



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. Mösmer, München; Prof. Dr. Noack, Halle a. S.; Dr. Rudat, Königsberg (Pr.); Wilh. Scholz, Berlin; Dr. Schwarz, Prenzlau; Dr. Ullrich, 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

Das Recht ist bei Deutschland

Von Hauptschriftleiter Rechtsanwalt Rudolf Henjen, Berlin

In der historischen Reichstagsitzung v. 7. März 1936 hat der Führer aufgerufen „zu dem Schwur, vor keiner Macht und vor keiner Gewalt in der Wiederherstellung der Ehre unseres Volkes zurückzumeichen und lieber der schwersten Not ehrenvoll zu erliegen, als jemals vor ihr zu kapitulieren, und zu dem Bekenntnis, nun erst recht für eine Verständigung der Völker Europas und insbesondere für eine Verständigung mit unseren westlichen Nachbarn einzutreten“. Das erste Echo der französischen Regierung und der französischen Presse auf die Rede des Führers ließ erkennen, daß das offizielle Frankreich die Situation doch nicht gleich völlig überblickt hat, daß sie für die europäische Lage kein sofortiges Verständnis aufbrachte und nur die Mißverständnisse, die Probleme und Spannungen zwischen den Völkern Europas sah. Wer die Mentalität der französischen Regierung kennt, den konnte diese ablehnende, auf formalen Gesichtspunkten beruhende Haltung nicht überraschen.

Zwar wird es immer Spannungen zwischen den Völkern geben, weil die Völker in ihren Charakteren, in Kultur und Geisteshaltung, in Lebensform und Lebensbedingungen unterschiedlich sind. Was es aber zwischen ihrer Kultur nach gleichrangigen Völkern nicht zu geben braucht und nicht geben sollte, das ist die Diffamierung und Entrechtung eines Volkes unter Ausnutzung einer Zwangslage und unter Anwendung von brutaler Gewalt.

Diese Methode der Diffamierung, der Entehrung und Entrechtung ist Deutschland gegenüber wiederholt angewandt worden. Den eindeutigen und schlagendsten Beweis hierfür liefert das Diktat von Versailles. Daß dieser sogenannte Friedensvertrag kein Vertrag friedfertigen Geistes, sondern ein Diktat des Hasses, der Gewalt und der Angst war, durch den Unrecht zum Recht gestempelt und der Kriegszustand permanent gemacht wurde, das ist inzwischen von den Einsichtigen aller beteiligten Nationen anerkannt worden. Doch die Einsicht und das Anerkenntnis der anderen nützte uns nicht, weil man die daraus notwendigen Folgerungen zu ziehen vergaß. Wir selbst aber waren ohnmächtig in innerer Verzweiflung und unternahmen nichts dazu, das Elementarrecht jeden Volkes, das Recht der Selbstbestimmung und der Gleichberechtigung, auch für Deutschland durchzusetzen.

Erst Adolf Hitler hat diesen Schritt gewagt. Durchdrungen von dem Glauben an Deutschland, und bauend auf die Treue seiner Gefolgsmannen, hat er im Jahre 1920 den Kampf für Deutschlands Freiheit aufgenommen. Als Führer des Dritten Reiches, gestützt auf das Vertrauen eines 65-Millionenvolkes, hat er im Jahre 1933 diesen Kampf für die Gleichberechtigung Deutschlands gegen das Unrecht der Welt in die Weltarena vorangetragen und diesen Kampf bestanden. Nicht nur um Deutschland ging dieses Ringen, es ging in gleicher Weise auch um den Frieden der europäischen Völker und damit um den Frieden der Welt. Der Kampf, den der Führer und mit ihm die Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei um das Recht Deutschlands in der Welt geführt hat und führt, ist aus den gleichen zwingenden Grundgedanken des Nationalsozialismus geboren und von den gleichen rechtspolitischen Erwägungen getragen, wie der innerdeutsche Kampf um die Neuschöpfung eines wahrhaft deutschen Rechts.

Wie im Innern das Ursprüngliche, das Naturgegebene in Volk und Recht überwuchert war durch eindringendes Fremdrecht, so auch im Äußerem. Und wie unser deutsches Recht verstrickt war in formalistischen Rechtsinstitutionen, so war unser deutsches Volk verstrickt in den Ketten formalistischer Verträge. Beiden war und ist gemeinsam die Regierung des Ursprünglichen, die Verneinung der naturgegebenen völkischen Notwendigkeiten, die gewalttätige Ausschaltung des Lebensrechtes.

Dieses Lebensrecht beruht auf der Tatsache, der Kraft göttlicher Schöpfung geschaffenen Verschiedenheit der Völker, die alle ausgestattet sind mit einem Eigenwert und einem Eigenleben. Jedes Volk führt seit vorgeschichtlichen Zeiten ein eigenständiges Leben, spricht seine eigene Sprache, bewohnt ein ihm eigenes Territorium, lebt nach seinen charakteristischen Eigenarten der Erfüllung der speziell ihm gestellten Aufgaben der Geschichte. Jedes Volk dient in der Entwicklung seiner arteigenen Kultur der Förderung der Kultur der Welt. Es ist freilich ein Symptom unseres Jahrhunderts, daß der vom Liberalismus erfundene Ruf nach allgemeiner Gleichmachung, nach Vermischung aller Unterschiede und Leugnung der Verschiedenartigkeit so laut geworden ist, aber es ist auch ein Symptom für die Mentalität unserer Nachbarn, daß sie den Ruf mitschallen lassen, im übrigen aber für sich selbst die Behauptung ihres Eigenlebens energisch in Anspruch nehmen. Gerade aber aus ihrer Stellung zu ihren eigenen Belangen, so sollte man meinen, müßten diese Völker auch das

starke Verlangen des Nationalsozialismus nach völliger Unberührtheit des Eigenlebens des deutschen Volkes verstehen.

Das Lebensrecht eines Volkes dokumentiert sich weiter in dem Recht auf Freiheit in der umfassendsten und tiefsten Bedeutung dieses Begriffes. Jedes Volk ist für sich selbst verantwortlich; es selbst gibt sich die Formen und den Inhalt seines Eigenlebens, es selbst allein formt sich sein Schicksal. Kein anderes Volk hat das Recht, in diese Freiheit der Selbstbestimmung eines anderen Volkes einzugreifen, seinen Willen in der Gestaltung des Eigenlebens eines anderen Volkes diesem aufzuzwingen.

Das Lebensrecht eines jeden Volkes verlangt kategorisch die Gewährleistung des für die Existenz des Volkes, für sein Leben, seine Arbeit, sein Wirken und seine Entwicklung erforderlichen Raumes. Volk ohne Raum ist Volk ohne Leben, ist sterbendes Volk. Wer einem Volk das Recht auf den Raum abstreitet, wer einem Volk willkürliche Grenzen setzt und ihm überall den Raum beschneidet und nimmt, der handelt wider das Lebensrecht, gegen das zu handeln ein größeres Verbrechen ist, als der Verstoß gegen ein vom Menschen erdachtes Gesetz. Gesetze können erdacht werden, sie sind nicht einmalig, haben keinen Ewigkeitswert. Das völkische Lebensrecht aber ist ein Unrecht, einmalig, aus göttlicher Schöpfung der Welt verordnet und ewig. Wer gegen ein Gesetz verstößt, verletzt Menschensagung; wer das völkische Lebensrecht mißachtet, lehnt sich gegen die gottgegebene Schöpfungsordnung auf. Das sollten die Nationen am ehesten einsehen, die für sich selbst das Lebensrecht ihres Volkes in Anspruch nahmen, die schon vor Jahrhunderten angingen, ihr Unrecht auf den Raum geltend zu machen und dabei auch nicht vor der Verletzung des Lebens- und Raumrechtes anderer Völker, z. B. des deutschen Volkes, zurücktraten. Wenn heute nach der Erweckung durch den Nationalsozialismus sich Deutschland allzuspät seines Lebensrechtes besinnt und für sich in Anspruch nimmt, was die anderen Kulturvölker seit Jahrhunderten für sich als eine Selbstverständlichkeit ansahen, und wenn diese anderen Völker Deutschland dieses Lebensrecht abstreifen wollen und von Vertragsbruch und Völkerrechtsverstößen sprechen zu müssen meinen, dann kann man sich nur fragen: Sind diese Völker tatsächlich so wenig einsichtig und bar jedes Gerechtigkeitsgefühls oder aber sind sie unaufrichtig und Feinde der Wahrheit, daß sie ihre bessere Einsicht nicht zugeben wollen?

Diese drei und alle sonstigen Auswirkungen des Lebensrechtes hat der Führer in seiner Reichstagsrede in einer vierten scharf und knapp formulierten Auswirkung zusammengefaßt: Das deutsche Volk will zu seiner Lebensbehauptung keine schlechteren Chancen besitzen, als sie auch anderen Völkern gegeben sind. Dieses Recht auf die gleiche Daseins-

chance, die Krönung des Lebensrechtsbegriffes, wie Reichsminister Dr. Frank es treffend nannte, kann sich kein Volk nehmen lassen, also auch nicht das deutsche. Es kann wohl ein Volk durch Waffengewalt, durch Wirtschaftsboykott und politischen Druck gezwungen werden, eine Zeitlang sich dieses Rechtes zu begeben. Dann ist aber das, was das Volk zu dieser Rechtsbegebung, zur Selbstaufgabe zwingt, nicht Recht, sondern schreiendes Unrecht. Eine Politik, die einem anderen Volke das Lebensrecht nehmen will, ist keine Politik des Friedens, sondern eine Politik brutaler Gewalt und des Krieges. Und ein Vertrag, der von dem Träger solcher Politik diktiert und von dem mit Waffengewalt und Wirtschaftsterror niedergehaltenen Volk unterzeichnet wird, ist kein Rechtsvertrag, sondern ein Diktat der Unmoral.

Das Lebensrecht gilt für alle Völker, also auch in gleicher Weise für das deutsche Volk. Versailles aber ging an dem Lebensrecht Deutschlands vorbei, es schritt bewußt darüber hinweg. Es beschnitt Deutschlands Eigenleben, es griff tief in seine Lebensstruktur, in seine Wirtschaft, in seine Kultur, in seine Lebensgestaltung ein. Es fesselte ihm seine Freiheit, es nahm ihm die Wehrhoheit, die Finanzhoheit, es legte ihm Reparationslasten von unvorstellbaren Ausmaßen auf, es zwang Deutschland zur Verschrottung seiner Waffen, zum Schleifen seiner Befestigungen, zur Ablieferung seiner Ausrüstungsgegenstände, zur Abgabe seiner Wirtschaftsgüter, zum Verzicht auf die Selbstbestimmung und zur Aufgabe seiner Ehre. Das war Versailles, die Verewigung des Kriegszustandes, die Verkörperung des Hasses und brutaler Gewalt, die Ausgeburt sinnloser Angst und die eklatanteste Dämonbarung der Mißachtung des gottgegebenen Lebensrechtes der Völker.

Das gleiche gilt für den Vertrag von Locarno, der die nochmalige Verankerung der in dem Art. 42 und 43 des Versailler Diktates niedergelegten Vergewaltigung des deutschen Rechtes auf seine Freiheit und die Gleichheit der Lebenschancen enthält.

Weshalb die Rückverlegung von Truppen in ihre Friedensgarnisonen verwehrt und als Rechtsbruch angesichts der Bedrohung Deutschlands durch den französisch-sowjetistischen Militärpakt bezeichnet werden kann, ist schlechterdings unverständlich. Was Deutschland tat, war kein Rechtsbruch, sondern die Wiederherstellung des verletzten Rechtes, der mißachteten Ehre und der geknechteten Freiheit. Denn ein verletztes Recht ist immer die Quelle von Spannungen, und das mißachtete und unterdrückte Lebensrecht ist immer die Quelle der Kriegsgefahr. Wo aber das Lebensrecht der Völker in gegenseitigem Verständnisswillen geachtet wird, da blühen die Völker im Segen eines dauerhaften ehrlichen Friedens.

Das deutsche Volk wird lieber jede Not und Drangsal auf sich nehmen, als von dem Gebot der Ehre und dem Willen zur Freiheit und der Gleichberechtigung abzustehen.

Adolf Hitler

Die Ehre ist etwas weit Höheres als ein überholter Standesbegriff. Das Erlöschen der Ehre eines Volkes kann diesem Volke selbst den Todesstoß versetzen. Ein Volk, das Ehre besitzt, hat eine Fülle von geschichtlichen Aufgaben, die einem ehelosen Gemeinschaftsbegriff völlig fehlen.

Ein Volk von Ehre verlangt vom Recht, daß es die Ehre in den Mittelpunkt der Betrachtungen des Schutzes des Einzelnen stellt, ein Volk von Ehre verlangt von den internationalen, völkerrechtlichen und zwischenstaatlichen Beziehungen, daß man ihm das Recht der Selbstbewilligung seiner Wehrkraft, seines Wehrstolzes und seiner Wehrsicherheit überläßt. Ein Volk von Ehre verlangt, daß es gleichberechtigt mit allen anderen Nationen und nur gleichberechtigt an international-rechtlichen Übereinkünften teilnehmen kann. Ein Volk von Ehre sein bedeutet daher für den Gesetzgeber die Aufgabe, zu sagen: Alles Recht muß letzten Endes den Ehrlichen in einer Volksgemeinschaft Schutz bieten, den Unehrllichen aber Strafe und Nachteil. Der Mann von Ehre muß ein Mann guten Rechtes sein. Der Staat des Nationalsozialismus ist ein Staat dieser nationalen Ehre. Er hat den Ehrbegriff zum tragenden Begriff seiner Gemeinschaft gemacht.

Reichsminister Dr. Frank

Die nationale Friedenspolitik Adolf Hitlers

Von Rechtsanwalt Keuß, Dozent der Verwaltungsakademie Berlin

Die Friedensrede des Führers am 7. März 1936 erweckte freudigen Widerhall im Herzen des deutschen Volkes. In allen Ecken des Reiches vernahm man die Kunde vom freien Rhein als eine Botschaft des Friedens. Sie war Verheißung und Erfüllung zugleich.

Auch jenseits der Grenzen, bis fern in aller Welt, vernahm man den Friedensaufruf des Führers. Die Größe der Stunde zwang jeden in ihren Bann und niemand konnte sich ihrer geschichtlichen Kraft und Bedeutung entziehen.

Die Zeit ist reif, daß sich die Welt ernsthaft mit dem Friedenswillen des neuen Deutschland beschäftigt. Das unfruchtbare Mißtrauen muß schwinden, wenn der Friede gesichert werden soll. Adolf Hitler bekennt sich aus tiefer weltanschaulicher Überzeugung zum Ideal des Friedens. Allerdings ist sein Friedenswille nicht auf den Ideologen des Pazifismus aufgebaut, die weitgehend in offener Gegnerschaft zu den Forderungen der nationalen Ehre verharren. Das neue Deutschland verneint jenen verdorbenen Friedenswillen, der auch den aufgezogenen Verteidigungskrieg bewirkt, sich zur Kriegsdienstverweigerung bekennt, den Wehrwillen des Volkes untergräbt und die Wehrpolitik des Staates durchkreuzt, aber es huldigt mit um so größerer Kraft einem Ideal des Völkerverfriedens, der auf den Grundsätzen der nationalen Ehre aufgebaut ist. Das Ziel der zwischenstaatlichen Politik Adolf Hitlers ist der Friede in Ehren.

Die Prüfung des Problems der Friedenssicherung erfolgt also im neuen Deutschland vom nationalen Standort aus. Von hier aus vollzieht Adolf Hitler seine zwischenstaatliche Schau. Er lehnt daher den international ausgerichteten Pazifismus nicht etwa nur deshalb ab, weil er die Verwirklichung der internationalen Wunschträume des Pazifismus, die allmähliche Auslöschung der Nationalcharaktere und deren Ablösung durch einen farblosen Allgemeingeist usw., für unmöglich hält, sondern wegen einer grundsätzlich abweichenden Wertung des zwischenstaatlichen Weltbildes. Die Nation und die nationale Ehre sind für ihn nicht Rudimente einer antiquierten Menschheitsgeschichte, sondern Substanzwerte und Aufbauprinzipien einer harmonisch geordneten Welt.

Die nationale Friedenspolitik Adolf Hitlers wurzelt in einer festgegründeten Weltanschauung, nämlich im völkischen Gedankengut des Nationalsozialismus. Das gibt der Politik des neuen Deutschland eine klare und berechenbare Linie, da nur eine weltanschaulich vertiefte Grundhaltung vor ewigem Schwanken und willkürlichen Wendungen bewahrt. Auf diese weltanschauliche Grundhaltung hat sich Adolf Hitler immer wieder berufen, wenn er grundsätzliche Erklärungen abgegeben hat. „Schon im Worte ‚Weltanschauung‘ liegt die feierliche Proklamation des Entschlusses, allen Handlungen eine bestimmte Ausgangsauffassung zugrunde zu legen. Sie ist der Ausgangspunkt für die Stellungnahme zu allen Erscheinungen und Vorgängen des Lebens und damit ein bindendes und verpflichtendes Gesetz für jedes Wirken.“¹⁾ Auch für die zwischenstaatlichen Beziehungen des neuen Deutschland hat Adolf Hitler stets erneut auf die weltanschauliche Grundhaltung des Nationalsozialismus verwiesen: „Unser Nationalsozialismus ist ein Prinzip, das uns als Weltanschauung grundsätzlich allgemein verpflichtet. Indem wir in grenzenloser Liebe und Treue an unserem eigenen Volkstum hängen, respektieren wir auch die nationalen Rechte der anderen Völker aus dieser

selben Gesinnung heraus und möchten aus tiefster Herzensmit ihnen in Frieden und Freundschaft leben. Wir kennen daher auch nicht den Begriff des ‚Germanisierens‘. Die geistige Mentalität des vergangenen Jahrhunderts, aus der man glaubte, vielleicht aus Polen oder Franzosen Deutsche machen zu können, ist uns genau so fremd, wie wir uns leidenschaftlich gegen jeden umgekehrten Versuch wenden. Wir sehen die europäischen Nationen um uns als gegebene Tatsache. Franzosen, Polen usw. sind unsere Nachbarvölker, und wir wissen, daß kein geschichtlich denkbare Vorgang diese Wirklichkeit ändern könnte. Es wäre ein Glück für die Welt gewesen, wenn im Vertrage von Versailles diese Realitäten auch in bezug auf Deutschland gewürdigt worden wären. Denn es müßte das Ziel eines wirklich dauerhaften Vertragswerkes sein, nicht Wunden zu reißen oder vorhandene offenzuhalten, sondern Wunden zu schließen und zu heilen.“²⁾

Die friedliche Grundhaltung des Nationalsozialismus zeigt sich auch in seiner weltanschaulich bedingten Ablehnung des Imperialismus. Darauf hat Adolf Hitler in zahlreichen Reden unermüdet hingewiesen. So erklärte er z. B. in seiner Friedensrede vom 21. Mai 1935: „Wenn das heutige Deutschland für den Frieden eintritt, dann tritt es für ihn ein weder aus Schwäche noch aus Feigheit. Es tritt für den Frieden ein aus einer anderen Vorstellung, die der Nationalsozialismus von Volk und Staat besitzt. Denn dieser sieht in der machtmäßig erzwungenen Einschmelzung eines Volkes in ein anderes, wesensfremdes nicht nur kein erstrebenswertes politisches Ziel, sondern als Ergebnis eine Gefährdung der inneren Einheit und damit der Stärke eines Volkes auf lange Zeit gerechnet. Seine Lehre lehnt daher den Gedanken einer nationalen Assimilation dogmatisch ab. Damit ist auch der bürgerliche Glaube einer möglichen ‚Germanisation‘ widerlegt. Es ist daher weder unser Wunsch noch unsere Absicht, fremden Volksteilen das Volkstum, die Sprache oder die Kultur wegzunehmen, um ihnen dafür eine fremde deutsche aufzuzwingen. Wir geben keine Anweisung für die Verdeutschung nicht-deutscher Namen aus, im Gegenteil: wir wünschen dies nicht. Unsere völkische Lehre sieht daher in jedem Krieg zur Unterjochung und Beherrschung eines fremden Volkes einen Vorgang, der früher oder später den Sieger innerlich verändert und schwächt und damit in der Folge zum Besiegten macht. Wir glauben aber auch gar nicht daran, daß in Europa die durch und durch national erhärteten Völker im Zeitalter des Nationalitätenprinzips überhaupt noch national enteignet werden könnten! Die letzten 150 Jahre bieten hier belehrende und warnende Beispiele mehr als genug. Die europäischen Nationalstaaten werden bei keinem kommenden Krieg — abgesehen von vorübergehenden Schwächungen ihrer Gegner — mehr erreichen können als geringfügige und im Verhältnis zu den dargebrachten Opfern gar nicht ins Gewicht fallende völkische Grenzkorrekturen.“³⁾ Besonders deutlich brachte Adolf Hitler die anti-imperialistische Grundhaltung des Nationalsozialismus in seiner Rede an die deutschen Bauern auf dem ersten Erntedanktag zum Ausdruck. Hier sagte er: „Der Sinn unseres politischen Kampfes und Ringens ist nicht die Gewinnung oder gar Eroberung fremder Völker, sondern die Erhaltung und Sicherung unseres eigenen Volkes.“⁴⁾

So zeigt sich also, daß der Nationalsozialismus aus seiner

¹⁾ Adolf Hitler, Friedensrede vom 17. Mai 1933.

²⁾ Adolf Hitler, Friedensrede der 13 Punkte vom 21. Mai 1935.

³⁾ Adolf Hitler, Rede an die deutschen Bauern auf dem Erntedanktag vom 1. Okt. 1933.

⁴⁾ Adolf Hitler auf der Kulturtagung des Nürnberger Parteitages 1933.

weltanschaulichen Grundhaltung heraus mit seiner ganzen Liebe dem eigenen Volkstum zugekehrt, also nach innen gerichtet ist und keinerlei imperialistische Tendenz verfolgt. Die Blüte des eigenen Volkes auf den Schlachtfeldern verbluten zu lassen, widerspricht der nationalsozialistischen Politik aufs tiefste. Deshalb hat der Führer auch mit vollem Recht erklärt: „Als Nationalsozialist lehne ich es mit all meinen Anhängern aus unseren nationalen Prinzipien heraus ab, Menschen eines fremden Volkes, die uns doch nicht lieben werden, mit dem Blut und Leben derer zu gewinnen, die uns lieb und teuer sind.“⁵⁾ In anderem Zusammenhang hat sich der Führer in derselben Richtung geäußert: „Wenn ich als Nationalsozialist in allem Freimut diese Auffassung vertrete, dann bewegt mich dabei noch folgende Erkenntnis: Jeder Krieg verzehrt zunächst die Anstrengung der Besten. Da es in Europa aber einen leeren Raum nicht mehr gibt, wird jeder Sieg — ohne an der grundsätzlichen europäischen Not etwas zu ändern — höchstens eine ziffermäßige Vermehrung der Einwohner eines Staates mit sich bringen können. Wenn aber den Völkern daran so viel liegt, dann können sie dies, statt mit Tränen, auf eine einfachere und vor allem natürlichere Weise erreichen. Eine gesunde Sozialpolitik kann bei einer Steigerung der Geburtenfreudigkeit einer Nation in wenigen Jahren mehr Kinder des eigenen Volkes schenken, als durch einen Krieg an fremden Menschen erobert und damit unterworfen werden könnten.“⁶⁾

⁵⁾ Adolf Hitler anlässlich des Austritts Deutschlands aus dem Völkerbund; vgl. dazu Reuß, Völkerrecht und Volkstumspolitik: Deutsches Recht 1935, 123/24.

⁶⁾ Adolf Hitler, Friedensrede der 13 Punkte vom 21. Mai 1935.

Der Führer hat also mit Recht erklärt: „Das nationalsozialistische Deutschland will den Frieden aus tiefinnersten weltanschaulichen Überzeugungen.“⁷⁾ Dies war schon der Inhalt der Potsdamer Rede des Führers, als er bald nach der Machtübernahme programmatisch erklärte: „Der Welt gegenüber aber wollen wir, die Opfer des Krieges von einst ermessend, aufrichtige Freunde sein des Friedens, der endlich die Wunden heilen soll, unter denen alle leiden.“⁸⁾

Diese Führerworte müssen jeden Zweifel an Deutschlands Friedenswillen beseitigen. Ihr Gewicht wird dadurch verstärkt, daß sie nicht beiläufige, sondern aus der Substanz des völkischen Denkens geschöpfte programmatische Erklärungen Adolf Hitlers sind. Die Pflege des Volkstums und die Entfaltung der in ihm ruhenden Kräfte und Werte ist nur möglich, wenn die friedliche Arbeit der Nation gesichert ist. Die Wehrpolitik des neuen Reiches ist dieser völkischen Zielsetzung untergeordnet und dient damit ausschließlich den Funktionen des Friedens. Dieser Friedenswille des nationalsozialistischen Deutschland ist jedoch aufgebaut auf dem Gebot der nationalen Selbstachtung und der nationalen Ehre. Er ist daher bereit, die Voraussetzungen seines Daseins selbst zu gewährleisten. Deshalb hat das Reich Adolf Hitlers die Sicherheit Deutschlands wieder in die eigene nationale Obhut genommen. Diese Maßnahme soll jedoch ausschließlich den friedlichen Aufbau des neuen Reiches sichern, so daß es also die alleinige Aufgabe der deutschen Wehrpolitik ist, das Dritte Reich zu einem Bollwerk des Friedens zu machen.

⁷⁾ Adolf Hitler a. a. D.

⁸⁾ Adolf Hitler, Potsdamer Rede vom 21. März 1933.

Einige Bemerkungen zu den zwischenstaatlichen Bestimmungen des Ehegesundheitsgesetzes vom 18. Oktober 1935

A.

Von Landgerichtsrat Kurt Schlüter, Angermund

Die Ausführungen Maßfellers über die zwischenstaatlichen Bestimmungen des EhegesundhG. v. 18. Okt. 1935 (JW. 1935, 3069 ff.) geben zu einigen Bemerkungen Anlaß, was die Anwendung der Art. 27, 29 EGBGB. betrifft.

Was zunächst den Art. 27 a. a. D. angeht, so interessieren hier hauptsächlich die Fälle, daß der Angehörige eines Staates mit Domizilprinzip, also z. B. ein Engländer oder ein Däne, eine Ehe schließen will, der im Sinne seines Heimatrechtes in Deutschland domiziliert ist. Für seine Ehefähigkeit verweist Art. 13 EGBGB. in erster Linie auf sein heimatisches Eherecht, dies verweist aber auf das deutsche Recht zurück, das seinerseits diese Rückverweisung in Art. 27 a. a. D. annimmt. Es fragt sich nun, ob auch in solchen Fällen das EhegesundhG. anzuwenden ist.

Ich stimme nun Maßfeller darin unbedingt zu, daß wir kein Interesse daran haben, diese Frage bejahend zu beantworten, wenn der männliche Verlobte kein Deutscher ist. Die solcherfalls unnötige Anwendung des EhegesundhG. läßt sich aber m. E. auch auf einem Wege vermeiden, der nicht, wie Maßfeller vorschlägt, den Art. 27 für diesen Sonderfall schlechthin außer Kraft setzt. Einer derartigen Lösung stehen nämlich m. E. erhebliche systematische Bedenken entgegen.

Sie ließe sich vielleicht so begründen, daß man das Ehehindernis der Krankheit (die Eheuntauglichkeit) als einen Begriff ansehe, der nicht zur „Eingehung der Ehe“ im Sinne des Art. 13 EGBGB. gehört. Damit würde dann auch insoweit die Bezugnahme auf Art. 13 bedeutungslos, die sich in Art. 27 findet, wenigstens soweit sie ausdrücklich erfolgt. Man wäre dann vielleicht durch allgemeine Vorschriften nicht mehr gehindert, die grenzrechtliche Regelung der Eheuntauglichkeit ausschließlich in § 5 EhegesundhG. zu suchen, und könnte dieser Bestimmung dann entnehmen, daß die Eheuntauglichkeit über-

haupt nur dann geprüft werden solle, wenn der männliche Verlobte ein Deutscher ist.

Eine solche Auffassung ließe sich aber kaum mit Sinn und Wortlaut des Art. 13 vereinigen. Er ist so allgemein gefaßt, daß er sicher alle materiellen Voraussetzungen des Eheschlusses internationalprivatrechtlich regeln will, und zu diesen Voraussetzungen gehört zweifellos auch die Eheuntauglichkeit. Auch Maßfeller ist der Ansicht, daß Art. 13 (und Art. 1 des Saager Eheschließungsabkommens) auch im Rahmen des EhegesundhG. wirksam bleibt.

Man wäre also schon gezwungen, eine Abänderung des Art. 27 für den Fall anzunehmen, daß das Heimatrecht des Verlobten für die Frage der Eheuntauglichkeit auf das deutsche Recht zurückverweist. Daß so etwas gewollt wäre, ist unwahrscheinlich. Unsere Rechtsprechung erkennt die Rückverweisung nicht nur in den von Art. 27 ausdrücklich geregelten Fällen, sondern weit darüber hinaus an. Wollte man nun hier die Annahme der Rückverweisung verbieten, also eine Ausnahme von einem im übrigen anerkannten Grundsatz schaffen, so hätte man dazu sicher den Weg einer ausdrücklichen Bestimmung gewählt. Eine solche kann ich aber, wenigstens für das Gebiet des internationalen Privatrechts, in § 5 EhegesundhG. nicht finden.

Sinzu kommt aber noch, daß man die Anwendung eines ausländischen, nach unserem internationalen Privatrecht an sich (Art. 13) in Bezug genommenen Rechts (hier des Rechts des englischen usw. Rechtes, der auf unser Recht zurückverweist), im allgemeinen nur dann ablehnt, wenn sie gegen unseren ordre public im Sinne des Art. 30 EGBGB. verstößen würde.

Aber davon kann man hier doch kaum sprechen. Wir stehen heute mehr denn je auf dem Standpunkte, daß jedes Volk nach seinen eigenen Notwendigkeiten und Anschauungen leben soll. Wenn nun England der Ansicht ist, daß es für seine in Deutschland domizilierten Staatsangehörigen das beste sei, wenn sie den deutschen Eheuntauglichkeitsvorschriften unterstehen, so berührt uns das daher m. E. ebensowenig, wie wenn England den entgegengelegten Standpunkt einnähme.

All diesen Schwierigkeiten entgeht man, wenn man verneint, daß das EhegesundhG. ausdrücklich oder stillschweigend unser internationales Privatrecht abgeändert habe, und infolgedessen auch in § 5 EhegesundhG. nur eine Vorschrift unseres inneren Rechtes sieht, wie es auch Maßfeller offenbar unter IV 1 a Abs. 2 seiner Ausführungen tut.

Eine solche Ansicht ist m. E. durchaus möglich. Das internationale Privatrecht beschäftigt sich nur mit der Frage, welche Rechtsordnung einen Lebensvorgang rechtlich zu regeln hat. Die so festgestellte Rechtsordnung bleibt aber frei darin, zu bestimmen, aus welchen Voraussetzungen sie Rechtsfolgen ableiten will. Es steht m. E. auch nichts im Wege, daß sie die Staatsangehörigkeit eines an einem rechtlichen Vorgang Beteiligten zu einer solchen Voraussetzung macht.

Damit werden die Grenzen zwischen Kollisions- und Sachnorm nicht verwischt. Während nämlich das innere Recht in den Fällen, wo es auf ein fremdes Recht verweist, materiellrechtlich nichts bestimmen will und nichts bestimmt, will es gerade eine Sachnorm schaffen, die für alle seiner Rechtsordnung einmal unterfallenden Angelegenheiten gilt, wenn es in gewissen Beziehungen die Ausländer anderen Bestimmungen unterwirft als die Inländer. Man denke z. B. an Vorschriften, die den Grundstücksenerwerb durch Ausländer erschweren, Vorschriften, die zweifellos nicht dem internationalen Privatrecht, sondern dem sog. Fremdenrecht angehören.

Um eine fremdenrechtliche Bestimmung handelt es sich nun m. E. auch in § 5 EhegesundhG., und damit gelangen die von Maßfeller aufgeworfenen Probleme zu einer glatten Lösung.

Wollen Ausländer, deren Ehefähigkeit sich an sich nach deutschem Recht bestimmt, eine Ehe schließen, so brauchen sie deshalb nicht ehetauglich zu sein, weil das deutsche innere Recht es nach § 5 a. a. D. für sie nicht vorschreibt. Will ein in Deutschland domicilierter Engländer eine Deutsche heiraten, so regelt sich auch alles nach deutschem Recht, aber auch hier verlangt § 5 EhegesundhG. nicht die Ehetauglichkeit. Handelt es sich um einen Deutschen und eine Engländerin, so besteht für beide ein Ehehindernis, wenn die Engländerin in Deutschland domiciliert ist, andernfalls nur für den Mann. Das genügt aber. In jedem Falle wird also der gewünschte Erfolg erreicht.

Die Behandlung der Staatenlosen hat sich inzwischen durch § 29 der 1. Durchf. VO. zum EhegesundhG. v. 29. Nov. 1935 (RGBl. I, 1419) und die Ausführungen geklärt, die Maßfeller zur Erläuterung der VO. in dieser Zeitschrift 1936, 8, unter A 4 gemacht hat. Es bleibt hier nur ebenfalls noch zu untersuchen, ob § 29 a. a. D. dem Fremdenrecht oder dem internationalen Privatrecht angehört, m. a. W. ob das EhegesundhG. auf einen Staatenlosen, der hier heiratet oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, auch dann anzuwenden ist, wenn er infolge von Art. 29 GGWB. kein deutsches Personalstatut hat.

Die Entscheidung hat m. E. der vorigen gleich zu lauten. Zunächst spricht auch hier dafür der Wortlaut des § 29 der VO. Wollte die Vorschrift eine neue Bestimmung des Grenzrechtes sein, so hätte sie Art. 29 GGWB. in folgenden Punkten abgeändert: Sie hätte 1. für das zwischenstaatliche Privatrecht den neuen Qualifikationsbegriff „Ehetauglichkeit“ geschaffen, ihm 2. aber nur für die immerhin nicht allzu zahlreichen Fälle der Staatenlosigkeit Bedeutung beigelegt und 3. den hier bisher noch nicht verwandten Begriff „gewöhnlicher Aufenthalt“ eingeführt, alles das nicht ausdrücklich, sondern sogar in einer negativen Fassung, wo es doch nach dem Vorgange des GGWB. wenigstens nahegelegen hätte, positiv anzugeben, wann das EhegesundhG. bei Staatenlosen gelten soll. Wichtiger als diese terminologischen sind aber wohl die Überlegungen über den Sinn der Bestimmung. Maßfeller hat nun m. E. mit vollem Rechte darauf hingewiesen, daß unser Interesse an den Ehen Staatenloser sozusagen die Mitte hält zwischen unserem Interesse an Ehen Deutscher und denen fremder Staatsangehöriger.

Das hat zunächst einmal dazu geführt, daß wir die Staatenlosen im EhegesundhG. und der VO. nicht einfach wie die Angehörigen fremder Staaten behandelt haben. Stehen uns also die Staatenlosen auch näher als die Ausländer, so können

uns doch auf der anderen Seite nur solche ihrer Ehen angehen, bei denen zu erwarten ist, daß sie irgendeine beachtliche Bedeutung für das Leben unseres Volkes haben werden. Von einer solchen Bedeutung wird man besonders dann sprechen müssen, wenn die Eheleute dauernd in Deutschland wohnen und ihre Kinder zusammen mit unseren Kindern aufwachsen und sich daher innerlich uns zugehörig betrachten werden, auch uns daher später einmal zur Last fallen können. Ob die Eheleute aber hier wohnen werden, wird zu einem erheblichen Teile von ihren Wünschen und Absichten abhängen. Welche das sind, läßt sich aber mit einer einigermaßen genügenden Sicherheit nur aus äußerlichen Merkmalen feststellen. Eine Befragung der Verlobten darüber würde nur Gesehensgehungen Tür und Tor öffnen, zumal wenn sie von ausländischen Behörden vorgenommen werden müßte.

Dagegen wird der Wohnsitz der Verlobten brauchbarere Fingerzeige geben. Ob sich jemand an einem Orte ständig niedergelassen hat, läßt sich in der Regel aus der Tätigkeit an einem bestimmten Arbeitsplatze oder ähnlichen Merkmalen unschwer ableiten. Und daß die Ehegatten den Wohnsitz wenigstens eines der Verlobten in Zukunft behalten werden, ist jedenfalls wahrscheinlich.

Im Gegensatz hierzu gibt ein bloßer gewöhnlicher Aufenthalt der Verlobten in Deutschland nur schwache Anhaltspunkte dafür, daß sie auch nach ihrer Heirat dauernd hierbleiben werden. Man denke z. B. an Studenten, Monteure ausländischer Firmen usw., die sich u. U. mehrere Jahre in Deutschland aufhalten werden, ohne deshalb die Absicht zu haben, ihr ganzes Leben hier zu verbringen.

Auch ein Ehefluß in Deutschland ist kein so starkes Indiz, wie es auf den ersten Blick scheint, dafür, daß die Eheleute hier leben wollen. Ebensooft wie ein Ausländer mit seiner in Deutschland beheimateten Braut in seine Heimat ziehen wird, wird es ein Staatenloser tun, der im Ausland zu Hause ist. Trohdem wird aber häufig, sogar meistens, die Heirat in der Heimat der Braut stattfinden.

Wollte man jeden Staatenlosen, der sich gewöhnlich in Deutschland aufhält oder hier heiratet, dem EhegesundhG. unterwerfen, so würde man daher m. E. über das Ziel hinausschießen und ohne Not Schwierigkeiten schaffen. Unsere Standesbeamten müßten dann nämlich z. B. die Ehetauglichkeit der Verlobten prüfen, wenn ein im Auslande beheimateter Staatenloser, der in Deutschland studiert, hier eine Ausländerin heiraten will.

Nimmt man dagegen den Standpunkt ein, daß § 29 der VO. Art. 29 GGWB. unberührt läßt, also eine Bestimmung des Fremdenrechtes ist, so kommt man m. E. zu befriedigenderen Ergebnissen, ohne doch den Zweck des EhegesundhG. zu gefährden.

Die Staatenlosen, an deren Ehe wir ein Interesse haben, haben nämlich schon nach unserem bisherigen internationalen Privatrecht so gut wie alle ein deutsches Personalstatut, unterliegen also nach Art. 13 GGWB. wegen ihrer Ehetauglichkeit unseren Sachnormen. Nach Art. 29 GGWB. sind nämlich Staatenlose deutschen Rechts (wie ich sie der Kürze halber in der Folge nennen möchte) zunächst die geborenen Staatenlosen, die in Deutschland ihren Wohnsitz oder in Ermangelung überhaupt eines Wohnsitzes ihren Aufenthalt haben. Es sind sodann die gewordenen Staatenlosen, die zuletzt Deutsche waren, diese ohne Rücksicht auf ihren Wohnsitz. Darüber hinaus sind es aber auch die weitaus meisten der gewordenen Staatenlosen, die zuletzt einem fremden Staate angehörten, soweit sie in Deutschland wohnen. Da nämlich meines Wissens kaum ein anderes Recht eine unserem Art. 29 GGWB. entsprechende Regelung kennt, vielmehr allgemein im Ausland das Personalstatut eines Staatenlosen durch den Ort bestimmt wird, wo er (im Sinne des fremden Rechtes) seinen Wohnsitz hat, so wird bei fast allen Staatenlosen der hier besprochenen Klasse der Fall der Rückverweisung vorliegen, so daß im Ergebnisse deutsches Recht für die Prüfung ihrer Ehefähigkeit anzuwenden ist. Diese in der Theorie allerdings nicht unbestrittene Folgerung scheint mir jedenfalls den Rechtszustand, wie er sich in unserer Praxis darstellt, bei deren ausgesprochener Vorliebe für die Rückverweisung richtig wiederzugeben. Sie hat auch den Vorteil, daß sie

wenigstens zu einem Teile die unnötigen Schwierigkeiten ausschließt, die aus dem überwiegend für verfehlt gehaltenen Art. 29 EGBGB. herrühren.

Es zeigt sich also, daß schon nach Art. 29, 27 EGBGB. fast alle uns interessierenden Staatenlosen bzgl. ihrer Ehefähigkeit unseren Sachnormen und damit auch dem EhegesundhG. unterliegen. Das gilt z. B. für die von Maßfeller erwähnten russischen Emigranten, ist aber auch dann richtig, wenn der Staatenlose zuletzt Engländer war. Denn mag er dann auch sein Domizil im englischen Sinne in Deutschland erst erwerben, wenn er den animus revertendi aufgegeben hat, so wird auch das englische Recht diesen Fall bei einem Staatenlosen eher annehmen als bei einem Engländer, und es scheint mir so, als ob auch für uns seine Ehefähigkeit erst von diesem Augenblicke an von ernstlichem Belange würde.

Wir haben daher praktisch die Hand über alle Staatenlosen, die fest bei uns wohnen. Das EhegesundhG. könnte also nur dann umgangen werden, wenn Staatenlose fremden Rechts untereinander oder eine Ausländerin heiraten und dann dauernd hier wohnen bleiben. Zur Unterbindung solcher Fälle würde aber bei ihrer großen Seltenheit wohl Art. 30 EGBGB. genügen.

Dag sonach m. E. kein Anlaß vor, den Kreis der dem EhegesundhG. schon unterliegenden Staatenlosen zu erweitern, so erscheint § 29 der V.D. als eine Bestimmung des Fremdenrechts, die die Absicht hat, die Durchführung des EhegesundhG. für die Staatenlosen deutschen Rechtes etwas zu erleichtern. Eine solche Vorschrift ist wohl erträglich, weil das Wohl auch dieser Staatenlosen und ihrer Kinder uns nicht so nahesteht wie das unserer Volksgenossen und weil es billig sein kann, die ungewöhnlichen Härten zu vermeiden, die das EhegesundhG. gerade ihnen bringen kann.

Wohnt nämlich ein solcher Staatenloser im Ausland und will er dort heiraten, so wird der dortige Standesbeamte (von seinem Standpunkt aus mit Recht) seine Ehefähigkeit nur nach den ausländischen Gesetzen prüfen. Zieht das Ehepaar aber nun nach Deutschland, so könnte es sich der Nichtigkeitsklage, ja sogar strafrechtlicher Verfolgung ausgesetzt sehen. In jedem Falle ergäben sich Konflikte mit dem fremden Rechte und matrimonia claudicantia, die stets unerwünscht sind und hier nicht infolge zwingender Belange des deutschen Volkes in Kauf genommen werden müßten. So erklärt es sich auch, daß bei einer Heirat in Deutschland die Ausnahme nicht gilt, die Ehefähigkeit also zu untersuchen ist. Denn diese Prüfung könnte allenfalls zur Folge haben, daß eine Ehe nicht geschlossen würde, nicht aber, daß eine Ehe zustande käme, die in einem Staate gilt, in einem anderen nicht.

Daß man die Ausnahme nicht erst vom Wohnsitz, sondern schon vom gewöhnlichen Aufenthalt im Auslande abhängig gemacht hat, beruht vielleicht darauf, daß so mit großer Wahrscheinlichkeit auch Heiraten in Ländern erfaßt werden, die es von geringeren Voraussetzungen als wir abhängen lassen, ob der Verlobte bei ihnen einen Wohnsitz und damit, falls er staatenlos ist, ihr Personalstatut erwirbt, während andererseits dadurch, daß nicht schon der einfache Aufenthalt oder der Wohnsitz im Sinne des Rechts des Ehefähigkeitsstaates genügt, dem ein Riegel vorgeschoben wird, daß ein Staatenloser sich leichtfertig der Anwendung des EhegesundhG. entzieht. Die Vorschrift wird also praktisch für die Staatenlosen, die früher Deutsche waren und jetzt im Auslande wohnen, und für alle Staatenlosen deutschen Rechts, die zwar bei uns ihren Wohnsitz im Sinne des BGB. haben, sich aber gewöhnlich im Auslande aufhalten.

Im Ergebnis komme ich also, etwas abweichend von Maßfeller: JW. 1936, 9, dahin, daß das EhegesundhG. anzuwenden ist, wenn:

- nur einer der Verlobten Reichsangehöriger ist,
- der Mann Staatenloser deutschen Rechts, die Frau Ausländerin ist und entweder der Mann sich gewöhnlich in Deutschland aufhält oder die Ehe hier geschlossen wird,
- beide Verlobte Staatenlose deutschen Rechtes sind und entweder mindestens ein Verlobter sich gewöhnlich hier aufhält oder die Ehe hier geschlossen wird,

d) beide Verlobte staatenlos sind, aber der eine deutschen, der andere fremden Rechtes und entweder der erstere sich gewöhnlich in Deutschland aufhält oder die Heirat hier erfolgt.

In allen anderen Fällen von Heiraten Staatenloser bleibt das EhegesundhG. unberücksichtigt.

B.

Von Amtsgerichtsrat Maßfeller im RZM. Berlin

Die vorstehenden Ausführungen befaßten sich mit der Auslegung, die ich in JW. 1935, 3069 ff. und JW. 1936, 8 f. dem § 5 EhegesundhG. und dem § 29 der 1. DurchV.D. zu diesem Gesetz gegeben habe. Es seien mir deshalb noch einige Bemerkungen gestattet.

Schlüter ist der Auffassung, daß wir in § 5 EhegesundhG. und § 29 der 1. DurchV.D. keine Vorschriften des „Internationalen Privatrechts“, sondern Bestimmungen des „Fremdenrechts“ vor uns haben. Sehr deutlich hat den Unterschied zwischen internationalem Privatrecht und Fremdenrecht Raape in der Einleitung zu seinem „Internationalen Privatrecht“ (Staudinger: Romm. Bd. VI 2. Teil S. 49 unter LI 1) dargelegt. Es heißt dort:

„Wie verhält sich nun das Fremdenrecht zum IPR? Schon aus dem bisher Ausgeführten ergibt sich: 1. Das IPR. besteht aus Kollisionsnormen, das Fremdenrecht aus Sachnormen. 2. Das IPR. ist etwas Einheitliches, das Fremdenrecht ist ein Konglomerat. 3. Das IPR. ist Privatrecht, das Fremdenrecht gehört sowohl dem Privatrecht wie dem öffentlichen Recht an. 4. Das IPR. ist ius commune, das Fremdenrecht ist ius speciale und meist auch ius singulare. 5. — und damit kommen wir zum wichtigsten Punkt — das IPR. entscheidet die Frage: Deutsches oder nichtdeutsches, evtl. welches ausländische Recht? Es zieht also die Grenzen zwischen den Rechtsordnungen. Das Fremdenrecht entscheidet die Frage: Gleiches oder ungleiches Recht? Hier ist also die Maßgeblichkeit des inländischen Rechts bereits vorausgesetzt. Kurz: Das IPR. betrifft die Grenzen, das Fremdenrecht den Inhalt des inländischen Rechts.“

Betrachten wir nun die maßgebenden Bestimmungen. § 5 Abs. 1 EhegesundhG. hat folgenden Wortlaut: „Die Vorschriften dieses Gesetzes finden keine Anwendung, wenn beide Verlobten oder der männliche Verlobte eine fremde Staatsangehörigkeit besitzen“ und § 29 der 1. DurchV.D.: „Auf Staatenlose, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland haben, findet das EhegesundhG. keine Anwendung, es sei denn, daß die Ehe in Deutschland geschlossen wird.“ Ich stelle daneben die Vorschriften des BlutschutzG. § 1 BlutschutzG. bestimmt: „Eheschließungen zwischen Juden (Zusatz des Verf.: deutscher oder fremder Staatsangehörigkeit) und Staatsangehörigen deutschen oder artverwandten Blutes (Zusatz des Verf.: oder staatsangehörigen jüdischen Mischlingen, die nur einen volljüdischen Großelternanteil haben; vgl. § 2 der 1. AusfV.D. z. BlutschutzG.) sind verboten.“ Und § 15 der 1. AusfV.D. z. BlutschutzG.: „Soweit die Vorschriften des Gesetzes und seiner Ausführungsverordnungen sich auf deutsche Staatsangehörige beziehen, sind sie auch auf Staatenlose anzuwenden, die ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inlande haben. Staatenlose, die ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Auslande haben, fallen nur dann unter diese Vorschriften, wenn sie früher die deutsche Staatsangehörigkeit besaßen haben.“ Die Bestimmungen des BlutschutzG. habe ich hier angeführt, weil man die Frage Fremdenrecht oder Internationales Privatrecht im Rahmen des EhegesundhG. und des BlutschutzG. nicht verschieden beantworten kann.

Ich bin der Auffassung, daß sämtliche Vorschriften dem internationalen Privatrecht angehören. Es wird durch sie die Anwendung des deutschen Rechts von der Anwendung fremden Rechts abgegrenzt; es werden also Kollisionsnormen aufgestellt.

I. Betrachten wir zunächst einmal die Bestimmung des § 5 EhegesundhG. Fehlte diese Bestimmung, so wäre Art. 13 EGBGB. (und die ihn ergänzenden Art. 27, 29 EGBGB.) anzuwenden. Das würde im Hinblick auf die Zweiseitigkeit des

Ehehindernisses des § 1 EhegesundhG. bedeuten, daß zwischen einem deutschen Mann und einer Frau fremder Staatsangehörigkeit die Ehe nicht geschlossen werden dürfte, wenn der Mann oder die Frau krank i. S. des § 1 EhegesundhG. wäre; es würde aber ebenfalls bedeuten, daß unter diesen Voraussetzungen die Ehe zwischen einem Mann fremder Staatsangehörigkeit und einer deutschen Frau verboten wäre. Wenn man nun in § 5 EhegesundhG., der die Anwendbarkeit des Gesetzes ausschließt, wenn der männliche Verlobte eine fremde Staatsangehörigkeit besitzt, eine Vorschrift des Fremdenrechts erblicken wollte, so müßte man annehmen, daß an sich auch auf den in Deutschland heiratenden Mann fremder Staatsangehörigkeit das EhegesundhG. anzuwenden sei, daß auch ihm nach deutschem Recht an sich die Eingehung der Ehe mangels der Sondervorschrift des § 5 EhegesundhG. verboten wäre. Das ist aber sicher nicht der Fall, weil nach dem Grundsatz des Art. 13 EGBGB. der ausländische Mann hinsichtlich seiner Ehefähigkeit nach seinem Heimatrecht beurteilt wird; die Ehe wäre vielmehr — ohne § 5 Abs. 1 EhegesundhG. — verboten, weil die Frau, also der deutsche Teil, nicht ehefähig wäre. § 5 Abs. 1 EhegesundhG. betrifft also in der Regel überhaupt nicht die Ehefähigkeit des Ausländers, sondern nur die Ehefähigkeit der deutschen Frau. Schon diese Überlegung scheint mir gegen die Annahme von Schütters zu sprechen, daß es sich in § 5 Abs. 1 EhegesundhG. um eine Norm des Fremdenrechts handle.

Im Rahmen des BlutschutzG. ist die Rechtslage im Grundsatz die gleiche. Zwei Möglichkeiten sind gegeben.

a) Der Jude fremder Staatsangehörigkeit will eine deutsche Staatsangehörige heiraten, die deutschblütig oder Mischling mit einem jüdischen Großelternteil ist. Die Ehe darf nach § 1 BlutschutzG. bzw. § 2 der 1. AusfV. z. BlutschutzG. nicht geschlossen werden. Das Eheverbot richtet sich auch in diesem Falle nicht gegen den ausländischen Juden. Dessen Ehefähigkeit beurteilen wir nach Art. 13 EGBGB. (oder Art. 1 HaagEhefV.) nach seinem Heimatrecht. Wir verbieten vielmehr unserer deutschen Staatsangehörigen die Ehe.

a¹) Ebenso verbieten wir dem deutschen Staatsangehörigen, der deutschblütig oder Mischling zweiten Grades ist, die Ehe mit einer ausländischen Jüdin.

b) Der Jude deutscher Staatsangehörigkeit will eine fremde Staatsangehörige heiraten. Wir gestatten dem deutschen Staatsangehörigen die Ehe ohne Rücksicht auf die russischen Verhältnisse der Verlobten und überlassen es deren Heimatrecht, darüber zu befinden, ob sie einen Juden heiraten darf.

b¹) Ebenso ist es, wenn die Frau deutsche Staatsangehörige und Jüdin, der Mann aber fremder Staatsangehöriger ist. Wir gestatten der Frau die Ehe und überlassen es wiederum dem Heimatrecht des ausländischen Teils, darüber zu entscheiden, ob er eine Jüdin heiraten darf.

In sämtlichen Fällen, die wir bisher betrachtet haben, ist immer nur die Ehefähigkeit des deutschen Teils betroffen worden, mag die Ehefähigkeit des deutschen Teils auch abhängig gewesen sein von der Staatsangehörigkeit oder den russischen Verhältnissen des Ausländers. Fremdenrecht ist also nicht geschaffen worden.

II. Wenn die Vorschrift des § 5 EhegesundhG., soweit sie nach den vorstehenden Ausführungen i. Verb. m. Art. 13 EGBGB. steht, also nicht dem Fremdenrecht angehört, so bleibt nurmehr zu prüfen, wie die Rechtslage im Rahmen des Art. 27 EGBGB. ist. Nach Art. 27 werden die persönlichen Rechtsverhältnisse, insbes. auch die Ehefähigkeit eines Ausländers nach deutschem Recht beurteilt, wenn das ausländische Recht auf das deutsche Recht verweist. Eine solche „Rückverweisung“ nimmt man immer an, wenn das Heimatrecht dem Grundsatz des Domicilprinzips folgt. Der englische Staatsangehörige, der sein Domicile im Sinne des englischen Rechts in Deutschland hat, wird hinsichtlich seiner Ehefähigkeit nach materiellem deutschen Recht beurteilt. § 5 Abs. 1 EhegesundhG. schließt nur zweifellos die Anwendbarkeit des EhegesundhG. auf den englischen Staatsangehörigen aus. Das ergibt sich aus dem klaren Wortlaut des § 5 Abs. 1 des Gesetzes und wird selbstverständlich auch von Schütter nicht bestritten. Schütter meint nur, auch von Schütter nicht bestritten. Schütter meint nur, an sich bleibe Art. 27 EGBGB. unberührt, der Engländer unanwendbar auch weiterhin in jeder Beziehung dem deutschen Recht:

das EhegesundhG. könne nicht deshalb auf ihn nicht angewandt werden, weil Art. 27 EGBGB. insoweit außer Kraft gesetzt sei, sondern aus dem Grunde sei das EhegesundhG. unanwendbar, weil Art. 5 EGBGB. Fremdenrecht des Inhalts geschaffen habe, daß der Ausländer dem Gesetz nicht unterliege. Man könnte annehmen, es handle sich hier nur um einen Streit um Worte; das ist aber, wie noch gezeigt werden wird, nicht der Fall.

Wenn der niederländische Staatsangehörige eine deutsche Staatsangehörige heiraten will, so findet das EhegesundhG. keine Anwendung. Das ist sicherlich keine Norm des Fremdenrechts; unter I wurde das näher ausgeführt. Und zwar handelt es sich deshalb um keine Norm des Fremdenrechts, weil der fremde Staatsangehörige nach allgemeinen Bestimmungen den ehedemlichen Vorschriften des deutschen Rechts und deshalb auch den Vorschriften des EhegesundhG. nicht unterliegt. Soll die Vorschrift des § 5 Abs. 1 EhegesundhG. nun plötzlich zu einer Norm des Fremdenrechts werden, wenn nicht der niederländische, sondern der englische Staatsangehörige die deutsche Frau heiraten will? Das ist doch zum mindesten sehr unwahrscheinlich. Es scheint mir vielmehr die Auffassung richtiger zu sein, daß § 5 Abs. 1 EhegesundhG. auch insoweit nur seinen eigenen Herrschaftsbereich einschränkt. Dann aber handelt es sich in § 5 Abs. 1 um eine Norm des Grenzrechts und nicht um eine solche des Fremdenrechts. Eine Norm des Fremdenrechts liegt immer nur dann vor, wenn auf Gebieten, deren Beherrschung durch das deutsche Recht nicht zweifelhaft ist, innerhalb dieses Herrschaftsbereichs für Ausländer eine Sonderregelung getroffen, ein Ausnahmerecht geschaffen wird. Wenn ich das Beispiel von Schütter (Grundstückserwerb durch Ausländer in Deutschland) aufgreifen darf, so scheint mir die Rechtslage folgende zu sein: die Ausländereigenschaft des Grundstückserwerbers läßt vielleicht Zweifel entstehen, ob deutsches Recht anwendbar ist; diese Zweifel beseitigt das internationale Privatrecht. Bejaht das internationale Privatrecht die Frage nach der Anwendbarkeit des deutschen Rechts, so kann weiter gesagt werden, ob der Ausländer auch ebenso behandelt werden soll wie der Inländer; wird diese Frage verneint und für den Grundstückserwerb des Ausländers etwa eine staatliche Genehmigung verlangt, so ist das eine fremdenrechtliche Entscheidung. Wendet man diese Erwägung auf § 5 Abs. 1 EhegesundhG. an, so kann man doch keineswegs sagen, daß die Anwendbarkeit des EhegesundhG. auf Ausländer an sich feststehe, und daß nur ein Ausnahmerecht für Ausländer geschaffen werde. Das Gegenteil ist richtig; der Ausländer unterliegt grundsätzlich nicht den deutschen ehedemlichen Vorschriften. Und wenn § 5 Abs. 1 diese Grenzziehung bestätigt, und auch für den Fall gelten läßt, in dem sonst ausnahmsweise einmal der Ausländer dem deutschen Eheschließungsrecht untersteht, so ist damit doch kein Fremdenrecht geschaffen; vielmehr handelt es sich um echtes Grenzrecht, also um internationales Privatrecht.

III. Schließlich noch eine Überlegung. Wie wirkt sich die Auffassung Schütters bei der Eheschließung im Ausland aus? Der englische Staatsangehörige, der sein Domicil im Sinne des englischen Rechts in Deutschland hat, will in Holland eine niederländische Staatsangehörige heiraten. Nach Art. 27 EGBGB., der ja nach der Auffassung von Schütter durch § 5 Abs. 1 EhegesundhG. nicht geändert worden ist, dürfte die Ehe nicht geschlossen werden, wenn der Engländer oder die niederländische Frau krank i. S. des § 1 EhegesundhG. wäre. § 5 Abs. 1 EhegesundhG. würde keine andere Entscheidung rechtfertigen, da es sich nach der Auffassung von Schütter ja um eine Norm des Fremdenrechts handelt, die nur im Inland anwendbar wäre. Das deutsche Recht würde also die Eheschließung einer Ehe im Ausland verhindern, die im Inland geschlossen werden darf.

IV. Einer besonderen Betrachtung unterzieht Schütter die Staatenlosen (vgl. § 29 der 1. DurchfV. z. EhegesundhG.): „Auf Staatenlose, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland haben, findet das EhegesundhG. keine Anwendung, es sei denn, daß die Ehe in Deutschland geschlossen wird.“

Vorweg darf ich zu der Annahme Schütters Stellung nehmen, daß die überwiegende Mehrzahl der Staatenlosen gem. Art. 29 EGBGB. dem deutschen Eherecht unterstehe. Schütter sagt: „Die Staatenlosen, an deren Ehe wir ein

Interesse haben, haben ... schon nach unserem bisherigen internationalen Privatrecht so gut wie alle ein deutsches Personalstatut, unterstehen also nach Art. 13 EGBGB wegen ihrer Ehegültigkeit unseren Sachnormen. Nach Art. 29 EGBGB sind nämlich Staatenlose deutschen Rechts (wie ich sie der Kürze halber in der Folge nennen möchte) zunächst die geborenen Staatenlosen, die in Deutschland ihren Wohnsitz oder in Ermangelung überhaupt eines Wohnsitzes ihren Aufenthalt haben. Es sind sodann die gewordenen Staatenlosen, die zuletzt Deutsche waren, diese ohne Rücksicht auf ihren Wohnsitz. Darüber hinaus sind es aber auch die weitaus meisten der gewordenen Staatenlosen, die zuletzt einem fremden Staate angehört, soweit sie in Deutschland wohnen. Da nämlich meines Wissens kaum ein anderes Recht eine unserem Art. 29 EGBGB entsprechende Regelung kennt, vielmehr allgemein im Ausland das Personalstatut eines Staatenlosen durch den Ort bestimmt wird, wo er ... seinen Wohnsitz hat, so wird bei fast allen Staatenlosen der hier besprochenen Klasse der Fall der Rückverweisung vorliegen, so daß im Ergebnis deutsches Recht für die Prüfung ihrer Ehefähigkeit anzuwenden ist. Diese in der Theorie allerdings nicht unbestrittene Folgerung scheint mir jedenfalls den Rechtszustand, wie er sich in unserer Praxis darstellt, bei deren ausgesprochenen Vorliebe für die Rückverweisung richtig wiederzugeben. Sie hat auch den Vorteil, daß sie wenigstens zu einem Teile die unnötigen Schwierigkeiten ausschließt, die aus dem überwiegend für verfehlt gehaltenen Art. 29 EGBGB herrühren.

Es zeigt sich also, daß schon nach Art. 29, 27 EGBGB fast alle uns interessierenden Staatenlosen bzgl. ihrer Ehefähigkeit unseren Sachnormen und damit auch dem EhegesundhG. unterliegen. Das gilt z. B. für die ... russischen Emigranten, ist aber auch dann richtig, wenn der Staatenlose zuletzt Engländer war. ... Wir haben daher praktisch die Hand über alle Staatenlosen, die fest bei uns wohnen. Das EhegesundhG. könnte also nur dann umgangen werden, wenn Staatenlose fremden Rechts untereinander oder eine Ausländerin heiraten und dann dauernd hier wohnen bleiben. Zur Unterbindung solcher Fälle würde aber bei ihrer großen Seltenheit wohl Art. 30 EGBGB genügen."

Diese Auffassung Schülers deckt sich entgegen seiner Annahme nicht mit der deutschen Rechtsprechung. Den größten Teil der Staatenlosen bilden bei uns in Deutschland die Personen, die früher die zaristisch-russische Staatsangehörigkeit besessen haben (die russischen Emigranten), und die Personen, die früher polnische Staatsangehörige waren, denen aber die polnische Staatsangehörigkeit entzogen worden ist, weil sie sich nicht zur Ableistung der Heeresdienstpflicht in Polen gestellt haben. In der Rechtsprechung der deutschen Gerichte wird ganz überwiegend die Auffassung vertreten, daß das Personalstatut der russischen Emigranten eines der Rechte der Nachfolgestaaten des russischen Kaiserreichs sei, und daß sich die persönlichen

Rechtsverhältnisse der staatenlos gewordenen, früheren polnischen Personen nach polnischem Recht richten. Die Staatenlosen „deutschen Rechts“ sind entgegen der Annahme von Schülers in der Minderheit.

Dieser Irrtum Schülers beeinflusst auch seine weitere Stellungnahme. Er führt aus, daß sich § 29 der 1. Durchf. VO. zum EhegesundhG. auf die Staatenlosen fremden Rechts überhaupt nicht beziehe, und daß er den Zweck habe, die Durchführung des EhegesundhG. für die Staatenlosen deutschen Rechts etwas zu erleichtern. Diese Auffassung kann ich nicht teilen. Wenn § 29 der 1. Durchf. VO. zum EhegesundhG. die Fassung erhalten hat, daß das Gesetz auf Staatenlose, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland haben, keine Anwendung findet, es sei denn, daß die Ehe in Deutschland geschlossen wird, so kann man doch nicht, ohne der Sprache des Gesetzgebers Gewalt anzutun, zwischen Staatenlosen deutschen und fremden Rechts unterscheiden. Meines Erachtens ist die Vorschrift so klar auf alle Staatenlosen abgestellt, gleich ob sie nach Art. 29 EGBGB dem deutschen oder einem fremden Recht unterstehen, daß man gar nicht auf den Gedanken einer Unterscheidung kommen würde — es sei denn, daß man von der erst zu beweisenden Voraussetzung ausgeht, daß § 29 der 1. Durchf. VO. zum EhegesundhG. eine Norm des Fremdenrechts ist.

Die Unterscheidung in Staatenlose deutschen und Staatenlose fremden Rechts kann auch nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben. Dem Gesetzgeber war bekannt, daß die Rechtsprechung der deutschen Gerichte dem Art. 29 (und 27) EGBGB eine Auslegung gegeben hat, die die Mehrzahl der in Deutschland lebenden Staatenlosen hinsichtlich ihrer Ehefähigkeit einer fremden Rechtsordnung unterstellt. Wie auch Schülers mit Recht annimmt, wollte der Gesetzgeber verhüten, daß Staatenlose, die bei uns ihre zweite Heimat gefunden haben, die sich vielleicht innerlich uns zugehörig betrachten, die selbst und deren Kinder voraussichtlich in Deutschland leben werden, eine vom gesundheitlichen Standpunkt unerwünschte Ehe schließen. Gerade diesen Zweck würden wir aber nicht erreichen, wenn man mit Schülers den § 29 der 1. Durchf. VO. zum EhegesundhG. auf die Staatsangehörigen fremden Rechts nicht anwendet.

Ich komme also zu dem Ergebnis, daß § 29 der 1. Durchf. VO. zum EhegesundhG. in gleicher Weise für die Staatenlosen deutschen Rechts und für die Staatenlosen fremden Rechts bestimmt, wann das EhegesundhG. anwendbar ist und wann es nicht angewandt werden soll. Er ersetzt das Prinzip des Art. 29 EGBGB durch das Domizilprinzip. Er ist eine Norm des Grenzrechts, also des internationalen Privatrechts, und nicht des Fremdenrechts.

Schließlich haben wir auch in § 15 der 1. Ausf. VO. zum BlutschutzG., der die Staatenlosenfrage im Rahmen des BlutschutzG. behandelt, eine Norm des internationalen Privatrechts vor uns.

Durchführung des Gesetzes zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre vom 15. September 1935 (RGBl. I, 1146) und des Gesetzes zum Schutze der Erbgesundheit des deutschen Volkes (Ehegesundheitsgesetz) vom 18. Oktober 1935 (RGBl. I, 1246)

(AB. d. RZM. v. 4. Febr. 1936, IV b 56. — DJ. S. 208.)

(Vergl. auch

- 1. Ausf. VO. zum BlutschutzG. v. 14. Nov. 1935 [RGBl. I, 1334];
- 1. Durchf. VO. zum EhegesundhG. v. 29. Nov. 1935 [RGBl. I, 1419];
- 1. VO. zum ReichsbürgerG. v. 14. Nov. 1935 [RGBl. I, 1333];
- VO. zur Vereinheitlichung der Zuständigkeit in Familien- und Nachlasssachen v. 31. Mai 1934 [RGBl. I, 472];
- Best. zur Durchführung der VereinheitlichungsVO. v. 27. Juli 1934 [RGBl. I, 738];
- VO. zur weiteren Vereinheitlichung der Zuständigkeit in Familiensachen v. 17. Mai 1935 [RGBl. I, 682].)

I. Die im Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre¹⁾ und im Ehegesundheitsgesetz enthaltenen Grundgedanken werden häufig auch bei der Entscheidung von Fällen, auf die die genannten Gesetze keine unmittelbare Anwendung finden, zu berücksichtigen sein. Besondere Bedeutung haben sie im Rahmen der VO. zur Vereinheitlichung der Zuständigkeit in Familiensachen und Nachlasssachen.

1. Befreiung von einem Ehehindernis (Befreiung vom Erfordernis der Ehemündigkeit gemäß § 1303 BGB. und § 1 VO. v. 31. Mai 1934, vom Ehehindernis des Ehebruchs gemäß § 1312 BGB. und § 2 der VO., von der Wartezeit gemäß § 1313 BGB. und § 3 der VO., von der Verbringung des ausländischen Ehefähigkeitszeugnisses gemäß § 4 der VO., vom Aufgebot gemäß § 1316 BGB. und § 6 der VO.) kann naturgemäß nicht in Frage kommen,

1) Im Sinne dieses Gesetzes werden die Träger deutschen oder artverwandten Blutes als deutschblütig, die Mischlinge mit einem volljüdischen Großelternteil als Mischlinge zweiten Grades, die Mischlinge mit zwei volljüdischen Großelternteilen als Mischlinge ersten Grades bezeichnet.

wenn die beabsichtigte Ehe durch die Vorschriften des BlutschutzG. oder des EhegesundheitsG. verboten ist. In den Fällen, in denen die Eheschließung von einer staatlichen Genehmigung abhängig ist (vgl. § 3 der 1. AusfW.D. zum BlutschutzG.) darf die Befreiung erst erteilt werden, wenn die Genehmigungsurkunde vorgelegt worden ist.

2. Zum Nachweis, daß einer beabsichtigten Ehe nicht das Egehindernis des jüdischen Bluteinlags eines Verlobten entgegensteht (§ 1 BlutschutzG., §§ 2—4 der 1. AusfW.D.), sind der Befreiungsbehörde vorzulegen die Geburtsurkunden der Verlobten und die Heiratsurkunden ihrer Eltern, bei unehelichen Kindern die Geburtsurkunde der Mutter und, falls der Vater bekannt ist, auch dessen Geburtsurkunde. Die Verlobten haben ferner zu versichern, was ihnen über die Rassenzugehörigkeit und die Religion ihrer Großeltern bekannt ist, und zu erklären, daß sie die Angaben über ihre Abstammungsverhältnisse nach bestem Wissen gemacht haben. Die Befreiungsbehörde kann verlangen, daß weitere Urkunden, insbesondere die Heiratsurkunden der Großeltern, vorgelegt werden, wenn bestimmte Anhaltspunkte für eine andere als die von den Verlobten behauptete Abstammung sprechen. Grundsätzlich sind bei der Führung des Abstammungsnachweises vollständige Personenstandsunterlagen zu benutzen. Scheine sind nicht zulässig; dagegen bestehen gegen die Verwendungs der abgekürzten Urkunden des preussischen Rechts keine Bedenken. Abnen die Verlobten Personenstandsunterlagen über Geburt oder Heirat nicht beibringen, weil diese in einem fremden Land erfolgt sind, das keine staatliche Beurkundung der Personenstandsfälle kennt, so reicht keine staatliche kirchlicher oder sonst beweiskräftiger Bescheinigungen aus. Im Einzelfall kann die Befreiungsbehörde die Beibringung von Urkunden erlassen, wenn sie die Überzeugung erlangt hat, daß den Verlobten die Beibringung der Urkunde nicht möglich ist, und daß kein Egehindernis im Sinne des BlutschutzG. besteht.

3. Der Nachweis, daß der beabsichtigten Ehe kein gesundheitliches Eheverbot im Sinne des § 1 EhegesundheitsG. entgegensteht, oder daß aus der Ehe keine die Reinerhaltung des deutschen Blutes gefährdende Nachkommenenschaft zu erwarten ist (§ 6 der 1. AusfW.D. zum BlutschutzG.), wird nach dem Inkrafttreten des § 2 EhegesundheitsG. durch Vorlegung eines Eheauglichkeitszeugnisses zu erbringen sein. Bis zu diesem Zeitpunkt ist die Vorlegung eines Eheauglichkeitszeugnisses grundsätzlich nur zu verlangen, wenn die Befreiungsbehörde begründete Zweifel hat, ob ein Egehindernis im Sinne des § 1 EhegesundheitsG. oder des § 6 der 1. AusfW.D. zum BlutschutzG. vorliegt.

4. Besitzen beide Verlobten eine fremde Staatsangehörigkeit, so finden auf sie weder die Bestimmungen des BlutschutzG. noch des EhegesundheitsG. Anwendung. Der Nachweis der Abstammung gemäß Abs. I 2²⁾ und die Beibringung eines Eheauglichkeitszeugnisses³⁾ ist nicht zu verlangen.

Besitzt der männliche Verlobte eine fremde, die Frau aber die deutsche Staatsangehörigkeit, so gilt folgendes:

a) Das EhegesundheitsG. und § 6 der 1. AusfW.D. zum BlutschutzG. finden keine Anwendung. Der Beibringung eines Eheauglichkeitszeugnisses bedarf es also nicht (vgl. jedoch unten I 5).

b) § 1 BlutschutzG. und § 2 der 1. AusfW.D. finden Anwendung; die Ehe ist also verboten, wenn die Frau deutschblütig oder Mischling zweiten Grades, der Mann aber Jude gemäß § 5 Abs. 1 W.D. zum ReichsbürgerG. ist. Der Nachweis der Abstammung gemäß Abs. I 2 ist also zu verlangen, und zwar von der Frau für beide Verlobten. Will die Befreiungsbehörde das Gesuch wegen der Judeienseigenschaft des Mannes ablehnen, so ist in entsprechender Anwendung des § 9 der 1. AusfW.D. zum BlutschutzG. vor der Ablehnung die Entscheidung des RMdZ. herbeizuführen (vgl. hierzu auch unten I 6 zu den §§ 1, 2 und 4). Falls das Gesuch auch aus anderen Gründen abzulehnen ist, ist die Ablehnung nur auf diese Gründe zu stützen; der Anrufung des RMdZ. bedarf es dann nicht.

c) Die §§ 3 und 4 der 1. AusfW.D. zum BlutschutzG. finden keine Anwendung, weil sie voraussetzen, daß beide Verlobten die deutsche Reichsangehörigkeit besitzen.

Besitzt der Mann die deutsche, die Frau aber eine fremde Staatsangehörigkeit, so finden die Bestimmungen des BlutschutzG. und des EhegesundheitsG. Anwendung. Es bedarf also sowohl des Nachweises der Abstammung gemäß Abs. I 2 wie der Beibringung des Eheauglichkeitszeugnisses.

²⁾ Soweit in anderen Bestimmungen die Beibringung von Personenstandsunterlagen vorgeschrieben ist (vgl. z. B. Nr. 4 Abs. 4 der Bestimmungen zur Durchführung der VereinheitlichungsW.D.), behält es dabei sein Bewenden.

³⁾ Unberührt bleiben die Bestimmungen, in denen die Beibringung eines ärztlichen Zeugnisses vorgeschrieben ist (vgl. z. B. Nr. 4 Abs. 4 der Bestimmungen zur Durchführung der VereinheitlichungsW.D.; vgl. auch Abs. I 5 dieser W.).

Wegen der Staatenlosen wird auf die besondere Regelung in § 15 der 1. AusfW.D. zum BlutschutzG. und § 29 der 1. DurchfW.D. zum EhegesundheitsG. verwiesen.

5. Bei der Entscheidung über ein Gesuch um Befreiung vom Erfordernis der Ehemündigkeit, vom Egehindernis des Ehebruchs, von der Beibringung des ausländischen Ehefähigkeitszeugnisses können die gesundheitlichen Verhältnisse der Verlobten auch dann berückichtigt werden, wenn der männliche Verlobte eine fremde Staatsangehörigkeit besitzt, nach den Vorschriften des EhegesundheitsG. also ein Eheauglichkeitszeugnis vor der Eheschließung nicht vorgelegt zu werden braucht. Ein Gesundheitszeugnis wird von den Verlobten zu erfordern sein, wenn die Befürchtung besteht, daß einer der Verlobten an einer vererblichen oder an einer mit Ansteckungsgefahr verbundenen Krankheit leidet.

6. Zu den einzelnen Vorschriften der W.D. vom 31. Mai 1934 bemerke ich folgendes:

Zu § 1 (Ehemündigkeit).

Besitzt einer der Verlobten eine fremde Staatsangehörigkeit und soll das Gesuch aus rassistischen oder gesundheitlichen Gründen abgelehnt werden, so ist mir vor der Ablehnung zu berichten. Die nach § 9 der 1. AusfW.D. zum BlutschutzG. etwa erforderliche Entscheidung des RMdZ. werde ich einholen.

