geltendmachung zu verjagen.

Prof. Dr. Ruhl, Halle a. d. S.

*7. FürsorgePfW. v. 13. Febr. 1924. Der Anspruch der Fürsorgeverbände auf Rückzahlung geleisteter Unterstützungen setzt verwertbares Vermögen des Unterstützten voraus.¹⁾

Die Kl. als Fürsorgeverband hat der Befl. in Wege der Kleinrentenfürsorge in der Zeit vom März 1924 bis Dez. 1931 9886,06 RM zugewendet. Sie verlangt mit der Klage von der Befl. die Rückerstattung dieser Fürsorgeunterstützung.

Die von Amts wegen zu prüfende Frage der Zulässigkeit des ordentlichen Rechtsweges ist zu bejahen (RG. 140, 163, § 25 c der abgeänderten FürsPfW. v. 13. Febr. 1924, § 30 Abs. 4 PrAusfW. v. 30. Mai 1932).

Da die Befl. die Fürsorgeunterstützung als Kleinrentnerin bezogen hat, richtet sich ihre Erstattungspflicht bis zum 1. April 1924, also für einen Monat, nach dem Gesetz über Kleinrentnerfürsorge v. 4. Febr. 1923 (RGBl. I, 104) und den dazu erlassenen Richtlinien v. 9. Mai 1923 (RGBl. I, 289), die zu § 3 unter Nr. 4 die Rückerstattung aus dem Vermögen oder dem Nachlaß des Fürsorgeempfängers nach Grundsätzen der Billigkeit vorsehen. Die Ansicht des BG., daß die Fürsorgeverbände schon nach der früheren Fassung des für die Folgezeit maßgebenden § 25 FürsPfW. v. 13. Febr. 1924 Ersatz ihrer Aufwendungen vom Unterstützten verlangen konnten, entspricht der im Ur. des Sen. RG. 140, 163¹⁾ niedergelegten Auffassung. In der eingehenden Begründung dieses Ur., auf die verwiesen werden kann, ist im Anschluß an die unter der Geltung des Bundesgesetzes über den Unterstützungszweck v. 6. Juni 1870 und 30. Mai 1908 ergangenen Ur. (RG. 75, 84²⁾; 76, 69³⁾) ausgeführt, daß die Erstattungspflicht unter der Voraussetzung eintrete, daß dem Unterstützten ausreichende Mittel zur Verfügung ständen. Durch die Fassung, die der § 25 FürsPfW. durch die zweite W. des RPräs. zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen v. 5. Juni 1931 (RGBl. I, 279/307) erhalten hat, wird zunächst — Abs. 1 — die grundsätzliche Verpflichtung des Unterstützten, dem Fürsorgeverband die aufgewendeten Kosten zu ersetzen, außer Zweifel gestellt. Nach Abs. 2 ist der Unterstützte berechtigt, den Ersatz zu verweigern, soweit und solange er kein hinreichendes Vermögen oder Einkommen hat. Aus der Entwicklung dieser Gesetzesvorschrift ist unbedenklich zu entnehmen, daß der frühere Begriff der ausreichenden Mittel mit dem jetzt maßgebenden Begriff des hinreichenden Vermögens oder Einkommens übereinstimmt. Daß der Unterstützte, wie das BG. zutreffend ausführt, nach der jetzigen Fassung der Vorschr. den Mangel hinreichenden Vermögens oder Einkommens im Wege der Einrede geltend zu machen und nach allgemeinen Grundsätzen zu beweisen hat, ist nach der besonderen Lage des vorliegenden Falles hier ohne Bedeutung.

Es ist unstreitig, daß die Befl. von ihrem Vater auf Grund des § 2338 BGB. in guter Absicht enterbt, d. h. daß ihr Pflichtteilsrecht durch Anordnung einer Nacherbenschaft und durch Übertragung der Verwaltung auf zwei Testamentvollstrecker beschränkt ist. Danach steht ihr weder das Recht

¹⁾ ZB. 1933, 1407.

²⁾ ZB. 1911, 228.

³⁾ ZB. 1911, 495.

Zu 7. Das Ur. ist zunächst nach der prozessrechtlichen Seite insofern von Interesse, als gemäß § 30 Abs. 4 PrAusfW. zur NFürsW. v. 30. Mai 1932 die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte gegeben ist, während über die gleichen Rechtsfragen in anderen deutschen Ländern die Verwaltungsgerichte entscheiden (z. B. § 18 BadAusfW. zur NFürsW. v. 9. Okt. 1931). Diese verschiedene Regelung geht auf die Entstehungsgeschichte des § 25 NFürsW. zurück, vor dessen Inkrafttreten es in der Rspr. und im Schrifttum bestritten war, ob die auf Grund Reichsrechts bestehende Erstattungspflicht als privatrechtliche oder als öffentlich-rechtliche aufzufassen war. De lege ferenda ist eine einheitliche Regelung dahin zu erstreben, daß nach dem Vorbilde Preußens derartige Rechtsstreite vor die ordentlichen Gerichte gehören.

Nach der materiellrechtlichen Seite hatte das RG. zu entscheiden, ob die Einrede der Verweigerung des Ersatzes begründet ist, weil kein hinreichendes Vermögen oder Einkommen vorhanden ist. Der Begriff des hinreichenden Vermögens ist im Fürsorgerecht und in der einschlägigen Rspr. schon vor der Neufassung des § 25 NFürsW. bekannt. Bereits § 5 BadArmG. v. 5. Mai 1870 bestimmt, daß der

der Verfügung noch das der Verwaltung bezüglich des ihr zugefallenen Vermögens zu. Sie ist vielmehr rechtswirksam auf ein Forderungsrecht gegen die Testamentvollstrecker auf Herausgabe der Nutzungen des Vermögens beschränkt. Das BG. führt zutreffend aus, daß sie nicht die etwaigen Zinsbeträge in vollem Umfang, sondern nur den Reinertrag verlangen könnte, der sich nach Abzug der Verwaltungskosten, insbes. der Kosten der Testamentvollstreckung, ergibt (§ 2338 Abs. 1 Schlußsatz BGB.). Nach ihrem Tode fällt das von den Testamentvollstreckern verwaltete Kapital nicht in ihren Nachlaß, sondern an die im väterlichen Testament eingesetzten Nacherben.

Das mit der Nacherbenschaft belastete Vermögen besteht zunächst aus 362,50 RM Deutsche Ablösungsanleihe. Die Befl. bezieht hier eine Vorzugsrente, nach Angabe der Kl. selbst jährlich 290 RM. An dem Vorteil der Auslösung der Stücke nimmt sie hier nicht teil. Weiter sind 450 RM Leipziger Ablösungsanleihe und 4550 RM Deutsche Kommunalsammelablösungsanleihe vorhanden, von denen der Befl. vorläufig keine Nutzungen zuschießen können, da vor der Auslösung der einzelnen Stücke keine Zinsen fällig werden (§ 43 Abs. 1 AnlAblöG.) und eine Auslösung noch nicht stattgefunden hat. Hiernach kann zunächst kein Zweifel sein, daß die Befl. kein zum Ersatz der ihr gewährten Unterstützungen hinreichendes Einkommen hat, und es kann sich nur fragen, ob sie ein dazu hinreichendes Vermögen besitzt.

Die Rev. verkennt nicht, daß das Kapitalvermögen, da es der Verfügung und Verwaltung der Befl. entzogen ist, außer Betracht zu bleiben hat. Sie meint aber, die Befl. habe einen Anspruch auf die Zinsen des Kapitals, der bereits bestehe, wenn auch der Zeitpunkt der Zinszahlung unbestimmt sei. Sie will die Ansicht des BG., daß die Ersatzpflicht des Unterstützten ein verwertbares Vermögen voraussetze, nicht gelten lassen und meint schließlich, daß der Anspruch der Befl. wohl auch als verwertbares Vermögensrecht anzusehen sei.

Daß auch bedingte und beschränkte Ansprüche bereits Vermögensrechte darstellen, ist der Rev. zuzugeben (RGRKomm. Bem. 4 vor § 158 BGB.). Das hat das BG. auch nicht verkannt. Gegen seine Ansicht, daß ein Vermögensrecht, das sich noch nicht in Geld umsetzen läßt, also gegenwärtig noch keinen Verkehrswert hat, noch nicht die Ersatzpflicht des Unterstützten begründen könne, bestehen keine rechtlichen Bedenken. Bei Entscheidung der Frage nach der Verwertbarkeit der Rechte der Befl. ist folgendes zu berücksichtigen:

Nach § 43 AnlAblöG. sind die ausgelosten Teilbeträge der Ablösungsanleihen, die gem. § 42 bis zum Jahre 1955 einschließlich zu tilgen sind, durch Barzahlung eines Mehrfachen ihres Nennwertes einzulösen. Der Einlösungsbetrag ist mit 5% jährlich v. 1. Jan. 1926 an bis zum Ende des Jahres, in dem die Teilbeträge ausgelost werden, zu verzinsen; die Zinsen sind bei der Einlösung zu zahlen. Es kann zweifelhaft sein, ob es sich dabei um eigentliche Zinsen oder nicht vielmehr um einen Zuschlag zum Kapital handelt, dessen Höhe nach dem auf die angegebene Zeitspanne entfallenden

Unterstützte, welcher zu hinreichendem Vermögen gelangt, zur Rückerstattung verpflichtet ist. Der BadVerpGeh. geht dabei in ständiger Rspr. davon aus, daß unter hinreichendem Vermögen ein solches nicht zu verstehen ist, das zur Rückerstattung der erhaltenen Unterstützungen gerade ausreicht. Ob hinreichendes Vermögen vorhanden ist, muß nach den besonderen Umständen des Einzelfalles geprüft werden (vgl. hierzu: PHeimW. 1932, 160, 398; 1933, 223, 414). Dabei ist unter hinreichendem Vermögen i. S. der NFürsW. das gleiche zu verstehen wie unter ausreichenden Mitteln i. S. des UWG. In dem vorl. Fall hat das RG. zutreffend entschieden, daß ein zeitlich bedingter, aber nicht verwertbarer Anspruch auf den nach Abzug der Verwaltungskosten verbleibenden Reinertrag aus dem Vermögen eines Dritten nicht als hinreichendes Vermögen i. S. des § 25 Abs. 2 NFürsW. anzusehen ist. Zugunsten des Befl. kamen dabei noch die Sondervorschriften des § 15 der Reichsgrundzüge für Kleinrentner in Anwendung. Für die Praxis der Fürsorgebehörden ist der Satz des Urteils von großer Bedeutung, daß die Fürsorgeverbände gegen eine Verfügung des Unterstützten über seine als zum Ersatz nicht hinreichend befundenen Vermögensstücke sich, abgesehen von der Befugnis des § 9 der Reichsgrundzüge, nur durch die allgemeinen Rechtsbehelfe, insbes. Arrest oder EinstwVerf. sichern können.

Bürgermeister Dr. Fees, Rastatt.

Zinsbetrag berechnet wird. Zugunsten der Kl. mag angenommen werden, daß eigentliche Zinsen, also Erträge des Kapitals in Frage stehen. Dann hat die Bekl. einen durch die Auslösung zeitlich bedingten Anspruch auf die Zinsbeträge oder richtiger auf den nach Abzug der Verwaltungskosten verbleibenden Reinertrag. Soweit die Auslösung erst nach dem Tode stattfinden sollte, wird eine Verteilung der Zinsen gem. § 101 Abs. 1 Nr. 2 BGB. vorzunehmen sein, so daß der auf die Zeit bis zu ihrem Tode entfallende Reinertrag zu ihrem Nachlaß gehören und nicht an die Nacherben fallen würde. Da die fraglichen Ablösungsanleihen einen Kurswert haben, dessen Höhe zum Teil auch durch die Aussicht auf die bei der Auslösung fällig werdenden Zinsbeträge bedingt erscheint, so ließen sich auch die bedingten Rechte der Bekl. durch eine Veräußerung der Anleihestücke bis zu einem gewissen Maße in Geld umsetzen. Diese Möglichkeit scheidet aber für die Bekl. aus, da sie über die Anleihestücke selbst nicht verfügen kann. Wie die zeitlich bedingten Rechte der Bekl. sich gegenwärtig sonst verwerten lassen sollten, ist nicht abzusehen. Jedenfalls ist der Gegenwartswert so gering, daß gegen die Ansicht des BG., von einem hinreichenden Vermögen im Sinne des § 25 Abs. 2 FürsPflWD. könne gegenwärtig nicht die Rede sein, rechtliche Bedenken nicht zu erheben sind. Es braucht daher hier nicht auf die Frage eingegangen zu werden, inwieweit Pfändbarkeit und dementsprechend Abtretbarkeit (§ 400 BGB.) der fraglichen Rücklagen nach § 863 ZPO. vorliegt und ob die etwaige Pfändbarkeit die Annahme eines zum Ersatz hinreichenden Vermögens hindert. Ebensovienig braucht erörtert zu werden, wie der Fall zu beurteilen wäre, wenn der Bekl. durch Auslösung sämtlicher Anleihestücke der von der Kl. berechnete Betrag von etwa 10000 RM zuziele. Denn dieser Fall liegt nicht vor und wird aller Voraussicht nach auch nicht eintreten.

Der Einwand des nicht hinreichenden Vermögens erscheint auch noch unter einem weiteren rechtlichen Gesichtspunkt als begründet. Auf die Bekl. finden die besonderen Vorschr. für Kleinrentner in § 15 der gem. § 6 FürsPflWD. maßgebenden Reichsgrundsätze über Voraussetzung, Art und Maß der öffentlichen Fürsorge v. 4. Dez. 1924 (RGBl. I, 765) jetzt v. 1. Aug. 1931 (RGBl. I, 441) Anwendung, wonach die Fürsorge u. a. nicht abhängig gemacht werden darf vom Verbrauch oder der Verwertung eines kleinen Vermögens. Diese Vorschr. können auch bei der Entsch. der Frage, ob der Kleinrentner hinreichendes Vermögen zur Erstattung erhaltener Unterstützungen besitzt, nicht unberücksichtigt bleiben. Mehr als ein kleines Vermögen ist aber hier gegenwärtig zweifellos nicht vorhanden.

Die Rev. meint weiter, der Ersatzanspruch müsse der Kl. zugesprochen werden, damit diese verhindern könne, daß die Bekl. sich durch Verfügung über die fraglichen Vermögensrechte zugunsten Dritter ihrer Ersatzpflicht gegenüber der Kl. entziehe. Besondere Rechtsbehelfe sind indessen den Fürsorgeverbänden für diesen Fall nicht eingeräumt. Solange dem Unterstützten kein hinreichendes Vermögen oder Einkommen zur Verfügung steht, kann er nach § 25 Abs. 2 FürsPflWD. den Ersatz verweigern. Wegen einer Verfügung des Unterstützten über seine als zum Ersatz nicht hinreichend befundenen Vermögensstücke können sich die Fürsorgeverbände, von der Befugnis des § 9 der Reichsgrundsätze abgesehen, nur durch die allgemeinen Rechtsbehelfe, insbes. Arrest oder EinstwVerf., sichern.

(U. v. 9. Nov. 1933; IV 196/33. — Frankfurt a. M.)

[R.]

8. §§ 1, 13 UnlWG. Einer privaten Krankenversicherung ist es nicht gestattet, bei Werbung im Kundenkreise einer anderen solchen Gesellschaft entworfenen Kündigungsschreiben vorzulegen oder Kündigungsschreiben unaufgefordert zu diktieren oder unaufgefordert zu schreiben oder endlich solche Kündigungsschreiben — nach Sammlung oder einzeln — an die andere Gesellschaft abzusenden.

Die Rev. macht unter Bezugnahme auf die Beurteilungen, welche die beiden Erkenntnisse des 7. ZivSen. des OLG. v.

9. Dez. 1931 und v. 10. März 1933 (JurArbSchPrVerf. 1932, 79; 1933, 159) durch Scheunert und Pröfz: PrArbSch. (Beil. der Öffentlich-rechtl. Verf.) 1932, 59 und JurArbSch-PrivVerf. 1932, 161, sowie in Ztschr. f. VerfWes. 1933, 476) erfahren haben, geltend: Nach der Auffassung des Bordinrichters sei es nicht zu beanstanden, wenn der Agent den Umworbenen über die Möglichkeit, den Zeitpunkt und die Abfassung der Kündigung des bestehenden Versicherungsverhältnisses unterrichte. Das gleiche aber müsse bei der zutreffend angenommenen Einheitlichkeit des wirtschaftlichen Vorgangs der Neuanwerbung und der Kündigung notwendig auch dann gelten, wenn der Agent den Kunden nicht bloß zum Abschluß der neuen Versicherung, sondern auch zur Kündigung der alten bestimme und der Ausführung dieses Entschlusses durch den Kunden beizuhelfe und sie überwache, also z. B. anwesend bleibe, bis der Kunde die Kündigung geschrieben habe und zur Post habe bringen lassen. Alsdann sei aber auch in den besonderen Handlungen der Agenten, die der Bordinrichter der Bekl. verbieten wolle, ein unlauteres Mittel des Wettbewerbs nicht zu erblicken. Die Überwindung des durch das Trägheitsmoment begründeten Besitzstandes sei das Wesen jedes Wettbewerbes. Ansagen, eigene Niederschrift der Kündigung durch den Agenten seien lediglich eine erlaubte persönliche Gefälligkeit im Kundendienst. Nach Aushändigung des neuen Versicherungsantrags an den Agenten sei die Kündigung des alten Vertrags eine Notwendigkeit, deren Verabfäumung, Verzögerung oder mangelhafte Ausführung dem Kunden, dessen Abkehr von der alten Gesellschaft schon vollendet sei, Schaden bringen würde. Der zulässige Einbruch in den Besitzstand sei sachlich schon vollzogen. An sich habe die Bekl., worauf sie zutreffend hingewiesen habe, nach Entgegennahme des neuen Antrages kein rechtliches Interesse an der Aufhebung der alten Versicherung, nur sei es eine selbstverständliche Verkehrspflicht des Agenten, den neugeworbenen Kunden davor zu bewahren, daß er entgegen seinem Willen doppelte Prämie zahlen müsse. Sei die Anwerbung einwandfrei, so könne die dem Angeworbenen bei der Lösung seiner alten Versicherung gewährte Hilfe als bloße Ausführungshandlung nicht sittenwidrig sein. Inwiefern sich in der bloßen Schreibhilfe ein unsittliches „System“ des Ausspannens zeigen solle, sei nicht zu erkennen. Was die Ksp. unter diesem „System“ verstehe, liege auf ganz anderem Gebiete, besonders auf dem Gebiete der Beschaffung und Benutzung der Kundenliste. Ebensovienig sei aber zu begreifen, warum der Agent nicht den Auftrag des Angeworbenen zur Absendung des Kündigungsschreibens solle annehmen dürfen; auch dieser Auftrag diene lediglich zur Sicherstellung der Ausführung des Entschlusses, den der Kunde durch Aushändigung des neuen Antrags vollzogen habe. Ohne jede rechtliche Bedeutung sei es wiederum, ob der Agent jedes Kündigungsschreiben einzeln und sofort, oder ob er oder eine Verwaltungsstelle der Bekl. mehrere gleichzeitig absenden. Der Agent hafte seinem Auftraggeber lediglich für rechtzeitige Absendung; deren Art und Zeit sei ihm überlassen. Irgendwelche Rechte oder Interessen der Kl. würden durch die Einzel- oder Sammelabsendung nicht berührt. Das beanstandete Verfahren könne ihr höchstens nützlich sein; dadurch ergebe sich nämlich, wenn ausnahmsweise der neue Antrag einmal nicht angenommen werden sollte, die Möglichkeit, dem Abgewiesenen den Ablauf der alten Versicherung und die Kosten eines Neuausschlusses zu ersparen, da in solchem Falle natürlich der Agent das zurückbehaltenene Kündigungsschreiben an ihn zurückgeben werde. Nicht zu verstehen sei, inwiefern die beanstandete Kündigungshilfe dazu dienen und bestimmt sein solle, „die Ernte sicher in die Scheuern zu fahren“, da doch die „Ernte“ schon mit der Annahme des Antrags geerntet sei. Schließlich bemerkt die Rev. noch, ein von der Bekl. mit Sachverständigengutachten unter Beweis gestellter Umstand, daß nämlich in der Feuerversicherung die Kündigungshilfe, sogar unter Verwendung gedruckter Formblätter, von jeher üblich sei, hätte bei der Entsch. der Sittenwidrigkeit nicht unbeachtet bleiben dürfen.

Diesen Ausführungen kann nur teilweise gefolgt werden. Richtig ist daran das, daß der Bordinrichter, wenn er vorweg zutreffend den Angriff des Wettbewerbers auf die einem anderen Versicherer auf Zeit vertraglich verbundene Kundschaft

für zulässig erklärt, nicht nachher darin und in dem Hin- arbeiten auf die Kündigung an sich ein „System“ des Ein- dringens in einen rechtlich und psychologisch begründeten Bes- sitzstand, in eine Interessensphäre der alten Gesellschaft, ein Betreten fremden Rechtsbodens finden konnte und dies als unlauteres Handeln bezeichnen durfte. Daß das Anwerben des Kunden durch Erwirken des für ihn nach aller Regel sofort verbindlichen Versicherungsantrags abhängig ist von dem Erwirken des Entschlusses zu der — vertraglich möglichen — Lösung des bestehenden Versicherungsverhältnisses mit einer anderen Gesellschaft (gegebenenfalls der Kl., die sich über die Bekl. und ihre Agenten beschwert), führt der Vorder- richter selbst aus. Und er muß es seiner Stellungnahme ge- mäß als eine notwendige Begleiterscheinung der Anwerbung und ihrer Zulassung und als etwas Erlaubtes hinnehmen, daß auch dieser Entschluß des Kunden erwirkt wird. Das, was als unzulässiges (wettbewerbsfremdes) „System“ in Betracht kom- men könnte, kann nicht in dem Eingriff in den fremden Bes- sitzstand als solchen liegen, sondern nur in der Art und Weise des Eingriffes, indem entweder gerade der Besitzstand eines einzelnen Wettbewerbers in ausgeuchter verwerflicher Weise zum Gegenstand des Angriffs gemacht wird — wovon nir- gends die Rede ist — oder Angriffsmittel gebraucht werden, die gegen die guten Sitten — Generalklausel des § 1 UnlWG. — oder gegen besondere Best. des UnlWG. — die hier alle auscheiden — verstoßen. Es fragt sich daher, ob und wie die Bekl. durch die festgestellten Handlungen, sei es ihrer Agenten, für die sie in Ansehung der hier allein geforderten Unter- lassung gem. § 13 Abs. 3 UnlWG. einzutreten hat, sei es ihrer Verwaltungsstellen, den § 1 UnlWG. verlezt, also im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Hand- lungen vorgenommen hat, die gegen die guten Sitten ver- stoßen, und i. S. dieses Gesetzes unlauter sind. Die beiden Tat- bestandsmerkmale des Handelns „im geschäftlichen Verkehr“ und „zu Zwecken des Wettbewerbs“ sind hier gegeben. Zu ersterem bedarf es keiner Ausführung. Zu letzterem ist darauf hinzu- weisen, daß, wie auch das zeitliche Verhältnis zwischen der Abgabe des verbindlichen Versicherungsantrags und den vom Vorderrichter verbotenen Handlungen im einzelnen sich stellen mag, der Wettbewerb mit dem Erzielen des verbindlichen An- trags doch noch nicht vollendet ist, sondern erst mit dem Zu- standekommen eines Versicherungsvertrags durch dessen An- nahme. In der Zwischenzeit, in der auch noch Verhandlungen zwischen dem Antragsempfänger und dem „neuen Kunden“ über die Grundlagen oder die Gestaltung des Vertrags ein- treten können, besteht die Möglichkeit, daß der neue Kunde, sei es von sich aus bei gehöriger Überlegung der Versiche- rungsleistungen, des Werbungsvorganges und der sonstigen Verhältnisse, sei es unter fremder Einwirkung durch dies- bezügliche Vorstellungen, anderen Sinns wird. Er kann von seinem Antrag in Güte oder unter Benutzung bestimmter Rechtsbehelfe, insbes. der Ansetzung seiner Willenserklärung, wieder loszukommen suchen. Insofern spricht der Vorder- richter von dem sicheren Einfahren der Ernte als einem Zweck der Sorge um den Kündigungsbrief und hierzu hat er tatsächlich festgestellt, daß die Bekl. oder ihre Agenten solche Briefe gesammelt oder einzeln erst nachträglich zu einem der Kl. unangenehmen Zeitpunkt an sie befördert hätten, einem Zeitpunkt, der das Anstimmeln des Kunden nicht mehr ge- stattete. Der Wettbewerbszweck spielt, wie ohne weiteres er- kennbar ist, auch bei dem von der Rev. erörterten Bestreben mit, zwei Fälle zu vermeiden: einmal den, daß der durch die Werbung zu einem verbindlichen Antrag bestimmte Kunde nachher wider das bei der Werbung erweckte Erwarten aus irgendwelchen Gründen von der Antragsempfängerin abge- lehnt wird und nun nach sofortiger Absendung seiner ver- traglich zulässigen und wirksam gestalteten Kündigung an die alte Gesellschaft außer Versicherung gerät, sodann den Fall, daß er, weil die Kündigung bei der alten Gesellschaft unter- bleibt oder nicht rechtzeitig oder nicht wirksam geschieht, mit der Annahme seines Antrags doppelt versichert wird. Beide Fälle wären dem Werbungserfolg in weiteren Kreisen wegen der dadurch hervorgerufenen Klagen des neuen Kunden über den Zustand abträglich. Daran, daß der letztere Fall, nämlich

die Doppelversicherung, nicht eintritt, besteht noch das be- sondere Interesse des neuen Versicherers, das auf der Sorge wegen des Eingangs der Beiträge beruht, da der Kunde viel- fach nicht in der Lage sein würde zur Leistung doppelter Bei- träge. Die Sache liegt daher keineswegs so, wie es die Rev., nicht im Einklang mit den tatsächlichen Feststellungen des Ur- darstellt, daß alles, was zur Herbeiführung oder Hinaus- schiebung wirksamer Kündigung bei der alten Gesellschaft, namentlich der Kl. geschehen ist, rein menschlicher Fürsorge für die bei dem neugewonnenen Kunden eingetretenen Not-wendigkeiten im Verhältnis zur alten Gesellschaft entsprungen ist. Der Sen. ist auch von sich aus in der Lage, im Rahmen des vom Vorderrichter festgestellten Handelns der Bekl. und ihrer Agenten zu sagen, daß die Verfolgung des eigenen Interesses am Wettbewerbsergebnis in aller Regel das Be- herrschende bei ihrem Handeln gewesen ist. Dies zeigt sich schon in dem Vorlegen entworfenener Kündigungsschreiben, wo- bei es belanglos ist, ob diese Schreiben handschriftlich oder mittels Maschine oder Drucks vorbereitet sind, erst recht in der Absendung der vom Kunden gezeichneten Kündigung- schreiben nach eigenem Gutbefinden der Bekl. oder ihrer Agen- ten. Diese Ansicht vertritt im letzteren Punkt ausdrücklich auch der Vorderrichter mit seiner Erklärung, daß die Ver- sorgung des unterschriebenen Briefes nicht den Zweck habe, dem neuen Kunden den Weg zur Post zu ersparen, der, wie hier bemerkt werden soll, unter den heutigen Verkehrsverhält- nissen auch auf dem Lande keine irgendwie ins Gewicht fallende Belastung für jenen darstellt, sondern den, die Ernte sicher in die Scheuern zu fahren. Stets wird sich der Ablauf der Werbung so gestalten, daß dem Ansinnen des Agenten, einen Versicherungsvertrag mit seinem Unternehmer zu den von diesem dargebotenen, in diesen und jenen Punkten vor- teilhaften — gegenüber anderen vorteilhafteren — Bedingun- gen einzugehen, von dem bereits Versicherten die Tatsache des Bestehens seiner Versicherung entgegengehalten wird. Die Erörterung der Lösbarkeit dieses Rechtsverhältnisses und die Mitwirkung bei der Lösung dient dann dem Agenten als sehr wesentliches Mittel, womit er den Kunden für den Entschluß, die Versicherung zu wechseln, gewinnt und bei diesem Ent- schluß festhält. Auf diese Weise tritt neben den Leistungswet- tbewerb i. S. von RG. 28, 247; 134, 342 (352)¹⁾, bestehend in der Gestaltung und Anpreisung vorteilhafter Versicherungs- bedingungen, ein andersartiges Handeln zum Wettbewerbs- zweck, das in gewissen Fällen, nämlich bei der geistlichen Verzögerung der Absendung des in die eigene Verfügungs- gewalt gelangten Kündigungsschreibens zu dem Zweck, ein Eingreifen des alten Versicherers hintanzuhalten, ausgespro- chen in einen Behinderungswettbewerb übergeht. Anstößig und im Sinne des Wettbewerbsgesetzes unlauter ist dabei allerdings niemals der Zweck der Gewinnung weiterer Kunden auf Kosten eines anderen Mitbewerbers, wohl aber in gewissem Umfange das dazu angewendete Mittel. Das Maß, in dem dies zutrifft, gibt den Maßstab für den Umfang der Berechtigung des er- lassenen Verbots.

Der Sen. hält für nicht zweifelhaft, daß in einer Be- ratung des Kunden über die Notwendigkeit, Zeit und Form einer zur vertragsmäßigen Lösung des alten Versicherungsverhältnisses erforderlichen Kündigung, wie sie schon von den Klaganträgen freigelassen ist, keine Verletzung der guten Sitten des Wettbewerbs erblickt werden könnte. — Der Gesicht- punkt der Verleitung zum Vertragsbruch scheidet hier, wie im ganzen Streifitfall aus — Auch eine vom Kunden veranlaßte, gelegentliche und rein persönliche Hilfeleistung des Agenten zur Ausführung der Kündigung könnte nicht als wettbewerbs- widrig beanstandet werden. Deshalb erachtet es der Sen. für geboten, daß in den Ziff. 2 und 3 des vom Vorderrichter bestätigten landgerichtlichen Urteilsatzes, in denen das Dik- tieren des Kündigungsschreibens und das Schreiben für den Versicherten unterjagt ist, also Handlungen, womit erst im Werbeorgang selbst die Herstellung des Schreibens geschieht, eine Einschränkung durch Einschließen je des Wortes „unauf- gefordert“ erfolgt. In allen anderen Fällen, also namentlich wenn der Werber — sei es der Agent oder die Bekl. selbst —

1) ZB. 1932, 1893.

das Schreiben in Schrift oder Druck bereits entworfen hat und vorlegt oder wenn er von sich aus das Diktieren oder Schreiben in Vorschlag bringt, liegt die Sache so, daß dem Werber die Mitwirkung zur Herstellung des Schreibens als Mittel dient, um gemäß der zutreffenden Schilderung des Vorderrichters den Beharrungswillen des Versicherten im Interesse eines Werbeerfolgs zu überwinden. Diesem Verhalten, oftmals geübt, wie festgestellt, wohnt etwas Systematisches inne und es handelt sich um ein Tun, das außerhalb des eigentlichen gestatteten Leistungswettbewerbs liegt und in der Regel auch den Behinderungswettbewerb vorbereitet, der in der Entgegennahme des unterzeichneten Schreibens und dem Absenden nach eigenem Gutdünken zum Zwecke des Ausschaltens einer Gegenwirkung des bisherigen Versicherers zu finden ist. Der Kunde, der kraft des andauernden und ohne Kündigung sich um einen weiteren Zeitraum verlängernden Versicherungsvertrags in einem besonderen Vertrauensverhältnis zu dem Altversicherer steht, wird durch dieses, wie festgestellt, in dem einheitlichen Werbevorgang sich abspielende Verhalten in einen Zustand der Unfreiheit versetzt. Dies ist, einerlei in welchem Umfang es bisher auch sonst geübt worden sein mag, etwas dem gesunden Wettbewerb Fremdes. Es zu dulden, entspräche nicht dem Zweck des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, das, wie oft ausgesprochen, ebenfowohl dem Schutz des redlichen Mitbewerbers, wie dem wohl verstandenen Schutz des Publikums dient. Verstärkt wird jener Zustand der Unfreiheit des Kunden, wenn der Werber das ausgefertigte Kündigungsschreiben entgegennimmt, um es seinerseits abzufenden, und sich so in die Lage versetzt, den Kündigungsvorgang nach eigenem Gutdünken ablaufen zu lassen oder nicht. Hier liegt ein Eindringen des Mitbewerbers in das lediglich zwischen dem Kunden und dem Altversicherer zur Ausführung zu bringende fremde Vertragsverhältnis vor, das den guten Sitten im Wettbewerb durchaus widerspricht. Auf dem Wege der bürgerlich-rechtlichen Betrachtung des mit der Entgegennahme des Schreibens zur Absendung gegebenen Auftrags, wie die Rev. es will, läßt sich die wettbewerbsrechtliche Frage nicht lösen. Ihre Verweisung auf Bräuche bei der Feuerversicherung in der Richtung auf „Kündigungshilfe“, „fogar unter Verwendung gedruckter Formblätter“, ist belanglos. Abgesehen von der Verschiedenheit des Versicherungszweiges kommt es auf die Einzelheiten der sog. „Hilfe“ an, die nicht näher dargelegt sind und die sich nach Gesichtspunkten beurteilen, denen gegenüber eben ein auch sonst bestehender Brauch als Mißbrauch zu betrachten und zu einer Änderung des Art. ungeeignet wäre.

(U. v. 3. Nov. 1933; II 142/33. — Hamburg.) [R.]

****9.** § 256 ZPO.; § 843 BGB.; §§ 1, 65 RD. Die Feststellung einer Verpflichtung zum Ersatz künftigen Schadens ist nicht möglich, wenn bei Erlass des Urteils bereits feststeht, daß ein Schaden in Zukunft nicht mehr entstehen kann. Auch nicht fällige Rentenbeträge aus § 843 fallen in die Konkursmasse.

Das BG. führt aus, daß die prozessualen Voraussetzungen der Feststellungsklage im Zeitpunkt der Klagerhebung bestanden hätten und daß es deshalb nicht darauf ankomme, ob der Kl. nachträglich zur Leistungsklage hätte übergehen können und ob ein Ersatzanspruch bei Erlass des BU. nicht mehr bestanden habe. Denn nach der ständigen Rspr. des RG. sei es für die positive Feststellungsklage erforderlich und genügend, daß der Kl. im Zeitpunkt ihrer Erhebung mit einer weiteren Schädigung aus der Unfallverletzung habe rechnen dürfen. Daß bei der Erhebung der Feststellungsklage die Schadensfolgen aus dem Unfallereignis noch nicht abgeschlossen gewesen seien, gehe aus den Gutachten B. und R. einwandfrei hervor. Diese Begründung beruht auf einer irr-tümlichen Auffassung der Sätze, die in der Rspr. des RG. für die Zulässigkeit von Feststellungsklagen entwickelt sind. Das RG. hat in den vom VerR. angeführten Entsch. lediglich ausgesprochen, daß der Kl., wenn die Voraussetzungen für die Erhebung einer Feststellungsklage im Zeitpunkt der Klagerhebung gegeben gewesen seien, nicht deshalb genötigt sei, ganz oder teilweise zu einer Leistungsklage überzugehen,

weil er im Laufe des Verfahrens die Möglichkeit erhalten habe, die Höhe seines Schadens zu beziffern. Dagegen ist in keiner der Entsch. der Satz enthalten, daß es für die Entsch. über eine Feststellungsklage ohne Bedeutung sei, ob ein Ersatzanspruch bei Erlass des Feststellungsurteils nicht mehr bestehe. Wenn ein Ersatzanspruch beispielsweise deshalb nicht mehr besteht, weil der zum Schadenersatz Verpflichtete seiner Verpflichtung genügt und den Schaden voll ersetzt hat, ist auch für ein Feststellungsurteil kein Raum mehr, gleichgültig, ob ein Ersatzanspruch im Zeitpunkt der Klagerhebung bestanden hat oder nicht. Etwas anderes hat wohl auch das BU. nicht sagen wollen. Anscheinend hat es nur darlegen wollen, der Erlass eines Feststellungsurteils setze nicht notwendig voraus, daß nach Erlass des Urts. eine Vergrößerung des bisher entstandenen Schadens eintrete und der Kl. aus diesem Grunde zur endgültigen Bezifferung seines Anspruchs außerstande sei. In der Tat kann ein Feststellungsurteil, das sich auf den Anspruch der Verpflichtung zum Ersatz des entstandenen Schadens beschränkt, unter Umständen auch dann ergehen, wenn der Eintritt eines weiteren Schadens nicht mehr zu beforgen ist. Nun hat das BU. sich aber nicht auf die Feststellung beschränkt, daß die Befl. dem Kl. den bereits entstandenen Schaden zu ersetzen hat. Es hat vielmehr auch die Verpflichtung zum Ersatz des in Zukunft entstehenden Schadens festgestellt. Es ist zuzugeben, daß schon die bloße Möglichkeit der Entstehung eines künftigen Schadens unter gewissen Voraussetzungen die Feststellung der Verpflichtung zum Ersatz dieses Schadens rechtfertigen kann (RG. 61, 171). Daraus kann aber nicht gefolgert werden, daß die Feststellung einer Verpflichtung zum Ersatz künftigen Schadens auch dann möglich wäre, wenn bei Erlass des Feststellungsurteils bereits feststeht, daß ein Schaden in Zukunft nicht mehr entstehen kann, weil die Schadensfolgen bereits vollständig abgeschlossen sind. Daß das BG. sich dessen bewußt gewesen wäre, kann seiner Begründung nicht entnommen werden. Es hat eine Feststellung, daß der Unfallschaden des Kl. auch in Zukunft noch zu weiteren Vermögenseinbußen für den Kl. führen könne, jedenfalls nicht getroffen, sondern im Gegenteil die Möglichkeit, daß ein weiterer Schaden nicht mehr eintritt, ausdrücklich offengelassen.

Von Rechtsirrtum beeinflusst ist auch die Art, in der das BG. zwischen den vor und nach der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Kl. entstandenen Schadenersatzansprüchen unterschieden hat. Das BG. meint, daß die Ersatzansprüche des Kl., soweit sie pfändbar und von der Eröffnung des Konkurses am 5. Juli 1929 entstanden seien, in die Konkursmasse fielen, daß dies aber für die Ersatzansprüche aus der Zeit nach der Eröffnung des Konkurses nicht zutrefte. Da die Frage der Pfändbarkeit nur für die dem Kl. nach §§ 3a, 7 HaftpfG., § 843 BGB. zustehende Rente von Bedeutung ist, muß die Ausführung des BG. dahin verstanden werden, daß die vor der Konkursöffnung fällig gewordenen Rentenbeträge in die Masse fielen, die späteren dagegen nicht. Diese Unterscheidung ist nicht berechtigt. Nach § 1 RD. umfaßt die Konkursmasse das gesamte einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners, welches ihm zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört. Der Zwangsvollstreckung unterliegt auch die dem Gemeinschuldner nach § 843 BGB. zustehende Geldrente, soweit sie nicht der Pfändung durch § 850 Abs. 3 ZPO. und der Vorschr. der WD. über Lohnpfändung v. 25. Juni 1919 entzogen ist. Für die Konkurszugehörigkeit der der Pfändung unterworfenen Rentenbeträge ist es aber ohne Bedeutung, ob sie vor oder nach der Konkursöffnung fällig werden. Entstanden ist der Rentenanspruch aus § 843 BGB. bereits mit der Aufhebung oder Minderung der Erwerbsfähigkeit des Verletzten. Die später fällig werdenden Rentenansprüche entstehen nicht jeweils von neuem. Sie sind vielmehr lediglich befristet, so daß nicht ihre Entstehung, sondern nur ihre Fälligkeit hinausgeschoben ist (vgl. RG. 87, 85¹⁾). Insofern unterscheidet sich der Rentenanspruch aus § 843 BGB. von den für die Leistung von Diensten zu zahlenden fortlaufenden Vergütungen. Der Anspruch auf die Vergütung für geleistete

Zur Aufhebung der *Bl.* würde die mit §§ 147, 150 *RPD.* nicht vereinbare Verfahrensweise des *VG.* nicht führen. Der Mangel ist durch die Behandlung der beiden gesonderten Sprüche als einheitliches, zusammengehöriges Urteil im Revisionszug ohne weiteres geheilt. Die Aufhebung und Zurückverweisung war jedoch aus anderen Gründen geboten.

(U. v. 13. Nov. 1933; I 138/139/33. — Berlin.) [R.]

11. §§ 313, 317, 516 *RPD.* Eine vor der Unterzeichnung des Urteils durch die mitwirkenden Richter der Partei erteilte, äußerlich mangelfrei, die Unterschrift der Richter aufweisende und dann von Anwalt zu Anwalt zugestellte Ausfertigung setzt die Berufungsfrist in Lauf. Die in der Plenarentscheidung (RG. 82, 422ff.) aufgestellten Grundsätze haben auch durch die Streichung des § 516 Abs. 2 *RPD.*, der die Einlegung der Berufung vor Zustellung des Urteils als wirkungslos bezeichnete, für Fälle der hier zu behandelnden Art ihre Bedeutung nicht verloren; insbesondere können die Ausführungen auf S. 425ff. auch gegenwärtig noch Geltung beanspruchen.

