



Juristische Wochenschrift

Organ der Reichsfachgruppe Rechtsanwälte des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen

Herausgegeben von dem kommissarischen Reichsfachgruppenleiter Rechtsanwalt Dr. Droege, unter Mitwirkung der Mitglieder des Reichsfachgruppenrates: Dr. Hanns Frißsche, Leipzig; Dr. Hawlitzky, Forst i. L.; Dr. Mößmer, München; Prof. Dr. Noack, Halle a. S.; Dr. Rudat, Königsberg (Pr.); Wilh. Scholz, Berlin; Dr. Schwarz, Prenzlau; Dr. Ulrich, Berlin

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

Verlag: W. Moeser Buchhandlung, Inh.: Oscar Brandstetter, Leipzig C 1, Dresdner Straße 11/13
Fernsprecher Sammel-Nr. 72566 / Drahtanschrift: Imprimatur / Postcheckkonto Leipzig Nr. 63623
Geschäftsstelle in Berlin SW 48, Hedemannstr. 14. Fernsprecher A 9, Blücher 0217

Wehrrecht

Von Dr. jur. Otto Senftleben, Oberregierungsrat im Reichskriegsministerium,
Mitglied des Ausschusses für Wehrrecht der Akademie für Deutsches Recht

Dem 16. März 1935 kommt im „Jahr der deutschen Freiheit“ unter allen übrigen geschichtlich wichtigen Tagen des Jahres besonders große Bedeutung und Tragweite zu. Vor der Kühnheit und Größe des Entschlusses, der an diesem Tage durch die Verkündung der deutschen Wehrfreiheit zur Tat wurde, stockte für Augenblicke der Pulsschlag des Weltgeschehens. Ernste Tage voller Spannung folgten. Daß die Wiedererhebung Deutschlands zur Wehrfreiheit inmitten einer feindlichen, in Waffen starrenden Welt überhaupt vor sich gehen konnte, hat Rosenberg mit Recht als „das große Wunder des neuen Reiches“ bezeichnet¹⁾. Dieses Wunder konnte nur durch den Glauben des Führers an das deutsche Volk vollbracht werden. Heute ist Deutschland wieder frei und stark und durch seine Stärke der sicherste Hort des Friedens. Das deutsche Volk blickt dankbar zu seinem Führer und Befreier auf in unerschütterlichem Glauben an sein Werk und seine Sendung.

Groß und kühn wie nach außen, wurde das deutsche Wehrproblem auch nach innen in Angriff genommen und gelöst. Zwar wurde auf bewährten Einrichtungen und Erfahrungen der Vorkriegszeit aufgebaut, dennoch aber etwas ganz Neues, von nationalsozialistischem Geist Erfülltes geschaffen. Der Ausgangspunkt der nationalsozialistischen Lehre liegt im Volk. Damit waren Weg und Ziel auch für den Aufbau eines neuen deutschen Wehrrechts gegeben. Es konnte nur ein völkerverbundenes, allein dem Wohle des Volkes dienendes Recht werden und ist schon heute nicht nur ein neuer Begriff, sondern hat im nationalsozialistischen Staat gegenüber dem „Militärrecht“ der Vorkriegszeit auch einen völlig neuen politischen und weltanschaulichen Inhalt erhalten.

Entsprechend seiner Aufgabe, einem wichtigen Substanzwert der Nation, der Wehrkraft des Volkes, Förderung und Schutz zu gewährleisten, hat es auch seinem Umfange nach eine erhebliche Erweiterung erfahren. Das frühere Militärrecht umfaßte nur das Recht des Wehrmachtkörpers, seine Einrichtungen und Anstalten und den zu ihm gehörenden Personenkreis. Der neue Begriff des „Wehrrechts“ erstreckt sich dagegen auf die Gesamtwehrkraft des Volkes, die sich nicht in seinen materiellen Wehrmitteln erschöpft, sondern ihre Ergänzung zur vollen Stärke erst aus der geistigen Wehrkraft, d. h. aus der seelischen Hal-

tung und weltanschaulichen Einstellung nicht nur der Soldaten, sondern des ganzen Volkes zur Frage seiner Selbstbehauptung im Kreise der anderen Nationen gewinnt. Das Wehrrecht greift mithin weit über den engen Rahmen des Militärrechts hinaus und berührt fast alle Gebiete der staatlichen Rechtssetzung. Durch die Bedeutung, die es damit für alle Volksgenossen und auf allen rechtlichen Lebensgebieten erlangt hat, ist es zu einem selbständigen Zweig der allgemeinen Rechtswissenschaft emporgehoben²⁾.

Im folgenden sollen einige wichtige Probleme des neuen deutschen Wehrrechts näher betrachtet werden.

I.

1. Was die Begriffsgestaltung und Einteilung anbelangt, so ist zunächst Wehrrecht im engeren und Wehrrecht im weiteren Sinne zu unterscheiden. Ersteres schließt alle Rechtsnormen ein, die den Hauptträger der Wehrkraft des Volkes, die Wehrmacht, ihren organisatorischen Aufbau, ihre Einrichtungen, Anstalten und Angehörigen unmittelbar betreffen. Sie bilden den engeren Kern im weiten Rahmen des Wehrrechts. Von der inhaltlichen Ausgestaltung abgesehen, entspricht er etwa jenem Normenkreis, der dem alten Begriff „Militärrecht“ nahekommt. Vom Wehrrecht im weiteren Sinne werden alle diejenigen Rechtsnormen umfaßt, die sich um die Wehrgemeinschaft des Volkes gruppieren, das Entstehen und Erhalten wehrhaften Volkstums zum Ziele haben und den Einsatz des Volkes in den Dienst der Landesverteidigung regeln. Dabei ist begrifflich weder zwischen Friedenswehrrecht und Kriegswehrrecht noch zwischen innerstaatlichem und zwischenstaatlichem Wehrrecht zu unterscheiden. Letzteres gehört dem Völkerrecht an und Kriegswehrrecht baut sich organisch auf dem Friedenswehrrecht auf.

2. Wichtig dagegen ist wieder die Unterscheidung zwischen Wehrrecht im subjektiven und objektiven Sinne. Ein subjektiv öffentliches Wehrrecht des einzelnen Volksgenossen gegen den Staat in dem Sinne, daß er einen Anspruch hätte, zur Teilnahme an der „Wehr“ des Volkes durch Einstellung in den aktiven Wehrdienst herangezogen zu werden, ist nicht begründet (vgl. hierüber Rosenberger, „Wehrrecht und

²⁾ Die erste systematische Darstellung des gesamten neuen deutschen Wehrrechts ist kürzlich aus der Feder des Verfassers erschienen: „Deutsches Wehrrecht“, Verlag Junker & Dünhaupt, Berlin-Steglitz.

¹⁾ Völkischer Beobachter v. 1. Jan. 1936.

Wehrstaatsrecht“ im Nationalsozialistischen Handbuch für Recht und Gesetzgebung S. 442). Dagegen läßt sich von einem subjektiven Wehrrecht sprechen, wenn man es als das Recht der Volksgemeinschaft auffaßt, ihre Wehrkraft ihren politischen Lebensbedürfnissen und ihrer Stellung zur staatlichen Umwelt entsprechend auszubauen, um sich erforderlichenfalls feindlicher Angriffe von außen her mit Aussicht auf Erfolg erwehren zu können. Hiermit steht im engen Zusammenhange das subjektive Wehrrecht der Volksgemeinschaft gegen innere Volksfeinde zur Abwehr verbrecherischer Anschläge gegen Volk und Staat. Man kann hier an eine Übertragung des Notwehrrechts des einzelnen auf die ganze Volksgemeinschaft, d. h. auf ihren Repräsentanten, den Führer und Reichskanzler, denken. Das Gebiet des subjektiven Wehrrechts in dem soeben ange deuteten Sinne ist bisher völlig unerforscht. Hier harret der Rechtswissenschaft daher noch eine dankbare Aufgabe. Begrifflich wird man unter Wehrrecht im subjektiven Sinne das Recht der Volksgemeinschaft auf Wehrhaftigkeit und zur Abwehr aller gegen ihre Substanzwerte gerichteten Angriffe verstehen können.

3. Dagegen ist Wehrrecht im objektiven Sinne der Inbegriff der Rechtsnormen, die sich die Volksgemeinschaft zur Ausgestaltung und zum Schutze ihrer Gesamtwehrkraft setzt. Es hat im wesentlichen öffentlich-rechtlichen Charakter. Daraus ergibt sich seine natürliche Unterteilung in Wehrstaatsrecht und Wehrstrafrecht. Beide Unterbegriffe müssen wieder im engeren und weiteren Sinne betrachtet werden.

Dem Wehrstaatsrecht im engeren Sinne werden alle Rechtsnormen zuzurechnen sein, die die Wehrverfassung des Staates bestimmen, die staatsrechtliche und staatspolitische Stellung der Wehrmacht regeln, ihre Führung, Organisation und Verwaltung ordnen, ihre Ausüstung und Einrichtungen betreffen und dem einzelnen Volksgenossen seine Pflichten und Rechte im Hinblick auf die Aufgaben der Landesverteidigung zuweisen. Das Wehrstaatsrecht im weiteren Sinne umfaßt alle diejenigen Vorschriften, die die Wehrertüchtigung der Jugend, Entstehung und Erhaltung wehrhaften Volkstums und seines Einsatzes in den Dienst der Landesverteidigung bezwecken.

Unter Wehrstrafrecht im engeren Sinne ist das Sonderstrafrecht der Wehrmacht zu verstehen, das die Aufrechterhaltung der militärischen Disziplin und damit die Schlagfertigkeit und den inneren Zusammenhalt der Truppe sichern soll. Dem Wehrstrafrecht im weiteren Sinne schließlich gehören alle diejenigen Bestimmungen des allgemeinen Strafgesetzbuchs und der strafrechtlichen Nebengesetzgebung an, die den Schutz der materiellen und geistigen Wehrkraft des Volkes zum Ziele haben.

II.

1. Im Mittelpunkt des Wehrstaatsrechts stehen das Gesetz über den Aufbau der Wehrmacht v. 16. März 1935 (RGBl. I, 375) und das zu seiner Ausführung ergangene WehrG. v. 21. Mai 1935 (RGBl. I, 609). Diese beiden Gesetze bilden den Kern des gesamten neuen deutschen Wehrstaatsrechts. Die sedes materiae für das Neue und Umwälzende in seinem mehrpolitischen und weltanschaulichen Inhalt liegt im § 1 WehrmächtaufbauG.: „Der Dienst in der Wehrmacht erfolgt auf der Grundlage der allgemeinen Wehrpflicht.“ Das bedeutet im nationalsozialistischen Staat nicht mehr und nicht weniger als die Begründung der Totalität der Wehrpflicht, wie sie schon Scharnhorst und die Männer um ihn erträumt hatten, aber bei der Mentalität ihrer Zeit nicht zur Vollendung bringen konnten. Die ergänzenden Bestimmungen hierzu enthält das WehrG. in seinem § 1 Abs. 2: „Jeder deutsche Mann ist wehrpflichtig“ und im § 7 Abs. 1 Satz 1: „Die Wehrpflicht wird durch den Wehrdienst erfüllt.“ In diesen drei Gesetzesstellen liegt der Gedanke der allgemeinen Wehrpflicht in seiner Vollendung vor uns. Danach bedingt einmal die Gleichheit des Schicksals für alle deutschen Männer gleiche Rechte und gleiche Pflichten. Privilegien und Standesvorrechte, wie sie die Kaiserzeit durch Freistellung der Mitglieder regierender und mediatizierter Häuser von der Wehrpflicht und in dem

Institut der Einjährig-Freiwilligen kannte, gibt es nicht mehr. Die absolute Ausgeglichenheit zwischen Pflichten und Rechten im nationalsozialistischen Staat duldet keine unterschiedliche Behandlung der Volksgenossen nach Stand, Bildungsgang oder Vermögen. Allein Charakter und Leistungen dürfen für den Werdegang des einzelnen ausschlaggebend sein. Ferner ist zum Ausdruck gebracht, daß, wer unter die Wehrpflicht fällt, auch Wehrdienst leistet, d. h. seine Wehrpflicht entweder im aktiven Wehrdienst oder durch Wehrdienst im Beurlaubtenstande erfüllt. Jeder Wehrpflichtige steht mithin auch in einem Wehrdienstverhältnis. Wehrpflicht löst also Wehrdienst aus und Wehrdienst ohne Wehrpflicht ist nicht denkbar.

2. Das unmittelbare Wehrdienstverhältnis ist der aktive Wehrdienst. In ihm stehen in Erfüllung ihrer Wehrpflicht nicht nur die Wehrpflichtigen während der Erfüllung der aktiven Dienstpflicht und die aus dem Beurlaubtenstande zu Übungen oder Kriegsdienst einberufenen Wehrpflichtigen, sondern auch die aktiven Offiziere, die freiwillig länger dienenden Unteroffiziere und Mannschaften, sowie die sogenannten Wehrdienstbeamten³⁾ (§ 7 Abs. 1a). Die aktiven Offiziere und sogenannten Kapitulanten standen nach der Wehrverfassung der Kaiserzeit außerhalb der Wehrpflicht in einem beamtenähnlichen Staatsdienerverhältnis, das die Wehrpflicht überdeckte. Die allgemeine Wehrpflicht war nur ein Hilfsmittel, um das zur Auffüllung der Rahmenformationen des Heeres nötige Menschenmaterial zu bekommen. Mit dieser der nationalsozialistischen Auffassung über die Wehrpflicht nicht entsprechenden Regelung ist gebrochen worden. Im Dritten Reich ist Wehrdienst nicht mehr Untertanenpflicht, sondern „Ehrendienst am Deutschen Volke“. Die Wehrpflicht ist von allen wehrpflichtigen und wehrwürdigen Volksgenossen der Volksgemeinschaft gegenüber zu erfüllen. In das aktive Wehrdienstverhältnis gelangt man nur durch Einberufung auf Grund der bei der Musterung und Aushebung getroffenen Entscheidung oder durch Einstellung auf Grund freiwilliger Meldung zum Eintritt.

3. Dagegen wird der Wehrpflichtige Angehöriger des Beurlaubtenstandes von Gesetzes wegen, ohne daß es eines besonderen Staatsaktes hierzu bedarf. An seinem 19. Geburtstag tritt er ohne weiteres in die Ersatzreserve ein. Am 1. April nach Vollendung seines 35. Lebensjahres tritt er selbsttätig bis zum Austritt aus dem wehrpflichtigen Alter zur Landwehr über. Er befindet sich so in einer Art Wehrdienstbereitschaft, bis durch Musterung und Aushebung oder sonstige Entscheidung der Ersatzdienststellen über sein engeres Wehrpflichtverhältnis entschieden wird. Der Beurlaubtenstand kennt ein vierfaches Verhältnis: Reserve, Ersatzreserve, Landwehr und (in Ausnahmefällen) den Landsturm (vgl. § 7 Abs. 2 WehrG.). Die Ersatzreserve ist im Berordnungswege in vier Untergruppen eingeteilt: Ersatzreserve I, Marineersatzreserve I, Luftwaffenersatzreserve I und Ersatzreserve II. Entsprechende Gliederungen hat die Landwehr. Die Zuweisung zu den einzelnen Untergruppen erfolgt durch die Ersatzdienststellen.

Der Unterschied zwischen Reserve und Ersatzreserve besteht darin, daß der Reserve nur angehören kann, wer seiner aktiven Dienstpflicht ganz oder teilweise genügt hat. Zur Landwehr treten heute nicht nur die Reservisten, sondern auch die Ersatzreservisten über, und zwar ohne weiteres kraft Gesetzes in dem oben erwähnten Zeitpunkt. Wer nach dem 36. Lebensjahre in die Wehrpflicht eingetreten ist, gehört sogleich der Landwehr an. Hervorzuheben ist, daß die aus der alten Wehrmacht Ausgeschiedenen, gleichwohl mit welchem Dienstgrad, jetzt von der Wehrpflicht des Dritten Reiches erfasst werden, sofern sie noch im wehrpflichtigen Alter stehen. Sie nehmen hierbei nicht etwa von selbst wieder den in der alten Wehrmacht erlangten Dienstgrad ein, sondern müssen einen gehobenen Dienstgrad in der neuen Wehrmacht besonders verliehen erhalten. Die Landwehr hat heute eine andere Bedeutung als früher. Die Wehrverfassung der Kaiserzeit unterschied das stehende Heer (aktives Heer und

³⁾ Über diesen Begriff und seine Abgrenzung zu den übrigen Wehrmachtbeamten vgl. Semler-Senftleben, Kommentar zum WehrG., § 7 Erläuterung 2c. Verlag Georg Stilke, Berlin 1936.

Reserve) von der Landwehr. Den Begriff „stehendes Heer“ kennt die neue Wehrverfassung nicht mehr. Sie unterscheidet nur zwischen dem aktiven Wehrdienst und dem Wehrdienst im Beurlaubtenstande. Die Landwehrdienstpflicht ist heute daher lediglich eine Fortsetzung der Reserve- oder Ersatzreservepflicht. Die zwischen beiden durch Errichtung einer Altersgrenze geschaffene Lücke will nur besagen, daß die Angehörigen der Landwehr im Bedarfsfalle erst zum aktiven Wehrdienst, z. B. Kriegsdienst, herangezogen werden sollen, wenn die Reserve zur Auffüllung der Rahmenformationen der Wehrmacht nicht mehr ausreicht. Der Landsturm ist, im Gegensatz zu früher, ein Wehrpflichtverhältnis, das nur bei besonderen Notständen und im Kriege und nur durch eine besondere Anordnung des Reichskriegsministers begründet werden kann. Ist der Landsturm aber gebildet, dann gehören seine Angehörigen ohne weiteres dem Beurlaubtenstande mit allen rechtlichen Folgen an. Für die Zugehörigkeit zum Landsturm ist eine Altersgrenze nach oben nicht festgesetzt. Wehrfähigkeit und sachliche Notwendigkeit sind allein entscheidend. Wie in urgermanischer Zeit, ist auch heute wieder jeder wehrhafte deutsche Mann, solange es seine Kräfte zulassen, zur Verteidigung von Volk und Vaterland berufen. Hier zeigt sich die Totalität der Wehrpflicht in ihrer letzten Auswirkung.

Alle Angehörigen des Beurlaubtenstandes unterliegen der Übungspflicht, der Wehrüberwachung und den besonderen für sie geltenden wehrstrafrechtlichen Bestimmungen. Einer Hervorhebung verdienen die sogenannten „Rekruten des Beurlaubtenstandes“. Es sind das die vorläufig des Beurlaubtenstandes, ausgehobenen oder zum freiwilligen Eintritt angemommenen Wehrpflichtigen. Von der Zustellung des Gestellungsbefehls ab besteht zwischen ihnen und der Wehrmacht bereits eine so enge Vergatterung, daß für sie gemäß § 6a MilStGB die Strafbestimmungen dieses Gesetzes über unerlaubte Entfernung, Fahnenflucht, Selbstbeschädigung und Vortäuschen von Gebrechen gelten. Vom Beginn des Gestellungstages ab bis zur Entlassung aus dem aktiven Wehrdienst sind sie Soldaten und unterstehen im vollen Umfang den für Soldaten geltenden gesetzlichen Vorschriften.

Ferner ist die Neuschaffung der Beamten des Beurlaubtenstandes (vgl. § 7 Abs. 1a Ziff. 4; § 21 Abs. 3 c u. § 34 WehrG.) besonders hervorzuheben. Während es früher nur ganz vereinzelt Beamte des Beurlaubtenstandes gab, z. B. Apotheker der Reserve, bilden sie heute eine große Gruppe unter den Wehrpflichtigen des Beurlaubtenstandes. Sie sind „Wehrdienstbeamte“, d. h. sie stehen, während sie zu Übungen usw. einberufen sind, im aktiven Wehrdienst. Sie befinden sich nur in einem wehrrechtlichen Beamtenverhältnis, nicht auch — wie die aktiven Wehrmachtbeamten — in einem allgemeinen Beamtenverhältnis zum Reich. Für sie gelten daher nicht die Bestimmungen des RWG., sondern ihr Dienstverhältnis wird lediglich durch das WehrG. und seine Ausführungsbestimmungen geregelt. Dem Sonderstrafrecht der Wehrmacht unterstehen sie — von der Ausnahmebestimmung des § 6d MilStGB. abgesehen — nur beschränkt, d. h. entsprechend wie aktive Wehrmachtbeamte (§ 153 MilStGB.; § 24 ff. WStG.).

4. Mit dem 31. März, der auf die Vollendung des 45. Lebensjahrs folgt, erlöschen regelmäßig die sich aus der Wehrpflicht ergebenden Pflichten. Deutsche Reichsangehörige, die dieses Lebensalter erreicht haben, können, soweit sie nicht im aktiven Wehrdienst stehende Angehörige der Wehrmacht sind oder als Offiziere oder Beamte des Beurlaubtenstandes in Reserve- oder Landwehrverhältnis verbleiben und dann im Wehrdienst auf Grund freiwillig übernommener Wehrpflicht leisten, weder zum aktiven Wehrdienst noch zum Wehrdienst im Beurlaubtenstande herangezogen werden. Sie unterliegen nicht mehr der Übungspflicht (§ 20), der Wehrüberwachung (§ 19), den Anordnungen der Ersatzdienststellen und der Verpflichtung nach § 5 Abs. 1 WehrG. Sie können sich auch nicht mehr gegen §§ 140—140b (Verletzung der Wehrpflicht), § 142 (Selbstverstümmelung) und § 143 (Wehrpflichttäuschung) des RStGB. vergehen, soweit sie nicht als Teilnehmer in Frage kommen. Im Kriege und bei besonderen Notständen kann ihre Wehrpflicht aber wieder

neu begründet werden, wenn der Reichskriegsminister von der ihm nach § 6 WehrG. zustehenden Befugnis, den Kreis der für die Erfüllung der Wehrpflicht in Betracht kommenden deutschen Männer zu erweitern, Gebrauch macht. Es bleibt für sie daher als Ausfluß der Wehrpflicht die allgemeine vaterländische Pflicht bestehen, sich selbst wehrfähig zu erhalten, den Wehrwillen zu fördern und jeden ihn schädigenden Einfluß abzuwehren.

5. Das Wesen der Wehrpflicht als eines Ehrenrechts kommt am stärksten dadurch zum Ausdruck, daß Wehrunwürdigen die Ehre der Erfüllung der Wehrpflicht nicht zuteil wird. Für Wehrunwürdige ist weder Platz in der aktiven Wehrmacht noch im Beurlaubtenstande. Sie sind von der Erfüllung der Wehrpflicht schlechthin ausgeschlossen und stehen daher außerhalb der Wehrpflicht. Der Ausschuß ist ein dauernder und ausnahmsloser bei rechtskräftiger Verurteilung zu Zuchthaus oder Wehrunwürdigkeit, und wenn neben der Todesstrafe oder lebenslangem Zuchthaus auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt wird, da dann der Verlust ohne weiteres auf Lebenszeit eintritt, was bei Erlass der Hauptstrafe im Gnadenwege von praktischer Bedeutung werden kann. Im übrigen bewirkt die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte den Verlust der Wehrwürdigkeit und damit Ausschluß von der Erfüllung der Wehrpflicht zwar auch ausnahmslos, aber regelmäßig nur für die Zeitdauer der Abberufung. Dieser bloß zeitige Verlust der Wehrwürdigkeit kann aber — wie übrigens auch bei Unterwerfung unter die Maßregeln der Sicherung und Besserung — nur eintreten, wenn neben Gefängnisstrafe darauf erkannt ist. Bei Ehrverlust oder Unterwerfung unter die Maßregeln der Sicherung und Besserung nach § 42a RStGB. neben Zuchthausstrafe tritt immer die Wirkung der Zuchthausstrafe, d. h. dauernde und ausnahmslose Wehrunwürdigkeit, ein. Bei Wehrunwürdigkeit, die zufolge Unterwerfung unter die Maßregeln der Sicherung und Besserung oder zufolge gerichtlicher Bestrafung wegen staatsfeindlicher Betätigung eintritt, ist der Ausschuß kein ausnahmsloser, wenn nicht auf Zuchthaus oder Ehrverlust erkannt worden ist, vielmehr kann auf Grund des § 13 Abs. 2 WehrG. Aufhebung des Ausschlusses erfolgen.

Die Wehrunwürdigkeit ist im § 13 WehrG. erschöpfend geregelt. Andere als die dort aufgeführten Tatbestände und Bestimmungen können Wehrunwürdigkeit nicht herbeiführen. Sie ist die einzige wirkliche Wehrpflichtausnahme, die es überhaupt gibt, und bewirkt — wie schon rein sprachlich zum Ausdruck kommt — die Entkleidung vom vornehmsten staatsbürgerlichen Recht. Von ihr sind daher scharf zu trennen die im § 14 WehrG. behandelten Tatbestände. Sie bedeuten — wie Sinn und Wortlaut dieser Bestimmungen eindeutig ergeben — lediglich Ausnahmen von der Heranziehung zum aktiven Wehrdienst. Das Gesetz bezeichnet auch die unter § 14 fallenden Personen ausdrücklich als „Wehrpflichtige“. Nach dem oben dargelegten Grundsatz der Totalität der Wehrpflicht müssen sie mithin auch in einem Wehrdienstverhältnis stehen und gehören ohne weiteres schon von Gesetzes wegen je nach ihrem Lebensalter entweder zur Ersatzreserve oder zur Landwehr. Von den Wehrunwürdigkeit begründenden Tatbeständen des § 13 WehrG. rechtlich zu unterscheiden sind auch diejenigen Tatbestände, die ein Ruhen der Wehrpflicht zur Folge haben. Ein bloßes Ruhen der Wehrpflicht erzeugt keinen rechtsmindernden Ausschluß von ihrer Erfüllung; es tritt z. B. ein, wenn Wehrpflichtige im Ausland nach § 17 Abs. 2 WehrG. aus dem Wehrpflichtverhältnis beurlaubt oder Wehrpflichtige nach § 24 Abs. 5 WehrG. auch aus dem Beurlaubtenstande entlassen werden⁴⁾.

6. Außer Wehrwürdigkeit ist Voraussetzung für die Begründung der gesetzlichen Wehrpflicht nur die Reichsangehörigkeit. Jeder deutsche Mann ist wehrpflichtig, und Deutscher im Sinne des WehrG. ist jeder Reichsangehörige, auch wenn er außerdem im Besitze

⁴⁾ Näheres über Ruhen der Wehrpflicht vgl. Semler-Senftleben, Kommentar zum WehrG., § 17 Erläuterung 1 und § 24 Erläuterung 33.

einer ausländischen Staatsangehörigkeit ist. Die Rassezugehörigkeit ist für die Begründung der Wehrpflicht daher nicht von Bedeutung. Auch Juden und jüdische Mischlinge sind ihr unterworfen, doch erleidet bei ihnen die Art der Erfüllung der Wehrpflicht bestimmte Abwandlungen (§ 15 WehrG.). Der Begriff „Nichtarier“ hat durch die Nürnberger Gesetze v. 15. Sept. 1935 (RGBl. I, 1146) sowie durch die 1. WD. zum ReichsbürgerG. v. 14. Nov. 1935 (RGBl. I, 1333) und die 1. WD. zur Ausführung des Gesetzes zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre v. 14. Nov. 1935 (RGBl. I, 1334) eine Neugestaltung erfahren. Danach wird man § 15 WehrG. jetzt dahin verstehen müssen, daß vom aktiven Wehrdienst nur noch die Juden und die ihnen gleichgestellten Mischlinge ausgeschlossen bleiben, während Mischlinge, die das Reichsbürgerrecht erlangen, nunmehr zum aktiven Wehrdienst zugelassen sind; sie können aber nicht Vorbehalten werden. Auch für das Eheverbot des § 15 Abs. 4 WehrG. dürfte jetzt die erschöpfende Regelung der Ehehindernisse wegen jüdischen Bluteinschlags durch § 1 Gef. zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre und §§ 2—4 der 1. WD. zur Ausführung dieses Gesetzes gelten.

7. Zur Terminologie des Wehrgesetzes ist hervorzuheben:

Unter dem Begriff „Wehrmacht“ versteht das WehrG. nur den aktiven Wehrmachtkörper, nicht auch die Angehörigen des Beurlaubtenstandes. Diese sind nur „Angehörige der Wehrmacht“, wenn und solange sie zu Übungen oder sonstigem aktiven Wehrdienst einberufen sind. Der Begriff „Angehörige der Wehrmacht“ umfaßt jetzt, nachdem es Zivilbeamte der Wehrmachtverwaltung nicht mehr gibt, den Personenkreis, der früher mit dem Begriff „Militärpersonen“ bezeichnet wurde. Der Begriff „Soldat“⁵⁾ entspricht dem früheren Begriff „Person des Soldatenstandes“. Der Begriff „Wehrmachtbeamter“ ist gleichbedeutend mit dem früheren Begriff „Militärbeamter“. Die Begriffe „Soldat“ und „Wehrmachtbeamter“ vereinigen sich in dem Begriff „Angehörige der Wehrmacht“ (vgl. § 21 Abs. 1 WehrG.), ohne ihn jedoch zu erschöpfen. Bei vollständiger Aufzählung umfaßt er: a) die Soldaten, d. h. alle im aktiven Wehrdienst stehenden Offiziere, Unteroffiziere und Mannschaften, auch die zu Übungen usw. aus dem Beurlaubtenstande einberufenen während der Einberufungszeit; b) die aktiven Wehrmachtbeamten; c) die zu Übungen als solche einberufenen Wehrmachtbeamten des Beurlaubtenstandes während der Einberufungszeit; d) die im Bereich der Wehrmacht angestellten Zivilpersonen, wenn und solange sie den für Soldaten geltenden Vorschriften ganz oder teilweise unterworfen sind, nach ausdrücklicher Vorschrift des § 35 WehrG.

Der durch den Begriff „Angehörige der Wehrmacht“ zusammengefaßte Personenkreis deckt sich nicht mit dem Kreis der „im aktiven Wehrdienst“ stehenden Personen. Letzterer Kreis ist enger und umfaßt von den oben a bis d aufgeführten Personen nur die „Soldaten“ und „Wehrdienstbeamten“. Einen anderen Kreis innerhalb des Begriffs „Angehörige der Wehrmacht“ bilden wiederum die Angehörigen des „Wehrmachtstandes“⁶⁾ (Militärstandes) im Sinne des § 278 II 11 WRN. Der Begriff „Wehrmachtstand“ hat auch für das neue deutsche Wehrrecht seine Bedeutung behalten und ist insbesondere entscheidend für die Zugehörigkeit zur Militärgemeinde. Es können dazu nur die Personen gerechnet werden, die im RMilGef. v. 2. Mai 1874 (RGBl. 45) unter § 38 A 1—3 aufgeführt waren. Von den Angehörigen der Wehrmacht gehören demnach zum Wehrmachtstand nur: a) die Wehrpflichtigen während der Erfüllung ihrer aktiven Dienstpflicht (§ 8 Abs. 1 WehrG.); b) die aktiven Offiziere und solche Unteroffiziere und Mannschaften, die freiwillig länger dienen, als nach § 8 Abs. 1 WehrG. festgesetzt ist oder nach § 22 Abs. 2 WehrG. auf begrenzte Dauer in der Wehrmacht zurückbehalten werden; c) die aktiven Wehrmachtbeamten

aller Art, also auch die auf Probe, Zeit oder Widerruf außerplanmäßig angestellten.

Die nach § 35 WehrG. den für Soldaten geltenden gesetzlichen Vorschriften ganz oder teilweise unterworfenen Zivilpersonen sind weder Soldaten noch Wehrmachtbeamte. Sie stehen nicht etwa im aktiven Wehrdienst. Ihr Wehrpflichtverhältnis bleibt vielmehr unberührt. Sie haben nur die rechtliche Stellung von Soldaten.

8. Soldaten, die nach dem WehrG. oder seinen Ausführungsbestimmungen von der Erfüllung der Wehrpflicht ausgeschlossen sind oder nicht zum aktiven Wehrdienst herangezogen werden dürfen (vgl. §§ 8 Abs. 3; 13 Abs. 1 u. 3; 14; 15 Abs. 1; 18 Abs. 4 WehrG.), aber irrtümlich in die Wehrmacht eingestellt worden sind, müssen gemäß § 24 Abs. 1a WehrG. aus dem aktiven Wehrdienst entlassen werden. Bis zur ordnungsgemäßen Entlassung⁷⁾ sind sie trotz fehlerhafter Einstellung gleichwohl Soldaten mit allen sich aus dem Soldatenverhältnis ergebenden Rechten und Pflichten. Insbesondere sind sie auch den für Soldaten geltenden strafrechtlichen Vorschriften uneingeschränkt unterworfen.

III.

Während das Wehrstaatsrecht in erster Linie der Förderung und Ausgestaltung der Wehrkraft des Volkes dient, fällt dem Wehrstrafrecht die Aufgabe zu, ihr den erforderlichen Schutz zu gewährleisten.

Das Wehrstrafrecht erschöpft sich nicht etwa im MilStGB, in der MilStGerD. und dem sonstigen Sonderstrafrecht der Wehrmacht (Wehrstrafrecht im engeren Sinne); es erstreckt sich vielmehr auch auf das allgemeine StGB. und das weite Gebiet der strafrechtlichen Nebengesetzgebung (Wehrstrafrecht im weiteren Sinne). Das geltende Wehrstrafrecht wird seiner Aufgabe, der Gesamtwehrkraft des Volkes den erforderlichen Schutz zu gewährleisten, nicht voll gerecht. Zwar hat die Novelle v. 24. April 1934 (RGBl. I, 341 ff.) den wesentlichsten Mängeln durch Änderung der Strafbestimmungen gegen den Landesverrat, die besonders dem Interesse der Landesverteidigung dienen und daher begrifflich zum Wehrstrafrecht (im weiteren Sinne) gehören, abgeholfen. Die restlichen wehrstrafrechtlichen Bestimmungen des allgemeinen Strafrechts bieten aber der Wehrkraft des Volkes nur unzulänglichen Schutz. Auch das Gesetz zur Änderung des StGB. v. 28. Juni 1935 (RGBl. I, 839) hat in seinem Art. 3 unter der Überschrift „Verletzung der Wehrpflicht und der Wehrkraft“ im wesentlichen nur eine Anpassung der bisherigen Bestimmungen der §§ 140 ff. an die neue Wehrverfassung gebracht. Hält man sich die beiden Faktoren vor Augen, aus denen sich die Gesamtwehrkraft des Volkes ergibt: die materielle und die geistige Wehrkraft, so fällt bei Betrachtung des geltenden Wehrstrafrechts der einseitige Schutz auf, den es der materiellen Wehrkraft angedeihen läßt. Viel wichtiger ist aber, wie der Weltkrieg gelehrt hat, der Schutz der geistigen Wehrkraft. Die Stärke und Leistungsfähigkeit einer Wehrmacht liegt, nachdem sich der Wandel vom Krieg der Heere zur Wehrgemeinschaft des Volkes vollzogen hat, in erster Linie in dem Geist und der Vaterlandsliebe des Volkes. Die modernsten Waffen nützen nichts, wenn sie im Augenblicke der Gefahr im Stiche gelassen werden. Auch heldische Leistungen der Wehrmacht sind vergeblich vollbracht, wenn der naturgegebene Wehrwille des Volkes oder der Geist der Truppe der Zersetzung und Zermürbung preisgegeben sind. Die geistige Wehrkraft des Volkes ist daher ein Rechtsgut von besonderer Schutzwürdigkeit. Dieser aus den Lehren des Weltkrieges gewonnenen Erkenntnis wird die kommende Neugestaltung der nationalsozialistischen Strafgesetzgebung Rechnung tragen. Das neue Deutsche StGB. wird

⁷⁾ Über Entlassungen aus dem aktiven Wehrdienst und dem Wehrdienst im Beurlaubtenstande vgl. Semler-Senftleben, Kommentar zum WehrG., Erläuterungen zu §§ 22—24, und über die Fürsorge bei Ein- und Rückgliederung gedienter Soldaten in den Zivilberuf die Erläuterungen 1—4 zu § 32. Vgl. auch Dieck, Einstellungs- und Entlassungsbestimmungen für Heer und Luftwaffe.

⁵⁾ Vgl. Wagner, „Der Rechtsbegriff Soldat“, DZB, 1936, 81.

⁶⁾ Über diesen Begriff vgl. Senftleben, Deutsches Wehrrecht S. 58—61.

einen ganzen Abschnitt „Schutz der Wehrkraft“ mit besonderen Strafbestimmungen gegen die Verletzung des völkischen Wehrwillens enthalten. Mit dem allgemeinen StGB. wird auch das MilStGB. eine Umgestaltung erfahren und, entsprechend der Schutzbedürftigkeit der bedrohten militärischen Rechtsgüter, sich in seinem besonderen Teil in die Abschnitte gliedern: Schutz der Wehrkraft, Schutz der Wehrzucht und Schutz der Wehrmittel.

Praktische Fragen aus dem Wehrrecht

Von Geh. Kriegsrat, Ministerialrat a. D. Dr. M. Wagner, z. B. im Reichskriegsministerium, Berlin

Am 16. März 1936 jährt sich der Aufbau der neuen Wehrmacht. Das WehrG. v. 21. Mai 1935 (RGBl. I, 609) hat die geschichtliche Tat des Führers zur Durchführung gebracht. Seine Anwendung im praktischen Leben ist auf verhältnismäßig wenig Schwierigkeiten gestoßen. Vereinzelt Rechtsfragen sind allerdings aufgetaucht, die zu einer Lösung durch die Rechtsprechung bisher noch nicht gelangen konnten. Sie sollen hier kurz umrissen werden. Es handelt sich ebensosehr um strafrechtliche wie zivilrechtliche und auch staatsrechtliche Probleme, an denen kein Praktiker des Rechtslebens vorbeigehen kann.

1. Mitgliedschaft der Soldaten in Vereinigungen. Nach § 26 Abs. 3 WehrG. bedürfen die Soldaten der Erlaubnis ihrer Vorgesetzten zum Erwerb der Mitgliedschaft in Vereinigungen jeder Art sowie zur Bildung von Vereinigungen innerhalb und außerhalb der Wehrmacht. Dieser Wortlaut bedingt bereits zivilrechtliche Zweifel. Es handelt sich danach um den „Erwerb“ der Mitgliedschaft, also um Neubegründung der Zugehörigkeit zu Vereinigungen irgendwelcher Art durch Soldaten. Der Gesetzgeber hatte hier an sich freie Hand. Er konnte einmal rein staatsrechtlich den Soldaten die Pflicht auferlegen, einmal ohne zuvorige Zustimmung ihrer Vorgesetzten solchen Vereinigungen beizutreten, ohne damit jedoch die Neubegründung solcher Mitgliedschaft ohne die vorgeschriebene Erlaubnis in solcher Gültigkeit zu berühren. Alsdann wäre die Rechtslage nicht anders als bei der Heiratsurlaubnis, die § 27 WehrG. für die Angehörigen der Wehrmacht vorsieht (übrigens auch für die Wehrmachtbeamten). Hier steht zweifelsfrei fest, daß eine trotzdem eingegangene Ehe durch das Fehlen der dienstlichen Erlaubnis in ihrer Rechtsgültigkeit nicht berührt wird (vgl. § 150 Abs. 2 MilStGB. und § 1315 BGB.). Inbessenen dürfte in der Mitgliedschaftsfrage doch ein anderes Ergebnis geboten sein. § 26 WehrG. trägt die eindrucksvolle Überschrift „Politik in der Wehrmacht“. Den mit den militärischen Interessen völlig unvereinbaren Bindungen der Soldaten, die in das politische Gebiet hinübergreifen können, will das Gesetz entgegen treten. Angesichts der großen Schwierigkeiten, bei „Vereinigungen“ zu erkennen, ob sie mit Politik in Verbindung stehen, war der Gesetzgeber genötigt, neben dem allgemeinen Verbot der politischen Betätigung (§ 26 Abs. 1) noch in Abs. 3 den Eintritt in die Vereinigungen besonders zu unterbinden. Mit diesem militärischer Notwendigkeit entspringenen Grundsatz, den Soldaten nicht bloß von der Abgabe dahingehender Willenserklärungen zurückzuhalten, sondern ihn auch tatsächlich von solchen Vereinigungen fernzuhalten, wäre die Anerkennung trotzdem bestehender Gültigkeit des Beitritts unvereinbar. Daher konnte das WehrG. sich auch nicht etwa mit schwebender Unwirksamkeit begnügen. Das Vorbild des BGB. im § 108 mußte daher abgelehnt werden. Die militärischen Belange lassen sich vielmehr nur mittels absoluter Nichtigkeit der auf Mitgliedschaft abzielenden Rechtsgeschäfte des Soldaten erfüllen. Erst die Gehöhrung der militärdienstlichen Freigabe durch Staatsakt, der hier mit voller Absicht nicht etwa „Einwilligung“ oder „Zustimmung“ oder „Genehmigung“, sondern mit Vorbedacht „Erlaubnis“ genannt wurde, eröffnet dem Soldaten die rechtliche Möglichkeit, Mitglied zu werden. Was er vorher unerlaubt in dieser Richtung an Rechtsgeschäften vorgenommen hat, muß der Nichtigkeit verfallen sein. Nachträgliche Heilung ist folglich ausgeschlossen. Wenn man hier auf die gelindere Regelung bei

Durch die Gesetzgebung allein wird aber der Schutz der Wehrkraft des Volkes nicht hinreichend gewährleistet. Eltern, Lehrer und Erzieher müssen ihr übriges tun, um die seelische Einstellung der Jugend von vornherein in die richtigen Bahnen zu lenken. Das deutsche Volk muß ein Volk von soldatischer Haltung sein, in dem die soldatischen und rassistischen Tugenden der Ehre, der Disziplin, des Mutes, der Entschlossenheit und Ausdauer wach sind.

der Heiratsurlaubnis verweisen wollte, so wäre das verfehlt. Die unerlaubt geschlossene Ehe gefährdet den Militärdienst nicht annähernd in demselben Maße wie ein unüberwachter Eintritt in eine Vereinigung. Darf doch hier die kommunistische Gefahr unter keinen Umständen unterschätzt werden. Was dem einfachen Soldaten als Rauchklub, Lotterieverein oder geselliger Zusammenschluß vorgepiegelt wird, ist nicht selten ein geschickt getarnter Zusammenschluß staatsgefährlicher Elemente. Daß diese es auch verstehen, Aktiengesellschaften, GmbH. und andere Rechtsfiguren als Deckmantel zu wählen, dürfte bekannt sein. Und deshalb kann der Begriff der „Vereinigung“ i. S. des § 26 Abs. 3 WehrG. gar nicht weit genug abgefeilt werden. So selbstverständlich der eingetragene Verein wie der nicht eingetragene darunter fällt, so darf auch weder die Gesellschaft des BGB., noch die OHG., noch die GmbH. ausgenommen werden. Ja auch solche Zusammenschlüsse, die im Rechtsinne überhaupt unter keine der gesellschaftlichen Gemeinschaftsfiguren zu bringen sind, müssen dem militärischen Erlaubniszwang für den Mitgliedschaftserwerb unterstellt werden. Entscheidend ist dabei die Bindung, die der Soldat gegenüber der „Vereinigung“ eingeht. Wo keine Bindung vorliegen kann, entfällt der Erlaubniszwang. Dem Erwerb von Aktien wird daher regelmäßig § 26 Abs. 3 WehrG. nicht entgegenstehen. Denn mit diesem Erwerb werden ausschließlich finanzielle Mitgliedschaftsrechte und grundsätzlich gar keine Verpflichtungen übernommen. Die Bindung, der das Gesetz mit dem Erlaubniszwang entgegen treten will, wird daher, von Ausnahmefällen abgesehen, bei der Anschaffung von Aktien außer Betracht bleiben müssen. Hier handelt es sich um reine Kapitalanlagen, die eine persönliche Verpflichtung des Soldaten kaum zu erzeugen vermögen. Anders liegt die Bindung einer Aktiengesellschaft. Der Gründervertrag ruft rechtliche Bindungen hervor, insbes. eine besondere Haftbarkeit, so daß bei ihm der Erlaubniszwang unter allen Umständen einsetzt. Beim Erwerb von Geschäftsanteilen wird die für den Aktienwerb von mir befürwortete Erlaubnisfreiheit abzulehnen sein. Der Erwerb des GmbH.-Geschäftsanteils tritt in einen gesellschaftsrechtlichen Pflichtenkreis. Schon diese Nebenwirkung geht über die reine Kapitalanlage hinaus. Und deshalb unterliegt bei der GmbH. nicht bloß der Gründungsvertrag, sondern auch der rechtsgeschäftliche Erwerb eines Geschäftsanteils dem Erlaubniszwang.

Die ohne die militärdienstliche Erlaubnis vom Soldaten vorgenommenen Rechtsgeschäfte dieser Art sind also nichtig und können durch die nachfolgende Erteilung der Erlaubnis nicht zur Gültigkeit erwachsen. Daß damit alle Notare, nicht minder die Registerrichter sowie die sonstigen Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit sowie vor allem die Rechtsanwälte zu weitgehender Berücksichtigung des militärischen Erlaubniszwangs genötigt sind, liegt auf der Hand. Diese gewiß unbequeme Rechtslage ist aber vom WehrG. bewußt geschaffen und auch durchaus erträglich, sobald ihre Kenntnis Allgemeinut geworden ist. Freilich muß dabei die heutige Reichweite des Rechtsbegriffs „Soldat“ als bekannt vorausgesetzt werden. Soldat ist nicht etwa bloß der seiner aktiven Dienstpflicht von regelmäßig einem Jahre genügende Volksgenosse oder der aus dem Beurlaubenstand zur Übung Eingezogene, sondern auch der kraft Lebensberufs länger dienende Offizier oder der Kapitulant. Der Erlaubniszwang ergreift mithin jeden, der im aktiven Wehrdienst als Soldat

steht, den höchsten General nicht minder als den Gemeinen. Hin- gegen werden die Wehrmacht b e a m t e n auch dann nicht von ihm erfasst, wenn sie als Wehr d i e n s t b e a m t e im aktiven Wehr- dienst stehen. Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang auch die Tatsache, daß nach § 26 Abs. 4 WehrG. die sonst gegenüber allen Wehrmachtbeamten, ja sogar den im Bereiche der Wehr- macht angestellten Zivilpersonen, vorgesehene Möglichkeit, sie den p o l i t i s c h e n Bestimmungen, die für Soldaten gelten, aus- nahmsweise im Rahmen der militärischen Notwendigkeit mit- zuunterwerfen, auf die Mitgliedschaftsperre des § 26 Abs. 3 n i c h t erstreckt werden darf. Ein zwingender Beweis für die Schärfe dieser an das S o l d a t e n t u m geknüpften Beschrän- kung in der Rechtsbetätigung, folglich auch eine überzeugende Unterstützung für die Nichtigkeitslehre!

Nicht ohne Grund hat das neue WehrG. im Gegensatz zu dem WehrG. 1921 lediglich den „Erwerb“ der Mitgliedschaft an den Erlaubniszwang gebunden. Es wollte also bewußt den Um- kehrschluß gebieten: Wer vor seinem Eintritt in den aktiven Wehrdienst als Soldat Mitglied einer Vereinigung irgendwel- cher Art geworden ist, bedarf zu deren Beibehaltung keiner mili- tärrechtlichen Erlaubnis. Das Gesetz wollte geslistlich am Bestehenden nicht rütteln. Dieser Schonungsgrundsatz ist im § 26 Abs. 1 Satz 2 dadurch zum Ausdruck gebracht, daß eine b e s t e h e n d e Zugehörigkeit zur NSDAP. oder einer ihrer Gliederungen oder zu einem der ihr angeschlossenen Verbände für die Dauer des aktiven Wehrdienstes nicht etwa fortfällt, sondern lediglich „r u h t“. Das Unberührtlassen sonstiger Mit- gliedschaften ist auch verständlich. Denn die militärische Befehls- gewalt vermag überall da einzugreifen, wo etwa das Fortbe- stehen einer Vereinigungszugehörigkeit die dienstlichen Interessen irgendwie zu gefährden vermöchte. Der Soldat kann daher durch Befehl jederzeit gezwungen werden, sich der Ausübung der Mit- gliedschaft bei Vereinigungen irgendwelcher Art zu enthalten. Unter Umständen kann der Befehl auch noch weiter gehen und den förmlichen Austritt aus solchen Zusammenschlüssen, mithin die Vornahme von Rechtsgeschäften, gebieten. Ein Widerstand des Betroffenen würde mit disziplinarer Ahndung, gegebenen- falls auch strafrechtlich (§ 92 MilStGB.) zu brechen sein. Im- merhin ist bei b e s t e h e n d e n Mitgliedschaften, folglich auch bei den während des aktiven Wehrdienstes mit Erlaubnis ein- gegangenen, die u n m i t t e l b a r e Beseitigung des vorhande- nen Rechtszustandes durch den militärischen Vorgesetzten nicht möglich. Folglich kann militärischerseits in vorhandene Mitgliedschaften auch nicht in dem Sinne etwa unmittelbar eingegriffen werden, daß in Anlehnung an § 26 Abs. 1 Satz 2 WehrG. das R u h e n der Mitgliedschaft angeordnet wird. Selbstverständlich steht aber nichts im Wege, daß die Vereinigungen, sei es von selbst, sei es auf Anregung, ihre Satzungen mit einer Bestim- mung versehen, die für ihre Mitglieder während des aktiven Wehrdienstes als Soldaten das Ruhen der Mitgliedschaft vor- sieht. Insofern ist also die militärrechtliche Einwirkung auf die Mitgliedschaft bei v o r h a n d e n e n Zugehörigkeiten schwächer als beim E r w e r b durch den Soldaten. Deshalb ist in Aus- führung des § 26 WehrG. durch die Einstellungsbestimmungen in § 3 Abs. 8 den Rekruten die Meldepflicht darüber auferlegt, welchen in- und ausländischen Vereinigungen sie angehören. Der zuständige Disziplinarvorgesetzte hat dann über die Frage der Lösung oder des Fortbestehens der ihm gemeldeten oder sonst irgendwie bekanntgewordenen Mitgliedschaft zu entscheiden. Die Nichterfüllung dieses Befehls in Dienstfachen setzt den Rekruten disziplinarer oder strafrechtlicher Verfolgung aus.

2. Vornehmlich auf zivilrechtlichem Gebiet bewegen sich auch die Bedenken, die sich bei der praktischen Anwendung des moder- nen F ü r s o r g e d a n k e n s (§ 32 Abs. 1 WehrG.) ergeben. Soldaten, die nach Erfüllung der aktiven Dienstpflicht in Ehren aus dem aktiven Wehrdienst ausscheiden, haben danach bei Be- werbung um Beschäftigung im öffentlichen Dienst den „Vor- rang“ vor sonstigen Bewerbern gleicher Eignung. Nicht minder ist ihnen „bevorzugte“ Berücksichtigung bei Vermittlung in Ar- beitsplätze der freien Wirtschaft gewährleistet. Hieran schließt sich ein vielumstrittener Satz: „Bei Rückkehr in den Zivilberuf darf ihnen (den gedienten Soldaten) aus der durch den aktiven Wehr- dienst bedingten Abwesenheit kein Nachteil erwachsen.“ Auch heute noch erblicken Rechtskundige darin die Bestimmung, daß

der Volksgenosse, der gemäß § 8 Abs. 1 WehrG. zur Erfüllung der „aktiven Dienstpflicht“ auf ein Jahr oder länger einberufen wird und in einem laufenden Arbeitsverhältnis steht, keiner Kündigung von Seiten seines Arbeitgebers ausgesetzt sei und mithin nach Rückkehr aus dem aktiven Wehrdienst einfach in die ihm ja kraft Gesetzes offen gehaltene Arbeitsstelle wieder ein- rücke. Wer nur § 32 Abs. 1 WehrG. ins Auge faßt und womög- lich jenen Satz 3 aus dem Zusammenhange gerissen für sich allein betrachtet, hätte vielleicht einen Schein des Rechts für sich. In Wirklichkeit muß die Vorschrift aber gerade umgekehrt in engstem Zusammenhange mit anderen Bestimmungen gewürdigt werden. Die Unfindbarkeit eines laufenden Arbeitsverhältnisses ist nämlich in dem Gesetz über die Beurteilung von Angestellten und Arbeitern zum Zwecke der Lebensversicherung v. 15. Febr. 1935 (RGBl. I, 197) und der Durchf. v. 19. März 1935 (RGBl. I, 382), vor allem aber in der V. über die E i n b e r u f u n g z u A b u n g e n der Wehrmacht v. 25. Nov. 1935 (RGBl. I, 1358) e n d g ü l t i g geregelt. Lediglich bei solchen kurzfr i s t i g e n Einberufungen, die regelmäßig nicht über vier Monate hinausgehen, ist dem Arbeitgeber die Kündigung verwehrt. Da- für ist er von der Lohnzahlung für die Dauer der vom Gesetze verfügten „Beurlaubung“ befreit. Damit steht fest, daß bei der L ä n g e r e n Heranziehung, wie sie die Erfüllung der aktiven Dienstpflicht bedingt, die Rechtslage anders ist. Hier setzt um- gekehrt als unmittelbare Einwirkung des WehrG. ein völliger Fortfall des Dienstverhältnisses ein. Es geht kraft staatsrecht- lichen Eingriffs des Wehrrechts von selbst unter und erlischt nicht etwa aus den zivilrechtlichen Gründen der „Unmöglichkeit“ oder des „Unvermögens“ (§§ 275, 323 BGB.). Hier mußte sich der Gesetzgeber der zivilrechtlichen Betrachtungsweise entgegen- stellen. Denn sonst wäre den Volksgenossen, die sich freiwillig ihrer aktiven Dienstpflicht, und womöglich einer mehr als ein- jährigen, unterziehen, am Ende noch entgegenzuhalten, ihr „Un- vermögen“, den Dienst beim privaten Dienstherrn fortzusetzen, sei von ihnen zu vertreten. Der Gesetzgeber konnte daher nicht umhin, durch die Einberufung zur aktiven Dienstpflicht von regel- mäßig einem Jahr eine selbsttätige Lösung des Dienstvertrags eintreten zu lassen. Infolgedessen bedeutet jene Bestimmung, die den gebienten Mann aus der durch seinen Wehrdienst be- dingten Abwesenheit keinen Nachteil erleiden lassen will, keines- wegs die Aufrechterhaltung seines vor dem Eintritt in den Wehrdienst laufenden Arbeitsverhältnisses. Es kann daher keine Rede davon sein, daß ihm sein Arbeitsplatz offen gehalten wer- den müßte. Vielmehr will jene Vorschrift ihm lediglich seine „Anziennität“ in der G r u p p e von Arbeitnehmern, der er zu- gehört, wahren. In dem ihm bisher fremden Betriebe, in den er als gebienter Mann völlig neu eintritt, dürfen ihm also Name- rade, die nicht gebient haben, bei der auf Betriebszugehörigkeit abgestellten Lohnregelung nicht vorgezogen werden. Er ist viel- mehr so zu behandeln, wie wenn er während seines Militär- dienstjahres schon in dem Betriebe gearbeitet hätte. Die „Ab- wesenheit“, von der § 32 Abs. 1 spricht, bezieht sich also nicht auf einen konkreten Einzelbetrieb, sondern — und das ist kenn- zeichnend —, wie es wörtlich heißt, auf „den Zivilberuf“ schlech- tin. Der Schutz vor Nachteilen, der hier gewährleistet ist, setzt also unter Umständen sogar dann ein, wenn der Betreffende vor seiner Militärdienstzeit einem ganz anderen Berufszweig angehört als nachher. Ja sogar, wenn der gediente Mann vor seiner Einziehung zum aktiven Wehrdienst noch gar keinen Ar- beitsplatz hatte, nimmt er doch an der Wohltat des § 32 Abs. 1 Satz 3 teil.

Die zweite Schwierigkeit, die aus § 32 Abs. 1 im praktischen Leben hervorgetreten ist, dreht sich um die Worte „in Ehren“. Der Ton muß hier auf das Vorigefügte gelegt werden, das da- neben steht. Das Gesetz betont nämlich das A u s s c h e i d e n aus dem aktiven Wehrdienst. Es kommt mithin darauf an: W i e scheidet der gediente Mann aus? Kommt es zur „zeitgerechten Entlassung“ gemäß § 22 WehrG. und seiner charakteristischen Überschrift, so löst diese Tatsache für sich allein als notwendige Folge den Schutz des § 32 Abs. 1 selbsttätig aus. Es ist mithin gleichgültig, ob der so Entlassene sich während seiner aktiven Dienstzeit vorwurfsfrei geführt hat oder nicht. Auch wenn seine soldatischen Leistungen nur mangelhaft waren, hat er doch An- spruch auf die ihm im § 32 Abs. 1 zugesicherte Fürsorge. Das

WehrG. will also nicht etwa bloß als Vergütung (Prämie) für gute Erfüllung der aktiven Wehrdienstpflicht dem Ausgeschiedenen die Betreuung zuwenden, sondern lediglich an die tatsächliche Erfüllung des einjährigen oder längeren Aktiv-Wehrdienstes die bevorzugte Unterbringung im Zivilleben als notwendige Folge anknüpfen. Ausgenommen von diesem sozialen Vorrecht des gedienten Mannes sind nur diejenigen, bei denen vorzeitig entweder gemäß § 23 WehrG. ein Ausscheiden von Rechts wegen oder nach § 24 eine vorzeitige Entlassung aus besonderen Gründen erfolgt. Auch dabei kommt es darauf an, wie sich die Entlassung vollzieht. Geschieht sie auf eigenen Antrag oder wegen unehrenhafter Handlung, so wird man allerdings die Fürsorge aus § 32 Abs. 1 versagen müssen, bestimmt wenigstens bei der Entlassung wegen unehrenhafter Handlung. Diese kann keinesfalls als Ausscheiden „in Ehren“ angesehen werden.

Zweifelhafter ist es bei dem Ausscheiden auf eigenen Antrag. Dieses geschieht allerdings durchaus in Ehren. Trotzdem dürfte aber § 32 Abs. 1 nicht zutreffen. Denn Ursprung und Grundlage der Fürsorge ist doch eben gerade die „zeitgerechte Entlassung“, d. h. eine nicht vom Wehrpflichtigen selber herbeigeführte. Immerhin wäre es vertretbar, wenigstens denjenigen, die nach mindestens einjähriger aktiver Dienstzeit auf eigenen Antrag zur Entlassung kommen, den Schutz des § 32 Abs. 1 nicht vorzuenthalten.

Rechtlich unhaltbar dürfte es aber sein, bei einem Soldaten, der lediglich seiner aktiven Dienstpflicht genügt und der etwa kurz vor Ablauf der Dienstzeit in den Verdacht einer unehrenhaften Handlung gerät, nunmehr die zeitgerechte Entlassung hinauszuschieben, bloß um in der so gewonnenen Nachzeit die Begründetheit oder Unbegründetheit des Verdachts festzustellen. Ist der für die aktive Dienstpflicht bestimmte Zeitraum, also regelmäßig ein Jahr, abgelaufen, muß vielmehr der Soldat entlassen werden, auch wenn das Vorliegen der ihm vielleicht zur Last fallenden unehrenhaften Handlung noch ungeklärt ist. Die Entlassung „in Ehren“, die übrigens keines ausdrücklichen Ausspruchs bedarf, um rechtsverbindlich zu sein, darf ihm mithin auch dann nicht verweigert werden. Schließlich mag auch noch § 34 jeden Zweifel daran beseitigen, daß § 32 an das Ausscheiden „in Ehren“ keine besonders hohen Anforderungen stellt. Denn § 34 hebt sowohl in Abs. 1 als auch in Abs. 2 gegenüber dem bloßen „Ausscheiden in Ehren“ den „ehrenvollen Dienst“ besonders hervor. Handelt es sich um Ausbildung und Beförderung zu höheren Stellen, ist naturgemäß die dienstliche Leistung wie die dienstliche Führung während der aktiven Dienstzeit ausschlaggebend. Hier wird auch ein zeitweiliges Versagen oder eine einzelne Verfehlung unter Umständen ein Hemmnis für die Ausbildung oder Beförderung sein müssen. Mit anderen Worten: § 34 verlangt Qualifikation, während § 32 Abs. 1 lediglich Wert auf das makelreine Ausscheiden nach Zeitablauf legt!

Man sich verlangt also § 32 Abs. 1 eine vollständige Erfüllung der aktiven Dienstzeit. Wie ist es aber mit solchen Leuten, die zu einjähriger Dienstzeit einberufen, indes schon nach wenigen Tagen wegen Dienstunfähigkeit entlassen werden müssen? Würde man sie von der Wohltat des § 32 Abs. 1 ausschließen, so stünden sie schlechter als die nur zu kurzfristiger Übung Einberufenen. Diese behalten ja ihren Arbeitsplatz und können daher, wenn sie die Übung abbrechen müssen, sogleich in ihre alte Beschäftigung wieder eintreten. Der zu einjährigem Dienst Eingezogene hat aber seine Arbeitsstelle verloren, und deshalb schon ist § 32 Abs. 1 hierbei seinem nationalsozialistischen Grundgedanken getreu wohlwollend auszulegen. Wenn er sonst auch sich auf vollständiger Erfüllung der aktiven Dienstpflicht aufbaut, wird man doch in den Fällen, wo der Soldat ohne sein Verschulden am Ausdienen verhindert wird, ihm die Fürsorge nicht absprechen dürfen.

3. Strafrechtlich wie staatsrechtlich ist die Frage von Bedeutung, ob ein bei der Musterung nur als bedingt tauglich oder zeitweise untauglich Erkannter verpflichtet ist, sich zur Erlangung der vollständigen Tauglichkeit einer ärztlichen Operation zu unterwerfen. Das Problem ist völlig neu. Das RMilGer. hatte sich nur damit zu befassen, ob ein bereits eingezogener Soldat, der während seiner aktiven Dienstzeit sich als nicht mehr

voll tauglich erwies, nunmehr zur Wiedererlangung der uneingeschränkten Dienstbrauchbarkeit sich operieren lassen mußte. Die Dienstvorschriften bejahten das unter der Voraussetzung, daß einmal die Operation „nicht erheblich“, also namentlich in der Regel ungefährlich, und zweitens, daß sie notwendig war, um den Mann wieder zur völligen Dienstbrauchbarkeit zu bringen. Die Gültigkeit dieser Rechtsauffassung wurde höchststrichlich bestätigt und mit der Gehorsamspflicht des Soldaten begründet. Sinegen liegt noch kein militärgerichtliches Urteil darüber vor, ob ein Mann, der noch gar nicht in den aktiven Wehrdienst eingetreten ist und so, wie er sich jetzt befindet, der vollen Tauglichkeit entbehrt, der Operationspflicht unterworfen ist. Die Frage ist zu bejahen. Jeder nicht wehrwürdige deutsche Mann ist mit dem Eintritt in das 19. Lebensjahr mehrpflichtig geworden. Er erfüllt diese Wehrpflicht vom ersten Tage des 19. Lebensjahres an durch den Wehrdienst im Beurlobtenstand. Er steht also — und das ist neu — ohne weiteres im Banne der Wehrpflicht. Sie ergreift ihn selbsttätig nach verschiedenen Richtungen. Das Gesetz zählt nur einzelne Funktionen dieses im Beurlobtenstande bereits zu leistenden Wehrdienstes auf, indem es (§ 19) von der Wehrüberwachung, der Unterstellung unter die militärischen Dienststrafordnungen, das MilStGB. und die MilStGO., sowie (§ 20) von den „Übungen“ spricht. Diese Hinweise enthalten aber sicher keine erschöpfende Aufzählung. Man wird daher auf den Grundgedanken der neuen Wehrverfassung zurückgehen müssen, wonach die Wehrpflicht (§ 7) durch den Wehrdienst im Beurlobtenstand ebenso erfüllt wird wie durch den aktiven Wehrdienst. Infolgedessen stellt sich heute im Gegensatz zur Wehrverfassung des Kaiserreichs die bloße Zugehörigkeit zum Beurlobtenstand als ein ganz neuartiges Pflichtengebilde dar, dessen Inhalt und Umfang durch den Wehrzweck geregelt werden. Daß es diesem nur zuträglich sein muß, solche Wehrpflichtige, bei denen mittels ärztlichen Eingriffs die Tauglichkeit gesteigert werden kann, der Duldungspflicht zu unterwerfen, liegt auf der Hand. Im übrigen gibt auch das WehrG. selbst in § 20 dieser Auffassung eine Stütze. Der RMilG. kann danach den Wehrpflichtigen der Reserve, der Ersatzreserve und der Landwehr außer den Übungen auch noch „Vorschriften für ihre sonstige Weiterbildung“ auferlegen. Rein wörtlich betrachtet fallen unter diese Weiterbildung Maßnahmen der körperlichen und geistigen Erzüchtigung. Es dürfte aber, im Lichte des Wehrzwecks überhaupt betrachtet, auch die unmittelbare Umbildung des Körpers des einzelnen folgerichtig mitingereicht werden können. Die Verpflichtung zur Duldung solcher ärztlicher Operationen, die nicht erheblich und andererseits geeignet sind, die volle Tauglichkeit herbeizuführen, ist demgemäß anzunehmen. Die Ablehnung einer solchen Operation von Seiten eines Ersatzreservisten würde folglich, sobald ihre Duldung ihm durch Militärdienstbefehl aufgegeben ist, Strafbarkeit nach § 92 MilStGB., mindestens aber disziplinare Abmündung auslösen. Im übrigen würde auch der zwangsweisen Operation selber kein Rechtshindernis entgegenstehen.

4. Nach § 23 WehrG. scheidet ein Soldat „von Rechts wegen“ aus dem aktiven Wehrdienst aus, wenn gegen ihn auf Gefängnis von längerer als einjähriger Dauer „wegen einer vorsätzlich begangenen Tat“ „erkannt“ worden ist. Bei oberflächlicher Betrachtung würde dieser Fall schon dann gegeben sein, wenn eine vorsätzlich in die Tat umgesetzte Handlungsweise zur gerichtlichen Verhängung einer mehr als einjährigen Gefängnisstrafe rechtskräftig geführt hat. Danach würde man z. B. bei einem Soldaten, der im Strafurteil wegen Diebstahls mit acht Monaten und wegen gefährlicher Körperverletzung mit neun Monaten Gefängnis belegt worden ist, und dem daraufhin eine Gesamtstrafe von einem Jahr und zwei Monaten Gefängnis zuerkannt wurde, das Ausscheiden von Rechts wegen nach § 23 Abs. 1 b WehrG. feststellen müssen. Diese Ansicht dürfte aber nicht zu billigen sein. Der gesetzgeberische Gedanke will aus dem aktiven Wehrdienst einen solchen Soldaten entfernt wissen, bei dem der Richter „e in“ vorsätzliches Tun für so strafwürdig erachtet hat, daß er es mit einer Gefängnisstrafe von mehr als einem Jahr ahnden muß. Dabei kann die „Tat“ und die ein Jahr übersteigende Gefängnisstrafe nur in ursächlichem Zusammenhange stehen. Handelt es sich in Wirklichkeit um Tatmehrheit und wird nur die Tat-

mehrheit mit Gefängnis von über einem Jahr belegt, so ist der vom Gesetz als Entfernungsgrund gedachte Tatbestand eben nicht erfüllt. Ganz abgesehen davon, daß das Gesetz gewiß nicht ohne Grund von einer Tat spricht und diese eine Tat als mit Gefängnis von mehr als einem Jahr belegt voraussetzt, kommt doch ausschlaggebend das Bedenken hinzu, das mit Recht gegen die Erstreckung der Vorschrift über ihren Wortlaut hinaus erhoben worden ist: Es liegt durchaus im Bereiche der Möglichkeit, daß von verschiedenen Gerichten unabhängig voneinander in obigem Beispiel wegen Diebstahls auf acht Monate Gefängnis und wegen einer Körperverletzung auf neun Monate erkannt wird, und daß es zur Bildung einer Gesamtstrafe nicht kommt. Als dann ist unzweifelhaft § 23 Abs. 1 b WehrG. ausgeschloffen. Soll nun wirklich der Zufall entscheiden? Wo Gesamtstrafe eintritt, erfolgt dann Ausschneiden aus dem aktiven Wehrdienst von

Rechts wegen; wo nicht, könnte der Täter nur nach § 24 Abs. 2 c entlassen werden! In ersterem Falle selbsttätiges Ausschneiden ohne besonderen Staatsakt mit Rechtskraft des Urteils oder richtiger mit Ablauf des Tages der Rechtskraft des Urteils, in letzterem reines Verwaltungsermessen und bei seiner Anwendung Erfordernis eines besonderen Staatsakts! Eine so willkürliche Regelung kann der Gesetzgeber nicht gewollt haben und deshalb ist enge Auslegung des § 23 Abs. 1 b WehrG. geboten. Selbstverständlich genügt es aber zur Erfüllung der Vorschrift, wenn eine der zu einer Gesamtstrafe vereinigten einzeln ausgeworfenen Strafen für eine der in Tatmehrheit begangenen Handlungen, und zwar für eine vorzüglich vorgenommene Straftat, Gefängnis von mehr als einem Jahr in den Urteilsgründen bestimmt. Daß in der Urteilsformel lediglich die Gesamtstrafe erwähnt wird, ist dann kein Hinderungsgrund.

Die reformatio in pejus in der Revisionsinstanz

Von Ministerialrat Dr. Rudolf Lehmann, Berlin

1.

Die Strafprozeßnovelle v. 28. Juni 1935 hat das Verbot der reformatio in pejus an den drei Stellen, an denen es die StPD. der früheren Fassung enthielt, beseitigt¹⁾.

An die Fassung des jetzt geltenden Rechts knüpfen sich Zweifelsfragen in zwei wichtigen Punkten. Es ist streitig geworden, ob § 358 Abs. 2 n. F. auch für das RevG. gilt und wie er, im Falle der Bejahung dieser Frage, vom RevG. anzuwenden ist.

Die Frage steht so:

§ 358 a. F. wies in Abs. 1 das Gericht, an das die Sache vom RevG. zur anderweiten Verhandlung und Entsch. verwiesen wird, an, die rechtliche Beurteilung, die der Aufhebung des Urteils zugrunde gelegt ist, auch seiner Entsch. zugrunde zu legen. Daran schloß sich folgender Abs. 2:

„War das Urteil nur von dem Angekl. oder zu seinen Gunsten von der StA. ... angefochten worden, so darf das neue Urteil eine härtere Strafe, als die in dem ersteren erkannte, nicht verhängen.“

Dieser Abs. 2 hat durch die Novelle folgende Fassung erhalten:

„Auch wenn das Urteil nur von dem Angekl. oder seinem gesetzlichen Vertreter oder zu seinen Gunsten von der StA. angefochten war, kann es zum Nachteil des Angekl. geändert werden.“

Diese Neufassung findet sich in Art. 1 Nr. 4 der Prozeßnovelle gemeinsam mit den entsprechenden Änderungen der §§ 331 und 373 unter der Überschrift: „Beseitigung von einseitigen Bindungen des Rechtsmittelgerichts.“

Die Begründung des Gesetzes²⁾ sagt dazu folgendes: „Maßgebend für das sog. Verbot der Schlechterstellung im bisherigen Recht (§§ 331, 358, 373 StPD.) war der Gedanke, daß es unbillig sei, den Verurteilten durch die Aussicht auf eine härtere Bestrafung vom Gebrauch eines Rechtsmittels abzuhalten. Dieser Gesichtspunkt, der nie ganz unangefochten war, kann jedenfalls heute nicht mehr als entscheidend anerkannt werden. Das Verfahrensrecht muß dem Richter die Möglichkeit geben, ein Urteil zu fällen, das wahrer Gerechtigkeit entspricht. Die einseitige Bindung des Gerichts an das angefochtene Urteil zugunsten des Angekl. ist aber ein Hindernis für einen wirklich gerechten Urteilspruch. Kam das Rechtsmittelgericht auf Grund der erneuten Verhandlung zu einem Ergebnis, das dem Ver-

urteilten ungünstig war und deshalb den ersten Urteilspruch nicht mehr trug, so durfte es dennoch — im Widerspruch zum Ergebnis seiner eigenen Feststellungen — eine härtere Strafe nicht verhängen, wenn nur der Verurteilte das Rechtsmittel eingelegt hatte. Ein solches Ergebnis widerspricht der veränderten Auffassung von der Stellung des Richters. Es schwächt die Überzeugungskraft des Urteils und schädigt das Ansehen der Rechtspflege ... Die Novelle gibt nunmehr dem Richter des höheren Rechtszuges ganz allgemein die Freiheit, die er braucht, wenn er gerecht richten soll. Das Gericht kann — gleichgültig von wem das Rechtsmittel eingelegt ist — die Entscheidung so fällen, wie sie dem Ergebnis der neuen Hauptverhandlung entspricht. Dieselbe Regelung ist für das Wiederaufnahmeverfahren getroffen worden.“

II.

In der Literatur hat sich als erster Schwarz zur Auslegung der Vorschr. geäußert (ZW. 1935, 3345). Er vertritt folgende Auffassung:

§ 358 Abs. 2 beziehe sich nicht nur auf das Urteil des Instanzgerichts, an das die Sache zurückverwiesen sei, sondern auch auf das Urteil des Rechtsrügegerichts selbst. Das ergebe sich aus der ganzen Richtung der Novelle, aber auch aus ihrem Wortlaut. Das Gesetz schaffe jedoch hier wie im § 331 nur eine Befugnis des Gerichts, nicht auch eine Pflicht, in allen Fällen die reformatio in pejus vorzunehmen. Es handle sich um eine Ermessensentscheidung; das Ermessen sei selbstverständlich pflichtgemäß auszuüben. Maßgebend sei, ob die Bestrafung aus einem neuen Gesichtspunkt nach Lage des Falles im Interesse einer gesunden Rechtspflege erforderlich sei. Auch der Umfang der Änderung des Urteils zum Nachteil des Angekl. sei in demselben Sinne dem pflichtmäßigen Ermessen des RevG. anvertraut. Wenn z. B. das Instanzgericht nur wegen schwerer Urkundenfälschung verurteilt habe, sich aber aus seinen Feststellungen auch ein Betrug ergebe, so habe das RevG. auszusprechen, daß der Angekl. auch wegen Betruges verurteilt sei; sei aber in diesem Falle zu erwarten, daß die Strafe in Anbetracht dieser Verschärfung nur um wenige Tage härter ausfallen werde, so führe die Ausübung des pflichtgemäßen Ermessens dazu, von einer Aufhebung des Urteils wegen der Strafhöhe abzusehen.

Ganz ausführlich hat sich zu der Frage Niehammer (ErgBd. zu Löwe-Rosenberg S. 95 ff.) geäußert.

Er führt an, daß drei verschiedene Ansichten bestünden.

Die eine Ansicht gehe dahin, das RevG. müsse so verfahren, als ob ein neuer § 301 Abs. 2 mit folgendem Inhalt geltend habe: Jedes vom Beschuldigten oder zu dessen Gunsten eingelegte Rechtsmittel hat die Wirkung, daß die angefochtene Entscheidung auch zugunsten des Beschuldigten abgeändert oder aufgehoben werden kann.

¹⁾ Dazu Freisler: Jahrbuch des Deutschen Rechts 1935, 520; Lehmann: DJ. 1935, 999; auch in dem soeben erscheinenden Buche Schäfer-Lehmann-Dörfler, Die Novellen zum Strafrecht und Strafverfahrensrecht des Jahres 1935, S. 65; Ernst Schäfer: DJ. 1935, 991; Schlüter: ZW. 1935, 2329.

²⁾ Amtliche Sonderveröffentlichungen der DJ. Nr. 10 S. 55 f.

Die zweite Ansicht, der ersten völlig entgegengesetzt, gehe dahin, daß sich § 358 Abs. 2 überhaupt nicht auf das RevG. beziehe, sondern, wie Abs. 2 der alten Fassung, nur auf das Gericht, an das die Sache verwiesen worden sei.

Seine eigene Meinung bezeichnet *Niethammer* als eine Abänderung und Ergänzung der Ansicht 2. Die neue Vorschr. erteile auch dem RevG. einen neuen Auftrag. Dieser Auftrag bestimme sich nach dem Erfordernis eines innerlich gerechten Urteils. Wenn also das RevG. bei einer vom Angekl. eingelegten Rev. zu dem Ergebnis komme, daß die Revision unbegründet sei, so müsse es weiter prüfen, ob etwa das Instanzgericht ein Gesetz nicht angewandt habe, das eine schwerere Bestrafung des Angekl. ermöglicht. Bejahendenfalls sei der Schuldspruch zu ändern. Dann liege es dem RevG. ob, in wertender Arbeit darüber zu befinden, ob die Strafe noch sachgemäß sei oder ob sie wegen des Fehlers unangemessen milde sei. Glaube das RevG., daß die Gerechtigkeit bei Anwendung des vom Instanzgericht nicht angewandten schwereren Gesetzes eine fühlbare Verschärfung der Strafe gebiete, so müsse es regelmäßig den Strafausspruch aufheben. Wenn das Instanzgericht die Möglichkeit der Anwendung eines schwereren Gesetzes überhaupt verkannt und deshalb die erforderlichen Nachforschungen nicht angestellt habe, wenn also der Sachverhalt, der den Tatbestand des schwereren Gesetzes erfüllen würde, weder feststellt noch ausgeschlossen sei, müsse das RevG. in der Regel aufheben und zurückverweisen. Aber auch hier seien Fälle denkbar, in denen das RevG. auf die Änderung des Schuldspruchs nicht hinzuwirken brauche. Es seien das Fälle, in denen die erkannte Strafe auch unter der Annahme eines Tatbestandes, der die Anwendung des schwereren Gesetzes begründen würde, im richtigen Verhältnis zur Art des Täters und zur Schwere der Strafe stehe.

III.

In neuester Zeit sind zwei Entscheidungen des RG. ergangen, die sich mit denselben Fragen auseinandersetzen³⁾. Beide Urteile stammen vom 1. StrSen. Das erste Urteil (1 D 901/35 v. 17. Dez. 1935) nimmt es als selbstverständlich an, daß § 358 Abs. 2 sich auch auf das RevG. selbst bezieht. Das Urteil beschäftigt sich nur mit der Frage, wie das Wort „kann“ in dieser Vorschrift auszulegen ist. Es kommt zu dem Ergebnis, daß das RevG. immer dann verpflichtet sei, das angefochtene Urteil zu berichtigen oder es aufzuheben und die Sache zurückzuverweisen, wenn das erforderlich sei, um der wahren Gerechtigkeit zum Siege zu verhelfen; das RevG. könne von einer Änderung des Urteils absehen, wenn das Urteil trotz eines Rechtsfehlers der wahren Gerechtigkeit und dem gesunden Volksempfinden entspreche. Der Senat erläutert diese Auffassung durch folgende Beispiele: Wenn ein Betrüger wegen eines aus zahlreichen Einzelfällen bestehenden fortgesetzten Betruges zu einer hohen Gefängnisstrafe verurteilt worden sei, so nötige das Übersehen eines verhältnismäßig ganz geringfügigen Betrugsfalles nicht zur Aufhebung. Dasselbe gelte, wenn ein in Betracht kommender weiterer rechtlicher Gesichtspunkt von untergeordneter Bedeutung nicht berücksichtigt worden sei (bei fahrlässiger Tötung eine Übertretung der Straßenverkehrsordnung).

In dem zweiten Urteil (1 D 907/35 v. 17. Dez. 1935) erörtert der Senat die Frage, ob sich § 358 Abs. 2 auf das RevG. beziehe. Dem Wortlaut nach könne die Vorschr. dahin verstanden werden, daß sie sich nur an das Instanzgericht wende. Der Senat folgert aber aus der Überschrift, daß die Vorschrift unmittelbar auch die Entscheidung des RevG. betreffe. Das Urteil erörtert sodann den Umfang der Vorschrift. Nach dem Wortlaut könne sie dahin verstanden werden, daß dem RevG. ein freies, pflichtmäßig auszuübendes Ermessen eingeräumt worden sei, ob es ein zugunsten des Verurteilten angefochtenes Urteil wegen eines zugunsten des Angekl. gemachten Fehlers zugunsten des Verurteilten abändern wolle. Diese Auslegung wird abgelehnt. Ein solches freies Ermessen könnte nur auf Grund einer eigenen Würdigung durch den Revisions-

richter ausgeübt werden, sei es einer eigenen Würdigung auf Grund der Feststellungen des Instanzgerichts, sei es einer eigenen Würdigung nach der Aktenlage. Das liege außerhalb der Aufgaben des Revisionsverfahrens. Das RevG. müsse einen Fehler, der den Angekl. nicht beschwere, beseitigen, wenn die Möglichkeit bestehe, daß der Tatrichter bei fehlerfreier Beurteilung dazu gelangt wäre, eine andere — strengere — Strafe festzusetzen. Dabei müsse sich das RevG. in seinem Streben nach der wahren Gerechtigkeit von dem Grundgedanken der Strafgesetzgebung und dem gesunden Volksempfinden leiten lassen. Hiermit würde es nicht vereinbar sein, wenn durch Zurückverweisung einer Sache ein Strafverfahren nur deshalb in die Länge gezogen würde, weil noch diese oder jene gesetzliche Vorschrift zuungunsten des Angekl. anzuwenden wäre, ohne daß sich dabei an dem gesamten Ergebnis des Strafverfahrens in bezug auf die Höhe der Strafe etwas ändere.

IV.

Wenn man die Ausführungen von *Schwarz* und *Niethammer* und die Darlegung der Urteile näher prüft, wird man — wie ich hoffe — zu dem Ergebnis kommen, daß die Meinungsverschiedenheiten nicht so groß sind, wie es zunächst den Anschein hat.

In einem Punkt herrscht nahezu völlige Einigkeit: § 358 Abs. 2 bezieht sich auch auf das RevG. *Niethammer* führt allerdings eine Meinung an, die dahin geht, die Vorschrift wende sich nur an das Instanzgericht. Dazu ist folgendes zu bemerken:

Das Verbot der *reformatio in pejus* war ein allgemeiner Gedanke, der das alte Strafprozessrecht beherrschte. Es ist richtig, daß sich § 358 Abs. 2 a. F. dem Wortlaut nach nur auf das Instanzgericht bezog. Der Grundsatz selbst galt aber auch für das RevG. Es unterliegt wohl keinem Zweifel, daß das RG. unter dem alten Recht nicht in der Lage gewesen wäre, einen Angekl. zum Tode zu verurteilen, der vom SchwG. wegen Totschlags verurteilt worden war und das Urteil allein angefochten hat. Das RG. hat dies (RGSt. 45, 65) mit folgenden Worten ausgesprochen: „Was für das untere Gericht im Falle der Aufhebung und Zurückverweisung rechtens ist, das gilt auch für das RevG., wenn es an Stelle des Tatrichters nach § 354 Abs. 1 sofort in der Sache selbst erkennt. Denn § 358 Abs. 2 stellt, wie schon dessen Wortlaut ergibt, einen allgemeinen, nicht bloß für die untere Instanz maßgebenden Grundsatz auf.“

Diesen Rechtszustand fand der Gesetzgeber vor, als die Novelle v. 28. Juni 1935 entworfen wurde. Diesen Rechtszustand wollte er ändern, und zwar dahin, daß das, was bisher ein Verbot war, in Zukunft eine Erlaubnis sein sollte. Zu diesem Zweck wurde an den drei Stellen der Strafprozessordnung, an denen sich das Verbot fand, das Verbot in die Erlaubnis verwandelt. Es hätte sicherlich auch, nach dem Vorbild des Entwurfs der Strafverfahrensordnung, dem fast alle Neuerungen der Novelle entnommen sind, eine allgemeine Vorschrift etwa in den § 301 eingestellt werden können. Das ist nicht geschehen, um den Zusammenhang der Vorschriften, der bisher bestand, nicht ohne Not zu lockern⁴⁾. Aber daraus kann man angesichts des Wortlauts, angesichts der Überschrift und angesichts des Inhalts der Begründung nicht schließen, daß nur das RevG. Bindungen unterliegen sollte, die für andere Rechtsmittelgerichte nicht mehr bestehen. Der Sinn der Bestimmung des § 358 Abs. 2 ist danach unzweifelhaft der, den *Schwarz*, *Niethammer* und die beiden Urteile des RG. annehmen: § 358 Abs. 2 gilt auch für das RevG.

V.

Bisher war das RevG., wenn die Revision nur vom Angekl. eingelegt war, nicht gezwungen zu prüfen, ob sich in dem angefochtenen Urteil Fehler zugunsten des Angekl. fanden. Die RevG. haben trotzdem auch auf solche Fehler geachtet und haben sie auch manchmal hervorgehoben. Aber eine Verpflichtung zur Prüfung bestand nicht. Das ist jetzt

³⁾ Abgedruckt unten S. 736²¹ u. 736²².

⁴⁾ Zu den Erwägungen technischer Art bei der Abfassung der Novelle vgl. *Behmann*: *DZ.* 1935, 1005.

anders. Es ist sicher, daß sich damit die Arbeitslast der RevG. nicht unerheblich vermehrt.

Ist nun ein Fehler zugunsten eines Angekl. gemacht worden, so steht das RevG. vor der Frage, wie es zu verfahren hat. Die Antwort ergibt sich aus dem allgemeinen Ziel der Prozeßnovelle: der Herbeiführung eines innerlich gerechten Urteilspruchs. Dieses Ziel ist, wie die Ausführungen von Schwarz und Niethammer und die beiden Urteile beweisen, überall klar erkannt. Im einzelnen bestehen freilich Zweifel.

Das zweite Urteil des RG. wendet sich wohl zunächst gegen Schwarz, wenn es die Meinung ablehnt, die Befugnis des RevG. richte sich nach seinem pflichtmäßigen Ermessen. In den weiteren Darlegungen — Ablehnung der eigenen Würdigung des Revisionsrichters — scheint sich das Urteil gegen die Darlegung von Niethammer zu wenden.

Im sachlichen Ergebnis finde ich allerdings keinen unüberbrückbaren Unterschied zwischen den einzelnen Meinungen.

Das freie Ermessen wäre, wie der Senat selbst sagt, nur ein pflichtmäßiges Ermessen. Mit diesem Wort ist aber zunächst nichts anzufangen. Man muß wissen, welche Vorstellungen hinter dem Worte stehen. Der Inhalt dieser Vorstellungen kann wohl nur der sein: Der Richter soll das tun, was nach den allgemeinen Grundsätzen des Prozesses unter Berücksichtigung der Lebenserfahrung nötig ist, um zu einem innerlich gerechten Urteilspruch zu kommen, der dem Grundgedanken des Strafgesetzes und dem gesunden Volksempfinden entspricht. So ist doch wohl auch die Ansicht von Schwarz anzulegen, so ist die Meinung Niethammers und so ist insbes. auch der Standpunkt der beiden Urteile selbst. Hier bestehen also im Ergebnis kaum Meinungsverschiedenheiten^{4a)}. Sie beginnen ernsthaft wohl erst da, wo sich das RG. (im zweiten Urteil) gegen Niethammer wendet: der Revisionsrichter soll nicht selber würdigen, ob die in dem angefochtenen Urteil festgesetzte Strafe angemessen sei.

Dieser Teil des Urteils begegnet Bedenken. Es ist mir zweifelhaft, auf welche andere Weise der Revisionsrichter eine Stellungnahme zu der Frage gewinnen soll, ob aufzuheben ist oder nicht. Denn darüber ist alles einig und gerade das zweite Urteil hebt es eindrucksvoll hervor: es kann keine Rede davon sein, daß jeder Fehler zu einer Aufhebung des Urteils führen müsse. Das wäre das Gegenteil von dem, was die Novelle erstrebt, wenn sie formale Bindungen beseitigt und so einen innerlich gerechten Urteilspruch ermöglichen will. Soll nun aber zwischen Fehlern unterschieden werden, die man übersehen kann und solchen, die zur Aufhebung des Urteils führen müssen, dann muß man irgendeinen Maßstab haben, nach dem man sich richten kann. Dieser Maßstab ist — als Gegenstand, der selbst anzeigt und bei dem man nur die Skala abzulesen braucht — nicht vorhanden. Der Maßstab ist die innere Gerechtigkeit. Was sie fordert, muß in jedem Einzelfalle ermittelt werden, und das ist, wie mir scheint, unmöglich ohne eigene wertende Stellungnahme des Revisionsrichters, — jedenfalls dann unmöglich, wenn man nicht wegen jeden Fehlers aufheben und alles dem Tatrichter überlassen will. Für diese Ansicht gibt es ein beweiskräftiges

^{4a)} Vgl. auch die kurze Bemerkung von Schwarz zu dem ersten Urteil in DZS. 1936, 191.

Argument: das Urteil des RG. selbst. In dem zu entscheidenden Falle hatte der Tatrichter übersehen, daß der Angekl. sich nicht nur des Diebstahls, sondern auch der Nötigung schuldig gemacht hat; das gewaltsame Vorgehen des Angekl. war nur bei der Bemessung der Strafe für den Diebstahl gewürdigt worden. Das Urteil nimmt darauf Bezug und fährt dann fort: „Daher kann nicht angenommen werden, daß der Tatrichter bei besserer Berücksichtigung des § 240 StGB. für den Diebstahl und die Nötigung insgesamt eine strengere Bestrafung gewählt hätte als die im Urteil festgesetzte Strafe für den durch nachfolgende Gewaltanwendung erschwerten Diebstahl.“ Das ist, wenn ich den Satz recht verstehe, das Ergebnis einer eigenen Würdigung des RevG. auf Grundlage der tatsächlichen Feststellungen des Vorderrichters. Dieselbe Würdigung wird noch viel offener in dem ersterwähnten Urteil desselben Senats (auch in den Beispielen, die es bringt) verlangt und vorgenommen. Das ist nicht im mindesten zu beanstanden. Nicht nur, daß es nach meinem Dafürhalten jetzt der richtige Weg ist. Gehen aber die RevG. denselben Weg nicht schon seit langer Zeit? Die Frage, ob das angefochtene Urteil nach der eigenen Würdigung des RevG. gerecht ist oder offenbar ungerecht, wurde bei der Feststellung und Beurteilung eines Verstoßes schon bisher wohl kaum vollkommen außer acht gelassen.

Als Streitpunkt scheint mir danach nur noch übrig zu sein, ob — wie Niethammer es will — nur bei der Notwendigkeit „einer fühlbaren Verschärfung der Strafe“ aufgehoben und zurückverwiesen werden soll, oder — wie der 1. Senat es ausdrückt — schon dann, „wenn die Möglichkeit besteht, daß der Tatrichter bei fehlerfreier Beurteilung dazu gelangt wäre, eine schwerere Strafe festzusetzen“. Den Zielen der Novelle — innere Gerechtigkeit, dazu Forderung von Bindungen — scheint mir die Ansicht Niethammers mehr zu entsprechen⁵⁾. Sie vermeidet überflüssige Aufhebungen und geht nur einen Schritt weiter, wenn sie nicht nur die wertende Prüfung zuläßt, ob eine Schärfung der Strafe möglich, sondern auch die Prüfung, ob eine solche Schärfung unter Berücksichtigung aller Umstände geboten ist, mit anderen Worten: ob die Strafe nach Ansicht des Revisionsgerichts gerecht ist oder nicht.

Man kann wohl annehmen, daß das kommende Verfahrensrecht dem Richter des Revisionsverfahrens auch durch den Buchstaben des Gesetzes gewisse Möglichkeiten eröffnen wird, ein Urteil aufzuheben, wenn kein Verstoß gegen das Gesetz erkennbar ist, wenn aber die tatsächlichen Feststellungen nach der Würdigung des Sachverhalts durch das RevG. ganz besonderen Bedenken begegnen⁶⁾. Um so weniger ist es zu beanstanden, wenn ein RevG. unter Ausnutzung der schon jetzt vom Gesetz gegebenen Möglichkeiten da in die Würdigung der Tat selbst eintritt, wo das nötig ist, um der Gerechtigkeit zum Siege zu verhelfen. Ich kann mich danach nur dem anschließen, was Niethammer über das Verfahren des RevG. gesagt hat. Ich finde in seinen Ausführungen, die oben nur auszugsweise wiedergegeben sind, die vollkommene Darstellung dessen, was man den Willen des Gesetzes nennt.

⁵⁾ Vgl. für das Berufungsgericht die Ausführungen von Schüller: ZW. 1935, 2331.

⁶⁾ Vgl. Dörffler: Deutsches Strafrecht 1935 Heft 8/9 S. 282; Schaaffstein: Deutsches Recht 1935 Heft 21/22 S. 522.

Das Vollstreckungsmißbrauchsgesetz vom 13. Dez. 1934 und § 33 ZwVerfG.

A.

Von Richter Dr. H. Vogel, Hamburg

Bei der Zwangsversteigerung eines Grundstücks ist immer wieder zu beobachten, daß der Schuldner noch im letzten Augenblick verzweifelte Versuche unternimmt, die Zuschlagserteilung hinauszuzögern. In den meisten Fällen beruft er sich — da er durchweg die anderen Möglichkeiten, wie z. B. die durch die VollstrMaßnW. v. 26. Mai 1933 ge-

währten, erschöpft hat — auf das VollstrMißbrG. vom 13. Dez. 1934. Dies geschieht häufig noch nach dem Schluß der Versteigerung, wenn der Schuldner überblicken kann, ob der Zuschlag erteilt und welcher Betrag erzielt werden wird. Sieht er in der Zuschlagserteilung zu dem erzielten Meistgebot eine Verschleuderung, und dies tut er in der begreiflichen Angst, sein häufig letztes Vermögensstück zu verlieren, recht leicht, so stellt er den Antrag, ihm den Schutz des VollstrMißbrG. zuzubilligen. Lehnt das Gericht diesen An-

trag sofort ab und erteilt gleichzeitig den Zuschlag, so bietet der Tatbestand keine rechtlichen Besonderheiten. Anders wird es jedoch, wenn der Versteigerungsrichter dem Antrag entsprechen will oder wenn er ihn zwar ablehnen, die Entscheidung über den Zuschlag aber aus anderen Gründen zunächst aussetzen will. Gerade diese letzte Möglichkeit hat in der Praxis zu Entscheidungen geführt, die Bedenken hervorrufen, weil sie die Vorschrift des § 33 ZwVerfG. nicht hinreichend beachten.

Nach § 33 ZwVerfG. darf nach dem Schlusse der Versteigerung, wenn ein Grund zur Aufhebung oder zur einstweiligen Einstellung des Verfahrens oder zur Aufhebung des Termins vorliegt, die Entscheidung nur durch Verfugung des Zuschlages gegeben werden. Die Erklärung dieser Bestimmung findet sich in § 72 Abs. 3 ZwVerfG.: ein Gebot erlischt, wenn das Verfahren einstweilen eingestellt oder der Termin aufgehoben wird, und das Gebot lebt nicht wieder auf, wenn der Aufhebungs- oder Einstellungsbeschuß im Beschwerdeweg aufgehoben wird. Das BeschwG., das den Beschluß aufhebt, könnte dann dem Meistbietenden den Zuschlag nicht erteilen, weil kein Gebot mehr vorläge. Dagegen wirkt der den Zuschlag verweigende Beschluß erst mit seiner Rechtskraft wie eine Einstellung oder Aufhebung (§ 86 ZwVerfG.); das BeschwG. kann also, wenn es den Verlagsbeschuß aufhebt, dem Meistbietenden den Zuschlag erteilen (Korintzenberg-Wenz, Handbuch für Zwangsversteigerung, 6. Aufl. 1934, Anm. 1 zu § 33; ähnlich Jaedel-Güthe, 6. Aufl. 1929, Anm. 4 zu § 33 und Reinhard-Müller, 2. Aufl. 1929, Anm. V zu § 33).