Zu § 2 (Ehebruch)

Ich behalte mir die Entscheidung in den Fällen vor, in denen einer der Verlobten eine fremde Staatsangehörigkeit besitzt und die zuständige Befreiungsbehörde das Befreiungsgesuch aus rassistischen oder gesundheitlichen Gründen ablehnen will. Die nach § 9 der 1. AusfW.D. zum BlutschutzG. etwa erforderliche Entscheidung des RMdZ. werde ich einholen.

Zu § 3 (Wartezeit)

Die Befreiung von der Wartezeit hat der Standesbeamte erst zu erteilen, wenn er festgestellt hat, daß der beabsichtigten Ehe kein sonstiges Egehindernis entgegensteht. In den Fällen, in denen der Standesbeamte vor der Ablehnung des Aufgebots die Entscheidung des RMdZ. einzuholen hat, ist diese bereits vor der Entscheidung über das Befreiungsgesuch einzuholen. Nach dem Inkrafttreten des § 2 EhegesundheitsG. darf die Befreiung erst erteilt werden, wenn das Eheauglichkeitszeugnis vorgelegt ist. Das gleiche gilt in der Übergangszeit in den Fällen, in denen der Standesbeamte die Beibringung des Zeugnisses ausnahmsweise verlangt hat.

Zu § 4 (Ehefähigkeitszeugnis für Ausländer)

Ich behalte mir die Entscheidung in den Fällen vor, in denen einer der Verlobten eine fremde Staatsangehörigkeit besitzt und die zuständige Befreiungsbehörde das Befreiungsgesuch aus rassistischen oder gesundheitlichen Gründen ablehnen will. Die nach § 9 der 1. AusfW.D. zum BlutschutzG. etwa erforderliche Entscheidung des RMdZ. werde ich einholen.

Zu § 6 (Aufgebot)

Es gelten die gleichen Grundsätze wie für die Befreiung von der Wartezeit (vgl. unten I 6 zu § 3).

II. Die für die Befreiung vom Erfordernis der Ehemündigkeit geltenden Grundsätze werden regelmäßig auch als Anhaltspunkte bei der Entscheidung über Gesuche um Volljährigkeitserklärung (wenn sie zwecks baldiger Heirat beantragt wird) sowie über Ersetzung der Einwilligung des Vormundes oder der Eltern zur Eheschließung dienen können. Die unter I 6 zu § 1 vorgesehene Berichterstattung findet jedoch nicht statt. Ich empfehle den Gerichten, in denen sie den Antrag ablehnen wollen und nach § 9 der 1. AusfW.D. zum BlutschutzG. der Standesbeamte vor einer Verfassung des Aufgebots oder das Gesundheitsamt vor einer Verfassung des Eheauglichkeitszeugnisses die Entscheidung des RMdZ. einholen müßte, vor der Entscheidung über den Antrag die Sache mit einer Stellungnahme zu dem Antrage vorzulegen, damit ich die Entschliebung des RMdZ. einhole.

III. Ich behalte mir die Entscheidung über Anträge auf Ehefähigkeitserklärung vor, wenn Vater und Kind artverschiedenen Blutes im Sinne des ReichsbürgerG. und der 1. W.D. zu diesem Gesuch sind.

Vor der Entscheidung über Anträge auf Befreiung vom Erfordernis bei der Annahme an Kindes Statt (§§ 1744, 1745 BGB.) ist mir zu berichten, wenn der Annehmende und das Kind artverschiedenen Blutes im Sinne der genannten Vorschriften sind. Das gleiche gilt, wenn das Kind von Eheleuten gemeinschaftlich oder von einem Ehegatten allein an Kindes Statt angenommen werden soll und die Ehegatten artverschiedenen Blutes sind.

Personen, von denen eine deutschblütig, die andere Mischling zweiten Grades ist, gelten nicht als artverschieden im Sinne dieses Abschnitts. Ebenso gelten Personen nicht als artverschieden, von denen die eine von drei, die andere von vier volljüdischen Großeltern abstammt.

Die Vorschriften unter I 2 und 3 gelten sinngemäß.

IV. Die Hundverfügungen, durch die ich mir für bestimmte Fälle die Entscheidung über Gefuche um Befreiung vom Ehehindernis des Ehebruchs, um Befreiung von der Beibringung des ausländischen Ehefähigkeitszeugnisses oder um Eheleichheitsklärung vorbehalten habe, werden aufgehoben.

V. Durch RdErl. des RMdJ. v. 23. Dez. 1935 (RMBl. 1936, 11; vgl. auch RdErl. v. 17. Jan. 1936 [RMBl. 1936, 135]) ist ein Reichsausschuß zum Schutze des deutschen Blutes errichtet und dem RMdJ. angegliedert worden. Der Ausschuß bereitet die Entscheidung des RMdJ. und des Stellvertreters des Führers über Anträge gemäß § 3 der 1. Ausf. V. zum BlutschutzG. vor. In § 8 Abs. 1 des Erl. v. 23. Dez. 1935 ist bestimmt:

„Der Ausschuß berät über die Anträge auf Ehegenehmigung in nichtöffentlicher Sitzung. Er kann selbst Ermittlungen vornehmen, insbesondere das persönliche Erscheinen der Beteiligten anordnen sowie Zeugen und Sachverständige vernehmen. Die Zeugnis- und Gutachtenpflicht regelt sich unter sinngemäßer Anwendung der Bestimmungen der ZPO. Gerichte und Verwaltungsbehörden sind zur Rechts- und Amtshilfe verpflichtet.“

Reichsausschuß zum Schutze des deutschen Blutes

Durch Bd. des Reichs- und Preussischen Ministers des Innern ist der Reichsausschuß für Ehegenehmigungen beim Reichsministerium des Innern gebildet worden, der die Bezeichnung „Reichsausschuß zum Schutze des deutschen Blutes“ erhalten hat.

Diesem Reichsausschuß sind alle Anträge von staatsangehörigen jüdischen Mischlingen mit zwei volljüdischen Großeltern, auf Genehmigung der Eheschließung mit Staatsangehörigen deutschen oder artverwandten Blutes oder mit staatsangehörigen jüdischen Mischlingen, die nur einen volljüdischen Großelternanteil haben, vorzulegen. Die Anträge sind schriftlich bei der für den Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt des Antragstellers zuständigen höheren Verwaltungsbehörde zu stellen.

III. polnischer Juristentag in Kattowitz und Krakau

Das Präsidium der polnischen juristischen Verbände und Institutionen hat beschlossen, vom 4.—8. Nov. 1936 den dritten polnischen Juristentag in Kattowitz (mit Abschluß in Krakau) abzuhalten. Für die wissenschaftlichen Arbeiten des Kongresses sind 4 Sektionen vorgesehen: Staatsrecht, Verwaltungsrecht, Zivilrecht, Strafrecht, die über insgesamt 9 Fragenkomplexe beraten sollen. Die zur Verhandlung gelangenden Themen, die auf Grund von amtlicher Stellungnahme der Kodifikationskommission, des Obersten Verwaltungsgerichtes und maßgebender juristischer Gesellschaften zusammengestellt wurden, lauten:

I. Sektion für Staatsrecht

1. Sejm und Senat in der Polnischen Verfassung von 1935.
2. Die Frage der Gewaltenteilung in modernen Staatsrecht.

II. Sektion für Verwaltungsrecht

1. Verwaltungswirtschaftliche Grundlinien in der Polnischen Verfassung von 1935.
2. Die Notwendigkeit einer Ordnung und Kodifizierung des Verwaltungsrechts.

III. Sektion für Strafrecht

1. Gesetzliche und richterliche Strafzumessung.
2. Forderungen der Strafprozessreform.

IV. Sektion für Zivilrecht

1. Haftung des Erben für Nachlassverbindlichkeiten.
2. Die Allgemeinverbindlichkeit der Grundbücher.
3. Kartelle.

La.

Keine Abwälzung der Gewerbesteuer

Es wird in Erinnerung gebracht, daß nach ständiger Rechtsprechung und nach berufsrechtlicher Anschauung die Gewerbesteuer dem Auftraggeber nicht ohne weiteres, sondern nur auf Grund besonderer für den Einzelfall, am besten schriftlich, getroffener Vereinbarung in Rechnung gestellt werden kann. (G. V 223/33.)

(Mit Genehmigung des Präsidenten der Reichsrechtsanwaltskammer aus den „Mitteilungen der Rechtsanwaltskammer in Berlin“ 1/36.)

Steuerfreiheit für Erbschaftsbeschlagnahmen. Bewertungsfreiheit für kurzlebige Wirtschaftsgüter. Steuerliche Behandlung außerordentlicher Einkünfte

Die Reichsrechtsanwaltskammer hat den nachstehenden Bescheid des Reichsministers der Finanzen erhalten:

„Der Reichsminister der Finanzen

S 2164 — 36 III

Berlin W 8, den 18. Dezember 1935.
Wilhelmplatz 1/2.

Auf das Schreiben vom 26. November 1935:
R. 21. 35.

Das Gesetz über Steuerfreiheit für Erbschaftsbeschlagnahmen (Abschn. II des Gesetzes über Verminderung der Arbeitslosigkeit v. 1. Juni 1933 [RGBl. I, 323, 324]) ist auch auf nicht-buchführende Rechtsanwälte und sonstige Angehörige der freien Berufe anzuwenden (vgl. Abschn. III der amtlichen Erläuterungen v. 22. Juli 1933 [RStBl. S. 721 ff.]). Für die Einkommensteueranmeldung für 1935 ist jedoch zu beachten, daß nach der 2. Erg. V. v. 16. Jan. 1935 (RGBl. I, 14) Steuerfreiheit für Erbschaftsbeschlagnahmen nur dann gewährt wird, wenn der Auftrag auf Lieferung des Erbschaftgegenstandes vor dem 1. Jan. 1935 erteilt worden ist und die Lieferung vor dem 1. Jan. 1936 erfolgt.

In meinem Schreiben v. 12. März 1935 (S 2119 — 759 III) habe ich ausgeführt, daß die Bewertungsfreiheit für kurzlebige Wirtschaftsgüter nur bei solchen Angehörigen der freien Berufe in Betracht kommt, die Bücher nach den Vorschriften des HGB. ordnungsmäßig führen. Ist diese Voraussetzung im einzelnen Fall nicht erfüllt, so gelten bei Angehörigen der freien Berufe die folgenden Grundsätze: Die Aufwendungen für Wirtschaftsgüter, die für längere Zeit als ein Jahr beschafft werden, von denen aber erfahrungsgemäß laufend ein gewisser Teil ergänzt wird, können sofort als Betriebsausgaben abgezogen werden, wenn der Anschaffungspreis des einzelnen Gegenstandes 500 RM nicht übersteigt. Die Aufwendungen für größere Geräte, die nicht laufend ergänzt werden, insbesondere für solche, deren Anschaffungskosten 500 RM übersteigen (z. B. für Kraftwagen), können durch Abschreibungen für Abnutzung steuerlich berücksichtigt werden. Es kann dann jeweils für ein Jahr der Teil der Anschaffungskosten abgesetzt werden, der bei Verteilung der Anschaffungskosten auf die Gesamtdauer der Verwendung oder Nutzung auf ein Jahr entfällt (§ 7 EinkStG. 1934).

Die Entscheidung der Frage, ob tarifbegünstigte außerordentliche Einkünfte vorliegen, die die Entlohnung für eine Tätigkeit darstellen, die sich über mehrere Jahre erstreckt (§ 34 EinkStG. 1934), ist grundsätzlich nicht an irgendwelche Voraussetzungen hinsichtlich der Art der Buchführung gebunden. Zu beachten ist hier die Rechtsprechung des RStO., die mit dem Begriff der Entlohnung für eine mehrjährige Tätigkeit i. S. des § 34 EinkStG. besonders geartete Einkünfte aus einer als Einheit aufzufassen, in sich abgeschlossenen und klar abgrenzbaren Sondertätigkeit verbindet. Eine solche Sondertätigkeit liegt z. B. bei einem Anwalt vor, der für ein wissenschaftliches Werk oder für eine sonstige mit dem Beruf nicht zusammenhängende mehrjährige Tätigkeit ein Honorar erhält. Das gleiche gilt für einen Anwalt, der für eine mehrjährige Tätigkeit, die ihrem Wesen nach in seinen Beruf fällt, die er aber nur unter völliger Aufgabe seiner sonstigen beruflichen Tätigkeit ausübt, ein Entgelt erhält. Dagegen kann nach der Rechtsprechung die Tarifbegünstigung des § 34 z. B. dann nicht gewährt werden, wenn ein Rechtsanwalt Vergütungen für langdauernde Prozesse neben den sonstigen Einnahmen aus seiner Berufstätigkeit erhält.

Zm Auftrage
gez. Hedding.“

Als „Erbschaftsbeschlagnahmen“ und als „kurzlebige Wirtschaftsgüter“ kommen demnach für die Rechtsanwälte ohne kaufmännische Buchführung und Bilanzaufstellung nur Werte unter 500 RM, z. B. Schreibmaschinen, Diversifikationsmaschinen, wissenschaftliche Bücher u. a. in Betracht. Die sofortige Abschreibung z. B. eines neuangeschafften Autos kann demnach nur erfolgen, wenn der Rechtsanwalt Buch führt nach den Vorschriften des HGB. und die Anschaffung für berufliche Zwecke erfolgt ist. — Ausführliche Darlegungen enthält die ZW 1936, 476 im Anschluß an die Entscheidung des RStO., vom 12. Dez. 1935. (G. V 257/33.)

(Mit Genehmigung des Präsidenten der Reichsrechtsanwaltskammer aus den „Mitteilungen der Rechtsanwaltskammer in Berlin“ 1/36.)

Schrifttum

Georg Dahm, Ernst Rudolf Huber, Karl Lorenz, Karl Michaelis, Friedrich Schaffstein, Wolfgang Siebert: Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft. Berlin 1935. Junfer und Dünhaupt Verlag. 260 S. Preis brosch. 7,50 RM, geb. 9,50 RM. Auch in Einzelheften erhältlich.

Das Sammelwerk der Kieler Rechtslehrer ist im besten Sinne des Wortes eine nationalsozialistische Bemühung. Daß der Herausgeber an die Spitze seines Vorwortes das Bekenntnis stellen konnte, daß die in gemeinsamer wissenschaftlicher Aussprache erarbeiteten Abhandlungen „der Ausdruck der kameradschaftlichen Zusammenarbeit und des wissenschaftlichen Wollens der Kieler Juristen-Fakultät sind“, berechtigt zu der wohl von vielen Lesern dieser Schriften gehegten Hoffnung, daß vielleicht die eine oder andere Universität diesem begrüßenswerten Beispiel der Kieler „Stoßtrupps-Universität“ folgt und in gleichem ehrlichen Bemühen „dem Versuch der Herausarbeitung neuer Gesichtspunkte“ dient. Da die Beiträge keine Einzelfragen behandeln, sondern Grundfragen, die für alle Rechtsgebiete von Bedeutung sind, gelangen die Verf. zu einer bemerkenswerten Übereinstimmung hinsichtlich bestimmter Grundgedanken, „etwa über die Zusammengehörigkeit von Gemeinschaft und Recht, völkischem Leben und völkischer Ordnung, Lebensverhältnis und Rechtsbegriff sowie über die Bedeutung des Treue- und Pflichtgedankens im Straf- und Zivilrecht“.

Karl Michaelis: Wandlungen des deutschen Rechtsdenkens seit dem Eindringen des fremden Rechts. Michaelis behandelt sein Thema unter zwei ganz verschiedenen Gesichtspunkten. Einmal bezieht er die Frage nach dem Einfluß der Rezeption weniger auf die materielle Seite, auf den inhaltlichen Gegensatz der deutschrechtlichen und römischen Rechtsinstitute, als vielmehr auf die „Bedeutung der Rezeption für die Art des Rechtsdenkens, für die Struktur der Rechtsfäße und Rechtsbegriffe, also ... auf die formelle methodische Seite“. Zum anderen wirt er die Frage auf, ob mit der Verlegung der Rezeption in den Ausgang des Mittelalters nicht die Bedeutung der Wandlung unterschätzt wird, die sich mit dem Eindringen des Gedankenguts der Aufklärung gegen Ende des 18. Jahrh. und im Laufe des 19. Jahrh. vollzogen hat. Nach einer kurzen Skizze des Rechtszustandes vor dem Eindringen des fremden Rechts weiß der Verf. die zahlreichen Momente, die zusammenkamen, um den Boden für das Eindringen des fremden Rechtsdenkens reif zu machen, in anregender Art zu schildern. Sodann wendet sich Michaelis der Entwicklung in Deutschland im Zeitalter der Rezeption zu. Die Ergebnisse, zu denen der Verf. gelangt, sind vielfach völlig neuartig. Auf sehr eingehendem Quellenstudium beruht die These des Verf., daß für die Rezeptionsgeschichte nicht das römische Recht, sondern die Theologie als Wissenschaft von der Auslegung des geoffenbarten Wortes an erster Stelle steht. Diese Ausführungen über die Einwirkung der theologischen Methodik auf die weltliche Jurisprudenz dürften weit über den fachjuristischen Kreis hinaus erhöhtes Interesse beanspruchen. Auch die Entwicklung der Dogmatik und des Begriffs erhält nach den Untersuchungen des Verf. die entscheidende Anregung und bestimmende Richtung von der Scholastik her. Die wichtige Konsequenz der Rezeptionsentwicklung aber sieht Michaelis in dem Arbeiten mit dem erdachten, rein hypothetisch gesehten Fall an Stelle des in der Wirklichkeit vorgefundenen Sachverhalts, kurz in der Entwicklung einer Tatbestandslehre. Michaelis kommt — ohne dies ausdrücklich hervorzuheben — hinsichtlich des schädlichen Einflusses der mittelalterlichen Theologie auf unsere völkische Lebensordnung hier zu dem gleichen Ergebnis wie Alfred Rosenbergs. Im 4. Abschnitt wendet sich der Verf. der Entwicklung unseres Rechtsdenkens zur Zeit des Absolutismus und der Aufklärung zu. Es gehört mit zu den verdienstvollsten Ergebnissen der vorl. Schrift von Michaelis wie überhaupt des ganzen Sammelwerkes, die unheilvolle, lebensfremde Jurisprudenz jener Zeit, die bis in unsere Tage hinein ganze Generationen von Juristen in ihrem ursprünglich gesunden Rechtsdenken vergiftet hat, eindeutig in ihren Grundlagen erfaßt zu haben und nun zu bekämpfen. Gerade die Ausführungen des Verf. über die im Zusammenhang mit den demokratischen und liberalen Ideen stehende materielle Umgestaltung des Rechts, die Herbert Meyer als „Nachrezeptionen“ bezeichnet hat, zeugen von einem tiefen Erfassen der Notwendigkeiten eines angemessenen völkischen Rechts und Rechtsdenkens. Zum Schluß stellt der Verf. u. a. für die Begriffs- und Systembildung im neuen Recht die

Forderung auf, daß „die Begriffe der Zukunft nicht bloße Worte, sondern wirkliche Begriffe sein sollen“, nicht abstrakt, sondern inhaltvoll und konkret!

Georg Dahm: Verbrechen und Tatbestand. Das Grundmotiv der Studie Dahms über das Verhältnis von „Verbrechen und Tatbestand“ ist der Kampf gegen das abstrakte „An-sich-Denken“, auf dessen schädlichen Einfluß schon früher Rosenberg im „Mythus des 20. Jahrh.“ (S. 581, 70. Aufl. 1935) hingewiesen hat. Eine bei aller sachlich-wissenschaftlichen Kritik kämpferische Tendenz gibt der Schrift Dahms ihr charakteristisches Gepräge. Unter Hervorhebung der wichtigsten Lehrmeinungen schildert der Verf. die Entwicklung der strafrechtswissenschaftlichen Arbeit des 19. und des beginnenden 20. Jahrh., die besonders unter dem Einfluß Belings zur Lehre vom Tatbestand und damit zur Dreiteilung des Verbrechens in Handlung, Tatbestand und Rechtswidrigkeit führt. Auch praktisch gelangt Dahm zu grundlegend anderen Ergebnissen als die noch h. L. Seiner Ansicht nach ist die Lehre von der Rechtswidrigkeit und den Unrechtsausflußungsgründen heute nicht weniger in Frage gestellt als die Lehre vom Tatbestand, da „ein Fehler (nämlich, daß der Tatbestand wertfrei ist) den anderen nach sich zieht“. Der vernichtenden Kritik Hofackers an den sog. „Kriegsverbrecherprozessen“ des RW. und den sog. Fememordfällen widmet Dahm in seiner Studie einen breiten Raum. Ein weiterer Abschnitt befaßt sich mit der Entwicklung und Fortbildung, die die Belingsche Lehre vom Verbrechen und die Tatbestandslehre in der wissenschaftlichen Literatur erfahren hat. An die wenigen und kaum beachteten Ansätze zu neuem Strafrechtsdenken knüpft der Verf. an, wobei es ihm insbes. um die Belebung und Konkretisierung der allgemeinen Begriffe geht. Die Kennzeichnung des nationalsozialistischen Strafrechts als „Willensstrafrecht“ ist nach Dahm zu eng und gibt zu Irrtümern Anlaß, denn „die Art des Täters bestimmt sich nicht aus dem Willen allein... Sondern zum Täter gehört das, was für die Gemeinschaft wesentlich ist“ (S. 88). Ferner sucht der Verf. die Tragweite dieses konkreten, ganzheitlichen Denkens für die Strafrechtswissenschaft, Gesetzgebung und Rechtsprechung aufzuzeigen. Nach Ablehnung der Scheidung von Handlung und Tatbestand behandelt sodann Dahm das Problem, ob die scharfe Trennung von Rechtswidrigkeit und Schuld weiterhin zu billigen sei und läßt hier ebenso wie bei dem Problem, inwieweit auch Vorsatz und Fahrlässigkeit zum Wesen des Verbrechens gehören, in der Erkenntnis, daß „hier das letzte Wort noch nicht gesprochen ist“, die Frage offen. So wie es nach der Lehre Dahms keinen abstrakten Tatbestand gibt, besteht auch nicht eine abstrakte Rechtswidrigkeit. Insbes. vom Schlußwort, in dem der Verf. auf die „trostlose Verwilderung der Juristensprache“ hinweist, wäre zu wünschen, daß es recht viele aufnahmewillige Leser in Juristkreisen findet, die den Ruf nach einer „bildhaften und plastischen Sprache“ in die Tat umzusetzen sich bestreben.

Friedrich Schaffstein: Das Verbrechen als Pflichtverletzung. In der bisherigen Entwicklung der Strafrechtsrenewierung unterscheidet der Verf. zwei Etappen, von denen die erste durch das Bestreben gekennzeichnet war, gegen die individualistische Strafrechtszerlegung der vergangenen Jahrzehnte die Gegenposition zu beziehen und der Herrschaft des Individuums den Vorrang der Gemeinschaftswerte entgegenzusetzen. Schaffstein hält diese erste Etappe nur für ein Übergangsstadium, das nicht geeignet sei, den tieferen Gehalt einer gemeinschaftsmäßigen Denkweise im Strafrecht völlig zu erfassen, vielmehr müsse eine am Gemeinschaftsprinzip ausgerichtete Denkweise den Gegensatz von Gemeinschaft und Individuum reslos aufheben. Der Durchdenkung und Lösung der Frage, ob „nicht ein am Gemeinschaftsgedanken ausgerichtetes Strafrecht nicht Rechtsgutsverletzung strafrecht, sondern Gefährnungs- oder Pflichtenstrafrecht ist“, gilt seine vorl. Untersuchung. Rechtsgutsverletzung und Pflichtverletzung bezeichnen nach Ansicht des Verf. nur verschiedene Standpunkte der Betrachtungsweise, es komme lediglich darauf an, auf welchen von diesen Gesichtspunkten man den Akzent lege. Vor der Erörterung der einzelnen Auswirkungen des Pflichtverletzungsmoments wird das Verhältnis von „Pflichtverletzung und Verrat“ und „Pflichtverletzung und Gefährnung“ eingehend geprüft. Man wird m. E. der Feststellung des Verf., daß man sich mit einer zu weiten Auslegung des Verrats und Treubruchsbegriffs „allzu leicht dem Vorwurf wirklichkeitsferner Romantik“ aussetzen, zustimmen müssen (S. 118). Dem strafrechtsdogmatischen Bedenken, es werde durch die Wendung von der Rechtsgutsverletzung zur Pflichtverletzung nur eine Abstraktion durch eine andere ersetzt, tritt Schaffstein mit zwei Argumenten

entgegen: einmal könne von einer „Verabsolutierung“ (ein übrigens sprachlich sehr unshönes Wort, das man in der sonst klaren Ausdrucksweise des Verf. missen möchte!) eines einzelnen Gesichtspunktes nicht die Rede sein; zum andern ließe sich der „Inhalt und Umfang gerade der Pflichten nicht abstrakt-normativistisch in lückenlosen Tatbeständen umschreiben und bestimmen“ (S. 125/126). Eine Überprüfung des StGB. von 1871 ergibt eine interessante Zusammenstellung, wie weit hier bereits der Täterbegriff unter dem Gesichtspunkt der Stellung des Täters in der Gemeinschaft konkretisiert wird. Ferner behandelt der Verf. die strafrechtsdogmatische Bedeutung der Auffassung jedes Verbrechens als Pflichtverletzung für die allgemeinen Lehren, für Pflichtwidrigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld und erörtert abschließend den Problembereich der Rechtswidrigkeit und Pflichtwidrigkeit bei den unechten Unterlassungsdelikten.

Ernst Rudolf Huber: Neue Grundbegriffe des hoheitlichen Rechts. Nach Sinnbedeutung und Wesensbestimmung der Begriffe Volk, Staat und Recht weist Huber die Tendenz zurück, den Begriff des Staates und auch das Recht wegen deren Unterworfenheit unter die Geltung des völkischen Prinzips zu deflazieren und hinter dem Volksprimat als zweitklassig anzusehen, — ein Vorgang, auf den insbes. auch Dräger in „Primat des Volkes?“ (vgl. Bespr. JW. 1935, 3455 f.) aufmerksam gemacht hat. Besonders Interesse verdienen die Ausführungen Hubers zu der Frage, ob ein völkischpolitisches Recht die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht noch zuläßt. Nach kurzem historischen Überblick gelangt der Verf. zu der Feststellung, daß der Vorgang der nationalsozialistischen Rechtsentwicklung weit mehr bedeute als die Wiederaufhebung der liberalen Trennung von Staat und Gesellschaft, indem nämlich im völkischen Recht durch die „Einheit des Gemeinschaftsrechts“ der Gegensatz von öffentlichem und privatem Recht überwunden werde, ohne damit eine Gleichförmigkeit herbeizuführen, in der es etwa gar keine Unterscheidungen mehr gibt. Neben die, in der juristischen Studienordnung von E. Schard durchgeführte Einteilung der Rechtsgebiete stellt Huber eine zweite Unterscheidung des Gemeinschaftsrechts nach Funktionen, nach der Art der Rechtsgestaltung, die er in zweifacher Weise sieht: durch „hoheitliche Führung“ und „volksgenössisches Zusammenwirken“ (S. 153 ff.). Im Gebiete des Verkehrs vertritt Huber an Stelle des Ausdrucks „privatrechtsgestaltender Staatsakt“ die Bezeichnung „verkehrsgestaltender Hoheitsakt“, eine Bezeichnung, die wegen ihrer knappen Formulierung bald Eingang in die neue Rechtswissenschaft finden wird. Auch der Abschnitt über die Hauptfunktionsbereiche des hoheitlichen Rechts: Verfassung und Verwaltung zeigt den tiefen Wandel der Anschauungen. Im wesentlichen kann hier hinsichtlich des Verfassungsdenkens auf das Werk Hubers „Wesen und Inhalt der politischen Verfassung“ (vgl. JW. 1935, 2803 ff.) verwiesen werden. Als Hauptprinzipien, die sich auch im neuen Verwaltungsrecht auswirken müssen, erkennt Verf. die völkische Einheit und staatliche Hoheit. Die Einsicht in den hoheitlichen Charakter des Staates führt den Verf. zur Erörterung der alten Streitfrage der Gesetz- oder Rechtsmäßigkeit der Verwaltung. Wenn auch die Forderung des Verf. zweifellos zu begrüßen ist, daß die „Übernahme alten Rechts voraussetzt, daß es entschlossen unter die heutigen politischen und weltanschaulichen Prinzipien gestellt wird“, so ist doch m. E. die Voraussetzung, von der aus Huber zu dieser Forderung kommt, nicht zu billigen. Huber will nämlich aus der Tatsache, daß zahlreiche alte Verwaltungsgesetze nicht aufgehoben worden sind, entnehmen, daß „der Führer sie für geeignet hält, in die neue Gemeinschaftsordnung eingegliedert zu werden“ (S. 180). Diese Schlussfolgerung geht m. E. viel zu weit! Als ob der Führer bzw. die Führung in den ersten Jahren des nationalsozialistischen Aufbaues keine Zeit hätte, sich um jedes alte Verwaltungsgesetz zu kümmern bzw. es auf seine Eignung hin zu prüfen! Schon vor der Machtübernahme zeigte sich beim Inkrafttreten des neuen PolVerwG., welche eine Antiquitätenammlung verwaltungsrechtlicher Vorschriften noch aus Ur- und Großväterzeiten her in Geltung war. So ist auch durchaus anzunehmen, daß heute zahlreiche Verwaltungsgesetze und Vorschriften noch in Kraft sind, bei denen es selbst mit der durchaus billigen Bewertung Hubers nach einer „mutigen Auslegung“ nicht möglich ist, „die alten Gesetze so unzuwenden und fortzubilden, daß ihre Anwendung den politischen Zielen des Staates und der völkischen Gemeinschaft dient“. Ist es dann nicht richtiger, wenn der Verwaltungsbeamte oder Richter — um mit Dr. Goebbels zu reden — „den Mut aufbringt, über die Schranken der Bürokratie zu springen“ und vor der Anwendung dieser überholten, nicht mehr zeitgemäßen Vorschrift der Führung Mitteilung macht und sie auf die Überlebensfähigkeit dieser Vorschrift hinweist? Würde nicht gerade eine solche Handlungswelt dem Worte von Lorenz entsprechen, zu dem sich auch Huber bekennt: daß nämlich nicht nur der Richter, sondern auch der Verwaltungsbeamte gebunden ist, jedes mit dem Willen des Führers in Kraft getretene Gesetz (und wie hier zu ergänzen wäre: noch in Kraft gebliebene alte Gesetz) „als Recht anzuerkennen und im Geiste des

Führers anzuwenden gemäß dem gegenwärtigen Rechtswillen der konkreten Rechtsidee der Gemeinschaft“?! — Im Schlußabschnitt wendet sich der Verf. mit der Darstellung über Wesen, Inhalt und Schranken der Generalklauseln dem wohl wichtigsten Problem im neuen Verwaltungsrecht zu. Eine praktische Bestätigung und Sicherung für die Zukunft hat bereits vor einiger Zeit der Satz Hubers, daß der heutige Beamte „aus dem Bewußtsein der in ihm lebenden Grundsätze des neuen politischen Denkens zu handeln hat“ (S. 187), dadurch erfahren, daß künftig nur der Beamte werden wird, der durch die Schule der nationalsozialistischen Jugend-erziehung gegangen ist.

Wolfgang Siebert: Vom Wesen des Rechtsmissbrauchs. Die Schrift des Verf. über die Lehre vom Rechtsmissbrauch, die er in wesentlichen Punkten überhaupt erst zusammenfaßt und fortentwickelt, soll dazu dienen, mit einer richtigen Bestimmung und Auswertung des Rechtsmissbrauchsgebankens einen wichtigen Beitrag zum neuen Rechtsdenken und zu einer neuen Rechtsanwendung zu liefern. Hierzu bietet ihm u. a. die rechtsvergleichende Darstellung im französischen und schweizerischen Recht eine wertvolle Hilfe. Verf. geht von der Regelung der „Unzulässigkeit der Rechtsausübung“ und des „Rechtsmissbrauchs“ im BGB. aus und weist als entscheidenden Anstoß zur Entwicklung einer allgemeinen Lehre vom Rechtsmissbrauch die Einwirkung der Generalklauseln (gute Sitten, Treu und Glauben u. ä.) nach. Im methodischen Streit über die „Kriterien“ des Rechtsmissbrauchs gelangt Siebert zur Ablehnung der Interessenlehre, weist jedoch ausdrücklich darauf hin, daß eine Stellungnahme zur Interessenjurisprudenz im ganzen nicht beabsichtigt ist. Er stellt auf die Pflicht als diejenige Kraft ab, die das Recht des einzelnen gestaltet. Die daran anschließenden Ausführungen über die richtige Anwendung der Generalklauseln, die Siebert als die „sichersten und kraftvollsten Rechtsätze“ bezeichnet, verdienen vom nationalsozialistischen Standpunkt volle Anerkennung und Zustimmung. Im letzten Abschnitt hebt der Verf. mit eingehender Berücksichtigung der älteren und neueren Judikatur (z. B. RG.: JW. 1935, 1236 ff.) und des Schrifttums die Anwendung der Lehre des Rechtsmissbrauchs im Recht der Kapitalgesellschaften hervor. Hier sind es besonders die mit der Ausübung des Stimmrechts zusammenhängenden Probleme und die Bedeutung der neueren Rpr. des RG. (z. B. RGZ. 146, 385 ff. = JW. 1935, 1550 f.) für das Problem des Missbrauchs der Rechtsfähigkeit juristischer Personen im Privatrecht, die der Verf. einer gründlichen Betrachtung unterzieht.

Karl Lorenz: Rechtsperson und subjektives Recht. Im Anschluß an eine rechtsphilosophische, dogmatische Untersuchung über die Rechtsperson und die Rechtsfähigkeit unternimmt der Verf. den Versuch, eine neue Systematik der Rechtsgrundbegriffe aufzubauen. Die in zwei Hauptteile gegliederte Schrift beschäftigt sich im ersten Teil mit einer rechtsphilosophischen, historischen Übersicht über die Entwicklung der Lehre zu den Begriffen der Rechtsperson und des subjektiven Rechts, um sich dann im zweiten Teil der Auswirkung der vom neuen Rechtsdenken her gewonnenen Ergebnisse für das heutige bzw. künftige deutsche Recht zuzuwenden. Seinen eigentlichen Sinn habe der abstrakte Begriff der Person erst von dem des subjektiven Rechts erhalten. Die eingehende Kritik der Theorien über das Wesen des subjektiven Rechts enthält eine sehr fruchtbare Vertiefung und Erweiterung der von Siebert im gleichen Werk vertretenen Lehre. Der Volksgenosse als Rechtsgenosse (an Stelle der abstrakten Person!) und seine konkrete Rechtsstellung als seine Stellung im Recht, seine Gliedstellung in der Gemeinschaft und seine Stellung im Verhältnis zu den anderen Volksgenossen, — das sind die Grundbegriffe, auf denen Lorenz eine neue Systematik aufbaut. Wenn der Verf. allerdings hinsichtlich der Rechtsstellung von einer „Konkretionsweise des objektiven Rechts“ spricht, so ist zu hoffen, daß dieser sprachliche Fehlschritt ebensowenig wie Schaffstein's „Verabsolutierung“ in die Terminologie der neuen Rechtswissenschaft Eingang findet. Den innerhalb der Rechtsstellungen bestehenden Strukturunterschied sucht der Verf. in zwei besonderen Abschnitten unter gründlicher Verwertung der neueren Literatur und mit sehr gut ausgewählten Beispielen begrifflich zu klären (S. 245 ff.). Die in Form von acht Thesen die Schrift abschließende Zusammenfassung vermittelt noch einmal in kürzester Formulierung einen Überblick über die vom Verf. gewonnenen Erkenntnisse.

Als Gesamtwürdigung des Sammelwerkes der Kieler Juristen-Fakultät ist festzustellen: Mehr derartiger grundsätzlicher Beiträge — und das vielfach früher nicht zu Unrecht gebrauchte Wort von den „Lebensfremden Professoren“ wird verstummen und der Weisheit Platz machen, daß die heutige Rechtswissenschaft ihre große Stunde begreift und somit zum Aufbaue des Dritten Reiches einen wesentlichen Beitrag leistet!

Das kommende deutsche Strafrecht. Allgemeiner Teil: Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission. Herausgegeben von Reichsjustizminister Dr. Franz Gürtner, unter Mitwirkung von Staatssekretär Dr. Freisler, Ministerialdirektor Schäfer, Senatspräsident Prof. Dr. Lee, Oberregierungsrat Dr. v. Dohnanyi, Ministerialdirigent Dr. Schäfer, Senatspräsident Frau, Oberlandesgerichtsrat Dr. Schäfer, Oberstaatsanwalt Dr. Reimer. 2. Aufl. nach den Ergebnissen der 2. Lesung neubearbeitet. Berlin 1935. Verlag Franz Vahlen. 252 S. Preis 3,30 RM.

Der Bericht der amtlichen Strafrechtskommission ist in seiner 2. Aufl. durch Vertretung der Ergebnisse der 2. Lesung sowie durch Prüfung der seit Erscheinen der 1. Aufl. veröffentlichten anderweitig erschienenen rechtspolitischen Arbeiten erheblich umfangreicher geworden. Bei der neuen Durcharbeitung der Fragen hat sich die Stellungnahme der Kommission in diesem und jenem Punkte geändert.

Die Grundauffassung ist jedoch dieselbe geblieben. Die Gedankengänge der Kommission gehen nach wie vor von dem Grundsatz des Willensstrafrechts aus; die materielle Unrechtsauffassung wird noch stärker betont. Dem Bericht fehlt aber auch immer noch die Anknüpfung des Strafrechts an die tiefsten Grundlagen deutschen Rechtsbewusstseins. Dreierlei sieht Freisler in seinem einleitenden Aufsatz („Willensstrafrecht; Versuch und Vollendung“) als Zweck der Strafe an: Vernichtung der friedensstörenden Kräfte, Sühne für schuldhaftes Unrecht und psychische Stützung der Kampfbereitschaft des gesamten Volksterns. Diese Auffassung geht tief, jedoch noch nicht tief genug. Wie das gesamte deutsche Recht muß sich vielmehr auch das Strafrecht auf dem Gedanken aufbauen, daß der einzelne Volksgenosse der Volksgemeinschaft Treue schuldet und daß er sich, wenn er diese Treuepflicht verletzt, außerhalb der Volksgemeinschaft stellt und seinen Treuebruch durch Strafe sühnen muß. Diese — in den Leitsätzen des Reichsrechtsamts erkannte — Anknüpfung gibt die richtige einheitliche Grundlage für das deutsche Strafrecht; aus ihr erst folgen logisch die drei vom Bericht genannten Zwecke der Strafe.

Die amtliche Kommission lehnt den Gedanken der Treuepflichtverletzung als Grundlage des deutschen Strafrechts ab. Freisler bezeichnet ihn als intellektuell überspitzt und fürchtet, eine solche rein philosophische (gleich lebensfremde?) Gestaltung werde im Volke kein Verständnis finden. Diese Besorgnis erscheint jedoch in einer Zeit, in der dem einzelnen seine Zugehörigkeit zur Volksgemeinschaft und seine Pflichten ihr gegenüber auf Schritt und Tritt nahegebracht werden, als nicht gerechtfertigt, ja ihrerseits als überspitzt. Es wäre vielmehr gerade notwendig, das Verständnis für die Bedeutung der Treuepflicht gegenüber dem Ganzen bei einzelnen Volksgenossen da, wo es durch die liberalistische Zeit geschwächt worden ist, wieder zu stärken. Wenn Freisler es für lebensvoller und daher zweckmäßiger hält, das einzelne kriminelle Unrecht nicht auf den Reimer der Treuepflicht zu bringen und danach auszurichten, sondern es „unter dem typischen und der natürlichen Betrachtung zunächst in die Augen fallenden sittlichen Unrechtswert zu sehen, der ihm gerade eigen“ ist, so berücksichtigt er nicht genügend, daß der sittliche Wert oder Unwert einer Tat sich im Rationalsozialismus gerade nach dem Werte einer Handlung für die Gemeinschaft bemißt. Freisler sieht ferner eine Entwertung des Treuegedankens darin, daß dieser auch bei anderen Straftaten als denen des Hochverrats, Landesverrats und anderen „typischen Treueverletzungen“ zugrunde gelegt werden soll. Er übersieht damit aber einmal, daß die von ihm abgelehnte Auffassung nicht den Treuegedanken entwertet, sondern daß vielmehr die Ablehnung dieses allgemeinen Treuepflichtgedankens eine Entwertung des Strafgedankens befürchten läßt. Ferner stellen ja die leichteren Fälle, die nur Mißachtungen der funktionellen Lebensordnung des Volkes sind, auch im Sinne der Leitsätze des Reichsrechtsamts (vgl. S. 26 Leitsätze) keinen Treuebruch dar; sie gehören als bloße, den Täter nicht entehrende Ordnungswidrigkeiten in das Kriminalstrafrecht nicht hinein, vielmehr sind sie in einem — überdies auch vom amtlichen Bericht, wenn auch in zu geringem Umfang, anerkannten (S. 47) — besonderen Ordnungsstrafgesetzbuch zu regeln.

Unrichtig ist es schließlich, wenn der Bericht meint, Fahrlässigkeitsdelikte könnten nur sehr gezwungen als Treuepflichtverletzungen angesehen werden. Bejaht man einmal die Treuepflicht des einzelnen gegenüber der Gemeinschaft als Grundlage des Strafrechts, so ist der Vorwurf der Treuepflichtverletzung auch dann berechtigt, wenn der einzelne es nachlässigerweise veräumt hat, diese Pflicht zu erfüllen. Sofern es sich hier indessen um leichtere Fälle handelt, gliedern sich diese wiederum unter die bloßen Ordnungswidrigkeiten ein.

Besonders erfreulich ist an den Ausführungen Freislers, daß er in der 2. Auflage unter klarer Ablehnung der liberalistischen Gedankenswelt zum Ausdruck bringt, daß die Betrachtung des Straf-

rechts unter dem Gesichtspunkt von Rechtsgutverletzungen überlebt ist (S. 41). Es sei hier dem Wunsche Ausdruck gegeben, daß diese Auffassung sich auch in einer etwaigen Neuauflage des Besonderen Teiles restlos durchsetzt.

Von den Einzelfragen des Allgemeinen Strafrechts behandelt Freisler die, welche mit dem Beginn der Strafbarkeit, dem Versuch und der Vollendung zusammenhängen. Den Beginn der Strafbarkeit sieht Freisler in dem Beginn der Ausführung der Tat. Folgerichtiger im Sinne des Willensstrafrechts formulieren die Leitsätze des Reichsrechtsamts, wenn sie verlangen, daß der verbrecherische Wille sichtbar in Erscheinung getreten sein muß. Eine nähere Begriffsbestimmung für den Beginn der Ausführung lehnt Freisler mit Rücksicht auf die Vielgestaltigkeit der Lebensvorgänge in der 2. Auflage zu Recht ab. Der Unterschied zwischen Versuch und Vollendung wird auf Grund des Willensstrafrechts zutreffend als überflüssig erklärt; der Grad, in dem sich der verbrecherische Wille durchgesetzt hat, wird nur noch bei der Strafmaßbestimmung zur Auswirkung kommen. In der 2. Aufl. weist Freisler übrigens ergänzend darauf hin, daß in manchen Fällen ein Bedürfnis besteht, die untere Strafrahmengrenze in einer gewissen Höhe zu halten, so daß man in diesen Fällen dem Richter Milderungsmöglichkeiten geben müsse, wenn die Tat in der Ausführung oder unmittelbar an ihrem Beginn steckengeblieben sei. Eine derartige Hochhaltung der unteren Strafrahmengrenze dürfte jedoch bei einem gut geschulten Richterstand unnötig sein. Aus demselben Grunde und insbes. wegen Widerspruches zu dem Willensstrafrechtsgedanken ist es abzulehnen, wenn die Kommission die durch den bloßen Erfolg qualifizierten Tatbestände beibehalten will.

Wie MinDir. Dr. Ernst Schäfer berichtet, sind die sachlichen Ergebnisse der Kommission zur Schuldlehre in 2. Lesung im allgemeinen unverändert geblieben. Besonders begrüßenswert ist hier, daß die Unterscheidung zwischen Tatsachen- und Rechtsirrtum gefallen ist, die mit dem Willensstrafrecht unverträglich wäre.

An den beiden folgenden Abschnitten (Lee: „Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe“ und von Dohnanyi: „Täterschaft und Teilnahme“) zeigt sich deutlich, daß die einheitliche, einfache und klare Grundauffassung, wie sie die Leitsätze des Reichsrechtsamts aufweisen, eine ganze Reihe komplizierter Erwägungen, die nach der bisherigen Systematik notwendig waren, überflüssig macht. Die Kommission hat sich zwar auf Grund der 2. Lesung für eine begriffliche Trennung von Schuld und Rechtswidrigkeit entschieden. Diese Trennung ist jedoch gegenstandslos, wenn man die daraus sich ergebenden Fragen wie Notwehr, Notstand, Irrtum, Pflichtkonflikte usw., unter dem einen, von den Leitsätzen immer wieder in den Vordergrund gestellten Satz betrachtet: „Liegt eine von einem verbrecherischen Willen getragene Treuepflichtverletzung vor?“ Eine der gesunden Volksanschauung gerecht werdende Gesetzgebung darf daher nicht ein äußeres Vorliegen einer rechtfertigenden Situation berücksichtigen, sondern muß davon ausgehen, daß der Täter handeln zu dürfen oder zu müssen glaubte (Leitsätze S. 33). Unter diesem Gesichtspunkt erübrigt sich auch die von der Kommission für die Notwendigkeit jener Unterscheidung angeführte Frage, ob es nämlich Notwehr gegen Notwehr gibt. Im übrigen sei noch vorgeschlagen, nicht von einer Interessenabwägung unter Zuhilfenahme einer Skala von „Rechtsgütern“ zu sprechen, sondern diese Fälle unter dem Gesichtspunkt des Pflichtens freizustellen.

Was Täterschaft und Teilnahme anbelangt, so lösen sich die bisherigen Streitfragen und von der Kommission behandelten Probleme der Täterschafts- und Teilnahmeformen und ihrer Bestrafung (Ersttäterbegriff oder nicht, Akzessorietät oder limitierte Akzessorietät usw.) nach den Leitsätzen des Reichsrechtsamts auf einfachste Weise: der Richter hat in jedem Einzelfall den Grad des verbrecherischen Willens jedes Verbrechers, den Umfang seiner Mitwirkung an der Tat, die Motive für sein Handeln, sein gesamtes Verhalten und seine persönlichen Verhältnisse zu berücksichtigen. Jeder Mitwirkende wird daher nach der Schwere der von ihm begangenen Treuepflichtverletzung bestraft, ohne daß es dabei auf die Strafbarkeit der anderen Beteiligten ankommt. Eine so unübersichtliche, in zahlreiche Einzelvorschriften zerfallende Regelung, wie sie die Kommission vorschlägt, erscheint mühsam nicht als notwendig. Es sei jedoch hervorgehoben, daß die Kommission in 2. Lesung in bezug auf die erfolglose Beihilfe bereits einen Standpunkt angenommen hat, der sich dem der Leitsätze annähert.

In dem Kapitel „Die Strafen und Maßnahmen der Sicherung, Besserung und Heilung“ (MinR. Nieß) wird richtigermaßen deutlich von dem Magna-Charta-Gedanken abgerückt. — Die schwerste Strafe, die die Kommission vorschlägt, ist die Achtung. Diese Strafe ist jedoch nicht erforderlich; denn der Besondere Teil muß bei dem Verbrechen gegen Staatsführung und Volkheit auf jeden Fall den Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit vorsehen; ferner liegt die mit der Achtung früher verbundene Folge des bürgerlichen Todes nicht mehr im Rahmen des modernen Strafrechts. Auch soweit die Achtung die Ehrlosklärung in sich schließt, ist sie ebenso entbehrlich

wie die von der Kommission als Ehrenstrafe vorgesehene Ehrlos-
erklärung überhaupt. Denn die Ehre kommt von der Treue, und
wer die Treue bricht, wird durch diesen Treubruch bereits ehrlos,
mer die Treue bricht, wird durch diesen Treubruch bereits ehrlos,
ohne daß es einer besonderen Ehrlosklärung bedarf. Der Be-
richt erkennt dies auch (S. 196), indem er sagt: „Nach dem gefunden
Sinn des Volkes entehrt bereits die begangene Tat den Mann.“ Es
werden jedoch nicht die hieraus sich ergebenden Folgerungen gezogen.

Bei den Freiheitsstrafen wird zutreffenderweise davon aus-
gegangen, daß im nationalsozialistischen Strafrecht für die Festsetzungs-
haft kein Raum mehr ist, da es im Dritten Reich keinen über-
zeugungsverbrecher gibt.

Eine Begrenzung der Höchstdauer der Freiheitsstrafe auf zehn
Jahre hält die Kommission mit Recht für unangebracht, da die Mög-
lichkeit bestehen muß, auch abgesehen von der Todesstrafe, ein be-
sonders schweres Unwerturteil zu verhängen. Der Festlegung der
Mindestdauer der Gefängnisstrafe auf zwei Wochen (gegenüber den
Vorschlägen von einem Jahr in der 1. Lesung) kann zugestimmt
werden.

Dagegen ist es bedenklich, die Zwangsarbeit als Strafe zu
erklären, da die Gefahr einer Entwertung der Arbeit besteht. Die
Zwangsarbeit käme daher nur als Erziehungs- und Besserungsmaß-
nahme in Betracht.

Die Strafschärfung der öffentlichen Bekanntmachung darf nicht—
so, wie der Entw. will — von dem Antrag des Verletzten abhängen,
denn durch jede Treuepflichtverletzung wird nicht nur der einzelne,
sondern die Volksgemeinschaft betroffen. Das Interesse des Verletzten
einzelnen mag also für die Frage der öffentlichen Bekanntmachung
berücksichtigt werden, darf aber gegenüber den Interessen der Volks-
gemeinschaft nicht ausschlaggebend sein.

Über die Strafbemessung berichtet MinDirigent Dr. Leopold
Schäfer. Es hätte sich doch empfohlen, den Grundged. daß der
Täter die Strafe dafür erleide, daß er sich gegen die Volksgemeinschaft
vergangen und ihr gegenüber sein Tun zu verantworten und zu
sühnen habe, — wie in der 1. Lesung — an der Spitze der Straf-
zumessungsregeln zu lassen. Es handelt sich hier um die wichtigste
Strafzumessungsregel; alle Einzelheiten, die nachher aufgezählt werden,
sind ja nur beispielhafte Ausdrucksformen dieses einen Grundged. des.

Die Strafrahmen sind zutreffenderweise weit gespannt. Insbesondere
ist dem nicht beizupflichten, wenn von einer allgemeinen straf-
schärfenden Vorschrift abgesehen wird und lediglich in jedem Einzel-
fall im Besonderen Teil besondere Strafschärfungsstatbestände ein-
gesetzt werden sollen. Dies führt zu einer unnötigen Komplizierung
und legt zu wenig Vertrauen in die Fähigkeiten und die Gewissen-
haftigkeit des Richters. Bezüglich der Strafmilderung ist der Stand-
punkt des amtlichen Berichts freier; er will hier wenigstens eine
allgemeine Vorschrift einführen, die eine mildere Bestrafung unter
dem gesetzlichen Strafrahmen in außergewöhnlich leichten Fällen zuläßt.

Der Vorschlag der Verwarnung unter Strafvorbehalt (Bericht-
erstatter SenPräs. Grau) bringt den richtigen Gedanken zum Aus-
druck, daß dem, der einmal seine Treuepflicht gegenüber der Volks-
gemeinschaft verletzt hat, in leichten Fällen Gelegenheit gegeben
werden muß, sich durch gute Führung von den ihm im praktischen Leben
treffenden Folgen der Strafverbüßung zu befreien. Allerdings bedeutet
es für den Richter eine zu große Bindung in der gerechten Ver-
urteilung des Einzelfalles, wenn er nur in solchen Fällen die Ver-
warnung aussprechen darf, in denen die verwirkte Strafe eine gewisse,
zahlenmäßig festgesetzte Höchstgrenze nicht übersteigt. Hier wäre besser
ein Richtmaß als eine Höchstgrenze angebracht.

Die Behandlung der Analogie (DWR. Dr. Karl Schäfer,
Reichsjustizminister: „Nullum crimen sine poena“) zeigt in der
2. Lesung eine erfreuliche Klärung der Auffassung dahin, daß in
einem Analogiefalle Grundlage der Bestrafung nicht die Straf-
bestimmung ist, sondern der ihr zugrunde liegende Rechts-
gedanke. Diese richtige Betrachtung hätte vielleicht noch durch die
Formulierung geklärt werden können, daß die Analogie nicht eine
Tatbestandsanalogie, sondern eine Strafrahmensanalogie ist.

Karl Schäfer berichtet im gleichen Abschnitt über die Straf-
lungnahme der Kommission zur Rückwirkung von Strafbestimmungen.
Der Vorschlag, daß grundsätzlich das mildere Gesetz anzuwenden sei,
steht im Gegensatz zu der Forderung nach der materiellen Gerechtig-
keit. Die zeitliche Rückwirkung von Strafgesetzen kann sich nur nach
dem Gesichtspunkte regeln: wie schwer wog die Treuepflichtverletzung
des Täters unter den zur Zeit der Tat herrschenden tatsächlichen
Verhältnissen? War die Tat also schon zur Zeit ihrer Begehung nach
der allgemeinen Volksanschauung im Gegensatz zu den gesetzlichen Best-
immungen strafbar oder schärfer oder milder oder gar nicht straf-
bar, so muß eine in diesem Sinne ergehende — verbessernde — ge-
setzliche Regelung zurückwirken. Die Meinung der Kommission, daß
die allgemeine Volksüberzeugung für die Vergangenheit nur schwer
festzustellen sei, ist nicht schlüssig. Denn, wenn in einem konkreten
Fall der Richter nicht feststellen kann, wie die Volksüberzeugung zur
Zeit der Tat gewesen ist, so bleibt immer noch die Möglichkeit, in
diesem, sicherlich nicht häufigen Fällen das mildere Strafgesetz zur

Anwendung kommen zu lassen. Außerdem ist ja auch hier der Wille
des Täters zunächst für diese Beurteilung entscheidend. Einen ge-
wissen Fortschritt in diesem Sinn bedeutet es, wenn die Kommission
in 2. Lesung die Rückwirkung des milderen Gesetzes nicht zwingend
vorschreiben, sondern in das Ermessen des Richters stellen will. Be-
züglich der Wirkungszeit von Zeitgesetzen ist dem Vorschlag der Kom-
mission, der der bisherigen Abspr. gleicht, beizupflichten.

Dr. Dr. Reimer führt bei der Erörterung der persönlichen
und räumlichen Geltung der Strafgesetze das von ihm als Grund-
gedanke geforderte Personalprinzip zutreffend auf den Grundged. des
germanischen Rechtsprinzips zurück, der die Treue- und Gehorsams-
pflicht des einzelnen Volksgenossen dem Verband gegenüber in der
Vordergrund stellt. Die Bestrafung Deutscher, die sich im Ausland
vergangen haben, begründet R. insbes. mit dem sittlichen Postulat,
das von dem deutschen Volk an jeden deutschen Bürger in der Welt
gestellt werden müsse, daß er nämlich als Träger des deutschen Ge-
dankens und Pionier der deutschen Kultur sich in der ganzen Welt
so verhalte, wie er sich in der Heimat verhalten müsse, um nicht
mit dem deutschen Strafgesetz in Konflikt zu kommen. Dieser, in der
Formulierung seines Schlussteils allerdings noch etwas liberalistisch
annuetende Satz enthält den richtigen Gedanken. Es wäre vielleicht
im Ausdruck noch schärfer hervorzuheben, daß dieses sittliche Postulat
auf der Treuepflicht des einzelnen gegenüber der Volksgemeinschaft
beruht. Hätte R. den Gedanken der Treuepflicht seinem Referat folge-
richtig zugrunde gelegt, so würden seine Ausführungen einen einheit-
licheren Eindruck machen. Daß Auslandsstaten von Ausländern nicht
der deutschen Strafgewalt unterliegen, wird z. B. nur damit be-
gründet, daß man von einem Ausländer nicht verlangen könne, daß
er sich im Ausland nach deutschen Gesetzen richte. Geht man dagegen
einheitlich von dem Treuegedanken aus, so ergibt sich diese Folge-
rung einfach daraus, daß der Ausländer im Ausland grundsätzlich
nur eine Treuepflicht gegenüber dem deutschen Volke hat, soweit sie
in seinem Volk begründet ist; anderenfalls würden daher, wenn
erforderlich, Verwaltungsmaßnahmen, vielleicht auch Maßnahmen der
Rechtshilfe für die ausländische Strafgerichtsbarkeit am Plage sein,
aber keine deutsche Strafe. Was das Verhalten von Ausländern im
Inlande betrifft, so ist — entgegen der Meinung der amtlichen
Kommission — auch hier eine aus der Gaststellung sich ergebende
Treuepflicht gegenüber dem deutschen Volke vorhanden; der Aus-
länder im Inlande kann sich daher einer Treuepflichtverletzung schuldig
machen; er kann es sogar im Ausland, wenn ihm kraft besonderer
Bindung eine Treuepflicht gegenüber dem deutschen Volke obliegt.

In 2. Lesung haben sich die Ausführungen zu diesem Punkte,
von einer besseren Auswahl der Beispiele abgesehen, nicht geändert.

Bei der Frage der Konkurrenzen (SenPräs. Grau: „Tateinheit
und Tateinheit“) geht der Bericht zutreffenderweise davon aus, daß
eine begriffliche Gleichsetzung von Tateinheit und Tatmehrheit den
natürlichen Lebensvorgängen widerspricht, daß aber einer Gleich-
behandlung bei der Bestrafung nichts im Wege steht, daß dies sogar
vom Standpunkt der materiellen Gerechtigkeit aus erwünscht ist; es
soll also in beiden Arten von Fällen eine Einheitsstrafe verhängt
werden, die die geistige Gesamthaltung des Täters wertet und den
Treubruch seiner Schwere entsprechend zur Sühne bringt. Die bis-
herige Behandlung der Tateinheit mit Einheitsstrafen wird richtig
als Ausdruck eines Tatstrafrechts gewertet, während der National-
sozialismus ein Täterstrafrecht verlangt. Bei dieser Betrachtungs-
weise erscheint aber eine Unterscheidung von Tateinheit und Tat-
mehrheit im Urteilsstator, wie sie der Bericht beibehalten will, gleich-
falls als zu formal und überflüssig. Wer sich ein genaues Bild
von dem Täter machen will, kann sich doch nicht mit der Durchsicht
der Urteilsformel begnügen, sondern muß die zugrunde liegenden tat-
sächlichen Feststellungen lesen. Steht aber der Sachverhalt klar vor
Augen, so ist für den Ausspruch der Strafe die rein begriffliche Fest-
stellung, ob man in dem festgestellten Verhalten des Täters eine oder
mehrere Taten erblicken soll, nicht erforderlich.

Bei der Verjährung (Reimer) wird zutreffend gesagt, daß
die Strafbarkeit nicht durch Zeitablauf erlöschen kann. Es stimmt aber
nicht mit der Auffassung von der materiellen Gerechtigkeit überein,
wenn diese richtige Folgerung auf dem Umwege über eine Ein-
schränkung des Verfolgungszwanges und der Verfolgungsmöglichkeit
nach bestimmten Fristen beeinträchtigt wird. Die materielle Gerechtig-
keit verlangt unerbittlich die Sühnung eines jeden Frevels. Es kön-
nen lediglich im Einzelfall lang zurückliegende Verbrechen eine mildere
Beurteilung erfahren, insbes. wenn der verbrecherische Wille des
Täters nicht besonders erheblich war oder wenn sich der Täter um
Wiedergutmachung seiner Tat ehlich bemüht und lange Zeit als
ein ehrbarer Volksgenosse gelebt hat. Es muß also in jedem konkreten
Einzelfall geprüft werden, ob die sühnende Strafe noch am Plage ist.

Alles in allem zeigt der Bericht der amtlichen Kommission, daß
hier für ein wirklich deutsches Strafrecht wertvolle Arbeit geleistet
worden ist. Die Forderungen, die noch zu erfüllen wären, sind im
Rahmen der vorliegenden Besprechung angedeutet worden. Es ist zu
hoffen, daß bei der endgültigen Fertigstellung des Strafrechtsent-

wurfs auch diese Gesichtspunkte berücksichtigt werden, damit ein von der Notwendigkeit weiterer Verbesserungen möglichst freies national-sozialistisches deutsches StGB. dem deutschen Volke zuteil wird.

Verf. R. H. Luchten, Berlin.

Günther Holstein und Karl Larenz: Staatsphilosophie. (Handbuch der Philosophie, Abt. IV. Staat und Geschichte.) München und Berlin 1933. Verlag von R. Oldenbourg. 188 S. Preis kart. 8 RM.

Der frühe Tod hat Günther Holstein an der Vollenbung seiner Geschichte der Staatsphilosophie verhindert. Nur die antike, die mittelalterliche und die moderne westeuropäische Staatsphilosophie bis zur französischen Revolution ist von ihm behandelt worden. Die Krönung seines Werkes, die in der Darstellung der deutschen Staatsphilosophie seit der Reformation bestehen sollte, wurde ihm nicht vergönnt. Der an seiner Stelle eingetretene zweite Bearbeiter Karl Larenz hat sich darauf beschränkt, die Staatsphilosophie des deutschen Idealismus zu behandeln. Das ganze Werk zeigt somit erhebliche Lücken; es behandelt weder die reiche vorkantische, noch die nachhegel'sche Epoche deutschen Staatsdenkens. Eine wertvolle Ergänzung stellt deshalb die „Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart“ von Karl Larenz dar, die unlängst in zweiter Auflage erschienen ist und die in einem gewissen Sinne als Fortführung des angezeigten Werkes aufgefaßt werden darf. Wenn diese Darstellung somit auch keinen geschlossenen Charakter trägt, so ist sie trotzdem eine bedeutende Leistung, die die abendländischen Systeme der Staatsphilosophie wiedergibt, deutet und bewertet.

Holsteins Arbeit beginnt mit einer Einleitung, die die innere Zusammengehörigkeit von Staatsphilosophie und Politik betont. „Alle Staatsphilosophie ist abhängig von der politischen Gegenständlichkeit ihrer Zeit und wirkt zugleich gestaltend in sie hinein.“ Von dieser Haltung aus wird die griechische Staatsphilosophie (Platon, Aristoteles), die mittelalterliche Staatslehre (Augustin, Thomas v. Aquin) und die moderne westeuropäische Staatslehre (Machiavelli, Bodin, Grotius, Hobbes, Montesquieu, Rousseau) in ihren Grundgehalten geschildert. Die Darstellung zeigt, wie die griechische Staatsphilosophie noch vom Gedanken der Einheit von Gerechtigkeit, Recht und politischer Ordnung bestimmt war, wie die mittelalterlich-christliche Philosophie diese Einheit durch ihr antithetisches Denken zerstört hat, wie die moderne Staatslehre im Staate eine neue Einheit zu schaffen versucht hat, bis dann schließlich im rationalistischen Individualismus alle Gemeinschaften, Volk und Staat vollständig zersprengt und aufgelöst wurden.

Larenz schildert wesentlich die gegenläufige Entwicklung, die sich in der idealistischen Staatsphilosophie vollzog. Kant und Fichte allerdings haben wesentlich noch als Vertreter der individualistischen Staatslehre zu gelten, wenn ihr Individualismus auch nichts zu tun hat mit dem sozialen Eudämonismus der westlichen Aufklärungsphilosophie, sondern vom Menschen als dem „Träger der Vernunft“ ausgeht (S. 172). Jedenfalls war ihre Lehre noch blind für das Wesen echter, lebendiger Gemeinschaft. Erst die organische Staatsauffassung führte entscheidend über Rationalismus und Individualismus hinaus. Die Ausbildung dieser organischen Theorie ist Schelling zu danken, dessen „Identitätsphilosophie“ die Einheit von Natur und Geist, von Realität und Idealität, von Notwendigkeit und Freiheit behauptet und damit die Voraussetzung des Organismusbegriffes geschaffen hat. Besonders aufschlußreich ist der Hinweis darauf, daß der Organismusgedanke im Gegensatz zu den alten naturrechtlichen Versuchen steht, den Staat als Mittel für irgendeinen außerhalb seiner selbst liegenden Zweck zu begreifen. „Den Staat als Organismus betrachten, heißt demgegenüber, ihn als Zweck an sich selbst zu begreifen, als eine über alle menschliche Zwecksetzung erhabene, schlechthin durch sich selbst bestimmte und in sich selbst begründete Erscheinungsform des Absoluten“ (S. 132). Die Staatslehre der politischen Romantik ist offenbar nur eine Ausstrahlung der Schelling'schen Organismuslehre.

Der Gipfel der idealistischen Staatsphilosophie wird nach der Darstellung, die Larenz gibt, in Hegels objektivem Idealismus erreicht. Besonders wesentlich ist, daß Larenz zunächst die Staatsphilosophie des jungen Hegel entwickelt, die häufig über den großen Alterswerken übergangen wird. Es wird dabei klar, in welchem Maße Hegel das Volk als den bestimmenden Grundbegriff seiner Lehre eingeseht hat. Der Volkgeist ist ihm das Subjekt aller Gemeinschaftsbeziehungen, die vollendete Gestalt einer Gemeinschaft ist daher ein Volk. Larenz zeigt, wie beim jungen Hegel zuerst der Begriff der Gemeinschaft als einer lebendigen, konkreten Einheit entwickelt worden ist. Hegel hat denn auch als erster das Prinzip der Freiheit mit dem der Gemeinschaft zu verbinden gewußt in dem denkwürdigen Satz, daß „die Gemeinschaft nicht als eine Beschränkung der Freiheit des einzelnen, sondern als ihre Erweiterung“ angesehen werden müsse, und daß „die höchste Gemeinschaft die höchste Freiheit“ sei (S. 151). Zugleich hat Hegel die Brücke zum Begriff der Sittlichkeit in der nicht

minder bemerkenswerten Formel gefunden, daß die absolute sittliche Totalität ein Volk sei (S. 151). Nur wenn man diese Grundeinstellung kennt, ist es möglich, Hegels Lehre vom Staat, wie sie uns in der „Rechtsphilosophie“ entgegentritt, zu begreifen. Denn nur so wird klar, daß Hegel mit dem Begriff des Staates nichts anderes meint als die politische Ordnung, die Einheit und Ganzheit, die Gestalt des Volkes (S. 152). Alle Deutungen der „Rechtsphilosophie“, die nicht von dieser Einsicht ausgehen, daß unter Staat niemals etwas anderes gemeint ist als das Volk in seiner politischen Ordnung, gehen in die Irre. Wesentlich ist weiter, daß hier deutlich gemacht wird, in welchem Maße Hegel der Ursprung eines echten konkreten Denkens ist: „Bei ihm — so sagt Larenz — erhält das Allgemeine wieder das Übergewicht über das Besondere, aber nicht als das abstrakt Allgemeine der Gattung, des Gesetzes, sondern als die konkrete Allgemeinheit des Lebens und des Geistes, die nicht abgelöst vom Besonderen und Individuellen, sondern in ihm als seine immanente Gestaltungsraft, als Einheit des Wesens und der Erscheinung zu denken ist“ (S. 173). Mit vollem Recht grenzt Larenz in seinem Schlußkapitel dieses konkrete Denken vom marxistischen Materialismus einerseits, vom neukantianischen Normativismus andererseits ab. Und mit vollem Recht darf er mit der Feststellung schließen: „Der Gemeinschaftsgebanke, der sich in unserer Zeit so mächtig regt, hat nirgends einen so durchdachten philosophischen Ausdruck gefunden, wie in der Staats- und Rechtsphilosophie Hegels“ (S. 187).

Selbstverständlich haben die drei Jahre, die seit dem Erscheinen dieser „Staatsphilosophie“ vergangen sind, uns Vieles neu gezeigt und uns Manches tiefer und auch anders sehen gelehrt. Es darf aber auch ausgesprochen werden, daß dieses Buch sich durchaus in die Perspektive unseres heutigen wissenschaftlichen Schauens fügt und daß es dort, wo es die deutsche Staatsphilosophie behandelt, einen fruchtbaren Grund für die heutige Arbeit gelegt hat. Es macht uns auf der einen Seite deutlich, wo die deutsche Staatsphilosophie die Wege der alten, individualistischen Staatslehre verlassen hat, und es macht uns klar, in welchem Maße wir dem Erbe, das uns von früheren Geschlechtern unseres Volkes überkommen ist, verpflichtet sind. Wer sich mit deutschem Staatsdenken früherer Zeiten befaßt, wird die Ergebnisse dieses Werkes nicht übergehen dürfen. Das gilt insbesondere von der Darstellung Hegels, dessen Lehre hier zum ersten Male, befreit von den Mißdeutungen liberaler oder marxistischer Polemik, in ihrem eigentlichen Sinn und Wesen entwickelt worden ist.

Prof. Dr. Ernst Rudolf Huber, Kiel.

Gustaf Kossinna: Die deutsche Vorgeschichte, eine hervorragende nationale Wissenschaft. 7. Aufl., durchgesehen und durch Anmerkungen ergänzt von Dr. Werner Hüffe. Leipzig 1936. Verlag von Curt Rabitsch. 302 S. mit 483 Abb. Preis brosch. 7 RM., geb. 8,40 RM.

Jörg Lechler: 5000 Jahre Deutschland. Germanisches Leben in 620 Bildern. Leipzig 1936. Verlag von Curt Rabitsch. 213 S. Preis brosch. 5,80 RM.

Nur selten weicht die JW. von ihrem Grundsatz ab, nur juristische Bücher zu besprechen. Sie tut es im allgemeinen nur, wenn es sich um überragende, die Gesamtheit des Volkes und damit auch die Juristen unmittelbar angehende Werke handelt. Um derartige Werke handelt es sich bei den beiden vorliegenden Büchern: Die deutsche Vorgeschichte von Kossinna und 5000 Jahre Deutschland von Lechler. Sie beschäftigen sich mit einem Gebiet, das noch vor wenigen Jahrzehnten nahezu gänzlich unbekannt war, und dessen Forscher auf Widerstand, Hohn und Verachtung stießen, ein Gebiet, das heute aber in den Mittelpunkt unserer Forschung und in den Brennpunkt allgemeinen Interesses gerückt ist: Die deutsche Vorgeschichte. Kossinna hat den großen Erfolg seines grundlegenden Werkes nicht mehr erleben können. Zwar wurde das Buch bis zu Kossinnas Tod (1931) in vier Auflagen ausgegeben (erste Auflage 1912), der große Erfolg trat aber erst nach dem Sieg des Nationalsozialismus ein, drei Auflagen folgten kurz aufeinander. Diese Tatsache beweist einmal den hervorragenden Wert der wissenschaftlich und doch allgemein verständlich gehaltenen Arbeit Kossinnas, sie beweist aber ferner die große Bedeutung, die die deutsche Vorgeschichtsforschung im neuen Deutschland gewonnen hat. Das deutsche Volk holt — wie der Führer in einer Rede in Karlsruhe im Dezember 1934 ausführte — heute nach, was andere schon vor uns taten. Und dabei erkennen wir, daß wir uns unserer Vorfahren nicht zu schämen brauchen, daß die Germanen schon 1000 Jahre, bevor Rom gegründet wurde, einen kulturellen Hochstand erlebt haben. Diese Erkenntnis hat uns der Altmeister der deutschen Vorgeschichtsforschung vermittelt und vermittelt sie uns aufs Neue in der von Dr. Hüffe durch Anmerkungen ergänzten 7. Aufl. seines Werkes.

Den von Kossinna eingeschlagenen Weg beschreitet sein Schüler

eivige Ideengut der nationalsozialistischen Bewegung als schon in der hochgestimmten mittelalterlichen Zeit die Rechts- und Kulturordnung beherrschend, als Ausdruck echten germanischen Volkstums zu erweisen. Das ist in der Tat eine lobnende Aufgabe, deren sich jeder Rechtshistoriker in der heutigen Zeit ständig bewußt sein sollte. Indes gelingt es dem Verf. doch kaum, über ein ziemlich äußerlich gefärbtes Bild hinauszukommen. Um die große geistige Tat des Spieglers voll erfassen zu können, genügt nicht die isolierte Betrachtung, Zusammenstellung und Umschreibung der in dem Rechtsbuch niedergelegten Rechtsätze. Man muß hier tiefer ausgreifen. Das Bild bleibt unvollständig, wenn man nicht den Entwicklungsgang des germanischen Rechts, die einschneidenden politischen, sozialen und wirtschaftlichen Veränderungen berücksichtigt, denen das deutsche Recht zwar nur langsam und allmählich Rechnung trug, deren Einwirkungen es sich aber auf die Dauer nicht zu entziehen vermochte. Wenn beispielsweise der Verf. die Blutgebundenheit der Rechtsordnung hervorhebt, so ist sicherlich nicht hinreichend die Ausführung der Rechtsätze des Sp., aus denen dieser Gedanke allenfalls — wenn man sie außerhalb ihres eigentlichen Zusammenhangs stellt — zu entnehmen ist. Vielmehr muß sich hierbei der Blick richten auf die Zeit des germanischen Volksstaats, in der jener Gedanke noch unverfälschte Wirklichkeit war, und daran erweisen, wieviel hiervon der Sp. noch als Recht zu bewahren vermochte. Die Rechtsstellung, die der Spiegler den Angehörigen anderer deutscher Volksstämme, den unterworfenen Slaven, den Juden, den Fremden einräumt, ist in dieser Beziehung erst wirklich aufschlußreich. Bei den Ausführungen über Treue, Ehre und Wehrhaftigkeit bursten die Umwandlungen, die das Lehnswesen in dem Gefüge von Volk und Staat herbeigebracht hat — wobei allerdings die Lehnsverfassung selbst wieder der Verflachung der Volksgemeinschaft ihre Entstehung verdankt —, nicht unberücksichtigt bleiben. Es wird dann erst deutlich, wie der Schöpfer des Sp. einer Entwicklung, die vielfach einer Zerfetzung und Auflösung festgefügtter blutmäßiger, wirtschaftlicher und sozialer Bindungen zuteuerte, sich entgegenstemmt, wie er immer wieder das Ideal in der Rechtsordnung gegenüber einer hiervon sich schon wesentlich entfernenden Wirklichkeit betont. Gerade die von Hirsch so stark und mit Recht hervor gehobene Überlieferungsgebundenheit Gites legt den Gedanken an solche Betrachtungsweise nahe.