Daß die Rückforderung der Ausfertigungen durch die Geschäftsstelle sowie das Übereinkommen der beiderseitigen Prozeßbevollmächtigten über die Wirkungslosigkeit der Zustellung dieser Ausfertigungen die Entscheidung über die Zulässigkeit der Berufung nicht zu beeinflussen vermag, ist in dem angeführten Beschluß zutreffend hervorgehoben worden. War die Zustellung v. 2. Febr. wirksam, so konnten die Prozeßparteien durch das getroffene Abkommen den Beginn der Berufungsfrist nicht hinausschieben.

(Beschl. v. 8. Nov. 1933; V B 14/33. — Raumburg.)

[Sch.]

12. § 30 Satz 2 *GRG.*; § 554 Abs. 7 *RPD.* Wird der Revisionsantrag nach Setzung der Nachweisfrist nur unter Vorbehalt der Erweiterung eingeschränkt, so ist die angeforderte Gebühr nicht zu ermäßigen.

Mit 113 065,62 *RM* in der *VerZust.* unterlegen, legte der *Bekl.* ohne Einschränkung *Rev. ein.* Es wurde ihm Nachweisfrist in Ansehung einer Gebühr aus diesem Betrage gesetzt. Er reichte dann eine „einstweilige“ *RevBegr.* mit Antrag in Höhe von 6100 *RM ein*, Erweiterung des Antrags vorbehaltend, und beantragte Erlaß einer neuen Gerichtsostenanforderung. Die Geschäftsstelle lehnte den Antrag ab. Dagegen erhob der *Bekl.* Erinnerung. Er meinte, die Berechnung des Gerichtskostenvorstufes sei zu ändern, wenn der *RevKl.* zwar nach Zustellung der Zahlungsaufforderung, aber vor der Bezahlung und vor Ablauf der Zahlungs- (Nachweise-) Frist, den Antrag eingeschränkt habe. Eine teilweise Zurücknahme des Rechtsmittels sei nicht erforderlich und könne dem *RevKl.* auch nicht angefohnen werden.

Die Erinnerung ist nicht begründet. Die von dem *RevKl.* zu zahlende Prozeßgebühr von 1300 *RM* ist mit der *RevEinlegung* fällig geworden; denn in ihr ist i. S. des § 74 *GRG.* die Erklärung, „der Antrag“, zu finden, durch den das Verfahren in der *VerZust.* bedingt ist (vgl. Beschl. des 2. *ZivSen.* v. 20. Mai 1930, II 532/28). Es ist richtig, daß bei Einlegung der *Rev.* durch die Einreichung der *RevSchrift* eine Angabe darüber, inwiefern das *Urt.* angefochten wird, nicht erforderlich ist. Unterbleibt aber eine solche Angabe und ebenso die Angabe, daß das *Urt.* in bestimmtem Umfang nicht angefochten wird, so wird durch die unbeschränkte *RevEinlegung* die Rechtskraft des *Urt.* in vollem Umfang gehemmt (vgl. Beschl. des 5. *ZivSen.* v. 3. Juli 1926, V 75/26). Wird demnächst ein beschränkter Antrag gestellt, so ist es Frage prozessualer Auslegung, ob im übrigen die *Rev.* als zurückgenommen anzusehen ist (vgl. den erwähnten Beschl. und den des 9. *ZivSen.* v. 13. Juni 1930, IX B 5/30 [33. 1930, 2954²²], auch das *Urt.* des *Sen.*

v. 6. Okt. 1933, VII 128/33), was die in § 30 Satz 2 *GRG.* vorgesehene Folge nach sich ziehen würde. Eine Zurücknahme kann dann nicht angenommen werden, wenn, wie in dem oben wiedergegebenen Antrage des *Bekl.* v. 14. Sept. 1933, die Erweiterung des Antrages ausdrücklich vorbehalten und damit zum Ausdruck gebracht ist, daß nach wie vor das *Urt.* des *VG.* im ganzen Umfange der Beschwerde des *Bekl.* in der *VerZust.* zur Nachprüfung gestellt bleiben sollte (vgl. Beschl. des 2. *ZivSen.* v. 16. Sept. 1932, II B 16/32). Der *Bekl.* lehnt auch die Auffassung ausdrücklich ab, daß in seiner eingeschränkten Antragstellung eine Teilzurücknahme des Rechtsmittels zu finden sei. Dann aber konnte eine Ermäßigung der Prozeßgebühr, die allein durch § 30 Satz 2 *GRG.* gerechtfertigt wäre, nicht in Frage kommen. Der Kostenansatz der Geschäftsstelle besteht daher zu Recht; zu seiner Abänderung bestand kein Anlaß.

(Beschl. v. 20. Okt. 1933; VII 37/33. — RG.-Geschäftsstelle.) [S.]

b) Straffachen.

Berichtet von Rechtsanwält Rudolf Jensen, Berlin und Generalstaatsanwalt Dr. Alfred Weber, Dresden.

I. Materielles Recht.

13. § 2 *StGB.*; §§ 264, 267 *StPD.* Innerhalb der dem § 264 *StPD.* zu entnehmenden Grenzen für die Umgestaltung der Strafflage ist eine Verurteilung auf Grund wahldeutiger Feststellungen zulässig. Auf die wahldeutig festgestellte Tat ist unter Berücksichtigung der zu § 2 Abs. 2 *StGB.* entwickelten Grundsätze dasjenige Strafgesetz anzuwenden, das die mildeste Beurteilung zuläßt. †)

Die Urteilsgründe enthalten keinen eindeutigen Nachweis des Tatbestands der gewerbsmäßigen Hehleri, deren der Angekl. schuldig befunden worden ist. Denn die *Strk.* ist nahezu davon überzeugt, daß der Angekl. selber der Dieb ist; demgemäß kann sie nicht der sicheren Überzeugung sein, daß er die Fahrräder von einem Vortäter in hehlerischer Absicht an sich gebracht habe. Es handelt sich vielmehr um eine durch die Fassung der Urteilsgründe nur schwach verhüllte wahldeutige Feststellung, daß der Angekl. die Fahrräder entweder gestohlen oder gewerbsmäßig gehehlt habe.

Nach der bisherigen *Rspr.* des *RG.* ist eine Verurteilung auf Grund einer wahldeutigen Feststellung solcher Art unzulässig (*RGSt.* 53, 231; *Urt.* II D 1078/31 u. I 359/32, beide teilweise wiedergegeben bei Müse, *Problem der Zulässigkeit von Alternativ-Schuldfeststellungen*, *Strafr. Abh.* 324, 93). Da die Gründe des angef. *Urt.* keinen Anhaltspunkt dafür bieten, daß das Gericht seine Verpflichtung zur möglichst erschöpfenden Erforschung des wahren Sachverhalts verkannt hätte und in einer neuen Verhandlung zu einer sicheren Überzeugung davon gelangen könnte, welcher der beiden in Frage kommenden Tatbestände erfüllt ist, müßte nach jener *Rspr.* auf *Freisprechung* erkannt werden (vgl. *RGSt.* 22, 213; 61, 202). Es bedarf keiner weiteren Darlegung, daß die *Freisprechung* eines offenkundigen Verbrechers, von dem feststeht, daß er sich — sei es als Dieb, sei es als Hehler — fortgesetzt schwerer Eingriffe in die Eigentumsrechte anderer Personen schuldig gemacht hat, unerträglich wäre und der Aufgabe des Strafrechts, Verletzungen der staatlichen Rechtsordnung zu sühnen, widerstritte.

Zur Vermeidung eines solchen unerwünschten Ergebnisses beschreiten die Gerichte häufig den Weg, die nach dem Beweisergebnis gar nicht zu umgehende wahldeutige Feststellung in

Zu **13.** So sehr es zu begrüßen ist, wenn das *RG.* einen höchst unerfreulichen Formalismus beseitigen und eine energische Strafrechtspflege sichern will, so bleibt doch der Weg, den das *RG.* in diesem Falle wählt, sehr bedenklich.

I. Einiges Grundfällliche ist voranzustellen.

1. Auch das *RG.* setzt die verschiedenen Stellungnahmen zum Problem der alternativen Feststellung in eine gewisse Beziehung zur

den Urteilsgründen nicht zum Ausdruck zu bringen, sondern eine der in Betracht kommenden Straftaten eindeutig festzustellen und den Angekl. hierwegen zu verurteilen. Gelingt dieses Bestreben im vollen Umfang, dann ist das Urteil mit der Rev. nicht angreifbar. Vielsach wird jedoch auch in Fällen, in denen das angekl. Urteil zwar der Form nach mit einer eindeutigen Feststellung schließt, aber die in Wirklichkeit vorhandene Wahldeutigkeit der Feststellung nur wenig verhüllt, die Rev. vom RG. verworfen, in der Regel mit der formalen Begründung, daß die tatsächlichen Feststellungen für das RevG. nicht angreifbar seien. So wünschenswert es nun ist, daß eine gegen das Rechtsgefühl verstoßende Freisprechung vermieden wird, so wenig erfreulich ist es, wenn dies nur geschehen kann durch Erweckung des Anscheins einer in Wirklichkeit gar nicht möglichen eindeutigen Feststellung oder durch stillschweigende Billigung eines kaum verhüllten Verstößes gegen den im übrigen festgehaltenen Grundsatz der Unzulässigkeit einer wahldeutigen Feststellung durch das RevG. Die Bedenklichkeit eines solchen mit der wirklichen Sachlage in Widerspruch stehenden Verfahrens zeigt sich besonders in der vorl. Sache. Hätte die Strk. die gewerbsmäßige Hehlerei so, wie geschehen, festgestellt, ohne erkennen zu lassen, welche starken Verdachtsgründe für den diebischen Erwerb der Fahrräder durch den Angekl. sprechen, dann müßte die Rev. verworfen werden und die Verurteilung des Angekl. wegen der schwerer strafbaren gewerbsmäßigen Hehlerei bestehen bleiben, obwohl die Möglichkeit, ja sogar die Wahrscheinlichkeit vorhanden ist, daß der Angekl. sich nur des milder strafbaren fortgesetzten einfachen Diebstahls im Rückfall schuldig gemacht hat.

Die Häufigkeit der Fälle, in denen der Strafrichter durch die bisherige Rspr. vor die schlimme Wahl gestellt wird, entweder einen offenkundigen Verbrecher freizusprechen oder zu der vom Rechtsgefühl geforderten Verurteilung auf einem ungeraden Weg zu gelangen, ergibt sich aus den Fallsammlungen des unten angeführten neueren Schrifttums.

Die Bedenklichkeit dieses Ergebnisses hat den erf. Sen. zur Prüfung der Frage veranlaßt, ob an den Grundsätzen, die hinsichtlich der Grenzen der Zulässigkeit einer Verurteilung auf Grund wahldeutiger Feststellungen in der Rspr. des RG. — und zwar in Übereinstimmung mit dem älteren Schrifttum (vgl. Rüse a. a. O. S. 8—11, S. 20—25) — aufgestellt worden sind, festgehalten werden muß, oder ob die geltende Rechtsordnung in Verbindung mit den Auslegungsgrundsätzen, die sich im Laufe der Zeit herausgebildet haben, es ermöglicht, — unter Verwertung der im neueren Schrift-

tum vertretenen Anschauungen (vgl. Rüse a. a. O. und das dort auf S. 26—29 und auf S. 69—76 angeführte Schrifttum, insbes. Rumpf, Strafrichter, Schriften des Vereins Recht u. Wirtschaft, II Heft 2 S. 1—226; Zeiler, Alternative Tatfachenfeststellung: DRZ. 1914, 521, 569; derselbe: ZStW. 43, 596; 53, 257; von Hippel, Strafr. 2, 44), sowie der Stellungnahme des Dritten Deutschen Richtertags: DRZ. 1913, 790 — eine Verurteilung auf Grund wahldeutiger Feststellungen in weiterem Umfang zuzulassen.

Das RG. hat von Anfang an anerkannt, daß es Fälle gibt, in denen der Richter zu einem bestimmten Ergebnis über den einen oder anderen Tatbestand nach dem Beweisergebnis nicht gelangen kann, aber für erwiesen ansieht, daß der eine oder der andere vorliegt, und es hat zum Ausdruck gebracht, daß in solchen Fällen ein Schuldspruch auf Grund wahldeutiger Feststellungen der Natur der Sache, der Aufgabe des Richters, dem Bedürfnis der Rechtspflege entspricht, soweit nicht eine gesetzl. Best. entgegensteht. Es hat weiter — unter Hinweis auf die Mot. zu dem jetzt aufgehobenen § 292 StP.D. — ausgesprochen, daß dem geltenden Recht keine grundsätzlichen Bedenken gegen eine solche Verurteilung zu entnehmen sind, daß es sich nur darum handelt, die Grenzen ihrer Zulässigkeit zu finden (RG. 3, 93; 4, 86; RGSt. 36, 18; 37, 215; 56, 61).

Für die Grenzziehung aber hat das RG. — im Anschluß an das *PrObDrib.* — als ausschlaggebend erachtet die Identität der Tat und des gesetzlichen Tatbestands sowie die Gleichheit der gesetzlich bestimmten Strafe. Der Grundsatz ist in den zahlreichen Entsch. nicht immer gleichlautend gefaßt, geht aber dem Sinne nach dahin: Eine Verurteilung auf Grund wahldeutiger Feststellungen ist zulässig, wenn es sich um verschiedene Ausführungsarten einer und derselben Straftat handelt, die keinen verschiedenen Tatbestand bedingen, und wenn das Gesetz selbst diese mehreren Ausführungsarten als gleichwertig nebeneinander stellt und hierfür dieselbe Strafe androht. Der Begriff „Ausführungsart“ ist hierbei in einem weiten Sinne zu verstehen; die Verschiedenheit der in einem Tatbestand enthaltenen Ausführungsarten kann insbes. begründet sein durch die Verschiedenheit der Ausführungshandlungen oder der Begehungsmittel oder der Beschaffenheit des Vorfalls. Neben jener positiven finden sich auch verneinende Fassungen; so wird in RGSt. 53, 231 eine wahlweise Feststellung da für unzulässig erklärt, wo verschiedene Tatbestände in Frage stehen, die in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht dergestalt voneinander abwei-

weltanschaulichen Grundhaltung. Reichlich derb tut dies Rüse in seiner vom RG. benützten Dissertation. Wer also die alternative Feststellung in engen Grenzen halten will, kommt damit in die unangenehme Lage, sich gegen den politischen und weltanschaulichen Vorwurf des Liberalismus verteidigen zu müssen. In Wahrheit wäre aber der weltanschauliche Kampfplatz m. E. gar nicht zu betreten, denn die angebliche Beziehung scheint mir gar nicht vorhanden zu sein. Dies ist daraus ersichtlich, daß die Frage ja gar nicht lautet: Verurteilung mit wahldeutiger Feststellung oder Freispruch, sondern in den allermeisten Fällen einfach wahldeutige oder eindeutige Feststellung, wie das noch genauer zu erörtern ist (vgl. unten 3). Tatsächlich verurteilt ja auch die Praxis in den wichtigsten Fällen, nur mit einer vom RG. als anstößig empfundenen Begründung. Ich kann auch nicht finden, daß in den Begründungen der angeführten Urteile der Gedanke des Rechtsbewusstseins des Individuums eine wesentliche Rolle spielt. Die Theorie geht jedenfalls von rein juristischen Erwägungen über das Wesen des Strafanspruches und über den Sinn der Verurteilung aus (so schon Ostern, Die Alternativität bei strafprozessualen Willenserklärungen, Breslau 1902, ganz bestimmt und klar aber Detker, Das Verfahren vor den Schwur- und Schöffengerichten, Leipzig 1907, S. 275 ff.). Selbst wenn aber frühere Zeiten den gleichen Fehler gemacht hätten, in dieser Frage weltanschaulich zu argumentieren, so würde dies doch nebensächlich sein gegenüber der Tatsache, daß das geschichtlich überlieferte Ergebnis einfach aus der uralten Formstrenge germanischer Prozessauffassung stammt. Der beste Beleg hierfür ist das reichlich reichlich formalistische englische Schwurgerichtsverfahren (vgl. Ostern a. a. O. S. 29 ff.).

Die Lösung der praktischen Frage, wie sich unerwünschte Freisprechungen vermeiden lassen, liegt m. E. auf materiellrechtlichem Gebiet, in der Aufweisung der Beziehungen der verschiedenen Tatbestände

zueinander (vgl. schon Ostern S. 94). Zugegeben, daß eine frühere mehr formalistische Auslegung des materiellen Rechts immerhin dem Gesetzgeber gewisse Lücken zur Ausfüllung überlassen wolle. Eine freiere Behandlung des materiellen Rechts wird unserer Lösung größere Tragweite verleihen. So vermag ich nicht zuzugestehen, daß — abgesehen vom letzten Punkt — die Lösung von einem überjuristischen Standpunkt aus zu finden ist.

2. RG. geht in seiner außerordentlich freien Auslegung des Prozessrechts von dem Auslegungsgrundsatz aus, „daß der Strafprozeß das Mittel zur Durchsetzung des sachlichen Strafrechts ist“. „Zweck des sachlichen Strafrechts ist“ — so fährt RG. fort — „die Wahrung der Rechtsordnung. Jeder, der sich eines mit Strafe bedrohten Bruches der Rechtsordnung schuldig gemacht hat, soll nach Möglichkeit unter Strafe gezogen werden.“ Gerade diesem Satze, der so einleuchtend zu sein scheint, muß aber m. E. widersprochen werden, denn er ist das Grundbekenntnis des Gesetzespositivismus. Dieser Auslegungsgrundsatz setzt voraus, daß das Recht zunächst in einer von der Sittlichkeit zu trennenden vorprozessualen Rechtsordnung existiert, zu welcher dann sekundär die Prozessrechtsordnung hinzutritt. Diese Auffassung verkennt das Wesen des Rechts als Macht und erhebt die Rechtsordnung zum Selbstzweck. In Wahrheit dient das als Einheit und Ganzheit aufgefaßte Straf- und Prozessrecht der Erhaltung der völkischen Sittenordnung oder, wie man schlecht sagt, dem Schutz der sachlichen Interessen. Welche Bedeutung der Hilfsbegriff der vorprozessualen Rechtsordnung im Zivilrecht hat, ist hier nicht zu erörtern. Im Strafrecht ist doch ohne weiteres ersichtlich, daß das Recht nur im Prozeß existent werden kann. Denn welche praktische Bedeutung sollte eine außer- und vorprozessuale Strafrechtsordnung haben? Damit ergibt sich aber, daß Strafrecht und Prozessrecht von vornherein als Einheit anzusehen sind. Und diese einheitliche Einrichtung dient sachlichen Zwecken. Diesen würde aber

den, daß der eine den anderen ausschließt und zugleich rechtlich abweichend von ihm zu beurteilen ist.

Im einzelnen ist eine wahlweise Feststellung u. a. für zulässig erklärt in RG. Rfpr. 1, 777 (Hehlerei auf Grund Wissens oder Annehmenmüssens); 3, 93 (verschiedene Anstiftungsmittel); 3, 813 (Hehlerei durch Ansiehbringen oder Mitwirken zum Abfah); 4, 86 (Mißbrauch einer in einem willenlosen Zustand befindlichen oder einer geisteskranken Frauensperson zum Beischlaf nach § 176 Nr. 2 StGB.); RGSt. 6, 100 (Vollstreckungsvereitelung durch Veräußern oder Beiseiteschaffen); 11, 103 (Erpressung durch Gewalt gegen eine Person oder unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben nach § 255 StGB.); 12, 347 (Allein- oder Mittäterschaft); 35, 285 (Stribandsezung von Vorräten von landwirtschaftlichen Erzeugnissen oder von Baumaterialien nach § 308 StGB.); 35, 299 (Verfälschung einer Urkunde nach § 267 oder Gebrauchmachen von einer verfälschten Urkunde in Kenntnis der Verfälschung nach § 270 StGB., und zwar unter Hinweis auf eine in GoldbArch. 40, 44 abgedr. Entsch., in der es für zulässig erklärt worden ist, die Anfertigung eines gefälschten Gefestungsbefehls nach § 267 und die unbefugte Einrückung eines Namens in einen ordnungsgemäß ausgefertigten Gefestungsbefehl nach § 269 StGB. wahlweise festzustellen [vgl. hierzu auch noch RGSt. 15, 67 und 39, 31]); 36, 18 und 37, 215 (Allein- oder Mittäterschaft, Anstiftung zur Allein- oder Mittäterschaft); 43, 382 (Amtsunterschlagung, begangen unter dem einen oder anderen Erschwerungsgrund des § 351 StGB.); 51, 179 (Hehlerei durch Verheimlichen oder Ansiehbringen); 54, 323 (Aufruhr, begangen durch eine oder im § 113 oder im § 114 StGB. bezeichneten Handlungen); 55, 44 (Diebstahl aus einem Gebäude mittels Einsteigens nach § 243 Nr. 2 oder unter Anwendung falscher Schlüssel zur Eröffnung der im Innern des Gebäudes befindlichen Türen nach § 243 Nr. 3 StGB.); 55, 228 (Diebstahl aus einem Gebäude mittels Einbruchs nach § 243 Nr. 2 oder unter Anwendung falscher Schlüssel zur Eröffnung des Gebäudes nach § 243 Nr. 3 — mit der Bekanntgabe, daß die unten erwähnte entgegenstehende Entsch. RGSt. 23, 47 aufgegeben worden ist); 56, 35 (Allein- oder Mittäterschaft); 56, 61 (Hehlerei durch Verheimlichen oder durch Ansiehbringen); 58, 290 (Begünstigung, um den Vortäter der Bestrafung zu entziehen oder um ihm die Vorteile der Vortat zu sichern); 59, 239 (verschiedene Anstiftungsmittel); 63, 430 (Allein- oder Mittäterschaft); Ur. ID 365/31 (vgl. Rüsse a. a. D. S. 86 — Mitäterschaft oder Beihilfe).

am wenigsten gebietet, wenn wirklich alle nach dem materiellen Recht theoretisch entstandenen Strafanprüche durchgeführt würden. Das ist bei Privatklagedelikten evident, aber es wäre auch das Gegenteil eines Idealzustandes, wenn der Staat in der Lage wäre, alle Strafanprüche wegen Diebstahls oder Unterschlagung zu verwirklichen. Der Staat würde so zum Sklaven des Strafrechts. Und soweit nicht schon die gütige Natur dieser Gefahr vorbeugt, tritt ihr der Staat bewußt entgegen durch eine Anzahl namentlich auch strafprozessualer Einrichtungen. Er bindet die Strafe an besondere Strafverfolgungsvoraussetzungen, wie den Antrag, oder im Rahmen der Opportunitätsmaxime an die besondere Feststellung eines öffentlichen Interesses, er macht durch eine NotW. die Verfolgung von leichteren Beleidigungen fast unmöglich, und er erläßt Amnestien. Es ist also durchaus nicht einzusehen, warum es nicht möglich sein sollte, daß der Staat sich dahin entscheidet, daß zur Erfüllung der strafrechtlichen Aufgabe, nämlich der Erhaltung der völkischen Sittenordnung, Strafurteile mit wahlbeutiger Feststellung ein im allgemeinen ungeeignetes Mittel seien (vgl. zu all dem Julius Binder, Prozeß und Recht, 1927). Übrigens gelangt auch Binding mit einer etwas anderen Begründung zum gleichen Ergebnis, wenn er aus jeder Normverletzung zwar ein Strafrecht, aber noch keineswegs eine Strafpflicht des Staates ableitet (vgl. Normen Bb. I S. 20 ff.).

3. Der grundsätzliche Mangel des Ur. liegt demzufolge darin, daß RG. überhaupt nur eine Alternative sieht, Freisprechung oder alternative Feststellung. Die materiellrechtliche Lösung führt aber in allen praktisch wichtigen Fällen nicht zur Freisprechung, sondern zur Verurteilung mit eindeutiger Feststellung (vgl. Detker a. a. D. S. 298). Die Frage lautet also, Verurteilung mit eindeutiger oder wahlbeutiger Feststellung, sie lautet weiter, welche Fälle bleiben vom ersteren Gesichtspunkt aus ungeklärt, wenn wir von der heute üblichen freieren Auslegungsmethode ausgehen?

II. Die vom RG. gewählte Lösung — erweiterte Anwendung

Für unzulässig ist eine wahlweise Feststellung u. a. erklärt worden in den Entsch. RGSt. 11, 103 (Erpressung durch Gewalt oder Drohung nach § 253 oder durch Gewalt gegen eine Person oder unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben nach § 255 StGB.); 22, 213 (Konterbande oder Defraudation); 23, 47 (Diebstahl aus einem Gebäude mittels Erbrechen eines Behältnisses nach § 243 Nr. 2 oder unter Anwendung falscher Schlüssel zur Eröffnung eines im Innern des Gebäudes befindlichen Behältnisses nach § 243 Nr. 3 — später aufgegeben); 26, 155 (zwei einander widersprechende Eide, geschworen an verschiedenen Tagen vor verschiedenen Gerichten); 28, 98 (Widerstand oder tätlicher Angriff nach § 117 StGB.); 32, 85 (Amtsanmaßung durch unbefugtes Befassen mit der Ausübung eines öffentlichen Amtes oder durch Vornahme von Handlungen, welche nur kraft eines öffentlichen Amtes vorgenommen werden dürfen); 53, 231 und die oben angeführten ungedr. Entsch. (Diebstahl oder Hehlerei); 56, 35 (schwerer Raub, begangen durch Beischließen von Waffen nach § 250 Nr. 1 oder zur Nachtzeit in einem bewohnten Gebäude, in das sich der Täter gewaltsam Eingang verschafft hat nach § 250 Nr. 4).

Zur Begründung der Grenzziehung werden vom RG. herangezogen: § 2 Abs. 1 StGB., § 266 (jetzt 267) sowie der jetzt aufgehobene § 293 StGB., ganz vereinzelt auch der jetzt aufgehobene § 292 StGB. Am deutlichsten tritt der für die Grenzziehung maßgebliche Gedankengang in den Entsch. RGSt. 22, 213 und 23, 47 zutage. In der erstgenannten Entsch., welche die Frage der wahlweisen Feststellung von Konterbande oder Defraudation betrifft, heißt es: „Der Grundsatz „nullum crimen sine lege“ — also der im § 2 Abs. 1 StGB. niedergelegte Grundsatz — „beherrscht so sehr das gesamte Strafrecht, daß eine Strafe nur dann ausgesprochen werden darf, wenn die zur Bestrafung gezogene Handlung derart festgestellt werden kann, daß sie ein bestimmtes Strafgesetz erfüllt, daß in ihr sämtliche Merkmale einer bestimmten Strafbest. zu finden sind.“ Es folgt dann dem Sinne nach der oben wiedergegebene Grundsatz, und im Anschluß hieran wird gesagt: „Hiervon völlig verschieden ist aber der gegenwärtige Fall, in welchem es sich um zwei verschiedene, in zwei selbständigen Strafbest. mit voneinander ebenfalls verschiedener Strafe bedrohte Tatbestände handelt.“ Die auf die wahlweise Feststellung der Erschwerungsgründe des § 243 Nr. 2 u. 3 StGB. bezügliche Entsch. RGSt. 23, 47 geht gleichfalls davon aus, daß die Verletzung eines best. i. m. t. e. n. Strafgesetzes nachgewiesen wer-

der alternativen Feststellung — scheint mir nun aus folgenden Gründen untragbar zu sein.

1. Schon die früher vorgebrachten prozessualen Gegengründe überzeugen. Bereits das formale Argument aus dem Wortlaut des § 267 (früher § 266) und des früheren § 293 läßt sich nicht so leicht abtun (vgl. dazu namentlich Oster S. 78 f.; a. M. Rüsse S. 44 f.). Auch RG. ist sich offenbar darüber klar, daß es mit seiner Auslegung dem Wortlaut Gewalt antut. Dahinter steht aber die gewichtige grundsätzliche Beweisführung Detkers (a. a. D. S. 282; Rüsse meint, Detker brächte eine „rein juristische“ Begründung seiner Ansicht überhaupt nicht). Detker geht von dem m. E. unbestreitbaren Grundsatz aus, daß aus jedem selbständigen Strafgesetz dem Staat ein selbständiger Strafanpruch erwächst. Nun aber stellt das alternative Ur. weder den einen noch den anderen Strafanpruch fest, weder der eine noch der andere wird zugelassen. Das Ur. wird also für keinen der beiden bestehenden Ansprüche rechtskräftig oder vollstreckbar, sondern nur und ausschließlich für die als Einheit gedachte Alternative. Damit wird aber der Ausgangsgrundsatz verletzt, den wir in Ergänzung der Detkerschen Beweisführung näher begründen wollen. Dieser Ausgangsgrundsatz ergibt sich nämlich aus dem materiellen Recht. Das StGB. gibt nun einmal — von § 2 ganz abgesehen — nur solche Strafanprüche, die sich aus bestimmten einzelnen Tatbeständen ergeben. Diese Strafanprüche soll — wenn wir dem RG. einmal folgen (vgl. I 2) — das Strafprozessrecht durchführen. Das RG. gelangt aber in unserem Ur. zu einem rein materiellrechtlichen Satz folgenden Inhalts: „Wer a oder b gefehlt hat, wird so bestraft, wie sich dies aus der milderen der beiden in Betracht kommenden Vorschriften ergibt.“ Im Gesetz steht aber nur: „Wer a begangen hat, wird aus a, wer b begangen hat aus b, wer c begangen hat aus c bestraft.“ Man mag dem RG. einräumen, daß eine Strafvorschrift des von ihm gewünschten Inhalts sich gerade noch mit § 2 verträgt. Aber das materielle Recht enthält eben nun einmal

Gedanke, es müsse ein offenkundiger Verbrecher im Falle der Unmöglichkeit einer eindeutigen Feststellung der Schuld freigesprochen werden, immer unerträglich geworden ist und das es daher die von ihm selbst gezogene Grenze in verschiedener Weise durchbrochen hat. Das Merkmal der Identität der Tat ist zwar immer beibehalten worden; hier ist die Grenze nur mittelbar durch die Rspr. zu § 264 StPD. erweitert worden (s. unten). Anders verhält es sich bei dem Erfordernis der Identität des Tatbestandes. Die Beantwortung der Frage, ob es sich in den einzelnen Fällen um verschiedene Ausführungsarten eines und desselben Tatbestands oder um verschiedene Tatbestände handelt, ist so schwierig, daß die für die eine oder für die andere Annahme angeführten Gründe meist nicht überzeugend wirken und widersprüchsvolle Entsch. unvermeidlich sind. So ist beispielsweise nicht einzusehen, weshalb die im § 259 StGB. zusammengefaßten, an sich stark unterschiedenen Ausführungshandlungen der Hehlerei — Verheimlichen, Ansführen, Mitwirken zum Absatz bei anderen —, ja sogar die in verschiedenen Paragraphen (§§ 267 u. 269) enthaltenen Ausführungshandlungen der Urkundenfälschung im weitesten Sinne — die fälschliche Anfertigung einer Urkunde und die Blankettfälschung — nur verschiedene Ausführungshandlungen eines und desselben Tatbestandes sein sollen (vgl. hinsichtlich der Hehlerei RG. Rspr. 3, 813 und RGSt. 56, 61; hinsichtlich der Urkundenfälschung GoldArch. 40, 44 i. Verb. m. RGSt. 15, 67 und 39, 31), während die im § 117 StGB. zusammengefaßten verschiedenen Ausführungshandlungen des sog. Fortwiderstandes — Widerstandsleistung oder tätlicher Angriff — als verschiedene selbständige Tatbestände beurteilt werden (vgl. RGSt. 28, 98). Die Flüssigkeit der Grenze zeigt sich namentlich bei der Betrachtung der Entsch., die sich mit der Frage befassen, inwieweit die im § 243 StGB. aufgezählten Erschwerungsgründe des Diebstahls als selbständige Tatbestände oder als Ausführungsarten desselben Tatbestandes zu erachten sind. Der 2. StrSen. ist hier von der Entsch. des 4. StrSen. abgewichen, und dieser hat schließlich seine eingehend begründete Entsch. wenigstens hinsichtlich der Erschwerungsgründe des § 243 Nr. 2 u. 3 aufgegeben (vgl. RGSt. 23, 47; 55, 44, 228). Im übrigen ist an dieser Stelle nochmals auf die schon oben erwähnte häufige Billigung von Urtr. zu verweisen, in denen eine kaum verhälfte wahldeutige Feststellung von Diebstahl oder Hehlerei enthalten war (vgl. u. a. die Entsch. bei Rüsse a. a. D. S. 77 f.). Aber auch an dem Erfordernis der Gleichwertigkeit der Ausführungsarten und der Bedrohung mit derselben Strafe ist in neuerer Zeit nicht festgehalten worden. Dies ergibt sich vor allem aus dem Urtr. I D 365/31 (vgl. Rüsse a. a. D. S. 86), in dem die zwar nicht aus dem verfügenden Teil, aber aus den Gründen des landgerichtlichen Urtr. ersichtliche wahldeutige

Feststellung von Mittäterschaft oder Beihilfe und die hierauf beruhende Verurteilung wegen Beihilfe zum Siegel- und Verstrickungsbruch gebilligt worden ist. Hierher gehören auch die häufigen Fälle, in denen das RG. die Verurteilung von Frauenspersonen wegen verüchteter Abtreibung gebilligt hat, obwohl aus den Urteilsgründen ersichtlich war, daß wahrscheinlich vollendete Abtreibung vorgelegen hat, aber der Sachzusammenhang zwischen der Abtreibungshandlung und dem Fruchtabgang nicht mit völliger Sicherheit nachgewiesen werden konnte. — In RGSt. 55, 44 hat denn auch der 2. StrSen. ausdrücklich hervorgehoben, die neuere Rspr. des RG. neige unverkennbar dazu, verwandte Tatbestände einander gleichzustellen und der Rechtsicherheit halber Wahlfeststellungen in weiterem Umfange zuzulassen — wobei unter „Rechtssicherheit“ an dieser Stelle die allgemeine Rechtssicherheit, der Schutz des Volkes und der Volksgenossen vor dem Verbrecher gemeint ist.

Das Bedürfnis nach Rechtssicherheit in diesem Sinne führt in der Tat zu der Forderung, daß die bereits vielfach durchbrochene Grenzziehung — vorbehaltlich der aus den Vorsch. des § 264 StPD. sich ergebenden Schranken — aufgegeben wird.

Das geltende Deutsche Strafrecht und Strafprozessrecht steht der erweiterten Zulassung wahldeutiger Feststellungen nicht entgegen.

In den Mot. zu § 250 Entw. zur StPD., der dem jetzt aufgehobenen § 292 StPD. über die Fassung der Frage an die Geschworenen entspricht, ist ausdrücklich hervorgehoben, daß eine alternative Fragestellung nicht ausgeschlossen werden sollte, daß vielmehr der Gesetzgeber die Entsch. der Rechtslehre und der Rspr. überlassen hat (vgl. Hahn, Mat. z. StPD. I, 223). Insbes. sind dort nicht etwa diejenigen Grenzen als unüberschreitbar bezeichnet, die von dem PröbTrib. und später vom RG. gezogen wurden, obwohl damals schon der § 2 StGB. galt und im Entw. z. StPD. schon die jetzt im § 267 Abs. 1—3 enthaltenen Best. sowie — für das Schwurgerichtliche Verfahren — die Best. der jetzt aufgehobenen §§ 292, 293 vorgeesehen waren.

Von den im § 2 Abs. 1 StGB. enthaltenen beiden Rechtsgrundätzen bedeutet der in RGSt. 22, 213 herangezogene Grundatz nullum crimen sine lege, daß eine Strafe nur verhängt werden darf wegen einer Handlung, die zur Zeit ihrer Vornahme einem bereits gesetzlich festgelegten strafbaren Tatbestand entspricht. Ausgeschlossen wird hierdurch strafbegründendes Gewohnheitsrecht und strafbegründende Analogie sowie — vorbehaltlich der im § 2 Abs. 2 StGB. vorgeesehenen Ausnahme — die rückwirkende Kraft der Strafgesetze. Die Strafbarkeit ist aber auch für ein Verhalten gesetzlich festgelegt, bezüglich dessen Sicherheit darüber besteht, daß einer von mehreren gesetzlichen Tatbeständen dadurch

Disziplinarrichter können ja beide Delikte von ganz verschiedener Bedeutung sein? Ist bzgl. der in Betracht kommenden Verbrechen nun der Angekl. vom Disziplinarrichter als verurteilt oder freigesprochen anzusehen? Die Alternative wird dem Disziplinarrichter meist nichts helfen. Welche Schuldfeststellung soll denn im Strafregister eingetragen werden, wie soll im späteren Strafverfahren wegen einer neuen Tat die alte Tat gewürdigt werden? So entstehen also Schwierigkeiten über Schwierigkeiten, denn mit dem Urtr. und Vollzug ist doch das Interesse an der Sache keineswegs zu Ende und später interessiert nur der Schuldspruch.

Aus all dem ergibt sich aber, daß eine alternative Feststellung bei Tatbestandsverschiedenheit dem Grundgedanken unseres Strafverfahrens widerspricht.

3. Dazu kommen noch die zusätzlichen Bedenken, die sich in der praktischen Handhabung ergeben werden. Möglicherweise wird der Richter nun in zahlreichen Fällen, in denen er bis zur eindeutigen Feststellung vordringen könnte, sich mit der bequemen alternativen begnügen. Damit verlieren zahlreiche Urtr. an Eindringkraft und die Justiz an Autorität. Publikus wird sagen: „Sie wissen nicht einmal, weshalb sie ihn einsperren.“ Außerdem ist die Gefahr von Fehlurteilen doch nicht so unbeträchtlich. Der Satz vom ausgeschlossenen Dritten ist auf Tatbestandsfeststellungen nicht gut anwendbar, allzu leicht wird eine vorhandene dritte Möglichkeit nur vergessen. Und es ist vielleicht nützlich, hier die Banalität zu wiederholen, daß die Verurteilung eines Unschuldigen den Staat viel schwerer trifft, als den Verurteilten selbst.

III. Es bleibt noch übrig, die materiellrechtliche Lösung kurz zu skizzieren. Dabei muß es genügen, daß wir uns kurz auf Detker

berufen, und dabei der Tatsache Rechnung tragen, daß wir heute uns einer freieren Auslegung erfreuen.

1. Alternative Feststellung ist nur möglich, wo es sich um dasselbe Strafgesetz handelt. Das ist nach Detker der Fall (vgl. a. a. D. S. 275 ff.).

a) Wenn in einem einheitlichen Strafgesetz, das ausnahmsweise auch aus mehreren Paragraphen bestehen kann (z. B. 267, 269), alternativ verschiedene Begehungsformen desselben Verbrechens zusammengefaßt sind (z. B. „Drohung oder Gewalt“, „Tötung im Mutterleib oder Abtreibung“). Hier liegt nicht Alternativität der Tatbestände, sondern nur der Tatumstände vor (a. a. D. S. 276).

b) N. F. ist ferner zulässig in den Fällen der bloßen Beweisalternative (Subj. Teil des § 259, a. a. D. S. 284).

c) Dasselbe gilt bei gleichwertiger Qualifikation desselben Grunddelikts (a. a. D. S. 286 ff.).

d) Auch in Fällen der plus-minus-Alternative ist nach dem Willen des Gesetzes mitunter Tatbestandseinheit anzunehmen (a. a. D. S. 302).

Zu a—d. Früher erhobene Zweifel dürften einem veralteten Formalismus entstammen.

2. In allen sonstigen wichtigen und in der Praxis peinlichen Fällen ist eindeutige Feststellung des leichteren Verbrechens geboten. Hierbei ist stets der Grundgedanke, daß das leichtere Delikt schon vollständig im schweren mitenthalten ist.

a) Wir betrachten zunächst die Fragen des Allgemeinen Teils. Wenn es fraglich ist, ob der Angekl. Missetäter oder Mittäter oder bloßer Teilnehmer ist, so ist der Angekl. eindeutig des geringsten

verwirklicht ist und wegen der Unmöglichkeit eindeutiger Feststellbarkeit des Sachverhalts nur unsicher bleibt, welcher von ihnen verwirklicht ist. Daß ein staatlicher Strafanspruch und eine staatliche Strafpflicht nur dann begründet wäre und demnach eine Strafe nur dann ausgesprochen werden dürfte, wenn die Tat derart festgestellt werden kann, daß sie ein bestimmtes Strafgesetz erfüllt, daß in ihr sämtliche Merkmale einer bestimmten Strafvorschr. zu finden sind, kann jenem Grundsatz und dem § 2 Abs. 1 StGB. nicht entnommen werden. Die Hineintragung dieses Gesichtspunkts beruht auf der oben erwähnten Übersteigerung des Rechtsstaatsgedankens und der damit zusammenhängenden Überbetonung des Schutzes des Angekl. Der zweite im § 2 Abs. 1 StGB. enthaltene Grundsatz *nulla poena sine lege* bedeutet, daß außer der Strafbarkeit auch die Strafe wenigstens dem Rahmen nach gesetzlich bestimmt gewesen sein muß, bevor die Handlung begangen wurde. Hierdurch soll der Staatsbürger vor einer willkürlichen Strafzumessung geschützt sein. Einer Bestrafung auf Grund wahldeutiger Feststellung steht auch dieser Grundsatz nicht entgegen. Erforderlich ist aber hiernach allerdings, daß für die Fälle der wahldeutigen Verurteilung ein Rechtsatz gefunden wird, auf Grund dessen von vornherein feststeht, welche von den mehreren in Betracht kommenden Strafvorschr. dem Urte. zugrunde zu legen ist. Dieser Rechtsatz ergibt sich aus der entsprechenden Anwendung des § 2 Abs. 2 StGB., der auf dem Grundsatz *in dubio pro reo* beruht, sowie aus der zu dieser Vorschr. ergangenen Rspr. Hiernach ist im Falle wahldeutiger Feststellung dasjenige Strafgesetz anzuwenden, das für den bestimmten vorl. Fall die mildeste Verurteilung zuläßt.