Ein Antrag des Schuldners auf Zubilligung des Schutzes aus dem VollstrMißbrG. wird in der Regel einem Antrag auf eine einstweilige Einstellung gleichkommen. Der Versteigerungsrichter hat zwar hinsichtlich der zu treffenden Maßnahmen freie Hand: Er kann Vollstreckungsmaßnahmen aufheben, unterfagen oder auch zeitweilig aussetzen. Dies letzte wird meistens bei einem im Versteigerungstermin in letzter Minute gestellten Antrag des Schuldners in Betracht kommen. Bei der Grundstückszwangsversteigerung kommt aber die zeitweilige Aussetzung sachlich einer einstweiligen Einstellung gleich. Nach Schluß der Versteigerung darf sie daher nur in der Form der Verfugung des Zuschlages angeordnet werden (Jonas-Pohle, Zwangsvollstreckungsnotrecht, 10. Aufl. 1935, S. 146).

Danach ist also ein dem Schuldner den Schutz des VollstrMißbrG. zubilligender Beschluß, der nach dem Schluß der Versteigerung (§ 73 Abs. 2 ZwVerfG.) ergeht, in die Form eines den Zuschlag verweigenden Beschlusses zu kleiden.

Wie ist es nun aber, wenn die eingangs angeführte weitere Möglichkeit praktisch wird, daß der Versteigerungsrichter den Antrag auf Zubilligung des VollstrMißbrG. zwar ablehnen, die Entscheidung über den Zuschlag aber erst in einem späteren Termin verkünden will (§ 86 ZwVerfG.)? Dem Wortlaut nach ist § 33 ZwVerfG. in diesem Fall nicht anwendbar. Er setzt voraus, daß „ein Grund zur Aufhebung oder zur einstweiligen Einstellung des Verfahrens oder zur Aufhebung des Termins vorliegt“. Dies will der Versteigerungsrichter aber, soweit das VollstrMißbrG. in Frage steht, durch seinen den Antrag des Schuldners ablehnenden Beschluß gerade verneinen. Formal steht daher § 33 ZwVerfG. nicht entgegen, daß der Richter durch Beschluß den Antrag des Schuldners ablehnt und weiter einen Termin verkündet, in dem die Entscheidung über den Zuschlag ergehen soll. Und doch ist eine solche Handhabung, die in der Praxis auch geübt wird, nicht bedenkenfrei.

Der den Antrag des Schuldners ablehnende Beschluß ist mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar (Jonas-Pohle S. 147; Zw. 1935, 813). Will das BeschwG. im Gegensatz zum AG. dem Schuldner den Schutz des VollstrMißbrG. gewähren, so kann es das nur durch die Verfugung des Zuschlages, denn nun ist § 33 ZwVerfG. erfüllt. Gegen eine derartige Entscheidung des BeschwG. ist aber wieder einzuwenden, daß über den Zuschlag vom AG. bisher sachlich nicht entschieden ist. Eine formelle Aufhebung des Ablehnungsbeschlusses und Zurückverweisung an das AG. durch

das BeschwG. ist auch wenig sachdienlich. Sie kann — ein allerdings wohl mehr theoretischer Fall — dann völlig bedeutungslos werden, wenn während des Beschwerdeverfahrens der Zuschlagsbeschluß vom AG. verkündet worden ist und dieser dann nicht selbstständig angefochten wird. Im übrigen wäre dann die Rechtslage durch die nur beschränkte Anfechtungsmöglichkeit des Zuschlagsbeschlusses (§ 100 ZwVerfG.) weiter kompliziert. Hinzu kommt ein weiterer zwar nicht formalrechtlicher, aber praktisch recht bedeutungsvoller Gesichtspunkt: Wird zunächst nur über die Anwendung des VollstrMißbrG. entschieden und nicht auch gleichzeitig über die Zuschlagserteilung, so wird sich das Verfahren aus dem VollstrMißbrG. nur auf die Anordnung des Zwangsversteigerungsverfahrens oder auf die Beurteilung einzelner im Laufe des Verfahrens bis zur Stellung des Antrages aus dem VollstrMißbrG. vorgenommener Vollstreckungsmaßnahmen erstrecken können. Diese Prüfung wird aber für die Beteiligten, insbesondere den Schuldner und den Meistbietenden, in der Regel von weitaus geringerem Interesse sein als die Frage der Verschleuderung des Grundstücks zu dem erzielten Meistgebot. Diese Frage kann aber abschließend erst dann geprüft werden, wenn feststeht, daß zu dem Meistgebot tatsächlich der Zuschlag erteilt wird. Das Ergebnis der Trennung der Entscheidung aus dem VollstrMißbrG. und der über den Zuschlag wird also regelmäßig sein, daß zunächst in einem Sonderverfahren über einzelne Handlungen des betreibenden Gläubigers entschieden wird und daß später bei dem Zuschlagsbeschluß weiter erörtert werden muß, ob nun nicht etwa die Zuschlagserteilung nach dem VollstrMißbrG. für unzulässig angesehen werden muß. Daß ein solches Nebeneinander von Verfahren wenig zweckmäßig ist, bedarf keiner weiteren Ausführung. Wie lästig und verzögerlich dies wirken kann, wird deutlich, wenn beachtet wird, daß jedes Verfahren durch drei Instanzen laufen kann.

Die Vermeidung dieser Mißlichkeiten ist möglich durch die Berücksichtigung des im § 33 ZwVerfG. aufgestellten Grundsatzes auch für den Fall, daß der Versteigerungsrichter die Voraussetzungen des Schuldnerschutzes aus dem VollstrMißbrG. verneinen will. Gibt der Versteigerungsrichter auch in diesem Fall eine Entscheidung über den Aussetzungsantrag mit der Zuschlagsentscheidung zusammen, so setzt er sich selbst in die Lage, gleichzeitig mit zu prüfen, ob nicht die Zuschlagserteilung zu dem erzielten Meistgebot eine Verschleuderung bedeutet; das BeschwG. bewahrt er davor, mehr oder weniger theoretische Erörterungen über einen vielleicht später zu erteilenden Zuschlag anstellen zu müssen. Dem Schuldner werden Mühe und Aufwendungen erspart durch die Zusammenfassung aller das VollstrMißbrG. betreffenden Fragen in einem einzigen Verfahren, das noch dazu den Vorteil haben wird, dem nicht juristisch ausgebildeten Schuldner verständlich zu sein, während er einem Neben- oder Nebeneinander mehrerer Verfahren mehr oder weniger hilf- und verständnislos gegenübersteht. Der Meistbietende hat ein Interesse daran, daß schnell geklärt wird, ob er an sein Gebot gebunden bleibt, oder ob er die für die Erfüllung der sich aus dem Meistgebot ergebenden Verpflichtungen notwendigen Beiträge anderweitig verwenden kann. Neben all dem ist das Interesse aller Beteiligten zu berücksichtigen, ein weiteres Aufsummen der Rückstände und die Hinauszögerung der Endentscheidung zu vermeiden.

B.

Von Kammergerichtsrat Dr. Kaemmerer, Berlin

Die in dem vorstehenden Aufsatz gegebene Lösung entspricht in dem erörterten Fall allein dem praktischen Bedürfnis und dem Gesetz. Denn der „Schluß der Versteigerung“ (§ 73 ZwVerfG.) führt insofern eine „Zäsur“ des Verfahrens herbei, als nach diesem Zeitpunkt für den Versteigerungsrichter lediglich die Frage der Erteilung oder Verjagung des Zuschlages zur Entscheidung steht. Hierbei bleibt es ihm unbenommen, da er ja insoweit an frühere Entscheidungen nicht

gebunden ist (§ 79 ZwVerfG.), etwaige Vorfragen, wie z. B. Zulässigkeit des Verfahrens, einstweilige Einstellung, erneut zu prüfen. Das VollstreckungsG., das ja eine zeitweise Aussetzung und damit eine einstweilige Einstellung des Verfahrens zuläßt, macht keine Ausnahme. Auch hier wird der Versteigerungsrichter Zwischenentscheidungen, wie z. B. Ablehnung eines auf Grund des erwähnten Gesetzes gestellten Antrags auf einstweilige Aussetzung, nach Schluß der Versteigerung vermeiden, und zwar um so mehr, als solche Entscheidungen eine unnötige Verzögerung herbeiführen, wie Dr. Vogel mit Recht hervorhebt, und als sie vor allem aber die Rechtslage komplizieren können. Dies ist z. B. der Fall, wenn gegen den ablehnenden Beschluß sofortige Beschwerde eingelegt wird, und die Zulässigkeit eines solchen Rechtsmittels zur Erörterung steht.

Denn diese Frage, die vor allem das Verhältnis des § 33 zu dem § 95 ZwVerfG. betrifft, ist wenig geklärt. In den in JW. 1932, 188 und JW. 1933, 1899 veröffentlichten Entscheidungen des OLG. handelt es sich um vor Schluß der Versteigerung ergangene Beschlüsse des Versteigerungsgerichts, in denen die Einstellung abgelehnt war. Hier hatte sich das OLG. auf den Standpunkt gestellt, eine selbständige Beschwerde gegen solche Beschlüsse, mag sie auch vor Schluß der Versteigerung eingelegt sein, werde unzulässig, wenn inzwischen während des Beschwerdeverfahrens vom OLG. der Zuschlag erteilt worden sei. Die von Fraeb: JW. 1933, 1899 gegen diese Auffassung vorgebrachten Gründe erscheinen nicht überzeugend (so auch Korintenberg-Wenz, ZwVerfG., 6. Aufl., S. 424 zu § 95 und Wilhelm: JW. 1933, 2349). Vielmehr wird man die in den erwähnten Beschlüssen niedergelegten Grundgedanken noch auf andere Fälle ausdehnen können. In dieser Hinsicht ist zu unterscheiden:

I. Der Beschluß des OLG. ergeht vor Schluß der Versteigerung. Hier sind zwei Fälle zu erörtern:

1. Der Antrag auf Einstellung wird abgelehnt. Hiergegen wird sofortige Beschwerde des Schuldners eingelegt, und zwar

a) bereits vor Beendigung des Versteigerungstermins. Diese Beschwerde ist grundsätzlich zulässig (§ 95 ZwVerfG.), wird aber dann gegenstandslos, wenn während des Beschwerdeverfahrens die Versteigerung stattgefunden, und der Meistbietende sein Gebot abgegeben hat, oder wenn der Versteigerungsrichter nach Schluß der Versteigerung einen Termin zur Verkündung der Entscheidung über den Zuschlag angelegt hat. Hält man dagegen die Beschwerde nach wie vor für zulässig, so wird das OLG. in eine sachliche Nachprüfung der Einstellungsfrage einzutreten haben. Billigt es hier den Standpunkt des Vorherrschenden, an dessen Stelle es ja zu entscheiden hat, so wird es die Beschwerde zurückweisen, anderenfalls den amtsgerichtlichen Beschluß aufheben und den Zuschlag versagen.

Gegen eine solche Rechtsansicht bestehen aber Bedenken. Sie sind zunächst in dem auch von Dr. Vogel kurz erwähnten Fall zu erheben, daß der Versteigerungsrichter in der Zwischenzeit den Zuschlag erteilt hat. Diesen ordnungsmäßig zustande gekommenen Beschluß kann er nicht nachträglich mit Rücksicht auf die landgerichtliche Entscheidung von Amts wegen aufheben. Daß das OLG. von sich aus, wenn es auf Grund der ersten Beschwerde den Zuschlag versagen will, zugleich den inzwischen erlassenen Zuschlagsbeschluß aufheben kann, obwohl dieser Beschluß nicht angefochten ist, erscheint bedenklich. Der Ansicht von Fraeb, der die Zulässigkeit einer solchen Aufhebung bejaht, kann daher nicht beigetreten werden.

Hat der Versteigerungsrichter Verkündungstermin angelegt, so ist er zwar an die Entscheidung des OLG., das den Zuschlag auf die erste Beschwerde hin versagt, gebunden, er wird daher den Termin aufheben. Im Falle der Zurückweisung dieser Beschwerde ist er aber in der Lage, die Frage der Einstellung von anderem Gesichtspunkt aus erneut bei der Zuschlagsentscheidung zu prüfen. Eine später eingelegte Zuschlagsbeschwerde kann dann unter Umständen dazu führen, daß die Beschwerdekammer sich zu ihrem früheren Beschluß, der ja für sie nicht bindend ist, in Widerspruch setzt, soweit die Einstellungsfrage in Betracht kommt, und den Zuschlag versagt. Ein wenig erfreuliches Ergebnis! Man denke ferner an die Möglichkeit der Einlegung einer weiteren Beschwerde. Diese

ist ja gegeben, wenn der Beschluß über die einstweilige Einstellung auf dem Gesetz v. 13. Dez. 1934 beruht. Dann findet die einschränkende Bestimmung des § 6 Abs. 4 RotW. vom 26. Mai 1933 keine Anwendung (darüber, wenn weitere Zuschlagsbeschwerde darauf gestützt ist, die Einstellungsfrage sei vom OLG. unrichtig entschieden worden, vgl. RG.: JW. 1935, 2160). Hat z. B. das OLG. die Beschwerde gegen den die Einstellung ablehnenden Bescheid des Versteigerungsrichters zurückgewiesen, und liegt in dieser Entscheidung des Beschwerdegerichts ein neuer selbständiger Beschwerdegund (§ 568 Abs. 2 ZPO.), hält aber das OLG. die Voraussetzungen einer einstweiligen Einstellung für vorliegend, dann würde es mit Rücksicht auf den inzwischen eingetretenen Schluß der Versteigerung den Zuschlag versagen, und zwar also erstmalig über den Zuschlag befinden. Nach § 87 ZwVerfG. soll aber grundsätzlich der Versteigerungsrichter die Entscheidung über den Zuschlag treffen.

Man wird daher zu dem Ergebnis gelangen, daß dem Beschwerdegericht eine sachliche Nachprüfung der Einstellungsfrage verwehrt ist, wenn z. B. seiner Entscheidung der „Schluß der Versteigerung“ eingetreten ist. Denn diese Nachprüfung führt unter Umständen dazu — wenn auch nur in der Form der Versagung —, eine Entscheidung über den Zuschlag zu fällen und somit diese dem Vollstreckungsrichter abzunehmen. Vor allem besteht auch kein Rechtsschutzbedürfnis für den Beschwerdeführer, seine Beschwerde durchzuführen, da er die vorgebrachten Beschwerdebegründe in der von ihm einzuliegenden Zuschlagsbeschwerde wiederholen kann. Denn auch in dem Fall, daß ein Verkündungstermin vom Versteigerungsrichter anberaumt ist, hat er zu erkennen gegeben, daß er über den Zuschlag befinden will. Das OLG. wird daher in dem erörterten Fall den Beschwerdeführer fragen, ob er seine Beschwerde noch aufrechterhalten will. Bejaht er dies, so treffen ihn die Kosten. Im übrigen wird die Beschwerde für gegenstandslos erklärt. Im Falle der Zurücknahme hat der Beschwerdeführer $\frac{2}{10}$ der Gebühr zu tragen — bei den z. B. noch geltenden niedrigen Sätzen des PrOG. ein geringer Betrag. Beschränkt er seine Beschwerde auf die Kostenentscheidung, würde allerdings wohl das OLG. zu prüfen haben, ob die erste Beschwerde im Ergebnis Erfolg gehabt hätte.

b) Ist die sofortige Beschwerde des Schuldners nach Beendigung der Versteigerung eingelegt, so ist sie von vornherein unzulässig. Insofern findet § 95 ZwVerfG. keine Anwendung. Auch hier besteht kein Bedürfnis für die Zulassung des Rechtsmittels, da entweder schon der Zuschlagsbeschluß ergangen oder zum mindesten Termin zur Verkündung der Zuschlagsentscheidung angelegt ist (§ 87 ZwVerfG.). Im übrigen gelten die gleichen Erwägungen wie im Fall a. Die Beschwerde ist als unzulässig zu verwerfen. Die Kosten treffen den Beschwerdeführer.

2. Hat der Versteigerungsrichter das Verfahren einstweilen eingestellt, sei es vor oder in dem Versteigerungstermin, kommt es also nicht zu einem eigentlichen „Schluß der Versteigerung“ (§ 73 a. a. D.), dann hat das OLG. zu erkennen gegeben, daß es zur Zeit eine Entscheidung über den Zuschlag nicht treffen will. In diesem Fall stehen der Zulässigkeit einer sofortigen Beschwerde keine Bedenken entgegen.

II. Wie ist die Rechtslage, wenn der Beschluß des Versteigerungsrichters nach Schluß der Versteigerung ergelgt? Auch hier ist zu unterscheiden:

1. Der Antrag auf Einstellung wird abgelehnt. Eine Beschwerde ist nicht gegeben, und zwar aus den oben zu I 1 a erörterten Gründen. Das OLG. würde in die Lage kommen, sofern es den Standpunkt des OLG. nicht billigt, erstmalig über den Zuschlag zu befinden. Der Versteigerungsrichter hat aber sich die Frage der Zuschlagserteilung vorbehalten, insofern er einen Verkündungstermin angelegt hat. Seine Entscheidung soll lediglich eine Vorentscheidung sein, deren Anfechtbarkeit nicht aus § 95 a. a. D. hergeleitet werden kann.

Dieser Paragraph, der in erster Linie die Fälle der Einstellung nach §§ 28, 30 ZwVerfG. im Auge hat, will grundsätzlich ein Rechtsmittel nicht zulassen gegen solche Vorentschei-

dungen, die mit der Frage der Zuschlagserteilung zusammenhängen. Wenn er eine Ausnahme zuläßt für Beschwerden gegen Einstellungsbeschlüsse, so handelt es sich vor allem um solche Entscheidungen, die erkennen lassen, daß es zunächst nicht zu einer Zuschlagserteilung oder -versagung kommt, so daß die Beteiligten ein berechtigtes Interesse haben, die Vorfrage der Einstellung vorher geklärt zu haben. Dies ist u. a. der Fall, wenn der Einstellungsbeschluß vor dem Schluß der Versteigerung erlassen und vor diesem Zeitpunkt die Beschwerde eingelegt ist.

Ob der Versteigerungsrichter in einem besonderen Beschluß die Einstellung abgelehnt und dann einen besonderen Zuschlagsbeschluß erlassen hat, oder ob die Entscheidung über den Zuschlag in einem besonderen Verkündungstermin erfolgen soll, ist auch hier für die Frage der Zulässigkeit der Beschwerde unerheblich.

2. Anders ist die Rechtslage, wenn der Versteigerungsrichter entgegen der Bestimmung des § 33 ZwVerfG. das Verfahren einstweilen eingestellt hat, statt den Zuschlag zu versagen. Die Gebote sind dann erloschen. Der Zuschlag kann zwar in der Beschwerdeinstanz nicht mehr erteilt

werden. Die Beteiligten haben aber ein Interesse, diesen gesetzwidrig ergangenen Beschluß zu beseitigen. Dies kann nur im Wege der Beschwerde geschehen. Hält das O.G. einen Einstellungsgrund für gegeben, so wird es die Beschwerde zurückweisen mit der Maßgabe, daß der Zuschlag zu versagen ist. Im anderen Falle wird es unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses das O.G. anweisen, neuen Versteigerungstermin anzuberäumen (vgl. hierzu Jaedel-Gütke-Volkmar-Armistroy zu § 33 Anm. 4 S. 186 und Reinhard-Müller § 33 Anm. V S. 189). Dieser Standpunkt steht nicht im Widerspruch mit dem oben gefundenen Ergebnis. Denn das O.G. hat mittelbar eine Entscheidung über den Zuschlag treffen, auf keinen Fall aber sich die Entscheidung über den Zuschlag noch vorbehalten wollen.

Ergebnis: Sofortige Beschwerde nur zulässig, sofern

1. der Versteigerungsrichter das Verfahren einstweilen eingestellt hat, und die Entscheidung vor Schluß der Versteigerung oder gesetzwidrig nachher erlassen ist;
2. der Antrag auf Einstellung abgelehnt, und auch zur Zeit der Entscheidung des Beschwerdegerichts die Versteigerung noch nicht geschlossen ist.

Wichtige Fragen des Armenrechts¹⁾

Von Kammergerichtsrat Dr. G a e d e l e, Berlin

I.

Ratenarmenrecht

1.

Der Begriff des „Ratenarmenrechts“ ist der ZPD. fremd. Gerade deshalb ist aber diese Wortprägung vielleicht besonders treffend, um ebenso prägnant wie für sich allein schon überzeugend eine unserem Armenrecht wesensfremde Erscheinungsform desselben zu bezeichnen.

Begriff und Ausdruck bedürfen somit zunächst einer Erläuterung. Von „Ratenarmenrecht“ spricht man zutreffenderweise dann, wenn das Armenrecht zwar bewilligt, zugleich aber durch eine Anordnung des bewilligenden Gerichts in seinen Auswirkungen in bestimmter Richtung eingeschränkt wird. Und zwar lautet diese Einschränkung entweder dahin, daß der armen Partei aufgegeben wird, auf die Kosten bestimmte monatliche Raten zu zahlen, oder dahin, daß das Armenrecht „mit der Maßgabe“ bewilligt wird, daß bestimmte Teilzahlungen zu leisten sind, oder dahin, daß die Bewilligung in bedingter Form geschieht: „Das Armenrecht wird unter der Bedingung bewilligt, daß laufend Teilbeträge von X Reichsmark auf die Kosten entrichtet werden.“ Oder auch in der Form: „Die Bewilligung tritt außer Kraft, wenn nicht Raten von X Reichsmark monatlich gezahlt werden.“

Gleichgültig jedoch, wie die äußere Formulierung lautet: Sachlich bleibt es stets dasselbe, nämlich eine mit der Anordnung von durch die arme Partei zu bewirkenden (Teil-) Zahlungen verbundene Armenrechtsbewilligung.

2.

Damit drängt sich sofort die Frage auf, ob unser auf den Bestimmungen der §§ 114—127 ZPD. beruhendes Armenrecht eine derartige Form der Armenrechtsbewilligung zuläßt und welches die Rechtsgrundlage dafür ist.

Die Frage erscheint fast überflüssig, die Antwort darauf

ganz klar: Deshalb sollte das Gericht, falls die arme Partei nach ihren wirtschaftlichen Verhältnissen dazu in der Lage ist, das Armenrecht nicht auch in eingeschränktem Umfange, und zwar gerade in Verbindung mit der Bewilligung von Ratenzahlungen, bewilligen dürfen? Eine eingehende Betrachtung führt jedoch — fast möchte man sagen: überraschenderweise — zu dem entgegengesetzten Ergebnis, daß nämlich solche Einschränkung nicht zulässig ist.

Das Gesetz sagt über die Möglichkeit eines derartigen Ratenarmenrechts nichts. Das ist an sich noch kein unbedingtes Argument dagegen. Es kann sich um eine aus den Bedürfnissen des Rechtslebens heraus notwendig gewordene und entwickelte Fortbildung des Armenrechts handeln, gegen die keine durchschlagenden Bedenken zu bestehen brauchen, sofern sie nur mit den Grundprinzipien dieses Rechtsinstituts vereinbar ist.

Immerhin ist naturgemäß zunächst von der positiv vorhandenen gesetzlichen Regelung auszugehen. Diese zeigt eine klare Dreiteilung mit einer abschließenden Regelung für jeden der drei Fälle: arm — teilweise arm — nicht arm.

Die nachsuchende Partei ist entweder arm, d. h. sie ist außerstande, ohne Beeinträchtigung des für sie und ihre Familie notwendigen Unterhalts die Kosten des Prozesses zu bestreiten (§ 114 ZPD.). Dann ist ihr auf Antrag das Armenrecht zu bewilligen. Damit hat sie einen gesetzlich festgelegten — prozessualen — Anspruch auf die daraus entspringenden Vergünstigungen, d. h. auf volle Befreiung von Gerichts- und Anwaltskosten (sofern Beordnung eines Anwalts zu erfolgen hat oder tatsächlich erfolgt ist).

Oder die Partei ist teilweise arm, d. h. sie ist nicht in stande, ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts die Prozeßkosten voll zu tragen, kann diese vielmehr nur „zu einem Teil“ bestreiten (§ 115 Abs. 2 ZPD.). Dann hat sie zu entsprechendem Teil zu den Prozeßkosten beizutragen. Nach dem Gesetz „ist zu bestimmen, daß wegen dieses Teils die einstweilige Befreiung von der Berichtigung der Gerichtskosten sowie der Gebühren und Auslagen des Anwalts nicht eintritt“. Statt dessen kann das Gericht auch bestimmte Gebühren ganz oder teilweise von der Befreiung ausnehmen. Damit ist also das Bruchteilсарменrecht vom Gesetz zugelassen.

Oder aber das Unvermögen der Partei zur Kostenzahlung liegt weder ganz noch zum Teil vor. Dann kommt die Vergünstigung des Armenrechts für sie nicht in Frage.

¹⁾ Unter diesem Titel wird eine Aufzählung veröffentlicht, die einige besonders bedeutende, bisher grundsätzlich nicht geklärte Fragen des Armenrechtsbewilligung behandelt, die gerade in der letzten Zeit in der Praxis immer wieder zu Schwierigkeiten Veranlassung gegeben haben. Die Aufsätze sollen in Zwischenräumen von zwei bis drei Wochen folgen. D. S.

3.

Das Gesetz hat also die Fälle des nur teilweisen Unvermögens einer Partei, die eine uneingeschränkte Armenrechtsbewilligung nicht zulassen, ausdrücklich geregelt. Diese Regelung gipfelt in einer negativen Anordnung: Zu demjenigen Teil, zu dem nach Ansicht des Gerichts die Partei nicht unvermögend erscheint, sind die sonst eintretenden Armenrechtswirkungen auszunehmen und zu versagen. Dies ist das Wesen des gewöhnlich als Bruchteilсарmenrecht bezeichneten eingeschränkten Armenrechts (das nicht zu verwechseln ist, gleichwohl nicht selten verwechselt wird mit dem vollen Armenrecht, das aber nur für einen Teil des materiellen, im Prozeß geltend gemachten Anspruchs gewährt wird und das mit teilweiser Armut der Partei nichts zu tun hat).

Es ist nicht unwichtig, die negative Seite des Bruchteilсарmenrechts hervorzuheben. Der Partei wird nicht als Auswirkung der gerichtlichen Entscheidung irgendeine Leistung, ein positives Verhalten aufgegeben, vielmehr nur die Armenrechtswirkung zu einem bestimmten, rechnerisch abgegrenzten Teil versagt. Daraus ergibt sich dann für die Partei die Rechtslage, daß sie dem Gericht und dem etwa beigeordneten Anwalt wegen ihres vollen Anspruchs nur zu einem Teil als arm gegenübersteht, während im übrigen ihre Rechtsstellung keine andere ist als die jeder sonstigen nicht armen Partei. Sie ist also dem Gericht und dem Anwalt gegenüber zu dem ausgenommenen Bruchteil gebühren- und vorschußpflichtig. Dabei ist die Rechtslage insofern eindeutig klar, als der Umfang der von ihr danach zur Durchführung des Rechtsstreits aufzubringenden Leistungen genau abgegrenzt und errechenbar ist. Diese Leistungen folgen jedoch nicht aus einer Auflage des Gerichts, das sie der Partei aufgibt, sondern automatisch aus der Verneinung des Armenrechts insofern und damit aus dem Weiterbestehen der ohne Armenrechtsbergünstigung jeder Prozeßpartei obliegenden Verpflichtungen.

Ein Katenarmenrecht in der eingangs dargelegten Form, nämlich eine Kombination zwischen gesetzlichen Armenrechtswirkungen und gerichtlicher Einschränkung der Wirkungen einerseits, zugleich einer Art Zahlungs erleichterung an die arme Partei andererseits sieht das Gesetz also nicht vor.

4.

Demnach bleibt die Frage zu lösen, ob eine solche „Kombination“ damit ausgeschlossen oder zulässig sein soll.

Für die Beantwortung ist ein Moment besonders bedeutsam: die Entwicklung, die zu dem Bruchteilсарmenrecht in seiner jetzigen Gestalt geführt hat. Ursprünglich kannte die ZPO. ein Armenrecht mit nur teilweiser Bergünstigung für die zur teilweise arme Partei nicht. Eine der Vorschriften des § 115 Abs. 2 ZPO. entsprechende Bestimmung gab es zunächst nicht. So führt Förster-Kann, 1913, Anm. 2 zu § 115 ZPO. aus: Die Frage, ob das Armenrecht stets mit dem vollen gesetzlichen Inhalt, wie ihn § 115 ZPO. normiert, zu gewähren ist oder ob es auch zulässig ist, die Bergünstigungen teilweise zu gewähren, teilweise zu versagen, ist zu verneinen. Das Gericht ist daher nicht befugt, nach seinem Ermessen das Armenrecht dahin einzuschränken, daß es nur die einstweilige Befreiung von bestimmten einzelnen Gebühren oder gar nur von einem Prozentsatz der Gebühren gewährt. Das Gericht mußte sich also schlüssig machen, ob es „ausreichende“ Armut anerkennen wollte oder nicht und ob es demgemäß das Armenrecht ganz bewilligen oder ganz versagen wollte. Erst durch die Nov. v. 18. Dez. 1919 (RGBl. 2113) Art. III ist § 115 Abs. 2 eingefügt und damit das „Bruchteilсарmenrecht“ geschaffen worden. Danach war, wenn in vermögensrechtlichen Streitigkeiten die Partei imstande war, die Kosten des Prozesses zu einem Bruchteil zu bestreiten, zu bestimmen, daß wegen dieses Teils die einstweilige Befreiung nicht eintrete. In nichtvermögensrechtlichen Streitigkeiten, vor allem also in Ehesachen, betwundete es dagegen bei dem bisherigen Rechtszustand. Erst die Nov. v. 6. Okt. 1931 (RGBl. I, 537/563) Teil 6 Kap. I § 11 hat auch in nichtvermögensrechtlichen Streitigkeiten die Möglichkeit geschaffen, von dem Bruchteilсарmenrecht Gebrauch zu machen und

damit Parteien, die sonst voll als arm gelten mußten, im Interesse der Staatskasse wenigstens zu einem Bruchteil zu den Kosten des Prozesses heranzuziehen. Zugleich wurde weiterhin, um dem Gericht eine nach Lage des Falles etwa notwendige größere Bewegungsfreiheit zu geben, die Möglichkeit eröffnet, nicht nur einen bestimmten Bruchteil, sondern auch einzelne Gebühre von der Befreiung auszunehmen.

Diese stufenweise Entwicklung zeigt also, daß der Gesetzgeber mit vollem Vorbedacht eine teilweise Armenrechtsbewilligung im Falle nur teilweiser Armut der Partei nur in ganz bestimmt vorgezeichneter Weise hat zulassen wollen und allmählich ausgebaut hat. Die Entwicklung spricht damit also dagegen, daß die Gerichte es in der Hand haben könnten, auch außerhalb des Rahmens dieser gesetzlich vorgesehenen Armenrechtseinschränkungen Armenrechtsbewilligungen in eingeschränkter Form unter Modifizierung der gesetzlichen Vergünstigungen zu erteilen.

Bei gegenteiliger Auffassung des Gesetzgebers wäre sowohl in vermögens- wie auch in nichtvermögensrechtlichen Streitigkeiten die allmählich herausgebildete Regelung des § 115 Abs. 2 ZPO. überflüssig gewesen, da ja auch ohnedem den Gerichten die Befugnis zugestanden hätte, nach ihrem Ermessen irgendwelche Einschränkungen — angepaßt einer teilweisen Zahlungsfähigkeit der armen Partei — anzuordnen. Das war eben nach damaliger gesetzlicher Regelung in keiner Beziehung der Fall und ist es — als Ausnahmeregelung — jetzt also nur soweit, wie die ZPO. es ausdrücklich vorsieht.

5.

Selbst wenn man aber eine derartige Einengung der gerichtlichen Befugnisse und der Bewegungsfreiheit als unserem heutigen Rechtsempfinden nicht mehr entsprechend ansehen wollte und damit — gleichsam praeter legem — aus zwingenden praktischen Erwägungen heraus auch sonstige Wege für zulässig halten wollte, um nach Möglichkeit die Armenrechtsbergünstigungen dem Zahlungsvermögen der armen Partei anzupassen und damit der Allgemeinheit zu dienen, so scheitert dieser Versuch unweigerlich einmal an der Struktur des Armenrechts, sodann an der Befugnis der Gerichte, Kostenforderungen der Reichskasse dem Kostenschuldner zu stunden.

Das Gesetz hat die Folgen der Armenrechtsbewilligung im einzelnen genau festgelegt. Sie bestehen in der „einstweiligen Befreiung“, das heißt in der Hauptsache in einer — gesetzlichen — Stundung der an sich von der armen Partei als Kostenschuldner der Gerichtskasse geschuldeten Gerichtsgebühren und Auslagen, der endgültigen Befreiung von der Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten, und in denjenigen Fällen, in denen eine Vertretung durch Anwälte geboten ist, in dem Anspruch auf Beordnung eines Anwalts mit der Wirkung, daß auch dieser vorläufig unentgeltlich tätig zu werden hat, d. h. also, daß dessen Gebührenanspruch an seine Partei gleichfalls kraft Gesetzes gestundet wird.

Damit steht man schon vor der Frage, in welcher Weise das Gericht sollte eingreifen dürfen, und nach seinem Ermessen besondere Modifizierungen eintreten zu lassen. Denn eine jede von ihnen würde eine Änderung der gesetzlichen Armenrechtswirkungen bedeuten, liegt also außerhalb der Befugnisse des Gerichts. Denn nicht die es stundet die Gebühren, sondern das Gesetz. Über die Kostenschuld an den Staat kann das Gericht ebensowenig verfügen wie über die Kostenschuld an den Anwalt. Dieses außerordentlich wichtige Moment bereitet eigenartigerweise den Gerichten keine Kopfschmerzen und hindert vielfach nicht, daß sie trotzdem entsprechende Funktionen sich zulegen.

Am trassesten tritt diese Unmöglichkeit wohl in die Erscheinung bei den Wirkungen des Armenrechts auf die Gegenseite. Denn nach § 120 ZPO. bewirkt die Bewilligung des Armenrechts für den Kläger und den Rechtsmittelläger zugleich für den Gegner die einstweilige Befreiung von den in § 115 Abs. 1 Nr. 1 ZPO. bezeichneten Kosten, d. h. insbes. von der nach § 84 DGB. ihn treffenden Vorschußpflicht hinsichtlich gerichtlicher Auslagen. Diese Befreiung tritt in demselben Umfang ein, in welchem die Armenrechtsbewilligung erfolgt ist, d. h. entweder voll oder zu demjenigen Bruchteil, zu dem es nicht versagt worden ist. Ist nur eine einzelne Gebühr vom Armenrecht aus-

genommen, dann ist das Armenrecht in der Hauptsache bewilligt und wird eine Einschränkung der Auswirkungen des § 120 ZPO nicht eintreten können.

Wie aber, wenn das Armenrecht bewilligt, der armen Partei jedoch zugleich die Zahlung von Raten aufgegeben ist? Darin liegt nach dem Willen des Gerichts ohne Zweifel eine Einschränkung, die notgedrungen sich auch auf die Gegenpartei irgendwie auswirken müßte. Das ist aber deshalb nicht möglich, weil eine *greifbare*, ihrem Umfang nach bestimmte oder nur bestimmbar Einschränkung damit nicht bewirkt wird. Das wird stets übersehen und zeigt doch gerade, daß im Armenrecht eine Teilzahlungsbewilligung nicht in die bestehende Regelung hineinpaßt.

So hätte man also nur die Wahl zwischen völliger Befreiung der Auswirkungen des § 120 ZPO., also einem Eingriff in die gesetzlichen Armenrechtswirkungen auch auf die Gegenpartei, und zwischen einer uneingeschränkten Auswirkung, obwohl auf Seiten der armen Partei mit jeder weiteren Teilzahlung der Umfang der Armenrechtsbegünstigung sich mindert und ein gleiches auch auf der Gegenseite sich zeigen müßte.

Würde man einen solchen Eingriff des Gerichts für zulässig erachten, so müßte man konsequenterweise dem Gericht auch zugestehen, daß es z. B. die Vergünstigung des § 115 Abs. 1 Nr. 2 ZPO. — Befreiung von der Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten — der armen Partei versagen könnte. Das Gericht hat jedoch keinerlei Möglichkeit der Einschränkung der gesetzlichen Armenrechtswirkungen, die nicht vom Gesetz selbst vorgegeben ist (Baumbach, 1 zu § 115 ZPO.).

6.

Damit ist man an den eigentlichen Kern des Problems gelangt: Was soll sich eine solche Teilzahlungsanordnung, wie sie oben genannt ist, ihrer rechtlichen Natur nach darstellen?

Man ist versucht, an eine Art vorübergehender Armenrechtsbewilligung, zugleich aber verbunden mit einer den Falligkeitsdaten nach bereits festliegenden, befristeten Teilzahlungsanordnung aus § 125 ZPO. zu denken. Daß jedoch eine Armenrechtsbewilligung, die eine Stundung bedeutet, nicht verbunden werden kann, mit einer Teilzahlungsanordnung, die eine Aufhebung der Stundung bedeutet, sondern ein Widerspruch in sich selbst ist und mit Armenrecht nichts mehr zu tun hat, vielmehr ein frei geschaffenes, rechtlich aber in der Luft hängendes Gebilde darstellt, braucht kaum erst gesagt zu werden. Solche Anordnung entspringt ohnehin nur der Absicht des Gerichts, der armen Partei ihre Lage zu erleichtern, und ist in Wahrheit auch nichts anderes, als eine Zahlungserleichterung, wie sie einer jeden Ratenzahlungsbewilligung innewohnt. Zahlungserleichterung und Armenrecht sind einander aber wesensfremd. Denn letzteres enthält zunächst überhaupt keine Zahlungsverpflichtung. Wie schon ausgeführt, kommt es dabei auf die äußere Formulierung nicht an. Es handelt sich nur darum, daß das Gericht einem teilweise bestehenden Zahlungsvermögen der Partei in irgendeiner Weise — gleichzeitig zugunsten der Partei wie vor allem aber auch der Staatskasse — Rechnung tragen will und deshalb Teilzahlungen anordnet. Das ist gesetzlich unzulässig. Diesen Standpunkt hat auch der Kostenrat des RG. in ständiger Rechtsprechung vertreten (zu vgl. Entsch. v. 9. Mai 1934: JW. 1934, 2340¹; v. 6. April 1935: JW. 1935, 1704²; v. 30. Nov. 1935: JW. 1936, 614³; vom 18. Jan. 1936: JW. 1936, unten S. 738²⁴).

Dagegen werden grundsätzliche rechtliche Bedenken nicht zu erheben sein, wenn das Armenrecht zwar bewilligt, aber der armen Partei zugleich die Zahlung eines fest bestimmten Betrages aufgegeben wird (so z. B. OLG. Celle v. 10. Nov. 1927: JW. 1928, 124¹⁰). Denn eine derartige Anordnung wird der Befugnis des § 115 Abs. 2 gleichzustellen sein, bestimmte Gebühren, also feststehende Summen von der Befreiung auszunehmen. Doch wird dann zur Vermeidung von praktischen Schwierigkeiten zugleich anzuordnen sein, worauf diese bestimmte Summe anzurechnen ist, ob auf die Gerichts- oder die Anwaltskosten (zu vgl. OLG. Köln v. 15. Mai 1931: SöchlRNpr. 1932 Nr. 164: Berechnung auf den nicht aus der Reichskasse zu ersattenden Teil der Anwaltskosten).

7.

An dieser Beurteilung kann sich auch dadurch nichts ändern, daß das Gericht zunächst das Armenrecht uneingeschränkt bewilligt, später aber aus irgendwelchen Gründen die Anordnung trifft, daß die arme Partei die gestundeten Kosten in Teilzahlungen abzutragen habe. Sobald die Voraussetzungen der Teilzahlung vorliegen, ist zwar gegen eine Teilzahlungsbewilligung — die auch auf Teilzahlung in Raten lauten kann — nichts einzuwenden. In Wahrheit handelt es sich aber bei denjenigen Fällen, die diese Erörterung zum Gegenstand hat, um eine unabhängig von der Teilzahlung des § 125 ZPO. vom Gericht gewollte Einschränkung des Armenrechts, die rechtlich also eine teilweise Entziehung des Armenrechts bedeutet. Diese ist aber wiederum nur in gleichem Umfange zulässig wie die Bewilligung, nämlich ganz oder zu einem Bruchteil oder hinsichtlich einzelner bestimmter Gebühren, je nachdem die Partei insoweit als nicht mehr arm sich darstellt. Sie wirkt aber nur für die Zukunft, d. h. für die nunmehr fällig werdenden Gebühren. Um eine Rückwirkung zu erzielen, bedarf es weiterhin einer Teilzahlungsbewilligung, die wiederum voraussetzt, daß die arme Partei nunmehr bereits zu einem entsprechenden Teil zu Leistungen auf die bisher schon fällig gewordenen, aber noch gestundeten Kosten in der Lage ist.

Diese verschiedenen rechtlichen Möglichkeiten müssen also scharf auseinandergehalten werden. Denn ihre Wirkungen, zum Teil auch ihre Voraussetzungen sind verschieden. Das Gericht muß sich aber zunächst einmal darüber klar sein, was es will, und danach diejenige gesetzliche Handhabe ergreifen, die für den beabsichtigten Zweck vorgesehen ist.

Hierin liegt aber ein Kardinalfehler der gerichtlichen Praxis. Die Gerichte — man kann fast sagen in ihrer Mehrzahl — treffen in der Annahme, vom Gesetz volle Handlungsfreiheit zu haben, Maßnahmen, die ihnen je nach Lage des Falles angebracht erscheinen, ohne Rücksicht auf die gesetzlichen Grundlagen, stets nur von dem Gedanken beherrscht, einer nur teilweisen Armut und teilweisen Leistungsfähigkeit so gegenüberzutreten zu können, wie ein Gläubiger seinem Schuldner. Gerade diese Auffassung entspringt aber einem schwerwiegenden Irrtum. Denn nicht das Gericht, sondern die Reichskasse ist Gläubiger der Partei, und das Armenrecht in seinen Wirkungen und die diesbezüglichen Befugnisse der Gerichte sind aus guten Gründen in eine feste, in sich geschlossene und abgeschlossene gesetzliche Regelung gebracht und damit dem Belieben und — soweit die Auswirkungen des Armenrechts in Frage stehen — dem Ermessen des Gerichts entzogen.

Es ist eigenartig, daß die Tendenz der Gerichte, eine Armenrechtsbewilligung in irgendeiner Form mit Ratenzahlungen zu verbinden, wohl überhaupt erst im Gefolge der NotVO. vom 6. Okt. 1931 aufgetreten ist, ersichtlich aus schiefer Auffassung der Tendenz dieser NotVO., nämlich aus der Annahme heraus, sie habe im Interesse des Staates dem Gericht gegenüber dem früheren Rechtszustand nicht nur in der Frage der Voraussetzungen, sondern auch der Auswirkungen der Bewilligungen eine andere Stellung als bisher eingenommen. Dieser Irrtum wird aber durch nichts gerechtfertigt, am allerwenigsten durch die Tatsache, daß durch die NotVO. eine Ausdehnung des Bruchteilsarmenrechts auch auf nichtvermögensrechtliche Streitigkeiten erfolgt oder die Herausnahme einzelner Gebühren aus der Befreiung zugelassen ist. Vielmehr beweist gerade diese beschränkte Erweiterung des § 115 Abs. 2 ZPO., daß im übrigen eine Änderung des bisherigen Rechtszustandes vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt worden ist.

8.

Einige Beispiele mögen die rechtliche Unhaltbarkeit der von den Gerichten in dieser Beziehung eingeschlagenen Verfahren erläutern:

Ein Gericht hatte nach ursprünglich voller Armenrechtsbewilligung im Laufe des Prozesses angeordnet, daß die Armenrechtsbewilligung außer Kraft trete, wenn nicht die Partei von jetzt ab monatlich 10 *RM* auf die Kosten abzahle. Das RG. hat (Entsch. v. 11. Sept. 1935: JW. 1935, 3484⁵⁷) diesem Be-

schluß jede Wirksamkeit abgesprochen, da er nicht erkennen lasse, ob er rechtlich als Entziehung des Armenrechts mit rückwirkender Kraft unter der aufschiebenden Bedingung der Nichtzahlung der Raten oder als Umwandlung des unbedingt bewilligten Armenrechts in eine Armenrechtsbewilligung unter der auflösenden Bedingung der Nichtzahlung der verlangten Raten sich darstelle. Als Nachzahlungsbeschluß konnte er unmöglich gedacht sein, denn es wäre geradezu widersinnig gewesen, hätte man die Fortdauer des Armenrechts von der — ratenweisen — Nachzahlung der gesamten gestundeten Kosten abhängig machen wollen. Ein Bruchteilsarmenrecht war es auch nicht, eine Zahlungserleichterung ebenfalls nicht, denn eine Zahlungsverpflichtung bestand ja bisher nicht.

In einem anderen Falle war das Armenrecht zu einem Bruchteil bewilligt, gleichzeitig aber angeordnet worden, daß wegen des armenrechtlich freien Teils der Partei gestattet werde, die Gerichts- und Anwaltskosten in drei gleichen Raten zu entrichten (Entsch. v. 30. Nov. 1935: JW. 1936, 614²¹). Hier entstand die Frage, ob das wirklich ein Bruchteilsarmenrecht oder nicht in Wahrheit ein uneingeschränktes Armenrecht sei. Das RG. hat sich für letzteres entschieden in der Erwägung, daß Unklarheiten der Anordnung nicht zu Lasten der Partei und des ihr beigeordneten Armenanwalts gehen dürfen. Durch die Regelung auch des an sich armenrechtlich freien Bruchteils — die einer gesetzlichen Grundlage entbehre, da das Gericht weder Gerichts-, erst recht aber nicht Anwaltskosten stunden kann — war aber unklar geworden, ob nicht doch das Gericht die vollen Armenrechtswirkungen, wenn auch beschränkt auf eine gewisse Zahlungserleichterung für einen Teil der Gebühren, gewollt hatte, was aber gesetzlich nicht statthaft gewesen wäre.

In einem weiteren Falle hatte das Gericht den Antrag der Partei, ihr das Armenrecht unter Bewilligung monatlicher Teilzahlungen von 10 *RM* zu gewähren, mit Recht als gesetzlich unstatthaft abgelehnt, dem Kläger indes anheimgegeben, monatlich solange die erforderlichen Beträge zurückzulegen, bis er genügend gespart habe, um die Prozeßgebühr voll zahlen und Termins- anberaumung beantragen zu können. Das RG. hat (zu vgl. Entsch. v. 6. April 1935: JW. 1935, 1704²¹) eine derartige Zustimmung an die Partei — noch dazu in einer Ehescheidungsklage — für gesetzlich erklart und das Armenrecht zu einem Bruchteil bewilligt, da auf diese Weise die zu einem gewissen Teil bestehende Zahlungsfähigkeit der armen Partei erfaßt werden konnte.

Diese Beispiele genügen, um zu zeigen, wie verworren mitunter die Vorstellung bei den Gerichten über das Recht zur Bewilligung von Teilzahlungen im Rahmen einer Armenrechtsbewilligung ist.

Welche Schwierigkeiten die Gerichte mit derartigen Teilzahlungsanordnungen für die Kosteneinzahlung bereiten, zeigt der vom RG. am 9. Mai 1934 entschiedene Fall (JW. 1934, 2346). Der Urkundsbeamte hatte nach Beendigung der Instanz in die Kostenrechnung die gesamten Kosten aufgenommen. Diese Rechnung mußte auf Erinnerung hin aufgehoben werden, weil sie nur die jeweils bereits fällig gewordenen Raten von der armen Partei hätte anfordern oder wenigstens die einzelnen Raten mit den jeweiligen — späteren — Fälligkeitstagen hätte auführen dürfen.

In einem anderen Fall hatten sich für den Urkundsbeamten insofern Schwierigkeiten ergeben, als unklar war, ob er nach erfolgter Beweisverordnung nun auch bereits die Beweisgebühr ganz oder zum Teil anfordern dürfe. Gleiches kann sich bei jeder Gebühr oder der Anforderung von Auslagen jederzeit wiederholen.

9.

Man kann mit — und zwar mit vollem Recht — entgegenhalten, daß in manchen Fällen eine Modifizierung des Armenrechts durch Ratenarmenrechtsbewilligung einfach unentbehrlich ist. Das stimmt, nämlich insofern, als die vorhandenen gesetzlichen Möglichkeiten nicht ganz ausreichen, um dem Grad des Zahlungsvermögens oder -unvermögens einer Partei voll gerecht zu werden. Ein Beispiel: es wird einer armen Partei (Berufungskläger) bescheinigt, daß sie Kosten in monatlichen Raten von 5 *RM* aufzubringen in der Lage sei. Das Objekt beträgt

2000 *RM*. Die gerichtliche Prozeßgebühr in der Berufungsinstanz beträgt 75 *RM*, eine Anwaltsgebühr 97,50 *RM*. Das Armenrecht muß also ohne Frage bewilligt werden. Eine Bruchteilbewilligung ist zwar theoretisch denkbar, praktisch aber ausgeschlossen. Denn der Bruchteil, der armenrechtlich frei bleibt, darf nur so bemessen werden, daß ihn die arme Partei auch aufbringen kann. Andernfalls kommt die teilweise Bewilligung einer völligen Versagung in ihren Wirkungen gleich. Witzige Bruchteile aber erschweren nur das gesamte Verfahren und nützen niemandem. Folglich würde man hier höchstens zu $\frac{1}{10}$ der Partei die Tragung der Kosten zumuten können. Denn die Prozeßgebühr zu $\frac{1}{10} = 7,50$ *RM* muß fristgemäß gezahlt werden, sonst ist die ganze Berufung unzulässig. Der Anwalt hat das Recht auf Vorzuschußzahlung von $\frac{1}{10}$ von mindestens zwei (bis drei) Gebühren, d. h. auf sofortige Zahlung von wenigstens 19,50 *RM* (bis 29,25 *RM*). Folglich reicht selbst bei diesem geringen Bruchteil das (Teil-) Zahlungsvermögen der armen Partei nicht einmal so weit, um in sechs Monatsraten die sofort fälligen Kostenbeträge von mindestens 27 (bis 36,75) *RM* aufzubringen und selbst der restliche Prozeßkostenvorschuß von 7,50 *RM* könnte vom Berufungskläger erst nach eineinhalb Monaten erlegt werden. Das Bruchteilsarmenrecht vermag in derartigen Fällen also praktisch.

Hier wäre somit ein Armenrecht mit Gestattung der monatlichen Teilzahlungen (zunächst auf die Gerichtsgebühren oder zunächst auf die Anwaltsgebühren oder anteilig auf beide oder auch auf bestimmte Gebühren) die einzige Möglichkeit, die — geringe — Zahlungsfähigkeit der armen Partei auszuschöpfen. Im Rahmen einer Armenrechtsbewilligung ist das aber rechtlich nicht angängig. So bleibt nur *de lege ferenda* die Forderung, den Gerichten die Befugnis beizulegen, Parteien mit geringem Zahlungsvermögen, das von dem Bruchteilsarmenrecht nicht mehr erfaßt werden kann, in irgendeiner Weise Zahlungserleichterungen zu gewähren, sei es außerhalb, sei es neben dem Armenrecht.

Solange eine solche Befugnis der Gerichte nicht besteht, kann nur das Armenrecht voll bewilligt werden. Darin liegt zunächst jedenfalls eine gewisse Benachteiligung der Reichskasse, welches Ergebnis indes nicht rechtfertigt, begriffs- und gesetzwidrig zu Maßnahmen zu greifen, die das vermeiden, dafür aber mit Notwendigkeit in anderer Weise und an anderer Stelle zu Schwierigkeiten führen, die nicht hebbar sind und den damit erstrebten Vorteil wieder ausgleichen.

Wohl aber ist *de lege lata* ein anderer Weg möglich, nämlich durch eine sachgemäße Handhabung der Nachzahlungsanordnung, das geringe Leistungsvermögen der armen Partei im Interesse teilweiser Entlastung der Mittel der Allgemeinheit nutzbar zu machen.

Hierauf soll in dem nächsten Aufsatz, der sich mit der Nachzahlungsanordnung allgemein beschäftigen wird, näher eingegangen werden.

10.

Unsere Erörterung wäre unvollständig, wenn sie nicht auch auf die unwillkürlich sich aufdrängende Frage Auskunft geben würde, ob ein gleichwohl erlassener Ratenarmenrechtsbeschluß — in welcher äußeren Form auch immer — wirksam ist oder als unbeachtlich übergangen werden kann. Diese Frage ist zum Teil bereits in vorstehenden Ausführungen beantwortet. Man wird indes zwei Arten von Fällen unterscheiden müssen: nämlich einmal, ob das Gericht eine Entscheidung im Armenrechtsverfahren getroffen hat, oder ob es außerhalb des Armenrechts, möglicherweise neben einem zum Teil bewilligten Armenrecht eine Zahlungserleichterung hinsichtlich der Gerichts- oder Anwaltskosten oder gar beider getroffen hat.

Ersterenfalls handelt es sich um eine im Rahmen der Armenrechtsentscheidung, also zuständigerweise vom Gericht getroffene, innerhalb der ihm gesetzlich zugewiesenen Aufgaben liegende Entscheidung. Sie stellt sich als wirksamer Staatsakt dar und ist hinsichtlich der darin enthaltenen Anordnungen zu beachten, solange sie nicht von dem sie erlassenden Gericht selbst oder im Beschwerbewege von der höheren Instanz abgeändert ist (Entsch. des RG. v. 11. Nov. 1935: JW. 1935, 3484²⁷). Aller-

dings ist dabei Voraussetzung, daß die Anordnung, soweit sie eine Einschränkung der Armenrechtsbewilligung oder Entziehung des Armenrechts bezweckt, klar und unmißverständlich ist. Anderenfalls ist ihr die Wirksamkeit zu versagen (vgl. die oben zitierte Entsch.). Jedenfalls dürfen irgendwelche Unklarheiten unter keinen Umständen zu Lasten der Partei und des Anwalts gehen (Entsch. des RG. v. 30. Nov. 1935: JW. 1936, 614⁶¹).

Soweit derartige Entscheidungen wirksam sind, gilt dies nicht nur für die arme Partei, sondern gleicherweise auch für den beigeordneten Anwalt und die Gerichtskasse. Letztere kann daher auch nach Beendigung des Rechtsstreits nur die bis dahin bereits fällig gewordenen Raten der armen Partei in Rechnung stellen oder muß mindestens in der Kostenrechnung die jeweiligen — zukünftigen — Fälligkeitstermine einsehen, zu denen erst die Zahlungspflicht der Partei eintritt. Andernfalls unterliegt solche Kostenrechnung auf Erinnerung hin der Aufhebung (zu vgl. die oben schon zitierte Entsch. des RG. v. 9. Mai 1934: JW. 1934, 2346¹).

Ergibt dagegen die Entscheidung des Gerichts, daß sie neben dem bewilligten Armenrecht und über dieses hinaus der Partei eine Zahlungserleichterung durch Gestattung von Ratenzahlung in irgendeiner Weise hat gewähren wollen, dann

handelt das Gericht damit außerhalb der ihm zugewiesenen Funktionen. Es ist oben bereits darauf hingewiesen, daß nicht das Gericht, sondern die Reichskasse Gläubigerin der Kostenforderungen ist, und daß das Gericht über diese Forderungen nicht, also auch nicht durch Stundung, wie sie in der Gewährung von Teilzahlungen liegt, verfügen kann. Das gilt selbstverständlich in gleichem Maße und tritt sogar noch schärfer als unstatthaft hervor, falls das Gericht etwa in die privatrechtlichen Beziehungen des Anwalts zu seiner Partei durch Gestattung von Teilzahlungen auf die Anwaltsgebühren eingreifen wollte. Diese Rechtslage war in dem bereits erwähnten Fall der Entscheidung des RG. v. 30. Nov. 1935: JW. 1936, 614⁶¹ gegeben, wo das Gericht das Armenrecht zu einem Bruchteil bewilligt und wegen des armenrechtsfreien Teils der Gebühren, und zwar sowohl der Anwalts- wie Gerichtsgebühren, der Partei Zahlung in Raten nachgelassen hatte. In der Entscheidung des RG. ist ausgesprochen, daß eine derartige gerichtliche Anordnung der Rechtsgrundlage und damit der Wirksamkeit entbehrt. Sie kann also zwischen den Beteiligten, auch ohne daß sie aufgehoben wird, keine Wirkung äußern und kein Recht schaffen, also weder den Anwalt noch die Gerichtskasse hindern, die erwachsenen Gebühren von der Partei einzufordern.

Zur Frage der Rechtswirksamkeit von Mietssteigerungen

I. Das Mietrecht des BGB. geht grundsätzlich von dem Gedanken der Vertragsfreiheit aus. Das Gesetz stellt nur wenige zwingende Normen auf. In der Form wie im Inhalt des Mietvertrages sind die Parteien im wesentlichen frei. Dies gilt an sich auch hinsichtlich der Dauer des Vertrages und hinsichtlich der Höhe des Mietzinses. Das in der Zeit nach dem Weltkriege mit Rücksicht auf die damalige Wohnungsnot geschehene „Mietnotrecht“, niedergelegt im Mieterschutz-, Wohnungsmangel- und Reichsmietengesetz, ist bis auf geringe Reste aufgehoben. Nur die Kleinwohnungen mit einer besonders geringen Jahresmiete, deren Höhe je nach den örtlichen Verhältnissen verschieden festgesetzt ist, stehen heute noch unter Mieterschutz und können dementsprechend nur unter erschwerenden Umständen gekündigt werden. Die Aufhebung des Mietnotrechtes ist im übrigen bewußt aus dem Gedanken heraus erfolgt, daß jede wirtschaftliche Betätigung auch im Rahmen der Wohnungswirtschaft möglichst frei sein soll. Aber selbstverständlich steht diese Freiheit unter dem allgemeingültigen Rechtsatz Gemeinnutz vor Eigennutz und unter den allgemeinerrechtlichen Bestimmungen des BGB. — §§ 134, 138, 157, 242 —, die anerkanntes Recht nach den heute herrschenden nationalsozialistischen Rechtsanschauungen auszulegen sind.

Nur unter diesen Voraussetzungen ist also auch die Vertragsfreiheit im Mietrecht gewährleistet, frei Mietverträge abzuschließen, Mietpreise zu vereinbaren, Kündigungen auszusprechen. Die Vertragsfreiheit ist also keine absolute von den erwähnten Rechtsgrundlagen losgelöste Freiheit, sondern besteht nur in diesen Grenzen von Gemeinnutz und Treu und Glauben, in den Grenzen der „guten Sitten“ der §§ 134, 138 BGB. In diesem Rahmen gibt andererseits die Vertragsfreiheit auch die Möglichkeit, bestehende Verträge mit dem Ziel zu kündigen, das Mietverhältnis selbst unter geänderten Bedingungen, insbesondere unter Zahlung eines höheren oder geringeren Mietzinses, weiter fortzusetzen.

Aus der Tatsache, daß die Vertragsfreiheit nur im Rahmen der genannten Bestimmungen des BGB. und des Satzes „Gemeinnutz vor Eigennutz“ steht, folgt andererseits, daß jeder Mißbrauch der Vertragsfreiheit, der gegen dieses Grundprinzip oder gegen §§ 134, 138 usw. BGB. verstößt, heute nicht mehr den Schutz des Rechtes genießen kann. Ganz besonders muß dieser Satz gelten, wenn durch einen Mißbrauch der Vertragsfreiheit — an der selbst also auch im nationalsozialistischen Staate festzuhalten ist — nicht nur die Rechte eines Einzelnen, sondern das Wohl der Volksgemeinschaft schwer gefährdet und beeinträchtigt wird. Wohl der Volksgemeinschaft schwer gefährdet und beeinträchtigt wird überall da, wo dies der Fall ist — nicht nur im Mietrecht —, wenn der Mißbrauch der Vertragsfreiheit sowohl auf Grund des Parteiprogramms wie auf Grund von § 138 BGB. nicht rechtswirksam sein, also auch keinerlei Rechtsänderungen auslösen. Denn „Recht ist, was dem Volke nützt, Unrecht, was ihm schadet!“ Und unter „Verstoß gegen die guten Sitten“ i. S. des § 138 BGB. fallen naturgemäß

nicht nur die in Abs. 2 unter „insbesondere“ aufgeführten Wucheratbestände, sondern auch diejenigen Tatbestände, die nach der alten reichsgerichtlichen Terminologie sich „nach dem herrschenden Volksbewußtsein, dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ als sittenwidrig darstellen. Das herrschende Volksbewußtsein ist das nationalsozialistische. Dem Nationalsozialismus stellt sich nun aber ganz zweifellos alles, was gegen die erwähnten Grundsätze („Gemeinnutz vor Eigennutz“ — „Unrecht ist, was dem Volke schadet“) verstößt, als rechts- und sittenwidrig i. S. des § 138 BGB. dar. Und hieraus folgt aus dem geltenden Recht des BGB., daß ein gemeinschaftsschädlicher Mißbrauch einer nur im Rahmen des Gemeinwohls gewährleisteten Vertragsfreiheit nichtig ist.

Dieses Ergebnis ist von entscheidender Bedeutung für die Frage, ob die in letzter Zeit sehr häufig ausgesprochenen Mietssteigerungen — d. h. die Mietvertragskündigungen mit dem gleichzeitigen Angebot zum Abschluß eines neuen Mietvertrages mit erhöhtem Mietpreis — rechtswirksam sind. Bekanntlich haben diese Mietssteigerungen zu gewisser Beunruhigung geführt und den Ruf nach einem neuen Mietrecht laut werden lassen. Fraglos entspricht nun zwar das Mietrecht des BGB. längst nicht in allem den Erfordernissen eines nationalsozialistischen Rechtes. Es mag auch zutreffen, daß ein neues Gesetz — das freilich voraussichtlich z. B. nicht grundlegenden Art sein würde — zur Klarstellung der Grenzen begrüßenswert wäre. In diesem Punkte der Mietssteigerungen ist jedoch dort, wo ein Mißbrauch der Vertragsfreiheit vorliegt, zweifellos schon mit den bisherigen Bestimmungen zu helfen. Dies ergibt sich aus folgendem:

Die Vertragsfreiheit wird, wie dargetan, nur in den Grenzen des gemeinen Wohles geschützt. Das gemeine Wohl erfordert heute einmal ein Heim für jeden Deutschen zu für ihn angemessenen Bedingungen, sodann eine unbedingte, wenn auch unter oft sehr erheblichen Opfern und Einbußen erkaufte Stabilität des gesamten Preis- und Lohnniveaus.

Aus dem „Heimrecht“ jedes Volksgenossen folgt, daß der heutige Hausbesitzer, dem sein Eigen vom Staat garantiert ist, nicht nur „Privateigentümer“, sondern gleichzeitig auch Treuhänder der Volksgemeinschaft im Hinblick auf den ihm gehörenden und geschützten Teil des Volksvermögens ist. Er darf also mit seinem Eigen, seinem Hause, auch schon nach geltendem Recht, nicht schrankenlos tun, was er will, sondern er ist dem Volksganzen gegenüber verpflichtet, den Hausbesitz so zu erhalten, zu nutzen und seinem Zweck entsprechend zu verwenden, wie es im Interesse der Volksgemeinschaft liegt. Dies ergibt sich übrigens auch zwingend aus dem gleichfalls geltenden Recht darstellenden Satz 10 des Parteiprogramms:

„Die Tätigkeit des Einzelnen darf nicht gegen die Interessen der Allgemeinheit verstoßen, sondern muß im Rahmen des Gesamten und zum Nutzen Aller erfolgen.“

Derjenige Hauseigentümer, der nun seinen Eigennutz dem Gemeinwohl und der volksgenössischen Treuepflicht zuwider voranstellt, indem

er Mietsteigerungen, die sich als Mißbrauch der Vertragsfreiheit darstellen, vornimmt, kann vom Recht nicht geschützt werden.

Ein solcher Mißbrauch liegt andererseits prima facie überall dort vor, wo durch die „Steigerungen“ die Stabilität des Mietzinsniveaus gefährdet wird. Denn gerade die Aufrechterhaltung des gegenwärtigen Niveaus liegt im unbedingten Volksinteresse, demgegenüber vom Einzelstandpunkt aus noch so berechtigt erscheinende Wünsche zurückzutreten haben. Deshalb kann als Ergebnis zunächst festgehalten werden:

Trotz der bestehenden Vertragsfreiheit sind „Mietsteigerungen“, die sich als Mißbrauch der Vertragsfreiheit darstellen, rechtswirksam.

II. Es bleibt noch zu prüfen:

1. Wann liegen die Voraussetzungen des Mißbrauchs vor?
2. Wie sind die Folgen der Rechtswirksamkeit?

Zu 1: Angesichts des ganz überwiegenden Staats- und Volksinteresses an der Stabilisierung der Mieten werden im Zweifel Mietsteigerungen unter den gegenwärtigen Umständen immer rechtswidrig sein, sofern nicht der Hauseigentümer beweist, daß a) die bisherige Miete objektiv zu niedrig war (sogenannte „Krisenmiete“), und daß b) ihm die Weitervermietung zum bisherigen Preis aus zwingenden wirtschaftlichen im Haus begründeten Umständen nicht zumutbar ist, z. B. daß das Haus andernfalls zur Zwangsversteigerung kommen würde, daß die Steuern und Hypotheken anders nicht gedeckt werden können usw.

Dagegen genügt nicht lediglich der Nachweis, daß es sich um eine vielleicht sogar weit unter der Friedensmiete liegende Krisen-

miete handelt; denn sogenannte „Krisenmieten“ werden heute vielfach gezahlt, ebenso wie auch viele Löhne und Preise die vor der sogenannten „Krise“ liegende Höhe längst nicht erreicht haben und im Interesse des Gemeinwohls — der Lohn- und Preisstabilität heute auch nicht erreichen dürfen. Der Hauseigentümer bringt jedoch, wenn er „Krisenmieten“ nehmen muß, keine andere Opfer, als der Arbeiter, Bauer oder Gewerbetreibende sie gleichfalls bringen muß, wenn er auf die Forderungen höherer Löhne und Preise im Interesse des Volksganzen verzichtet. Der Beweis für die Unzumutbarkeit ist nach dem Gesagten vom Vermieter zu führen. Dagegen werden sonstige Steigerungen, die zumutbare Mieten betreffen, im allgemeinen unwirksam sein — sollten nicht ganz besondere Umstände des Einzelfalles, z. B. Herrichtungen des Vermieters, durch die die Wohnung wertvoller wird, die Steigerung rechtfertigen lassen.

Zu 2. Die Folgen der Rechtswirksamkeit wirken sich nach folgenden Richtungen aus: Der Vertrag zum alten Mietpreis, der seitens des Hauseigentümers gekündigt war, bleibt rechtswirksam, da bereits die Kündigung zwecks Steigerung gegen die guten Sitten verstößt. Andererseits kann sich der Mieter mit Erfolg einer Räumungsklage widersetzen, da auch die Ermittlung und der damit verbundene Verlust des Heimes lediglich aus dem Grunde, weil der Mieter einer unrechtmäßigen Mietsteigerung widersprochen hat, nicht Rechtsens sein kann.

III. Schließlich sei noch, obwohl eigentlich selbverständlich, erwähnt, daß es bei dieser Würdigung der Rechtslage bedeutungslos ist, ob der Hauseigentümer Volksgenosse oder Ausländer ist. Denn auch der Nichtvolksgenosse ist in Deutschland diesen allgemeinen Grundsätzen des Rechtes unterworfen.

RM. Dr. Hans Peter Danielcik, Berlin.

Reichsrechtsanwaltskammer

Befolgung der Assessoren im Probe- und Anwärterdienst

(Bekanntmachung des Präsidenten der Reichs-Rechtsanwaltskammer Nr. 18/36 vom 2. März 1936.)

1. Die den Rechtsanwälten im Probe- und Anwärterdienst überwiesenen Assessoren haben nach dem RBefoldG. v. 16. Dez. 1927 (RGBl. I, 349) und der Diätenordnung für die außerplanmäßigen Beamten v. 1. Nov. 1931 (§ 1 Nr. 4 des Kapitels IV NotWd. des RPräf. v. 6. Okt. 1931 [RGBl. I, 546]) Anspruch auf folgende Bezüge:

a) Grundgehalt: Im ersten und zweiten Dienstjahr 3400 RM, im dritten und vierten Dienstjahr 3950 RM.

b) Ortslicher Sonderzuschlag: An manchen Orten (Berlin, Hamburg und einigen benachbarten preussischen Gemeinden sowie an einigen Orten der Rheinprovinz und Westfalen) wird allen Beamten ein Sonderzuschlag von 3 oder 5% gewährt. Ein Verzeichnis der betreffenden preussischen Orte ist im RBefoldBl. 1930, 79, ergänzt a. a. O. 1933, 69, veröffentlicht. Im übrigen können hierüber die Gerichtskassen Auskunft erteilen.

c) Wohnungsgeldzuschuß, verschieden nach Ortsklassen:

	Ortsklasse:				
	Sonderklasse:	A	B	C	D
ledig	864	732	606	474	348
verheiratet	1152	1008	792	648	474

Die Zugehörigkeit der Orte zu den Ortsklassen ist aus dem Kalender für Reichsjustizbeamte zu ersehen; im übrigen können die Gerichtskassen Auskunft erteilen.

d) Kürzungen: Die sich aus den Ziffern a bis c ergebenden Bezüge erfahren durch die drei Gehaltskürzungsverordnungen (RGBl. I, 1930, 517 und 1931, 282 und 738) insgesamt folgende Kürzung:

Bei der Sonderklasse und der Ortsklasse A werden die ersten 3000 RM um 19%, der Mehrbetrag um 20% gekürzt.

Bei den Ortsklassen B bis D werden die ersten 3000 RM um 20%, der Mehrbetrag um 21% gekürzt.

e) Kinderzuschlag: Für jedes minderjährige Kind monatlich 20 RM.

2. Nach dem Gesetz hat der Rechtsanwalt einen ihm überwiesenen Assessor grundsätzlich selbst mit diesen gesetzlichen Bezügen zu befordern. Die Vereinbarung eines Entgelts unter den gesetzlichen Bezügen ist unstatthaft.

Anwälten, die zur vollen Befolgung eines ihnen überwiesenen Assessors wirtschaftlich nicht in der Lage sind, kann der Präsident der Rechtsanwaltskammer auf begründeten Antrag aus Mitteln der Reichs-Rechtsanwaltskammer einen Zuschuß bewilligen. Der Zuschuß ist in monatlichen Raten an den Anwalt zu leisten. Der Anwalt hat über die Verwendung des Zuschusses Rechnung zu legen.

Auftreten eines beim Prozeßgericht nicht zugelassenen Anwalts in Untervollmacht

(Bekanntmachung des Präsidenten der Reichs-Rechtsanwaltskammer Nr. 13/36 vom 10. Febr. 1936.)

Es liegt Veranlassung vor, auf die Unzulässigkeit der in manchen Großstädten geübten Anstöße hinzuweisen, daß sich Oberlandesgerichtsanwälte in Terminen häufig oder gar regelmäßig durch ihre beim OLG zugelassenen Sozizen und umgekehrt in Untervollmacht vertreten lassen. Die Bestimmung des § 27 Abs. 2 RMO., die dieses Verfahren zuläßt, ist nur als Ausnahmerechtsvorschrift für besondere Fälle, z. B. bei plötzlicher Erkrankung des Prozeßbevollmächtigten, gedacht. Ein Anwalt, der einen Prozeßauftrag nur formell übernimmt ohne die Absicht, ihn persönlich auszuführen, und ebenso der nicht zugelassene Anwalt, der durch regelmäßiges Auftreten in Untervollmacht die Bestimmungen über die Zulassung bei einem bestimmten Gericht zu umgehen sucht, verstößt hiernit gegen seine Berufspflichten. Dies ist wiederholt vom OGH. (OGH. XXIV, 139; XXVII, 97 ff.) sowie auch in den Richtlinien der Reichs-Rechtsanwaltskammer für die Ausübung des Anwaltsberufs (Ziff. 22) ausgesprochen. Neuerdings hat ein OLG. aus einem solchen Verfahren auch kostenrechtliche Folgerungen gezogen und in einem Falle dem Armenanwalt den Anspruch auf Gebührenersatzung aus der Staatskasse abgesprochen (OLG. Frankfurt a. M., Beschl. v. 13. Aug. 1935, 2 W 79/35, abgedruckt in diesem Heft S. 744²⁹⁾).

Gegen den Mißbrauch der Vorschrift des § 27 Abs. 2 RMO. wird künftig in jedem Falle ehrengerichtlich eingeschritten werden.

Akademie für Deutsches Recht

10. Vollziehung der Akademie für Deutsches Recht

Im Berliner Rathaus begann am 28. Febr., vormittags, unter Anwesenheit zahlreicher auswärtiger Gäste, in Gegenwart führender Vertreter der Partei und des Staates die 10. Vollziehung der Akademie für Deutsches Recht.

Außer den Vertretern mehrerer auswärtiger Mächte war auch einer Gruppe von 26 holländischen Rechtsstudenten, die als Gäste der Akademie für Deutsches Recht in Deutschland weilten, die Teilnahme an der Vollziehung ermöglicht worden. Es sei vorweg bemerkt, daß der bei der Akademietagung anwesende Reichsminister für die Wissenschaft, Erziehung und Volksbildung, Ruft, bei dieser Gelegenheit eine kurze Ansprache an die holländischen Studenten hielt.

Als Redner des Tages und besonders geehrter Gast der Akademie für Deutsches Recht war der Professor der Londoner Universität, Toynbee, Direktor des Königl. Instituts für zwischenstaatliche Angelegenheiten, anwesend.

Der Präsident der Akademie für Deutsches Recht, Reichsminister Dr. Frank, eröffnete die Tagung mit einer Rede, in der er u. a. erstmalig öffentlich den am 10. Jan. 1920 in Kraft getretenen Versailler Vertrag und die im Februar desselben Jahres erfolgte Gründung der NSDAP. miteinander in Verbindung brachte.

„Die Aufgabe der Akademie für Deutsches Recht“, so führte Reichsminister Dr. Frank aus, „ist eine doppelte.“ Sie soll als Hilfsinstitution den Gesezgebungsfaktoren des Deutschen Reiches in der Reichsgesezgebung durch Vorarbeiten aller Art helfen und dabei im Wege der Arbeit von Ausschüssen Gesezentwürfe fertigen oder mit behandeln.

Das zweite große Aufgabengebiet der Akademie ist die Vertretung der deutschen Rechtswissenschaft, der deutschen Rechtserziehung und des deutschen Rechtslebens als eines Kulturbestandteiles unserer Nation.

Das Recht als unbegrenzter, nicht wegzudenkender Bestandteil unseres Gemeinschaftslebens immer wieder nachvoll aufzuzeigen, dem Rechte die Leitlinie in unserem öffentlichen Leben immer wieder erneut im Sinne des Führers zu sichern, dem Rechtsgefühl des deutschen Volkes, seinem Bedürfnis nach Rechtssicherheit, den Volkswünschen nach möglicher Verbesserung der Rechtsinstitutionen und unserer Rechtsnormen immer wieder zu dienen, das ist die Aufgabe der Akademie für Deutsches Recht. Von der Akademie für Deutsches Recht soll in das deutsche Land hinein ein fortwährender Gewissensappell ergehen. Von ihr soll die starke Kraft des Rechtsdenkens ausstrahlen und von hier aus soll dem deutschen Volke immer mehr die Gewißheit werden, daß der Staat Adolf Hitlers der Gewalt in jeder Form feindlich gegenübersteht und daß Adolf Hitler in rechtlichen Formen seine deutsche Volk regiert. Es muß gerade im Hinblick auf diese hohe Verantwortung, die jeder heute im Namen des nationalsozialistischen Staates dem Rechte dienender Mann in Deutschland besitzt, immer wieder darauf hingewiesen werden, daß der Dienst an den nationalsozialistischen Gesezen nur ausgeübt werden kann in vollster sachlicher Treue zur Idee des Führers und zu den notwendigen Bedürfnissen der Sicherheit jedes Bürgers, um möglichst zu verhüten, daß irgendeinem Anrecht geschähe. Je autoritärer eine Staatsform sich entwickelt, desto gewissenhafter müssen die Einrichtungen des Rechtslebens in einem Reiche ausgebaut und verlebendigt werden. Je stärker ein Staat seine Entschliezungen faßt und je widerstandslos er sie durchzusetzen vermag, desto notwendiger ist zur Verhütung von Schäden der Gemeinschaft der reibungslose Ablauf einer völlig unabhängigen Rechtssprechung, die auf dem Boden des Nationalsozialismus jedem Deutschen, der guter Willens ist, auf deutschem Boden auch sein gutes Recht in jedem, auch dem kleinsten Falle gewährleistet.

Eine Spezialmission hat die Akademie für Deutsches Recht aber vor allem auf dem Gebiete der internationalen Rechtsbeziehungen. Ich glaube, es ist zum erstenmal in der Geschichte des Rechts geschehen, daß wir hier in der Akademie, das Recht als Kulturbestandteil fassend, den Austausch der wissenschaftlichen Erfahrungen auf dem Gebiete der Rechtslehre zum Gegenstand einer ganz systematischen zwischenstaatlichen Beziehung gemacht haben. Es ist uns daher heute eine besondere Freude, Herrn Professor Toynbee über eines der wichtigsten internationalen Probleme, nämlich das Problem der Revision völkerrechtlicher Verträge, seine wissenschaftliche Meinung vortragen zu hören.

Im Januar 1920 ist der Friedensvertrag von Versailles formell in Kraft getreten. Im Februar 1920 wurde die Nationalsozialistische

Deutsche Arbeiterpartei gegründet. Es ist kein Zweifel, daß ein innerer Zusammenhang zwischen diesen beiden Daten besteht; denn unmittelbar nach dem Inkrafttreten des Versailler Friedensvertrages wurde in der Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei dem Deutschen Volke durch Adolf Hitler das Instrument zur friedlichen Überwindung der Unmöglichkeiten des Versailler Vertrags gegeben. Was Adolf Hitler mit seiner Bewegung dem Deutschen Volke also gab, war das Vertrauen in die Stärke des Lebensrechtes unseres Volkes. Der Nationalsozialismus hat durch die friedliche Wiedererstarkung Deutschlands, durch die Anknüpfung freundschaftlicher Beziehung mit Polen und anderen Völkern zum europäischen Frieden und damit zum Weltfrieden einen unendlich großen Beitrag geleistet. Es ist der ernste Wille der nationalsozialistischen Reichsregierung, in diesem Friedenswerk alles zu tun, was in ihren Kräften steht; denn die Erwartung, daß auf die Dauer niemand in der Welt das einwandfreie Lebensrecht unseres Volkes, seinen Anspruch auf Gleichberechtigung und seinen Anspruch auf einen friedlichen Anteil an den Gütern der Erde bestreiten wird, ist gerechtfertigt. Herr Professor Toynbee ist als Direktor des Königl. Britischen Instituts für zwischenstaatliche Angelegenheiten der auf diesem Gebiete besonders legitimierte Engländer, und es ist für uns Deutsche, die wir gerade in diesen Tagen so manche Haffesnelle gegenüber dem Nationalsozialismus, der nunmehr die endgültige Lebensform unseres Volkes geworden ist, gerade auf dem Gebiete der wissenschaftlichen Beziehungen zu verspüren haben, eine große Freude, einen so prominenten Vertreter des englischen wissenschaftlichen Lebens in unserer Mitte begrüßen zu dürfen. Herr Professor Toynbee hat durch sein Erscheinen gezeigt, daß wahre Wissenschaftlichkeit nicht abhängig gemacht werden kann von Parteimeinungen. Die Engländer haben durch den Aufbau ihrer Rechtsordnung gerade für uns Nationalsozialisten unendlich viel Belehrendes, und gerade heute müssen wir Deutschen der englischen Rechtswissenschaft Dank abstatten für ihr treues Festhalten an den germanischen Grundlagen des englischen Gemeinrechtes. Daß gerade ein Engländer heute in unserer Mitte weilt, erfüllt uns in vielfachem Hinblick mit Freude.“

Reichsminister Dr. Frank erteilte nunmehr Prof. Toynbee das Wort zum Thema: „Friedliche Änderung“ (peaceful change).

Prof. Toynbee hob in seinen Ausführungen einleitend die große Bedeutung der von ihm zu behandelnden Frage für die Zukunft Deutschlands und Englands und der ganzen Welt hervor. Die Frage laute: Sollen die internationalen Beziehungen zwischen den Völkern verschiedener Staaten in Zukunft vom Recht oder von Macht und Gewalt beherrscht werden, wie dies in der Vergangenheit fast ausschließlich der Fall gewesen ist?

Prof. Toynbee stellte die beiden Seiten des Rechts gegenüber, die repressive Seite, die eine unter Verletzung des bestehenden Rechtszustandes vor sich gehende gewalttätige Änderung des status quo verhindert oder jedenfalls zum Stillstand bringt, und die konstruktive Seite, die eine friedliche Änderung des bestehenden Zustandes durch eine verfassungsmäßig begründetes rechtliches Verfahren vorsteht. Die repressive Seite des Rechts nähme bei der Anwendung auf internationale Beziehungen die Form der „kollektiven Sicherheit“, die konstruktive Seite die Form der „friedlichen Änderung“ an. Diejenigen, die begütert und mit ihrer gegenwärtigen Stellung zufrieden seien, kümmern mehr die repressive Seite des Rechts, das heißt die „kollektive Sicherheit“, diejenigen, die nicht begütert und unzufrieden seien, mehr die konstruktive Seite des Rechts, das heißt die „friedliche Änderung“. In der Völkergemeinschaft der Gegenwart sei Großbritannien der Vertreter der ersten Art, Deutschland der der zweiten. Daraus folge die gemeinsame Aufgabe, sicherzustellen, daß auf dem Gebiete der internationalen Beziehungen ebenso wie innerhalb der Grenzen beider Länder auf beide Seiten des Rechts gleiches Gewicht gelegt werde. Dies bedeute, daß ein jedes der beiden genannten Länder Zugeständnisse machen, vielleicht sogar Opfer bringen müsse. Diese Zugeständnisse freilich müßten verschiedener Art sein. Großbritannien und die anderen zufriedengestellten Länder, wie z. B. Frankreich, die Vereinigten Staaten von Nordamerika, Kanada, Rußland, müßten bestrebt sein, den von Deutschland und den anderen nicht zufriedengestellten Ländern, z. B. von Italien, Japan, Ungarn, Bulgarien, vorgebrachten Forderungen nach „friedlicher Änderung“ gerecht zu werden. Wenn das Recht nicht eine ordnungsgemäße friedliche Art der Änderung vorsehe, dann werde das Recht früher oder später durch Änderungen gewalttätigen, revolutionären Charakters beseitigt werden, damit das Recht wirksam herrschen könne. Innerhalb jeden zivilisierten Staates sei die friedliche Änderung die normale Art der

Anderung, und in der Tat sei sie als die normale Regel vielleicht das Hauptkriterium der Zivilisation im Bereich des Politischen. Bei der Betrachtung der internationalen Beziehungen der Gegenwart müsse man feststellen, daß sich Europa noch heutzutage auf der Stufe einer primitiven Barbarei, wie sie etwa vor tausend Jahren bestanden hätte, befinde. Das außergewöhnliche Merkmal der westlichen Welt im gegenwärtigen Zeitalter sei der riesige Abgrund zwischen den technischen Erzeugnissen der Gegenwart und den moralischen Fähigkeiten. Dieser Zustand müsse beseitigt werden.

Im weiteren Verlauf seiner Rede ging Prof. Toynbee zur Erörterung der konkreten Fragen, welche Änderungen des bestehenden Zustandes die nicht zufriedengestellten Nationen forderten und der Fragen, welche Zugeständnisse zu machen die zufriedengestellten Nationen bereit sind, über. Prof. Toynbee erklärte, daß, wenn es gelänge, alle materiellen Forderungen zu erfüllen, die Deutschland erhebe, ohne daß nebenbei den psychologischen oder geistigen Forderungen Deutschlands entsprochen würde, alle Anstrengungen fast nutzlos wären.

Die materiellen Forderungen der Großmächte Deutschland, Italien und Japan seien: 1. die Forderung politischer Befreiung gewisser Gebiete; 2. die Forderung einer Abflußmöglichkeit für den Bevölkerungszuwachs; 3. die Forderung des Zutritts zu fremden Nahrungs- und Rohstoffquellen und zu fremden Märkten.

Während es in der Gegenwart innerhalb der Grenzen des Reiches kaum nichtdeutsche Bevölkerungssteile gäbe, lebten außerhalb des Reiches zahlreiche Volksgruppen, die nicht nur der Sprache, sondern auch der politischen Gesinnung nach deutsch seien. Wenn Deutschland die Forderung nach der Befreiung dieser Gebiete erhebe, so sei damit keineswegs gesagt, daß Deutschland jedes Gebiet, das von einer deutschsprechenden Bevölkerung bewohnt wird, beanspruche. So habe z. B. Adolf Hitler ausdrücklich erklärt, daß Deutschland keinen Anspruch auf Rückgabe des früheren deutschen Reichslandes Elsaß-Lothringen erhebe. Unter Berücksichtigung dieser Erklärung und der Tatsache, daß die deutschsprechenden Schweizer ebenfalls nicht unter diesen Begriff fielen, verbleibe aber ein beträchtliches deutsches Gebiet, wie z. B. Österreich, das Sudetenland, von kleineren Gebieten, wie Südtirol, Memelland und Cyprien-Malmedy, ganz abgesehen. Eine Art gründlicher Änderung auf diesem augenscheinlich wichtigsten und schwierigsten Gebiet müsse versucht werden.

In seinen weiteren Ausführungen kam Prof. Toynbee auf die Rohstofffrage zu sprechen, wobei er auch das Kolonialproblem berührte.

Er könne es leicht verstehen, so erklärte Prof. Toynbee, daß Deutschland es als einen Ehrenpunkt betrachte, daß wenigstens einige seiner Kolonien ihm zurückgegeben würden. Wenn man ihm sage, daß dies der deutsche Standpunkt sei, so glaube er, daß ihn die meisten Engländer verstehen und ihm in hohem Grade Sympathie entgegenbringen würde. „Ich glaube nicht“, erklärte Prof. Toynbee, „daß wir eine friedliche Lösung dieses Problems der territorialen Änderung in bezug auf Kolonien finden werden, wenn es uns nicht gelingt,

den deutschen und den britischen Ehrenstandpunkt miteinander in Einklang zu bringen.“

Zum Schluß seiner Ausführungen ging Prof. Toynbee noch einmal auf das Problem der deutschen Kolonien ein. Er erklärte, daß das Royal Institute of International Affairs in London eine nicht-amtliche internationale Konferenz über diese Fragen im Sommer 1937 abhalten werde, nachdem bis dahin das Problem eingehend, und zwar nicht nur von allen Beteiligten im eigenen Land, sondern auch in gemeinsamer Beratung aller, untersucht worden wäre. Mit einer deutschen Beteiligung an dieser wissenschaftlichen Arbeit, die für die Staatsmänner Europas von beträchtlichem Wert sein könne, werde geredet.

Die Ausführungen von Prof. Toynbee, der in so offener und ehelicher Weise das große Problem der friedlichen Änderung behandelte, wurden von den Anwesenden mit großem Beifall aufgenommen.

Reichsminister Dr. Frank sprach dem englischen Gelehrten für seine interessanten wissenschaftlichen Ausführungen seinen Dank in einem kurzen Schlusswort aus. Reichsminister Dr. Frank teilte dann noch mit, daß am nächsten Tage eine Sitzung des Völkerrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht stattfinden, auf der Prof. Toynbee nochmals zu den heute berührten Problemen in Diskussionsform Stellung nehmen werde. Er schloß die Tagung mit einem Sieg Heil auf den Führer und Reichskanzler, der durch seine mutvolle und klare Haltung nicht nur der Schöpfer des neuen Deutschlands, sondern auch der Repräsentant einer starken europäischen Kultur sei, die sich nicht durch momentane Verärgerung mit dem Todfeind unserer Kultur verbinden würde.

Am nächsten Tage behandelte Prof. Toynbee in Anwesenheit des Präsidenten der Akademie für Deutsches Recht, Reichsminister Dr. Frank, vor ihrem Völkerrechtsausschuß die repressive Seite des Rechts, die „kollektive Sicherheit“. An der dem Vortrag folgenden Aussprache beteiligten sich auf deutscher Seite u. a. die Staatsräte und Professoren Dr. Carl Schmitt und v. Freytag-Loringhoven sowie der frühere Reichsgerichtspräsident Dr. Simon.

Auch der Verlauf der 10. Vollziehung der Akademie für Deutsches Recht sei die Tradition der großen Tagungen dieses Instituts fort; deren Vollziehungen seit längerer Zeit zu einer Angelegenheit nicht nur von wissenschaftlicher, sondern auch hoher politischer Bedeutung geworden sind. Auch diesmal ist wieder ein ausländischer Gelehrter und Wissenschaftler von Weltruf über eine der wichtigsten internationalen Rechtsfragen zu Wort gekommen. Abgesehen von dem Gewinn, den diese große Tagung in wissenschaftlicher Hinsicht mit sich gebracht hat, ist wieder einem hervorragenden ausländischen Vertreter der Wissenschaft Gelegenheit geboten worden, aus eigener Anschauung die nationalsozialistische Rechtskultur kennenzulernen. Dadurch und auch durch die Anwesenheit der holländischen Rechtsstudenten zeigte das nationalsozialistische Rechtswahreramt erneut, daß es in der Lage ist, vor der Welt den Willen und die Voraussetzungen Deutschlands zum kulturellen Aufbau und damit zum Weltfrieden unter Beweis zu stellen.

Aus dem BNSDF. und der Deutschen Rechtsfront

Zulassungsordnung der Deutschen Rechtsfront für Sachverständige

In der Zeitschrift „Der Sachverständige“, Informationsdienst der Reichsrechtsfront für das Sachverständigenwesen in der Deutschen Rechtsfront, Ausgabe Februar 1936, ist die von dem Reichsinspektor Dr. Raake in Vertretung des Reichsjuristenführers, Reichsminister Dr. Frank, am 5. Febr. 1936 erlassene Zulassungsordnung der Deutschen Rechtsfront für Sachverständige veröffentlicht.

Der Reichsrechtsfrontleiter Römer führt hierzu aus, daß die Zulassung von M.F.-Sachverständigen für alle Bereiche des wirtschaftlichen und kulturellen Lebens in Deutschland durchgreifend die durch die allgemeine Aufhebung der gerichtlichen Verurteilungen im letzten Jahre verursachten unklaren Verhältnisse ordnet und die vielfach entstandenen Mißstände abstellt.

In jeden deutschen Sachverständigen, der durch charakterliche und fachliche Eignung zu einer künftigen Mitarbeit im praktischen Rechtsleben der Volksgemeinschaft befähigt ist, ergeht der Anruf zur Sammlung. Es gilt, die deutsche Sachverständigenenschaft von den letzten unzuverlässigen Elementen einer individualistisch-liberalistischen Zeitspanne und Geisteshaltung zu befreien, somit als Fundament für die Zukunft ein neues deutsches Sachverständigenkorps zu schaffen. Dann wird der deutsche Sachverständige, dessen wertvollste Eigenschaft sein und für alle Zeiten bleiben muß, unbefleckt und frei

von jeder irgendwie gearteten Abhängigkeit und Bindung zu sein, wieder zu dem Ansehen kommen, das ihm als wichtiges Glied im Zuge der Rechtsverwirklichung gebührt.

Übernahme von Jungjuristen zum Dienst der Wehrmacht

Auf Anregung des BNSDF. ist gemeinsam mit dem Reichsjustizministerium und dem Reichsrechtsministerium die Frage geprüft worden, inwieweit für den jetzigen Bestand an jungen Rechtswahrern die Möglichkeit des Eintritts in den Wehrmachtsdienst geschaffen werden kann. Erfreulicherweise haben die Verhandlungen zu einem Ergebnis geführt, das unter besonderen Bedingungen, insbesondere unter einer gewissen Anrechnung der bereits durch das Studium und die Vorbereitungszeit verbrauchten Jahre den Assessoren, Referendaren und Rechtsstudierenden die Wahl des Offizierberufs ermöglicht. Das Reichskriegsministerium, Heeres-Personalamt, hat ein sehr eingehendes Merkblatt hierfür herausgegeben. Dieses ist in der Sonderbeilage zur Zeitschrift „Jugend und Recht“ v. 10. Febr. 1936 veröffentlicht. Den jungen Rechtswahrern wird diese Sonderbeilage wichtige Aufschlüsse über die Möglichkeit einer Umstellung im Beruf geben und deshalb ebenso wie der gesamte Inhalt des erwähnten Heftes dringend zur Beachtung empfohlen.

Im nächsten Heft der JW. wird ein Beitrag des Reichsgruppenleiters Bittig zu diesem Thema gebracht.

Schrifttum

Paul Semler, Geh. Kriegsrat, MinDirigent, und Dr. Otto Senfleben, RegR. Mitglied des Ausschusses für Wehrrecht der Akademie für Deutsches Recht, beide im Reichskriegsministerium: Kommentar zum Wehrgesetz vom 21. Mai 1935. (Stiftes Rechtsbibliothek Nr. 147.) Berlin 1936. Verlag Georg Stifte. 170 S. Preis geb. 5 RM.