Aber es ist billigerweise dem Verf. zugute zu halten, daß ja nicht eigentlich tiefgründige rechtsgeschichtliche Betrachtungen den Zweck seiner Sp.-Ausgabe bilden, daß er nur erklären und verständlich machen, anregen will. Immerhin ist nicht zu verkennen, daß auch eine solche sich an die Allgemeinheit wendende Ausgabe auf volles Verständnis und Interesse doch nur bei den von tieferem Bildungsbedürfnis beherrschten Volksgenossen rechnen kann. Solche Leser vermögen eine gehaltvollere geistige Kost schon zu vertragen und haben Bedürfnis nach solcher. Der Rechtshistoriker mag bedauern, daß es in der von dem Verf. versuchten Auswertung des Sp. nur bei Ansätzen geblieben ist. Trotzdem darf man dem Verf. dankbar sein, daß er der Allgemeinheit ein bisher ihrer unmittelbaren Einsicht und Erkenntnis verschlossenes Werk zugänglich gemacht hat. Diesem Zweck dienen ja vor allem die — soweit ich aus Leseproben entnommen habe — durchaus wort- und sinugetreu, den Charakter des Werks wahrende Übersetzung und die ebenso zuverlässigen der Übersetzung beigelegten Erklärungen wie auch das sorgfältig gearbeitete Glossar und die im Anhang beigelegten Karten. Man mag vielleicht bedauern, daß der Urtext des Rechtsbuchs nicht (außer bei der Reintvorrede) beigegeben ist. Aber schließlich besitzen wir bereits vorzügliche und billige Volksausgaben des Sp. in Gestalt der von v. Schöner in besorgten Edition des Neclam-Verlags und der Eckhardt zu dankenden Schulausgabe des Sp.; auch die Heidelberger Silberhandschrift hat bereits in der Inselbücherei durch Frhr. v. Münchberg eine billige Wiedergabe gefunden.

Die gute Aufnahme des Werkes in der Öffentlichkeit wird wesentlich gefördert durch die geschmackvolle Ausstattung des Buches und den vorzüglichen Druck. Der Preis des Werkes, dessen Unkosten angesichts dieser Ausstattung sicherlich sehr erheblich waren, ist mit 6,80 RM für das gebundene Exemplar als sehr billig zu bezeichnen.

Prof. Dr. Ruth, Frankfurt a. M.

Dr. Erich L. Schmidt: Volk und Boden. Ein Wegweiser durch die deutsche Volksgeschichte auf geopolitischer Grundlage. Band I: Deutsche Geschichte von der Urzeit bis zum Westfälischen Frieden. Von Dr. Hermann Dreyhaus, Dr. Erich L. Schmidt, Arnold Hillen Ziegfeld. Mit 72 Karten und 6 Stammtafeln im Text, 3 Zeittafeln und 37 Abbildungen im Anhang. Braunschweig, Berlin und Hamburg 1936. Verlag Georg Westermann. 222 S. Text. Preis geb. 4,80 RM.

Die Kenntnis der Geschichte unseres Volkes gehört zur sogenann-

ten Allgemeinbildung, oder sollte es doch wenigstens. Bisher freilich war es häufig so, daß man auf den Schulen mehr von griechischer und römischer Geschichte hörte als von germanischer. Seit dem Jahre 1933 hat der Unterrichtsplan für Geschichte allerdings wesentliche Änderungen erfahren. Die deutsche Geschichte ist in den Vordergrund getreten, und zwar nicht nur die deutsche Geschichte seit dem Westfälischen Frieden, sondern auch und vor allem die deutsche Vor- und Urgeschichte. Doch nicht nur in den Schulen nimmt die Geschichte einen neuen Platz ein, auch die Juristen müssen sich mit der deutschen Geschichte beschäftigen und ihre Kenntnisse hierin bei der ersten und zweiten Staatsprüfung schriftlich und mündlich unter Beweis stellen.

Um das Gelernte zu wiederholen und Geschichte in neuer Schau zu lernen, reichen die alten Geschichtsbücher nicht aus. Man braucht neue Hilfsmittel, Bücher, die die Geschichte unter dem Gesichtspunkt der Rasse betrachten. Ein Versuch der Geschichtsschreibung in neuer Schau — Darstellung „des Werdegangs zur Nation aus der Verbundenheit von Blut und Boden“ — unter besonderer Betonung biologischer und geopolitischer Momente ist das dreibändige Werk „Volk und Boden“, von dem der erste Band vorliegt. Jedes wissenschaftliche Buch erfordert gewissenhafte Arbeit. Und die hier angewendete Arbeit verdient Anerkennung, wenn auch das Buch dem zum Examen arbeitenden Juristen nicht empfohlen werden kann, und wenn auch der Wert des Buches für den Geschichtsunterricht in den Schulen nur bedingt sein kann.

Ein Geschichtsbuch zu schreiben ist sicherlich nicht leicht; das erfordert nicht nur ein Aufgehen in der Geschichte, sondern auch ein völliges „über dem Stoff stehen“. Nur wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, kann ein Geschichtsbuch etwas Einheitliches sein, nur dann können die großen Zusammenhänge des Geschehens der Jahrtausende klar aufgezeigt werden. Das aber fehlt diesem Buch. Es mag sein, daß es an der Tatsache liegt, daß das Buch von drei Bearbeitern geschrieben worden ist. Dadurch ist die Gefahr der Uneinheitlichkeit der Wertung und Auffassung von vornherein gegeben. Im ersten Band von „Volk und Boden“ kommen jedenfalls die großen Zusammenhänge ebensowenig klar zum Ausdruck, wie die biologische und geopolitische Schau erkenntlich wird. Eine geopolitische Schau ist es doch noch nicht, wenn die geographische Lage, klimatische Verhältnisse ufm. behandelt werden. Hier bedarf es der überzeugenden Darstellung, daß sich die Geschichte zwangsläufig aus der rassistischen (nach dem Verf. biologischen) und geographischen Bedingtheit entwickelt. Das ganze Buch leidet an einer leichten Oberflächlichkeit, einem Murrarrühren der Geschehnisse und ihrer Bedingungen und Wirkungen; es fehlt ihm die Tiefe und die überzeugende Kraft. Auch künstlich ist mancherlei auszuweisen. Die Sprache ist nüchtern und trocken, der Satzbau oft langweilig. Manche Kapitel dagegen sind flüssig und anregend geschrieben, auch inhaltlich besser. Es scheint auch darin die Bearbeitung durch mehrere Verfasser zum Ausdruck zu kommen.

Für Schüler und sonstige Lernende ist das Buch wenig geeignet. Allenfalls kann es Lehrenden zur Anregung dienen; aber sie müssen die Ausrichtung der Geschichtsbetrachtung selbst vornehmen, bis zu ihr dringt das Buch nicht vor.

Dr. Rehdans, Abteilungschef im RMMin., unter Mitwirkung von Kriegsgerichtsrat Dombrowski und Regierungsrat Dr. Kersten mit einem Geleitwort von Reichskriegsminister von Blomberg: Das Recht der Wehrmacht. (Wehrwille, Wehrkraft und Wehrrecht. Ein Hand- und Lehrbuch für aktive Offiziere, Offiziere des Wehrdienstes, Wehrmachtbeamte, Offiziersanwärter, Fähnriche, Kriegsschüler und Studierende des Rechts.) Berlin 1936. Verlag Franz Vahlen. 256 S. Preis geb. 8 RM.

Ein wertvolles Werk, zur rechten Zeit erschienen. Der Not der Jungjuristen großzügig steuernd hat der RMMin. sieben (S. 128c bis h) Assessoren, Referendaren und Rechtsstudierenden (bis zum Alter von 32 Jahren!) den Eintritt in die Laufbahn des aktiven Offiziers ermöglicht. Der Entschluß hierzu (Wehrdienst bis 10. Mai 1936) kann nur nach Prüfung der körperlichen, vor allem aber charakterlichen Eignung und nicht ohne gründliche Vertrautheit mit dem deutschen Wehrwesen gefaßt werden. Diese unerläßliche Kenntnis vermittelt den beteiligten Jungjuristen in ausgereichneter Maße das Buch. Es tritt zu den Erläuterungsbüchern keineswegs in Wettbewerb, sondern füllt lediglich die von ihnen wie vom Schrifttum überhaupt überlassene Lücke aus. Der organische Aufbau unserer gesamten Wehrmacht ist anschaulich, namentlich auch mit trefflichen Tabellen und Skizzen dargestellt. In dieser Vollständigkeit und plastischen, dem Neulinge verständlichen, vor allem aber ihn niemals ermüdenden Greifbarkeit eine einzigartige Leistung! Die Loslösung vom Texte der einschlägigen Vorschriften ist reiflos durchgeführt, also bewußte Absage von der

Kommentarmethodik zur befreienden Tat geworden. Gerade damit haben die Verf. für ihren Leserkreis das Richtige getroffen. Hier wäre gelehrte Norm-Erklärung ein Fehlgriß gewesen. Dem Leser noch völlig unbekannte Gesetzesworte rechtlich auszudeuten, ist jedenfalls da unangebracht, wo er zunächst einmal den Überblick über das Ganze erhalten soll, an der Lösung einzelner, noch dazu juristischer Zweifelsfragen aber überhaupt noch kein Interesse hat. Der Schwerpunkt des Werks liegt daher in der wohlgeordneten Umrissung des an sich außerordentlich verwickelten Wehrmachtsorganismus, der geschickten Zerlegung in Einzelzweige, die trotzdem unter Wahrung ihrer Verästelung mit praktischem Geschick einleuchtend und faßlich herausgearbeitet sind. Der Verwaltungsapparat unserer heutigen Wehrmacht ist eben infolge seiner absoluten Modernisierung oder richtiger zwangsläufigen Expansion auf unzählige Neubereiche noch vielfältiger und komplizierter geworden als früher. Ihn übersichtlich, dabei jedoch padend, vor allem in frischer, zu Herzen gehender und stets gemeinverständlicher Sprache in durchsichtigem System dargestellt zu haben, ist das bleibende Verdienst des Werks. Es wird nicht geschmäfert, wenn ich einige leicht erfüllbare Anregungen für die gewiß bald bevorstehende Neubearbeitung gebe. Sie gelten den typischen Neuerungen durch das Dritte Reich: Auf S. 79 wird bei der ganz neuartigen zivilberuflichen Betreibung, die dem gebienten Soldaten nunmehr zuteil wird, erweiternd hervorzuheben sein, daß die Fürsorge auch dem zwar zur Ableistung seiner aktiven Dienstpflicht Eingezogenen, aber unverschuldet vorzeitig Entlassenen ebenfalls zu gewähren ist. Sonst einfließen ja eine ungerechtfertigte Bevorzugung der bloß zu Übungen Eingezogenen. Denn diesen wird die Arbeitsstelle, die sie verlassen, offengehalten. Ferner ist der Gediente durch § 32 Abs. 1 Satz 3 WehrG. auch dann vor Zurücksetzung gegenüber Ungeordneten geschützt, wenn er vor seinem Eintritt in die Ableistung der aktiven Dienstpflicht überhaupt noch in keinem „Zivilberufe“ gestanden hätte. Trotzdem wird er in seiner nunmehrigen Arbeitsstelle, soweit es auf „Anciennität“ ankommt, so behandelt, als ob er während seiner Militärdienstzeit bereits in der Arbeitsstelle tätig gewesen wäre. Zu S. 101, 111/118 wäre eine schärfere Würdigung des jetzigen „Wehrdienstes im Beurlaubtenstande“ angebracht. Im Gegensatz zur Kaiserzeit ist die heutige Zugehörigkeit zum Beurlaubtenstande nicht mehr lediglich passive Bereitschaft, sondern bereits echte Erfüllung der Wehrpflicht. Infolgedessen ist der Pflichtenkreis jetzt stark erweitert und (gänzlich neu!) wohl auch auf die Verbindlichkeit auszudehnen, sich als nur „bedingt Tauglicher“ behufs Steigerung der Tauglichkeit zur Volltauglichkeit ärztlichen Operationen zu unterwerfen. Solche Pflicht bestand früher nur für die Soldaten und auch nur zur Wiederherstellung vorhanden gewesener, aber im aktiven Wehrdienst eingebüßter Volltauglichkeit. Zu S. 107 wäre zu erwägen, ob nicht mit der jetzt herrschenden Lehre bei den Untauglichen sowie bei den katholischen Priestern § 14 WehrG. dahin verstanden werden soll, daß sie im Beurlaubtenstande stehen, mithin ihre Wehrpflicht nicht „ruht“.

Besonderer Dank gebührt den Verf. schließlich für die liebevolle Pflege der geschichtlichen Entwicklung. Das Buch nennt sich zwar „Hand- und Lehrbuch“. Die hergebrachte Vorstellung, daß es darum ebe und langweilig sein müsse, wäre aber verfehlt. Vielmehr haben es die Verf. geschickt verstanden, selbst in scheinbar verknöcherter Materie Lebendigkeit und Jugendfrische hineinzutragen, immer nur die großen Wesenszüge und Jugendfrische hineinzutragen, immer nur die großen Wesenszüge zu betonen, Kleinigkeiten aber dem Leser zu ersparen. Wegen der betonten Zurückstellung zünftiger Rechtsgelehrsamkeit hat das Werk den Beruf zur wahren Volkstümlichkeit. Es ist also das Lesebuch vom deutschen Wehrwesen.

Geh. KriegsR. Dr. M. Wagner, Berlin.

Prof. Dr. Walther Burdhardt: Methode und System des Rechts. Mit Beispielen. Zürich 1936. Polygraphischer Verlag AktG. 302 S. Preis brosch. 16 Fr., geb. 18 Fr.

Das Buch ist eigenwillig. Es ist von einem Denker von Größen geschrieben. Es heißt Methode und System des Rechts, nicht der Rechtswissenschaft, weil der Verf. davon ausgeht, daß die Rechtswissenschaft nur eine Methodenlehre praktischer Postulate, ihre Methode selbst also nur die Methode der Praxis sein kann. Zu diesem Gedanken kommt der Verf. aus der Erwägung, daß Richter und Verwaltungsbeamte nicht bloß intuitiv entscheiden, sondern ihre Entsch. auch begründen. Diese Begründung sieht er methodisch als eine Ableitung des Besonderen aus dem allgemeinen an. Der Verf. ist sich darüber klar, daß man bisher fast nur nach der Methode der Apstr., nicht aber der Rechtsschöpfung gefragt hat. Er glaubt, das Recht sei nur ein Teil der sittlichen Ordnung, und schreibt:

„Seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts sind viele von dem Dogma beherrscht, daß die naturwissenschaftliche Methode die Methode der Wissenschaft sei; daß die Wissenschaft es nur mit Tatsachen zu tun habe und daß jede andere Betrachtung subjektiv und unwissenschaftlich sei. Vor Tatsachen wirkt sich alles nieder.

Und doch ist es ein ganz laienhafter Standpunkt. Die Philo-

sophie, die wahre Philosophie, hat sich nie darauf einschränken lassen. Um die Unmöglichkeit dieses Standpunktes zu erkennen, muß der Jurist allerdings mehr als bloß Jurist sein. Die Begründung der juristischen Methode, wie die des Rechtes selbst, ist nicht sowohl eine juristische als eine philosophische Aufgabe. „Oh, daß doch die Rechtsgelehrten von ihrer Verachtung der Philosophie zurückkämen und einsehen, daß ohne Philosophie die meisten Fragen ihres Jus ein Labyrinth ohne Ausgang sind“, klagte Leibniz.“

Allein um dieser einleitenden Worte willen, ist das Buch außerordentlich wertvoll. Selbstverständlich muß sich dann der Verf. gegen die zu starken Abstraktionen der bisherigen Methodenlehre wenden. Er muß über die Stellung der Logik in der Rechtswissenschaft, über die Methode des Unterrichts usw. sich äußern, und er ist Manns genug, um es nicht für notwendig zu halten, alle abweichenden Meinungen anzuführen.

Zunächst behandelt der Verf. die Aufgabe und das Ziel der juristischen Methode, nämlich die Erkenntnis des Rechtes. Dabei setzt er sich gründlich mit der Frage auseinander, ob das Recht wertfremd sei, ob es unwissenschaftlich sei, nach dem Werte eines gesetzergebenden Zwecks zu fragen, ob also die Rechtswissenschaft eine bloße Gebrauchsanweisung sei.

Seine Idee, daß die Gesetzgebung eine ethische Aufgabe sei, führt ihn zu der Überzeugung, daß die Rechtswissenschaft in diesem Sinne etwas anderes als Naturwissenschaft sei.

Der Verf. erörtert ferner, daß die Rechtswissenschaft eine andere Aufgabe habe als die Rechtspraxis, daß sie der Praxis den sichern Weg weise, und muß nun von diesem Gesichtspunkt aus die „unpraktische“ Disziplin der Rechtsgeschichte untersuchen. Er weist der Rechtsgeschichte die Aufgabe zu, festzustellen, welches Recht einst gegolten hat, inwiefern die aufgefundenen Institute als Recht — mit den Augen der Zeitgenossen — anzusehen sind und hat die Aufgabe, diese einstige Norm in eine ethisch begründete Beziehung zu setzen. Endlich weist er den Rechtsgeschichtlern die Aufgabe zu, zu zeigen, wie alles einmal gewesene Recht Geltung erlangt hat. Die erste Aufgabe ist, so sagt der Verf., beschreibend, daher keine Wissenschaft. Die zweite führt auf Geistiges zurück, ist Geisteswissenschaft. Die dritte führt die gefundenen Tatsachen auf ihre Ursache zurück, ist Naturwissenschaft.

Schon diese Auffassung des Verf. verdient alle Beachtung. Ich selbst habe wiederholt darauf hingewiesen, daß die Methode der Jurisprudenz, die wir auf den Hochschulen kennenlernten, nur naturwissenschaftlich war. Vom Standpunkt des Nationalsozialismus aus kann die Rechtswissenschaft Geisteswissenschaft nur werden, wenn sie von dem ewigen rationalen Rechtsgedanken ausgeht. Nach meiner Überzeugung wird sie dadurch überhaupt erst zur Wissenschaft. Dies im einzelnen zu begründen, würde aber zu weit führen.

Nach der Erörterung der Methode der Unterscheidung der Aufgabe der Wissenschaft und der Praxis und der Rechtsgeschichte wendet sich der Verf. der Untersuchung zu, wie man richtig fragen muß, damit man richtig antworten kann.

Diese Erörterung ist Mittelpunkt der ganzen Untersuchung überhaupt. Sie geht von der Idee aus, daß es vor dem positiven Recht liegende Fragen und Begriffe gebe und daß es solche gebe, die innerhalb des positiven Rechts entstehen. Die vor dem positiven Recht stehenden Ausgangsbegriffe sind nach dem Verf. dadurch gekennzeichnet, daß die ethische Ordnung ihnen sinnvollen Ausdruck bedingt. Hierin liegt bereits die Meinung des Verfassers über die Methode der verschiedenen Disziplinen im Recht und für die Begriffe des Rechts überhaupt. Die Zurückführung dieser vorpositiv-rechtlichen Fragen auf die ethische Ordnung führt den Verf. zu der Folgerung der Einheit der rechtswissenschaftlichen Methode und zu der Überzeugung, daß die Eigenart des Rechts sich von der Eigenart der Sittlichkeit nur darin unterscheidet, daß das Recht eine erzwingbare Ordnung sei.

Für die Auffindung der Ausgangsbegriffe gibt es keinen Wegweiser. Hierzu gelangt man nach der Meinung des Verf. nur empirisch, weil man zu allen primären Einsichten nur empirisch eindringen. Dabei fügt der Verf. einen Satz an, der mir für die Fortführung seiner Methode außerordentlich wichtig erscheint. Er verweist darauf, daß sogar in der mathematischen Folgerung das intuitive Ahnen neuer Zusammenhänge eine bedeutende Rolle spiele. Wer nicht wisse, was das Recht ist, könne die juristische Methode nicht bestimmen. Um die juristische Methode zu bestimmen, müsse man wissen, was das Recht sei. Man scheine sich in einem Kreise zu bewegen. Dies sei aber nicht eine logische, sondern eine heuristische Schwierigkeit. Also nicht eine Schwierigkeit in der Sache, sondern im Erkennen! Man müsse zunächst das Recht als abstrakt allgemein gültigen Begriff erkennen, um dann zu wissen, was der Gegenstand der diesem Begriff entsprechenden Rechtswissenschaft ist. Man könne den Begriff des Rechts feststellen haben, ohne schon alle Fragen gelöst zu haben, die in einem positiven Recht entstehen können (S. 81). Man hat früher geglaubt, so führt der Verfasser aus, man könne die ethischen Grundsätze deduktiv oder induktiv ermitteln. Man fand vieles, verfehlte aber den Kern. Wenn das Recht eine Tatsache der

Psychologie ist, ist seine Methode die der Psychologie. Wenn es ein Postulat ist, ist sie eine ethische Wissenschaft und ihre Methode eine Art der ethischen. Man kann also von der juristischen Methode nicht reden, ohne vom Rechtsbegriff zu reden. Dieser Begriff steht im Zentrum der Rechtsphilosophie. In seinem Buch will der Verf. zeigen, daß ein bestimmter Begriff sich in der juristischen Methode bewährt hat, während andere Methoden sich nicht bewähren. Von diesem Gesichtspunkt aus kommt der Verf. zur Abgrenzung der Rechtswissenschaft und Biologie, von Rechtswissenschaft und Psychologie, von Rechtswissenschaft und Soziologie, und er erörtert dann die Probleme Recht und Mathematik, Recht und Zweckmäßigkeit, Recht und Moral. Er behandelt weiterhin das System des Rechts und die Gerechtigkeit des Rechts. Beim System des Rechts behandelt er vor allem die Tatsache, daß der logische Aufbau der Rechtsordnung nicht die Gerechtigkeit ihres Inhalts verbürgt. Er gibt dem Verfassungs- und Verhaltungsrecht bzw. den Verfassungs- und Verhaltensregeln ihre Anwendung und ihre Gestalt, und versucht die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht darzulegen. Hierbei erörtert er die Frage, wie es wäre, wenn der Staat keinerlei Regeln für das Verhalten der Privatpersonen aufstellte. Er glaubt, daß dann das Verhalten der Staatsgenossen privatim geregelt würde, so daß dann eben private Verhaltensregeln allgemeiner Art da wären. Wenn es kein privates Recht, sondern nur öffentliches Recht gäbe, so würde es eben keine Privatpersonen mehr geben und demnach auch keine allgemein verbindliche Normen. Verpflichtungen des einzelnen wären dann etwa so wie heute die Dienstinstruktionen für den Beamten aufzufassen. Die allgemein verbindlichen Normen bilden aber einen Gegenatz zu diesen Dienstvorschriften. Folglich gäbe es solche allgemeinverbindlichen Normen nicht.

Kein Wunder, daß der Verf. darum behauptet, jede Rechtsordnung müsse sich schlußföhrig sein, ob sie neben den staatlich zwingenden Normen Rechtsregeln der privaten Autonomie zulasse und daß er bei aller Anerkennung des Übergreifens von privatem und öffentlichem Recht ineinander hier die eigentliche Dramatik des Rechtslebens sieht. Für ihn stellt sich dieses Drama dar als ein Kampf zwischen der Freiheit des Privaten und der Macht des Staates. Der Staat kann demnach die Autonomie des Privaten unbefchränkt oder beschränkt zugestehen, und dieser Staat mit seinen Abgrenzungsregeln heißt Rechtsstaat. Rechtsstaat ist also nach dem Verfasser nach dem Zweck zu bestimmen, und dieser Zweck ist die Aufstellung und die Anwendung von eigentlichen Rechtsregeln. Der Verf. erkennt, daß das Wort „Rechtsstaat“ auch noch in anderem Sinne gebraucht wird, sei es im Gegensatz zum Polizeistaat, sei es im Gegensatz zum Wohlfahrtsstaat, und daß der Liberalismus dieses Wort in einer weiteren Bedeutung gebraucht hat, nämlich in der eines Staates, der dem einzelnen gewisse verfassungsmäßige Freiheitsrechte gewährt. Der Verf. erkennt also mit Recht die vielfach behauptete Allgemeingültigkeit gerade dieses Staatsbegriffs nicht an.

Man staunt oft über die tiefgründige und logisch klare Durchführung der Untersuchungen des Verf. und muß sich fragen, warum er nicht noch einen Schritt weitergegangen ist. Er hat erkannt, daß in der Rechtsgemeinschaft eine Zuständigkeit zur Verwirklichung der Rechtsidee in Form einer Ordnung der Gemeinschaft da ist. Er unterscheidet die Möglichkeit, daß der Staat diese Rechtszuständigkeit einer anderen, nämlich einer privaten Ordnung mit einem wechselnden Spielraum weitergeben kann, und er beschäftigt sich mit der Frage eines sozialisierten Staates, in dem die Privatfreiheit aufhört, der Staat vielmehr die Zusammenarbeit aller selbst ordnet. Für all diese Formen stellt er das Postulat der Gerechtigkeit und erkennt, daß die Unterscheidung zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung in dem letzteren Staat nicht mehr wesentlich ist. In einer besonderen Untersuchung über den logischen Aufbau des Rechtsfahes kommt dann der Verfasser auch dazu, den Richter gegebenenfalls auf das richtige Recht zu verweisen, ihm also wenigstens für die Auslegung eine selbständige Stellung gegenüber den „Postulaten“ des Rechts zu gewähren. Er bleibt aber auch hier dabei, daß der Richter rechtlich seine Norm im Namen des Gesetzes spreche, auch wenn er sie tatsächlich nicht im Gesetz gefunden habe, weil er sie sonst nicht begründen könne; denn der Richter müsse nach dem Gesetz entscheiden, müsse den Gesetzesatz praktisch behandeln und müsse Lücken des Gesetzes auszufüllen trachten. Der Wille des Gesetzgebers, den man dabei anführe, sei kein eindeutiger Begriff. Gemeint sei auch hier immer der historische Gesetzgeber, und zwar der vernünftige historische Gesetzgeber. Die Aufgabe des Richters in diesem Sinne sei nicht richtig umschrieben, wenn man von Interessenjurisprudenz spreche. Endgültig sei das Finden des richtigen Sinnes einer Gesetzesbestimmung eine Sache ethischer Wertung und nicht bloß logische Deduktion.

Wie gesagt, in außerordentlich gründlichen, klaren und eigenwilligen Formen kommt der Verf. zu all diesen Ergebnissen. Sie bedeuten einen erheblichen rechtsphilosophischen Gewinn. Sie müssen aber bestenfalls das Vorletzte und nicht das Letzte an Erkenntnis darstellen, weil der Verf. sich nicht genügend von der naturwissenschaftlichen Denkweise befreien kann. Der Schritt zu der letzten Erkenntnis

wird dem Verf. möglich sein, wenn er sich an seine eigenen Worte erinnert, daß auch in der Mathematik das Intuitive selbst dann noch eine Rolle spielt, wenn alle Folgerungen schlüssig sind. Es bleibt dabei: Das Recht ist nicht ein Teil der Sittenordnung, sondern das Recht ist identisch mit der Sittlichkeit; das Recht ist eingebettet in die Sittlichkeit. Dieses sittliche Wissen ist das intuitive Ahnen. Dieses sittliche Wissen ist gleichzeitig auch Maß für Auslegung und Ausführung der Postulate (im Sinne des Verf.). In dieser echten Einheit aller Methodik, aller Ausgangsbegriffe und aller Forderungen des Rechts liegt eine ewige Wahrheit, liegt die Identität von Wahrheit und Recht. Ihre Erkennbarkeit, ihre Ausdrucksmethode, ihre Zielsetzung und ihre Maßstäbe sind rassistisch bedingt. In diesem Sinn hat der Verf. recht, wenn er das Ziel der juristischen Methode der Erkenntnis des Rechts (dieses Rechts) in der Erkenntnis des Rechts selbst sieht und wenn er für Gesetzgebung und Auslegung die „Gerechtigkeit des Rechts“ postuliert. Dann aber gibt es keine untüglbaren Widersprüche mehr zwischen Gesetzgebung und Auslegung; denn dann kann der Richter stolz bekennen, daß er als Rechtsfinder seine Aufgabe nicht darin zu sehen hat, nach dem Gesetz das gefundene Recht zu begründen, sondern darin, die Folgerungen aus folgender Erkenntnis zu ziehen: Das Gesetz ist niemals dem Rechte gleich, das Gesetz ist immer nur ein Auskunftsmittel über das Richtige.

Das Richtige, das Recht, ist aber von den Volksgenossen gleicher Art gewußt, ist Leben von ihrem Leben, ist gestaltetes Leben aus ihrem Gestaltungswillen und ihrem Gestaltungsvermögen.

Bei aller Hochachtung vor der geistigen Leistung des Verf. kann also die Bemerkung nicht unterdrückt werden, daß diese einfache Einheitlichkeit des ewigen Rechtswissens die Notwendigkeit einer Untersuchung, wie sie der Verf. anstellt, überwindet. Nie vergessen aber sei dem Verf. das verdienstvolle Wort: „Es sei einer der gemeinsten Irrtümer der Rechtswissenschaft, wenn sie glaube, aus dem Recht, das ist, den Begriff des Rechts abstrahieren zu können (S. 38).“

W. Dr. Waldmann, Berlin.

Dr. Erich Ristow: Erbgesundheitsrecht. Berechtigung, Bedeutung und Anwendung des Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses mit einem Anhang der Gesetze, Verordnungen und wichtigsten Runderlasse. Stuttgart, Berlin 1935. Verlag W. Kohlhammer. 343 S. Preis geb. 6 RM.

Der Verf. behandelt im ersten Teile die Aufgabe und Berechtigung des Erbgesundheitsgesetzes, trägt namentlich sorgfältig alle gegen ein derartiges Gesetz erhobenen Widersprüche zusammen und widerlegt sie, findet glückliche Worte für das Wesen des Erbgesundheitsverfahrens und zeigt den Stand der Gesetzgebung deselben Stoffes im Auslande dar. Im zweiten Teil, dem Hauptteil, behandelt er die „Voraussetzungen für die Anordnung der Unfruchtbarmachung“, d. h. den gesamten Gang des Verfahrens von der Anzeige bis zur Vollstreckung des rechtskräftigen Beschlusses, wobei jedoch nicht nur das formelle, sondern auch das materielle Recht besprochen wird. Der dritte Teil bespricht die Entfernung der Keimdrüsen, und der vierte Teil bringt im Anhang sämtliche das Erbgesundheitsrecht und -verfahren betreffenden Gesetze und Verordnungen und die wichtigsten Erlasse.

Schon dieses Anhangs wegen ist das Werk für jeden Praktiker des Erbgesundheitswesens unentbehrlich — wenn auch das Buch leider nicht mehr das Gesetz und die 1. Durchf. dazu bringen konnte. Es war bisher sehr lästig, das Gesetz, die Verordnungen und die Erlasse nach ihrer neuesten Fassung in den verschiedenen Sammlungen nachschlagen zu müssen; namentlich den Vertretern der Richter im Erbgesundheitsverfahren wird mit solcher Zusammenstellung viele Mühe gespart werden.

Auch und namentlich der andern Teile wegen kann das Buch allen Erbgesundheitsrichtern, den Vorsigern wie den Beisigern, warm empfohlen werden. Mit unendlichem Fleiß sind sämtliche veröffentlichten und viele nicht veröffentlichten Entscheidungen der Erbges. und Erbges. Ver. verarbeitet worden. Ich glaube, dem Buche und der Sache zu dienen, wenn ich einige Einzelbemerkungen anknüpfe:

I. Einmal einige Ergänzungen und Berichtigungen: 1. Zur Gesetzgebung des Auslands (S. 59) ist hinsichtlich der Gesetzeslage in Finnland auf das Gesetz v. 13. Juni 1935, wegen dieses Gesetzes und der dänischen Sterilisationsgesetzgebung auf die Aufsätze von Rutke: JW. 1935, 2469 und 2472 hinzuweisen. — 2. Auf S. 65 erklärt der Verf. den Erbgesundheitsrichter für berechtigt, sich an das Reichsinnenministerium beschwerdeföhrhend zu wenden, wenn der Amtsarzt auf eine Anzeige hin einen Unfruchtbarmachungsantrag nicht stellt. Das ist — wenigstens für die Richter in Preußen — nicht richtig. Allerdings hat jeder Richter das Recht, sich unmittelbar an die vorgesetzte Stelle einer anderen Behörde beschwerdeföhrhend zu wenden (RdVfg. b. Pr. Just. Min. v. 14. Jan. 1897,

I 703, bei Müller, JustVerw. I S. 464; RdVfg. d. PrJustMin. v. 7. März 1918, I 7140). Aber einmal hat der Minister schon in der letzten Verfügung ausgesprochen, daß es sich in grundsätzlichen Fällen empfiehlt, die Vermittlung der eigenen vorgelegten Behörde anzurufen, und außerdem besteht ein unmittelbares Beschwerderecht auch nur, soweit Fälle oder Maßnahmen betroffen werden, die zu den richterlichen Aufgaben des betr. Richters gehören und um deren Vornahme das betr. Gericht die angegangene Stelle ersuchen kann. Das ist aber bei einer Anzeige nicht der Fall. Meinungsverschiedenheiten mit andern Behörden werden besser an eine unbedingte Stelle, die eigene vorgelegte Behörde, zur objektiven Erlebigung weiterberichtet. — 3. An verschiedenen Stellen (vgl. z. B. 67, 208) spricht Ristow noch von der Staatskasse. Nach der Verrechtsichtigung der Justiz (vgl. 3. Ges. zur Überleitung der Rechtsapl. auf das Reich v. 24. Jan. 1935 [RGBl. I, 68]) haben die Justizstaatskassen aufgehört zu bestehen. — 4. Das ErbgesDbGer. Kiel hat niemals ausgesprochen, daß leichte Fälle des Schwachsinn nicht zur Unfruchtbarmachung führten (vgl. S. 93), sondern nur, daß das Wort Debität nicht lediglich zur Bezeichnung des leichten Schwachsinn, sondern auch der Übergangsformen zur Dummheit gebraucht werde, und daß der Gebrauch des Wortes „debil“ daher nicht ohne weiteres auf Schwachsinn schließen lasse. Es ist selbstverständlich, daß jeder Grad von Schwachsinn zur Unfruchtbarmachung führt. Ich verweise gerade hinsichtlich des Schwachsinn auf meinen Aufsatz: Der Schwachsinn im Erbgesundheitsverfahren: Ztschr. d. M. f. D. Recht 1935, 769, wo ich auch versucht habe, die über den Schwachsinn veröffentlichten Entscheidungen der ErbgesDbGer. von der festen Warte der Rspr. des ErbgesDbGer. Kiel aus übersichtlich geordnet darzulegen. Es ist natürlich für einen Juristen nicht leicht, medizinische Fragen, über welche diese Bücher geschrieben worden sind, in kurzen Worten widerzugeben und zu erläutern; und allseits können dem Juristen, wenn er sich nicht der Mitarbeit eines berufenen Mediziners versichert, verhängnisvolle Irrtümer unterlaufen. Aber jene Juristen, die ihren Stand ganz von der Erörterung medizinischer Fragen fernhalten wollen, würdigen damit sich selbst zum Zuschauer im Erbgesundheitsverfahren herab, vor allem gerade in den vielen Fällen des Schwachsinnverfahrens, statt zu versuchen, in die Gedankengänge der ärztlichen Beisitzer einzudringen und nützliche Führer des Verfahrens und der Beratung zu werden, zu dem das Gesetz den Juristen bestimmt hat. Das Buch von Ristow ist ein gutes Beispiel dafür, daß der Jurist sich recht gut in medizinische Fragen einleiten kann. — 5. Freilich erscheint mir die Begriffsbestimmung des manisch-depressiven Irreseins S. 104 zu kurz. Das Wesen dieser Krankheit ist nicht Schwermut, sondern es kann die Krankheit sowohl als Manie wie als Melancholie, wie auch in wechselnder Form auftreten (Wunke, Lehrbuch der Geisteskrankheiten, 3. Aufl., S. 320). Und es mag bei dieser Krankheit noch gleich erwähnt werden, daß die Jacksonsche Epilepsie (S. 105) nicht zum manisch-depressiven Irresein, sondern zum Kapitel „Tollwut“ gehört, und daß die mongoloide Idiotie (S. 97) wohl nicht zum „angeborenen Schwachsinn“ i. S. des ErbkrNachwGes. zu rechnen ist, da ihre Erblichkeit nicht feststeht (Wött, Rübín, Rutke S. 96; vgl. auch ErbgesDbGer. Darmstadt: ZW. 1935, 2740). — 6. Ristow will (S. 200) ein selbständiges Beschwerderecht des Vaters eines volljährigen Kindes daraus herleiten, daß ein Unfruchtbarmachungsverfahren die ganze Sippe betrifft. Der Gedanke, solcherart das Beschwerderecht auf die mittelbar am Unfruchtbarmachungsverfahren Beteiligten zu erweitern, ist de lege ferenda durchaus erörterbar. Es sind aber nicht nur theoretische Bedenken, wenn ich vor der allzuweitherzigen Auslegung fester prozessualer Vorschriften warne. Was dem Vater recht ist, muß auch für die Mutter, den Ehegatten usw. gelten. Das Unfruchtbarmachungsverfahren in seiner heutigen Gestalt betrifft nur einmal lediglich die Frage, ob eine bestimmte Person unfruchtbar zu machen ist. Dabei bleibt außer Betracht, wie weit die Sippe mittelbar durch solchen Spruch betroffen wird. Und es sind die Fälle, in denen der Erbkranke selbst mit seiner Unfruchtbarmachung einverstanden ist, der Vater dagegen nicht, nicht selten. Bei solchem Widerspruch müßte nach Ristow die Meinung des „Familienhauptes“ vorgehen. Ich glaube nicht, daß in der Praxis schon irgendein sachlicher Schaden dadurch entstanden ist, daß das ErbgesDbGer. den Vater nicht für selbständig beschwerdeberechtigt angesehen hat. — 7. Ristow gibt S. 138 ff. dem Vorsitzer durchaus zu Recht alle Befugnisse, die im Zivilprozessverfahren dem Vorsitzer und dem Einzelrichter zustehen. Wenn er dazu auch (S. 142) die Anordnung der Unterbringung oder Befassung in einer Anstalt zählt (anders S. 154), so kann ich dem nicht zustimmen. Diese Anordnung ist in jedem Falle derart einschneidend, daß ich für sie nur die Kammer für zuständig halte. Die Beschwerde hiergegen hat (anders, Ristow S. 144) ausschließende Wirkung. Das folgt nicht nur daraus, daß die Unterbringung im Erbgesundheitsverfahren derjenigen des Entmündigungsverfahrens angeglichen ist und hier die Beschwerde nach § 572 RVO. ausschließende Wirkung hat — nach Art. 1 Abs. 1 der 1. AusfVO. sind die Vorschriften des RVO. nur ent-

sprechend anzuwenden —, sondern vor allem aus der Erwägung, daß das Beschwerderecht andernfalls praktisch wirkungslos bliebe. — 8. Für bedenklich halte ich auch das, was Ristow (S. 176 ff. — ebenso auch ErbgesDbGer. Jena: ZW. 1936, 270 —) über die Begründung der Beschlüsse sagt. Eine Begründung in anderer Weise als durch Bezugnahme auf die Krankenakten ist in vielen Fällen, z. B. der Schizophrenie, des erblichen Weistanzes usw. kaum möglich; es müßte denn schon einer der ärztlichen Beisitzer die Gründe abfassen. Soweit ich sehe, fassen auch fast alle ErbgesDbGer. ihre Beschlüsse nur in der knappen Form ab. Das geschieht nicht aus Bequemlichkeit, sondern weil sich der Erbkranke — wie die Erfahrung lehrt — in die bittere Notwendigkeit viel leichter findet, wenn er über den einzelnen Sätzen der Beschlusbegründung nicht nachgrübelt. Anders ist es mit den Beschlüssen der ErbgesDbGer. Sie müssen schon deshalb ausführlich abgefaßt werden, damit späterhin festgestellt werden kann, ob ein Grund zur Wiederaufnahme vorliegt oder nicht; sie dienen außerdem durch ihre Veröffentlichung der Vereinheitlichung der Rspr. — 9. Die Ausführungen Ristows über die Stelle, bei der die Beschwerde einzulegen ist (S. 203), sind durch Art. 6 der 3. AusfVO. überholt. — 10. Auch die Ansicht Ristows, daß für die Auslegung wegen Lebens- usw. Gefahr zwei verschiedene Zuständigkeiten gegeben seien, nämlich die des Amtsarztes und die des ErbgesDbGer., leuchtet im Wiederaufnahmeverfahren entscheidend (S. 217), halte ich nicht für richtig. Bei vorübergehender Gefahr für Leben oder Gesundheit ist allein der Amtsarzt, bei dauern der Gefahr das ErbgesDbGer. allein zuständig. — 11. Nach dem Gesetz hat das ErbgesDbGer. lediglich darüber zu entscheiden, ob eine Unfruchtbarmachung angeordnet werden soll oder nicht. Sobald die Unfruchtbarmachung durchgeführt worden ist, hat das ErbgesDbGer. mit der Frage, ob es zu Recht eine oder gar eine bestimmte Erbkrankheit angenommen hat, nichts mehr zu tun. Ein Wiederaufnahmeverfahren gibt es dann nicht mehr (anders Ristow S. 218). Aus dem Wortlaut des § 12 Abs. 2 ErbkrNachwGes. folgt, daß der Gesetzgeber wenigstens an ein Wiederaufnahmeverfahren nach Ausführung des Eingriffs nicht gedacht hat, und es erscheint auch unmöglich, ein solches Wiederaufnahmeverfahren unter den gleichen Bedingungen zuzulassen wie das Wiederaufnahmeverfahren vor der Operation. Das gilt in allen Verfahren auf Wiederaufnahme sowohl im Zivil- wie im Strafprozeß. Freilich erscheint mir de lege ferenda oder im Wege ausdehnender Auslegung doch ein Wiederaufnahmeverfahren nach Ausführung der Unfruchtbarmachung wünschenswert; denn der Unfruchtbargemachte hat an der Beseitigung des ersten Spruches ein ebenso großes Interesse wie ein rechtskräftig im Strafverfahren Beurteilter. Aber dann müssen auch besondere Sicherungen gegen einen Mißbrauch geschaffen werden. Ich denke dabei namentlich an eine Vertretung durch einen Anwalt und daran, daß neue Tatsachen oder Beweismittel beigebracht sein müssen, welche allein oder in Verbindung mit den früher erhobenen Beweisen die Aufhebung des ersten Beschlusses zu begründen geeignet sind. Wo das nicht der Fall ist, halte ich — zumal einige Unfruchtbargemachte immer wieder ganz unbegründete Wiederaufnahmeanträge einreichen — den Vorsitzer allein für befugt, das Gesuch zu verwerfen.

II. 1. Ich gebe zu, daß man zu fast allen Punkten auch eine gegenteilige Meinung vertreten kann. Das Erbgesundheitsverfahren im ganzen wird darunter nicht leiden. Trotzdem begegnet man vielfach gerade bei der Besprechung von Erbgesundheitsfragen einer erheblichen, manchmal sogar überheblichen Unbulsamkeit, die nur den einen eigenen, echten Ring gelten läßt, und die um so weniger förderlich ist, als fast sämtliche hier behandelten Fragen wissenschaftlich noch im Fluße sind und fast jede Frage nicht nur vom juristischen und medizinischen Standpunkt, sondern namentlich auch vom bevölkerungspolitischen Standpunkt aus betrachtet werden muß. Nicht umsonst weisen auf letztes immer wieder Männer hin, die den Gesamtkreis der Fragen übersehen (vgl. z. B. Frh. v. Verschuer: Erbsatz 1935, 192; Maßfeller: ZW. 1935, 3067). Da, wo Ristow z. B. von dem „Frankfurter Fehurteil“ (S. 105 Ann. 19 a) oder davon spricht, daß ein Beschl. als „das Stettiner Fehurteil bezeichnet werden könne“ (S. 161), oder wo er (S. 130) einen Hinweis eines ErbgesDbGer. als „bölig verfehlt“ bezeichnet, bei dem „die Grundlagen des Erbgesundheitsrechts nicht erkannt“ seien, geht er daran vorüber, daß solche Beschlüsse in heißem Ringen um das, was unserm Volke am besten ist, gefaßt werden, und daß überall für die von Ristow verworfene Ansicht namhafte, gerade auf diesem Gebiete maßgebende Gelehrte eintreten. So glaube ich vor allem nicht, daß der von Ristow (S. 27) vertretene — auch auf Versammlungen vielfach hervorgehobene — Standpunkt: „lieber einmal zu viel als einmal zu wenig sterilisieren“ dem Willen des Gesetzgebers entspricht. Wir brauchen Jahrzehnte, wenn nicht Jahrhunderte, um das Verfümmelte wiedergutzumachen, und wir haben noch immer viel zu wenig Geburten, um nur die Fortpflanzung des wirklich Arktidigen zuzulassen. Wer als Praktiker sieht, daß in so mancher körperlich gefunden Familie sechs, ja sogar zehn Kinder unfruchtbar gemacht werden und für die Fortpflanzung des Volkes aus-

fallen, der verlernt bald, ohne sentimental zu sein, solche Schlagworte.

2. Noch nach einer ganz anderen Richtung hin bin ich grundsätzlich anderer Meinung als der Verfasser. Ristow spricht (S. 89) die Ansicht aus, daß die Anzählung der Erbkrankheiten in § 1 Erbt-Nachw. nur beispielhaft sei; wenn eine andere Krankheit erblich und die Wahrscheinlichkeit der Vererbung groß, dies auch von einer anerkannten Forschungsanstalt bestätigt sei, so müsse die Unfruchtbarkeit angeordnet werden. Tatsächlich ist aber die Ansicht des Gesetzgebers im Gesetzesvorlauf, im ganzen Sinn, in der amtlichen Begründung, wie auch in den Erläuterungen der Verf. des Gesetzes (vgl. z. B. Rüd. in, Erb. lehr. und Rassenhygiene im völkischen Staat S. 152, der einige durchaus als erblich und in gefährlicher Weise vererblich erkannte, trotzdem nicht in das Gesetz aufgenommene Krankheiten aufzählt) eindeutig klar dahin ausgesprochen, daß der Gesetzgeber es sich vorbehalten hat, in den Katalog des § 1 andere Erbkrankheiten einzufügen. Die in naher Verührung mit der Gesetzgebung stehende ärztliche Wissenschaft sorgt, ohne von der Npr. gedrängt zu werden, zur richtigen Zeit für eine etwa notwendige Ergänzung. Da heißt es für die Npr., solange Disziplin zu wahren.

III. Überall, auch da, wo der Verf. andere Ansichten vertritt als ich, spürt man seine ganz besondere Liebe zur Sache. So scharf Ristow für alle Maßnahmen eintritt, welche die Ausmerzung der Erbkrankheiten zur Folge haben können, so wenig verklärt er die Rechte der Erbkranken. Deshalb ist es sehr zu begrüßen, daß er (z. B. S. 144 ff.) tatkräftig für die Gewährung des rechtlichen Gehörs, für Akteneinsicht (S. 146) und gegen allzuängstliche Wahrung der fiskalischen Belange bei der Beordnung eines Armenanwalts (S. 147) eintritt, und daß er (S. 141) davor warnt, die Ermittlungen durch die Polizei vornehmen zu lassen. Vielleicht ist ein richtiger Gegensatz darin zu finden, daß Ristow sich — durchaus richtig — darauf beruft, das Verfahren müsse großzügig gehandhabt werden (S. 44), andererseits aber selbst zu vielen — zuweilen nicht erheblichen — Zweifelsfragen des Verfahrensrechts eingehend Stellung nimmt. Aber der Widerspruch entfällt, wenn man solche Erörterungen als Darstellung eines — einmal vorhandenen — Streitstandes und als Vorschläge für eine Handhabung des Gesetzes ansieht. In diesem Sinne gibt das Werk viele Anregungen und wird nicht nur einem neu oder vertretungsweise eintretenden Richter oder Richter, sondern auch dem erfahrenen Praktiker von großem Nutzen sein.

DWR. Dr. Brunau, Kiel.

Dr. Werner Geibel: Leibesübungen und Recht. Ein Wegweiser durch die gesetzlichen Bestimmungen unter besonderer Berücksichtigung der Anweisungen des Reichssportführers für Vereinsführer und Vereinsmitglieder. Mannheim, Berlin und Leipzig 1936. Deutsches Druck- und Verlagshaus GmbH. 196 S. Preis 7,50 RM.

Der Verf. irrt, wenn er im Vorwort zu seinem Buch der Meinung Ausdruck gibt, daß es sich bei diesem Buch um den ersten Versuch handelt, die Leibesübungen geschlossen unter dem besonderen Gesichtswinkel des Rechts darzustellen. Schon vor ihm und gleichzeitig mit ihm haben andere Verfasser den gleichen Versuch unternommen. Soweit sich zur Zeit übersehen läßt, ist der Versuch von Geibel indes der erste, der als gegliedert anzusehen ist. Die erheblichen Mängel, die bei anderen Werken des gleichen Themas gerügt werden mußten, waren eine gewisse Oberflächlichkeit und die Ungeeignetheit für den praktischen Gebrauch der Vereine. Diese Mängel weist das Buch von Geibel nicht auf. Im Gegenteil, es trägt dem Gesichtspunkt, daß es für die Hand der Vereinsführer und Vereinsorgane bestimmt ist, vollauf Rechnung; an Hand von praktischen Einzelfällen werden die Rechtswirkungen aufgezeigt. Die einschlägige Rechtsprechung ist zahlreich zitiert, besonders bei dem wichtigen Kapitel der Haftung des nichtrechtsfähigen Vereins S. 22 ff. und bei der Stellung des Vereinsführers als gesetzlicher Vertreter des Vereins nach außen S. 38 ff. Besondere Lob verdient die eingehende Behandlung der Haftung des Vereins aus unerlaubter Handlung (S. 66—79); hier sind im wesentlichen alle Haftungsmöglichkeiten unter Verarbeitung von etwa 60 Entscheidungen untersucht und dargestellt, die einen Verein unmitttelbar bei der Erfüllung seines Zweckes, der Pflege der Leibesübungen, treffen können.

Der Stoff ist straff gegliedert und klar und allgemeinverständlich dargestellt. Das Buch kann getrost jedem Vereinsführer empfohlen werden, er wird es nicht nur mit Interesse lesen, sondern auch in vorkommenden Rechtsfragen mit Erfolg benutzen.

DWR. a. D. Prof. Dr. jur. H. A. Fischer: Familie und Erbe. Berlin 1936. Industriedruckverlag Spaeth & Vinde. 96 S. Preis brosch. 2,20 RM., geb. 3 RM.

Die Schrift bietet eine systematische Darstellung des geltenden

Familien- und Erbrechtes, die nach einer einleitenden Bemerkung des Verf. ausschließlich für den Lernenden bestimmt sein soll. Tatsächlich ist das flüssig geschriebene Buch für eine Einführung in die Grundgedanken der beiden Rechtsgebiete sehr wohl geeignet, zumal es auch rechtshistorischen Betrachtungen und der einschlägigen oberstrichterlichen Rechtsprechung Raum gewährt und die Anwendung von Rechtsätzen an Hand praktischer Beispiele veranschaulicht. Darüber hinaus hat der Verf. nicht vergessen, da und dort Hinweise auf die gegenwärtigen Reformbestrebungen zu geben, so vor allem hinsichtlich des Rechtes der Ehescheidung und der unehelichen Kindtschaft. Ob freilich der vom Verf. im Vorwort ausgesprochene Zweck, die Studierenden in den neuen Geist des Familienrechts einzuführen und die Bedeutung von Familie und Erbe für den deutschen Volksstaat der heranwachsenden Juristengeneration einzuprägen, mit der Schrift erreicht wird, muß angezweifelt werden. Dessenungeachtet kann das Buch dem heranwachsenden Juristen zum Studium empfohlen werden.

Dr. Dr. Ferd. M. Öhmer, München,
Mitgl. d. Akademie f. Deutsches Recht.

Prof. Dr. Willy Müller: Führertum und soziale Ehre. Die ethischen Grundlagen des Arbeitsordnungsgesetzes. Berlin 1935. Verlag für Sozialpolitik, Wirtschaft und Statistik GmbH. 67 S. Preis geb. 1,80 RM.

Eine Art ethischen Kommentar nennt der Verfasser im Vorwort sein lezenswertes Büchlein, das den Prüfungsvermerk der parteiamtlichen Kommission zum Schutze des NS-Schrifttums trägt, eine Richtschnur für diejenigen, die den neuen Geist noch nicht fassen konnten, und einen Ansporn für die Hochhaltung der Idee der Arbeitskultur bei denjenigen, die im Geiste des neuen Arbeitsrechts bereits wirken. Kultur ist es im wahrsten Sinne des Wortes, die der Verfasser uns hier vermittelt, wenn er in klarer, eindringlicher Sprache sich mit den schwierigsten Problemen des Arbeitslebens von hoher ethischer Warte aus überzeugend auseinandersetzt und dem Leser ein vollendetes Bild von seiner Schulungsarbeit an den schaffenden Menschen vermittelt. In kleinen Einzelabschnitten behandelt er das seelische Verhältnis des Menschen zu seiner Arbeit, Arbeitsethos und Arbeitskultur, die soziale Menschenpflege im betrieblichen Leben und ihre wirtschaftliche und kulturelle Bedeutung, die sozialen Tugenden als sittliche Voraussetzungen eines wahren Führertums. Er geht dann über zu den ethischen Gedanken des ArbDG und behandelt die sittlichen Forderungen, die es an Betriebsführer, Vertrauensrat und Gefolgschaft stellt. Abschließend werden eingehender das Wesen einer sozialen Betriebsordnung und vor allem die Sicherung der ethischen Grundsätze des Gesetzes gegen jedes Mißverstehen und jede Verfälschung seines Geistes erörtert. Es bedarf keiner Einzelbepfehlung, die allzu leicht ein schiefes Bild deshalb vermitteln könnte, weil gerade in dem geistvollen Zusammenhang und dem vollendeten Aufbau der einzelnen Gedanken der große Wert dieses in der Tat ethischen Kommentars liegt, der „vom Herzen kommt und zum Herzen geht“, wie in einer anderen Besprechung zutreffend gesagt ist. Auch der Jurist muß an diesem Büchlein seine Freude haben. Wir vergessen leider schon allzu sehr vor den großen wissenschaftlichen Auseinandersetzungen, die nicht ausbleiben konnten und durften, den großen sittlichen Wert und die sittlichen Grundlagen dieses unwägenden Gesetzes. Seien wir dankbar, daß uns hier ein Mann mit tiefem praktischem Verständnis und großer Kenntnis vom Ethos des pulsierenden Arbeitslebens zur Selbstbestimmung führt und uns dabei nicht nur die schönen Gedanken des Gesetzes in vollendeter Form wieder nahe bringt, sondern uns dabei auch große Freude an allen Feinheiten seiner Diktion empfinden läßt. Alles in allem: ein so völlig neuartiges, aber dennoch oder vielleicht gerade deshalb einmal notwendiges Buch — auch oder wiederum gerade für den Juristen.

MinDir. Doz. Dr. habil. Mansfeld, Berlin.

Die Ordnung der nationalen Arbeit. Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit und Gesetz zur Ordnung der Arbeit in öffentlichen Verwaltungen und Betrieben mit sämtlichen Durchführungsvorschriften. Textausgabe mit erläuternder Einleitung von Dr. W. Mansfeld und Dr. W. Pohl. 9. ergänzte Aufl. (Stand vom 15. September 1935.) Berlin, Leipzig, Mannheim, München 1935. Deutsches Druck- und Verlagshaus GmbH., Heerschold Verlag GmbH., Carl Heymanns Verlag, Franz Rohlen, Verlag für Sozialpolitik, Wirtschaft und Statistik GmbH. XXIV u. 91 S. Preis 2,20 RM.

Die vorliegende 9. Auflage dieser Textausgabe ist nach dem Stande v. 15. Sept. 1935 abgeschlossen; doch ist die wichtige 14. Durchf. v. 15. Okt. 1935 mit den neuen Vorschriften über

Rückwirkung der Tarifordnung noch in einem besonderen Blatt beilegt.

Richtunggebend mit der schönen Einführung in die Grundgedanken des Gesetzes, zuverlässig beratend durch die beigelegte Übersicht über das Schrifttum, bündig und genau in den ganz knappen Erläuterungen erhebt sich diese gut ausgestattete Textausgabe in bemerkenswertem Maße über den Durchschnitt und verdient deshalb eine besondere Empfehlung.

Dr. W. Oppermann, Dresden.

Gesetz über das Verfahren in Versorgungssachen vom 10. Jan. 1922 i. d. Fass. der Bek. v. 2. Nov. 1934 mit Ausf. i. d. Fass. der 4. Ausgabe von Beiblättern zum Handbuch der Reichsverf. vom April 1935. Textausgabe mit Erläuterungen von Dr. jur. et rer. pol. **Carl Arendts**, SenPräs. b. RVerf. u. Verw. u. Justiz, Mitglied der Akademie für Deutsches Recht und des Ausschusses für Versorgungsrecht. Stuttgart und Berlin 1935. Verlag W. Kohlhammer. 340 S. Preis geb. 9 RM.

Der Verf. ist schon durch seine früheren Veröffentlichungen (Komm. z. RVerf. u. Verw. u. Justiz über das Verfahren in Versorgungssachen) als hervorragender Kenner des materiellen und formellen Versorgungsrechts bekannt. Nachdem inzwischen das Verfahrensrecht durch die Novelle v. 3. Juli 1934 (Fünftes Gesetz zur Änderung des Gesetzes über das Verfahren in Versorgungssachen, RWL I, 544) in wesentlichen Punkten geändert und durch die Bekanntmachung des RVerf. v. 2. Nov. 1934 (RWL I, 1113) neu gefaßt worden ist, hat der Verf. einen zeitgemäßen Kommentar durch Neubearbeitung des gesamten, jetzt geltenden Verfahrensrechts geschaffen.

Auch der neue Kommentar zeichnet sich durch besondere Klarheit und Gründlichkeit der, bei aller notwendigen Beschränkung auf das Wesentliche, stets inhalts- und ausschlupfreichen Erläuterungen aus. Rechtsprechung und Schrifttum sind, soweit sie für die Praxis wichtig erscheinen, überall in zweckdienlicher Weise berücksichtigt. Die für das geltende Verfahrensrecht in Betracht kommenden oberinstanzlichen Entscheidungen in Versorgungssachen sind sämtlich angeführt. Der vollständige Text der Ausführungsbestimmungen des RVerf. (in der neuesten Fassung vom April 1935) ist jeweils vor Beginn der Erläuterungen hinter dem Text der einzelnen Gesetzesparagrafen abgedruckt, was die praktische Handhabung sehr erleichtert. In einem Anhang hat der Verf. auch die fünf Artikel der wichtigen Novelle v. 3. Juli 1934 (Fünftes Änderungsgesetz) nebst den dazu erlassenen Ausführungsbestimmungen kommentiert. Von besonderer Bedeutung sind hier die Erläuterungen zum Art. 2, der unter gewissen Kautelen die Möglichkeit geschaffen hat, rechtskräftige Entscheidungen der Versorgungsbehörden, die von vornherein der Sach- und Rechtslage nicht entsprechen haben, ohne Rücksicht auf die Rechtskraft aufzuheben oder abzuändern. Das Buch wird so eine wertvolle Hilfe für den Praktiker bilden.

Stellt man aber an einen Gesetzeskommentar in heutiger Zeit die Anforderung, daß er nicht nur den bestehenden Rechtszustand an Hand des Gesetzestextes erläutert, sondern darüber hinaus auch die rechtsgestaltenden Leitgedanken des behandelten Rechtsgebiets dem Verständnis näherbringen und so die im Fluß befindliche neuzeitliche Rechtsentwicklung in ihren Endzielen fördern soll, so ist der Verf., gestützt auf seine langjährigen praktischen Erfahrungen auf dem Gebiete des Versorgungsrechts, auch dieser Aufgabe voll und ganz gerecht geworden. Der neue Kommentar bietet so auch dem Rechtspolitiker und Gesetzgeber wertvolle Fingerzeige für die geplante Neuordnung des gesamten materiellen und formellen Versorgungsrechts.

Überall stellt der Verf. bei der Erläuterung und kritischen Würdigung der bestehenden Vorschriften den frontsoldatischen Versorgungsgedanken in den Vordergrund, der als leitender Rechtsgedanke die gesamte Versorgungsrechtsgesetzgebung und ihre Anwendung in der Praxis beherrschen soll: Der Versorgungsgedanke als Rechtsgedanke ist der soldatische Denkart des wehrhaften deutschen Volkes entsprungen, das seit jeher die Versorgung seiner kriegsbeschädigten Frontkämpfer und ihrer Hinterbliebenen nicht als Teil der allgemeinen sozialen Fürsorge, sondern vielmehr als die Erfüllung einer besonderen Ehren- und Dankeschuld gegenüber denen angesehen hat, die im Ehrendienst der Nation Leben und Gesundheit für die Verteidigung des Vaterlandes eingesetzt haben. Das ist der tiefere Sinn des frontsoldatischen Versorgungsgedankens, wie er im Rechts-

bewußtsein des Volkes verwurzelt ist. Nichts würde dem allgemeinen Rechtsempfinden mehr widersprechen, als wenn man in dem kriegsbeschädigten Frontsoldaten eine Art Wohlfahrtsempfänger sehen oder seine Belange etwa nur von der Ware einer Krankenkasse oder einer Landesversicherungsanstalt aus betrachten wollte. Es handelt sich um mehr: Dem Frontkämpfer soll der Dank des Vaterlandes allezeit gewiß sein. Deshalb ist ihm und seinen Hinterbliebenen das Recht auf angemessene Verpflegung für den Fall, daß er im Kriegsdienst an Leib oder Leben Schaden nimmt, gesetzlich verbürgt worden. Er ist nicht Empfänger von Rechtswohlthaten, sondern hat einen von allen Deutschen anerkannten Anspruch an die Nation.

Aufgabe des Rechtspolitikers und Gesetzgebers ist daher die Schaffung einer den frontsoldatischen Versorgungsgedanken voll zur Geltung bringenden, klaren, einfachen, dem allgemeinen Gerechtigkeitsempfinden entsprechenden Versorgungsrechtsgesetzgebung. Das gilt für das formelle Versorgungsrecht nicht minder als für das materielle. Vornehmste Pflicht der zur Anwendung der Versorgungsrechte berufenen Verwaltungs- und Spruchbehörden aber muß es sein, in jeder Lage des Verfahrens darauf hinzuwirken, daß dem kriegsbeschädigten sein Recht wirklich so zuteil wird, wie es dem Ethos des frontsoldatischen Versorgungsgedankens entspricht. Das Verfahren muß deshalb so gestaltet und gehandhabt werden, daß begründete Versorgungsansprüche mit größter Beschleunigung und ohne bürokratische Engherzigkeit ungeschmälert zur Feststellung gelangen. Auf der anderen Seite erfordert es selbstverständlich die Reinhaltung des frontsoldatischen Versorgungsgedankens, daß jede mißbräuchliche Inanspruchnahme der Kriegssopferversorgung mit allen Mitteln und mit aller Strenge verhindert wird.

Der Verf. befindet sich mit diesen Gedankengängen, die seinem Kommentar Richtung und Ziel gegeben haben, in vollster Übereinstimmung mit der von der NSDAP. vertretenen frontsoldatischen Auffassung des Versorgungsgedankens, die auch im Vorschlag zum „Fünftes Gesetz zur Änderung des Gesetzes über das Verfahren in Versorgungssachen“ zum Ausdruck gelangt ist. Im Verfolg dieser seiner rechtspolitischen Grundeinstellung setzt sich der Verf. gelegentlich der Erörterung des zur Zeit geltenden Rechtszustandes wiederholt mit Nachdruck dafür ein, daß das Verfahren in Versorgungssachen künftig noch mehr als bisher nach dem frontsoldatischen Versorgungsgedanken auszurichten sein wird. Das Verfahren hat den Belangen der kriegsbeschädigten zu dienen und soll deshalb bis in alle Einzelheiten hinein von frontsoldatischem Geist durchdrungen werden. Unerläßliche Voraussetzung für die Erreichung dieses Ziels ist nach der mit triftigen Gründen belegten Überzeugung des Verf. eine bedingungslose Abkehr von der Personalpolitik, wie sie in den 14 Nachkriegsjahren bei den Versorgungsbehörden befolgt worden ist. Aus der richtigen Erkenntnis heraus, daß frontsoldatische Belange von Leuten, die nie vor dem Feinde gestanden haben, in der Regel nicht erschöpfend und richtig beurteilt werden können, wird schon seit langem von den Versorgungsberechtigten und von der NSDAP. gefordert, daß als Mitglieder der Versorgungsanspruchsberechtigten ausnahmslos nur ehemalige Frontsoldaten tätig sein dürfen. Diesem berechtigten Verlangen ist in der Nov. v. 3. Juli 1934 durch den im § 3 Verf. neu eingefügten Abs. 1 leider nur teilweise Rechnung getragen worden. Danach sollen allerdings künftig nur „gediente Soldaten“, und zwar in erster Linie „Kriegsteilnehmer“, und „insbesondere“ kriegsbeschädigte als Vorsitzende oder Mitglieder einer Kammer oder eines Senats der Spruchbehörden bestellt werden. Mit Recht weist aber der Verf. in Note 1 zu § 3 (S. 7) und in Note 1 zu Art. 2 (S. 302) des 5. Änderungsgesetzes darauf hin, daß es dem frontsoldatischen Versorgungsgedanken und zugleich dem Führerprinzip mehr entsprechen würde, wenn aus der bloßen Soll-Vorschrift eine klare Muß-Vorschrift gemacht wird. Dabei würde es weiter dem Sinn und Zweck der neuen Vorschrift besser gerecht werden, wenn an Stelle des verschwommenen und dehnbaren Begriffes „Kriegsteilnehmer“ der eindeutige, Kompromisse nicht zulassende Begriff „Frontkämpfer“ gesetzt wird.

Jeder Frontkämpfer wird dem Verf. hier freudig beipflichten. Wer aber von der Notwendigkeit einer absoluten Änderung des bisherigen Systems der Personalpolitik noch nicht voll überzeugt sein sollte, dem mag die in der Begründung zum 5. Änderungsgesetz und im Bericht des ministeriellen Sachbearbeiters antwortlich festgestellte Tatsache zu denken geben, daß die Versorgungsbehörden während der Nachkriegsjahre leider in einer recht erheblichen Zahl von Fällen Versorgungsgebühren zuerkannt haben, die nach der Sach- oder Rechtslage entweder überhaupt nicht oder nicht in der anerkannten Höhe berechtigt waren (vgl. S. 301). Zu erklären ist eine so ungewöhnliche Häufung von offensichtlichen Fehl-

entscheidungen nur dadurch, daß hierbei vielfach Personen mitgewirkt haben, die keine Frontsoldaten gewesen sind und deshalb des richtigen Verständnisses für den frontsoldatischen Versorgungsgeboten ermangelten. Eines ist aber sicher: Frontkämpfer werden schon aus ihrer ganzen inneren Einstellung heraus, die ihnen das Fronterlebnis gab, kaum in den Fehler verfallen, daß sie Versorgungsgebühren da zusprechen, wo sie nicht am Plage sind, wie sie sich auf der anderen Seite stets energisch dafür einsetzen werden, daß rechtmäßige Versorgungsansprüche ehrlich erfüllt werden. Der vom Verf. geforderte radikale Systemwechsel in der Personalpolitik dürfte mithin am ehesten geeignet sein, die bisherigen Fehlerquellen zu beseitigen und so die Einheitlichkeit und Zuberlässigkeit der Rechtsprechung der Versorgungsgerichte zu gewährleisten. Gewalttame, letzten Endes die Autorität der Versorgungsgerichte und die allgemeine Rechtsicherheit gefährdende Eingriffe in die Rechtsprechung, wie sie im Art. 2 des 5. Änderungsg. als ultima ratio zur Beseitigung der in den 14 Nachkriegsjahren eingetretenen Mißstände notgedrungen vorgeesehen werden mußten (Abänderung und Aufhebung rechtskräftiger Entscheidungen im Verwaltungswege), werden dann bestimmt nicht mehr notwendig sein. Wohl aber dürfte es nach erfolgter Durchführung des angestrebten Systemwechsels in der Personalpolitik an der Zeit sein, die staatsnotwendig autoritäre Stellung der Versorgungsgerichte durch geeignete Maßnahmen zu befestigen. Hierzu würde nach der Meinung des Verf. in erster Linie die Schaffung der völligen richterlichen Unabhängigkeit für die Mitglieder der Versorgungsgerichte gehören. Obwohl der Grundsatz der Unabhängigkeit der Rechtsprechung im 2. Abs. des § 3 VerfG. klar ausgesprochen worden ist, ermangeln die Mitglieder der Versorgungsgerichte noch immer der Unabsehbarkeit und Unversehrbarkeit, wie sie den Mitgliedern der ordentlichen Gerichte und der meisten Verwaltungsgerichte garantiert ist. Es würde frontsoldatischem Geist entsprechen, wenn auch hier baldmöglichst von halben zu ganzen Maßnahmen geschritten und zumindest den Mitgliedern des Reichsversorgungsgerichts die Stellung eingeräumt würde, die ihnen als den berufenen Hütern des frontsoldatischen Versorgungsgebots gebührt (vgl. Note 2 zu § 3 VerfG. und Note 1 zu Art. 2 des 5. Änderungsg.).

Gleichfalls der Stärkung der Unabhängigkeit und des Ansehens der Versorgungsgerichte sollen die Vorschläge des Verf. in Note 1 zu § 13 und in Note 1 zu § 30 VerfG. dienen. Der Verf. fordert eine gesetzliche Bestimmung dahingehend, daß Versorgungsgerichtliche, die als Verbandsvertreter vor Gericht aufzutreten pflegen, nicht als Besucher bestellt werden dürfen. Er schlägt weiter vor, daß die zur Sicherung der allgemeinen Verschwiegenheitspflicht der Versorgungsbehörden in § 150 VerfG. erlassene Strafvorschrift auch auf die den Mitgliedern der Sprachbehörden gemäß § 131 VerfG. obliegende Geheimhaltungspflicht (Heraufgang der Beratung und Abstimmung) ausgedehnt wird (vgl. Note 3 zu § 131 bis 134; Note 3 zu § 2; Note 4 zu § 150).

Auch bei der Zusammenlegung des Präsidiums des Reichsversorgungsgerichts soll nach den Vorschlägen des Verf. der Soldatengeist zum Ausdruck kommen, indem das jetzige Altersprinzip durch den echten Führergrundsatz ersetzt wird (vgl. Note 1 zu § 33).

Eine gewisse Gefährdung der autoritären Stellung des Reichsversorgungsgerichts sieht der Verf. in der durch Abänderung des § 90 VerfG. erfolgten Neuregelung des Instanzenzuges. Das Verfahren ist zwar dadurch, daß man den Rekurs beseitigt und die Entscheidung über das Rechtsmittel der Berufung je nach Art des Streitgegenstandes teils den Versorgungsgerichten, teils dem Reichsversorgungsgericht zugewiesen hat, abgekürzt worden, was im Interesse der Beschleunigung an sich zu begrüßen ist. Die Abweichung von der Regel, daß über das letzte mögliche Rechtsmittel die oberste Instanz entscheidet, entspricht aber nicht vollständig den Vorstellungen und könnte deshalb leicht nach außen den Eindruck erwecken, als ob das Reichsversorgungsgericht eine Einbuße seiner Stellung erfahren habe. Der Verf. gibt zu erwägen, ob sich die Beibehaltung der Versorgungsgerichte im Hinblick auf die jetzige Zuständigkeitsregelung überhaupt noch verlohnt (vgl. die Vorbemerkung f) zu § 90).

Als nicht zweckmäßig und auch nicht der Würde einer höchsten Spruchinstanz entsprechend sieht der Verf. die aus Sparmaßnahmen getroffene Bestimmung in § 123 Abs. 1 an, wonach die Protokollführung in den Spruchsitzen des Reichsversorgungsgerichts einem der richterlichen Besucher übertragen werden kann (vgl. Note 1 zu § 123).

Weitere Verbesserungsvorschläge des Verf. haben die Sicherung einer einheitlichen, sich gleichmäßig und folgerichtig fortent-

wickelnden Rechtsprechung (Note 4 zu § 27; Note 4 zu § 34; Note 1 zu § 35; Note 4 zu § 130) und die Vereinfachung des Verfahrens im Auge. Insbesondere erscheint es zweckmäßig, die für den Nichtjuristen schwer verständlichen Vorschriften in § 65 VerfG. über die relative Rechtskraft der Bescheide der Verwaltungsbehörden durch die wesentlich klareren und einfacheren Bestimmungen in § 31 des alten MilVersorgG. von 1906 zu ersetzen (vgl. Note 2 zu § 65) und ferner die außerordentlich komplizierten Vorschriften in § 91 Abs. 4 über die Regelung des Instanzenzuges in Eltern- und Witwen-Rentensachen zu vereinfachen (vgl. Note 6 zu § 91).

In Note 13 a. E. zu § 66 Ziff. 11 VerfG. schlägt der Verf. vor, eine Wiederaufnahme des Verfahrens beim nachträglichen Auffinden nicht nur von Urkunden, sondern überhaupt von Beweismaterial zuzulassen, das zur Zeit der Entscheidung bereits vorhanden war und eine günstigere Entscheidung herbeigeführt haben würde. In Note 1 zu § 75 VerfG. wird gefordert, daß die den öffentlichen Anstalten usw. obliegende Pflicht, die bei ihnen geführten Krankenpapiere den Versorgungsbehörden auf Verlangen zur Einsichtnahme zu überlassen, nicht mehr vom Einverständnis des Versorgungsberechtigten abhängig gemacht und ganz allgemein auch auf die privaten Anstalten ausgedehnt werden soll. Beide Vorschläge sind zu begrüßen, weil ihre Verwirklichung der restlosen Aufklärung des Sachverhalts und damit der Feststellung der objektiven Wahrheit dienen würde.

Hervorgehoben seien schließlich die für die Praxis besonders wichtigen und wertvollen Ausführungen des Verf. zur Frage der freien Beweismwürdigung und zu der hiermit zusammenhängenden Frage der Feststellung des Kausalzusammenhanges in den Sonderfällen des § 2 Abs. 3 Satz 2—4 MilVersorgG. (Kriegsgefangenschaft, Verlust von Akten, insbes. Krankenblättern).

RM. Rudolf Brunzlow, Berlin.

Reichsversicherungsordnung. Textausgabe. Herausgegeben von Reg. R. Dr. Franz Eichelsbacher. 16. Auflage, in Loseblattform. Ergänzungsblätter 1. (90 Blatt) und 2. Lieferung (93 Blatt). München und Berlin. C. F. Beckche Verlagsbuchh. Preis jeder Lieferung 1,50 RM., des ganzen Werkes 6,70 RM.

Zu dem von mir JW. 1934, 2680 besprochenen Buche sind zwei Lieferungen Ergänzungsblätter erschienen (auf die erste ist JW. 1935, 1336, kurz hingewiesen worden). Dadurch ist das Buch auf den Stand der Gesetzgebung v. 1. Nov. 1935 gebracht worden. Bearbeitet sind alle bis dahin ergangenen Gesetze, Verordnungen und Erlasse, insbesondere die 10 Durchführungsvorordnungen zum Aufbaugesetz v. 5. Juli 1934. Die Einarbeitung des neuen Rechtsstoffes war wegen der grundsätzlichen Änderungen, die inzwischen wichtige Abschnitte der RVO. erfahren haben, ohne daß der Wortlaut des Gesetzes (z. B. an verschiedenen Stellen die Worte „Vorstand“, „Ausführ.“ usw.) bisher geändert wurde, besonders schwierig, wollte man nicht den Zweck, die mit einer Loseblatt-Ausgabe verfolgt werden, untreu werden. Denn dann wäre ein völliger Neudruck fast des ganzen Buches erforderlich geworden. Der Herausgeber hat sich durch entsprechende Hinweise an den wichtigen Stellen geholfen. Eine Anweisung über die Einordnung der Ergänzungsblätter liegt der zweiten Lieferung bei.

OBDr. Kersting, Berlin.