Bei der Auslegung der verfahrensrechtlichen Vorschriften ist davon auszugehen, daß der Strafprozeß das Mittel zur Durchsetzung des sachlichen Strafrechts ist. Zweck des sachlichen Strafrechts ist die Wahrung der Rechtsordnung. Jeder, der sich eines mit Strafe bedrohten Bruches der Rechtsordnung schuldig gemacht hat, soll nach Möglichkeit der Rechtsordnung in einer mit Strafe bedrohten Weise gebrochen hat, und herrschen nur Zweifel darüber, welcher gesetzliche Tatbestand erfüllt ist, dann soll ihn wenigstens die Strafe treffen, die er zum mindesten verdient hat. Dies erfordert das Bedürfnis nach dem Schutze des Volkes und der Volksgenossen vor Rechtsverletzungen. Andererseits soll durch die verfahrensrechtlichen Vorschr. die Verurteilung eines Unschuldigen nach Möglichkeit vermieden werden. Insofern dienen die Vorschr. dem Schutze des Angekl. Beide Zwecke müssen bei der Auslegung der einzelnen Vorschr. im Auge behalten werden. Es geht insbes. nicht an, die dem Schutze des Angekl. dienenden Vorschr. ohne Not in überängstlicher Weise derart

auszulegen, daß darunter die allgemeine Rechtsicherheit leidet. Zweck des § 267 StPD. ist es, den Richter zu zwingen, daß er vor sich selbst, vor den am Verfahren beteiligten Personen und vor dem ObVer. klarlegt, welche Tatsachen er für erwiesen erachtet, in welchen Tatsachen er die gesetzlichen Merkmale der von ihm in Betracht gezogenen strafbaren Handlung gefunden und welches Strafgesetz er zur Anwendung gebracht hat. Hierdurch soll der Richter vor gefühlsmäßigen Entsch. bewahrt und zu einem schlüssigen Aufbau des Urte. gezwungen, den am Verfahren Beteiligten und dem ObVer. aber die Nachprüfung ermöglicht werden. Der Richter muß im Hinblick auf die ihm durch § 155 Abs. 2 StPD. auferlegte Pflicht zur Erforschung des wahren Sachverhalts nach Möglichkeit bestrebt sein, zu eindeutigen Feststellungen zu gelangen. Vermag er dies aber schlechterdings nicht zu erreichen, während andererseits Tatsachen erwiesen sind, die mit voller Sicherheit erkennen lassen, daß der Angekl. entweder die gesetzlichen Merkmale des einen oder die gesetzlichen Merkmale des anderen Tatbestands erfüllt hat, dann ist dem § 267 StPD. Genüge geleistet, wenn der Richter dementsprechende Feststellungen trifft, die in Betracht kommenden Strafgesetze bezeichnet und erkennbar macht, welches von ihnen er zur Anwendung gebracht hat. Ob solche Feststellungen genügen, eine Verurteilung auszusprechen, ist nicht nach Verfahrensrecht, sondern nach sachlichem Recht zu beurteilen. Daß aber das sachliche Recht einer Verurteilung auf Grund wahldeutiger Feststellungen nicht entgegensteht, ist bereits dargetan. Entsprechendes gilt von dem jetzt aufgehobenen § 293 StPD., der für das schurgerichtliche Verfahren die im § 267 Abs. 1 Satz 1 StPD. erforderlichen Feststellungen ermöglichen sollte. Daß sich aus dem jetzt aufgehobenen § 292 StPD. für die Frage der Zulässigkeit wahldeutiger Feststellungen nichts entnehmen läßt, ist bereits in RSt. 43, 382 ausgesprochen worden.

Daß etwa durch die erweiterte Zulassung wahldeutiger Feststellungen die durch die verfahrensrechtlichen Vorschr. erstrebte Rechtsicherheit des Angekl. geschwächt und die Gefahr oberflächlicher Feststellungen begründet würde, kann nicht zugegeben werden. Unerläßliche Voraussetzung einer Verurteilung auf Grund wahldeutiger Feststellungen ist es, daß beide offengelassene Möglichkeiten ausreichend tatsächlich festgestellt und rechtlich bedenkenfrei begründet sind. Denn sonst könnte es sein, daß der Angekl. gerade das getan hat, was nicht rechtlich einwandfrei nachgewiesen ist (vgl. RSt. 51, 179; 56, 61). Ist jene Voraussetzung nicht erfüllt, so kann das Urte. sowohl vom StA. als auch vom Angekl. wegen Verletzung sachlichen Rechts angefochten werden. Besteht ein solcher sachlich-rechtlicher Mangel nicht, hat aber der Richter nicht alle Möglichkeiten ausgeschöpft, um zu einer eindeutigen — bejahenden oder verneinenden — Feststellung zu gelangen, dann ist das Urte. wegen Verletzung der

Beteiligungsgrenze schuldig zu sprechen (a. a. D. S. 208 ff.). In allen Fällen hat ja der Angekl. einen Angriff auf das betreffende Rechtsgut geführt.

Ist fraglich, ob Vollenbung oder Versuch, so ist eindeutig wegen Versuchs zu verurteilen, denn wer die Vollenbung gesekt hat, hat jedenfalls auch die Durchgangsstufe des Versuchs gesekt (a. a. D. S. 300 f.).

Ebenso ist im Zweifel zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit eindeutig die fahrlässige Straftat festzustellen (a. a. D. S. 301). Auch Binding, Normen Bb. 4 S. 329 ff. kommt mit etwas abweichender Begründung zum gleichen Ergebnis. Zeiler (StW. 43, 603) erklärt diese Annahme ohne jede Auseinandersetzung mit der Literatur für völlig falsch. In Betracht käme als Grund dieser ablehnenden Haltung nur die Behauptung, der Vorsatz sei gegenüber der Fahrlässigkeit ein *aliud*. Das ist in diesem Zusammenhang aber nicht haltbar. Im Zivilrecht fällt der Vorsatz jedenfalls auch in die Fahrlässigkeit hinein, denn wer vorsätzlich handelt, handelt erst recht auch wider die im Verkehr erforderliche Sorgfalt. Es ist nicht ersichtlich, warum das im Strafrecht anders sein sollte.

b) Nun zu den Fällen des Besonderen Teils, wobei wir uns an die Zeiler'sche Fallsammlung (a. a. D. S. 596 ff. und bei Rufe S. 77 ff.) halten.

Die Beispiele schwerer oder einfacher Diebstahl, oder außerdem noch Unterschlagung, oder Diebstahl, oder Unterschlagung lösen sich einfach durch die Feststellung des minimum, einfacher Diebstahl bzw. Unterschlagung. Im Zweifel, ob § 267 oder 270, ist aus der letzteren Bestimmung zu verurteilen (Detker S. 281). Eine wirkliche

Schwierigkeit bot einer formalistischeren Auslegung das Verhältnis von Hehlerei zu den Aneignungsdelikten. Und diese Schwierigkeit hat denn ja auch zu unserem Urte. geführt. Auch sie ist m. E. zu lösen. Auch in diesem Fall ist eindeutige Verurteilung wegen Hehlerei geboten. Angegriffen ist in beiden Fällen, Aneignung oder Hehlerei daselbe Rechtsgut, das fremde Eigentum. Gemeinsam ist beiden Tatbeständen die Perpetuierung des rechtswidrigen Besitzes, also die Fortsetzung des ergriffenen Besitzes, das Verheimlichen oder der Absatz. Nur eine formalistische Auffassung sieht diese Formen der Perpetuierung als außerhalb des Diebstahlstatbestandes liegend an. Das erweist sich darin, daß ja die Hehlerei straflos nachgelassen ist, abgegolten wird durch die Diebstahlstrafe. Es wird also der Diebstahlstrafanspruch, freilich nur teilweise, ausgeübt, wenn der Dieb, dem der Diebsgriff nicht nachgewiesen werden kann, als Hehler verurteilt wird. Der Strafanspruch aus Diebstahl umfaßt die etwaige Hehlerei des Diebs mit. Auch vom Hehlereitbestand aus gesehen ist das nicht anders. Eigener Diebsgriff ist ein Mehr gegenüber dem bloßen Erwerb aus Diebeshand, das Mehr kann niemals straflos machen. So deckt der Hehlereitbestand auch den Erwerb durch Diebsgriff, nur entfällt natürlich insoweit eine Verurteilung aus Hehlerei, als der Diebsgriff nachgewiesen werden kann. Man kann auch sagen, das Gesetz lege ungeschriebener der Hehlerei gegenüber dem Aneignungsdelikt subsidiäre Bedeutung bei. Diese Auslegung ist keineswegs besonders kühn, zumal zweifelsfrei und von keiner Seite bestritten ist, daß die Praxis, sei es mit welcher Begründung auch immer, Hehlerei dann feststellt, wenn sie den Diebstahl nicht feststellen konnte. Selbst dem Wortlaut gegenüber ist diese Auslegung nicht entfernt so kühn

Pflicht des Gerichts zur Erforschung des wahren Sachverhalts (§§ 155 Abs. 2, 244 Abs. 3 StPD.) ansichtbar, und zwar für den Angekl., der auf Grund wahldeutiger Feststellungen aus dem milderen der in Betracht kommenden Gesetze verurteilt ist, mindestens dann, wenn die Möglichkeit besteht, daß der Richter bei erschöpfender Prüfung des Sachverhalts zur Freisprechung infolge Verneinung der beiden an sich möglichen Gestaltungen der Sachlage gekommen wäre. Es kann kaum bezweifelt werden, daß die durch die bisherige Beschränkung der wahldeutigen Verurteilung bewirkte Einengung der Bewegungsfreiheit des Richters und das damit zusammenhängende Bestreben, zu einer in Wirklichkeit gar nicht möglichen eindeutigen Feststellung zu gelangen, für den Angekl. gefährlicher ist, als ihre uneingeschränkte Zulassung.

Die Schranke des § 264 StPD. gilt selbstverständlich ebenso für eine Verurteilung auf Grund wahldeutiger Feststellungen wie für jede andere Verurteilung. Diese Schranke wird sich aber nicht sehr beengend erweisen. Einerseits folgt daraus, daß die Verurteilung auf Grund wahldeutiger Feststellungen zugelassen wird, ohne weiteres auch die Zulässigkeit einer wahldeutigen Fassung der Anklageschrift und des Eröffnungsbeschlusses. Andererseits ist der Begriff der Identität der Tat i. S. des § 264 StPD. in der neueren Rspr. sehr weit ausgelegt worden. Er umfaßt hiernach den vom Eröffnungsbeschl. betroffenen Vorgang einschließlich aller damit zusammenhängenden oder darauf bezüglichen Vorkommnisse und tatsächlichen Umstände, die geeignet sind, das in diesem Bereich fallende Tun des Angekl. unter irgendeinem rechtlichen Gesichtspunkt als strafbar erscheinen zu lassen. Dieser verfahrensrechtliche Begriff der Tat hat mit dem sachlich-rechtlichen Begriff der Handlung i. S. der §§ 73, 74 StGB. nichts gemein, so daß unter Umständen sogar mehrere selbständige Handlungen i. S. des § 74 StGB., deren natürliche Merkmale sich zeitlich aneinanderreihen, wegen des nach der natürlichen Auffassung bestehenden inneren Zusammenhangs als demselben geschichtlichen Vorgang angehörig betrachtet werden können (vgl. RGSt. 56, 324; 61, 314; 62, 112). Diese Gesichtspunkte sind insbes. auch von Bedeutung für die Frage, ob ein Angekl., dem in der Anklage Diebstahl zur Last gelegt ist, anstatt wegen Diebstahls wegen Hehlerei oder wahldeutig wegen Diebstahls oder Hehlerei in bezug auf dieselbe Sache verurteilt werden kann (RGSt. 5, 249; 12, 187; RG. Rspr. 4, 493 [vgl. auch RGSt. 8, 135]). Die ziemlich weitgehende Befugnis zur Umgestaltung der Strafklage findet ihr Gegengewicht in § 265 StPD.

Es kann hiernach nunmehr zusammenfassend der Grundsatz aufgestellt werden: Innerhalb der aus dem § 264 StPD. sich ergebenden Grenzen für die Zulässigkeit der Umgestaltung der Strafklage ist eine Verurteilung auf Grund wahldeutiger Feststellungen unbeschränkt zulässig. Auf die wahldeutig festgestellte Tat ist — unter Berücksichtigung der zu § 2 Abs. 2 StGB. entwickelten Grundsätze — dasjenige Strafgesetz anzuwenden, das die mildeste Verurteilung zuläßt.

Was die Fassung der Urteilsformel im Falle wahldeutiger Verurteilung anlangt, so muß die Wahldeutig-

wie unser RWRt. gegenüber § 267 StPD. bleibt noch ein letztes, die Qualifikation des § 260. Diese Qualifikation kann allerdings nicht festgestellt werden, aber der Strafrahmen reicht ja doch in aller Regel aus.

3. So bleiben wohl nur ganz wenig Fälle des Zeilerschen Registers übrig. Am schmerzlichsten vielleicht noch die Alternative Betrug oder Diebstahl. Handelt es sich aber nicht in diesen Fällen um bloßen Subsumtionszweifel? Eigentliche Tatbestandszweifel kann ich mir nicht so leicht vorstellen. Man müßte die fraglichen Fälle genauer kennen. (Bloßen Subsumtionszweifel bieten die Fälle Rufe S. 89 ff.) Soweit Tatbestandszweifel vorliegen könnten, hat doch wohl kaum der Täter Eigentum an der Sache gewonnen, er kann dann doch mindestens die in seinem Gewahrsam befindliche Sache durch weitere Aneignungshandlung unter schlagen.

Auch die Fälle Begünstigung bzw. Verletzung der Anzeigepflicht und Hauptdelikt dürften sich lösen lassen.

Nur in seltenen Fällen, in denen durchaus auseinanderliegende Verbrechen wahlweise vielleicht festgestellt werden könnten, muß es zur Freisprechung kommen, also etwa Falschbeurkundung oder fahr-

heit auch in der Formel zum Ausdruck gebracht werden. Dies wird in der Regel in der Weise geschehen, daß die wahldeutig festgestellten Straftaten oder die wahldeutig festgestellten Erscheinungsformen einer Straftat nach der dem Gesetz zu entnehmenden Bezeichnung angegeben werden. — Z. B.: „Der Angekl. ... ist des Diebstahls oder der gewerbmäßigen Hehlerei schuldig und wird aus § 242 StGB. zu ... verurteilt“ oder: „Der Angekl. ... ist schuldig des Betrugs oder der Beihilfe hierzu und wird aus den §§ 263, 49 StGB. zu ... verurteilt.“

Gefühlsmäßige Bedenken gegen eine wahldeutige Fassung der Formel könnten sich — insbes. auch im Hinblick auf die gebotene Eintragung in das Strafregister — dann ergeben, wenn Schuldsprüche wegen zweier Straftaten wahlweise nebeneinander zu stehen kämen, zwischen denen in gesetzmäßiger und in sittlicher Beziehung ein weiter Abstand vorhanden ist, so etwa bei wahldeutiger Verurteilung wegen Meineids oder fahrlässigen Falschheits, wegen Mordversuchs oder Körperverletzung. Es kann den Gerichten überlassen bleiben, in solchen Fällen eine schonendere Fassung zu wählen, bei der aber doch in irgendeiner Weise erkennbar sein muß, daß die Verurteilung auf Grund wahldeutiger Feststellung geschehen ist, z. B. „Der Angekl. ... ist schuldig der Eidesverletzung und wird aus § 163 StGB. zu ... verurteilt“, oder: „Der Angekl. ... ist auf Grund wahldeutiger Feststellung mindestens der gefährlichen Körperverletzung schuldig und wird aus § 223 a StGB. zu ... verurteilt.“

Im vorl. Fall ist auf Grund der in Wirklichkeit getroffenen wahldeutigen Feststellungen, die nunmehr für zulässig zu erachten sind, der Schuldspruch vom RevG. zu berichtigen, wie geschehen. Im Strafausspruch muß das angef. Ur. aufgehoben werden, da der Angekl. nicht aus dem milderen, sondern aus dem schwereren der in Betracht kommenden Gesetze verurteilt worden ist. Dies gilt auch dann, wenn beim Angekl., was noch der Prüfung bedarf, die Voraussetzungen des § 244 StGB. gegeben sind.

Der 2. und der 3. StrSen. haben erklärt, daß sie an den mit dieser Entsch. unvereinbaren früheren Entsch. nicht festhalten. An die Entsch. aufgehobener Sen. ist der erf. Sen. nach ständiger Rechtsübung nicht gebunden. In dem neugebildeten 4., 5. und 6. StrSen. ist keine entgegenstehende Entsch. ergangen.

Der Oberreichsanwalt ist dafür eingetreten, daß die Verurteilung auf Grund wahldeutiger Feststellungen in dem in dieser Entsch. erweiterten Umfang für zulässig erklärt wird.

(1. Sen. v. 8. Dez. 1933; 1 D 1096/33.)

[23.]

14. § 156 StGB.; §§ 272 b, 495 ZPD. Wissentlich falsche Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung. Zum Tatbestand gehört, daß die eidesstattliche Versicherung sich auf einen Gegenstand bezieht, über den ihre Abgabe vor der Behörde, vor der sie erfolgt, zulässig und daß sie rechtlich nicht völlig wirkungslos ist. †)

In der Revisionsverhandlung wurde die Feststellung in

lässige Tötung. In solchen Fällen ist eine Freisprechung aber auch vorzuziehen.

Sonach entsteht durch unsere Lösung keine praktische Kalamität. Sie hat den hohen Vorzug, daß klar und bestimmt festgestellt wird, welches Tatbestandsstück man auch wirklich genau weiß, sie fördert das Ansehen des Richterspruchs und vermeidet falsche Verurteilungen, die aus dem Fehlschluß des ausgeschlossenen Dritten hervorgehen könnten. Die Freiheit der Auslegung des materiellen Rechts, die wir uns nehmen, ist sehr gering gegenüber der Rühnheit, mit der RG. das Prozeßrecht behandelt.

IV. Ein letzter Punkt bleibt noch zu erwähnen. Gegen Zeiler hat RG. wenigstens an der Schranke der Identität der Tat festgehalten. Dem ist nur beizustimmen. Eine Auslegung des Gesetzes, welche sogar diese Forderung nicht aufstellt, wäre ohne jeden Grund im Gesetzestext.

Prof. Dr. Hellmuth Mayer, Rostock.

Zu 14. Nach den in Bezug genommenen Entsch. genügt (RGSt. 58, 147 ff., 148) „für die Anwendung des § 156 StGB. die allgemeine

Zweifel gezogen, daß die eidesstattliche Versicherung vor einer zur Abnahme einer solchen Versicherung zuständigen Behörde abgegeben worden sei. Hierzu gehört nach der Rpr. des RG., daß sie sich auf einen Gegenstand bezieht, über den ihre Abgabe vor der Behörde, vor der sie erfolgt, zulässig und daß sie rechtlich nicht völlig wirkungslos ist (RGSt. 62, 120; 59, 176; 58, 148; 57, 53 u. a. m.). Nach dem § 272 b ZPO, der nach § 495 ZPO. auch für das Amtsgerichtsverfahren gilt, kann der Richter in einem bürgerlichen Rechtsstreit zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung dem Parteien die Vorlegung von Urkunden aufgeben und schriftliche Auskünfte von Zeugen einholen, auf welche sich eine Partei bezogen hat. Wenn diese Auskünfte unter eidesstattlicher Versicherung ihrer Richtigkeit eingereicht werden, so kann gerade mit Rücksicht darauf der Richter sich entschließen, von der die mündliche Verhandlung vorbereitenden Ladung der Zeugen abzusehen.

Zu dem angef. Ur. ist festgestellt, daß das AG. den Kl. R. zur Vorlage der Urkunde, die die eidesstattliche Versicherung enthielt, aufgefordert hat. Die Aufforderung kann nur ergangen sein, nachdem vorher R. die eidesstattliche Versicherung erwähnt und sich auf sie bezogen hatte. Die Vorlage und die Entgegennahme der eidesstattlichen Versicherung war demnach in dem anhängigen Rechtsstreit zulässig und konnte in ihm Rechtswirkungen nach Maßgabe der angeführten Bestimmungen äußern. Wenn in dem Ur. ausgeführt wird, daß das Gericht auf diese „Urkunde“ Gewicht gelegt habe, so ist damit nicht ausgedrückt, daß das Gericht die Erklärung nur im Wege des Urkundenbeweises würdigen wollte. Das Gericht hatte nach Einreichung der eidesstattlichen Versicherung die verfahrensrechtliche Möglichkeit, die Urkunde mindestens zunächst auch als Ersatz der persönlichen Vernehmung des Zeugen zu behandeln und deshalb von seiner Ladung abzusehen; dem stand der Umstand nicht entgegen, daß die Versicherung nicht von dem Zeugen unmittelbar, sondern von der Partei, die sie schon in Händen hatte, eingereicht wurde. Daß das Gericht aber auch auf diese verfahrensrechtliche Möglichkeit Gewicht gelegt hat, ergibt der im Ur. mitgeteilte Zweck, zu dem die Vorlage dem Kl. aufgegeben wurde. Es geschah dies nämlich „zur Klärung des Streitstoffes“. Es kann nicht bezweifelt werden, daß der Inhalt der eidesstattlichen Versicherung, ihre Richtigkeit vorausgesetzt, hierzu geeignet gewesen wäre.

(1. Sen. v. 3. Nov. 1933; 1 D 1076/33.) [Hn.]

15. § 260 StGB. Die Feststellung, daß sich jemand aus dem Ankauf gestohlener Sachen eine

Zuständigkeit einer Behörde, eidesstattliche Versicherungen entgegenzunehmen“, nicht, vielmehr muß die Zuständigkeit sich auch darauf erstrecken, über den Gegenstand, auf den sich die eidesstattliche Versicherung bezieht, eine „solche zu verlangen oder entgegenzunehmen“; diese (RGSt. 62, 120), „fällt dann nicht unter die Strafbestimmung des § 156 StGB., wenn sie gesetzlich unstatthaft ist“. Richtigerweise gehört aber zu solcher Statthaftigkeit auch, daß sie in einem rechtlich einwandfreien, also in einem korrekten Verfahren eingeholt worden ist.

In dieser Hinsicht erwecken Bedenken die Worte des vorl. Ur.: das Gericht habe die Möglichkeit gehabt, die vom Kl. R. vorgelegte „Urkunde“ mindestens zunächst auch „als Ersatz der persönlichen Vernehmung des Zeugen zu behandeln und deshalb von seiner Ladung abzusehen“; dem stehe „der Umstand nicht entgegen, daß die Versicherung nicht von dem Zeugen unmittelbar, sondern von der Partei, die sie schon in Händen hatte, eingereicht wurde“.

Nach dem durch die Novelle von 1924 eingefügten § 377 Abs. 3 ZPO. kann das Gericht anordnen, daß der Zeuge zum Termin — zu dem er geladen wird (!) — nicht zu erscheinen braucht, wenn er vorher eine schriftliche Beantwortung der Beweisfrage unter eidesstattlicher Versicherung ihrer Richtigkeit einreicht. Stein-Jonas, Komm. z. ZPO., 14. Aufl. (1928) V betont ausdrücklich und mit Recht, daß es sich dabei nur um eine vereinfachte Form der Beweisnahme handelt. „Der Zeugenbeweis kann daher nur nach Maßgabe des § 373 angetreten werden; ein Ersatz durch Vorlegung einer durch eidesstattliche Versicherung bekräftigten privaten Äußerung ist unzulässig.“ Siehe auch § 286 bei R. 34, während die Einschränkung in § 363 ZPO. (Beweisaufnahme im Ausland) hierher bedeutungslos ist. Auf eine Antretung des Beweises i. S. des § 373 ZPO. will das vorl. Ur. anscheinend durch die Worte hindeuten, der Kl. habe

fortlaufende Einnahmequelle verschaffen wollte, rechtfertigt nicht die Annahme der gewerbsmäßigen Hehlerei.

Das angefochtene Ur. führt aus, daß bei der Häufigkeit der Fälle die Annahme geboten erscheine, daß der Angekl. sich aus dem Kauf der gestohlenen Sachen eine fortlaufende Einnahmequelle verschaffen wollte und deshalb die von ihm verübte Hehlerei gewerbsmäßig betrieben habe. Diese Begründung reicht zur Annahme der Gewerbsmäßigkeit nicht aus. Diese liegt vielmehr nur dann vor, wenn der Täter in jedem einzelnen Falle von der Absicht geleitet war, die Handlung zu wiederholen und sich aus dieser wiederholten Begehung einen dauernden Erwerb oder eine fortlaufende Einnahmensequelle zu verschaffen (RGSt. 64, 151; 58, 18). Darüber, ob der Angekl. diese Absicht der Wiederholung in jedem einzelnen Falle gehabt hat, spricht sich das Ur. nicht aus. Da eine eingehende Angabe der Tatsachen, aus denen die Strk. auf das Vorliegen von Gewerbsmäßigkeit schließt, in dem Ur. fehlt, läßt sich aus ihm auch nicht mit Sicherheit entnehmen, daß die Annahme der Strk. frei von Rechtsirrtum erfolgt ist. Die Häufigkeit der Begehung reicht allein nicht aus, die Gewerbsmäßigkeit der Hehlerei zu begründen, da sie auch ohne die bezeichnete Absicht erfolgt sein kann.

(2. Sen. v. 20. Nov. 1933; 2 D 1206/33.) [W.]

16. § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB. (alte Fassung). Forderungen des Auftraggebers gegen den Bevollmächtigten können sehr wohl Gegenstand der Untreue des Bevollmächtigten sein, denn § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB. in der alten Fassung erfordert nicht einen Eingriff rechtlicher Art, es genügt vielmehr auch ein solcher tatsächlicher Natur, wenn er nämlich die Geltendmachung der Forderung wesentlich erschwert. Diese Möglichkeit ist gerade für den Fall einer falschen Buchung im Bankverkehr anerkannt (RGSt. 66, 289).

(3. Sen. v. 7. Dez. 1933; 3 D 1152/33.) [Hn.]

17. § 267 StGB. Unterzeichnung einer Urkunde mit dem Namen einer Person, die im allgemeinen geneigt ist, solche eigenmächtige Maßnahmen zu decken. Glaubt dabei der — vollmachtlose — Unterzeichner der Urkunde an das Einverständnis der anderen Person, so wird hier-

„vorher die eidesstattliche Versicherung erwähnt und sich auf sie bezogen“. Aber das genügt nicht.

Im vorl. Fall handelt es sich um eine Anwendung der §§ 272 b, 495 ZPO., wonach das Gericht „Zeugen, auf welche eine Partei sich bezogen hat“, zur mündlichen Verhandlung laden oder „von ihnen nach Maßgabe der Vorschriften des § 377 Abs. 3, 4 schriftliche Auskünfte einholen“ kann. Stein-Jonas, Komm. z. ZPO., 15. Aufl. (1933) § 272 b III Nr. 4 verweist dabei ausdrücklich auf § 377 Abs. 3 u. 4 ZPO., wonach „statt der Ladung von dem Zeugen auch eine schriftliche Auskunft eingeholt werden kann“. Es erscheint dabei der jeweils mit voller Deutlichkeit hervorgehobene Anordnungsakt gegenüber dem Zeugen — Ladung, Einholung der Auskunft von dem Zeugen — keineswegs bedeutungslos. Erst dadurch wird der Zeuge autoritativ in das Verfahren gezogen und in die Lage versetzt, eine verfahrensrechtlich einwandfreie, korrekte eidesstattliche Versicherung abzugeben. Sowie in § 373 ZPO. die bloße Vorlegung einer durch eidesstattliche Versicherung bekräftigten privaten Äußerung genügt und soweil sie dort ein einwandfreies Verfahren darstellt, soweil kann sie dies hier tun.

Es kann somit nicht zugegeben werden, es sei im vorl. Falle belanglos, „daß die Versicherung nicht von dem Zeugen unmittelbar, sondern von der Partei, die sie schon in Händen hatte, eingereicht wurde“. Es könnte vielleicht über das nicht ganz korrekte Verfahren hinweggesehen werden, wenn nach der Aufforderung des Gerichts der Kl. im erkennbaren Auftrag des Gerichts die eidesstattliche Versicherung vom Zeugen gefordert und beigebracht hätte. So lag aber der Fall offenbar nicht. Vielmehr „hatte“ der Kl. die Versicherung schon vor solcher Aufforderung in Händen und legte sie dann als „private Äußerung“ vor. Das aber ist kein korrektes Verfahren i. S. des § 272 b ZPO.

Prof. Dr. Edm. Mezger, München.

durch die „rechtswidrige Absicht“ auf seiner Seite nicht ausgeschlossen.

Das LG. geht davon aus, daß der Angekl. an das „Einverständnis“ seiner Schwäger mit seinem Verhalten geglaubt habe und meint, dieses „Einverständnis“ habe auch wirklich vorgelegen. Deshalb seien die Schwäger durch die vom Angekl. geleisteten Unterschriften sofort rechtlich aus den Wechseln verpflichtet worden.

Andererseits sagt das LG., S. und A. hätten den Angekl. nicht zum unterschreiben von Wechseln für sie bevollmächtigt; sie hätten zwar als Zeugen die Befundung des Angekl., daß er bevollmächtigt gewesen sei, bestätigt; dies sei ihnen aber nicht zu glauben; sie wollten vielmehr nur nachträglich den Angekl. decken.

Diese Ausführungen sind nicht frei von Widerspruch und von Rechtsirrtum.

Ein „Einverständnis“ der Schwäger, das nur in der Gestalt einer erst nachträglich abgegebenen Genehmigungserklärung zu den Handlungen des Angekl. erteilt worden wäre, könnte den Tatbestand einer Urkundenfälschung, der sich vorher vollendet hätte, nicht ungeschehen machen; die bloße Hoffnung des Angekl. auf eine solche nachträgliche Genehmigung könnte weder die Rechtswidrigkeit noch das Bewußtsein des Angekl. von der Rechtswidrigkeit seiner Handlungen beseitigen; es könnte dann allerhöchstens ein unbeachtlicher Rechtsirrtum des Angekl. auf strafrechtlichem Gebiete vorgelegen haben (Urt. 2 D 608/31, 2 D 37/31: JW. 1931, 1578³⁶). Das LG. scheint dies auch nicht zu verkennen; es scheint unter dem „Einverständnis“ der Schwäger nicht die nur nachträglich abzugebende Genehmigungserklärung zu verstehen.

Ein im voraus erteiltes „Einverständnis“ der Schwäger mit Unterzeichnung ihrer Namen durch den Angekl. auf den vom Angekl. hergestellten Wechseln hätte die Rechtswirksamkeit der Wechselzeichnungen des Angekl. für die Schwäger nur zur Folge haben können, wenn es in der Gestalt der Bevollmächtigung des Angekl. erteilt worden wäre (RG. 58, 387; 76, 100¹); 74, 69). Daß dem Angekl. eine Vollmacht erteilt sei, hält das LG. aber gerade für widerlegt.

Nun gibt es allerdings neben oder zwischen diesen beiden Formen noch eine dritte Form des „Einverständnisses“, an die in den Ausführungen des LG. gedacht zu sein scheint. Bei dieser dritten Form handelt es sich um eine gegenwärtige dauernde allgemeine Geneigtheit, Rechtshandlungen bestimmter Art eines anderen, falls dieser sie vornehmen sollte, in jedem Bedarfsfalle zu genehmigen und dadurch den anderen zu decken oder für ihn einzutreten. Ein solches allgemeines Einverständnis hat aber nicht die Wirkung einer Zustimmung i. S. des § 182 Abs. 1 BGB. Die Schwäger des Angekl. konnten also durch ein solches Einverständnis noch nicht aus den Wechseln verpflichtet werden, sondern dazu hätte es mindestens noch einer Erklärung der Genehmigung (§ 184 BGB.) der Schwäger zu den einzelnen Wechselzeichnungen bedurft; vielleicht wären sogar, was hier dahingestellt bleiben kann, auch im Falle nachträglicher Genehmigung die Wechselzeichnungen des Angekl. mit den Namen der Schwäger mangels Eigenhändigkeit der Unterschriften nach § 126 BGB. wirkungslos geblieben.

Strafrechtlich ist diese dritte Form des Einverständnisses in der Rspr. insofern als bedeutungsvoll anerkannt worden, als es die Rechtswidrigkeit eines Eingriffs in das Vermögen des Einverständlichen beseitigt, so daß die Überzeugung des Eingreifenden vom Vorhandensein eines derartigen Einverständnisses das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit des Eingriffs in das fremde Vermögen auszuschließen geeignet ist (RGSt. 7, 349; 21, 366; Urt. 1 D 190/30; und für Amtsunterschlagung RGSt. 61, 208).

Das LG. verkennet jedoch den Begriff der „rechtswidrigen Absicht“ i. S. des § 267 StGB., indem es — anscheinend in Erinnerung an diese Rspr. über Eingriffe in fremdes Vermögen — die rechtswidrige Absicht bei dem Angekl. schon deshalb für ausgeschlossen erachtet, weil der Angekl. an das Einverständnis der Schwäger und deshalb

vielleicht auch an ihre rechtliche Verpflichtung aus den Wechseln geglaubt habe.

§ 267 StGB. dient nicht oder wenigstens nicht unmittelbar dem Schutze des Vermögens, sondern dem Schutze der Sicherheit des Urkundenverkehrs. Es kommt deshalb für die Anwendung des § 267 StGB. nicht darauf an, ob bei S. und A. die allgemeine Vereitwilligkeit vorlag, sich durch den Angekl. mit Wechselansprüchen seiner Geldgeber belassen zu lassen, sondern es kommt darauf an, ob die Empfänger der Wechsel in Rechtsverkehr über die Echtheit der Unterschriften getäuscht wurden. Jeder Gebrauch einer nicht von der unterzeichneten Person eigenhändig oder mindestens durch ihren Bevollmächtigten unterschriebenen Urkunde zu dem Zwecke, im Rechtsleben irgendeinen Erfolg mittels Täuschung über die Person des Urhebers der Urkunde zu erzielen, ist rechtswidrig und geschieht notwendig in rechtswidriger Absicht, auch wenn der im Endergebnis erstrebte Erfolg selbst nicht rechtswidrig ist (RGSt. 17, 201; 57, 238). Ob der Urkundengebrauch im Fall der Unterzeichnung eines Bevollmächtigten mit dem Namen des Vollmachtgebers stets als nicht rechtswidrig anzusehen sei, kann hier dahingestellt bleiben, da nach den Feststellungen dem Angekl. keine Vollmacht erteilt war.

Zu vorl. Falle stellt das LG. fest, daß der Angekl. bei den Empfängern der Wechsel den Irrtum hervorgerufen hat, S. und A. hätten die vom Angekl. unterschriebenen Wechsel persönlich unterzeichnet. Anscheinend bezweifelt das LG. auch nicht, daß der Angekl. sich bewußt gewesen sei, die Empfänger der Wechsel über die Person dessen, der unterschrieben hatte, zu täuschen, um die Wechselnehmer dadurch zur Hergabe von Darlehen unter Sicherung durch die Wechsel geneigt zu machen; wenigstens weist hierauf die wiederholte Feststellung hin, daß der Angekl. den Namenszug des S. täuschend nachgeahmt habe. Wenn aber dies feststehen sollte, so darf die rechtswidrige Absicht des Angekl. i. S. des § 267 StGB. nicht verneint werden.

Bei der künftigen Verhandlung wird auch die Frage des Betrugs erneut zu prüfen sein. Es wäre allerdings möglich, daß der Angekl. infolge fester Überzeugung, S. und A. würden für seine Schulden einspringen, sich selbst für einen sicheren Schuldner gehalten hätte, und dann würde beim Angekl. der Vorsatz, das Vermögen der Darlehensgeber zu schädigen, ausgeschlossen gewesen sein, da in diesem Falle die Darlehensforderungen der Wechselnehmer im Verhältnis zu den hingegebenen Darlehenssummen nach seiner Ansicht nicht minderwertig gewesen wären. Aber es wäre auch eine andere Sachgestaltung möglich, bei der die Annahme eines Betrugs durchaus naheliegen würde.

(1. Sen. v. 10. Okt. 1933; 1 D 1092/33.)

[W.]

****18.** § 413 RAbgD. bezieht sich nicht nur auf Personen, denen gegenüber den Steuerbehörden Pflichten auferlegt werden, sondern auch auf Beamte, die mit der Steuerverwaltung beauftragt sind.

Die StrR. hat zu prüfen unterlassen, ob der Angekl. den § 413 RAbgD. dadurch verletzt hat, daß er, wie das angef. Urt. feststellt, gegen §§ 3 u. 8 PrZollabfD. v. 5. April 1909 i. Verb. m. §§ 28—32 BZollG. verstoßen hat.

Es kann zwar zunächst fraglich erscheinen, ob § 413 RAbgD. überhaupt auf Beamte, die mit der Verwaltung der Steuern beauftragt sind, anwendbar ist, oder ob er sich nicht lediglich auf Steuerpflichtige und andere Personen, denen Pflichten gegenüber den Steuerbehörden auferlegt werden (vgl. RAbgD. 2. Teil 2. Abschn. 1. Tit.), erstreckt.

Für die erste Ansicht spricht zunächst, daß aus dem Wortlaut des § 413 keinerlei Einschränkung des Personenkreises zu ersehen ist, an den sich die Vorschr. wendet. Eine solche ergibt sich auch nicht aus der Stellung der Vorschr. in der RAbgD. Die Tat des § 413 ist eine Steuerzweckverhandlung i. S. des § 392 RAbgD. (vgl. RGSt. 65, 44). Von den Steuerzweckverhandlungen der §§ 396—413 (früher 359—377) RAbgD. sind ausdrücklich auf bestimmte Personen beschränkt nur die §§ 402 und 412. Die letztgenannte Vorschr. zeigt durch ihre Bezugnahme auf § 22, daß unter sie nur Beamte oder amtlich zugezogene Sachverständige fallen, während § 402 ausdrücklich

¹) JW. 1911, 442.

nur von Steuerpflichtigen, deren Vertretern und Personen, die Angelegenheiten von Steuerpflichtigen beforgen, spricht. Es muß also davon ausgegangen werden, daß Steuerzuwiderhandlungen grundsätzlich von allen Personen begangen werden können, soweit nichts anderes bestimmt ist. Zweifellos ist jedenfalls, daß ein Beamter der Steuerverwaltung, der vorsätzlich durch Verletzung seiner Dienstvorschriften eine Verkürzung von Steuereinnahmen bewirkt, nach § 396 ABG.D. wegen Steuerhinterziehung zu bestrafen ist. Bei dieser Sachlage hätte es nahe gelegen, wenn § 413 ABG.D. nur für Steuerpflichtige und andere Personen, denen Pflichten gegenüber den Steuerbehörden auferlegt sind, hätte gelten sollen, diese Einschränkung wie im § 402 ABG.D. klar zum Ausdruck zu bringen.

Auch aus dem Kreis der Vorschr., die in § 413 ABG.D. aufgeführt sind, läßt sich nicht entnehmen, daß deren Verletzung nur durch Nichtbeamte in Frage kommen kann. Vielmehr spricht § 413 ABG.D. ganz allgemein von Zuwiderhandlungen gegen die im Interesse der Besteuerung erlassenen Vorschr., wobei ganz dahingestellt bleibt, an wen sich diese Vorschr. richten.

Es läßt sich auch aus der Bezeichnung der in § 413 ABG.D. angedrohten Strafe als Ordnungsstrafe nicht schließen, daß die Vorschr. nur auf Nichtbeamte anzuwenden ist, während gegen Beamte in solchen Fällen die im Dienststrafrecht vorgesehenen Ordnungsstrafen Platz greifen sollen. Denn die Steuerordnungswidrigkeit des § 413 ABG.D. stellt sich als ein kriminell strafbares Vergehen i. S. des § 1 Abs. 2 StGB. dar, auch wenn die angedrohte Geldstrafe als Ordnungsstrafe bezeichnet wird. Soweit aber der Tatbestand eines solchen Vergehens von einem Beamten erfüllt wird, steht der Umstand, daß wegen desselben Sachverhalts auch eine Dienststrafe gegen ihn verhängt werden kann, seiner Bestrafung wegen des kriminellen Vergehens nicht im Wege. Außerdem besteht zwischen der Verhängung der Strafe des § 413 ABG.D. und einer dienststrafrechtlichen Ordnungsstrafe insofern ein Unterschied, als diese nur bei Nachweis eines Verschuldens verhängt werden kann, während in § 413 ABG.D. das Verschulden vermutet wird (RGSt. 61, 81). Es ist daher auch aus diesem Grunde auszuschließen, daß eine von einem Beamten begangene Steuerordnungswidrigkeit lediglich im Dienststrafwege geahndet werden können soll, da sonst der Beamte besser gestellt wäre als andere Personen.