Unsere neue Wehrverfassung wird vom Standpunkt der Rechtswissenschaft aus vielfach als „unjuristisch“ bezeichnet. Namentlich wurde dem WehrG. der Vorwurf gemacht. Richtig ist daran, daß es in der Tat dem Juristen reichliche Schwierigkeiten bietet. Ihn stört es, wenn in §§ 26 Abs. 3, 27, 28 WehrG. das „Bedürfen einer Erlaubnis“ dreifältigen Sinn hat. Einmal ist es Rechtsbedingung für einen Rechtsenerwerb, dann zwar rechtliches Hindernis für eine Willenserklärung, trotzdem ein die Gültigkeit einer gebotswidrigen Gesehftlichung nicht berührender Umstand und endlich bei der Nebenbeschäftigung lediglich die Mißbilligung einer Tatsache, die disziplinare Abndung, bei Soldaten u. U. auch kriminelle Bestrafung nach sich ziehen kann. Den Juristen mag es weiter befremden, daß der „Landsturm“, von dem § 7 Abs. 2 handelt, nicht ausdrücklich unter Rechtsnormen gestellt ist. Es bedarf daher für den Rechtsgelehrten einiger Anstrengung, um die Frage zu lösen, ob der heute bereits in Ostpreußen für die Jahrgänge vom 45. bis zum 55. Lebensjahr bestehende Landsturm gleichbedeutend ist mit Zugehörigkeit zum Beurlaubtenstand („Landwehr?“), und ob auf ihn die Wehrüberwachung des § 19, vor allem aber die Übungspflicht des § 20 zutrifft. Auch die in § 7 Abs. 1 a 3 bezeichneten Wehrmachtbeamten, deren Eigentümlichkeit es ist, durch ihr Beamtentum aktiven Wehrdienst zu leisten, die also im Gegensatz zu den sonstigen Wehrmachtbeamten nicht gleichzeitig im soldatischen Beurlaubtenstande stehen können, verursachen dem juristischen Betrachter mancherlei Kopfzerbrechen. Gerade weil aber das Wehrgesetz verständigerweise die militärischen Gedankengänge in erfreulicher Schärfe auf Kosten der juristischen in den Vordergrund gerückt hat, können alle die, denen das Eindringen in die rechtlichen Gesichtspunkte obliegt, nicht ohne kundige Wegweisung die neue Wehrverfassung ergreifen. Es war deshalb die Schaffung eines solchen Erläuterungswerkes unbedingt erforderlich. Die schwere Aufgabe zuverlässiger Führung durch die Wirnisse der Wehrgesetzgebung, die nicht bloß das WehrG., MiStGW. und die MiStGD. in ihrer Verzahnung umfaßt, sondern auch mit zahlreichen anderen Vorschriften verflochten ist, hat das Buch meisterhaft gelöst. Von den großen Problemen, z. B. der veränderten Rechtsstellung der Offiziere, oder der Ausländerfrage (§ 18 Abs. 3), oder der Reichweite der militärischen Gehorsamspflicht, oder den „Wehrpflichtausnahmen“ (§ 14), die in Wirklichkeit lediglich Ausschaltung vom aktiven Wehrdienst bedeuten, oder dem Ruhen der Wehrpflicht bei Auslandsdeutschen (§ 17) und aus dem Beurlaubtenstande gem. § 24 Abs. 5 Entlassenen — ist keines unerörtert geblieben. Bei den Erläuterungen sind nicht bloße Thejen aufgestellt, sondern tiefgehende Begründungen gegeben. Alles in allem haben wir jetzt das maßgebende wissenschaftliche Erläuterungsbuch. An Einzelheiten sei angemerkt: Die soeben im Schrifttum aufgetauchte Frage, ob der Disziplinarvorgesezte jedes Soldaten (also auch des Offiziers) aus rein disziplinarer: Gründen die Briefe seines Untergebenen gegen dessen Willen öffnen darf, hätte vielleicht gestreift werden können. Bei § 26 Abs. 3 dürfte die zivilrechtliche Seite erörterungsfähig sein. Zu § 32 Abs. 1 lassen die Verf. noch ungeprüft, ob derjenige zu einjährigem aktiven Wehrdienst Einberufene, der alsbald nach Dienst Eintritt wegen Dienstunfähigkeit entlassen werden muß, Fürsorge bei der Unterbringung im Zivilberuf zu beanspruchen hat. Auch über das Ausscheiden „in Ehren“ wäre eine Auseinandersetzung erwünscht. Zu den §§ 8, 34 würden manche Zweifel ausgeräumt werden durch einen kurzen Hinweis auf die innerhalb geraumer Übergangszeit noch für ältere Leute bestehende Ausnahmemöglichkeit, mittels kurzfristigen aktiven Wehrdienstes in die Beförderungslaufbahn des § 34 Abs. 1 zu gelangen, die sonst grundsätzlich mindestens einjährigen aktiven Wehrdienst voraussetzt. Durch die Entlassungsbestimmungen ist in Ergänzung des § 23 Abs. 1, der das Ausscheiden kraft Urteils regelt, vorzugeschrieben, daß das Dienstverhältnis erst nach Ablauf des Tages endet, innerhalb dessen die Rechtskraft eintritt. Wenn auf S. 88 in Anmerkung 3 das als „Verwaltungsbestimmung“ bezeichnete wird, so liegt ein offenes Versehen vor, da es sich doch um eine echte Rechtsvorschrift handelt, die eine Lücke im Gesetz ausfüllt. Daß auf S. 107 unter 10 auf § 93 MiStGW. mitverwiesen wird, der längst gestrichen ist, beruht auf einem Schreibfehler.

Alle diese verhältnismäßig geringfügigen Beanstandungen wird die nächste Auflage beheben. Schon heute ist dem Werke nachzurühmen, daß es das unentbehrliche Werkzeug jedes Juristen ist, der irgendwie mit dem Wehrrechtswesen befaßt wird. Im übrigen ist mit großem Geschick die Gemeinverständlichkeit gewahrt worden. Jeder Gebildete kann an der Hand des Buches Einblick in die Tiefen der Neugegestaltung der deutschen Wehrhaftigkeit gewinnen. Und auch darum verdient das Werk wärmste Empfehlung.

Geh. Kriegsrat Dr. Wagner, Berlin.

Dr. Karl Hermann Schmitt: Treu und Glauben im Verwaltungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur juristischen Methodenlehre. (Neue Deutsche Forschungen. Band 43.) Berlin 1935. Junfer und Dünhaupt Verlag. 151 S. Preis brosch. 6 RM.

Der Verf. spürt im vorliegenden Buch der tieferen Bedeutung nach, die dem Grundsatz von Treu und Glauben im überlieferten Rechtssystem zugekommen ist. Er gelangt zu dem Ergebnis, daß dieser Grundsatz, „so, wie er verstanden wird, ein echtes Kind des Positivismus ist, das dieser hervorbrachte, um seine eigene Unzulänglichkeit zu verbergen“ (S. 10). Diese These begründet der Verf. in einer eindringlichen und tief-schürfenden Besinnung auf das Wesen des Positivismus. Nach einer Darstellung der positivistischen Rechtslehre und ihrer verschiedenen Methoden erprobt er sich sodann in dem Versuch, eine nationalsozialistische Rechtslehre zu entwickeln, „um aus ihr eine Methode der Normenanwendung zu gewinnen, aus der sich Wesen und Bedeutung des Grundsatzes von Treu und Glauben ergeben werden“ (S. 11). In allen Teilen der Arbeit greift diese Untersuchung des Verf. weit über das im Titel des Buches betonte Sondergebiet des Verwaltungsrechts hinaus, so daß es sich bei ihr in keiner Weise um eine abseits liegende Spezialstudie handelt. Der Titel des Buches rechtfertigt sich jedoch dadurch, daß der Verf. seine grundsätzlichen Betrachtungen und die aus ihnen gewonnenen Ergebnisse stets auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts besonders überprüft und erläutert.

Die Gedanken des Verf. bewegen sich etwa in folgender Richtung: Der positivistische Rechtsbegriff orientiert sich ausschließlich am Staate. Der Staat ist für den Positivismus die alleinige Quelle des Rechts; nur er bestimmt, was Recht ist. Eine Rückverbindung des staatlichen Rechtes zur Sittlichkeit oder zu einer sonstigen metaphysischen Wertordnung besteht nach positivistischer Auffassung nur insoweit, als der Staat selbst in Blankettnormen auf diese außerstaatlichen Wertsysteme verweist. Sittliche Gebote haben also für den Positivismus im staatlichen Rechtssystem kein ursprüngliches Heimatrecht, sie sind für den Juristen innerhalb der Rechtsordnung keine eigenständigen Werte, sondern bedürfen, um rechtlich beachtet zu werden, der Legitimation durch ein staatliches Gesetz. So erfafst der Positivismus die Rechtsordnung als ein logisch geschlossenes System, innerhalb dessen nur solche Gebote Gültigkeit haben, die ihre Sanktion im Willen des Staates finden. Auch sittliche Gebote gelten somit im Bereich des staatlichen Rechts nach positivistischer Auffassung nicht vermöge einer ihnen selbst innewohnenden Autorität, sondern kraft Rezeption durch ein staatliches Gesetz. Der Positivismus gibt sich also den Anschein einer völlig immanenten Betrachtungsweise. Er glaubt, sich selbst dann innerhalb des geschlossenen Kreises staatlicher Regelung zu bewegen, wenn er sich auf Grundsätze metajuristischer Herkunft, z. B. auf Treu und Glauben oder auf die guten Sitten, beruft. In Wahrheit ist jedoch dieser Rückgriff auf Treu und Glauben, wie schon Henke im Jahre 1912 in seiner Schrift über „Treu und Glauben im Rechtsverkehr“ richtig erkannt hat, ein „Abfall der Rechtsprechung vom Gesetz“. Der Grundsatz von Treu und Glauben stellt sich nämlich, wie der Verf. zutreffend ausführt, nicht als eine materielle Regelung, sondern lediglich als eine Verweisung auf ein metajuristisches Wertsystem dar. Zudem das Gesetz zu einer Entscheidung nach Treu und Glauben anhält, verzichtet es also in Wahrheit auf eine eigene Lösung. Es handelt sich somit um eine „Verschleierung des Sachverhalts“ (S. 90), um eine Selbsttäuschung des Positivismus, wenn er glaubt, auch bei einer Argumentation aus dem Grundsatz von Treu und Glauben

nach auf dem Boden positiver staatlicher Regelung und in einer immanent-juristischen Betrachtungsweise zu bleiben. Der Grundsatz von Treu und Glauben ist in Wirklichkeit nur das Feigenblatt, mit dem der Positivismus seine Blöße verdeckt. So oft sich die Rechtsprechung auf diesen Grundsatz bezieht, öffnet sie sich mit ihm nur die Tür, um der positiven staatlichen Regelung zu entschweben und eine Rechtsfindung aus dem Rechtsgewissen vorzunehmen. Der Positivismus kann diesen Sachverhalt jedoch nicht, ohne sich selbst aufzugeben, offen eingestehen und handhabt deshalb den Grundsatz von Treu und Glauben, der seiner wirklichen Bedeutung nach ein Verzicht des Gesetzgebers auf eine positive Regelung, ein „Stück offengelassener Gesetzgebung“ ist, wie eine materielle Norm. Der wahren Sachlage nach ist dieser Grundsatz jedoch eine Selbstabdankung des Gesetzes und die Eröffnung eines Durchschlupfes in das Reich der Ethik.

Auf dieser Grundlage tritt der Verf. dem positivistischen Irrglauben an die logische Geschlossenheit des Rechtssystems entgegen und betont mit bewußtem Realismus die notwendige Nüchternheit jeder gesetzlichen Regelung. Ja, er erklärt sogar, daß selbst jede gesetzte Norm einen wesensnotwendigen, inneren Vorbehalt in sich trage. Diesen Vorbehalt faßt er in folgende Formel: „Jede Norm, die eine Anwendung im Wege der logischen Subjunktion gestattet, soll nach dem Willen ihres Willensträgers nur insoweit gelten, als nicht besondere, weder von ihr noch von einer anderen Norm gewürdigte Tatumstände nach der Rechtsüberzeugung des Volkes eine von dem Ergebnis der logischen Normanwendung abweichende Entscheidung fordern“ (S. 112, 113, 115). Nach der Auffassung des Verf. ist dieser innere Vorbehalt jeder Norm eigen. Er stellt sich als der tiefere Sinn des Grundsatzes von Treu und Glauben dar. Seine Funktion ist es, die Unterwerfung unter das Gesetz nicht zu einer — vom Gesetzgeber gar nicht gewollten — despotischen Herrschaft des Gesetzeswortlauts und der vom Gesetz verwandten Begriffe entarten zu lassen. „Es gilt die Vermutung, daß der Gesetzgeber mit der Aufstellung der Rechtsnormen der Bewirklichung des Rechts dienen will“ (S. 111). Mit der vom Gesetzgeber vorausgesetzten Sachlage entfällt die Anwendbarkeit einer dem Wortlaut nach zutreffenden Norm, wenn die Abweichung in dem Vorliegen besonderer Tatumstände besteht, die nach der Rechtsüberzeugung des Volkes die Außerachtlassung des Gesetzes gebieterisch fordern. Die Normen sind somit, wie Carl Schmitt schon vor mehreren Jahren wiederholt erklärt hat, „situationengebunden“. Eine bestimmte Schwankungsbreite der tatsächlichen Fallgestaltung und ihrer Abweichung vom gesetzlichen Tatbestand nimmt zwar jede Norm begriffsnötig in Kauf, da jede Abstraktion, als welche sich auch die Fassung eines gesetzlich normierten Tatbestandes darstellt, unausweichlich ein Wagnis ist. Der Wille des Gesetzgebers zum Wagnis der Abstraktion ist jedoch keineswegs unbegrenzt; völlig abnorme Sachlagen nimmt er nicht in Kauf. Damit diesen Rechnung getragen werden kann, fügt er jedem Gesetz den oben formulierten, inneren Vorbehalt bei, der die Geltung der Normen beschränken soll. Der innere Vorbehalt, der jeder Norm eigen ist, kann auch — aus den Normen extrahiert — als ein besonderer Grundsatz neben die unmittelbar anwendbaren Normen gestellt werden. Er bildet dann — schlagwortartig — den Grundsatz von Treu und Glauben. So zeigt sich, daß dem Grundsatz von Treu und Glauben zunächst eine negative Funktion zukommt, indem er die Begründung für die Nichtanwendung einer — rein wörtlich genommen — anwendbaren Norm gibt. Die Begründung für eine materielle Entscheidung ist damit jedoch nicht gegeben. Diese kann nun, wie der Verf. sagt, aus dem Rechtsgewissen, aus der Rechtsüberzeugung des Volkes, gewonnen werden. Darin besteht dann die weitere, positive Funktion des Grundsatzes von Treu und Glauben, daß er den Weg zur Rechtschöpfung aus dem Rechtsgewissen freimacht, indem er die Handhabe dafür bietet, eine scheinbar im Wege stehende, wörtlich anwendbare Norm mit Rücksicht auf das Vorliegen besonderer Tatumstände außer acht zu lassen. Der Grundsatz von Treu und Glauben ist also dort, wo er zur Anwendung gelangt, „die Voraussetzung zur Rechtsbegründung aus der Rechtsüberzeugung des Volkes“ (S. 119). Diese Voraussetzung wird geschaffen durch die zunächst gelieferte „Begründung der Nichtanwendung unpassender Normen“ (S. 120). Die Berufung auf den Grundsatz von Treu und Glauben bedeutet nach dem Verf. somit einen Appell von dem Gesetz an das Recht. Es gilt zwar die Vermutung, daß das Gesetz dem Recht entspricht. Diese Vermutung ist jedoch widerlegbar. In aller Regel sorgt aber schon der jedem Gesetz eigene, innere Vorbehalt dafür, daß eine Abweichung des Gesetzes vom Recht nicht statthat. Denn dieser Vorbehalt ist ja ein integrierender Bestandteil des Gesetzes und will gerade die

Unanwendbarkeit der Gesetzesworte verbürgen, wenn ihrer Anwendung im konkreten Falle besondere Umstände entgegenstehen. Es liegt also in Wahrheit ein Appell vom äußeren Schein des Gesetzes an den wirklichen Willen des Gesetzes vor. Der wirkliche Wille des Gesetzes ist aber auf die Geltung des Rechtes gerichtet, wie es in der Überzeugung des Volkes lebt. So bezieht der Verf. also das wahre überpositive Recht auf die Überzeugung des Volkes. Hier wäre es wünschenswert gewesen, wenn der Verf. Marge stellt hätte, was er unter dieser Überzeugung des Volkes versteht. Nach völkischer Auffassung kann dabei selbstverständlich nicht an die profane Masse, an die vox mutabilis plebis, sondern nur an das sittlich einsichtige Volk, an das Volk in lebensgesetzlicher Haltung, gedacht werden. Nur die an den überzeitlichen Werten des Volkstums orientierte Volksüberzeugung ist Recht. Diese Überzeugung ist also nicht subjektiv, sondern objektiv ausgerichtet: sie ist den Wachstumsvoraussetzungen des Volkstums als eines lebendigen Gebildes der Schöpfung abgelauscht und erstreckt sich damit auf die natürlichen Daseinsanforderungen der völkischen Gemeinschaft. So ist das Recht nach nationalsozialistischer Auffassung weder eine willkürliche Erfindung rationaler Launen, noch eine bloße Sache des „Gefühls“, sondern der immanente Inhalt der mit dem Leben selbst gegebenen Gesetze. Dies hätte vielleicht noch der Hervorhebung und der Klarstellung bedurft. Zur Rechtskenntnis gelangt man somit auch nach nationalsozialistischer Auffassung nicht durch bloßes Erlauschen der eigenen inneren Stimme. Es bedarf dazu vielmehr auch eines eifrigen geistigen Bemühens um die Erkenntnis der natürlichen Daseinsanforderungen und Wachstumsvoraussetzungen der lebendigen Gebilde der Schöpfung und der geschichtlich gewachsenen Formen des völkischen Daseins.

Schon diese kurze Übersicht über den reichen Inhalt der vorliegenden Arbeit zeigt, daß es sich um eine anregende Schrift handelt. Es ist unmöglich, die vielseitigen Ausführungen des Verf. hier erschöpfend nachzuzeichnen. Statt dessen muß die abschließende Feststellung genügen, daß der Verf. im vorliegenden Buch nicht nur eine stoffreiche, sondern auch tiefstürfende und zeitnahe Untersuchung wichtiger Gegenwartsfragen vorgelegt hat.

M. Reuß, Berlin.

Dr. Wilhelm Stuckart, Staatssek. im RMdZ., und **Dr. Wilhelm Abrecht**, ObRegR. i. e. R.: **Neues Staatsrecht**. (Schaeffer: Neugestaltung von Recht und Wirtschaft, Heft 13, I. Teil.) 7. vollk. umgearb. und ergänzte Aufl. 31. bis 35. Tausend. Leipzig 1936. Schaeffer-Verlag C. S. Hirschfeld. 114 S. Preis kart. 2,40 RM.

Friedrich Stiebe: **Abriß der Deutschen Geschichte von 1792 bis 1933**. (Schaeffer: Neugestaltung von Recht und Wirtschaft, 33. Heft.) Leipzig 1936. Schaeffer-Verlag C. S. Hirschfeld. 76 S. Preis kart. 1,80 RM.

I. Das „Neue Staatsrecht“ von Stuckart und Abrecht gibt nach einer kurzen Einleitung, in der das Kabinett der nationalen Konzentration, die nationalsozialistische Revolution und der Weg zum Neuaufbau des Reiches behandelt ist, in drei Abschnitten die drei Jahre des nationalsozialistischen Staatsaufbaues in chronologischer Reihenfolge wieder. Dabei ist die Gesetzgebung bis Anfang November 1935, also einschließend der Nürnberger Gesetze, berücksichtigt.

Die Verf. beschränken sich nicht darauf, mehr oder weniger den Gesetzestext wiederzugeben. Der Grundriß, der nunmehr in der 7. Auflage erscheint, kann daher als eine wertvolle Bereicherung unserer Staatsrechtsliteratur angesehen werden. Man ist überrascht über die Fülle des verarbeiteten Materials, das in der anerkannten, anschaulichen Darstellungsweise einen klaren, kurzen Überblick über die grundlegenden staatsrechtlichen Ereignisse verschafft.

Die schnelle Folge der Auflagen hat einige Unebenheiten mit sich gebracht, die unschwer bei einer Neubearbeitung beseitigt werden können. So wird (S. 50) ausgeführt, das Neuaufbaugesetz sei als letztes Gesetz auf dem bisherigen Gesetzgebungswege für verfassungsändernde (dieser Begriff dürfte im geltenden Staatsrecht keine Bedeutung mehr haben) Gesetze zustande gekommen, während später (S. 106) richtig wiedergegeben ist, daß auch die Nürnberger Gesetze vom Reichstag beschlossen wurden. Im Interesse der Klarheit der Darstellung wäre es ferner angebracht, von dem rein chronologischen Aufbau abzugehen, insbesondere wenn Gesetze grundlegend umgestaltet wurden. So wäre es zweckmäßig, z. B. das Amt des Reichsstatthalters nicht bei der Besprechung des 2. Gleich-

Schaltungsgefezes und dann noch einmal bei Schilderung des Reichsstatthaltergefezes von 1935 darzustellen, sondern nur bei Wiedergabe dieses Gezezes. Daburd würde der Grundriß wesentlich an Klarheit gewinnen. Wünschenswert wäre es auch, wenn überholte Bestimmungen noch kürzer abgetan würden und so aus der mehr oder weniger geschichtlichen Darstellung eine des geltenden Staatsrechts würde, die auch besser dem Titel entspricht.

II. Das Buch von Friedrich Stiebe will ein Abriff der wichtigsten Tatsachen sein, die die Deutsche Geschichte von 1792 bis heute kennzeichnen. Zweck des Buches soll sein, eine möglichst rasche, leichte Orientierung für jeden, der sich mit dieser Zeit beschäftigen will, zu geben. Durch Wenig soll zu Mehr angeregt werden.

Mehr als eine große Linie vom alten Deutschen Reich zum heutigen gibt das Büchlein von knapp 70 Seiten auch wirklich nicht. Das liegt an der ganzen Anlage des Buches, durch die dem Verf. von vornherein Grenzen gesetzt wurden. Man muß hier die Frage aufwerfen, ob schließlich alles im Grundriß nach „Schaeffer“-Art dargestellt werden kann. Nach dem vorliegenden Grundriß ist dies recht zweifelhaft. Die Darstellung ist doch recht knapp und dürftig. Mit Groß-, Klein-, Fett-, Dünndruck usw. kann schließlich nicht alles gemacht werden. Dem auch nur durchschnittlich Gebildeten dürfte daher m. E. das Buch schon nichts geben. Der Grundriß verleitet höchstens dazu, sich in einer Stunde ein examenmäßiges Wissen über die Geschichte der Neuzeit einzupauken. Der Grundriß bedarf daher eingehender Umarbeitung und Vertiefung, die ja auch nicht bei vielen von Schaeffer herausgegebenen Grundrissen fehlt. Was die vorliegende erste Auflage anlangt, so gibt es demgegenüber eine Anzahl wirklich guter Grundrisse der neuesten deutschen Geschichte, die besser geeignet sind, Verständnis für die Geschichte der neuesten Zeit zu erwecken. So bleibt an diesem Grundriß nur anzuerkennen der kurze Abriff (S. 57 ff.) von 1918 bis Mitte 1935. Dem Aufbauwerk des Führers seit 1933 sind aber auch hier nur knapp drei Seiten gewidmet!

N. Dr. v. Bohlen, Berlin.

Devisenarchiv. Zeitschrift für das gesamte Devisenrecht.

Herausgeber: MinR. i. R. Wilhelm Reding. Ständige

Mitarbeiter: SenPräf. Dr. jur. Paul Dreift und ObRegR.

Dr. jur. Hartenstein. 1. Jahrgang 1936. Folge 1/2

Februar. Erscheint wöchentlich. Berlin. Joachim Berger

Berlag. Bezugspreis einschl. des Auskunftsdienstes viertel-

jährlich 9 RM (zugänglich Porto). Einzelheft Preis 1,20 RM.

Die neue von MinR. i. R. Reding herausgegebene Zeitschrift für das gesamte Devisenrecht: „Devisenarchiv“, deren erstes Heft vorliegt, will die Kenntnis dieses schwierigen Spezialrechtsgebietes verbreiten, vertiefen und damit dem Volkswirtschaftler näherbringen. Darüber hinaus wird es ihre Aufgabe sein, schnellstens über die neuesten Devisenvorschriften, -entscheidungen und -fragen zu informieren. Trotz der Vereinfachung und Verbesserung des Devisenrechts durch das Gef. v. 4. Febr. 1935 erfordert die Vielseitigkeit und der stete Wandel der internationalen wirtschaftlichen Beziehungen immer neue Regelungen, tauchen immer wieder Fragen von wesentlicher Bedeutung auf, denen selbst so ausgezeichnete Kommentare wie Hartenstein, Flad und Raab als Kommentar nicht so ausreichend Rechnung tragen können, wie diese in wöchentlicher Folge erscheinende Zeitschrift. Die ständige Mitarbeit des SenPräfs. beim RWiG. Dr. Dreift und insbesondere des Gruppenleiters der Reichsstelle für Devisenbewirtschaftung ObRegR. Dr. Hartenstein macht die Zeitschrift besonders wertvoll.

Das Devisenarchiv wird nicht nur

1. allgemeine Aufsätze über Devisenrechtsfragen unter besonderer Berücksichtigung der Anwendung des Devisenrechts im Wirtschaftsleben,
2. die Veröffentlichung aller gesetzlichen Änderungen, der neuen Rund-erlasse und sonstigen Anordnungen der Reichsdevisenstelle und der Überwachungsstellen mit erläuternden Hinweisen auf die allgemeinen Zusammenhänge des Devisenrechts,
3. eine Sammlung und Kommentierung aller grundsätzlichen Entscheidungen der Gerichte und Behörden

bringen, sondern insbesondere auch über die wichtigsten devisenrechtlichen Vorschriften des Auslandes, soweit sie den Verkehr mit Deutschland betreffen, laufend berichten. Damit gibt sie einerseits dem deutschen, richtiger dem inländischen Kaufmann die Möglichkeit, sicherer als bisher seine Dispositionen im Auslandsgehalt zu treffen, andererseits aber auch dem ausländischen mit Deutschland in Geschäftsverkehr stehenden Kaufmann Gelegenheit, die deutschen Devisenbestimmungen

verfolgen zu können. Die bessere Kenntnis des gegenseitigen Rechts wird, wie der Herausgeber „zur Einführung“ mit Recht betont, „von allen Seiten zu einer Festigung und Belebung des Außenhandels beitragen“. Die vorgesehene „genaueste Aufgliederung des Rechtsstoffes in einem sehr ausführlichen alphabetischen Stichwortverzeichnis“ und der den Beziehern der Zeitschrift gewährte „Anspruch auf Erteilung einfacher Auskünfte in Devisenfragen“ werden dieses Bestreben des Herausgebers wesentlich unterstützen.

Entsprechend dem „Programm des Devisenarchiv“ bringt die jetzt erschienene Folge 1/2 wertvolle Beiträge zu aktuellen Fragen. „Die Ordnungsstrafe im Devisennotrecht“ behandelt SenPräf. beim RWiG. Dr. Dreift, die „Freistellungen vom Devisengefetz“ Dr. Wilmanns, „Das Verbot der Einfuhr von Reichsbanknoten“ Dr. Triet, die „Devisenrechtliche Behandlung von Scrips und verzinstanten Schuldverschreibungen der Konversionskasse“ R. Dr. Hoffmann-Burgas. Aus der „Rechtsprechung“ wird das Urteil des R. O. v. 10. Febr. 1936 zur Frage der Teilamnestie gemäß § 23 Durchf. B. zum VolksW. gebracht; unter „Kurzberichte und Erläuterungen“ werden: „Ausländerinflation“, „Asi“ und „Kompensationsgeschäfte“ erörtert, unter der Rubrik: „Ausländisches Devisenrecht“: Finnland, Schweiz und Tschechoslowakei; außer einer „Bücher- und Pressechau“ enthält das Heft Runderlasse der Reichsstelle und ein alphabetisches Sachregister.

N. u. Notar Dr. iur. et rer. pol. Hugo Dietrich, Berlin.

SenPräf. a. R. Gündel, RGR. Dr. Hartung u. RGR. Niethammer: **Ergänzungsband zur 19. Aufl. der Strafprozessordnung nebst Gerichtsverfassungsgesetz**, enthaltend das Gefetz zur Änderung von Vorschriften des Strafverfahrens und des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 28. Juni 1935 sowie die seit Erscheinen der 19. Aufl. ergangenen Änderungen und Neuerungen. Berlin u. Leipzig 1936. Verlag Walter de Gruyter & Co. 194 S. Preis 10 RM, geb. 12 RM.

Die Verf. des Werkes haben im Februar 1934 die völlig umgearbeitete (19.) Auflage des Komm. zur StPD. und zum GG. von Löwe-Sellweg-Rosenberg der Öffentlichkeit übergeben (vgl. die Besprechung in JZ. 1934, 2030). Im Hinblick auf die Änderungen in der Gesetzgebung, die seither ergangen sind und mit dem die Gesamtreform vorbereitenden Gefetze zur Änderung von Vorschriften des Strafverfahrens und des GG. v. 28. Juni 1935 einen vorläufigen Abschluß gefunden haben, haben sich Verf. und Verlag entschlossen, einen Nachtrag zur 19. Aufl. herauszugeben. Das Hauptwerk wird auf diese Weise in Gefetzesform und Anmerkungen durchweg auf den Stand von Ende Oktober 1935 gebracht. Dabei ist naturgemäß der Erläuterung der im Wege der Novellengesetzgebung neu eingeführten Bestimmungen besonderes Augenmerk geschenkt. Die Ausgestaltung der Anmerkungen läßt zum Teil sehr erfreuliche Ansätze zu einer neuen Erläuterungsweise erkennen; man vergleiche z. B. die Ausführungen § 244 StPD. n. F., Note 3, die sich von dem früher üblichen Kommentierungsstil äußerst vorteilhaft unterscheiden. Verschiedentlich wären freilich noch eingehendere Hinweise erwünscht gewesen, z. B. über die Ermittlung des bei Beurteilung auf mahldeutiger Tatsachengrundlage anzuwendenden („mildesten“) Gefetzes (§ 2 b StGB.; § 267 b StPD.), worüber der 1. StrSen. im Ur. vom 24. Sept. 1935, 1 D 671/35: JZ. 1936, 193¹⁸ eine Reihe wichtiger Grundfälle aufgestellt hat. Teilweise beschränken sich auch die Anmerkungen im wesentlichen auf die Wiedergabe der einschlägigen Abschnitte der veröffentlichten amtlichen Begründung (vgl. die §§ 154 b, 170 a, 178 StPD.; §§ 19, 136—138 GG.).

Die „Richtlinien für das Strafverfahren“ AB. des RZM. v. 13. April 1935 (DZ. Sonderdruck Nr. 7), die AB. des RZM. zur Vereinheitlichung der Staatsanwaltschaft v. 18. Dez. 1934 (DZ. 1934, 1608) sowie sonstige wichtige Ergänzungsbestimmungen sind an den einschlägigen Stellen des Haupttextes geschildert eingearbeitet.

Im ganzen gesehen ist der Nachtrag — wie das Hauptwerk — in Anlehnung an die überkommene Form des Komm., auf die Erläuterung des formell geltenden Rechts abgestellt. Ob und welche Folgerungen aus der veränderten Rechtsauffassung für die Auslegung der alten Bestimmungen oder für das künftige Recht zu ziehen sind, ist nur an einigen Stellen erörtert (vgl. S. 97 Anm. 6 zu § 358 Abs. 2 StPD. oder S. 182 zu § 174 GG.; die dort in Aussicht gestellte Einschränkung der früheren Rpr. über die Revisibilität von Verstößen gegen § 174 GG. hat übrigens in der Zwischenzeit der 3. StrSen. in seinem Ur. v. 5. Dez. 1935, 3 D 738/35: JZ. 1936, 733¹⁷ vorgenommen und eingehend begründet). Hinweise auf das

neueste Schrifttum zur Umgestaltung des Strafverfahrens sind spärlich. In dem Nachtrag zur Einleitung (S. 4) wird über die Berufung einer amtlichen Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs einer Strafverfahrensordnung und eines GVG berichtet, der einschlägigen Veröffentlichungen z. B. in Heft 8 und 9 des *StrR.* aber ist nicht gedacht.

Die technische Anlage des Ergänzungsbandes ist nicht gerade glücklich zu nennen. Ein Werk von dem Ausmaß der 19. Aufl. des *Komm.* bei der heutigen Rechtsentwicklung in allen Einzelheiten auf den neuesten Stand bringen zu wollen, ist an sich schon ein Wagnis. Nachtragsbearbeitungen dieser Art können für Werke kleinen Umfangs verhältnismäßig leicht in Kauf genommen werden, zumal bei diesen vielfach die Verwendung nur einseitig bedruckter Deckblätter die tatsächliche Berichtigung des Textes ermöglicht. In dem vorliegenden Falle aber erfordert die Handhabung des Nachtrags ein umständliches Verfahren. Abgesehen von den zusammenhängenden Einschaltungen zur Erläuterung der neuen Vorschriften bringt der Nachtrag eine Fülle von Einzelangaben in der Form von Hinweisen, was auf den entsprechenden Seiten der 19. Aufl. an dem Gesetzes- oder Erläuterungstext zu ändern, was dort einzuschalten, welche Zeile zu berichtigen oder zu streichen ist. Die durch die Änderung betroffenen Absätze der 19. Aufl. erscheinen also nicht zusammenhängend im neuen Wortlaut, der Nachtrag ist vielmehr auf die bloßen Ergänzungshinweise beschränkt. Diese Beschränkung geht so weit, daß selbst in Fällen, in denen nur Satzteile des Gesetzestextes von einer Änderung betroffen wurden, lediglich diese Änderung, nicht aber der ganze Wortlaut der Vorschrift in Neufassung wiedergegeben wird (vgl. S. 25 zu § 112 Abs. 11, S. 28 zu § 115, S. 41 zu § 144a StPD. u. a. m.). Der Praxis wird es im Drange derer der Geschäfte sehr schwer fallen, den neuen Text erst zeilenweise zusammenzulegen zu müssen. Es mag sein, daß die Nachtragsausführungen mit Rücksicht auf die Raumfrage derart knapp gehalten wurden. Diese Rücksicht darf aber, wenn schon ein unfassender Nachtrag in Aussicht genommen ist, nicht unbedingt ausschlaggebend sein; andernfalls kann die praktische Verwertbarkeit der Nachtragsbearbeitung wesentlich beeinträchtigt werden.

WGR. Dr. Weh, Berlin.

WGR. i. R. C. Schaeffer und WGR. Dr. D. L. b. Hinüber:
Strafverfahrensrecht. Nach dem Stand vom 1. Nov. 1935.
(Schaeffers Grundriß des Rechts und der Wirtschaft. Bd. 10.)
46.—49. vollk. umgearb. Aufl. Leipzig 1936. Schaeffer
Verlag C. L. Hirschfeld. 159 S. Preis 3,20 RM.

Die neue Bearbeitung des Strafverfahrensrechts war nach den umfassenden Änderungen der StPD. durch die Gesetzgebung des neuen Staates unaufschiebbar geworden. Die neue Auflage des 10. Bandes der Schaeffer'schen Sammlung bringt alle Änderungen im Strafprozessrecht und stellt sie in bewährter Übersichtlichkeit und Klarheit dar. Auch ist das Heft wieder durch Tabellen und Beispiele einer Anlage, eines Eröffnungsbeschlusses und eines Urteils bereichert und gibt so gerade dem Studierenden, dem das Gebiet des Verfahrensrechts erfahrungsgemäß meist recht unbehaglich ist, die Möglichkeit, auch im Strafverfahrensrecht zu reiflicher Klarheit zu kommen.

Eine Änderung weist die neue Bearbeitung insofern auf, als die Geschichte des Strafprozessrechts herausgenommen worden ist und jetzt in dem Bande über „Deutsche Rechtsgeschichte“ dargestellt wird. Über die Zweckmäßigkeit dieses Verfahrens läßt sich wohl streiten. M. E. hätte der kurze geschichtliche Abriss, der die Vorauslage auf S. 6 ff. auszeichnete, beibehalten werden sollen. Sieht man aber einmal von diesem Schönheitsfehler ab, so kann man nur wiederholen, was bereits bei der Besprechung der Vorauslage in der *ZW.* 1933, 2512 gesagt worden ist:

„Jeder Studierende, der die StPD. nach diesem Werk gut durcharbeitet, wird keine Examensorgen auf diesem Gebiete zu haben brauchen. Über auch dem Praktiker wird dieses Werk ein Hilfsmittel zur Einarbeit in die neuen Gesetzesbestimmungen sein.“

WGR. Dr. D. Ritz, Berlin.

Dr. Karl Schäfer, WGR. im RM.: Strafprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen und ergänzenden Rechts- und Verwaltungsverordnungen nach dem Stande vom 1. Oktober 1935. Berlin 1935. Carl Heymanns Verlag. 522 S. Preis 5,80 RM.

Der Verf. hat für „Die deutsche Reichsgesetzgebung“ (Sammlung

von Textausgaben mit Einleitung, Paragraphenüberschriften und Sachregister) nach der Ausgabe des StGB. nunmehr auch die Ausgabe der StPD. und des GVG. besorgt. Die neue Vorschriftenammlung ist ebenso sorgfältig und übersichtlich zusammengestellt wie das erst kürzlich besprochene StGB. (vgl. *ZW.* 1935, 3610). Wesentlich umfangreicher als dieses bringt sie außer den Hauptgesetzen noch sehr viele Nebenbestimmungen, die auf dem Gebiete des Strafverfahrensrechts zum notwendigen Rüstzeug der Praxis gehören.

Auch in diesem Falle ist dem Gesetzestext eine umfassende Einleitung (S. 99) vorangestellt, die in jeder Beziehung lesenswert ist. Der Verf. behandelt in ihr die Rechtsentwicklung seit Erlaß des GVG. und der StPD. unter Hervorhebung der wichtigsten Änderungen, die beide Gesetze im Verlaufe der Zeit erfahren haben. Der Verf. gibt weiter eine Einführung in das Gerichtsverfassungs- und Strafverfahrensrecht, die ein plastisches Bild von den Grundlagen und der Ausübung der Strafrechtspflege vermittelt. Den Schluß bilden wertvolle Hinweise auf das künftige Recht, wie es sich aus dem einschlägigen veröffentlichten Schrifttum bereits jetzt in mehr oder minder deutlichen Umrissen erkennen läßt. Ein überaus reichhaltiges Sachregister erleichtert den Gebrauch.

Das handliche Bändchen wird allen Rechtswahrern, die sich eine zuverlässige neubearbeitete Textausgabe verschaffen wollen, willkommen sein. Für die Rechtsstudierenden erscheint es im Hinblick auf die vorzügliche Einleitung ganz besonders geeignet.

WGR. Dr. Albert Weh, Berlin.

Dr. iur. Max H. Schneebeli: Die Einmanngesellschaft (One Man Company). (Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft. Neue Folge, Heft 39.) Aarau 1934. Verlag S. R. Sauerländer & Cie. 257 S. Preis 6,50 RM.

Die Arbeit ist eine den Durchschnitt weit überragende Doktorschrift der Universität Zürich über das Problem der Einmanngesellschaft. Ihr Wert für den deutschen Juristen beruht darin, daß sie keineswegs bloß das schweizerische Recht darstellt, sondern die ausländischen Rechte — sowohl die der Einmanngesellschaft freundlichen wie feindlichen — sorgfältig berücksichtigt. Namentlich unser deutsches Recht erfährt eine eingehende, die Lehre und Rechtsprechung heranziehende Darstellung.

Im I. Teil weist der Verf. die rechtliche Zulässigkeit der Einmanngesellschaft nach schweizerischem Recht unter ständiger Beachtung der fremden Rechte nach. Im II. Teil bespricht er die Organisation und Rechtsverhältnisse der Einmanngesellschaft, um in einer Schlußbetrachtung zu ihrer rechtspolitischen Beurteilung überzugehen.

Besonders Interesse beansprucht der II. Teil, weil man durch die rechtsvergleichende Darstellung ein besseres Bild darüber bekommt, wie weit die Interessentität zu einer einheitlichen Behandlung von Gesellschaft und Gesellschafter in den einzelnen Ländern, die die Einmanngesellschaft grundsätzlich zulassen, geführt hat. Der Verf. lehnt die Auffassung ab, daß die Identität der Interessen immer zur Annahme rechtlicher Einheit zwingt und stellt auf die Interessenlage des einzelnen Falles ab (S. 114/15). Dem wird man vom Boden unserer Rechtsordnung beipflichten müssen.

Was das rechtspolitische Schlußkapitel angeht, so will der Verf. die in Deutschland namentlich für die Einmann-GmbH. gemachten schlechten Erfahrungen für die schweizerische Entwicklung nicht gelten lassen (S. 226 f.). Er weist darauf hin, daß die Einmanngesellschaft für den Inhaber keineswegs nur Vorteile bietet, vielmehr steuerrechtliche Nachteile (Doppelbesteuerung) und eine Minderung der Kreditfähigkeit zur Folge habe.

Für ihren Hauptnachteil ist er nicht blind, nämlich die Gefährdung der Gläubiger. Hier weist er mit Recht auf die Mängel des GmbHG. hin, die bei der Einmanngesellschaft in gesteigertem Maße zutage treten, so den ungenügenden Schutz gegen Überwertung und die unzureichenden Haftungsvorschriften. Er zeigt aber doch m. E. ein zu geringes Verständnis für die Schwächung des Verantwortungsgefühls, die die Anerkennung der Einmannverhandsperson zur Folge hat, indem sie auf einem Umweg die Möglichkeit eröffnet, die beschränkte Haftung für ein einzelnes Unternehmen einzuführen.

Das nimmt um so mehr wunder, als er gegen die unmittelbare Einführung der beschränkten Haftung des Einzelkaufmanns Bedenken ethischer Natur ins Feld führt. Daß diese Bedenken gegen die Einführung der beschränkten Haftung auf dem Umweg über die Einmanngesellschaft weniger stark durchgreifen sollen, ist schwer einzusehen.

Prof. Dr. Heinrich Lehmann, Köln.

Rechtssprechung

Nachdruck der Entscheidungen mit vorheriger Genehmigung der Schriftleitung und nur mit genauer Quellenangabe gestattet

Reichsgericht: Zivilsachen

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

*** 1. B. O. des R. Präs. zum Schutze der Wirtschaft v. 9. März 1932; §§ 1, 13 Unl. W. G. Das Verbot der Zugabe B. O. erfordert nur einen Zusammenhang zwischen Haupt- und Nebenleistung; kein Unterschied zwischen Zugabe und Werbegabe. Auch wo der Zusammenhang fehlt, kann der Tatbestand des unlauteren Wettbewerbes gegeben sein. †)

Dem bekl. Verband gehören alle Handlungen für Zahnbedarf in Deutschland (340) an. Die Handlungen gaben seit 35 Jahren jährlich ihren Kunden (Zahnärzten und Dentisten) ein Tagebuch als Geschenk. Für das Jahr 1935 wurden den Kunden zwei Bücher nach ihrer Wahl angeboten, das „Tagebuch für die Praxis“ und das „Taschenmerkbuch“. Das Tagebuch, in großem Format ausgeführt, gebunden, enthält außer einem Kalender und einer Anleitung zum Gebrauch von Abkürzungen, welche der Bezeichnung einer Zahnerkrankung oder einer zahnärztlichen Arbeit entsprechen, über 400 Seiten. Zunächst ist für jeden Kalendertag eine Seite vorhanden, die neben Raum für Notizen Vordrucke für Namen und Wohnung der Patienten, Behandlung, Sollzahlen und geleistete Zahlungen und Stundenzahl enthält. Es folgen Vordrucke für Bestellungen, für monatliche Zusammenstellungen über Umsatz, Einnahmen und Ausgaben, Jahresabrechnung, ausstehende Forderungen. Sodann kommt ein umfangreicher Teil mit Warenangeboten von Zahnbedarfshandlungen. Den Schluß bildet ein Register. Das in kleinerem Format hergestellte Taschenmerkbuch enthält außer dem Kalender nur Vordrucke mit Angaben von Zeit, Name und Raum für Bemerkungen für jeden Tag des Jahres. Während früher die Bücher von jeder einzelnen Handlung an ihre Kunden versandt wurden, ist jetzt auf Veranlassung des Bekl. die Verteilung in der Weise geordnet: An die Zahnärzte und Dentisten werden vor Beginn des Kalenderjahres von den einzelnen Handlungen rote Postkarten versandt, in denen der beklagte Verband der Kundschaft mitteilt, daß die Herstellung und der Vertrieb von Taschenbüchern und Taschenmerkbüchern für das Jahr (z. B. 1935) für das ganze Reich einheitlich geregelt ist. Der Kunde, der ein Buch wünscht, wird ersucht, die Bestellkarte der Handlung zu benutzen, über welche er die Lieferung wünscht. Die angehängte Bestellkarte ist an den Verband gerichtet. Sie enthält auf der Rückseite einen Vordruck für die Angabe der Handlung und die Bestellung. Weiter enthält sie den Satz: Ich bitte gegen Nachnahme noch zu liefern:

... Stück Tagebücher zum Preise von je 3,35 *R.M.*;

... Stück Taschenmerkbücher zum Preise von je 1,85 *R.M.*

Zu diesen Preisen kann ein Kunde weitere Bücher außer dem einen unentgeltlich zu liefernden bestellen. Der Verband schiebt die Bestellkarte an die darin angegebene Handlung. Diese bestellt auf ihre Rechnung das gewünschte Buch bei der Buchdruckerei G. S. in G., die die Bücher herstellt und sie an die einzelnen Zahnhandlungen weitergibt. Die Handlungen zahlen an die Druckerei für das Tagebuch 2 *R.M.* Der Verband erinnert gegen Ende des Jahres in den „Zahnärztlichen Mitteilungen“ und in der „Dtsch. Dentist. Wochenschr.“ an die Einföhrung der Bestellkarten für das nächste Jahr.

Die Kl. hat die Herausgabe eines Tagebuchs für zahnärztliche und dentistische Zwecke sowie ein dazugehöriges Kartothekblatt mit Zahnschemen für operative und prophylaktische Leistungen in die Wege geleitet. Sie fühlt sich durch das Verhalten des bekl. Verbandes geschädigt. Es verstoße gegen das

ZugabeG. v. 9. März 1932 und § 3 Unl. W. G. Neben Erwirkung einer Einstw. Vfg. beantragte sie mit der Klage in der Hauptsache, dem Bekl. bei Strafvermeidung zu untersagen, bei der Verteilung der Tagebücher oder der unentgeltlichen Abgabe irgendwie mitzuwirken.

Das BG. entsprach der Klage, das BG. wies sie ab, RG. hob auf.

Das BG. hält es für wesentlich, ob es sich bei der Verteilung der Tagebücher um eine Zugabe oder um eine Werbegabe handelt, ob also eine Verbindung zwischen einem Hauptrechtsgeschäft und der Lieferung des Tagebuchs besteht. Im Gegensatz zu seiner Auffassung in der Einstw. Vfg. hat es im Hauptprozeß die Verbindung verneint. Maßgebend für die frühere Beurteilung sei neben der allgemeinen Erwägung, daß durch die Zuwendung des wertvollen Tagebuchs auf den Kunden in Richtung auf weitere Bestellungen ein moralischer Druck ausgeübt werde, der ihm die Freiheit seiner Entscheidungen sicherlich oft beeinträchtigen werde, der Umstand gewesen, daß die Kl. durch Vorlage von eidesstattlichen Versicherungen glaubhaft gemacht habe, daß mehrere Zahnwarenhandlungen i. Verb. m. der Übersendung des Tagebuchs um neue Bestellungen erjucht, eine Frankfurter Firma sogar die Zuföhrung des Buches von einer Mindestjahresabnahme von Waren im Betrage von 300 *R.M.* abhängig gemacht habe. Für das Hauptverfahren will das BG. seine Auffassung nicht aufrecht halten, weil die Kl. nicht nachgewiesen habe, daß das Verfahren, die kostenlose Zusendung des Tagebuchs von weiteren Bestellungen abhängig zu machen, nicht nur von einzelnen Mitgliedern des Verbandes, sondern in einer größeren Mehrzahl von Fällen eingeschlagen worden sei. Es müsse daher davon ausgegangen werden, daß es sich bei den in der Einstw. Vfg. glaubhaft gemachten Fällen nur um einige Entgleisungen gehandelt habe. Zudem habe der Bekl. aber nachgewiesen, daß er das Erforderliche getan habe, derartig falsche Auffassungen, wie sie stets einmal auftreten können, nach Möglichkeit zu verhindern. Er habe nämlich seinen Mitgliedern die Tagebücher zur unentgeltlichen Abgabe bestellten, einen Zettel zugefandt; in diesem habe er mitgeteilt, daß eine verbotene Zugabe dann nicht vorliege, „wenn ein Gegenstand, ohne daß ein Vertragsabschluß den unmittelbaren Anlaß liefert, verschenkt wird“. Dadurch habe er seinen Mitgliedern unzweideutig erklärt, daß sie das Tagebuch nur als Werbegabe, nicht als Zugabe verteilen dürften. Daß ein solches Geschenk erlaubt sei, stehe außer Frage, auch wenn durch die Hingabe zum Ausdruck gebracht werde, daß die schenkende Firma Bestellungen erhofft; denn jede Werbegabe erfolge ausschließlich in dieser Erwartung. In den wenigen Fällen, in denen Mitglieder des Bekl. unzulässigerweise den Charakter des Tagebuchs als Werbegabe in einem solchen als Zugabe umgefälscht haben, könne die Kl. unmittelbar gegen diese vorgehen.

Die Rev. der Kl. rügt Verletzung der §§ 286, 139 ZPO. und des sachlichen Rechtes. Die Prozeßrüge richtet sich dagegen, daß das BG. das Vorbringen der Kl. in der Verfügungssache und das neue Vorbringen in der Hauptsache nicht beachtet habe, aus dem sich ergebe, daß die Zahnbedarfshandlungen die Lieferung des Tagebuchs ohne besondere Vergütung von dem Bezug einer Mindestmenge von Waren während eines Jahres abhängig gemacht haben. Soweit es an Beweisantritt für die aufgestellten Behauptungen fehle, sei das richterliche Fragerecht nicht ausgeübt worden. Es liege ferner eine Verkennung der Beweislast vor. Der bereits feststehende objektive Sachverhalt, dazu das im Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils wiedergegebene Geständnis des Bekl., daß die Zahnhandlungen die unentgeltliche Lieferung des Buches von einem durchschnittlichen jährlichen Bezuge von 600—900 *R.M.* abhängig machten, die Art der Versendung der Karten mit Aufschrift einer bestimmten Firma i. Verb. m. der allgemeinen Lebenserfahrung er-

gaben klar den inneren Zusammenhang des Haupt- und Nebengeschäftes. Das Verhalten des Bekl. müsse einheitlich bewertet werden; ohne Rücksicht darauf, wie viele der Mitglieder das verbotene Verfahren eingeschlagen haben, sei anzunehmen, daß der Bekl. jedes Handeln aller seiner Mitglieder nach der verbotenen Richtung bewußt förderte und in den Kauf nahm. So beruhe legtes Endes das BU. auf Verkennung des Rechtsbegriffes der Zugabe i. S. der VO. v. 9. März 1932.

Soweit die Rev. sich auf Verletzung des sachlichen Rechtes stützt, hängt die Entsch. zunächst von der Auslegung der VO. des RPräJ. zum Schutze der Wirtschaft v. 9. März 1932 (RG-Bl. I, 121 ff.), Erster Teil, Zugabewesen (künftig Zugabe-VO.) ab.

Das in § 1 VO. ausgesprochene Verbot, im geschäftlichen Verkehr neben einer Ware oder einer Leistung eine Zugabe (Ware oder Leistung) anzubieten, anzukündigen oder zu gewähren, enthält für eine bestimmte Art der Betätigung im geschäftlichen Verkehr eine Sonderregelung, durch die die allgemeinen Best. über den Wettbewerb, wie sie insbes. im UnlWG. enthalten sind, ergänzt werden. Schon vor Erlassung der ZugabeVO. war in der RPr. anerkannt (RGSt. 61, 58), daß das Versprechen und Gewähren einer Zugabe den Tatbestand des unlauteren Wettbewerbes i. S. des § 1 UnlWG. erfüllen können, wenn es auch nicht ohne weiteres ein unlauteres Geschäftsgewaren darstellen muß, es vielmehr auf die Umstände des Einzelfalles ankomme. Die ZugabeVO. hat grundsätzlich — also von Ausnahmen abgesehen — die Zugabe verboten und damit der immer mehr hervorgetretenen Auffassung der beteiligten Verkehrskreise Ausdruck gegeben, daß die Zugabe regelmäßig als unlauteres Werbemittel anzusehen ist. Es sollte damit nicht nur der lautere Wettbewerb derer, die Waren und Leistungen gleicher Art in den Verkehr bringen, geschützt werden, sondern darüber hinaus auch die Belange derer gewahrt werden, deren Gewerbe den Vertrieb der als Zugabe benutzten Waren und Leistungen als Hauptleistungen zum Gegenstand hat. Es kam damit das Bedürfnis des Schutzes eines weiter gezogenen Kreises von Gewerbetreibenden gegen Störungen, die den allgemeinen Anschauungen des ehrbaren Gewerbes widersprechen, zum Ausdruck. Zu diesem Zwecke wurde die Klage auf Unterlassung künftiger Zuwiderhandlungen gegen das Verbot allen gegeben, die Waren oder Leistungen gleicher oder verwandter Art wie die Haupt- oder Zugabeware- oder -leistung in den geschäftlichen Verkehr bringen (§ 2 ZugabeVO.). Von dem Standpunkt der Zusammengehörigkeit und der Gemeinsamkeit der Interessen der Gewerbetreibenden aus ergibt sich eine weite Auslegung des Zugabeverbotes, die auch tatsächlich zur Verwirklichung des erstrebten Zieles führt und Umgehungen tunlichst unmöglich macht. Nun folgt schon aus dem Begriff der Zugabe und aus dem Wortlaut des § 1 VO. („neben einer Ware oder Leistung“), daß die als Zugabe in Betracht kommende Leistung i. Verb. m. einer Hauptleistung stehen, daß ein Zusammenhang zwischen beiden vorhanden sein muß. Weder Wortlaut noch Zweck des Verbotes rechtfertigen aber die Auslegung, daß Haupt- und Nebenleistung räumlich und zeitlich zusammenzufallen muß. „Neben der Ware“ bedeutet vielmehr nur, daß der Zusammenhang der beiden Leistungen vorhanden sein muß. Er kann auch bestehen, wenn die Zugabe erst nach der Hauptleistung gewährt wird, ebenso aber auch, wenn die Zugabe vorher bewirkt wird. Dem Zweck des Verbotes würde es widersprechen, wenn etwa am Schlusse des Jahres allen Kunden wertvolle Gegenstände geliefert würden, auf die sie zwar keinen Rechtsanspruch haben, auf deren Lieferung sie aber nach dem Verhalten ihres Lieferanten in früheren Jahren rechnen konnten und die sie zum Geschäftsverkehr gerade mit diesem Lieferanten veranlaßten. Es ist also nicht nötig, daß die Gabe einer bestimmten einzelnen Ware beigelegt wird; es kann vielmehr genügen, daß sie im Zusammenhang mit dem Gesamtbezug eines längeren Zeitraums gewährt wird. Es kann auch nicht ein Unterschied gemacht werden zwischen einer bloßen „Werbegabe“ und einer „Zugabe“. Der Werbung dient die unter das Verbot fallende Zugabe so gut wie ein kleines Geschenk, das vom Verbot ausgenommen ist. Der sog. „Wertreklame“ entgegenzutreten, ist gerade der Zweck der ZugabeVO. Betrachtet man unter diesen Gesichtspunkten die von den Zahnbedarfs-

handlungen geübte unentgeltliche Lieferung der Tagebücher an Zahnärzte und Dentisten, so unterliegt es keinem Zweifel, daß es sich um verbotene Zugaben handelt. Die Tagebücher sind nicht etwa lediglich Kleinigkeiten, die unter die Ausnahme des § 1 Abs. 2 a ZugabeVO. fallen. Sie sind insbes. nicht einfachen Kalendern oder Notizbüchern gleichzustellen, wie sie von Gewerbetreibenden zum Jahresfluß an Kunden oder zu wertende Kunden verteilt werden. Es handelt sich keineswegs um Reklamegegenstände von geringem Wert, die als solche durch eine dauerhafte und deutlich sichtbare Bezeichnung der reklametreibenden Firma gekennzeichnet sind (§ 1 Abs. 2 a ZugabeVO.). Die kleinen runden Zettel mit den Firmenbezeichnungen der Handlungen, die diese auf die erste Seite der Bücher kleben, sind ohne Spur ablösbar. Die Tagebücher stellen vielmehr einen wertvollen Gegenstand dar, der dem Empfänger die Führung der Praxis ermöglicht, den er täglich braucht, der ihm die geeignete Behandlung der Kranken durch Feststellung des Krankheitsbildes gestattet und auch der finanziellen Auswertung seiner Tätigkeit dient, der ihm also unentbehrlich ist, und den er anderweit käuflich erwerben müßte, wenn er ihm nicht von einer Zahnwarenhandlung ohne besondere Vergütung geliefert werden würde. In der Leistung liegt schon, abgesehen von dem Geldwerte des Tagebuchs, ein starker Anreiz für den Empfänger, nun auch von dem Lieferanten den Warenbedarf für seine Praxis zu beziehen. Der Geber rechnet dabei auf das Anstandsgefühl der Bezücker, das es verbietet, von dem einen ohne besondere Vergütung einen wertvollen Gegenstand entgegenzunehmen und ihn täglich zu benutzen, seinen Warenbedarf aber bei einem anderen zu decken. Dabei spielt es keine Rolle, daß der Anschaffungspreis des Buches oder der Preis, den ein Zahnarzt oder Dentist beim Kauf des Buches beim Drucker oder Buchhändler anlegen müßte, im Verhältnis zum durchschnittlichen Warenbezug der Bezücker gering ist. Abgesehen davon, daß es auf den objektiven Wert des Buches für die Bezücker ankommt, ist der moralische Zwang, der durch den Gebrauchswert des Tagebuchs für den Empfänger ausgeübt wird, immer vorhanden. Der enge Zusammenhang zwischen der Gabe und dem Warenbezug des Empfängers und der Wille der Zahnwarenhandler, das Tagebuch nur denen zuzulassen zu lassen, die wirklich Waren vom Geber beziehen, tritt aber noch besonders in der Organisation der Verteilung der Tagebücher in die Erscheinung. Diese Organisation geht auf die Anregung des Bekl. Verbandes zurück und steht unter seiner maßgebenden Leitung. Schon durch die Einrichtung, daß das Tagebuch nur auf Anforderung des Zahnarztes geliefert wird, und daß es von einer bestimmten Handlung schriftlich nach einem Formular angefordert werden muß, verstärkt nicht nur den moralischen Zwang zum Warenbezug, sondern bringt die Gabe auch in Beziehung zur Warenlieferung. Mag die Schaffung der Organisation, wie die Bekl. behauptet und das VG. annimmt, auch durch das Bestreben veranlaßt sein, eine unnötige Mehrbelieferung eines Zahnarztes oder Dentisten zu verhindern, so zeigt sie doch gerade auch, daß Geber und Empfänger die Gabe als objektiv wertvoll ansehen; sie läßt aber hauptsächlich erkennen, daß der einzelne Händler die Ausgabe für das Tagebuch nur machen will, wenn der Empfänger auch von ihm Waren in größerer Menge bezieht. Ob das Verhalten des Bekl., insbes. das Ausziehen der Organisation gerade den Zweck hatte, den Zusammenhang zwischen Gabe und Warenbezug herzustellen, oder ob dabei oder vielleicht als äußerer Anlaß für die Organisation auch Ersparung unnötiger Aufwendungen seiner Mitglieder bestimmend war, ist für die Anwendung des § 1 ZugabeVO. nicht ausschlaggebend. Denn die Unterlassungsklage nach dieser Vorschr. wie nach § 1 UnlWG. setzt nicht voraus, daß die beanstandete Handlung zum Zwecke des unlauteren Wettbewerbes erfolgte. Es genügt vielmehr, daß die Handlung objektiv geeignet ist, die vom Gesetz verbotene Art des Wettbewerbes darzustellen. Besteht wie hier die Geeignetheit der Maßnahme, so kommt es nicht darauf an, ob und wie viele Händler sich mit dem durch die Art des Versandtes und dem Wert der Gabe bewirkten Druck auf den Empfänger nicht begnügt, sondern ausdrücklich die Lieferung des Tagebuchs von dem Bezug einer Mindestwarenmenge abhängig gemacht oder sie solchen Bestel-

lern, die bisher nicht genügend bezogen haben, versagt haben. Entscheidend ist, daß nach dem üblichen Verlauf des geschäftlichen Verkehrs die Lieferung des Buches und der Waren durch den gleichen Händler erfolgt. Diese Folge kann aber bei der Art der Organisation nach der Lebenserfahrung ohne weiteres als feststehend angesehen werden.

Der Zusammenhang zwischen Warenbezug und Buchlieferung unterliegt jedenfalls keinem Zweifel, soweit die Bücher solchen Zahnärzten und Dentisten geliefert wurden, die schon im abgelaufenen Jahre Ware von der buchliefernden Handlung bezogen haben. Dann ist das Buch die Zugabe zu der im abgelaufenen Jahr gelieferten Ware. Daß unter den Belieferten sich auch solche alte Kunden befanden, kann nach den Umständen des Falles ohne weiteres angenommen werden.

Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob aus der Feststellung im Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils, nach der die Bekl. erklärt hat, dem Einkaufswert des Buches von 2 RM stündlichen Bestellungen der Zahnärzte und Dentisten von durchschnittlich 600—900 RM im Jahre gegenüber, entnommen werden kann, der Bekl. habe zugegeben, daß die Handlungen die Lieferung des Buches von einem solchen Durchschnittsbezug abhängig gemacht haben.

Hiernach ist der Unterlassungsanspruch der Kl., die als Herausgeberin eines ähnlich eingerichteten und ähnlichen Zwecken dienenden Tagebuchs zu den nach § 2 ZugabeVO. Klageberechtigten gehört, nach § 1 VO. begründet. Der beklagte Verband ist auch zur Unterlassung verpflichtet, da er durch seine Tätigkeit die Zuwiderhandlung seiner Mitglieder unterstützt hat. Für die hier allein in Betracht kommende Unterlassungsklage ist es unerheblich, ob ein Verschulden des Bekl. durch den vom Bekl. an seine Mitglieder versandten Zettel ausgeschlossen ist, in dem er das Tagebuch als keine unerlaubte Reklame bezeichnet und sich dabei auf eine Äußerung des Werberates der deutschen Wirtschaft beruft. Auch an dem Bestehen der Wiederholungsgefahr ist nicht zu zweifeln.

Rimmt man an, daß es bei denen, die das Buch erhielten, ohne im vorhergehenden Jahre vom Lieferer Waren bezogen zu haben oder solche mit der Anforderung zu bestellen, trotz der bestehenden Organisation an dem erforderlichen Zusammenhang fehlt, also eine Zugabe nicht vorliegt, so war zu prüfen, ob die unentgeltliche Verteilung der Bücher nicht gegen § 1 UnlWG. verstößt. Die ZugabeVO. steht dem nicht entgegen. Sie wollte wohl den Hauptauswüchsen der Wertreklame entgegenzutreten. Sie wollte aber, wie schon ihr Bestreben nach Verbesserung des Wettbewerbsrechts zeigt, den § 1 UnlWG. nicht dahin einschränken, daß eine Wertreklame, die nicht unter den Begriff der Zugabe fällt, künftig schlechthin erlaubt sein soll. Zur Anwendung dieser Gesetzesbestimmung war es nicht erforderlich, daß sich die Kl. ausdrücklich darauf berief. Es war vielmehr Sache des Richters, die Anwendbarkeit des Gesetzes auf den vorl. Sachverhalt zu prüfen. Unter den gegebenen Umständen liegt eine Zuwiderhandlung gegen die guten Sitten des Wettbewerbs vor. Dafür sprechen die bereits in § 1 ZugabeVO. wiedergegebenen Erwägungen, der Wert der Gabe, der Zwang für den Empfänger, das Tagebuch nur von einer bestimmten Handlung zu beziehen, die Notwendigkeit einer besonderen Anforderung und die Organisation des Absatzes. Die unentgeltliche Verteilung stellt hier, auch wenn sie nicht im Zusammenhang mit einem bestimmten Warenbezug steht, ein Lockmittel dar, das nach den heutigen Anschauungen gegen die guten Sitten des lateren Wettbewerbs verstößt. Der Widerstand, der sich in weiten Kreisen der Gewerbetreibenden gegen die Zugaben i. S. der ZugabeVO. geltend gemacht hat, und der sich gegen sie als gegen ein wettbewerbsfremdes Mittel richtet, zeigt, daß eine Werbung mit einem wertvollen Geschenk auch ohne engeren Zusammenhang zur Hauptleistung den Anschauungen der Gewerbetreibenden widerspricht, insbes. wenn dadurch ein anderes selbständiges Gewerbe, aus dessen Bereich die Werbe Geschenke stammen, schwer beeinträchtigt wird.

Liegt hiernach auch der Tatbestand des § 1 UnlWG. vor, so entsteht die weitere Frage, ob die Kl. insoweit nach § 13 UnlWG. klageberechtigt ist. Die Frage ist zu bejahen. § 13 fordert nur, daß der Kl. Waren oder Leistungen gleicher oder verwandter Art herstellt oder in den geschäftlichen Verkehr

bringt. Ob die Ware von dem einen als Haupt-, von dem anderen als Nebenleistung in den Verkehr gebracht wird, macht keinen Unterschied; er ergibt sich weder aus dem Wortlaut noch aus dem Zwecke des § 13 UnlWG. Auch hier ist, wie bei dem Begriff „verwandter Art“ (vgl. RG.: JW. 1926, 1550), von einer weiten Auslegung des Gesetzes auszugehen, da nur dadurch ein wirksamer Schutz gegen unlauteres Verhalten erreicht werden kann.

Hiernach war das angefochtene Urteil aufzuheben und die Ber. des Bekl. gegen das landgerichtliche Urteil als unbegründet zurückzuweisen.

(U. v. 10. Dez. 1935; II 247/35. — Düsseldorf.)

[R.]

Anmerkung: Das Urteil ist von weittragender Bedeutung. Ihm ist in vollem Umfange zuzustimmen. Freilich muß auch davor gewarnt werden, die Entsch. nun auf jeden Fall des Werbegeschenkts unterschiedslos anzuwenden.

Der Gesetzgeber hat keine Begriffsbestimmung der Zugabe vorgenommen. Auch höchstrichterliche Rspr. zur akzessorischen Natur der Zugabe fehlte bisher. Das Schrifttum forderte durchweg, „daß ein Haupt-Rechtsgeschäft und mit diesem in zeitlicher und örtlicher Koordination eng verbunden ein Neben-Rechtsgeschäft vorliegen muß“ (so *Funderstorff*, Zur Systematik des reichsgesetzlichen Zugabeverbotes, 2. Aufl., S. 7). Dem entsprach es, daß die Erläuterungsbücher „den Kalender zu Neujahr, das Porzellanservice zur silbernen Hochzeit“ (*Funderstorff* a. a. D., S. 8), „Neujahrs-, Jubiläumsgeschenke“ (*Klaue*, Das Zugabewesen, 2. Aufl., S. 24) ohne Rücksicht darauf, ob der Empfänger schon Kunde ist oder erst noch werden soll, als nicht unter die Zugabebeschreibungen fallend ansahen, wenn der örtliche und zeitliche Zusammenhang zwischen einem Hauptgeschäft und dem Nebengeschäft der Gabengewährung nicht gegeben war (so *Funderstorff* a. a. D.), wenn die Gabe nicht an die Abnahme einer Ware gebunden war (so *Gottschid*, Das Zugabeverbot, 2. Aufl., S. 33). *Klaue* a. a. D., S. 24 betonte ausdrücklich: „Handelt es sich um bloße Aufmerksamkeiten an sog. „gute Kunden“, so gehören sie nicht zu den Zugaben.“ Und der Werberat schloß sich in „Wirtschaftswerbung“ 1934, 32 dieser Auffassung in aller Form an: „Keine Zugabe ist es daher, wenn ein Gegenstand, ohne daß ein Vertragsabschluß den unmittelbaren Anlaß bietet, verschenkt wird. Daher sind die üblichen Geschenke, die man einem Kunden zu Weihnachten oder zum Neuen Jahr macht, z. B. Buch- oder Abreißkalender keine Zugabe. Wird die Ware dagegen als unmittelbare Folge eines Vertragsabschlusses zugegeben, so sind die Best. der ZugabeVO. zu beachten.“ Alle diese Auffassungen sind heute widerlegt. *Lomniy* (Mitt. der FGR. Berlin 1933, 962) war freilich nahe an den Gedankengang des RG. herangekommen, als er das dem Stammkunden gewährte Weihnachtsgeschenk als Treue-Gabe bezeichnete und darauf hinwies, daß die Treue-Gabe auch dann keine Zugabe darstellt, wenn kurz vor Empfang des Geschenks der Kunde zufällig einen Einkauf getätigt hat. Denn Geschenke werden nicht wegen dieses zufälligen Einkaufs gewährt, sondern, weil der Kunde das ganze Jahr hindurch dem Kaufmann die Treue bewahrt habe. Gerade aber dieser Gedanke bildet für das RG. die tragende Stütze, wenn es das Neujahrs Geschenk als Zugabe ansieht. Wird das Geschenk im Zusammenhang mit dem Gesamtbezug eines längeren Zeitraumes gewährt, dann ist die Werbegabe eine Zugabe. Das ist bisher ganz allgemein verkannt worden, entspricht aber durchaus unserem heutigen Rechtsdenken, das bei der Prüfung der Frage, ob ein Zusammenhang vorliegt, sich nicht zufrieden gibt, wenn formale, juristische Zusammenhänge nicht festgestellt werden, sondern weiterforscht, ob nicht rein tatsächliche Zusammenhänge vorliegen, denen dasselbe Gewicht zukommt wie den rechtsgeschäftlichen Zusammenhängen.

Freilich darf nicht übersehen werden, daß in dem Falle, den das RG. entschieden hat, noch besondere Umstände vorlagen, die zur Annahme eines Zusammenhanges geradezu zwangen. Die Zahnärzte erhielten das Werbe Geschenk nur auf Anfordern. Sie mußten es von einer bestimmten Handlung schriftlich nach einem Formular anfordern. Es war geradezu eine Organisation zur Verteilung der Taschenbücher geschaffen worden, die dem Zweck diente, einen möglichst engen Zusammenhang zwischen

dem Zahnarzt und der Dentalhandlung, die ihm das Taschenbuch schenkte, herzustellen bzw. aufrechtzuerhalten und zu verstärken. Diese besonderen Umstände werden nur selten vorliegen. Indessen darf nicht übersehen werden, daß Bekl. ein Verband war, der selber keine Geschäfte mit den Beschenkten tätigte. Deshalb mag es das RG. für erforderlich angesehen haben, die besonderen Umstände mit heranzuziehen und den Zusammenhang funtfälliger zu machen. Das ist nicht erforderlich da, wo es an einem die Werbegaben organisierenden Verband fehlt, wo die Firma beklagt ist, deren Stammfunde der Beschenkte ist.

Der Grundsatz des RG. über den Zusammenhang zwischen Gelegenheitsgeschenk und Gesamtbezug eines längeren Zeitraums wird anzuwenden sein bei dem Recht der redaktionellen Notiz, soweit Ziff. 14 der 3. Bef. des Werberats v. 21. Nov. 1933 in Betracht kommt. „Wer Wirtschaftswerbung durch Anzeige ausführt, ist verpflichtet, vom Inkrafttreten dieser Bef. an alle Verträge über Anzeigenwerbung nur noch nach der Preisliste eines Verlegers abzuschließen. Über die Preisliste hinausgehende Vergünstigungen dürfen in keiner Form weder beansprucht noch gewährt werden.“ Umstritten ist hier die Frage, ob ein Verstoß gegen Ziff. 14 vorliegt, wenn der Werbungtreibende, der über eine längere Zeit hin in einer Zeitschrift inseriert hat, von ihr den Abdruck einer werbenden Redaktionsnotiz zu einem Zeitpunkt fordert oder erwirkt, zu dem Anzeigenabschlüsse weder vorliegen, noch in Aussicht stehen, noch auch kürzere Zeit zurückliegen. Man wird auch hier die Frage stellen: Ist der Werbungtreibende Stammfunde? Hat er über eine längere, nicht zu fern liegende Zeit hindurch in dem Blatt inseriert? Dann liegt der Zusammenhang zwischen Anzeigenabschlüssen und Anspruch auf Abdruck der werbenden Redaktionsnotiz vor, auch wenn zur Zeit keinerlei Anzeigenvertrag schwebt oder in Aussicht genommen ist.

Nicht angewandt werden kann das Urteil auf „einfache“ Kalender oder Notizbücher, wie sie von Gewerbetreibenden zum Jahreschluß an Kunden verteilt werden. Darauf weist das RG. ausdrücklich hin. Es wirft damit aber die Frage auf: was ist ein „einfacher“ Kalender? Sind die in Saffian gebundenen Notizbücher, die Eisenbahnkarten, Verkehrszeichen, Posttarife, statistische Angaben, Ortsverzeichnisse, Notizraum für jeden Tag, Raum für alphabetische Notizen, 50 Blatt perforiertes weißes Papier und noch eine Ersatzeinlage für letzteres enthalten, noch geringwertige Kleinigkeiten? Sind sie Kellamegegegenstände von geringem Wert, wenn sie dauerhaft und deutlich sichtbar den Namen oder die Marke der gebenden Firma aufweisen? Durch die Betonung des Wortes „einfach“ will das RG. offenbar auch hier dem Übermaß steuern, und man darf wohl aus dem Urteil die Lehre für die Notizbuchverteiler ziehen, daß sie sich künftig in der Ausstattung der Bücher entsprechende Beschränkungen auferlegen.

Das RG. setzt sich auch mit der Streitfrage auseinander, ob eine Gabe dadurch zu einer geringwertigen wird, daß ihr Wert im Verhältnis zur Hauptleistung gering ist. Die Frage wird verneint. Damit tritt das RG. der h. M. der Entsch. des OLG. Dresden v. 9. Febr. 1933: GRUR. 33, 322 entgegen. Bedeutungsvoll ist, daß das verteilte Buch einen Einkaufswert von 2 RM hatte, die Warenbezüge der Zahnärzte aber durchschnittlich 600—900 RM jährlich erreichten.

Soweit die Empfänger der Werbegabe noch nicht Kunden sind, kann das Werbegeschenk ein gegen § 1 UnlWG. verstößendes Lockmittel darstellen. Auch hier ist zu beachten, daß das RG. als Stütze für die Anwendung des § 1 UnlWG. die oben erwähnten besonderen Umstände, den Zwang für den Empfänger, das Tagebuch nur von einer bestimmten Dentalhandlung zu beziehen, den Zwang, das Buch besonders anzufordern, die besonders geschaffene Organisation zur Verteilung der Werbegabe, heranzieht. Indessen zeigen die Schlusausführungen des RG., daß es auch, wenn solche besonderen Umstände nicht vorliegen, die Werbung neuer Kunden mit einem wertvollen Geschenk ablehnt. Damit bekundet das höchste Gericht den schon in dem Urteil v. 11. Okt. 1935, II 198/35 = JW. 1936, 252¹⁰ ausgesprochenen Willen, den „immer stärker betonten strengen Anforderungen an die Lauterkeit und Anständigkeit im geschäftlichen Wettbewerb“ gerecht zu werden. Ob das RG. einen Verstoß gegen § 1 UnlWG. verneinen würde, wenn aus-

nahmungsweise „ein anderes selbständiges Gewerbe“, das sich den Vertrieb der gleichen Gegenstände zum Geschäftszweck gefezt hat, nicht vorhanden ist, muß abgewartet werden. Solange es ein Gewerbe gibt, das, wenn es auch zur Zeit noch nicht den beschenkten Artikel vertreibt, doch in der Lage und berufen wäre, ihn zu vertreiben, dürfte jedenfalls die Beeinträchtigung dieses Gewerbes und damit die Verletzung des § 1 UnlWG. anzunehmen sein.

Keinesfalls darf übersehen werden, daß das Urteil in der Sphäre vom Einzelhändler zum letzten Verbraucher ergangen ist, nicht in der Sphäre vom Großhändler zum Händler oder vom Fabrikanten zum Großhändler. Man braucht nur einmal an die Riste Zigarren zu denken, die der Hamburger Großhändler dem Händler zu Weihnachten zu schenken pflegt. Ganz davon abgesehen, daß der Händler durchaus auch ohne diese Riste Zigarren sein Geschäft führen kann, und daß der Jahresbezug des Händlers vom Großhändler in einem kaum noch meßbaren Mißverhältnis zu dem üblichen Werbegeschenk zu stehen pflegt, ist der „empfangende Händler“ doch nicht selten nur der angestellte Filialleiter eines dritten Dienstherrn, der das Werbegeschenk nicht einmal zu sehen bekommt, geschweige denn, daß er in seinen Genuß trete. Eine unästliche Verlockung „des Händlers“ würde hier in all den Fällen ausgeschlossen sein, wo der Händler keine Einkaufsbefugnis hat, der Einkauf vielmehr von der Zentrale durchgeführt wird. Aber auch wo der Filialleiter selber disponiert, müßte das Geschenk schon ein Ausmaß erreichen, das es zur Angestelltenbestechung macht, um unästliche Verlockung zu sein.

Gegen das Urteil wenden sich heute schon die Vertretungen der Wirtschaft, die Zeitschriften der Volkswirtschaftswissenschaft und die wettbewerb-rechtspolitisch interessierten Stellen. Die Richtigkeit des Urteils für den entschiedenen Einzelfall bezweifeln sie nicht, seiner Verallgemeinerung treten sie mit Recht entgegen.

RM. Dr. Culemann, Düsseldorf.

*

**2. § 123 BGB. § 25 HGB. findet auch auf den Erwerb eines Handelsgeschäfts Anwendung, der auf einem anderen Rechtsgeschäft als Kauf (z. B. Vergleich, Auseinandersetzung) beruht. Der das Handelsgeschäft fortführende und im Handelsregister als Inhaber eingetragene Erwerber haftet aus § 25 HGB. auch dann, wenn das dem Erwerb zugrunde liegende Rechtsgeschäft anfechtbar oder nichtig ist. Kennt der Altgläubiger den Anfechtungsgrund (§ 123 BGB.) oder mußte er ihn kennen, so entfällt die Haftung des Erwerbers.

Die Kl., eine Drogengroßhandlung, hat an einen Apotheker B., der als Verwalter (Pächter) der Apotheke in D. tätig war, Apothekerverwaren, unstreitig ohne Eigentumsvorbehalt, geliefert und verlangt jetzt Zahlung der Lieferungen von dem Bekl. Dieser war und ist Inhaber der Realzession für die genannte Apotheke. Er hatte ihre selbständige Verwaltung durch den Vertrag v. 20. Jan. 1931 an den Apotheker B. und dessen Frau übertragen. Diese übernahmen unter Fortführung der bisherigen Handelsfirma das Warenlager und die in dem Vertrage näher bestimmten Lasten der Apotheke und sollten an den Bekl. monatlich eine Entschädigung von 15% des Umsatzes, mindestens 1000 G.M., abführen. Die Warenbestellungen „im Rahmen des Geschäfts wie bisher“ sowie ordnungsmäßige Zahlungen an die Lieferanten sollten durch die Verwalter erfolgen; der Bekl. „erklärt ausdrücklich, daß er keinerlei Haftung übernimmt“ und ist „berechtigt, durch Anfrage bei den Lieferanten sich zu überzeugen, ob die Warenlieferungen bezahlt sind“.

Zwischen dem Bekl. und B. entstanden nach einiger Zeit Zwistigkeiten. Bei den Verhandlungen hierüber i. J. 1933 gelangten die Genannten zu der Auffassung, daß nach der Ripr. derartige Verwaltungsverträge mit pachtähnlichen Bedingungen über Apotheken nicht zulässig, sondern rechtswidrig seien. Demnach schlossen der Bekl. und B. zwecks

Auseinanderetzung ein Übereinkommen v. 28. Aug. 1933. Danach sollten sämtliche Ansprüche aus dem Abkommen vom 20. Jan. 1931, „d. h. aus dem Anstellungsverhältnis“ zwischen dem Bekl. und B. mit dem 1. Sept. 1933 erlöschen sein. Der Bekl. übernahm das Warenlager gegen bestimmte Leistungen an B. Die Ziff. 2 und 3 des Abkommens lauten: „2. Herr C. (Bekl.) verpflichtet sich weiterhin, die bis zum 31. Aug. 1933 für die Apotheke entstandenen Warenschulden zu übernehmen, und zwar in Höhe bis zu 12500 RM. 3. Es wird festgestellt, daß die Außenstände der Apotheke bis zum 31. Aug. 1933 Herrn B. zustehen. . .“

Die Kl. nimmt den Bekl. aus folgenden rechtlichen Gründen in Anspruch: Der Vertrag v. 20. Jan. 1931 sei nichtig. Die Haftung sei aus Schuldübernahme (§§ 414, 415 BGB.), Vermögensübernahme (§ 419 BGB.) und Firmenfortführung (§ 25 HGB.) gegeben.

Das LG hat den Bekl. verurteilt.

Das abweisende Urteil des OLG. wurde aufgehoben und der Rechtsstreit an das OLG. zurückverwiesen.

Wenngleich eine Haftung des Bekl. gegenüber der Kl. aus den im BU. erörterten Gesichtspunkten auf Grund tatsächlicher, mit der Rev. nicht angreifbarer Feststellungen und Auslegungen von Verträgen und Briefen ohne Rechtsirrtum verneint wird, so erweist sich die Rev. doch deshalb als begründet, weil das BU. zu der Frage einer Haftung des Bekl. aus § 25 HGB. Stellung nicht genommen hat. Die Kl. hat nach dem BU. vorgetragen, daß der Bekl. trotz der Verpachtung als Inhaber der Apotheke im Handelsregister eingetragen geblieben sei und deshalb für die im Betriebe der Apotheke gemachten Schulden aufzukommen habe. Die — bislang nicht abschließend geklärte — Frage, ob der nach der Auffassung der Beteiligten ungültige Vertrag v. 20. Jan. 1931 tatsächlich der rechtlichen Wirksamkeit entbehrte, ist für die Rechtsgültigkeit des Vertrages v. 28. Aug. 1933 bedeutungslos. Durch ihn erwarb der Bekl. das Handelsgeschäft zurück, und dieses Geschäft führte er dann unter der bisherigen, d. h. der von B. benutzten Firma fort. Dann haftete er aber nach § 25 HGB. für alle im Betriebe des Geschäftes von dem früheren Inhaber B. begründeten Verbindlichkeiten. Daraus, daß der Erwerbgrund des Bekl. nicht ein Kauf, sondern ein anderer Vertrag — Vergleich, Auseinanderetzung — war, kommt es nicht an. Eine zwischen dem Bekl. und B. getroffene abweichende Bestimmung ist gegenüber der Kl. nur unter den Voraussetzungen des § 25 Abs. 2 HGB. wirksam. Das BU. stellt eine handelsregisterliche Eintragung und Bekanntmachung nach § 25 Abs. 2 HGB. nicht fest und erklärt lediglich eine Mitteilung des Vertrages v. 28. Aug. 1933 — der überdies einen ausdrücklichen Ausschluß der Haftung des Bekl. nicht enthält — für unbeachtlich. Ohne eine Feststellung i. S. des § 25 Abs. 2 HGB. ist aber die Verneinung der Haftung des Bekl. nicht schlüssig begründet. Aus diesem Grunde war daher das BU. aufzuheben und der Rechtsstreit an das OLG. zurückzuverweisen.

Der Bekl. hat nach dem BU. behauptet, das Abkommen v. 28. Aug. 1933 gegenüber B. wegen arglistiger Täuschung angefochten zu haben. Darüber, ob diese Anfechtung rechtswirksam erklärt worden ist und inwiefern der dingliche Übergang des Geschäftes und seine Fortführung durch den Bekl. mit ihren Rechtsfolgen dadurch berührt worden sind, ist bislang keine Feststellung getroffen worden. Hierzu ist folgendes zu sagen. Der Rechtsgrund der Haftung des § 25 HGB. ist die in der Fortführung des Geschäftes unter der bisherigen Firma liegende an die Öffentlichkeit gerichtete Erklärung, für die bisherigen Geschäftsschulden haften zu wollen, verbunden mit dem Erwerb der Grundlage für diese Schuldenhaftung, des Geschäftsvermögens. Um einer solchen an die Öffentlichkeit gerichteten Erklärung willen hat das OLG. bereits mehrfach ausgesprochen, daß der neu eintretende Gesellschafter für die bisherigen Geschäftsschulden des früheren Einzelkaufmanns persönlich haftet, auch dann, wenn der Gesellschaftsvertrag anfechtbar und erfolgreich angefochten oder sonst nichtig ist (RGZ. 76, 441 = JW. 1911, 770; RGZ. 89, 98 = JW. 1917, 105; RGZ. 93, 228; 142, 107 = JW. 1934, 224; in gleicher Richtung auch RGZ. 145, 158 = JW. 1934,

3124³). Allerdings handelte es sich dort immer um Fälle, in denen die Scheingefellschaft in das Handelsregister eingetragen worden war. Diese Einschränkung der Haftung für die Schulden B.s muß indessen hier ausbleiben; denn nach den bisherigen Feststellungen ist der Bekl. dauernd und allein — auch während der Inhaberschaft B.s — im Handelsregister eingetragen gewesen. Eine Ausnahme von dieser Rechtscheinwirkung (RGZ. 145, 158/59) wird dagegen dann Platz greifen müssen, wenn der Altgläubiger den aus einer arglistigen Täuschung hergeleiteten Anfechtungsgrund kennt oder kennen muß (RGZ. 76, 441); das folgt aus § 123 Abs. 2 BGB. Für eine solche Kenntnis des Kl. ist hier bisher nichts vorgebracht. Sollten nach dieser Richtung in dem neuen Berufungsrechtszuge Behauptungen aufgestellt werden, so würde es auf sie für die Haftung aus § 25 HGB. nur ankommen, wenn der Bekl. nach erkannter Anfechtbarkeit oder mindestens nach ausgesprochener Anfechtung den Geschäftsbetrieb unter der bisherigen Firma alsbald eingestellt hätte; denn die Fortsetzung des Geschäftsbetriebes könnte nur als Bestätigung des Abkommens v. 28. Aug. 1933 angesehen werden.

In dem Abkommen v. 28. Aug. 1933 ist davon die Rede, daß die „Warenschulden . . . in Höhe bis zu 12500 RM.“ übernommen würden. Das OLG. wird bei Anwendung des § 25 HGB. den Sinn dieser Abrede näher aufzuklären haben, namentlich nach der Richtung, ob die Wendung nur die Bedeutung einer tatsächlichen Angabe hat, daß die Schulden so hoch seien, oder ob sie die Haftung beschränken soll und dazu geeignet ist.

(U. v. 11. Okt. 1935; II 112/35. — Celle.) [2.]

(= RGZ. 149, 25.)

*

3. § 818 BGB. Wird das ohne rechtlichen Grund erhaltene Geld zur Tilgung gültiger Schulden verbraucht, so ist die Einbuße durch den erlangten rechtlichen Vorteil ausgeglichen, die Bereicherung also nicht weggefallen (RGK Komm., 8. Aufl., Bem. 7 zu § 818 BGB., S. 584 oben und Art. v. 10. Okt. 1934, V 63/34; JW. 1935, 505¹). Auch ein Vermögensloser ist rechtlich und auch wirtschaftlich dadurch bevorteilt, daß er der Schulden ledig wird.

(U. v. 18. Dez. 1935; V 117/35. — München.) [v. B.]

*

**4. § 826 BGB.; § 1 UnlWG.

I. Kündigungshilfe im Feuerversicherungsgewerbe. Sittenwidrigkeit.

a) Zur Annahme eines Sittenverstosses bedarfes nicht des Bewußtseins des Handelnden von der Sittenwidrigkeit seines Tuns. Für die Annahme eines sittenwidrigen Charakters eines Verhaltens ist kein Raum, wenn der Handelnde sich wahrheitsgemäß darauf beruft, daß sein angeblich sittenwidriges Verhalten einer allgemeinen Übung in dem betreffenden Gewerbe entsprach und nach der Auffassung der hierfür maßgebenden Kreise der Gewerbetreibenden sowie der behördlichen Aufsichtsstelle, die diese allgemein verbreitete Übung kannte, nicht zu beanstanden ist und daher auch nicht beanstandet wurde.

b) Der Versuch eines Gewerbetreibenden, den Angestellten eines Mitbewerbers für sich zu gewinnen, stellt noch keinen Verstoß gegen § 1 UnlWG. dar, falls nicht durch die Planmäßigkeit des Vorgehens, die dabei angewendeten Mittel oder die damit verfolgten Zwecke die Handlungsweise den Charakter der Sittenwidrigkeit erhält. Schon der Versuch der Gewinnung eines einzigen, wertvollen, gut eingearbeiteten Arbeiters kann, auch wenn der Versuch keinen Erfolg haben sollte, sittenwidrig sein, falls es sich um ein plan-

mäßiges Vorgehen handelt und die dabei angewandten Mittel oder die damit verfolgten Zwecke der Handlungsweise den Charakter der Sittenwidrigkeit ausprägen. Ein Verhalten, das an sich sittenwidrig ist, hört nicht deshalb auf, es zu sein, weil sein praktischer Erfolg, den der Täter sich davon versprach, nicht gerade sehr groß ist.

II. Die Werbung eines entlassenen Angestellten auch im Kundenkreise seines früheren Dienstherrn ist an sich nicht unzulässig, kann aber durch Hinzutreten besonderer Umstände sittlich anstößig werden.†)

Die Kl., eine öffentlich-rechtliche Feuerversicherungsanstalt mit Rechtspersönlichkeit im Gebiete der Freien Stadt Danzig, hat das Vermögen der Versicherungs-AktG. D.-AktG. im Wege der Gesamtrechtsnachfolge unter Ausschluß der Liquidation (vgl. § 304 HGB.) übernommen. Das ist geschehen durch einen auf den 1. Jan. 1930 zurückbezogenen Verschmelzungsvertrag v. 9. Jan. 1930.

In zeitlichem und ursächlichem Zusammenhang mit dieser, bereits in der zweiten Hälfte des Jahres 1929 unter den beteiligten und interessierten Kreisen als Plan bekannt gewordenen Umstellung hat die zu 2 bekl. Versicherungsgesellschaft seit dem Herbst 1929 bei den Bezirkskommissaren (Angestellten) und den Versicherungsnehmern der D.-AktG. eine rege Werbetätigkeit eröffnet. Von den Bezirkskommissaren der D.-AktG. ist nur der Bekl. zu 1 G., und zwar bereits vor dem Ablaufe des Jahres 1929 in den Dienst der Bekl. zu 2 übertreten. Er hat sich innerhalb und außerhalb des ihm seinerzeit von der D.-AktG. (die den Bekl. zu 1 nach erlangter Kenntnis von diesem Verhalten aus ihren Diensten entlassen hat) zur Bearbeitung übertragenen Bezirks bei der Werbung für die Bekl. zu 2 durch Besuche bei Versicherungsnehmern der Kl. und ferner dadurch betätigt, daß er für die Einzelversicherungsnehmer der D.-AktG. Kündigungsschreiben an sie aufgesetzt hat.

Die Kl. erblickt in dem Vorgehen der beiden Bekl. einen gesamten, planmäßigen und unlauteren Angriff auf den der Kl. von der D.-AktG. übertragenen Versicherungsbestand. Sie verlangt daher von den Bekl. Schadensersatz.

I. Die Kl. erblickt das nach § 826 BGB. zum Schadensersatz verpflichtende sittenwidrige Verhalten der Bekl. darin, daß die Bekl. zu 2 und — zu ihren Gunsten — der Bekl. zu 1 durch verstärkte Kundenwerbung unter den bei der D.-AktG. Versicherten zu einem für die D.-AktG. ungünstigen Zeitpunkt und durch den gleichzeitigen Versuch, deren Agenten und Kommissare zu sich hinüberzuziehen, einen planmäßigen Einbruch in den Versicherungsbestand dieser Gesellschaft unternommen haben, daß dabei mit unwahren Angaben gearbeitet und den Versicherten schließlich in unzulässiger Weise Kündigungshilfe geleistet worden sei.

a) Das BG. behandelt zunächst die letzte Behauptung, die Bekl. habe durch die von ihren Angestellten, ebenso der Bekl. zu 1 durch sein eigenes Verhalten, in unzulässiger Weise geleistete „Kündigungshilfe“ sittenwidrig gehandelt. Unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Falles ist in der nach der Feststellung des BG. allerdings in weitem Umfange geleisteten Kündigungshilfe ein zum Schadensersatz verpflichtendes sittenwidriges Verhalten der Bekl. nicht zu erblicken. Das BG. stellt fest, daß bis zum Bekanntwerden des Urteils des auch jetzt erf. Sen. v. 3. Nov. 1933, II 142/33 (JW. 1934, 290) die Kündigungshilfe in der darin beanstandeten Form im Feuerversicherungsgewerbe allgemein üblich war und daß sich dieser Brauch auch auf die hier geschehene gesammelte Absendung der in Empfang genommenen Kündigungen zu einem dem alten Versicherer ungünstigen Zeitpunkt erstreckte. Das BG. geht auch bei seiner übrigen, auf tatsächlicher Würdigung beruhenden Annahme, daß die Duldung dieses ihm bekannten Brauchs durch das RAuffPrivVerf. nach außen hin als eine stillschweigende Billigung erscheinen mußte, von zutreffenden rechtlichen Erwägungen aus. Es entnimmt mit Recht der Vorschrift des

§ 81 des Ges. v. 6. Juni 1931 (RGBl. I, 315) — wie schon vorher nach § 64 PrivVerfG. v. 12. Mai 1901 —, daß es Aufgabe der Aufsichtsbehörde gewesen wäre, auf die Beseitigung von Mißständen im Geschäftsbetriebe der Versicherungsunternehmen hinzuwirken, durch die dieser Geschäftsbetrieb mit den guten Sitten in Widerspruch gerät. An der Berechtigung des Standpunktes des BG. wird auch dadurch nichts geändert, daß das RAuffPrivVerf. in einer Auskunft erklärt, es habe nach seiner bisherigen Übung die Entscheidung in Wettbewerbsachen stets den ordentlichen Gerichten überlassen. Denn einmal handelt es sich hierbei um einen innerdienstlichen Standpunkt, der nach außen hin nicht in die Erscheinung tritt und daher an sich berechtigten Schlussfolgerungen der Versicherungsgesellschaften aus einem Schweigen der zur Aufsicht über ihre Geschäftszugehörigkeit und zur Abstellung ihrer bekannt gewordenen Mißstände berufenen amtlichen Stelle nicht entgegengehalten werden kann. Außerdem wird aber auch in dieser amtlichen Auskunft von der Aufsichtsbehörde ausdrücklich erklärt, sie habe bis zu der erwähnten Entsch. des RG. keine Veranlassung gehabt, gegen die ihr bekannte Übung einzuschreiten, da sie ihrer Überzeugung nach keinen Mißstand i. S. des Gesetzes über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmen und Bauparkassen v. 6. Juni 1931 darstellte. Das BG. nimmt auf Grund dieser Sachlage an, daß die Bekl. in der Meinung gehandelt haben, zu der geleisteten Kündigungshilfe berechtigt zu sein, zumal die fraglichen Vorgänge sich schon jahrelang vor Erlaß jenes RAuff. zugetragen hätten. Nun bedarf es allerdings zur Annahme eines Sittenverstoßes nicht des Bewußtseins des Handelnden von der Sittenwidrigkeit seines Tuns. Vielmehr genügt seine Kenntnis von allen den Umständen, die das Verhalten zu einem sittenwidrigen machen. Rechtlich unerheblich würde daher der Einwand des Täters sein, daß er sein Verhalten nicht als sittenwidrig angesehen habe. Anders aber, wenn sich der Handelnde — wie es hier der Fall ist — wahrheitsgemäß darauf beruft, daß sein angeblich sittenwidriges Verhalten einer allgemeinen Übung in dem betreffenden Gewerbe entspreche und nach der Auffassung der hierfür maßgebenden Kreise der Gewerbetreibenden sowie der behördlichen Aufsichtsstelle, die diese allgemein verbreitete Übung kannte, nicht zu beanstanden sei und daher auch nicht beanstandet wurde. In einem solchen Falle wäre für die Annahme eines sittenwidrigen Charakters des Verhaltens kein Raum. Denn es würde sich nicht um einen zur Entlastung des Täters ungeeigneten Mißbrauch in seinem Gewerbe handeln, sondern eben um einen allgemeinen Gebrauch, dem trotz jahrelanger Kenntnis von den dazu berufenen Stellen nicht entgegengetreten worden ist. Der dargelegte allgemeine Gebrauch verletzt auch nicht die Belange der Allgemeinheit, ist ihr vielmehr nützlich, da den Versicherungsnehmern Mühe und Arbeit erspart wird. Damit soll selbstverständlich nicht gesagt werden, daß die Erreichung dieses Erfolges der maßgebende Gedanke bei Leistung der „Kündigungshilfe“ sei. Danach wäre auch nicht der vom BG. als maßgebend angesehene subjektive Gesichtspunkt entscheidend, daß die Bekl. in der Meinung gehandelt hätten, zu ihrem Verhalten berechtigt zu sein. Dieses hatte vielmehr nach den vorstehenden Darlegungen in Verbindung mit den ihnen zugrunde liegenden tatsächlichen Feststellungen objektiv als berechtigt, jedenfalls nicht als sittenwidrig zu gelten. Neben dieser objektiven Sachlage bedarf es an sich der Heranziehung des Gesichtspunktes der inneren Gesinnung des Handelnden nach der gegenständlichen Seite hin in bezug auf den gesetzlichen Tatbestand des § 826 BGB. nicht mehr und daher auch nicht eines Eingehens auf die Ausführungen in dem Ur. v. 31. Jan. 1929, VI 290/24 in RGZ. 123, 271 ff. (278, 279), auf die das BG. sich zur Begründung seiner Ablehnung der Sittenwidrigkeit der Bekl. stützt, weil ein Sittenverstoß dann fallen müsse, wenn der Handelnde der redlichen Überzeugung sei, daß er rechtmäßig in Verfolgung eines erlaubten Interesses so handeln dürfe.

b) Die Kl. macht zur Begründung ihrer Behauptung über das zum Schadensersatz verpflichtende sittenwidrige Verhalten der Bekl. zu 2 weiter geltend, diese habe in einem für die

D.-AktG. kritischen Zeitpunkt planmäßig durch unzulässige Maßnahmen einen größeren Einbruch in den Versicherungsbestand dieser Gesellschaft unternommen. Das VG. sieht auch ohne jeden Zweifel als feststehend an, daß die Bf. zu 2 die infolge der geplanten Verschmelzung der D.-AktG. mit einem anderen Versicherungsunternehmen ungünstige Verhältnisse wegen des weiteren Schicksals der D.-AktG. und ihrer Versicherungsnehmer zum Anlaß genommen hat, gegen deren Versicherungsbestand einen Verstoß zu unternehmen, der über den Rahmen der sonst üblichen Kundenwerbung hinausgeht. Dabei behandelt das VG. die Frage, ob die Bf. zu 2 sich eines zum Schadenersatz verpflichtenden sittenwidrigen Verhaltens schuldig gemacht habe auf den beiden von der Kl. behaupteten Gebieten:

a) Durch den Versuch der Abspenstigmachung zahlreicher Bezirkskommissare der D.-AktG.;

β) durch die verstärkte Kundenwerbung unter den Versicherungsnehmern der D.-AktG.