Dr. jur. Kraegeloh, Städt. Verwaltungsrat: **Das Gesetz über Kleinrentnerhilfe vom 5. Juli 1934** nebst den Durchführungsgesetzen des Reichsarbeitsministers und des Reichsinnenministers vom 23. August 1934, vom 2. Januar 1935 und vom 9. Dezember 1935. 3., völlig umgearbeitete und vermehrte Aufl. Stuttgart 1936. Otto Berger Verlag GmbH. 93 S. Preis 2,50 RM.

Nunmehr ist in kurzer Folge die dritte Auflage des bewährten Kommentars zu dem kleinen, aber inhaltsreichen Gesetz über die Kleinrentnerhilfe erschienen. Der Verf. weist in seinem Vorwort darauf hin, daß das außerordentlich umfangreiche neue Material zu einer durchgreifenden Umarbeitung des gesamten Stoffes unter Verbesserung der systematischen Anordnung und Übersichtlichkeit gezwungen habe. Der Kommentar ist deshalb reichhaltiger geworden und kann allen, die sich mit den einschlägigen Verhältnissen vertraut machen wollen, als guter Führer empfohlen werden.

RM. F u i t i n g, Schweidnitz.

Rechtsprechung

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.]

Materielles Recht

**** 1.** § 119 BGB. Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft einer Grundschuld kann eine Anfechtung eines Grundschuldkaufs nach § 119 Abs. 2 rechtfertigen. Beim Kauf einer Grundschuld können wirtschaftliche oder rechtliche Verhältnisse des belasteten Grundstücks nicht mittelbar als Eigenschaften der Grundschuld angesehen werden. Irrtum über Friedensmiete ist daher kein Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft der verkauften Grundschuld i. S. von § 119 Abs. 2 BGB. †)

Die Darlegungen des angef. Urts. lassen erkennen, daß das BG. bei dem Grundschuldkauf sowohl einen Irrtum des Bekf. über den Inhalt der Erklärung gemäß dem Grundfaß im § 119 Abs. 1 als auch einen Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft der Grundschuld i. S. des jenen Grundfaß erweiternden § 119 Abs. 2 BGB. für gegeben erachtet hat.

Nicht fehlsam ist es, wenn das BG. den Rechtsbegriff der verkehrswesentlichen Sacheigenschaft im § 119 Abs. 2 BGB. grundsätzlich auch bei einem Grundschuldkauf für anwendbar hält. Denn das Gesetz gebraucht hier, wenn es von einer „Sache“ spricht, diesen Begriff nicht in dem strengen Wortsinne des § 90 BGB. Entgegen der älteren Rspr., die an der engen Wortauslegung festhielt, hat auch das RG. in neuerer Zeit sich immer mehr für eine freiere, den Verkehrsbedürfnissen entsprechende, sinngemäße Anwendung des § 119 Abs. 2 auf Geschäfte über andere Dinge als körperliche Gegenstände ausgesprochen (RGZ. 103, 22 = JW. 1922, 21; JW. 1914, 674²; vgl. auch RGZ. 112, 332 = JW. 1926, 1803; AufwRspr. 1931/32 Nr. 39; RGWarn. 1932 Nr. 3). Damit steht die einbellige Lehre des Schrifttums (RGKomm., 8. Aufl., Bd. 1 § 119 Anm. 5 Abs. 3; Pland-Flad, 4. Aufl., Bd. 1 § 119 Anm. IV 6 c; Staudinger, 9. Aufl., Bd. 1 § 119 Anm. III 4 B; Dertmann, 3. Aufl., § 119 Anm. 4 c Abs. 2; Enneccerus, Lehrbuch Bd. II § 157 unter III 4) im Einklang. Der erf. Sen. trägt daher keine Bedenken, die Ansicht des OLG. zu teilen, daß der Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft einer Grundschuld (z. B. ihren Rang, ihre Verzinslichkeit, Fälligkeit oder Un kündbarkeit) eine Anfechtung eines Grundschuldkaufs nach § 119 Abs. 2 rechtfertigen kann. Nicht heizutreten vermag er aber der Auffassung des BG., daß die wirtschaftliche Ertragsfähigkeit eines Grundstücks als verkehrswesentliche Eigenschaft der darauf lastenden Grundschuld anzusehen sei. Will man den Begriff der verkehrswesentlichen Sacheigenschaft im § 119 Abs. 2 nicht ins Ungeheure zerfließen lassen und damit die Anfechtbarkeit eines an sich gültig abgeschlossenen Rechtsgeschäfts unangemessen ausdehnen, so muß man daran festhalten, daß unter diesen Begriff nur solche tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse fallen, die den Gegenstand selbst kennzeichnen, nicht Umstände, die nur mittelbar einen Einfluß auf seine Bewertung auszuüben vermögen (Pland-Flad a. a. D. Anm. IV 6 a Abs. 2; Staudinger a. a. D. Anm. III 4 Bk Abs. 2). So hat denn auch das RG. schon mehrfach (RGWarn. 1909 Nr. 134; 1931 Nr. 60) die Ansicht abgelehnt, daß beim Grundstückskauf gewisse Rechtsverhältnisse einer auf dem

Grundstück lastenden Hypothek als Eigenschaften des Grundstücks angesprochen werden könnten. Ebensowenig dürfen umgekehrt beim Kauf einer Hypothek oder Grundschuld wirtschaftliche oder rechtliche Verhältnisse des belasteten Grundstücks mittelbar als Eigenschaften der Hypothek (Grundschuld) angesehen werden (RGKomm. a. a. D. S. 161 unten; vgl. für den Kufkauf auch RG.: Gruch. 48, 100). Witherin ist es im vorl. Falle richtig, wenn das BG. den Irrtum des Bekf. über den Friedensmietetrug des Grundstücks als einen Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft der verkauften Grundschuld behandelt hat. Der Abs. 2 des § 119 BGB. muß hier ausscheiden.

Dagegen wird die angef. Entsch. gerechtfertigt durch die Anwendung des § 119 Abs. 1 BGB. auf den festgestellten Tatbestand. Mit dem BG. ist freilich davon auszugehen, daß ein Irrtum des Bekf. über die Friedensmiete des Grundstücks nur dann als ein Irrtum über den Inhalt seiner Erklärung v. 16. Febr. 1931 angesehen werden kann, wenn einerseits dieser Irrtum das abgegebene Kaufangebot auf die Grundschuld maßgebend beeinflusst hat, und wenn andererseits bei den Kaufverhandlungen auch dem Verkäufer ausdrücklich oder stillschweigend kenntlich gemacht worden ist, daß der Bekf. gerade die gemachte Angabe über den Friedensmietetrug des Grundstücks der Preisberechnung für die Grundschuld und damit dem ganzen Kaufangebot zugrunde legte. Hätte es an der zweiten Voraussetzung gefehlt, so würde nur ein rechtlich unbeachtlicher Irrtum im Beweggrunde vorgelegen haben (RGKomm. a. a. D. Anm. 2, 5 Abs. 5 zu § 119 mit zahlreichen Belegen aus der Rspr.). Das BG. stellt fest, daß der Bekf. in einer dem Verkäufer unmißverständlich erkennbaren Weise zum Ausdruck gebracht hat, die gemachten Angaben über das belastete Grundstück, namentlich über die Friedensmiete, bildeten die maßgebliche Grundlage des Kaufangebots auf die Grundschuld. Die einzelnen Grundlagen dieser Feststellung liegen auf dem der Rev. verschlossenen Gebiet der freien Tatsachenwürdigung des BG.

(U. v. 22. Nov. 1935; V 77/35. — München.) [v. B.]

Anmerkung: Das RG. befestigt in der obigen Entsch. seine Rspr. zu der Frage, ob die Anfechtung wegen eines Irrtums über eine verkehrswesentliche Eigenschaft lediglich bei Sachen i. S. des § 90 BGB. zulässig ist oder auch bei nicht körperlichen Gegenständen. Es entscheidet sich für eine freiere, den Verkehrsverhältnissen entsprechende Auslegung des § 119 Abs. 2 BGB. und arbeitet demgemäß mit klaren Strichen den Rechtsfaß heraus, daß auch bei Geschäften über andere als körperliche Gegenstände eine Anfechtung auf Grund des § 119 Abs. 2 für zulässig zu erachten sei. Diese Einstellung des RG., die in früheren Entsch. nur andeutungsweise erwähnt war, ist durch diese Entsch. eindeutig festgelegt. Sie ist unbedingt zu begrüßen, da sie den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs gerecht wird.

Die Feststellung, was bei nicht körperlichen Gegenständen als verkehrswesentliche Eigenschaft anzusehen ist, begegnet naturgemäß Schwierigkeiten. Bei Sachen ist die Ermittlung des Eigenschaftsbegriffs einfacher. Indessen ist auch hier bereits für die Anwendung des § 119 Abs. 2 BGB. eine Erweiterung des natürlichen Eigenschaftsbegriffs erfolgt, weil die genannte Vorschrift solche Eigenschaften hervorhebt, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden. Es werden auch bei Sachen als verkehrswesentliche Eigenschaften solche tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse berücksichtigt, die zufolge ihrer Beschaffenheit und vorausgesetzten Dauer nach den Verkehrsanschauungen einen Einfluß auf die Wertschätzung der Sache zu üben pflegen (RGKomm. Erl. 5 zu § 119). Mit dieser Begriffsbestimmung sind die wertbestimm-

menden Umstände als verkehrswesentliche Eigenschaften einer Sache anerkannt. Bei nicht körperlichen Gegenständen läßt sich diese Begriffsbestimmung ebenfalls anwenden. Das RG. bezeichnet in obiger Entsch. als Eigenschaften solche tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse, die den Gegenstand selbst kennzeichnen, und erwähnt als Beispiele bei einer Grundschuld den Rang, Verzinslichkeit, Fälligkeit, Unkündbarkeit u. dgl. Es stellt jedoch in Gegensatz hierzu diejenigen Umstände, die nur mittelbar einen Einfluß auf die Bewertung des betreffenden Gegenstandes ausüben vermögen, wie im vorliegenden Falle die Ertragsfähigkeit des Grundstücks, bei dem die streitige Grundschuld lastete. Damit ist die Grenzziehung für den Begriff der verkehrswesentlichen Eigenschaften gegeben: Nur die unmittelbar wertbestimmenden Umstände können als verkehrswesentliche Eigenschaften angesprochen werden, nicht dagegen die nur mittelbar wertbestimmenden Umstände. Diese Abgrenzung ist durchaus zutreffend. Sie allein verhindert es, daß der Begriff der verkehrswesentlichen Eigenschaften ins Uferlose zerfließt.

RA. u. Notar Dr. Roquette, Königsberg i. Pr.

*

** 2. I. §§ 228, 670, 677—679, 683 BGB. Jemand, der zur Besorgung eines nach § 908 BGB. einem Dritten obliegenden Geschäftes in dessen Eigentum eingreift, handelt rechtmäßig nur, soweit der Eingriff durch das Interesse des Dritten geboten war. In jedem Falle ist ein objektiver Maßstab anzulegen. Gerade dann, wenn § 679 BGB. die sonst gebotene Rücksichtnahme auf den Willen des Geschäftsherrn ausschaltet, zeigt es sich, daß das Urteil darüber, was seinem Interesse entspricht, nicht aus der Vorstellung des Geschäftsführers gewonnen werden darf. § 679 BGB. schließt die Anwendung des § 678 BGB. aus.

II. §§ 823, 1004 BGB. Geht eine Beeinträchtigung von Naturkräften aus, die auf ein Grundstück einwirken, so kann dessen Eigentümer für die daraus sich ergebende Beeinträchtigung fremden Eigentums nach § 1004 BGB. verantwortlich sein, wenn die Vorbedingungen für diese Wirkung der Naturkräfte durch ihn oder einen früheren Eigentümer geschaffen worden sind. Ein allgemeingültiger Satz des Inhalts, daß der Eigentümer schon aus dem Gesichtspunkt verkehrswesentlicher Rücksichtnahme kraft seines bloßen Eigentums aus § 1004 BGB. haftet, wenn er es bei einem von Natur gegebenen Zustand seines Grundstücks unterläßt, die Einwirkung von Naturkräften auf sein Grundstück und die sich daraus ergebende Beeinträchtigung des benachbarten Grundstücks zu verhindern, besteht nicht.

Der Kl. ist Eigentümer und Eigenbesitzer eines Herrensitzes am Rhein. Der felsige Grund fällt nach dem Strom zu steil ab bis zu der am Ufer entlang führenden Eisenbahnlinie. Auf einer kanzelartig vorspringenden Felsklippe stand bis zum Febr. 1931 ein dem Kl. gebörender, aber dem allgemeinen Verkehr zugänglicher kleiner Aussichtstempel. Von ihm aus bot sich stromauf und stromab eine schöne Aussicht. Die beklagte Reichsbahnges. hat zum Schutz des Bahndamms gegen Steinschlag den oberen Teil der Felsklippe samt dem darauf stehenden Tempelchen abtragen lassen. Mit dem vom Kl. gewünschten Wiederaufbau an einer mehr landeinwärts gelegenen Stelle wäre sie einverstanden; sie weigert sich aber, die dadurch entstehenden Kosten zu tragen. Statt dessen fordert sie vom Kl. Ersatz der Aufwendungen, die sie vor der Niederlegung des Tempelchens durch einseitige Schutzmaßnahmen (Errichtung und Abbruch eines Schutzzauns und eines Arbeitsgerüsts) gehabt hat.

Der Kl. behauptet, das Vorgehen der Behl. im Febr. 1931 sei widerrechtlich und schuldhaft gewesen und verpflichte sie zum Schadensersatz. An seinem alten Platz habe das Tempelchen ein die Landschaft weit hin beherrschendes Bild geboten und eine der schönsten Ausichten am Rhein gewährt. Heute könne es nur noch an einem viel weniger günstigen Platz einige Meter rückwärts mit einem Kostenaufwand von etwa 6000 RM wieder aufgebaut werden. Außerdem sei der Wert des Herrnsitzes durch den Verlust eines landschaftlich so hervorragenden Punktes erheblich geringer geworden. Insgesamt betrage der Schaden mehr als 10 000 RM.

Der Kl. hat deshalb beantragt, die Behl. zur Zahlung von 10 000 RM zu verurteilen. Die Behl. hat Widerklage erhoben.

Den Widerklageanspruch begründet sie mit den Aufwendungen zur Aufstellung und zum Abbruch der Schutz- und Arbeitsgerüste.

I. Durch den Abbruch des Tempelchens und die Abtragung eines Teils der darunter befindlichen Felsklippe hat die Behl. das Eigentum des Kl. offensichtlich zerstört oder beschädigt. Beide Vorinstanzen haben die Behl. für Schadensersatzpflichtig erachtet.

Das BG. hat die Berechtigung des Klageanspruchs aus § 823 Abs. 1 BGB. hergeleitet.

Demgegenüber hat die Behl. sowohl die Widerrechtlichkeit ihres Vorgehens als auch ein Verschulden in Abrede genommen. Gegenüber dem Vorwurf widerrechtlichen Handelns hat sie sich auf das Einverständnis des Kl. (wird weiter ausgeführt), auf Notstand und auf Geschäftsführung ohne Auftrag berufen. Nach § 228 BGB. handelt nicht widerrechtlich, wer zur Abwendung der durch eine fremde Sache drohenden Gefahr sie zerstört oder beschädigt, wenn dies zur Abwendung der Gefahr erforderlich ist und der Schaden nicht außer Verhältnis zur Gefahr steht. Endlich sind Handlungen des unbeauftragten Geschäftsführers nicht widerrechtlich, wenn die Übernahme der Geschäftsführung und diese selbst dem Interesse des Geschäftsherrn entspricht (§§ 683, 677 BGB.). Auf den Willen des Kl. als des Geschäftsherrn würde es nach § 679 BGB. gegebenenfalls nicht ankommen, weil ohne die Geschäftsführung eine Pflicht des Kl., deren Erfüllung im öffentlichen Interesse lag, nicht rechtzeitig erfüllt worden wäre.

Der durch die Baufälligkeit des Tempelchens und durch die Untätigkeit des Kl. unzweifelhaft geschaffene Notstand gab der Behl. kein weitergehendes Recht als das, die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßnahmen zu treffen (§ 228 BGB.). Was darüber hinausging, war widerrechtlich. Ebenso handelte die Behl., wenn sie zur Besorgung eines nach § 908 BGB. dem Kl. obliegenden Geschäftes in sein Eigentum eingriff, rechtmäßig nur, soweit der Eingriff durch das Interesse des Kl. geboten wurde. In jedem Falle ist ein objektiver Maßstab anzulegen. Erlaubt war der Behl., was nach unbefangenen Urteil von dem nach damaliger Lage bei gründlichster Prüfung zu gewinnenden Standpunkt aus durch das Interesse der Behl. (§ 228 BGB.) oder des Kl. (§§ 908, 836, 677 BGB.) wirklich erfordert wurde, nicht was die Behl. bei der ihr möglichen und zuzumutenden Sorgfalt für erforderlich halten durfte. Die Behl. vertritt für das Gebiet der Geschäftsführung ohne Auftrag den gegenteiligen Standpunkt. Sie stützt sich auf die nach § 683 anwendbare Vorschr. im § 670 BGB. Danach kann der Geschäftsführer, wenn die Übernahme der Geschäftsführung dem Interesse und — zutreffendenfalls (§ 679 BGB.) — dem wirklichen oder dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entspricht, Ersatz der Aufwendungen verlangen, die er zur Besorgung des Geschäftes gemacht hat und den Umständen nach für erforderlich halten durfte. Die Behl. stellt deshalb bei ihren Ausführungen, mit denen sie die Rechtmäßigkeit der Abtragung von Felsklippe und Tempelchen nachzuweisen sucht, überall ab auf die bei sorgfältiger Prüfung zu gewinnende Meinung der Behl. Das entspricht nicht dem geltenden Recht. Gerade dann, wenn § 679 BGB. die sonst gebotene Rücksichtnahme auf den Willen des Geschäftsherrn ausschaltet, zeigt es sich, daß das Urteil darüber, was seinem Interesse entspricht, nicht aus der Vorstellung des Geschäftsführers gewonnen werden darf. § 679

schließt die Anwendung des § 678 BGB. aus. Bestehe alles weitere davon abhängig, wie der Geschäftsführer die Sache sah und sehen durfte, so würde es an ausreichendem Schutz gegen unbefugte Einmischung in fremde Rechtsangelegenheiten fehlen. Die Rev. zieht nicht richtig die Grenze zwischen den Maßnahmen, die der Geschäftsführer für den Geschäftsherrn trifft, und den Mitteln, die er zur Durchführung dieser Maßnahmen aufwendet. Die Maßnahmen selbst müssen durch das objektiv festzustellende Interesse des Geschäftsherrn geboten sein (RGKomm., Anm. 3 zu § 683). Dem subjektiven Ermessen des Geschäftsführers gibt das Gesetz nur insofern Spielraum, als es ihm das Urteil über die Notwendigkeit der Aufwendungen überläßt, die er zur Durchführung jener Maßnahmen treffen will, wobei immer vorausgesetzt wird, daß er sich sein Urteil erst nach sorgfältiger, die Umstände des Falles berücksichtigender Prüfung bildet.

Die Unterscheidung zwischen dem Gegenstand des Geschäfts und den Aufwendungen zu seiner Durchführung wird nicht immer leicht sein; die Grenzen sind flüchtig. Im vorl. Fall bereitet die Grenzziehung keine Schwierigkeit. Das von der Bekl. für den Kl. besorgte Geschäft war die Abtragung von Tempelchen und Felskuppe. Hier muß die Bekl. sich dem vom Kl. angerufenen Urteil des Gerichts darüber unterwerfen, ob die Maßnahme nach den obwaltenden Umständen bei objektiver Würdigung durch das Interesse des Kl. geboten war. Wie die Bekl. die Lage sah und bei sorgfältiger Prüfung sehen durfte, wird erst erheblich, wenn es sich um die Art der Ausführung im einzelnen wie beispielsweise darum handelt, ob zum Schutze der eingesetzten Arbeiter besondere Sicherungsvorkehrungen (Seile, Gerüste u. dgl.) zu treffen und hierfür Aufwendungen zu Lasten des Kl. zu machen waren (§§ 683, 670 BGB.). Danach kann der Rev. nicht darin gefolgt werden, daß die Abtragung von Felskuppe und Tempelchen deshalb nicht widerrechtlich gewesen sei, weil die Bekl. nach Erschöpfung der ihr sich bietenden Erkenntnisquellen und nach Einholung sachverständigen Rates ihr Vorgehen als geboten habe ansehen dürfen.

Das BU. beruht aber zur Schuldfrage auf unzureichender tatsächlicher Grundlage und bedarf daher einer umfassenden neuen Prüfung. (Wird weiter ausgeführt.)

II. Die Berechtigung des mit der Widerklage verfolgten Anspruchs ergab sich dem Grunde nach aus § 908 i. Verb. m. § 683 BGB. Wie das BG. festgestellt hat, drohte dem Bahnbetrieb der Bekl. aus dem mangelhaften Zustand der gemauerten Fundamente des Tempelchens eine schwere Gefahr, zu deren schleuniger Abwendung fürs erste die Errichtung eines Schutzzaunes und eines Arbeitsgerüsts unterhalb des Tempelchens geboten war. Indem die Bekl. Zaun und Gerüst anbringen ließ, besorgte sie ein Geschäft des Kl. Denn der Kl. war ihr gegenüber verpflichtet, die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Vorkehrungen zu treffen. Die Übernahme der Geschäftsführung entsprach auch dem Interesse des Kl. (§ 683 BGB.). Ihm drohten aus seiner bewußten Untätigkeit im Falle eines durch Steinschlag herbeigeführten, bei dem starken Verkehr auf der Strecke leicht möglichen Eisenbahnunglücks unübersehbare Nachteile zu erwachsen. Ebenso wurde die Art der Geschäftsbeforgung durch das Interesse des Kl. erfordert (§ 677 BGB.); auf andere Weise als durch Errichtung des Schutzzaunes und des Arbeitsgerüsts hätte der Gefahr nicht ebenso rasch und wirksam einstweilen vorgebeugt werden können. Auf den Willen des Kl. kam es nach § 679 BGB. nicht an, weil die Erfüllung seiner aus § 908 BGB. sich ergebenden Pflicht hier im öffentlichen Interesse lag. Daß die Bekl. nicht etwa ein eigenes, sondern ein Geschäft des Kl. besorgen wollte (§ 687 Abs. 1 BGB.), folgt aus ihrem im Febr. 1931 an den Kl. gerichteten Erklärungen, daß die erforderlichen Maßnahmen seine Sache seien, und daß sie, falls sie an seiner Stelle tätig werden müßte, Ersatz ihrer Aufwendungen beanspruchen werde.

Das BG. hat den Ersatzanspruch der Bekl. nur zur Hälfte für begründet erachtet, weil Zaun und Gerüst auch zur Abwehr der von dem verwitterten Fels drohenden Gefahr erforderlich gewesen seien und zur Abtragung nicht nur des Tempelchens, sondern auch des darunter befindlichen oberen Teils der Felskuppe gebient hätten. Das BG. hatte diese Tatsache für un-

erheblich erklärt, weil nur die Bekl. gegen den Kl., nicht aber der Kl. gegen die Bekl. einen Abwehranspruch gehabt habe und die gesamten Kosten auch entstanden wären, wenn die Gefahr nur von dem Mauerwerk unter dem Tempelchen gedroht hätte. Dem ist das BG. nicht beigetreten. Es hat den Rechtsatz, daß ein neben dem Interesse des Geschäftsherrn bestehendes eigenes Interesse des Geschäftsführers seinen Ersatzanspruch nicht beeinträchtigt (RGKomm., Anm. 2 zu § 683), für den vorl. Fall nur insofern anerkannt, als das eigene Interesse der Bekl. an Beseitigung der von dem Mauerwerk ausgehenden Gefahren ihren Ersatzanspruch weder dem Grund noch der Höhe nach berühre. Anders beurteilt hat das BG. aber das Interesse der Bekl. an Abwehr der aus der Verwitterung des Felsens drohenden Gefahr. Damit hat das BG. — ausgehend von Beschränkung der Verantwortung des Kl. auf den Zustand des Mauerwerks mit Einfluß nur des gemauerten Untergrundes — die Grenze zwischen zwei verschiedenen Tatbeständen richtig gezogen und die Rechtslage treffend gewürdigt. War der Kl. nicht verpflichtet, gegen die aus der Verwitterung des Felsens dem Bahnbetrieb drohenden Gefahren Vorkehrungen zu treffen, so hat die Bekl., soweit sie gegen diese Gefahr sich wandte, nur ihr eigenes Interesse gewahrt und kann aus § 683 BGB. einen Ersatzanspruch gegen den Kl. nicht herleiten. Es bestünde dann grundsätzlich kein rechtliches Bedenken gegen eine Verteilung der Kosten nach dem Verhältnis der Stärke beider Gefahren. In einem im Vergleichspunkt ähnlich liegenden Fall hat das RG. (RGZ. 77, 193 = JW. 1911, 783) schon ebenso entschieden.

Die Vorschr. im § 908 BGB. scheidet aus, weil sie sich nur auf ein Gebäude oder ein anderes mit einem Nachbargrundstück verbundenes Werk bezieht. Gewachsener Fels ist darunter nicht zu begreifen. Maßgebend ist § 1004 BGB. Danach konnte die Bekl. als Eigentümerin des Bahndammes von dem Kl. Beseitigung der durch Steinschlag herbeigeführten Beeinträchtigung und Unterlassung der zu besorgenden weiteren Beeinträchtigungen verlangen, wenn der Kl. als „Störer“ i. S. der angewendeten Vorschr. anzusehen war.

Gegner des im § 1004 BGB. dem Eigentümer gegebenen Abwehranspruchs ist nur der, auf dessen Willen die Beeinträchtigung des fremden Eigentums zurückzuführen ist. Zwischen solcher Willensbetätigung und der Beeinträchtigung muß ein ursächlicher Zusammenhang bestehen, der jedoch kein unmittelbarer Zusammenhang zu sein braucht. Geht die Beeinträchtigung von Naturkräften aus, die auf ein Grundstück einwirken, so kann dessen Eigentümer für die daraus sich ergebende Beeinträchtigung fremden Eigentums nach § 1004 BGB. verantwortlich sein, wenn die Vorbedingungen für diese Wirkung der Naturkräfte durch ihn oder auch durch einen früheren Eigentümer geschaffen oder auch nur mitgeschaffen worden sind. Das ist besonders dann der Fall, wenn Anlagen errichtet worden sind, von denen unter dem Spiel der Naturkräfte Störungen fremden Eigentums ausgehen (RGZ. 51, 408; RG.: Seuff-Arch. 60 Nr. 55; RG.: Gruch. 54, 156; RG.: JW. 1910, 654¹³; RGZ. 134, 231 = JW. 1932, 1726⁷).

Unter Berufung auf die an letzter Stelle genannte Entsch. des RG. haben die Vorinstanzen den Kl. nicht als verpflichtet angesehen, die aus Verwitterungsercheinungen am gewachsenen Felsen sich ergebenden Beeinträchtigungen des Eigentums der Bekl. zu beseitigen. Indessen weist gegenüber dem in jener Entsch. behandelten der vorl. Fall einige Besonderheiten auf, von denen eine zu abweichender Beurteilung führen kann. Für die Anwendbarkeit des § 1004 BGB. ist es allerdings nicht von Bedeutung, daß nach den bisher getroffenen Feststellungen hier — anders als in dem in jener Entsch. behandelten Fall — weder bei Anlage der Eisenbahn der Felsabhang ohne Zutun seines Eigentümers in den gefahrdrohenden Zustand veretzt worden ist, noch der Betrieb der Bahn durch Erschütterung des Felsens das Lockerwerden und Herabfallen von Steinen begünstigt. Denn daraus folgt nur, daß hier einem sonst begründeten Anspruch der Bekl. nicht entgegengehalten werden könnte, sie selber habe eben den gefahrdrohenden Zustand geschaffen und erhalten, gegen den sie von dem Kl. geschützt sein wolle. Für die Eigenschaft des Kl. als „Störer“ i. S. der behandelten Vorschr.

ergibt sich daraus nichts. Wohl aber hat nach Behauptung der Bekl. die Errichtung des Tempelchens und die mangelhafte Unterhaltung seines gemauerten Fundaments die Verwitterung auch des oberen Teils der Felskluppe gefördert.

Ist diese Darstellung richtig, so haben die Voreigentümer des Kl. und er selber durch Errichtung des Tempelchens wie durch Duldung des Verfalls seines Fundaments die schädliche Einwirkung von Naturkräften auf den hier in Betracht kommenden Teil des Felsens unterstützt und damit die Absturzgefahr, zu deren Abwehr die Bekl. vorgegangen ist, vermehrt. Der Kl. hat dann die Absprengung auch von Felsteilen mittelbar verursacht, ist also auch insoweit als „Störer“ anzusehen. Ob diese Wirkung voraussehbar war, ob Vorsichtsmaßnahmen versäumt worden sind, ob mit anderen Worten der Kl. fahrlässig gehandelt hat, wäre für das Recht der Bekl. auf Beseitigung der Beeinträchtigung und damit für den Bestand ihres auf Geschäftsführung ohne Auftrag, nicht auf unerlaubte Handlung gestützten Widerklageanspruchs ohne Bedeutung. Die Bekl. hat für die Richtigkeit ihrer Darstellung sich auf Gutachten Sachverständiger bezogen. Das BG. ist darauf bisher nicht eingegangen. Die Sache bedarf auch insoweit weiterer Prüfung.

Diese Prüfung wäre freilich entbehrlich, wenn dem geltenden Recht ein allgemeingültiger Satz des Inhalts zu entnehmen wäre, daß der Eigentümer schon aus dem Gesichtspunkt verkehrsüblicher Rücksichtnahme kraft seines bloßen Eigentums aus § 1004 BGB. haftet, wenn er es bei einem von Natur gegebenen Zustand seines Grundstücks unterläßt, die Einwirkung von Naturkräften auf sein Grundstück und die daraus sich ergebende Beeinträchtigung des benachbarten Grundstücks zu verhindern. Ein solcher Rechtsatz besteht indessen nicht, ist übrigens auch von den Vorinstanzen nicht anerkannt worden. Allerdings hat der 6. ZivSen. des RG. in einem Urteil aus dem Jahre 1902 (RGZ. 52, 373) die Haftung des Eigentümers eines morsch gewordenen Baumes für den aus seinem Umfallen dem Nachbar entstehenden Schaden bejaht und bei der Begründung den allgemeinen Rechtsatz entwickelt, daß jeder für die Beschädigung durch seine Sache insoweit aufzukommen habe, als er diese Beschädigung bei billiger Rücksichtnahme auf die Interessen des anderen hätte verhüten müssen. Zur Entsch. stand damals ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB., nicht ein Anspruch auf Beseitigung einer Eigentumsstörung aus § 1004. Ob sich in jenem Fall ein Beseitigungsanspruch nicht schon daraus hätte herleiten lassen, daß der Eigentümer den Baum gepflanzt und genutzt und damit den gefährlichen Zustand mittelbar selbst geschaffen hatte, läßt sich dem Urteil nicht sicher entnehmen. Zu einer Erweiterung des in ihm überhaupt nicht erwähnten Begriffs des „Störers“ gibt dieses Urteil keine Veranlassung. Die Rspr., insbes. des erf. Sen., hat an der oben gegebenen Begriffsbestimmung stets festgehalten. Sie widerspricht auch nicht der heute wieder zur unbestrittenen Geltung gelangten deutsch-rechtlichen Auffassung vom Wesen des Eigentums als einer sozial gebundenen Einrichtung. Gewiß darf der Eigentümer und namentlich der Eigentümer von Grund und Boden sein Recht nicht ohne Rücksicht auf das Gemeinwohl gebrauchen. Aber darum handelt es sich nicht, wenn es wie im Streitfall nur darum geht, wer von zwei Nachbarn das Wirken von Naturgewalten abwenden soll, die auf dem Grundstück des einen ihr Spiel treiben und dadurch das andere gefährden: Hier bedeutet Untätigbleiben keinen Gebrauch des Eigentumsrechtes und vollends keinen gegen das Gemeinwohl gerichteten Gebrauch. Daß im Streitfall das bedrohte Grundstück dem allgemeinen Verkehr dient, ändert nicht die rechtliche Beurteilung, die dem Rahmen eines bürgerlichen Rechtsstreits zwischen zwei benachbarten Grundeigentümern angepaßt bleiben muß. Nicht das steht in Frage, ob dieser Verkehr vor Gefahren zu schützen ist, sondern wer von den Parteien für seinen Schutz zu sorgen hat. Rechtlich befähigt hierzu wäre auch die Bekl., weil ihr der Kl. die notwendigen Schutzmaßnahmen nach § 228 BGB. nicht verwehren könnte. Der Schutz der Bahnanlagen und des auf ihnen sich bewegenden allgemeinen Verkehrs geht die Bekl. näher an als den Kl. Dem entspricht es, daß die Bekl. sich diesen Schutz seit Jahrzehnten durch regelmäßige Räumung des gefährbringenden Geländes hat aneignen lassen. Unter solchen Umständen besteht zum wenigsten

in der vorl. Streitsache kein Grund, durch eine Dehnung des seit langem in der Rspr. fest begrenzten Begriffes des Störers die Verantwortung des Kl. allgemein auf die Ablösung von Felsgestein zu erstrecken.

(U. v. 13. Nov. 1935; V 99/35. — Köln.)

[v. B.]

3. § 242 BGB.; §§ 10, 68 AufwG. Aufwertung. Die Vermögensverhältnisse der Parteien sind nicht nach dem Stande zu Beginn des Jahres 1924, sondern zur Zeit der letzten Tatsachenverhandlung zu bewerten. Dieser Grundsatz kann, da alle Umstände zu beachten sind, nach Treu und Glauben eine Ausnahme erleiden, z. B. wegen Arglist, vielleicht auch bei Verzug.

Die Kl. ist mit ihren vier Brüdern Alfred, Alfons (den Bekl. zu 2a u. b), Anton und Viktor B. zu je $\frac{1}{5}$ Erbin ihres am 31. Jan. 1910 verstorbenen Vaters. Dieser war Alleininhaber der Bekl. zu 1. Am 12. August 1910 haben sich die Erben dahin auseinandergesetzt, daß die Beklagten zu 2a und b die Bekl. zu 1 mit der Firma und dem Handelsgeschäft für 2,7 Mill. M. übernahmen. Die Kl. erhielt als Erbteil 472 500 M. in Gestalt einer Forderung gegen die Bekl. zu 1 und 2, die durch zwei Sicherungshypotheken auf den Grundstücken der Bekl. zu 1 sichergestellt wurde. Die Kl. suchte den Auseinandersetzungsvertrag an. Der Rechtsstreit über die Anfechtung endete am 26. Aug. 1918 mit einem Vergleich, durch den sich die Bekl. zur Zahlung weiterer 330 000 M. verpflichteten, während die Kl. im übrigen den Vertrag vom 12. Aug. 1910 als zu Recht bestehend anerkannte.

Die Forderung von 472 500 M. aus dem Vertrage vom 12. Aug. 1910 war bis zum 1. Juni 1914 gestundet. Von da ab war die Kl. berechtigt, 75% in 15 Jahresraten zu je 5% des Ursprungskapitals abzuheben. Der Rest von 25% sollte so lange unkündbar stehenbleiben, als die Bekl. zu 2a und b Inhaber der Bekl. zu 1 waren. Demgemäß sind in den Jahren 1915 bis 1918 4 Jahresraten von je 23 625,30 M. = 94 501,20 M. an die Kl. gezahlt worden. Nach dem Vergleich v. 26. Aug. 1918 sollte die Rückzahlungsverpflichtung unbeschadet der Zinszahlung bis zum 1. Sept. 1921 ruhen. Die Forderung der Kl. war infolge der erwähnten Abzahlungen sowie einiger Abhebungen der Kl. bis zum Aug. 1918 auf 300 000 M. zurückgegangen.

Mit ihrer am 25. März 1926 erhobenen Klage begehrt die Kl., nachdem sie den Antrag auf Abweichung von dem normalen Höchstfaze der Aufwertung gemäß § 12 AufwG. rechtzeitig bei der Aufwertungsstelle gestellt hat, auf Grund des § 242 BGB. und der §§ 10, 68 AufwG. volle Aufwertung ihrer Forderung aus dem Vertrage v. 12. Aug. 1910.

Das BG. nimmt an, daß bei der Beurteilung der Vermögensverhältnisse der Parteien vom Zeitpunkt der Währungsbeseitigung, also dem Beginn des Jahres 1924, auszugehen sei. Damals sei die Vermögenslage der Bekl. noch durchaus günstig gewesen. Damit sei aber noch nicht ohne weiteres eine Aufwertung zu 100% zu rechtfertigen, denn ein Aufwertungsanspruch unterliege je nach der Weiterentwicklung der Verhältnisse Änderungen, und zum Abschluß komme die Entwicklung erst, wenn die Art der Leistung durch Vertrag oder Urteil festgestellt werde. Die Zerstörung vieler Vermögen in der Zeit nach der Geldentwertung habe ihren Grund in der von 1924 ab eintretenden Geldknappheit und in dem damit zusammenhängenden hohen Zinsfuß für Kredite. Zu prüfen sei, ob die Verschlechterung der Vermögenslage der Bekl. hiermit in Zusammenhang stehe und wie weit das der Fall sei. In dieser Hinsicht sei festzustellen, daß die Bekl. zu 1 ihre ausschließenden Gesellschafter, den Bekl. zu 2a und Anton B. in der Zeit nach der Klagerhebung mit 1,6 Millionen RM abgefunden habe. Daraus sei zu folgern, daß die Vermögenslage der Bekl. zu jener Zeit noch günstig gewesen sein müsse, derart, daß unbedenklich anzunehmen sei, alle Bekl. wären zur Zeit der Klagerhebung in der Lage gewesen, die Kl. wegen ihres Anspruchs voll zu befriedigen,

ohne sich selbst dadurch der Gefahr des Vermögensverlusts auszusetzen. Die wirtschaftlichen Verhältnisse der Bekl. hätten sich zwar im Laufe des Rechtsstreits und nach Erlass des landgerichtlichen Urteils derart verschlechtert, daß es bei der Bekl. zu 1 und dem Bekl. zu 2a zur Konkursöffnung gekommen sei. Ebenso sei zuzugeben, daß sich die Vermögenslage des Bekl. zu 2b weiter verschlechtert habe. Jedoch könne sich ein in Verzug befindlicher Schuldner nicht auf eine nach Eintritt seines Verzugs entstandene ungünstige Vermögenslage berufen. Zur Zeit des Erlasses des landgerichtlichen Urteils v. 30. Nov. 1931 seien alle fünfzehn Raten fällig gewesen, und es sei somit Verzug aller Bekl. festzustellen. Es sei überdies nicht anzuerkennen, daß die Verschlechterung der Vermögenslage der Bekl. auch nur die mittelbare Folge des Währungsverlusts gewesen sei. Es handle sich vielmehr um eine Konjunkturverschlechterung in der Leinenindustrie, die mit der Auslandskonkurrenz in Zusammenhang stehe. Hiernach sei es zu billigen, wenn das VG. der Kl. volle Aufwertung zuerkannt habe.

Mit diesen Ausführungen setzt sich das VG. in mehrfacher Hinsicht in Widerspruch zu der Rspr. des RG. Seine Ansicht, daß bei der Entsch. über die Höhe der Aufwertung von den Vermögensverhältnissen der Beteiligten bei Beginn des Jahres 1924 auszugehen sei, ist in der von ihm selbst angezogenen Entsch. des 2. ZivSen. v. 15. Jan. 1929 (RGZ. 123, 371 = JW. 1929, 1966) mit eingehender Begründung abgelehnt worden. Maßgebend sind vielmehr grundsätzlich die bei der letzten Tatsachenverhandlung gegebenen Verhältnisse (RGZ. 143, 341 mit Nachweisungen = JW. 1934, 337). Dieser Grundsatz gilt jedoch nicht ohne Ausnahmen. Ein früherer Zeitpunkt kann z. B. im Falle der Arglist des Schuldners (JW. 1928, 1390⁵⁵), aber auch sonst in Betracht kommen, wenn der aus § 242 BGB. zu entnehmende Gesichtspunkt der Billigkeit es nach den besonderen Umständen des Falles im Interesse des Gläubigers angezeigt erscheinen läßt (Senl. v. 21. Dez. 1931, IV 126/31). Dies kann im Falle des Verzugs des Schuldners der Fall sein. Ein schlechthin gültiger Satz, daß sich der im Verzug befindliche Schuldner nicht auf eine nach Eintritt seines Verzugs entstandene ungünstige Vermögenslage berufen könne, ist aber in der Rspr. des RG. nicht aufgestellt worden (JW. 1932, 335³; Senl. v. 3. April 1933, IV 2/33).

Dem Grundsatz, daß bei der Beurteilung der Vermögensverhältnisse der Beteiligten von den im Zeitpunkt der letzten Tatsachenverhandlung gegebenen Verhältnissen auszugehen ist, sowie der nach § 242 BGB. gebotenen Berücksichtigung aller die Leistung des Schuldners nach Treu und Glauben bestimmenden Umstände würde es nicht entsprechen, solche Vermögensseinbußen von der Berücksichtigung auszuschließen, die nicht auf den Währungsverlust, sondern auf sonstige Umstände zurückzuführen sind. Für seine gegenteilige Ansicht stützt sich das VG. ersichtlich auf das bereits erwähnte Urteil des 2. ZivSen. in RGZ. 123, 371 ff. Es kann dahingestellt bleiben, ob diesem Urteil oder dem von der Kl. angezogenen, in Aufw. Rspr. 1929, 664 abgedruckten Urteil des 5. ZivSen. v. 2. Mai 1929 der Grundsatz entnommen werden kann, daß nur solche Vermögensseinbußen, die auf den Währungsverlust oder die zur Befestigung der Währung getroffenen Maßnahmen unmittelbar oder mittelbar zurückzuführen sind, bei der Entsch. über die Höhe der Aufwertung zu berücksichtigen seien. Auch wenn den genannten Urteilen eine solche Auffassung zugrunde gelegen haben sollte, so ist daran in der späteren Rspr. des RG. nicht mehr festgehalten worden.

Auf Rechtsirrtum beruht schließlich auch die Annahme des VG., daß die Bekl. mit der Fälligkeit der einzelnen Raten ohne weiteres in Verzug gekommen seien. Es genügt, in dieser Hinsicht auf RGZ. 143, 343 (mit Nachweisungen) = JW. 1934, 337 hinzuweisen.

(U. v. 14. Nov. 1935; IV 144/35. — Dresden.) [R.]

4. §§ 249 ff. BGB. Bei jedem Verkauf zu einem bestimmten Preise übernimmt der Fabrikant, der die Ware herstellen muß, das Risiko, daß die Preise des Materials und die Löhne inzwischen steigen oder fallen. Ebenso wie dem Fabrikanten die Steigerung dieser Herstellungskosten zum Nachteil gereicht, muß es ihm umgekehrt zugute kommen, wenn Materialpreise und Löhne sinken. Das ist auch gegenüber dem Vertragsgegner zu berücksichtigen, der zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung verpflichtet ist. Im allgemeinen werden dadurch, daß Aufträge nicht ausgeführt werden, die sog. allgemeinen Unkosten des Fabrikanten nicht vermindert. Die allgemeinen Unkosten können also regelmäßig als Element der Schadensberechnung auscheiden.

Die Kl., eine Firma in der Schweiz, macht den ihr durch die Vertragsuntreue der Bekl. erwachsenen Schaden geltend.

Die Berechnung des der Kl. erwachsenen Schadens durch das VG. ist von Rechtsirrtum beeinflusst. Die Kl. verlangt als entgangenen Gewinn den Unterschied zwischen den vereinbarten Preisen und ihren Selbstkosten. Als Selbstkosten bringt sie die Materialpreise und die Löhne in Ansatz, die sie zur Ausführung des Auftrages hätte aufwenden müssen. Sie berechnet diese Kosten in abstrakter Weise, indem sie die Beträge einsetzt, die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge hätten aufgewandt werden müssen. Dagegen bestehen keine rechtlichen Bedenken (vgl. RGZ. 60, 347). Die Materialkosten sind in der Erfüllungszeit geringer geworden, als zur Zeit der Bestellung angenommen worden ist. Die dadurch bei der Materialbeschaffung bewirkten Einsparungen bringt das VG. der Kl. gut. Aber auch die Arbeitslöhne hatten in der Erfüllungszeit eine Senkung erfahren. Die Herstellungskosten hätten sich also für die Kl. auch dadurch verringert. Das VG. verlagert der Kl. diesen Vorteil. Es meint, mit den Grundsätzen von Treu und Glauben sei es unvereinbar, daß die Kl. aus der Lohnsenkung Vorteile ziehe, also ihren Gewinn steigere, obwohl sie ihre Arbeiter schlechter bezahlen könne und tatsächlich selbst nichts zu leisten habe. Dem kann nicht beigelegt werden. Bei jedem Verkauf zu einem bestimmten Preise übernimmt der Fabrikant, der die Ware herstellen muß, das Risiko, daß die Preise des Materials und die Löhne inzwischen steigen oder fallen. Tritt eine Steigerung ein, so wird der Fabrikant dadurch nicht von der Lieferpflicht zum vereinbarten Preise befreit (vgl. RGZ. 88, 172 = JW. 1916, 830; 92, 322). Ebenso wie ihm die Steigerung der Kosten für das Material und die Löhne zum Nachteil gereicht, muß ihm umgekehrt zum Vorteil gereichen, wenn die Materialpreise und die Löhne sinken. Die Kl. darf dadurch, daß die Bekl. sich weigert, den Vertrag zu erfüllen, nicht schlechter gestellt werden, als wenn die Bekl. erfüllt hätte. Wäre die Bekl. vertragstreu geblieben, so hätte die Kl. den vertraglich vereinbarten Preis rechtzeitig erhalten. Das, was sie an Materialkosten und Löhnen ersparte, hätte ihren Gewinn erhöht. Demgemäß kann die Bekl. nicht einwenden, die Lohnsenkung sei nicht zum Nutzen der Kl. zu berücksichtigen, sie komme der Bekl. zugute.

Die weiteren Ausführungen des VG. beruhen auf einer Verkennung des Begriffes der allgemeinen Unkosten.

Die ungedeckten Generalunkosten der Kl. fassen die gesamten Aufwendungen des Unternehmens für Gebäude, Maschinen, Licht und Kraft, Hilfspersonal, Werkzeuge, Transportvorrichtungen, die Aufwendungen für die Verwaltung und Beaufsichtigung, die kaufmännische Leitung und Verwaltung, die Kosten der Verkaufsorganisation und der Reklame, dann auch die sog. Kapitalunkosten, wie Steuern, Versicherungen, Abschreibungen und Verzinsungen u. dgl., also alles das, was nicht unmittelbar der Herstellung der einzelnen Gegenstände dient. Sie treten zu den unmittelbar feststellbaren Kosten, die der Gegenstand zu seiner Herstellung an Material, Kraft, Löhnen u. dgl. erfordert, hinzu. Diese Gemeinkosten müssen anteilmäßig auf die Erzeugnisse umgelegt werden. Es geschieht dies bei der Kalkulation der Preise durch bestimmte prozentuale

Aufschlage, die sich nach den bisherigen Erfahrungen des Betriebes richten. Zur Grundlage dafür werden vielfach entweder die Löhne oder die Materialpreise oder beides zusammen gewählt. Der Sachverständige S. hat die Löhne zugrunde gelegt und mit Rücksicht darauf, daß die Kl. Qualitätserzeugnisse herstellt, den Zuschlag auf 200 % der Löhne berechnet. Das BG. geht davon aus, daß die Kl. für den nicht erfüllten Teil des Vertrages keinerlei irgendwie geartete Tätigkeit entfaltet und nichts geleistet habe, daß sie zum mindesten einen Großteil der allgemeinen Unkosten gar nicht aufgewendet habe, daß diese Unkosten nur als Rechnungskosten anzusehen seien. Es setzt als Anteil an den Generalunkosten nur 50—60 % der produktiven Löhne ein.

Die allgemeinen Unkosten bilden einen Teil der Preiskalkulation des Fabrikanten. Es sind Aufwendungen, die den Fabrikanten allgemein treffen, wenn sie auch in den einzelnen Betrieben je nach der Fundierung des Unternehmens, ihrer Einrichtungen und dem Beschäftigungsgrad verschieden hoch sind. Sie sind auch in dem einzelnen Betriebe je nach dem Beschäftigungsgrad und der industriellen Kostenentwicklung Schwankungen unterworfen und können daher nur auf Grund statistischer Aufzeichnungen annähernd im voraus kalkuliert werden. Daraus wird dann der Schluß gezogen, welcher Satz den unmittelbaren Herstellungskosten bei der Preissetzung zuzuschlagen werden muß, um diese Kosten beim Absatz der Erzeugnisse hereinzubekommen. Die besonderen Aufwendungen, die sog. Spezialunkosten, die die Ausführungen des einzelnen Auftrags erfordern, wozu auch der Verbrauch an Licht, Kraft, Modellen, Sachverständigen, Vorarbeiten u. dgl. für die Herstellung des besonderen Auftrags gehören können, entfallen, wenn der Auftrag nicht ausgeführt wird. Bei den Generalunkosten trifft dies nicht zu. Es liegt danach auf der Hand, daß der Fabrikant den Anteil der allgemeinen Unkosten, der bei der Preiskalkulation einbezogen ist, durch den Kaufpreis erhalten soll und erhalten muß. Er erfährt dadurch, daß ein Auftrag ausfällt, keine Verringerung, vielmehr kann in der Regel nur eine Erhöhung der Aufträge eine Verminderung der Gemeinkosten herbeiführen. Davon geht die Kl. bei ihrer Berechnung zutreffend aus. Die Generalunkosten werden auf alle Fälle aufgewendet, einerlei, ob es zur Vertragserfüllung kommt oder nicht; sie sind ihr also nicht durch das Unterbleiben der Vertragserfüllung erspart geblieben. Wäre der Auftrag ausgeführt und der Kaufpreis von der Bekl. gezahlt worden, so hätte die Kl. in Höhe von 201 750 RM Deckung für ihre Generalunkosten erhalten. Diese Aufwendungen berechnet sie nach allgemeinen Erfahrungsgrundsätzen, also abstrakt (vgl. RGZ. 89, 283). Dagegen ist nichts einzuwenden. Da die Kl. so gestellt werden muß, wie sie stehen würde, wenn der Vertrag bei Ablauf der Nachfrist beiderseits erfüllt sein würde, macht es keinen Unterschied hinsichtlich der Ersparung von Generalunkosten, ob der Kaufpreis oder der Schadenersatzanspruch in Frage kommt. Bei Erfüllung würde von der Kl. ein Rohgewinn in gewisser Höhe (Kaufpreis-Gestehungskosten im eigentlichen Sinne) vereinnahmt worden sein. Im zweiten Fall ist dieser Rohgewinn gleich dem Schaden. Beide Posten bleiben also unberührt durch die allgemeine Rentabilität des Werkes, die von dessen Organisation und von seinem Auftragsbestand abhängen. Sie bleiben also unbeeinflusst davon, ob mit hohen oder niedrigen Generalunkosten gearbeitet wird. Daher ist es grundsätzlich verfehlt, Abschreibungen in der Bilanz dem vertragsuntreuen Abnehmer irgendwie gutbringen zu wollen. Ob im Erfolge „ein Reingewinn“ in die bilanzmäßige Gewinn- und Verlustrechnung eingestellt worden wäre, hängt lediglich von den inneren Verhältnissen des Werks ab; daß diese durch die Erfüllung oder Nichterfüllung des Vertrages beeinflusst worden seien, ist nicht ersichtlich. Die allgemeinen Unkosten können also regelmäßig als Element der Schadensberechnung ausscheiden. Nur wenn Verzugschaden geltend gemacht sein würde, würde es u. U. auf die Generalunkosten, die nach dem Vorbringen der Kl. in den einzelnen Fabrikationspreisen sehr erheblich geschwankt haben, ankommen. Die Kl. hätte dann wohl geltend machen können, daß sie zu einer früheren Zeit den Auftrag mit geringeren Generalunkosten, also vorteilhafter und billiger hätte erledigen können, wobei sie sich dann natürlich

auf der anderen Seite hätte anrechnen lassen müssen, daß der frühere Stand der Löhne höher gewesen ist. Nur für die Geltendmachung eines Verzugschadens würde eine Gegenüberstellung der Preiskalkulation für die maßgebliche und die frühere Zeit, die natürlich nur unter Berücksichtigung der jeweiligen Generalunkosten hätte erfolgen können von Bedeutung sein. Die Kl. hat aber nicht Verzugschaden, sondern nur Schaden wegen Nichterfüllung verlangt. Im allgemeinen werden dadurch, daß Aufträge nicht ausgeführt werden, Gemeinkosten nicht gespart. Nur unter ganz besonderen Umständen, wenn es sich etwa um sog. Zusatzaufträge gehandelt hätte, deren Erledigung eine Erhöhung der Gemeinkosten — etwa durch Einlegung von Nachtschichten — erfordert hätte, könnte hier von einer Ersparnis die Rede sein. Solche Ersparnisse aber müßte die Bekl. dartun.

(U. v. 15. Okt. 1935, III 31/35. — München.)

[v. B.]

5. § 254 BGB. ist im vollen Umfange anzuwenden, wenn ein Beamter auf Grund eines Schadensfalles zunächst dienstunfähig geworden und in den Ruhestand versetzt worden ist, danach aber wieder dienstfähig wird. Ein Verschulden des Geschädigten liegt nicht vor, wenn er die Wiedereinstellung ablehnt, solange die Anstellungsbehörde seine Wiedereinstellung an eine Bedingung knüpft, auf die einzugehen ihm nicht zuzumuten ist.

Wenn auch die Verfügung, durch welche der Kl. in den Ruhestand versetzt worden ist, nicht einseitig widerrufen werden kann, so folgt daraus nur, daß der Kl. insofern die Rechte geltend machen kann, die ihm auf Grund der Versetzung in den Ruhestand zustehen. Im vorl. Rechtsstreit handelt es sich nicht um diese Rechte, sondern um einen Anspruch auf Schadenersatz, der in dem Unterschied zwischen dem Beamtengerhalt und den Ruhegehaltsbezügen besteht. Auf diesen Schadenersatzanspruch, der hier in dem RHPfV. seine Stütze findet, ist § 254 BGB. in vollem Umfange, also auch Abs. 2 dieser Vorschrift anzuwenden. Falls also der Kl. unter Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt es unterläßt, den ihm entstandenen Schaden abzumindern oder zu mindern, so kann nach jener Vorschrift der Schaden ganz oder zum Teil ihm selbst auferlegt werden. So kann der Fall liegen, wenn ein Beamter, der infolge eines Anfalls dienstunfähig geworden und deshalb in den Ruhestand versetzt worden ist, nachträglich wieder gesund wird und im Rahmen des Zumutbaren imstande ist, wieder Dienst zu verrichten. Insofern steht ein Beamter im Ruhestande, der einen Schadensersatzanspruch geltend macht, nicht anders, als eine sonstige im Erwerbsleben stehende Person. Denn es geht nicht an, von einem anderen Ersatz eines Schadens zu verlangen, dessen Abwendung oder Minderung dem den Schadensersatz Verlangenden möglich ist, und so ohne Grund auf Kosten eines anderen — jedenfalls zum Teil — zu leben (vgl. für den Fall, wo die Versetzung in den Ruhestand nicht im ursächlichen Zusammenhang mit einem Unfall steht, der den Beamten betroffen hat [RGZ. 103, 144]). Ein solches Verschulden des Geschädigten liegt aber nicht vor, wenn und solange die Anstellungsbehörde die Wiedereinstellung des früheren Beamten an eine Bedingung knüpft, auf die einzugehen ihm nicht zuzumuten ist. Die Bekl. hat einen Vergleich als Voraussetzung der Wiedereinstellung des Kl. bezeichnet, wonach der Kl. auf alle Rechte aus dem landgerichtlichen Urteil verzichten sollte. In der Ablehnung eines solchen Vergleichs lag unter den vorliegenden Umständen kein Verschulden. Grundsätzlich stand dem Kl. infolge des Anfalls der im vorl. Rechtsstreit geltendgemachte Anspruch zu. Die Geltendmachung des Anspruchs ist nur insofern ausgeschlossen, als der Kl. der bedingungslosen Aufforderung der Bekl., wieder in ihren Dienst zu treten, ohne Grund nicht entspricht. Die Ausführung der Bekl., der Verzicht auf die Rechte aus dem erstrittenen Urteil habe keine sachliche Bedeutung, trifft nicht zu.

(U. v. 7. Nov. 1935; VI 171/35. — Rönigsberg.) [L.]

6. §§ 276, 278 BGB. Culpa in contrahendo verpflichtet zum Schadenersatz, auch wenn nur Vorverhandlungen stattgefunden haben. Das gilt besonders, wenn die Parteien schon in einem Vertragsverhältnis standen.

Der Kl. mietete am 3. Jan. 1931 von der Bekl. einen in der H-Straße in M. gelegenen Bauplatz für seine Geschäftszwecke als Gemüse- und Obsthändler zum monatlichen Mietpreis von 15 RM bei beiderseits vierwöchiger Kündigung. Anfang 1932 errichtete der Kl. auf dem Grundstück einen Ladenraum und mehrere Holzschuppen. Ende Juni 1933 kündigte die Bekl. dem Kl. das Mietverhältnis auf den 1. Aug. 1933. In dem anschließenden Räumungsprozeß wurde der Kl. rechtskräftig zur Räumung mit Frist bis zum 1. Okt. 1934 verurteilt. Im Oktober 1934 hat der Kl. den Bauplatz geräumt; der Ladenraum und die Schuppen sind abgebrochen worden. Der Kl. verlangt von der Bekl. als Ersatz der aufgewendeten Baukosten den Betrag von 7000 RM. Hilfsweise gründet er seinen Ersatzanspruch auf Verschulden der Bekl. bei den Vertragsverhandlungen (culpa in contrahendo). Mit der Rev. verfolgt der Kl. seinen Klagenanspruch weiter, während die Bekl. um Zurückweisung der Rev. bittet.

Gegenüber dem klageabweisenden Spruch des OLG. sagt das RG. zu diesem Klagegrunde:

Der Kl. hatte seinen Schadenersatzanspruch auch darauf gestützt, daß, wenn es nicht zu einer festen Vereinbarung über den Ersatz seiner Baukosten gekommen sein sollte, so doch jedenfalls die Äußerungen und Versprechungen des Geschäftsführers B. der Bekl. bei den Verhandlungen, die dem Baubeginn vorangingen, eine grobe Fahrlässigkeit desselben darstellten. Das BG. tut diese aus einem Verschulden der Bekl. beim Vertragschluß (culpa in contrahendo) hergeleitete Anspruchs begründung damit ab, daß es sagt, es sei weder ein Vertrag noch auch ein Vorvertrag oder eine sonstige die Parteien bindende Abrede zustande gekommen, es habe sich lediglich um unverbindliche Vorbesprechungen gehandelt, auch sei dabei K. gar nicht als Bevollmächtigter des Kl. tätig geworden.

Diese Ausführungen des BG. übersehen, daß nach der neueren Rspr. des RG. eine zu Schadenersatz verpflichtende culpa in contrahendo auch dann vorliegen kann, wenn es bei Vorverhandlungen geblieben und nicht zum Abschluß gekommen ist. Es ist bereits in der Entsch. des RG. v. 5. April 1922 (RGZ. 104, 265 = JW. 1922, 1313) ausgeführt worden, daß in Fällen, wo der Vertrag nicht zustande gekommen ist, für manche Sachlagen das Gesetz selbst die Forderung des negativen Vertragsinteresses (sog. Vertrauensschadens) zulasse, so in den §§ 122, 179, 307 und 309 BGB.; daß in der Rspr. und Rechtslehre eine Ausdehnung dieses Grundsatzes auf ähnliche Fälle vorgenommen werde, und daß die Billigkeit und die Rücksicht auf die Verkehrssicherheit es rechtfertige, denjenigen, der bei Vertragsverhandlungen fahrlässig durch seine Ausdrucksweise bei der Gegenpartei ein Mißverständnis hervorruft, mit der Haftung für den daraus entstehenden Schaden zu belasten. Spätere Entsch. des RG. haben diesen Rechtsatz wiederholt. Insbes. wird in der Entsch. RGZ. 120, 251 ausgesprochen, es sei, obwohl im BGB. eine ausdrückliche allgemeine Bestimmung hierüber fehle, vom RG. anerkannt, daß schon bloße Vertragsverhandlungen, selbst dann, wenn sie nicht zum Vertragschluß führen, ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis unter den Beteiligten erzeugen, das sie zu der Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt verpflichte; eine fahrlässige Verletzung dieser Sorgfaltspflicht mache jedenfalls insofern Schadenersatzpflichtig, als das negative Vertragsinteresse zu erkennen sei. — Gemäß dieser Rspr. des RG. wäre vom BG. zu prüfen gewesen, ob die Äußerungen des Geschäftsführers der Bekl., „es sei nicht anzunehmen, daß der Platz in Bälde verkauft werden würde; die Bekl. werde dem Kl. nicht den Hals zuziehen; wenn der Kl. aber vom Platz heruntermüsse, dann werde man ihn entschädigen“; sowie die weiteren vom Kl. unter Beweis gestellten Äußerungen B.s, sofern man schon in diesen Äußerungen nicht ein verpflichtendes Ent-

schädigungsversprechen erblicken will, nicht als Fahrlässigkeiten B.s zu bewerten waren, die dann nach Treu und Glauben eine Schadenersatzpflicht der Bekl. begründeten, wenn der Kl. im Vertrauen auf diese Erklärungen B.s Bauarbeiten ausgeführt und sonstige mit erheblichen Kosten verbundene Aufwendungen in das Grundstück gemacht hat. — Zudem ist vom BG. aber auch weiter noch unberücksichtigt geblieben, daß die Parteien sich bei diesen Verhandlungen ja von vornherein gar nicht als Fremde gegenüberstanden, sondern daß auf Grund des bestehenden Mietvertrags zwischen ihnen ein vertragsmäßiges Band bestand, wodurch ein Vertrauensverhältnis zwischen ihnen begründet war, in welchem die Wahrung von Treu und Glauben noch in erhöhtem Maß und in weiterem Umfang als im Verkehr zwischen fremden Personen zu fordern war. Hier ist auf die ständige Rspr. des RG. hinsichtlich der durch eine bestehende dauernde Geschäftsverbindung begründeten Sorgfaltspflicht zu verweisen (RGZ. 27, 118; 65, 141 = JW. 1907, 177; RGZ. 122, 355 = JW. 1929, 1134). — Es ist ferner anerkannten Rechts, daß auch für Verschulden bei Vorverhandlungen, die nicht zum Abschluß geführt haben, § 278 BGB. gilt, das heißt, daß die beklagte GmbH. ein Verschulden ihres gesetzlichen Vertreters B. in gleichem Umfang zu vertreten hat, wie eigenes Verschulden (RGZ. 103, 50; 132, 79 = JW. 1931, 2232). Und andererseits würden fahrlässige Äußerungen B.s bei diesen Verhandlungen nicht dadurch ihrer zu Schadenersatz verpflichtenden Wirkung entkleidet, daß sie weder dem Kl. selbst noch einem vom Kl. bevollmächtigten Dritten gegenüber abgegeben sind, wenn nur der Dritte, dem gegenüber sie abgegeben wurden, diese fahrlässigen Äußerungen und Bemerkungen B.s mit Wissen B.s alsbald dem Kl. überbracht hat. Daher ist es rechtsirrig, wenn das BG. aus seiner Annahme, daß K. nicht Bevollmächtigter des Kl. gewesen sei, die Folgerung zieht, daß deshalb keine Haftung der Bekl. für culpa in contrahendo in Betracht kommen könne.

(U. v. 7. Nov. 1935; IV 153/35. — Hamm.) [R.]

* * 7. §§ 278, 400, 831, 843 BGB.; § 850 Abs. 3 a. F. ZPO.; § 67 BGB.; § 1542 RVO. Die Bestimmung über die Unpfändbarkeit von Ansprüchen aus § 843 kann nicht auf Ansprüche aus § 278 übertragen werden. Stützt der Kl. (hier eine Versicherungsgesellschaft) seinen Anspruch auf den Übergang der Forderung eines Dritten (hier: der Forderung einer Berufsgenossenschaft aus § 1542 RVO.), so kann ihm nicht entgegengehalten werden, daß, wenn er die Klage auf einen in der Person eines anderen (hier: des Versicherten) entstandenen und auf Grund besonderer Vorschrift (§ 67 BGB.) auf ihn kraft Gesetzes übergangenen Anspruch stützen würde, ein bestimmter Einwand (der Einwand der Ausgleichspflicht) zulässig wäre; dies auch dann nicht, wenn die Klage in zweiter Linie auf diesen anderen Anspruch gegründet ist. †)

(U. v. 6. Juni 1935; VI 38/35. — Berlin.)

Abgedr.: JW. 1935, 3291 a.

<= RGZ. 148, 137.>

Anmerkung: Das Urteil befaßt sich im wesentlichen mit zwei Rechtsfragen.

I. Kann die Unpfändbarkeit der Ansprüche aus unerlaubter Handlung auch gegenüber einem etwaigen Vertragsanspruch geltend gemacht werden, den der Verletzte aus dem gleichen Tatbestand geltend zu machen in der Lage ist?

II. Kann die bei einem gesetzlichen Anspruchsübergang aus § 67 BGB. mögliche Einrede, daß nur eine bruchteilsmäßige Ausgleichungspflicht bestehe, auch geltend gemacht werden gegenüber einem abgetretenen Anspruch aus § 1542 RVO.?

In beiden Fällen kann die Richtigkeit der Entscheidung und der Urteilsgründe einem Zweifel nicht unterliegen.

ad I. Die Pfändungsbeschränkung aus § 850 Abs. 3 ZPO.

ist dem Recht der unerlaubten Handlung eigentümlich und entspricht dem Gedanken der Rentenähnlichkeit der Ansprüche von körperlich Beschädigten (RGKomm., Anm. 3 a zu § 843). Diese Begr. des Unpfändbarkeitsanspruchs verbietet die Ausdehnung seiner Anwendung; insbes. darf danach die Unpfändbarkeit nicht beim Vertragsanspruch angenommen werden, selbst wenn er wie im vorl. Falle auf dem gleichen Uratbestande beruht.

ad II. Wenn die klagende Versicherungsgesellschaft ihren Anspruch in erster Linie auf Abtretung und hilfsweise auf § 67 BGB. stützt, so macht sie damit Rechte geltend, die ursprünglich nicht für sie selbst und in ihrer Person entstanden, sondern erst durch Vertrag bzw. kraft Gesetzes auf sie übergegangen sind. Es ist ihr allerdings der Anspruch nach dem BGB. insofern eigentümlich, als ihre Ersatzforderung aus § 67 BGB. im Rahmen des bestehenden Haftpflichtvertrages zurückgreift auf einen gleichartigen Anspruch des Versicherungsnehmers. Bei der Abtretung fehlt dagegen für die Versicherungsgesellschaft ursprünglich jede innere Beziehung sowohl in Richtung der beteiligten Personen wie in bezug auf den Rechtsgrund der abgetretenen Forderung.

Übereinstimmend ist in beiden Fällen nur die Absicht des Versicherers, einen Ausgleich für seine aus demselben Uratbestand in Verbindung mit dem Haftpflichtversicherungsvertrag erwachsene Schadensersatzpflicht zu erhalten. Es kann danach keinem Zweifel unterliegen, daß die beiden Klagegründe der Versicherungsgesellschaft rechtlich absolut selbständig zu beurteilen sind, wobei noch darauf hingewiesen werden mag, daß die Geltendmachung des abgetretenen Anspruchs aus § 1542 RW. sich aus der Person des Verletzten herleitet, die Geltendmachung des gesetzlichen Anspruchs aus § 67 BGB. hingegen von dem Versicherungsnehmer als dem Verletzenden herkonnt.

Ist das aber richtig, so gibt es keine Möglichkeit, gegenüber dem abgetretenen Anspruchs aus § 1542 RW. Einwendungen auf Grund von § 67 BGB. zu erheben, mag die Klage nun auch hilfsweise oder überhaupt nicht auf die letztgenannte Best. gestützt werden.

Unter diesem Gesichtspunkte treten die rein versicherungsrechtlichen Fragen nach meiner Auffassung trotz ihrer starken Betonung in den Gründen der vorstehenden Entsch. notwendigerweise zugunsten allgemeiner Rechtsgedanken zurück, deren Anwendung im übrigen aber, wie eingangs bemerkt, keinen Bedenken unterliegt.

RA. Dr. Dellers, Halle a. S.

*

§. § 313 BGB. „Schwarzkauf“ in bezug auf die Verkäuferleistung, um sofortige Zahlung der Grunderwerbsteuer zu ersparen. Wo eine Abrede Leistungen betrifft, die ihrem Wesen nach zum Kaufaustausch gehören, ist die Anwendung von § 313 BGB. zwingend. So bedarf die Abrede über Erfüllung der zum Kaufvertrag gehörenden Pflichten des Verkäufers zur Übertragung von Besitz und Nutzungen des Kaufgegenstandes notwendig einer Beurkundung nach § 313 BGB.

Der Bfkl. hat dem Kl. am 16. Febr. 1933 ein notariell beurkundetes, bis zum 31. Jan. 1943 bindendes Angebot gemacht, ihm seine in G. gelegene Hausbesitzung für den Preis von 10 431,66 GM. zu verkaufen. Der Kl. hat das Angebot in notarieller Urkunde angenommen. Da der Bfkl. die Eigentumsübertragung verweigert, hat der Kl. Verurteilung zur Auflassung begehrt. Das LG. erkannte nach dem Klageantrage; das OLG. wies die Ver. des Bfkl. zurück.

Unstreitig ist: Weil der Kl. zur sofortigen Zahlung der Grunderwerbsteuer nicht imstande war, wurde kein Kaufvertrag, sondern das Angebot mit Annahmefrist bis 1943 beurkundet, dies mit der weiteren Best.: Besitz, Nutzungen, Lasten und Gefahr sollten mit der Annahme des Angebots auf den Käufer übergehen. Am Tage des Angebots wurde dann privatschriftlich eine Vereinbarung der Parteien des Inhalts aufgesetzt, daß dem Kl. sogleich sämtliche Rechte am Kaufgrundstück, insbes. die aus dem laufenden Mietvertrage abgetretenen würden, daß dieser alle Lasten und Reparaturen übernehmen, Überschüsse behalten,

überhaupt wie ein Eigentümer gestellt werden solle. Der Kl. nahm demgemäß das Grundstück sogleich in Besitz.

Der Bfkl. meint, die wahre Absicht der Parteien, den Übergang der Grundstücks Herrschaft sogleich eintreten zu lassen, hätte beurkundet werden müssen. Dagegen führt der Kl. aus: Die Vereinbarungen gäben, so wie niedergegeschrieben, die wahre Absicht der Parteien wieder; Herrschaft des Kl. als Käufer und Eigentümer habe erst von Annahme des Angebots an bestehen, für die Zwischenzeit aber die privatschriftlich niedergelegte und nicht formbedürftige einstweilige Regelung eintreten sollen; dies unabhängig vom Kauf und selbständig neben ihm.

Das BG. führt aus: Die Parteien hätten ernstlich eine Regelung gewollt, wie in dem Angebot und der privatschriftlichen Vereinbarung vom 16. Febr. 1933 niedergelegt; nämlich eine Anwartschaft für den Kl. auf späteren Eigentumserwerb und daneben eine davon völlig losgelöste und in sich geschlossene Zwischenregelung. Zwischen beiden Rechtsgeschäften habe wohl ein wirtschaftlicher, aber kein rechtlicher Zusammenhang bestanden. Sie seien unabhängig voneinander gewesen und hätten sich zeitlich abgelöst. Die Parteien hätten die beiden Rechtsgeschäfte getrennt gewollt, da sie nur so ihren Zweck hätten erreichen können.

Die von der Rev. hiergegen vorgebrachte Rüge einer Verletzung des § 313 BGB. ist begründet. Mit dem BG. ist davon auszugehen, daß das im Angebot vom 16. Febr. 1933 und in der „Vereinbarung“ vom gleichen Tage niedergelegte insofern dem wirklichen Parteiwillen entsprach, als die Beteiligten aus wirtschaftlichen Gründen — Hinausschiebung der Fälligkeit der Grunderwerbsteuer — die Käuferbindung erst in einem späteren, noch unbestimmten Zeitpunkt eintreten lassen wollten, wenn auch dabei das Zustandekommen des Vertrages in bestimmte Aussicht genommen war, wie sich schon in der sofortigen Zahlung des Kaufpreises in Gestalt von Grundschuldenerwerb zeigt. Eine Falschbeurkundung aber war es, wenn im notariellen Angebot steht: „Auf den Käufer gehen über der Besitz und die Nutzungen, die Lasten und die Gefahr mit der Annahme dieses Vertrages“, und wenn die sich daraus ergebende Lücke durch die privatschriftliche Vereinbarung ausgefüllt wurde. Die Parteiabsicht und -abrede gingen dahin, dem Käufer sofort die Stellung eines Eigentümers zu verschaffen und demgemäß Besitz, Nutzungen und Lasten sogleich auf ihn übergehen zu lassen. Das ergibt sich deutlich aus dem Inhalt der „Vereinbarung“ und aus dem unstreitigen Sachverhalt, daß man sich am 16. Febr. 1933 über den Kauf einig geworden war, daß die Käuferleistung sogleich erfolgt und daß, wie sich der Kl. ausdrückt, „die Sache so, wie geschehen, allein deshalb aufgezogen wurde, weil Kl. damals die Grunderwerbsteuer noch nicht zahlen konnte.“ Danach standen die Parteien in Beziehung zueinander nur als Käufer und Verkäufer. Eine andere Veranlassung als die Erfüllung der Verkäuferpflichten hatte der Bfkl. nicht, dem Kl. die Herrschaft über das Haus und dessen Erträge zu überlassen. Das war ein Hauptteil der Verkäuferleistung. Die Abrede darüber gehörte zum wesentlichen Inhalt des Kaufaustauschgeschäftes und war von diesem auch durch den Parteiwillen nicht zu trennen. So wenig, wie es in der Macht der Vertragsbeteiligten steht, das, was in Wahrheit zum Kaufgeld gehört, davon loszulösen, und dessen Festlegung zum Teil in einen formfreien Sondervertrag zu verweisen (RGZ. 114, 230 = JW. 1926, 2617; RGZ. 132, 131 = JW. 1931, 1790; RGZ. 145, 248 = JW. 1935, 599²), ebensowenig kann die Abrede über Erfüllung der zum Kaufgeschäft gehörenden Pflichten des Verkäufers zur Übertragung von Besitz und Nutzungen des Kaufgegenstandes durch den Parteiwillen von der Notwendigkeit einer Beurkundung nach § 313 BGB. freigestellt werden. Das Ergebnis des von den Beteiligten unternommenen Versuchs, dies doch zu tun, ist nimmere, daß das im notariellen Angebot niedergelegte — Übergang von Besitz, Nutzung, Lasten und Gefahr erst in einem späteren Zeitpunkt — als Scheinerklärung (§ 117 BGB.) nichtig, und daß das in Wahrheit Beabsichtigte, der Käufer solle sogleich in jeder Beziehung Eigentümerstellung erlangen, nicht beurkundet ist. Es handelt sich also gewissermaßen um einen „Schwarzkauf“ in bezug auf die Verkäuferleistung; nicht aber um den Fall einer Nebenabrede, wo es von dem zum Ausdruck gelangten Willen der Vertragsparteien abhängt, ob das Neben-

geschäft mit dem Kaufvertrage derart in rechtlichem Zusammenhang stehen soll, daß beide nur zusammen gelten, oder ob das nicht der Fall sein soll, und wo davon die Beurkundungsnotwendigkeit für die Nebenabrede abhängt (RGZ. 145, 246; JW. 1925, 2236 9; 1934, 3265 1). Da wo die Abrede Leistungen betrifft, die ihrem Wesen nach zum Kaufaustausch gehören, besteht nicht die logische Möglichkeit einer Trennung und ist die Anwendung des § 313 BGB. zwingend.

