



# Juristische Wochenschrift

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

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

Unter Mitwirkung der Mitglieder des Reichsfachgruppenrates:

Rechtsanwälte **Dr. Droege**, Hamburg; **Dr. Walter Luetgebrune**, Berlin; **Dr. Möffmer**, München;  
**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 / Postkassentonto Leipzig Nr. 63 673.

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

## Die Behandlung von Währungs Klauseln nach deutschem Recht.

### A.

Von Rechtsanwalt **Dr. Hannsjörg Schmalz**, Dresden.

### I.

Zu dem Thema Aufwertung inländischer Forderungen in ausländischer Währung veröffentlicht die *JW.* 1933, 2558 einen Aufsatz von Dr. Kraemer, dem in *JW.* 1934, 142 eine Entgegnung von Dr. Wiesner und Erwiderung von Dr. Kraemer folgen. Schon früher erschienen mehrere Abhandlungen über die Aufwertung von Pfundforderungen im Bankarchiv (*BankArch.* 1931, 96; 1931, 139, 280, 418; 1932, 448). Endlich gibt ebenda Dr. Hausmann (*BankArch.* 1933, 26 und 43) eine umfassende Darstellung der rechtlichen Tragweite der Pfund- und Dollarentwertung im In- und Auslande. Zunächst möchte ich kurz auf seine grundsätzlichen Ausführungen (*BankArch.* 1933, 26) über die beiden Rechtstheorien des Nominalismus und Valorisismus hinweisen, mit denen er seinen ausgezeichneten Überblick über die deutsche und ausländische Rechtsprechung zu dem Entwertungsproblem einleitet. Diese beiden Theorien, die man vielleicht am besten mit Kennbetragslehre und Wertlehre verbinden kann, bilden tatsächlich die beiden Pole, zwischen denen die praktischen Entscheidungen in der Frage der Geldentwertung liegen. Die Kennbetragslehre fand ihren reinsten Ausdruck in dem Mark=Mark-Standpunkt der deutschen Rechtsprechung in der Inflationszeit bis zu dem bekannten RG-Urt. v. 28. Nov. 1923. Die danach einsetzende Aufwertungsgefehrgebung und -rechtsprechung brachte demgegenüber die Wertlehre zur mehr oder weniger vollen Geltung. Dr. Hausmann sieht den Unterschied der beiden Lehren richtig darin, daß der Nominalismus „die öffentlich-rechtliche Bedeutung der Währungsgrundlagen betont“, während der Valorisismus „den inneren Wert der eingegangenen Selbstverpflichtungen unterstreicht und die privatrechtlichen Grundsätze der Auslegung dieser Verpflichtungen nach Treu und Glauben im Einzelfall in den Vordergrund stellt“. Er weist zwar darauf hin, daß der theoretische Gegensatz nicht als eine reine Auslegungsfrage angesehen werden dürfe. Es wird aber nicht ganz klar, ob Dr. Hausmann auf dem Standpunkt steht, daß jedes Schuldverhältnis jeweils besonders dahin geprüft werden soll, ob das öffentlich-rechtliche Währungsprinzip oder das privatrechtliche Auslegungsprinzip zur Anwendung kommen hat, oder ob er auch gewisse generelle Ent-

scheidungen für zulässig hält. Ich möchte letzteres bejahen und nachfolgend einige Grundsätze hierfür aufzustellen versuchen.

Zu diesem Zwecke gilt es zunächst, die möglichen Tatbestände klar zu umreißen. Hierbei scheidet ich von vornherein, wie schon das Thema ergibt, die Wirkung einer Entwertung der eigenen Währung auf die Schuldverhältnisse der Angehörigen des Währungslandes aus. Sie hat bekanntlich in Deutschland zur Aufwertung geführt, während beispielsweise früher Frankreich und jetzt England und Amerika an dem Nominalitätsstandpunkt festhielten. Dies beruht vor allem auf dem gewaltigen Unterschied in dem Ausmaße der Entwertung und der Tatsache, daß die angelsächsischen Länder die Entwertung wenigstens teilweise bewußt herbeiführten. Im vorliegenden Aufsatz soll nur der Einfluß der Entwertung einer fremden Währung untersucht werden, wobei wiederum zu unterscheiden ist, ob die vertraglichen Beziehungen zwischen Angehörigen zweier Länder bestehen, bei denen die gewählte Währung des einen Landes der Entwertung anheimfällt, oder ob zwei Angehörige ein und desselben Landes oder auch zwei verschiedener Länder ihre vertraglichen Beziehungen auf die Währung eines für beide fremden Landes abstellen.

Im ersten Fall muß zunächst geprüft werden, welches Landesrecht auf die Vertragsbeziehungen Anwendung zu finden hat. Nach anerkannter Rechtsprechung und Rechtslehre kommt es hierbei zunächst auf den ausdrücklichen oder stillschweigenden Parteiwillen an, nach welchem das Recht eines Landes auf die gesamten Vertragsverhältnisse Anwendung finden soll. Häufig, vielleicht sogar in der Regel, wird ein derartiger Wille aber weder ausdrücklich erklärt worden sein noch sich stillschweigend aus den Umständen ergeben. Dann ist bei vertraglichen Beziehungen grundsätzlich der Erfüllungsort der jeweiligen Verpflichtung maßgebend, so daß bei gegenseitigen Verträgen das Recht teils des einen Landes teils des anderen Landes zugrunde gelegt werden muß. Within sind zunächst folgende Tatbestände zu unterscheiden, wobei mit Inländer stets die Zugehörigkeit zum Deutschen Reich bezeichnet werden mag:

1. Es bestehen vertragliche Beziehungen zwischen einem Inländer und einem Ausländer, die dem ausländischen Recht unterliegen. Dieser Tatbestand scheidet bei den künftigen Untersuchungen ebenfalls aus, da nur die Frage behandelt werden soll, welche Wirkungen die Entwertung einer fremden Währung nach deutschem Rechte hat.

2. Es bestehen vertragliche Beziehungen zwischen einem Inländer und einem Ausländer in dessen Landeswährung oder in einer für beide fremden Währung, die dem deutschen Recht unterliegen. Dies bildet für die rechtliche Behandlung keinen Unterschied, da es, wie Dr. Hausmann in einer Fußnote (BankArch. 1933, 26) richtig ausführt, auch wenn die Landeswährung des Ausländers gilt, grundsätzlich so angesehen werden muß, wie wenn für beide Vertragsparteien eine fremde Währung vorliegt.

3. Es bestehen vertragliche Beziehungen zwischen zwei Inländern in einer ausländischen Währung.

## II.

Die deutsche Rechtsprechung und Rechtslehre stimmt nun m. W. darin überein, daß in den beiden verbleibenden Fällen eine Aufwertung i. S. der deutschen Aufwertungsgebung bei der Pfund- und Dollarentwertung, an die die folgenden Ausführungen vor allem anknüpfen, nicht in Frage kommt. Hiergegen sprechen auch sehr gewichtige Gründe. Ein vom RG. wiederholt ausgesprochener Hauptgrund (JW. 1925, 1986; 1926, 1323; Warn. 1933, 226) besteht darin, daß diese fremden Währungen zwar eine erhebliche Kursminderung, aber nicht solch eine katastrophale Geldentwertung erlitten haben, wie es bei der deutschen Papiermark und beispielsweise auch bei der österreichischen Krone (RG. 120, 70 = JW. 1928, 1197) war, die beide ihre Funktion als Wertmesser völlig eingebüßt hatten. Ein weiterer Grund liegt darin, daß wie früher die französische Gesetzgebung und Rechtsprechung, so jetzt auch die englische und amerikanische, eine Aufwertung nicht zuzubilligen, sondern an der nominalistischen Theorie festhalten. Dr. Kraemer (JW. 1933, 2562) weist zwar darauf hin, daß das RG. diesem Umstande offenbar keine so wesentliche Bedeutung mehr zuerkennt, wendet sich jedoch zugleich mit Recht gegen diesen Standpunkt. Denn der deutsche Richter würde dann dem Ausländer einen Schutz gewähren, den er in seinem eigenen Land nicht erhielt, was Dr. Kraemer als Überspannung des Begriffs von Treu und Glauben bezeichnet. M. E. kann man sogar noch weitergehen und den Grundsatz aufstellen, daß die Aufwertung ausländischer Währungen ausschließlich dem betreffenden Staate als Träger der Währungshoheit vorbehalten bleiben muß. Dr. Hammer führt dies in einem Aufsatz im BankArch. 1932, 280 näher aus und zeigt an einem Beispiel in der Baumwollindustrie, zu welchen Ungerechtigkeiten der gegenteilige Standpunkt führen muß. Endlich spielt auch der Gesichtspunkt, allerdings nur bei der Wahl einer fremden Währung in einem Rechtsgeschäft zwischen zwei Inländern, eine Rolle, daß ein Mißtrauen gegen die deutsche Währung vorliege und der Geldgläubiger daher den Schaden aus einer etwaigen Entwertung der fremden Währung in vollem Umfange tragen müsse. Dies kann jedoch sowohl mit Rücksicht auf die früheren politischen Zustände als auch mit Rücksicht darauf, daß Im- oder Exporteure aus Gründen der Rückdeckung sich gezwungen sehen, auch im Inland in der ausländischen Währung zu fakturieren, kaum als Rechtsatz verwendet werden. Nach alledem wird eine Aufwertung von Geldforderungen in einer entwerteten fremden Währung nach deutschem Recht grundsätzlich nur dann in Frage kommen, wenn die Entwertung ein solches Maß erreicht hat, daß auch die ausländische Gesetzgebung und Rechtsprechung in irgendeiner Form zu einer Aufwertung kommt. Dies trifft weder bei der Pfund- noch Dollarentwertung zu.

Trotzdem kann diese in anderer Weise Berücksichtigung finden, die in ihrem Ergebnis einer Aufwertung ähnlich erscheint, sich von ihr aber rechtlich doch ganz wesentlich unterscheidet. In erster Linie ist hierbei an eine Berücksichtigung unter dem Gesichtspunkt des Verzugs Schadens zu denken, der ja auch bei der deutschen Aufwertungsrechtsprechung eine große Rolle spielte. Falls nämlich eine Geldentwertung nach Inverzugsetzung des Geldschuldners eintritt oder weiter fortgeschritten ist, bildet diese fraglos einen Teil des zu ersetzenden Verzugs Schadens. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob die Zahlungsverpflichtung einen Ausländer oder einen Inländer trifft. Beide müssen ihre Geldleistung so erbringen, als ob die Entwertung nicht eingetreten wäre.

Weiterhin kann an die sog. *clausula rebus sic stan-*

*tibus* gedacht werden. Das deutsche Recht kennt sie zwar als allgemeine Bestimmung nicht, verwendet sie nur in einigen wenigen Sonderfällen, insbes. in §§ 321 und 610 BGB. Trotzdem scheint es so, als ob die Rechtsprechung sie hier und da mit Hilfe von § 242 BGB. doch zur Anwendung bringen will. Hierauf beruht m. E. auch das bekannte Urteil des RG. v. 21. Juni 1933 (RG. 141, 212 = JW. 1933, 1644), das einem Inländer wegen einer Pfundforderung gegen einen anderen Inländer einen Ausgleichsanspruch wegen Änderung der Vertragsgrundlage infolge der Pfundentwertung zuspricht. Ich darf dessen Inhalt wegen der häufigen Besprechung wohl als bekannt voraussetzen, werde aber späterhin auf seine Tragweite noch eingehend zurückkommen.

Schließlich kann die Entwertung einer fremden Währung, die als Grundlage der Geldverpflichtung eines Vertrages gewählt wird, natürlich in diesem Vertrage selbst ausdrücklich berücksichtigt werden. Dies geschieht jedoch nicht wie sonst üblich in Form einer Bedingung, sondern in der Form gewisser Klauseln. Diese haben alle den Zweck, den Wert einer Geldleistung in inländischer Währung entweder durch Bezugnahme auf Gold, das, wenigstens im europäisch-amerikanischen Wirtschaftsgebiet, immer noch als allgemeiner Wertmaßstab angesehen werden muß, oder durch Bezugnahme auf eine fremde Währung mit Rücksicht auf ihren Goldwert sicherzustellen. Man kann demzufolge von Goldschutzklauseln und Währungsschutzklauseln sprechen. Die Goldschutzklauseln zerfallen 1. in Goldmünzklauseln, die Zahlung bestimmter Goldmünzen fordern und eine Geldfortenschuld begründen, 2. in Goldmengenklauseln, die auf eine bestimmte Menge Goldes lauten, also eigentlich eine Gattungsschuld der Ware Gold darstellen, und 3. in Goldwertklauseln, die es auf den tatsächlichen Goldwert der Zahlung abstellen. Die Währungsschutzklauseln muß man m. E. scharf von den bloßen Währungsklauseln (Waluaklauseln) unterscheiden. Letztere bestimmen nur die fremde Währung, in welcher der Geldschuldner überhaupt Zahlung leisten soll, ohne eine bestimmte Münze oder einen bestimmten Goldwert der Geldleistung festzulegen. Sie können ihrerseits wiederum mit Goldschutzklauseln verbunden werden und dienen dann zur Sicherung der vollwertigen Zahlung in der fremden Währung, so daß ich sie solchenfalls Währungsgoldklauseln zu nennen vorschlage. Es gibt also Währungs-, Währungsschutz- und Währungsgoldklauseln.

## III.

Die vorstehenden Ausführungen waren notwendig, um eine feste Grundlage zu gewinnen, die es gestattet, bestimmte Richtlinien für die jeweiligen Entscheidungen aufzustellen und diese nicht gänzlich der Einzelbeurteilung zu überlassen, was zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit führen muß. Hierbei kann die Berücksichtigung einer Währungsentwertung im Rahmen des Verzugs Schadens ausgeschaltet werden, da diese rechtlich keinerlei Besonderheiten bietet. Um so größere Bedeutung kommt dagegen der Anwendung der *clausula rebus sic stantibus* allerdings in der Form, daß der Geldgläubiger einen sog. Ausgleichsanspruch erhält, in dem bereits erwähnten RGUr. v. 21. Juni 1933 zu. Das Urteil beruht auf folgenden drei vom Berufungsgericht festgestellten Tatsachen: Nach dem Willen der Vertragsparteien sollte 1. das Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung die Vertragsgrundlage bilden, 2. die Zahlung des Kaufpreises in deutschem Geld und nicht in englischen Pfunden trotz der Effektiv-Währungsklausel erfolgen und 3. das englische Pfund wegen seiner Eigenschaft als goldsichere Währung zwar nicht zum Vertragsinhalt, aber zur Vertragsgrundlage gemacht werden. Die Reichsgerichtsentscheidung fußt also auf einer sehr bestimmten und eindeutigen Auslegung des Parteiwillens, so daß sie nicht etwa dahin ausgelegt werden darf, daß sie für jede Währungsklausel schlechthin Gültigkeit habe. Das RG. hat vielmehr selbst in anderen Entscheidungen, insbes. v. 6. Mai 1933, eine Ausgleichspflicht des Käufers abgelehnt, weil die bloße Tatsache der Entwertung des englischen Pfundes allein diese nicht begründen könne und ein genügender sonstiger Anhalt nicht bestehe. Diese beiden Reichsgerichtsurteile zeigen m. E. den richtigen Weg, daß die Ent-

scheidung bei einfachen Währungs Klauseln nur durch Erforschung des Parteiwillens gefunden werden kann, daß also eine Währungs Klausel keinesfalls ihrem Wesen nach zugleich eine Währungs schutz Klausel ist, daß sie dies vielmehr nur ausnahmsweise auch sein kann. Es ist daher immer nötig, im Einzelfall festzustellen, ob die fremde Währung gerade ihrer goldsicheren Eigenschaft wegen zur Berechnung des Kaufpreises gewählt worden ist, um dadurch die Kaufpreisforderung wertbeständig zu machen. Diese Voraussetzungen werden in der Regel nur dann vorliegen, wenn es sich um vertragliche Beziehungen zwischen zwei Inländern handelt, die vor der Pfund- oder Dollarentwertung begründet worden sind. Ein wichtiges Kriterium hierfür wird die Tatsache bilden, ob die Zahlung trotz Effektiv Klausel nach gegenseitigem Parteiwillen doch von vornherein nur in Reichsmark erfolgen sollte. Dr. Wiesner (ZB. 1933, 142) weist m. E. sehr mit Recht darauf hin, daß die Entscheidung des RG. v. 21. Juni 1933 statt auf § 242 BGB. richtiger auf §§ 133, 157 BGB. hätte gestützt, sie also nicht auf die Erfüllung, sondern auf den Inhalt des Schuldverhältnisses hätte abgestellt werden sollen. Dann würde noch klarer, daß es auf die Auslegung der Währungs Klausel ankommt, so daß also die *clausula rebus sic stantibus* gar nicht angewendet zu werden braucht. Keinesfalls dürfen aber letzterenfalls, wie Dr. Fraemer und Dr. Wiesner betonen, die persönlichen Verhältnisse der Vertragsparteien berücksichtigt werden, wozu der Ausgleichsanspruch natürlich verleitet. Nach der gegenwärtigen Rechtsprechung kann aber bei einer Valutaklausel die Entwertung der betreffenden Währung nur bei einem wertficheren Parteiwillen unter Anwendung der *clausula rebus sic stantibus* berücksichtigt und ausgeglichen werden.

Eine andere Beurteilung verlangt dagegen m. E. die Dollarmark Klausel (1 RM. =  $\frac{10}{42}$  Dollar). Bei ihr kann eine Dollarentwertung niemals zu einer Minderung der Reichsmarkzahlung führen, da das Gleichheitszeichen die Bedeutung von „mindestens“, also Werticherungsscharakter hat. Sie muß also stets als Währungsschutz Klausel angesehen und behandelt werden. Ebenso verhält es sich mit der sog. Goldmark Klausel (1 GM. =  $\frac{10}{42}$  Dollar), die die Goldbeständigkeit noch mehr betont und die Währungsschutz Klausel zu einer besonders gearteten Goldwert Klausel macht. Demgegenüber stellt die sog. Feingold mark Klausel (1 GM. =  $\frac{1}{2790}$  kg Feingold) eine von jeder Währung unabhängige Goldmengen Klausel dar. Über die Wirkung der Dollar- und Goldmark Klausel entbrannte wegen ihrer großen Bedeutung für deutsche Industrieanleihen und Versicherungsverträge ein heftiger Streit, der noch keineswegs zu einer eindeutigen Entscheidung führte. Die wichtigsten Meinungsäußerungen hinsichtlich der Goldmark Klausel bilden das bekannte Gutachten des Berliner Börsenvorstandes (Berl. Börz. 1933 Nr. 285) und ein Aufsatz von Dr. Springer (ebenda 1933 Nr. 389). Beide kommen zu dem m. E. allein richtigen Ergebnis, daß Dollarschwankungen für Inlandschuldverschreibungen keinerlei Bedeutung haben, die Schuldner also aus der Dollarentwertung keine Vorteile ziehen können, ihre Schuld vielmehr mit der alten Goldparität, d. h. 1 GM. =  $\frac{10}{42}$  Dollar, tilgen müssen. Sie gehen hierbei von der Erwägung aus, daß Gläubiger und Schuldner in der Goldmark die Mark der Vorkriegszeit sehen, die Jahrzehnte hindurch in diesem Wertverhältnis zum Dollar stand; daß diese überdies von der Vorstellung beherrscht waren, daß der nordamerikanische Dollar die größte Gewähr für Wert erhaltung bot; daß niemand daran zweifelte, daß die Vereinigten Staaten von Amerika an der Goldwährung festhalten würden. Weder der Gläubiger noch der Schuldner hielten es für möglich oder rechneten gar damit, daß der Dollar sich einmal vom Golde lösen und im Werte verlieren könnte. In Deutschland war es so gut wie gar nicht bekannt, daß während des Bürgerkrieges nach der Mitte des vorigen Jahrhunderts eine erhebliche Entwertung des Dollars eintrat und deshalb eine langfristige amerikanische Kreditverträge zu jener Zeit überwiegend mit Gold Klauseln abgeschlossen wurden. Der Gläubiger wollte sich durch diese Klausel bei der Anlegung seines Kapitals vor jeder Entwertung sichern und der Schuldner wollte ihm diese Sicherheit auch geben. Beide Vertragsparteien

beabsichtigten also, die Geldleistung goldsicher, d. h. wertbeständig, zu machen. Überdies erforderten Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte, daß bei Zahlungsverträgen, die in mehreren Valuten gemacht wurden, die Zahlung immer in der dem Gläubiger günstigeren Währung zu erfolgen hätte. Die gleichen Erwägungen gelten m. E. auch für die Dollarmark Klausel, die praktische Bedeutung in dem bekannten Fall der Obligationen der Vereinigten Stahlwerke AktG. gewonnen hat. Die AG. Düsseldorf und Essen und das LG. Düsseldorf haben sich bereits diesem Standpunkt angeschlossen und den Obligationeninhabern Zinsen nach dem Goldollarwerte zugesprochen, da der Dollar als Wertmesser seiner Wertbeständigkeit halber gewählt worden sei und die amerikanische Gesetzgebung, wonach der Papierdollar dem Goldollar gleichzusetzen ist, für das deutsche Recht bedeutungslos sei. Das LG. Köln hat sich dagegen auf den gegenteiligen Standpunkt gestellt. Eine Entscheidung des Reichsgerichts liegt noch nicht vor. Die erstgenannten Urteile knüpfen mehr oder weniger bewußt an das RG. v. 21. Juni 1933 an, stellen es also auf den Parteiwillen ab. Dies ist auch bei den Stahlvereins-Obligationen möglich, da es sich einerseits bei ihnen um Orderepapiere handelt, bei denen ein sog. Begebungsvertrag zwischen dem Aussteller und Gläubiger vorliegt, und da andererseits die gesamten Verträge die Feststellung eines derartigen Parteiwillens zulassen. M. E. muß die Entscheidung bei der Dollar- oder Goldmark Klausel aber immer gegen Berücksichtigung der Dollarentwertung ausfallen, also auch dann, wenn es sich um Inhaberpapiere handelt, wo die sog. Kreationstheorie gilt, so daß keine vertraglichen Beziehungen entstehen und es nur auf den Inhalt der Schuldverschreibung ankommt. Denn meiner Überzeugung nach tragen diese Klauseln rechtlich den Werticherungsscharakter in sich. Ein RG. v. 14. Dez. 1933 bestätigt diese Auffassung, wenn ihm auch eine kombinierte Feingold- und Dollar-Goldmark Klausel zugrunde liegt. Es führt dabei aus, daß das Gold die wirkliche Schuld war und nicht der Dollar als Währungsgeld, sondern als goldhaltige Münze.

Letzen Endes stellt die Dollargoldmark Klausel eine Goldwert Klausel dar, wenn sie auch den Goldwert auf dem Umweg über den amerikanischen Dollar bestimmt. Anders liegt es dagegen bei den Goldmünz Klauseln in fremder Währung, also etwa bei folgender Klausel: „Kapital und Zinsen sind in Goldmünze der Vereinigten Staaten von Amerika von der an einem bestimmten Tage geltenden Gewicht- und Feingehaltseinheit zu zahlen.“ Diese Klauseln zielen auf eine bestimmte Leistung in einem bestimmten Währungsgeld, begründen also eine sog. Geldfortenschuld. Bei ihnen geht es nicht darum, die Sicherheit einer Geldleistung nach dem Golde zu bemessen, sondern effektive Bezahlung in bestimmten Münzen einer bestimmten Währung zu erhalten. Zwar sollen auch sie die Leistung in der gewählten Währung in dem wertvollsten Zahlungsmittel gewährleisten. Falls dieses Zahlungsmittel aber durch die Gesetzgebung oder Rechtsprechung des betreffenden Währungslandes selbst an Wert verlieren oder überhaupt außer Kraft gesetzt werden sollte, muß sich dies in gleicher Weise auf alle Verträge mit diesen Klauseln auswirken, wie dies § 245 BGB. auch ausdrücklich vorsieht. So liegen die Dinge sowohl beim englischen Pfund wie beim amerikanischen Dollar, so daß alle Verträge mit Goldmünz Klauseln in diesen Währungen grundsätzlich der Entwertung unterliegen. Allerdings wird dieser Standpunkt mit der Behauptung bekämpft, daß in einer Goldmünz Klausel immer auch zugleich eine Goldwert Klausel erblickt werden müsse. Hierbei wird aber m. E. übersehen, daß daneben durchaus noch eine Goldwert Klausel vereinbart werden kann und daß man bei der Vereinbarung einer vollen Goldmünz Klausel in fremder Währung grundsätzlich nicht an eine Goldsicherung denkt, sondern die vertragliche Geldleistung eng mit dem Währungssystem des betreffenden Landes verbinden will. Es ist daher folgerichtig und auch billig, daß die Geldschuld dem Schicksal der fremden Währung folgt. Die gegenteilige Meinung führt auch zu dem gleichen unhaltbaren Ergebnis, wie wenn ein deutsches Gericht eine Pfund- oder Dollaraufwertung vornehmen würde. Ein Urteil des AG. Essen v. 13. Nov. 1933 billigt daher zu Unrecht einem inländischen Inhaber

einer ausländischen Dollaranleihe eines deutschen Unternehmens mit der Dollargoldmünzklausel Zinsen nach dem vollen Goldollarwert mit der Begründung zu, daß aus der Undurchführbarkeit, die fremde Goldmünze zu leisten, noch nicht das Recht des Anleiheschuldners folgen könne, die Verpflichtung nach Maßgabe der im Auslande zulässigen Zahlungsweise zu erfüllen. Denn ebenso wenig wie ein inländisches Gericht einen Ausländer besser als die Rechtsprechung und Gesetzgebung seines eigenen Landes stellen kann, darf es einen Ausländer schlechter stellen als einen Inländer, sofern es sich um die gleichen Vertragsrechte aus dem gleichen Tatbestand handelt. Die Goldmünzklauseln in fremder Währung können daher, auch wenn sie der Beurteilung nach deutschem Rechte unterliegen, nicht anders behandelt werden, als es in dem betreffenden Währungsland geschieht. Dieser Grundsatz muß übrigens für sämtliche Währungsgoldklauseln gelten.

## B.

Von Staatssekretär a. D. Wirkl. Geh. Rat Dr. M ü g e l, Berlin.

1. Den Ausführungen von Schmalz stimme ich darin bei, daß es für die Wirkungen der Entwertung des Pfundes und des Dollars von wesentlicher Bedeutung ist, welchem Rechte das Schuldverhältnis unterliegt. Mit Bezug auf die Aufwertung der Mark ist darüber gestritten worden, ob für diese das Schuldrecht oder das Währungsrecht maßgebend sei. Es gibt reichsgerichtliche Entscheidungen, in denen der währungsrechtliche Charakter der Aufwertung betont wird. Überwiegend aber wird vom RG. das für das Schuldverhältnis geltende Recht als entscheidend angesehen. Dies führt zu denselben Ergebnissen, wenn eine auf Mark lautende Schuld nach deutschem Recht zu beurteilen ist. Deutsches Aufwertungsrecht ist aber auch angewendet worden, wenn auf eine in ausländischer Währung begründete Schuld deutsches Recht anwendbar war (vgl. RG. 120, 76 = JW. 1928, 1204). Daß in der Frage der Anwendbarkeit des deutschen Aufwertungsrechts verschiedene Auffassungen miteinander ringen, darf nicht wundernehmen. Bei der Eigenart der deutschen Markaufwertung steht diese in einer notwendigen Beziehung zum Währungsrecht, weil bei Einführung der jetzigen Reichswährung der Umrechnungssatz von einer Billion Mark gleich einer Reichsmark nur unter Vorbehalt der Aufwertung bestimmt worden ist, die Aufwertungsvorschriften also gewissermaßen einen Teil der Umrechnungsnorm bilden. Es rechtfertigt sich daher bei Markschulden die Anwendung der deutschen Aufwertungsvorschriften auch dann, wenn für das Schuldverhältnis ausländisches Recht maßgebend ist, vorausgesetzt, daß sich nicht aus dem Inhalte der schuldrechtlichen Vorschriften ein Hindernis für die Anwendung der Aufwertungsvorschriften ergibt. Handelt es sich aber um andere Währungen, für die nicht bei Erlaß der Umrechnungsvorschriften eine Aufwertung in Betracht gezogen ist, so ist grundsätzlich aus dem Schuldrechte zu entnehmen, ob und in welcher Weise eine Aufwertung stattfindet. Ebenso ist das Schuldrecht für die Entscheidung sonstiger Fragen maßgebend, die sich in bezug auf die Einwirkung von Währungsänderungen auf den Bestand von Schuldverhältnissen ergeben. Dies wird auch von Vertretern der Meinung angenommen, daß die Aufwertung lediglich nach dem Währungsrecht zu beurteilen sei (vgl. Neumeier: JW. 1928, 138). Ist hiernach schon allgemein dann, wenn für eine in ausländischer Währung begründete Schuld deutsches Recht anwendbar ist, nach deutschem Recht zu beurteilen, welche bürgerlich-rechtlichen Folgen eine Verschlechterung der ausländischen Währung hat, so muß dieser Grundsatz jedenfalls bei der besonderen Art der Entwertung gelten, die bei dem Pfund und bei dem Dollar stattgefunden hat.

2. Bei der Markentwertung handelte es sich um die Folgen von Maßnahmen, die aus Unlaß des Krieges getroffen waren und bei denen davon ausgegangen war, daß sie eine Entwertung der Mark nicht herbeiführen würden. Eine Herabminderung der Rechte des Gläubigers war nicht als Zweck dieser Maßnahmen gewollt. Dagegen handelt es sich bei der Entwertung des Pfundes und des Dollars um eine bewusste

und gewollte Herabminderung der Ansprüche der Gläubiger. Um bestimmte wirtschaftliche Zwecke zu erreichen, insbes. um die Konkurrenzfähigkeit des Inlandes gegenüber dem Auslande zu verbessern, hat man den Wert des Pfundes und des Dollars für den internationalen Verkehr absichtlich durch Loslösung der Währung vom Golde herabgesetzt. Diese Maßnahme ist nicht anders zu beurteilen wie die bei uns durch Notverordnung verfügte Herabsetzung der Zinsen oder andere Maßnahmen mit dem Ziele der Entlastung des Schuldners. Sie stellt einen Eingriff in das Schuldverhältnis dar. Die Herabsetzung des Wertes der Forderungen war nicht etwa die ungewollte Wirkung von Veränderungen, die aus Schwankungen des Wertes des Währungsgeldes hervorgingen; vielmehr sollten die Rechte der Gläubiger durch eine zu diesem Zwecke oder mit zu diesem Zwecke getroffene gesetzliche Maßnahme herabgesetzt werden. Derartige Eingriffe in das Schuldverhältnis können nur da Geltung beanspruchen, wo das Schuldverhältnis dem Herrschaftsbereiche des die Maßnahme anordnenden Gesetzgebers unterliegt. Sowie wenig der amerikanische Gesetzgeber deshalb, weil der Inhalt einer deutschen Rechte unterliegenden Schuld auf Dollar geht, wirksam anordnen kann, daß die Schuld auf die Hälfte herabgesetzt wird, so wenig kann er dies Ergebnis dadurch erreichen, daß er das Währungsrecht zu dem Zwecke der Herabsetzung der Schuld abändert. Wer eine Schuld in fremder Währung begründet, unterwirft sich dadurch in gewissem Umfange fremdem Recht. Er macht die Art und Weise der Zahlung von den Maßnahmen des Gesetzgebers des Währungslandes abhängig, er kann keine Zahlung in Golddollars verlangen, wenn es solche nicht mehr gibt. Es kann aber nicht angenommen werden, daß er auch die Frage, in welcher Weise Änderungen der Währung auf den Inhalt des Schuldverhältnisses wirken, wie die Höhe des von ihm in der veränderten Währung oder in anderer Währung zu erhebenden Anspruchs zu berechnen ist, dem Willen des Gesetzgebers des Währungslandes habe unterwerfen wollen. Daß Vorschriften dieses Gesetzgebers, die eine Einwirkung auf das Schuldverhältnis bezwecken, nur innerhalb seines Herrschaftsbereiches wirksam sind, ist anerkannt von RG. 126, 196 = JW. 1930, 2209. Wer sich gegen eine Einwirkung derartiger Anordnungen ausländischer Gesetzgeber auf deutsche Schuldverhältnisse wehrt, tritt damit ein für die Wahrung der deutschen Souveränität gegenüber wirtschaftlichen Maßnahmen, die eine Waffe des Auslandes im Wirtschaftskampfe mit Deutschland darstellen. Die vorstehenden Ausführungen gelten insbes. für die Goldwertklausel, die in Amerika für unwirksam erklärt ist, während in England neuerdings eine Entscheidung des englischen Oberhauses sie für wirksam erklärt hat.

3. Die Tatsache, daß eine Schuld in fremder Währung begründet worden ist, kann neben anderen Umständen als ein Anzeichen dafür verwertet werden, daß die Anwendung des fremden Rechtes auf das Schuldverhältnis gewollt ist. Für sich allein aber reicht sie nach feststehender Rechtsprechung nicht dazu aus, um diesen Willen festzustellen. Wenn unter Deutschen für eine Schuld mit Erfüllungsort in Deutschland verabredet wird, daß die Schuld in fremder Währung zu bezahlen sei, so wird in aller Regel anzunehmen sein, daß deutsches Schuldrecht maßgebend ist. Nur diesen Fall will ich meinen nachstehenden Darlegungen zugrunde legen.

4. Die Frage, welche Einwirkung die Entwertung des Pfundes oder des Dollars auf ein Schuldverhältnis nach deutschem Rechte hat, kann unter verschiedenen Gesichtspunkten betrachtet werden. Abgesehen von dem Falle des Bezugs, in dem nach den zutreffenden Ausführungen von Schmalz der Gesichtspunkt des Schadenserfolges Platz greift, kommt in Frage einmal die Anwendung des Grundsatzes des § 242 BGB., sodann die Ziehung von Folgerungen aus einer Auslegung des die Schuld begründenden Rechtsgeschäfts. Auf § 242 können zwei Rechtsbehelfe zugunsten des Gläubigers gestützt werden, die Aufwertung unter entsprechender Anwendung der für die Aufwertung der Mark geltenden Vorschriften und ein Ausgleichsanspruch wegen Erschütterung der Geschäftsgrundlage. Schmalz er-

hört sich gegen eine Aufwertung. Seine Bedenken gegen diese halte ich für meine Person nicht für zutreffend, falls bei Abschluß des Vertrages beiderseits die Wertbeständigkeit des Pfundes oder des Dollars vorausgesetzt war. Dieser besondere Umstand rechtfertigt, schon das Maß der Entwertung, wie es bei dem Pfunde und bei dem Dollar stattgefunden hat, als ausreichend anzusehen. Ich kann aber darauf verzichten, dies näher darzulegen. Denn das RG., das den Gesichtspunkt der Aufwertung ablehnt, hat in dem Urteil v. 21. Juni 1933 einen Ausgleichsanspruch als begründet angesehen. Für diesen Anspruch ist aber § 242 ebenfalls maßgebend, und es ist, wie auch das RG. betont, im Ergebnisse daher im wesentlichen gleich, ob man die Grundsätze über die Aufwertung oder diejenigen über den Ausgleichsanspruch zur Anwendung bringt. War, wie ich es für die Anwendung der Aufwertung für geboten erachte, von beiden Teilen die Wertbeständigkeit des Pfundes oder des Dollars vorausgesetzt, so war dies die Geschäftsgrundlage, und es ist nach den vom RG. für die Fälle der Erschütterung der Geschäftsgrundlage aufgestellten Grundsätzen ein Ausgleichsanspruch gegeben. Besteht ein Ausgleichsanspruch, so ist unter Würdigung aller Umstände des Falles zu entscheiden, ob und inwieweit die Billigkeit einen Ausgleich erfordert. Das Anerkenntnis des Bestehens eines Ausgleichsanspruchs führt daher nicht zu einem in seiner Höhe festbestimmten Anspruch; sie macht insbes., was nicht ohne Grund beanstandet wird, die Entscheidung von den persönlichen Verhältnissen der Beteiligten abhängig. Man wird daher in erster Linie prüfen müssen, ob nicht aus einem anderen Gesichtspunkte wegen der Entwertung des Pfundes oder des Dollars ein Anspruch besteht, dessen Höhe nicht erst wie bei der Aufwertung nach billigem Ermessen des Richters zu bestimmen ist.

5. Die Frage, ob dem Gläubiger im Wege der Auslegung ein Anspruch zuzuerkennen ist, der ihn gegen die Nachteile der Währungsentwertung sichert, läßt sich auch in den Fällen aufwerfen, in denen der Inhalt der Schuldverpflichtung einfach auf einen bestimmten Nennbetrag in Dollar oder Pfund lautet. Zwar ist in diesen Fällen im allgemeinen der Inhalt der Schuld eindeutig bestimmt und für eine Auslegung kein Raum. Wenn aber die Parteien bei ihrer Verabredung übereinstimmend davon ausgegangen sind, daß es sich bei Pfund oder Dollar um eine Goldwährung handle, deren Beständigkeit außer Zweifel stehe, und wenn dieser Gesichtspunkt dafür bestimmend war, daß die fremde Währung zum Inhalt der Schuld gemacht worden ist, so ist zu fragen, ob nicht im Sinne dieses Vertrages das Papierpfund oder der Papierdollar etwas anderes sind als das Pfund oder der Dollar, auf welche die Schuldverpflichtung lautet. Kursschwankungen der fremden Währung berühren den Inhalt der Schuld nicht. Auch dann nicht, wenn sie die Folgen von gesetzlichen oder Verwaltungsmaßnahmen sind, die eine Änderung des Währungsrechts darstellen. Dies setzt aber voraus, daß durch die Änderung die Währung nicht eine andere wird, als sie zur Zeit des Vertrages war. Deshalb allein, weil die neue Währung die Währung desselben Landes ist wie die alte, ist es nicht dieselbe Währung. Die Frage, ob eine Identität der beiden Währungen vorliegt, kann je nach dem Inhalte des Schuldverhältnisses, dessen Beurteilung in Frage steht, verschieden beantwortet werden. Dies gilt insbes. bei der Ersetzung der Goldwährung durch eine Papierwährung. Bei der großen Bedeutung, welche die Eigenschaft als Goldwährung für den Inhalt einer Schuld haben kann, läßt sich der Standpunkt vertreten, daß für ein bestimmtes Schuldverhältnis Goldpfund und Golddollar etwas wesentlich anderes sei als Papierpfund und Papierdollar. Allerdings kann der Gesetzgeber bei der Bestimmung der Änderung der Währung anordnen, daß bei der Erfüllung von Schuldverpflichtungen das Papiergeld dem Goldgeld gleichgesehen werde. Dies ist aber eine Bestimmung über den Inhalt der Schuldverhältnisse, die nur wirksam ist, soweit das Schuldverhältnis der Gewalt des Gesetzgebers des Währungslandes unterliegt. Es handelt sich hier nicht, wie vielfach angenommen wird, um eine bloße Änderung des Wertes der fremden Währung, sondern um eine Ersetzung der im

Betrage bestimmten Währung durch eine andere Währung. Wenn daher die von mir gemachte Voraussetzung zutrifft, daß die Eigenschaft der fremden Währung als Goldwährung für die Vertragsschließenden wesentlich war — also keineswegs in allen Fällen, in denen der Vertrag auf fremde Währung lautet — so liegt eine Vertragslücke vor, falls die Goldwährung sich in eine Papierwährung verwandelt und für diesen Fall im Vertrag keine Vorsorge getroffen ist. Derartige Vertragslücken sind nach der feststehenden Rechtsprechung des RG. über die ergänzende Vertragsauslegung (vgl. hierzu den RGRKomm. zu § 157 BGB.) nach den für diese geltenden Grundsätzen auszufüllen. Man kann sich demgegenüber nicht, wie dies in dem Aufsatz von Hausmann geschieht, auf das Urteil des RG. v. 23. Juni 1927 (RG. 118, 370 = JW. 1927, 2289) berufen. Das Urteil des OLG. hatte in einem Falle, in dem die österreichisch-ungarische Staatesisenbahngesellschaft i. S. 1883 Schuldverreibungen ausgestellt hatte, nach deren Bedingungen die Zahlung der in Mark ausgedrückten Beträge in Wien oder in Budapest in Kronen zum Tageskurse der 20-Mark-Stücke oder in Berlin oder in Frankfurt in Mark deutscher Reichswährung zu leisten waren, angenommen, daß durch den Verfall der Mark eine Vertragslücke entstanden sei, die im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung ausgefüllt werden müsse. Das RG. hat diese Erwägung mißbilligt, weil sie darauf hinauslaufe, daß eine Vertragslücke stets dann angenommen werden müsse, wenn die vom Gläubiger erwartete Sicherung seiner Forderung sich später als ungenügend erwiesen habe. Daß der Gläubiger sich in seinen Erwartungen über die Sicherung seiner Forderungen getäuscht hat, begründet auch nach meiner Ansicht für sich allein keine Vertragslücke. Ich kann aber dem RG. darin nicht zustimmen, daß es sich bei dem Verfall der Mark nur hierum gehandelt hat. Die Bedeutung des Verfalles der deutschen Mark liegt nicht darin, daß der Wert der Mark sich bei Fortdauer der Grundlagen der Markwährung verringert hätte, vielmehr ist der für die Aufwertung (vgl. mein Buch „Das gesamte Aufwertungsrecht“, 5. Aufl., S. 160 ff.) und ebenso für die ergänzende Auslegung wesentliche Gesichtspunkt der, daß wir infolge Versagens der Gesetzgebung überhaupt keine richtige Währung mehr hatten und infolgedessen der Inhalt der Geldschuld ein unsicherer geworden war. Ebenso ist beim Pfund und beim Dollar nicht die Wertverminderung das Entscheidende, sondern die Ersetzung der früheren Währung (Goldwährung) durch eine andere (Papierwährung). Ob diese Änderung der Währung den Inhalt des Schuldverhältnisses berührt, ist nicht allgemein zu entscheiden, sondern hängt davon ab, ob nach dem Parteilwillen die Eigenschaft der Währung als Goldwährung wesentlich war oder ob es den Parteien darauf ankam, die jeweilige Währung eines bestimmten Landes als maßgebend anzusehen. Deshalb bedarf es zur Annahme einer Vertragslücke der Feststellung, in welchem Sinne die fremde Währung zum Gegenstande der Schuld gemacht ist. Im übrigen halte ich die angezogene Entscheidung des RG. ihrem Ergebnisse nach für richtig. Denn nach der vom RG. zugrunde gelegten Feststellung des BG. war auf das Schuldverhältnis, soweit das Zahlungsgeschäft in Betracht kam, deutsches Recht anzuwenden. Das deutsche Recht hat aber bezüglich der Rechtsfolge des Verfalles der Mark den Gesichtspunkt der Vertragslücke abgelehnt und die anderweitige Bestimmung des unsicher gewordenen Inhaltes des Schuldverhältnisses der Aufwertung überlassen. In dem vom RG. entschiedenen Falle konnte daher nur eine Entscheidung nach Aufwertungsgrundsätzen in Frage kommen. Ebenso wird man, wenn englisches oder amerikanisches Recht zur Anwendung kommt, von einer ergänzenden Auslegung abzusehen haben. Ist dies aber nicht der Fall und ist nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses die Leistung von Goldgeld wesentlich, so steht man, wenn Goldgeld nicht mehr geleistet werden kann, vor der Frage, ob eine Befreiung des Schuldners von seiner Leistungspflicht wegen Unmöglichkeit der Leistung (§ 275 BGB.) anzunehmen oder eine ergänzende Auslegung für geboten zu erachten ist. Sieht man die Sache so an, so gewinnt die Frage der ergänzenden

Auslegung ein anderes Gesicht und man wird sich eher zu ihrer Zulassung entschließen.

6. Diesen Erwägungen kann nicht die Vorschrift des § 245 BGB. entgegengehalten werden, die für den Fall, daß Zahlung in einer bestimmten Münzsorte bedungen ist, daß aber diese Münzsorte nicht mehr im Umlauf ist, bestimmt, daß die Zahlung so zu leisten ist, wie wenn die Münzsorte nicht bestimmt wäre. Denn es handelt sich unter der gemachten Voraussetzung, daß nach dem Parteivillen die Eigenschaft der Währung als Goldwährung wesentlich war, nicht um das Verschwinden einer Münzsorte einer bestehenbleibenden Währung, sondern um den Wegfall der vereinbarten Währung. Deshalb kann § 245 nicht angewendet werden; diese Vorschrift ist insbesondere insofern bedeutungsvoll, als sie den Willen des Gesetzgebers erkennen läßt, daß bei Währungsänderungen nicht die Vorschrift des § 275 angewendet werden soll, daß vielmehr ermittelt werden soll, was an Stelle der unmöglich gewordenen Leistung zu leisten ist. Für den Fall, daß nur eine Münzsorte aus dem Umlauf gezogen wird, bestimmt dies das Gesetz in § 245; für den Fall, daß die vereinbarte Währung nicht mehr besteht, bleibt nur übrig, im Wege der ergänzenden Auslegung zu bestimmen, was an Stelle der vereinbarten Leistung zu treten hat. Die ergänzende Auslegung braucht nicht notwendig dahin zu führen, daß einfach der Goldwert zu leisten ist, vielmehr ist nach den Umständen des Falles unter Berücksichtigung der mutmaßlichen Willensmeinung der Parteien zu bestimmen, was unter den veränderten Umständen als Inhalt der Leistung anzusehen ist.

Ich muß, um meine Ausführungen nicht allzu weit auszudehnen, darauf verzichten, mich näher mit den Ausführungen in RG. 103, 384 = JW. 1922, 1119 auseinanderzusetzen, wo eine Vereinbarung, daß Zahlungen in deutscher Goldwährung zu leisten sind, als eine Goldmünzklausel ausgelegt wird, und darf dies wohl tun, da diese Entscheidung aus einer Zeit stammt (11. Jan. 1922), in der der Grundsatz Mark gleich Mark noch in unbestrittener Geltung stand, außerdem aber in dem betreffenden Falle zur Zeit der Begründung der Schuld am 18. Aug. 1914, wie das RG. mit Recht hervorhebt, eine deutsche Goldwährung als Währungssystem nicht mehr bestand.

7. Die Anwendung der Grundsätze der Aufwertung und des Ausgleichsanspruchs führt zu einer Billigkeitsentscheidung. Das Gericht hat nach § 242 BGB. unter Berücksichtigung aller Umstände zu entscheiden, welcher Betrag als ein billiger Ausgleich der Belange beider Teile anzusehen ist. Auch die ergänzende Auslegung ergibt keinen durch Rechnung zu ermittelnden Zahlungsbetrag. Es muß zunächst festgestellt werden, ob nach dem Parteivillen die Eigenschaft des Pfundes oder des Dollars als Goldwährung wesentlich war, und das Gericht hat dann nach seinem Ermessen zu bestimmen, welche Leistung in Ergänzung des Vertrags dem Schuldner aufzuerlegen ist. Nur die Grundlagen der Ermessensentscheidung sind andere wie bei Aufwertung und Ausgleichsansprüchen; es kommt nicht darauf an, eine Billigkeitslösung zu suchen, sondern im Vordergrund steht die Erwägung, was die Parteien verständigerweise vereinbart haben würden, wenn ihnen die Vertragsklücke zum Bewußtsein gekommen wäre. Anders steht es in den Fällen, in denen bei Abschluß des Vertrages eine Vereinbarung getroffen ist, die bei richtiger Auslegung als Wertbeständigkeitsklausel zu betrachten ist; hier ist ein Zurückgehen auf den Grundsatz der ergänzenden Auslegung nicht notwendig und es wird ein durch Rechnung festzustellender Betrag geschuldet. Vereinbarungen dieser Art sind die in dem Aufsatze von Schmalz „Dollarmarktklausel“ und „Goldmarktklausel“ genannten Abreden. Bezüglich dieser Klauseln stimme ich im Ergebnisse der Auffassung von Schmalz zu<sup>1)</sup>.

8. Wenn eine Schuld auf Goldmark lautet und hinzu-

gefügt ist, daß als Goldmark  $\frac{10}{42}$  Dollar anzusehen seien, so kann kein Zweifel sein, daß der Dollar nur als Maßstab zur Errechnung des Goldwertes der übernommenen Schuld herangezogen wird. Neben der Menge des Feingoldes war der Dollar bis vor kurzem der gebräuchlichste Maßstab zur Bestimmung des Goldwertes einer Forderung in Verträgen, durch die eine wertbeständige Forderung begründet werden sollte. Auch in einer Reihe von Gesetzen ist die Goldmark dahin bestimmt, daß sie  $\frac{10}{42}$  Dollar gleichgesetzt wird. Der Zweck der Goldmarkklausel ist die Sicherung der Wertbeständigkeit durch die Zurückführung der Schuld auf eine bestimmte Goldmenge. Die Gleichsetzung der Goldmark mit  $\frac{10}{42}$  Dollar kann daher nicht den Sinn haben, daß bei einer Veränderung des Goldgehaltes des Dollars der jeweilige Goldgehalt maßgebend sein soll, vielmehr ist der zugesicherte Goldwert so zu verstehen, daß die Goldmenge zugrunde gelegt wird, die zur Zeit des Vertragschlusses den gesetzlichen Goldgehalt des Dollars darstellte und soviel mal  $\frac{10}{42}$  dieser Goldmenge zu leisten sind, als Goldmark versprochen sind.  $\frac{10}{42}$  Dollar ist nur ein anderer Ausdruck derselben Sache, die bei Verträgen, die auf Feingoldmengen abgestellt sind, mit  $\frac{1}{2700}$  kg Feingold bezeichnet wird. Der Berechnung des Goldgehaltes des Dollars bedarf es nicht, solange der gesetzliche Goldgehalt des Dollars unverändert bleibt. Solange dies der Fall ist, vereinfacht daher die Bezugnahme auf den Dollar die Berechnung gegenüber der Bezugnahme auf eine Feingoldmenge, indem die Umrechnung in die Reichswährung nach dem Goldpreise entbehrlich ist und an ihrer Stelle der Kurswert der nach dem Verhältnis 1 Goldmark gleich  $\frac{10}{42}$  Dollar errechneten Dollarmenge tritt. Daß der Goldgehalt des Dollars unverändert bleiben würde, war beim Vertragschluß vorausgesetzt. Trifft diese Voraussetzung nicht mehr zu, so kann die Forderung, deren Wertbeständigkeit gewollt war, nicht mehr nach dem Kurswert des Dollars, sondern nur noch nach dem Goldgehalt, den der Dollar zur Zeit des Vertragschlusses hatte, in Reichswährung umgerechnet werden. Da der gesetzliche Goldgehalt der Reichsmark unverändert geblieben ist, kommt es auf dasselbe hinaus, wenn der vereinbarte Nennbetrag der Goldmark in Reichsmark gezahlt wird.

9. Nicht anders ist die Rechtslage zu beurteilen, wenn die Schuld nicht auf Goldmark, sondern auf Reichsmark lautet, aber hinzugefügt ist, daß eine Reichsmark gleich  $\frac{10}{42}$  Dollar sei. Da  $\frac{10}{42}$  Dollar der gebräuchlichste Maßstab zur Errechnung der Goldmark war, kann diese Abrede nur dahin ausgelegt werden, daß eine Wertbeständigkeitsklausel gewollt ist, daß die Gleichheit von Reichsmark und Goldmark gewährleistet werden soll. Die Abrede ist also ebenso zu beurteilen wie die Goldmarkklausel. Nach dem durch Auslegung zu bestimmenden Willen der Parteien ist die Leistung eines bestimmten Goldwertes der Inhalt der Verpflichtung, und zwar bestimmt sich dieser Goldwert nach dem Goldgehalt des Dollars zur Zeit des Vertragschlusses. Zur Zeit stehen von Verpflichtungen der gedachten Art Obligationen der Vereinigten Stahlwerke im Vordergrund des Interesses. Daß hier bei der Verweisung auf den Dollar in der Tat ein bestimmter Goldwert, nicht aber der wechselnde Wert des Dollars gemeint war, scheint mir nach den von Springer: Berliner Börsenzeitung vom 27. Nov. 1933 über die Anleihebedingungen gemachten Mitteilungen nicht zweifelhaft zu sein. Denn in dem in diesen Bedingungen in bezug genommenen Vertrag v. 1. Juni 1926 ist ausdrücklich gesagt, „daß alle Umwandlungen von Dollar in Reichsmark oder von Reichsmark in Dollar zum Kurse von 1 Reichsmark gleich 0,238 Dollar in Goldmünze der USA. von dem am 1. Juni 1926 bestehenden Goldwerts- und Feingehaltsstandard vorgenommen werden“.  $\frac{10}{42}$  Dollar ist gleich 0,238 Dollar (genauer 0,2381). Entscheidend ist also nach dem Parteivillen der gesetzliche Gehalt des Dollars an Feingold, wie er am 1. Juni 1926 bestand. Deutlicher kann der Sinn der Klausel als einer Wertbeständigkeitsklausel nicht gekennzeichnet werden. Da die Reichswährung an dem alten Goldgehalt der Mark festgehalten hat, sind daher die auf Reichsmark gleich  $\frac{10}{42}$  Dollar lautenden Schuldverschreibungen einfach zum Nennbetrag in Reichsmark zu erfüllen.

<sup>1)</sup> Der Schlusssatz des Aufsatzes, daß sämtliche Währungsgoldklauseln, auch wenn deutsches Recht anzuwenden ist, nicht anders behandelt werden können, als es in dem betreffenden Lande geschieht, scheint mir mit dem sonst festgehaltenen Standpunkt, daß das für das Schuldverhältnis geltende Recht maßgebend sei, nicht im Einklang zu stehen.

10. In der deutschen Rechtsprechung werden Goldmünzklauseln (Vereinbarung der Zahlung in Reichswährung, aber in Goldmünzen) anders behandelt wie Goldwertklauseln. Für die Goldmünzklausel wird die oben erwähnte Vorschrift des § 245 BGB. für anwendbar erachtet, so daß, da Goldmünzen nicht mehr im Umlauf sind, einfach deutsche Reichswährung als geschuldet angesehen wird. Die besondere Behandlung der Goldmünzklausel, die besonders bei Goldhypotheken in die Erscheinung getreten ist, steht im Zusammenhang damit, daß die Eintragung der Goldmünzklausel im Grundbuch von der Rechtsprechung für zulässig gehalten worden ist, weil sie daran, daß ein Reichswährungsbetrag geschuldet werde, nichts ändere. Ich lasse dahingestellt, ob diese Rechtsprechung bei Marktschulden gerechtfertigt ist. Bei Goldmünzklauseln, die für fremde Währungen in einem nach deutschem Rechte zu beurteilenden Schuldverhältnisse verab-

redet werden, liegt die Sache anders. Hier fehlt der Zusammenhang mit den Vorschriften des Grundbuchrechts. Es gewinnt daher die Anschauung, daß die Goldmünzklausel eine verschärfte Goldwertklausel darstelle, erhöhte Bedeutung. In der Tat liegt es nahe, in der Verabredung, daß in amerikanischen Goldmünzen zu zahlen sei, eine Betonung der Eigenschaft des Dollars als Goldwährung zu erblicken und daher entweder eine Goldwertklausel, verbunden mit der Verabredung der effektiven Zahlungsleistung, in Goldmünzen anzunehmen oder jedenfalls einen Fall als gegeben anzusehen, in dem nach den obigen Ausführungen eine ergänzende Auslegung wegen Wegfalls der Goldwährung einzutreten hat. Bezüglich der Goldmünzklausel vermag ich daher den Ausführungen von Schmalz, der für den Fall der Dollar-Goldmünzklausel annimmt, daß die Schuld dem Schicksal der Dollarwährung folge, nicht beizutreten.

## Ehebruch ohne eheliche Gemeinschaft?

### Zugleich eine Darstellung der ungarischen Rechtsprechung und ein Beitrag zum Kapitel „Dynamik im Recht“.

Von Rechtsanwält Dr. Ernst Katinszky, Berlin.

#### I. Ein alltäglicher Tatbestand.

Der ehebrecherische Mann verläßt, ohne daß sie ihm einen Grund gegeben hätte, seine Frau und setzt seine Beziehungen zu anderen Frauen fort. Der von der Ehefrau angestrebte Scheidungsprozeß dauert ungewöhnlich lange, oder aber: die Ehefrau will sich nicht scheiden lassen, z. B. mit Rücksicht auf vorhandene Kinder oder um nicht ihre Erb- oder Pensionsansprüche zu verlieren, oder weil Gefahr besteht, daß ihre Unterhaltsansprüche durch eine neue Ehe ihres Mannes geschmälert würden. Nach jahrelanger makelloser Führung „betrügt“ die Frau in einer schwachen Stunde ihren Mann. Dieser klagt bzw. erhebt Widerklage auf Scheidung wegen Ehebruchs.

#### II. Das Urteil.

a) Entsprechend der einhelligen bisherigen deutschen Rechtsprechung wird das Urteil lauten:

Die Ehe wird geschieden, die Ehefrau ist schuldig (ob allein- oder mitschuldig, ist praktisch bedeutungslos, die Folge ist in jedem Falle Verlust aller Erb- und Unterhaltsansprüche). Begründung: Ehebruch, absoluter Scheidungsgrund.

b) Nach dem Rechtsempfinden des Volkes, soweit ich hierüber Feststellungen treffen konnte, und nach meinem eigenen Rechtsempfinden müßte die Klage des Ehemannes abgewiesen werden, weil eine „Schuld“ der Ehefrau nicht vorliegt, oder doch nur eine so geringfügige, daß sie angesichts des Verhaltens des Ehemannes nicht ins Gewicht fallen kann.

#### III. Der Weg zur Beseitigung des Gegensatzes zwischen Rechtsprechung und Rechtsempfinden.

Da man sich, soweit ich feststellen kann, in der (deutschen) Rechtswelt nicht mit der Frage beschäftigt hat, wie dieser Gegensatz zu beseitigen sei, nehme ich an, daß man eine Erörterung der Frage angesichts des positiven Rechts (§ 1565 BGB.) für überflüssig halten zu können glaubte. Man nimmt offenbar an, hier könne ohne Gesetzesänderung nicht geholfen werden.

Sehr zu Unrecht! Das geltende Recht führt bei sachgemäßer Anwendung zu völlig befriedigender Lösung. Nicht Änderung des gesetzlichen Rechts, sondern Änderung seiner Anwendung ist erforderlich und, wie ich darzulegen hoffe, möglich.

#### IV. Der Begriff des „Ehebruchs“ im Sinne des § 1565 BGB.

Schrifttum und Rechtsprechung begnügen sich mit der Feststellung, daß das Gesetz den Begriff des Ehebruchs als

bekannt voraussetze und daß das BGB. unter „Ehebruch“ dasselbe verstehe wie § 172 StGB. (Motive zum Entwurf des BGB. IV, 582; Protokolle IV, 400; RGW. 1914 Nr. 123), nämlich den (außerehelichen) Beischlaf zwischen zwei Personen verschiedenen Geschlechts, von denen wenigstens eine verheiratet ist (Staudinger § 1565 Bem. 1a; Ebermayer § 172 Bem. 1; RG.: JW. 1902, Beil. S. 215 Nr. 60). Mit der Erörterung von technischen Fragen der Beischlafvollziehung wird die Behandlung des Begriffs Ehebruch im wesentlichen als erledigt betrachtet (vgl. die oben angeführten Stellen; ferner sogar die Einzeldarstellung Schreiber, Der Ehebruch als Ehehindernis- und Ehescheidungsgrund. Dissertation Leipzig 1905 S. 48 ff.).

Nicht angeschnitten wird und unerörtert bleibt die Frage, ob der Ehebruch begrifflich das Bestehen der ehelichen Gemeinschaft voraussetzt. Die ausgedehnten Erörterungen über die Frage, ob die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft durch Urteil gemäß § 1575 BGB. die Ehe dem Bande nach auflöse und im Falle einer solchen Aufhebung Ehebruch möglich sei (vgl. z. B. Schreiber a. a. D.; Ebermayer § 172 Bem. 3), haben mit der von mir aufgeworfenen Frage, ob grundsätzlich Ehebruch nur bei bestehender ehelicher Gemeinschaft möglich ist, nichts zu tun: dort wird die Frage untersucht, ob trotz des Urteils noch eine Ehe besteht, die gebrochen werden könnte, während hier das Bestehen der Ehe Voraussetzung der Erörterung ist.

Bejaht man die Frage, ob Ehebruch nur bei ehelicher Gemeinschaft möglich ist, so kommt man zu dem billigen Ergebnis: der außereheliche Beischlaf eines Ehegatten ist, falls die eheliche Gemeinschaft nicht besteht, nicht absoluter Scheidungsgrund, sondern nur nach § 1568 BGB. zu beurteilen (in dem eingangs gebildeten Beispiel käme man also zwingend zur Klageabweisung, da die Ehefrau die Zerrüttung der Ehe nicht verschuldet hat). Aus dieser Erkenntnis allein schon ergibt sich unabwieslich die Beantwortung der aufgeworfenen Frage im bejahenden Sinne, wenn nicht zwingende Gründe entgegenstehen. Denn der Diener am Recht, insbes. der Richter, hat unter den möglichen Auslegungen des Gesetzes diejenige zu wählen, die zu befriedigenden Ergebnissen führt. Zu befriedigenden Ergebnissen führt aber die bisherige Auslegung nicht, die im wesentlichen als Ausfluß kirchlicher Anschauungen über den Bruch der Ehe als eines eingesehten Sakramentes zu erklären sein dürfte.

Ist nun die Bejahung der aufgeworfenen Frage möglich oder stehen zwingende Gründe entgegen? Es ließe sich sagen, eine gesetzliche Begriffsbestimmung sei absichtlich unterlassen worden, weil der Begriff Ehebruch bekannt und

eindeutig sei. Soweit mit diesem Einwand auf den allgemeinen Sprachgebrauch verwiesen wird, steht er der einschränkenden Auslegung des Begriffes durch den Richter nicht entgegen: die Fälle, in welchen sich die Wege des allgemeinen und des juristischen Sprachgebrauches trennen oder überhaupt von Anfang an nicht gleichgelaufen sind, sind ja, was an und für sich bedauerlich sein mag, häufig (z. B. Besitz statt Eigentum, Leihe statt Miete, Miete statt Pacht usw.). Sogar kommt, daß der Begriff Ehebruch in seiner derzeitigen Bedeutung sehr wahrscheinlich erst aus der Juristensprache in den allgemeinen Sprachgebrauch übernommen worden sein dürfte und der Laie ohne diese Verbindung z. B. in dem eingangs wiedergegebenen Fall möglicherweise nicht von einem „Ehebruch“ der Frau sprechen würde. Die Wörterbücher ergeben überraschenderweise, daß die Wörter „ehbrechen“ und „Ehebruch“ erst verhältnismäßig spät im deutschen Sprachschatz nachzuweisen sind, beziehenderweise befindet sich unter den frühesten Fundstellen die Übersetzung eines der ersten Gesezeswerke, nämlich der Zehn Gebote (vgl. Grimmsches Wörterbuch Bd. III, Leipzig 1862, unter „Ehbrecher“, „Ehbrecher“ und „Ehebruch“). Soweit aber der obige Einwand auf den jahrtausendalten juristischen Sprachgebrauch abzielt, bedeutet er praktisch nichts anderes als die Verweisung auf jahrtausendaltes „Gesetz und Recht“, das, soweit es sich „wie eine ewige Krankheit fort-erbt“, auch nicht auf dem Umweg über die Auslegung des geltenden Rechts übernommen werden darf.

Es steht somit nichts im Wege, den Begriff des Ehebruchs im Sinne des § 1565 BGB. dahingehend auszu-legen, daß er nur möglich ist bei bestehender ehelicher Gemeinschaft (das gleiche hätte für § 172 StGB. zu gelten, was aber praktisch bedeutungslos ist, da diese Bestimmung voraussetzt, daß die Ehe wegen des Ehebruchs geschieden ist).

#### V. Gleiches Recht, aber vorbildliche Anwendung in Ungarn.

Vermutlich hätte auch ich, wie Tausende vor mir, trotz der stets empfundenen Unzufriedenheit, die ererbte Rechtsprechung als eine gegebene und unabänderliche Tatsache hingenommen und mich mit ihr abgefunden, wenn nicht die Beschäftigung mit dem ungarischen Recht mich eines Besseren belehrt hätte: bei fast wörtlich mit § 1565 (Abs. 1) BGB. übereinstimmender gesetzlicher Regelung ist die jahrzehntelange unangefochtene Gesetzesanwendung in Ungarn von der deutschen insofern grundverschieden, als sie die eheliche Gemeinschaft zur Voraussetzung des Ehebruchs macht.

Ich stelle die Bestimmungen der beiden Rechte einander gegenüber:

##### § 1565 Abs. 1 BGB.:

Ein Ehegatte kann auf Scheidung klagen, wenn der andere Ehegatte sich des Ehebruchs oder einer nach den §§ 171, 175 StGB. strafbaren Handlung schuldig macht.

(Abs. 2 interessiert hier nicht.)

##### § 76 des ungarischen Ehegesetzes (Gesetzartikel XXXI vom Jahre 1894):

Die Scheidung der Ehe kann diejenige Ehehälfte verlangen, deren Ehegatte Ehebruch oder wider-natürliche Unzucht begeht, oder, wissend, daß ihre Ehe noch besteht, eine neue Ehe schließt.

(Der Paragraph enthält nur diesen einen Absatz, eine dem § 1565 Abs. 2 BGB. entsprechende Bestimmung fehlt im ungarischen Recht.)

Und nachstehend Entscheidungen aus der unverändert gebliebenen Rechtsprechung des höchsten ungarischen Gerichtshofs, der königlich ungarischen Kurie in Budapest aus vier Jahrzehnten:

„Ein während des Getrenntlebens der Ehegatten mit einer dritten Person stattgehabter Beischlaf sowie ein solcher, der nicht Grund zur Aufhebung der Lebensgemeinschaft war, ist kein Ehebruch, daher kein Scheidungsgrund gemäß § 76 des G. XXXI vom Jahre 1894“ (Entsch. v. 28. Sept. 1899, Aktenzeichen 672/99, abgedruckt in deutscher Sprache bei Bad, „Das ungarische Ehegesetz“, Wien 1910, S. 49).

„Der in § 76 EheG. erwähnte Ehebruch bildet nur dann einen zwingenden Scheidungsgrund, wenn er bei be-

stehender Lebensgemeinschaft begangen wird. Wegen der Tatsache, daß die Ehefrau während des Getrenntlebens ein uneheliches Kind geboren hat, kann die Ehe nur auf Grund von § 80 Abs. a) EheG. (vorläufige schwere Verletzung der ehelichen Pflichten, relativer Scheidungsgrund. Nam. des Verf.) geschieden werden“ (Entsch. v. 27. Sept. 1905, Aktenzeichen 4603/05, abgedruckt bei Bad a. a. D.).

„Die in § 76 EheG. niedergelegte Rechtsregel ist im Falle des Ehebruchs nur in den während des Zusammenlebens der Ehegatten begangenen Fällen und auch nur dann anzuwenden, wenn der vorgeworfene Ehebruch den Grund zum Getrenntleben gegeben hat“ (Entsch. aus dem Jahre 1912, Aktenzeichen P III 2857/12, in deutscher Sprache nicht abgedruckt. [Ungarische] privatrechtliche Entscheidungssammlung M. D. = Magánjogi döntvénytár VII 164).

„Der in § 76 EheG. vorgeschriebene zwingende Scheidungsgrund des Ehebruchs liegt nur dann vor, wenn der eine Ehegatte — außerehelich — der fremden Person während des Zusammenlebens der Ehegatten beivohnt und wenn das Zusammenleben der Parteien aus diesem Grunde aufhört“ (Entsch. v. 26. Jan. 1926, Aktenzeichen P III 1220/25, M. D. XIX 81; ähnlich v. 7. Febr. 1929, P III 690/28 Uj. D. = Neue Entscheidungssammlung XXII 564).

(Vgl. auch die — deutschsprachige — Darstellung des ungarischen Rechts von Révay in Leske-Boewenfeld, Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr, Bd. IV, Das Eherecht der europ. Staaten und ihrer Kolonien, 2. Aufl., I. Teil, Berlin 1932, S. 271.)

Diese Entscheidungen, lapidar und souverän, sprechen für sich. Es sind Urteilsprüche eines wahrhaft königlichen Richters, der nicht Sklave des Gesetzes ist, sondern es beherrscht, ohne ihm Gewalt anzutun (außer der Befragung der Frage, ob Ehebruch eheliche Gemeinschaft voraussetzt, ist an den Entscheidungen bemerkenswert, daß ohne gesetzliche Anhaltspunkte ein weiteres Erfordernis des Ehebruchs als absoluten Scheidungsgrunds aufgestellt wird: Aufhebung der Ehegemeinschaft auf Grund des Ehebruchs).

Um der Gerechtigkeit willen sei ein Lichtblick im deutschen Recht, wenn auch nur de lege ferenda, hier verzeichnet: Der vom Ehebruch handelnde § 339 Abs. IV des Entw. von 1919 zu einem deutschen StGB. bestimmt: „War zur Zeit der Tat die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten aufgehoben, so kann von Strafe abgesehen werden“ (Entw. zu einem deutschen StGB., II. Teil, Berlin 1920). Ein Beweis dafür, daß die Unbilligkeit der gegenwärtigen, wenn auch nur der strafrechtlichen Rspr. auch dem Gesetzgeber zum Bewußtsein gekommen ist.

Indes, wie dargetan, bedarf es gar keiner Gesetzesänderung, sondern nur einer Änderung der Gesetzesanwendung.

#### VI. Nutzenanwendung auf ein aktuelles Thema: Dynamik im Recht.

Das Gesagte erscheint mir geeignet, in einem wesentlichen Punkte die Diskussion über das Thema „Dynamik im Recht“ auf eine feste Grundlage zu stellen und ein Auseinandervorbeireden zu verhindern.

Fehr beginnt seine anregende Schrift „Das kommende Recht“ (Berlin und Leipzig 1933) mit der These: „Das kommende Recht ist das dynamische Recht“ (S. 3 a. a. D.).

Soweit er hierbei unter „Recht“ nicht als Recht im weiteren Sinne Rechtsgestaltung durch Gesetzgebung und Rspr., sondern auch das gesetzte Recht verstanden wissen will, kann ich ihm nicht beipflichten. Verschiedene Stellen der Schrift ergeben, daß er auch das gesetzte Recht der Unterscheidung in statisches und dynamisches für fähig hält, z. B. S. 6 Abschn. 4 Abs. 1 „dynamische Kräfte ... im Gesetz“; S. 12 Abschn. 5 Abs. 1: im Titel des Abschnitts ist zwar die Rede von „Dynamik in der Gesetzgebung“, im übernächsten Satz aber davon, daß „die Gesetze noch allzu statisch aufgebaut“ seien; S. 18: „Ein klassisches Beispiel für das richtige Zusammenwirken statischer und dynamischer Grundsätze bietet das KrbhofG. v. 29. Sept. 1933“.

Meine Ansicht ist: das gesetzte Recht ist ebensowenig in statisches oder dynamisches zu unterscheiden wie eine Geige oder ein sonstiges Instrument. Statisch oder dynamisch kann

nur sein der Instrumentenbauer (der Gesetzgeber) und der Künstler (der Gesetzesanwender, insbes. Richter und Anwalt). Aufgabe des Gesetzgebers ist es, ein zur dynamischen Anwendung möglichst geeignetes Gesetz (höchstens in diesem Sinne könnte man also ungenau von einem dynamischen Gesetz sprechen) zu schaffen und den Erfordernissen des Lebens entsprechend das Gesetz „mit den neuesten Erfindungenschaften der Technik“ zu versehen. Ein Meister, derjenige Gesetzgeber, der ein modulationsfähiges, die Jahrzehnte überdauerndes Gesetzesinstrument herstellen kann! Aufgabe des Gesetzesanwenders ist es, das Gesetz dynamisch anzuwenden und das Gesetzesinstrument, mag es vom Gesetzgeber einmal nicht auf der Höhe der Technik erhalten worden sein, meisterhaft zu führen. Ein Meister wird auch mit einem

flüchtigen Instrument Meisterhaftes gestalten, wie umgekehrt ein Stümper mit einem noch so guten Instrument nur Stümperei zustande bringen wird.

Der Gesetzgeber, in diesem Falle kein sehr dynamischer, hat dem deutschen und dem ungarischen Richter in Gestalt des § 1565 I BGB. = § 76 EheG. das gleiche Instrument in die Hand gedrückt. Die Entscheidung darüber, wer von den beiden Richtern das Instrument bisher besser gehandhabt und das größere Maß an Dynamik aufgebracht hat, kann nicht zweifelhaft sein.

Möge der deutsche Gesetzesanwender, insbes. der deutsche Richter, nicht zu stolz sein, in Zukunft die von den Richtern des befreundeten ungarischen Volkes gezeigte dynamische Handhabung sich zu eigen zu machen.

## Neugestaltung des Urheberrechts.

Von Oberlandesgerichtsrat Karl Wilhelm, Zweibrücken.

Die Reichsregierung ist mit Wirkung v. 21. Okt. 1933 der auf der Konferenz in Rom am 2. Juni 1928 geänderten Fassung der Berner Übereinkunft zum Schutze von Werken der Literatur und Kunst beigetreten. Den Beitritt hat die Reichsregierung am 31. Okt. 1933 im RGBl. II Nr. 47 S. 889 veröffentlicht lassen. Dies ist geschehen, ohne daß vorher die innere Gesetzgebung des Reiches mit dem Staatsvertrag in Einklang gebracht worden ist. Das Reichsjustizministerium hat einen Entwurf ausgearbeitet. Aber es bestehen große Schwierigkeiten, die Gesetzgebung der neuen Technik der Bühnenwerke, insbes. bei Herstellung von Tonfilmwerken anzupassen. Denn hier ist in einem bisher nicht geübten Maße die Zusammenarbeit von Dichter, Komponist, Regisseur und ausübendem Künstler notwendig und ihre oft gegenteiligen Interessen gilt es zu vereinigen. Der in Rom verfaßte Wortlaut der Berner Übereinkunft ist auch nicht in der sonst üblichen Weise als Reichsgesetz veröffentlicht worden. Es drängt sich daher die Frage auf, ob die Bestimmungen der Übereinkunft, soweit sie mit dem bisherigen Recht nicht übereinstimmen und neben dem LitUrHG. und dem KunstSchG. oder an Stelle dieser beiden gelten. Die römische Fassung der Berner Übereinkunft soll in Deutschland mit der Veröffentlichung im RGBl. unmittelbar Gesetz sein (vgl. Schlegelberger: JahrbDR. 1930, 789: die Sätze einer derartigen Übereinkunft sind revivibles Reichsrecht). Dabei ist natürlich vorausgesetzt, daß die Erfordernisse für den Erlass eines Reichsgesetzes auch hinsichtlich des Staatsvertrages erfüllt sind. Die Reichsgesetze können nach dem noch vom Reichstag unter Zustimmung des Reichsrats beschlossenen und verkündeten Gesetze zur Behebung der Not von Volk und Reich v. 24. März 1933 (RGBl. I Nr. 25 S. 141) auch durch die Reichsregierung allein beschlossen werden. Verträge des Reichs mit fremden Staaten, die sich auf Gegenstände der Reichsgesetzgebung beziehen, bedürfen nicht der Zustimmung der an der Gesetzgebung beteiligten Körperschaften. Die in Rom am 2. Juni 1928 beschlossene Fassung der revidierten Berner Übereinkunft ist nicht wie die Fassung v. 13. Nov. 1908 durch ein AusfGes. (v. 22. Mai 1910 [RGBl. 793]) in Kraft gesetzt, der Beitritt nicht durch Reichsgesetz beschlossen worden (wie die Übereinkunft von Montevideo [RGBl. II, 1927, 95 u. 883]). Der Bekanntmachung der römischen Fassung sind auch nicht die jetzt üblichen Einleitungsworte der Reichsgesetze beigelegt worden, daß die Reichsregierung das Gesetz beschlossen habe, das verkündet wird. Trotzdem ist die Übereinkunft selbst gültiges Reichsgesetz. Daß die Unterhändler, die die Übereinkunft am 2. Juni 1928 in Rom unterzeichnet haben, von ihren Regierungen dazu ermächtigt waren, besagt die Einleitung der Übereinkunft. Damit ist das gentlemen's agreement zustande gekommen. Nach dem Ges. v. 24. März 1933 bedarf ein Reichsgesetz nur eines Beschlusses der Reichsregierung, der Ausfertigung durch den Reichskanzler und der Verkündung im RGBl. Die erste und dritte Voraussetzung sind sichtlich erfüllt. Es ist anzunehmen, daß auch die Ausfertigung des

Reichskanzlers erteilt wurde, da ja der Beitritt zur Übereinkunft auf einem Beschluß der Reichsregierung beruht, wie die Veröffentlichung v. 31. Okt. 1933 erkennen läßt.

Über die unmittelbare Wirkung der Übereinkunft auf die innerstaatliche Gesetzgebung hat sich hinsichtlich des italienischen Rechts eines der italienischen Delegationsmitglieder, der auch in Deutschland bekannte Urheberrechts-Spezialist Universitätsprofessor Mario Ghiron in einem Aufsatz in der italienischen Zeitschrift „Il Diritto di Autore“ (1931, 299 ff.) und in den „Studi di Diritto Industriale“ (1933 XI Heft 1/2) geäußert. Der römische Wortlaut der Übereinkunft hat in Italien eine Änderung der bisher geltenden WD. mit Gesetzeskraft vom 7. Nov. 1925 notwendig gemacht. Ghiron erwähnt dabei die Möglichkeit einer verschiedenen Beurteilung des Urheberbegriffs. Auch die römische Fassung stellt den Urheberbegriff nicht fest, sondern überläßt ihn stillschweigend der innerstaatlichen Gesetzgebung. Der Urheberbegriff kann nicht bei dem Werk eines Einzelverfassers, wohl aber bei einem Sammelwerk, beim Zusammenwirken von Verfassern, Darstellern und Technikern wie beim Tonfilm und bei vertragsmäßiger Übertragung an einen Dritten, also auch eine juristische Person zweifelhaft sein. Es ist interessant zu beobachten, daß selbst auf dem Sondergebiet des Urheberrechts, wo doch die Beteiligten aller Kulturländer einheitlichen Schutzes auf einem möglichst großen Gebiet erstreben, die zwischenstaatliche Regelung Schwierigkeiten bereitet. Viele Regierungen und nationale Interessentenvertretungen widerstreben einer durch zwischenstaatliche Vereinbarung notwendig gewordenen Änderung der innerstaatlichen Gesetzgebung. Tatsächlich können die Rechte der eigenen Staatsangehörigen durch zwischenstaatliche Regelung beeinträchtigt werden. So könnten, wie Ghiron berichtet, die italienischen Verfasser eines Gebetbuchs, das ein französischer Bischof herausgibt, in Italien bei der eigenen Veröffentlichung verfolgt werden müssen, weil nach internationalem Privatrecht auch in Italien der französische Bischof als Urheber gilt. Dieses unbefriedigende Ergebnis kann auch bei vertraglicher Übertragung der Rechte an einem Sammelwerk und bei Herstellung eines Tonfilms, an der Schriftsteller, Musiker, Darsteller und Regisseure mitwirken müssen und wobei meistens die Urheberrechte auf die Filmgesellschaft übertragen werden, also in einem praktisch häufigen Fall, entstehen. In dem von Ghiron berichteten Falle würde ich mir, um dieses Ergebnis zu vermeiden, mit der Gedankenoperation helfen, die man im internationalen Privatrecht die Qualifikation nennt. Danach kann in Art. 4 der alten und der neuen Übereinkunft (die neue gilt in Frankreich nicht) das Wort „auteur“ nicht wie in der amtlichen deutschen Übersetzung mit Urheber, sondern auch mit Verfasser übersetzt werden und dann werden wieder die italienischen Verfasser geschützt, auch wenn sie nicht Urheber im Sinne des Gesetzes sind. Nach dem deutschen Rechtszustand kann der Fall eintreten, daß auf Grund des Art. 11 bis der neuen Übereinkunft die funktellektische Verbreitung eines Werkes ausländischen

Ursprungs, die dem ausländischen Urheber nach der Übereinkunft vorbehalten ist, bei Verbreitung durch andere Personen verboten werden muß, während deutsche Urheber sich die funktelektrische Verbreitung in Deutschland mit Rücksicht auf die reichsgerichtliche Rechtsprechung (RG. 136, 377) gefallen lassen müssen. Allerdings können sie sie im Ausland auf Grund des Art. 11 bis der Übereinkunft verbieten. Zur Zeit sind also in Deutschland ausländische Urheber besser geschützt als deutsche. Denn ausländische Urheber haben infolge der Beitrittserklärung einen Anspruch auf Schutz im Rahmen der römischen Fassung. Es ist allerdings noch der Ausweg gegeben, die Rechtsprechung mit Rücksicht auf die inzwischen eingeführte römische Verfassung zu ändern und die deutschen Urheber den ausländischen gleichzustellen. Solche Beispiele mahnen bei zwischenstaatlicher Regelung zur Vorsicht. Andererseits kann auch zu später Beitritt eines Landes zur Urheberrechtsunion die Rechte der eigenen Staatsangehörigen schädigen. Das war bei Schweden der Fall, dessen Regierung durch Unterlassung rechtzeitiger Regelung ihrem Mitbürger Strindberg zwar durch Freiheit der Übersetzung in Deutschland zur Berühmtheit verholfen, ihn und seine Erben aber finanziell geschädigt hat (vgl. RG. 102, 134; 111, 16 = JW. 1925, 2458).

