

# Juristische Wochenschrift

Organ der Reichsgruppe Rechtsanwälte des NS. Rechtswahrer-Bundes  
Herausgegeben von dem Reichsgruppenwaller Rechtsanwälte Dr. H. Droege

## Neues Mietnotrecht

A.

Von Rechtsanwalt Dr. Kurt Hofmann, Darmstadt

Die Bedeutung der WD. über das Verbot von Preis-  
erhöhungen v. 26. Nov. 1936 und ihrer 1. AusfWD. vom  
30. Nov. 1936 (RGBl. I Nr. 103 S. 927 u. 956) für den  
Mietpreis ungeschützter Räume wurde bereits durch Roth  
in JW. 1937 S. 15 ff. grundsätzlich hervorgehoben. Die Be-  
stimmungen sind am 1. Dez. 1936 in Kraft getreten und  
haben eine Menge von Zweifelsfragen ausgelöst, die in der  
täglichen Rechtspraxis aufgeworfen und gelöst werden müssen.  
Es wird deshalb vielleicht nicht unerwünscht sein, daß die Be-  
trachtung der neuen Rechtsätze auf ihre Einzelheiten gerichtet  
wird.

Bei der Auslegung der WD. v. 26. Nov. 1936 (Preis-  
Stop-WD.) und der 1. AusfWD. (AusfWD.) wird man sich  
immer der Tatsache bemüht sein, daß es sich um Maßnahmen  
des Vierjahresplanes handelt, jener gewaltigen Entfaltung  
aller nationalen Kräfte, zu der der Führer auf dem Reichs-  
parteitag der Ehre am 9. Sept. 1936 aufgerufen hat. Es  
wäre deshalb gerade gegenüber diesen Notgesetzen falsch, wenn  
man sie aus dem Interesse des Vermieters oder Mieters her-  
aus auslegen wollte. Die Gemeinschaft und ihre gemeinsame  
Frontstellung gegen die von außen andringenden Widrig-  
keiten haben den Erlaß dieser harten Vorschriften erfordert,  
der Nutzen der Gemeinschaft muß deshalb Richtschnur der  
Auslegung sein. Dieser Ausgangspunkt wird auch manchem  
Vermieter oder Verpächter, der über den Verlust der Ver-  
tragsfreiheit auf dem Wohnungsmarkt klagt, den Weg zum  
Verständnis für die Notwendigkeit dieser Gesetzgebung öffnen.

Die folgende Darstellung erhebt keinen Anspruch auf  
Vollständigkeit. Sie hat sich zur Aufgabe gesetzt, die rechtliche  
Tragweite des neuen Mietnotrechts an Hand der bisher er-  
gangenen Bestimmungen, wie sie insbesondere in Pos. III  
Abs. 2—4 AusfWD. enthalten sind, zu untersuchen. Die syste-  
matische Durcharbeitung des Rechtsstoffes wird Aufgabe der  
wohl in Vorbereitung befindlichen Kommentare sein. Ich be-  
schränke mich darauf, den materiellen Inhalt des Miet-  
erhöhungsverbots zu erörtern. Eine Einbeziehung der verfab-  
rens- und strafrechtlichen Probleme würde den Rahmen dieser  
Arbeit überschreiten; sie sind wert, besonders dargestellt zu  
werden.

1. Die Vorschriften der Pos. III Abs. 2—4 AusfWD.  
gelten für alle Räume, die dem MietG. nicht unterliegen  
(vgl. hierzu Roxoth: JW. 1936, 1409). Da man unter  
dem Begriff „Raum“ nur Bauwerke oder Teile eines  
solchen versteht, die zum Aufenthalt von Menschen oder der  
Unterbringung von Sachen dienen, gehören bewegliche Be-  
hältnisse, wie Möbelwagen, Eisenbahnwagen usw. nicht unter  
die Vorschrift. Auch transportabel aufgestellte Buden (Messe-  
stand) werden von dem Verbot nicht erfaßt, wohl aber feste  
Zeitungsstioske, Selterswasserbuden und Garagen. Die An-  
nahme, daß die WD. nur Wohnräume treffen wollte, ist

gegenüber dem umfassenden Wortlaut und der weit ausgrei-  
fenden Tendenz des § 1 PreisstopWD. nicht möglich. Da das  
Baugewerbe im Rahmen des Vierjahresplans für andere  
Aufgaben eingesetzt wird, soll eine Ausbeutung der Raumnot  
jeglicher Art verhindert werden. Soweit Mietverhältnisse  
keinen „Raum“ i. S. der Pos. III Abs. 2 zum Gegenstand  
haben, kann allerdings der § 1 PreisstopWD. direkt zur An-  
wendung kommen, denn die AusfWD. will nicht die Wirkung  
des Preissteigerungsverbots einschränken, sondern nur für die  
von ihr behandelten Gegenstände spezialisieren und ausgestal-  
ten.

2. Die Bestimmungen der Pos. III Abs. 2 u. 3 gelten  
für alle Miet- und Pachtverträge über einen Raum. Wenn  
Pos. III Abs. 3 nur von Pachtverhältnissen über gewerb-  
liche Räume spricht, so hat das keine einschränkende Be-  
deutung. Der Wortlaut trägt nur der Tatsache Rechnung, daß  
bei nicht gewerblichen Räumen in der Regel Fruchtziehung  
fehlt und deshalb die Gebrauchsüberlassung als Mietvertrag  
erfaßt wird. Ausnahmen können jedoch unbedenklich in den  
Geltungsbereich der Vorschrift einbezogen werden. Man wird  
überhaupt sagen müssen, daß der Gesetzgeber jede entgeltliche  
Überlassung des Gebrauchs an einem Raum erfassen wollte.  
Das Verbot ergreift deshalb auch Vereinbarungen über eine  
Dienstwohnung, obwohl sie in aller Regel Bestandteil eines  
Dienstvertrages oder des öffentlich-rechtlichen Anstellungsver-  
hältnisses sind. Es wird in diesen Fällen jedoch sorgsam zu  
prüfen sein, wie der Mietzins v. 18. Okt. 1936 errechnet  
werden muß.

Der Gastaufnahmevertrag fällt nicht unter Pos. III  
Abs. 2—4, auch dann nicht, wenn durch langen Aufenthalt  
des Gastes ein mietähnliches Verhältnis entstanden ist. Da-  
gegen liegt ein Anwendungsfall der Vorschrift vor, wenn nicht  
bewirtschaftete Säle oder Verhandlungsräume vermietet wer-  
den. Auf die Dauer des neuen Mietvertrags kommt es  
nicht an.

Das Untermietverhältnis erfährt in diesem Zusammen-  
hang keine andere Behandlung als der Hauptmietvertrag.  
Gerade hier ist beachtlich, daß auch die Vergütung für Neben-  
leistungen nicht zwecks Umgehung des Verbots erhöht werden  
darf. Die Miete des Hauptvertrages ist für die Aster-  
vermietung bedeutungslos.

3. Das Verbot wird nur wirksam, wenn ein neuer  
Miet- oder Pachtvertrag nach dem 30. Nov. 1936 abge-  
schlossen wird. Verträge aus der Zeit zwischen dem 18. Okt.  
1936 und dem 1. Dez. 1936 bleiben von der Regelung unbe-  
rührt. Die Rückwirkung, wie sie allgemein durch § 1 Abs. 1  
Satz 2 vorgeschrieben ist, gilt für den hier fraglichen Bereich  
nicht.

Die abweichende Auffassung von Roth a. a. O. S. 17  
unter IX halte ich nicht für zutreffend. Daß für neue Ver-  
träge der Mietzins v. 18. Okt. 1936 maßgeblich ist, hat  
keineswegs „unausweichlich“ zur Folge, daß auch für Ab-  
schlüsse vor Inkrafttreten der AusfWD. der Mietzins auf

diese Höhe zurückgeführt werden muß. Indem die Vorschrift ausdrücklich für „neue“ Mietverträge Richtlinien erließ, gab sie die bereits vorliegenden Verträge frei. Die dadurch eintretenden Unbilligkeiten lassen sich bei einer solchen Stichtagsregelung nicht vermeiden und wären bei einer Rückwirkung auf den 18. Okt. 1936 sicher nicht geringer. Die Wahl des Stichtages v. 18. Okt. 1936 hat übrigens nicht die von Roth vermuteten Gründe, sondern beruht darauf, daß unter diesem Datum die 1. WD. zur Durchführung des Vierjahresplanes ergangen ist (RWB. I Nr. 96 S. 887).

Ein neuer Mietvertrag i. S. der Pos. III Abj. 2a liegt nur dann vor, wenn die für den Konsens wichtige Willenserklärung nach Inkrafttreten der 1. Durchf. WD. zugegangen ist. Wird ein Mietverhältnis dadurch fortgesetzt, daß mangels Kündigung der Vertrag mit von vornherein vereinbarter Dauer weiterläuft, dann ist die Vorschrift unanwendbar. Ebenso ist dann kein Raum für das Steigerungsverbot, wenn bei Verträgen mit gestaffelter Miete die verabredete Mietzinserhöhung nach dem 30. Nov. 1936 eintritt (so auch Roth a. a. O. S. 15). Ich bin abweichend von Roth sogar der Ansicht, daß die Einforderung dieses Mietzinses nicht beanstandet werden kann, insbesondere § 138 BGB. nicht herangezogen werden darf. Wenn der Gesetzgeber die vor dem 1. Dez. 1936 abgeschlossenen Verträge, gleichgültig welchen Inhalt sie haben, unangetastet ließ und demgemäß eine schon anfänglich hohe Miete bis zum Ende des Vertrages erhoben werden darf, ist nicht einzusehen, warum die vereinbarte Staffelung hinfällig werden sollte, da sie doch häufig dem Interesse des Mieters dient, indem sie ihm für die ersten Monate der Eingewöhnung eine Entlastung gewährt. Auch die Staffelmietverträge können deshalb nur nach den allgemeinen Regeln behandelt werden.

Im Falle des echten Vormietvertrages kommt der Mietvertrag mit dem Eintritt des Vormietberechtigten zustande. Der Fall bietet nichts Besonderes, weil schon bei dem Abschluß mit dem Dritten das Steigerungsverbot zu beachten war (wenn er nach dem 30. Nov. 1936 erfolgte). Anders wieder bei dem Optionsrecht, das den Mieter berechtigt, nach Ablauf der ursprünglichen Vertragszeit eine Verlängerung zu fordern. Denn durch die Ausübung der Option wird kein neuer Vertrag abgeschlossen, sondern (ähnlich wie bei Nichtausübung der Kündigungsmöglichkeit) eine in dem alten Vertrag bereits schlummernde und begründete Erstreckungsbefugnis wirksam. Die Option kann sogar nach dem 30. Nov. 1936 ausgeübt werden, wenn mit der Fortsetzung des Vertrages eine Mieterhöhung verbunden sein sollte.

War ein Miet- oder Pachtverhältnis aufschiebend bedingt abgeschlossen, dann entscheidet das Datum seiner Vereinbarung, nicht der Zeitpunkt des Bedingungseintritts. Wurde z. B. eine Gastwirtschaft am 1. Nov. 1936 beratt aufschiebend bedingt verpachtet, daß der Vertrag nur bei Erteilung der Schankenerlaubnis wirksam sein sollte, dann bleibt der etwa höhere Pachtpreis bestehen, auch wenn die Erlaubnis erst nach dem 30. Nov. 1936 gewährt wurde.

Sind danach eine große Zahl von Mietverträgen vom Steigerungsverbot nicht erfasst, so äußert dieses seine große praktische Bedeutung nicht nur bei Neuvermietungen im engeren Sinne. Ein neuer Mietvertrag liegt vielmehr auch in allen Änderungen des bestehenden Vertrages, durch die der Mietzins, d. h. das Entgelt des Mieters erhöht wird. Dadurch ist jede Vertragsänderung, die eine stärkere, wenn auch unbedeutend stärkere Belastung des Mieters zur Folge hat, verhindert.

4. Der Mietzins des neuen Vertrags darf den Mietzins v. 18. Okt. 1936 nicht überschreiten, d. h. die Vermieter- und Mieterleistungen dürfen in ihrem Wertverhältnis zueinander nicht geändert werden.

Roth a. a. O. S. 15 hat schon darauf hingewiesen, daß der Zahlungsmodus nicht zum Nachteil des Mieters (mit dessen Zustimmung) geändert werden kann. Es kann nicht zur Prämumeranzzahlung übergegangen werden, wenn am 18. Okt. 1936 Postnumeranzzahlung galt. Dem Mieter kann

nicht Wassergeld auferlegt werden, das am 18. Okt. 1936 der Vermieter getragen hat. Auch gegen prozentuale Ermäßigung des Mietzinses (z. B. 3%) kann der Wasserverbrauch nicht ausgeschlagen werden. Denn soweit der Mieteranteil den nachgelassenen Betrag übersteigt, tritt eine Mehrbelastung des Mieters ein. Ebenso kann nicht den Mietern die Beheizung der Mieträume überlassen werden, wenn am 18. Okt. 1936 ein (unzureichender) Pauschbetrag von ihnen erhoben wurde und der Vermieter dafür die Heizung zu stellen hatte. Die Tatsache, daß der Vermieter die Beheizung abweichend von früher dem Mieter überläßt, wird häufig ein Indiz dafür sein, daß er bei der Pauschvergütung nicht auf seine Rechnung kam. Die Kosten der Heizungen bedienung sind bei der vergleichsweisen Gegenüberstellung ebenfalls zu berücksichtigen.

Das Wertverhältnis der beiderseitigen Leistungen darf auch nicht dadurch zu Lasten des Mieters gestört werden, daß der Gegenstand der Gebrauchsüberlassung verkleinert wird. Es ist deshalb unzulässig, den Mietzins v. 18. Okt. 1936 zu verlangen, obwohl inzwischen eine damals mitvermietete Bodenlammer anderweit Verwendung gefunden hat. Es hat in solchem Falle eine entsprechende Minderung des Mietzinses einzutreten, ohne daß gerade der Betrag maßgeblich wäre, der durch die gesonderte Vermietung des Raumes erzielt wird.

Wenn am 18. Okt. 1936 der Mietzins nach Prozentsätzen aus dem Umsatz errechnet wurde, dann darf bei der Neuvermietung zwar ein fester Mietpreis vereinbart werden, dieser darf jedoch den Durchschnittszins nach der Mietzahlung auf Grund des Umsatzes nicht übersteigen. Wird im neuen Vertrag wieder eine Vergütung nach dem Umsatz bedungen, dann ist der Vorschrift genügt, wenn nach denselben Grundsätzen gerechnet wird wie am 18. Okt. 1936. Ergibt sich dann wegen des größeren Umsatzes des neuen Mieters ein höherer Mietzins monatlich, darf er von dem Vermieter entgegengenommen werden. Dagegen wäre es schon wieder unzulässig, wenn der etwa garantierte Mindestbetrag heraufgesetzt würde. Die gerade in diesem Zusammenhang auftauchenden Probleme sind so mannigfaltig, daß sie nur angedeutet werden können.

Da das Steigerungsverbot nur für den Mietzins, also das Entgelt für die Gebrauchsüberlassung gilt, wäre es an sich möglich, daß in dem neuen Mietvertrag die Vergütung für Nebenleistungen hinaufgesetzt wird, wenn auch schon am 18. Okt. 1936 ein besonderer Betrag neben dem Mietzins für die Nebenleistungen (z. B. Bewachung des Mietgrundstücks, Konkurrenzklause, Benutzung der Außenwand für Lichtreflexe) ausgeworfen war. Hier wird jedoch das — immer im Hintergrund stehende — allgemeine Preis-erhöhungsverbot des § 1 PreisstopWD. eingreifen und außerdem vielfach eine Umgehung i. S. des § 2 PreisstopWD. anzunehmen sein. Das Verhältnis des § 1 PreisstopWD. zu Pos. III Abj. 2 Durchf. WD. ist dahin zu bestimmen, daß es für Raum miete oder Raumpacht nur in der speziellen Ausführung der Pos. III Ausf. WD. gilt, jedoch alle Preis-erhöhungen oder Leistungen direkt erfasst, die selbständig neben der Gebrauchsüberlassung von dem Vermieter oder Verpächter gewährt werden.

5. Der neue Mietzins muß mit dem Mietzins verglichen werden, der am 18. Okt. 1936 gegolten hat. Damit soll nicht gesagt sein, daß er von beiden Vertragsparteien anerkannt gewesen sein müßte. Schwelte zwischen den Parteien am 18. Okt. 1936 ein Rechtsstreit über die Miethöhe (etwa nach § 49a MietSchG.), dann hat der Mietzins gegolten, der später durch Urteil rechtskräftig festgestellt wird. Der Einwand, daß der Prozeß falsch entschieden sei, ist ausgeschlossen, denn die Rechtskraft bindet die Prozeß- und damit Vertragsparteien.

Hatte der frühere Mieter vor dem 18. Okt. 1936 den Mietzins zu Recht wegen schlechter Instandhaltung der Räume gemindert, dann ist nicht der geminderte, sondern der volle vereinbarte Mietzins maßgebend, es sei denn, daß sich der neue Mieter mit dem schlechten Zustand der Wohnung ein-

verstanden erklärt, also eine geringere Leistung des Vermieters vereinbart hat. Andererseits kommt es doch nicht immer auf die am 18. Okt. 1936 vereinbarte Mietaufgabe an, z. B. dann nicht, wenn diese Mietaufgabe gegen § 49 MietSchG verstieß, der Mieter sich jedoch erst nach dem 18. Okt. 1936 darauf berufen hat oder wenn die Mietaufgabe auf einer als richtig unterstellten Friedensmiete aufgebaut war (im Wege freier Vereinbarung) und sich später herausstellt, daß die Friedensmiete geringer war. Nicht im letzteren Falle der Mieter an, dann muß der Fall so angesehen werden, als habe am 18. Okt. 1936 die richtige Friedensmiete mit den vereinbarten Zuschlägen gegolten.

Hatte der Vermieter am 18. Okt. 1936 die Räume in eigener Benutzung, dann muß ihr Mietwert v. 18. Okt. 1936 ermittelt werden. Dabei wird der bei der Einkommensversteuerung des Hauseigentümers — falls dieser Vermieter ist — nach § 21 Abs. 2 EinkStG. geschätzte Nutzungswert regelmäßig Ausgangspunkt für die Bewertung sein. Denn dieser Nutzungswert ist grundsätzlich nach der Annahme zu ermitteln, daß der Hauseigentümer die Räume an sich selbst vermietet habe (RStBl. 1931, 486). Es wäre jedoch falsch, wollte man diesen steuerrechtlichen Nutzungswert ohne weiteres dem Mietwert gleichsetzen. Es müssen vielmehr die durch den Hauseigentümer abgezogenen Werbungskosten dem Nutzungswert zugeschlagen werden. Auch der so gewonnene Wert bedarf der Überprüfung, weil nicht dem Rentabilitätsgedanken gefolgt, sondern der am 18. Okt. 1936 erzielbare Mietzins ermittelt werden soll. Dieser Mietzins wird insbesondere bei Einfamilienhäusern häufig keine angemessene Rentabilität ergeben, gleichwohl muß er Richtschnur sein, da auch seither minderbezahlte Leistungen auf dem Preisniveau v. 18. Okt. 1936 festgehalten werden sollen.

Standen die Räume am 18. Okt. 1936 leer, dann ist der zu diesem Zeitpunkt erzielbare Preis maßgebend. Dabei müssen die individuellen Verhältnisse berücksichtigt werden, und zwar nicht nur, soweit sie objektiv den Wert der Räume beeinflussen, sondern auch in besonderen persönlichen Möglichkeiten des Vermieters begründet sind.

Der frühere Mietpreis ist nur Anhaltspunkt, nicht Richtschnur. Es ist immer zu prüfen, wie er zustande kam, welche besonderen Umstände ihn beeinflussten. Er kann niedriger als der am 18. Okt. 1936 erzielbare Mietzins sein, weil z. B. persönliche Beziehungen dem Mietvertrag zugrunde lagen (Vermietung an Verwandte, ehemalige Angestellte), er kann andererseits höher gewesen sein, weil ein besonderes Interesse des Mieters an den Räumen darin ausgedrückt war. Längeres Leerstehen der Räume wird häufig (mangels erkennbarer anderer Gründe) ein Anzeichen dafür sein, daß der frühere Mietzins zu hoch war. Bindende Angebote aus der Zeit vor dem 18. Okt. 1936 beweisen, daß die Räume zu dem angebotenen Preis vermietet werden konnten. Immer ist hier genau zu prüfen, ob die früheren und heutigen Vermieterleistungen gleichwertig sind. Tiefgründige Erwägungen sind weniger wichtig als praktischer Blick — insoweit stimme ich Roth a. a. O. S. 16 zu —, eine gewissenhafte Überprüfung kann jedoch nicht entbehrt werden, insbesondere wäre es bedenklich, wenn der vor dem 18. Okt. 1936 gezahlte Mietzins unbesehen zugrunde gelegt würde, denn das käme praktisch auf die Anwendung eines vor dem 18. Okt. 1936 liegenden Stichtages hinaus. Der frühere Mietzins ist allerdings das bevorzugte Erkenntnisinstrument, die Heranziehung von Vergleichsräumen wird nur kontrollierende oder ausschließende Bedeutung haben, denn völlige Gleichartigkeit und demgemäß Gleichwertigkeit verglichener Räume ist kaum zu finden.

6. Daß sich aus der seither behandelten Regelung Unbilligkeiten ergeben könnten, wurde von dem Gesetzgeber nicht verkannt. Er hat durch Ausnahmenvorschriften die Anpassungsfähigkeit des starren Preiserhöhungsverbots an die Bedürfnisse des praktischen Lebens gewahrt. Nicht nur der Preis-Kommissar oder die von ihm beauftragte Stelle können „zur Vermeidung besonderer Härten“ Ausnahmen bewilligen (§ 3 PreisstoppVO.), sondern die Vertragsparteien selbst können

beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen von dem am 18. Okt. 1936 maßgeblichen Mietzins abweichen. Die Fälle sind folgende:

#### a) Änderung der Benutzungsart.

Nur wesentliche Änderungen in der Benutzungsart sind beachtlich. Wesentlich ist die Änderung dann, wenn sie das am 18. Okt. 1936 vorhandene wirtschaftliche Wertverhältnis zwischen Leistung und Nutzen des Vermieters auf der einen Seite und Leistung und Nutzen des Mieters auf der anderen Seite derart verschiebt, daß die Beibehaltung des Mietzinses v. 18. Okt. 1936 eine Unbilligkeit gegenüber der einen oder anderen Partei des neuen Vertrages bedeuten würde.

Die Änderung muß die Benutzungsart betreffen. Zum Beispiel seitherige Wohnräume werden als Büro vermietet, oder Lagerräume werden zu Wohnzwecken überlassen. Auch der Fall kann hierher gehören, daß zwei seither zusammen vermietete Stockwerke nunmehr getrennt vermietet werden oder in einem vermieteten Einfamilienhaus (ohne bauliche Änderungen) mehrere Teile selbständig abgegeben werden.

Die in solchen Fällen erlaubte „entsprechende“ Steigerung des Mietzinses hat keine obere Grenze. Sie muß jedoch immer Steigerung bleiben, d. h. ihren Ausgangspunkt wahren und das frühere Wertverhältnis der beiderseitigen Leistungen wiederherstellen. War die vor Änderung der Benutzungsart am 18. Okt. 1936 geltende Mietaufgabe besonders niedrig, dann wird auch der neue Mietzins unter dem üblichen Preis für derart genutzte Räume liegen. War der frühere Mietzins überhöht, dann wird jedoch die Steigerung nicht zu einer Wiederherstellung des Wertverhältnisses, sondern zu dessen Berichtigung führen müssen. Hier muß der Sinn des Gesetzes gegen seinen Wortlaut siegen.

#### b) Änderung der Räume.

Änderung ist nicht gleichbedeutend mit Instandsetzung. Wird nach Auszug des seitherigen Mieters die Wohnung hergerichtet, so ist das keine Änderung der Mietsache, sondern die Wiederherstellung ihres ordnungsmäßigen Zustands. Eine umfassende Instandsetzung kann jedoch dann als Änderung anerkannt werden, wenn der am 18. Okt. 1936 gültige Mietzins nachweisbar durch den schlechten Zustand der Räume beeinflusst war und demgemäß der frühere Mieter keinen Anspruch auf die jetzt erfolgte Herrichtung gehabt hätte.

Die Änderung muß „in den Räumen“ stattgefunden haben und durch den Vermieter vorgenommen sein. Es bleiben also alle anderen Mietwertsteigerungen unberücksichtigt, mögen sie nun darauf beruhen, daß der Vermieter andere Teile des Gebäudes an einen Betrieb vermietet, der einem Ladenmieter neue Kundschaft zuführt oder daß z. B. die Geschäftslage des Grundstücks durch Erschließung neuer Straßen besser wird. Hat ein Mieter nach dem 18. Okt. 1936 werterhöhende Änderungen vorgenommen, die ihm bei seinem Auszug vergütet werden, so steht das der Vornahme durch den Vermieter gleich. Muß der Mieter seine Einbauten entschädigungslos zurücklassen, dann ist trotz der Veränderung des Objekts eine Mietpreiserhöhung nicht gerechtfertigt.

Der Mietzins kann in diesem Falle nur entsprechend der Erhöhung des Mietwertes gesteigert werden. Der Mietwert braucht mit dem am 18. Okt. 1936 gezahlten Mietzins nicht identisch zu sein. Lag dieser Mietzins über dem objektiven Mietwert, dann kann trotz vorgenommener Änderungen keine Steigerung eintreten, solange nicht der Mietwert der geänderten Räume den Mietzins v. 18. Okt. 1936 übersteigt. Lag andererseits der Mietzins v. 18. Okt. 1936 unter dem Mietwert, dann darf dieser Nachteil nicht anlässlich einer Änderung in den Räumen ausgeglichen werden, denn die Steigerung darf immer nur eine „entsprechende“ sein.

#### c) Erhöhung der Vermieterlasten.

Die Vorschrift spricht von einer Erhöhung der Lasten, die der Vermieter vertraglich oder kraft Gesetzes zu tragen hat, und gestattet für diesen Fall eine Umlegung des effekt

tiven Mehrbetrages auf die Mieter. Die Worte „vertraglich oder kraft Gesetzes zu tragen“ beziehen sich auf die Lastenverteilung zwischen Vermieter und Mieter, nicht etwa auf das Verhältnis des Vermieters zu demjenigen, an den die belastende Zahlung abzuführen ist. Der Wortlaut bietet mithin keinen Anhaltspunkt dafür, daß unter Lasten neben den öffentlichen auch die privatrechtlichen Lasten zu verstehen seien. Nimmt man an, daß der Sprachgebrauch der Pof. III Abs. 2 c dem Sprachgebrauch des § 546 BGB. entspricht, dann muß man dem Vermieter, der eine Hypothek aufnimmt, gestatten, daß er die Hypothekenzinsen auf seine Mieter ausschlägt. Das entspricht jedoch nicht dem Sinne der Vorschrift, die erkennbar nur für den unabhängigen von dem Entschluß des Vermieters und seiner individuellen Wirtschaftsführung eintretenden Lastenanstieg ausgleichen möchte. Man wird deshalb annehmen müssen, daß nur eine Erhöhung der öffentlichen Lasten den Ausschlag auf die Mieter rechtfertigt. Außerdem wird die Einschränkung nötig sein, daß die Last auf dem vermieteten Grundstück selbst ruhen muß und nicht etwa nur den Ertrag daraus oder das Gesamtvermögen des Vermieters zum Gegenstand hat. Denn eine Umlegung auf die Mieter ist nur dort berechtigt, wo dieser enge Zusammenhang zwischen der vermieteten Sache und der Lastenerhöhung besteht.

Es handelt sich deshalb nicht um einen Anwendungsfall der Pof. III Abs. 2 c, wenn in dem neuen Mietvertrag die „Reparaturlast“ oder die Beheizung übernommen wird (so Roth a. a. O. S. 16), sondern diese Mehrleistungen des Vermieters können ohne weiteres durch entsprechende Mietzinssteigerung berücksichtigt werden, da ja sonst das Wertverhältnis der beiderseitigen Leistungen zum Nachteil des Vermieters gegenüber dem Stand v. 18. Okt. 1936 verschoben würde (vgl. oben unter Ziff. 4). Dagegen würde ein Beispielsfall für Pof. III Abs. 2 c vorliegen, wenn bei dem bevorstehenden Umbau der Hauszinssteuer eine Belastung solcher Grundstücke erfolgen würde, deren Hauszinssteuer abgelöst worden war. Unanwendbar ist die Bestimmung andererseits wieder, wenn von dem Hauseigentümer Anliegerbeiträge angefordert werden, denn diese ruhen als öffentliche Last von jeher auf dem Grundstück, mag auch ihre Höhe zunächst nicht festgestanden haben.

Der Wortlaut der Pof. III Abs. 2 c läßt die Annahme zu, daß eine Umlegung der Lastenerhöhung auch während schwebender Verträge gegen den Willen des Mieters zulässig sei. Andererseits liegt der Gedanke nahe, daß dieser Ausschlag auf die Mieter nur eine Form erlaubter Mieterhöhung ist, wenn die Räume neu vermietet werden. Dann wäre jedoch der Ausschlag praktisch kaum durchführbar, da selten alle Mietverhältnisse in einem Grundstück zu derselben Zeit ablaufen werden. Der Vermieter müßte schon kündigen, wenn er die widerstrebenden Mieter dem Ausschlag unterwerfen wollte. Diese Konsequenz liegt jedoch nicht in der Zielrichtung des Gesetzes. Man wird deshalb in der Tat annehmen müssen, daß auch während schwebender Verträge die Umlegung nach Pof. III Abs. 2 c stattfinden kann, und daraus ergibt sich eine Bestätigung dafür, daß der Geltungsbereich der Vorschrift nicht über den hier gesteckten Rahmen hinaus erweitert werden darf.

## B.

Von Rechtsanwalt Dr. Alfons Roth, Berlin

Die Ausführungen Hofmanns geben mir Veranlassung zu einer einleitenden grundsätzlichen Stellungnahme. Das neue Mietnotrecht (besser: Raumnotrecht) muß verstanden werden aus seinem Zusammenhang mit dem Vierjahresplan. Zweck und Ziel dieser wirtschaftspolitischen Maßnahme ist für die Auslegung und Handhabung des in sie eingebauten Raumnotrechts der maßgebliche Gesichtspunkt, hinter den alle sonstigen Deutungsmöglichkeiten der Vorschriften der WD. vom 30. Nov. 1936 zurückzutreten haben. Was unter dem Ge-

sichtspunkt, daß eine andere Auslegung eine unverständliche Störung der vom Vierjahresplan erstrebten Stetigkeit der Preise für Güter und Leistungen herbeiführen könnte, richtig ist, ist gegenüber jeder anderen Deutungsmöglichkeit maßgeblich. Seit der Machtübernahme ist es das Bestreben der nationalsozialistischen Regierung, die Preisentwicklung unter tunlichster Ausschaltung der „Konjunktur“ den volksgemeinschaftlichen Notwendigkeiten anzupassen. Aus den Gründen, welche in der Verkündung des Vierjahresplans offengelegt sind, hat sich die Reichsregierung in der WD. v. 26. Nov. 1936 entschlossen, ohne Rücksicht auf Härten im Einzelfall, eine Steigerung der am 18. Okt. 1936 geltenden Preise für Güter und Leistungen rückwirkend (§ 1 Abs. 1 Satz 2) zu verbieten. Mit diesem Entschluß der Reichsregierung ist es unvereinbar, denen, die auf die Verkündung des Vierjahresplans (18. Okt. 1936) sich beeilten, billige oder unbillige Steigerungen zu vereinbaren, um dem kommenden Verbot gegenüber gerüstet zu sein, aus irgendwelcher Deutbarkeit der Bestimmungen der später erlassenen oder noch zu erlassenden Verordnungen heraus einen Vorteil zu gewähren, der anderen, weniger gewandten Volksgenossen entgeht und vielleicht gerade deshalb entgeht, weil sie dem zum Verbot bis dahin nicht verdichteten Wunsch der Reichsregierung, Preissteigerungen zu vermeiden, sich zu fügen das Pflichtgefühl hatten. In dem Zusammenhang der Erörterung des Raumnotrechts gehört insbesondere der Hinweis auf die Kundgebung vom November 1934, Mietsteigerungen zu unterlassen. Die immer noch, leider auch in gerichtlichen Entscheidungen sich findende „Beweisführung“, wenn der Gesetzgeber diese oder jene aus der (angeblichen) Normengebundenheit des Richters sich ergebende Schlussfolgerung hätte vermeiden wollen, so hätte er ja Gelegenheit gehabt, seinen abweichenden Willen in dem Gesetze zum Ausdruck zu bringen, ist mit Entschiedenheit abzulehnen. Sie ist ein bedauerlicher Überrest liberalistischen Denkens; ein Ausfluß der durch das nationalsozialistische Rechtsdenken überwundenen Vorstellung, daß die Freiheit des wirtschaftlichen Handelns das Grundgesetzliche, ihre Beengung durch den Gesetzgeber die über dessen ausdrückliche Willensverlautbarung keinesfalls hinausgehende Ausnahme sei. In etwas spielt dabei auch mit die gleichfalls abzulehnende Idee von der Teilung zwischen gesetzgebender und richterlicher Gewalt, welche es der richterlichen Instanz zur Pflicht mache, den Gesetzgeber in die ihm angeblich gezogenen Schranken, d. h. die Normensetzung, zu verweisen. Im nationalsozialistischen Staat ist jedoch auch der Richter nichts anderes als der Vollstrecker des Willens der obersten Staatsführung und der von dieser eingesetzten Organe. Der Richter ist zur Mitarbeit an dem Willen der Staatsführung verpflichtet, deren, hier im Vierjahresplan, kundgegebenen Absichten über alle Deutungsmöglichkeiten und etwaigen Mängel der Fassung der Normen allein maßgeblich sind.

Ich kann aus diesen Gesichtspunkten Hofmanns einleitenden Ausführungen nur beipflichten und trete auch im übrigen seinen Ausführungen bei mit folgenden Ausnahmen:

1. Raumüberlassungsverträge, die in der Zeit zwischen dem 18. Okt. 1936 und dem 1. Dez. 1936 abgeschlossen sind.

Ob ein Mietvertrag „neu“ ist, entscheidet maßgeblich nicht das Datum des Inkrafttretens der 1. Ausf. WD. v. 30. Nov. 1936. „Neu“ ist der Vertrag, der es der Verlautbarung des Vierjahresplans gegenüber ist. In diesem 18. Okt. 1936 ist ein besonderer Abschnitt des deutschen Wirtschaftslebens begonnen worden. Wenn darüber ein Zweifel bestehen könnte, daß der neue Plan von diesem Tag ab gerade in dem Verbot von Preissteigerungen wirksam werden sollte, so läßt der § 1 Abs. 1 Satz 2 der WD. v. 26. Nov. 1936 daran nicht den leisesten Zweifel. Auf diesen Tag wirkt dieses Verbot grundsätzlich zurück. Diese WD. v. 26. Nov. 1936 ist gegenüber der WD. v. 30. Nov. 1936, die sich ausdrücklich als 1. Ausf. WD. zur WD. über das Verbot von Preisänderungen bezieht, die HauptWD. Die Ausf. WD. v. 30. Nov. 1936 enthält keine Bestimmung über ihr Inkrafttreten, deshalb tritt sie mit der HauptWD. in Kraft. Wenn nun die HauptWD. trotz ihres

Inkrafttretens am 1. Dez. 1936 das Verbot der Preissteigerungen auf den 18. Okt. 1936 rückbezieht, so besteht nicht die geringste Möglichkeit, die Anwendbarkeit des § 1 Abs. 1 Satz 2 der HauptWD. für die Vorschriften der AusfWD. abzulehnen. Warum soll z. B. der Schreibmaschinenlieferant es sich gefallen lassen müssen, daß er die zum 15. Dez. 1936 zu liefernden Schreibmaschinen, obwohl er am 15. Nov. 1936 einen höheren Preis als er am 18. Okt. 1936 galt, vereinbart hatte, doch zum alten Preise zu liefern hat, der Vermieter aber für einen am 15. Nov. 1936 abgeschlossenen Vertrag für eine am 15. Dez. 1936 oder 1. Jan. 1937 zu beziehende Wohnung die Miete, die am 18. Okt. 1936 galt, überschreiten dürfen? Für eine derartige Unterscheidung ist ein Grund nicht erkennbar, am wenigsten aus dem Inhalt der AusfWD. selbst. Im Gegenteil: Die AusfWD. schöpft, soweit nicht ausdrücklich oder zweckgebunden erkennbar aus ihrem Inhalt etwas anderes folgt, aus den in der HauptWD. enthaltenen Vorschriften. Warum der § 1 Abs. 1 Satz 2 der HauptWD. für die AusfWD. unanwendbar sein soll, legt Hofmann nicht offen. Ein Grund zur Begünstigung der Vermieter-Verpächter, die zufolge der Verlautbarung des Vierjahresplans am 18. Okt. 1936 sich beeilen, rasch noch neue Mietverträge abzuschließen, um einem erwarteten ausdrücklichen Verbot der Steigerung sich noch rechtzeitig zu entziehen, ist erst recht nicht ersichtlich. Die von mir unter IX am Schluß meiner Ausführungen JW. 1937, 17 hervorgehobene unerwünschte Folge der Nichtrückwirkung der Steigerung des Miet- und Pachtentgelts auf den 18. Okt. 1936 spricht nicht zuletzt gegen die abweichende Meinung Hofmanns.

Aus einem amtsgerichtlichen Urteil entnehme ich folgenden Versuch der Begründung der Nichtrückwirkung des Steigerungsverbots auf den 18. Okt. 1936: Die AusfWD. stütze sich auf § 3 der HauptWD., in welcher vorgesehen ist, daß der Reichskommissar für die Preisbildung Ausnahmen zulassen oder anordnen kann, soweit sie aus volkswirtschaftlichen Gründen oder zur Vermeidung besonderer Härten notwendig sind. Allein auch diese Beweisführung geht offensichtlich fehl. Solche Ausnahmen enthalten I und II der AusfWD. schlechthin. Der Abschn. III der AusfWD. enthält sie erkennbar zunächst nur im Abs. 2 unter Buchst. b und c. Zu Abs. 2 Buchst. a fehlt es im Hinblick, daß die Rückwirkung des Steigerungsverbots im § 1 Abs. 1 Satz 2 der HauptWD. allgemein vorgesehen ist — an jeder Grundlage für die Annahme, daß die Rückwirkung für Miet- und Pachtentgelte eine besondere Härte darstellen würde oder daß aus volkswirtschaftlichen Gründen die bei Verkündung des Vierjahresplans besonders hellhörig gewordenen Vermieter-Verpächter zu begünstigen seien. Für die gegenteilige Annahme spricht die einleitend erwähnte Kundgebung schon vom Nov. 1934.

Richtig ist nur so viel, daß durch das „neue“ Mietverträge eine begrenzte Ausnahme von § 1 Abs. 1 Satz 2 der HauptWD. geschaffen worden ist: aus dem 2. Halbsatz der vorgenannten Vorschrift folgt, daß grundsätzlich auch bei laufenden Verträgen, die Preissteigerungen für die Zeit nach dem 18. Okt. 1936 vorsehen oder zulassen, das Steigerungsverbot wirkt, es sei denn, daß sie bei Inkrafttreten der WD. v. 1. Dez. 1936 von beiden Vertragsteilen erfüllt sind. Das auszuschließen für Miet- und Pachtverträge, die über den 1. Dez. 1936 hinaus mit nach diesem Zeitpunkt noch fällig werdenden Entgeltzahlungen der Mieter-Verpächter laufen, ist einzig und allein der Sinn und Zweck der Beschränkung des Steigerungsverbots auf „neue“ Miet- und Pachtverträge.

## 2. „Räume“ i. S. von III Abs. 2 der AusfWD.

Die Vorschriften der AusfWD. v. 30. Nov. 1936 sind Sonderbestimmungen für die Miete von Räumen. Daß III Abs. 1 sich nur auf Räume in Gebäuden und Gebäudeteilen bezieht (§ 1 RMietG. i. d. Fass. v. 20. April

1936), ist außer Zweifel. Daß unter Räumen i. S. des Abs. 2 auch Räume in Gebäuden oder Gebäudeteilen zu verstehen sind, die unter die Ausnahme des § 16 RMietG. fallen, ebenfalls. Abs. 2 findet sonach Anwendung auf die Miete von Wohn- und Geschäftsräumen und außerdem die Pacht (Abs. 4) von Geschäftsräumen. Gewerbliche Räume i. S. des Abs. 4 sind Geschäftsräume aller Art, auch Räume, die ausschließlich der Ausübung eines freien Berufs bestimmt sind, erst recht Kliniken usw. Ein Bedürfnis, für die Anwendbarkeit des Abs. 2 den Begriff der Räume weiter zu fassen, d. h. außer den Ausnahmen des § 16 RMietG. auch die Miete und Pacht von Garagen, Meißständen, beweglichen Verkaufsbuden, Wohnwagen, Lauben, Höfen, Lagerplätzen, Torwegen, einzubeziehen, besteht nicht. Die besonderen Verhältnisse der Miete (und Pacht) von Gebäuden und Gebäudeteilen rechtfertigen Sonderbestimmungen, wie sie die AusfWD. vom 30. Nov. 1936 geschaffen hat. Hinsichtlich der anderen vor genannten Räume (auch von Wandflächen, Lichtreklamen usw.) gelten die Vorschriften der WD. v. 26. Nov. 1936. Daß die Pacht von Wohnräumen nicht in die WD. v. 30. Nov. 1936 einbezogen ist, weist auf die Entstehung auch von III Abs. 2 der AusfWD. v. 30. Nov. 1936 aus dem Vorstellungsinhalt des RMietG. hin. Praktisch wird die Pacht von Wohnräumen keine Rolle spielen. Wo ausnahmsweise ein Pachtvertrag, der die Benutzung eines Wohnraums einschließt (z. B. eines kleinen Landhauses mit großem, gärtnerisch betriebenen Nutzgarten), wird die Raumnutzung zu Wohnungszwecken in den Hintergrund treten. Für solche Ausnahmefälle gilt die WD. v. 26. Nov. 1936. Ich vermag also den Ausführungen Hofmanns zu Ziff. 1 und 2 nicht beizutreten.

## 3. Das Entgelt, welches am 18. Okt. 1936 galt:

Zutreffend hebt Hofmann hervor, daß für die Feststellung des Mietwerts, der am 18. Okt. 1936 gegolten hat, die Rentabilitätsrückichten außer Betracht bleiben müssen. Hat sich danach der Vermieter damit abzufinden, daß er in einem am 18. Okt. 1936 laufenden Mietvertrag außergewöhnlich billig vermietet hatte, so ist nicht abzusehen, weswegen nicht (wenn der Raum am 18. Okt. 1936 nicht vermietet war) als Richtschnur (nicht nur Anhaltspunkt) die kurz vordem bezahlte Miete zugrunde gelegt werden sollte. Nicht auf den Einzelfall kommt es an, sondern darauf, daß die von der Reichsführung seit dem 30. Jan. 1933 angestrebte Stetigkeit der Preise gesetzlich festgelegt worden ist. Für diese gesetzliche Festlegung mußte ein Stichtag (18. Okt. 1936) gewählt werden. Galt aber an diesem Stichtage kein vereinbartes Miet- oder Pachtentgelt, so entspricht es dem Grundgedanken der Regelung, ohne Vertiefung in die Frage, zu welchem Entgelt dieser Raum am 18. Okt. 1936 hätte vermietet (verpachtet) werden können und dürfen, das im Zeitraum der angestrebten Stetigkeit zuletzt bezahlte Entgelt als maßgeblich zu betrachten. Das kommt auf keine Rückbeziehung des Stichtags hinaus. Der einfache Gedankengang ist vielmehr, daß jeder Vermieter (Verpächter) nur das Entgelt weiterhin vereinbaren darf, das er bis zum 18. Okt. 1936 (ohne gegen § 49 a MietSchG. zu verstoßen) während der Stetigkeitsperiode zuletzt erzielt hat.

Wenn ein Raum am 18. Okt. 1936 oder vorher aus ganz besonderen Gründen offensichtlich weit unter dem normalen Entgelt überlassen war (z. B. der Vermieter hatte auf Veranlassung des Wohlfahrtsamts oder der NSB. einer in wirtschaftlicher Bedrängnis befindlichen Familie eine Wohnung kurzfristig zu einem Entgelt überlassen, das weit unter dem vorher für diese Räume bezahlten liegt), so ist diesfalls der Preiskommissar (§ 3 der HauptWD.) befugt, durch Einzelanordnung der Härte abzuwehren, die hierdurch entstehen könnte.

# Anormale Schwangerschaftsdauer als Beweismittel für die „offenbare Unmöglichkeit“ (§§ 1591, 1717 BGB.)

Von Amtsgerichtsrat Dr. Walter Kallfelz, Cottbus

Sowohl die außereheliche als auch die eheliche Beivohnung begründen die Vermutung, daß ein später geborenes Kind in dieser Beivohnung erzeugt worden ist, wenn diese innerhalb der Empfängniszeit stattgefunden hat. Bei ehelichen Kindern wird die Beivohnung des Mannes während der Empfängniszeit vermutet, liegt die Empfängniszeit vor der Ehe, so gilt diese Vermutung allerdings nur dann, wenn der Mann gestorben ist, ohne die Ehelichkeit des Kindes angefochten zu haben (§ 1591 Abs. 2 BGB.).

Sowohl die Unterhaltsansprüche der unehelichen Kinder gegen ihre außerehelichen Erzeuger als auch die Anfechtungsklagen ehelicher Väter gegen in ihrer Ehe geborene Kinder haben einen erheblichen Anteil in der Statistik unserer bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. Die erhöhte Bedeutung, welche nach nationalsozialistischer Rechts- und Lebensanschauung die blutmäßige Abstammung und Sippenzugehörigkeit heute schon hat und immer mehr gewinnen wird, wird sowohl den zahlenmäßigen Umfang als auch die Wichtigkeit dieser Rechtsstreitigkeiten in Zukunft sicher noch erhöhen. Die Feststellung des RG. (Urteil v. 30. Nov. 1936 in diesem Heft S. 620<sup>1)</sup>), „daß nach der durch das nationalsozialistische Gedankengut geläuterten Auffassung des Volkes und damit nach dem deutschen Recht die Abstammung und die aus ihr folgende Sippenzugehörigkeit das wirklich Wichtige ist, und daß ihr gegenüber die rechtliche Stellung als eheliches Kind keine unbedingt schutzwürdige Bedeutung habe, wenn diese Stellung der wirklichen Abstammung nicht entspreche“, hat in dieser Richtung bahnbrechende Bedeutung. Sie wird wohl manche Bedenken und Hemmungen, welche Rechtsprechung und Rechtslehre bisher insoweit noch zeigten, beseitigen und insbesondere wohl auch die Frage nach der Zulässigkeit einer Abstammungsfeststellungsklage in bejahendem Sinne entscheiden<sup>2)</sup>.

Gegenüber der Vermutung, daß eine in die gesetzliche Empfängniszeit, d. i. die in die Zeit von dem 181. bis zum 302. Tage vor dem Tage der Geburt des Kindes (§§ 1592 Abs. 1, 1717 Abs. 2 BGB.) fallende Beivohnung, die Erzeugung des Kindes hervorgerufen habe, ist nur der Gegenbeweis zugelassen, daß es den Umständen nach offenbar unmöglich sei, daß die Mutter das Kind aus dieser Beivohnung, bzw. daß die Ehefrau das Kind von dem Ehemann empfangen habe (§§ 1717 Abs. 1 Satz 2, 1591 Abs. 1 Satz 2 BGB.). Die Unmöglichkeit der Empfängnis aus einer stattgefundenen Beivohnung kann die verschiedensten Ursachen haben, wie z. B. die Zeugungsunfähigkeit des Mannes, den Gebrauch empfängnisverhütender Mittel u. dgl. Eines der häufigsten Beweismittel für die Behauptung der Nichtursächlichkeit einer feststehenden Beivohnung stützt sich auf die Erwägung, daß der Entwicklungszustand des Kindes eine kürzere oder längere Schwangerschaftsdauer voraussetze, als sie sich aus der Zeit zwischen der fraglichen Beivohnung und der Geburt des Kindes ergeben würde. Die Behauptung, daß aus diesen Gründen die Empfängnis aus einer bestimmten Beivohnung „offenbar unmöglich“ sei, kann sowohl von den in Anspruch genommenen Vätern als auch von den Kindern geltend gemacht werden, sie spielt insbesondere dort eine entscheidende Rolle, wo es feststeht, daß mehrere Männer innerhalb der gesetzlichen Empfängniszeit der Kindesmutter beigewohnt haben, es sich also darum handelt, ob die eine oder andere dieser Beivohnungen als offenbar nicht

ursächlich für die Erzeugung ausgeschlossen werden kann. Da weder die Blutgruppenvergleiche, noch die Untersuchung nach physiognomischer Ähnlichkeit — die ganz unsicher ist —, noch auch die Vergleiche erbbiologischer, rassistischer und rasse-eigentümlicher Ähnlichkeiten nach dem heutigen Stand dieser Wissenschaften in der Mehrzahl unserer Fälle eindeutig entscheidende Resultate zu geben vermag, wird das auf den Vergleich zwischen dem Reifegrad des Kindes und der fraglichen Schwangerschaftsdauer beruhende Beweismittel für eine „offenbare Unmöglichkeit“ heute und in Zukunft noch eine erhebliche Rolle spielen. Da dieses Problem zudem in der medizinischen Wissenschaft vielfach behandelt und zeitweise sehr lebhaft umstritten worden ist<sup>3)</sup>, soll im folgenden versucht werden, den für die praktische Rechtsprechung maßgebenden heutigen Stand der Frage darzustellen.

## Der Begriff der offenbaren Unmöglichkeit

Eine derartige Untersuchung setzt allerdings nicht nur für den Juristen, sondern auch für den Mediziner eine Klärung der Frage voraus, was das Gesetz unter einer „offenbaren Unmöglichkeit“ versteht. Tatsächlich ist dieser Begriff denn auch von den Angehörigen beider Wissenschaften stets ebenso eingehend erörtert wie umstritten worden. Hierbei erschien manchen die Gesetzesfassung selbst schon widersinnig, da es doch nur eine Unmöglichkeit und nicht etwas noch Unmöglicheres als unmöglich geben könne. Andererseits tritt man sich vielfach darum, ob das Wort „offenbar“ eine Verstärkung oder eine Abschwächung des Begriffs der Unmöglichkeit bedeute<sup>4)</sup>. Das BGB. verwendet den Begriff „offenbar“ außer in den hier maßgeblichen Stellen noch in einer Reihe weiterer Gesetzesvorschriften (§§ 319 Abs. 1, 560 Abs. 2, 2155 Abs. 3, 2156, 2192, 2217; siehe auch §§ 64, 184 BGB.). Als gesetzestechnisch maßgebenden Ausgangspunkt für die Verwendung des Begriffs kann man wohl die „offenbare Unbilligkeit“ des § 319 Abs. 1 BGB. ansehen<sup>5)</sup>. Hier erscheint seine Bedeutung klar, innerhalb des notwendigerweise zum Begriff des „billigen Ermessens“ gehörigen Spielraumes soll eine Bestimmung und Entscheidung nur dann beanstandet werden können, wenn sie diese nicht zu eng gezogenen Grenzen überschreitet und so jedem Sachkundigen „offenbar“ unbillig erscheinen muß<sup>6)</sup>. Die Unbilligkeit muß sich dem Blick eines sachkundigen und unbefangenen Beurteilers sofort aufdrängen<sup>7)</sup>. Während hier also der zusammengesetzte Begriff der „offenbaren Unbilligkeit“ ungezwungen und natürlich erscheint und auch dem Laien einleuchtet, ist nicht zu verkennen, daß die „offenbare Unmöglichkeit“ eine wenig glückliche Ausdrucksweise darstellt. Dennoch erscheint mir der gegen sie erhobene Vorwurf der Widersinnigkeit<sup>8)</sup> ungerecht. Widersinnig wäre die Wortverbindung nur dann, wenn der Begriff der Unmöglichkeit starr und absolut wäre. Das ist er aber i. S. des Gesetzes ebensowenig wie auch sonst in den meisten Erscheinungen des menschlichen Lebens. Im Sprachgebrauch hat das Wort „unmöglich“ freilich einen schärferen und unbedingteren Klang als das gegensätzliche Wort „möglich“, dem das Merkmal der Bedingtheit wesentlich ist.

<sup>1)</sup> Sellheim: „Offenbar unmöglich und kein Ende“. *WZSt.* f. Gebh. 1930 Bd. 85 S. 2/33 S. 79—94.

<sup>2)</sup> Siehe hierzu insbesondere die im Nachfolgenden noch näher zu erörternde Kontroverse Döderlein-Zangemeister auf dem Gynäkologenkongress in Leipzig 1929, *Arch. für Gynäkologie* Bd. 137 S. 774 ff.