Wohl sind Fälle denkbar, wo — ernstlich gemeint — Abschluß und Wirkung des Grundstückskaufs hinausgeschoben sein sollen, wo aber inzwischen dem Kauflustigen Rechte, etwa auf Grund eines Mietvertrags, eingeräumt werden und dies auf Grund eines Formzwangs des § 313 BGB. ist. So liegt die Sache hier jedoch nicht; denn hier erhellt, wie oben dargelegt, daß mit sofortiger Überlassung von Besitz und Nutzungen der Bekl. seine Verkäuferpflichten erfüllen wollte und sollte.

Da somit ein wesentlicher Teil des Kaufvertrages der in § 313 zwingend gebotenen Beurkundung entbehrt, ist das ganze Kaufgeschäft nichtig und kann der Kl. daraus keine Forderung auf Eigentumsverschaffung herleiten.

(U. v. 6. Dez. 1935; V 86/35. — Köln.)

[v. B.]

*

** 9. § 319 BGB. Leistungsbestimmung durch einen Dritten. Es ist den Parteien unbenommen, die Bestimmung des § 319 Abs. 1 BGB. ausdrücklich oder auch stillschweigend auszuschließen. Ein solcher Parteilille kann aber in aller Regel nur unter der Voraussetzung als vereinbart angesehen werden, daß die Vertragsschließenden wissen, daß nach dem Gesetz eine offenbar unbillige Bestimmung des Dritten nicht verbindlich ist, sie sich aber gleichwohl auch einer solchen unterwerfen wollen. †)

Der Bekl. hat mit dem Landwirt M. einen Parzellierungsvertrag über seinen Grundbesitz abgeschlossen. M. erhielt von ihm notarielle Vollmacht zu den erforderlichen Verhandlungen mit den Kaufliebhabern.

M. verkaufte auf Grund dieser Vollmacht an den Kl. eine Parzelle von 37 ha als Rentengut. Der Kaufpreis betrug mit Gebäuden 57 000 RM. Der Rentengutsrezess ist vollzogen und vom Landeskulturamtspräsidenten bestätigt worden. Die Übergabe ist am 1. Nov. 1930 erfolgt.

Zwischen dem Kl. und M. entstanden nach kurzer Zeit Streitigkeiten verschiedener Art, insbes. behauptete der Kl. ebenso wie die übrigen Parzellenkäufer, die erworbenen Ländereien seien mit Duvo!, einer giftigen Schachtelhalmpflanze, durchsetzt. Am 29. Aug. 1931 wurde von den Siedlern und einem Vertreter M.s, vorbehaltlich dessen Genehmigung, eine aus drei Sachkundigen bestehende „Kommission“ eingesetzt, welche die angeblich mit Duvo! bestandenen Flächen besichtigten und den dadurch bedingten Minderwert der Landstellen feststellen sollte; der von der Kommission etwa festgestellte Minderwert sollte für beide Teile bindend und die getroffene Entsch. endgültig sein. M. richtete am 17. Okt. 1931 an den Inspektor D., ein Mitglied der Kommission, ein Schreiben, in dem er erklärte, er unterwerfe sich der Entsch. des eingesetzten Schiedsgerichts. Die Kommission stellte für die Siedlungsstelle des Kl. einen Minderwert von 8400 RM fest.

Gegenüber der Klage auf Zahlung dieses Betrages macht der Bekl. u. a. geltend, die Entsch. der Kommission könne deshalb nicht maßgebend sein, weil sie offenbar unbillig sei.

Das LG. hat der Klage stattgegeben, das OLG. die Berufung des Bekl. zurückgewiesen. RG. hob auf und verwies zurück.

Das angefochtene Urteil geht davon aus, daß es sich bei der Vereinbarung v. 29. Aug. und 17. Okt. 1931 um einen Schiedsgutachtervertrag und nicht um die Einsetzung eines Schiedsgerichts handle; denn die eingesetzte Kommission habe keine richterliche Tätigkeit ausüben, sondern lediglich feststellen

sollen, ob Duvo! in den Ländereien der Siedler vorhanden und welcher Minderwert dadurch bedingt sei. Durch eine solche Vereinbarung verliere an sich keine Partei die ihr aus dem Hauptgeschäft zustehenden Rechte und Einreden; vorliegend sei aber die Vereinbarung der Parteien weiter dahin gegangen, daß der Verkäufer ohne Rücksicht auf sonst mögliche Einwendungen verpflichtet sein sollte, den von den Pächtern festgestellten Minderwert auch tatsächlich zu vergüten, während die Siedler sich ihrerseits unter Verzicht auf ihre vielleicht weitergehenden Ansprüche mit derjenigen Minderung, deren Betrag die Schöher feststellten, zufriedengeben sollten. Bei dieser Sachlage seien dem Bekl. Einreden aus dem Kaufgeschäft gegenüber dem Klageanspruch abgeschnitten, der auf Vereinbarung zusammen mit dem auf ihr beruhenden Schiedsgutachten gestützt sei. Der VerR. nimmt weiter an, auf den Spruch der Gutachterkommission seien die Vorschr. der §§ 317 ff. BGB. entsprechend anwendbar, und die Schiedsgutachten hätten deshalb grundsätzlich nach billigem Ermessen zu entscheiden; für die Annahme, daß sie nach freiem Belieben entscheiden sollten, liege Hinreichendes nicht vor. Danach würde grundsätzlich die Entsch. für die Parteien nicht verbindlich sein, wenn sie offenbar unbillig wäre (§ 319 Abs. 1 BGB.). Die Best. des § 319 Abs. 1 könne aber durch Parteivereinbarung abgeändert, und die Nachprüfung der Entsch. auf offenbare Unbilligkeit ausgeschlossen werden. Einen solchen Ausschluß der Nachprüfbarkeit nimmt der VerR. an, weil das Landeskulturamt darauf bestanden habe, daß durch die Unterwerfung der Parteien unter den Spruch der Kommission die Duvo!-Angelegenheit endgültig zum Abschluß gebracht werde, weil die Kommission die Bekanntgabe ihrer Entscheidung davon abhängig gemacht habe, daß sie als bindend und endgültig anerkannt werde, und weil M. sich in Kenntnis hiervon dem Spruch der Kommission unterworfen habe; hierbei sei nicht ohne Bedeutung die Überlegung gewesen, daß die Kommission nach ihrer Zusammensetzung und nach der, wenn auch nicht unmittelbar, so doch mittelbaren Einflußnahme des Landeskulturamtes für eine objektive und sachgemäße Entscheidung Gewähr geboten habe.

Die Auffassung des VerR., daß die Parteien keinen Schiedsvertrag vereinbart haben, ist aus den von ihm angeführten Gründen zutreffend. Die Rev. beanstandet die Auslegung des Vertrages v. 29. Aug. und 17. Okt. 1931, wonach der Bekl. auf weitere Einreden aus dem Kaufvertrag verzichtet habe. Es bedarf aber keines Eingehens auf diese Angriffe, weil jedenfalls der weitere Revisionsangriff begründet ist, der sich gegen die Annahme richtet, die Parteien hätten sich auch für den Fall einer offenbaren Unbilligkeit der von der Kommission zu treffenden Best. in Abweichung von § 319 Abs. 1 BGB. an diese binden wollen.

§ 319 Abs. 1 BGB. sagt, daß, wenn der Dritte die Leistung nach billigem Ermessen bestimmen soll, die getroffene Best. für die Vertragsschließenden nicht verbindlich ist, wenn sie offenbar unbillig ist. Diese Gesetzesbestimmung beruht offensichtlich auf der Erwägung, daß es dem gesunden Rechtssinn und dem zu vermutenden Parteilillen widersprechen würde, in einem solchen Falle die Vertragsschließenden an die getroffene Best. zu binden. Denn wenn die Vertragsparteien es schon einem Dritten überlassen, an ihrer Stelle den Vertragswillen in maßgebender Weise zu ergänzen, und diese Ergänzung nach billigem Ermessen erfolgen soll, so widerspricht es der Billigkeit, die Vertragsparteien auch an eine offenbar unbillige Best. zu binden. Nun bleibt es zwar im Einzelfalle den Parteien unbenommen, diese Best. ausdrücklich oder auch stillschweigend auszuschließen und sich somit im voraus auch einer möglicherweise offenbar unbilligen Best. zu unterwerfen (vgl. RGZ. 67, 71 [75] = JW. 1908, 16; RGKRomm., Anm. 1 zu § 319; Staudinger, BGB., Anm. II zu § 319). Ein solcher Parteilille kann aber in aller Regel nur unter der Voraussetzung als vereinbart angesehen werden, daß die Vertragsschließenden wissen, daß nach gesetzlicher Regelung eine offenbar unbillige Best. des Dritten nicht verbindlich ist, sie sich aber gleichwohl auch einer solchen unterwerfen wollen.

Sier hat das BG. aber eine solche Kenntnis der Beteiligten

ten nicht festgestellt; sie ergibt sich auch nicht etwa aus dem sonstigen Sachverhalt, im Gegenteil spricht dieser gegen eine solche Kenntnis. Es ist kaum anzunehmen, daß das Kulturamt, durch dessen Mitwirkung die Vereinbarung zustande gekommen ist, als Behörde den Vertragsschließenden zumuten wollte, in Abweichung von der gesetzlichen Regelung sich auch einer offenbar unbilligen Entsch. der Kommission zu unterwerfen. Des weiteren ist es sehr unwahrscheinlich, daß M., der nur zögernd die Vereinbarung eingegangen ist, als Bevollmächtigter des Bekl. sich auf diese mit der von dem VerR. angenommenen Tragweite eingelassen hätte, wenn er von der grundsätzlich anderen Best. des Gesetzes Kenntnis gehabt hätte. Die Ausführungen des VerR. in diesem Punkte unterliegen aber auch im übrigen insoweit Bedenken, als die von ihm für seine Auffassung gegebenen Gründe diese — auch abgesehen von der Kenntnis der Beteiligten hinsichtlich der Gesetzesbestimmungen — schwerlich zu tragen vermögen. Der Umstand, daß das Kulturamt auf endgültigen Abschluß der Angelegenheit bestand, und daß M. bei Abgabe seiner Erklärung die Überlegung an gestellt haben soll, die Kommission biete für eine objektive und sachgemäße Entsch. Gewähr, konnte für ihn allerdings Veranlassung sein, sich auf die Best. der Leistung durch diese Kommission einzulassen, nicht aber sich nun auch für den Fall, daß sie eine offenbar unbillige Best. treffen würde, an diese zu binden.

(U. v. 10. Dez. 1935, VII 142/35. — Hamburg.) [2.]

Anmerkung: Daß auf das richterliche Nachprüfungsrecht des § 2 Abs. 1 § 319 BGB. verzichtet werden kann, ist herrschende Rechtsansicht. Daß ein dahingehender Parteiville sich auch aus den Umständen ergeben kann, dürfte ebenfalls unbestritten und richtig sein. Beides ergibt sich schon aus Abs. 2 § 319 BGB., nachdem die Best. der Leistung auch dem freien Belieben des Dritten überlassen werden kann. Mit Recht stellt das RG. aber strenge Erfordernisse an die Annahme eines derartigen Parteivillens.

Der notwendige Vorrang der staatlichen Rechtshoheit wird zwar schon dadurch gewahrt, daß § 319 BGB. nicht auf Schiedsprüche, sondern nur auf Schiedsgutachterverträge anwendbar ist, also nicht die Leistung selbst, sondern nur die Voraussetzung des Anspruchs, z. B. die Ermittlung des Schadensbetrages, der Best. des Dritten überwiesen werden kann. Der Grundsatz der neuen deutschen Rechtsentwicklung, daß überall der wahren Gerechtigkeit, dem materiellen Recht zum Siege verholfen werden soll, die Zurückdrängung der privaten Schiedsgerichte gegenüber der von bürokratischen und formalistischen Fesseln befreiten staatlichen Gerichtsbarkeit erfordern weiterhin die möglichst eindämmende Behandlung einer direkten oder indirekten privaten Rechtsdurchsetzung, die zudem leicht von dem Gesetz des wirtschaftlich Stärkeren beeinflusst wird. Aus diesen Gründen wird mit RG. im Recht 1911 Nr. 1279 (siehe auch RG.: JW. 1928, 1234) eine Behörde zwar nicht als Dritter i. S. der §§ 317 ff. BGB. anzusehen sein. Vorliegend hatte das Landeskulturamt jedoch nur einen indirekten Einfluß auf das Zustandekommen des Schiedsgutachterbetrages ausgeübt. Im Gegensatz zu den Vorinst. zieht das RG. mit Recht hieraus keinen Schluß auf einen Willen der Parteien, auf das richterliche Nachprüfungsrecht zu verzichten und sich auch einem offenbar unbilligen Spruch unterwerfen zu wollen.

Nach welchen Gesichtspunkten man im übrigen auch die Abgrenzung des arbitrium boni viri von der manifesta iniquitas einerseits, wie des freien Beliebens von der bloßen Willkür andererseits vornehmen will, Obersatz muß bleiben, daß die Best. der Leistung nicht nur nicht gegen die Gesetze und die guten Sitten verstoßen darf, sondern auch den das gesamte Zivilrecht beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben wahren muß. Nur innerhalb dieser Grenzen kann die Schätzung der Gutachter nach dem Parteivillen strengeren oder freieren Regeln unterworfen werden.

RG. Dr. R a i l f e l z, Cottbus.

*

****10. § 326 BGB.** Ein Vertrag ist nichtig, wenn ein Bevollmächtigter vom Vertragsgegner beim Vertragsabschluß bestochen wurde. Dieser Grundsatz kann auf die Bindung der Vertragsteile an die Vertragserfüllung angewendet werden, wenn die Unredlichkeit des einen Vertragsteils erst nach dem Vertragsabschluß einsetzt, oder einen Angestellten betrifft, der zwar nicht den Vertragsabschluß, aber die Vertragserfüllung beeinflussen kann, und wenn die Bestechung des Angestellten, der die Ware abzunehmen hat, den Vertragszweck gefährdet. Solche Gefährdung ist eine Vertragsverletzung, die so wesentlich sein kann, daß dem vertragstreuen Teil die Erfüllung seiner Vertragspflichten bei billiger Verteilung nicht zugemutet werden kann.

Die Bekl. kaufte am 5. Juli 1929 von der Kl. 5000 kg Ploobdiv-Yaka-Tabak. Durch Schreiben v. 6. Sept. 1929 bestätigte die Bekl. den Ankauf von 13500 kg Ploobdiv-Yaka-Tabak, abzunehmen zur Hälfte sofort, zur Hälfte binnen drei Monaten. 7237,30 kg nahm die Bekl. nicht mehr ab. Die Kl. ließ nach wiederholter Mahnung den Tabak öffentlich versteigern und verlangte von der Bekl. den dadurch entstandenen Preisausfall, Lagergeld und Versteigerungskosten ersetzt.

Die Bekl. verweigerte die Zahlung. Der Generalvertreter der Kl. habe dem Tabakmeister der Bekl. P. Schmiergeld in Aussicht gestellt und bezahlt und habe ihn dadurch veranlaßt, den Geschäftsabschluß v. 6. Sept. 1929 bei der Bekl. zu bekräftigen.

Das LG. verurteilte die Bekl. nach dem Klageantrag. Das BG. hob das Urteil auf und wies die Klage ab.

Ein Vertrag ist nach der ständigen Rspr. des RG. nichtig, wenn der Bevollmächtigte vom Vertragsgegner beim Vertragsabschluß bestochen ist, auch wenn dem Vollmachtgeber an sich ein ausreichender Gegenwert in dem Vertrag zugesichert wird (RGZ. 130, 142 = JW. 1931, 2290 und zuletzt Ur. v. 29. März 1935, V 415/34 = JW. 1935, 2041). Denn die Zuwendung an den Angestellten kann trotzdem die Gestaltung des Vertrags beeinflussen, was bis zum Gegenbeweis durch den unredlichen Vertragsgegner zu vermuten ist (RGZ. 134, 56 = JW. 1932, 930). Dabei hat der Vertragsgegner nicht nur die Angemessenheit seiner vertraglichen Gegenleistung, sondern darüber hinaus zu beweisen, daß der Vertrag unter den gleichen Bedingungen ohne Schmiergeld zustande gekommen wäre (RGZ. 136, 360 = JW. 1932, 2704).

Diese in der Rspr. für den Vertragsabschluß entwickelten Gedankengänge können auf die Bindung der Vertragsteile an die Vertragserfüllung angewendet werden, wenn die Unredlichkeit des einen Vertragsteils erst nach dem Vertragsabschluß einsetzt oder einen Angestellten betrifft, der zwar nicht den Vertragsabschluß, aber die Vertragserfüllung beeinflussen kann und wenn die Bestechung des Angestellten, der die Ware abzunehmen hat, den Vertragszweck, die Belieferung mit mangelfreier Ware, gefährdet. Die Gefährdung des Vertragszwecks ist eine Vertragsverletzung, die sich je nach Art des Vertrags als so wesentlich darstellen kann, daß dem vertragstreuen Teil die Erfüllung seiner Vertragspflichten bei billiger Verteilung nicht zugemutet werden kann. Dabei ist kein Grund ersichtlich, zwischen einheitlichen und Aufzesslieferungs geschäften zu unterscheiden. Es mag zutreffen, daß ein auf längere Dauer berechnetes Vertragsverhältnis ein besonderes Maß von Vertrauen der Vertragsteile zueinander verlangt (RG. II 316/05, Ur. v. 6. März 1906). Allein ebenso kann die Art der gehandelten Ware, die besondere Schwierigkeit der Prüfung ihrer vertragstreuen Beschaffenheit oder der Kontrolle der Abnahmebeauftragten, die Erschwerung von Beanstandungen durch die Schwierigkeit des Nachweises der vertragswidrigen Lieferung die besondere Verantwortlichkeit des Verkäufers bedingen, so daß auch der Vertragszweck des einheitlichen, noch nicht oder noch nicht ganz erfüllten Lieferungsvertrags durch ein die Grundsätze von

Treu und Glauben im Geschäftsverkehr verlegendes Verhalten des einen Vertragsteils wesentlich gefährdet wird. In diesem Falle muß aber zwangsläufig die Möglichkeit des Nachweises wegfallen, daß ungeachtet der Bestechung vertragstreuen geliefert worden wäre, da es eben zur Lieferung nicht mehr kommt.

Demnach war zu prüfen, ob der Tabaklieferungsvertrag zwischen den Parteien durch die Bestechung des B. in seiner Erfüllung so gefährdet war, daß sie der Best. nicht mehr zumuten war. Das BG. hat tatsächlich festgestellt, daß B. von der Best. mit der Abnahme der gekauften Waren betraut war, also über die Vertragserfüllung zu wachen hatte. Weiter waren nach der Feststellung des BG. Abweichungen von der vereinbarten Herkunft und Güte der Ware schwer oder doch nur zu spät zu erkennen. Auch die widersprechenden Sachverständigengutachten haben die Schwierigkeit der Prüfung der Ware bestätigt. Wenn die Rev. darauf hinweist, daß der Best. ausdrücklich das Recht zur Zurückweisung minderwertiger Ware vorbehalten war, so mußte doch der Käufer um so mehr mit dem Widerstand des Verkäufers gegen Beanstandungen rechnen, wenn der Verkäufer sich bei der Lieferung unredliche Nachenschaften zuschulden kommen ließ. Daraus drohten für den Käufer Weitläufigkeiten und Kosten, die von einem kaufmännisch einwandfreien Vertragsgegner nicht zu befürchten waren und für den Käufer ein neues Vertragsrisiko bedeuteten. Mit der Entlassung des ungetreuen Angestellten war die Gefahr nicht behoben, da sie keine Gewähr dafür bot, daß nicht weitere Versuche zur Beeinflussung der Abnahme gemacht würden. Der Sinn der Bestechung kann nach der Beweiswürdigung des BG. nur der gewesen sein, die Beanstandung mangelhafter Ware zu vermeiden und gewollte oder doch unbeabsichtigt unterlaufende Vertragsverletzungen vor dem Vertragsgegner zu verschleiern.

Es mag der Rev. zugegeben werden, daß das Rücktrittsrecht nicht in Beziehung zu künftigen Vertragsabschlüssen gesetzt werden konnte, da der Zweck des Vertrags sich in der Lieferung der festgekauften Tabakwaren erschöpfte und in diesen Bedingungen nicht von einer geschäftlichen Dauerbindung zwischen den Parteien abhängig gemacht war. Dennoch konnte das BG. aus den getroffenen Feststellungen ohne Rechtsirrtum das Erfordernis besonderer Vertrauenswürdigkeit des Vertragsgegners für die Vertragserfüllung entnehmen, so daß der Best. das Festhalten am Vertrag ohne Rücksicht auf eine wirkliche Schädigung lediglich aus dem Gesichtspunkt der Vertragsgefährdung nicht mehr zumuten war. Daraus ergibt sich, daß von einer Erörterung des erhobenen Sachverständigenbeweises über die Güte der vorausgegangenen Lieferungen abgesehen werden konnte.

(U. v. 8. Nov. 1935; III 347/34. — Darmstadt.) [v. B.]
(= RGZ. 149, 187.)

11. § 459 BGB. Die gesetzliche Gewährleistungspflicht des Verkäufers für die Abwesenheit von Fehlern und für das Vorhandensein zugesicherter Eigenschaften bezieht sich nur auf den Zeitpunkt des Gefahrübergangs. Nur solche Beziehungen der Sache zur Umwelt können daher als Eigenschaften i. S. der §§ 459 f. BGB. angesehen werden, die zur Zeit des Gefahrübergangs vorhanden sind oder in der Vergangenheit bestanden haben (vgl. RGKomm., Anm. 4 I c zu § 459 BGB.; RGZ. 52, 429; 146, 124 = JW. 1935, 923³; RGWarn. 1909 Nr. 201; 1911 Nr. 172, ferner das zum Abdruck bestimmte Urteil v. 13. Aug. 1935, III 314/34; JW. 1935, 3217²). Ein Schadensersatzanspruch unter dem Gesichtspunkte des Verschuldens beim Vertragsluß ist auch beim Kauf nicht ausgeschlossen, wenn er auf einen Tatbestand gegründet wird, der nicht der Sonderregelung der §§ 459 f. BGB. unterliegt (RGZ. 135, 339 = JW. 1932, 1862; ferner das oben erwähnte Urteil v. 13. Aug. 1935, III 314/34 = JW. 1935, 3217²).

(U. v. 11. Dez. 1935; V 210/35.)

[v. B.]

12. § 618 BGB. Die Beweisregelung, die dem sozialen Schutzcharakter des § 618 BGB. und den entsprechenden Sätzen des öffentlichen Rechts zu entnehmen ist, geht zugunsten des Dienstverpflichteten weiter als der Beweis des ersten Anscheins. Kann dieser schon durch die Aufzeigung, d. h. durch den Nachweis, eines auch nur möglichen anderen Ursachenzusammenhangs widerlegt werden, so genügt das doch bei § 618 BGB. nicht. Der Dienstberechtigte muß vielmehr den vollen Gegenbeweis erbringen, d. h. beweisen, daß besondere Umstände eine andere Ursache der eingetretenen Schädigung erkennen lassen und damit die vom Dienstverpflichteten zunächst dargelegten Mängel als Ursache oder Mitursache ausschließen. In dem RG-Urt. v. 6. Juli 1934, III 68/34 (RGWarn. 1934 Nr. 132; HöchstRSpr. 1934 Nr. 1687; DRZ. 1934 RSpr. Nr. 512) ist das nochmals mit aller Deutlichkeit folgendermaßen ausgesprochen worden: Der soziale Schutzcharakter des § 618 BGB. rechtfertigt, über die Grundsätze des Beweises des Anscheins hinaus von dem Dienstberechtigten, der nachweislich seine Fürsorgepflicht objektiv verletzt hat, zu verlangen, daß er die Ursächlichkeit seiner Pflichtwidrigkeit widerlegt. Daß er bloß die Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit eines anderen ursächlichen Zusammenhangs nachweist, genügt hier nicht.

(U. v. 6. Dez. 1935; III 35/35. — Stettin.)

[v. B.]

*

13. § 839 BGB. Die Pflicht der Baupolizeibehörde, für Beachtung der baupolizeilichen Vorschriften vor der Gebrauchnahme eines Neubaus zu sorgen, besteht auch gegenüber jedem künftigen Benutzer des Gebäudes.

Daß ein Wohngebäude standsicher und ohne Gesundheitsbeschädigung bewohnbar ist, liegt zwar auch im öffentlichen Interesse. Der Staat muß Erhaltung des Lebens und der Gesundheit seiner Angehörigen wünschen; durch einen Hauseinsturz können auch Unbeteiligte getroffen werden, durch Erkrankung einzelner kann der Gesamtheit Schaden erwachsen. In erster Linie kommt aber die Fürsorge für ordnungsmäßige bauliche Beschaffenheit eines Wohngebäudes, namentlich seine Standsicherheit und gesundheitlich einwandfreie Beschaffenheit, dem Bewohner des Gebäudes zugute. Hier handelt es sich in aller Regel um Personen ohne bauliche Fachkenntnisse, die nicht in der Lage sind, das Gebäude nach den genannten Richtungen selbst ordnungsgemäß prüfen und richtig beurteilen zu können. Vor allem aber ist eine solche Prüfung und Beurteilung auch für Fachleute außerordentlich erschwert, wenn nicht unmöglich, sobald das Haus fertiggestellt ist und die konstruktiv und sonst wichtigen Teile nicht mehr sichtbar sind. Es ist ein unabwiesbares Bedürfnis, Fürsorge zu treffen, daß nicht bei jedem Wechsel im Eigentum und in der Benutzung eines Wohngebäudes eine neue, häufig wie gesagt mindestens sehr schwierige Untersuchung seiner baulichen Beschaffenheit notwendig wird, daß sich vielmehr auch ein späterer Benutzer darauf verlassen kann, daß das Gebäude baupolizeilich geprüft und einwandfrei befunden worden ist.

(U. v. 10. Dez. 1935; III 8/35. — Berlin.)

[v. B.]

*

14. I. § 839 BGB. Die Amtspflicht des Notars erschöpft sich nicht in der bloßen Beurkundungstätigkeit, sondern bringt auch Belehrungspflichten mit sich, die mit der dem Notar obliegenden Klarlegung, Gestaltung und Fassung des in der aufzunehmenden Urkunde niederzulegenden Parteiwillens zusammenhängen (RGZ. 85, 337 = JW. 1915, 31; WarnRSpr. 1906 Nr. 246). Eine Fürsorge für

die außerhalb dieses Rahmens liegenden Rechtsverhältnisse und Rechtsbedürfnisse der Vertragsparteien liegt dem Notar aber nicht ob (RGW. 1915 Nr. 235; 1916 Nr. 276); er ist, wie das RG. wiederholt ausgesprochen hat (vgl. JW. 1935, 1688), nicht der wirtschaftliche Vormund der Parteien. Er braucht deshalb die wirtschaftliche Zweckmäßigkeit des Rechtsgeschäfts, insbes. die Vertrauens- und Kreditwürdigkeit der daran beteiligten Personen nicht zu prüfen, sondern darf und muß diese Prüfung ohne einen besonderen, aus dem Kreis seiner Amtspflichten als Notar fallenden vertraglichen Auftrag den Parteien überlassen (RG.: JW. 1933, 510; 1935, 3091; RGW. 1927 Nr. 40; 1935 Nr. 20).

II. §§ 611 ff. BGB. Haftung des Anwaltssoziums wegen bestehender Anwaltsgemeinschaft. Voraussetzung für eine solche Haftung ist nach den vom RG. (RGZ. 85, 306; 88, 342 = JW. 1916, 1188; RGW. 1916 Nr. 247) dargelegten Grundsätzen, daß die zu einer Sozietät vereinigten Anwälte gemeinsam mit der Wahrnehmung von Rechten beauftragt worden sind und dieser Auftrag von ihnen angenommen ist, sowie daß es sich bei dem wahrgenommenen Geschäft, aus dessen ordnungswidriger Erledigung die Haftung hergeleitet wird, um eine in den Kreis der gewöhnlichen Berufsgeschäfte des Anwalts fallende Tätigkeit handelt.

(U. v. 20. Dez. 1935; V 185/35. — Celle.)

[v. B.]

15. § 892 BGB. Eine Partei, der der gesetzliche Schutz des § 892 BGB. entzogen werden soll, kann beanspruchen, daß das Gericht alle die Umstände genau prüfe, die sie gegen die Beweisführung des Gegners vorgebracht hat. Aus der Lebenserfahrung kann ein zwingender Schluß dahin nicht gezogen werden, ein erfahrener Kaufmann wisse stets, daß bei Nichtzahlung des Darlehns eine Darlehnshypothek nicht entstanden sei.

Die Begründung, mit der das BG. eine Kenntnis des Bekl. von der Unrichtigkeit des Grundbuchs als dargetan angesehen hat, hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Nach dem Gesetze wird der gute Glaube an die Richtigkeit des Grundbuchs nicht nur vermutet, sondern stillschweigend vorausgesetzt. Sache des Gegners ist es, die Gründe darzulegen und etwa zu beweisen, durch die der gute Glaube des Erwerbers und damit der öffentliche Glaube des Grundbuchs ausgeschlossen wird. Die Kenntnis der Unrichtigkeit des Grundbuchs ist entscheidend. Die Kenntnis der sie begründenden Tatsachen ist nicht erforderlich und nicht immer (wenngleich oft) ausreichend. Eine bloße, selbst grobe, Fahrlässigkeit und das Vorhandensein erheblicher Zweifel reichen nicht zum Beweise aus. Hiernach kann eine Partei, der der gesetzliche Schutz des § 892 BGB. entzogen werden soll, beanspruchen, daß das Gericht alle die — nicht von vornherein unwesentlichen — Umstände genau prüfe, welche sie gegen die Beweisführung des Gegners vorgebracht hat. Es ist nicht anständig, sich darauf zu beschränken, eine allgemeine Regel, die nur im Falle des Fehlens abweichender besonderer Umstände gelten könnte, anzuwenden. Insbes. ist es nicht zutreffend, aus der Lebenserfahrung einen zwingenden Schluß dahin zu ziehen, ein erfahrener Kaufmann wisse stets, daß bei Nichtzahlung des Darlehns eine Darlehnshypothek nicht entstanden sei. Es braucht nur auf die Verwendung von sog. Darlehnshypotheken zur Sicherung eines erst beginnenden geschäftlichen Verkehrs verwiesen zu werden. Die Erfahrung der Gerichte zeigt, daß oft auch Kaufleute, die vielfach mit Hypotheken u. dgl. zu tun haben, keine völlig einwandfreien Rechtskenntnisse hierüber haben. Mancher Kaufmann ist ge-

neigt, so wie er den bloßen Besitz eines Hypothekenbriefs als gleichbedeutend mit der Gläubigerschaft ansieht, die Tatsache einer Hypothekeneintragung mit der Entstehung des Hypothekenrechts gleichzusetzen.

(U. v. 22. Nov. 1935; V 32/35. — Berlin.)

[v. B.]

*

16. §§ 907, 909, 823 Abs. 1 und Abs. 2 BGB. Wird durch eine zur Absenkung einer Baugrube vorgenommene Entwässerung dem Boden eines Nachbargrundstücks die erforderliche Stütze entzogen, so fällt ein solcher Tatbestand unter § 909 BGB. Der Begriff der Nachbarschaft ist dabei soweit zu erstrecken, wie der Einwirkungskreis der Vertiefungsarbeiten reicht. § 909 BGB. ist Schutzgesetz i. S. von § 823 Abs. 2 BGB. und geht der Vorschrift des § 823 Abs. 1 vor.

Der Kl. ist Eigentümer eines an einem vom Fichtelgebirge kommenden Wasserlauf gelegenen Fabrikgrundstücks, für dessen Zwecke seit unvordenklicher Zeit ein Wassernutzungsrecht am Fluß besteht. Etwa 800 bis 1000 m östlich davon, flußabwärts hat die beklagte Stadtgemeinde im Jahre 1929 ein Wasserwerk errichtet. Nachdem im Sommer 1928 in einer Tiefe von etwa 35 m eine ergiebige Quelle angebohrt worden war, wurde Mitte 1929 ein Senkbrunnenschacht von 9 m Tiefe und 3 m Durchmesser niedergebracht. Dazu wurde in der Zeit von Mai bis Sept. 1929 an der Baustelle Wasser gepumpt, um die Baugrube wasserfrei zu halten. Am 27. Juni 1929 stürzte am Grundstück des Kl. ein dort befindliches aus Stein errichtetes Stauwehr zusammen. Weiter bildeten sich auf den umliegenden, zum Teil dem Kl. gehörigen Wiesen Erdsenkungen und Trichter.

Der Kl. behauptet, diese Schäden seien auf die Bauarbeiten der Bekl. mit dem übermäßigen Wasserpumpen zurückzuführen. Er begehrt die Feststellung, daß die Bekl. verpflichtet sei, ihm allen Schaden zu ersetzen, der ihm dadurch erwachsen ist und noch erwachsen werde, daß das Stauwehr zusammengestürzt ist und daß sich dort infolge der von der Bekl. betriebenen Pumpstation Erdsenkungen und Bodeneinstürze gebildet haben oder noch bilden werden.

Der Kl. ist bisher unterlegen.

Das BG. führt aus: Der Erfasungsanspruch des Kl. könne nicht auf die §§ 907, 909 BGB. gegründet werden; denn es fehle an der Nachbarschaft der in Betracht kommenden Grundstücke. Die Klage sei aber auf § 823 Abs. 1 BGB. zu stützen. Die Klage scheitere aber daran, daß der dem Kl. obliegende Beweis ursächlichen Zusammenhangs nicht gelungen sei.

Demgegenüber rügt die Rev. mit Recht die Ausschaltung des § 909 BGB. Gerade diese Vorschrift i. Verb. m. § 823 Abs. 2 BGB. gibt die rechtliche Grundlage für einen Anspruch, wie ihn der Kl. aufstellt. Die im Jahre 1929 hervorgetretenen Schäden sollen herbeigeführt sein durch die zur Absenkung der Baugrube vorgenommene Entwässerung, also durch die Arbeiten der Grundstücksvertiefung. Wird auf die Weise dem Boden des Nachbargrundstücks die erforderliche Stütze entzogen, so fällt ein solcher Tatbestand unter § 909 BGB. (RGZ. 62, 372 = JW. 1910, 150; 1911, 939; Gruch. 58, 662). Der Begriff der Nachbarschaft ist dabei, dem Zweck des Gesetzes entsprechend, so weit zu erstrecken, wie der Einwirkungskreis der Vertiefungsarbeiten reicht (JW. 1910, 150; 1923, 288). Deswegen ist der Umstand, daß das Grundstück des Kl. von der Baustelle des Bekl. etwa 1000 m entfernt liegt, kein Hindernis für die Anwendung des § 909 BGB. Dieser ist ein Schutzgesetz i. S. des § 823 Abs. 2 BGB. (RGZ. 132, 57 = JW. 1931, 2628). Diese nachbarrechtliche Sondervorschrift geht der des § 823 Abs. 1 BGB. vor. Nur auf Grund von § 909 BGB. kommt eine Widerrechtlichkeit des Tuns der Bekl. in Frage. Denn sonst haftet ihm kein Fehler an. Die Bauarbeiten und damit die zur Herstellung nötigen Maßnahmen waren genehmigt. Für die dauernde Wasserförderung ist die nach Art. 19 BahWassG. v. 23. März

1907 erforderliche Erlaubnis der Verwaltungsbehörde erteilt. Der § 907 BGB. kommt jedoch nicht in Betracht. Denn der Kl. kann sich nicht gegen den der Befl. im Verwaltungsverfahren gestatteten regelmäßigen Betrieb des Wasserwerks wehren. Dieses ist keine Anlage, deren Beseitigung er verlangen könnte. Tatsächlich führt der Kl. seine Schädigung ja auch nicht auf die regelmäßige Wasserschöpfung zurück, sondern auf die Bauarbeiten mit der dabei stattgehabten außerordentlichen Wasserförderung.

Am Prozeßergebnis aber ändert die Heranziehung von §§ 909, 823 Abs. 2 BGB. an Stelle von § 823 Abs. 1 BGB. nichts. Denn auch hier muß der Kl. den Nachweis des ursächlichen Zusammenhangs zwischen dem bei den Vertiefungsarbeiten stattgehabten Wasserpumpen mit den auf seinem Grundstück entstandenen Schäden erbringen und die Annahme des BG., daß ihm dies nicht gelungen sei, ist nicht mit Rechtsgründen anzugreifen.

(U. v. 27. Nov. 1935; V 55/35. — Bamberg.) [v. B.]

*

17. § 377 HGB. Für die Untersuchungspflicht des Käufers gilt nicht schlechthin eine allgemeine Übung, sondern sie richtet sich nach dem, was vom Käufer verlangt werden kann. Und dieser Maßstab ergibt sich in der Regel aus der im Geschäftszweig des Käufers herrschenden Übung.)

Das BG. sieht die von der Befl. behaupteten Mängel der gelieferten, zur Herstellung von Autoreifen bestimmten Cordzwirne 23/4. 3 „wie mangelnde Reißfestigkeit und Dehnfähigkeit“ als erwiesen an. Es erblickt ferner in dem Schreiben der Befl. vom 14. Sept. 1933 eine Rüge, hält diese aber für verspätet, weil die Mängel nach dem Gutachten des Sachverständigen Dr. D. bei ordnungsmäßiger Untersuchung früher hätten entdeckt werden müssen.

Es ist der Rev. zuzugeben, daß diese Begr. die Ablehnung der von der Befl. für die Erfüllung der Untersuchungspflicht und die Rechtmäßigkeit der Mängelrüge angetretenen Beweise nicht rechtfertigt. Die Befl. hatte mit Beweisangeboten vorgebracht: Sie verarbeite monatlich etwa 50 Kettbäume Cordgarn. Sie untersuche die Ware nach Empfang in der Weise, daß sie von den Anfängen der auf den Kettbäumen aufgewickelten 1800 m langen Garne jedes Kettbaumes 20—30 m lange Proben nehme und in ihrem Laboratorium mittels einer Prüfungsmaschine auf Reißfestigkeit und Dehnfähigkeit prüfe. Die Ergebnisse würden in ein Prüfungsbuch eingetragen. Diese Untersuchung sei die geschäftsübliche. Sie sei bei den gelieferten Cordzwirnen 23/4. 3 vorgenommen worden und zufriedenstellend ausgefallen. Erst dadurch, daß sich seit Mitte 1933 aufgetretene Klagen der Abnehmer über mit diesem Zwirn hergestellte Autoreifen gehäuft hätten, sei sie auf den Gedanken gebracht worden, daß der Grund in Mängeln der von der Kl. gelieferten Zwirne liegen könne. Das habe sich durch Untersuchungen an den noch nicht verarbeiteten Kettbäumen bestätigt. Das Ergebnis habe sie der Kl. alsbald mitgeteilt.

Der Sachverständige Dr. D. sagt, daß die Mängel der nicht bestellungsgemäßen Reißfestigkeit und Dehnfähigkeit durch die allgemein üblichen und in jedem mittleren Betrieb vorhandenen Apparate festgestellt werden könnten. Das mag richtig sein. Es kommt aber darauf an, ob die Mängel bei einer Untersuchung der Ware, wie sie der Befl. oblag, entdeckt werden mußten. Es erhellt aber aus dem Gutachten nicht, ob der Sachverständige von einer zutreffenden Ansicht über Art und Umfang der Untersuchungspflicht nach § 377 HGB., die sich in der Regel nach der in dem Geschäftszweig des Käufers herrschenden Übung bemißt (RGZ. 96, 175 = JW. 1919, 995), ausgegangen ist. Das BG. gesteht der Befl. zu, daß sie sich auf eine stichprobenweise Untersuchung der Zwirn- (Auszwirn-) Anfänge beschränken dürfen. Ob diese Auffassung auch dem Gutachten zugrunde liegt, ist aus ihm nicht mit Sicherheit zu ersehen. Es läßt sich auch dem Zweifel der Befl. eine gewisse Berechtigung nicht absprechen, ob der Sachverständige die erforderliche Sachkunde besitzt. Er ist anscheinend technischer Leiter in

einer Baumwollspinnerei. Als solcher bietet er trotz des von ihm hervorgehobenen Geschäftsverkehrs mit einem großen Autoreifenwerk vielleicht doch nicht die ausreichende Gewähr dafür, daß er mit den hier einschlägigen Verhältnissen in der Autoreifenindustrie genügend vertraut ist.

Das Gutachten räumt somit nicht die Möglichkeit aus, daß die Befl. trotz einer Untersuchung, wie sie in ihrem Geschäftszweig üblich ist, die Mängel nicht entdeckt hat. Es reicht also zur Widerlegung der dahingehenden Behauptungen der Befl. nicht aus. Nur dann, wenn der Schluß, den das BG. aus dem Gutachten gezogen hat, unbedingt zwingend war, durste es von der Erhebung der von der Befl. erbotenen unmittelbaren Beweise absehen. Der Sachverständige hat keine auf eigener Wahrnehmung beruhende Feststellungen getroffen.

(U. v. 9. Nov. 1935; I 61/35. — Düsseldorf.)

[R.]

Anmerkung: 1. Nach feststehender Rspr. ist der Käufer dem Verkäufer gegenüber nicht zur Untersuchung der Ware i. S. der Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht gehalten. Die für eine ordnungsmäßige Untersuchung erforderliche Frist ist lediglich maßgebend für die Rechtmäßigkeit der Mängelanzeige. Deshalb genügt es zur Wahrung der Käuferansprüche regelmäßig, daß die Untersuchung in einer solchen Art und in einem solchen Umfang vorgenommen wird, wie es dem ordnungsmäßigen Geschäftsgang im Geschäftszweig des Käufers entspricht. Für diesen ordnungsmäßigen Geschäftsgang kann selbstverständlich nicht die individualistische Übung des Käufers entscheiden, vielmehr sind objektive Gesichtspunkte maßgebend, die in dem betreffenden Geschäftszweig allgemein herrschende Übung sind.

2. Die Bedeutung der Entsch. liegt darin, daß sie scharf gegenüberstellt, ob die frühere Feststellung des Mangels im Betrieb des Käufers mit den vorhandenen Apparaten tunlich war und ob man dem Käufer eine solche Untersuchung, die zur früheren Feststellung des Mangels hätte führen können, billigerweise zumuten konnte. Für die Zumutbarkeit kommt es entscheidend darauf an, ob eine derartige Untersuchungsart gerade für den Geschäftszweig einer bestimmten Käufersicht als eine zweckentsprechende und gebotene Untersuchungsart angesehen wird. Diese Verbindung typifizierender und zugleich individualisierender Betrachtungsweise wird man billigen müssen.

Prof. Dr. Heinr. Lehmann, Köln.

*

18. §§ 19, 21, 24, 25 GmbHG.

I. Der Rückgriffsanspruch aus §§ 24, 25 GmbHG. setzt voraus, daß der säumige Gesellschafter gemäß § 21 GmbHG. wegen der Säumigkeit mit der Einzahlung des Restes seiner Stammeinlage seines Geschäftsanteils für verlustig erklärt worden ist (vgl. RGZ. 86, 419 = JW. 1915, 1124; RGZ. 123, 9 = JW. 1929, 650).

II. § 19 GmbHG. schließt im Abs. 2 Satz 2 die Aufrechnung der Gesellschafter mit ihren Forderungen gegen die Einlageforderungen der Gesellschaft schlechthin aus (vgl. RGZ. 92, 365; 123, 8 = JW. 1929, 650). Der Anspruch auf Einzahlung der Gesellschaftseinlage ist eine bevorzugte Forderung und die im § 24 GmbHG. angeordnete Kollektivhaftung der Gesellschafter eben so, die die Gesellschaftern nach § 19 obliegenden Zahlungsverpflichtungen für den Fall der Zahlungsunfähigkeit eines Gesellschafters möglichst sicherstellen. Damit ist unvereinbar, wenn sich der Haftungspflichtige der Barleistungspflicht durch Aufrechnung entziehen und die damit dem Schutze der Gläubiger dienenden Vorschriften der §§ 19 Abs. 2, 24 GmbHG. zu einem guten Teil gegenstandslos machen könnte (vgl. auch RGZ. 141, 208 ff.).

(U. v. 20. Dez. 1935; III 143/35. — Kiel.)

[v. B.]

*

****19.** §§ 1, 3, 13, 14 UnlWG.; § 826 BGB.; § 33 ZPO. Auch ein Wettbewerber, der selbst nicht lauter wirbt, kann sich auf die Populärbestimmungen des UnlWG. stützen. Diese Bestimmungen dienen nicht nur dem Schutz des Wettbewerbers, sondern auch dem Schutz der Allgemeinheit. Die Anpreisung von Präservativs verstößt nicht schlechthin gegen die guten Sitten. Die Herausgabe beanstandeten Werbematerials an einen Bevollz. zur Vernichtung kann nur verlangt werden, wenn die Beförderung begründet ist, daß sich der Bekl. der Verpflichtung der Unterlassung weiterer Verbreitung entzieht. Wird eine Widerklage nur als verspätet bekämpft, so darf sie nicht als mangels eines rechtlichen Zusammenhangs unzulässig abgewiesen werden. f)

Die Parteien beschäftigen sich gewerbmäßig mit der Herstellung von Präservativs. Die Kl. verlangt die Unterlassung von Behauptungen, die die Bekl. in einer der Präservativpackung beigefügten Druckschrift aufgestellt hat. Zu diesen Behauptungen gehören u. a. solche, die das Präservativ als das einzig ideale Mittel zur Verhütung von Ansteckung und Empfängnis bezeichnen.

Die Rev. bekämpft die vom BL. bejahte Sachbefugnis und das Rechtsschutzinteresse der Kl. Ein selbst Präservativs herstellender, vertreibender und anpreisender Wettbewerber habe kein Rechtsschutzinteresse daran, die Unterlassung von Behauptungen zu erzwingen, in denen die Güte der gleichen Ware seines Wettbewerbers und wirtschaftlichen Widersachers geschildert werde. Von dem Standpunkt des BL. aus, daß jede Anpreisung von Präservativs dazu geeignet und bestimmt sei, zum außerehelichen Geschlechtsverkehr anzuregen, und daher einen Sittenverstoß enthalte, hätte ein Rechtsschutzinteresse der Kl. verneint werden müssen. — Dem ist nicht zuzustimmen. Die Kl. ist jedenfalls nach § 13 UnlWG. zur Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs befugt. Das BL. geht auch keineswegs davon aus, daß jede Werbung für Präservativs im Hinblick auf die allgemeine Mißbilligung des außerehelichen Geschlechtsverkehrs unsittlich sei, sondern beurteilt lediglich die hier von der Bekl. geübte besondere Werbung als zu außerehelichem Geschlechtsverkehr anreizend und deshalb sittenwidrig. Offenbar nur in diesem Sinne der Anregung zum jugendlichen Personen zu unsittlichem Verkehr hat auch das BG. „alle Werbung“ für Präservativs als unsittlich beurteilt. Daß die Kl. in gleicher, gegen § 1 UnlWG. verstößender Weise Werbung für ihre Waren betreibt, wird vom BL. — das auf die eine solche Reklame behauptende Widerklage nicht sachlich eingegangen ist — nicht festgestellt. Aus diesem Grunde könnte der Kl. aber auch nicht ohne weiteres der Rechtsschutz gegen unlautere Wettbewerbshandlungen der Bekl. versagt werden. Im übrigen ist zu verweisen auf das Ur. des erf. Sen. v. 12. Juni 1931 betr. „Buchgemeinschaft“, wo ausgesprochen ist, daß der Einwand der Arglist, gestützt auf die Behauptung der Bekl., die Kl. tue genau dasselbe, was sie bei ihr als Verletzung der §§ 1 und 3 UnlWG. beanstandete, nicht erhoben werden könne, weil die Kl. von der besonderen, im öffentlichen Interesse gewährten Klagebefugnis aus § 13 UnlWG. i. Verb. m. §§ 1 und 3 dasselbst Gebrauch mache und ihr daher entsprechend dem Standpunkt des RG. bei der Populärklage aus § 9 Nr. 2 und 3 WbzG. Einwendungen aus ihrer Person nicht entgegengehalten werden können, auch wenn an sich die *exceptio doli* gegeben sein sollte. Die von der Bekl. erhobene Einrede der Arglist könnte, hiervon abgesehen, zudem auch nur begründet sein, wenn die beiderseitigen Wettbewerbshandlungen im Zusammenhang ständen, wenn etwa die Bekl. in (möglichstweise das gebotene Maß überschreitender) Abwehr gegen unlautere wettbewerbliche Maßnahmen der Kl. gehandelt hätte.

Weiter stellt die Rev. zur Nachprüfung, ob die Unterlassungsklage eines Mitbewerbers auch unabhängig von einem besonderen wettbewerbsrechtlichen Tatbestand auf einen etwa

nach dem sittlichen Empfinden der Allgemeinheit vorliegenden Sittenverstoß gegründet werden könne, obwohl die Verbeschriftung unzutreffende Behauptungen nicht enthalte. In der Frage des Sittenverstoßes entscheide bei Wettbewerbsklagen ausschließlich der Standpunkt der Wettbewerber, da das UnlWG. nur den Schutz des lautereren Wettbewerbs, nicht auch den Schutz der Allgemeinheit bezwecke. Keinesfalls sei der Wettbewerber dazu berufen, das sittliche Empfinden der Allgemeinheit zu schützen.

Dem kann nicht gefolgt werden. Die Parteien stellen die gleichen Waren her, vertreiben sie und befinden sich in einem außerordentlich scharf geführten Wettbewerbskampfe; gerade darauf ist die Klage gestützt worden. Die beanstandeten Behauptungen sind auch geeignet und dazu bestimmt, den Absatz der Waren der Bekl. zu fördern. Ob die Bekl. mit der Verbeschriftung auch sonstige, im Interesse der Allgemeinheit liegende Zwecke — nämlich die Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten durch die Präservativs als besonders gute Mittel — verfolgt hat, ist für die Frage des wettbewerbslichen Handelns nicht von Bedeutung. Nach ständiger Rspr. des erf. Sen. genügt es zu der Anwendung des § 1 UnlWG., wenn der Wettbewerbszweck lediglich Nebenzweck des Handelns ist, sofern er nur nicht völlig in den Hintergrund tritt. Letzteres ist hier keineswegs der Fall. Ein wettbewerbslicher Tatbestand liegt also vor. Eine Unrichtigkeit der Behauptungen der Bekl. ist (anders als in § 3 UnlWG.) nicht ein Tatbestandsmerkmal des § 1, auf welches allein das BL. seine Entsch. stützt; Tatbestandsmerkmal ist hier lediglich ein Verstoß gegen die guten Sitten. Der Maßstab der guten Sitten ist der in den beteiligten Verkehrskreisen herrschenden Volkanschauung zu entnehmen. Zu den beteiligten Kreisen gehören aber auch die Personen oder der Personenkreis, denen gegenüber das zu beurteilende Verhalten der Gewerbetreibenden geübt wird (vgl. RGZ. 145, 396 = JW. 1935, 423^o). Dieser Personenkreis ist im vorl. Fall gleichbedeutend mit der Volksgemeinschaft, da jedermann aus dem Volk durch die in Rede stehenden Wettbewerbshandlungen (unmittelbar oder mittelbar) berührt werden kann. Hemmungsloser Wettbewerb der Hersteller und Händler von Waren, der das Gebiet des allgemeinen Geschlechtslebens berührt, eine Anreizung zu unsittlichem Verkehr bildet und sich auch auf Jugendliche auswirkt, wird nach dem gesunden Empfinden im Volk als sittenwidrig und unlauter betrachtet. Der Charakter der Sittenwidrigkeit wird auch nicht dadurch aufgehoben, daß etwa ein Teil der beteiligten Gewerbetreibenden, entsprechend einem im Gewerbe zum Teil geübten Brauche, einen anderen Standpunkt vertritt (RGZ. 145, 396). Entgegenzutreten ist der Auffassung der Bekl., daß das UnlWG. ausschließlich den Schutz des lautereren Wettbewerbs, nicht auch den Schutz der Allgemeinheit bezwecke. Das ist auch in RGZ. 93, 192 nicht ausgesprochen worden, sondern nur, daß das UnlWG. „nicht so sehr“ den Schutz des beteiligten Publikums, als vielmehr den Schutz des lautereren Wettbewerbs bezwecke. Daß die Unterlassungsklage aus dem UnlWG. nicht nur den Wettbewerber schützt, sondern, wie das ganze Gesetz, im öffentlichen Interesse den Auswüchsen im Wettbewerb überhaupt steuern soll, ist vom erf. Sen. mehrfach ausgesprochen worden (RGZ. 120, 49 = JW. 1928, 1218; RGZ. 128, 345 = JW. 1930, 1928; ferner das Ur. des Sen. II 332/34 v. 5. Juni 1935: JW. 1935, 2723^o). Ganz abgesehen davon, daß nur die Mitberücksichtigung der Belange der Allgemeinheit dem heutigen Rechtsempfinden entspricht, gehen die Belange der lautereren Wettbewerber mit denen der Allgemeinheit überein. Eine das allgemeine sittliche Empfinden des Volkes verletzende Handhabung des Wettbewerbskampfes führt auch den eine solche Werbungsart ablehnenden Gewerbetreibenden, zwecks Wahrung seiner berechtigten Belange, zu entsprechenden Abwehrhandlungen und im weiteren Verlaufe zu einer Verwilderung der Sitten, die durch Erweckung von Abneigung im Publikum das lautere Gewerbe schädigt oder doch schädigen kann (RGZ. 145, 396 = JW. 1935, 423^o).

Das BG. ist der Auffassung, daß die Anpreisung von Präservativs ohne Rücksicht auf die Form und den Inhalt der

Anpreisung stets gegen die guten Sitten verstoße, weil der Hinweis auf die Möglichkeit der Verwendung von Präservativs geeignet sei, Hemmungsvorstellungen gegenüber dem außerehelichen Geschlechtsverkehr auszuschalten, wie sie sonst die Besorgnis vor Ansteckung oder vor einer Empfängnis begründeten. Dabei berücksichtigt es aber nicht genügend die tatsächlichen Gegebenheiten und die Notwendigkeit, den hieraus folgenden schweren Gefahren für die Volksgesundheit und für die Erhaltung der Rasse entgegenzutreten. Der außereheliche Geschlechtsverkehr mag dem gesunden Volksempfinden als etwas gegen die guten Sitten Verstößendes erscheinen. An der Tatsache, daß er trotzdem in erheblichem Umfange stattfindet, hat weder der Gesetzgeber vorübergehen können, noch kann der Richter davor die Augen verschließen. Die Geschichte lehrt, daß es nicht möglich ist, ihn zu unterdrücken. Gerade der außereheliche Geschlechtsverkehr ist aber der Weg zur Verbreitung der Geschlechtskrankheiten. Die ungeheure Gefahr, die gerade diese Krankheiten für die Volksgesundheit, ja, für den Bestand der Rasse bilden, ist heute wohl allgemein erkannt. Auf der anderen Seite lehrt die Erfahrung, daß die Besorgnis vor der Ansteckung mit einer Geschlechtskrankheit für den einzelnen nicht immer einen ausreichend starken Hemmungsgrund gegen diesen Verkehr bildet. Unter diesen Umständen erschien es dem Gesetzgeber angezeigt, ein Tun, das er als solches zu verhindern außerstande ist, wenigstens nach Möglichkeit seiner volkszerstörenden Gefahren zu entkleiden. Die durch § 16 Ziff. 2 GeschlKrG. v. 18. Febr. 1927 (RGBl. I, 61) dem § 184 StGB. eingefügte Nr. 3a gestattet daher das öffentliche Ankünden, Anpreisen und Ausstellen von Mitteln, Gegenständen oder Verfahren, die zur Verhütung von Geschlechtskrankheiten dienen, und verbietet diese Handlungen unter Strafbandrohung nur, wenn sie „in einer Sitte oder Anstand verletzenden Weise“ geschehen. Daß diese Regelung auch der heutigen Auffassung entspricht, beweisen nicht nur die von dem Befl. mitgeteilten Erl. und Bg. der verschiedenen Verwaltungsbehörden aus den Jahren 1933 und 1934, sondern vor allem der Umstand, daß die angeführte Vorschrift des StGB. aufrechterhalten worden ist. Auch die veröffentlichten Berichte über die Arbeiten an dem künftigen Strafrecht zeigen, daß besondere Maßnahmen in der Richtung des Gesetzes von 1927 zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten auch künftighin für geboten erachtet werden (Das kommende Deutsche Strafrecht — Besonderer Teil — Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission S. 126, 220 ff.). In der gleichen Richtung der Sorge für einen gesunden Nachwuchs der Rasse liegen auch das ErbkrNachwGes. v. 14. Juli 1933 (RGBl. I, 529) und Ges. z. Schutze der Erbgesundheit des deutschen Volkes (EhegesundhG.) v. 18. Okt. 1935 (RGBl. I, 1246).

An diesem Rechtszustand, wie er zunächst allerdings nur für das Strafrecht unmittelbare Bedeutung hat, kann auch bei der Auslegung des § 1 UnWG. nicht vorübergegangen werden. Wenn der Strafgesetzgeber und ihm folgend die zuständigen Verwaltungsbehörden die Anpreisung von Mitteln zur Verhütung von Geschlechtskrankheiten, zu denen unzweifelhaft Präservativs gehören, an und für sich erlauben, so können diese Anpreisungen nicht schon um deswillen allein gegen die guten Sitten des lautereren Wettbewerbs verstoßen, weil die Minderung der Ansteckungsgefahr Hemmungen gegenüber dem außerehelichen Geschlechtsverkehr auszuschalten geeignet sein kann. Auch im Hinblick darauf, daß diese Schutzmittel ihrer Natur nach zugleich geeignet sind, einer Empfängnis vorzubeugen, kann die Sittenwidrigkeit ihrer Anpreisung nicht behauptet werden. Bei der Abfassung des Ges. von 1927 ist man sich, wie auf der Hand liegt und zudem auch die Materialien des Gesetzes ergeben, dieser beiden Möglichkeiten sehr wohl bewußt gewesen; man hat sie aber in Kauf genommen, weil die viel größeren Nachteile, die sich aus einer Verbreitung der Geschlechtskrankheiten ergeben mußten, hintanzuhalten. Dieses Ziel würde geradezu vereitelt werden, wenn mit Hilfe der Unterlassungsklage eines Wettbewerbers die Anpreisung jener Mittel, die das Strafrecht und das Verwaltungsrecht freigegeben haben, zum Schaden der Volks-

gesundheit wieder unterdrückt werden könnte aus Gründen, die im Ergebnis dem wirtschaftlichen Interesse des Wettbewerbers entspringen. Die Ansicht des BG., daß die Anpreisung von Präservativs schlechthin gegen die guten Sitten des lautereren Wettbewerbs verstoße, kann hiernach nicht gebilligt werden.

Gegen die guten Sitten verstoßen kann vielmehr nur die Art und Weise der Anpreisung. Hier ist dem BG. allerdings zuzugeben, daß eine Anpreisung, die in einer Art und Weise geschehen würde, daß sie den, an den sie sich richtet, zum außerehelichen Geschlechtsverkehr anreizte, nicht mit dem Anstandsgefühl aller gerecht und billig Denkenden in Einklang stünde. Ob dies bei dem noch streitig gebliebenen Teil der Druckschrift zutrifft, wird das BG. erneut zu prüfen haben. Dabei wird es nicht außer acht lassen dürfen, daß die Druckschrift den Päckchen beilag, der Käufer der Präservativs von ihr also erst Kenntnis nehmen konnte, nachdem er die Präservativs gekauft hatte.

Die Beurteilung der Befl. zur Herausgabe des beanstandeten Verpackungsmaterials und Werbematerials begründet das BU. folgendermaßen: Die Herausgabe diene der Durchführung der Unterlassung als Teil des Unterlassungsanspruchs. Der Anspruch sei auch als Schadensersatzanspruch gerechtfertigt, nämlich als Mittel, den alten Zustand wieder herzustellen. Der Rechtsvorgängerin der Kl. sei durch Entgang von Kunden, welche die gerügten Wendungen gelesen hätten, nach den Erfahrungen im Wirtschaftsleben ein Schaden erwachsen; ohne eine Vernichtung der Sachen bestehe die Gefahr weiteren Schadens für die Kl. Eine etwaige Beurteilung der Befl. zur Beseitigung der gerügten Wendungen aus den Werbeschriften und dem Verpackungsmaterial sei nicht wirksam.

Der Angriff der Rev., daß der Anspruch auf Herausgabe weder aus dem Unterlassungs- noch aus dem Schadensersatzanspruch hergeleitet werden könne, die rein wirtschaftlichen Erwägungen des BU. fänden im Gesetz keine Stütze, ist zutreffend. Allerdings begründet eine objektive Rechtsverletzung neben dem quasinegatorischen Unterlassungsansprüche auch einen quasinegatorischen Beseitigungsanspruch. Aber es genügt, in der Urteilsformel die Beurteilung zur Unterlassung weiterer Rechtsverletzung, durch Verbreitung der beanstandeten Wendungen, auszusprechen. Eine Herausgabepflicht der Befl. zwecks Vernichtung der Druckschriften und Packungen könnte nur in Frage kommen, wenn zu befürchten wäre, daß die Befl. sich der Verpflichtung zur Unterlassung weiterer Verbreitung der streitigen Druckschriften oder Packungen entziehen würde. Dafür ist nichts vorgebracht.

Die Widerklage ist im letzten Verhandlungstermin des ersten Rechtszuges erhoben worden. Die Widerbeklagte hat die Zurückweisung der Widerklage als verspätet, evtl. Erkenntnis über die Klage durch Teilurteil beantragt. Das BG. hat die Widerklage an sich als zulässig erklärt, die nachträgliche Begründung der Widerklage nach § 279 ZPO. aber als verspätet ausgeschlossen und die Widerklage als unbegründet abgewiesen. Das BU. hält diese Begr. für mindestens bedenklich, da der nachgereichte Widerklageschriftsatz immerhin 18 Tage vor der Urteilsverkündung eingegangen sei. Die Widerklage sei aber mangels rechtlichen Zusammenhangs mit der Klage unzulässig und aus diesem Grunde zurückzuweisen gewesen.

Mit RGZ. 110, 98 und dem BU. ist zwar davon auszugehen, daß § 33 die Voraussetzungen nicht lediglich für den Gerichtsstand, sondern für die Zulässigkeit der Widerklage regelt. Aber das Erfordernis des rechtlichen Zusammenhangs unterliegt dem Parteiverzicht (Stein-Jonas, ZPO. zu § 33 unter V 4 Note 64). Die Widerbefl. hat weder in der — einzigen — mündlichen Verhandlung des ersten Rechtszuges noch im Berufungsrechtszuge gem. § 295 ZPO. die Unzulässigkeit der Widerklage wegen Mangels rechtlichen Zusammenhangs mit der Klage gerügt, sondern hat sich auf die Bemängelung der Verspätung beschränkt und im übrigen materielle Einwendungen (Verjährung, Vertreibung, Arglist der Widerklage, Genehmigung, sachliche Unbe-

gründetheit der Widerklage) erhoben. Die Widerklage konnte daher nicht als unzulässig zurückgewiesen werden, vielmehr hätte sachlich darüber entschieden werden müssen.

(U. v. 15. Nov. 1935; II 110/35. — Dresden.)

Anmerkung: 1. Bekl. und Kl. werben für den Gebrauch von Präservativs. Die Kl. beanstandet die Werbung der Bekl., die sie auch selber treibt, u. a. mit der Begründung, daß jede Anpreisung von Präservativs dazu geeignet sei, zum außerehelichen Verkehr anzuregen und daher einen Sittenverstoß enthalte. Die Bekl. streitet ihr insoweit das Rechtsschutzinteresse ab, weil Kl. ja mit ihrer Werbung den gleichen Sittenverstoß begehe und Kl. nur arglistigerweise bei anderen das verurteilen könne, was sie selber tue.

Das RG. bleibt demgegenüber bei seiner im Ur. vom 12. Juni 1931 begründeten Auffassung: Die besondere im öffentlichen Interesse gewährte Klagebefugnis aus § 13 UnlWG. schlägt den hier erhobenen Einwand der Arglist.

2. Es wird unterstellt, daß die Werbebehauptungen richtig sind, also gegen § 3 UnlWG. nicht verstoßen; ferner, daß die Werbeweise der Bekl. von allen Mitbewerbern gebilligt wird. Bleiben dann noch i. S. des § 1 UnlWG. zu schützende Belange übrig? Wie im Ur. über die Werbebesuche der Bestattungsunternehmer (JW. 1935, 423), sieht das RG. auch hier das allgemeine sittliche Empfinden des Volkes als das zu schützende Gut an.

Es macht keinen Unterschied, ob man sagt: Wettbewerbsbehandlungen verstoßen dann gegen § 1 UnlWG., wenn sie gegen die allgemeine Volksanschauung (das allgemeine sittliche Empfinden des Volkes) verstoßen, oder ob man formuliert: Das im § 1 UnlWG. geschützte Gut ist die allgemeine Volksanschauung. Da § 1 UnlWG. eine Wettbewerbsbestimmung ist, muß freilich ein Wettbewerbszweck gegeben sein, und zwar so, daß er nicht völlig in den Hintergrund tritt. Dann erfährt das allgemeine sittliche Empfinden des Volkes den Schutz des § 1 UnlWG. Den Einwand, daß das Wettbewerbsgesetz den Schutz des Wettbewerbers, nicht aber den des allgemeinen Volksempfindens, bezwecke, überwindet das RG. mit der Feststellung, daß die Belange des lautereren Wettbewerbers mit denen der Allgemeinheit übereingehen. Ist diese Feststellung richtig? Dann kann die Auseinandersetzung darüber, ob der Wettbewerb, der Wettbewerber oder das Sittlichkeitsbewußtsein des Volkes durch die Generalklausel zu schützen sei, beendet werden. Ich sehe keine Gründe gegen die Feststellung und stimme deshalb dem Vorschlag Uteschers (GewRsch. 1936, 13) für eine künftige Fassung der Generalklausel: „Wer zu Zwecken des Wettbewerbs in einer dem Sittlichkeitsbewußtsein des deutschen Volkes widerstrebenden Weise handelt, kann von jedem dadurch Beeinträchtigten auf Unterlassung in Anspruch genommen werden“, unbedenklich zu.

3. Daß die Anpreisung von Präservativs auch nach heutiger Auffassung nicht schlechthin gegen die guten Sitten des lautereren Wettbewerbs verstößt, folgert das RG. richtig aus der Aufrechterhaltung der Nr. 3a des § 184 StGB., den Arbeiten der amtlichen Strafrechtskommission, dem ErbkRachwG. und dem EhegesundheitsG.

Die Nachteile, vor allem Erleichterung des außerehelichen Verkehrs und Anreiz dazu, müssen hinter den Vorteilen (Schutz vor Ansteckung) in der Erwägung zurücktreten.

Anreizen zum außerehelichen Verkehr kann überdies dann nicht mehr angenommen werden, wenn die Druckschrift, die anreizt, erst der Verkaufspackung beiliegt, also erst dem schon Kaufwilligen in die Hände fällt.

4. Dem quasi-negatorischen Beseitigungsanspruch wird genügend Rechnung getragen, wenn das Urteil ausspricht, daß die weitere Rechtsverletzung zu unterlassen ist, die durch Verbreitung der beanstandeten Wendungen aus der Druckschrift erfolgt.

Die Beurteilung auf Herausgabe der Druckschriften zur Vernichtung geht über den Beseitigungsanspruch hinaus, solange nicht Gründe für die Besorgnis nachgewiesen sind, daß der Verleger die Druckschriften weiter verwenden will. Ist diese Besorgnis nicht begründet, dann wäre die Beurteilung

auf Herausgabe zur Vernichtung, insbes. aber auch eine Beurteilung auf Herausgabe der Packungen, denen die Druckschriften beigelegt sind, eine ungerechtfertigte wirtschaftliche Schädigung des Verlegers. Im vorl. Falle konnte der Verleger nachweisen, daß er die Druckschriften bereits zweimal zur Ausschaltung wettbewerbswideriger Behauptungen abgeändert und seine Beurteilung zur Unterlassung hinsichtlich zweier Behauptungen — der einheitlichen Werbeschrift — nicht mit der Rev. angefochten hatte.

RA. Dr. jur. Hans Culemann, Düsseldorf.

*

20. § 13 UnlWG. Die Klagebefugnis der in § 13 UnlWG. bezeichneten Verbände setzt nicht voraus, daß der Verband ausschließlich die Interessen der Allgemeinheit wahrnimmt, sie ist selbst dann gegeben, wenn er wesentlich im Interesse einer Einzelfirma tätig wird. Der verfolgte Verstoß muß nur mit der verfassungsmäßigen Aufgabe des Verbandes in Beziehung stehen.†)

Das BG. hat mit Recht die bereits in den Vorinst. von der Bekl. bestrittene Klagebefugnis des mitklagenden Vereins (Zweitklägers) für die vorl. Unterlassungsklage aus § 3 UnlWG. gem. § 13 Abs. 1 daselbst bejaht ohne Rücksicht darauf, ob die Firma H. bei der Gründung des Zweitklägers wie bei der eines eigenen Unternehmens vorgegangen sei, ob sie heute noch den bestimmenden Einfluß auf ihn ausübe und seine Beteiligung an dem vorl. Rechtsstreit veranlaßt habe. Bemängelt war, da das Erfordernis der Prozeßfähigkeit des mitklagenden Vereins als eines eingetragenen Vereins nicht bezweifelt werden konnte und nicht bezweifelt worden ist, allein, das andere Erfordernis für die Sachbefugnis des klagenden Vereins, die Förderung gewerblicher Interessen, nicht gegeben sei, weil er im wesentlichen nur die der Firma H. zu wahren suche und daher entgegen dem Zwecke der Vorschr. des § 13 Abs. 1 UnlWG. nicht die Interessen der Allgemeinheit an der Bekämpfung von Auswüchsen des Wettbewerbs. Aber diese Bemängelung trifft nicht zu. Der Zweitkläger ist, wie schon sein Name sagt, ein Verein zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs im Lebensmittel- und Genussmittelhandel. Sein sachungsmäßiger Zweck ist, den unlauteren Wettbewerb, besonders auch auf dem Gebiete des geschäftlichen Werbewesens, zu unterbinden, soweit solche Handlungen auf die Erzeugung oder den Vertrieb von Nahrungsmitteln oder Genussmitteln Bezug haben. Außerdem ist für die Klagebefugnis des Vereins nur erforderlich, daß „die Verfolgung einer Wettbewerbsbehandlung von der Art der jeweilig vorliegenden überhaupt in den Bereich der gewerblichen Interessen fällt, zu deren Förderung der Verband sachungsgemäß berufen ist“, daß es sich also nicht um eine Verfehlung handelt, die zu seinen verfassungsmäßigen Aufgaben in keinerlei möglicher Beziehung steht und deren Verfolgung daher ganz außerhalb seiner Verbandszwecke liegen würde (RGSt. 45, 360, 361; Ur. des ert. Sen. v. 5. Juli 1935, II 70/35 = JW. 1935, 3157^o). Die Verbände des § 13 UnlWG. sind somit insoweit klageberechtigt, als sie durch die Klagerhebung die Sicherung und Förderung derjenigen Zwecke erstreben, deren Erreichung sie sich zur verfassungsmäßigen Aufgabe gesetzt haben. Danach ist nur dann eine Klageberechtigung nicht gegeben, wenn es sich um einen solchen Verstoß gegen das UnlWG. handelt, der mit der verfassungsmäßigen Aufgabe des in Frage stehenden Verbandes in keinerlei Beziehung steht und dessen Verfolgung daher ganz außerhalb des Verbandszweckes liegen würde (RGZ. 105, 378 ff. [380]). Daß davon vorliegend keine Rede sein kann, ist klar. Das würde, wie das BG. mit Recht annimmt, selbst dann gelten, wenn der mitklagende Verein im wesentlichen nur die gewerblichen Interessen der Firma H. zu wahren suchen sollte, aber nicht nur aus dem vom BG. angegebenen Grunde, daß diese Interessen immerhin mit den gewerblichen Interessen der nicht unerheblichen Händlerschaft von H.-Erzeugnissen identisch seien, sondern auch deshalb, weil der mitklagende Verein, selbst wenn er im wesentlichen nur die gewerblichen Interessen der genannten Firma zu wahren suchen sollte, durch die sachungsgemäß geschehene Bekämpfung von Wettbewerbsver-

lungen, begangen durch unwahre Werbebehauptungen i. S. der §§ 3 und 1 UmlWG., zugleich die Interessen der Allgemeinheit an wahrheitsgemäßer Werbung wahrnimmt. Es wäre in bezug auf die hier zu entscheidende Frage rechtlich nicht anders, als wenn die Firma S. Mitglied eines Vereins zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs wäre und dieser dann auf ihren Antrag gegen die Bekl. wegen deren aus § 3 oder § 1 UmlWG. unzulässigen unwahren Reklamebehauptungen vorgehe. Auch in solchem Falle würde der alsdann klagende Verein zum mindesten in erster Linie das Interesse eines einzelnen Mitbewerbers des Verleßers vertreten. Daß in Fällen solcher Art, die erfahrungsgemäß sehr häufig den Klagen von Verbänden gemäß § 13 Abs. 1 UmlWG. aus § 3 oder § 1 daselbst zugrunde liegen, für ein Bestreiten der Klageberechtigung des betreffenden Verbandes nach dem maßgebenden äußeren Sachverhalt kein Raum wäre, ist klar.

Danach ist auch dem für die Schaffung der außerordentlichen Klageberechtigung für Verbände und gewisse Arten von Gewerbetreibenden in § 13 UmlWG. maßgebenden gesetzgeberischen Gedanken hier entsprochen, daß jene Stellen im Interesse der Allgemeinheit, der ebenfalls an der Beseitigung der Auswüchse des Wettbewerbs gelegen sein müsse, zur Erhebung der Unterlassungsklage aus §§ 1 und 3 UmlWG. befugt sein sollen, somit eine Verfolgung der betreffenden Rechtsverletzung nicht dem Belieben des unmittelbar Betroffenen allein anheimzugeben sein soll (RGZ. 120, 47 ff. = JW. 1928, 1218; RGZ. 128, 330 ff. = JW. 1930, 1928; ferner Ur. v. 5. Juli 1935, II 70/35). Es ist zur Erreichung dieses Zweckes nicht erforderlich, daß die betreffenden Stellen ausschließlich die Interessen der Allgemeinheit wahrnehmen, ein Verlangen, das praktisch in sehr vielen Fällen die Schaffung der außerordentlichen Klagebefugnis wieder außer Kraft setzen würde (vgl. oben).

Die von der Reb. erhobene erste Rüge der fehlenden Klagebefugnis des mitklagenden Vereins aus § 13 Abs. 1 UmlWG. ist hiernach unbegründet.

(U. v. 29. Nov. 1935; II 102/35. — Berlin.)

[R.]