Die Änderungen, die der römische Wortlaut bringt, sind im deutschen Schrifttum verschieden beurteilt worden (JW. 1932, 2230; DZ. 1932, 1264; 1934, 104; Schlegelberger: JahrbDR. 1928, 721; JurRdsch. 1933 Heft 16/17).

Als Hauptfortschritt wird die ausdrückliche Feststellung des moralischen Rechts des Urhebers genannt, sich jeder seiner Ehre oder seinem Ruf abträglichen Änderung des Werkes zu widersetzen (Art. 6 bis der römischen Fassung). Soweit nicht unsere bisherige Ausgestaltung des Persönlichkeitsrechts bereits Vorkehrung getroffen hat, wird es schwer sein, dieses notwendigerweise etwas unbestimmt gefasste Recht brauchbar zu handhaben. Was dem künstlerischen Ruf eines Verfassers abträglich ist, wird wohl durch Sachverständige festgestellt werden müssen. Dabei werden wieder die Praktiker (Juristen, Verleger, Theaterdirektoren, Filmregisseure) über den leicht verletzlichen Ehrgeiz des Künstlers und die Künstler über die Verständnislosigkeit der Bananen zu klagen wissen. Nach dem gegenwärtigen Stande der deutschen Gesetzgebung wäre zur Feststellung des moralischen Rechts des Verfassers die Aufnahme einer Bestimmung hinter § 11 UrhG. und hinter § 15 KunstSchG. in der Fassung des Art. 6 bis Abs. 1 als § 11 Abs. 4 und § 15 Abs. 3 angezeigt. Um die Bedingungen für die Ausübung des moralischen Rechtes des Verfassers (Abs. 2 des Art. 6 bis) festzulegen, wäre eine Bestimmung unter dem Abschnitt „Rechtsverletzungen“ als § 43a UrhG. und § 45a KunstSchG. einzuschalten: „Die Bestimmungen des §§ 36—47“ („§§ 31—45“ beim KunstSchG.), „finden auch bei schuldhafter Verletzung des moralischen Rechtes des Verfassers“ („§ 11 Abs. 4“ UrhG. und „§ 15 Abs. 3“ KunstSchG. „Anwendung. An Stelle des Schadenersatzes kann auch eine billige Entschädigung in Geld verlangt werden. Für diesen Anspruch gelten die Bestimmungen des § 847 Abs. 1 BGB.“ Bei Zusammenfassung der beiden Urheberrechtsgesetze, wie sie im Entwurf vorgesehen ist, wäre die Bestimmung natürlich nur an einer Stelle anzubringen.

Eine Neuerung der römischen Übereinkunft besteht bei dem Schutze der Reden, Vorträge und Predigten. Bisher waren in Deutschland Reden nach § 11 Abs. 3 und § 17 UrhG. geschützt. Eine Änderung ist nicht unbedingt erforderlich, höchstens wäre in § 11 Abs. 3 hinter „... eines Vortrags“ einzuschalten: „einer Rede, einer Predigt oder eines Werkes gleicher Art“. § 17 Abs. 1 Ziff. 1 hätte etwa folgende Fassung zu erhalten: „die Wiedergabe eines Vortrags, einer Rede, einer Predigt oder eines Werkes gleicher Art, sofern die Darbietung öffentlich erfolgte“. Abs. 2 des § 17 wäre wie Satz 2 Abs. 2 in Art. 2 bis der Übereinkunft zu fassen.

Für den Schutz von Werken mehrerer Urheber (Art. 7 bis der Übereinkunft) haben in Deutschland bereits der § 30 UrhG. und § 27 KunstSchG. Vorkehrung getroffen. Es wären also höchstens für Werke ausländischer Urheber mit geringerer Schutzfrist und für Übersetzungen solcher Werke (vgl. RG.

102, 134; 111, 16 = JW. 1925, 2458 über die Strindberg-Übersetzung) Bestimmungen zu erlassen. Diesen Fall regelt jedoch Art. 7 bis selbst, so daß sich eine eigene Vorschrift in einem deutschen Gesetz erübrigt.

Wegen der funktelektrischen Verbreitung von Werken der Literatur und Kunst gemäß Art. 11 bis der Übereinkunft, womit auch der Rundfunk bereits berücksichtigt ist, wäre es angezeigt, in § 12 UrhG. eine Ziff. 7 und in § 14 KunstSchG. eine Ziff. 6 des Inhalts einzuschalten: „die Mitteilung an die Öffentlichkeit durch funktelektrische Verbreitung“. In § 15 KunstSchG. wäre hinter: „... optischer Einrichtungen vorzuführen“ einzusetzen: „oder durch funktelektrische Verbreitung, wenn auch nicht gewerbmäßig, der Öffentlichkeit mitzuteilen“. Es wäre vielleicht auch angezeigt, die Zwangslizenz nach § 22 UrhG. auch auf die Verbreitung durch den Rundfunk zugunsten der deutschen Rundfunkgesellschaften auszudehnen.

Bezüglich des Nachdrucks von Zeitungen und Zeitschriftenartikeln wäre § 18 UrhG. dem römischen Wortlaut des Art. 9 anzupassen.

Die in letzter Zeit durch technische Fortschritte auftauchende Hauptschwierigkeit ist der wirksame Schutz der wirklich schaffenden Geistesarbeit bei Herstellung von Tonfilmen, bei denen Verfasser (Schriftsteller und Komponisten), Darsteller, Techniker und Unternehmer in einem Maße zusammenwirken, wie man dies früher, auch beim Theater nicht gekannt hat. Hier geht die Zeitrichtung nach Übertragung der Urheberrechte auf den Unternehmer, der ungeheure Kosten vorschleusen muß, ohne die das Werk überhaupt keinen finanziellen Nutzen abwirft. Der einsam schaffende Künstler ist und war stets eine seltene Erscheinung. Der gewaltige Dante hat betteln gehen müssen und wie schlecht ist es dem jungen Schiller gegangen. Die Drehbuchverfasser und Komponisten werden in ihren finanziellen Interessen heute durch ihre Organisationen wirksam geschützt. Wegen die künstlerische Mißgestaltung ihres Werkes können die schaffenden Künstler sich schützen, indem sie die Erlaubnis zur Änderung ihrer Gedanken verweigern. Aber der Gesetzgeber sollte und möchte das moralische Recht des Verfassers mit seinen finanziellen Interessen vereinen und mit den Bestrebungen der Filmtechniker versöhnen, da man den Technikern nicht den guten Geschmack der Künstler zutraut, sie auch zu leicht geneigt sind, dem Geschmack des Massenpublikums nachzugeben. Dieser Gefahr kann man wirksam durch Nichtzulassung geschmackloser Filme begegnen. Die Schwierigkeit ist dadurch vom Urheberrecht nach dem Verwaltungsrecht verlegt. Dieser Schutz ist jetzt in Deutschland durch das Schriftleitergesetz und die Kultur- und Filmkammern in bester Weise gewährleistet. Die Stunde ist gekommen, da diese einzigartigen, noch von keinem Lande der Welt geschaffenen Einrichtungen ihre segensreiche Aufgabe erfüllen werden.

Es wurde bedauert, daß die allgemeine Schutzfrist in Deutschland (§ 29 UrhG.; § 25 KunstSchG.) nicht auf 50 Jahre ausgedehnt ist (JW. 1932, 2230). Über die zweckmäßige und gerechte Dauer der Schutzfrist ist so viel geschrieben worden, daß darüber kaum etwas Neues mehr gesagt werden könnte. Im allgemeinen käme der Nutzen bloß Hinterbliebenen zugute, die nicht wie der schaffende Künstler Ehrfurcht beanspruchen können. Dagegen scheint mir aber auch, daß die jetzt gegen die Ausdehnung angeführten Gründe nicht stichhaltig sind, weil die Interessen der Verleger und Filmunternehmer nicht dieses weitgehenden Schutzes bedürfen. Was sie an Lantien mehr zahlen müßten, ginge ja nur vom Gewinn ab, so daß ihre gewiß hohen Druck- und Inzinerungskosten vorher gedeckt sein müßten. Dem Eigennutz von Verfassererben steht das Interesse der Allgemeinheit nach baldiger Freigabe zur Schaffung billiger Volksausgaben gegenüber. Bei Musikwerken steht der Nutzen der Volksgesamtheit dem Interesse der Hinterbliebenen weniger schroff entgegen. Dort könnte man den zur Familie des Komponisten gehörigen Erben Anteil am Gewinn noch längere Zeit belassen. Wenn, wie es der Fall zu sein scheint, die Richtung im allgemeinen in der Welt und besonders in den Englisch sprechenden Ländern — die neueste englische Roman- und Theaterliteratur steht ja künstlerisch sehr hoch und überragt

die gegenwärtige französische bedeutend — auf Erweiterung der Schutzfrist geht, hat Deutschland außer bei literarischen Erzeugnissen (billige Volksausgaben) keinen vordringlichen Grund, sich der Verlängerung zu widersetzen. Bezüglich der rein literarischen Schutzfrist sollte die deutsche Regierung festbleiben, auch wenn sie damit wieder einmal das Geschrei über geistige Barbarei herausfordert. Deutschland wird doch das Land bleiben, wo literarischer Weltruhm geschaffen wird. Das hat nach dem schon vor 150 Jahren in England totgeschwiegenen Shakespeare und neben Ibsen, Björnson und Strindberg wieder einmal ein Standinavier, der Schwede Axel Munte bewiesen, der wegen seines Erfolges in Deutschland seine frühere feindliche Einstellung gegen uns widerrufen hat. Da zeigt es sich, welches Volk bedeutende Männer wirklich zu

ehren versteht, indem es sie nicht bloß in einem kleinen Kreis Ausermählter feiert, sondern ihre Bücher auch liest und kauft. Das lassen auch die Verlagslizenzverträge erkennen, die deutsche Verlagsanstalten mit englischen und amerikanischen Verfassern und Verlegern zur Verbreitung ihrer Werke außerhalb Englands und der Vereinigten Staaten Nordamerikas abzuschließen pflegen. Von Deutschland gehen tausende englisch geschriebener Bücher in guter Ausstattung in die Welt hinaus. Dieses Kulturwerk wirkt für Deutschland Achtung. Auch der deutsche Kunsthandel wird jetzt, da außerhalb Deutschlands der Impressionismus und dann Geist und Technik der letzten Großen, van Gogh und Gauguin, nicht ersetzt werden konnten, mit Werken echt deutscher Künstler in der Hand deutscher Kenner zeigen, was er leisten kann.

## Zur Frage des negativen Interesses.

### I.

Von Amtsgerichtsrat Pyrlofch, Genthin.

Im JW. 1933, 1938 legt OGR. Wilhelm dar, daß die derzeitige Rechtsprechung über die Schadensersatzansprüche, insbesondere beim Kauf, dem Rechtsempfinden des Volkes widerspreche, weil der Begriff des negativen Interesses eine Zubilligung des gerechten Schadensersatzes vielfach unmöglich mache. Dem ist zwar grundsätzlich zuzustimmen, ich habe aber Zweifel, ob wirklich ohne Gesetzesänderung dem Mißstand abzuwehren ist.

Zur Erläuterung diene folgendes Beispiel, wie es heutzutage, wenigstens in ländlichen Bezirken, häufig vorkommt. Beim Kauf einer Gastwirtschaft fragt der Käufer nach dem bisherigen Bierumsatz, da dieser naturgemäß für die Höhe des Kaufpreises entscheidend und überhaupt für die Kaufbereitschaft wesentlich bestimmend ist. Der Verkäufer gibt den Bierumsatz wissentlich zu hoch an. Der Käufer erfährt hiervon erst nach längerer Zeit, als er mit Rücksicht auf den selbst erzielten niedrigen Bierumsatz Nachforschungen anstellt. Er weigert sich nun, den Restkaufpreis in der vereinbarten Weise zu verzinsen, und es kommt zum Prozeß. Eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung wird fast niemals ausgesprochen, weil der Käufer regelmäßig sein ganzes Vermögen in der Gastwirtschaft investiert hat und keine Aussicht besteht, dies im Falle der Rückgabe vom Verkäufer zurückzuerhalten, der Käufer auch in diesem Falle existenzlos würde. Der Käufer will deshalb regelmäßig beim Vertrage stehenbleiben, verlangt aber eine angemessene Herabsetzung des Kaufpreises. Eine Zusicherung, daß in der Gastwirtschaft ein bestimmter Bierumsatz zu erzielen sei, wird wohlgerne regelmäßig nicht gegeben.

Ich sehe keine Möglichkeit, nach geltendem Recht dem Käufer zu helfen. Es ist keine Frage, daß der Käufer betrogen ist und daß er daher an sich einen Schadensersatzanspruch hat. Daß aber der Schaden der Differenz zwischen dem angemessenen und dem vereinbarten Kaufpreis entspricht, ist nicht festzustellen, denn es müßte dann zuvor festgestellt werden, daß bei richtiger Angabe des Bierumsatzes ein Kaufvertrag zu dem niedrigeren Preise zustande gekommen wäre, daß also auch der Verkäufer sich mit diesem Preis einverstanden erklärt hätte. Diese Feststellung läßt sich aber nicht treffen, möglicherweise hätte der Verkäufer die Gastwirtschaft dann überhaupt nicht verkauft, wenn ihm „nur“ der angemessene Preis geboten wäre. — Die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch aus § 463 Satz 2 BGB. sind nicht gegeben, weil der geringere Bierumsatz noch kein „Fehler“ der verkauften Gastwirtschaft ist.

Wenn hiernach in diesem und in gleichartigen Fällen dem betrogenen Verkäufer nicht zu seinem Rechte verholfen werden kann, so liegt dies nicht an dem Begriff des negativen Interesses, sondern daran, daß das BGB. den Käufer überhaupt auf einen Schadensersatzanspruch verweist. Helfen kann hier, wie mir scheint, nur eine Gesetzesänderung. Sie müßte

dem Richter die Möglichkeit geben, den Kaufpreis auf die angemessene Höhe herabzusetzen, und hätte etwa folgendermaßen zu lauten:

„Kommt der Kauf durch arglistige Täuschung des Verkäufers zustande und sind die Tatsachen, auf die sich die arglistige Täuschung bezieht, auf die Höhe des Kaufpreises von Einfluß gewesen, so kann der Käufer, wenn er von dem Recht der Anfechtung nach § 123 BGB. keinen Gebrauch machen will, verlangen, daß der Kaufpreis derart herabgesetzt wird, wie es der Billigkeit entspricht. § 124 BGB. gilt entsprechend.“

Eine dem Rechtsempfinden des Volkes entsprechende Gesetzgebung wird übrigens auch in anderen Fällen eine Änderung von Verträgen durch den Richter zulassen müssen.

### II.

Von Oberlandesgerichtsrat Wilhelm, Zweibrücken.

Zu den Ausführungen des Herrn OGR. Pyrlofch, Genthin, bemerke ich:

Beim Kaufe von Gastwirtschaften oder von Häusern, in denen Gaststätten betrieben werden und bei denen der Umsatz in der Wirtschaft für den Wert des Hauses von Bedeutung ist, taucht die Frage nach arglistiger Täuschung besonders oft auf. Eine auf tatsächlichem Gebiete liegende Schwierigkeit besteht darin, daß es gerade hier oft schwer ist die Täuschung nachzuweisen. Denn bei diesen Geschäften sind oft Vermittler tätig, die meistens sehr erfahrene, manchmal sogar sehr geübte, skrupellose Geschäftsleute sind. Diese lassen sich nicht leicht auf einer Täuschung ertappen. Hier kann jetzt durch Fernhaltung unzuverlässiger Elemente durch die Fachgruppen beim ständigen Aufbau des Volkes mancher Übelstand beseitigt werden. Die Frage ist keine bürgerlich-rechtliche, sondern eine verwaltungsrechtliche.

Bei der bürgerlich-rechtlichen Seite des Problems kann zweierlei eintreten:

1. Wenn die Täuschung nachgewiesen wird, gelten die §§ 463, 823 BGB. Dann kann der Verkäufer (wenn auch nur in Ausnahmefällen; vgl. Krause: JW. 1929, 558 unter II, 1 c) beim Vertrage stehenbleiben und Schadenersatz verlangen. Allerdings kann das negative Interesse bei der Berechnung der Höhe des Schadens störend eingreifen.

2. Daneben hat aber der Käufer, gleichgültig ob er getäuscht worden ist oder nicht, den Minderungsanspruch (§§ 462, 465 BGB.). Sovieel ich den von OGR. Pyrlofch mitgeteilten Fall überblicken kann, ist dem Käufer mit dem Minderungsanspruch geholfen. Es kommt doch praktisch auf das gleiche heraus, ob man dem Käufer den seit Jahrtausenden bestehenden Minderungsanspruch (die actio aestimatoria oder quanti minoris des Römischen Rechts) gibt oder dem Richter das Recht einräumt, den Kaufpreis selbständig festzusetzen. Der Minderungsanspruch ist zudem weitergehend,

weil Täuschung nicht Voraussetzung ist. Die richterliche Festsetzung erinnert an das französische Recht (Art. 1644 c. c.). Der Richter muß sich doch immer an Sachverständigengutachten halten. Allgemein wurde bisher angenommen, daß diese Lösung unserem Rechtssystem nicht entspreche.

Seit alter Zeit ist im Schrifttum und von der Gesetzgebung der Kauf als der praktisch wichtigste Vertrag des Schuldrechts mit besonderer Ausführlichkeit behandelt worden. Ich halte also eine Änderung der Ausgestaltung (Wandelung, Minderung und Schadenersatz) nicht für unbedingt erforderlich. Etwas anderes ist der von mir (JW. 1933, 2938) angeregte Gedankengang, dem negativen Interesse beim Schadenersatzanspruch nicht die große Bedeutung einzuräumen, die ihm das RG. gibt, sondern es hauptsächlich auf den Fall des

§ 307 BGB. zu beschränken. Das kann man auch bei Anwendung des gegenwärtigen Rechts, da bei der Bemessung des Schadenersatzanspruchs die Einführung des Begriffs „negatives Interesse“ bloß die Gedankenarbeit der Rechtsprechung darstellt, während das Gesetz davon schweigt.

Die praktische Schwierigkeit in dem von UGR. Pyrkosch erwähnten Falle besteht darin, daß größerer oder geringerer Umsatz sich nicht als Mangel der Kaufsache darstellt, also daß, wenn die Täuschung nicht bewiesen wäre, auch kein Minderungsanspruch bestünde. In einem solchen Falle läßt sich aber doch wohl mit § 826 BGB. und dem Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung etwas ausrichten. Auch in diesem Fall ist eine Änderung der Gesetzgebung nicht notwendig.

## Pflicht zur Operation.

Von Gerichtsassessor Dr. Kuhnte, Berlin.

I. Es ist das Recht des Kranken, frei und nach eigenem Ermessen darüber zu bestimmen, ob er sich einem operativen Eingriff in die äußere Unversehrtheit seines Körpers unterziehen will oder nicht<sup>1)</sup>. Aus diesem ausschließlichen Selbstbestimmungsrecht folgt, daß ein Arzt an einem Kranken ohne dessen Einwilligung keine Operation vornehmen darf, wenn er sich nicht strafrechtlich und zivilrechtlich verantwortlich machen will<sup>2)</sup>. Es folgt weiter daraus, daß ein Arzt, der die Einwilligung des Patienten nicht erhalten oder nicht einholen kann, nicht verantwortlich gemacht werden darf, wenn er es unterläßt, eine zur Verhütung größeren Schadens oder des Todes unbedingt erforderliche Operation vorzunehmen<sup>3)</sup>. Obwohl es also ein besonderes, die Rechtswidrigkeit des Eingriffs ausschließendes „Berufsrecht“ der Ärzte nicht gibt, hat man ein solches doch auf Umwegen mittelbar anerkannt. Denn wenn man von dem Erfordernis der Einwilligung Ausnahmen für die Fälle anerkennt, in denen die Einholung unmöglich und Gefahr im Verzuge ist<sup>4)</sup>, so bedeutet das nichts anderes, als daß dem Arzt auf Grund seiner Stellung im wirtschaftlichen, ethischen und sozialen Leben und seiner besseren Einsicht die Berechtigung zuerkannt wird, von sich aus über die Vornahme oder Nichtvornahme der Operation zu entscheiden, weil der Patient dazu im kritischen Augenblicke nicht in der Lage ist. Daß man den Grund für die Berechtigung des ärztlichen Eingriffs ohne Einwilligung in derartigen Fällen in dem „voraussetzlichen Willen“ des Kranken und in den Sätzen über die Geschäftsführung ohne Auftrag zu finden sucht<sup>5)</sup>, beweist nur, daß man im Wege der Konstruktion das Prinzip zu retten versucht, kann aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß der „voraussetzliche Wille“ des Kranken eben dem sachverständigen Entschluß des Arztes angepaßt wird. Ein nachträglich entgegenstehender Wille des Kranken bleibt unbeachtlich, weil unvernünftig, d. h. der Wille des Arztes tritt in diesen Fällen endgültig an die Stelle des Willens des Kranken. Was ist das andere als ein, wenn auch dem Umfang nach eingeschränktes „Berufsrecht“ des

Arztes? Hiervon abgesehen, kann ein Geschäftsfähiger zu einer Operation grundsätzlich nicht gezwungen werden.<sup>6)</sup>

II. Dagegen gibt es aber eine Reihe von Fällen, in denen die Nichteinwilligung in die Vornahme einer Operation zu rechtlichen Nachteilen für den Kranken führt, so daß von einem „mittelbaren Zwang“ zur Einwilligung in die Operation gesprochen werden kann.

1. Gemäß § 254 Abs. 2 BGB. ist der Geschädigte in seinem eigenen Interesse bei Verminderung oder gar Verlust seiner Ansprüche gehalten, soweit es ihm möglich ist, den ihm zugefügten Schaden zu mindern. Welche Maßnahmen dabei vom Verletzten zu ergreifen und welche ihm zuzumuten sind, kann im Einzelfall nur das freie richterliche Ermessen unter Abwägung der konkreten Umstände entscheiden. Es ist z. B. allgemein anerkannt, daß der Verletzte bei einer nicht unerheblichen Körperverletzung einen Arzt hinzuziehen muß<sup>7)</sup>. Darüber hinaus sind jedoch auch noch gewisse Grundsätze aufgestellt worden, wann man sich zwecks Minderung des Schadens einer Operation unterziehen muß, sofern man nicht Gefahr laufen will, seiner Schadenersatzansprüche ganz oder zum Teil verlustig erklärt zu werden. Denn aus § 254 BGB. ergibt sich ja, daß auch der Schadenersatzpflichtige trotz seines vorsächlichen oder fahrlässigen Verhaltens und trotz der Rechtswidrigkeit seines Handelns nicht der Willkür des Ersatzberechtigten ausgesetzt werden soll, sondern daß dieser trotz des auf sich bestehenden, nur nach Maßgabe der adäquaten Kausalzusammenhangstheorie begrenzten Ersatzanspruches von sich aus den eingetretenen Schaden nach Kräften mindern muß, weil das der redlich und vernünftig handelnde Durchschnittsmensch im Rahmen des Zumutbaren ohne weiteres zu tun pflegt. Das Selbstbestimmungsrecht des Verletzten findet also seine Grenze — wie jedes andere Recht auch — dort, wo sich seine Ausübung nur als Eigensinn oder rücksichtslose und selbstjüchtige Ausnutzung der Haftung des Schadenersatzpflichtigen darstellt. Wenn auch jeweils die Umstände des Einzelfalles, wozu u. a. der Grad des Verschuldens des Schadenersatzpflichtigen zu rechnen sein wird und wobei unter Umständen auch die Vermögensverhältnisse der Parteien zu berücksichtigen sein werden<sup>8)</sup>, dem freien richterlichen Ermessen einen gewissen Spielraum lassen, so haben sich doch bereits einige objektive Grundsätze herausgebildet<sup>9)</sup>, die zu beachten

<sup>1)</sup> RG. 83, 18; Ebermayer, Arzt u. Patient in der Rspr., 1925, S. 127.

<sup>2)</sup> Vgl. § 226 a StGB.

<sup>3)</sup> RG. 83, 18; RGSt. 25, 381 f.; DJZ. 1908, 969; Zitelmann: ArchZivPr. 99, 56 f.; Flügge, Das Recht des Arztes, 1903, S. 65.

<sup>4)</sup> Vgl. Rümelin, Haftung im klinischen Betrieb, 1913, S. 23.

<sup>5)</sup> RG. 68, 434 = JW. 1908, 480; RGZ. 46, A 48/49; Zitelmann a. a. D. S. 103 f.; RGUrte. v. 21. Nov. 1913 bei Ebermayer a. a. D. S. 133/34. Mit RGSt. 25, 375 läßt sich diese Rechtsprechung kaum vereinbaren. Unter dem Gesichtspunkt des Notstandes kann der Eingriff auch in dringenden Fällen nach geltendem Recht nicht gerechtfertigt werden, da es sich um den Eingriff zugunsten eines beliebigen Dritten handelt und dieser Eingriff in die Rechtssphäre des Geschädigten selbst erfolgt.

<sup>6)</sup> Ausnahmen s. u. III.

<sup>7)</sup> RG. 72, 220 = JW. 1910, 63. Der Arzt wird natürlich nicht sein Erfüllungsgehilfe i. S. von § 278 BGB., für dessen Verschulden er einzustehen hätte. Das ergibt sich schon daraus, daß § 254 BGB. keine Rechtspflicht im eigentlichen Sinne enthält, sondern nur ein Gebot im eigenen Interesse.

<sup>8)</sup> Vgl. Lange, Liberalismus, Nationalsozialismus und bürgerliches Recht S. 15.

<sup>9)</sup> RG. 60, 147; 83, 15/21 (besonders eingehend); 129, 399/401 = JW. 1931, 2699; LZ. 1918, 153.

sind, wobei jedoch nicht verkannt werden darf, daß auch diese Grundsätze noch nichts Endgültiges darstellen, sondern einer steten Weiterentwicklung unterliegen. Zur Zeit gilt folgendes:

a) Nur wenn die Operation gefahrlos ist, erscheint sie zumutbar. Das richtet sich nach dem jeweiligen Stande der ärztlichen Wissenschaft, wobei in der Regel unworhergesehene Umstände außer Betracht zu bleiben haben. Unter Aufgabe der bisherigen Rspr., die eine Operation in Narke stets als lebensgefährlich und daher als nicht zumutbar ansah<sup>10)</sup>, hat das RG. neuerdings<sup>11)</sup> ausgesprochen, daß auch eine Operation in Narke zumutbar ist.

b) Die Operation darf nicht mit nennenswerten Schmerzen verknüpft sein. Es kann dem Verletzten nicht zugemutet werden, im Interesse des Verletzten erhebliche Schmerzen auf sich zu nehmen.

c) Von der Operation muß — nach ärztlichem Gutachten — mit Sicherheit zum mindesten eine wirklich beträchtliche Besserung zu erwarten sein. Dabei ist darauf Rücksicht zu nehmen, ob nicht gerade der Arzt von der Vornahme der Operation abrät, dem aber Patient besonderes Vertrauen entgegenbringt.

d) Und schließlich muß die Operation auf Kosten des Ersatzpflichtigen ausgeführt werden, der durch Vorkehrleistung und Sicherheitsleistung jegliche Inanspruchnahme des Operierten auszuschließen hat.

Dabei stehen die unter a—c entwickelten Grundsätze, wie besonders hervorgehoben zu werden verdient, nicht etwa gesondert nebeneinander, sondern man muß stets, um dem relativen Begriff der Zumutbarkeit gerecht werden zu können, sie gegenseitig abwägen, um am Ende sagen zu können, die vom Verletzten auf sich zu nehmende Gefahr und die von ihm voraussichtlich zu erduldenen Schmerzen müssen nach Lage der Sache gegenüber dem mit Sicherheit zu erwartenden Erfolg der Operation zurücktreten. Mißlingt die Operation und tritt ein weiterer Schaden ein, so haftet dafür ohne weiteres der Schadenersatzpflichtige, da der ursächliche Zusammenhang zwischen der ursprünglichen Schadenszufügung und dem schließlich eingetretenen Schaden nach wie vor besteht.

Die Kosten der Beweisaufnahme (Sachverständigengutachten) sind von dem Schadenersatzpflichtigen vorzuschießen, da dieser die das „Mitverschulden“ des Geschädigten begründenden Tatsachen zu beweisen hat.

Dieselben Grundsätze gelten auch im Verhältnis des Verletzten zu einer an die Stelle des Verletzten tretenden Versicherungsgesellschaft.

2. In Obligationenrecht kann sich eine — mittelbare — Operationspflicht auch aus Verträgen ergeben, die eine persönliche Dienstleistung voraussetzen, was z. B. im Dienstvertrags-, Werkvertrags-, Auftrags- und Gesellschaftsrecht vorkommen kann. Aus der übernommenen Rechtspflicht zum Handeln kann unter Berücksichtigung von Treu und Glauben in gewissem, wenn auch nur sehr begrenztem Umfange die Verpflichtung entnommen werden, sich einer Operation zu unterziehen, um ein eingetretenes Hindernis in der Ausübung der Dienstleistung zu beseitigen. Man wird allerdings hier, wo es sich doch im wesentlichen nur um vermögensrechtliche Fragen handelt, ein verschuldetes Unvermögen nur dann annehmen können, wenn es sich um die Vornahme eines geringfügigen Eingriffs handelt, den nach allgemeiner Lebenserfahrung jeder Mensch auf sich zu nehmen pflegt, so daß er dem Schuldner sowohl hinsichtlich der Schmerzen wie auch der Kosten „zumutbar“ ist. Eine Operation in Narke wird daher nicht ohne weiteres zumutbar sein, da es an der Sondervorschrift des § 254 BGB. fehlt und eine derartige Rechtspflicht aus der allgemeinen Vorschrift des § 242 BGB. nicht unter allen Umständen hergeleitet werden kann. Immerhin hat sich auch auf dem Gebiete des Schuldrechts ein deutlich erkennbarer Wandel in der Rechtsauffassung vollzogen und vollzieht sich weiter. Die Einzelnen stehen sich nicht nur im Vertragskampf gegenüber, sondern bilden nach Vertrags-

abschluß eine Einheit, die das gemeinsam gesetzte Ziel nun auch im gemeinsamen Zusammenwirken zu erreichen suchen soll. Gerade beim Dienst- und Gesellschaftsvertrage, die bereits von jeher besonders vom Gemeinschaftsgebanten beherrscht worden sind, wird die Zumutbarkeit weiter gehen als z. B. beim Werkvertrage.

3. Noch auf einem anderen Gebiete des Privatrechts gibt es einen „mittelbaren Zwang“ zur Operation, nämlich auf dem Gebiete des Eherechts. Hier kann die Weigerung des einen Ehegatten, sich einer Operation zu unterziehen, den anderen Ehegatten unter Umständen zur Erhebung der Klage auf Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft (§ 1353 BGB.<sup>12)</sup>) oder sogar der Scheidungsklage (§ 1568 BGB.) berechtigen. Aus der Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft ergibt sich auch die Pflicht, alle Hindernisse zu beseitigen, die der Herstellung dieser Gemeinschaft entgegenstehen. Das RG.<sup>13)</sup> hat daher mit Recht, wenn auch zum Teil gegen den Widerspruch der Rechtslehre<sup>14)</sup>, aus dem sittlichen Wesen der Ehe als der Grundlage des ganzen Eherechts gefolgert, daß der eine Ehegatte von dem wegen Krankheit getrenntlebenden anderen Ehegatten verlangen kann, daß dieser zur Wiedererlangung der Gesundheit eine Heilanstalt aufsuche und damit das Hindernis beseitige, das der Erfüllung seiner Verpflichtung zur vollen ehelichen Lebensgemeinschaft entgegensteht. Auch über die Verpflichtung des Ehegatten, sich einer den ehelichen Verkehr ermöglichenden Operation zu unterziehen, hat sich das RG. bereits ausgesprochen<sup>15)</sup>. Auch hier entscheidet die Zumutbarkeit. Allein diese muß unter ganz anderen Gesichtspunkten geprüft werden als im Falle des § 254 BGB. Treu und Glauben im Schuldrecht und sittliches Wesen der Ehe im Familienrecht sind die beiden völlig verschiedenen Ausgangspunkte. Im Interesse der Lebensgemeinschaft der Ehegatten und damit im Interesse der Gemeinschaft des ganzen Volkes, deren kleinste Zelle die Ehe ist, wird man den Begriff der Zumutbarkeit im Eherecht weiter fassen müssen als auf dem Gebiete des Schuldrechts. Das Mit- und Zureinanderleben zweier Menschen bringt es mit sich, daß Vermögen geopfert und Schmerzen ertragen werden müssen, wenn damit eine vollkommene Gemeinschaft erzielt werden kann<sup>16)</sup>. Je vollkommener das Gemeinschaftsleben der kleinsten Einheit ist, desto stärker wird sie als Quelle der Kraft für den einzelnen Ehegatten und das Volksganze wirken. Man wird daher verlangen müssen, daß der Ehegatte sich auch einer schwierigen, langwierigen, schmerzhaften Operation mit Nachbehandlung unterzieht. Nur die lebensgefährliche Operation wird in der Regel als nicht zumutbar auszuschließen sein<sup>17)</sup>. Die Operationspflicht geht also im Eherecht erheblich weiter als im Obligationenrecht.

4. Die — mittelbare — Pflicht zur Operation spielt auch im öffentlichen Recht eine große Rolle. Die Frage ist dort, wann ein Versicherter, ein Rentenempfänger oder ein der Wohlfahrt zur Last Fallender sich bei Vermeidung des Ver-

<sup>12)</sup> Aus dem Urteil gibt es keine Zwangsvollstreckung: § 888 Abs. 2 ZPO.

<sup>13)</sup> RG. 51, 182; 59, 256; 95, 332.

<sup>14)</sup> Vgl. Staudinger § 1353 Anm. 1 a. E. c. cit. (9. Aufl.) BGB.; dort wird diese Rechtsprechung als nicht unbedenklich bezeichnet. Besonders scharf gegen das RG.: Seeler, Beurteilung eines Nervenkranken zur Duldung eines Heilverfahrens, 1908, S. 105.

<sup>15)</sup> RG.: Warn. 1916 Nr. 142 und LZ. 1916, 807; DZG. Rostock: SeuffArch. 77 Nr. 109.

<sup>16)</sup> Das kanonische Recht hat von jeher den Standpunkt vertreten, daß z. B. bei beherrschbarer Impotenz der Ehegatte sich dem Eingriff unterziehen muß, ohne Rücksicht auf die Schmerzen, die er verursacht, sofern nur keine Lebensgefahr besteht. Das folgt zwar zunächst aus der grundsätzlichen Unauflöslichkeit der Ehe, verdient aber um der daraus sprichenden Betonung der sich aus der Ehe ergebenden gegenseitigen Pflichten willen allgemeine Anerkennung. Vgl. Codex iuris canonici, hrsg. von P. Card. Gasparri, canon 1068 Anm. 3 und Das kirchl. Gesetzbuch von Prälat Dr. Perathoner, 4. Aufl. 1926, S. 388 u. Anm. 1 sowie Komm. z. BGB. Österreichs von Klug (Wien 1933) I 1 S. 446. Vgl. Hüller, Mein Kampf S. 275: Auch die Ehe kann nicht Selbstzweck sein, sondern muß dem einen größeren Ziele, der Vermehrung und Erhaltung der Rasse dienen. Nur das ist ihr Sinn und ihre Aufgabe.

<sup>17)</sup> Wolff, 1925, Familienrecht, § 31 IV 3.

<sup>10)</sup> Dagegen als zu eng bereits Caneccerus, Recht der Schuldverhältnisse, 1927, § 236 Anm. 9.

<sup>11)</sup> RG. 139, 131/36 = ZW. 1933, 2043.

lustes seiner Ansprüche einer Operation unterziehen muß. Das RVerf. stand ursprünglich auf dem Standpunkt, daß die Weigerung des Verletzten, sich einer Operation zu unterziehen, Nachteile für diesen nicht zur Folge haben dürfe. Allein die Auslegung der gesetzlichen Bestimmungen wie z. B. § 45 AngVerfG., §§ 606, 1272 RWD. ist dann doch nach Maßgabe derselben Grundsätze erfolgt, die das RG., insbes. im 83. Bd., entwickelt hatte. Auch im öffentlichen Versicherungsrecht gilt danach der Grundsatz von Treu und Glauben, d. h., die Versicherten dürfen sich nicht willkürlich einem Heilverfahren entziehen. Da es keinen unmittelbaren Zwang zur Operation gibt, bedient man sich eines anderen Mittels: man sperrt die Rente auf Zeit. Grundsatz ist also: kein Teil darf durch engherzigen Eigensinn die Last des anderen vergrößern. Immerhin ist auch noch neuerdings entschieden worden, daß ein Verschulden des Verletzten bei Ablehnung einer Operation schon dann nicht vorliegt, wenn ihm sein Vertrauensarzt von der Operation aus Gründen abrät, die nicht ganz unhaltbar erscheinen<sup>18)</sup>. Im großen und ganzen befolgt jedoch das RVerf. dieselben Grundsätze wie das RG.<sup>19)</sup>. Da die hier in Betracht kommenden Personen sich im wesentlichen durch eigene Leistungen ihre Ansprüche gegen die Sozialversicherung erworben haben, ist diese weitgehende Rücksichtnahme auf die Entschlüsse der zu Operierenden gerechtfertigt. Nur die öffentliche Wohlfahrtspflege hat auch kein mittelbares Druckmittel zur Erzwingung einer Operation, da sie die zur Erhaltung des Lebens erforderlichen Mittel auf alle Fälle bereitstellen muß. Erstrebenswert und im Zuge der Zeit liegend wäre die Anerkennung folgenden Grundsatzes:

Je größer die Inanspruchnahme öffentlicher Mittel ist, desto mehr muß das Selbstbestimmungsrecht des Erkrankten hinter den berechtigten Forderungen der Allgemeinheit zurücktreten.

Die Zumutbarkeit als relativer Begriff erfordert eben eine andere Beurteilung im Verhältnis zu einem Schadensstifter als im Verhältnis zur Allgemeinheit. Unter Umständen könnte dann die Vornahme einer vielleicht sogar riskanten Operation erzwungen werden, durch deren erfolgreiche Durchführung die Betreuungsbedürftigkeit beseitigt werden würde. Daß auch der ärmste Kranke keinen Experimenten dienen darf, ist selbstverständlich. Es soll nur erreicht werden, daß die individuellen Bedenken gegenüber einer Operation hinter den objektiven Feststellungen beamteter Ärzte zurücktreten müssen. Einen unmittelbaren Zwang zur Operation kann es allerdings nur auf Grund gesetzlicher Regelung geben, die jedoch bereits vielfach erfolgt ist.

III. Denn neben dem mittelbaren Zwang zur Einwilligung in eine Operation gibt es eine Reihe von Fällen, in denen der Staat für alle oder gewisse Staatsbürger<sup>20)</sup> eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung zur Duldung ärztlicher Eingriffe aufgestellt hat, so daß die Vornahme der Operation unmittelbar erzwungen werden kann.

1. Dahin gehören z. B. die Vorschriften über den Impfwang und die Gesetze zur Bekämpfung ansteckender Krankheiten. Im Interesse der Erhaltung und Förderung der Volksgesundheit ist hier überhaupt keine Rücksicht auf Einzelwünsche genommen worden.

2. Diefem Gedanken dient in besonders starkem Maße auch das Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses v. 14. Juli 1933 (RGBl. I, 529 f.), das im § 1 die Pflicht zur Duldung eines chirurgischen Eingriffs aufstellt. Die Operation ist also auch gegen den Willen der Erbkranken zulässig, allerdings mit Rücksicht auf die ganz besonders schwerwiegende Bedeutung derartiger Eingriffe nur unter Beachtung ganz bestimmter Voraussetzungen.

3. Auch das Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung

<sup>18)</sup> Vgl. RVerf. 28, 519.

<sup>19)</sup> Vgl. RWD., hrsg. von Mitgl. des RVerf., 1930, III S. 162, IV S. 76; Der sch., Das neue AngVerfG., 1926, § 45 3b. Schulz, Die deutsche Sozialversicherung, 1929, S. 155 Anm. 2a sagt schlichthin, daß der Erkrankte zur Duldung von Operationen nicht verpflichtet sei.

<sup>20)</sup> Zum Teil trifft die Pflicht alle Einwohner, also auch Ausländer und Staatenlose.

v. 24. Nov. 1933 (RGBl. I, 995 f.) enthält im Art. 2 eine Vorschrift über Operationszwang. Gemäß dem neugeschaffenen § 42k StGB. kann die Entmannung gefährlicher Sittlichkeitsverbrecher angeordnet werden. Damit werden nicht so sehr eugenische Zwecke verfolgt; man will vielmehr die Allgemeinheit vor weiteren Sittlichkeitsverbrechen des Täters durch Vernichtung oder Schwächung seines Triebes sichern. Daher die ganz andere Regelung über die Anordnung, wenn auch in § 246a StGB. die vorherige Anhörung eines ärztlichen Sachverständigen bindend vorgeschrieben worden ist.

4. Neben dieser neuen Spezialbestimmung des § 42k StGB. (vgl. auch die §§ 42a, b, c StGB. betr. die Unterbringung in eine Heil- oder Pflegeanstalt) bestand bereits früher und besteht noch jetzt ein sehr weitgehender Zwang zur Einwilligung in die Vornahme ärztlicher Eingriffe gegenüber Strafgefangenen. Aus § 18 PrStrafvollstr.- und GnadenrechtsG. v. 1. Aug. 1933 (GS. 293 f.) i. Verb. m. §§ 74, 106 S. 4 Dienst- und VollzugsD. für die Gefangenenanstalten der preuß. Justizanstalten v. 1. Aug. 1933 wird man folgern können, daß, wenn zur Durchführung der Straftat ein ärztlicher Eingriff erforderlich erscheint, ein solcher auch gegen den Willen des Strafgefangenen vorgenommen werden darf. Die Strafgewalt des Staates kann nicht an dem eigenen Willen des Strafgefangenen ihre Grenze finden. Man denke doch nur an die Fälle, in denen Gefangene sich durch Zufügung von Verletzungen haftunfähig zu machen versuchen. Zur Wiederherstellung der Haftfähigkeit sind oft ärztliche Eingriffe erforderlich, die zu verhindern ja gerade die Absicht des Täters ist. Hier kann der ärztliche Eingriff nicht rechtswidrig sein, da er ja die Durchsetzung des Rechts des Staates erst ermöglicht. Wie weit man in dieser Hinsicht gegen Untersuchungsgefangene vorgehen kann, ist zweifelhaft. Vergewagt man sich die Zwecke der Untersuchungshaft (Verhinderung der Flucht und der Kollusion), so wird man zu einer Verneinung der Operationspflicht kommen müssen, da diese Zwecke auch gegenüber einem kranken, haftunfähigen Angeeschuldigten erreicht werden können.

5. Aus ganz anderen, sehr naheliegenden Gründen ist im Militärrecht der Dienstbefehl, sich einer Operation zu unterziehen, für zulässig erachtet worden<sup>21)</sup>. Es ist eine gesteigerte, aus dem Militärverhältnis sich ergebende besonders geartete Untertanenpflicht. Die Frage, welchen Operationen der Soldat sich unterziehen muß, ist im wesentlichen übereinstimmend mit den allgemeinen Grundsätzen des RG. beantwortet worden. Allerdings ist hier für die Einschränkung, daß die Operation nicht mit nennenswerten Schmerzen verknüpft sein darf, kein Raum. Und im Ernstfalle kann das Leben des einzelnen, das er ohnehin dem Staate zur Verfügung stellen muß, so wichtig sein, daß jede Operation zu seiner Erhaltung zulässig wird.

III. Neben den Fällen mittelbaren Zwanges zur Einwilligung in eine Operation und den gesetzlichen Spezialbestimmungen über die Zulässigkeit ärztlicher Eingriffe unter bestimmten Voraussetzungen ist von ganz besonderer, bisher nicht genügend hervorgehobener Bedeutung die Pflicht zur Operation auf dem Gebiete des Familienrechts. Die Frage, wann und unter welchen Voraussetzungen Minderjährige gegen ihren eigenen Willen und unter Umständen auch gegen den Willen ihrer Eltern oder sonstigen Fürsorgeberechtigten operiert werden können, ist von entscheidender Bedeutung. Jedes Kind soll möglichst den Anforderungen, die jeweils gestellt werden, genügen können. Zur Schulpflicht gehört auch das Turnen, und zwar wird dieses Fach mit der Schaffung der täglichen Turnstunde<sup>22)</sup> von besonderer Wichtigkeit sein. Später muß das Kind den Erfordernissen der Arbeitspflicht genügen, damit es sich selbst und der Allgemeinheit dienen kann. Wie oft kann durch einen ärztlichen Eingriff aus einem kranken Kinde ein gesunder Mensch gemacht werden. Man denke z. B. an orthopädische Krankheiten, an Seh- und Gehörstörungen, an Sprachfehler usw., und selbst an Schönheitsfehler. In vielen dieser Fälle wird die Beseitigung des Fehlers gar nicht von lebenserhaltender Wichtigkeit sein, ja oft wird

<sup>21)</sup> Vgl. dazu ausführlicher Hoener: DZS. 1916, 173/78 und v. Woß ebenda S. 431.

<sup>22)</sup> Vgl. Siller a. a. D. S. 454.

der Fehler überhaupt nicht als Krankheit, sondern nur als „Schönheitsfehler“ empfunden, so daß an der Gleichgültigkeit oder Voreingenommenheit der Eltern — und gerade bei Un-erfahrenen findet man häufig eine schroffe Ablehnung jeder Operation — die Vornahme einer Operation scheitert, eine mögliche Heilung gar nicht versucht oder eine angeregte abgelehnt wird. Die Frage lautet also: wer hat die Einwilligung zu erteilen, wann muß sie erteilt werden, kann sie ersetzt werden?

1. Auszugehen ist davon, daß der Kranke selbst nach freiem Ermessen darüber zu befinden hat, ob er einen Eingriff in seine körperliche Unversehrtheit dulden will oder nicht. Nun kann es keinem Zweifel unterliegen, daß ein Kind von 3, 4 oder selbst 10 Jahren eine derartige Einwilligung rechtserheblich nicht erklären kann, gleichgültig, ob man in dieser Einwilligungserklärung eine echte rechtsgeschäftliche Willenserklärung<sup>23)</sup> oder eine von der Geschäftsfähigkeit unabhängige, rein tatsächliche Erklärung erblickt. Denn ein Kind in dem genannten Alter ist keinesfalls in der Lage, sich über die Tragweite seines Entschlusses klarzuwerden; es ist außerstande, das Für und Wider abzuwägen und eine sachgemäße Entscheidung zu treffen. Das RG. hat es in seiner Entsch. v. 30. Juni 1911<sup>24)</sup> dahin gestellt gelassen, ob die Einwilligung in die Operation (also in eine Körperverletzung) rechtsgeschäftlichen Charakter trägt oder rein tatsächlicher Natur ist. Es verlangt in jedem Falle mit Recht die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters, da nur diese bei der schwerwiegenden Bedeutung einer solchen Einwilligung und mit Rücksicht auf die mit der elterlichen Gewalt wie mit dem Amte des Vormundes verbundenen Pflicht zur Sorge für die Person des Kindes die Gewähr für eine wirklich verantwortungsbewußte Entscheidung gibt. N. a. W.: § 107 BGB. ist jedenfalls entsprechend anzuwenden. Es kann nicht auf den — sehr ungewissen, auch willkürlichen<sup>25)</sup> — Grad der Verstandesreife und der körperlichen Entwicklung des minderjährigen Patienten ankommen<sup>26)</sup>, sondern allein auf den Willen des gesetzlichen Vertreters<sup>27)</sup>.

2. Es sind auch Fälle denkbar, in denen das Personensorgerecht und das Recht zur gesetzlichen Vertretung auseinanderfallen (vgl. §§ 1635, 1696, 1697 BGB.). Sieht man in der Einwilligungserklärung eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß zu deren Abgabe nur der Vertretungsberechtigte, nicht aber der personensorgerechtigende Elternteil in der Lage ist. Aber auch wenn die Einwilligungserklärung nur tatsächlicher Natur ist, kann man zu keinem anderen Ergebnis kommen. Zwar ist nicht zu verkennen, daß die Vornahme einer Operation auch das Gebiet der Personensorge berührt. Denn jede Angelegenheit, welche die körperliche und geistige Entwicklung des Kindes betrifft, gehört zur Sorge für die Person. Das Gesetz unterscheidet jedoch auch innerhalb des Sorgerechts zwischen „der tatsächlichen Sorge“ für die Person des Kindes und „der gesetzlichen Vertretung in persönlichen Angelegenheiten“. Wenn auch die Abgrenzung dieser beiden Gebiete in zahlreichen Fällen zu Zweifeln Anlaß gibt, so gehört doch in den Kreis der gesetzlichen Vertretung sicherlich jedes Handeln, das eine

rechtliche Wirkung für das Kind erzeugt. Selbst wenn man nun in der Einwilligung in die Vornahme einer Operation eine tatsächliche Erklärung erblickt, so wird doch durch diese Erklärung die Rechtswidrigkeit des vorzunehmenden Eingriffs beseitigt, also eine Handlung mit unmittelbarer rechtlicher Wirkung vorgenommen. Sie kann also nur vom gesetzlichen Vertreter des Kindes erklärt werden, was mit Rücksicht auf die enge Verbundenheit dieser Erklärung mit dem mit dem Arzt abzuschließenden Dienst- oder Werkvertrag ja auch ohnehin erstrebenswert wäre. § 226 a StGB. ist für die Entscheidung dieser Fragen unerheblich.

3. Ist somit davon auszugehen, daß zur Vornahme einer Operation an einem Minderjährigen stets die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters erforderlich ist, bedarf es der Prüfung der Frage, unter welchen Voraussetzungen die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters ersetzt werden kann, wenn dieser zu ihrer Abgabe nicht bereit oder außerstande ist. Denn die Sorge für die Person des Kindes ist nicht nur ein Recht, sondern zugleich eine Pflicht, deren Erfüllung dem Gewalthaber im öffentlichen Interesse obliegt. Daraus folgt, daß der Staat unter Umständen eingreifen kann und muß. Organ des Staates ist in diesen Fällen das Vormundschaftsgericht, das aber erfolgreich nur dann wirken kann, wenn es von allen anderen auf dem Gebiete der Jugendfürsorge tätigen Organen und Organisationen unterstützt wird, also z. B. durch die Polizei, die Staatsanwaltschaft, die Jugendämter, private Vereine und vor allem durch das Soziale Amt der Hitler-Jugend<sup>28)</sup>.

a) In der Verfassung der Zustimmung zu einer Operation kann eine schuldhafte Vernachlässigung oder ein schuldhafter Mißbrauch des Personensorgerechts i. S. des § 1666 BGB. liegen. § 1627 BGB. schreibt vor, daß der Vater kraft elterlicher Gewalt das Recht und die Pflicht hat, für die Person des Kindes zu sorgen; darunter fällt auch die Erziehungspflicht (§ 1631 Abs. 1 BGB.). Zum Inhalt der Erziehungsgewalt gehört die körperliche Pflege und Ausbildung des Kindes und die Fähigmachung zu einem Berufe<sup>29)</sup>. Daraus folgt, daß auch eine bestehende oder drohende Minderung der Fähigkeit des Kindes, den Anforderungen des Lebens (Schule, Beruf, Arbeitsdienst usw.) gerecht werden zu können, verhindert oder beseitigt werden muß<sup>30)</sup>. Wenn auch das RG.<sup>31)</sup> betont hat, daß die allgemeinen Grundsätze des RG. über die Pflicht zur Operation auf derartige Fälle nicht ohne weiteres übertragen werden können, so hat es doch im wesentlichen sich die vom RG. entwickelten Grundsätze zu eigen gemacht. Denn es kommt zu dem Ergebnis, daß die Gefahr der Operation verhältnismäßig geringfügig und der andererseits zu erstrebende Erfolg derart erstrebenswert und segensreich sein muß, daß diese Gefahr nach vernünftigem Ermessen in Kauf genommen werden muß. Zu einer Operation, deren Erfolg zweifelhaft ist, braucht der Gewalthaber danach nur unter ganz besonderen Voraussetzungen, wie z. B. bei bestehender dringendster Lebensgefahr seine Zustimmung zu geben. Auch die Kosten müssen sichergestellt sein. Und schließlich verlangt das RG. die Berücksichtigung der sog. psychischen Inponderabilien, indem es ausführt, daß Rücksichten in Frage kommen können, die auf die Lebensgemeinschaft in der Familie zu nehmen sind, und Erwägungen entscheiden, die dem Gebiete des Seelen- und Gemütslebens angehören und Geboten des Sittengesetzes ent-

<sup>23)</sup> Dann gilt o. w. § 107 BGB.; so Enneccerus § 142 II 1 d; DLG. 14, 14; RG.: JW. 1907, 505; Planck § 107 Anm. 14 BGB.; a. U. RGKRomm. § 106 Anm. 2 und Staudinger § 107 Anm. 7 BGB.

<sup>24)</sup> Warn. 1911 Nr. 398 = JW. 1911, 748<sup>2</sup> c. cit.

<sup>25)</sup> J. B. schulpflichtiges Alter.

<sup>26)</sup> So z. B. Hartmann: ZBorm. 4, 199: „weil es sich um ein höchstpersönliches Recht handelte und aus Gründen der Menschlichkeit.“ Beide Gründe sind unzutreffend. Andere höchstpersönliche Rechte werden auch durch den gesetzlichen Vertreter geltend gemacht, und „menschlich“ ist das, was objektiv (Sachverständigen Gutachten) und „nötig“ ist, nicht aber das Überlassen einer wichtigen Entscheidung der Einsicht eines unreifen Menschen.

<sup>27)</sup> Vgl. Ebermayer a. a. D. S. 130/31; Gordon-Lehmann-Niese § 9 Anm. 7 PrförsG. v. 2. Juli 1900 (1907) fordern grundsätzlich Einwilligung des gesetzlichen Vertreters. Sie folgern aber aus der öffentlich-rechtlichen Gewalt, unter der der Fürsorgezögling steht, die Pflicht der Behörde, alles zu tun, was nötig ist, um den Zögling zu einem geistig und körperlich gesunden Menschen zu machen, so daß ein Widerspruch des gesetzlichen Vertreters ohne weiteres unbrachtet bleiben muß (also Pflegerbestellung überflüssig).

<sup>28)</sup> Am 4. u. 5. Dez. 1933 fand in Berlin eine Arbeitstagung der Sozialreferenten und Gebietsärzte der Hitler-Jugend statt, auf der Obergewaltsführer Argmann u. a. anführte: „Die Reichsregierung hat zur Unterbindung des erbuntauglichen Nachwuchses das Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses erlassen. Die Hitler-Jugend ist bemüht, zu diesem Gesetz ergänzende Arbeit zu leisten. Durch die vernünftigste Ausnutzung der Freizeit werden die Gesunden gefördert und gepflegt. Die Hitler-Jugend wird ärztlich betreut. Von ihr wird eine genaue ärztliche Gesundheitsbestandaufnahme gemacht. Diese Arbeit ist eine zusätzliche Arbeit für den Staat. Sie erstreckt sich vor allem auf die werktätige Jugend, die in den Berufsschulen nicht ärztlich betreut wird. Die Arbeit geschieht nach den Richtlinien der Reichsregierung. Die Reihenuntersuchungen sind in allen Gebieten der Hitler-Jugend aufgenommen worden.“

<sup>29)</sup> Vgl. Mot. IV, 750.

<sup>30)</sup> Vgl. RGSt. 36, 80.

<sup>31)</sup> Vgl. RGZ. 46, A 50.

sprechen<sup>32)</sup>. Maßgebend müssen danach die „Ermägungen eines vernünftig denkenden Familienvaters“ sein, so daß ein Verschulden i. S. des § 1666 BGB. nur dann vorliegen soll, wenn der gesetzliche Vertreter „aus bloßem Eigensinn“ auf seinem Standpunkt verharrt, über dessen Unrichtigkeit er von maßgebender Seite belehrt worden ist.

Entscheidend sind also stets die Umstände des Einzelfalles, aus denen die Anwendbarkeit des § 1666 BGB. jeweils hergeleitet werden muß. Auch hier kommt es letzten Endes darauf an, ob die Operation „zumutbar“ ist oder nicht. Der Begriff der Zumutbarkeit ist — wie bereits hervorgehoben — ein relativer; er ist gleichzeitig aber auch eine Art „Generalklausel“, die vom Richter nicht willkürlich zu handhaben ist, bei deren Anwendung jedoch sein subjektives Ermessen die maßgebende Norm ist. Für dieses subjektive Ermessen ist — zur Vermeidung der Willkür — ein objektiver Maßstab erforderlich. Der vierte von Carl Schmitt aufgestellte Leitsatz für die Praxis lautet:

Für die Anwendung und Handhabung der Generalklauseln durch den Richter, Anwalt, Rechtspfleger und Rechtslehrer sind die Grundsätze des Nationalsozialismus unmittelbar und ausschließlich maßgebend.

Da in Deutschland die nationalsozialistische Weltanschauung herrscht, muß aus ihren Grundsätzen heraus bestimmt werden, was „zumutbar“ ist. Ohne daß es also einer Gesetzesänderung bedarf, sind nunmehr an Stelle individualistischer, liberalistischer Grundsätze nationalsozialistische Ideen durchzuführen. Adolf Hitler hat erklärt<sup>33)</sup>, daß es Aufgabe des völkischen Staates ist, kerngesunde Körper heranzuzüchten; demzufolge müsse sich entsprechend dem Schulzwang — als einem Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht des einzelnen gegenüber den Rechten der Gesamtheit — die Staatsautorität auch gegenüber der Unkenntnis oder dem Unverständnis des einzelnen in Fragen der Erhaltung des Volkstums durchsetzen; der Staat hat seine Erziehungsaufgabe so einzurichten, daß der junge Körper schon in frühester Kindheit zweckentsprechend behandelt wird und die notwendige Stärkung für das gesamte spätere Leben erhält. Es wird Aufgabe des Sozialen Amtes der Hitler-Jugend sein, gegenüber den Vormundschaftsgerichten auf die Beachtung dieser Grundsätze hinzuwirken, die zu einer Erweiterung der Operationspflicht Minderjähriger führen müssen und werden. Und die Vormundschaftsgerichte werden sich die Erfahrungen und Beobachtungen des Sozialen Amtes zu eigen machen müssen. Gerade mit Rücksicht auf die allgemein umfassende Organisation der Hitler-Jugend und deren engen Zusammenhang auch wieder mit der Schule ist eine Zusammenarbeit mit dem Vormundschaftsgericht besonders wünschenswert.

b) Kommt das Vormundschaftsgericht bei Beachtung dieser Gesichtspunkte zu dem Ergebnis, daß ein Einschreiten im Interesse des Kindes erforderlich ist, dann muß es auf Grund des § 1666 BGB. einen entsprechenden Beschluß gegen den gesetzlichen Vertreter erlassen. Das hat zur Folge, daß dieser insoweit an der Ausübung der elterlichen Gewalt verhindert ist. Das Vormundschaftsgericht muß daher weiter die im Interesse des Kindes erforderlichen Maßregeln treffen. Es wird also in der Regel einen Pfleger bestellen, der die zur Vornahme der Operation erforderliche Erklärung abgeben kann. Allerdings kann das Vormundschaftsgericht auch, wenn es einen Eilsfall nach seinem pflichtgemäßen Ermessen für vorliegend erachtet, selbst für das Kind tätig werden und vor sich aus unmittelbar die Zustimmung des verhinderten gesetzlichen Vertreters ersetzen<sup>34)</sup>. Zu beachten ist noch, daß in das Recht der elterlichen Gewalt nicht weiter eingegriffen werden darf, als es unbedingt zum Wohle des Kindes erforderlich ist. Jede überflüssige Einmischung in die inneren Familienverhältnisse ist zu vermeiden<sup>35)</sup>. Das Vormundschaftsgericht braucht

also nicht dem gesetzlichen Vertreter das ganze Personensorge-recht und das Recht zur gesetzlichen Vertretung zu entziehen, sondern es ist zur Wahrung des Wohles des Kindes aus-reichend und damit auch nur zulässig, wenn dies Recht ins-oweit beschränkt wird, als es sich auf die Einwilligung in die vorzunehmende Operation bezieht.

c) Verfahrensrechtlich ist darauf zu achten, daß die in § 1673 BGB. Genannten vor der Entscheidung gehört werden sollen. Auch ist nach § 43 RZWOHfG. bei jeder Anordnung aus § 1666 BGB. zunächst das zuständige Jugendamt zu hören. Die allgemeine Ermittlungspflicht des Vormundschaftsgerichts ergibt sich aus § 12 RZOG.

4. Das Rechtsmittel gegen die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts.

a) Nur die im § 60 RZOG. genannten Entscheidungen des Vormundschaftsgerichts unterliegen der „sofortigen“ und damit der sofortigen weiteren Beschwerde (§ 29 Abs. 2 RZOG.), die an die Frist des § 22 RZOG. gebunden ist; im übrigen findet die einfache Beschwerde statt.

aa) Also nur wenn man in der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zur Operation des Kindes die Zustimmung zu einem Rechtsgeschäft oder doch zu einem rechtsgeschäfts-ähnlichen Akt erblicken könnte, so daß § 53 Abs. 1 RZOG. anwendbar wäre, käme eine „sofortige Beschwerde“ in Frage, da dann die die Zustimmung ersekende Verfügung des Vormundschaftsgerichts erst mit der Rechtskraft wirksam werden würde (§§ 53 Abs. 1 Satz 1, 60 Abs. 1 Ziff. 6 RZOG.). Das wird man jedoch nicht annehmen können. § 53 denkt nur an solche Fälle, in denen im Gesetz ausdrücklich vorgegeschrieben ist, daß eine konkret erforderliche und bestimmte Zustimmung vom Gewalthaber verweigert wird und sodann auf Antrag dessen, der die Zustimmung erreichen will, durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden darf (so z. B. §§ 113 Abs. 3, 1304, 1308, 1337, 1358 Abs. 2, 1379, 1402, 1629, 1639 Abs. 2, 1803, 1917 BGB.). Die Einwilligung in die Operation, die Bestandteil des mit dem Arzte abzuschließenden Dienst- oder Werkvertrages<sup>36)</sup> und erforderlich ist, um den Arzt von seiner sonst bestehenden zivil- und strafrechtlichen Verantwortlichkeit zu befreien<sup>37)</sup>, kann von dem Minderjährigen nicht selbst gegeben werden. Sie muß vielmehr, wie dargelegt, vom gesetzlichen Vertreter erteilt werden. Daraus folgt, daß der gesetzliche Vertreter nicht die Zustimmung „zu“ einem bestimmten Rechtsgeschäft gibt, sondern das in Frage stehende Geschäft selbst vornimmt, wobei es wiederum unerheblich ist, ob es sich bei der Einwilligung in eine Operation um eine echte rechtsgeschäftliche Willenserklärung oder nur um eine rein tatsächliche Erklärung handelt<sup>38)</sup>; denn eine Zustimmung zu einem Rechtsgeschäft i. S. des § 53 Abs. 1 RZOG. ist sie jedenfalls nicht. Eine analoge Anwendung des § 53 Abs. 1 kommt als Verfahrens- und Ausnahmevorschrift nicht in Betracht.

bb) Selbst wenn, wie es vorkommt, vom Vormundschaftsgericht unter Berufung auf § 53 Abs. 2 RZOG. die sofortige Wirksamkeit der Verfügung angeordnet wird, braucht nicht „sofortige Beschwerde“ eingelegt zu werden. Denn nicht diese Anordnung des Gerichts ist maßgebend, sondern es kommt nur darauf an, ob in Wahrheit eine dem § 53 Abs. 1 RZOG. unterliegende, also erst mit der Rechtskraft wirksam werdende Verfügung vorliegt<sup>39)</sup>. Für die Frage des jeweils zulässigen Rechtsmittels kann auch nicht der Zeitpunkt des Eintritts der Wirksamkeit (§ 53 Abs. 2 Satz 2 RZOG.) im Einzelfall, sondern nur die Gattung maßgebend sein, zu der die Verfügung gehört<sup>40)</sup>. Die Anordnung aus § 53 Abs. 2 RZOG. ist aber unselbständig, d. h. sie steht in unmittelbarem Zusammenhang

<sup>36)</sup> Dienstvertrag dann, wenn der Arzt nicht eine bestimmte Operation, sondern zweckentsprechende ärztliche Tätigkeit versprochen hat. Vgl. Enneccerus-Lehmann, Recht der Schulverhältnisse § 147 I 2a, 12. Bearbeitung 1932.

<sup>37)</sup> Siehe oben I. Vgl. auch RG. 68, 434 = JW. 1908, 480; 83, 18; JW. 1911, 748; RGSt. 25, 375 f.; 36, 34. Ebermayer-Löwe-Rosenberg, 1925, § 223 Anm. 10 StWB.

<sup>38)</sup> Vgl. Warn. 1911 Nr. 398 = JW. 1911, 748<sup>2</sup>.

<sup>39)</sup> Vgl. Schlegelberger § 53 Anm. 7 RZOG.; Siehr, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 1930, S. 122.

<sup>40)</sup> Vgl. auch Kaufmann § 53 Anm. 8 RZOG.

<sup>32)</sup> Vgl. RGSt. 36, 81.

<sup>33)</sup> a. a. D. S. 452/53.

<sup>34)</sup> Vgl. Staubinger § 1665 Anm. 3, § 1846 Anm. 3; RGRKomm. § 1665 Anm. 3 BGB.; RG. 71, 162. Es sei noch darauf hingewiesen, daß bei einer Entscheidung auf Grund des § 1666 BGB. die entzogene elterliche Gewalt bei bestehender Ehe nicht etwa auf die Mutter übergeht.

<sup>35)</sup> Vgl. RZOG. 33, A 17.

mit der Verfügung nach § 53 Abs. 1 RFGG. Da die Erzeugung der Einwilligung in eine Operation keine unter § 53 Abs. 1 fallende Verfügung ist, ist also die Anordnung der sofortigen Wirksamkeit rechtsirrig. Dieser Rechtsirrtum ist jedoch unerheblich, da er nur die irrige und überflüssige Heranziehung einer falschen Gesetzesbestimmung für eine selbstverständliche Folge enthält. Denn die auf Grund des § 1666 BGB. i. Verb. m. § 1665 BGB. getroffenen Maßnahmen des Vormundschaftsgerichts, und um eine solche handelt es sich ja hier, werden nach der allgemeinen Regel des § 16 Abs. 1 RFGG. wirksam und unterliegen der einfachen Beschwerde. Die Art des Rechtsmittels kann jedenfalls durch die Ausführung einer falschen Gesetzesgrundlage für den sachlich zulässigen Inhalt des Beschlusses nicht berührt werden.

cc) Auf Grund des § 57 Ziff. 9 RFGG. wird man auch dem zuständigen Organ der Hitler-Jugend die Beschwerdeberechtigung gegenüber dem vormundschaftsgerichtlichen Beschluß einräumen müssen, da die Hitler-Jugend in Folge des ihr gesetzten Aufgabenkreises ein berechtigtes Interesse hat, derartige Angelegenheiten wahrzunehmen.

b) Da die vormundschaftsgerichtliche Entscheidung sofort wirksam wird, kann die Operation vorgenommen werden, bevor noch ein Rechtsmittel von den Betroffenen eingelegt werden kann oder eingelegt worden ist<sup>41)</sup>. Wenn aber die Operation erst einmal vorgenommen ist, dann ist die Hauptsache erledigt. Die Beschwerde bleibt zwar noch als Sachbeschwerde möglich und zulässig<sup>42)</sup>, sie kann aber nur mit der Begründung eingelegt werden, daß die gerichtlich ausgesprochene oder nicht ausgesprochene<sup>43)</sup> Kostenfolge der Entscheidung um deswillen unrichtig sei, weil die Entscheidung in der Sache selbst unrichtig sei<sup>44)</sup>.

c) Zum Schluß sei noch darauf hingewiesen, daß das Beschwerdegericht jeweils nur über die in Frage stehende Verfügung des Vormundschaftsgerichts entscheiden kann. Es ist

<sup>41)</sup> § 24 RFGG. gibt sowohl dem VormGer. wie dem Beschwerd. die Möglichkeit, die Vollziehung der Entscheidung durch besondere Anordnung auszusetzen.

<sup>42)</sup> Ebenso wie auf dem Gebiete der streitigen Gerichtsbarkeit.

<sup>43)</sup> Oft ist ein ausdrücklicher gerichtlicher Kostenauspruch in der Sachentscheidung nicht enthalten. Da aber die Grundlage der Kostenpflicht nicht der gerichtliche Kostenauspruch, sondern das Gesetz ist, kommt es darauf nicht an. Der nach dem PrVG. jeweils Zahlungspflichtige bleibt allein durch die Tatsache der vorhandenen Sachentscheidung beschwert: RGG. 52, 1.

<sup>44)</sup> Bgl. RG. 62, 140; 71, 312; RGG. 22, A 3; 52, 1.

<sup>45)</sup> Bgl. RGG. 37, A 105 = RZM. 10, 104; DLW. 2, 499; 25, 410.

daher zwecklos, vom Beschwerdegericht eine Entscheidung darüber zu verlangen, wie sich das Vormundschaftsgericht in Zukunft gegenüber einer bestimmten Operation zu verhalten habe, was z. B. dann wünschenswert wäre, wenn an einem Kinde mehrere Operationen hintereinander vorgenommen werden müßten, zunächst aber nur über die Vornahme der ersten entschieden worden ist und die Sache jetzt in der Beschwerdeinstanz schwebt. Man kann also auch auf diesem Wege der Gefahr der sofortigen Wirksamkeit der vormundschaftsgerichtlichen Verfügung nicht aus dem Wege gehen. Die Entscheidung lediglich theoretischer Fragen und der Auspruch von allgemeinen Rechtsätzen ist unzulässig<sup>45)</sup>; auch würde darin eine Umgehung des Vormundschaftsrichters liegen, der doch in der Regel mit den tatsächlichen Verhältnissen am besten vertraut ist.

V. Es ist dargelegt worden, daß der Begriff der Zumutbarkeit bei der Frage der „Pflicht zur Operation“, die bei den verschiedensten Rechtsgebieten<sup>46)</sup> aufgetaucht ist, in immer anderer Relativität die entscheidende Rolle spielt. Als „Generalklausel“ unterliegt er stärker als starre Rechtsätze dem Eindringen der neuen Rechtsgedanken. An die Stelle der Schrankenlosigkeit individualistischer Lebensgestaltung ist die Selbstbeschränkung der Persönlichkeit zugunsten der Volksgemeinschaft getreten. Wenn irgendwo, so ist bei der Anwendung der Generalklauseln die Tätigkeit der am Rechtsleben Beteiligten schöpferischer Natur, denn das Recht wird durch die Entscheidung gestaltet und die Entscheidung ist der Ausdruck der sittlichen Persönlichkeit des Entscheidenden. Diese sittliche Entscheidung muß in den neuen Rechtsgedanken, muß im Gemeinschaftsleben wurzeln, wenn das Recht „Vollrecht“ sein soll. Alle Quellen der Erkenntnis „des Rechtsgewissens des Volkes“, „des Wissens um das Recht im Volke“ müssen daher vom Richter ausgeschöpft werden. Denn es handelt sich nicht um das Rechtsgefühl des Richters, nicht um sein Wissen vom Recht — das wäre Willkür —, sondern um die Findung „des“ Rechts. Nur so ist eine einheitliche Entwicklung des Begriffs der Zumutbarkeit gewährleistet. Nach deutschrechtlicher Auffassung ist alles rechtliche Verhalten auf die Erhaltung des Lebens abgestellt. Diese Erhaltung des Lebens ist Pflicht gegenüber sich selbst und gegenüber seinem Volke<sup>47)</sup>. Daher wird auch die Zumutbarkeit der Operation künftighin nach dem Grundsatz beurteilt werden müssen: „Du bist nichts, dein Volk ist alles!“

<sup>46)</sup> Bgl. auch Hellwig: Deutsche Justiz 1934, 126/128 über die Blutentnahme zwecks Blutgruppenuntersuchung im Zivilprozeß.

<sup>47)</sup> Bgl. Nicolai, Kassengeschichte Rechtslehre S. 18.

## Die saarländischen Wertpapiere und Beteiligungen im Devisenrecht.

Von Verwaltungsrechtsrat Dr. Klüber, Köln.

Die §§ 5 und 7 ff. DevWD. sowie § 3 der 4. DurchWD. unterwerfen den Verkehr mit ausländischen Wertpapieren bzw. mit Anteilsrechten an ausländischen Gesellschaften und Körperschaften besonderen Beschränkungen. Der Erwerb von ausländischen nicht an einer deutschen Börse gehandelten Wertpapieren sowie die Verfügung über sie bedarf danach der Genehmigung der Devisenbewirtschaftungsstellen, soweit es sich nicht um eine Veräußerung an die Reichsbank oder an eine Devisenbank handelt. Der Verkehr mit ausländischen an einer deutschen Börse gehandelten Wertpapieren hingegen unterliegt nur der Genehmigungsspflicht, wenn ein Inländer sie von einem Ausländer, Saarländer oder einem Konsortium erwerben will, dem auch Ausländer oder Saarländer angehören. Nicht in Wertpapieren verkörperte Anteilsrechte an ausländischen Gesellschaften dürfen allgemein nur mit Genehmigung insofern beschränkt, als sie zugunsten von Ausländern oder Saarländern erfolgt.

Die devisenrechtlichen Bestimmungen enthalten keine Vorschriften über die Behandlung von Wertpapieren saarländischer Aussteller und Anteilen an saarländischen Gesell-

schaften und Körperschaften. Hinsichtlich der letzteren vertritt Koppe im Eildienst der DStZ. 1933 Sonderheft 5 S. 37, selbst zweifelnd, ohne eingehende Begründung den Standpunkt, daß sie wohl wie Anteilsrechte ausländischer Gesellschaften zu behandeln seien. Diese Ansicht ist falsch. Die bislang m. W. im Schrifttum kaum behandelte Frage der devisenrechtlichen Stellung der saarländischen Wertpapiere und Beteiligungen bedarf daher einer näheren Prüfung.

Grundsätzlich behandelt das Devisenrecht Ausländer und Saarländer gleich. Diese auffällige Tatsache erklärt sich aus dem Zweck der Devisennotgesetzgebung und dem besonderen Inhalt, den sie den Begriffen des Inländers und Ausländers beilegt. Zweck der DevWD. ist die Verhinderung der Kapitalflucht und der Schutz der deutschen Währung. Dieses Ziel wird erreicht durch eine nahezu lückenlose Kontrolle des mittelbaren und unmittelbaren Abflusses von Gold, Devisen und Wertpapieren aus dem deutschen Wirtschaftsgebiet. Ohne Rücksicht auf den staatsrechtlichen Begriff der Reichsangehörigkeit gilt daher im Devisenrecht als „Inländer“ jede (juristische oder natürliche) Person, die im Inland mit Ausnahme des Saargebiets (d. h. also im gegen-

wärtigen deutschen Wirtschaftsgebiet) ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt, Sitz oder Ort der Leitung hat (§ 2 Abs. 6 DevW.). Dieser Definition würde es entsprechen, unter „Ausländer“ jede Person zu verstehen, die im Ausland (also außerhalb des gegenwärtigen deutschen Wirtschaftsgebiets) Wohnsitz, gewöhnlichen Aufenthalt, Sitz oder Ort der Leitung hat. Mit Recht nimmt die DevW. jedoch von diesem Begriff des Ausländers die im Saargebiet ansässigen Personen aus und führt sie unter der besonderen Bezeichnung „Saarländer“. Einen sachlichen Unterschied in der Behandlung beider Gruppen macht sie jedoch im allgemeinen nicht. Ausländer und Saarländer werden in ihr sowie in den DurchfW. und Richtlinien stets nebeneinander gestellt. Die wenigen Ausnahmen von diesem Grundsatz beziehen sich nicht auf das eigentliche Gebiet des Kapitalverkehrs, sondern lediglich auf die Rechtsfolgen gesetzwidriger Handlungen. Hier wird von den Saarländern, denen als — wenn auch vorübergehend vom Deutschen Reich gelöst — Deutschen dieselbe Treupflicht zum Vaterlande obliegt wie allen anderen Volksgenossen, im Gegensatz zu den Ausländern die Kenntnis des deutschen Devisenrechts verlangt und vermutet (§ 29 Satz 3 DevW. 1). Diese Vermutung ist für die zivilrechtliche Wirksamkeit der von Saarländern getätigten Geschäfte beachtlich. Strafrechtlich können sie jedoch für außerhalb des Inlandes begangene Verstöße gegen die DevW. nicht belangt werden. Denn unter „Deutsche“ i. S. des § 40 DevW. sind nur Reichsangehörige im formellen Sinne zu verstehen. Die formelle Reichsangehörigkeit aber haben die Saarländer unberechtigt vorübergehend verloren, und die deutsche Devisengesetzgebung gilt z. B. im Saargebiet nicht. Wohl aber bedarf es zur Bestrafung der von deutschen Reichsangehörigen im Saargebiet begangenen Devisenverstoße nicht des § 40 DevW., da das Saargebiet Bestandteil des Deutschen Reiches geblieben ist, die deutschen Gesetze somit ohne weiteres Anwendung auf die dort von deutschen Reichsangehörigen verübten Straftaten finden können<sup>2)</sup>. Die unübersehbare Rechtslage beruht auf der ungewöhnlichen völkerrechtlichen Stellung des Saargebiets, dessen Territorium zwar Bestandteil des Deutschen Reiches geblieben ist, dessen Bewohner aber z. B. formell die deutsche Reichsangehörigkeit nicht besitzen.

Auf dieser Erscheinung beruht auch, daß devisenrechtlich zwar die Saarländer scharf von den Inländern getrennt werden, ein entsprechender Unterschied aber zwischen inländischen und von Saarländern ausgestellten Wertpapieren bzw. Anteilsrechten nicht gemacht wird. Hinsichtlich der Wertpapiere enthält die DevW. nur eine Definition: Ausländische Wertpapiere sind Wertpapiere, die von einem Ausländer i. S. des § 2 Abs. 6 DevW. ausgestellt sind (§ 2 Abs. 3 DevW.). Ausländer i. S. dieser Vorschrift sind aber die Saarländer nach dem klaren Wortlaut der DevW. nicht. Von Saarländern ausgestellte Wertpapiere können daher nicht als „ausländische“ Wertpapiere gelten. Dasselbe trifft für Anteilsrechte an saarländischen Gesellschaften zu.

Der Definition des § 2 Abs. 3 u. 6 DevW. würde es entsprechen, unter „inländischen“ die von Inländern, unter „saarländischen“ die von Saarländern ausgestellten Wertpapiere zu verstehen. Eine derartige Begriffsbestimmung gibt die DevW. jedoch nicht. Die Bezeichnung „saarländische“ Wertpapiere ist ihr überhaupt fremd. Da diese, wie dargelegt, nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht zu den ausländischen Wertpapieren gerechnet werden können, bleibt nur übrig, sie zu den inländischen zu zählen. Auch hier gilt dasselbe für die nicht in Wertpapieren verkörperten Anteilsrechte. Gegenüber diesen Folgerungen bringt der an sich naheliegende Ein-

wand, die Devisengesetzgebung als Notgesetzgebung sei in der Eile des Augenblicks gestaltet, die Fassung ihrer einzelnen Bestimmungen könne daher nicht so zweckbewußt durchdacht sein wie bei anderen Gesetzen, nicht durch. Denn gerade auf diesem Gebiet ist die DevW. nebst förmlichen DurchfW. und Richtlinien durchaus konsequent. Sie führt die Einteilung in Aus-, Saar- und Inländer ebenso lückenlos durch wie die Gegenüberstellung der ausländischen und inländischen (unter Nichterwähnung besonderer „saarländischer“) Wertpapiere. Von einem Versehen des Gesetzgebers kann daher keine Rede sein. Hätte ein solches vorgelegen, so wäre bei den zahlreichen Abänderungen, Ergänzungen und Umgestaltungen des Devisenrechts in 2 1/2 Jahren wohl Gelegenheit zu einer Berichtigung gewesen. Die DevW. muß daher dahin ausgelegt werden, daß Anteilsrechte an saarländischen Gesellschaften und Körperschaften sowie Wertpapiere, die von Saarländern ausgestellt sind, inländischen Charakter tragen. Sie unterliegen demnach allein den für entsprechende inländische Werte geltenden Vorschriften.