<sup>3)</sup> Manifesta iniquitas Dig. 17. 2. 1. 79; *évidemment contraire à l'équité* Art. 1854 C. C.

<sup>4)</sup> RG.: *Recht* 1913 Nr. 657; *RGZ.* 99, 106; 69, 168 = *JW.* 1908, 563; *RGZ.* 96, 62.

<sup>5)</sup> RGW. Komm., 8. Aufl., zu § 319 BGB.; Soergel, 5. Aufl., Bem. 4 zu § 319 BGB.; Warneher, Bem. I zu § 319 BGB.

<sup>6)</sup> Berggartner: *Arch. für Gynäkologie* Bd. 137 S. 786.

<sup>1)</sup> Siehe hierzu Scheuerl u. Fischer: *JW.* 1936, 235, 237; Roquette: *JW.* 1935, 1389, 247 und neuestens in *DR.* 1936, 486; *WZ.* Koblenz: *WZ.* 1936, 1356 mit Anm. Maßfeller, Schmidt-Klewenow: *JW.* 1936, 16 und wiesend, aber m. E. richtig, das Urteil OLG. Frankfurt a. M. v. 10. Sept. 1936: *DR.* 1936, 499 = *JW.* 1936, 3482<sup>88)</sup>, das die Anfechtungsklage auch noch nach Ablauf der Frist des § 1594 BGB. zuläßt. Dagegen neuestens RG.: *JW.* 1937, 154<sup>5)</sup>; siehe auch Fußnote 54.

Logisch betrachtet, stehen aber beide Begriffe als Gegenfäglichkeiten auf der gleichen Ebene wandelbarer Erkenntnismöglichkeit. Ob es unmöglich ist, daß ein reifes Kind nach weniger als 240 Tagen Schwangerschaftsdauer geboren werden kann, ist gleichbedeutend mit der Frage, ob diese Tatsache erkenntnis- und erfahrungsmäßig möglich ist. Im rechtlichen Sinne genügt daher in beiden Richtungen im allgemeinen eine in die der menschlichen Erkenntnis nicht zugängliche absolute Gewißheit hinreichende Wahrscheinlichkeit. Die „offenbare Unmöglichkeit“ bedeutet daher weder eine Abschwächung<sup>8)</sup> noch eine Verstärkung<sup>9)</sup> des Begriffs der Unmöglichkeit, sie bedeutet vielmehr je nach dem Standpunkt, den man zu der Bedeutung des Begriffs der Unmöglichkeit selbst einnimmt, beides. Faßt man den Begriff der Unmöglichkeit absolut, als ganz und gar unmöglich, was allerdings vom Standpunkt der Unzulänglichkeit menschlicher Erkenntnis als unrichtig erscheint, so muß der Zusatz „offenbar“ eine Einschränkung bedeuten in dem Sinne, daß nur die dem Sachkundigen nach menschlicher und wissenschaftlicher Erfahrung „offenbare“, also nicht nur theoretische, Unmöglichkeit gemeint ist. Ist andererseits mit der allgemeinen Rechtsprechung die an Gewißheit grenzende Wahrscheinlichkeit der theoretisch und absoluten, praktisch nicht erreichbaren Gewißheit gleichzusetzen, so bedeutet dies auf unseren Fall übertragen eine Verstärkung des praktisch schon derart abgeschwächten Begriffs der Unmöglichkeit in der Weise, daß alle erfahrungsgemäß im Bereich des Möglichen liegenden Grenzwerte zugunsten der gesetzlichen Vermutung auscheiden müssen und die „offenbare Unmöglichkeit“ erst jenseits dieser Variationsbreite beginnt<sup>10)</sup>. Wenn Zangemeister<sup>11)</sup> allerdings annimmt, der Begriff der „offenbaren Unmöglichkeit“ bedeute, daß der Gutachter jeden Zweifel an der Sicherheit seiner Schlussfolgerungen ausschließen könne, so muß eine derart extreme Stellung ebenfalls abgelehnt werden, da auch die Beifügung des „offenbar“ dem Begriff der Unmöglichkeit im rechtlichen Sinne nicht gänzlich die Einstellung auf den jeweiligen Stand menschlicher Erkenntnis und wissenschaftlicher Forschung nimmt. Abzulehnen ist also auch der frühere Standpunkt des R.G.<sup>12)</sup> „offenbar unmöglich“ bedeute völlige Zweifellosigkeit und Gewißheit, die Erzeugung aus der fraglichen Beivohnung und müsse nach den theoretischen Erkenntnissen und praktischen Ergebnissen der Wissenschaft vollkommen ausgeschlossen sein. Daß eine derartige Auffassung nicht richtig sein kann, ergibt sich schon aus der Erwägung, daß auch die Naturwissenschaften enge, mittlere und extreme Anschauungen kennen, und daß die Ausschließung auch der extremsten Ansichten in der Praxis zu ungerechten und unbilligen Ergebnissen führen müßte.

Andererseits wird man in diesem, wie wir sehen, so sehr umstrittenen Wörtchen „offenbar“ nicht nur eine an sich überflüssige Mahnung an den Richter sehen dürfen, bei der Prüfung der für die offenbare Unmöglichkeit erbotenen und erhobenen Beweise möglichst genau und streng zu verfahren<sup>13)</sup>. Das würde eine Veringerung des Richters bedeuten, die wir dem Gesetzgeber nicht zutrauen wollen. Nicht die Prüfung des Beweismaterials hinsichtlich seiner Beweisfähigkeit ist strengeren Anforderungen unterworfen als allgemein üblich, denn das würde bedeuten, daß im allgemeinen hieran nicht stets die strengsten Anforderungen zu stellen wären, was wohl nicht behauptet werden soll. Die erforderlichen strengen Anforderungen können sich vielmehr nur auf Art und Schlüssigkeit des Beweismaterials selbst beziehen, insofern dieses dem jeweiligen Stand der Wissenschaft entsprechend geeignet sein muß, eine dem Sachverständigen offensichtliche Sicherheit der Beweisführung zu begründen. Damit ist mit Ausnahme der gemäß

§§ 641, 617 Abs. 1, 2 ZPO. ausdrücklich ausgeschlossenen Beweismittel (Anerkenntnis, Erklärungs- und Eidesverweigerung, Geständnis) die Art der Beweisführung allerdings auch wieder insoweit nicht beschränkt, als auch solche Beweismittel, die allein zum Nachweis der Unmöglichkeit der Konzeption nicht ausreichend erscheinen (z. B. der Gebrauch von Schuttmitteln und Vorsichtsmaßnahmen, Vergleich der Papillarlinien<sup>14)</sup>) im Zusammenhang mit anderen Beweismitteln sehr wohl eine schlüssige Beweisführung begründen können. Der gesamte Beweistritt muß aber insoweit schlüssig sein, als er die offenbare Unmöglichkeit für einen Sachkundigen dartut. Dabei hat das Gericht entsprechend den Ausführungen des grundlegenden Urteils des RG. v. 30. Nov. 1936<sup>15)</sup> jede Erkenntnisquelle, die ihm nach den prozessrechtlichen Vorschriften zugänglich ist, voll auszuschöpfen.

#### Die Berechnung der Schwangerschaftsdauer

Einer Betrachtung über die Möglichkeit oder Unmöglichkeit einer anormalen Schwangerschaftsdauer muß die Erörterung darüber vorangehen, nach welchen Regeln sich die Berechnung der Schwangerschaftsdauer zu richten hat. Als einzig sicher bekannte Größe kann hierbei nur der Zeitpunkt der Geburt selbst, das ist der des Beginnes des Geburtsaktes, der Wehen, eingesetzt werden<sup>16)</sup>. Alle anderen Feststellungen sind in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle, insbesondere wo sie auf Angaben der Beteiligten beruhen, notwendigerweise unzuverlässig und unsicher. Die Erfahrung hat gelehrt, daß zwischen der Geburt und der für sie kausalen Beivohnung ein Zeitraum liegt, der im Rahmen mehrerer Monate schwankt<sup>17)</sup>. Das Gesetz hat auf Grund der damaligen wissenschaftlichen Erkenntnisse diesen Zeitraum, in dem spätestens oder frühestens die kausale Beivohnung stattgefunden haben kann, auf die Zeit zwischen dem 181. und 302. Tage vor der Geburt unter Anrechnung beider Grenz-tage beschränkt (Empfängniszeit §§ 1592 Abs. 1, 1717 Abs. 2 BGB.). Lediglich zugunsten der Echtheit eines Kindes gilt auch ein weiter als 302 Tage zurückliegender Zeitraum noch als Empfängniszeit (§ 1592 Abs. 2 BGB.). Innerhalb dieser kritischen Zeit kann zunächst jede Beivohnung für die spätere Geburt kausal sein.

Bei der Beurteilung der Frage, ob eine zeitlich bestimmt feststehende Beivohnung die Konzeption bewirkt hat, können allerdings auch andere Momente hinzugezogen werden als die Dauer der bis zur Geburt verstrichenen Zeit, so insbesondere der Zeitpunkt des ersten Ausbleibens der Menstruation. Bekanntlich ist die früheste und deshalb wichtigste Folge der Befruchtung des weiblichen Eies, daß die nächstfällige Periode ausbleibt. Die letzte Periode gibt daher theoretisch den wichtigsten Anhaltspunkt für den Schwangerschaftsbeginn<sup>18)</sup>. Praktisch stehen einer hiervon ausgehenden Begutachtung allerdings meist so erhebliche Schwierigkeiten entgegen, daß sie gerade in den wichtigen Grenzfällen der Vaterschaftsausschließung meist versagen wird. Ganz abgesehen davon, daß die Periode auch aus anderen Ursachen als der einer stattgefundenen Befruchtung ausbleiben kann, und daß andererseits auch nach einer Konzeption jedenfalls noch menstruationsähnliche Erscheinungen auftreten können<sup>19)</sup>, sind die Angaben der Mütter über die maßgebenden Termine sowohl der Beivohnungen als auch der Perioden aus den verschiedensten Gründen meist gänzlich unzuverlässig.

Wenn Döderlein<sup>20)</sup> dreierlei Anhaltspunkte annimmt, die zur Feststellung des Beginnes der Schwangerschaft dienen können, und die daher auch die „Umstände“ darstellen können, nach denen die offenbare Unmöglichkeit einer unstrittenen Vaterschaft beurteilt werden muß, nämlich die Reifezeichen des Kindes, den Zeitpunkt der zuletzt vor der

<sup>8)</sup> Siehe Döderlein a. a. D.

<sup>9)</sup> So Zangemeister a. a. D.

<sup>10)</sup> Zangemeister u. Leonhard: ZB. 1924, 1709; Arch. f. Gynäkologie Bd. 107 S. 405; Münch. Med. Wochenschr. 1923, 1011.

<sup>11)</sup> a. a. D.

<sup>12)</sup> ZB. 1930, 1605<sup>1</sup> mit Anm. Straßmann; Leonhard: ZB. 1924, 2231; dagegen: ZB. 1929, 67 u. 2230.

<sup>13)</sup> Staubinger, 9. Aufl., Bem. 5 zu § 1591 BGB.; LG. Leipzig: ZB. 1935, 3498<sup>19)</sup>; RG.: ZB. 1908, 144<sup>14)</sup>; siehe auch neuestens RG. v. 30. Nov. 1936, IV 234/36; ZB. 1937, 620<sup>9)</sup>.

<sup>14)</sup> ZB. 1925, 2108.

<sup>15)</sup> Note 13.

<sup>16)</sup> DG. München: ZB. 1929, 2291<sup>7)</sup>.

<sup>17)</sup> Staubinger, 9. Aufl., Bem. 1 zu § 1591 BGB.

<sup>18)</sup> Döderlein a. a. D.

<sup>19)</sup> Nach Döderlein a. a. D. sind echte Menstruationen während Bestehen der Schwangerschaft allerdings ausgeschlossen.

<sup>20)</sup> a. a. D. S. 776.

Schwangerschaft in normaler Stärke und Dauer aufgetretenen Periode und das zeitliche Verhältnis des Konzeptionstermins zur letzten Periode<sup>21)</sup>, so scheint der erste Anhaltspunkt, der Grad der Reife des Kindes, auch hier der am sichersten und zuverlässigsten bestimmbar zu sein, weil seine Bestimmbarkeit nicht nur auf den Angaben der Beteiligten beruht. Allerdings wird ein sorgfältiger Gutachter und Richter möglichst alle diese und andere in Betracht kommenden Umstände zu erforschen versuchen, um auf ihre gegenseitige Abwägung, Vergleichung und Abstimmung seine Beurteilung zu gründen. Daß während bestehender Schwangerschaft echte Menstruationen in gleicher Stärke und Dauer wie sonst stattfinden, ist, wie bereits erwähnt, nach dem heutigen Stand der medizinischen Forschungen über das Wesen, die Anatomie und Biologie des Menstruationsvorganges als ausgeschlossen anzusehen. Nach geschehener Befruchtung findet eine Umschaltung der Uterusschleimhaut zur Einbettung des Eies statt, so daß der menstruelle Zerfall der Schleimhaut, wie er nach Ausstoßung des unbefruchteten Eies eintritt, sich nicht mehr vollziehen kann. Döderlein will die einzige Ausnahme einer allerdings ganz schwachen postkonzeptionellen Menstruation dann zulassen, wenn die Befruchtung so kurze Zeit vor der nächsten Menstruation stattgefunden habe, daß das Corpus luteum in seiner Hormonbildung noch nicht ganz zum Corpus luteum graviditatis umgeschaltet worden sei<sup>22)</sup>. Auch hier aber komme es nicht zum Zerfall der Funktionalis<sup>23)</sup>.

Erwähnt sei noch, daß stets das vor der zuletzt ausgebliebenen Periode ausgetretene Ei befruchtet wird und zur Schwangerschaft führt<sup>24)</sup>.

Bei der Erforschung und Berücksichtigung des Termins der Konzeption, unter der wir nach allgemeinem Sprachgebrauch die zur Befruchtung führende Einführung des Spermaz in die weiblichen Genitalien verstehen wollen, ist nach dem Vorstehenden also zunächst zu berücksichtigen, daß er nach der letzten echten Periode liegen muß. Bei Berechnung der äußersten Konzeptionszeit wird man daher von der nach der Menstruationszeit berechneten Schwangerschaftsdauer wegen der Möglichkeit einer Spätkonzeption einen Abzug von 26 Tagen machen müssen<sup>24)</sup>. Nach alter Erfahrung liegt das Konzeptionsoptimum in den Tagen nach einer Menstruation, da das Ovulum im Intermenstrum, das ist vom 8. bis 16. Tage, aus dem Ovarium ausgestoßen wird, bei einer kurz nach der Menstruation erfolgten Konzeption die Spermatozoen also genügend Zeit haben, bis zum Ovulationstermin in den Tuben auszuwärmen, während andererseits das Ei nach seinem Austritt am geeignetsten zur Befruchtung zu sein scheint<sup>25)</sup> (Imprägnationstermin). Da aber sowohl die Spermatozoen eine Lebens- und Befruchtungsfähigkeit von mindestens 10 bis 14 Tagen haben, als auch das Ei bis nahe an den nächsten Menstruationstermin, also etwa 14 Tage, befruchtungsfähig bleiben kann<sup>26)</sup>, können die nur vorbereitende Konzeption und die den eigentlichen Schwangerschaftsbeginn darstellende Imprägnation (Zusammentreffen von Spermatozoen und Ei) zeitlich erheblich auseinanderfallen. Die Imprägnationsfähigkeit des Eies wird in der zweiten Hälfte des Intermenstrums immer geringer und schwindet in den letzten Tagen fast ganz. Nach Döderlein<sup>26)</sup> ist es sehr unwahrscheinlich, daß ein direkt vor dem Menstruationstermin stattfindender Geschlechtsver-

kehr noch ein lebendes Ei antrifft (sog. physiologische Sterilität der Frau<sup>27)</sup>), wohl aber muß hier wenigstens die andere Möglichkeit berücksichtigt werden, daß die Spermatozoen den Menstruationsprozeß überdauern und erst 14 Tage später bei der nächsten Ovulation zur Imprägnation kommen. Eine derartige Möglichkeit ist zwar äußerst selten, jedoch nicht gänzlich ausgeschlossen<sup>26)</sup> 27).

Abschließend sei zu den vorstehend angedeuteten Fragen noch bemerkt, daß sie alle in der medizinischen Wissenschaft nicht unbestritten, teilweise sogar stark umstritten sind. Müller-Hess und Hallermann<sup>27)</sup> weisen daher darauf hin, daß der Richter, nicht der Sachverständige, entscheiden müsse, ob die ungewöhnlich hohen Anforderungen, welche für eine Vaterschaftsausgeschlossenheit erfüllt sein müssen, auch durch die Addition mehrerer Faktoren zustande kommen könne, deren jeder einzelne für sich eine große Unwahrscheinlichkeit — der umstrittenen Vaterschaft — in sich birgt.

#### Die normale Schwangerschaftsdauer

Döderlein<sup>28)</sup> bezeichnet es als eine altbekannte Tatsache, daß „die weitaus größte Mehrzahl der Kinder mit einer Länge von 50 cm und einem Gewicht von 3300 g bei normaler Schwangerschaftsdauer von 280 Tagen, nach dem ersten Tage der letzten Periode gerechnet, und 270 Tage nach dem Konzeptionstermin gerechnet, zur Welt kommt“. Da es aber feststeht, daß Früchte in gleicher Tragzeit viel schwerer und länger werden können, und daß auch Übertragungen ohne Überschreitung der Normalmaße vorkommen, formuliert Döderlein unsere Frage dahin: „Wann kann frühestens nach der Empfängnis eine Frucht mit dem Zeichen der Reife zur Welt kommen? und weiterhin: Wie lange nach der Empfängnis kann eine Frucht geboren werden?“

Bei der Bestimmung des Zeitpunkts der Empfängnis sind die vorstehend bereits dargelegten Umstände und Möglichkeiten zu berücksichtigen. Bei den Erörterungen auf dem Gynäkologenkongreß 1929 in Leipzig, von dem meine Untersuchung ausgeht, hat Döderlein<sup>29)</sup> dargelegt, daß sich in der medizinischen Literatur zwar Schwankungen von 200 bis 360 Tagen ergeben, wenn man wahllos die vorhandenen Mitteilungen entgegennehme. Es habe sich aber erwiesen, daß die Feststellungen der extremsten Fälle auf Aussagen der Kindesmütter beruhten, die durch die unglaublichsten Lügen irreführten. Als untere Grenze könne man 230 bis 240 Tage ansehen. Nach oben sei auf Grund der Untersuchungen von Ruge (Arch. für Gynäkologie Bd. 114) anzunehmen, daß noch nie bei einer Schwangerschaftsdauer von über 302 Tagen lebende Kinder zur Welt gekommen seien.

#### Die abnorm lange Schwangerschaftsdauer (Übertragungen)

Die Möglichkeit einer Übertragung war für die praktische Rechtsprechung bisher weniger interessant und bedeutungsvoll als die bei einer abnorm kurzen Schwangerschaftsdauer. Dieses beruhte wohl einerseits darauf, daß, wie wir bereits gesehen haben, sowohl die tatsächliche als auch die gesetzliche Variationsbreite der Schwangerschaftsdauer von der Normalzeit nach unten zu erheblich größer ist als nach oben, andererseits, daß bei den die Mehrzahl der Streitfälle bildenden auferehelichen Geburten eine Überschreitung der Grenze von 302 Tagen die Vaterschaft ohne weiteres ausschließt. Ein neuestes Urteil des LG. Potsdam, über das Müller-Hess und Hallermann berichten<sup>30)</sup>, hat allerdings angenommen, das Fehlen einer dem § 1592 Abs. 2 BGB. entsprechenden Bestimmung für die uneheliche Mutter

21) Siehe hierzu auch die sehr interessanten Untersuchungen von Wahl über die Bedeutung des Menstruationszyklus für die Berechnung des Geburtstermins in Münch. Med. Wochenschr. 1936, 311 (beripäete Geburt bei lange dauerndem Menstruationszyklus und verfrühte Geburt bei kürzerem Menstruationszyklus).

22) Döderlein a. a. D. S. 778 ff.

23) a. a. D. S. 780.

24) v. Brücke im ZentrBl. für Gynäkologie 1936 Nr. 18 S. 1038, der auch hierüber hinaus eine spätere Ovulation und Konzeption bei bestehender Amenorrhoe für möglich hält und daher bei obiger Regel alle Fälle auscheiden will, in denen die Frau keinen durchaus regelmäßigen Menstruationszyklus aufgewiesen hat.

25) Döderlein a. a. D. S. 781/82; siehe auch Fußnote 27.

26) a. a. D. S. 782.

27) Siehe zu diesen Fragen noch insbesondere Müller-Hess u. Hallermann „zur Frage des ‚offenbar unmöglich‘ i. S. der §§ 1717 u. 1591 BGB.“ in Jahresturke für ärztliche Fortbildung 1935 Sept.-Heft S. 14 ff. mit Angabe der neuesten Forschungsergebnisse und Literatur.

28) a. a. D. S. 776; ebenso auch Wahl a. a. D.

29) a. a. D. S. 777.

30) a. a. D.



lasse keinen sicheren Schluß dahin zu, daß das uneheliche Kind ungünstiger gestellt werden solle. Das Urteil hat dann weiter in dem entschiedenen Falle eine Tragzeit von 306 Tagen infolge außergewöhnlicher Umstände (Schwäche und Beckenverengung der Mutter) nicht als offenbar unmöglich angesehen.

Ich halte eine derartige Entscheidung gegen den ausdrücklichen und unmißverständlichen Willen des Gesetzgebers doch für sehr bedenklich, zumal der gerade insoweit bei der Berechnung der Empfängniszeit zwischen ehelicher und außer-ehelicher Empfängnis gemachte Unterschied doch auf wohl erwogenen und praktisch ebenso verständlichen wie bedeutungsvollen Gründen beruht, die mit der sozialen und rechtlichen Stellung der unehelichen Kinder selbst wenig oder gar nichts zu tun haben. Daß, von der ausdrücklichen Ausnahme des Abs. 2 des § 1592 BGB. abgesehen, die gesetzliche Empfängniszeit absoluten Charakter hat, ist anerkannter Rechts.

Die am Schlusse des vorigen Kapitels erwähnte Ansicht Döderleins, sichere Lebendgeburten nach einer Schwangerschaftsdauer von über 302 Tagen seien noch nicht nachgewiesen, kann allerdings heute wohl nicht mehr als herrschend und richtig angesehen werden. Brückle<sup>31)</sup> berichtet über klinisch offenbar zweifellos nachgewiesene Fälle erheblich längerer Schwangerschaftsdauer, besonders über einen Fall aus dem Jahre 1929 mit einer solchen von 343 Tagen post menstruationem, mindestens 315 Tagen post conceptionem. Nach v. Franqué<sup>32)</sup> soll sogar in 2,7% aller Geburten die Niederkunft erst nach dem 302. Tage post conceptionem erfolgen, er will die oberste mögliche Grenze der Schwangerschaftsdauer post conceptionem wissenschaftlich zum mindesten auf 327 Tage festsetzen und bis dahin die offenbare Unmöglichkeit keineswegs ausschließen. Nachgewiesene Fälle noch längerer Schwangerschaftsdauer hält er praktisch für bedeutungslos<sup>33)</sup>.

M. E. wird man dieser Ansicht folgen können. Müller-Hesse und Hallermann<sup>34)</sup> machen noch auf den Versuch aufmerksam, zur Beurteilung der wahren Schwangerschaftsdauer auf das Normalgewicht und die gewöhnliche Länge reifer Kinder zurückzugehen, insofern das Längenwachstum im letzten Schwangerschaftsmonat pro Tag etwa 1,4 mm betrage, halten eine derartige Methode jedoch für sehr unsicher.

#### Die anormal kurze Schwangerschaftsdauer

Ihre forensische Bedeutung ist, wie bereits hervorgehoben, und wie auch die meisten Autoren betonen, ungleich größer als die einer Übertragung<sup>35)</sup>.

Das Gesetz hat die untere Grenze der Empfängniszeit so weit bemessen, daß sie jedenfalls jenseits aller medizinischen Möglichkeiten liegt, was von der oberen Grenze, wie wir gesehen haben, nicht behauptet werden kann. Die hier in Betracht kommenden praktischen interessierenden Frage lautet daher, wie wir ebenfalls bereits festgestellt haben, nicht dahin, welche Schwangerschaftsdauer mindestens zur Geburt eines lebensfähigen Kindes führen kann, als vielmehr dahin, welche unterste Grenze der Schwangerschaftsdauer bei solchen Kindern angenommen werden kann, die die Zeichen einer normalen Reife tragen. Hierbei sind die Begriffe „reif“ und „ausgetragen“ nicht gleichzusetzen, wie dieses von nichtmedizinischer Seite noch manchmal geschieht, sie bilden vielmehr hier gerade den Gegensatz in der Weise, daß „ausgetragen“ eben Kinder nur nach einer normalen Schwangerschaftsdauer sind, und die Frage dahin lautet, ob Kinder, welche alle Zeichen der Reife tragen, wie sie im allgemeinen nur nach einer aus-

getragenen Schwangerschaft vorkommen, auch in anormal kurzer Zeit zur Welt kommen können, und wie weit hier die Grenzen zu ziehen sind<sup>36)</sup>.

Nach welchen Merkmalen bestimmt sich nun die hier maßgebliche Reife?

Mit Doerffler<sup>37)</sup> wird von den am häufigsten als Grundlage zur Beurteilung des Entwicklungszustandes eines Neugeborenen dienenden meßbaren Größen, nämlich Länge und Gewicht, die Länge als das zuverlässigste Zeichen zu erachten sein<sup>37a)</sup>. Das häufigste Längenmaß ist 50 cm, es wird in der Normal schwangerschaftszeit und in einer Variationsbreite von 233 bis 305 Tagen erreicht gleich häufig, nämlich in 24 bis 27% aller Fälle erreicht<sup>38)</sup>. Im übrigen wird eine abnorme Fruchtgröße durchschnittlich auch einer abnormen Tragzeit entsprechen. Auch hieraus ergibt sich für uns die praktische Bedeutung des Problems gerade in dem oben festgestellten Sinne. Die Behauptung einer Unterschreitung der gesetzlichen Empfängniszeit kann hier gar nicht praktisch werden, vielmehr nur die Behauptung, der Reifegrad widerspreche der jeweilig nach den Parteibehauptungen oder Feststellungen sich ergebenden Schwangerschaftsdauer.

Im übrigen werden sich aus geringfügigen Abweichungen von dem Normalmaß allein sichere Schlüsse für eine Verkürzung oder Verlängerung der normalen Tragzeit kaum ziehen lassen, da außer der allgemeinen Variationsbreite, die nach Doerffler<sup>39)</sup> manche Autoren, insbes. Zangemeister, für sehr erheblich halten, auch andere Umstände (Erblichkeit, Mißbildungen, Krankheiten der Mutter) das Wachstum der Frucht beeinflussen können.

Als Normalgewicht kann ein solches von etwa 3250 g angesehen werden<sup>40)</sup>. Als normale Variationsbreite wird man Gewichte von 3000 bis 3500 g betrachten können. Sie werden in etwa 43 bis 45% aller Fälle eingehalten.

Wenn wir nunmehr zu der Frage übergehen, in welcher Mindesttragzeit Kinder geboren werden können, welche die oben festgestellten Normalmaße (Reifezeichen) haben, so stoßen wir in der medizinischen Literatur auf außerordentliche extreme und sich schroff gegenüberstehende und widersprechende Meinungen. Bei der Behandlung unserer Frage auf dem Gynäkologenkongreß 1929 in Leipzig standen sich insoweit insbesondere die Ansichten von Döderlein und Zangemeister scharf gegenüber<sup>41)</sup>. Während Döderlein als unterste Grenze 230 bis 240 Tage annehmen wollte, hielt Zangemeister die Geburt eines reifen Kindes schon etwa 221 Tage nach der Empfängnis für möglich und wollte die Grenze der offenbaren Unmöglichkeit noch tiefer setzen<sup>42)</sup>. Zangemeister blieb mit seiner Ansicht jedoch ziemlich allein. Die anderen Diskussionsredner beschäftigten sich allerdings merkwürdigerweise meist mehr mit der Auslegung des Begriffs der offenbaren Unmöglichkeit, die sie getroffen den hierfür zuständigen Juristen überlassen durften, als mit der ihr Fach berührenden empirischen Frage der Mindesttragzeit reifer Kinder. Nach Sellmuth<sup>43)</sup> soll bis 1929 kein einziger einwandfrei und sicher beweiskräftiger Fall einer kurzfristigen Schwangerschaft von 245 Tagen und weniger — wohl zu verstehen bei reifer Frucht — in der medizinischen

<sup>36)</sup> Zangemeister: Münch. Med. Wochenschr. 1929 Nr. 27 S. 1123 u. JW. 1924, 1709.

<sup>37)</sup> Doerffler, Beurteilung des Entwicklungszustandes des Neugeborenen im Verhältnis zur gegebenen Schwangerschaftsdauer für die Vaterschaftsfrage, Fundort siehe Fußnote 33.

<sup>37a)</sup> Die Hebammen sind jetzt verpflichtet, bei jeder Geburt entsprechende Aufzeichnungen zu machen.

<sup>38)</sup> Literatur und Forschungsergebnisse bei Doerffler a. a. D.

<sup>39)</sup> a. a. D. Knaben neigen eher zur Überschreitung des normalen Längenmaßes als Mädchen.

<sup>40)</sup> Doerffler a. a. D.; Döderlein a. a. D. gibt 3300 g an.

<sup>41)</sup> Uns Rechtswahrer mag das über die oft sehr unliebenswürdigen Angriffe der Mediziner gegen unsere Streitereien über den Begriff der offenbaren Unmöglichkeit trösten; siehe hierzu bes. Sellheim a. a. D.

<sup>42)</sup> Die von Zangemeister anlässlich dieser Diskussion befüwortete serologische Ermittlung der Abstammung scheint sich nicht erfolgreich weiter entwickelt zu haben.

<sup>43)</sup> a. a. D.

<sup>31)</sup> a. a. D. Siehe auch Müller-Hesse u. Hallermann a. a. D. und die dort zitierte Literatur, nach der Übertragungen bis zu 334 Tagen erwiesen scheinen.

<sup>32)</sup> Deutsche Zeitschrift für die gesamte gerichtliche Medizin 1929/30, 11 ff.

<sup>33)</sup> v. Franqué a. a. D. S. 13. Zweifelsd bzgl. einer Dauer über 305 Tage Doerffler in Zeitschrift für ärztliche Fortbildung 29. Jahrg. (1932) S. 695 ff.

<sup>34)</sup> a. a. D.

<sup>35)</sup> Siehe insbes. den grundlegenden Aufsatz Sellwigs „Der Begriff der ‚offenbaren Unmöglichkeit‘ in Vaterschaftsprozessen“ in Beitr. für Geburtshilfe und Gynäkologie Bd. 87 (1931) S. 410 ff.

Literatur existieren. Niemand teilte die Ansicht Zangemeisters, die Möglichkeit der Geburt eines reifen Kindes nach einer Schwangerschaftsdauer unter 230 Tagen sei erwiesen. Zangemeister selbst stellte sich auf den seiner Auslegung des Begriffs der offenbaren Unmöglichkeit im Sinne einer absoluten Unmöglichkeit entsprechenden Standpunkt, daß der Fall einer Schwangerschaft von 221 Tagen zwar nicht erwiesen, aber auch nicht ausgeschlossen sei, da die Verfechter der Gegenmeinung ja die absolute Unmöglichkeit eines derartigen Vorkommens beweisen müßten, was sie aber auch nicht könnten<sup>44)</sup>.

Unseren Ansichten von dem Begriff der offenbaren Unmöglichkeit, der Beweislast und dem Verhältnis zwischen Spekulation (Hypothese, Theorie) und Erfahrung<sup>45)</sup> entspricht diese Ansicht Zangemeisters nicht.

Entscheidende Abweichungen von diesen 1929 vertretenen Ansichten finden sich in der späteren medizinischen Literatur m. W. nicht. Ein angeblich sicherer Fall von 214 Tagen p. c. wird berichtet von Sellheim<sup>46)</sup>, doch scheint eine sichere Mindestdauer nur von 232 Tagen nachgewiesen, die weitere Behauptung beruht allein auf der Angabe des Ehemannes<sup>47)</sup>.

Derartige Fälle müssen jedoch als „Raritäten“<sup>48)</sup> angesehen werden und haben bei der praktischen Beurteilung unserer Fragen nur einen ihrem geringen Wahrscheinlichkeitsgrad entsprechenden Beweiswert. Man hat an Hand statistischen Materials die Anwendbarkeit des Wahrscheinlichkeitsgesetzes<sup>49)</sup> geprüft und bestätigt gefunden und ebenso interessante wie aufschlußreiche Kurven und Tabellen aufgestellt. Der Nullpunkt (absolute Unmöglichkeit) soll hier bei 210 Tagen liegen. Aber auch unterhalb von 240 Tagen sollen die „Raritäten“ (s. oben) beginnen, und die angeblich äußerste sichere Beobachtung von 213 Tagen der Unmöglichkeit sehr nahe liegen<sup>50)</sup>.

Das an Hand der sog. Kriegskonzeptionen, die zeitlich ja verhältnismäßig sichere Anhaltspunkte geben, aufgestellte statistische Material hat ergeben, daß die Wahrscheinlichkeit der Geburt eines reifen Kindes vor dem 240. Tage nach der Weibwohnung außerordentlich gering ist. Nach diesen Berechnungen<sup>51)</sup> wird von 44 reifen Kindern nur eins vor dem 258. Tage geboren, von 90 000 reifen Kindern findet sich eins, das wahrscheinlich vor dem 240. Tage geboren ist, und unter 3 330 000 reifen Kindern, die in Deutschland etwa in zwei Jahren geboren werden, soll sich nach dem Wahrscheinlichkeitsgesetz nur ein Kind befinden, das vor dem 234. Tage geboren ist. Dagegen soll nach anderen Berechnungen das Wahrscheinlichkeitsmoment für die Geburt eines reifen Kindes unter 243 Tagen Schwangerschaftsdauer 5% betragen<sup>52)</sup>.

In diesen Wahrscheinlichkeitsberechnungen<sup>53)</sup> sind zwar nach Möglichkeit alle einflussgebenden Faktoren berücksichtigt. Aufgefallen ist mir als medizinischem Laien nur die gänzlich fehlende oder nur nebensächlich erwähnte Berücksichtigung des Umstandes, daß in offenbaren Notstands- und Elendsgebieten auch der körperliche Zustand der Neugeborenen nach Länge und Gewicht durch den schlechten Ernährungs- und Gesundheitszustand der Mutter beeinflusst sein kann.

<sup>44)</sup> Zangemeister a. a. D. S. 785.

<sup>45)</sup> Siehe hierzu Baur-Fischer-Lenz, „Menschliche Erblichkeitslehre“, 3. Aufl., S. 414.

<sup>46)</sup> a. a. D.

<sup>47)</sup> Die Doerffler a. a. D. bei seiner Zitierung des Sellheim'schen Falles unrichtig als „eidlich“ bezeichnet, während nach Sellheim selbst der Ehemann sich nur bereit erklärt hatte, seine Angaben bzgl. des Weichlastermins zu beschwören, was angesichts der Tatsache, daß eine Honorarstreitigkeit bestand, nicht viel besagen will.

<sup>48)</sup> Sellheim a. a. D.

<sup>49)</sup> Nach Sellheim a. a. D. besser des Gauß'schen exponentiellen Fehlergesetzes.

<sup>50)</sup> Siehe hierzu Sellheim a. a. D.; v. Franqué a. a. D. mit der Sellheim'schen Kurve.

<sup>51)</sup> Müller-Hess u. Hallermann a. a. D. (Rürnberger).

<sup>52)</sup> Sellheim a. a. D. (nach Bilal)

<sup>53)</sup> Erwähnt sei noch die Brömser'sche Formel bei Doerffler a. a. D. S. 698.

## Gutachter und Richter

Wenn man mir vorhalten sollte, daß ich mich bei meinen Ausführungen teilweise zu sehr in medizinischen Einzelheiten und Sachausdrücken ergangen haben sollte, so mag zu meiner Rechtfertigung dienen, daß es gerade der Zweck meiner Untersuchung sein sollte, dem Rechtswahrer eine gedrängte Vorstellung von den medizinischen Problemen auf einem praktisch so bedeutungsvollen Rechtsgebiet zu vermitteln. Dieses scheint mir um so notwendiger, als sich m. E. in Zukunft die Zahl der Rechtsstreitigkeiten um die Vaterschafts- bzw. Abstammungsfeststellung noch bedeutend vermehren wird. Zu den reinen Unterhaltsprozessen werden mehr und mehr die Rechtsstreitigkeiten treten, welche die Feststellung der blutmäßigen Abstammung und der Sippenzugehörigkeit verfolgen, und deren außerordentliche Bedeutung eine besonders sorgfältige Behandlung erfordern wird<sup>54)</sup>. Da die Entscheidung in diesen Fragen aber den Organen der Rechtspflege zukommt, müssen Richter und Anwalt auch in der Lage sein, zumindest die Bedeutung und den Umfang der für die medizinisch-sachkundige Begutachtung maßgeblichen Faktoren zu überschauen. Immer noch gilt der Grundsatz, daß der Sachverständige nur der Gehilfe des Richters bei der Sachbeurteilung und der Wahrheitsfindung ist, daß die Entscheidung auch über die Beweiskraft des Gutachters oder gar widersprechender Gutachten und Obergutachten allein bei dem Richter liegt. Nicht in alle technischen Einzelheiten anderer Wissenschaften wird der Rechtswahrer eindringen können, aber so viel muß er auf jedem Gebiete verstehen können und sich an Kenntnissen erarbeiten, daß er wenigstens die Grenz- und Zweifelsfragen erkennen, die großen Zusammenhänge verstehen und die Einordnung des Fachwissens in das gesamte Rechtsleben überschauen und regeln kann. Und auch der Anwalt, der die berechtigten Interessen seines Mandanten richtig beurteilen und vertreten will, muß die gleichen Fähigkeiten besitzen. Ein großer Teil der Schuld an den vielen unfruchtbaren Streitigkeiten, die unter Juristen und Medizinern um die hier behandelte Frage ausgefochten worden sind, beruht auf einer beiderseitigen Verkennung ihrer Aufgaben und Zuständigkeiten. Das Wort „offenbar“ und der Begriff „den Umständen nach offenbar unmöglich“ sind Rechtsbegriffe, deren Klärung und Erklärung nur dem Rechtswahrer obliegt<sup>55)</sup>. Der medizinische Sachverständige muß sich auf die Beurteilungen und Feststellungen beschränken, die in sein Fachgebiet fallen. In unserem Falle ist es also gänzlich unrichtig, wenn ein Gutachter etwa die Frage erörtern und entscheiden wollte, ob eine medizinische Tatsache „offenbar unmöglich“ ist. Er hat vielmehr nur darzulegen, ob etwas möglich oder unmöglich (in absolutem, naturwissenschaftlichem Sinne) ist, oder welcher Grad von Wahrscheinlichkeit für die Möglichkeit oder Unmöglichkeit spricht. Daß er hier, nämlich bei der Bestimmung des Grades der Wahrscheinlichkeit, mit wissenschaftlich fest gesicherten Zahlen und Formeln arbeiten kann, haben wir bereits gesehen. Seine weitere, besondere Aufgabe ist es natürlich, den jeweils neuesten Stand der Forschungen auf seinem Fachgebiet gebührend zu berücksichtigen. Er entscheidet also in unserer Frage lediglich über den Grad der Wahrscheinlichkeit. Ob der festgestellte Grad eine offenbare Unmöglichkeit i. S. des Gesetzes zu begründen vermag, entscheidet allein der Richter. So ist unsere Frage geradezu ein Musterbeispiel dafür, wie die Auf-

<sup>54)</sup> Siehe hierzu Schmidt-Klebenow: DR. 1936, 520; Bechert: DR. 1936, 475; Eben-Servaes ebenda S. 478.

Die in Fußnote 1 erwähnte Frage der Ausdehnung der Anspruchsfrist des § 1594 BGB. ist nunmehr durch ein Urteil des RG. v. 23. Nov. 1936: JW. 1937, 154<sup>b</sup> mit Ann. Roquette in dem Sinne entschieden worden, daß die Frist auch heute noch eingehalten werden müsse. Ich halte trotz der ausführlichen Begründung des RG., der auch Roquette beistimmt, die anderweitigen Entscheidungen des RG. und des OVG. Frankfurt für richtiger, kann hier auf diese Frage jedoch nicht näher eingehen. Die Entscheidung scheint mir auch auf jeden Fall den Grundsätzen des oben zitierten Urteils des IV. Zivilsenats des RG. v. 30. Nov. 1936 zu widersprechen.

<sup>55)</sup> Siehe zu diesen ganzen Fragen, insbesondere über die Stellung des gerichtlichen Sachverständigen zum Richter, die ausführlichen und ausgezeichneten Darlegungen Sellwigs a. a. D.; ebenso auch Sellheim a. a. D. S. 91.

gaben des Sachverständigen und des Richters und Anwalts getrennt werden müssen. Wenn diese Trennungslinie in der täglichen Praxis oft verwischt und überschritten worden ist, so tragen die Schuld hieran allerdings leider meist die Richter selbst, insofern sie die Beweisfrage und den Auftrag an den Gutachter dahin falsch formulieren, der Sachverständige möge sein Gutachten dahin abgeben, ob ein bestimmter Vorgang „offenbar unmöglich“ sei. Das ist, wie vorstehend gezeigt, gänzlich falsch, die Frage kann und muß nur dahin lauten, ob etwas vollkommen unmöglich oder in welchem Maße möglich bzw. wahrscheinlich sei.

Wenn auf dem hier behandelten Grenzgebiet zweier Wissenschaften auch jede ihre eigenen Gesetze beobachten muß, und die beiderseitigen Methoden der Zielsetzung und Zielfindung notwendigerweise verschieden sein müssen, so ist es zu einer gedeihlichen Zusammenarbeit doch erforderlich, daß der Rechtswahrer und der ärztlich-naturwissenschaftliche Gutachter die Grundprinzipien auch des anderen Faches wenigstens zu erkennen und beurteilen verstehen<sup>56)</sup>. Sauerbruch hat diesem Gedanken in neuester Zeit vollendeten Ausdruck gegeben, wenn er in seinem Geleitwort zu einer Neuerscheinung des medizinisch-juristischen Schrifttums sagt: „Heilkunde und Rechtsprechung gehören zu den ursprünglichen Äußerungen menschlicher Gemeinschaft. Mit steigender kultureller Entwicklung haben beide breitere Berührungsfelder gewonnen. Für den Arzt sind Kenntnis und Beachtung gesellschaftlicher Verpflichtungen unerlässlich, der Richter, der Verstöße gegen sie zu beurteilen oder zu ahnden hat, muß andererseits Verständnis für die Eigenart ärztlicher Arbeit haben“<sup>57)</sup>.

### Ergebnis

Ich will meine Untersuchung in folgende Grundsätze zusammenfassen:

I. „Den Umständen nach offenbar unmöglich“ bedeutet, daß alle<sup>58)</sup> zur Beurteilung dienlichen Beweismittel ergeben

<sup>56)</sup> So Hellwig a. a. O. S. 410/11f.

<sup>57)</sup> Geleitwort zu König, „Pflicht des Arztes“, Leipzig 1937; siehe dort auch König selbst S. 1 und das von Köstlin verfaßte Kapitel „Ärztliches Denken“. über die besondere Bedeutung einer Vereinigung ärztlichen und rechtlichen Denkens auf den neuen Gebieten der Gesundheitsgesetzgebung siehe Kopp: DR. 1937, 15.

<sup>58)</sup> Hier sei nochmals darauf hingewiesen, daß gerade die ebenso schwierige wie bedeutungsvolle Feststellung der offensiblen Unmöglichkeit der restlosen Ausnützung aller Beweismittel bedarf, von denen die an Hand der Reifezeichen zu ermittelnde Schwangerschaftsdauer nur eines ist. über die wichtige Blutgruppenvergleiche siehe insbesondere Hellwig a. a. O. und Müller-Hey u. Hallermann a. a. O.

müssen, daß die Möglichkeit des fraglichen Ereignisses dem Sachkundigen nach wissenschaftlicher Erfahrung gänzlich ausgeschlossen erscheint oder aber auch derart selten ist, daß praktisch mit ihr nicht gerechnet zu werden braucht. Also weniger als absolute Unmöglichkeit, aber etwas mehr als die sonst ohne das „offenbar“ genügende an Gewissheit grenzende Wahrscheinlichkeit. Hierbei ist besonders darauf zu achten, daß, wenn auch ein einzelnes Beweismittel für sich allein noch keine offenbare Unmöglichkeit begründen würde, eine solche sich doch noch aus den in derselben Richtung liegenden Ergebnissen anderer Beweismittel ergeben kann.

II. Der derzeitige Stand der medizinischen Wissenschaft ermöglicht zuverlässige Feststellungen über den Grad von Wahrscheinlichkeit für eine behauptete anormale Schwangerschaftsdauer. Die hier besonders interessierende Frage, welche Mindestschwangerschaftsdauer zur Geburt eines „reifen“ Kindes erforderlich ist, kann dahin beantwortet werden, daß eine kürzere Dauer als 220 Tage gänzlich ausgeschlossen werden kann, und daß unter 240 Tagen schon die Seltenheit beginnt, die zu einer besonders genauen Berücksichtigung aller sonst noch feststellbaren Beweismomente zwingt.

III. Die Aufgabe des ärztlichen Sachverständigen besteht darin, an Hand seiner eigenen und seiner Wissenschaft Erfahrungen dem Rechtswahrer den Grad der Wahrscheinlichkeit oder Unwahrscheinlichkeit einer Tatsache dazulegen; der Richter hat dann zu entscheiden, ob die fragliche Behauptung (oder gedachte Tatsache) „den Umständen nach offenbar unmöglich“ ist. Richter und Anwalt müssen imstande sein, das ärztliche Gutachten zu verstehen und seine Bedeutung nachzuprüfen. Andererseits wird der Richter sich in unseren Fällen niemals auf eigenes medizinisches Wissen verlassen bzw. sich allgemein auf eine Seite der medizinischen Meinungen schlagen dürfen, um etwa selbständig zu entscheiden, ob eine bestimmte Schwangerschaftsdauer im Einzelfalle offenbar unmöglich sei. Er wird sich vielmehr auf diejenige so schwierigen und umstrittenen Gebiete stets der Hilfe eines Sachverständigen bedienen müssen<sup>59)</sup>.

Einen Musterfall der Anwendung aller Forschungsmethoden bei der Vaterchaftsfeststellung schildert Giese in Dtsch. Ztschr. f. d. ges. gerichtl. Medizin 1933, II, 96.

<sup>59)</sup> Außer dem von mir zitierten Schrifttum gebe ich noch folgendes an: Schmid, „Beitrag zur Beurteilung der Schwangerschaftsdauer“: MSchr. f. Gyn. 1931 Bd. 89 S. 377—391; Kopp, „Die Schwangerschaftsdauer bei Menschen“: Ber. Gyn. 1935 Bd. 29 S. 417 bis 435; Tausch, „Beitrag zur Frage der anormalen Schwangerschaftsdauer“: MSchr. f. Gyn. 1933 Bd. 93 S. 137—144.

## Eidesstattliche Versicherungen im Zivilprozeß

Von Amtsgerichtsrat Bothe, Wriezen

Die eidesstattliche Versicherung ist gemäß § 294 ZPO. ein Mittel zur Glaubhaftmachung einer Tatsache. Von der eidesstattlichen Versicherung kann deshalb in allen Fällen Gebrauch gemacht werden, in denen die ZPO. eine Glaubhaftmachung vorschreibt, wenn nicht im einzelnen Fall die Glaubhaftmachung durch eidesstattliche Versicherung ausgeschlossen worden ist.

In der Praxis kommen ein großer Teil der Fälle, in denen eine Glaubhaftmachung durch eidesstattliche Versicherung zulässig ist, kaum vor, weil einmal diese Fälle überhaupt selten sind und weil ferner häufig eine Glaubhaftmachung einfacher mit anderen Mitteln, insbesondere durch Urkunden erfolgen kann. Am meisten hat der Prozeßrichter im Arrest- und im einstweiligen Verfügungsverfahren und in den Fällen der einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung in Verbindung mit den Klagen aus § 767 ZPO.

und § 771 ZPO. mit eidesstattlichen Versicherungen zu tun. Jeder Anwalt und jeder Richter weiß, wie leichtfertig häufig eidesstattliche Versicherungen abgegeben werden. Dies zeigen auch die gerade in letzter Zeit häufigen Bestrafungen wegen Abgabe falscher eidesstattlicher Versicherungen. Dieser Mißbrauch ist so weit gegangen, daß Warnungen in die Öffentlichkeit gehen mußten, nicht leichtfertig eidesstattliche Versicherungen abzugeben (vgl. DJ. 1936, 1839 und „Völkischer Beobachter“ 1936 Nr. 336 S. 4).

Vor auf ist es aber zurückzuführen, daß so häufig falsche eidesstattliche Versicherungen abgegeben werden? Einer der Gründe hierfür ist die auch in dem Aufsatz DJ. a. a. O. erwähnte Unkenntnis, die im Volke häufig über die Bedeutung der eidesstattlichen Versicherung herrscht. Der Rechtsanwalt oder der Richter muß deshalb noch eingehender als bisher die Parteien oder dritte Personen, die durch ihn eine eides-

stattliche Versicherung aufsetzen lassen wollen, auf ihre Bedeutung hinweisen, besonders darauf, daß die eidesstattliche Versicherung sich auch auf die Nebensächlichkeiten bezieht und daß sie vollständig sein muß. So entspricht es nicht der Bedeutung der eidesstattlichen Versicherung, wenn der Richter, der eine Glaubhaftmachung verlangt, verfügt: „Sie wollen noch an Eides Statt versichern, daß . . .“ oder: „Der Antrag muß zurückgewiesen werden, wenn nicht eine eidesstattliche Versicherung darüber beigebracht wird, daß . . .“ Derartige Fassungen können den einfachen Mann leicht zur Abgabe einer falschen eidesstattlichen Versicherung bestimmen. Der Richter muß sich die geringe Mühe machen, in seinem Schreiben angemessen auf die Bedeutung der eidesstattlichen Versicherung hinzuweisen.

Ein anderer Grund für die verhältnismäßig große Zahl falscher eidesstattlicher Versicherungen liegt darin, daß derjenige, der eine falsche eidesstattliche Versicherung unterschreibt, nicht so viel Widerstände in seinem Innern und solche, die von außen an ihn herantreten, zu überwinden hat, wie derjenige, der eine falsche Aussage als Zeuge machen will. Derjenige, der eine falsche eidesstattliche Versicherung abgibt, wird hierzu vielfach durch seine eigenen wirtschaftlichen Interessen oder das Zureden eines anderen bestimmt, in dessen Interesse die eidesstattliche Versicherung liegt; die andere Partei ist nicht in der Lage, dem Versicherenden ins Gewissen zu reden. Der Zeuge dagegen muß dem Richter und beiden Parteien Rede und Antwort stehen. Ihm wird in weit höherem Maße das Bedenkliche einer falschen Aussage bewußt.

Diese in der Natur der eidesstattlichen Versicherung liegenden Gefahren sollten eine Veranlassung dafür sein, den Gebrauch der eidesstattlichen Versicherung möglichst einzuschränken. Tatsächlich hat sich aber der Mißbrauch entwickelt, mit eidesstattlichen Versicherungen auch in solchen Fällen zu arbeiten, in denen eidesstattliche Versicherungen gesetzlich überhaupt nicht vorgesehen sind. Auch dieser Mißbrauch hat so um sich gegriffen, daß hiergegen schon verschiedentlich Stellung genommen werden mußte. Insofern kann auf den Hinweis der Rechtsanwaltskammer Düsseldorf in den M. d. R.N.A. 1936 Nr. 11 S. 192 verwiesen werden.