Endlich lassen sich auch aus der im Entwurf eines EinfG. z. ADStGB. und zum StrafvollzG. vorgeschlagenen Fassung des § 374 (jetigen § 413) ABG.D. (RD-Druckf. IV. Wahlper. 1928 Nr. 2070 S. 102) keine entscheidenden Schlüsse gegen die hier vertretene Ansicht ziehen. Hier wird der Kreis der Personen, die eine Steuerordnungswidrigkeit begehen können, zwar ausdrücklich auf Steuerpflichtige und auf Personen, die Angelegenheiten eines Steuerpflichtigen wahrnehmen, beschränkt. In der Begründung zu diesem Entwurf (S. 173) wird jedoch ausgeführt, daß dies eine Einschränkung gegenüber dem von § 413 (früher § 377) ABG.D. betroffenen Personenkreis bedeute, da bisher auch andere Personen eine Steuerordnungswidrigkeit hätten begehen können.

Die Strk. wird daher in der erneuten Hauptverhandlung festzustellen haben, gegen welche noch in Geltung befindlichen Dienstvorschriften im einzelnen der Angekl. verstoßen hat, und weiter zu erörtern haben, ob diese Vorschr. im Interesse der Besteuerung (einschließlich der Vorbereitung, Sicherung und Nachprüfung der Besteuerung) erlassen oder ob sie etwa lediglich der Regelung des innersdienstlichen Verkehrs zu dienen bestimmt sind, ohne daß sie den mit der Verwaltung der Steuern beauftragten Beamten bestimmte im Interesse der Besteuerung liegende Pflichten auferlegen.

(2. Sen. v. 5. Okt. 1933; 2 D 340/33.)

[23.]

II. Verfahren.

****19.** § 305 StPD. bezieht sich nur auf solche Entscheidungen, die nach der Eröffnung des Hauptverfahrens zur Vorbereitung des Urteils erlassen werden. Ein Beschluß des erkennenden

Gerichts, durch den der Antrag auf Bestellung eines Verteidigers abgelehnt worden ist, ist mit der Beschwerde anfechtbar.

Ob ein Beschluß des erkennenden Gerichts, durch den der Antrag auf Bestellung eines Verteidigers abgelehnt worden ist, mit Beschw. angefochten werden kann, ist nicht unbestritten. Nach dem Standpunkt, den der 5. Sen. in RGSt. 43, 179, 182 zu § 347, jetzt 305 StPD., eingenommen hat, wäre sie unzulässig. Die RPr. hat sich aber in anderer Richtung entwickelt. Der 1. Sen. hat schon in der Entsch. RGSt. 48, 386 eine solche Beschw. für zulässig erachtet, ohne freilich seine Ansicht zu begründen. Seither hat sich die Auffassung durchgesetzt, daß der § 305 Satz 1 StPD. sich nur auf solche Entsch. beziehe, die im inneren Zusammenhang mit der Urteilsfällung stehen und ausschließlich ihrer Vorbereitung dienen und bei der Urteilsfällung selbst der nochmaligen Prüfung des Gerichts unterliegen (BayObLG.: RGSt. 6, 406; 9, 408; 10, 10; 13, 493; DZS. 22, 248; RG.: GoldArch. 67, 463; vgl. auch RGSt. 68, 217; OLG. Hamburg: GoldArch. 40, 359 und Karlsruhe: HöchstRPr. 1929 Nr. 6, 82; f. auch v. Bomhardt: Recht 10, 364).

Dieser den Mot. z. Entw. der StPD. folgenden Auslegung, daß der § 305 Satz 1 StPD. sich nur auf solche Entsch. bezieht, die nach der Eröffnung des Hauptverfahrens zur Vorbereitung des Urts. erlassen werden, schließt sich der 1. Sen. an. Durch die Entsch. RGSt. 43, 179 ist er hieran nicht gehindert, da diese von dem nicht mehr bestehenden 5. StrSen. gefällt und auch durch die Entsch. des 1. StrSen. in RGSt. 48, 386 überholt ist. Jene engen Voraussetzungen treffen auf die Entsch. über die Bestellung eines Verteidigers nicht zu. Die Verfassung des Beschwerderechts würde überdies den Angekl. eines Rechts berauben, das ihm das Gesetz gewähren will, nämlich sich des Verteidigers, das ihm nach §§ 140 oder 141 StPD. zusteht, schon vor der wichtigen Beschlußfassung über die Eröffnung des Hauptverfahrens, jedenfalls aber noch vor der Hauptverhandlung und zur Vorbereitung auf diese, zu bedienen (RGSt. 6, 441, 443; 20, 38; RGPr. 4, 890; 5, 682). Würde ihm gegen die Verfassung nur das gegen das Urteil gegebene Rechtsmittel zustehen, dann könnte auch bei Aufhebung des Urts. vielfach der ihm zugefügte Rechtsnachteil nicht mehr gutgemacht werden.

Mithin war die Beschw. des Angekl. gegen den ablehnenden Bescheid des LG. zulässig. Es hätte ihr gem. § 306 Abs. 2 StPD. selbst abhelfen können und sollen durch Aufhebung des unrichtigen, offenbar auf einem Übersehen eines Antrags beruhenden Beschlusses und durch Bestellung eines Verteidigers. Das hätte noch vor der Hauptverhandlung geschehen, aber auch in der Hauptverhandlung selbst nachgeholt werden können, in der dem Vorsitzenden die Pflicht oblag, das Gericht auf die bisher nicht erledigte Beschw. hinzuweisen. Hätte die Strk. irrtümlich die Beschw. für unbegründet angesehen, dann hätte sie dem Beschw.G. zur Bescheidung vorgelegt werden müssen unter Aussetzung der Hauptverhandlung bis zur Erledigung.

Die Rüge ist daher insoweit begründet, als der Angekl. die Nichtbescheidung der Beschw. beanstandet. Sein Schweigen in der Hauptverhandlung kann nicht als Verzicht gedeutet werden, zumal da er dauernd und bis kurz vor der Hauptverhandlung sein Recht auf Bestellung des Verteidigers mit Hartnäckigkeit verfolgt hat (RGSt. 33, 302; 42, 95; 62, 140, 142; RGUr. v. 1. April 1924, I 243/24).

Der Beschw. hätte abgeholfen werden müssen, da die Voraussetzungen des § 140 Abs. 3 und 4 vorlagen, soweit ein Fall der notwendigen Verteidigung gegeben war. Der Abs. 3 spricht zwar nur von den vor dem RR. und dem SchöffG. zu verhandelnden Sachen. Seitdem aber die Strk. wieder erstinstanzliche Gerichte sind (WD. des RPräf. vom 14. Juni 1932: RWV. S. 285), bezieht sich die Best. auch auf die vor der Strk. als erster Instanz zu verhandelnden Sachen.

Da das Beruhen des Urts. auf dem Rechtsverstoß nicht verneint werden kann, muß die Rüge durchgreifen.

Sie ist aber noch unter einem anderen Gesichtspunkt begründet. Der Angekl. hat zwar nicht mit ausdrücklichen Worten sich über die Nichtbestellung des Verteidigers be-

schwert. Das ist aber doch der erkennbare Sinn seiner Einwendungen. Er will sich darüber beschweren, daß ihm kein Verteidiger bestellt worden ist, obwohl ihm ein solcher zu stand. Auch so aufgefaßt, ist die Beschw. begründet. So wenig sein Schweigen als Verzicht auf die Beschw. gedeutet werden durfte, so wenig bedeutet es einen Verzicht auf die Beordnung eines Verteidigers. Der Vorsitzende hätte zum mindesten die Pflicht gehabt, den Angekl. hierüber zu befragen oder ihn auf die Befugnis hinzuweisen, die Aussetzung der Hauptverhandlung zur Bevollmächtigung eines Wahlverteidigers zu verlangen (vgl. RGUrt. v. 19. Juni 1931, I 577/31).

(2. Sen. v. 21. Sept. 1933; 2 D 662/33.) [Hn.]

Freiwillige Gerichtsbarkeit.

1. § 232 Abs. 2 Satz 1 HGB. in entsprechender Anwendung auf die GmbH. In dem Gesellschaftsvertrage kann, wenn nach ihm mindestens zwei Geschäftsführer zu bestellen sind, bestimmt werden, daß die Gesellschaft gemeinschaftlich entweder durch zwei Geschäftsführer oder einen Geschäftsführer und einen Prokuristen vertreten wird. Diese Bestimmung gilt dann auch für den Fall, daß infolge Fortfalls eines Geschäftsführers vorübergehend nur ein Geschäftsführer vorhanden ist.

Hinsichtlich der Beurteilung des § 7 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages gehen Register- und Beschwerdegericht mit Recht davon aus, daß der in § 232 Abs. 2 Satz 1 HGB. für die Aktiengesellschaft ausgesprochene Grundsatz auf die GmbH. entsprechend anwendbar ist (vgl. hierzu z. B. RGZ. 29, A 95; JFG. 4, 204; Brodmann, GmbHG. § 35 Anm. 2a; Staub-Hachenburg, GmbHG. § 35 Anm. 23; Schulz, GmbHG. § 35 III 3). Der aktienrechtliche Grundsatz lautet: „Sieht nicht jedem einzelnen Vorstandsmitgliede die selbständige Vertretung der Gesellschaft nach dem Gesellschaftsvertrage zu, so kann durch diesen bestimmt werden, daß die Vorstandsmitglieder, wenn nicht mehrere zusammen handeln, in Gemeinschaft mit einem Prokuristen zur Vertretung der Gesellschaft befugt sein sollen.“ Daß der von den Vorinstanzen beanstandete § 7 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages gegen diesen Grundsatz verstößt, kann nicht anerkannt werden. Das Beschwerdegericht führt aus, wenn von den zwei bestellten Geschäftsführern der eine vorübergehend wegfallt, sei der andere Geschäftsführer nicht in der Lage, die Gesellschaft allein zu vertreten, sondern er sei an die Mitwirkung eines Prokuristen gebunden. Hieraus folgert das LG., daß der § 7 Abs. 1 gegen den aus § 232 Abs. 2 Satz 1 HGB. ersichtlichen Grundsatz verstoße. Dieser Auffassung vermag der Sen. nicht zu folgen. Gegen die Auslegung, die das Beschwerdegericht dem § 7 Abs. 1 gibt, bestehen allerdings keine rechtlichen Bedenken. Solange nur ein Geschäftsführer vorhanden ist, ist dieser Geschäftsführer somit — nach § 7 Abs. 1 — einerseits nicht in der Lage, die Gesellschaft allein zu vertreten, andererseits kann er auch in dieser Zeit die Gesellschaft gemeinschaftlich mit dem Prokuristen vertreten. Dies Ergebnis ist aber auch mit dem aus § 232 Abs. 2 Satz 1 ersichtlichen Grundsatz durchaus vereinbar. Aus der entsprechenden Anwendung des § 232 Abs. 2 Satz 1 ist zwar zu folgern, daß die Ausübung der Vertretungsmacht des Geschäftsführers einer GmbH. dann nicht an die Mitwirkung eines Prokuristen gebunden werden kann, wenn gemäß dem Gesellschaftsvertrage nur ein Geschäftsführer vorhanden ist: der allein vertretungsberechtigte Geschäftsführer soll bei Ausübung seiner Vertretungsmacht nicht an die Mitwirkung eines Prokuristen gebunden sein (vgl. RGZ. 44, 126). Der Gesellschaftsvertrag kann jedoch — wie im vorliegenden Falle — bestimmen, daß stets mehr als ein Geschäftsführer zu bestellen ist, und daß ein Geschäftsführer niemals zur Alleinvertretung befugt sein soll. Ist dies in einem Gesellschaftsvertrage bestimmt, so kann überhaupt nicht der Fall eintreten, daß ein zur Alleinvertretung ermächtigter Geschäftsführer vorhanden ist. Der Grundsatz, der die Beschränkung der Vertretungsmacht des allein vertretungsberechtigten Geschäftsführers ausschließt, kommt daher hier nicht in Betracht. Es steht hier nicht eine Beschränkung alleiniger Vertretungsmacht in Frage, sondern ein Zuwachs an Macht für einen ohne die fragliche Bestimmung zeitweise überhaupt nicht vertretungsberechtigten Geschäftsführer. Vielfach wird allerdings dem § 232 Abs. 2 Satz 1 der Satz entnommen, es sei unzulässig zu bestimmen, daß, wenn nur ein Geschäftsführer vorhanden sei, dieser Geschäftsführer nur mit einem Prokuristen zusammen die Gesellschaft vertreten könne (vgl. z. B. Schulz a. a. D., Staub-Hachenburg a. a. D., Staub, HGB. 14 § 232 Anm. 17; ähnlich Brodmann a. a. D., f. auch JFG. 4, 204). Es kann dahingestellt bleiben, inwieweit durch eine nicht ganz eindeutige Ausdrucksweise nur der Anschein erweckt wird, als werde an den genannten Stellen eine von der hier dargelegten abweichende Auffassung vertreten. Aus § 232 Abs. 2 Satz 1 HGB. läßt sich jeden-

falls — soweit diese Bestimmung hier von Bedeutung ist — nur entnehmen, daß der allein vertretungsberechtigte Geschäftsführer bei Ausübung seiner Vertretungsmacht nicht an die Mitwirkung eines Prokuristen gebunden sein soll, nicht aber, daß dies auch hinsichtlich eines Geschäftsführers gilt, der nicht allein, sondern nur zusammen mit einem anderen Geschäftsführer die Gesellschaft vertreten kann. Hinsichtlich eines solchen Geschäftsführers kann auch bestimmt werden, daß er zusammen mit einem Prokuristen die Gesellschaft vertreten kann und daß diese Art der Vertretungsbefugnis auch bestehen soll, solange entgegen dem Gesellschaftsvertrage nur ein Geschäftsführer vorhanden ist. Praktische Bedeutung hat die im § 232 Abs. 2 Satz 1 enthaltene Regelung gerade dann, wenn von mehreren zur Gesamtvertretung befugten Vorstandsmitgliedern das eine oder das andere an der Ausübung der Vertretungsmacht für kürzere oder längere Zeit tatsächlich verhindert ist. Dem Falle einer tatsächlichen Verhinderung steht es aber gleich, wenn die zur Gesamtvertretung erforderliche Zahl von Geschäftsführern (Vorstandsmitgliedern) nicht mehr vorhanden und noch nicht wieder ergänzt ist. Gerade bei einer solchen Sachlage ist das praktische Bedürfnis, dem der Grundsatz des § 232 Abs. 2 Satz 1 seine Entstehung verdankt, in besonders hohem Grade vorhanden. Es würde daher dem Zwecke des in § 232 Abs. 2 Satz 1 enthaltenen Grundsatzes widersprechen, wenn man ihn in dem vom Sen. abgelesenen Sinne verstehen würde.

(RG., 1. ZivSen., Beschl. v. 9. Nov. 1933, 1b X 606/33.)

Ver. von RGK. Dr. Werner Schulze, Berlin.

*

2. § 177 Abs. 1 FGG. Ein notarielles Protokoll, das gemäß § 177 Abs. 1 FGG. vorgelesen, von den Beteiligten genehmigt und von ihnen eigenhändig unterschrieben worden ist, ist nicht ungültig, wenn der Notar es zunächst ohne die Feststellung, daß dies geschehen ist, unterzeichnet, dann aber diese Feststellung — gegebenenfalls unter Hinzuziehung der bei der Beurkundung etwa mitwirkenden Personen — nachträglich getroffen und das so vervollständigte Protokoll nochmals unterzeichnet hat; Voraussetzung hierfür ist allerdings, daß das Protokoll zur Zeit der Nachholung des Feststellungsvermerks noch nicht nach außen in die Erscheinung getreten, daß also insbes. weder eine Ausfertigung erteilt noch eine Vorlage an das Gericht erfolgt ist.

Gemäß § 176 FGG. ist bei einem Protokoll zu unterscheiden zwischen demjenigen Teil, der die Erklärungen der Beteiligten enthält, und demjenigen Teil, der die Tatsachen, welche den Rahmen für diesen Erklärungsinhalt abgeben, feststellt, wie z. B. Ort und Tag der Verhandlung, Bezeichnung der Beteiligten und mitwirkenden Personen usw. (vgl. Schlegelberger, FGG. § 176 Anm. 1; Overnack, Das Notariatsrecht, 1929, S. 218). Zu diesem zweiten, feststellenden Teil, der von dem Urkundsbeamten selbständig mit eigener Verantwortung geschaffen wird, gehört auch die im § 177 Abs. 1 FGG. vorgeschriebene Feststellung, daß das Protokoll vorgelesen, von den Beteiligten genehmigt und von ihnen eigenhändig unterschrieben ist. Im allgemeinen wird diese Feststellung den Unterschriften der Beteiligten vorangestellt. Jedoch gehört sie nicht zu denjenigen Teilen des Protokolls, welche nach § 177 Abs. 1 Satz 1 FGG. selbst vorgelesen, von den Beteiligten genehmigt und unterschrieben werden müssen; deshalb darf der Feststellungsvermerk den Unterschriften der Beteiligten auch nachfolgen (vgl. RG. 62, 1; 63, 31; 79, 368¹); RGZ. 35, A 83; 43, 97). Darüber hinaus wird auch nicht erfordert, daß die Beurkundung der Feststellung im Laufe der Verhandlung selbst in Gegenwart der Beteiligten erfolgt; sondern es genügt, wenn sie durch die Unterschrift der bei der Beurkundung mitwirkenden Personen, im vorl. Falle allein des Notars, gedeckt wird (vgl. RG. 79, 368²).

Die alsbaldige Nachholung der in Rede stehenden Feststellung würde daher, wie auch die Vorinstanzen nicht verkannt haben, keinen Bedenken unterliegen, wenn sie vor Unterzeichnung des Protokolls durch den Notar erfolgt wäre. In dem vorliegenden Protokoll befindet sich jedoch die Unterschrift des Notars zunächst ohne den erforderlichen Feststellungsvermerk unmittelbar hinter der der Beteiligten. Die Unterschrift des Notars bringt im allgemeinen zugleich zum Ausdruck, daß die Urkunde damit abgeschlossen sein soll. Solange die Urkunde noch in keiner Weise nach außen in die Erscheinung getreten ist, also insbes. weder eine Ausfertigung erteilt noch eine Vorlage an das Gericht erfolgt ist, unterliegt sie aber, wenigstens in den Teilen, die nicht Gegenstand der Vorlesung gewesen sind, noch der Verfügung des Notars. Ebenso wie er bis dahin seine Unterschrift noch nachholen kann, muß er deshalb auch für befugt erachtet werden, seine verfahrensrechtlich verfrüht unter die Urkunde gesetzte Unterschrift wieder durch-zureichen oder auf andere Weise zu erkennen zu geben, daß mit der ersten Unterzeichnung die Urkunde noch nicht endgültig abgeschlossen sein soll. Dem letzteren Verfahren ist sogar entschieden der Vorzug

¹) JWB. 1912, 812.

²) JWB. 1912, 812.

zu geben, da die Befugnis zur Durchstreichung immerhin zu Zweifeln Anlaß geben kann und der Notar unbedingt alles vermeiden muß, was den Eindruck einer Verschleierung der wahren Vorgänge erwecken könnte. Der Protokollabschluss beruht auf dem Willen der Urkundsperson, und dieser kann daher, solange die Urkunde nach außen noch nicht in die Erscheinung getreten ist, noch rückgängig gemacht werden. Dies ist aber nicht nur mittels Durchstreichung der Unterschrift möglich. Dadurch, daß der Notar im vorl. Falle den erforderlichen Feststellungsvermerk hinter seiner ersten Unterschrift beigefügt und die Urkunde nochmals unterzeichnet hat, hat er deutlich zu erkennen gegeben, daß die erste Unterzeichnung noch nicht den endgültigen Abschluß des Protokolls bilden und daß der dahinterstehende Text noch Bestandteil des Protokolls sein soll. Die auf diese Weise erfolgte Nachholung des Feststellungsvermerks und der endgültig abschließenden Unterschrift war auch noch zulässig, weil die Urkunde damals noch in keiner Weise nach außen in die Erscheinung getreten war; dies anzunehmen, unterliegt keinen Bedenken, da der Notar in der vorgelegten, die Zusätze bereits enthaltenden Ausfertigung des Protokolls ausdrücklich vermerkt hat, daß sie die erste sei.

(RG., 1. ZivSen., Beschl. v. 16. Nov. 1933, 1 X 616/33.)

Ber. von RGK. Dr. Werner Schulze, Berlin.

Oberlandesgerichte.

Berlin.

a) Zivilsachen.

I. § 13 Ziff. 3 RWGedD. Keine Vergleichsgebühr für den unter Widerrufsvorbehalt geschlossenen Vergleich im Falle des Widerrufs.

Der Sen. hat bisher bei einem unter Vorbehalt des Widerrufs für eine oder beide Parteien abgeschlossenen Vergleich eine Bindung, wie sie § 13 Ziff. 3 RWGedD. voraussetzt, schon als vorhanden angenommen, die Vergleichsgebühr dem Anwalt demgemäß trotz Erklärung des Widerrufs zuerkannt. Er ist davon ausgegangen, daß ebenso wie bei dem auflösend bedingt geschlossenen Vergleich bereits eine Einigung der Parteien erfolgt ist, die durch die Erklärung des Widerrufs einer Partei — entsprechend dem Eintritt der auflösenden Bedingung — wieder aufgehoben wird (zu vgl. die grunds. Entsch. 20 W 10175/32 v. 24. Okt. 1932; Berl. AnwBl. 1932, 283).

Demgegenüber ist in Rspr. und Rechtslehre immer wieder betont worden, daß ein unter Widerruf geschlossener Vergleich eine Bindung noch nicht darstelle (W.-F.-Friedlaender, 9. Aufl., Anm. 60 zu § 13 RWGedD.; Willenbücher, 11. Aufl., IV 10 zu § 13), sondern nur unter der aufschiebenden Bedingung der Nichtausübung des Widerrufs geschlossen, demnach in seiner Wirksamkeit als Vergleich davon abhängig sei, ob die aufschiebende Bedingung eintrete und daß erst dann die Vergleichsgebühr für den Anwalt entstanden sei (zu vgl. vor allem Carlbach; Deutsch. AnwBl. 1933, 41/42 und die daf. angef. OBGEntsch.).

Der Sen. hat bisher dieser gegenteiligen rechtlichen Beurteilung nicht folgen können, erachtet auch heute rechtlich beide Ansichten gleich vertretbar.

Wenn er der Behandlung des Widerrufsvergleichs nach Art eines auflösend bedingten Vergleichs in seiner bisherigen Rspr. den Vorzug gegeben hat, so war dafür maßgebend das Institut des unter Widerrufsvorbehalt geschlossenen Vergleichs seiner ursprünglichen und eigentlichen Zweckbestimmung nach: nämlich als bereits bis in alle Einzelheiten geschlossenen fertigen Vergleichs als der Verlautbarung einer tatsächlich bereits zustande gekommenen Einigung, von der die Parteien jedoch nach Maßgabe des Widerrufsvorbehalts sich binnen bestimmter Frist noch befreien können.

Würde in der Praxis der unter Widerruf zu schließende Vergleich in der Tat nur in diesem Sinne und in diesen Grenzen benutzt werden, dann würden auch aus praktischen Erwägungen heraus nicht die geringsten Bedenken bestehen, an dem bisherigen Rechtsstandpunkt festzuhalten. In Wahrheit wird jedoch in der Praxis die Möglichkeit des unter Widerruf abzuschließenden Vergleichs weitgehend auch in solchen Fällen benutzt, in denen von einer Einigung noch gar nicht die Rede ist, in denen vielleicht eine gewisse Möglichkeit zu einer vergleichweisen Einigung, manchmal darüber hinaus vielleicht auch eine gewisse grundsätzliche Vergleichsbereitschaft, indes noch längst kein übereinstimmender Wille der Parteien vorhanden ist und von einer übereinstimmenden Einigung auf die im Vergleich zu regelnden Punkte noch keine Rede sein kann. Dieser Weg wird mithin häufig nur als Versuch — sei es der Prozeßbevollmächtigten, sei es des Gerichts — die Parteien auf diesem Wege zu vergleichen, als bequemer Ersatz für Vergleichsverhandlungen unter den Parteien oder auch für ein Vergleichsangebot der einen Partei oder schließlich auch für einen Vergleichsvorschlag oder auch nur eine Vergleichsanregung des Gerichts in konkretisierter und den Parteien den Abschluß des Vergleichs durch einfache Zustimmung ohne erneutes Erscheinen vor Gericht

und ohne erneute Protokollierung ermöglichter Form benutzt. Damit erhellt aber, daß hinter dem auf Widerruf abgeschlossenen Vergleich sich in der Praxis in großem Umfang nur erst der Versuch einer vergleichweisen Bindung der Parteien gerade auch in Fällen versteckt, in denen über eine Vergleichsbereitschaft der Parteien zum mindesten noch nichts bekannt ist.

In solchen Fällen kann zwar äußerlich bereits von einer Bindung der Parteien gesprochen werden. In Wahrheit fehlt es dagegen inhaltlich noch an einer Übereinstimmung der Parteien. Der vorbehaltene Widerruf bedeutet mithin hier in Wahrheit nicht die Möglichkeit der Lösung einer bereits getroffenen Einigung, vielmehr nichts anderes als den Vorbehalt der Zustimmung zu einer bisher nur erst scheinbar, nur erst rein äußerlich zustande gekommenen Einigung der Parteien.

In diesen Fällen stellt sich der Vergleich auf Widerruf rechtlich in der Tat nur als eine von der im freien Belieben der Parteien liegenden Zustimmung abhängige Einigung dar, die erst gelten soll, wenn nicht eine gegenteilige Erklärung, eben der Widerruf, dem Gericht gegenüber abgegeben wird.

Ist danach aber eine einheitliche Beurteilung nicht möglich, so verbieten — zumal im Kostenrecht — praktische Erwägungen, bei Benutzung eines gebührenrechtlich bedeutamen Rechtsinstituts die Beurteilung des kostenrechtlichen Tatbestands von einer Unterscheidung darüber abhängig zu machen, welcher Wille der Parteien sich dahinter verbirgt, ob und in welchem Grade hier also bereits eine Einigung zur Zeit der Formulierung des Vergleichs vorhanden war oder nicht vielmehr erst bei ungenutztem Ablauf der Widerrufsfrist zustande kommen sollte. Die Beurteilung kann bei gleichem äußeren Tatbestand gebührenrechtlich nur eine einheitliche sein.

Schließlich darf auch nicht übersehen werden, daß nach Möglichkeit eine unnütze Belastung der Prozesse mit Kosten vermieden werden muß, da eine solche dem Interesse der rechtsuchenden Parteien widerspricht.

Es entfällt daher aus praktischen und rechtlichen Erwägungen die Grundlage für den bisher vom Sen. vertretenen Standpunkt.

Der Sen. hat sich deshalb entschlossen, diesen nicht mehr aufrecht zu erhalten und einem auf Widerruf geschlossenen Vergleich grundsätzlich nicht mehr die Natur eines bereits bindend zwischen den Parteien geschlossenen Vergleichs zuzuerkennen.

(RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 13. Jan. 1934, 20 W 10235/33.)

Ber. von RGK. Dr. Gaedeke, Berlin.

Riel.

2. § 123 ZPO.; § 84 GKG. Eine Gerichtskostenentziehung vom Gegner der armen Partei hat zur Voraussetzung, daß es sich um Kosten handelt, zu deren Zahlung der Gegner überhaupt verpflichtet ist.

Im Rechtsstreit der Parteien hat Bekl. beantragt, einen Sühneversuch vorzunehmen. Kl. hat nicht widersprochen. Die Parteien haben sich alsdann in dem in R. abgehaltenen Termin verglichen. Bekl., der das Armenrecht hat, hat die Gerichtskosten übernommen. Der Urk. Beamte hat die Reisekosten des Gerichts zum Sühnetermin dem Kl. gemäß § 123 Abs. 2 ZPO. in Rechnung gestellt. Hiergegen richtet sich die Erinnerung des Kl. Sie hatte Erfolg. Zutreffend geht der Urk. Beamte allerdings davon aus, daß die Gerichtskosten, von deren Verichtigung der Gegner der armen Partei einstw. befreit ist, von diesem einzuziehen sind, wenn der Rechtsstreit ohne Art. über die Kosten beendet ist. Es muß sich danach aber um Kosten handeln, zu deren Zahlung der Gegner überhaupt verpflichtet ist. Um solche Kosten handelt es sich hier nicht. Denn Kl. war nicht Antragsteller i. S. des § 84 GKG. Der Antrag des Bekl., die Sache in das Sühneverfahren zu verweisen, war lediglich eine Anregung, nicht ein Antrag i. S. des § 84 GKG. Der Sühneversuch hätte auch von Amts wegen vorgenommen werden können. Im vorl. Falle hat das Gericht, ohne daß die Parteien es beantragt haben, von sich aus den Beschluß gefaßt, daß der Sühnetermin an Ort und Stelle stattfinden sollte, da zugleich damit eine Augenscheinnahme vorgenommen werden konnte. Dies ist in dem betr. Termin auch geschehen. Weil somit Kl. nicht als Antragsteller anzusehen ist, war er von vornherein nicht zur Kostentragung verpflichtet. Die Gerichtskosten können daher auch nicht gemäß § 123 Abs. 2 ZPO. von ihm eingezogen werden.

(OBG. Riel, 2. ZivSen., Beschl. v. 28. Okt. 1933, 2a EL 18/33.)

Ber. von RGK. Schumacher, Altona.

Altn.

3. §§ 398 ff., 138 BGB.

Eine Forderungsabtretung ist auch dann rechtswirksam, wenn der Bedent mit dem Zessionar vereinbart hat, daß dieser nur mit Erlaubnis des Bedenten Mitteilung an den Drittschuldner machen dürfe. Diese Mitteilung kann der Zessionar aber auch ohne jene Erlaubnis machen, wenn der Zedent seinen Verpflichtungen gegenüber dem

Zessionar, zu deren Sicherung die Zession gegeben war, nicht mehr nachkommt.

Von der unsittlichen Natur eines solchen Vertrages kann man nur dann sprechen, wenn er von dem Kreditgeber zur Sicherung unangemessener Vorteile und zur Knebelung des Kreditnehmers benutzt würde.

Der Bekl. ist Verwalter des über das Vermögen der B. in A. am 16. Febr. 1933 eröffneten Konkurses. Mit der Gemeinschaftnerin stand die Kl. seit Aug. 1932 in laufender Geschäftsverbindung. Zu Beginn dieser Geschäftsverbindung vereinbarte die Kl. mit der Gemeinschaftnerin, daß neben dem Vorbehalt des Eigentums an den gelieferten Waren, die drei Monate nach Rechnungsdatum zu bezahlen waren, als Sicherheit für die Warenforderungen seitens der Gemeinschaftnerin Zessionen zu geben waren. Den Zessionserklärungen waren gleichzeitig Benachrichtigungsschreiben für die Drittschuldner beigelegt, die aber ohne Zustimmung der Zedentin nicht abgehandelt werden durften.

Mit der Klage begehrt die Kl. Aussonderung des ihr auf Grund einer abgetretenen Forderung in Höhe der Klagesumme zustehenden Betrages aus der Konkursmasse der Gemeinschaftnerin. Es kommt also darauf an, ob der Kl. die freiwillige Forderung vor Eröffnung des Konkurses rechtswirksam abgetreten worden ist.

Daß die Abtretung der Forderung am 10. Jan. 1933, also über ein Monat vor Eröffnung des Konkurses, vorgenommen ist, ist unter den Parteien nicht streitig. Der Bekl. ist aber der Meinung, daß eine rechtswirksame Abtretung nicht vorliegt, weil die Absendung der Benachrichtigungsschreiben nur mit Einwilligung der Gemeinschaftnerin statthaft gewesen sei und deshalb der Kl. die Einziehungsbefugnis nicht zugestanden habe.

Wortlaut, Zweck und Handhabung des zwischen den Parteien getroffenen Abkommens lassen aber erkennen, daß es sich um eine vollwirksame Abtretung handelt. Um sich für ihre Lieferungen, die auf Kredit erfolgten, zu sichern, bestand die Kl., die sich durch eine — durch Verarbeitung und Veräußerung der gelieferten Ware — halb hinfällig werdenden Eigentumsvorbehalt nicht hinreichend sichern konnte, auf der Abtretung von Forderungen, und solche wurde ihr auch von der Gemeinschaftnerin zugestanden. Es liegt auf der Hand, daß der erstrebte Sicherungszweck nur erreicht werden konnte, wenn die Kl. wirkliche Inhaberin der abgetretenen Forderungen wurde; mit einer Schein-Glaubigerstellung, die ihr im Ernstfalle keinerlei Schutz bot, war ihr nicht gedient, und an eine Abtretung unter Ausschluß jeglicher Einziehungsbefugnis hat keine der Parteien gedacht. Das zeigt klar der Wortlaut der verschiedenen Zessionen, in denen die Abtretung ohne einen derartigen Vorbehalt erfolgt; das ergibt sich, wie zuvor dargelegt, aus dem Zweck der ganzen Vereinbarung, und das stellen außer allen Zweifel die Benachrichtigungsschreiben, die jeder Zession beigelegt waren. Nicht eingeschränkt wird die Vollwirksamkeit der Abtretung durch das Abkommen, daß die Benachrichtigungsschreiben nur mit Genehmigung der Gemeinschaftnerin abgehandelt werden sollen. Diese das Innenverhältnis zwischen Zedentin und Zessionarin regelnde Vereinbarung befaßt durchaus nicht, daß die Einziehungsbefugnis bei der Zedentin bleiben, daß also eine — rechtlich unzulässige und unmögliche — Spaltung der Forderungen in „Inhaberschaft“ und Einziehungsbefugnis eintreten solle; sie befaßt nur, daß die Zessionarin, entsprechend dem Sicherungszwecke, von der mit der Abtretung auf sie übergebenen Einziehungsbefugnis, solange sich die Geschäfte in den vorgestellten Bahnen reibungslos abwickeln, keinen einseitigen Gebrauch machen, vielmehr dazu die Genehmigung der Zedentin einholen soll.

Anders, wenn die Zedentin mit ihren Zahlungen in Verzug gerät, wenn also die Zessionarin in die Notlage verlegt wird, auf ihre Sicherheiten zurückzugreifen; dann kann sie einseitig zur Einziehung schreiten, dann ist eine Genehmigung der Zedentin, die ja ihre durch die Zessionen gesicherten Verpflichtungen verletzt hat, nicht mehr erforderlich. Die Genehmigungsklausel enthält also nur eine zeitliche Beschränkung der Ausübung des auf die Zessionarin übergebenen Einziehungsrechts; eine derartige engungsgrenzte Beschränkung ist mit dem vollen Übergang des Rechts durchaus vereinbar, kann aber der vollen rechtlichen Wirkung der Zession keinen Abbruch tun.

Schließlich hat der Bekl. sich noch unter Bezugnahme auf Entsch. des RG. v. 13. Febr. 1932 — I 313/31 — auf die Nichtigkeit der Forderungsabtretung wegen Verstoßes gegen die guten Sitten berufen.

Weber das Urt. v. 13. Febr. 1932 noch das darin bezogene Urt. des RG. 92, 105 stellt die Sittenwidrigkeit einer ähnlichen Forderungsabtretung fest, sondern verlegt einer Abtretung, die nur dazu dienen soll, den Zugriff anderer Gläubiger abzuwehren, die Rechtswirksamkeit, weil es eben unter solchen Voraussetzungen einen wirklichen Forderungsübergang nicht annimmt. Es kann zugegeben werden, daß Bezüge der hier in Frage stehenden Art für ein gesundes Wirtschaftsleben keine besonders erfreuliche Erscheinung sind; sie sind aber in Zeiten der Kapitalknappheit und Kreditwirtschaft, in Krisenzeiten wie gegenwärtig für den ungestörten Fortgang der Wirtschaft fast unentbehrlich und rechtlich durchaus vertretbar, und nur dann

könnte man von der unsittlichen Natur eines solchen Vertrages sprechen, wenn er von dem Kreditgeber benutzt würde zur Sicherung unangemessener Vorteile und zur Knebelung des Kreditnehmers.

Die Forderungsabtretung, auf die die Kl. ihr Aussonderungsbegehren gründet, ist also von Anfang an vollwirksam gewesen; die Einschränkungen, denen die Kl. sich unterwarf, standen einem von Anfang an rechtlich wirksamen Übergang der Forderung nicht entgegen.

(OLG. Köln, Urt. v. 14. Nov. 1933, 6 U 268/33.)

Eingef. von H. Crott, Aachen.

*

München.

4. §§ 9, 10 BGB.

Für die Geltendmachung eines Anspruches und für die negative Feststellungsklage hinsichtlich dieses Anspruches ist der gleiche Streitwert anzunehmen. Das gilt auch für die Klage auf Feststellung der Nichtigkeit der die Vater-schaft und die Unterhaltspflicht des Erzeugers anerkennenden Erklärung.

Mit der Klage wurde die Nichtigkeit der Erklärung des Kl. zu Niederschrift des VormVer. L. geltend gemacht. Mit dieser Erklärung hatte der Kl. anerkannt, der Vater der Bekl., und verpflichtet zu sein, ihr bis zum vollendeten 16. Lebensjahre einen Unterhalt von monatlich 30 RM zu gewähren. Die Anerkennung der Vaterschaft äußert nicht nur in vermögensrechtlicher, sondern auch in familienrechtlicher Hinsicht Wirkungen (vgl. z. B. §§ 1720 Abs. 2, 1725, 1735 BGB.). Es handelt sich also insoweit um einen nichtvermögensrechtlichen Anspruch und, soweit die Unterhaltspflicht in Frage steht, um einen damit verbundenen, aus ihm hergeleiteten vermögensrechtlichen Anspruch. Wären diese Ansprüche im Wege der Klage verfolgt worden, so wäre der nichtvermögensrechtliche Anspruch unter Berücksichtigung der Verhältnisse der Streitparteien auf 500 RM zu bewerten gewesen. Der vermögensrechtliche Anspruch hätte im Zeitpunkt der Erhebung der gegenwärtigen Klage, die bis dorthin fällig gewordenen Unterhaltsbeträge für zwei Dreivierteljahre mit zweimal 360 + dreimal 90 = 990 RM und den künftigen Unterhalt bis zum vollendeten 16. Lebensjahre der Bekl. umfaßt. Für diesen künftigen Unterhalt hätte der Streitwert gem. § 10 BGB. 360 RM betragen, so daß der Streitwert des vermögensrechtlichen Anspruches sich insgesamt auf 1350 RM belaufen hätte (OLG. Bamberg: BayZ. 1931, 163).

Was aber hinsichtlich des Streitwertes für die Verfolgung der genannten Ansprüche gilt, muß sinngemäß auch für die Klage auf Feststellung der Nichtigkeit der Erklärung des Kl. gelten. Der Senat schließt sich in dieser Richtung der Auffassung an, welche nimmehr in Rechtslehre und Rspr. als die vorwiegende bezeichnet werden kann (OLG. Augsburg: BayZ. 1932, 258; OLG. Stuttgart: Höchst-Rspr. 1930 Nr. 910) und hält die früher vertretene Anschauung (vgl. Beschl. v. 2. April 1927: LZ. 1927, 1046) nicht mehr aufrecht. Die dortigen Erwägungen, wonach bei gesetzlichen Unterhaltsansprüchen aus sozialen Gründen im Interesse der Unterhaltsberechtigten, um nämlich die Prozeßkosten zu vermindern, der § 10 BGB. eine Abweichung von der Regel der § 9 BGB. und § 9 ZPO. bestimmt habe, können nicht dazu führen, von dem sonst allgemein für die Streitwertfestsetzung gültigen Grundsatz abzugehen, daß nämlich für die Geltendmachung eines Anspruches und für die negative Feststellungsklage hinsichtlich dieses Anspruches der gleiche Streitwert anzunehmen ist. übrigen würden die erwähnten sozialen Erwägungen auch dann zutreffen, wenn der Unterhaltsberechtigte gegenüber der Klage auf Feststellung der Nichtigkeit der die Vaterschaft und die Unterhaltspflicht anerkennenden Erklärung unterliegen sollte.

Der Streitwert der Klage beträgt also hinsichtlich des nichtvermögensrechtlichen Anspruches 500 RM und hinsichtlich des vermögensrechtlichen Anspruches 1350 RM. Maßgebend für die Streitwertfestsetzung ist nur der höhere Anspruch (§ 11 Abs. 2 BGB.).

(OLG. München, Beschl. v. 29. Nov. 1933, 2000/33 III.)

Eingef. von H. Dr. Ruffer, München.

*

Stuttgart.