Zu a) Nach der Rspr. des erf. Sen., die auf dem Gebiete des Wettbewerbs (zu § 1 UmlWG.) ergangen ist und hier ohne Rücksicht darauf anwendbar ist, daß Ansprüche aus dem UmlWG. verjährt sind, stellt der Versuch eines Werbetreibenden, den Angestellten eines Mitbewerbers für sich zu gewinnen, noch keinen Verstoß gegen § 1 UmlWG. und daher auch nicht gegen den hier nur als anwendbar in Betracht kommenden § 826 BGB. dar, falls nicht durch die Planmäßigkeit des Vorgehens, die dabei angewendeten Mittel oder die damit verfolgten Zwecke die Handlungsweise den Charakter der Sittenwidrigkeit empfängt (RGZ. 89, 91 = JW. 1917, 43; ferner die weiteren Urte. des erf. Sen. v. 7. Juni 1932, II 364/31; v. 16. März 1934, II 292/33 = JW. 1934, 2137^a; v. 6. Nov. 1934, II 200/34). Das VG. hat rechtsirrig den Gesichtspunkt der Planmäßigkeit ganz unberücksichtigt gelassen, obgleich das nach einem festen Plan zielbewußt und systematisch eingestelltes Vorgehen der Bf. zu 2, mit dem Zeitpunkt der Verschmelzung der D.-AktG. mit einem anderen Versicherungsunternehmen einen größeren Einbruch in den Versicherungsbestand der D.-AktG. zu unternehmen und so deren Versicherte zu sich herüberzuziehen, in erster Linie mit Hilfe bisheriger dortiger Bezirkskommissare der D.-AktG., die man zu diesem Zweck möglichst zahlreich für sich zu gewinnen suchte, sich ohne jeden Zweifel aus dem Sachverhalt ergibt. Es rechtfertigt auch nicht eine andere Beurteilung, wenn das BU. die Annahme der Bf., die Vertreter der D.-AktG. würden nicht übernommen werden, als nicht widerlegbar ansieht. Daß die Sorge um das Schicksal der etwa abgebauten Vertreter der D.-AktG. die Triebfeder für die Werbungsversuche der Bf. zu 2 bei ihnen gewesen wäre, ist von ihr selbst nicht behauptet und vom VG. nicht festgestellt worden. Es bedurfte also auch nicht einer ausdrücklichen, tatsächlichen Feststellung des BU., daß das Vorgehen der Bf. lediglich oder doch hauptsächlich aus eigentlichen Beweggründen hervorgegangen ist. Daß dieses ausschlaggebend mitgewirkt hat, ergibt sich nach den ganzen Feststellungen des BU. und als Erfahrungstatsache auch nach der eigenen Beurteilung durch das RevG. Das VG. hat die Frage der Planmäßigkeit des Handelns der Bf. zu 2 deshalb nicht geprüft, weil es der rechtsirrigen Ansicht ist, daß die Handlungsweise der Bf. zu 2 behufs Gewinnung der bisherigen Bezirkskommissare der D.-AktG. mit Rücksicht auf den „praktisch geringen Erfolg“, da nur der Bf. zu 1 gewonnen wurde, überhaupt nicht sittenwidrig sein könne. Aber diese Auffassung ist verfehlt. Schon der Versuch der Gewinnung eines einzigen wertvollen, gut eingearbeiteten Angestellten (Arbeiters) kann, auch wenn der Versuch keinen Erfolg haben sollte, nach der Rspr. des erf. Sen. sittenwidrig sein, falls es sich um ein planmäßiges Vorgehen handelt, oder die dabei angewendeten Mittel oder die damit verfolgten Zwecke der Handlungsweise den Charakter der Sittenwidrigkeit aufprägen (vgl. die oben zit. Urte. des erf. Sen. [RGZ. 81, 91 = JW. 1913, 325; ferner RG. II 82/33 vom 27. Okt. 1933]). In allen diesen Fällen handelt es sich teils um das versuchte, teils um das vollendete Wegengagieren einer einzelnen wertvollen Arbeitskraft eines Betriebes

durch den Mitbewerber von Anfang an. Im vorl. Falle aber sind nach der Feststellung des VG. die Bemühungen zur Gewinnung zahlreicher bisheriger Bezirkskommissare der D.-AktG. von der Bf. zu 2 gemacht worden. Das ist mit Rücksicht auf die oben dargelegte Planmäßigkeit des Vorgehens der Bf. zu 2 das Entscheidende für die Annahme der Sittenwidrigkeit eines solchen Verhaltens. Selbstverständlich kann das Abspenstigmachen zahlreicher wertvoller Arbeitskräfte eines Betriebes durch den Mitbewerber die Planmäßigkeit des Handelns noch klarer erscheinen lassen; besonders dann, wenn sie vom neuen Arbeitgeber in ihrem bisherigen Wirkungskreise verwendet werden, wie das meist zu geschehen pflegt. Ein solcher Fall lag der oben zit. Entsch. des erf. Sen. v. 16. März 1934: JW. 1934, 2137 zugrunde, wo der Bestand des Unternehmens durch das Wegengagieren zahlreicher gut eingearbeiteter Arbeitskräfte in bedrohlicher Weise angegriffen worden war. Auch hier sollten, wie bei dem allein gewonnenen Bf. zu 1 vom BU. festgestellt worden, die Vertreter sofort in ihren bisherigen Wirkungskreisen gegen ihre Dienstherrin, in deren Dienste zur Zeit dieser Werbungsversuche die Vertreter noch standen, unter voller Ausnützung ihrer im Dienste der D.-AktG. erworbenen Kenntnisse und persönlichen Beziehungen eingesetzt werden. Das ist insofern auch geschehen, als die Bf. nach der Feststellung des BU. die verstärkte Kundenwerbung im wesentlichen auf drei Kreise (wird ausgeführt) beschränkte. Das bedeutet auch ein heimliches, das gegenseitige Vertrauen zwischen dem Geschäftsherrn und seinen Bediensteten untergrabendes, in den Geschäftsbetrieb auf das Empfindlichste eingreifendes Tun. Das ist ein Verstoß gegen die guten Sitten i. S. des § 826 BGB. auch dann, wenn täuschende oder unwahre Angaben nicht gemacht worden sind, wenn eine Verleitung zum Vertragsbruch nicht beabsichtigt worden ist und nicht vorlag und wenn die Bf. urkundliche, dem Bf. zu 1 von der D.-AktG. als ihrem Vertreter vertraute Grundlagen nicht erhalten und nicht benützt hat (vgl. das Urte. des erf. Sen.: JW. 1934, 2137). Bei den Bezirkskommissaren der D.-AktG. handelt es sich um Angestellte, die sowohl bei ihr wie gegenüber ihren Versicherungsnehmern eine gewisse Vertrauensstellung einnehmen, wie auch aus den von der Kl. mitgeteilten, von den Bf. nicht bestrittenen Kundschreiben der D.-AktG. an ihre Bezirkskommissare klar hervorgeht. Es ist daher nicht zu billigen, wenn das BU. der Bf. einen Vorwurf daraus nicht machen zu können glaubt, daß sie die vom Bf. zu 1 im Dienste der D.-AktG. erworbenen Kenntnisse und persönlichen Beziehungen bei der Kundenwerbung sofort in seinem bisherigen Bezirke gegen die Kl. voll ausnützte. Für den hieraus der Kl. etwa erwachsenen Schaden durch „Ausspannen“ von Versicherungen der D.-AktG. für sie, haftet schon dieserhalb die Bf. der Kl.

Danach ist das Verhalten der Bf. zu 2, soweit es die versuchte und die — in bezug auf den Bf. zu 1 — vollendete Gewinnung der bisherigen Bezirkskommissare der D.-AktG. betrifft, sittenwidrig.

Zu β) Die Bf. hat aber nicht nur durch die planmäßige Wegengagierung des Bf. zu 2 von der D.-AktG. sittenwidrig gehandelt, sondern sie hat ihr planmäßiges sittenwidriges Verhalten noch dadurch gesteigert, daß sie ihn sofort in seinem bisherigen Wirkungskreis gegen seine bisherige Dienstherrin eingesetzt hat, um seine im Dienste der D.-AktG. erworbenen Kenntnisse und persönlichen Beziehungen voll zu ihrem Vorteil auszunutzen. Hier, d. h. im Punkte der verstärkten Kundenwerbung der Bf. zu 2 unter den Versicherungsnehmern der D.-AktG. seit dem Herbst 1929, nimmt das VG. selbst eine Planmäßigkeit in ihrem Vorgehen auf Grund der von ihm festgestellten, zu diesem Zwecke von der Bf. zu 2 vorgenommenen Veränderungen in ihrer Organisation und der Steigerung ihrer Werbetätigkeit gerade in dem hier in Betracht kommenden Bezirk an. Aber das VG. meint, diese Planmäßigkeit reiche doch nach dem verhältnismäßig geringen Erfolg, der dieser verstärkten Kundenwerbung beschieden gewesen sei, nicht aus, um die Sittenwidrigkeit dieses Verhaltens und der dadurch bewirkten Schädigung der Kl. zu begründen. Diese Auffassung des VG. ist rechtsirrig. Das

Verhalten eines Mitbewerbers, das sich planmäßig gegen ein bestimmtes Konkurrenzunternehmen richtet, das also zielbewußt und systematisch darauf ausgeht, dieses in seinen wirtschaftlichen Grundlagen, wenn auch nur in einem bestimmten räumlichen Bezirk seiner geschäftlichen Tätigkeit, zu treffen, ist eben wegen der planmäßigen Einstellung auf Schwächung des anderen zum eigenen Vorteil wettbewerbsfremd. Der Handelnde kämpft nicht mehr mit den Waffen des lautereren Wettbewerbs, d. h. der besseren und preiswerteren Ware oder Leistung, sein Vorgehen liegt außerhalb der hierdurch gezogenen Grenzen und verstößt daher gegen die guten Sitten im Geschäftsverkehr. Ob ein solches sich gegen die wirtschaftlichen Grundlagen eines anderen geschäftlichen Unternehmens richtendes Verhalten eines Mitbewerbers sich des Mittels des Wegengagierens eines für den bisherigen Betrieb besonders wertvollen Angestellten oder Arbeiters oder zahlreicher, gut eingearbeiteter Kräfte bedient oder durch verstärkte Kundenwerbung möglichst zahlreiche, im Vertragsverhältnis mit dem anderen stehende Kunden, wenn auch ohne Verletzung zum Vertragsbruch, zu sich hinüberziehen sucht, macht rechtlich keinen Unterschied. Unerheblich ist es, wie sich hiernach ohne weiteres ergibt, auch der Umstand, daß den auf das angegebene Ziel gerichteten Bemühungen im einzelnen Falle etwa nur ein verhältnismäßig geringer Erfolg beschieden gewesen ist, wie es hier entsprechend der Ansicht des BG. der Fall gewesen sein mag. Ein Verhalten, das an sich sittenwidrig ist, hört nicht deshalb auf es zu sein, weil sein praktischer Erfolg, den sich der Täter davon versprach, vielleicht nicht gerade sehr groß ist.

Sonach ist die vom BG. ausgesprochene Verneinung eines Verstoßes der Befl. zu 2 gegen § 826 BGB. rechtsirrig. Vielmehr genügen die tatsächlichen Feststellungen des BU. zur Anwendung des § 826 BGB. aus den hervorgehobenen rechtlichen Gesichtspunkten. Die Befl. ist der Kl. für den ihr durch diesen Verstoß erwachsenen Schaden haftbar.

II. Das BG. nimmt (zutreffend) an, daß für die Zeit nach der Entlassung des Befl. zu 1 aus den Diensten der D.-AktG. nur noch § 826 BGB. in Frage kommt. Mit Recht beschwert sich aber die Rev. der Kl. darüber, daß das BG. insoweit die Voraussetzungen dieser Bestimmung als nicht gegeben erachtet.

Richtig ist allerdings, daß nach der sofort wirksam gewordenen Entlassung des Befl. ein vertragsmäßiges Wettbewerbsverbot nicht bestanden und daß er daher für die Befl. zu 2 auch im Wettbewerb mit der D.-AktG. tätig werden konnte; aber nur in einer nicht gegen § 826 BGB. verstoßenden Weise. Die Werbung eines entlassenen Angestellten auch im Kundenkreise seines früheren Dienstherrn ist an sich nicht unzulässig, kann aber durch Hinzutreten besonderer Umstände sittlich anstößig werden (RG. II 167/34 v. 20. Nov. 1934 = JW. 1935, 1091¹³). Solche besonderen Umstände lagen hier vor. Ganz abgesehen davon, daß es sich um eine unmittelbare Fortsetzung der bisher auf Grund einer groben Vertragsverletzung geübten Tätigkeit handelt, ist es zu mißbilligen, daß der Befl. zu 1, der eine Vertrauensstellung bei der D.-AktG. gehabt hat und dadurch von ihrer schwierigen Lage Kenntnis erhalten hatte, in eigenmütiger Weise durch Ausbeutung dieser Umstände in bewußtem und gewolltem Zusammenwirken als selbständiger Teilnehmer der Befl. zu 2 planmäßig handelnd seiner bisherigen Dienstherrin einen Teil ihrer Versicherungsnehmer entzog. Das bedeutet einen Verstoß gegen § 826 BGB.

(U. v. 25. Okt. 1935; II 106/35. — Marienwerder.)

<= RGZ. 149, 114.>

[v. B.]

Anmerkung: Der Entsch. ist zuzustimmen. Die Begründung erscheint, soweit es sich um die Ablehnung der Annahme eines Sittenverstoßes handelt, nicht durchschlagend.

Das Urteil verneint das Vorliegen einer sittenwidrigen Handlung, weil der Handelnde sich wahrheitsgemäß darauf berufen hat, daß sein Handeln einer Übung des betr. Gewerbes

entspreche und auch nicht vom RAuffWPrivVerf. beanstandet worden sei. Nach dieser Auffassung macht also das Befolgen eines Brauches den Handelnden nicht verantwortlich, auch wenn der Brauch sich als Mißbrauch darstellt oder mit anderen Worten: wer geruhig am Herde nachtrötet, kann nicht fehlgehen.

Dabei hat aber der gleiche Senat in dem angeführten „Ründigungshilfe“-urteil (JW. 1934, 290 [292]) ausgeführt, daß die Berufung „auf Bräuche belanglos sei, da diese sich nach Gesichtspunkten beurteilen, denen gegenüber eben ein auch sonst bestehender Brauch als Mißbrauch zu betrachten“ ist. Und noch viel schärfer RGSt.: JW. 1930, 1738 (1739), wo mit Beziehung auf einen langjährigen Schmiergeldbrauch (unter Bezugnahme auf reichsgerichtliche Rpr.) festgestellt wird, daß bei Prüfung des Verstoßes gegen das Anstandsgefühl jeder Angehörige des betr. Verkehrskreises außer Betracht zu bleiben habe, der nicht mehr fühlt oder begreift, daß sein Tun etwas Unrechtes darstellt.

Aber auch durch den Hinweis auf das Verhalten des RAuffWPrivVerf. wird es nicht gerechtfertigt, daß der abusus hier zum dominus usus gemacht wird, da diese Behörde mit Recht die Entscheidung über Wettbewerbsfragen dem ordentlichen Gericht überlassen hat, so daß aus dem Nichteingreifen dieser Behörde nichts gefolgert werden kann.

Gerade weil das Urteil mit Recht ausgeführt hat, daß die Annahme eines Sittenverstoßes nicht vom Bewußtsein des Handelnden von der Sittenwidrigkeit seines Tuns bedingt ist, mußte es den Einwand, daß andere auch so täten, als rechtsunerheblich abweisen. Weder auf seine eigene Anschauung noch auf die Auffassung der Berufsgenossen kann der einzelne sein Sittlichkeitsbewußtsein gründen, sondern (vgl. Utescher: GewRSch. 1936, 13 ff.) lediglich auf das Sittlichkeitsbewußtsein des deutschen Volkes, wodurch zugleich der Begriff der „guten Sitten“ (hierüber Utescher a. a. O. S. 15), der zu manchem Fehlurteil Veranlassung war, verschwindet.

Daß aber diese „Ründigungshilfe“ mit dem Sittlichkeitsbewußtsein des deutschen Volkes in Widerspruch steht, hat der gleiche Senat im Urteil v. 3. Nov. 1933 (JW. 1934, 290) ausgeführt, und wenn jetzt gesagt wird, daß dieser allgemeine (Miß-)Brauch auch nicht die Belange der Allgemeinheit verletze, vielmehr ihr nütze, so ist das einfach unverständlich. Denn niemals kann der Allgemeinheit etwas förderlich sein und darum den Schutz des Richters verdienen, was mit dem Sittlichkeitsbewußtsein des Volkes unvereinbar ist. Diesem Gebot gegenüber haben alle Nützlichkeitsabwägungen zu verstummen.

RA. Dr. Willy Hoffmann, Leipzig.

*

**5. §§ 8, 9 RD.; § 426 BGB. Die nach § 132 RD. bestimmte Hinterlegungsstelle gehört zu den „Beteiligten“. Der Gläubigerausschuß ist auch ihr für die Erfüllung der Pflicht zur Überwachung der Befolgung der Vorschriften des § 137 RD. verantwortlich. Das Verhältnis zwischen der Hinterlegungsstelle, die der Masse Erfüllung nach § 137 schuldet, und den Mitgliedern des Gläubigerausschusses, die der Masse wegen Nichtbefolgung der Vorschriften des § 137 Schadensersatz schulden, ist kein echtes, sondern ein unechtes Gesamtschuldverhältnis.

Der Konkursverwalter U. zahlte am 8. Mai 1925 bei der Stadtbank in S. 24 000 RM ein. Am 26. Mai 1925 fand die erste Gläubigerversammlung statt, in der die Befl. zu alleinigen Mitgliedern des Gläubigerausschusses gewählt wurden und die Stadtbank zur Hinterlegungsstelle bestimmt wurde. Diese Gegenstände der Tagesordnung waren in der öffentlichen Bef. des KonkG. v. 1. Mai 1925 nicht genannt worden. In der Folgezeit hob U. ohne Mitunterzeichnung eines Gläubigerausschusmitgliedes nach und nach den hinterlegten Betrag ab, veruntreute davon einen Teil und wurde bestraft. Zur Rückerstattung ist er außerstande.

In einem Vorprozeß wurde die Stadt S. in Anspruch

spruch genommen, weil die Stadtbank unter Nichtbeachtung des § 137 KO. Zahlungen auf die alleinige Unterschrift des U. geleistet hatte. Das LG. erklärte den Anspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt. Dagegen wies das OLG. die Klage ab, weil wegen ungenügender Bef. der Tagesordnung die Bef. der Stadtbank zur Hinterlegungsstelle und die Bestellung des Gläubigerausschusses nichtig gewesen seien. Dieser Abweisungsgrund wurde vom RG. (RGZ. 143, 263 = JW. 1934, 980) mißbilligt, weil die Beschl. der Gläubigerversammlung trotz des Verstoßes gegen § 98 KO. als gültig behandelt werden müßten, solange sie nicht vom Konkurs- oder vom BeschroG. aufgehoben seien. Das RG. stellte in jenem Verfahren das Ur. des LG. wieder her.

Im gegenwärtigen Rechtsstreit will sich die Stadt an den Mitgliedern des Gläubigerausschusses schadlos halten, weil diese durch Vernachlässigung ihrer Pflichten die Vertretungen des U. ermöglicht und damit die Inanspruchnahme der Stadtbank verschuldet hätten, übrigens auch ausgleichspflichtig seien.

LG. und BG. wiesen die Klage ab. RG. hob auf und verwies zurück.

Das BG. legt den Befl. Verletzung ihrer Überwachungs-pflicht (§ 88 KO.) zur Last. Es nimmt auch an, daß die Erfüllung ihrer Überwachungs-pflicht sie zu früherem Eingreifen veranlaßt haben würde, und daß dann die Stadt nicht geschädigt worden wäre. Diese Erwägungen sind rechtlich nicht zu beanstanden. Daß die Bestellung der Befl. zu Mitgliedern des Gläubigerausschusses trotz des Verstoßes gegen § 98 KO. als wirksam zu behandeln ist, unterliegt aus den in RGZ. 143, 263 erörterten Gründen keinem Bedenken.

Dennoch vermischt das BG. eine rechtliche Grundlage für den Klageanspruch. Es lehnt die Anwendung des § 823 Abs. 1 und Abs. 2 BGB. wie auch die des § 89 KO. ab und hält auch einen Ausgleichsanspruch unter Gesamtschuld-ner (§ 426 BGB.) nicht für gegeben.

Von diesen Erwägungen greift die Rev. in erster Linie die Nichtanwendung des § 89 KO. an. Das BG. meint, die Stadtbank sei als Hinterlegungsstelle nur insoweit „Beteiligte“ gewesen, als sie Vergütungen aus dem Verwahrungsvertrag zu fordern gehabt habe; daran habe sie aber keinen Schaden erlitten, da sie sich durch entsprechende Abschreibungen vom Konto der Konkursmasse insoweit befriedigt habe.

Demgegenüber macht die Rev. geltend, die Stadtbank sei noch aus einem anderen Grunde Massegläubigerin und damit „Beteiligte“ geworden, weil nämlich durch ihre Zahlungen, die nach § 137 KO. keine befreiende Wirkung gehabt hätten, die Masse auf ihre Kosten ungerechtfertigt bereichert worden sei. Indessen kann das dahingestellt bleiben. Die Stadtbank muß, auch abgesehen von ihrer Rechtsstellung als Massegläubigerin, schon vermöge ihrer Eigenschaft als die von der Gläubigerversammlung bestimmte Hinterlegungsstelle zu den Beteiligten i. S. der §§ 82, 89 KO. gerechnet werden, gegen die dem Konkursverwalter und dem Gläubigerausschuß Pflichten obliegen. Der Ausdruck „Beteiligte“ ist an sich schon umfassend; da zudem der Konkursverwalter und die Mitglieder des Gläubigerausschusses für die Erfüllung ihrer Pflichten „allen Beteiligten“ verantwortlich gemacht werden, so ist eine weite Auslegung angezeigt. Selbst die Entsch. RGZ. 74, 258 = JW. 1911, 60, die den Kreis unnötig eng gezogen hat (vgl. Jaeger, § 82 KO. Anm. 2, 2a; § 89 KO. Anm. 1; Neuhel, § 82 KO. Anm. 2; § 89 KO. Anm.), ist dazu gelangt, den Vergleichsbürgern unter die Beteiligten zu zählen. Die von der Gläubigerversammlung bestimmte Stelle bei der nach § 132 KO. Gelder, Wertpapiere und Kostbarkeiten zu hinterlegen sind, erhält damit die Aufgabe, wertvolle Teile des Massebestandes zu sichern. Sie ist in dieser Hinsicht eine Gehilfin für die Durchführung des Verfahrens. Wenn nun § 137 KO. über ihren Geschäftsverkehr mit den Konkursorganen bestimmt, daß Quittungen und Anweisungen des Konkursverwalters, falls ein Gläubigerausschuß bestellt ist und die Gläubigerversammlung nicht ein anderes beschließt, zu ihrer Gültigkeit der Mitzeichnung eines Mitgliedes des Gläubigerausschusses bedürfen, so hat der Konkursverwalter diese Vorschrift nicht nur der Masse, sondern auch der Hinter-

legungsstelle gegenüber zu beachten. Der Gläubigerausschuß aber hat ihn nach § 88 KO., wie in allem anderen, so auch darin zu überwachen. Da er die Bücher und Schriften des Verwalters einsehen sowie den Bestand seiner Kasse untersuchen kann, pflichtgemäß auch muß, so hat dasselbe von den Quittungen und Anweisungen zu gelten, die er der Hinterlegungsstelle erteilt. Der Gläubigerausschuß hat also darüber zu wachen, daß sich der Verkehr mit der Hinterlegungsstelle ordnungsmäßig abwickelt. Verletzt er diese Überwachungs-pflicht, so sind seine Mitglieder dafür nicht nur der Masse, sondern auch der Hinterlegungsstelle verantwortlich. Ist dieser durch die Pflichtverletzung ein Schaden entstanden, so haften ihr dafür die Mitglieder des Gläubigerausschusses nach § 89 KO., unbeschadet des Rechts, ihr nach § 254 BGB. eigenes Verschulden zur Last zu legen.

Aus diesem Grunde war die Zurückverweisung der Sache geboten. Dagegen kann der Rev. nicht darin gefolgt werden, daß zwischen der Stadtbank und den Befl. ein echtes Gesamtschuldverhältnis gegenüber der Konkursmasse bestehe, woraus sich nach § 426 BGB. eine Ausgleichspflicht ergebe. Wichtig ist zwar, daß die Befl. wegen ihrer Pflichtvernachlässigung auch der Konkursmasse Schadenersatzpflichtig waren, obwohl daneben der Erfüllungsanspruch der Masse gegen die Stadtbank nach § 137 KO. fortbestand. Die gegenteilige Meinung des BG. trifft nicht zu; dabei ist nicht beachtet, daß jener bestrittene Erfüllungsanspruch dem haren Gelde, dessen Vertretung die Befl. hätten verhindern sollen, nicht gleichwertig war. Es blieb der Entschließung des neuen Konkursverwalters überlassen, ob er den Erfüllungsanspruch gegen die Stadtbank erheben oder gegen Abtretung dieses Anspruchs die Mitglieder des Gläubigerausschusses auf Schadenersatz belangen wollte. Aber wenn auch beide Möglichkeiten nebeneinander bestanden, so war darum das Verhältnis zwischen der erfüllungspflichtigen Stadtbank und den schadenersatzpflichtigen Mitgliedern des Gläubigerausschusses doch wegen der Verschiedenheit des Rechtsgrundes ihrer Haftung kein echtes, sondern ein unechtes Gesamtschuldverhältnis, das keine Ausgleichspflicht erzeugt (RGKomm. § 421 BGB. Anm. 1 b a. G.; RGZ. 67, 128 ff. = JW. 1908, 33; Ur. des erf. Sen. v. 31. Jan. 1935, VI 491/34 = JW. 1935, 1781⁶ und vom 21. Febr. 1935, VI 386/34). Die Kl. kann also gegen die Befl. zwar einen Schadenersatzanspruch aus § 89 KO., aber keinen Ausgleichsanspruch aus § 426 BGB. geltend machen.

(U. v. 7. Nov. 1935; VI 188/35. — Hamm.)
(= RGZ. 149, 182.)

*

6. §§ 8, 9 PrEnteignG. Der Mehrwert, den das enteignete Grundstück in einem unter der Oberfläche befindlichen, wenn auch im Tagebau abzubauenen Kohlenlager über den reinen Landwirtschaftswert hinaus besitzt, ist neben diesem Wert erstattungsfähig.

Die Parteien streiten über die Entschädigung für die Enteignung einer im sog. Mandatsgebiet (Ges. v. 22. Febr. 1869) belegenen, gem. § 32 PrGes. über die Enteignung von Grundeigentum v. 11. Juni 1874 mit § 4 Ges. vom 26. Juli 1922 über ein vereinfachtes Enteignungsverfahren enteigneten Grundfläche.

Zwar ist der Grundgedanke der angef. Entsch., daß der nach § 9 PrEnteignG. zu ersetzende volle Wert des enteigneten Grundstücks nach der höchstmöglichen individuellen Ausnützbarkeit und Verwertbarkeit zu ermitteln sei, ebenso zutreffend wie die weitere Erwägung, daß bergbauliche und landwirtschaftliche Nutzung infolge der Notwendigkeit, die anstehende Kohle im Tagebau abzubauen, einander ausschließen. Daraus folgt aber zunächst nur, daß es nicht ohne weiteres möglich ist, die ermittelten landwirtschaftlichen und bergbaulichen Werte schlechthin zusammenzurechnen. Grundfähig ist es jedoch, wenn das BG. meint, daß die Entschädigungsentzählung nur entweder nach dem landwirtschaftlichen oder dem bergbaulichen Werte ermittelt werden könne. Dabei wird verkannt, daß ein landwirtschaftlich benutztes Grundstück durch ein unter der Oberfläche befindliches Kohlenlager, das dem Grundstückseigentümer zusteht, und

nach den Feststellungen der Vorinstanz zwar von ihm im Eigenbetriebe nicht ausgenutzt werden kann, aber in naher Zeit verwerfbar ist, unzweifelhaft einen durch die Bodenschätze bedingten, über den reinen Landwirtschaftswert hinausgehenden Verkehrswert besitzt. Dieser im Unterirdischen enthaltene Mehrwert ist bei der Enteignung neben dem landwirtschaftlichen Wert erstattungspflichtig.

(U. v. 12. Nov. 1935; VII 102/35. — Berlin.)

*

** 7. § 8, 9 Abs. 5 BWSG. i. d. Fass. des 3. AndG. v. 22. Sept. 1933 (RGBl. I, 655) und der 5. Durchf. v. 29. Sept. 1933. § 9 Abs. 5 BWSG. betrifft Beamte, die sich bei Inkrafttreten des Gesetzes schon im einstweiligen oder dauernden Ruhestand befanden. Vorgehen gegen diese auf Grund der durch das 3. AndG. v. 22. Sept. 1933 richtiggestellten Fassung des BWSG.

Für § 8 BWSG. bildet der Umstand, daß der Beamte schon vor dem 31. Mai 1932 in den Ruhestand getreten ist, keinen Hinderungsgrund; diese Zeitgrenze gilt nur für die erst im September 1933 nachträglich geschaffenen Maßnahmen des § 4 Abs. 2. Die Entlassung eines im Dienst befindlichen Beamten ist ihrem rechtlichen Wesen nach etwas vollkommen anderes, als die Entziehung des Ruhegeldes, die gegen einen im Ruhestand befindlichen Beamten deshalb ausgesprochen wird, weil ihm die nach der Vorschrift des § 8 zu berechnende Mindestdienstzeit fehlt. Nur darin gleichen sich beide Maßnahmen, daß beide die Feststellung nationaler Unzuverlässigkeit des Betroffenen erfordern.

Der Kl. ist als sächsischer Ministerialdirektor i. Z. 1922 in den einstweiligen und i. Z. 1924 in den dauernden Ruhestand versetzt worden. Am 25. Sept. 1933 hat das SächsMdz. unter Hinweis auf § 9 Abs. 5 BWSG. v. 7. April 1933 seine ruhegehaltfähige Dienstzeit neu festgesetzt mit der Begr., auf ihn wäre, wenn er beim Inkrafttreten des Gesetzes noch im Dienst gewesen wäre, § 4 des Gesetzes anzuwenden gewesen, denn nach seiner politischen Betätigung während seiner Beschäftigung im sächsischen Staatsdienst würde er nicht die Gewähr dafür geboten haben, daß er jederzeit rückhaltlos für den nationalen Staat eintreten werde. Das Ministerium hat dabei ausgeführt, daß der Kl. bei seiner Zurruheetzung eine zehnjährige Dienstzeit i. S. des § 8 BWSG. nicht vollendet gehabt habe, und hat deswegen angeordnet, daß sein Ruhegehalt vom 1. Okt. 1933 ab wegfallt. Der Kl. dagegen glaubt eine mehr als zehnjährige Dienstzeit nachweisen zu können, und hat mit der Klage Nachzahlung seines Ruhegehalts zunächst für den Monat Oktober 1933 gefordert. Das LG. hat die Klage abgewiesen, das OLG. ist dem beigetreten.

Der Sinn des Abs. 5 des § 9 BWSG., der die Grundlage der MinVfg. v. 25. Sept. 1933 bildet, ist nicht ohne weiteres klar, weil die Vorschr. mehrfache Verweisungen auf andere Best. des Gesetzes enthält, überdies die eine dieser Verweisungen in der ursprünglichen Fassung (wie durch I Nr. 6 Satz 1 des 3. AndG. v. 22. Sept. 1933 [RGBl. I, 655] und durch die Best. Nr. 6 zu § 9 in der 3. Durchf. v. 29. Sept. 1933 zum BWSG. v. 6. Mai 1933 [RGBl. I, 245, 250] vom Gesetzgeber selbst anerkannt worden ist), auch ungenau war. § 9 Abs. 5 betrifft Beamte, die sich beim Inkrafttreten des Gesetzes schon im — einstweiligen oder dauernden — Ruhestand befanden. Er unterwirft sie nicht etwa einer entsprechenden Anwendung der Vorschr. der §§ 2—4. Er sieht vielmehr (in der durch das 3. AndG. richtiggestellten Fassung) ein Vorgehen gegen sie nach zwei Richtungen hin vor.

Er erklärt einmal die Vorschr. des § 8 und weiter die Vorschr. der Abs. 1 bis 4 des § 9 auf sie für anwendbar. § 8 verschärft für Beamte, die nach § 3 oder § 4 in den Ruhestand versetzt oder entlassen werden, im Vergleich zu sonst zur Ruhe gesetzten Beamten die Voraussetzungen für den Erwerb eines Ruhegeldanspruchs. Ruhegeld soll ihnen nicht gewährt werden,

wenn sie nicht mindestens eine zehnjährige Dienstzeit vollendet haben, die in einer teils im § 8 selbst, teils in der 3. Ausf. v. dazu näher festgesetzten Weise zu berechnen ist. Ein nach § 3 in den Ruhestand versetzter — nichtarischer — Beamter erhält also kein Ruhegeld, wenn er nicht eine diesen Vorschr. entsprechende zehnjährige Dienstzeit zurückgelegt hat. Unter denselben Voraussetzungen entgeht einem nach § 4 entlassenen — national unzuverlässigen — Beamten das Ruhegeld völlig, das ihm nach § 4 sonst in Höhe von drei Vierteln zusteht. Angewendet auf nichtarische und national unzuverlässige Beamte, die beim Inkrafttreten des BWSG. sich schon im — endgültigen oder einstweiligen — Ruhestand befanden, hat § 8 die Wirkung, daß die zuständige Dienststelle nachzuprüfen verpflichtet (bei Nichtariern) oder (bei national unzuverlässigen) berechtigt ist, ob eine den verschärften Vorschr. des § 8 entsprechende mindestens zehnjährige Dienstzeit vollendet ist, und, wenn das nicht der Fall ist, den Wegfall des Ruhegeldes anzunordnen. § 9 handelt in seinen vier ersten Absätzen von der Berechnung der ruhegeldfähigen Dienstzeit, d. h. der Dienstzeit, nach der sich die Höhe des zu gewährenden Ruhegeldes richtet, die, wie das RG. wiederholt (z. B. 113, 219 = JW. 1926, 2288) ausgesprochen hat, nicht zusammenfällt mit der (in § 8 geregelten) Dienstzeit, die die Voraussetzung über den Erwerb eines Ruhegeldanspruchs überhaupt bildet.

Eine dritte, selbständig neben den beiden genannten bestehende Maßnahme gegen national unzuverlässige Ruheständler ist durch das 3. AndG. (v. 22. Sept. 1933) nachträglich, wenn auch mit Rückwirkung vom Tag des Inkrafttretens des BWSG. selbst, eingeführt worden: die Entziehung des Ruhegeldes (an Stelle der gegen aktive Beamte dieser Art zulässigen Dienstentlassung). Diese Maßnahme ist indessen durch die 5. Durchf. v. 29. Sept. 1933) alsbald dahin eingeschränkt worden, daß sie nur gegen solche Beamte Anwendung finden soll, die erst nach dem 31. Mai 1932 in den Ruhestand getreten sind, und daß auch die Best. des § 4 Abs. 1 Satz 2 und 3 gelten sollen, d. h. daß den Ruheständlern ihr Ruhegeld auf die Dauer von drei Monaten in voller bisheriger Höhe und für die folgende Zeit in Höhe von drei Vierteln zu belassen ist.

Angewendet gegen den Kl. hat das SächsMdz. nur die Best. des § 8 BWSG. Hierfür bildete der Umstand, daß der Kl. schon vor dem 31. Mai 1932 in den Ruhestand getreten ist, keinen Hinderungsgrund; diese Zeitgrenze gilt nur für die, wie erwähnt, erst im September 1933 nachträglich geschaffene Maßnahme des § 4 Abs. 2. Irrenden Anhalt dafür, daß durch die Schaffung dieser neuen Maßnahme nachträglich auch die beiden schon durch das BWSG. selbst angeordneten Maßnahmen gegen Ruheständler an die für § 4 Abs. 2 bestimmte zeitliche Schranke hätten gebunden werden sollen, ist nicht ersichtlich. Wenn der Kl. auf § 14 Abs. 2 BWSG. hinweist, wo die Einleitung eines Dienststrafverfahrens gegen Ruheständler ebenfalls an eine zeitliche Schranke geknüpft ist (die übrigens mit der in der 5. Durchf. v. bestimmten nicht zusammenfällt), so kann aus dieser Best. ebenso wie aus der 5. Durchf. v. nur umgekehrt der Schluß gezogen werden, daß eben für andere zeitlich nicht ausdrücklich begrenzte Maßnahmen gegen Ruheständler eine Zeitschranke nicht gelten soll.

Es trifft weiter auch nicht zu, daß dem Kl. entsprechend den Best. in § 4 Abs. 1 Satz 2 und 3 wenigstens noch für drei Monate sein Ruhegeld hätte belassen werden müssen. Die entsprechende Anwendung dieser Best. ist nur für den Fall vorgeschrieben, daß auf Grund des § 4 Abs. 2 gegen einen Ruheständler vorgegangen wird. Auch hier ist nicht ersichtlich, daß durch das NachtragsG. v. 22. Sept. 1933 die Best. des § 9 Abs. 5 hätte berührt werden sollen. Diese Best. schreibt keineswegs eine entsprechende Anwendung des § 4 Abs. 1 auf Ruheständler vor — nur in diesem Falle wäre eine entsprechende Anwendung des § 4 Abs. 2 zu erwägen —, sondern ordnet, soweit hier von Bedeutung, lediglich eine von der Maßnahme des § 4 Abs. 2 von Grund aus verschiedene Nachprüfung der Dienstzeit der Ruheständler nach den beiden genannten Richtungen (§ 8 und § 9 Abs. 1) an. Wenn die Wirkung dieser Nachprüfung in der Weise hätte hinausgeschoben werden sollen, daß für eine gewisse Übergangszeit die bisherigen Bezüge fortgezahlt werden sollten, so hätte das im Gesetz oder der Durchf. v. gesagt werden müssen.

Zugegeben werden muß dem Kl. zwar, daß u. U. ein im Weg des § 9 Abs. 5 gemäßigter Ruheständler schärfer getroffen wird, als ein noch im Dienst befindlicher und nach § 4 Abs. 1 entlassener Beamter, insofern diesem nach seiner Entlassung für eine Übergangszeit von drei Monaten seine bisherigen Bezüge belassen werden müssen, selbst wenn er eine zehnjährige Dienstzeit i. S. des § 8 nicht vollendet hat; denn § 4 Abs. 1 verweist auf § 8 nur in seinem letzten Satz, der die Bezüge des Entlassenen nach Ablauf der drei Monate betrifft. Aber die entscheidende Dienststelle hatte es in der Hand, ein Vorgehen nach § 9 Abs. 5 gegen national unzuverlässige Ruheständler bis zum 31. März 1934 hinauszuschieben, wie ja auch gegen den Kl. nicht sofort nach Erlaß des Gesetzes und der 3. Durchf. D., sondern erst Ende September 1933 vorgegangen worden ist. Außerdem gibt § 16 BVBG. einen Ausweg, wenn die Maßnahme im Einzelfall zu einer unbilligen Härte führt. Gerade aus dieser Best. ergibt sich unzweideutig, daß der Gesetzgeber des BVBG. sich bewußt war, daß sich aus seinen Anordnungen u. U. unbillige Härten ergeben würden. Aus dem Umstand allein, daß eine bestimmte Gesetzesauslegung im Einzelfall zu einer unbilligen Härte führt, kann also niemals gefolgert werden, daß diese Auslegung nicht i. S. des Gesetzes gelegen haben könne.

Der Kl. hat in erster Linie geltend gemacht, daß § 4 auf ihn nicht hätte angewendet werden können, wenn er beim Inkrafttreten des BVBG. noch im Dienst gewesen wäre. Er meint, das Gericht müsse nachprüfen, ob die Voraussetzung für die gegen ihn verhängte Maßnahme gegeben gewesen sei. Diese Ansicht ist aber schon von den Vorinst. mit Recht zurückgewiesen worden. Der Meinung des BG., die Anwendung des § 8 auf Ruheständler sei nur ein Unterfall der Entlassung aus dem Dienst und deshalb müsse der in § 7 für Dienstentlassungen angeordnete Ausschluß gerichtlicher Nachprüfung auch hier gelten, kann allerdings nicht beigeprägt werden. Die Entlassung eines im Dienst befindlichen Beamten ist ihrem rechtlichen Wesen nach etwas vollkommen anderes, als die Entziehung des Ruhegeldes, die gegen einen im Ruhestand befindlichen Beamten deshalb ausgesprochen wird, weil ihm die nach der Vorschr. des § 8 zu berechnende Mindestdienstzeit fehlt. Nur darin gleichen sich beide Maßnahmen, daß beide die Feststellung nationaler Unzuverlässigkeit des Betroffenen erfordern. Die Feststellung aber enthält eine politische Wertung, die ihrer Natur nach abseits von dem Aufgabekreis der ordentlichen Gerichte liegt. Wenn also auch § 7 die gerichtliche Nachprüfung nur für die Zulässigkeit der Dienstentlassung, der Versetzung und der Zuruhesetzung ausdrücklich vorschreibt, so kann doch kein Zweifel bestehen, daß auch über die Zulässigkeit einer Anwendung des § 8 auf Ruheständler die zuständige Verwaltungsstelle endgültig und unter Ausschluß des Rechtsweges zu entscheiden hat. Es ist nicht richtig, die Endgültigkeit der Verwaltungsentscheidung über die Zulässigkeit einer Dienstentlassung, einer Amtsversetzung und einer Zuruhesetzung beruhe darauf, daß die ungestörte Fortführung der öffentlichen Verwaltung eine rasche und endgültige Entsch. verlange, ob die betreffende Stelle neu besetzt oder umgestaltet werden könne. Denn die ordentlichen Gerichte können ohnehin nicht über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Beamtenverhältnisses als solchen, sondern nur über die vermögensrechtlichen Auswirkungen jener Maßnahmen auf das Verhältnis zwischen dem Beamten und seinem öffentlich-rechtlichen Dienstherrn entscheiden; diese Auswirkungen aber sind für die „Sicherheit der Staatsverwaltung“ kaum jemals von entscheidender Bedeutung. Der wahre Grund für den in § 7 ausdrücklich ausgesprochenen Ausschluß des Rechtsweges liegt vielmehr in der politischen Natur jener Entsch., und aus diesem Grunde kann auch für Fälle wie den hier vorliegenden vom Gericht nicht nachgeprüft werden, ob die Verwaltungsbehörde die Voraussetzung für ihr Vorgehen, die nationale Unzuverlässigkeit des Ruheständlers, mit Recht als gegeben angenommen hat.

Der Kl. wendet sich weiter dagegen, daß er, wie das Sächs. VdV. in seiner Verfügung vom 25. Sept. 1933 angenommen hat, keine zehnjährige Dienstzeit i. S. des § 8 erfüllt habe. Seine gegen diese Annahme gerichteten Angriffe sind aber unbegründet.

§ 8 verlangt — ohne Rücksicht auf etwaige, dem Beamten günstigere Vorschr. der bisherigen Reichs- oder Landesgesetz-

gebung — schlechthin eine mindestens zehnjährige Dienstzeit und gestattet eine Anrechnung darauf lediglich in den Fällen der §§ 36, 47 und 49 RBVG., des Gef. v. 4. Juli 1921 über erhöhte Anrechnung der während des Krieges zurückgelegten Dienstzeit (RGBl. 825) und der entsprechenden Landesgesetze. Im übrigen gelten für die Berechnung der Beamtendienstzeit nach der zu § 8 gegebenen Vorschr. der 3. Durchf. D. folgende Beschränkungen: nach Nr. 2 — die gem. Nr. 3 entsprechend für Länderbeamte gilt — werden bei Ermittlung der Dienstzeit, deren mindestens zehnjährige Dauer Voraussetzung für die Gewährung oder Belassung eines Ruhegehalts ist, lediglich berücksichtigt

a) die tatsächliche Dienstzeit in Planstellen des Reichsdienstes oder des unmittelbaren Landesdienstes,

b) auf Grund besonderer Entsch. des RMdV. mit Zustimmung des RM. bei Länderbeamten der für das Besoldungswesen allgemein zuständigen obersten Landesbehörde, gegebenenfalls mit Zustimmung des FinMin., die tatsächlich abgeleistete Dienstzeit in einer gleichwertigen Laufbahn, und zwar in einer ruhegeldberechtigenden Beamtenstellung bei einem anderen Dienstherrn öffentlichen Rechts, soweit die Berufung in das letzte Amt auf der Dienstleistung in dem früheren Amtsverhältnis beruhte,

c) Zeiträume, die auf Grund der §§ 47, 49 RBVG. und des Gef. v. 4. Juli 1921, bei Länderbeamten der entsprechenden Landesvorschriften, als ruhegeldfähige Dienstzeit anzurechnen sind.

Bei Anwendung dieser Best. ergibt sich keine zehnjährige Dienstzeit des Kl. (wird weiter ausgeführt).

(U. v. 5. Nov. 1935; III 176/35. — Dresden.)

[v. B.]

(= RGZ. 149, 148)

*

**S. § 16 preuß. V. D. v. 24. Jan. 1844; § 144 RBVG.; §§ 89 ff. II 10 ALR. Defektenbeschl. u.

I. In dem auf Grund des § 16 preuß. V. D. v. 24. Jan. 1844 angestregten Rechtsstreit steht nicht die Frage zur Entscheidung, ob die Voraussetzung für den Erlaß des Defektenbeschlusses gegeben war. Vielmehr zielt das Verfahren des ordentlichen Gerichts auf die endgültige Entscheidung der materiellen Rechtsfrage, ob und in welcher Höhe den Beamten eine Ersatzverbindlichkeit für den Kassendefekt trifft. In diesem Streit um die Ersatzverbindlichkeit ist der rechte Gegner die Stelle, der der Ersatzanspruch zusteht.

II. § 282 BGB. Der Beamte, dem eine Kasse anvertraut ist, deren Eingänge feststehen, hat, falls ein Fehlbetrag festgestellt wird, zu beweisen, daß die Fehlbestände infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes entstanden sind. f)

Der Kl. war leitender Bürobeamter des hess. Kreis kommunalverbandes. Beim Bess. bestand zur Bestreitung verschiedener Ausgaben eine aus der Portokasse hervorgegangene sog. Bürokasse, die der Kl. verwaltete. Während des Krieges und bis zum Jahre 1924 bestand eine Buchführung für diese Kasse überhaupt nicht. In einer 1924 von der Kreisverwaltung erlassenen Geschäftsordnung wurde eine Buchführung vorgeschrieben, die der Kl. aber nach kurzer Zeit wieder einschlefen ließ. Die Bürokasse wurde regelmäßig auf einem eisernen Bestand von 1200 RM gehalten, der ihr aus der Kreis kommunalkasse überwiesen wurde. Die Anweisungen auf diese Kasse zeichnete der Kreisaußschußobersekretär H. gegen. Über die Ausgaben machte sich der Kl. Notizen. Die Belege hat er jeweils nach Anweisung neuer Beträge vernichtet. Eine Kassenrevision im Juli und August 1933 ergab erhebliche unbelagte Beträge und führte zum Erlaß eines Defektenbeschlusses gegen den Kl.

Der Kl. hat Feststellung beantragt, daß der Defektenbeschl. unwirksam sei und ein Ersatzanspruch gegen ihn nicht bestehe. Er behauptet, alle überwiesenen Gelder bestimmungsgemäß verwendet zu haben.

LG. und OLG. haben der Klage stattgegeben.

I. Die Rüge der Rev., das BG. habe den bekl. Kreiskommunalverband rechtsirrig als den rechten Bekl. angesehen, ist unbegründet. Nach feststehender Rpr. des RG. (RGZ. 146, 201 = JW. 1935, 1683² und die dort angeführte Rpr.) steht in dem auf Grund des § 16 preuß. WD. v. 24. Jan. 1844 oder des ihm nachgebildeten § 144 RWG. angefügten Rechtsstreit nicht die Frage zur Entsch., ob die Voraussetzung für den Erlass des Defektenbeschlusses gegeben war, eine Ersatzverbindlichkeit also i. S. der Defektvorschriften bestand. Vielmehr ist endgültig zu prüfen, ob eine Schadenersatzverpflichtung des Beamten überhaupt vorliegt, so daß gegebenenfalls dessen Klage auf Aufhebung des Defektenbeschlusses und Rückzahlung etwa beigetriebener Beträge auch dann abzuweisen ist, wenn den Beamten zwar kein grobes Verschulden trifft, wie es Voraussetzung für den Erlass eines Defektenbeschlusses ist, sondern ihm nur eine leichte Fahrlässigkeit zur Last fällt, die seine Schadenersatzpflicht, wie beispielsweise im vorl. Fall auf Grund der §§ 89 ff. II 10 WR. begründet. Das ordentliche Gericht geht mithin über die seiner Entsch. entzogene Frage der Ordnungsmäßigkeit der Verwaltungsentsch. hinweg. Sein Verfahren zielt auf die endgültige Entsch. der materiellen Rechtsfrage, ob und in welcher Höhe den Beamten eine Ersatzverbindlichkeit für den Kassendefekt trifft. In diesem Streit um die Ersatzverbindlichkeit ist der rechte Gegner diejenige Stelle, der der Ersatzanspruch zusteht. Ihr fällt im Falle des Erlasses eines Defektenbeschlusses die Rolle des Bekl. zu. Der Umstand, daß das Defektenverfahren vorausgegangen ist und das Gesetz für den Erlass des Defektenbeschlusses an Stelle des Ersatzberechtigten die Zuständigkeit der Behörde bestimmt, zu deren Geschäftskreis die unmittelbare Aufsicht über die geschädigte Kasse gehört, kann daran nichts ändern und kann nicht zur Folge haben, daß in demselben materiellen Streit, je nachdem zunächst das Defektenverfahren eingeschlagen oder der ordentliche Rechtsweg von vornherein beschränkt ist, verschiedene Stellen Klagen oder verklagt werden müssen. Die in der Entsch. des Sen. v. 15. Dez. 1933, III 204/33, ausgesprochene entgegengesetzte Rechtsansicht wird auch für den dort erörterten Fall der Anfechtung eines Defektenbeschlusses als unzulässig wegen Mangels sonstiger Voraussetzungen (Beamteneigenschaft) aufgegeben.

II. Dagegen halten die Ausführungen des BU. zur Frage des Beweises einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Das BU. läßt eine Würdigung der im ersten Rechtszug erhobenen Beweise völlig vermissen. Wenn das BG. die Schwierigkeiten erörtert, denen die Beweisführung des Kl. begegnet, und zu dem Schlusse kommt, der Kl. habe die ihm obliegende Beweislast in den durch die Umstände des vorl. Falles gebotenen Grenzen erfüllt, so bleibt zunächst die Frage offen, ob das BG. von klaren Vorstellungen hinsichtlich dessen, was überhaupt den Gegenstand der Beweislast des Kl. bildet, ausgegangen ist. Rechtsirrig ist jedenfalls sein Ausgangspunkt, der bekl. Fiskus habe das Verschulden zu beweisen, der Kl. habe nur den Gegenbeweis zu führen. Nach ständiger Rpr. (RGZ. 74, 342 = JW. 1911, 36; RGZ. 120, 67; Urt. des RG., III 94/29 v. 26. Nov. 1929, III 375/31 v. 16. Sept. 1932 und stets) hat der Beamte, dem Gelder anvertraut sind, hier also der Kl., dem eine Kasse anvertraut war, deren Eingänge feststehen, falls ein Fehlbetrag festgestellt wird, in entsprechender Anwendung des für das bürgerliche Recht im § 282 BGB. ausgesprochenen Grundsatzes seinerseits zu beweisen, daß die Fehlbeträge infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes entstanden sind. Wenn deshalb der Kl. hier behauptet, daß die gesamten in dem fraglichen Zeitraum vereinnahmten Kassengelder für die bestimmungsgemäßen Zwecke verausgabt seien, so muß er dies beweisen. Soweit er den Beweis schuldig bleibt, ist er zum Ersatz verpflichtet. Die Nichtaufklärung des Verbleibs eines Teils der vereinnahmten Gelder geht zu seinen Lasten.

Ein Einzelnachweis ist hier hinsichtlich der Beträge von 661 RM und 6196 RM nicht erbracht. Wenn das BG. demgegenüber auf Grund allgemeiner Erwägungen über die Schwierigkeiten der Beweisführung zu dem Ergebnis kommt, daß der Kl. „das Maß von Beweis erbracht habe, das zu seiner Entlastung notwendig“ sei, so legen diese Ausführungen

die Möglichkeit nahe, daß es verkennt, was der Kl. zu beweisen hat. Umfang und Gegenstand dieses Beweises können jedenfalls nicht geringer werden dadurch, daß mit oder ohne Schuld des Kl. eine geordnete Buchführung und Aufbewahrung der Belege unterblieben ist. Daß ihm eine solche durch eigene Anordnung des Bekl. erlassen sei, dieser somit selbst den Verlust der Beweismittel verschuldet und ihn daher gegen sich gelten zu lassen hätte, stellt das BG. nicht fest. Die Äußerung des Landrats wird nur als „möglicherweise“ getan erwähnt und der vom Kl. behauptete Schluß daraus, er könne von einer Buchführung auch für die hier streitige Zeit absehen, nur als „vielleicht“ gezogen bezeichnet. Schwierigkeiten in der Beschaffung der Ausgabebelege hat der Kl. allein zu vertreten. Die erfolgte Gegenzeichnung der Ausgabeanweisungen durch den Kreisaußschußobersekretär H. ist ohne Beweiswert für die Art der Ausgaben schon deshalb, weil H. eine Prüfung der Belege vor der Gegenzeichnung nicht vorgenommen hat. Auf die unterlassene Prüfung kann sich der Kl. nicht berufen, weil ein mitwirkendes Verschulden anderer Beamter nicht zu seiner Entlastung gegenüber der Kasse, sondern allenfalls zur gesamtschuldnerischen Haftung beider Beamter führen könnte (RGZ. 95, 347; RG.: Recht 1926 Nr. 2382). Aus demselben Grunde kann auch die unterlassene Rev. der Bürokasse in all den Jahren das Maß seiner Verantwortlichkeit gegenüber dem Bekl. und seine Beweislast nicht mindern.

Die vorstehenden Mängel des BU. nötigen zu seiner Aufhebung. Das BG. wird im Rahmen des § 286 ZPO. zu prüfen haben, für welchen Teil der vereinnahmten Gelder der Kl. den ihm obliegenden Beweis sachgemäßer Verausgabung in dem von ihm behaupteten Sinne erbracht hat, insbes., ob und weshalb etwa dieser Beweis auch hinsichtlich der Fehlbeträge von 661 RM und 6196 RM als erbracht anzusehen ist, obwohl ein konkreter Einzelnachweis hier bisher fehlt. Dabei wird es, soweit Ausgaben vom Kl. behauptet sind, die aus der Kasse möglicherweise geleistet sein können, wenn sie auch nicht belegt sind, für die Frage der Glaubhaftigkeit solcher Behauptungen des Kl. die Persönlichkeit des Kl. und seine allgemeine Glaubwürdigkeit in die Waagschale werfen können. Es wird jedoch dabei zu beachten haben, daß der Kl. zugestehet, der Kasse für persönliche Zwecke einmal vorübergehend 220 RM entnommen zu haben und daß er dem Kreisaußschußobersekretär H. aus der Kasse Darlehen von 100 RM und 10 RM gewährt hat. Schließlich wird auch zu erwägen sein, welche Bedeutung der Behauptung des Kl., die Bürokasse sei während seiner Urlaubszeiten in Händen anderer Beamter gewesen, die keine Bücher geführt hätten, hinsichtlich der Möglichkeit einer anderweitigen Entstehung des Fehlbetrages zugemessen werden kann.

(U. v. 8. Nov. 1935; III 136/35. — Breslau.) [v. B.]

Anmerkung: Das Urt. ist von grundsätzlicher Bedeutung. Es bringt die längst fällige Abkehr des RG. von seiner bisherigen Rpr. zur Frage der Passivlegitimation im Defektenprozeß. Ich habe diese Rpr.: JW. 1935, 3014 ff. und neuerdings: JW. 1936, 82 ff.¹⁾ einer Kritik unterzogen, in der ich auf die Unhaltbarkeit dieser Rpr. hingewiesen habe. Diese Kritik ist erfreulicherweise nicht ohne Erfolg geblieben: das RG. hat in der vorstehend abgedruckten Entsch., die genau zwei Wochen nach Erscheinen meines Aufsatzes: JW. 1935, 3014 ff. verkündet worden ist, den von ihm im Urt. vom

¹⁾ Die von mir a. a. O. erörterte Gestaltung des Aufbaus der preuß. Provinz ist durch Ges. v. 15. Dez. 1933 (GS. 477) geändert worden. Durch dieses Ges. wurde auch in der Provinzialinstanz für die allgemeine preuß. Landesverwaltung und die Kommunalverwaltung eine einheitliche Spitze, nämlich eine organisch-funktionale Personalunion in der Person des preuß. ObPräs., geschaffen. Der ObPräs. ist nunmehr gleichzeitig Leiter der allgemeinen preuß. Landesverwaltung und Chef der provinziellen Selbstverwaltung. Dagegen ist der Landeshauptmann jetzt nicht mehr selbständiger Leiter des kommunalen Provinzialverbandes, sondern nur noch Vertreter des ObPräs. auf kommunalem Gebiet; im Bereiche der allgemeinen preuß. Landesverwaltung wird der ObPräs. nach wie vor durch den VizePräs. beim Oberpräsidium vertreten.

15. Dez. 1933²⁾ eingenommenen Standpunkt aufgegeben und nun auch seinerseits anerkannt, daß der jeweils geschädigte Verband als richtiger Bekl. im Defektenprozeß zu gelten habe. Durch diese Selbstberichtigung, die das RG. nunmehr an seiner eigenen Mspr. vorgenommen hat, ist eine erhebliche Beruhigung der Instanzgerichte besiegt worden. Ich habe in meinen eingangs zitierten Aufsätzen eine Reihe abweichender Urte. des OLG. Breslau, des OLG. Königsberg und des OLG. Köslin wiedergegeben, aus denen ersichtlich ist, wie sehr die Fehlentwicklung der Mspr. des RG. den Instanzgerichten im Reiche zu schaffen gemacht hat. Diese haben sich mit einem großen Aufwand an Scharfsinn übereinstimmend gegen die Mspr. des RG. zur Wehr gesetzt und können nun aus dem vorstehend abgedruckten Urte. des RG. selbst ersehen, daß sie mit ihrem Widerstand in der richtigen Linie gekämpft haben. In noch weit stärkerem Maße hatte die verfehlte Mspr. des RG. in den Kreisen der Beamenschaft Beunruhigung und Verwirrung gestiftet. Der Beamte, der durch einen Defektenbeschuß betroffen wurde, wußte bei der Zweispältigkeit der Mspr. unserer Gerichte nicht mehr, gegen wen er nun eigentlich die mangelnde Berechtigung des Defektenbeschlusses im Wege der gesetzlich vorgesehenen Klage geltend machen sollte. Ein Fehlgriß in dieser Richtung konnte für den Beamten verhängnisvoll werden, da der Defektenbeschuß sowohl nach Reichs- wie auch nach preuß. Recht (§ 142 Abs. 2 RWG.; § 16 Abs. 2 DefWD.) nur binnen einer Ausschußfrist von einem Jahre anfechtbar ist. Der Beamte, dem in der Wahl der beklagten Partei ein Fehlgriß unterlief, konnte oft nach Abweisung der gegen die nicht passivlegitimierte Partei gerichteten Klage eine weitere Klage gegen den richtigen Bekl. wegen Ablaufs der Frist nicht mehr erheben. In dieser Bedrängnis verfielen die betroffenen Beamten neuerdings auf den Ausweg, beide für die Passivlegitimation in Betracht kommenden Parteien, d. h. sowohl den geschädigten Verband wie auch die Körperschaft, deren Beschlußorgan den Defektenbeschuß erlassen hatte, bisweilen auch die Beschlußbehörde selbst, zu verklagen. Dann hatten sie wenigstens die Gewähr, unter den beiden Bekl. auch die wirklich passivlegitimierte Partei zu haben und der Gefahr einer Veräumung der Ausschußfrist entgangen zu sein. Dieser Ausweg, zu dem den Beamten auch Daniels: *BeamtJahrb.* 1935 Heft 8 S. 496 geraten hatte, war jedoch nur ein äußerst kostspieliger Rotbefeß, da ja die Klage des betroffenen Beamten selbst im günstigsten Falle nur gegenüber einer der bekl. Parteien durchgreifen konnte, der anderen bekl. Partei gegenüber jedoch unter allen Umständen der Abweisung unterlag. Ihm wurden daher — trotz seines Sieges gegen eine der bekl. Parteien — die Hälfte der Gerichtskosten und die Hälfte seiner eigenen außergerichtlichen Kosten, ferner noch sämtliche außergerichtlichen Kosten der nicht unterlegenen Gegenpartei auferlegt (so — entgegen *Baumbach*, *RPD.*, Anm. 1 C zu § 100 — in Anlehnung an *Stein-Jonas*, *RPD.*, Anm. IX zu § 100: *LG. Köslin*, 1 O 108/34). Bei den häufig recht hohen Streitobjekten, um die es sich bei Defektenklagen handelt, blieb somit der betroffene Beamte, selbst wenn er sachlich recht bekam, auf beträchtlichen Kosten sitzen. Es ist daher für die Beamenschaft von größter Tragweite, daß ihr dieses Kostenrisiko nunmehr für die Zukunft erspart bleibt, weil jeder betroffene Beamte jetzt ohne Frist- und Kostengefahren die defektenrechtliche Anfechtungsklage gegen den angeblich geschädigten Verband richten kann.

Das Ergebnis, zu dem das RG. nunmehr in der Frage der Passivlegitimation im Defektenprozeß gelangt ist, ist also ein erfreulicher Fortschritt. Die Begr. jedoch, mit der das RG. seinen im Ergebnis zutreffenden Standpunkt rechtfertigt, ist nicht bedenkenfrei. Richtigerweise hätte das RG. die Passivlegitimation des geschädigten Verbandes mit einer Klarstellung der verwaltungsrechtlichen Natur der Anfechtungsklage gegen einen Defektenbeschuß und mit den somit anwendbaren Grundsätzen des preuß. Verwaltungsrechts über die Passivlegitimation bei der Anfechtung von Verwaltungsakten begründen sollen (vgl. *Neuß*: *JW.* 1935, 3014 ff.).

Nur so wäre das richtige Ergebnis auch zutreffend begründet worden. Der Weg, den statt dessen das RG. geht, unterliegt schwersten Bedenken. Wenn sich das RG. auf den Standpunkt stellt, bei einer Anfechtungsklage gegen einen Defektenbeschuß sei „endgültig zu prüfen, ob überhaupt eine Schadenersatzverpflichtung des Beamten vorliege, so daß gegebenenfalls dessen Klage auf Aufhebung des Defektenbeschlusses und Rückzahlung etwa beigetriebener Beträge auch dann abzuweisen sei, wenn den Beamten zwar kein grobes Verschulden treffe, wie es Voraussetzung für den Erlaß eines Defektenbeschlusses ist, sondern ihm nur eine leichte Fahrlässigkeit zur Last falle“, so hätte es nicht verschweigen sollen, daß dieser Ausgangspunkt äußerst problematisch und lebhaft bestritten ist. Selbst das RG. hat in dieser Frage einmal anders gedacht. In *JW.* 1891, 77 führt das RG. aus: „Wenn § 16 WD. gegen einen Defektenbeschuß auch hinsichtlich der Ersatzverbindlichkeit den Rechtsweg eröffnet, so bewegt sich der Prozeß auf der Grundlage und in den Grenzen, welche ihm nach dem Gesetz gegeben sind, und es hat die zugunsten des Beamten ergehende Entsch. die Bedeutung, daß mangels der Voraussetzung eines groben Verschuldens der Defektenbeschuß nicht zu Recht bestehen kann. Weiter geht aber auch die Tragweite einer solchen Entsch. nicht; sie schließt namentlich nicht aus, daß der Fiskus seinen Ersatzanspruch auf Grund der gesetzlichen Vorschriften über die Verantwortlichkeit der Beamten im ordentlichen Rechtsweg geltend macht.“

Auch *Brand*, *Beamtenrecht*, 3. Aufl., S. 843, ist der Meinung: „Nach dem Wortlaut des § 16 WD. soll im Rechtswege nur festgestellt werden, ob die materiellen, nach § 10 WD. für den Erlaß eines Defektenbeschlusses vorgeschriebenen Voraussetzungen im gegebenen Falle vorhanden waren. Liegen die Voraussetzungen nicht vor, so ist der Klage stattzugeben... In diesem Defektenprozeß darf auch nicht etwa dahin entschieden werden, daß der Beamte nicht ersatzpflichtig sei. Eine solche Entsch. würde über den Rahmen dieses sich nur mit der materiellen Gültigkeit des Defektenbeschlusses befassenden Prozesses hinausgehen und bleibt einem späteren Schadenersatzprozeß vorbehalten.“ In der gleichen Richtung bewegen sich ferner die Ausführungen von *Görres* zu den entsprechenden Best. des RWG. (*RWG.*, Anm. 2 zu § 144 S. 106): „über den Begriff ‚Ersatzverbindlichkeit‘ herrscht Streit. Nach einer Ansicht dürfte sich das *ZivGer.* nicht mit der Frage befassen, ob der Defektenbeschuß auch unter Wahrung der für sein Zustandekommen gegebenen Voraussetzungen des RWG. erlassen sei, z. B. ob Unterschlagung oder grobes Verschulden vorliege, sondern es dürfte der Richter nur prüfen, ob der Beamte überhaupt als haftpflichtig erscheine. Diese Ansicht unterliegt schweren Bedenken. Sie setzt geradezu einen psychologischen Anreiz für die Behörde, Defektenbeschlüsse zu erlassen unter Vermischung der ohnedies fließenden Grenzen zwischen grobem und mäßigem Verschulden. Wenn der an sich unzulässige Defektenbeschuß vom *ZivGer.* bestätigt wird trotz Fehlens materieller Voraussetzungen, so sinken die letzteren zur leeren Form herab.“ Dieser Ansicht kann nur zugestimmt werden. Es ist in keiner Weise zu billigen, daß die Mspr. den Verwaltungsbehörden die Wege zur Überschreitung ihrer gesetzlichen Zuständigkeiten ebnet. Hinsichtlich der Zuständigkeit zum Erlaß von Defektenbeschlüssen ist dies schon deshalb zu mißbilligen, weil es sonst zur Regel werden könnte, daß die vermeintlichen Regressansprüche der Behörden, soweit Klaffen-Defekte in Frage stehen, ohne Rücksicht auf die besonderen Voraussetzungen eines Defektenbeschlusses mit dessen Hilfe geltend gemacht und damit zugleich die erheblichen Kostenlasten des nachfolgenden Prozesses den schwächeren Schultern des Beamten oder gar seiner Hinterbliebenen aufgebürdet werden. Der vermeintlich geschädigte Verband könnte sich durch Erwirkung eines nach den besonderen Voraussetzungen des Defektenrechts unzulässigen Defektenbeschlusses für die kommende gerichtliche Auseinandersetzung stets in die Rolle des Bekl. hineinmanövrieren und auf diese Weise immer die Vorfußlast für den künftigen Prozeß auf den Beamten abwälzen. In Wahrheit hilft auch hier nur eine Besinnung auf die rechtliche Natur des Defektenprozesses. Dieser stellt sich, wie ich: *JW.* 1935, 3014 ff. gezeigt habe, als Anfechtungsklage gegen einen

²⁾ Das Aktenzeichen dieser Entsch. lautet nicht, wie ich bisher irrtümlich zitiert habe, RG III 203/33, sondern RG III 204/33.

Verwaltungsakt dar. Daraus folgt, daß Gegenstand der richterlichen Prüfung die Gültigkeitserfordernisse des angefochtenen Verwaltungsakts sind. Erweisen sich diese Gültigkeitserfordernisse nicht als erfüllt, so ist der Anfechtungsklage stattzugeben. Dem geschädigten Verband bleibt es selbstverständlich vorbehalten, seinen vermeintlichen Ersatzanspruch gegen den Beamten durch besondere Klage vor den ordentlichen Gerichten zu verfolgen. Der Ausnahmeweg eines Defektenbeschlusses muß ihm aber mangels der hierfür vorgesehenen besonderen Voraussetzungen versperrt bleiben.

Bloße Erwägungen der Prozeßökonomie haben nicht das erforderliche Gewicht, dieses Ergebnis zu erschüttern.

Wenn das RG. im oben abgedruckten Urte. meint, die Frage der Ordnungsmäßigkeit der Verwaltungsentscheidung sei der Nachprüfung durch das ordentliche Gericht „entzogen“, so ist dies eine beweislos aufgestellte Behauptung. Grundsätzlich haben die ordentlichen Gerichte zwar die Akte der Verwaltungsbehörden einfach hinzunehmen, in Defektensachen ist ihnen aber gerade durch § 16 DefVd. die Aufgabe zugewiesen worden, den Defektenbeschuß „wie eine Oberinstanz“ (Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 2. Aufl., S. 378) nachzuprüfen. Hierdurch ist den ordentlichen Gerichten das Recht und die Pflicht beigelegt worden, den in Defektenbeschuß vorliegenden Verwaltungsakt auf seine Gültigkeitserfordernisse zu untersuchen und der Anfechtungsklage gegen den Verwaltungsakt stattzugeben, wenn sich dessen Gültigkeitserfordernisse nicht als erfüllt erweisen.

R. K. Reuß, Berlin.

*

****9.** § 56 Abs. 2 StädteD. für die Provinz Hessen-Nassau; § 114 Ostl. VGemD. Unter „neuer Belastung ohne gesetzliche Verpflichtung“ ist die Übernahme jeder auch nur bedingten Verpflichtung auf die Gemeinde zu verstehen, die ihr bisher niemals in dieser Höhe obgelegen hat und die nicht durch Zwangsetatifizierung erzwungen werden kann, also auch die Übernahme einer Bürgerschaft.

Die Rev. rügt Verletzung des § 56 Abs. 2 StädteD. für die Provinz Hessen-Nassau. Da die StädteD. nicht nur im Bezirk des VG., sondern auch in Teilen des Ostl.-Bezirks Frankfurt a. M. gilt, ist die Rüge nach § 549 ZPO. zulässig.

Das VG. nimmt an, daß die von der k. Stadt übernommene Bürgerschaft eine „neue Belastung der Gemeindeangehörigen ohne gesetzliche Verpflichtung“ i. S. des § 56 Abs. 2 sei. Die Rev. meint, die Geschichte des Gesetzes und ein Vergleich mit anderen Kommunalgesetzen ergebe das Gegenteil.

In § 114 Ostl. VGemD., in § 78 VGemD. für die Provinz Hessen-Nassau und in § 56 StädteD. für die Provinz Hessen-Nassau ist wörtlich übereinstimmend in dem Abs. 2 die Genehmigung des Kreis Ausschusses bzw. des Bez. Aussch. in den Unterabsätzen 3 und 4 verlangt: 3. zu Anleihen, durch welche die Gemeinde mit einem Schuldenstande belastet oder der vorhandene vergrößert wird; und 4. zur neuen Belastung der Gemeindeangehörigen ohne gesetzliche Verpflichtung. Der 9. ZivSen. des RG. hat in seiner Entsch. v. 30. Nov. 1932 (RGZ. 139, 58/66 = ZB. 1933, 1526) in Übereinstimmung mit dem Ostl. VGemD. und der Verwaltungspraxis den § 114 Ostl. VGemD. dahin ausgelegt, daß unter „neuer Belastung ohne gesetzliche Verpflichtung“ die Übernahme jeder auch nur bedingten Verpflichtung auf die Gemeinde zu verstehen sei, die ihr bisher niemals in dieser Höhe obgelegen habe und die nicht durch Zwangsetatifizierung erzwungen werden könne, und daß eine „Belastung“ immer vorliege, wenn Leistungen oder Verpflichtungen schlechthin übernommen würden, gleichgültig, ob die Mittel aus den laufenden Einnahmen, aus dem Barvermögen der Gemeinde oder aus Anleihen beschafft werden sollten. Ist diese Auslegung, der sich das VG. angeschlossen hat, richtig, so muß sie auch für die gleichlautenden Bestimmungen in der offensichtlich nach dem Muster der Ostl. VGemD. v. 3. Juli 1891 verfaßten hessen-nassauischen VGemD. v. 4. Aug. 1897 und der am selben Tage erlassenen hessen-nassauischen StädteD. als richtig anerkannt werden. Den Aus-

führungen des 9. ZivSen. ist durchweg beizustimmen. Was die Rev. dagegen vorbringt, ist nicht geeignet, die von der Kl. gewünschte Auslegung zu rechtfertigen.

Bei der Vorberatung der Kommission des preuß. Abgeordnetenhauses über die Entwürfe einer StädteD. und einer VGemD. für die Provinz Hessen-Nassau wurde der Antrag gestellt, den Unterabsatz 5 des § 56, wonach es der Genehmigung des Bez. Aussch. bedürfe „zur neuen Belastung der Gemeindeangehörigen ohne gesetzliche Verpflichtung“, zu streichen, weil er seinem Inhalte nach zu unbestimmt sei. Der Antrag wurde abgelehnt, nachdem der Regierungsvertreter die Bestimmung dahin erläutert hatte, daß sie zum Schutz einer Minderheit dienen solle und sich auf Fälle beziehe, in welchen einem anderen gesetzlich obliegende Lasten, z. B. die von dem Schulpatron zu tragenden Schullasten, von einer Gemeinde übernommen werden sollten (Anlagen zu den stenograph. Berichten der IV. Sess. der 18. LegPer. 1896/97, Bd. 3, S. 2091). Der Rev. ist zuzugeben, daß der Regierungsvertreter und die Kommissionsmitglieder dabei an Bürgerschaften nicht gedacht haben werden. Aber mit Recht sagt das VG., die Erklärung des Regierungsvertreters könne nicht als der von den gesetzgebenden Faktoren bestimmte und zum Ausdruck gebrachte Inhalt des Gesetzes angesehen werden. Weder war der Regierungsvertreter einer dieser Faktoren noch kann aus der Stellung des Antrages auf Streichung der Vorschrift und aus der Ablehnung dieses Antrages durch die vorbereitende Kommission gefolgert werden, daß die Mehrheit des Abgeordnetenhauses selbst die Bestimmung so habe verstanden wissen wollen, wie sie der Regierungsvertreter erläutert hat.

Der Rev. kann auch darin nicht beigegeben werden, daß sich aus einer Vergleichung der verschiedenen preuß. Landgemeinde-, Städte-, Kreis- und Provinzialordnungen ergebe, daß die hessen-nassauische StädteD. die Übernahme von Bürgerschaften durch die Stadtgemeinden nicht von der Genehmigung des Kreis Ausschusses habe abhängig machen wollen. Die Rev. beruft sich darauf, daß in den Kreis- und ProvinzialD. neben den „neuen Belastungen ohne gesetzliche Verpflichtung“ in dem vorhergehenden Unterabsatz zusammen mit den „Anleihen, durch welche der Kreis bzw. der Provinzialverband mit einem Schuldenbestande belastet oder der bereits vorhandene Schuldenbestand vergrößert werden würde“, auch „die Übernahme von Bürgerschaften auf den Kreis bzw. den Provinzialverband“ für genehmigungsbedürftig erklärt worden ist. Sie will daraus folgern, daß das Gesetz unter neuen Belastungen ohne gesetzliche Verpflichtung nicht auch die Übernahme von Bürgerschaften habe mitverstanden wissen wollen, weil es diese sonst nicht in dem vorhergehenden Unterabsatz besonders genannt haben würde. Dieser Schluss ist jedoch nicht gerechtfertigt. Die ausdrückliche Aufnahme der Bürgerschaftsübernahme in den einen Unterabsatz erklärt sich zwanglos daraus, daß die „neuen Belastungen ohne gesetzliche Verpflichtung“ in den Kreis- und Provinzialordnungen nur mit einer Einschränkung für genehmigungsbedürftig erklärt worden sind, nämlich „insofern die aufzubringenden bzw. aufzulegenden Leistungen über die nächsten fünf Jahre hinaus fortbauern sollen“. Wollte das Gesetz also die Übernahme von Bürgerschaften nicht ebenso wie die übrigen „neuen Belastungen“ nur dann der Genehmigung unterwerfen, wenn sie über die nächsten fünf Jahre fortbauern sollte, sondern wollte es die Übernahme von Bürgerschaften schlechthin von der Genehmigung abhängig machen, dann war es nötig, wie geschehen, sie ausdrücklich unter die immer genehmigungsbedürftigen Beschlüsse aufzunehmen. In den Landgemeinde- und Städteordnungen dagegen bedurfte es solcher ausdrücklichen Bestimmung über Bürgerschaften nicht, weil in ihnen alle „neuen Belastungen der Gemeindeangehörigen ohne gesetzliche Verpflichtung“ ohne Einschränkung für genehmigungsbedürftig erklärt wurden. Der zutreffende Gedanke des VG., es könne nicht angenommen werden, daß in den gleichen Provinzen den Gemeinden ohne Genehmigung habe gestattet werden sollen, was ihren übergeordneten Kreis- und Provinzialverbänden versagt worden sei, hat danach im Gesetz auch Ausdruck gefunden.

Daß in § 24 Ziff. 11 ZweckverbG. v. 19. Juli 1911 für die Übernahme von Bürgschaften auf den Zweckverband ausdrücklich die Bestätigung durch den Kreis- bzw. BezAusSch. für erforderlich erklärt worden ist, erklärt sich ohne weiteres aus dem Inhalt der Ziff. 2 (Belastung durch Umlagen über 25%), worunter die Übernahme von Bürgschaften natürlich nicht fallen kann. Auch daraus, daß in dem Ges. v. 29. Mai 1931 über die Aufnahme von Anleihen und Darlehen sowie die Übernahme von Bürgschaften usw. durch Gemeinden und Gemeindeverbände (GS. 73) unter anderem auch die Übernahme von Bürgschaften ausdrücklich für genehmigungsbedürftig erklärt worden ist, kann nichts gegen die Richtigkeit der obigen Auslegung hergeleitet werden, ebensowenig daraus, daß in dem preuß. GemeindeverfassungG. v. 15. Dez. 1933 (§ 43) und dem preuß. GemeindefinanzG. vom selben Tage (§§ 74, 88) sowie in der Deutschen GemD. v. 30. Jan. 1935 (§§ 55, 78) unter anderen Rechtsgeschäften, die gewissen Beschränkungen unterworfen sind, auch die Übernahme von Bürgschaften ausdrücklich aufgeführt ist. Denn in allen diesen Gesetzen handelt es sich um eine völlig neue Regelung, aus der Schlüsse für die Auslegung der i. J. 1897 erlassenen StädteD. für Hessen-Nassau nicht gezogen werden können.

Zur Stützung ihrer Ansicht, daß der Gesetzgeber die Bürgschaft zunächst nur bei den Gemeindeverbänden geregelt habe, also bei den Landgemeinden und Städten ihre Übernahme nicht von einer Genehmigung habe abhängig machen wollen, behauptet die Rev. neu, vor dem Kriege sei die Übernahme von Bürgschaften durch Landgemeinden und Städte selten, durch Kreise und Provinzen sehr viel häufiger gewesen; erst nach der Inflation seien die Städte und großen Landgemeinden selbständig als Bürgen aufgetreten, hauptsächlich zur Finanzierung des Wohnungsbaues und zur Stützung industrieller Unternehmungen. Mit diesen neuen Behauptungen kann die Kl. in diesem Rechtszuge nicht mehr gehört werden. Im übrigen würde aber auch aus den behaupteten Tatsachen, wie sich aus den obigen Ausführungen ohne weiteres ergibt, der von der Rev. gewünschte Schluß nicht gezogen werden können.

Mit Recht hat hiernach das BG. angenommen, daß die Übernahme der selbstschuldnerischen Bürgschaft als „neue Belastung ohne gesetzliche Verpflichtung“ der Genehmigung des BezAusSch. bedurft hätte. Auch seine Ausführungen darüber, daß die Sicherung der Bekl. durch eine Grundschuld von 1,5 Millionen RM an dem Grundbesitz der Firma W. nicht dazu führen könne, eine Belastung der Bekl. zu vermeiden, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Das BG. läßt dahingestellt, ob anders zu entscheiden wäre, wenn eine Rückgriffsicherung vorläge, bei der es völlig undenkbar wäre, daß eine nachteilige Wirkung für die Bekl. und ihre Gemeindeangehörigen in Betracht kommen könnte, und stellt fest, daß die Grundschuld gegen die Firma W. nicht eintreibbar sei, ohne den Betrieb zum Stilliegen zu bringen, daß aber ein stillliegender Betrieb nicht mehr entfernt den Wert eines lebenden Betriebes habe und die 1,2 Millionen in diesem Falle nicht gedeckt sein würden.

Wenn endlich die Rev. meint, die Bekl. wäre verpflichtet gewesen, die Bürgschaftserklärung in bindender Form abzugeben, und sie habe sich sowohl aus dem Gesichtspunkt der Haftung für Beamtenverschulden wie aus Verschulden bei Vertragsschluß der Kl. verantwortlich gemacht, so kann ihr auch das nicht zu einem Erfolg verhilfen. Eine Haftung der Bekl. für solches Verschulden scheidet schon daran, daß aus dem eigenen Vorbringen der Kl. nicht ersichtlich ist, worin ein Verschulden der Bekl. und ihrer Beamten gelegen haben sollte. Sie hat nicht einmal behauptet, daß die Kl. die Richtigkeit der nicht genehmigten Bürgschaftserklärung gefannt habe, und behauptet selbst, der zuständige BezAusSch. in K. habe zur Zeit der Bürgschaftsübernahme mit Antoni, dem Kommentator der hessen-nassauischen StädteD., auf dem Standpunkt gestanden, daß die Bürgschaftsübernahme durch eine Stadtgemeinde keiner Genehmigung bedürfe, und würde einen etwa gestellten Antrag auf Genehmigung als gegenstandslos abgelehnt haben.

Dem Einwand der Richtigkeit kann auch nicht die Re-

plik der gegenwärtigen Arglist entgegengesetzt werden. Sie scheidet ohne weiteres daran, daß nichts darüber behauptet, geschweige denn festgestellt worden ist, daß der Irrtum der Kl. über die Rechtsgültigkeit der Bürgschaftserklärung von der Bekl. schuldhaft verursacht worden sei. Solches Verschulden wäre unerläßlich (vgl. RGZ. 107, 361 f. und 180 = JW. 1924, 535; RGZ. 117, 124 = JW. 1927, 2118 und RGZ. 117, 287/295 = JW. 1927, 2454).

(U. v. 17. Okt. 1935; VI 73/35. — Kassell.)

(= RGZ. 149, 75.)

10. § 14 PolVerwG.; § 839 BGB. Soweit dem Landrat die Überwachung der die Sicherheit des Verkehrs auf öffentlichen Straßen durch die Ortspolizeibehörde betreffenden Maßnahmen obliegt, dient diese Überwachungsspflicht nicht nur der Aufrechterhaltung der inneren Ordnung im Organismus der Staatsverwaltung. Sie ist vielmehr dem Landrat auch im Interesse und zum Schutz des einzelnen Staatsbürgers übertragen.

Der innerhalb der geschlossenen Ortschaft A. wohnende Kl. hat, um sich nach K. zu begeben, am Vormittag des 4. Febr. 1929 die von A. nach E. auf einer Provinzialstraße fahrende Straßenbahn benutzen wollen. Um Fahrgehalt zu sparen, ist er nicht an der Endhaltestelle der Straßenbahn in A. eingestiegen, er hat vielmehr erst an einer außerhalb der geschlossenen Ortschaft A. gelegenen Haltestelle, einer Zahlgrenze, einsteigen wollen und ist zu diesem Zweck über die durch die Ortschaft A. führende Provinzialstraße gegangen. Die Straße ist an jenem Tage außerordentlich glatt und vereist gewesen. Nach einem bereits mehrere Tage zurückliegenden Schneefall hatte ständig Frostwetter geherrscht. Da die Straße innerhalb der Ortschaft in der Richtung nach E. in ihrem größten Teile stark abschüssig und daher zum Wintersport besonders geeignet war, pflegte sich regelmäßig an solchen Wintertagen ein lebhafter Wintersportbetrieb, insbesondere mit Rodelschlitten, zu entwickeln. Durch solchen Rodelbetrieb war auch in jenen Tagen eine ganz besondere Glätte der Straße hervorgerufen worden, die das Begehen der Straße gefährlich machte. Infolge dieser Glätte ist der Kl., bevor er die Haltestelle, an der er einzusteigen beabsichtigte, erreicht hatte, zu Fall gekommen. Die Unfallstelle lag bereits wenige Meter außerhalb des geschlossenen Ortsteils von A. Ob der Kl. schon, als er sich noch innerhalb des geschlossenen Ortsteiles befand, den Halt verloren gehabt hat und bis zur Sturzstelle vorwärts geglitten oder ob er erst an der Stelle, wo der Sturz erfolgte, ausgeglitten ist, hat das BG. offen gelassen. Jedenfalls hat es für erwiesen angesehen, daß gerade die durch den Rodelbetrieb der vorhergehenden Tage über das Maß einer durch den normalen Verkehr hervorgerufenen Glätte hinaus verursachte ganz besondere Glätte der Straße die Ursache des Unfalles des Kl. gewesen ist.

Auf Grund dieser Feststellungen hat das BG. den Bekl. Preuß. Staat für den dem Kl. durch den Unfall entstandenen Schaden grundsätzlich als ersatzpflichtig angesehen. Allerdings hat es zugunsten des Preuß. Staates angenommen, daß er dafür, daß auf der Straße nicht gestreut worden war, nicht verantwortlich gemacht werden könne, weil eine Amtsspflichtverletzung staatlicher Beamter wegen unterbliebenen Verschleiens der glatten Provinzialstraße innerhalb oder außerhalb der geschlossenen Ortschaft A. nicht gegeben sei. Dagegen hat es auf Grund des Art. 131 WeimVerf. i. Verb. m. § 839 BGB. die Haftung des Bekl. deshalb für gegeben erachtet, weil der Landrat des Kreises K. als Aufsichtsbehörde der Ortspolizei es unterlassen habe, durch Erteilung entsprechender Anweisungen an diese und die Überwachung ihrer Befolgung für eine Unterbindung des gefahrbringenden Rodelbetriebes auf der Provinzialstraße Sorge zu tragen. Hierbei ist das BG. davon ausgegangen, daß, wenn auch dem Landrat an sich als Teil der Chausseepolizei die Verkehrspolizei

auf der Chaussee gebühre, doch der Ortspolizei die besondere Aufgabe der Verkehrspolizei auf den Chausseen in der geschlossenen Ortslage, nicht dagegen auf den Chausseestrecken außerhalb dieser zustehe. Die Unterbindung des Kodelbetriebes sei Sache der Ortspolizeibehörde, d. i. des Amtes G., gewesen. Denn der Kodelsport sei im wesentlichen in der geschlossenen Ortslage von A. betrieben worden, wo er auch seinen Ausgangspunkt gehabt habe, und lediglich der Auslauf habe sich noch etwa 100 m über die geschlossene Ortslage hinaus erstreckt. Die Ortspolizeibehörde sei aber ihrer Verpflichtung zur Unterbindung des Kodelbetriebes auf der durch den Ort führenden Provinzialstraße nicht in gehöriger Weise nachgekommen; sie habe nur schwächliche Versuche in dieser Richtung unternommen, statt durchaus mögliche durchgreifende Maßnahmen, z. B. durch Verhängung fühlbarer Polizeistrafen, Einwirkung auf die schulpflichtigen Kinder auf dem Wege über die Schulleitung, wiederholtes Bestreuen der ganzen Straßenbreite an verschiedenen Stellen, zu treffen. Der Landrat als Aufsichtsbehörde der kommunalen Ortspolizeibehörde sei nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet gewesen, die Handhabung der Polizeigewalt durch die Ortspolizei zu überwachen und gegebenenfalls einzuschreiten (§ 32 Satz 2 der Rhein. KreisD. v. 30. Mai 1887). Die Ortspolizeibeamten seien verpflichtet gewesen, die ihnen vom Landrat in Polizeiangelegenheiten erteilten Anweisungen zur Ausführung zu bringen (§ 1 Abs. 2 des PolVerwG. v. 11. März 1850). Dem Landrat selbst wie auch den ihm unmittelbar unterstellten Landjägern sei der schon seit Jahrzehnten nicht nur in A., sondern auch in einem anderen Orte bestehende Zustand eines lebhaften Wintersports auf der Provinzialstraße bekannt gewesen. Pflicht der Landjäger sei es gewesen, dem Landrat von dem gefahrbringenden Zustand Meldung zu erstatten. Der Landrat seinerseits hätte durch entsprechende Anweisungen an die Ortspolizeibehörde und die Überwachung ihrer Befolgung eingreifen müssen. Nichts dergleichen sei geschehen, obgleich es sich nicht etwa um einen abseits liegenden Weg, sondern um eine Hauptverkehrsstraße des Kreises gehandelt habe, die innerhalb der Orttschaft A. von jeher eine beliebte und viel benutzte Kodelstrecke gewesen sei. Der Landrat und seine in Betracht kommenden Landjäger hätten dadurch ihre Amtspflicht verletzt, die ihnen nicht nur dem Staat, sondern auch dem Publikum und damit auch dem Kl. gegenüber obgelegen habe.

Die Ausführungen lassen einen Rechtsirrtum nicht erkennen.

Zunächst sind gegen die Auffassung des BG., daß es trotz der durch das Regulativ v. 7. Juni 1844 erfolgten generellen Übertragung der sog. niederen Chaussee-Verkehrspolizei auf den Landrat Aufgabe der Ortspolizeibehörde, also im vorl. Falle des Amtes G., gewesen sei, innerhalb der geschlossenen Ortslage von A. zum Schutze eines gesicherten Verkehrs auf der Provinzialstraße die zur Unterbindung des Kodelbetriebes erforderlichen Maßnahmen zu treffen, Rechtsbedenken nicht zu erheben. Sie stimmt mit der im Schrifttum und Rspr. überwiegend vertretenen Auffassung überein (vgl. *Kersten-Frölich* in von *Brauchitsch* „*Verwaltungs-gesetze in Preußen*“, 22. Aufl., Bd. II. S. 573; *Germerzhausen-Seydel*, „*Wegerecht und Wegeverwaltung in Preußen*“, 4. Aufl., Bd. I S. 407; *Räsehagen*: *Preuß. VerwBl.* 48, 218; *Schimelpfennig*: *R.-u. PrVerwBl.* 50, 218; *Schäfer-Williams-Wille*, *Ann.* III 3 zu § 3 PolVerwG. v. 1. Juni 1931; *DBW.* 40, 434; *RG.*: *PrVerwBl.* 47, 446). Nach den vom BG. einwandfrei getroffenen Feststellungen hat das Amt G. aber keine, wenigstens keine ausreichenden Maßnahmen getroffen, um den Kodelbetrieb zu unterbinden und damit zu verhindern, daß die Provinzialstraße eine den Verkehr auf ihr in so bedrohlicher Weise gefährdende Glätte erhielt. Der Landrat und die ihm unterstellten Landjäger haben die ihnen auch gegenüber dem Kl. obliegende Amtspflicht dadurch verletzt, daß einmal die Landjäger dem Landrat keine Meldung erstattet hätten, und daß der Landrat nicht seinerseits als Aufsichtsbehörde des Amtes G. eingeschritten ist. Nach § 32 Satz 2 der RheinD. für die Rheinprovinz v. 30. Mai 1887 (*PrGS.* 209) führt

der Landrat als Organ der Staatsregierung die Geschäfte der allgemeinen Landesverwaltung im Kreise. Nach Absatz 2 hat er insbesondere die gesamte Polizeiverwaltung im Kreise und in dessen einzelnen Stadtgemeinden und Landgemeinden zu überwachen. Diese Vorschrift hat keineswegs lediglich die Bedeutung einer Dienstvorschrift mit dem Charakter einer Ordnungsvorschrift zur Regelung des inneren Dienstes. Die dem Landrat damit übertragene Überwachungspflicht dient nicht nur der Aufrechterhaltung der inneren Ordnung im Organismus der Staatsverwaltung, sie ist vielmehr dem Landrat auch im Interesse und zum Schutze des einzelnen Staatsbürgers übertragen; das gilt jedenfalls, soweit ihm damit die Überwachung der die Sicherheit des Verkehrs auf den öffentlichen Straßen durch die Ortspolizeibehörden betreffenden Maßnahmen obliegt.