Auf einige dieser Fälle mißbräuchlicher Verwendung eidesstattlicher Versicherungen im Zivilprozeß soll hier eingegangen werden. Im Armenrechtsverfahren ist es nach § 118a ZPO. zulässig, daß das Gericht eine Glaubhaftmachung der tatsächlichen Angaben verlangt. Eine Glaubhaftmachung durch eidesstattliche Versicherungen ist zwar nach dem Wortlaut im Gegensatz zu den Bestimmungen der §§ 44, 406, 511 a, 546 ZPO. nicht ausdrücklich ausgeschlossen. Aus der Anordnung des § 118a ZPO., daß eine Beidigung nicht stattfindet, muß jedoch entnommen werden, daß auch die Versicherung an Eides Statt im Armenrechtsverfahren ausgeschlossen sein soll. In diesem Verfahren soll ja noch keine Entscheidung darüber getroffen werden, ob ein Anspruch begründet oder unbegründet ist, sondern nur eine Entscheidung darüber, ob die Rechtsverfolgung oder die Rechtsverteidigung aussichtsreich ist. Wenn die Zeugen aber durch die abgegebenen eidesstattlichen Versicherungen auf ihre Aussage festgelegt sind, wird in sehr vielen Fällen bereits im Armenrechtsverfahren schon entschieden sein, ob die Klage begründet ist oder nicht. Es hat dies zwar den Vorteil, daß vielleicht eine Armenrechtsbewilligung wegen Ausichtslosigkeit abgelehnt wird, und daß hierdurch die Kosten und die Arbeit des Prozesses gespart werden. Die Anforderung eidesstattlicher Versicherungen im Armenrechtsverfahren kann jedoch andererseits die Erforschung der Wahrheit erheblich erschweren oder gar eine richtige Entscheidung vereiteln. Es kommt nicht selten vor, daß eine Partei im Armenrechtsverfahren zur Glaubhaftmachung ihrer Behauptungen eidesstattliche Versicherungen ihrer Zeugen einreicht. Der Gegner reicht hierauf eidesstattliche Versicherungen seiner Zeugen ein, die

das Gegenteil versichern. Die eidesstattlichen Versicherungen der einen Seite müssen also unrichtig sein. Der Richter wird das Armenrecht bewilligen müssen. In dem nun entstehenden Rechtsstreit werden die Zeugen nicht von der Darstellung ihrer eidesstattlichen Versicherungen abweichen, schon um nicht selbst ihre Verfolgung wegen Abgabe einer falschen eidesstattlichen Versicherung herbeizuführen. Anders wird sich die Beweisaufnahme meist entwickeln, wenn die Zeugen nicht durch ihre frühere eidesstattliche Versicherung schon vor ihrer Vernehmung zu einer bestimmten Aussage gezwungen sind. Der Zeuge wird dann auf Grund der Vorhaltungen eher bei der Wahrheit bleiben, selbst wenn er zunächst vielleicht die Absicht hatte, unvollständige oder unrichtige Aussagen zu machen. Eine falsche eidesstattliche Versicherung wird schneller und leichter abgegeben, als eine falsche Zeugenaussage.

Die gleiche Gefahr einer vorherigen Bindung eines Zeugen auf eine bestimmte Aussage liegt in der gleichfalls gesetzlich nicht vorgesehenen Einreichung einer eidesstattlichen Versicherung des Zeugen während des Prozesses selbst. Dieses Verfahren wird nicht selten angewandt, um den Richter zu einer bestimmten Beweisaufnahme zu veranlassen, besonders, wenn der Zeuge erst verspätet benannt wird oder wenn der Zeuge die Unglaubwürdigkeit bereits vernommener Zeugen dargetan soll. Auch hier bestehen mit Rücksicht auf die Bindung des Zeugen an seine frühere eidesstattliche Versicherung die gleichen Gefahren für die Rechtsfindung. Die Einreichung einer eidesstattlichen Versicherung eines Zeugen zum Zwecke des Beweises findet in der Prozeßordnung keine Grundlage. Der einzige Fall, in dem das Gericht eine eidesstattliche Versicherung zwecks Beweises erfordern kann, ist die Bestimmung des § 377 Abs. 3 ZPO. Nur in diesem Falle dient die eidesstattliche Versicherung einmal nicht nur zur Glaubhaftmachung, sondern zum Beweise.

Offenbar hat sich die Anfitte, eidesstattliche Versicherungen eines Zeugen während des Prozesses einzureichen, dadurch eingebürgert, daß im Schiedsprozeß öfter die Vernehmung der Zeugen durch die Einholung eidesstattlicher Versicherungen ersetzt wird. Durch dieses Verfahren können zwar die Zeugegebühren gespart werden. Ob dies aber wirklich trotz der Ersparung der Kosten den Interessen der Parteien und der Bindung der Wahrheit dient, erscheint recht zweifelhaft. Der Richter bekommt keinen persönlichen Eindruck von der Glaubwürdigkeit der Zeugen. Dieser Eindruck ist aber vielfach für die Entscheidung ausschlaggebend. Ferner erfährt der Richter gar nicht, ob die eidesstattliche Versicherung von einem am Ausgang des Rechtsstreits interessierten Zeugen stammt, den er nie beidigt haben würde und dem er kaum geglaubt haben würde. Vor allem aber besteht auch hier die große Gefahr, daß der Zeuge den Wortlaut der eidesstattlichen Versicherung von einer Partei diktiert bekommt, daß er nicht zwischen den Parteien steht, sondern allein den Einwirkungen der einen Partei ausgesetzt ist, und daß deshalb die eidesstattliche Versicherung nicht das Bild gibt, das der Richter bei einer Vernehmung des Zeugen bekommen haben würde. Daher sollte auch im Schiedsverfahren im Interesse der Rechtsfindung von der Beweisaufnahme durch eidesstattliche Versicherungen abgesehen und lieber die Vernehmung der Zeugen angeordnet werden.

Schon diese Fälle lassen erkennen, wie gefährlich die Verwendung eidesstattlicher Versicherungen für die Wahrheitsfindung sein kann. Hinzu kommt die Gefahr für die Versicherenden selbst. Es ist deshalb durchaus gerechtfertigt, wenn sich die verschiedenen Stellen gegen den Mißbrauch wenden, der mit eidesstattlichen Versicherungen dadurch getrieben wird, daß eidesstattliche Versicherungen in Fällen eingereicht oder eingefordert werden, in denen dies gesetzlich nicht vorgesehen ist. Die Verwendung der eidesstattlichen Versicherung muß daher auf die im Gesetz vorgesehenen Fälle beschränkt bleiben und im übrigen auf ein Mindestmaß zurückgeführt werden.

# Ist das Verschweigen des Namens des Erzeugers durch die Mündelmutter eine Unterdrückung des Personenstandes (§ 169 StGB.)?

Von Landgerichtsrat Dr. Lange, Hannover

Nach § 169 StGB. wird mit Gefängnis bis zu 3 Jahren bestraft, wer ein Kind unterschleibt oder vorsätzlich verwechselt oder auf andere Weise den Personenstand eines anderen vorsätzlich verändert oder unterdrückt. Wird die Handlung in gewinnstüchtiger Absicht begangen, so erhöht sich die Strafe auf Zuchthaus bis zu 10 Jahren.

Unter „Personenstand“ ist das familienrechtliche Verhältnis einer Person zu anderen Personen zu verstehen. Nach § 1589 Abs. 2 BGB. gelten zwar ein uneheliches Kind und dessen Vater nicht als verwandt. Die Tatsache der zwischen ihnen bestehenden Blutsbeziehungen hat aber schon das BGB. nicht übersehen können. Auf ihnen beruht das Ehehindernis des § 1310 Abs. 3 BGB.; sie sind auch die Grundlage des Unterhaltsanspruchs des Kindes gegen seinen Erzeuger (§ 1708 BGB.). Auch die Möglichkeit der Legitimation zeigt die Bedeutung dieser Blutsbeziehungen (§§ 1719 f., 1723 f. BGB.). Es gehört deshalb mit Recht seit langem zu dem gesicherten Bestande der Rechtsprechung, daß auch die uneheliche Vaterschaft einen „Personenstand“ begründet (RGSt. 34, 427; 41, 301).

Das StGB. unterscheidet die Veränderung von der Unterdrückung des Personenstandes. Die erstere liegt vor, wenn ein Zustand herbeigeführt wird, kraft dessen der Personenstand eines Menschen auf längere Dauer rechtlich als ein anderer erscheint, als der Wahrheit entspricht. So ist es z. B., wenn eine uneheliche Mutter vor dem Vormundschaftsgericht eine falsche Person als Vater benennt (RGSt. 34, 427). Den Personenstand unterdrücken heißt dagegen: einen tatsächlichen Zustand herbeiführen, kraft dessen verhindert oder wenigstens erschwert wird, daß das wirkliche familienrechtliche Verhältnis einer Person zur Geltung gelangt. Dabei muß der Vorstoß auf eine dauernde Verdunklung gerichtet sein (RGSt. 36, 137; 70, 18).

Die Unterdrückung des Personenstandes kann in einem Tun, d. h. einem positiven Handeln des Täters, bestehen. Dahin gehört nach RGSt. 70, 18 = JW. 1936, 657<sup>24</sup> der Fall, daß eine uneheliche Mutter vor dem Vormundschaftsgericht die unwahre Angabe macht, sie habe in der Empfängniszeit mit mehreren Männern Geschlechtsverkehr gehabt und könne deshalb den Vater nicht angeben. Zu der Frage, ob eine uneheliche Mutter sich auch durch ein Verschweigen des ihr bekannten Namens des Erzeugers nach § 169 StGB. strafbar macht, hat sich das RG. bislang nicht geäußert. In RGSt. 41, 305 findet sich lediglich der Satz, daß in dem Verschweigen dessen, was man zu sagen nicht verpflichtet sei, keine Unterdrückung liege. Ob aber die Mutter verpflichtet ist, den Namen des Erzeugers zu nennen, ist damit nicht entschieden.

Ob eine solche Verpflichtung anzuerkennen ist, ist seit langem streitig. In den StGB.-Kommentaren wird diese Frage durchweg verneint. Auch in den zivilrechtlichen Erörterungen und Entscheidungen ist die Mehrheit für die Verneinung der Frage (vgl. RGKKomm. 1 zu § 1717 BGB.; DLG. München v. 10. Mai 1911 in SeuffArch. 67, 49; DLG. Colmar v. 28. Nov. 1913 in DLG. 30, 343; Tebelmann in DZS. 1903, 472 und 570). Immerhin finden sich mehrfach gegenteilige Stimmen (vgl. Enneccerus-Kipp § 94 II a. E.; DZS. 1903, 398; „Recht“ 1904, 571; 1908, 536).

Wie bemerkt, handelt es sich durchweg um Erörterungen älteren Datums. Nach heutiger Rechtsanschauung ist m. E. die Verpflichtung der Mündelmutter gegenüber dem Kinde, den Namen des Erzeugers zu nennen, zu bejahen. Die Begründung liegt in folgendem:

Das uneheliche Kind hat im Verhältnis zur Mutter und ihren Verwandten die rechtliche Stellung eines ehelichen

Kindes (§ 1705 BGB.). Die Mutter hat aber nicht die volle elterliche Gewalt, sondern nur das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen, jedoch wiederum ohne das Recht zur Vertretung (§ 1707 BGB.). Der Rest der elterlichen Gewalt steht dem Jugendamt als gesetzlichem Amtsvormund zu (§ 35 JugWohlfG.). Der Rahmen der Personensorge ist in den §§ 1631, 1632 BGB. nicht erschöpfend umschrieben; sie umfaßt die Sorge für das geistige, seelische und leibliche Wohl des Kindes.

Daß die Angabe des Namens des der Mutter bekannten Vaters dem Wohle des Kindes und auch der Volksgesamtheit dient, kann m. E. heute nicht bestritten werden. Was die wirtschaftliche Sicherstellung des Kindes anlangt, so könnte dem entgegengehalten werden, daß sie auch auf andere Weise möglich sei. Es sind früher häufig Schweigeverträge zwischen dem Erzeuger und der Mündelmutter geschlossen worden, durch die sich der Erzeuger zur Zahlung laufender oder einmaliger Geldsummen verpflichtet, sie auch wohl hinterlegt hat gegen die Verpflichtung der Mündelmutter, seinen Namen nicht zu nennen. Solche Verträge sind früher durchweg für gültig erklärt worden, es sei denn, daß in ihnen eine Verpflichtung zum Lügen, z. B. zur Angabe eines falschen Erzeugers, enthalten war, oder daß dadurch dem Kinde die ihm zukommenden Unterhaltsgelder vorenthalten wurden (DLG. München und Colmar a. a. O.). Meistens aber schien durch einen solchen Vertrag die geldliche Sicherung des Kindes besser geregelt als sonst, da für den Fall der Namensnennung erhebliche Schwierigkeiten im Unterhaltsprozeß und in der Zwangsvollstreckung zu erwarten waren. Es ist aber nicht zu verkennen, daß trotzdem vielerlei Unsicherheitsmomente bleiben. Der Unterhaltsbedarf des Kindes kann sich durch Unfall, Krankheit usw. in unvorhergesehener Weise vergrößern, so daß Ansprüche nach § 1708 Abs. 2 BGB. erwachsen; der ungenannte Erzeuger kann zahlungsunfähig werden, oder die hinterlegten Werte können abhanden kommen. Keinesfalls aber kann es genügen, wenn das Kind aus den Mitteln der Mutter unterhalten wird. Denn sie haftet gesetzlich erst nach dem Erzeuger (§ 1709 Abs. 1 BGB.), und durch ihre Unterhaltsleistungen würde ein etwaiger Erbanspruch des Kindes (§ 1705 BGB.) gegen seine Mutter beeinträchtigt. Die Mutter kann auch jederzeit durch unerwartete Umstände zahlungsunfähig werden, so daß alsdann die Frage nach dem Erzeuger doch aufgeworfen werden müßte, wenn das Kind nicht der Allgemeinheit zur Last fallen soll.

Ergibt sich schon daraus ein wirtschaftliches Interesse des Kindes wie der Volksgesamtheit an der Feststellung des Erzeugers, so folgt ein weiteres ideelles (aber auch wirtschaftlich bedeutsames) Interesse aus der Rassegesetzgebung des Dritten Reiches. Es bedarf keiner weiteren Ausführung, daß die Abstammung des Kindes von entscheidender Bedeutung ist. Überall — mag es sich um die Aufnahme in die Schule, in Parteiorganisationen, in das Heer, in die Beamtschaft oder um die Heirat oder andere erbbiologisch bedeutsame Vorgänge handeln — wird der klare Nachweis der arischen Abstammung dem Kinde die Wege ebnen. Daran ändert es nichts, daß man in unaufklärbaren Zweifelsfällen dazu neigen wird, ein uneheliches Kind als arisch anzusehen (vgl. RMdZ. im Völk. Beobachter v. 19. Jan. 1934), worauf das RG. in anderem Zusammenhange (JW. 1934, 2622<sup>1</sup>) hinweist. Auch die Volksgesamtheit hat ein Interesse an möglicherweise rassischer Klarheit; denn nur so kann auch verborgenen fremdrassigen Einflüssen entgegengearbeitet werden.

Aus alledem ergibt sich m. E., daß die Sorge für die Person des Kindes auch die Pflicht der Mündelmutter enthält, den Namen des Erzeugers anzugeben. Diese Feststellung berührt nicht die (durchweg verneinte) Frage, ob eine Klage

auf Feststellung der Abstammung eines unehelichen Kindes zulässig ist (vgl. Fischer: *FW.* 1936, 237 f.), und ebenso wenig die (z. B. vom RG. v. *FW.* 1934, 2622<sup>1</sup> verneinte) Frage, ob die Weigerung der Mündelmutter, den Namen des Erzeugers zu nennen, die Entziehung des Sorgerechts rechtfertigt; denn dabei handelt es sich um die besonderen gesetzlichen Voraussetzungen des § 256 ZPD. und des § 1666 BGB.

Ein erhebliches Bedenken gegen die hier vertretene Ansicht aber scheint sich daraus zu ergeben, daß der Mündelmutter im Unterhaltsprozeß des Kindes gegen den Erzeuger ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht (§ 383 Abs. 1 Nr. 3 ZPD.). Dies ist wenigstens die herrschende Ansicht (vgl. *Jonas* § 385 I; *Walzmann* N. 4). Auch hiergegen sind jedoch seit langem Bedenken erhoben worden, denen heute m. E. verstärktes Gewicht zukommt. Nach § 385 Abs. 1 Nr. 3 ZPD. darf der Zeuge in den Fällen des § 383 Nr. 1 bis 3 ZPD. das Zeugnis nicht verweigern über „Tatsachen, welche die durch das Familienverhältnis bedingten Vermögensangelegenheiten betreffen“. Das RG. hat bislang den Standpunkt vertreten, daß diese Ausnahmegestimmung auf die Mündelmutter nicht zutrefte (RGSt. 36, 1; 61, 402). Dem ist folgendes entgegenzuhalten: Die Aussage der Mündelmutter betrifft in der Hauptsache ihre geschlechtlichen Beziehungen zu dem angeblichen Erzeuger. Das sind zweifellos Tatsachen, die „Vermögensangelegenheiten“ betreffen; denn von ihrer Feststellung hängt der Unterhaltsanspruch des Kindes ab. Daß es sich um eine Vermögensangelegenheit des Zeugen handeln muß, verlangt das Gesetz nicht. Diese Vermögensangelegenheit ist auch „durch das Familienverhältnis — zwischen der Mündelmutter und dem klagenden Kind — bedingt“ oder doch mitbedingt; denn dadurch, daß das Kind von der Mündelmutter geboren ist, ist gleichzeitig der Unterhaltsanspruch gegen den Erzeuger entstanden. Danach steht also der Mündelmutter kein Zeugnisverweigerungsrecht zu (ebenso: *DJZ.* 1903, 472; *Seifarth*: „*Recht*“ 1904, 571; von *Warnstedt*: „*Recht*“ 1908, 536). Dies ist auch mit dem Sinn des § 385 Nr. 3 ZPD. durchaus zu vereinbaren. Der Grund der Vorschrift liegt darin, daß die betreffenden Angelegenheiten lediglich im Familienkreise verhandelt zu werden pflegen, und daß wegen des regelmäßigen Fehlens anderer Beweismittel das Zeugnisverweigerungsrecht mit dem Interesse anderer Familienmitglieder in Widerstreit treten würde (RGZ. 40, 345). Alles dies gilt auch für das Verhältnis zwischen der Mündelmutter und dem unehelichen Kind, auf das sich auch die Bezeichnung „Familie“ unbedenklich anwenden läßt (vgl. § 1705 BGB.).

Nach § 384 Nr. 2 ZPD. und § 55 StPD. kann der Zeuge

die Auskunft auf solche Fragen verweigern, deren Beantwortung ihm selbst oder einem nahen Angehörigen die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung zuziehen würde. Dieser Grund kann in der Person der Mündelmutter vorliegen, z. B. wenn sie mit einem verheirateten Mann oder mit ihrem eigenen Vater geschlechtlich verkehrt hat (§§ 172, 173 StGB.). Hier stehen zweierlei Interessen miteinander in Widerstreit: das der Mündelmutter an der Geheimhaltung der strafbaren Handlung und das des Kindes und der Volksgesamtheit an der Klärung der rassistischen und erbbiologischen Abstammung. M. E. ist auch hier das letztere als das stärkere anzuerkennen. Daß auch der Gesetzgeber dem Zeugnisverweigerungsrecht hier geringeren Wert beilegt, ergibt sich daraus, daß — im Gegensatz zu § 383 Abs. 2 ZPD. und § 52 Abs. 2 StPD. — hier eine Belehrung durch das Gericht nicht erforderlich ist. Zu beachten ist auch, daß nach § 157 Nr. 2 StGB. nur eine Strafmilderung, nicht etwa Straffreiheit eintritt, wenn die Mündelmutter, ohne über ihr Zeugnisverweigerungsrecht belehrt worden zu sein, die Unwahrheit beschwört.

Es mag schließlich noch geprüft werden, inwiefern der hier vertretene Standpunkt sich mit den gesetzgeberischen Absichten der Gegenwart deckt. Über die Vorschläge des Familienrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht hat sich kürzlich *Bechert* („*Deutsches Recht*“ 1936, 475) geäußert. Die Vorschläge beginnen mit dem Kernsatz, daß die uneheliche Vaterschaft von Amts wegen festzustellen sei. Dasselbe Forderung erhebt die Rechtsanwältin *Dr. Ilse Eben-Servaes*, gleichfalls Mitglied der Akademie für Deutsches Recht (a. a. O. S. 478). Sie sagt wörtlich: „Die unverheiratete Frau wird verpflichtet werden müssen, schon eine bestehende Schwangerschaft mitzuteilen und den Namen des Vaters anzugeben.“ Sie erwähnt ferner, daß nach norwegischem Recht eine falsche Erklärung der Mutter über den Vater oder die Weigerung, den Vater zu benennen, mit Geldstrafe oder Gefängnis bestraft werde. Es soll nicht verschwiegen werden, daß in dem Aufsatz von *Margarete zur Nieden* (a. a. O. S. 481 f.), der Leiterin einer großen Adoptionsstelle, der Vorschlag, die uneheliche Mutter durch Haft zur Aussage über den Vater des Kindes zu zwingen, als „sehr unzumutbar und nur nachteilig“ bezeichnet wird, weil der Zwang leicht dazu führen könne, daß die Mündelmutter einen falschen Namen angebe, und Abtreibung, Verleumdung, Erpressung, Mord und Selbstmord zur Folge haben könne. Diese Befürchtungen sind m. E. übertrieben. Ich glaube vielmehr, daß der strafgerichtliche Zwang ein wertvolles Mittel ist, um die von allen Seiten als wünschenswert anerkannte zuverlässige Feststellung der Vaterschaft zu ermöglichen.

## Zur Frage der Ehelichkeitsanfechtung (§ 1594 BGB.)

Von Amtsgerichtsrat Dr. Walter Kallfelz, Cottbus

Die Bedeutung, welche der Feststellung der blutsmäßigen und erbbiologischen Abstammung und damit der wahren Sippenzugehörigkeit jedes Deutschen heute zukommt, und deren ausschlaggebende Wichtigkeit in einem Urteil des IV. ZivSen. des RG. v. 30. Nov. 1936, IV 234/36 (in diesem Heft S. 620<sup>9</sup>) mit klaren Worten anerkannt worden ist, verlangt auch im Rechtsleben verbesserte Mittel und Möglichkeiten, diese Rechtsverhältnisse klären, feststellen und gegebenenfalls richtigstellen zu können. Da die kurze Anfechtungsfrist des § 1594 BGB. leicht schuldlos versäumt werden kann, schon weil sich oft erst später die Gewißheit oder auch nur der Verdacht an der Vaterschaft ergibt, hat das OLG. Frankfurt a. M. in einer viel beachteten Entscheidung v. 10. Sept. 1936 (*FW.* 1936, 2432<sup>10</sup>) ausgesprochen, ein Ehemann könne u. U. auch noch nach Ablauf dieser Frist die Anfechtung der Ehelichkeit eines in seiner Ehe geborenen Kindes durchführen, weil die Anwendung von gesetzlichen Vorschriften sinnlos und damit nicht Rechtszweck werde, wenn sie mit dem Grundsatz des Blutes in Widerspruch stände

(s. auch *DM.* 1936, 494 und *Schmidt-Klewenow*: *FW.* 1936, 16).

Derselbe Senat des RG. ist nunmehr in einem Urteil v. 23. Nov. 1936 (IV 189/36: *FW.* 1937, 154<sup>5</sup> mit Anmerkung) dieser Auffassung entgegengetreten und hat ein Urteil des OLG. Frankfurt a. M., das sich der Ansicht des OLG. Frankfurt angeschlossen hatte, aufgehoben und die nach Ablauf der einjährigen Frist erhobene Anfechtungsklage abgewiesen. Ich kann hier nicht im einzelnen zu der fast übergroßen Fülle von Fragen Stellung nehmen, welche die Entscheidung berührt. Es sind dies fast alle Fragen des Rechts und der Rechtsanwendung, die hier mitsprechen und anknüpfen, ihre erschöpfende Erörterung würde Bände füllen. Ich will hier nur der Begründung des Urteils, der *Roquette* sich im wesentlichen anzuschließen scheint, einen bestimmten und m. E. wesentlichen Gedanken entgegenstellen.

Es scheint mir zunächst kaum möglich, die Frage der blutsmäßigen Abstammung und die der ehelichen oder unehelichen Abstammung eines Kindes so voneinander zu trennen

nen, wie das RG. das tun will. Das RG. hält mit seinen eigenen Worten „eine einheitliche Beantwortung der Frage nach der blutsmäßigen Abstammung und der Frage nach dem Familienstand zwar für wünschenswert, eine verschiedene Beantwortung dieser beiden Fragen aber nicht für so unerträglich, daß die für die Anfechtung der Ehelichkeit „nun einmal“ (!) bestehenden Vorschriften des BGB. als durch das nationalsozialistische Gedankengut ohne Gesetzesänderung außer Kraft gesetzt angesehen werden könnten“. M. E. lassen sich diese beiden Fragen kaum theoretisch, geschweige denn praktisch voneinander trennen. Es erscheint mir jedenfalls schwierig, wie die wahre blutsmäßige Abstammung eines Menschen, die nach den Worten desselben Senats in seinem oben zitierten Urteil v. 30. Nov. 1936 „das wirklich Wichtige ist, demgegenüber die rechtliche Stellung als eheliches Kind keine unbedingt schutzwürdige Bedeutung habe“, im Gemeinschaftsleben in Erscheinung treten und geltend gemacht werden könnte, ohne eine gleichzeitige Änderung des sogenannten Familienstandes, der doch wohl die Sippenzugehörigkeit darstellt, die — wieder mit den Worten der oben zitierten Entscheidung — der blutsmäßigen Abstammung folgt. In der anderen Entscheidung sagt das RG. zwar, eine spätere Möglichkeit, die wahre blutsmäßige Abstammung festzustellen, könne trotz Ablaufs der Anfechtungsfrist bestehen, wenn auch der Familienstand unberührt bleiben müsse. M. E. müßte eine derartige Möglichkeit, soweit sie praktisch im Rechtsleben irgendwie in Erscheinung treten würde, zu geradezu grotesken Ergebnissen führen.

Im übrigen beruht die Begründung des Urteils, die insoweit derjenigen des bekannten Beschlusses des OLG. Hamburg v. 22. Mai 1936 (ZB. 1936, 3063<sup>32</sup>) folgt, in der Hauptsache darauf, daß die Ehelichkeitsvermutungen (§§ 1591, 1592 BGB.) und die Beschränkungen der Ehelichkeitsanfechtung (§§ 1593 ff. BGB.) streng ausgelegt werden müßten, weil sie den Schutz des ehelichen Familienstandes, der Familienehre und des Familienfriedens bezweckten. Aber gerade diese Beweisführung überzeugt mich keineswegs, sie setzt vielmehr m. E. an einer falschen Stelle ein. Der Familienfriede und die Ehre der Frau werden doch nicht dadurch gestört, daß man die Möglichkeiten und Rechtsmittel erweitert, den wahren Zustand herzustellen und bereits geschahene und entdeckte Störungen dieses Friedens und dieser Ehre zu beseitigen. Es ist doch wohl vielmehr so, daß zuerst die Störung des Friedens, die Verletzung der Ehre da ist, und dann erst der Verletzte nach einem Rechtsbehelf sucht. Ob Friede und Ehre nun dadurch wieder hergestellt und erhalten werden, daß man diesen Rechtsbehelf möglichst einschränkt, scheint mir doch sehr zweifelhaft. In allen Fällen, in denen die Beteiligten eben nicht gewillt sind, zu vergeben und zu vergessen und es bei der scheinbaren Ehelichkeit zu belassen, werden Ehe und Familie ohnehin zerstört sein, und was übrigbleibt, ist dann lediglich die Tatsache, daß die Bluts- und Sippenzugehörigkeit eines Menschen verfälscht ist und die Blutsgemeinschaft einer anderen Sippe mit einem Fremdkörper belastet ist. Dort, wo die Beteiligten es bei einer solchen Verfälschung belassen wollen, mag das ihre Sache sein, soweit höhere öffentliche Interessen dem nicht entgegenstehen, was allerdings sehr wohl möglich sein kann. Aber dort „stört“ auch eine erweiterte Anfechtungsmöglichkeit nicht, weil von ihr ja niemand Gebrauch macht. Dies geschieht vielmehr doch nur dort, wo eben der Friede bereits gestört ist, und mit dem Zweck, ihn durch Schaffung eines gerechten Zustandes wiederherzustellen. Daß hierbei nicht nur die schuldige Frau, sondern auch das an sich unschuldige Kind in Mitleidenschaft gezogen wird, ist im ersteren Falle gerecht, im anderen vielleicht rein menschlich bedauerlich. Das kann aber doch nicht dazu führen, denjenigen in seinen Rechten zu schmälern, der der eigentliche Verletzte ist.

Es ist der alte Streit, wie Recht und materielle Gerechtigkeit, wie Formen, Paragraphen und Fristen. Es ist zwar richtig, wenn Roquette darauf hinweist, daß die Familie nicht ausschließlich eine Blutsgemeinschaft, sondern eine Rechtsgemeinschaft darstelle, was schon die Einrichtung der Adoption beweise. Die endgültige systematische Neu-

ordnung und Einregelung aller dieser Fragen in den großen Rahmen des nationalsozialistischen Rechts wird der kommenden umfassenden Umgestaltung unseres gesamten bürgerlichen Rechts vorbehalten bleiben. Es ist sicher, daß Formen und Fristen, kurz, Ordnung zum Wesen und zu den Notwendigkeiten staatlicher Rechtsordnung gehören, und daß derjenige, der seine Rechte im Rahmen dieser notwendigen Ordnung nicht wahrnimmt, ihren Verlust hinnehmen muß. Die hieraus sich immer wieder ergebenden Fälle des Auseinanderfallens von materiellem Recht und gesetzter Rechtsordnung auf ein möglichst geringes Maß herabzudrücken, sollte Ziel und Zweck einer umfassenden Rechtschulung und Rechts-erziehung unseres Volkes, vor allem unserer neuen nationalsozialistischen Jugend sein.

Aber deshalb scheint doch der absolute Charakter der Anfechtungsfrist des § 1594 BGB. und ihrer Abstellung allein auf die Kenntnis von der Geburt des Kindes mit Rücksicht auf die heutige erhöhte, ja ausschlaggebende Bedeutung der wahren blutsmäßigen Abstammung des deutschen Menschen unerträglich. Dieses gilt um so mehr, als auch die Erkenntnis- und Beweismöglichkeiten für die blutsmäßige Abstammung sich erst in neuester Zeit grundlegend umgestaltet haben. Früher war der Ehemann, der einen Verdacht gefaßt hatte, fast ausschließlich auf die Aussage der Ehefrau selbst angewiesen. Heute stehen objektive Forschungsmethoden zur Verfügung, von denen eines der wichtigsten, die Blutgruppenbestimmung, gerade bei Kindern oft erst nach Überschreitung des ersten Lebensjahres zu wissenschaftlich sicheren Ergebnissen führen kann. Das allein müßte dazu zwingen, die Frist des § 1594 BGB. im Einzelfalle ausdehnen zu können. Im anderen Falle würde man jeden Ehemann, der einen bestehenden Verdacht durch die Blutgruppenvergleiche erhärtet oder ausgeräumt wissen will, zwingen, auf jeden Fall vor Ablauf der Frist die Anfechtungsklage zu erheben, statt zunächst die Durchführung der Probe außergerichtlich vornehmen zu lassen. Damit wäre aber wohl dem Wunsch, derartige Dinge möglichst der öffentlichen Erörterung zu entziehen, sicher nicht gedient.

M. E. muß also die Frist des § 1594 BGB. durch die nationalsozialistische Rechtsauffassung insoweit als außer Kraft gesetzt angesehen werden, als diese Frist unverschuldet veräußert worden ist, d. h., wenn der Ehemann erst nach Ablauf der Frist Kenntnis von dem Bestehen oder der Zweifelhaftheit seiner Vaterschaft erhalten hat, bzw. ihm erst nach Ablauf der Frist die Möglichkeit der Beweisführung in dieser Richtung eröffnet worden ist. Derart wichtige und kurze Fristen müssen eine Wiedereinsetzungsmöglichkeit wegen unverschuldeter Versäumung in sich tragen, bzw. ihr Lauf muß gemäß § 203 BGB. insoweit durch höhere Gewalt als gehemmt gelten und erst in dem Zeitpunkt beginnen, in dem die ganze Frage überhaupt praktisch in Erscheinung tritt. Die absolute Bindung an den Tag der Geburt des Kindes widerspricht jedenfalls ebensosehr unserer heutigen Rechtsanschauung als den Mitteln moderner Rechtsfindung auf diesem Gebiete. Es muß heute anerkanntes Recht sein, daß jede alte Rechtsnorm als aufgehoben angesehen werden kann oder wenigstens im Einzelfalle Übergangen werden kann, die nationalsozialistischem Gedankengut klar zuwiderläuft. Daß dieses in unserem Falle zutrifft, haben die Entscheidungen des RG. und des OLG. Frankfurt m. E. mit Recht bejaht. Es widerspricht unserer heutigen Auffassung von dem Vorrang der materiellen Gerechtigkeit ebensosehr wie der von der Bedeutung der wahren blutsmäßigen Abstammung und Sippenzugehörigkeit, wenn ein Mann, der eine so kurze Frist unverschuldet veräußert hat, deshalb gezwungen sein sollte, nicht nur sein eigenes Leben mit einer ungerechten Last zu beschweren, sondern auch für alle Ewigkeit wenigstens nach außen hin eine Verfälschung seiner Sippe — insbesondere, wenn es sich um den Mannesstamm handelt — zu dulden. Von dieser Seite muß man nämlich unsere Frage in erster Linie sehen, nicht vorzüglich von der Seite der Frau oder des Kindes aus. Denn auf dieser Seite liegt doch das Recht!

Daß in einem solchen Falle der Richter zur Angleichung

des früheren geschriebenen Rechts an die feststehenden Grundzüge nationalsozialistischen Rechtsdenkens befugt und verpflichtet ist und nicht auf den Gesetzgeber warten muß oder auch nur darf, steht m. E. fest. Ein Eingreifen des Gesetzgebers in solchen Einzelfragen ist doch immer erst dann nötig, wenn die Praxis sich unfähig zeigt, mit dem Gesetz gerechte Entscheidungen zu treffen. Dem großen Werk des Gesetzgebers, der umfassende und abschließende Kodifikationen schafft und nicht täglich in Einzelfragen eingreifen kann, soll die Praxis, soweit irgend möglich, den Weg bereiten.

Die vorliegenden Ausführungen haben sich bewußt auf die Frage der Ausdehnung der Anfechtungsfrist zugunsten des nach den Vorschriften des BGB. überhaupt allein anfechtungsberechtigten Ehemannes beschränkt. Die viel weitergehende Frage, ob nicht die Ehelichkeitsgeltung eines tatsächlich und nachweisbar nicht ehelich erzeugten Kindes überhaupt mit dem nationalsozialistischen Gedankengut unver-

einbar sei, kann hier nicht erörtert werden. Das RG. hat sie verneint. M. E. muß sie bejaht werden. Auch das Interesse des Kindes, seiner Mutter und evtl. auch das seines wahren Erzeugers an der Feststellung der wirklichen Abstammung können in einem so hohen Maße schutzbedürftig und schutzwürdig sein, daß eine rechtliche Möglichkeit zu ihrer Klärung und Feststellung mit Wirkung für und gegen alle eröffnet werden muß. Im übrigen hat sich die hier kritisierte Entscheidung des RG. eine anderweitige Entscheidung ausdrücklich für den Fall vorbehalten, in dem es sich um die Feststellung der arischen und nichtarischen Abstammung handeln würde. Würde das RG. aber hier eine erweiterte Anfechtungsmöglichkeit zulassen, so ist es nicht einzusehen, weshalb dieses nicht auch in anderen Fällen möglich sein sollte, in denen das Interesse an der wahren Abstammung oft nicht viel geringer sein wird (siehe hierzu auch neuestens *Zohmann*: *ArchZ.* 1937 Heft 3 S. 85).

## Einführung patentamtlicher Kostenmarken

Von Oberregierungsrat Bindewald, Berlin

Das große Reformwerk des gewerblichen Rechtsschutzes, insbesondere sein Kernstück, das neue am 1. Okt. 1936 in Kraft getretene PatG. v. 5. Mai 1936 hat eine Fülle von Nebenbestimmungen im Gefolge gehabt, darunter eine Gebührenneuordnung durch das „Gesetz über die patentamtlichen Gebühren“ v. 5. Mai 1936 (PatMustZeichBl. 1936, 95). Dieses Gesetz wird gebührenrechtlich durch die vom RZM. erlassene „Verordnung über das Reichspatentamt“ v. 6. Juli 1936 (PatMustZeichBl. 1936, 125) ergänzt. § 34 dieser AusfV.D. bestimmt u. a.:

„Das RPatA. kann nach seinem Ermessen jedem in Eingaben und Verhandlungen Einsicht gewähren, soweit diese gesetzlich nicht beschränkt ist. Die Alteneinsicht und die Erteilung von Auskünften, Abschriften und Auszügen können davon abhängig gemacht werden, daß vorher die entstehenden Kosten erstattet werden. Für Anträge auf Einsicht in Anmeldungs- und Erteilungsakten von Patenten und für Anträge auf Abschriften und Auszüge daraus ist eine Verwaltungsgebühr von 5 R.M. zu zahlen. Gebührenfrei sind jedoch:

- a) Anträge, die das eigene Schutzrecht betreffen;
- b) Anträge auf Einsicht in die Auslegestücke einer Anmeldung, solange das Patent noch nicht erteilt, und in die Unterlagen der Patentschrift, solange der Druck ausgesetzt ist.

Auch in anderen Fällen kann die über den Antrag entscheidende Stelle aus Billigkeitsgründen von Erhebung der Gebühr absehen oder ihre Rückzahlung anordnen. . .

Für Anträge auf Mitteilung der öffentlichen Druckschriften, die dem Anmelder im Prüfungsverfahren entgegengehalten wurden, ist eine Verwaltungsgebühr von 3 R.M. zu zahlen.“

Die Einführung dieser Verwaltungsgebühren hat den Anstoß dazu gegeben, daß zum erstenmal in der Geschichte des RPatA. Kostenmarken zur Begleichung von Gebühren geschaffen wurden. Wünsche nach der Einführung patentamtlicher Gebührenmarken waren im Laufe der Jahre schon mehrfach laut geworden. Es liegt jedoch auf der Hand, daß mancherlei Bedenken gegen die Zulassung einer Gebührenbegleichung mit Hilfe von Marken bestehen, zum wenigsten soweit höhere Beträge in Frage stehen, z. B. die Patentjahresgebühren, die von 30 R.M. bis zu 1000 R.M. (für das 18. Patentjahr) ansteigen. Man denke nur an die Versuchung, solche hochwertigen Marken zu fälschen. Es ist auch nicht jedermanns Sache, sich ständig einen größeren Vorrat teurer Marken zu halten. Diese Bedenken entfielen bei den genannten Verwaltungsgebühren mit ihren geringen Beträgen von 3 und 5 R.M.

Die Amtsleitung hat deshalb unter dem 17. Okt. 1936

im PatMustZeichBl. (1936, 201) folgende Neuerung bekanntgegeben, die bereits seit dem 1. Nov. 1936 in Geltung ist:

### Einführung von Kostenmarken

Nach § 34 der V.D. über das RPatA. v. 6. Juli 1936 (RGBl. II, 219; PatMustZeichBl. 1936, 125) sind die Alteneinsicht und die Erteilung von Auskünften, Abschriften und Auszügen vom 1. Okt. 1936 an von der vorherigen Erstattung der entstehenden Kosten abhängig.

Um die Erledigung derartiger Anträge zu beschleunigen, soll die Entrichtung der nach § 34 Abs. 3 und 6 zu zahlenden Verwaltungsgebühren vom 1. Nov. 1936 an durch Verwendung von Kostenmarken im Werte von 3 und 5 R.M. erfolgen, die vom Antragsteller auf die Eingaben aufzukleben sind.

Der Wertbetrag selbst ist auf den Marken nicht angegeben. Zur Vermeidung von Verwechslungen erscheinen daher die Marken in verschiedenen Farben, und zwar:

die 3-R.M.-Marke in Blau mit dem Aufdruck:  
Kostenmarke  
Nur für Auskunftserteilung  
Reichspatentamt,

die 5-R.M.-Marke in Braungelb mit dem Aufdruck:  
Kostenmarke  
Nur für Alteneinsicht  
Reichspatentamt.

Die Verwendung der Kostenmarken ist freiwillig, so daß obige Gebühren auch in anderer Weise, entsprechend den geltenden allgemeinen Zahlungsbestimmungen, entrichtet werden können.

Der Verkauf der Marken erfolgt nur durch die Patentschriftenvertriebsstelle des Reichspatentamts in Berlin SW 61, Gitschiner Straße 97/103, und zwar entweder an der Kasse dieser Dienststelle gegen Barzahlung oder aber auf Bestellung von außerhalb mit der Post gegen vorherige Einsendung des Betrages (einschließlich des Versendungsportos). Beträge bis zu 40 R.M. werden mit Einschreibebrief, höhere Beträge mit Wertbrief versandt.

Die Entwertung der Kostenmarken findet ausschließlich durch die Annahmestelle des Reichspatentamts sofort bei Eingang der entsprechenden mit Kostenmarken versehenen Anträge durch Aufdruck des Tagesstempels statt. Verdorrene, nicht verwendete Marken werden auf Antrag gegen neue Marken umgetauscht.

Berlin, den 17. Oktober 1936.

Der Präsident des Reichspatentamts  
Klauer.

Bei der Benutzung der neuen Kostenmarken ist zu beachten, daß sie unter keinen Umständen zur Begleichung anderer patentamtlicher Gebühren, z. B. der Anmelde-, Jahres- und Umschreibungsgebühren verwendet werden dürfen. Es wird sich empfehlen, vor allem zur Beschleunigung des Alteneinsichtsverfahrens von der Einrichtung der Marken reichen Gebrauch zu machen.



## Rechtsanwälte und Urkundensteuer

Von Rechtsanwalt Dr. Fritz Koppé, Berlin

An dieser Stelle ist bereits wiederholt die Frage erörtert worden, ob und inwieweit die Mandatsverträge der Rechtsanwälte als Dienstverträge anzusehen seien und alsdann nach § 14 des neuen UrkStG. einer Steuer von 1<sup>0</sup>/<sub>100</sub> unterworfen sein würden. Es ist bereits darauf hingewiesen worden, daß der Mandatsvertrag des Rechtsanwaltes, namentlich seit dem Umbruch, wesentliche Merkmale des Dienstvertrages verloren hat. Der Anwalt hat in erster Linie dem deutschen Recht zu dienen und nur im Rahmen der nationalsozialistischen Volksgeschauung den „Dienst am Kunden“ auszuüben. Es erscheint daher nach wie vor fraglich, ob der RfV. gegebenenfalls den Vertrag des Anwaltes überhaupt als Dienstvertrag gelten lassen wird. Ist das nicht der Fall, so findet der § 14 keine Anwendung. Es wird abzuwarten sein, welche Stellung der RfV. einnimmt. Unbeschadet des ordentlichen Rechtsmittelweges und ohne der Stellungnahme des RfV. vorgreifen zu wollen, hat jedoch der RfM. in einem Erlaß v. 1. Febr. 1937 (S 5800 — 30 III) sich auf den Standpunkt gestellt, daß Mandatsverträge als Dienstverträge des § 14 anzusehen und mit 1<sup>0</sup>/<sub>100</sub> zu versteuern seien, und zwar auch dann, wenn der Vertrag durch Austausch von Briefen oder sonstigen schriftlichen Mitteilungen zustande kommt. Die Ausstellung der Prozeßvollmacht bleibt dagegen nach wie vor steuerfrei. Im § 14 Abs. 4 ist dann noch eine Zeitgrenze festgestellt, die aber nach Ansicht des RfM. auf den Mandatsvertrag keine Anwendung findet, da der Vertrag zwar für eine bestimmte Zeit, nämlich für die Dauer eines bestimmten Auftrages, aber nicht für einen bestimmten Zeitausschnitt abgeschlossen wird und daher die Feststellung einer auf eine einjährige Vertragsdauer errechneten Vergütung nicht in Frage kommt. Auch die Ausschließung dieser Befreiung ist umstritten, eine endgültige Klarstellung kann auch hier erst durch den RfV. erfolgen. Das RfM. erkennt im übrigen an, daß die allgemeine Befreiungsvorschrift des § 4 Abs. 1 Ziff. 1 zu beachten sei, wonach Objekte bis 150 RM steuerfrei bleiben. Wenn insoweit die Stellungnahme des RfM. für die Anwaltschaft vorläufig, d. h. vorbehaltlich der endgültigen Klärung im Rechtsmittelwege, maßgebend sein wird, so ist doch wenigstens für die Zwischenzeit auf Anregung der Reichs-Rechtsanwaltskammer eine Reihe von Erleichterungen geschaffen worden. Diese bestehen in folgendem:

Da die Vergütung bei Mandatsverträgen im Zeitpunkt der Entstehung der Steuerschuld meistens noch nicht feststeht und sich auch nicht ohne weiteres ermitteln läßt, müßte an sich die Besteuerung durch das mit der Verwaltung der Urkundensteuer beauftragte FinA. überwacht werden. Der RfM. ist damit einverstanden, daß an Stelle der Überwachung durch das FinA. die Rechtsanwälte über die steuerpflichtigen Urkunden eine Kontrollliste führen — gegebenenfalls unter Benutzung einer schon vorhandenen Buchführung —, die mindestens folgende Angaben enthalten muß:

1. Laufende Nummer,
2. Auftraggeber (Vertragsgegner),
3. Datum des Vertrages (gegebenenfalls der Annahmeerklärung),
4. Tag der Feststellung der Vergütung,
5. die Vergütung,
6. den verwendeten Steuerbetrag.

Sobald die Höhe der Vergütung feststeht, ist die erforderliche Urkundensteuer binnen zwei Wochen zu entrichten.

Hierzu tritt dann noch eine zweite wesentliche Erleichterung. In Erweiterung der den Rechtsanwälten nach § 18 UrkStG. zustehenden Befugnis zur Selbstverwendung von Urkundensteuermarken werden die Rechtsanwälte ermächtigt, die Steuer unter Selbstverwendung von Steuermarken zu entrichten. Die Marken sind zu den steuerpflichtigen Urkunden, in der Regel zu dem Auftragschreiben oder einem anderen bei den Anwaltsakten verbleibenden Schreiben über den Auftrag zu verwenden.

Die vorstehenden Erleichterungen sind nicht zu unterschätzen. Denn während der Anwalt nach dem bisherigen Recht wegen jeder einzelnen Versteinerung zum Stempelverteiler oder zum FinA. schicken mußte, kann er sich jetzt selbst einen Vorrat an Stempelmarken hinlegen und kann diese selbst verwerten, und zwar wird er die Marken in der Regel auf das Auftragschreiben des Mandanten oder auf den Durchschlag seiner Annahmeerklärung kleben und entwerten, und dies erst dann, wenn sein Honorar feststeht.

Für die Entwertung selbst gilt das Folgende:

Die Steuermarken müssen so aufgeklebt werden, daß der im oberen Teil der Marke einzutragende Name an einem Rand der Marke auf das umgebende Papier übergreift. Der Name muß völlig ausgeschrieben und deutlich lesbar sein. In dem unteren Teil der Marke sind Tag, Monat, Jahr und Ort der Entwertung und die Nummer des Urkundensteuerbuches einzutragen. Der Entwertungsvermerk ist in deutlichen Schriftzeichen mit Tinte, mit Schreibmaschine oder durch Stempelaufdruck anzubringen. Als Tag der Entwertung darf nur der Tag eingetragen werden, an dem die Marken tatsächlich entwertet werden. Der Tag und das Jahr sind mit arabischen Ziffern, der Monat mit Buchstaben zu bezeichnen. Allgemein übliche und verständliche Abkürzungen der Monatsangabe und die Weglassung der beiden ersten Ziffern der Jahresbezeichnung sind zulässig (Beispiel: 4. Aug. 36).

Zu bemerken ist, daß die Verwendung und Entwertung der Marken erst dann zu erfolgen braucht, wenn die Vergütung feststeht. Wenn also der Anwalt zunächst nur sich grundsätzlich bereit erklärt, das Mandat zu übernehmen, so entsteht noch keine Verwendungspflicht. Erst wenn die Vergütung durch Vereinbarung oder auf Grund der Gebührenordnung feststeht, ist insoweit der Verwendungszwang gegeben. Auch hier aber besteht noch eine Schonfrist von zwei Wochen.

Hervorzuheben ist endlich noch, daß die Mindeststeuer 50 Pf. beträgt und in Abstufungen von je 50 Pf. steigt. Dabei werden Pfennigbeträge über 25 Pf. nach oben, Pfennigbeträge bis 25 Pf. nach unten auf volle Reichsmark abgerundet. Ausländische Werte sind nach den für die Wechselsteuer geltenden Vorschriften umzurechnen (§ 5 UrkStG.).

Wir beschränken uns zunächst auf diese kurze Wiedergabe des amtlichen Erlasses, der bis auf weiteres für die Anwaltschaft bindend ist. Über die weitere Gestaltung der Angelegenheit, insbesondere über das Ergebnis eines eingeleiteten Musterprozesses, wird an dieser Stelle berichtet werden.

## Aus der Deutschen Rechtsfront

### Rasse und Recht

Zum Thema „Rasse und Recht“ nahm der Reichsrechtsführer, Reichsminister Dr. Frank, in einer Rundfunkrede Stellung, die am 16. Febr. 1937 über den Deutschlandsender verbreitet wurde.

Reichsminister Dr. Frank ging von der nationalsozialistischen Erkenntnis aus, wonach die Rasse als Ursubstanz des Volkes anzusehen ist; so sei Rasse ein entscheidender Urwert der Menschheit, ein Urgut, von dessen Betreuung und Entwicklung alle geschichtliche, kulturelle, soziale und sonstige Förderung des Menschengeschlechtes abhängen und die auch letzten Endes die Voraussetzung der individuellen Leistung sei. Deshalb habe sich der Nationalsozialismus gerade der Rassenpolitik so sorgfältig und nachhaltig angenommen und hier vor allem auch der Rechtsordnung wichtige Aufgaben zugewiesen. Da die Rasse, wie Reichsminister Dr. Frank ausführte, Ausdruck des Gemeinschaftschicksals eines Volkes ist — denn hier lägen die Möglichkeiten zum Aufstieg oder Niedergang von Völkern — und weil dadurch im Rassengedanken eine eminent soziale Funktion liege, so habe der Nationalsozialismus aus dieser Erkenntnis heraus die soziale Funktion der Rassenidee in seine Gesetzgebung dadurch verankert, daß er nicht etwa nur für eine Auslese unseres Volkes, sondern für die Gesamtheit der Volksgenossen die Beachtung der Rassensicherung und des Rassenschutzes mit den größtmöglichen rechtlichen Sicherungen umgeben habe. Das Rassenrecht sei auch der Ausdruck dafür, daß der einzelne Angehörige einer Rasse in seinem individuellen Leistungsbereich das Schicksal der Gesamtrasse erfüllen müsse. Daher wolle die nationalsozialistische Gesetzgebung die Reinheit und größtmögliche Stärkung unseres germanischen Rassenelements. Gemeinschaftschicksal und Leistungskraft seien die beiden Säulen, auf denen sich die Idee des uralten Rassenrechts aufbaue. Schon die alten Germanenrechte lehrten, daß der Volksgenosse entsprechend seiner Zugehörigkeit zu seinem Volke Rechte und Pflichten hatte. Der Germane habe als Mitgestalter des Gemeinschaftschicksals seines Volkes seine Rechtssphäre ausgebaut. „Wir Nationalsozialisten schauen stolz auf dieses Vorbild unserer germanischen Vorgeschichte und wollen diese ehernen Fundamente einer zweijahrtausendalten germanischen Kultur wieder aufrichten.“ Erst im Nationalsozialismus könne diese germanische Ideenwelt ihre Erfüllungsmöglichkeit finden, ja: „heute ist es erlebte Wirklichkeit, und das deutsche Volk wird in wenigen Generationen bereits den Segen der Keinerhaltung des deutschen Blutes von fremdrassigen Elementen erleben“.

In diesem Zusammenhang erklärte Reichsminister Dr. Frank, daß der Jude als Angehöriger eines von der deutschen rassistischen Substanz völlig fremden Volkes wohl Träger oder Mitgestalter eines jüdischen, niemals aber des deutschen Schicksals sein könne. Die Emanzipation des Judentums habe nicht dazu geführt, daß die Juden oder deren Abkömmlinge allmählich in das deutsche Volk hinübergeglitten wären; die Möglichkeit dazu müsse geleugnet werden. Die schrecklichen Erfahrungen dieser Vermischung seien uns eine furchtbare Warnung; was sei denn aus Rußland und Spanien geworden, was aus den antiken Kulturen, die dem Judentum zum Opfer fielen! „Wir wollen dieses Schicksal nicht, wir haben im November 1918 die schreckliche Revolte im Rücken unserer Front erlebt und die Repräsentanten der jüdischen Zerfägung Jahrzehnte hindurch in unserer inneren politischen Geschichte als schändliche Verderber unserer Gemeinschaft ertragen müssen!“

Rasse und Ehre, so erklärte Reichsminister Dr. Frank, stünden in einem inneren Zusammenhang: „Rasse haben, heißt Ehre haben!“ Mit dem Aufstieg des Rassenrechts in Deutschland sei daher auch die Wiedererweckung der Gemeinschafts- ehre unseres Volkes verbunden. Heute verhandle man nicht mehr nationale Güter wie Börsenware, heute sei die Berechtig-

keit nicht mehr die Domäne spekulierender Händlertypen, und wenn wir heute wieder ein Volk von ehrlich schaffenden Deutschen geworden seien, so verdanken wir dies allein dem Rassengedanken. Auch im kommenden deutschen Strafrecht würden die Schutzmomente unserer Rasse mit besonderen Bestimmungen ausgebaut. Danach werde es als schwerer Angriff gegen die Volksgemeinschaft angesehen, wenn sich jemand gegen diese Lebensgesetze unseres Volkes vergehe.