5. §§ 767, 157 BGB.; Teil I Kap. III Abschn. 1 §§ 1, 4 NotW.D. v. 8. Dez. 1931; §§ 1, 11 NotW.D. v. 27. Sept. 1932. Hypothekenduldungsanspruch für den Bürgen. Erweiterung der Haftung des Bürgen über die Hauptschuld hinaus nach Treu und Glauben. Doppelte Zinsentkung. f)

Eine am 18. Juni 1930 eingetragene, mit 9% und bei Verzug mit weiteren 2% verzinsliche Darlehensforderung von 2500 RM kündigte der Gläubiger und betrieb Zwangsversteigerung. Die in § 4 der NotW.D. v. 8. Dez. 1931 angeordnete Hinausschiebung der Kündigung bis 31. Dez. 1933 blieb nach Abs. 5 infolge einer Befreiungsklausel wegen Zinsverzugs außer Kraft. Am 31. Dez. 1932 bewill-

Zu 5. 1. Die obige Entsch. halte ich für bedenklich. Das OLG. sagt eingangs des Tatbestandes, daß die Bürgen die Einstufung der Zwangsversteigerung erreicht hätten, indem sie sich „haftbar

lichte der Kl. dem Hauptschuldner Sch. die Einstellung der Zwangsversteigerung gegen die Bürgschaft der Bekl., die sich dafür haftbar machen, daß bis 1. April 1933 Hauptsumme und Zinsen bezahlt werden. Die im Mai 1933 erhobene Klage gegen die Bürgen geht auf die Hauptsumme nebst 6 $\frac{3}{4}$ % und weiteren 2% Zinsen seit 3. Jan. 1933.

1. Die Bekl. berufen sich, da die Hypothek auf landwirtschaftlichen Grundstücken ruht, auf § 11 Abs. 1 der NotW. v. 27. Sept. 1932, wonach die Zahlung nicht vor 1. April 1933 verlangt werden kann. Die Ausnahme des Abs. 2 von § 11 wegen Zinsverzugs liegt nicht vor, da die rückständigen Zinsen vor 10. Jan. 1933 nachbezahlt sind (Art. 14 der 1. DurchW. und Art. 5 der 2. DurchW.). Zugunsten ist den Bekl., daß die Kündigungssperre der NotW. auch zugunsten des Bürgen wirkt (Schlegelberger-Parmentier, Hyp. Novatorium, 2. Aufl., S. 39; Siefert, Hyp. Stundung, S. 25). Nach § 767 BGB. ist für die Verpflichtung des Bürgen der jeweilige Bestand der Hauptschuld maßgebend, das erstreckt sich auch auf die Fälligkeit, sonst müßte der Bürge sofort bezahlen und mit seinem Rückgriff auf den Hauptschuldner zuwarten, was unbillig wäre. Das muß auch gelten, wenn die Bürgschaft erst nach Erlaßung der NotW. eingegangen wurde. Der Kl. bezeichnet nun die Berufung der Bürgen auf die gesetzliche Stundung als arglistig und behauptet ihren Verzicht auf diesen Einwand durch das Zahlungsversprechen auf 1. April 1933. Die Bekl. bestreiten, verzichtet zu haben und überhaupt die gesetzliche Stundung gekannt zu haben, sonst hätten sie keine Bürgschaft gegen Stundung übernommen. Dem Kl. ist in dem Sinn beizutreten, daß die Bürgen nach Treu und Glauben gehindert sind, die Kündigungssperre geltend zu machen. Der Bürge kann sich nämlich in der Urkunde zu einer Leistung verpflichten, die über das Versprechen hinausgeht, für die Hauptschuld in ihrem jeweiligen Bestande einzustehen. Ist die Bürgschaftsurkunde so auszulegen, so liegt in der weitergehenden Verpflichtung keine Verbürgung, sondern die Übernahme einer selbständigen Verbindlichkeit (Staudinger, § 765 Bem. 6 c Abs. 2). Eine solche weitergehende Verpflichtung ist hier nach Treu und Glauben in dem Versprechen zu finden, daß die Hauptsumme nebst Zinsen auf 1. April 1933 bezahlt werde. Nur gegen diese Gewähr ließ sich der Kl. auf die Einstellung der Zwangsversteigerung ein. Das gilt auch, wenn die Bekl. die Kündigungssperre nicht kannten und sich nicht bewußt waren, daß sie mit dem Versprechen, auf 1. April 1933 zu bezahlen, eine selbständige Verpflichtung über ihre Bürgschaftshaltung hinaus übernahmen.

2. Nach Ansicht der Bekl. sollen die Zinsen in der Zusammenfassung von 9 plus 2% herabgesetzt werden, und zwar nicht bloß nach der NotW. v. 8. Dez. 1931 § 1, sondern auch nach der v. 27. Sept. 1932 § 1 Abs. 1. Letzteres ist richtig (Siefert, S. 64 Ziff. 10). Die Ausnahme Satz 2 von § 1 Abs. 1 der letzteren NotW. trifft nicht zu. Daher können für die Zeit, auf die sich der Klageantrag bezieht, nur 4 $\frac{3}{4}$ % eigentliche Zinsen gefordert werden. Dazu kommen aber die weiteren 2%, die nach der Vereinbarung infolge Verzugs geschuldet sind. Sie werden von der Senkung nicht betroffen, obwohl sie als Zinsen bezeichnet sind. Somit hat der Kl. insgesamt 6 $\frac{3}{4}$ % zu fordern. Er sucht seinen Anspruch auf 8 $\frac{3}{4}$ % damit zu retten, daß er der Senkung durch die 1. NotW. entgegentritt auf Grund von Art. 8 d der 1. DurchW. v. 23. Dez. 1931 (RW. 793), wonach von der Zinsenkung solche Darlehen befreit sind, die aus Gefälligkeit oder sonst unter Umständen gegeben wurden, aus denen zu entnehmen ist, daß eine langfristige Kreditgewährung nicht beabsichtigt war. Eine solche Gefälligkeit habe er dadurch gewährt, daß er im Vergleich v. 31. Dez. 1932 Kapital und Zins bis 1. April 1933 stundete, während er beides durch die Zwangsversteigerung sofort hätte

machen", daß bis zum 1. April 1933 Hauptsumme und Zinsen bezahlt werden.

Die Haftbarmachung bedeutet also, daß in erster Linie eine Schuld des Hauptschuldners bestand und nur eine Bürgschaft, also eine subsidiäre Haftung in Frage kam.

In der späteren Begründung des Ur. erklärt das OLG., daß keine Bürgschaft, sondern nach Treu und Glauben eine selbständige neue Schuld übernommen sei. Diese Auslegung ist fehlerhaft.

Spricht der Bürge davon, daß er sich haftbar mache, so liegt schon in der wörtlichen Bedeutung, aber auch nach der sinnmäßigen Auslegung nach Treu und Glauben das Versprechen der „Haftung“ für eine Schuld des Hauptschuldners. Er hat also durchaus das Recht, die Einwendungen des Hauptschuldners geltend zu machen.

Auch die Auslegung, daß nur gegen solche Gewähr der Kl. auf Einstellung der Zwangsversteigerung sich eingelassen hätte, ist unbegründet. Die Bürgen durften also den Schutz der NotW. vom 27. Sept. 1932 in Anspruch nehmen.

2. Die Ausführungen des OLG. bezüglich der Zinsfrage sind zutreffend. Insbes. unterliegen die 2% keiner Herabsetzung, weil sie als Verzugszinsen eine Vertragsstrafe darstellen.

Auch die weiteren Ausführungen sind durchaus zutreffend und geben zu Beanstandungen keinen Anlaß.

RM. Dr. Gerhard Henke, Berlin.

erhalten können. Diese Folgerung ist unrichtig. Der genannte Art. 8 d spricht ausdrücklich von Darlehen, die unter den dort angeführten Umständen „gegeben“ worden sind. Für sie ist eine Ausnahme deshalb gemacht, weil bei ihnen von vornherein nicht mit einer übermäßigen Belastung des Schuldners auf längere Zeit zu rechnen war. Im vorl. Fall bestand dagegen die Gefälligkeit nur in einer Verlängerung des Darlehens, und es kann dem Gläubiger nicht zustehen, die gesetzliche Zinsenkung dadurch zu umgehen, daß er von einem vereinbarten Rücktrittsrecht Gebrauch macht und dann Stundung gewährt.

(OLG. Stuttgart, 2. ZivSen., Ur. v. 30. Nov. 1933, U 809/33.)

*

Zweibrüden.

6. §§ 1, 2 Abs. 2; §§ 246, 247, 989, 990 BGB. Grundsätze über Berechnung der Ansprüche des Abzahlungsverkäufers gegen den Käufer.†)

Unreiftig ist, daß ein Kaufvertrag in Frage kommt, auf den die Best. über die Abzahlungsgehalte v. 16. Mai 1894 Anwendung finden. Die Rücktrittserklärung hebt das Schuldverhältnis rückwirkend auf. Die gesetzliche Regelung beschränkt sich auf die Abwicklung der bis zum Rücktritt eingetretenen Vermögensverhältnisse, von da ab sind die gegenseitigen Ansprüche nach den Grundsätzen der Haftung des unredlichen Besizes und des Leistungsverzugs, nicht nach §§ 1 ff. AbzG. oder §§ 346, 347 BGB. zu beurteilen (s. Dehner, Abzahlungsgehalte S. 16).

Die Bekl. sind als Käufer verpflichtet, den gemeinen Wert der Nutzungüberlassung zu vergüten. Schwierigkeiten bietet die Ermittlung des Nutzungswertes beim Fehlen eines verkehrsmäßigen Preises. Es ist Erfahrungstatsache, daß Kraftwagen für so lange Zeit, wie sie im Streitfalle in Frage kommt, nicht vermietet werden. Es ist daher die Festsetzung eines Mietzinses ausgeschlossen, wie der Erstrichter mit Recht angenommen hat. Die Nutzungsvergütung entspricht im allgemeinen der angemessenen Verzinsung des objektiven Geldwertes der Sache zur Zeit der Nutzungsüberlassung. Diese erfolgte am 11. Febr. 1930. Der Tag des Kaufabschlusses spielt keine Rolle. Nach dem Gutachten des Sachverständigen B. war zu jener Zeit der Kaufpreis von 3000 RM ein angemessener Preis. Der Wagen kostete neu 4500 RM laut Rechnung v. 11. März 1929, ausgefüllt von der Firma W. D. C., GmbH. in B. Der Händlerabz. ist dem Kl. als dem Verkäufer gutzurechnen. Da die Übergabe des Wagens bereits am 11. Febr. 1930, also nur 12 Tage nach dem am 30. Jan. 1930 abgeschlossenen Kaufvertrag, erfolgte, ist anzunehmen, daß eine Wertminderung in der kurzen Zwischenzeit nicht eingetreten ist. Die Bekl., die sicherlich an verschiedenen Stellen Erkundigungen über die Preisverhältnisse eingezogen haben, hätten den Wagen um 3000 RM auch nicht gekauft, wenn er nicht damals dem gemeinen Verkehrswert entsprochen hätte. Da der normale Gebrauch von Autos eine ganz erhebliche Wertminderung mit sich bringt, ist außer dem Wert der Nutzungsüberlassung (Nutzungsvergütung) die volle Wertminderung zu ergeben, nicht etwa nur ein vom billigen Ermessen abhängiger Zuschlag zum Wert des Gebrauchs (s. RG. 138, 33 = JW. 1933, 907). Der Wert der Nutzungsüberlassung berechnet sich im Streitfalle aus 3000 RM für 17 Monate (Dauer des Gebrauchs) zu 12% = 510 RM. Es ist anzunehmen, daß sich der angegebene Geldbetrag im Geschäft des Kl. in der bezeichneten Höhe verzinst haben würde.

Anlangend die Wertminderung, so ist nach dem Wert der Sache im Zeitpunkt der Rückgabe abzurechnen (s. RG. a. a. O. S. 35). Der Sachverständige B. hat den Wert des Autos auf 350 RM geschätzt, und zwar zur Zeit, als er ihn besichtigte, d. h. für Juli 1932. — Als Zeit der Rückgabe kommt jedoch Sommer 1931 in Betracht, da damals der Wagen durch den Vollzug der Einstoßverf. der Ver-

Zu 6. Der vorstehenden Entsch. ist in ihrem Ergebnis in vollem Umfange zuzustimmen, wenn auch manche Ausführungen im einzelnen nicht voll verständlich sind. Es ist aber anzunehmen, daß diese Unverständlichkeiten zu einem erheblichen Teile auf die Verstümmelung der Wiedergabe zurückzuführen sind. So ist der Satz: „Der Unterschied zwischen dem gemeinen Wert zur Zeit der Rückgabe beträgt (nach 3000 — 550 = 2450 RM)“ nicht klar. Es soll wohl heißen: Der Unterschied zwischen dem gemeinen Wert zur Zeit der Übergabe und dem gemeinen Wert zur Zeit der Rückgabe beträgt 3000 — 550 = 2450 RM. Ferner ist unklar, wie das Gericht dazu kommt, zu erklären, nach seiner Schätzung betrage der Wert zur Zeit der Rückgabe 1100 bzw. 550 RM, dies sei zirka 300 bzw. 250 RM höher als der vom Sachverständigen geschätzte Wert von 350 RM. Hier liegt entweder ein Druck- oder ein Rechenfehler vor.

Zu begrüßen ist an der Entsch., daß auch sie von dem leider in der Praxis noch oft üblichen Schema der Berechnung der Ansprüche des Verkäufers vom Kaufpreise abgeht (vgl. Crifolli: JurAbsh. 1932, 132 ff.) und diese Ansprüche im einzelnen durchgeht.

Daß das Gericht die Zugrundelegung eines Mietzinses ohne weiteres mit der Begründung ablehnt, daß so lange Vermietungen von Autos wie im Streitfalle ausgeschlossen seien, erscheint nicht durchschlagend. Es sind wohl Fälle von monatelangen Vermietungen von Autos bekannt. M. E. hätte das Gericht den Wert der Nutzungs-

jüngungsgewalt der Bekl. entzogen wurde. Wie B. bekundete, waren fast alle Schäden auf die Benutzung und unsachgemäße Behandlung des Wagens zurückzuführen. Es fehlten verschiedene Teile; eine Generalreparatur hält B. für kaum lohnend, da die Unkosten, die diese Reparatur erfordert, in gar keinem Verhältnis zu dem Wert des Wagens stehen würde. Der Wagen war außerordentlich vernachlässigt, da er sonst bei 63 149 Fahrkilometer nicht in einem derartigen Zustand hätte sein dürfen. Für die Beschädigung der Sache infolge vertragswidriger Benutzung haben die Käufer bereits nach § 2 Abs. 1 S. 1 AbzG. Ersatz zu leisten. Andererseits gehen alle zufälligen Wertminderungen, insbes. solche infolge von Konjunkturschwankungen, zu Lasten des Verkäufers. Diese dürfen daher, wie der Sachverständige B. es getan hat, bei der Ermittlung des Wertes der Sache im Zeitpunkt der Rückgabe nicht berücksichtigt werden. — Als solche Umstände, die die Bekl. nicht zu vertreten haben, sind die allgemeinen Preisherabsetzungen für neue und gebrauchte Autos und die Abneigung der Kunden gegenüber Käufen ausländischer Wagen infolge einer zugunsten inländischer Erzeugnisse einseitiger Propaganda anzusehen (s. Crisofoli S. 161 unten). Wie für die Festsetzung der Höhe der Gebrauchsvergütung der § 2 Abs. 1 AbzG. ausdrücklich die entsprechende Anwendung des § 260 Abs. 1 jetzt § 287 ZPO. zuläßt, so ist der Richter auch für die Berechnung der Wertminderung nicht gehindert, unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung hierüber zu entscheiden. Sonach berechnet das Gericht für die Zeit der Rückgabe des Autos, als welche, wie bereits oben bemerkt, der Zeitpunkt der gerichtlichen Sicherstellung im Sommer 1931 anzusehen ist, im unbeschädigten Zustand 1100 RM und im beschädigten Zustand 550 RM, also einen um ungefähr 300 bzw. 250 RM höheren Betrag, als ihn der Sachverständige B. errechnete. Der Unterschied zwischen dem gemeinen Wert zur Zeit der Überlassung und dem zur Zeit der Rückgabe beträgt daher 3000 — 550 = 2450 RM. Hinzu kommen noch die von den Bekl. anerkannten Aufwendungen des Kl. mit 487,20 RM, entstanden durch die Verbringung des Autos von A., wo es hinterstellt war, nach B. Außerdem schulden die Bekl. dem Kl. noch 75 RM für die Fahrt nach S., auf welche Summe sich die Streitteile geeinigt haben. Der Gesamtposten auf Seiten des Kl. beträgt demnach 510 + 2450 + 487,20 + 75 = 3522,20 RM. Beizufügen ist noch, daß die Bekl. eine zwischen Rücktritt und tatsächlicher Inbesitznahme des Autos durch den Eigentümer eingetretene Wertminderung infolge Preisrückgangs auch nicht nach § 990 mit § 989 BGB. zu vertreten haben (s. DVGWspr. 11, 359). Nachdem auf Antrag des Kl. das Auto gerichtlich sichergestellt wurde, kann auch kein weitergehender Schaden wegen Verzugs nach § 990 Abs. 2 BGB. verlangt werden.

Austauschanspruch der Bekl. als Käufer. Der Verkäufer hat den gezahlten Kaufpreisteil zurückzugewähren; zur Verzinsung ist er nicht verpflichtet (s. Crisofoli S. 127). Die bezahlten Kaufpreistraten machen 1308,70 RM aus. Da die gewöhnlichen Kosten für die Erhaltung der Sache bis zur Rückgabe zu Lasten des Käufers gehen, können die Bekl. auch keinen Ersatz der Reparaturen verlangen, zumal sie das Auto in völlig gebrauchsfähigem Zustande erhalten haben. Gegenansprüche wegen Verwendungen auf die Sache scheiden daher aus (s. Crisofoli S. 127 unten). Es besteht auch kein Anlaß, den Bekl. einen Austauschanspruch in Ansehung der bezahlten Versicherungsprämien zuzubilligen.

Der Anspruch, den der Kl. gegen die Bekl. geltend machen kann, beträgt also 3522,20 — 1308,70 = 2213,50 RM.

(DVG. Zweibrücken, 2. ZivSen., Ur. v. 26. April 1933, L 321/32.)

Ver. von DVG. Pfäefflin, Zweibrücken.

überlassung nicht auf Grund einer Verzinsung des Kaufpreises berechnen dürfen. Dazu gibt das Gesetz keinerlei Handhabe. Es erscheint meistens geradezu gefährlich, den Abzahlungskaufpreis irgendwie in die Berechnung der Ansprüche des Verkäufers hineinzumengen. Der Kaufpreis ist als Bestandteil des Kaufvertrages nach dessen Auflösung durch den Rücktritt als nicht mehr vorhanden anzusehen. Das Gericht hätte bei dem Wert der Gebrauchsunüberlassung vielleicht besser die Zahl der von den Bekl. gefahrenen Kilometer zugrunde legen können und daraus Schlüsse auf den Wert der Gebrauchsunüberlassung ziehen können. Zu begrüßen ist ferner vor allem, daß das Gericht — soweit bekannt — zum ersten Male in einem Urteil klar ausspricht, daß der Abzahlungskäufer für Wertunterschiede, die auf Konjunkturschwankungen des Marktes beruhen, nicht einzustehen hat. Diese Ansicht erscheint durchaus richtig, weil sie dem Sinne des Gesetzes entspricht.

In der Berechnung der Wertminderung geht das Gericht in richtiger Weise von der Differenz des gemeinen Wertes zur Zeit der Übergabe und des gemeinen Wertes zur Zeit der Rückgabe aus.

Daß das Gericht mit seinem Ergebnis in vollem Recht ist, ergibt folgende Überlegung. Der Kl. bekommt das Auto und 2213,50 RM, während die Bekl. diese 2213,50 RM zu zahlen haben. Die Bekl. bekommen aber auch ihre gezahlten Raten von 1308,70 RM nicht zurück. Diese Lösung, die dem Verkäufer das Auto und 3522,20 RM

Berlin.

b) Straßjagen.

7. Teil 1 Kap. I Art. 2 § 1 Ziff. 1 legt. Satz RPräsW.D. v. 14. Juni 1932 (RGBl. I, 285). Bedeutung der Zurücknahme der Berufung für die Revision.

Außer dem Angekl. hatte auch der Privatkl. gegen das Ur. des AG. Ber. eingelegt. Nach dem Ges. a. a. O. steht ihm daher das Rechtsmittel der Rev. gegen das Ur. des AG. nicht mehr zu. Hieran ändert die Tatsache nichts, daß der Privatkl. seine Ber. gegen das Ur. des AG. zurückgenommen hatte. Es kommt nach dem klaren Wortlaut des Ges. nur auf die „Einlegung“, nicht auf die Durchführung der Ber. an. Davon, daß die Zurücknahme der Ber. das durch ihre Einlegung verwirkte Recht auf Revisions-einlegung wiederaufleben ließe, kann keine Rede sein. Das dort eingeführte Aufsechtungsverfahren geht darauf aus, dem durch das Ur. des 1. Rechtszuges Beschwerten die Entschlußfreiheit darüber zu belassen, ob er Ber. oder Rev. als alleiniges Rechtsmittel wählen solle. Wer sich für Ber. entscheidet, muß sich also darüber klar sein, daß er mit der Wahl für die Ber. zugleich das Recht auf Rev. aufgibt. Der Gesetzgeber gibt ihm durch die Einführung des Aufsechtungsverfahrens Gelegenheit, sich auf diese Entscheidung zur Reue vorzubereiten. Wird dann das als Ber. bezeichnete Rechtsmittel zurückgenommen, so hat sich der Beschw. jedes weiteren Rechtsmittels begeben (vgl. DVG. Dresden: ZW. 1933, 468³; von Pestalozza: ZW. 1932, 2676; Koffka-Schäfer, Erl. zur RPräsW.D. S. 39). Die Anf. des BayObLG. (DRZ. 1932, 377 Nr. 463), die Tatsache der Zurücknahme sei vom Standpunkte der W.D. aus ohne Bedeutung, vermag der Sen. nicht zu teilen. Diese Beschränkung auf das Rechtsmittel der Ber. greift notwendigerweise auch dann Platz, wenn die zugleich von dem Gegner des Beschw. eingelegte Ber. von Erfolg war. Sonst würde der Beschw. angeführt eines sich für ihn ungünstig entwickelnden Verlaufes des Berufungsverfahrens es in der Hand haben, durch eine rechtswirksame Zurücknahme der von ihm eingelegten Ber. (§§ 302, 303 StPO.) den Willen des Gesetzgebers, daß wegen der gebieterisch auf allen Gebieten Einsparungen fordernden Not der Zeit grundsätzlich jede Partei nur ein Rechtsmittel einlegen darf (vgl. Koffka-Schäfer: ZW. 1932, 1930, 1931), zu vereiteln.

(RG., 2. StrSen., Beschl. v. 12. Jan. 1934, 2 W 45/34.)

Ver. von RGR. Körner, Berlin.

*

S. § 129 BranntweinMonG. v. 8. April 1922 u. 21. Mai 1929 (RGBl. I, 405/99). Die Worte „Branntwein, dessen Herkunft oder Erwerb nicht nachgewiesen werden kann“, besagen, daß es nicht genügt, wenn der jeweilige Besitzer des Branntweins seinen Vorbesitzer nachweist, sondern daß allgemein die nach dem BranntweinMonG. ordnungsmäßige Herstellung oder die Kette der Besitzer bis zum ordnungsmäßigen Erwerb des Branntweins nachgewiesen werden muß.

§ 129 kann dem Wortlaut nach in dem einen wie dem anderen Sinne ausgelegt werden. Es kommt daher darauf an, welche Auslegung dem Zwecke des § 129 entspricht. Er wird erkennbar, wenn man den Sinn beachtet, in dem § 129 des Ges. v. 8. April 1922 durch die Nov. v. 21. Mai 1929 geändert worden ist. Nach der ursprünglichen Fassung unterlag Branntwein jeder Art, dessen Herkunft oder Erwerb von dem Besitzer oder von dem Inhaber nicht nachgewiesen werden konnte, der Einziehung. Dies konnte dem Wortlaut nach dahin verstanden werden, daß der Besitzer oder Inhaber des Brannt-

— also mehr als den Kaufpreis — zubilligt, erscheint auf den ersten Blick falsch. Denn zunächst glaubt man, die Käufer bezahlten danach also noch 522,50 RM mehr als den Kaufpreis und kriegten das Auto obendrein auch noch nicht. Wenn sie den Kaufvertrag eingehalten hätten, hätten sie nur 3000 RM zu bezahlen brauchen und das Auto bekommen. Bei tieferer Betrachtung zeigt sich aber, daß die Lösung doch richtig ist. Zunächst haben die Käufer dem Verkäufer an unstreitigen Aufwendungen 487,20 + 75 RM zu zahlen, die der Verkäufer selbst ausgelegt hat. Mit ihm sind dem Verkäufer die 562,20 RM nicht anzurechnen. Er bekommt also nur das Auto und 2960,20 RM. Er hat bei der Übergabe, 17 Monate vor der Rückgabe, ein Auto im gemeinen Wert von 3000 RM hingegeben; er bekommt nach 17 Monaten ein Auto im gemeinen Wert von höchstens 550 RM zurück; er hat an dem Auto also einen Verlust von 2450 RM gehabt. Er bekommt von den Bekl. also über den Wert des von ihm Hingegebenen nur 510 RM. Danach bezahlten die Bekl. an ihn tatsächlich nur 510 RM. Sie bezahlten also für den 17monatigen Autobesitz 510 RM, d. h. 30 RM pro Monat, also pro Tag zirka 1 RM. Dieser Betrag erscheint für die reine Gebrauchsunüberlassung nicht zu hoch. Daß die Bekl. im ganzen so viel zu bezahlen haben, liegt nur daran, daß sie das Auto nach dem Tatbestande in unverantwortlicher Weise beschädigten.

RGR. Dr. Karl-August Crisofoli, Berlin.

weins nur seinen Erwerb, d. h. den Erwerb von dem letzten Vorbesitzer nachweisen mußte. Durch die Nov. sind die, wie in § 246 StGB., offenbar dasselbe besagenden Worte „von dem Besitzer oder von dem Inhaber“ gestrichen worden. Ihre Weglassung kann nur den Sinn gehabt haben, den Anwendungsbereich des § 129 zu erweitern. Der Gesetzgeber wollte offenbar die Möglichkeit schaffen, daß Branntwein unter allen Umständen aus dem Verkehr gelangt, wenn nicht nachgewiesen werden kann, daß er ordnungsgemäß hergestellt oder eingeführt worden ist. Unter diesem Gesichtspunkt muß man aber den § 129 in seiner jetzigen allgemeinen Fassung dahin auslegen, daß es nicht mehr genügen soll, wenn der jeweilige Besitzer des Branntweins seinen Vorbesitzer nachweist, sondern daß ganz allgemein die nach dem BranntweinMonG. ordnungsmäßige Herstellung oder die Kette der Besitzer bis zum ordnungsmäßigen Erwerb des Branntweins nachgewiesen werden muß. In ähnlichem Sinne wird § 129 auch von Weidner-Schubel, 1 Ann. 2 ausgelegt, es solle in Händen von Schmugglern, Schiebern usw. befindlicher Branntwein, der zweifellos den Gegenstand einer Hinterziehung gebildet habe, aus dem Verkehr gezogen werden. Nur diese — mit dem Gesetzeswortlaut durchaus vereinbare — Auslegung wird dem Sinn und Zweck des an Stelle des BranntweinStG. v. 15. Juli 1909 (RGBl. 661) mit dem Gesetz v. 26. Juli 1918 (887) (vgl. dort § 174) eingeführten und durch das Gef. v. 8. April 1922 und 21. Mai 1929 weiter ausgebauten Branntweinmonopols und seiner finanz-, wirtschafts- und sozialpolitischen Bedeutung gerecht, die es erheischt, daß im Interesse der Gesamtheit tunlichst alle Lücken geschlossen werden, die sich unsoziale Einzelpersonen zunutze machen können, um die im Ergebnis eine Erhebungsform für Steuern durch Preisausschlag bildenden Monopoleinnahmen des Reichs (§§ 83 ff.) zu schmälern. Dieser Zweck läßt sich hier nur erreichen, wenn bis auf den ersten legalen ursprünglichen oder abgeleiteten Erwerb zurückgegangen wird. Damit steht im Einklang, daß nach fester Rpr. (vgl. u. a. RGSt. 62, 50) es bei der im § 128 vorgesehenen Einziehung des Branntweins nicht darauf ankommt, wem er gehört, auf Einziehung also auch mit Wirkung gegen den gutgläubigen Erwerber erkannt werden kann. Nach dem im § 147 BranntweinMonG. für anwendbar erklärten § 379, jetzt § 414 ABG.D. ist es auch ohne Bedeutung, in wessen Eigentum der einzuziehende Branntwein steht, und ebensowenig setzt die Einziehung voraus, daß seinen Besitzer ein Verschulden treffe (RGSt. 66, 345). Eine Verjährung kommt nicht in Frage, da die Einziehung keine Strafe, sondern eine verwaltungsrechtliche Maßnahme ist, die der Verjährung nicht unterliegt.

(RG., 2. StrSen., Urtr. v. 8. Jan. 1934, 2 S 342/33.)

Ver. von RGR. Körner, Berlin.

*

Dresden.

9. § 164 Abs. 2 StGB. Die Aufstellung „sonstiger Behauptungen tatsächlicher Art“ i. S. von § 164 Abs. 2 StGB. (i. d. Fass. v. 26. Mai 1933) erfordert, daß eine behördliche Betätigung ausgelöst wird oder ausgelöst werden kann, die sich nicht auf die einfache Zurückweisung des Ansinnens, behördliche Maßnahmen gegen den Angegriffenen zu ergreifen, beschränkt. Auch die Weiterleitung einer Eingabe an eine andere Behörde, insbes. mangels

Zu 9. Während nach Abs. 1 des § 164 StGB. die offensichtlich falsche Anschulldigung wegen einer strafbaren Handlung oder wegen Verletzung einer Amts- oder Dienstpflicht ohne weiteres bestraft wird, wenn der Täter die Verdächtigung in der Absicht ausspricht, ein behördliches Verfahren oder andere behördliche Maßnahmen gegen den Verdächtigten herbeizuführen oder fortbauern zu lassen, ist die Strafbarkeit der falschen Anschulldigung des durch die Nov. v. 26. Mai 1933 eingefügten Abs. 2, begangen durch offensichtlich falsche „sonstige Behauptungen tatsächlicher Art“, davon abhängig, daß die Behauptungen auch geeignet sind, ein behördliches Verfahren oder andere behördliche Maßnahmen gegen ihn herbeizuführen oder fortbauern zu lassen. Das bedeutet nur scheinbar eine Erschwerung der Voraussetzungen der Strafbarkeit im Falle des Abs. 2 gegenüber Abs. 1. Denn es liegt auf der Hand, daß, wenn jemand einen andern einer strafbaren Handlung oder der Amtspflichtverletzung bezichtigt (Abs. 1), dies unter allen Umständen geeignet ist, die in Abs. 2 besonders hervorgehobene Folge herbeizuführen. Das Gesetz mußte für Abs. 2 jene Voraussetzung ausdrücklich um so mehr aufstellen, als in dem gleichfalls neuen Abs. 3 sogar schon die leichtfertige falsche Anschulldigung für strafbar erklärt ist. Die Entsch. des Straßenrats im vorl. Falle wird durch die Feststellung getragen, daß schon aus dem Inhalt der Eingabe ohne weiteres die völlige Dalklosigkeit der gegen den bezichtigten RA., dessen Zulassung nach der Absicht des Anzeigenden rückgängig gemacht werden sollte, erhobenen Anschulldigung zu erkennen war; infolgedessen war von vornherein mit einer behördlichen Maßnahme, die irgendeinen Nachteil für die von der tatsächlichen Behauptung betroffene Person zur Folge haben konnte, nicht zu rechnen. Es ist dem OLG. vom Standpunkt der ratio legis aus darin zuzustimmen, daß es

Zuständigkeit, kann noch nicht als behördliche Maßnahme i. S. des § 164 Abs. 2 StGB. angesehen werden, sofern nicht darin der Wille enthalten ist, Maßregeln der anderen Behörde gegen den Angegriffenen zu veranlassen.)

Der Beschuldigte hat in seiner den Gegenstand der Anzeige bildenden Eingabe vom 27. Juni 1933 an das OLG. D. den Antragsteller weder einer strafbaren Handlung noch der Verletzung einer Amts- oder Dienstpflicht verdächtigt. Die Möglichkeit einer Bestrafung des Beschuldigten nach § 164 Abs. 1 StGB. oder nach Abs. 5 i. Verb. m. Abs. 1 dieser Gesetzesstelle scheidet damit von vornherein aus.

Der Beschuldigte hat aber in der Eingabe „sonstige Behauptungen tatsächlicher Art“ über den Antragsteller bei einer Behörde aufgestellt. Und er hat dies in der Absicht getan, durch ein behördliches Verfahren die Zurücknahme der Zulassung des Antragstellers als RA. herbeizuführen (§ 164 Abs. 2 StGB. n. F.). Die OLG. beim OLG. D. hat die Strafverfolgung des Beschuldigten gleichwohl abgelehnt, weil die aufgestellten Behauptungen nicht geeignet seien, ein behördliches Verfahren oder andere behördliche Maßnahmen gegen den Antragsteller herbeizuführen und es infolgedessen an einem notwendigen Tatbestandsmerkmal der Vergehen nach § 164 Abs. 2 und nach § 164 Abs. 5 i. Verb. m. Abs. 2 n. F. fehle. Dieser Rechtsauffassung wird beigetreten.

§ 164 Abs. 2 StGB. sowie Abs. 5 i. Verb. m. Abs. 2 dieser Gesetzesstelle i. d. Fass. v. 26. Mai 1933, deren Anwendung allein im vorl. Falle in Frage kommen könnte, machen die Bestrafung davon abhängig, daß die aufgestellte tatsächliche Behauptung geeignet ist, ein behördliches Verfahren oder andere behördliche Maßnahmen gegen den Angegriffenen herbeizuführen oder fortbauern zu lassen. Würde man zur Erfüllung des Begriffsmerkmals „andere behördliche Maßnahmen“ jede behördliche Tätigkeit genügen lassen, die durch die Aufstellung der Behauptung und die Anschulldigung ausgelöst wird, so würde — die Erfüllung der übrigen Merkmale vorausgesetzt — jede Eingabe an eine Behörde oder eine andere der im ersten Absatz des § 164 bezeichneten Stellen mit der haltlosesten und unsinnigsten und als solche ohne weiteres erkennbaren falschen Anschulldigung, sobald sie auf Behauptungen tatsächlicher Art gestützt wird, eine Bestrafung nach § 164 StGB. nach sich ziehen. Denn irgendeinen Beweis erteilen die Behörden ja regelmäßig auf jede Eingabe. Dieses Ergebnis würde zu einer Ausweitung der Strafverfolgung führen, die über den Zweck der Erweiterung des Tatbestandes des alten § 164 StGB. durch die Strafrechtsnovelle v. 26. Mai 1933, das Denunziantentum einzubämmen, weit hinaus ginge. Daß eine solche userlose Ausdehnung der Strafbarkeit falscher Anschulldigungen dem Sinne der Neufassung und dem darin zum Ausdruck gebrachten Willen des Gesetzgebers nicht entspricht, ergibt sich auch aus der Einfügung des Wortes „andere“ vor dem Ausdruck „behördliche Maßnahmen“. Denn dadurch wird dieses Tatbestandsmerkmal in eine Verbindung mit dem vorausgegangenen — strafrechtlich gleichwertigen — Merkmal „ein behördliches Verfahren“ gebracht und diesem angeglichen. Diese Erwägungen nötigen nach Ansicht des Senates zu einer einengenden Auslegung des Begriffes „behördliche Maßnahmen“. Man wird darunter nur eine solche behördliche Maßregel verstehen können, die irgendeinen Nach-

nur solche behördlichen Maßnahmen als vom Gesetz gemeint annimmt; dies rechtfertigt sich schon aus dem Gesichtspunkt der Korrespondenz mit Abs. 1, denn es liegt im Wesen der Strafanzeige und der Anzeige einer Dienstwidrigkeit, daß sich aus ihr Nachteile für den Beschuldigten ergeben können. Im Einklang hiermit steht es, wenn der Senat es nicht als genügend bezeichnet, daß durch die Eingabe des Täters nur eine solche Betätigung ausgelöst werden kann, die sich auf die einfache Ablehnung eines Einschreitens beschränkt. Nicht dagegen dürfte das OLG. dem Grundgedanken des § 164 Abs. 2 voll gerecht werden, wenn es auch solche Eingaben von vornherein ausschließt, die die Weiterleitung an eine andere Behörde, insbes. mangels Zuständigkeit, zur Folge haben, sofern nicht darin (d. h. in der Weiterleitung) der Wille enthalten ist, Maßregeln der anderen Behörde gegen den Angegriffenen zu veranlassen. Hier war die von vornherein inhaltlich hinfallige Eingabe an das JustMin. gerichtet, das die Eingabe zur zuständigen Entschließung an die Anwaltskammer weitergeleitet hat. Es kann nicht darauf ankommen, ob die weiterleitende unzuständige Behörde ihrerseits Maßnahmen der zuständigen Stelle veranlassen will oder nicht. Solche Weiterleitungen pflegen ohne jede äußere oder auch nur innere Stellungnahme der unzuständigen Behörde zu der Art und Weise der sachlichen Behandlung der Eingabe durch die zuständige Stelle zu geschehen. Die Weiterleitung ist also ein rein formaler Verwaltungsakt und kann in keinem Falle als Maßnahme i. S. des § 164 gelten. Vielmehr kann allein entscheidend sein, ob die Eingabe geeignet ist, Maßnahmen, wenn auch nicht der angegangenen, so doch der zuständigen Behörde überhaupt zu veranlassen.

SenPräf. Prof. Dr. Lee, Berlin.

teil für die von der tatsächlichen Behauptung betroffene Person herbeiführt oder zur Folge haben kann.

Danach ist zur Erfüllung dieser Begehungsform des § 164 StGB. n. F. notwendig, daß eine behördliche Betätigung ausgelöst wird oder ausgelöst werden kann, die sich nicht auf die einfache Zurückweisung des Anstimmens, behördliche Maßnahmen gegen den Angegriffenen zu ergreifen, und auf eine Belehrung dessen beschränkt, der die Behauptung aufgestellt und die Anschulldigung erhoben hat. Auch die Weiterleitung einer Eingabe an eine andere Behörde, insbes. mangels Zuständigkeit, kann noch nicht als „behördliche Maßnahme“ i. S. des § 164 angesehen werden, sofern nicht darin der Wille enthalten ist, Maßregeln der anderen Behörde gegen den Angegriffenen zu veranlassen.

Von diesem Rechtsstandpunkt aus können die Maßregeln, zu denen Behörden durch die Eingabe des Beschuldigten vom 27. Juni 1933, soweit sie den Antragsteller betrifft, veranlaßt worden sind, noch nicht als „behördliche Maßnahme“ i. S. des § 164 StGB. angesehen werden. Das JustMin., an das der Beschuldigte eine Abschrift der Eingabe gesandt hatte, hat sich damit begnügt, diese Abschrift dem Vorstande der Anwsk. zur zuständigen Entschliebung zu übersenden. Das Übersendungsschreiben bietet nicht den geringsten Anhalt für die Annahme, daß das Ministerium dadurch die Anwsk. zu irgendwelchen Maßnahmen gegen den Antragsteller hat veranlassen wollen. Der Vertreter des AnwPräs. und der Vorstand der Anwsk. haben sich darauf beschränkt, den Beschuldigten zu belehren und sein Anstimm, gegen den Antragsteller einzuschreiten, von vornherein auf Grund des Inhalts der Eingabe abzulehnen. Der Vorstand der Anwsk. hat weiter eine Abschrift seines Bescheides an den Beschuldigten dem Antragsteller zur Kenntnisnahme übermittelt. Tatsächlich war auch die Eingabe des Beschuldigten ihrem Inhalt nach nicht geeignet, irgendwelche behördliche Betätigungen herbeizuführen, die als „behördliche Maßnahmen gegen den Antragsteller“ im dargelegten Sinne anzusehen wären, weil schon aus dem Inhalt der Eingabe ohne weiteres die völlige Paltlosigkeit der gegen den Antragsteller erhobenen Anschulldigung zu erkennen war.

Nach alledem ergeben die Ausführungen im Antrag auf gerichtliche Entsch. und die darin hervorgehobenen Tatsachen keinen genügenden Anlaß zur Erhebung der öffentlichen Klage.

(DVG. Dresden, Beschl. v. 17. Nov. 1933; 2 Ost Reg 621/33.)

Eingef. von *Al. Hans Kohnmann*, Dresden.

Obergericht Danzig.

1. Durch das Inkrafttreten der Zivilprozeßnovelle am 1. Jan. 1934 sind auch die bereits eingelegten Beschwerden gegen das Armenrecht ablehnende Beschlüsse der Berufungsgerichte unzulässig geworden.

Der *Al.* ist durch Urt. des *AG.* Danzig v. 25. Sept. und 9. Okt. 1933 mit seiner Klage abgewiesen. Mittels Eingabe vom 27. Okt. 1933 hat er um das Armenrecht zum Zwecke der Einlegung der Ber. gebeten, das Gesuch ist aber durch Beschl. des *VG.* vom 13. Nov. 1933 zurückgewiesen. Hiergegen hat er am 12. Dez. 1933 Beschw. eingelegt. Das *VG.* als *BG.* hat der Beschw. nicht abgeholfen. Die Beschw. kam bei dem *ObGer.* erst am 4. Jan. 1934 zur Beratung. Inzwischen war am 1. Jan. 1934 für Danzig die *VD.* zur Änderung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 1. Dez. 1933 in Kraft getreten. Danach lautet § 127 *RD.* — wie in Deutschland bereits seit der *APräsVD.* v. 1. Dez. 1930 — dahin, daß gegen den Beschl., durch den das Armenrecht verweigert wird, die Beschw. dann nicht stattfindet, wenn das *BG.* den Beschl. erlassen hat.