Die inländischen Wertpapiere zerfallen devisenrechtlich in zwei Gruppen. Die erste, die an sich den Normalfall darstellt, zu der aber nur wenige saarländische Effekten gehören dürften, umfaßt die Wertpapiere, die ausschließlich auf Reichsmark oder Goldmark ausgestellt sind. Der Verkehr mit ihnen ist grundsätzlich unbehindert. Nur ihr Ankauf von Ausländern oder Saarländern durch andere Personen als Reichsbank oder Devisenbanken (§ 2 der 4. DurchfW.) und ihre Versendung ins Ausland (§ 12 DevW.) bedarf der Genehmigung.

Die zweite Gruppe von inländischen Wertpapieren umfaßt die ausschließlich oder wahlweise auf eine ausländische Währung lautenden Wertpapiere. Zu ihr gehört die Mehrzahl der saarländischen Wertpapiere, da im Saargebiet die Frankwährung herrscht. Die Papiere dieser Gruppe unterliegen denselben Beschränkungen wie die der ersten Gruppe. Darüber hinaus ist, soweit sie nicht an einer deutschen Börse gehandelt werden, ihr Erwerb überhaupt genehmigungspflichtig und ebenso jede Verfügung über sie, die nicht zugunsten der Reichsbank oder einer Devisenbank erfolgt (§ 6 DevW.). Eine Ausnahme von der Genehmigungspflicht begründet Ziff. II 19 b Richtl. i. d. Fass. der W. v. 7. Dez. 1933 (RGBl. I, 1045) für die Veräußerung im Ausland, wofür der Verkäufer den Erlös alsbald zum Erwerb gleichartiger Wertpapiere verwendet und diese unverzüglich nach dem Inland bringt.

Eine etwas abweichende Regelung haben die nicht in Wertpapieren verkörperten Anteilsrechte an inländischen Gesellschaften und Körperschaften erfahren. Ihr Erwerb ist völlig ungehindert. Das muß nach dem Gesagten — im Gegensatz zu den Anteilsrechten an ausländischen Gesellschaften — auch für saarländische Beteiligungen gelten. Wohl aber bedarf — anders als bei Wertpapieren — die Verfügung über solche Anteilsrechte zugunsten von Ausländern oder Saarländern der Genehmigung.

Die dargelegte Rechtslage entspricht nicht nur dem Wortlaut der DevW., sondern — und darauf ist gerade bei der Notgesetzgebung der größte Wert zu legen — auch dem Zweck der Devisenzwangswirtschaft und der besonderen Lage des Saargebietes. Mochte es im Interesse des Währungsschutzes unvermeidlich sein, während der vorübergehenden Ausnahmestellung des Saargebiets die Saarländer devisenrechtlich wie Ausländer zu behandeln, für die saarländischen Wertpapiere und Beteiligungen bestand ein zwingender Anlaß zur Gleichstellung mit ausländischen Wertpapieren nicht. Unter diesen Umständen konnte der trotz der vorübergehenden politischen Trennung fortbestehenden Wirtschaftseinheit Deutschlands mit dem Saargebiet insoweit Rechnung getragen und wenigstens den saarländischen Vermögenswerten auch formellrechtlich die Zugehörigkeit zur deutschen Volkswirtschaft bestätigt werden. Dafür, daß diese Regelung nicht zu einer Umgehung der devisenrechtlichen Schranken benutzt wird, bieten die bestehenden Vorschriften ausreichend Gewähr<sup>3)</sup>.

1) Daß dieselben Ansprüche in zivilrechtlicher Beziehung nicht auch an die im Ausland ansässigen deutschen Reichsangehörigen gestellt werden, ist eine Inkonsequenz der DevW., die um so mehr auffällt, als ihre strafrechtlichen Bestimmungen diese Personen ausdrücklich erfassen. Vgl. § 40 im Gegensatz zu § 29 Satz 3 DevW.

2) Abweichend Lion-Hartenstein, Steuer- und Devisennotrecht, zu § 40 Anm. 7. — Der Versuch von Koppe a. a. O., aus § 40 DevW. Rückschlüsse auf die Genehmigungspflicht des Erwerbs von Anteilsrechten an saarländischen Gesellschaften zu ziehen, dürfte kaum überzeugen.

3) Vgl. in dieser Hinsicht besonders § 14 DevW., der selbstverständlich auch bei dem Verkehr mit von Saarländern ausgestellten Wertpapieren zu beachten ist.

# Die Zulässigkeit der alternativen Tatbestandsfeststellung im Strafprozessrecht.

Von Professor Dr. Friedrich Schaffstein, Leipzig.

Bevor eine endgültige Entscheidung des RG. in dieser Frage ergangen ist, ist verfehentlich in der JW. 1934, 294 ein Urteilsentwurf des 1. StrSen. des RG. zum Abdruck gelangt, in welchem im Gegensatz zu der bisherigen RG. Spr. innerhalb der aus § 264 StPD. zu entnehmenden Grenzen eine Verurteilung auf Grund wahlbeutiger Feststellungen für zulässig erklärt wird. In der ausführlichen Anmerkung dazu hat Hellmuth Mayer den gegenteiligen Standpunkt eingenommen, während Müse im letzten Heft der JW. (1934, 463 ff.) in einer Gegenkritik die Zulässigkeit der Alternativschuldfeststellung und damit den Standpunkt des 1. StrSen. verteidigt hat. M. E. sind die Begründung des Urteilsentwurfs und die Ausführungen Müses in jeder Hinsicht überzeugend. Wenn im folgenden noch einmal zu der Frage Stellung genommen wird, so geschieht das einmal, weil — auch darin stimme ich Müse im Gegensatz zu Hellmuth Mayer zu — die Frage der wahlbeutigen Feststellung schon wegen ihres häufigen Auftretens von erheblicher praktischer Wichtigkeit ist; vor allem aber, weil die entschiedene Betonung der weltanschaulichen und politischen Momente bei der Gesetzesanwendung und Rechtsfindung dem Urteilsentwurf eine weit über den fraglichen Einzelfall hinausgehende grundsätzliche Bedeutung gibt.

1. Der entscheidende und in seinen Auswirkungen noch kaum übersehbare Fortschritt, den als Teilercheinung der allgemeinen geistesgeschichtlichen Situation der Gegenwart die Rechtswissenschaft in den letzten Jahren gemacht hat, besteht in der Erkenntnis, daß der angeblich wertfreie und unpolitische Charakter der richterlichen Rechtsanwendung und der rechtswissenschaftlichen Begriffsbildung selbst nur Ausfluß eines konkreten, heute überwundenen politischen Prinzips, nämlich des gewaltenteilenden Liberalismus ist. Die staatsrechtliche Organisationsform des nationalsozialistischen Reichs beruht nicht mehr auf dem Gewaltentrennungsdogma. Die Rechtssicherheit im Sinne des Schutzes vor Staats- und Richterwillkür ist für ihn nicht mehr oberster Wert seiner Rechtsordnung und letztlich entscheidendes Gesetzesauslegungsprinzip. In Übereinstimmung damit und im Gegensatz zur unbewußt politischen Rechtswissenschaft des liberalen Positivismus ist sich die neue Rechtswissenschaft der irrational-weltanschaulichen Voraussetzungen des Rechts und seiner wissenschaftlichen Erkenntnismöglichkeiten durchaus bewußt. Sie redet freilich nicht einem schon dem Führerprinzip widersprechenden Hinwegsetzen des Richters über das Gesetz das Wort. Aber sie hält es für die Aufgabe der Rechtsanwendung, die politische Tätigkeit des nationalsozialistischen Gesetzgebers, dessen strafrechtliche Absichten nicht so sehr durch den Willkürschutz, als vielmehr durch den Primat des Schutzes von Volk, Staat und völkischer Lebensordnung bestimmt werden, bei der Gesetzesauslegung und Ausfüllung von Gesetzeslücken fortzusetzen und zu Ende zu führen.

So weise nun auch der hergebrachte Konservatismus der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist, so gefährlich könnte er werden in einer Zeit, in der nicht nur die tagespolitische, sondern gerade auch die geistige Entwicklung sich ungewöhnlich rasch vollzieht, und wir in einem Zeitraum von wenigen Jahren eine alle Lebensbezirke erfassende revolutionäre Wandlung von ungewöhnlicher Tiefenwirkung erleben. Eine Rechtsprechung, die auch nach der Überwindung des Liberalismus und Positivismus aller Spielarten noch an dem liberalen Grundsatz „unpolitischer“ Neutralität festhalten würde, würde sehr bald nicht nur mit der staatsrechtlichen, sondern auch mit der allgemeinen geistigen Strömung unserer Zeit in einen für sie selbst und damit für das ganze Volk höchst bedenklichen Widerspruch geraten. Umso bedeutungsvoller ist es, wenn wir nunmehr in dem Urteilsentwurf des 1. StrSen. lesen, wie das RG. nach einer ausführlichen Darlegung seiner bisher ablehnenden Rechtsprechung zur wahlbeutigen Tatbestandsfeststellung sich bemüht, die politische „Quelle“ dieser Praxis aufzudecken, wie es die formallogische Methode der Rechts-

anwendung auf die „Übersteigerung des an sich gesunden Rechtsstaatsgedankens“ zurückführt; wie es kritisch von dem „unhaltbaren Glauben an die Möglichkeit einer lückenlosen Gesetzgebung und der Scheu, die Wirksamkeit „irrationaler Momente bei der Rechtsfindung anzuerkennen“, spricht, Tendenzen, von denen „auch die Rechtsprechung des RG. nicht ganz unberührt geblieben“ sei. Das RG. hätte seine bekanntlich manchmal angezweifelte Aufgeschlossenheit gegenüber der neuen politischen und wissenschaftlichen Bewegung nicht deutlicher unter Beweis stellen können, als durch diese Ausführungen des Urteilsentwurfs. Und wenn es seine neuen strafrechtlichen Rechtsauslegungsgrundsätze dahin formuliert, es sei „unter steter Berücksichtigung des Endzweckes der Rechtsordnung — der Förderung des allgemeinen Wohls und der Gewährung von Rechtssicherheit sowohl für die Gesamtheit wie für den einzelnen Volksgenossen — den Interessenabwägungen des Gesetzes nachzugehen und Lücken, die es gelassen hat, im Geiste der Rechtsordnung unter Berücksichtigung des gesunden Volksempfindens auszufüllen“, so werden — trotz der noch immer reichlich großen Vorsichtigkeit der Formulierung — diese Ausführungen des Urteilsentwurfs schon deswegen eine über die konkrete Problemstellung hinausgehende Zustimmung gerade im Sinne des nationalsozialistischen Rechtsdenkens beanspruchen dürfen.

2. Was nun dieses konkrete Problem der alternativen Schuldfeststellung selbst anlangt, so hat freilich Hellmuth Mayer in seiner Anmerkung nachzuweisen versucht, daß es sich bei seiner Lösung überhaupt nicht um weltanschauliche, sondern um „rein juristische Erwägungen über das Wesen des Strafanspruchs und über den Sinn der Verurteilung“ handele. Indessen kann ich seinen Ausführungen nicht zustimmen (zutreffend jedoch Müse a. a. O. S. 466). Schon die Unterscheidung zwischen „weltanschaulicher“ und „rein juristischer“ Erwägungen ist zu beanstanden, denn es macht ja gerade das Wesen der neuen rechtswissenschaftlichen Betrachtungsweise aus, daß sie diese Trennung überwunden hat und von der weltanschaulich-politischen Bedingtheit jeder juristischen Erkenntnis und Beweisführung ausgeht; eine Wahrheit, die ihre prägnanteste Formulierung in dem bekannten Wort Carl Schmitts gefunden hat, daß schon die Entscheidung darüber, ob eine juristische Frage „unpolitisch“ sei, eine politische Entscheidung darstelle. Die Richtigkeit dieses Anspruchs wird gerade durch eine Prüfung der Beweisführung Mayers bestätigt.

Im Anschluß an Detler wirft nämlich Mayer dem RG. vor, das alternative Urteil widerspreche dem aus dem materiellen Recht sich ergebenden Grundsatz, daß aus jedem selbständigen Strafgesetz dem Staat ein selbständiger Strafanspruch erwachse. Es stellt weder den einen noch den anderen Anspruch fest und setzt mit seiner Alternativfeststellung eine im materiellen Recht überhaupt nicht enthaltene Strafsetzung voraus. Gerade dieses formallogische Operieren mit normentheoretischen Vorstellungen und dem Strafanspruchsbegriff aber scheint uns heute durch bestimmte weltanschaulich-politische Voraussetzungen bedingt zu sein. Denn nicht nur die Normentheorie, sondern gerade auch der Strafanspruchsbegriff führt dem Ursprung nach zurück auf die liberale Rechtsstaatsideologie des 19. Jahrhunderts. Die Vorstellung, daß dem Staat (!) durch die Strafrechtsordnung ein „Anspruch“ auf Strafe gewährt werde und zur Rechtfertigung der Bestrafung gewährt werden müsse, hat zur notwendigen Voraussetzung die Annahme einer primären „staatsfreien“ Individualsphäre, in welche der Staat in gewissen Fällen und unter Zurechtweisung der üblichen rechtsstaatlichen Fautelen ein „Eingriffsrecht“ erhalte. Mag nun auch der Strafanspruchsbegriff in Ermangelung eines besseren einseitigen noch in Lehrbüchern und Vorlesungen als konstruktiver Behelf dienen, so sollte man sich doch hüten, aus ihm im neuen totalen Staat praktisch bedeutsame Entscheidungen herzuleiten. Ob wirklich der Grundsatz „nullum crimen sine lege“,

also der § 2 StGB. — wie der Urteilsentwurf annimmt, Söll. Mayer aber bestreitet —, unmittelbar für die Ablehnung der wahlbeutigen Feststellung in der früheren Rechtsprechung besonders maßgeblich gewesen ist, kann demgegenüber m. E. dahingestellt bleiben. Denn die formallogisch-konstruktive Denkweise, die ganz zweifellos mit der Ablehnung der Alternativfeststellung und ihrer Begründung in der vom RG. angezogenen bisherigen Rechtsprechung zusammenhängt, ist ja nur der rechtswissenschaftliche Ausdruck derselben weltanschaulich-politischen Richtung, die in § 2 StGB. ihren gesetzgeberischen Ausdruck gefunden hat.

3. Mayer begründet seinen Standpunkt nun aber auch vor allem mit der Erwägung, es brauche die Ablehnung der wahlbeutigen Feststellung schon deshalb fast niemals zu materiell ungerechtfertigten Freisprüchen führen, weil sie sich in den allermeisten Fällen durch die eindeutige Feststellung eines der beiden Tatbestände vermeiden lasse. Aber auch dieses Argument scheint mir nicht überzeugend zu sein. Es ist m. E. nicht einzusehen, warum der Richter einen krummen Weg gehen soll, wenn ein gerader Weg möglich ist. Letzten Endes wird der krumme Weg immer auf Kosten der Volksverständlichkeit der Entscheidung beschritten werden. Als krummer Weg erscheint in den fraglichen Fällen die eindeutige Feststellung deshalb, weil sie gegen das in § 261 StPD. als selbstverständlich vorausgesetzte Prinzip verstoßen würde, nach dem die Verurteilung den zweifelsfreien Nachweis der Schuld des Angeklagten an der Tatbestandsverwirklichung erfordert. Mag man daher auch über die gesetzliche Rechtfertigung der wahlbeutigen Feststellung denken wie man will, soviel steht jedenfalls fest: Die eindeutige Feststellung würde in solcher Fällen erst recht gegen das Gesetz verstoßen (vgl. Müse a. a. D. S. 466). Gerade deshalb kann ich auch Mayers Meinung, es werde durch die alternative Schuldfeststellung die sittliche Eindringkraft des Urteils gemindert, nicht teilen. Wenn wirklich zweifelhaft ist, ob etwa der Angeklagte ein Dieb oder ein Dieb ist, oder ob etwa der eine oder der andere seiner beiden sich widersprechenden Eide der Meineid ist, so wird es im Gegenteil für die sittliche Eindringkraft des Schuldspruchs sowohl beim Angeklagten selbst wie beim Publikum sehr nachteilig sein, wenn das Urteil eines der beiden Delikte auf ganz unzulängliche Beweisgründe hin eindeutig feststellt. Und geradezu aufgehoben wird diese sittliche Eindringkraft des Urteils, wenn zufällig gerade das in Wirklichkeit gar nicht begangene Delikt eindeutig festgestellt wird. — Auf der anderen Seite braucht die schädliche und das Rechtsempfinden der Beteiligten meist tief verletzende Wirkung des Freispruchs eines Strafwürdigen in dem Falle, in dem an sich die wahlbeutige Feststellung zur Verurteilung führen müßte, wohl nicht noch besonders unterstrichen zu werden.

Für die wirklich zweifelhaften Fälle ist deshalb m. E.

der Alternativschuldspruch in der vom 1. StrSen. vorgeschlagenen Form jeder anderen Lösung vorzuziehen. Diese Auffassung schließt nicht aus, daß in denjenigen Fällen, in denen eine recht erhebliche Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen des einen der beiden fraglichen Delikte gegeben ist, die eindeutige Feststellung dieses Deliktes unter weitherziger Anwendung der Beweisgrundsätze der wahlbeutigen Feststellung vorzuziehen ist. Aber diese Unmöglichkeit wird ja durch die Zulässigkeit der Alternativfeststellung durchaus nicht ausgeschlossen und es wird in den konkreten Grenzfällen Sache des Richters sein, sich nach pflichtgemäßem Abwägen des rechtspolitischen Für und Wider für die eine oder die andere Möglichkeit zu entscheiden. Gerade in einer Zeit, in der von Gesetzes wegen der Ermessensspielraum des Strafrichters und damit die rechtspolitische Verantwortung des Strafrichters in so außerordentlichem Maße gesteigert werden soll, bestehen m. E. keine Bedenken, ihm auch diese Entscheidung neben vielen anderen und folgenschwereren zu übertragen. Die von Mayer hervorgehobene Gefahr, daß der Richter sich aus Bequemlichkeit allzu leicht zu alternativen Feststellungen entschließen werde, halte ich einstweilen für nicht sehr groß.

4. Ebenso überschätzt Hellmuth Mayer m. E. die Schwierigkeiten der weiteren praktischen Durchführung des Alternativurteils und deren Bedeutung durchaus. In der Frage des Wahrheitsbeweises bei der üblen Nachrede (§ 190 StGB.) ergibt sich aus der alternativen Feststellung, daß das Urteil den Beweis gemäß § 190 StGB. nicht ersetzt, wenn dem Täter die Begehung des nicht eindeutig im Urteil festgestellten schwereren Delikts nachgesagt wird. Die anderen praktischen Bedenken Mayers sind m. E. ebenfalls durch die Gegenkritik Müses widerlegt.

5. Auch insoweit ist dem Urteilsentwurf zuzustimmen, als er in § 267 StPD. ein formales Hindernis für die Zulässigkeit der Alternativfeststellung nicht sieht. Die gegenläufige Auffassung beruht auf einer *positio principii*. Allerdings bezieht sich § 267 StPD. seinem Wortlaut nach nur auf die eindeutige Tatbestandsfeststellung. Aber die Tatsache, daß die Alternativfeststellung im Gesetz und insbes. in § 267 StPD. eine Regelung nicht gefunden hat, schließt die Möglichkeit nicht aus, diese Gesetzeslücke „im Geiste der Rechtsordnung“ und, soweit es sich um den Bereich des § 267 handelt, in sinngemäßer analoger Anwendung dieser Gesetzesbestimmung auszufüllen. Da mit der Überwindung des Gesetzespositivismus auch die Vorstellung der Lückenlosigkeit des Gesetzes und die Ausschließlichkeit des formallogischen argumentum e contrario überwunden worden ist, so bedarf es also m. E. der etwas gezwungenen Wortinterpretation Müses (a. a. D. S. 465) überhaupt nicht, um über das formale Argument aus § 267 StPD. hinwegzukommen und die Zulässigkeit der Alternativfeststellung zu begründen.

#### **Zur Bedeutung der Zahlungsfristen aus § 18 Abs. 4 der VO. v. 26. Mai 1933.**

Sind bei dem Schuldner einer Geldforderung bewegliche Sachen gepfändet worden, die zum persönlichen Gebrauch dienen oder zum Hausrat gehören, oder Gegenstände, die der Erwerbstätigkeit des Schuldners dienen oder zu seinem gewerblichen Unternehmen gehören, so kann ihm unter bestimmten weiteren Voraussetzungen Vollstreckungsschutz gewährt werden. Das Gericht hat nach § 18 B. zwei Möglichkeiten: Es kann entweder die Zwangsvollstreckung aufheben oder unter einstweiliger Einstellung der Zwangsvollstreckung Zahlungsfristen bewilligen.

Wird die Zwangsvollstreckung aufgehoben, so bekommt damit der Gläubiger zweifellos die Hände frei zu jeder anderen Vollstreckungsmäßnahme. Insbes. kann er auch das Offenbarungseidsverfahren betreiben, wenn andere als die dem Vollstreckungsschutz unterliegenden Mobilien bei dem Schuldner nicht zu finden sind. Die in § 807 ZPD. angeordnete Voraussetzung, daß die Vollstreckung nicht zu der Befriedigung des Gläubigers geführt habe, ist bedenkenfrei gegeben, und der Gerichtsvollzieher muß die Unpfändbarkeitsbescheinigung erteilen. Die Sachlage ist in diesem Falle nicht anders, als wenn bei dem Schuldner nur Gegenstände gefunden werden, die nach § 811 ZPD. derzeit unpfändbar sind.

Fraglich ist dagegen die Rechtslage, wenn die Zwangsvollstreckung nicht aufgehoben, sondern nur einstweilig eingestellt wird

und dem Schuldner Zahlungsfristen bewilligt werden. Auch in solchem Falle führt die Pfändung, selbst wenn der Wert der gepfändeten Sachen dem Werte der Forderung entspricht, insofern nicht zu einer ordnungsmäßigen Befriedigung des Gläubigers, als er zu warten genötigt wird, während er sofortige Bezahlung verlangen kann. Diese Zwangsstundung bedeutet häufig für den Gläubiger eine erhebliche Härte, die aber nicht berücksichtigt wird, wenn sie nicht gerade seine wirtschaftliche Lage ernstlich gefährdet. Die Stellung des Gläubigers ist in solchen Fällen um so prekärer, als er auch nach Rechtskraft des Einstellungsbeschlusses immer noch damit rechnen muß, daß der Schuldner unter Glaubhaftmachung einer weiteren Verschlechterung seiner wirtschaftlichen Verhältnisse die fristgemäße Zahlung vorenthält. Der Gläubiger kann dann die Pfändung nicht fortsetzen und hat umsonst gewartet. Er wird deshalb nicht selten den Wunsch haben, auf einem anderen Wege sofort zu seinem Recht zu kommen. Insbes. wird er häufig bestrebt sein, den Schuldner möglichst schnell zu einer Offenbarung seines Vermögens zu zwingen, damit der vielleicht böswillige Schuldner nicht die Zahlungsfrist benutzt, um andere nicht dem Vollstreckungsschutz unterstehende Werte beiseitezuschaffen.

Hier erhebt sich nun die Frage, ob der Schuldner gegen eine anderweitige Vollstreckung vor Ablauf der Zahlungsfrist Einwendungen erheben kann. Die früheren Gesetze, welche die gerichtliche Anordnung von Zahlungsfristen zuließen, haben diese Frage

regelmäßig durch klare Bestimmungen in einem dem Schuldner günstigen Sinne geregelt. So war z. B. in § 4 Bf. über die Geltendmachung von Hypotheken usw. v. 8. Juni 1916 (RGBl. 454) die Gewährung von Zahlungsfristen auch für solche Ansprüche ermöglicht, für die der Gläubiger bereits einen vollstreckbaren Titel hatte. In Abs. IV a. a. O. war ausdrücklich angeordnet, daß nicht nur eine begonnene Zwangsvollstreckung einzustellen, sondern auch jede andere für unzulässig zu erklären sei. In § 6 war ferner bestimmt, daß die Zahlungsfrist wie eine von dem Gläubiger bewilligte Stundung wirken solle. Ganz entsprechend ist die Regelung in dem Fälligkeitengesetz vom 18. Juli 1930 (RGBl. 300). Auch nach diesem Gesetz wird die Fristbewilligung nicht dadurch gehindert, daß der Gläubiger bereits einen vollstreckbaren Titel hat (§ 11). Nach § 12 wirkt auch hier die Fristsetzung wie eine vertragliche Stundung, und die Zwangsvollstreckung aus dem etwa vorbandenen Titel ist nach § 13 unzulässig.

Bei der B. v. 26. Mai 1933 fehlt nun sowohl die Gleichsetzung der Fristgewährung mit einer rechtsgeschäftlichen Stundung wie auch die Anordnung, daß die Zwangsvollstreckung während des Laufs der Frist unzulässig sei. Der Richter hat also wie oft die Wahl zwischen dem Analogieschluß und dem Gegen-schluß. Entscheidet man sich für die analoge Anwendung der früheren Bestimmungen in vollem Umfang, so ist jede weitere Vollstreckungsmaßnahme während der Zahlungsfrist unzulässig, und der Schuldner kann gegen sie im Wege der Erinnerung nach § 766 ZPO. vorgehen. Nimmt man an, daß in analoger Anwendung der früheren Gesetze wenigstens die Fristgewährung einer Stundung gleichzuachten ist, so kann der Schuldner unter Vorlegung des die Frist bewilligenden Beschlusses nach § 775 Ziff. 4 ZPO. die Einstellung der Zwangsvollstreckung verlangen. Beide Rechtsbehelfe kommen in ihrer praktischen Auswirkung ziemlich auf dasselbe hinaus. Entnimmt man aus dem Fehlen der entsprechenden Sätze dagegen die Absicht des Gesetzgebers, die Rechtslage für die Anordnungen nach § 18 Abs. 4 B. anders zu gestalten, so darf die Zahlungsfrist für anderweitige Vollstreckungsmaßnahmen kein Hindernis bilden.

Der Analogieschluß erscheint nun schon aus der mehr äußerlichen Ermägung bedenklich, daß es in Anbetracht der mehrfachen gesetzlichen Vorbilder eigentlich nahegelegen haben müßte, die ausdrückliche Anordnung vorzunehmen, wenn man sie gewollt hätte. Im übrigen ist aber auch der eine verschiedene Behandlung rechtfertigende sachliche Unterschied zwischen den Zahlungsfristen nach der Verzinsung und den Zahlungsfristen nach den bezeichneten früheren Gesetzen klar ersichtlich. Bei den früheren Bestimmungen steht im Mittelpunkt der zu treffenden Entscheidung die Fristbewilligung selbst, sie ist das eigentliche Ziel des Verfahrens. Bei § 18 B. ist dagegen in erster Linie zu entscheiden, ob die Vollstreckung in gewisse Mobilien durchgeführt werden soll oder nicht. Die Zahlungsfrist spielt die mehr nur nebensächliche Rolle einer Bedingung. Der Vollstreckungsschutz ist auflösend bedingt durch die fristgemäße Zahlung, oder die Vollstreckung ist aufchiebend bedingt durch die Nichtzahlung. Es handelt sich hier nicht so sehr darum, den Schuldner mit der Zahlungsfrist zu sanieren, als vielmehr darum, die Hemmung der Vollstreckung für den Gläubiger erträglich zu machen. Die Fristbewilligung ist also hier nur eine Hilfsmaßnahme bei der Durchführung des Vollstreckungsschutzes. Durch diese Relativität wird ihre rechtliche Tragweite einschränkend bestimmt.

Wird der Gläubiger z. B. nach der Einstellung und Fristbewilligung gem. § 18 B. auf die Intervention eines Dritten hin genötigt, die unter Pfand gestellten Mobilien freizugeben, so wird die lediglich diese Einstellung modifizierende Fristbewilligung hinfällig. Für diesen Fall wird kaum bezweifelt werden, daß der Gläubiger nunmehr, ohne den Ablauf der Frist abwarten zu müssen, weitere Vollstreckung versuchen kann. Ebenso muß es aber sein, wenn der Gläubiger die Pfandstücke freiwillig, ohne jeden Zwang freigibt, einfach um eine sich anderweitig bietende Vollstreckungsmöglichkeit auszunutzen zu können. Wenn die Zahlungsfrist wie eine vereinbarte Stundung wirken würde, wäre das alles nicht gangbar, weil der weiteren Vollstreckung der Einwand aus § 775 Ziff. 4 ZPO. entgegenstände.

Der relative Charakter der Fristbewilligung muß sich aber auch auswirken, wenn die (eingestellte) Pfändung bestehen bleibt. Fraglich ist nur, ob der Gläubiger, wenn er voll gedeckt ist, nicht deshalb an einer weiteren Vollstreckung gehindert ist, weil ihm mit Erfolg der Einwand der Überpfändung entgegengesetzt werden kann. Das muß in der Tat bejaht werden. Die, wenn auch eingestellte, Pfändung sichert den Gläubiger innerlich, und es geht nicht an, daß er trotz voller Deckung weitere Werte mit Beschlag belegt. Zweifelsfrei ist allerdings, ob der vollgedeckte Gläubiger nicht wenigstens das Offenbarungseidsverfahren betreiben kann. Die eingestellte Vollstreckung führt mindestens zunächst nicht zu seiner Befriedigung. Die Vermögensoffenbarung des Schuldners wäre auch insofern wichtig für den Gläubiger, als er

dadurch vielleicht auf andere Vollstreckungsmöglichkeiten hingewiesen wird, die ihn schneller zum Ziel führen. Da ferner die für den Schuldner schädlichen Auswirkungen der Offenbarung durch die Bestimmungen in § 19 d. B. wesentlich gemildert sind, scheint es mir gerechtfertigt, das Offenbarungseidsverfahren trotz der Fristsetzung zuzulassen. Man muß sich hierzu vergegenwärtigen, daß der Schuldner ja auch offenbaren müßte, wenn, was regelmäßig beantragt wird, die Pfändung ganz aufgehoben worden wäre.

Hat der Vollstreckungsrichter die Frist bewilligt, ohne daß der Gläubiger voll gedeckt war, so steht einer weiteren Vollstreckung in Höhe des Ausfallbetrages nichts im Wege, denn es kann dem Gläubiger nicht zugemutet werden, daß er ungeschert den Lauf der Frist abwartet.

Dr. Dr. Paul Reyer, Magdeburg.

### Vollstreckungsschutz aus § 18 der Verordnung vom 26. Mai 1933 auch für juristische Personen?

Auf Antrag des Schuldners muß die Zwangsvollstreckung in solche beweglichen Sachen, die zum persönlichen Gebrauch dienen, zum Hausrat gehören oder als Einrichtungsgegenstände, Gerätschaften, Vorräte usw. der Erwerbstätigkeit des Schuldners oder einem von ihm betriebenen gewerblichen Unternehmen dienen, unter besonderen Umständen eingestellt werden. Es ist streitig geworden, ob diese Vorschrift nur zugunsten natürlicher Personen oder auch zugunsten von Kapitalgesellschaften anwendbar ist. Das LG. Frankfurt a. M.: JW. 1933, 2664 hat die Vorschrift auch auf rein kapitalistische Unternehmungen angewandt, wobei es allerdings zugeben mußte, daß diese Anwendung über den Wortlaut des § 18 hinausgeht. Die gleiche Auffassung wird vom LG. Berlin: JW. 1933, 2964 und von Schulze a. a. O. vertreten. Schulze meint, daß diese Auslegung allein dem Sinn und Zweck des Gesetzes entspräche und daß die grundsätzliche Verfassung des Schutzes für Kapitalgesellschaften zu einer innerlich nicht gerechtfertigten, unverständlichen Unterscheidung zwischen Einzelpersonen als Unternehmer und Kapitalgesellschaften führe. Seine Ansicht könne daher als die in der Praxis überwiegende bezeichnet werden.

Abgesehen aber davon, daß diese Auslegung — wie ja zugegeben wird — über den Wortlaut der Bestimmung hinausgeht, ist sie auch deshalb angreifbar und darf keinesfalls zur herrschenden werden, weil sie nicht nur den rechtspolitischen Absichten der nationalsozialistischen Regierung zuwiderläuft, sondern auch gegen einen alten deutschen Rechtsgrundsatz verstößt. Es kann zunächst kein Zweifel sein, daß die Vorschrift eine Weiterentwicklung der sozialen Gedanken enthält, die sich schon in § 811 ZPO. finden. Es handelt sich um eine Ausdehnung des Verbotes der sog. „Kahlpfändung“. Während bisher nach § 811 Ziff. 5 nur solche Gegenstände unpfändbar waren, die zur Fortsetzung einer persönlichen Arbeitsleistung unentbehrlich waren, ist die Unpfändbarkeit jetzt ausgedehnt auf alles, was der Erwerbstätigkeit des Schuldners dient „oder zu einem von ihm betriebenen gewerblichen Unternehmen gehört“.

Jonas (Pfundtner-Neubert, Das neue deutsche Reichsrecht, II 9 zu § 18) stellt daher eindeutig fest, daß diese Regelung eine wesentliche Erweiterung des § 811 ZPO. bedeutet. Aus dieser richtigen Erkenntnis heraus hatte das LG. Frankfurt a. M.: JW. 1933, 2963 noch richtig darauf abgestellt, daß der Vollstreckungsschutz aus § 18 nur ausnahmsweise dann auch juristischen Personen zukommen dürfe, wenn „die persönliche Arbeitskraft nicht völlig hinter der Ausnutzung des in dem Unternehmen angelegten Kapitals zurücktritt“. Sogar diese Ausnahme wird sich vielleicht als praktisch unburchführbar erweisen und man wird den Vollstreckungsschutz deshalb grundsätzlich nur auf natürliche Personen zu beschränken haben. Keinesfalls ist es angängig, aus dem Zusatz „oder zu einem von ihm betriebenen gewerblichen Unternehmen gehören“ eine für sich allein selbständige Bestimmung zu machen. Dies geht über den Rahmen des Vollstreckungsmotivrechtes als eines grundsätzlich sozialen Rechtes weit hinaus. Es verträgt sich nicht damit, daß im übrigen Teil des Satzes ganz offensichtlich nur auf natürliche Personen (persönlicher Gebrauch, Hausrat, Gerätschaften) abgestellt ist. — Wenn die weitgehende Auslegung richtig wäre, so müßte man sich wundern, warum der Gesetzgeber nicht kurzerhand die Zwangsvollstreckung überhaupt verboten habe, wenn nur die weiteren Voraussetzungen (unverschuldete Notlage und unverhältnismäßiger Nachteil) beim Schuldner gegeben sind.

Die von Schulze schon als herrschende Meinung behandelte Gleichstellung von natürlichen und juristischen Personen widerspricht vor allem den nun endlich energisch zum Durchbruch gekommenen Grundgedanken der neuen Staatsführung, das persönliche Unternehmertum zu schützen und zu fördern. Dieser Gedanke muß dazu führen, daß derjenige, der sich in Wirtschaftslieben von vornherein hinter den Schutz einer juristischen Person zurückzieht, keinesfalls in der Zwangsvollstreckung auf dieselbe Rücksicht rechnen darf wie der Schuldner, der sich mit seiner Person und seinem ganzen Vermögen eingesetzt hat. Es ist auffällig und bedauerlich, daß dieser Gedanke

bisher nicht einmal zur Erwägung gestellt worden ist. Man wird sich aber über das Schwindeln des Unternehmergeistes und den Schwindel, der mit GmbH. und AktG. betrieben wird, nicht beklagen dürfen, wenn man in dieser Weise das Gefühl für das grundsätzlich Wichtige einer Entscheidung verloren hat. Die ältere Entscheidung des O. Frankfurt a. M. verdient daher bei weitem den Vorzug.

Sie verdient den Vorzug nicht nur aus den oben dargelegten rechtspolitischen Gründen, sondern auch deshalb, weil sie — wenn auch unbewußt — in der Besserstellung der natürlichen Person gegenüber der in der Haftung beschränkten juristischen Person einem Grundsatz des alten deutschen Rechts folgt, nämlich dem Satze:

„Wer den guten Tropfen genießt, genießt auch den bösen.“  
Ger. Off. Dr. Eugen Langen, z. B. Berlin.

### Das zweite Gesetz über den landwirtschaftlichen Vollstreckungsschutz vom 27. Dezember 1933 und die Sechsmonatsfrist des § 11 II ZwVorstG.

Durch Art. I § 1 der 1. Ausf. V. D. zu der V. D. über den landwirtschaftlichen Vollstreckungsschutz v. 14. Febr. 1933 i. Verb. m. dem Gef. v. 25. Okt. 1933 waren sämtliche Verfahren zum Zwecke der Zwangsversteigerung landwirtschaftlicher ... Grundstücke kraft Gesetzes bis zum 31. Dez. 1933 einseitig eingestellt. Nach Art. 1 Gef. v. 27. Dez. 1933 gelten vom 1. Jan. 1934 an für die landwirtschaftlichen ... Grundstücke und Betriebe die Vorschriften der V. D. v. 26. Mai 1933, mit den näher bestimmten Abweichungen.

Für die diesem Gesetze unterfallenden Zwangsversteigerungen erhebt sich die Frage: Von welchem Zeitpunkt an läuft die in § 31 Abs. 2 ZwVorstG. vorgesehene Sechsmonatsfrist, wie verhält es sich mit den bereits vor Inkrafttreten der Ausf. V. D. v. 14. Febr. 1933 in Lauf gewesenen Fristen nach § 31 Abs. 2 ZwVorstG.?

Die Lösung ergibt § 8 V. D. v. 26. Mai 1933. Diese Bestimmung ist auf die kraft Gesetzes bis zum 31. Dez. 1933 einseitig eingestellten landwirtschaftlichen ... Vollstreckungsverfahren mit der Maßgabe anzuwenden, daß als Zeitpunkt des Beginns der Frist der 1. Jan. 1934 zu gelten hat, so daß mit Ablauf des 30. Juni 1934 die Aufhebung aller der Verfahren zu erfolgen hat, deren Fortsetzung der Gläubiger bis dahin nicht beantragt hat.

Dieses Ergebnis erhebt aus folgenden Erwägungen:

Nach Art. 1 der 1. Ausf. V. D. zu der V. D. v. 14. Febr. 1933 werden ... „Die §§ 18 bis 19a der V. D. v. 8. Dez. 1931 Dritter Teil in der Fassung ... durch folgende Vorschriften ersetzt ...“ — und hierbei ist zu ergänzen nur sie werden ersetzt. Die anderen Vorschriften der V. D. fanden wie vordem auch auf die landwirtschaftlichen Grundstücke Anwendung. Denn der Eingang des § 18 i. d. Fass. der V. D. v. 17. Jan. 1933 bestimmte, daß ... „die §§ 5 bis 7 auf die landwirtschaftlichen ... Grundstücke mit folgender Maßgabe anzuwenden ...“ seien. Hieraus ergibt sich einerseits, daß für den Bereich der landwirtschaftlichen Vermögensvollstreckung die §§ 5, 7 mit der Modifikation des § 18 a. a. D. anzuwenden waren, andererseits, daß die übrigen Vorschriften der V. D. ohne weiteres auch für die landwirtschaftlichen Grundstücke galten, insbes. auch § 8 a. a. D. An dieser Rechtslage hat die nachfolgende Gesetzgebung nichts geändert. Die V. D. v. 14. Febr. 1933 ersetzte nur die §§ 18 bis 19a a. a. D., das Gef. v. 26. Mai 1933 ließ den Wortlaut des § 8 unberührt und behandelte die landwirtschaftliche Vollstreckung überhaupt nicht, die V. D. v. 26. Mai 1933 endlich stellte nur eine Neufassung der durch das Gef. v. gl. Tag geänderten Vorschriften dar. Unter den in § 8 a. a. D. angeordneten §§ 5, 7 aber waren diese schlechthin zu verstehen auch in der Fassung der alten §§ 18 ff. Daher waren auch die an deren Stelle für den landwirtschaftlichen Vollstreckungsschutz getretenen Vorschriften der V. D. v. 14. Febr. 1933 und deren Ausf. V. darunter zu begreifen.

Obiges Ergebnis gilt für sämtliche vor dem 1. Jan. 1934 angeordneten Zwangsversteigerungsverfahren betr. landwirtschaftliche Grundstücke, insbes. auch für die schon beim Inkrafttreten der V. D. v. 14. Febr. 1933 anhängig gewesenen, die etwa gem. § 30 ZwVorstG. oder §§ 5, 7 V. D. v. 8. Dez. 1931 — nunmehr 26. Mai 1933 — einseitig eingestellt gewesen waren, bei denen aber die Frist des § 31 Abs. 2 ZwVorstG., § 8 V. D. noch nicht abgelaufen war. Es ist weder so, daß die auf Grund der Gläubigerbewilligung oder Notverordnungs-Einstellung in Lauf gesetzte Sechsmonatsfrist des § 31 Abs. 2 ZwVorstG., § 8 V. D. durch die kraft Gesetzes erfolgte Einstellung bis zum 31. Dez. 1933 derart gehemmt oder unterbrochen wurde, daß ab 1. Jan. 1934 nunmehr der Rest der Frist vorhanden wäre, oder gar so, daß der Rest der früheren Frist oder die ganze Frist mit dem 1. Juli 1934 erst in Lauf käme. Vielmehr beginnt in jedem Falle die Frist des § 8 a. a. D. bei Einstellung auf Grund Gesetzes mit dem 1. Jan. 1934. Denn von diesem Zeitpunkt an erlangte der Gläubiger die vorher fehlende Möglichkeit der Beeinflussung des Verfahrens. Hierauf aber stellt § 8 a. a. D. ab. Diese Frist absorbiert alle vorher in Lauf gewesene Fristen, da mit der Einstellung kraft Gesetzes die Betreibung des Verfahrens der Verfügungsmacht des Gläubigers entrückt wurde.

Will daher der Gläubiger vermeiden, daß mit Ablauf des 30. Juni 1934 das Verfahren gem. § 8 V. D. v. 26. Mai 1933 i. Verb. m. dem Gef. v. 27. Dez. 1933 und § 31 Abs. 2 ZwVorstG. aufgehoben wird, so muß er vor Ablauf dieser Frist einen Fortsetzungsantrag stellen. Denn das Verfahren des § 6 V. D. findet nur bei Stellung des Fortsetzungsantrags statt — wie im Falle einer Einstellung nach §§ 5, 7 V. D. —.

Vorstehendes gilt weder für die nach dem 1. Jan. 1934 angefallenen landwirtschaftlichen Zwangsversteigerungsverfahren, noch für Erbhöfe, noch für solche Verfahren, die sich in der Entscheidung befinden.

Assessor Dr. Richard Hafemann, Aschaffenburg.

### Bedarf ein Vertrag über die Veräußerung eines Erbhofes noch der Genehmigung des Landrats auf Grund der V. O. vom 15. März 1918?

Die Veräußerung eines Erbhofes stellt regelmäßig auch eine Veräußerung über ein landwirtschaftliches Grundstück über 5 Hektar im Sinne des § 1 V. D. v. 15. März 1918 dar. Ein solcher Vertrag, der wohl praktisch nur noch in der Form eines Übergabevertrages im Sinne des § 37 Abs. 3 RErbhofG. vorkommen wird, bedarf stets der Genehmigung des Anerbengerichts. Die Frage, ob außerdem noch die Genehmigung des Landrates auf Grund der V. D. v. 15. März 1918 notwendig ist, muß m. E. verneint werden (a. M. OGR. D t t o W ö h r m a n n, zu § 37 RErbhofG. Anm. 5).

Nach § 2 Ziff. 3 der genannten V. D. ist die Genehmigung des Landrats nicht erforderlich bei Rechtsgeschäften, die nach anderen Vorschriften der Genehmigung einer Verwaltungsbehörde bedürfen und diese erhalten haben. Das Anerbengericht ist als Verwaltungsbehörde anzusehen. Die Überschrift zum 5. Abschnitt (vor § 40 RErbhofG.) spricht ausdrücklich von den „Anerbenbehörden“, ebenso geben die §§ 1 bis 10 der 1. Durchf. V. D. ergänzende Vorschriften für die Einrichtung der „Anerbenbehörden“ und die §§ 11 bis 22 der 1. Durchf. V. D. allgemeine Vorschriften über das Verfahren vor den „Anerbenbehörden“, der § 11 nimmt ausdrücklich das Wort „Anerbenbehörden“ auf. Es war auch bisher schon unbestritten, daß die einzelnen Gerichte (LG., AG. usw.) als Behörden anzusehen sind.

Die Genehmigung des Landrats erscheint auch materiell überflüssig. Die im § 3 der V. D. angegebenen ausschließlichen Veräußerungsgründe sind sämtlich solche, die schon das Anerbengericht bei der Erteilung der Genehmigung berücksichtigen muß. Liegen solche Gründe vor, so muß das Anerbengericht die Genehmigung verweigern. Denn wenn die ordnungsmäßige Bewirtschaftung des Grundstücks zum Schaden der Volksernährung gefährdet erscheint oder wenn das Grundstück an einen überlassen werden soll, der die Landwirtschaft nicht im Hauptberuf ausübt oder ausgeübt hat (§ 3 Ziff. 1 und 2), dann müßte das Anerbengericht die Genehmigung um deswillen verweigern, weil der Erwerber nicht bauernfähig ist, ihm die Erbarkeit oder die Wirtschaftlichkeit i. S. des § 15 RErbhofG. fehlt. Die anderen beiden Fälle, unwirtschaftliche Zerstückelung des Grundstücks oder Aufhebung der wirtschaftlichen Selbständigkeit eines landwirtschaftlichen Betriebes durch Vereinigung mit einem anderen (§ 3 Ziff. 3 und 4), kommen bei Erbhöfen überhaupt nicht in Frage, weil ein Erbhof nicht geteilt werden kann und er nur einem Anerbenberechtigten übertragen werden kann, der noch keinen Erbhof besitzt. Die Übertragung des Grundstücks unter Ausnutzung der Notlage zu unbilligen Bedingungen (§ 3 Ziff. 5) kommt praktisch beim Erbhof nicht vor, im Gegenteil, dem Übergabevertrag ist die Genehmigung zu verweigern, wenn er den Erbhof über seine Kräfte belastet (§ 37 Abs. 3 S. 2).

Wenn also das Anerbengericht alle diese Gründe bei der Erteilung der Genehmigung berücksichtigen muß, dann erscheint es überflüssig, daß außerdem auch noch die Genehmigung des Landrats eingeholt werden müßte. Der § 37 RErbhofG. ist inhaltlich eine Fortsetzung und erhebliche Weiterbildung der in der V. D. v. 15. März 1918 ausgesprochenen Rechtsgrundsätze, er löst daher diese V. D. insoweit ab. Der Landrat hat seine Genehmigung nur noch dann zu erteilen, wenn es sich um die Veräußerung von Grundeigentum handelt, das nicht Erbhof ist.

RA. und Notar E r n s t W ö h r m a n n, Moringen.

### Welchen Einfluß hat das Erlöschen der Steuerpflicht eines Ehegatten durch Tod auf die Vermögenssteuerpflicht des mitveranlagten, überlebenden Ehegatten?

I. Nach § 10 VermStG. 1931 werden Ehegatten zusammenveranlagt, wenn ihr Vermögen nach den Vorschriften des BewG. zusammenzurechnen ist. Eine solche Zusammenrechnung findet ohne Rücksicht auf die Art des zwischen den Ehegatten bestehend

den ehelichen Güterrechts nach § 68 ABewG. dann statt, wenn die Ehegatten unbeschränkt vermögenssteuerpflichtig sind und nicht dauernd voneinander getrennt leben.

Bekanntlich ist die Zusammenveranlagung bei der Vermögenssteuer — anders als bei der Einkommensteuer — eine echte Zusammenrechnung und Zusammenveranlagung, d. h. die Veranlagung richtet sich gegen beide Eheleute, nicht nur gegen den Mann allein (vgl. Semeloh: StB. 1933 Sp. 1429). Die Folge ist, daß jeder Ehegatte für die veranlagte Steuer als eigene Steuerschuld haftet, d. h. jeder ist unmittelbarer Steuerschuldner für die gesamte Steuer.

Erlischt die Steuerpflicht eines Ehegatten durch Tod, so wird dadurch für den Hauptveranlagungszeitraum die Vermögenssteuerpflicht des gemäß § 10 VermStG. mitveranlagten — überlebenden — Ehegatten nicht berührt. Die bisherige Veranlagung bleibt vielmehr so lange bestehen, bis eine Neu feststellung bzw. Neuveranlagung gemäß § 24 ABewG. bzw. § 12 VermStG. erfolgt. An diesem Ergebnis ändert auch § 14 VermStG. nichts, der bestimmt, daß bei einem Erlöschen der Steuerpflicht die Vermögenssteuer bis zum Schluß des Rechnungsjahres erhoben wird, in dem die Steuerpflicht weggefallen ist. Fällt der Todes tag des einen Ehegatten in die ersten drei Quartale des Rechnungsjahres, so ist eine Neu feststellung bzw. Neuveranlagung an sich erstmalig zulässig nach dem Ende des dritten Quartales des Rechnungsjahres, das ist auf den Beginn des Kalenderjahres, und zwar gilt die Neuveranlagung für die Zeit vom Beginn des Rechnungsjahres ab, das diesem Kalenderjahre unmittelbar folgt. Fällt der Todestag des Ehegatten dagegen in das letzte Quartal des Rechnungsjahres, so ist eine Neu feststellung bzw. Neuveranlagung erst auf den Beginn des nächsten Kalenderjahres vorzunehmen.

Eine Neuveranlagung wird — abgesehen von Vermögensverlust beim überlebenden Ehegatten — in der Regel dann stattfinden müssen, wenn neben dem Ehegatten andere Erben, Vermächtnisnehmer usw. geworden sind. Immer ist jedoch Voraussetzung, daß der Tatbestand des § 12 VermStG. gegeben ist, d. h. aus dem Stande bei Beginn eines Kalenderjahres muß sich ergeben, daß sich der Wert des Gesamtvermögens, der an sich für das in diesem Kalenderjahre beginnende Rechnungsjahr maßgebend sein würde, um mehr als den zehnten Teil oder um mehr als 5000 RM verändert hat. Zu beachten ist hierbei, daß eine Neu feststellung rechtfertigende Tatsachen nicht in jedem Falle vermögenssteuerrechtlich erheblich sind, d. h. eine Neuveranlagung nach sich ziehen.

II. Eine Neu feststellung bzw. eine Neuveranlagung zur Vermögenssteuer findet abweichend von § 24 ABewG. und § 12 VermStG. weder auf den 1. Jan. 1932, noch auf den 1. Jan. 1933 und 1. Jan. 1934 statt (V.D. v. 12. Mai 1932 [RWB. I, 192]; V.D. v. 18. März 1933 [RWB. I, 116]; V.D. v. 13. Jan. 1934 [RWB. I, 25]). Die Vermögenssteuerveranlagung 1931 gilt also, selbst wenn ein Ehegatte inzwischen verstorben ist, bis für das Rechnungsjahr 1935 einschließend. Die Härte, die in dieser Bestimmung liegen kann, wird dadurch zum Teil ausgeglichen, daß für die Rechnungsjahre 1932—1934 die Vermögenssteuer um 20% gesenkt worden ist. In Fällen ganz außerordentlichen Vermögensverfalls soll im Billigkeitswege Abhilfe geschaffen werden (f. RdErl. d. RM. v. 21. Juni, S 3300/33 III, 28. März 1933, S 3530/130 III und StBl. 1933, 50). Eine Neu feststellung ist jedoch dann zulässig, wenn sie zu Zwecken der Realsteuern erfolgen soll.

Ger.Off. Hans Werner, Dessau.

### Nachmals: Diebstahl und Unterschlagung im neuen Strafrecht.

Im Gegensatz zu Spruth: JW. 1934, 144 führt mich der Unterschied zwischen Diebstahl und Unterschlagung nicht zu einer mildernden, sondern zu einer strengeren Beurteilung der letzteren, und zwar, obwohl ich über die grundsätzliche Bedeutung des Besitzes für die Bewertung des Eigentums und über die Minderwertigkeit eines formaljuristischen Eigentumsbegriffs mit Spruth einig bin.

Ich selbst vertrete seit Jahren (Eigentum und dingliche Rechte, Göttingen 1924) die Ansicht, daß das Eigentum ein logisch nicht weiter auflösbares, außerhalb des Rechts gegebenes Behörungsverhältnis zwischen Mensch und Sache sei, und daß das „juristische“ Eigentum nichts anderes sein könne als die mehr oder minder anerkennende oder schützende Stellungnahme der Rechtsordnung zu dieser Erscheinung. Daß eine solche Behörigkeit in aller Regel mit unmittelbarem Besitz zusammenfallen muß, ist selbstverständlich. Auch hier tut es uns gut, bei unseren Vorfahren in die Schule zu gehen. Sie wußten, daß, wenn man nicht eine Gesellschaft von Dieben und Räubern als normal voraussetzen will, regelmäßig der tatsächliche Besitzer einer Sache auch als ihr

Eigentümer anzusehen ist, der Nichtbesitzer dagegen nicht. Daher die Bedeutung des Besitzes im aldrömisches Recht, die dem römisch-rezeptionistischen Dogmatiker die Frage nahelegt, ob die Gewere ein „dingliches Recht“ war. Das war sie nun zwar nicht; wohl aber schützte man in ihr das Behörungsverhältnis, als dessen normaler Ausdruck man sie erkannte hatte.

Womöglich noch schroffer als Spruth denke ich über ein juristisch-konstruktives, richtiger fiktives Eigentum, das vom Recht nicht vorgefunden und gewertet, sondern von ihm erst erzeugt wird, ein „Eigentum“, das man geradezu als „Reflex“ rechtlicher Schutzsätze bezeichnet hat (Binder, Rechtsnorm und Rechtspflicht, S. 19, 20, sowie Kaufmann, Logik und Rechtswissenschaft, S. 128; dagegen Reinach, Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts, S. 58 ff., insbes. 63 ff.). Allerdings ist es bei der Vielgestaltigkeit und Mehrdeutigkeit unserer heutigen Lebensverhältnisse wohl nicht ganz zu vermeiden, daß man die rechtliche Anerkennung des Eigentums an gewisse formalrechtliche Voraussetzungen knüpft, auch auf die Gefahr hin, daß im Einzelfalle einmal die Form nicht mit dem entsprechenden Inhalt erfüllt sein sollte. Man muß sich aber darüber klar sein, daß es sich dabei nur um ein notwendiges Übel handeln kann, und daß das Übel nicht größer werden darf als die Notwendigkeit. Man wird auch nicht vergessen dürfen, daß die mit dem Wort „Kapitalismus“ bezeichneten sozialen, sittlichen und politischen Übel hier ihren Ursprung haben; denn „Kapital“ in diesem Sinne ist nichts anderes als ein sachlich leeres, von formalen Schutzsätzen „reflektiertes“ Eigentum. Ich stimme daher Spruth freudig darin bei, daß ein nicht einwandfrei sachhaltiges Eigentum den Schutz des Gesetzgebers nur sehr bedingt beanspruchen kann. Ich finde weiter, daß das Eigentum eines Nichtbesitzers auf den ersten Blick stets der mangelnden Sachhaltigkeit verdächtig ist, daß für das Verhältnis des Nichtbesitzers zu Dritten durchaus unser alter deutscher Satz „Hand muß Hand wahren“ gelten muß, und ich bin von jeher dafür eingetreten, daß der im § 932 BGB. so erfreulich beschrittene Weg noch viel weiter gegangen werden muß.

Das alles aber gilt nicht für das Innenverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer und für die dieses Verhältnis allein betreffende Unterschlagung. So wahr ein durchaus besitzloses Behörungsverhältnis kaum denkbar ist, so wenig kann andererseits eine bloße Unterbrechung des Besitzes ein einmal begründetes Behörungsverhältnis schon zerstören, und nur um eine solche, noch dazu zeitlich und zwecklich von vornherein begrenzte Unterbrechung handelt es sich im Unterschlagungs-falle doch regelmäßig. Warum soll ich nicht zwischen mich und meine Sache einen fremden Willen, der gerade hierbei durch gültige Verpflichtung an den meinen gebunden ist, einschalten, warum nicht meine Herrschaft wenigstens zeitweise diesem Willen, der ja gerade mir gegenüber nicht frei ist, zur Ausübung überlassen? Wenn ich eine Sache vermiete, verleihe, in Verwahrung gebe, so tue ich das doch nicht in der Meinung, dadurch meine Herrschaft über die Sache zu verlieren, sondern in der Meinung, daß die Sache in meinem Herrschaftsbereich, meinem „Bann“ verbleibt, da der andere sie ja nicht aus eigener Machtherrlichkeit, sondern als Vollstrecker meines Willens — sei es auch nur meiner Erlaubnis — beherrschen wird. Diese Gebundenheit des fremden Willens an den meinen ist ja gerade der Ersatz für die Gewere, und offenbar in diesem Sinne spricht das BGB. von „mittelbarem Besitz“. Und gerade, weil Dritten gegenüber der sog. mittelbare Besitzer darauf angewiesen sein muß, seinen Glauben da zu suchen, wo er ihn gelassen hat, gerade deshalb müssen wir dafür sorgen, daß er ihn dort auch finden kann. Dazu ist aber eine Sanktionierung des Innenverhältnisses durch eine schwere strafrechtliche Bedrohung der Unterschlagung das gegebene Mittel.

Auch in der Frage der verschiedenen verbrecherischen Energie gelange ich zu dem entgegengesetzten Ergebnis wie Spruth. Wir wollen doch ein deutliches Strafrecht haben, das auf den Charakter von uns Deutschen paßt und nicht auf den von Fremdrassigen, die sich innerhalb seines Geltungsbereichs aufhalten mögen. Eines der wichtigsten Charaktermerkmale des Deutschen ist aber die Ritterlichkeit, und auf den ritterlichen Menschen wirkt nichts so entmannend wie die Wehrlosigkeit des Gegners. Ganz besonders wirkungsvoll aber ist diese Wehrlosigkeit in der Form des vom Gegner erwiesenen Vertrauens. Der Bruch eines solchen Vertrauens kostet den normalen Deutschen erheblich mehr Selbstüberwindung als die Bewältigung körperlicher Hindernisse und Gefahren, ebenso wie er etwa gegenüber einem unerwünschten Befehl immer noch eher zu offener Auflehnung bereit sein wird als zu heimlichem Ungehorsam. Wer umgekehrt empfindet, fällt aus dem Rahmen der deutschen Volksgemeinschaft heraus, er ist im deutschen Sinne „antisozial“ und damit für ein deutsches Strafrecht der Typ eines Verbrechers. Er verdient daher die volle Strenge unseres Gesetzes und nicht seine Milde aus der undeutschen Erwägung heraus, die Tat sei mangels körperlicher

Sindernisse „nicht so schlimm“ (gleiches gilt übrigens für den oft viel zu milde beurteilten Betrug).

Ich erinnere mich da eines vor Jahren von mir verteidigten Mannes, der vor schweren Gewalttaten und verwegenen Ausbrüchen nicht zurückgeschreckt war, aber sein dem Richter gegebenes Wort, keinen Fluchtversuch zu unternehmen, einwandfrei hielt, als er auf seine Bitte ungefesselt vom Untersuchungsgefängnis zum Gericht 1 km weit durch die belebte Stadt geführt wurde. Solche Anschauungen sind also in Deutschland keineswegs etwa eine Besonderheit der sog. gebildeten Stände. Und wenn Spruth sagt, dem Strafrecht entspreche eine realistische Auffassung, so steht auch das nicht entgegen; denn Vertrauen und Ritterlichkeit sind für uns Deutsche höchst reale Gegebenheiten.

Daß der Gewahrsamsbruch beim Diebstahl eine besondere Ehrenkränkung des Bestohlenen (Nichtachtung seines natürlichen Herrschaftsbereichs) enthält, erscheint mir weniger erheblich. Wer es sich herausnimmt, das Vertrauen eines anderen zu täuschen, handelt mindestens ebenso „unberschämte“. Dagegen hat der Diebstahl mit der Unterschlagung im Grunde gemeinsam den Bruch eines Vertrauens. Das Recht schützt den Gewahrsam ja doch deshalb, weil man gezwungen ist, mit anderen zusammen zu leben, und weil man sich nicht Tag und Nacht als bewaffneter Wächter vor seine Habe stellen kann. Aus dieser Lage ergibt sich eine Art „Blaustrichvertrauen“, das man jedem Volksgenossen, mit dem man einmal in Berührung kommen könnte, von vornherein einzuräumen gezwungen ist, und dieses generelle Vertrauen mißbraucht der Dieb. Dasselbe liegt vor bei einer Unterschlagung, bei welcher der Täter den Gewahrsam ausnahmsweise erlangt hatte, ohne daß gerade ihm ein besonderes Vertrauen in irgendeiner Form erwiesen worden wäre. Die einzige Folgerung scheint mir in einem solchen Falle die zu sein, daß dann einmal die Unterschlagung nicht schwerer wiegt als ein Diebstahl, und das kann im Strafmaß des Einzelfalles berücksichtigt werden. Regelmäßig aber ist die Unterschlagung mit dem Bruch eines besonderen Vertrauens verbunden und deshalb ein schwereres Vergehen als der Diebstahl, und daher ist auch für sie die Festsetzung eines schwereren Strafrahmens zu empfehlen. Die Verurteilung nuldender Umstände kann ja daneben ermöglicht werden.

Ein Fall scheint allerdings auch mir grundsätzlich milder zu liegen als der Diebstahl, nämlich die Unterschlagung des Sicherungsübereigners. Denn diese „Übereignung“ wird gewöhnlich von beiden Teilen nicht ganz ernst aufgefaßt und begründet daher auch kein besonders schutzwürdiges Vertrauensverhältnis. Das wird aber zu berücksichtigen sein nicht etwa durch eine mildere Beurteilung der Unterschlagung überhaupt, sondern durch eine Erneuerung unseres Fahrschuldensystems, durch welche die auch in anderweiter Hinsicht höchst unzutragliche Sicherungsübereignung beseitigt, gleichzeitig aber durch zweckentsprechende Befriedigung des berechtigten Bedürfnisses auch sachlich entbehrlich gemacht wird.

RA. Dr. Hoffmann, Altona.

### Wahrheitspflicht und Anwaltschaft.

Das neue Gesetz zur Änderung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (man beachte, wie schon in der Überschrift der lebendige deutsche Name an Stelle des eingebürgerten volksfremden Ausdrucks „Zivilprozessordnung“ gesetzt worden ist!) bedeutet eine historische Tat. Vielleicht noch nirgends in der Gesetzgebung der ganzen Welt ist so klar mit so einfachen, schlichten, jedermann verständlichen Worten zum Ausdruck gebracht worden, daß ein Rechtsstreit, selbst wenn man ihn als Kampf auffassen will, in den Formen eines ehrlichen Kampfes ausgetragen werden muß. „Keiner Partei kann gestattet werden, das Gericht durch Unwahrheiten irreführen oder seine Arbeitskraft durch böswillige oder nachlässige Prozeßverschleppung zu mißbrauchen. Dem Rechtschutz, auf den jeder Anspruch hat, entspricht die Pflicht, durch redliche und sorgfältige Prozeßführung dem Richter die Findung des Rechts zu erleichtern.“

Demgemäß ist nunmehr in § 138 Abs. 1 ZPO. ausdrücklich folgende Vorschrift eingestellt worden: „Die Parteien haben ihre Erklärung über tatsächliche Umstände vollständig und der Wahrheit gemäß abzugeben.“ Diese Reform hat gleichzeitig eine erhebliche Bedeutung für das Ständerecht des Anwalts. Denn wenn die Wahrheitspflicht schon für die Parteien selbst gilt, so muß sie noch in erhöhtem Maße Geltung für den Anwalt haben. In diesem Zusammenhange mag an die Ausführungen erinnert werden, die bereits unmittelbar nach der nationalen Revolution Herr RA. Dr. W o f f, Berlin, im Maiheft 1933 des deutschen Anwaltsblattes veröffentlicht hat: „Am höchsten steht der Anwalt im Ansehen seines Volkes, der der gewissenhafteste, treueste und uneigennützigste Ritter seiner Klienten ist und nur für reine Ansprüche in die Schranken tritt.“

Auf die Bedeutung der neuen Fassung des § 138 für das Ständerecht des Anwalts weist auch MinR. J o n a s in dem Kommentar hin, der dem neuen Gesetz in der Sammlung „Das neue deutsche Reichsrecht“ von F u n d t n e r - N e u b e r t beigelegt worden ist. J o n a s führt hier aus: „Der Prozeßbevollmächtigte darf sich ein Vorbringen der Partei, von dessen Unwahrheit er überzeugt ist, nicht zu eigen machen. Mit einem Verstoß gegen diesen Grundsatz würde sich der Anwalt standesrechtlicher Abmündung aussetzen. Umgekehrt würde das Nichtvorbringen unwahren Parteivorbringens für den Anwalt niemals eine Haftung begründen.“ Man wird sich diesen Ausführungen mit der Einschränkung anschließen dürfen, daß an die Stelle der Worte „von dessen Unwahrheit er überzeugt ist“, die Worte zu setzen sind „dessen Unwahrheit er kennt“. Die bloße subjektive Überzeugung des Anwalts, daß seine Partei die Unwahrheit sagt, wird auch nach dem neuen Ständerecht nicht dazu ausreichen, um der Partei den anwaltlichen Schutz zu versagen. Diese Auffassung entspringt nicht etwa einer laxen Anwaltsmoral, sondern der Erwägung, daß eben auch der Anwalt in seiner subjektiven Auffassung irren kann, und daß nicht die Überzeugung des Anwalts, sondern die des Gerichts die Rechtsstreit entscheiden soll. Der Anwalt würde daher seine eigene Machtposition überspannen, wenn er dem Urteil des Gerichts vorgreifen wollte, und wenn er ein Parteivorbringen von sich aus dem Gericht verschweigen wollte, weil der Anwalt selbst daselbe für ungläubhaft erachtet. Damit würde auch der Rechtspflege nicht gedient werden, denn die Partei wird erst dann die Entpfindung haben, daß wahrhaft Recht gesprochen worden ist, wenn das Gericht selbst über ihr Vorbringen entschieden hat. Aus diesem Grunde braucht der Anwalt im allgemeinen die Vertretung seiner Partei noch nicht preiszugeben, auch wenn die Beweisaufnahme zugunsten seiner Partei ausfällt. Es ist in diesem Sinne bisher stets von dem streng gewissenhaften Anwalt verfahren worden, und man wird wohl kaum annehmen dürfen, daß mit dem neuen Gesetz eine Änderung dieser Übung beabsichtigt worden ist. Man braucht bei Bewertung dieser Umstände ja doch nur in Betracht zu ziehen, daß selbst eine scheinbar durchaus ungünstige oder günstige Beweisaufnahme stets noch ein Moment des Zweifels in sich trägt, weil man allgemein nicht mit absoluter Sicherheit jagen kann, ob die Zeugen subjektiv oder doch objektiv die Wahrheit ausgesagt haben.

Anders steht es aber dann, wenn der Anwalt die Unwahrheit der Behauptung der Partei geradezu kennt; und eben wohl an diesen Fall hat J o n a s in der erwähnten Anmerkung gedacht — wenn also insbes. die Partei selbst dem Anwalte das Gegenteil ihrer Prozeßbehauptung als wahr zugestanden hat. Einer betruht unwarhen Prozeßführung wird der Anwalt niemals wider besseres Wissen Beihilfe leisten dürfen, er wird vielmehr seine Energie darauf verwenden müssen, die Partei von einer solchen Prozeßführung abzubringen. Der Anwalt, der sich wider besseres Wissen unwahre Behauptungen seiner Partei zu eigen machen wollte — sei es auch nur, wie man in Ergänzung des Kommentars von J o n a s bemerken muß, daß er diese Ausführungen als solche der Partei dem Gericht weitergibt —, würde gegen seine Standespflicht verstoßen.

Im Zusammenhange mit der Wahrheitspflicht des Anwalts entsteht nun in einer bestimmten Gattung von Fällen ein besonders schwieriges Problem, auf welches bereits Prof. Dr. L e n t in seinem hervorragenden Aufsatz „Wahrheitspflicht der Partei im Zivilprozeß“ (ZB. 1933, 2674) hinweist, ohne daß L e n t hier freilich auf die Stellung des Anwalts eingeht. L e n t führt hier aus:

„Ferner ist sorgfältig darauf zu achten, daß nur genaue Behauptungen der Wahrheitspflicht des Gegners unterliegen, damit ja nicht durch Aufstellen allgemein und weitgefaßter Behauptungen der Gegner a u s g e h o r c h t werden und zu Offenbarungen von Tatsachen, die der Behauptende selbst nicht kennt, gezwungen werden kann. Dieser Gesichtspunkt, der schon bei der Eideszuschreibung sehr bedeutsam war — § 451 fordert „bestimmt“ bezeichnete Tatsachen —, wird auch hier festzuhalten sein.“ In einer Anmerkung fügt L e n t hinzu: „Daher ist z. B. die exceptio plurium zu bestreiten, solange keine bestimmten Tatsachen behauptet werden.“ Gegen diese Behauptung könnten doch namentlich im Zusammenhange mit der Wahrheitspflicht des Anwalts vielleicht Zweifel entstehen und ohne daß hierzu gegenüber einer Autorität wie L e n t endgültig Stellung genommen werden soll, müssen diese Probleme doch erörtert werden, damit möglichst bald eine Klärung erfolgen kann. Wie hat sich der Anwalt zu verhalten, wenn ihn die Kindesmutter bei einer Information erklärt, oder wenn er etwa aus den Akten des Vormundes eine dahingehende Erklärung der Kindesmutter erfieht, daß diese in der Empfangszeit mit einer dritten Person Geschlechtsverkehr gehabt hat? Daß der Anwalt der Kindesmutter oder im Unterhaltsprozeß der Anwalt des Kindes unter diesen Umständen den Geschlechtsverkehr bestreiten, weil der in Anspruch genommene Reichsleiter die Person des

Dritten nicht kennt, noch näher substantiieren kann? Es handelt sich hier um Probleme, die in ähnlicher Weise schon den Breslauer Anwaltstag von 1913 bei seiner Beratung über die Wahrheitspflicht des Anwalts beschäftigt haben. Damals ist die von einer Minorität vertretene Auffassung, wonach in solchen Fällen dem Anwalt das Bestreiten einer von ihm als wahr bekannten Tatsache gestattet werden darf, von der Mehrheit zurückgewiesen worden, und es ist ganz allgemein mit aller Strenge der Grundsatz aufgestellt worden, daß der Anwalt keine Behauptung aufstellen darf, deren Unwahrheit ihm bekannt ist, und keine Behauptung bestreiten darf, deren Wahrheit er kennt. Um so mehr wird man jetzt, nach Neufassung der ZPO., die den Gedanken der Wahrheitspflicht so stark in den Vordergrund rückt, Zweifel haben dürfen, ob man dem Anwalte auch gegenüber einer mehr allgemeinen Behauptung des Gegners ein bewußt unwahres Bestreiten gestatten darf. Die Kindesmutter, die eine Klage gegen einen Schwängerer herbeiführt, obwohl sie weiß, daß sie in der Empfängniszeit mit einer dritten Person verkehrt hat, verfolgt bewußt einen geschlechtlich nicht begründeten Anspruch. Eben damit verstößt sie gegen die ihr durch die neue Verfahrensordnung scharf auferlegte Wahrheitspflicht. Es erscheint unmöglich, daß sie bei wahrheitsgemäßen und — was hier besonders zu betonen ist — bei vollständigen Vorbringen des Sachverhalts den Anspruch rechtfertigen kann. Denn zur Vollständigkeit des Vorbringens gehört eben gerade auch die gegen sie sprechende Tatsache, daß sie in der Empfängniszeit mit einer dritten Person verkehrt hat. Mag es sich also um einen Anspruch handeln, der von der Kindesmutter direkt verfolgt wird (Entbindungskosten), oder um einen Anspruch des Mündels (Unterhaltskosten) — auf jeden Fall ist der Anspruch vom Standpunkt der Rechtsordnung zu mißbilligen, und es dürfte daher diesseitiger Auffassung mit der Wahrheitspflicht nicht zu vereinbaren sein, trotz Kenntnis von dem Geschlechtsverkehr mit einem Dritten, diese Tatsache in dem Prozesse zu verschweigen und einen solchen Geschlechtsverkehr, auch wenn er nur ganz allgemein behauptet wird, in Abrede zu stellen.

RA. Hans Sellö, Berlin.

### Die Besteuerung der Aktiengesellschaften.

Vortrag des RFinR. Mirre in Ortsgruppe XIV im Bezirk München-Stadt des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen.

Am 26. Jan. hielt die Ortsgruppe XIV (R.F.S.) im Bund Nationalsozialistischer Deutscher Juristen eine von dem Ortsgruppenleiter Senßbrä, des R.F.S. Oskar Grünewald geleitete Versammlung ab, in welcher RFinR. Mirre über die Besteuerung der Aktiengesellschaften sprach. In einem relativ knappen Rahmen behandelte er die Aktiengesellschaft als rechtliche Organisationsform und als Träger steuerrechtlicher Pflichten. Als typische Erscheinung einer betont kapitalistischen Wirtschaftsepoche entspricht sie nicht einer Zeit, die in der Wirtschaft vor allem persönliches Führertum verlangt, wenn sie jetzt als Gesellschaftsform auch nicht entbehrlich ist. Mirre erblickte in der Kommanditgesellschaft auf Aktien die rechtliche Organisationsform der künftigen Entwicklung, weil sie wegen der persönlichen Verantwortung der an der Spitze der Unternehmung Stehenden dem Führergebanten näher kommt als die Aktiengesellschaft.

Den steuerrechtlichen Teil des Themas behandelte der Vortragende in der Weise, daß er an die Darstellung des geltenden Rechts jeweils seine persönlichen Reformgedanken anknüpfte. Die im geltenden Steuerrecht durchgeführte Unterscheidung zwischen dem Vermögen der Gesellschaft als juristischer Person und der Aktie als Vermögenswert des einzelnen Aktionärs ist nach Mirre grundsätzlich berechtigt. Die doppelte steuerliche Erfassung ist im geltenden Vermögenssteuerrecht dadurch gemildert, daß die Aktie nur mit dem halben Wert der Besteuerung zugrunde gelegt wird. Auch in der Einkommensbesteuerung von Aktiengesellschaft und Aktionär billigte Mirre den Grundsatz der Doppelbesteuerung. Der Gewinn der Gesellschaft werde nur bei dieser, von der sog. Körperschaftsteuer, erfasst. Die Aktionäre hätten ein Einkommen nur insoweit, als Dividende verteilt würde. An diesem Standpunkt sei ebenfalls grundsätzlich festzuhalten, insbes. weil insofern Ausländer, welche an Aktiengesellschaften beteiligt sind, angemessen betroffen würden.

Mirre befürwortete ferner die Beibehaltung des bisherigen einheitlichen Steuerjahres für die Körperschaftsteuer. Diese selbst

dürfe bei der Gewinnermittlung nicht abgezogen werden, dagegen billigte er die Abzugsfähigkeit aller sonstigen Personalsteuern. Die Gesetzesvorschrift, wonach die Körperschaftsteuer unter Umständen nach dem ausgeschütteten Gewinn zu berechnen sei, müsse fallen. Auch das Schachtelprivileg, die Beteiligung von Gesellschaften untereinander sei unerwünscht, es werde dadurch eine unter Umständen nicht gegebene Kapitalstärke vorgetäuscht. Er regte ferner an, die Dividenden steuerrechtlich nicht zum Einkommen zu rechnen, sondern lediglich dem Steuerabzug vom Kapitalertrag zu unterstellen, doch ohne Anrechnung auf die Einkommensteuer. Denn die Ausschüttung von Dividende bedeutet für die Aktionäre wirtschaftlich betrachtet keine Vermögensmehrung. Neu war die Anregung, den Besitzer eines erheblichen Aktienbesitzes dem buchführenden Kaufmann im Steuerrecht gleichzustellen.

Für die Gesellschaftsteuer befürwortete Mirre eine Erhöhung. Andererseits trat er für eine Abschaffung der Besteuerung des Gesellschaftsbarlehens ein.

Der Vorsitzende dankte dem Vortragenden für seine aus der Beherrschung des Stoffes hervorgegangenen gedankenreichen Ausführungen und wünschte ihnen fruchtbringende Verwertung. Die Veranstaltung sollte, wie der Vorsitzende zu ihrem Beginn zum Ausdruck gebracht hatte, dem Zweck dienen, die Arbeit der im Bund Nationalsozialistischer Deutscher Juristen zusammengeschlossenen Ortsgruppen zu befruchten und im gegenseitigen Erfahrungsaustausch die Verwertbarkeit des heutigen Rechts für seine neue große Aufgabe zu prüfen. Die Veranstaltung der Ortsgruppe R.F.S. kann in diesem Sinn als vorbildlich bezeichnet werden.

RA. Dr. Wille, München.

### Zusammenarbeit mit ausländischen Universitäten.

Der Direktor des „Institut de Droit Compare“ an der Universität Lyon, Herr Universitätsprofessor E. Lambert, hat auf die Mitteilung von der kostenlosen Lieferung der ZW. an das Institut folgendes Dankschreiben an den Herrn Reichsjuristenführer Dr. Frank gerichtet:

Université de Lyon  
INSTITUT  
DES SCIENCES SOCIALES  
ET  
DES RELATIONS INTERNATIONALES  
INSTITUT DE DROIT COMPARÉ  
15, Quai Claude-Bernard  
Nr. 1a — 2765/33.

Lyon, le 2 janvier 1934.

An den  
Herrn Reichsjustizkommissar JustMin. Dr. Frank,  
Berlin.

Sehr verehrter Herr Reichsjustizkommissar!

Die hier früher beginnenden Universitätsferien sind schuld, wenn ich Ihnen erst heute das Schreiben Ihres Herrn Beauftragten bestätige und Ihnen meinen wärmsten und aufrichtigsten Dank für Ihre Bemühungen ausspreche. Ich hoffe, nachdem Ihre und des Ihnen geführten Bundes Nationalsozialistischer Juristen Großmut, uns das Standardwerk der ZW. zur Verfügung gestellt haben, eine erfolgreichere und einem gegenseitigen Verständnis förderliche Erschließung und Vermittlung des deutschen und des werdenden deutschen Rechts betreiben zu können.

Ich darf Sie, sehr verehrter Herr Reichskommissar, bitten, auch der Reichsgruppe Rechtsanwältende des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen e. B. meinen herzlichsten Dank zu übermitteln.

Es bedarf keiner Erwähnung, daß ich und unser Institut Ihnen und den deutschen Juristen und juristischen Instituten jederzeit gerne und in jeder nur wünschenswerten Weise zur Verfügung steht, sofern es sich, sei es um Auskünfte über unser Recht, sei es um eine Zusammenarbeit handelt.

Genehmigen Sie, Herr Reichsjustizkommissar, den Ausdruck meiner vorzüglichen Hochachtung.

gez. E. d. Lambert, Direktor, Prof. a. d. Universität Lyon.

# Schrifttum.

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

**Otto Koellreutter: Der deutsche Führerstaat.** Tübingen 1934.  
J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 29 S. Preis 0,60 RM.

Das Wesen des deutschen Führerstaates entwickelt Koellreutter aus dem Gegensatz zum „liberalen Machtstaat“, dem Staate der Ara Brüning bis Schleicher und des Dollfuß-Regimes. Den „liberalen Machtstaat“ hatte Koellreutter bereits in einer früheren Schrift „Volk und Staat in der Verfassungskrise“ (1932) dahin gekennzeichnet, daß er „in der Position des Volkes keine letzte Wesenseigenschaft des modernen Staates sieht“ und in der vorl. Schrift bezeichnet er ihn als „seelenlosen Staats- und Machtapparat“. Es soll hier unerörtert bleiben, ob es glücklich ist, eine auf längste Dauer angelegte Staatsgestaltung wie den heutigen Staat in dieser Weise einer ephemeren Verfallsform des bürgerlichen Rechtsstaates gegenüberzustellen. Jedenfalls ist es nicht zulässig, diese Verfallsform als liberalen Machtstaat zu bezeichnen. Das Mißverständnis ist ein doppeltes. Die von Koellreutter gemeinte Verfallsform des bürgerlichen Rechtsstaates war weder liberal, denn sie trat erst in die Erscheinung, nachdem der Liberalismus dahin war, noch war sie mächtig, wie z. B. die Ohnmacht der Regierungen Brüning und Schleicher beweist. Aber vielleicht ist das alles dem Verf. weniger wichtig. Diese Schrift erweckt, im Zusammenhang mit den übrigen jüngsten Publikationen des Verf. betrachtet, den Eindruck, als komme es ihm vor allem darauf an, in dieser Gegenüberstellung die Richtung der staatsrechtlichen Forschung zu treffen, die durch den Namen und das Werk Carl Schmitts bezeichnet ist. In der zitierten früheren Schrift hatte Koellreutter bereits Carl Schmitt — ungeachtet der „Diktatur“ der „Politischen Theologie“, der „Geistesgeschichtlichen Lage des heutigen Parlamentarismus“ und der „Kernfrage des Völkerbundes“ — als Vertreter des liberalen Machtstaates bezeichnet. Die verborgene Pointe der ersten Seiten der neuesten Schrift ist offenbar die, die von Carl Schmitt und seinen Schülern vertretene Staatsrechtslehre als die des Dollfußregimentes zu stigmatisieren. Es wird genügen, das hier festzustellen.