Hier, so schloß Reichsminister Dr. Frank, handle es sich ganz besonders um ein Erziehungswerk: Wolle denn irgendwer in Deutschland etwa wünschen, daß noch einmal die jüdische Spekulation das Land verheere, Bürger und Bauern verjage, daß jüdisch-bolschewistische Hezer nochmals „Rassenanmärche“ inszenierten? Das deutsche Volk wolle aber nicht wieder zurück in dieses Chaos der Unterwelt und der Unter-rassigkeit. Deshalb müsse aber auch jeder deutsche Volksgenosse an die Schicksalsverbundenheit aller Deutschen glauben, aus der die Leistungskraft unserer Rasse erwachse.

Jeder einzelne sei sohin Garant der Verwirklichung der rassistischen Ideale unseres Führers. Jeder trage in sich das Schicksal unseres Volkes. „Wahr ist es“, so rief Reichsminister Dr. Frank aus, „dann kann uns niemand in der Welt an, dann sind wir wirklich ein Volk von Brüdern, ein Volk von Abkömmlingen einer Mutter, unseres herrlichen deutschen Volkes.“

Dr. Otto Zeller, Berlin.

### Nachweisung der Zahl der Referendare bei den Justizbehörden am 1. Januar 1937

Wie JW. 1936, 562 mitgeteilt ist, wurden bei den Justizbehörden am 1. Jan. 1936 insgesamt 12 083 Referendare nachgewiesen. Diese Zahl hat im Laufe des Jahres 1936 eine geringfügige Verminderung erfahren, wie sich aus nachstehender Aufstellung ergibt:

Oberlandesgerichtsbezirk	Es waren vorhanden am 1. 1. 1937
Bamberg . . . . .	263
Berlin . . . . .	1696
Braunschweig . . . . .	85
Breslau . . . . .	787
Celle . . . . .	583
Darmst. dt. . . . .	234
Dresden . . . . .	744
Düsseldorf . . . . .	626
Frankfurt . . . . .	279
Hamburg . . . . .	347
Hann. . . . .	945
Jena . . . . .	199
Karlsruhe . . . . .	332
Kassel . . . . .	173
Kiel . . . . .	220
Köln . . . . .	816
Königsberg . . . . .	370
Marienwerder . . . . .	75
München . . . . .	775
Naumburg . . . . .	476
Nürnberg . . . . .	255
Oberburg . . . . .	68
Rostock . . . . .	143
Stettin . . . . .	251
Stuttgart . . . . .	418
Zweibrücken . . . . .	127

auf. 11 292

Referendare, die nicht die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen. . . . . 3

# Schrifttum

Prof. Dr. Erwin Noack, RA. und Notar, Präs. des II. Sen. des Ehrengerichtshofs der RRW. : Kommentar zur Reichs-Rechtsanwaltsordnung in der Fassung v. 21. Febr. 1936. 2. neubearb. Aufl. Leipzig 1937. W. Moesler Buchhandlung. 342 S. Großoktav, Preis geb. 12 RM.

Das Noack'sche Werk ist das erste umfangreiche Erläuterungsbuch der RAO. seit der nationalsozialistischen Revolution. Außer den Erläuterungen zum Text des Gesetzes enthält das Buch eine Vorbemerkung und einen Anhang.

In der Vorbemerkung gibt der Verf. zunächst einen Überblick über die geschichtliche Entwicklung des Standes der berufsmäßigen Rechtshelfer vom Mittelalter an bis zur RAO. von 1878. Er schildert dann die Lage und Stellung der Anwaltschaft in der letzten Vergangenheit. Beide Abschnitte enthalten in anerkennenswerter Kürze alles Wissenswerte. Sie geben jedem, der sich in Einzelheiten vertiefen will, die erforderlichen Hinweise. Den Vorarbeiten zur neuen RRW. und dem Gesetzeswerk selbst widmet der Verf. längere Ausführungen, wobei er die genaue Kenntnis des Stoffes aus seiner eigenen vielfach maßgeblichen Mitarbeit im Präsidium der Reichs-Rechtsanwaltskammer recht glücklich verwertet. Besonders ausführreich für die Notwendigkeit einer völligen Neuordnung des Anwaltsrechts sind die wohl lückenlos aufgezählten Reformvorschläge, die nicht verwirklicht worden sind. Sie zeigen, wie weite Kreise der Anwaltschaft die Sorge um die Gefundung des Berufsstandes ergriffen hatte. Die gleichzeitig mit dem Gesetz zur Änderung der RAO. verkündeten Gesetze — vor allem das Mißbrauchsgesetz — werden kurz besprochen. Nach einer Schlussbemerkung über die ständische Gliederung der Anwaltschaft leitet dann der Verf. zu der eigentlichen Erläuterung des Gesetzes über.

Die Erläuterungen sind in einzelne Abschnitte aufgeteilt; jedem Abschnitt ist eine Stoffeinteilung vorangestellt. Auch vor den einzelnen Paragraphen findet sich eine Übersicht mit kurzer Inhaltsangabe des fortlaufend numerierten Erläuterungstextes. Das Buch zeigt damit eine erfreuliche Übersichtlichkeit, die keine Benützung für die Praxis sehr erleichtert. Bei der Erörterung der einzelnen Paragraphen sind die einschlägigen Bestimmungen aus anderen Gesetzen angeführt. Auch auf die in Frage kommenden Verwaltungsanordnungen ist, soweit ersichtlich, jeweils Bezug genommen. Die Rechtsprechung des Ehrengerichtshofs hat entsprechend dem Umfang des Buches in weitem Maße Berücksichtigung gefunden, als in den bisher veröffentlichten Erläuterungsbüchern.

Die neuen Vorschriften über die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft und vor allem über den Probe- und Anwaltsassessor haben eine besonders eingehende Erörterung gefunden. Der Verf. vertritt hier den Standpunkt, daß der Probe- und Anwärterdienst grundsätzlich — wenn auch unter Einschränkung — ein privatrechtliches Verhältnis sei. Diese Auffassung ist nicht unbestritten. Die gegenteilige Meinung wird zureichend angeführt. Wichtig ist sicher so viel, daß es sich bei der Stellung des Probe- und Anwaltsassessors um eine völlig neue Einrichtung handelt, die weder Vorbild noch Vergleichsmöglichkeit aufweist. Überwiegend wird der Probe- und Anwärterdienst öffentlich-rechtlicher Natur sein. Das entspricht der Stellung des Anwalts selbst im nat.-soz. Staat, für die dieser Anwärterdienst ja nur eine Vorstufe darstellt. Es folgt dies auch aus der Art der Übernahme in diesen Dienst, den Beziehungen zur Reichs-Rechtsanwaltskammer und deren Organen, insbes. der Unterstellung unter die Ehrengerichtbarkeit. An dem vorwiegend öffentlich-rechtlichen Charakter ändert die Tatsache nichts, daß daneben auch privatrechtliche Beziehungen — zwischen dem auszubildenden Anwalt und dem Anwärter — begründet werden. Den Erläuterungen zu § 3 und § 12 sind Vertragsentwürfe zwischen Ausbildungsanwalt und Assessor beigelegt.

Die Rechte und Pflichten zwischen den Beteiligten werden teilweise in einer demnächst zu erwartenden Anordnung nicht in allen Punkten so geregelt, wie der Verf. dies wünscht (§ 39 ff. und die Musterverträge S. 35 und 55). Wie lange dem Assessor im Krankheitsfalle die Bezüge fortzuzahlen sind, entscheidet sich nach der Dienstzeit, die der Probe- oder Anwaltsassessor abgeleistet hat. Über eine Dauer von vier Wochen hinaus werden im Krankheitsfalle Bezüge nicht weitergezahlt. Während der Zeit der Wehrdienstübung wird der Assessor weder von dem Ausbildungsanwalt noch von der Reichs-Rechtsanwaltskammer besoldet. Dem Anwärter auf einen freien Beruf eine Sonderstellung gegenüber anderen Volksgenossen während der Erfüllung seiner Wehrpflicht zu geben, erscheint nicht angezeigt.

Nicht zutreffend sind die Ausführungen über die Zulassung von Frauen. Praktisch werden diese zur Rechtsanwaltschaft nicht mehr zugelassen; ebensowenig werden sie in den Probe- und Anwärterdienst übernommen.

Diese Beispiele sollen nur zeigen, daß der Leser nicht damit rechnen kann, daß die Ansicht des Verf. in allen Fällen in der Praxis als richtig anerkannt wird. Das nimmt aber der Bedeutung und dem Wert des Buches nichts.

Abgesehen davon, daß für die eingehende und gründliche Bearbeitung des Stoffes ein gewisser Zeitraum erforderlich war, ist dem Buch, insbes. in dem beigelegten Anhang, die seit der Verkündung des Gesetzes verfloßene Zeit zugute gekommen. Der Anhang enthält im ersten Abschnitt Anordnungen des Präsidiums der Reichs-Rechtsanwaltskammer, in erster Linie die bekannten Richtlinien für die Ausübung des Anwaltsberufes. Weiter befinden sich darin Richtlinien für die Gebührenberechnung in Beitreibungssachen, Gebührenvereinbarungen zwischen Simultananwälten und Landgerichtsanwälten, Ausführungsbestimmungen über den Probe- und Anwärterdienst. Dankenswert ist auch die Mitteilung des Merkblatts für die Mitglieder des Ehrengerichtshofs bei der Reichs-Rechtsanwaltskammer. Dem sie vermittelt jedem Leser ein eindruckliches Bild von der Arbeitsweise dieses höchsten Gerichts dieses Berufsstandes. Richtigzustellen ist darin nur, daß die Tage- und Übernachtungsgelder inzwischen auf rund die Hälfte der ursprünglichen Sätze herabgesetzt worden sind.

In Absatz B enthält der Anhang Anordnungen des Reichs-Rechtsamts, insbes. die Richtlinien über die NS.-Rechtsbetreuung und die Judenverordnung der Deutschen Rechtsfront. Der letzte Abschnitt gibt die einschlägigen Anordnungen der Reichsjustizverwaltung wieder, darunter in erster Linie die gemäß § 117 RRW. vom RM. festgestellte Satzung der Reichs-Rechtsanwaltskammer. Besonders hervorzuheben ist die ebenfalls abgedruckte AllgVg. v. 29. Jan. 1936, die die Richtlinien enthält, nach denen in Zukunft die Angelegenheiten der Rechtsanwälte von den Reichsjustizbehörden behandelt werden sollen.

Ein ausführliches und gut durchgearbeitetes Sachregister schließt das Buch ab.

Im ganzen ist festzustellen, daß das Buch übersichtlich und vielseitig zugleich von niemandem wird entbehrt werden können, der sich mit Fragen des Anwaltsberufes beschäftigt — sei es ein Rechtsanwalt selbst, ein anderer Rechtswahrer oder ein Außenstehender.

RA. und Notar W. Kan z, Berlin.

Dr. Rudolf Pohle, RA. im RM.: RRW. mit den einschlägigen Vorschriften nach dem Stand vom 1. Dez. 1936. Textausgabe mit Einleitung, Verweisungen und Sachverzeichnis. 2. neubearb. Aufl. München, Berlin und Leipzig 1937. J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier). 248 S. Preis geb. 4 RM.

Es handelt sich um eine Zusammenstellung des Wortlauts der Gesetze, Verordnungen und Anordnungen, die sich auf den Beruf der Rechtsanwälte beziehen. Die Systematik des kleinen

Büchleins ist gut aufgebaut. Das Schlagwortverzeichnis würde, wenn es umfangreicher und eingehender wäre, die Benutzungsmöglichkeit des Buches vervollkommen.

RA. Prof. Dr. Noack, Halle.

Dr. jur. Herbert Wißmann: Revisionsprobleme des Diktats von Versailles. (Internationalrechtliche Abhandlung Heft 31.) Berlin 1936. Verlag für Staatswissenschaften und Geschichte GmbH. 114 S. Preis 8 RM.

Das Buch, eine sehr erfreuliche Erscheinung, beschäftigt sich mit zwei Fragen, die die Grundlage jeder Revisionsstätigkeit bilden müssen: der Wehrungleichheit und dem Bruch des Abrüstungsversprechens der Gegenseite und der Kriegsschuldfrage. Zutreffend ist der Ausgangspunkt, unterstrichen durch das Vorwort des Oberst Schwertfeger — dessen Verdienste um die Wiederherstellung der deutschen Ehre durch seine Arbeit für immer festgelegt sind —, daß jetzt der wissenschaftliche Kampf gegen das Diktat von Versailles und seine mangelhafte Rechtsgrundlage nicht eine erledigte Angelegenheit, sondern eine besondere Notwendigkeit ist.

Darauf kann nicht häufig genug hingewiesen werden; es ist besonders erfreulich, wenn mit diesem Hinweis eine sachlich so wertvolle Arbeit verbunden ist wie im vorl. Falle.

Das Werk geht aus von der rechtlichen Grundlage des Versailler Diktats in den 14 Punkten und dem Notenwechsel von Anfang Nov. 1918, durch den die Grundsätze für den Frieden vertraglich festgelegt waren. Es wird dann nachgewiesen, wie selbst die zum Nachteil Deutschlands abweichenden Bestimmungen des Diktats nicht eingehalten worden sind, wenn es der Gegenseite nicht paßte.

In einem zweiten Teil legt W. dann dar, wie Deutschland immer wieder versucht hat, den Anspruch auf die Abrüstung durchzusetzen und wie verantwortliche und leitende Deutsche und Ausländer immer wieder darauf hingewiesen haben, daß ohne Erfüllung dieser Verpflichtung auf der Gegenseite die deutsche Wiederaufrüstung nur eine Frage der Zeit sein könne.

Gerade zu diesem Punkt wäre — das ist ein Mangel des Buches — eine stärkere Auswertung der Protokolle von Völkerbundsversammlung und Völkerbundsrat erwünscht gewesen. Denn in ihnen finden sich immer wieder die Stimmen der anderen, die die Entwicklung des Jahres 1935 als eine innere und moralische Notwendigkeit bezeichnen. Gerade bei einer solchen Arbeit sind die Äußerungen der Gegner wertvoller als die Unterstützung durch deutsche, noch so gut begründete wissenschaftliche Meinungen! Gerade für die weitere wissenschaftliche Beschäftigung mit diesen Fragen wird ein eifriges Studium der Völkerbundsakten wertvoll sein und manche Stütze für den Kampf um ein ehrliches Völkerrecht liefern können. Wir Deutsche wollen des ritterlichen Grafen Apponyi gedenken, der mit 80 Jahren mit jugendlichem Feuer und mit der ganzen Leidenschaft einer hochstehenden Sittlichkeit den Gegensatz von Unrecht und Recht immer wieder hervorgehoben hat. Wer ihn gehört hat und dann seine Worte mit den nur „formvollendeten, nur auf eigene Interessen zugeschnittenen Reden von Venes, Paul-Boncour usw. vergleichen konnte, hat einen unvergeßlichen Eindruck und ein lebendiges Gefühl für das wirkliche, sittlich gebundene Recht gegenüber einer geschickten Formulierungskunst und emsigen „Einordnung“ von Begriffen bekommen.

Wie sehr es die Diplomatie Frankreichs verstanden hat, die Probleme zu verschleiern und zu verfälschen, ist in diesem Teil des Werkes gut dargestellt (vgl. zu dieser Frage auch den Hinweis in meinen Besprechungen: JW. 1934, 1552 und 2393).

In einem dritten Teil ist schließlich eine zusammenfassende Betrachtung der Schuldfrage gebracht. Diese stets als zentrales Objekt deutschen Kampfes erkannt und behandelte These ist schon 1925 amtlich als den Tatsachen widerstreitend und nicht anerkannt in dem dem Locarno-Vertrag vorhergehenden Notenwechsel festgestellt (vgl. S. 66 ff.). Dieser Teil des Wertes ist zwar reich dokumentiert, aber in der gegebenen Kürze doch eine für die Wichtigkeit des Gegenstandes zu knappe Skizze nur der Umrisse geworden. Das gilt vor allem hinsichtlich der Ausführungen auf S. 92 ff., die zur juristischen Widerlegung der Kriegs-

schuld Deutschlands bestimmt sind: Hier ist daher mehr Anlaß und Anregung denn Lösung.

Die Sprache des Buches ist klar und flüssig, seine manchmal vorhandene Leidenschaftlichkeit beeinträchtigt seinen wissenschaftlichen Wert nicht; der Ausländer, der es liest, mag sich bewußt bleiben, daß der leidenschaftliche Wille zur Verteidigung der eigenen Ehrenhaftigkeit mit wissenschaftlichem Ernst und wissenschaftlicher Unparteilichkeit durchaus vereinbar ist.

Möge das Buch zahlreiche Leser dies- und jenseits der Grenzen finden und möge sein Stoff zu vielfacher und fruchtbarer Gestaltung mancher Fragen der Völkerrechtswissenschaft anregen, bei denen es sich sicherlich nicht nur darum handeln soll, Fehler, Trugschlüsse und Entleerung sachlicher Begriffe aufzuzeigen, sondern mindestens ebenso sehr darum, neue Grundlagen ehrlischer wissenschaftlicher Auseinandersetzung und nachher aufrichtiger Zusammenarbeit auf diesem Gebiete des Rechts zu finden.

Dazu ist das Buch ein Anstoß und hoffentlich weit wirkender Ansporn.

RA. Hermann Carl, Düsseldorf.

Prof. Hans Planig: Germanische Rechtsgeschichte. (Neue Rechtsbücher für das Studium der Rechts- und Wirtschaftswissenschaften.) Berlin 1936. Weidmannsche Buchhandlung. 295 S. Preis geb. 6,50 RM.

Der Verf. stellte sich die Aufgabe, „eine lesbare Germanische Rechtsgeschichte zu schreiben, die dem großen Stoff würdig wäre und die dennoch knapp und zum Studium geeignet ist“. Ob der fernere Wunsch des Verf. Erfüllung verspricht, „den einen oder anderen zu freudiger Mitarbeit am großen Bau der Germanischen Rechtsforschung zu bringen“, hängt von der Einsicht der beamteten Rechtshistoriker für die vorhandenen, zur Mitarbeit geeigneten Arbeitskräfte und dem Willen der Fakultäten, sie heranzuziehen, ab.

Die hier vorliegende Rechtsgeschichte hat den Vorzug einer übersichtlichen Gliederung und einer erschöpfenden, wenn auch mitunter sehr knappen und daher nur dem Kenner voll verständlichen Darstellung. Der Stil ist nicht immer ausgeglichen. Beispiele, wie das folgende, bezeugen dies: „Für den Adel kamen neben mehreren echten Ehen auch sonstige freie Geschlechtsverbindungen mit freien Frauen vor.“ Die Ausdrucksweise ist manchmal auch mißverständlich, wie schon der gleich anschließende Satz lehrt: „Das Rebskind konnte durch Aufnahme des Vaters (soll heißen: durch den Vater aufgenommen) die volle Rechtsstellung eines ehelichen Kindes erlangen“ (S. 25).

Angeichts der klassischen und zu Studienzwecken noch keineswegs veralteten Darstellung Heinrich Brunners Grundzüge der Deutschen Rechtsgeschichte mag man zweifeln, ob überhaupt sich die Mühe einer abrikartigen Darstellung der Germanischen Rechtsgeschichte lohnt. Dies muß auch mit Rücksicht auf den neuen Studienplan und der darin vorgesehenen Germanischen Rechtsgeschichte, welche im Grunde nichts anderes ist als die von Brunner dargestellte Deutsche Rechtsgeschichte, bezweifelt werden.

Sachlich bieten die Ausführungen des Verf. zu manchen Auseinandersetzungen Anlaß, die oftmals in der Kürze seiner Darstellung begründet sein mögen. Wenn er beispielsweise S. 25 ausführt: „Eheliche Kinderschaft wurde begründet, soweit Kinder von einer Munt unterworfenen Ehefrau geboren wurden“, so ist seine Darstellung mit Rücksicht auf den oben angeführten Satz, daß das Rebskind nur durch Aufnahme durch den Vater die volle Rechtsstellung erlange, mißverständlich oder unrichtig. Der Studierende wird beim Lesen des Wortes Aufnahme auf die falsche Vorstellung der Kindesannahme hingeführt, während nach Germanischem Recht über das rechtliche Schicksal der Kinder, gleich welcher Abstammung, allein die rechtliche Anerkennung durch den Vater entschied. Hierbei nahm er das Kind vom Boden auf zum Zeichen, daß er es als das Seine anerkennt. Darauf wurde die heidnische Wassertaufe vollzogen. Bei der Darstellung des Germanischen Sachenrechts arbeitet der Verf. mit dem Begriff der Gewere, einem Rechtsbegriff, der im Rechtsinne erst im Mittelalter geläufig war. Zudem ist es fraglich, ob einem Studierenden ohne nähere Vorkenntnisse die

Sache klar ist, wenn er liest: „Die Beherrschung erwies sich aus der Nutzung des Grundstücks: im offenkundigen Gebrauch der beherrschten Sache wurde die Zuständigkeit des dinglichen Rechtes dargetan.“ Die Vorstellung verwirrt sich noch, wenn er kurz darauf liest: „Nur die Gewere, nicht das dingliche Recht als solches, hatte den Rechtsschutz.“ Ähnliche Unklarheiten weist die Darstellung des Germanischen Schuldrechts auf. Der Verf. legt dar: „In Germanischer Zeit war das Schuldrecht von geringer Bedeutung. Die Beschaffung von Nahrung, Kleidung und Wohnung erfolgte nicht durch den Abschluß von Schuldbeträgen, sondern durch außerordentliche dingliche oder persönliche Gebundenheit.“ Abgesehen davon, daß man in lesbarem Deutsch besser geschrieben hätte: Zur Beschaffung von Nahrung, Kleidung und Wohnung schloß man nicht Schuldbeträge ab, wird sich kaum ein Studierender von dieser „außerschuldrechtlichen dinglichen oder persönlichen Gebundenheit“ einen Begriff machen können (S. 29). Auch ist eine außerschuldrechtliche persönliche Gebundenheit, sofern es sich nicht um Familienrechtsverhältnisse handelt, ein Widerspruch in sich. Sollte der Verf. hier an lebensrechtliche Verhältnisse denken, so ist seine Darstellung überhaupt unrichtig. Unrichtig ist es ferner, wenn der Verf. S. 30 zur Zwangsvollstreckung ausführt: „Soweit schuldrechtliche Ansprüche entstanden, konnten sie nicht durch eine direkte Zwangsvollstreckung erfüllt werden.“ Eine lesbare Darstellung sollte nebenbei bemerkt, das Wort direkt überhaupt vermeiden. Es gab aber weder eine unmittelbare, noch eine sonstige Zwangsvollstreckung. Die Friedloslegung und die sich damit verbundene Wüstung betraf nur solche, die bereits aufgehört hatten, Rechtsgenossen zu sein. Gegen solche konnte kein Rechtsverfahren mehr Platz greifen. Im höchsten Maße anfechtbar sind mißverständliche Sätze wie der folgende: „Wurde die Schuld nicht erfüllt, so lag eine strafbare Handlung vor, die wie ein Diebstahl behandelt wurde. Darum kamen auch nur strafrechtliche Zwangsmittel in Betracht: Fehde und Friedlosigkeit.“ Wenn der Verf. kurz darauf den Schluß zieht: „Aus dem Dargestellten ergibt sich die Erklärung, daß das Ältere Recht Schuld und Haftung unterscheidet“, so wird er damit weder einen Sachkenner noch viel weniger aber einen Studierenden überzeugen. Der Verf. meint offenbar: Das Dargestellte läßt sich nur damit erklären, daß das Ältere Recht Schuld und Haftung unterscheidet. Es ist auch viel zu kurz, schlecht hin davon zu reden, daß im Falle der Verweigerung der Gegenleistung „die strafrechtliche Haftung“ eintrete. Es ist sehr bestritten, ob der Germanische Zweikampf ein Gottesurteil war. Die Germanischen Quellen bezeichnen ihn als „ein anderes Verfahren“. In dieser nicht nur für Fachgenossen bestimmten Zeitschrift kann auf weitere wissenschaftliche Streitfragen nicht eingegangen werden. Auch muß es bei den hier angeführten Beispielen bewenden.

Verdienstlich ist es, daß der Verf. hinter jedem Abschnitt eine kurze Schrifttumssammlung anfügt. Freilich kann man zweifeln, ob die Angabe dieser mehr oder minder vollständig gegebenen Hinweise dem Studierenden nützt. Um genaue Studien zu treiben, wird er der großen Handbücher nicht entzaten können, deren Nachweise ihm dieser Grundriß weder ersetzen noch ergänzen kann. Es wäre dem Studierenden beispielsweise dienlicher, wenn er statt auf die ihm größtenteils unzugänglichen Quellenangaben etwa zum Sachsenpiegel neben der Echardtischen Ausgabe auch auf solche kleine und leicht zugängliche Ausgaben wie die Freih. v. Schwerins in Neclam hingewiesen wäre.

OGK. Dr. Rudolf Becher, Rosenheim.

delsrechtsbalken des allgemeinen Gesetzbuchs von 1734 enthaltene schwedische Sachenrecht. Von den diese alten Rechtsquellen ergänzenden Gesetzen sind vier, die ErerbungsVO. von 1881, das Servitutengesetz von 1907 sowie Auszüge aus dem Miteigentumsgesetz von 1904 und dem Gesetz über Nutzungsrecht an Grundeigentum von 1907 (einschließlich der Pachtnovellen von 1927) in deutscher Übersetzung als Anlagen mit erläuternden Anmerkungen wiedergegeben. Verf. des etwa 65 Seiten umfassenden Abrisses des Sachenrechts sowie der Notizen im Anhang ist der verstorbene RGK. Gustav Carlsson (über seine Verdienste vgl. Marks v. Württemberg: *Zusl. Int. Pr. R.* 10, 722), Übersetzer des Textes und der Anlagen R. A. Hellmut mit Dix.

Das verständliche Bestreben der Herausgeber und des Verf., auf so engem Raum möglichst viel an praktisch verwendbaren Einzelheiten zu bieten, führte zu einer starken Beschränkung der Darstellung der allgemeinen Grundgedanken des schwedischen Sachenrechts, die in einer Zeit beginnender Reformarbeiten am heimischen Recht bei uns in Deutschland gewiß besondere Beachtung gefunden hätte. Allerdings sind die auf historischen und wirtschaftlichen Gründen beruhenden Unterschiede des Grundstücksrechts der nordischen Rechte bedeutend, für dieses und verwandte Rechtsgebiete besteht daher auch keine Aussicht auf Rechtsvereinheitlichung, während sonst umfangreiche und wichtige Rechtsgebiete durch gemeinsame nordische Gesetze geregelt sind (vgl. dazu Marks v. Württemberg a. a. O. 705 ff., 717). Ein nur kurz angedeuteter Grundsatz (S. 143) des ehrwürdigen Rikes Lag ist z. B. die strenge Scheidung zwischen den für bewegliche und unbewegliche Sachen geltenden Rechtsätzen. Bemerkenswert ist die weitgehende Befugnis, fremden Grund und Boden zu betreten, wenn dadurch kein Schaden entstehen kann, und dort Blumen, Beeren oder Pilze zu pflücken (S. 157).

Der für den zwischenstaatlichen Wirtschaftsverkehr bedeutungsvolle Eigentumsübergang bei beweglichen Sachen wird in seiner (durch den Satz, daß der Kauf- usw. Vertrag die dingliche Rechtsänderung bewirkt, hervorgerufenen) Problematik erörtert (S. 169). Hier sind die Ausführungen über Sicherungsübereignung — durch eine VO. aus dem Jahre 1845 geregelt! — und Eigentumsvorbehalt am wichtigsten; der letztere wird bei individualisierten Gegenständen weitgehend anerkannt (S. 171 f.).

OGK. Dr. Karl Arndt, Berlin.

Saftpflicht des Arztes von Dr. jur. Friedr. Franz König, Stuttgart, unter Mitwirkung von Dr. med. H. Nöstlin, Stuttgart. Leipzig 1937. Verlag J. A. Barth. 107 S. Preis kart. 5,40 RM.

Deutschlands berühmtester Chirurg gibt diesem Buch folgende Geleitworte mit: „Heilkunde und Rechtsprechung gehören zu den ursprünglichsten Äußerungen menschlicher Gemeinschaft. Mit steigender kultureller Entwicklung haben beide breitere Berührungsfelder gewonnen. Für den Arzt sind Kenntnis und Beachtung gesetzlicher Verpflichtungen unerlässlich; der Richter, der Verstöße gegen sie zu beurteilen oder zu ahnden hat, muß andererseits Verständnis für die Eigenart ärztlicher Arbeit haben. Sie vollzieht sich nach wechselnden Richtlinien, die sich aus den ewigen Normen der Heilkunde ableiten.“ Und wenn Sauerbruch weiter feststellt, daß Verständnis des Juristen für die Eigenart ärztlicher Belange, unabhängiges, lebensnahes Rechtsempfinden die Aufgabe gelingen ließen, so daß dieses Buch dem Arzt, dem Chirurgen und dem Richter wertvoll sein werde, so kann ich dem nur uneingeschränkt zustimmen. Ein ebenso wichtiges wie interessantes Rechtsgebiet wird hier an Hand des einschlägigen Schrifttums und der Rechtsprechung fesselnd dargestellt. M. E. ist dieses kleine Werk geeignet und berufen, auf seinem Teilgebiete den klassischen, aber doch allmählich veraltenden *Cheermaier* abzulösen. Die besondere Eigenart der ärztlichen Berufsausübung setzt bei dem Richter, der, wenn auch an Hand von Sachverständigengutachten, über sie urteilen soll, Wissen und Verständnis für jenes besondere ärztliche Denken voraus, das der ärztliche Mitarbeiter Nöstlin in ausgezeichnete Weise vermittelt. Auf

Das Zivilrecht der nordischen Länder Dänemark, Finnland, Island, Norwegen, Schweden. Teil I: Das Zivilrecht Finnlands und Schwedens. Lieferung 3b. Herausgegeben von dem Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Berlin und Franz Schlegelberger, B. von Seth, Frhr. R. A. Wrede und Hellmut Dix. Berlin 1936. Weidmannsche Buchhandlung. 141—231 S. Preis 10 RM.

Die neue Lieferung des zuletzt *ZB.* 1937, 148 angezeigten Berks behandelt das teils im Bodenrechtsbalken, teils im Han-

Einzelheiten, die zu näherer Auseinandersetzung locken, kann an dieser Stelle nicht eingegangen werden. Daß das Buch sich bemüht auf die Wiedergabe der zur Zeit noch herrschenden Rechtsanschauungen beschränkt, kann bei seiner vorwiegend praktischen Bestimmung kaum als Fehler angesehen werden, wenn wir uns auch gerade auf dem Gebiete des Arztrechts in E. zweifellos in einer grundlegenden Umgestaltung des bisherigen Rechtsdenkens befinden. Das besondere ärztliche Berufsrecht, das das Verhältnis Arzt—Patient aus der Unvollkommenheit der bisherigen Dogmatik lösen wird, ist im Kommen; einige nach der Drucklegung des vorliegenden Buches ergangene Entscheidungen weisen bereits deutlich in diese neue durch die *NRzD.* gewiesene Richtung (siehe hierzu bes. *RG.* v. 19. Juni 1936, III 298/35; *NW.* 1936, 3112<sup>4</sup> m. Ann.).

AGR. Dr. Kallfelz, Cottbus.

Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses nebst Ausführungsverordnungen. Bearbeitet und erläutert von Dr. med. Arthur Gütt, Min.-Dir. im RMdZ., Dr. med. Ernst Rüdlin, o. ö. Prof. für Psychiatrie und Dir. des Kaiser-Wilhelm-Instituts in München, Dr. jur. Falk Ruttke, Geschäftsführ. Direktor des Reichsausschusses für Volksgesundheitsdienst beim RMdZ. Mit Beiträgen: Die Eingriffe zur Unfruchtbarmachung des Mannes und zur Entmannung von GehR. Prof. Dr. med. Erich Leyer, München, und die Eingriffe für Unfruchtbarmachung der Frau von Prof. Dr. med. Heinr. Ghymer, München. Zweite neubearbeitete Auflage. München 1936. J. F. Lehmanns Verlag. 418 S. Preis geb. 12 *R.M.*

Die 2. Auflage bringt wesentliche Erweiterungen und Verbesserungen. Nicht als sei an den Grundlagen des Werkes etwas geändert. Sie waren richtig und vollständig und bedurften keiner Ergänzung. Es muß aber daran erinnert werden, daß die 1. Auflage vor dem Beginn der praktischen Arbeit geschrieben war, während die 2. Aufl. sich auf Erfahrungen der Praxis stützen kann. Sie verwertet sie in neuartiger und sehr bezeichnender Methodik. Während die Juristen alter Schule, die kein objektiv richtiges Recht kannten, zur Stützung ihrer Meinung stets einer größeren Zahl von zustimmenden Ansichten bedurften, vermag das neue lebensgesetzliche Recht seine Richtigkeit zu beweisen, indem es dem Volk objektiv Nutzendes schafft. Die Richtigkeit eines solchen Rechts läßt sich nur sachlich und nicht durch Abwägen von Ansichten beweisen. Deshalb vermeidet das Buch glücklich die bisher übliche, überreiche Aufzählung von Entscheidungen dieser oder jener Ansicht und deren Abwägung. Es stellt vielmehr — nicht als Beweis der Richtigkeit seiner Ausführungen, sondern mehr zu deren Illustrierung, — nur besonders markante Entscheidungen zustimmend oder ablehnend heraus. Die eigentliche Beweisführung liegt auf ganz anderem, nämlich lebensgesetzlichem Gebiet und würde sich durch abweichende Ansichten — selbst wenn sie zahlreich wären oder logisch einleuchtend erschienen — in ihrer sachlichen Richtigkeit nicht erschüttern lassen.

Besonders hervorzuheben sind die auch für Rechtswahrer verständlichen Ausführungen zur Diagnosenstellung (§. 119 bis 175). Ihnen ist weiteste Verbreitung auch über den Kreis der engeren Erbgesundheitspflege hinaus zu wünschen. Der Rechtswahrer hat fast täglich mit geistig Abnormen zu tun und kann ihren krankhaften Zustand doch meist nicht erfassen und ihm deshalb auch nicht gerecht werden. Je mehr der Rechtswahrer von diesen Dingen versteht, desto besser wird er — auch außerhalb des Erbgesundheitsgerichts — seine eigene Arbeit leisten, und desto weniger wird er geneigt sein, als Laie ärztliche Diagnosen zu stellen oder nachzuprüfen.

Für die Erbgesundheitsgerichte liegt die besondere Bedeutung des Werkes darin, daß es eines der wichtigsten Mittel ist, die Erbgesundheitspflege im Reich einheitlich zu gestalten. So bringt es z. B. die Fragen, die zur schweren erblichen körperlichen Mißbildung aufgetaucht waren, dadurch glücklich zum Abschluß, daß es praktisch brauchbare Richtlinien gibt. Für weniger glücklich halte ich dagegen z. B. die Ausführungen zum Bescheidrecht. Nach §. 250 soll bei genehmigungspflichtigem An-

trag auch die Beschwerde genehmigungspflichtig sein. Dagegen ließe sich nach dem Wortlaut des Gesetzes und dem Bedürfnis der Praxis manches einwenden. An sich ist der Umfang des Beschwerderechts aber praktisch belanglos, sobald das Wiederaufnahmerecht, das dem Gericht von Amts wegen zusteht, verständlich geübt wird. Deshalb sollte das Beschwerderecht vor allem klar und übersichtlich sein. Vielleicht arbeitet hier die Praxis noch Brauchbares heraus. Stets aber sollten es schwerwiegende Gründe sein, wenn ein Erbgesundheitsgericht oder Erbgesundheitsobergericht einmal in einem besonderen Falle von der im Gütt-Rüdlin-Ruttke vertretenen Auffassung abweicht. Als Wunsch für die nächste Auflage sei noch erwähnt, daß der Gesetzestext im geltenden Wortlaut gedruckt und frühere Fassungen in die Anmerkung verwiesen werden mögen. Das würde die Übersichtlichkeit des schwierigen Stoffes noch vergrößern.

Im ganzen ist hervorzuheben, daß die jetzige Auflage die endgültige Fassung des Werkes darstellen dürfte, so daß künftige Auflagen kaum wesentliche Änderungen bringen dürften. Die 1. Auflage dagegen, die vor den praktischen Erfahrungen herauskam, muß als überholt angesehen werden und in Buchereien und Erbgesundheitsgerichten durch die 2. Auflage ergänzt werden. Anderen Rechtswahrern, vor allem jüngeren, sei das Werk — besonders S. 1—79 und S. 119—159 — als bedeutsame und unterhaltende Lektüre empfohlen.

Richter E. G. Meinhof, Hamburg.

Dr. jur. Friedr. Franz König, Stuttgart: Operationsduldungspflicht. In welchem Umfang ist der erlaubte Kranke verpflichtet, die Vornahme ärztlicher Eingriffe an sich zu dulden? Leipzig 1937. Verlag J. A. Barth. 56 S. Preis kart. 2,50 *R.M.*

Eine in großen Zügen gehaltene Studie, die es sich nach dem Vorwort des Verf. zur Aufgabe setzt, den Rechtsgedanken der Operationsduldungspflicht (dessen geschichtliche Entwicklung in interessanter Weise gezeigt wird) einer Nachprüfung an Hand der neuen Rechtsanschauung zu unterziehen. Während Verf. die objektiven Voraussetzungen der Operationsduldungspflicht, wie die Rechtspredung sie herausgearbeitet hat (keine Lebensgefahr, Besserungsaussicht, zumutbare Schmerzhaftigkeit), im grundsätzlichen anerkennt, lehnt er weitere subjektive Voraussetzungen, die das *RG.* verschiedentlich gefordert hat (mangelnde Einsicht und Bildung, Alter, geminderte Entscheidungsfähigkeit, gegenteiliger Rat des behandelnden Arztes), ab (§. 47). Alle einschlägigen Fragen werden unter Verwertung der Rechtspredung, insbes. des *RRV.*, klar und überzeugend erörtert. In einer Zeit der Rechtserneuerung, die wohl gerade auch auf dem Gebiete des Schadensersatzrechts mit dem hier bisher sehr starren Rechtsdenken brechen wird, gewinnt das Problem der Schadensminderungspflicht des Verletzten besondere Bedeutung. Das Studium der kleinen Schrift kann daher jedem Mediziner und Juristen eindringlich empfohlen werden.

AGR. Dr. Kallfelz, Cottbus.

Die Deutsche Lebensmittelgesetzgebung. Wiedergabe des Wortlautes mit kurzen Bemerkungen aus Begründung, Rechtspredung und Schrifttum. Bearbeitet von Dr. Ernst Merres, DRGK., Mitgl. des Reichsgesundheitsamts Berlin, und Wilhelm Coermann, AGK. i. R. in Stuttgart. Gießen 1936. Verlag Emil Roth. 404 S. Preis kart. 8 *R.M.*, geb. 9,50 *R.M.*

Obwohl das Lebensmittelrecht nur einen kleinen Teil im Raum des deutschen Rechts ausmacht, so hat es dennoch einen sehr großen Umfang. Gibt es doch allein 5 Gesetze allgemeiner Art, 54 Gesetze und Verordnungen über einzelne Lebensmittel, 5 Vorschriften über die Ausführung der Lebensmittelüberwachung. Das Gebiet des Lebensmittelrechts wird noch berührt durch verschiedene andere Gesetze, z. B. das Patentrecht, Warenzeichengesetz, Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb, Maß- und Gewichtsgesetz, Verordnung über Preisschilder und Preisverzeichnisse, Gesetz über den Verkauf von Waren aus Automaten, Verordnung über Ordnungsstrafen bei Überschreitung von Preisfestsetzungen, Reichsnährstandsgesetz, Getränkekontroll-

gewerordnung, die verschiedenen Erlasse zum Farbengesetz und Blei-Zinn-Gesetz.

Diesem großen Umfange des Stoffes gehen Verf. entsprechend der Zweckbestimmung des Buches, nicht eingehende Erläuterungen zu bringen und etwa vorhandene Kommentare zu ersetzen, in ausgezeichnet klarer Weise nach. Sie sahen sich hierbei gezwungen, auf die Wiedergabe derjenigen Gesetze und Verordnungen zu verzichten, die im wesentlichen wirtschaftlichen, steuertechnischen oder arbeitshygienischen Charakter tragen. Ebenso ist das Recht des Reichsnährstandes, obwohl es hinsichtlich der Begriffsbestimmungen, die in Verfolg des Lebensmittelgesetzes leider noch nicht gegeben wurden, von Wichtigkeit ist, nur wenig berücksichtigt worden.

Auf die Rechtsprechung ist ebenfalls nur in beschränktem Maße eingegangen, weil die Bearbeiter mit Recht der Überzeugung waren, daß nach dem Umbruch ein Wandel in der Betrachtung des Rechtsstoffes Platz gegriffen hat, also frühere Entscheidungen des RG. nicht immer mehr bindend sind und zudem für die zahlreichen neuen Vorschriften kaum eine Rechtsprechung besteht. Es ist daher vorgesehen, das Buch durch Nachträge hinsichtlich der zu erwartenden weiteren Regelung der Rechtsmaterie und der damit verbundenen Rechtsprechung auf dem laufenden zu halten.

Dr. R a m m e l, Berlin.

Dr. Hans Peter Danielcik, RA. in Berlin: Das neue Mietrecht. Systematische Darstellung des jetzigen Mietrechts nach dem BGB. und dem neuen Mieterschutzrecht nebst Gesetzestexten und Sachregister. Berlin 1936. Verlag Reimar Hobbing. 260 S. Preis kart. 5,60 RM.

Im ersten Teil des vorl. Buches gibt der Verf. eine systematische Darstellung des jetzigen Mietrechts. Einem einleitenden Abschnitt, der eine Übersicht über die Grundgedanken des neuen Mietrechts gibt, folgt in zwei Abschnitten die Darstellung des Mietrechts des BGB. und des neuen Mieterschutzrechts. Mietrechtliche Verfahrens- und Zwangsvollstreckungsvorschriften sind in einem weiteren Abschnitt behandelt und ein Ausblick auf die Möglichkeiten einer Reform des Mietrechts beschließen den systematischen Teil. Diesem gliedert sich dann der zweite Teil des Buches an, der die Texte aller das Mietrecht betreffenden gesetzlichen Bestimmungen enthält. Die VD. v. 30. Nov. 1936 konnte noch nicht berücksichtigt werden, da die Herausgabe des Buches einige Wochen vorher erfolgte.

Die knappe gedrungene Form der systematischen Darstellung entspricht dem Wunsche des Verf., eine Übersicht über das geltende Mietrecht zu geben, welche jedem Volksgenossen verständlich ist. Die Ergebnisse der Rechtsprechung und des Schrifttums zu Einzelfragen des Mietrechts werden in kurzen Sätzen mitgeteilt, bisweilen unter Angabe der Fundstellen, bisweilen auch unter Erörterung der Gründe, die für und wider geltend gemacht worden sind. Der Mitabdruck aller Gesetzestexte soll dazu dienen, dem nicht rechtskundigen Volksgenossen das Studium der systematischen Darstellung an Hand des Wortlauts der gesetzlichen Bestimmungen zu vertiefen.

Wenn der Verf. seinem Buche den Titel „Das neue Mietrecht“ gegeben hat, so liegt dieses nicht allein darin begründet, daß er das neue Ges. v. 18. April 1936 eingehend gewürdigt hat, sondern auch darin, daß er den Ideengehalt der neuen Rechtslehre herausstellt und auf das Mietrecht anwendet. Auch ohne Gesetzesänderung haben wir, wie der Verf. mit Recht hervorhebt, bereits jetzt ein neues Mietrecht, durch das den alten Formen der bisherigen gesetzlichen Bestimmungen neuer Inhalt gegeben worden ist. Der Heimgedanke wird von dem Verf. zutreffend als beherrschender Grundsatz des ganzen Mietrechts hingestellt. Mit den weiteren Gesichtspunkten, die der Verf. dann für die Gestaltung der Vertragsbeziehungen und für die Rechtsfindung als entscheidend bezeichnet, nämlich die geordnete Bedarfsdeckung, die Treupflicht der Vertragsparteien zueinander und zur Volksgemeinschaft, die Erhaltung und Sicherung von Volkswerten und die Vertragsfreiheit im Rahmen der neuen Volkswirtschaftsordnung (S. 15), erschöpft er dann allerdings nicht den ganzen Gehalt der Rechtsgrundlagen, die sich aus der Anwendung der neuen Rechtslehre auf das Mietrecht ergeben. Immerhin erfüllt

die Darstellung die vom Verf. gestellte Aufgabe, allen Volksgenossen, die sich mit Mietrecht befassen, neues Rechtsdenken nahezubringen und zugleich dem Rechtswahrer und dem nicht rechtskundigen Volksgenossen ein geeignetes Hilfsmittel zu sein.

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

Amtliche Mitteilungen in Entschuldungssachen. 2. Sonderheft: Gemeinschaftliche Richtlinien und Erlasse zur landwirtschaftlichen Schuldenregelung mit einem Verzeichnis der in den „Amtlichen Mitteilungen“ bis Heft 230 veröffentlichten Aufsätze und Entscheidungen und einem Sachregister. Zusammengestellt im Auftrage des Reichs- und Preuß. Ministeriums für Ernährung und Landwirtschaft von Ger. Ass. W. Wiedemann. Berlin 1936. Verlag der „Amtlichen Mitteilungen in Entschuldungssachen“. 104 S. Preis 1 RM.

Tägliches Handwerkszeug jedes in der landwirtschaftlichen Schuldenregelungspraxis Stehenden sind nicht nur die für sie erlassenen Gesetze und VO., so zahlreich sie sein mögen, sondern von kaum geringerer Bedeutung die gemeinschaftlichen Richtlinien (GR.) und sonstigen Erlasse des Reichsernährungsministeriums sowie die allgemeinen Bedingungen und Rundschreiben der Deutschen Rentenbank-Kreditanstalt. In dem im März 1935 erschienenen Heft 141 der „Amtl. Mitteilungen in Entschuldungssachen“ hatte der Verf. des 2. Sonderhefts die Richtlinien und Bescheide des Reichsernährungsministeriums sowie Entscheidungen und Abhandlungen aus den Heften 1—129 der „Amtlichen Mitteilungen“ zusammengestellt. Seither hat sich die Zahl der Richtlinien und Erlasse außerordentlich vermehrt; vor allem durch über 70 GR., die sowohl für die Entschuldungsstellen als auch für die Entschuldungsämter und BeschwG. bindend sind und damit für die Praxis besondere Bedeutung haben. Seit langem bestand das Bedürfnis nach einer übersichtlichen, das mühselige Auffuchen der verstreuten Fundstellen ersparenden Zusammenstellung dieser GR. und Erlasse. Diesem Bedürfnis ist durch das vorl. 2. Sonderheft dankenswerterweise abgeholfen worden.

Das Heft enthält die GR. Nr. 1—73, die R. v. 13. Juni 1934, die sonstigen für die Entschuldung bedeutsamen Erlasse des Reichsernährungsministeriums sowie die allgemeinen Bedingungen und Rundschreiben der Rentenbank-Kreditanstalt und endlich eine Übersicht über die in AME. 1—230 veröffentlichte Rechtsprechung und das Schrifttum.

Die Zusammenstellung zeichnet sich vor allem durch Übersichtlichkeit aus. Kurze Hinweise in den Fußnoten zu den einzelnen GR., Erlassen usw. erhöhen ihren Wert. Ein ausführliches Stichwortverzeichnis erleichtert ein schnelles Zurechtfinden. Das Sonderheft ist für den Entschuldungspraktiker unentbehrlich. Darüber hinaus kann es auch demjenigen gute Dienste leisten, der sich mit der landwirtschaftlichen Entschuldung nur gelegentlich zu beschäftigen hat.

AGR. Dr. v. Rozycki = v. Hoewel, Leiter des EntschuldA., Magdeburg.

Dr. Karl Wiesel, Treuhänder der Arbeit für das Wirtschaftsgebiet Mitteldeutschland. Der Treuhänder der Arbeit als Organ der neuen Sozialordnung. (Schriften des Instituts für Arbeitsrecht an der Universität Leipzig, 35. Heft.) Weimar 1936. Verlag Hermann Böhlau Nachf. 39 S. Preis brosch. 2,80 RM.

Die anregende und gedankenreiche Abhandlung ist aus einem Vortrag hervorgegangen, den der Verf. zu Ende des Wintersemesters 1935/36 im Institut für Arbeitsrecht an der Universität Leipzig gehalten hat. Mit offenem Blick und frischem Wirklichkeits Sinn tritt hier ein sozialpolitischer Praktiker an die Fragen heran, die mit der rechtlichen Stellung und dem Aufgabebereich des Treuhänders der Arbeit zusammenhängen. Wenn aber der Verf. sich gleich zu Anfang dagegen verwahrt, „rechtsphilosophische Reflexionen“ anzustellen, so tut er sich selber unrecht. Seine wohlgedachten Ausführungen darüber, wie die praktische Gestaltung des Arbeitsverhältnisses von den jeweils herrschenden rechtlichen und ethischen Grundanschauungen ab-

hängig ist (§. 1—10) stellen die Tatsachen des Rechtslebens in geistesgeschichtliche und weltanschauliche Zusammenhänge hinein — und das darf man wohl als rechtsphilosophische Betrachtung gelten lassen.

Bemerkenswert ist die Forderung des Verf. nach einer „weiten“ Auslegung des ArbDG. (§. 11 f.). Er betont, daß das ArbDG. zwar die Einzelaufgaben des TreuhArb., soweit sie der Erhaltung des Arbeitsfriedens zu dienen bestimmt sind, in § 19 erschöpfend aufzähle, daß es aber innerhalb der vom Gesetz gezogenen Grenzen Tatbestände genug gebe, die „mit der kasuistischen Zuständigkeit nicht immer in Einklang stehen, aber doch für die Erhaltung des Wirtschaftsfriedens vor recht erheblicher Bedeutung sind“. Das kann zu Mißverständnissen führen. Das TreuhänderG. v. 19. Mai 1933 (RGBl. I, 285) übertrug allerdings den TreuhArb. durch die Generalklausel des § 2 Abs. 2 ganz allgemein die Sorge für die Aufrechterhaltung des Arbeitsfriedens. Das geschah deshalb, weil dieses Gesetz nur für die erste Übergangszeit bestimmt war, in der schnelle und durchgreifende Maßnahmen notwendig erschienen. Dagegen hat das ArbDG. im Hinblick auf die inzwischen eingetretene Beruhigung absichtlich die Befugnisse der Treuhänder genau abgegrenzt (Mansfeld zu § 19 ArbDG. Anm. 1). Eine erweiternde Auslegung des § 19 kann daher nicht statthaft sein. So wenig der Richter sich über die klare und eindeutige Absicht eines Gesetzes hinwegsetzen und sich mit seiner eigenen Anschauung von einem gesunden Volksempfinden zum Gesetzgeber machen darf — das betont Wiesel selbst S. 32/33 — so wenig darf wohl auch der Treuhänder der Arbeit sich für befugt halten, die Tatbestände des § 19 gegebenenfalls aus praktischen Erwägungen zu ergänzen. Wir werden uns auch insoweit an die von maßgebender Stelle hervorgehobene Auffassung halten müssen, wonach die Rechtsicherheit eine Grundlage der Volksgemeinschaft bildet und der Staat Sorge zu tragen hat, „daß die Gesetze richtig erfüllt und sachgemäß gehandhabt werden“ (MinPräs. Göring, Die Rechtsicherheit als Grundlage der Volksgemeinschaft, Rede vor der Akademie für Deutsches Recht 1935).

In einigen Einzelheiten sind die Ausführungen des Verf. bereits durch die neueste Rspr. überholt. So in der Frage des Tariflohnverzichts nach beendetem Arbeitsverhältnis (§. 23) und in der Frage der Gültigkeit von Vertretungsklauseln in Betriebsordnungen (§. 23 f.) (vgl. JW. 1936, 2424<sup>44</sup> und 3497<sup>89</sup>). Das bedeutet natürlich keinen Vorwurf für den Verf., sondern es beweist nur, wie rasch sich heutzutage unsere Rechtsbegriffe fortentwickeln und umgestalten, — und es mahnt den Kritiker immer von neuem zur Zurückhaltung.

RA. Dr. W. Oppermann, Dresden.