Anmerkung: Die Entsch. unterliegt Bedenken. Die Klagebefugnis aus § 13 Abs. 1 UmlWG. ist einem eingetragenen Verein zuerkannt, der im wesentlichen nur die gewerblichen Interessen einer einzigen großen Firma zu wahren sucht, und zwar ist sie gewährt ohne Rücksicht darauf, ob diese Firma bei der Gründung des Vereins wie bei der eines eigenen Unternehmens vorgegangen ist und ob sie heute noch den bestimmenden Einfluß auf ihn ausübt. Den Einwand, daß ein solcher Verein entgegen § 13 Abs. 1 UmlWG. nicht die Interessen der Allgemeinheit an der Bekämpfung von Auswüchsen des Wettbewerbs zu wahren sucht, überwindet das RG. mit dem formalen Hinweis auf Namen und satzungsgemäßen Zweck des Vereins. Da aber trotz Namen und satzungsgemäßen Zwecks ein Verein tatsächlich nur dem Eigennutz eines einzelnen, nicht dem Gemeinut dienen könnte, so zieht das RG. noch mit heran, daß die gewerblichen Interessen der Einzelfirma identisch sind mit den Interessen des großen Händlerkreises, der ihre Erzeugnisse vertreibt, und daß die Bekämpfung unwahrer Werbebehauptungen durch den der Einzelfirma dienenden Verein zugleich die Interessen der Allgemeinheit an wahrheitsgemäßer Werbung wahrnimmt. Aber daß die Interessen der Einzelfirma immerhin mit den Interessen ihrer Händlerchaft identisch sind, behauptet nichts. Hinter jedem Hersteller von Waren steht eine Händlerchaft, und oft eine große. Solange sie nicht Mitglied des der Einzelfirma dienenden Vereins wird, behält die Einzelfirma auch den alleinigen Einfluß, ändert also der Verein sein Wesen und seinen tatsächlichen (nicht formalen satzungsgemäßen) Zweck, der Einzelfirma zu dienen, nicht. Und daß die Bekämpfung eines Verstoßes gegen die §§ 1 und 3 UmlWG. durch einen einzelnen zugleich die Interessen der Allgemeinheit an einer einzelnen Werbung wahr, ist eine Wahrheit, die immer zutrifft, gleichviel, ob der Kl. ein Verein ist oder eine Einzelfirma. Diese Wahrheit kann deshalb nicht das Bedenken gegen die Klagebefugnis des Scheinvereins niederschlagen. Und auch das letzte Argument des RG. schlägt fehl. Sicher wird eine Handelskammer, wenn sie klagt, häufig auf Wunsch und Veranlassung

einer Einzelfirma vorgehen und damit tatsächlich „in erster Linie das Interesse eines einzelnen Mitbewerbers des Verleßers vertreten“. Darauf aber, wenn de facto das Vorgehen des klagenden Verbandes zugute kommt, kommt es nicht an, sondern darauf, ob ernsthaft ein Verband zur Förderung gewerblicher Interessen vorliegt. Daß eine einzelne Großfirma einen Scheinverband gründet, um bei Verfolgung ihrer wirtschaftspolitischen Ziele nicht immer mit offenem Visier kämpfen zu müssen, ist eine in der Vergangenheit nicht selten beobachtete Erscheinung. Es hat z. B. einen Verband der Plakatfreunde gegeben, der von einer Einzelfirma gelegentlich dann vorgeschoben wurde, wenn sie aus taktischen Erwägungen es für richtiger hielt, unter der Flagge eines Vereins, anstatt unter eigener Flagge zu kämpfen. Ein Verband hat immer den Anschein einer größeren Objektivität für sich. Behörden, Gerichte und Privatpersonen sind leichter geneigt, den Verband anzuhören als die Einzelfirma. Selbstverständlich sind die Satzungen solcher Zweck-„Verbände“ streng auf den Dienst an der Allgemeinheit gerichtet. Nichtsdestoweniger sind solche Verbände von Anfang an oder nach einiger Zeit reine Interessenvertretung der sie beherrschenden Einzelfirma. Sie scheinen nur Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen zu sein. Es findet aber in Wahrheit die Förderung eigennütziger Interessen des beherrschenden Hauptmitgliedes statt. Man mag mit dem RG. v. 1. Juni 1929 (JW. 1930, 1743), wenn ein Verband klagt, der nach der Behauptung des Bekl. ein Scheinverband ist, dem Bekl. aufgeben, die Nichtübereinstimmung von Satzung und Wirklichkeit darzutun. Kommt der Bekl. dieser Auflage nach, dann wird die Klagebefugnis des Scheinverbandes zu verneinen sein.

Gewiß hindert die neue Aufsicht über die Organisation der gewerblichen Wirtschaft heute das Entstehen solcher Scheinverbände. Damit ist aber nicht gesagt, daß alle bestehenden Verbände dieser Art inzwischen verschwunden sind. Ihnen die Klagebefugnis verleihen, heißt, einen dem heutigen Rechtsempfinden widersprechenden Schachzug einer Einzelfirma unterstützen.

RA. Dr. Hans Culemann, Düsseldorf.

21. Gebrauchsmuster. Wird der Schutzanspruch geändert, so kann auf ihn ein Anspruch nur gestützt werden, wenn die Änderung eine Einschränkung, nicht aber, wenn sie etwas anderes bedeutet.

Der Kl. steht das am 12. Dez. 1932 beim RPatA. angemeldete Gebrauchsmuster ... auf einen Hausschuh mit Hohl-gummisohle zu. Sie hatte der Beschreibung ursprünglich drei Schutzansprüche beigelegt. Nach Anspruch 1 sollte die Filzsohle mit einer Gummihülle versehen sein. Diese wiederum sollte nach Anspruch 2 einen mit dem nach innen gebogenen Rande des Stoffschafes gleichlaufenden Rand haben, und die Ränder sollten zusammen mit der Filzzwischensohle verbunden (vernäht, verklebt, vulkanisiert) sein. Am 21. Sept. 1933 ging namens der Kl. beim RPatA. eine Erklärung ein, daß nach dem Stande der Technik der Schutzanspruch 1 nicht aufrechtzuerhalten sei; er werde daher gestrichen, und „für den Schutzzumfang des Gebrauchsmusters gelte der folgende Schutzanspruch“:

Hausschuh mit Hohl-gummisohle, dadurch gekennzeichnet, daß die Gummisohle mit dem nach innen gebogenen Rande des Stoffschafes einen an sich bekannten gleichlaufenden Rand hat, der zusammen mit dem Stoffschafte und der Filzsohle durch eine Stepp-überwendlingsnaht od. dgl. derart verbunden ist, daß die Naht an der Lauf-fläche nicht erscheint.

Auch an einem Hausschuh mit Gummisohle, den die Bekl. gewerblich herstellt und vertreibt, sind drei Teile, nämlich Stoffschafte, überstehender Rand der Gummisohle und Filzsohle, derart miteinander vernäht, daß die Naht auf der Lauf-fläche der Gummisohle nicht erscheint.

Die Kl. erblickt hierin eine Verletzung ihres Gebrauchsmusters und hat auf Unterlassung und Feststellung der Schadensersatzpflicht der Bekl. Klage erhoben.

Das RG. hat die auf Verletzung des Gebrauchsmusters gestützte Klage abgewiesen.

Der Rev. ist zuzugeben, daß der Leser der Gebrauchsmusterbeschreibung der Kl. annehmen muß, es solle dadurch eine Filzsohle, eingebettet in Gummibelag, geschützt sein. Anspruch 1 sagt das deutlich. Dessen ist sich der Verkl. allerdings bewußt gewesen. Er nimmt aber an, daß die Kl. mit ihrer Eingabe an das RPatV. v. 21. Sept. 1933 Gegenstand und Schutzzumfang des Gebrauchsmusters, wie dies an sich rechtlich zulässig ist, eingeschränkt habe; daß also das, was die Eingabe zum Ausdruck bringt, bereits in der ursprünglichen Anmeldung mit enthalten gewesen sei: die räumlich erkennbare Art der Vernähung des Gummihüllenrandes, der Filzsohle und des Stoffschaftrandes ohne Erscheinen der Naht an der Lauffläche. Und auf dieser Grundlage stellt dann das BU. die Neuheit der Naumform, die erfinderische Leistung und auf Seiten der Bekl. die Nachahmung fest.

Demgegenüber macht die Rev. mit Recht geltend, daß der von der Kl. nachträglich formulierte Schutzanspruch in Wahrheit keine Einschränkung, sondern etwas grundsätzlich anderes als die ursprüngliche Anmeldung enthält. Diese läßt nur in der beigefügten Zeichnung eine nach der Lauffläche der Sohle nicht durchgehende Naht erkennen; und es liegt auf der Hand, daß auch der in der Beschreibung hervorgehobene Zweck des Gebrauchsmusters, die Sohle wasserdicht zu machen, besser erreicht wird, wenn sich auf der Lauffläche keine Löcher befinden. Daß aber der Anmelder darauf irgendwie Wert gelegt hätte, läßt der Gesamteindruck der Gebrauchsmusteranmeldung, also Beschreibung, Ansprüche und Zeichnung, auch nur andeutungsweise nicht erkennen. An der einzigen Stelle, wo vom Vernähen des Stoffschaftrandes, der Filzzwischensohle und des Gummirandes die Rede ist, heißt es, daß das durch Ketten-, Stepp- oder Überwendlichnaht geschehen könne. Nach der Art dieser Nähte, wie sie das vom Verkl. in Bezug genommene Gutachten des Sachverständigen beschreibt und bildlich zeigt, kann aber der unbefangene sachkundige Leser durchaus nicht als selbstverständlich annehmen, daß der Stich auf der Lauffläche nicht erscheinen dürfe. Daß er andererseits dort nicht zu erscheinen brauche — wie es die Zeichnung ergab —, war dem Anmelder offenbar, da die verschiedenen Nähte mit ihren Eigentümlichkeiten an sich längst bekannt waren, etwas völlig Selbstverständliches. Eine Lehre, wie sie die spätere Eingabe an das RPatV. enthielt, gab er jedenfalls der Fachwelt noch nicht. Ihm kam es lediglich auf die im Anspruch 1 als Erfindung beanspruchte Filzsohle mit Gummihülle an, für die er in den Ansprüchen 2 und 3 Einzelausführungen gab und im Anspruch 2 als Art der Verbindung wahllos nebeneinander Vernähen, Verkleben, Vulkanisieren anführte. Die Bekanntgabe des Merkmals als eines wesentlichen Erfordernisses, daß die Naht an der Lauffläche nicht erscheint, fehlte also in der ursprünglichen Anmeldung noch völlig und bedeutete daher in der späteren Eingabe an das RPatV. eine grundsätzliche Abweichung von jener Anmeldung.

Damit ist der auf das Gebrauchsmuster gestützte Klage die Grundlage entzogen. Sie erweist sich als unbegründet, ohne daß noch auf die übrigen Rügen der Rev. eingegangen zu werden brauchte. Da die Klage aber ferner auf unlauteren Wettbewerb und unerlaubte Handlung gestützt worden ist und der Verkl. sich damit noch nicht befaßt hat, so mußte das BU. aufgehoben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung über die beiden anderen Klagegründe an das BG. zurückverwiesen werden.

(U. v. 6. Nov. 1935; I 194/35. — Frankfurt a. M.)

[R.]

*

22. Das Meckl.-Schwer. Gef. zur Änderung des EnteignG. (RegBl. für Meckl.-Schwerin 1933, 303) verstößt nicht gegen den Grundsatz der Gleichheit aller Deutschen vor dem Gesetz.

Selbst wenn man annehmen wollte, auch der Gesetzgeber sei durch den Satz der Gleichheit aller Deutschen vor dem Gesetz gebunden, so kann doch keine Rede davon sein, daß das

Mecklenburg-Schwerinsche Gesetz zur Änderung des EnteignG. für die Landgemeinden v. 20. Juli 1923, das unter dem 16. Nov. 1933 ergangen ist (RegBl. für Mecklenburg-Schwerin 1933, 303), gegen diesen Satz verstieße. Weder in der Erweiterung des Kreises der sog. Enteignungsberechtigten auf Körperschaften des öffentlichen Rechts und natürliche und juristische Personen des Privatrechts noch in der Ausdehnung der Zulässigkeit der Enteignung auf die Zwecke der Anlegung oder der Erweiterung von Arbeitsdienstlagern, Schulungslagern und ähnlichen Einrichtungen, kann ein solcher Verstoß gesehen werden. Es handelt sich vielmehr um ein allgemeines, für alle Bewohner von Mecklenburg-Schwerin geltendes Gesetz. Die frühere Unzulässigkeit, zugunsten einer juristischen Person des Privatrechts und für die Errichtung von Schulungslagern eine Enteignung vorzunehmen, hat vermutlich den Anstoß gegeben, das erwähnte Gesetz zu erlassen. Dieses bezieht sich aber weder allein auf den Kl. noch allein auf das Gut A., mag auch schon bei der Erlassung des Gesetzes die Enteignung dieses Gutes beabsichtigt gewesen sein. Weder liegt ein Sondergesetz vor, noch handelt es sich um einen Mißbrauch der Form eines Gesetzes.

Daß die Enteignung zum Wohle der Allgemeinheit erfolgt, wenn es sich um die Errichtung eines Schulungslagers für Medizinalpraktikanten und Ärzte handelt, bedarf keiner weiteren Ausführung. Ob es noch andere geeignete Güter zur Errichtung eines solchen Lagers gegeben hätte, ist eine Frage, die das ordentliche Gericht nicht zu prüfen hat.

(U. v. 26. Nov. 1935; VII 49/35. — Rostock.) [L.]

Verfahren

23. § 56 ZPO. Die Einlegung eines Rechtsmittels für eine verstorbene Prozeßpartei hat die Wirkung, daß das Rechtsmittel als für die Erben eingelegt anzusehen ist.

Nachdem die ursprüngliche Erstbeklagte im Laufe des zweiten Rechtszugs verstorben und ihr Tod auch zur Kenntnis des Gerichts gelangt war, konnte sie im angefochtenen Urteil nicht mehr als Partei aufgeführt werden. Es bedurfte vielmehr der Feststellung, wer an ihrer Stelle nunmehr in die Parteirolle eingetreten war, sowie der Klärung der Frage der gesetzlichen Vertretung (§ 56 ZPO.; RGZ. 50, 364). Auch die Rev. konnte nicht für einen Verstorbenen eingelegt werden. Es ist jedoch zulässig, die Einlegung der Rev. als für die Erben geschehen anzusehen (RGZ. 68, 391 = ZW. 1908, 453).

(U. v. 6. Jan. 1936; IV 231/35. — Raumburg.)

[St.]

*

24. § 42 ZPO. Es folgt aus der Natur des Rechtsmittels der Rev., daß das RG. verschiedene Auslegungen des gleichen Testaments durch verschiedene OLG. hinnehmen und bestätigen muß. Ein Ablehnungsgrund ist hieraus ebensowenig wie aus dem Umstand zu entnehmen, daß das RG. tatsächlichen Feststellungen des OLG. nicht entgegengetreten ist.

Abgelehnt werden kann nicht ein ganzes Gericht oder die Gesamtheit der Richter einer Gerichtsabteilung, die bei einer bestimmten Entsch. mitgewirkt haben, sondern nur der oder die einzelnen Richter, gegen die Ablehnungsgründe, d. h. Gründe, die geeignet sind, Mißtrauen gegen ihre Unparteilichkeit bei dem Ablehnenden zu rechtfertigen, vorgebracht und glaubhaft gemacht werden. Andere persönliche Befangenheitsgründe, als die Beteiligung an bestimmten Entsch., die in Rechtsstreitigkeiten des Ablehnenden ergangen sind, hat der Revisionskläger gegen keinen der abgelehnten Richter geltend gemacht. Die bloße Mitwirkung bei einer früheren, von dem Ablehnenden mißbilligten Entsch. bildet aber keinen Ablehnungsgrund, es sei denn, daß sie bei dem Ablehnenden die Besorgnis zu rechtfertigen vermöchte, daß der abgelehnte Richter durch seine frühere Stellungnahme an einer unparteiischen sachlichen Rechtsfindung in der nun zu entscheidenden neuen

Sache behindert werde. Davon kann aber hier nach den Umständen des vorl. Falles keine Rede sein. Im einzelnen ist dazu zu bemerken:

1. Soweit die Ablehnung sich darauf gründet, daß das Testament der Witwe Aline M. v. 20. Nov. 1909 in dem Urte. des 4. ZivSen. v. 21. April 1932, IV 383/31, eine andere, dem Revisionskläger ungünstigere Auslegung gefunden habe, als in dem Urte. desselben Sen. v. 22. März 1934, IV 10/34 (zu einer Sache, an der der Gesuchsteller selbst nicht beteiligt war), so überfieht das Ablehnungsgesuch, daß die verschiedene Auslegung nicht vom 4. ZivSen. des RG., sondern von den hierfür zuständigen OVG. als BG., hier dem OVG. Dresden, dort dem RG., vorgenommen war, und daß sich in beiden Sachen die Aufgabe des RG. darauf beschränkte, nachzuprüfen, ob bei der Auslegung, die als Willensfeststellung dem Tatsachenbereich angehörte, ein Verstoß gegen Auslegungsregeln oder ein sonstiger Rechtsverstoß untergelaufen war. Dies ist in beiden Sachen verneint worden. Es liegt daher nicht ein Widerspruch in der Stellungnahme des 4. ZivSen. des RG., sondern nur eine verschiedene Auslegung desselben Testaments durch zwei OVG. vor, und es ist deshalb auch in dem späteren Erkenntnis des RG. schon ausdrücklich darauf hingewiesen worden, daß das RG., obwohl es die jüngere Auslegung des OVG. Dresden als rechtsirrtumsfrei anerkennen mußte, nicht in der Lage gewesen sei, der entgegengesetzten Auslegung in dem älteren Urte. des RG. in seinem Urte. IV 383/31 entgegenzutreten. Der 4. ZivSen. des RG. hat in beiden Sachen gem. seiner Beschränkung durch die Tatsachenfeststellung des Vorderrichters (§ 561 Abs. 2 ZPO.) entschieden; einen Widerspruch enthalten seine Entsch. nicht, und ein Grund für eine Besorgnis der Befangenheit zugunsten des Revkl. ist nirgends ersichtlich.

2. Es konnte deshalb auch dem Antrage des Gesuchstellers v. 14. Okt. 1935 auf Niederschlagung der beim RG. in der Sache IV 383/31 entstandenen Kosten wegen unrichtiger Behandlung der Sache keine Folge gegeben werden; denn eine unrichtige Behandlung der Sache beim RG. im Sinne des Antragstellers kam nicht in Frage. Mithin ist auch der ablehnende Beschl. v. 24. Okt. 1935 in keiner Hinsicht geeignet, dem Revkl. einen Grund zur Besorgnis der Befangenheit eines der beteiligten Richter ihm gegenüber zu geben.

3. Einen dritten Grund seiner Besorgnis will der Revkl. in Teilen der Begr. des Erkenntnisses v. 23. April 1931 zur Sache IV 381/30 finden. Auch hier unterscheidet er jedoch wieder nicht genügend zwischen tatsächlichen Feststellungen des BG. und Ausführungen, mit denen das RG. die gegen solche Feststellungen gerichteten Revisionsangriffe als unbegründet zurückweist. Im besonderen handelte es sich um eine vom RG. lediglich wiedergegebene Feststellung des BG., daß dem Revkl. bei seiner Verhandlung mit seinen Stiefkindern vom 24. Aug. 1924 der höhere Wert des Anteils der Erblasserin an der G. er Familienbesitz-GmbH. subjektiv bekannt gewesen, und daß bei seiner Erfahrung in Vermögensangelegenheiten seiner Geschäftsgewandtheit und seiner beruflichen Ausbildung als Jurist ein Irrtum seinerseits im Ausmaß einer Falschbewertung um 176 000 RM. durchaus unglaubwürdig sei. Auf Grund näher ausgeführter Einzelumstände war das BG. zu der Überzeugung gelangt, daß der Revkl. v. 24. Aug. 1924 bei der Besprechung mit seinen Stiefkindern schon gewußt habe, die Beteiligung ihrer verstorbenen Mutter an der genannten Gesellschaft beschränkte sich nicht auf einen Wert von 2000 RM., gehe vielmehr weit darüber hinaus, und es überschreite demnach der Pflichtteil des einzelnen Kindes wesentlich den Betrag von 10 000 RM. Dieser tatsächlichen Beurteilung gegenüber beschränkte sich die Aufgabe des RG. auf die Prüfung, ob die Revisionsrüge der Verletzung von Beweisregeln und des Verstoßes gegen § 286 ZPO. begründet sei. Wenn und das Ergebnis dieser Nachprüfung nicht die Billigung des Revkl. findet; wenn er namentlich die Nichtbeanstandung der Annahme des BG. rügt, daß sich die Bewertung im Aug. 1924 nicht wesentlich von dem (wirklichen) Umstellungswert unterschieden habe; wenn er die Würdigung des Schriftwechsels von 1922 für verfehlt erachtet, und wenn er schließlich einen unbegründeten Vorwurf darin findet, daß er eine

zweifelhafte und demnach als hinfällig erwiesene Nachlassschuld als unbedingtes Passivum in seine Nachlassbewertung eingestellt habe, so mögen das von seinem Standpunkt aus subjektiv mögliche Einwände gegen die Begr. des beanstandeten Urte. sein, sind es aber keine ausreichenden Gründe für die Besorgnis, daß die beteiligten, den Parteien persönlich ganz fernstehenden Richter des RG. in ihrer Unparteilichkeit gegenüber dem Revkl. irgendwie beeinflusst und zu seinem Nachteile gegen ihn voreingenommen und daher zu unparteiischer Rechtsfindung außerstande sein könnten.

Sämtliche abgelehnte Richter haben sich dienstlich für nicht befangen erklärt.

Dem Ablehnungsgesuch konnte hiernach keine Folge gegeben werden.

(Beschl. v. 15. Nov. 1935; IV 85/35.)

[A.]

*
** 25. §§ 161, 313, 314, 320, 418 ZPO. Wenn gemäß § 161 ZPO. die Feststellung von Zeugenaussagen im Sitzungsprotokoll in Fällen unterbleibt, in denen die Vernehmung vor dem Prozeßgericht selbst stattfindet und gegen das Endurteil Berufung nicht gegeben ist, hat die Wiedergabe des wesentlichen Inhalts der Aussagen im Tatbestand des Urteils (oder in den Gründen) stattzufinden. Durch die Aufnahme der Aussagen in den Tatbestand wird ein vollständiges Zeugnis des Gerichts über die vor ihm erstatteten Aussagen hergestellt. Das Prozeßgericht, das über einen Tatbestandsberichtigungsantrag zu entscheiden hat, kann als solches gerichtliche Protokolle nicht berichtigen, die nur von den Urkundspersonen zu verantworten sind, daher auch nur von ihnen zu ändern sind. Unmöglichkeit der Feststellung eines anderen Inhalts der zu Protokoll festgestellten Zeugenaussagen in einem Berichtigungsverfahren. Dasselbe gilt auch dann, wenn die Aussagen nur im Tatbestand vom Gericht einseitig, ohne Genehmigung des Verhörten, festgestellt sind.

In der Rspr. des RG. und des RArbG.: RGZ. 145, 390 (392) = JW. 1935, 1021^o; RArbG. 14, 176 (179), steht fest, daß, wenn gem. § 161 ZPO. die Feststellung von Zeugen- oder Sachverständigenaussagen im Sitzungsprotokoll in Fällen unterbleibt, in denen die Vernehmung vor dem Prozeßgericht selbst stattfindet und gegen das Endurteil Ber. nicht gegeben ist, dann die Wiedergabe des wesentlichen Inhalts der Aussagen im Urteil stattzufinden hat. Ob das im Tatbestand des Urteils oder in den Gründen — die dann eben insoweit einen Teil des Tatbestands bilden — geschieht, steht im Ermessen des Gerichts. Die von der Rev. unter Bezugnahme auf die vorgenannte, von ihr nach dem Abdruck in JW. 1935, 1021^o angeführte Entsch. des RG. aufgestellte Behauptung, Wiedergabe in den Gründen sei unzulässig, ist nach dem klaren gegensätzlichen Ausspruch des genannten Urteils und der ständigen Rspr. des RG. unrichtig. Sie ist aber im vorl. Fall deswegen auch belanglos, weil der Vorderrichter der in RGZ. 145, 393 ausgesprochenen Empfehlung folgend das Ergebnis seiner Vernehmungen ausführlich in den Urteilstatbestand aufgenommen hat. Zweck der Aufnahme der Aussagen ist die Ermöglichung der Nachprüfung der richtigen Rechtsanwendung.

Durch die Aufnahme der Aussagen in den Tatbestand wird ein vollständiges Zeugnis des Gerichts über die vor ihm erstatteten Aussagen hergestellt (JW. 1894, 424¹⁰ und Urte. v. 19. Febr. 1903, IV 342/02). Dies muß, sobald man die Aufnahme der Aussagen im Falle des § 161 ZPO. in das Urteil für notwendig erklärt, aus den §§ 313, 418 ZPO. gefolgert werden. Soweit Stein-Jonas § 314 I 1 der Aufnahme der Zeugen- und Sachverständigenaussagen in den Tatbestand etwa nicht nur die erhöhte Beweiskraft des § 314 ZPO., sondern auch die des § 418 absprechen sollte, könnte dieser Meinung nicht beigetreten werden. Das Gericht, das im Falle des § 161 ZPO. die Aussagen in den Tatbestand, statt — was durchaus zulässig ist — in das

Sitzungsprotokoll aufnimmt, bezeugt damit ebenfalls, daß die Zeugen und Sachverständigen so, wie im Tatbestande angegeben, vor ihm ausgesagt haben. Allerdings ist dieses Zeugnis, anders als das Zeugnis über das mündliche Parteivorbringen, durch jedes geeignete Beweismittel widerlegbar (§ 418 Abs. 2 im Gegensatz zu § 314 Satz 2 ZPO.). Die Rev. meint nun, es sei „rechtssirrig“, daß das BG. mit der von ihm gegebenen Begr. die Tatbestandsberichtigung angesichts der vorgelegten Erklärung des Zeugen Sch. abgelehnt habe. Allerdings sei im Berichtigungsverfahren — nach § 320 Abs. 4 ZPO. — eine Beweisaufnahme an sich nicht zulässig. Dies könne aber nur bzgl. des beiderseitigen Parteivorbringens gelten. Für diese gälten ja auch andere in bezug auf den Tatbestand bestehende Vorschr., z. B. § 314 ZPO., nicht (RGZ. 17, 348). Erfolge die protokolllarische Niederlegung, so könne im Berichtigungsverfahren eine Klärung durch Beweiserhebung stattfinden. Ob diese zulässig sei oder nicht, könne nicht davon abhängen, ob das BG. die Aussagen ins Protokoll oder in den Tatbestand aufnehme. Weiter spreche gegen die Beschränkung der Nachprüfung der Richtigkeit von Tatbestandsfeststellungen über Zeugenaussagen deren Bedeutung. Die Frage, ob Zeugenaussagen richtig niedergelegt seien, könne von einer weit über den Rahmen des Zivilprozesses hinausgehenden Wirkung sein. Es könnten sich strafrechtliche Verfolgungen an die unrichtige Niederlegung einer Aussage knüpfen. Nicht nur im Interesse der Parteien, sondern auch im Interesse der ganz unbeteiligten Zeugen müsse, wenn die Frage einer unrichtigen Wiedergabe einer Aussage sich erhebe, deren Klärung so bald als möglich, § 320 Abs. 2 Satz 3 ZPO., und jedenfalls ohne die Beschränkung auf eine abweichende Erinnerung des Richters, sondern mit allen erreichbaren Mitteln erfolgen. Deshalb sei die Unterlassung der von der Erinnerung des Richters unabhängigen Prüfung der Frage, was der Zeuge Sch. gesagt habe, „prozeßordnungswidrig“. Dieser Mangel beschwere die Befl. Daß er das Tatbestandsberichtigungsverfahren betreffe, sei unerheblich; dieses müsse insofern als ein zum Urteilsverfahren gehöriges Verfahren angesehen werden. Wenn unzulässigerweise ein Tatbestand berichtigt werde, so könne das mit der Rev. gerügt werden; wenn der Tatbestand unzulässigerweise nicht berichtigt werde, so könne die Sachlage keine andere sein. Hiervon trifft der letzte Satz sicherlich zu. Nicht aber ist richtig, daß hier der Tatbestand „unzulässigerweise“ nicht berichtigt worden ist. Das Tatbestandsberichtigungsverfahren ist ausgenommen und durchgeführt. Ein Prozeßmangel des Berichtigungsverfahrens selbst, namentlich in der Entsch. nur durch einen (übrigens gerade den des Sachverhalts am besten kundigen) Richter, § 320 Abs. 4 Satz 2 ZPO., liegt nicht vor. Wie die Rev. selbst anführt, erfolgt die Entsch. nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschr., § 320 Abs. 4 Satz 1 ZPO. ohne vorgängige Beweisaufnahme. Diese wohlerrwogene Vorschr. will, wie auch die Fristsetzung des Abs. 2 für die Anbringung des Berichtigungsantrages sowie die Ausschließung einer Anfechtung des Beschlusses in § 320 Abs. 4 Satz 4 zeigt, ein umständliches Verfahren über den Inhalt des Tatbestands abschneiden, um den Fortgang des Rechtsstreits nicht erheblich aufzuhalten. In diesem bietet dann die höhere Instanz, soweit als solche nicht nur nach die Rev. offen ist, § 561 Abs. 1 Satz 1 ZPO., der Partei im Rahmen der gesetzlich gebotenen Möglichkeiten die Gelegenheiten, Berichtigungen ihres festgestellten Vorbringens oder des Ergebnisses von Zeugen- und Sachverständigenvernehmungen durch berichtigende Erklärungen und durch Anträge auf wiederholte Vernehmung zu bewirken. Daß der Ausschluß der Beweisaufnahme für die Berichtigung der im Tatbestand gem. §§ 161, 286, 313 Abs. 1 Nr. 3 ZPO. festgestellten Zeugen- und Sachverständigenaussagen nicht gelte, ist eine durch nichts begründete Aufstellung der Rev. Gelten andere, das Parteivorbringen allein betreffende Vorschr., wie nach seinem Wortlaut der § 314 ZPO., für diese Auslagen nicht, so tut das nicht dar, daß § 320 Abs. 4 Satz 1 ZPO. nicht ausnahmslos für die Entsch. über den Tatbestandsberichtigungsantrag gilt. Der Satz der Rev.: wenn die protokolllarische Niederlegung erfolge, könne „im Berichtigungsverfahren“ eine „Klärung durch Beweiserhebung“ erfolgen, ist unrichtig. Gerade dann, wenn außerhalb des Tatbestandes ein abgeschlossenes gerichtliches Beweiserhebungsprotokoll vorliegt und dieses im Tatbestand nur gem. § 313 Abs. 1 Nr. 3 und Abs. 2 ZPO.

in Bezug genommen ist, ist eine inhaltliche Berichtigung der in Bezug genommenen Beweisverhandlungen nach § 320 ZPO. schon begrifflich ausgeschlossen. Denn dann ist der Tatbestand des Urteils § 313 Abs. 1 Nr. 3 ZPO., der nur auf die abgeschlossene Urkunde hinweist, unter allen Umständen richtig. Das Prozeßgericht, das über den Tatbestandsberichtigungsantrag zu entscheiden hat, kann als solches gerichtliche Protokolle nicht berichtigen, die nur von den Urkundspersonen zu verantworten und daher auch nur von ihnen zu ändern sind. Gegen diese Feststellung im Protokoll kann beim Prozeßgericht nur mit Prozeßrügen wegen Verletzung des § 162 ZPO., der vorschreibt, daß die Aussagen den Beteiligten vorzulesen oder zur Einsicht vorzulegen seien, und daß im Protokoll zu bemerken sei, daß dies geschehen und die Genehmigung erfolgt sei oder welche Einwendungen erhoben seien, oder mit der Einwirkung wiederholter Vernehmung zum Zwecke erneuter Feststellung des Wissens und anderen Wissens des Zeugen oder Sachverständigen, wo dafür prozeßrechtlich noch Raum ist, vorgegangen werden. Die Frage, ob, unter welchen Umständen und mit welcher Wirkung das abgeschlossene Protokoll, sei es auf Antrag, sei es von Amts wegen, in der Instanz von den dabei mitwirkenden Gerichtspersonen nicht bloß hinsichtlich der Förmlichkeiten, sondern auch hinsichtlich des sachlichen Ergebnisses durch eine zusätzliche Erklärung berichtigt werden könnte, darf hier auf sich beruhen, da derartige nicht geschehen konnte und nicht in Frage kommt und aus einer derartigen Möglichkeit nichts für den Bereich des Tatbestandsberichtigungsverfahrens gewonnen werden kann. Ein gesetzlich geordnetes „Berichtigungsverfahren“ gibt es in dieser Richtung nicht, wenn auch schon angenommen worden ist, ein Gericht, das eine Protokollberichtigung auf Antrag als unzulässig ablehne, könne auf Beschw. dazu angehalten werden, sachlich zu prüfen, ob eine Berichtigung veranlaßt sei (vgl. auch ArbGG.: JW. 1930, 1528¹). Entscheidend ist dabei aber doch immer nur die Überzeugung der Urkundspersonen, ob das Protokoll so oder anders hätte gefaßt werden müssen, mag auch eine Anhörung der Beteiligten vorangehen. Aus dem unrichtigen allgemeinen Obersatz der Rev. über die Möglichkeit der Feststellung eines anderen Inhalts der zu Protokoll festgestellten Zeugen- oder Sachverständigenaussagen in einem Berichtigungsverfahren kann also nicht abgeleitet werden, daß derartige möglich und entgegen der Überzeugung des Gerichts möglich sein müsse, wenn die Aussagen nur im Tatbestand vom Gericht einseitig, ohne Genehmigung des Verhörten, festgestellt sind. Die Ver. der Rev. auf Folgen, die aus solchen Feststellungen jenseits des Rahmens des einzelnen Rechtsstreits, insbes. in strafrechtlicher Hinsicht eintreten könnten, vermag zu keiner anderen Auffassung zu führen. Nach dieser Richtung hin steht die vom Gericht einseitig beurkundete Feststellung einer von dem Zeugen oder Sachverständigen gem. § 162 ZPO. genehmigten Feststellung nicht gleich, sowenig als eine protokolllarische Feststellung, gegen die nach dem Protokoll selbst sofort Einwendungen, namentlich gerade vom Verhörten, erhoben worden sind. Die materielle Beweisraft der tatbestandlichen Feststellung für andere Rechtsverhältnisse wird immer frei zu prüfen sein.

Auf die andere Ausführung der Rev., es werde angesichts des vorl. Falles zu prüfen sein, ob dem Tatsachenrichter fürderhin die Befugnis, von der Protokollierung und von der Verlesung der Notizen über Zeugenaussagen abzusehen, uneingeschränkt auch für komplizierte Prozesse eingeräumt werden könne, ist hier nicht einzugehen. Dadurch wird das bestehende Gesetz nicht berührt, das dem Gericht eben die Fähigkeit, solche Aussagen richtig zu erfassen und ohne Mitwirkung des Verhörten einseitig auch richtig wiederzugeben, zugetraut hat. Die daran geknüpfte Rüge, entweder das Protokollieren oder die Verlesung der Notizen hätte geschehen müssen, entbehrt jeder Unterlage im Gesetz und ist mit § 161 ZPO. unvereinbar. Ob nach Meinung von Baumbach, ZPO., 9, § 161 Anm. 1, die Anwendung des § 161 ZPO. nur dann für „zweckmäßig“ zu erachten ist, wenn nicht nur sofort erkannt wird, sondern auch die Rev. ausgeschlossen ist, ermangelt einer Bedeutung für den vorl. Fall. Aus einer nur unzumutbaren Anwendung des § 161 ZPO. würde keine Gesetzesverletzung folgen, wie nach § 549 ZPO. für eine Rev. erforderlich ist. Außerdem wäre mit der

Befolgung dieser Meinung das Vorkommen eines Sachverhalts wie vorliegend, daß eine Partei und ein Zeuge nachträglich die gerichtliche Feststellung im Tatbestand zum einen oder anderen Punkt bestreiten, nicht ein für allemal abgestellt; nur eine Rev. wäre dann ausgeschlossen.

(U. v. 19. Nov. 1935; II 121/35. — Hamburg.) [v. B.]

*

26. § 233 ZPO. Unverschuldete Anwaltslosigkeit infolge nicht rechtzeitiger Zustellung des die Beiordnung enthaltenden Armenrechtsbeschlusses ist als unabwendbarer Zufall anzusehen. Maßgebend ist der Zeitpunkt, in dem der Armenrechtsbeschuß dem Antragsteller selbst und nicht dem beigeordneten Anwalt zugestellt wird.

Durch Urteil des RG. v. 19. Aug. 1935 war die Klage auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft abgewiesen und auf die Widerklage die Ehe der Parteien aus alleinigem Verschulden des Kl. geschieden worden. Dieses Urteil ist dem erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten des Kl. am 31. Aug. 1935 zugestellt worden. Am 16. Sept. 1935 stellte der Kl. zu Protokoll des RG. in R. das Gesuch um Bewilligung des Armenrechts für die VerZnst. Durch Beschl. v. 23. Sept. 1935 hat das RG. dem Kl. das erbetene Armenrecht bewilligt und ihm den RA. S. in B. als Pflichtanwalt beigeordnet. Dieser Beschuß wurde am 28. Sept. 1935 dem RA. S. zugestellt. Die Zustellung des Beschlusses an den Kl. persönlich erfolgte erst am 2. Okt. 1935. Inzwischen war am 30. Sept. 1935, die Berufungsfrist abgelaufen. Am 5. Okt. 1935 hat RA. S. für den Kl. die Berufungsschrift beim RG. eingereicht und gleichzeitig den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Berufungsfrist gestellt. Das RG. hat durch Beschl. v. 31. Okt. 1935 den Wiedereinsetzungsantrag zurückgewiesen und die Ver. des Kl. als unzulässig verworfen.

Die sofortige Beschw. ist begründet.

Das Ergebnis, zu dem das RG. gelangt, ist jedenfalls deswegen unrichtig, weil das RG. übersehen hat, daß RA. S. durch die Zustellung des seine Beiordnung enthaltenden Armenrechtsbeschlusses an ihn noch gar nicht Prozeßbevollmächtigter (Vertreter) des Kl. geworden ist (RGZ. 94, 342 = JW. 1919, 313; RGZ. 135, 303 = JW. 1932, 1732; RGZ. 147, 156 = JW. 1935, 1694¹⁵), sondern daß es dazu erst der Vollmachtserteilung durch den Kl. bedurfte. Der Mangel der äußersten Sorgfalt des RA. S. — falls ein solcher Mangel überhaupt vorgelegen haben sollte — fällt also, da RA. S. damals noch nicht sein „Vertreter“ war, dem Kl. nicht zur Last. Es kommt nicht auf den Zeitpunkt der Zustellung des Armenrechtsbeschlusses an den Kl. selbst an. Diese letztere Zustellung ist erst erfolgt am 2. Okt. 1935. Bis zu diesem Tag hat die unverschuldete Anwaltslosigkeit des Kl., die als unabwendbarer Zufall anzusehen ist, andauert. An diesem Tag war die Berufungsfrist bereits abgelaufen. Dem Kl. steht daher die Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Berufungsfrist zu. Da der Wiedereinsetzungsantrag unter gleichzeitiger Nachholung der versäumten Berufungseinlegung bereits am 5. Okt. 1935 eingegangen ist, ist die Frist des § 234 ZPO. zweifellos gewahrt. — Die Entsch. des RG. v. 26. Nov. 1926 (RGZ. 115, 60 = JW. 1927, 988), auf die das RG. Bezug nimmt, steht der hier vertretenen Ansicht nicht entgegen. Auch in jener Entsch. wird davon ausgegangen, daß der Pflichtanwalt nicht schon durch Zustellung des die Beiordnung enthaltenden Armenrechtsbeschlusses Prozeßbevollmächtigter (Vertreter) der armen Partei wird; es wird nur eine bereits durch die Beiordnung begründete, öffentlich-rechtliche, Fürsorgepflicht des beigeordneten Anwalts für die arme Partei angenommen, deren Verletzung ihn allerdings der armen Partei gegenüber u. U. schadensersatzpflichtig machen kann.

(Beschl. v. 19. Dez. 1935, IV B 76/35. — RG.)

[L.]

*

27. § 233 ZPO. Anwaltslosigkeit der armen Partei als unabwendbarer Zufall.

Nachdem das Urteil des RG. am 10. Juli 1935 zugestellt war, hat der Bekl. durch eine am 23. Juli 1935 beim BG. eingegangene Eingabe das Armenrecht für den zweiten Rechtszug beantragt. Es ist ihm durch Beschuß v. 17. Sept. 1935 versagt worden. Dieser Beschuß wurde dem Prozeßbevollmächtigten des Bekl. im ersten Rechtszuge am 19. Sept. 1935 zugestellt und dem Bekl. selbst am folgenden Tage bekanntgegeben. Erst am 5. Okt. 1935 ist die Berufungsschrift des Bekl. eingegangen, die zugleich den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist enthält. Der Wiedereinsetzungsantrag ist damit begründet worden, daß der Bekl. sich sogleich mit Schreiben v. 20. Sept. 1935 an die für ihn zuständige Ortsgruppe der REKW. mit der Bitte gewandt habe, seine Belange zu vertreten, daß diese das Schreiben zur weiteren Erledigung an den Bezirk Hannover weitergegeben, dieser eine Stellungnahme der zuständigen Kreisbauernschaft eingeholt und sich bei einem RA. in S. nach einem geeigneten Anwalt am BG. erkundigt, endlich dem jetzigen Prozeßbevollmächtigten durch ein bei ihm am 5. Okt. 1935 eingegangenes Schreiben den Auftrag für die Berufung erteilt habe.

Durch den angef. Beschuß hat das BG. die Berufung, da kein Wiedereinsetzungsgrund vorliege, als unzulässig verworfen. Die zulässige sofortige Beschwerde des Bekl. hatte Erfolg.

Nach der Rspr. des RG. (RGZ. 141, 399; JW. 1933, 1067¹⁶ und HöchstRspr. 1929 Nr. 2036) ist das Hindernis nicht zuzurechnender Anwaltslosigkeit der Partei erst dann als beseitigt anzusehen, wenn der Partei eine angemessene Frist geblieben ist, um die nötigen Geldmittel zu beschaffen und einen Anwalt aufzusuchen, nachdem sie von der Ablehnung des Armenrechts Kenntnis erhalten hat. Diese Kenntnis hat der BeshwF. erst am 20. Sept. 1935 erhalten. Da die Berufungsschrift mit dem Wiedereinsetzungsantrag schon am 5. Okt. 1935 eingegangen ist, hat sie unter allen Umständen die zweiwöchige Frist des § 234 Abs. 2 ZPO. gewahrt. Unter den Umständen ist der Wiedereinsetzungsantrag auch begründet, die Berufung demgemäß zu Unrecht verworfen.

(Beschl. v. 11. Nov. 1935; IV B 68/35. — Celle.) [R.]

*

28. § 286 ZPO. In der Rechtspredung des RG. ist anerkannt, daß die nach § 286 ZPO. grundsätzlich unstatthafte Vorauswürdigung nicht erhobener Beweise ausnahmsweise zulässig sein kann. So braucht ein angebotener Beweis nicht erhoben zu werden, wenn die Möglichkeit, daß die Beweisaufnahme Sachdienliches ergeben werde, wegen völligen Unwerts des Beweismittels offensichtlich ausgeschlossen ist und der Patrichter dies unter Würdigung der besonderen Umstände des Falles überzeugend zu begründen weiß (RG.: JurRdsch. 1925 Nr. 933; JW. 1930, 1061).

(U. v. 13. Dez. 1935; V 157/35. — Frankfurt a. M.) [v. B.]

*

29. § 287 ZPO. Kommt es in einem Rechtsstreit darauf an, wie in einem anderen Verfahren eine andere Behörde für den gedachten Fall entschieden haben würde, so ist es dem Prozeßgericht nicht verwehrt, sich im Wege der freien Würdigung seine eigene Überzeugung zu bilden. Kommt es darauf an, wie eine Verwaltungsbehörde nach ihrer allgemeinen oder besonderen Übung den Rahmen ihres freien Ermessens in gleichen oder ähnlichen Fällen anzuwenden pflegt, so muß das Prozeßgericht die praktische Einstellung der Verwaltungsbehörde ermitteln und kann daher nicht von sich aus ohne weiteres die Frage beurteilen.

Für den Kl. waren auf dem Grundstück des Landwirts A.

zwei Hypotheken eingetragen. Das Grundstück kam i. J. 1931 auf Antrag des Kl., dem andere Gläubiger beigetreten waren, zur Zwangsversteigerung. In dem Verfahren ist er von dem beklagten Anwalt vertreten worden. Im Versteigerungstermin war außer dem Kl. zunächst auch der Bekl. als Prozeßbevollmächtigter des Kl. anwesend. Der Bekl. entfernte sich jedoch mit Zustimmung des Kl., bevor die Aufforderung zur Abgabe von Geboten erging. Er hatte vorher den Kl. gefragt, ob er über alles Bescheid wüßte, was er bejaht hatte. Nach der Behauptung des Kl. soll der Bekl. aber versprochen haben, vor Ablauf der Bieterstunde zurückzukommen, was nicht geschehen ist.

Im Verlauf der Versteigerung gab der Kl. ein Gebot ab. Das Vollstreckungsgericht wies jedoch das Gebot des Kl. mangels erforderlicher Sicherheitsleistung zurück. Im weiteren Verlauf der Versteigerung erhielt die Ehefrau des Grundstückseigentümers den Zuschlag.

Der Kl. nimmt den beklagten Kl. auf Schadensersatz wegen Verletzung der ihm als Anwalt obliegenden Beratungs- und Belehrungspflicht in Anspruch. Er behauptet, daß er bei ordnungsmäßiger Beratung und Belehrung weitere Gebote abgegeben haben würde. Das hätte aber unter allen Umständen dazu geführt, daß zum wenigsten der Klagebetrag von dem Hypothekenskapital gerettet wäre. Entweder würde er nämlich die Ehefrau K. mit ihren Geboten heraufgetrieben und damit ohne weiteres die Deckung seiner Hypotheken erzielt haben, oder er hätte Frau K. seinerseits überboten, hätte dann den Zuschlag erhalten und damit das von ihm mit 240 000 RM bewertete Grundstück erworben.

Das BG. hat rechtlich bedenkenfrei angenommen, daß dem Kl. das Eigentum an dem Grundstück zugefallen wäre. (Wird ausführt.) Damit war für ihn aber ein endgültiger Vermögensvorteil selbst dann noch nicht erwachsen, wenn der Wert des Grundstücks seine Hypotheken gedeckt haben würde. Denn dem Kl. war zugleich mit dem Erwerb des Grundstücks die Verpflichtung zugefallen, das *V a r g e b o t z u b e r i c h t i g e n*. Der Kl. hatte in dieser Beziehung behauptet, daß ihm das trotz seiner Mittellosigkeit möglich gewesen wäre. Entscheidend sei gewesen, so meint das BG., ob der Kl. einen Neuerwerbskredit aus den Mitteln der Dsthilfe erhalten haben würde. Das hat das BG. kraft eigener Beurteilung und unter Zurückweisung des Beweisansgebots des Kl., der dafür den Sachbearbeiter des zuständigen Ministeriums namentlich benannt hatte, verneint. Das BG. ist somit zu der Schlussfolgerung gekommen, daß es zu einer erneuten Zwangsversteigerung des Grundstücks gekommen wäre, daß nunmehr aber der Kl. wegen der inzwischen eingetretenen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse seines Geldgebers zur Leistung einer Sicherheit nicht in stande gewesen, und daß das Grundstück bei der weiteren verschlechterten Lage der Wirtschaft und des Grundstücksmarktes zu einem so niedrigen Preise anderweitig zugeschlagen sein würde, daß nicht einmal die Hypotheken zur Hebung gelangt wären. Gegen diese Ausführungen läßt sich an sich sachlich-rechtlich nichts einwenden.

Dagegen ist die von der Rev. gegen die Ablehnung des Beweisantrages erhobene Verfahrensrüge begründet. Das BG. hat dabei erwogen: Da es sich letzten Endes um die Entsch. einer behördlichen Stelle handelte, sei zu erforschen, wie diese Stelle unter Berücksichtigung aller Umstände entschieden haben würde. Er habe aber als Hypothekengläubiger die Umschuldung des Grundstückseigentümers verhindert, daher habe er für seinen Antrag weder bei der Landesstelle noch für eine etwaige Beschw. bei dem zuständigen Ministerium auf Erfolg rechnen dürfen. Diese Begr. fehlt gegen die Grundsätze des § 287 ZPO., die eine Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände und insbes. eine ausreichende Stellungnahme zu positiven Parteivorbringen verlangt. Selbstverständlich ist es dem Prozeßgericht nicht verwehrt, sich erforderlichenfalls im Wege freier Würdigung seine Überzeugung darüber zu bilden, wie eine andere Behörde einen gedachten Fall entschieden haben würde. Dieser anderen Behörde kann das Prozeßgericht die Beurteilung insoweit gar nicht einmal überlassen, als es die etwa eingeholten Tatsachenschlüsse dieser Behörde selbst nachzuprüfen hat. Handelt es sich bei der anderen Behörde um ein Gericht und um einen Rechtsstreit, so kann alles dieses einfach sein, weil es insoweit nur eine einzige richtige Entsch. geben kann. Handelt es sich dagegen um eine

Verwaltungsbehörde und eine Verwaltungsangelegenheit, so gilt das gleiche nur dann, wenn die Verwaltungsbehörde bei ihrer Entsch. durch *z w i n g e n d e* Vorschr. in bestimmter Weise gebunden ist. Durch die hier in Betracht kommende Best. in § 23 Abs. 2 f. DsthilfeG. v. 31. März 1931 (RGBl. I, 117) ist aber dem Ermessen der Verwaltungsbehörde freier Spielraum gelassen. Daher kam alles darauf an, wie die Verwaltungsbehörde nach ihrer allgemeinen oder besonderen Übung den Rahmen ihres Ermessens in gleichen oder ähnlichen Fällen anzuwenden pflegte. Es kann offen bleiben, ob man den Beweisgegenstand, „wie die Behörde entschieden haben würde“, trotz der Kompliziertheit des Tatsachenschlusses als sogenannte innere Tatsache ansehen will. In diesem Falle hätte der positive Beweisanspruch des Kl. erst recht nicht übergangen werden dürfen. Will man aber, was der Absicht des Kl. mehr zu entsprechen scheint, den Beweisgegenstand in der Art der bisherigen praktischen Handhabung der Vorschr. erblicken, dann hätte sich das BG. darüber auszusprechen müssen, ob ihm die praktische Einstellung der Verwaltungsbehörde etwa anderweitig bereits bekannt war.

(U. v. 15. Okt. 1935; III 69/35. — Königsberg.) [v. B.]

*

30. § 519 ZPO. Berufungsbegründung. Bezugnahme auf bei den Akten befindliche Urkunden.

Das BG. hat durch den angefochtenen Beschluß die Verurteilung des Kl. als unzulässig verworfen, weil sie innerhalb der gesetzlichen Frist nicht begründet worden sei. Das BG. hat die sofortige Beschw. gegen den Beschluß zugelassen.

Das BG. hat die Ehe der Parteien aus alleinigem Verschulden der Bekl. geschieden. Die Bekl. hat das Armenrecht für die Verurteilung mit der Begr. nachgesucht, sie habe neuerdings erst erfahren, daß der Kl. die eheliche Treupflicht verletzt habe, und wolle mindestens seine Mitschuldigerklärung erreichen. Vom BG. über die Behauptungen der Bekl. vernommen, hat der Kl. in der Verhandlung vom 5. Aug. 1935 zugegeben, schon i. J. 1932 vorübergehend zu einem Mädchen ehewidrige Beziehungen unterhalten zu haben, sowie nach der Trennung der Parteien der Bekl. nicht mehr treu gewesen zu sein, auf Heiratsgesuche hin mit anderen Frauen Beziehungen angeknüpft und mit einer dieser Frauen bereits im September 1934 Bärtlichkeiten ausgetauscht zu haben, ohne daß es zum Ehebruch gekommen sei.

Die Berufungsschrift enthält die Angabe, daß gleichzeitig Widerklage erhoben und beantragt werde, unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils auf die Widerklage hin den Kl. für mitschuldig zu erklären. Davan schließt sich der Bzgl. „Zur Begr. wird einstweilen auf die Erklärung des Kl. zu Protokoll des RG. v. 5. Aug. 1935 Bezug genommen. Weitere An- und Ausführungen folgen nach.“ Eine weitere Begr. ist nicht erfolgt.

Das BG. hält den letzteren Umstand mit Recht nicht für ausschlaggebend. Es führt aber aus, daß die wiedergegebene Begr. nicht für ausreichend angesehen werden könne. Nach der feststehenden, dem Wortlaut des § 519 ZPO. entsprechenden Rspr. des RG. müsse der Anwalt des Bzgl. in der VerBegr. die Gründe der Anfechtung bestimmt bezeichnen und sie im einzelnen anführen. Dabei sei die Bezugnahme auf andere Schriftstücke nur in beschränktem Umfang zulässig. Es sei zuzugeben, daß die VerBegr. auf Urkunden Bezug nehmen könne, die als Beweismittel in Betracht kämen, und eine solche Urkunde sei auch die Niederschrift über die Verhandlung vom 5. Aug. 1935. Die Bekl. habe aber die Tatsachen, auf die die Widerklage gestützt werden sollte, zum mindesten durch Wiedergabe der Erklärungen des Kl. vom 5. Aug. 1935 angeben und ihre Auswirkung auf den Rechtsstreit darlegen müssen.

Dieser Beurteilung kann nicht beigetreten werden. Nach der Rspr. des BG. hat der Berufungsanwalt die Ver. selbständig zu begründen. Deshalb kann die VerBegr. durch eine Bezugnahme auf solche an sich ausreichende Ausführungen nicht ersetzt werden, die in Armenrechtsgesuchen der Partei selbst, des erstinstanzlichen Anwalts oder sonstigen Schriftstücken enthalten sind, die nicht vom Berufungsanwalt oder einem anderen beim BG. zugelassenen, für die Partei handelnden Anwalt unterzeichnet sind (RGZ. 145, 266 = JW. 1934, 3200¹³; RGZ. 145, 269 = JW. 1935, 121¹²; RGZ. 146, 255 = JW. 1935, 1577¹⁷ b). Da-

mit ist nicht ausgesprochen, daß dem Berufungsanwalt schlechthin verwehrt sein soll, auf andere bei den Akten befindliche Urkunden, insbes. solche, die als Beweismittel für eine Parteibehauptung in Frage kommen, zur Ergänzung der BerBegr. Bezug zu nehmen. Wieweit eine solche Bezugnahme als zulässige Ergänzung der BerBegr. angesehen werden kann, wird sich nach der Lage des einzelnen Falles richten. Im vorl. Falle ist die Angabe, daß Widerklage mit einem bestimmten Antrage erhoben werde, in Verbindung mit der Bezugnahme auf das Vernehmungsprotokoll vom 5. Aug. 1935 für ausreichend anzusehen, da sich daraus die einfachen Scheidungstatsachen ergeben, auf die die Widerklage gestützt werden soll, und zugleich das Beweismittel dafür, nämlich das Zugeständnis des Kl., bezeichnet wird. Darauf, ob das angegebene Beweismittel ausreicht, kann es hier nicht ankommen.

(Beschl. v. 25. Nov. 1935; IV B 71/35. — Berlin.) [8.]

*

31. I. §§ 521, 522, 556 ZPO. Hat der Besl. Rev. nur als selbständiges Rechtsmittel ohne jede Bezugnahme auf die Rev. der Kl. eingelegt, so kann seine Rev. nicht als Anschließung zu der selbständigen Rev. der Kl. angesehen werden. Aus § 522 ZPO. kann nicht geschlossen werden, daß ein als selbständige Rev. unzulässiges Rechtsmittel als Anschlußrevision zu behandeln ist, wenn sie nur innerhalb der Anschlußfrist eingelegt worden ist.

II. §§ 323, 325, 327, 616, 812 BGB. Anspruch des Dienstherrn gegen den Dienstverpflichteten aus ungerechtfertigter Bereicherung wegen Nichterfüllung der Pflichten aus dem Dienstvertrage. Bei gegenseitigen Verträgen ist die Rückforderung des Geleisteten nicht lediglich schon deshalb begründet, weil die Gegenleistung nicht erfolgt ist (Nichteintritt des bezweckten Erfolges). Die Rückforderung kann aber aus § 812 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 1 Satz 2 BGB. (späterer Wegfall des rechtlichen Grundes) in Betracht kommen. Unmöglich kann eine Leistung auch durch Zeitablauf werden, wenn nämlich die Leistung innerhalb eines bestimmten Zeitraumes zum Inhalt der Leistung gehörte und sie später für den Gläubiger kein Interesse mehr hat. Dies gilt auch bei Dauer verpflichtungen, z. B. aus einem Mietvertrage oder Dienstvertrage.

I. Beide Parteien haben Rev. eingelegt. Die Kl. erstrebt mit ihrer Rev. Verurteilung des Besl. zur Zahlung von 7393,30 *R.M.* Der Besl. hat schon in der VerZnst. das diesen Anspruch abweisende landgerichtliche Urteil nur deshalb angegriffen, weil das BG. den Klageanspruch für begründet und nur durch Aufrechnung mit einer Darlehnsforderung getilgt angesehen hat. Nach der Ansicht des Besl. hätte die Klage mangels Entstehens des Klageanspruchs abgewiesen werden müssen. In seinem Berufungsantrage hat der Besl. nur beantragt, die Klage bzgl. dieses Anspruches, abgesehen von einem Betrage von 1601 *R.M.*, ohne Rücksicht auf die Aufrechnung abzuweisen. Er bestritt nicht, den Betrag von 1601 *R.M.* schuldig geworden zu sein; insofern behauptet er nur das Erlöschen des Anspruchs durch Aufrechnung. Der Besl. ist somit durch das landgerichtliche und das dieses bekräftigende BL. nur in Höhe von 7393,30 — 1601 = 5792,30 *R.M.* beschwert. Für eine selbständige Rev. des Besl. ist somit die Revisionssumme nicht gegeben. Der Besl. hat die Rev. nur als selbständiges Rechtsmittel ohne jede Bezugnahme auf die Rev. der Kl. eingelegt. Sie kann nicht als Anschließung zu der selbständigen Rev. der Kl. gehalten werden. Auch abgesehen von dem Mangel der Bezugnahme auf die gegnerische Rev. ist sie auch nicht nach Vorschr. des § 556 Abs. 2 ZPO. in der Anschlußschrift oder doch innerhalb der Anschlußfrist des § 556 Abs. 1 ZPO. begründet worden. Für die Begr. ist nur die Frist eingehalten, die gegeben wäre, wenn die Rev. des Besl. als selbständige zulässig wäre. Die für die Rev. ent-

sprechend anwendbare Vorschr. des § 522 Abs. 2 ZPO. bestimmt zwar, daß dann, wenn sich der BerBesl. innerhalb der Berufungsfrist der erhobenen Rev. angeschlossen hat, es so angesehen wird, als habe er die Rev. selbständig eingelegt. Daraus kann aber nicht geschlossen werden, daß ein als selbständige Rev. unzulässiges Rechtsmittel als Anschlußrevision zu behandeln sei, wenn sie nur innerhalb der Anschlußfrist eingelegt worden ist. Die in § 522 Abs. 2 ZPO. enthaltene Ausnahme von der Regel, daß ein Rechtsmittel, das sich als Anschließung an das Rechtsmittel des Gegners bezeichnet, seine Wirkung verliert, wenn die Rev. oder Rev. des Gegners zurückgenommen oder als unzulässig verworfen wird (§§ 522 Abs. 1, 556 Abs. 2 ZPO.), findet ihre Erklärung darin, daß es zu einem unbilligen Ergebnis führen würde, wenn derjenige, der die Wahl zwischen einem selbständigen Rechtsmittel und einer Anschließung hatte, darunter leiden mußte, wenn die Anschließung ihre Grundlage, das Rechtsmittel des Gegners, verloren hat. Dieser Grund ist aber nicht gegeben, wenn der Partei wegen Fehlens der Voraussetzungen für ein selbständiges Rechtsmittel von Anfang an nur der Weg der Anschließung und damit der Nachprüfung ihrer Behauptung in dem vom Gegner eröffneten Rechtszuge gestattet war, sie aber trotzdem das Rechtsmittel als selbständiges eingelegt und auch nur die für ein solches gegebene Begründungsfrist eingehalten hat. Es geht auch nicht an, einen Rechtsbehelf teils als Anschließung, teils als selbständiges Rechtsmittel zu behandeln. Hiernach war die Rev. des Besl. als unzulässig zu verwerfen.

II. Die Rev. der Kl. richtet sich dagegen, daß das BG. ihre Forderung von 16 000 *R.M.*, die sie mit Nichterfüllung der Pflichten des Besl. aus seiner Geschäftsführerstellung und seinem Dienstvertrage begründet, nicht anerkannt und deshalb die Darlehnsforderung nicht als durch Aufrechnung mit dieser Forderung getilgt angesehen hat.

Die Rev. beanstandet die Ablehnung des klägerischen Anspruchs, soweit er auf ungerechtfertigte Bereicherung gestützt wird. Das BG. kommt zu dieser Ablehnung auf Grund der Rspr. des RG., nach der bei Leistungen auf Grund gegenseitiger Verträge ein Bereicherungsanspruch nur bestehe, wenn mit der Leistung über die Gegenleistung hinaus ein besonderer Erfolg bezweckt, dieser Erfolg Vertragsinhalt geworden, der Erfolg aber nicht eingetreten sei (RGZ. 106, 98; 132, 242). Da bei dem vorl. Dienstvertrag Leistung und Gegenleistung in einem gewöhnlichen Gegenseitigkeitsverhältnis stünden, bestehe demnach auch kein Bereicherungsanspruch nach § 812 Abs. 1 BGB. Der Besl. habe die Leistung nicht ohne rechtlichen Grund erhalten, denn die Kl. sei nach dem Anstellungsvertrag dazu verpflichtet gewesen.

Der Rev. ist zuzugeben, daß die zitierten Entsch. nur den zweiten Fall des § 812 Abs. 1 Satz 2 — Nichteintritt des bezweckten Erfolges — im Auge hatten. Dies ergibt schon der Hinweis auf den Wortlaut der genannten Best., um deren Anwendung es sich bei den Entsch. handelte. Diese schloßen sich an eine frühere Entsch. des RG., RGZ. 66, 134, an. In dieser ist ausgesprochen, daß für die Rückgabepflicht wegen Nichteintritts des mit der Leistung nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts bezweckten Erfolges bei Gegenseitigkeitsgeschäften nur in beschränktem Umfange Raum gegeben sei; sie greife nicht schon deshalb Platz, weil die Gegenleistung nicht gewährt wird, denn die Schaffung eines Rechtsanspruches auf diese lasse schon den Empfang und das Behalten der Leistung als gerechtfertigt erscheinen; nur wenn ein über den Anspruch auf die Gegenleistung hinausgehender Erfolg Vertragsinhalt geworden ist, greife § 812 BGB. Platz. In der Entsch. wird auch darauf hingewiesen, daß der Leistende, da der Vertrag rechtsgültig sei, einen Anspruch erlangt habe, den er jederzeit geltend machen könne. Aus dieser Rspr., vor der abzuweichen kein Anlaß besteht, ergibt sich aber nur, daß bei gegenseitigen Verträgen die Rückforderung des Geleisteten nicht lediglich schon deshalb begründet ist, weil die Gegenleistung nicht erfolgt ist. Dies schließt aber nicht aus, daß die Rückforderung gerechtfertigt ist, weil der Tatbestand eines anderen im Gesetz geregelten Bereicherungsstatbestandes gegeben ist. In Betracht kommt hier der Fall des § 812 Abs. 1 Satz 1, Rückforderung des vom Besl. ohne Rechtsgrund erlangten —

Regelfall der gemeinrechtlichen *condictio indebiti* und der *condictio sine causa* — und der erste Fall des § 812 Abs. 1 Satz 2, Rückforderung wegen späteren Wegfalls des rechtlichen Grundes, *condictio ob causam finitam* (während der zweite Fall des § 812 Abs. 1 Satz 2 und die obengenannten Entsch. nur den Nichtertritt des bezweckten Erfolges, *condictio causa data, causa non secuta, condictio ob causam datorum* zum Gegenstande haben). Nun will das BG. mit seiner Erwägung, die Befl. habe die Leistung nicht ohne rechtlichen Grund erhalten, weil die Kl. nach dem Anstellungsvertrage dazu verpflichtet gewesen sei, auszusprechen, daß der Fall des § 812 Abs. 1 Satz 1 nicht gegeben sei. Es ist ihm darin zuzustimmen, daß die Kl. durch den Anstellungsvertrag die Verpflichtung übernommen hat, dem Befl. ein bestimmtes monatliches Gehalt nebst Nebenbezügen zu gewähren. Es war aber weiter zu untersuchen, ob diese Verpflichtung noch im Zeitpunkt der Leistung bestand oder ob der Befl. wegen inzwischen eingetretener Beseitigung der Verpflichtung schon im Zeitpunkt der Leistung sie ohne Rechtsgrund empfangen hat. Auch dann war der Tatbestand des § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB. gegeben. Weiter war zu prüfen, ob der Rechtsgrund, z. B. wenn der Arbeitgeber voraus zu leisten hatte, zwar im Zeitpunkt der Leistung vorhanden war, aber nachträglich weggefallen ist (erster Fall des § 812 Abs. 1 Satz 2 BGB.). Als Ursache des Nichtbestehens des Rechtsgrundes oder seines späteren Wegfalles kommen insbes. auch die Vorschr. über die Folgen der Unmöglichkeit der Leistung des einen Teiles, namentlich §§ 323, 325, 327 BGB. in Frage, mit denen sich das BG. nicht befaßt hat. Die dort dem einen Teil gegebenen Möglichkeiten, das Geleistete nach den Vorschr. über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückzufordern, bilden Anwendungsfälle zu den Vorschr. des § 812 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 erster Fall. § 323 Abs. 3, der die Rückforderung des Geleisteten nach den Vorschr. über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zuläßt, spricht auch ausdrücklich von einer „nicht geschuldeten“ Leistung. Tritt die Unmöglichkeit der Gegenleistung erst nach Bewirkung der Leistung des anderen Teiles ein, so ist die Rückforderung wegen späteren Wegfalles des rechtlichen Grundes gerechtfertigt (*condictio ob causam finitam*), war sie schon zur Zeit der Leistung des anderen Teiles vorhanden, so erfolgte diese Leistung ohne Rechtsgrund, *condictio indebiti*. Wenn das BG. die Anwendbarkeit des § 812 Abs. 1 Satz 1 verneint, weil der Anspruch des Befl. auf die Vergütung durch den Dienstvertrag begründet worden sei, so steht ihm hierfür die Rspr. nicht zur Seite. Die zitierten Entsch. beziehen sich, wie bereits bemerkt, nur auf § 812 Abs. 1 Satz 2 zweiter Fall. In einer Entsch. des 4. Sen. v. 18. Jan. 1923, IV 120/1922 ist auch ausdrücklich ausgesprochen, daß regelmäßig von der Einschränkung der Rückforderung einer Leistung aus einem gegenseitigen Vertrage wegen Ausbleiben des bezweckten Erfolges die Vorschr. der §§ 323 Abs. 3 und 327 BGB. unberührt bleiben. Die Erwägungen der zu § 812 Abs. 1 Satz 2 zweiter Fall ergangenen Entsch., so RGZ. 66, 134, daß dem Leistenden bei Nichtleistung des anderen Teiles die Klage auf Erfüllung und die Rechtsbehelfe aus § 326 BGB. zustehen, treffen auch nicht zu, wenn die Erfüllung unmöglich ist, namentlich wenn die Unmöglichkeit nicht von dem Leistungspflichtigen zu vertreten ist. Die Verfassung der Rückforderung, abgesehen von dem Tatbestand des § 812 Abs. 1 Satz 2 zweiter Fall, würde daher zu einer Unbilligkeit führen, und die ausdrückliche Best. des § 323 Abs. 3, die dem Leistenden die Rückforderung der nach Abs. 1 „nicht geschuldeten“ Leistung gewährt, für den Regelfall unanwendbar machen. Auch aus dem Rechtsgrunde der Leistung, dem Dienstvertrag, ergibt sich nichts für die Auffassung des BG. § 616 BGB. schließt den Verlust des Anspruches des Dienstverpflichteten auf die Vergütung nur für den Fall aus, daß er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert ist. Hier wird, ähnlich wie in § 63 HGB. für Handlungsgehilfen, aus sozialen Gründen für einen bestimmten Fall der Unmöglichkeit der Leistung eine Ausnahme von der Vorschr. des § 323 BGB. gemacht. Abgesehen hiervon gilt § 323 BGB. aber auch für den Dienstvertrag (so auch RGZ. 92, 177). Unmöglich kann eine Leistung auch durch Zeitablauf werden, wenn nämlich die Leistung innerhalb eines bestimmten

Zeitraumes zum Inhalte derselben gehörte und sie später für den Gläubiger kein Interesse mehr hat. Dies gilt auch bei Dauerverpflichtungen, z. B. aus einem Mietvertrage oder einem Dienstvertrage.

Hiernach hätte es einer Prüfung bedurft, ob der Befl. nach seinem Dienstvertrage zu einer weitergehenden Dienstleistung als der tatsächlich bewirkten verpflichtet war und behauptendfalls, ob die weiteren gesetzlichen Voraussetzungen der Rückforderung gegeben sind, insbes. auch in der Richtung, ob der Rückforderungsanspruch nicht dadurch ausgeschlossen ist, daß die Kl. in Kenntnis der teilweisen Nichtleistung der Dienste die volle Vergütung laufend weiterbezahlt hat, ob hierin nicht ein Einverständnis mit der Beschränkung der Dienstleistungen liegt und ob der Rückforderung nicht die Vorschr. des § 814 BGB. entgegensteht. Zu einer Beantwortung dieser Fragen, insbes. auch der ersten nach dem Umfang der Dienstpflichten des Befl., bot der feststehende Sachverhalt keine ausreichende Grundlage. Auch wenn das BG. einen Schadensersatzanspruch der Kl. wegen Nichtleistung der Dienste als nicht schlüssig begründet ablehnt und den Nachweis des ursächlichen Zusammenhanges zwischen Unterlassung der Dienstleistung und Vermögensverlusten der Kl. nicht als dargetan ansieht, so kam es doch für die Frage, welche Vergütung dem Befl. nach dem Maßstabe der wirklich geleisteten Dienste zustand, auch darauf an, in welchem Umfange der Befl. zur Dienstleistung verpflichtet war. Da es sich beim Befl. um eine leitende Persönlichkeit handelt, kann die Einhaltung bestimmter Geschäftsstunden nicht allein entscheidend sein. Es war vielmehr durch den Tatrichter unter Berücksichtigung der Vorgänge beim Zustandekommen des Gesellschafts- und des Dienstvertrages und der Belange der Kl. das Maß der geschuldeten Dienstleistung des Befl. zu ermitteln.

(U. v. 29. Okt. 1935; II 25/35. — Berlin.)

[v. B.]

*

**32. §§ 579, 628 ZPO. Die Vorschrift des § 628 ZPO. greift auch im Wiederaufnahmeverfahren Platz. Dagegen steht nichts im Wege, die Klage aus rein verfahrensrechtlichen Gründen abzuweisen.

Durch Ur. des LG. in Karlsruhe v. 22. Okt. 1929 ist die Ehe der Kl. mit Friedrich K. in Karlsruhe auf ihre Klage und die Widerklage des Ehemannes aus beiderseitigem Verschulden geschieden worden. Das Ur. ist durch Zurücknahme der von der Kl. eingelegten Ver. am 14. Dez. 1929 rechtskräftig geworden. Der Ehemann ist am 19. Sept. 1931 in der Anstalt J., in die er wegen progressiver Paralyse eingeliefert worden war, gestorben. Die Kl. hat unter Bezugnahme auf die Tatsache, daß er durch Ur. des SchöffG. in Karlsruhe v. 27. Mai 1926 wegen Sittlichkeitsverbrechens verurteilt, im Wiederaufnahmeverfahren aber durch Ur. der 2. Strk. des LG. in Karlsruhe v. 3. März 1934, also nach seinem Tode, wegen mangelnden Nachweises der Zurechnungsfähigkeit freigesprochen worden ist, die vorliegende, gegen die aus der Ehe mit K. hervorgegangenen Kinder als seine Erben gerichtete Nichtigkeitsklage mit dem Antrage erhoben, das Scheidungsurteil aufzuheben und die Hauptsache für erledigt zu erklären. Sie stützt die Klage auf § 579 Nr. 4 ZPO., indem sie behauptet, der Ehemann sei zur Zeit der Erteilung der Prozevollmacht und während der ganzen Dauer des Scheidungsverfahrens wegen Geisteskrankheit geschäftsunfähig, also in jenem Verfahren nicht nach Vorschrift des Gesetzes vertreten gewesen.

Das LG. hat die Klage wegen mangelnden Beweises der Prozeßunfähigkeit des K. abgewiesen. Das BG. stellt fest, daß K. während des ganzen Scheidungsverfahrens, insbes. bei der Aufstellung der Prozeßvollmacht, geschäftsunfähig und danach auch prozeßunfähig gewesen ist, gelangt aber zur Bestätigung des landgerichtlichen Ur., indem es den § 628 ZPO. dahin auslegt, daß nach dem Tode eines Ehegatten der Überlebende mit der Nichtigkeitsklage nicht mehr die Aufhebung des früheren Scheidungsurteils erreichen könne.

Das RG. hat die Ur. der Vorinstanzen aufgehoben und Scheidungsklage und Scheidungswiderklage als nicht wirksam erhoben abgewiesen.

Nach § 628 ZPD. ist in Ehesachen, wenn einer der Ehegatten vor der Rechtskraft des Ur. stirbt, der Rechtsstreit in Ansehung der Hauptsache als erledigt anzusehen. Soweit das BG. annimmt, daß diese Vorschr. auch im Wiederaufnahmeverfahren Anwendung zu finden hat, ist ihm beizutreten. Der erf. Sen. hat in dem auch vom BG. angezogenen Ur.: JW. 1924, 908⁴ ausgesprochen, daß im Sinne jener Vorschrift dem Fall des Todes vor der Rechtskraft des Ur. der Fall gleichzustellen ist, daß nach dem Tode eines der rechtskräftig geschiedenen Ehegatten der andere die Beseitigung des rechtskräftigen Scheidungsurteils im Wiederaufnahmeverfahren betreibt.

Dagegen kann dem BG. in der Beurteilung der Tragweite des § 628 ZPD. nicht gefolgt werden. Die Vorschrift, so meint es, enthalte den grundsätzlichen Gedanken, daß der Personenstand eines verstorbenen Ehegatten durch ein Scheidungs- oder Anfechtungsurteil nicht mehr verändert werden solle. Daraus folgt, daß nach dem Tode eines Ehegatten der andere im Wiederaufnahmeverfahren die Aufhebung des rechtskräftigen Scheidungsurteils mit der Wirkung, daß der frühere Personenstand des Verstorbenen wiederhergestellt werde, nicht mehr erreichen könne.