Den nationalsozialistischen Staat sieht Koellreutter gekennzeichnet durch seine völkische Struktur und das Führungsprinzip. Insofern bieten seine Ausführungen freilich nichts Neues. Wo er sich konkreten Fragen zuwendet, tritt gelegentlich eine bis zu Widersprüchen führende Unklarheit hervor. Wenn Koellreutter z. B. bemerkt, „daß die rein rechtstechnische Trennung des positiven Rechts in die Gebiete des privaten und des öffentlichen Rechts jedensfalls nicht überschätzt werden darf“, so duldet der Satz in dieser Formulierung kaum einen Widerspruch. Wenn der Verf. dann aber alsbald fortfährt: „... dogmatisch läßt sich die Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht überhaupt nicht begründen, sie erklärt sich nur aus einer inhaltlich politischen Verschiedenheit beider Rechtsgebiete“, dann bleibt doch zu fragen, was hier Rechtstechnik und Rechtsdogmatik ist.

Sätze wie: „Der deutsche Sozialismus ist nicht Klassenbedingt und international, sondern einheitsbildend, national und volksbedingt“ liest man ungern in einer wissenschaftlichen Publikation des Jahres 1934. Von dem deutschen Sozialismus her fordert Koellreutter eine der sozialistischen Lebenshaltung entsprechende Rechtsregelung, die Befestigung der Rechtswissenschaft auf die völkische Bedingtheit des Rechts und eine entsprechende Reform des juristischen Studiums: „Der Jurist im deutschen Führerstaate muß zunächst politischer Mensch sein, weil Staatsidee und Rechtsidee, Politik und Recht nur ein verschiedener Ausdruck der völkischen Einheit sind.“ Aus der Einmündigkeit von Staat und Recht folgert der Verf. den „Ewigkeitswert des Rechtsstaates“ und damit münden seine Ausführungen ein in das anderwärts so radikal abgelehnte liberale Denken. Koellreutter wird das bestreiten. Trotzdem erfolgt die Feststellung mit Recht. Jede geistig-politische Epoche entwickelt eine ihrem Denken gemäße Sprache. Die Überlegenheit einer politischen Denkweise erweist sich am sichersten darin, daß es ihr gelingt, ihre Terminologie als die allgemein geltende und mit Selbstverständlichkeit aufgenommene durchzusetzen. So hat der Liberalismus des 19. Jahrhunderts Fachausdrücken wie Verfassung, Repräsentation, Diktatur, Selbstverwaltung einen bestimmten Sinn gegeben und in dem Wort Rechtsstaat geradezu eine sprachliche Neuschöpfung vollzogen, die, rein aus dem liberalen Denken hervorgegangen und ihm gemäß, von dem Liberalismus nicht ablösbar ist. Wer ein solches Wort mit Bewußtsein übernimmt oder bei-

behält, begehrt mehr als einen terminologischen Mißgriff, er löst notwendig die Assoziationen und Emotionen aus, die nun einmal an ein solches Wort wie Rechtsstaat gebunden sind. Versuch man, das Wort Rechtsstaat aus seinen geistesgeschichtlichen Zusammenhängen zu lösen, so wird es notwendig inhaltsleer und paßt demgemäß allenthalben, auf das Deutsche Reich wie auf die Sowjetrepublik und die Vereinigten Staaten, denn sie alle sind Staaten mit eigenem Recht. Für die Gefahren, die die Übernahme eines zentralen liberal-rechtsstaatlichen Begriffs birgt, bietet die Schrift Koellreutters einen eindeutigen Beleg. Er stellt er fest, daß der „Rechtsstaatsgedanke seine Grenze in der Forderung der absoluten Sicherstellung der nationalen Lebensordnung hat“. Demnach ist das Deutsche Reich doch noch kein vollkommener Rechtsstaat, denn Koellreutter muß einräumen, daß die Konzentrationslager nicht als rechtsstaatliche Einrichtungen gelten können. Von der Kennzeichnung der Konzentrationslager als nicht rechtsstaatlich aber ist es kein weiter Schritt zu dem Satz nulla poena sine lege, von dort zu dem Problem des Rechtsschutzes und damit wäre das gesamte Inventar des liberalen Denkens wieder übernommen, wie Koellreutter mit dem zitierten Satz auch das spezifisch liberale Problem: Macht (Staat, Politik) und Recht erneut aufwirft. Damit ist dann die von Koellreutter selbst festgestellte Sinnlosigkeit von Volk, Staat und Recht wieder preisgegeben.

So bringt die Abhandlung alles in allem weder eine Förderung unserer Kenntnis und Erkenntnis des heutigen Staates, noch eine Bereicherung der staatsrechtswissenschaftlichen Methode, man müßte denn den Stil der Polemik, wie er in den Anmerkungen hervortritt, als solche betrachten.

Prof. Dr. Ernst Forsthoff, Frankfurt a. M.

**Franz Arthur Müller-Eberhard: Rechtsphilosophie. Theorie des Rechts und der Rechtswissenschaft.** Berlin 1934.  
Verlag Franz Vahlen. Preis kart. 3,75 RM.

Der Verf. hat i. J. 1917 eine kleine Schrift „Rechtswissenschaft und Kulturwissenschaft“ veröffentlicht, die auf der Grundlage der früheren Arbeiten Rickerts verfuhr, die Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft zu begründen. Seine damaligen Gedanken hat er jetzt zu einer „Theorie der Rechtswissenschaft“ ausgebaut. Inzwischen sind freilich in der Problemstellung und Erkenntnisweise sowohl der allgemeinen Philosophie wie auch der Rechtsphilosophie sehr erhebliche Wandlungen vor sich gegangen; Rickert selbst ist über seine ersten Arbeiten weit hinausgegangen; alles das wird jedoch von dem Verf. nicht berücksichtigt. Sein Ausgangspunkt ist eine Problemstellung, wie sie in der Philosophie vor etwa 25—30 Jahren berechtigt sein mochte. Gewiß soll der Rechtsphilosoph nicht, um „zeitgemäß“ zu erscheinen, sich der jeweils neuesten philosophischen Richtung anschließen, aber es geht doch nicht an, das muß einmal deutlich gesagt werden, die gesamte wissenschaftliche Entwicklung zweier Jahrzehnte einfach unberücksichtigt zu lassen. Wer so handelt, muß sich sagen lassen, daß seine Schrift veraltet war, ehe sie noch erschienen ist. Auf die vorliegende Schrift trifft das zu.

Die Rechtswissenschaft betrachtet der Verf. als eine empirische Wertwissenschaft. Das Recht greift in die natürlichen sozialen Beziehungen der Menschen ein, bewertet sie und gestaltet sie danach um. Diese Bewertung und Umgestaltung richtet sich nach den von der sozialen Macht aufgestellten Wertmaßstäben, den Rechtsnormen. Rechtsnormen sind nicht rein gedankliche Gebilde, bloße Bedeutungen, sondern „gestaltend, funktionierende Bedeutungen“. Sie sind Teile eines Vorganges, der im Dienste der Verwirklichung eines Wertes, letzten Endes des absoluten Rechtswertes besteht. Diesen Vorgang selbst betrachtet der Verf. als ein Geschehen, das der physikalisch-psychischen Wirklichkeit angehört. Er macht keinen Versuch, die Frage zu beantworten, die längst als die Kernfrage nachgewiesen ist, die sich für die Rechtsphilosophie aus der Anknüpfung an den Neukantianismus ergibt, wie die Rechtsnormen als ideelle Gebilde zugleich Teile der physikalisch-psychischen Wirklichkeit sein können. Aufscheinend sieht der Verf. nicht einmal das philosophische Problem, das seine Behauptung einschließt, Rechtsnormen seien „funktionierende Bedeutungen“. Die Rechtsnormen sind freilich nicht — darin hat der Verf. recht — lediglich gedachte Bedeutungen, sondern gehören der Wirklichkeit des objektiven Geistes, des Gemeinwillens an, die nur unter der Voraussetzung des neukantianischen Dualismus von Wirklichkeit und Wert nicht begriffen werden kann. Möchte der Verf.

immerhin glauben, vom Standpunkt des südwestdeutschen Neukantianismus aus seine Rechtsphilosophie aufbauen zu können, so mußte er zu den Problemen und Schwierigkeiten Stellung nehmen, die sich bei der Durchführung dieses Standpunktes gezeigt haben und in den letzten Jahrzehnten vielfach diskutiert worden sind; er durfte nicht einfach die Augen vor ihnen verschließen.

Der schwächste Teil dieser Schrift ist jedoch die Bestimmung des „absoluten Rechtswertes“ durch den Verf. Er versteht darunter den Gedanken der „Gleichwertigkeit und Existenzberechtigung aller Menschen“. Das Recht hat die Aufgabe, „das Nebeneinander der Menschen zu ermöglichen, ohne daß der eine der restlosen Beherrschung durch einen andern wehrlos ausgesetzt ist“. Die soziale Gewalt der Gemeinschaft — Verf. spricht allerdings statt ihrer meist bezeichnenderweise von einer „Menschenmasse“ — dient lediglich der Bündigung der in der Masse vorhandenen Kräfte durch ihre Ausrichtung an dem Rechtswert und bezweckt somit „den Vorteil aller Einzelnen“. Aus der Gleichwertigkeit der Personen folgt die Forderung der „Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung“. Die Rechtsordnung soll dafür sorgen, daß der einzelne ebensoviel an „dynamischer Kraft“ im Zusammenleben mit den andern erhält, als er aufwendet. So geht der Verf. überall vom einzelnen Individuum und von der bloßen Koexistenz, dem Nebeneinanderleben einzelner Individuen aus und kommt auf diesem Wege natürlich niemals zur Gemeinschaft als übergeordneter Lebensseinheit und Ganzheit. Seine Gedanken sind weder neu — es sind letzten Endes die alten Argumente des rechtsphilosophischen und ethischen Individualismus —, noch zeichnen sie sich durch besondere Tiefe oder besonderes Geschick der Darstellung aus. Es wäre um die deutsche Rechtsphilosophie, um ihre Problemweite und Gegenwartnähe traurig bestellt, wenn die vorliegende Schrift als für sie charakteristisch angesehen werden müßte. Glücklicherweise ist das nicht der Fall.

Prof. Dr. Karl Varenz, Kiel.

**August Ernst Lütjens: Volk — Recht — Richter.** Berlin 1934. Verlag Franz Vahlen. 71 S. Preis 2,25 RM.

Die Schrift geht aus von den Rechtszuständen, die wir Ende 1932 hatten. Schon aus dieser Tatsache ergibt sich, daß angesichts der seither geleisteten Arbeit des Gesetzgebers und der Gesinnungswandlung der Menschen, sowie der Ausschaltung eines Großteils des artfremden Menschentums die Kritik in diesen Punkten überholt sein muß. Denn Kritik übt der Verf. in ganz gewaltigem Umfang. Wenn z. B. der Verf. schreibt: „Ein Gesetz über die vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehe im Verhältnis zwischen den Ehegatten wirkt geradezu unheilvoll“, so ist diese Feststellung unbedingt falsch. Ich kann mir jedenfalls kein Ehepaar vorstellen, das nur deswegen in Streit gerät, weil im Gesetz etwas über die vermögensrechtliche Stellung der Ehegatten gesagt wird. Sind sie aber in Streit (aus anderen Gründen), so kann die gesetzliche Normierung nur dazu beitragen, die Verhältnisse zu klären. Wenn der Verf. weiter feststellt, daß „das Gesetz die alte gute Gewohnheit zerstöre“, so stelle ich demgegenüber fest, daß die Einheit von Gesetz und Sitte, die Volksnähe des Rechtes durch nichts besser bekundet werden kann, als durch die Heranziehung der Sitte für die Rechtschöpfung. Wenn vollends der Verf. auf S. 38 den Versuch unternimmt, die gesetzliche Regelung der Ehe dadurch lächerlich zu machen, daß er sie mit einer Unmöglichkeit, nämlich der gesetzlichen Normierung der Freundschaft vergleicht, so zeigt er dadurch nur, daß er sich der Bedeutung des Rechtes nicht bewußt ist. Wichtig ist, daß durch die Gesetze über die Ehe weder schlechte Ehen noch auferhellende Verhältnisse verhindert werden. Der Staat hebt aber mit Recht die Ehe als Grundlage der Familie über diese Verhältnisse hinaus und zeigt dadurch, daß er nur an ihr ein positives Interesse hat. Weiter stellt auf S. 40 der Verf. fest: „Denn Sinn und Zweck des Rechtes ist nicht in erster Linie das Richterliche, sondern der Vergleich.“ Dem stelle ich den Satz gegenüber, den der Reichsrechtsführer in Leipzig sprach: „Der Richter hat nicht in den Mittelpunkt seiner Betrachtungen die Überlegung zu stellen, wie er einen Streit möglichst durch gegenseitiges Ausgleichen, durch Salbieren des Rechtes, aus der Welt schafft.“

Bei seinen Vorschlägen zur möglichen Neugestaltung fordert der Verf. die Abschaffung des zwingenden Rechtes. Auch diese Forderung ist abwegig. Gerade der neue Staat hat ein Interesse daran, daß die Rechtspfahrung im Reiche einheitlich ist, denn nichts kann den Glauben des Volkes mehr erschüttern als die verschiedene Beurteilung des gleichen Tatbestands durch mehrere Richter. Dem Ziel des „königlichen“ Richters ist damit nicht widersprochen. Auch die zwingende Regelung läßt dem Richter noch weite Möglichkeiten, wie er die Sache entscheiden will.

So komme ich zu dem Ergebnis, daß das Buch in seiner Kritik und Zielsetzung nicht als irgendwie brauchbarer Leitfaden für die Rechtsreform gelten kann.

Der Gerechtigkeit halber sei jedoch anerkannt, daß viele

Mißstände, auch solche, die heute noch nicht allgemein bekannt sind, aufgedeckt werden. Die Fülle der Gedanken macht dem kritischen Leser Freude und vermag über manche Überspitzung hinwegzuhelfen.

Verf. Bayerle, Berlin.

**Jahrbuch des öffentlichen Rechts. Band 21, 1933/34.** In Verbindung mit Bruns und Triepel herausgegeben von Koellreuter. Tübingen 1934. Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). Preis in Subskription 26 RM, in Ganzleinen geb. 29 RM. Im Einzelverkauf 30 RM, in Ganzleinen geb. 33 RM.

Unter den Standardwerken des öffentlichen Rechts nimmt das „Jahrbuch des öffentlichen Rechts“, dessen 21. Bd. hiermit angezeigt wird, von jeher eine besondere Bedeutung ein. Auf seinen Seiten spiegelt sich die staatsrechtliche Entwicklung der Gegenwart, deren dokumentarischer Niederschlag in diesem mustergültigen Quellenwerk zuverlässig vermittelt wird.

Der vorliegende 21. Bd. bringt in Anknüpfung an die früheren Bände des Jahrbuchs zunächst einen Bericht „Vom Staatsleben unter der Weimarer Verfassung“, den Prof. Boecksch-Bestter i. Verb. m. Dr. Carl-Hermann Ale, Karl Dornedde und Joachim Brenner erstattet hat. Die Berichtszeit umfaßt die Zeitspanne v. 1. Jan. 1929 bis zum 31. Jan. 1933, also die Zeit des Niederganges und des Endes der Weimarer Verfassung. Obwohl der Bericht sich im wesentlichen auf eine Wiedergabe des im Staatsleben bei der Anwendung der Verfassung angewachsenen Stoffes beschränkt und in den begleitenden Worten der Berichtersteller nur eine nicht zu entbehrende Verbindung der stofflichen Tatsachen bieten will, ist dieser Bericht doch von einer so großen — im Stoffe selbst begründeten — inneren Dramatik und verhaltenen Spannung, daß seine Lektüre bisweilen den Atem des Lesers stocken läßt. Insbesondere gegenwärtig die nüchterne Wiedergabe des umfangreichen Austauschens von Erklärungen zwischen den letzten offiziellen Machthabern des Weimarer Reiches und dem immer machtvoller vor den Toren der neuen Zeit stehenden Führer der NSDAP. noch einmal mit aufrüttelnder Eindringlichkeit das gigantische Ringen um die Schaffung des Dritten Reichs. Mit Sorgfalt werden in diesem Bande alle Verlautbarungen der Kämpfer im Bereich der großen Politik, insbes. von Hindenburgs, Hitlers, von Papens, von Schleichers und Brünnings, im Wortlaut wiedergegeben. Gerade diese historisch treue Wiedergabe des schicksalhaften Ringens in der jüngst zurückgelegten großen politischen Zeitenwende macht den besprochenen Band zum unentbehrlichen Nützling für den Juristen, den Historiker und den Politiker. Alle späteren verfassungsgeschichtlichen Untersuchungen werden diese rechtzeitige Sammlung des sonst meist schwer erreichbaren Stoffes mit großem Nutzen zu Rate ziehen.

Außer dem vorerörterten Bericht über das Ausklingen der Weimarer Zeit enthält der vorliegende Band des Jahrbuchs noch eine sorgfältige Untersuchung „Unter dem Friedensvertrag von Versailles“ vom Eintritt Deutschlands in den Völkerbund bis zum Stieg der nationalen Erhebung des deutschen Volkes“ von Priv.-Doz. Dr. Hermann J. Held. Auch diese stofflich sorgfältig unterbaute Arbeit ist eine begrüßenswerte theoretische Fundierung des deutschen Kampfes um die Freiheit, Gleichberechtigung und Achtung in der Welt; sie ist daher gerade in dem gegenwärtigen internationalen Ringen von unmittelbarster aktueller Bedeutung.

Die letzte Veröffentlichung, mit der das vorliegende Werk schließt, stellt einen Ausblick auf fremde staatsrechtliche Geschehnisse dar; sie ist einer Betrachtung der „Entwicklung des Verfassungsrechts in Spanien“ gewidmet und stammt aus der Feder von Prof. Dr. Hans Gmelin. Diese Erstreckung der verfassungsrechtlichen Betrachtungen auf außerdeutsches Gebiet ist um so verdienstvoller, als gerade Spanien in der durchteilten revolutionären inneren Entwicklung eine Fülle staatsrechtlicher Probleme durchkostet hat, die auch ihre prinzipielle Bedeutung in der deutschen Verfassungsentwicklung erwiesen haben. Somit bedeutet auch diese Untersuchung einer fremdländischen staatsrechtlichen Entwicklung zugleich eine Ausweitung und Schärfung unseres staatsrechtlichen Denkens über die eigenen Probleme unseres Landes.

Al. Reuf, Berlin.

**Elisabeth Franzen-Sellersberg: Jugendpflege und Jugendrecht im neuen Staat.** Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart. Tübingen 1934. Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). Preis 1,50 RM, in der Subskription 1,20 RM.

Von der erzieherischen und volkskundlichen Seite her will die

Berf. dem Juristen Erfahrungsstoff und Anregung bieten. „Die juristische Ausgestaltung der hier dargelegten Gedanken ist Sache der Fachleute.“ (S. 3.) Sie kann auf jahrelange praktische Erfahrungen in der pädagogischen und fürsorglichen Arbeit wie auf ihr 1932 erschienenes Buch „Die jugendliche Arbeiterin“ hinweisen.

Die leidenschaftliche Schrift beginnt mit harter Beurteilung der bisherigen jugendrechtlichen Arbeit. Gerechterweise hebt aber die Verf. in der Einleitung wie im Schlußteil hervor, daß ja das grundlegende Jugendwohlf. von Anfang an nur als Stückwerk in Geltung trat. „Das Jugendwohlf. hatte allerdings vor dem Inkrafttreten Einschränkungen erfahren, die eine durchgreifende Wirkung geradezu aufhoben.“ (S. 5.) „Wenn behauptet wurde, was angesichts der Tatsachen gern geglaubt wird, daß das Jugendwohlf. nie in Kraft getreten sei, so ist dies zum Teil nur dadurch möglich geworden, daß das Reichsinnenministerium 1924 mit dem Verzicht auf ein Jugendwohlf. sich jeder Verantwortung für die Auswirkung seiner eigenen Gesetzgebung entzog.“ (S. 43.) Ich habe die Nichterrichtung des Jugendwohlf. stets als einen solchen Mangel empfunden; die Schwierigkeiten, die sich seiner Schaffung entgegenstellten, scheinen allerdings sehr bedeutende gewesen zu sein.

In leidenschaftlichem Bekennen zum neuen Staate wird von der Verf. ein neues Jugendrecht gefordert, gestützt auf die Grundanschauungen des Führers und der Hitlerjugend.

Die Verf. hat offenbar eine tapfere und leidenschaftliche Liebe zum deutschen Arbeiterium. Und zwar tritt sie für Kreise ein, die besonders in Gefahr sind, geringschätzig angesehen zu werden: für die Großstadtkinder und die ungeliebten Arbeiter. Wohl geht auch sie, wie es unserem Gefühl entspricht, von dem hohen Werte des Bauerntums aus. Aber sie lehnt es mit Recht ab, den Großstädtkinder in einen allzu unüberbrückbaren Gegensatz hierzu zu stellen: „Viele Eltern dieser Jungen stammen noch direkt vom Lande, und bei einer entsprechenden Beachtung der körperlichen Entwicklung ist eine Rückverpflanzung auf das Land gar nicht so schwierig, wie es heute scheinen mag.“ (S. 22 und Hinweis auf das Programm der NS-Volkswohlfahrt in Ann. 1.)

Wer stets leidenschaftlich für die Eingliederung des Handwerkers und Arbeiters in Staat und Volksgemeinschaft eingetreten ist, wird sich von vielem in der Arbeit angesprochen fühlen. In meinem 1929 erschienenen „Jugendrecht“ habe ich als Hauptgedanken den herausgestellt, daß Bewahrlosgung nichts anderes ist als Nichtmehrgetragensein vom Lebensrhythmus, vom Gleichmaß gesunden Volkes. Und also muß ich jenes neue große Streben, von Gefunden und Starken her die Not der Jugend zu sehen, mit der Verf. bejahen. Ausgezeichnet sind Sätze wie diese: „Verantwortliche, erzieherische Arbeit ist jedoch nicht so einfach zu handhaben wie die Verteilung von Unterstützungen und Renten. Die menschlichen Schwierigkeiten in einer behördlichen Betreuung wurden selten bemerkt.“ (S. 26.) „Man muß zur höchsten Vorsicht mahnen bei allen willkürlichen Amtsentscheidungen. Es gibt nur eine wirkliche große Gefahr, die Entwurzelung der Jugend. Die beste Fürsorgearbeit ist immer die gewesen, die lange beobachtet, ehe sie eingriff, die den Dingen nachging, ohne vorzeitig zu werten und zu beurteilen. Ein geringer Aufwand an Aktivität ist auf diesem Gebiete meist segensreicher als ein zu großer.“ (S. 27.) Verf. spricht von einem Mädchen, das man 18mal die Pflegestelle wechseln ließ und dadurch zu sehr begrifflichen Wutanfällen brachte, für die man dann einen Psychiater zu Rate zog: „Man sollte die Medizin heilen, was jede vernünftige Pädagogik hätte verhindern können... Der verständliche Wunsch des Mädchens nach Liebe und Beständigkeit hätte sich auch eher und billiger erfüllen lassen. Überdies stempelte man die normale Reaktion eines heimweberfüllten jungen Menschen zur krankhaften Äußerung ab.“ (S. 27—28.) Ausgezeichnet ist auch der Hinweis darauf, daß im Jugendstrafrecht des neuen Staates auf das stärkste der Erziehungsgedanke zu betonen ist. (S. 17 Ann. 1.)

Hier allerdings beginnt das Gebiet des Grundsätzlichen und der ganz großen Rechtsgedanken, von denen gerade in dieser Zeit ich nur mit Vorsicht und demütiger Ehrfurcht vor dem in geschichtlicher Wirklichkeit Werdenden reden würde.

Gewiß, der Vergleich von Gymnasiast und Arbeitsjungen (S. 12 ff.) ist wertvoll und anregend. Aber er dringt weder in alle Tiefen noch wagt er gerecht ab. Auch was über den Aufstieg aus dem Arbeiterstande in die Berufs- und „Gesellschaftskreise“ der „Gebildeten“ gesagt ist, entspricht mehr vereinzelt Beobachtungen als der ganzen breiten Wirklichkeit. Die Verf. zeichnet ein trauriges Bild: „Gelang den Menschen der soziale Aufstieg, so wurden sie ihrer eigenen sozialen Heimat, ihrem Stand entfremdet und strebten fort von ihrer Familie. Es entwickelten sich aus ihnen ungeheure Stubenhocker mit unklaren Vorstellungen von dem, was die eigentlichen Werte des Lebens ausmacht... Sein (des Aufgestiegenen) Bildungstreben hatte ihn isoliert, und er wurde selten frei von den Ressentiments des Emporkömmlings. Deshalb brachte er es auch selten fertig, ein gerader, unverbogener Charakter zu sein.“ (S. 16.) Wäre das immer oder auch nur meist so, dann

dürfte man kaum den Aufstieg wünschen — der doch eine wahre Lebensnotwendigkeit des Volkes ist. Übrigens hat sich gerade der von der Verf. anscheinend etwas gering geachtete Beruf des Arbeiters an der Wissenschaft, des Gelehrten als sehr aufnahmewillig erwiesen, für einen Fichte wie für tausend andere aus dem armen Volke Kommende. Und wer etwas von dem Leben des Bremer Arbeiterjohnes Dietrich Schäfer, der als gefeierter Ordinarius der Berliner Universität starb, weiß, der hat einen hohen Begriff von der sozialen Gerechtigkeit des letzten Kaiserreichs und von der Geduld und Unverbogenheit des „Aufgestiegenen“.

Wer sich steter Liebe zum Arbeiterstande bewußt ist, wer ihn wirklich aus lebensmäßiger Nähe kennt, wird Schönfärberei und Lobrednerei auf den Arbeiter vermeiden. Es gibt eine gewisse kramphafte marxistische Illusionsgläubigkeit — sie mag gutgläubig oder bösgläubig sein: auf jeden Fall sollten wir sie überwinden haben. Ich sage das ein wenig im Blick auf manche scharfe Stellen der Schrift (besonders solche, in denen die Praxis des Rechts hart verurteilt wird: z. B. S. 15, 25 — bei S. 30 allerdings wüßte ich gern, ob hier wirklich das Gericht so unsozial war). Man neigt, wenn man mit heißem Herzen beginnt, an Jugendnot zu arbeiten, sehr häufig zu einer Heftigkeit des Urteils, die man nicht sein Leben lang aufrechterhalten kann.

Manche Verbesserungsvorschläge (z. B. S. 37: „Beide Verjuche sollen [...] sich durchaus bewährt haben“) scheinen nicht gründlich genug durchgearbeitet zu sein. Als großen Mangel empfinde ich es, daß der christliche Glaube und die aus seiner Kraft wachsende Jugendarbeit nicht berücksichtigt ist. Die „Arbeiterwohlfahrt“ unseligen Andenkens ließ das auch immer außer Betracht — sehr zum Unjegen für die Sache.

Die Bedenken im einzelnen hindern der Schrift gegenüber nicht die Anerkennung im ganzen: Keiner, der am geltenden und werdenden Jugendrecht arbeitet, sollte an ihr vorbeigehen. Mit vollem Einjag kämpft sie für den neuen Staat und sein Recht. Allerdings bleibt auch im Ausdruck manches von überwindener Zeit hängen. So ist eigentlich in der großen Bewegung des neuen Deutschland das von der Verf. bevorzugte Wort „Jugendpflege“ nicht hoch in Schätzung. In Vorarbeiten der NS-Volkswohlfahrt ist die Dreiteilung angenommen worden: Jugendführung, Jugendschutz, Jugendhilfe. Ich glaube, daß gerade auch vom Standpunkt der Verf. diese Namen besseren Klang haben als „Jugendpflege“ und „Jugendfürsorge“.

Prof. Dr. Arthur Weguer, Breslau.

**Dr. Walter Kopp: Gesetzliche Anfruchtbarmachung.** Mit einer Einführung von Dr. Hans von Hentig. Kiel 1934. Lipsius & Tischer. 145 S. gr. 8°. Preis kart. 3,50 R. M.

Die verdienstvolle Arbeit, die einer Anregung von Hentigs ihre Entstehung verdankt, war ursprünglich bestimmt, dem deutschen Gesetzgeber als Vorarbeit zu dienen. Das war nicht mehr möglich, da der Gesetzgeber mit einer früher ungenohnten Schnelligkeit gearbeitet hat. Die Arbeit hat aber, wie von Hentig durchaus zutreffend bemerkt, keineswegs ihren Wert verloren. Sowohl die Mitglieder des Erbgesundheitsgerichts, die über die Sterilisation — „Anfruchtbarmachung“ nach der deutschen Gesetzesprache — zu entscheiden haben, als auch die Organe der Strafrechtspraxis und die ärztlichen Sachverständigen, die sich mit der Frage der Kastration („Entmannung“) gefährlicher Sittlichkeitsverbrecher zu befassen haben, müssen sich grundlich in diese vielen, vielleicht den meisten von ihnen, fremde Materie einarbeiten, da sie nur dann imstande sind, den ausgezeichneten gesetzgeberischen Gedanken wirksam durchzuführen.

Hierbei wird ihnen das Buch von Kopp gute Dienste leisten. Es gibt im wesentlichen einen erschöpfenden Einblick in die entsprechenden Gesetze und Gesetzentwürfe Dänemarks, Schwedens, Norwegens, Finnlands und des Schweizer Kantons Waadt sowie vor allem in die Sterilisationspraxis und in die Kastrationspraxis Dänemarks und der Schweiz. Verf. hat sich dankenswerterweise nicht damit begnügt, die bekannten literarischen Quellen zu benutzen, sondern hat auch von den Regierungen und Fachleuten des Auslands die bei uns bisher nicht bekannten amtlichen Materialien erbeten und auch sonst vielfach außerordentlich wertvolle briefliche Aufschlüsse erhalten. Zwei Studienreisen nach Dänemark haben sein Material vervollkommnet.

Der besondere Wert des Buches liegt in der ausführlichen Wiedergabe von dänischen und Schweizer Kranken geschichten, aus denen ersichtlich ist, in welchen Fällen sich der chirurgische Eingriff als erfolgreich erwiesen hat und in welchen Fällen nicht. Mitunter wünschte man allerdings noch größere Ausführlichkeit. Injbes. wäre es wertvoll, wenn nähere Angaben über die Straftaten gemacht wären. Mitunter fehlt auch die Angabe, wann der Eingriff vorgenommen

worden ist. Als besonders wichtig ist das Material anzusehen, das Dr. Sackfield aus Zürich aus seiner Arbeit „Über die Wirkung der Kastration bei 40 sonst unheilbaren Sexualverbrechern“, die in der „Monatsschrift für Neurologie und Psychiatrie“ erscheinen soll, zur Verfügung gestellt hat.

Es ergibt sich aus den mitgeteilten Krankengeschichten, daß sowohl in Dänemark als auch in der Schweiz mit größter Vorsicht vorgegangen wird, um Fehlgriffe nach Möglichkeit zu vermeiden. Der Erfolg ist zwar nicht hundertprozentig, aber doch überraschend gut. Ungünstige Wirkungen der Kastration sind so gut wie unbekannt. Durch die Kastration wird nicht nur fast immer der Sexualtrieb nach kürzerer oder längerer Zeit zum Erlöschen gebracht oder doch mindestens stark abgeschwächt und dadurch in den bei weitem meisten Fällen die Verübung neuer Sittlichkeitsverbrechen verhindert, sondern es wird auch die Einordnung des Kastrierten in die Gemeinschaft außerordentlich gefördert und dadurch seine wirtschaftliche Lage gebessert. Es scheint so, als sei die Kastration in manchen Fällen auch geeignet, den Hang zu Gewalttätigkeiten zu schwächen oder ganz zu beseitigen. Auch bei Homosexuellen — im Fall des § 175 StGB. sieht das StGB. eine Entmännung nicht vor — scheint die Kastration vielfach segensreich zu sein.

Das Buch gehört in jede Gerichtsbücherei. Gerade auf diesem Gebiet wird auch denjenigen, die es bisher noch nicht gewußt haben, klar, daß bei der Rechtsanwendung in der Praxis auch der beste Jurist versagen muß, der nur Jurist ist. Zur Tatsachenfeststellung und zur sachgemäßen Tatsachenauswertung bedarf es anderer als juristischer Fähigkeiten und Kenntnisse. Auch der beste Kommentator kann Bücher wie das vorliegende nicht ersetzen. Mächtige die große Aufgabe, die uns anvertraut ist, ein Geschlecht von Richtern finden, das ihrer gewachsen ist!

LGDir. Dr. Albert Sellwig, Potsdam.

**Dr. jur. Günther Stier: Das sogenannte wirtschaftliche und formaljuristische Eigentum, zugleich ein Beitrag zur Treuhands als Gesetzgebungsproblem.** Leipzig 1933. Universitätsverlag Robert Noske. 136 S. nebst 5 Tabellen. Preis 4,80 RM.

Die Eigentumsfrage ist eins der wichtigsten Grundprobleme des nationalsozialistischen Staates, und zwar sind die Schwierigkeiten derart groß, daß eine endgültige Lösung mit einem kurzen Schläge gar nicht gefunden werden kann, daß vielmehr mit dem Einsatz des höchsten wissenschaftlichen Aufgebots (Rechtsphilosophie, die „Geschichte, -vergleichung“) und mit einem sicheren Gefühl für die Bedürfnisse des gewandelten Volkes harte Arbeit geleistet werden muß. Hierauf beruht es, daß gewichtigste Stellen die Eigentumsfrage zum Gegenstand eines Preiswettstreites — mit geräumigem Zeitmaß — gemacht haben. Die vorl. Arbeit bringt keine fertige Lösung, kann es auch gar nicht, da sie bereits vor der Zeitenwende verfaßt ist und deshalb den hierdurch bedingten Wandel der Grundanschauung nicht berücksichtigen konnte, ferner auch das dem Thema anfangs liegende Problem auf einem aus dem Gesamtkomplex herausgehobenen Teilgebiet sucht. Es kann daher kein Vorwurf gegen den Verf. bedeuten, wenn man Schriften dieses Inhalts gegen heute mit einer besonders kritischen Einstellung beurteilen und auf ihren Wert für die künftige Rechtsforschung untersuchen muß. Der Verf. darf mit der von ihm geleisteten Arbeit zufrieden sein, wenn er auch nur einige Bausteine zum großen Zukunftswerk beigetragen und nutzbringende Erkenntnisse zutage gefördert hat. In diesem Sinn liegen positive Werte vor. Die Arbeit liefert zunächst den Beweis, daß das dornenvolle Problem der Treuhands in der bisherigen Behandlung überwiegend zu eng begrenzt gewesen ist und von einer grundlegenden Auseinandersetzung mit der Eigentumsfrage gar nicht mehr getrennt werden kann. Die Treuhands muß aus einem neuen Eigentumsbegriff organisch herauswachsen und darf nicht als ein mit Widersprüchen behafteter Fremdling danebenstehen. Diese sachliche richtige Erkenntnis führt den Verf. zu einer Prüfung der elementaren Wesensbestandteile des Eigentums, die sich in der Abstr. unter dem Gewande des wirtschaftlichen und formaljuristischen Eigentums offenbart haben. Wenn sich vielfach die Ansicht entwickelt hat, als ob es in diesem Sinn verschiedene Arten von Eigentumsbegriffen gäbe, so kommt der Verf. zu dem richtigen Ergebnis, daß es sich in Wirklichkeit um verschiedene dem einen Eigentumsbegriff innewohnende Wesensmerkmale handelt. Die Untersuchungen des Verf. sehen von einem plannmäßigen Einbau in das bestehende Gesetz ab und wollen unter Loslösung von allen bisherigen Denkformen neue dogmatische Grundbegriffe herausstellen. Der Verf. geht hiermit so weit, daß die bisherige Gliederung des Zivilrechts (Recht der Schuldverhältnisse, Sachenrecht, obligatorische und dingliche Rechte) zusammenbricht und einer neuen systematischen Gliederung Platz machen muß. Die neuen Grund-

begriffe sind in der vom Verf. geprägten Terminologie: „Vermögen, Rechtsvermögen und Rechtsmacht.“ Sobald diese drei Elemente an Hand einer Sache nicht mehr in einer Person vereinigt sind, sondern sich auf mehrere Personen verteilen, vollziehen sich die Spaltungsvorgänge des Eigentums, die in der bisherigen Literatur unter der Bezeichnung der „doppelten Rechtszuständigkeit“ und des „dinglichen Verwaltungsrechts“ als Grundlage eines künftigen Treuhandsrechts festen Fuß faßten. Wenn der Verf. als Elemente des Eigentums den im Tatsächlichen liegenden Nutzen („Vermögen“) und die der Rechtsphäre angehörige „Rechtsmacht“ herausarbeitet, so verdienen diese Ausführungen Beachtung, zumal sie die Berührungspunkte der Probleme des Eigentums und der Treuhands aufdecken. Allerdings ist diese Betrachtungsweise im jetzigen Zeitpunkt einseitig und offenbart die Schwierigkeit, aus dem Gesamtkomplex einen einzelnen Punkt herauszulösen. Das künftige Eigentum erfordert eine viel weitgehendere Untersuchung: zunächst ist Voraussetzung eine grundlegende Klarstellung des Sachbegriffs (Ausdehnung über die „Verpflichtlichkeit“ hinaus, Kulturwert); dazu kommen folgende Fragen: Verhältnis zum öffentlichen und privaten Recht, die Grenzen des Eigentums (Enteignung, Beschlagnahme) sowie — unter dem besonderen Gesichtspunkt nationalsozialistischer Anschauung — die Synthese der Rechte und Pflichten des Eigentümers (Pflichten sowohl gegenüber der Allgemeinheit wie einzelnen Dritten). So wächst der Eigentumsbegriff über die vom Verf. gesteckten Grenzen hinaus. Daraus ergibt sich auch der Mangel der Arbeit, daß es an einer fruchtbringenden Lösung und Auswertung der mühevollen Untersuchungen eigentlich fehlt. Die im letzten Abschnitt zusammengefaßten Ergebnisse für das kommende Treuhandsrecht sind nicht sehr ergiebig, bedürfen indes keiner näheren Erörterung, weil aus den oben genannten Gründen die künftige Treuhandsforschung andere Wege gehen muß. Auch ist die vom Verf. geprägte Terminologie wenig glücklich (z. B. „Treuhänder ist, wer zum Zweck der dauernden (?) Verwaltung die Rechtsmacht über ein fremdes Vermögen innehat, das durch ein funktionales rechtliches Vermögen des Vermögenseinhabers kompensiert wird“. S. 118). Das Bestreben, die funktionalen Beziehungen möglichst klarzulegen, führt den Verf. zu eigenartigen Formeln, wie:

$$\begin{aligned} \text{Eigentümer} &= RM_o + V_o, \\ \text{Vermieter} &= RM_o + fRV_o + aRV_a, \\ \text{Schuldner} &= RM_x + V_x + aRV_p - aRV_a \text{ usw.} \end{aligned}$$

sowie zu dem Vergleich der Treuhands mit der gemischten Formel des Anlagens. Das geht zu weit. Auch die Tabellen erfüllen m. E. nicht den Zweck, verwickelte Denkvorgänge durch Veranschaulichung zu vereinfachen; vielleicht können mathematisch orientierte Naturen mehr damit anfangen.

Dem Verf. gebührt die Anerkennung, daß er sich die Sache nicht leicht gemacht und sich in die von ihm errichtete Begriffswelt sehr vertieft hat, daß ferner — abgesehen von den Begriffsbezeichnungen, denen stets etwas Willkürliches anhaftet — der Kern der Untersuchungen eine aufklärende Behandlung erfahren hat. So wird die Arbeit bei der künftigen Behandlung des Eigentums- und Treuhandsbegriffs gute Dienste leisten.

M. Paul Jessen, Kiel.

**Prof. Fritz Lenz: Der Ausgleich der Familienlasten.** (Bd. VI Heft 3 der Zeitschrift für Eugenik „Das kommende Geschlecht“.) Berlin und Bonn 1931. Verlag Ferd. Dümmler. Preis 2,25 RM.

Auch diese Schrift ist durch die Zeitentwicklung in gewissem Grade überholt. Trotzdem ist sie noch jetzt sehr nützlich zur Einführung in eine erbbiologische Denkweise, ohne die kein Jurist oder Verwaltungsbeamter, der auf das Schicksal von Menschen kraft Berufs irgendwie einzuwirken hat, seinen Beruf sachgemäß erfüllen kann.

Der Gedanke, daß in einer Zeit, wo die eheliche Prokreation von rationalistischen Erwägungen immer stärker beeinflusst wird, die öffentliche Hand den Kinderreichen zu Hilfe kommen muß, wird energisch vertreten. Insbes. wird auch mit Recht darauf hingewiesen, daß das bisherige Steuerrecht für die Familienväter, vor allem aber für die Kinderreichen nachteilig ist, dagegen die Ehelosen und auch jene Verheirateten begünstigt, die keine generative Pflicht erfüllen.

Allerdings unterläßt es der Verf., den Gedanken scharf auszuprägen, daß richtigerweise bei Bemessung der Einkommen wie der Vermögenssteuer Einkommen und Vermögen durch die Zahl derjenigen Personen zu dividieren ist, die davon leben sollen, wobei für Kinder und Jugendliche, die weniger Bedürfnisse haben, entsprechende Abstriche angebracht sind.

Insofern sind seine Anregungen nur Vorbereitung zur angemessenen Neugestaltung des Steuerrechts. Doch ist es verdienstlich, daß er die Materie wohl als erster erörtert und im einzelnen Vor-

schläge gemacht hat, die leichter ausführbar sind als eine grundsätzliche Neuordnung.

Sehr wichtig ist der neuerdings durchgeführte Gedanke, daß die unbeschäftigten Frauen ihre Arbeitsplätze tunlichst den Männern zu räumen haben.

Bemerkenswert ist auch die offen ausgesprochene Ansicht, daß es im Interesse der Gesamtheit besonders darauf ankommt, „in den oberen Klassen die Kinderarmut unrentabel zu machen“.

In der geschichtlichen Einleitung unterläßt es der Verf., die Vorschläge zu erwähnen, die der Unterzeichnete in der Zeitschrift „Deutscher Wille“ zur Einrichtung von „Ausgleichskassen“ als erster gemacht hat.

RA. Ludwig Flügge, Berlin.

**Dr. Hans Bogacki: Wandlung und Minderung bei einer Mehrheit von Käufern und Verkäufern.** Mit einem Geleitwort von Prof. Dr. Hans Reichel. Hamburg 1931. Friedrichsen, de Gruyter & Co. 115 S. Preis 6 RM.

Die in den „Hamburger Rechtsstudien“ erschienene Arbeit behandelt folgendes Problem: Nach dem BGB. kann die Wandlung bei einer Mehrheit von Käufern oder Verkäufern nur von allen oder gegen alle, die Minderung aber von jedem gegen jeden erklärt werden (§ 474 vgl. mit §§ 467, 356). Hat also einer die Minderung gewählt, so ist allen andern die Wahl unmöglich gemacht (§ 474 Abs. II). Nach einer historischen Einleitung stellt Verf. ein sorgfältiges System aller möglichen Fallgestaltungen auf. Seinen wohlbegründeten Lösungen wird man meist zustimmen können.

De lege ferenda gelangt er zu dem Ergebnis, daß man auf das Postulat der Teilbarkeit der Minderung besser verzichten solle, zumal seine praktische Geltung gering sei. Die Einzelheiten der Arbeit, auf die hier nicht eingegangen werden kann, beweisen durchweg ein beträchtliches Können, so daß sie eine wirkliche Förderung eines verwickelten Fragenkomplexes bedeutet.

GerAss. Dr. Karl Arndt, Berlin.

**Dr. jur. Walter Köhler, Rechtsanwalt beim Oberlandesgericht Dresden: Verwechslungsgefahr im Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht unter Mitberücksichtigung des englischen und französischen Rechtes.** Berlin 1933. Verlag Chemie G. m. b. H. Preis 8,60 RM, geb. 9,60 RM.

Das Hauptziel des Buches ist nach dem Vorwort des Verf., neben der Förderung des Verständnisses für die fremden Rechtssysteme, der deutschen Praxis ein Hilfsmittel zur Entscheidung der schwierigen Einzelfälle zu geben.

In den einzelnen Kapiteln wird englisches, französisches und deutsches Recht nebeneinander behandelt. Trotzdem dadurch die einzelnen Punkte teilweise stark auseinandergezogen werden, leidet die Übersichtlichkeit des Ganzen nicht. Die klare und reichhaltige Zusammenfassung des Stoffes, die kritische Beleuchtung der Rechtsprechung, besonders des RG. und ihrer Abweichung von der des PatA. und die Verwertung des Schrifttums und der Rechtsprechung bis in die neueste Zeit macht das Buch wertvoll. Durch ein umfangreiches Sach- und Schlagwortregister wird das Werk zu einem für Richter und Anwalt in gleichem Maße wichtigen und in seiner Art wohl einzig dastehenden Hilfsmittel.

RegR. Dr. Garbe, Berlin.

**Dr. Eduard Reimer, RA. am RG.: Wettbewerbsrecht und Warenzeichenrecht.** I. Bd.: Allgemeine Grundlagen und Schutz der geschäftlichen Kennzeichnungsmittel. Berlin 1933. C. Heymanns Verlag. 498 S. Preis 32 RM, geb. 34 RM.

Es ist in einer so sehr von rechtspolitischen Anforderungen erfüllten Zeit ein nicht unbedeutendes Wagnis, mit einem derart umfangreichen, auf eingehende Betrachtung des geltenden Rechts gerichteten Werk an die Öffentlichkeit zu treten. Es besteht gerade das Bedürfnis, sich von dem überlieferten, zu sehr den Geist seiner Entstehungszeit atmenden Recht freizumachen und neue volkstümliche Bahnen zu beschreiten, sich abzuwenden von dem Kontroversentwurf einer überspitzten Dogmatik und sich zurückzufinden zu einfachen, klaren, allgemeinerständlichen Rechtsätzen und Rechtslehren. Indes ist dieses erstrebenswerte Ziel nicht dadurch zu erreichen, daß man die bisherige wissenschaftliche Literatur einfach als veraltet beiseitelegt und nur noch den Intentionen des eigenen Geistes und Gefühls folgt. Wer Neues gestalten will, muß gründlich Bescheid wissen im geltenden Recht, und nur wer das vorhandene Material beherrscht,

darf es wagen, an dem Neuaufbau unserer Rechtsordnung schöpferisch mitzuarbeiten. Das gilt in besonderem Maß auf dem Gebiet des gewerblichen Schutzrechts. Es ist ein verhältnismäßig junges Recht. Alles ist hier noch im Werden. Neue Rechtsideen suchen sich durchzuringen seit geraumer Zeit. Sie stehen in ihren Tendenzen durchaus nicht im Widerspruch zu der Geisteshaltung des neuen Reichs. Vielleicht liegt das daran, daß im geschäftlichen Konkurrenzkampf früher als auf anderen Lebensgebieten die Gefahren eines übersteigerten Kapitalismus und schrankenloser Jähzucht zutage traten und erkannt wurden, die gesunde Reaktion gegen die Demoralisierung des Volks hier früher einsetzte als anderswo. Solche Erkenntnisse wurden zuerst in der Rpr. offenbar. Sie war aber zur allgemeinen Auswertung und Formung der auftauchenden neuen Probleme schlecht in der Lage. Ihr fehlte vielfach das dogmatische und wissenschaftliche Rüstzeug. Die Bindung an gegebene Tatbestände stand einer umfassenden vertieften Betrachtungsweise zu sehr im Wege. Reimer bezeichnet daher den Stand dieser Rpr. trotz aller Fortschritte in einzelnen nicht mit Unrecht als chaotischen Zustand (S. 44), den er allerdings in erster Linie auf die von ihm beklagte Flickarbeit des Gesetzgebers zurückführt.

Die Wissenschaft bemüht sich seit langem, Ordnung und Klarheit in diese Zustände zu bringen. Durch bloße Kommentierung von Gesetzesbestimmungen ist das nicht möglich. Daher ging die auf diesem Gebiet dominierende Kommentarliteratur — die systematische und monographische Literatur ist verhältnismäßig dürftig — ihre eigenen Wege. Sie pflegt umfassende systematische Erörterungen besonders wichtiger Probleme den Erläuterungen der Einzelvorschriften vorauszu schicken oder an geeigneter Stelle einzuschleiben. Es gibt eben zahlreiche Fragen, die das gesamte Wettbewerbs- und gewerbliche Schutzrecht durchziehen, die sich an eine spezielle Norm nicht anknüpfen und ihr nicht unterstellen lassen. Die Erläuterungsbücher zum UNWG. tragen so meist ihre eigene Note. Sie präsentieren sich vielfach als eine Verbindung von systematischem Handbuch und Kommentar.

Den gleichen Weg schlägt auch Reimer ein. Der vorl. I. Band seines großangelegten Werkes enthält eine rein dogmatische Behandlung grundlegender Probleme des Wettbewerbsrechts mit jeweils in sich abgeschlossener und erschöpfender Darstellung; Objekt des Schutzes der Mitbewerber; Subjekt des Wettbewerbschutzes; Stellung des Wettbewerbsrechts im System des gesamten Rechts (Verhältnis zur Rpr., GewD., BGB., SGB., Kartell- und Preisbindungsrecht sowie zum sonstigen gewerblichen Schutzrecht). Im II. Teil werden sodann die einzelnen Schutzansprüche, unter denen selbstverständlich die Unterlassungsklage einen breiten Raum beansprucht, und die allgemein möglichen Einwendungen des Bekl., unter denen dann auch die Lehre von der Verwirkung und dem Besitzstand untergebracht ist, eingehend betrachtet. Im III. Teil folgt die Erörterung des Prozessrechts. Man erkennt: Eine Einteilung, die zwar nicht ganz den strengen Anforderungen der Logik gerecht wird, aber den Vorzug praktischer Brauchbarkeit hat. Der IV. Teil hat dann den Schutz sämtlicher geschäftlicher Kennzeichnungsmittel zum Gegenstand, nicht nur des Warenzeichens, das hier seine erschöpfende Betrachtung findet (S. 214—390), sondern ebenso nacheinander der Ausstattung, des Namens, der Firma und sonstiger Unternehmenskennzeichnungen. Auch dieser Teil in streng systematischer Ordnung ohne Anlehnung an die Reihenfolge der Gesetzesbestimmungen. Erst der folgende, als unmittelbar vor der Ausgabe stehend angekündigte II. Band des Werkes soll die Form des Kommentars annehmen und dem UNWG. (mit Ausnahme des bereits im I. Band verarbeiteten § 16) gewidmet sein.

Durch eine solche Darstellungsmethode wird natürlich, wie sich der Verf. durchaus bewußt ist, die Übersichtlichkeit und leichte Orientierung einigermaßen erschwert. Aber das ist man schließlich bei den meisten Kommentaren des Wettbewerbsrechts und auch bei den großen Kommentaren des Handelsrechts gewohnt. Nahezu ausgeglichen wird der Nachteil von dem Verf. durch ungewöhnlich sorgfältige Inhaltsübersichten, durch eine vorbildliche Druckanordnung sowie durch doppelte Inhaltsangaben sowohl in den Abschnittsüberschriften als auch in Randbemerkungen, womit zugleich eine nochmalige Aufteilung der Kapitel in fortlaufend nummerierte Anmerkungen verbunden ist.

Wichtiger als dieser formale Aufbau des Werkes, so interessant und einleuchtend er auch ist, erscheint der sachliche Gehalt des Buches. Auch über diesen läßt sich ein durchaus anerkennendes Urteil fällen. Das Werk ist ausgezeichnet durch sorgfältige Sichtung der Literatur, die nicht bloß zitiert sondern durchgearbeitet ist, und durch lückenlose Ausführung und Erörterung der so überaus reichhaltigen Rpr. Es handelt sich nicht, wie bei so manchen Kommentaren von zweifelhaftem Wert, um Stoffsammlung, sondern um eine Leistung durchaus wissenschaftlicher Prägung und starken Eigengehalts.

Demgegenüber ist es nicht von entscheidender Bedeutung, ob die von dem Verf. gegebenen Lösungen stets erster wissenschaftlicher Kritik letztlich standzuhalten vermögen. Für sachliche Auseinandersetzungen mit den von dem Verf. vertretenen Meinungen fehlt der erforderliche Raum. Daher nur einige kurze Anmerkungen, auf deren ausführliche Begründung ich verzichten muß: Nicht ganz ge-

glückt, zum mindesten nicht in der Formulierung, erscheint mir, trotz mancher förderlicher Gedanken im einzelnen der Abschnitt über das Unternehmen als Gegenstand des wettbewerbslichen Schutzes (S. 52 ff.). Der letzte Schritt, in dem Unternehmen als Rechtsobjekt den Gegenstand der Verletzungen zu erblicken, wird nicht gewagt, obwohl die Anerkennung dieser Rechtsnatur des Unternehmens auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts nicht den im Sachenrecht bestehenden Schwierigkeiten begegnet. Statt dessen wird mit einem farblosen subjektiven Recht am Unternehmen operiert. — Unbefriedigend ist ferner m. E. die Behandlung der Verwicklung und des Besitzstands. Beide Rechtsinstitute haben ihre selbständige Bedeutung. Insbes. kommt der Besitzstand bei der, allerdings mit der h. L. übereinstimmenden, Betrachtungsweise des Verf. nicht zur richtigen Würdigung. — Für sehr treffend halte ich hingegen die mit großer Sorgfalt durchgeführte Lösung der zwischen den Normen des UWG, BGB., HGB. und sonstiger gewerblicher Schutzgesetze bestehenden Kollisionen (8.—12. Kap.), die Einbeziehung des Kartell- und Preisbindungsrechts unter das Wettbewerbsrecht (Kap. 10), die klaren Ausführungen über die verschiedenen Arten der Unterlassungsklagen und deren gesetzliche Grundlagen.

So ist denn das Buch auch in der heutigen Zeit durchaus geeignet, dem Rechtsjuristenschrift zu dienen, und es verdient sorgfältig gelesen und studiert zu werden. Unablässig ringt der Verf. um systematische Klarheit, die dem Wettbewerbsrecht so not tut. Nicht zu übersehen ist aber neben dem wissenschaftlichen Wert die in gleichem Maß angestrebte und erreichte Befriedigung der Bedürfnisse der Praxis. Die gesamte Anlage des Buches läßt dies deutlich erkennen, nicht nur in dem systematischen Teil, der ständig von der rechtlichen Lage der Parteien im Prozeß, ihren möglichen Ansprüchen und Verteidigungsmitteln ausgeht, sondern in noch stärkerem Maß in den Erläuterungen des Warenzeichenrechts und verwandter Rechtsnormen. Aus diesem Grund ist denn auch gerade dem Prozeßrecht ein umfangreicher, alle prozessualen Fragen berücksichtigender besonderer Teil gewidmet.

Prof. Dr. Ruth, Halle a. d. Saale.

**Prof. Dr. Obst: Wechsel und Scheckkunde.** Stuttgart 1933. C. C. Poeschel. 11. völlig veränderte Aufl. 36.—38. Tausend. 170 S. Preis steif kart. 3,20 RM.

Das vorl. Werk ist auf Grund des WechselG. v. 21. Juni 1933 und des ScheckG. v. 29. Aug. 1933 in einer völlig veränderten Auflage erschienen.

In dem Vorwort zur 1. Aufl. sagt der Verf., daß es sowohl als Handbuch für Studierende als auch für den Gebrauch für Handels- und Fortbildungsschulen bestimmt sei. Den Studierenden der Rechtswissenschaft kann das vorl. Werk nicht empfohlen werden. Der junge Jurist muß im ersten Staatsexamen eine tiefe Kenntnis von den Wechselrechtstheorien, von den Einwendungen die gegenüber der Klage aus einem Wechsel vorgebracht werden usw., haben. In allen diesen Fragen geht das vorl. Werk vorbei. Schon ein Blick in das alphabetische Sachregister läßt erkennen, daß der Verf. den Lesern die Kenntnis davon, wodurch eine Wechselobligation entsteht — Vertrags- und Kreationsstheorie — nicht vermitteln will. Von gleicher Wichtigkeit für den jungen Juristen ist die Kenntnis von der Wirkung der Einwendungen gegenüber dem geltend gemachten Wechselanspruch. So fehlt denn auch jede Erörterung darüber, welchen Einfluß die Nichtigkeit des dem Wechsel zugrunde liegende Kaufgeschäft auf die Wechselverpflichtung hat usw.

Für das Scheckrecht gilt das gleiche, also, daß eine tiefere wissenschaftliche Kenntnis nicht vermittelt wird.

Genügt somit das vorl. Werk den Ansprüchen, die ein Student gegenüber einem Lehrbuch stellen muß, nicht, so ergibt sich daraus, daß der praktische Jurist durch dieses Buch keine weitere Hilfe hat, als die durch das Gesetz selbst vermittelte.

Ich kann mir auch nicht denken, daß der Studierende der Handelshochschulen an all den Fragen, die Nspr. und Rechtslehre im Wechsel- und Scheckrecht sehr stark beschäftigten, vorübergehen kann.

Für den nicht tiefer vorgebildeten Kaufmann, für den Schüler einer Handels- und Fortbildungsschule kann das kleine Werk sicherlich von großem Wert sein. Infolge der sehr übersichtlichen Zusammenstellung des Gesetzestextes werden sich die genannten Personen leicht zurechtfinden, was ihnen an Hand des Gesetzes nicht möglich ist.

RA. Dr. Otto Rik, Berlin.

**Dr. jur. Goeze: Die Invalidenversicherung in alter und neuer Gestalt nach dem Reichsgesetz der Leistungsfähigkeit der Invaliden, der Angestellten- und der knappschaftlichen Versicherung v. 7. Dez. 1933 (RGBl. I, 139).** Berlin 1934. Verlag Franz Vahlen. 68 S. Preis 2,15 RM.

In der Einleitung schildert der Verf. ganz kurz, wie in Deutschland aus der Umwandlung vom Agrar- zum Industrie-

staat das Bedürfnis nach der Sozialversicherung sich ergeben hat, ferner wird an Hand einiger Zahlen auf die außerordentliche Bedeutung dieser Versicherung für das gesamte Wirtschaftsleben hingewiesen. Die Schrift selbst zerfällt in 4 Abschnitte, nämlich in die Entstehungsgeschichte und Entwicklung der Invalidenversicherung bis zum Kriegsausbruch (Abschnitt 1), die Kriegs- und Inflationsjahre — einschließlich der Gesundheitsfürsorge in der Invalidenversicherung — (Abschnitt 2), die Zeit von 1924 bis zum drohenden Zusammenbruch im Jahre 1933 (Abschnitt 3) und die Neugestaltung (Abschnitt 4). Dieser letzte, wesentlichste Abschnitt bringt die Veranlassung zu dem neuen Gesetz, die von Staatssekretär Dr. Krohn gelegentlich eines Vortrages gegebenen Erläuterungen und den Text des neuen Gesetzes; hieran reiht sich als Anlage noch das Verzeichnis der Träger der Invalidenversicherung an.

Abgesehen von dem Inhalt des Abschnitts 4 findet sich in dem Heft lediglich eine Zusammenstellung der geschichtlichen Entwicklung der Gesetzgebung in der Invalidenversicherung.

SenPräs. Dr. Arendts, Berlin.

**H. Schuster, Rechnungsinspektor beim Finanzministerium: Steuervergünstigungen bei der Aufwertungs-(Mietzins-) Steuer.** 3. erweiterte Auflage Dresden 1933. Verlag C. Heinrich. 46 S.

Die Hoffnung auf den Abbau der Geldwertversteuerversteuer (Aufwertungs- [Mietzins-] Steuer) in Sachsen, Hauszinssteuer in Preußen), hat sich leider noch immer nicht erfüllt, und so wird dieses Büchlein, das bereits in dritter Auflage erscheint und die Steuervergünstigung bei der sächsischen Aufwertungs- (Mietzins-) Steuer übersichtlich zusammenstellt, namentlich für den sächsischen Praktiker willkommen sein.

RA. Dr. Meißner, Berlin.

**Prof. Dr. Ottmar Bühler: Steuervereinfachung.** (Heft 4 der Steuerrechtlichen Schriftenreihe.) Berlin 1934. Verlag Franz Vahlen. Preis 1,95 RM.

Steuerabbau und Steuerumbau sind gerade im abgelaufenen Jahre wieder in den Mittelpunkt der öffentlichen Erörterungen gestellt worden, und beiden Fragen ist das die Überschrift „Steuervereinfachung“ tragende Buch Ottmar Bühlers gewidmet. — Eine Steuerumbau-Lastenänderung erscheint dem Verf. nur in sehr beschränkten Grenzen durchführbar.

In der Tat sind nur sehr wenige Wege für einen Steuerumbau der Reichssteuern gangbar; denn wo der Verf. hier zum Steuerumbau anregt, wie in seinem Vorschlag, die Vermögensteuer aufzuheben und dafür die Erbschaftsteuer nach englischem Muster zu erhöhen (S. 26), müssen sofort sehr erhebliche Bedenken geltend gemacht werden. Die Höhe der englischen Erbschaftsteuer ist nur dadurch tragbar, daß in jedem irgendwie erheblichen englischen Nachlaß, insbes. auch in dem Nachlaß des Mittelstandes, fast stets schnell flüssig zu machende Wertpapiere, insbes. „giltdged Securities“, enthalten sind, die im Todesfalle sofort zur Bezahlung der Erbschaftsteuer verwertet werden können. Die deutschen Nachlässe weisen solche flüssige Aktiva seit Ende des Krieges in ständig sinkendem Umfange auf, und eine Erhöhung der Erbschaftsteuer würde m. E. zu einer Verschleuderung der schwer verwertbaren Bestandteile der Nachlässe führen, weshalb die jährlich zur Hebung kommende, aber dafür auf viele Jahre zur Verteilung kommende Vermögensteuer ganz wesentlich gegenüber einer Erhöhung der Erbschaftsteuer den Vorzug verdient.

Der eigentliche Steuerumbau dürfte auch weniger auf dem Gebiete der Reichssteuern erforderlich sein, die sich im Laufe der letzten Jahre gut eingepiegt haben und deren Verwaltung bei der Reichssteuerverwaltung ausgezeichnet aufgehoben ist, als auf dem Gebiete der Ländersteuern. Abgesehen von der Grund- und Gewerbesteuer, deren baldige praktische Anknüpfung an die Geldwerte dringend wünschenswert erscheint, muß die Geldwertversteuerversteuer (Hauszins-) Steuer eiligst umgebaut werden. In Preußen hat die dem Hausbesitzer nach Maßgabe des Grundstücksertrages gewährte Erleichterung durch den Erlaß des Reichskommissars für den Bereich des PrFinM. v. 7. März 1933 große Schwierigkeiten bei Katasterämtern und Steuerämtern herbeigeführt. Die Steuerbeamten sind mit Verwaltungsarbeit überbürdet und so erheblich im Rückstande, daß die Hausbesitzer erst viele Monate nach Antragstellung die ihnen zustehenden Ermäßigungen erhalten. Da die öffentlichen Finanzen auf wesentliche Einnahmen aus dem Hausbesitz nicht werden verzichten können, sollte die Hauszinssteuer sobald als möglich durch eine Umsatzsteuer auf die Mieten ersetzt werden, wodurch eine einfache Verwaltung und eine klare Kalkulationsgrundlage für den Hausbesitz geschaffen

würde. Auch die zwar reichsrechtliche, aber überwiegend von Landesbehörden verwaltete Grunderwerbsteuer bedarf nach meinem Dafürhalten einer dringenden Reform, die zweckmäßigerweise nur noch zu einer Besteuerung der Veränderung in der Inhaberschaft des Grundvermögens führen sollte, anstatt sowohl die Veränderung in der Inhaberschaft über das Grundvermögen als auch gewisse Rechtsgeschäfte zu versteuern. Da der Steueratbestand der Grunderwerbsteuer weitgehendst mit dem Steueratbestand bei der Wertzuwachssteuer übereinstimmt, sollten beide Steuern insoweit zusammengefaßt und ihre Verwaltung einheitlichen Rechtsmittelbehörden in die Hand gegeben werden. Hier also wird gerade vom nationalsozialistischen Staat noch viel fruchtbare Arbeit geleistet werden können, der zugleich über die Kraft verfügt, die Steuerreformen durchzuführen.

Die Anwaltschaft wird dem Verf. insbes. darin beipflichten, daß der autoritäre Staat die Gesetzesarbeit auf dem steuerlichen Gebiete nicht allein den Referenten im RfM. überlassen darf, sondern, um wirklich gute Gesetzesarbeit zu leisten, andere Sachverständige, insbes. aus dem Kreis der Steuerberater, wird heranziehen müssen. Die Steueranwälte werden hierbei eine ganz besondere Rolle spielen müssen.

RA. Dr. Heinz Melde, Berlin.

**Dr. J. Strebel, Bundesrichter: Kommentar zum Bundesgesetz über den Motorfahrzeug- und Fahrradverkehr.** Unter Mitarbeit des Bundesgerichtssekretärs Dr. Huber. 2. Lief. Zürich. Polygraphischer Verlag. 167 S.

Der JW. 1933, 823 besprochenen ersten Lieferung ist soeben die zweite gefolgt. Sie enthält auf den S. 161—336 die Art. 6—19, letzteren teilweise, des Gesetzes. Damit liegen der Rest des Abschnitts über die Ausweise und der Anfang (die ersten zwei Art.) der Verkehrsregeln vor. Die Darstellung entspricht der aus der ersten Lieferung bekannten gründlichen und ausführlichen Erläuterung, und somit ist das Werk auf dem besten Weg, die Erwartungen zu erfüllen, die am Schluß der Besprechung der ersten Lieferung zum Ausdruck gebracht wurden.

MinR. Geh. RegR. Dr. Müller, Berlin.

**Entscheidungen des Ständigen Internationalen Gerichtshofs** in deutscher Übersetzung, unter Leitung des Institutsdirektors Prof. Dr. Schücking, Mitglied des Gerichtshofs, hrsg. von dem Institut für Internationales Recht in Kiel. 9. Band (1932). Leiden, A. W. Sijthoff's Uitgeverijmaatschappij N. V. 380 S. Preis 10 RM.

Der neue Band der hier mehrfach angezeigten (vgl. JW. 1933, 2323) deutschen Ausgabe der Entscheidungen der Haager Cour enthält Entscheidungen aus dem Jahre 1932. Drei von ihnen betreffen völkerechte Gebiete: Das Gutachten v. 4. Februar 1932 über die Behandlung von Personen polnischer Herkunft oder Sprache in Danzig sowie die Urteile v. 24. Juni und 11. Aug. über die Auslegung des Memelstatuts. Die Entscheidung einer in den Hörsälen der ganzen Welt bekannten Frage des Völkerrechts brachte das den meisten Raum in Anspruch nehmende Urteil im Streit zwischen Frankreich und der Schweiz über die Freiheiten von Hochseefischen und Gez. Allgemeineres Interesse verdient schließlich noch die Auslegung des Abkommens über die Nachtarbeit der Frauen.

GerRf. Dr. Carl Arndt, Berlin.

**Der Große Brockhaus.** Band 16: Roc—Schq. Leipzig 1933. 792 S. Preis Leinen 23,40 RM, Halbleder 28,80 RM.

Der neue Band vereinigt wieder höchste Gediegenheit mit überraschender Zeitnähe. Die (inzwischen nur unbedeutend geänderten) Rangabzeichen von SA., SS. und St. sind abgebildet. Die Lebensläufe des Stabschefs Röhm und Alfred Rosenberg sind knapp, aber mit allen wichtigen Daten verzeichnet. Bei den im 16. Band enthaltenen Länderartikeln kann der Jurist abermals neben allgemeiner hervorragender Qualität auch die besonders sorgfältige Berücksichtigung der rechtlichen Mitteilungen bemerken: Für das rumänische Recht wird bereits die vor kurzem erschienene Sammelschrift Roumanie aus La vie juridique des Peuples angeführt, und im schottischen Artikel werden die oft übersehenen Unterschiede gegenüber dem englischen Recht richtig

betont. Von hoher Politik angefangen (vgl. den Artikel über das Saarland) über die Wirtschaft (Carotti u. a.), Medizin (Röntgenbehandlung) und Kunst (Kotoko) bis zu den kleinsten Fragen des Alltags (Rückfahrkarten) — stets ist der neue Brockhausband ein unerlöschlicher Ratgeber. H.

## Eingegangene Bücher.

Reichsgerichts-Entscheidungen in kurzen Auszügen. Zivilsachen-Band 139. Preis 2 RM. Gesamtregister zu Zivilsachen-Band 131—140. Preis 1,50 RM. München 1934. J. Schweizer Verlag (Arthur Sellier).

Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit v. 20. Jan. 1934. Textausgabe mit erläuternder Einleitung und Schlagwortverzeichnis. 3. Aufl. 1934. Deutsches Druck- und Verlagshaus GmbH., Heerschild Verlag GmbH., Carl Heymanns Verlag, Keimar Hobbing GmbH., Franz Vahlen. Preis 0,60 RM.

Das Reichsbeamtengesetz mit Nebengesetzen. Textausgabe mit Verweisungen und Sachregister. Hrsg. von OBGH. Dr. H.-W. Schrader. Berlin 1934. Verlag Franz Vahlen. Preis 1,80 RM.

Dr. Wilhelm Albrecht, ORegR. in Berlin: Neues Staatsrecht. Neugestaltung von Recht und Wirtschaft. Hrsg. von OBGH. i. R. E. Schaeffer. Auch Ergänzungsheft zu Schaeffers Grundriß des Rechts und der Wirtschaft. 13. Band. 1. Teil. Leipzig 1933. Schaeffer-Verlag E. L. Hirschfeld. Preis 0,90 RM.

Rudolf Düll: Zur Lehre vom Widerruf. München und Berlin 1934. C. F. Becksche Verlagsbuchh. 75 S. Preis 3,20 RM.

Das Recht im neuen Reich. Festschriftausgabe der Gesetze des Reichs mit den wichtigsten Ausf. in systematischer Anordnung. Hrsg. von Karl Waldmann, Staatssek. im Wirtl. Staatsministerium, Dr. Otto Müller, ORegR. beim Wirtl. VersA., Eugen Munder, Verwaltungsdirektor der Ortskrankenkassen Stuttgart. 6. Nachtragslieferung. 103 Nachlieferungsblätter. Stuttgart. Verlag W. Kohlhammer.

Dr. Fischer: Handkommentar zum Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung. Nachtrag III. Folge, 2. Heft (N III). Stuttgart 1933. Verlag W. Kohlhammer.

Schnellkartei der Reichssteuergesetze. Teil I: Die gesamten Reichssteuergesetze. 28. Erg.- und Ergänzungslieferung. Ausgegeben Januar 1934. Köln. Verlag Dr. Otto Schmidt.

Prof. Dr. L. Rosenberg: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts. Nachtrag zur 3. Aufl. nach dem Stande vom 1. Jan. 1934. 40 S. gr. 8°. München u. Berlin 1934. C. F. Becksche Verlagsbuchh. Preis geb. 1,80 RM.

Dr. jur. Hans-Dietrich Theermann: Die Haftung des Bilanzprüfers. Dresden 1933. Riffe-Verlag. 42 S. Preis 3 RM.

Die Abänderung des Reichserbhofgesetzes und der Ersten Durchführungsverordnung durch die Zweite Durchführungsverordnung v. 19. Dez. 1933. Nachtrag zu: Das Reichserbhofgesetz unter besonderer Berücksichtigung des Bäuerlichen Erbrechts in der Provinz Westfalen. Von RA. und Notar Dr. Reineke in Münster i. W. Verlag Mühlenborff. Münster i. W. 1934. 24 S. Preis 0,60 RM.

Reichsversicherungsordnung nebst Durchführungs- und Ausführungsbestimmungen. Textausgabe mit Sachverzeichnis. Bearbeitet von ORegR. Kollmann, Mitglied des OVerf. Dortmund. 2., verb. u. erg. Aufl. in Festschriftbuchform (Lieferung IV, 2). Stuttgart. Verlag W. Kohlhammer.

# Rechtspredung.

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

## A. Ordentliche Gerichte.

### Reichsgericht.

#### a) Zivilsachen.

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

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

**\*\*1.** §§ 326, 433, 459 ff. B O B. Vertraglicher Ausschluß von Schadenersatzansprüchen für eine unter die Gewährleistung fallende Instandsetzung oder Ersatzleistung. Die allgemein gehaltene Klausel bei Lieferung von Lastkraftwagen, daß Schadenersatz ausgeschlossen sei, und die besondere Anführung von Material- und Arbeitsfehlern befreit nicht von der Schadenshaftung für Konstruktionsfehler.

Der Spediteur K. in Köln ist bei der K. gegen Haftpflicht für einen Lastkraftwagen versichert, den er von der Bekl. gekauft und Ende Mai 1928 geliefert erhalten hat. Auf der ersten größeren Fahrt mit dem Kraftwagenführer S. verunglückte der Wagen am 2. Juni 1928. Den von ihm angerichteten Sach- und Personenschaden, für den K. als Halter des Kraftfahrzeugs in Anspruch genommen wurde, regelte die K. Sie macht nun auf Grund des § 67 B O B. den Ersatzanspruch geltend, der nach ihrer Behauptung dem K. gegen die Bekl. wegen eines Konstruktionsfehlers an den Bremsvorrichtungen aus dem Kauf, aus unerlaubter Handlung und als Ausgleichsanspruch aus der Gesamtschuldhaftung wegen unerlaubter Handlung zusteht; ihr Klageantrag geht auf Zahlung von 12921,90 RM nebst Zinsen. Die Bekl. beruft sich auf den Ausschluß jeglicher Schadenersatzhaftung nach ihren Lieferungs-, Zahlungs- und Gewährleistungsbedingungen. In dieser, wie sie dem Bestätigungsschreiben der Bekl. angehängt sind, heißt es in einem Absatz „Gewährleistung“: „Wir leisten Gewähr für nachweisbare Material- und Arbeitsfehler...“, und im nächsten Absätze, der vom Umfang der Gewährleistung handelt: „Nachgewiesene Mängel, die unter die Gewährleistungspflicht fallen, beseitigen wir ohne Berechnung nach unserer Wahl durch Instandsetzung oder Auswechslung der beschädigten Stücke. (Folgen Ausführungen über Instandsetzung und Ersatzstücke; dann weiter): Jeder Ersatz eines mittelbar oder unmittelbar in irgendeiner Form sonst noch entstandenen Schadens wird ausdrücklich von uns abgelehnt. — Eine unter die Gewährleistung fallende Instandsetzung oder Ersatzleistung berechtigt den Käufer nicht, den Kauf zu wandeln oder den Kaufpreis zu erniedrigen oder fällige Beträge zurückzubehalten oder Schadenersatz irgendwelcher Art zu fordern... Im übrigen gelten, soweit hier nicht etwas anderes bestimmt ist, die gesetzlichen Bestimmungen über die Gewährleistungspflicht.“

Die Vorinstanzen haben abgewiesen.

Mit Recht weist die Rev. darauf hin, daß die Klage sich auf einen von der Bekl. verschuldeten Konstruktionsfehler stützt und daß die Haftung für diesen durch die Lieferungsbedingungen der Bekl. entgegen der Annahme des BG. nicht — oder doch jedenfalls nicht so klar und bestimmt, wie es erforderlich wäre — ausgeschlossen ist. Ein Rechtsirrtum des BG. liegt schon darin, daß es die Freizeichnungsklausel weit, statt, wie dies bei so weitgehendem Haftungsausschluß stets geboten ist, eng auslegt. Es ist sich zwar darüber klar, daß Material- und Arbeitsfehler nicht, wie die Bekl. es versucht hat darzulegen, Konstruktionsfehler mitumfassen. Es meint

aber, diese seien mit getroffen durch die allgemeine Klausel der Ablehnung jedes Ersatzes eines mittelbar oder unmittelbar in irgendeiner Form sonst noch entstandenen Schadens und hebt dabei das Wort „sonst“ besonders hervor. Nun handelt aber der ganze Absatz „Umfang der Gewährleistung“ — schon seine Eingangsworte deuten darauf hin — nur von nachgewiesenen Mängeln, die unter die Gewährleistungspflicht fallen; und diese wiederum bezieht sich nach dem vorhergehenden Absätze nur auf nachweisbare Material- und Arbeitsfehler. Auch der jenem kritischen unmittelbar folgende Satz schließt Schadenersatzansprüche für eine unter die Gewährleistung fallende Instandsetzung oder Ersatzleistung aus. Und so ist auch jener Satz selbst zwanglos dahin zu deuten, daß er sich nur auf Schaden beziehen soll, der durch nachweisbare Material- und Arbeitsfehler entsteht. Das allgemeine Wort „sonst“ allein beweist nicht das Gegenteil. Ebenso wenig die am Ende des nächsten Satzes für den Fall der Instandsetzung oder Ersatzleistung wiederholte Klausel über Ausschluß von Schadenersatz jeder Art; sie mag, wenn auch in anderem Zusammenhange, vielleicht noch einmal daselbe sagen, wie der vorhergehende Satz, steht aber nicht zu diesem im Widerspruch. Wie aber die vertragsmäßige Beschränkung auf Nachbesserung dann versagt und die allgemeine Haftung eintritt, wenn die Nachbesserung vergeblich versucht (RG. 96, 267) oder bei völliger Unbrauchbarkeit ausgeschlossen ist (Warn. 1922 Nr. 10), so muß auch das in den Bedingungen für die Gewährleistung überhaupt nicht behandelte Gebiet mangels Erkennbarkeit eines entgegenstehenden Parteiwillens der gesetzlichen Regelung unterliegen, kann also nicht mit unter den Gewährleistungsausschluß fallen. Das hat das RG. in einem ähnlich liegenden Falle (ZW. 1916, 36/37) gerade für Konstruktionsfehler im Gegensatz zu Arbeits- und Materialfehlern bereits einmal angenommen. Hier muß jetzt daselbe gelten, und zwar ganz abgesehen von dem im letzten Satze des Absatzes „Umfang der Gewährleistung“ enthaltenen Hinweis auf die gesetzlichen Best. Soweit der eine allgemeiner gehaltene Satz, der oben bereits behandelt worden ist, eine Unklarheit verursachen könnte, trifft diese die Bekl., einmal, weil sie für den Ausschluß der Gewährleistung beweispflichtig ist und sodann, weil sie eine unklare Fassung ihrer Bedingungen gegen sich gelten zu lassen hat. Sie muß also die ihr ungünstigere näher liegende Auslegung hinnehmen. Diese ist auch vom Standpunkte der Bekl. aus durchaus verständlich. Sie mochte sich gegen die nicht leicht zu kontrollierenden Material- und Arbeitsfehler schützen wollen, hinsichtlich der Konstruktionsfehler sich aber sagen, daß sie damit bei ihren leitenden Ingenieuren nicht zu rechnen brauche oder daß sie sie doch wegen des Ansehens ihrer Firma voll vertreten müsse.

So beruht der vom BG. aus den Bedingungen der Bekl. entnommene Ausschluß jeglicher Schadenersatzhaftung für Konstruktionsfehler auf einem Rechtsirrtum.

(U. v. 6. Dez. 1933; I 136/33. — Düsseldorf.) [R.]

(= RG. 142, 353.)

**\*\*2.** §§ 437, 133, 157, 242 B O B.

1. Zur rechtlichen Beurteilung des Diskontierungsvertrages als Kauf oder Darlehn, insbes. beim Diskontgeschäft der Notenbanken. Keine Haftung des Diskontnehmers für den Verlust, den der Diskonteur bei der Einlösung des diskontierten Wechsels erlitten hat.

2. Begriff der Währung. Gründe für die internationale Wertung einer Währung. Grundlage der Währung ist die ideale Einheit, auf der das Geldsystem beruht; Änderung der Währung liegt nur dann vor, wenn diese Grundlage geändert wird.

3. Zum Vorliegen einer Vertragsklade. Grundsätze für die Zubilligung eines Ausgleichsanspruches; Voraussetzung jeder Ausgleichung ist die Nichtvorausehbarkeit der später eingetretenen wesentlichen Verschiebung des Gleichgewichtes zwischen Leistung und Gegenleistung. Keine Ausgleichung, wenn bei beiderseits vollkommen erfülltem Vertrage eine der Vertragsleistungen nachträglich in ihrer Hand entwertet wird.

Die Kl., die mit der Befl. im Giroverkehr steht, diskontierte bei ihr am 21. Mai 1931 einen Wechsel auf Mexiko, lautend über 100 000 mexikanische Goldpesos, fällig am 15. Aug. 1931. Als Vergütung nach Abzug von Diskont und Spesen brachte die Befl. dem Girokonto der Kl. rund 200 000 RM gut.