Es fragt sich, was mit Beschw. dieser Art geschieht, die zur Zeit des Inkrafttretens bereits eingelegt, aber noch nicht erledigt waren. Die Übergangsbest. des Art. VI *VD.* sagt grundsätzlich, daß die Vorschr. dieser *VD.* auf die im Zeitpunkte des Inkrafttretens anhängigen Sachen Anwendung finden nur mit bestimmten Maßgaben, deren keine hier zutrifft. Ein Anspruch auf Durchführung des Beschwerdeberechtigtes nach den alten Best. besteht jedenfalls nicht. Der Zweck, den die neue Best. verfolgt, bestätigt, daß eine Entsch. über Beschw. dieser Art nach dem 1. Jan. 1934 nicht mehr stattfinden soll. Denn „die Beschränkung des Beschwerdeberechtigtes rechtfertigt sich aus dem Gedanken, daß der Rechtszug über die ihrem Charakter nach provisorische Armenrechtsentsch. grundsätzlich nicht über das Gericht hinausführen soll, bei dem die endgültige Entsch. des Rechtsstreits liegt“ (Stein-Jonas, *Ann.* II zu § 127). Es soll also das Armenrechtsverfahren mit der Entsch. des *BG.* als *BG.* sein Ende haben. Daraus ist zu folgern, daß dieses Ende durch die *VD.* grundsätzlich für alle Armenrechtsverfahren dieser Art herbeigeführt wird, auch für die bereits anhängigen, selbst wenn diese bereits über den Erl. des Beschl. des *VG.* hinaus bis zur Einlegung der Beschw. gediehen sind.

Die Beschw. ist also durch Inkrafttreten der *VD.* v. 1. Dez. 1933 unzulässig geworden.

(*ObGer.* Danzig, 1. *ZivSen.*, Beschl. v. 4. Jan. 1934, 2 W 463/33.)

Ber. von *ObGerR.* Dr. Reiß, Danzig.

Berlin.

Landgerichte.

1. §§ 750, 794, 795, 800 *RPD.* Als Schultitel genügt eine Urkunde nach § 800 *RPD.*, auch wenn die Hypothek in einer früheren Urkunde bestellt war.

Das *VollstrGer.* hat nur zu prüfen, ob die Klausel formell in Ordnung ist und ob der Titel zu demjenigen gehört, aus welchem eine Zwangsvollstreckung stattfindet. Es handelt sich hier um einen Vollstreckungstitel i. S. der §§ 794 *Ziff.* 5, 800 *RPD.* In der fraglichen Urkunde hat sich der Eigentümer nicht nur zur Zahlung bestimmter Zinsen verpflichtet, sondern er hat auch die Berechtigung der Gläubigerin anerkannt, das Kapital unter bestimmten Voraussetzungen nach Kündigung oder ohne Kündigung zurückzufordern. Wegen „aller“ dieser Ansprüche — also nicht nur wegen der Zinsforderung — hat er sich und den jeweiligen Eigentümer der sof. Zwangsvollstreckung unterworfen. Die Unterwerfung bezieht sich also auch auf das Kapital. Es handelte sich nicht um eine Ergänzung der alten Unterwerfungsklausel (wie in dem Falle *RWZ.* 42, 262), sondern um eine erstmalige Unterwerfung des Eigentümers. Diese Unterwerfung erfolgte anlässlich der von der Gläubigerin ausgesprochenen Kündigung und betraf die Vereinbarung des Stehenlassens der Hypothek. Die alte Hypothekbestellung stellte mangels Unterwerfung überhaupt keinen Titel dar. Auch die beiden Urkunden waren nicht zusammen ein Titel, sondern Titel war nur die — die Unterwerfung enthaltende — zweite Urkunde. Dieser Titel aber ist dem Schuldner zugestellt, und nur seiner Zustellung bedurfte es nach §§ 750, 795 *RPD.*

(*LG.* Berlin, 1. *Zk.*, Beschl. v. 19. Okt. 1933, 201 T 14057/33.)

Ber. von *GerR.* Dr. Seibert, Berlin.

Landsberg a. Warthe.

2. § 18 *RD.* über Maßnahmen auf dem Gebiete der Zwangsvollstreckung v. 26. Mai 1933.

Der Gläubiger kann trotz Aufhebung der Zwangsvollstreckung auf Grund der *VollstrSchVD.* v. 26. Mai 1933 in einzelne Gegenstände Leistung des Offenbarungseides von dem Schuldner verlangen, um festzustellen, ob der Schuldner noch anderes Vermögen besitzt, in das er vollstrecken kann.

Der Schuldner hat gegen seine Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides Widerspruch erhoben, weil die von der *Gl.* versuchte *ZwVollstr.* gem. § 18 *RD.* über Maßnahmen auf dem Gebiete der *ZwVollstr.* v. 26. Mai 1933 aufgehoben worden sei und daraus folge, daß von dem Schuldner die Leistung des Offenbarungseides nicht verlangt werden könne.

Durch den angef. Beschl. hat das *AG.* den Widerspruch zurückgewiesen. Die vom Schuldner hiergegen eingelegte sofortige Beschw. ist nicht begründet. Das *AG.* hat m. *R.* ausgeführt, daß dadurch, daß die *ZwVollstr.* in einzelne Gegenstände, denen das Gesuch einen besonderen Schutz angedeihen lassen will, aufgehoben worden sei, noch nicht folge, daß nunmehr jede *ZwVollstr.* Maßnahme gegen den Schuldner unzulässig sei. Das Offenbarungseidverfahren soll vielmehr dazu dienen, dem *Gl.* darüber Aufschluß zu geben, ob der Schuldner noch anderes Vermögen besitzt, in das er vollstrecken kann. Das *AG.* hat deshalb m. *R.* den Widerspruch des Schuldners zurückgewiesen.

(*LG.* Landsberg a. Warthe, Beschl. v. 24. Okt. 1933, 3 T 492/33.)

Eingef. von *Al.* Dr. Raumann, Hamburg.

Schneidemühl.

3. In der landwirtschaftlichen Entschuldung findet ein Verfahren vor dem *AG.* neben einem solchen vor *Ost-*hilfsbehörden nicht statt, wenn bei diesen sachliche Bearbeitung erfolgt ist.

Der Antragsteller hat unter dem 24. Okt. 1930 bei dem Landrat in *S.*, wie dessen amtliche Auskunft v. 11. Nov. 1933 ergibt, den Antrag auf Gewährung eines Darlehens aus der *Ost-*hilfe gestellt. Das hierauf durch den Kommissar für die *Ost-*hilfe bei der Landstelle in Schneidemühl eingeleitete Verfahren ist, wie dessen amtliche Auskunft v. 1. Nov. 1933 ergibt, erst durch die Ablehnung des Entschuldungsantrages unter dem 25. Aug. 1933 zum Abschluß gekommen. Im *Ost-*hilfegebiet wird die landwirtschaftliche Entschuldung nach § 97 des Ges. zur Regelung der landwirtschaftlichen Schuldverhältnisse v. 1. Juni 1933 (*RWV.* I, 331) in den beim Inkrafttreten dieses Gesetzes, also am 15. Juni 1933, anhängigen Entschuldungsverfahren nach den bisher für dieses Gebiet geltenden besonderen Vor-

schriften durchgeführt. Da ein Verfahren am 15. Juni 1933 bei der DStHilfe anhängig war, war also die Einleitung eines neuen Verfahrens bei dem AG. in S., wie sie durch den Beschl. v. 18. Sept. 1933 erfolgt ist, unzulässig. Das AG. hat also mit Recht das eingeleitete Verfahren durch Beschl. v. 20. Okt. 1933 wieder aufgehoben. Wenn der Beschw. meint, daß dem Inhaber solcher landwirtschaftlichen Betriebe, deren Umschuldungsantrag im DStHilfeverfahren abgelehnt ist, jeder weitere Schutz versagt würde, so trifft das zu. Der Wille des Gesetzes geht dahin, daß, wenn eine Entschuldung im DStHilfeverfahren nach dem 15. Juni 1933 abgelehnt ist, tatsächlich dem Betriebsinhaber die Möglichkeit der Einleitung eines weiteren Verfahrens genommen ist. Es sollen nicht mehrere Verfahren bei den DStHilfeseinbehörden und dem AG. nebeneinanderlaufen. Der Wille des Gesetzes ist vielmehr der, daß die DStHilfe bei ihm schwebenden Verfahren durchgeführt, daß aber in Zukunft sie wegfällt, und daß, nur Verfahren, die neu eingeleitet werden, ohne daß ein solches am 15. Juni 1933 bei der DStHilfe anhängig gewesen ist, von den AG. erledigt werden.

(AG. Schneidemühl, 3. Jk., Beschl. v. 16. Nov. 1933, 3 T 875/33.)
Ver. von AGDir. Lehmann, Schneidemühl.

B. Arbeitsgerichte.

Reichsarbeitsgericht.

Berichtet von Rechtsanwalt Dr. W. Doppermann, Dresden.

I. § 78 Nr. 2 BetrMG.; §§ 242, 615 BGB. Vereinbartes Aussetzen der Arbeit (Werkbeurlaubung). Lohnzahlungspflicht bei Arbeitsbehinderung.

Die Kl. waren bei der bekl. Firma, die Tabak verarbeitet, beschäftigt. Kurz vor Weihnachten 1932 wurde ein Teil der Arbeiter ganz entlassen; ein weiterer Teil des Betriebs, die Arbeit vor und hinter der Fermentationsmaschine, wurde wegen Mangels an Boräten, der durch Stockung der Tabakzufuhr regelmäßig um diese Zeit einzutreten pflegt, vorübergehend stillgelegt; der restliche Teil der Arbeiter blieb beschäftigt.

Die Kl. gehören zu dem Teil der Belegschaft, der vorübergehend keine Arbeit fand. Die Aussetzung der Arbeit wurde für sie von der Betriebsleitung am 23. Dez. durch Anschlag mit alsbaldiger Wirkung nach Beendigung der Schicht bekanntgegeben.

Die Klage auf Zahlung des Lohnausfalls hatte in allen Instanzen Erfolg.

I. Eine tarifvertragliche Regelung für den vorliegenden Fall der Arbeitsaussetzung fehlt.

II. Nach Ansicht des BG. liegt auch eine Betriebsvereinbarung nicht vor. Dieses Ergebnis kann schon deshalb nicht beanstandet werden, weil das BG. in Würdigung des Sachverhalts festgestellt hat, daß Verhandlungen der Betriebsleitung nur mit dem Betriebsratsvorsitzenden B. stattgefunden haben, daß es sich dabei nur um einen unverbindlichen Gedankenaustausch gehandelt hat und eine feste und endgültige Vereinbarung nicht erzielt worden ist.

Außerdem hatte B. nach den Feststellungen des BG. weder vorher eine Ermächtigung seitens der Belegschaft erhalten noch sind nachträglich etwaige Vereinbarungen genehmigt worden.

Die Rev. will eine Mitwirkung der Arbeiter bei dem durch B. angeblich herbeigeführten Vertragsabschluß darin erblicken, daß die Arbeiter der Arbeitsstelle ohne Widerspruch ferngeblieben seien, und so auf den Abschluß einer Betriebsvertretung schließen. Auch damit tritt sie in Widerspruch zu den Feststellungen des BG. Danach hat B. eine Werkbeurlaubung abgelehnt und die Entlassung auch der nur vorübergehend beschäftigungslosen Arbeiter gefordert, und zwar in Rücksicht auf die Wünsche der Arbeiter. Aus dem Fernbleiben der Arbeiter hat das BG. daher nicht die stillschweigende Erklärung des Einverständnisses der Arbeiter mit einer Werkbeurlaubung entnehmen zu können geglaubt.

Auch als Vorsitzender des Betriebsrats hatte B. keine Befugnis zum Abschluß einer Betriebsvereinbarung. Denn dafür war nicht der Vorsitzende, sondern höchstens der ganze Gruppen- oder Betriebsrat zuständig (§ 78 BetrMG.). Das BG. will darüber hinaus aufseiner auch dem Betriebsrat die Ermächtigung zum Abschluß einer Betriebsvereinbarung nicht zugestehen. Ob dem beizutreten wäre, bedarf hier keiner Erörterung, da der Betriebs- oder Gruppenrat nicht tätig geworden ist.

III. Auch eine Einzelvereinbarung mit den von der Aussetzung betroffenen Arbeitern verneint das BG. aus denselben Gründen, aus denen es das Zustandekommen einer Betriebsvereinbarung ablehnt. Ausreichenden Anhalt zu einem Schluß dahin, daß von vornherein bei jeder Einstellung eines Arbeiters die Werkbeurlaubung vereinbart worden sei, brauchte das BG. der Übung mehrerer Jahre nicht zu entnehmen. Denn es fehlen ausreichende Unterlagen dafür, daß die Arbeiter bei der Einstellung gewußt haben und ihr Schweigen

dann ein Einverständnis dazu bedeutete hätte, daß regelmäßig um die Weihnachtszeit nichtbezahlte Arbeitspausen eintreten.

IV. Die Bildung eines Gewohnheitsrechts, die die Rev. hervorhebt, also die Bildung einer allgemeinen Rechtsnorm, ist aus der Übung mehrerer Jahre in einem einzigen Betrieb, dem der Bekl., nicht möglich.

V. Kurzzeitige, durch Rohstoffmangel u. dgl. verursachte Arbeitsunterbrechungen fallen mangels entgegenstehender vertraglicher Vereinbarung nach Treu und Glauben in das Gefahrengelb, das der Arbeitgeber auf sich zu nehmen hat. Diese Art der Unmöglichkeit der Leistung hat er zu vertreten. Hieraus ergibt sich also kein Grund zur Verjagung des geltend gemachten Anspruchs. Dem BG. ist aber auch nicht darin entgegenzutreten, daß es aus dem Tatbestand ein hinreichend erklärtes Angebot zur Leistung der Dienste seitens der Kl. entnimmt und daher vom Gläubigererzug ausgeht (§ 615 BGB.).

(ArbG., Ur. v. 23. Sept. 1933, RAG 186/33. — Frankenthal.)

Landesarbeitsgerichte.

Nürnberg-Fürth.

I. Das Gef. über Treuhänder der Arbeit v. 17. Mai 1933 steht der Lehre von der Nachwirkung der Tarifverträge nicht entgegen.†)

Der Kl. ist am 7. April 1931 bei dem Bekl. als Stein-druckerlehrling eingetreten. Die Lehrzeit endet am 6. April 1935. Nach § 3 des Lehrvertrages hat der Lehrherr dem Lehrling ein wöchentliches Besütigungsgeld nach Tarif zu zahlen. Dieses betrug nach dem TarVertr. für das Deutsche Lithographie-, Offset- und Steindruckergewerbe ursprünglich 6 RM im ersten, 10 RM im zweiten, 15 RM im dritten, 20 RM im vierten Lehrjahre. Diese Sätze wurden in den Lehrvertrag übernommen. In der Folgezeit vereinbarten die Tarifparteien wiederholt Kürzung dieser Wochenbeträge. Zuletzt betrug laut Vereinbarung der Tarifparteien im Juni 1932 das Wochenlohn: 4 RM im ersten, 8 RM im zweiten, 12 RM im dritten, 16 RM im vierten Lehrjahre (§ 5 Ziff. 16 TarVertr.).

Als der Kl. am 7. April 1933 in das dritte Lehrjahr einrückte, wurde sein Wochenlohn nicht erhöht, sondern er bezog weiterhin 8 RM. Für die Woche v. 23.—29. Juli 1933 erhöhte der Bekl. das Wochenlohn auf 10 RM.

Der TarVertr. wurde von Arbeitgeberseite zum 2. Dez. 1932 gekündigt. Von da ab herrschte tarifloser Zustand bis 13. Juli 1933. Am 14. Juli 1933 bestimmte der Treuhänder der Arbeit für das Wirtschaftsgebiet Südwest in Karlsruhe, daß v. 13. Juli 1933 ab der frühere TarVertr. v. 20. Juni 1932 gelten solle, jedoch mit der Abänderung, daß der § 5 Ziff. 16 wegfalle.

Der Kl. beansprucht für die Zeit v. 9. April 1933 an ein Wochenlohn von je 12 RM. Er beruft sich auf den TarVertr. und auf dessen Nachwirkung für die Zeit des tariflosen Zustandes und für die Folgezeit.

Der Bekl. hat u. a. geltend gemacht: Die Nachwirkungslehre beruhe auf unnatürlichen volksfremden Gedankengängen, die gerade heute der Überprüfung bedürften. Wo ein Kollektivwille nicht mehr bestünde, dürfe ein solcher nicht auf dem Umweg über den Einzelvertrag hergestellt werden. Die Nachwirkungslehre gerate in Widerspruch mit dem Treuhändergesetz. Der TarVertr. sei jetzt ein Staatshochheitsakt, der jeder richterlichen Nachprüfung entzogen sei. Das Festhalten an der Nachwirkung widerspräche dem Geist der neuen Zeit und dem Rechtsempfinden. Angesichts der langen Dauer des Vertrages führe die Nachwirkungslehre zu Härten.

Die vom Bekl. getroffene Regelung entspreche dem billigen Ermessen. Gerade daraus, daß der Treuhänder die Lehrlingsvergütung im Gegensatz zur Vergütung für das erste Gehlfenjahr nicht festgelegt habe, folge, daß er die bisherigen Sätze als nicht mehr angemessen erachtete.

Das ArbG. ist den Grundfäden gefolgt, die das ArbG. über die Nachwirkung tariflicher Normen aufgestellt hat. Hiernach geht der normative Inhalt des TarVertr. in den Einzelarbeitsvertrag über und wird dessen Bestandteil. Wegen der einmal eingetretenen Formung des Einzelvertrages durch die Tarifnormen gelten die letzteren auch nach Fortfall der Tarifbindung weiter. Von dieser sog. Nachwirkungslehre abzugehen, besteht kein Anlaß. Auf die einschlägige, wenn auch unstrittige bisherige Rpr. des ArbG. darf verwiesen werden (z. B. RArbG. 2, 271¹); BenschSamml. 11, 412²); 10, 218³); 12, 183). Das Gef. über Treuhänder der Arbeit (RWB. 1933, 285) hat an dem Verhältnis der Gesamt-

¹) Zs. 1929, 1317¹³. ²) Zs. 1932, 1272⁵ = RArbG. 8, 106. ³) Zs. 1932, 2052.

Zu 1. Die Lehre von der Nachwirkung des Tarifvertrages ist für das bisherige Arbeitsrecht lebhaft bestritten. Es handelt sich darum, ob die in einem TarVertr. festgesetzten Ein-

vereinbarung zum Einzelarbeitsvertrag nichts geändert. Nach wie vor besteht das Wesen der normativen Best. eines TarVertr. in der Wirkung auf den Einzelarbeitsvertrag. Es kann auch nicht zugegeben werden, daß die Lehre von der Nachwirkung ein gekünsteltes, dem Rechtsempfinden widersprechendes Gebilde sei. Sie entspricht vielmehr dem keineswegs volksfremden Rechtsgedanken, daß der Wille der Gesamtvereinbarung als Vertragswille der Parteien zu gelten hat und daß das einmal Vereinbarte bis zur Aufhebung durch die Vertragsgegner wirksam bleibt.

Da mit dem Fortfall der tariflichen Bindung einer neuen Gestaltung des Arbeitsvertrages — durch ausdrückliche oder stillschweigende Abreden — nichts im Wege steht (vgl. BenschSamml. 10, 218; 15, 641) kann auch nicht gesagt werden, daß die Nachwirkung unbillig sei. Wenn in diesem Zusammenhang auf langfristige Verträge hingewiesen wird, so ist einzuräumen, daß hier eine Fortdauer der Nachwirkung bis zum Vertragsende im Einzelfalle Härten mit sich bringen kann. In der Regel aber wird der tariflose Zustand ein vorübergehender sein. Es wird daher durch das Zustandekommen einer neuen tariflichen Regelung die Nachwirkung, wie unten zu erörtern sein wird, zeitlich beschränkt sein. Damit entfallen die Bedenken des Berufungsführers gegen die Nachwirkungslehre bei langfristigen Verträgen. Das ArbG. hat schon mit Recht angenommen, daß die tarifliche Norm über die Höhe des Wochengelbes und über seine Steigerung über den 2. Dez. 1932 (Fortfall der tariflichen Bindung) hinaus als Inhalt des Einzelarbeitsvertrages fortwirkte. Eine Abänderung dieses Vertrages ist nicht behauptet.

Andererseits aber kann dem ArbG. insoweit nicht gefolgt werden, als es die Nachwirkung noch für die Zeit bejaht, zu welcher bereits die neue tarifliche Regelung in Kraft getreten ist. Mit dem Inkrafttreten eines neuen TarVertr. hört die Nachwirkung des bisherigen auf, selbst wenn er günstiger war (sog. beschränkte Nachwirkung; vgl. MArbG.: BenschSamml. 17, 214, 237 und 434; 10, 218). Dies folgt aus der Erwägung, daß die Parteien des Einzelarbeitsvertrages das Arbeitsverhältnis nicht nur dem zur Zeit, sondern dem jeweils geltenden TarVertr. unterwerfen. Abreden, die nur kraft Nachwirkung galten, entfallen mit dem Zeitpunkt, in welchem die Nachwirkung aufhört. Sie waren bisher Inhalt des Einzelvertrages, sie sind es aber nicht mehr, wenn dieser Inhalt durch einen neuen TarVertr. bestimmt wurde. Durch den neuen TarVertr. ist der Wegfall der Ziff. 16 des § 5 TarVertr. bestimmt. Die bisherige Festsetzung des Wochengelbes und der Steigerungssätze ist nicht mehr Tarifnorm, ist also nicht mehr geeignet, Inhalt des Einzelvertrages zu werden. Nach dem Willen des neuen TarVertr. soll eine tarifliche Bindung der Parteien des Arbeitsvertrages in der erwähnten Frage ausgeschlossen sein. Dieser Ausschluß der Bindung an frühere Tarifsätze wirkt ebenso auf den Einzelvertrag ein, wie etwa die Festlegung niedriger Löhne gegenüber früheren tariflich festgesetzten höheren Sätzen. Es kann für die hier zu entscheidende Frage grundsätzlich kein Unterschied sein, ob ein neuer TarVertr. ungünstigere Sätze festlegt — für diesen Fall ist die beschränkte Nachwirkung bereits vom MArbG.: BenschSamml. 17, 214 ausgesprochen — oder ob ein neuer TarVertr. frühere tarifliche Bindungen überhaupt beseitigt. Die Entsch. des Treuhänders v. 14. Juli 1933 beseitigt die früheren tariflichen Bindungen. Unter der Herrschaft des neuen TarVertr.

zelvertragsbedingungen in ihrer Wirksamkeit zeitlich begrenzt sind durch die Geltungsdauer des TarVertr., so daß mit dessen Ablauf die Einzelarbeitsverträge tariffrei werden — oder ob die tariflich festgesetzten Vertragsbedingungen in die Einzelarbeitsverträge „eingehen“ (so RG.: JW. 1928, 277) und demnach deren Inhalt so lange bestimmen, als sie nicht durch neue Einzelvereinbarungen oder durch einen neuen TarVertr. beseitigt sind. RG. und MArbG. haben von jeher die Nachwirkung bejaht (vgl. bes. JW. 1927, 265 mit zustimmender Bespr. von Erwin Jacobi; 1928, 277; 1933, 253, 1790 und 1791), und dieser Standpunkt hat noch in der Gesetzgebung der jüngsten Vergangenheit eine bemerkenswerte Stütze erhalten: die RotW. des Präsl. v. 8. Dez. 1931 (RGBl. I, 699) besagte in § 4 Abs. 3 Teil 6 Kap. I ausdrücklich, daß die vom Schlichter an Stelle der beteiligten TarVertrParteien festgesetzten Lohnfestsetzungen in die TarVertr. „eingehen“. Verneint wird die Nachwirkung namentlich von Kreller: JW. 1933, 1790 u. 1791; Heinrich Lehmann: TarVertr. und Nachwirkung, 1927 (angezeigt von mir: JW. 1928, 276); Ripperden bei Hueck-Ripperden, Lehrb. Bd. 2 § 20 IV 2; Mikisch in seinem Grundriß „Arbeitsrecht“ (1930) S. 116.

Der vorl. Fall hat nun die Frage angeregt, ob durch das Treuhändergesetz (Ges. über Treuhänder der Arbeit v. 19. Mai 1933 (RGBl. I, 285)) der von der Rpr. festgehaltenen Nachwirkungslehre der Boden entzogen wird. Das MArbG. Nürnberg-Fürth hat in der oben mitgeteilten Entsch. diese Frage mit Recht verneint. Das TreuhänderG., das ausgesprochenemassen eine Übergangsregelung „bis zur Neuordnung der Sozialverfassung“ darstellt, hat den kollektiven Arbeitsvertrag grundsätzlich nicht beseitigt und

kann der Einzelarbeitsvertrag seinen Inhalt nicht mehr von den gerade beseitigten früheren Normen ableiten. Damit ist nicht gesagt, daß die durch den TarVertr. verdrängten Abreden wiederanzufleben (vgl. BenschSamml. Anm. zu Bd. 18 [MArbG.] S. 103). Ob nun seit dem Inkrafttreten des neuen TarVertr. ein Arbeitsvertrag ohne Abrede über die Höhe des Entgelts vorliegt (§ 612 BGB.) und demgemäß die „angemessene“ Vergütung Platz greift, oder ob die seit 13. Juli 1933 gewährte Vergütung als die vereinbarte anzusehen wäre, kann für den gegenwärtigen Streitfall dahingestellt bleiben. Denn auch im ersteren Fall ist kein Anhaltspunkt dafür gegeben, daß die seit 13. Juli 1933 gewährten Bezüge von 8 RM und 10 RM unangemessen wären. Von dem erwähnten Zeitpunkt ab verjagt schon der Gesichtspunkt der Nachwirkung und ist die Klageforderung unbegründet.

(MArbG. Nürnberg-Fürth, Ur. v. 20. Okt. 1933, LAG BerReg. 70/33.)

C. Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte.

I. Reich.

Reichsfinanzhof.

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

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

A. Gutachten.

Großer Senat.

< 1. §§ 97, 103—117, 166ff., 222 ABgD. Wer fahrlässig oder ohne Verschulden eine Steuererklärung unvollständig oder unrichtig abgegeben hat, ist verpflichtet, sie unverzüglich und ohne besondere Aufforderung zu ergänzen oder zu berichtigen, es sei denn, daß — nachdem bereits eine Veranlagung stattgefunden hat — auch bei Aufdeckung des Fehlers eine Berichtigungsveranlagung nach § 222 ABgD. nicht zulässig wäre, oder daß der Fehler wegen seiner Geringfügigkeit offenbar völlig bedeutungslos ist. Diese Verpflichtung geht über a) auf den Gesamtrechtsnachfolger, b) auf den, der ein Unternehmen, auf dessen Betrieb sich die Steuerpflicht gründet, im ganzen erwirbt, c) auf den Testamentsvollstrecker. Sie geht nicht über auf den Konkursverwalter oder auf die Vertrauensperson im Sinne der VerglD. vom 5. Juli 1927 (RGBl. I, 139).

Der RM. hat den RFG. gem. § 63 ABgD. um ein Gutachten über folgende Fragen ersucht:

„Ein StPfl. hat die Verpflichtung, eine Vermögenserklärung abzugeben, aus Saumseligkeit (also nicht aus Vorsatz) nicht erfüllt. Ein anderer StPfl. hat in seiner Vermögenserklärung aus Fahrlässigkeit Teile seines Vermögens nicht angegeben. Ein dritter StPfl. hat, ohne daß ihn ein Verschulden (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) trifft, Be-

die TarVertr. noch nicht außer Kraft gesetzt. Um aber dem Staate schon in der Übergangszeit den der veränderten Staatsauffassung entsprechenden Einfluß auf die Gestaltung der Arbeitsbedingungen zu sichern, hat das Gesetz in § 2 bestimmt, daß die vom Reichsfinanzrat ernannten Treuhänder der Arbeit „an Stelle der Vereinigungen von Arbeitnehmern, einzelner Arbeitgeber oder der Vereinigung von Arbeitgebern“ rechtsverbindlich für die Beteiligten die Arbeitsbedingungen festsetzen. Damit tritt an die Stelle der Vereinbarungen der bisherigen TarVertrParteien Wirtschaftsverbände und Einzelarbeitsgeber, TarVertr. § 1) als Rechtsquelle der „privatrechtsgefallende Staatsakt“, ähnlich dem aus dem bisherigen Arbeitsrecht bekannten Schiedspruch der Schlichtungsstellen. Allerdings geht in einer Beziehung die Machtbefugnis des Treuhänders über die der bisherigen Schlichtungsstellen erheblich hinaus (genaueres hierüber bei Molitor: Deutsches Arbeitsrecht 2 [1934], 1f. und bes. bei Luz Richter: Treuhänder der Arbeit, Heerschild-Schriftenreihe S. 3 [1933], S. 23f.); der Treuhänder kann auch in Abweichung von geltenden TarVertr. (oder verbindlichen Schiedsprüchen) die Arbeitsbedingungen neu regeln, hat also das Recht zum „Einbruch“ in bestehende TarVertr., das den Schlichtungsstellen durch die bekannte Entsch. des MArbG. im Ruhrstreik (MArbG. 3, 179 = JW. 1929, 1303) abgesprochen worden war. Dies steht aber, wie Molitor a. a. O. zutreffend hervorhebt, der Nachwirkung der Treuhändernormen nicht entgegen. Ob sich durch das am 1. Mai 1934 in Kraft tretende Ges. zur Ordnung der nationalen Arbeit hiervon etwas ändern wird, ist für den vorl. Fall nicht zu entscheiden.

RM. Dr. W. Doppermann, Dresden.

wertungen so vorgenommen, daß sich in der Einkommensteuer- oder Körperschaftsteuererklärung ein zu geringes steuerpflichtiges Einkommen ergeben hat.

Der StPfl. Nr. 1 hat, nachdem die Frist für die Abgabe der Vermögenserklärung abgelaufen war, seine Säumnis bemerkt. Die StPfl. Nr. 2 und Nr. 3 haben, nachdem sie ihre Steuerklärungen dem FinA. eingereicht hatten, die Unvollständigkeiten und Unrichtigkeiten entdeckt, auf denen ihre Steuerklärungen beruhen.

Es kann m. E. keinem Zweifel unterliegen, daß der StPfl. Nr. 1 nunmehr (nachdem er seine Säumnis bemerkt hat) unverzüglich das Versäumte nachholen, also die Vermögenserklärung dem FinA. abgeben muß. Diese Verpflichtung trifft den StPfl., ohne daß es einer besonderen Aufforderung seitens des FinA. (einer besonderen Erinnerung oder Ermahnung) bedarf.

Gilt Entsprechendes auch für die StPfl. Nr. 2 und Nr. 3? Anders ausgedrückt: Sind nach den Vorschriften des Steuerrechts, insbes. nach dem Grundsatz von Treu und Glauben, die StPfl. Nr. 2 und Nr. 3 verpflichtet, ohne besondere Aufforderung dem FinA. nachträglich Anzeige zu machen von den in den Steuerklärungen enthaltenen Unrichtigkeiten und Unvollständigkeiten, die von den StPfl. Nr. 2 und Nr. 3 nach der Abgabe der Steuerklärungen entdeckt worden sind? Ist der StPfl. zu solchen Berichtigungen in entsprechender Weise und in gleichem Umfang verpflichtet, wie im geschäftlichen Verkehr ein Geschäftsmann nach Treu und Glauben verpflichtet ist, rechtlich bedeutsame Erklärungen, die er aus Versehen unrichtig abgegeben hat, von sich aus (also nicht erst auf Befragen) zu berichtigen? Oder hat die den StPfl. obliegende Verpflichtung, in der Vermögenserklärung und in der Steuererklärung richtige und vollständige Angaben zu machen, dadurch ihr Ende gefunden, daß die StPfl. dem FinA. unrichtige und unvollständige Angaben gemacht haben?

Besteht in Fällen der vorbezeichneten Art eine Berichtigungspflicht, die ohne besondere (vom FinA. ausgehende) Aufforderung zu erfüllen ist, dann, wenn

- a) eine Gesamtrechtsnachfolge (Erbfall, Verschmelzung von Gesellschaften) eingetreten ist, oder wenn
- b) das Unternehmen, auf dessen Betrieb sich die Steuerpflicht gründet, im ganzen veräußert worden ist, oder wenn
- c) das Vermögen, über das eine unrichtige Vermögenserklärung oder Steuererklärung abgegeben worden ist, nach Abgabe der Vermögenserklärung oder Steuererklärung der Verwaltung eines Testamentsvollstreckers oder Konkursverwalters unterstellt worden ist, oder wenn
- d) nach Abgabe der Vermögenserklärung oder der Steuererklärung eine Vertrauensperson (Vertrauensperson i. S. der VergD.) bestellt worden ist?

I. 1. Der RM. geht davon aus, daß ein StPfl., der die Verpflichtung zur Abgabe einer Vermögenserklärung aus Säumnigkeit nicht erfüllt hat, unverzüglich ohne besondere Aufforderung das Versäumte nachzuholen habe, sobald er seine Säumnis bemerkt hat. Der Minister fragt, ob das Entsprechende auch für die folgenden beiden anderen Fälle gelte: Ein zweiter StPfl. hat in der Vermögenserklärung aus Fahrlässigkeit Vermögenssteile nicht angegeben und diese Unvollständigkeit nach Einreichung der Vermögenserklärung entdeckt. Ein dritter StPfl. hat unverschuldet Bewertungen so vorgenommen, daß sich in der Einkommensteuer- oder Körperschaftsteuererklärung ein zu geringes steuerpflichtiges Einkommen ergeben hat, und die Unrichtigkeit ebenfalls nach Einreichung der Steuerklärung entdeckt.

Die Prüfung dieser Fragen führt zu folgenden Überlegungen.

Aus den §§ 166—174 ABgD. ergeben sich für den StPfl. insbes. in der Durchführung der Besteuerung eine Reihe von Verpflichtungen, von denen eine die ist, die geforderte Steuererklärung abzugeben, eine andere die, dabei eine bestimmte Frist einzuhalten. Daß die Steuererklärung vollständig und richtig sein muß, ist selbstverständlich und ergibt sich außerdem aus § 166 Abs. 1 Satz 2 ABgD. Die Abgabe der Steuerklärung, und zwar der vollständigen und richtigen Steuerklärung, hat innerhalb der bestimmten Frist zu erfolgen. Innerhalb dieser Frist hätte also der erste StPfl. seine Vermögenserklärung abgeben müssen, innerhalb dieser Frist hätte der zweite StPfl. alle Bestandteile seines Vermögens, auch den jahrlässigerweise verschwiegenen Teil, angeben müssen, innerhalb dieser Frist war auch der dritte StPfl. verpflichtet, eine richtige Bewertung aller Vermögenssteile vorzunehmen und der eingereichten Steuerklärung zugrunde zu legen. Ist einer der drei StPfl. der Verpflichtung, die Frist zu wahren, fahrlässig oder unverschuldet nicht nachgekommen, so wäre in keiner Weise einzusehen, warum die Nichterfüllung dieser Verpflichtung ihn von der Erfüllung der anderen Verpflichtungen (ganz oder teilweise) befreien sollte. Die Verpflichtung zur Abgabe einer Vermögenserklärung bleibt für den ersten StPfl., die Verpflichtung zur vollständigen Abgabe für den zweiten, die Verpflichtung zur richtigen Abgabe der Steuerklärung für den dritten StPfl. uneingeschränkt bestehen.

Von dieser Verpflichtung entbindet den StPfl. auch nicht die Gefahr, daß ihn infolge der nachträglichen Erklärung oder Ergänzung

der Erklärung ein Säumniszuschlag (§ 168 Abs. 2 ABgD.) treffen könne; eine Strafverfolgung (§ 402 Abs. 1 ABgD.) kann dem StPfl. in den gegebenen Fällen aus der Erklärung nicht erwachsen, weil gerade die Ergänzung oder Richtigtstellung — bevor eine Anzeige erfolgt oder eine Untersuchung eingeleitet ist — einen Strafausschließungsgrund bildet (§ 410 Abs. 1 ABgD.).

Auch der Umstand, daß etwa der nachträglich erkannte Fehler dem StPfl. als bedeutungslos erscheint, wird ihn in der Regel nicht von der Verpflichtung zur Ergänzung oder Berichtigung befreien können; denn aus mancherlei Gründen kann der Fehler, der augenblicklich ohne steuerliche Bedeutung ist oder zu sein scheint, späterhin Bedeutung gewinnen. Auf die Berichtigung von Fehlern, die wegen ihrer Geringfügigkeit ganz offenbar völlig bedeutungslos sind, erstreckt sich die Berichtigungspflicht naturgemäß nicht. Wenn bereits eine Veranlagung stattgefunden hat, brauchten auch solche Fehler nicht mehr berichtigt zu werden, deren Aufdeckung deshalb bedeutungslos wäre, weil sie nicht zu einer Berichtigungsveranlagung (§ 222 ABgD.) führen könnte; das sind einerseits Fehler, deren steuerliche Auswirkung im Zeitpunkt des Erkennens bereits der Verjährung anheimgefallen ist (§ 222 Abs. 1 ABgD.), andererseits Fehler, die sich als solche erst auf Grund einer nach Entstehung des Steueranspruchs erlassenen Entsch. des RM. darstellen, in der eine Rechtsfrage im Gegensatz zu einer früheren, einen gleichen Sachverhalt betreffenden höchstgerichtlichen Entsch. entschieden ist (§ 222 Abs. 2 ABgD.).

Dagegen wird der Umstand allein, daß auf die unvollständige oder unrichtige Erklärung hin bereits ein Steuerbescheid ergangen ist, auch wenn dieser Steuerbescheid rechtskräftig geworden ist, den StPfl. nicht davon entbinden, seiner Offenbarungspflicht nachzukommen. Gerade der Steuerbescheid wird dem StPfl. ja in sehr vielen Fällen erst seine Unterlassung zum Bewußtsein bringen. Außerdem ist zu bedenken: Wenn jemand gar keine Steuererklärung abgibt und deshalb auch keine Steuerfestsetzung erfolgt, dauert die Verpflichtung bis zur Verjährung des Steueranspruchs weiter; folglich kann auch eine Steuererklärung, die zur Folge hat, daß nur ein Bruchteil der geschuldeten Steuer festgesetzt wird, nicht bewirken, daß die Verpflichtung zur Abgabe einer richtigen Steuererklärung erlischt.

Daß die Erklärung oder Ergänzung der Erklärung unverzüglich erfolgen muß, wenn die Frist bereits abgelaufen ist, ergibt sich aus der Natur der Sache; im Falle der Fahrlässigkeit liegt es aber auch im besonderen Interesse des StPfl., denn er sichert sich dadurch vor einer Strafverfolgung (§ 410 Abs. 1 ABgD.).

Gleichgültig bleibt es in allen erörterten Fällen, ob der StPfl. zur Abgabe einer Steuererklärung verpflichtet war, oder ob er eine solche freiwillig abgegeben hat.

2. Die vorstehenden Erwägungen werden unterstützt durch § 9 ABgD. Nach dieser Vorschrift ist bei Auslegung der Steuer Gesetze ihr Zweck zu berücksichtigen. Zweck der Vorschriften in den §§ 166 bis 174 ABgD. ist es, den StPfl. zur Offenbarung aller Verhältnisse anzuhalten, die für seine Besteuerung von Bedeutung sind oder sein können. Dieser Zweck würde vereitelt werden, wenn man die Vorschriften der ABgD. so auslegen wollte, daß der StPfl. sich gegenüber dieser Offenbarungspflicht hinter der Tatsache des Ablaufs der ihm für die Erklärungsabgabe gesetzten Frist verschließen könne, oder daß sich seine Offenbarungspflicht in der Abgabe einer unvollständigen oder unrichtigen Erklärung erschöpfe. Legt man die Vorschriften der ABgD. so aus, wie es ihr Zweck erfordert, so gelangt man dazu, die Fragen des RM. wie folgt zu beantworten:

Wer fahrlässig oder ohne Verschulden eine Steuerklärung unvollständig oder unrichtig abgegeben hat, ist verpflichtet, sie unverzüglich und ohne besondere Aufforderung zu ergänzen oder zu berichtigen, es sei denn, daß — nachdem bereits eine Veranlagung stattgefunden hat — auch bei Aufdeckung des Fehlers eine Berichtigungsveranlagung nach § 222 ABgD. nicht zulässig wäre, oder daß der Fehler wegen seiner Geringfügigkeit offenbar völlig bedeutungslos ist.