Das Kostenrecht in Armensachen (Arbeitsunterlage Nr. 363), Verfasser: Wenzel Maierich, Kamenz. Herausgeber: DJZ. Amt für Berufserziehung und Betriebsführung. Bearbeiter: Reichsbetriebsgemeinschaft 13, Freie Berufe. Vertrieb: Lehrmittelzentrale des Amtes für Berufserziehung und Betriebsführung der DJZ., Berlin. 44 S.

Das Heftchen bringt auf 44 Seiten in klarer und übersichtlicher Gliederung die wesentlichen Grundzüge des Armenanwaltskostenrechts einschließlich des Rechts des § 124 ZPO. in knapper, dem Verständnis der Anwaltsangestellten angepaßter Form, z. T. unter Veranschaulichung durch Beispiele. Die Darstellung reicht aus, um dem Benutzer ein gutes Bild der an sich ja nicht einfachen Materie zu vermitteln.

Das Heft soll als Schulungsschrift, vor allem für den Selbstunterricht des Anwaltsangestellten dienen, aber auch als „Arbeitsunterlage“ für Arbeitsgemeinschaften und Vortragsveranstaltungen Verwendung finden.

Es bildet ein Glied einer ganzen Schriftenreihe, die nach den einleitenden Worten dazu beitragen soll, „dem zu beruflicher Höchstleistung strebenden Anwalts- und Notarangeestellten zu helfen, dieses Ziel zu erreichen“. Diesen Zweck erfüllt das Heft durch die gewählte Art der Darstellung und Zusammenstellung des Stoffes vollauf.

RA. Dr. Gaeckle, Berlin.

Die Aktenordnung für die deutschen Justizbehörden. Eine erläuternde Sachdarstellung mit einer Einführung in die Gerichtsverfassung. Nr. 198 I/II. Als Manuskript gedruckt. Bearbeiter: Reichsbetriebsgemeinschaft Verkehr und öffentliche Betriebe, Abt. Berufserziehung, Verwaltung in Zusammenarbeit mit dem Amt für Berufserziehung und Betriebsführung. 104 S.

Das Buch gibt eine Einführung in die Gerichtsverfassung und eine übersichtliche Darstellung der Vorschriften der deutschen Aktenordnung v. 28. Nov. 1934. Es wird den Justizangestellten ein sehr wertvolles Hilfsmittel sein, wenn sie sich in die Behandlung und Ordnung der Akten und die Einrichtung und Führung der Aktenregister einarbeiten wollen. Eine gute Kenntnis und eine genaue Befolgung dieser Vorschriften sind aber die Grundlage für jede Arbeit der Justizbehörden; denn wenn Akten unordentlich geführt oder gar unauffindbar sind, so bringt das höchst unangenehme Verzögerungen und sonstige Nachteile mit sich.

Das Buch kann deshalb jedem Justizangestellten empfohlen werden.

Der Abschnitt über die Zusammensetzung der Gerichte entspricht allerdings in einem Punkte nicht dem heutigen Stand der Gesetzgebung. „Die Möglichkeit einer Entscheidung durch die Vereinigten Zivilsenate oder Strafsenate oder durch das Plenum des Reichsgerichts“ besteht nicht mehr. An ihre Stelle sind der große Senat für Zivilsachen, der große Senat für Strafsachen und die vereinigten großen Senate getreten (vgl. §§ 131 a, 136 GG. i. d. Fass. des Ges. v. 28. Juni 1935).

RA. und Notar Boebel, Naumburg a. S.

Das neue deutsche Reichsrecht. Herausgegeben von StSekr. Pfundtner und RA. Dr. Neubert unter Mitwirkung von MinR. Dr. Medicus. Lieferung 53—55. Berlin 1937. Industrie-Verlag Spaeth & Linde. Preis je Blatt 3 Rpf. zuzüglich Postgebühren.

Mit welch ungeheurem Tempo unsere Gesetzgebung vorangetrieben wird, das kann man wohl am besten an den Lieferungen des „Neuen deutschen Reichsrechts“ erkennen. In knapp zwei Monaten erschienen drei umfangreiche Lieferungen, die auf zusammen mehr als 350 Blatt Gesetze und Verordnungen mit Erläuterungen in knapper Form brachten. Es macht schon Mühe, diese Fülle von Material in den dazu gehörigen Ordnern unterzubringen, es ist aber ausgeschlossen, den Inhalt dieses Gesetzgebungsstoffes zu beherrschen. Hier muß man sich tatsächlich auf ein Werk wie das „Neue deutsche Reichsrecht“ verlassen, wenn man durch das Labyrinth der Bestimmungen hindurchfinden will. —

Die Lieferung 54 enthält ein über 60 Seiten starkes Gesamtstichwortverzeichnis, das das Zurechtfinden im „Pfundtner-Neubert“ wesentlich erleichtert.

D. S.

Sammlung von Reichsgesetzen staats- und verwaltungsrechtlichen Inhalts von Prof. Dr. Carl Sartorius. 12. Aufl. Ergänzungsblätter. 3. Lieferung (102 Bl.). München und Berlin 1936. C. F. Beck'sche Verlagsbuchhdlg. Preis 1,80 RM.

Das JW. 1935, 1610 besprochene Hauptwerk wird durch die dritte Lieferung der Ergänzungsblätter auf den Stand vom Dezember 1936 gebracht.

D. S.

Schnellkartei der Reichssteuergesetze. Teil I. 53. und 54. Ersatz- und Ergänzungslieferung. Köln 1937. Verlag Dr. Otto Schmidt. Preis 1 1/4 Rpf. je Ersatzdruckseite, 1 3/4 Rpf. je Ergänzungsdruckseite.

Die zahlreichen Änderungen der steuerrechtlichen Bestimmungen, die in den letzten Wochen erfolgt sind, machten eine Ergänzung (und teilweisen Ersatz) der Schnellkartei in größerem Umfang erforderlich. Die beiden Lieferungen bringen das Werk auf den Stand von Anfang Januar 1937.

D. S.



# Rechtssprechung

Nachdruck der Entscheidungen nur auszugsweise und mit genauer Quellenangabe gestattet

## Reichsgericht: Zivilsachen

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

**1. § 138 BGB. Vergleichsweise Beteiligung des Versicherungsnehmers an der vom Versicherer an den Verletzten zu zahlenden Vergleichssumme, auch wenn diese unter der vereinbarten Versicherungssumme liegt, ist nicht sittenwidrig.**

Der Bekl. Sch. hatte sich bei der Kl. gegen Haftpflichtschäden versichert, die er durch seinen Lieferwagen etwa erleiden würde, und zwar für Personenschäden bis zu 100 000 *R.M.* Am 29. Juni 1927 überfuhr der Kraftwagenführer des Bekl. den L. Dieser verklagte den jetzigen Bekl. und dessen Wagenführer auf Schadensersatz. Das LG. verurteilte u. a. den Bekl. Sch. am 23. Nov. 1933 zur Zahlung von 7865,35 *R.M.* und 4508,59 *R.M.* sowie zur Leistung einer Rente von 1800 *R.M.* vierteljährlich v. 1. Jan. 1928 an bis zum 65. Lebensjahre des Verunglückten. Es stellte auch fest, daß der Bekl. allen weiteren Schäden zu tragen habe, den L. aus dem Unfall erlitten habe oder erleiden werde. Am 19. Dez. 1933 schlossen nun die Parteien folgenden Vertrag: Da die Beträge des Urteils die Versicherungssumme — also 100 000 *R.M.* — überstiegen, so daß sich auch der Bekl. an den Zahlungen und den Kosten beteiligen müsse, verpflichtete sich der Bekl. zum Ausgleich dafür, daß ihm durch eine Erledigung des Rechtsstreits mit L. im Vergleichswege die ihn aus dem Urteil treffenden Belastungen abgenommen würden, sich an einer Vergleichssumme bis zu 60 000 *R.M.* mit 7500 *R.M.* zu beteiligen. Am 22. Dez. 1933 kam auch im Rechtsstreit mit L. ein Vergleich zustande, nach dem sich die beiden Bekl. dieses Rechtsstreits verpflichteten, an den Verletzten außer den schon bezahlten Beträgen weitere 67 500 *R.M.* als Abfindung wegen seiner Schadensersatzansprüche zu zahlen.

Die Kl. verlangt nun die 7500 *R.M.* des Vertrages vom 19. Dez. 1933 nebst Zinsen. Der Bekl. hält den Vertrag für sittenwidrig, scheidet ihn auch wegen Irrtums, arglistiger Täuschung und Drohung an. Das LG. hat die Klage abgewiesen, da die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung durchschlage. Das OLG. hat die Berufung der Kl. zurückgewiesen, da der Vertrag vom 19. Dez. 1933 gegen die guten Sitten verstoße.

RG. hob auf und verwies zurück.

Das OLG. stellt an die Spitze seiner Ausführungen den Satz, wer sich unter Ausnutzung der schwierigen — oder wie es an anderer Stelle heißt: mißlichen — Lage eines anderen von diesem eine Vergütung für eine Leistung, zu der er dem anderen ohnehin verpflichtet sei, versprechen lasse, verstoße gegen die guten Sitten. Das Versprechen sei nach Abs. 1 des § 138 BGB. nichtig. Die Kl. habe die mißliche Lage des Bekl. ausgenutzt. Dieser habe nach dem Brief der Kl. v. 11. Dez. 1933 damit rechnen müssen, trotz seiner Versicherung selbst noch etwa 30 Jahre lang jährlich rund 4000 *R.M.* zahlen zu müssen. Die Kl. habe ihm dies und sein, des Bekl., Interesse an einem Vergleich unter 100 000 *R.M.*, das eine Beteiligung des Bekl. an dem Vergleiche rechtfertige, dargelegt, und ihn dadurch zu einer solchen Beteiligung veranlaßt.

Die daran geknüpften Ausführungen des OLG. gehen anseheinend dahin, daß sich der Versicherer um so weniger etwas versprechen lassen dürfte, je mehr er bei dem Vergleichsschluß erreicht. Gelingt es ihm nur, die Ansprüche des Verletzten herab zu senken, daß sie noch über der Versicherungssumme bleiben, so könnte er sich ohne Verstoß gegen die guten Sitten vom Versicherungsnehmer einen Vermögenswert versprechen lassen.

Läßt sich der Verletzte aber auf eine Ermäßigung seiner Ansprüche unter die Versicherungssumme ein, so verstoße das Versprechen auch nur des kleinsten Gegenwertes gegen die guten Sitten. Das kann nicht rechtens sein. Es ist auch aus zwei Gründen irrig. Der ganze Gedankengang beruht auf der Ermäßigung, daß der Versicherungsnehmer an einem Vergleich im Rahmen der Versicherungssumme kein Interesse habe. Das ist nicht richtig. Vergleichsgegner des Verletzten ist stets der Versicherungsnehmer, nicht der Versicherer. Sein Rückgriff gegen den Versicherer kann versagen, weil dieser im gegebenen Falle zahlungsunfähig ist, weil der Anspruch verwirkt oder verjährt ist oder aus anderen Gründen. Der Versicherungsnehmer bleibt auch mit dem Reste der Versicherungssumme in der Versicherung; je niedriger also die Vergleichssumme ist, um so größer ist die dem Versicherungsnehmer verbleibende Deckung. Der Versicherer kann zwar kündigen (§ 158 BGB.), aber je niedriger die Vergleichssumme ist, um so eher bestehen Aussichten, daß der Versicherer dies Recht nicht ausübt, und der Versicherungsnehmer kann, nachdem nun einmal ein Haftpflichtfall eingetreten ist, das Risiko vielleicht gar nicht oder wenigstens nur mit einer höheren Prämie bei einem anderen Versicherer unterbringen. Der zweite Grund für die Unrichtigkeit der Darlegungen des OLG. ist der: es ist und bleibt der Versicherungsnehmer der ganzen, die Versicherungssumme übersteigenden Last ledig, wenn eine Senkung der Ansprüche des Verletzten auf diese Summe oder gar unter ihre Höchstgrenze möglich ist. Der rechtfertigende Grund für die Zulässigkeit des Versprechens eines Vorteils bei einer Ermäßigung der Forderung oberhalb der Versicherungssumme ist der Gewinn, den der Versicherungsnehmer macht. Dieser Gewinn bleibt aber auch bei einer Senkung unter die Versicherungssumme bestehen. Die Meinung des OLG. würde bedeuten, daß das Versprechen einer Vermögensleistung bei einem Vergleich über einen die Versicherungssumme übersteigenden Schaden dann nicht sittenwidrig sei, da der Vergleich allein dem Versicherungsnehmer zugute komme. Wenn er aber auch dem Versicherer Vorteile bringe, verstoße es gegen die guten Sitten, wenn der Versicherungsnehmer dem Versicherer einen Vorteil für den Abschluß verspreche. Ein solcher Satz kann aber nicht als richtig anerkannt werden.

Die Unrichtigkeit dieser Ausführungen des angefochtenen Urteils berührt aber nicht unmittelbar die Darlegungen über die Sittenwidrigkeit des Vertrages v. 19. Dez. 1933. Dieser Vertrag verstößt jedoch nach dem Sachverhalt, wie ihn das BG. im Entsch. zugrunde legt, nicht gegen die guten Sitten (§ 138 Abs. 1 BGB.). Wucher i. S. des Abs. 2 von § 138 BGB. nimmt das OLG. offenbar nicht an. Der VerK. setzt nämlich an die Stelle der „Ausbeutung einer Notlage“ in der angegebenen Gesetzesbestimmung die „Ausnutzung einer schwierigen oder mißlichen Lage“ und an die Stelle des Hinausgehens des Vermögensvorteils über den Wert der Leistung dergestalt, daß die Vorteile in auffälligem Mißverhältnis zur Leistung stehen, das Bestehen einer Verpflichtung zur Leistung, so daß das Versprechen auch des geringsten Vermögensvorteils einen Verstoß gegen die guten Sitten enthielte. Ob die Unterstellung dieser Abwandlung des Abs. 2 von § 138 BGB. unter Abs. 1 des § 138 gebilligt werden kann, mag auf sich beruhen; denn auf alle Fälle enthält der Sachverhalt, den das OLG. hier als sittenwidrig ansieht, keinen Verstoß gegen die guten Sitten. Eine Betrachtung dieses Sachverhalts ausschließlich unter dem Gesichtspunkt, daß die Kl. zum Abschluß eines Vergleichs verpflichtet war und sich dennoch eine Gegenleistung hat versprechen lassen, erschöpft den rechtlichen Gehalt der Vorgänge nicht. Nach dem Urteil in dem Schadensersatzprozeß gegen L. sahen sich beide Parteien des gegenwärtigen Rechtsstreits Belastungen gegenüber, und zwar der Bekl. auch solchen, wegen deren er sich nicht an der Kl. schadlos halten konnte. Die Kl. lief Gefahr, die ganze Versicherungssumme bezahlen zu müssen, und

der Bekl. mußte damit rechnen, daß er selbst zu dieser Summe noch erhebliche Beträge zuzuschließen müsse. Ob wirklich eine Jahresrente von 4000 *R.M.* zuzuschließen war, wie die Kl. in dem Brief v. 11. Dez. 1933 geschrieben hatte, mag hier dahingestellt bleiben. Dazu kam auf alle Fälle noch ein etwaiger weiterer Schaden, den allerdings die Kl. offenbar gering einschätzte. Der Gedanke, diese gemeinsame Gefahr durch ein gemeinsames Opfer abzuwenden, enthält nichts Sittenwidriges. Das unmittelbarste Interesse an einer Senkung der Ansprüche des Verletzten hatte der Bekl., denn da schon der Kapitalwert der Rente die Versicherungssumme überstieg und dazu die erheblichen Beträge, die neben der Rente zu bezahlen waren, sowie die Verpflichtung zum Ersatz allen weiteren Schadens kamen, war jede Ermäßigung der Ansprüche des Verletzten unmittelbarer Gewinn des Bekl. Dieser Gewinn blieb auch bei einem Herunterdrücken der Ansprüche unter die Versicherungssumme bestehen und wurde in dem Falle noch vergrößert um die oben angeführten Vorteile einer Senkung im Rahmen der Versicherungssumme. Das Interesse der Kl. an einem Vergleich begann dagegen erst bei einer Herabsetzung unter die Versicherungssumme. Dem OLG. ist darin beizutreten, daß die Kl. angesichts ihres Rechts zur Führung des Rechtsstreits gegen den Verletzten und ihrer Herrschaft über einen Vergleich die Pflicht hatte, dabei die Belange des Bekl. zu vertreten und, wenn möglich, einen günstigen Vergleich mit dem Verletzten abzuschließen. Diese Verpflichtung bestand entgegen der Meinung, die anscheinend das BG. vertritt, auch dann, wenn sich nur die Möglichkeit geboten hätte, einen Vergleich mit einem über der Versicherungssumme liegenden Abfindungsbetrage abzuschließen. Ein Vergleich auf der Grundlage, bei der allein am 19. Dez. 1933 eine Zuzahlung vom Bekl. versprochen wurde, überhob diesen aller über die Versicherungssumme hinausgehenden Lasten, d. h. also im Regelfalle, den der Bekl. selbst auch annimmt, aller Lasten überhaupt, die er endgültig hätte tragen müssen. Das Versprechen einer Zuzahlung kann unter diesen Umständen nicht als sittenwidrig angesehen werden. Man darf ihm nicht rein begrifflich die Verpflichtung der Kl., einen möglichst günstigen Vergleich mit dem Verletzten zu suchen und abzuschließen, gegenüberstellen, sondern muß erwägen, daß der Bekl. durch den Vergleich erhebliche Vorteile gewann. Wenn diese bei einem Vergleich über der Versicherungssumme die Sittenwidrigkeit ausschließen, wie das OLG. selbst annimmt, so ist nicht einzusehen, weshalb der Umstand, daß auch die Kl. bei dem beabsichtigten Vergleiche einen Nutzen hatte, die Sittenwidrigkeit begründen könnte. In dem Vertrag v. 19. Dez. 1933 war auch ausdrücklich gesagt, der Bekl. solle sich mit 7500 *R.M.* an einer Vergleichssumme von 60 000 *R.M.* beteiligen zum Ausgleich dafür, daß ihm durch den Vergleich die sich aus dem Urteil in dem Schadensprozeß ergebenden Belastungen abgenommen würden. Nicht der Abschluß eines Vergleiches ist also dem Versprechen gegenübergestellt, sondern der Vorteil, den der Bekl. durch den Vergleich haben würde. Diesem Wortlaut kann zwar keine ausschlaggebende Bedeutung beigemessen werden, denn wenn die Kl. unlauter vorgehen wollte, hätte sie alle Ursache gehabt, auf einen Wortlaut zu dringen, der dies verbar. Aber der Bekl. bringt selbst nicht vor, daß die Kl. versucht hätte, ihre Absichten zu verhüllen und daß der Wortlaut nicht dem wahren Sachverhalt entspräche.

Keine Rolle können bei dieser Prüfung des von dem OLG. abgeurteilten Sachverhalts unter dem Gesichtspunkt der Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB. die Fragen spielen, ob sich der Bekl. in einem nach § 119 BGB. beachtlichen Irrtum befunden hat, ob die Kl. den Bekl. in irgendeinem Punkte arglistig getäuscht hat, und ob die Kl. etwa den Bekl. durch eine widerrechtliche Drohung zum Vertragschluß bestimmt hat. In all diesen Fällen hat es das Gesetz in die Hand des Vertragsschließenden gelegt, ob er den Vertrag gelten lassen oder vernichten will, denn es gibt ihm die Möglichkeit der Anfechtung. Der Vertrag ist aber in diesen Fällen nicht kraft Gesetzes nichtig. Der Bekl. hat den Vertrag wegen Irrtums, arglistiger Täuschung und widerrechtlicher Drohung zwar angefochten, der Vorderrichter hat aber über die Einwendungen noch nicht entschieden; das RevG. kann also nicht auf sie eingehen.

(U. v. 30. Okt. 1936; VII 28/36. — Düsseldorf.)

[R.]

2. §§ 242, 323, 819 BGB. Ablehnung der Erfüllung außerhalb des Gebietes der Verjährung nur in bestimmten Ausnahmefällen zulässig.

1. Außerhalb des Bereichs der Verjährung kann der Schuldner ein Recht zur Ablehnung der Erfüllung nicht schon daraus herleiten, daß der Gläubiger seinen Anspruch erst geraume Zeit nach Fälligkeit geltend macht. Die für Sondergebiete des Rechts, insbes. das Aufwertungsrecht, den gewerblichen Rechtsschutz und das Arbeitsrecht, entwickelten Grundsätze, nach denen Nichtverfolgung eines Anspruchs während eines längeren Zeitraums zur Verwirkung des Anspruchs führt, vertragen keine Ausdehnung auf das Gebiet des allgemeinen Rechts.

2. Fahrlässigkeit in bezug auf das Nichtkennen genügt nicht zur Anwendung des § 819 BGB. f)

Zwischen einer deutschen Firma, Herstellerin von Chemikalien, und der amerikanischen Firma E. war ein Kaufvertrag auf Lieferung eines bestimmten Farbstoffes, Lithopon, in den Jahren 1915/1916 abgeschlossen worden. Die Lieferungen wurden dadurch behindert, daß die Engländer im Kriege deutsche Waren auch auf neutralen Schiffen beschlagnahmten und die neutralen Schifffahrtslinien sich deshalb weigerten, deutsche Waren an Bord zu nehmen, wenn nicht der Besteller eine besondere Durchfahrts Erlaubnis der englischen Regierung vorweisen konnte. Auf der anderen Seite bestand für Deutschland eine Regelung, nach der der Preis für — nach Amerika zu lieferndes — Lithopon auf eine bestimmte Summe festgesetzt war und die Ausfuhr nicht genehmigt wurde, wenn dieser Preis nicht gezahlt wurde. Wegen irgendwelcher Umstände ging die vom Abnehmer zu zahlende Summe nach einer Verzögerung ein — bei einer holländischen Bank. Demzufolge verspätete sich wiederum die Absendung des Farbstoffes, so daß dieser in Rotterdam nicht verladen wurde, weil inzwischen die für den amerikanischen Abnehmer erteilte englische Lizenz erloschen war.

Die 6000 fl., welche die holländische Bank der Bekl. Mitte Mai 1916 gutgeschrieben hatte, blieben auch weiterhin zugunsten dieser Firma bei der Bank stehen. Die Bekl. hat hiervon 150 fl. abgehoben und später, als die Firma N. in Kopenhagen auf E. E. suchten nach den 6000 fl. fragte, diesem mitgeteilt, daß sie die 150 fl. zur Deckung von Verladungs- und Telegrammauslagen verwendet habe, und daß die übrigen 5850 fl. dem E. zur Verfügung ständen. N. gab dies an E. durch Schreiben v. 9. Dez. 1916 weiter. Die Antwort der Kl. gelangte nicht in die Hände der Bekl.

Am 20. April 1917 ließ die Bekl. den ihr bei der holländischen Bank gutgeschriebenen Betrag, der sich inzwischen mit den Zinsen auf 5927,45 fl. erhöht hatte, nach Deutschland überweisen und erhielt dafür 15 447,50 *M.* Im Winter 1918/19 fragte E. neuerdings bei N. in Kopenhagen nach den 5850 fl. N. erwiderte am 3. März 1919, die Bekl. habe ihm mitgeteilt, daß sie infolge der Kriegsumstände das Geld nicht überweisen könne und vorschläge, ihr Ware, insbes. Lithopon, abzunehmen. Am 12. April 1919 wiederholte N. diesen Vorschlag. Der Briefwechsel in dieser Angelegenheit setzte dann bis zum Jahre 1925 aus.

Am 16. März 1925 schrieb die Firma E. an die Bekl., sie möge ihr 5850 fl. samt Zinsen seit der Überweisung durch die holländische Bank zahlen oder gutschreiben lassen. Im Jahre 1928 kam der Kl. persönlich zur Bekl. und verlangte Zahlung.

Im Mai 1929 erhob er dann Klage auf Lieferung von 30 t Lithopon; später stellte er hilfsweise den Antrag, die Bekl. zur Zahlung von 6000 fl. mit Zinsen, allenfalls zur Zahlung des Wertes von 6000 fl. in Reichsmark nach dem Berliner Mittelfuß des Zahlungstages zu verurteilen. Die Bekl. bestritt das Fortbestehen ihrer Verpflichtung zur Lieferung und beruft sich auf den Wegfall ihrer etwaigen Bereicherung infolge der Geldentwertung.

Das RG. hat die Bekl. verurteilt, dem Kl. den Wert von 6000 fl. mit 5 % Zinsen daraus seit 1. Jan. 1927 in Reichsmark nach dem am Tage der Zahlung geltenden Berliner Mittelfkurs zu zahlen, im übrigen aber die Klage abgewiesen. Auf Berufung der Bekl. hat das OVG. das Urteil aufgehoben und die Bekl. verurteilt — entsprechend der erteilten Genehmigung der Devisenstelle —, auf ein Sperrkonto bei einer inländischen Devisenbank zugunsten des Kl. den Wert von 4920 Gulden niederländischer Währung mit 5 % Zinsen daraus seit 1. Jan. 1927 in Reichsmark nach dem Berliner Mittelfkurs des jeweiligen Zahlungstages einzuzahlen, und zwar in sieben Raten, von denen die ersten sechs je 15 %, die letzte 10 % des gesamten Hauptsachebetrages nebst den hierauf treffenden Zinsen ausmacht, und von denen die erste mit Verkündung des Urteils, die übrigen je in Abständen von sechs Monaten fällig werden; im übrigen hat es die Klage abgewiesen.

RG. hob auf und verwies zurück.

1. Die Rev. der Bekl. wendet sich gegen die Ausführungen des VerK., der Kl. habe sich zwar mit seinem Vorgehen gegen die Bekl. sehr lange Zeit gelassen, trotzdem könne aber nicht gesagt werden, daß die verspätete Geltendmachung seines auf ungerechtfertigte Bereicherung der Bekl. gestützten Anspruches gegen Treu und Glauben verstoße. Wie das RG. bereits wiederholt ausgesprochen hat, kann der Schuldner außerhalb des Bereichs der Verjährung, die hier nicht in Betracht kommt, ein Recht zur Ablehnung der Erfüllung nicht schon daraus herleiten, daß der Gläubiger seinen Anspruch erst geraume Zeit nach Fälligkeit geltend macht. Die für Sondergebiete des Rechts, wie namentlich das Aufwertungsrecht, den gewerblichen Rechtsschutz und das Arbeitsrecht, entwickelten Grundsätze, nach denen Nichtverfolgung eines Anspruches während eines längeren Zeitraums zur Verwirkung des Anspruches führt, vertragen keine Ausdehnung auf das Gebiet des allgemeinen Rechts (RGZ. 144, 22 = JW. 1934, 1829, 1849<sup>1</sup>; RGZ. 149, 348 [352] = JW. 1936, 572<sup>1</sup> m. Anm.). Eine Aufwertungsstreitigkeit liegt aber nicht vor, vielmehr verlangt der Kl. von der Bekl. die Herausgabe eines Betrages, der dieser in niederländischen Gulden zugeflossen ist, weil sie am dessen Wert ungerechtfertigt bereichert sei. Nur mit Rücksicht auf die deutschen Devisenbestimmungen begehrt er nicht Zahlung in niederländischen Gulden, sondern deren Gegenwert in Reichsmark. Verwirkt ist der geltend gemachte Anspruch daher nicht. Ein Verstoß gegen Treu und Glauben könnte in der Geltendmachung des Anspruches nur dann liegen, wenn die Bekl. aus dem Verhalten des Kl. E. hätte entnehmen müssen, daß er den von ihm gezahlten Betrag nicht mehr zurückfordern wolle, wenn er sich also durch die nunmehr erfolgte Geltendmachung mit seinem eigenen früheren Verhalten in Widerspruch setzen würde (vgl. in dieser Richtung die RG-Urt. v. 1. Febr. 1935, II 223/34: JW. 1935, 1841 und v. 1. März 1935, II 246/34: JW. 1935, 2490). So liegt die Sache hier aber nicht. Der Kl. E. hat wiederholt versucht, sich mit der Bekl. auseinanderzusetzen. Zwischen diesen Versuchen lagen allerdings längere Zwischenräume, die Bekl. konnte aber nicht annehmen, daß E. auf seine Ansprüche verzichten wollte.

Der VerK. geht davon aus, daß E. zur Abnahme und Bezahlung des in den Jahren 1915/16 gekauften Lithopons nur dann verpflichtet war, wenn es möglich war, dieses ohne besondere Gefahr und besondere Aufwendungen nach Amerika zu schaffen. Er entnimmt dies aus dem Zweck des Geschäfts und dem Verhalten der Bekl., die dem Kl. nie angeschlossen habe, das Lithopon in den Niederlanden — es war in Rotterdam zu verladen und befand sich z. T. schon da — zu verwerten. Diese Auslegung der Parteivereinbarung liegt im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet, sie ist möglich und läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Sie ist daher für die Rev.Jnst. bindend.

Von diesem Ausgangspunkt aus meint der VerK., die Erfüllung des Lithopontkaufes, die Abnahme durch E., aber auch die bestimmungsgemäße Lieferung durch die Bekl. sei jedenfalls dann unmöglich geworden, wenn England dem Kl. die Erlaubnis zur Verschiffung nicht mehr erteilte und infolgedessen die neutralen Schiffer sich weigerten, das Lithopon an Bord zu nehmen. Das sei seit Juni 1916 der Fall gewesen. Die Möglichkeit, den Farbstoff nach Beendigung des Krieges nach Amerika zu schaffen, andere hieran nichts, zumal für die Beendigung

des Krieges keinerlei greifbare Aussicht bestanden habe. Der Vorderrichter nimmt also an, daß die zeitweilige Unmöglichkeit das Lithopon nach Amerika zu schaffen, wegen der Unabsehbarkeit der Dauer des Krieges zu einer endgültigen Unmöglichkeit geworden sei. Bevor er eine solche endgültige Unmöglichkeit der Erfüllung des Vertrages feststellte, hätte er aber prüfen müssen, wie die Parteien zu der Frage einer Verzögerung der Erfüllung standen. Erst wenn diese eine verspätete Lieferung nicht mehr als Erfüllung ansahen, konnte eine endgültige Unmöglichkeit angenommen werden. Die Feststellung dieses Zeitpunktes war von erheblicher Bedeutung, weil sich die Bereicherung der Bekl. nach diesem Zeitpunkte bemißt.

Schon diese Unterlassung muß zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führen. Weiter ist aber noch folgendes zu bemerken:

Der Anspruch auf Herausgabe des Gezahlten nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung ist gem. §§ 323 Abs. 3, 325 Abs. 1 Satz 3 BGB. gegeben, gleichgültig ob die Bekl. ein Verschulden an der Unmöglichkeit der Lieferung trifft oder nicht. Die Bekl. hat aber geltend gemacht, E. habe es selbst verschuldet, daß die Lieferung nicht habe verladen werden können, weil er die als Gegenleistung für die Lieferung bestimmten 6000 fl. zu spät überwiesen habe. Die Richtigkeit dieses Vorbringens hat der VerK. nicht geprüft, weil er meint, auf ein Verschulden E.s komme es nicht an. Auch das war rechtsirrig. Denn wenn die Unmöglichkeit der Lieferung des Lithopons durch E. verschuldet sein sollte, so würde die Bekl. nach § 324 BGB. Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises für die 30 t Lithopon haben, müßte sich allerdings das anrechnen lassen, was sie durch Befreiung von der Leistung erspart oder durch anderweitige Verwendung ihrer Arbeitskraft erworben hat. Nun hat der VerK. aber als „Minderung der Bereicherung“ der Bekl. von den 6000 fl. das abgesetzt, was die Bekl. durch anderweitige Veräußerung des Lithopons (unter Berücksichtigung der durch diese Veräußerung entstandenen Mehrunkosten) gegenüber dem Abschluß mit E. weniger erhalten hat. Das kommt auf daselbe heraus, wie wenn man von den 6000 fl. den anderweitigen Erlös absetzt und den Unterschiedsbetrag, auf den die Bekl. nach § 324 BGB. Anspruch haben würde, dieser zubilligt. Mit dieser Berechnung hat der VerK. zwar nicht, wie er meint, der Bestimmung des § 818 BGB., wohl aber derjenigen des § 324 BGB. Rechnung getragen, so daß die Bekl. durch die Nichterörterung eines etwaigen Verschuldens E.s an der Unmöglichkeit der Lieferung nicht beschwert ist. Der Kl. aber hat Rev. nicht eingelegt.

2. Eine Minderung der Bereicherung der Bekl. durch die Überweisung des Guthabens in deutscher Währung nach Deutschland und die darauf eingetretene Geldentwertung will der VerK. schließlich nach § 819 BGB. nicht berücksichtigen, weil die Bekl. ihre ungerechtfertigte Bereicherung gekannt habe und in der Lage gewesen sei, ohne Behinderung durch die Kriegsgesetzgebung dem Kl. den geschuldeten Betrag zurückzugeben. Hiergegen wendet sich der Hauptangriff der Rev. In der Tat sind die Ausführungen des VerK. über den Zeitpunkt, zu dem die Bekl. die — von ihm angenommene — Unmöglichkeit der Erfüllung des Vertrages und damit ihre Verpflichtung zur Herausgabe der empfangenen Zahlung erkannt hat, nicht klar. Allerdings sagt der VerK., die Bekl. habe die 6000 fl. nicht in der Erwartung einbehalten, demnächst Ware dafür liefern zu können, sondern um für eine spätere Zeit den Kl. E. zur Fortsetzung der geschäftlichen Beziehungen anhalten zu können. An anderer Stelle aber führt er aus: Die große Schwierigkeit, Waren nach Amerika zu bringen, sei auch in Deutschland allgemein bekannt und auch der bekl. Firma geläufig gewesen. Sie habe daher seit Juni 1916 nicht mehr damit rechnen können, daß der Kl. vor Kriegsende in die Lage kommen werde, eine neue Sendung Lithopon nach Amerika zu beziehen. Für die Beendigung des Krieges aber habe keinerlei greifbare Aussicht bestanden. Eine Einbehaltung des Preises für die nichtgelieferte Ware sei aber v e r n ü n f t i g e r w e i s e nur dann zulässig gewesen, wenn die Lieferung in unmittelbarer Aussicht gestanden habe.

Diese Ausführungen lassen die Feststellung vermissen, daß die Bekl. wirklich erkannt hat, daß mit einer Lieferung des

Lithopons in absehbarer Zeit nicht zu rechnen sei; Fahrlässigkeit der Befl. genügt nicht zur Anwendung des § 819 BGB. (RG. v. 2. April: SächstRspr. 1928 Nr. 1411 und die dort zit. Entsch.). Mit Recht weist die Rev. auf das Schreiben der Befl. an E. v. 17. Juni 1916 hin, in dem sie ihm empfiehlt, eine Verlängerung der Lizenz der englischen Regierung zu erwirken. Der VerR. sagt hierzu, für die Möglichkeit einer solchen Verlängerung habe die Befl. keine Anhaltspunkte gehabt, er äußert sich aber nicht zu der Frage, ob die Befl. nicht trotzdem an die Möglichkeit einer solchen Verlängerung geglaubt hat. Eine Stellungnahme hierzu war erforderlich. Denn wenn die Befl. mit dieser Möglichkeit gerechnet hat, so kann man nicht sagen, daß sie die Unmöglichkeit der Lieferung — wenn eine solche schon vorlag — gekannt hat. Die Kenntnis hiervon aber ist wieder die Grundlage einer Kenntnis ihrer ungerechtfertigten Bereicherung. Ohne festzustellen, daß die Befl. die Unmöglichkeit der Lieferung erkannt hat, konnte der VerR. auch nicht feststellen, daß die Befl. ihre ungerechtfertigte Bereicherung um die ihr überwiesenen 6000 fl. gekannt habe. Diese Feststellung beruht also auf unzureichender Grundlage.

Der VerR. weist noch darauf hin, daß die Befl., wie aus dem vorl. Briefe der Firma N. in Kopenhagen v. 9. Dez. 1916 herborgehe, diese Firma davon verständigt habe, daß E. über den nach Abhebung von 150 fl. für Auslagen übrigbleibenden Rest des Bankguthabens von 5850 fl. verfügen könne. Das Schreiben der Befl. an N. hat selbst nicht vorgelegen. In dem N.schen Schreiben v. 16. Dez. 1916 an E. aber heißt es, die verbleibenden 5850 fl. seien zu E.s Verfügung auf der holländischen Bank, und es würde ratsam sein, dem Verkäufer über dieses Geld Auftrag zu erteilen. Der VerR. faßt diese Stellungnahme der Befl. als Folge der Kenntnis ihrer ungerechtfertigten Bereicherung auf. Als Begründung für eine solche Kenntnis benutzt er sie nicht. Es braucht daher nicht darauf eingegangen zu werden, ob sie dafür herangezogen werden konnte.

Hiernach wird der VerR. bei der erneuten Verhandlung zu prüfen haben, ob und wann die Erfüllung des Lithoponvertrags unmöglich geworden und die Befl. deshalb auf Kosten des N. ungerechtfertigt bereichert war, sowie wann die Befl. dies erkannt hat.

(U. v. 10. Nov. 1936; VII 124/36. — Bamberg.) [N.]

**Anmerkung:** Die Rspr. des RG. zum Geltungsbereich der Verwirkung ist uneinheitlich und unbefriedigend. Dafür liefert die vorl. Entsch. (aus der nur die Verwirkungsfrage erörtert werden soll) ein weiteres deutliches Beispiel.

1. Gegen eine allgemeine Geltung und Anwendung der Verwirkung hat sich das RG. in den letzten Jahren mehrfach ausgesprochen, und zwar mit folgenden typisch wiederkehrenden Sätzen: „Außerhalb des Bereichs der Verjährung kann der Schuldner ein Recht zur Ablehnung der Erfüllung nicht schon daraus herleiten, daß der Gläubiger seinen Anspruch erst geraume Zeit nach Fälligkeit geltend macht. Die für Sondergebiete des Rechts entwickelten Grundsätze, nach denen Nichtverfolgung eines Anspruchs während eines längeren Zeitraums zur Verwirkung führt, vertragen keine Ausdehnung auf das Gebiet des allgemeinen bürgerlichen Rechts.“ So besonders RG., 7. ZivSen.: RGZ. 144, 22 = JW. 1934, 1849; RG., 5. ZivSen.: RGZ. 149, 348 (352) = JW. 1936, 572, 574 f. und jetzt die obige Entsch. des 7. ZivSen. Vgl. auch bereits RG., 4. ZivSen.: RGZ. 135, 374 ff. = JW. 1932, 2972.

Dagegen haben sich andere Senate für die allgemeine Geltung des Verwirkungsgedankens ausgesprochen, und zwar auch noch nach der ersten grundsätzlich ablehnenden Entsch. des 7. ZivSen. Mit Recht ist dabei gesprochen worden von „der lange gefestigten Rspr., die bereits vom RDSG. geübt wurde, vom RG. ständig festgehalten und die im Schrifttum durchweg gebilligt worden ist“. Diese Entsch., die vor allem von dem 2. ZivSen. getroffen worden sind, haben zur Begründung und Rechtfertigung der Verwirkung folgenden typisch wiederkehrenden Satz geprägt: „An der Rspr., daß unter besonderen Umständen die verspätete Geltendmachung von Ansprüchen ein Verhalten darstellen kann, das gegen Treu und Glauben ver-

stößt, und daß dann der Geltungsmachung solcher Ansprüche die rechtliche Wirkung versagt werden muß, ist festzuhalten.“ So besonders RG., 2. ZivSen.: JW. 1935, 1841 und 2490; vorher z. B. RG., 1. ZivSen.: JW. 1929, 2143; RG., 4. ZivSen.: RGZ. 144, 89 ff. = JW. 1934, 1644; unentschieden 4. ZivSen.: JW. 1935, 2883. Neuestens für umfassende Geltung RG.: JW. 1937, 320. In der Tat geht der Verwirkungsgedanke bereits auf die Rspr. des RDSG. zurück, wo der Einwand „illoquenter Verpätung“ namentlich bei Hinauszögerung des Selbsthilfeverkaufs allgemein anerkannt war. Die Rspr. des RG. hat diesen Gedanken dann übernommen und in ganz umfassender Weise angewandt. (Vgl. hierzu die Nachweise bei Siebert, „Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung“, 1934, S. 1 ff.)

Das Schrifttum ist ganz einhellig auf die Seite des 2. ZivSen. getreten, hat also für allgemeine Geltung des Verwirkungsgedankens Stellung genommen. Dabei ist insbes. die erste Entsch. des 7. ZivSen. über die grundsätzliche Beschränkung des Geltungsbereichs der Verwirkung auf Sondergebiete (RGZ. 144, 22 = JW. 1934, 1849) stark angegriffen und, wenn auch mit etwas verschiedenen Begründungen, übereinstimmend abgelehnt worden. Vgl. z. B. Dänzer-Banotti: DZ. 1936, 1455 ff.; Klausung: JW. 1935, 1841; Larenz: „Vertrag und Unrecht“, 1936, I, 144; S. Lehmann: JW. 1936, 2193 ff.; Manig: DZ. 1936, 350 ff.; Roqueti: JW. 1935, 2884; Siebert: JW. 1934, 1829 ff.; Tegtmeyer: JW. 1936, 3100 ff. (Vollständige Angaben in der ausführlichen Entsch. des RG.: JW. 1937, 320.)

2. Leider hat der 7. ZivSen. in der vorl. Entsch. weder zu der Rspr. des 2. ZivSen. noch zu den Äußerungen im Schrifttum Stellung genommen. Diese auffallende Tatsache erklärt sich m. E. daraus, daß der 7. ZivSen., wie die Gründe seines Urteils deutlich zeigen, seine Rspr. mit der Auffassung des 2. Sen. für vereinbar hält. Wenige Sätze nach der Ablehnung des Verwirkungsgedankens über die bestimmten Sondergebiete hinaus heißt es in dem vorl. Urteil: „Ein Verstoß gegen Treu und Glauben könnte in der Geltendmachung des Anspruchs nur dann liegen, wenn die Befl. aus dem Verhalten des N. hätte entnehmen müssen, daß er den von ihm gezahlten Betrag nicht mehr zurückfordern wolle, wenn er sich also durch die nunmehr erfolgte Geltendmachung mit seinem eigenen früheren Verhalten in Widerspruch setzen würde.“ Diesem Satz folgt dann der Hinweis auf die Rspr. des 2. Sen.!

Dieses Ergebnis wirkt in höchstem Maße widerspruchsvoll. Bei näherer Prüfung findet es seine Erklärung darin, daß das RG. mit zwei verschiedenen Verwirkungsbegriffen arbeitet. Es werden nämlich, gerade auch in dem vorl. Urteil, nebeneinander- und gegenübergestellt: 1. Die Verwirkung als Folge reinen Zeitablaufs (neben der Verjährung); diese Verwirkung will der 7. ZivSen. (nur) für bestimmte Sondergebiete anerkennen. 2. Der Verstoß gegen Treu und Glauben wegen unbillig verzögerter Geltendmachung; diesen Rechtsgedanken hält auch der 7. ZivSen. für allgemein anwendbar, er spricht hier aber nicht von „Verwirkung“. Wohl aber sprechen zahlreiche andere Entsch. des RG. sowie das gesamte Schrifttum in diesem Falle von einer Verwirkung als der Folge einer gegen Treu und Glauben verzögerten Geltendmachung von Rechten! Dabei wird immer wieder betont, daß der Zeitablauf allein diesen Verwirkungsstatbestand noch nicht begründen kann. „Vielmehr müssen dazu noch besondere Umstände treten, die das schweigende Verhalten des Gläubigers für den Schuldner in einem besonderen Lichte erscheinen lassen“ (vgl. auch SächstRspr.: JW. 1936, 767).

Daraus ergibt sich: Die Ablehnung der allgemeinen Geltung des Verwirkungsgedankens durch den 7. ZivSen. bezieht sich nur auf einen besonderen und ganz engen „Verwirkungs“-begriff.

Es ist aber sicherlich terminologisch nicht glücklich, im Gegensatz zu der absolut herrschenden Begriffsbestimmung an einem so besonderen und engen Verwirkungsbegriff festzuhalten. Vor allem aber ist es m. E. auch sachlich nicht richtig, hier zwei verschiedene Rechtsgedanken und Rechtsinstitute neben-

einander zu stellen, denn ich möchte behaupten, daß es eine Verwirkung in dem engen Sinn der Folge reinen Zeitablaufs gar nicht gibt. Auch in den sogenannten Sondergebieten nicht! Es könnte sich nur darum handeln, daß auf einigen Sondergebieten, namentlich im Aufwertungsrecht, der Zeitablauf als Tatbestand stärker in den Vordergrund tritt; immer aber ist es nicht der Zeitablauf als solcher, sondern es ist das im einzelnen Falle durch die gesamten Tatumstände begründete Vertrauen auf die Nichtgeltendmachung, das eine Leistung nunmehr unzumutbar macht und so die Verwirkung rechtfertigt. Besonders sei dabei auf die Verwirkung im Arbeitsrecht verwiesen, wo das *RRbG.* durchaus mit der „allgemeinen Verwirkung“ (§ 242 *BGB.*) arbeitet und nur mit Recht versucht, einen dem Arbeitsverhältnis möglichst entsprechenden konkreten Tatbestand der Verwirkung zu entwickeln. Vgl. z. B. *RRbG.*: *JW.* 1936, 2107 mit Anm. von Siebert, S. 2492 f.; ferner *JW.* 1936, 2255 mit Anm. von Oppermann; schließlich *JW.* 1936, 3179. Eingehende Übersicht bei Rob. Franke: *DRbR.* 1935, 258 und 318.

Aus der berechtigten Forderung nach möglichst sicherer Erfassung verschiedener konkreter Tatbestände und Tatbestandstypen der Verwirkung darf man aber sicherlich nicht zwei verschiedene Verwirkungsbegriffe herleiten, von denen der eine (Folge reinen Zeitablaufs) noch dazu mit der Verjährung in stärkstem Widerspruch stehen würde.

3. Sobald man anerkennt, daß es eine „besondere“ Verwirkung als Folge reinen Zeitablaufs und als selbständiges Rechtsinstitut neben der Verjährung gar nicht geben kann, muß man der *Rspr.* des 7. *ZivSen.* in der Tat einen inneren Widerspruch zum Vorwurf machen, denn durch die Anwendung einer allgemeinen *exceptio doli* wegen unbilliger Verzögerung, wegen unzulässiger Rechtsausübung oder wegen gegensätzlichen Verhaltens wird trotz aller gegenteiligen Formulierungen die echte Verwirkung der Sache nach anerkannt. Durch diesen Widerspruch wird gleichzeitig der Behauptung von der beschränkten Geltung des Verwirkungsgedankens jede Überzeugungskraft und auch jede praktische Bedeutung genommen (vgl. näher Siebert: *JW.* 1934, 1829 und 2438 f.; *JW.* 1935, 2946 f.).

Das *RG.* muß daher hier sachliche und terminologische Klarheit schaffen. Will es an einem rechtlich und tatbestandlich besonderen Verwirkungsbegriff für bestimmte Sondergebiete festhalten, so muß dies deutlich ausgesprochen und genau begründet werden, wobei vor allem klargestellt werden müßte, worin sich dieser Verwirkungsbegriff von dem allgemeinen Verwirkungsbegriff des 2. *ZivSen.*, des Schrifttums und der früheren ständigen *Rspr.* wesensmäßig unterscheidet. Wohl hat der 1. *ZivSen.* einmal (*JW.* 1935, 2946) ausgesprochen, daß der Tatbestand der Einrede der Arglist wegen Widerspruchs zu eigenem früheren Verhalten sich von dem Verwirkungstatbestand „wesentlich“ unterscheidet, nur ist nicht näher dargelegt worden, worin dieser Unterschied bestehen soll (vgl. meine Anm.). In jedem Falle aber muß ausgesprochen werden, daß die „allgemeine“ Verwirkung (§ 242 *BGB.*) nicht auf Sondergebiete beschränkt ist, sondern daß es sich hier um die Anwendung eines allgemein anerkannten Rechtsgrundsatzes handelt. Will der 7. *ZivSen.* diesen Rechtsgrundsatz nicht „Verwirkung“ nennen, so müßte auch diese terminologische Frage klargestellt und begründet werden.

4. Wie der Verwirkungsgedanke tatbestandlich näher zu bestimmen und rechtlich möglichst genau zu begründen ist, kann hier nicht mehr erörtert werden (vgl. dazu neuestens Dänzer-Banotti: *DZ.* 1936, 1455 ff. und Siebert, „Verwirkung“, *Hom. d. Rechtsw.*, Bd. VIII, 1936/37, S. 766 ff.). Übereinstimmung besteht jedenfalls darüber, daß es sich rechtlich um einen Anwendungsfall des Grundsatzes von Treu und Glauben handelt und daß der reine Zeitablauf tatbestandlich nicht ausreicht. Für die Konkretisierung und Typisierung des Verwirkungstatbestandes spielen Vertrauensschutz und konkrete Rechtspflicht zur rechtzeitigen Geltendmachung des Anspruchs (Siebert, Tegtmeyer, besondere Veranlassung zum Handeln Krause, „Schweigen im Rechtsverkehr“, 1933), Zumutbarkeit der Leistung (*RRbG.*), Erhaltung der wirtschaftlichen

Funktionsfähigkeit des Verpflichteten (de Voor: *JW.* 1933, 2276 ff.) und ähnliche Gesichtspunkte in *Rspr.* und Schrifttum eine wichtige Rolle. Die rechtliche Erfassung der Verwirkungsfolge geschieht m. E. am besten unter dem Gesichtspunkt der nach § 242 *BGB.* unzulässigen Rechtsausübung, mit dem der Gesichtspunkt des gegensätzlichen Verhaltens hier tatbestandlich und rechtlich zweifellos nahe verwandt ist (vgl. Siebert, „Vom Wesen des Rechtsmißbrauchs“, 1935).

Diese Verwirkung entspricht zweifellos einem praktischen Bedürfnis des Rechtsverkehrs, das in der erwähnten ständigen *Rspr.* seit dem *RRbG.* immer wieder und nicht nur in Sondergebieten in Erscheinung getreten ist.

Prof. Dr. Wolfgang Siebert, Kiel.

\*

3. §§ 418, 559, 560, 563, 581, 585, 933, 936 *BGB.*; § 139 *ZPO.*

1. Eine nach Einbringung des Eigentums des Pächters auf dem Pachtgrundstück eintretende Änderung der Eigentumsverhältnisse ist auf den Fortbestand des Pfandrechts ohne Einfluß, sofern nicht die Voraussetzungen des § 936 *BGB.* vorliegen oder das Eigentum vom Grundstück entfernt wird (§ 560 *BGB.*). Insbes. hat ein Übergang des Eigentums des Pächters auf dessen Erben ein Erlöschen des Pfandrechts auch dann nicht zur Folge, wenn das Pachtverhältnis nur von einem Teil der Erben fortgesetzt wird.

2. Das von der Gemeinschaft der Erben des Pächters nach dessen Tode angeschaffte Inventar unterliegt nicht dem ursprünglichen Verpächterpfandrecht, wenn nur ein Teil der Erben den Pachtvertrag fortsetzt. Die für den Fall des Bruchteilseigentums des Mieters oder Pächters in *RGZ.* 146, 334 = *JW.* 1935, 1010<sup>3</sup> entwickelten Grundsätze lassen sich auf diesen Fall nicht übertragen.

Der Kl. hatte an B. durch Vertrag von 1915 auf die Zeit von Johannis 1916 bis Ende Juni 1934 die Domäne K. verpachtet. In dem Vertrage war für den Fall, daß der Pächter vor Ablauf der Pachtzeit starb, bestimmt, daß die Kündigungsbefugnis der Erben ausgeschlossen, die Regierung aber befugt sein solle, das Pachtverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist zu kündigen. Jedoch sollte diese Kündigungsbefugnis u. a. dann ausgeschlossen sein, wenn beim Dasein mehrerer Erben die Pacht nur auf einen von diesen übergehen sollte und, falls das die Witwe war, diese einen von der Regierung genehmigten Wirtschaftsverwalter bestellte. B., der Eigentümer des gesamten Inventars war, ist 1928 gestorben und von seiner Witwe sowie von seinen beiden Söhnen, Ernst und Hans B., in gesetzlicher Erbfolge beerbt worden.

Nach dem Tode hat Ernst B. namens seiner Mutter, die Pacht auf sie zu übertragen und ihn als Mitpächter aufzunehmen. Die Witwe teilte der Regierung in Merseburg mit, daß sie die Pacht bis zur Beendigung der Pachtzeit fortsetzen werde und als Wirtschaftsverwalter ihren Sohn Ernst B. bestimme, erklärte sich auch bereit, ihn als Mitpächter aufzunehmen. Zugleich überreichte sie eine notariell beurkundete Erklärung ihres Sohnes Hans, in der dieser erklärte, daß er als Miterbe das gesamte lebende und tote Inventar und Superinventar der Domäne K. seiner Mutter zu freiem Eigentum, ausgeschieden aus der sonstigen Erbmasse, überlasse. Im April 1928 wurde zwischen der Regierung einerseits, der Witwe und Ernst B. andererseits ein Nachtragspachtvertrag abgeschlossen, durch den zunächst festgestellt wurde, daß mit dem Tode des B. die Pachtung auf dessen Witwe übergegangen sei, und durch den ferner Ernst B. als Mitpächter mit der Maßgabe aufgenommen wurde, daß sein Pachtrecht mit dem Ausscheiden seiner Mutter aus der Pacht oder mit ihrem Tode ohne weiteres erlöschen

und daß seinen Erben, falls er vor seiner Mutter sterben sollte, ein Recht auf Fortsetzung des Pachtverhältnisses nicht zustehen sollte.