Die Ansichten darüber, ob und inwieweit ein die Scheidung aussprechendes Ur. nach dem Tode eines der früheren Ehegatten im Wiederaufnahmeverfahren beseitigt werden könne, sind geteilt. Im Anschluß an das Ur. des 2. ZivSen.: RGZ. 118, 73 = JW. 1928, 112 halten ZP. 52, 334 und Boetticher (ebda. 56, 211) eine solche Beseitigung im Wege des Nichtigkeits- oder Restitutionsverfahrens mit der Maßgabe für möglich, daß keine andere Sachentscheidung ergehen könne, sondern der Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt zu erklären sei. Diese Ansicht wurde von Stein-Jonas in den früheren Auflagen des Kommentars zur ZPD. (Bem. IV zu § 629) geteilt. In einer späteren Entsch. hat der 2. ZivSen. des RG. (JW. 1930, 1001¹⁷) den (von Boetticher a. a. O. bekämpften) Standpunkt eingenommen, daß mit einer (dort auf § 580 Nr. 7b ZPD. gestützten) Restitutionsklage eine Aufhebung des Scheidungsurteils nach dem Tode eines der früheren Ehegatten vom anderen nicht mehr erreicht werden könne, und diese Ansicht wird in der neuesten (15.) Auflage des Kommentars von Stein-Jonas (Bem. IV zu § 629) nunmehr für das Wiederaufnahmeverfahren überhaupt vertreten.

Ob und inwieweit dieser Ansicht bezüglich der Restitutionsklage beizutreten wäre, kann dahingestellt bleiben. Der hier vorl. Fall einer Nichtigkeitsklage aus § 579 Nr. 4 ZPD. bedarf jedenfalls einer anderen Beurteilung. Diesen Standpunkt hat der erf. Sen. bereits in dem erwähnten Ur. JW. 1924, 908⁴ eingenommen. Krüdemann (in der Besprechung des Ur. a. a. O.) ist derselben Ansicht. Auch nach wiederholter Prüfung hält der Sen. daran fest.

Über die Tragweite des § 628 ZPD. ist bereits in jenem Ur. unter Hinweis auf die Motive zum BGB. 4, 63 ausgeführt, die Vorschrift wolle nur ausschließen, daß, nachdem mit dem Tode eines Ehegatten während des Ehestreites das die Grundlage und den Gegenstand des Streites bildende Rechtsverhältnis weggefallen ist, noch in der Sache selbst über den Bestand der Ehe (oder die Herstellung des ehelichen Lebens) entschieden werde. Danach steht die Vorschrift einer Klageabweisung aus rein verfahrensrechtlichen Gründen nicht entgegen. Ergeben sich also beispielsweise im Scheidungsverfahren zuverlässige Anzeichen dafür, daß der eine Ehegatte schon bei Beginn des Verfahrens und weiter bis zu seinem Tode prozessunfähig war, so ist die für oder gegen seine Erben fortgesetzte Scheidungsklage ungeachtet der Vorschrift des § 628 ZPD. aus prozessualen Gründen abzuweisen. Die Entsch. kann nicht anders ausfallen, wenn, wie hier, die Nichtigkeitsklage nach dem Tode eines der geschiedenen Ehegatten gegen dessen Erben mit der Begr. erhoben wird, daß der gegen dessen Erben mit der Begr. erhobene Scheidungs-Verfahren nicht nach Vorschrift des Gesetzes vertreten gewesen sei. Das Scheidungsurteil ist daher, sofern die Begr. der Nichtigkeitsklage zutrifft, aufzuheben und auf Abweisung der Scheidungsklage zu erkennen.

Damit setzt sich der erf. Sen. mit dem erwähnten Ur. des 2. ZivSen.: JW. 1930, 1001¹⁷ nicht in Widerspruch. Die Ausführungen jenes Ur. betonen ausdrücklich, daß sich der dort entschiedene Fall von dem Fall der Nichtigkeitsklage aus § 579 Nr. 4 ZPD. dadurch unterscheidet, daß die Restitutionsklage auf eine Änderung der Sachentscheidung in einem an sich nicht mangelhaften Verfahren abziele, während es sich im Nichtigkeitsverfahren nach § 579 Nr. 4 ZPD. um die Beseitigung des Scheidungsurteils wegen unwirksamen Prozessierens, also aus prozessrechtlichen Gründen, handle, ohne daß eine Sachentscheidung zu erfolgen hätte.

Was die zutreffende Bemerkung anlangt, daß auch die Wiederaufnahmeklage eine Beschwer des Kl. voraussetze, so ist diese Voraussetzung im vorl. Falle gegeben; denn durch das im früheren Verfahren ergangene Scheidungsurteil ist die Ehe der Nichtigkeitsklägerin auch auf die Widerklage des inzwischen verstorbenen Ehemanns aus Verschulden der Nichtigkeitsklägerin geschieden worden.

Hiernach kann das angef. Ur. nicht aufrechterhalten werden. Da das BG. tatsächlich unanfechtbar und rechtlich bedenkenfrei feststellt, daß K. während des ganzen früheren Scheidungsverfahrens, insbes. auch schon zur Zeit der Ausstellung der Prozeßvollmacht geschäftsunfähig, also auch prozessunfähig gewesen ist, kann im Revisionsverfahren endgültig entschieden werden. K. war nach diesen Feststellungen des BG. im früheren Scheidungsverfahren nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten. Eine nachträgliche Genehmigung der Prozeßführung durch ihn kann wegen seiner Geschäftsunfähigkeit, die bis zu seinem Tode bestanden hat, nicht in Frage kommen. Die Besonderheit der Nichtigkeitsklage aus § 579 Nr. 4 ZPD. bringt es mit sich, daß es bei der Abweisung der Scheidungswiderklage nicht bewenden kann, sondern auch die Scheidungsklage der Nichtigkeitsklägerin abzuweisen ist, da das Scheidungsverfahren im ganzen mit dem prozessualen Mangel der Prozeßfähigkeit des Bekl. behaftet war. Darin liegt keine Überschreitung der Anträge der Nichtigkeitsklägerin. Denn das Wesentliche ist die ihrem Antrage entsprechende Aufhebung des früheren Scheidungsauspruchs. Aus dem Grunde dieser Aufhebung ergibt sich die Abweisung der Scheidungsklage und der Widerklage unter verfahrensrechtlichen Gesichtspunkten von selbst.

(U. v. 21. Okt. 1935; IV 169/35. — Karlsruhe.) [R.]

<= RGZ. 149, 110.>

*

33. § 595 Abs. 2 ZPD. Umfang der Parteivernehmung im Urkundenprozeß.

Nach der ausdrücklichen Vorschrift im § 595 Abs. 2 ist im Urkundenprozeß der Antrag auf Parteivernehmung zulässig. Nach § 445 a. F. ZPD. war die Eideszuschreibung nicht nur über eigene Handlungen des Gegners, sondern auch über die Handlungen und Wahrnehmungen seiner Rechtsvorgänger oder Vertreter zulässig. Da der jetzt geltende § 445 ZPD. in dieser Richtung nicht unterscheidet, so ist mit der Rev. anzunehmen, daß die Parteien, allgemein, ebenso wie Zeugen, auch über fremde, also über solche Tatsachen vernommen werden dürfen, die nicht ihre eigenen Handlungen oder Wahrnehmungen zum Gegenstand haben. Insoweit stehen die Parteien bei ihrer nunmehr freier gestalteten Vernehmung nicht mehr unter dem Eides- oder Gewissenszwang, über die Wahrheit oder Unwahrheit bestimmt festgelegter Tatsachen sich zu erklären, wie das nach den §§ 445, 459 ZPD. a. F. der Fall war. Den Parteien bleibt unbenommen, bei ihrer Vernehmung sich über fremde Tatsachen mit Nichtwissen oder im geeigneten Fall dahin zu äußern, daß sie insoweit nur über Mitteilungen anderer (de auditu) Angaben machen könnten. (Stein-Jonas, 15. Aufl., Bem. II zu § 445 ZPD.)

(U. v. 25. Nov. 1935; VI 240/35. — Hamm.) [L.]

*

**** 34.** Schadenserjahlage aus § 945 ZPO. und ihre Verjährung. Die rechtsähnliche Anwendung des § 212 Abs. 2 BGB. ergibt, daß diese Gesetzesstelle auch dann anwendbar ist, wenn die neue Klage schon vor Abweisung der ursprünglichen Klage erhoben war. Die Verjährung wird auch durch eine unzulässige (Wider-) Klage unterbrochen. — Durch Wegnahme einer Sache, auf die sich ein Zurückbehaltungsrecht erstreckt, kann ein Schadenserjahlanspruch entstehen, der auch durch Verjährung des dem Zurückbehaltungsrecht zugrunde liegenden Anspruchs nicht erlischt.

Die Bekl. hat an die Kl. durch einen mit Schreiben vom 12. April 1928 bestätigten Kaufvertrag einen Dampfgreifbagger zum Preise von 44 000 *R.M.*, von dem 10 000 *R.M.* alsbald, und der Rest in zwölf gleichen Monatsraten bezahlt werden sollten, unter Vorbehalt des Eigentums bis zur vollständigen Bezahlung des Kaufpreises verkauft. Nach dem Vertrage war die Bekl. berechtigt, die Maschine zurückzunehmen, wenn die Kl. mehr als vier Wochen mit einer Kaufpreistraterate im Rückstande blieb. Zur Gewährleistung war die Bekl. in der Weise verpflichtet, daß sie innerhalb von sechs Monaten nach der Lieferung für unbrauchbare Teile Ersatz zu liefern hatte. Zu einem weitergehenden Schadenserjahl war sie nicht verpflichtet. Auch stand der Kl. weder das Recht des Rücktritts noch der Wertminderung zu. Der Bagger ist am 11. Juni 1928 zum Versand gekommen und am 18. Juni 1928 an die Kl. abgeliefert worden. Die Kl. hat auf den Kaufpreis 10 000 *R.M.* gezahlt. Weitere Zahlungen hat die Kl., nachdem beim Betrieb des Baggers wiederholt Schäden aufgetreten waren, mit der Begr. verweigert, daß die Maschine unbrauchbar sei.

Anfang Februar 1929 hat die jetzige Bekl. wegen des Rückstandes der Kl. mit der Zahlung der Kaufpreistraterate Klage auf Herausgabe des Baggers erhoben. Sie hat am 27. März 1929 eine EinstwVfg. erwirkt, auf Grund deren der Gerichtsvollzieher den Bagger am 29. April 1929 für die Bekl. in Besitz genommen hat. Die EinstwVfg. ist durch das Urteil des OLG. in Düsseldorf v. 21. Febr. 1930 mit der Begr. aufgehoben worden, daß sie verspätet vollzogen, aber auch sachlich unberechtigt gewesen sei. In dem Rechtsstreit wegen Herausgabe des Baggers hat die jetzige Kl., nachdem sie durch das Urteil des OLG. in Düsseldorf vom 10. Juli 1929 zur Herausgabe verurteilt worden war, durch einen dem Gericht am 17. Jan. 1930 eingereichten und demnächst zugestellten Schriftsatz Widerklage auf Rückzahlung der Anzahlung von 10 000 *R.M.* erhoben. Gleichzeitig hat sie den Antrag gestellt, den Rechtsstreit mit Rücksicht auf die Wegnahme des Baggers auf Grund der EinstwVfg. in der Hauptsache für erledigt zu erklären. Durch das Urteil des OLG. in Düsseldorf v. 14. Juli 1933 ist der Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt worden. Von den Kosten des Rechtsstreits ist die Hälfte der Kosten der VerJnst. der jetzigen Kl. mit der Begr. auferlegt worden, daß die von ihr in der VerJnst. erhobene Widerklage in Ermangelung der Einwilligung der Gegenpartei unzulässig gewesen sei. Die gesamten übrigen Kosten sind der jetzigen Bekl. auferlegt worden.

Mit der gegenwärtigen Klage verlangt die Kl. die Rückzahlung ihrer Anzahlung von 10 000 *R.M.* Sie hat ihren Anspruch in erster Instanz auf die Behauptung gestützt, daß der Bagger mit Mängeln behaftet gewesen sei, die im Wege der Nachbesserung nicht hätten beseitigt werden können und die Brauchbarkeit des Baggers für den vertragsmäßigen Gebrauch ausgeschlossen hätten. Sie hat mit dieser Begr. Schadenserjahl wegen Nichterfüllung verlangt. Die Klage ist vom OLG. abgewiesen worden. In der VerJnst. hat die Kl. ihren Anspruch auch auf § 945 ZPO. gestützt und zur Begr. geltend gemacht: die Anordnung der EinstwVfg. sei von Anfang an ungerechtfertigt gewesen, weil ihr wegen des Anspruchs auf Rückzahlung der 10 000 *R.M.* ein Zurückbehaltungsrecht zugestanden habe. Dieses Zurückbehaltungsrecht habe die Bekl. dadurch zerstört, daß sie ihr durch die Vollziehung der EinstwVfg. den Besitz des Baggers entzogen habe. Das OLG. hat die Ver. mit der Begr. zurückgewiesen, daß die Ansprüche der Kl. verjährt seien.

Die Begr., mit der das OLG. die vertraglichen, auf Wandlung oder Schadenserjahl wegen Nichterfüllung gestützten Ansprüche der Kl. wegen Verjährung abgewiesen hat, läßt einen rechtlichen Irrtum auch nicht erkennen. Das OLG. muß aber aufgehoben werden, weil das OLG. für seine Auffassung, daß auch der Schadenserjahlanspruch der Kl. aus § 945 ZPO. verjährt sei, eine rechtlich haltbare Begr. nicht gegeben hat. Das OLG. geht davon aus, daß die Begr. des Schadenserjahlanspruchs der Kl. aus § 945 ZPO. eine Klageänderung nicht darstellt. Es hält aber den Anspruch der Kl. aus § 945 ZPO. für verjährt und führt hierzu aus: Die Verjährungsfrist für den Anspruch aus § 945 ZPO. betrage drei Jahre. Sie sei vom 29. April 1929 ab zu rechnen, weil die EinstwVfg. an diesem Tage vollstreckt worden sei. Bei der Erhebung der Widerklage im Januar 1930 sei der Schadenserjahlanspruch der Kl. also noch nicht verjährt gewesen. Aber die Kl. habe die Widerklage, nachdem ihr das Armenrecht durch den Beschluß des OLG. v. 30. Sept. 1930 wegen der Unzulässigkeit der Widerklage versagt worden sei, nicht weiter verfolgt. Der das Armenrecht versagende Beschluß sei der Kl. am 4. Okt. 1932 zugestellt worden. Die Kl. habe aus dem Beschluß ersehen, daß die Widerklage auch dann hätte abgewiesen werden müssen, wenn sie den erforderlichen Prozeßkostenvorschuß eingezahlt hätte. Sie habe die Widerklage deshalb nicht weiter verfolgt, und insbes. auch den Prozeßkostenvorschuß nicht gezahlt. Es sei deshalb anzunehmen, daß die Kl. die Widerklage schon im Oktober 1932 stillschweigend zurückgenommen habe. Nun würde gem. § 212 BGB. allerdings die durch die Erhebung der Widerklage herbeigeführte Unterbrechung der Verjährung zugunsten der Kl. fortgewirkt haben, wenn sie die neue Klage innerhalb von sechs Monaten nach der Zurücknahme der Widerklage erhoben hätte. Dies habe die Kl. aber nicht getan. Denn die vorl. Kl. könne der Bekl. nicht vor dem 31. Mai 1933 zugestellt worden sein. In diesem Zeitpunkt sei die sechsmonatige Frist für die Erhebung der neuen Klage schon verstrichen gewesen.

Die Rev. rügt mit Recht, daß diese Begr. von rechtlichen Irrtümern nicht frei ist. Die Auffassung des OLG., daß der Schadenserjahlanspruch aus § 945 ZPO. in drei Jahren verjährt, gibt zu rechtlichen Anständen allerdings keinen Anlaß. Denn die Rpr. hat in ständiger Übung daran festgehalten, daß der Schadenserjahlanspruch aus § 945 ZPO., obwohl er ein Verschulden des Verpflichteten nicht voraussetzt, als ein Anspruch aus unerlaubter Handlung im weiteren Sinne aufzufassen ist und deshalb der Verjährung nach § 852 BGB. unterliegt (RGZ. 74, 249 = JW. 1910, 1008; RGZ. 78, 207 = JW. 1912, 391; RGZ. 106, 291). Nun kommt es für den Beginn der Verjährung nach § 852 BGB. allerdings nicht auf den Zeitpunkt der Vollziehung der EinstwVfg., sondern auf den Zeitpunkt an, in welchem die Kl. von dem ihr durch die Vollziehung entstandenen Schaden Kenntnis erhalten hat. Aber auch wenn man bei dem Mangel entgegenstehender Angaben der Kl. annimmt, daß die Kl. von der durch die Wegnahme des Baggers bewirkten Entziehung ihres Besitzes am Tage der Vollziehung der EinstwVfg. oder jedenfalls innerhalb der nach §§ 929 Abs. 3, 936 ZPO. für die Zustellung vorgeschriebenen Frist, Kenntnis erhalten hat, fehlt es doch jedenfalls an einer ausreichenden Begr. für die Auffassung des OLG., daß die durch die Erhebung der Widerklage herbeigeführte Unterbrechung der Verjährung deshalb als nicht erfolgt zu gelten hat, weil die Kl. die Widerklage stillschweigend zurückgenommen hat. Der Annahme einer stillschweigenden Rücknahme der Widerklage steht die durch die Niederschrift über die Schlußverhandlung vor dem OLG. am 7. Juli 1933 nachgewiesene Tatsache entgegen, daß die Kl. den Widerklageantrag noch in der Schlußverhandlung gestellt hat. Danach steht attemmäßig fest, daß die Kl. den Widerklageantrag noch in der Schlußverhandlung vor dem OLG. am 7. Juli 1933 gestellt hat. Die Rev. hat diesen Widerspruch zwischen der Annahme des OLG. über die stillschweigende Rücknahme der Widerklage und dem Inhalt der Niederschriften des Vorprozesses nicht besonders hervorgehoben, sich vielmehr damit begnügt, auf den Inhalt des Tatbestandes des OLG. hinzuweisen. Aber der Widerspruch zwischen den tatsächlichen Annahmen des OLG. und dem Inhalt der Vorprozessakten, die ausweislich des Tatbestandes des OLG. zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung des gegenwärtigen

Rechtsstreits gemacht worden sind, war auch ohne Rüge der Adv. von Amts wegen zu beachten, weil es sich insoweit nicht um eine unrichtige Beweiswürdigung, sondern um einen Mangel der Urteilsfindung handelt (RGZ. 139, 354 = JW. 1933, 1305, 1713). Nun findet sich auf der Niederschrift der Verhandlung vom 7. Juli 1933 bei der Angabe über die Anträge allerdings ein Bleistiftvermerk: „nicht Widerklage!“. Aber dieser Bleistiftvermerk, dessen Urheber nicht feststeht, ist offensichtlich erst nachträglich angefügt und stellt eine Berichtigung der Niederschrift jedenfalls nicht dar. Auch der Hinweis auf die Verfassung des Armenrechts durch den Beschl. v. 30. Sept. 1932 kann die Feststellung, daß der Widerklageantrag verlesen ist, ebenso wenig beeinflussen, wie die Bemerkung des BU., daß die Kl. im Vorprozeß einen Prozeßkostenvorschuß für die Widerklage nicht gezahlt hat. Denn die Kl. war dadurch nicht gehindert, den Widerklageantrag zu stellen. Das Gericht durfte die Verhandlung über die Widerklage nicht von der vorherigen Zahlung der Prozeßgebühr abhängig machen (Rittmann-Wenz, Anm. 3, 11 und 15 zu § 74 GKG.). Mit dem Inhalt der Niederschriften steht auch der Tatbestand des im Vorprozeß ergangenen BU., der nach § 314 ZPO. zur Widerlegung der Angaben des Sitzungsprotokolls auch nicht ausreichen würde, nicht in Widerspruch. Denn der Tatbestand enthält die Angabe, daß der Widerklageantrag verlesen ist und befragt über eine Zurücknahme dieses Antrages nichts. Wenn die Kl. in dem Armenrechtsverfahren, durch das sie das Armenrecht für die Erhebung der gegenwärtigen Klage nachgesucht hat, im Schriftsatz vom 12. Dez. 1932 erklärt hat, daß sie die Widerklage nach dem letzten Termin (am 30. Sept. 1932) zurückgenommen habe, so steht diese Angabe mit dem Inhalt dieser Akten nicht in Einklang. Denn diese ergeben über eine Zurücknahme der Widerklage nichts. Wenn man aus der Angabe der Kl. im Armenrechtsverfahren entnehmen wollte, daß die Kl. damals die Absicht gehabt hat, die Widerklage zurückzunehmen, so würde daraus nicht ohne weiteres gefolgert werden können, daß die Kl. diese Absicht später auch verwirklicht hat.

Muß hiernach aber im Gegensatz zum BU. davon ausgegangen werden, daß die Kl. die Widerklage im Vorprozeß nicht stillschweigend zurückgenommen, vielmehr den Antrag der Widerklage noch in der Schlußverhandlung gestellt hat, so fällt damit auch der Entscheidungsgrund des BG., daß die durch die Erhebung der Widerklage herbeigeführte Unterbrechung der Verjährung des Schadenersatzanspruchs aus § 945 ZPO. mit der Zurücknahme der Widerklage hinfällig geworden sei. Die Unterbrechung hat vielmehr noch fortbestanden, als die Kl. die gegenwärtige Klage erhob. Nun ist dann allerdings das BU. vom 14. Juli 1933 ergangen, in dem die Widerklage zwar nicht abgewiesen, aber als nicht aufrechterhalten behandelt worden ist. Wenn man dieses Urteil als ein nicht in der Sache selbst entscheidendes, die Widerklage sinngemäß abweisendes Erkenntnis i. S. des § 212 Abs. 1 BGB. ansieht, dann muß auch der Abs. 2 dieser Best. zur Anwendung kommen. Auch dessen Wortlaut trifft auf den hier vorl. Fall allerdings nicht genau zu. Denn die Kl. hat die neue Klage nicht erst nach der Abweisung ihrer Widerklage, sondern schon vorher erhoben. Aber die Best. muß entsprechend angewendet werden. Wenn die Kl. sich die Vergünstigung, daß die Verjährung als durch die Erhebung der ersten Klage unterbrochen galt, dadurch sichern konnte, daß sie die neue Klage innerhalb von sechs Monaten nach der Abweisung ihrer Widerklage erhob, so muß ihr die gleiche Vergünstigung erst recht dann zugute kommen, wenn sie die Abweisung ihrer unzulässigen Widerklage nicht erst abgewartet, sondern die neue Klage schon vorher erhoben hat.

Die Auffassung der Best., die Widerklage habe die Unterbrechung der Verjährung deshalb nicht herbeiführen können, weil ihre Erhebung in Ermangelung ihrer Einwilligung unzulässig gewesen sei, kann nicht gebilligt werden. Die Fassung der §§ 209, 212 BGB. ergibt zweifelsfrei, daß die Unterbrechung der Verjährung auch durch solche Klagen herbeigeführt wird, die aus prozessualen Gründen z. B. wegen Unzulässigkeit der gewählten Prozeßart oder wegen fehlender Prozeßfähigkeit abgewiesen werden müssen (RGKKomm., Erl. 1 zu § 212 BGB.). Die Widerklage kann nicht anders behandelt werden, als die Klage. Unberechtigt ist auch der Einwand der Best., daß die Widerklage die Unterbrechung des auf § 945 ZPO. gestützten Schadens-

ersatzanspruchs der Kl. deshalb nicht habe herbeiführen können, weil sie im Vorprozeß nicht auf § 945 ZPO., sondern auf § 717 Abs. 2 ZPO. gestützt worden sei. In dem Schriftsatz vom 16. Jan. 1930, mit dem die Widerklage erhoben ist, wird sie auf die Behauptung gestützt, daß die Kl. durch die ungerechtfertigte Vollstreckung des die Wegnahme des Wagners im Wege der Einstw.-Bfg. zugunsten der Best. anordnenden Versäumnisurteils vom 27. März 1929 einen Schaden erlitten habe. Wenn als rechtliche Stütze dieses Schadenersatzanspruchs nicht der § 945 ZPO., sondern der § 717 Abs. 2 ZPO. angeführt worden ist, so handelt es sich lediglich um eine unrichtige rechtliche Kennzeichnung des Anspruchs, durch die die Verjährung unterbrechende Wirkung der Erhebung der Widerklage nicht berührt wird. Die Kl. brauchte Gesetzesstellen überhaupt nicht anzuführen. Sie konnte sich auf die Behauptung beschränken, daß ihr durch die Vollstreckung der sachlich unberechtigten gerichtlichen Anordnung vom 27. März 1929 ein Schaden entstanden sei. Daß sie unrichtige rechtliche Vorschr. angeführt hat, kann ihr nicht schaden, weil ihre tatsächlichen Behauptungen zur Begr. des auf § 945 ZPO. gestützten Schadenersatzanspruchs ausreichen.

Hiernach konnte die Abweisung des auf § 945 ZPO. gestützten Schadenersatzanspruchs der Kl. mit der Begr. des BG. nicht gerechtfertigt werden. Dies würde die Aufhebung des BU. dann allerdings noch nicht rechtfertigen, wenn der Schadenersatzanspruch der Kl. sich schon nach ihrem eigenen Vorbringen als sachlich unberechtigt darstellen würde. Dies ist indessen nicht der Fall. Die Kl. will dadurch geschädigt sein, daß ihr durch die Wegnahme des Wagners die Möglichkeit genommen ist, ihr Zurückbehaltungsrecht an dem Wagger auszuüben und die Best. hierdurch zur Rückzahlung ihrer Anzahlung zu nötigen. Ein dergleichen Schaden kann der Kl. auch dann entstanden sein, wenn ihr Anspruch auf Wandelung oder Minderung und ihr Schadenersatzanspruch wegen schuldhaft schlechter Lieferung eines mangelhaften Wagners im Zeitpunkt der Vollstreckung der Einstw.-Bfg. bereits verjährt waren. Das RG. hat bereits ausgesprochen, daß bei gegenseitigen Verträgen die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts nach § 320 BGB. durch die Verjährung des Anspruchs, wegen dessen das Zurückbehaltungsrecht ausgeübt werden soll, nicht gehindert wird (RGUrt. v. 13. Mai 1930, II 489/29; HöchstRRspr. 1930, 1434; RGKKomm., Erl. 2 zu § 320 BGB.). Um Ansprüche aus einem gegenseitigen Vertrage, die in dem die Anwendung des § 320 BGB. rechtfertigenden Abhängigkeitsverhältnis zueinander stehen, handelt es sich aber bei dem Anspruch der Kl. auf Rückzahlung ihrer Anzahlung von 10 000 RM. und dem Anspruch der Best. auf Rückgabe ihres Wagners. Dies würde dann einem Bedenken nicht unterliegen können, wenn die Kl. den Kaufvertrag vom 12. April 1928 wegen der Mängel des Wagners gewandelt hätte. Denn nach §§ 467, 348 BGB. sind die aus der Wandelung des Kaufvertrages sich ergebenden Verpflichtungen zum um Zug unter Anwendung der Regel des § 320 BGB. zu erfüllen. Es muß in gleicher Weise aber auch dann gelten, wenn die Kl. den Kaufvertrag nicht gewandelt, vielmehr den Schadenersatzanspruch wegen schuldhaft schlechter Lieferung einer mangelhaften Kaufsache erhoben hat. Denn auch in diesem Falle stehen der Schadenersatzanspruch der Kl. wegen Nichterfüllung des Kaufvertrages und der Anspruch der Best. auf Rückgabe des Wagners in einem die Anwendung des § 320 BGB. rechtfertigenden Abhängigkeitsverhältnis voneinander. Wenn im RGKKomm., Erl. 3 zu § 320 BGB., dargelegt ist, daß für eine Erfüllungsweigerung kein Raum sei, wenn der Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung eines gegenseitigen Vertrages erhoben werde, so trifft dies für den hier zu entscheidenden Fall, daß dem Schadenersatzanspruch ein Anspruch des Schadenersatzpflichtigen auf Rückgabe der mangelhaft gelieferten Kaufsache gegenübersteht, nicht zu. Der Annahme eines Zurückbehaltungsrechts steht auch nicht entgegen, daß die Best. ihren Anspruch auf Herausgabe des Wagners auf ihr Eigentum stützen konnte. Denn auch gegenüber diesem Anspruch konnte die Kl. ihr Recht zum Besitz des Wagners bis zur vollständigen Erfüllung der aus dem Kaufvertrage sich ergebenden Verpflichtungen zur Geltung bringen.

(U. v. 16. Nov. 1935, I 59/35. — Düsseldorf.)

[R.]

35. § 1025 ZPD. Unterschied zwischen Schiedsvertrag und Schiedsgutachtervertrag. Die Kl. haben ihr Gut M. im Riesengebirge durch Vertrag v. 18. Mai 1929 ohne den dazugehörigen Wald an den Bekl. für die Zeit bis 1940 verpachtet, aber das Rechtsverhältnis im Dez. 1933 fristlos gekündigt. Da der Bekl. die Kündigung nicht anerkannte, haben sie Klage auf Räumung erhoben. Die Kl. behaupten, der Bekl. habe vielfach gegen seine Vertragspflichten verstoßen. Der Bekl. hat die Klagebehauptungen bestritten und geltend gemacht, nach dem Pachtvertrage habe zunächst eine aus drei Personen bestehende Kommission darüber zu entscheiden, ob er das Gut nicht ordnungsmäßig und vertragsgemäß bewirtschaftete.

Das VG. hat den Klägern aufgegeben, zunächst den Spruch der im Vertrage vorgesehenen Kommission herbeizuführen. Das ist geschehen. Die Kommission ist am 6. Sept. 1934 zusammengetreten und hat ihren Spruch dahin abgegeben, daß auf Grund der von den Klägern erhobenen Anschuldigungen, soweit sie nicht überhaupt vor ihr fallen gelassen worden seien, eine vertragswidrige Bewirtschaftung des Gutes durch den Bekl. nicht festzustellen sei. Die Kl. halten diesen Spruch für wirkungslos, da er auf einem unwirksamen Schiedsvertrage beruhe.

Das VG. hat geprüft, ob der Bekl. durch Verletzung seiner vertraglichen Pflichten die fristlose Kündigung veranlaßt hat. Dabei ist es von § 12 des Pachtvertrages ausgegangen. In § 12 wird dem Verpächter ein Recht zur fristlosen Kündigung gegeben, wenn der Pächter mit Pachtzins im Rückstand ist, wenn er ohne Zustimmung des Verpächters die Pachtrechte abtritt oder unterverpachtet, schließlich, wenn der Pächter die Bewirtschaftung des Gutes nicht in ordnungsmäßiger und neuzeitlicher und nicht in vertragsmäßiger Weise betreibt. Für diesen dritten Kündigungsgrund heißt es im Vertrage weiter: „Darüber, ob dieser Fall vorliegt, entscheidet eine gem. § 9 zu berufende 3-Männerkommission, an deren gutachtliche Äußerung das ordentliche Gericht für den Fall der Klage auf Aufhebung des Pachtvertrages bzw. Räumung gebunden ist.“ An diese Vertragsbestimmung sind die Parteien nach Ansicht des VG. gebunden, denn sie sei kein Schiedsgerichtsvertrag, der nach der Neufassung der ZPD. unwirksam sein würde.

Gegen diese rechtliche Würdigung des § 12 des Vertrages wendet sich die Rev. der Kl. ohne Erfolg. Sie macht geltend, die Kommission sei in Wahrheit ein Schiedsgericht, denn sie habe nicht bloß gewisse Unterlagen und Tatsachen für die Entsch. des ordentlichen Gerichts als Grundlage zu beschaffen oder tatsächlich festzustellen, sondern sie entscheide den Räumungsstreit selbst, indem sie über die ganzen Voraussetzungen der Berechtigung der Kündigung besinde. Dem ordentlichen Gericht bleibe nach dieser Entsch. der Kommission über die Berechtigung der Kündigung nur der sich daraus ohne weiteres ergebende rein formale Ausspruch der Verurteilung zur Räumung oder der Klageabweisung.

Für die Beurteilung, ob ein Schiedsgerichtsvertrag oder ein Schiedsgutachtervertrag vorliegt, ist die den bestellten Personen übertragene Aufgabe maßgebend (RGZ. 67, 72 = JW. 1908, 16). Der Schiedsvertrag hat nach § 1025 ZPD. die Entsch. eines Rechtsstreits zur Voraussetzung; der Entsch. des Schiedsgerichts wird vorbehalten, was im ordentlichen Rechtswege der staatlich bestellte Richter durch Fällung eines Urteils vornimmt. Ein Vertrag, der dem Dritten, dessen Urteil sich die Parteien unterwerfen wollen, nicht die Entsch. selbst, sondern nur die Feststellung der Elemente für die Entsch. überträgt, ist kein Schiedsvertrag, denn ihm fehlt die für den Schiedsvertrag wesentliche Voraussetzung der ganzen oder teilweisen Erschöpfung des Rechtsstreits durch einen dem Urteil des ordentlichen Richters gleichen Spruch (RGZ. 45, 352; 67, 73 = JW. 1908, 16). Deshalb liegt kein Schiedsgerichtsvertrag vor, wenn die Folgen, die sich aus der Bejahung oder Verneinung der ein Element der Entsch. bildenden Fragen ergeben, nicht von den Bestellten, sondern vom ordentlichen Gericht zu ziehen sind (RGZ. 87, 193). So hat das RG. (RGZ. 96, 59) nicht als Schiedsrichter, sondern als Schiedsgutachter auch einen Bücherrevisor angesehen, der bei einer Auseinander-

setzung die Elemente für die Entsch. feststellen, nämlich ermitteln sollte, ob und in welcher Höhe der einen oder anderen Partei ein Guthaben zuzustand, während die Entsch. über die Ansprüche der Parteien aus diesem Ergebnis durch das ordentliche Gericht zu treffen war (vgl. auch RGZ. 94, 173 = JW. 1919, 320). Für den rechtlichen Unterschied der beiden Vertragsarten kann es nicht darauf ankommen, ob der Spielraum für die Entsch. des ordentlichen Gerichts durch die Bindung an die durch den Schiedsgutachter vorgenommene Erledigung einzelner Elemente der Entsch. mehr oder weniger eingeengt ist; wesentlich bleibt allein, ob die Entsch. des Rechtsstreits im ganzen oder für einen Teil dem ordentlichen Gericht völlig entzogen ist oder nicht. Soweit die Entsch. beim ordentlichen Gericht bleibt, ist die Übertragung der Entsch. von Vorfragen auf andere Personen kein Schiedsgerichtsvertrag, sondern nur ein Schiedsgutachtervertrag. So liegt es hier, denn die vertraglich vorgesehene Kommission, deren Entsch. der Vertrag übrigens selbst als gutachtliche Äußerung bezeichnet, sollte nur befinden, ob die Bewirtschaftung des Gutes durch den Pächter zu Anständen Anlaß gegeben hatte; nicht aber war es ihr übertragen, über das Bestehen des Kündigungsrechts oder gar über die Aufhebung des Pachtverhältnisses und die Räumungspflicht des Pächters zu entscheiden. Die Kommission hatte also nur die Stellung eines Schiedsgutachters. Deshalb ist die Vereinbarung in § 12 des Vertrages durch die neue Fassung des § 1027 Abs. 1 ZPD. in ihrer Geltung nicht berührt worden.

(U. v. 28. Nov. 1935; IV 159/35. — Dresden.) [R.]

Anmerkung: Die Entsch. bewegt sich in der Linie der bisherigen Rspr. und verdient durchweg Zustimmung.

Der Schiedsvertrag hat einen das Schiedsgutachtenvertrag dagegen einen die Parteien und das Gericht bindenden Ausspruch über eine Frage, die im gerichtlichen Verfahren gegebenenfalls als Tatbestandselement aufzutauchen kann. Daß im Rechtsverkehr für beide Typen von Abreden ein praktisches Bedürfnis besteht, zeigt der Blick auf die Prozeßrechtsgeschichte, die die beiden Vertragsarten über viele Jahrhunderte zurückzuerfolgen gestattet.

Im Gegensatz stehen nicht Rechts- und Tatfragen, sondern Ansprüche einerseits über Rechtsverhältnisse und andererseits über Elemente von Tatbeständen, aus denen sich solche ergeben. Besonders häufig fällt dem Schiedsgutachter die Aufgabe zu, Tatsachen unter Rechtsbegriffe zu subsumieren, also sich mit Rechtsfragen zu befassen: die Feststellung des Umfangs oder der Verursachung eines Schadens, die Feststellung eines Verschuldens, die Angemessenheit eines Preises, die Feststellung der Erwerbsfähigkeit usw. sind alles typische Aufgaben des Schiedsgutachters. Hat der Dritte aber nach der Abrede über Rechtsverhältnisse selbst, eben im Gegensatz zu Tatbestandselementen, zu entscheiden, so ist er, gleichviel wie er in der Abrede benannt ist, Schiedsrichter — und zwar, was wichtig ist, auch dann, wenn damit nicht das ganze Rechtsverhältnis der Parteien erschöpft wird, wie namentlich bei der Entsch. nur über den Grund oder nur über den Betrag des anerkannten oder bereits durch gerichtliches Urte. festgestellten Anspruchs. Von der anderen Seite gesehen, ist die Frage mit der identisch, ob das, was Gegenstand des Ausspruchs sein soll, Gegenstand eines Feststellungsurteils nach § 256 ZPD. sein könnte. Soll sich der Dritte über ein der urteilsmäßigen Feststellung fähiges Verhältnis aussprechen, so ist er Schiedsrichter, anderenfalls Schiedsgutachter, und der für seine Betätigung maßgebende Vertrag im ersteren Falle ein Schiedsvertrag nach dem 10. Buch der ZPD., anderenfalls ein bürgerlich-rechtlichen Normen unterstehender Schiedsgutachtenvertrag. Zu § 256 ZPD. sind gerade die Kündigungsfällen in der Rspr. wiederholt behandelt: zulässig ist die Feststellungsklage einmal dahin, ob das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältnis unter bestimmten abstrakten Voraussetzungen eine Kündigung zuläßt, und andererseits dahin, ob die auf Grund eines bestimmten (konkreten) Notfalls ausgesprochene Kündigung

das Rechtsverhältnis gelöst hat oder nicht; unzulässig ist aber eine Feststellungsklage dahin, ob ein in concreto vorliegender Tatbestand einen wichtigen Kündigungsgrund abgibt, denn insoweit steht nicht ein Rechtsverhältnis, sondern lediglich ein Tatbestandselement, eine für die Beurteilung des Rechtsverhältnisses gegebenenfalls wesentliche Einzelsubsumtion zur Entscheidung (vgl. dazu Gaupp-Stein¹⁵, § 256 II 1 bei R. 29, 30). Die vorl. Entsch. behandelt hier die Frage in genau dem gleichen Sinne unter dem Gesichtspunkte des Schieds- und des Schiedsgutachtenvertrags.

Darüber, daß die durch die ZPO Nov. von 1933 eingefügten Vorschriften der §§ 1025 Abs. 2 und 1027 nur auf die Schiedsverträge, und auf die Schiedsgutachtenverträge weder unmittelbar noch auch entsprechend anzuwenden sind, besteht keine Meinungsverschiedenheit. Das gesetzgeberische Bedürfnis, aus dem die genannten Vorschriften erwachsen sind, bestand auch praktisch nur auf dem Gebiet der wirklichen Schiedsverträge. Anbelegungsabreden und ebenso sog. Überrumpelungsabreden, wie sie sich in versteckten Klauseln unübersichtlicher Formularverträge fanden, kamen praktisch im wesentlichen nur bei eigentlichen Schiedsabreden vor. Bei Schiedsgutachtenabreden bestanden und bestehen auch nicht annähernd die Gefahren wie bei Schiedsverträgen, da die §§ 317 ff. BGB., die unmittelbar oder entsprechend Anwendung finden, einen im allgemeinen voll ausreichenden Schutz gegen Benachteiligungen bieten (vgl. Gaupp-Stein¹⁵, Vorbem. vor § 1025 II 3 b).

MinR. Dr. Jonas, Berlin.

36. Rechtspflege Bd. v. 14. Juni 1932 Teil 1 Kap. II Art. 1. Ein Ergänzungsbeschluß, durch den die sofortige Beschwerde gegen einen die Berufung als unzulässig verwerfenden Beschluß nachträglich zugelassen wird, ist bedeutungslos.

Das O. hat die Ehe der Parteien aus Verschulden der Bekl. geschieden. Durch den angefochtenen Beschluß v. 28. Okt. 1935 ist die Berufung der Bekl. auf Grund der §§ 519 Abs. 6, 519 b ZPO. als unzulässig verworfen worden, weil sie nicht innerhalb der gesetzlichen Frist begründet worden sei. Durch einen weiteren Beschluß v. 13. Nov. 1935 hat das O. seinen Beschluß v. 28. Okt. 1935 dahin ergänzt, daß es die sofortige Beschwerde für zulässig erklärt hat.

Die sofortige Beschwerde ist unzulässig.

Der Beschluß v. 13. Nov. 1935 bezeichnet sich selbst als einen Ergänzungsbeschluß; er ist nach Zustellung des Beschlusses v. 28. Okt. 1935 auf den Antrag der Bekl. erlassen worden, in welchem eine Ergänzung, nicht etwa eine Berichtigung des Beschlusses v. 28. Okt. 1935 erbeten worden war. Es liegt auch sonst kein Anhalt dafür vor, daß schon bei der Beschlußfassung v. 28. Okt. 1935 das Gericht sich über die Zulassung der sofortigen Beschwerde schlüssig gemacht hätte und der Beschluß v. 28. Okt. 1935 nur aus Versehen unvollständig niedergeschrieben und festgestellt worden wäre. Handelt es sich aber nicht um eine Berichtigung, sondern um eine erst nach der Zustellung des Beschlusses v. 28. Okt. 1935 beschlossene Ergänzung, so kann einer solchen Ergänzung eine rechtliche Bedeutung nicht zuerkannt werden. Mit der Zustellung des Beschlusses v. 28. Okt. 1935 war der Rechtszug erschöpft, weil die Rev. nicht zugelassen worden war, und daher die Ehe rechtskräftig geschieden. Eine diese einmal eingetretene Rechtsfolge wieder beseitigende Ergänzung des Beschlusses war nicht mehr möglich (vgl. JW. 1935, 2814⁹, 3224¹⁰).

(Beschl. v. 2. Dez. 1935; IV B 73/35. — Hamburg.) [L.]

37. §§ 20, 28, 74 DGBG.; §§ 511 ff. ZPO. Nur dann, wenn in der Stellung eines beschränkten Antrages eine teilweise Zurücknahme des Rechtsmittels zu erblicken ist, verringert sich die Prozeßgebühr entsprechend; alsdann begibt sich der Ber. Kl. jedoch der Möglichkeit einer Erweiterung des Berufungsantrages. Durch die ohne Einschränkung eingelegte Ber. ist der Ein-

tritt der Rechtskraft des Urteils des O., soweit es die Klage abgewiesen hat, gehemmt, und in diesem Umfange ist die Sache in der Ber. Inst. anhängig geworden. Demnach ist gem. den §§ 74, 20, 28 DGBG. die Prozeßgebühr, berechnet nach einem Streitwert von 2103,20 RM fällig geworden (vgl. RGZ. 82, 80). Die Prozeßgebühr hat sich auch nicht dadurch verringert, daß der Kl. in der Berufungsbegründung seinen Berufungsantrag vorläufig auf 300 RM beschränkt hat. Denn die Sache blieb trotzdem in vollem Umfange in der Ber. Inst. anhängig, so daß der Kl. immer noch die Möglichkeit hatte, in der mündlichen Verhandlung einen erweiterten Antrag zu stellen, der alsdann gem. § 525 ZPO. den Umfang der Berufungsverhandlung bestimmte. Nur dann, wenn in der Stellung des beschränkten Antrags eine teilweise Zurücknahme des Rechtsmittels zu erblicken ist, verringert sich die Prozeßgebühr entsprechend. Alsdann begibt sich der Ber. Kl. jedoch der Möglichkeit einer Erweiterung des Berufungsantrags. Im gegebenen Falle hat nun aber der Kl. sich in der Berufungsbegründung die Erweiterung des Berufungsantrags „auf die volle erstinstanzliche Klagesumme“ ausdrücklich vorbehalten. Auch später hat er nicht in Höhe der den Betrag von 300 RM übersteigenden Summe das Rechtsmittel zurückgenommen. Die Fristsetzung hinsichtlich des Nachweises der Zahlung der Prozeßgebühr behielt daher in voller Höhe der berechneten Gebühr ihre Wirkung. Da der Kl. nur einen Teil der Gebühr gezahlt hat, so ist die Ber. in vollem Umfang als unzulässig zu erachten, nicht nur in Höhe der den Betrag von 300 RM übersteigenden Summe (RGZ. 115, 24 = JW. 1927, 53; RGZ. 143, 97 = JW. 1934, 1173; RG.: JW. 1930, 2954; 1935, 3223).

(Beschl. v. 27. Nov. 1935; V B 17/35.)

[v. B.]

38. § 90 DGBG. Ein Anspruch auf Gebührenfreiheit in dem Verfahren vor dem R. G. kann nur auf die B. D. v. 24. Dez. 1883 (RGBl. I. 1884, 1) gestützt werden.

§ 90 Abs. 3 DGBG. bestimmt für das Verfahren vor dem R. G., daß eine Befreiung von Gebühren durch B. D. der Reichsregierung gewährt werden kann (vgl. Ges. über die Aufhebung des Reichsrats v. 14. Febr. 1934 [RGBl. I, 89] § 2 [1]). Maßgeblich ist noch die B. D. v. 24. Dez. 1883 (RGBl. 1884, 1). Auf sie allein kann also, wie das R. G. wiederholt, zuletzt mit Beschlüssen v. 16. Mai 1933, VII 57/33 (JW. 1933, 1727¹³), v. 21. Nov. 1933, VII 302/33 und v. 10. Dez. 1935, VII 282/35 entschieden hat, ein Anspruch auf Gebührenfreiheit in dem Verfahren vor dem R. G. gestützt werden. Da in dieser B. D. für öffentliche Versicherungsanstalten keine Gebührenfreiheit vorgesehen ist, so muß es bei dem beauftragten Ansatze der Prozeßgebühr sein Bewenden behalten. Durch die Überleitung der Rechtspflege auf das Reich hat sich an diesem Rechtszustande nichts geändert. Denn nach der Abg. des R. V. v. 22. März 1935 (IV b 6440 — DJ. 1935, 551) sind die bestehenden reichs- und landesrechtlichen Gebühren- und Auslagenbefreiungen bis zum Inkrafttreten einer einheitlichen Regelung unverändert weiter anzuwenden. Soweit sie — wie hier — auf landesrechtlichen Vorschr. beruhen, ist die Anwendung auf ihren bisherigen örtlichen Geltungsbereich beschränkt; eine Ausdehnung auf das Gebiet des Reichs ist mit der Überleitung der Rechtspflege auf das Reich nicht eingetreten.

(Beschl. v. 31. Jan. 1936; VII 16/36.)

[L.]

39. § 155 ZwVerfG. Prozeßkosten bei Klage des Zwangsverwalters lasten auf den Masseverwalter. Die Kostenfolge trifft den Masseverwalter — von besonderen Ausnahmen abgesehen — in seiner Amtsstellung. Wechsel in der Person des Amtsträgers deshalb unbeachtlich.

Personen, die ihre Parteistellung kraft Amtes haben, wie der Zwangsverwalter nach dem ZwVerfG., werden zwar als Partei in die Kosten des Rechtsstreits verurteilt, wenn sie unterliegen. Sie werden aber von den Kostenfolgen — abgesehen von besonderen, gesetzlich bestimmten Fällen, in denen gewisse

Kosten aus ihrem Verschulden ihnen persönlich auferlegt werden können — für ihre Person nicht betroffen; die Kostenfolge trifft sie vielmehr in ihrer Amtsstellung. Daher ist gleichgültig, ob in der gerichtlichen Entsch., die über die Kostentragung Best. trifft, als Zwangsverwalter gerade diejenige Person richtig bezeichnet ist, die im Augenblick der Erlassung der Entsch. oder im Augenblick ihrer Rechtskraft das Amt des Zwangsverwalters innehat. Hier ist in dem sofort rechtskräftigen Revisionsurteil vom 11. Jan. 1935, das die Revisionskosten dem klagenden Zwangsverwalter zugeschrieben hat, nach den damaligen Angaben im Rechtsstreit der zweite Amtsträger Th. bezeichnet, während nach dessen Erklärung auf die Kostenanforderung sein Amt Mitte 1934 nach Einlegung der Rev. vom 21. Juni 1934 aufgehört hat und in der Folge der jetzige Erinnerungsführer in das Amt des Zwangsverwalters eingetreten ist. Das hindert die Einforderung der Kosten vom jetzigen Zwangsverwalter in keiner Weise, wenn er auch, wie er in Übereinstimmung mit Th. erklärt, „nicht mehr in den Rechtsstreit eingetreten“ ist. Eines solchen Eintritts in den Rechtsstreit, der durch den Wechsel des Amtsträgers nicht unterbrochen worden ist, bedurfte es nicht. Vielmehr wäre es Sache des neuen Amtsträgers gewesen, das von seinem Vorgänger eingelegte Rechtsmittel zurückzunehmen, wenn er den Rechtsstreit nicht weiterführen wollte. Die Kosten des Rechtsstreits lasten als Ausgaben der Verwaltung, § 155 ZwVerfG., auf den Massmitteln der Zwangsverwaltung und können, bis sie bezahlt sind, von jedem späteren Verwalter eingezogen werden (vgl. den Beschluß dieses Sen. v. 23. Febr. 1934, II 162/33 zum Testamentsvollstrecker).

(Beschl. v. 17. Dez. 1935; II 188/34.)

*

** 40. §§ 29, 21 ZGO. Eine Erklärung zum Protokoll des Urk. i. S. § 21 Abs. 2 ZGO. kann nicht dadurch hergestellt werden, daß dieser eine ihm überreichte private Schrift mit der protokolllarischen Eingangs- und Schlußformel versieht und den so entstandenen Wortlaut eines Protokolls unterzeichnet.

Es steht aber nichts entgegen, daß der Urkundsbeamte sich einer vom Beschw. stammenden Fassung bedient, sofern nur außer Zweifel ist, daß sich diese mit seiner eigenen Aufsicht deckt und zum Ausdruck bringt, was er selbst sagen wollte.†)

Frau M. betreibt in H. ein Lebensmittelgeschäft, das über den Umfang des Kleingewerbes nicht hinausgeht, und verwendet zu dessen Bezeichnung ihren bürgerlichen Namen mit dem Zusatz „Hamburger Kaffeelager“. Der Einzelhandelsverband K. und die Industrie- und Handelskammer K. hatten beim AG. als Registergericht angeregt, ihr die Verwendung des Zusatzes „Hamburger Kaffeelager“ zu untersagen. Das AG. hatte es durch Beschl. v. 24. Nov. 1934 abgelehnt, dieser Anregung zu entsprechen. Auf die Beschw. der Industrie- und Handelskammer K. hat das LG. K. am 2. März 1935 diesen Beschl. aufgehoben und der Geschäftsinhaberin aufgegeben, sich bei Weidung einer Ordnungsstrafe von 20 RM für jeden Fall der Zuwiderhandlung des Gebrauchs der Geschäftsbezeichnung „Hamburger Kaffeelager“ auf ihrem Firmenschild und in geschäftlichen Mitteilungen zu enthalten. Gegen diese Verfügung hat sich Frau M. zunächst mit einem Schreiben v. 17. März 1935 an das LG. gewandt, das mit den Worten beginnt: „Gegen den Beschl. v. 2. März 1935 ... erhebe ich hierdurch die sofortige Beschw. ...“, und sodann eine nähere Begründung des Rechtsmittels enthält. Nach schriftlicher Belehrung über die Formerfordernisse des § 29 ZGO. hat sie am 25. März 1935 beim AG. weitere Erklärung zu Protokoll des Urk. der Geschäftsstelle abgegeben. Darin heißt es:

„Es erschien die Geschäftsinhaberin M. in H. und erklärte nach entsprechender Belehrung:

Ich will gegen den Beschl. des LG. in K. v. 2. März 1935 Beschw. erheben, und zwar meine Erklärung wörtlich in die Feder des beurkundenden Beamten diktieren, d. h. dasselbe

erklären, was ich bereits in meiner privatschriftlichen Schrift an das LG. in K. v. 17. März 1935 ausgeführt habe.

Ich erkläre oder diktieren daher das folgende:“

Hierauf folgt eine wörtliche Wiedergabe des Schreibens v. 17. März 1935. Das Protokoll schließt mit den Worten:

„Vorg., gen., unterschrieben“ und den Unterschriften der Beschw. und des Urk. Dieser hat darunter noch hinzugefügt, daß die Erklärungen der Beschw. in der Sache selbst auf deren ausdrückliches Verlangen wörtlich nach ihrem Schriftsatz an das LG. in K. v. 17. März 1935 wiedergegeben seien; auf etwaige Rechtsnachteile sei sie hingewiesen worden. Am 26. April 1935 hat er auf Befragung des RG. in Berlin weiter zu den Akten vermerkt, daß sich seine Bedenken lediglich gegen die von der Beschw. verlangte Form des Protokolls gerichtet hätten, und daß er bei selbständiger Fassung des Protokolls in wesentlichen Punkten von dem Diktat der Beschw. nicht abgewichen wäre.

Das RG. möchte die weitere sofortige Beschw. als formgerecht ansehen und ihr stattgeben, glaubt sich aber hieran durch die Entsch. des RG.: RGZ. 101, 426 gehindert, in der die Frage, ob eine Erklärung zum Protokoll des Urk. i. S. des § 21 Abs. 2 ZGO. dadurch hergestellt werden könne, daß dieser eine ihm überreichte private Schrift mit der protokolllarischen Eingangs- und Schlußformel versieht und den so entstandenen Wortlaut eines Protokolls unterzeichnet, verneint wird. Es hat deshalb die weitere sofortige Beschw. gem. § 28 Abs. 2 ZGO. dem RG. vorgelegt.

Die Voraussetzungen für eine Entsch. des RG. nach § 28 Abs. 2 ZGO. sind gegeben. Es handelt sich um die Anwendung und Auslegung der §§ 29, 21 ZGO., also reichsgesetzlicher Vorschriften über das Verfahren in einer Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die als Handelsfache nach §§ 125 ff. ZGO., § 37 ZGB. den Gerichten übertragen ist. Es kann auch nicht zweifelhaft sein, daß sich das RG. mit einer Zulassung der weiteren Beschw. in ihrer vorl. Form in Widerspruch zu der von ihm angezogenen reichsgerichtlichen Entsch. setzen würde. Das RG. weist zutreffend darauf hin, daß es für die in dieser Entsch. behandelte Rechtsfrage nicht von Bedeutung sein könne, ob der Urk. die privatschriftliche Eingabe selbst mit einer Eingangs- und Schlußformel versieht, oder ob er ihren Inhalt, sei es nach Diktat, sei es ohne solches, auf ein anderes Blatt Papier wörtlich überträgt und dann mit den für ein Protokoll üblichen Eingangs- und Schlußworten umkleidet. In beiden Fällen kommt es entscheidend nur darauf an, daß sich der Urk. einer eigenen selbständigen Prüfung des Gegenstandes seiner Beurkundung enthält und diesen nicht nach seiner Auffassung, sondern in Unterordnung unter den Willen des Erklärenden zu Papier bringt. Hier wie dort steht in Frage, ob damit den Erfordernissen einer Erklärung zum Protokoll des Urk. der Geschäftsstelle Genüge getan ist.

Das RG. hat in seiner Entsch. ausgeführt: Durch die Vorschr., daß die sofortige weitere Beschw. in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht nur durch eine von einem RM. unterzeichnete Beschwerdebeschrift, sondern auch durch Erklärung zum Protokoll des Urk. eingelgt werden könne, habe einerseits dem Beschw. eine Erleichterung gewährt, andererseits das Beschw. vor unnötig weitläufigen, unverständlichen, mutwilligen oder ungehörigen, die Würde des Gerichts verletzenden Beschwerdeeingaben bewahrt werden sollen. Dieser letzte Zweck werde vereitelt, wenn man unterschiedslos jede dem Urk. übermittelte, von ihm mit der protokolllarischen Eingangs- und Schlußformel versehene privatschriftliche Eingabe, sofern sie nur die Absicht der Beschwerdebeeinlegung erkennen lasse, als Beschwerdeerklärung zum Protokoll des Urk. gelten lassen wolle. Denn damit sei die Gewähr dafür, daß der Urk. das ihm vom Beschw. Vorgetragene selbständig geprüft und gesichtet und das nach seiner Auffassung Zweckdienliche in die Niederschrift aufgenommen habe, aufgehoben oder mindestens ganz erheblich abgeschwächt. Möge die Durchführung des Grundgesetzes, daß durch eine derartige Behandlung einer privaten Schrift eine Erklärung zum Protokoll des Urk. nicht herbeigeführt werden könne, besonders dann als formalistisch und

hart erscheinen, wenn die Schrift ihrem Inhalt und ihrer äußeren Erscheinung nach den Zweck einer Beschwerbeschäftung erfüllen würde, so sei eine unterschiedliche Behandlung solcher in Protokollform gebrachter Eingaben je nach der mehr oder weniger Tauglichkeit ihres Inhalts mit Wesen und Zweck der Formvorschrift nicht vereinbar und nur geeignet, Verwirrung zu stiften. Der Sicherheit des Rechtsverkehrs gegenüber, in deren Interesse die strengere Auffassung unverkennbar liege, falle die Härte, die damit je nach der Sachlage für den Beschwerf. verbunden sein könne, nicht entscheidend ins Gewicht.

Das damit aufgestellte Erfordernis, daß der Urk. unter selbständiger Prüfung und Sichtung des ihm Vorgetragenen nur das nach seiner Auffassung Zweckdienliche in die Niederschrift aufnehmen, erkennt auch das RG. grundsätzlich als berechtigt an. Es glaubt aber, daß diesem Erfordernis auch bei wörtlicher Übernahme einer privatschriftlichen Erklärung in das Protokoll dann genügt werde, wenn diese nach der Auffassung des Urk. in Form und Inhalt sachgemäß sei, insbes. nichts Überflüssiges enthalte, und es deshalb einer Sichtung des darin Niedergelegten nicht bedürfe. Können festgestellt werden, daß der Urk. dieser Überzeugung gewesen sei und geglaubt habe, mit der unveränderten Verwertung der Eingabe eine den gesetzlichen Anforderungen entsprechende Beschw. zu beurkunden, so bleibe der Zweck der Formvorschrift gewahrt. Die Beschw. könne in solchem Falle unbedenklich als zulässig angesehen werden.

Diese Auffassung des RG. mag zutreffen, wenn sich erweisen läßt, daß der Urk. bei der Beurkundung in der Tat Erwägungen über die Sachdienlichkeit und Zweckmäßigkeit der ihm vorgelegten privaten Schrift angestellt und deren wörtliche Wiedergabe für gut befunden hat, weil sie enthält, was nach seiner Meinung zu einer ordnungsmäßigen Erhebung und Begründung der Beschw. gehört. Denn dann steht fest, daß er sich bei der Abfassung des Protokolls der Mühe einer sachlichen Prüfung des ihm Unterbreiteten unterzogen und es nach Form und Inhalt als seiner eigenen Auffassung entsprechend angesehen hat. In welche Worte er seine Beurkundung kleidet, ist ohne Belang. Es steht nichts entgegen, daß er sich einer vom Beschwerf. stammenden Fassung bedient, sofern nur außer Zweifel ist, daß sich diese mit seiner eigenen Ansicht deckt und zum Ausdruck bringt, was er selbst sagen wollte. Steht fest, daß der Inhalt des Protokolls auf selbständiger, in ordnungsmäßiger Erfüllung der ihm zugewiesenen Aufgaben ausgeübter Tätigkeit des Urk. beruht und von ihm vertreten wird, so liegt darin auch bei wörtlicher Übernahme des ihm schriftlich oder mündlich Vorgetragenen die Gewähr, daß Wesen und Zweck der gesetzlichen Formvorschrift gewahrt sind. Eine solche Feststellung wird sich aber in der Regel dann verbieten, wenn aus der Niederschrift des Urk. selbst hervorgeht, daß sich dieser mit dem Inhalte der Beschw. nicht in eigener, selbständiger Tätigkeit befaßt hat und deshalb deren Fassung nicht als sein Werk gelten lassen will. Im vorl. Falle ergibt das Protokoll, daß sich der Urk. bei der Beurkundung einer eigenen Stellungnahme zu dem Vorbringen der Beschwerf. enthalten und das ihm Vorgetragene ihrem Wunsche gemäß zu Papier gebracht hat, ohne selbst auf Inhalt und Form der Niederschrift irgendwelchen Einfluß zu nehmen. Wenn er im Anschlusse daran bemerkt, daß er die Erklärungen der Beschwerf. aus deren ausdrückliches Verlangen wörtlich nach ihrem Schriftsate vom 17. März 1935 wiedergegeben und sie auf etwaige Rechtsnachteile hingewiesen habe, so bringt er damit zum Ausdruck, daß er eine Verantwortung für den Inhalt des Protokolls ablehne und für eine von ihm vorausgehene oder doch für möglich gehaltene Beanstandung einer derartigen Beschwerdeeingang nicht einstehe wolle. Er bekennt damit, daß sich der Beurkundungsvorgang nicht so abgespielt habe, wie er es selbst als zur Schaffung eines ordnungsmäßigen Protokolls notwendig angesehen habe. Ergibt sich hieraus, daß er bei Abfassung seiner Niederschrift deren Inhalt nicht als eine von ihm für richtig und zweckdienlich erachtete Beurkundung hat vertreten wollen, so kann dieser Mangel eines für die Protokollierung wesentlichen Erfordernisses, auch nicht dadurch behoben werden, daß er

nachträglich erklärt, er wäre bei selbständiger Fassung des Protokolls in wesentlichen Punkten nicht vom Diktate der Beschwerf. abgewichen. Denn dadurch wird an dem Hergang der Beurkundung selbst und an der Art und Weise der Protokollerrichtung nichts geändert. Die Erklärung besagt nicht, daß der Urk. entgegen seiner früheren Angabe, die er damit als falsch bezeichnen würde, bei der Beurkundung doch eine eigene, selbständige Tätigkeit entfaltet und das ihm Vorgetragene geprüft habe, sondern gibt nur seine Meinung darüber wieder, wie er das Protokoll möglicherweise abgefaßt hätte, wenn er seinen Inhalt hätte bestimmen können. Die Beachtung einer solchen Erklärung würde nur darauf hinauslaufen, daß eine ohne die selbständige Mitwirkung des Urk. erhobene Beschw. lediglich deshalb zugelassen würde, weil ihr — ausschließlich vom Beschwerf. selbst herrührender — Inhalt sachdienlich ist. Daß es aber hierauf nach dem Wesen und Zweck der vom Gesetz aufgestellten Formvorschrift nicht ankommen kann, hat das RG. in der angeführten Entsch. ausgesprochen. An dieser Auffassung ist festzuhalten.

Eine wirksame Beschwerdeeingang kann auch nicht darin erblickt werden, daß die Beschwerf. vor Beginn ihres Diktats erklärt hat, Beschw. gegen den Beschluß des LG. erheben zu wollen. Zwar bedarf, ebenso wie die einfache, so auch die weitere Beschw. keines ausdrücklichen Antrags und keiner Begründung. Es genügt, wenn der Beschwerf. bekundet, daß er eine Nachprüfung der ihm ungünstigen Entsch. durch das im Instanzenzuge übergeordnete Gericht verlange und diese Erklärung im Falle der weiteren Beschw. in der im § 29 ZPO. vorgeschriebenen Form abgibt. Voraussetzung hierbei ist aber, daß der Wille des Beschwerf. als unbedingt und endgültig kundgegeben in der vorgeschriebenen Form in die Erscheinung tritt. Das geht aus der Niederschrift v. 25. März 1935 nicht eindeutig hervor. Erklärte die Beschwerf., daß sie Beschw. erheben, „und zwar ihre Erklärung wörtlich in die Feder des beurkundenden Beamten diktieren“ wolle, und ließ sie hierauf nach Diktat niederschreiben: „Ich erkläre oder diktiere daher das Folgende: Gegen den Beschl. v. 2. März 1935 ... erhebe ich hierdurch die sofortige Beschw. ...“, so ist anzunehmen, daß sie ihre Erklärung, soweit sie rechtserheblich sein sollte, erst mit der Niederschrift des Diktates beginnen lassen wollte und ihre vom Urk. am Eingang des Protokolls wiedergegebenen Worte lediglich eine Ankündigung dessen bedeuteten, was sie zu erklären beabsichtigte. Die Fassung des Protokolls ergibt in aller Deutlichkeit, daß es der Beschwerf. vor allem darauf ankam, ihre Beschw. uneingeschränkt und ohne Änderung zu niederschreiben zu lassen, wie sie in ihrem Schreiben v. 17. April 1935 enthalten war. Sie legte erkennbar besonderen Wert darauf, nicht nur Beschw. einzulegen, sondern dieser auch eine Begründung beizugeben, die sich mit dem Wortlaut ihres Schreibens deckte. Das beweisen insbes. die bestimmenden Worte „und zwar“ im Eingang des Protokolls, mit denen sie ihre Absicht, Beschw. in der von ihr gleichzeitig verwirklichten Gestalt anbringen zu wollen, bekundete. Es liegt nichts dafür vor und der Inhalt des Protokolls spricht dagegen, daß sich die Beschwerf. auch dann zur Erhebung der Beschw. verstanden hätte, wenn sie dabei auf die von ihr in Aussicht genommene Begründung hätte verzichten müssen. Beharrte sie trotz Belehrung über die Nachteile, die ihr aus der von ihr gewünschten Form der Beschwerdeerhebung erwachsen könnten, auf der wörtlichen Wiedergabe ihrer schriftlichen Eingabe, so rechtfertigt dies den Schluß, daß sie deren Wortlaut in seiner Gesamtheit als wesentlichen und unteilbaren Inhalt ihrer Erklärung angesehen wissen wollte. Über die möglichen Formen der Beschwerdeabteilung war sie bereits durch die Mitteilung des LG. v. 23. März 1935 unterrichtet. War ihr also bekannt, daß sich ihre Absicht ohne die Gefahr eines Nachteils auch durch Einreichung einer von einem RA. unterzeichneten Beschwerbeschäftung verwirklichen ließ, so kann auch aus dem Zeitpunkt der Protokollerrichtung nicht gefolgert werden, daß sie ihre Erklärung ungeachtet der Unbeachtlichkeit der beigefügten Begründung als Beschw. habe gelten lassen wollen. Denn es blieb ihr bis zum Ablaufe der Beschwerdefrist noch genügend Zeit, um ihre Beschw. in der von ihr für richtig und unerläßlich angesehenen Fassung in Gestalt einer vorschriftsmäßigen Beschwerbeschäftung anzubringen.

Das Rechtsmittel der Beschw. scheidet nach alledem am Mangel der nach § 21, 29 FGG. erforderlichen Form, und war deshalb als unzulässig zu verwerfen.

(Beschl. v. 20. Dez. 1935; II B 8/35. — LG. Kassel.)

Anmerkung: Der Entsch. ist durchweg beizutreten.

Sie wiederholt zunächst den RGZ. 101, 426 zuerst aufgestellten und sodann in ständiger Rspr. aufrechterhaltenen Grundsatz, daß die weitere Beschw. in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht in der Weise zur Niederschrift des UrV. erklärt werden könne, daß dieser eine ihm überreichte private Schrift mit der üblichen protokollarischen Eingangs- und Schlußformel versteht und die so entstandene Niederschrift unterzeichnet. Sie betont weiter mit Recht, daß dasselbe auch gelten müsse, wenn der UrV., wie im vorl. Falle, die Niederschrift nach Diktat des Beschw. angefertigt und dann mit den gebräuchlichen Eingangs- und Schlußworten umkleidet habe.

Denn in beiden Fällen wird der Zweck der Vorschr., den UrV. zu einer verständigen Sichtung und Prüfung des Materials zu veranlassen und weitschweifige, unverständliche oder unsachliche Ausführungen zu verhindern, vereitelt.

Ausnahmen von diesen, in langjähriger Übung bewährten und allgemein anerkannten Grundsätzen läßt das RG. mit Recht nur in den seltenen Fällen zu, wo der UrV. die ihm überreichte oder diktirte privatschriftliche Erklärung geprüft und nach pflichtmäßigem Ermessen für sachdienlich und zweckmäßig erachtet hat. In solchen Fällen könne auch bei wörtlicher Übernahme des privaten Vorliegens Wesen und Zweck der gesetzlichen Formvorschrift gewahrt sein. Mit Recht verlangt aber das RG. einen schlüssigen Beweis für ein solches Verhalten des UrV. Um diesen zu erbringen, genügt natürlich nicht die nachträgliche Erklärung des Beamten, er würde bei selbständiger Fassung der Niederschrift in allen wesentlichen Punkten die Angaben der Beschw. wörtlich übernommen haben. Eine solche Erklärung kann um so weniger genügen, wenn er, wie im vorl. Falle, eine Verantwortung für den Inhalt der Niederschrift im Anschluß an diese abgelehnt und betont hatte, er habe die Niederschrift auf Diktat der Beschw. nur auf deren ausdrückliches Verlangen aufgenommen.

Es ist erfreulich, daß das RG. die Ausnahmen von den oben erwähnten Grundsätzen eng begrenzt hat. Denn sonst wäre die Gefahr nahelegend, daß manche UrV., um sich der oft nicht geringen Mühe, eine weitere Beschw. ordnungsmäßig zu begründen, zu entziehen, leicht hin ohne innere Berechtigung zu Behauptungen schreiten würden, die ihre sachliche Prüfung und Billigung der privaten Erklärungen der Beschw. dartun sollen. Wollte man solchen Behauptungen ohne weiteres folgen, so wäre der Zweck der Vorschr., zweckdienliche und verständige weitere Beschw. durch die Mitwirkung der UrV. zu erlangen, ernstlich in Frage gestellt.

OGPräs. i. R. Prof. Dr. Brand, Dresden.

*

41. § 17 FGG.

1. Nur die ordentlichen Gerichte können über die Zulässigkeit des Rechtswegs entscheiden. Durch das Vorliegen der Entscheidung eines Verwaltungsgerichts wird das ordentliche Gericht nicht der Prüfung der Frage enthoben, ob ein Anspruch vor ihm eingeklagt werden kann.

2. Eine Klage auf Rückzahlung von Steuern mit der Begründung, die Steuer sei zu Unrecht erhoben worden, kann nicht in das Gewand eines Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung gekleidet und dadurch dem Rechtswege zugänglich gemacht werden, auch nicht die öffentlich-rechtliche Frage nach der Berechtigung zur Erhebung eines Straßenanliegerbeitrages nach dem PrBaufzBinG.

über solche Beiträge privatrechtlich abgeschlossene Verträge sind zulässig und im ordentlichen Rechtswege geltend zu machen.

KL. hatte i. J. 1921 auf ihrem Grundstück einen Anbau an einem Beamtenhaus errichtet und ist deswegen von der Stadtgemeinde zu Anliegerbeiträgen herangezogen worden. Der daraufhin von der KL. eingelegte Einspruch beim Magistrat wurde zurückgewiesen, ebenso wurde ihre Klage im Verwaltungsstreitverfahren auf Aufhebung des Magistratsbeschlusses und der Veranlagung sowie Freistellung von dem Anliegerbeiträge vom Bezirksausschuß abgewiesen. Das PrOVB. bestätigte diese Entsch. Die KL. hat den festgesetzten Beitrag bezahlt, fordert dann aber im Wege der Klage im ordentlichen Rechtsweg Rückzahlung zunächst eines Teilbetrags und die Feststellung, daß die Besl., die Stadtgemeinde, ihr die Kosten der Pflasterung oder der sonstigen vorschrittmäßigen Befestigung des Straßendamms und des Bürgersteiges erstatten müsse. Sie stützt ihre Klage auf einen mit der Besl. am 20. Sept. 1860 geschlossenen Vergleich. Das LG. hat die Klage auf Rückzahlung des Teilbetrags aus sachlichen Gründen durch Teilurteil abgewiesen, der Klage, soweit sie auf Feststellung gerichtet war, aber durch Schlußurteil stattgegeben. Die KL. hat gegen das Teilurteil, die Besl. gegen das Schlußurteil Berufung eingelegt. Das OVB. hat beide Berufungen verbunden und die Klage wegen „Unzulässigkeit des Rechtsweges“ abgewiesen. Daraufhin hat die KL. Rev. eingelegt mit dem Antrage, den Rechtsweg für zulässig zu erklären.

Das RG. hat dem Revisionsantrag stattgegeben, indem es die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges verworfen hat und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entsch. an das BG. zurückverwies, und zwar mit folgender Begründung:

1. Mit Recht stellt das BG. an die Spitze seiner Darlegungen den Satz, daß die Gerichte über die Zulässigkeit des Rechtswegs zu entscheiden haben. Schloße das Vorhandensein der Entscheidung eines Verwaltungsgerichts die Geltendmachung der dort behandelten Ansprüche im Rechtswege aus, so hätte das Verwaltungsgericht über die Zulässigkeit des Rechtswegs bindend entschieden, und zwar in verneinendem Sinne. Das widerspricht dem Sinn des § 17 FGG.; denn diese Best. besagt, daß nur die ordentlichen Gerichte über die Zulässigkeit des Rechtswegs zu entscheiden haben. Durch das Vorliegen der Entsch. eines Verwaltungsgerichts ist also das ordentliche Gericht nicht der Prüfung der Frage enthoben, ob ein Anspruch vor ihm eingeklagt werden kann (RGZ. 138, 64/67 = JW. 1933, 2055), die Entsch. des OVB. kann im vorl. Falle der Entsch. des Gerichts über seine Zuständigkeit nicht vorgreifen.

2. Eine Klage auf Rückzahlung von Steuern mit der Begründung, die Steuer sei zu Unrecht erhoben, kann nicht in das Gewand eines Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung gekleidet und dadurch dem Rechtswege zugänglich gemacht werden. Dabei wäre unmittelbar über die öffentlich-rechtliche Frage zu entscheiden, ob die Steuer erhoben werden durfte oder nicht. Ebenso wenig kann die öffentlich-rechtliche Frage nach der Berechtigung zur Erhebung eines Straßenanliegerbeitrages gemäß dem PrBaufzBinG. im Rechtswege ausgetragen werden. Es steht aber nichts im Wege, daß über diese Beiträge ein privatrechtlicher Vertrag geschlossen wird, der das Besteuerungsrecht selbst unangetastet läßt und sich nur auf die Erträgnisse der Finanzhoheit bezieht, dessen Rechte dann auch, da es sich um Privatrechte handelt, im Rechtswege geltend gemacht werden könnten (RGZ. 67, 291 = JW. 1908, 147; RGZ. 132, 225 = JW. 1931, 2289; RGZ. 148, 101 = JW. 1935, 2945¹ = PrVerwBl. 32, 698).

(U. v. 15. Nov. 1935, VII 136/1935. — Raumburg.) [R.]

Oberlandesgerichte: Zivilsachen

Berlin

42. § 7 Ges. über die Durchführung einer Zinsermäßigung bei Kreditanstalten vom 24. Jan. 1935 (RWB. I, 45); Art. 5 Abs. 3 der 2. Durchf. v. 26. März 1935 (RWB. I, 470); Art. 2 bis 5 der 4. Durchf. v. 22. Sept. 1935 (RWB. I, 1179).