3. Hiernach führt schon eine richtige Auslegung und Anwendung der Vorschriften der ABgD. in den drei typischen, vom RM. herausgestellten Fällen, zu der eben gegebenen Beantwortung der gestellten Fragen. Es bedarf deshalb keines Eingehens mehr auf die Frage, ob der (zweite und dritte) StPfl. zu seinen Berichtigungen in entsprechender Weise und im gleichen Umfang verpflichtet sei, wie im geschäftlichen Verkehr ein Geschäftsmann nach Treu und Glauben verpflichtet ist, rechtlich bedeutsame Erklärungen, die er aus Versehen unrichtig abgegeben hat, von sich aus zu berichtigen. Der grundsätzliche Rechtsgedanke von Treu und Glauben, der im bürgerlichen Recht z. B. in den §§ 133, 157, 162, 226, 242 BGB., § 346 HGB. zum Ausdruck kommt, beherrscht allerdings auch das Steuerrecht. Er hat in den §§ 9—11 ABgD. die für das Steuerrecht geeignete Form gefunden. Soweit bei Anwendung dieser Vorschriften eine Lücke bleibt, besteht kein Bedenken, auch im Steuerrecht dem grundsätzlichen Rechtsgedanken von Treu und Glauben Geltung zu verschaffen. Die allgemeine Anerkennung des dem § 242 BGB.

Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern“ zugrunde liegenden Rechtsgedankens kann bedenkenlos im Steuerrecht

zur Prägung des Satzes führen, der StPfl. habe sich in Erfüllung seiner Verpflichtungen gegenüber den Steuerbehörden so zu verhalten, wie Treu und Glauben es erfordern. Freilich dürfte man darüber nicht vergessen, daß der einzelne dem Staate gegenüber unter Umständen noch weitergehende Pflichten hat als dem einzelnen gegenüber. Für die hier zu besprechenden Fälle genügen aber, wie gesagt, die in der AbgD. enthaltenen Vorschriften des Steuerrechts, und es bedarf deshalb nicht eines analogen Heranziehens der Pflichten, die im geschäftlichen Verkehr nach Treu und Glauben bestehen.

II. Die bisher erörterten Fragen allgemeiner Art hat der RM. gestellt, weil er sie für grundlegend hält für die Entscheidung einiger weiterer Fragen (a—d), bei denen es sich darum handelt, ob die erweiterte Berichtigungspflicht (Nacherklärungspflicht) des StPfl. in bestimmten Fällen auf Rechtsnachfolger, Vermögensverwalter usw. übergehe.

Den vom RM. gestellten Fragen entsprechend befaßt sich auch im ferneren das Gutachten nur mit Fällen, in denen die Steuererklärung fahrlässig oder ohne Verschulden unvollständig oder unrichtig abgegeben ist, nicht aber mit den Fällen, in denen das vorläufig gezeichnete ist. Aus dem gleichen Grunde befaßt sich das Gutachten nur mit den Fällen, in denen die Steuererklärung unvollständig oder unrichtig abgegeben ist, nicht aber mit den Fällen, in denen keine Steuererklärung abgegeben worden ist.

III. Die Frage a geht dahin, ob in Fällen der in den allgemeinen Fragen behandelten Art eine ohne besondere Aufforderung zu erfüllende Berichtigungspflicht bestehe, wenn eine Gesamtrechtsnachfolge (Erbfall, Verschmelzung von Gesellschaften) eingetreten ist.

1. Für die Beantwortung dieser Frage ist von besonderer Wichtigkeit die Wortfassung des § 117 AbgD., d. i. des § 97 AbgD. a. F. § 97 lautete in der der NatVers. von der Reichsregierung vorgelegten Fassung (Nr. 759 der Druckf. der Verfassungsgebenden Deutschen NatVers. S. 22):

„Wenn nach dem Tode oder Wegfall eines StPfl. seine Rechtsnachfolger, Testamentvollstrecker, Erbschaftsbesitzer, Pfleger, Liquidatoren, Verwalter u. dgl. erkennen, ...“

Im 11. Aussch. der NatVers. erhoben sich gegen diese Fassung Bedenken, da sie eine Pflicht zur Denunziation der eigenen Angehörigen enthalte (Druckf. Nr. 1460 S. 19). Der Ausschuß brachte gleichwohl nur eine redaktionelle Änderung an. Für „seine“ Rechtsnachfolger wurde gesetzt „die“ Rechtsnachfolger; die Worte „und dergleichen“ wurden gestrichen (dieselbe Druckf. S. 74). Die NatVers. nahm im Plenum in zweiter Lesung den § 97 ohne Debatte in der Ausschußfassung an (117. Sitz. der NatVers., SitzBer. S. 3706 B, sowie Druckf. Nr. 1538). Zwischen der zweiten und dritten Lesung tauchte ein Antrag Arnstadt und Genossen auf (Druckf. Nr. 1602), welcher lautete:

„Die NatVers. wolle beschließen:

1. den § 97 zu streichen.

Falls dieser Antrag abgelehnt wird

a) den Eingang des Abs. 1 wie folgt zu fassen:

Wenn nach dem Tode oder Wegfall eines StPfl. die Testamentvollstrecker, Pfleger, Liquidatoren, Verwalter und Erbschaftsbesitzer, welche nicht zugleich Rechtsnachfolger des StPfl. sind, erkennen ...

b) den Abs. 2 zu streichen.

2. usw.“

In der dritten Lesung wurde über den § 97 debattiert. Der Abstimmung über den Paragraphen ging ein kurzes Wortgeplänkel zwischen dem Präsidenten und einem Abgeordneten über die Art der Abstimmung voraus; sodann vollzog sie sich nach dem Sitzungsbericht (120. Sitz. der NatVers., Sitzungsbericht S. 3819 C/D) wie folgt:

„Präsident: ... Also wir stimmen positiv ab über den § 97. Ich bitte diejenigen, die den § 97 in der Fassung der zweiten Lesung annehmen wollen, sich zu erheben. (Geschieht.) Das ist Mehrheit.“

Die hiernach angenommene Fassung der zweiten Lesung war aber gleich der Ausschußfassung und enthielt die Worte

„... die Rechtsnachfolger, Testamentvollstrecker, ...“

Trotzdem erscheint in der Zusammenstellung der Beschlüsse der dritten Lesung (Druckf. Nr. 1628 S. 18) § 97 Abs. 1 in der Fassung des — abgelehnten — Eventualantrags Arnstadt und Genossen (ohne das Wort „Rechtsnachfolger“); Abs. 2, der nach demselben Eventualantrag hätte gestrichen werden sollen, ist in dieser Zusammenstellung stehen geblieben. In der Fassung dieser Zusammenstellung (Druckf. Nr. 1628) ist § 97 sodann verkündet worden (RMBl. 1919, 1993, 2015).

Das Gesetz ist also in § 97 Abs. 1 a. F. anders verkündet, als es beschlossen worden ist, und es entsteht die Frage, ob der Abstimmungsvergänger im Sitzungsbericht unrichtig beurkundet worden ist, oder ob das Gesetz unrichtig verkündet worden ist. Eine unrichtige Beurkundung im Sitzungsbericht über die dritte Lesung würde im Bereich der Möglichkeit liegen, wenn es sich um einen Hörfehler handeln könnte, wenn also etwa eine Verwechslung der Worte „Mehrheit“ und „Minderheit“ die Lösung bringen würde. Das ist aber nicht der Fall. Wenn die verkündete Gesetzesfassung die richtige wäre, müßte in der dritten Lesung vom Antrag Arnstadt und Genossen der

Primärantrag auf Streichung des ganzen Paragraphen abgelehnt, vom Eventualantrag der Teil a angenommen und der Teil b abgelehnt worden sein. Das kann, so wie der Sitzungsbericht lautet, nicht geschehen sein. Es bleibt also nur die Möglichkeit, daß bei der Zusammenstellung der Ergebnisse dritter Lesung ein Fehler unterlaufen und auf Grund dieser Zusammenstellung das Gesetz in diesem Punkte unrichtig verkündet worden ist.

Soweit nunmehr die beschlossene und die verkündete Gesetzesfassung sich unterscheiden, kann jedenfalls die beschlossene (aber nicht verkündete) Fassung nicht rechtsverbindlich sein, eben weil es an der in Art. 70 BVerf. vorgeschriebenen Verkündung fehlt. Ob die Verwaltungsbehörden oder ob die Gerichte die Anwendung der verkündeten (aber nicht beschlossenen) Fassung ablehnen müssen oder dürfen, kann dahingestellt bleiben. Für das gegenwärtige Gutachten ist von folgendem auszugehen: § 97 AbgD. a. F. (= § 117 n. F.) schreibt weiter vor, daß die Rechtsnachfolger die a. a. D. für die Testamentvollstrecker usw. aufgestellten Pflichten haben, noch kann aber aus dem Fehlen des Wortes „Rechtsnachfolger“ geschlossen werden, daß die Rechtsnachfolger diese Pflichten nicht haben; letzteres könnte als Gesetzesabsicht unterstellt werden, wenn die NatVers. dieses Wort aus dem Regierungsentwurf gestrichen hätte.

2. Aus § 117 AbgD. kann also eine Nacherklärungspflicht des Gesamtrechtsnachfolgers nicht abgeleitet werden. Es bleibt zu untersuchen, ob eine solche Pflicht aus § 97 AbgD. (n. F.) folgt, wonach die Vorschriften für die StPfl. sinngemäß für die gelten, die nach den Steueretzen neben den StPfl. oder an deren Stelle persönlich für die Steuer haften.

Es liegt im Wesen der Gesamtrechtsnachfolge, daß der Gesamtrechtsnachfolger für alle Verbindlichkeiten des Rechtsvorgängers haftet, also auch für die Steuer Schulden. Einer besonderen geschichtlichen Vorschrift, um eine solche Haftung zu begründen, bedarf es nicht. Deshalb ist es auch nicht Sinn und Zweck der Vorschrift des § 115 Abs. 3 Satz 1 AbgD.,

„Eben haften für die aus dem Nachlaß zu entrichtenden Steuern wie für Nachlassverbindlichkeiten nach bürgerlichem Rechte“

die Haftung des Erben für die Steuer Schulden des Rechtsvorgängers zu begründen, sondern sie einzuschränken; der Erbe soll für die Steuern nicht völlig unbefränkt, sondern nur soweit haften, wie er nach bürgerlichem Rechte für Nachlassverbindlichkeiten zu haften hat. Es kann deshalb nicht daraus, daß die Haftung des Erben für die Nachlasssteuer Schulden besonders ausgesprochen ist, geschlossen werden, daß in anderen Fällen der Gesamtrechtsnachfolge, z. B. bei Verschmelzung von Gesellschaften, eine Haftung für die Steuer Schulden des Rechtsvorgängers nicht bestehe. Hatte aber sonach jeder Gesamtrechtsnachfolger grundsätzlich für die Verbindlichkeiten, also auch für die Steuer Schulden des Rechtsvorgängers, so gelten nach § 97 Abs. 2 AbgD. auch für jeden Gesamtrechtsnachfolger sinngemäß die für den Rechtsvorgänger geltenden steuerlichen Vorschriften. Das Wort „persönlich“ a. a. D. bedeutet nicht, daß nur für haftende natürliche Personen die Vorschriften für die StPfl. sinngemäß gelten sollen; vgl. RMBl. 19, 223 sowie RMBl.: StB. 1925 Nr. 569, wo § 97 Abs. 2 auf die ReichsGes. angewandt worden ist.

Die Frage a ist hiernach zu bejahen.

IV. Für den Fall, daß ein Unternehmen, auf dessen Betrieb sich die Steuerpflicht gründet, im ganzen veräußert worden ist, ergibt sich die Nacherklärungspflicht ohne weiteres aus § 117 Abs. 2 AbgD. Bei der Gleichheit des gesetzlichen Tatbestandes wird der Kreis der „Erwerber“ hier ebenso weit zu ziehen sein wie bei Anwendung des § 116 Abs. 1.

Auch die Frage b ist hiernach zu bejahen.

V. Ist das Vermögen, über das eine unrichtige Vermögenserklärung oder Steuererklärung abgegeben worden ist, nach Abgabe der Vermögenserklärung oder Steuererklärung der Verwaltung eines Testamentvollstreckers unterstellt worden, so ergibt sich dessen Nacherklärungspflicht ohne weiteres aus § 117 Abs. 1 AbgD.

Die Frage c ist demnach für den Testamentvollstrecker zu bejahen.

VI. Über die Frage, ob dem Konkursverwalter eine Nacherklärungspflicht obliege, hat ein Schriftwechsel zwischen dem Vorstand der Sächsl. Anst. und dem Präf. des Zivl. Leipzig stattgefunden. Dieser steht auf dem Standpunkt, der Konkursverwalter habe nach §§ 104, 103 AbgD. alle Pflichten zu erfüllen, die dem Gemeinschuldner obliegen oder obgelegen haben; dazu gehöre auch die Berichtigung unrichtiger und unvollständiger Erklärungen und die Nachholung der unterlassenen Erklärungsabgabe. Der Vorstand der Sächsl. Anst. ist der Ansicht, der AbgD. sei eine Nacherklärungspflicht des Steuer Schuldners selbst unbekannt, eine solche sei nur den in § 117 AbgD. genannten dritten Personen in der Form der Anzeigepflicht auferlegt; daß der Konkursverwalter den Gemeinschuldner bei Ausübung der tätigen Handlung (§ 410 AbgD.) nicht vertreten könne, sondern vielmehr die Ausübung dem Gemeinschuldner selber überlassen müsse, ergebe sich zwingend daraus, daß § 410 AbgD. dem StPfl. Straflosigkeit nur gewähre, wenn er selber (Abs. 1 a. a. D.) oder ein nach § 117 hierzu Verpflichteter (Abs. 2 a. a. D.) die Anzeige erstatte, nicht

aber, wenn der Konkursverwalter das tue; der Konkursverwalter könne übrigens auch die in § 410 Abs. 1 Satz 2 für die Straffreiheit aufgestellte Bedingung, die geschuldeten Summe zu entrichten, nicht erfüllen, weil das gegen seine sich aus der K.D. ergebenden Pflichten verstoße.

Der Auffassung des Vorstandes der Sächsischen Anwaltschaft ist im Ergebnis beizutreten, aber aus anderen als den von ihm vorgebrachten Gründen.

Der Konkursverwalter gehört allerdings zu den Personen, die nach § 104 KAbgD. „die gleiche Pflicht“ haben, wie nach § 103 KAbgD. die dort genannten gesetzlichen Vertreter. Diese haben „alle Pflichten zu erfüllen, die den Personen, die sie vertreten, obliegen“, und zu diesen Pflichten gehört nach den Ausführungen unter I auch die Nachklärungspflicht in dem dort dargelegten Umfang. Der Konkursverwalter hat diese Pflicht, ausdrücklicher Vorschrift in § 104 zufolge, aber nur, soweit seine Verwaltung reicht.

Wie weit die Verwaltung des Konkursverwalters reicht, bestimmt sich nach Konkursrecht. Hiernach ist es aber nicht die Aufgabe des Konkursverwalters, auf eine möglichst vollständige Geltendmachung der gegen den Gemeinschuldner gerichteten Ansprüche hinzuwirken. Es ist vielmehr Sache der Gläubiger des Gemeinschuldners, ihre Ansprüche gegen diesen als Konkursforderungen anzumelden und, wenn und soweit der Konkursverwalter oder ein Konkursgläubiger widerspricht, für die Beseitigung des Widerspruchs Sorge zu tragen (§§ 138 ff. K.D.). Der Konkursverwalter braucht also die Steuerbehörde (§§ 138 ff. K.D.). Der Konkursverwalter braucht also die Steuerbehörde (§§ 138 ff. K.D.). Der Konkursverwalter braucht also die Steuerbehörde (§§ 138 ff. K.D.). Der Konkursverwalter braucht also die Steuerbehörde (§§ 138 ff. K.D.).

Die Frage ist hiernach für den Konkursverwalter zu verneinen.

VII. Die Rechtsstellung der Vertrauensperson i. S. der BergD. v. 5. Juli 1927 (RGW. I, 139) unterscheidet sich wesentlich von der des Konkursverwalters. Dieser übt das Verwaltungs- und Verfügungsrecht über das zur Konkursmasse gehörende Vermögen aus, während dem Gemeinschuldner ein Recht zur Verwaltung und Verfügung nicht mehr zusteht (§ 6 K.D.). Die Vertrauensperson wird vom Gericht zur Prüfung der Verhältnisse des Schuldners und zur Überwachung seiner Geschäftsführung bestellt (§ 40 BergD.); der Schuldner verliert nach der BergD. nicht die Verfügung, sein Vermögen zu verwalten und darüber zu verfügen. Die Vertrauensperson ist hiernach weder Vermögensverwalter (§ 104 KAbgD.) noch gar gesetzlicher Vertreter des Schuldners (§ 103 KAbgD.), sie ist auch nicht Bevollmächtigter oder Verfügungsberechtigter (§ 108 KAbgD.). Sie fällt sonach unter keine Bestimmung der KAbgD., die für sie eine Nachklärungspflicht begründen könnte.

Auch die Frage zu d ist deshalb zu verneinen.
(RGH., Gr. Sen., Gutachten v. 4. Dez. 1933, GrS D 7/33 S.)

B. Entscheidungen.

2. § 53 Abs. 4 DurchsBest. z. UmfStG. Die Rechtsanwälte dürfen einen Pauschalabzug von 5 v. H. der gesamten vereinnahmten Entgelte auch dann machen, wenn feststeht, daß die durchlaufenden Posten (§ 53 Abs. 4 Satz 1 der DurchsBest. z. UmfStG.) tatsächlich weniger als 5 v. H. betragen.

(RGH., 5. Sen., Urt. v. 15. Dez. 1933, VA 677/33 S.)

*

3. § 14 Abs. 1 Nr. 1 GrErwStG.

a) Zusammenfassende Darlegungen über die Frage, ob Anhalt besteht, daß der Erwerber sich das Realrecht zur Ersparrung von Abgaben bei dem beabsichtigten Erwerb des Grundstücks habe bestellen oder abtreten lassen.

b) Inbes. ist die Einräumung eines Vorranges der Bestellung oder Abtretung des Realrechts nicht gleichzustellen. †)

Die Steuerbegünstigung aus § 14 ist zu verjagen, wenn Anhalt besteht, daß der Erwerber sich das Realrecht habe bestellen oder abtreten lassen, um Abgaben bei dem beabsichtigten Erwerb des Grundstücks zu ersparen.

Zu 3. Mit dem zunehmenden Notleidenden des Grundstücksverkehrs ist § 14 von einschneidender Bedeutung für die Praxis. Die ausführlichen und verständnisvollen Ausführungen des Urt. bilden für die Handhabung der Befreiungsvorschrift eine wertvolle Anleitung. Ihnen ist im allgemeinen lediglich beizutreten. Zu vermerken ist der Hin-

Es braucht also nur ein Anhalt zu bestehen. Das heißt: Es bedarf nicht etwa eines Beweises, wie sich auch daraus ergibt, daß unmittelbar vorher gesagt ist, die Vergünstigung sei nur dann zu gewähren, wenn sich aus den Umständen ergebe, daß das Grundstück erworben sei, um das Realrecht zu retten. Hier also Beweis, dort nur Anhalt. Dabei ist der Begriff „Anhalt“ nicht etwa „gefühlsmäßigen Erwägungen“ gleichzusetzen. Vielmehr müssen auch hier gewisse Tatsachen festgestellt werden, die eine Möglichkeit dafür begründen, daß die steuerwidrige Absicht bestanden hat.

Es könnte sonderbar erscheinen, daß ein bloßer Anhalt in diesem Sinne genügen soll, um eine sonst gerechtfertigte Vergünstigung zu verjagen. Das erklärt sich aber aus dem Wesen der Vorschrift. Der Gesetzgeber wollte ursprünglich alles in das Ermessen der Verwaltungsbehörde (des Finanzl.) stellen, dem Beteiligten also keinen Anspruch auf die Vergünstigung zu verjagen. Er gab der Verwaltungsbehörde nur Richtlinien dafür, wann die Gewährung der Vergünstigung zulässig, aber nicht geboten sei. Von diesem Gesichtspunkt aus konnte der Gesetzgeber auch bestimmen, daß gewisse Tatsachen genügen sollten, die Vergünstigung zu verjagen.

Zu der RatVers. wurde die Vorschrift aus einer Ermessensvorschrift in eine Mustervorschrift verwandelt, ohne daß sie sonst geändert wurde (vgl. Urt. II A 261/31 v. 15. Juli 1931, RGH. 29, 196). Es bestand immer noch die Auffassung, daß die Vergünstigung nur in beschränktem Maße zu gewähren sei und keineswegs in allen Fällen, in denen jemand durch Erwerb des Grundstücks Schaden von sich abwendet. Im übrigen schuf man den § 31 (früher § 35) Abs. 1, wonach bei der Entsch. über Erlass der Steuer aus Billigkeitsgründen insbes. die Fälle berücksichtigt werden sollen, in denen das Grundstück von einem Realgläubiger zur Rettung seines Realrechts erworben wird und die Vergünstigung des § 14 aus irgendeinem Grunde versagt werden mußte (vgl. Urt. II A 102/32 v. 12. April 1932, RGH. 32, 39).

Zur Verjagung der Vergünstigung bedarf es zunächst eines Anhalts dafür, daß der Realgläubiger bei dem Erwerb des Realrechts beabsichtigte, das Grundstück später einmal in der ZwVerst. zu erwerben. Eine solche Absicht wird selten klar zutage liegen. Sie ist regelmäßig zu verneinen, wenn etwa das Realrecht unmittelbar kraft Gesetzes erworben ist (z. B. §§ 412, 401, 774 BGB.). Sie wird in der Regel nur aus gewissen Nebenumständen, namentlich auch rückwärts aus späteren Vorgängen, gefolgert werden können. Es genügt nicht, daß der Realgläubiger mit der Möglichkeit rechnet, daß er einmal das Grundstück werde erwerben müssen. Mit dieser Möglichkeit muß jeder rechnen, der ein Recht an dem Grundstück erlangt. Es kommt darauf an, daß er das Grundstück von vornherein erwerben will, selbst wenn dazu nicht auch eine Nötigung besteht. Ein Anhalt i. S. des § 14 wird also in der Regel nur dann gegeben sein, wenn die ZwVerst. nicht zu lange auf sich warten läßt, d. h. wenn der Realgläubiger alsbald nach Ablauf eines Jahres die ZwVerst. veranlaßt, sei es daß er einen anderen zur Stellung des Versteigerungsantrages bewegt, sei es daß er selbst den Antrag stellt. Es kann auch genügen, daß er von vornherein die Absicht eines anderen, die ZwVerst. zu beantragen, kennt und daß er deshalb Realgläubiger wird.

Daß die Absicht späteren Erwerbes besteht, wird in der Regel dann zu verneinen sein, wenn jemand eine schon einige Zeit bestehende Forderung gegen den Eigentümer durch Bestellung eines Realrechts sichern will. So auch Urt. II A 89/32 v. 22. Febr. 1933 = Kartell § 14 Abs. 1 Nr. 1 R. 9. In diesem Falle steht der Sicherungszweck im Vordergrund. Läßt er sich ein schon bestehendes Realrecht gegen Hingabe eines Gegenwertes abtreten, so ist die Sachlage anders. Sie ist dann so, wie wenn er dem Eigentümer Kredit gewährt und diesen Kredit sofort durch Bestellung eines Realrechts gesichert hätte. In derartigen Fällen schließt die Kreditgewährung nicht aus, daß die Absicht, das Grundstück zu erwerben, den Erwerb des Realrechts veranlaßt oder wesentlich beeinflusst hat.

Ist das Realrecht an unbedingte festerer Stelle eingetragen, so kann kaum ein Anhalt für die Absicht späteren Erwerbes vorhanden sein. Andererseits wird dann regelmäßig das weitere Erfordernis des § 14 Abs. 1 Nr. 1 zu verneinen sein, daß der Erwerb in der ZwVerst. erfolgt ist, um das Realrecht zu retten. Wenn das Realrecht bis an den Grundstückswert herangeht, dann ist die Gefahr, daß der Realgläubiger von einem anderen überboten wird, nur gering. In solchen Fällen könnte nach Lage der Sache ein Anhalt i. S. des § 14 Abs. 1 Nr. 1 gegeben sein. Liegt das Realrecht teilweise über dem Wert, so kommt es darauf an, wieviel der Realgläubiger zur Erlangung des Rechtes aufgewendet hat. Ist der Aufwand noch durch den innerhalb des Wertes liegenden Betrag gedeckt, so gilt das soeben Gesagte. Andernfalls ist es schwer verständlich, weshalb der Realgläubiger bewußt mehr gegeben hat, als er vermutlich bei der ZwVerst. wieder erhalten kann. Aber es ist denkbar, daß er glaubt, das Grundstück besser als andere Bieter verwerten zu können, und daß er

weis auf § 31, „wonach bei der Entsch. über Erlass der Steuer aus Billigkeitsgründen insbes. die Fälle berücksichtigt werden sollen, in denen das Grundstück von einem Realgläubiger zur Rettung eines Realrechts erworben wird und die Vergünstigung des § 14 aus irgendeinem Grunde versagt werden mußte“. Diese Auffassung kann — wenn

deshalb, gerade weil er weiß, daß ihn ein anderer nicht überbieten kann, mehr aufwendet. Diegt das ganze Realrecht über dem Wert, so ist, wenn man diesen Gesichtspunkt nicht ebenfalls verwerten kann, schwer vorstellbar, wie eine Erwerbabsicht i. S. des § 14 bestehen kann. Es müssen dann andere Zwecke verfolgt sein, z. B. zugunsten des Eigentümers das Grundstück höherwertig erscheinen zu lassen oder das Realrecht betrügerischerweise an einen anderen zu veräußern.

Keinesfalls kann die Vergünstigung nur deshalb verjagt werden, weil nicht das ganze Realrecht durch den Grundstückswert gedeckt wird. Würden dem Meistbieter zwei Realrechte in gleicher Gesamthöhe zustehen, von denen das eine durch den Grundwert gedeckt ist, während das andere unmittelbar dahinter aus dem Grundwert herausfällt, so wäre es klar, daß dem erstgenannten die Vergünstigung nicht ohne weiteres verjagt werden kann. Es besteht kein wesentlicher wirtschaftlicher Unterschied von dem Falle, daß beide Realrechte zu einem einzigen vereinigt sind.

Soweit es auf den Wert des Grundstücks ankommt, ist nicht das maßgebend, was das FinA. durch Anhörung von Sachverständigen oder aus eigener Sachkunde als Wert ansieht. Denn da es auf eine Absicht des Realgläubigers ankommt, ist dessen persönliche Auffassung über den Wert von Bedeutung, soweit sie verständigen Erwägungen entspricht. Selbstverständlich kann dabei auch der von anderer Stelle geschätzte Wert in Betracht kommen, da verständige Erwägungen des Realgläubigers verneint werden können, wenn etwa die anderweitige Wertschätzung solche als ausgeschlossen erscheinen läßt. Es ist stets zu bedenken, daß jede Schätzung unsicher ist und einen mehr oder weniger weiten Spielraum nach oben oder nach unten übrig läßt (Urt. II A 107/32 v. 20. April 1932, Kartei § 14 Abs. 1 Nr. 1 Rechtspr. 1). Auf den Einheitswert kommt es auch nach der n. F. des GrEwStG. nicht unbedingt an. Denn für die Frage, ob es vorteilhaft ist, ein Grundstück zu erwerben, kommt es auf den Wert an, wie ihn der Verkehr zugrunde legt, das ist aber der gemeine Wert (= Verkehrswert). So auch Urt. II A 108/33 v. 6. Okt. 1933. Dem steht auch das Urt. II A 352/32 v. 11. Jan. 1933 (Kartei § 14 Abs. 1 Nr. 1 Rechtspr. 8) nicht unbedingt im Wege. Denn dort ist nur gesagt, daß vom Einheitswert ausgegangen werden könne. Die Zugrundelegung des Einheitswertes kann vom Gesetzgeber nicht unter allen Umständen gewollt sein, schon weil der maßgebende Zeitpunkt mit dem Einheitsbewertungstichtag meist nicht zusammenfällt, sondern sehr weit, bis zu sechs Jahren, von ihm entfernt sein kann. Eine Berechnung nach den Vorschriften der RechtsV. v. 10. April 1933 ist aber nicht möglich.

Die Sachlage ist nicht dieselbe wie in den Fällen der Urt. II A 509/31 v. 4. Nov. 1931 und II A 553/31 v. 22. Dez. 1931 (Kartei § 6 Abs. III Rechtspr. 2, 3). In diesen Fällen war die Absicht, zunächst die wirtschaftliche Macht über das Grundstück zu erlangen und dann mit Hilfe einer ZwVerst. das Grundstück zu einem andern erwerben zu lassen. Dadurch soll die Steuer für den Zwischenerwerb gespart werden, während der Erwerb in der ZwVerst. von der Steuer nicht freizubleiben braucht.

Die vorstehenden Erwägungen lassen nur rückblickend darauf schließen, ob Anhaltspunkte für die Bejahung oder Verneinung der steuerwidrigen Absicht des Realgläubigers gegeben sind. Die Sache kann auch so liegen, daß jemand, der ein Grundstück in der ZwVerst. billig erwerben will, sich eine geeignete Hypothek abtreten oder bestellen läßt, um a u f a l l e Fälle in der von ihm als wahrscheinlich angesehenen ZwVerst. bis zum äußersten zu bieten a u f die Gefahr hin, daß Steuerpflicht aus § 14 schließlich doch eintritt. Eine solche Absicht läßt sich schwer aus der späteren tatsächlichen Gestaltung der Dinge herleiten. Es ist aber möglich, auch auf andere Weise zur Bejahung eines Anhalts für die steuerwidrige Absicht des Realgläubigers zu kommen.

Weiter ist zu bedenken, daß wenigstens ein Jahr bis zur Beschlagnahme des Grundstücks verstreichen muß. Einen längeren Zeitraum hat das Gesetz nicht festgesetzt, weil es davon ausgeht, daß nur die innerhalb dieses Zeitraumes liegenden Erwerbungen von Realrechten regelmäßig die Absicht der Steuerersparung vermuten lassen.

die Praxis sie sich im Gegensatz zur bisherigen Handhabung zu eigen macht — viel von den recht unbegreiflichen Unbilligkeiten beseitigen, die aus der Einengung des eigentlichen Anwendungsgebietes folgen (vgl. meine Bespr. nebenstehend zu Nr. 4). Nicht recht glücklich ist der Hinweis, daß, wenn aus den Umständen hervorgehe, „daß der Realgläubiger für die Vorrangseinräumung mit dem Erwerb des Grundstücks gerechnet hat, regelmäßig auch angenommen werden könne, daß bei Erwerb des Grundstücks die Rettungsabsicht im Hintergrund gestanden hat“. Tatsächlich steht bei jeder Befreiung aus Gefahr die Rettungsabsicht im Vordergrund, auch dann, wenn der Gefährdete sich selbst planmäßig in diese Lage versetzt hat. Aus dem nicht veröffentlichten Teil der Entsch. ist von Bedeutung der nachdrückliche Hinweis, daß es niemals auf eine Eventualabsicht des Realgläubigers ankomme, das Grundstück vielleicht einmal in der ZwVerst. zur Ersparung von Abgaben billig zu erwerben. Denn eine solche Absicht habe jeder Realgläubiger für den Fall, daß die Umstände sich anders gestalten, als er zunächst annimmt.

RA. Dr. Bergschmidt, Berlin.

Der Realgläubiger, der das Realrecht in steuerwidriger Absicht erlangt, ist übrigens auch meist nicht in der Lage, bestimmt zu wissen, daß eine Beschlagnahme nicht vorzeitig erwirkt werden wird.

Besteht zunächst kein Anhalt für eine steuerwidrige Absicht oder vielmehr, muß diese für den Zeitpunkt des Rechtserwerbes verneint werden, so kann die Steuerbegünstigung nicht deshalb verjagt werden, weil der Realgläubiger später Rangvorrechte bewilligt hat und dadurch in die Lage gekommen ist, mit einem steuerfreien Erwerb in der ZwVerst. rechnen zu können. Eine solche Verjagung würde dem Wortlaut des Gesetzes zuwiderlaufen, aber auch nicht dem Geist der Vorschrift entsprechen. Denn wer an guter Stelle im Grundbuch eingetragen ist und die Hoffnung hegen darf, daß er bei einer ZwVerst. keinen Schaden erleiden wird, wird nicht so leicht diese Stellung verlassen, nur um später Abgaben zu ersparen, während sein Verlust den Betrag dieser Abgaben vielleicht weit übersteigt. Die Vorrangseinräumung wird meist auf anderen Gründen beruhen, z. B. darauf, daß dem Vortretenden mit Rücksicht auf persönliche Beziehungen zum Grundeigentümer eine Gefälligkeit erwiesen werden soll.

Man kann die Vorrangseinräumung auch nicht etwa so auffassen, daß der Gläubiger das Recht im verschlechterten Range durch die Vorrangseinräumung erst erlange. Träfe das zu, so dürfte auch die einjährige Frist des § 14 erst von der Vorrangseinräumung ab gerechnet werden. Das würde aber nicht mit der bisherigen Nr. des RFG. zu vereinigen sein (vgl. z. B. Urt. II A 430/32 v. 14. Dez. 1932, Kartei § 24 Rechtspr. 37).

Sollte gleichwohl mit der Vorrangseinräumung eine steuerwidrige Absicht verbunden sein, so kann diese Absicht an der Vorschrift des ersten Halbs. der Nr. 1 scheitern, wonach die Steuerbegünstigung zu verjagen ist, wenn das Grundstück nicht erworben ist, um das Realrecht zu retten. Denn wenn aus den Umständen zu entnehmen ist, daß der Realgläubiger für die Vorrangseinräumung mit dem Erwerb des Grundstücks gerechnet hat, so wird regelmäßig auch angenommen werden können, daß bei Erwerb des Grundstücks die Rettungsabsicht im Hintergrunde gestanden hat (vgl. Beschl. II A 352/32 v. 11. Jan. 1933, Kartei § 14 Abs. 1 Nr. 1 Rechtspr. 7).

Inwieweit aus einer Vorrangseinräumung auf eine zur Zeit des Realrechtserwerbes vorhandene gewisse Absicht geschlossen werden kann, ist eine die Beweisführung betreffende Frage.

(RFG., 2. Sen., Urt. v. 17. Nov. 1933, II A 98/33 S.)

*

4. § 14 Abs. 2 GrEwStG.

Ebenso wenig wie der alleinige persönliche Schuldner einer Hypothekensicherung kann ein Gesamtschuldner, der das belastete Grundstück erstet, auf Steuerbegünstigung nach § 14 Abs. 2 Anspruch machen. Dies gilt auch dann, wenn im Innenverhältnis der Gesamtschuldner nach den zwischen ihnen getroffenen Vereinbarungen die Hypothekenschuld einem anderen Gesamtschuldner als dem Ersteren zur Last fällt.†)

Der Beschw. hat im Zwangsversteigerungsverfahren durch Zuschlagsbeschluss v. 6. Okt. 1932 ein Hausgrundstück erworben, das vorher dem Kfm. M. gehörte. Zur GrEwSt. herangezogen beansprucht er Steuerfreiheit nach § 14 Abs. 2. Auf dem versteigerten Grundstück stand nämlich für die Kreditbank eine Darlehnshypothek von 130 000 RM eingetragen, der die notarielle Schuld- und Pfandverschreibung v. 4. April 1928 zugrunde lag. In dieser Urkunde erklären der Eigentümer M. und der Beschw., der Bank ein Darlehen von 130 000 RM zu schulden, und sie verpflichten sich als Gesamtschuldner zur Verzinsung und Rückzahlung, wobei M. gleichzeitig sein Grundstück zur Hypothek stellt.

Zunächst ist festzustellen, daß der Beschw. in der Urkunde v. 4. April 1928 keine Bürgschaft für M. übernommen, sondern gemeinschaftlich mit M. ein Gesamtschuldverhältnis zugunsten der Bank begründet hat. Dabei ist es ohne Bedeutung, ob die Darlehenssumme nicht dem Beschw., sondern mit dessen Einverständnis ledig-

Zu 4. Die GrEwSt. ist eine ungewöhnlich harte Besteuerungsart. Immerhin wird es im Geschäftsverkehr verstanden, daß derjenige, welcher freiwillig ein Grundstück erwirbt, sich auf die Steuer einrichten und mit ihr abfinden muß. Schon unter der Herrschaft des Reichssteuergesetzes und der Umsatzsteuerordnungen ist es aber als höchst unbillig empfunden worden, daß auch der mit der Steuer belastet wird, der unfreiwillig und lediglich zur Rettung von Grundstücksrechten den Erwerb vornimmt. Diesem Gedanken hat das Gesetz in § 14 Rechnung getragen. Nach dem Verkehrsempfinden nur unzureichend; die Beschwerden über nichtverfügbare Härten sind hier besonders zahlreich.

Zunächst darüber, daß nur solche Ersterer Befreiung genießen, die seit mehr als einem Jahre vor der ersten Beschlagnahme Realrechte besaßen oder eine Bürgschaft übernommen hatten. Daß solche Ersterer, die mit dem Erwerb des Realrechtes lediglich auf dem Wege über die Zwangsversteigerung den freihändigen Erwerb umgehen wollen, eine Vergünstigung nicht verdienen, ist jedem begreiflich. Man wird dem Gesetzgeber auch gern beipflichten, wenn er,

lich dem anderen Gesamtschuldner zugeflossen ist. Eine Bürgschaftsübernahme läßt sich auch nicht im Wege der Auslegung aus der Urkunde v. 4. April 1928 entnehmen. Nach der eigenen Darstellung des Beschw. wollten vielmehr die Beteiligten gerade die für eine Bürgschaftsübernahme zu entrichtende Stempelsteuer ersparen. Das war aber nur möglich, wenn sie ernstlich die ursprünglich geplante Bürgschaftsübernahme durch Begründung eines Gesamtschuldverhältnisses erzielten. Der Beschw. wird selbst nicht behaupten wollen, daß er zwecks Täuschung der Steuerbehörde sich in der Urkunde vom 4. April 1928 nur zum Schein als Gesamtschuldner habe bezeichnen lassen. Wenn der Beschw. und M. sich darüber einig waren, daß im Innenverhältnisse zwischen ihnen die Darlehensschuld allein von M. zu tilgen sei, so ist das für die Frage nach dem Vorliegen eines Bürgschaftsverhältnisses nicht entscheidend. Ein Bürgschaftsverhältnis konnte nur durch einen Vertrag mit dem Gläubiger begründet werden. Ein solcher Vertrag ist aber, wie oben dargelegt, in der Urkunde v. 4. April 1928 nicht enthalten, obgleich es zu seiner Gültigkeit nach § 766 BGB. der Schriftform bedurft hätte.

Hiernach kann es sich nur fragen, ob der Beschw. als Gesamtschuldner der hypothekarisch eingetragenen Darlehnsforderung um deswillen i. S. des § 14 Abs. 2 wie ein Bürge zu behandeln ist, weil die Darlehensschuld im Innenverhältnis der beiden Gesamtschuldner lediglich dem Kfm. M. zur Last fiel. Aber auch das ist zu verneinen. Allerdings hat der RM. in seinem Art. II A 129/32 v. 26. April 1932 (RZS. 31, 74) die Vorschr. des § 14 Abs. 2 auch auf ein bürgschaftsähnliches Verhältnis für anwendbar erklärt, indem er die Steuerbegünstigung dem Grundstückseigentümer auch dann zugestimmt hat, wenn dieser gegenüber einem Hypothekengläubiger oder dem Inhaber eines anderen der in § 14 Abs. 1 bezeichneten dinglichen Rechte die Gewähr für die Sicherheit dieses Rechtes durch eine sog. Herausbietungs-garantie übernommen hatte. Eine weitergehende Ausdehnung des § 14 Abs. 2 auf wirtschaftlich ähnlich liegende Fälle entspricht jedoch nicht dem Sinne des § 14. Die sog. Herausbietungs-garantie, die dem Gläubiger gegenüber übernommen ist, ist nur deshalb der Bürgschaft gleichgestellt, weil § 14 Abs. 2 sonst für Grundschulden, Rentenschulden und Reallasten kein Anwendungsgebiet hätte. Von einem bürgschaftsähnlichen Verhältnisse kann überdies jedenfalls dann keine Rede sein, wenn jemand sich nicht „akzessorisch“ für die Hypothekenschuld eines anderen haftbar macht, sondern eine eigene selbständige Verpflichtung gegenüber dem Gläubiger übernimmt, sei es als Gesamtschuldner mit einem anderen, wie es im vorliegenden Falle geschehen ist. In solchen Fällen ist es für die Nichtanwendbarkeit des § 14 Abs. 2 auch ohne Bedeutung, ob das belastete Grundstück nur im Eigentum des einen Gesamtschuldners gestanden hat, wie es auch nicht darauf ankommt, ob und in welcher Weise die Gesamtschuldner im Innenverhältnis Ausgleich verlangen können. Dementsprechend hat der RM. auch dem Übernehmer einer Herausbietungs-garantie die Steuerbegünstigung für den Fall versagt, daß er die Hypothek einer Bank nur zur Sicherstellung für deren Forderungen gegen ihn abgetreten und insofern nicht für eine fremde Schuld, sondern nur für seine eigene Schuld an die Bank einzustehen hatte (Entsch. II A 316/32 v. 19. Jan. 1933 = Mrozek, Steuer, § 14 Nr. 14, 15).