Das BG. hat die Haftung des Bekl. jedoch auf ein Drittel beschränkt, weil es angenommen hat, daß ein sehr erhebliches Verschulden des Kl. bei der Entstehung des Schadens mitgewirkt habe. (Wird ausgeführt.)

(U. v. 8. Nov. 1935; III 45/35. — Köln.) [v. B.]

Reichsgericht: Strafsachen

****11.** §§ 48, 49, 73 StGB. Bei einer in einem einzigen Akt bestehenden Anstiftung oder Beihilfe zu mehreren Gesetzesverletzungen liegt stets rechtliches Zusammentreffen (Idealkonkurrenz) vor, gleichviel, ob die mehreren Gesetzesverletzungen von einem Haupttäter in Tateinheit oder in Tateinheit oder ob sie von verschiedenen Haupttätern begangen werden. Die bisherige gegen teilige Rspr. des RG. wird aufgehoben.†)

Der Angekl. K. hat durch ein und dieselbe Äußerung sowohl den S. als den G. zum Meineid angestiftet. Dann ist er aber zu Unrecht wegen zweier selbständiger Verbrechen der Anstiftung zum Meineid schuldig erkannt und zu einer Gesamtstrafe verurteilt worden.

Diese Entsch. des SchwG. entspricht allerdings der bisherigen Rspr. des RG. Ihr liegt folgender Gedankengang zugrunde: Den Anstifter treffe nach § 48 Abs. 2 StGB die Strafe derjenigen Handlung, zu der er wesentlich angestiftet habe; er hafte für die von ihm vorsätzlich hervorgerufene Handlung eines andern. Eine notwendige Folgerung aus dieser unselbständigen, von der Haupttat bestimmten Natur der Anstiftung und insbes. der angeordneten Anwendung der für den Täter vorgesehenen Strafandrohung auf den Anstifter, sei es, daß bei einer einzigen Anstiftung zu mehreren Straftaten auch bezüglich der Anstiftung sachliches Zusammentreffen („reale Konkurrenz“) so vieler Straftaten anzunehmen sei, als nach dem Willen des Anstifters vom Angestifteten verübt werden sollten und verübt worden sind, und zwar gleichviel, ob die Anstiftung an eine Person gerichtet gewesen sei, die infolge der Anstiftung mehrere selbständige Straftaten begehe, oder gleichzeitig an mehrere Personen, von denen jede für sich die durch die Anstiftung verursachte Missetat ausführe. Von einem rechtlichen Zusammentreffen (einer „idealen Konkurrenz“) i. S. des § 73 StGB. könne nicht die Rede sein, weil die Anstiftung für sich allein ein „indifferenter Akt“ sei und kein Strafgesetz verlege, unter „Handlung“ in den §§ 73, 74 StGB. aber „strafbare Handlungen“ zu verstehen seien. Die durch den Anstifter herbeigeführte Haupttat sei als die ihm zuzurechnende strafbare Handlung anzufehen; wenn daher infolge der Anstiftung und nach dem Willen des Anstifters mehrere selbständige strafbare Handlungen begangen seien, so lägen auch gegen den Anstifter ebensoviele selbständige Handlungen vor, so daß § 74 StGB. gegen ihn zur Anwendung komme (vgl. die Entsch. in *RGSt.* 5, 227, 229 und die ihr folgenden Entsch. in *RGSt.* 8, 153, 158/60; 38, 26, 27 unten; 51, 97, 101 a. E.).

Hiermit übereinstimmend ist in RGSt. 4, 95, 97/98 ausgesprochen worden, daß eine einheitliche, als eine Handlung darstellende Beihilfe zu mehreren selbständigen Handlungen wegen der „akzessorischen“ Natur der Beihilfe selbst dann nicht angenommen werden könne, wenn sich die Beihilfe nach ihrer Beschaffenheit als ein Tätigkeitsakt darstelle (ebenso RGPr. 3, 684; RGSt. 11, 37, 39 und 56, 59/60; 54, 164, 165 a. E.; vgl. auch RGSt. 57, 352, 354 a. E.).

Der Gedankengang der grundlegenden Entsch. in RGSt. 4, 95 und 5, 227 entsprach der zur Zeit ihrer Erlassung herrschenden Denkweise und wurde auch im Schrifttum der damaligen Zeit vertreten (vgl. Binding, Hdb. [1885] Bd. 1 S. 586/87; Birkmeyer, Lehre von der Teilnahme [1890] S. 180). Er widerstrebt aber der natürlichen Betrachtungs- und Denkweise, die in der Rspr. des RG. im Laufe der Zeit zum Durchbruch gekommen ist. Die Regelung der Anstiftung und der Beihilfe im geltenden Recht bedingt allerdings die Annahme einer weitgehenden Abhängigkeit („Akzessorietät“) der Teilnahmehandlungen von der Haupttat oder den Haupttaten, auf die sie sich beziehen. Dies ergibt sich schon aus der Fassung der §§ 48 und 49 StGB. Hiernach kann der Anstifter und der Gehilfe — vorbehaltlich der im § 4 StGB. vorgesehenen Ausnahme — nur bestraft werden, wenn die Haupttat, zu der er angestiftet oder Hilfe geleistet hat, sich als „strafbare Handlung“ (§ 48 StGB.) bzw. als „Verbrechen oder Vergehen“ (§ 49 StGB.), also als äußerlich rechtswidrige und innerlich schuldhaft bewirkliche Handlung eines gesetzlichen Tatbestands darstellt, und der Anstifter und der Gehilfe haften auch nur entsprechend dem Umfang, in dem die Haupttat verwirklicht worden ist; auch ist die Strafe für den Anstifter und für den Gehilfen nach demjenigen Gesetz festzusetzen, das auf die Haupttat Anwendung findet. Eine nicht gerade zwingende, aber naheliegende und dem natürlichen Rechtsgefühl entsprechende Folgerung aus der Abhängigkeit der Teilnahme von der Haupttat geht ferner dahin, daß mehrere gleichartige Teilnahmeformen (mehrere Anstiftungs- oder mehrere Beihilfeakte) in bezug auf ein und dieselbe Haupttat rechtlich zu einer einheitlichen Anstiftung oder Beihilfe zusammengefaßt werden (vgl. Lobe, Einführung in den allgemeinen Teil des StGB. [1933] S. 165 unter f). Auch die Folgerung ist mit dem natürlichen Rechtsempfinden vereinbar, daß eine einheitliche Anstiftung oder eine einheitliche Beihilfe zu mehreren rechtlich oder sachlich zusammen treffenden Gesetzesverletzungen desselben oder verschiedener Haupttäter rechtlich auch beim Anstifter oder Gehilfen als eine Mehrheit von Gesetzesverletzungen beurteilt werden. Dagegen widerstrebt es der natürlichen Betrachtungsweise, einen einheitlichen natürlichen Akt als zwei selbständige Handlungen anzusehen. Dem Gesetzgeber (und erst recht der Rechtslehre) fehlt die Macht, zu bestimmen, daß entgegen den tatsächlichen Vorgängen zwei verschiedene Handlungen dasselbe seien wie eine einzige Handlung; er kann nur anordnen, daß die Folgen dieser beiden wesensverschiedenen Begehungsarten gleich oder ähnlich sein sollen (so auch Grau in Gürtner, „Das kommende Strafrecht. Allgemeiner Teil. Bericht der amtlichen Strafrechtskommission“ [1934] S. 147). Das geltende Recht enthält aber — abgesehen von bestimmten Ausnahmen in Sondergesetzen, z. B. § 418 Abs. 1 Satz 2 RAbgD., § 158 BZollG. — keine solche Anordnung, vielmehr ist nach § 73 StGB. gegen den, der durch ein und dieselbe Handlung (im natürlichen Sinne) mehrere Strafgesetze verletzt, nur auf eine — dem schwersten Gesetz zu entnehmende — einheitliche Strafe zu erkennen, während nach § 74 StGB. derjenige, der durch mehrere selbständige Handlungen (im natürlichen Sinn) mehrere Verbrechen oder Vergehen (im natürlichen Sinn) mehrere Verbrechen oder Vergehen oder dasselbe Verbrechen oder Vergehen mehrmals begeht, hierdurch mehrere Strafen verwirkt, die beim Vorhandensein bestimmter Voraussetzungen auf eine Gesamtstrafe zurückzuführen sind. Es ist nicht einzusehen, weshalb diese Vorschriften für Anstiftungs- und Beihilfehandlungen nicht gelten sollen. Die Gründe, die in RGSt. 5, 227 dafür angeführt sind, daß § 73 auf eine durch einen einheitlichen

Akt begangene Anstiftung zu mehreren selbständigen Straftaten nicht anwendbar sei, schlagen nicht durch. Die Strafbarkeit der Anstiftungs- und Beihilfehandlungen ist zwar abhängig von der Begehung der Haupttat; wird aber die Haupttat — mindestens in der Form des Versuchs — begangen, dann werden auch sie zu „strafbaren Handlungen“ i. S. der Überschrift des fünften Abschnitts des StGB. Die in den §§ 73 und 74 verwendeten Worte „eine und dieselbe Handlung“ und „mehrere selbständige Handlungen“ aber bezeichnen gerade die natürlichen Handlungen, die dadurch, daß sie gegen Strafgesetze verstoßen, zu „strafbaren Handlungen“ im Sinn der Überschrift werden (vgl. RGSt. 62, 83, 87). Daß § 73 auch dann anwendbar ist, wenn durch eine und dieselbe Handlung dasselbe Strafgesetz mehrfach verletzt wird (sog. gleichartige Idealkonkurrenz), ist jetzt in der reichsgerichtlichen Rspr. anerkannt. — Es ist auch vom Standpunkt der Billigkeit aus nicht einzusehen, weshalb die Handlungsseinheit bei der Teilnahme anders gewertet werden soll als bei der Täterschaft. Den Vorschriften der §§ 73 ff. StGB. liegt unzweifelhaft der Gedanke zugrunde, daß bei sonst gleichen Verhältnissen das Maß der Schuld geringer sei, wenn mehrere Gesetzesverletzungen durch eine einzige Willensbetätigung begangen werden, als wenn dies durch mehrere selbständige Willensbetätigungen geschieht (vgl. hierzu Binding, Hdb., Bd. 1 S. 575). Ob dieser Gedanke richtig ist, kann hier dahingestellt bleiben. Jedenfalls ist dies der Standpunkt des geltenden Rechts, und von diesem Standpunkt aus ist es unbillig, die mildere Beurteilung nur beim Täter, nicht auch beim Teilnehmer anzuwenden. — Vom Standpunkt des „Willensstrafrechts“ aus kann man zu der Auffassung gelangen, daß rechtliches und sachliches Zusammentreffen mehrerer Gesetzesverletzungen hinsichtlich der Bestrafung gleichartig zu behandeln seien; hierfür hat sich die amtliche Strafrechtskommission in der ersten Lesung entschieden, aber nicht — was an sich rechtlich möglich wäre — in der Weise, daß durch die mehreren Gesetzesverletzungen mehrere Strafen verwirkt sein sollen, sondern in der Weise, daß ohne Rücksicht darauf, ob es sich um rechtliches oder sachliches Zusammentreffen handelt, auf eine Einheitsstrafe erkannt werden soll. Hierzu wird im amtlichen Bericht bemerkt, daß im Fall des rechtlichen Zusammentreffens (der Idealkonkurrenz) mehrerer strafbarer Handlungen die Auswerfung von Einzelstrafen für jede einzelne Gesetzesverletzung, wie sie bei einer Gesamtstrafenbildung notwendig wäre, einen ganz unnatürlichen Vorgang darstellen würde; zwar werde bei der Idealkonkurrenz die Strafwürdigkeit des verbrecherischen Willens dadurch gesteigert, daß dieser sich nicht auf eine, sondern auf mehrere Gesetzesverletzungen erstrecke; aber dieser höhere Grad der Strafbarkeit dürfe nicht darüber hinwegtäuschen, daß nur ein einziger natürlicher Vorgang vorliege, der auch nur einmal bestraft werden könne (vgl. Grau a. a. O. S. 151). Dem erhöhten Strafbedürfnis, das beim Zusammentreffen mehrerer Gesetzesverletzungen besteht, kann auch im Falle der Tateinheit in aller Regel bei der Strafzumessung innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens Rechnung getragen werden; nur in den äußerst seltenen Fällen, in denen der Tatrichter schon für eine Gesetzesverletzung die zulässige Höchststrafe oder eine an das Höchstmaß nahe heranreichende Strafe für angemessen hält und infolgedessen für die Berücksichtigung der weiteren Gesetzesverletzung kein oder nur wenig Raum bleibt, ist dem Richter bei Annahme von Tateinheit in dem Höchstmaß der schwersten Strafe eine unüberschreitbare Grenze gesetzt; dies entspricht aber dem im § 73 StGB. zum Ausdruck kommenden Willen des Gesetzes. Nach den bisherigen Beschlüssen der Strafrechtskommission soll hier durch die Zulassung einer Überschreitung des Höchstmaßes der Strafe abgeholfen werden. — In besonderen — gleichfalls nur sehr seltenen — Fällen kann der hier vertretene Standpunkt zu dem Ergebnis führen, daß ein Anstifter oder Gehilfe, der durch ein und dieselbe Handlung zu zwei oder mehreren selbständigen Straftaten angestiftet oder Hilfe geleistet hat, aber nur wegen Anstiftung oder Beihilfe zu einer Straftat rechtskräftig verurteilt worden ist, infolge Verbrauches der Strafflage nicht mehr bestraft werden kann,

wenn sich nachträglich herausstellt, daß sich seine einheitliche Teilnahmehandlung auch noch auf eine weitere Haupttat erstreckt hat. Allein auch hier gilt für die Teilnahme nichts anderes als für die in einem Akt bestehende Täterschaft. Wer durch rechtskräftiges Urteil wegen verbotenen Schießens bestraft ist, kann insolge Verbrauchs der Strafflage nicht mehr verfolgt werden, wenn nachher ermittelt wird, daß er durch denselben Schuß vorzüglich einen Menschen getötet hat oder töten wollte. Diese — für sich betrachtet — unerfreulichen Ergebnisse beruhen auf der Rechtsprechung über die Rechtskraft und den Verbrauch der Strafflage. Ob sie im Hinblick auf die Bedeutung der Rechtskraft in Kauf genommen werden müssen, oder ob nach den heute geltenden Rechtsanschauungen eine Änderung jener Rechtsprechung geboten erscheint, oder ob die Herbeiführung einer Änderung dem Gesetzgeber überlassen werden muß, braucht hier nicht geprüft zu werden. Jedenfalls rechtfertigen die hier erörterten seltenen Fälle nicht das Festhalten an der Annahme, daß bei der Teilnahme unter Umständen ein und dieselbe Handlung mehreren selbständigen Handlungen gleichzusetzen sei.

Auf Grund dieser Erwägungen muß angenommen werden, daß nach geltendem Recht bei einer in einem einzigen Akt bestehenden Anstiftung oder Beihilfe zu mehreren Gesetzesverletzungen stets rechtliches Zusammentreffen (Idealkonkurrenz) vorliegt, gleichviel, ob die mehreren Gesetzesverletzungen von einem Haupttäter in Tateinheit oder in Tatmehrheit oder ob sie von verschiedenen Haupttätern begangen werden. Diese Meinung wird auch im neueren Schrifttum weitaus überwiegend vertreten (vgl. Lobe a. a. O. S. 164/65 und das dort angeführte Schrifttum).

(1. Sen. v. 3. Dez. 1935; 1 D 1195/34.)

Anmerkung: Im kommenden deutschen Strafrecht wird aller Voraussicht nach die Konkurrenzlehre auf neue Grundlagen gestellt werden. Es ist anzunehmen, daß diese Neuregelung in die Richtung einer weitgehenden Annäherung der verschiedenen Konkurrenzformen und in die Richtung der Einheitsstrafe gehen wird. Aber zur Zeit sind maßgebend die §§ 73 und 74 StGB. mit ihrer begrifflichen und praktischen Unterscheidung zwischen „einer und derselben Handlung“ und „mehreren selbständigen Handlungen“.

Auf dieser Grundlage war es bisher, wie das vorliegende Ur. hervorhebt, ständige Praxis des RG., bei einer in einem Akt erfolgenden Anstiftung zu mehreren Handlungen eine Mehrheit von Anstiftungen i. S. des § 74 StGB. anzunehmen. Auf die Entsch. 5, 227 und die ihr folgenden Ur. ist schon verwiesen, so daß weitere Nachweise entbehrlieh sind. Die Grundlage einer solchen Entsch. war der Gedanke der Akzessorietät der Anstiftung. Am deutlichsten, aber auch am extremsten wird dieser angeblich „zweifellose“ Standpunkt des geltenden Rechts von Binding, Handb. I (1885) S. 587 in Worte gefaßt, wenn er sagt: „daß ja überhaupt die Teilnehmer nicht nach dem gestraft werden, was sie gewollt und getan, sondern was die Täter gewollt und getan haben“. Die juristische Form triumphiert hier völlig über die Realitäten des Lebens.

Überwiegend ist dieser Standpunkt schon früher im Schrifttum abgelehnt worden (Frank, Komm. z. StGB., 18. Aufl. 1931, § 73 III 3a; Mezger, Strafr., 2. Aufl. 1933, S. 459). Er wurde mit Recht als eine Überspannung des Akzessorietätsgedankens angesehen. Das vorliegende Ur. tritt nunmehr unter Preisgabe der früheren Rspr. dieser Ablehnung bei.

Es bewegt sich damit in der Richtung der Zeitgedanken. Eine Abschwächung des extremen Akzessorietätsgedankens wird schon seit geraumer Zeit angestrebt. Beweis dafür ist der § 4 StGB. und der Inhalt der früheren Strafgesekentwürfe. Dazu aber treten heute, in die gleiche Richtung weisend, grundlegende Gedankengänge der nationalsozialistischen Strafrechtserneuerung.

Letztere ist, das läßt sich heute schon feststellen, maßgebend beherrscht vom Gedanken des Willensstrafrechts. Ver-

gegenwärtig man sich unter diesem Gesichtspunkt die oben wiedergegebenen Worte von Binding, so leuchtet ein, daß sie für uns nicht mehr maßgebend sein können. Nach ihnen soll der Anstifter nicht nach dem gestraft werden, was er gewollt, sondern nach dem, was ein anderer gewollt hat. Demgegenüber steht das Prinzip des Willensstrafrechts, wonach jeder gerade für sein und nur für sein Wollen strafrechtlich verantwortlich gemacht werden soll.

Dieser Gedanke ist aber keineswegs nur ein Prinzip des kommenden, sondern bereits ein Prinzip des geltenden Rechts. Aus dem durch die Novelle v. 28. Juni 1935 (RGBl. I, 839) neugefaßten § 2 StGB., der dem geltenden Recht angehört, ist ersichtlich, daß der Strafrichter bestrebt sein soll, seine Entsch. dem gesunden Volksempfinden und dem Grundgedanken des Strafgesetzes anzupassen. Soweit dies mit dem geltenden Rechte vereinbar ist, muß er deutliche und klare Strömungen nationalsozialistischer Rechtsentwicklung, wie die oben hervorgehobenen, nach Möglichkeit berücksichtigen. Einen einheitlichen Handlungsakt nicht künstlich in mehrere Handlungsakte zu zerreißen, entspricht zudem dem Erfordernis lebensnaher Rechtsanwendung. Zwingende Gründe aus § 48 StGB. oder sonstigen Bestimmungen des in Geltung befindlichen Strafrechts stehen dem nirgends entgegen.

Die erfreuliche Schwenkung der reichsgerichtlichen Rspr. im vorliegenden Ur. des 1. StrSen. verdient deshalb vollste Zustimmung.

Prof. Dr. Edm. Mezger, München.

*

12. § 169 StGB. Auch die bloße Anmeldung zum polizeilichen Melderegister kann die Wirkung einer Personenstandsveränderung oder -unterdrückung i. S. des § 169 StGB. haben, wenn dadurch ein Zustand herbeigeführt wird, kraft dessen von der Allgemeinheit oder von den zur Ermittlung des Personenstandes befugten Personen ein fremder Familienstand als vorhanden angesehen wird (RGSt. 10, 86/92; Gl. 51, 190).

(4. Sen. v. 21. Jan. 1936; 4 D 987/35.)

*

****13. § 259 StGB.** Der Tatbestand der Hehlererei wird durch Erwerb des Pfandscheins über die vom Diebe verpfändete gestohlene Sache erfüllt. †)

Der Angekl. hatte seines Vorteils wegen 16 Pfandscheine über Kleiderstoffe gekauft, von denen er nach den Umständen annehmen mußte, daß sie gestohlen waren; er hat die Tat vor dem 1. Sept. 1935 begangen. Daß er einen der Pfandscheine eingelöst habe, ist nicht festgestellt worden. Die Verurteilung des Angekl. wegen Hehlererei ist gebilligt worden.

Durch den Verkauf und die Übergabe der Pfandscheine an den Angekl. hatte sich der Dieb der tatsächlichen Verfügungsmacht über die gestohlenen Stoffe völlig entäußert und sie auf den Angekl. übertragen. Damit hat dieser die Diebesbeute „an sich gebracht“. Nach dem Willen des Gesetzgebers fällt unter Berücksichtigung der Gefährlichkeit des Hehlers und unter Zugrundelegung der jetzigen rechtlichen und wirtschaftlichen Möglichkeiten die Tat des Angekl. unter den Begriff „Ansiehbringen“. Die gegenteilige grundsätzliche Auffassung der Entsch. in RGSt. 23, 27 kann daher nicht aufrechterhalten werden.

Die Fragen, ob der Begriff „Ankaufen“ i. S. des § 259 StGB. mit dem Abschluß eines verpflichtenden — obligatorischen — Kaufvertrages erfüllt ist oder ob dieser Begriff als eine Unterart des „Ansiehbringens“ anzusehen ist und daher den Übergang der tatsächlichen Verfügungsmacht erfordert, braucht hier nicht entschieden zu werden.

(3. Sen. v. 17. Dez. 1935; 3 D 784/35.)

Anmerkung: Dem praktischen Ergebnis der vorl. Entsch., der Bestrafung des Angekl., ist beizupflichten; der Begründung aber, die das RG. diesem Ergebnis gibt, ist nicht zu folgen. 1. Der 3. StrSen. des RG. gibt ausdrücklich seine bis-

herige Rspr. auf. Dabei ist zu berücksichtigen, daß die abzuurteilende Tat vor dem 1. Sept. 1935 begangen ist — wie auch betont ist — und daher also von vornherein irgendwelche Analogieerwägungen nach § 2 n. F. ausscheiden müssen. Die Begründung der veränderten Auffassung des RG. erscheint jedoch sehr knapp und befriedigt in keiner Weise.

Unter Hehlerei versteht man in nahezu einhelliger Auffassung die Aufrechterhaltung einer durch eine strafbare Vortat geschaffenen rechtswidrigen Vermögenslage (so auch: Das kommende deutsche Strafrecht, Besonderer Teil, S. 319). Dabei verlangte man bisher, daß diese Aufrechterhaltung im Wege abgeleiteten Erwerbs, d. h. durch ein Geben und Nehmen der durch die Vortat erlangten Sache erfolgte. Der Täter mußte die Sache — abgesehen von dem Fall des Verheimlichens — „an sich bringen“, und „der Begriff des Ansiehbringens fordert die Erlangung einer tatsächlichen Verfügungsgewalt über die Sache derart, daß der Erwerber nach dem einverständlichen Willen der Beteiligten über die Sache im eigenen Interesse soll verfügen können“ (Frank, 18. Aufl., Ann. IV, 2 zu § 259). Dem hat sich das RG. in ständiger Rspr. angeschlossen. Der Schwerpunkt dieser Begriffsbestimmung liegt aber in dem Erfordernis: Erlangung einer tatsächlichen Verfügungsgewalt. Das RG. verkennt das auch im vorl. Falle nicht, meint aber, tatsächliche Verfügungsgewalt über die verpfändete Sache sei bereits mit dem Erwerb der Pfandscheine erlangt.

Tatsächliche Verfügungsgewalt ist dasselbe wie Gewahrsam, ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis über die Sache, vermöge dessen die unmittelbare Beherrschung der Sache nach den Gepflogenheiten des täglichen Lebens möglich ist. Eine solche unmittelbare Sachherrschaft wird durch den Erwerb der Pfandscheine nicht begründet. Es ist unrichtig, wenn das RG. ausführt: „Durch die Übergabe der Pfandscheine an den Angekl. hatte sich der Dieb der tatsächlichen Verfügungsmacht über die gestohlenen Stoffe völlig entäußert und sie auf den Angekl. übertragen.“ Eine solche Verfügungsmacht, die er hätte übertragen können, hatte der Dieb zu dieser Zeit nicht mehr, da er sie schon durch die Verpfändung der gestohlenen Stoffe verloren hatte. Abgesehen davon, daß ein Pfandrecht nach §§ 1207, 935 BGB. nicht zur Entstehung gelangte, ist davon auszugehen, daß der Pfandgläubiger ein Faustpfandrecht nach §§ 1205 Abs. 1 BGB. erwerben wollte. Das äußere Erfordernis, Übergabe der Pfandsache, wurde beobachtet, und damit ist die tatsächliche Herrschaftsmacht des Gläubigers, bürgerlich-rechtlich unmittelbarer Besitz, strafrechtlich Gewahrsam genannt, begründet worden. Die Auffassung des RG. würde zu der Folgerung zwingen, daß derjenige, der in der Not seine goldene Uhr zum Pfandhaus trägt, trotzdem die tatsächliche Verfügungsmacht behält, so daß z. B. ihm, nicht dem Pfandleiher, die Uhr gestohlen werden würde. Die Frage aufwerfen, heißt sie verneinen.

Wenn das RG. zur weiteren Begründung sich auch noch auf den „Willen des Gesetzgebers“ beruft, so kann man sich hier des Eindrucks nicht erwehren, daß es sich offenbar um die Anwendung eines geflügelten Wortes handelt, dessen Richtigkeit schon im allgemeinen sehr zweifelhaft sein kann, das aber hier im besonderen Fall geradezu fehl am Platz ist. Zunächst ist es unverständlich, was die Beurteilung eines tatsächlichen Verhältnisses mit dem Willen des Gesetzgebers zu tun hat. Der Gesetzgeber kann zwar jederzeit Rechtswirkungen fingieren, aber er kann nicht bestimmen, daß der Sachverhalt a gleich dem Sachverhalt b ist, sondern nur sagen, daß der Sachverhalt a wie der Sachverhalt b zu beurteilen sei. Im übrigen muß es auch befremden, daß das RG. damit zum Ausdruck bringt, daß man erst jetzt, wo das StGB. binnen kurzem durch ein neues Strafgesetzbuch abgelöst werden wird, den Willen des Gesetzgebers von 1871 richtig zu erkennen beginne.

Der grundsätzlich unrichtige Ausgangspunkt der Begründung des RG. tritt in den Worten „unter Zugrundelegung der jetzigen rechtlichen und wirtschaftlichen Möglichkeiten“ hervor. Auch hier ist zu bemerken, daß sich die rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung eines Pfandscheines in den letzten Jahrzehnten durchaus nicht verändert hat, daß daher auch die Aufgabe der früheren Rspr. nicht mit einer solchen Verände-

rung tatsächlicher Art begründet werden kann. Es ist aber ferner nicht angängig, rechtliche Möglichkeiten zur Beantwortung der Frage nach einem tatsächlichen Verhältnis heranzuziehen. Gewahrsam ist etwas rein Tatsächliches und kann nicht durch Begründung eines irgendwie gearteten Rechtsverhältnisses entstehen und vor allem auch nicht schon dann angenommen werden, wenn jemand auf Grund einer bestimmten legitimierenden Rechtsstellung zur baldigen Begründung der Sachherrschaft berechtigt ist. So war es bisher mit Recht einhellige Auffassung, daß auch durch die Übergabe der handelsrechtlichen Traditionspapiere zwar Besitz an den Waren, nicht aber auch Gewahrsam an den Waren begründet wird. Das RG. mußte jetzt folgerichtig auch sagen, daß bereits mit Übergabe des Gepäckscheines an den Hotelportier die auf dem Bahnhof lagernden Koffer des Gastes „eingebracht“ i. S. des § 701 BGB. sind. Auch das erschiene als eine der Sachlage nicht entsprechende Auffassung, die nur durch eine gesetzliche Fiktion gerechtfertigt werden könnte, in der unbefangenen Tatsachenbeurteilung eines einfachen Volksgenossen aber keine Begründung findet (vgl. hierzu z. B. OLG. 40, 304).

Die Entsch. des RG. ist m. E. nur daraus zu erklären, daß der Senat das Strafwürdige in der Tat des Angekl. erkannte und ihn daher bestrafen wollte, um dem Gedanken der Gerechtigkeit, der alles neuere strafrechtliche Denken in Deutschland beherrscht, zum Siege zu verhelfen. Dieses Ziel hat das RG. aber auf einem grundsätzlich als unzulässig zu bezeichnendem Wege erreicht, indem es nämlich unter Berücksichtigung rechtlicher Möglichkeiten die Beurteilung eines tatsächlichen Verhältnisses veränderte, anstatt eine aus dem neuen Rechtsdenken heraus sich ergebende veränderte Auslegung des § 259 StGB. vorzunehmen. Diesen zweiten Weg zu beschreiten, der m. E. allein auch juristisch haltbar ist, lehnt das RG. leider ausdrücklich im Schlußabsatz der vorl. Entsch. ab.

2. Als Handlungen des Hehlers zählt der § 259 StGB. auf: verheimlichen, ankaufen, zum Pfand nehmen oder sonst an sich bringen oder mitwirken zum Absatz bei anderen. Diese verschiedenen Ausführungshandlungen führt aber die einhellige Meinung in Rspr. und Literatur auf drei zurück, nämlich: verheimlichen, an sich bringen, mitwirken zum Absatz. Beim Ankaufen und zum Pfande nehmen handele es sich lediglich um vom Gesetz als Beispiel gegebene Erwerbarten, das Ankaufen sei dem Begriff des Ansiehbringens untergeordnet (RG.: GoldArch. 69, 107). Wenn die Kommentare (z. B. Frank a. a. D. S. 576) als Vertreter einer insoweit abweichenden Ansicht Kohler (Studien aus dem Strafrecht, 1890, Bd. I, 120) zitieren, so ist diese Verurteilung unrichtig. Es handelt sich hierbei offenbar um ein Mißverständnis; denn Kohler behandelt in der angegebenen Stelle etwas ganz anderes, nämlich: „Das Prinzip des modernen Rechts, daß ein Delikt nur einmal . . . bestraft werden soll.“ Als Beispiel hierfür sagt Kohler, daß in dem Ansiehbringen einer deliktisch erlangten Sache keine Hehlerei liege, „wenn dieses Ansiehbringen nur die Ausführung der in dem Eigentumsdelikte (z. B. der Unterschlagung) begonnenen Aneignung ist; so wenn jemand wissentlich eine fremde Sache kauft und die so gekaufte Sache nachträglich in Empfang nimmt“. Es ist nicht ganz klar, ob Kohler sagen will, daß im Abschluß des Kaufvertrages Teilnahme an der Unterschlagung des Verkäufers liege, oder ob er meint, darin liege der Beginn einer Unterschlagung des Käufers (wenn z. B. der Verkäufer die Fremdheit der Sache nicht kennt); jedenfalls sind irgendwelche Anhaltspunkte, die die Auslegung der Stelle in dem Sinne rechtfertigen, daß Kohler darin sage, § 259 StGB. sei schon mit Abschluß des Kaufvertrages erfüllt, nicht vorhanden. Wieder ein Beispiel für die teilweise bemerkenswerte Unzuverlässigkeit der juristischen Literatur!

Der Wortlaut des § 259 StGB. ergibt nichts dafür, daß auch das Ankaufen ein Ansiehbringen der durch strafbare Vortat erlangten Sache fordert. Eher das Gegenteil! Vor allem ist aber aus dem Gesetz auch nicht zu verstehen, daß sich das Ansiehbringen zwar auf Ankaufen, nicht aber auf Verheimlichen beziehen soll. Es sei in diesem Zusammenhang an § 823 Abs. 1 BGB. erinnert. Auch bei dieser Vorschrift wird

die Meinung vertreten, daß durch die Zusammenstellung: „Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit, Eigentum oder ein sonstiges Recht“ zum Ausdruck gebracht werde, daß auch die vier ersten Lebensgüter als subjektive Rechte aufzufassen seien. Mit Recht steht aber hier die herrschende Meinung auf dem Standpunkt, daß der Wortlaut des § 823 Abs. 1 BGB. eine solche Auslegung durchaus nicht notwendig macht, daß sich vielmehr die Worte „oder ein sonstiges Recht“ nur an „Eigentum“ anschließen, sich nur hierauf beziehen. Enneccerus-Lehmann (Recht der Schuldverhältnisse, 11. Bearb., 1930, S. 721 Anm. 2) gibt hierzu eine sehr hübsche grammatische Rechtfertigung: „Wer den Satz ausspricht, die gefährlichsten Feinde des Hais sind die Winterkälte, der Fuchs, der Habicht und andere Raubvögel“, hat gewiß nicht die Winterkälte und den Fuchs für Raubvögel erklärt.“

Mit derselben Begründung ist abzulehnen, daß das Ankaufen zugleich ein Ansiehbringen sein müsse, um den § 259 StGB. zu erfüllen. Die Worte „oder sonst an sich bringt“ schließen nur an „zum Pfande nehmen“ an, und irgendein Grund, sie auch auf das vorangehende Merkmal „Ankaufen“ zu beziehen, ist sprachlich nicht ersichtlich. Es kommt hinzu, daß das Zum-Pfande-Nehmen bürgerlich-rechtlich — von dem Ausnahmefall des § 1205 Abs. 2 BGB. abgesehen — immer in der Form des „Ansiehbringens“, nämlich durch Erwerb des unmittelbaren Besitzes erfolgt. So wird auch das Wörtchen „sonst“ sehr wohl verständlich. (Die grundsätzliche Wichtigkeit aller Rechtsgeschäfte zwischen dem Vortäter und dem Fehler nach § 134 BGB. ist für die rein tatsächliche Frage der Übergabe ohne Bedeutung.)

Wenn die bisherige Meinung diese m. E. unbefangene und der sprachlichen Fassung des Gesetzes am besten gerecht werdende Auslegung des § 259 StGB. nicht vornimmt, so begründet sie das mit der Entstehungsgeschichte (vgl. RGSt. 33, 120 ff.). Diese Art der Auslegung von Gesetzen kann aber heute keine Geltung mehr beanspruchen. Es würde hier zu weit führen, die nach nationalsozialistischer Auffassung richtigen Regeln für die Rechtsfindung durch Auslegung und Analogie zu entwickeln, es sei nur so viel gesagt, daß nach geltendem Rechtsempfinden die Anwendung eines Gesetzes so erfolgen muß, daß Gesetz und Weltanschauung zusammenklingen, ohne Rücksicht auf die geschichtliche Grundlage des vor 60 und mehr Jahren entstandenen Gesetzes und auch ohne Rücksicht auf den Willen eines fiktiven Gesetzgebers. „Recht ist, was dem Volke nützt“, lautet die bekannte Formulierung von Reichsminister Dr. Frank, „Unrecht, was ihm schadet.“ Volksschädlich ist aber bereits die Existenz des abnahmebereiten Fehlers. Durch diesen unterirdischen Feind der Volksgemeinschaft wird die strafbare Erwerbshandlung im allgemeinen erst ermöglicht. Diese feindliche Einstellung des Fehlers kommt aber schon dann zum Ausdruck, wenn er die gestohlene Sache ankauft, d. h. sie abzunehmen sich bereit erklärt, vielleicht schon den Kaufpreis oder doch einen Vorschuß zahlt; wenn der Fehler dann auch die Sache selbst erst etwa 24 Stunden später an sich bringt, so liegt doch schon in dem vorangegangenen Tun ein dem Vortäter förderliches, dem Volke schädliches Verhalten. Als „Zuhälter der Diebe“ hat er sich schon vorher betätigt, und der Gedanke der Berechtigung fordert eine Bestrafung, was das RG. ja auch gefühlt hat.

Hier ist zur Bestrafung dieses volksschädlichen Verhaltens nicht einmal ein Analogieschluß zu § 259 StGB. notwendig, sondern eine unbefangene Auffassung des Gesetzeswortes läßt die Trennung des Ankauens vom Ansiehbringen als richtig erscheinen. Demnach ist bereits mit Abschluß des obligatorischen Kaufvertrages der § 259 StGB. erfüllt.

R. A. Dr. Otto Rilk, Berlin.

14. §§ 263, 49 StGB. Täter des Betrugs kann auch sein, wer die Absicht hat, einem anderen einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das schließt aber die Teilnahmeform der Beihilfe rechtlich nicht aus (vgl. RGSt. 4, 95; 57, 162; RGUrt. v. 26. Nov. 1934, 5 D 217/34 = JW. 1935, 427).

(6. Sen v 30. Nov. 1935; 6 D 339/35.)

**15. §§ 332, 47 StGB. In Mittäterschaft verübte passive Bestechung. Begriff der pflichtwidrigen Amtshandlung.

Der Angekl. W. übernahm als Postbeamter fortlaufend von dem Briefmarkenhändler S. ungebrauchte Briefmarken aus der Inflationszeit zur Abstempelung, ließ sie durch den Mitangekl. N. und den verstorbenen L., die beide als Postbeamte tätig waren, abstempeln, wobei sie den benützten Poststempel auf ein Datum in der Inflationszeit zurückstellten, und gab sie dann an S. zurück, der ihn hierfür entlohnte. W. gab einen Teil des Entgelts an L. und N., die die Herkunft des Geldes kannten. Den Postbeamten war durch Dienstvorschrift verboten, Wertzeichen, insbes. solche, die außer Kurs gesetzt waren, abzustempeln und die Stempel vor- oder zurückzudatieren. Die beiden Angekl. wußten dies. Sie handelten in bewußtem und gewolltem Zusammenwirken. Jeder wollte die Tat des anderen als seine eigene.

Die Verurteilung der beiden Angekl. wegen gemeinschaftlich verübter fortgesetzter passiver Bestechung nach §§ 332, 47 StGB. ist rechtlich nicht zu beanstanden.

Die Bestrafung wegen passiver Bestechung setzt voraus, daß der Beamte Geschenke oder andere Vorteile für eine Handlung angenommen hat, die eine Verletzung einer Amtspflicht oder Dienstpflicht enthält. Hierbei muß es sich nach der ständigen Rspr. des RG. um eine in das Amt oder in den Dienst des Beamten einschlagende Amtshandlung handeln (RGSt. 16, 42). Zu den dienstlichen Obliegenheiten des N. und des L. gehörte die Abstempelung der beim Postamt zur Beförderung eingelieferten Postsendungen mit dem auch für die Abstempelung der Inflationsmarken von ihnen verwendeten amtlichen Poststempel. Die Abstempelung der Inflationsmarken durch sie war somit eine in ihren Dienst einschlagende Amtshandlung und nicht eine Privathandlung, die außerhalb des Umfangs der ihnen obliegenden Dienstverpflichtungen lag. Dem steht nicht entgegen, daß ihnen nach ihrer Dienstvorschrift nur die Abstempelung solcher Briefmarken oblag, die sich im Verkehr befanden. Nicht nur derjenige begeht eine in seinen Dienst einschlagende pflichtwidrige Handlung, der eine an sich in den Kreis seiner Dienstpflichten fallende Tätigkeit vornimmt, sondern auch derjenige, der seine amtliche Stellung dazu mißbraucht, eine durch seine Dienstvorschriften verbotene Handlung vorzunehmen, deren Vornahme ihm gerade durch seine dienstliche Stellung ermöglicht ist. Ein solcher Mißbrauch der amtlichen oder dienstlichen Stellung enthält nicht eine reine Privatität, sondern eine in sein Amt oder seinen Dienst einschlagende pflichtwidrige Handlung (RGSt. 28, 424, 427; 36, 66; 37, 354). Die gegenteilige Annahme würde entgegen der klaren Absicht des Gesetzes gerade die schwersten Fälle der Amtspflichtverletzung gegen Entgelt der gesetzlichen Bestrafung entziehen. Bei den von dem Angekl. W. nach außen vorgenommenen Handlungen — Entgegennahme der Marken, Übergabe an L. und N. zur Abstempelung und Aushändigung der abgestempelten Marken gegen Entlohnung an S. — könnte es, wenn man sie losgelöst aus dem Gesamtgeschehen für sich betrachtet, zweifelhaft sein, ob es sich um Vornahme pflichtwidriger Amtshandlungen gegen Entgelt handelt. Da jedoch W. in bewußtem und gewolltem Zusammenwirken mit N. und L. gehandelt und die von diesen vorgenommenen Handlungen als seine eigenen gewollt hat, so sind die von W. selbst ausgeführten Handlungen lediglich als sein Tatbeitrag zu dem durch gemeinsame Tätigkeit angestrebten und auch erzielten Erfolg anzusehen und zu bewerten. Eine in Mittäterschaft verübte passive Bestechung setzt allerdings voraus, daß jeder der Mittäter Beamter ist, und daß die von ihnen gemeinsam begangene Tat für jeden von ihnen sich als eine in sein Amt einschlagende pflichtwidrige Amtshandlung darstellt. Es kann hierbei dahingestellt bleiben, ob der Begriff der Mittäterschaft bei der passiven Bestechung erfordert, daß dann, wenn die eigentliche pflichtwidrige Amtshandlung nur von einem oder mehreren Mittätern vorgenommen wird bzw. vorgenommen werden soll, diese gleiche Amtshandlung auch von jedem

der Mittäter hätte vorgenommen werden können. Denn auch diese Voraussetzung würde bei W. erfüllt sein.

(2. Sen. n. 28. Nov. 1935; 2 D 771/35.)

(= RGSt. 69, 393.)

*

16. § 239 R.D.; § 38 FamGG. Im Fideikommisskonkurs ist der jeweilige Fideikommissbesitzer Gemeinschaftschuldner i. S. der R.D.

Die Ansicht des Angekl., er sei nicht i. S. des § 239 Abs. 1 Ziff. 1 R.D. ein „Schuldner, über dessen Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden sei“, da dieses Verfahren nur das Fideikommissvermögen ohne Rücksicht auf die Person des jeweiligen Fideikommissbesizers ergeise, ist verfehlt. Mit Recht hat demgegenüber schon die Strk. darauf hingewiesen, daß das Fideikommissvermögen kein selbständiges Rechtsobjekt, sondern lediglich ein Sondervermögen des jeweiligen Fideikommissinhabers bildet (RGZ. 110, 309). Daher ist der letztere der Träger aller aus der Verwaltung des Fideikommissvermögens oder aus anderen dieses Vermögen betreffenden rechtlichen Tatbeständen erwachsenen Forderungen und Schulden, nur mit der Maßgabe, daß für die letzteren allein das Fideikommiss, nicht aber auch das sonstige Vermögen des Fideikommissinhabers haftet. Hieraus ergibt sich weiter, daß sich der im § 38 FamGG. zugelassene Fideikommisskonkurs, obwohl er allein das Fideikommissvermögen ergreift, gegen den jeweiligen Fideikommissbesitzer richtet, dieser also der Gemeinschaftschuldner i. S. der R.D. ist. Dem steht nicht entgegen, daß nach § 39 Abs. 1 Satz 2 FamGG. die Eröffnung des Konkursverfahrens nicht dadurch ausgeschlossen wird, daß der Fideikommissbesitzer den Fideikommissbesitz noch nicht angenommen hat. Im Gegenteil liegt in dieser Vorschr. insofern eine Bestätigung der dargelegten Auffassung, als anderenfalls zu einer solchen gesetzlichen Best. keine Veranlassung vorgelegen hätte. Nur darum, weil sich der Fideikommisskonkurs gegen den Fideikommissbesitzer richtet, bedurfte es einer Vorschr., daß die Eröffnung dieses Konkurses auch dann zulässig sei, wenn die Person des augenblicklichen Besizers noch nicht feststeht. Diese Regelung entspricht völlig der, die im § 216 R.D. für den Fall des Nachlasskonkurses gilt, der sich — ebenso wie der Fideikommisskonkurs gegen den jeweiligen Fideikommissbesitzer — gegen den jeweiligen Erben richtet, gleichwohl aber schon eingeleitet werden kann, bevor der Erbe die Erbschaft angenommen hat.

(2. Sen. v. 21. Okt. 1935; 2 D 925/35.)

*

** 17. §§ 33, 338 Ziff. 6 StPD.; §§ 172, 174 Abs. 1 GG.

1. Die gegenwärtige Rechtsordnung legt den Vorschriften über das Verfahren bei Ausschließung der Öffentlichkeit nicht mehr die überragende Bedeutung bei, daß ihre Verletzung in jedem Falle einen zwingenden Revisionsgrund abgeben müßte.

2. Abweichend von der bisherigen Rspr. des RG. versteht der 3. Senat unter den in § 338 Ziff. 6 StPD. bezeichneten „Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens“ nur solche Bestimmungen, die entweder die sachliche Entsch. über die Öffentlichkeit selbst betreffen oder gerade dem Verfahren, in dem jene Entsch. ergeht, eigentümlich sind. Ein Verstoß gegen die Vorschrift, daß über den Ausschluß der Öffentlichkeit mit den Beteiligten zu verhandeln sei, rechtfertigt demnach die Rev. nur, wenn das Urteil auf ihm beruht. †)

Nach der Verhandlungsniederschrift, die gemäß § 274 StPD. alleiniges Beweismittel für die Beobachtung der wesentlichen Formlichkeiten des Verfahrens ist, ist während der Vernehmung des Angekl. „der Beschluß verkündet worden“, für einen Teil dieser Vernehmung die Öffentlichkeit wegen Gefährdung der Sittlichkeit auszuschließen, und ist weiter

während der Beweisaufnahme „auf Antrag der StA. der Beschluß verkündet worden“, für die Dauer der Vernehmung zweier Zeugen die Öffentlichkeit aus demselben Grunde auszuschließen. Damit steht für das RevG. bindend fest, daß die Verhandlung mit den Prozeßbeteiligten über die Ausschließung der Öffentlichkeit, die § 33 StPD. und § 174 Abs. 1 GG. vorschreiben, nicht stattgefunden hat. Und zwar auch nicht in der von RGSt. 37, 437 und 47, 343 zugelassenen Form, daß der Vorsitzende die Frage der Ausschließung erkennbar zur Verhandlung stellt und allen Beteiligten — sei es auch nur durch schlüssige Handlung — Gelegenheit zur Äußerung gibt. Ob etwa der zweite Beschluß, der „auf Antrag der StA.“ in Gegenwart des von zwei Rechtsanwältinnen verteidigten Angekl. erging, in diesem letzteren Sinn ausgelegt werden könnte, ist im Ergebnis ohne Bedeutung, weil jedenfalls der erste Beschluß eine solche Auslegung nicht zuläßt. Gegenüber der formalen Beweiskraft der Verhandlungsniederschrift darf das RevG. weder deren nachträgliche — d. h. nach der RevBegr. erfolgte — Berichtigung beachten noch die nachträglichen Erklärungen der Gerichtspersonen, die auch keine Klarheit über den Vorfall schaffen.

Es erhebt sich daher die Frage: Ist der nachgewiesene Verfahrensverstoß ein unbedingter (zwingender) Revisionsgrund i. S. des § 338 Ziff. 6 StPD. oder kann geprüft werden, ob das Urteil auf ihm beruht? Die bisherige Rspr. des RG. hat die Frage im ersteren Sinne entschieden (RGSt. 1, 50; 10, 92; 20, 21; 57, 26 und 264; RG.: JW. 1931, 1691²¹ u. 2505³³). Der Senat hat sich jedoch mit der erneuten Prüfung, die ihm Art. 2 des RGes. v. 28. Juni 1935 (RGBl. I, 844) auferlegt, für die zweite Lösung entschieden. Und zwar aus folgenden Gründen:

Schon bisher hat die Rspr. den Anwendungsbereich des § 338 Ziff. 6 StPD. in doppelter Richtung eingeschränkt. Da er den Schutz des Grundsatzes der Öffentlichkeit bezweckt, kann mit einer auf ihn gestützten Rüge nur die ungesetzhche Beschränkung der Öffentlichkeit, also das unzulässige geheime Verhandeln, angefochten werden, nicht aber das — im Einzelfall etwa unzulässige — öffentliche Verhandeln (RGRspr. 4, 286; RGSt. 3, 295). Darüber, ob auf Grund eines bestimmten Sachverhaltes die Öffentlichkeit auszuschließen sei, entscheidet der Tatrichter nach freiem Ermessen; das RevG. kann in der Regel nur nachprüfen, ob er dabei die Rechtsbegriffe: Gefährdung der öffentlichen Ordnung, der Staatsicherheit, der Sittlichkeit usw. verkannt hat (RGSt. 26, 396; 66, 113).

Dagegen hat man die Frage: „Gehört die Vorschrift, daß über den Ausschluß der Öffentlichkeit mit den Beteiligten zu verhandeln sei, zu den in § 338 Ziff. 6 StPD. bezeichneten „Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens“?“ bisher im wesentlichen aus folgenden Gründen bejaht. Der Wortlaut lasse eine derartige Auslegung zu. Bei der besonderen Bedeutung, die das Gesetz dem Grundsatz der Öffentlichkeit beilege, sei sie auch sachlich geboten. Das Gesetz wolle dem Verfahren, in dem über die Ausschließung der Öffentlichkeit verhandelt werde, den gleichen unbedingten Schutz gewähren wie der Entsch. über die Ausschließung selbst. Die Beteiligten hätten ein wesentliches Interesse an und ein Recht auf die öffentliche Verhandlung, das ihnen das Gericht nicht nach seinem Ermessen nehmen dürfe, ohne sie vorher zu hören (so die früheren Entsch. in RGSt. 1, 50; 10, 92 und 20, 21, deren Begründung die späteren beibehalten haben).

Der innere Grund für diese Rspr. liegt also in der ganz besonderen Bedeutung, die nach ihrer — für die damalige Rechtsordnung zweifellos berechtigten — Meinung das Gesetz dem Grundsatz der Öffentlichkeit beimäße. Ebenso zweifellos legt aber die gegenwärtige Rechtsordnung — wie sich aus der Gesamtheit ihrer Bestimmungen und den darin zutage tretenden Wertmaßstäben, insbes. aus dem grundlegend geänderten staatsrechtlichen Aufbau des Reiches entnehmen läßt, — den Vorschr. über das Verfahren, in dem die richterliche Entsch. über die Ausschließung der Öffentlichkeit ergeht, nicht mehr die überragende Bedeutung bei, daß ihre Verletzung in jedem Fall einen zwingenden Revisionsgrund abgeben müßte. Sie

hält fest an dem Grundsatz der Öffentlichkeit als einer wesentlichen Bedingung des öffentlichen Vertrauens zur Rspr. der Gerichte, sieht in ihr aber mehr ein sachliches Anliegen der Rechtsgemeinschaft als eine besondere Bürgschaft für den einzelnen Angell. Das macht den Weg frei für folgende Überlegung: Unter den „Vorschr. über die Öffentlichkeit des Verfahrens“ versteht der § 338 Ziff. 6 StPD. solche Bestimmungen, die entweder die sachliche Entsch. über die Öffentlichkeit selbst betreffen oder gerade dem Verfahren, in dem jene Entsch. ergeht, eigentümlich sind. Die Vorschr., daß gerichtliche Entsch. in der Hauptverhandlung nur nach Anhörung der Beteiligten ergehen dürfen, ist aber keineswegs gerade dem Verfahren über die Ausschließung der Öffentlichkeit eigentümlich; sie gilt vielmehr gem. § 33 StPD. für das gesamte Strafverfahren und wird in § 174 Abs. 1 GVG. nur mittelbar als auch für das Verfahren aus § 172 GVG. geltend anerkannt. Sie wäre jedoch auch ohne diese mittelbare Anerkennung anzuwenden. Im Gegensatz dazu ist diejenige Bestimmung des § 174 Abs. 1 GVG., nach der über den Ausschluß der Öffentlichkeit in nicht öffentlicher Sitzung verhandelt wird, wenn ein Beteiligter es beantragt oder das Gericht es für angemessen hält, eine gerade jenem Verfahren eigentümliche Vorschrift.

Diesen Erwägungen entnimmt der Sen., daß der im gegenwärtigen Verfahren festgestellte Verstoß nur dann zur Aufhebung des Ur. führen kann, wenn es auf ihm beruht. Einen verwandten Rechtsgedanken enthält bereits seine Entsch. in RGSt. 69, 175 = JW. 1935, 1942¹², nach der — im Gegensatz zur früheren Rspr. — kein unbedingter Revisionsgrund vorliegt, wenn über einen Beschluß nicht verhandelt wurde, der die Öffentlichkeit für die Verkündung der Urteilsgründe ausschloß. Wenn allerdings die Verhandlung über die Ausschließung der Öffentlichkeit in demjenigen Teil der Hauptverhandlung unterlassen wird, der der Urteilsverkündung vorausgeht, dann läßt sich — im Gegensatz zu dem in RGSt. 69, 175 entschiedenen Sachverhalte — keineswegs allgemein sagen, daß auf einem solchen Verstoß das Ur. in der Regel überhaupt nicht beruhen könne.

In dem von der Rev. angegriffenen Falle ist jedoch in keiner Weise zu ersehen, wie das Ur. auf dem Verstoß beruhen sollte. Die Rev. behauptet selbst nicht, daß die Öffentlichkeit zu Unrecht ausgeschlossen worden sei, daß der Beschwerf. mit der Maßnahme sachlich nicht einverstanden gewesen sei oder daß sie ihn irgendwie beschwert hätte.

(3. Sen. v. 5. Dez. 1935; 3 D 738/35.)

(= RGSt. 69, 401.)

Anmerkung: I. Die vorl. Entsch. macht zunächst den großen Nachteil deutlich, der heute in der Beschränkung der revisionsgerichtlichen Tätigkeit liegt. Wie bei Fragen des materiellen Rechts das Rechtsrügegericht die tatsächlichen Feststellungen des Untergerichts als bindend hinnehmen und so über abstrakte Rechtsätze statt über das konkrete lebendige Recht entscheiden muß (vgl. dazu u. a. die Ausführungen von Schaffstein: Deutsches Recht 1935, 522 und Siegert: ebendort, S. 534 ff.), so muß das RG. bei Verfahrensrügen über die für die Hauptverhandlung vorgeschriebenen Formlichkeiten nach § 274 StPD. das Protokoll als einziges Beweismittel zugrunde legen. Diese Bindung ist an sich schon unerfreulich und muß bei der Prozeßreform beseitigt werden. Wertvoll wäre es aber schon, wenn das RG. die Auslegung des § 274 StPD. dem heutigen Rechtsempfinden anpassen würde. Es entspricht zwar der bisherigen Rechtsprechung (vgl. RGSt. 63, 410), wenn das RG. sich außerstande erklärt, eine nach der Revisionsbegründung erfolgte amtliche Protokollberichtigung zu berücksichtigen. Diese Stellungnahme hatte früher ihren Sinn, weil sie auf der individualistischen Auffassung beruhte, dem Beschwerf. dürfe ein einmal begründetes prozessuales Recht nicht nachträglich verkümmert werden. Heute aber ist ein solches Recht abzulehnen, da es nur auf eine gerechte und richtige Entsch. ankommt. Es kann heute nicht anerkannt werden, daß das RG. einen durch amtliche Protokollberichtigung als falsch be-

zeugten Sachverhalt seiner maßgebenden Entsch. zugrunde legen muß. Hätte das RG. in der vorl. Entsch. durch eine sich von den Präjudizien freimachende Stellungnahme den § 274 StPD. in die heute notwendigen Schranken zurückgewiesen, so hätte es wahrscheinlich gar nicht zu den Fragen Stellung zu nehmen brauchen, die es bei seinen für notwendig gehaltenen Unterstellungen vorfand (vgl. zu diesem Auseinanderfallen von abstrakter Rechtsbetrachtung und Wirklichkeit meine Ausführungen im Deutschen Recht 1935, 534).

II. Betreten wir aber einmal mit dem RG. den Boden des durch die ursprüngliche Protokollfassung umschriebenen Sachverhalts! Dann können wir einen bemerkenswerten Umschwung in der Rechtsprechung des obersten Gerichts zur Revision wegen zwingender Verfahrensverstöße feststellen. Schon in der Entsch. v. 4. April 1935 (RGSt. 69, 175) hat der erst. 3. Sen. im Gegensatz zur früheren Rechtsprechung eine Einschränkung des Grundsatzes vorgenommen, wonach eine Verletzung von Vorschriften über das Verfahren bei Ausschließung der Öffentlichkeit stets ein zwingender Revisionsgrund sei. Mit der vorl. Entsch. schränkt es den zwingenden Revisionsgrund weiter ein. Das RG. geht zutreffend davon aus, daß die Öffentlichkeit des Strafverfahrens heute nicht mehr dem Schutze subjektiver Parteiinteressen dient, sondern das öffentliche Vertrauen zur Rechtsprechung sichert. Umgekehrt dient die Beschränkung der Öffentlichkeit a l l g e m e i n e n Interessen. Dem RG. ist darin zuzustimmen, daß hiermit das Verfahren über die Ausschließung der Öffentlichkeit in seiner Bedeutung zurücktritt. Insbes. ist die Anhörung der Beteiligten kein wesentlicher Bestandteil der Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens mehr. Das RG. beschränkt nun den zwingenden — de lege ferenda dieser Eigenschaft zu entkleidenden — Revisionsgrund des § 338 Ziff. 6 StPD. auf zwei Fälle. Zunächst rechnet es hierher die Vorschriften, welche die sachliche Entscheidung über die Öffentlichkeit selbst betreffen. Das ist nach geltendem Recht unbedingt zu billigen und entspricht einer jüngeren Auslegung des § 338 Ziff. 6 StPD. Weiter erhebt aber das RG. zum zwingenden Revisionsgrund eine Verletzung der Vorschriften, die dem Verfahren eigentümlich sind, in welchem die Entsch. über die Beschränkung der Öffentlichkeit ergeht. Dieser zweite Fall ist m. E. abzulehnen. Er enthält eine unberechtigte Herausstellung von Sondervorschriften gegenüber allgemeinen Grundsätzen. Er widerspricht auch sachlich dem, was das RG. über die veränderte Bedeutung der Öffentlichkeit im heutigen Strafverfahren selbst ausführt. Nicht die Verletzung einer eigentümlichen Verfahrensvorschrift, die eine Mitwirkung der Beteiligten sichert, kann ein zwingender Revisionsgrund sein, sondern nur eine unzulässige Ausschließung der Öffentlichkeit, also eine sachlich unrichtige Entscheidung, die mittelbar das Vertrauen des Volkes zur Rechtspflege gefährdet. — Der Grundsatz des RG. wird auch nicht einleuchtend durch die Art, wie ihn das RG. im vorl. Falle anwendet. Denn im Gegensatz zum RG. wäre zu sagen, daß nach § 174 Abs. 1 GVG. eine Verhandlung einschließlich der Anhörung der Beteiligten nicht für jede richterliche Entscheidung wesentlich, sondern gerade dem Verfahren über die Ausschließung der Öffentlichkeit eigentümlich ist. Deshalb hätte das RG. im vorl. Falle einen Revisionsgrund entsprechend seinem aufgestellten Grundsatz annehmen müssen. Es hat also selbst seinen Grundsatz nicht in die Tat umgesetzt, obschon es m. E. hierzu im vorl. Falle Veranlassung gehabt hätte. Der ganze erörterte Grundsatz ist aber abzulehnen. In solchen Fällen, wo nicht die sachliche Entsch. über die Öffentlichkeit selbst fehlerhaft ist, muß daher von vornherein die allgemeine Prüfung, zu der das RG. hier nur auf Umwegen gelangt, Platz greifen. Sie muß dahin gehen, ob die angefochtene Entsch. auf der Verletzung der Verfahrensvorschrift beruht. Die Möglichkeit einer solchen Kaufalität ist vom RG. im vorl. Falle mit Recht verneint worden. Somit ist die Entsch. des RG. in ihrem Ergebnis, wenn auch nicht in ihrer ganzen Begründung, zu billigen.

Prof. Dr. Karl Siegert, Göttingen.

**** 18.** § 61 Nr. 1 StPD. Im Falle des § 61 Nr. 1 StPD. hat das Gericht sich ein Urteil über die Persönlichkeit des jugendlichen Zeugen zu bilden. Die Ermessensentscheidung ist auf die geistige und sittliche Entwicklung des Zeugen abzustellen. Auf die Glaubwürdigkeit allein kommt es nicht an. Der Beschluß muß die Gründe der Nichtvereidigung ausreichend erkennen lassen.

Nach der Sitzungsniederschrift sind fünf jugendliche Zeugen (im Alter von 16—17 Jahren) „gemäß § 61 Nr. 1 StPD.“ unvereidigt geblieben.

Der Beschluß des LG. ist nach der Sitzungsniederschrift bei keinem der fünf Zeugen weiter begründet worden. In den Urteilsgründen ist dazu jedoch folgendes ausgeführt: Das Gericht habe die Nichtvereidigung lediglich mit dem Hinweis auf § 61 Nr. 1 StPD. begründet und in bewußter Abweichung von der reichsgerichtlichen Rspr. eine weitere Begründung darüber, ob im Einzelfall die Aussage auch ohne Vereidigung glaubwürdig erscheine, unterlassen, um im Interesse der Wahrheitserforschung der Urteilsberatung und Sachentscheidung nicht vorzugreifen; es sei überzeugt, daß die Zeugen auch ohne Vereidigung bei der Wahrheit geblieben seien.

Die Glaubwürdigkeit der fünf jugendlichen Zeugen darf aber nicht als das Entscheidende für die Anwendung des § 61 Nr. 1 angesehen werden.

Das Gesetz zur Einschränkung der Eide im Strafverfahren v. 24. Nov. 1933 (RGBl. I, 1008) hält an dem Grundsatz fest, daß jeder Zeuge zu vereidigen ist, soweit nicht eine gesetzlich vorgeschriebene oder zugelassene Ausnahme Platz greift. Das ist in der amtlichen Begr. des Gesetzes (Reichsanzeiger Nr. 277 v. 27. Nov. 1933) ausdrücklich hervorgehoben und auch in der Rspr. des RG. betont (u. a. Ur. 4 D 87/34 v. 13. Febr. 1934; RGSt. 68, 310, 311 = JW. 1934, 2980²¹; Ur. 1 D 1545/34 v. 5. Febr. 1934).

In der amtlichen Begr. (a. a. O.) ist zum § 61 Nr. 1 ausgeführt: Die Best. gebe dem Gericht die Möglichkeit, auf den Stand der geistigen Entwicklung und der sittlichen Reife eines jugendlichen Zeugen Rücksicht zu nehmen, der nicht schon nach § 60 Nr. 1 eidesunfähig sei. Auch der Wortlaut der Best. spricht für einen inneren Zusammenhang mit der Vorschr. im § 60 Nr. 1. In der letzteren Vorschr. wird zunächst die Vereidigung von Zeugen, die zur Zeit ihrer Vernehmung noch nicht das sechzehnte Lebensjahr vollendet haben, schlechtweg verboten. Der innere Grund für die Anordnung dieser Eidesunmündigkeit beruht in der Erwägung, daß die Entwicklung — ausweislich des zweiten Unterfalles der Best. zunächst in geistiger Richtung — vor der Vollendung des 16. Lebensjahres in aller Regel noch keinen solchen Grad erreicht hat, daß einem solchen jugendlichen ein Eid anvertraut werden kann. Dabei entspricht die feste zeitliche Begrenzung den Anforderungen und Bedürfnissen der praktischen Rechtspflege und die Wahl des 16. Lebensjahres als Grenze ist als Ergebnis der allgemeinen Erfahrung und Anschauung zu werten. Es hat indes nicht an Bestrebungen gefehlt, diese Grenze weiter nach oben zu verlegen.

Schon vor dem Inkrafttreten der neuen Best. im § 61 Nr. 1 bestand nach dem § 57 Nr. 1 a. F. die Möglichkeit der Eidesunfähigkeit auch bei Personen, die bereits das 16. Lebensjahr vollendet haben, und diese Möglichkeit ist nach dem § 61 Nr. 1 n. F., der mit jener Vorschr. inhaltlich völlig übereinstimmt, bestehen geblieben. Sie ist dann gegeben, wenn einer Person von mehr als 16 Jahren infolge mangelnder Verstandesreife oder wegen Verstandeschwäche die genügende Vorstellung vom Wesen und von der Bedeutung des Eides fehlt. Die Voraussetzungen dieser Eidesunfähigkeit sind demnach eng umgrenzt; sie sind auf die Verstandesseite beschränkt und das Fehlen der genügenden Vorstellung muß feststehen. Eine Erweiterung in dieser Hinsicht bringt die Ermessensvorschrift im § 61 Nr. 1 für Jugendliche, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben.

Die Vollendung des 18. Lebensjahres hat im Strafrecht eine besondere sachlich-rechtliche Bedeutung nach dem JGG., das im übrigen die untere Zeitgrenze auf das 14. Lebensjahr festsetzt (§ 1). Nach § 3 dieses Gesetzes ist ein Jugendlicher, der

eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht, nicht strafbar, wenn er zur Zeit der Tat nach seiner geistigen oder sittlichen Entwicklung unfähig war, das Ungeheuerliche der Tat einzusehen oder seinen Willen dieser Einsicht gemäß zu bestimmen. Das Fehlen der Einsichtsfähigkeit oder der Willensfähigkeit eines jugendlichen kann somit nach der dieser Gesetzesbestimmung zugrunde liegenden gesetzgeberischen Auffassung nicht nur auf Mängeln der Verstandesfähigkeit beruhen, sondern auch auf Unzulänglichkeiten der sittlichen Entwicklung, selbst wenn nach der Verstandesseite keinerlei Bedenken vorliegen. Die Vorschr. ermöglicht und gebietet also dem Strafrichter, all die Verschiedenheiten zu berücksichtigen, die erfahrungsgemäß bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres bei der geistigen oder sittlichen Entwicklung von Jugendlichen hinsichtlich ihrer Verstandesreife und Willensstärke gegeben sind.

Auf ganz ähnlichen gesetzgeberischen Erwägungen beruht, wie schon die angezogene amtliche Begr. zeigt, die Vorschr. im § 61 Nr. 1. Zu berücksichtigen ist auch hier, ob der als Zeuge zu vernehmende Jugendliche zwischen 16 und 18 Jahren eine ausreichende Vorstellung vom Wesen und von der Bedeutung des Eides hat, den er an sich nach dem Gesetze zu leisten hat, ob ihm also die Leistung dieses Eides im Hinblick auf die Verstandesreife unbedenklich zugemutet und anvertraut werden darf. Insoweit besteht an sich keine grundsätzliche Verschiedenheit gegenüber der Vorschr. im § 60 Nr. 1. Aber die Frage, ob Bedenken in dieser Hinsicht gegeben sind, ist nach § 61 Nr. 1 nicht nur auf die geistige, sondern auch auf die sittliche Entwicklung des Zeugen abzustellen. Schon in der Erstreckung auf diese beiden Seiten der Persönlichkeit des jugendlichen liegt eine Erweiterung gegenüber dem § 60 Nr. 1, nach dem nur die Verstandesseite zu beachten ist. Eine Erweiterung besteht ferner darin, daß das Gericht eine Ermessensentscheidung zu treffen hat, während § 60 Nr. 1 beim Vorliegen der darin aufgeführten Voraussetzungen eine zwangsläufige Entsch. zur Folge hat. Das Ermessen des Gerichts nach § 61 Nr. 1 ermöglicht mithin eine, zwar nicht willkürliche, aber immerhin freiere Beurteilung der gesamten Persönlichkeit des jugendlichen Zeugen in geistiger und sittlicher Hinsicht nach der Richtung, ob er die erforderliche Vorstellung von dem Wesen und von der Bedeutung des Eides hat, den er leisten soll. Die Sachlage kann möglicherweise im einzelnen Falle beachtliche Zweifel in dieser Hinsicht rechtfertigen, und schon solche Zweifel können für die Ausübung des richterlichen Ermessens dahin ausreichen, daß die Vereidigung zu unterbleiben habe, während bloße Zweifel zum § 60 Nr. 1 nicht genügen. Auch die Vorschr. im § 61 Nr. 1 ist also auf die jugendliche Unreife, Unerfahrenheit und Leichtfertigkeit abgestellt.

Das Ergebnis ist somit, daß das Gericht in jedem Falle, wo die Anwendung des § 61 Nr. 1 in Frage steht, sich ein Urteil über die Persönlichkeit des jugendlichen Zeugen in den beiden erörterten Richtungen bilden, und daß diese Beurteilung der Persönlichkeit die Grundlage der Ermessensentscheidung sein muß. Ergeben sich bei dieser Prüfung keine im Rahmen einer Ermessensentscheidung beachtlichen Anhaltspunkte dafür, daß dem jugendlichen die geistige oder sittliche Reife fehlt, die erforderlich ist, um das Wesen und die Bedeutung des Eides zu erfassen und entsprechend zu handeln, so steht dem grundsätzlichen Vereidigungszwang die Ausnahmegesetzvorschrift im § 61 Nr. 1 nicht entgegen; der Jugendliche muß also vereidigt werden, soweit nicht etwa andere Vorschr. eingreifen.

Der Frage der allgemeinen Glaubwürdigkeit des jugendlichen oder der Glaubwürdigkeit seiner Angaben im besonderen Falle kann allerdings u. U. eine Bedeutung auch im Rahmen des § 61 Nr. 1 zukommen. Das kann vor allem nach der negativen Seite, mithin insbes. dann gelten, wenn sich aus der Art, in der die Aussage gemacht wird, oder aus dem Inhalt der Aussage ein Rückschluß oder ein beachtlicher Anhalt dahin ergibt, daß es an der nötigen geistigen oder sittlichen Entwicklung des Zeugen fehlt, ohne daß zugleich die Voraussetzungen im § 61 Nr. 5 gegeben zu sein brauchen. Möglicherweise kann jedoch auch umgekehrt aus dem Verhalten des jugendlichen bei seiner Vernehmung, aus dem Inhalt seiner Bekundungen und der daraus herzuleitenden Glaubwürdigkeit ein Anhalt für die Bejahung seiner geistigen und sittlichen Reife zu entnehmen

sein. Festzuhalten und zu betonen ist aber auch hierzu, daß die etwaige Glaubwürdigkeit oder Unglaubwürdigkeit des Jugendlichen nicht schon für sich allein die ausreichende Grundlage der Ermessensentscheidung nach § 61 Nr. 1 sein kann, sondern daß sie nur als Anhalt, als Beweisanzzeichen bei der Beurteilung der Persönlichkeit des Jugendlichen im oben erörterten Sinne gewertet werden darf.

Aus den vorstehenden Darlegungen folgt weiter zwingend, daß es nicht ausreicht, wenn im Beschluß die Nichtvereidigung eines Jugendlichen nur dahin begründet wird, sie unterbleibe „gemäß § 61 Nr. 1 StPD.“. Vielmehr muß die Begr. des Beschlusses zweifelsfrei erkennen lassen, daß der Grund der Nichtvereidigung gemäß § 61 Nr. 1 in der erörterten unzureichenden, sei es verstandesmäßigen, sei es sittlichen Entwicklung des Jugendlichen beruht. Die Beweisstatfachen, auf die sich diese Beurteilung des Gerichts im einzelnen gründet, brauchen dabei allerdings nicht angegeben zu werden. Es genügt, ist aber auch erforderlich, daß als Grundlage der Ermessensentscheidung jene Beurteilung der Persönlichkeit des Jugendlichen erkennbar gemacht wird. Das muß aber insbes. auch in der Sitzungsniederschrift (§ 64 StPD.) zweifelsfrei zum Ausdruck kommen.

(1. Sen. v. 15. Nov. 1935; 1 D 813/35.)

*

19. § 141 StPD. Die Bestellung eines Verteidigers nach § 141 steht an sich im freien Ermessen des Gerichts, und es liegt kein die Rev. begründender Mangel vor, wenn das Gericht nach sorgfältiger Prüfung des Sachverhalts die Bestellung nicht für nötig hält. Aber das Gericht muß eine solche Prüfung anstellen, wenn der Sachverhalt dazu Anlaß gibt. Das Unterbleiben einer solchen Prüfung stellt einen Verstoß gegen § 141 dar (RGSt. 68, 35 = JW. 1934, 900).

(1. Sen. v. 22. Nov. 1935; 1 D 880/35.)

*

**** 20.** §§ 331, 358 Abs. 2 StPD. n. F. Durch die neuen Vorschriften ist nur das Verbot der Schlechterstellung des Angekl. beseitigt. Die Strafe ist aber nach wie vor nur nach dem Ergebnis der Verhandlung, auf die das Urteil ergeht, zu bestimmen. †)

Da das angefochtene Urteil nach dem 31. Aug. 1935 ergangen ist, hatte das RevG. gem. Art. 1 Nr. 4 und Art. 9 Nr. 2 Ges. zur Änderung von Vorschr. des Strafverfahrens und des GVG. v. 28. Juni 1935 (RGBl. I, 844) auch zu prüfen, ob sich die Strafammer nicht zugunsten des Angekl. geirrt hat. Nach dem Ergebnis dieser Prüfung ist es möglich, daß das LG. bei zutreffender rechtlicher Würdigung des Sachverhalts zu einer schärferen Straffestsetzung gelangt. Dabei ist das LG. nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, ohne jede Rücksicht auf den früheren Strafausspruch eine dem Ergebnis der neuen Verhandlung entsprechende Strafe zu bestimmen. Die Ausdrucksweise, das Urteil „könne“ zum Nachteil des Angekl. geändert werden (§§ 331, 358 Abs. 2 StPD. n. F.), berechtigt nicht zu dem Schluß, es sei dem Ermessen des Richters überlassen, ob er die Strafe verschärfen oder aufrechterhalten wolle. Ein an mehreren Stellen eines Gesetzes vorkommender Ausdruck („kann“) braucht keineswegs stets dieselbe Bedeutung zu haben. Wie er zu verstehen ist, muß vielmehr nach dem Zusammenhang, in dem er jeweils gebraucht ist, ermittelt werden; andernfalls kommt man zu unrichtigen Ergebnissen. Durch die neuen Vorschr. ist lediglich das Verbot der Schlechterstellung des Angekl. beseitigt, der Richter aber nicht von der Pflicht befreit worden, die Strafe, wie in jedem anderen Falle, ausschließlich nach dem Ergebnis der Verhandlung zu bestimmen, auf die das Urteil ergeht. Dies ergibt sich nicht nur aus dem Sinn und Zweck des Gesetzes, sondern auch aus der Überschrift zu Nr. 4 des Art. 1 und dem Wortlaute der Nr. 2 des Art. 9.

(3. Sen. v. 13. Jan. 1936; 3 D 931/35.)

Anmerkung: Über die Frage, nach welchen Grundsätzen das RevG. § 358 Abs. 2 n. F. anzuwenden hat, habe ich mich

in JW. 1936, oben S. 696 ff. geäußert. Das vorl. Urteil beschäftigt sich mit der Frage, wie der Instanzrichter zu verfahren hat, an den die Sache, weil ein Rechtsirrtum zugunsten des Angekl. vorlag, zurückverwiesen worden ist.

Den Ausführungen des Urteils ist zuzustimmen. Hier wird die Sache neu verhandelt und neu entschieden. Die Entsch. darf nur so lauten, wie sie dem Ergebnis der neuen Verhandlung entspricht. Jede Rücksichtnahme auf den früheren Strafausspruch wäre verfehlt, da keiner der Gesichtspunkte, die für das Urteil des RevG. selbst wie auch für das Urteil eines BG. u. U. eine gewisse Zurückhaltung empfehlenswert machen, hier zutrifft (vgl. dazu den oben erwähnten Aufsatz und die in ihm angeführten neuen Urteile des RG., ferner Schäfer-Lehmann-Dörffler, S. 65 und für das Berufungsverfahren besonders Schlüter: JW. 1935, 2331).

MinR. Dr. Lehmann, Berlin.

*

21. § 358 Abs. 2 StPD. verpflichtet nicht in allen Fällen, in denen ein Fehler zugunsten des Angekl. gemacht worden ist, zur Aufhebung des Urteils. Die Aufhebung ist nur geboten, wenn der wahren Gerechtigkeit zum Siege verholfen werden soll; sie ist nicht nötig, wenn das Urteil trotz eines Rechtsfehlers der wahren Gerechtigkeit und dem gesunden Volksempfinden entspricht. †)

Der Angekl. wurde wegen eines fortgesetzten Verbrechens der schweren Amtsunterschlagung nach den §§ 350, 351 StGB. zu zwei Jahren sechs Monaten Gefängnis und zu drei Jahren Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte verurteilt.

Der Tatbestand der fortgesetzten schweren Amtsunterschlagung ist einwandfrei nachgewiesen.

Obwohl hiernach die Rev. des Angekl., soweit sie zu seinen Gunsten wirkt, als unbegründet zu erachten ist, kann sie doch nicht verworfen werden. Vielmehr greift hier § 358 Abs. 2 StPD. i. d. Fassung des Art. 1 Nr. 4 des Ges. zur Änderung von Vorschr. des Strafverfahrens und des GVG. v. 28. Juni 1935 (RGBl. I, 844, 845) ein, wonach ein nur vom Angekl. oder seinem gesetzlichen Vertreter oder zu seinen Gunsten von der StA. angefochtenes Urteil auch zum Nachteil des Angekl. geändert werden kann. Diese Vorschr. ist nach Art. 9 Nr. 7 des Ges. am 1. Sept. 1935 in Kraft getreten und nach Art. 9 Nr. 2 auf den vorl. Fall anwendbar, da das Urteil nach dem Inkrafttreten des Gesetzes ergangen ist. Sie hat besondere Bedeutung für den Fall, daß der erste Richter nach dem festgestellten Sachverhalt an Stelle des angewendeten Gesetzes ein strengeres Gesetz oder neben dem angewendeten Gesetz ein weiteres Gesetz hätte anwenden müssen.

Dies trifft hier zu. Der Angekl. hatte kraft behördlichen Auftrags die Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen, und die Pflicht, fremde Vermögensinteressen, nämlich die der Stadtgemeinde N., wahrzunehmen, da er nicht nur zum Einsammeln der Wertmünzen und zum Ablefen des Messer- und Zählerstands sowie zu den entsprechenden Buchungen, sondern auch zum Wiederverkauf der Münzen für Rechnung der Städtischen Werke ermächtigt und verpflichtet war. Er hat durch das festgestellte Verhalten jene Befugnis mißbraucht und jene Pflicht verletzt und dadurch der Stadtgemeinde N., deren Vermögensinteressen er zu betreuen hatte, Nachteil zugefügt. Daß er sich dessen auch bewußt war, kann nach den Feststellungen nicht zweifelhaft sein. Er hat also außer dem Tatbestand der schweren Amtsunterschlagung nach den §§ 350, 351 StGB. auch den Mißbrauch und den Treubruchtatbestand des § 266 Abs. 1 StGB. n. F. verwirklicht. Im § 266 ist aber neben der Gefängnisstrafe Geldstrafe, und zwar zwingend, angedroht, und nach § 266 Abs. 2 tritt in besonders schweren Fällen an die Stelle der Gefängnisstrafe und neben die Geldstrafe Zuchthaus bis zu zehn Jahren. § 266 StGB. n. F. ist also gegenüber § 351 StGB. das strengere Gesetz, das nach § 73 StGB. hätte angewendet werden müssen (vgl. hierzu RGArt. 2 D 647/35 v. 10. Okt. 1935, abgedr.: RGSt. 69, 333, 340 = JW. 1936, 457²²).

Im Hinblick auf die Fassung des § 358 Abs. 2 StPD., die sich äußerlich als Kannvorschrift darstellt, ist zu prüfen, ob das RevG. verpflichtet ist, in allen Fällen, in denen eine Änderung des angefochtenen Urteils zum Nachteil des Angekl. in Frage kommt, diese Änderung herbeizuführen, sei es durch eine auf Grund des festgestellten Sachverhalts vorzunehmende Berichtigung, sei es durch Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung der Sache. Die Änderung der Vorschr. des § 358 Abs. 2 StPD. bezweckt in allen Fällen, in denen die Entsch. des RevG. angereuert wird, der wahren Gerechtigkeit zum Sieg zu verhelfen, gleichviel, ob die Rev. zugunsten oder zuungunsten des Angekl. eingelegt ist und ob der erste Richter zugunsten oder zuungunsten des Angekl. geirrt hat (vgl. hierzu die amtliche Begr. der Gesetze v. 28. Juni 1935 in der Sonderveröffentlichung Nr. 10 der DZ. 55). Hieraus ist zu folgern, daß das RevG. in den von der Vorschr. betroffenen Fällen immer dann verpflichtet ist, das angefochtene Urteil zu berichtigen oder es aufzuheben und die Sache zurückzuverweisen, wenn es zur Erreichung jenes Ziels geboten erscheint, daß es aber von einer Änderung des Urteils abzusehen hat, wenn dieses trotz eines aus ihm erkennbaren Rechtsfehlers der wahren Gerechtigkeit und dem gesunden Volksempfinden entspricht.

Würde sich z. B. in einem Fall, in dem der Angekl. wegen eines aus zahlreichen Einzelfällen bestehenden fortgesetzten Betrugs zu einer hohen Gefängnisstrafe verurteilt worden ist, bei der Prüfung durch das RevG. ergeben, daß ein weiterer, vom Fortsetzungszusammenhang umfaßter, aber verhältnismäßig ganz geringfügiger Betrugsfall bei der Urteilsfindung nicht berücksichtigt worden ist, so würde es eine ungesunde Formenstrenge und eine nicht zu rechtfertigende Verzögerung der Strafrechtspflege bedeuten, das Urteil — sei es auch nur im Strafausspruch — aufzuheben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entsch. an die Vorinstanz zurückzuverweisen mit dem zu erwartenden Ergebnis, daß dann der Tatrichter wieder dieselbe Strafe aussprechen würde. Diese Annahme ist nur die Umkehrung des in der Rspr. stets vertretenen Standpunkts, daß der Angekl. nicht beschwert und deshalb eine Aufhebung des Urteils — auch nur im Strafausspruch — nicht geboten ist, wenn das RevG. — abweichend vom Erstrichter — einen im Verhältnis zur gesamten Straftat unerheblichen Einzelfall verneint und dabei überzeugt ist, daß der Tatrichter gleichwohl keine Herabsetzung der Strafe für angemessen erachten würde.

Entsprechendes muß gelten, wenn ein in Betracht kommender weiterer rechtlicher Gesichtspunkt von untergeordneter Bedeutung im verfügenden Teil des erstrichterlichen Urteils nicht berücksichtigt oder überhaupt nicht erörtert worden ist, so etwa, wenn ein Angekl. nach den Feststellungen des Tatrichters durch zu schnelles Fahren fahrlässig den Tod eines Menschen verursacht hat, im verfügenden Teil des angefochtenen Urteils aber nur der fahrlässigen Tötung, nicht auch einer Übertretung der Straßenverkehrsordnung schuldig erkannt worden ist. Auch eine Berichtigung wird bei einer derartigen Sachlage in der Regel nicht geboten sein.

Ein solcher Fall liegt hier aber nicht vor. Hätte der erste Richter erkannt, daß neben dem rechtlichen Gesichtspunkt der schweren Amtsunterschlagung auch der rechtliche Gesichtspunkt der Untreue nach § 266 StGB. n. F. in Betracht kommt, so hätte er die Strafe dem § 266 StGB. n. F. entnehmen und neben der Freiheitsstrafe eine Geldstrafe aussprechen müssen; namentlich aber hätte er prüfen müssen, ob nicht ein besonders schwerer Fall der Untreue i. S. des § 266 Abs. 2 StGB. n. F. anzunehmen und demgemäß auf eine Zuchthausstrafe zu erkennen sei. Zwar ist ein besonders schwerer Fall nicht immer schon dann anzunehmen, wenn der Tatbestand des § 351 StGB. erfüllt ist. Es ist aber nach Lage der Sache die Prüfung geboten, ob durch die Tat nicht das Wohl des Volkes geschädigt worden ist. Nach den bisher getroffenen Feststellungen kann dies weder bejaht noch verneint werden (vgl. hierzu RGSt. 69, 240 ff. = JW. 1935, 2964²⁹).

Der Schuldspruch kann vom RevG. selbst dahin berichtigt werden, daß der Angekl. eines fortgesetzten Verbrechens der schweren Amtsunterschlagung in Tateinheit mit einem fortgesetzten Vergehen der Untreue schuldig ist. Die Vorschr. des

§ 265 Abs. 1 StPD. steht der Berichtigung nicht entgegen, da der Angekl. den festgestellten Sachverhalt unumwunden zugegeben hat, dieser Sachverhalt aber die Merkmale des Tatbestands des § 266 Abs. 1 StGB. n. F. ohne weiteres erkennen läßt. Ein Vergehen bleibt die Untreue nach der Rspr. auch dann, wenn ein besonders schwerer Fall vorliegt (RGSt. 69, 333, 340 = JW. 1936, 457²² und die dort angeführten Entsch.). Dagegen muß das Urteil im Strafausspruch aufgehoben und die Sache zu neuer Prüfung der Straffrage zurückverwiesen werden.

(1. Sen. v. 29. Nov. und 17. Dez. 1935, 1 D 901/35.)

Anmerkung: Vgl. Aufsatz Lehmann, oben S. 696.

*

** 22. § 358 Abs. 2 StPD. n. F. Aus der Stellung des § 358 StPD. n. F. unter die Überschrift „Beseitigung von einseitigen Bindungen des Rechtsmittelgerichts“ in dem Gesetz zur Änderung von Vorschriften des Strafverfahrens und des StGB. v. 28. Juni 1935 ergibt sich, daß die Vorschrift nach dem Willen des Gesetzgebers unmittelbar auch die Entscheidung des RevG. betrifft. Nach wie vor liegen aber tatrichterliche Würdigungen außerhalb der Aufgaben des Revisionsverfahrens, da das Gericht grundsätzlich nur Rechtsfragen zu behandeln hat (§ 337 StPD.) und daher auch nur ganz ausnahmsweise (§ 354 Abs. 1 StPD.) eine eigene Entscheidung über die angemessene Höhe der Strafe treffen kann.†)

Da das Urteil des LG. nach dem 1. Sept. 1935 ergangen ist, kommt in Frage, ob es nicht etwa auf Grund der neuen Fassung des § 358 Abs. 2 StPD. vom RevG. i. S. einer Verurteilung wegen schweren Rückfallsdiebstahls und Mötigung abgeändert werden müsse, wobei es dann notwendig sein würde, den Strafausspruch des LG. hinsichtlich des Diebstahls einschließlich der Gesamtstrafe aufzuheben und die Sache zu neuer Straffestsetzung für den Diebstahl und die Mötigung sowie zur Bildung einer neuen Gesamtstrafe zurückzuverweisen.

Nach der neuen Fassung des § 358 Abs. 2 StPD. „kann“ das Urteil zum Nachteil des Angekl. auch dann geändert werden, wenn, wie vorliegend, nur der Angekl. Rev. eingelegt hat.

Für sich allein betrachtet, ergibt die neue Vorschr. nicht, ob sie sich an das RevG. richtet; im Anschluß an den Abs. 1 des § 358 StPD. könnte sie ihrem Wortlaute nach dahin verstanden werden, daß ihre Regel nur für die Entsch. desjenigen Gerichts aufgestellt sei, an das die Sache vom RevG. bei Aufhebung des angefochtenen Urteils zur anderweiten Verhandlung und Entsch. verwiesen worden ist —, also nur für die neue Entsch. des Tatrichters. Aber das Ges. zur Änderung von Vorschr. des Strafverfahrens und des StGB. v. 28. Juni 1935 hat die neue Fassung des § 358 Abs. 2 StPD. gemeinsam mit dem neuen § 331 StPD. unter die Überschrift „Beseitigung von einseitigen Bindungen des Rechtsmittelgerichts“ gestellt. Daraus ergibt sich, daß die Vorschr. nach dem Willen des Gesetzgebers unmittelbar auch die Entsch. des RevG. betrifft.

Auf dieser Grundlage könnte dann der Wortlaut des neuen § 358 Abs. 2 StPD. an sich dahin verstanden werden, daß dem RevG. ein freies, wenn auch selbstverständlich nicht willkürlich, sondern pflichtmäßig auszuübendes Ermessen eingeräumt worden sei, ob es ein nur zugunsten des Verurteilten angefochtenes Urteil wegen eines zugunsten des Angekl. gemachten Fehlers zuungunsten des Verurteilten abändern wolle. Im Zusammenhange mit den Grundgedanken der StPD. und ihrer Entstehungsgeschichte ergibt sich indessen eine andere Auslegung.

Ein freies Ermessen könnte in der soeben bezeichneten Richtung nur auf Grund eigener Erwägungen des entscheidenden Gerichts über die Angemessenheit der im angefochtenen Urteil festgesetzten Strafe ausgeübt werden, also jedenfalls nur auf Grund einer eigenen Würdigung, wie sie der Tatrichter bei der Festlegung und Begr. des Strafmaßes vorzunehmen hat. Entweder würde der Revisionsrichter hierbei genötigt sein, mit Beziehung auf das Strafmaß wie ein Tatrichter das Ergebnis von tatsächlichen Feststellungen zu würdigen, die nicht von ihm

selbst, sondern von einem anderen Tatrichter getroffen wurden und möglicherweise im Einzelfalle von den Richtern des RevG. im Hinblick auf die einzelnen Ergebnisse der Beweisaufnahme anders getroffen worden wären, wenn sie als Tatrichter zu entscheiden gehabt hätten — ein schon an sich kaum annehmbares Ergebnis —; oder man müßte annehmen, daß der Revisionsrichter bei der nach § 358 Abs. 2 StPD. n. F. zu treffenden Entsch. überhaupt nicht an irgendwelche tatsächlichen Feststellungen des unteren Gerichts gebunden wäre, dann also die Sache völlig frei zu beurteilen hätte, und zwar — im Gegensatz zu dem Grundsatz der Unmittelbarkeit und der Mündlichkeit der Hauptverhandlung — auf der Grundlage der Akten. Auch nach den neuen Vorschr. des Ges. v. 28. Juni 1935 ist es aber dabei geblieben, daß solche tatrichterlichen Würdigungen außerhalb der Aufgaben des Revisionsverfahrens liegen, in dem das Gericht grundsätzlich nur die Rechtsfragen zu behandeln hat (§ 337 StPD.) und daher auch nur ganz ausnahmsweise nach Maßgabe des § 354 Abs. 1 StPD. eine eigene Entsch. über die angemessene Höhe der Strafe treffen kann.

Andererseits war das RevG. bei der Entsch. der Rechtsfragen schon nach der früheren Fassung des § 358 Abs. 2 StPD. nicht zugunsten des Angekl. gebunden. Schon nach der früheren Vorschr. stand nichts im Wege, den Schuldspruch eines nur zugunsten des Berufteilkten angefochtenen Urteils zuungunsten des Angekl. so zu ändern, wie es dem anzuwendenden sachlichen Rechte jeweils entsprach; nur das Strafmaß durfte infolge eines zugunsten des Angekl. eingelegten Rechtsmittels nicht erhöht werden. Diese einzige früher noch zugunsten des Berufteilkten bestehende Schranke ist durch die neue Fassung des § 358 Abs. 2 StPD. beseitigt worden.

Daraus folgt aber nicht, daß das RevG. nunmehr ausnahmslos jeden Rechtsfehler berichtigen müsse, der sich in einem angefochtenen Urteil findet. In den Entsch. des RG. ist von jeher immer wieder ausgesprochen worden, eine nur zugunsten des Angekl. angefochtene Entsch. brauche nicht in denjenigen Punkten nachgeprüft und geändert zu werden, in denen der Angekl. nicht beschwert sein könne. Diese Rspr. war zwar durch keine gesetzliche Vorschr. unmittelbar gestützt und auch nicht unangefochten; aber sie war zweckmäßig; zu Mißständen hat sie nicht geführt. Soweit als ihr die Auffassung zugrunde liegt, daß bedeutungslose Fehler keiner Berichtigung bedürfen, ist sie in dem Umfange aufrechtzuerhalten, in dem sie mit der neuen Fassung des § 358 Abs. 2 StPD. noch im Einklange steht.

Die neue Vorschr. bezweckt, „dem Richter die Möglichkeit zu geben, ein Urteil zu fällen, das wahrer Gerechtigkeit entspricht“ (so die amtliche Begr. der Strafrechtsgesetze v. 28. Juni 1935 in der Sonderveröffentlichung Nr. 10 der DZ. 55). Auch das Urteil des Revisionsrichters muß also nach der „wahren Gerechtigkeit“ streben. Er muß sich dabei leiten lassen von „den Grundgedanken der Strafgesetze und dem gesunden Volksempfinden“, die nach § 2 StGB. n. F. als beherrschende Richtlinien der gesamten Strafrechtspflege anzusehen sind; er darf aber nach den obigen Darlegungen als Revisionsrichter nicht seinerseits eigene Erwägungen anstellen, die dem Tatrichter vorbehalten sind. Daraus ist zu folgern:

Wie früher darf das RevG. keinen Fehler eines angefochtenen Urteils bestehen lassen, durch den der Angekl. beschwert sein könnte. Auch ein Fehler, der den Angekl. nicht beschwert, muß beseitigt werden, wenn die Möglichkeit besteht, daß der Tatrichter bei fehlerfreier Beurteilung dazu gelangt wäre, eine andere — strengere — Strafe festzusetzen. Ob ferner auch schon die Rücksicht auf mögliche Wirkungen eines Fehlers auf ein zukünftiges Strafverfahren oder irgendein anderes besonderes öffentliches Interesse zu seiner Beseitigung nötigt oder wenigstens nötigen kann, braucht im vorl. Falle nicht entschieden zu werden. Andererseits aber liegt der beherrschende Zweck jedes Strafverfahrens darin, die strafbare Tat ohne Verzug und auf gesetzlicher Grundlage nach gesundem Volksempfinden gerecht zu bestrafen; und diesem Zwecke würde es nicht entsprechen, durch Aufhebung eines angefochtenen Urteils und Zurückverweisung der Sache an den Tatrichter ein Strafverfahren nur deshalb in die Länge zu ziehen, weil noch diese oder jene gesetzliche Vorschr. zuungunsten des Angekl. anzuwenden wäre, ohne daß sich dabei

an dem Gesamtergebnisse des Strafverfahrens in bezug auf die Höhe der Strafe oder an den künftig möglichen Nachwirkungen der Verurteilung etwas ändern würde. In dieselbe Richtung weist auch der Vorpruch des Gesetzes zur Änderung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten v. 27. Okt. 1933 (RGBl. I, 780): „eine volkstümliche Rechtspflege ist nur in einem Verfahren möglich, das dem Volke verständlich ist und einen ebenso sicher wie schnell wirkenden Rechtsschutz verbürgt“.