1. Zur Eintragung der gemäß Art. 5 Abs. 3 der 2. Durchf. v. 26. März 1935 und Art. 2 und 3 der 4. Durchf. v. 22. Sept. 1935 erfolgten Erhöhung der Hypothek braucht die Kreditanstalt die Voraussetzungen dieser Erhöhung nicht besonders nachzuweisen.

2. Die Erhöhung der Hypothek ist im Grundbuch als bloße Veränderung des bisherigen Rechts einzutragen.

3. Die Erhöhung der Hypothek braucht auf den Briefen der nachfolgenden Posten nicht vermerkt zu werden.

4. Bei Tilgungshypotheken ist, falls die durch Tilgungszahlungen entstandene Eigentümergrundschuld mindestens den Betrag der Erhöhung der Hypothek ausmacht, unter Hinweis auf die Wiedererweiterung des Gläubigeranteils an der Hypothek der Betrag der verbleibenden Eigentümergrundschuld einzutragen; ist die Eigentümergrundschuld geringer, so ist die Rückverwandlung der Eigentümergrundschuld in eine Hypothek sowie der darüber hinausgehende Erhöhungsbetrag einzutragen.

5. Die Unterwerfungserklärung nach §§ 794 Abs. 1 Ziff. 5, 800 Z. 1 B. D. erstreckt sich auf den Erhöhungsbetrag; wenn die Hypothekenerhöhung als eine solche aus Art. 5 Abs. 3 der 2. Durchf. v. 26. März 1935 kennlich gemacht ist, bedarf dies auch keiner besonderen Eintragung in das Grundbuch.

Auf Grund des Ges. v. 24. Jan. 1935 (RWB. I, 45) haben die Kreditanstalten durch ein nahezu restlos angenommenes Angebot an die Inhaber ihrer mit 6% und höher verzinslichen Schuldverschreibungen die Herabsetzung des Zinssatzes auf 4 1/2% mit Wirkung vom 1. April 1935 erreicht. Nach § 7 des Gesetzes ist die aus der Annahme des Angebotes sich ergebende Zinsersparnis bei der einzelnen Kreditanstalt nach näherer Best. des RMW. zur Zinsentlastung innerhalb ihres Bestandes an Hypotheken und Grundschulden zu verwenden. Die Zinsentlastung beginnt mit dem 1. Okt. 1935. Der Schuldner hat aber der Kreditanstalt die auf sie entfallenden Kosten der Zinsermäßigung einschließlich der dem Gläubiger der Schuldverschreibung zu gewährenden Entschädigung von 2% des Nennbetrages, insgesamt nicht mehr als 2 1/2% der Verpflichtung, zu ersetzen. Hierbei ist der Unterschiedsbetrag an Zinsen, der sich aus der Fortdauer der bisherigen Zinsverpflichtung bis zum 30. Sept. 1935 gegenüber der durch die Senkung der Schuldverschreibungszinsen schon mit dem 1. April 1935 eintretenden Entlastung der Kreditanstalt ergibt (das sind regelmäßig 3/4%) in Abzug zu bringen. Zahlt der Schuldner nicht sofort in bar, so können außerdem die der Kreditanstalt erwachsenden Geldebefahrungskosten berücksichtigt werden. Im § 11 des Gesetzes ist der RMW. ermächtigt worden, im Einvernehmen mit dem RM. und, soweit es sich um landwirtschaftliche Institute handelt, auch mit dem RM. für Ernährung und Landwirtschaft zur Durchführung und Ergänzung des Gesetzes Rechtsverordnungen und allgemeine Verwaltungsvorschriften zu erlassen. Das ist für das Verhältnis der Kreditanstalten zu ihren Schuldnern in der 2. Verh. in der 4. Durchf. v. 26. März 1935 und in der 2. Verh. in der 4. Durchf. v. 22. Sept. 1935 (RWB. I, 470 und 1179) geschehen.

Nach Art. 1 der 2. Durchf. v. 26. März 1935 sind die Kreditanstalten verpflichtet, den Zinssatz ihrer Hypotheken und Grundschulden auf 4 1/2% jährlich zu senken. Die Hypothek oder die Grundschuld für die hiernach herabgesetzten Zinsen erlischt. Art. 4 setzt die der Kreditanstalt von dem Schuldner zu erstattenden Kosten der Zinsermäßigung einschließlich der dem Gläubiger zu zahlenden Entschädigung nach Abzug des Unterschiedsbetrages der Zinsen auf 1 3/4% des Nennbetrages der Verpflichtung fest. Als Nennbetrag gilt bei Tilgungsdarlehen der bis zum 31. Dez. 1934 nicht getilgte Darlehensrest. Wegen der Art dieser Kostenerstattung sieht Art. 5 verschiedene Möglichkeiten vor:

Nach Abs. 1 soll der Schuldner grundsätzlich in bar zahlen.

Abf. 2: Soweit dies bis zum 30. Sept. 1935 nicht geschieht, erwirkt die Kreditanstalt mit Wirkung vom 1. Okt. 1935 mit dem Range der Hauptforderung eine auch ohne Eintragung in das Grundbuch dinglich gesicherte unverzinsliche Forderung in Höhe von 1 3/4% der Verpflichtung zuzüglich eines Zuschlages für die Kosten der Geldebefahrung von 1/4% der Verpflichtung; die unverzinsliche Forderung ist in gleichen Teilbeträgen innerhalb von vier Jahren zu tilgen (entsprechendes gilt von ungesicherten Darlehen an Körperschaften des öffentlichen Rechtes).

Abf. 3: „An Stelle (dieser) unverzinslichen Forderung erhöht sich die Hypothek oder Grundschuld (oder Darlehensforderung gegen inländische Körperschaften des öffentlichen Rechtes) mit Wirkung vom 1. Okt. 1935 um 1 3/4% der Verpflichtung unter den für diese geltenden Bedingungen, wenn die Kreditanstalt vor dem 1. Okt. 1935 (nach Art. 3 der 4. Durchf. v. 22. Sept. 1935) dem Schuldner (nach Art. 2 Abs. 1 der 4. Durchf. v. 22. Sept. 1935) oder dem Eigentümer) durch eingeschriebenen Brief eine entsprechende Erklärung zugehen läßt. Bei Hypotheken und Grundschulden bedarf es nicht der Zustimmung der nachstehenden Gläubiger. Die Erhöhung des Darlehens um 1 3/4% ist, soweit es sich um hypothekarisch gesicherte Forderungen oder um Grundschulden handelt, in das Grundbuch einzutragen; die Eintragung erfolgt auf Grund eines von der Kreditanstalt oder von dem Eigentümer zu stellenden Antrages, der der im § 29 B. D. vorgeschriebenen Form nicht bedarf.“

Abf. 4: „Ist bei einer Hypothek durch teilweise Tilgung oder Abzahlung eine Eigentümergrundschuld entstanden, ohne daß der Gläubiger eine Löschungsbenachteiligung (oder löschungsfähige Quittung: Art. 6 der 4. Durchf. v. 22. Sept. 1935) erteilt hat, so vermindert sich im Falle des Abs. 3 die Eigentümergrundschuld um den durch die Erhöhung der Hypothek entstandenen Mehrbetrag; eine etwaige Löschungsbenachteiligung (§ 1179 B. D.) steht insoweit nicht entgegen.“

Bei der Anwendung der Abs. 3 und 4 der 2. Durchf. v. 26. März 1935 nach den Erlassen des RMW. v. 9. Okt. und v. 8. Nov. 1935 (I 26 848/35 und 27 459/35 II) über die Bedeutung der Vorschr. in verschiedenen Richtungen Zweifel entstanden, welche hier im einzelnen erörtert und nach Möglichkeit geklärt werden sollen.

I.

Die Voraussetzungen für die in Abs. 3 vorgesehene Grundbucheintragung der „Erhöhung des Darlehens“ in sachlicher und in verfahrensmäßiger Beziehung.

Nach Abs. 2 und 3 des Art. 5 erwirkt die Kreditanstalt beim Ausbleiben der Barzahlung des Schuldners mit Wirkung vom 1. Okt. 1935 an entweder die unverzinsliche, aber dinglich gesicherte Forderung von 1 3/4 + 1/4% oder an deren Stelle, wenn sie dem Schuldner oder dem Eigentümer durch eingeschriebenen Brief eine entsprechende Erklärung zugehen läßt, eine Erhöhung ihrer Hypothek um 1 3/4% „unter den für diese geltenden Bedingungen“. Sachliche Voraussetzungen für die Erhöhung der Hypothek sind danach

1. daß es sich um eine zinsgesenkte Hypothek handelt,
2. daß der Schuldner die Kosten der Zinsermäßigung nicht in bar gezahlt hat und
3. daß die Kreditanstalt ihm oder dem Eigentümer die im Abs. 3 vorgesehene Erklärung hat zugehen lassen.

Die Erhöhung der Hypothek tritt alsdann kraft Gesetzes ein. Sie ist nicht etwa weiter von ihrer Eintragung in das Grund-

buch abhängig gemacht. Das geht aus dem Wortlaut der Verordnung mit aller Deutlichkeit hervor und dürfte auch den Interessen der Beteiligten am besten entsprechen. Die Erhöhung des „Darlehns“ (das ist der umfassende Ausdruck für Hypothek, Grundschuld und Darlehnsforderung gegen Körperschaften des öffentlichen Rechtes) soll dann freilich (soweit es sich um hypothekarisch gesicherte Forderungen oder um Grundschulden handelt) in das Grundbuch eingetragen werden. Hierbei kann es sich aber nur noch um die Eintragung einer außerhalb des Grundbuches kraft Gesetzes eingetretenen Rechtsänderung handeln, also um eine Grundbuchberichtigung i. S. des § 22 GBD. Eine solche setzt im allgemeinen außer einem formlosen Antrage (§ 13 GBD.) entweder voraus, daß der in seinem Rechte Betroffene die Berichtigung in der Form des § 29 GBD. bewilligt, oder daß die Unrichtigkeit des Grundbuches nachgewiesen wird. In seinem Rechte betroffen wird durch die Eintragung der Hypothekenerhöhung nur der Grundstückseigentümer, dagegen nicht auch die Kreditanstalt, obwohl sie mit der Erhöhung der Hypothek die Anwartschaft auf den Erwerb der höheren gesicherten Forderung aus Art. 5 Abs. 2 verliert; denn der Verlust tritt nur mit der wirklichen Erhöhung der Hypothek ein und nicht etwa als Folge der Eintragung, mag diese richtig sein oder nicht. Die Kreditanstalt könnte hiernach ohne Mitwirkung des Eigentümers die Eintragung nur gem. § 22 GBD. auf Grund des Nachweises der Unrichtigkeit des Grundbuches erreichen, wenn ihr Art. 5 Abs. 3 dies nicht erleichterte.

Bei den GBA. scheint vielfach die Auffassung zu bestehen, daß von dem Nachweise der Unrichtigkeit des Grundbuches nicht abgesehen werden könne. Nach den Mitteilungen, wie sie dem NWB. gemacht worden sind, wird teils die Einreichung des Postbelegs über die Absendung des Einschreibebriefes sowie einer Abschrift des Briefes, teils zum Nachweise des Zuganges des Briefes eine schriftliche Bestätigung des Schuldners oder des Eigentümers verlangt, was bei den Kreditanstalten auf kaum zu überwindende Schwierigkeiten stößt. Derartige Anforderungen liegen nicht i. S. des Gesetzes.

Wäre dem GBA. wirklich der Nachweis der sachlichen Voraussetzungen für die Erhöhung der Hypothek zu führen, so müßte das nicht nur hinsichtlich des Zuganges der Erklärung der Kreditanstalt aus Art. 5 Abs. 3 geschehen, sondern auch hinsichtlich der beiden anderen oben aufgeführten Tatsachen. Dabei kämen als Beweismittel nach § 29 GBD. nur öffentlich beglaubigte Erklärungen und öffentliche Urkunden in Betracht. Der Unrichtigkeitsnachweis wäre auf solche Weise ohne Mitwirkung des Eigentümers praktisch überhaupt nicht zu erbringen, schon deshalb nicht, weil es unmöglich ist, das Unterbleiben der Barzahlung des Art. 5 Abs. 1 in der Form des § 29 GBD. anders als durch ein Anerkennung des Eigentümers darzutun.

Die Verordnung will aber erstlich die Grundbucheintragung erleichtern. Sie schreibt vor, daß die Eintragung auf Grund eines von der Kreditanstalt oder von dem Eigentümer zu stellenden Antrages erfolgen soll, und daß dieser Antrag „der im § 29 GBD. vorgeschriebenen Form nicht bedarf“. Damit kann nicht lediglich der verfahrensrechtliche Antrag des § 13 GBD. gemeint sein. Denn bei einem solchen braucht nach § 30 GBD. die Form des § 29 GBD. ohnehin nur dann beobachtet zu werden, wenn durch ihn zugleich eine zu der Eintragung erforderliche Erklärung, insbes. eine Eintragungsbewilligung (§ 19 GBD.) ersetzt werden soll. Etwas derartiges kommt aber hinsichtlich des Antrages der Kreditanstalt nicht in Frage, weil diese — wie vorher ausgeführt ist — durch die Eintragung in ihrem Rechte nicht betroffen wird, also auch keine dazu erforderliche Erklärung i. S. des § 30 GBD. abzugeben braucht. Andererseits ist nicht anzunehmen, daß man eine Erleichterung der Eintragung nur für den Fall hat schaffen wollen, daß die Eintragung von dem Eigentümer beantragt werden würde. Denn es war vorauszusehen, daß der Eintragungsantrag allermeist von der Kreditanstalt gestellt werden würde, und gerade für diesen Fall war die Erleichterung wegen der nahezu unüberwindlichen Schwierigkeiten des Unrichtigkeitsnachweises besonders notwendig. Sie war auch, was bei der Auslegung der Verordnung nicht übersehen werden darf, völlig unbedenklich. Denn es stand mit Sicherheit zu erwarten, daß die großen Kreditinstitute

eine ihnen gewährte Erleichterung nicht mißbrauchen würden, ganz abgesehen davon, daß den Schuldnern ein Schaden aus einer unrichtigen Eintragung praktisch kaum erwachsen konnte. Tritt man von diesen Gesichtspunkten aus an die Auslegung der Best. heran, wonach die Eintragung „auf Grund“ eines von der Kreditanstalt zu stellenden Antrages erfolgen soll, so rechtfertigt sich die Annahme, daß der Antrag der Kreditanstalt, der selbstverständlich alle für die Eintragung erforderlichen tatsächlichen Angaben enthalten muß, verfahrensrechtlich als Eintragungsvoraussetzung genügen soll.

Auch die Richtigkeit der von der Kreditanstalt bei Tilgungsdarlehn aufgestellten Berechnung des als Nennbetrag der Verpflichtung geltenden bis zum 31. Dez. 1934 nicht getilgten Darlehnsrestes braucht dem GBA. nicht nachgewiesen zu werden. Dies folgt schon daraus, daß die Kreditanstalt durch die bisherige Grundbucheintragung sogar noch als Gläubigerin der vollen Hypothek ausgewiesen wird (§ 891 BGB.), sich also selbst nur beschränkt, wenn sie einen Teil als getilgt bezeichnet. Zum mindesten ist aus der vorerörterten Best. des Art. 5 Abs. 3 zu entnehmen, daß die einfache Erklärung der Kreditanstalt auch insoweit verfahrensrechtlich als Eintragungsvoraussetzung genügen soll.

II.

Art und Stelle der Eintragung in das Grundbuch.

Es sind Zweifel darüber entstanden, ob die Hypothekenerhöhung des Art. 5 Abs. 3 als Veränderung des eingetragenen Rechtes gem. § 12 Abs. 2 der Allgem. Verfügung zur Ausführung der GBD. v. 20. Nov. 1899 i. d. Fass. v. 19. Nov. 1931 in den Spalten 5 bis 7 einzutragen ist oder als neue Post gem. § 12 Abs. 1 a. a. O. in den Spalten 1 bis 4.

Nach §§ 1113, 1115, 1190 BGB., § 28 Satz 2 GBD. haftet das Grundstück aus einer Hypothek oder Grundschuld nur für die Zahlung einer fest bestimmten Geldsumme, die im Grundbuche eingetragen sein muß. Aus dem darin zum Ausdruck kommenden, das Hypothekenrecht des BGB. beherrschenden Bestimmtheitsgrundsatzes wird in der Rspr. des RG. und des RG. gefolgert, daß die Erhöhung des Hypothekenskapitals keine Inhaltsänderung i. S. des § 877 BGB. ist, die in den Spalten 5 bis 7 der Abt. III einzutragen wäre, sondern die Begr. einer nur unter neuer Nummer einzutragenden selbständigen Zusatzhypothek (RGZ. 143, 424 f. = JW. 1934, 1167; RGZ. 40, A 282; DRG. 29, 378; RGKRomm. z. BGB., § 878 Num. 6). Die Gesetzgebung kann aber selbstverständlich Ausnahmen hiervon machen, wie das tatsächlich schon mehrfach geschehen ist, so durch das Ges. über wertbeständige Hypotheken v. 23. Juni 1923, durch Art. 33 Abs. 2 DurchfVd. zum AufwG. v. 29. Nov. 1925 und durch § 5 GVB. VereinG. v. 18. Juli 1930). Es fragt sich daher, ob nicht auch Art. 5 Abs. 3 der 2. DurchfVd. v. 26. März 1935 eine solche Ausnahme begründet. Nach Ansicht des Senats ist das zu bejahen. Schon der Wortlaut der Vorschr. deutet in diese Richtung: Wenn der Gesetzgeber ausspricht, daß „die Hypothek oder Grundschuld sich um 1 3/4 % erhöht“, braucht das nicht wie eine entsprechende Parteivereinbarung in die Begr. einer selbständigen Zusatzhypothek umgedeutet zu werden; es kann vielmehr wörtlich dahin verstanden werden, daß der Rahmen des bestehenden Rechtes erweitert, und daß diese „Veränderung“ gem. § 12 Abs. 2 der Allgemeinen Verfügung nach Art einer Inhaltsänderung in den Spalten 5 bis 7 der Abt. III bei dem erweiterten Rechte eingetragen werden soll. Ein solches Verfahren ist im gegebenen Falle auch durchaus zweckmäßig. Das RG. hat in RGZ. 143, 428 = JW. 1934, 1167, wo es einer Überspannung des Bestimmtheitsgrundsatzes entgegengetreten ist, bereits darauf hingewiesen, daß der Grundsatz wesentlich den Zweck hat, das Rechtsverhältnis der eingetragenen Rechte sicherzustellen. Es hat demgemäß bei seiner Einschränkung der aus dem Grundsatz zu ziehenden Folgerungen besonderen Wert darauf gelegt, daß der Schutz der nachstehenden Berechtigten nicht gefährdet werde, weil entweder nachstehende Rechte nicht eingetragen seien oder aber die nachstehenden Berechtigten ihre Zustimmung erteilt hätten, sowie ferner darauf, daß die Klarheit und Übersichtlichkeit des Grundbuches nicht beeinträchtigt werde, sondern — im gegebenen Falle — ja-

gar gewinne. Von diesen zutreffenden Gesichtspunkten aus lag auch bei Schaffung des Art. 5 Abs. 3 B.D. v. 26. März 1935 kein Anlaß vor, an dem Bestimmtheitsgrundsatz festzuhalten. Für die nachstehend Berechtigten ist es ganz gleichgültig, wie die Hypothekenerhöhung eingetragen wird. Denn der Mehrbetrag hat auf jeden Fall, ohne daß es ihrer Zustimmung bedarf, den Rang der bisherigen Hypothek. Die regelmäßige gesetzliche Rangordnung wird schon durch die kraft Gesetzes eintretende Hypothekenerhöhung durchbrochen und nicht erst durch die Eintragung, die lediglich den geänderten Rechtszustand im Grundbuche verkundbaren soll. Für eine Anwendung des Bestimmtheitsgrundsatzes zur Sicherung des Rangverhältnisses der eingetragenen Rechte ist daher kein Raum. Andererseits entspricht die Eintragung der Hypothekenerhöhung als bloße Veränderung des bisherigen Rechtes am besten der Rechtslage. Sie dient der Vereinfachung insofern, als sie den Erfordernissen der Eintragung eines neuen Hypothekenrechtes nicht zu genügen und ohne Ausstellung eines neuen Hypothekenbriefes lediglich auf dem vorliegenden vermerkt zu werden braucht, sowie ferner der Verdeutlichung, insofern die Eintragung in der Veränderungsspalte die Zugehörigkeit des Mehrbetrages zu dem bisherigen Rechte besser erkennen läßt als eine Neueintragung. Demgemäß hat der Senat vor kurzem auch bereits ausgesprochen, daß im Rahmen der landwirtschaftlichen Entschuldung die in eine unkündbare Tilgungshypothek umgewandelte rückständige Zinsforderung aus einer eingetragenen Hypothek — Art. 13 Abs. 1, 2 der 6. DurchB.D. zum SchRG. — als Kapitalerweiterung bei der Hypothek eingetragen werden kann (1 Wx 319/35 v. 5. Sept. 1935: Recht des Reichsnährstandes 1935, 815 = HöchstRspr. 1935 Nr. 1523 = JW. 1935, 3565⁴³).

III.

Entbehrlichkeit eines Vermerks über die Hypothekenerhöhung auf den Briefen über nachstehende Posten.

Ob ein Unterschied zwischen den beiden Arten der Eintragung der Hypothekenerhöhung, wie in dem Erlasse des RMW. v. 8. Nov. 1935 unter Ziff. 2 vorausgesetzt wird, auch hinsichtlich der Notwendigkeit besteht, die eingetragene Hypothekenerhöhung auf den etwaigen Briefen der nachstehenden Posten zu vermerken, ist zweifelhaft. Nach § 62 G.B.D. sind Eintragungen, die „bei der Hypothek“ erfolgen, von Amts wegen auf dem Hypothekenbrief zu vermerken, zu welchem Zwecke dieser nach § 42 vorgelegt sein muß, bevor die Eintragung erfolgen kann. Die Frage, ob die Hypothekenerhöhung auf den Briefen der nachstehenden Posten zu vermerken ist, hat also auch insofern große Bedeutung, als hier von der Notwendigkeit der Vorlegung dieser Briefe abhängt, die voraussichtlich erhebliche Schwierigkeiten machen würde.

Die §§ 42, 62 G.B.D. setzen, wie gesagt, voraus, daß eine Eintragung „bei der Hypothek“ erfolgt. Als eine solche Eintragung stellt sich hinsichtlich der nachstehenden Hypotheken wörtlich verstanden weder die Eintragung der Hypothekenerhöhung als Veränderung des bisherigen Rechtes dar, noch die Eintragung als neue Hypothek. Es fragt sich deshalb in erster Linie, ob die eine oder die andere Eintragung zur Klarstellung der Rangverhältnisse weitere Eintragungen „bei“ den nachstehenden Posten nach sich zieht. Das ist nun für den ersten Fall, denjenigen der Veränderungseintragung, schon deshalb zu verneinen, weil nach der ständigen Rspr. des RG. und des RG. (RGZ. 43, 234; RGZ. 132, 106 = JFG. 8, 42 = JW. 1931, 2727) alle in der Nebenspalte eingetragenen Veränderungen ohne weiteren Vermerk den Rang des Hauptrechtes teilen. Für den zweiten Fall, denjenigen der Eintragung als neues Recht, ist die Rechtslage allerdings wesentlich anders. Eintragungen in derselben Abteilung haben grundsätzlich den ihrer (räumlichen) Reihenfolge entsprechenden Rang (§ 879 Abs. 1 BGB., § 46 G.B.D.). Ist also, wie im vorl. Falle, das Rangverhältnis durch das Gesetz abweichend bestimmt, so muß dies regelmäßig durch einen entsprechenden Vermerk bei sämtlichen beteiligten Rechten zum Ausdruck gebracht werden (vgl. Gütthe-TriebeL, G.B.D., zu § 46 Anm. 9, 36; RGZ. 44, 256). Denn das gehört zur Berichtigung des Grundbuchs. Die danach bestehende Notwendigkeit eines Rangvermerks bei den nachstehenden Rechten würde die Anwendung der §§ 42, 62

G.B.D. begründen. Im vorl. Falle würde dies aber (selbst bei Eintragung der Hypothekenerhöhung als neues Recht) nicht gelten, wenn in dem Eintragungsvermerk ersichtlich gemacht wird, daß die Erhöhung der Hypothek auf Art. 5 Abs. 3 B.D. vom 26. März 1935 beruht. Denn damit wäre ohne weiteren Vermerk bereits klargestellt, daß die neue (Zusatz-)Hypothek gleichen Rang mit der Haupthypothek hat. Eine entsprechende Eintragung bei den nachstehenden Rechten wäre also nicht erforderlich (vgl. RGZ. 53, 208 bzgl. der Reichsnatopferhypothek und JFG. 11, 342 = JW. 1933, 1418² bzgl. der Hauszinssteuerablösungshypothek).

Ein weiterer Zweifel besteht freilich noch insofern, als die dem Wortlaut entsprechende Auslegung der §§ 42, 62 G.B.D. hinsichtlich der „bei der Hypothek“ erfolgenden Eintragungen zu unerwünschten Ergebnissen führt und als hierdurch eine Ausdehnung der Vorschr. nahegelegt wird. Auch nach dem BGB. ist es bereits möglich, daß eine Erweiterung der Hypothek (nämlich in Ansehung der Nebenrechte, insbes. der Zinsen) in der Veränderungsspalte eingetragen wird und damit ohne weiteres den Rang des Hauptrechtes erlangt. Für diesen Fall hat das RG.: RGZ. 48, 216 einen Vermerk bei den nachstehenden Hypotheken und in den darüber gebildeten Briefen ausdrücklich nur unter der Voraussetzung für entbehrlich erklärt, daß die nachträgliche Zinserhöhung den Zinssatz nicht über 5% hinaus steigen läßt und mithin gem. § 1119 BGB. der Zustimmung der nachstehenden Berechtigten nicht bedarf. Die Entsch. scheint also davon auszugehen, daß die Eintragung einer von der Zustimmung der nachstehenden Berechtigten abhängigen Zinserhöhung, obwohl sie nur in der Veränderungsspalte zu dem Hauptrechte bewirkt wird, doch zugleich eine solche „bei“ den nachstehenden Rechten sei. Das ist im Ergebnis gewiß zweckmäßig; denn die Zuverlässigkeit der Hypothekenbriefe würde leiden, wenn in ihnen eine Erweiterung der Nebenrechte vorgehender Posten über die Grenze des § 1119 BGB. hinaus nicht vermerkt zu werden brauchte. Ob man aber allein schon aus diesem Grunde zu einer erweiternden Auslegung der §§ 42, 62 G.B.D. gelangen könnte, bleibt doch recht zweifelhaft. Von der Aufwertung z. B. hat man nicht angenommen, daß ihre Eintragung auf den Briefen über nachgehende Posten von Amts wegen vermerkt werden müßte (Mader, Grundbuch und Aufwertung, 3. Aufl., S. 211; Müggel, Aufwertungsrecht, 5. Aufl., S. 454).

Im vorl. Falle wird das erörterte Bedenken sich jedenfalls dadurch ausräumen lassen, daß man in dem Wortlaut des Eintragungsvermerks (in der Veränderungsspalte) auf die gesetzliche Grundlage der Hypothekenerhöhung hinweist. Denn dann greift mindestens der Grundsatz von RGZ. 53, 208 ein, daß bei der Eintragung des Rechtes, welche dessen gesetzlichen Vorrang ohne Rücksicht auf ihre Stellung im Grundbuche allein schon aus der Bezeichnung des Rechtes erkennen läßt, die §§ 42, 62 G.B.D. hinsichtlich der Briefe über die nachstehenden Posten keine Anwendung finden.

Demzufolge wird lediglich eine nachträgliche Ergänzung der Briefe gem. § 57 Abs. 3 G.B.D. von den Inhabern beantragt werden können. Ein Bedürfnis danach besteht aber wohl nicht, da die Hypothekenerhöhung in ihrer wirtschaftlichen Bedeutung nicht wesentlich über den Betrag der Zinssenkung hinausgeht, der höhere Zinssatz aber in den Briefen über die nachstehenden Posten bis zu ihrer Ergänzung eingetragen bleibt (vgl. § 38 Abs. 2 Ziff. 4 AllgVfg. zur Ausführung der G.B.D.).

IV.

Eintragung der Hypothekenerhöhung bei Tilgungshypotheken.

Bei Anwendung des Art. 5 Abs. 4 sind Zweifel darüber entstanden, ob die Hypothekenerhöhung, wenn ihr eine Ermäßigung der durch Tilgungszahlungen entstandenen Eigentümergrundschuld gegenübersteht, in das Grundbuch überhaupt einzutragen ist und gegebenenfalls in welcher Weise. Hier sind zwei Fälle zu unterscheiden, nämlich der, daß die entstandene Eigentümergrundschuld mindestens $1\frac{3}{4}\%$ der Gesamtverpflichtung ausmacht und der, daß ihr Betrag geringer ist.

Auszugehen ist hier wiederum davon, daß die Eintragung

der Hypothekenerhöhung eine Grundbuchberichtigung ist, d. h. denjenigen Rechtszustand verlaublichen soll, der sich auf Grund des Gesetzes für den jeweils erfüllten Tatbestand ergeben hat. Macht nun die Eigentümergrundschuld mindestens $1\frac{3}{4}\%$ aus, so änderte sich durch die Erhöhung der Hypothek um $1\frac{3}{4}\%$ und durch die gleichzeitige Verminderung der Eigentümergrundschuld um ebenfalls $1\frac{3}{4}\%$ der Betrag des Grundpfandrechts im ganzen überhaupt nicht. Es trat hier im Ergebnis keine Erweiterung der Hypothek ein, sondern lediglich eine Verschiebung in dem Maße der Beteiligung von Gläubiger und Eigentümer an dem Rechte. Daraus folgt ohne weiteres, daß eine Erhöhung der Hypothek in diesem Falle nicht eingetragen werden kann. Für eine Anwendung des Art. 5 Abs. 3, wonach die Erhöhung in das Grundbuch einzutragen ist, bleibt kein Raum (vgl. auch Pfundtner-Neubert, Das neue Deutsche Reichsrecht, zu Art. 5 Note 10).

Soll eine Eintragung erfolgen, so kann sie nur den wirklichen Rechtszustand wiedergeben. Es wäre also einzutragen, daß die durch Tilgungszahlungen entstandene Eigentümergrundschuld nach Wiedererweiterung des Gläubigeranteils an der Hypothek noch x Reichsmark betrage. Von einer bestimmten Angabe des Betrages der Eigentümergrundschuld dürfte hierbei nicht abgesehen werden, weil die Grundbucheintragung die Höhe der einem bestimmten Berechtigten zustehenden Hypothek, und zwar auch einer Teilhypothek, genau bezeichnen muß (vgl. RGZ. 24, A 132). Der Vorschlag einer Eintragung lediglich dahin, daß die Hypothek (d. h. der Anteil des Gläubigers an dem ganzen Grundpfandrecht) sich um einen bestimmten Betrag erhöht habe, ist also nicht ausführbar. Denn eine solche Eintragung würde ergeben, daß ein Teil der Hypothek Eigentümergrundschuld geworden ist, würde aber die Höhe der dem Gläubiger verbliebenen Hypothek, ebenso wie die Höhe der Eigentümergrundschuld selbst, völlig im Unklaren lassen. Wenn die danach allein mögliche Eintragung zu Schwierigkeiten führen sollte, wird von ihrer Herbeiführung unbedenklich abgesehen werden können. Die durch Tilgungszahlungen entstandene jeweilige Eigentümergrundschuld pflegt ja auch sonst nicht zur Eintragung gebracht zu werden. In dem Erlasse des RMW. v. 8. Nov. 1935 wird zwar unter Ziff. 5 die Besorgnis geäußert, es könnten sich, wenn die Erhöhung der Hypothek und die entsprechende Verminderung der Eigentümergrundschuld im Grundbuch überhaupt nicht ersichtlich gemacht würde, in späteren Jahren Schwierigkeiten bei der Errechnung der Eigentümergrundschuld ergeben. Der Senat vermag dieses Bedenken nicht zu teilen. Wie hoch die Eigentümergrundschuld unter Berücksichtigung ihrer Verminderung aus Art. 5 Abs. 4 jeweils ist, muß sich aus den Büchern der Kreditanstalt bei zweckmäßiger Führung derselben auch in weitestfer Zukunft zweifelsfrei feststellen lassen.

Blieb der Betrag der Eigentümergrundschuld an dem Stichtage hinter $1\frac{3}{4}\%$ der Verpflichtung zurück, so ergibt sich aus dem Eingreifen des Art. 5 Abs. 4 folgende Rechtslage: Die Eigentümergrundschuld ist in eine Gläubigerhypothek zurückverwandelt, so daß dem Gläubiger wieder das ganze Grundpfandrecht zusteht. Außerdem hat sich die Hypothek um $1\frac{3}{4}\%$ abzüglich des Betrages der bisherigen Eigentümergrundschuld erhöht. Diese Erhöhung ist auf Grund des in Art. 5 Abs. 3 vorgesehenen Antrages in das Grundbuch einzutragen. Dabei braucht die Tatsache, daß die Kreditanstalt keine Löschungsbewilligung oder Löschungsfähige Quittung erteilt hat (Art. 5 Abs. 4 der 2. Durchf. VO. und Art. 2 Abs. 1 der 4. Durchf. VO.) dem GBA. nicht nachgewiesen zu werden.

V.

Verhältnis der Hypothekenerhöhung zu der für das Hauptrecht geltenden Unterwerfung des Eigentümers unter die sofortige Zwangsvollstreckung.

Nach Art. 5 Abs. 3 erhöht die Hypothek sich unter den für die (bisherige) Verpflichtung geltenden Bedingungen. Es war zweifelhaft geworden, ob zu diesen Bedingungen auch die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung gehört und

ob sie gegebenenfalls bei der Hypothekenerhöhung besonders in das Grundbuch einzutragen ist.

Gegen die erstere Annahme ließ sich geltend machen, daß die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung nach § 794 Abs. 1 Ziff. 5 BPD. immer nur in einer bestimmten Urkunde mit Bezug auf die darin festgesetzte Zahlungsverpflichtung erklärt werden könne, und daß es hier hinsichtlich der Hypothekenerhöhung an einer solchen Urkunde gänzlich fehle. Das konnte jedoch den Gesetzgeber nicht hindern, die Unterwerfungserklärung auf die nachträgliche gesetzliche Erhöhung der Zahlungsverpflichtung derart zu erstrecken, daß aus der über den ursprünglichen Schuldbetrag errichteten Urkunde die Zwangsvollstreckung unter denselben Voraussetzungen nunmehr auch wegen des Erhöhungsbetrages zulässig wurde. Dies ist denn auch in Art. 5 der 4. Durchf. VO. ausdrücklich geschehen. Die erste Frage ist damit bereits vom Gesetzgeber selbst entschieden.

Es fragt sich nunmehr weiter, ob die aus den Verordnungen sich ergebende Erweiterung der Zulässigkeit der sofortigen Zwangsvollstreckung bei der Eintragung der Erhöhung der Hypothek besonders im Grundbuch zu vermerken ist. Für den Fall der rechtsgeschäftlichen Erweiterung des Umfangs der Hypothek (in Ansehung der Nebenleistungen) und sogar für den Fall einer bloßen Änderung der Fälligkeitsbestimmungen ist das vom RG. ausdrücklich bejaht (RGZ. 45, 260; 52, 190). Die Entsch. beruhen auf der Erwägung, daß die rechtsgeschäftliche Ausdehnung der Zulässigkeit der sofortigen Zwangsvollstreckung auf die Erweiterung oder Änderung der Hypothek die Aufnahme einer neuen vollstreckbaren Urkunde erfordere, und daß in das Grundbuch die Zulässigkeit der Vollstreckung aus eben dieser Urkunde eingetragen werden müsse, daß also eine (ausdrückliche oder stillschweigende) Bezugnahme auf die bei dem bisherigen Recht eingetragene Unterwerfung aus der ursprünglichen Urkunde nicht genügen könne. Bei Anwendung des Art. 5 Abs. 3 der 2. Durchf. VO. i. Verb. m. Art. 5 der 4. Durchf. VO. ist die Rechtslage aber wesentlich anders. Danach kommt als die Urkunde, aus welcher die Zwangsvollstreckung betrieben werden kann, auch für den Betrag der Hypothekenerhöhung nur die ursprüngliche Schuldukkunde in Betracht, deren Gegenstand durch das Gesetz erhöht ist. Es muß deshalb genügen, daß lediglich die Hypothekenerhöhung unter Hinweis auf Art. 5 Abs. 3 VO. v. 26. März 1935 eingetragen wird. Denn damit kommt zum Ausdruck, daß aus derjenigen Urkunde, auf die sich schon die ursprüngliche Eintragung bezieht, gemäß der gesetzlichen Vorschr. auch wegen der neu eingetragenen Hypothekenerhöhung die sofortige Zwangsvollstreckung betrieben werden kann. Wäre freilich die Hypothekenerhöhung nicht als eine solche aus Art. 5 Abs. 3 kenntlich, so müßte das Grundbuch vom Standpunkt der vorgenannten Entsch. aus dahin gelesen werden, daß wegen der Erhöhung die sofortige Zwangsvollstreckung nicht zulässig sei. Diese unrichtige Eintragung könnte — bei einer Übertragung des Grundstückseigentums — die Grundlage für einen gutgläubigen Erwerb nach § 892 BGB. bilden.

VI.

Wortlaut der Eintragungen.

Wie die Eintragung zu fassen ist, ergibt sich bereits aus den bisherigen Darlegungen. In dem Erlaß des RMW. v. 7. Okt. 1935 wird unter Ziff. 2 folgender Wortlaut vorgeschlagen:

„Das Hypothekenskapital (Grundschuldkapital) erhöht sich gem. Art. 5 Abs. 3 der 2. Durchf. VO. zum Gef. über die Durchführung einer Zinsermäßigung bei Kreditanstalten usw. vom 26. März 1935 (RGBl. I, 470) mit Wirkung vom 1. Okt. 1935 ab zu denselben Bedingungen um ... Goldmark. Eingetragen am ...“

Gegen diese Fassung sind keine Bedenken zu erheben.

(RG., 1. ZivSen., Gutacht. v. 30. Nov. 1935, 1 Gen. VII 1 35/6.)

[Sch.]

43. Art. 1 und die Hypothekenerhöhung auf Grund des Art. 5 Abs. 3, 4 der 2. Durchf. B. D. zum Ges. über die Durchführung einer Zinsermäßigung bei Kreditanstalten usw. v. 26. März 1935 (R. G. B. I., 470). Zur Frage der Gebührenfreiheit der Eintragung der Zinsenkung. Die zusammen mit der Eintragung der Hypothekenerhöhung erfolgende Eintragung der Zinsermäßigung in das Grundbuch nach § 10 S. 3 Ges. über die Durchführung einer Zinsermäßigung bei Kreditanstalten v. 24. Jan. 1935 (R. G. B. I., 45) ist gebührenfrei vorzunehmen.

Nach § 10 S. 3 Ges. v. 24. Jan. 1935 sind für die aus Anlaß der Änderung des Zinsfußes einer Schuldverschreibung auf Grund eines nach diesem Gesetze ergangenen Angebots notwendig werdenden Grundbucheintragungen Gebühren nicht zu erheben. Der Senat stimmt mit dem 1. ZivSen. darin überein, daß die Eintragung der Zinsenkung in das Grundbuch durch die Änderung des Zinsfußes von Schuldverschreibungen veranlaßt ist, und infolgedessen lediglich die Frage zweifelhaft sein kann, ob die Eintragung der Zinsenkung bei einer davon betroffenen Hypothek oder Grundschuld aus diesem Anlaß notwendig geworden ist.

Es bieten sich folgende Möglichkeiten einer Auslegung des Begriffes der Notwendigkeit von Grundbucheintragungen i. S. dieser Vorschr.:

1. Man könnte einmal als notwendig nur solche Eintragungen ansehen, von denen der Eintritt des beabsichtigten Rechtserfolges abhängt.

2. Weiter könnte man darüber hinaus auch solche Eintragungen als notwendig i. S. des Gesetzes bezeichnen, die vom Gesetzgeber ausdrücklich angeordnet worden sind, mag auch der Eintritt des Rechtserfolges durch die Vornahme der Eintragung nicht bedingt sein (z. B. Art. 5 Abs. 3 der 2. Durchf. B. D. vom 26. März 1935).

3. Endlich kann man in weitester Auslegung des Gesetzes alle Eintragungen als notwendig ansehen, die den Grundbuchinhalt mit der durch das Gesetz geschaffenen Sach- und Rechtslage in Übereinstimmung bringen sollen, sofern sie erforderlich sind, um einen auf Grund des § 892 BGB. infolge des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs denkbaren Rechtsverlust für den Grundstückseigentümer auszuschließen.

Der Senat ist der Ansicht, daß § 10 S. 3 Ges. v. 24. Jan. 1935 i. S. der zu Ziff. 3) bezeichneten Möglichkeit ausgelegt werden muß (ebenso anscheinend, wenn auch ohne Begr., Seltze: Ztschr. d. Akademie f. Deutsches Recht 1935, 386). Eine engere Auslegung der Gebührenvorschrift, die zwar offenbar i. S. der zu Ziff. 2) erwähnten Möglichkeit von Pfundner-Neubert (Das neue Deutsche Reichsrecht III d. Nr. 19 S. 17 Anm. 5, 11) vertreten wird, zu der jedoch der Wortlaut des Gesetzes nicht zwingt, würde den Anwendungsbereich der Best. übermäßig einschränken und ihr weitgehend die praktische Bedeutung nehmen. Auch der Sinn und Zweck des Gesetzes spricht nach der Auffassung des Senats dafür, daß eine enge Auslegung der Gebührenbefreiungsvorschrift vom Gesetzgeber nicht gewollt ist. Das Ges. v. 24. Jan. 1935 soll auf dem Gebiet des Rentenmarktes eine wirtschaftlich tragbare Verzinsung schaffen. Es will also die wirtschaftliche Stellung der Schuldner erleichtern und verbessern. Dieser Absicht des Gesetzgebers entspricht es mehr, wenn angenommen wird, daß die Gebührenvorschrift des § 10 S. 3 Ges. v. 24. Jan. 1935 nicht nur eine denkbare finanzielle Belastung der Gläubiger mit Kosten vermeiden, sondern auch den Schuldner jedenfalls insoweit gebührenrechtliche Vergünstigungen gewähren soll, als es sich um Grundbucheintragungen handelt, die zur dinglichen Sicherung der ihnen gewährten Zinsvorrechte erforderlich sind. Dieser Erfolg kam aber nur erreicht werden, wenn § 10 S. 3 Ges. v. 24. Jan. 1935 in dem vorstehend unter Ziff. 3) erörterten Sinn ausgelegt wird. Denn nur dann wird diesem Interesse der Schuldner Rechnung getragen, während eine engere Auslegung nach Maßgabe der unter Ziff. 1 und 2 angeführten Möglichkeiten im wesentlichen nur die Belange der Gläubiger berücksichtigen würde.

Der Senat sieht daher eine Grundbucheintragung immer dann als notwendig i. S. des § 10 S. 3 Ges. v. 24. Jan. 1935 an, wenn sie erforderlich ist, um einen Rechtsverlust für den Schuldner im Hinblick auf § 892 BGB. auszuschließen. Die Entsch. hierüber ist lediglich nach rechtlichen Gesichtspunkten zu treffen. Es kommt nicht darauf an, ob im Einzelfall hincichende wirtschaftliche Gründe für die Erforderlichkeit der Eintragung sprechen, ob also insbes. die Beforgnis bestehen könnte, daß eine Kreditanstalt praktisch den unrichtigen Grundbuchstand zum Nachteil des Schuldners ausnutzen wird. Das entspricht dem vom Senat in ständiger Rspr. beobachteten kostenrechtlichen Grundsatz, daß wirtschaftliche Gründe auf dem Gebiet des Kostenrechts nur in beschränktem Umfang berücksichtigt werden können und jedenfalls eine kostenrechtlich verschiedene Behandlung rechtlich gleichliegender Tatbestände nur aus wirtschaftlichen Gründen nicht möglich ist. Da der 1. ZivSen. des RG. die Eintragung der Zinsenkung in das Grundbuch rechtlich als erforderlich ansieht, um für den Schuldner die Möglichkeit eines Rechtsverlustes auszuschließen, muß für diese Eintragung aus den vorerwähnten Gesichtspunkten die Gebührenfreiheit des § 10 S. 3 Ges. v. 24. Jan. 1935 Platz greifen.

Dabei kann es, wie bemerkt sein soll, keinen Unterschied machen, ob die Zinsermäßigung gleichzeitig mit der Hypothekenerhöhung in das Grundbuch eingetragen wird, oder die Eintragung erst später erfolgt. Auch eine spätere Eintragung der aus dem Gesetze folgenden Zinsermäßigung müßte gebührenfrei erfolgen.

(RG., ZivSen. 1a, Gutachten v. 3. Jan. 1936, 1a Gen. VII 1 35/3.)

*

44. Gemäß §§ 41, 15 S. 2, 7 Abs. 1 S. 2 Ges. über die Devisenbewirtschaftung v. 4. Febr. 1935 (R. G. B. I., 106) bedürfen Reichsbehörden für die Pfändung von Ansprüchen ausländischer Schuldner einer besonderen oder allgemeinen Genehmigung der Devisenstelle. Die ohne die erforderliche Genehmigung der Devisenstelle begonnene Zwangsvollstreckung ist unwirksam und wird erst mit dem Zeitpunkt der Genehmigungserteilung wirksam.)

Die Kl. betrieb die Zwangsversteigerung des dem W. gehörigen Grundstücks. Auf dem Grundstück lasteten vier Hypotheken. Gläubigerin der Hypotheken Nr. 12 und Nr. 13 war die Kl., während die Hypothek Nr. 14 dem Bekl. (Deutsches Reich, FinA.) zustand. Am 5. März 1935 erstand die Kl. das Grundstück in der Zwangsversteigerung. Mit der Erteilung des Zuschlags erloschen die auf dem Grundstück ruhenden Hypotheken, wobei nur die Hypothek Nr. 12 zur Hebung kam.

Auf die der Kl. zustehende Hypothek Nr. 12 über 10 500 RM. hatte der Schuldner W., der sich seit dem Jahre 1934 im Ausland aufhält, an die Kl. bereits Teilrückzahlungen in Höhe von insgesamt 3267 RM geleistet, so daß insoweit zu seinen Gunsten eine Eigentümergrundschuld entstanden war. Am 5. März 1935 um 13¹⁵ Uhr, wenige Stunden nach Erteilung des Zuschlages, pfändete der Bekl. wegen einer Steuerforderung von 88 540,89 RM an W. dessen Anspruch auf Auszahlung des auf die Eigentümergrundschuld entfallenden Erlösanteils durch Zustellung einer Pfändungsverfügung. Die Devisengenehmigung für diese Pfändung wurde von der Devisenstelle am 26. April 1935 erteilt.

Durch Pfändungs- und Überweisungsbeschl. v. 12. März 1935 pfändete die Kl. ebenfalls den Anspruch des Schuldners auf Auszahlung des auf die Eigentümergrundschuld entfallenden Erlösanteils. Der Pfändungs- und Überweisungsbeschl. wurde ihr selbst am 16. März 1935 und dem Bevollmächtigten des Schuldners W. am 18. März 1935 zugestellt. Die für die Pfändung erforderliche Genehmigung der Devisenstelle vom 7. März 1935 lag zu dieser Zeit bereits vor. Dieser Pfändung ging eine Vorpfändung der Kl. gem. § 845 B. D. voraus. Das vorläufige Zahlungsverbot wurde dem Bevollmächtigten des

Eigentümers W. am 6. März 1935, also erst nach der Pfändung des Bekl. zugestellt.

Im Verteilungstermin am 5. April 1935 wurde der auf die Eigentümergrundschuld entfallene Erlösanteil dem Bekl. zugeteilt. Die Kl. widersprach der Zuteilung.

Mit der Klage macht die Kl. gem. § 115 ZwVerfG., § 878 ZPO. geltend, daß ihr Widerspruch gegen die Zuteilung des auf die Eigentümergrundschuld entfallenden Erlösanteils in Höhe von 3267 RM an das FinA. C. begründet sei, da dieser Betrag ihr zustehe.

Der Widerspruch ist berechtigt.

Die Pfändung des Anspruches auf Auszahlung des Erlösanteils seitens des Bekl. gem. §§ 41, 15 C. 2, 7 Abs. 1 C. 2 Ges. über die Devisenbewirtschaftung v. 4. Febr. 1935 (RGBl. I, 106) bedurfte der Genehmigung der Devisenstelle, da der Schuldner W. sich jetzt im Ausland aufhält und die Eigentümergrundschuld ihm bereits vor seiner Auswanderung zustand. Die letzte Rückzahlung auf die Hypothek hat er unstreitig im April 1933 geleistet. Die Genehmigung lag am 5. März 1935, dem Zeitpunkt des Beginns der Zwangsvollstreckung noch nicht vor, sondern ist erst nachträglich am 26. April 1935 erteilt worden. Es fragt sich deshalb, ob das Fehlen der Genehmigung der Devisenstelle die Entstehung eines Pfändungspfandrechts des Bekl. am 5. März 1935 hinderte. Das ist zu bejahen.

Nach § 41 DevG. ist die Zwangsvollstreckung nur zulässig, wenn die erforderliche Genehmigung der Devisenstelle erteilt ist. Daraus folgt, daß die Genehmigung eine Voraussetzung der Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung darstellt (vgl. Ey-dow-Busch, zu § 750, Anm. 2; Baumbach, zu § 750, Anm. 2; Stein-Jonas, ZPO., Bem. I zu § 750, 15. Aufl.; Gartenstein: Devisennotrecht, § 38, Anm. 10 mit weiteren Nachweisen). Nach den in der Rspr. und Rechtslehre allgemein anerkannten Grundsätzen des Vollstreckungsrechts ist eine Zwangsvollstreckung, die begonnen wird, obwohl eine der Voraussetzungen ihrer Zulässigkeit fehlt, unwirksam. Wird der Mangel nachträglich behoben, so ist der bis dahin unfertige Vollstreckungsstatbestand, der nur eine Pfandverstrickung bewirkte, als vollendet anzusehen, so daß mit Wirkung von dem Zeitpunkt der Beseitigung des Mangels an die Zwangsvollstreckung wirksam wird und ein Pfändungspfandrecht für den betreibenden Gläubiger zur Entstehung gelangt (RGZ. 34, A 323; Stein-Jonas, § 750 Bem. I). Daraus ergibt sich, daß die ohne die erforderliche Genehmigung der Devisenstelle begonnene Zwangsvollstreckung unwirksam war und erst vom Zeitpunkt der Genehmigungserteilung an wirksam wurde.

Die Ansicht des Bekl., daß die Genehmigung rückwirkende Kraft habe, da durch die Best. des § 41 DevG. nur die Beobachtung der Devisenvorschriften im Vollstreckungsverfahren sichergestellt werden solle, so daß es gleichgültig sei, in welchem Zeitpunkt des Verfahrens sie erteilt werde, findet im Gesetz keine Stütze und ist deshalb abzulehnen. Im § 38 C. 2 DevG. ist die rückwirkende Kraft der nachträglich erteilten Genehmigung für gewisse genehmigungspflichtige „Geschäfte“ — worunter nur Rechtsgeschäfte fallen (Gartenstein a. a. O. § 38 Anm. 10) ausgesprochen, während im § 41 DevG. eine entsprechende Best. für genehmigungspflichtige Zwangsvollstreckungsakte fehlt. Der Gesetzgeber hat also in devisenrechtlicher Beziehung bewußt rechtsgeschäftliche Verfügungen und Zwangsvollstreckungsakte hinsichtlich der Wirkung der nachträglich erteilten Genehmigung nicht gleichgestellt. Eine entsprechende Anwendung des § 184 BGB., der sich ebenfalls nur auf Rechtsgeschäfte bezieht, ist deshalb nicht angängig. Die frühere Ansicht des Senats (vgl. JW. 1932, 1930), wonach die Genehmigung auch in der Zwangsvollstreckung rückwirkende Kraft habe, kann angesichts der neuen gesetzlichen Regelung im § 38 und § 41 DevG. nicht mehr aufrechterhalten werden. Es ist auch kein zwingender Grund vorhanden, hier eine Ausnahme von dem Grundsatz, daß mangelhafte Vollstreckungshandlungen erst vom Zeitpunkt der Beseitigung des Mangels an wirksam werden, zuzulassen. Das könnte im Gegenteil zu höchst unbilligen Ergebnissen führen, da z. B. ein Gläubiger, der sich an die gesetzlichen Vorschriften hielt und zunächst den zeitraubenden Weg der Einholung der

Devisengenehmigung beschreitet, gegenüber einem anderen Gläubiger, der die Devisenvorschriften zunächst nicht beachtet und infolgedessen eher zur Vollstreckung kommt und danach erst die Erteilung der Genehmigung der Devisenstelle bestreitet und erreicht, in ungerechtfertigter Weise benachteiligt werden würde.

Der Anwendung des § 41 DevG. steht nicht entgegen, daß durch die Pfändung des Anspruchs des Schuldners W. auf den Versteigerungserlös die genehmigungspflichtige Leistung des Schuldners noch nicht bewirkt worden ist. Das ist auch nicht erforderlich. § 41 DevG. findet vielmehr schon bei jedem Vollstreckungsakt Anwendung, dessen Ziel auf die Bewirkung einer genehmigungsbedürftigen Leistung des Schuldners gerichtet ist (Gartenstein a. a. O. § 41 Anm. 1).

Die Pfändung des Bekl. ist somit erst mit der Erteilung der Genehmigung der Devisenstelle v. 26. April 1935, also nach der Pfändung der Kl. v. 18. März 1935 wirksam geworden, so daß die Kl. sowohl auf Grund der am 6. März 1935 wirksam gewordenen Vorpfändung als auch auf Grund der Pfändung v. 18. März 1935 die rangbessere Gläubigerin geworden ist.

Eine abweichende Beurteilung ergibt sich aus dem Bescheid des Präs. des FinA. v. 14. Juni 1935, wonach die Genehmigung nachträgliche Wirkung habe, nicht. Im Gesetz ist bestimmt, in welchen Fällen die Genehmigung der Devisenstelle rückwirkende Kraft besitzt. Darüber hinaus ist aber den Devisenbehörden nicht die Ermächtigung erteilt worden, die Rückwirkung in einzelnen Fällen in einer für die Gerichte bindenden Weise anzuordnen. Als authentische Interpretation des DevG., wie der Bekl. behauptet, kann der Bescheid des Präs. des FinA. schon deshalb nicht angesehen werden, da er nicht von der höchsten Devisenbehörde, der Reichsstelle für Devisenbewirtschaftung ausgeht. Die Erklärung des Präs. des FinA. stellt sich vielmehr als die bloße Äußerung seiner rechtlichen Auffassung dar, der keine bindende Bedeutung beizumessen ist.

Auch der Bescheid der Reichsstelle für Devisenbewirtschaftung v. 8. Mai 1935, wonach dem Präs. des FinA. Berlin allgemein die Genehmigung zur Beitreibung von Steuerforderungen aus dem inländischen Vermögen ausländischer Schuldner erteilt wird, sowie die dort zugelassene Übertragung dieser Ermächtigung auf die FinA. für den Einzelfall ist nicht geeignet, zugunsten des Bekl. eine Rückwirkung der Genehmigung zu begründen. Dem Bescheid kann erst Wirkung vom Zeitpunkt seines Erlasses, nicht aber bereits für die frühere Zeit beigemessen werden. Im Zeitpunkt der Pfändung des Bekl. bestand aber die Ermächtigung zugunsten des FinA. noch nicht. Es war vielmehr damals noch die Erteilung einer besonderen Genehmigung der Devisenstelle erforderlich.

Aus dem Besch. v. 8. Mai 1935 ergibt sich schließlich, daß selbst wenn betreibende Vollstreckungsgläubigerin eine Reichsbehörde ist, stets eine, sei es besondere, sei es allgemeine Genehmigung erforderlich ist; denn es heißt darin ausdrücklich: „Die Beitreibung von Steuerforderungen aus dem inländischen Vermögen von Ausländern bedarf der Genehmigung.“ Die Genehmigungspflicht nach § 41 Ges. v. 4. Febr. 1935 besteht somit auch für die FinA., die also wie alle übrigen Behörden im Interesse einer planvollen Erfassung und zweckmäßigen Bewirtschaftung der vorhandenen und anfallenden Devisen der Kontrolle der Devisenbehörden unterstellt sind. Es kann deshalb auch nicht aus dem Grunde, daß die FinA. als Reichsbehörden schon von Amts wegen die Interessen des Reiches berückichtigen, geschlossen werden, daß damit die Genehmigungspflicht für sie entfalle.

Es ergeben somit auch die Besonderheiten vorliegend nicht eine abweichende Beurteilung von dem gesetzlich angeordneten Grundsatz, daß die Vollstreckung in eine genehmigungspflichtige Leistung des Schuldners gem. § 7 Abs. 1 Satz 2 i. Verb. m. § 15 Satz 2 und § 41 Ges. über die Devisenbewirtschaftung der Erteilung der Genehmigung durch die Devisenstelle bedarf, und daß die Genehmigung erst vom Zeitpunkt ihrer Erteilung an die vorher begonnene Zwangsvollstreckung wirksam werden läßt. Die Ausführungen des Bekl., daß § 41 des Ges. nur die Genehmigungspflicht derjenige Leistung im Auge habe, wegen deren die Zwangsvoll-

streckung betrieben würde, greifen nicht durch. Denn der ausländische Schuldner bedurfte ja auch zur freiwilligen Steuerzahlung aus inländischen Vermögen bisher — bis zu dem Erlaß der Reichsstelle der Devisenbewirtschaftung v. 8. Mai 1935 — der besonderen Genehmigung der Devisenstelle. Dies ergibt sich aus dem vorletzten Absatz dieses Erlasses.

Es war daher, wie geschehen, zu entscheiden. Das vom fiskalischen Standpunkt aus ungünstige Ergebnis hätte vermieden werden können, wenn die Vollstreckungsstelle des FinA. mit der gebotenen Schnelligkeit und unter Benützung aller ihr zur Verfügung stehenden Hilfsmittel sich die Genehmigung der Devisenstelle rechtzeitig besorgt hätte oder wenn sie zunächst im Wege der Vorpfändung, für die eine Genehmigung nicht erforderlich ist (vgl. Richtl. für die Devisenbewirtschaftung, Abschn. III 6 b) vorgegangen wäre.

(RG., 12. Zivilsen., Urf. v. 28. Nov. 1935, 12 U 5219/35.)

Anmerkung: Dem Ergebnis der Entsch. kann nicht zugestimmt werden. Das FinA. bedurfte zur Vollstreckung wegen seiner Steuerforderung in die Eigentümergrundschuld des ausländischen Grundstückseigentümers W. oder den auf sie entfallenden Anteil aus dem Versteigerungserlös keiner Genehmigung. Das DebG. enthält nur in § 7 und § 41 Vorschr. über die Zwangsvollstreckung. § 7 Abs. 1 DebG. bestimmt, daß als Erwerb und Verfügung i. S. des DebG. auch der Erwerb und die Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung gelten. § 41 DebG. erklärt die Zwangsvollstreckung dann, wenn zur Leistung des Schuldners eine Genehmigung erforderlich ist, nur für zulässig, wenn die Genehmigung erteilt ist. § 41 DebG. greift im vorl. Fall entgegen der Ansicht des RG. nicht ein. § 41 DebG. steht im engsten Zusammenhang mit den vorausgehenden §§ 39, 40 DebG. Diesen Vorschr. liegt, wie in II, 4 Abs. 1 Richtl. hervorgehoben wird, die Rechtsauffassung zugrunde, daß das Gericht einer Klage, mit der die Verurteilung des Bekl. zu einer genehmigungsbedürftigen Leistung verlangt wird, nicht ohne den Nachweis der Genehmigung stattgeben kann, da es den Schuldner sonst zu einer verbotenen Leistung verurteilen würde. Dem § 41 DebG. liegt die gleiche Erwägung zugrunde. Der Staat kann nicht durch seine Zwangsvollstreckungsorgane eine Leistung erzwingen, die, solange die erforderliche Genehmigung nicht vorliegt, für den Schuldner verboten und strafbar ist. Nach den deutschen devisenrechtlichen Best. ist die Zahlung eines devisenrechtlichen Inländers an einen Ausländer in jeder denkbaren Form genehmigungsbedürftig. § 41 DebG. greift deshalb stets ein, wenn ein Ausländer wegen einer Geldforderung gegen einen Inländer die Zwangsvollstreckung betreiben will, nicht dagegen, wenn ein Inländer eine Geldforderung gegen einen Ausländer im Wege der Zwangsvollstreckung einzieht; denn zur Zahlung des ausländischen Schuldners ist nach den deutschen devisenrechtlichen Vorschr. keine Genehmigung erforderlich. Ebenso wie ein inländisches Gericht auf Grund des deutschen Devisenrechts die Verurteilung eines Ausländers zur Zahlung an einen Inländer nicht von der Beibringung einer devisenrechtlichen Genehmigung abhängig machen könnte, da die Voraussetzungen der §§ 39, 40 DebG. in diesem Fall nicht vorliegen, greift für die Zwangsvollstreckung des Inländers gegen den Ausländer § 41 DebG. nicht ein, weil die Zahlung des ausländischen Schuldners an sich nicht genehmigungsbedürftig ist. Eine andere Frage ist es, ob für die Zwangsvollstreckung des Inländers in bestimmte inländische Vermögenswerte des Ausländers eine Genehmigung nach § 7 DebG. erforderlich ist. Diese Frage ist wieder davon abhängig, ob der Ausländer selbst durch Rechtsgeschäft über den betr. Vermögenswert ohne oder nur mit Genehmigung verfügen darf. Hätte im vorl. Fall das FinA. die Eigentümergrundschuld des Ausländers W. vor Erteilung des Zuschlages gepfändet, so müßte die Frage lauten: Hätte W. auch zur Abtretung der Eigentümergrundschuld an das FinA. einer Genehmigung bedurft? Nur bei Bejahung dieser Frage hätte das FinA. zur Pfändung der Eigentümergrundschuld nach § 7 DebG. die Genehmigung einholen müssen. Die Frage ist jedoch zu verneinen. Nach § 15 DebG. kann ein Auswanderer über eine auf Reichsmark oder Goldmark lautende Forderung, die vor seiner Auswanderung entstanden ist,

nur mit Genehmigung verfügen. Nach II, 15 Richtl. sind wohl Hypotheken, Grund- und Rentenschulden den Forderungen i. S. des § 15 DebG. gleichgestellt, nicht dagegen Eigentümergrundschulden. Diese gelten vielmehr nur im Falle des § 11 Abs. 2 DebG. (Vfg. über Forderungen in inländischer Währung zugunsten eines Ausländers) als Reichsmark- oder Goldmarkforderungen. Die Abtretung der Eigentümergrundschuld des W. an das FinA. und damit auch die Pfändung zugunsten des FinA. wären also ohne Genehmigung rechtswirksam gewesen. Durch den Zuschlag erlosch nun die Eigentümergrundschuld des W. An ihre Stelle trat der Anspruch auf Auszahlung des entsprechenden Anteils aus dem Versteigerungserlös. Dieser Anspruch ist erst nach der Auswanderung des W. entstanden. Er fällt also nicht unter § 15 DebG. und konnte deshalb ebenfalls ohne Genehmigung vom FinA. gepfändet werden. Dieses Ergebnis entspricht dem Willen des Gesetzgebers. Die Eigentümergrundschuld ist wirtschaftlich ein ideeller Teil des Grundstücks selbst. Vollstreckt ein Inländer in das inländische Grundstück eines Ausländers (abgesehen von dem Ausnahmefall des Spertgrundstücks i. S. von § 18 DebG.), so kann das ganze Zwangsvollstreckungsverfahren auf Grund von II, 49 Richtl. ohne Einholung einer Genehmigung abgewickelt werden. Bei der Vollstreckung eines Inländers in die Eigentümergrundschuld eines Ausländers liegt kein Grund vor, eine Genehmigung zu verlangen, die bei Vollstreckung in das Grundstück selbst nicht erforderlich ist. Anders liegt es, wenn der Ausländer seine Eigentümergrundschuld auf einem inländischen Grundstück an einen anderen Ausländer abtreten oder verpfänden will oder wenn ein ausländischer Gläubiger in eine derartige Eigentümergrundschuld vollstrecken will. Dann liegt eine Vfg. über eine auf Reichsmark oder Goldmark lautende Forderung zugunsten eines Ausländers vor, die nach § 11 Abs. 2 DebG. i. Verb. m. II, 15 Richtl. und im Falle der Zwangsvollstreckung mit § 7 Abs. 1 DebG. der Genehmigung bedarf, sofern nicht der Ausnahmefall von II, 19 Richtl. vorliegt.

Den Ausführungen des Urteils darüber, daß im Falle einer genehmigungsbedürftigen Zwangsvollstreckung die ohne die erforderliche Genehmigung begonnene Zwangsvollstreckung unwirksam ist und erst vom Zeitpunkt der Genehmigungserteilung an wirksam wird, ist beizutreten.

GerAlt. Gerhard Berghold, Berlin.

*

Naumburg

45. §§ 612 Abs. 2, 157, 242 BGB. Wenn auch grundsätzlich daran festzuhalten ist, daß auch ärztliche Autoritäten von Ruf bei der Bemessung ihrer Honorarforderung mangels einer Vereinbarung der staatlichen Gebührenordnung — Preugo, nicht Adgo — unterliegen, wird sich aus den Umständen des Einzelfalles häufig eine stillschweigende Willensübereinstimmung zwischen Arzt und Patient dahin ergeben, daß die Anwendung der Preugo ausgeschlossen sein solle. In diesem Fall kann der Arzt seine Vergütung nach § 315 BGB. berechnen; dabei sind die Sätze der Adgo ein zweckmäßiger Maßstab für die Bemessung der Willigkeit.

Der Kl., Hochschullehrer und Fachmann von Ruf auf seinem Gebiet, hat im Juni 1934 an der Ehefrau des Bekl., eines Fabrikbesitzers, eine Wirbelsäulenresektion vorgenommen. Der Erfolg der ungewöhnlich schwierigen und glücklichen Operation war, daß die Patientin ihr Gehvermögen wieder erlangte. Da eine ausdrückliche Honorarvereinbarung nicht vorlag, liquidierte der Kl. nach den Höchstsätzen der Adgo einen Betrag von 3500 RM. Der Bekl. hält nur 1800 RM. für angemessen. Das LG. hat den vollen Betrag zugebilligt. Es ist dabei davon ausgegangen, daß mangels einer ausdrücklichen Vereinbarung der Parteien über die Höhe der Vergütung gem. § 612 Abs. 2 BGB. die tarfmäßige Vergütung als vereinbart anzusehen sei. Als Tage im Sinne der genannten Vorschrift habe die Adgo zu gelten. Das Ermessen

des Kl. bei der Festsetzung seiner Vergütung auf Grund der Adgo unterliege aber nicht der Nachprüfung des Gerichts. Für die Anwendung des § 315 BGB. sei daher kein Raum.

Das OLG. hat dieses Urteil im wesentlichen bestätigt, allerdings unter völlig anderer Begründung. Es hat ausgeführt:

Es ist außer Streit, daß eine ausdrückliche Vereinbarung über die Höhe der Vergütung zwischen den Parteien nicht getroffen ist. Es war daher weiter zu prüfen, ob eine tagmäßige Vergütung zwischen den Parteien als vereinbart anzusehen war.

Als Tage i. S. des § 612 Abs. 2 BGB. gelten nur staatliche Gebührenordnungen. Die Adgo, deren Gebührensätze das OLG. als Tage i. S. der genannten Vorschrift anerkannt hat, scheidet hier aus, da sie auf den Beschlüssen einer privaten Ärzteorganisation beruht und nach ihrer Einleitung lediglich eine Richtschnur für die Entlohnung des Arztes in der gesamten ärztlichen Tätigkeit sein soll. Sie soll, wie dort weiter ausgeführt wird, dem Arzt eine Handhabe geben, sich von staatlichen Gebührenordnungen, die weder in wissenschaftlicher Beziehung noch in materieller Hinsicht den Bedürfnissen der Ärzte hinreichend Rechnung tragen, freizumachen.

Als hier maßgebende staatliche Tage kommt lediglich die Preussische Gebührenordnung für approbierte Ärzte und Zahnärzte (Preugo) in der jetzt geltenden Fassung v. 1. Sept. 1924 in Betracht. Nach § 3 der Preugo ist die Höhe der Gebühr innerhalb der festgesetzten Grenzen nach den besonderen Umständen des einzelnen Falles, insbes. nach der Beschaffenheit und Schwierigkeit der Leistung, der Vermögenslage des Zahlungspflichtigen, den örtlichen Verhältnissen usw. zu bemessen. Für die einzelnen ärztlichen Leistungen sind Mindest- und Höchstsätze festgesetzt, die erheblich niedriger sind als die entsprechenden Sätze der Adgo.

Der Kl. müßte hiernach der Bemessung seiner Vergütung die Gebührensätze der Preugo zugrunde legen, es sei denn, daß nach dem übereinstimmenden und zum Ausdruck gebrachten Willen der Parteien die Preugo ausgeschlossen werden sollte. Da eine solche Vereinbarung nicht ausdrücklich getroffen ist, konnte es sich nur darum handeln, ob die Parteien durch schlüssige Handlungen einen dahingehenden Willen kundgetan haben. Der Senat hat das auf Grund folgender besonderer Umstände angenommen:

Der Kl. steht als Besitzer einer großen Fabrik, in der nach seinen Angaben 90 Arbeiter beschäftigt werden, mitten im wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Leben. Er wußte, daß eine Autorität vom Range des Kl. für eine hervorragende Leistung eine entsprechende Entlohnung verlangen und sich nicht mit einer Vergütung nach der staatlichen Gebührenordnung begnügen würde. Er war daher auch nicht im Zweifel darüber, daß der Kl. für die an seiner Ehefrau vorgenommene schwierige Operation — zumal bei einem Erfolg — eine Vergütung fordern würde, die wesentlich die nach den staatlichen Gebührenordnungen vorgesehenen Sätze übersteigen würde. Es mag dahinstehen, ob man das Bestehen eines allgemeinen Gebrauchs annehmen kann, wonach Autoritäten ihre Vergütung nicht nach der staatlichen Gebührenordnung, sondern gem. § 315 BGB. nach billigem Ermessen bestimmen (so RG.: JW. 1920, 443, dagegen aber RG.: JW. 1932, 3333; OLG. Celle: SeuffArch. 70 Nr. 131 und RG.: JW. 1919, 195). Denn hier liegen noch weitere Umstände vor, aus denen sich einwandfrei ergibt, daß der Beskl. mit dem Ausschluß der Preugo einverstanden war. Vom Ausgang der Operation war abhängig, ob die Ehefrau des Beskl. Heilung finden oder dauerndem Siechtum verfallen würde, das wahrscheinlich bald zu ihrem Ableben geführt haben würde. Das Verhalten des Beskl. zeigt nun deutlich, daß er alles tun und vor allem keine Kosten scheuen wollte, um seine Ehefrau von ihrem schweren Leiden zu befreien und am

Leben zu erhalten. Er hat für sie während der Dauer von annähernd zwei Monaten die teuren Sätze für Unterbringung und Verpflegung in der ersten Klasse der Klinik gezahlt, zwei Pflegerinnen während des Klinikaufenthalts angenommen und weiter die kostspieligen Nachkuren in Baden-Baden und San Remo bestritten. Nach seinen eigenen Angaben hat er für die Wiederherstellung seiner Ehefrau bereits über 27 000 RM aufgewendet. Gerade hieraus muß aber geschlossen werden, daß er auch an den Kl., dem es, wie er ernstlich nicht bestreiten kann, in erster Linie zu verdanken ist, daß seine Ehefrau gerettet ist, eine der außergewöhnlichen ärztlichen Leistung entsprechende Vergütung zahlen wollte.

Nach den Umständen des Falles war es daher nicht Sache des Kl., sich durch besondere Vereinbarung mit dem Beskl. höhere Gebühren zu verschaffen. Vielmehr mußte der Beskl. nach Treu und Glauben, falls er, entgegen seinem an den Tag gelegten Verhalten, nur die Vergütung nach den erheblich niedrigeren Sätzen der staatlichen Gebührenordnung zahlen wollte, dies zum Ausdruck bringen. Da er dies nicht getan hat, muß eine stillschweigende Vereinbarung der Parteien dahingehend angenommen werden, daß die Gebührensätze der Preugo ausgeschlossen werden sollten. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß der Kl. in der Bemessung seiner Vergütung völlig frei sein sollte. Vielmehr ist gem. § 315 BGB. anzunehmen, daß der Kl. nur berechtigt sein sollte, seine Vergütung nach billigem Ermessen zu bestimmen.

Dagegen, daß der Kl. in Anwendung des billigen Ermessens die Sätze der Adgo zugrunde legte, ist an sich nichts einzuwenden. Er mußte aber innerhalb der von der Adgo gewährten Spanne der Billigkeit Raum geben und auch auf die wirtschaftlichen Verhältnisse des Beskl. Rücksicht nehmen. Dies ist bei einzelnen Posten der Rechnung im ausreichenden Maße nicht geschehen. (Die Vermögensverhältnisse des Beskl. werden näher erörtert.)

Was die einzelnen Ansätze der Rechnung betrifft, so sah der Senat keinen Anlaß, die Vergütung für die erste Untersuchung mit 40 RM, für die Operation mit 1800 RM, für die Lokalanästhesie mit 100 RM und für die ärztliche Hilfeleistung mit 70 RM herabzusetzen, da insoweit die Bestimmung der Vergütung durch den Kl. vor allem im Hinblick auf die hervorragende ärztliche Leistung und ihren Erfolg auch bei Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Beskl. nicht unbillig ist.

(OLG. Raumburg, 6. ZivSen., Ur. v. 11. Dez. 1935, 6 U 213/35.)

46. § 11 DORGB. Der Streitwert der Klage auf Herausgabe eines Kindes ist regelmäßig auf nicht weniger als 1000 RM festzusetzen.

Da die Herausgabe eines Kindes begehrt wurde, handelt es sich um eine nichtvermögensrechtliche Streitigkeit, für deren Streitwertfestsetzung § 11 DORGB. maßgebend ist. Nach dieser Vorschrift beträgt der regelmäßige Streitwert dieser Sachen 2000 RM, jedoch kann er nach Lage des Falles auf einen niedrigen Betrag, jedoch nicht unter 500 RM angenommen werden. Aus dieser Fassung des Gesetzes geht hervor, daß ein Streitwert von 500 RM nur dann begründet ist, wenn ganz besondere Umstände das Heruntergehen auf den niedrigsten Betrag rechtfertigen. Solche Umstände liegen hier nicht vor, zumal der Beskl. sich auch nicht in Vermögensverhältnissen befindet, die dies geboten erscheinen lassen könnten. Andererseits ist die Streitsache nicht so bedeutungsvoll, daß sie einer Scheidungsklage gleichgestellt werden könnte und somit der regelmäßige Betrag von 2000 RM in Frage käme. Vielmehr entspricht es der Bedeutung des Rechtsstreits voll auf, wenn ein Streitwert von 1000 RM angenommen wird. Dieser Wert ist angemessen und aber auch notwendig.

(OLG. Raumburg, 2. ZivSen., Beschl. v. 2. Jan. 1936, 2 W 220/35.)