Durch Vertrag von 1926 hatte der verstorbene B. das Inventar der Domäne an eine Bank verpfändet. Ernst B. übereignete dann in Vertretung der Erben im Febr. 1930 das tote Inventar der Firma Sch. zur Sicherung wegen ihrer Forderungen aus laufender Geschäftsverbindung. Durch Vertrag vom Aug. 1930 übereigneten die drei Erben gemeinsam das gesamte lebende und tote Inventar einer weiteren Bank, der Rechtsvorgängerin der Bekl., zur Sicherung wegen ihrer Forderungen aus den den Erben gewährten Krediten.

Als i. J. 1932 die Pächter in Vermögensverfall geraten waren, wurde die Aufhebung des Pachtvertrags vereinbart. Der Kl. verkaufte die Domäne an eine Siedlungsgesellschaft. Diese erwarb von den Pächtern auch das tote und lebende Inventar, das Superinventar und das Brennereinventar zum Preise von 60 000 RM. Da jedoch von mehreren Seiten Ansprüche an den Erlös des Inventars erhoben wurden, wurde vereinbart, daß der Betrag von 60 000 RM zugunsten der angeblich Berechtigten bei einer Bank hinterlegt werden sollte. Diese Hinterlegung ist erfolgt.

Der Kl. behauptet, daß ihm aus dem Pachtverhältnis mit der Witwe B. und deren Sohne Ernst noch eine Pachtzinsrestforderung von 17 963 RM zustehe, und macht wegen dieser Forderung sein Verpächterpfandrecht geltend. Mit der Klage beantragt er, die Bekl. zu verurteilen, einzuwilligen, daß von den hinterlegten 60 000 RM ein Teilbetrag von 17 963 RM nebst anteiligen Zinsen an ihn ausgezahlt werde.

Das O. hat die Bekl. durch Teilurteil verurteilt, einzuwilligen, daß von den hinterlegten 60 000 RM ein Teilbetrag von 15 803,86 RM nebst anteiligen Zinsen an den Kl. ausgezahlt werde. Berufung und Rev. der Bekl. blieben erfolglos.

Das O. legt eingehend dar, daß nach dem Tode des B. nicht ein neuer Pachtvertrag mit seiner Witwe abgeschlossen, sondern daß mit ihr der alte Pachtvertrag von 1915 ohne Unterbrechung fortgesetzt worden sei. Hiergegen bestehen keine rechtlichen Bedenken. Eine Kündigung des Pachtverhältnisses ist seitens der Regierung nach dem Tode des B. unstreitig nicht erfolgt. Durch den Nachtragspachtvertrag vom April 1928 hat sie vielmehr anerkannt, daß die Pachtung, wie dies den Bestimmungen des Vertrages von 1915 entsprach, auf die Witwe B. übergegangen sei. Der Annahme, daß zwischen dem Kl. und der Witwe B. das alte Pachtverhältnis fortgesetzt worden ist, steht, wie das O. zutreffend ausgeführt hat, auch der Umstand nicht entgegen, daß Ernst B. als Mitpächter aufgenommen wurde. Nur zwischen ihm und dem Kl. ist hierdurch ein Vertragsverhältnis neu begründet worden, das überdies zeitlich insofern begrenzt war, als es mit der Beendigung des zwischen seiner Mutter und dem Kl. bestehenden Pachtverhältnisses ebenfalls von selbst sein Ende finden sollte.

Unstreitig war das Inventar Eigentum des B. gewesen. Die Einbringung in das Pachtgrundstück hatte nach den §§ 559 Satz 1, 581 Abs. 2 BGB. zur Folge, daß an dem Inventar ein Pfandrecht des Kl. wegen aller Forderungen entstand, die ihm aus dem Pachtverhältnis erwachsen. Auch die §§ 559 Satz 2, 563 BGB. enthalten keine Beschränkung des Pfandrechts auf Forderungen bestimmter Art, sondern schränken nur die Ausübung des Pfandrechts in einzelnen Fällen ein. Für das Pfandrecht des Verpächters eines landwirtschaftlichen Grundstücks bestimmt überdies § 585 Satz 1 BGB. ausdrücklich, daß es für den gesamten Pachtzins geltend gemacht werden kann und auch nicht der in § 563 bestimmten Beschränkung unterliegt. Wenn nun, wie dargetan, nach dem Tode des ursprünglichen Pächters das Pachtverhältnis mit seiner Witwe fortgesetzt wurde, so erstreckte sich das Pfandrecht des Verpächters auch auf solche Forderungen aus dem Pachtverhältnis, die ihm nach dem Tode des ursprünglichen Pächters gegen die Pächtnachfolgerin erwachsen.

Rechtlich verfehlt ist die Ansicht der Bekl., daß mit dem Tode des ursprünglichen Pächters das Pfandrecht an dem Inventar erloschen sei, weil es von da an nicht mehr im alleinigen Eigentum der Pächter gestanden habe. Für die Entstehung des Pfandrechts ist der Zeitpunkt der Einbringung des Inventars in das Pachtgrundstück entscheidend. Erforderlich ist nur, daß das Inventar in diesem Zeitpunkt Eigentum des Pächters war. Eine spätere Änderung der Eigentumsverhältnisse am Inventar ist auf den Fortbestand des Pfandrechts ohne Einfluß, sofern nicht die Voraussetzungen des § 936 BGB. vorliegen oder eine Entfernung des Inventars vom Grundstück hinzukommt (§ 560). Der Übergang des Eigentums am Inventar auf die Erben des ursprünglichen Pächters hat ein Erlöschen des Pfandrechts nicht zur Folge. Dabei ist es unerheblich, ob das Pachtverhältnis von sämtlichen Erben oder nur von einem Teil der Erben fortgesetzt wird. Es bedurfte daher auch keiner besonderen Erklärung des Miterben Hans B., um das Inventar auch weiterhin dem Verpächterpfandrecht zu unterwerfen.

Zutreffend hat das O. noch darauf hingewiesen, daß die Bekl., da sie nicht den Besitz am Inventar erlangt hat, auf Grund des Vertrags vom Aug. 1930 das Eigentum an dem toten Inventar, das bereits vorher der Firma Sch. übereignet worden war, überhaupt nicht hat erlangen können (§ 933 BGB.), und daß sie im übrigen nur ein mit dem Verpächterpfandrecht des Klägers belastetes Eigentum erworben hat (§ 936 Abs. 1 Satz 3 BGB.).

Die Rev. macht noch geltend, daß das Inventar von der durch die anfängliche Einbringung seitens des B. begründeten Pfandhaftung durch die Schuldübernahme gem. § 418 BGB. freigeworden sei. Sie hat dabei anscheinend den Nachtragspachtvertrag vom April 1928 im Auge. Eine befreiende Schuldübernahme, wie sie § 418 BGB. voraussetzt, war jedoch in diesem Vertrage nicht enthalten.

Wenn die Rev. schließlich noch darauf hinweist, daß das O. auch von seinem Standpunkt aus zwischen den beim Tode des B. vorhandenen und den später angeschafften Inventarstücken hätte unterscheiden müssen, so trifft das an sich zu. Auf solche der Erbengemeinschaft gehörige Inventarstücke, die erst nach dem Tode des B. eingebracht worden waren, erstreckte sich das Verpächterpfandrecht des Kl. nicht. Die in der Entsch. des erf. Sen. (RGZ. 146, 334 — JW. 1935, 1010<sup>3</sup> m. Anm.) für den Fall des Bruchteilseigentums des Mieters oder Pächters entwickelten Grundsätze lassen sich auf den Fall der Erbengemeinschaft nicht übertragen. Die Bekl. hat nun offenbar die Behauptung aufstellen wollen, daß nach dem Tode des B. der Erbengemeinschaft gehörige Inventarstücke eingebracht worden seien. Sie hat es aber an jeder Darlegung fehlen lassen, um welche Stücke es sich gehandelt hat, welchen Wert sie hatten und welcher Teil des Verkaufserlöses auf sie entfiel. Die Rev. rügt insoweit Nichtausübung des Fragerechts, beschränkt sich aber zur Begründung dieser Rüge darauf, ein Verzeichnis der erst nachträglich angeschafften Inventarstücke beizubringen. Diese Begründung reicht nicht aus, denn sie läßt nicht erkennen, daß die Bekl. im Falle der Ausübung des Fragerechts vorzutragen in der Lage gewesen wäre, daß auf die nachträglich eingebrachten Inventarstücke von dem Verkaufserlöse mehr als 44 196,14 RM (d. h. mehr als der Unterschiedsbetrag zwischen dem Gesamterlös und dem vom Kl. in Anspruch genommenen Teile des Erlöses) entfallen seien. Nur in diesem Falle wäre das Vorbringen der Bekl. für die Entsch. erheblich gewesen. Nach der Art der von der Rev. als nachträglich angeschafft bezeichneten Inventarstücke erscheint es auch ausgeschlossen, daß der Wert dieser Stücke mehr als 44 196,14 RM betragen hätte. Mit der Rüge aus § 139 ZPO. kann die Rev. also nicht durchdringen.

(U. v. 16. Nov. 1936; IV 188/36. — Naumburg.)

[23. N.]

\*\* 4. §§ 1163, 1177, 1198 BGB. Wird für ein erst in Aussicht genommenes Darlehen eine Hypothek eingetragen, so verwandelt sich die zunächst entstehende Eigentümergrundschuld im Augenblick der Zahlung des Darlehensbetrages kraft Gesetzes in eine Hypothek für den eingetragenen Gläubiger, auch wenn in der Zeit zwischen der Eintragung der Hypothek und der Entstehung der Forderung ein Wechsel im Eigentum des Grundstücks stattgefunden hat.)

Die Kl. war Eigentümerin eines größeren Geländes. Dieses war in 51 Parzellen aufgeteilt, die einzeln verkauft und in zwei Bauabschnitten bebaut werden sollten. Das zur Durchführung des ersten Bauabschnitts erforderliche Kapital sollte die Bekl. zur Verfügung stellen gegen Eintragung einer ersten Hypothek von insgesamt 167 550 G.M. und einer zweiten Hypothek von insgesamt 122 700 G.M. Über die Hypotheken sollte ein Brief erteilt werden. Für die zweite Hypothek übernahm das Deutsche Reich gegenüber der Bekl. die Bürgschaft. Diese sollte jedoch erst in Kraft treten mit der Auslassung des fertig bebauten Grundstücks an die einzelnen Käufer und nach Bezahlung des Kaufpreises. Die Hypotheken wurden, verteilt auf die einzelnen Parzellen, bereits zu einer Zeit eingetragen, als die Kl. noch Eigentümerin war, ebenso wurde zu dieser Zeit auch das durch die erste Hypothek gesicherte Darlehen ausbezahlt. Da jedoch die Bekl. das durch die zweite Hypothek gesicherte Darlehen erst geben wollte, nachdem die Bürgschaft des Reichs in Kraft getreten war, so übereignete die Kl. zunächst die einzelnen bebauten Parzellen an die Siebler. Auf jeder Parzelle war von der ersten Hypothek der Bekl. ein Betrag von 5800 G.M. und von der zweiten Hypothek ein Betrag von 4200 G.M. eingetragen. Diese Hypotheken waren von den Käufern in den Kaufverträgen als Selbstschuldnern übernommen worden. Erst nach der Umschreibung des Eigentums auf die Käufer zahlte die Bekl. das durch die zweite Hypothek gesicherte Darlehen aus. Sie forderte alsdann die Kl. auf, ihr an den Grundstücken der Käufer die zweiten Hypotheken von je 4200 G.M. zu verschaffen, da es nach einer besonderen Einigung und Eintragung im Grundbuch gemäß der §§ 1198, 877, 873 BGB. bedürfe, weil die Kl. zur Zeit der Auszahlung des Darlehens nicht mehr Grundstückseigentümerin gewesen sei. Die Kl. hat daher beantragt festzustellen, daß die Bekl. Hypothekengläubigerin der für sie bereits eingetragenen Hypotheken in Höhe von je 4200 G.M. sei.

Das LG. hat der Klage stattgegeben. Die unter Umgehung der Verzinsf. unmittelbar eingelegte Rev. wurde zurückgewiesen.

Zutreffend nimmt das Vorderrurteil an, daß die von der Bekl. für ihren Rechtsstandpunkt in Anspruch genommene Vorschrift des § 1198 BGB. auf den gegebenen Fall nicht zutrifft, weil eine rechtsgeschäftliche Umwandlung einer Grundschuld in eine Hypothek nicht in Frage steht. Wenn für ein erst in Aussicht genommenes Darlehen auf Grund der Einigung zwischen dem Eigentümer und dem künftigen Darlehensgeber eine Hypothek eingetragen wird, so entsteht, wie in der Abspr. feststeht, zunächst gem. § 1163 Abs. 1 S. 1 i. Verb. m. § 1177 Abs. 1 BGB. eine Eigentümergrundschuld unter der auflösenden Bedingung, daß die Vergabe des Darlehens erfolgt. Mit dem Eintritt der auflösenden Bedingung, also mit der Entstehung der Darlehensforderung, verwandelt sich die Eigentümergrundschuld kraft Gesetzes in eine Hypothek für den eingetragenen Gläubiger (vgl. RGKomm., Anm. 7 zu § 1113 BGB., Anm. 4 zu § 1163 BGB., Anm. 1 zu § 1198 BGB. und die dort angeführten Entsch.). An dieser gesetzlichen Folge wird auch dadurch nichts geändert, daß in der Zeit zwischen der Eintragung der Hypothek und der Entstehung der Forderung ein Wechsel im Eigentum des Grundstücks stattgefunden hat. Die Grundschuld ist von dem Eigentumswechsel nur insoweit berührt worden, als sie Fremgrundschuld des früheren Eigentümers geworden ist. Im übrigen ist aber ihr Inhalt derselbe geblieben. Insbes. ist ein rechtlicher Grund dafür, daß mit dem Eigentumswechsel die auflösende Bedingung weggefallen sei, nicht einzusehen. Der neue Grundstückserwerber wird in seinen Rechten nicht geschmälert, selbst

wenn ihm unbekannt ist, daß die Forderung, für welche die Hypothek eingetragen ist, noch nicht entstanden ist. Denn ihm selbst steht keinesfalls ein Anspruch auf das bereits wirksam entstandene Grundstückspfandrecht zu. Ihn berührt es auch nicht, ob als Gläubiger dieses Rechts der frühere Eigentümer oder der eingetragene Gläubiger in Betracht kommt. Andererseits kann es nicht dem Willen des Gesetzes entsprechen, daß die Rechtsstellung, die der eingetragene Gläubiger durch die Einigung mit dem Eigentümer und die Eintragung im Grundbuch erlangt hat, gegen seinen Willen dadurch beeinträchtigt werden könnte, daß der Eigentümer das Grundstück veräußert. Wenn die Rev. meint, das Gesetz lenne nur eine vorläufige Eigentümergrundschuld, die sich in eine Fremdhypothek umwandeln könne, nicht aber eine vorläufige Fremgrundschuld, die ohne weiteres Fremdhypothek eines anderen werden könne, so ist darauf zu erwidern, daß dem Gesetze der Ausdruck „vorläufige Eigentümergrundschuld“ überhaupt fremd ist. Er wird nur in der Rechtslehre für die Zwischenform der auflösend bedingten Grundschuld gebraucht, die für den Eigentümer bis zur Begründung der Forderung des eingetragenen Gläubigers nach § 1163 Abs. 1 S. 1 BGB. und bis zur Übergabe des Hypothekenbriefes nach Abs. 2 daselbst entsteht. Wenn hierbei durchweg nur von der vorläufigen Eigentümergrundschuld gesprochen wird, so rührt dies daher, weil dieses vorläufige Recht nur in der Form der Eigentümergrundschuld zur Entstehung gelangen kann. Damit ist aber nicht gesagt, daß es seinen vorläufigen Charakter dadurch verlieren müsse, daß es Fremgrundschuld wird. Vielmehr verwandelt sich die vorläufige Grundschuld erst dann in eine endgültige, wenn die auflösende Bedingung ausgefallen ist, wenn also im Falle des § 1163 Abs. 1 S. 1 BGB. feststeht, daß die Forderung nicht zur Entstehung gelangt, oder wenn im Wege der Grundbuchberichtigung die Grundschuld als solche auf ihren Inhaber umgeschrieben ist. Solange die auflösende Bedingung noch besteht, kann jedoch eine solche Berichtigung gegen den Willen des eingetragenen Hypothekengläubigers nicht stattfinden.

Die in dem RGKomm., Anm. 2 zu § 1163 BGB. vertretene gegenteilige Ansicht findet in dem dort angeführten RG-Urteil (JW. 1911, 277 \*) keine Stütze. Denn in dem dieser Entsch. zugrunde liegenden Falle handelte es sich nicht um eine durch Rechtsgeschäft begründete Hypothek, sondern um eine im Wege der Zwangsvollstreckung gem. § 866 ZPO. eingetragene Sicherungshypothek, die nach der Veräußerung des Grundstücks infolge der Sondervorschrift des § 868 ZPO. dem neuen Eigentümer als Eigentümergrundschuld zugefallen war.

Da somit die Bekl. mit der Entstehung der Darlehensforderung kraft Gesetzes Gläubigerin der für sie eingetragenen Hypotheken geworden ist, hat das LG. mit Recht dem Klageantrag stattgegeben.

(RG., V. ZivSen., U. v. 18. Dez. 1936, V 190/36.) [3.]

Anmerkung: Durch diese wichtige Entsch. wird die im wesentlichen durch RGKomm. § 1163 Anm. 2 entstandene und in der Grundbuchpraxis als recht störend empfundene Unsicherheit beseitigt. Das Ergebnis, zu dem die Entsch. gelangt, ist für die Praxis allein brauchbar, die Begründung der Entsch. keineswegs gewaltfam (vgl. hierzu auch die ausgezeichneten Ausführungen von U d e r m a n n: DNotZ. 1936, 241). Würde man anders entschieden haben, so wäre es nicht einmal das schlimmste, daß, worauf W i e s i n g e r: DNotZ. 1936, 253 hinweist, der Hypothekengläubiger bei einem ihm bekannt gewordenen Eigentumswechsel die Hypothekensaluta nicht mehr auszahlen kann und wird. Noch störender und geradezu unerträglich wäre es, daß der Hypothekengläubiger nach Eintragung der Hypothek und Übergabe des Hypothekenbriefes in seinem Interesse regelmäßig nochmals das Grundbuch einsehen müßte, um nachzuprüfen, ob nicht etwa in der Zwischenzeit der Eigentümer gewechselt hat.

RA. Dr. E r n s t B o e s e b e d, Frankfurt a. M.

5. § 1300 BGB. Begriff der Bescholtenheit. Bedeutung des Bekanntwerdens sittlicher Verstöße.

Auf das Ur. des erf. Sen. v. 4. Nov. 1935 (IV 179/35) — teilweise abgedr.: RGZ. 149, 143 = JW. 1936, 863<sup>o</sup> —, durch das die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entsch. an das BG. zurückverwiesen wurde, wird Bezug genommen. Die Parteien haben vor dem BG. ihre früheren Anträge wiederholt. Nach erneuter Beweisaufnahme ist die Berufung des Vekl. zurückgewiesen worden. Die Rev. des Vekl. war erfolglos.

Das BG. hat den Klageanspruch aus § 1300 BGB. für begründet erachtet. Die Rev. beanstandet in erster Linie die Aufassung des Vekl., daß die Kl., als sie dem Vekl. die Beiwohnung gestattete, unbescholten gewesen sei. Die Rüge greift nicht durch. Für die Frage der Unbescholtenheit kommen nach dem Sachvortrag der Parteien lediglich die Beziehungen geschlechtlicher Art in Betracht, welche die Kl. zu ihrem früheren Verlobten M. unterhalten hat und wie sie in dem angefochtenen Urteil im einzelnen festgestellt sind. Das BG. verkennt nicht, daß diese Feststellungen erheblich über das hinausgehen, was auf Grund der eigenen Erklärungen der Kl. im ersten Berufungsverfahren der Beurteilung zugrunde gelegt worden ist. Es sieht die neu festgestellten Vorgänge als besonders belastend an. Daß es bei ihnen nicht zu einer Beiwohnung gekommen sei, könne die Kl. sich nicht zum Verdienst anrechnen. Das BG. glaubt aber nicht sagen zu können, daß die Beteiligung der Kl. an dem unzüchtigen Treiben mit ihrem Verlobten in geschlechtlicher Verdorbenheit wurzle. Zusammenfassend hat das BG. ausgeführt, daß die allerdings mindestens zum Teil außerordentlich anstößige und mit den sittlichen Anschauungen der in Betracht kommenden Bevölkerungskreise durchaus unvereinbare Hingabe der Kl. im wesentlichen auf geschlechtlicher Unerfahrenheit und weiblicher Schwäche gegenüber den geschlechtlichen Angriffen M.s sowie auf der Sorge beruhe, ihn zu verlieren, dagegen nicht auf geschlechtlicher Verdorbenheit und einer einen Mangel an Ehrgefühl für die eigene geschlechtliche Reinheit offenbarenden sittenlosen Gesinnung.

Diese Ausführungen stehen mit den Darlegungen in dem früheren Urteil des erf. Sen., durch welches die Sache an das BG. zurückverwiesen wurde, durchaus im Einklang und beruhen in der Gesamtwürdigung des Verhaltens der Kl. im wesentlichen auf tatsächlicher und mit der Rev. nicht angreifbarer Beurteilung der einzelnen Vorgänge.

Was die Frage anlangt, ob es für den Begriff der Unbescholtenheit auf die Kenntnis Dritter ankommt, so hat das BG. die zugrunde zu legenden Ausführungen des erf. Sen. in einem der Kl. nachteiligen Sinne mißverstanden. Die dort aufgestellte Voraussetzung, es müßten irgendwelche Anhaltspunkte dafür gegeben sein, daß auch in den Augen Dritter die gute Meinung von dem sittlichen Wert der Frauensperson Einbuße erlitten habe, ist für den Fall, daß es sich um grobe Ausschreitungen, zumal um Verlehe mit verschiedenen Männern handelt, nicht für belanglos erklärt worden. Vielmehr ist gesagt, daß in solchen Fällen es keines bestimmten Nachweises bedürfe, daß unbeteiligte Dritte Kenntnis erlangt hätten. Das BG. stellt nun fest, daß das Verhalten der Kl. zu ihrem früheren Verlobten M. dritten Personen nicht bekannt geworden sei, auch nicht den Eltern der Kl. und der Hausmannsrau B. Hat sich aber das festgestellte Verhalten ganz im geheimen zwischen der Kl. und M. zu Zeiten abgepielt, in denen die Verlobung der beiden nach berechtigter Auffassung der Kl. in sicherer Aussicht stand oder bereits erfolgt war, so ist schon aus diesem Grunde nach Lage der Sache die Annahme begründet, daß durch das Verhalten keine Bescholtenheit der Kl. herbeigeführt worden ist.

Die Rev. wendet sich in zweiter Linie gegen die Abweisung des vom Vekl. erhobenen Einwandes, daß ein wichtiger Grund zum Rücktritt vom Verlöbniß vorgelegen habe. Sie macht geltend, der wichtige Grund sei in den geschlechtlichen Ausschreitungen und der eidlichen Ablehnung durch die Kl. zu finden. Auch diese Rüge ist unbegründet. Das BG. hat ausgeführt, es fehle an einem wichtigen Grunde für den Rücktritt, weil die Kl. mit M. verlobt gewesen sei und der Vekl. selbst auf dem Standpunkte stehe, daß sich die Verlobten auch in geschlechtlicher Beziehung

vor der Ehe kennenlernen müßten, er auch nach diesem Standpunkte selbst mit der Kl. verfahren sei. Auch darauf könne er sich nicht berufen, daß die Kl. ihm die geschlechtlichen Beziehungen zu M. verschwiegen und sie im Rechtsstreit in Abrede gestellt habe. Auf das erstere nicht, weil er die Kl., die ihm von dem Verlöbniß mit M. Kenntnis gegeben habe, nicht weiter gefragt habe. Auf das letztere nicht, weil ein Ableugnen im Rechtsstreit den vorher erklärten Rücktritt nicht nachträglich rechtfertigen könne. Gegen diese Ausführungen lassen sich Einwendungen rechtlicher Art nicht erheben.

(U. v. 16. Nov. 1936; IV 185/36. — Dresden.)

[5.]

\* § 1333 BGB. § 1 Abs. 1 d. Eheges. Die Aufassung, daß nach dem heutigen Stand der Wissenschaft und der Gesetzgebung die Anfechtung einer Ehe wegen Irrtums beschränkt bleiben müsse auf diejenigen Fälle, in denen die Erbkrankheit bei dem anderen Ehegatten bereits manifest geworden ist, ist rechtsirrtümlich. In solchen Fällen, in denen eine Manifestation der Erbkrankheit noch nicht stattgefunden hat, sind jedoch besonders große Anforderungen an die Beweisführung des anfechtenden Ehegatten zu stellen. †

Der Kl. hat, gestützt auf § 1568 BGB., Klage auf Scheidung der Ehe erhoben. Das BG. hat die Klage abgewiesen. Im Berufungsverfahren hat der Kl. in zweiter Linie beantragt, die Ehe der Parteien für nichtig zu erklären; die Anfechtung der Ehe hat der Kl. auf §§ 1333 und 1334 BGB. gestützt und hierzu vorgetragen, die Vekl. sei mit Schizophrenie behaftet, die Vekl. habe dies bei Eingehung der Ehe verschwiegen. Durch Urteil des Vekl. wurde die Berufung des Kl. unter Abweisung seiner Anfechtungsklage zurückgewiesen und auf die Widerklage der Vekl. die Ehe aus Verschulden des Kl. geschieden. Die Rev. blieb erfolglos.

Das BG. stellt auf Grund des Gutachtens des Sachverständigen fest, daß die Vekl. selbst bisher nicht geisteskrank (manifest erkrankt) ist und bei ihr auch keine begründete Beforgnis für eine spätere Erkrankung solcher Art besteht. Dann erörterte das BG. die Frage, ob die Vekl. Trägerin einer periodisch zum Ausbruch kommenden Krankheit ist, die sich auf die Nachkommenschaft überträgt und diese erkrankt macht. Aus dem Obduktionsbefund bei dem von der Vekl. im Jahre 1930 geborenen, nach einigen Wochen wieder verstorbenen Kind und aus den dabei festgestellten Mißbildungen lassen sich, so nimmt das BG. in Übereinstimmung mit dem Sachverständigen an, in dieser Beziehung keine für die Vekl. ungünstigen Schlussfolgerungen ableiten. Das BG. erwägt, ob der vom RG. gebrauchte Ausdruck „Trägerin einer Krankheit“ so zu verstehen sei, daß damit die Trägerin einer latenten vererblichen Anlage gemeint sei; es erachtet die Bezeichnung Krankheitsträgerin als außerordentlich dehnbar und einer näheren Auslegung bedürftig; es will die Entsch. der Frage, ob i. S. des § 1333 BGB. eine persönliche Eigenschaft des anderen Ehegatten, welcher Träger einer solchen Anlage ist, als vorliegend anzusehen ist, davon abhängig machen, wie schwer die Abkömmlinge eines solchen Anlageträgers dadurch erblich belastet sein werden, insbes. im Verhältnis zu der Durchschnittsbevölkerung, und mit welcher Bestimmtheit oder Wahrscheinlichkeit mit der ungünstigen Erbwirkung zu rechnen sein werde. Dafür, daß die Vekl. Trägerin einer Anlage sein könnte, die sich auf die Abkömmlinge vererbt und diese erkrankt macht, liegt lediglich die Tatsache vor, daß die Mutter der Vekl. an einer Geisteskrankheit leidet; daß auch beim Vater oder bei anderen Blutsverwandten der Vekl. geistige Störungen aufgetreten sind, bezeichnet das BG. ausdrücklich als nicht feststellbar. In welcher Geisteskrankheit die Mutter der Vekl. leidet, läßt sich nach dem Gutachten des Sachverständigen mit Sicherheit ebenfalls nicht feststellen; es könne sich bei ihr entweder um Schizophrenie oder um manisch-depressives Irresein handeln; beides seien unzweifelhaft Erbkrankheiten. Das BG. geht nun weiter in der Weise vor, daß es zunächst das Vorliegen der einen und dann das Vorliegen der anderen der genannten Geisteskrankheiten bei der



Mutter der Bekl. unterstellt; von dieser Unterstellung ausgehend, erörtert das BG. zunächst für die Schizophrenie und dann für das manisch-depressive Irresein den jeder dieser beiden Krankheiten eigentümlichen Erbgang und sucht für jede derselben Wahrscheinlichkeitsziffern zu ermitteln, die sich für eine Gefährdung der Enkel der betreffenden Geisteskranken, im vorl. Fall also für die aus der Ehe der Parteien etwa hervorgehenden Abkömmlinge, ergeben würden. Bei dieser Erörterung folgt das BG. zum Teil dem von ihm über diese Fragen wiederholt vernommenen Sachverständigen, zum Teil bildet es sich sein Urteil selbst auf Grund des von ihm angeführten erbpathologischen Schrifttums (V e r s c h u e r, G ü t t - K ü d i n - K u n t k e u. a.); es glaubt bei der Ermittlung des Grades der durch die Geisteskrankheit der Mutter der Bekl. hervorgerufenen Gefährdung der Enkel besonderes Gewicht darauf legen zu sollen, daß das Zwischenglied — die Bekl. selbst — nicht manifest erkrankt und daß deren Ehepartner — der Kl. — als erbggesund zu unterstellen sei. Das Ergebnis, zu dem das BG. auf Grund seiner Untersuchung gelangt, ist negativ. Es sind nach seiner Auffassung weder bei Schizophrenie noch bei manisch-depressivem Irresein nach dem gegenwärtigen Stand der Wissenschaft irgendwelche brauchbaren Wahrscheinlichkeitsziffern für die Erkrankungsgefahr der Enkel oder gar der entfernteren Abkömmlinge vorhanden. Es bestünden also bzgl. der erblichen Belastung der Bekl. und der Gefährdung ihrer Nachkommenschaft so zahlreiche und schwere Zweifel, daß eine persönliche Eigenschaft der Bekl. i. S. des § 1333 BGB., d. h. eine dem Wesen der Person anhaftende Eigenschaft, nicht als vorliegend angesehen werden könne. Nachdem das BG. dann noch die nationalsozialistischen Ehegesetze einer Erörterung unterzogen und festgestellt hat, daß trotz der Geisteskrankheit der Mutter der Bekl. auch nach dem Eheges. v. 18. Okt. 1935 die Eingehung einer Ehe nicht verboten werden könnte, daß vielmehr nach heutigen Anschauungen und den jetzt geltenden Richtlinien der Bekl. höchstens vom Eheberater ein von einer Eheschließung abmahnender Rat gegeben werden würde, kommt das BG. zu der Folgerung, daß auf Grund bloßer Möglichkeiten, die nicht den Grad von Wahrscheinlichkeit erreichen, die bestehende Ehe der Parteien durch Anfechtung nicht vernichtet werden dürfe. Das BG. stellt schließlich den Satz auf, daß nach dem heutigen Stand der Wissenschaft und Gesetzgebung es als angemessen erscheine, die Anfechtungsmöglichkeit zu beschränken auf die Fälle wirklicher während der Ehe manifest gewordener Erbkrankheit des anderen Ehegatten.

Mit diesem letzten Ausspruch setzt sich das BG. in Widerspruch zu der Rspr., an der der erf. Sen. seit seiner Entsch. vom 18. Juni 1934: RGZ. 145, 11 = JW. 1934, 2844<sup>3</sup> und JW. 1935, 3080 ständig festgehalten hat (vgl. insbes. die Entsch. vom 30. Sept. 1935: RGZ. 148, 399 = JW. 1936, 179<sup>3</sup> und die dort enthaltenen Verweisungen). Diese Rspr. des erf. Sen. geht dahin, daß es als eine persönliche Eigenschaft des anderen Ehegatten i. S. des § 1333 BGB. anzusehen ist, wenn er Träger einer periodisch zum Ausbruch kommenden Krankheit ist, die sich auf die Nachkommen vererbt und diese erkrankt macht, und daß wegen eines Irrtums hierüber beim Vorliegen der übrigen Voraussetzungen die Ehe angefochten werden kann; unter einem Krankheitsträger wird hier — wie sich aus den angeführten Entsch. ergibt — der Träger einer Anlage zu einer Erbkrankheit verstanden, auch wenn bei ihm selbst keine Anzeichen einer geistigen Störung hervorgetreten sind. Diese Rspr. des erf. Sen. hat auch im Schrifttum Zustimmung gefunden (Aum. von M a ß f e l l e r zum Art. v. Sept. 1935: DJ. 1935, 1829/1830; ebenso das Erläuterungswerk zum BlutschutzG. und Eheges. v. G ü t t - L i n d e n - M a ß f e l l e r, S. 103 bis 106). An dieser Rspr. ist festzuhalten; die Auffassung des BG., daß nach dem heutigen Stand der Wissenschaft und Gesetzgebung die Anfechtung einer Ehe wegen Irrtums beschränkt bleiben müsse auf diejenigen Fälle, in denen die Erbkrankheit bei dem anderen Ehegatten bereits manifest geworden ist, ist daher als rechtsirrtümlich abzulehnen.

Dieserjenige Fälle, in denen eine Manifestation der Erbkrankheit bei dem anderen Ehegatten bereits stattgefunden hat, unterscheiden sich jedoch in bezug auf die Anforderungen, die

an die Beweisführung des anfechtenden Ehegatten zwecks erfolgreicher Durchführung seiner Anfechtungsklage zu stellen sind, erheblich von der anderen Gruppe von Fällen, wo bei dem anderen Ehegatten keine Anzeichen einer geistigen Störung hervorgetreten sind. In den erstgenannten Fällen bedarf es zunächst keines weiteren Nachweises, als daß es sich um eine Erbkrankheit handelt und von welcher Art diese ist. Nach den Erfahrungen der erbbiologischen Wissenschaft wird dann häufig der Schluß gezogen werden können, daß die ausgebrochene Krankheit ihrem Wesen nach nicht nur vererblich, sondern auch ererbt ist, und daß daher der erkrankte Ehegatte Träger dieser Krankheitsanlage auch schon zur Zeit der Eheschließung gewesen sein muß; wird nachgewiesen, daß es sich um eine der in § 1 Abs. 2 ErbkrNachwGes. v. 14. Juli 1933 aufgeführten Krankheiten handelt, so wird im Schrifttum sogar die Ansicht vertreten, daß dieser Schluß als zwingend zu betrachten sei (M a ß f e l l e r: DJ. 1936, 1288/1289; derselbe: JW. 1936, 3044 ff.; G ü t t - L i n d e n - M a ß f e l l e r S. 105). — Sind dagegen bei dem anderen Ehegatten keinerlei Anzeichen einer geistigen Erkrankung aufgetreten, so ist ein Tatbestand, aus dem einfache Rückschlüsse auf das Vorhandensein einer krankhaften Erbanlage desselben gezogen werden können, nicht vorhanden. Es obliegt daher hier dem Anfechtungskläger, den Nachweis, daß der andere Ehegatte Träger einer solchen Anlage ist, die sich auf die Nachkommen vererbt, auf andere Weise zu führen. Eine exakte Führung dieses Nachweises kann hier, wo die Tatsachen, aus denen erbbiologische Schlußfolgerungen gezogen werden sollen, von weiter hergeholt werden müssen als im vorigen Fall, niemals verlangt werden. Es muß aber doch so viel vom Anfechtungskläger dargetan werden, daß nach den Erfahrungen der ärztlichen Wissenschaft mit größter Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist, daß der andere Ehegatte Anlageträger ist und daß die Nachkommen des Anlageträgers dadurch in erheblich höherem Maße der Gefahr einer geistigen Erkrankung ausgesetzt sind als die Durchschnittsbevölkerung. Auf dem hier eingenommenen Standpunkt steht das obengenannte Erläuterungswerk zum BlutschutzG. und Eheges. v. G ü t t - L i n d e n - M a ß f e l l e r, S. 106, wo die ebenfalls bereits erwähnten Ausführungen M a ß f e l l e r s in DJ. 1935, 1830 wieder gegeben sind. In einem neueren Aufsatz des letzteren in DJ. 1936, 1287 ff. werden die Möglichkeiten erörtert, die für eine Beweisführung in der angegebenen Richtung, trotz fehlender Manifestation der Krankheit beim Anfechtungsgegner, nach dem heutigen Stand erbbiologischer Erkenntnis gegeben sind; es handelt sich um Fälle, wo aus dem Vorkommen manifester Erkrankungen bei den Blutsverwandten des Anfechtungsgegners der empirisch sichere Schluß auf eine erhebliche Gefährdung der Nachkommen gezogen werden kann; es ist diesem Aufsatz zu entnehmen, daß zur Zeit dieser Schluß regelmäßig nur in Fällen gezogen werden kann, wo bereits ein manifest erkranktes Kind des Anfechtungsgegners vorhanden ist; sowie in dem Fall, wo beide Elternteile des Anfechtungsgegners manifest erkrankt sind; auf die Einzelheiten jenes Aufsatzes, insbes. auf die dort erörterte Bedeutung, die dem Unterschied zwischen rezessivem und dominantem Erbgang in diesem Zusammenhang beizulegen ist, braucht hier nicht eingegangen zu werden. Zu verweisen ist jedoch noch auf die Abhandlung von K u m p f: DanzJZ. 1936 Nr. 11, wo unter Ziff. VIII und IX über ähnliche Fälle berichtet wird.

Aus den vorstehenden Erörterungen und aus ihrer Anwendung auf die tatsächlichen Feststellungen des BG. folgt, daß das Urteil des BG., soweit es die Anfechtungsklage abweist, im Ergebnis richtig ist, wenn auch seiner Auffassung, daß nur bei wirklich ausgebrochener Erbkrankheit des anderen Ehegatten die Ehe angefochten werden könne, nicht zugestimmt werden kann. Die tatsächlichen Feststellungen ergeben, daß der zu fordernde Wahrscheinlichkeitsbeweis, daß infolge einer krankhaften Anlage, deren Trägerin die Bekl. ist, die Nachkommenschaft der Parteien der Gefahr einer geistigen Erkrankung in erheblich höherem Maß ausgesetzt ist als die Durchschnittsbevölkerung, vom Kl. in keiner Weise erbracht ist. Es steht nach den Darlegungen des BG. lediglich die manifeste Geisteskrankheit der Mutter der Bekl. fest; es steht schon nicht fest, welcher Art diese

Geisteskrankheit der Mutter der Befl. ist; es steht, bei der Verschiedenheit des Erbgangs der bei der Mutter der Befl. möglicherweise in Betracht kommenden Arten der Geisteskrankheit, nicht einmal fest, ob die Befl. überhaupt Anlageträgerin ist; noch weniger steht fest, welche prozentuale Gefährdungsziffer für die Nachkommenschaft der Befl. besteht, und ob diese höher ist als beim Durchschnitt der Bevölkerung.

Auch die weiteren Ausführungen, die das BG. an die Bestimmungen des Eheges. v. 18. Okt. 1935 anknüpft, passen vollkommen in den Rahmen der vorstehenden Erwägungen. Der Hinweis ist durchaus zutreffend, daß der Befl. trotz der Tatsache, daß ihre Mutter an einer Erbkrankheit manifest erkrankt ist, auch nach dem Eheges. v. 18. Okt. 1935 die Eingehung einer Ehe gesetzlich nicht verboten sein würde; die Verbotsvorschrift des § 1 Abs. 1 d des Gesetzes würde nur Anwendung finden, wenn eine Erbkrankheit bei der Befl. selbst ercheinungsbildlich hervorgetreten wäre. Nach den für die freiwillige Eheberatung geltenden Richtlinien (vgl. RdErl. des RMdZ. vom 16. März 1934 und vom 21. Mai 1935) würde der Eheberater allerdings heute der Befl. von der Eingehung einer Ehe abzuraten haben und ihr ein Eheignungszeugnis — das nach den bestehenden Vorschriften für besondere Zwecke, u. a. für die Gewährung von Ehestandsdarlehen erforderlich ist —, nicht ausstellen dürfen; denn in den genannten Richtlinien wird eine erbliche Belastung schon als vorliegend erachtet, wenn ein Elternteil an schweren erblichen geistigen Gebrechen leidet. Die Meinung, daß der in diesen Richtlinien festgestellte Maßstab auch bei der Frage der Aufsehbarkeit einer bestehenden Ehe Berücksichtigung verdiene, ist mit dem BG. abzulehnen. Auch im Schrifttum ist diese von Maßfeller früher vertretene Meinung später von ihm wieder aufgegeben worden (DZ. 1935, 1830 und 1936, 1293). Es braucht in der Tat ein Sachverhalt, der es rechtfertigt, von der Eingehung einer Ehe abzuraten, noch nicht zu genügen, um auch die Auflösung einer bereits bestehenden Ehe, also eine Maßnahme von viel weitergehender Tragweite, zu rechtfertigen.

Der Einwand der Rev., das für den Erfolg der vom Kl. erhobenen Aufsehungsklage Entscheidende müsse sein, daß der Kl. bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe diese nicht eingegangen sein würde, weil er, soweit es in menschlichem Ermessen liege, jede Möglichkeit erbkranken Nachwuchses habe ausschließen wollen, ist rechtsirrig. Denn in erster Linie entscheidend bei der Anwendung des § 1333 BGB. ist, daß überhaupt von einer persönlichen Eigenschaft oder einem ihr gleich zu achtenden persönlichen Verhältnis des anderen Ehegatten gesprochen werden kann. Das Vorliegen dieser Voraussetzung ist aber nach dem Vorgesagten vom BG. mit Recht verneint worden.

(RG., IV. ZivSen., U. v. 3. Dez. 1936; IV 220/36.) [L.]

**Anmerkung:** Bei dem heutigen Stande unserer erbbiologischen Forschung wird man der Entsch. des RG. beitreten müssen.

Bei der Würdigung der Entsch. muß man folgenden Sachverhalt annehmen: Die Mutter der beklagten Ehefrau leidet an Schizophrenie oder an manisch-depressivem Irresein. Ihr Vater ist (erscheinungsbildlich) gesund. Die Befl. selbst und ihr Ehemann sind ebenfalls (erscheinungsbildlich) gesund. Auch das aus der Ehe hervorgegangene, wenige Wochen nach der Geburt verstorbene Kind bot keine Anzeichen einer erblichen Krankheit.

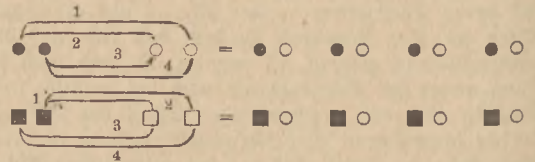
Kann bei diesem Sachverhalt der Ehemann die Ehe wegen Irrtums über persönliche Eigenschaften der Frau anfechten? Nach der Rechtssprechung des RG. wäre das der Fall, wenn man feststellen könnte, daß die Frau Trägerin einer Krankheit ist, die sie — wenigstens anlagemäßig — auf ihre Nachkommen weitervererbt.

In JW. 1937, 8 habe ich „die Gesetze der Vererbung, die Grundlage der deutschen Erb- und Rassenpflege“ in ihrer einfachsten Form dargestellt. Ich darf auf diese Darstellung hier verweisen.

Man nimmt heute an, daß der Erbgang der Schizophrenie rezessiv ist (vgl. Tafel II des Aufsatzes). Jedoch haben

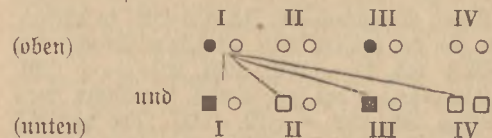
wir es wohl kaum mit dem einfach rezessiven Erbgang zutun; vielmehr sind bis jetzt zwei Faktorenpaare am wahrscheinlichsten (dihybrider Erbmodus); zweifelsfrei nachgewiesen ist dies aber bis jetzt nicht.

Während beim einfach rezessiven Erbgang die ercheinungsbildlich Kranken mit ●● (ein Erbanlagepaar) bezeichnet wurden, müssen wir sie bei der rezessiven Dihybridie mit zwei solchen Erbanlagepaaren bezeichnen, also ●● und ■■ (= ●●). Die ercheinungs- und erbbildlich Gesunden werden demgemäß mit ○○ bezeichnet. Beim einfach rezessiven Erbgang war das Erbbild der Kinder, die aus der Verbindung eines Kranken mit einem ercheinungs- und erbbildlich Gesunden hervorgingen, mit ●○ anzugeben. Bei der rezessiven Dihybridie muß das Erbbild ●○ aussehen; denn



Dieses Erbbild muß an sich auch die beklagte Ehefrau besitzen, da ihre Mutter ercheinungsbildlich krank, ihr Vater aber — wie angenommen werden muß — ercheinungs- und erbbildlich gesund ist.

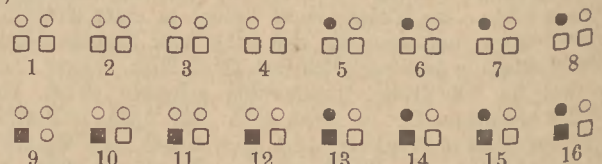
Welches Erbbild werden nun die Kinder aus ihrer Ehe mit dem — wie ebenfalls anzunehmen ist — ercheinungs- und erbbildlich gesunden Kl. haben? Für den einfach rezessiven Erbgang ergibt sich aus Tafel II meines oben angeführten Aufsatzes, daß das Erbbild der Kinder folgendes ist (vgl. Verbindung C ~ D): ●○, ○○, ●○, ○○; d. h. 50% der Kinder sind ercheinungs- und erbbildlich gesund; sie können nur gesunde Anlagen weitervererben. 50% der Kinder sind ercheinungsbildlich gesund, haben in ihrem Erbbild aber auch einen krankheitsbestimmenden Faktor; sie können sowohl die Anlage zu gesund wie die Anlage zu krank vererben. Bei der Dihybridie sind die Verhältnisse nicht ganz so einfach. Während es beim einfach rezessiven Erbgang nur vier Verbindungsmöglichkeiten gibt, haben wir deren bei der Dihybridie sechzehn. Die mit kleinen Kreisen bezeichneten Anlagenpaare haben vier Verbindungsmöglichkeiten und die mit kleinen Quadraten bezeichneten ebenfalls:



Es kann sich dann verbinden:

oben	I	mit	unten	I	oder	II	oder	III	oder	IV
"	II	"	"	I	"	II	"	III	"	IV
"	III	"	"	I	"	II	"	III	"	IV
"	IV	"	"	I	"	II	"	III	"	IV

Geordnet ergeben sich dann folgende 16 Verbindungsmöglichkeiten:



Das bedeutet, daß 25% der Kinder in beiden Anlagenpaaren reinerbig gesund sind (○○). 50% der Kinder sind in einem Anlagenpaar reinerbig und gesund; im anderen Anlagenpaar sind sie zweierbig (●○ und ○●); sie können aber — gleich welche Verbindung sie eingehen — keinen ercheinungsbildlich kranken Nachwuchs erhalten, da sie ja in einem Anlagenpaar reinerbig gesund sind und die Anlage zu gesund dominant ist gegenüber der Anlage zu krank. Die rezessiven

25 % der Kinder sind zweierbig, da sie in beiden Anlagenpaaren eine krankheitsbestimmende Anlage tragen (●○); sie sind zwar erscheinungsbildlich ebenfalls gesund, können aber unter Umständen erkrankten Nachwuchs haben.

Man muß sich über diese Folgerungen aus dem Mendelschen Gesetz klar sein, wenn man zur Zeit vielleicht hierauf seine Entsch. noch nicht allein stützen kann. Jedenfalls kann die Vererbung der Schizophrenie durch die Mendelgesetze noch nicht ausreichend erklärt werden. Zur Beurteilung der Vererbungswahrscheinlichkeit müssen wir deshalb die Ergebnisse der erbprognostischen Forschung heranziehen. Hierzu wird von G ü t t - R ü d i n - R u t t k e („Komm. zum ErbktrNachwGes.“, 2. Aufl. 1936, S. 132) folgendes mitgeteilt: „Die systematische empirische Erbprognoseuntersuchung hat ergeben, daß bei einem kranken Elternteil nach neuesten Forschungen an großem Material durchschnittlich 16,4 % der Kinder Schizophrener wieder selbst geisteskrank sind und daneben noch 17,6 % aller Kinder schizophreneähnliche Psychopathen sowie 22,6 % andere abnorme Typen; also sind rund 49 % im ganzen geistig abnorm.“

Wo beide Eltern schizophren sind, sind unter den Kindern sogar 53 % schizophren, 29 % schizophreneähnliche Psychopathen, Summa 82 % Abnorme ... Unter den Enkeln Schizophrener sind 2,42 % Schizophrene, 4,65 % schizophreneähnliche Psychopathen, 27 % andere abnorme Typen, zusammen rund 34 % Abnorme und gewisse Unterformen von Abnormen.“

Diese Ergebnisse der empirischen Erbprognose zeigen, daß man mit dem Mendelschen Gesetz allein die Erbbeschaffenheit der Nachkommen Schizophrener noch nicht ausreichend erklären kann. Wir können deshalb kaum mit Sicherheit sagen, daß Kinder mit einem schizophrenen Elternteil Anlageträger sein müssen. Wir können es bei geistig vollkommen normalen Kindern um so weniger sagen, als man heute anzunehmen geneigt ist, daß die Anlageträger zwar nicht direkt geisteskrank, so doch vielfach abnorm sind.

Ein einigermaßen gesichertes Urteil, daß eine Person Anlageträger für Schizophrenie ist, wird nur dann möglich sein, wenn entweder

- a) beide Elternteile schizophren waren, oder
- b) zwar nur ein Elternteil schizophren war, die Person selbst aber als schizophreneähnlicher Psychopath oder sonst geistig abnormer Typ anzusehen ist, oder
- c) zwar nur ein Elternteil schizophren war, die Person selbst aber schon ein Kind geboren hat, das schizophren oder schizophreneähnlicher Psychopath ist.

In der Entsch. des LG. Göttingen v. 18. Aug. 1936 (DZ. 1936, 1897) hatten wir es mit dem unter b) bezeichneten Fall zu tun, so daß das Gericht der Aufsechtungsklage mit Recht entsprochen hat.

Für das manisch-depressive Irresein liegen die Verhältnisse ähnlich. Die Annahme eines einfach mendelnden Anlagenpaares reicht nicht aus; wahrscheinlich sind auch hier zwei Anlagenpaare bestimmend. Neben rezessiven Momenten dürften wohl auch dominante vorhanden sein. Das scheint auch durch die empirische Erbprognose gestützt zu werden. Nach G ü t t - R ü d i n - R u t t k e (a. a. O. S. 138) sind etwa 25 % der Kinder von manisch-depressiven Einzeleltern wieder manisch-depressiv, 13 bis 14 % zyklische Psychopathen und 13 % andere abnorme Typen. Sind beide Eltern manisch-depressiv, so sind 90 bis 100 % der Kinder geistig abnorm. Für die Eheanfechtung dürfte das gleiche zu gelten haben, was bei der Krankheitsform der Schizophrenie auszuführen wurde.

WM. M a ß f e l l e r, Berlin.

\*

7. § 1568 BGB. Schwere Eheverfehlung des einen Teils geben dem anderen Teil dann keinen Scheidungsanspruch, wenn ihm diese Verfehlungen gleichgültig gewesen sind, denn solchenfalls kann von einer Zerrüttung — Vertiefung der Zerrüttung — nicht die Rede sein.

Das RG. sieht als erwiesen an, daß der Kl. der Bekl. ebenso wie den Ehebruch mit dem S. aus 1927 auch den mit dem St. aus 1924 verziehen hat. Von dem Schleierranz vor

dem M. aus 1926 nimmt es an, daß darin keine Verlockung zu geschlechtlichem Verkehr gelegen habe. Bei den Äußerungen gegenüber dem Diener des Kl. und gegenüber Angestellten seiner Dienstherrin berücksichtigt es als Entlastung für die Bekl. ihre Erregung über die Säumigkeit des Kl. in der Unterhaltszahlung. Die Äußerungen in den Prozessschriften hält es für entschuldigend durch guten Glauben der Bekl. an die Erlaubtheit solchen Vorbringens zur Wahrung ihrer berechtigten Interessen. Die Behauptung der Benutzung des Sohnes als Spion gegenüber dem Kl. erachtet es für beweislos. Im übrigen unterstellt es zuungunsten der Bekl., daß ihr Verhalten mindestens in seiner Gesamtheit als schwere Eheverfehlung zu werten sei, gelangt aber gleichwohl zur Klageabweisung, weil der Kl., der der Bekl. offenbar längst schon überdrüssig gewesen sei, eine solche Gleichgültigkeit gegenüber ihrem Tun und Lassen gezeigt habe und einen solchen Mangel an Verständnis für das Wesen der Ehe und die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Ehegatten aufweise, daß er wie die beiden von ihm ohne Bedenken verziehenen Ehebrüche der Bekl. auch die ihr weiter vorgeworfenen, erwiesenen oder noch unter Beweis gestellten Verfehlungen nicht als schwere Kränkung seiner ehelichen Rechte empfunden und daß deshalb das Verhalten der Bekl. auch in seiner Gesamtheit nicht dazu geführt haben könne, die Ehe zu zerrütten oder die ohnehin eingetretene Zerrüttung zu vertiefen.