Vorliegend steht keine fehlerhafte Anwendung eines überhaupt nicht anwendbaren Strafgesetzes in Frage. Andererseits hat das LG. auch das gewalttätige Vorgehen des Angekl. gegen die B. bei der Strafzumessung schon ausdrücklich berücksichtigt. Daher kann nicht angenommen werden, daß der Tatrichter bei besserer Berücksichtigung des § 240 StGB. für den Diebstahl und die Nötigung insgesamt eine strengere Bestrafung gewählt hätte, als die im Urteil festgesetzte Strafe für den durch nachfolgende Gewaltanwendung erschweren Diebstahl. Daß der Angekl. nicht noch ausdrücklich nebenher wegen Nötigung verurteilt worden ist, wird auch für kein künftiges Strafverfahren gegen ihn irgendwie erhebliche Bedeutung gewinnen können oder irgendein besonderes öffentliches Interesse erkennbar beinträchtigen. Es ist daher nicht notwendig, das Urteil des LG. mit Rücksicht auf den § 240 StGB. zu berichtigen und die Sache zu neuer Straffestsetzung zurückzuverweisen; das gebotene Streben nach einer volkstümlichen und schnell arbeitenden Rechtspflege verbietet dies vorliegend sogar.

(1. Sen. v. 6. und 17. Dez. 1935, 1 D 907/35.)

Anmerkung: Vgl. Aufsatz Lehmann, oben S. 696.

Oberlandesgerichte: Zivilsachen

Kostenrecht

23. § 11 DGBG. Der Streitwert für einen Antrag auf Feststellung der unehelichen Vaterschaft ist auch bei Vorliegen ärmlicher Vermögensverhältnisse der Kindseltern nicht unter 1000 *R.M.* festzusetzen.

Das DGBG. tritt den in *FZ.* 1935, 3487⁶² und 3492⁷⁴ veröffentlichten Entsch. des RG. und des LG. Berlin bei, daß bei der selbständigen, heute wesentlich vermehrten Bedeutung der Feststellung der Vaterschaft der Streitwert für einen auf Feststellung der Vaterschaft gerichteten Antrag selbst bei Vorliegen ärmlicher Vermögensverhältnisse der Kindseltern nicht unter 1000 *R.M.* festzusetzen ist.

(*DZ.* Bamberg, Beschl. v. 7. Jan. 1936, 2 W 5/36.)

*

24. § 125 ZPD. Nachzahlungsanordnung trotz unveränderter Vermögenslage der armen Partei nur ausnahmsweise, wenn ein gewisses Zahlungsvermögen (in kleinen Raten) schon bei Bewilligung des Armenrechts bestanden ist.

Dem Befl. war auf Grund des von ihm überreichten Armutszeugnisses v. 7. Aug. 1935 das Armenrecht bewilligt worden. In dem Zeugnis war bescheinigt worden, daß der Antragsteller in der Lage sei, monatlich 10 *R.M.* auf die entstehenden Kosten zu zahlen. Nachdem die Parteien sich im Termin v. 6. Sept. 1935 zu gerichtlichem Protokoll verglichen hatten, hat das LG. durch den jetzt angefochtenen Beschluß dem Befl. das Armenrecht entzogen und die Nachzahlung der Kosten an die Reichskasse angeordnet. Die vom Befl. erforderten Gerichtskosten einschließlich der Armenrechtskosten der Gegenpartei betragen 94,81 *R.M.*

Die Beschwerde macht geltend, daß zur Zeit die wirtschaftlichen Verhältnisse irgendwelche Zahlung, selbst in Raten, an die Reichskasse nicht gestatteten. Ihr war der Erfolg nicht zu versagen.

Nach ständiger Rspr. des Senats (vgl. Entsch. v. 9. Jan. 1935: *FZ.* 1935, 794⁷) ist bei richtiger Handhabung der Armenrechtsvorschriften für eine Anordnung der Nachzahlung

der infolge der Armenrechtsbewilligung gestundeten Beträge nur dann Raum, wenn die wirtschaftlichen Verhältnisse der armen Partei sich gebessert haben und nunmehr eine vollständige oder teilweise, auch eine nur in Raten zu bewirkende Nachzahlung der gestundeten Gerichts- und Anwaltskosten ohne Gefährdung des notwendigen Lebensunterhalts des Schuldners und seiner Familie möglich ist.

Zimmerhin sind Fälle denkbar, in denen eine derartige Besserung nicht Voraussetzung der Nachzahlungsanordnung aus § 125 ZPO. ist. Hierher gehören zunächst diejenigen Fälle, in denen sich erst nachträglich herausstellt, daß die wirtschaftlichen Verhältnisse der bisher als arm geltenden Partei in Wahrheit günstiger sind, als angenommen wurde, und demzufolge noch im Laufe der Instanz eine Entziehung des Armenrechts, verbunden mit der Anordnung der Nachzahlung, sich rechtfertigt. Es gibt aber auch Fälle, in denen schon bei der Armenrechtsbewilligung bekannt ist, daß ein teilweises Zahlungsvermögen besteht. Sie können zum Teil durch Bewilligung des Armenrechts nur zu einem Bruchteil oder hinsichtlich bestimmter Gebühren (§ 115 Abs. 2 ZPO.) erfasst werden, so daß die — teilweise — arme Partei schon im Laufe des Prozesses zu dessen Kosten beisteuern kann. Nicht allen Fällen läßt sich aber in dieser Weise gerecht werden. Wenn z. B. aus dem Armutszeugnis ersichtlich ist (und mitunter auch ausdrücklich bescheinigt wird), daß die Partei zu den Kosten des Prozesses wenigstens in kleinen monatlichen Raten beitragen kann, dann ist regelmäßig auch für eine bruchteilweise Armenrechtsbewilligung kein Raum. Denn damit würde für Gericht und Anwalt wegen des freigebliebenen Bruchteils die Berechtigung eröffnet, den entsprechenden Teil der Gebühren sofort in vollem Umfang zu erfordern. Die damit für die Partei sich ergebenden Verpflichtungen pflegen aber die — einmalige — Leistungsfähigkeit der Partei zu übersteigen und ihr so die Prozeßführung in vollem Umfang unmöglich zu machen. Der Erfolg ist dann kein anderer, als wenn der Partei das Armenrecht in vollem Umfang abgelehnt wäre.

Hier könnte nun allerdings der Ausweg gangbar erscheinen, solchen Parteien das Armenrecht zwar voll, aber bereits mit der Auflage zu bewilligen, laufend Teilzahlungen auf die gesamten Kosten zu leisten. Doch fehlt es für ein derartiges, in der Praxis nicht selten angewandtes Verfahren an einer Rechtsgrundlage. Der Senat hat deshalb in ständiger Rspr. (vgl. Entsch. v. 6. April 1935: JW. 1935, 1704³¹) die Zulässigkeit eines solchen „Ratenarmenrechts“ verneint.

Diesen Fällen kann daher das Gericht im beiderseitigen Interesse nur so gerecht werden, daß es das Armenrecht in vollem Umfang bewilligt und damit der Partei die Durchführung ihrer Rechte ermöglicht, daß aber nach Beendigung des Prozesses im Rahmen der bereits als aufbringbar festgestellten Raten die Nachzahlung angeordnet wird. Daß eine ratenweise Nachzahlungsanordnung zulässig ist, hat der Senat bereits in seiner grunds. Entsch. v. 6. Febr. 1935: JW. 1935, 794⁸ in Übereinstimmung mit der überwiegenden Ansicht ausgesprochen.

Auf diese Weise kann demnach eine nur in kleinen, für ein Bruchteilarmenrecht nicht verwertbaren Teilen zum Ausdruck kommende Zahlungsfähigkeit einer für den Prozeß als arm anzusehenden Partei ohne Schädigung ihrer Rechte gleichwohl für die Allgemeinheit nutzbar gemacht werden und die arme Partei dazu angehalten werden, zu dem ihr zuzumutenden Teil doch aus eigenen Mitteln die Prozeßkosten zu bestreiten und damit die Mittel der Allgemeinheit zugunsten noch bedürftigerer Volksgenossen zu entlasten.

Es mag sein, daß dies nicht der ursprüngliche Sinn des § 125 ZPO. gewesen ist. Es besteht aber kein Rechtshindernis, erscheint vielmehr als Pflicht des Gerichts, die Befugnis des § 125 in diesem die Interessen aller Beteiligten gleichmäßig und gerecht berücksichtigenden Sinne anzuwenden.

Danach wäre hier an sich das vom O.G. eingeschlagene Verfahren nicht zu beanstanden, sofern es nur eine teilweise oder in Raten zu bewirkende Nachzahlung angeordnet hätte. Abgesehen davon, daß es das nicht getan hat, liegen im besonderen Falle die wirtschaftlichen Verhältnisse auch so, daß

die arme Partei nach ihrer derzeitigen Lage zur Aufbringung selbst kleinster Raten nicht imstande ist. Das Nettoeinkommen des Bekl. beträgt 360 RM. Nach der von ihm gemachten Aufstellung betragen seine monatlichen Aufwendungen für Zinsen, Grundstücksteuern, sonstige Grundstückskosten, Steuern, Lebensversicherungsprämien, Unterhaltungen und Beiträge und Schulgeld bereits rund 210 RM. Dazu treten noch die im Vergleich übernommenen, auf etwa zwei Jahre laufenden monatlichen Teilzahlungen von 50 RM, so daß selbst unter Berücksichtigung einer Mieteinnahme aus dem Grundstück in Höhe von 26,50 RM dem Bekl. zum Lebensunterhalt für sich, seine Ehefrau und seine drei Kinder nur ein Betrag von rund 126 RM verbleibt. Es ist nicht ersichtlich, wie das O.G. angesichts dieser Berechnung trotzdem noch bei seiner Nachzahlungsanordnung verharren konnte. Denn darüber, daß bei dieser wirtschaftlichen Lage der Bekl. nicht imstande ist, selbst die allergeringsten Raten auf Kosten zu zahlen, ist kein Wort zu verlieren.

Danach ist eine Heranziehung des Bekl. zu den ihm gestundeten Kosten des Rechtsstreits nicht gerechtfertigt.

(RG., 20. Zivilsen., Beschl. v. 18. Jan. 1936, 20 W 233/36.)

Anmerkung: Vgl. den Aufsatz Gaedeker oben S. 701.

25. 1. § 1 ArmAnwG. Verlust des Ersatzanspruchs des Armenanwalts an die Reichskasse infolge Ausschließung des Anwalts aus der Anwaltschaft durch Urteil des Ehrengerichts.

2. § 4 ArmAnwG. Der Urkundsbeamte hat von Amts wegen alle Feststellungen zu treffen, die für die Beurteilung des Ersatzanspruchs an die Reichskasse von Bedeutung sind.

3. Verliert der Armenanwalt seinen Ersatzanspruch an die Reichskasse insoweit, als dieselben Gebühren für seinen Nachfolger entstehen, so hat der Urkundsbeamte die Entscheidung über das Festsetzungsgesuch auszusprechen, bis feststeht, in welchem Umfang die selben Gebühren auch für den Nachfolger erwachsen.

I. Durch Beschl. v. 15. März 1935 ist der Bekl. A. als ArmAnw. beigeordnet worden. Am 5. Juli 1935 hat er angezeigt, daß er beim O.G. nicht mehr zugelassen sei. An seiner Stelle ist antragsgemäß A. B. beigeordnet worden. Daraufhin hat der Urkundsbeamte die Kosten für A. A., nämlich die Prozeß-, Verhandlungs- und Beweisgebühr festgesetzt. Hiergegen hat der Bezirksrevisor namens der Reichskasse Erinnerung mit der Begr. eingelegt, A. A. sei durch Ur. des Ehrengerichts aus der Rechtsanwaltschaft ausgeschlossen worden und habe dadurch den Anwaltswechsel selbst verschuldet, seinen Gebührenanspruch also in Höhe der auch für A. B. erwachsenen Kosten verloren. Der Urkundsbeamte hat jedoch aus grundsätzlichen Erwägungen eine Änderung seines Beschlusses abgelehnt. Er meint, daß seine Tätigkeit sich darin zu erschöpfen habe, festzustellen, ob die vom Anwalt in Ansatz gebrachten Gebühren verdient und fällig geworden seien. Untersuchungen von Amts wegen darüber anzustellen, ob vielleicht der Anwalt sich seinem Auftraggeber gegenüber schuldhaft verhalten und dadurch schadensersatzpflichtig gemacht habe, übersteige die der Kostenfestsetzung gezogenen Grenzen.

O.G. hat jedoch der Erinnerung mit der Begr. stattgegeben, daß der ausgeschiedene ArmAnw. offensichtlich gegenüber der Bekl. seinen Gebührenanspruch verwirkt und deshalb auch gegen die Reichskasse verloren habe.

Die hiergegen gerichtete Beschw. des Anwalts konnte nicht durchgreifen. Zwar legt die vom O.G. gegebene Begr. die Aufassung nahe, daß die Entsch. aus einer Verkennung der materiellen Rechtslage heraus ergangen ist. Eine Verwirkung des Gebührenanspruchs des Anwalts gegenüber seiner Partei und damit gleicherweise des ArmAnw. gegenüber der Reichskasse scheidet hiernach aus. Wenn überhaupt, so kommt nur eine Verjagung der Vergütung auf Grund des § 628

Abf. 1 Satz 2 BGB. i. Verb. m. § 50 RA-GebD. in Frage. Danach steht dem Anwalt, der die vorzeitige Beendigung des Dienstvertrages verursacht, ein Anspruch auf die vertragsmäßige Vergütung insoweit nicht zu, als seine bisherigen Leistungen für seine Partei kein Interesse haben. Das ist im Falle des Anwaltswechsels regelmäßig insoweit der Fall, als die gleichen Gebühren in gleicher Instanz für den Nachfolger nochmals erwachsen. Die Frage des Verlustes des Ersatzanspruchs des ArmAnw. an die Reichskasse ist also nur im Zusammenhang mit dem Ersatzanspruch seines Nachfolgers zu prüfen und zu beantworten.

Hierzu sind bisher folgende grundsätzliche Entsch. des Senats ergangen:

a) Entsch. v. 21. April 1934, 20 W 2869/34: JW. 1934, 2170¹: Scheidet der Wahlanwalt durch Aufgabe seiner Zulassung als Anwalt aus Gründen aus, die von seinem Willen unabhängig waren, so besteht für seine Partei Erstattungsanspruch wegen der dadurch verursachten Mehrkosten, nicht aber dann, wenn das Ausschneiden auf freier Entsch. des Anwalts beruht.

b) Entsch. v. 27. Febr. 1932, 20 W 1875/32: JW. 1935, 798²: Der Wechsel in der Person des ArmAnw. ist für die Kostenerstattung wie jeder andere Anwaltswechsel zu beurteilen.

c) Entsch. v. 19. Sept. 1934, 20 W 5496/34: JW. 1934, 2496³: Die freiwillige Niederlegung des Mandats durch den ArmAnw. läßt ihn seines Ersatzanspruchs an die Reichskasse insoweit verlustig gehen, als dieselben Gebühren auch für den Nachfolger erwachsen.

d) Entsch. v. 19. Juni 1935, 20 W 3873/35: JW. 1935, 2293⁴: Freiwillige Entschließung in diesem Sinne liegt stets dann vor, wenn der Anwalt aus wirtschaftlichen Gründen seine Zulassung wechselt oder aufgibt.

e) Entsch. v. 16. März 1935, 20 W 1671/35: JW. 1935, 1799⁵: Der ArmAnw., der durch eigenes Verhalten seine Entlassung als ArmAnw. und die Bestellung eines neuen ArmAnw. verursacht, verliert damit seinen Ersatzanspruch an die Staatskasse (und zugleich seinen Festsetzungsanspruch aus § 124 ZPO.) insoweit, als die gleichen Gebühren auch für seinen Nachfolger entstehen.

f) Entsch. v. 12. Jan. 1935, 20 Wa 4/35: JW. 1935, 789¹: Die Reichskasse kann Einwendungen gegen den Ersatzanspruch des ArmAnw., die die Partei erheben könnte, nicht in gleicher Weise geltend machen, insbes. nicht mit der Partei möglicherweise zustehenden Schadensersatzansprüchen aufrechnen. Wohl aber kann sie sich auf den Verlust des Ersatzanspruchs gem. § 50 RA-GebD. i. Verb. m. § 628 Abs. 1 BGB. berufen. Diese Entsch. ist zwar nicht für den Sonderfall des Anwaltswechsels gegeben, betrifft aber materiell die gleiche Rechtsfrage wie beim Anwaltswechsel.

g) Die in den beiden letztgenannten Entsch. niedergelegte grundsätzliche Rechtsauffassung ist vom Senat in seiner Entsch. v. 22. Mai 1935, 20 W 3152/35: JW. 1935, 2295⁶, gegenüber den Angriffen in der Rspr. selbst und Erörterungen dazu in eingehenden Darlegungen aufrechterhalten worden. Von ihr ist also auch jetzt auszugehen.

In allen den genannten Fällen ist die Rechtslage insofern dieselbe, als es entscheidend darauf ankommt, ob und in welchem Umfange die für den einen Anwalt bereits erwachsenen Gebühren auch für den Nachfolger entstehen. Hierzu könnten aber im vorl. Falle deshalb Zweifel über die Berechtigung einer solchen Prüfung auftauchen, weil bisher der Nachfolger, RA. B., einen Erstattungsanspruch an die Reichskasse noch nicht geltend gemacht hat, die Rspr. des Senats indes gerade der Vermeidung der Belastung der Gegenpartei und der Reichskasse mit an sich vermeidbaren doppelten Gebühren dient und das Interesse der Partei an der bisherigen Tätigkeit nur deshalb verneint wird, weil sie die gleichen Gebühren nochmals zahlen muß. Gleichwohl kann die rechtliche Beurteilung dadurch, daß nur erst die Kosten eines Anwalts — sei es des ersten oder des später bestellten ArmAnw. — geltend gemacht sind, nicht beeinflusst werden. Der Senat hat bereits für die Frage des § 124 ZPO. in gleichem Sinne entschieden (zu vgl. grundf. Entsch. 20 W 3109/35 v. 18. Mai 1935: JW. 1935, 2587⁷). Denn anders als bei der Kostenfestsetzung unter den Parteien, bei welcher, falls kein notwendiger Anwaltswechsel vorliegt, ohnehin nur die

Kosten eines Anwalts — gleichgültig welches — festgesetzt werden können, handelt es sich im Falle des § 124 ZPO. ebenso wie im Falle des Ersatzanspruchs an die Reichskasse um die Berechtigung gerade dieses angemeldeten Gebührenanspruchs und um das Recht gerade dieses Anwalts, seine eigenen Kosten zu liquidieren. Ob etwas anderes gelten würde, wenn der zweite Anwalt überhaupt nicht liquidiert, sondern z. B. auf seinen Gebührenanspruch verzichtet, kann dahingestellt bleiben. Denn diese Sachlage liegt — bisher jedenfalls — nicht vor.

Bei der Entsch. über den Ersatzanspruch des früheren prozessbevollmächtigten ArmAnw. war daher zu prüfen, ob dieser durch eigenes Verhalten den Anwaltswechsel notwendig gemacht hat und dadurch im Umfange der für den Nachfolger erwachsenen gleichen Gebühren seiner Ansprüche verlustig gegangen ist.

Nach den hier getroffenen tatsächlichen Feststellungen ist RA. A. durch Urteil des Ehrengerichts aus der Anwaltschaft ausgeschlossen und daraufhin in der Liste der Anwälte gelöscht worden. Damit ist nicht etwa ein Fall geschaffen, in welchem der Anwalt durch außerhalb seines Willens liegende Umstände zur weiteren Berufsausübung unfähig geworden ist. Vielmehr hat er, wie einer näheren Erörterung an sich nicht bedarf, durch eigenes, gegen seine Berufspflichten verstößendes Verhalten diesen Spruch des Ehrengerichts und die dadurch bedingte Ausschließung und damit sein Ausschneiden als ArmAnw. in der vorl. Sache verschuldet.

Der Beschwerz. bekämpft vergeblich diese Rechtsauffassung, indem er sich nur auf die Entsch. des Senats v. 21. April 1934 stützt. Diese spricht zwar in der Tat nur von einer freiwilligen Niederlegung des Mandats durch den ArmAnw. Bereits in der Entsch. v. 16. März 1935 ist jedoch ausgesprochen, daß die Rechtslage die gleiche ist, wenn der ArmAnw. seine Entlassung als ArmAnw., also die vorzeitige Beendigung seines Mandats und damit die Notwendigkeit der Beordnung eines neuen ArmAnw. verschuldet. Es versteht sich von selbst, daß er in solchen Fällen hinsichtlich seines Gebührenanspruchs nicht besser dastehen kann, als wenn er vertragswidrigerweise aus eigener Entschließung Schritte unternimmt, die die Beendigung des Mandats zur Folge haben, mag auch der Anwalt diese Folge weder gewollt haben, noch auch nur ihrer Möglichkeit sich bewußt gewesen sein. Deshalb hat auch der Senat bereits anerkannt, daß ein Anwalt, der wegen strafbarer Handlungen verhaftet wird, sich dadurch zu weiterer Vertretung der Partei unfähig macht und seinen Gebührenanspruch gem. § 628 Abs. 1 Satz 2 BGB. verliert. Nichts anderes hat zu gelten, wenn der ArmAnw. infolge standeswidrigen Verhaltens aus der Anwaltschaft ausgeschlossen wird. Dieser Ausschluß berechtigt die Partei ohne weiteres zu fristloser Kündigung mit der Folge des Gebührenverlustes des Anwalts insoweit, als dieselben Gebühren für den Nachfolger nochmals erwachsen. Dieselbe Rechtsstellung kommt aber auch der Reichskasse zu.

Die Ansicht des Beschwerz., eigenes, selbst ehrenrühriges Verhalten, sogar wenn es zur Ausschließung aus der Anwaltschaft geführt habe, könnte dem Anwalt gleichwohl nur dann entgegengehalten werden, wenn sein Wille auf Herbeiführung der Lösung gerichtet gewesen sei und damit auch die vorzeitige Beendigung seines Armenanwaltsmandats umfaßt habe, muß daher nach dem Dargelegten als abwegig bezeichnet werden. Es ist naturgemäß rechtlich unerheblich, ob der Anwalt eine Handlung mit dem unmittelfarbigen Zweck der Beendigung seiner anwaltlichen Tätigkeit allgemein und der ihm z. Z. übertragenen Mandate gerichteten Willen begeht oder ob solch Wille fehlt, sein Handeln aber gleichwohl sonst irgendwie schuldhaft gegen ihm obliegende Vertrags-, Standes- oder Geseßspflichten verstößt und somit selbst gegen seinen ausgesprochenen Willen zu seiner Lösung als Anwalt führt. Dieser Fall liegt aber bei Ausschließung aus der Anwaltschaft durch ehrengerichtliches Urteil stets vor. Ebenso unerheblich ist es, ob z. Z. einer solchen schuldhaften Handlung dem Anwalt dasjenige Mandat, aus dem der streitige Gebührenanspruch erwachsen ist, bereits übertragen war.

Der Beschwerz. bestreitet nun allerdings in tatsächlicher Beziehung, daß ihm ein schuldhaftes Verhalten, daß seine Ausschließung hätte rechtfertigen können, zur Last zu legen sei, da er sich nichts Ehrenrühriges habe zuschulden kommen lassen, sein Ausschluß vielmehr ein schweres Unrecht darstelle, von dem er

auch Anlaß habe anzunehmen, daß es durch seine demnächstige Rehabilitierung wieder gutgemacht werde. Hierzu ist zu sagen: Ob in tatsächlicher Hinsicht die Voraussetzungen für die Anwendung des § 50 RAGebD. i. Verb. m. § 628 Abs. 1 BGB. gegeben sind, ist naturgemäß in jedem einzelnen Falle im Festsetzungsverfahren zu prüfen. Für diese Prüfung genügt aber die Feststellung, daß ein rechtskräftiges Urteil des Ehrengerichts über die Ausschließung des Anwalts aus der Anwaltschaft vorliegt. Dieser von den zur Beurteilung und Aburteilung etwaigen standeswidrigen Verhaltens seitens des Reiches eingesetzten gerichtlichen Organen gefällte Spruch muß für die jetzt zu treffende Entsch. schlichthin maßgebend sein. Denn allein schon die Tatsache der Ausschließung berechtigt die Partei zu fristloser Aufkündigung. Es geht zudem unter keinen rechtlichen Gesichtspunkten an, daß im Verfahren über den Ersatzanspruch des ausgeschlossenen ArmAnw. an die Reichskasse der Urkundsbeamte oder die höheren Instanzen dieses Urteil des Ehrengerichts einer Nachprüfung und gegebenenfalls Korrektur unterziehen. Das würde außerhalb des Rahmens ihrer Funktionen liegen. So lange das Urteil des Ehrengerichtshofs Bestand hat, ist es vielmehr auch in dem jetzigen Verfahren der Beurteilung zugrunde zu legen.

Der Beschw. hat somit die vorzeitige Beendigung des ihm als ArmAnw. von der Bekl. erteilten Auftrages herbeigeführt und damit den Anwaltswechsel verschuldet. Da die für ihn erwachsenen Gebühren auch für seinen Nachfolger entstanden sind, hat er insoweit seinen Gebührenanspruch an die Reichskasse verwirkt.

II. Der Urkundsbeamte ist allerdings der Auffassung, daß für eine Prüfung dieser Frage im Rahmen des gem. § 4 ArmAnwG., § 4 DRG. abzuwickelnden Festsetzungsverfahrens kein Raum sei. Diese Auffassung beruht indes auf einer Verkennung der Aufgaben, die dem Urkundsbeamten als selbständig über das Festsetzungsgeuch des ArmAnw. entscheidenden Organ vom Gesetz zugewiesen sind. Seine Funktionen hierbei beschränken sich keineswegs auf die Prüfung der Grundlagen des geltend gemachten Ersatzanspruchs insoweit, als nur die Entstehung der Gebühren festzustellen wäre. Die Prüfung hat sich vielmehr auch darüber zu erstrecken, ob im Zeitpunkt der Geltendmachung der entstandene Anspruch noch besteht. Diese Prüfung erschöpft sich also vor allem nicht in der Berücksichtigung bereits aktenförmiger Tatsachen. Sie ist vielmehr in gewissem Umfange von Amts wegen auch darüber hinaus auszudehnen, soweit dies zur Beurteilung des Ersatzanspruchs erforderlich ist. Im Falle eines Anwaltswechsels hat daher der Urkundsbeamte auch die Notwendigkeit des Anwaltswechsels in dem von der Rspr. des Senats entwickelten oben wiedergegebenen Sinne nachzuprüfen und hierzu alle geeignet erscheinenden Feststellungen von Amts wegen, nötigenfalls sogar durch Beweiserhebung, zu treffen. Die Bedeutung des Urkundsbeamten, daß das Festsetzungsverfahren seiner Natur und eigentlichen Zweckbestimmung nach nicht für derartige Ermittlungen und Erörterungen geeignet sei, treffen nur insoweit zu, als in diesem Verfahren für eine Entsch. über etwaige Schadensersatzansprüche der Partei ihrem Anwalt gegenüber auch nur mittelbar kein Raum ist. Dies hat der Senat auch bereits mehrfach, so in der vom Urkundsbeamten angezogenen Entsch. 20 W 2869/34 v. 21. April 1934, wie vor allem in der oben gleichfalls schon genannten Entsch. 20 Wa 4/35 v. 12. Jan. 1935 anerkannt und die Berechtigung der Austragung von Schadensersatzansprüchen, über die nur im regelrechten Prozeß entschieden werden kann, in diesem Verfahren verneint. Gerade in der letzteren Entsch. hat jedoch der Senat bereits ausgeführt, daß die Prüfung der Frage des Verlustes des Ersatzanspruchs auf Grund des § 50 RAGebD., § 628 BGB. nicht darunter falle, da es sich dabei nicht um Schadensersatzansprüche, die zur Anrechnung gestellt werden, handelt, daß die Entsch. darüber vielmehr gerade im Festsetzungsverfahren gem. § 4 ArmAnwG. zu treffen ist.

Mag selbst im Einzelfall mitunter bei diesen Feststellungen zunächst kein tatsächlicher Anhalt für eine Veragung der Gebühren oder sogar noch keine rechtliche Handhabe für eine solche Veragung bestehen, so hat doch der Urkundsbeamte auf Erinnerung der Reichskasse hin die Lage im Rahmen der Erinnerung völlig neu zu prüfen, nicht anders, als wenn er jetzt erst-

malig mit der Sache befaßt wäre. Sein Standpunkt, daß ihm aktenmäßig bisher, jedenfalls z. B. seines Festsetzungsbeschlusses, Gründe, die den Anspruch des Kl. A. entgegengestanden hätten, nicht bekannt gewesen seien, verkennt also seine Funktionen, die weder auf die Verwendung des Akteninhalts beschränkt noch mit der Festsetzung abgeschlossen sind.

Im übrigen aber hätte es hier, wie in jedem Falle des Anwaltswechsels, von Anfang an der Feststellung durch den Urkundsbeamten bedurft, wodurch der Anwaltswechsel verursacht worden ist. Allerdings ist der Urkundsbeamte häufig noch nicht in der Lage, aus seinen Feststellungen schon gleich die nötigen Folgerungen zu ziehen. Denn infolge der Relativität der Ansprüche der verschiedenen Anwälte, die sich aus der Bedingtheit des Anspruchs des ausscheidenden Anwalts durch die für den neu eintretenden Anwalt erwachsenen Ansprüche ergibt, wird vielfach bei der Entsch. über das Festsetzungsgeuch des Ausscheidenden noch nicht zu übersehen sein, ob überhaupt, vor allem aber, in welchem Umfange eine Ablehnung zu erfolgen hat. Die Entsch. bietet keine Schwierigkeiten, wenn die in Frage kommende Instanz beendet ist. Denn dann steht bereits abschließend fest, in welchem Umfange auch der neu bestellte Anwalt eine Tätigkeit in derselben Instanz entwickelt und in welchem Umfange dadurch für ihn Gebühren erwachsen sind. Anders aber ist es, wenn — wie im vorl. Falle — z. B. der Entsch. über das Festsetzungsgeuch des ArmAnw. gem. § 4 ArmAnwG. die weitere Entwicklung in der Instanz und damit der Umfang etwa neu entstehender Anwaltsgebühren noch aussteht. Hier kann zweifelhaft sein, wie der festsetzende Urkundsbeamte sich zu verhalten hat. Verschiedene Möglichkeiten kämen in Frage: entweder er setzt die entstandenen und fällig gewordenen Kosten fest und überläßt es der weiteren Entwicklung, ob und in welchem Umfange diese Festsetzung später auf Erinnerung der Reichskasse oder Beanstandung der Oberrechnungskammer wieder aufzuheben und die gezahlten Kosten zurückzufordern sein werden. Oder er lehnt die Festsetzung gänzlich ab, da sich z. B. noch nicht übersehen läßt, inwieweit endgültig der Ersatzanspruch an die Reichskasse begründet ist. Oder die Festsetzung erfolgt nur unter entsprechendem ausdrücklichen Vorbehalt, d. h. unter einer Art auslösender Bedingung. Oder schließlich die Entsch. über das Festsetzungsgeuch wird so lange ausgesetzt, bis feststeht, in welchem Umfange eine Veragung des angemeldeten Anspruchs zu erfolgen hat.

Der Senat hält nach eingehender Würdigung aller für und gegen die eine oder andere Art des Verfahrens sprechenden Umstände den letztgenannten Weg für richtig. Zwar ist nicht zu verkennen, daß eine besondere verfahrensrechtliche Handhabe, die Entscheidung über das Gesuch hinauszuschieben, nicht vorgesehen ist. Vielmehr hat an sich der ArmAnw. Anspruch darauf, daß nach Eintritt der Fälligkeit über seinen Ersatzanspruch alsbald entschieden wird. Andererseits fehlt für diese Entsch. die ausreichende Grundlage dann, wenn von vornherein feststeht, daß der geltend gemachte Anspruch in vollem Umfange keinesfalls Bestand haben werde, da nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und dem vermutlichen Verlauf im Einzelfall mit einer Weiterführung des Prozesses zu rechnen sein wird. In solchem Falle spricht allein schon die Tatsache der Beiordnung eines neuen ArmAnw. oder selbst nur die erst in Aussicht stehende Beiordnung eines solchen regelmäßig für das Neuwachsen mindestens der Prozeßgebühr (sei es auch zunächst nur zu 5/10, § 14 RAGebD.). Darüber hinaus wird je nach der voraussetzlichen Entwicklung des Einzelfalles auch mit der Neuentstehung der übrigen Gebühren gerechnet werden dürfen. Diese Unsicherheit könnte eine Ablehnung zur Zeit rechtfertigen. Damit würde jedoch der Anwalt zur Wiederholung seines Gesuches gezwungen. Ein solches Verfahren erscheint aber schon aus praktischen Erwägungen untunlich. Denn der ausscheidende ArmAnw. wird regelmäßig nicht mehr in der Lage sein, sich über den weiteren Lauf des Verfahrens zu unterrichten und den Zeitpunkt festzustellen, in welchem die Voraussetzungen für eine abschließende Beurteilung seines Ersatzanspruchs erfüllt sind.

Eine Festsetzung nach Maßgabe der im Augenblick der Festsetzung bestehenden Sachlage wiederum würde den Staat mit Kosten belasten, die aller Voraussicht nach endgültig nicht geschuldet werden, deren Wiedereinziehung also in absehbarer Zeit

ohnehin veranlaßt werden müßte. Ein solches Verfahren bringt aber — ganz abgesehen von seiner Umständlichkeit — die Gefahr einer Schädigung der Reichskasse mit sich. Diese wird häufig mit ihrer Rückforderung das Nachsehen haben, sei es, daß der frühere ArmAnw. außer Landes ist, sei es, daß er zahlungsunfähig ist, sei es schließlich, daß er der im ordentlichen Prozeß zu verfolgenden Rückforderung, die sich als Bereicherungsanspruch des Reichsfiskus darstellt (zu vgl. grundj. Entsch. des Senats 20 W 2009/35 v. 30. März 1935: JW. 1935, 1702²⁰), mit Erfolg die Einrede entgegenhält, nicht mehr bereichert zu sein.

Alle diese Schwierigkeiten rechtlicher und tatsächlicher Art entfallen, wenn die Entsch. über das Gesuch zunächst ausgesagt, d. h. hinausgeschoben und in der Schwebe gelassen wird, denn damit ist der Urundsbeamte verpflichtet, von Amts wegen von sich aus die Erledigung im Auge zu behalten und sofort, sobald das fortschreitende Verfahren die abschließende Beurteilung zuläßt, das Festsetzungsgeſuch zu erledigen. Daß zunächst ein entsprechender Zwischenbescheid zu geben ist, versteht sich von selbst. Dieser ist gem. § 4 ArmAnwG. anfechtbar und ermöglicht so dem Gericht und der BeschwInst. die Nachprüfung, ob ein Fall nicht notwendigen Anwaltswechsels, der dieses besondere Verfahren rechtfertigt, vorliegt.

Gewiß bedeutet eine Aussetzung in diesem Sinne eine u. U. nicht unerhebliche Verzögerung der Erledigung des Gesuchs und der Verwirklichung des Ersatzanspruchs. Hieraus lassen sich aber Bedenken gegen das in Rede stehende Verfahren nicht herleiten. Denn man könnte sehr wohl die Auffassung vertreten, daß in derart gelagerten Fällen eine Modifizierung der Fälligkeitsvorschriften des § 1 ArmAnwG. dahin eintritt, daß wegen der aus der Anwendung des § 628 Abs. 1 Satz 2 sich ergebenden Bedingtheit des Ersatzanspruchs die Fälligkeit erst bei Beendigung der Instanz, frühestens jedenfalls in dem Zeitpunkt eintritt, in dem feststeht, in welchem Umfange auch für den Nachfolger die gleichen Gebühren erwachsen sind. Selbst wenn man aber diesen Gesichtspunkt nicht als ausschlaggebend heranziehen will, so führt eine andere Erwägung zum gleichen Ergebnis: Der Sinn und Zweck der Rspr. des Senats zu der Frage des Armenanwaltswechsels ist der, die Reichskasse vor einer Belastung mit vermeidbaren Kosten zu bewahren. Der gleiche Gedanke, der zugunsten der erstattungspflichtigen Partei im Kostenfestsetzungsverfahren gem. § 104 BPO. gilt, nämlich vermeidbare Kosten derjenigen Partei aufzuerlegen, der die Verursachung in eigener Person oder in der Person ihres Prozeßbevollmächtigten zur Last fällt, gilt ebenso im Verhältnis zwischen ArmAnw. und Reichskasse. Dann ist es aber nicht angängig, würde vielmehr das mit dieser Rspr. erstrebte Ziel erheblich gefährden oder im Einzelfalle sogar illusorisch machen, wenn die Reichskasse genötigt würde, Armenanwaltsersatzansprüche zu befriedigen, deren Zweifelhafteit von Anfang an feststeht, deren endgültige Beurteilung aber nur eine Frage der Zeit — nämlich spätestens des Abschlusses der Instanz — ist.

So dagegen werden zugunsten der Reichskasse erneute umständliche Verfahren, auch Unbilligkeiten, vermieden. Dem Gesuchsteller wird andererseits nur zugemutet, eine Verzögerung in Kauf zu nehmen, die letzten Endes nur eine Auswirkung seines eigenen Verhaltens ist. Denn nur wenn infolge seines eigenen Verhaltens die Notwendigkeit des Anwaltswechsels verneint und die Anwendbarkeit des § 628 Abs. 1 S. 2 BGB. bejaht wird, erwächst die hier umstrittene Frage, wie sich die Entsch. über den Ersatzanspruch dieses ArmAnw. zu gestalten hat. Eine unbillige Verzögerung kommt daher für denjenigen, der diese Sachlage zu vertreten hat, unter keinen Umständen in Frage.

Es können sich allerdings auch bei dieser Lösung mitunter Schwierigkeiten ergeben, wenn z. B. das von dem Nachfolger fortgeführte Verfahren zum Ruhen kommt, bevor für ihn alle Gebühren erwachsen sind, und wenn drei Monate danach die Fälligkeit seiner Ansprüche eintritt. Hier wird man in aller Regel davon auszugehen haben, daß dieser Zeitpunkt zugleich derjenige ist, in dem nunmehr eine Entsch. über den Ersatzanspruch des ausgeschiedenen Anwalts nach dem nunmehrigen Stand der Gebühren getroffen werden muß. Immerhin muß hier schließlich die Entsch. von den besonderen Umständen des Einzelfalles abhängen.

Dagegen hat der Senat die Erwägung verworfen, daß etwa im Einzelfalle zu prüfen wäre, ob nach der Persönlichkeit des ArmAnw., insbes. seiner wirtschaftlichen Lage, für die Reichskasse die Gewähr geboten ist, daß sie diesem Anwalt zu Unrecht gezahlte Gebühren zurückerhält. Eine solche Regelung müßte bereits an den tatsächlichen Schwierigkeiten einer derartigen Beurteilung scheitern, im übrigen aber auch deshalb unzulänglich bleiben, weil z. B. der oben erwähnte Einwand des Wegfalls der Bereicherung auch dann stets der Reichskasse entgegengehalten werden könnte.

(RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 16. Nov. 1935, 20 W 6647/35.)

26. § 1 ArmAnwG. Erstattung der Kosten des Unterbevollmächtigten des ArmAnw. für die Wahrnehmung eines auswärtigen Beweisterrmins.

Der UrkV. hat die Erstattung von Kosten, die durch die Wahrnehmung eines auswärtigen Beweisterrmins durch den unterbevollmächtigten Anwalt entstanden sind, abgelehnt, da die Vertretung des Kl. im Beweisterrmin durch einen Anwalt bei der Einfachheit des Beweisthemas nicht erforderlich gewesen sei. Der Erinnerung war stattzugeben.

Nach § 1 Abs. 4 ArmAnwG. sind dem Anwalt die Reisekosten dann nicht zu erstatten, wenn die Reise nicht erforderlich war. Der Senat hat in ständiger Rspr. betont, daß schon die Fassung des Gesetzes ergibt, daß Aufwendungen, die der ArmAnw. zum Zwecke der Reise zu einem auswärtigen Termin für seine Partei gemacht hat, ihm nur dann nicht erstattet werden sollen, wenn aus der Sachlage erhellt, daß die Reise nicht erforderlich war. Wenn danach also im allgemeinen davon auszugehen ist, daß die Erstattung nur dann abgelehnt werden darf, wenn sich die Terminswahrnehmung durch den Anwalt als überflüssig erweist, so darf andererseits die Handhabung dieser Vorschr. nicht dazu führen, ohne weiteres in jedem Falle eine Erstattungsfähigkeit von Reisekosten als selbstverständlich anzunehmen und auf diese Weise die Reichskasse mit Ausgaben zu belasten, die zu einer sachgemäßen Durchführung des Prozesses nicht erforderlich waren.

Bei der Entsch. wird daher auf die gesamten Umstände des Einzelfalles abzustellen sein, ohne daß es indes gerechtfertigt wäre, ausschließlich von derjenigen Sachlage auszugehen, wie sie sich infolge rückschauender Betrachtung im Zeitpunkt der Entsch. über das Erstattungsgeſuch des ArmAnw. darstellt. Denn die Entschließung über die Aufwendungen von Reisekosten muß der ArmAnw. naturgemäß im Laufe des Rechtsstreits treffen, also zu einem Zeitpunkt, in dem er nur mit dem vorauseitlichen Verlauf und der vorauseitlichen Notwendigkeit der Aufwendung besonderer Kosten rechnen kann. Deshalb kann z. B. aus dem Ausbleiben des zu vernehmenden Zeugen noch nicht gefolgert werden, daß die Terminswahrnehmung überflüssig war.

Andererseits bietet der weitere Verlauf u. U. wesentliche Anhaltspunkte besonders dafür, ob eine Notwendigkeit der Aufwendungen bejaht werden kann. Denn die tatsächliche Entwicklung des Prozesses kann mitunter eine an sich als weniger bedeutsam erscheinende Beweisaufnahme als besonders wichtig und demgemäß die Vertretung der Partei durch einen Anwalt als besonders zweckmäßig sich herausstellen lassen.

Im vorl. Falle handelt es sich um die Vernehmung eines auswärtigen Zeugen, der als Belastungszeuge gegen die Bekl. bereits im ersten Rechtszuge vernommen war und nunmehr als ihr Entlastungszeuge darüber vernommen werden sollte, ob der Kl. den Zeugen mehrfach geradezu zum Ehebruch mit der Bekl. aufgefordert und den Austausch von Zärtlichkeiten mit ihr geduldet und begünstigt habe. Außerdem hatte das BG. die Beeidigung des Zeugen angeordnet und damit selbst schon seiner Auffassung von der Bedeutung dieses Zeugen Ausdruck gegeben. Erkennbar hing also das Schicksal der Ver. der Bekl. in erster Reihe von dem Ausgang dieser Beweisaufnahme ab, so daß der ArmAnw. der Bekl. nach seinem pflichtgemäßen Ermessen von der Notwendigkeit der Wahrnehmung dieses Termins durch einen Anwalt ausgehen durfte und mußte.

Auch der weitere Verlauf bestätigt die Zweckmäßigkeit dieser Entscheidung. Die eingehende Vernehmung des Zeugen ergibt, daß er sich mehrfach erst auf besondere Vorhaltungen geäußert hat. Insbesondere aber beschäftigt sich das Urteil des RG. in eingehender Weise gerade mit der Aussage dieses Zeugen und verwertet sie zur Widerlegung der von der Bfkl. aufgestellten Behauptungen. Es kann also keinem Zweifel unterliegen, daß die Wahrnehmung des Beweistermins in Preuß. Erlau notwendig und die Aufwendung der Kosten hierfür erforderlich war.

Daß der Erinnerungsführer nicht selbst den Termin wahrgenommen hat, sondern einen Unterbevollmächtigten mit der Wahrnehmung betraut hat, war, da dessen Kosten erheblich geringer sind als die eigenen Reisekosten des Erinnerungsführers gewesen wären, nur sachgemäß. Nach der grunds. Rspr. des Senats (vgl. Entsch. v. 11. März 1933: JW. 1933, 1604⁵) sind auch derartige Kosten als Auslagen des Arm. Untw. an Stelle der Reisekosten bis zu deren Höhe aus der Reichskasse zu erstatten. Auch im übrigen sind die in der genannten Entsch. angegebenen Grenzen nicht überschritten. Danach mußte dem Antrage des Erinnerungsführers entsprochen werden.

(RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 18. Jan. 1936, 20 Wa 7/36.)

*

27. § 13 Ziff. 4 RA Geb. D. Auch Verwertung von Parteierklärungen, die in Gesuchen im Armenrechtsverfahren zu Protokoll gegeben sind zwecks Beweises, bedeutet eine Beweisaufnahme im Prozeß.

Die Absetzung der Beweis- und weiteren Verhandlungsgebühr ist nicht gerechtfertigt. Zwar ist ein ausdrücklicher Beweisbeschluß nicht ergangen. Doch spricht schon der Tatbestand des kammergerichtlichen Urteils an sich dafür, daß eine Beweisaufnahme in der Ber. Inst. stattgefunden hat. Denn es heißt: Die Parteien haben über das Beweisergebnis und zur Sache streitig verhandelt... Fernerhin ergeben die Entscheidungsgründe, daß dem Urteil Erklärungen des Kl. zugrunde gelegt worden sind, die er im Laufe der im Armenrechtsverfahren angestellten Erhebungen zu gerichtlichem Protokoll v. 11. Nov. 1935 abgegeben hat. Da der Kl. im Verhandlungstermin nicht persönlich anwesend gewesen ist, bestand für das Gericht nur die Möglichkeit, diese protokollarischen Erklärungen im Wege des Urkundenbeweises für seine Entsch. zu verwerten.

Der Senat hat bereits wiederholt allgemein ausgesprochen, daß, wenn die im Armenrechtsverfahren, d. h. einem außerhalb des Prozesses laufenden besonderen Verfahren angestellten Erhebungen im Prozeß selbst verwertet und der Entsch. zugrunde gelegt werden, ein solches Verfahren nur im Wege der Benutzung der gerichtlichen Protokolle als Urkundenbeweis möglich ist, daß also, sofern die Entscheidungsgründe des Urteils auf eine solche Verwertung hindeuten, auch ohne ausdrückliche diesbezügliche Anordnung eine Beweisaufnahme stattgefunden haben muß. In der Regel wird eine solche Verwertung, die an sich nur im Einverständnis der Prozeßbeteiligten zulässig ist, auf Grund ausdrücklicher Einverständniserklärung der Parteien erfolgen und wird sich daraus der Wille des Gerichts, demgemäß Beweis zu erheben, ergeben. Selbst wenn ein solches ausdrückliches Einverständnis der Parteien fehlt, auch ein stillschweigendes Einverständnis nicht anzunehmen ist, kann daraus, daß etwa unzulässigerweise die Verhandlungen des Armenrechtsverfahrens zu Beweiszwecken im Prozeß verwertet worden sind, kein Einwand dagegen hergeleitet werden, daß eine Beweisaufnahme stattgefunden hat.

Hier spricht der Tatbestand, der Hinweis auf das Verhalten der Parteien „über das Beweisergebnis“ sogar für ein ausdrückliches Einverständnis der Parteien mit der Benutzung der Armenrechtserhebungen für die Entsch., die offensichtlich außer auf die Erklärungen des Kl. auch sonst noch auf die Ermittlungen im Armenrechtsverfahren sich stützt.

Es hat also eine Beweisaufnahme stattgefunden.

(RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 1. Febr. 1936, 20 Wa 12/33.)

*

28. § 56, 57 63 PrGRG. Aus § 57 PrGRG. folgt der Grundsatz, daß die Gebühr für die Eintragung von Veränderungen bei einer Hypothek nicht die nach § 56 Abs. 1 PrGRG. für die Eintragung des Rechts selbst zu erhebende Gebühr übersteigen soll. Deshalb darf für die Eintragung von Veränderungen bei Gesamthypotheken oder Gesamtgrundschulden, auch wenn die belasteten Grundstücke in verschiedenen Amtsgerichtsbezirken liegen, nach § 57 PrGRG. höchstens der Gebührenbetrag erhoben werden, welcher der nach § 56 Abs. 2, 3 PrGRG. zu berechnenden Gebühr entspricht.

Im Grundbuch ist eine noch auf sonstigen in den Bezirken anderer AG. belegenen Grundstücken haftende Gesamtsicherungshypothek zum Höchstbetrage von 2 000 000 RM eingetragen. Bei dieser ist am 24. Juli 1935 eine Forderungsauswechslung unter gleichzeitigem Wechsel der forderungsberechtigten Glaubigerin vermerkt worden. Für diese Eintragung hat die Geschäftsstelle des AG. unter anderem nach einem Gegenstandswert von 2 000 000 RM eine Gebühr aus §§ 32, 57 Abs. 1 Nr. 1 PrGRG. in Höhe von 2440 RM von der Grundstückseigentümerin erfordert.

Die Erinnerung der Kostenschuldnerin, die eine Berechnung der Gebühr nur nach dem Wert des Grundstücks von 62 240 RM für zulässig hält, ist vom AG., ihre Beschw. vom LG. zurückgewiesen worden.

Ihre weitere Beschw. hatte Erfolg.

Die Vorinst. gründen ihre Entsch. auf die Erwägung, daß bei der Eintragung der Forderungsauswechslung als Gegenstandswert für die Berechnung der Eintragungsgebühren nach § 63 PrGRG. nur der Betrag der Hypothekensforderung maßgebend sein könne, und daß der Wert des belasteten Grundstücks, selbst wenn er geringer als die Forderung sei, nach der jetzt geltenden Fassung des Gesetzes niemals als Gegenstandswert in Betracht komme. Diese Erwägungen sind an sich zutreffend und decken sich mit der Rspr. des Senats. Die Gebühr aus § 57 PrGRG. für die Eintragung einer Veränderung bei einem im Grundbuch eingetragenen Recht, um die es sich auch vorliegend handelt, wird erhoben nach dem Wert der Veränderung. Der Wert der Veränderung deckt sich im Falle der Forderungsauswechslung mit dem Wert des Pfandrechts selbst. Der Wert des Pfandrechts wiederum richtet sich nach § 20 Abs. 3 S. 1 PrGRG. nach dem Betrage der Forderung. Wenn hier im übrigen weiter bestimmt ist, daß der Wert des Gegenstands des Pfandrechts, bei den Grundpfandrechten also der Wert des Grundstücks, maßgebend sein solle, wenn sein Wert geringer sei, so gilt diese Wertberechnungsvorschrift kraft der ausdrücklichen Bestimmung des § 20 Abs. 3 S. 1 PrGRG. nur soweit, als nicht die besonderen Vorschriften für Eintragungen im Grundbuch (§ 63) entgegenstehen. Diese ausdrückliche Einschränkung übersteht die Beschw., offenbar, wenn sie ihre Beschw. damit begründet, § 20 Abs. 3 S. 1 PrGRG. sei in seinem gesamten Inhalt, also auch insoweit, als er die Berücksichtigung des Wertes des Pfandgegenstandes gebiete, als Ausdruck eines allgemeinen kostenrechtlichen Grundsatzes anzusehen, der für jegliche Wertberechnungsvorschrift Geltung habe. Das ist im Verhältnis der Bestimmung zu § 63 PrGRG. gerade nicht der Fall. Es kommt hierbei vielmehr entscheidend darauf an, wie weit § 63 PrGRG. eine Berücksichtigung des § 20 Abs. 3 S. 1 PrGRG. auch insoweit gestattet, als der Wert des Pfandgegenstandes für die Bestimmung des Gegenstandswertes maßgebend sein soll. Wie der Senat bereits in seinem Beschl. v. 2. Nov. 1928 (JZO. ErgBd. 9, 214) im Anschluß an die Entstehungsgeschichte des § 63 PrGRG. und unter Auseinandersetzung mit der früheren Rspr. zu der entsprechenden Best. des § 64 PrGRG. i. d. Fass. des Gef. v. 25. Juni 1895 eingehend dargelegt hat, folgt aus der jetzt geltenden allgemeinen Fassung des § 63 PrGRG. (bzgl. § 66 Gef. v. 25. Juli 1910), daß in allen Fällen, in denen der Wert einer Hypothek oder Grundschuld für die Berechnung einer Eintragungsgebühr maßgebend ist, als Wert der Kennbetrag des Rechts anzusehen werden muß, also der Wert des Pfandgegenstandes selbst nicht zu berücksichtigen ist. An diesem Standpunkt hält der Senat auch

nach erneuter Prüfung der Rechtslage fest, so daß aus den von der Beschwerf. vorgebrachten Gründen eine Abänderung der angefochtenen Entsch. nicht in Betracht kommen kann.

Obgleich läßt sich das von den Vorinst. nach diesen Gesichtspunkten gewonnene Ergebnis im vorl. Fall, bei dem es sich um die Eintragung von Veränderungen bei Gesamthypotheken handelt, die auf Grundstücken in verschiedenen Amtsgerichtsbezirken lasten, aus anderen Gründen nicht billigen, die aus den Gebührenbestimmungen der §§ 56, 57 PrGGG. herzuleiten sind. Der Gesetzgeber geht bei der Gebührenvorschrift des § 57 PrGGG. ersichtlich davon aus, daß die Bedeutung der Eintragung von Veränderungen bei bereits eingetragenen Rechten oft geringer ist, als die der Eintragung des Rechts selbst, so daß er in § 57 Abs. 1 PrGGG. den Gebührensatz für die Eintragung von Veränderungen zum Teil niedriger und jedenfalls nicht höher bemessen hat als den Gebührensatz, der nach § 56 Abs. 1 PrGGG. für die erste Eintragung des Rechts Platz greift. Der gleiche Grundsatz hat weiter in § 57 Abs. 3 S. 3 PrGGG. Ausdruck gefunden, wo bestimmt ist, daß die Gebühr für die gleichzeitige Eintragung mehrerer Veränderungen eines und desselben Rechts in keinem Falle die volle Gebühr von dem Wert des Rechts selbst übersteigen darf. Auch das bedeutet im Regelfall nichts anderes, als daß für die Eintragungen von Veränderungen höchstens die Gebühr zu entrichten ist, die im Falle der Neueintragung des Rechts selbst entsteht. Solange es sich um ein Grundpfandrecht handelt, das nur auf einem Grundstück haftet, können sich auch unter Berücksichtigung der Vorschr. des § 63 PrGGG. keine Abweichungen von diesem Grundsatz ergeben. Anders ist die Sachlage jedoch dann, wenn es sich um eine Gesamthypothek oder um eine Gesamtgrundschuld handelt und die belasteten Grundstücke in den Bezirken verschiedener AG. liegen. Dann tritt für die zweite und für die weiteren Eintragungen des Gesamtrechts auf einem mitbelasteten Grundstück nach § 56 Abs. 3 PrGGG. sowohl hinsichtlich des Gebührensatzes als auch des Gegenstandswertes eine Ermäßigung ein. Dagegen enthält § 57 PrGGG. für die Berechnung der Gebühren im Falle der Eintragung von Veränderungen, die nach § 57 Abs. 5 PrGGG. ebenfalls für jedes beteiligte AG. besonders zu erheben sind, eine entsprechende ausdrückliche Ermäßigungsvorschrift nicht. Trotz des Fehlens einer derartigen besonderen Best. und obwohl die entsprechende Gebührenermäßigung durch Verweisung auf § 56 Abs. 3 PrGGG. in den §§ 58, 61, 62 PrGGG. vorgesehen worden ist, hält es der Senat doch für geboten, die Gebührenberechnung für die Eintragung von Veränderungen bei Gesamtrechten dem vorbezeichneten allgemeinen Grundsatz unterzuordnen, daß die Gebühren aus § 57 PrGGG. nicht die im Falle der Neueintragung nach § 56 PrGGG. entstehenden Gebühren übersteigen dürfen. Er sieht sich zu dieser Auslegung des § 57 PrGGG. hinsichtlich der Gesamtbelastungen deshalb veranlaßt, weil sie dem wahren Sinn und Zweck des § 57 PrGGG. gerechter wird als eine nur dem Wortsinne folgende Auslegung, und weil auch das Ergebnis aus wirtschaftlichen Erwägungen gerechtfertigt erscheint. Hierfür spricht weiter der Umstand, daß die Beteiligten mindestens dann, wenn den Gesamtrechten weitere Grundstücksbelastungen nicht im Range nachstehen, auf dem Wege des § 61 Abs. 2 PrGGG. durch Löschung der eingetragenen Rechte und Eintragung neuer Rechte gleicher Art und gleichen Betrages mit dem veränderten Inhalt ohne weiteres erreichen könnten, daß die Gebühren nach § 56 Abs. 3 PrGGG. für diese gesamte Tätigkeit der beteiligten Gerichte zu berechnen sind. Es läßt sich nicht billigen, die Beteiligten zu einer derartigen, die Tätigkeit des Gerichts in weit höherem Maße beanspruchenden Maßnahme dadurch zu veranlassen, daß § 57 PrGGG. nur wörtlich und ohne Rücksicht auf den aus seinem sonstigen Inhalt folgenden Sinn ausgelegt wird, dabei auch die Beziehungen zu den sonstigen Gebührenbestimmungen für die Grundbucheintragen unberücksichtigt bleiben. Deshalb erscheint es richtig, bei der Berechnung der Gebühren für die Eintragung von Veränderungen bei Gesamtrechten in der Weise zu verfahren, daß zunächst die Gebühren gem. §§ 57, 63 PrGGG. berechnet werden und sodann festgestellt wird, ob der sich ergebende Gebührensatz die Gebühren übersteigt, die von dem AG. im Falle der Neueintragung des Gesamtrechts im Grundbuch des in seinem Bezirk liegenden mitbelasteten Grundstücks nach den Grund-

sätzen des § 56 PrGGG. zu erheben wären. Ist das der Fall, so ist nur der letztere Gebührensatz anzusetzen. Soweit der Senat in früheren Entsch. einen anderen Standpunkt vertreten hat, wird daran nicht mehr festgehalten.

(RG., Zit.Sen. 1 a, Beschl. v. 15. Nov. 1935, 1 a Wx 1622/35.)
[5.]

29. § 27 Abs. 2 RAO. (= § 33 Abs. 2 n. F.). Eine ständige Vertretung des Prozeßbevollmächtigten durch einen beim Prozeßgericht nicht zugelassenen RA. in Untervollmacht ist ordnungswidrig. Einem ArmAnw., der sich darauf beschränkt, die Schriftsätze zu unterzeichnen und im übrigen die ganze Bearbeitung des Rechtsstreits einem anderen beim Prozeßgericht nicht zugelassenen Anwalt überläßt, sind keine Armenanwaltsgebühren aus der Staatskasse zu erstatten.

Der Erinnerung einlegende Anwalt, der dem RA. im Berufungsrechtszug als ArmAnw. beigeordnet war, bestritt nicht, daß er eine sachliche Tätigkeit nicht ausgeübt, sondern sich darauf beschränkt hat, die von dem Prozeßbevollmächtigten des ersten Rechtszuges gefertigten Schriftsätze zur Wahrung der Form zu unterschreiben und diesen Prozeßbevollmächtigten durch Erteilung einer Untervollmacht in den Stand zu setzen, den RA. im Berufungsrechtszug zu vertreten.

Unter diesen Umständen ist der angefochtene Beschluß mit Recht davon ausgegangen, daß er von der Staatskasse nicht die Gebühren verlangen kann, die das ArmAnwG. für die Tätigkeit des Berufungsanwalts vorsieht.

Daß die Einarbeitung in die Sache für den bisher mit dem Prozeß nicht vertrauten Berufungsanwalt Schwierigkeiten bietet, ist nichts Besonderes, da diese Schwierigkeiten im Rahmen des Üblichen liegen; überdies war vorliegend die Mühewaltung des Berufungsanwaltes dadurch erleichtert, daß im Zeitpunkt, als er bestellt wurde, nur noch die Färbung des Urteils in Betracht kam. Es handelt sich hiernach um den durchschnittlichen Fall der vollständigen Anwalts substitution, wie er bei dem OLG. Frankfurt a. M. vielfach üblich ist. Die Entsch. hängt also von der Verantwortung der Frage ab, ob grundsätzlich dem in der Ber.Inst. bestellten ArmAnw. Erstattungsansprüche gegen die Staatskasse zustehen, wenn er sich entsprechend der erwähnten Übung unter Verzicht auf eigene sachliche Tätigkeit den Prozeßbevollmächtigten der ersten Instanz substituiert.

Diese Frage ist zu verneinen.

Daß eine Substitution dieser Art ordnungswidrig sei, ist von jeher herrschende Überzeugung gewesen. Schon die Entsch. des Ehrengerichtshofes für deutsche RA. XIV, 121; XV, 101 sprechen sich in dieser Richtung aus. Ebenso tadelt das RG. in seiner auf die Frankfurter Verhältnisse bzgl. Entsch. vom Jahr 1913 in ersten Worten ein solches Vergehen (vgl. RGZ. 83, 8). In einer neuen Entsch. hat sodann der Ehrengerichtshof mit eingehenden Ausführungen grundsätzlich ausgesprochen, daß die in Rede stehende Substitution ein Standesvergehen darstelle, das ehrengerichtlich mit Strafe zu ahnden sei (vgl. Entsch. XXVII, 106 ff.). Dementprechend schreiben auch die neuen Richtlinien der Reichsrechtsanwaltskammer in Ziff. 22 vor, daß sich ein bei einem Kollegialgericht zugelassener Anwalt grundsätzlich nur durch einen beim gleichen Gericht zugelassenen Anwalt vertreten lassen solle. Mit gleicher Entschiedenheit spricht sich auch Noack (Komm. z. RAO. § 27 Anm. 3) gegen das hier fragliche Verfahren aus.

In der Tat handelt es sich bei diesem Verfahren nicht um die milde zu beurteilende Umgehung einer wenig bedeutungsvollen Formvorschrift, sondern um einen Verstoß, der mit einer ordnungsgemäßen Prozeßvertretung schlecht hin unvereinbar ist. Wenn das Verfahren allgemein zulässig wäre, würden die vom Gesetzgeber getroffenen Vorschr. über die Beschränkung der Zulassung der Anwälte jede Bedeutung verlieren. Das berufliche Tätigkeitsfeld der oberlandesgerichtlichen Anwälte würde — was besonders die Entscheidungsgerichtshöfe besonders hervorheben — in standeswidriger Weise dadurch eingengt werden, daß die Landgerichtsanwälte — (denen nach den üblicherweise

getroffenen Abreden auch der Hauptteil der Gebühren zuzuführen) — darin eindringen; das gesicherte Auskommen eines genügenden Stammes von Oberlandesgerichtsanwälten, die, mit der R. Pr. des OLG. vertraut, dem Gericht bei der Findung des Rechts behilflich sein können, wäre damit in Frage gestellt. Überhaupt ist das Verfahren mit dem Aufbau des Prozesses und mit der Gebührenregelung, wie der Gesetzgeber sie im Auge hat, unverträglich. Wenn man mit der Auffassung Ernst macht, daß der Anwalt nicht bloßer Vertreter der Parteiinteressen ist, sondern als Glied der Rechtspflege den Belangen der Gesamtheit dient, so ist es selbstverständlich, daß der Oberlandesgerichtsanwalt ebensowenig die Aufgaben, die ihm im Aufbau des Rechtsmittelzuges zugewiesen sind, unter Beschränkung auf formelle Unterschriftsleistungen dem Landgerichtsanwalt überlassen kann, wie etwa ein entsprechendes Verfahren bei den Gerichten denkbar wäre. Die Ver. soll nach dem Willen des Gesetzgebers zu einer völlig neuen Verhandlung führen, bei der sämtliche an der Rechtsfindung Beteiligten frisch an die Sache herantreten. Ein Verfahren, bei dem die Anwälte die gleichen bleiben und das demzufolge darauf hinausläuft, daß die Erwägungen und Gründe, die im ersten Rechtszug keinen Erfolg gehabt haben, nochmals vor anderen Richtern ausprobiert werden, ist ein Zerrbild des gesetzgeberischen Willens, das weder mit dem Wesen der Ver. noch mit der Stellung der Gerichte vereinbar ist. Ein solches Verfahren widerspricht auch dem wirklichen Interesse der Partei, denn auch bei der Prozeßführung sehen vier Augen mehr als zwei; eine Behandlung der Sache, die in beiden Rechtszügen die Rechtsberatung ausschließlich in die Hände eines Anwalts legt, vermehrt in bedenklicher Weise die Gefahr, daß der Sachverhalt von dem Prozeßvertreter einseitig beurteilt, und daß Wesentliches übersehen wird. Nur darin, daß wirklich im Berufungsrechtszuge ein neuer Anwalt tätig wird, liegt auch die Rechtfertigung dafür, daß die Partei die erhöhte Berufsgebühr zu zahlen hat; denn diese Gebühr stellt das Entgelt dafür dar, daß sich ein neuer Anwalt in die umfangreich gewordene Sache sorgsam einarbeiten muß. Wenn das nicht geschieht, sondern der erstinstanzliche Anwalt auf Grund des ihm bereits bekannten Stoffes des früher von ihm Vorgetragenen in mehr oder weniger abgeänderter Form nochmals vorbringt, so steht die Gebühr zur Mühewaltung außer Verhältnis.

Allerdings hat das RG. in der bereits genannten Entsch. dessenungeachtet die ordnungswidrige Substitution für verfahrensrechtlich wirksam erklärt. Ob dieser Entsch. auch bei Zugrundelegung der jetzigen strengeren Auffassungen beizupflichten wäre, mag dahingestellt bleiben; denn bei der Entsch. des RG. handelte es sich um die verfahrensrechtliche Wirksamkeit der auf Grund ordnungswidriger Substitution vorgenommenen Prozeßhandlungen; hierfür waren, wie aus den diesbezüglichen Ausführungen hervorgeht, im wesentlichen prozessuelle Gesichtspunkte maßgebend. Vorliegend aber kommt es auf die Frage an, ob die ordnungswidrige Substitution dahin führen kann, daß materiellrechtlich, nämlich gebührenrechtlich, der bloße Schein anwaltlicher Vertretungstätigkeit so behandelt werden muß, als ob die Tätigkeit wirklich vorgenommen sei. Prozeßtechnische Rücksichten auf die Rechtsbeständigkeit der dem äußeren Anschein nach fehlerfrei abgegebenen Prozeßklärungen spielen hier keine Rolle; vielmehr kommt es auf die Sache selbst an. Danach kann es aber nicht zweifelhaft sein, daß ein Gebührenanspruch nicht begründet ist.

Daß eine Partei zur Entrichtung der Anwaltsgebühren nicht verpflichtet ist, wenn der Berufungsanwalt ohne ihre Zustimmung die sachliche Tätigkeit dem erstinstanzlichen Anwalt überläßt, unterliegt schon nach den bürgerlich-rechtlichen Grundsätzen des Dienstvertrages, wonach der Anwalt die ihm obliegenden Verpflichtungen in Person zu erfüllen hat, keinem Zweifeln; nicht anders aber liegt die Sache im Verhältnis zwischen Staat und ArmAnw.

Es spielt dabei keine Rolle, ob die Partei selbst mit der ordnungswidrigen Behandlung der Sache einverstanden war. Es kann schon, wenn es sich um eine Privatpartei handelt, zweifelhaft sein, ob und in welchem Umfang eine derartige Zustimmung, durch die sich die Partei — in der Regel ohne rechte Erkenntnis der Tragweite — an einem die Grundlagen

der öffentlich-rechtlichen Verfahrensordnung angreifenden standeswidrigen Verhalten des Anwaltes beteiligt, wirksam ist und ob insbes. auch der Prozeßgegner eine darauf begründete Kostenfestsetzung gegen sich gelten lassen muß. Vorliegend aber könnte jedenfalls die Zustimmung der Partei diese Wirkung schon deshalb nicht haben, weil nicht sie, sondern der Staat der gebührenrechtliche Auftraggeber des Anwalts ist, dessen Beordnung durch die Zulassung bei dem betr. Gericht, hier dem OLG., bedingt wird. Der Staat ist es, der diesen Anwalt auswählt und ihn bezahlt. Zwar wird die Partei, wenn sie sich des ihr beigeordneten ArmAnw. bedient, prozeßrechtlich dessen Auftraggeber; aber wirksame Anweisungen kann sie ihm nur innerhalb des Rahmens der ihm obliegenden Prozeßführung erteilen. Es steht außerhalb ihrer Macht, ihm zu gestatten, daß er diese Prozeßführung als Ganzes ordnungswidrig auf einen anderen nicht zugelassenen Anwalt überträgt. Der vom Gericht beigeordnete Berufungsanwalt kann, gleichviel wie die Partei sich zu seinem Verfahren gestellt hat, vom Staat nur dann die Armenanwaltsgebühren beanspruchen, wenn er eine ordnungsmäßige Tätigkeit ausgeübt hat. Eine solche liegt aber nicht vor, wenn er, gegen den Geist der Verfahrensordnung und die Berufssitte verstößend, sich eigener sachlicher Tätigkeit überhaupt entschlügt und lediglich seinen Namen dazu hergibt, damit ein nicht zugelassener Anwalt diese Tätigkeit entfalten kann. Der Berufungsanwalt ist in solchem Falle nicht als Anwalt tätig geworden, sondern hat nur den täuschenden — wenn auch möglicherweise verfahrensrechtlich beachtlichen — Schein einer solchen Tätigkeit erweckt. Für diesen Schein einer Tätigkeit aber kann er Gebühren nicht verlangen.

(OLG. Frankfurt a. M., 2. ZivSen., Beschl. v. 13. Aug. 1935, 2 W 79/35.)

Landgerichte: Zivilsachen

Berlin

30. § 799 BGB.; B. D. v. 5. Sept. 1932. Ein Aufgebot von Steuergutscheinen zum Zweck der Kraftloserklärung ist nicht statthaft.

Mit Recht ist das LG. davon ausgegangen, daß die Steuergutscheine den auf Sicht zahlbaren unverzinslichen Schuldverschreibungen gleichzustellen seien, für die ein Aufgebotsverfahren nicht zulässig sei. Ein Aufgeld ist nicht als Zins anzusehen, da Aufgelde nicht als Früchte des Kapitals i. S. des § 99 BGB. angesprochen werden können. Ein Aufgeld stellt sich lediglich als eine einmalige Sondervergütung auf Grund besonderer Vereinbarung dar. Selbst die Tatsache, daß das Aufgeld nach Hundertteilen des Nennbetrages berechnet ist, ist nicht geeignet, das Aufgeld als Zins erscheinen zu lassen. Wenn das Aufgeld steuerlich als Einkünfte aus Kapital behandelt wird, so vermag auch das nicht dem Aufgeld den Charakter einer Zinszahlung zu geben, das ihrem Wesen nach als dauernde Quelle von Einnahmen aus einem angelegten Kapitalvermögen anzusehen ist.

Es handelt sich bei den Steuergutscheinen auch um solche Schuldverschreibungen, die bei Sicht zahlbar sind. Das hierbei eine Barzahlung nicht erfolgt, sondern nur eine Anrechnung auf geschuldete Steuern, stellt nur eine besondere Art der Zahlung im Wege der Verrechnung dar, die nicht anders zu werten ist als eine Barzahlung. Wenn endlich im § 19 B. D. v. 5. Sept. 1932 gesagt ist, daß die Gutscheine von bestimmten Terminen an anzurechnen sind, so tritt doch die Verpflichtung des Schuldners, die Leistung zu bewirken, erst mit der Vorlegung der Gutscheine ein. Wenn für die einzelnen Abschnitte bestimmte Vorlegungsfristen bestimmt sind, so sind doch die Abschnitte innerhalb dieser Vorlegungsfrist auf Sicht zahlbar.

Sind also die Steuergutscheine den auf Sicht zahlbaren unverzinslichen Schuldverschreibungen gleichzustellen, so ist nach der ausdrücklichen Vorschr. des § 799 BGB. das Aufgebot ausgeschlossen.

(LG. Berlin, 3. ZivR., Beschl. v. 16. Dez. 1935, 203 T 13397/35.)

31. § 2 Abs. 3 des Gef. über die Auflösung und Löschung von Gesellschaften und Genossenschaften v. 9. Okt. 1934 (RGBl. I, 914): der Liquidator muß auf Antrag durch das Gericht besonders „ernannt“ werden. Eine Beschränkung der Ernennung auf ein bestimmtes Rechtsgeschäft oder auf einen Kreis von Rechtsgeschäften ist nicht möglich. †)

Die Gesellschaft ist auf Grund des § 2 des Gef. vom 9. Okt. 1934 wegen Vermögenslosigkeit gelöscht worden. Die Stadt B., welche gegen die Gesellschaft Steuerforderungen besitzt, hat beantragt, den Stadtmittelspektor W. als Liquidator dergestalt zu bestellen, daß sich seine Tätigkeit nur auf die Vertretung der Gesellschaft i. L. im Zwangsverwaltungs- und Zwangsversteigerungsverfahren des der Gesellschaft gehörenden Grundstücks Neue Jakobstraße 26 erstreckt. Das RegGer. hat die Bestellung des W. mit der verlangten Beschränkung abgelehnt und die Bestellung von der Namhaftmachung eines geeigneten Liquidators, der zur unbeschränkten Übernahme des Amtes bereit ist und auf Ansprüche gegen die Staatskasse verzichtet, abhängig gemacht. Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Stadt.

Die Beschwerde ist gem. §§ 19, 20 ZOG. zulässig, jedoch ohne Erfolg.

Nach § 2 Abs. 3 des Gef. v. 9. Okt. 1934 findet die Liquidation der gelöschten Gesellschaft statt, wenn sich nach der Löschung das Vorhandensein von Vermögen, das der Verteilung unterliegt, herausstellt. Diese Voraussetzungen liegen vor, weil die Gesellschaft noch als Eigentümerin eines Grundstücks eingetragen ist. Das Gesetz schreibt weiter vor, daß der Liquidator auf Antrag eines Beteiligten durch das Gericht zu ernennen ist. Infolge dieser ausdrücklichen Gesetzesbestimmung muß angenommen werden, daß, ebenso wie im Falle des § 302 Abs. 4 HGB., der bisherige Liquidator nicht ohne weiteres wieder in Tätigkeit tritt, sondern daß es einer Bestellung durch das RegGer. bedarf. Es kann daher dahingestellt bleiben, ob der frühere Liquidator W. sein Amt rechtswirksam niedergelegt hat. Eine erneute Übernahme des Amtes hat G. auf die Anfrage des Gerichts ausdrücklich abgelehnt. Die Bestellung des von der Beschw. vorgeschlagenen Stadtmittelspektors W. zum Liquidator hat das RegGer. mit Recht abgelehnt, weil dieser sich nur mit der Beschränkung auf die Vertretung der Gesellschaft im Zwangsvollstreckungsverfahren der Beschw. zur Übernahme des Amtes bereit erklärt hat. Im Rahmen des § 2 Abs. 3 des Gef. v. 9. Okt. 1934, welches ausdrücklich von einer Vermögensverteilung spricht, kommt aber eine solche Beschränkung nicht in Frage. Die Bestellung des unumschränkten Liquidators liegt an sich dem RegGer. ob. Dieses hat deshalb auch über die Auswahl einer geeigneten Persönlichkeit zu befinden. Das Gericht kann aber auch von dem Antragsteller Namhaftmachung eines geeigneten Liquidators verlangen, wenn ihm selbst ein solcher nicht zur Verfügung steht. Das ist in der Regel dann der Fall, wenn es zweifelhaft ist, ob der Liquidator von der Gesellschaft das ihm zustehende angemessene Entgelt erhalten wird. Dem Gericht stehen Mittel für die Befolgung des Liquidators nicht zur Verfügung, und die in Aussicht genommene Person muß deshalb auf Ansprüche gegen die Staatskasse ausdrücklich verzichten. Andererseits fehlt dem Gericht aber jedes Mittel, um jemand zur Übernahme des Amtes gegen seinen Willen zu zwingen (vgl. RZM. 8, 269). Es ist deshalb nicht zu beanstanden, daß das RegGer. der Beschw. die Auflage gemacht hat, eine zum Liquidator geeignete Persönlichkeit zu benennen.

(O. Berlin, 8. Ref., Beschl. v. 15. Nov. 1935, 408 T 12563/35.)

Anmerkung: Im Rahmen der §§ 29, 48 BGB. hat Theorie und Praxis die Beschränkung der Bestellung eines Vorstandsmitgliedes oder Liquidators auf ein bestimmtes Geschäft oder einen Kreis von Geschäften zugelassen. Dies rechtfertigt sich aus dem provisorischen Sinn der Vorschrift, wonach die Bestellung nur „in dringenden Fällen für die Zeit bis zur Hebung des Mangels“ zu erfolgen hat: diese Voraus-

setzung wird für eine generelle Bestellung oft fehlen (vgl. Groshuff: JurRdsch. 1933, 221, 234, zu c). Die dem Vereinsrecht angehörenden §§ 29, 48 BGB. sind indessen in Handelsfragen nur subsidiär anwendbar (Art. 2 EGBGB.; Joh. 49, 275). Für den Fall der Löschung einer AktG. nach Liquidationsbeendigung sowohl (§ 302 Abs. 4 HGB.) als der liquidationslosen Amtslöschung einer Kapitalgesellschaft nach § 2 des Gef. v. 9. Okt. 1934 ist eine ausdrückliche Sonderregelung dafür getroffen, daß bei nachträglichem Auftauchen von Vermögen ein Liquidator auf Antrag gerichtlich zu ernennen ist, dessen Aufgabe sich nicht auf die Vornahme eines bestimmten Geschäfts (Entgegennahme eines zuzustellenden Zwangsversteigerungsbeschlusses: § 22 ZwVerfG.) beschränkt, sondern auch die Verteilung des Vermögens umfaßt, das sich hier aus einem Überschuß aus dem Versteigerungserlös ergeben kann. Damit erledigt sich auch die für GmbH. zugelassene Übung, daß aus dem Gesichtspunkt der lediglich deklaratorischen Löschungseintragung die bisherigen Liquidatoren zur Fortsetzung der Liquidation legitimiert sind. Der obigen Entsch. und ihrer Begründung ist daher zuzustimmen (vgl. Crisoli-Groshuff-Naemmel, Umwandlung und Löschung von Kapitalgesellschaften, 2. Aufl., S. 163, Anm. 17 zu § 2 Löschg.).

Lediglich, wenn ein „Antrag“ nicht gestellt wird, unterbleibt die Bestellung eines Liquidators. Ein solcher Antrag wird sich dann erübrigen, wenn eine Vertretung der Kapitalgesellschaft (i. F. des § 2 Löschg.) bzw. der AktG. (i. F. des § 302 Abs. 4 HGB.) durch ihre Organe sich erübrigt: z. B. die Gesellschafter veräußern ein nachträglich angefundenes Inventarstück und verteilen den Erlös unter sich. Eine Liquidatorernennung hat ferner dann zu unterbleiben, wenn kein „Vermögen, das der Verteilung unterliegt“ in Frage steht: z. B. es ist lediglich eine formale Löschungsbewilligung für eine längst bezahlte Hypothek oder dergleichen zu erteilen. Man wird dann aus dem rechtlichen Gesichtspunkt der lediglich deklaratorischen Bedeutung der Löschung der Liquidationsgesellschaft die Fortdauer der Vertretungsbefugnis der bisherigen Liquidatoren annehmen, hilfsweise die auf eine bestimmte Rechtshandlung beschränkte Bestellung eines nicht einzutragenden Vertreters gem. §§ 29, 48 BGB. zulassen dürfen. Mit dieser Frage hat sich neuerdings das RG. in JW. 1935, 3165¹⁴ beschäftigt, indem es die Löschung der Hypothek sogar schon auf Grund des Antrags und der Bewilligung des Grundstückseigentümers zuließ, wenn die Neubestellung eines Liquidators vom RegGer. abgelehnt und dadurch der „Nachweis“ erbracht war, daß die AktG. infolge Vermögenslosigkeit erloschen ist. Das gleiche wird für § 2 Abs. 3 Löschg. zu gelten haben, der dem § 302 Abs. 4 HGB. nachgebildet ist (vgl. Feus: JW. 1935, 1585²⁵ Anm.; Nebelung: DNotZ. 1935, 454).

UGR. Groshuff, Berlin.

Deffau.

32. § 23 Ziff. 18 RA GebD. Zur Frage, welche Gebühren dem Rechtsanwalt des Gläubigers für seine Tätigkeit im Vollstreckungsschutzverfahren zustehen. †)

Die Gläubigerinnen hatten durch ihren Anwalt zur Beitreibung ihrer Forderungen aus den gegen den Schuldner erzwungenen Schuldtiteln mehrere Vollstreckungsmaßnahmen gegen ihn eingeleitet. So hatten sie seine angeblichen Ansprüche gegen die D.-Bank gepfändet. Weiter hatten sie durch den Gerichtsvollzieher eine Durchsuchung seiner Wohnung und eine Leibesvisitation vornehmen lassen, bei der dem Schuldner 80 RM abgenommen, jedoch hinterlegt wurden. Schließlich hatten sie das Offenbarungsseidsverfahren gegen ihn beantragt. Alle diese Verfahren hatten zu einer Befriedigung der Gläubigerinnen noch nicht geführt, als der Schuldner auf Grund des Gef. zur Verhütung mißbräuchlicher Ausnutzung von Vollstreckungsmöglichkeiten v. 13. Dez. 1934 Vollstreckungsschutz dahin beantragte, den beiden Gläubigerinnen jede Vollstreckungsmaßnahme auf Grund ihrer Schuldtitel gegen ihn innerhalb des deutschen Reichsgebietes zu untersagen. Sowohl das UG. wie auf Beschw. des Schuldners

das AG. haben diesen Antrag des Schuldners als unbegründet zurückgewiesen. Auf Antrag der Gläubigerinnen hat der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle des AG. in seinem Beschl. vom 4. Dez. 1935 als ihnen vom Schuldner zu erstattende Kosten eine Gebühr ihres Anwalts für das Vollstreckungsschutzverfahren in Höhe von 54,90 RM zuzüglich 0,66 RM Vortragsauslagen und 1,11 RM Umsatzsteuer festgesetzt. Die Erinnerung des Schuldners, in der er die Erstattungsfähigkeit der den Gläubigerinnen durch die Bevollmächtigung ihres Anwalts für das Vollstreckungsschutzverfahren entstandenen Kosten bestreitet, ist durch den angefochtenen Beschl. als unbegründet zurückgewiesen. Seine sofortige Beschw. hatte sachlich zum größten Teil Erfolg.

Voraussetzung dafür, ob die fraglichen Kosten erstattungsfähig sind, ist zunächst, daß sie entstanden sind. Diese Frage ist hinsichtlich der Gebühr des Anwalts des Gläubigers aus § 23 Ziff. 18 RA-GebD. für seine Tätigkeit in einem Vollstreckungsschutzverfahren lebhaft umstritten. Allgemeine Meinung ist allerdings, daß das Vollstreckungsschutzverfahren, mag es sich nun um ein Verfahren auf Grund der §§ 18 ff. VO. v. 26. Mai 1933 i. d. Fass. des Gef. v. 24. Okt. 1934 oder um ein solches auf Grund des Gef. v. 13. Dez. 1934, wie im vorl. Falle, handelt, verfahrensrechtlich als ein Erinnerungsverfahren nach § 766 ZPO. angesehen wird. Der Antrag des Schuldners, der das Vollstreckungsschutzverfahren in Gang setzt, wird als eine Erinnerung gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung oder das dabei vom Gerichtsvollzieher beobachtete Verfahren gemäß § 766 ZPO. betrachtet. Während aber das gewöhnliche Erinnerungsverfahren nach § 766 ZPO. allgemein zur Vollstreckungsinstanz, also als ein Teil der vom Gläubiger eingeleiteten und im Gang befindlichen Vollstreckungsmaßnahme, gerechnet und daher das Entstehen einer besonderen Gebühr des Anwalts des Gläubigers für seine Tätigkeit in diesem Verfahren neben der bereits verdienten Vollstreckungsgebühr aus § 23 Ziff. 18 RA-GebD. verneint wird, wird vom AG. in der Entsch. seines Kostenensatzes v. 22. Mai 1935 (ZW. 1935, 2069) in Übereinstimmung mit Gaedekle (vgl. dessen Ausführungen in ZW. 1934, 2504 und 1935, 1050) im Gegensatz zu Jonas-Pohle, Zwangsvollstreckungsnotrecht, Num. 2 zu § 21, der Standpunkt vertreten, daß in gebührenrechtlicher Hinsicht das Vollstreckungsschutzverfahren ein selbständiges Verfahren innerhalb der Zwangsvollstreckung sei und daher für den Anwalt des Gläubigers, der durch seine Tätigkeit im Vollstreckungsverfahren die Gebühr des § 23 Ziff. 18 RA-GebD. bereits verdient habe, für seine weitere Tätigkeit in einem durch dieses Vollstreckungsschutzverfahren ausgelösten Vollstreckungsschutzverfahren nochmals die gleiche Gebühr entstehe. Begründet wird diese gebührenrechtlich verschiedene Behandlung des gewöhnlichen Erinnerungsverfahrens nach § 766 ZPO. und des Vollstreckungsschutzverfahrens damit, daß bei dem ersten Verfahren die von dem Gläubiger begonnene Vollstreckungsmaßnahme als unzulässig beseitigt werden soll, während in den Vollstreckungsschutzverfahren nicht die Zulässigkeit und Ordnungsmäßigkeit einer Vollstreckungsmaßregel zur Erörterung stehe, sondern die Frage zu entscheiden sei, ob dem Schuldner die gesetzlich vorgesehenen Vergünstigungen zubilligt werden könnten. Darin wird der grundlegende, ausschlaggebende Unterschied der beiden Verfahren gesehen. Angehängen hat sich dieser Auffassung nach den dem Gericht zur Verfügung stehenden Veröffentlichungen noch das AG. Berlin in seinem Beschl. v. 1. Nov. 1935 (ZW. 1935, 3498), und zwar unter Aufgabe seiner früheren Ansicht (vgl. ZW. 1934, 2504).

Bei allen diesen Entsch. und Ausführungen handelt es sich nun zwar nur um Vollstreckungsschutzverfahren auf Grund der VO. v. 26. Mai 1933 (§§ 18 ff.), während hier ein Vollstreckungsschutzverfahren gemäß dem Gef. v. 13. Dez. 1934 in Frage steht. Ein verfahrensrechtlicher Unterschied, abgesehen von der Zulässigkeit der Anfechtbarkeit der Entsch. des Vollstreckungsgerichts, die aber für die gebührenrechtliche Behandlung der Vollstreckungsschutzverfahren ohne Bedeutung ist, besteht zwischen dem Verfahren auf Grund der VO. v. 26. Mai 1933 und dem auf Grund des Gef. v. 13. Dez. 1934 nicht. Beide Verfahren haben zur Voraussetzung, daß eine Vollstreckungsmaßnahme seitens des Gläubigers bereits begonnen hat oder wenigstens

unmittelbar droht, und weiter, daß der Schuldner einen auf Zubilligung des entsprechenden Schutzes gerichteten Antrag stellt. Es bestehen daher keine Bedenken, die beiden Vollstreckungsschutzverfahren gleichzustellen und die in der Entsch. des AG. und von Gaedekle a. a. O. für ihren Standpunkt angeführten Gründe auch auf ein Vollstreckungsschutzverfahren gemäß dem Gef. vom 13. Dez. 1934 zu beziehen.

Die Kammer kann sich der Auffassung des AG. und von Gaedekle jedoch nicht anschließen. Denn der Unterschied, den das AG. und Gaedekle für ihren Standpunkt anführen und den sie als grundlegend und ausschlaggebend ansehen, ist nach Ansicht des Gerichts nicht vorhanden. Die sachlichen Voraussetzungen der einzelnen Arten des Vollstreckungsschutzes nach der VO. v. 26. Mai 1933 und dem Gef. v. 13. Dez. 1934 sind zwar verschieden, sie haben aber eins gemeinsam, nämlich den Zweck, dem Vollstreckungsrichter die Mittel in die Hand zu geben, um nationalsozialistischer Rechtsauffassung von der Volksgemeinschaft und von dem Grundsatz „Gemeinnutz geht vor Eigennutz“ auch in der bisher wesentlich von dem Willen des Gläubigers und seiner Rechtsanschauung abhängigen Zwangsvollstreckung Eingang und Geltung zu verschaffen und um dadurch Härten der Zwangsvollstreckung, die bei Berücksichtigung aller in Frage kommenden Umstände, insbes. auch der wirtschaftlichen Verhältnisse von Gläubiger und Schuldner, mit der jetzigen Rechtsauffassung und Rechtsanschauung nicht übereinstimmen, zu beseitigen oder doch zu mildern. Betrachtet man von diesem gemeinsamen Zweck der Vollstreckungsschutzbestimmungen aus das durch ein Vollstreckungsverfahren des Gläubigers ausgelöste Vollstreckungsschutzverfahren, dann nimmt der Schuldner mit seinem Antrag auf Vollstreckungsschutz nicht eine besondere Vergünstigung in Anspruch gegenüber einem völlig gesetzmäßigen Verfahren, sondern er beansprucht ein ihm vom Staat auf Grund dessen Auffassung von Recht und Unrecht eingeräumtes Recht, verlangt also staatlichen Schutz gegenüber einem Gläubiger, dessen Vorgehen nationalsozialistischer Rechtsanschauung nicht entspricht, und erhebt daher ebenso wie in einem gewöhnlichen Erinnerungsverfahren nach § 766 ZPO. Einwendungen dagegen, daß die begonnene oder drohende Vollstreckungsmaßnahme des Gläubigers den Anschauungen im jetzigen Staate nicht entspricht und daher nicht gesetzmäßig sei, also Einwendungen gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung. Es kann daher nicht eingesehen werden, warum das Vollstreckungsschutzverfahren nicht ebenso wie das gewöhnliche Erinnerungsverfahren nach § 766 ZPO. eine mit der Durchführung der begonnenen einzelnen Maßregel innerlich verbundene Maßnahme zum Gegenstande hat. Vielmehr müssen die Vollstreckungsschutzbestimmungen in der VO. v. 26. Mai 1933 und in dem Gef. v. 13. Dez. 1934 nach Ansicht der Kammer lediglich als eine Auslegung und Ergänzung des Begriffs einer ordnungsmäßigen, rechtlich einwandfreien Zwangsvollstreckung aufgefaßt werden. Danach ist aber auch in gebührenrechtlicher Beziehung ein Vollstreckungsschutzverfahren auf Grund der §§ 18 ff. VO. v. 26. Mai 1933 oder des Gef. v. 13. Dez. 1934 einem Erinnerungsverfahren nach § 766 ZPO. gleich zu behandeln.

Auch die Billigkeitserwägungen, die das AG. in seiner Entsch. nach zur Unterstützung seines Standpunktes anstellt, vermögen nach Ansicht des Gerichts eine Zubilligung einer besonderen Gebühr für die Tätigkeit des Anwalts des Gläubigers in einem Vollstreckungsschutzverfahren nicht zu rechtfertigen, weder unmittelbar aus § 23 Ziff. 18 RA-GebD. noch entsprechend unter Heranziehung des § 89 RA-GebD. Es mag richtig sein, daß in manchen Vollstreckungsschutzverfahren die Tätigkeit des Anwalts in bezug auf Umfang und Verantwortlichkeit weit das Maß übersteigt, daß bei der eigentlichen Zwangsvollstreckung durch die Festsetzung einer Gebühr von $\frac{3}{10}$ angenommen und vorausgesetzt ist. Dies kann aber nicht dazu führen, einen solchen Umstand als unvereinbar hinzustellen mit dem Grundsatz des nationalsozialistischen Staates, einer jeden Arbeit den angemessenen Lohn zu gewähren. Denn daß die Gebühr für den Umfang der Tätigkeit des Anwalts und seine Verantwortlichkeit kein ausreichendes Entgelt bildet, findet man in vielen Fällen der anwaltlichen Tätigkeit, z. B. in einem Rechtsstreit über ein geringes Objekt, der aber tatsächlich sehr umfangreich und rechtlich

auch schwierig ist. Mit Recht weist der Schuldner auch darauf hin, daß die Anwaltsgebühr für die Zwangsvollstreckung eine Pauschalgebühr ist und, wenn sie verdient ist, ohne Rücksicht auf den Umfang der Tätigkeit des Anwalts und seine etwaige Verantwortungspflicht entsteht. Im übrigen ist in vielen Vollstreckungsschutzverfahren die Tätigkeit des Anwalts des Gläubigers gleich Null, worauf auch in dem Beschluß des OLG. Berlin v. 1. Nov. 1935 (JW. 1935, 3498) mit Recht bereits hingewiesen ist. Es würde durch nichts gerechtfertigt sein, für den Anwalt des Gläubigers in solchen Fällen neben der bereits verdienten Vollstreckungsgebühr noch eine weitere Gebühr aus § 23 Ziff. 18 RA-GebD. entstehen zu lassen. Für den Schuldner würde es auch geradezu eine Strafe dafür, daß er einen Vollstreckungsschutzantrag gestellt hat, bedeuten, wenn er bei mehreren Gläubigern im Falle der Zurückweisung seines Antrages diesen allen für ihre Anwälte je eine besondere Gebühr aus § 23 Ziff. 18 RA-GebD. noch bezahlen müßte. Daß es auch nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen sein kann, das Vollstreckungsverfahren als ein besonderes, selbständiges Verfahren in der Zwangsvollstreckung zu schaffen und dafür eine besondere weitere Vollstreckungsgebühr des Anwalts des Gläubigers entstehen zu lassen, ergibt sich nach der Auffassung der Kammer noch zweifelsfrei daraus, daß weder für das Vollstreckungsschutzverfahren nach §§ 18 ff. B.D. v. 26. Mai 1933 noch für das nach dem Ges. v. 13. Dez. 1934 gerichtliche Kosten vorgehen sind, diese Verfahren vielmehr ebenso wie das Erinnerungsverfahren nach § 766 ZPO. gebührenfrei nach § 1 ORG. sind. Dies zeigt doch deutlich die Absicht des Gesetzgebers, einen Schuldner, der bereits zu einem Vollstreckungsschutzverfahren zu greifen gezwungen ist, nicht noch mit weiteren Kosten zu belasten.

Nach alledem ist in dem vorl. Falle daher für den Anwalt der Gläubigerinnen für seine Tätigkeit in dem durch die mehreren Vollstreckungsverfahren ausgelösten Vollstreckungsschutzverfahren eine besondere Gebühr aus § 23 Ziff. 18 RA-GebD. nicht entstanden, da er durch die Vertretung der Gläubigerinnen in den mehreren, z. B. des Vollstreckungsschutzverfahrens noch nicht beendeten Vollstreckungsverfahren bereits diese Gebühr verdient hat und das Vollstreckungsschutzverfahren als Erinnerungsverfahren nach § 766 ZPO. sowohl in verfahrens- wie in gebührenrechtlicher Beziehung mit den Vollstreckungsmaßnahmen der Gläubigerinnen eine Instanz nach § 31 RA-GebD. bildet. Daß der Schuldner in dem vorl. Vollstreckungsschutzverfahren sich nicht nur gegen eine einzelne Vollstreckungsmaßnahme der Gläubigerinnen, sondern gegen jede Vollstreckungsmaßnahme innerhalb des Deutschen Reiches gewandt hat, ist dabei ohne Bedeutung und rechtfertigt keine besondere Gebühr des Anwalts der Gläubigerinnen.

Danach ist die Gebühr von 54,90 RM für den Anwalt der Gläubigerinnen in dem Beschluß des Urkundsbeamten vom 4. Dez. 1935 zu Unrecht festgesetzt worden und war nebst der entsprechenden Umsatzsteuer in Höhe von 1,10 RM abzusetzen. Insofern war der Beschw. des Schuldners stattzugeben.