Während der Laufzeit des Wechsels erließ die Regierung der Vereinigten Staaten von Mexiko unter dem 27. Juli 1931 ein neues Münzgesetz. In Art. 1 dieses Ges. war bestimmt, daß die Einheit des mexikanischen Münzsystems der Peso mit 75 Zentigramm reinem Gold sei. Als Umlaufgelder wurden in Art. 2 bestimmt die Noten der Bank von Mexiko, ferner Silbermünzen von einem Peso sowie Scheidemünzen aus Silber und Bronze. Die Silbermünzen von 1 Peso erhielten in Art. 4 unbeschränkte gesetzliche Zahlkraft. Art. 7 des Ges. lautet:

„Wenn irgendeine Summe in mexikanischem Geld zu leisten ist, so geschieht dies durch Zahlung von Silber- oder Bronzemünzen in der von diesem Ges. vorgeschriebenen Prägung zu ihrem Nominalwert und bis zur Grenze ihrer bezüglichen Zahlkraft.“

In den gleichzeitig veröffentlichten Übergangsbef. heißt es in Art. 1, daß von dem Tage an, an dem dieses Ges. in Kraft trete, auf unbestimmte Dauer die Prägung der nationalen Goldmünzen eingestellt werde, so daß die nach früheren Ges. ausgeprägten Goldmünzen jede gesetzliche Zahlkraft verlören. Art. 3 Abs. 1 der Übergangsbef. lautet dann:

„Alle bis zum Tage dieses Ges. in irgendeiner Art nationalen Geldes eingegangenen Schuldverpflichtungen sind dadurch zu erfüllen, daß Münzen derart, wie sie durch das vorl. Ges. beibehalten werden, innerhalb der Grenze der ihnen jeweils zukommenden Zahlkraft übergeben werden.“

Mit Rücksicht auf dieses neue Münzgesetz zahlte die in Mexiko wohnende Akzeptantin des diskontierten Wechsels bei dessen Fälligkeit den Nennbetrag der Wechselsumme in Silbermünzen aus. Der der Befl. hierdurch zufließende Wert war um rund 74 000 RM geringer, als wenn der Wechsel vor Erlaß des neuen mexikanischen Münzgesetzes hätte eingelöst werden müssen. Mit diesem Minderbetrag belastete die Befl. das Girokonto der Kl. Die Befl. beruft sich auf ihre auch von der Kl. unterschriebenen AllgBest. über den Geschäftsverkehr mit der Reichsbank. In diesen heißt es auf S. 7 in Abs. 2:

„Werden Wechsel und Schecks nicht in der Währung, über die sie lauten, bezahlt, so behält sich die Reichsbank vor, dadurch etwa entstehende Kurzdifferenzen nachträglich einzuziehen.“

Die Befl. erblickt in dem mexikanischen Ges. v. 27. Juli 1931 eine Änderung der mexikanischen Währung, die die Anwendung der vorstehend wiedergegebenen Währungsklausel aus ihren AllgBest. rechtfertige. Sie ist auch der Ansicht, daß die Kl. nach Treu und Glauben zum Erlaß des ihr entstandenen Verlustes verpflichtet sei.

Das BG. hat die Klage abgewiesen, das BG. hat den Schaden zwischen den Parteien hälftig geteilt und die Befl. zur Zahlung von 37 000 RM verurteilt, im übrigen die Klage abgewiesen. Die Rev. der Befl. blieb ohne Erfolg; auf die Rev. der Kl. wurde die Befl. zur Zahlung des ganzen Betrages von 74 000 RM verurteilt.

Die Rpr. des RG. hat von jeher anerkannt, daß die rechtliche Beurteilung des Diskontierungsvertrages aus der Lage des einzelnen Falles zu entnehmen sei, daß dieser Vertrag sich als Kauf oder als Darlehen darstellen könne. Nichts anderes spricht auch RGSt. 18, 181 aus. Für den Regelfall, in dem der Diskontnehmer den noch nicht fälligen, mit einem

fremden Akzept versehenen Wechsel endgültig auf den Diskonteur übertragen will, dieser den Wechsel gegen Zahlung der Diskontsumme endgültig übernehmen will, ist das Diskontgeschäft stets als Kaufvertrag angesehen worden (vgl. RG. 93, 26; Recht 1907 Nr. 3631 und 3783; Warn. 1927 Nr. 137; LZ. 1930, 445 Nr. 4). Diese Auffassung hat auch im Schrifttum ganz überwiegend Zustimmung erfahren. Die Frage, ob der Diskontierungsvertrag mehr im Interesse der einen oder der anderen Partei abgeschlossen ist, kann für die rechtliche Beurteilung nicht ausschlaggebend sein. Es trifft aber auch nicht zu, daß gerade das Diskontgeschäft der Notenbank immer nur dem Interesse der kreditstuchenden Wirtschaft dient. Nach § 28 BankG. v. 30. Aug. 1924 ist die Reichsbank verpflichtet, für den nicht in Gold oder Devisen gedeckten Betrag ihrer im Umlauf befindlichen Noten diskontierte Wechsel oder Schecks zu halten. Die Parteien standen im Giroverkehr, der Gegenwert für den Wechsel über 100 000 Goldpesos wurde der Kl. auf Girokonto gutgeschrieben, durch den Erwerb des Wechsels stärkte also die Befl. ihren Wechselbestand, ohne zu erhöhter Notenausgabe genötigt zu sein. Ein derartiger Diskontierungsvertrag lag durchaus auch im Interesse der Befl. und kann nur als Kaufvertrag angesehen werden. Dem entspricht es, daß in § 21 Ziff. 2 des geltenden BankG. — übereinstimmend mit § 13 Ziff. 2 BankG. v. 14. März 1875 — unter den der Befl. gestatteten Geldgeschäften aufgeführt ist: „Wechsel ... zu diskontieren, zu kaufen und zu verkaufen“. Diese Vorschr. wird von der herrschenden Ansicht dahin ausgelegt, daß „kaufen und verkaufen“ eine Erläuterung des Oberbegriffs „diskontieren“ bedeutet (vgl. Breit, Anm. IV E zu § 13 BankG. v. 14. März 1875; Koch-Schacht, Anm. 3 (S. 144) zu § 21 BankG. v. 30. Aug. 1924; Düringer-Hachenburg-Breit, HGB., 3. Aufl., V 1 S. 633). Auch die von der Befl. herausgegebenen AllgBest. sprechen vom „Ankauf“ von Wechseln und Schecks. Daß sich die Reichsbank in diesen Best. das Recht vorbehält, unter gewissen Voraussetzungen die angekauften Wechsel zurückzugeben, also vom Kaufvertrage zurückzutreten, spricht keineswegs gegen die Annahme eines Kaufgeschäfts.

Aus dem Kaufvertrage aber — von den besonderen Best. der Befl. abgesehen — haftet die Kl. grundsätzlich nur im Rahmen des § 437 BGB., d. h. für den rechtlichen Bestand des Wechsels, und zwar für den Bestand zur Zeit der Erfüllung des Kaufvertrages. Hier hat die Kl. am 21. Mai 1931 die Wechselforderung nicht nur verkauft, sondern auch übertragen. Indem der Wechsel diskontiert, d. h. kaufweise an die Befl. indossiert und ihr übereignet wurde, fielen Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft zusammen. Damit wurde die Befl. bereits Gläubigerin der Wechselforderung, sie erwarb nicht etwa erst einen Anspruch auf Übertragung der Forderung. Die spätere Verschlechterung der Forderung geht deshalb zu ihren Lasten. Die Rev. der Befl. will demgegenüber für den besonderen Fall des Wechselkaufs auch eine Haftung für den rechtlichen Bestand zur Zeit der Fälligkeit als begründet annehmen. Es ist jedoch nicht einzusehen, weshalb der Wechselkauf anderen kaufrechtlichen Grundsätzen unterliegen soll als der Kauf einer anderen Forderung, die in der Regel auch erst nach längerer Zeit fällig sein wird. Daß die Vorschr. der WD. eine weiterreichende Haftung des Diskontnehmers begründen, die hier jedoch nicht in Betracht kommen kann, rechtfertigt nicht auch eine Ausdehnung seiner Haftung aus dem Kaufvertrage. Aus diesem ist eine Haftung der Kl. für den Verlust, den die Befl. bei der Einlösung des diskontierten Wechsels erlitten hat, nicht zu begründen.

2. Der Hauptangriff der Rev. der Befl. richtet sich gegen die Auslegung, die das BG. dem Begriff „Währung“ i. S. der Geschäftsbest. der Befl. gibt, und durch die es dazu geführt wird, im vorl. Falle eine Änderung der mexikanischen Währung als nicht gegeben anzusehen. Das BU. führt aus: Da es in der fraglichen Klausel heiße: „Werden Wechsel und Schecks nicht in der Währung, über die sie lauten, bezahlt ...“, so könne in ihr nur die Währung als Geldsystem eines Landes gemeint sein. Als wesentliches Charakteristikum des Geldsystems sieht der VerN. nicht den inneren Wert der Münze an, sondern ihre Wertberechnung durch den Staat, und so ge-

langt er im Anschluß an die Gedankengänge von Helfferich und Neußbaum zu dem Ergebnis, daß das Geldsystem eines Landes ausschließlich bestimmt werde durch die ideale Einheit, die ihm zugrunde liege.

Die Rev. erhebt hiergegen den Vorwurf, daß die Begrenzung des Begriffes „Währung“ durch das RG. viel zu eng sei; sie meint, in der wissenschaftlichen Betrachtung und noch mehr in der Auffassung des geschäftlichen Lebens habe das Wort „Währung“ eine viel weitergehende Bedeutung. Der Zweck der Vorschr. in den AllgBest. der Bekl. sei auch nach der Ansicht des BG. die Abwendung von Verlusten im internationalen Devisengeschäft. Solche Verluste könnten einmal durch börsenmäßige Kursschwankungen entstehen; das sei im allgemeinen das Risiko fast jedes bankmäßigen Geschäfts. Derartige Wertminderungen entständen ohne gesetzliche Eingriffe des Währungslandes lediglich durch abweichende Schätzungen der Valuta, sei es im Inlande und im Auslande, sei es nur im Auslande. Solche Währungsschwankungen seien nicht als abbedungen anzusehen. Griffen jedoch die öffentlichen Gewalten durch Änderung des Systems der Zahlungsmittel, der Vorschr. über ihre Zahlkraft usw. ein, dann sei der Anlaß für die Anwendung der Geschäftsbest. gegeben. Diese wollten die Nachteile, die aus staatlichen Eingriffen in das Währungswesen hervorgingen, und die gegenüber den börsenmäßigen und sonstigen Bewertungsschwankungen das gemeinsame Merkmal der Gewalttätigkeit trügen, in weitestem Umfange von der Risikoübernahme ausschließen.

Daß unter „Währung“ i. S. der Best. der Bekl. nur das Geldsystem eines bestimmten Landes verstanden werden kann, erscheint unzweifelhaft. Der weitaus häufigere Fall, den diese Best. treffen will und treffen wird, ist der Fall, in dem ein Wechsel auf eine Münzeinheit lautet, die nicht diejenige des Fälligkeitstortes ist, so, wenn ein auf Dollar lautender Wechsel in Deutschland oder Frankreich zahlbar ist und in der hier geltenden Münzsorte bezahlt wird. Nach ihrem Wortlaut trifft die Klausel aber auch den Fall, daß innerhalb eines Landes des Geldsystem in der Zeit zwischen Wechselausstellung und Zahlung geändert ist, zum mindesten dann, wenn dabei auch die Bezeichnung der Münzeinheit gewechselt hat, so z. B., als Österreich in der Vorkriegszeit von der Gulden- zur Kronenwährung übergang. Deshalb ist es nicht zu beanstanden, wenn das BG. die fragliche Best. auch auf die Änderung der Währung innerhalb eines Landes zur Anwendung bringen will, und selbst dann, wenn diese Änderung eine Änderung in der Bezeichnung der Münzeinheit nicht zur Folge hat; denn die Benennung der Münzeinheit ist etwas Außerliches und für die Bewertung Unwesentliches. Während aber das BG. eine Änderung der Währung innerhalb eines Landes nur dann als gegeben ansieht, wenn die ideale Einheit geändert wird, die dem Geldsystem zugrunde liegt, stellt die Rev. auf Änderungen in der internationalen Bewertung des einzelnen Geldsystems ab. Freilich will sie nicht jede Wertänderung als Änderung der Währung auffassen, sondern nur solche Wertänderungen, die aus staatlichen Eingriffen in das Währungswesen hervorgehen.

Allein hiermit ist eine sichere Entscheidungsgrundlage nicht gegeben. Es wird häufig schwer zu erkennen sein, inwieweit eine Veränderung in der Bewertung einer Währung auf gesetzliche Maßnahmen oder andere Ursachen zurückzuführen ist. Das zeigt die Entwicklung der deutschen Währung klar. Als die Gesetzgebung v. 4. Aug. 1914 durch verschiedene Maßnahmen tief in das Währungswesen eingriff, das MünzG. und das BankG. änderte, die Reichskassenscheine zu gesetzlichen Zahlungsmitteln erklärte und die Pflicht zur Einlösung von Reichskassenscheinen und Reichsbanknoten beseitigte (RGBl. 1914, 326, 327, 347), hatte das eine wesentliche Änderung in der internationalen Bewertung der deutschen Mark nicht zur Folge. Selbst die Bekl. v. 28. Sept. 1914, die die Goldklausel für unverbindlich erklärte, wirkte hier nicht merkbar ein. Die deutsche Mark stand noch im Durchschnitt des Monats Sept. 1914 an der Börse von New York über Parität. Sie ging dann bis Ende Dez. 1914 zurück, aber auch zunächst nur bis nahezu 7% unter Parität. Erst i. J. 1915 erfolgte ein weiteres und stärkeres Abbröckeln des Kurses (vgl. die Angaben bei Helfferich, Das Geld, 6. Aufl., S. 246 und 253). Hier sind

ganz offensichtlich nicht die gesetzlichen Maßnahmen als solche bestimmend gewesen für die Entwicklung der Bewertung. Solange die Reichsbank noch über eine starke Goldreserve verfügte, solange man mit einer kurzen Dauer des Krieges rechnete und Vertrauen in die deutschen Erfolge setzte, blieben die gesetzlichen Eingriffe in das Währungswesen bei der internationalen Wertung unbeachtet. Erst als andere Erwägungen bestimmend wurden, fiel der Kurs der Mark. Auch ihr völliger Verfall in den Jahren 1922 und 1923 wird nicht auf bestimmte gesetzliche Maßregeln zurückzuführen sein. Und doch ist hier nicht nur eine Änderung in der Bewertung der deutschen Währung erfolgt, sondern diese selbst völlig verändert, die deutsche Währung des Jahres 1923 war eine andere als die des Jahres 1913.

Daraus ergibt sich, daß die verschiedenen Gründe, die bei der internationalen Wertung einer Währung zusammenwirken, nicht voneinander getrennt werden können, und daß andererseits das Entscheidende für die Frage, ob ein Währungswechsel eingetreten sei, nicht in der Untersuchung der Gründe zu finden ist, die zu einer anderweiten Bewertung geführt haben. Überhaupt kann die Bewertung eines Geldsystems höchstens einen Hinweis darauf geben, daß möglicherweise ein Währungswechsel eingetreten sei. Für die Entsch., ob ein solcher wirklich vorliegt, ist, wie das BU. zutreffend annimmt, auf die Grundlage des einzelnen Geldsystems zurückzugehen, und diese Grundlage ist die ideale Einheit, auf der das System beruht (Neußbaum, Das Geld, S. 44), oder „der Wert, den die der Geldverfassung zugrunde liegende Einheit repräsentiert“ (Helfferich a. a. O. S. 413). Eine Änderung der Währung liegt nur dann vor, wenn diese Grundlage geändert wird, sei es, daß der Gesetzgeber bewußt eine neue Geldverfassung auf einer neuen Einheit aufbaut, sei es, daß die Verhältnisse über das Gesetz hinweggehen und die im Gesetz geschaffene Grundlage völlig beseitigen. Das ist nicht der Fall bei jeder Unter-Parität-Bewertung, sondern nur bei einer völligen Zerstörung der Währung, wie wir sie in der Inflationszeit erlebt haben. Daß i. J. 1923 die quantitative Beziehung der „Mark“ zum Golde auf dem Papier noch dieselbe war wie im MünzG. v. 1909, ändert nichts daran, daß in Wahrheit die Grundlage der Markwährung vernichtet, diese Währung deshalb längst aufgegeben war. Deshalb bedeutete die Rückkehr zu einer Währung mit fester Beziehung der Rechnungseinheit zum Golde i. J. 1924 erneut für Deutschland einen Wechsel der Währung.

Eine völlige Zerstörung der mexikanischen Währung behauptet die Bekl. selbst nicht. Es kann sich deshalb nur fragen, ob die mexikanische Gesetzgebung die Grundlage ihrer Währung beseitigt hat. Diese Frage hat das BG. verneint, und dabei handelt es sich um eine Auslegung des mexikanischen Ges. v. 27. Juli 1931, deren Nachprüfung dem RevGer. nicht zusteht. Die Währungsklausel auf S. 7 AllgBest. ist deshalb hier vom RevR. zutreffend für unanwendbar erklärt.

Wenn die Rev. der Bekl. demgegenüber noch betont, es sei unbillig, der Reichsbank zuzumuten, einzelnen Firmen das Risiko ihrer Auslandsgeschäfte in unabsehbarer Ausmaße abzunehmen, so mag einmal auf die oben gemachten Ausführungen verwiesen sein, daß das Diskontgeschäft der Reichsbank nicht ausschließlich den Interessen der Diskontnehmer dient. Im übrigen sind die AllgGeschäftsbest. von der Bekl. selbst entworfen. Es muß ihr überlassen bleiben, diese so zu fassen, daß sie alle ihr unerträglich erscheinenden Risiken ausschließt.

3. Die Rev. der Kl. wendet sich mit Recht gegen die vom RG. vorgenommene Ergänzung des Vertrages der Parteien. Das BU. geht davon aus, daß beide Parteien nicht damit gerechnet haben, daß Mexiko oder überhaupt ein Land, ohne im Kriegszustand zu sein, vom Goldstandard abgehen werde. Bedenklich erscheint hier vor allem die Annahme des BG., daß überhaupt eine Lücke in den Parteivereinbarungen bestehe.

Die Bekl. trägt selbst vor, daß das Diskontgeschäft wie jedes bankmäßige Geschäft mit einem gewissen Risiko infolge von Kursschwankungen verbunden ist, und das BG. ist der Ansicht, daß sich die Reichsbank in gewissem Umfange gegen Kursverluste hat schützen wollen. Wenn die Bekl. diesen Willen in den von ihr selbst ein für allemal entworfenen Vertragsbest. für gewisse Fälle von Verlustmöglichkeiten zum Ausdruck

gebracht hat, so spricht das dafür, daß sie in den übrigen Fällen den Verlust nicht abzumwälzen beabsichtigte. Auf Seiten der Kl. vollends, die lediglich die ihr von der Befl. vorgelegten Best. unterzeichnete, spricht nichts dafür, daß sie der Befl. noch in weiteren als den besonders geregelten Fällen Kursverluste erstatten wollte. Von einer Vertragsklücke kann deshalb keine Rede sein, die nicht besonders ausgenommenen Fälle, mag man an sie gedacht haben oder nicht, gingen in Anwendung der gesetzlichen Best. über den Kauf von Rechten zu Lasten der Befl. Keinesfalls ist anzunehmen, daß die Parteien sich auf eine anteilige Übernahme eines entsprechenden Verlustes geeinigt haben würden, eine solche Regelung widerspricht durchaus den sonst in den AllgBest. der Befl. niedergelegten Grundätzen.

In der mündlichen Verhandlung hat die Befl. gegenüber der Rev. der Kl. noch geltend gemacht, ihr müsse, wenn ihr weder ein gesetzlicher noch ein vertraglicher Erfahsanspruch gegen die Kl. zuzuerkennen sei, wenigstens nach Treu und Glauben ein Ausgleichsanspruch zugebilligt werden. Sie hat in diesem Zusammenhange auf die Entsch. des 1. ZivSen. v. 8. April 1933 in Sachen: Herne, Vereinigung von Hibernia-Aktionären GmbH. und Gen. gegen den Freistaat Preußen (I 4/33) und auf das Ur. desselben Sen. v. 21. Juni 1933: JW. 1933, 1644<sup>2</sup> verwiesen. Wie in diesen beiden Entsch. ausgesprochen ist, beruht die Gewährung eines Ausgleichsanspruchs auf der Erwägung, daß das Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung die stillschweigend angenommene Geschäftsgrundlage darstelle, auf der ein Vertrag zustande komme, und daß es bei einer wesentlichen Veränderung dieser Grundlage durch einen bei Vertragschluß nicht vorhergesehenen und nicht vorhersehbareren Akt der Gesetzgebung nach Treu und Glauben erforderlich sein könne, den benachteiligten Vertragsteil nicht am Vertrage festzuhalten, sondern ihm gegen die Verschiebung des Gleichgewichts einen Ausgleich zu gewähren. Auf diese Grundätze darf die Befl. sich schon dann nicht berufen, wenn sie gleichzeitig vorträgt, daß sie mit der Möglichkeit einer Aufgabe des Goldstandards gerechnet, also eine gesetzliche Maßnahme, wie sie in Mexiko nachträglich getroffen ist, bereits vor Abschluß des Diskontierungsvertrages ins Auge gefaßt habe. Im übrigen kann von einer Verschiebung der Geschäftsgrundlage im vorl. Falle keine Rede sein. Ein Ausgleichsanspruch ist in der Rspr. des RG. zunächst für den Fall anerkannt worden, daß der Grundstücksverkäufer infolge der späteren Aufwertungs-gesetzgebung seine Verpflichtung zur Beseitigung einer Hypothek nur unter Aufwendungen erfüllen konnte, die zwischen seiner Leistung und der Gegenleistung des Erwerbers ein erhebliches Mißverhältnis herbeiführten (vgl. RG. 112, 329<sup>1</sup>). Später ist diese Rspr. auch auf andere Fälle ausgedehnt worden, in denen durch die Gesetzgebung dem einen Vertragsteil eine neue Leistung auferlegt oder ein ihm vom Gegner zugesichertes Entgelt entzogen oder gemindert wurde, in denen also auf diese Weise das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung, wie es im Vertrage vorgesehen war, verschoben wurde (vgl. u. a. RG. 119, 133; 121, 141<sup>2</sup>); 125, 37<sup>3</sup>); 139, 315). In dem hier zur Entsch. stehenden Falle aber war der Vertrag der Parteien — anders auch als in dem Falle JW. 1933, 1644 — beiderseits vollkommen erfüllt, es ist auch keine neue Leistung geschaffen worden, noch konnte eine noch ausstehende Vertragsleistung beeinträchtigt werden. Vielmehr ist die Leistung, die in Ausführung des Diskontierungsvertrages der Befl. zugeflossen war, nachträglich in ihrer Hand entwertet worden. In einem solchen Falle kann, wie auch gerade das erwähnte, von der Befl. herangezogene Ur. des 1. ZivSen. v. 8. April 1933 ausspricht, von einer Erschütterung der Vertragsgrundlage und einer Ausgleichspflicht keine Rede sein. Wollte man in derartigen Fällen späterer Entwertung einer Leistung einen Ausgleichsanspruch zulassen, so würde das zu einer Rechtsunsicherheit führen, die für das Rechts- und Wirtschaftsleben unerträglich wäre.

Mangels einer besonderen Regelung hat somit die Befl. den Verlust zu tragen, der dadurch eingetreten ist, daß die mexikanische Gesetzgebung während der Laufzeit des diskontier-

ten Wechsels die Erfüllung bestehender Verpflichtungen durch Leistung in Silber- oder Bronzemünzen zum Nennbetrage angeordnet hat. Jede auch nur anteilige Belastung der Kl. mit dem daraus erwachsenen Verlust war nicht begründet. Auf ihre Rev. war deshalb das BU., soweit es zu ihren Ungunsten erkannt hat, aufzuheben und ganz nach ihrem Klageantrag zu erkennen.

(U. v. 13. Okt. 1933; II 94/33. — Berlin.) [Sch.]

(= RG. 142, 23.)

**\*\*3.** §§ 994 ff., 1001, 1002 BGB. In § 1001 und in § 1002 ist der Begriff „Eigentümer“ streng auf den wirklichen Eigentümer einzuschränken. Der Verwendungsanspruch des Besitzers wird durch das Vorhandensein eines Vertrages zwischen ihm und einem Dritten nicht ausgeschlossen. †)

Die Befl. hatte dem E. unter Eigentumsvorbehalt Felle käuflich geliefert. E. ließ sie durch den Kl. veredeln. Dieser lieferte sie veredelt an E. zurück, ohne Bezahlung zu erhalten. E. stellte die Zahlungen ein. Befl. nahm die Felle zurück. Die Klage auf Zahlung nach Maßgabe der Wert-erhöhung aus § 996 BGB. hatte in allen drei Rechtszügen Erfolg.

1. Das BG. hat die Anwendbarkeit des § 1002 BGB. mit Recht verneint.

§ 1002 BGB. steht im engsten Zusammenhang mit den Vorschr. des vorausgehenden § 1001. Nach den Beschl. der II. Kommission (Protokolle Bd. III S. 357—359), auf denen die Vorschr. der §§ 1001, 1002 beruhen, waren diese in einem Paragraphen (913) zusammengefaßt; erst in der Bundesratsvorlage hatte man die Trennung in zwei Paragraphen (986, 987) vorgenommen (vgl. Ur. des RG. v. 23. März 1922, V 305/21). Die richterliche Auslegung hat sonach beide Gesetzesstellen im Zusammenhalt zu betrachten. Nun erhellt aber deutlich, daß im Rahmen des § 1001 BGB. an die Stelle des Eigentümers keinesfalls ein Nichteigentümer gesetzt werden könnte. Wollte man nämlich die Wiedererlangung der Sache durch einen solchen gelten lassen, dann müßte man folgerichtig ihm auch die Befugnis zur Genehmigung der Verwendungen sowie das im Satz 2 des § 1001 vorgesehene Recht beilegen, sich von dem Anspruch auf Ersatz der Verwendungen durch Rückgabe der wiedererlangten Sache zu befreien. Würde ein Nichteigentümer jene Befugnisse mit den

Zu 3. I. Das RG. hatte im vorl. Falle über den Erfolg der Klage lediglich zu urteilen, insoweit Ansprüche aus § 996 BGB. in Betracht kamen.

1. Das Gesetz spricht an dieser Stelle von „Verwendungen“. Es könnte schon fraglich sein, ob das vom Kl. vorgenommene „zurichten und färben“ als „Verwendung“ i. S. des § 996 BGB. angesehen werden kann.

a) Das Gesetz erklärt absichtlich den Begriff der „Verwendungen“ weder hier noch an anderer Stelle. Diese Unterlassung wird in den Motiven in verschiedener Weise begründet. In Mot. III S. 31 heißt es hierzu: „Der Begriff der Verwendungen ist der bisherigen Theorie und Praxis geläufig, und es ist nicht zu besorgen, daß der Mangel einer Legaldefinition zu irrigen Auffassungen derjenigen Vorschriften führen werde, welche mit diesem Begriff operieren.“ „Die Aufstellung allgemein maßgebender Normen würde, da diese immer mehr oder weniger doktrinar ausfallen müßten, die Rechtsanwendung nur erschweren, jedenfalls die richtige Würdigung der einzelnen Fälle nicht erleichtern.“ Gleichwohl heißt es in der Begründung zu den §§ 936 ff. des ersten Entwurfs — heute §§ 994 ff. BGB. — (Mot. III S. 411): „Unter Verwendungen auf die Sache sind solche Geschäfte zu verstehen, deren wirtschaftlicher Erfolg dem dinglich Berechtigten in irgendeiner Weise zugute kommt.“ Diese Begriffserklärung ist vielfach angegriffen worden, unter anderem mit dem Hinweis darauf, daß nach dem Sprachgebrauch des BGB. unter Geschäften nur rechtsgeschäftliche Handlungen zu verstehen seien, im Falle der §§ 994 ff. solche aber am allerwenigsten in Betracht kommen (vor allem Giesevius, Der Verwendungsanspruch des Besitzers, Marburger Dissertation 1929 S. 4). Dieses Bedenken geht fehl. Zunächst wird von einer weitverbreiteten Ansicht mit Recht angenommen, daß auch unter den Begriff der „Geschäfts“führung i. S. der §§ 677 ff. BGB. die Vornahme von tatsächlichen Handlungen fällt (vgl. z. B. RG. 97, 65; RGRKomm. Bem. II vor § 662 BGB.). Vor allem stellt § 1959 BGB. m. E. nicht ohne

<sup>1</sup>) JW. 1926, 1803. <sup>2</sup>) JW. 1928, 2526. <sup>3</sup>) JW. 1929, 2425.

gesetzlich bestimmten Rechtswirkungen ausüben dürfen, so würden dadurch die Rechte des wirklichen Eigentümers erheblich beeinträchtigt, und es wäre nicht abzusehen, wie zwischen diesen Beteiligten die rechtliche Auseinandersetzung erfolgen sollte. Eine derartige Rechtsverwirrung will aber das Gesetz sicherlich nicht begünstigen. Es wäre zudem in hohem Maße unbillig, wenn der Eigentümer mit seinem Vermögen für Verwendungen aufkommen müßte, ohne daß er selbst die Sache wiedererlangt und dabei Gelegenheit gehabt hätte, die auf sie gemachten Verwendungen wahrzunehmen. Nach alledem bedeutet es kein unzulässiges Pasten am Gesetzeswortlaut, wenn man die in Rede stehenden Vorschriften, soweit sie vom „Eigentümer“ handeln, eben nur auf den wirklichen Eigentümer bezieht. Muß dies zunächst für § 1001 BGB. gelten, so kann es wegen des gekennzeichneten engen Zusammenhanges zwischen den beiden Paragraphen bei § 1002 nicht anders sein. Auch hier stehen aber der Meinung des Sen. neben dem Wortlaut („Gibt der Besitzer die Sache dem Eigentümer heraus . . .“) auch innere Gründe zur Seite. Würde die Voraussetzung für den Beginn der im § 1002 Abs. 1 geordneten Ausschlussfristen auch dann als erfüllt angesehen, wenn der Besitzer die Sache einem Nichteigentümer herausgegeben hat, den er für den Eigentümer gehalten haben mag, so müßte jener Nichteigentümer sinngemäß auch als diejenige Stelle gelten, der gegenüber der Anspruch auf Ersatz der Verwendungen gerichtlich geltend zu machen wäre. Da dieser Anspruch jedoch nur gegen den wirklichen Eigentümer begründet wäre, so müßte der Verwendungsberechtigte mit

der Klage aus den §§ 994 ff. BGB. unterliegen; er würde also mit der Annahme eines solchen Fristenansatzes auf einen irrigen Weg gewiesen. Nicht minder unbefriedigend wäre das Ergebnis, falls man annehmen wollte, die Fristen begännen zwar mit der Herausgabe an den Nichteigentümer, die Klage sei aber trotzdem gegen den wirklichen Eigentümer zu richten. Dann würde nämlich ein Besitzer, der sich in noch so entschuldigbarem Irrtum über die Person des Eigentümers der Sache befinden mag, dadurch mit seinem Anspruch gegen den Eigentümer ausgeschlossen werden, daß sich ihm gegenüber ein anderer als Eigentümer ausgegeben hätte, wobei es leicht eintreten könnte, daß er erst nach Ablauf der Fristen Kenntnis von der wahren Sach- und Rechtslage erlangen würde. Alle derartigen Sachgestaltungen, die regelmäßig zu unliebsamen Rechtsstreitigkeiten Anlaß geben würden, lassen sich vermeiden, wenn man, ebenso wie in § 1001 BGB., so auch in § 1002 das. den Begriff „Eigentümer“ streng auf den wirklichen Eigentümer i. S. des § 985 BGB. einschränkt, wie dies für den gesamten Inhalt des hier in Betracht kommenden Titels „Ansprüche aus dem Eigentum“ (§§ 985—1007 BGB.) allein als richtig zu gelten hat. Sollte M. Wolff, auf den sich die Rev. beruft, in seinem Sachenrecht (9. Bearbeitung S. 301 Anm. 14 sowie S. 303 zu b Abs. 2 und Anm. 25) eine gegenfällige Meinung vertreten wollen, so könnte dem nicht gefolgt werden.

2. Die Rechtsauffassung der Rev., die Ansprüche nach den §§ 994 ff. BGB. seien nur ausnahmsweise und nur dann zu gewähren, wenn der Besitzer (Unternehmer) keinen ver-

Grund in Abs. 1 die erbshaftlichen „Geschäfte“ dem „Rechtsgeschäft“ in Abs. 3 entgegen.

b) Das Schrifttum stand nach Einführung des BGB. lange Zeit mehr oder weniger unter Dernburgs Definition der Verwendungen: „Auf eine Sache aufgewendete vermögenswerte Leistungen, die sowohl in körperlichen Veränderungen der Sache und in Verbindung anderer Sachen mit ihr als auch in Auslagen anderer Art sowie in Bestreitung von Lasten der Sachen bestehen können“ (Lehrbuch Bd. 3 § 122 II; vgl. in einzelnen die Darstellung des Schrifttums bei Gisevius S. 5 und 6). Später rückte man in Einzelheiten von Dernburgs Definition ab, bis schließlich vielfach die Ansicht vertreten wurde, daß eine einwandfreie Definition überhaupt nicht möglich sei (Gisevius S. 7 ff.). Man wird, wenn man unsere geläuterte Auffassung über die soziale und rechtspolitische Bedeutung von Arbeit und Kapital zugrunde legt, ohne sich von dem Erklärungsversuch der Motive entfernen zu müssen, unter „Verwendungen“ jedenfalls auch Arbeitsleistungen und Bezahlung von Arbeitslohn an Dritte verstehen können.

2. Die Ansichten der Gesetzgeber über die Frage, ob dem Besitzer wegen seiner Verwendungen Rechte gegen den Eigentümer zuzugestehen seien, gingen von jeher ziemlich weit auseinander. Das gemeine und römische Recht verneinte grundsätzlich den Anspruch des Besitzers (L. 48 de R. V. 6, 1) und gab ihm nur ausnahmsweise die exceptio doli. Die neueren Gesetzgebungen folgten meistens im wesentlichen den Grundätzen des römischen Rechts (§§ 204 ff. I 7 AB.; §§ 312 ff. SächBGB.; §§ 331 ff. OstBGB.). Bei Schaffung des BGB. wollte man merkwürdigerweise den Grundätzen des französischen Rechts folgen! (Entw. I § 936, Mot. III S. 411). In der französischen Rechtswissenschaft betrachtete man die Verwendungen unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung. Bei der Beratung der Einzelheiten entstanden dann sehr lebhafte Kämpfe (vgl. hierzu Prot. S. 3986 ff., 6045 ff., 8559 ff.). Gleichwohl sind recht erhebliche Zweifel und Schwierigkeiten übriggeblieben, wie der vorliegende Fall beweist.

II. Es entstanden hier vor allem folgende weitere Fragen:

- Kann der Besitzer den Anspruch auf Ersatz von Verwendungen auch dann geltend machen, wenn der Eigentümer die Sache nicht von ihm zurücklangt, sondern auf dem Umweg über einen Dritten?
- Gilt die Ausschlussfrist des § 1002 BGB. auch in dem zu genannten Fall?

1. Die erste Frage bejaht das RG. stillschweigend mit Recht. Für die Bejahung spricht schon die weite Fassung des § 1001 Satz 1 BGB. Die Mot. zum 1. Entwurf begründeten das Merkmal der Wiedererlangung mit folgendem Hinweis:

Die Bereicherung sei zwar schon mit dem Augenblick der Verwendung eingetreten, sie gewinne aber für den Eigentümer erst wirtschaftliche Bedeutung, wenn er die Sache wiedererlange. Wenn man diesen rechtspolitischen Gedanken zugrunde legt, kann es in der Tat nicht darauf ankommen, ob der Eigentümer die Sache unmittelbar vom Besitzer erlangt. Die Denkschrift der Regierung bezieht

schon (S. 133) den Fall ein, in dem der Eigentümer die Sache „auf sonstige Weise“ wiedererlangt hat. Auch der Umstand, daß man den Verwendungsanspruch auf bereicherungsrechtliche Gesichtspunkte zurückführt, nötigt nicht zu der entgegengesetzten Auffassung. Zunächst ist diese Grundanschauung in der Folgezeit nicht überall weiter vertreten worden, vor allem erkennt man auch im übrigen den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Vermögensverschlebung für das Bereicherungsrecht bei weitem nicht ausnahmslos an.

2. Die Begründung des RG. zur Lösung der zweiten Frage halte ich in mehrfacher Beziehung für bedenklich.

a) Aus der Tatsache der Zerlegung des ursprünglich einheitlichen § 913 i. d. Fass. der Beschl. der 2. Kommission in die §§ 986 und 987 der Bundesratsvorlage (§§ 985 und 986 der RVorlage, 1001 und 1002 des Gesetzbuches) allein läßt sich kein denkgesetzlich zwingender Schluß ziehen. Vielmehr wäre bei einer nur Denkgesetze berücksichtigenden Betrachtungsweise durchaus auch der Schluß möglich, daß die Trennung Ausdruck der Notwendigkeit einer einheitlichen Auslegung sein sollte. Es bedurfte also der Feststellung der Gründe für die Zerlegung des § 913 in zwei Vorschriften.

b) Wenn das RG. aber bemerkt: „Die richterliche Auslegung hat sonach beide Gesetzesstellen in Zusammenhang zu bringen“, so könnte das immer noch zutreffend sein, wenn es bedeuten würde, daß, falls z. B. die Untersuchung beider Bestimmungen ergeben würde, daß sie von voneinander entgegengesetzten Zweckgedanken beherrscht sind, diese Umstände für die Auslegung beider Bestimmungen erheblich sein könnten. Jedoch ist diese Wendung — wie die weiteren Ausführungen des RG. zeigen — nicht so gemeint, sondern dahin, daß es notwendig sei, beide einheitlich auszulegen.

c) Den Satz, daß im Rahmen des § 1001 BGB. an Stelle des Eigentümers keinesfalls ein Nichteigentümer gesetzt werden könnte, begründet das RG. u. a. mit der Erwägung, man müsse „folgerichtig ihm (d. h. dem Nichteigentümer) auch die Begünstigung zur Genehmigung der Verwendungen, sowie das in § 1001 Satz 2 vorgeordnete Recht beilegen, sich von dem Anspruch auf Ersatz der Verwendungen durch Rückgabe der wiedererlangten Sachen zu befreien“. Hierdurch würden die Rechte des wirklichen Eigentümers erheblich beeinträchtigt. Diese Ausführungen halte ich für schlechterdings nicht zwingend. Wenn gelegentlich im Schrifttum behauptet wird, daß der Besitzer durch Aushändigung der Sache an den Nichteigentümer die Vorteile des § 1001 erlangen müsse, wenn er den Nichteigentümer für den Eigentümer halten darf, so deutet man ersichtlich auf die legitimierende Funktion des Besitzes und der Besitzveränderung hin. Daß man die Genehmigung des nichtbesitzenden Nichteigentümers der Wiedererlangung durch den Nichteigentümer nicht gleichstellt, ist nicht verwunderlich und entspricht den Grundgedanken der Unterscheidungen zwischen § 932 Abs. 1 Satz 1 BGB. einerseits und den §§ 932 Abs. 1 Satz 2, 933, 934 BGB. andererseits.

d) Dagegen war immerhin folgendes zu erwägen: Nach § 1003 Abs. 1 Satz 2 BGB. kann der Besitzer unter gewissen Voraussetzungen „Befriedigung aus der Sache nach den Vorschriften über den Pfandverkauf“ suchen. Zu diesen Vorschriften gehört auch § 1248 BGB. Danach gilt bei der Veräußerung des Pfandes

traglichen Anspruch gegen den Eigentümer oder gegen denjenigen habe, von dem er seinen Besitz ableite, kann nicht gebilligt werden.

Zwar weist die Rev. zutreffend darauf hin, daß nach allgemeiner Meinung die Vorschr. der §§ 994 ff. BGB. dann außer Anwendung zu bleiben haben, wenn der Besitzer die Verwendungen auf die Sache auf Grund eines mit dem Eigentümer abgeschlossenen Vertrages gemacht hat; solchenfalls regeln sich ihre Rechtsverhältnisse nur nach diesem Vertrage und seiner Auslegung (vgl. Staudinger-Röber, 9. Aufl., Bd. III 1 S. 602, Anm. A. d zu § 994 BGB.; RGRKomm., 6. Aufl., Bd. 3 S. 320, Anm. 1 zu § 994 BGB.; RG.: JW. 1912, 691<sup>16</sup>). Diese Annahme beruht darauf, daß dem Verwendungsberechtigten — wie in RG. 71, 424<sup>1</sup>) (426 f.) eingehend dargelegt — nur ein persönliches (schuldrechtliches) Forderungsrecht gegen den Eigentümer zusteht, und daß mithin dieses Rechtsverhältnis ohne weiteres erfüllt wird durch eine etwa zwischen Besitzer und Eigentümer besonders vereinbarte schuldrechtliche Regelung. Jedoch können diese Erwägungen keineswegs herangezogen werden zur Stützung der Ansicht, daß der Verwendungsanspruch des Besitzers auch durch das Vorhandensein eines Vertrages (Werkvertrages) zwischen ihm und einem Dritten ausgeschlossen würde. Ein derartiges Schuldverhältnis kann für die in den §§ 985 ff. BGB. geordneten Rechtsbeziehungen zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer keinerlei Bedeutung beanspruchen; insbes. vermag es die Entstehung von Ersatzansprüchen nach den §§ 994 ff. nicht zu hindern. Wird ein Unternehmer für Verwendungsarbeiten, die er während seiner Besitzzeit geleistet hat, von dem Dritten als Besteller befriedigt, dann würde allerdings ein Verwendungsanspruch, den jener etwa doch noch gegen den Eigentümer erheben würde, ohne weiteres an der Arglistrede scheitern; das Bestehen eines unbefriedigt gebliebenen Werklohnanspruchs ist aber insofern belanglos.

Diese Stellungnahme entspricht auch der älteren Rspr. des erf. Sen. (vgl. Gruch. 57, 997 Nr. 74).

An dieser Auffassung ist festzuhalten (vgl. auch RGRKomm., Anm. 2 zu § 994 BGB. sowie M. Wolff a. a. O. S. 229 bei Anm. 5).

(U. v. 19. Dez. 1933; VII 260/33. — Dresden.) [S.]

— auch des kraft Gesetzes entstandenen — (§ 1257!) der Verpfänder (im Falle des § 704 BGB. z. B. der Einbringende) zugunsten des redlichen Pfandgläubigers als Eigentümer. Der redliche Pfandgläubiger kann dem Nichteigentümer wirksam den „Verkauf“ androhen (§ 1234), ihn wirksam von dem Verkauf des Pfandes und dem Ergebnis benachrichtigen (§ 1241 BGB.). Er kann aber vor allem auch die Voraussetzungen einer verhältnismäßig risikolosen Pfandveräußerung dadurch schaffen, daß er sich auf Grund von § 1233 Abs. 2 BGB. einen Vollstreckungstitel wegen seines Pfandrechts gegen den Verpfänder beschafft, den er für den Eigentümer halten darf.

Es bleibt immerhin zu erwägen, ob nicht diese Gedanken bei der Entscheidung der Frage, kann der redliche Besitzer, der die Sache an den Nichtberechtigten, von dem er den Besitz erlangt hat, und den er für den Eigentümer halten darf, herausgibt, den Verwendungsanspruch geltend machen, entsprechend anzuwenden sind. Zwar mag das Verwendungsrecht des Besitzers kein Sachenrecht — wie das Pfandrecht — sein (RG. 71, 424 = JW. 1909, 701; über die Ansichten des Schrifttums, vor allem auch entgegengesetzte Meinungen, vgl. Gisevius S. 27 ff.); aber, soweit es die Befriedigung aus der Sache angeht, wird es in wichtigen Beziehungen wie das Pfandrecht behandelt (vgl. den schon erwähnten § 1003 Abs. 1 Satz 2 BGB.). Vor allem ist der Besitzer wegen seines Verwendungsrechts zur abgeforderten Befriedigung wie der Pfandgläubiger befugt (§ 49 Ziff. 3 RD.) (Menzel, Anm. 4 zu § 49 RD.).

Ob nun hieraus nur zu folgern ist, daß der redliche Besitzer in dem unterstellten Fall lediglich Befriedigung aus der Sache nach Maßgabe von § 1003 Abs. 1 Satz 2 BGB. fordern kann und ob nicht die entsprechende Anwendung letzten Endes durch die oben unter II 1 erwähnte Bemerkung der Motive ausgeschlossen wird, will ich an dieser Stelle nicht entscheiden. Daß die „Rechtsverwirrung“ hier größer wäre als in anderen Fällen des Schutzes des redlichen Verkehrs, kann dem RG. nicht zugegeben werden.

2. Die oben zu b genannte Frage dürfte das RG. im Ergebnis zutreffend entschieden haben. Die Ausschlussfrist des § 1002 BGB. ist im Interesse des Eigentümers, also zum Nachteil des Besitzers geschaffen worden. Die entsprechende Anwendung des § 1002 BGB. auf den vorl. Fall verbietet daher schon folgende Erwägungen: Eine ent-

\*\*4. § 34 GmbHG.; § 134 BGB. Die Bestimmung der Satzung einer GmbH., daß im Falle der Zwangsvollstreckung oder Konkursöffnung die Gesellschaft berechtigt ist, den Geschäftsanteil unentgeltlich einzuziehen — also ihn ersatzlos zu vernichten — ist wegen Verstoß gegen das Gesetz nichtig.)

Zu den pfändbaren Rechten gehören anerkanntermaßen auch die Geschäftsanteile einer GmbH. Sie fallen deshalb, wenn ihr Eigner in Konkurs gerät, in dessen Konkursmasse (§ 1 Abs. 1 RD.). Die gesetzlichen Vorschriften darüber aber, was Gegenstand der Pfändung und Bestandteil der Konkursmasse ist, gehören dem öffentlichen Recht an und haben zwingenden Rechtscharakter. Das der Pfändung unterliegende Vermögen des Schuldners dient grundsätzlich der Befriedigung seiner Gläubiger. Soll im Konkurs ein Gegenstand ausgefondert werden, so darf er dem Schuldner „nicht gehören“ (§ 43 RD.). Auf einen bloßen Vertrag, daß ein Gegenstand im Konkursfall auszusondern sei, läßt sich ein Aussonderungsrecht nicht gründen. Nicht anders verhält es sich mit der Widerspruchsklage aus § 771 ZPO. Ein Widerspruch gegen die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung kann nicht einfach damit begründet werden, man habe sich das Recht ausbedungen, bei Zwangsvollstreckung Widerspruch zu erheben. Die Befugnis zum Widerspruch kann vielmehr, um Wirkung äußern zu können, nur der Ausfluß eines positiven Rechts sein, gerade so, wie dies bei dem konkursmäßigen Aussonderungsrecht zutrifft. Mit diesen Grundsätzen wäre es aber unvereinbar, wenn der Geschäftsanteil einer GmbH., der die Gesamtheit der den Gesellschaftern zustehenden Gesellschaftsrechte bedeutet, nur der Pfändung oder des Konkursbeschlages halber unentgeltlich, d. h. ohne gleichwertigen Ersatz, sollte eingezogen werden können. Es würde ferner auch nicht im Einklang damit stehen, daß ein satzungsmäßiges Verbot oder eine solche Beschränkung der Abtretbarkeit von Geschäftsanteilen gegenüber der Pfändung und dem Konkursbeschlage nicht durchgreifen, vielmehr insoweit gem. §§ 851, 857 Abs. 3 ZPO. rechtliche Wirkung nicht haben können (s. a. RG. 70, 66<sup>1</sup>); RGWarn. 1928 Nr. 107; Brodman, Anm. 2d zu

sprechende Anwendung zugunsten des N. kommt nicht in Betracht, da die Vorschrift zu Lasten des Besitzers geschaffen worden ist; eine entsprechende Anwendung zugunsten des Bekl. versagt schon deswegen, weil er ersichtlich hinsichtlich des Eigentums der Firma E. nicht gutgläubig gewesen ist. Eine entsprechende Anwendung ohne Rücksicht auf guten oder bösen Glauben der Bekl. wäre nicht nur dem Zweck des § 1002 BGB., sondern auch der grundsätzlichen Behandlung der Stellung des Nichtberechtigten durch das Sachenrecht zuwider. Die Begründung des RG. hängt mit seiner Auslegung des § 1001 zusammen; ich halte sie daher auch für bedenklich (das RG. muß z. B. unterstellen „da dieser Anspruch jedoch nur gegen den wirklichen Eigentümer begründet wäre...!“).

### III. Der Stellungnahme des RG. zu der letzten Frage:

Wird der Verwendungsanspruch des Besitzers durch das Vorhandensein eines Vertrages zwischen ihm und einem Dritten ausgeschlossen?

ist zuzustimmen. Es wird sich in solchen Fällen vielfach um ein unechtes Gesamtschuldverhältnis handeln.

RM. Dr. Maake, Berlin.

Zu 4. Überwiegend wurde bisher im Schrifttum (s. „Rundschau für GmbH.“ 1930, 567 ff., 661 ff., 742 ff. und 1932, 55 ff. und die dort angeführten Quellen) die gegenteilige Auffassung vertreten, die auch durch das RG. (s. die in obigen Ur. angeführte Entsch., auch abgedruckt GmbH.-Mpr. IV zu § 34 Nr. 4) grundsätzlich bestätigt wurde. Der Weg, auf dem das RG. zu einem anderen Ergebnis gelangt, befriedigt wenig. § 34 GmbHG. sagt weder etwas über den Zweck noch über die Voraussetzungen, unter denen die Einziehung im Gesellschaftsvertrag vorgesehen werden darf. Man bleibt daher darauf angewiesen, auf Grund der allgemeinen Vorschriften zu prüfen, ob der mit einer solchen Satzungsbestimmung beabsichtigte Zweck und die in einer solchen gewählten Voraussetzungen der Rechtsordnung im Einzelfalle oder allgemein zuwiderlaufen.

Das RG. nimmt einen Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB.) an, weil die gesetzlichen Vorschriften darüber, was

<sup>1</sup>) JW. 1909, 701.

<sup>1</sup>) JW. 1909, 27.

§ 15 GmbHG.; Scholz, GmbHG. S. 203 unter Ziff. 2; Dachenburg, GmbHG. Exkurs I zu § 15 unter Anm. 17). Durch §§ 851 Abs. 2, 857 Abs. 1 ZPO. soll eben verhütet werden, daß der Vollstreckungsschuldner seine Forderungen oder sonstigen Rechte durch vertragsmäßige Aufhebung der Übertragbarkeit dem Zugriff seiner Gläubiger entzieht (Motive zur ZPO. Novelle v. 1898 S. 174). Eben deshalb bietet auch die Verfassung einer etwa nach § 15 Abs. 5 GmbHG. sachungsmäßig zur Abtretung oder Belastung eines Geschäftsanteils nötigen Zustimmung der Gesellschaft gegen die Zwangsvollstreckung in den Anteil keinen Schutz. Darüber herrscht in Rspr. und Rechtslehre so gut wie Einigkeit. Würde eine Satzung die Klausel enthalten, daß Geschäftsanteile nicht oder nur mit Zustimmung der Gesellschaft sollten gepfändet werden können, so wäre eine solche Bestimmung gen. §§ 851, 857 ZPO. vgl. mit § 134 BGB. nichtig. Für einen Fall dieser Art steht damit zugleich fest, daß das Gesetz das Interesse der Gesellschafter, nicht durch eindringende fremde Personen gestört zu werden, hinter die Rücksicht auf die Befriedigung der Gläubiger des verschuldeten Gesellschafters zurücktreten läßt, mit anderen Worten, daß die Gläubigerinteressen den Geschäfts- oder den Gesellschafterinteressen der Fernhaltung von Außenstehern vorgehen müssen. Diefelbe Interessenabwägung, die für den Fall des Abtretungsverbots gesetzlichen Ausdruck gefunden hat, muß aber hinsichtlich einer Satzungsbestimmung Platz greifen, wonach ein Geschäftsanteil bei Pfändung oder Konkursöffnung des Eigners unentgeltlich soll eingezogen werden können. Denn darauf, ob die bisherigen Gesellschafter mit oder ohne den Vollstreckungs- bzw. Gemeinschuldner sollen zusammenbleiben können, kommt es offensichtlich nicht an.

Der hier vertretenen Rechtsauffassung kann nicht entgegengehalten werden, daß die Möglichkeit der unentgeltlichen Einziehung bei Pfändung usw. in der Satzung vorgegeben sei, die Gläubiger deshalb mit ihr hätten rechnen müssen. Denn dieser Einwand setzt voraus, was erst noch zu beweisen wäre,

Gegenstand der Pfändung und Bestandteil der Konkursmasse sei, dem öffentlichen Recht angehörten und zwingenden Rechts seien. Es ist sicherlich zwingenden öffentlichen Rechts, daß das Vermögen des Schuldners der Zwangsvollstreckung unterliegt. Das läßt sich ebenso wenig bestreiten, wie die Tatsache, daß auch GmbH-Geschäftsanteile zu dem der Zwangsvollstreckung unterliegenden Vermögen des Schuldners gehören. Daß sie dazu gehören, ergibt sich aber insofern schon nicht aus öffentlichem Recht, als das Privatrecht bestimmt, daß sie veräußerlich seien. Weil sie veräußerlich sind, sind sie kraft öffentlichen Rechts auch der Zwangsvollstreckung unterworfen. Daß rechtsgeschäftliche Veräußerungsbeschränkungen diese Wirkung nicht beeinträchtigen können, erhellt aus den Grundsätzen, die in §§ 137, 399 BGB. i. Verb. m. §§ 851 und 857 ZPO. niedergelegt sind. Mit der hier in Rede stehenden Satzungsbestimmung ist aber die Frage nach der Übertragbarkeit des Rechts gar nicht aufgeworfen. Es geht hier um die innere rechtliche Verfassung des Rechts als solchem, und zwar von seiner Begründung an und deren Wirkungen für den Fall, daß dieses Recht Gegenstand einer Zwangsvollstreckung wird. Bisher war herrschende Auffassung, daß niemand seinen Vermögensrechten eine Verfassung zu geben brauche, die dem Interesse etwaiger künftiger Gläubiger entsprechen würde, vielmehr diese darauf angewiesen seien, das Recht als solches in dem Zustand in Beschlag zu nehmen, in dem sie es vorfinden. Durch das vorliegende Urteil erhält diese Auffassung einen entscheidenden Stoß, ohne daß ein überzeugender, tragender Grund dafür sichtbar wird. Ebenso wie zum Wesen eines GmbH-Geschäftsanteils begrifflich seine Veräußerlichkeit (§ 15 Abs. 1 GmbHG.) gehört, ist dieses nicht zu denken ohne die nach dem Gesetz und Gesellschaftsvertrag mögliche Sondereigenschaft der entgeltlichen bzw. unentgeltlichen Einziehbarkeit. Dieses Wesen läßt sich insgesamt positiv nur ändern dadurch, daß das Gesetz ihm einen anderen Inhalt gibt. Es hat als Sonderfall seinen eigenständigen Platz in der Rechtsordnung und kann nicht durch Hinweis auf andersgelagerte Sonderfälle (wie Aussonderung, Widerspruchsklage usw.) seine Begrenzung erfahren.

In welcher rechtlichen Verfassung sich ein GmbH-Anteil befindet, ist keine Frage des Konkursrechts oder des Zwangsvollstreckungsrechts, sondern eine Frage der privatrechtlichen Begründung. Diese innere Verfassung berührt den Akt der Zwangsvollstreckung so wenig wie die wirtschaftliche Güte des Geschäftsanteils. Ist der Geschäftsanteil als leere Hülle unverwertbar, so ist eben die an sich gültige Zwangsvollstreckung ebenso gegenstandslos geworden, wie wenn der an sich rechtsgültig mit Beschlag belegte Geschäftsanteil infolge eines

daß eine solche Bestimmung zulässig ist. Es läßt sich auch nicht einwenden, daß die Gesellschaft häufig nicht in der Lage sein werde, ohne Schmälerung des Stammkapitals eine angemessene Entschädigung zu zahlen. Verhält es sich so, dann muß die Gesellschaft eben von der Einziehung Abstand nehmen und die Bewertung des Anteils im Zwangsversteigerungsverfahren (s. a. § 844 ZPO.) vor sich gehen lassen. Übrigens steht es ihr frei, das Stammkapital nach den Regeln des § 58 GmbHG. herabzusetzen und so den Gläubiger zu zwingen, das Sperrjahr abzuwarten. Was sodann in dem Beschl. des RG. v. 12. März 1921 (= J. f. d. Notariat 1931, 177) zur gegenwärtigen Rechtsfrage ausgeführt wird, schlägt gleichfalls nicht durch. Das RG. ist der Meinung, wenn die sachungsmäßige Zulassung der unentgeltlichen Einziehung bei Pfändung von Geschäftsanteilen mißbilligt werde, sei folgerichtig jede Satzungsbestimmung, welche die unentgeltliche Einziehung gestatte, ohne ihre Voraussetzungen zu regeln. Demgegenüber ist auf § 34 Abs. 2 GmbHG. zu verweisen, wonach die Voraussetzungen der Einziehung, sofern nicht der betroffene Gesellschafter zustimmt, ohne Unterschied, ob ein Entgelt geleistet werden soll oder nicht, vor seinem Anteilserwerb sachungsmäßig festgelegt sein müssen. Ist z. B. als Voraussetzung Vertragsbruch, gesellschaftsschädliches Verhalten usw. genannt und liegt dieser Fall vor, so ist gegen die unentgeltliche Einziehung des Geschäftsanteils eines solchen Gesellschafters trotz erfolgter Pfändung nichts zu erinnern. Fehlt es aber an einem sachungsmäßig festgelegten Einziehungstatbestand, so kann nur die Zustimmung des betroffenen Gesellschafters die Einziehung rechtswirksam machen. Dabei stellt sich eine solche Zustimmung zur unentgeltlichen Einziehung als unentgeltliche Verfügung zugunsten der Mitgesellschafter und zugleich als absichtliche Benachteiligung der Gläubiger dar, der gegenüber sie sich nach § 3 Nr. 1 und 3 AufG. zur Wehr setzen können.

Nach alledem ist eine Satzungsbestimmung, welche für den Fall der Pfändung und des Konkurses eines Gesellschafters dessen Geschäftsanteil der unentgeltlichen Einziehung

in ihm von Anfang an vorhandenen Todeskeimes in seinem Bestande vernichtet wird.

Der GmbH-Geschäftsanteil ist als gesellschaftsvertragliches Recht seiner Begründung nach ohne die Beziehung zu Dritten gar nicht denkbar. Diese Beziehung bestimmt wesentlich seinen Inhalt. Sie wirkt ähnlich wie eine Belastung des Rechts und geht daher auch nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zeitlich und sachlich späteren Belastungen vor mit der Möglichkeit, daß diese ausfallen. Das RG. überieht m. E., daß das Gesellschafterinteresse auch ein Gläubigerinteresse ist und daß hier nur ein späteres Gläubigerinteresse mit einem früheren in Wettbewerb steht, wobei im Auge zu behalten ist, daß im vorliegenden Falle die ursprüngliche gesellschaftsvertragliche Verpflichtung begründet worden ist, bevor überhaupt andere Gläubigerinteressen in Rede standen. Wenn das RG. seinerseits glaubt, ein gesetzliches Verbot aus einem angeblich einheitlichen Geist bestimmter Sonderregelungen herleiten zu dürfen, so sei demgegenüber auf das AufG. verwiesen, das nicht einmal ein Rechtsgeschäft, das unmittelbar gegen vorhandene Gläubigerinteressen verstößt, nichtig sein läßt, sondern nur durch eine Klage anfechtbar mit einer gegenständlich beschränkten Wirkung zwischen den Prozeßbeteiligten. Wieviel weniger kann dann ein Rechtsgeschäft, das überhaupt kein bestehendes Gläubigerinteresse verletzt, unmittelbar nichtig sein! Es fehlt m. E. an einem allgemeinen Rechtsgrundsatz, der als Verbotsgesetz die hier in Rede stehende Satzungsbestimmung zu einer nichtigen machen könnte. Denkbar sind m. E. im Einzelfalle nur die Rechtsbehelfe der §§ 138, 226, 826 BGB., und zwar letzterer auch in Ansehung des Einziehungsbeschlusses gegenüber der Gesellschaft. Hier ist das gegenseitige Verhalten, die besondere Lage des Unternehmens, insbesondere auch die mehr oder weniger engen Beziehungen der Gesellschafter untereinander, die Möglichkeit zur Auszahlung eines Einziehungsentgeltes und anderes mehr abzuwägen.

Der Vorderrichter (Rief 3 U 153/32, abgedr. GmbHRspr. IV zu § 34 Nr. 5) hat versucht, diesen Weg zu beschreiten. Im Ergebnis ist auch seine Lösung verfehlt insofern, als der Interessenswiderspruch im Zeitpunkte des Einziehungsbeschlusses allein keinesfalls dazu herleiten kann, Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit zu begründen.

Der Schlußsatz des Urts. des RG. ist unverständlich. Das den Gegenstand der Zwangsvollstreckung bildende Recht geht kraft der Einziehung unter. Ein Grundsatz allgemeiner dinglicher Surrogation besteht aber nicht (so auch Becker: Rundschau für GmbH. 1930, 663).

RA. Dr. Otto Schmidt, Köln.

durch die Gesellschaft unterwirft, gem. § 134 BGB. nichtig (i. a. Brodmann, GmbHG. Anm. 2d zu § 15; undeutlich Scholz, „GmbHG.“ S. 203; a. M. anscheinend Sachen- burg, GmbHG. Anm. 19 zu § 34; ferner Erkurs I zu § 15 Anm. 17 am Ende, Anm. 6 Abs. 1 am Ende zu § 34).

Gleiches gilt nicht für eine Säkungsklausel, welche unter solchen Voraussetzungen die entgeltliche Einziehung des Anteils für statthaft erklärt, sofern nur das Entgelt so bemessen ist, daß es einen gleichwertigen Ersatz für den Anteil darstellt. Pfändungspfandrecht und Konkursbeschlag sollen die pfändbaren Vermögensstücke des Schuldners zum Zweck der Befriedigung der Gläubiger sicherstellen und ihre Bewertung in deren Nutzen ermöglichen. Dem widerspricht eine entgeltliche Anteilseinziehung dann nicht, wenn das Entgelt einen wirtschaftlich vollwertigen Ersatz für den Anteil selbst darstellt. Es wird auch angenommen werden können, daß im Fall solcher Einziehung eines schon gepfändeten Anteils mit dem Untergang des Anteils ohne weiteres kraft dinglicher Surrogation ein Pfandrecht an dem Entgeltanspruch zur Entstehung gelangt (i. a. z. B. § 1287 BGB.).

(U. v. 8. Dez. 1933; II 52/33. — Kiel.) [Sch.]  
 (= RG. 142, 373.)

\*\*5. §§ 5, 3, 7 GeschmMustG. Die Nachbildung eines GeschmMusters setzt Kenntnis der Urschöpfung voraus. — Auch eigene Verbreitung ist vor Anmeldung neuheitschädlich. — Zum Begriff der sittenwidrigen Nachbildung.†)

(U. v. 18. Okt. 1933; I 132/33. — Zweibrücken.) [R.]  
 (= RG. 142, 145.)

Abgedr. ZB. 1934, 418<sup>12</sup>.

6. § 69 BGB. Brennt ein verkauftes Gebäude nach der Übergabe, aber vor der Auflassung ab, so geht der Verkäufer der Brandschadenvergütung nicht verlustig, wenn ein Versicherungsinteresse auf seiner Seite bestehen geblieben ist, etwa weil der Kaufpreis noch nicht voll bezahlt ist oder die Möglichkeit einer persönlichen Forderungsnahme für Hypotheken noch besteht.

F. verkaufte laut notariellem Kaufvertrag v. 29. Sept. 1930 sein Hotelgrundstück an eine Frau B. Die Übergabe des Grundstücks ist am 1. Jan. 1931 erfolgt, die Auflassung und die Eintragung haben noch nicht stattgefunden. Am 30. Mai 1931 brannte das Hotel nieder. F. hatte das Grundstück bei der Bekl. bis 15. März 1934 versichert. Vor dem Brande des Grundstücks hatte die Bekl. am 13. und 28. Mai 1931 den F. zur Zahlung der am 15. März 1931 fällig gewesenen Versicherungsprämie aufgefordert, was dieser unter dem 21. Mai 1931 mit dem Hinweis ablehnte, daß er dazu wegen des Verkaufs des Grundstücks an Frau B. nicht verpflichtet wäre. Zuvor, am 21. April 1931, hatte Frau B. der Bekl. mitgeteilt, daß sie das Grundstück von F. gekauft habe, die F.che Versicherung aber nicht übernehme, und

Zu 5. A. Anm. Ulrich ebenda.

B. In dem Urte. scheinen mir lediglich die Ausführungen über das Verhältnis des § 1 Abs. 2 zu § 7 Abs. 2 GeschmMustG. eine Bemerkung zu verdienen.

Neu und eigenartig muß gem. § 1 Abs. 2 das Erzeugnis sein. „Neu“ bedeutet bislang noch nicht im Verkehr befindlich, „eigenartig“ dagegen gem. RG. 121, 391<sup>1)</sup> eigenartig, also mit kennzeichnenden Unterscheidungsmerkmalen. Hierzu bringt aber § 7 Abs. 2 die Einschränkung, daß bereits die Verbreitung eines nach dem Muster oder Modell gefertigten Erzeugnisses Schutzfähigkeit des Modells oder Modells ausschließt. Die Tatsache des Verbreitens eines einzigen solchen Erzeugnisses wird der Tatsache der Neutheit und des Rechteigentümlichen gleichgesetzt (obwohl wahrscheinlich die Verbreitung eines einzigen Erzeugnisses eine solche Wirkung tatsächlich nicht gehabt hat), so daß also im Falle des § 7 Abs. 2 der Gegner des Musterinhabers der Beweisführung entzogen ist, daß Neutheit und Eigentümlichkeit nicht vorliegt. Es bedeutet also (mit Schanze: GemRSch. 1929, 997) die Vorshr. des § 7 Abs. 2 eine wesentliche Einschränkung des § 1 Abs. 2.

RA. Dr. Wilhelm Hoffmann, Leipzig.

hatte mit der Kl. einen Versicherungsvertrag unter dem 21. April 1931 abgeschlossen. In diesem Versicherungsvertrag ist Frau B. als Eigentümerin des Hotelgrundstücks angegeben.

Die Kl. zahlte an Frau B. einen Schadensbetrag von 27426 RM und ließ sich dafür von Frau B. und F. deren etwaige Ansprüche abtreten. Gestützt auf diese Abtretung sowie unter Berufung auf § 59 BGB. hat die Kl. beantragt, festzustellen, daß die Bekl. verpflichtet sei, ihr den durch Sachverständigen festzustellenden Schaden aus dem Brande zu ersetzen.

BG. wies die Klage ab, RG. hob auf und verwies zurück.

Das angef. Urte. gelangt aus drei Gründen zur Abweisung der Klage: Es nimmt an, daß die Klage aus der Abtretung des Anspruchs der Frau B. gegen die Bekl., sowie aus der Abtretung des Anspruchs des F. gegen die Bekl. ebenso unbegründet sei, wie der Anspruch aus § 59 BGB. Was die Zession der Frau B. anbetrifft, so habe Frau B. zu der Bekl. in keinem Versicherungsverhältnis gestanden. Frau B. sei trotz der Best. des § 69 BGB. und trotzdem F. ihr das Hotelgrundstück nebst Inventar am 1. Jan. 1931 übergeben habe, in den F.chen Versicherungsvertrag nicht eingetreten, da sie das Grundstück nicht erworben habe. Diese Annahme des Vorderrichters ist frei von Rechtsirrtum. Denn nach ständiger Rspr. des RG. findet der Eintritt des Erwerbers der versicherten Sache in das Versicherungsverhältnis an Stelle des Veräußerers gem. § 69 a. a. O. nur statt, wenn der Erwerber das Eigentum an der versicherten Sache erlangt hat, bei einem Grundstück also, wenn er auf Grund der Auflassung als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen worden ist (RG. 84, 409<sup>1)</sup>; 114, 316<sup>2)</sup>). Das RG. hat in dem Urte. v. 13. Juli 1920, V 169/20 auch ausdrücklich ausgesprochen, daß der Eintritt des Erwerbers in das Versicherungsverhältnis an Stelle des Veräußerers nicht etwa schon mit der Übergabe an den Käufer stattfinde, sondern eben erst dann, wenn das Eigentum auf den Erwerber übergehe (vgl. Warneyer, BGB. S. 183f.).

Was die Klage aus der Abtretung des Anspruchs des F. gegen die Bekl. anbetrifft, so nimmt das angef. Urte. an, F. habe aus folgenden Gründen ein Nichts an die Kl. abgetreten. Zur Zeit des Brandes v. 30. Mai 1931 sei der Versicherungsvertrag des F. mit der Bekl. v. 15. März 1924 nicht mehr in Kraft gewesen, da in der Person des Versicherungsnehmers F. kein versicherbares Interesse mehr vorhanden gewesen sei. Denn durch die Übergabe des Hotelgrundstücks am 1. Jan. 1931 von F. an Frau B. gemäß dem notariellen Kaufvertrag sei die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung der versicherten Sache auf Frau B. übergegangen und F. habe nur den Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises an Frau B. gegen Rückgabe der Brandreste behalten. Die Kaufpreisforderung des F. an Frau B. sei zur Zeit des Brandes auch sicher gewesen, da keine Anhaltspunkte dafür vorlägen, daß er mit der Nichterfüllung der Käuferpflichten seitens der Frau B. rechnen müsse. Auch die Haftung des F. gegenüber den dinglichen Gläubigern stelle kein versicherbares Interesse dar, da Frau B. die Hyp. und Grundschulden und die ihnen zugrunde liegenden persönlichen Forderungen zu befriedigen übernommen habe. Auch seien die dinglichen Gläubiger dadurch gesichert, daß sich deren Rechte gem. §§ 1127, 1129 BGB. als Hyp. und Grundschuldgäubiger auf die Forderung der Frau B. aus deren Versicherungsvertrag mit der Kl. vom 21. April 1931 erstreckten. Es sei nämlich das Interesse der Frau B. an der Erhaltung des Hotelgebäudes nebst Inventar Gegenstand ihres Versicherungsvertrags mit der Kl. geworden. Dagegen spreche nicht die Tatsache, daß Frau B. in dem Versicherungsschein fälschlich als Eigentümerin des Grundstücks angegeben sei. Der Versicherungsagent der Kl. habe den Eheleuten B. erklärt, es mache nichts aus, daß Frau B. noch nicht eingetragene Eigentümerin sei. Da der Versicherungsvertrag v. 21. April 1931 wirksam sei, erstreckten sich die Rechte der dinglichen Gläubiger auch auf die Versicherungsforderung der Frau B. gegen die Kl. Es ge-

<sup>1)</sup> ZB. 1929, 1195.

<sup>1)</sup> ZB. 1914, 839.

<sup>2)</sup> ZB. 1927, 172.

nüge, daß diese Eigenbesitzerin sei (§ 1127 BGB.). Mithin habe F. auch im Hinblick auf die dinglichen Gläubiger zur Zeit des Brandes kein versichertes Interesse mehr an dem Grundstück gehabt, weil diese bei Frau B. genügend gesichert gewesen und F. von ihnen keine Inanspruchnahme zu erwarten gehabt habe. Da F. zur Zeit des Brandes ohne versichertes Interesse gewesen sei, habe ein solches auch durch den Brand nicht verletzt werden können. Da mithin F. zur Zeit des Brandes keinen Anspruch an die Bekl. gehabt habe, habe er auch einen solchen nicht an die Kl. abtreten können.

Diese Ausführungen sind nicht frei von Rechtsirrtum. Allerdings lassen sich Fälle denken, in denen das nach der Übergabe des gegen Feuerz Gefahr versicherten Gebäudetrückstücks fortbestehende Eigentum des Verkäufers nicht mehr einen berechtigten materiellen Inhalt, sondern nur noch formale Bedeutung hat, so z. B., wenn der ganze Kaufpreis bereits bei der Übergabe bezahlt ist. Ein solcher Ausnahmefall liegt aber hier gerade nicht vor. Der Kaufpreis ist, wie sich aus den Gründen des BG. ergibt, noch nicht voll bezahlt. Das BG. meint zwar, es lägen keine Anhaltspunkte dafür vor, daß F. mit Nichterfüllung der Käuferpflichten der Frau B. rechnen müsse. Allein das genügt nicht, um ein Versicherungsinteresse des F. zu verneinen. Dazu wäre mindestens erforderlich gewesen, daß das BG. die Zahlungsfähigkeit der Frau B. festgestellt hätte. Dazu kommt, daß für F. auch die Möglichkeit besteht, von den Hyp- und Grundschuldgläubigern als persönlicher Schuldner in Anspruch genommen zu werden. Auch das Bestehen dieser Möglichkeit hätte das BG. durch Feststellung der Zahlungsfähigkeit der Frau B. ausräumen müssen, ehe es das Bestehen eines Versicherungsinteresses auf Seiten des F. hätte verneinen können. Wie sich aus dem oben angef. Urf. RG. 84, 409<sup>2)</sup> ergibt, geht der Veräußerer in der Regel der Brandschadensvergütung nicht verlustig, wenn das verkaufte Gebäude nach der Übergabe, aber vor der Auffassung abbrannt.

<sup>2)</sup> JW. 1914, 839.

Zu 7. Die Entsch. ist im Ergebnis zu billigen. Ihre Begr. gibt zu Ausführungen grundsätzlicher Art Anlaß.

1. Das RG. geht von der Auffassung aus, die es in seinem Urf. v. 17. Dez. 1926 (RG. 115, 141 = JW. 1927, 513<sup>2)</sup>) ausführlich entwickelt hat. Hiernach ist die Vereinbarung eines Erfolgshonorars grundsätzlich unzulässig und nur in ganz seltenen, besonders gelagerten Ausnahmefällen gestattet, die Vereinbarung einer nach der Höhe des Erfolges gestaffelten Vergütung aber immer standeswidrig. In der vorl. Entsch. geht sich das RG. nun mit den Angriffen auseinander, die seine bisherige Rpr., insbes. das oben erwähnte Urf., im Schrifttum ausgelöst hatte. Dabei war vereinzelt eine ganz allgemeine Zulässigkeit von Erfolgshonoraren vertreten worden. Soweit sich das RG. etwa gegen solche Vorschläge wenden wollte, würde ihm uneingeschränkt zuzustimmen sein. Mit Recht hebt das RG. hervor, daß Auffassungen, die einer rein wirtschaftlichen Auffassung vom Anwaltsstande entspringen, nicht nur wegen der in ihnen liegenden Gefahren, sondern vor allem wegen der öffentlich-rechtlichen Stellung des Anwalts nicht vertretbar sind. Sie sind auch von den Organen der Anwaltschaft stets einhellig abgelehnt; RG., OGH., Vorstände der AnwK. und DVB. waren darin völlig einig. Ebenso aber herrschte Übereinstimmung darüber, daß es Ausnahmen von dem Grundsatz der Unzulässigkeit eines Erfolgshonorars gibt. Die Angriffe, die das Urf. RG. 115, 141 = JW. 1927, 513 ausgelöst hatte, betrafen deshalb fast ausschließlich die Frage, in welchen Fällen eine solche Ausnahme anzuerkennen sei. Berücksichtigt man dabei, daß das RG. damals einen Verstoß gegen die Standespflichten und daraus hergeleitet Sittenwidrigkeit des Honorarvertrages angenommen hatte für einen Fall, in dem der Vorstand der AnwK., das Ehrengericht und der OGH. das gleiche Abkommen für zulässig erklärten, so ist mit der jetzigen Feststellung des RG., daß sich „die beiden obersten Gerichtshöfe im Grundsätzlichen durchaus einig“ seien, im Erfolg wenig gewonnen, zumal ja die allgemeine Zulässigkeit von Erfolgsvereinbarungen erstlich nur ganz vereinzelt vertreten worden ist. Es muß aber betont werden, daß es sicherlich zahlreiche Fälle gibt, in denen eine Partei dem Anwalt gegenüber zur Zahlung einer angemessenen Vergütung — und nur darauf darf jede Honorarvereinbarung gehen (OGH. 25, 119) — nur bei einem bestimmten, günstigen Ausgang des Rechtsstreits in der Lage ist, und es ist nicht einzusehen, warum der Anwalt in solchen Fällen darauf bestehen sollte, diese angemessene Vergütung auch dann zu erhalten, wenn die Partei zu ihrer Zahlung voranschreit-

Steht sonach noch nicht fest, ob der von F. mit der Bekl. abgeschlossene Versicherungsvertrag wegen Wegfalls des Versicherungsinteresses erloschen ist, so ist auch die Begr. nicht haltbar, mit der das BG. eine Anwendung des § 59 BGB. ablehnt. Diese Anwendung verneint es in erster Linie deshalb, weil nur ein Versicherungsvertrag bestehe. Sollte sich bei der erneuten Verhandlung der Sache ergeben, daß auch noch der von F. mit der Bekl. geschlossene Vertrag besteht, so wird das BG. erneut die Frage der Anwendbarkeit des § 59 BGB. prüfen müssen, insbes. in der Richtung, ob der § 59 unmittelbar oder wenigstens analog dann anwendbar ist, wenn die mehreren, dieselbe Gefahr betreffenden Versicherungsverträge von verschiedenen Versicherungsnehmern abgeschlossen sind.

(U. v. 13. Okt. 1933; VII 148/33. — Hamm.) [H.]

7. § 28 RAO.; § 138 Abs. 1 BGB. Strenge Auffassung vom Wesen des Anwaltsberufes; strenge Aufrechterhaltung der Schranken, die schon bisher der eigensüchtigen Berufsausübung des RA. entgegenstanden, jetzt nach der nationalen Erhebung. Die Vereinbarungen zwischen dem Anwalt und der Partei über die Vergütung sind nicht nur nach Standesgrundsätzen zu beurteilen, unterliegen vielmehr auch der Nachprüfung nach § 138 BGB. Verhältnis standeswidrigen Verhaltens des RA. bei Vereinbarung eines Erfolgshonorars zur Frage der Sittenwidrigkeit. Grundsätze für die Beurteilung der Frage der Standes- und Sittenwidrigkeit der Vereinbarung von Erfolgshonoraren.†

(U. v. 20. Okt. 1933; III 406/32. — Berlin.) [Sch.]

<= RG. 142, 70.>

Abgedr. JW. 1934, 227<sup>12)</sup>.

lich nicht in der Lage sein wird. Das erkennt auch das RG. in den von ihm in der jetzigen Entsch. wörtlich wiedergegebenen Sätzen des früheren Urf. grundsätzlichen an. Der damalige Fall zeigte aber, daß es den von ihm selbst als zulässig bezeichneten Ausnahmefall praktisch nicht in allen denjenigen Fällen als gegeben ansehen wollte, in denen die Zulässigkeit des Erfolgshonorars auch nach der im Anwaltsstande selbst herrschenden Auffassung unbedenklich zu bejahen ist. Schon die Tatsache, daß das RG. von „ganz seltenen Ausnahmefällen“ spricht, zeigt in dieser Beziehung, daß es sich entweder nicht darüber klar ist, daß diese Fälle gerade in der jetzigen Zeit der Volksverarmung häufiger sind, als es annimmt, oder aber, daß es eben nicht alle Fälle erfassen will, die an sich dafür in Betracht kommen würden. Daß dabei alle Erfolgshonorarvereinbarungen Gefahren in sich bergen, ist sicher; sie auszuschließen wäre aber nur möglich, wenn man die Erfolgshonorare schlechthin für unzulässig erklären würde, was auch das RG. selbst nicht will. Es ist deshalb bedenklich, mit dem RG. aus einer von ihm im jetzt entschiedenen Falle angenommenen Verquickung der Interessen des Anwalts mit denen der Partei ohne weiteres eine Rechtsfertigung für eine besonders schroffe Stellungnahme gegenüber dem Erfolgshonorar zu entnehmen. Die Zulässigkeit der Honorarvereinbarung ist vielmehr stets eine Frage des Einzelfalles, und es sollte dem RG. immerhin zu denken geben, daß der gewiß nicht laze OGH. in seinem Urf. OGH. 24, 168 zum Ausdruck gebracht hat, daß die von ihm „lehtin behandelten Fälle so gelagert waren, daß in der Vereinbarung kein standesrechtlicher Verstoß erblickt werden konnte.“ Wenn das schon für diejenigen Fälle gesagt werden konnte, die zu ehrengerichtlicher Aburteilung kamen, so ergibt sich schon daraus, daß es sicherlich sehr zahlreiche andere Fälle geben muß, in denen eine Abweichung von dem Grundsatz ebenso gerechtfertigt ist. Dabei ist besonders hervorzuheben, daß eine weniger engherzige Auffassung z. B. auch vom SenPräs. Baumhach: JW. 1927, 2449 vertreten worden ist (vgl. im übrigen vor allem Friedlaender: JW. 1927, 497).