Ist aber nach vorstehendem der Beschw. als Gesamtschuldner nicht einem Bürgen i. S. des § 14 Abs. 2 gleichzustellen, so kann er die beantragte Steuerbegünstigung auch nicht mit dem Hinweis rechtfertigen, daß beim Ausfall der Darlehns-hypothek die Hypothekengläubigerin ihn persönlich in Anspruch genommen haben würde und daß alsdann der ihm nach § 426 BGB. gegen M. zustehende Ersatzanspruch gefährdet gewesen wäre. Denn wie der RM. schon häufig ausgesprochen hat (RZS. 31, 39), ist es keineswegs der Sinn des § 14, alle Personen steuerlich zu begünstigen, die vermöge irgendwelcher Rechtsbeziehungen bei einer Zwangsversteigerung durch den

um Mißbräuche zu erschweren, die Vermutung aufstellt, daß jeder Erwerb eines Realrechts, der vor Ablauf der Jahresfrist getätigt wird, den Grundstückserwerb zum Ziele hatte. Indessen, warum diese Vermutung unwiderleglich ist — wie RZS. als Folge des Gesetzes mehrfach zutreffend hervorhob —, kann nicht eingesehen werden. Das Gesetz hätte den Gegenbeweis zulassen müssen und die Praxis hätte besonders scharfe Anforderungen stellen können. Hier hat angeführt der Eindeutigkeit des Gesetzes die Rpr. des RM. einen Ausgleich nicht herbeiführen können. Der Hinweis auf die allgemeine Bestimmung in § 131 ABGD. und § 31 kann die Unbilligkeit der einmütigen Bestimmung nicht ausgleichen, zumal die Praxis — zu Unrecht vgl. RZS. im Ur. v. 17. Nov. 1933: vorstehend Nr. 3 — dazu neigt, neben den Voraussetzungen des besonderen Falles noch den Nachweis einer besonderen Dringlichkeit des Antragstellers zu verlangen. Vielgestaltig sind die Fälle von Unbilligkeiten, die sich daraus ergeben, daß nur Hypotheken, Grund- und Rentenschulden, Reallasten sowie Bürgen solcher nach der Fassung des § 14 begünstigt sein sollen. Ich glaube, daß die höchststrichl. Rpr. hier im Wege der Analogie die Anwendbarkeit des § 14 allgemein auf den Fall wirtschaftlichen Zwanges zur Versteigerung des Grundstücks hätte ausdehnen können und sollen. Für die Volkswirtschaft ist die Gesundung des Im-

Ausfall einer Hypothek, Grundschuld usw. Schaden erleiden würden und zur Verhütung eines solchen Schadens sich veranlaßt fühlen, selbst das Grundstück anzusteigern. Soweit bei dieser Auslegung des § 14 sich im einzelnen Falle für den Erzieher des Grundstücks Härten ergeben, kann nur durch einen Billigkeitserlaß nach § 131 ABGD. i. Verb. m. § 31 Abs. 1 abgeholfen werden.

(RZS., 2. Sen., Ur. v. 3. Nov. 1933, II A 443/33.)

*

5. § 5 Abs. 3 TabStG. 1929 (Fass. v. 1. Dez. 1930); § 5 Abs. 5 Satz 2 TabStG. 1929 (Fass. v. 6. Okt. 1931); §§ 7 Abs. 1 n. 3, 9 TabStAusfBest.

§ 9 TabStAusfBest., wonach als Rauntabak die zum Tabakgenuß in der Form des Rauchens bestimmten Tabakerzeugnisse in Rollen, Stangen u. dgl. zu versteuern sind, bezieht sich nicht auf solche Erzeugnisse, für die Feinschnitt verwandt ist.

Streitig ist, ob die im Betriebe der Beschw. hergestellten 25 Stangen Tabak nach den Sägen für feingeschnittenen Rauntabak (§ 5 Abs. 1 C TabStG.) oder nach den Sägen für Rauntabak in Stangen (§ 5 Abs. 1 E TabStG.) zu versteuern sind. Ersteres nehmen die Vorinstanzen an, die Beschw. hält die Besteuerung als Rauntabak für zutreffend.

Die Stangen sind in folgender Weise hergestellt. Reiner, schwerer, dunkler amerikanischer Kentucky-Tabak (sog. Spinner) wird entrippt und auf $1\frac{1}{10}$ bis $\frac{1}{5}$ mm geschnitten. Dieser Feinschnitt wird, nachdem er abgetrocknet ist, in Stangen gepreßt und mit heißer Gallertmasse (Knochenleim) übergossen. Nach dem Erkalten wird das Erzeugnis zur besseren Haltbarmachung, nachdem es in 4 cm lange und 22 g schwere Stücke geschnitten worden ist, in Pergament eingewickelt. Das Abtrocknen des Feinschnitts geschieht zur besseren Auffangung der Gallertmasse. Die Gallertmasse soll die noch vorhandene Feuchtigkeit halten und bewirken, daß das Erzeugnis infolge des beim Rauchen sich entwickelnden unangenehmen Geruchs nach verbrannten Knochen nicht als Rauntabak Verwendung finden kann. Eignung herrscht darüber, daß es sich bei den 25 Stangen um ihrer Eignung nach lediglich zum Rauchen bestimmte Tabakerzeugnisse handelt.

Die RBeschv. ist unbegründet.

Nach § 5 Abs. 3 TabStG. 1929 i. d. Fass. der RotWD. v. 1. Dez. 1930 (RMBl. I, 517) stellt der RM. für Tabakerzeugnisse, bei denen es zweifelhaft ist, zu welcher Abteilung des Abs. 1 des § 5 sie gehören, die für ihre steuerliche Behandlung maßgebenden Grundätze fest. Ferner kann der RM. nach § 5 Abs. 5 Satz 2 TabStG. 1929 i. d. Fass. der RotWD. v. 6. Okt. 1931 (RMBl. I, 537 = RZollBl. 333) von der Vorschr. des § 5 Abs. 5 Satz 1, daß als Feinschnitt der Tabak gilt, der feiner als $1\frac{3}{4}$ mm geschnitten ist, Ausnahmen zulassen und auch bestimmen, in welcher Steuerklasse Tabakerzeugnisse des Abs. 1 Abs. C mindestens zu versteuern sind. Auf Grund dieser Ermächtigungen hat der RM. die hier zur Anwendung kommende Fassung der AusfBest. (§§ 7, 9) in der WD. v. 28. Dez. 1932 (RMBl. 774 = RZollBl. 530) erlassen. Sie sind als Rechtsverordnungen rechtlich verbindlich insbes. auch insoweit, als sie für die Begriffe „feingeschnittener Rauntabak“ und „Rauntabak“ in § 5 Abs. C und E Voraussetzungen aufstellen, und ferner auch, soweit sie die Steuerbegünstigung aus § 5 Abs. 5 Satz 2 von bestimmten Voraussetzungen abhängig machen. Geht man hiervon aus, so ist die Aufschätzungsentscheidung nicht zu beanstanden.

Nach § 7 Abs. 1 Satz 1 TabStAusfBest. i. d. Fass. v. 28. Dez. 1932 ist als feingeschnittener Rauntabak aller Tabak zu versteuern, der feiner als $1\frac{3}{4}$ mm geschnitten ist. Damit ist die AusfBest. mit dem Wortlaut des § 5 Abs. 5 Satz 1 TabStG. in Einklang gebracht worden, die auch nur von „Tabak“, nicht von „Rauntabak“ spricht.

mobiliarkredit von größter Bedeutung; eine zu enge Berücksichtigung des wirtschaftlichen Zwanges bei der Ansteigerung von Grundstücken ist geeignet, ihm zu schaden. Wenn — wie z. B. in RZS. 31, 39 ff. ausgeführt wird — im RStempG., im RZwStG. und in den kommunalen Umsatzsteuerordnungen nur der Hypotheken und Grundschuldgläubiger begünstigt wurde und die entsprechenden Bestimmungen stets eng ausgelegt worden sind, so hätte dies für § 14 den RM. nicht zu binden brauchen. Der Senat mag indessen vor einer nicht ganz leichten Entschließung gestanden haben. Wenn er dazu gelangte, sich im wesentlichen an die enge Fassung des Gesetzes zu halten, so wird man seine Urteile gleichwohl nicht schelten dürfen. Denn die Lockerung einer bestehenden Steuerpflicht ist als Gegenstand der Steuerpolitik in erster Linie doch wohl Sache des Gesetzgebers. Sein Eingreifen ist hier dringend erwünscht, wie übrigens auch in einer Reihe anderer Fälle des UrErwStw. Mit Höhe und Härte der Steuer findet sich der Verkehr allenfalls ab. Das Gefühl der Ungerechtigkeit aber führt zur Steuerunehrlichkeit und beeinträchtigt das Vertrauen zum Staat; Schäden, die durch augenblickliche fiskalische Vorteile niemals ausgeglichen werden können.

M. Dr. Bergschmidt, Berlin.

Die Änderung des Wortes „Rauchtabak“ in der früheren Fassung der Ausf. Best. in „Tabak“ ist in der Absicht erfolgt, zum Ausdruck zu bringen, daß es für die steuerliche Behandlung als „feingesechnittener Rauchtabak“ nicht darauf ankommen soll, zu welchem Tabakgenuß sich das Tabakerzeugnis eignet. Denn auch Feinschnitt zum Kaufen, ein nach seiner Eignung lediglich zum Kaufen bestimmter feingesechnittener Tabak, wird in § 7 Abs. 3 unter c der Ausf. Best. behandelt und damit vom R. F. M. auf Grund der ihm erteilten Ermächtigung (§ 5 Abs. 3 TabStG.) grundsätzlich der steuerlichen Behandlung als Feinschnitt unterstellt. Da es immerhin zweifelhaft sein konnte, in welche Abteilungen feingesechnittener Tabak, der zum Kaufen bestimmt ist, einzureihen ist, ob in Abt. C (feingesechnittener Rauchtabak) oder in Abt. D (Rauchtabak in Rollen oder Stangen), ist die Einreihung solchen Tabaks in die Abt. C rechtsverbindlich. Hat der Minister aber hierdurch erkennbar zum Ausdruck gebracht, daß feingesechnittener Tabak, auch wenn er zum Kaufen bestimmt ist, grundsätzlich der steuerlichen Behandlung als Feinschnitt unterliegt, so ergibt sich daraus, daß die Vorschr. des § 9 TabStAusf. Best., wonach als Rauchtabak die zum Tabakgenuß in der Form des Kauens bestimmten Tabakerzeugnisse in Rollen, Stangen u. dgl. zu versteuern sind, sich nicht auf solche Erzeugnisse beziehen kann, für die Feinschnitt verwandt ist. Da im vorl. Falle unstrittig die 25 Stangen aus feingesechnittenem Tabak hergestellt sind, so haben die Vorinstanzen u. R. die steuerliche Behandlung als Feinschnitt vorgenommen. Der Umstand, daß der Feinschnitt mit heißer Gallertmasse getränkt und dadurch für den Rauchgenuß unbrauchbar gemacht worden ist, beweist nur, daß es sich um „Feinschnitt zum Kaufen“ i. S. des § 7 Abs. 3 c Ausf. Best. handelt und auf die Erzeugnisse die hierfür in § 7 Abs. 3 c und Abs. 4 getroffenen Vorschriften anzuwenden sind.

(R. F. Z., 4. Sen., Ur. v. 6. Dez. 1933, IV A 293/33.)

Reichspatentamt.

1. § 24 PatG. Voraussetzungen für die Zulassung eines auf druckschriftliche Vorveröffentlichung (durch eine Werbungschrift) gestützten Einspruches im Patentanmeldungsverfahren. Maß der Anforderungen an die Zergliederung eines Einspruches. Gewährung der Akteneinsicht. †)

Auf die Beschw. der Antragstellerin wird der Beschl. der Anmeldeabteilung I v. 12. Aug. 1933 aufgehoben und dem Antrage

Zu 1. Bei Einsprüchen im patentamtlichen Prüfungsverfahren stehen sich die Belange des Anmelders und des Einsprechenden gegenüber; über beiden aber steht das Gesamtinteresse des Staates, das dahingehet, einerseits den Patentanmelder nicht zu benachteiligen, und deshalb u. a. für eine möglichst schnelle Erledigung des Gesamtprüfungsverfahrens einschl. des Einspruchs zu sorgen, andererseits aber auch wiederum nicht Unrecht zu Recht werden zu lassen und mit nur formell stichhaltiger Begr. unter dem Gesichtspunkt der früher oft mißbräuchlich angeführten Rechtsicherheit eine Sicherung des Unrechtes herbeizuführen.

Diesem letzten Gedanken hat das PatA. schon in der bekannten Entsch. des großen Sen. von 1932 (Mitt. d. Verb. 1932, 265) Rechnung getragen. In derselben Linie liegt es, wenn in der vorl. Entsch. die Erfahrungen des Lebens, also die Lebendige Wirklichkeit, mit ausdrücklichen Worten zur Beurteilung des Tatbestandes maßgebend herangezogen werden. Dieser Begriff steht dem Begriff der papiernen Technik gegenüber. Nur aus der Praxis heraus läßt sich eine wirklich objektiv den Erfordernissen dieser technischen Gesetze gerecht werdende Prüfung auf technischen Fortschritt ermöglichen. Die in der Entsch. für die Beurteilung des Tatbestandes zugrunde gelegten Gesichtspunkte erscheinen daher durchaus einwandfrei, und im Ergebnis ist, soweit man aus den Entscheidungsgründen sich ein Urteil bilden kann, der Entsch. beizupflichten.

Ein gewisses Mißverhältnis tritt jedoch in Erscheinung, wenn man die Rspr. und ihre Stetigkeit in der Frage der Anforderungen an die Einspruchsbegründung betrachtet, denn hier scheinen recht weit voneinander abweichende Entsch. der verschiedenen Sen. des PatA. vorzuliegen. (Dabei bildet der Punkt der Akteneinsicht nur eine Nebensache, denn nach ständ. Rspr. wird die Akteneinsicht dann gewährt, wenn der Einspruch an sich als formell zulässig anerkannt ist.) Die Schwierigkeit liegt in dem Maßstab der Beurteilung der Zulässigkeit eines ungenügend begründeten erscheinenden Einspruchs überhaupt.

Auf rein verwaltungstechnischem Wege hilft sich das PatA. hierbei schon durch bestimmte Vordrucke. Wird z. B. offenkundige Vorbenutzung behauptet, aber, wie es sehr häufig ist, diese gar nicht näher begründet, so ersucht das PatA. umgehend durch genaue Fragestellung an den Einsprechenden um Angabe näherer Einzelheiten, die häufig genug noch innerhalb der Einspruchsfrist eingeht. Das kann in manchen Fällen zu einer ungerechten Benachteiligung des Anmel-

auf Gewährung der Einsicht in die bis zur Bek. erwachsenen Teile der Patentanmeldungsakten ... stattgegeben.

Unter Wahrung der gesetzlichen Einspruchsfrist hat die Antragstellerin in ihrem Schriftsatz v. 11. Juli 1933 zur Begr. ihres Einspruches unter anderem ausgeführt, daß und weshalb Vorrichtungen der Art, wie sie das angemeldete Verfahren kennzeichnen, „bereits bekannt“ seien. Als Beweis hierfür hat sie gleichzeitig einen Prospekt einer ... Maschine der Maschinenfabrik ... überreicht, der nach ihrer Ansicht den Kern des Anmeldegegenstandes neuheitschädlich trifft.

Die Anmeldeabteilung hat den Einspruch für unzulässig erachtet, weil aus ihm nicht hervorgehe, ob offenkundige Vorbenutzung oder aber etwa druckschriftliche Vorveröffentlichung behauptet werden solle; auch seien weder nach der einen noch der anderen Richtung Beweise angeboten worden.

Dem vermag der erk. Sen. nicht beizupflichten. Aus dem erwähnten Einspruchsvorbringen läßt sich bei Würdigung der gesamten Sachlage mühelos die Behauptung herauslesen, daß der Anmeldegegenstand mindestens in einem wesentlichen Teile bereits vor der bekämpften Anmeldung druckschriftlich vorveröffentlicht gewesen sei. Nun ist der Anmelderin allerdings zuzugeben, daß der Tatbestand der „öffentlichen Druckschrift“ i. S. des § 2 Abs. 1 PatG. bei der Versendung von Prospekten der in Rede stehenden Art nicht schon dann erfüllt ist, wenn die Werbepschrift einem eng beschränkten Personenkreise und womöglich nur vertraulich zugänglich gemacht worden ist (vgl. Lutter 1928 S. 27 Mitte). Wenn aber, wie die Antragstellerin unter Beifügung eines Beleges in ihrer Einspruchschrift behauptet, eine größere Firma wie die ... AktG. ausführliche und teure Prospekte zwecks Werbung für eine Maschine neuer Bauart drucken läßt, so spricht nach der Erfahrung des Lebens ohne weiteres immerhin schon eine Benützung dafür, daß die Prospekte auch alsbald an einen größeren Kreis von Interessenten verschickt worden sind. Und daß die Antragstellerin ihre Behauptungen nicht etwa aus der Luft gegriffen hat, geht aus ihrem sehr ausführlich gehaltenen Schriftsatz v. 27. Nov. 1933 hervor. Hier gibt sie unter anderem an und stellt auch bereits unter Zeugniseinweis, daß die Firma ... schon lange vor der Anmeldung, nämlich i. J. 1928 und 1929, außer 1000 Stück mit französischem Texte 21000 Prospekte in deutscher Sprache hat drucken und diese letzteren unter anderem der Zeitschrift ... beilegen lassen, die — wie amtsbekannt — einen sehr großen Leserkreis besitzt. In der gleichen Zeit sollen auch die Vertreter der genannten Firma im In- und Auslande neben zahlreichen Prospekten noch ausführlichere Beschreibungen und Zeichnungen der erwähnten Maschine erhalten haben mit dem Auftrage, diese Unterlagen Interessenten zu übergeben und näher zu

ders führen, nämlich dann, wenn alle Angaben mehr oder weniger aus der Luft gegriffen sind und sich später als nicht stichhaltig herausstellen, es kann aber auch zu einer gerechten Beurteilung der Erfindung durch die Feststellung des wirklichen Standes der Technik führen; diese Maßnahme des PatA. wird daher nach der Natur der Sache immer umstritten bleiben müssen.

Bergleicht man aber mit der vorl. Entsch. beispielsweise die Entsch. v. 30. Juni 1933 (Mitt. d. Verb. 1933, 270), so muß man beide wohl als gegensätzlich bezeichnen. In der Entsch. v. Juni 1933 wurden sogar Patentschriften im Einspruch angeführt, nur nicht näher erläutert. Der Einspruch wurde als unzulässig verworfen (die Frage der Akteneinsicht lag anders wie in der hier zur Besprechung stehenden Entsch.). Die Beschw. Abt. war in der Juni-Entsch. in eine sachliche Prüfung des Einspruchs insoweit eingetreten, als aus den Entscheidungsgründen ersichtlich ist, daß sie die Patentschriften als für die Begr. der Neuheitschädlichkeit als völlig abwegig angesehen hat. Die Prüfung des Beschw. Sen. ging also in der älteren Entsch. über das formelle auf das sachliche Gebiet. In der vorl. Entsch. hält sie sich streng an das Formelle. Man steht unter dem Eindruck, bei der Juni-Entsch. habe das dem Formellen mehr abgeneigte Empfinden technischer Richter den überragenden Einfluß gehabt, bei der hier zu besprechenden Entsch., ein mehr am Formellen noch haftendes, formell juristisches Denken. Nach der Juni-Entsch. sind Mängel einer Einspruchsbegründung nachträglich nicht heilbar, wenn die Einspruchsbegründung ganz offensichtlich technisch abwegig ist, und das wird auch der richtige Standpunkt sein. Man sollte nicht aus formellen Gründen, wenigstens eine oberflächliche, sachliche Prüfung der Einspruchsbegründung ablehnen, wenn schon die oberflächliche Prüfung mit Sicherheit erkennen läßt, daß die Einspruchsbegründung ganz offensichtlich abwegig ist; denn zur Durchführung derartiger, den Staat belastender und die Anmelder verärgender Verfahren ist die Einrichtung des Einspruchsverfahrens als fortgesetztes Prüfungsverfahren nicht geschaffen.

Ob der Fall einer offensichtlich auch technisch ganz abwegigen Einspruchsbegründung auch bei obiger Entsch. vorlag, läßt sich aus den Unterlagen der Entsch. nicht sicher erkennen. Darum besteht vielleicht nur ein schwächerer Gegensatz zu der Juni-Entsch., der aber Anlaß gibt, diese Grundlagen der Beurteilung gegenüberzustellen.

Zunächst nebenlässlich erscheinende Tatsachen können wertvolle Anhaltspunkte zur Gewinnung des Gesamtergebnisses über die formelle

Schildern. Dem formellen Erfordernis der Vorführ. des § 24 Abs. 2 PatG. ist nach alledem genügt. Daß die Antragstellerin ihre ursprünglich etwas kargen Angaben über die Art und Weise der behaupteten druckschriftlichen Vorveröffentlichung erst nach Ablauf der Einspruchsfrist des näheren erläutert und ergänzt hat, verschlägt nichts. Derartige Mängel in der Begründung einer Einspruchsbegründung sind auch nachträglich noch heilbar.

Auch mit ihrem Hilfsseinwande kann die Anmelderin nicht gehört werden, daß sich nämlich aus dem Prospekt allein in keiner Weise irgendeine Ähnlichkeit mit dem Anmeldegegenstande ergebe und mangels näherer Darlegungen nach dieser Richtung im Einspruchsschriftsatz schon aus diesem Grunde die Zulässigkeit des erhobenen Einspruches zu verneinen sei. Wie eine Prüfung ergeben hat, läßt schon der bloße Prospekt ausreichende, einen Vergleich ermöglichende technische Beziehungen zum Anmeldegegenstande erkennen. Ob die Einspruchsbegründung sachlich die Patenterteilung ganz oder wenigstens teilweise zu hindern vermag, ist eine Frage, die nicht die Zulässigkeit des Einspruchs berührt und deshalb auch nicht Gegenstand der vorläufigen Prüfung im Akteneinsichtsverfahren sein kann, vielmehr der ordentlichen Prüfung im Einspruchsverfahren vorbehalten bleiben muß. Liegt somit nach vorläufiger, im Einsichtsverfahren allein möglicher Prüfung ein mit Gründen i. S. des § 24 Abs. 2 PatG. hinreichend versicherter und daher zulässiger Einspruch vor, so hat die Antragstellerin als am Verfahren Beteiligten auch ein berechtigtes Interesse an einer Kenntnis der Vorgänge, die zur Bekämpfung der von ihr bekämpften Anmeldung geführt haben. Denn nur so vermag sie in der Regel ihren Einspruch sachgemäß durchzuführen. Die Beschw. der Antragstellerin mußte sonach Erfolg haben.

(RPatM., 13. BeschwSen., Entsch. v. 4. Jan. 1934, 49 h 2, S 65/30, XIII B 273/33.)

Ver. von ORegR. Bindewald, Berlin.

Reichsversicherungsamt.

Berichtet von Senatspräsident Dr. Zielke und Landgerichtsdirektor Kersting, Berlin.

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

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

1. 4. RotWd. v. 8. Dez. 1931.

Über den Wegfall einer Verletztenrente von 20 %, deren zweijährige Laufzeit mit einem nach dem 31. Dez. 1931 liegenden Zeitpunkt endet, ist dem Berechtigten eine formale Mitteilung nach § 11 Abs. 2 Satz 1 des 5. Teils Kap. II Abschn. 1 der 4. RotWd. v. 8. Dez. 1931 zu erteilen.

(RVerM., Verf. v. 6. Okt. 1933, I 1000 a 4/33, EuM. 35, 25.) [3.]

*

2. 4. RotWd. v. 8. Dez. 1931.

Die früher gewährte, auf Grund des § 2 Abs. 1 des 5. Teils Kap. II Abschn. 1 der 4. RotWd. v. 8. Dez. 1931 weggefallene Unfallrente kann nicht deshalb wiedergewährt werden, weil der Verletzte nach dem Wegfall der Rente einen weiteren Betriebsunfall erlitten hat, für dessen Folgen er eine Unfallrente erhält.

Nach § 2 Abs. 2 Satz 1 das. fällt die einer Minderung der Erwerbsfähigkeit von weniger als einem Fünftel entsprechende Rente nur dann nicht weg, wenn der Verletzte gleichzeitig Entschädigungsansprüche auf Grund eines früheren, d. h. anderen Unfalls hat. Trifft dies nicht zu,

Zulässigkeit des Einspruchs geben, z. B. ob ein Einspruch wirklich ernstgemeint oder nur aus Schikane erhoben ist, ob seine Begründung ernst zu nehmen oder offensichtlich aus der Luft gegriffen ist. In solchen Fällen können die formellen Anforderungen nicht scharf genug gestellt werden; denn sie stellen dann die notwendige Abwehr gegen einen Mißbrauch der staatlichen Einrichtung dar. Lassen sich solche Schlüsse jedoch nicht mit Sicherheit ziehen, so sollte man auch bei der Einspruchsbegründung die Anforderungen nicht überspannen, sondern eher im darauffolgenden sachlichen Einspruchsverfahren schneller Rede und Gegerede abschneiden, wenn für den Sachkundigen, entscheidenden Sen. die Sache klar ist; die Frage der Anforderungen an die Einspruchsbegründung verliert in dem Maße an praktischer Bedeutung, als es dem PatM. gelingt, das Einspruchsverfahren abzukürzen, was als das wesentlichere Ziel dringend anzustreben ist.

PatM. Dr. jur. Dr. Zug. Zeller, Hamburg.

ist also die Rente zu Recht auf Grund des § 2 Abs. 1 i. Verb. m. § 11 weggefallen und damit der Anspruch erloschen, so kann er nur dann wieder entstehen, wenn in den Folgen dieses Unfalls eine wesentliche Verschlimmerung i. S. § 608 RWD. eingetreten ist.

(RVerM., Entsch. v. 23. Okt. 1933, Ia 1916/33, EuM. 35, 22.) [3.]

II. Länder.

Oberverwaltungsgerichte.

Preußen.

Preussisches Oberverwaltungsgericht.

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

1. Straßenreinigungsgebähr. § 4 PrKommAbgG. Wenn eine Stadt nur die Ausführung der den Anliegern obliegenden polizeilichen Reinigungspflicht übernommen hat, ohne die Pflicht selbst der Polizei gegenüber zu übernehmen, so kann sie dafür Gebühren — nicht Beiträge — fordern. Liegt nur den Anliegern von Straßen innerhalb der geschlossenen Ortslage die polizeimäßige Reinigung ob und ist die Ausführung nur insoweit von der Stadt übernommen, so hat der Verwaltungsrichter im Gebührenstreit nachzuprüfen, ob die Straße innerhalb der geschlossenen Ortslage liegt, sodann, ob der Herangezogene die Veranstaltung freiwillig oder auf Grund ihm gegenüber durchgeführten polizeilichen Zwanges benutzt hat.

In Harburg-Wilhelmsburg liegt die polizeimäßige Reinigung der innerhalb der geschlossenen Ortslage vorhandenen, mit gepflasterter Fahrbahn versehenen öffentlichen Wege den Anliegern ob, die der übrigen öffentlichen, dem inneren Verkehr dienenden Wege dagegen der Stadt (§ 1 PolWd. v. 10. Okt. 1929, § 1 des Ortsstatuts v. 7. Febr. 1928). Durch § 1 Ortsstatut v. 8. Febr. 1928 hat die Stadt die Ausführung der den Anliegern obliegenden Straßenreinigung übernommen, jedoch nicht für alle Straßen, sondern nur, soweit Straßen durch Beschl. der städtischen Kollegien dazu bestimmt sind. Die öffentlich-rechtliche Verpflichtung der Polizei gegenüber gem. § 6 PrWegereinigG. v. 1. Juli 1912 — GS. 187 — hat die Stadt zu übernehmen ausdrücklich abgelehnt.

Für die von der Stadt übernommene Ausführung der Straßenreinigungspflicht der Anlieger sieht das Ortsstatut v. 8. Febr. 1928 die Erhebung von Gebühren aus § 4 KommAbgG. vor.

In der PolWd. v. 10. Okt. 1929 ist den verpflichteten Anliegern auferlegt, sich der von der Stadt betriebenen Straßenreinigungsanstalt zu bedienen.

Der BezAusSch. hat angenommen, daß die Hamburger Straße in der geschlossenen Ortslage liege und die Gebührenforderung deshalb berechtigt sei. Seine Entsch. mußte jedoch der Aufhebung verfallen.

Eine Gemeinde kann keine Gebühren, sondern nur Beiträge aus § 9 KommAbgG. für die Straßenreinigung erheben, wenn ihr selbst die Pflicht zur polizeimäßigen Reinigung obliegt oder sie diese der Polizei gegenüber übernommen hat (vgl. Röll-Freund-Suren, KommAbgG. 30, 71; L y m p i u s - E l b e, KommAbgG. 13, 14). Gebühren aus § 4 KommAbgG. sind jedoch zulässig, wenn die Gemeinde lediglich die Ausführung der den polizeimäßig pflichtigen Anliegern obliegenden Reinigung übernommen hat, ohne die Pflicht selbst der Polizei gegenüber zu übernehmen (vgl. PrVerwBl. 35, 142). Dieser Fall ist hier zweifellos gegeben (§ 1 Statut v. 8. Febr. 1928). Gebühren sind daher an sich zulässig.

Nach den genannten Statuten besteht aber eine öffentlich-rechtliche Gebührenpflicht nur insoweit, als die Stadt die Reinigung für die an sich pflichtigen Anlieger ausgeführt hat; es ist also Voraussetzung der Gebührenpflicht zunächst einmal die Feststellung, daß der herangezogene Anlieger zu dem Kreis der polizeilich Reinigungspflichtigen gehört, denn nur diesen gegenüber hat die Gemeinde die Ausführung gegen Gebühr übernommen. Der BezAusSch. hat daher mit Recht geprüft, ob die Hamburger Straße „innerhalb der geschlossenen Ortslage“ liegt, denn nur den Anliegern solcher Straßen liegt nach dem oben Gesagten in Harburg-Wilhelmsburg die polizeimäßige Reinigung ob.

Diese Prüfung ist jedoch in durchaus unzureichender Weise erfolgt.

Zunächst wird der BezAusSch., sofern er erneut zu der Feststellung kommt, die Hamburger Straße liege in der geschlossenen Ortslage, zu prüfen haben, ob die Anliegerin die Veranstellung freiwillig oder auf Grund ihr gegenüber durchgeführ-

ten polizeilichen Zwanges benutzt hat. Denn nach der ständigen Rpr. des OBG. ist dies die Voraussetzung jeder Gebühren-erhebung (vgl. Köll = Freund = Surén und Lympius = Elbe a. a. D.). Daß die Benutzungspflicht allgemein in einer PolzD. ausgesprochen ist, genügt nicht. Der Zwang muß vielmehr dem Herangezogenen persönlich gegenüber durchgeführt sein. (PrDWB., 2. Sen., Urt. v. 24. Okt. 1933, II C 72/33.)

Thüringen.

Thüringisches Oberverwaltungsgericht.

Berichtet von Oberverwaltungsgerichtsrat Dr. Knauth, Jena.

I. Treu und Glauben in Steuerrecht. Gegenüber der Anforderung von Steuern, für welche die Reichsabgabenordnung gilt, ist die Berufung auf gegen Treu und Glauben verstoßendes Verhalten der Steuerbehörden als Rechtsvernichtungsgrund ausgeschlossen.

Für die Entsch. über Nachforderungen nach §§ 222, 223 RAbgD. gilt nicht der Grundsatz des § 11 RAbgD. (§ 6 a. Fass.).

Die Entsch. gründet sich auf die Auffassung, daß im Geltungsbereich der RAbgD. die positivrechtliche Regelung des Verhältnisses zwischen Steuerverwaltung und Steuerschuldner es ausschließt, den allgemeinen Rechtsgedanken des Vertrauensschutzes für die Beurteilung der Zulässigkeit einer Heranziehung ergänzend zu bewerten. Der Inhalt des Steuerschuldverhältnisses ist gesetzlich bestimmt, und die Steuerverwaltung ist grundsätzlich nicht befugt, darüber zu verfügen. Ausnahmen hiervon gelten nur, soweit sie gesetzlich zugelassen sind, und das ist allgemein nur so weit der Fall, als da, wo „i. S. des Ges. die Behörden die Entsch. nach ihrem Ermessen zu treffen haben, sie nach Recht und Billigkeit zu erfolgen hat“ (§ 11 n. F. RAbgD.). Darüber hinaus sind also die Steuerbehörden, wenn nicht ausdrückliche Sonderermächtigungen etwas anderes zulassen, gehalten, dem formalen Rechte seinen Lauf zu lassen, und die Berufung auf Treu und Glauben gegenüber der regelrechten Steueranforderung geht daher so weit darauf aus, Unbilligkeiten und Härten, die sich für den StPfl. aus der strengen Handhabung des gesetzlichen Rechts ergeben würden, dadurch auszuschalten, daß den Veranlagungsbehörden angeordnet wird, nach Befinden das formale Recht beiseitezusetzen und von dem abzugehen, was von Rechts wegen verlangt werden kann. Das verträgt sich aber nicht mit der positiven Regelung, die diese Frage in der RAbgD. selbst erfahren hat. Denn, was zu geschehen hat, und wer darüber entscheidet, wenn die Einziehung einer Steuer „nach Lage des einzelnen Falles unbillig wäre“, ist in § 131 grundsätzlich geregelt. Diese Regelung kann aber nur den Sinn haben, daß die Berücksichtigung von Billigkeitsgründen bei der Einziehung von Steuern dem hier geordneten Verfahren vorbehalten sein soll und deshalb im Veranlagungs- und Festsetzungsverfahren sowie in dem an diese Verfahren anschließenden Rechtsmittelverfahren keine Stätte hat. Ist sie aber soweit erschöpfend, so erstreckt sie sich auch auf den Ausgleich von Unbilligkeiten, die, wie es in den hier zur Erörterung stehenden Fällen geschieht, nicht aus der gesetzlichen Regelung des Steuerbestandes und deren Anwendung selbst, sondern daraus entstehen, daß das Gesetz unter außergewöhnlichen, dem Steuerschuldner ungünstigen Umständen angewandt wird. Deshalb ist auch die Frage, ob die Einziehung einer Steuer, hingesehen auf ein von der Steuerverwaltung in bezug auf die Einziehung gegenüber dem Steuerpflichtigen beobachtetes Verhalten, gegen Treu und Glauben verstößt, soweit nicht § 11 RAbgD. oder eine sonstige Ausnahmebest. einschlägt, ausschließlich in dem Verfahren nach § 131 RAbgD. zu entscheiden. Denn daß sich etwa schon entgegenstehendes, die „Bewirkung“ anerkennendes Gewohnheitsrecht gebildet habe, kommt nicht in Frage...

Zwar könnte es auch unter dem Gesichtspunkt der Anwendbarkeit des § 11 RAbgD. von Bedeutung sein, daß der Stadtvorstand mit den angeforderten Anforderungen, wie der Landesauschuß angenommen hat, gegen Treu und Glauben verstößt... Tatsächlich kommt jedoch die Anwendung des § 11 RAbgD. auch nicht in Frage.

Es ist schon zweifelhaft, ob der Ausdruck „Nachforderungen“ in § 223 RAbgD. (§ 212 Abs. 1 a. F.) auch die Nachholung von Veranlagungen oder Festsetzungen in solchen Fällen umfaßt, in denen noch gar nichts gefordert worden ist, sondern die Anforderung verkannt worden oder aus sonstigen Gründen unterblieben war, oder ob nicht vielmehr Sinn und Zweck der Vorschrift und ihre Stellung im Gesetz verbieten, sie auf andere als zufällige Forderungen zu früheren Anforderungen (oder freiwilligen Leistun-

gen) auszudehnen. Aber das kam hier unentschieden bleiben. Denn auf alle Fälle ist es nicht zutreffend, daß Nachforderungen nach §§ 222, 223 RAbgD. „unter dem Zeichen des § 6 (11) RAbgD. stehen“ (Becker, RAbgD., 7. Aufl., u. ErgBd. dazu Anm. zu § 212 u. 212 a. a. F.). Nachforderungen haben den Zweck, Versehen oder Veräumnisse, die im Ermittlungs- und Festsetzungsverfahren untergelaufen sind, wettzumachen und Fehler, die bei der ordentlichen Veranlagung oder Festsetzung begangen worden sind, zu berichtigen. Sie dienen daher der Ergänzung und Vervollständigung des Ermittlungs- und Festsetzungsverfahrens mit dem Ziele, zu erreichen, daß dieses Verfahren seinen Zweck, den Steueranspruch im vollen gesetzlichen Umfang zu verwirklichen, restlos erfüllt. Das weist zwingend darauf hin, daß für Nachforderungen dasselbe zu gelten hat wie für das Ermittlungs- und Festsetzungsverfahren überhaupt und also besonders für sie auch der Grundsatz gilt, daß es Amtspflicht der Veranlagungsbehörden ist, den Steueranspruch im gesetzlichen Umfang zu verwirklichen. Denn es wäre sinn- und zweckwidrig, der Steuerverwaltung für ein Nachverfahren Ermessensfreiheit zu gewähren, das den Zweck hat, ein vorangegangenes Verfahren ordnungsmäßig abzuschließen, das gesetzlich gebunden ist, zumal wenn es sich bei den Nachforderungen des § 223, wie der RSt. annimmt, auch um Anforderungen handelt, mit denen der Steueranspruch überhaupt erst — erstmalig — geltend gemacht werden soll. Es ist auch nicht ersichtlich, was für umere Gründe dazu geführt haben sollten, für das Nachverfahren von dem das Hauptverfahren beherrschenden Grundsatz abzugehen. Beweis können sich besondere Härten und Unbilligkeiten daraus ergeben, daß Steuern nachgefordert werden. Aber grundsätzlich betrachtet, bieten solche Härten und Unbilligkeiten keinen Anlaß zu anderer Behandlung als die Härten und Unbilligkeiten, die sich aus der strengen Durchführung der Steuerpflicht auch sonst häufig ergeben. Daß sie vorkommen können, ist daher jedenfalls kein Grund, mit dem Ausgleich hier abweichend von der Regel des § 131 RAbgD. die Veranlagungs- und Rechtsmittelbehörden zu betrauen, denn auch das Rechtsschutzbedürfnis ist hier nicht größer als dort, bei solcher Regelung aber würden sogar sowohl die Veranlagungs- als auch die Rechtsmittelbehörden genötigt sein, die Frage der Zumutbarkeit in jedem Falle von Amts wegen zu prüfen.

Demgegenüber versagt aber auch die Berufung darauf, daß das Gesetz nur davon spreche, daß Nachforderungen zulässig seien, aber nicht davon, daß sie vorzunehmen seien (E. Becker, 7. Aufl., Anm. 6a zu § 212). Denn es mag richtig sein, daß daraus, daß durch die RStD. v. 1. Dez. 1930 in § 212 Abs. 2 (a. F.) die Worte „ist ... nur zulässig“ durch die Wendung „findet ... nur statt“ ersetzt worden sind, nicht geschlossen werden kann, daß damit der Praxis, auf Berichtigungsveranlagungen und -festsetzungen den § 11 (6) anzuwenden, der Boden entzogen werden sollte (E. Becker, ErgBd. zur 7. Aufl., Anm. 5b zu §§ 212, 213). Aber mit der Wendung „ist ... zulässig“ ist auch keineswegs notwendig gesagt, daß die Veranlagungsbehörden ermächtigt sein sollen, nach ihrem Ermessen zu entscheiden. Die Vorschr. der §§ 222 ff. über Nachforderungen stellen nur eine Sonderanwendung und weitere Ausführung des in den §§ 92 ff. (§§ 75 ff. a. F.) ausgesprochenen Grundsatzes der — grundsätzlich freien — Wiederrücklichkeit der Wfg. der Steuerbehörden dar. Durch sie soll daher offensichtlich nur klargestellt werden, daß dieser Grundsatz an sich auch gegenüber solchen Wfg. gilt, mit denen maßgeblich über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Steueranspruchs entschieden worden ist, bzw. wann er in diesen Fällen nicht gilt. Der Ausspruch, daß Nachforderungen „zulässig“ oder nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig seien, bedeutet daher nur, daß die Steuerbehörden — durch eine frühere Veranlagung oder sonstige Entsch. über den Steueranspruch — überhaupt oder unter den bezeichneten Voraussetzungen nicht gehindert sind, sich noch einmal mit der Sache zu befassen und gegebenenfalls noch Ausbrüche geltend zu machen. Dafür, daß damit hierüber hinaus den Behörden eine sachliche Entschlußfreiheit eingeräumt werden sollte, fehlt jeder Anhalt. Eher spricht dagegen, daß auch E. Becker, der den ersten Entw. der RAbgD. verfaßt hat, noch in der 5. Aufl. seines Komm. (Anm. 8 zu § 212) auf dem Standpunkte gestanden hat, daß, wenn die Voraussetzungen für eine Nachforderung nach § 212 (jetzt §§ 222, 223) vorlägen, das FinA. diese vornehmen müsse. Ist aber danach mit dem „zulässig“ nur das formale Recht der Steuerbehörden zum Handeln (das „Dürfen“) festgesetzt und über den Inhalt der ihnen damit eingeräumten Betätigungsmacht (das „Können“) nichts ausgesagt, so bestimmt sich dieser nach dem allgemein dafür geltenden Vorshr., d. h. nach den §§ 204 ff. RAbgD. Entgegenstehendes Gewohnheitsrecht kommt auch hier nicht in Frage.

(ThürDWB., Urt. v. 20. Dez. 1933, C 79/33.)