Hinsichtlich der festgesetzten Porto- und Telephonauslagen von 0,66 RM zuzüglich 0,01 RM Umsatzsteuer war die Beschw. dagegen ohne Erfolg. Wie aus den Akten ersichtlich ist, ist der Anwalt der Gläubigerinnen in dem Vollstreckungsschutzverfahren auch tatsächlich entgegen der Ansicht des Schuldners tätig gewesen. Daß eine Abschrift seiner Eingabe vom 18. Okt. 1935 nicht dem Schuldner oder seinem Anwalt ausgehändigt ist, ändert daran nichts. Da der Schuldner nicht dargetan hat, daß diese Auslagen den Gläubigerinnen nicht entstanden sind, hat er sie nach §§ 91, 788 ZPO. zu erstatten, da es sich um notwendige Kosten handelt.

(LG. Dessau, 3. ZR., Beschl. v. 4. Febr. 1936, 2 T 17/36 III.)

Anmerkung: Bei der Entsch. des OLG. Dessau ist anzuerkennen, daß sie sich mit den die Frage betreffenden Entsch. und den in der Literatur vertretenen Auffassungen auseinandersetzt und mit eigenen Erwägungen den der Auffassung des RG. entgegengesetzten Standpunkt zu rechtfertigen sucht; gleichwohl ist ihr im Ergebnis nicht beizutreten.

Die Frage, ob dem in einem Vollstreckungsschutzverfahren auf Grund der B.D. v. 26. Mai 1933 (oder des Ges. v. 13. Dez. 1934) tätig werdenden RA. besondere Gebühren zustehen oder ob

diese Tätigkeit durch die nach § 23 Nr. 18 RA-GebD. „für die Zwangsvollstreckung“ erwachsende Gebühr mitabgegolten wird, ist nicht allein für die RA. von erheblicher praktisch-finanzieller Tragweite, sondern auch von einer gewissen rechtsgrundrechtlichen Bedeutung. Bevor auf die Entsch. des OLG. Dessau im einzelnen eingegangen wird, seien deshalb einige kurze grundsätzliche Betrachtungen vorausgeschickt.

1. Bei der Auslegung gebührenrechtlicher Vorschr. muß der Zeitpunkt ihres Erlasses und die damalige Rechtslage eine ausschlaggebende Rolle spielen. Bei Änderung der gesetzlichen Best., auf denen sich die Gebührenvorschriften aufbauen, muß sich der Richter stets die Frage vorlegen, ob nicht durch die Änderung dieser gesetzlichen Best., z. B. der Verfahrensvorschriften, auch die Gebührenvorschrift einen anderen Inhalt erhalten hat. Keinesfalls darf er sich dabei beruhigen, daß, wenn der Gesetzgeber nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt hat, alles beim alten geblieben sei. Denn die Aufgabe des Gesetzgebers, beim Erlaß einer Novelle zugleich ihre Auswirkung bis in die feinsten Verästelungen unseres komplizierten Rechtssystems zu übersehen, ist äußerst schwierig; er darf sich mit Recht darauf verlassen, daß der Richter die gesetzlichen Normen nicht als ein totes Nachschlagewerk, sondern als eine in der Entwicklung begriffene, lebende Rechtsbildung ansieht, die ihm zwar die Richtlinien für seine Entsch., aber nicht automatisch die Entsch. selbst an die Hand gibt. 2. Bei der Auslegung gebührenrechtlicher Vorschr. ist eine übermäßig juristisch-konstruktive Art der Auslegung durchaus fehl am Platze. Die Gebührenvorschriften umranken zwar die gesetzlichen Verfahrensvorschriften, die ihnen Inhalt und Begrenzung geben, sie schöpfen aber ihr Wesen und ihre Bedeutung nicht allein aus ihnen, sondern hauptsächlich aus den Erfordernissen des praktischen Lebens. Den praktischen Erfordernissen muß also ihre Auslegung in erster Linie Rechnung tragen, selbst wenn dabei die „Konstruktion“ zu kurz kommen sollte. 3. Die Vorschr. über Gerichtsgebühren und über Gebühren der RA. dürfen keinesfalls ohne weiteres über einen Kamm geschoren werden. Die Gerichtsgebühren sind ein notwendiges Übel; der Idealzustand, daß jeder Volksgenosse die Tätigkeit des Richters anrufen kann, ohne den Beutel ziehen zu müssen, wird zwar aus praktischen Gründen sich nie erreichen lassen. Immerhin wird der Richter, dieses Ideal vor Augen, Gebühren für seine Tätigkeit nur dann verlangen dürfen, wenn dies das Gesetz ausdrücklich vorseht, und im Zweifel anzunehmen haben, daß der Gesetzgeber keine Gerichtsgebühr vorzuschreiben beabsichtigt hat (§ 1 DRGO.; § 1 RA-GebD.). Ganz anders liegt die Sache bei den Rechtsanwaltsgebühren. Sie bilden, ähnlich wie das Gehalt des Richters, die unentbehrliche Existenzgrundlage der RA. und werden von dem Grundsatz beherrscht, daß jeder Tätigkeit des RA., die für die Rechtswahrung anerkanntermaßen unverläßlich ist, eine angemessene Gebühr entsprechen muß. Eine Schädigung dieser berechtigten Ansprüche der RA. bedeutet zugleich eine Schädigung der allgemeinen Interessen an der Rechtswahrung.

Betrachtet man von diesen allgemeinen Gesichtspunkten aus die Entsch. des OLG. Dessau, so fällt zunächst auf, daß das OLG. das wesentlich neue Gedankengut, das durch die B.D. v. 26. Mai 1933 i. d. Fassung des Ges. v. 24. Okt. 1934 dem Vollstreckungsverfahren einverleibt worden ist, nicht hinreichend würdigt und namentlich den Einfluß dieser neuen Gedanken auf die Auslegung des § 23 Nr. 18 RA-GebD. fast ganz mit Stillschweigen übergeht. Das Vollstreckungsrecht der ZPO. baute sich, wie in der Begr. zum Ges. v. 24. Okt. 1934 (DJ. 1934, 1364) ausdrücklich hervorgehoben wird, bisher auf einer von unserer heutigen Auffassung wesentlich verschiedenen Grundlage auf. Das kaum beschränkte Recht des Gläubigers nicht nur zur Pfändung, sondern auch zur Verwertung der gepfändeten Sachen in kürzester Frist ist beseitigt und die eheben in das Belieben des Vollstreckungsgläubigers gestellte Fristgewährung dem Gericht übertragen. Darin liegt unverkennbar ein bedeutsamer Schritt auf dem im Entwurf der neuen ZPO. vorgeschlagenen Wege, den Betrieb der Zwangsvollstreckung überhaupt dem Gläubiger zu entziehen und in die Hand des Gerichts zu legen. Eine so bedeutsame Änderung des Wesens der Zwangsvollstreckung kann unmöglich für die Auslegung des § 23 Nr. 18 RA-GebD., der natürlich von dem z. B. seiner Entstehung geltenden Begriff der Zwangsvollstreckung ausgeht (vgl. oben unter 1), unberücksichtigt

bleiben. Auch die amtliche Erläuterung zum Gesetz zur Verhütung mißbräuchlicher Ausnutzung der Vollstreckungsmöglichkeiten v. 13. Dez. 1934 (RG. 1934, 1605) hebt hervor, daß das Gesetz die Beseitigung eines Mißstandes des „derzeit noch geltenden Vollstreckungssystems“ bezweckt, „das die Durchführung der Zwangsvollstreckung wesentlich durch die Anträge des Gläubigers bestimmen läßt, ohne daß die Möglichkeit eines ausgleichenden Eingreifens der Vollstreckungsbehörde besteht“. Auch diese Vorschrift lehnt sich an einen Vorschlag des Entwurfs einer neuen ZPO. an. Die Tätigkeit des RA. im Vollstreckungsschutzverfahren unterscheidet sich also wesentlich von seiner Tätigkeit in der Zwangsvollstreckung im bisherigen Sinne des § 23 Nr. 18 RA-GebD. Diesem wesentlich veränderten Charakter der Rechtsanwalts-tätigkeit trägt die Auslegung des RG. Rechnung, wobei es darauf, daß das nach den neuen Vorschr. sich abspielende Verfahren verfahrensrechtlich als ein Erinnerungsverfahren gemäß § 766 ZPO. konstruiert ist, nicht entscheidend ankommt (vgl. oben unter 2). Die Ansicht des LG. Dessau, die Vollstreckungsschutzbestimmungen seien „lediglich als eine Auslegung und Ergänzung des Begriffs einer ordnungsmäßigen, rechtlich einwandfreien Zwangsvollstreckung“ aufzufassen, verfällt unter Verstoß gegen die oben unter 1 und 2 entwickelten Grundsätze in den Fehler einer bloßen Buchstabeninterpretation gebührenrechtlicher Bestimmungen.

Der Versuch des LG., die vom RG. zur Unterstützung seines Standpunkts herangezogenen Billigkeitserwägungen zu widerlegen, ist gleichfalls verfehlt. Der erste Teil dieser Erwägungen, namentlich der Hinweis „daß in vielen Vollstreckungsschutzverfahren die Tätigkeit des Anwalts des Kl. gleich Null sei“, gerät auf Abwege, weil er kasuistischen Erwägungen gegenüber den Grundsätzen des Gebührenrechts den Vorrang einräumt. Der Hinweis, für den Schuldner würde die Mehrbelastung eine „Strafe“ bedeuten, verschiebt die Betrachtung auf eine ganz falsche Ebene; die Belastung mit Kosten ist niemals eine Strafe. Die Heranziehung des „Willens des Gesetzgebers“ und, als Hilfsmerkmale für seine Erkenntnis, der Befreiung des Vollstreckungsschutzverfahrens von gerichtlichen Kosten trägt dem oben unter 3 entwickelten Grundsatz keine Rechnung.

MinDir. Lindemann, Berlin.

*

Hamburg

33. §§ 6, 7 KapVerfG. v. 20. Dez. 1934. Es steht im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts, ob es den Beweis für erforderlich erachtet, daß der Schuldner nach Ablauf der Zahlungsfrist zur Rückzahlung der Hypothek imstande sein werde. †)

Zutreffend geht das AG. davon aus, daß das Gesetz vom 20. Dez. 1934 anzuwenden ist. Der noch nicht getilgte Teil der Aufwertungshypothek war zum 31. Dez. 1934 fällig. Das entspricht den im § 1 des Gesetzes aufgestellten Voraussetzungen. Die Antragsgegnerin hat die Hypothekenschriftsmäßig nach Inkrafttreten des Gesetzes v. 20. Dez. 1934 gekündigt. Allerdings war die Kündigung erst zum 30. Juni 1935 zulässig, weil auf Grund der Eintragungsbewilligung v. 2. Jan. 1912 eine sechsmonatige Kündigung vereinbart war. Die dreimonatige Kündigungsfrist im Gesetz v. 20. Dez. 1934 ist nur eine Mindestfrist.

Die Hypotheken sind als sicher i. S. von § 10 Abs. 3 AufwFällG. anzusehen. (Wird näher begründet.)

Unrichtig ist die Auffassung der Antragsgegnerin, daß die Antragstellerin beweisen müsse, daß sie nach Ablauf der Zahlungsfrist zur Rückzahlung der Hypothek imstande sein werde. Richtig ist es, daß im Gesetz v. 20. Dez. 1934 auf den § 8 AufwFällG. nicht Bezug genommen wird. Daraus kann jedoch keineswegs der Schluß gezogen werden, daß in jedem Falle von dem Schuldner ein derartiger Beweis verlangt werden müsse. Das würde dem Sinn des Schutzgesetzes nicht entsprechen. Vielmehr steht es im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts, ob es den genannten Beweis für erforderlich erachtet.

Im vorl. Fall handelt es sich um einen wertvollen Grundbesitz in der Mönckebergstraße, auf dem ein Kontorhaus

errichtet ist. Die Gefundung eines solchen Grundbesitzes hängt eng zusammen mit der weiteren Entwicklung des Handelsverkehrs in Hamburg. Naturgemäß ist die Entwicklung dieses Wirtschaftszweiges, der mit der künftigen Gestaltung des Weltmarktes eng verflochten ist, besonders schwer vorauszu-sehen. Bei günstiger Entwicklung erscheint sehr wohl eine Umschließung der Hypothek der Antragsgegnerin möglich. Unbillig wäre es jedoch, schon heute von der Antragstellerin den Beweis dieser Möglichkeit zu verlangen. Dafür hängt die Frage zu stark von allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnissen ab, die sich heute noch nicht übersehen lassen.

Dem Vorderrichter ist somit in Ergebnis beizustimmen, daß es der Billigkeit und der Absicht des Gesetzes v. 20. Dez. 1934 entspricht, wenn der Antragstellerin durch Stundung geholfen wird.

(LG. Hamburg, Beschl. v. 25. Nov. 1935, 1 T 479/35.)

Anmerkung: § 8 AufwFällG. v. 18. Juli 1930 schrieb vor, daß die Bewilligung der Zahlungsfrist nicht von dem Nachweis des Antragstellers abhängig gemacht werden solle, daß er nach Ablauf der Frist zur Befriedigung des Gläubigers imstande sein werde. Diese Bestimmung des AufwFällG. ist in das 2. KapVerfG. v. 20. Dez. 1934 nicht übernommen worden. Die Voraussetzungen für die Bewilligung einer Zahlungsfrist bestimmen sich jetzt vielmehr ausschließlich nach § 6 des 2. KapVerfG. Dabei sind drei Fälle denkbar: Ist der Schuldner zur sofortigen Rückzahlung in der Lage oder ist ein weiterer Zahlungsausschub für den Gläubiger nicht zumutbar, so darf die Aufwertungsstelle eine Zahlungsfrist nicht bewilligen. Kommt das Gericht zu dem Ergebnis, daß der Schuldner zwar nicht sofort, wohl aber in einem — vor dem 31. Dez. 1936 liegenden — späteren Zeitpunkt zur Rückzahlung in der Lage ist, und ist dem Gläubiger ein Zuvarten bis dahin zugumuten, so ist eine Zahlungsfrist bis zu diesem Zeitpunkt zu bewilligen. Läßt sich dagegen nicht feststellen, daß der Schuldner jetzt oder später das Kapital zurückzahlen vermag, so wird die Aufwertungsstelle dem Schuldner in der Regel eine Zahlungsfrist bis zu dem legtmöglichen Termin, also bis zum 31. Dez. 1936, gewähren müssen, vorausgesetzt nur, daß dies für den Gläubiger keine unbillige Härte bedeutet.

Die Entsch. betrifft einen Fall der letztgenannten Art. In einem solchen Fall, in dem das Gericht die längstmögliche Zahlungsfrist bewilligt, weil nach den derzeitigen Verhältnissen eine Rückzahlungsmöglichkeit mit einiger Sicherheit überhaupt nicht festzustellen ist, ist es für den Schuldner auch nicht möglich, nachzuweisen, daß er am 31. Dez. 1936 zahlen könnte. Diesen Nachweis vom Schuldner zu verlangen, hat hier keinen Sinn. Deshalb stellt auch das Gesetz ein solches Erfordernis nicht auf.

Hiernach wird man noch einen Schritt weitergehen als das LG. Hamburg und zu der Feststellung kommen, daß in den bezeichneten Fällen der Nachweis der späteren Zahlungsmöglichkeit vom Schuldner nicht verlangt werden kann, da dies dem Sinne des Gesetzes widerspricht.

GerAff. Dr. Breithaupt, Berlin.

*

Münster (Westf.)

34. § 2 Gef. über Auflösung und Löschung von Gesellschaften und Genossenschaften vom 9. Okt. 1934 (RGBl. I, 914) ist auch bei in Liquidation befindlichen Gesellschaften anwendbar. †)

Ein Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens über die Fa. K. GmbH. war wegen Mangel an Masse rechtskräftig abgewiesen worden. Infolgedessen war die Auflösung der Gesellschaft gem. § 1 Gef. v. 9. Okt. 1934 ins Handelsregister eingetragen worden. Die Liquidation der Gesellschaft konnte nicht durchgeführt werden, da dem von Amts wegen eingesetzten Liquidator nicht die Mittel zur Verfügung standen, um die nach § 65 GmbHG. vorgeschriebene dreimalige Veröffentlichung der Auflösung und der Aufforderung an die Gläubiger zur Anmeldung ihrer Forderungen bezahlen zu

können. Ein Antrag des Liquidators auf Befreiung von der Veröffentlichungspflicht mußte vom AG. abgelehnt werden, da eine solche Befreiung vom Gesetz, das bis zum Erlaß des Ges. v. 9. Okt. 1934 ja nur eine freiwillige Liquidation kannte, nicht vorgesehen ist.

Um die bei dieser Sachlage anderweitig nicht mögliche Löschung der Gesellschaft im Handelsregister herbeizuführen, stellte die zuständige Industrie- und Handelskammer gem. § 2 des Ges. v. 9. Okt. 1934 den Lösungsantrag wegen Vermögenslosigkeit. Das AG. lehnte diesen Antrag ab mit der Begründung, daß die amtliche Berufsvertretung einen Antrag gem. § 2 des Ges. nicht stellen könne, wenn das Gericht bereits aus § 1 des Ges. hätte tätig werden müssen. Wenigstens habe der Liquidator dem Gericht vorerst eine Erklärung abzugeben, daß die Liquidation durchgeführt sei.

Das AG. gab der Beschwerde der Industrie- und Handelskammer statt. Der Umstand, daß die GmbH. schon aufgelöst sei und sich in der Liquidation befinde, stehe einer Löschung gem. § 2 des Ges. v. 9. Okt. 1934 nicht entgegen. Da die Gesellschaft nach den Berichten des Liquidators nicht einmal die Kosten zur Anfertigung des Schlußberichts und zu den Veröffentlichungen gem. § 65 GmbHG. aufzubringen in der Lage, also praktisch vermögenslos sei, die Liquidation mithin nicht beendigt werden könne, würde die Löschung bei dem Standpunkt der angefochtenen Verfügung des AG. überhaupt nicht mehr herbeigeführt werden können. Das würde zu einem unbefriedigenden Zustand führen können. Es müsse daher die Möglichkeit gegeben sein, § 2 des Ges. vom 9. Okt. 1934 auch bei in Liquidation befindlichen Gesellschaften anzuwenden. Weder Wortlaut noch Sinn des Gesetzes stünde dem entgegen.

(AG. Münster, RfS., Beschl. v. 16. Nov. 1935, 5 T 7/35.)

Anmerkung: Der Entsch., die auch dem Schrifttum entspricht (vgl. Crisoli-Groschuff-Raemmel, Umwandlung und Löschung von Kapitalgesellschaften, 2. Aufl., S. 152, Anm. 13 a. E. zu § 1 LösGes.), ist restlos zuzustimmen. Sie erscheint so selbstverständlich, daß man sich verwundern muß, daß es überhaupt einer Entsch. durch das BeschwG. bedurfte.

AGR. Groschuff, Berlin.

Landgerichte: Strafsachen

Hugsburg

35. Unter außerehelichem Geschlechtsverkehr i. S. des § 2 des Gesetzes zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre vom 15. Sept. 1935 ist nicht nur der Beischlaf, sondern auch der widernatürliche Geschlechtsverkehr zu verstehen.

Am 30. Sept. 1935, als die am 31. Jan. 1921 geborene Zeugin B., die deutschen Blutes und deutsche Staatsangehörige ist, allein in der Wohnung war, kam der Angekl. (Volljude) gegen acht Uhr zu dieser in die Küche. Er unterhielt sich zunächst etwas mit ihr und fragte sie dann, ob sie einmal „wolle“, nämlich geschlechtlich mit ihm verkehren. Während er dies sagte, griff er der B. über den Kleider am Geschlechtsteil herum. Diese zeigte sich dem Anführen des Angekl. nicht abgeneigt. Als der Angekl. versuchte, dem Mädchen die Unterhosen auszuziehen, wollte dieses ihm zunächst die Hand weg tun; es zog aber dann wiederum selbst die Unterhose bis zu den Knien herab. Der Angekl. setzte sich nunmehr auf einen Stuhl, nahm sein Glied heraus, zog die B. zu sich zwischen seine Beine und forderte diese auf, an seinem Glied zu reiben. Die B. kam der Aufforderung nach. Während sie an dem Glied des Angekl. herumtrieb, wodurch dieses allmählich steif wurde, bohrte dieser selbst mit dem Finger in dem Geschlechtsteil der B. herum. In diesem Augenblick kam der Vater des Mädchens heim; die beiden mußten daher ihr unzüchtiges Treiben einstellen.

Dem Angekl. liegt zur Last, sich durch seinen unzüchtigen Verkehr mit der B. am 30. Sept. 1935 eines Verbrechens des Versuches zu einem Verbrechen nach den §§ 2, 5 Abs. 2 des

Ges. zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre v. 15. Sept. 1935 schuldig gemacht zu haben. Nach § 2 a. a. D. ist der außereheliche Verkehr zwischen Juden und Staatsangehörigen deutschen oder artverwandten Blutes verboten und nach § 5 Abs. 2 a. a. D. wird der Mann, der diesem Verbot zuwider handelt, mit Gefängnis oder mit Zuchthaus bestraft. Durch § 11 der 1. W.D. zur Ausführung des Ges. zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre v. 14. Sept. 1935 (RGBl. I, 1934) wurde jedoch das genannte Verbot eingeschränkt; außerehelicher Verkehr ist hiernach nur der Geschlechtsverkehr.

Der Angekl. glaubt, sich nicht strafbar gemacht zu haben. Er macht geltend, daß er mit der B. am 30. Sept. 1935 gar nicht geschlechtlich verkehren wollte und mit dieser auch nicht geschlechtlich verkehrt habe. Auf alle Fälle aber könnten, so meint er, in den unzüchtigen Handlungen, die er mit der B. am 30. Sept. 1935 vorgenommen hat, nur straflose Vorbereitungshandlungen zu dem hier in Frage stehenden Verbrechen erblickt werden.

Das Vorbringen des Angekl., daß er mit der B. an dem genannten Tage nicht den Beischlaf vollziehen wollte, ist erlogen. Aus seiner Frage an die B., ob sie nicht einmal „wolle“, ergibt sich einwandfrei, daß er mit dieser den Beischlaf ausüben wollte. In Verwirklichung dieses Entschlusses hat er die B. nicht nur am Geschlechtsteil abgegriffen. Er hat vielmehr in Betätigung dieses Entschlusses die B. auch veranlaßt, ihre Unterhose herunterzuziehen, und sein Glied entblößt; er hat dann weiter die B. zu sich hin zwischen seine Beine genommen, mit dem Finger in dem Geschlechtsteil der B. herumgespielt und diese veranlaßt, an seinem Glied zu reiben. Der Angekl. bezweckte mit diesem Treiben, wie er eingestanden hat, sich und die B. geschlechtlich zu erregen; er wollte damit erreichen, daß sein Glied steif wurde. Er hat dies auch erreicht und es ist kein Zweifel, daß er nunmehr unmittelbar zur restlosen Ausführung seines Entschlusses, sein Glied in die Scheide der B. einzuführen, geschritten wäre, wenn er nicht durch die plötzliche und unerwartete Heimkehr des Vaters der B. überrascht worden wäre. Die genannten Handlungen können keineswegs mehr als bloße Vorbereitungshandlungen zu dem von dem Angekl. beabsichtigten Beischlaf angesehen werden. Sie dienen vielmehr der unmittelbaren Verwirklichung des beabsichtigten Beischlafes; sie hätten bei ungestörtem Fortgang unmittelbar zum Vollzug des Beischlafes geführt. Das unzüchtige Treiben des Angekl. gehört somit nach der natürlichen Auffassung bereits zum Vollzug des beabsichtigten Beischlafes und ist als dessen Bestandteil anzusehen.

Es braucht jedoch hier auf die Frage, ob der Angekl. bereits mit der Ausführung des von ihm beabsichtigten Beischlafes begonnen hat, nicht weiter eingegangen zu werden. Die Verteidigung des Angekl. geht nämlich von der Anschauung aus, daß durch die §§ 2, 5 Abs. 2 des genannten Ges. v. 15. Sept. 1935 i. Verb. m. dem § 11 der 1. Ausf.W.D. zu diesem Gesetz nur der Beischlaf, d. h. nur der natürliche Geschlechtsverkehr verboten und unter Strafe gestellt sei. Diese Anschauung, die auch der Anklageschrift und dem Eröffnungsbeschuß zugrunde liegt, ist aber unzutreffend. Verboten und strafbar ist nach den genannten Best. der außereheliche Geschlechtsverkehr zwischen Juden und Staatsangehörigen deutschen oder artverwandten Blutes schlechthin, also ohne jede Einschränkung. Es gibt nun aber nicht bloß einen natürlichen, normalen Geschlechtsverkehr, sondern auch einen regelwidrigen Geschlechtsverkehr, den unnatürlichen und widernatürlichen. Und wenn man vom Geschlechtsverkehr schlechthin spricht, so versteht man darunter nach allgemeinem Sprachgebrauch nicht bloß den normalen, sondern auch den regelwidrigen. Auch der letztere ist somit als durch die genannten Best. verboten und unter Strafe gestellt anzusehen, es sei denn, daß besondere Umstände dieser Auslegung entgegenstehen. Solche Umstände liegen nicht vor; im Gegenteil. Der normale, natürliche Geschlechtsverkehr wird im Strafrecht üblicherweise als „Beischlaf“ bezeichnet (vgl. §§ 173, 176 Ziff. 2; 177, 179, 182 StGB.; § 5 GeschlKrG.). Hätte also der Gesetzgeber nur den natürlichen Geschlechtsverkehr verboten und unter Strafe stellen wollen, so hätte er zweifellos den hierfür im

Strafrecht gebräuchlichen Ausdruck „Beischlaf“ gewählt. Abgesehen davon sprechen aber auch Sinn und Zweck des fraglichen Gesetzes für die weitere Auslegung des Begriffes „Geschlechtsverkehr“. Das Gesetz bezweckt zunächst den Schutz des deutschen Blutes, die Reinerhaltung desselben. Um diesen Zweck zu erreichen, verbietet der Gesetzgeber nicht etwa nur die Blutmischung zwischen Juden und Staatsangehörigen deutschen oder artverwandten Blutes; er tritt vielmehr bereits der Gefährdung des deutschen Blutes entgegen (vgl. §§ 1, 2 und 3 des Ges.). Es liegt auf der Hand, daß das deutsche Blut durch den natürlichen Geschlechtsverkehr zwischen Juden und Staatsangehörigen deutschen Blutes ganz besonders gefährdet wird. Aber auch bei dem unnatürlichen und widernatürlichen Geschlechtsverkehr zwischen solchen Personen ist die Gefahr einer Blutmischung nicht völlig ausgeschlossen, zumal dieser regelwidrige Verkehr den natürlichen Geschlechtsverkehr vielfach zur Folge hat. Da der Gesetzgeber die Reinheit des deutschen Blutes, soweit überhaupt möglich, sichern will (vgl. hierzu insbes. die §§ 3, 4, 6 und 11 der 1. AusfW.D. zu dem Ges. v. 15. Sept. 1935), muß somit nach dem Willen des Gesetzgebers auch der regelwidrige außereheliche Geschlechtsverkehr zwischen Juden und Staatsangehörigen deutschen oder artverwandten Blutes als verboten und unter Strafe gestellt angesehen werden. Dazu kommt, daß das fragliche Gesetz auch die deutsche Ehre, insbes. die Geschlechts Ehre der Staatsangehörigen deutschen Blutes schützen will (vgl. hierzu insbes. die Überschrift und den § 3 des Ges.). Es ist aber kein Zweifel, daß die deutsche Ehre, insbes. die deutsche Geschlechts Ehre durch den regelwidrigen, namentlich aber durch den widernatürlichen außerehelichen Geschlechtsverkehr zwischen Juden und Staatsangehörigen deutschen Blutes noch weit mehr verletzt wird als durch den natürlichen außerehelichen Geschlechtsverkehr zwischen solchen Personen. Auch bei Berücksichtigung dieses weiteren Zweckes des Gesetzes — Schutz der deutschen Ehre — muß sonach angenommen werden, daß unter „Geschlechtsverkehr“ im Sinne der genannten Best. auch der unnatürliche und widernatürliche Geschlechtsverkehr inbegriffen ist.

Ist nun aber durch die genannten Best. der außereheliche Geschlechtsverkehr zwischen Juden und Staatsangehörigen deutschen oder artverwandten Blutes schlechthin verboten, so ergibt sich, daß sich der Angekl. dadurch, daß er, um sich und die B. geschlechtlich zu erregen, mit dem Finger in dem Geschlechts teil der B. herumbohrte und diese gleichzeitig an seinem Glied reiben ließ, eines vollendeten Verbrechens nach den §§ 2, 5 Abs. 2 des Ges. v. 15. Sept. 1935 schuldig gemacht hat.

(LG. Augsburg, Ur. v. 19. Dez. 1935, Str Pr Reg 120/35.)

Sondergerichte

Berlin

36. § 5 HeimtückeG. v. 20. Dez. 1934; § 3 und Aul. II der 3. DurchfW.D. v. 16. März 1935. NSB.-Mitgliedsplakette ist parteiamtliches Abzeichen. Einziehung erübrigt sich, wenn sie an zuständige Stelle abgeliefert ist.

Die fragliche NSB.-Mitgliedsplakette (braune Blechplakette mit Umschriftung) stellt ein parteiamtliches Abzeichen der NSB., also eines der NSDAP. angeschlossenen Verbandes i. S. des § 5 Abs. 2 HeimtückeG. v. 20. Dez. 1934 dar. Daß die NSB. zu den angeschlossenen Verbänden gehört, ergibt sich aus der amtlichen Begr. zum HeimtückeG. (Df. 1935, 42). Die Plakette ist nach Aul. II zur 3. DurchfW.D. v. 16. März 1935 (RGBl. I, 387) auch ein parteiamtliches Abzeichen; als solche gelten nicht nur von Personen an ihrer Kleidung zu tragende Abzeichen, sondern auch andere, die Mitgliedschaft eines Verbandes kenntlich machende Zeichen. Das ergibt sich aus der gleichen DurchfW.D., wonach sogar Kührplaketten als Abzeichen angesehen und behandelt werden. Der Angekl., der die Plakette an seinem Verkaufswagen befestigt hatte, befand sich also im Besitz eines parteiamtlichen Abzeichens. Von einem Tragen der Plakette (§ 5 Abs. 2 letzter Satz) kann allerdings keine Rede sein, da unter „Tragen“ von Abzeichen nur die erkennbare Anbringung derartiger Kenn-

zeichen durch den Träger an seiner Kleidung, nicht aber die Befestigung an anderen Gegenständen (z. B. hier dem Verkaufswagen eines Straßenhändlers) verstanden werden kann. Der Angekl. war trotz des seinerzeit erfolgten käuflichen Erwerbs der Plakette infolge seiner Austrittserklärung aus der NSB. zu ihrem Besitze nicht mehr befugt, vielmehr gem. § 6 Abs. 2 der 3. DurchfW.D. zu ihrer Ablieferung verpflichtet. Die Einziehung (§ 5 Abs. 4 HeimtückeG.) erübrigte sich, da die Plakette bereits an die NSB. abgeliefert und damit an die Stelle gelangt ist, an welche sie nach § 5 Abs. 5 zu überweisen gewesen wäre.

(Sonderger. II Berlin v. 20. Jan. 1936; Sond. II 1. Sond. KMs. 645/35 — 119/35.)

Amtsgerichte

Hamburg

37. § 185 StGB. Beleidigung der deutschen Rechtsanwälte. Zur Frage der passiven Beleidigungsfähigkeit eines Berufes und des Antragsrechts in einem solchen Falle.

Der Angekl. hat in einem Schreiben an Min. Dr. Frank mit zwei Anlagen von Eingaben an die StA. ausgeführt, der Anwaltszwang sei von den Anwälten dermaßen ausgenutzt, daß Schwindel und Betrug zur höchsten Blüte gelangt seien, das Volk sei diesen Betrügereien schutzlos preisgegeben, die Anwaltszwang müsse unbedingt beseitigt werden, wenn von Volksgemeinschaft überhaupt die Rede sein solle, ferner, in Zivilverfahren sei ein Zusammenarbeiten der Anwälte wahrscheinlich, und die Parole sei dann, wie am meisten Kapital aus den Parteien herauszuschlagen sei, ob mit Recht oder Unrecht, sei ihnen gleich; sie hätten nur zu beraten, wie sie es machen wollten, um das Gericht hinter's Licht zu führen. Die meisten Anwälte seien sog. schwarze Juden und die anderen teilweise weiße Juden.

Die Angaben des Angekl. in dem erwähnten Schreiben enthalten ehrenkränkende und herabsetzende Äußerungen über den deutschen Anwalt.

Die Vorstandsmitglieder der Reichsrechtsanwaltskammer haben als Mitglieder des Präsidiums sowie auch persönlich wegen dieser Äußerungen mit ihrem Schreiben v. 24. Juli 1935 Strafantrag gestellt.

Dieser Strafantrag ist zulässig, da er form- und fristgemäß gestellt ist und außerdem die deutschen Rechtsanwälte als solche, da sie bestimmt erkennbare Einzelpersönlichkeiten der Gesamtheit des deutschen Volkes darstellen, beleidigungsfähig sind. Der Angekl. war daher wegen Beleidigung gem. §§ 185, 194 StGB. zu bestrafen.

Bei der Strafzumessung war nun einerseits zu berücksichtigen, daß der Angekl. in einem gewissen Wahn sich befindet, daß er durch Machenschaften eines Anwaltes sein Vermögen verloren hat. Andererseits war aber auch zu beachten, daß die Anwaltschaft, die dazu berufen ist, mit zur Rspr. beizutragen, vor solchen üblen Äußerungen geschützt werden muß. Es erschien deswegen eine Freiheitsstrafe angebracht.

(LG. Hamburg, Ur. v. 17. Dez. 1935, 86 Ds 377/35.)

Landesarbeitsgerichte

Hamburg

38. § 626 BGB. Auch Pensionsverträge können in entsprechender Anwendung dieser Bestimmung gelöst werden, wenn ihre weitere Erfüllung nach Treu und Glauben nicht zumutbar erscheint.)

Der Kl. war Profurist bei der Bfll. Er wurde am 1. Jan. 1925 von der Bfll. pensioniert, und es wurde ihm eine monatliche Pension von 260 RM ausgesetzt. Die Parteien sind sich darüber einig, daß auf diese Pension eine Rente, welche der Kl. von der Pensionskasse des Beamten-Versicherungsvereins des Deutschen Bank- und Bankiergewerbes erhält, in Anrechnung zu bringen ist. Ab 1. Okt.

1934 hat die Bekl. die Pension auf 247 *RM* herabgesetzt. Am 1. Jan. 1935 hat sie die Zahlung der Pension gänzlich eingestellt, so daß der Kl. seitdem nur noch die Rente des Beamten-Versicherungs-Vereins erhält.

Die Bekl. hat die Pensionszahlung eingestellt, nachdem ihr folgende Handlungen des Kl. zur Kenntnis gelangt waren. Der Kl. hat sich von einer Familie, welche er aus seiner Jugendzeit her kannte, Effekten geben lassen, diese zunächst bei der Bekl. ins Depot gegeben, später aber ohne Wissen der Eigentümerin verkauft und den Erlös an diese nicht abgeführt. Ferner hat er von der gleichen Familie 50 000 *RM* erhalten, um das Geld anzulegen und zu verwalten. Er hat jedoch der Familie keine genügende Abrechnung gegeben und das Geld durch Spekulation oder in sonstiger Weise verloren. Schließlich hat der Kl. von einem früheren Kunden der Bekl., welchen er durch seine Tätigkeit bei der Bekl. kennengelernt hatte, und mit welchem er befreundet war, Effekten im Betrage von 3020 *RM* entliehen mit der Zusage, sie entweder in Natur zurückzugeben oder den Gegenwert unter bestimmten Verpflichtungen und Zinszahlungen zu erstatten, und dieses Versprechen durch Eintragung einer Hypothek zu sichern. Der Kl. ist keiner dieser Verpflichtungen nachgekommen.

Unstreitig ist dem Kl. die Zahlung einer Pension zugesagt worden. Durch diese Zusage hat der Kl. einen unbedingten Rechtsanspruch auf Gewährung der ihm bewilligten Pension erworben. Diese Feststellung bedingt aber noch nicht, daß die Bekl. ein für allemal an ihre Zusage gebunden ist und eine Kündigung des Pensionsvertrages schlechterdings unmöglich ist.

Das Ruhegehalt stellt sich rechtlich als eine nachträgliche Vergütung für geleistete Dienste dar. Seine Gewährung erfolgt, um dem Beschäftigten als Belohnung für treu geleistete Dienste seinen Lebensabend sicherzustellen. Wenn nun das Ruhegehalt auch vielfach nicht im ursprünglichen Arbeitsvertrag, sondern erst später zugesagt wird, so ist diese Zusage und ihre Annahme durch den Beschäftigten doch immer eine Ergänzung des Arbeitsvertrages. Auch nach der Zuruhesetzung steht daher der vom Unternehmer übernommenen Verpflichtung, das zugesagte Ruhegehalt zu gewähren, gleichwertig die Verpflichtung des Gefolgschaftsmitgliedes gegenüber, seinem Betriebsführer die Treue zu halten. Das gilt um so mehr, als die Zusage einer Pension mangels einer gesetzlichen Regelung regelmäßig freiwillig aus einem Treuegefühl des Betriebsführers zu seinem bisherigen Mitarbeiter erfolgt. Stehen sich aber bei dieser Sachlage entgegen dem vom *RRbG.* im Ur. v. 26. Sept. 1934 (*ArbRSamml.* 22, 5) eingenommenen Standpunkt auch nach der Pensionierung des Angestellten Rechte und Pflichten einander gegenüber, so erscheint es auch berechtigt, wenn auf diese Rechtsbeziehungen die Bestimmungen über die fristlose Kündigung von Dienstverträgen direkt oder doch wenigstens analog zur Anwendung gebracht werden (ebenso *Ann.* von *Hueck* zu obigem Urteil).

Wie langfristige oder lebenslängliche Dienstverträge bei Vorliegen eines wichtigen Grundes nach § 626 *BGB.* gekündigt werden können, so muß der Unternehmer auch das Recht haben, einen Pensionsvertrag zu lösen, wenn seine weitere Erfüllung nach Treu und Glauben nicht zumutbar erscheint.

Kann daher grundsätzlich die Möglichkeit der Kündigung eines Pensionsvertrages nicht bezweifelt werden, so kann doch im vorliegenden Fall die Entziehung der dem Kl. zugesagten Pension nicht als berechtigt erachtet werden. Eine Kündigung des Pensionsvertrages kommt nur dann in Frage, wenn seine weitere Erfüllung nach Treu und Glauben nicht zumutbar erscheint. Diese Zumutbarkeit ist verschieden zu beurteilen, je nachdem der Angestellte noch im Betriebe tätig ist oder ob er nach seiner Zuruhesetzung nur noch eine Pension bezieht. Daher kann die Feststellung, daß die Verfehlungen des Kl. die Bekl. zweifellos zur Entlassung berechtigt hätten, noch nicht zu dem Ergebnis führen, daß die Bekl. auch ein Recht zur Entziehung der Pension hat. Die Entlassung des Kl. wäre berechtigt gewesen, weil es für die Bekl. untragbar ist, einen Mann, welcher die dem Kl. zur Last gelegten Verfehlungen begeht, in ihrem Betriebe als Prokuristen zu be-

schäftigen. Die Beschäftigung des Kl. steht aber, da er nicht mehr tätig ist, nicht zur Erörterung. Nach seiner Pensionierung kann es sich nur noch um die Frage handeln, ob der Bekl. die Fortzahlung der Pension noch zugemutet werden kann. Das könnte aber nur dann verneint werden, wenn der Kl. die ihm obliegende Treuepflicht in untragbarer Weise verletzt hätte. Davon kann nach dem feststehenden Sachverhalt nicht gesprochen werden.

Die Verfehlungen des Kl. sind nicht gegen die Bekl. gerichtet gewesen. Sie haben mit den vertraglichen Beziehungen des Kl. zur Bekl. nicht das Geringste zu tun. Die Geschädigten haben sich nicht etwa an den Kl. gewandt, weil er Prokurist der Bekl. gewesen war. Es handelt sich auch nicht um Geschäfte mit Personen, welche zu der Bekl. in Geschäftsverbindung stehen. Es ist daher auch nicht ersichtlich, wie das Verhalten des Kl. den Ruf und das Ansehen der Bekl. hätte schädigen oder wie eine Benachteiligung der Interessen der Bekl. hätte eintreten können. Unter diesen Umständen kann auch nicht anerkannt werden, daß sich der Kl. eine Verletzung der ihm gegenüber der Bekl. obliegenden Treuepflicht hat zuschulden kommen lassen. Der Bekl. stehen daher auch keine Gründe zur Seite, welche es nach Treu und Glauben als unzumutbar erscheinen lassen, daß sie dem Kl. auch fernerhin die ihm zugesagte Pension zahlt.

(*URbG.* Hamburg, Ur. v. 6. Sept. 1935, 19 Sa 57/35.)

Anmerkung: Dem Urteil kann weitgehend zugestimmt werden.

1. Wenn das *URbG.* das Wesen der Ruhegehaltszahlung darin erblickt, daß es sich um eine „Ergänzung des Arbeitsvertrages“ handelt, so bedarf diese Wendung vielleicht noch einer näheren Klarstellung. Mit Recht leitet das Urteil aus seiner grundsätzlichen Auffassung den Satz ab, daß der vom Unternehmer übernommenen Verpflichtung, das zugesagte Ruhegehalt zu gewähren, die Verpflichtung des Gefolgschaftsangehörigen, seinem Betriebsführer die Treue zu halten, gleichwertig gegenübersteht. Man darf diese Treuepflicht also nicht nur als „sekundäre Pflicht“ bezeichnen, wie es vielfach geschieht ist, denn sie ist eine Folge und eine Fortwirkung des Arbeitsverhältnisses. (Darüber siehe noch unten 2.) Wir finden somit in diesen Fällen eine besonders deutliche Bestätigung dafür, daß auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses (Betriebsgemeinschaftsverhältnisses) auf beiden Seiten eine Pflichtenstellung fortbesteht, genau so wie schon vor Eintritt in das Arbeitsverhältnis durch „vorbereitende Vereinbarungen“ beiderseitige Verpflichtungen (Einstellungspflicht, Pflicht zum Dienstantritt usw.) begründet werden können. Diese Vereinbarungen und Verpflichtungen sind eine Vorstufe oder eine Fortwirkung des Arbeitsverhältnisses, sie sind aber im übrigen dem Arbeitsverhältnis wesensgleich und unterliegen daher ebenfalls den Grundsätzen der Betriebsgemeinschaft (vgl. hierzu auch *Siebert*, *Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit*, 1935, bes. S. 85 ff.).

2. In dem vom *URbG.* genannten Urteil (*ArbRSamml.* 22, 5) hatte das *RRbG.* die unmittelbare oder entsprechende Anwendung des § 626 *BGB.* abgelehnt mit folgender, für die Frage nach dem Wesen des Arbeitsverhältnisses und des Pensionsverhältnisses sehr charakteristischer Begründung: „Das *URbG.* hat auch nicht darin rechtlich einen Rechtsverstoß begangen, daß es die Kündigung eines Pensionsvertrages nach der Zuruhesetzung des Ruhegeldberechtigten für gesetzlich nicht zulässig erklärt hat. Das Ruhegeld stellt sich... rechtlich als nachträgliche Vergütung früher geleisteter Dienste dar. Die Verpflichtung zur Ruhegeldzahlung geht somit nach Beendigung der Dienstleistungspflicht des Arbeitnehmers auf einseitige Leistung, und es steht ihr keine Gegenverpflichtung des Ruheständlers mehr gegenüber. Auch die Treuepflicht, der der Ruheständler in gewissem Umfang noch unterliegt, ist nicht als solche Gegenverpflichtung anzusehen, die im Austauschverhältnis (!) zur Zahlungspflicht des Arbeitgebers stünde. Deshalb kann hier von einer unmittelbaren oder auch nur von einer entsprechenden Anwendung der von der Re-

bition angezogenen Bestimmungen über fristlose Kündigung von Dienstverträgen nicht die Rede sein."

Das *ArbG.* Hamburg hat diesen Standpunkt des *ArbG.* mit Recht angegriffen. Allerdings setzt es m. E. mit seiner Kritik an der falschen Stelle ein.

Das *ArbG.* hat nämlich gar nicht Unrecht, wenn es behauptet, die Zahlungspflicht des Unternehmers und die Treupflicht des Ruheständlers ständen nicht in einem Austauschverhältnis zueinander. Daß die Vorstellung eines Austauschverhältnisses typisch auf Umsatzgeschäfte des täglichen Verkehrs und des Handelsrechts zugeschnitten ist, ist heute im Grundsatz allgemein anerkannt. Infolgedessen muß betont werden, daß in der Tat weder das Arbeitsverhältnis noch das mit dem Arbeitsverhältnis in engem Zusammenhange stehende Pensionsverhältnis ein Austauschverhältnis i. S. der §§ 320 ff. *BGB.* darstellt, sondern daß beide Rechtsverhältnisse auf dem Gedanken der beiderseitigen Treue aufgebaut und also personenrechtliche Rechtsverhältnisse sind. Die Lohnzahlung erscheint dann ebenso wie die Zahlung eines Ruhegehalts als eine Folge und ein Ausdruck der Treupflicht des Unternehmers (vgl. auch Siebert: *JW.* 1935, 2870 ff.). Dem Wesen der Treue würde man aber nicht gerecht werden, wenn man die Verpflichtung zur Treue, die für beide Teile des Arbeitsverhältnisses und auch des Pensionsverhältnisses besteht, in ein Gegenseitigkeitsverhältnis pressen würde, das etwa Zug um Zug erfüllt werden müßte und auf das auch sonst die §§ 320 ff. *BGB.* anzuwenden wären.

Es ist jedoch nicht richtig, wenn das *ArbG.* angenommen hat, daß eine entsprechende Anwendung — der Bestimmungen über die fristlose Kündigung — nur dann möglich sei, wenn die beiderseitigen Pflichten ein Austauschverhältnis bilden. Auch ein personenrechtliches, nicht ohne weiteres dem *BGB.* unterliegendes Rechtsverhältnis (Treuverhältnis) kann fristlos aufgelöst werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Denn die Vorschrift des § 626 *BGB.* ist, wie schon Hueck (*ArbRSamm.* 22, 16) hervorgehoben hat, ihrem Wesen nach nichts anderes als ein besonderer Anwendungsfall des § 242 *BGB.* Der Grundsatz von Treu und Glauben beherrscht und gestaltet aber nicht nur die gegenseitigen Verträge im Sinne des *BGB.*, sondern erst recht und in ganz besonderer Weise die auf der Treue aufgebauten personenrechtlichen Rechtsverhältnisse des neuen Arbeitsrechts.

Im Ergebnis ist also dem *ArbG.* Hamburg zuzustimmen. § 626 *BGB.* ist grundsätzlich auch auf Pensionsverhältnisse anwendbar, aber nicht, weil Pensionsverhältnisse auch Austauschverhältnisse wären, sondern weil der Grundgedanke dieser Vorschrift auch auf Nichtaustauschverhältnisse, hier auf personenrechtliche Rechtsverhältnisse, angewandt werden muß.

3. Schließlich gibt die vorliegende Entsch. noch zu einer ganz grundsätzlichen rechtspolitischen Feststellung Anlaß. Die Ausführungen zur Begründung des Urteils lassen in eindringlicher Weise erkennen, zu welchen wohlbegründeten und klaren Ergebnissen die folgerichtige Anwendung des Treupflichtgedankens führt. Man sieht daran, daß es nicht richtig wäre, wenn man in der Hervorhebung der Treupflicht als der alleinigen, alle übrigen Pflichten tragenden Grundpflicht eine Gefahr für die Rechtssicherheit erblicken wollte. Gewiß ist es erwünscht, daß der Gesetzgeber in einem Gesetz über das Arbeitsverhältnis eine nähere Konkretisierung dieser beiderseitigen Treupflicht bringt; man kann aber nicht sagen, daß die Treupflicht bis dahin oder gar überhaupt ihrem Wesen nach nicht fähig und nicht geeignet sei, eine bestimmte Gestaltung des Arbeitsverhältnisses im Einzelfalle herbeizuführen und zu begründen. Eine solche Auffassung würde gerade auch durch die vorliegende Entsch. widerlegt werden.

Prof. Dr. Wolfgang Siebert, Kiel.

Reichsfinanzhof

Berichtet von den Senatspräsidenten Art und Bobenstein und den Reichsfinanzräten Ott und Sölich

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

× 39. §§ 2 Nr. 3, 11 Abs. 1 Nr. 6 *KörpStG.* 1925; § 1 Abs. 1 Nr. 6, § 8 *KörpStG.* 1934. Ein Unternehmen, das der äußeren Form nach von einer nicht rechtsfähigen Personenvereinigung betrieben wird, das aber steuerlich als Betrieb einer Körperschaft des öffentlichen Rechts im Sinne von § 2 Nr. 3 *KörpStG.* anzusehen ist, kann die nur für Personenvereinigungen geltende Steuerbefreiung des § 11 Abs. 1 Nr. 6 *KörpStG.* nicht für sich in Anspruch nehmen.

Nach einem Beschluß der Mitgliederversammlung der Bäckerrinnung A. bilden die Mitglieder der Bäckerrinnung eine Hefebezugsvereinigung als wirtschaftliche Einrichtung der Innung. Satzungsmäßiger Zweck ist die Pflege der Zusammengehörigkeit der Innungsmitglieder, der gemeinschaftliche Einkauf von Hefe und die Erfüllung der in Nr. 4 der Satzung bezeichneten Leistungen für die Mitglieder: Bezahlung von Sterbekassenbeiträgen, Lieferung der Verbandsfachzeitung, Finanzierung von Freizeiten und Ausflügen sowie der ärztlichen Untersuchung der Lehrlinge. Die Kosten für diese Leistungen werden dadurch aufgebracht, daß auf das Pfund Hefe 7 Pfg. aufgeschlagen werden.

FinA. und FinGer. haben die BeschwF. als Betrieb einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft i. S. von § 2 Nr. 3 *KörpStG.* angesehen und die Zuschläge zum Hefepreis nicht als abzugsfähige Beiträge, sondern als steuerpflichtige Einnahmen behandelt.

Mit der Rechtsbeschwerde macht die BeschwF. u. a. geltend, daß die Zuschläge als Beiträge i. S. von § 11 Abs. 1 Nr. 6 *KörpStG.* steuerfrei seien.

Die Rechtsbeschwerde ist unbegründet.

In seiner bisherigen Rspr. hat der Senat zwar die Möglichkeit bejaht, daß in einer der äußeren Form nach von einer nicht rechtsfähigen Personenvereinigung betriebenen Unternehmung ein Betrieb einer Körperschaft des öffentlichen Rechts erblickt werden könne. Er hat aber bisher die Frage unentschieden gelassen, ob in einem solchen Falle die als öffentlicher Betrieb anzusehende Personenvereinigung steuerlich überhaupt noch als „Personenvereinigung“ behandelt werden könne. Der Senat trägt kein Bedenken, diese Frage in verneinendem Sinne zu entscheiden. Ist in einem äußerlich als Personenvereinigung erscheinenden Gebilde steuerlich ein öffentlicher Betrieb zu erblicken, so können auf ihn auch nur die für öffentliche Betriebe geltenden Steuervorschriften, nicht gleichzeitig auch die nur für Personenvereinigungen getroffenen Bestimmungen angewandt werden. Diese Auffassung stimmt mit dem in Fällen ähnlicher Art vertretenen Standpunkt überein. So ist in dem Ur. IA a 730/28 v. 20. Dez. 1928 (*StW.* 1929 Nr. 278) entschieden, daß die nur für Erwerbzeugsellschaften geltende Vorschrift des § 17 Nr. 4 *KörpStG.* 1925 auf Unternehmungen, die in die Form von privatrechtlichen Erwerbzeugsellschaften gekleidet, die aber nach § 2 Nr. 3 Satz 2 *KörpStG.* als öffentliche Betriebe zu behandeln sind, nicht anwendbar ist. Ebenso ist in dem Ur. IA 445/30 v. 20. Dez. 1930 (*RStBl.* 1931, 205, *StW.* 1931 Nr. 366, 525) entschieden, daß die in § 21 Nr. 2 *KörpStG.* für kleine GmbH. und Genossenschaften vorgesehene Tarifvergünstigung für eine den öffentlichen Betrieben gleichgestellte GmbH. nicht gilt. Hiernach kann die BeschwF. als öffentlicher Betrieb die nur für Personenvereinigungen geltende Vorschrift des § 11 Abs. 1 Nr. 6 *KörpStG.* nicht für sich in Anspruch nehmen.

(*RFZ.*, 1. Sen., Ur. v. 14. Jan. 1936, IA 163/35.)

*

× 40. §§ 2 Abs. 3, 5 Abs. 1, 4 Abs. 1 EinkStG. 1934. Unentgeltliche Zuwendungen, die weder mit einem Vorgang des Gewerbebetriebs unmittelbar zusammenhängen, noch aus sonstigen geschäftlichen Erwägungen gemacht werden, können bei der Gewinnermittlung auch dann nicht den gewerblichen Einkünften des Empfängers hinzugerechnet werden, wenn sich die Zuwendung auf ein Wirtschaftsgut des Betriebsvermögens, z. B. durch den schenkweise gewährten Erlaß einer Geschäftsschuld auswirkt.

Der Beschwerdegegner betrieb seit 1929 ein Kolonialwarengeschäft mit Schankwirtschaft und eine Drogenhandlung zusammen mit seinem Vater in O.G., die am 26. Febr. 1934 aufgelöst wurde. Mit Wirkung v. 1. März 1934 ab übernahm der Beschwerdegegner die Drogenhandlung als eigenen Gewerbebetrieb gegen die Verpflichtung, an seinen Vater als „Preis für die Außenstände und den Anteil seines Vaters am Betriebsvermögen“ 5000 RM zu zahlen. Der Beschwerdegegner hat ordnungsmäßige kaufmännische Buchführung. In der Eröffnungsbilanz v. 1. März 1934 erschien die Schuld an den Vater mit 5000 RM unter den Kreditoren von 5011,70 RM. Die Schuld wurde dem Beschwerdegegner Ende 1934 von seinem Vater erlassen. Streitig ist, ob bei der Ermittlung der gewerblichen Einkünfte des Beschwerdegegners für das Kalenderjahr 1934 der erlassene Schuldbetrag von 5000 RM dem gewerblichen Gewinn hinzuzurechnen ist. Das FinA. hat dies mit der Begründung getan, daß es sich um den Erlaß einer Betriebsschuld handle, der nach ständiger Rpr. des RfSt. steuerpflichtig sei. Das FinGer. hat dem Vorbringen des Beschwerdegegners entsprechend angenommen, daß der Schulderlaß des Vaters gegenüber dem Sohne eine Schenkung darstelle und als solche die Person des Einzelkaufmanns, nicht aber seinen gewerblichen Betrieb betreffe. Der Erlaß sei aus verwandtschaftlichen Gründen erfolgt und die dadurch herbeigeführte Vermögensmehrung könne daher nicht zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb i. S. des § 2 Abs. 3 Satz 3 EinkStG. 1934 gerechnet werden.

Die hiergegen erhobene Rechtsbeschwerde des FinA. ist nicht begründet.

Gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 mit § 4 Abs. 1 EinkStG. 1934 ist Gewinn bei buchführungspflichtigen Kaufleuten der Unterschiedsbetrag zwischen dem nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung anzusetzenden Betriebsvermögen am Schluß des Wirtschaftsjahres und dem (nach den gleichen Grundsätzen anzusetzenden) Betriebsvermögen am Schluß des vorangegangenen Wirtschaftsjahres. Wird ein Betrieb eröffnet oder erworben, so tritt gem. § 5 Abs. 1 der 1. DurchWd. z. EinkStG. an die Stelle des Schlusses des vorangegangenen Wirtschaftsjahres der Zeitpunkt der Eröffnung oder des Erwerbs. Der Gewinn des Beschwerdegegners ist also nach der Formel zu ermitteln: Endvermögen v. 31. Dez. 1934 — Anfangsvermögen v. 1. März 1934. Das nach der Handelsbilanz sich ergebende Endvermögen ist aber nicht ohne weiteres der Gewinnermittlung zugrunde zu legen, es bedarf vielmehr steuerlicher Richtigstellung. Als solche ist zunächst im Gesetz selbst die Befolgung der Vorschriften über die Entnahmen, Einlagen, Betriebsausgaben und über die Bewertung vorgeschrieben (§ 5 Abs. 1 Satz 2 EinkStG. 1934). Darüber hinaus ist aber, wie das FinGer. mit Recht betont, erforderlich, daß es sich bei der als Gewinn anzusetzenden Betriebsvermögensmehrung auch in vollem Umfang um aus dem Gewerbebetrieb bezogene Einkünfte handelt. § 6 EinkStG. 1925 betonte in seinem Abs. 3, daß der Besteuerung des Einkommens insbesondere nicht einmalige Vermögensanfänge, wie Schenkungen, Erbschaften, Ausstattungen, Lotteriegewinne usw., unterliegen sollten. Eine Vorschrift gleichen Inhalts ist im EinkStG. 1934 nicht mehr vorhanden. Diese Tatsache hat jedoch sachlich keine Bedeutung, da es sich bei § 6 Abs. 3 EinkStG. 1925 in der Hauptsache nicht um eine sachliche Rechtsvorschrift, sondern nur um eine gesetzliche Erläuterung handelte. Der Grundgedanke, daß Ver-

mögenszuflüsse, die als Kapitalzahlungen keiner Einkunftsart des § 2 Abs. 3 EinkStG. 1934 zugerechnet werden können, nicht einkommensteuerpflichtig sind, ergibt sich, wie in der Begründung zum EinkStG. 1934 (unter II zu § 2 Abs. 6 = RGBl. 1935, 35) ausgeführt ist, aus dem Einkommensbegriff.

Danach können Vermögenszuflüsse, die mit der gewerblichen Tätigkeit des Kaufmanns in keinem unmittelbaren Zusammenhang stehen, den gewerblichen Einkünften nicht zugerechnet werden. Sie sind an der aus dem Betriebsvermögensvergleich sich ergebenden Vermögensmehrung abzusetzen, wenn sie in den Bilanzen, die dem Vermögensvergleich zugrunde gelegt wurden, berücksichtigt waren. Die Schuld des Beschwerdegegners an seinen Vater war eine aus dem Erwerb des Betriebs herrührende Kaufpreisschuld. Sie war als solche Betriebsschuld und wurde deshalb in der Eröffnungsbilanz v. 1. März 1934 mit Recht passiviert. Aus der Eigenschaft der Schuld als Betriebsschuld ist jedoch im Gegensatz zur Auffassung des FinA. nicht ohne weiteres zu schließen, daß auch ihr Erlaß Betriebsvorgang sein muß. Der Erlaß einer Forderung kann wie jede andere Zuwendung, die zunächst ohne besondere Gegenleistung des Empfängers gemacht wird, auf verschiedenen Gründen beruhen. Der Erlaß einer Geschäftsforderung oder die Zuwendung an einen Betrieb kann von Seiten des Zuwendenden aus geschäftlichen Rücksichten erfolgen. Ein Kaufmann kann z. B. einem Geschäftsfreund einen Preisnachlaß an einer Warenforderung oder auch an dem Erwerbspreise eines Geschäfts gewähren, weil er der Überzeugung ist, daß er den Käufer überfordert hat und durch den Nachlaß auf einen angemessenen Preis herabgehen muß oder weil er dadurch einen für ihn vermutlich aussichtslosen Rechtsstreit mit dem Käufer abwenden will. In diesem Falle stellt sich der Erlaß für den Käufer als Kaufmann zweifellos als Betriebsvorgang dar, der allerdings nicht immer gewinnerhöhend wirkt. Eine Erhöhung des Gewinnes tritt z. B. nicht ein, wenn für eine im Geschäft noch vorhandene, mit dem Anschaffungspreis angelegte Ware der Anschaffungspreis herabgesetzt wird, oder wenn durch die Ermäßigung des Erwerbspreises des Unternehmers eine den laufenden Gewinn nicht beeinflussende, nachträgliche Minderung der Kaufpreisschuld herbeigeführt wird. Eine Gewinnerhöhung würde dagegen insoweit eintreten, als sich die Minderung des Anschaffungspreises einer bereits mit Gewinn oder Verlust abgesetzten Ware gewinnerhöhend oder verlustmindernd auswirkt. Als Betriebsvorgang würde es auch anzusehen sein, wenn ein Geschäftsmann einem anderen Geschäftsmann einen Gegenstand des Betriebsvermögens unentgeltlich mit der Bestimmung überläßt, diesen Gegenstand in seinem Betriebe zur Werbung für den Betrieb des Gebers gewerblich zu nutzen. Hier sind die Gründe für die Abgabe des Gegenstandes ebenfalls gewerblicher Art und die Gegenleistung des Empfängers besteht in der Benützung des Gegenstandes in seinem Betriebe. Die durch den Übergang des Gegenstandes in das Betriebsvermögen des Empfängers eingetretene Erhöhung des Betriebsvermögens um den Wert des Gegenstandes ist auch einkommensteuerrechtlich als Teil des Gewinnes zu erfassen, soweit es sich nicht um eine gesellschaftliche Einlage handelt.

Anderes sind dagegen die Tatbestände zu beurteilen, in denen eine Zuwendung lediglich aus den persönlichen, zwischen dem Inhaber des Gewerbebetriebes und dem Zuwendenden bestehenden Beziehungen zu erklären ist, auch wenn die Auslieferung der Zuwendung nach den besonderen Umständen einen Gegenstand des Betriebsvermögens betrifft. Ist der Erlaß einer Forderung oder die unentgeltliche Zuwendung eines Gegenstandes an den Kaufmann nicht von geschäftlichen Rücksichten des Gebers beeinflusst, fñhrt sich insbesondere der Geber nicht wegen besonderer Umstände, z. B. wegen Überforderung des Empfängers, aus geschäftlichem Anstand heraus zur Zuwendung verpflichtet, dann kann in der Zuwendung eine Schenkung im steuerrechtlichen Sinne liegen. Diese erfordert als freigebige Zuwendung neben der sachlichen Bereicherung des Empfängers die persönliche Bereicherungsabsicht des Gebers. Diese Voraussetzung ist vor

allem dann erfüllt, wenn, wie im vorliegenden Falle, von den Vorbehörden als richtig unterstellt ist, die Zuwendung ausschließlich aus verwandtschaftlichen Rücksichten erfolgt ist. Erstreckt sich der schenkweise gewährte Erlaß auf eine Betriebschuld des Empfängers, dann ist der Erlaß der Betriebschuld kein Betriebsvorgang und die dadurch herbeigeführte Vermehrung des Betriebsgewinnes gehört nicht zum gewerblichen Gewinn des Empfängers. Der nach dem Betriebsvermögensvergleich sich ergebende Betriebsgewinn ist also um den Betrag der schenkweise erlassenen Schuld zu kürzen. Der durch Schenkung herbeigeführte Erlaß einer aus dem Erwerb des Betriebs herrührenden Betriebschuld unterscheidet sich insofern von dem oben erwähnten Falle der nachträglichen Verabsetzung des Kaufpreises, als hier der Erlaß auf den Bestand der Schuld in der Eröffnungsbilanz ohne Einfluß ist. Die Kaufpreisschuld hat mit dem in der Eröffnungsbilanz ausgewiesenen Betrage bis zum Zeitpunkt des Erlasses in voller Höhe fortbestanden, und die Tatsache ihres Erlasses durch Schenkung hat das Löschen der Betriebschuld, aber außerhalb des Betriebes und damit ohne Beeinflussung des Gewinns, zur Folge.

(RFG., 6. Sen., Urt. v. 8. Jan. 1936, VI A 908/35.)

*

× 41. § 215 RAbgD.; § 11 EinkStG. 1925 und 1934. Die Vorschriften über die einheitliche Feststellung des Einnahmeüberschusses bei einer Gemeinschaft haben zwar nicht nur verfahrensrechtliche Bedeutung in dem Sinn, daß die Gemeinschaft als solche keine gemeinschaftlichen Einnahmen und Ausgaben hätte; im Sinn des sachlichen Einkommensteuerrechts sind aber die Einnahmen und Ausgaben der Gemeinschaft als solcher nicht ohne weiteres als bei jedem einzelnen Teilhaber zugeflossen oder abgeflossen zu behandeln.

(RFG., 6. Sen., Urt. v. 8. Jan. 1936, VI A 1318/33.)

Finanzamt

Teltow

42. § 1 Abs. 2, ZarSt. 18 PrStempSt. Zur Frage der Stempelspflicht von Prozeßvollmachten. Enthält eine Prozeßvollmacht u. a. die Ermächtigungen, die Handakten über den Rechtsstreit sechs Monate nach Beendigung desselben zu vernichten, sowie dem Zahlungspflichtigen Stundung zu gewähren und Aufrechnungserklärungen abzugeben und entgegenzunehmen, so ist hierin keine vertragliche Vereinbarung zu sehen, sondern nur eine einseitige Erklärung des Vollmachtgebers. Die Erhebung des Vertragsstempels, die auf den Erlaß des PrFinM. v. 28. Juni 1935, S 5101 — 31. 5: F.W. 1935, 2252 gestützt wird, ist daher unzulässig. †

(FinA. Teltow, Verkehrssteuerstelle, Bescheid v. 15. Jan. 1936, Tgb. Nr. 9/36.)

Anmerkung: Der Entsch. des FinA. Teltow ist zuzustimmen. Die in der Vollmacht erteilte Ermächtigung geht nur insofern über den Umfang einer Prozeßvollmacht hinaus, als der RA. berechtigt ist, die Handakten zu vernichten. Hierwegen könnte ZarSt. 18 i. Verb. m. § 1 Abs. 2 PrStempStG. dann Anwendung finden, wenn sich aus dem Inhalte der Urkunde ergeben würde, daß die Ermächtigung zur Aktenvernichtung die erklärte Willenseinigung beider Vertragsteile darstellen sollte. Die Ermächtigung, dem Zahlungspflichtigen Stundung zu gewähren, ferner Aufrechnungserklärungen abzugeben und entgegenzunehmen, geht nicht über den Rahmen einer Prozeßvollmacht hinaus. Zu den Prozeßhandlungen, die auf Grund der Prozeßvollmacht vorgenommen werden können, gehören nach § 81 ZPO. auch Erklärung und Entgegennahme von Aufrech-

nungen, Beseitigung des Rechtsstreits durch Verzicht, Anerkennung und Vergleich, sofern nicht diese Befugnisse ausdrücklich ausgenommen ist (§ 83 ZPO.). Wenn zu den Prozeßhandlungen, zu denen der Prozeßbevollmächtigte befugt ist, der Verzicht auf den Streitgegenstand und der Vergleich gehören, so muß dies auch für die Stundung gelten.

Dr. F. Boehlmann, Berlin.

Reichsverfürgungsgericht

Berichtet von Senatspräsident Dr. Arendts, Berlin

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

43. Das Unternehmen „Reichsautobahnen“ ist eine juristische Person des öffentlichen Rechts, deren Aufsicht die Reichsregierung hat (vgl. Gef. v. 27. Juni 1933 (RGBl. II, 509)). Die Verwendung bei ihr gilt somit gem. § 57 Nr. 2 Abs. 2 RWG. i. d. Fassung v. 30. Juni 1933 (RGBl. I, 433 ff.) als Verwendung im öffentlichen Dienst.

(RVerförgGer., E. v. 28. Sept. 1935, M 3942/35. 2.)

*

44. § 9 Abs. 1 RWG. gewährt Hinterbliebenenversorgung ausschließlich nach den Vorschriften des RVerförgG. (mit den Erweiterungen wie auch mit den Einschränkungen dieses Gesetzes). Die Witwe eines ehemaligen Kapitulanten, der Dienstzeitrente nach § 1 RWG. (§ 8 Abs. 2 RWG. u. § 105 RVerförgG.) bezogen hat, hat ansich Anspruch auf Witwenrente nach § 9 Abs. 1 RWG. Jedoch besteht dieser Anspruch nicht, wenn die Ehe erst nach dem Ausscheiden aus dem Militärdienst und nach dem 6. Juni 1931 geschlossen worden ist.

(RVerförgGer., E. v. 28. Sept. 1935, M 4716/35. 2.)

*

45. Aufwendungen zur Erfüllung einer gesetzlichen Unterhaltspflicht gehören auch dann nicht zu den von dem „Unrechnungseinkommen“ abzugsfähigen Ausgaben, wenn sie auf Grund einer besonderen privatrechtlichen Verpflichtung erfolgen.

(RVerförgGer., E. v. 22. Okt. 1935, M 1512/34. 6.)

*

46. Nach Nr. 4 des v. 21. Nov. 1930 datierten Erlasses des RArbM. (RWB. 1930, V, 70), der für die Vollmachterteilung zur Vertretung des Reichsfiskus im Versorgungsanspruchverfahren maßgebend ist, bleiben zur Vertretung des Reichsfiskus in den bis zum 31. Dez. 1930 bei den Versorgungsämtern eingegangenen Berufungen die Hauptversorgungsämter zuständig. Wird also ein Urteil dem Versorgungsamt zugestellt, so ist diese Zustellung nicht geeignet, die Rekursfrist in Lauf zu setzen. Diese beginnt vielmehr erst mit der tatsächlichen Empfangnahme des angefochtenen Urteils durch das Hauptversorgungsamt. Rekurseinlegung ist auch vor Zustellung des Urteils zulässig.

(RVerförgGer., E. v. 13. Nov. 1935, M 5091/33. 3.)

*

47. Für die Rückforderung von Leistungen, die von der Verwaltungsbehörde nicht im Härteausgleich (§ 113 RVerförgG.), sondern als Unterstützungen gewährt worden sind, ist das Verfahren in Versorgungssachen nicht zulässig.

(RVerförgGer., Grbf. E. v. 17. Dez. 1935, M 308/35. 12.)

48. Eine Bestimmung der Reichsregierung, wonach die im Jahre 1919 bei der „Eisernen Division“ oder bei militärischen Abteilungen im Baltikum getätigten Kampfhandlungen als Krieg anzusehen sind, ist nicht erfolgt. Eine Doppelrechnung der bei diesen Formationen im Jahre 1919 verbrachten Zeit findet somit nicht statt.

(RVerfOrgGer., E. v. 23. Sept. 1935, M 6382/34. 8.)

Preussisches Oberverwaltungsgericht

49. § 112 PrOVG. v. 30. Juli 1883 (GS. 195). Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. In Abweichung von der bisherigen Rechtsprechung. In Fällen, in denen die Erteilung einer Rechtsmittelbelehrung nicht vorgeschrieben ist, ist ein Grund zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand i. S. des § 112 PrOVG. bei Erteilung einer unzutreffenden Belehrung dann anzunehmen, wenn der Belehrte der Richtigkeit der Auskunft ohne Verschulden vertrauen durfte, insbes. weil er unter Berücksichtigung aller Umstände die Auskunft erteilende Stelle als maßgebend ansehen konnte.

Gegen die Entsch. eines Stadtausschusses, durch die ihm erteilte Erlaubnis zum Betriebe einer Schankwirtschaft wegen Mangels der erforderlichen Zuverlässigkeit zurückgenommen worden war, legte der beklagte Schankwirt Ver. ein, die der BezAussch. durch Ur. v. 17. Nov. 1933 zurückwies.

Hiergegen legte der Befl. durch Schriftsatz v. 14. Febr. 1934 Rev. ein, die jedoch namens des inzwischen an die Stelle des BezAussch. getretenen BezVerwGer. von dessen Vorsitzenden durch Bescheid v. 2. März 1934 zurückgewiesen wurde, weil die zur Einlegung der Rev. gem. §§ 95, 85 PrOVG. eingeräumte Frist von zwei Wochen veräufert sei.

Gegen diesen ihm am 7. März 1934 zugestellten Bescheid erhob der Befl. am 14. März 1934, beim OVG. eingegangen am 16. März 1934, Beschw. mit der Begr., er sei über das ihm gegen das Urteil des BezAussch. zustehende Rechtsmittel falsch belehrt worden. Auf seine am Verhandlungstage an den Vorsitzenden gerichtete Frage, welches Rechtsmittel ihm gegen das verkündete Urteil zustehe, habe ihm dieser geantwortet, ein Rechtsmittel gäbe es nicht, die Entsch. sei endgültig. Aus diesem Grunde sei die Einlegung des ihm entgegen dieser Belehrung zustehenden Rechtsmittels der Rev. verspätet erfolgt.

Der form- und fristgerecht erhobenen Beschw. gab das OVG. statt und erkannte sodann in der Sache selbst.

Das Urteil des BezAussch. v. 17. Nov. 1933 ist dem Befl. am 13. Jan. 1934 zugestellt. Die von dem Befl. an das BezVerwGer. eingesandte mit Begr. versehene Revisionschrift trägt das Datum v. 14. Febr. 1934 und ist dort am 23. Febr. 1934, also nach Ablauf der mit dem 27. Jan. 1934 endenden Revisionsfrist (§§ 95, 85 PrOVG.) eingegangen. Die angefochtene Entsch. des BezVerwGer. v. 2. März 1934 stellt daher zwar zu Recht fest, daß die gesetzliche Frist zur Einlegung der Rev. gegen das Ur. v. 17. Nov. 1933 überschritten ist, es fragt sich jedoch, ob der Befl. mit der Behauptung, ihm sei über die Anfechtbarkeit des Urteils des BezAussch. v. 17. Nov. 1933 durch den Vorsitzenden eine sachlich unzutreffende Belehrung zuteil geworden, einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hat stellen und begründen wollen, über den gem. § 112 PrOVG. das RevG. zu entscheiden haben würde. Aus dem Vorbringen des Befl., der dies zwar nicht wörtlich zum Ausdruck bringt, der aber nach wie vor seine Rev. aufrechterhält, muß das zu seinem Gunsten gefolgert werden.

Nach der vom Senat über die Angaben des Befl. eingeholten Auskunft des Vorsitzenden des BezAussch. ist die Möglichkeit nicht von der Hand zu weisen, daß der Befl. auf seine nach dem Ergehen des Urteils des BezAussch. an dessen Vor-

sitzenden gerichtete Frage infolge der irrtümlichen Annahme des Befragten, es habe sich nicht — wie es der Fall war — um die Entziehung, sondern um die Versagung einer Konzession gehandelt, eine tatsächlich unzutreffende oder zum mindesten mißverständliche Antwort erhalten hat, und daß der Befl. im Vertrauen auf die Richtigkeit dieser Belehrung zunächst von der Einlegung eines Rechtsmittels abgesehen hat.

Nun wird zwar nach der Rspr. des Gerichtshofs in Fällen, in denen die Erteilung einer Rechtsmittelbelehrung gesetzlich vorgeschrieben ist, die Rechtsmittelfrist durch eine unzutreffende Belehrung nicht in Lauf gesetzt, andererseits aber gilt nach der bisherigen Rspr. ein durch unzutreffende Auskunft einer Behörde veranlaßter Rechtsirrtum nicht als unabwendbarer Zufall i. S. des § 112 PrOVG. (OVG. 70, 99). In solchen Fällen hat die Rspr. bislang angenommen, daß eine unzutreffende amtliche Mitteilung über ein Rechtsmittel, bzgl. dessen eine Belehrung gesetzlich nicht vorgeschrieben ist, trotz ihres unrichtigen Inhalts nicht nur den Lauf einer Ausschlussfrist nicht hindere, sondern auch keinen Anspruch auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu begründen vermöge. Die Parteien hätten sich vielmehr über die einschlägigen gesetzlichen Vorschriften selbst zu vergewissern und handeln, wenn sie statt dessen sich auf eine ihnen erteilte Belehrung verlassen, auf die Gefahr, daß die Frist veräufert werde.

Da hinsichtlich der gegen Urteile der BezAussch. bzw. der BezVerwGer. zu ergreifenden Rechtsmittel die Erteilung einer Rechtsmittelbelehrung nicht vorgeschrieben ist, würde bei Zurückverweisung der bisherigen Rspr. trotz der schon erwähnten Annahme, daß dem Befl. auf seine Frage über das ihm gegen das Urteil des BezAussch. zustehende Rechtsmittel eine unzutreffende Auskunft vom Vorsitzenden des BezAussch. erteilt worden ist, und daß er nach Aufklärung über diesen Irrtum rechtzeitig die veräuferte Streithandlung nachgeholt hat, die Beschw. des Befl. gegen den Bescheid des BezVerwGer. v. 2. März 1934 sowie sein Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zurückgewiesen werden müssen.

Der Gerichtshof ist sich jedoch, wie in einem besonderen Verfahren festgestellt worden ist, in allen seinen Senaten darüber einig, daß diese Rspr. aufgegeben werden muß, weil sie mit den Anschauungen der Zeit nicht im Einklang steht. Vielmehr muß dem von den staatlichen Behörden für ihre Arbeit beanspruchten Vertrauen auch ein Verhalten entsprechen, das dieses Vertrauen rechtfertigt, so daß in Fällen, in denen eine Rechtsmittelbelehrung gesetzlich nicht vorgeschrieben ist, bei Erteilung einer unzutreffenden Belehrung ein Grund zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand i. S. des § 112 PrOVG. dann als vorliegend anzusehen ist, wenn der Belehrte der Richtigkeit der Auskunft ohne Verschulden vertrauen durfte, insbes. weil er unter Berücksichtigung aller Umstände die Auskunft erteilende Stelle als maßgebend ansehen könnte. Nur um Mißverständnissen vorzubeugen, sei hier erwähnt, daß es natürlich in den Fällen, in denen die Erteilung einer Rechtsmittelbelehrung gesetzlich vorgeschrieben ist, bei der bisherigen, dem oben genannten Gedanken bereits Rechnung tragenden Rspr. verbleibt, daß nämlich durch eine unrichtige Belehrung der in Ausübung jener gesetzlichen Vorschrift handelnden Stelle eine Rechtsmittelfrist nicht in Lauf gesetzt wird.

Danach ist unter Aufhebung des Bescheids des BezVerwGer. v. 2. März 1934 dem Antrage des Befl. auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand stattzugeben, und die von ihm gegen das Urteil des BezAussch. v. 17. Nov. 1933 eingelegte Rev. als form- und fristgerecht erfolgt anzusehen.

(PrOVG., 3. Sen., Ur. v. 12. Dez. 1935, III C 260/35.)

*

50. §§ 86, 95 PrOVG. v. 30. Juli 1883 (GS. 195). Unzulässige Revisionsrechtfertigung. Eine Revisionsanmeldung, die den Willen zur Revision in der Hauptsache zum Ausdruck bringt und ihre nachfolgende Begründung auch anfündigt, sich im übrigen aber auf Ausführungen über die angeblich zu beantragende Höhe des Streitwerts beschränkt, enthält keine gesetzlich zulässige Revisionsrechtfertigung.

Wird die Rechtfertigung zur Hauptsache innerhalb der Revisionsfrist nicht nachgeholt, so ist die Revision nicht als rechtzeitig gerechtfertigt zu erachten.

Gegen das Klageabweisende Urteil des BezVerwGer. erhob der Kl. innerhalb der Rechtsmittelfrist Rev. Der Revisionschriftsatz enthält die Ankündigung, daß die Begr. nachfolgen werde, und erging sich im übrigen in Ausführungen über die Höhe des Streitwerts, die bemängelt wurde. Eine Rechtfertigung der Rev. zur Hauptsache unterblieb. Das OVG. wies die Rev. wegen Veräumung der Rechtfertigungsfrist zurück.

Die Rev. ist bei Verlust des Rechtsmittels innerhalb zwei Wochen zu rechtfertigen (§§ 95, 86 VerwG.). Eine nur gegen die Festsetzung des Streitwerts gerichtete Rev. ist, wie vom OVG. wiederholt ausgesprochen worden ist, unzulässig (vgl. OVG. 72, 448; 91, 257/258; RVerwBl. 56, 964). Ein Revisionschriftsatz, in dem lediglich die Beschw. des RevKl. über die im angefochtenen Urteil vorgenommene Streitwertfestsetzung näher begründet wird und der einer Rechtfertigung der Rev. zur Hauptsache ermangelt, enthält daher keine gesetzlich zulässige Revisionsrechtfertigung. Es fehlt also unter diesen Umständen an einer Rechtfertigung der Rev. im gesetzlichen Sinne überhaupt. Die Rev. ist in solchem Falle ebenso zu behandeln, wie wenn sie gar nicht gerechtfertigt worden ist. Das hat zur Folge, daß Kl. des Rechtsmittels der Rev. verlustig gegangen ist und diese zurückzuweisen war.

(PrOVG., 3. Sen., Besch. v. 5. Dez. 1935, III C 193/35.)

51. § 2 EinzelhandelschutzG. v. 12. Mai 1933 (RGBl. I, 262) i. d. Fassung v. 25. Okt. 1933 (RGBl. I, 779), 27. Juni 1934 (RGBl. I, 523) und 13. Dez. 1934 (RGBl. I, 1241). Ausnahmegenehmigung gemäß EinzelhandelschutzG. Von der Verlegung einer Verkaufsstelle i. S. des § 2 Abs. 2 EinzelhandelschutzG. kann nur dann gesprochen werden, wenn die Inbetriebnahme der neuen Verkaufsstelle in unmittelbarem Zusammenhange mit der Aufgabe der alten Verkaufsstelle erfolgt.

Am 4. Juni 1934 stellte der Hotelbesitzer H. in H. beim Oberbürgermeister (Baupolizei) den Antrag auf Genehmigung einer Anlage zur Lagerung von 10000 Liter brennbarer Flüssigkeiten der Gefahrenklasse I auf dem Grundstück H. str. 65/66 dortf. Am 29. Juni 1934 erhielt H. den Bauerlaubnischein zur Aufstellung von zwei Zapfsäulen und zum Einbau von zwei Tanks von je 5000 Liter Inhalt auf seinem Grundstück. Unter Bezugnahme auf diese Erlaubnis bat am 11. Juli 1934 die Dap. um die Genehmigung zur Aufstellung von zwei 2500-Liter-Tanks an Stelle eines 5000 Liter fassenden Tanks, was genehmigt wurde. Die Inbetriebnahme dieser Tankstelle auf dem Hofe erfolgte durch die Dap., während die zweite baupolizeilich bewilligte Tankstelle (5000 Liter) von H. selbst betrieben wurde.

Durch Verfügung des Oberbürgermeisters als Ortspolizeibehörde v. 2. Nov. 1934 wurde der Dap. bei Vermeidung eines Zwangsgeldes von 50 RM aufgegeben, die Zapfstelle sofort außer Betrieb zu setzen, weil zu ihrer Errichtung die erforderliche Genehmigung sowohl auf Grund des Gef. zum Schutze des Einzelhandels als auch gemäß Anordnung v. 24. Juli 1934 (RMnz. Nr. 171) über Beschränkung des Tankstellennetzes fehle.

Diese polizeiliche Verfügung hat die Dap. nach erfolgloser Beschwerde mit der Klage angefochten, in der sie u. a. geltend machte:

Die Errichtung der Tankstelle auf dem Hof habe nur die Bedeutung einer Verlegung; denn sie, Kl., habe am 21. Febr. 1934 die Tankstelle in der A. str. und am 3. Mai 1934 die Tankstelle M. str. eingestellt.

Das BezVerwGer. wies die Klage ab, indem es u. a. ausführte:

Es könne nicht davon gesprochen werden, daß es sich bei der Errichtung der Tankstelle um eine Verlegung einer anderen Tankstelle handle, weil zu einer Verlegung gehöre,

daß eine Verkaufsstelle aus ihren bisherigen Räumen in andere Räume verlegt werde, d. h., daß ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Aufgabe der einen Verkaufsstelle und der Errichtung der anderen Verkaufsstelle bestehe. Das sei aber hier nicht der Fall, denn die im Febr. und Mai aufgegebenen Verkaufsstellen seien offensichtlich nicht mit Rücksicht auf die Errichtung der Tankanlage in der H. str., sondern aus anderen Gründen aufgegeben worden.

Auf die Rev. der Kl., die zur Zurückweisung der Sache an die Vorinstanz aus anderen Gründen führte, führte das OVG. zu der Frage der Verlegung folgendes aus:

Die Ausnahmebestimmung des § 2 Abs. 2 EinzelhandelschutzG. greift nicht Platz, die besagt, daß als Errichtung einer Verkaufsstelle nicht gilt, wenn eine Verkaufsstelle unter Aufgabe der bisherigen Verkaufsräume innerhalb desselben Gemeindebezirks in andere Verkaufsräume verlegt wird. Kl. will es so angesehen wissen, als ob sie die am 21. Febr. 1934 aufgegebenen Tankstelle in der A. str. oder die am 3. Mai 1934 in der M. str. aufgegebenen Tankstelle nach der H. str. 65/66 verlegt habe. Es ist durchaus zutreffend, wenn der Vordichter den Begriff der „Verlegung“ einer Verkaufsstelle dahin ausgelegt hat, daß er einen unmittelbaren Zusammenhang zwischen der Aufgabe der einen und der Inbetriebnahme der anderen Verkaufsstelle voraussetzt. Es muß bei der Aufgabe die Absicht der Verlegung der Verkaufsstelle an eine andere Betriebsstätte obgewaltet haben und die Verlegung bereits fest in Aussicht genommen sein. Wer eine Verkaufsstelle aufgibt und nach einer Zwischenzeit sich dazu entschließt, an einem anderen Ort eine Verkaufsstelle gleicher Art aufzutun, hat nicht die alte Verkaufsstelle verlegt, sondern eine neue errichtet. Verlegung bedeutet, daß nur die bisherige Betriebsniederlassung aufgegeben und gewechselt wird, ohne daß während einer den Umständen nach nennenswerten Zeit der Betrieb überhaupt eingestellt wird. Ist die Einstellung erfolgt und dabei an die Wiederaufnahme des Betriebs an anderer Stelle gar nicht gedacht, so kann von einer Verlegung nicht die Rede sein. Kl. hat nach Aufgabe der beiden genannten Verkaufsstellen am 21. Febr. und 3. Mai 1934 den Antrag auf Erteilung der Bauerlaubnis für H. str. 65/66 erst am 4. Juni 1934 gestellt und dabei nichts von einer Verlegung erwähnt. Um eine Verlegung würde es sich nur gehandelt haben können, wenn vor der Aufgabe bereits die nötigen Anstalten zur Aufnahme des Betriebs an einem anderen Ort getroffen worden wären. Das ist hier in keiner Weise geschehen. Auf die Vorschrift des § 2 Abs. 2 kann sich daher Kl. zur Ausschaltung des Erfordernisses einer Ausnahmegenehmigung nicht berufen.

(PrOVG., 3. Sen., Ur. v. 10. Okt. 1935, III C 139/35.)

52. §§ 2, 3, 5 EinzelhandelschutzG. v. 12. Mai 1933 (RGBl. I, 262) i. d. Fassung des Gef. v. 25. Okt. 1933 (RGBl. I, 779), 27. Juni 1934 (RGBl. I, 523) und 13. Dez. 1934 (RGBl. I, 1241). Ausnahmegenehmigung gemäß EinzelhandelschutzG. Von dem im EinzelhandelschutzG. ausgesprochenen Verbot der Errichtung neuer Verkaufsstellen sind Verkaufsstellen, die dem Vertrieb inländischer Erzeugnisse gewidmet sind, nicht ausgenommen. Von der Erweiterung einer bereits bestehenden Verkaufsstelle durch Hereinnahme eines neuen Artikels kann dann nicht die Rede sein, wenn der Vertrieb des neuen Artikels zwar innerhalb der bereits bestehenden Verkaufsstellen, aber im Namen und auf Rechnung eines anderen Unternehmers erfolgt. Unter Umständen kann in der vorbehaltslosen Erteilung des Bauerlaubnischeins die Erteilung einer außerdem noch erforderlichen weiteren Erlaubnis erblickt werden. Das ist der Fall, wenn nach Lage der Verhältnisse der Gesuchsteller verständigerweise zu der Auffassung gelangen mußte, daß mit der Entscheidung

über die Bauerlaubnis zugleich auch über die weitere Erlaubnis befunden sei, der Vorbehalt der Entscheidung über die weitere Erlaubnis nach den Grundsätzen von Treu und Glauben zu seiner Wirksamkeit also ausdrücklich hätte erklärt werden müssen.

Die G.-AktG. beantragte am 16. März 1934 beim Magistrat der Stadt G. die Genehmigung zum Bau einer öffentlichen Benzinzapfstelle auf dem Grundstück G. Hof in G., S. Nr. 65/66. Dabei bemerkte sie, daß eine Ausnahmegewilligung (gemeint war eine solche auf Grund der gesetzlichen Einzelhandelsbeschränkungen) nicht nötig sei, da auf einem bereits vorhandenen Garagenhof nur eine Zapfstelle hinzugebaut werden solle. Auf den Antrag hin verlangte der Oberbürgermeister als Ortspolizeibehörde (Baupolizei) eine Vervollständigung der Unterlagen. Nachdem dies geschehen, erhielt die G.-AktG. am 28. Juni 1934 den Bauerlaubnischein. Die auf Grund der PolWD. über Verkehr mit brennbaren Flüssigkeiten v. 6. Dez. 1930 vorgeschriebene Abnahme der Tankanlage erfolgte am 21. Aug. 1934.

Durch Verfügung des Oberbürgermeisters als Ortspolizeibehörde v. 2. Nov. 1934 wurde der G.-AktG. bei Vermeidung eines Zwangsgeldes von 50 RM. aufgegeben, die Zapfstelle sofort außer Betrieb zu setzen, weil zu ihrer Errichtung die erforderliche Genehmigung sowohl auf Grund des Ges. zum Schutze des Einzelhandels als auch gemäß Anordnung v. 24. Juli 1934 (RNz. Nr. 171) über Beschränkung des Tankstellennetzes fehle.

Diese polizeiliche Verfügung hat die G.-AktG. nach erfolgloser Beschw. mit Klage angefochten, in der sie geltend macht:

Einer Genehmigung auf Grund Anordnung v. 24. Juli 1934 habe es nicht bedurft, da diese WD. dem Erlaubnisantrag und der Bauerlaubnis erst nachgefolgt sei. Die nach dem Ges. zum Schutze des Einzelhandels notwendige Ausnahmegewilligung müsse aber mit der Bauerlaubnis als erste teils angesehen werden. Für die Erteilung beider Erlaubnisse sei der Oberbürgermeister zuständig (zu Art. I § 5 Durchf.-Anw. v. 27. Dez. 1933 [MBlB. 1934, 45]). Daher müsse, wenn dieser dem Antrag auf Erteilung der Bauerlaubnis, in dem noch dazu auf die Erforderlichkeit der Ausnahmegewilligung, wenn auch in verneinendem Sinne, hingewiesen worden sei, nachkomme, angenommen werden, daß die Bauerlaubnis auch die Ausnahmegewilligung enthalte und mitumfasse.

Darüber hinaus müsse die Notwendigkeit der Ausnahmegewilligung überhaupt in Abrede gestellt werden. Denn es habe sich einmal um eine Verkaufsstelle zum Betriebe eines deutschen Erzeugnisses gehandelt, so daß das EinzelhandelschutzG. nicht zur Anwendung gelange. Zum anderen habe nur die Erweiterung eines schon bestehenden Betriebes erfolgen sollen. . .

Das BeschwGer. wies die Klage ab. Auf Rev. des Kl. setzte das OVG. die angef. polizeiliche Verfügung außer Kraft.

Abwegig ist zwar zunächst die Auffassung der Kl., daß sie einer Ausnahmegewilligung nicht bedurft hätte. Nach der noch fortgeltenden Bestimmung des § 2 Ges. zum Schutze des Einzelhandels v. 21. Mai 1933 (RGBl. I, 262) i. d. Fassung der Ges. v. 25. Okt. 1933 (RGBl. I, 779), 27. Juni 1934 (RGBl. I, 523) und 13. Dez. 1934 (RGBl. I, 1241) dürfen Verkaufsstellen, in denen Waren zum Verkauf feilgehalten werden, nicht errichtet werden. Unter Verkaufsstellen in diesem Sinne sind unbedenklich auch die zur Abgabe von Treibstoff für Kraftwagen bestimmten Tankstellen zu verstehen. Die Richtigkeit dieser Auffassung findet ihre Bestätigung in der Vorschrift des § 3 Anordnung v. 24. Juli 1934 über Beschränkung des Tankstellennetzes (RNz. Nr. 171) und der Ziff. VI Durchf.-Anw. zum EinzelhandelschutzG. vom 23. Juli 1934 (RGBl. I, 726; vgl. auch in Übereinstimmung damit BI Absf. 3 Anweisung des RM. zur Durchf. des EinzelhandelschutzG. v. 16. Dez. 1933 [MBlB. 1934, 43 ff.]). Die Errichtung von Tankstellen unterlag daher bis zu der Anordnung v. 24. Juli 1934, die für die Errichtung von Tankstellen eine besondere Regelung trifft, den Vorschriften

des Ges. zum Schutze des Einzelhandels, nach denen von dem allgemeinen Errichtungsverbot nach Maßgabe der von der Reichsregierung aufgestellten Richtlinien Ausnahmen zugelassen werden können (§ 5 des Ges.).

Kl. meint nun, daß die Errichtung der Tankstelle im vorl. Falle von den Vorschriften des EinzelhandelschutzG. ausgenommen sei, weil es sich um den Betrieb eines inländischen Erzeugnisses handele. Diese Ansicht beruht auf einem Irrtum. Das Gesetz enthält eine derartige Ausnahmegewilligung nicht. Dagegen ist nach den Richtlinien, die den für die Erteilung von Ausnahmegewilligungen zuständigen Behörden in der Durchf.-Anw. v. 12. Mai 1933 (RGBl. I, 267) gegeben sind, die Anerkennung des Bestehens einer Ausnahme unter anderem in der Regel für gerechtfertigt zu halten: „bei der Errichtung einer Verkaufsstelle durch ein Unternehmen, das die in der Verkaufsstelle feilgehaltenen Waren ganz oder überwiegend im Inland selbst herstellt und zu Preisen verkauft, die nicht niedriger sind als die Preise, zu denen gleichartige Waren der gleichen Herkunft im Fachhandel feilgehalten werden (Ziff. I zu e. a. a. O.)“. Diese Bestimmung, die übrigens in die zur fraglichen Zeit maßgebliche Durchf.-Anw. v. 28. Nov. 1933 (RGBl. I, 1014) nicht aufgenommen worden ist (vgl. darüber A II 3 Absf. 2 der zit. Anweisung v. 16. Dez. 1933), gibt also nur eine Richtschnur für die Erteilung von Ausnahmegewilligungen, befreit aber keineswegs derartige Unternehmen von den Beschränkungen des EinzelhandelschutzG. überhaupt. Der Umstand, daß die Tankstelle der Kl. dem Vertrieb von inländischem Treibstoff dienen sollte, konnte daher nur eine Rolle spielen bei der Entsch. über einen Antrag der Kl. auf Erteilung einer Ausnahmegewilligung, nicht aber, wie Kl. auch bei ihren sonstigen Ausführungen übersehen, bei der hier allein zu entscheidenden Frage, ob Kl. zur Errichtung der Tankstelle einer Ausnahmegewilligung bedurfte und zutreffendenfalls besaß oder nicht.