2. Weiter ist im Schrifttum im Anschluß an das Urf. des RG. 115, 141 = JW. 1927, 513 die Frage erörtert, inwieweit ein Standesverstoß gleichzeitig die Nichtigkeit des davon betroffenen Geschäftes zur Folge hat. Dabei war das Urf. des RG. allgemein dahin verstanden, daß jeder Standesverstoß eines Trägers öffentlich-rechtlicher Funktionen „allgemein bei allen gerecht und billig denkenden Menschen als sittlich anstößig empfunden“ werde. Wie bedenklich eine so weitgehende Folgerung ist, zeigte gerade der damalige Fall, in dem das RG. bei einer Handlungsweise, die Standesvertretung und OGH. für einwandfrei erklärten, sogar die

\*§ 8. § 256 R.P.D.; §§ 250 ff. H.G.B.; §§ 823 Abs. 2, 826, 31 H.G.B.

1. Rechtsverhältnis zwischen dem Bekl. und einem Dritten als Gegenstand einer Feststellungsklage. Wirtschaftliches Interesse kann ausreichend zur Bejahung eines rechtlichen Interesses sein.

2. Rechtsstellung der Genußscheinhaber und der Aktionäre gegenüber der AktG.; keine Befugnis zum Eingreifen in die Verwaltung der gesellschaftlichen Angelegenheiten. Daher auch kein Feststellungsrecht und =interesse gegenüber einem Dritten bezüglich der Rechtsverhältnisse zwischen diesem und der AktG. Ein zwischen ihnen ergehendes Ur. hätte keine Rechtskraft zwischen dem Bekl. und der AktG.

3. Unmittelbare Schadensersatzansprüche

Sittenwidrigkeit der betroffenen Honorarabrede annahm. Dabei ist es gewiß, worauf auch Baumbach a. a. O. hinweist, eine Fiktion, anzunehmen, daß Standesverstöße allgemein auch über den Stand hinaus tatsächlich als sittlich anstößig empfunden werden. Wie die Erfahrung zeigt, ist z. B. die grundsätzliche Unzulässigkeit von Erfolgshonoraren dem Laien in der Regel unbekannt, häufig sogar unverständlich. Es ist deshalb sehr zu begrüßen, daß das RG. in dem vorl. Ur. die Annahme, es habe im Falle RG. 115, 141 allgemein aus jedem Standesverstoß eines Trägers öffentlich-rechtlicher Funktionen die Sittenwidrigkeit des betroffenen Geschäftes folgern wollen, auf ein Mißverständnis seiner damaligen Ausführungen zurückführt. Diese Feststellung ist um so erfreulicher, als das frühere Ur. des RG. allgemein so verstanden worden war. Daß dabei unter besonderen Umständen auch Standesverstöße, insbes. solche schwerer Art, dem Geltungsbereich des § 138 H.G.B. unterliegen, ist nicht zu bezweifeln. Dabei wird allerdings für die Zukunft zu berücksichtigen sein, daß die neue Staatsauffassung die Unterscheidungskraft zwischen Berufen mit öffentlich-rechtlicher Funktion und anderen Berufsständen mindestens abgeschwächt hat. Auch die Angehörigen der Arbeitsfront unterliegen einer durch das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit v. 20. Jan. 1934 zum Durchbruch gekommenen Erfaßung und besonderer Ehrengerichtsbarkeit, die auf dem Gedanken beruhen, daß die Arbeit gleichzeitig als Dienst an der Allgemeinheit aufzufassen ist. Es ergibt sich deshalb die Frage, ob man heute noch bei der Prüfung der Sittenwidrigkeit eines Vertrages entscheidend berücksichtigen kann, ob der vorl. Standesverstoß gerade dem Angehörigen eines Berufsstandes zur Last fällt, der, wie der Anwaltsstand, schon bisher öffentlich-rechtliche Funktionen zu erfüllen hatte. Die zeitgemäße Fortbildung der reichsgerichtlichen Auffassung würde möglicherweise den Kreis der nach § 138 H.G.B. sittenwidrigen Geschäfte stark erweitern. Soweit das wirklich auf einer Verfeinerung des Rechts- und Sittensinnens, „der gerecht und billig denkenden Menschen“ des Dritten Reiches beruhen würde, wäre das durchaus gerechtfertigt. Auch hier würde sich aber wieder die Gefahr ergeben, daß Verstöße gegen die guten Sitten auch in Fällen fingiert würden, wo sie selbst von einem geläuterten Sittlichkeitsgefühl gar nicht empfunden werden. Der Erfolg wäre in solchen Fällen der ungerechtfertigte Schutz mangelnder Vertragstreue. Schon bisher ist die Rspr. nicht arm an Beispielen, in denen das RG. die angebliche Auffassung „aller gerecht und billig denkenden Menschen“ verwertet, die Richter der zweiten Instanz das Geschäft aber nicht beanstandet hatten.

Diese grundsätzlichen Ausführungen erscheinen erforderlich, weil das RG. sich — zum ersten Male nach der nationalen Erhebung — mit besonderem Nachdruck auf den Boden seiner bisherigen Rspr. stellt. Dabei beruhen, wie betont sein mag, die Angriffe gegen sein früheres Ur. nicht etwa auf einer laien Pflichtenauffassung der Anwaltschaft oder auf der Absicht, eigenmächtiger Berufsausübung das Wort zu reden. Es mag dabei sein — die Prozeßakten lagen mir nicht vor —, daß sich die Wendungen des RG. teilweise durch die schriftliche Behandlung des Streitstoffes erklären.

3. Auch von dem hier vertretenen grundsätzlichen Standpunkt aus ist aber die Entsch. des vorl. Falles jedenfalls zutreffend.

a) Es war vom RG. in erster Linie zu prüfen, ob das ursprünglich zwischen dem Anwalt und seinem Klienten getroffene Abkommen standeswidrig und sittenwidrig war. Das ist nicht zweifelhaft. Der Bekl. war von seinem Anwalt, dem Kl., bei Streitigkeiten zugezogen worden, welche die Herabsetzung eines Jahrespachtzinses von 240 000 *R.M.* für ein bekanntes Berliner Hotel zum Gegenstand hatten. Daneben handelte es sich anfänglich noch um die Herabsetzung für den Pachtzins eines ebenfalls bekannten Kaffees. Die vom Anwalt mit seinem Klienten getroffene

des Aktionärs gegen Organe der AktG. und mitbeteiligte Dritte auf Grund unerlaubter, gesetz- und sittenwidriger Handlungen; insoweit auch Feststellungsrecht und =interesse der Aktionäre.

Die Kl. sind teils Genußscheinhaber, teils Aktionäre der AktG. St. in L. Diese hatte mit der Bekl. einen Interessengemeinschaftsvertrag abgeschlossen, diesen nachträglich abgeändert. Die Kl. halten die Abänderungen wegen Verstoß gegen die guten Sitten für nichtig. Ihr Feststellungsbegehren gegen die Bekl. ist darauf gerichtet, daß diese Abmachungen nichtig seien, daß ferner der Bekl. aus diesem Vertrag gegenüber der St. gewisse Ansprüche nicht zustünden, wohl aber umgekehrt bestimmte Verpflichtungen oblägen. Es sollen mithin festgestellt werden „Rechtsverhältnisse“ zwischen der Bekl. und der St., die als AktG. eigene Rechtspersönlichkeit

Bereinbarung ging dahin, daß neben den gesetzlichen Gebühren 10 % derjenigen Beträge zu zahlen waren, die der Klient „auf die Dauer der Miet- bzw. Pachtverhältnisse gegenüber den vertraglichen Vereinbarungen ersparte“. Dabei sollte es „gleichgültig“ sein, ob und inwieweit er Vorteile unmittelbar oder mittelbar durch die Tätigkeit des Kl. erzielte und ob oder wann dessen Tätigkeit zu Ende war“. Für den Abschluß von Vergleichen mußte der Klient sich der Mitwirkung des Anwalts bedienen. Für den Fall eines notwendigen Anwaltswechsels innerhalb der Instanz ermäßigte sich „für diejenigen Erfolge bzw. Ersparnisse, die während der Tätigkeit dieses anderen Anwalts erzielt wurden, der vereinbarte Anteil von 10 auf 5 %“. Es kann nicht zweifelhaft sein, daß die Vereinbarung solcher „Ersparnisprozente“, noch dazu auf die Dauer von vielen Jahren, nämlich für die ganze, damals mindestens von 1931—1939 zu erwartende Vertragszeit, völlig unzulässig war, zumal für die zu erwartenden oder abhängig gewordenen Rechtsstreitigkeiten ohnehin nach den in Frage kommenden Streitwerten nicht unerhebliche gesetzliche Gebühren fällig wurden und ferner die Ersparnisprozente sogar ohne Rücksicht darauf gezahlt werden sollten, ob und wie lange der Kl. überhaupt für den Bekl. tätig war. Dabei kann auch nicht daran gezweifelt werden, daß eine solche Vereinbarung nicht nur nach der Standesauffassung des Anwalts unzulässig ist, sondern auch von der Allgemeinheit als durchaus anstößig empfunden wird, also unter § 138 H.G.B. fällt. Eine andere Beurteilung wäre bei einer entsprechenden Vereinbarung z. B. mit einem Makler möglich, dessen Einkünfte sich im allgemeinen lediglich nach dem Erfolge richten. Die Frage, welchem Berufe der Vertragspartner des Auftraggebers angehört, verliert also auch für die Zukunft nicht etwa jede Bedeutung.

b) Nachträglich nun ist dieses erste Abkommen abgeändert worden. Die Beteiligung des Kl. an den Ersparnissen des Bekl. wurde von 10 auf 5 % herabgesetzt, aber ein Mindestbetrag von 30 000 *R.M.* garantiert. Bei der Beurteilung dieses Abkommens ist grundsätzlich mit dem RG. davon auszugehen, daß in Fällen der Nichtigkeit des ursprünglich abgeschlossenen Vertrages selbständig zu prüfen ist, ob ein später zwischen den Vertragsteilen abgeschlossener Vergleich ebenfalls dem § 138 H.G.B. widerspricht (RG. 83, 114 = JW. 1913, 1144). Dabei kann es hierfür von Bedeutung sein, ob und inwieweit der Abschluß des Vergleiches nur durch die Befürchtung des Klienten ermöglicht worden ist, andernfalls auf Grund des ersten Abkommens zu noch höheren Zahlungen verpflichtet zu sein. Ein nach dieser Richtung ausgeübter Druck würde unter Umständen die Unsitlichkeit des Vergleiches auch dann ergeben, wenn dessen Leistungen für sich genommen nicht unbillig wären. Bei der Beurteilung des vorl. Falles kann dieser Gesichtspunkt jedoch ausscheiden. Denn auch die Ermäßigung des ursprünglich vereinbarten Satzes von 10 % auf die Hälfte, verbunden mit einer Mindestgarantie von 30 000 *R.M.*, ändert nichts daran, daß hier eine völlig unzulässige, rein gewerbsmäßig aufgefaßte Verpflichtung des Klienten auf lange Jahre hinaus, sogar ohne Rücksicht auf die Fortdauer der anwaltlichen Tätigkeit, vereinbart wurde, die keinesfalls gerechtfertigt ist. Dabei blieb es auch für die Zukunft bei der Verpflichtung des Bekl., den Anwalt zu Vergleichsverhandlungen heranzuziehen. Auch eine solche Verpflichtung, die ersichtlich lediglich dazu bestimmt ist, dem Anwalt die aus einem Vergleich anfallenden Gebühren zu sichern, ist streng zu verurteilen. Es kann auch nicht bezweifelt werden, daß eine solche Honorarvereinbarung nicht nur standeswidrig ist, sondern auch nach den Anschauungen der Allgemeinheit als anstößig empfunden wird, die in dem Anwalt den unbefriedlichen und in seinem Eifer von dem Erfolg unabhängigen Sachwalter sieht und sehen soll. Man darf der Überzeugung Ausdruck geben, daß Fälle der Art, wie ihn hier das RG. bedauerlicherweise zu entscheiden hatte, außerordentlich selten sein werden.

RA. Dr. Frhr. v. Sodenberg, Celle.

besitzt, also Rechtsbeziehungen zwischen einer der Prozeßparteien und einem Dritten, nicht etwa solche zwischen den Prozeßparteien selbst.

Um den Bestand oder Nichtbestand von Rechtsbeziehungen der letzteren Art muß es sich indessen, wie auch der Bordinrichter zutreffend darlegt, im Fall des § 256 ZPO. nicht schlechthin und unter allen Umständen handeln, vielmehr können an und für sich auch Rechtsverhältnisse zwischen einer der Prozeßparteien und einem Dritten zum Gegenstand einer Feststellungsklage gemacht werden; hinzukommen muß aber, daß der Kl. ein rechtliches Interesse an alsbaldiger gerichtlicher Klarstellung jenes Rechtsverhältnisses gerade auch dem Befl. gegenüber hat (i. a. RG. 128, 92 mit weiteren Nachweisen aus Rspr. und Schrifttum und das Ur. des erf. Sen. v. 8. Juli 1932, II 476/31 = JW. 1932, 531). Ein solches Interesse hat hier der Verkl. vermisst.

Im Ergebnis ist ihm beizutreten. Die Kl. sind zum Teil Genußscheininhaber der St. Als solchen steht ihnen, abgesehen von bestimmten Rechten im Fall der Kündigung durch die St., nach deren Satzung ein Dividendenrecht, ferner bei Auflösung der Gesellschaft im Nachzug nach gewissen auf die Vorzugs- und Stammaktionäre entfallenden Beträgen ein Anrecht an einem alsdann noch verbleibenden Liquidationsüberrest zu. Aktionärrechte haben sie nach der ausdrücklichen Best. des § 4 Abs. 6 der Satzung der St. nicht. Die übrigen Kl. sind Aktionäre der St. Die Rechte, welche sie in Angelegenheiten der Gesellschaft, insbes. in bezug auf die Geschäftsführung haben, sind regelmäßig nach § 250 HGB. durch Beschlussfassung in der GenVers. auszuüben. Gewisse weitere Rechte (§§ 254, 264, 266, 268 HGB.) sind an den Besitz eines bestimmten Teils des Grundkapitals geknüpft. Der einzelne Aktionär hat ferner nach § 271 HGB. noch das Recht, Beschlüsse der GenVers. wegen Verletzung des Gesetzes oder der Satzung anzufechten; weiterhin können die Aktionäre unter bestimmten Voraussetzungen gegen solche Beschlüsse Nichtigkeitsfeststellungsklage erheben. Sonstige aus der Beteiligung an der Gesellschaft herzuleitende Rechte auf Eingriffe in die Verwaltung der gesellschaftlichen Angelegenheiten haben die einzelnen Aktionäre nicht. Insbes. können sie die Gesellschaft nicht zur Vornahme von geschäftlichen Maßnahmen oder rechtlichen Handlungen zwingen, und zwar, wie der erf. Sen. in seinem Ur. v. 4. März 1927, II 231/26 = JW. 1927, 1677<sup>9</sup> ausgesprochen hat, auch dann nicht, wenn Anzeichen dafür vorhanden sind, daß die Gesellschaftsorgane sich nicht innerhalb des gesetzmäßigen Rahmens bewegen. Ebensovienig stehen den Genußscheininhabern als solchen irgendwelche Rechte dieser Art zur Seite. Hier liegt nun aber der Fall so, daß die Kl. sich gegen bestimmte geschäftliche Maßnahmen wenden, welche von den geschäftsführenden Organen der St. im Wege der Vereinbarung mit der Befl. getroffen worden sind, und zwar wollen die Kl. diese Maßnahmen nicht einmal gegenüber ihrer Gesellschaft, sondern gegenüber der Befl. als deren Vertragsgegnerin und Vertragsverpflichteten bzw. Berechtigten zum Gegenstand positiven und negativen Feststellungsbegehrens machen. Zur Geltendmachung von Ansprüchen der St. selbst, und sei es auch nur im Wege der Feststellungsklage, sind aber die Kl. vorab keinesfalls befugt. Sie stehen infolgedessen, wie schon hervorgehoben, auch der AktG. als „Dritte“ gegenüber, gleichviel, ob sie Aktionäre oder Genußscheininhaber derselben sind. Zur Verfolgung der Ansprüche und Rechte der Gesellschaft sind nach dem Gesetz einzig und allein die Gesellschaftsorgane als solche berufen; sie und nur sie vertreten die Gesellschaft „Dritten“ gegenüber. Daß etwa die Kl. hier auf Grund einer Ermächtigung der AktG. oder sonstigen besonderen Rechtstitels zur Wahrnehmung der Gesellschaftsinteressen der Befl. gegenüber befugt wären, ist nicht ersichtlich. Sie berufen sich zur Rechtfertigung der Klage im Kern auch nur darauf, daß ihre Rechte gegenüber der AktG., und zwar die ihnen gegen dieselbe zustehenden vermögensrechtlichen Beteiligungs- und etwaige Gläubigerrechte durch die streitigen Abmachungen zwischen der St. und der Befl. in ihrem finanziellen Ertrag verkleinert und verkürzt würden. Es handelt sich also nicht etwa darum, daß diese Rechte selbst in ihrem Bestand, Inhalt oder Umfang von der Befl. bestritten oder sonstwie in Zweifel gezogen würden.

Nun hat allerdings der erf. Sen. in RG. 115, 289 dargelegt, daß Aktionäre einer AktG. unter gewissen Voraussetzungen, nämlich im Fall des Vorliegens der Voraussetzungen des § 312 HGB. vergl. mit § 823 Abs. 2 BGB., wie auch des § 826 dafelbst, unmittelbare Schadenersatzansprüche gegen die an den unerlaubten Handlungen beteiligten Organe der AktG. zustehen; es kann den Kl. ferner zugegeben werden, daß die Befl., falls ihre Organe sich an solchen Handlungen der Organe der St. mitbeteiligt hätten, hierwegen gemäß §§ 840, 823 Abs. 2, 826, 31 BGB. von den Kl. für einen etwa hierdurch ihnen selbst erwachsenen Schaden verantwortlich und haftbar gemacht werden könnte. Indessen ist das Bestehen solcher Schadenersatzansprüche im vorl. Fall gerade nicht zum Gegenstand der Feststellungsklage gemacht; die Feststellungen, die mit der Klage begehrt werden, würden vielmehr im Rahmen solcher Schadenersatzansprüche gesehen nur einzelne Tatbestands-elemente abgeben und abgeben können. Gewiß ist die Feststellungsklage nicht unter allen Umständen und ohne jede Ausnahme unzulässig, weil die Leistungsklage zur Verfügung steht; das ist für Schadenersatzansprüche wiederholt schon ausgesprochen, so auch in RG. 115, 289. Allein wie schon hervorgehoben, sind hier Erstattungsansprüche der bezeichneten Art gerade nicht Gegenstand der Feststellungsklage, vielmehr bestenfalls nur einzelne Tatbestandsmerkmale solcher. Eine Feststellungsklage mit diesem Ziel läßt sich hier ferner weder durch den Hinweis auf eine so ermöglichte Vereinfachung der Sach- und Rechtslage oder die Zwecke einer vernünftigen Prozeßökonomie rechtfertigen. Ganz im Gegenteil würde sie aller Voraussicht nach gerade umgekehrt nur zu einer Vermehrung der Prozesse führen. Hieraus ergibt sich, daß mit dem Hinweis auf angebliche Schadenersatzansprüche der Kl. gegen die Befl. oder gar gegen die Organe der St. ein rechtliches Interesse der Kl. an der hier gegenüber der Befl. begehrt alsbaldigen gerichtlichen Feststellung nicht gerechtfertigt werden kann. Ein solches ist aber auch sonst nicht dargetan. Die Kl. stehen weder als Genußscheininhaber noch als Aktionäre der St. zu der Befl., von den schon erörterten angeblichen Schadenersatzansprüchen abgesehen, in unmittelbaren oder nur mittelbaren Rechtsbeziehungen. Die ihnen kraft ihrer Eigenschaft als Genußscheininhaber oder als Aktionäre gegenüber der St. zukommenden Rechte als solche werden auch von der Befl. nicht in Zweifel gezogen werden. Nach der eigenen Sachdarstellung der Kl. handelt es sich vielmehr nur darum, daß durch die zwischen der Befl. und der St. geschlossene Nachtragsabmachungen zu dem von den Kl. selbst nicht beanstandeten Interessengemeinschaftsvertrag und dessen Ausführung die finanziellen Beteiligungsrechte der Kl. angeblich in ihrem Ertragnis beeinträchtigt werden. Das Interesse der Kl. an den begehrteten Feststellungen ist demnach im wesentlichen ein wirtschaftliches, sofern der finanzielle Ertrag ihrer Beteiligungsrechte bei der St. nach ihrer Behauptung erheblich größer wäre, wenn bei der Handhabung des Interessengemeinschaftsvertrags zwischen der Befl. und der St. entsprechend dem Klagebegehren verfahren würde. Es kann den Kl. auch zugegeben werden, daß ein solches wirtschaftliches Interesse an und für sich zur Bejahung eines rechtlichen Interesses i. S. des § 256 ZPO. ausreichen würde. Aber dieses rechtliche Interesse muß eben gerade hinsichtlich der verlangten Feststellung gegenüber der Befl. begründet sein. Und daran fehlt es. Das auf die Feststellungsklage ergehende Ur. schafft keine Rechtskraft zwischen der Befl. und der St.; ebensovienig eine solche zwischen dieser und den Kl. Die Befl. namentlich wäre trotz eines etwa in der Sache selbst zugunsten der Kl. ergangenen Ur. weder rechtlich noch tatsächlich gehindert, gegenüber der St. an der Gültigkeit der Nachtragsabmachungen zu dem Interessengemeinschaftsvertrag und der hier beanstandeten weiteren Handhabung derselben festzuhalten. Dazu kommt die ebenfalls schon oben unter Hinweis insbes. auf § 250 HGB. gekennzeichnete Rechtsstellung der Aktionäre in Absicht auf die Handhabung der Geschäftsführung in Angelegenheiten der Gesellschaft überhaupt. Insofern ist auch die Rechtsstellung der Kl., wenn sie Genußscheininhaber sind, keine bessere. Dafür, daß sich die Befl. im Verhältnis zu der St. etwa einem zugunsten der Kl. ergangenen Ur. ohne weiteres beugen und ihre Rechtsbeziehungen dementsprechend ge-

halten würde, wie die Rev. behauptet, fehlt es an allem und jedem ausreichenden Anhaltspunkt. Der Umstand, daß die Bekl. die St. beherrscht, spricht nicht für, sondern sehr viel eher gegen eine solche Auswirkung des Urk.; ebensowenig bietet hierfür der Umstand einen genügenden Anhalt, daß das Stammkapital der Bekl. sich in Händen einer Gesellschaft befindet, deren Kapital selbst wieder Staatsbesitz ist. Gerade vom Standpunkt einer vernünftigen Prozeßökonomie aus kann mithin gesagt werden, daß eine Feststellungsklage, wie sie hier erhoben, in der Tat nicht zu einer Vereinfachung und zur Vermeidung einer Häufung von Prozessen führen würde, vielmehr ist das Gegenteil anzunehmen. Wenn die Rev. für ihre Auffassung sich im besonderen noch auf RG. 128, 92 ff. bezieht, so war die Rechtslage in jenem Fall eine andere. Dort ist im besonderen ausdrücklich dargelegt, es sei ohne weiteres anzunehmen, daß sich der damalige Bekl. und seine Mitglieder in ihrem Verhältnis zu einander einem zugunsten der damaligen Kl. ergangenen Urk. fügen und ihre Beziehungen dementsprechend gestalten würden. Für eine solche Annahme im Verhältnis der Bekl. zu der St. fehlt es aber an allen zureichenden Anhaltspunkten, und die Kl. könnten deshalb, so wie die Dinge liegen, auch keineswegs mit einiger Sicherheit darauf rechnen, daß die Bekl. ihre Rechtsbeziehungen zu der St. nach einem etwa zugunsten der Kl. ergangenen Urk. einrichten würden. Vielmehr müßte aller Voraussicht nach hierwegen ein weiterer Prozeß zwischen der Bekl. und der St. geführt werden.

(U. v. 14. Nov. 1933; II 163/33. — Raumburg.)

<= RG. 142, 223.)

[Sch.]

**\*9.** §§ 20, 21, 90 ZwVerfG.; § 98 Nr. 2 BGB.

1. Umfang der Erstreckung der Beschlagnahme auf die Früchte, insbes. die landwirtschaftlichen Erzeugnisse des Grundstücks; nicht nur auf das Saatgut, sondern auch auf den übrigen Erntebestand, die Verkaufsernte. Stichtag für den Umfang der dem Ersteher zukommenden Versteigerungsmasse ist der Zeitpunkt der Versteigerung, nicht der des Zuschlages. Die Aberntung bewirkt kein Freiwerden der als mit dem Boden verbunden beschlagnahmten Früchte.

2. Unberechtigter Verfügung des Zwangsverwalters über Gegenstände, die nicht dem Schuldner, sondern einem Dritten gehören, wird auch nicht dadurch berechtigt, daß der Verwalter bei der Veräußerung auf gerichtliche Anweisung handelte, die in Ausübung der dem Gericht obliegenden Aufsicht über die Tätigkeit des Verwalters — § 153 ZwVerfG. — erging. Der Zwangsverwalter muß die entstandene ungerechtfertigte Bereicherung der Masse an den Eigentümer herausgeben. †)

Der Streit der Parteien betrifft in erster Linie das rechtliche Schicksal der landwirtschaftlichen Erzeugnisse des von der Kl. ersteigerten Guts, welche zur Zeit der Versteige-

rungsbeschlagnahme noch mit dem Boden verbunden waren und deswegen von ihr umfaßt wurden (§§ 20, 21 ZwVerfG.), die dann größtenteils bis zum Tage der Versteigerung — 24. Aug. 1931 —, teilweise aber auch in der Zeit zwischen Versteigerung und Zuschlag — 25. Sept. 1931 — abgeerntet wurden und sich zur Zeit des Zuschlages noch in vollem Umfange unveräußert auf dem Gute befanden. Daß die Kl. mit dem Zuschlage das Eigentum an dem Teil der Früchte erlangt hat, welcher als zur Fortführung der Wirtschaft bis zur nächsten Ernte erforderlich, sog. Saatgut, Grundstückszubehör war (§ 98 Nr. 2 BGB., § 21 ZwVerfG.), bezweifelt auch die Bekl. nicht. Sie macht der Kl. jedoch den übrigen Erntebestand, die Verkaufsernte, streitig, den der Zwangsverwalter im Frühjahr 1932 auf gerichtliche Anordnung verkauft hat. Der Standpunkt der Kl., daß sie auch diesen Teil der Früchte durch den Zuschlag zu Eigentum erworben habe, ist jedoch richtig.

Durch den Zuschlag erwirbt der Ersteher zugleich die Gegenstände, auf welche sich die Versteigerung erstreckt hat (§ 90 Abs. 2 ZwVerfG.). Die Versteigerung erstreckt sich auf alle Gegenstände, deren Beschlagnahme zur Zeit der Versteigerung noch wirksam ist (§ 55 Abs. 1 ZwVerfG.). Nach diesen klaren Gesetzesbestimmungen ist für den Umfang der durch den Zuschlag in das Eigentum des Erstehers tretenden Zwangsversteigerungsmasse die Sachlage zur Zeit der Versteigerung, und nicht die zur Zeit des Zuschlages, maßgebend. Eine Ausnahme davon, die ein Freiwerden solcher Gegenstände von der Beschlagnahme und der Versteigerungswirkung noch zwischen Versteigerung und dem etwa weiter hinausgeschobenen Zuschlagstermin zuließe, findet sich nicht im Gesetz. In dieser Zwischenzeit kann also auch der Schuldner nicht mehr durch eine Verfügung innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft die Versteigerungsmasse beeinflussen, wie das vor der Versteigerung nach § 23 ZwVerfG. zulässig ist. Deswegen ist für die Prüfung der Frage, ob geerntete Früchte von der Versteigerung umfaßt sind, von vornherein nicht, wie es das BG. tut, auf den Zeitpunkt des Zuschlages, sondern auf den der Versteigerung abzustellen. Daraus ergibt sich schon jetzt zugunsten der Kl., daß jedenfalls der Teil der Früchte, welcher zur Zeit der Versteigerung noch mit dem Boden verbunden, daher Grundstücksbestandteil war und dann in der Zwischenzeit bis zum Zuschlage geerntet worden ist, trotz der Aberntung mit dem Zuschlage ihr Eigentum geworden ist.

Es fragt sich weiter, ob das gleiche gilt für diejenigen landwirtschaftlichen Erzeugnisse, die — als Bodenbestandteile von der Beschlagnahme erfaßt — sich zur Zeit der Versteigerung abgeerntet auf dem Gut befanden, aber nicht als Saatgut Grundstückszubehör waren. Nach § 55 Abs. 1 ZwVerfG. hängt das von der Beantwortung der Vorfrage ab, ob sich zur Zeit der Versteigerung die Beschlagnahme noch auf diese Früchte erstreckte. Das ist aus den nachfolgenden Erwägungen zu bejahen:

Die zur Zeit der Beschlagnahme auf dem Halm stehenden Früchte werden als wesentliche Bestandteile des Grundstücks schon nach der Grundregel des § 20 ZwVerfG. von der Beschlagnahme ergriffen. Der § 21 gibt für die Beschlag-

**Zu 9.** Nach den Motiven wirkt bei der Unabhängigkeit der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung voneinander an sich die Beschlagnahme, welche in dem einen Verfahren erfolgt ist, nicht für das andere. Von diesem Grundsatz ist in § 13 Abs. 3 ZwVerfG. insofern eine Ausnahme gemacht worden, als die in dem Zwangsverwaltungsverfahren bewirkte Beschlagnahme, wenn dieses Verfahren bis zu der in dem Zwangsversteigerungsverfahren erfolgenden fortgesetzt ist, auch in diesem Verfahren den entscheidenden Zeitpunkt für die Best. der rückständigen und laufenden Leistungen zu bilden hat. Der Grund hierfür liegt darin, daß die Verwaltungsbeschlagnahme nicht nur die Nutzungen, sondern auch diejenigen Gegenstände ergreift, auf welche die Versteigerung sich erstreckt. Durch eine (gleichzeitige) Verbindung des Zwangsverwaltungsverfahrens mit dem Zwangsversteigerungsverfahren — wie hier — wird die Selbständigkeit der einzelnen Verfahrensart nicht berührt. Das Recht zur gleichzeitigen Verbindung der zwei Verfahrensarten steht sowohl dem Realgläubiger wie dem persönlichen Gläubiger zu. Die Häufung von Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung erhält ihre Bedeutung gerade durch den ver-

schiedenen Umfang der Beschlagnahme in §§ 21 ff., 148 ZwVerfG. Die Beschlagnahme erstreckt sich aber nur bei der Zwangsverwaltung, nicht auch bei der Zwangsversteigerung auf die getrennten land- und forstwirtschaftlichen Erzeugnisse.

Etwas bedenklich kann in der mitgeteilten Entsch. der Satz erscheinen: „Die beiden Verfahren der Zwangsversteigerung und der Zwangsverwaltung gehen *selbständig* nebeneinander her.“

Richtig ist, daß die eine Maßnahme nicht als hinderndes Veräußerungsverbot der anderen gegenübersteht (vgl. Fraeb, Handausgabe, § 146 I 1).

Ebenso richtig ist es aber auch, daß die nebeneinander herlaufenden Verfahren nicht als völlig unabhängig voneinander behandelt werden dürfen, sondern daß in dem einen auf das andere Rücksicht genommen werden muß (vgl. Fraeb a. a. O. und § 155 I). Mit *Annauff* und dem RG. ist für den vorl. Fall anzunehmen, daß dem Zwangsverwalter gem. §§ 148<sup>2</sup>, 152<sup>1</sup> ZwVerfG. die Befugnis zuzustehen, denjenigen Teil der Ernte, der nicht als Zubehör anzusprechen war, zu veräußern und ihn dadurch der Beschlagnahmewirkung im Zwangsversteigerungsverfahren zu entziehen.

nahme landwirtschaftlicher Erzeugnisse eine Einschränkung der in § 20 Abs. 2 enthaltenen Regelung, daß sich die Beschlagnahme auch auf alle Gegenstände erstreckt, welche der hypothekarischen Haftung unterliegen. Diese Erzeugnisse sollen nach § 21 Abs. 1 nur so weit der Beschlagnahme verfallen, wie sie noch mit dem Boden verbunden oder Grundstückszubehör sind. Auf Grund dieser Einschränkung unterliegen der Beschlagnahme nicht die zur Zeit dieser auf dem Grundstück befindlichen abgeernteten Früchte, soweit sie nicht Zubehör sind, obwohl sie nach §§ 1120, 1121 BGB. bis zur Veräußerung und Entfernung vom Grundstück unter die Hypothekenhaftung fallen. Dem Schuldner sollen die zur Zeit der Beschlagnahme geernteten Früchte, soweit sie nicht Zubehör sind, zur freien Verfügung überlassen bleiben, auch wenn sie sich noch auf dem Grundstück befinden. Die Festlegung dieser Vergünstigung für den Schuldner ist der Zweck des § 21 Abs. 1 (Mot. z. Entw. von 1889 S. 135; Denkschrift z. Entw. von 1896 S. 39). Dabei ist aber der Grundsatz aufrechterhalten, daß die zur Zeit der Beschlagnahme noch mit dem Boden verbundenen Erzeugnisse mitbeschlagnahmt werden und damit der freien Verfügung des Schuldners entzogen sind. Es fragt sich, ob diese Rechtslage und die sich aus ihr ergebende Verfügungsbeschränkung des Schuldners durch die mit der Trennung der Früchte vom Boden, der Aberntung, geschehene Änderung ebenfalls verändert worden ist. Die Früchte sind nun aus Grundstücksbestandteilen zu beweglichen Sachen geworden. Wäre das die Lage im Zeitpunkt der Versteigerungsbeschlagnahme gewesen, so wären zwar die Erzeugnisse, soweit nicht nach § 98 Nr. 2 BGB. Zubehör, von der Beschlagnahme frei geblieben. Aber im Gesetz ist nirgends vorgeschrieben, daß die einmal bewirkte Verstrickung mit dem Aufhören der Voraussetzungen ihrer Begründung ende. Das geht insbes. nicht aus der Fassung oder dem Sinne des § 21 Abs. 1 hervor. Dessen Zweck war, wie gesagt, die Schonung des Schuldners hinsichtlich der zur Zeit der Beschlagnahme bereits geernteten Früchte. Über die nachher zu beweglichen Sachen werdenden Erzeugnisse bestimmt § 23 Abs. 1 Satz 2 ZwVerfG., daß der Schuldner über sie innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft wirksam verfügen darf. Tut er das, so endet die Beschlagnahmewirkung für diese Sachen. Gerade angesichts dieser positiven Regelung des Freiwerdens kann § 21 Abs. 1 nicht so ausgelegt werden, daß die einmal verhängte Beschlagnahme auch dann ende, wenn später eine ursprünglich vorhandene Voraussetzung ihrer Begründung entfällt. Nirgends ist das Bestehenbleiben der Beschlagnahme an das Fortdauern der Voraussetzungen ihres Eintritts geknüpft. Durch die Beschlagnahme ist die Rechtslage der Verstrickung hinsichtlich der damals noch auf dem Halm stehenden Früchte geschaffen worden. Diese verändert sich nur in den aus dem Gesetz zu entnehmenden Fällen, wozu die Tatsache der Aberntung der Früchte und damit ihres Bestehens als selbständige bewegliche Sachen nicht gehört.

Derartige ist auch nicht aus dem Zweck der Beschlagnahme zu entnehmen. Diese geht dahin, die Grundstücks-

Sätte der Zwangsverwalter dies getan, so hätte der Versteigerungsrichter diese Tatsache nicht einfach unberücksichtigt lassen dürfen. Er hätte vielmehr feststellen müssen, ob und welche Gläubiger mit den vom Zwangsverwalter auf diese Weise erzielten Mitteln befriedigt worden wären. Bei der Verteilung des Versteigerungserlöses wird es deshalb in solchem Falle erforderlich werden, zunächst eine Abrechnung des Zwangsverwalters herbeizuführen. Stichtag für diese wird der Zeitpunkt der Zuschlagsverteilung sein müssen. Auf diese Weise läßt sich erst feststellen, was jeder der Beteiligten aus dem Verteilungserlös zu erhalten hat. Von dem Zuschlag an gebühren ja nach § 56 S. 2 dem Ersteher die Rukungen ebenso wie er von da ab die Lasten zu tragen hat.

Das ZwVerfG. kennt allerdings besondere Vorschr. über die Wechselbeziehungen bei der Verteilung beider Verfahrensmassen nicht. In den Mot. § 107 Anm. 5 wird aber der Praxis „eine tatsächliche Verbindung“ überlassen, bei welcher in dem einen Verfahren auf das andere Rücksicht genommen wird.

Im übrigen kann ich der Behandlung dieses Rechtsfalles durch Knauff a. a. O. und das RG. nur beipflichten; die Gegenansicht hat es bisher unterlassen, ausreichende Gründe für sich anzuführen.

WR. Dr. Fraeb, Hanau.

masse für die Befriedigung des Gläubigers sicherzustellen und allen Einwendungen zu entziehen, soweit sie nicht im Gesetz besonders gestattet werden (vgl. Mot. 1889 S. 133; Denkschrift 1896 S. 39). Dabei ist ein wesentliches Erfordernis der Rechtsicherheit, daß bei der Versteigerung klar zu ersehen ist, auf welche Gegenstände sie sich erstreckt. Nur so kann der Bieter sein abzugebendes Gebot berechnen und sind langwierige Auseinandersetzungsstreitigkeiten zu vermeiden. Sicherheit in der Beziehung kommt auch dem Versteigerungsergebnis und damit den Belangen der Gläubiger zugute. Die zur Versteigerung kommende Grundstücksmasse entspricht nicht immer der ursprünglichen Beschlagnahme. Vielmehr können, worauf die Worte „noch wirksam“ in § 55 besonders hinweisen, in der Zwischenzeit Veränderungen entstehen, so durch Untergang von Sachen, durch Freiwerden infolge zulässiger Verfügungen des Schuldners und durch Hinzutreten von Zubehör. Wichtig aber ist, daß im Zeitpunkt der Versteigerung volle Klarheit besteht. Dies Ziel wird hinsichtlich der im Laufe der Beschlagnahmezeit geernteten Erzeugnisse am besten dann erreicht, wenn der gesamte auf dem Grundstück befindliche Vorrat, über den der Schuldner noch nicht zulässig verfügt hat, der Versteigerung unterliegt, ohne daß hier noch eine Unterscheidung gemacht werden muß zwischen Ernte, die Zubehör ist, und solcher die zum Verkauf frei ist. Allerdings hängt dann der Umfang der Versteigerungsmasse unter Umständen von der Zufälligkeit ab, ob der Schuldner über die Ernte bis dahin bereits zulässig verfügt hat oder nicht. Dies muß hingenommen werden, wie es ja auch vom Zufall abhängen kann, ob der Versteigerungstermin kurz vor der Ernte oder erst später und nach zulässiger Verwertung stattfindet. Jedenfalls gebietet der Zweck der §§ 20—23 und 55 ZwVerfG. nicht, geerntete Früchte allein durch die Tatsache der Aberntung von der Beschlagnahme freiwerden zu lassen, wofür sich aus dem Wortlaut des Gesetzes nichts entnehmen läßt.

Der von der Rev. hervorgehobene Umstand, daß die Beschlagnahmemasse in der Zeit bis zur Versteigerung Veränderungen erfahren kann, wurde schon erwähnt. Er rechtfertigt aber nicht, Veränderungen da eintreten zu lassen, wo sich ein Grund dafür weder aus der Fassung noch aus dem Zweck des Gesetzes ergibt. Die Einwendungen der Rev., daß der Bieter über den endgültigen Bestand der Versteigerungsmasse durchaus im unklaren sei, wenn man Verfügungen des Schuldners oder Zwangsverwalters noch in der Zeit zwischen Versteigerung und Zuschlag zulasse, aber auch nur solchen Verfügungen die Wirkung einer Befreiung der Ernte aus der Beschlagnahme belege, sind an sich richtig. Sie sind aber gegenstandslos bei der oben begründeten Annahme, daß der Zeitpunkt der Versteigerung, und nicht der des Zuschlags, der Stichtag für den Umfang der dem Ersteher zukommenden Versteigerungsmasse ist.

Die eben behandelte Frage ist, soweit ersichtlich, noch nicht höchstrichterlich entschieden. Im Schrifttum stehen auf dem eben entwickelten Standpunkt, daß die Aberntung kein Freiwerden der als mit dem Boden verbunden beschlagnahmten Früchte bewirke (Reinhard-Müller, ZwVerfG., 3. und 4. Aufl., § 20 Erl. IV 4, § 21 Erl. I, § 55 Erl. III 1, § 56 Erl. IV 1; Jäkel-Güthe, ZwVerfG., 6. Aufl., S. 276; Brand-Wauer, ZwVerfG., S. 171 und Knauff [in Behandlung des hier zu entscheidenden Falls]: DRZ. 1933, 50). Dagegen sind von der Pfordten §§ 20, 21 Erl. 4c; Fischer-Schäfer, 2. Aufl., § 21 Erl. 7a, 8 und Steiner, 4. Aufl., § 21 Erl. B c der Ansicht, aus § 21 ergebe sich, daß Erzeugnisse des Grundstücks, welche, als mit dem Boden verbunden, beschlagnahmt sind, aus der Verstrickung frei würden, wenn sie vom Boden getrennt werden. Dieser von den genannten Schriftstellern nicht näher begründeten Ansicht kann indessen aus den eben entwickelten Gründen nicht zugestimmt werden.

Es fragt sich, ob sich dies Ergebnis dadurch ändert, daß mit dem Zwangsversteigerungsverfahren gleichzeitig eine Zwangsverwaltung angeordnet worden war. Das ist jedoch mit dem RG. zu verneinen. Die beiden Verfahren der Zwangsversteigerung und der Zwangsverwaltung gehen selbständig nebeneinander her. Die Zwangsverwaltungsbeschlagnahme

nahme geht insofern weiter, als die Versteigerungsbeschlagnahme, als von jener auch die zur Zeit der Beschlagnahme geernteten Grundstückszeugnisse ergriffen werden (§ 148 ZwVerstG.). Dem Schuldner ist jedes Verfügungsrecht, auch ein solches innerhalb der Grenzen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft entzogen. Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse stehen allein dem Zwangsverwalter zu. Hat der Verwalter vor dem Versteigerungstermin über die Ernte — abgesehen von den zur Fortführung der Wirtschaft nötigen Teilen — verfügt, so ist dies auch in Ansehung der Versteigerungsbeschlagnahme und Versteigerungsmasse wirksam. Dann ist die Ernte aus der Verstrickung gelöst und kommt deshalb auch nicht mehr zur Versteigerung. Hat aber bis zum Versteigerungstermin keine Verwertung durch den Verwalter stattgefunden, so geht das Eigentum an der ganzen bei der Versteigerung noch auf dem Grundstück vorhandenen Ernte, wie oben ausgeführt, nach §§ 55, 90, 20, 21 ZwVerstG. mit dem Zuschlag auf den Ersteher über. Dann ist sie für irgendeine fernere Maßnahme des Verwalters ebensowenig vorhanden, wie das dem Ersteher zugeschlagene Grundstück.

(U. v. 16. Dez. 1933; V 179/33. — Berlin.) [Sch.]

\*\*10. §§ 73, 80 ZwVerstG.; §§ 839, 249 BGB.

1. Jede auch noch so kurze Entfernung des Versteigerungsrichters von der Terminstelle, d. i. dem Raum, wo die Versteigerung stattfindet, innerhalb der zwischen der Aufforderung zur Abgabe von Geboten und dem Schluß der Versteigerung vorgeschriebenen Zeit einer Stunde bewirkt eine Unterbrechung; die Zeit der Unterbrechung darf in die Dauer der Versteigerung nicht mitgerechnet werden. Diese Entfernung und die Zeit derselben muß im Versteigerungsprotokoll ersichtlich gemacht werden. Ein Verstoß gegen diese Vorschriften einer klaren gesetzlichen Bestimmung ist fahrlässig.

2. Ein nicht protokollierte Unterbrechung darf bei der Entscheidung über den Zuschlag auch vom BeschwG. nicht berücksichtigt werden, da nur protokollierte Vorgänge zur

Zu 10. A. In manchen Gegenden des deutschen Reiches war es früher Brauch, bei Beginn einer Zwangsversteigerung drei Kerzen anzuzünden. Der Zuschlag durfte dann erst erteilt werden, wenn alle drei Kerzen abgebrannt waren. In dieser Sitte lag derselbe Gedanke wie in der Vorschr. des § 73 ZwVerstG., einerseits alle Voreiligkeit zu vermeiden und andererseits dem Schuldner noch eine allerletzte Möglichkeit zu geben.

Während der Stundenfrist müssen daher jederzeit Gebote abgegeben, Sicherheiten verlangt und sonstige Rechtshandlungen vorgenommen werden können. Der Richter muß also die ganze Stunde gegenwärtig sein. Das RG. führt die Erläuterungsbücher von Jaedel-Gütke, Reinhard-Müller und Brand-Bauer ausdrücklich dafür an, daß sie fälschlicherweise eine kurze Entfernung des Richters für unschädlich halten. Reinhard-Müller beruft sich bei § 73 Anm. III Abs. 2 auf die Entsch. des OLG. Dresden v. 28. Juni 1910, die in den Annalen des kgl. sächs. OLG. Dresden 32, 2, 150 abgedruckt ist. Diese Entsch. trifft aber gar nicht den Fall einer zeitweisen Entfernung des Richters aus dem Versteigerungsraum, sondern nur den einer mehrfach angelegten Terminbestimmung. Die Erläuterungsbücher haben daher für ihre Meinung keinerlei Unterlagen und haben anscheinend mehr dem Gefühl nach die Frage entschieden. Mit Recht betont das RG., daß der Praxis mit einer scharfen Absehnung jeder unprotokollierten und in die Stundenfrist eingerechneten Richterentfernung mehr gedient ist, als mit der Zulassung einer „ganz kurzen“ Entfernung. Solche könnte nur sehr schwer abgegrenzt werden und würde nur neue Streitquelle sein.

Die Praxis ist mit der Protokollierung häufig etwas leichtfertig. Es kann nicht scharf genug darauf hingewiesen werden, daß jede Unterbrechung in der Niederschrift auf die Minute festgelegt werden muß. Die nunmehr allgemein herrschende Meinung (i. zuletzt OLG. Königsberg: JW. 1931, 2177), daß mehrere Versteigerungstermine gleichzeitig abgehalten werden können, darf nicht dazu führen, daß die Unterbrechung des zweiten und weiteren Verfahrens durch die Beendigung des ersten Verfahrens außer

Grundlage der Entscheidung gemacht werden dürfen. †)

Das OLG. hat den vom OLG. erteilten Zuschlag zu Unrecht mit der Begr. der Nichtwahrung der einstündigen Frist des § 73 ZwVerstG. aufgehoben. Der Fehler des Richters, auf den die Klage gestützt ist und den das BG. zur Grundlage der Verurteilung gemacht hat, brauchte die Schädigung des Kl. nicht herbeizuführen. Er hat dazu erst infolge eines weiteren Fehlers des OLG. geführt.

Zum ursächlichen Zusammenhang:

Da im vorl. Fall von der Versteigerungsdauer von 12 Uhr 45 Minuten bis 14 Uhr die Zeitdauer von 40 Minuten, während deren der Richter abwesend war, abzuziehen ist, so war bei der Versteigerung die Frist des § 73 Abs. 1 ZwVerstG. nicht gewahrt.

Es fragt sich, ob bei dieser Sachlage noch ein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem Amtsversehen des Streitgehilfen und dem durch Verfassung des Zuschlags entstandenen Schaden des Kl. anzunehmen ist. Im tatsächlichen Verlauf besteht er sicher. Denn wenn der Versteigerungsrichter nicht den Fehler der Terminunterbrechung gemacht hätte, so wäre das OLG. nicht zu seinem Beschl., wie er jetzt vorliegt, gekommen. Zur Annahme eines ursächlichen Zusammenhanges im Rechtsinn gehört jedoch weiter, daß ein „adäquater Kausalzusammenhang“ vorliege. Ein solcher besteht dann, wenn eine Handlung oder Unterlassung im allgemeinen und nicht nur unter besonders eigenartigen, ganz unwahrscheinlichen und nach dem regelmäßigen Lauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen zur Herbeiführung des eingetretenen Erfolges geeignet gewesen ist (RG. 81, 359<sup>1)</sup>; 133, 127<sup>2)</sup>; 135, 154<sup>3)</sup>). Eine solche Verknüpfung ist zwischen dem Versehen des Versteigerungsrichters und der Zuschlagsverfassung gegeben. Ohne jenen Fehler wäre es nicht zu dem des BeschwG. gekommen. Das Versehen des Versteigerungsrichters belastete das Verfahren mit einem erheblichen Mangel. Es lag nicht jenseits aller Erfahrung und außerhalb jeder vernünftigen Berechnung, daß dieser Fehler den Rechtsbestand des Zuschlags in Frage stellen könnte, obschon erst ein weiterer richterlicher Mißgriff, nämlich die Nichtbeachtung des § 80 ZwVerstG. seitens des BeschwG. zur Verfassung des Zuschlags führte und der erste vom Versteigerungsrichter begangene Fehler ohne den weiteren Fehler des BeschwG. un-

acht gelassen wird. Gerade der mißverständene Beschluß des OLG. Dresden a. a. O. scharft dies ein. Wenn während der Stundenfrist des ersten Termins ein zweiter und dritter Fall aufgerufen wird, muß der Richter ausdrücklich kund tun, daß im ersten Verfahren jederzeit weitere Gebote abgegeben werden können. Wird ein solches Gebot dann abgegeben und wird vielleicht darüber verhandelt, so sind solange die anderen Verfahren unterbrochen. Beschränkt sich die Tätigkeit des Richters nur auf die Entgegennahme des Gebotes, so liegt keine Unterbrechung der anderen Termine vor, denn in diesem Falle können ja auch in den anderen Verfahren gleichzeitig Gebote abgegeben werden. Wenn aber dann der Richter nach Ablauf der Stundenfrist das erste Verfahren schließt, Aufforderung zur Abgabe von Geboten erläßt, Feststellungen trifft, Zuschlagsbeschl. verkündet usw., so ist dadurch das zweite und dritte Verfahren unterbrochen, da der Richter hier handelnd eingreift und nur eine Sache leiten kann. Für das zweite und dritte Verfahren tritt daher eine Unterbrechung ein, die eine ausdrückliche, zeitlich festgelegte Niederschrift verlangt und in die Stundenfrist dieser Verfahren nicht eingerechnet werden darf. Zwischen dem zweiten und dritten Verfahren ist dann ebenso zu verfahren.

B. Die Frage, ob zwischen dem Schaden des Kl. und dem fehlerhaften Zuschlagsbeschl. ein adäquater Kausalzusammenhang besteht oder ob dieser nicht durch den ebenfalls fehlerhaften, § 80 ZwVerstG. außer acht lassenden Beschl. des OLG. unterbrochen wurde, hätte m. E. genau so gut gegenteilig entschieden werden können. Daß es „im Bereiche der Erfahrung“ und „innerhalb jeder vernünftigen Berechnung“ liegt, daß ein fehlerhafter Beschl. des OLG. nur durch einen erneuten anderen Fehler des OLG. bekräftigt wird, dürfte nicht so ohne weiteres anzunehmen sein. Gerade die Fälle des Kausalzusammenhangs dürften eine etwas vollstimmlichere Lösung oft erfahren.

Notar Dr. Beyer, Bad Dürkheim.

<sup>1)</sup> JW. 1913, 546. <sup>2)</sup> JW. 1931, 3313. <sup>3)</sup> JW. 1932, 1251.

schädlich geblieben wäre. Aus diesen Gründen ist mit dem BG. der Fehler des Streitgehilfen als für die durch die Zuschlagsberufung herbeigeführte Schädigung des Kl. ursächlich anzusehen.

(U. v. 13. Dez. 1933; V 302/33. — Breslau.) [Sch.]  
(= RG. 142, 383.)

## b) Straffachen.

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

### I. Materielles Recht.

11. §§ 4 Ziff. 3, 5, 222 StGB. Der Heilbehandler, der von dem Bestehen einer Epidemie und deren besonderer Gefährlichkeit Kenntnis hat, es aber gleichwohl an einer ausreichenden Überwachung eines von ihm behandelten Epidemieverdächtigen fehlen läßt, handelt pflichtwidrig, so daß der eintretende Todeserfolg ihm zur Schuld anzurechnen ist. Voraussetzungen des hierbei anzuwendenden § 335 OstStGB.

Das Verschulden des Beschw. erblickt die Strk. nicht darin, daß er, ohne Arzt zu sein, die Behandlung des Knaben übernahm und sich dessen Heilung auf Grund seiner Kenntnisse und Erfahrungen zutraute, oder darin, daß er bei seinem ersten Besuch nur eine Mandelentzündung als vorliegend annahm, oder daß er es unterließ, sofort für eine Serum-impfung zu sorgen; vielmehr rechnet ihm die Strk. als schuldbegründende Pflichtwidrigkeit folgendes an: Er wußte, daß „das Bild der Diphtheritis sich im Anfang mitunter nicht deutlich von einer Mandelentzündung unterscheidet“, und daß damals in der dortigen Gegend „eine sehr heftige Diphtherie-epidemie herrschte“; wegen dieser Epidemie mußte er deshalb auf Grund seines Befundes schon jetzt auch mit dem Vorliegen von Diphtherie rechnen; er wußte weiter, daß „die Diphtherie sich sehr rasch bedenklich entwickeln kann“, und daß „jede Verzögerung zum Tode führen kann“; andererseits aber vermochte er vorauszusehen, daß er sich infolge seiner anderweitigen starken Inanspruchnahme frühestens wieder erst nach 24 Stunden, also „erst sehr spät, wieder um den Knaben würde kümmern können“, und er konnte erkennen, daß gerade er unter diesen Umständen zu einer „ausreichenden Überwachung“ des Knaben nicht instande war; hätte er bei seiner Kenntnis der obenerwähnten Umstände diese Überlegungen pflichtgemäß angestellt, so „hätte er dem Vater die sofortige Zuziehung eines Arztes empfehlen müssen“, d. h., er hätte als weitere Behandlung des Knaben dessen „ausreichende Überwachung“ durch einen hierzu geeigneten Dritten anordnen müssen, „damit rechtzeitig die erforderlichen Gegenmaßnahmen getroffen wurden“. Mit diesen Erwägungen bewegt sich die Strk. durchaus auf dem Boden der vom RG. für die Behandlung Kranker durch nichtärztliche Heilbehandler entwickelten Rechtsgrundsätze (vgl. insbes. RGSt. 67, 12).

Endlich liegen auch die besonderen Bedingungen vor, die nach §§ 4 Ziff. 3, 5 StGB. für die Verfolgung des hier im Auslande begangenen Vergehens erfüllt sein müssen. Der Tatbestand des hier anzuwendenden § 335 OstStGB. vom 27. Mai 1852 enthält ein Gefährdungsdelikt, bei dem das Verschulden des Täters lediglich darin besteht, daß er die Fahrlässigkeit seines Verhaltens einzusehen vermochte; der Eintritt des Todes ist eine — von der Schuld nicht umfaßte — objektive Bedingung der erhöhten Strafbarkeit, das Delikt wird also durch den Eintritt des Todeserfolges „qualifiziert“. Die Tatbestandsmerkmale eines solchen Vergehens hat die Strk. ohne Rechtsirrtum angenommen. Das Vorhandensein der Merkmale der beiden Strafgesetze, des deutschen und des ausländischen, muß für die konkrete Tat ebenso festgestellt werden wie das Vorhandensein zweier Tatbestände bei tateinheitlichem Zusammentreffen zweier inländischer Strafgesetze (RGSt. 13, 229). So hat es die Strk. auch gehandhabt. Hiernach ist es auch nicht erforderlich, daß der Tatbestand des deutschen Strafgesetzes sich mit dem Tatbestande des ausländischen Gesetzes vollkommen decke.

(6. Sen. v. 5. Jan. 1934; 4 D 285/33.)

[W.]

12. § 158 StGB. „Aus der falschen Aussage entstanden“ ist nur ein solcher Rechtsnachteil, der in einer Veränderung der durch die Eidesleistung geschaffenen Lage besteht.

Nach der Rspr. des RG. ist zwar der Begriff des Rechtsnachteils i. S. des § 158 StGB. nicht auf entstandene eigentliche Vermögensnachteile beschränkt, sondern er umfaßt jede äußerlich erkennbare Beeinträchtigung, die der andere in einem ihm zustehenden Rechte oder in einer Rechtsstellung erfährt (RG. Rspr. 5, 74; RGSt. 17, 307; 45, 301). Aus dem im § 158 StGB. aufgestellten Erfordernis, daß der Rechtsnachteil aus der falschen Aussage entstanden sein muß, ergibt sich als notwendige Folgerung, daß nicht der in der falschen Eidesleistung selbst begrifflich enthaltene Rechtsnachteil gemeint sein kann, sondern nur der Rechtsnachteil zu berücksichtigen ist, der aus der Eidesverletzung als Folge erwachsen ist (RG. Rspr. 9, 280; RGSt. 16, 31). Als eine solche Folge wird immer nur eine durch ein Handeln oder Unterlassen bedingte Veränderung der zunächst durch die falsche Eidesleistung geschaffenen Lage angesehen werden können. In einer solchen Veränderung fehlt es aber, soweit die Eidesverletzung des Angekl. nur zur Folge hatte, daß sich für den Kl. im Unterhaltsstreit der Zwang ergab, Beweismittel herbeizuschaffen. Denn diese Wirkung der falschen Aussage war unmittelbar mit ihr eingetreten. Die vom SchwG. angezogene Entsch. des RG.: JW. 1928, 2029 stützt die im angefochtenen Urteil vertretene Auffassung nicht. Denn dort wird als Rechtsnachteil bezeichnet, daß zahlreiche, sich während eines längeren Zeitraumes hinziehende Beweis-erhebungen zur Beseitigung der durch die Eidesverletzung bewirkten Rechtslage erforderlich geworden sind und daß der andere noch besondere Anwendungen in dieser Richtung hat machen müssen. Soweit in dem Urteil aber auf die Zwangslage, Beweismittel ausfindig machen zu müssen, hingewiesen wird, handelt es sich nur um die Klarstellung des ursächlichen Zusammenhangs zwischen der falschen Aussage und dem aus ihr entstehenden Rechtsnachteil.

Die Frage, ob schon die bloße Anordnung der Beweis-erhebung, wie das SchwG. meint, einen Rechtsnachteil i. S. des § 158 StGB. darstellt, oder ob nicht vielmehr der Grundgedanke des § 158 StGB., den Täter durch Zusicherung der Strafmilderung zu einem Widerruf zu bewegen, um die sonst erschwerte nachträgliche Anerkennung der Wahrheit und die Abwendung von Schädigungen anderer zu fördern, zu einer Einschränkung jenes von der bisherigen Rspr. ziemlich weit ausgehnten Begriffes führen muß, braucht hier nicht entschieden zu werden. Denn nach dem hier festgestellten Sachverhalt hat der Meineid nicht nur den Erlaß eines Beweisbeschlusses, sondern auch die Erhebung des angeordneten Beweises vor dem Widerruf des Angekl. zur Folge gehabt. Es kann insoweit dahingestellt bleiben, ob bei Anwendung der in RGSt. 7, 154; 24, 259; 61, 196 niedergelegten Grundsätze über die Auslegung eines Widerrufs hier ein solcher schon in der Erklärung des Angekl. bei seiner zweiten uneidlichen Vernehmung erblickt werden könnte, daß er möglicherweise nur einmal im Sommer 1931 mit der Mündelmutter geschlechtlich verkehrt habe. Denn auch bei dieser Annahme ist der Widerruf erst erfolgt, nachdem eine Beweis-erhebung durch Vernehmung der Mündelmutter bereits stattgefunden hatte. Es muß jedenfalls als eine für den Kl. sachlich nachteilige Folge der Eidesverletzung erachtet werden, wenn es tatsächlich infolge der falschen Aussage zu einer Beweis-erhebung gekommen ist. Denn damit ist der Stand des Verfahrens gegenüber der unmittelbar durch die Eidesverletzung geschaffenen Lage in Auswirkung dieser tatsächlich verändert, und diese Veränderung stellt sich als ein Ergebnis der durch die unwahre Bekundung verschlechterten Rechtslage der durch die falsche Aussage zunächst ungünstiger gestellten Prozeßpartei dar (vgl. RG. Rspr. 9, 280; RGSt. 16, 29). Danach ergibt sich, daß dem Kl. in dem Unterhaltsstreit durch die Eidesverletzung des Angekl. bereits ein Rechtsnachteil i. S. des § 158 StGB. entstanden war, als der Widerruf des Angekl. erfolgte. Das SchwG. hat somit zu Recht die Anwendbarkeit des § 158 StGB. verneint.

(2. Sen. v. 14. Dez. 1933; 2 D 998/33.)

[W.]

**13.** §§ 222, 316 Abs. 1 StGB. Die Feststellung, daß ein bestimmter Erfolg möglicherweise auch sonst eingetreten wäre, rechtfertigt die Annahme des unterbrochenen ursächlichen Zusammenhangs zwischen diesem Erfolg und einer bestimmten Handlung nicht. Zubilligung einer zweiten Schrecksekunde.

Die Strk. hat festgestellt, daß der Angekl. dadurch fahrlässig gehandelt habe, daß er an die Straßenkreuzung mit einer unzulässig hohen Geschwindigkeit von 40 km in der Stunde herangefahren ist, und daß bei dieser Geschwindigkeit „der Unfall nicht mehr zu vermeiden war. Gleichwohl hat sie den ursächlichen Zusammenhang verneint. Indessen ist die Begründung dafür rechtsirrig. Denn sie läuft darauf hinaus, daß möglicherweise der tödliche Unfall auch dann eingetreten sein würde, wenn der Angekl. unter Serienschaltung, also mit einer geringeren, von der Strk. auf 25 Stundenkilometer bemessenen und nach ihrer Auffassung zulässigen Geschwindigkeit gefahren wäre. Bei richtiger Rechtsanwendung hätte sie aber den ursächlichen Zusammenhang nur dann verneinen dürfen, wenn sie in der Lage gewesen wäre, eine solche Feststellung mit Gewißheit oder doch mit einer an Gewißheit grenzenden Wahrscheinlichkeit zu treffen (RGSt. 63, 211).

Außerdem steht aber auch die Zubilligung einer zweiten Schrecksekunde, die mit Rücksicht darauf zugestanden wurde, daß wider Erwarten die Kurzschlußbremse versagte, mit den sonstigen Feststellungen in Widerspruch. Sie würde voraussetzen, daß der Angekl. zuerst die Kurzschlußbremse getreten und erst dann, als diese versagte, die übrigen Bremsen betätigt habe. Das ist aber nirgends festgestellt. Es muß davon ausgegangen werden, daß der Angekl. Strombremse, Schienenbremse, Handbremse und Sandstreuer gleichzeitig, d. h. nach Lage der Sache unmittelbar nacheinander, betätigt hat. Dann aber bleibt für eine zweite Schrecksekunde kein Raum. Eine solche kann sich auch nicht etwa auf das — gleichfalls vom Angekl. behauptete — nachträgliche Herausreißen des Automaten beziehen; denn das Urk. läßt nicht erkennen, daß es diesem nachträglichen Wegnehmen des Stromes eine Bedeutung beigemessen hätte.

Nach alledem hätte die Strk. zu der Annahme kommen müssen, daß durch die Handlung des Angekl. der Tod zweier Menschen verursacht worden ist, und damit zur Annahme des in § 316 Abs. 1 StGB. bezeichneten Falles der schweren Transportgefährdung. War aber die Ursächlichkeit festgestellt, dann hätte die Strk. auf Grund ihrer sonstigen Annahmen auch ein Vergehen der fahrlässigen Tötung nach § 222 Abs. 1 und 2, 73 StGB. prüfen müssen.

(4. Sen. v. 15. Dez. 1933; 4 D 116/33.)

[W.]

**14.** § 259 StGB. Das Inverwahrnehmungnehmen gestohlener Sachen im Hinblick auf eine künftig in Aussicht genommene Verwertung ist ein „Mitwirken zum Absatz“, wenn es sich um einen bereits bestimmt geplanten Absatz bei oder durch eine bestimmte dritte Person handelt und dies dem Angekl. bewußt war.

Der Angekl. hat dem Mitangekl. B. bei der Familie S. in A. Gelegenheit zum Unterstellen eines Kartons nachgewiesen und ihn zu dieser Familie geführt. Er wußte, daß der Karton mit Füllfederhaltern gefüllt war, daß die Füllfederhalter nur mittels einer strafbaren Handlung erlangt sein konnten und daß B. sie in A. bei anderen absetzen wollte. Ihm war auch bekannt, daß B. sich dessen gewiß war, die Waren bei oder durch den Arbeiter K. vertreiben zu können, was schon daraus hervorgeht, daß sie mit M.s. Wissen aus der Wohnung S.s. in die des K. gebracht wurden. Als Belohnung für seine Tätigkeit hat M. von B. einige Füllfederhalter bekommen. Ohne Rechtsirrtum hat die Strk. in dieser Handlungsweise den Tatbestand des § 259 StGB. als gegeben angesehen.

Zwar hat der erl. Sen. sich in den Urk. v. 26. Sept. 1921, 1 D 423/21, und 5. April 1929, 1 D 261/29, auf den Standpunkt gestellt, daß das Inverwahrnehmungnehmen gestohlener Sachen im Hinblick auf eine künftig in Aussicht genommene

Verwertung noch nicht ein „Mitwirken zum Absatz“, sondern nur die Vorbereitung eines künftigen Absatzes enthalte. Ob an dieser Rspr. — gegenüber der abweichenden Rspr. des 2. StrSen. (Urk. v. 12. Okt. 1925, 2 D 328/25 = JurRdsch. Rspr. 1925 Nr. 1840) — festzuhalten wäre, kann dahingestellt bleiben. Der vorl. Fall ist insofern anders gelagert, als es sich hier um einen bereits bestimmt geplanten Absatz bei oder durch eine bestimmte dritte Person handelte, wie dem Angekl. M. bewußt war. Indem er dem Mitangekl. B. zunächst eine sichere Unterbringung des Diebesgutes ermöglichte, hat er ihn in den Stand gesetzt, die Wohnung des K. ausfindig zu machen und ihm so eine förderliche Mitwirkung geleistet zu seinem Vorhaben, das Diebesgut bei oder durch K. abzusetzen. Daß der Absatz tatsächlich erfolgt sei, ist nicht erforderlich.

(1. Sen. v. 7. Nov. 1933; 1 D 895/33.)

[Hn.]

**15.** § 267 StGB. Das Wesen der Verfälschung besteht darin, daß die Urkunde in ihrer neuen Gestalt etwas anderes, von dem Früheren Abweichendes für das Rechtsleben zu beweisen geeignet erscheint (vgl. RGSt. 62, 11), während es das Merkmal der fälschlichen Anfertigung einer Urkunde ist, daß sie auf eine bestimmte — vorhandene oder nicht vorhandene, von dem wirklichen Aussteller verschiedene — Person als Aussteller hinweist (vgl. RGSt. 46, 103).

(3. Sen. v. 11. Jan. 1934; 3 D 1334/33.)

[Hn.]

**16.** §§ 348, 349 StGB.; Art. 6, 24 HessUrKStG.; § 266 Ziff. 2 StGB. Die auf Urkundenausfertigungen angebrachten Vermerke über die Verstempelung von Haupturkunden enthalten die Beurkundung einer rechtlich erheblichen Tatsache, und zwar, soweit Art. 6 HessUrKStG. in Betracht kommt, zu öffentlichem Glauben. Auch ein vom Notar nicht unterschriebener Vermerk hat diese Beweiskraft. Dienstanweisungen können bindende Formvorschriften für öffentliche Urkunden enthalten. Wenn die Praxis eine solche Anweisung nicht als eine zwingende Bestimmung behandelt, so ist dies erst dann rechtserheblich, wenn solche Abweichung von der Dienstvorschrift die stillschweigende Billigung der Zentralbehörden gefunden hat. Der mit der Verwendung der Stempel betraute hessische Notar gilt insoweit als Bevollmächtigter i. S. von § 266 Ziff. 2 StGB.

1. Die Strk. hat den Angekl. eines fortgesetzten Verbrechens der schweren Falschbeurkundung im Amt gem. §§ 348 Abs. 1, 349 StGB. für schuldig befunden. Die Falschbeurkundung erblickt sie darin, daß der Angekl. in einer großen Anzahl von Fällen auf den Ausfertigungen der von ihm aufgenommenen notariellen Urkunden vermerkt habe, es seien zur Urschrift Stempel in einem bestimmten Betrage verwendet worden, obwohl dies in Wirklichkeit nicht der Fall war. Die Angriffe der Rev. sind unbegründet. Der Sen. hat bereits in seinem Urk. 1 D 1188/32, das sich auf die Vorschr. des § 6 Abs. 3 SächsStempStG. bezog, ausgesprochen, daß die auf den Urkundenausfertigungen angebrachten Vermerke über die Verstempelung der Haupturkunden die Beurkundung einer rechtlich erheblichen Tatsache darstellen. Die Vermerke sind nicht bloß für den Innenverkehr bestimmt, sondern beweisen unter öffentlichem Glauben für und gegen jedermann, daß zu der in Händen des Notars verbliebenen Urschrift Stempel in der angegebenen Höhe verwendet worden sind, die Ausfertigung also nicht nochmals zu verstempeln ist. Diese Rechtsauffassung trifft auch zu für die Vorschr. des Art. 6 Abs. 2 HessUrKStG. i. d. Fass. der Bef. v. 24. März 1910 (HessRegBl. 1910, 63). Das vom Verteidiger angezogene Urk. des BayObLG.: BayZ. 1933, 226 betrifft einen anderen Fall. Zutreffend widerlegt ist im angef. Urk. der Einwand des Angekl., er habe von der Weitergabe der falschen Ausfertigungen im Einzelfalle nichts wissen können. Hätte es sich so verhalten, daß der Angekl. zwar bei der Anbringung der Vermerke deren Unwahrheit kannte, die Ausfertigungen aber erst hinausgehen sollten, nach-

dem die Vermerke durch nachträgliche Verwendung des Stempels zur Unterschrift richtig geworden waren, so würde es allerdings an dem nach § 348 Abs. 1 StGB. erforderlichen Vorsatz gefehlt haben. Die Strk. hat aber festgestellt, daß der Angekl. seinem Bürovorsteher einige Zeit nach Übernahme des Der Notariats allgemein die Anweisung gegeben habe, aus Gefälligkeit solche unverstempelte Ausfertigungen hinauszugeben. Die Hinausgabe der unrichtigen Stempelverwendungsvermerke geschah also mit Wissen und Willen des Angeklagten.

In dem oben angef. Ur. v. 25. Okt. 1932 hat der Sen. ausgesprochen, daß auch ein vom Notar nicht unterschriebener Vermerk der Beweiskraft nicht entbehre. Dies beruhte darauf, daß weder das SächsStempStG. selbst noch die zu ihm erlassenen AusfBest. eine bestimmte Form für den Stempelverwendungsvermerk vorschreiben. Im vorl. Falle kommt aber die Vorschr. des § 213 Abs. 4 Hess. Dienstanweisung über Ansatz, Erhebung und Beitreibung der Gerichtskosten und Stempelabgaben in Betracht, die für die Vermerke die Beifügung der Orts- und Zeitangabe sowie die unterschriftliche Vollziehung verlangt. Die Ausführungen, mit denen die Strk. dieser Vorschr. die Bedeutung für die Wahrnehmung der Eigenschaft der Stempelverwendungsvermerke als öffentliche Urkunden abspricht, können nicht als ausreichend angesehen werden. Die Ansicht der Strk., daß die Unterschrift des Notars unter dem Ausfertigungsvermerk am Ende der Urkunde auch den Stempelverwendungsvermerk deckt, trifft schon deshalb nicht zu, weil § 213 Abs. 4 Hess. Dienstanweisung unverkennbar eine besondere Unterzeichnung des Vermerks verlangt. Auch kann es nicht als ausschlaggebend angesehen werden, daß die Vorschr. nicht im Gesetz, sondern in einer Dienstanweisung enthalten ist. Bindende Formvorschr. für öffentliche Urkunden können gerade auch durch Dienstanweisungen erlassen werden. Die Strk. stellt nun zwar auf Grund der Vernehmung des VöSpräs. und der gerichtsbekanntesten Gebräuchlichkeit des GWL. des zuständigen Der Bezirksstf., daß in der Praxis die Formvorschr. des § 213 Abs. 4 Kostendienstanweisung als keineswegs zwingende und strenge Best. behandelt worden sei, und daß im Grundbuchverkehr die Stempelverwendungsvermerke auch ohne die dort vorgeschriebene Formlichkeit als beweiskräftige und abgeschlossene öffentliche Urkunden anerkannt und für die Grundbucheintragung ausreichend angesehen werden. Es reicht jedoch nicht aus, wenn sich in den unteren Amtsstellen eine dauernde Nichtbeachtung der von den Zentralbehörden erlassenen Formvorschr. entwickelt hat. Vielmehr muß hinzukommen, daß solche Abweichungen von den Formvorschr. wenigstens die stillschweigende Billigung der Zentralbehörden gefunden haben, die diese Vorschr. erlassen haben (RGSt. 58, 282). Insofern enthält das angef. Ur. keine Feststellungen. Aus diesem Grunde läßt sich die Verurteilung des Angekl. wegen schwerer Falschbeurkundung im Amt nicht aufrechterhalten.

Sollte sich ergeben, daß die von der Strk. festgestellte Übung nicht die Billigung der Zentralbehörden gefunden hat, so würde für die Feststellung des inneren Tatbestands insofern das Bewußtsein des Angekl. davon genügen, daß die Stempelverwendungsvermerke im Rechtsverkehr als solche Schriftstücke angesehen werden würden, die von einem zur Aufnahme öffentlicher Urkunden befugten Beamten im Rahmen seiner Befugnisse ausgestellt worden sind. Ohne entscheidende Bedeutung wäre es, ob der Angekl. im einzelnen erkannt hat, auf Grund welcher Tatsachen den Stempelverwendungsvermerken in der Form, die er ihnen gegeben hatte, die Eigenschaft als öffentliche Urkunden zukam.

2. Für die rechtliche Beurteilung der Verwendung der eingegangenen Stempelgelber zum eigenen Nutzen ist von den Vorschr. des HessUrStG. auszugehen. Nach Art. 24 wird die Stempelspflicht dadurch erfüllt, daß Stempelmarken in dem tarifmäßigen Betrage nach den Vorschr. des Gesetzes verwendet werden. Die Verwendung der Stempelmarken hat bei notariellen Beurkundungen durch den Notar zu geschehen, der die Beurkundung vorgenommen hat (Art. 25 Nr. 3, 40). Zur Zahlung der Stempelabgabe ist derjenige verpflichtet, der die Beurkundung veranlaßt hat (Art. 12 Nr. 1), und zwar hat er die Stempelabgabe durch Barzahlung an den Notar zu

entrichten, der den Stempel zu verwenden hat (Art. 25 Abs. 3). Gegebenenfalls hat der Notar die zwangsweise Beitreibung der Stempelabgabe herbeizuführen (Art. 26). Der Notar, der vor erfolgter Stempelverwendung Ausfertigungen der von ihm ausgenommenen Urkunden erteilt oder wegen der Einziehung des Stempels die ihm obliegenden Pflichten verjäumt, haftet der Staatskasse für die Entrichtung der Stempelabgabe (Art. 14 Nr. 1).

Zutreffend hat die Strk. ausgeführt, daß der Stempelsteuerpflichtige mit der Zahlung an den Notar seiner Verpflichtung genügt hat. Erfüllt wird die Stempelspflicht zwar erst durch die Verwendung der Stempelmarken. Verantwortlich ist hierfür aber ausschließlich der Notar. Von den Stempelsteuerpflichtigen kann, wenn der Notar seiner Verpflichtung zur Stempelverwendung nicht nachkommt, keine nochmalige Zahlung verlangt werden (vgl. RG. 85, 341). Mit der eigenmächtigen Verwendung der Stempelbeträge durch den Angekl. sind also nicht die Stempelsteuerpflichtigen, sondern der Staat geschädigt worden.

Die angeführten Vorschr. des HessUrStG. über die Mitwirkung der Notare bei der Erhebung des Urkundenstempels begründeten ein Treueverhältnis zwischen dem Staat und dem Angekl. i. S. des § 266 Nr. 2 StGB. Der Angekl. war dem Staat gegenüber verpflichtet, mit den von ihm eingekommenen Stempelbeträgen Stempelmarken anzuschaffen und auf den stempelpflichtigen Urkunden zu verwenden. Er durfte seine Barkasse oder seine Postkassa- oder Bankguthaben niemals über den Betrag hinaus erschöpfen, der ihm die Möglichkeit ließ, den Anspruch des Staates auf Anschaffung und Verwendung von Stempelmarken nach den gesetzlichen Vorschr. stets rechtzeitig zu erfüllen. Verwendete er die an ihn gezahlten Stempelbeträge zum eigenen Nutzen, so lag darin nach der neueren Rspr. des RG. eine Verfügung über eine Forderung des Auftraggebers i. S. des § 266 Nr. 2 StGB. (RGSt. 64, 87). Die Rev. meint, daß der Angekl. deshalb nicht als „Bevollmächtigter“ angesehen werden könne, weil ihm nicht, wie in der Rspr. des RG. für erforderlich erklärt sei, die Befugnis zu rechtsgeschäftlichen Verfügungen in bezug auf das Vermögen des Staates übertragen sei. Auch dieses Erfordernis ist jedoch gegeben. Indem der Notar von den Stempelsteuerpflichtigen die von ihnen geschuldeten Beträge mit befreiender Wirkung gegenüber dem Staat entgegennimmt, verfügt er rechtsgeschäftlich über den Steueranspruch des Staates, soweit er sich gegen die Stempelsteuerpflichtigen selbst richtet.

(1. Sen. v. 15. Dez. 1933; 1 D 1393/33.) [W.]

**\*\*17.** §§ 348, 349 StGB.; § 405 RAbgD. Die Bestätigung des ursprünglichen Entwertungsvermerkes auf den für den Steuerabzug vom Arbeitslohn bestimmten Einlagebögen zur Steuerkarte stellt keine Urkundenvernichtung und die Eintragung eines neuen Entwertungstages auf ihnen keine Urkundenfälschung dar. Dagegen ist § 405 Abs. 2 RAbgD. auf eine solche Handlungsweise anzuwenden. †)

1. Nach dem über den DurchfBest. über den Steuerabzug vom Arbeitslohn v. 5. Sept. 1925 (RMBl. 1925, 1186) beige-

Zu 17. Urkundenbeschädigung i. S. §§ 348 Abs. 2, 349 StGB. hinsichtlich der abgelieferten Markenbogen steht außer Zweifel. Falschbeurkundung (§ 348 Abs. 1 StGB.) und Urkundenverfälschung (§ 348 Abs. 2) hat das RG. mit zutreffenden Gründen verneint; die dem Steuerschuldner obliegende Markenentwertung kann nicht dadurch zu einer öffentlichen Beurkundung werden, daß sie ein Steuerbeamter an Stelle des Steuerschuldners vornimmt, zumal aus der Entwertung nicht ersichtlich ist, von wessen Hand sie herrührt. Beseitigung des Entwertungstages auf einzelnen vom Markenbogen losgelösten Marken ist — wie das RG. m. R. betont — keine Urkundenvernichtung (§ 348 Abs. 2), Anbringung eines anderen Entwertungstages auf ihnen und ihr Einkleben in einen anderen Einlagebogen im vorwärtigen Falle keine Urkundenverfälschung (§ 348 Abs. 2). Die Wiederverwendung abgelöster Steuermarken nach Entfernung des Entwertungsvermerks einschl. ihrer Verschaffung zu diesem Zwecke fällt vielmehr unter die Spezialbestimmung des § 405 Abs. 2 RAbgD.