Diese Erwägung trägt allein schon die Entsch. Sie ist im wesentlichen tatsächlicher Natur (RGZ. 103, 327) und enthält entgegen den Ausführungen der Rev. keinen Denkfehler und widerspricht auch nicht feststehender Erfahrung. Es ist gewiß richtig, daß die der Bekl. vorgeworfenen Verfehlungen teilweise auf anderem Gebiet liegen als die verziehenen Ehebrüche, wiewohl auch diese geeignet waren, „die Bekl. und den Kl. bloßzustellen und gesellschaftlich herabzusetzen“. Das steht aber der Annahme des BG. nicht im Wege, daß der Kl. auch solchem Handeln der ihm durch eigene Schuld völlig entfremdeten Bekl. gegenüber gleichgültig und unempfindlich gewesen sei, und es ist keineswegs denk- oder erfahrungswidrig, daß er es in Berücksichtigung seiner eigenen bisherigen Einstellung der Bekl. auch dann nicht verübeln würde, wenn er selbst je einmal zu einer richtigeren Auffassung vom Wesen der Ehe und den gegenseitigen Rechten und Pflichten der Ehegatten gelangen sollte. Dann kann aber in der Tat auch nur von einer Vertiefung der Zerrüttung dieser Ehe durch Verfehlungen der Bekl. keine Rede sein.

(U. v. 12. Nov. 1936; IV 170/36. — Berlin.) [R.]

\*

\*\* §. 5 1578 BGB. Es ist üblich, daß die Frau eines Arztes, die selbst Ärztin ist, innerhalb dieses Berufes durch Arbeit Einkommen erwirbt. Maßgebend für den Unterhaltsanspruch der Ehefrau sind die Lebensstellung der Ehegatten im Zeitpunkt der Scheidung sowie ihre gesamten Vermögens- und Einkommensverhältnisse. Zu dem gemäß § 1610 BGB. zu berücksichtigenden Lebensbedarf gehören nicht Ersparnisse für spätere Zeiten. f)

(U. v. 26. Okt. 1936; IV 169/36. — Breslau.)

Abgedr. JW. 1937, 465\*.

Anmerkung: Der Wortlaut des § 1578 läßt keinen Zweifel darüber, daß die Frage der Unterhaltspflicht des allein für schuldig erklärten Ehemannes nicht danach zu beurteilen ist, ob die Frau während der Ehe tatsächlich Erwerb aus eigener Arbeit gezogen hat, sondern ausschließlich danach, ob nach den Verhältnissen, in denen die Ehegatten gelebt haben, Erwerb durch Arbeit der Frau üblich ist. Das BG. hat es als „gerichtsbekannt“ bezeichnet, daß Ärztinnen auch nach der Eheschließung noch ihrem Beruf nachzugehen pflegen. Worin aber diese Berufstätigkeit üblicherweise besteht, ob in einer auf eigenen Gelderwerb oder in einer bloß auf die Unterstützung des Mannes in seiner Berufsausübung gerichteten Tätigkeit, ist vom BG. einer Prüfung überhaupt nicht unterzogen worden, obwohl

es doch für die Auslegung des § 1578 von ausschlaggebender Bedeutung ist, ob die Berufsausübung der Frau auf die Erzielung eigener Einnahmen abgestellt war. Die Notwendigkeit einer solchen Feststellung ist auch offensichtlich vom RG. verkannt worden; denn sonst hätte es die Feststellung des BG., daß „Ärztinnen, die mit einem Arzt verheiratet sind, nach der Eheschließung noch ihrer beruflichen Tätigkeit nachzugehen pflegen“, nicht als ausreichend hinnehmen dürfen. Anzutreffend ist daher auch die Schlussfolgerung des RG., es sei als üblich festgestellt, „daß die Frau eines Arztes, die selbst Ärztin ist, innerhalb dieses Berufes durch Arbeit erwirbt“. Eine solche Feststellung läßt die Wiedergabe der Ausführungen des BG. nicht erkennen.

Wie notwendig übrigens die Unterscheidung ist, ob die Berufstätigkeit der Ehefrau auf eigenen Erwerb gerichtet ist oder auf die bloße Mitwirkung im Beruf des Mannes, ergibt sich aus § 1356 Abs. 2, wonach die Frau zu Arbeiten im Geschäft des Mannes verpflichtet ist, soweit eine solche Tätigkeit nach den Verhältnissen, in denen die Ehegatten leben, üblich ist. Handelt es sich aber um eine nach § 1356 Abs. 2 übliche Tätigkeit der Frau, zu deren Leistung sie gesetzlich verpflichtet ist, kann von einer auf Erwerb gerichteten Berufsausübung i. S. des § 1578 nicht gesprochen werden.

Mit Recht ist dagegen das RG. der Ansicht des BG. entgegengetreten, bei Bemessung des standesmäßigen Unterhalts i. S. des § 1610 seien auch Rücklagen für das Alter der unterhaltsberechtigten Ehefrau in Betracht zu ziehen. Nach § 1610 Abs. 2 umfaßt der Unterhalt den gesamten Lebensbedarf, also lediglih diejenigen Aufwendungen, die zur Bestreitung der jeweiligen laufenden und außergewöhnlichen Bedürfnisse erforderlich sind.

RM. Dr. Ferd. M ö ß mer, München.

\*

9. § 1591 BGB. Bei der Erforschung, ob eine offenbare Unmöglichkeit vorliegt, muß das Gericht jede Erkenntnisquelle, die ihm entsprechend den prozessrechtlichen Vorschriften zugänglich ist, voll ausschöpfen. †).

Der Kl. hat am 19. Mai 1934 die damals 18 jährige Th. geheiratet, die am 22. Juli 1934 den Bekl. geboren hat. Unstreitig hat der Kl. ihr in der Empfängniszeit beigewohnt. Die Ehe ist durch Art. v. 1. Juli 1935 rechtskräftig für nichtig erklärt worden, weil die Ehefrau vor der Ehe mit dem G. geschlechtlich verkehrt hat. Der Kl. klagt auf die Feststellung, daß der Bekl. nicht sein eheliches Kind sei. Das LG. hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung des Bekl. ist die Klage abgewiesen worden.

RG. hob auf und verwies zurück.

Da der vor der Eheschließung empfangene Bekl. in der Ehe geboren ist, ist er der eheliche Sohn des Kl., sofern der Kl., der der Mutter in der Empfängniszeit beigewohnt hat, nicht beweist, daß es den Umständen nach unmöglich ist, daß der Bekl. von ihm erzeugt ist. Diesen Beweis hält das BG. nicht für erbracht. Das BG. sei dem Gutachten des Prof. Lauer über die Blutgruppenuntersuchung gefolgt. Lauer stütze seine Ansicht, daß der Kl. nicht der Erzeuger sein könne, auf eine gegenüber der anerkannten Blutgruppenprobe und der auch in weitestem Umfange anerkannten M/N-Klassenuntersuchung neue Methode der Typendiagnose innerhalb der A-Gruppe. Nach dem Gutachten des Preussischen Instituts für Infektionskrankheiten Robert Koch sei diese Methode aber bisher weder wissenschaftlich unbedingt sicher begründet, noch stütze sie sich auf ein einigermaßen ausreichendes Tatsachenmaterial. Für sich allein könne diese Methode nach dem heutigen Stande der Wissenschaft den Beweis der Unmöglichkeit nicht erbringen. Sie könne nach jenem Gutachten nur ein außerordentlich wertvolles Indiz abgeben, das im Verein mit anderen für das Urteil von Bedeutung werden könne. Es fehle aber an anderen ausreichenden Indizien. Gegen den Kl. spreche es, daß G., der einzige Mann, von dem ein Geschlechtsverkehr mit der Mutter feststehe, nach Prof. Lauer als Erzeuger ausscheide. Demgegenüber sei es bedeutungslos, wenn die Mutter, was nicht einmal einwandfrei erwiesen sei, einmal zum Kl. gesagt habe, das Kind sei nicht von ihm.

Die nicht zu bestreitende Unglaubwürdigkeit der Mutter sei kein Indiz zugunsten des Kl. Es sei nicht ersichtlich, wie aus dem persönlichen Eindruck der Mutter geschlossen werden solle, daß sie in der Empfängniszeit noch mit einem Dritten verkehrt habe. Sie würde, wie auch der Kl. nicht bezweifle, ihre Darstellung aufrechterhalten. Selbst wenn aber bewiesen würde, daß noch ein Dritter in Betracht komme, so würde es für die Frage, ob der Kl. unmöglich der Erzeuger des Bekl. sein könne, nicht das geringste besagen. Der erforderliche Beweis dürfe nicht zu leicht genommen werden. Dem Interesse des Kl., nicht zu Unterhaltszahlungen herangezogen zu werden, stehe als ungleich wichtiger das Interesse des Bekl. an der Erhaltung seines Familienstandes als ehelichen Kindes gegenüber.

Dieses Urteil vermag der Rev. nicht standzuhalten.

Gewiß darf der Beweis der offensibaren Unmöglichkeit nicht leicht genommen werden. Ob allerdings die Erwägung des BG., die auf das Interesse des Kindes an der Erhaltung seines Familienstandes als eheliches Kind abstellt, dafür herangezogen werden kann, mag zweifelhaft sein. Nach der durch das nationalsozialistische Gedankengut geläuterten Auffassung des Volkes und damit nach dem deutschen Recht ist die Abstammung und die aus ihr folgende Sippenzugehörigkeit das wirklich Wichtige. Ihr gegenüber hat die rechtliche Stellung als eheliches Kind keine unbedingt schütz würdige Bedeutung, wenn diese Stellung der wirklichen Abstammung nicht entspricht. Trotzdem aber bleibt es notwendig, an den Beweis der offensibaren Unmöglichkeit strenge Anforderungen zu stellen. Die gesetzliche Regelung, daß ein in der Ehe geborenes Kind als ehelich gilt, wenn der Ehemann innerhalb der Empfängniszeit der Mutter beigewohnt hat und die Empfängnis von ihm nicht offenbar unmöglich ist, entspricht Anforderungen der Rechtsicherheit und der Sicherung des Familienstandes. An diesen Anforderungen hat sich auch durch die Erkenntnis von der Wichtigkeit der Abstammung nichts geändert.

Diese Wichtigkeit der Abstammung gebietet aber andererseits, daß bei der Erforschung, ob eine offenbare Unmöglichkeit vorliegt, jede Erkenntnisquelle, die dem Gericht entsprechend den prozessrechtlichen Vorschriften zugänglich ist, voll ausgeschöpft wird. Davan hat es das BG. fehlen lassen.

Das BG. folgt dem Gutachten Lauers, der die Erzeugung durch den Bekl. verneint, nicht, weil es dem Gutachten des Instituts entnimmt, daß Lauers Methode bisher die Anerkennung der Wissenschaft noch nicht bis zu dem Grade gefunden hat, daß sie einen ausreichenden Beweis für die Unmöglichkeit der Abstammung ergeben könnte. Diese Stellungnahme ist nicht zu beanstanden; sie hält sich in den Grenzen der Befugnisse des Tatrichters. Indessen hat das BG. selbst dem Gutachten des Instituts zutreffend entnommen, daß Lauers Ergebnisse der Typenuntersuchung ein wichtiges Indiz sein können, wenn daneben noch andere Anhaltspunkte treten. Trotzdem hat das BG. die vom Kl. beantragte Vernehmung der Mutter abgelehnt, indem es erwägt, die Unzuverlässigkeit der Mutter sei kein brauchbares Indiz, sie werde ihre Darstellung aufrechterhalten. Für diese Auffassung fehlt es an einer hinreichenden Grundlage. Sie ist eine unzulässige Vorwegnahme des Beweisergebnisses. Die Aussage der Mutter ergibt nichts dafür, daß die Zengin überhaupt darnach gefragt worden ist, ob sie in der maßgeblichen Zeit noch mit einem Dritten verkehrt hat. Es ist offensichtlich nicht als unmöglich zu bezeichnen, daß sie ihre Aussage in dieser Richtung noch vervollständigen würde, wenn sie entsprechend befragt, insbes. wenn ihr vorgehalten würde, daß nach dem Ergebnis der Blutgruppenuntersuchung ein starker Verdacht in dieser Richtung besteht. Sollte ihr Geschlechtsverkehr mit einem Dritten während der Empfängniszeit festgestellt werden, so ist keineswegs ausgeschlossen, daß auch dessen Blut untersucht werden kann. Und selbst wenn es dazu infolge seiner Weigerung nicht käme, ist sowohl diese Weigerung ein neues Indiz, wie auch sicherlich nicht ohne Bedeutung, daß neben die Ergebnisse des Lauer'schen Gutachtens die dann feststehende Tatsache tritt, daß noch ein Dritter als Erzeuger in Betracht kommt.

Indem das BG. die Verneinung der Mutter unterlassen hat, hat es, wie die Rev. zutreffend rügt, den § 286 ZPO. verletzt.

(U. v. 30. Nov. 1936; IV 234/36. — Hamburg.) [Hn.]

**Anmerkung:** Diese Entsch. wird im Ergebnis und in der Begründung von jedem deutschen Rechtswahrer freudig begrüßt werden. Daß bei der Erforschung, ob eine offenbare Unmöglichkeit i. S. des § 1591 BGB. vorliegt, das Gericht gem. § 286 ZPO. jede ihm den prozeßrechtlichen Vorschriften nach zugängliche Erkenntnisquelle voll ausnutzen muß, erscheint allerdings selbstverständlich. Bedauerlicherweise wird jedoch heute von den unteren Gerichten manchmal gegen den Grundsatz einer ausgiebigen Erschöpfung aller Beweismöglichkeiten zugunsten einer falsch verstandenen und gehandhabten Prozeßbeschleunigung verstoßen. Eine auf Kosten der Wahrheit und der materiellen Gerechtigkeit gehende Prozeßbeschleunigung ist aber immer zu verwerfen, ein falsches Urteil wird nicht dadurch irgendwie besser, daß es sehr schnell gefällt worden ist. Eine energische, umsichtige und vorausschauende Prozeßleitung wird beides zu vereinigen und wissend und schnelle, aber auch richtige, den Tatbestand voll ausschöpfende Urteile liefern. Das RG. ist schon häufiger mit Recht Versuchen entgegengetreten, das Ergebnis einer gar nicht durchgeführten Beweisaufnahme vorwegzunehmen, oder z. B. einen angebotenen Zeugenbeweis mit der Begründung abzulehnen, daß man den vorgeschlagenen Zeugen doch nicht glauben könne werde. Über die Glaubwürdigkeit von Zeugen, mögen sie auch mit den Parteien verwandt sein, ihnen sonst nahestehen, oder am Rechtsstreit interessiert sein, kann und darf der Richter erst entscheiden, wenn er den Zeugen gehört und nach Möglichkeit auch selbst gehört und gesehen hat, mag seine allgemein skeptische Einstellung in dieser Beziehung auch heute noch leider vielfach berechtigt sein.

Bedeutungsvoller noch als diese verfahrensrechtlichen Grundsätze ist jedoch die sachlich-rechtliche Feststellung des RG., nach der durch das nationalsozialistische Gedankengut geläuterten Auffassung des Volkes und damit nach dem deutschen Recht sei die Abstammung und die aus ihr folgende Sippenzugehörigkeit das wirklich Wichtige. Ihr gegenüber habe die rechtliche Stellung als eheliches Kind keine unbedingt schutzwürdige Bedeutung, wenn diese Stellung der wirklichen Abstammung nicht entspreche. Diese Sätze, die mit der oft bedauerten Scheu des RG. vor der Aufstellung eindeutiger, prinzipieller Rechtsregeln brechen, haben in verschiedener Hinsicht grundlegende Bedeutung. Das RG. stellt klar und unmißverständlich den Rechtsatz auf, daß die durch das nationalsozialistische Gedankengut geläuterte Auffassung des Volkes das deutsche Recht („und damit . . .“) ist. Nächst dem Willen des Führers, der ja den reinsten und geläutertesten Ausdruck deutscher Rechtsauffassung darstellt, ist somit das geläuterte Rechtsbewußtsein des Volkes als höchste Rechtsquelle anerkannt. Das RG. hat hier mit zwei kurzen Sätzen wohl die bedeutendste rechtsgeschichtliche Tat seines Bestehens und Wirkens begangen. Die — im Gegensatz zu mancher früheren und auch noch heutigen Gewohnheit des RG. — wichtige Kürze dieser Sätze schwächt ihre Bedeutung nicht ab, sondern erhöht und unterstreicht sie vielmehr. Auf diesem mächtigen Pfeiler können nun also deutsche Gerichte weiter bauen.

Auf dem Gebiete des Kindschaftsrechts wird man der Entsch. wohl u. a. auch die Klärung der bis heute noch immer streitigen Frage, ob die Klage eines unehelichen Kindes auf Feststellung seiner blutmäßigen Abstammung zulässig ist, in bejahendem Sinne verdanken (siehe hierzu Scheurl und Fischer: JW. 1936, 235, 237; Noquette: JW. 1935, 1389, 247 und neuestens in DR. 1936, 486). Denn wenn das RG. sogar gegenüber der rechtlichen Stellung des ehelichen Kindes die wahre Abstammung und die aus ihr folgende Sippenzugehörigkeit als das „wirklich Wichtige“ bezeichnet, so muß es wohl auch schon de lege lata eine prozeßuale Möglichkeit zur gerichtlichen Feststellung dieser wichtigen Lebensgrundlage geben (siehe hierzu auch LG. Koblenz: DR. 1936, 1356 m. Anm. Maßfeller). Die von Noquette a. a. O. befürchteten praktischen Konsequenzen können nicht dazu führen, ein so notwendiges

Rechtsmittel grundsätzlich zu versagen, allzuweit hergeholt und ausichtslose Klagen werden eben daran scheitern, daß der Feststellungskläger ja voll beweispflichtig ist. Hierzu betont das RG. seine feststehende und aus dem Gesetzeswortlaut eindeutig begründete Rspr., daß an den Beweis der offenbaren Unmöglichkeit der Empfängnis (Abstammung) aus einer feststehenden Bewohnung (§§ 1591, 1717 BGB.) die strengsten Anforderungen zu stellen sind.

Die konsequenteste Durchführung des Gedankens, daß die blutmäßige und erbbiologische Abstammung des deutschen Menschen sowohl für ihn selbst als auch für die Volksgemeinschaft von ausschlaggebender Bedeutung ist und daß ihre richtige Feststellung allen anderen Interessen vorgehen muß, findet sich in einem Ur. des OLG. Frankfurt a. M. v. 10. Sept. 1936 (I U 74/36 = JW. 1936, 3482<sup>08</sup>; DR. 1936, 499). Das Urteil erklärt, daß ein Ehemann auch noch nach Ablauf der der einjährigen Anfechtungsfrist des § 1594 BGB. die Anfechtung der Ehelichkeit eines in seiner Ehe geborenen Kindes durchführen könne, weil die Anwendung von gesetzlichen Vorschriften sinnlos und damit nicht Rechtens werde, wenn sie mit dem Grundsatz des Blutes in Widerspruch stände (so auch Schmidt-Klavenow: JW. 1936, 16).

AGR. Dr. Kallfelz, Cottbus.

\*

\*\* 10. §§ 2040 Abs. 1, 185 BGB. Durch die Rechtsnatur der Erbengemeinschaft zur gesamten Hand wird nicht gefordert, daß Verfügungen über Nachlassgegenstände, die nur von einem Teile der Miterben getroffen wurden, völlig ohne Wirkung und von der Heilungsmöglichkeit nach § 185 Abs. 2 BGB. ausgeschlossen bleiben. Es beruhte auf zu enger Begrenzung des Begriffes der Gemeinschaftlichkeit einer Verfügung i. S. des § 2040 Abs. 1 BGB., wenn früher das RG. Verfügungen über den Nachlassgegenstand, die nicht von allen Mitgliedern der Erbengemeinschaft vorgenommen worden waren, von der Heilungsmöglichkeit nach § 185 Abs. 2 BGB. ausschließen wollte. Es kann also nicht mehr entscheidend darauf ankommen, daß sich die Mitwirkung aller Beteiligten gleichartig vollziehe.†)

In Grundbuch von R. war als Eigentümerin eines Grundstücks die Witwe H. eingetragen, während in Abt. II dasselbst als deren Miterben A., B., C., D., E., F. und G. vermerkt waren.

Laut notarieller Verhandlung vom 20. Dez. 1934 erklärten die Miterben zu A., B. und F., daß sie Erben der Miterben zu C., D., E. und G. geworden seien, wie sie auch die Witwe H. beerbt hätten. Dies vorausgeschickt, verkauften sie sodann an den miterblichen Bauer K. von dem Grundstück eine Parzelle. Sie beantragten gleichzeitig die Löschung des Miterbenerbes auf dem verkauften Teilstück und erklärten dessen Auflassung, die der Käufer entgegennahm.

Nachträglich stellte sich heraus, daß der Miterbe E. nicht von den Verkäufern, sondern von seiner Witwe G. beerbt worden war. In notariell beglaubigter Urkunde genehmigte hierauf die Witwe G. die in der früheren Verhandlung abgegebenen Erklärungen. Unter Überreichung dieser Genehmigung beantragte der Notar, den gestellten Anträgen nunmehr stattzugeben. Das OLG. lehnte jedoch die Umschreibung des verkauften Teilstücks auf den Käufer ab, weil es noch der Auflassung an diesen durch die Witwe G. bedürfe. Die hiergegen gerichtete Beschw. wurde vom LG. zurückgewiesen. Der weiteren Beschw. möchte das RG. stattgeben, sieht sich aber hieran gehindert durch die in RGZ. 93, 292 veröffentlichte Entsch. des RG. V 80/18 v. 18. Sept. 1918 und hat die Sache deshalb gemäß § 79 Abs. 2 ZPO. dem RG. vorgelegt.

Die Vorlegung ist zu Recht erfolgt. In der bezeichneten Entsch. hat der auch jetzt wieder beschließende 5. ZivSen. des RG. ausgesprochen, daß Verfügungen, die der Vorschrift des § 2040 Abs. 1 BGB. entgegen nur von einem Teile der Mit-

erben vorgenommen werden, nach der Rechtsnatur der Erbengemeinschaft, wie sie vom Gesetz begrifflich verstanden werde, völlig wirkungslos blieben und deshalb auch nicht durch die nachfolgende Genehmigung der weiteren Erben gemäß § 185 Abs. 2 BGB. Rechtswirksamkeit erlangen könnten. Abweichend hiervon will das RG. in der vorl. Sache die bloße Genehmigung der bei der notariellen Verhandlung v. 20. Dez. 1934 infolge Irrtums über ihre Miterbeneigenschaft nicht beteiligten Erbeserin im Hinblick auf die Vorschrift des § 185 Abs. 2 Satz 1 BGB. als die dortige Auflassung zur vollen Wirksamkeit ergänzend genügen lassen und im Gegensatz zu den unteren Gerichten eine weitere Auflassung durch die zunächst übergangene Erbeserin nicht noch fordern. Auch die Voraussetzung, daß bei der beabsichtigten Abweichung die Auslegung einer das Grundbuchrecht betreffenden reichsgesetzlichen Vorschrift in Frage stehen müsse, hat das RG. zutreffend für gegeben erachtet, weil, wie die Lage des Falles unmittelbar ergibt, von der Auslegung des § 2040 Abs. 1 BGB. in dem einen oder dem anderen Sinne die Zulässigkeit einer Eintragung im Grundbuch, nämlich der Umschreibung des verkauften Dreinstücks auf den Käufer ohne weitere Auflassung durch die genehmigende Miterbin, abhängt.

In der Sache selbst kann die rechtliche Beurteilung, die der Entsch. RGZ. 93, 292 zugrunde liegt, nicht aufrechterhalten, muß vielmehr der Ansicht des RG. beigetreten werden, die sich, wie im Vorlegungsbeschlusse belegt ist, auf die ständige Rspr. des 1. ZivSen. des RG. (vgl. besonders RGZ. 53, 133 = DLWRspr. 41, 156 = JW. 1921, 249<sup>2</sup>; ferner HöchstRRspr. 1933 Nr. 1201; JfZ. 13, 97) und auf die ihr folgende, nahezu einhellige Meinung des Schrifttums (vgl. namentlich *Planck-Streicher*, 5. Aufl., zu § 925 BGB. Anm. 4a S. 416 mit § 873 Anm. III 1 c Abs. 2 S. 134; *Gütthe-Triebel*, *GBD.*, 5. Aufl., § 20 Anm. 31, 45; *RGKRomm.* zum BGB., 8. Aufl., § 925 Anm. 7 S. 239, § 2040 Anm. 1 S. 145) berufen kann. Von jener Entsch. war der Sache nach schon der 6. ZivSen. des RG. abgewichen, indem er bei vorl. Einwilligung eines Miterben die nachfolgende Verfügung des anderen Miterben nach § 185 Abs. 1 BGB. als für die Erbengemeinschaft wirksam anerkannte (RGZ. 129, 284 = JW. 1930, 2924; vgl. auch den 7. ZivSen. in RGZ. 149, 23 f. = JW. 1936, 98<sup>3</sup> für einen Fall der Gesamthandberechtigung bei einem Gesellschaftsverhältnis). Als im Schrifttum mit beachtlichen Gründen bekämpft hatte sie auch bereits der jetzt zur Entsch. berufene 5. ZivSen. in RGZ. 139, 118 = JW. 1933, 1303<sup>5</sup> bezeichnet, ohne damals durch die Lage des Falles zur Stellungnahme genötigt zu sein. Er gibt nunmehr die früher vertretene Ansicht ausdrücklich auf, indem er sich auch in der Begründung den Ausführungen des Vorlegungsbeschlusses im wesentlichen wie folgt anschließt.

In der notariellen Verhandlung v. 20. Dez. 1934 haben die damals erschienenen Miterben ihre Auflassungserklärung allerdings nicht zugleich in Vertretung eines nicht miterschiedenen lebenden Miterben, sondern nur im eigenen Namen, immerhin aber als vermeintliche Erben von E. abgegeben, dessen wahre Erbin seine Witwe war. Indem sie als vermeintlich allein übriggebliebene Teilhaber der Miterbengemeinschaft die Auflassung des Teilgrundstücks auch insoweit erklären zu können glaubten, als früher E. berechtigt und beteiligt gewesen war, haben sie über das Nachlassgrundstück als Nichtberechtigzte verfügt; denn sie waren nicht die Erben und Rechtsnachfolger von E. Es lag einstweilen keine gemeinschaftliche Verfügung aller beteiligten Erben über den Nachlassgegenstand, wie die Vorschrift des § 2040 Abs. 1 BGB. sie erfordert, vor. Es wird aber nicht, wie die frühere Meinung des beschließenden Senats in RGZ. 93, 292 war, durch die Rechtsnatur der Erbengemeinschaft zur gefamten Hand gefordert, daß Verfügungen über Nachlassgegenstände, die nur von einem Teile der Miterben getroffen wurden, völlig ohne Wirkung und von der Heilungsmöglichkeit nach § 185 Abs. 2 BGB. ausgeschlossen blieben. Schon jene Entsch. war nicht so weit gegangen, für die Gemeinschaftlichkeit der Verfügung zu verlangen, daß die mehreren Erben ihre Erklärungen sämtlich gleichzeitig und bei derselben Gelegenheit abzugeben hätten. Als des Zweifels Kern

bleibt daher nur die Frage übrig, ob die Gemeinschaftlichkeit der Verfügung von Miterben die rechtliche Gleichartigkeit der Mitwirkung aller Beteiligten erfordert. Dies kann aber zunächst aus der Rechtsnatur der Erbengemeinschaft, wie sie vom Gesetz begrifflich verstanden wird, nicht hergeleitet werden. Denn Wesen und Zweck des der Erbengemeinschaft übertragenen Verfügungsrechts werden durch die Art und Weise, in der die einzelnen Glieder der Gemeinschaft ihren inhaltlich gleich gerichteten Willen äußern, nicht beeinflusst. Unbetrübenmaßen sind Einwilligung und Genehmigung zu der von einem Nichtberechtigten getroffenen Verfügung i. S. der §§ 182 ff. BGB. ihrerseits selbst Verfügungen. Wenn man das Gesetz Einwilligung und Genehmigung als wirksame Ergänzung der von einem Nichtberechtigten getroffenen Verfügung allgemein anerkannt (§ 185 BGB.), so ist kein überzeugender Grund für die Forderung erkennbar, daß zur Herstellung der Gemeinschaftlichkeit einer Verfügung von Miterben die vorausgehende oder nachfolgende Zustimmung einzelner Erben zu der von anderen Erben im irrümlichen Glauben der Alleinberechtigung über den ganzen Nachlassgegenstand getroffenen Verfügung nicht genügen dürfe, daß vielmehr z. B. im Sonderfalle der Verfügung durch Auflassung notwendig die Auflassung der vermeintlichen Alleinerben durch eine solche weitere des übergangenen Miterben ergänzt werden müsse. Es beruhte auf zu enger Begrenzung des Begriffes der Gemeinschaftlichkeit einer Verfügung i. S. des § 2040 Abs. 1 BGB., wenn die frühere Ansicht des Senats Verfügungen über den Nachlassgegenstand, die nicht von allen Mitgliedern der Erbengemeinschaft vorgenommen worden waren, von der Heilungsmöglichkeit nach § 185 Abs. 2 BGB. ausschließen wollte. In Ermangelung einer die Anwendung des § 185 auf Verfügungen der Erbengemeinschaft ausschließenden ausdrücklichen Gesetzesvorschrift kann es vielmehr nicht entscheidend darauf ankommen, daß sich die Mitwirkung aller Beteiligten gleichartig vollziehe. Daß die Zulassung verschiedenartiger Mitwirkung der einzelnen Miterben auch dem Verkehrsbedürfnis entspricht, hat schon das RG. mit Recht hervorgehoben. Die Worte „können nur“ im § 2040 Abs. 1 BGB. stehen nicht entgegen, wie anerkanntermaßen auch die Fassung „kann nicht“ in den §§ 181, 719 BGB. einer Heilung der nur relativen Unwirksamkeit durch Genehmigung nicht hinderlich ist (vgl. RGZ. 68, 37 = JW. 1908, 271; RGZ. 92, 398; auch RGZ. 148, 109 f. = JW. 1935, 2617<sup>2</sup> m. Anm.). Wollte man bei der Erbengemeinschaft unheilbare Nichtigkeit der Verfügung einzelner Miterben annehmen, so würde dies, wie das RG. zutreffend bemerkt, die unleidliche Folgerung begründen, daß die Verfügung eines völlig Nichtberechtigten, weil der Heilung durch Genehmigung zugänglich, stärkere Wirkungen hätte als diejenigen eines in gefamter Hand Mitberechtigten, dessen Verfügungsmacht nur durch die Notwendigkeit der Mitwirkung seiner Teilhaber beschränkt ist.

Das GBA. hat hiernach für die Mitwirkung der Witwe E. zu Unrecht die Form der Auflassung gefordert.

(RG., V. ZivSen., Beschl. v. 25. Nov. 1936; VB 15/36.)  
[v. B.]

(= RGZ. 152, 380.)

**Anmerkung:** Erfreulich wirkt der Entschluß des RG., gegen RGZ. 93, 292 Stellung zu nehmen, nicht minder die Abkehr des erf. Sen. des RG. von einer Auflassung, welche die im § 2040 Abs. 1 BGB. vorgesehene Gemeinschaftlichkeit der Verfügungen der Miterben über einen Nachlassgegenstand in einer vom Zweck dieser Vorschrift nicht gebotenen begriffsformalistischen Übertreibung gesehen hatte. Überzeugend ist der Hinweis, daß die Gemeinschaftlichkeit der Verfügung der Miterben nur die Gleichgerichtetheit ihres Willens erfordert und daß, da die Heilungsmöglichkeit der Verfügung eines Nichtberechtigten gegeben ist, auch der Mangel der Verfügungsmacht dessen heilbar sein muß, der nur durch die Notwendigkeit der Mitwirkung seiner Teilhaber beschränkt ist.

RA. Dr. Alfons Roth, Berlin.

\*\* 11. §§ 20, 57 Nr. 9 RFGG. Der als unehelicher Erzeuger auf Feststellung der Vaterschaft verklagte hat kein Beschwerderecht gegen einen Beschluß, der die Anweisung des Vormundes, die Blutprobe an seinem Mündel zu gestatten, ablehnt. †)

I. Die am 22. Nov. 1935 außerehelich geborene Christel W. steht unter Amtsvormundschaft. Sie hat den G. als unehelichen Erzeuger auf Feststellung der Vaterschaft und Unterhaltszahlung verklagt. Die Blutuntersuchung des Kindes ist vom Prozeßgericht durch Beweisbeschluß angeordnet, vom Jugendamt aber verweigert worden. Einen Antrag des Bekl., den Vormund zur Gestattung der Blutprobe anzuweisen, hat das VormGer. durch Beschl. v. 27. Juni 1936 abgelehnt, da es sich um eine Zweckmäßigkeit handle und die Anweisung des Vormunds deshalb unzulässig sei. Auf Beschw. des Bekl. hat das LG. diesen Beschluß aufgehoben und dem Jugendamt die begehrte Anweisung erteilt. Das Jugendamt hat dagegen die weitere Beschw. zulässig eingelegt.

Das RG. möchte den landgerichtlichen Beschluß bestätigen, hat die Sache aber gemäß § 28 Abs. 2 RFGG. dem RG. zur Entsch. vorgelegt, weil es sich an der eigenen Entsch. durch die Notwendigkeit gehindert sieht, mit ihr von dem Beschlusse des OLG. in München v. 25. Jan. 1936 (JW. 1936, 2485<sup>33</sup> = JFG. 13, 326) abzuweichen. Die Voraussetzungen für die Abgabe an das RG. liegen vor, denn in dem angeführten Beschlusse hat das OLG. in München dem unehelichen Erzeuger das Beschwerderecht gegen den Beschluß des VormGer., der die Anweisung des Vormunds zur Duldung der Blutentnahme ablehnte, versagt, während das RG. dieses Beschwerderecht gewähren will.

In der Frage des Beschwerderechts ist dem RG. nicht beizutreten.

Beide OLG. stimmen darin überein, daß ein Beschwerderecht des Erzeugers keinesfalls aus § 20 RFGG. hergeleitet werden kann, denn diese Vorschrift gibt eine Beschw. nur demjenigen, dessen Recht durch die anzusehende Verfügung beeinträchtigt wird. Ein Recht auf die Duldung der Blutentnahme zwecks Ausführung der Blutgruppenuntersuchung hat der Erzeuger nach der gegenwärtigen Gesetzeslage aber nicht. Das ist vom RG. im Beschl. v. 10. Jan. 1936 (JW. 1936, 1220<sup>14</sup> = JFG. 13, 256) unter Anführung des Schrifttums und Stellungnahme zu den vereinzelt abweichenden Auffassungen überzeugend dargelegt, insbes. aus der nur für den Strafprozeß geschaffenen Sondervorschrift abweichenden Inhalts (§ 81 a StPB.) hergeleitet worden. Dieselbe Stellung hat das OLG. in München im Beschl. v. 25. Jan. 1936 (JW. 1936, 2485) eingenommen. Den Gründen beider Gerichte ist in dieser Hinsicht lediglich beizutreten.

Dagegen glaubt das RG., das Beschwerderecht des Erzeugers aus § 57 Nr. 9 RFGG. herleiten zu können. Nach dieser Vorschrift steht gegen eine Verfügung, die über eine die Sorge für die Person des Kindes oder Mündels betreffende Angelegenheit entscheidet, jedem die Beschw. zu, der ein berechtigtes Interesse hat, diese Angelegenheit wahrzunehmen. Zutreffend geht das RG. davon aus, daß es sich bei der Feststellung der blutmäßigen Abstammung des unehelichen Kindes um eine persönliche Angelegenheit handelt. Das Kind habe nach nationalsozialistischer Auffassung auch ein erhebliches Interesse daran, daß der Unterhaltsstreit gegen den Erzeuger sachgemäß durchgeführt werde, daß man alle zur Feststellung des wahren Sachverhalts geeigneten Beweismittel erschöpfe, da die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Sippe von weittragender Bedeutung sei, z. B. für das Reichsbürgerrecht, die Bauernfähigkeit und die Fähigkeit zu öffentlichen Ämtern. Zwar verfolge der Erzeuger mit der Beschw. vor allem das eigene Ziel, die Abweisung der Unterhaltsklage zu erreichen. Gleichzeitig aber diene die Beschw. den Belangen des Kindes an der Feststellung seiner wirklichen Abstammung. Diese Belange des Kindes wahrzunehmen, sei der Beschw. berechtigt. Indem das Kind ihn als Erzeuger in Anspruch nehme, werde zwischen beiden eine Interessenbeziehung geschaffen, die dem Erzeuger den verständlichen Anlaß biete, mit allen zulässigen Mitteln zu klären, ob das Kind blutmäßig

wirklich zu seiner Sippe gehöre. Das genüge für das Beschwerderecht aus § 57 Nr. 9 RFGG.

Mit einer diesen Gedankengängen entnommenen Begründung hat das RG. schon mehrfach in ähnlichen Fällen das Beschwerderecht bejaht. So hat es auf die Beschw. des Vaters, der gegen ein als ehelich geltendes Kind die Klage auf Anfechtung der Ehelichkeit erhoben hatte, den für diesen Rechtsstreit bestellten Pfleger des Kindes zur Duldung der Blutprobe angewiesen (Beschl. v. 26. April 1935: JW. 1935, 1891<sup>11</sup> = JFG. 12, 132) und bei einem Sachverhalt, der dem jetzigen in den wesentlichen Punkten gleich, auf die weitere Beschw. des unehelichen Erzeugers dem Amtsvormund die entsprechende Anweisung erteilt (Beschl. v. 13. März 1936: JW. 1936, 2463<sup>15</sup>). Bei dieser letzten Entsch. ist dem RG. offenbar der Beschl. des OLG. in München v. 25. Jan. 1936 (JW. 1936, 2485) nicht bekannt gewesen; andernfalls hätte es schon damals der Vorlegung der Sache aus § 28 RFGG. an das RG. bedurft.

In dem angeführten Beschl. v. 25. Jan. 1936 hat das OLG. in München den Standpunkt eingenommen, daß einem auf Anerkennung der Vaterschaft und Unterhaltsgewährung verklagten außerehelichen Erzeuger gegen die Ablehnung seines Antrages, dem Vormund aufzugeben, die Blutentnahme zur Blutprobe bei dem Kinde zu gestatten, ein Beschwerderecht auch aus § 57 Nr. 9 RFGG. nicht zusteht. Damals war das OLG. nicht in der Lage, die Entsch. des RG. herbeizuführen, denn eine abweichende Entscheidung des RG. lag noch nicht vor. Der Beschl. des RG. v. 26. April 1935 erschien nicht als hinreichender Anlaß zur Vorlegung, da er das Beschwerderecht eines als ehelicher Vater geltenden Beschw. betraf und der Sachverhalt insfolgedessen wesentliche Verschiedenheiten aufwies.

Das OLG. in München hat das Beschwerderecht des als unehelicher Erzeuger in Anspruch genommenen Beschw. mit folgenden Erwägungen verneint: Das Beschwerderecht des § 57 Nr. 9 RFGG. stehe nur dem zu, der ein berechtigtes Interesse, d. h. einen durch seine persönliche Beziehung zu dem Kinde oder durch seinen Beruf begründeten Anlaß habe, für das persönliche Wohl des Kindes einzutreten, der zur Wahrnehmung der Interessen des Kindes gerade in der den Gegenstand des Verfahrens betreffenden Angelegenheit berufen sei. Zwischen dem als außerehelicher Erzeuger in Anspruch Genommenen und dem unehelichen Kinde beständen bis zur Feststellung der Vaterschaft keinerlei persönliche oder rechtliche Beziehungen, aus denen er einen Anlaß oder eine Berechtigung entnehmen könnte, das persönliche Wohl des Kindes zu wahren; eine berufliche Verpflichtung dazu komme nicht in Frage. Der Erzeuger als Beschw. stelle sich nur in seiner Eigenschaft als Prozeßgegner des Kindes gegen eine von dessen gesetzlichem Vertreter gefasste Entsch. und abgegebene Erklärung und nehme mit seinem Rechtsmittel nicht das Wohl des Kindes, sondern als dessen Gegner nur sein eigenes Interesse wahr. Deshalb stehe ihm kein Beschwerderecht zu.

Demgegenüber hat das RG. (JW. 1936, 2463<sup>15</sup>) ausgeführt, der Beschw. möge zwar mit der Feststellung der Blutgruppenzugehörigkeit auch ein eigenes Interesse verfolgen. Seine Beschw. diene aber zugleich den Interessen des Kindes, denn sie führe zur Klarstellung der Frage, ob das Kind, das ihn als natürlichen Vater bezeichne und in Anspruch nehme, Blut von seinem Blute und seiner Sippe zugehörig sei. Es handle sich also um die Feststellung der Sippenzugehörigkeit des Kindes in dessen Interesse. Der Beschw. sei als berechtigt zur Wahrnehmung dieses Interesses des Kindes anzusehen, denn dadurch, daß er vom Kinde als Erzeuger in Anspruch genommen und — in dem damaligen Falle — zur Unterhaltszahlung rechtskräftig verurteilt sei, sei zwischen ihm und dem Kinde eine Interessenbeziehung entstanden, die ihm den verständlichen Anlaß biete, die Klärung der Frage, ob das Kind wirklich blutmäßig zu seiner Sippe gehöre, auf jede nur mögliche Weise herbeizuführen. Im jetzigen Vorlegungsbeschlusse weist das RG. schließlich noch darauf hin, daß die Blutgruppenuntersuchung zwar unter Umständen dazu führen könne, die sonst aussichtsreiche Unterhaltsklage abzuweisen. Es liege aber weder im Interesse des Kindes noch der Allgemeinheit, daß eine Person als Erzeuger zur Unterhaltsgewährung herangezogen werde, die

in Wirklichkeit nicht der Erzeuger sei. Es sei auch nicht richtig, daß das uneheliche Kind nach geltendem Recht stets nur zur Sippe der Mutter gehöre. Vielmehr müsse nach nationalsozialistischer Auffassung beachtet werden, daß das Kind auch von seinem unehelichen Vater abstamme und deshalb zur Sippe dieses Vaters gehöre, wie denn auch § 5 Abs. 2 d der 1. W. z. RWürgerG. v. 14. Nov. 1935 (RGBl. I, 1333) die außereheliche Abstammung der ehelichen bei der Frage der Zugehörigkeit zur jüdischen Rasse gleichstelle.

II. Bei Berücksichtigung aller vorgebrachten Gesichtspunkte, insbes. der Begründung des RG. für das Beschwerderecht desjenigen, der als unehelicher Erzeuger eines Kindes in Anspruch genommen wird, geht es nicht an, diesem Erzeuger das Beschwerderecht aus § 57 Nr. 9 RFGG. zu geben.

Zwar trifft es sicherlich zu, daß die Feststellung der blutmäßigen Abstammung für das Kind von größter Wichtigkeit ist. Dies gilt nicht nur wegen der in der Gegenwart klar erkannten Bedeutung der Rassezugehörigkeit, sondern auch deshalb, weil die Abstammung über das durch sie übernommene Erbgut in gesundheitlicher Beziehung wichtige Aufschlüsse gibt, die in mancherlei Richtung, so bei einer späteren Eheschließung beachtlich, aber auch unter Umständen auf dem Gebiete der Gesunderhaltung des Volkes von Rechtsfolgen begleitet sein können. Hiernach ist ohne weiteres davon auszugehen, daß es sich bei der Veranlassung der Blutprobe um eine die Sorge für die Person des Kindes betreffende Angelegenheit handelt.

Zweifelhafter ist es schon, ob derjenige, der als Erzeuger in Anspruch genommen wird, dadurch unter Umständen ein berechtigtes Interesse erlangt, diese Angelegenheit wahrzunehmen. Dieses berechnete Interesse erfordert eine persönliche Beziehung zu dem Kinde, die den begründeten Anlaß gibt, für das persönliche Wohl des Kindes einzutreten (Schlegelberger, Freiwillige Gerichtsbarkeit, Bem. 21 zu § 57). Nun ist ohne weiteres zuzugeben, daß derjenige, der der wirkliche Erzeuger eines Kindes ist, eine solche persönliche Beziehung zu dem Kinde hat, auch wenn das Kind unehelich geboren ist. Diese Beziehung kann aber nicht schon dadurch begründet werden, daß jemand als Erzeuger in Anspruch genommen wird und es zu einem Rechtsstreit kommt, weil er die Vaterschaft verneint. Das berechnete Interesse ist dem außerehelichen Erzeuger nur zuzuerkennen, weil bei ihm das Bewußtsein, daß Kind stamme von ihm ab, die persönliche Beziehung zum Kinde knüpft und geeignet ist, ihn stärker als irgendeinen Unbeteiligten um das Wohl dieses Kindes besorgt zu machen. Davon kann aber keine Rede sein, wenn jemand wohl als der Erzeuger bezeichnet wird, es aber nicht ist und die Vaterschaft deshalb bestreitet. Hier fehlt jede Beziehung des Mannes zu dem Kinde, die ihn aus dem Kreise aller anderen Personen in dem angegebenen Sinne herauszuheben geeignet ist. Nicht anders liegt es aber, wenn jemand die Vaterschaft zu Unrecht bestreitet. Einmal ist schon dieser Umstand ein Anzeichen dafür, daß er nicht um das Wohl des Kindes besorgt ist, also bei ihm auch kein Anlaß besteht, das mit Rücksicht auf das Kind geschaffene Beschwerderecht aus § 57 Nr. 9 RFGG. benutzen zu dürfen. Offensichtlich kann aber außerdem kein Unterschied zwischen den Fällen gemacht werden, in denen der als Erzeuger Bezeichnete die Vaterschaft mit Recht oder Unrecht bestreitet, denn das Beschwerderecht kann nicht von der Aufklärung dieses Streites abhängig sein. Selbst wenn derjenige, der die Vaterschaft bestreitet, schon zur Unterhaltszahlung verurteilt und gegen ihn ein Urteil auf Feststellung seiner Vaterschaft ergangen ist, ändert sich nichts daran, daß die natürliche Abstammung unentschieden bleibt und sein Bestreiten die oben angegebenen Voraussetzungen des vom Gesetz für das Beschwerderecht erforderlichen berechtigten Interesses ausschließt.

Doch selbst wenn man von diesem Bedenken absieht und auch dem bestreitenden unehelichen Erzeuger grundsätzlich das Beschwerderecht aus § 57 Nr. 9 RFGG. zuerkennt, so hat er es doch nicht, wenn er mit der Beschw. das Wohl des Mündels gar nicht zu fördern beabsichtigt und nicht fördern kann.

Das Gesetz hat in § 57 RFGG. nur in den Nrn. 1 und 3 denjenigen Personen, denen es ein Beschwerderecht zuerkennt, dieses Recht zur Wahrnehmung des eigenen Interesses gegeben. Es sind diejenigen Personen, die an der Anordnung oder dem

Weiterbestehen einer Vormundschaft oder einer Pflegschaft ein rechtliches Interesse haben. Der Zweck dieser Regelung liegt zutage; im Rechtsverkehr muß jeder, der für seine Angelegenheiten der gesetzlichen Vertretung eines anderen bedarf, diese Vertretung sichern können. In den sämtlichen anderen Nummern des § 57 RFGG. ist das Beschwerderecht den dort genannten Personen zwar zu eigenem Recht, aber nur im Interesse des Kindes oder Mündels verliehen (Schlegelberger a. a. O., Bem. 1 a. E. und 2). Das ergibt sich teils schon aus der Bezeichnung der für das Beschwerderecht ausgewählten Personen, teils auch sonst aus der Fassung des Gesetzes. Zweifel gegen die Richtigkeit dieser Auffassung können allenfalls bei Nr. 9 erhoben werden, indem man darauf verweist, daß diese Vorschrift erst durch die Reichstagskommission eingefügt worden ist. Doch ergibt die aus der Entsch. des RG. v. 18. Dez. 1914 (RGZ. 47, 25) ersichtliche Entstehungsgeschichte, daß auch Nr. 9 nur im Interesse des Kindes oder Mündels gelten soll. Es war zunächst der Vorschlag gemacht worden, in Vormundschaftsachen jedermann allgemein die Beschw. (Popularbeschwerde) zu eröffnen. Dem widersprach ein Bundesratsvertreter, da in dem Vorschlag „weder die Voraussetzung, daß die Beschw. im Interesse des Mündels erhoben, noch der Umstand, daß ein berechtigtes Interesse, in der fraglichen Angelegenheit als Beschw. aufzutreten, vorliegen müsse, zum Ausdruck gekommen“ sei. Dieser Widerspruch, der schließlich zu der jetzigen Fassung des Gesetzes führte, läßt keinen Zweifel daran, daß man auch das Beschwerderecht der Nr. 9 nur im Interesse des Mündels schuf und als ein berechtigtes Interesse des Beschw. nur ein solches ansah, das aus dem Wohle des Kindes oder Mündels entspringen ist und nicht etwa lediglich oder ganz überwiegend ohne Rücksicht auf das Mündel den Absichten des Beschw. dient. Zutreffend hat das RG. in seiner Entsch. v. 16. Juni 1916 (RGZ. 33, 379) ausgesprochen, § 57 Nr. 9 RFGG. setze stets voraus, daß die Angelegenheit gerade im Interesse des Mündels von jemand wahrgenommen werde, der durch seine persönlichen Beziehungen zum Mündel ein berechtigtes Interesse hat, für dessen Wohl einzutreten (vgl. auch RGZ. 64, 288).

Diese Voraussetzung ist keineswegs erfüllt, wenn jemand als der uneheliche Erzeuger eines Kindes in Anspruch genommen wird, die Abstammung bestreitet und deshalb erreichen will, daß der gesetzliche Vertreter des Kindes zur Duldung der Blutprobe angehalten wird. Der Beschw. betreibt in solchen Fällen das Verfahren nur, um sich den Verpflichtungen eines unehelichen Erzeugers, sei es mit Recht, sei es mit Unrecht, zu entziehen; er will durch die Blutprobe beweisen, daß die behauptete Abstammung nicht besteht, und sein Ziel ist damit, die Richtigkeit seiner Angabe, daß zwischen ihm und dem Kinde keinerlei Beziehungen bestehen, durch den Beweis zu erhärten. Daraus ergibt sich, daß in solchen Fällen die Beschw. nicht im Interesse des Kindes erhoben wird, überhaupt von dem Erzeuger nicht in diesem Interesse erhoben werden kann. Daran ändert die Erwägung nichts, daß das Kind auf seine wirkliche Abstammung Gewicht legen muß. Wohl hat die Tatsache, daß es bei Feststellung dieser Abstammung vielleicht die Aussicht auf Unterhaltszahlungen verliert, während es ohne die Aufklärung der Abstammung im Rechtsstreit obsiegen könnte, hier keinerlei Bedeutung, denn es kann nicht die Aufgabe einer nationalsozialistischen Denken entsprechenden Rechtsanwendung sein, daß aus irgendwelchen Gründen Entsch. zustande kommen, die wohl dem formalen, nicht aber dem wirklichen Recht entsprechen. Die Frage ist aber gar nicht dahin zu stellen, ob das Interesse des Kindes an der Ermittlung seiner Abstammung oder dasjenige an der Zahlung von Unterhaltsbeträgen überwiegt. Vielmehr kommt es darauf an, ob der als Erzeuger in Anspruch Genommene zu dem beschränkten Kreise derjenigen Personen gehört, denen das Gesetz die Beschw. als Mittel zur Wahrung der Interessen des Kindes zur Verfügung gestellt hat. Durch die Abgrenzung dieses Kreises hat das Gesetz ausgedrückt, daß eine Beschw. nicht deshalb zulässig sein soll, weil sie auch vom Interessenstandpunkt des Kindes aus für dieses einen Vorteil mit sich bringen kann, sondern daß die Beschw. gerade dem Interesse des Kindes dienen muß. In allen anderen Fällen soll die Wahrnehmung der Interessen des Kindes den nicht in



den Kreis einbezogenen Personen entzogen und allein denjenigen überlassen bleiben, die auch ohne die Vorschrift in § 57 Nr. 9 RFGG. dazu berufen sind.