Weiter glaubt Kl., daß es sich nicht um die grundsätzlich verbotene Einrichtung einer neuen Verkaufsstelle, sondern um eine der Errichtung gem. § 3 EinzelhandelschutzG. nicht gleichgestellte und darum erlaubte Erweiterung einer bestehenden Verkaufsstelle durch Ausdehnung des Verkaufs auf eine andere Ware gehandelt habe. Auch diese Ansicht geht fehl. Zunächst hat Kl. nicht an eine vorhandene Tankstelle eine zweite Zapfstelle angebaut, sondern einen neuen Tank mit einer Zapfstelle angelegt. Es kam also nicht darauf an, ob und unter welchen Bedingungen die Errichtung einer weiteren Zapfstelle nicht als eine Erweiterung der Tankstelle (Verkaufsstelle) anzusehen ist (vgl. darüber Anweisung vom 16. Dez. 1935, B 6 Absf. 2). Auch die weiteren Erörterungen der Kl. über die Hereinnahme einer weiteren Handelsware in ein bestehendes Geschäft liegen schon aus dem Grunde völlig neben der Sache, weil die zwar auf dem Garagengrundstück erbaute Tankstelle, wie von dem BezVertrGer. in für das RevG. bindender Form tatsächlich festgestellt worden ist, nicht von dem Inhaber des Garagenbetriebs, wenn er sie auch verwaltet und versorgt, sondern unter Verantwortung und auf Rechnung der Kl. sowie in ihrem Namen errichtet ist und betrieben werden soll. Unternehmerin der Tankstelle ist daher die Kl. Von der Ausdehnung des Verkaufs auf eine neue Warengattung in einer Verkaufsstelle und eine darin zu erblickende Erweiterung der Verkaufsstelle i. S. der Vorschriften des EinzelhandelschutzG. kann aber föhlich nur geredet werden, wenn der Unternehmer der Verkaufsstelle die Erweiterung innerhalb seines Geschäftsbetriebs vornimmt. Wer eine Verkaufsstelle neben die eines anderen setzt, erweitert, auch wenn sein Betrieb zur Ergänzung des anderen bestimmt ist, nicht die Verkaufsstelle des anderen, sondern errichtet eine eigene neue. Deswegen war ganz unerheblich, was Kl. über den beschränkten Abnehmerkreis für die Tankstelle und außerdem in dieser Richtung vorgebracht hat.

Danach ergibt sich, daß Kl. einer Ausnahmegewilligung, sei es auf Grund des EinzelhandelschutzG., sei es auf Grund der Anordnung v. 24. Juli 1934, bedurfte. Ob bereits die letztere Anordnung zur Anwendung zu gelangen hatte, kann auf sich beruhen; denn nach § 5 dieser Anordnung wird die besondere Genehmigung für die Errichtung einer Tankstelle

durch eine vor Inkrafttreten dieser Anordnung auf Grund des EinzelhandelschutzG. erteilte Ausnahmegewilligung ersetzt. Diese aber behauptet Kl., und zwar zugleich mit dem Bauerlaubnischein, erhalten zu haben. Unwesentlich war daher die vom BezVerwGer., übrigens in Übereinstimmung mit der Rspr. des Senats (Urt. v. 8. März und 8. Nov. 1934 [RVerwBl. 56, 236], vgl. auch Anweisung v. 16. Dez. 1933 [zu B I 4]), beantwortete Frage, zu welchem Zeitpunkt die Errichtung tatsächlich stattgefunden hat.

Erheblich ist vielmehr allein nur noch, ob Kl. darin Recht hat, daß der Bauerlaubnischein unter den vorliegenden besonderen Umständen die Ausnahmegewilligung mitumfaßte. Das ist aber zu bejahen. Zwar enthält der Bauerlaubnischein an sich nur die Erklärung der zuständigen Behörde, daß der Ausführung des beabsichtigten Baues Hindernisse in dem öffentlichen Recht nicht entgegenstehen (DVG. 32, 339, 343) und ersetzt nicht eine für die Eröffnung eines Gewerbebetriebs in dem geplanten Bau außerdem vorgeschriebene Erlaubnis. Die in der Revisionschrift vertretene Ansicht, daß die Bauerlaubnis erst erteilt werden dürfe, nachdem auch das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen für den Beginn eines in oder mit dem Bau einzurichtenden Gewerbebetriebs festgestellt ist, ist rechtsirrig. Andererseits steht nichts im Wege, daß die Entsch. über eine Bauerlaubnis und eine andere, besonders eine solche im engsten Zusammenhang mit der Bauausführung stehende Erlaubnis, miteinander verbunden werden, wenn über beide Erlaubnisse dieselbe Behörde zu befinden berufen ist. So war es hier. Über die Zulassung von Ausnahmen von den Verbotsvorschriften des EinzelhandelschutzG. hat in S. gem. Ziff. 1 Anweis. zur Durchf. vom 27. Dez. 1933 (MBl. S. 45) der Oberbürgermeister zu entscheiden, der zugleich Leiter der Baupolizei ist. Bei ihm ist das an den Magistrat der Stadt G. gerichtete Gesuch der Kl. „für Errichtung einer Zapfstelle“ eingegangen. In ihm sind die Gründe dargelegt, aus denen nach Auffassung der Kl. eine Ausnahmegewilligung nicht erforderlich sei und welche die Kl. zum Ausbau ihres Tankstellenetzes veranlaßten. Darauf ist der Bauerlaubnischein erteilt worden ohne den Hinweis in der Anweisung des RVerw. v. 16. Dez. 1933 (B I 1 letzter Abs.) — selbst bei Zuständigkeit verschiedener Behörden — empfohlenen Hinweis darauf, daß auf eine spätere Genehmigung zur Errichtung einer Einzelhandelsverkaufsstelle nicht gerechnet werden könne. Die Erwartung eines derartigen Hinweises ist bei Vorbehalt der Entsch. über die Ausnahmegewilligung um so berechtigter, wenn die Ausführung eines Bauvorhabens wie das einer Tankstelle mit der Entsch. über die Ausnahmegewilligung steht und fällt. Nach Fertigstellung und behördlicher Abnahme der Tankstelle hat dann derselbe Oberbürgermeister in seiner Eigenschaft als Ortspolizeiverwalter die Einstellung des Tankstellenbetriebs angeordnet. Das Gesuch der Kl. war nicht an die Baupolizei, sondern an den Oberbürgermeister gerichtet und enthielt nicht nur die Bitte, den Bau einer Tankstelle zu gestatten, sondern wollte offenbar zugleich eine Entsch. darüber herbeiführen, ob sie einer Ausnahmegewilligung zu der Errichtung der Tankstelle bedürfe, was sie von ihrem Standpunkt aus verneinte, und nötigenfalls um diese gebeten haben. Wenn daraufhin Kl. durch den Bauerlaubnischein die Erlaubnis zur Aufstellung einer Zapfstelle und zum Einbau eines Tanks erhielt, so durfte sie mit Recht annehmen, daß der in ihrem Gesuch vertretene Standpunkt vom Oberbürgermeister geteilt werde oder sie die Ausnahmegewilligung zugleich mit der Bauerlaubnis erhalten würde. Sie durfte darauf vertrauen, daß ihr gesprochen werde. Sie durfte darauf vertrauen, daß ihr Gesuch auch nach der Richtung hin, ob der Errichtung des Tankstellenbetriebs mit Rücksicht auf das EinzelhandelschutzG. Bedenken entgegenstünden, abschließend geprüft sei und ihr durch den Bauerlaubnischein die erforderliche Genehmigung zur Errichtung des Tankstellenbetriebs übermittelt werde. Wollte der Oberbürgermeister sich die Entsch. über die Ausnahmegewilligung noch vorbehalten, so mußte er dies unter den obwaltenden Umständen der Kl. gegenüber bei Erteilung der Bauerlaubnis unzweideutig zum Ausdruck bringen. Ein derartiger Vorbehalt würde gegen den Grundsatz von Treu und Glau-

ben verstoßen haben, von dem auch das öffentliche Recht beherrscht wird (vgl. DVG. 87, 140). Die Ausführungen des Vorderrichters über die getrennten Zuständigkeiten der verschiedenen Dienststellen einer Stadtverwaltung größeren Umfangs werden der Beurteilung der Sachlage deswegen nicht gerecht, weil die einheitliche und zusammengefaßte Leitung aller ihm unterstellten Abteilungen durch den Oberbürgermeister zu wahren ist und der einzelne an den Oberbürgermeister sich wendende Gesuchsteller sich darauf verlassen darf, daß zur Bearbeitung der von ihm vorgetragenen Angelegenheit alle beteiligten Dienststellen herangezogen werden, ohne daß es noch einer besonderen Anregung seinerseits bedürfte, diese in Tätigkeit zu setzen. Die mehreren Untergliederungen einer in der Spitze durch den Oberbürgermeister zusammengehaltenen Stadtverwaltung sind nicht voneinander losgelöst und führen kein eigenes Dasein für sich, sondern handeln nach außen stets im Namen des die Gesamtverwaltung vertretenden Oberbürgermeisters, der die volle und ausschließliche Verantwortung trägt. Ihre Erklärungen sind daher als solche des Oberbürgermeisters zu werten und zu würdigen. So wie sie infolgedessen nach Treu und Glauben anzulegen sind, wird auch der Oberbürgermeister durch sie gebunden, und er kann sich nicht darauf berufen, daß sie nur von einer der von ihm beauftragten Unterabteilungen ausgegangen seien und nur für deren Zuständigkeitsbereich Geltung besäßen. So ist es auch hier anzusehen. Die Kl., die dem Oberbürgermeister ihr Gesuch um Errichtung einer Tankstelle auch im Hinblick auf das im EinzelhandelschutzG. ausgesprochene Verbot unterbreitet hatte, durfte mit gutem Recht seine Erklärung der Bauerlaubnis so verstehen, daß darin zugleich die Genehmigung zur Errichtung einer neuen Einzelhandelsverkaufsstelle ausgedrückt sei. Denn nach Treu und Glauben wäre der Oberbürgermeister, wenn er sich die Entsch. über die Ausnahmegewilligung noch vorbehalten wollte, verpflichtet gewesen, einen entsprechenden Zusatz zu machen. Da dies nicht geschehen ist, hat Kl. Anspruch darauf, so behandelt zu werden, wie wenn sie die Ausnahmegewilligung erhalten hätte. Dann aber fehlt einem polizeilichen Vorgehen auf Grund § 8 EinzelhandelschutzG. und des § 4 Anordn. v. 24. Juli 1934 die Berechtigung, und die streitige polizeiliche Verfügung mußte unter Aufhebung des auf einer Verkennung der Rechtslage beruhenden Vorderrichters außer Kraft gesetzt werden.

(PrDVG., 3. Sen., Urt. v. 10. Okt. 1935, III C 133/35.)

53. V. D. über Handelsbeschränkungen vom 13. Juli 1923 (R. G. Bl. I, 706). Untersagung des Viehhandels. Der Handel mit Vieh und Fleisch unterliegt der noch in Kraft befindlichen V. D. über Handelsbeschränkungen v. 13. Juli 1923. Die in ihr getroffene Regelung ist erschöpfend, so daß eine von dieser Regelung abweichende PolV. D. oder PolVfg. nicht für rechtsgültig zu erachten ist.

Die am 14. April 1934 erlassene PolV. D. des PolPräs. in R. (MBl. d. Reg. S. 60) bestimmt, daß Personen, die gegen die Preisfeststellungsordnung für den städtischen Schlachtviehmarkt in R. usw. verstoßen oder sich sonst als Händler (z. B. Viehagenten, Viehkommissionäre, Fleischagenten, Fleischkommissionäre) anzuverlässig erweisen, das Betreten der Anlagen der Schlachthöfe und des Viehhofs durch den PolPräs. untersagt werden kann. Personen, denen das Betreten untersagt worden ist, wird für jeden Fall der Zuwiderhandlung ein Zwangsgeld bis zu 50 R. M. angedroht.

Auf Grund dieser PolV. D. hat der PolPräs. in R. dem S., der Viehagent ist, durch Vfg. v. 28. April 1934 das Betreten des städtischen Schlacht- und Viehhofs zum Zwecke des Handels untersagt, weil S. nach amtlichen Feststellungen sich in seinem Gewerbe als unzuverlässig erwiesen habe, da sein Geschäftsgewahren den Anforderungen von Treu und Glauben, die in dem heutigen nationalsozialistischen Staate an jeden deutschen Gewerbetreibenden unbedingt gestellt werden müßten, nicht entspräche.

Die nach vergeblicher Beschw. von S. erhobene Klage wurde

vom BezVermGer. abgewiesen. Der Rev. des S. gab das DVG. statt.

Die streitige PolVfg. bedeutete in ihrer Auswirkung für Kl. fraglos eine Beschränkung seines auf Viehhandel gerichteten Gewerbebetriebs. Derartige Beschränkungen sind nur nach Maßgabe der darüber ergangenen gesetzlichen Best. zulässig (§ 1 Abs. 1 und § 143 RWGD.). Vieh gehört ebenso wie Fleisch zu den Gegenständen des täglichen Bedarfs (vgl. RdErl. des RMin. für Ernährung usw. und des RWiM. v. 30. Nov. 1933 [II 11 4022 bzw. III A 16775/33] und Hoffmann: R. u. PrVermBl. 56, 96). Die einschlägigen Vorschr. über die polizeilichen Maßnahmen und das Verfahren bei Unzuverlässigkeit von Handelstreibenden mit Gegenständen des täglichen Bedarfs sind enthalten in der VO. über Handelsbeschränkungen v. 13. Juli 1923 mit ihren Abänderungen durch die VO. v. 26. Juni 1924 (RWBl. I, 661) und durch Gef. v. 19. Juli 1926 (RWBl. I, 413) sowie in der PrAusfAnw. dazu v. 15. Juli 1923 (SMBl. 262).

Die genannte VO. v. 13. Juli 1923 ist noch in Kraft (ebenso der erwähnte MinErl. sowie BezVermGer.: RVerwBl. 56, 962; Desterle: JW. 1933, 1504; Paczkowski, Polizei, 1933, S. 273 ff.; Hoffmann: RVerwBl. 56, 96; anderer Meinung: Fuh: DJZ. 1933, 1114 und in Polizei 1934, 9). Ihre Gültigkeit für den Handel mit Vieh und Fleisch war durch § 8 Gef. über den Verkehr mit Vieh und Fleisch v. 10. Aug. 1925 (RWBl. I, 186) ausdrücklich anerkannt worden. Daß die Best. des § 8 später durch das Gef. v. 4. Juli 1929 (RWBl. I, 128) in Wegfall gebracht worden ist, besagt nichts gegen die weitere Anwendbarkeit der genannten VO. auf den Vieh- und Fleischhandel. Denn bei richtiger Auffassung galt die VO. über Handelsbeschränkungen von vornherein auch für diesen Handel und die in § 8 Gef. v. 10. Aug. 1925 erfolgte Anordnung hatte nur den Wert einer ausdrücklichen Bestätigung dieser Auffassung, und ihre Aufhebung führte keine Änderung der ohne sie schon bestehenden Rechtslage herbei.

Auch die neue Best. des § 35 b RWGD. (Art. II 1 EinzelhandelschutzG. v. 12. Mai 1933 [RWBl. I, 262]) hat die VO. über Handelsbeschränkungen nicht überholt. Denn die Vorschr. des § 35 b RWGD. bringt, abgesehen davon, daß es für ihren praktischen Gebrauch der erforderlichen preußischen Verfahrensregelung noch ermangelt, nur eine Teilregelung für bestimmte Fälle rechtskräftiger, strafgerichtlicher Verurteilung eines Handelstreibenden. Dazu kommt, daß als Absicht des Gesetzgebers des Gef. zum Schutze des Einzelhandels, dessen Bestandteil der § 35 b RWGD. ist, nicht unterstellt werden kann, die stärkere Handhabe gegen Auswüchse des Handels, welche die VO. v. 13. Juli 1923 gibt, durch Einführung des § 35 b in die RWGD. zu beseitigen.

Nach § 20 VO. v. 13. Juli 1923 ist der Handel mit Gegenständen des täglichen Bedarfs von der zuständigen Behörde zu untersagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß der Handelstreibende die für den Handelsbetrieb erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt, und kann die Untersagung mit sofortiger Wirkung verfügt werden (§ 23 daf.). Für die Untersagung ist nach der AusfAnw. v. 15. Juli 1923 in R. die Ortspolizeibehörde zuständig. Die gesetzliche Grundlage für die polizeiliche Bekämpfung unzuverlässiger Viehhandelstreibender ist daher in der VO. über Handelsbeschränkungen und deren PrAusfAnw. lückenlos und erschöpfend gegeben. Sie ist darum für die Polizei, die ihre Tätigkeit im Rahmen der geltenden Gesetze zu halten hat (§ 14 PolVerwG.), bindend und schließt ein Vorgehen auf Grund der allgemeinen PolVorschr. aus. Für eine unter der gleichen wie der gesetzlichen Voraussetzung andersartige polizeiliche Befugnisse einräumende PolVO. war daneben kein Raum, so daß eine auf die R. er PolVO. v. 14. April 1934 gestützte polizeiliche Vfg. der Rechtsbeständigkeit entbehrte. Ebenso fehlte es für ein selbständiges polizeiliches Vorgehen gegen den Kl. außerhalb der getroffenen gesetzlichen Regelung an der gesetzlichen Zulässigkeit und auch an einem Bedürfnis. Die polizeiliche Gefahr, der mit der streitigen polizeilichen Vfg. entgegengetreten werden sollte, erwuchs nach der zur Rechtfertigung der polizeilichen Vfg. vorgetragenen Begr. aus der polizeilicherseits angenommenen Unzuverlässigkeit des Kl. Welche Maßnahme die Polizei in solchem Falle anzuwenden hat, ist auch unter Berücksichtigung vorl. Hilfsbedürftigkeit zwingend gesetzlich vorgeschrieben. Eine polizeiliche Vfg., die wie

die im Streit befindliche inhaltlich und zugleich der Form nach, letzteres, weil sie eine vorchriftsmäßige Rechtsmittelbelehrung nicht enthielt (Art. II Abs. 2 AusfAnw.), von den fraglichen, mit ausschließlicher Wirkung erlassenen gesetzlichen Best. abweicht, ist daher rechtsunwirksam. Das angefochtene Urteil, das die Rechtslage nicht erkannt hat, war daher aufzuheben und aus den dargelegten Gründen die polizeiliche Vfg. außer Kraft zu setzen.

(PrDVG., 3. Sen., Art. v. 21. Nov. 1935, III C 141/35.)

*

54. § 20 RWGD. Nachfristgewährung im Falle des Rekurses. Die Gewährung einer Nachfrist zur Rechtfertigung der Berufung oder der Revision auf Grund § 86 Abs. 3 PrVermVO. v. 30. Juli 1883 ist auch dann zulässig, wenn das Rechtsmittel sich als „Rekurs“ i. S. des § 20 RWGD. darstellt. Die gegenteilige Rechtsprechung wird aufgegeben.

Gegenstand des Rechtsstreits bildet die Zurücknahme einer Schankwirtschaftserlaubnis auf Grund § 53 Abs. 2 i. Verb. m. § 33 RWGD. Für das Verfahren sind nach § 54 RWGD. die Vorschr. der §§ 20 und 21 daselbst maßgebend. Die vom Bfkl. eingelegte Ber. stellt sich hiernach als Rekurs i. S. des § 20 RWGD. dar. In Abs. 1 dieser Vorschr. ist bestimmt:

„Gegen den Bescheid ist Rekurs an die nächstborgeordnete Behörde zulässig, welcher bei Verlust desselben binnen 14 Tagen, vom Tage der Eröffnung des Bescheids an gerechnet, gerechtfertigt werden muß.“

Diese Vorschr. ist von dem ert. Sen. bisher dahin ausgelegt worden, daß mit ihr ein rechtsrechtlicher Grundsatz aufgestellt sei, der jede Landesgesetzgebung binde und daher die Anwendung des § 86 Abs. 3 PrVermVO., der die Gewährung einer Nachfrist zur Rechtfertigung der Ber. zulasse, in solchen Verwaltungsstreitsachen aus dem Gebiete der RWGD. ausschließe, hinsichtlich deren diese selbst ausdrücklich und unmittelbar wegen des Verfahrens auf ihre Vorschr. über den Rekurs in § 20 verweist (vgl. Entsch. v. 4. Dez. 1924: GewArch. 22, 435; v. 12. Febr. 1925: DVG. 79, 331 und im GewArch. 22, 506; v. 19. Nov. 1925: GewArch. 23, 357; v. 1. Juli 1926: GewArch. 24, 361 und im PrVermBl. 48, 28; v. 15. Dez. 1927: R. u. PrVermBl. 49, 599; v. 11. April 1929: GewArch. 27, 28; v. 28. Nov. 1929: GewArch. 27, 498). Der Senat gibt jedoch hiermit seine bisher vertretene Rechtsansicht auf. Denn es liegt kein zwingender Grund dafür vor, dem § 20 RWGD. eine so weittragende Bedeutung beizumessen. Vielmehr ist aus § 21 a. a. D., der der Landesgesetzgebung u. a. „die näheren Best. über das Verfahren“ vorbehält und für diese nur die Einhaltung der in ihm bezeichneten Grundsätze fordert, zu folgern, daß es der Landesgesetzgebung nicht verwehrt ist, auch für die Rechtfertigung des als Rekurs anzusehenden Rechtsmittels die Gewährung einer Nachfrist zuzulassen.

(PrDVG., 3. Sen., Art. v. 7. Nov. 1935, III C 73/35.)

*

55. Gewerbesteuer. Schätzung des gewerblichen Gewinns. §§ 162 Abs. 8, 208, 210 (jetzt 217) Abs. 2 Satz 2 RAbgD. Zulässigkeit der Schätzung des Gewerbeertrages bei Nichtaufbewahrung von Registrierklassenstreifen.

Der Inhaber eines Schlächtereigengeschäfts wurde abweichend von seiner Steuererklärung, in der er bei einem Umsatz von rund 200 000 RM einen Gewinn von rund 15 000 RM angegeben hatte, nach einem geschätzten Ertrage von 15 000 RM zur Gewerbesteuer nach dem Ertrage im Einspruchswege veranlagt. Seine Ber. wurde zurückgewiesen.

Der VerAusf. ließ dahingestellt, ob in vorl. Falle der Gewerbeertrag aus dem Grunde zu schätzen sei, weil ein offenes Mißverhältnis des aus der Bilanz sich ergebenden Ertrags zu Erfahrungssätzen vorliege und dies Mißverhältnis sich nicht durch Vorliegen besonderer Umstände erklären lasse. Er hielt jedoch eine Schätzung deshalb für geboten, weil wegen Fehlens der Registrierklassenstreifen die sachliche Richtigkeit der Buchführung nicht nachgewiesen sei.

Der RWBfchw. des Veranlagten versagte das DVG. den Erfolg.

Für einen Rechtsirrtum liegen keinerlei Anhaltspunkte vor. Die Schätzung des Ertrags war aus den von dem VerAussch. angeführten Gründen zulässig. Insbes. hat der VerAussch. ohne Rechtsirrtum angenommen, daß das Fehlen der Registriertassenstreifen die Gewerbesteuerbehörden zu einer Schätzung des Gewinns berechtigte. Unstreitig sind die von zwei Registriertassen gedruckten Streifen von dem Steuerpflichtigen nicht aufbewahrt, sondern vernichtet worden. Wie der Senat schon wiederholt entschieden hat, fallen Registriertassenstreifen unter die im § 162 Abs. 8 KAbgD. (a. und n. F.) genannten Aufzeichnungen, für die eine zehnjährige Aufbewahrungsfrist besteht; dies gilt jedenfalls bei einem Geschäft, das, wie hier, nicht erheblichen Umfang und einfache Buchführung hat (vgl. Entsch. des RfG. v. 18. Dez. 1928 und v. 9. Okt. 1929 [RStBl. 1929, 139, 626]). Beim Nichtvorhandensein der Registriertassenstreifen war die sachliche Richtigkeit der Buchführung in einem wesentlichen Teil nicht nachprüfbar und daher gem. § 208 KAbgD. (a. und n. F.) zu beanstanden. Auch berechtigte dieser Mangel die Steuerbehörde zur Schätzung wegen unvollständiger Aufzeichnungen nach § 210 (jetzt 217) Abs. 2 Satz 2 KAbgD.

(PrOStG., 8. Sen., Entsch. v. 12. Nov. 1935, VIII GSt 477/33.)

*

56. §§ 5 Abs. 2a, 6 Abs. 2a GewStB. v. 23. Nov. 1923 (G. S. 519), 28. März 1925 (G. S. 41), 15. Okt. 1925 (G. S. 135), 23. März 1926 (G. S. 100), 6. Mai 1926 (G. S. 149), 15. März 1927 (G. S. 21), 13. März 1928 (G. S. 16). Dauerschulden. Für die Frage, ob eine Dauerschuld i. S. der §§ 5 Abs. 2a, 6 Abs. 2a GewStB. vorliegt, ist eine ratenweise zu tilgende Schuld als eine Einheit zu betrachten. Es ist nicht angängig, Teile der Schuld, die in verhältnismäßig kürzeren Fristen abgetragen werden sollen, auszusondern und als vorübergehende Schuld zu behandeln, den verbleibenden Schuldteil dagegen als Dauerschuld anzusehen.

Die Firma K. GmbH. in S. wurde früher in der Rechtsform einer OHG. geführt; i. J. 1930 wurde die OHG. in eine GmbH. umgewandelt. Alleinige Gesellschafter der OHG. waren bis zum 30. Sept. 1929 F. und W. K. Durch Vertrag v. 15. Nov. 1929 schied W. K. mit Wirkung v. 30. Sept. 1929 aus der OHG. aus, während an seiner Stelle S. K. in die Gesellschaft eintrat. Bei seinem Ausscheiden erhielt W. K. auf Grund des vorerwähnten Vertrags eine Abfindung von 900 000 RM, die aber dem Betriebe belassen wurde und nach Maßgabe des Vertrages zu verzinsen und zu tilgen war. Diese Abfindungsschuld wurde, soweit sie nicht bereits abgetragen war, von der neugegründeten GmbH., in die das Geschäft nebst Firma mit Ausnahme des Grundbesitzes eingebracht wurde, übernommen. In der Eröffnungsbilanz der GmbH. v. 1. April 1930 ist unter den Kreditoren die Abfindungsschuld in Höhe von 806 000 RM enthalten. In der Bilanz auf den 30. Sept. 1930 ist die Abfindungsschuld an W. K. mit 736 000 RM aufgeführt.

Bei der Veranlagung der GmbH. zur GewKapSt. und zur GewErtrSt. für 1930 und 1931 ist streitig, ob die vorgenannte Abfindungsschuld zum steuerbaren Gewerkekapital und die Zinsen dieser Schuld zum steuerbaren Gewerbeertrage zu rechnen sind. Der VerAussch. hat in Übereinstimmung mit dem GewStAussch. die Abfindungsschuld in Höhe von 806 000 RM und 736 000 RM dem Gewerkekapital hinzugerechnet und weiterhin die Abzugsfähigkeit der Zinsen in Höhe von je ... RM bei der Gewerbeertragsberechnung verneint. Er begründet dies damit, daß trotz der vereinbarten Ratenzahlungen die ganze Abfindungssumme als Dauerschuld angesehen werden mußte.

Die RBeschw. der Firma wurde bezüglich der GewErtrSt. vom OStG. zurückgewiesen, bezüglich der GewKapSt. führte sie zur Zurückverweisung der Sache an die Vorinstanz.

Nach § 6 Abs. 1 GewStB. ist für die GewKapSt.-Veranlagung der auf Grund des ABewG. festgestellte Ein-

heitswert des gewerblichen Betriebs maßgebend. Hinzuzusetzen sind nach Abs. 2a die Schulden, die bei der Festsetzung des Einheitswerts in Abzug gebracht sind, soweit sie behufs Anlage oder Erweiterung des Geschäfts, Verstärkung des Betriebskapitals oder sonstiger Verbesserung aufgenommen sind. Der GewStAussch. hatte hiernach von dem von den Reichsfinanzbehörden festgesetzten Einheitswert des gewerblichen Betriebs auszugehen. Eine Hinzufügung der Schulden kam nur insoweit in Betracht, als sie bei der Festsetzung des Einheitswerts vom Rohvermögen abgezogen waren. Der GewStAussch. hat nun bei der GewKapSt.-Veranlagung für 1930 dem Einheitswert Schulden in Höhe von ... RM und bei jener für 1931 Schulden in Höhe von ... RM hinzugefügt. In diesen Schulden ist die in Rede stehende Abfindungssumme mit 806 000 RM bzw. 736 000 RM enthalten. Ob und in welcher Höhe bei der Einheitsbewertung die Abfindungssumme von dem Rohvermögen des gewerblichen Betriebs abgezogen ist, ist aus den Akten nicht zu ersehen. Der GewStAussch. hat, wie die Akten ergeben, die von ihm hinzugerechneten Schulden lediglich aus den eingereichten Bilanzen und nach einer Auskunft der GmbH. ermittelt. Hierbei sind als Stichtage für die Rückzahlung der 1. April 1930 und der 30. Sept. 1930 (Abschlußzeitpunkt) zugrunde gelegt worden. Ob sich diese Stichtage mit dem Feststellungszeitpunkt der Einheitswerte decken, geht gleichfalls aus den Akten nicht hervor.

Der VerAussch. wäre angefaßt dieser Mängel verpflichtet gewesen, den Sachverhalt näher aufzuklären. Wenn er statt dessen in den Entscheidungsgründen, ohne dies näher zu erläutern, von einer Schuld spricht, die von dem Einheitswert abgesetzt sei, so liegt hierin ein Verstoß wider den klaren Akteninhalt, der zur Aufhebung der angef. Entsch. hinsichtlich der GewKapSt. führt.

Bei freier Beurteilung ist die Sache wegen der GewKapSt. nicht spruchreif und daher an die Vorinstanz zur anderweitigen Entsch. zurückzuverweisen. Der VerAussch. wird nunmehr das Versäumte nachzuholen und festzustellen haben, in welcher Höhe die Abfindungsschuld bei der Einheitsbewertung in Abzug gebracht worden ist. Er wird weiterhin festzustellen haben, ob sich die Bilanzstichtage v. 1. April und v. 30. Sept. 1930 mit den Feststellungszeitpunkten der Einheitswerte decken. Hierbei ist zu berücksichtigen, daß sowohl für den Bestand als auch für den Wert der Schulden diejenigen Verhältnisse maßgebend sind, die an den Feststellungszeitpunkten der Einheitswerte bestehen.

Was die Frage der Dauerschulden anlangt, so bedingt die Annahme einer Dauerschuld nach der ständigen Rspr. des Senats nicht die Widmung für alle Zeiten; es genügt vielmehr eine Widmung für eine gewisse, nicht nur vorübergehende Dauer. Wo die Grenze zwischen vorübergehenden und dauernden Schulden liegt, läßt sich nicht ein für allemal bestimmen, sondern kann nur nach der Besonderheit des Einzelfalles entschieden werden. Die RBeschw. gibt im vorl. Falle zu, daß die in Rede stehende Abfindungsschuld zum größten Teil eine Dauerschuld sei. Sie wendet sich lediglich dagegen, daß die Berufungsentsch. ihren Einwand wegen der baldigen Fälligkeit eines Teils der Schuld nicht berücksichtigt habe. Eine Schuld, die in Raten abgetragen wird, könne — so macht sie geltend — auf keinen Fall in ihrer gesamten Höhe als langfristig angesehen werden.

Dieser Einwand der RBeschw. geht fehl. Es handelt sich im vorl. Falle um eine Schuld, die auf Grund des Vertrages v. 15. Nov. 1929 von der früheren OHG. übernommen und von der beschwerdeführenden GmbH. übernommen worden ist. Die für sie gezahlten Zinsen würden an sich, soweit sie nicht unter das Abzugsverbot des § 5 Abs. 2a GewStB. fallen, eine abzugsfähige Betriebsausgabe darstellen (§ 15 Abs. 1 Ziff. 3 EinkStG. 1925). Die Abfindung sollte nach dem Vertrage am 1. Okt. 1929 in Höhe von 75 000 RM und am 1. Juni 1930 in Höhe von 50 000 RM ausgezahlt, die restlichen 775 000 RM sollten v. 1. Okt. 1929 ab verzinst und v. 31. Okt. 1929 ab in monatlichen Teilzahlungen von 7 000 RM bis zur völligen Abtragung des Kapitals nach näherer Regelung im Vertrage getilgt werden.

Die Schuld, die von den Vorinstanzen zutreffend als Darlehensschuld bezeichnet worden ist, lief in ihrer Gesamtheit zweifellos nicht für einen nur vorübergehenden, sondern für einen längeren Zeitraum, der sich auf eine Reihe von Jahren erstreckt. Ist die Schuld als eine Einheit anzusehen, so ist sie nach der Rspr. des OBG. unbedenklich als Dauerschuld zu behandeln. Es fragt sich nur, ob in dem Falle, wo — wie hier — eine Schuld allmählich abzutragen ist, der Teil dieser Schuld, der in einem kürzeren Zeitraum zurückzahlbar ist, aus dem Gesamtschuldbetrag ausgegliedert und als kurzfristige Schuld behandelt werden muß. Diese Frage ist zu verneinen. Eine Schuld bildet, auch wenn Abtragung in Teiltilgungen vorgesehen ist, für die Frage der Dauerschuld eine untrennbare Einheit. Es ist nicht angängig, aus dieser Einheit diejenigen Teile herauszunehmen, die nach den Rückzahlungsbedingungen in verhältnismäßig kürzerer Zeit getilgt werden sollen. Dagegen spricht vor allem, daß es praktisch kaum möglich sein würde, ohne Willkür die Trennung in vorübergehende und dauernde Schulden zu vollziehen. Denn nur, wenn die Schuld als Ganzes betrachtet wird, läßt sich im Einzelfalle beurteilen, ob sie dem Betrieb nur für eine gewisse, nicht nur vorübergehende Dauer oder darüber hinaus auf längere Dauer gewidmet ist. Es war daher auch nicht möglich, den am 1. Juni 1930 fälligen Tilgungsbetrag in Höhe von 50 000 RM, der nicht verzinst worden ist, von der Schuld abzusetzen.

Nach alledem liegt hier, soweit die Abfindungsschuld noch an den maßgeblichen Stichtzeitpunkten bestand, unabweisbar eine Dauerschuld i. S. der §§ 5 Abs. 2a, 6 Abs. 2a GewStB. vor, die zur Verstärkung des Betriebskapitals begründet worden ist.

Die Zinsen dieser Schuld, deren Höhe unstrittig in dem Zeitraum vom 1. April bis zum 30. Sept. 1930 ... RM betrug, stellen nach § 5 Abs. 2a GewStB. in keinem Falle eine abzugsfähige Betriebsausgabe dar. Soweit sich daher die R. Beschw. gegen die Hinzurechnung der Zinsen bei der GewErtrSt. richtet, ist sie unbegründet. Sie unterliegt demnach der Zurückweisung.

(PrOBG., 8. Sen., Entf. v. 22. Okt. 1935, VIII G St 48—51/34.)

*

57. §§ 1, 5 GewStB. v. 13. März 1928 (G. S. 16). GewErtrSt. Liquidationsrecht der angestellten Krankenhausärzte. Auch gegenüber § 1 StAnpG. v. 16. Okt. 1934 (RGBl. I, 925) hält der Senat an seiner Rspr. fest, nach der die Bezüge eines angestellten Krankenhausarztes aus dem ihm eingeräumten Liquidationsrecht hinsichtlich der sog. Privatpatienten keinen Ertrag aus freiberuflicher Tätigkeit darstellen, sofern die Behandlung dieser Patienten zu den Dienstobliegenheiten des Arztes gehörte.

Dr. med. B. ist als leitender Arzt der Heil- und Pflegeanstalt „N.-Stift“ vertragsmäßig auf Lebenszeit angestellt. Nach § 2 des Anstellungsvertrags liegt dem Genannten die ärztliche Behandlung aller in das N.-Stift aufgenommenen Pflinglinge ob. Im § 11 des Vertrags verpflichtete sich der Vorstand des N.-Stifts, dem Dr. B. im N.-Stift bis zu 20 Betten für Privatpatienten zur Verfügung zu stellen und die für eine Privatstation notwendigen und angemessenen Einrichtungen zu treffen. Bei allen im N.-Stift ambulant und stationär zur Behandlung kommenden „Privatpatienten“ steht dem Dr. med. B. das Liquidationsrecht zu, außerhalb des N.-Stifts ist ihm lediglich eine konsultative Praxis gestattet (§ 11 Abs. 2 des Vertrags). Soweit ist der Sachverhalt unstrittig.

Dr. B. wurde für 1932 zur GewErtrSt. veranlagt. In die Ertragsberechnung wurden einbezogen diejenigen ärztlichen Gebühren, die er für die Behandlung der „Privatpatienten“ im Krankenhaus erhalten hatte.

Streitig ist lediglich, ob die vorgenannten Einnahmen als Teil des Gewerbeertrags der Gewerbesteuerpflicht unter-

liegen. Dr. B. hat die Veranlagung dieserhalb erfolglos angefochten. Der VerAussch. hat sich auf den Standpunkt gestellt, das OBG. habe zwar entschieden, daß die Einnahmen eines Krankenhausarztes aus dem ihm eingeräumten Liquidationsrecht hinsichtlich bestimmter Krankenhauspatienten, deren Behandlung ihm dienstlich obliege, als Vergütung für seine Angestelltentätigkeit anzusehen seien; hier liege aber der Fall anders. Nach § 11 Abs. 1 des Anstellungsvertrags schloßen die betr. Patienten mit dem N.-Stift nur einen Vertrag über ihre Verpflegung usw., wegen der ärztlichen Behandlung träten sie dagegen unmittelbar mit Dr. B. in ein Vertragsverhältnis. Die „an sich bestehende Vermutung für die Selbständigkeit der freiberuflichen Tätigkeit von Krankenhausärzten“ greife hier Platz. Dr. B. habe auch das Recht, Patienten ohne Rücksicht auf ihre Konfession zu behandeln und in die Klinik aufzunehmen, während er im übrigen auf den Charakter des N.-Stifts als einer Anstalt der Inneren Mission der ev.-luth. Landeskirche Rücksicht zu nehmen habe. Auch dies beweise, daß die „privatärztliche Tätigkeit“ des Dr. B. dem Betriebe des N.-Stifts nicht eingegliedert sei.

Auf die R. Beschw. des Dr. B. wies das OBG. die Sache an die Vorinstanz zurück.

Wie der Beschw. mit Recht geltend macht, hat der VerAussch. die Bedeutung des § 11 des Dienstvertrags verkannt. Er hat eine Auskunft des N.-Stifts nicht gewürdigt, wonach Dr. B. verpflichtet ist, auch die Inzassen der Privatstation ärztlich zu betreuen. Überdies geht bereits aus § 2 des Vertrags, wie auch der VerAussch. feststellt, hervor, daß der genannte Arzt sämtliche in das Stift aufgenommenen Pflinglinge ärztlich zu behandeln hat. Wenn im § 11 des Vertrags von „Privatpatienten“ gesprochen wird, so ist dies offenbar der übliche Ausdruck für die sog. Selbstzahler. Gerade hinsichtlich dieser Selbstzahler pflegt aber den angestellten leitenden Krankenhausärzten das sog. freie Liquidationsrecht als Teil ihrer Angestelltenvergütung eingeräumt zu werden (vgl. R. u. PrVerwBl. 54, 394). Es besteht kein Anhalt, daß hier etwas von der Regel Abweichendes vereinbart sei. Das feste Gehalt, das Dr. B. nach § 5 des Vertrags bezieht, erreicht keine solche Höhe, daß es als die einzige Abgeltung seiner Dienste angesehen werden könnte. Die Annahme des VerAussch., daß die Behandlung der sog. Privatpatienten nicht zu den Dienstobliegenheiten des Beschw. gehöre, ist daher durch nichts begründet. Sie beruht lediglich auf einer unrichtigen Auslegung des § 11 des Vertrags.

Auch der weiteren Erwägung des VerAussch., daß nach den Grundsätzen des heutigen Staates es unbillig erscheine, wenn ein Arzt in der Stellung des Veranlagten von der Gewerbesteuerpflicht ausgenommen werde und damit einen wirtschaftlichen Vorsprung vor den frei praktizierenden Ärzten erhalte, kann nicht gefolgt werden. Nach § 1 GewStB. unterliegt nur eine selbständige Tätigkeit der GewSt. Gehört aber die Behandlung der sog. Privatpatienten zu den Dienstobliegenheiten des Krankenhausarztes, so ist diese Tätigkeit unselbständig. Der durch ihre Ausübung erzielte Verdienst ist alsdann kein steuerbarer Gewerbeertrag i. S. des § 5 GewStB., sondern eine nicht gewerbesteuerpflichtige Angestelltenvergütung. Diese Vergütung bildet im vorl. Falle einen Teil der dem Beschw. als leitendem Krankenhausarzt vertraglich zustehenden Gesamtvergütung. Dem steht nicht entgegen, daß der Beschw. die betr. Gebühren von den sog. Privatpatienten, die in Wirklichkeit Krankenhauspatienten sind, selber erhebt und einzieht. Denn nach der ständigen Rspr. des Senats kommt es, insofern einem angestellten Krankenhausarzt als Teil seiner Gesamtvergütung das Liquidationsrecht hinsichtlich der sog. Privatpatienten eingeräumt ist, nicht darauf an, ob der Arzt die ihm überlassenen Gebühren selber erhebt und einzieht oder ob die Gebühren von der Krankenhausverwaltung erhoben und eingezogen und sodann an den Arzt abgeführt werden.

Dem abweichenden Standpunkt, den hinsichtlich des Liquidationsrechts der Krankenhausärzte der RFG. auf dem

Gebiete der Umsatz- und Einkommensteuer (RfS. 34, 220; ferner Ur. des RfS. v. 4. Sept. 1935, AZ VI 593/34 S. 3329⁶⁷) und neuerdings auch das SächsiWBG. auf dem Gebiet der sächs. GewSt. (vgl. FischersB. 72, 212, 213) eingenommen haben, vermag sich der Senat für die preuß. GewSt. nicht anzuschließen. Er hält vielmehr an seiner bisherigen Rspr. (vgl. R. = u. PrVerwBl. 54, 394) fest. Vor allem vermag der Senat nicht anzuerkennen, daß nach § 1 StAnpG. v. 16. Okt. 1934, wonach die Steuergesetze nach nationalsozialistischer Weltanschauung auszulegen sind, jetzt eine andere Auffassung geboten sei. Eine Auslegung zweifelhafter Rechtsvorschriften und Tatbestände kommt im vorl. Fall überhaupt nicht in Betracht. Es mag zutreffen, daß nicht selten die angestellten Krankenhausärzte in ihren Bezügen wirtschaftlich besser gestellt sind als ihre frei praktizierenden Berufsgenossen. Dies berechtigt aber keineswegs, entgegen der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung, eine unselbständige Tätigkeit in steuerlicher Hinsicht der selbständigen gleichzustellen. Andernfalls würde man das gesamte Gewerbesteuerrecht aus den Angeln heben. Insbes. ist in Betracht zu ziehen, daß die Krankenhausverwaltungen ein erhebliches Interesse daran haben, besonders tüchtige ärztliche Kräfte in ihren Dienst zu stellen, daß aber die festen Gehälter und Vergütungen, die sie dem Krankenhausarzt gewähren, erfahrungsgemäß verhältnismäßig niedrig sind und im allgemeinen nicht ausreichen, um die ärztlichen Kräfte zu gewinnen, auf die es ankommt. Aus diesem Grunde werden die festen Gehälter und Vergütungen ergänzt durch die Einräumung des Liquidationsrechts hinsichtlich der sog. Privatpatienten. Die Einräumung dieses Liquidationsrechts ist also tatsächlich nichts anderes als eine besondere Form der Vergütung, die sich im Interesse beider Teile als zweckmäßig herausgestellt haben mag. Würde den Krankenhausärzten in leitender Stellung das Liquidationsrecht nicht eingeräumt, so wäre die Krankenhausverwaltung genötigt, die feste Vergütung zu erhöhen oder in anderer Weise zu ergänzen. Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, daß sich der in Gewerbesteuerfachen entscheidende Senat des RfS. dem Rechtsstandpunkte des erk. Senats angeschlossen hat (vgl. StW. 1934 Nr. 673).

Nach alledem war die Borentsch. wegen Rechtsirrtums aufzuheben.

Bei freier Beurteilung erscheint die Sache nicht spruchreif. Denn es ist bisher noch nicht geprüft worden, ob der ganze veranlagte Gewerbeertrag oder nur ein Teil desselben auf die Krankenhausstätigkeit des BeschwF. entfällt. Diese Prüfung wird der VerAussch. nachzuholen haben.

(PrWBG., 8. Sen., Entsch. v. 19. Nov. 1935, VIII GSt 358/34.)

*

58. §§ 5 Abs. 2a, 6 Abs. 1 GewStWB. v. 23. Nov. 1923 (G. S. 519), 15. März 1927 (G. S. 21), 17. April 1930 (G. S. 93) und 9. Dez. 1930 (G. S. 291). Gewerbesteuerzugehörigkeit zum Gewerbesteueral. Die Aufnahme eines Vermögensstückes in die Geschäftsbilanz begründet die Vermutung seiner Zugehörigkeit zum Betriebsvermögen. Diese Vermutung kann nur durch bestimmte Tatsachen entkräftet werden.

Bei der Veranlagung des Kaufmanns B. zur Gewerbesteuer nach dem Ertrage für 1931 handelt es sich in der RBeschw. Inst. nur noch darum, ob von dem StPfl. vereinnahmte Zinsen aus Hypotheken, Sparguthaben und Aktien seinem Gewerbeertrage hinzuzurechnen sind. Die zugrunde liegenden Kapitalien waren unfreitaglich in der Geschäftsbilanz für 1930 enthalten. Der StPfl. hatte ausgeführt, daß sie gleichwohl nicht seinem Betriebe gewidmet seien; er hätte sie nur in seine Bilanz aufgenommen und darin belassen, weil er darin sein gesamtes Vermögen zu verzeichnen pflegte. Gegenüber Ausführungen des Vorliegenden des GewStAussch. hatte der StPfl. erklärt, daß bei der Liquidität seines Unternehmens die Kapitalien nicht als Kreditunterlage gedient hätten.

Der VerAussch. rechnete den Zinsbetrag dem Ertrage hinzu. Er hielt es für unzulässig, einzuwenden, daß bestimmte Teile des dem Betriebe gewidmeten Vermögens im Laufe des Geschäftsjahres nicht für das Gewerbe benötigt worden seien und daher diesem nicht gedient hätten. Ein „Dienen“ liege auch dann vor, wenn das Vermögen dem Gewerbe als Grundlage für den Kredit bei Banken oder Lieferanten gewidmet sei.

Gegen die Entsch. des VerAussch. wendet sich die RBeschw. des StPfl., die u. a. wiederholt hervorhebt, daß die Kapitalien nicht als dem Gewerbe gewidmet angesehen werden könnten; einen Kredit habe er entbehren können, er habe auch in den letzten Jahren keinen in Anspruch genommen.

Das WBG. verurteilt der RBeschw. den Erfolg.

Allerdings kann ein Einzelkaufmann, wie es BeschwF. ist, auch solche Vermögensstücke in die Bilanz seines Geschäfts aufnehmen, die zu seinem Privatvermögen gehören. Wenn dies geschieht, so wird durch die Aufnahme in die Bilanz eine Vermutung für die Zugehörigkeit der Vermögensstücke zum Betriebsvermögen begründet (vgl. RfS.: RStBl. 1932, 543 Nr. 569). Das WBG. hat demgemäß in der von dem VerAussch. angeführten Entsch. v. 7. März 1933, VIII GSt 884/31, ausgesprochen, daß die Aufnahme von Schulden in die Bilanz die Vermutung ihrer Zugehörigkeit zum Betriebsvermögen begründe. Im vorl. Falle handelt es sich um einen Aktivposten. Es liegt kein Grund vor, sich hierfür auf einen anderen Standpunkt zu stellen. Die hiernach bestehende Vermutung kann allerdings entkräftet werden. Indessen verlangen das Interesse an einer wirtschaftlichen und steuerlichen Klarstellung der Verhältnisse und der Grundsatz der Bilanzwahrheit greifbare Unterlagen dafür; es müssen bestimmte Tatsachen vorliegen, welche, abweichend von der Vermutung, eine anderweitige Eigenschaft der in der Geschäftsbilanz aufgeführten Werte als außergeschäftliche Vermögen unzweifelhaft erkennen lassen. Derartige Tatsachen hat der StPfl. nicht vorgetragen. Insbes. genügt nicht seine Angabe, daß er die Kapitalien als Kreditunterlage für sein Geschäft nicht benutzt habe. Es spricht im Gegenteil für die Eigenschaft der streitigen Vermögensgegenstände als solcher des Betriebsvermögens, wenn BeschwF. in den früheren Jahren, wie er selbst angegeben hat, seinen Geschäftsgewinn durch Vermögensvergleich unter Einbeziehung der fraglichen Aktivposten ermittelt, in diesen Jahren also das Risiko einer etwaigen Entwertung der Posten dem Geschäft aufgebürdet hat. Demgegenüber verspricht es nichts, daß er nach seiner Angabe für das Geschäftsjahr 1931, also nach dem hier maßgeblichen Geschäftsjahr 1930, hierin eine Änderung hat eintreten lassen, „um künftig jeden Zweifel auszuschließen“. Vielmehr geht gerade aus der zugegebenen Möglichkeit von Zweifeln hervor, daß die Vermutung bisher nicht entkräftet worden war.

Hiernach hat der VerAussch. mit Recht die streitigen Zinsen dem Ertrage hinzugerechnet.

(PrWBG., 8. Sen., Entsch. v. 17. Dez. 1935, VIII GSt 428/33.)

*

59. GewSt. Amnestieanzeige. StAmnWB. v. 23. Aug. 1931 (RStBl. I, 449) § 15. Eine dem FinA. zugegangene Amnestieanzeige, die nach ihrem Wortlaut sich nur auf hinterzogenes Einkommen bezieht, ist auch für die Gewerbesteuer wirksam, wenn die angezeigten, bisher verschwiegenen Werte für die Einkommen- und die Gewerbesteuer dieselben sind.†)

Die Firma N. war für 1930 zur Gewerbesteuer nach dem Ertrage entsprechend ihrer Steuererklärung rechtskräftig veranlagt worden. Am 14. Okt. 1931 erstattete die Firma an das FinA. eine Amnestieanzeige, in welcher sie Angaben zum „Umsatz“, zur „Vermögenssteuer“ und zur „Einkommensteuer“ machte. Zur Einkommensteuer gab sie an, daß sie im Wirtschaftsjahr 1929 ein rund 10 000 RM höheres Einkommen als aus der Bilanz ersichtlich gehabt habe; sie habe in der Endbilanz des Jahres 1929 die Warenbestände um rund 10 000 RM zu niedrig angegeben. Im Anschluß an diese Anzeige fand eine Buch- und Betriebsprüfung bei der

StPfl. seitens des FinA. statt. Das Ergebnis wurde dem Gewerbesteuerzuschuß mitgeteilt, der nunmehr gem. § 222 Abs. 1 RWbG. bei der StPfl. eine Berichtigungsvoranlage vornahm. Er erhöhte durch sie den Gewerbeertrag um den in zwischen von dem Buchprüfer auf genau 9900 RM festgestellten Betrag, um welchen der Warenbestand zu niedrig angegeben war.

Mit den hiergegen gerichteten Rechtsmitteln des Einspruchs und der Ber. machte die Firma geltend, auch die Gewerbesteuer nachforderung werde von der Amnestieanzeige berührt. Einer besonderen Anzeige an den Gewerbesteuerzuschuß habe es nach § 10 DurchfBest. z. StAmnWD. v. 24. Aug. 1931 (RWbl. I, 455) nicht bedurft. Die Rechtsmittel blieben ohne Erfolg. Der VerLusSch. begründete seine abweisende Entsch. im wesentlichen folgendermaßen: Die Amnestiebestimmungen müßten als Ausnahmebestimmungen eng ausgelegt werden. Die bloßen Angaben des höheren Umsatzes und der höheren Warenbestände reichten, wenn diese Angaben auch für die Gewerbeertragsteuer von Bedeutung seien, hierfür nicht aus. Denn es seien damit nicht alle für die Ertragsteuer wichtigen Werte benannt. Es brauche zwar nicht das Wort „Gewerbesteuer“ ausdrücklich genannt zu werden. Aber es müßten wenigstens alle dafür wichtigen Angaben in der Anzeige enthalten sein.

Der RBeschw. der Firma gab das DW. statt.

Mit Recht fühlt sich die steuerpflichtige Firma durch das Urteil beschwert. Wie der Gerichtshof bereits mehrfach entschieden hat (R.-u. PrVerwBl. 53, 972 ff.), ist gerade im Gegenfalle zu der Auffassung des VerLusSch. bei der Auslegung der Amnestievorschriften nicht engherzig zu verfahren. Zwar handelt es sich hier um Ausnahmebestimmungen; aber der besondere Zweck der Amnestie war, das Vertrauen der StPfl. anzurufen, die dafür die Sicherheit haben sollten, daß ihnen aus der eigenen Aufdeckung von steuerlichen Verfehlungen keine Nachteile erwachsen sollten. Der erforderliche Schutz des Vertrauens verlangt, daß aus Ungenauigkeiten in der Amnestieanzeige und aus formalistischen Vorschriften dem Vertrauenden kein Nachteil entstehen soll. Aber selbst wenn man die Vorschriften der Steueramnestie eng auslegen wollte, so ist im vorl. Falle nicht ersichtlich, welche Angaben in tatsächlicher Beziehung die StPfl. außer der Angabe über den allein verschwiegenen Warenbestand noch hätte machen sollen.

Zweifellos kann nur sein, ob der Form der Amnestieanzeige insofern genügt ist, als sie weder an den Gewerbesteuerzuschuß gerichtet ist noch in ihr die Gewerbeertragsteuer besonders erwähnt ist. Für die Auffassung, daß eine solche Anzeige den Formvorschriften nicht genüge, könnte vor allen Dingen geltend gemacht werden, daß, wie das DW. in der angeführten Entsch. (R.-u. PrVerwBl. 53, 972) ausgesprochen hat, die nach § 18 Nr. 3 StAmnWD. v. 23. Aug. 1931 erfolgte Eröffnung des FinA. an den StPfl. nicht zugleich für die Gewerbesteuerbehörde wirkt. Hieraus könnte geschlossen werden, daß umgekehrt eine Amnestieerklärung gegenüber dem FinA. ebenfalls keine Wirkung gegenüber dem Gewerbesteuerzuschuß haben könnte. Mit Recht hat sich aber demgegenüber die StPfl. auf den Wortlaut des § 10 DurchfBest. zur StAmnWD. v. 24. Aug. 1931 berufen. Dieser lautet:

Abf. 1: Die Anzeige ist bei dem zuständigen FinA. oder bei einer anderen Behörde der Reichsfinanzverwaltung (z. B. FinA.) zu erstatten; hat jemand mehrere steuerpflichtige Werte (§ 15 Abs. 2 Nr. 2 StAmnWD.) nicht angegeben, für deren Erfassung mehrere Behörden zuständig sind, so genügt eine einheitliche Anzeige bei einer dieser Behörden.

Abf. 2: Soweit nur steuerpflichtiger Gewerbeertrag oder steuerpflichtiges Gewerbekapital nicht angegeben worden ist, ist die Anzeige bei der zuständigen Gewerbesteuerbehörde oder bei einer anderen Behörde der Landesfinanzverwaltung zu erstatten.

Es mag zugegeben werden, daß die Vorschrift des § 10 Abs. 1 zu Zweifeln Anlaß geben kann. Der zweite Halbsatz des

Abf. 1, der von der Nichtangabe mehrerer steuerpflichtiger Werte spricht und durch ausdrücklichen Hinweis auf § 15 Abs. 2 Nr. 2 StAmnWD. auch auf die daselbst aufgeführten Werte des steuerpflichtigen Gewerbeertrages und des steuerpflichtigen Gewerbekapitals sich bezieht, muß aber schon in seiner Wortfassung jedenfalls dahin gedeutet werden, daß eine einheitliche Anzeige bei einer der für die verschwiegenen Werte zuständigen Behörden genügt. Das gilt um so mehr für den hier vorl. Fall, als der verschwiegene Wert für die Einkommen- und die Gewerbesteuer nicht verschieden, sondern der gleiche ist. Diese rechtliche Auffassung wird bestätigt dadurch, daß in § 10 Abs. 2 für den Fall, daß „nur“ der Gewerbesteuerpflicht unterliegende Werte nicht angegeben sind, die Anzeige an die nach Landesrecht zuständige Behörde vorgeschrieben ist. Diese Vorschrift wäre unverständlich, wenn nicht der Abf. 1 dahin zu verstehen wäre, daß die Angabe von Werten, die sowohl der Gewerbesteuer wie einer Reichsteuer, z. B. Einkommensteuer, unterliegen, einheitlich bei dem FinA., also der Reichsbehörde, erfolgen kann. Wenn der Vorsitzende des Gewerbesteuerzuschusses demgegenüber anführt, daß der Begriff des Gewerbeertrages im preuß. Gewerbesteuerrecht mit dem im ReichStG. verwendeten Begriff der Einkünfte aus Gewerbebetrieb nicht zusammenfalle, so ist das zwar sachlich richtig, aber es ist nicht recht verständlich, was mit dieser Anführung bewiesen werden soll. Denn es handelt sich nur darum, ob die für die einzelnen Steuerarten erheblichen, aber verschwiegenen Werte angegeben sind oder nicht. Unter den nach Art und Höhe anzugebenden „Werten“ sind nicht etwa die Steuerbeträge zu verstehen, sondern die Tatsachen, welche die Grundlage der Steuerfestsetzung bilden. Etwas anderes besagt auch nicht die von der BeschwF. angeführte Entsch. des RFG. v. 19. Dez. 1934 (DStZ. 1935, 503/04 Nr. 16). In ihr wird ausgeführt, daß zur Erlangung der Amnestie nicht der Wille allein genüge, wieder steuerlich zu werden, sondern dieser Wille müsse ausreichend betätigt werden. Das geschehe dadurch, daß „die Tat umstände wegen der bisher nicht angegebenen Werte nach Art und Höhe angezeigt werden, und zwar vollständig“. Diesen Anforderungen hat die steuerpflichtige Firma zweifellos völlig entsprochen, denn die Berichtigung ihrer bisher unrichtigen Angabe über die Höhe ihrer Warenbestände bildete, wie auch die daraufhin vorgenommene streitige Neuanlage beweist, allein diejenige Tatsache, welche „Art und Höhe“ der nicht angegebenen steuerpflichtigen Werte auch für die Gewerbesteuer eindeutig und vollständig abdeckte (§ 14 DurchfBest.).

Nicht durchgreifend ist auch der weitere Hinweis des Vorsitzenden des Gewerbesteuerzuschusses darauf, er habe nur durch einen Zufall (wie die Akten ergeben, durch den Buch- und Betriebsprüfungsbericht) von dem Amnestieantrag der Firma erfahren; die Gewerbesteuerbehörde könne doch keine Amnestie gewähren, wenn ihr der Antrag nicht bekannt sei. Dieser Sachverhalt würde vielmehr nur die Annahme rechtfertigen, daß die Zusammenarbeit zwischen FinA. und Gewerbesteuerzuschuß sich nicht so vollzieht, wie sie der Gesetzgeber in § 10 DurchfBest. vorausgesetzt hat.

Nach allem muß es genügen, wenn die für die Gewerbesteuer verschwiegenen Werte zusammen mit den für andere Steuern verschwiegenen Werten einheitlich bei dem FinA. angezeigt worden sind. Es fragt sich nur, ob der Wortlaut der Amnestieanzeige einen Hinweis auf die Gewerbesteuer hätte enthalten müssen. Mit Recht weist die BeschwF. darauf hin, daß das ein leerer Formalismus sein würde. Ein solches Verlangen würde dem eingangs erwähnten Grundsatz, wonach bei Auslegung der Amnestievorschriften nicht engherzig verfahren werden darf, widersprechen. Es liegt kein hinreichender Grund vor, anzunehmen, daß ein StPfl., der für die Einkommensteuer eine Amnestieanzeige macht, diese Anzeige für die Gewerbesteuer insofern nicht beabsichtigte, als die Gewerbesteuer — wie hier — auf der gleichen Veranlagungsgrundlage beruht. Entscheidend ist, daß der — auch — für die Gewerbesteuer erhebliche, bisher nicht angegebene Wert in der Amnestieanzeige angegeben worden ist. Diese war daher auch für die Gewerbesteuerveranlagung wirksam.

Die VerEntsch., welche dies verkannt hat, war deshalb wegen Rechtsirrtums aufzuheben. Bei der nunmehr eröffneten freien Beurteilung auch des Tatbestandes war die Sache spruchreif. Die Berichtigungsveranlagung war unzulässig, weil die Amnestieanzeige vor dem 27. Okt. 1931 bei einer zuständigen Behörde einging und letztere der StPfl. nicht zuvor eine Eröffnung über ihre Kenntnis der nicht angegebenen steuerpflichtigen Werte gemacht hatte. Unter Aufhebung auch der Einspruchszentscheidung war daher die Berichtigungsveranlagung für 1930 außer Kraft zu setzen. Es verbleibt mithin bei der ursprünglichen Veranlagung der StPfl. vom 1. Okt. 1930.

(PrDVG., 8. Sen., Entsch. v. 22. Okt. 1935, VIII G St 159/34.)

Anmerkung: Die Entsch. ist zutreffend. Der sorgfältigen Auslegung, die sie den Bestimmungen der StAmnVD. zuteil werden läßt, ist nichts hinzuzufügen. Besonders erfreulich ist der Geist, den die zeitverbundenen Worte zur Frage der Auslegung von Amnestievorschriften atmen. In ihnen ist das Vertrauen als konstituierendes Element einer wahren Gemeinschaft zutreffend erfaßt und ausgewertet worden. Mit Recht lehnt es das OVG. ab, die rechtliche Natur einer Amnestie als Ausnahmenvorschrift zur Grundlage einer vertrauenswidrigen Auslegung zu machen. Der Satz, daß Ausnahmenvorschriften restriktiv zu interpretieren, also einschränkend zu handhaben seien, wird nur zu oft mißbräuchlich als eine reine Schablone angewandt. Seit er uns als die bekannte Formel aus dem römischen Recht „quod contra rationem legis receptum est, non est producendum ad consequentias“ überliefert worden ist, hat er immer wieder als eine bequeme Gedankenkrücke dienen müssen. In Wahrheit soll er nur vor einer allzu unbedachten Übertragung der Ausnahmeregelung und vor einer vorschnellen Erstredung ihres Prinzips über den besonderen Sinnbereich hinaus warnen. Der Kugbarmachung des in der Ausnahmeregelung erkennbar werdenden Sonderprinzips im gleichen Sinnbereich steht er nicht im Wege.

RA. Keuß, Berlin.

*

60. § 2 MusterStD. für Erhebung einer Gemeindegetränksteuer. Das zur Berechnung der Gemeindegetränksteuer zugrunde zu legende „Entgelt“, der Kleinhandelspreis (§ 2 MusterStD.), umfaßt nicht auch den Steuerbetrag, der für die Abgabe steuerpflichtiger Getränke zum Verzehr an Ort und Stelle zur Erhebung gelangt und an die Gemeinde zu entrichten ist.

Für die Stadt D. erließ der RegPräs. auf Grund der durch Art. IV § 3 Abs. 2 PrGef. v. 28. Nov. 1930 (GS. 284) i. d. Fass. des Gef. v. 24. März 1931 (GS. 25) erteilten Ermächtigung mit Zustimmung des BezAusSch. und Genehmigung des DPräs. am 27. März 1931 eine „Steuerordnung für die Erhebung einer Gemeindegetränksteuer“, die mit dem 1. April 1931 in Kraft trat und als § 2 folgende Vorschr. enthielt:

„Die Steuer beträgt 10 % des Entgelts (Kleinhandelspreises) für die in § 1 bezeichneten Getränke.“

Dazu bestimmte die „AusfAnw.“ der Stadt D. v. 14. April 1931 in ihrem Art. II:

„Steuerpflichtiger Kleinhandelspreis ist das Entgelt, das für die abgegebenen Getränke zu zahlen ist. Zum steuerpflichtigen Entgelt gehört nicht der Bedienungsaufschlag.“

Die Steuerordnung v. 27. März 1931 ist sodann mit Wirkung v. 1. April 1932 durch die von der Stadt D. mit Genehmigung der staatlichen Aufsichtsbehörden erlassene „Steuerordnung für die Erhebung einer Gemeindegetränksteuer“ v. 16. März 1932 ersetzt worden, deren § 2 lautet:

„Die Steuer beträgt 10 % des Entgelts (Kleinhandelspreises) für die in § 1 bezeichneten Getränke. Der 10 % ige Bedie-

nungsaufschlag zum Kleinhandelspreis gehört nicht zum steuerpflichtigen Entgelt.“

Auf Grund der beiden Steuerordnungen wurde R. als Inhaber eines Kaffeerestaurants in D. von dem Oberbürgermeister für die Zeit vom 1. Juli 1931 bis 31. Jan. 1934 zu einer Gemeindegetränksteuer herangezogen, wobei der Oberbürgermeister von der Auffassung ausging, daß unter „Entgelt (Kleinhandelspreis)“ der Getränke, deren Abgabe zum Verzehr an Ort und Stelle nach den für D. bestehenden Best. steuerpflichtig ist, derjenige Betrag zu verstehen sei, „den der Gast zu zahlen hat, also der ursprüngliche Warenpreis einschließlich desjenigen Steuerbetrages, den der Wirt auf den Gast abwälzt“. Auf seine Klage wurde R. vom BezVerwGer. von der Steuer freigestellt. Die Rev. des Befl. wies das OVG. zurück, nachdem sich der R. u. BrMdZ. zu der allein zwischen den Parteien streitigen Frage, ob das der Berechnung der Gemeindegetränksteuer zugrunde zu legende „Entgelt (der Kleinhandelspreis)“ auch den Steuerbetrag mitumfaßt, der für die Abgabe steuerpflichtiger Getränke zum Verzehr an Ort und Stelle zur Erhebung gelangt und an die Gemeinde zu entrichten ist, wie folgt geäußert hatte:

„Die Best. des § 2 der mit dem RdErl. v. 2. Aug. 1930 (MBlB. 722 f.) veröffentlichten MusterStD. für die Erhebung einer Gemeindegetränksteuer, deren Fassung allerdings an Klarheit zu wünschen übrig läßt, ist von mir in Übereinstimmung mit dem RfM. immer dahin aufgefaßt worden, daß bei der Berechnung der Steuer nur der Netto-Kleinhandelspreis der in § 1 a. a. D. bezeichneten steuerpflichtigen Getränke zugrunde zu legen ist, und nicht etwa dieser zuzüglich der an und für sich zu entrichtenden Getränkesteuer.“

Ich habe diesen Standpunkt auf Anfrage nachgeordneter Stellen wiederholt zum Ausdruck gebracht, und die Stadt Berlin hat z. B. daraufhin ihre Anweisungen über die Berechnung der Getränkesteuer entsprechend geändert.

Bei einer Neufassung der MusterStD. werde ich in diese eine Best. aufnehmen, die die Einbeziehung der auf den Konsumenten überwälzten Getränkesteuer in den der Steuerberechnung zugrunde gelegten Kleinhandelspreis ausdrücklich ausschließt.“

Die Befugnis, „mit Genehmigung der Landesregierung oder der von ihr beauftragten Behörde Steuern auf Bier, Wein, weinähnliche und weinhaltige Getränke, Schaumwein, schaumweinähnliche Getränke, Trinkbranntwein, Mineralwässer und künstlich bereitete Getränke (Tee, Kaffee, Kakao usw.) zu erheben, soweit diese Getränke zum Verzehr an Ort und Stelle verkauft werden“, ist den Gemeinden durch § 1 WD. des RPräs. auf Grund des Art. 48 RVerf. über die Zulassung einer Gemeindegetränksteuer v. 16. Juli 1930 (RGBl. I, 212) eingeräumt worden, wobei gleichzeitig vorgeschrieben wurde, daß die Steuern „nach dem Kleinhandelspreise zu bemessen“ seien. Die WD. v. 16. Juli 1930 mußte zwar auf Verlangen des Reichstags (vgl. WD. des RPräs. v. 18. Juli 1930 [RGBl. I, 223]) wieder außer Kraft gesetzt werden, doch wurde die mit ihr verfolgte Absicht, den Gemeinden eine neue Einnahmequelle zu erschließen, in § 3 Abs. 1 Abschn. 2 WD. des RPräs. zur Behebung finanzieller, wirtschaftlicher und sozialer Notstände v. 26. Juli 1930 (RGBl. I, 311) abermals verwirklicht, durch den bestimmt wurde:

„Sofern der Haushalt einer Gemeinde durch Wohlfahrtslasten in außerordentlichem Umfang belastet ist, ist die Gemeinde berechtigt, mit Zustimmung der Landesregierung neben der Gemeindebiersteuer eine Gemeindegetränksteuer auf Wein, weinähnliche und weinhaltige Getränke, Schaumwein, schaumweinähnliche Getränke, Trinkbranntwein, Mineralwässer und künstlich bereitete Getränke sowie Kakao, Kaffee, Tee und andere Auszüge aus pflanzlichen Stoffen zu erheben, soweit diese Getränke zum Verzehr an Ort und Stelle entgeltlich abgegeben werden. Die Steuer beträgt mindestens 5 % des Kleinhandelspreises.“

Damit war im wesentlichen der Inhalt des § 1 Abs. 1 WD. v. 16. Juli 1930 (RGBl. I, 212) wiederhergestellt. Zur Ergänzung und Erläuterung der durch § 3 Abs. 1 Abschn. 2 WD. vom 26. Juli 1930 (RGBl. I, 311) gegebenen Vorschr. hat sodann der

RfM. in den Durchf. v. 4. Sept. 1930 (RGBl. I, 450), die er auf Grund der ihm gesetzlich erteilten Ermächtigung (§ 8 Abs. 1 Abschn. 2 B. v. 26. Juli 1930) erlassen hat, soweit sie hier in Betracht zu ziehen sind (§ 2 Abs. 1 und 2), verordnet:

„Sofern die Gemeindegetränksteuer nach § 3 B. v. 26. Juli 1930 erhoben wird, unterliegen ihr alle in dieser Vorschrift bezeichneten Getränke; eine Ausdehnung auf andere Getränke (z. B. Bier, Milch) sowie eine Herausnahme einzelner Getränke ist unzulässig. Der Steuerfuß kann nur für alle Getränke gleichmäßig bemessen werden. Bei der Berechnung der Steuer darf für übliche Beigaben, deren Preis herkömmlicherweise im Preise für das Getränk mitgehalten ist (z. B. Zucker und Milch bei Kaffee, Zitrone bei Tee), nichts abgezogen werden; dagegen gehört das Bedienungsgeld nicht zum Kleinhandelspreis.“

Die Erhebung der Gemeindegetränksteuer ist nur zulässig, wenn die Gemeindebiersteuer erhoben wird.“

Ihren Abschluß fand die gesetzgeberische Entwicklung der Gemeindegetränksteuer im Teil 1 Kap. I Art. 1 § 3 B. v. 1. Dez. 1930 (RGBl. I, 517), der dem § 3 Abs. 1 Abschn. 2 B. v. 26. Juli 1930 (RGBl. I, 311) folgende Fassung gab:

„Sofern der Haushalt einer Gemeinde durch Wohlfahrtslasten in außerordentlichem Umfang belastet ist, ist die Gemeinde berechtigt, für das Rechnungsjahr 1931 mit Zustimmung der Landesregierung neben der Gemeindebiersteuer eine Gemeindegetränksteuer auf Wein, weinähnliche und weinhaltige Getränke, Schaumwein, schaumweinähnliche Getränke, Trinkenbranntwein, Mineralwässer und künstlich bereitete Getränke sowie Kakao, Kaffee, Tee und andere Auszüge aus pflanzlichen Stoffen zu erheben, soweit diese Getränke zum Verzehr an Ort und Stelle entgeltlich abgegeben werden. Die Steuer beträgt mindestens 5% des Kleinhandelspreises.“

Dieser Entstehungsgeschichte der Gemeindegetränksteuer ist vor allem zu entnehmen, daß nach dem für die Landesregierungen und Gemeinden maßgeblichen Willen des Gesetzgebers allein der „Kleinhandelspreis“ der steuerpflichtigen Getränke die Berechnungsgrundlage für die Steuer abgeben sollte. Wenn daher § 2 der Der Steuerordnungen in Übereinstimmung mit der von den zuständigen preuß. Ministern am 2. Aug. 1930 (MBl. B. 722) herausgegebenen MusterStD. vorsieht: „Die Steuer beträgt 10% des Entgelts (Kleinhandelspreises) für die in § 1 bezeichneten Getränke“, so hat damit keine Veränderung der vom Gesetzgeber vorgeschriebenen Steuerberechnungsgrundlage vorgenommen werden sollen oder können, die auch als zulässig angesehen werden müßte. Zugaben ist dem Bkl., daß durch die Fassung der PrMusterStD. v. 2. Aug. 1930, auf die sich die Der Steuerordnungen gründen und berufen, eine gewisse Unklarheit in die Begriffsbestimmung der Steuerberechnungsgrundlage gebracht worden ist. Denn während „Entgelt“ begrifflich alles umfaßt, was derjenige, der steuerpflichtige Getränke zum Verzehr an Ort und Stelle verabsolgt, aus diesem Anlaß vereinnahmt — also grundsätzlich auch diejenigen Steuern, die der Verabreicher steuerpflichtiger Getränke auf Grund seiner rechtlichen Verpflichtungen aus seinen Einnahmen zu entrichten hat (vgl. hierzu RFSt. 1, 137; 8, 174) —, so ist der Begriff des „Kleinhandelspreises“ an sich enger und stellt nur diejenige in Geld ausgedrückte Gegenleistung dar, zu der der StPfl. die steuerpflichtigen Getränke zum Verzehr an Ort und Stelle dem Verbraucher im Wege des Angebots zum käuflichen Erwerb zu überlassen bereit ist und die nicht ohne weiteres auch eine Deckung für die von ihm abzuführenden Steuern zu enthalten braucht. Hieran wird auch nichts geändert, daß nach den für D. in Übereinstimmung mit der ministeriellen MusterStD. erlassenen Vorschr. der Bedienungsaufschlag zum Kleinhandelspreis bei der Feststellung des „steuerpflichtigen Entgelts“ unberücksichtigt zu bleiben hat. Daß der „Bedienungsaufschlag zum Kleinhandelspreis“ nicht zum „steuerpflichtigen Entgelt“ gehört, beruht auf den oben angeführten Durchf. des RfM. v. 4. Sept. 1930, welche von den Gemeinden zu beachten sind und in denen der genannte Minister, solange er sich im Rahmen der ihm durch das Gesetz erteilten Ermächtigung

hielt, verbindlich anzuordnen vermochte, was zum „Kleinhandelspreis“ gehören sollte bzw. welche Beträge dem „Kleinhandelspreis“ zuzufügen oder bei ihm außer Betracht zu lassen waren. Der von dem Bkl. aus der für den Bedienungsaufschlag getroffenen Regelung — per argumentum e contrario — gezogene Schluß, daß die Getränkesteuer einen Teil des der Steuerberechnung zugrunde zu legenden „Entgelts (Kleinhandelspreises)“ darstelle, war sonach verfehlt. Vielmehr war im Gegenteil aus der Fassung des Reichsgesetzes, das ausdrücklich den „Kleinhandelspreis“ und nicht das „Entgelt“ zur Steuerberechnungsgrundlage gemacht hat, nur die Folgerung möglich, daß der Ausdruck „Kleinhandelspreis“ begrifflich nach dem Willen des Gesetzgebers die Getränkesteuer nicht einschließen sollte.

Bestätigt wird diese Auffassung noch dadurch, daß — abweichend vom UmStG. (vgl. hierzu § 10 Abs. 1 Satz 1 UmStG. v. 16. Okt. 1934 [RGBl. I, 942] und § 11 Abs. 1 Satz 1 UmStG. v. 8. Mai 1926 [RGBl. I, 218]) — an keiner Stelle in den reichsgesetzlichen Vorschr. über die Gemeindegetränksteuer oder den dazu von dem RfM. erlassenen Durchf. ein Verbot der „offenen Steuerüberwälzung“ ausgesprochen ist. Indem damit dem StPfl., d. h. demjenigen, „der steuerpflichtige Getränke zum Verzehr an Ort und Stelle entgeltlich abgibt“ (§ 3 Der Steuerordnungen), erlaubt wurde, dem Konsumenten die Getränkesteuer gesondert in Rechnung zu stellen, war eindeutig klar gestellt (vgl. B o p i z, UmStG., 3. Aufl., Berlin 1928, Anm. II 6 b 77, S. 747), daß die Getränkesteuer bei der Ermittlung der Steuerberechnungsgrundlage außer Ansatz bleiben mußte und nicht einen Bestandteil des „Kleinhandelspreises“ abgeben sollte.

Demgegenüber vermochte sich der Bkl. zur Rechtfertigung des von ihm eingenommenen Standpunkts auch nicht auf das von ihm angeführte Urteil des BayObStG. v. 14. Jan. 1932, II 806 = JW. 1932, 1473 zu berufen. Er übersieht, daß Ausgangspunkt der Entsch. eine für die betreffende bayerische Gemeinde ergangene „polizeiliche Vorschr.“ war, welche bestimmte, daß die 10% des Kleinhandelspreises betragende Steuer „nicht gesondert in Rechnung gestellt werden dürfe“. Eines näheren Eingehens auf die damit sich ergebende Frage, ob der Erlaß einer solchen „polizeilichen Vorschr.“ oder die Aufnahme einer mit ihr übereinstimmenden Vorschr. in die Gemeindegetränksteuerordnung überhaupt statthaft ist und mit den Absichten des Gesetzgebers in Einklang gestellt werden kann, bedurfte es indes vorliegend um so weniger, als eine der bairischen Vorschr. entsprechende Anordnung für Preußen und besonders für D. nicht ergangen ist.

Im Ergebnis, wenn auch aus anderen Gründen, als sie für die Vorinst. maßgebend gewesen sind, war sonach der von dem BezVerwGer. gefällten Entsch. beizupflichten. Mit dieser von ihm vertretenen Auffassung befindet sich der Gerichtshof im übrigen auch in Übereinstimmung mit derjenigen, die der für die Gemeindegetränksteuer in Preußen zuständige Minister in seinem oben wiedergegebenen Schreiben vom 13. Sept. 1935 zum Ausdruck gebracht hat. Demgegenüber mußte die von dem Bkl. gegen die Vorentscheidung eingelegte Rev. der Zurückweisung verfallen.

(PrOStG., 2. Sen., Urt. v. 29. Okt. 1935, II C 51/35.)

Sächsisches Oberverwaltungsgericht

61. Die „Verwirkung“ im öffentlichen Recht, und zwar

a) im Aufwertungsrecht.

Nachdem das SächsOStG. für das öffentliche Recht dem Gedanken von Treu und Glauben bei der Aufwertung öffentlich-rechtlicher Ansprüche Anerkennung zugebilligt hat, ist es notwendig, dem gleichen Gedanken jedenfalls im Aufwertungsrecht bei der Verwirklichungsfrage Raum zu geben. Der Unterschied der Verwirkung von der Verjährung liegt darin, daß für sie zwar in erster Linie ein gewisser Zeitablauf notwendig ist,

daß dieser aber nicht genügt. Es kann nicht ein einfaches Verschweigen, ein rein passives Verhalten ausreichen, um die Voraussetzungen der Verwirkung als gegeben anzusehen. Vielmehr müssen dazu noch andere Umstände treten, die das schweigende Verhalten des Gläubigers für den Schuldner in einem besonderen Licht erscheinen lassen. Das Erfordernis eines gewissen Zeitablaufes ist aber wesentlich und unentbehrlich. Da der Stadtrat im Streitfalle, in dem es sich um die Aufwertung von Anliegerleistungen zugunsten der Stadtgemeinde handelte, bei dem inzwischen vor etwa fünf Jahren erfolgten Eigentumswechsel Gelegenheit und Veranlassung gehabt hätte, seinen Aufwertungsanspruch geltend zu machen, aber damals und in den nächsten vier Jahren keine Schritte dazu tat, so war das ein Verhalten, das geeignet erschien, bei dem früheren wie dem jetzigen Eigentümer des Grundstücks den Eindruck zu erwecken, daß Ansprüche der Gemeinde nicht mehr bestünden. Wenn der Stadtrat nunmehr nach einem verhältnismäßig langen Zeitraum doch noch mit einer solchen Forderung hervortrat, so lag darin ein Tun, das mit seinem bisherigen Verhalten in dieser Angelegenheit in Widerspruch stand und daher die Geltendmachung des Aufwertungsanspruches nicht mehr als zulässig erscheinen läßt.

(SächsDVG., Entsch. v. 20. Sep. 1935, 43 I 35.)

b) im Steuerrecht.

Ob die Verwirkung, wie der RFG. meint, für Steueransprüche schlechthin abzulehnen ist, kann bezweifelt werden. Als Voraussetzung einer Verwirkung genügt nicht der bloße Zeitablauf. Dieser äußert seine Wirkung in der Verjährung. Dagegen muß als Grund der Verwirkung zum Zeitablauf noch ein besonderes Verhalten des Berechtigten hinzutreten, nach dem der Verpflichtete mit gutem Grunde annehmen konnte, daß die Angelegenheit erledigt sei; oder die Verzögerung der Rechtsverfolgung muß nach den besonderen Umständen als gegen Treu und Glauben verstößend anzusehen sein.

(SächsDVG., Entsch. v. 10. Okt. 1935, 40 II 35.)

*

62. SächsBauG. Ob die Befreiung von einer Bauvorschrift Rechte oder rechtlich geschützte Belange Dritter verletzt, ist nicht nach dem Zweck der Vorschrift zu beurteilen, von dem abgewichen werden soll, sondern vielmehr allein danach, wie die Abweichung im Einzelfall auf den Dritten wirkt.

Nach § 7 Abs. 2 SächsBauG. dürfen Ausnahmen, durch die Rechte oder rechtlich geschützte Belange Dritter, insbes. durch Herbeiführung von erkennbaren Nachteilen gesundheitlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art verletzt werden, nur mit deren Zustimmung bewilligt werden. Nachdem das DVG. bereits in seiner Entsch. v. 18. Jan. 1935 (Jahrb. 39, 1), allerdings in anderem Zusammenhange, die Unterscheidung der baurechtlichen Vorschriften danach, ob sie dem Nachbarn Schutz dienen oder nicht, grundsätzlich ausgegeben hat, kann auch bei der Erörterung der nach der angegebenen Gesetzesvorschrift zu prüfenden Frage nicht mehr nach dem Zweck der Vorschrift, von dem abgewichen werden soll, als Nachbarnschutzvorschrift gefragt werden. Die gesamte Rechtsordnung, mithin überhaupt jede Rechtsvorschrift, ist in erster Linie nicht um des Einzelnen, sondern um der Volksgemeinschaft willen erlassen. Insbes. verfolgt die Baugesetzgebung grundsätzlich das Ziel, ein vernünftiges und zweckmäßiges Bauen zum Nutzen aller zu gewährleisten. Nun ist es zwar richtig, daß die Bauvorschriften sich im Verhältnis zum Nachbar im Einzelfalle sehr verschieden auswirken, so daß die Einhaltung der einen Vorschrift für einen Dritten sehr bedeutsam, die einer anderen weniger fühlbar sein kann und die vieler anderen ohne allen Einfluß auf ihn ist. Indessen sind das lediglich Gradunterschiede tatsächlicher Art, keine Rechtsunterschiede. In Wirklichkeit wird jeder Dritte durch jede Bauvorschrift insoweit rechtlich geschützt, als die Vorschrift ihm nützt und eine Abweichung davon ihn beeinträchtigt. Wenn der Staat

Vorschriften aufstellt und die Durchführung seiner eigenen Rechtsordnung im Interesse der Gemeinschaft mit seinen Machtmitteln gewährleistet, so schützt er damit auch die Belange eines jeden einzelnen, die dieser an der Durchführung der Bauvorschriften vernünftigerweise haben kann. Nur eine solche Auslegung kann zu befriedigenden Ergebnissen führen. Denn nicht auf die formale Verletzung einer Vorschrift, sondern auf die wirklich schutzbedürftigen Belange des Nachbarn kann der im § 7 Abs. 2 BauG. vorgesehene Schutz des Dritten im Baurecht abgestellt werden, und auch nur hierauf hat ihn der Gesetzgeber abstellen wollen. Es ist der Sinn der Rechtsordnung, daß sich jeder einzelne auf ihre Wirksamkeit verlassen darf. Er muß deshalb des Schutzes der Rechtsordnung teilhaftig werden, wenn er dadurch benachteiligt wird, daß andere von gegebenen Rechtsvorschriften abweichen. Es ist deshalb jeder Dritte durch das Recht in dem Interesse geschützt, das er daran hat, daß Bauvorschriften, deren Einhaltung ihm günstig oder deren Nichteinhaltung ihm nachteilig ist oder sein kann, auch eingehalten werden.

Damit wird die Frage nach dem Zwecke einer Bauvorschrift als einer Nachbarnschutzvorschrift in vollem Umfange hinfällig. Entscheidend dafür, ob zur Befreiung von einer Bauvorschrift die Zustimmung eines Dritten einzuholen ist oder nicht, ist nicht der Zweck dieser Vorschrift, sondern ausschließlich die Frage, wie sich eine Abweichung von ihr im Einzelfalle auf den Dritten auswirkt.

(SächsDVG., Entsch. v. 20. Sept. 1935, 93 I 35.)

*

63. SächsBauG. Wenn das Gesetz die Bewilligung einer baurechtlichen Ausnahme von der Zustimmung eines Dritten abhängig macht, gilt nur das, was der Dritte der Behörde gegenüber erklärt.

Bei der Zustimmung eines Dritten zu einer baupolizeilichen Ausnahme (vgl. § 7 Abs. 2 SächsBauG.) handelt es sich um eine Äußerung, die an die Baupolizeibehörde gerichtet ist. Dabei ist es gleichgültig, ob sie von dem Dritten bei dieser Behörde unmittelbar oder durch Vermittlung des Bauherrn abgegeben wird. Sie gehört voll dem öffentlichen Recht an und bedarf nicht der Annahme etwa durch den Bauherrn. Sie ist von den ihr etwa zugrunde liegenden (in der Regel privatrechtlichen) Vereinbarungen zwischen Bauherrn und Dritten zu trennen. Solche Vereinbarungen mögen die Grundlage für die Zustimmungserklärung bilden, sind aber für die Baupolizeibehörde in keiner Weise maßgebend. Aus Abweichungen der Zustimmungserklärung von dem Ergebnis einer dieser Erklärung zugrunde liegenden Besprechung zwischen dem Bauherrn und dem Dritten kann also ein weitergehendes Einverständnis des Dritten nicht gefolgert werden. Für die Baupolizeibehörde gilt allein die ihr zugegangene Zustimmungserklärung.

(SächsDVG., Entsch. v. 15. Nov. 1935, 34 I 35.)

*

64. Berücksichtigung des Verwendungszweckes bei der Bauerlaubnis.

Im Bauerlaubnisverfahren ist der zukünftige Verwendungszweck des Bauwerkes jedenfalls insoweit mit zu berücksichtigen, als das Bauwerk nach seiner Gestaltung und Stellung von vornherein für eine gewisse Benutzungsart bestimmt ist. Dies ergibt sich notwendig aus der Einheit der staatlichen (Polizei-) Gewalt und wird schon dadurch gefordert, daß die entsprechende Regelung in einem baurechtlichen Gesetze enthalten ist. Es wäre unverständlich, wollte man annehmen, die Baupolizeibehörde müsse bei der Baugenehmigung sehenden Auges bauliche Herstellungen zulassen, deren Benutzung zu einem Einschnreiten der einen anderen Polizeizweig handhabenden Behörde führen muß.

(SächsDVG., Entsch. v. 15. Nov. 1935, 37 I 35.)

*

65. „Gewerbliche Anlage“ i. S. des Ortsbaurechts.

Sind durch OrtsbauG. gewerbliche Anlagen von einem bestimmten Gebiet allgemein ausgeschlossen, so trifft das ohne Rücksicht auf den Rechtsbegriff der „gewerblichen Anlage“ auch jede Anlage, die wie eine gewerbliche wirkt. Denn der durch das Ortsgesetz erstrebte Ordnung würde man nicht gerecht werden, wenn man die Entsch. über die Zulässigkeit eines Bauvorhabens buchstabenmäßig davon abhängig machen wollte, ob die zu errichtende Anlage unter die juristische Begriffsbestimmung einer „gewerblichen“ zu bringen ist oder nicht. Man würde damit die juristische Auslegung des Gewerbebegriffs ohne Zusammenhang mit der auf die praktischen Bedürfnisse abgestellten Ordnung des Bauwesens zum ausschlaggebenden Merkmale werden lassen, was weder dem Sinn und Zweck der ortsgesetzlichen Regelung entsprechen noch mit den Grundsätzen neuerer Rechtsanwendung übereinstimmen würde, nach denen es nicht auf die Anwendung fester Rechtsbegriffe, sondern auf das Erkennen und Berücksichtigen der Vorgänge des Lebens und ihrer Wirkungen ankommt.

(SächsDVG., Entsch. v. 15. Nov. 1935, 37 I 35.)

*

66. Neuveranlagung zur Gewerbesteuer bis zum Ablauf der Verjährungsfrist möglich.

Wenn sich bei einer Buch- und Betriebsprüfung Fehler in der Buchführung des Gewerbesteuerpflichtigen ergeben, so muß sich dieser gefallen lassen, daß er noch bis zum Ablauf der Verjährung neu veranlagt wird, wenn ihm nicht die Steuerbehörde zu erkennen gibt, daß eine Neuveranlagung unterbleiben wird.

(SächsDVG., Entsch. v. 10. Okt. 1935, 40 II 35.)

*

67. Rechtsmittelbelehrung auf der zweiten Rechtsstufe bei Veräumung des ersten Rechtsmittels.

Wenn (wie beispielsweise in § 162a SächsBauG.) die Beifügung einer Rechtsmittelbelehrung vorgeschrieben ist, so muß diese Belehrung in dem Bescheide der zweiten Rechtsstufe, falls das weitere Rechtsmittel wegen Veräumung der Rechtsmittelfrist für das erste Rechtsmittel unzulässig ist, einen Hinweis darauf enthalten, daß das weitere Rechtsmittel nur zulässig ist, wenn es mit der Begründung eingewendet wird, daß eine Veräumung der ersten Rechtsmittelfrist nicht vorliege.

(SächsDVG., Entsch. v. 11. Okt. 1935, 152 I 35.)

Badischer Verwaltungsgerichtshof

68. § 31 BadOrtsStrG. Zubehörereignis eines unbebauten als Gartenland verwendeten Grundstücks eines Fabrikangebäudes bei gemeinsamer Umfriedung durch eine Mauer. Als Merkmal für die Bejahung oder Verneinung der Zubehörereignis und damit der Selbständigkeit oder Unselbständigkeit eines unbebauten Grundstücks gegenüber einem anstoßenden bebauten Grundstück desselben Eigentümers ist die einheitlich wirtschaftliche Nutzung beider Grundstücke in dem Sinne entscheidend, daß die Einheitlichkeit

der Nutzungsart durch die Benutzungsart (Betriebszweck) des Hauptgrundstücks bestimmt wird.

(BadVGH., Entsch. v. 23. Okt. 1935, 134/35.)

*

69. §§ 48 Abs. 4 Satz 1, 50b Abs. 1 Ziff. 1 BadGrGewStG. 1932. Für das bad. Grund- und Gewerbesteuerrecht wird an dem Standpunkt, daß die Spareinlagen keine unmittelbar aus dem laufenden Geschäftsbetrieb hervorgehenden abzugsfähigen Schulden sind, auch gegenüber der abweichenden preußischen, sächsischen und hessischen Rspr. festgehalten.

In BadVermZ. 1934, 140 hat der Gerichtshof dargelegt, aus welchen Gründen die Spareinlagen der Genossen eines in der Rechtsform der eGmbH. auftretenden Konsumvereins — einer Verbrauchergenossenschaft — nicht als Schulden aus dem laufenden Geschäftsbetrieb im Sinne der bad. Grund- und Gewerbesteuergegebung anzusehen sind. Die Entwicklung der Verhältnisse — die seit der Bankkrise 1931 einsetzenden Spargeldabhebungen — kann schon deshalb nicht zu einer Aufgabe der Rspr. des Gerichtshofs führen, weil die Gestaltung des Spareinlagenbestands der klägerischen Verbrauchergenossenschaft bis zu dem maßgebenden Stichtag, dem 1. Jan. 1933, eine irgendwie erhebliche Einwirkung jener Entwicklung nicht erkennen läßt. Inwiefern der Umstand, daß nach § 5 Abs. 1 Ges. über Verbrauchergenossenschaften v. 21. Mai 1935 (RGBl. I, 681) die Spareinrichtungen der Verbrauchergenossenschaften bis zum 31. Dez. 1940 aufzulösen sind, ein Schluß darauf gezogen werden kann, daß die Spareinlagen der Kl. nach dem Stichtag v. 1. Jan. 1933 nicht als Dauerschulden behandelt werden können, ist nicht ersichtlich.

Gegenüber der von der Kl. geltend gemachten Notwendigkeit einheitlicher Auslegung der in Frage kommenden Bestimmungen der Gewerbesteuergegebung der Länder hat schon das FinGer. zutreffend ausgeführt, daß die Bestimmungen des GrGewStG. 1932 aus sich heraus ausgelegt werden müssen. Bei dem im einzelnen durchaus nicht einheitlichen Aufbau der Landesgesetzgebung hinsichtlich der Grund- und Gewerbesteuer können daher auch Vorschriften, die in den Landesgesetzen ähnlichen oder dem Wortlaut nach scheinbar gleichen Inhalt haben, verschiedener Auslegung fähig sein. Die in NVermBl. 52, 536 veröffentlichte Entsch. des Preuß. DVG. insbes. war dem Gerichtshof bekannt. Es ist zu beachten, daß § 6 Abs. 2 PrGewStGD. (Bes. v. 15. März 1927) überhaupt nicht von Schulden aus dem laufenden Geschäftsbetrieb, sondern von den behufs Anlage oder Erweiterung des Geschäfts usw. aufgenommenen Schulden spricht, und daß das PrDVG. die seiner Nachprüfung entzogenen tatsächlichen Feststellungen des Berufungsausschusses über den Willen der Sparereiner Entsch. zugrunde gelegt hat. Die in Betracht kommende sächsische Regelung weicht, wie das SächsDVG. in einer Entsch. v. 11. Okt. 1934 ausgeführt hat, von der badischen Regelung ab; das SächsDVG. hat aus diesem Grunde das Urteil des Gerichtshofs in BadVermZ. 1934, 140 ausdrücklich nicht beachtet. Über die hessische Regelung der Veranlagung des gewerblichen Betriebsvermögens enthält das Ur. des FinGer. Darmstadt v. 18. April 1934 keine näheren Darlegungen. Der Gerichtshof hat daher keinen Anlaß, von seiner bisherigen Rspr. abzugeben. Diese Rspr. hat dem das badische GrGewStRecht beherrschenden Grundsatz Rechnung getragen, daß das in dem Gewerbebetrieb dauernd arbeitende Kapital, sei es eigenes oder sei es fremdes, der Besteuerung unterliegt; die Erwägungen, die in Beachtung dieses Grundsatzes dazu führten, die Spareinlagen der Verbrauchergenossenschaften nicht als laufende Geschäftsschulden zu behandeln, hat die Kl. nicht widerlegt.

(BadVGH., Entsch. v. 17. Sept. 1935, 83/35.)