Die vorliegende Entsch. ist daher vollinhaltlich zu billigen.  
Prof. Dr. Fr. Doerr, München.

fügten Muster 7 muß der zu der Steuerkarte des einzelnen Arbeitnehmers gehörige Einlagebogen u. a. die Namen des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers enthalten. Die Einlagebogen sind daher dazu bestimmt und geeignet, die rechtlich erhebliche Tatsache nachzuweisen, für welchen Zeitabschnitt und in welcher Höhe der betreffende Arbeitgeber für den in Frage kommenden Arbeitnehmer die von dessen Arbeitslohn geschuldete Einkommensteuer entrichtet hat. Sie sind mithin Urkunden i. S. des § 348 Abs. 2 StGB. (Urt. 2 D 1028/26 und 1 D 422/29). Diese Eigenschaft verloren sie auch nicht dadurch, daß sie nach dem Ablauf des Steuerjahres an das FinV. eingereicht und dort der in dem Urt. bezeichneten, sei es vorgeschrieben, sei es üblichen Überprüfung unterworfen worden waren. Sie behielten sie vielmehr bei ordnungsmäßigem Verlaufe der Dinge mindestens so lange, bis ihre Vernichtung von der zuständigen Amtsstelle besonders angeordnet wurde (Urt. 3 D 244/27). Hiervon abgesehen, erlosch ihre Urkundeneigenschaft nur dann, wenn ihnen durch irgendwelche äußere Einwirkung die bis dahin bestehende Fähigkeit Beweis zu liefern entzogen wurde, vor allem also dann, wenn sich aus ihnen infolge Abtrennung des Bogenkopfes oder aus anderen Gründen nicht mehr erkennen ließ, wessen Gedankenäußerung in ihnen niedergelegt war. Die in solchen Fällen nach Lage der Sache vielleicht noch fortbestehende Möglichkeit, den Urheber der Erklärung im Wege der Schriftvergleichung auszumitteln, reicht nicht aus, die Urkundeneigenschaft des betr. Markenbogens zu erhalten (vgl. RGSt. 40, 217). Der abweichenden Auffassung des angef. Urt. kann nicht beigetreten werden. Indessen ist dieser Rechtsirrtum ohne Bedeutung, da die StrR. augenscheinlich eine derartige Sachlage, wenn überhaupt, so höchstens in ganz wenigen und darum für die Sachentscheid. unwesentlichen Fällen als gegeben angesehen hat. Die Annahme, daß der Angekl. abgelieferte Markenbogen durch Ablösung einer oder einiger Marken aus ihnen i. S. des § 348 Abs. 2 StGB. beschädigt hat, unterliegt keinem rechtlichen Bedenken. Daß er dabei mit der für die Anwendung des § 349 StGB. vorausgesetzten Absicht handelte, ist von der StrR. tatsächlich festgestellt.

2. Die StrR. sieht darin, daß der Angekl. fortgesetzt schon einmal verwendet gewesene, aus abgelieferten Einlagebögen herausgelöste Steuermarken in noch laufende Einlagebögen eingeklebt und dabei auf den Marken nach Entfernung des alten Entwertungstages andere Entwertungstage vermerkt hat, eine fortgesetzte Falschbeurkundung i. S. von § 348 Abs. 1 StGB., und zwar im einheitlichen Zusammentreffen mit einer fortgesetzten Urkundenverfälschung i. S. von § 348 Abs. 2 daselbst. Diese Annahme ist unzutreffend. Zwar bildet die Niederschrift des Entwertungsvermerkes auf der in den Einlagebogen eingeklebten Steuermarke die Herstellung einer Urkunde, denn der Vermerk soll nicht nur die nochmalige Verwendung dieser selben Marke zur Tilgung einer anderen Steuerschuld verhindern, sondern daneben und in erster Linie erweisen, für welchen Zeitabschnitt die Steuerschuld durch die Verwendung der Marke entrichtet werden sollte. Aber auch dann, wenn ausnahmsweise an Stelle des Steuerschuldners, der an und für sich der zur Entwertung der Steuermarken Verpflichtete ist, ein Steuerbeamter in Ausübung seiner amtlichen Rechte und Pflichten den Entwertungsvermerk auf die Marke setzt, bildet dieser keine Beurkundung des Entwertungstages zu öffentlichem Glauben für und gegen jedermann. Die Entwertung der Steuermarken ist nicht etwa durch Gesetz oder Dienstvorschr. von vornherein für gewisse Fälle besonderer steuerlicher Eigenart oder Bedeutung den Steuerbeamten vorbehalten, um dadurch dem Entwertungsvermerke eine erhöhte Beweisraft zu verleihen, vielmehr hängt das Tätigwerden des Beamten von dem zufälligen Umstande ab, ob er gelegentlich einer Rev. die Wahrnehmung macht, daß ein Steuerschuldner aus Unkenntnis oder Nachlässigkeit die ihm obliegende Verpflichtung zum Einkleben und Entwerten der Steuermarken nicht richtig oder nicht vollständig erfüllt hat. Sein Eingreifen soll allein dazu dienen, denselben Zustand herzustellen, den nach dem Gesetz schon der Steuerschuldner allein durch sein privates Handeln herbeiführen konnte und sollte. Die Tätigkeit des Steuerbeamten besteht demnach in einem solchen Falle lediglich darin,

daß er im steuerlichen Ordnungsinteresse die Ausführung einer dem Steuerschuldner obliegenden Handlung an dessen Stelle und für ihn übernimmt. Daraus erklärt es sich auch, daß dem Steuerbeamten für die Vornahme der Entwertung nicht die Beobachtung einer Form vorgeschrieben ist, durch die sich die von ihm herrührenden Vermerke ohne weiteres von denen der Steuerschuldner unterscheiden. Das wäre schwer begreiflich, wenn den Entwertungsvermerken des Steuerbeamten öffentlicher Glaube, also ein weit höherer Beweiswert zustehen sollte, als denen der Steuerschuldner selbst zukommt. Für eine solche Regelung besteht auch kein ersichtliches Bedürfnis.

Dem Entwertungsvermerk auf der einzelnen aus dem zugehörigen Einlagebogen herausgelösten Steuermarke kommt keine Urkundeneigenschaft zu, da aus ihm in keiner Weise zu entnehmen ist, auf welche Steuerschuld er sich bezieht. Sonach bildete die von dem Angekl. auf solchen Marken vorgenommene Beseitigung des ursprünglichen Entwertungstages keine Urkundenvernichtung und ebensowenig die Niederschrift eines neuen Entwertungstages auf ihnen eine Urkundenverfälschung. Auch in bezug auf den laufenden Einlagebogen, in den der Angekl. die abgelösten Marken mit dem neuen unrichtigen Entwertungsvermerk eingeklebt hat, liegt keine Urkundenverfälschung vor. Denn hinsichtlich der früheren Steuerzahlungen hat der Angekl. den Beweisinhalt des Einlagebogens nicht geändert und hinsichtlich der späteren Steuerzahlungen, zu deren Nachweis die abgelösten alten Marken von ihm wieder verwendet wurden, enthielt der Einlagebogen bis dahin überhaupt noch keine Bescheinigung, der Angekl. konnte also eine solche auch nicht ändern. Er hat lediglich den früheren Beweisinhalt des Einlagebogens durch die Hinzufügung der von ihm eingeklebten Marken erweitert, ihn nämlich auf einen längeren Zeitraum ausgebehnt, als der war, auf den er zuvor lautete, und zwar auf die Steuerzahlungen, die erst nach der von dem Steuerschuldner vorgenommenen Verwendung und Entwertung der Marken fällig geworden waren. Dazu war der Angekl. in dessen beauf. Darin, daß er der Urkunde diesen erweiterten Inhalt gegeben hat, ohne die Steuerbeträge, deren Entrichtung die Urkunde nunmehr bescheinigte, tatsächlich an die Steuerkasse abzuführen, lag zwar die Herstellung einer sachlich unrichtigen Urkunde, aber nicht eine Urkundenverfälschung.

Die Beurteilung des Angekl. aus § 348 Abs. 1 und Abs. 2 StGB. läßt sich hiernach, soweit sie wegen der festgestellten Wiederverwendung der abgelösten Marken erfolgt ist, nicht aufrechterhalten; dagegen ist der Angekl. der in § 405 Abs. 2 (früher § 369 a Abs. 2) RAbgD. mit Strafe bedrohten Zuwiderhandlung schuldig. Denn nach dieser Vorschr. wird bestraft, wer vorsätzlich bereits verwendete Steuerzeichen als gültig wiederverwendet oder sich in der Absicht verschafft, daß sie als gültig wiederverwendet werden. Diesen Sachverhalt hat die StrR. in dem angef. Urt. bereits nach der äußeren und inneren Tatseite gegen den Angekl. festgestellt, so daß es einer Zurückverweisung der Sache zur weiteren Prüfung nach dieser Richtung nicht bedarf.

(2. Sen. v. 30. Nov. 1933; 2 D 1186/33.)

[W.]

**\*\* 18.** §§ 12, 18, 36 Ziff. 3 DevV.D. v. 23. Mai 1932. Wird die Genehmigung zum Verkauf von Wertpapieren von der Devisenstelle auf Grund falscher Vorpiegelungen erwirkt, so deckt sie den später ausgeführten Verkauf nicht. Schon die genehmigungslose Ausshändigung inländischer Zahlungsmittel an Ausländer im Inland begründet die Strafbarkeit.

M. M. hatte einen Brief fälschlich angefertigt, wonach sein angeblicher in Paris wohnender Bruder in Aussicht stellte, 40 000 R.M. J. G. Farben-Aktien zum Verkauf zu bringen und ihm den Erlös zur Unterstützung zu überlassen, und daraufhin von der Devisenbehörde die Genehmigung erhalten, seinem Bruder in Paris gehörige J. G. Farben-Aktien im Nennwert von 40 000 R.M. zu verkaufen und über den Erlös zu verfügen. Mit Hilfe der so erwirkten Genehmigung haben M. M. und der Beschw. E. beim Bauhaus E. J. M. Aktien in dem angegebenen Betrag, die zwar Ausländern, nicht aber einem Bruder des M. M. gehörten, verkauft. Wer

als der Verkäufer aufgetreten ist, ist im Urteil nicht klar dargestellt. Darauf kommt es aber für die Entscheidung nicht an, denn in jedem Falle hat S. die Forderung auf Zahlung des Kaufpreises erworben, entweder unmittelbar als Verkäufer oder durch Abtretung der Forderung seitens des M., denn es ist festgestellt, daß dieser die Bank angewiesen hat, den Erlös dem mitanwesenden S. auszuführen, was geschehen ist. S. war auch der Besitzer der Papiere gewesen, denn er hatte diese vor der Veräußerung einem gewissen T. gegen 28 000 RM verpfändet. T. hat die Papiere dann zur Bank gebracht, als sie verkauft werden sollten. Einen Teil des von T. erhaltenen Geldes hat S., ebenfalls noch vor dem Verkauf der Papiere, den ausländischen Eigentümern der Wertpapiere ausgehändigt. Dieses Geld wurde alsbald und mit Wissen und Willen des Beschw. ins Ausland verbracht.

Ohne Rechtsirrtum hat hiernach das O. den Beschw. S. einer Zuwiderhandlung gegen § 18 DevW. v. 23. Mai 1932 für schuldig befunden. Denn die Genehmigung erstreckte sich nicht auf diejenigen Wertpapiere, durch deren Verkauf eine auf Reichsmark lautende Forderung entstanden ist, sie war vielmehr nur für solche F. u. G. Farben-Aktien erteilt, die dem Bruder des M. M. gehören sollten. Daß die erteilte Genehmigung nicht ausreichend sei, hat S. ganz genau gewußt. Es fehlte also überhaupt eine Genehmigung, über die entstandene Kaufpreisforderung und den Erlös zu verfügen. Deshalb braucht nicht erörtert zu werden, welche Bedeutung der weiter festgestellten Tatsache zukommt, daß die Devisenstelle sich durch die falsche Vorpiegelung des M. M. nicht hätte täuschen lassen, sondern jene Genehmigung nur zur Aufdeckung anderer Verlöbte gegen die Devisengesetzgebung erteilt haben mag. Die Rev. scheint irrtümlich anzunehmen, daß die Handlung des Beschw. durch die erteilte Genehmigung gedeckt worden sei. Die in der RevBegr. angeführte Entsch. RGSt. 38, 248 behandelt nur die Strafbarkeit des Anstifters, für den Fall, daß die Haupttat nicht zur Vollendung gekommen ist. Ein solcher Fall stand hier nicht in Frage.

Rechtlich bedenklich ist die Ansicht der Strk., daß der Beschw. zugleich den Erlös der verkauften Wertpapiere (im Zusammenwirken mit den Ausländern) ins Ausland verbracht habe. Denn dieses Geld war nicht der Erlös der Wertpapiere, die noch nicht einmal verkauft waren, als es über die Grenze ging, sondern ein Teil des von T. gewährten Darlehens. Auch der Umstand, daß das Geld etwa der im voraus gegebene Gegenwert der Wertpapiere oder eines Teils von ihnen sein sollte, ändert daran nichts. Gleichwohl ist die Anwendung des § 36 Nr. 3 auch i. Verb. m. § 12 DevW. gerechtfertigt, da jegliche Überbringung und Versendung von Zahlungsmitteln ins Ausland der Genehmigung bedarf und eine solche auch für den ausgeführten Gelbbetrag nicht erteilt war. Schon die Aushändigung inländischer Zahlungsmittel an Ausländer im Inland bedarf überdies der Genehmigung (§ 14 DevW.) und begründet die Strafbarkeit aus § 36 Nr. 3, falls sie ohne Genehmigung vorgenommen wird.

(2. Sen. v. 21. Dez. 1933; 2 D 874/33.)

[W.]

**19.** § 147 GenG.; § 22 PressG. Werden von einem Aufsichtsratsmitglied unwahre Darstellungen enthaltende Geschäftsberichte mit dem Bewußtsein und Willen gedruckt, daß sie in der Generalversammlung vorgelesen oder doch in Bezug genommen werden, so richtet sich, wenn es hierzu wirklich kommt, die Verfolgung der hierbei festzustellenden Straftat, nicht nach den präherlichen, sondern nach den allgemeinen Verjährungsvorschriften. †)

Bei Feststellung der Straftaten nach § 147 GenG. geht

Zu 19. Der Entsch. muß beigeprägt werden. Sie entspricht durchweg der Auslegung und Anwendung, die der § 147 GenG. in der bisherigen Spr. und Literatur gefunden hat. Von einer Anwendung der kurzen pressgesetzlichen Verjährungsfrist kann im vorl. Falle keine Rede sein, da das Vergehen nach § 147 GenG. — was an sich möglich wäre — nicht, jedenfalls nicht ausschließlich, durch die Verbreitung der Druckschriften unwarren Inhalts i. S. des § 22 PressG. begangen wurde.

Prof. Dr. Fr. Doerr, München.

das O. in der Hauptsache von der Unwahrheit der gedruckten Geschäftsberichte aus. Kömen diese allein in Frage, so wäre die Strafverfolgung möglicherweise schon verjährt (§ 22 PressG.). Es braucht aber hierauf nicht weiter eingegangen zu werden. Denn nach den gesamten Ausführungen des Ur. handelt es sich nicht allein um die gedruckten Geschäftsberichte. Die Ausführungen ergeben vielmehr, daß die Berichte zum Gebrauch in den GenVers. angefertigt wurden und daß die GenVers. auch stattfanden. Die Berichte müssen also dort von einem Mitglied des Aufsichtsrats oder Vorstandes vorgetragen oder wenigstens in Bezug genommen worden sein. Beides ist aber dann nicht nur mit Wissen und Willen des Beschw. geschehen, sondern ist auch auf seine Tätigkeit als Mitverfasser und Mitherausgeber der Geschäftsberichte zurückzuführen. Er ist dann hierfür ebenfalls strafrechtlich verantwortlich, gleichviel ob der Vortragende oder Bezugnehmende gutgläubig oder schlechtgläubig gehandelt hat und ob der Beschw. zugegen gewesen ist oder nicht. Für die Verfolgung des hierin liegenden Teils der Ausführung der Straftaten kommen nur die Verjährungsvorschriften des StGB. in Betracht. Da aber die unwahre Darstellung in den die GenVers. vorbereitenden Druckschriften und die unwahre Darstellung daselbst jeweils eine Einheit bilden und die Verjährungsfrist nur eine einheitliche sein kann, läuft für jedes nach Maßgabe des § 147 GenG. festgestellte Vergehen die Verjährungsfrist von fünf Jahren. Diese war in keinem der angenommenen Fälle zur Zeit der Vornahme der ersten richterlichen Handlung im gegenwärtigen Verfahren schon abgelaufen.

Bei der Untersuchung der Frage, ob sich der Beschw. eines solchen Vergehens schuldig gemacht habe, ist vom Tatbestande des § 147 GenG. auszugehen. Danach ist das Mitglied des Aufsichtsrats strafbar, das in seinen Darstellungen den Stand der Verhältnisse der Genossenschaft wissenschaftlich unwahr darlegt. Die Rev. irrt, indem sie der Anschauung ist, daß die unwahre Darstellung nur insoweit strafbar sein könne, als sich die Pflicht zur Offenlegung und Auskunftserteilung erstreckt. Die Strafbarkeit umfaßt alle wissenschaftlich unwahren Angaben über die Verhältnisse der Genossenschaft, also auch solche, die hätten weggelassen werden können. Es braucht demnach nicht entschieden zu werden, ob die Angabe, daß „sich Anstände nicht ergeben“ hätten, in dem alljährlichen Geschäftsbericht gemacht werden mußte oder nicht.

Betrachtet man von dieser Rechtsgrundlage aus den vorliegenden Sachverhalt, so kann es bei der von dem Beschw. gegebenen Darstellung nach der äußeren Seite des Tatbestandes nur darauf ankommen, wie seine Darstellung aufgefaßt werden konnte und ob der hiernach festgestellte Sinn der Wahrheit widersprach, nach der inneren Seite des Tatbestandes, ob sich der Beschw. des festgestellten Sinnes seiner Darstellung und ihrer Unwahrheit bewußt gewesen ist. Diese Voraussetzungen sind in dem angef. Ur. ausreichend dargetan. Es ist festgestellt, daß der Sinn der genannten Worte nur der sein konnte, die Geschäftsführung sei in Ordnung gefunden worden, und daß dies wegen der erheblichen Kreditüberschreitungen nicht wahr gewesen ist.

(1. Sen. v. 12. Dez. 1933; 1 D 1225/33.)

[W.]

**20.** § 11 DepotG.; § 240 Ziff. 3 RD. Beim Zusammenstreffen von Depotverbrechen mit Bankrott kann, wenn sie durch eine und dieselbe Zahlungseinstellung oder Konkursöffnung verbunden sind, nicht Tatmehrheit angenommen werden. Hat dies der Tatrichter doch getan, so ist die Beschränkung der Rev. auf einen dieser rechtlichen Gesichtspunkte nicht wirksam. †)

Beihilfe zu dem vom verstorbenen W. begangenen Verbrechen nach § 11 DepotG. ist dem Beschw. S. im angef. Ur. an sich rechtlich bedenkenfrei nachgewiesen.

W. hat sich aber auch des einfachen Bankrotts nach § 240

Zu 20. Eine und dieselbe Zahlungseinstellung oder Konkursöffnung verbindet eine Mehrheit strafbarer Bankrott handlungen zu einer einzigen — gegebenenfalls fortgesetzten (s. mein Fortgef. Delikt, Stuttgart 1908, S. 150 f.) — Straftat. Fallen sie teils

Nr. 3 RD. schuldig gemacht, und S. hat ihm hierzu gleichfalls Beihilfe geleistet. Das SchöffG. hat ihn wegen in Tateinheit<sup>1)</sup> begangener Beihilfe zu den beiden Strafthaten verurteilt und das LG. hat die Verurteilung des S. wegen eines selbständigen Vergehens nach § 240 Nr. 3 RD., § 49 StGB. in Schuldspruch — ohne zu ihm eigene Feststellungen zu treffen — als rechtskräftig angesehen und behandelt, weil S. und die StA. insoweit ihre Ver. auf das Strafmaß beschränkt haben. Bei dem Zusammentreffen des Depotverbrechens und des einfachen Bankrotts W.s kam jedoch wegen ihrer Verbindung durch eine und dieselbe Zahlungseinstellung und Konkursöffnung, einerlei, ob man hierin ein Tatbestandsmerkmal oder eine Strafbarkeitsbedingung erblickt, Tateinheit nicht in Frage, sondern entweder Gesetzesinheit, oder, wie hier, bei verschiedenartiger Betätigung Tateinheit nach § 73 StGB. (RGSt. 34, 237; 66, 88; Ur. II D 1182/32 u. II D 1276/33). Lag aber nur eine einheitliche Haupttat vor, so konnte von S. auch nur eine strafbare Beihilfe zu ihr, nicht Beihilfe zum Bankrott und Beihilfe zum Depotverbrechen in Tateinheit geleistet werden (RGSt. 44, 409; 66, 268). Der BeschwF. konnte deshalb die Ver. nicht wirksam derart beschränken, daß der Schuldspruch nur zur Beihilfe zum Depotverbrechen, nicht aber zur Beihilfe zum Bankrott angefochten sein sollte (RGSt. 58, 31; 63, 357; vgl. auch RGSt. 65, 125, 312). Das auf gegenseitiger Ansicht beruhende Ur. des LG. muß deshalb insofern aufgehoben werden, auch ohne daß eine Verfahrensrüge in dieser Richtung erhoben worden ist. Da das BG. eigene Feststellungen über die Beihilfe zum Bankrott nicht getroffen hat, ist das RevG. auch nicht in der Lage, von sich aus den Schuldspruch dahin abzuändern, daß Tateinheit vorliegt, und nur zu neuer Straffestsetzung zurückzuverweisen, vielmehr ist insoweit gegenüber S. die Aufhebung und Zurückverweisung in vollem Umfang erforderlich.

(2. Sen. v. 4. Jan. 1934; 2 D 398/33.)

[28.]

**\*\*21.** §§ 398, 401 RAbgD.; §§ 44, 49 StGB. § 398 RAbgD. trifft nur den Gehilfen, der die Beihilfe seines Vorteils wegen begangen hat. Die Einziehung des geschmuggelten Gutes und die Verurteilung zum Wertersatz trifft den Gehilfen aber auch ohne diese Voraussetzung. Dasselbe

unter § 239 RD., teils unter § 240 (oder § 241) RD., so wird § 73 StGB. (Idealkonkurrenz) angewendet<sup>1)</sup>. Gleiches wird angenommen, wenn sie zum Teil unter die Strafbestimmungen der RD., zu einem anderen Teil unter § 10 oder § 11 DepotG. fallen (vgl. hiergegen mein Fortges. Delikt S. 151 f.). All das ist herrschende Lehre und Rpr., um nicht zu sagen: „Gewohnheitsrecht“ (vgl. Frank, StGB., 18. Aufl., 1931, S. 653 R. VII zu § 239 RD., S. 658 R. V zu § 240 RD., S. 661 R. VI zu § 241 RD. mit Literaturnachweisen; RGSt. 48, 118; 64, 43 außer den in vorl. Entsch. erwähnten Präjudizien).

Hier handelte es sich um ein Verbrechen nach § 11 DepotG. und ein Vergehen nach § 240 Nr. 3 RD. in angebl. Tateinheit nach § 73 StGB. Sowohl zu dem Verbrechen wie zu dem Vergehen hat der Angekl. Sch. Beihilfe geleistet; durch welche Handlungen, ist nicht gesagt. Die Annahme der Tateinheit der Haupttaten bewirkt, daß auch die akzessorische Beihilfe zu den tateinheitlichen Delikten nach diesen, also nach § 11 DepotG., § 240 Nr. 3 RD., § 73 StGB. i. Verb. m. § 49 StGB. rechtlich beurteilt werden muß und nicht als eine Mehrheit selbständiger oder realkonkurrierender Beihilfen zu ideell konkurrierenden Delikten angesprochen werden kann, selbst wenn sie durch ganz verschiedene und voneinander unabhängige Einzelhandlungen geleistet worden ist.

Liegt aber bezüglich der Beihilfehandlungen Tateinheit (§ 73 StGB.) vor, dann war die Berufungsbeschränkung auf einen Teil der einheitlichen Tat unwirksam, was das RevG. von Amts wegen zu beachten hatte (s. meine StPD., 14. Aufl., 1934, S. 244 zu § 318 und S. 268 zu § 352 mit zahlreichen weiteren Nachweisen). Das hat das RG. getan; seine Entsch. ist daher zu billigen.

Prof. Dr. Fr. Doerr, München.

gilt von der Einziehung der zur Begehung der Tat benutzten Beförderungsmittel. †)

Die Annahme des LG., daß der Angekl. W. den beiden anderen Angekl. zur Begehung der Hinterziehung des Zolles und der Ausgleichsteuer für die 7 dz Serabella durch die Tat wesentlich Hilfe geleistet habe, ist in dem angef. Ur. einwandfrei begründet worden. Das LG. hat aber rechtsirrig angenommen, daß auch für die bloße Beihilfe des Angekl. W. nach § 398 RAbgD. die volle Strafe gelte, die das Gesetz androht. Das LG. hat übersehen, daß § 398 nur den Gehilfen trifft, der die Beihilfe seines Vorteils wegen begangen hat, und es hat die Frage, ob der Angekl. W. seines Vorteils wegen gehandelt hat, bisher nicht geprüft. Wird aber zugunsten dieses Angekl. unterstellt, daß er nicht seines Vorteils wegen gehandelt habe, dann gilt für seine Bestrafung die allgemeine Regel des § 49 Abs. 2 StGB., wonach die für die Strafthat selbst angedrohte Strafe nach den über die Bestrafung des Veruchts aufgestellten Grundätzen (§ 44 StGB.) zu ermäßigen ist. Die gesetzliche Mindeststrafe beträgt dann nicht, wie das LG. angenommen hat, das Vierfache, sondern nur das Einfache des hinterzogenen Zolls und der Ausgleichsteuer. Soweit der Angekl. W. verurteilt ist, muß deshalb das angef. Ur. mit den ihm zugrunde liegenden Feststellungen aufgehoben werden. Bei der erneuten Verhandlung wird zu beachten sein, daß die Einziehung der beschlagnahmten 5 dz Serabella und die Verurteilung zum Wertersatz für die übrigen 2 dz auch ihm gegenüber nicht davon abhängig ist, ob er die Beihilfe seines Vorteils wegen geleistet hat oder nicht. Der erl. Sen. schließt sich der in RGSt. 65, 283 u. 66, 431 dem § 401 (früher 365) RAbgD. gegebenen Auslegung an. Danach bedeutet es keine Beschränkung des Begriffs der Steuerhinterziehung i. S. des § 401 auf die vollendete Handlung des Täters, daß hinter diesem Wort in Klammern ein Hinweis auf § 396 steht, sondern der Inhalt der Klammer verweist nur auf die Gesetzesstelle, in der der Begriff „Steuerhinterziehung“ geregelt ist. Infolgedessen wird i. S. des § 401 „wegen Steuerhinterziehung verurteilt“ auch derjenige, für den nach § 398 wegen einer seines Vorteils wegen begangenen Beihilfe die für die Tat selbst angedrohte Strafe gilt. Aber auch der Gehilfe, der nicht seines Vorteils wegen gehandelt hat und gegen den deshalb nach § 49 StGB. die Strafe nach dem gegen den

Zu 21. Die Auffassung, daß in § 398 RAbgD. die Worte „die jemand seines Vorteils wegen begeht“ sich nicht nur auf die Begünstigung, sondern auch auf die Beihilfe beziehen, ist die herrschende (RGSt. 65, 283; E. Becker, RAbgD., 7. Aufl., Anm. 1 zu § 361 a. F.; Cattien, Reichssteuerstrafrecht, 2. Aufl., Anm. 2 zu § 361; a. A., soweit übersehbar, nur Mrozek, RAbgD., Anm. 5 zu § 361); dafür spricht wohl zwingend die Erwägung, daß die Gleichstellung mit der Täterschaft nur für eine irgendwie schwerer qualifizierte Beihilfe gerechtfertigt erscheint. Ebenso unbedenklich kann davon ausgegangen werden, daß die in § 401 RAbgD. vorgegebene Nebenstrafe (§ 414) der Einziehung trotz des Klammervermerks „(§ 396)“ auch für den Versuch (§ 397) und für die eines Vorteils wegen begangene Beihilfe und Begünstigung angedroht ist (RGSt. 66, 432). Dagegen kann ich dem RG. nicht folgen, wenn es die Einziehung auf Grund des § 401 auch dem lediglich aus § 49 StGB. strafbaren Gehilfen gegenüber anwendet (a. A. offenbar auch Becker a. a. D., Anm. 1 Abs. 3 zu § 365 und Rüdiger-Möhe-Sauer, RAbgD., 2. Aufl., Anm. 8 Abs. 2 zu § 365). Die angezogene Entsch. RGSt. 66, 432 hat den Versuch im Auge und begründet die Anwendbarkeit bez § 401 auf ihn mit dem Hinweis, daß die versuchte Steuerhinterziehung grundsätzlich für die vollendete Tat angebrohten Strafe unterliegt (§ 397 Abs. 2 Halbsatz 1); daß dieses Argument für die nach § 49 Abs. 2 StGB. zu bestrafende Beihilfe nicht durchschlägt, leuchtet ohne weiteres ein. Die Verhängung der Konfiskation gegen einen Gehilfen nach dem ZollG. hat RGSt. 8, 282 damit zu rechtfertigen versucht, daß die Unmöglichkeit der Ermäßigung der Einziehung nach § 49 Abs. 2 StGB. nicht dazu führen könne, von der Einziehung überhaupt abzusehen; es kann dahingestellt bleiben, ob das zutrifft, jedenfalls paßt diese Beweisführung eben nur für die Konfiskation des ZollG., die Hauptstrafe ist. In RGSt. 65, 283 endlich wird die Einziehung gegen einen Gehilfen i. S. des § 49 StGB. auf den Mangel eines „inneren Grundes“ für eine verschiedene Behandlung der Beihilfe nach § 398 RAbgD. und der Beihilfe nach § 49 StGB. gestützt und die Bestrafung auch wegen letzterer eine Bestrafung wegen „Hinterziehung im weiteren Sinne“ genannt. Mir scheint demgegenüber gerade die Existenz eines besonderen Beihilfebegriffs in der RAbgD. einen zureichenden „inneren Grund“ für die grundsätzlich verschiedene Behand-

<sup>1)</sup> Die Meinung des RG.: HöchStMspr. 1934 Nr. 64, fortgesetzte Strafthaten seien nicht als teils nach einem schwereren, teils nach einem leichteren rechtlichen Gesichtspunkte begangen zu bezeichnen, sondern nur nach dem schwereren, ist m. E. unrichtig und entspricht nicht der wahren Sachlage in solchen Fällen.

<sup>2)</sup> Richtig: Tateinheit.

Haupttäter geltenden Gesetz festzusetzen, jedoch nach den über die Bestrafung des Versuchs aufgestellten Grundsätzen zu ermäßigen ist, unterliegt der Einziehung und dem Wertersatz, da beides Nebenstrafen, also Strafen sind und deshalb auch den Gehilfen treffen, ohne jedoch ihrer Natur nach eine Ermäßigung gem. § 49 Abs. 2 StGB. zu gestatten, wie in RGSt. 65, 285 ausgeführt ist.

Die Rev. des Nebenkl. rügt mit Recht, daß das LG. über die Einziehung der zur Begehung der Hinterziehung benutzten Beförderungsmittel nicht entschieden hat. Wie die Einziehung des geschmuggelten Getreides und Wertersatz für das nicht mehr einziehbare Getreide auch den Gehilfen trifft, der nicht seines Vorteils wegen gehandelt hat, ebenso muß nach § 49 StGB. die Einziehung der zur Begehung der Tat benutzten Beförderungsmittel den Gehilfen ohne Rücksicht darauf treffen, ob er die Beihilfe seines Vorteils wegen geleistet hat oder nicht. Denn auch die in § 401 RAbgD. angedrohte Einziehung der Beförderungsmittel ist eine Nebenstrafe und gilt als solche auch gegen jeden Gehilfen. Ihm gegenüber geht die Strafandrohung dahin, daß die von ihm zu seiner Tat, d. i. zur Begehung der Beihilfe benutzten Beförderungsmittel eingezogen werden müssen. Eine Ermäßigung gem. § 49 Abs. 2 StGB. ist auch hier mit Rücksicht auf die Art dieser Nebenstrafe ausgeschlossen.

(6. Sen. v. 16. Jan. 1934; 4 D 253/33.)

[B.]

## II. Verfahren.

22. §§ 60, 62—64 GVG.; Art. 105 RVerf. Die Einrichtung einer besonderen Korruptionskammer im Laufe des Geschäftsjahres bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 63 Abs. 2 GVG.

lung abzugeben; der Gesetzgeber der RAbgD. hält die eines Vorteils wegen begangene Beihilfe zur Steuerhinterziehung für ebenso strafwürdig wie diese selbst, die ungenügend geleistete Hilfe beurteilt er nicht anders als der Gesetzgeber des StGB.

Nach § 49 StGB. soll die Strafe des Gehilfen „nach den über die Bestrafung des Versuchs aufgestellten Grundsätzen ermäßigt“ werden. Eine vielfach vertretene Auslegung dieser Bestimmung kommt zu dem Ergebnis, von den die Bestrafung des Versuchs regelnden Bestimmungen gelte für die Beihilfe nur § 44, der bestimme, wie die Hauptstrafen zu ermäßigen seien, nicht der die Frage der Nebenstrafen für den Versuchsfall regelnde § 45, deshalb seien gegen den Gehilfen alle Nebenstrafen und Nebenfolgen, die für die Täterschaft vorgesehen seien, zu verhängen (so Frank, StGB., 18. Aufl., Anm. III 2 a. E. zu § 49; Ditzhaus, Anm. 27 zu § 49; LpzKomm., Anm. 12 zu § 49). Soweit für diese Auslegung Gründe angegeben werden, sind sie aus dem Wortlaut des § 49 Abs. 2 („Grundsätze“ „ermäßigt“) entnommen. M. E. enthält indessen auch § 45 „Grundsätze“, vor allem negativ den Grundsatz, daß andere, für das vollendete Delikt angeordnete Nebenstrafen als die dort ausdrücklich zugelassenen im Versuchsfalle nicht anwendbar sind, und ich erblicke in diesem Grundsatz auch eine Ermäßigung der Strafandrohung gegenüber der Strafandrohung für die vollendete Tat. In Übereinstimmung mit dieser Auffassung hat das RG., wenn es sich mit Nebenstrafen im Falle der Beihilfe zu befassen hatte, jeweils aus § 45 die Gründe für die Zulassung oder Nichtzulassung entnommen (RGSt. 13, 78 und 60, 126). Für die Nebenstrafe der Einziehung nach § 40 im Falle der Beihilfe ist jener Grundsatz allerdings bedeutungslos, aber nicht deshalb, weil § 45 bei der Bestrafung der Beihilfe überhaupt nicht in Betracht gezogen werden darf, sondern weil in § 40 die Einziehung nicht nur dem Täter, sondern auch allen Teilnehmern angedroht ist.

Es bleibt die Frage, ob neben § 401, d. h. soweit er nicht Platz greift, für die Anwendung des § 40 überhaupt Raum ist. Das RG. hat in älteren Entsch., insbes. zum alten NabrWittG. (z. B. RGSt. 6, 296), die Auffassung vertreten, die Einziehungsbestimmungen der sog. strafrechtlichen Nebengesetze schloffen die Anwendung des § 40 auf ihre Tatbestände schlechthin aus. Später hat das RG. in steigendem Maße sich zu der m. E. richtigen, entgegengelegten Auffassung bekannt (RGSt. 44, 316; 45, 13, 340; GoldbSch. 72, 253; vgl. a. Stenglein-Schneidewin, Strafrechtl. Nebenges., 5. Aufl., Anm. 7 zu § 14 LebWittG.) und die subsidiäre Anwendung des § 40 StGB. hinter den Sonderbestimmungen der Nebengesetze zugelassen. Für die RAbgD. eine Ausnahme zu machen, besteht zumal angesichts des § 391 kein Anlaß.

Das Ergebnis ist also, daß im Falle nach § 49 StGB. zu bestrafender Beihilfe zur Steuerhinterziehung nicht § 401 RAbgD. anzuwenden ist, daß vielmehr nur unter den Voraussetzungen des § 40 StGB. auf Einziehung erkannt werden darf.

GenStM. i. e. H. Dr. Hafner, Karlsruhe.

ist rechtsgültig, auch wenn die Bezeichnung dessen, was unter einer Korruptionsfahse zu verstehen sei, und der für die geschäftliche Aussonderung der Sachen aufgestellte Maßstab, Zweifel zuläßt.

Angesichts der Vorgänge, die zur Bildung der im Art. als „Strk. für Korruptions- und Sabotagesachen“ bezeichneten Strk. und ihrer Betrauung mit dem Verfahren gegen den Angekl. geführt haben, kann zunächst keine Rede davon sein, daß diese Strk. in der vorliegenden Sache eine Sondergerichtsbarkeit ausgeübt habe, oder daß sie als ein Ausnahmegericht in unstatthafter Weise tätig geworden oder daß der Angekl. dem Verbot des Art. 105 Satz 2 RVerf. zuwider seinem gesetzlichen Richter entzogen worden sei. Die Strafsache gegen den Angekl. wegen Betrugs und Vergehens nach § 270 PrStGB. fiel in den Rahmen der ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit; sie gehörte vor die ordentlichen Gerichte; über sie wurde von der Strk. als von dem gemäß Kap. I Art. 1 § 1 Nr. 2 Teil 1 W. v. 14. Juni 1932 (RGBl. 285) zuständigen ordentlichen Gericht entschieden. Die Strk. fällt das Ur. auch nicht als ein Ausnahmegericht. Ihre Befassung mit der Sache beruhte darauf, daß an sie der Auftrag zur Erledigung einer Gattung gewisser, nach allgemein verwertbaren Merkmalen ausgewählter, im übrigen aber unbestimmter Sachen ergangen war und daß die den Angekl. betreffende Sache diese Merkmale aufwies. Als ein Ausnahmegericht stellt sich dagegen nur ein Gericht dar, das mit der Entsch. einer einzelnen bestimmten Streitsache oder einer Mehrheit solcher Sachen beauftragt wird. Schließlich wurden auch nicht etwa Richter für die Verhandlung und Entsch. über die gegen den Angekl. erhobene Klage in einer dem Gesetz zuwiderlaufenden Weise aus- oder eingeschaltet.

Vielmehr bewegten sich sowohl die Bildung jener Strk. als auch die Zuweisung gewisser Geschäfte an sie, aus der sich die Aburteilung der gegenwärtigen Sache ergab, und ihre Besetzung mit Richtern durchaus in den durch §§ 60, 62—64 GVG. gezogenen Grenzen. Allerdings wurde die maßgebende Anordnung im Lauf des Geschäftsjahrs so getroffen, daß die vor Beginn des Geschäftsjahrs für seine Dauer festgelegte Geschäftsverteilung eine Änderung erlitt. Doch war die in § 63 Abs. 2 GVG. bestimmte Voraussetzung für eine solche ändernde Anordnung, wie im Beschluß des Präsidiums hervorgehoben ist, insofern erfüllt, als sie wegen Überlastung der bis dahin bestehenden Strk. und infolge Wechsels einzelner Mitglieder des Gerichts erforderlich erschien. Die Anordnung wurde entsprechend der damals — vor dem Inkrafttreten des Ges. vom 4. Juli 1933 (RGBl. 451) — gültigen Fassung des § 64 GVG. vom Präsidium getroffen. Dem pflichtmäßigen Ermessen des Präsidiums war es überlassen, der neugebildeten Strk. aus dem Arbeitsgebiet der alten Kammern Sachen zuzuweisen, die sich entweder nach dem Anfangsbuchstaben des Namens des an erster Stelle angeführten Angekl. oder nach dem Ort der Tat oder nach dem in der Anlagenschrift bezeichneten anzuwendenden Strafgesetz oder nach dem Lebensalter oder dem Amt oder Beruf der Angekl. oder nach gewissen Besonderheiten der den Gegenstand der Klage bildenden Tat oder nach irgendwelchen anderen allgemein verwertbaren Merkmalen bestimmten. Wenn die unterscheidenden Kennzeichen hierbei nicht so scharf beschrieben werden konnten, daß eine Meinungsverschiedenheit darüber, welcher Kammer die einzelne Sache nach der Geschäftsverteilung zufalle, überall auszuschließen war, so lag es dem Präsidium doch ob, einem willkürlichen Verfahren durch möglichst genaue Festlegung der Unterscheidungsmerkmale vorzubeugen. Diesem Erfordernis genügte jener Beschluß des Präsidiums, indem er in dem hier allein in Betracht kommenden Teil den Begriff der „Korruptionsfahse“ dahin näher erläuterte, daß hierunter insbes. Sachen zu verstehen seien, in denen Beamte und Angestellte des Reichs, des Staates, der Gemeinden, der öffentlichen und halböffentlichen Betriebe, Krankenkassen usw. unter Ausnutzung ihrer amtlichen oder dienstlichen Stellung sich oder anderen unrechtmäßige Vorteile verschafft oder zu verschaffen versucht haben. Sollte das Präsidium bei der Bildung der 8. Strk. und bei ihrer Betrauung mit den bezeichneten Sachen einem Erlaß des preuß. JustMin. Rechnung getragen haben, so

wäre hieraus keineswegs zu folgern, daß ihre Anordnung gesetzwidrig zustande gekommen sei.

(4. Sen. v. 12. Dez. 1933; 4 D 128/33.)

[W.]

**\*\*23.** § 314 StPD. Revisionschrift. Die Unterschrift ist kein wesentliches Erfordernis der Schriftlichkeit i. S. des § 314 StPD., wohl aber muß aus dem betreffenden Schriftstück in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise ersichtlich sein, von wem die Erklärung herrührt.

Der Angekl. hatte seinen damaligen Verteidiger, den Rechtsanwalt M., beauftragt, gegen das in seiner Anwesenheit am 2. Okt. 1931 verkündete Ur. des SchöffG. Ver. einzulegen. Am 6. Okt. 1931 ging bei der zur Empfangnahme ermächtigten „Verteilungsstelle“ des LG. und AG. in A. ein v. 5. Okt. 1931 datierter, mit „Urschrift für das Gericht“ überschriebener, die Berufungseinlegung enthaltender Schriftsatz ein, der in der linken oberen Ecke mit dem Aufdruck:

M., J. Z.

Rechtsanwälte

Ort Straße

versehen, im übrigen aber mit der Schreibmaschine hergestellt war. An der für die Unterschrift bestimmten Stelle standen die Worte: „Der Rechtsanwalt.“, es fehlte jedoch die Unterschrift; links unten trug der Schriftsatz den Vermerk „M./Go.“. Er wurde zu den Gerichtsakten genommen, ohne daß das Fehlen der Unterschrift zunächst bemerkt wurde. Der Umfang des Rechtsmittels war in dem Schriftsatz mit den Worten bestimmt, „daß die Ver. eingelegt werde, insoweit der Angekl. L. unter Freisprechung im übrigen beurteilt worden sei“.

Gleichzeitig mit diesem Schriftsatz hatte M. M. bei der vorerwähnten „Verteilungsstelle“ ein zweites Schriftstück sonst gleichen Inhalts vorlegen lassen, das sich von dem ersteren nur dadurch unterschied, daß es mit „Urschrift“ überschrieben und etwas weiter unten — und zwar sowohl in Maschinenschrift als auch handschriftlich (mit Rotstift) — als „Quittung“ bezeichnet war; außerdem trug dieses Schriftstück im Gegensatz zu der „Urschrift für das Gericht“ die Unterschrift des M. M. Der zweite Schriftsatz wurde dem Büroangestellten des M. M. alsbald zurückgegeben, nachdem ihn der Beamte der Verteilungsstelle mit der vom 6. Okt. 1931 datierten Bescheinigung „Berufung in dieser Sache erhalten“ versehen hatte.

Hierzu stellt die Strk. zunächst fest, daß der zuerst erwähnte Schriftsatz (kurz „Original“ genannt) von vornherein für die Gerichtsakten, der zuletzt erwähnte („Durchschlag“) dagegen von vornherein für die Handakten des damaligen Verteidigers bestimmt gewesen sei. Wenn der Büroangestellte, der die beiden Schriftstücke am 6. Okt. 1931 der bezeichneten Annahmestelle überbracht habe, den Durchschlag sofort wieder mitgenommen habe, nachdem er mit der Bescheinigung des Beamten der Verteilungsstelle über den Empfang der „Original“-berufungsschrift versehen gewesen sei, so habe er die ihm erteilte Anweisung befolgt, sich auf dem als Urschrift bezeichneten Durchschlag den Eingang der Berufungsschrift bescheinigen zu lassen. Der Beamte der Annahmestelle habe somit diese Urkunde nicht als Rechtsmittelschrift entgegengenommen, sondern auf ihr nur den Empfang der für die Gerichtsakten bestimmten Berufungsschrift bescheinigen sollen. Als Schriftstück, das gar nicht in die Gerichtsakten habe gelangen sollen, könne der Durchschlag nicht als eine in den Besitz des Gerichts gelangte Berufungsschrift angesehen werden, wenn er auch vorübergehend der Annahmestelle vorgelegen habe.

Diese Auffassung der Strk. ist nicht zu beanstanden. Nach § 314 StPD. ist die Ver. innerhalb der bestimmten Frist bei dem Gericht erster Instanz einzulegen, und zwar zu Protokoll der Geschäftsstelle oder schriftlich. Daraus folgt, daß letzterenfalls das die Willenserklärung enthaltende Schriftstück an eine Person gelangt sein muß, die zur Empfangnahme in Vertretung des Gerichts befugt ist (RG-St. 31, 4 [5]). Hier war der Beamte der Verteilungsstelle ermächtigt, die Berufungsschrift in Vertretung des Gerichts in Empfang zu nehmen. Hätte er das getan, so wäre es unschädlich, wenn er das Schriftstück dem Überbringer versehen hätte, oder wenn es aus einem sonstigen Grunde nicht zu den Gerichtsakten gelangt, sondern nach dem

ordnungsmäßigen Eingang bei der Annahmestelle böswillig oder zufällig vernichtet worden oder sonst abhanden gekommen wäre; nur könnte solchenfalls die Tatsache der form- und fristgerechten Rechtsmitteleinlegung nicht durch die Berufungsschrift selbst, sondern nur durch andere Beweismittel, z. B. durch Zeugen, festgestellt werden. Vorliegend wollte der Beamte der Verteilungsstelle den die Unterschrift des Verteidigers tragenden Schriftsatz, nämlich den „Durchschlag“, nicht für das Gericht in Empfang nehmen und hat ihn auch nicht in Empfang genommen. Andererseits hatte auch der Angestellte des M. M. nicht den Willen, dieses Schriftstück dem Verteilungsbeamten als dem Vertreter des Gerichts zu übergeben. Beide waren sich vielmehr darüber einig, daß der Beamte auf dem Schriftstück, das gerade so gut irgendein anderes Papier hätte sein können, nur bescheinigen sollte, daß er ein anderes — die Berufungseinlegung enthaltendes — Schriftstück für das Gericht in Empfang genommen habe, etwas anderes hat der Beamte der Annahmestelle nicht getan. Die Ausführungen der Rev. beruhen auf der irrtümlichen Annahme, das die Unterschrift des Verteidigers tragende Schriftstück sei rechtzeitig an das Gericht gelangt, habe dem Gericht vorgelegen; gerade das ist nach dem Gesagten nicht der Fall.

Dagegen kann der Strk. nicht darin beigeprlichtet werden, daß in dem zuerst erwähnten Schriftsatz keine „schriftliche“ Berufungseinlegung zu finden sei.

Nach der Mspr. des RG. ist die Unterschrift kein wesentliches Erfordernis der Schriftlichkeit i. S. des § 314 StPD., wohl aber muß aus dem betreffenden Schriftstück in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise ersichtlich sein, von wem die Erklärung herrührt (RGEntsch. 1 D 106/18 vom 25 Febr. 1918 [GolbtArch. 66, 87; RGSt. 6, 69; 17, 256; 38, 282 [283]; 57, 280; 62, 53 [54]; 63, 246 [247]).

Wenn die Strk. meint, in RGEntsch. 1 D 1013/28 v. 16. Okt. 1928 (ZW. 1929, 52<sup>20</sup>) werde der Begriff der Schriftlichkeit enger ausgelegt, so übersieht sie, daß es sich damals um eine Revisionsbegründung handelte, für die im § 345 Abs. 2 StPD., falls sie nicht zu Protokoll der Geschäftsstelle erklärt wird, im Gegensatz zu den Vorschr. der §§ 314, 341 StPD. „eine von dem Verteidiger oder einem M. M. unterzeichnete Schrift“ erfordert wird.

Zutreffend nimmt aber die Strk. an, daß es nicht genüge, wenn erst durch andere Beweismittel festgestellt werden könne, von wem die betreffende Erklärung herrühre. Vielmehr muß mit Rücksicht auf die öffentlich-rechtliche Natur des Strafverfahrens und die im öffentlichen Interesse zu fordernde Sicherstellung eines geordneten Fortgangs dieses Verfahrens (vgl. hierzu RGSt. 60, 354 [355] und 355 [356]) an dem Grundsatz festgehalten werden, daß aus dem Schriftstück selbst mit Sicherheit ersichtlich sein muß, von wem es herrührt. Mit Recht hat deshalb die Strk. die bebingt beantragte zeugenschaftliche Vernehmung des M. M. über das Zustandekommen des erwähnten Schriftsatzes abgelehnt. Aus demselben Grunde kommt es auch auf die von dem BeschwF. in dieser Instanz beantragte Beweiserhebung nicht an.

Die Strk. hat jedoch den Umstand nicht berücksichtigt, daß der Schriftsatz, wie bereits erwähnt, mit dem Vermerk „M./Go.“ versehen war. Ob sie den Vermerk für bedeutungslos gehalten und deshalb nicht erwähnt hat, oder ob sie ihn ganz übersehen hat, ist nicht ersichtlich, kann auch auf sich beruhen, da das RevG. mit Rücksicht auf den Gegenstand der Rüge berechtigt und verpflichtet ist, die erforderlichen Feststellungen unter Benutzung aller zu Gebote stehenden Belege und Beweismittel selbst zu treffen (vgl. RGSt. 65, 250 [252 f.]).

Wie der Verteidiger erklärt, ist der Vermerk so zu verstehen, daß M. M. („M“) die Berufungserklärung der Stenotypistin G. („Go“) diktiert, ihren Inhalt also gebilligt habe. Der Sen. hat keinen Anlaß, an der Richtigkeit dieser Deutung zu zweifeln, zumal das hier beobachtete Verfahren einem weitverbreiteten Brauche entspricht. Mag ein derartiger Vermerk auch nur den Zweck haben, die Beaufsichtigung des inneren Geschäftsbetriebs zu erleichtern, so steht doch nichts entgegen, aus seinem Vorhandensein auch in anderer Richtung

Schlüsse zu ziehen. Gerade aus dem Umstande, daß der Schriftsatz diesen Vermerk trägt, schöpft der Sen. — unter gleichzeitiger Berücksichtigung des gesamten sonstigen Inhalts und der äußeren Beschaffenheit des Schriftstücks — die Überzeugung, daß die in ihm enthaltene Erklärung von dem damaligen Verteidiger M. W. herrührt. Das RevG. gelangt somit, indem es seinen Erwägungen nur den Inhalt und die Beschaffenheit der Urkunde selbst zugrunde legt, zu dem Ergebnis, daß das Erfordernis der „Schriftlichkeit“ im oben dargelegten Sinne als erfüllt anzusehen ist. Die Begleitumstände, wie z. B. die Tatsache, daß sich in den Handakten des Verteidigers eine von ihm unterschriebene Berufungsschrift befunden hat, sind hierbei außer Betracht geblieben; sie sind nur insofern von Bedeutung, als sie den vom Sen. aus der Urkunde selbst gezogenen Schlußfolgerungen keinesfalls entgegenstehen.

(3. Sen. v. 30. Nov. 1933; 3 D 992/33.)

[Sp.]

(= RGSt. 67, 385.)

### III. Straffreiheitsgesetz.

**\*\*24.** Nach § 5 StraffreiheitsG. kommt es nicht darauf an, daß die früheren Strafen vor der Straftat liegen, die jetzt in Frage steht.

Die Tat des Angekl. ist im März 1932 begangen worden. Bis dahin waren gegen den Angekl. nur Geldstrafen ausgesprochen worden. Am 26. Okt., am 4. Nov. und am 4. Dez. 1932 aber wurde der Angekl. zu Gefängnisstrafen verurteilt, deren erste allein schon vier Monate betrug.

Die Rev. meint, nach § 5 StraffreiheitsG. komme es darauf an, daß die früheren Strafen vor der Straftat lägen, die jetzt in Frage sei. Dieser Annahme steht der Sinn und Zweck des StraffreiheitsG. entgegen. Es handelt sich hier nicht wie bei den gesetzlichen Vorschr. über Rückfallverbüßen darum, daß eine Straftat deshalb, weil frühere Bestrafungen ihre Wirkung auf den Täter verfehlt hatten, strenger zu beurteilen sei, sondern darum, ob der Täter des Gnadenerweises würdig sei, der durch die Niedererschlagung des Verfahrens gewährt werden sollte. Hierfür aber kann nur entscheidend sein, ob im Zeitpunkte der Niedererschlagung — also hier in dem Zeitpunkte, als das Gesetz in Kraft trat — der Täter in dem vom Gesetz bestimmten Sinne des Gnadenerweises würdig war.

Gegen die Richtigkeit dieser Auffassung spricht nicht die von der Rev. angestellte Erwägung: wenn es auf die Frage der Begnadigungswürdigkeit ankäme, müßte der Straffreiheit auch eine solche Tat entgegenstehen, die vor dem Inkrafttreten des StraffreiheitsG. begangen worden sei, aber erst nachher abgeurteilt werde, das aber sei nach dem Gesetz nicht der Fall. Wenn sich auch nicht verkennen läßt, daß die Bergünstigung des StraffreiheitsG. hiernach einem Täter zuteil werden kann, der nach seiner sonstigen Führung ihrer nicht würdig ist, so ändert das doch nichts daran, daß für die Straffreiheit, die unmittelbar durch das Gesetz, also im Augenblick seines Inkrafttretens, gewährt sein soll, nur die vor diesem Zeitpunkt bereits gegen den Angekl. ergangenen — rechtskräftigen — Verurteilungen maßgebend sein sollen. Bei einer andern Regelung, die also auch später erst eintretende Verurteilungen berücksichtigen würde, würde die Frage der Straffreiheit auf Jahre hinaus offen bleiben können, ein Zustand, der sich mit einer geordneten Strafrechtspflege nicht vertrüge.

Die Straffreiheit ist also hier durch die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes liegenden Gefängnisstrafen des Angekl. ausgeschlossen.

Es könnte indessen von einer Anwendung des Gesetzes auch aus einem andern Grunde keine Rede sein. Die Handlung des Angekl. — die betrügerische Erlangung eines Kraftwagens und die der Durchführung dienende fälschliche Anfertigung von Urkunden — hatte zum Ziel, dem Angekl. die Grundlage für die Einrichtung eines Geschäftsbetriebs zu verschaffen. Sie diente damit, wie vom RG. wiederholt ausgesprochen worden ist, nicht der Abstellung einer gegenwärtigen wirtschaftlichen Not im Sinne des StraffreiheitsG.

(1. Sen. v. 22. Dez. 1933; 1 D 1358/33.)

[Sp.]

## Freiwillige Gerichtsbarkeit.

**1.** § 1 PrGG. Überreicht der Gläubiger einen Eintragungsantrag des Eigentümers dem Grundbuchamt mit der Bitte um Erledigung, so wird er damit nicht ohne weiteres zum Antragsteller und Kostenschuldner.

Nach § 1 Satz 1 PrGG. ist zur Zahlung der Kosten derjenige verpflichtet, durch dessen Antrag die Tätigkeit des Gerichts veranlaßt ist und bei Geschäften, welche von Amts wegen betrieben werden, derjenige, dessen Interesse dabei wahrgenommen wird. Da im vorl. Fall die Geschäfte vom GBM. nicht von Amts wegen betrieben worden sind, kommt es lediglich darauf an, ob die B.- und G.-Gesellschaft als Antragstellerin anzusehen ist. Das LG. hat diese Frage zu Recht verneint. Allerdings ist seine Ansicht, daß die Gesellschaft nicht zu den Antragsberechtigten i. S. des § 13 Abs. 2 GBD. gehöre, unrichtig. Denn nach dieser Vorschr. kann der Antrag nicht nur von dem, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird, sondern auch von dem, der aus der Eintragung Rechte erwirbt, gestellt werden. Im vorl. Fall erwarb aber die Gesellschaft aus der Eintragung der Grundschuld ein Recht. Sie hat in dem Schreiben v. 28. Mai 1931 unter Bezugnahme auf die mitüberbandte notarielle Urk. v. 14. April 1931 erklärt: „Wir bitten um Erledigung dieser Eintragung.“ In dem Schreiben hat sie zwar nicht ausdrücklich erwähnt, in wessen Namen sie die Urk. überreiche und um Vornahme der Eintragung bitte. Da sie aber unter Bezugnahme auf die von ihr überreichte Urk. gebeten hat, „diese Eintragung“, d. h. die in der Urk. beantragte Eintragung vorzunehmen, so kann ihre Erklärung nur dahin verstanden werden, daß sie die Eintragung lediglich im Namen des Eigentümers hat beantragen wollen (vgl. 1 a X 951/28 in der Ztschr. für preuß. Justiz. 1929, 32 und Bartscher-Drinnenberg-Wenz, PrGG., 7. Aufl., Anm. 3 zu 1).

Der 2. ZivSen. des RG. hat allerdings in dem Beschl. v. 29. Aug. 1930 — 1 a X 935/30 — ausgesprochen, daß neben dem Grundstückseigentümer, der die Eintragung der Hypothek in notarieller Urk. beantragt hat, der nach § 13 Abs. 2 GBD. antragsberechtigte Hypothekengläubiger für die Eintragungskosten gem. § 1 PrGG. hafte. Dieser Entsch. lag aber ein wesentlich anderer Sachverhalt zugrunde. Denn es hatte dort der Notar die Eintragung ausdrücklich namens der Parteien beantragt. Hieraus ist gefolgert worden, daß der Notar namens aller Antragsberechtigten um Vornahme der Eintragung gebeten hat. Die gleiche Folgerung ist aber nicht etwa stets dann geboten, wenn derjenige, welcher die den Eintragungsantrag enthaltende Urk. dem GBM. überreicht, nicht ausdrücklich erklärt, daß er lediglich im Namen eines bestimmten Antragsberechtigten tätig werde. Es kann vielmehr nur nach Lage des einzelnen Falles beurteilt werden, wer als Antragsteller anzusehen ist. Hierbei ist erforderlichenfalls im Wege der Auslegung der Erklärung gem. § 133 BGB. der auch in Kostensachen Anwendung findet, zu ermitteln, für wen der die Urk. überreichende Beteiligte tätig geworden ist (vgl. 1 a X 1254/33).

Im vorl. Fall läßt die Eingabe der B.- und G.-Gesellschaft nur die Auslegung zu, daß sie die in Frage stehenden Geschäfte lediglich im Namen des Eigentümers beantragt hat. Hierbei ist in Betracht zu ziehen, daß die Gesellschaft keine Veranlassung hatte, einen eigenen Antrag auf Eintragung zu stellen, da ein ordnungsmäßiger Antrag des Eigentümers vorlag. Es ist um so weniger anzunehmen, daß die Gesellschaft im eigenen Namen den Antrag gestellt hat, weil sie in Grundstücksangelegenheiten erfahren ist und offenbar gewußt hat, daß sie bei Stellung eines solchen Antrages neben dem Eigentümer gem. § 1 PrGG. für die Kosten der Eintragung hafte.

(RG., ZivSen. 1a, Beschl. v. 24. Nov. 1933, 1 a X 1316/33.)

Ver. von RGR. Seydtmann, Berlin.

\*

**2.** Eine Vermittlung i. S. des § 11 Abs. 1 Satz 1 PrNotGebD. liegt nur dann vor, wenn die bei der Auseinandersetzung Beteiligten untereinander nicht einig sind und die Tätigkeit des Notars darauf gerichtet ist, die materielle Einigung der Beteiligten über die Auflösung der Erbengemeinschaft durch Feststellung des Nachlasses und der Erbfolge, Regelung der Schuldenfrage und Abgrenzung der Ansprüche der Erben erst herbeizuführen.

Die Gebühr des § 11 Abs. 1 NotGebD. für die Vermittlung einer Auseinandersetzung würde dem Notar nur dann zustehen, wenn er auf Grund eines ihm hierzu erteilten Auftrages mit der Vermittlung der Erbauseinandersetzung befaßt gewesen wäre. Eine Vermittlung i. S. dieser Gebührenvorschr. liegt nur dann vor, wenn die bei der Auseinandersetzung Beteiligten untereinander nicht einig sind und die Tätigkeit des Notars darauf gerichtet ist,

die materielle Einigung der Beteiligten über die Auflösung der Erbengemeinschaft durch Feststellung des Nachlasses und der Erbfolge, Regelung der Schuldenfrage und Abgrenzung der Ansprüche der Erben erst herbeizuführen. Dagegen ist für eine unter § 11 Abs. 1 NotGebD. fallende Vermittlung dann kein Raum, wenn sich die Beteiligten bereits untereinander einig sind und dem Notar nur die Abfassung des Auseinanderetzungsvertrages obliegt, mag es dabei auch notwendig werden, daß er die Vereinbarungen der Beteiligten erst in eine ihrem wahren Willen entsprechende Form bringen muß und sie hierbei mit seinem sachkundigen Rat unterstützt (OLG. 7, 251; 15, 205; RG. v. 6. Nov. 1931, 1 a X 1372/31; 1. April 1932, 1 a X 243/32; 25. Nov. 1932, 1 a X 1405/32 u. a.; Mügel-Ehm, PrGRG. 7 § 10 NotGebD. a. F. Anm. 3; Weushausen, NotGebD. 4 § 11 Anm. 13; Bartscher-D.-W., PrGRG. 7 § 11 NotGebD. Anm. 1). Eine danach gem. § 11 Abs. 1 NotGebD. gebührenpflichtige Tätigkeit hat der Beschw. nicht ausgeübt. Der Kostenschuldner D. hat mit seinem Schreiben den Notar nicht mit der Vermittlung der Auseinandersetzung beauftragt. Da er ihm die für die Nachlasserteilung notwendigen Urkunden und sonstigen Unterlagen mitgeteilt und ihn ferner darüber im einzelnen unterrichtet hat, wie sich die Erben die Auseinandersetzung dächten, hat er deutlich zu erkennen gegeben, daß er nicht die Vermittlung des Notars zur Herbeiführung einer Einigung noch nicht einiger Beteiligten über die Auseinandersetzung anrufen wollte, sondern daß er nur wünschte, der Notar möge die Auseinandersetzung in einer dem übereinstimmenden Willen der Erben entsprechenden, rechtlich einwandfreien Form beurkunden. Wenn der Notar sodann in dem anschließenden Schriftwechsel den Kostenschuldner darüber belehrte, wie eine Auseinandersetzung unter Berücksichtigung der ihm mitgeteilten Vereinbarungen erfolgen könne, wenn sich dabei ergab, daß diese rechtlich unzureichenden Vereinbarungen in einzelnen Punkten so, wie beabsichtigt, undurchführbar waren und andere Vereinbarungen der Erben insoweit notwendig machten und wenn schließlich der Notar selbst hierzu Vorschläge machte, so kann daraus mit Rücksicht auf die zwischen den Erben grundsätzlich bestehende materielle Einigkeit nicht gefolgert werden, der Notar habe die Erbausinandersetzung vermittelt (RG. 1 a X 243/32). Ebenfalls nicht läßt die Tatsache, daß die Erben schließlich mit Rücksicht auf die von dem Notar aufgezeigten Schwierigkeiten der Durchführung ihrer Vereinbarungen von der Beurteilung des Vertrages Abstand genommen haben, weil sie einen nicht völlig klaren Vertrag nicht schließen wollten, den Schluß zu, sie seien sich über den Inhalt der Auseinandersetzung nicht untereinander einig gewesen. Die Mühewaltung des Notars ist vielmehr nur als eine der Vorbereitung des zu beurkundenden Vertrages dienende Tätigkeit anzusehen, die gegenüber dem von ihm bewirkten Hauptgeschäft der Anfertigung des Vertragsentwurfs nur die Bedeutung eines nach § 54 PrGRG. gebührenfreien Nebengeschäfts hat. Hieran ändert auch nichts, daß die Sache tatsächlich und rechtlich nicht einfach lag und von dem Notar eine erhebliche Arbeitsleistung erforderte. Es ist dem Notar zuzugeben, daß die Gebühr aus § 11 Abs. 1 NotGebD. bei anderer Sachlage einem Notar zustehen kann, obwohl infolge eines tatsächlich und rechtlich einfachen Sachverhalts das Geschäft mit wesentlich geringerer Mühe erledigt werden kann. Diese Möglichkeit hat aber ihren Ursprung in dem System der Gebührenordnung, nach der das Maß von Arbeit und Zeitaufwand, das ein einzelnes Geschäft erfordert, ohne Bedeutung für die gesetzliche Vergütung ist, da das Gesetz davon ausgeht, daß die bei den einzelnen Geschäften obwaltenden Verschiedenheiten sich im Gesamtergebnis ausgleichen (RGZ. 46, 310; Weushausen, a. a. D., § 54 PrGRG. Anm. 3). Es muß deshalb auch bei der Beurteilung der Frage, ob dem Notar für seine Tätigkeit die Gebühr aus § 11 Abs. 1 NotGebD. zukommt, der Umfang und die Schwierigkeit seiner Arbeitsleistung ganz außer Betracht bleiben.

(RG., ZivSen. 1a, Beschl. v. 11. Aug. 1933, 1a X 940/33.)

Ver. von W. Weushausen, Berlin.

\*

3. Art. 8, 16 PrOGebD.; § 10 NotGebD.; §§ 105 Abs. 3 Ziff. 4, 22 PrGRG. In Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit steht dem Rechtsanwalt gegen die auf Grund des PrGRG. erfolgte Wertfestsetzung kein eigenes Beschwerderecht zu, da sich der Wert des Gegenstandes für die Berechnung der Anwaltsgebühren nach anderen Grundsätzen bestimmt.

Da N. B. in der Beschwerdeschrift nicht erklärt hat, das Rechtsmittel namens seiner Vollmachtgeber einlegen zu wollen, und da diese an der Erhöhung des Beschwerdewerts auch keinerlei Interesse haben, muß davon ausgegangen werden, daß N. B. die Beschw. im eigenen Namen mit Rücksicht auf seine Gebührenforderung erhoben hat. Insoweit steht ihm aber ein Beschwerderecht nicht zu. Die Gebühren, die er für die Vertretung eines Beteiligten im Beschwerdeverfahren zu beanspruchen hat, bestimmen

sich nach Art. 8 PrOGebD. Daher finden nach Art. 16 Abs. 1 dieser GebD. die Vorschr. der §§ 10—12 NotGebD. entsprechende Anwendung. Nach § 12 daselbst steht allerdings dem N. B. gegen den Beschl. des Prozeßgerichts, durch den der den Gerichtsgebühren zugrunde zu legende Wert des Gegenstandes festgesetzt wird (§ 18 PrGRG.), die Beschw. nach Maßgabe des § 567 Abs. 2 und der §§ 568—575 ZPO. zu. Diese Best. steht mit der des § 11 NotGebD., wonach die für die Berechnung der Gerichtsgebühren maßgebende Festsetzung des Wertes auch für die Berechnung der Gebühren der N. B. maßgebend ist, und diese mit der des § 10 daselbst, nach der auf die Wertberechnung die Vorschr. der §§ 9 bis 12 PrGRG. Anwendung finden, in untrennbarem Zusammenhang. Gerichtsgebühren und Anwaltsgebühren werden also nach dem Werte des Streitgegenstandes erhoben, und dieser Wert wird für beide Gebührenarten nach den gleichen Grundsätzen berechnet. Daher ist die für die Berechnung der Gerichtsgebühren maßgebende Wertfestsetzung auch für die Berechnung der Anwaltsgebühren bestimmend (§ 11 NotGebD.) und es steht dem N. B. gegen die Wertfestsetzung, die zwecks Berechnung der Gerichtsgebühren erfolgt ist, die Beschw. zu (§ 12 a. a. D.). Ist dagegen der Wert des Gegenstandes für die Berechnung der Gerichtsgebühren nach anderen Grundsätzen als für die Berechnung der Anwaltsgebühren zu bestimmen, so kann die Festsetzung jenes Wertes nicht für die Berechnung der Anwaltsgebühren maßgebend sein. Der N. B. hat dann auch kein Interesse an einer den Gegenstandswert erhöhenden Abänderung jener Wertfestsetzung; infolgedessen hat er auch gegen diese Wertfestsetzung kein Beschwerderecht (Mügel-Ehm, PrGRG. 7. Aufl., § 27 Anm. 11; Bartscher-D.-W., PrGRG., 7. Aufl., Anm. 4 zu Art. 16 PrOGebD.; RGZ. 28, B 43; 42, B 292).

Im vorl. Falle findet auf die Berechnung des Gegenstandswertes der Beschw. gegen die Erteilung des Testamentsvollstreckungserzeugnisses nach § 105 Abs. 3 Ziff. 4 PrGRG. die Vorschr. des § 22 Abs. 1 dieses Gesetzes entsprechende Anwendung. Mithin war der Wert des Beschwerdegegenstandes zu 3000 RM, ausnahmsweise höher oder niedriger, jedoch nicht über 100 000 RM und nicht unter 200 RM anzunehmen. Für die Bemessung innerhalb dieser Wertgrenzen ist grundsätzlich nicht das Interesse der Beteiligten maßgebend, vielmehr ist der Gegenstand des Geschäfts, insbes. dessen Bedeutung in Betracht zu ziehen und danach der Wert zu bestimmen. Die Gebühren des N. B. für die Vertretung von Beteiligten im Nachlassbeschwerverfahren bestimmen sich jedoch gem. Art. 8, 16 Abs. 1 PrOGebD. i. V. mit § 10 NotGebD., § 9 PrGRG. und § 3 ZPO. nach dem Interesse des Beschw. an der Verfolgung des Rechtsmittels gegen die Erteilung des Testamentsvollstreckungserzeugnisses (Sydow-Busch-Krieg, PrGRG., 11. Aufl., § 9 Anm. I 1). Da der Wert des Gegenstandes für die Berechnung der Gerichtsgebühren also hier nach anderen Grundsätzen als für die Berechnung der Anwaltsgebühren zu bestimmen ist, steht dem N. B. ein Beschwerderecht gegen die Festsetzung des Beschwerdewerts nicht zu. Aus diesem Grunde war seine Beschw. ohne sachliche Prüfung zurückzuweisen (ebenso RG. in 1 a X 1053/28, 1 a X 794/29, 1 a X 508/509/31).

(RG., ZivSen. 1a, Beschl. v. 12. Jan. 1934, 1a X 1565/33.)

Ver. von RGR. Seydtmann, Berlin.

## Oberlandesgerichte.

Berlin.

Zivilsachen.

1. § 13 Ziff. 3 NotGebD. Auch Vergleich über Beilegung des Prozeßrechtsverhältnisses (z. B. vergleichsweise Klagerücknahme) ist Vergleich zur Hauptsache.

Die Parteien haben folgenden Vergleich geschlossen:

„Die Kl. nimmt ihre Klage zurück. Der Bell. ist mit der Klagerücknahme einverstanden. Jede Partei trägt ihre Kosten. Die Gerichtskosten werden gegeneinander aufgehoben. Jede Partei trägt ihre außergerichtlichen Kosten.“ Der Urkundsbeamte hat die Vergleichsgebühr des Armenanwalts nur nach dem Streitwert der Klagen festgesetzt, das O. dagegen die volle Vergleichsgebühr als berechtigt anerkannt. Hiergegen wendet sich die Staatskasse mit der Begr., es liege kein Vergleich in der Hauptsache vor, so daß nur die bis zum Vergleichsabschluss entstandenen Kosten für die Bemessung des Streitwerts zugrunde zu legen seien.

Dieser auf eine bei Gelinsky-Meyer, 2. Aufl., S. 193, Abs. I 3 abgedruckte Entsch. des OLG. Düsseldorf v. 2. Juni 1932 sich gründende Standpunkt findet indes im Gesetz keine Stütze. Nach § 13 Ziff. 3 NotGebD. ist die Entstehung der Vergleichsgebühr nur davon abhängig, daß der Prozeßbevollmächtigte bei einem zur Beilegung des Rechtsstreits abgeschlossenen Vergleich mitgewirkt hat. Danach ist erforderlich ein Abkommen, das geeignet und bestimmt ist, durch gegenseitiges Nachgeben den Rechtsstreit

ohne richterliche Entsch. ganz oder z. T. beizulegen. Welchen Inhalt im übrigen der Vergleich hat, welchen Weg die Parteien zu der erstrebten vergleichsweisen Regelung wählen, ob sie damit den Anspruch selbst überhaupt und endgültig regeln, also auf das materielle Rechtsverhältnis eingehen oder ob sie nur das entstandene Prozeßrechtsverhältnis beseitigen wollen, ist gleichgültig und durchaus dem Belieben und der freien Verfügungsmacht der Parteien überlassen. Demgemäß ist es für die Anwendung des § 13 Ziff. 3 RVGebD. ohne Belang, ob die Parteien eine Regelung des geltend gemachten Anspruchs selbst oder gar einen Verzicht auf diesen vereinbaren oder sich darauf beschränken, sich über die Rücknahme der Klage und die Kostentragungspflicht zu vergleichen (so auch: Friedlaender 9. Aufl., Anm. 55 zu § 13 RVGebD. und die dort angeführte Entsch.). Letzterer Fall und damit ein Vergleich in der Hauptsache liegt hier vor.

Eine andere Beurteilung wäre nur dann am Platze, wenn nach der von der Kl. bereits erfolgten Klagerücknahme die Parteien sich nur noch über die Kosten vergleichen hätten. Das wäre ein Teilvergleich, dessen Streitwert entsprechend zu bemessen wäre. Gerade diese Gegenüberstellung zeigt die Unhaltbarkeit der von der Beschw. verfolgten Gegenansicht.

(RG., 20. Zivilsen., Beschl. v. 24. Jan. 1934, 20 W 544/34.)

Ber. v. RG. Dr. Gaedeke, Berlin.

\*

2. § 27 Abs. 2 RVGebD. Die Sondergebühr nach Zulassung des Einspruchs ist nie geringer als  $\frac{1}{10}$  der vollen Gebühr.

Die Verhandlung, auf welche ein Versäumnisurteil ergeht, ist zugunsten des Anwalts der nicht säumigen Partei gebührenrechtlich aus der übrigen Verhandlung herausgehoben und mit einer — erst im Augenblick der Zulassung des Einspruchs, also nachträglich entstehenden — Sondergebühr bedacht, als Ausgleich für den Mehraufwand an Arbeit, den der Vertreter der nicht säumigen Partei gehabt hat, für eine „Tätigkeit, die der Richterschiene verläßt und durch seinen Einspruch nutzlos gemacht hat“ (Willenbücher § 27 Anm. 4).

Diese Gebühr erwächst dem Anwalt also ohne Rücksicht auf die sonstigen Gebühren, mithin auch ohne Rücksicht darauf, ob er bereits die Verhandlungsgebühr ganz oder z. T. verdient hatte, ob also diese Verhandlung — für sich allein betrachtet — noch gebührenpflichtig wäre und weiterhin ohne Rücksicht darauf, ob der Anwalt bereits einmal oder gar mehrfach in derselben Instanz diese Sondergebühr erhalten hat (W. F. Friedlaender, 1932, Anm. 15 zu § 27 RVGebD.). Folglich kann § 27 Abs. 2 nicht so verstanden werden, als ob dem Anwalt bei Zulassung des Einspruchs nur die Gebühr verbleibt, die er für diese Versäumnisverhandlung verdient hat und als ob eine Gebühr nur in der Höhe nochmals erwächst, wie sie für diese Verhandlung bereits entstanden ist. Denn dann würde in den oben angeführten Fällen, wo der Anwalt bereits vor der zum Versäumnisurteil führenden Verhandlung die volle Verhandlungsgebühr verdient hatte, die Versäumnisverhandlung also nicht mehr gebührenpflichtig war, die Sondergebühr illusorisch sein und der Anwalt tatsächlich keine Sondergebühr mehr erhalten können. Das ist mit dem ausgesprochenen Zweck des § 27 Abs. 2 GebD. nicht vereinbar. Deshalb ist es also auch unerheblich, ob die Versäumnisverhandlung sich als weitere Verhandlung — nach Beweisaufnahme — darstellt und ob, wenn sie gebührenpflichtig wäre, dafür bei nichtstreitiger weiterer Verhandlung gem. § 17 RVGebD. nur eine  $\frac{1}{20}$  Verhandlungsgebühr entstanden wäre. Vielmehr wird der Zweck des § 27 Abs. 2 RVGebD. nur dann erreicht, wenn die nachträglich erwachsene Sondergebühr insofern eine feste Gebühr darstellt, als sie niemals geringer sein kann als die Verhandlungsgebühr, wie sie für eine zum Versäumnisurteil führende nicht streitige Verhandlung — also als  $\frac{1}{10}$  Gebühr — entsteht (so auch RG. 44, 401; Friedlaender, Anm. 16 zu § 27 GebD.; Baumbach, RKostG., 1933, Anm. 2 zu § 27 GebD. u. a.).

(RG., 20. Zivilsen., Beschl. v. 27. Jan. 1934, 20 W 556/34.)

Ber. v. RG. Dr. Gaedeke, Berlin.

\*

3. § 81 Abs. 2 GKG. Zwangsweise beigetriebene Gerichtskosten stehen freiwillig gezahlten Kosten hinsichtlich der Rückzahlung gleich.)

Die Bekl. verlangt zu Unrecht die Rückzahlung zweier von ihr im Vollstreckungswege beigetriebenen Gebühren unter

Zu 3. Der Entsch. ist beizupflichten. § 81 GKG. läßt den ursprünglichen Schuldner der Gerichtsgebühren aus fiskalischen Zweckmäßigkeitsgründen in dieser Schuldnerrolle, obwohl die diese begründende Entsch. aufgehoben oder abgeändert ist, falls vor dieser zweiten Entsch. an die Gerichtskasse bereits gezahlt ist. Der Gerichtskasse soll

Hinweis auf § 81 Abs. 2 GKG., weil die Kostenentsch. des LG., die ihr die Kosten des Verfahrens auferlegte, auf das von ihr ergriffene Rechtsmittel hin aufgehoben sei und die Kosten der Gegenpartei auferlegt worden seien.

Nach § 81 Abs. 2 GKG. werden bereits gezahlte Beträge, soweit der Kostenanfall bestehen bleibt, nicht zurückgezahlt. Nach Sinn und Zweck dieser Vorschrift, die Staatskasse gegen die Rückzahlung einer an sich ihr geschuldeten Gebühr zu schützen, mag auch der Kostenschuldner sich geändert haben, unterliegt es keinem Zweifel, wie auch das LG. zutreffend ausführt, daß davon nicht nur freiwillig gezahlte, sondern auch solche Beträge fallen, die als Kostenschuld von einer Partei beigetrieben worden sind.

(RG., Beschl. v. 9. Dez. 1933, 20 W 10135/33.)

Ber. von RG. Dr. Gaedeke, Berlin.

## Darmstadt.

4. § 299 ZPO. Begrenzung des Rechts auf Akteneinsichtsnahme.)

Das LG. hatte den Antrag des Beschw. (wohnhaltig in F.) auf Übersendung der Akten in seine Behausung abgelehnt unter gleichzeitiger Mitteilung, daß die Akten auf der Geschäftsstelle des UG. M. (Prozeßgericht) eingesehen werden könnten. Hiergegen verfolgte der Antragsteller Beschw., indem er gleichzeitig seinen ursprünglichen Antrag dahin abänderte, daß die Akten ihm bei der Geschäftsstelle des UG. F. (Gericht seines Wohnortes) offengelegt werden möchten. Das LG. hat die Beschw. als unbegründet zurückgewiesen. Es führte aus, nach § 299 ZPO. könnten die Parteien allerdings von den Prozeßakten Einsicht nehmen. Die Vorlage der Akten zu diesem Zwecke habe aber grundsätzlich bei dem Prozeßgericht zu erfolgen. Auf Übersendung der Akten nach einem anderen Ort habe die Partei keinen Anspruch. Von dieser Regel im vorl. Falle eine Ausnahme zu machen, bestiehe kein Anlaß. In seiner weiteren Beschw. führt der Beschw. aus, er sei sehr krank, und es sei ihm unmöglich nach M. zu fahren, um dort die Akten einzusehen. Er lege ein ärztliches Attest vor. Der weiteren Beschw. erwiderte er war der

es erspart bleiben, den Betrag an den früheren Gebührenschuldner zurückzahlen und von dessen Gegner womöglich vergeblich einzufordern. Hat der frühere Gebührenschuldner gar das Verfahren veranlaßt, so müßte er dann den Erstattungsbetrag als Zweitschuldner wieder an die Gerichtskasse zahlen (§ 77 GKG.).

Wegen dieser Zweckrichtung des § 81 GKG. kommt es bei der Frage der Nichtrückzahlung von Gebühren rein objektiv auf deren Vereinnahmung durch die Gerichtskasse an und nicht darauf, ob die Gebühren freiwillig oder zwangsweise gezahlt wurden. Würden die zwangsweise beigetriebenen Gerichtskosten die Rechtsstellung des Gebührenschuldners nach § 81 GKG. verbessern, so würde damit ein Anreiz zur Unterlassung freiwilliger Gebührenaufzahlung geschaffen werden, der vom Gesetzgeber zweifellos nicht beabsichtigt ist.

RG. Dr. Brandt, Einbeck.

Zu 4. Der Beschl. gibt in einem Punkt zu Bedenken Anlaß. Die Zulässigkeit der weiteren Beschw. ergibt sich aus dem neuen Beschwegrund. Während das LG. angenommen hatte, daß die Akteneinsicht grundsätzlich am Ort des Prozeßgerichts zu erfolgen habe, rügt die Beschw., daß ein Ausnahmefall vorliege. Wenn das OLG. eine Ausnahme ablehnt, weil das Attest nach seinem Inhalte keine besonderen Umstände darstelle, so kann das ohne Kenntnis des Einzelfalles nicht beanstandet werden. Zu Bedenken gibt jedoch Anlaß, daß als weitere Voraussetzung für die Versendung ein „besonderes Interesse“ der Partei verlangt wird. Das steht mit § 299 ZPO. nicht in Einklang, der das Recht der Einsicht nicht von dem Nachweis eines Interesses der Partei abhängig macht. Allerdings entscheidet über Versendung von Akten das Gericht nach freiem Ermessen (Stein-Jonas § 299 II; Seuffert-Walshmann Anm. 2; Baumbach Anm. 2). Dadurch wird aber dem Gericht nicht die Möglichkeit gegeben, eine weitere vom Gesetz nicht vorgesehene Voraussetzung für die Gewährung der Einsicht an einem anderen Ort aufzustellen. Das „besondere Interesse“ ist § 299 ZPO. fremd; das freie Ermessen des Gerichts darf aber nicht verwandt werden, um dieses gesetzfremde Erfordernis in seine Anwendung einzuführen (vgl. hierzu das Schrifttum in meiner Anm.: JW. 1933, 2117).

Damit wird nicht ausgeschlossen, daß ein offensichtlich fehlendes Interesse zur Verjagung der Versendung führt oder führen kann; es kann aber nicht von der Partei der Nachweis des besonderen Interesses verlangt werden, da das Gesetz sie gerade des Nachweises dieses besonderen Interesses entheben will, der dagegen von dritten Personen nach § 299 Abs. 2 gefordert werden kann.

RG. Hermann Carl, Düsseldorf.

Erfolg zu versagen. Durchaus zutreffend nimmt das OLG. an, daß das den Parteien durch § 299 ZPO. eingeräumte Recht grundsätzlich auf die Einlichnahme der Akten auf der Geschäftsstelle des Prozeßgerichts beschränkt ist. Die Vernehmung der Akten nach einem anderen Ort, insbesondere dem Gericht seines Wohnortes, kann kein Beteiligter beanspruchen. Die Zulässigkeit kann zwar grundsätzlich nicht als unstatthaft bezeichnet werden, sie könnte aber nur dann bejaht werden, wenn ganz besondere Umstände gegeben wären und ein besonderes Interesse vorläge (OLG. 25, 96). Diese Ausnahmen sind hier nicht gegeben. Insbes. reicht das vorgelegte ärztliche Zeugnis seinem Inhalt nach nicht aus, um die oben dargelegten Ausnahmen zu begründen.

(OLG. Darmstadt, 2. ZivSen., Beschl. v. 30. Dez. 1933, 2 W 312/33.)  
Ber. von OLG R. Dr. Fuchs, Darmstadt.

### Hamn.

5. § 812 BGB. Siebelmayer. Schon bei Errichtung des ersten Hauses greift der Satz superficies solo cedit Platz. Ein Bereicherungsanspruch gegen den entgeltlichen Rechtsnachfolger des Nachbarn besteht nicht. (OLG. Hamn., 2. ZivSen., Urt. v. 14. Juli 1933, 2 U 206/32.)  
Abgedr. ZW. 1934, 114<sup>1</sup>.

### Jena.

6. I. § 29 ZGO. Der OLG-Beschl., der die Entsch. des OLG. aufhebt und die Sache zu anderweiter Entsch. zurückverweist, unterliegt der weiteren Beschwerde.

II. § 28 ZGO. Das OLG., das von der Entsch. eines anderen, aber nicht mehr bestehenden OLG. abweichen will muß die Sache nicht an das OLG. abgeben.

I. Die Frage, ob ein solcher Beschluß überhaupt mit der weiteren Beschw. nach dem ZGO. angefochten werden kann, wird vom Schrifttum und der Rechtslehre nicht einheitlich beantwortet. OLG. Colmar (Beschl. v. 2. Jan. 1907; OLG-Pr. 14, 266) hat die weitere Beschw. in einem solchen Fall für unzulässig erklärt. Es meint, der Beschwerdebeschluß des OLG. enthalte keine sachliche

Zu 5. Die Entsch. muß befremden, sie ist zum mindesten mißverständlich. Das gilt auch für das Urt. desselben Gerichtshofs in ZW. 1933, 2015<sup>3</sup>. Beide Entsch. lassen nicht erkennen, ob das OLG. die Anwendbarkeit des § 912 BGB. geprüft hat.

Das OLG. stützt sich auf den in § 94 BGB. zum Ausdruck kommenden römisch-rechtlichen Grundsatz „superficies solo cedit“. Dieser Grundsatz ist jedoch in §§ 912—916 BGB. durchbrochen, und zwar in Anlehnung an einige auf älteres deutsches Recht zurückgehende Partikularrechte (Wolff, Sachenrecht, 9. Bearb., § 55). Zur Erhaltung der wirtschaftlichen Gebäudeeinheit und um die Verstärkung wirtschaftlicher Werte zu vermeiden, legt § 912 BGB. dem Grundstücksnachbarn die Pflicht auf, den Überbau zu dulden. Diese Duldungspflicht stellt eine grunddienstbarkeitsähnliche Beschränkung des Eigentums dar (RG. 65, 362 = ZW. 1907, 300), die zugunsten des Überbauenden als „Recht an einem fremden Grundstück“ i. S. von § 95 Abs. 1 BGB. gilt. Der über die Grenze gebaute Gebäudeteil ist mithin nicht Bestandteil des überbauten Nachbargrundstücks, sondern bleibt im Eigentum des Bauenden. Das ist bisher unbestritten gewesen (vgl. Wolff a. a. D. § 55 II 1; Staudinger-Vober, 9. Aufl., Bem. II 2 zu § 912 mit Nachweisen; RG. 83, 142 = ZW. 1914, 38). Die Hinweise des OLG. Hamn auf RG. 65, 363 = ZW. 1907, 300 und 70, 201 = ZW. 1909, 162 (in der früheren Entsch. ZW. 1933, 2015<sup>3</sup>) gehen fehl, da dort die Grundstücke beim Überbau einem Eigentümer gehört haben und erst später in verschiedene Hände gefallen sind. In einem solchen Falle ist allerdings § 912 unanwendbar. So ist es aber offenbar hier nicht gewesen, jedenfalls bestimmt nicht in der Entsch. ZW. 1933, 2015<sup>3</sup>, wo klar gesagt ist, daß Eigentümerin der Nachbarbesitzung beim Überbau Frau K. war. Es hätte daher einer näheren Begründung bedurft, weshalb § 912 nicht Anwendung finde.

§ 912 setzt voraus, daß dem Überbauenden beim Überbau weder Vorsatz noch grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt. Andernfalls besteht keine Duldungspflicht des Nachbarn, was zur Folge hat, daß auch § 95 Abs. 1 BGB. keine Anwendung findet. Der über die Grenze gebaute Gebäudeteil ist dann allerdings Eigentum des Nachbarn (Wolff a. a. D. § 55, Fußn. 13; OLG. Köln: ZW. 1933, 2017<sup>7</sup>; a. M. Staudinger-Riezler, Bem. 7 zu § 94). Das OLG. Hamn hätte daher untersuchen müssen, ob beim Überbau Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit auf Seiten des Bauenden vorgelegen hat; denn nur in diesem Falle kann der Entsch. zugestimmt werden. Diese Feststellung vermißt man aber in den beiden Urteilen. Läge weder Vorsatz noch grobe Fahrlässigkeit des Überbauenden vor, dann wäre der Kl. mit seiner Ansicht im Recht und die Klage hätte Erfolg haben müssen. Zur näheren Konstruktion vgl. RG-Komm., Bem. 5 zu § 95, wo derselbe Fall zugunsten des Kl. entschieden wird.

Hj. Dr. Johannes Luz, Dresden.

rechtliche Entsch., sondern veranlasse das OLG. nur, weitere Ermittlungen anzustellen und die Sache noch einmal zu überprüfen. Die Rechte des Beschwerff. seien deshalb nicht beeinträchtigt. Dieser Ansicht vermag der Senat nicht zu folgen. Darauf, ob die Beschwerff. Entsch. des OLG. eine sachlich- oder verfahrenszurechtliche ist, kommt es nicht an. Maßgebend ist, ob der Beschwerff. durch den angefochtenen Beschluß in seinen Rechten beeinträchtigt und beschwert ist. Diese Voraussetzung ist aber gegeben. Der Antragsteller ist vom OLG. zwar nicht gehört worden, daß sein Bestreben aber dahin geht, den Beschluß des OLG. aufrechtzuerhalten, liegt auf der Hand. Da der angefochtene Beschluß diese Aufrechterhaltung nicht ausspricht, ist er schon aus diesem Grunde durch ihn beschwert. Hinzu kommt noch, daß der Antragsteller auch ein Interesse daran hat, daß über seinen Antrag so schnell als möglich rechtskräftig entschieden wird. Auch dieses Bestreben wird dadurch beeinträchtigt, daß die Sache zur weiteren Prüfung an das OLG. zurückverwiesen und die endgültige Entsch. hinausgeschoben wird. Der Antragsteller ist aber auch aus diesem Gesichtspunkt heraus durch den Beschluß des OLG. beschwert. Der Senat vermag auch nicht einzusehen, warum die weitere Beschw. gegen einen zurückweisenden Beschluß des OLG. in einem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in dem — wie hier — zwei Parteien miteinander streiten, nicht zulässig sein soll, während unbestritten die Rev. gegen BU., die nach § 538 ZPO. eine Zurückverweisung ansprechen, gegeben ist (vgl. Stein-Fonas, ZPO., 14. Aufl., § 545 III). Der Senat hält daher die weitere Beschw. für zulässig und schließt sich insoweit der im Schrifttum herrschenden Meinung an (vgl. Schlegelberger, Erläuterungsbuch zum ZGO., 3. Aufl., 1927, § 27 Anm. 1; Meyer: ZJP. 41, 397 u. a.).

II. Der Senat ist auch durch § 28 ZGO. nicht gebindert, von der Entsch. des OLG. Colmar abzuweichen. Das OLG. Colmar besteht nicht mehr. Es ist daher kein „anderes OLG.“ i. S. der genannten Best. mehr. Zweck dieser Best. ist, daß für die Zukunft eine von einander abweichende Anspr. zweier OLG. vermieden wird (vgl. Sahm, Materialien zum ZGO., S. 41 und zur OGD., S. 174; Schlegelberger, a. a. D., § 28 II 1). Das ist aber unmöglich, da das OLG. Colmar nicht mehr besteht und daher auch nicht mehr entscheiden kann. Der Senat wendet hier die Rechtsgrundfläche entsprechend an, die das OLG. dann von einer Entsch. der Vereinigten Senate absehen lassen, wenn ein Senat von der Rechtsansicht eines aufgehobenen OLG. abweichen will (vgl. RG. 108, 59<sup>1</sup>); RGSt. 58, 424; 60, 178).

(OLG. Jena, 1. ZivSen., Beschl. v. 9. Jan. 1934, 1 Y 1/34.)  
Ber. von RA. Dr. Geisenhühner, Gera.

### Riel.

7. ArmAnwG.; § 14 RA-GebD. Für die Forderung des ArmAnw. gegen die Staatskasse ist entscheidend, ob und wie der Prozeßbevollmächtigte nach seiner Bestellung zum ArmAnw. tätig geworden ist.

Dem Kl. ist Kl. E. als ArmAnw. beigeordnet. Danach ist die Ver. als unzulässig verworfen. In der Zwischenzeit ist Kl. E. nicht tätig gestellt. Dagegen hatte er vor seiner Beordnung einen Schriftsatz zugestellt. Durch Beschl. des Urkundsbeamten ist von ihm unter der Begründung, es ständen ihm gem. § 14 Abs. 1 RA-GebD. nur  $\frac{1}{10}$  der Prozeßgebühren zu, ein Teil der bereits ausgezahlten Entschädigung zurückgefordert. Hiergegen richtet sich die Erinnerung mit dem Antrage auf Zubilligung der vollen Prozeßgebühren. Zur Begründung wird ausgeführt: § 14 RA-GebD. könne nur dann Anwendung finden, wenn überhaupt kein Schriftsatz zugestellt sei; die Prozeßgebühren entstehe jeden Tag von neuem, weil sie nach § 13 RA-GebD. ganz allgemein für den Geschäftsbetrieb gezahlt werde; die einmal erfolgte Zustellung des Schriftsatzes wirkte dauernd weiter und könne nicht als ungeschehen betrachtet werden; die entgegengesetzte Auffassung müsse zur Folge haben, daß jeder Kl. auf nochmalige Zustellung seines Schriftsatzes bedacht sein müsse. Die Erinnerung hatte keinen Erfolg.

§ 14 RA-GebD. sieht den Fall der Erledigung des Auftrags in einem besonders frühen Stadium der anwaltlichen Tätigkeit vor, in welchem andere Gebühren als die Prozeßgebühren noch nicht entstanden sein können und die ganze Prozeßgebühren eine zu hohe Vergütung darstellen würde. Wenn der Proz. Bev. bereits vorher als Wahlanwalt tätig gewesen ist, so ist zwar im Verhältnis zu seiner Partei eine Prozeßgebühren für ihn entstanden. Für die Forderung gegen die Staatskasse ist dagegen lediglich maßgebend, ob der Proz. Bev. nach seiner Bestellung zum ArmAnw. noch irgendwie tätig geworden ist. Ist der Kl. als Wahlanwalt schon vor seiner Beordnung als ArmAnw. tätig gewesen, so kann dieser Umstand, wenn nach der Beordnung die Voraussetzungen des § 14 RA-GebD. eintreten, eine Ermäßigung der Prozeßgebühren selbst dann nicht abändern, falls darin im Einzelfalle eine Härte liegen sollte (vgl. Gelinski-Meyer, ArmAnw-Kosten S. 140).

(OLG. Riel, 2. ZivSen., Beschl. v. 21. Dez. 1933, 2 a EL 26/33.)  
Ber. von OLG R. Schumacher, Mtona.

**Raumburg.**

8. §§ 127 (n. F.), 585, 591 ZPO. Das LG., das das Armenrecht für die bei ihm zu erhebende Restitutionsklage verweigert, entscheidet als Berufungsgericht i. S. des § 127 ZPO. n. F., wenn es das anzufechtende Urteil als Berufungsgericht erlassen hatte.

Der Kl. hat, nachdem er mit seiner Klage durch VI. des LG. abgewiesen worden war, bei diesem das Armenrecht zur Erhebung der Restitutionsklage aus § 580 Ziff. 7 b ZPO. nachgesucht. Das LG. hat das Armenrecht aus sachlichen Gründen verweigert.

Nach § 127 ZPO. n. F. (ebenso wie schon bisher nach § 5 Teil 9 Wirtschaftsd. v. 1. Dez. 1930 [RGBl. I, 517 ff.]) findet gegen armenrechtsverweigende Beschlüsse des Berufungsgerichts keine Beschw. statt. Als ein Beschluß des Berufungsgerichts i. S. des § 127 ist auch der angefochtene Beschluß anzusehen.

Nach § 585 ZPO. finden bei der Wiederaufnahme auf die Erhebung der Klagen und das weitere Verfahren, danach also auch auf das Armenrechtsverfahren dabei, die allgemeinen Vorschriften Anwendung, soweit sich nicht aus den Best. der ZPO. eine Abweichung ergibt. Grundsätzlich sind danach die für das erstinstanzliche Verfahren geltenden Vorschriften anzuwenden und nach diesen ist gegen Beschlüsse des LG., durch die das Armenrecht verweigert wird, regelmäßig die Beschw. zulässig. Nach § 591 ZPO. sind jedoch Rechtsmittel im Wiederaufnahmeverfahren nur insoweit zulässig, als sie gegen die Entsch. des mit der Klage besetzten Gerichts überhaupt stattfinden, d. h. die Entsch. im Wiederaufnahmeverfahren, die ein vordem als BG. tätig gewesenenes Gericht erläßt, werden, obwohl sie an sich erst instanzliche Entsch. sind, hinsichtlich der gegen sie zulässigen Rechtsmittel als Entsch. im Berufungsverfahren behandelt (Stein-Jonas, ZPO., § 591 I). Der § 591 ZPO. umfaßt alle Entsch. im Wiederaufnahmeverfahren, nicht bloß die Urteilsentsch.; er bezieht sich deshalb auch auf die Entsch. im Armenrechtsverfahren als eines Teiles des Wiederaufnahmeverfahrens. Da nun nach § 127 ZPO. n. F. ganz allgemein gegen einen das Armenrecht verweigenden Beschluß des LG. als BG. die Beschw. ausgeschlossen ist, so ist auch gegen einen solchen Beschluß des LG., den es im Wiederaufnahmeverfahren erlassen hat, die Beschw. nicht zulässig.

Zu dem gleichen Ergebnis muß man übrigens auch dann kommen, wenn man den § 591 ZPO. nicht auch auf die Entsch. im Armenrechtsverfahren für anwendbar erachten wollte. Denn das Ergebnis entspricht dem gesetzgeberischen Zweck des § 127 ZPO. n. F. ebenso wie schon früher des § 5 RotWD.; durch den Ausschluß der Beschw. sollen Arbeit und Kosten erspart werden, die regelmäßig nutzlos sein werden, weil die Entsch. in der Sache selbst schließlich ja doch endgültig bei dem früheren BG. liegt. Und das ist auch dann der Fall, wenn, wie hier, das LG. als früheres BG. über die Wiederaufnahme nach § 591 ZPO. sachlich abschließend zu entscheiden hat.

Es mag auch noch darauf hingewiesen werden, daß das Gesetz selbst in § 584 ZPO. das schon vordem als BG. tätig gewesene Gericht auch im Wiederaufnahmeverfahren als Berufungsgericht bezeichnet, wenn das dort allerdings wohl auch in erster Linie, aber, wie der Vergleich mit der Vorschr. des § 590 Abs. 3 ZPO. zeigt, doch nicht ausschließlich, aus technischen Gründen der Gesetzesfassung geschehen ist.

(OLG. Raumburg a. S., 7. ZivSen., Beschl. v. 16. Jan. 1934, 7 W 7/34.)

Ver. von OLG. Biedermann, Raumburg (Saale).

\*

**Stuttgart.**

9. §§ 109, 107 RD. Ob eine genügende Konkursmasse vorliegt, ist vom BeschwG. nachzuprüfen.

Gegen die Eröffnung des Konkurses beschwert sich der Gemeinschuldner, weil sie wegen Massemangels hätte abgelehnt werden sollen. Das LG. nahm an, der Gemeinschuldner könne eine Beschwerde aus § 109 RD. nur auf das Fehlen eines formgültigen Antrags, einer Überschuldung oder der Zuständigkeit stützen, nicht aber darauf, daß von dem Ermessen des § 107 kein richtiger Gebrauch gemacht worden sei. Das OLG. hält die Beschw. aus letzterem Grund zulässig, weil die richtige Ausübung des Ermessens der Nachprüfung des Obergerichts unterliegt (Jäger, RD., 5. Aufl., § 109 Anm. 2). In der vom LG. angeführten Entsch. (OLG. 19, 220) ist dem Gemeinschuldner nur ein Interesse daran abgesprochen, wieviel der Antragsteller Vorstoß zu leisten hat.

(OLG. Stuttgart, 2. ZivSen., Beschl. v. 2. Nov. 1933, W 850/33.)

\*

10. §§ 242, 278 BGB. Treu und Glauben mit Rücksicht auf einen gebrechlichen Vertragsgegner.

Der Bekl. erhielt eine Urkunde, worin er sich für seinen Sohn auf 6000 RM verbürgen sollte, von dem Angestellten einer

Bank vorgelegt, konnte sie wegen Schwäche nicht lesen, fragte seinen Sohn nach der Bedeutung und erhielt die Antwort, es werde eine Dividendenquittung sein. Er suchte die Unterzeichnung wegen Irrtums an und macht die Bank dafür haftbar, daß ihm der Angestellte nicht den Inhalt der Urkunde eröffnet habe. Das LG. verwarf diesen Einwand, weil der Angestellte nur als Bote, nicht als Vertreter der Bank erschienen sei. Das OLG. erklärte den Einwand für erheblich. Die Kl. war bei den Verhandlungen, die auf den Abschluß des Bürgschaftsvertrags abzielten, nach Treu und Glauben verpflichtet, auf das Gebahren des Bekl. Rücksicht zu nehmen und ihn über den Inhalt des Schriftstückes aufzuklären. Zur Erfüllung dieser Pflicht bediente sie sich des Angestellten. Für dessen Verschulden haftet sie auf das negative Interesse (RGKomm., 6. Aufl., § 278 Anm. 3, § 276 Anm. 3).

(OLG. Stuttgart, 2. ZivSen., Urtr. v. 16. Nov. 1933, U 122/33.)

\*

11. § 30 RD.; § 407 Abs. 1 BGB. Gegen einen ausländischen Schuldner wirkt die Abtretung eines inländischen Gläubigers nach deutschem Recht.

Der Gemeinschuldner hatte seine Forderung gegen L. an die Bekl. abgetreten, zog aber einen Teil derselben selbst ein. Die Bekl. erfuhr es und erhielt am 2. April 1931 vom Gemeinschuldner 1800 RM Deckung. Der Konkursverwalter suchte diese Zahlung an, weil nach der Zahlungseinstellung vom 21. März 1931 geschehen. Das LG. wies ihn ab, weil die Bekl. einen Schadenersatzanspruch aus unerlaubter Handlung des Gemeinschuldners, nämlich aus der gegen die Abtretung verstoßenden Einziehung hatte und der Kl. den Beweis gem. § 30 Ziff. 1 RD. nicht erbracht habe. Das OLG. verneinte kongruente Deckung und wandte Ziff. 2 des § 30 an. L. war von der Abtretung benachrichtigt und wurde durch die Zahlung nach § 407 Abs. 1 BGB. nicht befreit. Die Bekl. behielt ihren Anspruch gegen ihn und erlitt keinen Schaden. L. wohnt zwar im Ausland, aber die Abtretung wirkt gegen den Schuldner nach dem Recht des Orts, an dem der Abtretungsvertrag seinen Sitz hat, und das ist der Wohnsitz des Gemeinschuldners (Saub, Anh. zu § 372 Anm. 9).

(OLG. Stuttgart, 2. ZivSen., Urtr. v. 26. Nov. 1933, U 561/33.)

**Landgerichte.****Altona.**

1. § 817 ZPO.; §§ 932, 816 BGB. Der Schutz des guten Glaubens eines späteren Pfandgläubigers, dem die vom Gerichtsvollzieher zugeschlagene Sache unter Verrechnung des Versteigerungserlöses mit seiner Forderung und deshalb ohne Barzahlung abgeliefert ist. Ungerechtfertigte Bereicherung auf Kosten des früheren Pfandgläubigers.

Nach § 817 Abs. 2 ZPO. darf die Ablieferung einer zugeschlagenen Sache nur gegen Barzahlung erfolgen; nach Abs. 4 ebd. ist jedoch der Gläubiger, dem der Zuschlag erteilt wird, von dieser Verpflichtung insoweit befreit, als der Erlös nach Abzug der Zwangsvollstreckungskosten zu seiner Befriedigung zu verwenden ist. Im vorl. Falle war beim Pfandschuldner eine Maschine zunächst für den Kl. und hernach für den Bekl. wirksam gepfändet, bei der Versteigerung wurde die Maschine vom GVollz. dem Bekl. zugeschlagen und ohne Barzahlung an ihn abgeliefert, indem der Erlös nach Abzug der Vollstreckungskosten zur Befriedigung des Bekl. verwandt wurde. Mit Rücksicht auf die frühere Pfändung zugunsten des Kl. war der GVollz. nicht berechtigt, die Maschine dem Bekl. ohne Barzahlung herauszugeben, da der Erlös nicht dem Bekl., sondern dem ihm im Range vorgehenden Kl. hätte zufallen müssen. Weil der GVollz. gegen diese zwingende Vorschrift bei der Übergabe der Maschine an den Bekl. verstoßen hat, so konnte eine Eigentumsübertragung an den Bekl. gem. § 817 Abs. 4 ZPO. an sich nicht eintreten (Baumbach, Anm. 4 zu § 817). Erwägt man jedoch, daß der Bekl. gutgläubig angenommen hat, daß der GVollz. in einem ordnungsmäßigen Verfahren über die Maschine verfügte, so war sein guter Glaube zu schützen. Wenn schon die Vorschriften des BGB. den guten Glauben des Erwerbers an die Verfügungsmacht des Veräußerers im Falle des § 932 begünstigen und eine wirkliche Eigentumsübertragung ermöglichen, so muß erst recht der gute Glaube an die Verfügungsmacht eines Staatsorgans geschützt werden (Stein-Jonas, Anm. 4 zu § 817). Daher ist Bekl. mit der Aushändigung der Maschine Eigentümer geworden. Diese auf Grund seines guten Glaubens erfolgte Übergang hat den Bekl. gleichzeitig von der Verpflichtung zur Zahlung des Erlöses befreit, da auch insoweit der gute Glaube an die Verfügungsmacht des Staatsorgans geschützt werden muß. Der Bekl. schuldet also dem Staate den Kaufpreis nicht mehr. Mit ihm ist die Forderung des Bekl. gegen den Pfandschuldner insoweit erloschen, als der Versteigerungserlös nach Abzug der Vollstreckungskosten zur

Befriedigung des Bekl. verwandt worden ist. In Höhe dieses Betrages ist aber der Bekl. auf Kosten des Kl. ungerechtfertigt bereichert. Denn bei einer nach Vorschrift der ZPD. erfolgten Verwendung des Erlöses hätte der Betrag dem Kl. und nicht dem Bekl. zugute kommen müssen. Da durch die Eigentumsübertragung an den Bekl. gleichzeitig das auf der Maschine ruhende Pfandrecht des Kl. erloschen ist, so hat der Bekl. durch die Verfeinerung eine Verfügung über das zugunsten des Kl. bestehende Pfandrecht getroffen, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist. Gemäß § 816 BGB. ist der Bekl. daher zur Herausgabe der erlangten ungerechtfertigten Bereicherung an den durch die Verfügung des Bekl. beeinträchtigten Kl. verpflichtet.

(O. Altona, 6. ZR., Ur t v. 10. Jan. 1934, 6 S 214/33.)

Ber. von OWR. Schumacher, Altona.

## Frankfurt a. M.

2. § 811 Ziff. 1 ZPD. Ein Radioapparat ist unpfändbar.

Die Beschränkungen der Pfändung nach § 811 ZPD. haben ihren gesetzlichen Grund ebenso wie in der Sicherung des häuslichen Zusammenlebens des Schuldners auch in Notwendigkeiten, die das öffentliche Interesse erfordert, da der einzelne in der Gemeinschaft eine untergeordnete Rolle spielt.

Für die Beurteilung, ob ein Gegenstand nach § 811 Ziff. 1 ZPD. unpfändbar ist, kann nicht allein der wirtschaftliche Bedarf oder die wirtschaftliche Unentbehrlichkeit maßgebend sein. Vielmehr gilt der Vollstreckungsschutz auch in Fällen des geistigen oder allgemeinen staatspolitischen Bedarfes. Allgemeine Richtlinien können allerdings nicht aufgestellt werden. Die tatsächlichen Verhältnisse sind je nach Lage des Falles entscheidend (vgl. Stein-Jonas, 12.—13. Aufl., 2. Band, § 811 IV 1, S. 651; Baumbach, 6. Aufl., § 811 Anm. 3, S. 1155: „Kasusistik ziemlich wertlos“).

Die Frage, ob ein Radioapparat nach § 811 Ziff. 1 ZPD. unpfändbar ist, war in früheren Zeiten zu verneinen. Nach der Umgestaltung der politischen Verhältnisse durch den Nationalsozialismus hat sich die Beurteilung grundlegend geändert. Die rasche Entwicklung des neuen Staates auf der Grundlage der nationalsozialistischen Bewegung und das Ziel der Regierung, jeden deutschen Volksgenossen zu überzeugen, zu gewinnen und zu einem tätigen Mitkämpfer zu erziehen, stellt die Frage in ein besonderes Licht, ob ein Rundfunkempfänger zum häuslichen Bedarf des Schuldners gehört und zur Erhaltung eines angemessenen Hausstandes unentbehrlich ist. Zum Bedarf und zur Unentbehrlichkeit waren schon früher nicht nur Gegenstände wie Bett, Schrank und Stuhl zu rechnen. Auch Gegenstände des geistigen Bedarfs, wie Bücher (wissenschaftliche Werke, die Bibel), gehörten dazu. Es ist daher nicht, wie man einwenden könnte, erst ein neues Gesetz über die Pfändbarkeit oder Unpfändbarkeit eines Radiogerätes vornehmlich. Dieser Gegenstand ist heute ein Stück des geistigen Bedarfs jedes deutschen Volksgenossen, ohne Unterschied von Rang und Stand und ist zur Erhaltung eines angemessenen Hausstandes unentbehrlich.

Angemessen i. S. der Ziff. 1 heißt nicht standesgemäß. Ein angemessener Hausstand soll sich über proletarische Dürftigkeit erheben.

In dem neuen Reich ist in einem angemessenen Hausstand ein Radioapparat nicht zu entbehren. Durch ihn werden die wichtigsten politischen und volkswirtschaftlichen Meldungen verbreitet. Der Rundfunk ist als Reichsinstitut für die staatsbürgerliche Erziehung und die Erläuterung der Einheit des deutschen Volkes von höchster Bedeutung. Er ist vor allem das Sprachrohr des Reichsministeriums für Volksaufklärung und Propaganda. Die Zeitung kann den Rundfunk, durch den der Reichspräsident, der Reichskanzler und die verantwortlichen Minister zu jedem einzelnen deutschen Volksgenossen unmittelbar sprechen, nicht ersetzen. Das hat die Entstehung und Entwicklung des nationalsozialistischen Staates gezeigt. Der Rundfunk hat bei den März- und Novemberwahlen 1933 und auch schon vorher eine bedeutende Rolle gespielt. Das Radio dient heute dem Ziele des Führers, ein großes einheitliches deutsches Volk zu schaffen. Die Regierung selbst hat den sogenannten „Volksempfänger“ herausgebracht, damit es jedem Deutschen ermöglicht wird, am Werden und Wachsen des nationalsozialistischen Staates lebendigen Anteil zu nehmen. Der schädliche Klagengeist soll bekämpft werden. Außenstehende sollen herangezogen und gewonnen, Mörkner und Zweifler überzeugt werden.

Daß hiernach der Radioapparat nicht nur zur Erhaltung eines angemessenen Hausstandes, sondern weitergehend sogar als Hausgerät für den Bedarf des Schuldners unentbehrlich ist (§ 811 Ziff. 1, erste Alternative), bedarf keiner besonderen Begr. mehr.

(O. Frankfurt a. M., Beschl. v. 12. Jan. 1934, 23 T 46/34.)

Eingef. von Gerliff. Kurt Kersten, Frankfurt a. M.

## Gera.

3. Nach § 21 Abs. 2 RFürpZD. (a. F.) kann der Unterhaltspflichtige nur in dem Maße und unter denselben Voraussetzungen vom Fürsorgeverband herangezogen werden, wie vom Hilfsbedürftigen selbst.)

Die Tochter des Verkl. hat in der Zeit vom 19. Dez. 1928 bis zum 28. Aug. 1929 vom Kl. Wohlfahrtsunterstützung erhalten. Am 29. Dez. 1928 sind darauf 20 RM an den Kl. zurückerstattet worden. Den Rest verlangt der Kl. mit 4% Zinsen seit Klageaufstellung mit der jetzigen Klage. Der Kl. meint, als Vater der Unterst. müsse der Verkl. für die Gewährung von Unterst. haften. Dabei stützt sich der Kl. auf § 21 RFürpZD. v. 13. Febr. 1924 (RGW. I, 100 ff.).

Das O. hat die Klage abgewiesen, da nach § 26 RFürpZD. in der ursprünglichen Fassung der Anspruch der Kl. verjährt sei, weil er nicht spätestens bis 31. Dez. 1930 geltend gemacht worden sei.

Die Berufung ist nicht begründet.

Es braucht darauf nicht eingegangen zu werden, ob die Ansprüche des Kl. verjährt sind oder nicht. Vielmehr ist in erster Linie zu prüfen, ob ein Anspruch gegen den Verkl. überhaupt gegeben ist. Und das ist, wie sich aus § 1613 BGB. ergibt, zu verneinen.

Die Unterst., deren Zurückzahlung der Kl. verlangt, sind geleistet worden, als noch die ursprüngliche Fassung der RFürpZD. galt. Insofern können bei rechtsgleicher Anwendung des Art. 170 GGW. die neuen Vorschriften der 2. NotW. v. 6. Juni 1931 nicht bei rückwirkender Kraft angewendet werden. Freilich ist es im Schrifttum und in der Rspr. nicht unbestritten, ob bis zum Juni 1931 gegen einen Unterhaltspflichtigen vom Fürsorgeverband nur vorzugehen werden durfte, wenn die Voraussetzungen des § 1613 BGB. vorlagen. Eine Reihe von O. hat die Voraussetzungen des § 1613 BGB. (Verzug oder Rechtshängigkeit) für das Rückgriffsrecht der Fürsorgeverbände nicht für erforderlich gehalten. Inbess. schließt sich

Zu 3. Früher war streitig, ob der § 1613 BGB. auf den Ersatzanspruch der Fürsorgeverbände anzuwenden war (dagegen z. B. BadW. und O. Karlsruhe, dafür O. Jena). Nach dem durch die NotW. v. 5. Juni 1931 (RGW. I, 279 ff.) Teil 5 Kap. VIII Art. 1 Ziff. 9 gestrichenen Abs. 2 des § 21 RFürpZD. konnte der Fürsorgeverband, der auf Grund der RFürpZD. einen Hilfsbedürftigen unterstützte hatte, zum Ersatz Rechtsansprüche, die der Hilfsbedürftige gegenüber einem Dritten hatte, in dem Maße und unter denselben Voraussetzungen geltend machen, wie der Hilfsbedürftige selbst. Danach dürfte der Ansicht, die den § 1613 BGB. für anwendbar hielt, der Vorzug zu geben sein. Sonst wäre die Einschränkung „in dem Maße und unter denselben Voraussetzungen, wie der Hilfsbedürftige“ überflüssig. Durch die NotW. v. 5. Juni 1931 sind nun die Voraussetzungen des Rückgriffs an den Dritten in § 21 a neu geregelt. Zu dessen Abs. 2 ist gesagt, daß der Fürsorgeverband einen nach bürgerlichem Recht Unterhaltspflichtigen für die Vergangenheit außer unter den Voraussetzungen des § 1613 BGB. auch in Anspruch nehmen kann, wenn er dem Unterhaltspflichtigen von der Gewährung der Fürsorge unverzüglich schriftliche Mitteilung gemacht hat. Damit ist also klargestellt, daß bei Ansprüchen des Fürsorgeverbandes aus der Vergangenheit der § 1613 BGB. anwendbar ist, es sei denn, daß dem Unterhaltspflichtigen unverzüglich Mitteilung von der Gewährung der Fürsorge gemacht worden ist.

Die vom O. Gera in erster Linie zu entscheidende Frage war nun die nach der Rückwirkung des neuen Rechts. Die NotW. enthält keine ausdrückliche Bestimmung darüber. Wohl aber ist im Eingang des Kap. VIII gesagt, die RFürpZD. sei „in folgender Fassung anzuwenden“. Das kann nur bedeuten, daß es von Augenblick des Inkrafttretens der NotW. zu anzusehen sei, als ob die RFürpZD. immer die neue Fassung gehabt hätte. Dann würde eine sinngemäße Anwendung des Art. 170 GGW. aber nicht in Frage kommen. Denn es handelt sich nicht um eine Rückwirkung im technischen Sinne. Der Gesetzgeber wollte es vielmehr so angehen wissen, als ob die neue Fassung schon immer bestanden hätte. In einem solchen Falle kann die Anwendung des neuen Rechts auf einen vorher eingetretenen Unterst.ungsfall aber keinen Bedenken unterliegen. Infolgedessen ist jedenfalls die zweite Begründung des Art. richtig.

Aber auch die erste Begründung trifft zu, weil § 1613 BGB. richtiger Ansicht nach anwendbar und der Verkl. in der in Frage kommenden Zeit nach den Gründen unstreitig nicht in Verzug gewesen ist.

Die Einrede der Verjährung, auf die das O. die Abwertung der Klage gestützt hat, dürfte dagegen höchstens für einen Teil des Anspruchs des Fürsorgeverbandes durchgreifen haben. Denn nach dem jetzt ebenfalls gestrichenen § 26 RFürpZD. (Teil 5 Kap. VIII Art. 1 Ziff. 15 NotW.) verjährten die Rückgriffsansprüche in zwei Jahren vom Ablauf des Jahres ab, in dem der Anspruch entstanden war. Nach dem Tatbestand des Ur t. ist die Unterst.ung aber noch bis August 1929 gewährt worden. Eine 1931 erhobene Klage hätte daher die Verjährung mindestens für die Ansprüche aus 1929 unterbrochen.

RGDir. Kersting, Berlin.

das OLG. Jena der in ständiger Rspr. vertretenen gegenteiligen Meinung des OLG. Jena an (vgl. Ur. 1 U 591/32). Eingehend hat das OLG. Jena dargelegt, daß der unterhaltspflichtige Dritte nach § 21 Abs. 2 RZürsPfWD. a. F. nur in dem Maße und unter denselben Voraussetzungen vom Fürsorgeverband herangezogen werden könne, wie vom Hilfsbedürftigen selbst. Die RZürsPfWD. wollte damit zum Ausdruck bringen, daß der Fürsorgeverband kraft Gesetzes die Ansprüche gegen den Unterhaltspflichtigen erwirbt. Daraus ergibt sich aber notwendig, daß der Fürsorgeverband gegen unterhaltspflichtige Verwandte Ansprüche für die Vergangenheit nur geltend machen kann, wenn das der Unterhaltsberechtigte selbst tun könnte, d. h. also, wenn die Voraussetzungen des § 1613 BGB. erfüllt sind. Das entspricht auch der Rspr., die das RG. schon ständig gehandhabt hat, als noch der § 62 UWG. galt (vgl. RG. 72, 338<sup>1</sup>). Unstreitig ist nun der Verkl. mit Unterhaltsleistungen gegenüber seiner Tochter und seinen Enkeln 1928 und 1929 nicht im Verzug gewesen. Rechtshängig waren die Unterhaltsansprüche der vom Kl. Unterstützten gegen den Verkl. damals auch nicht. Daraus ergibt sich, daß die Klage abzuweisen ist.

Will man den Vorschriften der 2. RotWD. v. 6. Juni 1931 rückwirkende Kraft beilegen und annehmen, der § 21 a. F. RZürsPfWD. sei anzuwenden, so ändert sich die Entsch. nicht. Denn im § 21 Abs. 2 der neuen Fassung heißt es, daß der Fürsorgeverband außer unter den Voraussetzungen des § 1613 BGB. den Unterhaltspflichtigen nur dann in Anspruch nehmen kann, wenn unverzüglich von der Gewährung der Fürsorge des Unterhaltspflichtigen schriftliche Mitteilung gemacht worden ist. Der Kl. ist aber zum ersten Male am 29. Juni 1932 an den Verkl. wegen Rückzahlung der Unterhaltsbeträge herangetreten. Das war nicht „unverzüglich“. Zum mindesten nach Inkrafttreten der 2. RotWD. hätte sich der Kl. an den Verkl. wenden müssen, wenn er von ihm Rückzahlung der in Frage kommenden Unterstützungsbeiträge verlangen wollte.

Es braucht nicht geprüft zu werden, ob die wirtschaftlichen Verhältnisse des Verkl. eine Rückzahlungspflicht rechtfertigen würden.

(OG. Gera, Ur. v. 8. Nov. 1933, 2 S 138/33.)

Eingef. von M. Dr. H. Drinkuth, Bad Pyrmont.

\*

### Leipzig.

4. Ein Radioapparat unterliegt dem Vollstreckungsschutz nach § 18 ZwVollstrMaßnWD. v. 26. Mai 1933 (RGBl. I, 302) und nach § 7 AusfWD. zu der WD. des RPräs. über den landwirtschaftlichen Vollstreckungsschutz v. 14. Febr. 1933 (RGBl. I, 64).

Die Anwendung des § 18 WD. v. 26. Mai 1933 setzt zunächst voraus, daß bei dem Schuldner wegen einer Geldforderung bewegliche Sachen gepfändet worden sind, die zum persönlichen Gebrauch dienen oder zum Hausrat gehören. Bei dieser allgemein gehaltenen Fassung des Gesetzestextes können auch solche Gegenstände als zum „Hausrat“ gehörig angesehen werden, die an sich infolge ihres Wertes und ihrer Entbehrlichkeit als Luxusgegenstände anzusehen sind. Die Richtigkeit einer solchen Auffassung zeigt ein Vergleich mit der AusfWD. zu der WD. des RPräs. über den landwirtschaftlichen Vollstreckungsschutz v. 14. Febr. 1933 (RGBl. I, 64 ff.). Im Gegensatz zu der WD. v. 26. Mai 1933 sind dort in § 7 einschränkend solche Sachen des Hausrats vom Vollstreckungsschutz ausgenommen, die Luxusgegenstände sind.

Der vorliegend gepfändete Radioapparat gehört zu den in § 18 WD. v. 26. Mai 1933 genannten Gegenständen des Hausrats. Nach der herrschenden Volksauffassung gehört ein Rundfunkgerät in jeden Haushalt. Diese Anschauung steht im Einklang mit den Maßnahmen der Reichsregierung, die durch die Schaffung des Volksempfängers es auch minderbemittelten Bevölkerungsschichten ermöglichen will, sich ein Empfangsgerät anzuschaffen. Das BeschwG. hat bereits in Sachen 2 BC 381/33 die Ansicht vertreten, daß ein Radioapparat zum Hausrat gehört und hat dort — in Anwendung der WD. v. 14. Febr. 1933 — ausgeführt, daß ein Radioapparat auch kein Luxusgegenstand ist. Diese Entsch. ist vom OLG. Dresden gebilligt worden. Es besteht kein Anlaß, von dieser Einstellung abzugehen. Bei der überragenden Bedeutung des Rundfunks und insbes. bei Berücksichtigung der Tatsache, daß der Rundfunk nicht nur dem Vergnügen dient, sondern in zunehmendem Maße von Regierung und Behörden dazu benutzt wird, den Teilnehmern wichtige politische, wirtschaftliche und kulturelle Nachrichten zu übermitteln, ist sein Besitz kein Luxus mehr. Er gehört vielmehr in jede Wohnung. Die von der Gläubigerin zur Begr. ihrer gegenteiligen Meinung angezogene Entsch.: 324. 1934, 120<sup>1</sup> überführt, daß ein Empfangsgerät, wenn es auch nicht dem persönlichen Gebrauch dient, so doch ein Gegenstand des Hausrats ist. Ist aber der gepfändete Gegenstand nach allgemeiner Anschauung als zum Hausrat gehörig anzusehen, so unterliegt er

dem Vollstreckungsschutz der WD. v. 26. Mai 1933, sofern die sonstigen gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind.

(OG. Leipzig, Beschl. v. 16. Jan. 1934, 2 BC 1636/33.)

Ber. von Ref. Otto Kattner, Leipzig.

\*

### Magdeburg.

5. §§ 8 Abs. 2, 80 LandwEntschuldG. v. 1. Juni 1933. Voraussetzung für die Eintragung des Vermerks über die Eröffnung des Entschuldungsverfahrens ist die Eintragung des Betriebsinhabers als Eigentümer.

Das OG. hat das Entschuldungsverfahren über den Betrieb des Landwirts M. eröffnet und um Eintragung des Eröffnungsvermerks ersucht. Das GVA. hat das Ersuchen abgelehnt mit der Begr., der Betriebsinhaber sei noch nicht als Eigentümer eingetragen. Zur Einlegung der Beschw. hiergegen ist das OG. zwar befugt, jedoch ist sie unbegründet. Denn Voraussetzung für die Eintragung des Eröffnungsvermerks ist gem. § 8 Abs. 2 EntschuldungsG. die Eintragung des Betriebsinhabers als Eigentümer. Daß die Auflassung an ihn bereits erfolgt ist, genügt nicht. Auf § 80 EntschuldungsG. kann das Ersuchen nicht gestützt werden, denn der Vermerk auf Grund dieser Best. kann erst nach Bestätigung des Entschuldungsplanes oder des Zwangsvergleiches eingetragen werden.

(OG. Magdeburg, Beschl. v. 23. Nov. 1933, 7 T 205/33.)

Ber. v. A.-u. LGK. Dr. v. K o z y d i = v. S o e w e l, Magdeburg.

## B. Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte.

### I. Reich.

#### Reichsfinanzhof.

Berichtet von Reichsfinanzrat Dr. Doehke †, Reichsfinanzrat Artt und Reichsfinanzrat Dr. Georg Schmauser, München.

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

1. § 124 AbgD. a. F.; § 147 AbgD. n. F. Ein Steuerbescheid verliert seine verjährungsunterbrechende Wirkung nicht dadurch, daß er aufgehoben wird.

(RGSt., 5. Sen., Ur. v. 7. Dez. 1933, Ve A 314/32 S.)

\*

2. § 222 Abs. 1 Nr. 1 AbgD. 1931. a) Erweist sich eine an sich neue Tatsache, auf die das Finanzamt eine höhere Veranlagung stützt, im Rechtsmittelverfahren als steuerlich nicht erheblich, dann scheidet sie als Grundlage für eine Berichtigungsveranlagung aus.

b) Ein Gutachten eines Buchprüfers kann nur dann ein zur Berichtigungsveranlagung berechtigendes neues Beweismittel sein, wenn die Tatsachen auf die sich das Gutachten stützt, nicht nur neu, sondern auch für die Beurteilung der Rechtslage erheblich sind.

(RGSt., 1. Sen., Ur. v. 13. Dez. 1933, I A 252/33.)

\*

3. §§ 15—18 der 1. StAmnestWD. v. 23. Aug. 1931. Hat die Steuerbehörde nichtangegabene steuerpflichtige Werte festgestellt und während laufender Amnestiefrist im Wege der Berichtigungsveranlagung zur Steuer herangezogen, so wird die Erlangung der Amnestie nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Steuerpflichtige eine Amnestieanzeige zwar innerhalb der Amnestiefrist, aber erst nach Rechtskraft des Berichtigungsveranlagungsbescheides bewirkt.

(RGSt., 5. Sen., Ur. v. 7. Dez. 1933, VA 642/32.)

\*

× 4. § 3 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 KörpStG.; § 3 Abs. 2 Nr. 2 u. Nr. 6 EinkStG.

Steuerpflicht von inländischen Kapitalerträgen der in § 3 Abs. 2 Nr. 6 EinkStG. bezeichneten Art einer ausländischen Versicherungsgesellschaft, die im Inland eine Betriebsstätte oder einen ständigen Vertreter hat.

Die BeschwF. ist eine in London ansässige Versicherungsgesellschaft, die in Deutschland einen ständigen Vertreter hat. Nach einer Zusammenstellung, die das technische Ergebnis der deutschen Betriebsstätte wiedergibt, hat die Gesellschaft i. J. 1929 in ihrem inländischen Gewerbebetrieb einen Verlust von 220 000 RM gefast; sie hat ferner Zinseinnahmen von 201 000 RM aus einem hypothekarisch gesicherten Darlehen an eine deutsche Firma bezogen, die bei Feststellung des Verlustes des inländischen Gewerbebetriebes nicht berücksichtigt sind. Das Finanzl. hat die BeschwF. vorläufig in

der Weise veranlagt, daß es zwar den Verlust aus Gewerbebetrieb anerkannte, davon abhängig jedoch die Zinseinnahmen als Kapitaleinkommen i. S. des § 3 Abs. 2 Nr. 6 EinkStG. besteuerte. Eine Aufrechnung des Kapitaleinkommens gegen den Verlust hat es abgelehnt. Der Einspruch blieb ohne Erfolg. Das FinGer. hat der Berufung stattgegeben, weil es die Zinseinnahmen als Einnahmen des gewerblichen Betriebs ansah.

Die Rechtsbeschwerde des FinA. ist begründet.

Den Ausführungen der Gesellschaft, daß mit der Anlage von Kapitalien geschäftliche Interessen verfolgt würden, ist grundsätzlich beizutreten. Hieraus kann jedoch noch nicht der Schluß gezogen werden, daß das gesamte inländische Zinseinkommen in wirtschaftlichem Zusammenhang mit dem inländischen Gewerbebetrieb steht. In dem Ur. I A 123/31 v. 25. April 1933 (RZ. 33, 91) ist der Fall behandelt, daß der deutschen Betriebsstätte einer ausländischen Versicherungsgesellschaft ein Kapitalstock, wie er zum Betriebe eines Versicherungsunternehmens von der Größe der deutschen Betriebsstätte notwendig und üblich ist, nicht zugewiesen ist, daß vielmehr die gesamten Vermögenswerte im Ausland liegen, dort von der Zentrale verwaltet werden und Erträge abwerfen. In dem Ur. wird ausgeführt, daß der bei der ausländischen Zentrale verwaltete Kapitalstock auch Aufgaben für die deutsche Betriebsstätte erfüllt. Wie die deutsche Betriebsstätte ohne die Verwaltungshilfe der Zentrale nicht gearbeitet habe, hätte sie auch ohne den Rückhalt an dem ausländischen Vermögen des Gesamtunternehmens nicht bestehen können. Liegt der Fall umgekehrt, d. h. befindet sich in Deutschland mehr Vermögen als es dem Umfang der deutschen Betriebsstätte entspricht, dann dienen die Vermögenswerte auch der ausländischen Betriebsstätte und bieten ihr den Rückhalt, ohne den sie nicht bestehen kann. Der inländischen Betriebsstätte dienen die in Deutschland befindlichen Vermögenswerte nur bis zur Höhe eines Kapitalstocks, wie er zum Betriebe eines Versicherungsunternehmens von der Größe der deutschen Betriebsstätte notwendig und üblich ist. Die darüber hinausgehenden Vermögenswerte stellen eine Kapitalanlage der ausländischen Betriebsstätte dar. Ihre Erträge stehen insoweit nicht im wirtschaftlichen Zusammenhang mit der inländischen Betriebsstätte. Das oben angeführte Ur. v. 25. April 1933 weist den Weg, auf dem die Höhe der der inländischen Besteuerung zu unterwerfenden Vermögenserträge des Gesamtunternehmens zu errechnen ist. Bis zur Höhe der hiernach der inländischen Betriebsstätte zuzurechnenden Vermögenserträge des Gesamtunternehmens gelten die inländischen Vermögenserträge als in dem inländischen Gewerbebetrieb angefallen (§ 3 Abs. 2 Nr. 2 EinkStG.). Sollten die so errechneten Erträge geringer sein als die Erträge der nach deutschen Verwaltungsanordnungen oder gesetzlichen Bestimmungen (vgl. z. B. § 8 Abs. 2 des Ges. über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmen und Bauparkassen v. 6. Juni 1931, RW. I, 315) im Inland zu stellenden Sicherheiten, dann gelten mindestens die Erträge dieser als im inländischen Gewerbebetrieb angefallen. Die überschüssigen Erträge sind — beim Vorliegen auch der sonstigen Voraussetzungen — gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 6 EinkStG. zu versteuern.

Da das FinGer. die Rechtslage verkannt hat, muß die Vorentscheidung aufgehoben werden. Die nicht spruchreife Sache geht an die Vorbehörde zurück, damit dieser unter Beachtung der vorstehenden Rechtsausführungen erneut entscheidet, in welcher Höhe die inländischen Kapitalerträge als Einnahmen der inländischen Betriebsstätte gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 2 EinkStG. und in welcher Höhe sie gesondert gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 6 EinkStG. zu versteuern sind.

Soweit sie nach dieser Vorschrift körperschaftsteuerpflichtig sind, also nicht in wirtschaftlichem Zusammenhange mit dem inländischen Gewerbebetrieb stehen, kann eine Aufrechnung mit Verlusten aus dem Gewerbebetrieb nicht erfolgen.

(RZ., 1. Sen., Ur. v. 28. Nov. 1933, I A 456/31 S.)

\*

5. §§ 4 Abs. 3, 14 Nr. 3, 21 KörperStG. Eine Stiftung gilt nicht als Erwerbsgesellschaft, soweit sie notgedrungen den Forst selbst bewirtschaftet. †)

Die beschwerdeführende Stiftung ist anlässlich der Auflösung eines Familienfideikommisses begründet worden. Sie bezweckt nach § 2 ihrer Satzungen die Erhaltung des Waldbesitzes, Durchführung

Zu 5. Die schätzungsweise etwa 50 Auflösungsstiftungen, die bei der Fideikommissauflösung durch Umwandlung von Fideikommissen in Stiftungen entstanden sind, sind steuerlich in verschiedener Hinsicht begünstigt. Zunächst unterliegt ihre Begr. keiner Schenkungssteuer (vgl. Gutachten RZ. v. 23. Juni 1921; 6, 292), ferner sind ihre Einkünfte, soweit sie an bezugsberechtigte Familienmitglieder verteilt werden, nach der Bd. v. 13. Febr. 1926 über die Steuerbegünstigung von Stiftungen, die an Stelle von Familienfideikommissen getreten sind (RW. I, 101), körperschaftsteuerfrei, endlich zahlen sie wie alle Stiftungen nur eine 10 %ige statt der sonst 20 %igen Körperschaftsteuer und dürfen die an ihre verfassungsmäßigen Organe gezahlten Vergütun-

einer planmäßigen Verwaltung und eine Sicherung der Angehörigen der stiftungsberechtigten Familie X. Der Besitz der Stiftung umfaßt im wesentlichen 4500 ha Wald und 550 ha landwirtschaftlich genutzte Fläche. Der Wald wird selbst bewirtschaftet, der landwirtschaftlich genutzte Stiftungsbesitz ist verpachtet.

Der Steuerstreit ist dadurch entstanden, daß das FinA. die von der Stiftung dem X. gewährte Pauschvergütung nicht zum Abzug zugelassen hat. X. gehört dem Stiftungsbeirat an und ist zugleich Rechtsberater der Stiftungsverwaltung. Das FinA. erblickt in der Stiftung eine Erwerbsgesellschaft, da die Eigenbewirtschaftung der Forsten nach der Entsch. I A 399/26 v. 7. Jan. 1927 (RZ. Nr. 2 zu § 4 Abs. 3 KörperStG.: Wrozek Kartei) einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb darstelle, der über eine Vermögensverwaltung hinausgehe. Darum ist § 17 Nr. 4 des KörperStG. angewendet worden.

Das FinGer. hat der Ver. stattgegeben, hat die Eigenschaft der Stiftung als einer Erwerbsgesellschaft verneint, darum den § 17 Nr. 4 KörperStG. für nicht anwendbar erklärt und den Steuerfuß auf 10 % ermäßigt, weil bei größerem Forstbesitz die Vermögensverwaltung anders als durch Eigenbewirtschaftung nicht möglich sei. Nach den natürlichen Bedingungen der Forstwirtschaft, namentlich im Hinblick auf die meist über ein Menschenalter hinausgehende Umtriebszeit könnte der Pächter nie damit rechnen, noch zu seinen Lebzeiten die Früchte seiner Arbeit zu ernten. In Forstbetrieben sei zudem die Gefahr des Raubbaues durch den Pächter so groß, daß der Verpächter, auch wenn er eingehende Sicherungsvorschr. ausbeugen habe, zur Überwachung dieser Vorschr. u. U. selbst wieder einen eigenen Beamtenapparat unterhalten müßte.

Der RBeschw. des FinA., die sich im wesentlichen wieder auf die Entsch. I A 399/26 beruht, ist der Erfolg versagt worden.

Zur Anwendung des § 4 Abs. 3 KörperStG. ist nicht nur nötig, daß ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb unterhalten wird, sondern es muß auch der Zweck über die Vermögensverwaltung hinausgerichtet sein. Eine Stiftung, die nur ihr Vermögen verwalten will, fällt darum nicht unter § 4 Abs. 3. Daß die beschwerdeführende Stiftung mehr bezweckt, als ihr Vermögen zu verwalten, läßt sich aus der oben wiedergegebenen Satzungsbest. nicht entnehmen. Eine derartige Absicht ist auch aus der tatsächlichen Gebarung nicht zu folgern. Wenn die Stiftung ihre Forsten selbst bewirtschaftet, so tut sie das nach der Feststellung des FinGer. notgedrungen. Es bleibt ihr keine andere Wahl. Der Gesichtspunkt, daß größere Forsten nicht anders als durch Eigenbewirtschaftung genutzt werden können, ist in der Sache I A 399/26 nicht geltend gemacht und nicht gewürdigt worden. Seine Richtigkeit leuchtet aber ein. Darum kann bei einem aus größeren Forsten bestehenden Stiftungsbesitz trotz eigener Bewirtschaftung der Forsten die Beschränkung auf die Vermögensverwaltung anerkannt werden. Das FinGer. hat bereits hervorgehoben, daß dieser Gedanke nicht etwa dazu führen darf, nun auch Nebenbetriebe, wie Sägereien u. dgl.

gen als Werbungskosten oder nach § 14 Nr. 3 KörperStG. vom Einkommen absetzen, beides unter der Voraussetzung, daß sie nicht als Erwerbsgesellschaften gelten; als solche gelten sie nach § 4 Abs. 3, sofern sie „einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb unterhalten und ihr Zweck über die Vermögensverwaltung hinaus vorwiegend darauf gerichtet ist, durch diesen Geschäftsbetrieb wirtschaftliche Vorteile“ für sich oder zugunsten der Stiftungsberechtigten zu erzielen. Die vorl. Entsch. prüft, wann diese Voraussetzung bei einer Waldstiftung gegeben ist; sie schränkt dabei die in ihr zitierte Vorentschr. StW. 1927 Nr. 123 = RZ. I, 1927, 60) erheblich ein; diese hatte es als keiner besonderen Begr. bedürftig erklärt, „daß die ausgedehnte Tätigkeit im Wirtschaftsleben, die mit der eigenen Bewirtschaftung eines Forstguts verbunden sei, über die bloße Vermögensverwaltung hinausgehe“ und davon nur Fälle ausgenommen, in denen mit der Bewirtschaftung nicht Erwerbs-, sondern z. B. wissenschaftliche, Lehr- oder Ausbildungszwecke verfolgt würden. Die vorliegende Entsch. weicht hier von der Vorentschr. ab, weil im vorl. Falle der Wald nicht verpachtet werden könne, die Selbstbewirtschaftung also notgedrungen erfolge und über den Zweck der Vermögensverwaltung nicht hinausgehe. Da diese Feststellung bei allen Waldstiftungen zutreffen dürfte, sind die Waldstiftungen damit, soweit sie nicht gewerbliche Nebenbetriebe haben, tatsächlich von der erhöhten Körperschaftsteuer und der Besteuerung der Vorstands honorare freigestellt; die Bedeutung der Entsch. beschränkt sich nicht auf die Auflösungsstiftungen, ihre Definition ist auch für die Anerkennung der kirchlichen, gemeinnützigen und milden Stiftungen und Anstalten sowie Kapitalverwaltungsgesellschaften verwendbar (vgl. §§ 9 Abs. 1 Nr. 7, 11 Abs. 3 Nr. 1 KörperStG. und § 16 Abs. 1 Bd. v. 17. Mai 1926 zur Durchführung des KörperStG. (RZ. I, 244)). Der Entsch. ist m. E. zuzustimmen.

Geb. J. R. Dr. W. Seelmann-Eggebert, Berlin.

zur Vermögensverwaltung zu rechnen. Denn für die Verwertung des Holzes wird sich immer ein Unternehmer finden lassen, da hier die für die engere Forstwirtschaft maßgebenden wirtschaftlichen Bedingungen nicht vorliegen. Wenn eine Stiftung trotzdem derartige Nebenbetriebe selbst führen würde, so würde sie damit zeigen, daß sie mehr als ihr Vermögen verwalten will, daß sie Unternehmungsgewinne erzielen will.

(RZ, 1. Sen., Urt. v. 29. Nov. 1933, I A 157/33.)

Eingef. von FR. Dr. Stahl, Kassel.

### Reichspatentamt.

**1.** § 4 Ziff. 1, 1 WbZG. Schutzunfähigkeit der Bezeichnung „Steilkreis“ für Rundfunkgerät. Zur Frage der Eintragbarkeit neu geprägter Wortverbindungen. f)

Das angemeldete Zeichen lautet „Steilkreis“ und ist vornehmlich für Rundfunkgeräte bestimmt.

Die Prüfungsstelle hat die Anmeldung aus absoluten Gründen zurückgewiesen. Der hiergegen gerichteten Beschw. war bei aller Würdigung des schriftlichen und mündlichen Vorbringens der Anmelderin der Erfolg zu verlagern.

Wie die Anmelderin in der Beschw. selbst hervorhebt, werden in der Elektrotechnik und nicht zum wenigsten in der Rundfunkwelt mit dem Worte „Kreis“ als Oberbegriff zusammengesetzte Gattungsbezeichnungen in großer Zahl gebraucht, z. B. Gleichstrom-, Wechselstrom-, Hochfrequenz-, Sperr-, Resonanz-, Röhren- und Abstimmungskreis. Die Anmelderin räumt ferner selbst ein, daß die Wortprägung „Steilkreis“ auf einen Abstimmungskreis mit steiler Resonanzkurve gemünzt sei, meint allerdings, die Schutzfähigkeit des angemeldeten Wortgebildes sei trotzdem zu bejahen, weil es erst von ihr erfunden und zudem durchaus eigenartig, weil eine sprachliche Unmöglichkeit und deshalb nicht ohne weiteres deutbar sei; denn „steile Kreise“ kenne die Mathematik nicht.

Diese Einwendungen gehen fehl. Mag auch der Ausdruck „Steilkreis“ für Waren der angemeldeten Art vor der Anmeldung noch völlig ungebrauchlich gewesen sein, und werden auch viele Laien die Bedeutung des Wortes „Steilkreis“ nicht leicht erkennen, so stehen doch seiner Eintragung in die patentamtliche Warenzeichentabelle folgende Erwägungen entgegen:

Ein beträchtlicher Teil der Käufer von Rundfunkgeräten erfreut sich großer Fachkunde, und zwar keineswegs nur der zünftige Wissenschaftler und Berufstechniker. Der Sachkennner vermag aber, wie antskundig, den vorerwähnten Sinn der angemeldeten Benennung mühelos ohne besonderes Nachdenken zu erfassen. Wie leicht die Deutung ist, geht u. a. aus dem von der Anmelderin im Auszuge überreichten „Postbriefe“ (Jahrgang 1933, Heft 4, S. 107 der „Postbriefe der Drahtlosen“) hervor, wo es in einem Aufsatze „Steilkreis, das neueste Schlagwort“ zu Beginn des zweiten Absatzes heißt: „Gemeint ist natürlich, die Resonanzkurve der einzelnen Kreise wäre steil, während sie bisher flach gewesen wäre“. Die Zusammenfügung einer so langatmigen Bezeichnung zu dem angemeldeten Namen „Steilkreis“ entspricht einem heutzutage weitverbreiteten Streben auf dem Gebiete der Werbung nach möglichst „sachlicher“ Kürze des Ausdrucks. Auf diese Weise dürfte u. a. das schwerlich schutzfähige Wort „Rundfunk“ entstanden sein. Ähnlich zugespitzte Wortverbindungen und Redewendungen, wie sie z. B. in den Schlagzeilen der Tagespresse im Text wie im Anzeigenteil — mehr oder weniger sprachlich kühn gebildet — täglich anzutreffen sind, mögen sich ihrer Kürze halber vorzüglich zur Werbung eignen. Nicht jedes Werbungsschlagwort ist aber zugleich auch ein „Warenzeichen“ i. S. des deutschen Zeichenrechtes, d. h. eine Ursprungsmarke, ein Flächengebilde, mit dem der Kaufmann seine Ware versieht, um sie als die seine erkennbar und von denen anderer Gewerbetreibenden unterscheidbar zu machen (vgl. Entsch. der Beschw.erteilung v. 29. März 1933 in Sachen der Anmeldungen „Zeit aus der Steckdose“ usw., Blatt f. Patents, Muster-u. Zeichenwesen 1933, 119). Diese Aufgabe vermag eine Bezeichnung, die wie die angemeldete in Anpassung an eine bereits weitverbreitete Verkehrsgepflogenheit gebildet ist und demgemäß mindestens auf den Kundigen als phantastische Beschaffenheitsangabe wirkt, nicht zu erfüllen. Außerdem besteht nach Lage der Sache ein ernsthaftes Bedürfnis der Geschäftswelt nach Frei-

haltung von Ausdrücken der angedeuteten Art zur ungehinderten Benutzung.

(RPatM., 12. BeschwSen., Entsch. v. 8. Dez. 1933, R 41871/22b WZ, B 155/33.)

Ber. von DR. B. Bindewald, Berlin.

### Reichsversicherungsamt.

Berichtet von Senatspräsident Dr. Zielke und Landgerichtsdirektor Persting, Berlin.

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

[O Wird in den „Entscheidungen und Mitteilungen“, herausgegeben von Mitgliedern des RVerfA. (EnM.), abgedruckt.]

**1.** § 29 Abs. 1 RVD. Die Frist des § 29 Abs. 1 ist eine Verjährungsfrist des öffentlichen Rechtes und muß daher von Amts wegen berücksichtigt werden.

(RVerfA., Entsch. v. 7. Nov. 1933, I 50/33, B S I, EnM. 35, 77.) [3.]

\*

**2.** § 547 RVD. Hochöfen- und Röstöfenbetriebe sind keine „Betriebe des Bergbaus“ i. S. der Nr. 16 der Anlage zur 2. BerufskrankhVD. v. 11. Febr. 1929, da es sich bei ihnen nicht um die Gewinnung des Eisenerzes, sondern um die weitere Verarbeitung der bereits im Bergbau gefördert Mineralien handelt.

(RVerfA., Entsch. v. 7. Nov. 1933, Ia 4706/31, EnM. 35, 76.) [3.]

\*

**3.** § 547 RVD. Zur Auslegung des Begriffs „Metallschleiferei“ i. S. der Nr. 16 der Anlage zur 2. BerufskrankhVD. v. 11. Febr. 1929.

Der M. leidet zwar an einer schweren Staublungenerkrankung, aber er hat sich diese weder in einem Betriebe der Sandsteingewinnung, -bearbeitung oder -verarbeitung noch in einem Betriebe der Metallschleiferei i. S. der Nr. 16 Sp. III zu a und b der Anlage zur 2. BerufskrankhVD. v. 11. Febr. 1929 zugezogen. Er war in einer Eisengießerei und Formerei (Poterie-Gießerei) als Form- und Eisengießer tätig. Unter Betrieben der Sandsteingewinnung usw. sind nur Betriebe gemeint, in denen der natürliche Sandstein gewonnen, bearbeitet oder verarbeitet wird. Das kommt hier nicht in Frage, da in einer Eisenschmelzhütte lediglich Sand, also ein Körper, der entweder auf natürlichem oder künstlichem Wege aus Sandstein entstanden ist und daher als Produkt des Sandsteins bezeichnet werden kann, bei der Bearbeitung von Gittererzeugnissen verwendet wird. Auch ein Betrieb der Metallschleiferei kommt nicht in Frage. Der M. hat mit einem Sandstrahlgebläse die vom Guß kommenden, noch heißen Formstücke von dem anhaftenden Formsand befreit. Eine solche Behandlung, bei der die Metallstücke selbst in ihrer Substanz und Form nicht verändert werden, kann nicht als „Schleiferei“ bezeichnet werden. Unter einer Schleiferei ist vielmehr die Bearbeitung von Metallen mittels einer rotierenden Schleifmasse oder vielleicht auch mit einer Feile (wenn die Arbeit von Hand geschieht) zu verstehen. Der Kreis der Betriebe ist bei Nr. 16 enger als bei Nr. 18 der Anlage. Für Nr. 16 kommen Metallschleifereien nicht in Betracht, während bei Nr. 18 alle Betriebe der Metallbearbeitung und -verarbeitung aufgeführt sind.

(RVerfA., Entsch. v. 17. Aug. 1933, Ia 11044/31, EnM. 35, 6.) [3.]

## II. Länder.

### Oberverwaltungsgerichte.

#### Preußen.

### Preussisches Oberverwaltungsgericht.

Berichtet von SenBräf. Geh. RegR. v. Kries u. RA. Dr. Görres, Berlin.

**1.** § 33 PrPolVerwG. Festsetzung von Zwangsgeb. Wegen Nichtbefolgung einer PolVD. kann ein Zwangsgeb. gemäß § 33 Abs. 2 PolVerwG. nur gegen denjenigen festgesetzt werden, der der VD. selbst zuwiderhandelt oder einen anderen zu der unerlaubten Verrichtung i. S. § 19 Abs. 3 a. a. O. bestellt hat.

Am 4. Mai 1932 beantragte der Geschäftsführer des L-Theaters in A., ihm zu erlauben, an einer dem Kaufmann M. gehörigen Bretterwand ein 3 × 6 m großes Plakat anbringen zu dürfen. Am 7. Mai 1932 stellte M. den gleichen Antrag. Die Polizei in A. lehnte beide Anträge, und zwar den des M. durch Bf. v. 18. Mai 1932 ab. Gegen M. wurde, weil er das Plakat bereits vorher an der Bretterwand angebracht habe, durch Fest-

**Zu 1.** Aus ähnlichen Erwägungen hat der gleiche Sen. unter dem 26. Jan. 1934 in Sachen der Anmeldung T 20015/22 h Wz — B 353/33 B — die Schutzfähigkeit der Bezeichnung „Dochkreiser“ für Rundfunkgeräte als Warenzeichen unter Ver. auf die vorstehende Entsch. in Sachen der Anmeldung des Wortes „Steilkreis“ an Hand von Ermittlungen (Befragung von Fachkreisen) verneint.

Ber. von DR. B. Bindewald, Berlin.

legungsbescheid v. 13. Mai ein Zwangsgeld von 25 RM festgesetzt. Gegen diesen Bescheid hat er nach fruchtloser Beschw. Klage im Verwaltungsstreitverfahren erhoben, die der BezAusfch. abgewiesen hat. Das OVG. wies auf Rev. des Kl. die Sache an den BezAusfch. zurück.

Die Rev. kann nur darauf gestützt werden, daß die angefochtene Entsch. auf unrichtiger Anwendung des bestehenden Rechtes beruht oder durch einen wesentlichen Verfahrensmangel zustande gekommen ist. Die ArtBegr. des BezAusfch., der die Abweisung der Klage damit begründet hat, daß Kl. gegen die PolWD. v. 26. Aug. 1927 betr. Zuwiderhandlungen gegen die Ortsatzung gegen die Verunstaltung der Stadt A. verstoßen habe, indem er ein Reklameschild ohne die durch Ortsatzung v. 16. Jan. 1922 vorgeschriebene baupolizeiliche Genehmigung angebracht hat, läßt eine unrichtige Anwendung des bestehenden Rechtes nicht erkennen. Der Vorderrichter hat aber eines unbeachtet gelassen:

Kl. hat in der Revisionschrift behauptet und unter Zeugenbeweis gestellt, daß er das Plakat überhaupt nicht angebracht habe. Mit dieser Erklärung hätte er in der RevJust. nicht mehr gehört werden können, wenn sie ein neues tatsächliches Vorbringen enthielte. Kl. hat sowohl in der Beschw. v. 29. Mai wie in dem Klageschriftsatz v. 23. Aug. 1932 selbst angegeben, das Reklameschild an der Bretterwand angebracht zu haben. Im zweiten Klageschriftsatz aber stellt er in Widerspruch hierzu die Sache so dar, daß der Geschäftsführer des L-Theaters, als des Mieters der Fläche, das Plakat angebracht, er, Kl., aber als Vertragspartner nur aus Zweckmäßigkeitsgründen die Auseinandersetzung mit der Polizei übernommen habe. Nun sagt zwar die Anzeige des Beamten, daß M. das Reklameschild angebracht habe; aus der Anzeige geht aber nicht hervor, daß diese Bekundung auf eigener Wahrnehmung beruht oder auf Beobachtung von Zeugen. Es ist daher sehr wohl möglich, daß der Beamte den M. wegen des angebrachten Reklameschildes zur Rede gestellt und dieser aus dem angegebenen Grunde sich zu der Tat bekannt oder doch der Annahme, er sei der Täter nicht widersprochen hat. War er das aber nicht und hat er sich auch nicht etwa — wofür es aber bis jetzt an jedem Anhalt fehlt — dadurch mitschuldig gemacht, daß er den Geschäftsführer zu der Anbringung des Plakates „bestellte“ (§ 19 Abs. 3 PolVerwG.), so konnte gegen ihn kein Zwangsgeld festgesetzt werden und der BezAusfch. durfte deshalb seine im zweiten Klageschriftsatz vorgebrachte Verurteilung, nicht er sondern der Geschäftsführer des L-Theaters habe das Plakat am Zaune angebracht, nicht unberücksichtigt lassen. Denn wenn auch Kl. durch sein Selbstbekenntnis zu der Zuwiderhandlung gegen die PolWD. bewiesen hat, daß auch er nicht gewillt ist, deren Vorschr. zu achten, das Druckmittel der Zwangsgeldfestsetzung, nachdem er sich zu der Tat bekannt hat, also auch gegen ihn durchaus angezeigt sein würde, so bietet das Gesetz doch zu einer solchen Maßnahme keine Stütze. Vielmehr ist Voraussetzung der Festsetzung in jedem Falle eine Nichtbefolgung der PolWD., und zwar, wie insbes. aus § 33 Abs. 2 PolVerwG. hervorgeht, von seiten des von der Festsetzung Betroffenen (s. Komm. z. PolVerwG. von Schäfer-Witthards-Wille S. 125). Darin, daß sich der BezAusfch. nicht mit der neuen für die Schulfrage wichtigen Darstellung des Sachverhalts durch Kl. auseinandergesetzt hat, liegt ein wesentlicher Verfahrensmangel, der zur Aufhebung seiner Entsch. führen mußte.

(PrOVG., 4. Sen., Urt. v. 18. Dez. 1933, IV C 119/33.)

\*

2. § 39 HohenzollernGemd. v. 2. Juli 1900 (GS. 189). Allmandrecht. Besitzt eine Gemeinde observanzmäßig die Befugnis, das zur Beheizung der Volksschule erforderliche Holz aus dem Allmandwalde vor der Verteilung der Allmandnutzungen an die einzelnen Allmandberechtigten zu entnehmen, so umfaßt diese Befugnis auch das für die Beheizung der Berufsschulen benötigte Holz. Die hierfür geschaffenen Einrichtungen bilden solche, die der Erfüllung der allgemeinen Schulpflicht i. S. § 145 RVerf. dienen.

Die Rev. des Kl. greift die Vorents. insofern an, als sie die Stadt S. für befugt erklärt hat, das für die Beheizung der Berufsschule und der Frauenerwerbschule erforderliche Holz vorweg aus dem Allmandwald zu entnehmen. Nach Ansicht des Kl. hätte der BezAusfch. aus dem Umstande, daß die Entsch. des OVG. v. 8. Okt. 1914 (OVG. 68, 107) der Stadt ein solches Recht neben der katholischen auch für die evangelische Volksschule zuerkannt hat, nicht ohne weiteres auf das Bestehen einer gleichen Berechtigung für die Beheizung der bezeichneten besonderen Schulen schließen dürfen. Die damalige Stellungnahme des OVG. beruhe darauf, daß die Unterhaltung

der evangelischen Volksschule seit dem Inkrafttreten des Volksschulunterhaltungsg. ebenfalls eine gesetzliche Verpflichtung der Stadt bilde, während die Berufsschule und die Frauenerwerbschule von der Gemeinde freiwillig ins Leben gerufen wären. Zudem habe das der Entsch. des OVG. v. 8. Okt. 1914 zugrunde liegende Urt. des BezAusfch. v. 8. Juni 1912 der Handwerkerfortbildungsschule, aus der die Berufsschule hervorgegangen sei, das Bestehen eines observanzmäßigen Holzbezugsrechts ausdrücklich abgeprochen.

Diese Ausführungen lassen außer Betracht, daß nach Art. 145 RVerf. der Besuch der Fortbildungsschulen, die jetzt als Berufsschulen bezeichnet werden und zu denen auch die Frauenerwerbschule gehört, einen Teil der allgemeinen Schulpflicht bildet. Allerdings ist eine gesetzliche Verpflichtung der Gemeinden zur Errichtung derartiger Schulen bisher noch nicht eingeführt. Sind aber Berufsschulen ins Leben gerufen, so ist die Gemeinde zu ihrer weiteren Unterhaltung verpflichtet. Daß vor Inkrafttreten der Hohenzollernschen GemD. eine solche Verpflichtung nicht bestand und deshalb auch keine observanzmäßige Holzbelieferung zugunsten dieser Schulen stattgefunden hat, ist ohne Bedeutung. Denn nach der Entsch. v. 8. Okt. 1914 umfaßt das Holzbezugsrecht der Stadt S. auch den Bedarf für die nach 1901 neu errichteten Klassen und für die evangelische Volksschule, zu deren Unterhaltung die Stadt erst seit Inkrafttreten des Volksschulunterhaltungsg. v. 28. Juli 1906 verpflichtet ist. Es kann dahingestellt bleiben, ob aus der bezeichneten Entsch., nach der sich der Umfang des städtischen Holzbezugsrechts nach dem jeweiligen Umfang der Räume für die von der Stadt „zu unterhaltenden Schulen“ richtet und nach der dieses Recht, unabhängig von der Art der Beheizung, zur finanziellen Entlastung der Stadt dienen soll, zu folgern ist, daß diese Berechtigung für alle von der Stadt unterhaltenen Schularten Geltung hat. Jedenfalls trifft das für die hier in Frage stehenden Schularten zu, da sie ebenso wie die konfessionellen Volksschulen eine Einrichtung im Rahmen der allgemeinen Schulpflicht i. S. des Art. 145 RVerf. bilden.

(PrOVG., 2. Sen., Urt. v. 14. Nov. 1933, II B 29/32.)

## Sachen.

### Sächsisches Oberverwaltungsgericht.

1. Taristelle 24 SächsStempStG. Ein Antrag an eine Bank auf Gewährung eines Darlehens fällt nicht unter Taristelle 24 SächsStempStG.

Zur Entsch. steht nur die Frage, ob die Urf. v. 30. Dez. 1931 als Schulderschreibung nach TarSt. 24 StempStG. anzusehen ist. Nach der Überschrift „Darlehensantrag“ sowie nach den Fragen 1 und 6 am Eingang, worin von „Antragsteller“ und „begehrtem Darlehn“ die Rede ist, stellt sich die vom Kl. unterschriebene Urf. nach Form und Inhalt (§ 7 Abs. 1 StempStG.) als bloßer Antrag an die Bank auf Gewährung eines Darlehens dar. Die in der Urf. enthaltene Erklärung der Verpflichtung, das Darlehn in bestimmten Raten zurückzahlen, ist nur ein Bestandteil dieses Antrags, aber nicht eine daneben hergehende Schulderschreibung. In einer Urf. über ein bloßes Vertragsangebot i. S. des § 145 BGB., das unter der Voraussetzung des § 146 BGB. seine Kraft verliert, kann nicht deshalb, weil darin für den Fall des Zustandekommens des Vertrags ein Zahlungsverprechen abgegeben wird, eine bedingte Schulderschreibung gefunden werden. Die gegenteilige Auffassung ist in Rspr. und Schrifttum bisher nicht vertreten worden (vgl. RGZ. 67, 266 = JW. 1908, 85; Heinig, PrStempStG., 3. Aufl. S. 598 unten; Hummel-Specht, PrStempStG., S. 1031 unter III, S. 1045/6 Anm. 25 II und Fußn. 129). Die Entsch. des RG.: JW. 1902, 159<sup>24</sup> betrifft keinen bloßen Darlehensantrag, sondern eine ihrem Inhalte nach unzweideutige Schulderschreibung. Die Ausführungen bei Böhm-Loreh, StempStG., 2. Aufl., S. 426 Anm. 12 unter a letzter Satz und S. 427 Anm. 12 unter c haben ebenfalls Urf. im Auge, die sich nicht als bloße Darlehensanträge darstellen, sondern die erkennen lassen, daß die Gewährung des Darlehens vom Darlehensgeber bereits zugesichert ist.

Das RG. hat (RG. 67, 266<sup>1</sup>) allerdings ausgesprochen, es sei möglich, daß eine Schulderschreibung unter der Bedingung des Zustandekommens eines Vertrags beurkundet werde. Was für Fälle das RG. bei jener Bemerkung im Auge gehabt hat, ist, da es Beispiele nicht anführt und nähere Darlegungen fehlen, nicht erkennbar. Jedenfalls fällt die streitige Urf. nicht darunter.

(SächsOVG., 2. Sen., Urt. v. 28. Sept. 1933, 185 II 1932.)

Eingef. von *RA. Dr. Werner Behner*, Zwickau i. S.

<sup>1</sup>) JW. 1908, 85.