(RG., IV. Zivilsen., Beschl. v. 17. Dez. 1936; IV B 58/36; ebenso Beschl. v. 17. Dez. 1936; IV B 72/36.) [L.]

**Anmerkung:** Ich halte die Begründung der Entsch. für zutreffend. Es ist richtig, daß das RG. dem § 57 Abs. 1 Nr. 9 RFGG. die Auslegung gibt, daß nur derjenige ein Beschwerderecht haben kann, der durch seine persönlichen Beziehungen zum Mündel ein berechtigtes Interesse hat, für das Wohl des Mündels einzutreten, und daß er das Beschwerderecht auch nur dann hat, wenn er mit der Beschw. gerade dem Interesse des Mündels dienen will. Mit Recht verneint daher das RG. ein Beschwerderecht desjenigen, der als unehelicher Erzeuger vom Mündel in Anspruch genommen wird, denn auf ihn treffen diese Voraussetzungen nicht zu. Man wird zugeben müssen, daß die Einstellung des RG. zu dieser Frage vom verfahrensrechtlichen Standpunkt aus immer etwas gezwungen erscheinen mußte, so sehr sie auch im Hinblick auf die sachliche Entsch. des Rechtsstreits zwischen dem Kinde und dem Erzeuger zu begrüßen war, denn tatsächlich hat doch wohl kein einziger von solchen Beschw. auch nur im entferntesten daran gedacht, mit dieser Beschw. dem Wohl des Kindes zu dienen.

Für die Praxis der Unterhalts- und Vaterschaftsprozesse bleibt aber immer noch die Frage offen, ob überhaupt zur Entnahme einer Blutprobe die Zustimmung des Amtsvormundes erforderlich ist. Wenn das RG. in obiger Entsch. mit allem Nachdruck betont, daß es sich bei der Veranlassung der Blutprobe um eine die Sorge für die Person des Kindes betreffende Angelegenheit handele, so müßte daraus zu folgern sein, daß nicht die Entschließung des Amtsvormundes, sondern allein die Entschließung der Kindesmutter maßgebend sein müsse, der nach § 1707 BGB. die Sorge für die Person des Kindes zusteht.

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

**\*\* 12. § 3 UnlWG.; § 519 Abs. 6 ZPO.; §§ 233 ff. ZPO.** Auch die wissenschaftlich richtige Bezeichnung einer Ware verstößt gegen § 3 UnlWG., wenn das Laienpublikum, an das sich die Anpreisung richtet, dadurch zu falschen Vorstellungen veranlaßt wird. †)

Es handelt sich um die Frage, ob die Beurteilung der Beschl. zur Unterlassung des Gebrauchs der von der Kl. beanstandeten Bezeichnung „Mineralschlamm“ und zur Auskunftserteilung sowie insofern die Feststellung ihrer Schadensersatzpflicht begründet und ob ihre Berufung zu Recht als unzulässig verworfen worden ist.

Während das BG. die Beschl. für berechtigt hält, ihr Erzeugnis als „Mineralschlamm“ zu bezeichnen, weil diese Bezeichnung nach dem für die Beurteilung allein in Betracht kommenden naturwissenschaftlich-medizinischen Standpunkte nicht unrichtig sei, geht das BG. davon aus, daß es für die Frage, inwieweit die Angabe der Beschl. richtig sei, entscheidend darauf ankomme, welchen Eindruck sie in den Verkehrskreisen hervorruft, für die sie bestimmt ist. Es erwägt, daß sich die Beschl. mit ihrem Erzeugnis nicht nur an sachlich vorgebildete Kreise, wie Ärzte und Apotheker, wende, sondern daß es häufig auch, und zwar in einem für die Beschl. wirtschaftlich nicht unerheblichen Maße, von Leidenden selbst ohne ärztliche Anordnung — sei es auf Grund von Anpreisungen und Prospekten, sei es zufolge besonderer Empfehlung durch Dritte — verwendet werde. Das Laienpublikum verbinde aber mit dem Worte „Schlamm“ ohne weiteres die Vorstellung eines in natürlicher Weise entstandenen wasserhaltigen Gemischs fester Stoffe und nicht eines wesentlich in trockenem Zustand gewonnenen pulverisierten Produkts, das erst durch Wasserzusatz in einen schlammähnlichen Brei verwandelt werden müsse. Es gebe auch — zumal in heutiger Zeit — einem solchen natürlichen Heilmittel den Vorzug vor einem künstlich gewonnenen oder erst zusammengestellten Präparat. Die Beschl. verstoße deshalb gegen § 3 UnlWG., wenn sie ihr Erzeugnis als „Mineralschlamm“ anpreise.

Die Rev. meint, die Beschl. bezeichne ihr Erzeugnis richtig, wenn die Bezeichnung vom naturwissenschaftlich-medizinischen Standpunkt aus geboten sei. Sei ihr Produkt danach als Mineral- oder Heilschlamm anzusehen, so könne eine hiervon etwa abweichende Auffassung des unverständigen Laienpublikums nicht zur Folge haben, daß der Gebrauch der wissenschaftlich zutreffenden Benennung unzulässig sei und zugunsten der unrichtigen Ansicht des Publikums zu unterbleiben habe. Denn damit werde in völliger Verkennung aller Verhältnisse eine Erziehung des Publikums zu richtiger Beurteilung verhindert und einer Stabilisierung unrichtiger Bezeichnungen Vorschub geleistet.

Der Rev. kann hierin nicht gefolgt werden. Das BG. geht mit Recht davon aus, daß für die Frage, ob die von der Beschl. bei ihren Ankündigungen gebrauchte Bezeichnung „Mineralschlamm“ unrichtig ist, nur die Auffassung der Kreise des Publikums maßgebend ist, an die sich die Ankündigung richtet. Will die Beschl. ihr Erzeugnis unter der Bezeichnung „Mineralschlamm“ nicht nur Fachkreisen empfehlen, sondern der Allgemeinheit nahe bringen, so kann es nur darauf ankommen, wie ihre Ankündigung auf diese wirkt. Es ist weder von Bedeutung, ob das angebotene Erzeugnis in Wahrheit einen Schlamm darstellt, noch ob es vom Standpunkte wissenschaftlicher Erkenntnis aus diese Bezeichnung verdient. Denn einer an sich richtigen Angabe kann vom Publikum ein Sinn beigelegt werden, der sie nach der Verkehrsauffassung als unrichtig erscheinen läßt, und was die Wissenschaft für wahr hält, braucht sich mit der Anschauung des Publikums nicht zu decken. Es ist deshalb rechtlich zutreffend und steht in Übereinstimmung mit der vom RG. ständig vertretenen Meinung, wenn das BG. darüber, ob die Bezeichnung „Mineralschlamm“ so, wie sie die Beschl. gebraucht, richtig ist, die Auffassung des Laienpublikums entscheiden läßt, unerachtet dessen, ob sie der Fachwissenschaft entspricht (RGZ. 99, 25 = JW. 1922, 223; GRUR. 1931, 875; 1933, 417). Dies gilt auch, wenn, wie die Rev. meint, eine solche Betrachtungsweise dazu führen sollte, das Publikum in einer sachlich falschen Anschauung zu erhalten und eine Anpassung seines Urteils an die Ergebnisse der Wissenschaft zu verzögern oder zu erschweren. Denn es ist nicht Aufgabe des Wettbewerbsrechts, die Allgemeinheit über den wahren Sinn und die Bedeutung einer an sie herantretenden Werbung zu unterrichten und aufzuklären und ihr Urteil mit der Auffassung wissenschaftlicher Forschung in Übereinstimmung zu bringen, sondern es soll das Publikum vor Überwertungen durch unlautere Ausnutzung einer gegebenen Verkehrslage bewahren und den redlichen Wettbewerber gegen hieraus entspringende Nachteile schützen (RGZ. 120, 49 = JW. 1928, 1218<sup>18</sup> m. Anm.; RGZ. 128, 343 = JW. 1930, 1928<sup>3</sup> m. Anm.; JW. 1935, 2723; 1936, 806). Das kann es nur, wenn bei der Ermittlung dessen, welche Angabe richtig oder unrichtig ist, die Meinung der Kreise des Publikums zugrunde gelegt wird, die durch die Angabe beeinflusst werden sollen, gleichviel, ob diese Meinung an sich richtig oder wissenschaftlich vertretbar ist. Es ist deshalb verfehlt, wenn die Rev. die Richtigkeit der von der Beschl. gebrauchten Bezeichnung „Mineralschlamm“ nur vom naturwissenschaftlich-medizinischen Standpunkt aus beurteilt wissen will.

Soweit das BG. die Berufung der Beschl. als unzulässig verworfen hat, weil sie die ihr nach § 519 Abs. 6 ZPO. gesetzte Frist zum Nachweise der Einzahlung der Prozeßgebühr nicht eingehalten habe, macht die Rev. in erster Linie geltend, daß diese Frist gewahrt sei. Denn es sei nicht nur das Prozeßgericht am 10. Aug. 1935, also rechtzeitig, von der am Tage vorher erfolgten Absendung der Gebühr durch Vorlegung des Posteinkaufsscheins unterrichtet worden, sondern die Gebühr sei auch noch innerhalb der Frist in die Verfügungsgewalt der Gerichtskasse gelangt. Das ergebe sich aus der Auskunft des Postamts 2 in Berlin, wonach die Postanweisung am 10. Aug. 1935 früh mit der ersten Post beim Postamt Berlin C 63 eingetroffen und am gleichen Tage um 7 Uhr vom Gericht abgeholt worden sei. Die Erklärung der Gerichtskasse, daß die Postanweisung erst am 12. Aug. 1935 bei ihr eingegangen sei, werde dadurch widerlegt. Sie sei auch unerheblich, da die Gerichtskasse auf jeden Fall den Tag als Tag der Zahlung gegen sich gelten lassen müsse, an dem sie die Postanweisung hätte abholen können und

sollen. Wenn sie die Postanweisung erst am 12. Aug. zur Unterschrift auf Reichsbankgirokonto an das Postamt zurückgegeben habe, so habe sie das allein zu vertreten.

Will man mit der Rev. für erwiesen ansehen, daß die Postanweisung bereits am 10. Aug. 1935 früh in den Besitz der Gerichtskasse gelangt ist, so erhebt sich die Frage, ob schon damit auch der überwiesene Betrag als an die Gerichtskasse gezahlt zu gelten hat. Dies wäre der Fall, wenn die Gerichtskasse mit der Aushändigung der Postanweisung an sie die ausschließliche Verfügungsbefugnis über den angewiesenen Betrag erhalten hätte, so daß von da ab weder der Absender imstande gewesen wäre, seine Anweisung zurückzunehmen, noch die Postanstalt der Empfängerin den überwiesenen Betrag durch Verweigerung der Auszahlung oder Überweisung hätte vorenthalten können. Nach § 35 Abs. 1 PostD. v. 30. Jan. 1929 kann der Absender eine Postsendung zurücknehmen, solange die Sendung dem Empfänger noch nicht ausgehändigt ist. Nach den dazu ergangenen Ausführungsbestimmungen gilt die Aushändigung der Postanweisung nicht als Aushändigung des Betrags. Der Absender ist hiernach durch die Aushändigung der Postanweisung an den Empfänger nicht behindert, die Anweisung zu widerrufen. Weiter sieht § 22 Abs. 8 PostD. vor, daß die Bestimmungsanstalt, falls ihr die erforderlichen Geldmittel nicht zur Verfügung stehen, den überwiesenen Betrag erst auszuzahlen braucht, nachdem die Mittel beschafft sind. Die Gerichtskasse hatte also, auch wenn sie im Besitze der Postanweisung war, keine Gewähr dafür, daß diese vom Absender nicht zurückgenommen werde und daß ihr der überwiesene Betrag beim Postamt tatsächlich zur Verfügung stehe. Möchte mit beiden Möglichkeiten auch nicht gerechnet zu werden brauchen, so konnte doch, solange sie bestanden, der überwiesene Betrag nicht als gezahlt gelten. Der von der Gerichtskasse eingeschlagene Weg entsprach offenbar dem in § 44 PostD. geregelten Abholverfahren. Nach Ziff. VIII daselbst sind dabei Postanweisungen ohne den Betrag auszuhändigen. Dieser bleibt also bis zu seiner Erhebung zur Verfügung des Absenders und der Postanstalt. Das gilt auch, wenn, wie hier, die Gerichtskasse von einer Erhebung des Betrags in bar absah und seine Überweisung auf Reichsbankgirokonto beantragte. Auch dann hatte die Behändigung der Postanweisung an sie keine andere Bedeutung, als daß sie nunmehr in der Lage war, die Postanstalt zur Überweisung zu veranlassen und sich so die Verfügungsgewalt über das Geld zu verschaffen. In ihrem Besitze und damit an sie gezahlt war dieses auch solchenfalls nicht. Wenn nach den Ausführungsbestimmungen zu § 35 PostD. für telegraphische Postanweisungen, die im Giroweg ausgezahlt werden, andere Bestimmungen gelten (JW. 1916, 1528), so bedarf es eines weiteren Eingehens hierauf nicht, da eine telegraphische Überweisung unstreitig nicht vorgelegen hat. Nach den insoweit übereinstimmenden Auskünften des Postamts und der Gerichtskasse ist die Postanweisung erst am 12. Aug. 1935 an das Postamt mit dem Auftrage zurückgelangt, den angewiesenen Betrag auf das Reichsbankgirokonto der Gerichtskasse zu überweisen. Daraus ergibt sich, daß der Betrag nicht innerhalb der Frist in die Verfügungsgewalt des Empfängers gelangt ist. Die rechtzeitig bewirkte Anzeige von der erfolgten Einzahlung war unter diesen Umständen bedeutungslos und nicht geeignet, die Frist zu wahren. Durch sie hätte der Nachweispflicht nur dann Genüge geschehen können, wenn der Gebührenbetrag auch innerhalb der Frist in den Besitz der Kasse gelangt wäre (RGZ. 122, 46).

War hiernach die Nachweispflicht versäumt, so kann dem von der Rev. betonten Gesichtspunkte, daß die Gerichtskasse die verspätete Rückgabe der Postanweisung an das Postamt selbst zu vertreten habe, nur insofern Bedeutung zukommen, als in Frage steht, ob die Besl. aus diesem Grunde eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand verlangen kann. Über ihren dahingehenden Antrag hatte das BG. gem. § 236 ZPO. auf Grund der Tatsachen zu entscheiden, die die Antragstellerin innerhalb der in § 234 ZPO. für den Wiedereinsetzungsantrag vorgesehenen Frist zur Begründung ihres Antrags schriftlich vorgetragen hatte. Es hatte ebenso die Mittel zur Glaubhaftmachung zu berücksichtigen, die sie in der gleichen Frist angegeben hatte. Nur hiernach hatte es zu prüfen, ob die Besl. durch einen unabwendbaren Zufall an der Einhaltung der Gebührenfrist verhindert worden sei. Das BG. war weder verpflichtet, noch nach Ablauf der zwei-

wöchigen Antragsfrist berechtigt, die Besl. zu einer Vervollständigung ihres Vorbringens oder zu weiterer Glaubhaftmachung zu veranlassen. Es ist deshalb rechtsgrundsätzlich verfehlt, wenn die Rev. bemängelt, daß das BG. davon abgesehen habe, durch Ausübung seiner Fragepflicht auf eine weitere Klärung des Sachverhalts zu dringen. Es war Sache der Besl., alles zur Begründung ihres Antrags und zur Glaubhaftmachung ihres Vortrags Erforderliche rechtzeitig vorzubringen, und das BG. hätte nach Fristablauf geltend gemachte Tatsachen oder Mittel zur Glaubhaftmachung auch dann nicht berücksichtigen dürfen, wenn sie ihm ohne sein Zutun unterbreitet worden wären. Kann jenen seine Entsch. nicht, wie es die Rev. tut, wegen Verletzung des § 139 ZPO. angegriffen werden, so bleibt im Revisionsverfahren auch kein Raum für eine Erörterung dessen, ob das BG. auf Grund nachträglich bezeichneter Mittel zur Glaubhaftmachung anders hätte erkennen müssen. Seine Entsch. zum Wiedereinsetzungsantrag unterliegt einer Nachprüfung im Revisionsverfahren nur insofern, als in Frage steht, ob es ihn nach seinen hierfür in Betracht kommenden Erfordernissen zutreffend beschieden und die Berufung der Besl. mit Recht als unzulässig verworfen hat. Dabei kann sich die Nachprüfung durch das RevG. auch nur darauf erstrecken, ob ein Gesetz verletzt ist und die Entsch. auf der Verletzung beruht, nicht aber in die tatrichterliche Würdigung des Vorbringens der Besl. und der von ihr beigebachten Mittel zur Glaubhaftmachung eingreifen. Denn das Urteil unterliegt als Endurteil auch insoweit nur dem dafür zulässigen Rechtsmittel (vgl. die den Fall eines die Wiedereinsetzung bewilligenden Zwischenurteils betr. Entsch.: RGZ. 136, 276 = JW. 1932, 2147 mit weiteren Nachweisen). Das BG. ist der Meinung, daß es der Besl. bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt möglich gewesen wäre, den Gebührenbetrag innerhalb der ihr gesetzten Frist an die Gerichtskasse gelangen zu lassen. Er erwägt, daß der Geschäftsführer der Besl. den ihm am 9. Aug. zur Verfügung stehenden Betrag gemäß seiner ursprünglichen Absicht telegraphisch hätte überweisen müssen und daß er sich hiervon auch nicht durch die Erklärung des Postbeamten habe abhalten lassen dürfen, daß das Geld rechtzeitig in Berlin eintreffen werde. Denn damit sei zwar der übliche Verlaufs einer durch Postanweisung bewirkten Einzahlung gesichert, nicht aber die Möglichkeit ausgeschlossen worden, daß sich der Geldeingang aus irgendwelchen Zufälligkeiten gleichwohl verzögere. Mit solchen Zufälligkeiten habe der Geschäftsführer der Besl. um so mehr rechnen müssen, als er, wie anzunehmen sei, gewußt habe, daß auch bei den Gerichten am Sonnabend bereits um ein Uhr Geschäftsfluß sei. Das BG. gelangt hiernach zu dem Ergebnis, daß die Besl. das nach Lage des Falles vernünftigerweise zu erwartende größtmögliche Maß von Vorsicht und Sorgfalt nicht angewandt habe. Diese Auffassung ist rechtlich nicht zu beanstanden. Es ist zwar keiner Partei verwehrt, eine Frist bis zu ihrem Ende auszunutzen. Die für die Annahme eines unabwendbaren Zufalls erforderliche Anwendung äußerster Vorsicht gebietet aber, Verzögerungen in Rechnung zu stellen, die auch bei ordnungsmäßigem Geschäftsgang jederzeit vorkommen können. Mag danach die Besl. auch noch keine Veranlassung gehabt haben, an eine Unregelmäßigkeit im Postbetrieb zu denken, so lag doch die Erwägung nahe, daß es bei dem früheren Geschäftsfluß der Gerichte am Sonnabend, mit dem sie mindestens hätte rechnen müssen, leicht dazu kommen könne, daß das Prozessgericht die an anderer Stelle eingehende Zahlung oder ihren Nachweis nicht rechtzeitig erhalte. Es bedurfte für die Besl. nur geringer Überlegung, um einer solchen Möglichkeit durch telegraphische Übermittlung des Geldes zu begegnen, die, wie anzunehmen ist, mit Rücksicht auf die in den §§ 22 Abs. 16, 44 Abs. 10, 1 PostD. vorgesehene besondere Behandlung solcher Sendungen auch bei sonst geübter Abholung wahrscheinlich auch von Erfolg gewesen wäre. Dieser Weg war ihr auch zugunsten. Er durfte ihr, nachdem sie ihn bereits in Erwägung gezogen hatte, insbes. nicht schon deshalb entbehrlich erscheinen, weil ihr der Postbeamte Auskunft über den zu erwartenden Gang der Sendung gegeben hatte. Denn es lag auf der Hand und war auch für sie ohne weiteres erkennbar, daß sich diese nur auf den üblichen Postbetrieb beziehen, nicht aber besagen konnte, daß eine Unregelmäßigkeit, zumal bei der weiteren Behandlung der Überweisung durch die damit besetzten gerichtlichen Stellen, nach

Lage des Falles ausgeschlossen sei. Selbst wenn hiernach der Befl. ihr Verhalten nicht zum Verschulden anzurechnen wäre, so muß sie sich, wie auch das BG. mit Recht annimmt, entgegenhalten lassen, nicht alles getan zu haben, was ihr bei Berücksichtigung der äußeren Umstände des Falles und der ihr möglichen Einstellung dazu zuzumuten war. Das genügt aber, um ihr einen Anspruch auf Wiedereinsetzung zu versagen.

(RG., II. Zivilsen., U. v. 10. Nov. 1936, II 57/36.) [R.]  
 (= RGZ. 153, 57.)

**Anmerkung:** Dem Urteil ist zuzustimmen. Auf den guten Glauben der Befl., die gewählte Warenbezeichnung sei die wissenschaftlich einzig richtige, kommt es schon für die Unterlassungsklage nicht an. Auch den Anspruch auf Feststellung einer Schadenserlöspflicht gewährt das RG., weil es Fahrlässigkeit darin erblickt, daß Befl. es an der erforderlichen Sorgfalt fehlen ließ, wenn die ihr bekanntgewordenen fachwissenschaftlichen Ansichten sie an der gewählten Bezeichnung festhalten ließen, obwohl sie die Ansicht des Publikums über den Begriff „Schlamm“ sehr wohl gekannt hat. Mit der Frage, die den unteren Gerichten häufig Schwierigkeiten bereitet, ob nämlich durch das Verhalten des Wettbewerbers dem Mitbewerber ein Schaden überhaupt entstanden sei oder sein könne, wird das RG. ohne Bedenken fertig in dem einen Satz: „Daß der Kl. durch das Verhalten der Befl. überhaupt ein Schaden entstanden sein oder entstehen kann, der für die Feststellung einer Ersatzpflicht Raum läßt, kann bei dem Wettbewerb, in dem die Parteien zueinander stehen, keinem Zweifel unterliegen.“ In der unberücksichtigten Entsch. v. 27. Okt. 1936, II 82/36 hat übrigens das RG. die gleiche Frage in genau der gleichen Kürze behandelt.

Al. Dr. Culemann, Düsseldorf.

### Reichsgericht: Strafsachen

**13.** Ein Verstoß gegen § 20a StGB. ist nicht als ein selbständiges Verbrechen anzusehen. § 20a bringt eine bloße Strafschärfung einer gewöhnlichen strafbaren Handlung. Daher muß, auch wenn die Strafbemessung nach § 20a die wegen des gewöhnlichen Verbrechens zulässige Strafe übersteigt (so z. B. bei fünf Jahren Zuchthaus wegen Rückfallbetruges), doch stets auf die Geldstrafe erkannt werden, die von § 264 StGB. zwingend vorgeschrieben ist (RGSt. 68, 349 = JW. 1934, 3131<sup>14</sup>). Ist aber die Geldstrafe zwingend neben einer Freiheitsstrafe angedroht, dann bilden beide Strafen in ihrer Verbindung zusammen die von dem Gesetzgeber gewollte Hauptstrafe.

(RG., 2. StrSen. v. 10. Dez. 1936, 2 D 700/36.)

\*

### 14. § 122 StGB. Gefangeneneuterei.

Bei einer Gefangeneneuterei besteht die strafbare Handlung nach § 122 Abs. 2 StGB. — für Abs. 1 gilt entsprechend — nicht lediglich in Teilnahme an einer Zusammenrottung, sondern darin, daß Gefangene sich zusammenrotten und mit vereinten Kräften einen gewalttätigen Ausbruch unternehmen. Im Verhalten jedes einzelnen Täters bei einer Gefangeneneuterei nach § 122 Abs. 2 StGB. muß also zu der Teilnahme an der Zusammenrottung noch eine weitere Tätigkeit, nämlich das Unternehmen eines gewalttätigen Ausbruchs, hinzukommen. Mit Rücksicht auf diese weitere Tätigkeit ist es möglich und notwendig, zu unterscheiden, ob mit Tätervorsatz oder mit einem bloßen Gehilfenvorsatz gehandelt worden ist (vgl. RGSt. 69, 294/295 = JW. 1935, 3380<sup>11</sup>). Wenn ältere Entsch. des RG. (vgl. besonders RGSt. 17, 48/49) von einer gegenteiligen Auffassung ausgegangen sein sollten, so könnte an ihnen nicht festgehalten werden.

(RG., 1. StrSen. v. 4. Dez. 1936; 1 D 933/36.)

\*

\*\* **15.** §§ 223 b, 226 StGB.; § 265 StPD.

1. § 223 b Abs. 2 StGB. enthält nur einen besonderen Strafbestimmungsgrund, aber keine straf erhöhenden Umstände i. S. des § 265 Abs. 2 StPD.

2. Keine Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes (§ 265 StPD.), wenn statt des zur Last gelegten „Quälens“ und „Mißhandlungs“ Abhängiger nach § 223 b StGB. eine Verurteilung wegen Gesundheitschädigung durch böswilliges Vernachlässigen erfolgt.

3. Zwischen §§ 223 b und 226 StGB. besteht Geseheenseinheit.)

(3. Sen. v. 19. Nov. 1936; 3 D 887/36.)

(= RGSt. 70, 357.)

Abgedr.: JW. 1937, 177<sup>43</sup>.

**Anmerkung:** I. Daß § 223 b Abs. 2 StGB. (Zuchthausstrafe bis zu fünf Jahren in besonders schweren Fällen) nur einen besonderen Strafbestimmungsgrund, aber keinen vom Strafgesetz besonders vorgesehenen Umstand i. S. des § 265 Abs. 2 StPD. enthält, ist zutreffend. Das Urteil sagt mit Recht, daß zur Anwendung des § 265 StPD. ein bestimmtes Merkmal zum gesetzlichen Tatbestande hinzutreten müßte, was hier nicht der Fall ist. Es handelt sich vielmehr nur um eine besondere Ausprägung gerade desjenigen Tatbestandes, der dem Beschluß über die Eröffnung des Hauptverfahrens (§ 265 Abs. 1 StPD.) zugrunde liegt. Aus diesem Grunde bedurfte es keines Hinweises auf eine Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes im Sinne dieses Paragraphen. Der Fall der später erwähnten Entsch. 63, 160 (Kuppelei nach § 180 Abs. 2 StGB.) liegt ähnlich.

II. Ebenso ist im Ergebnis die Ansicht zu billigen, daß § 265 StPD. auch dann keine Anwendung findet, wenn statt des im Eröffnungsbeschlusse zur Last gelegten „Quälens“ und „Mißhandlungs“ in § 223 b StGB. eine Verurteilung wegen Gesundheitschädigung durch „böswillige Vernachlässigung einer Pflicht“ i. S. des § 223 b StGB. erfolgen soll und erfolgt. Die Begründung dieser Ansicht liegt freilich nicht so ohne weiteres auf der Hand wie die im ersten Fall.

Zunächst ist in der Rspr. mit Recht hervorgehoben worden (Entsch. 63, 160), es sei nicht entscheidend, daß das neu hervorgetretene Merkmal im selben Paragraphen des StGB. steht, wie es umgekehrt nicht unbedingt zur Anwendung des § 265 StPD. führen würde, wenn es sich um verschiedene Paragraphen handelte. Als maßgebend wurde vielmehr stets und mit Recht angesehen (RGSt. 36, 23, 266 und 40, 114), ob es sich „um zwei in ihrer tatsächlichen und rechtlichen Gestaltung verschiedene Tatbestände handelt“ oder nicht.

In dieser Hinsicht sind freilich die Äußerungen in der Rspr. nicht immer ganz klar und scharf. RGSt. 40, 114 (115) spricht beispielsweise in Ablehnung des § 265 StPD. davon, daß die verschiedenen Begehungsformen der Straftat „einander gleichwertig“ sein müssen. Auf der anderen Seite ist aber anerkannt worden, daß auch auf eine mildere, also auf eine nicht nur gleichwertige, sondern sogar geringwertige neue Bestimmung gem. § 265 StPD. hingewiesen werden muß, so etwa nach RGSt. 51, 125 auf versuchten einfachen statt versuchten schweren Diebstahls oder nach RGSt. 65, 363 auf fahrlässige statt vorsätzlicher Eidesverletzung.

Mit Recht ist aber dabei (namentlich in RGSt. 51, 125) ausgesprochen worden, daß auch bei solcher Milderung „die Verteidigung des Angekl. nach Inhalt und Richtung eine andere“ werden kann und werden muß. Dieser Gesichtspunkt und nicht so sehr das Wertverhältnis der in Betracht kommenden Strafbestimmungen dürfte in der Tat entscheidend sein. Denn er berührt den eigentlichen Sinn und Zweck der Vorschrift des § 265 StPD.

Solche neue Verteidigungslage war aber im vorl. Fall beim Übergang zu dem Merkmal der „böswilligen Vernachlässigung“ in § 223 b StGB. nicht gegeben. Zutreffend macht hierzu das Urteil besonders darauf aufmerksam, es sei das im Er-

öffnungsbeschuß schon genannte Merkmal des „Quälens“ gerade „auch mit darin gefunden worden, daß die Angekl. die Kinder böswillig vernachlässigt hat“. Damit aber trifft der legislatorische Grund des § 265 StGB. in Wirklichkeit nicht zu, und es ist deshalb mit Recht diese Bestimmung nicht zur Anwendung gebracht worden.

III. Dagegen kann der weiteren These des reichsgerichtlichen Urteils, zwischen § 223 b StGB. und § 226 StGB. bestiehe Gesetzesinheit, nicht beigetreten werden.

Es handelt sich dabei um die schwierige Frage der sog. Konkurrenz von Verbrechenselementen, genauer gesagt: um die Frage des Zusammentreffens mehrerer Strafverhöhnungsgründe gegenüber demselben Grundtatbestand, hier des § 223 StGB. (siehe dazu mit weiteren Hinweisen: Olschhausen, Komm. 1927, § 226 R. 2; Frank, Komm. 1931, §§ 226 I und 73 VII 1 a; Mezger, Strafrecht 1933, S. 472 Anm. 10). Man hat gemeint, daß in solchen Fällen immer und ausschließlich der „schwerste“ Straffähigungsgrund zum Zuge kommen könne, während alle „milderen“ Strafbestimmungen gänzlich ausscheiden. In dieser Richtung bewegt sich auch die Rspr. des RG. Demgemäß meint auch das vorl. Urteil des 3. StrSen. unter Ablehnung der gegenteiligen Ansicht des Vorrichters, daß „das Vergehen gegen § 223 b durch das Verbrechen gegen § 226 als die schwerere Begehungsform der einheitlichen Körperverletzung aufgezehrt“ werde.

Wir können dem nicht beitreten. Die ganze Frage erweist sich in Wahrheit als ein „Konjunktionsproblem“. Das heißt: es ist „im Wege der Auslegung“ zu ermitteln, ob im einzelnen Fall durch den schwereren Gesichtspunkt — der selbstverständlich immer zum Zuge kommt — jingemäß auch der gleichzeitig zutreffende „milder schwere“ Erhöhungsgrund abgegolten ist oder nicht. Gerade diese Frage aber ist im Verhältnis von § 223 b StGB. und § 226 StGB. mit Entschiedenheit zu verneinen. Denn diese beiden Straftaten zeigen ihrem inneren Aufbau nach ein ganz verschiedenartiges Gepräge. § 223 b StGB. ist in seiner sehr bestimmten Fassung („quält“, „roh“ mißhandelt, durch „böswillige“ Vernachlässigung an der Gesundheit schädigt) in ganz besonderem Maße nach der Seite der subjektiven Einstellung des Täters zu seiner Tat gekennzeichnet; die Tat entspringt in allen ihren Formen einer durchaus verwerflichen Gesinnung. Ganz anders § 226 StGB.: wie schon der ungemein weite Strafrahmen der §§ 226, 228 StGB. (Gefängnis nicht unter drei Monaten bis hinauf zu fünfzehn Jahren Zuchthaus) zeigt, weisen die hierher gehörigen Fälle unter sich die allergrößten Verschiedenheiten auf. Gemeinsam ist ihnen zwar allen der objektiv schwere Todeserfolg; aber in subjektiver Hinsicht, also was die Einstellung des Täters zu seiner Tat anlangt, sind die weitreichendsten Unterschiede denkbar und möglich. Es fallen unter den § 226 StGB. Fälle, die fast nur das Gepräge des bedauerlichen Unglücksfalles an sich tragen, und andererseits Fälle, die haarscharf an vorsätzlichen und überlegten Mord grenzen. Denkt man aber an Fälle der ersten Art, wie sie keineswegs selten sind, also an solche Fälle des § 226 StGB., bei denen von besonderer Roheit, Böswilligkeit oder sonst verwerflicher Gesinnung auf Seiten des Täters nicht die Rede ist, so ist ohne weiteres einleuchtend, daß § 226 StGB. trotz seiner weitergehenden Höchststrafe (15 Jahre Zuchthaus) das „Quälen“, „roh“ Mißhandeln und „böswillige“ Vernachlässigen an sich betrachtet gar nicht in sich schließt. Das tut er in solchen Fällen erst auf dem Umwege des § 223 b StGB.: dann ist es aber logischerweise geboten, den § 223 b StGB. nicht, wie es die Gegenmeinung will, einfach durch sog. Gesetzeskonkurrenz unter den Tisch fallen zu lassen, sondern es ist vielmehr nahegelegt, durch die Annahme sog. Idealkonkurrenz zwischen §§ 226, 223 b, 73 StGB. auch den § 223 b StGB. ausdrücklich einzubeziehen. Diese Entsch. ist praktisch von Bedeutung: denn wenn man, wie es die Gegenmeinung tun will, den § 223 b StGB. im Wege der sog. Gesetzeskonkurrenz zu jedweder Berücksichtigung überhaupt ausschließt, so entfällt streng genommen auch jede Möglichkeit der Stellungnahme zu den von ihm aufgeworfenen besonderen Fragen, insbes. also dazu, ob ein „besonders schwerer Fall“ im Sinne des § 223 b Abs. 2 StGB. gegeben ist oder nicht. Diese

Überlegung war aber gerade im vorl. Falle nach Lage der Sache geboten. Man wird dem zunächst erwidern wollen, das alles könne ja stets auch im Wege der „Strafzumessung“ im Rahmen der §§ 226, 228 StGB. erfolgen; aber solche farblose Behandlung liegt weder i. S. des Gesetzes noch im Wesen der Sache, wenn die konkrete Frage aufsteht, ob es sich gerade um einen besonders schweren Fall der Rindermishandlung usw. handelt. Nach alledem muß eine auf das Wesen der Sache gerichtete Gesetzesanwendung im Gegensatz zum vorliegenden reichsgerichtlichen Urteil und in Übereinstimmung mit dem vorangegangenen Urteil des SchwG. Koblenz zur Bejahung der Tateinheit zwischen §§ 226, 223 b StGB. führen, und zwar auch für die aus dem Fortsetzungszusammenhang sich ergebende Gesamttat. Zum gleichen Ergebnis führt die von Olschhausen §§ 73 R. 21 a, 226 R. 2 vertretene Ansicht.

Gegen das Gesagte könnte noch folgende Einwendung erhoben werden. Man könnte sagen: auch der hier vertretene Standpunkt führe, wenn ein „besonders schwerer Fall“ der Rindermishandlung vorliege, nicht zu dem erstrebten Ziel, nämlich nicht dazu, die Strafe des § 223 b StGB. (Zuchthaus von einem bis zu fünf Jahren) unter allen Umständen sicherzustellen. Denn nach der bekannten Rspr. des RG. (RGSt. 39, 155 ff., 158), die beispielsweise auch von Olschhausen § 73 R. 35 gebilligt wird, schießt die nach § 73 StGB. gebotene Anwendung des schwereren Gesetzes (§ 226 StGB.) nicht aus, daß der Richter unter das Strafminimum des milderen Gesetzes (§ 223 b Abs. 2 StGB.) herab geht, also statt auf mindestens ein Jahr Zuchthaus auf Gefängnisstrafe (§ 226 StGB.), und zwar auf Gefängnisstrafe bis herab zu drei Monaten (§ 228 StGB.) erkennt. Wird der Richter von solcher Möglichkeit normalerweise auch keinen Gebrauch machen, es vielmehr bei der auch nach § 226 StGB. möglichen Zuchthausstrafe belassen, so bleibt nach der von RGSt. 39, 158 unmißverständlich ausgesprochenen Meinung der gegenteilige Weg mindestens „an sich möglich“.

Wir glauben demgegenüber darauf hinweisen zu müssen, daß heute in diesem Punkte eine Änderung eingetreten ist. Unter der Herrschaft des alten § 2 StGB. war auch nach unserer Meinung (Strafrecht a. a. D. S. 478) im Hinblick auf den Wortlaut des § 73 StGB. die sachlich wenig gerechtfertigte Entsch. in RGSt. 39, 158 formell zutreffend. Solche formalen Entsch. sind aber unter der Herrschaft der neuen Fassung des § 2 StGB., der insofern über sein eigenes enges Gebiet hinausweist und allgemeine Bedeutung für die gesamte Anwendung des Strafgesetzes besitzt, nicht mehr angängig. Sachliche Erwägungen führen vielmehr heute dazu, wie dies schon für das frühere Recht beispielsweise von Frank, Komm. § 73 IV 1 angenommen wurde, im Falle der sog. Idealkonkurrenz ein Herabgehen unter das Mindestmaß des „milderen“ Gesetzes auszuscheiden. Das Ergebnis unserer Erwägungen ist also dies: in einem Falle des § 226 StGB., der gleichzeitig die Merkmale des § 223 b Abs. 2 StGB. an sich trägt, kommen die §§ 226, 223 b Abs. 2 StGB. in Tateinheit zur Anwendung; es darf aber in einem solchen Falle nicht nur de facto, sondern auch de iure nicht unter das Mindestmaß von einem Jahr Zuchthaus (§ 223 b Abs. 2 StGB.) herabgegangen werden.

Prof. Dr. Edm. Mezger, München.

\*

\*\* 16. Rechtliches Zusammentreffen zwischen Urkundenfälschung (§§ 267, 268 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StGB.) und Zuwiderhandlung gegen § 9 Abs. 1 DevG. durch Zahlung mittels Postanweisung nach dem Ausland mit Hilfe eines gefälschten Passes. Handlung i. S. von §§ 73, 74 StGB. ist auch bei mittelbarer Täterschaft der Tatbeitrag des mittelbaren Täters.)

Zu Unrecht hat die Strk. das Verhalten des Angekl. als Verbrechen gegen § 270 StGB. gewürdigt. Nach den Feststellungen hat der Angekl. die Fälschung an seinem Reisepaß zwar nicht selbst vorgenommen; er hat aber einen anderen veranlaßt,

es für ihn zu tun. Der Angekl. ist also auch für das Verfälschen selbst — als mittelbarer Täter — verantwortlich.

Dadurch, daß der Angekl. den verfälschten Paß bei seinen drei Reisen den deutschen Behörden gegenüber im Inlande gebraucht und ferner dadurch, daß er ihn bei der Aufgabe einer Postanweisung nach dem Auslande dem Postamt in Trier vorgelegt hat, hat er das Verbrechen gegen die §§ 267, 268 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StGB. vollendet. Daß ein Teil der tatbestandsmäßigen Handlung — das Verfälschen — im Auslande begangen worden ist, nötig nicht dazu, den Sachverhalt auch in diesen Fällen unter dem Gesichtspunkte des § 4 Abs. 2 Nr. 3 StGB. zu prüfen (vgl. RGSt. 57, 144, 145), vielmehr ist die Tat gemäß § 3 StGB. als im Inlande begangen zu behandeln.

Soweit der Angekl. bei der ersten Reise nach Deutschland von Trier aus 10 RM an seinen Bruder nach M. in Luxemburg übersandt hat, liegt — da es sich nach der ersichtlichen Annahme der Str.R. um Übersendung mittels Postanweisung gehandelt hat — kein Vergehen gegen den § 42 Abs. 1 Nr. 3, § 13 Abs. 1 DevG. vor, wie die Str.R. annimmt, sondern ein solches gegen § 42 Abs. 1 Nr. 1, § 9 Abs. 1 DevG. Der Angekl. hat hier eine Forderung in ausländischer Währung und im weiteren Verlauf ausländische Zahlungsmittel gegen ausländische Zahlungsmittel erworben. Und zwar hat er diese Tat in mittelbarer Täterschaft, durch Vermittlung der beteiligten Beamten der Reichspost als seiner gutgläubigen Werkzeuge, begangen.

Um diese strafbare Handlung ausführen zu können, mußte der Angekl. gem. § 28 Abs. 4 DevG. (i. Verb. m. Abschnitt II Nr. 78 der Richtlinien für die Devisenbewirtschaftung) seinen Reisepaß vorlegen. In dieser Vorlegung hat die Str.R., wie oben bereits dargelegt worden ist, eine Teilhandlung der schweren Urkundenfälschung gefunden. Es ist danach zu prüfen, ob die Urkundenfälschung und das Devisenvergehen in diesem Fall im Verhältnis der Tateinheit zueinander stehen. Die Frage ist zu bejahen. An sich wurde allerdings durch die Einzahlung der 10 RM bei der Postanstalt in Trier und die Vorlegung des Reisepasses das Vergehen gegen die Devisenbewirtschaftungsvorschriften noch nicht verwirklicht; vielmehr wurde die tatbestandsmäßige Handlung dieses Vergehens erst später — durch die Postbeamten als die gutgläubigen Werkzeuge des Angekl. — ausgeführt. Allein das RG. ist seit der Entsch. RGSt. 70, 26 = JW. 1936, 728<sup>11</sup> dazu übergegangen, als Handlung i. S. der §§ 73, 74 StGB. bei dem unselbständigen Teilnehmer dessen Tatbeitrag (nicht mehr die tatbestandsmäßige Handlung) anzusehen (vgl. RGSt. 70, 334 v. 19. Okt. 1936 und namentlich RGSt. 70, 344, 349 = JW. 1937, 174<sup>37</sup>). Diese Änderung der grundsätzlichen Stellungnahme muß auch für die mittelbare Täterschaft gelten (vgl. in dieser Beziehung RGSt. 70, 212 = JW. 1936, 2232<sup>27</sup> m. Anm.). Von diesem veränderten Standpunkte des RG. aus liegt die Handlung des Angekl. (i. S. des § 73 StGB.), auch soweit das Devisenvergehen in Frage kommt, in der Einzahlung der 10 RM bei dem Postamt unter Vorlegung des Reisepasses, die damit notwendig verbunden war. Das Devisenvergehen steht daher in Tateinheit mit der Urkundenfälschung.

Ein Rechtsfehler liegt insofern vor, als die Str.R. — ausgehend von ihrer irrigen Meinung, es handle sich im Falle der Übersendung der 10 RM von Trier nach M. gleichzeitig um ein Vergehen gegen § 42 Abs. 1 Nr. 3, § 13 Abs. 1 DevG. — diese Straftat als mit den beiden vorstehend erörterten Fällen der Übersendung oder Überbringung von Zinscheinen in das Ausland im Fortsetzungszusammenhang stehend angesehen hat. Eine solche Annahme verbietet sich ohne weiteres deshalb, weil es sich, wie oben ausgeführt, in Wirklichkeit nicht um Verstöße gegen dasselbe Strafgesetz, sondern um rechtlich ganz verschiedene Tatbestände des Devisenvergehens handelt. Zum Begriffe des Fortsetzungszusammenhangs gehört aber Gleichheit der Begehungsform. Es ist unzulässig, derart verschiedene Straftaten zu einer fortgesetzten Handlung zu vereinigern (vgl. in dieser Beziehung auch das RG. v. 26. Okt. 1936, 5 D 620/36: JW. 1937, 319<sup>16</sup>). Rechtlich unbedenklich ist da-

gegen die Annahme der Str.R., daß die beiden Zuwiderhandlungen gegen den § 42 Abs. 1 Nr. 3, § 13 Abs. 1 DevG. miteinander im Fortsetzungszusammenhange ständen. Hier handelt es sich um rechtlich gleichwertige Begehungsformen derselben Straftat.

Demgemäß ist der Schuldspruch auch in dieser Beziehung zu berichtigen. Dagegen kann der Strafausspruch, der schon aus dem vorstehend aufgeführten Gründen aufzuheben ist, auch aus dem hier erörterten Gesichtspunkte nicht bestehen bleiben. Das LG. wird eine Einzelstrafe wegen des fortgesetzten Vergehens der Urkundenfälschung nach § 267, § 268 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 (in Tateinheit mit fortgesetztem Vergehen gegen § 1 Nr. 1, 6, 7, 9 B.D. v. 6. April 1923 und mit einem Vergehen gegen § 42 Abs. 1 Nr. 1, § 9 Abs. 1 DevG.) sowie eine weitere Einzelstrafe wegen des fortgesetzten Vergehens gegen § 42 Abs. 1 Nr. 3, § 13 Abs. 1 DevG. in Tateinheit mit einem fortgesetzten Vergehen des Bannbruchs nach § 134 B.ZollG. zu bilden haben.

(RG., 3. Str.Sen., U. v. 14. Dez. 1936; 3 D 934/36.)

**Anmerkung:** Der Angekl., Ausländer i. S. des DevG., hat seinen Paß durch einen anderen im Ausland verfälschen lassen (offenbar durch Entfernung früherer Eintragungen über die Inanspruchnahme der Freigrenze) und hat dann von diesem Paß im Inland gegenüber der Post bei einer Auslandszahlung mittels Postanweisung Gebrauch gemacht, die an sich im Rahmen der Freigrenze lag, aber unzulässig war, weil die Freigrenze für den betreffenden Monat bereits verbraucht war. Unter Heranziehung und Weiterentwicklung der neueren Anspr. über die Bedeutung des tatsächlichen Tatbeitrages eines Teilnehmers für die Bewertung seiner Teilnahmehandlung in Beziehung zur Haupttat kommt das RG. zur Feststellung der Tateinheit zwischen der Urkundenfälschung und der Devisenzuwiderhandlung. Die Ausführungen des RG. zu dieser Frage sind überzeugend. Devisenrechtlich interessant ist die ausdrückliche Feststellung, daß eine Zahlung mittels Postanweisung ins Ausland (dasselbe muß für die Banüberweisung gelten) unter § 9 Abs. 1 DevG. fällt. Das entspricht der Praxis der beteiligten Behörden und der herrschenden Meinung im Schrifttum (vgl. mein Devisennotrecht, Bem. 3 zu § 9 DevG.; andererseits Glad-Bergbold-Fabricius, Bem. 5 zu § 9 DevG.), war aber vom RG. bisher nie mit solcher Deutlichkeit ausgesprochen worden (vgl. hierzu RG.: JW. 1933, 2140).

DRegR. Dr. Hartenstein, Berlin.

\*

#### 17. §§ 53, 238 Abs. 2 StPD.

1. Das Recht des Patienten, den behandelnden Arzt von seiner Schweigepflicht zu entbinden, ist ein höchstpersönliches Recht und nicht vererblich.

2. Zeugnisverweigerungsrecht des Arztes.

3. Es liegt kein Verfahrensverstoß vor, wenn der Angekl. und sein Verteidiger es unterlassen haben, sich gegen die Vernehmung eines Zeugen zu verwahren und die Entscheidung des Gerichts anzurufen.

Der Angekl. fühlt sich dadurch beschwert, daß die drei Ärzte, die die verstorbene Käthe B. beraten und behandelt hatten, in der Hauptverhandlung über die Frage ihrer Verpflichtung zur Verschwiegenheit (§ 53 Abs. 2 StPD.) falsch belehrt und hierdurch zur Aussage gezwungen worden seien, während sie bei richtiger Belehrung ihr Zeugnis verweigert haben würden.

§ 53 StPD. gibt dem Zeugen ein Recht, seine Aussage zu verweigern; darauf, daß er von diesem Recht Gebrauch mache, hat der Angekl. keinen verfahrensrechtlichen Anspruch, ihm gegenüber ist vielmehr der Zeuge in seiner Entschließung völlig frei. Daher können auch grundsätzlich durch die Erzwingungen, die den Zeugen bei dieser Entschließung bestimmen, keine Rechte des Angekl. berührt werden (RGSt. 48, 270). Er kann deshalb auch durch eine dem Zeugen er-

teilte rechtsirrigte Belehrung des Vorsitzenden jedenfalls dann in keinem Recht verletzt werden, wenn auch sie den Zeugen die Entschließungsfreiheit beläßt, ihm also nicht sein Zeugnisverweigerungsrecht abspriecht (RGSt. 57, 65).

Im vorliegenden Fall hat der Vorsitzende ausweislich der Hauptverhandlungsniederschrift vor der Vernehmung eines jeden der drei Ärzte „festgestellt, daß er von seiner Schweigepflicht entbunden sei; der Zeuge sagte hierauf zur Sache aus“. Die Akten ergeben ferner, daß am 7. April 1936, also drei Tage nach dem am 4. April erfolgten Selbstmord der Käthe B., deren Schwester gegen den Angekl. Anzeige erstattet hat und hierauf das Verfahren gegen ihn eingeleitet worden ist, und daß am selben 7. April und am 25. Mai 1936 die Mutter der Verstorbenen schriftlich zu den Akten erklärt hat, sie entbinde die Ärzte von ihrer Schweigepflicht; von der Verstorbenen selbst liegt keine solche Erklärung vor.

Hiernach ist davon auszugehen, daß der Vorsitzende, als er die Ärzte bezüglich der Frage ihrer Schweigepflicht belehrte, auf diese Erklärungen der Mutter Bezug genommen und hieraus die Befreiung der Ärzte von ihrer Schweigepflicht entnommen hat.

Diese „Feststellung“ des Vorsitzenden war rechtsirrig.

Während die Schweigepflicht des Arztes den Tod des Patienten überdauert, gilt dies nicht auch für das Recht, den Arzt von dieser Schweigepflicht zu befreien. Dieses ist vielmehr ein höchstpersönliches Recht des sich dem Arzt Anvertrauenden und nicht vererblich.

Zwar ist im Schrifttum (Sauter, Das Berufsgeheimnis und sein strafrechtlicher Schutz, Breslau 1910, in v. Lilienthal's strafrechtlichen Abhandlungen Heft 123, S. 141 ff.) vereinzelt dafür eingetreten worden, nach dem Tod des Geheimhaltungsberechtigten sollten dessen nächste Angehörigen befugt sein, die dem Verstorbenen (nach § 300 StGB., jetzt nach § 13 RÄrzteD. v. 13. Dez. 1935 [RGBl. I, 1433]) geschützten Geheimnisse auch ihrerseits gegen Offenbarung zu sichern, nötigenfalls Strafantrag zu stellen, aber auch über ihre Freigabe zu verfügen; wenigstens dann, wenn es sich um Tatsachen handele, deren Offenbarung nicht allein den mutmaßlichen Geheimhaltungswillen des Verstorbenen, sondern zugleich eigene Lebensgüter und Interessen seiner Hinterbliebenen verletzen würde. Der Gedanke liegt anscheinend in ähnlicher Richtung, wie das in § 189 Abs. 3 StGB. festgelegte Antragsrecht der nächsten Hinterbliebenen gegenüber Beschimpfungen des Andenkens Verstorbener. Er ist jedoch in der Rpr. mit Recht abgelehnt worden (vgl. RG., Ur. vom 26. April 1906: Recht 1906 Nr. 2896 S. 1202); solche Befugnisse der Hinterbliebenen würden gerade in den Fällen bedenklich sein, in denen die Interessen des Verstorbenen und die seiner Hinterbliebenen auseinandergehen — was auf dem Gebiet des § 189 kaum in Betracht kommt. Deshalb ist sein Interesse grundsätzlich besser gewahrt, wenn der unparteiisch und gewissenhaft abwägende Arzt pflichtgemäß darüber entscheidet, ob er das ihm Anvertraute geheimhalten oder offenbaren will. — Die Ärzte konnten deshalb nach dem Tode der Käthe B. nicht mehr von ihrer Schweigepflicht entbunden werden, die Befreiungserklärungen der Mutter waren wirkungslos.

Die Ärzte waren also berechtigt, über das, was ihnen die Käthe B. anvertraut hatte, das Zeugnis zu verweigern, andererseits aber auch (unter Berücksichtigung der im damals bereits geltenden § 13 RÄrzteD. aufgestellten Maßstäbe) berechtigt, Zeugnis abzulegen (§ 13 RÄrzteD. spricht hier zwar nur von „Straffreiheit“, damit kann aber nur gemeint sein, daß in solchen Fällen die Preisgabe des Geheimnisses nicht „unbefugt“, d. i. nicht rechtswidrig ist). Eine Pflicht zur Aussage (so daß die Belehrung des Vorsitzenden im Ergebnis etwa doch richtig gewesen wäre) ist auch in § 13 RÄrzteD., außer für den Fall des § 53 Abs. 2 StPD. und für hier nicht in Betracht kommende sonstige Ausnahmefälle, z. B. gem. § 139 StGB., nicht vorgesehen.

Wären im vorliegenden Falle die Ärzte durch einen Beschluß des LG. unter Hinweis auf § 53 Abs. 2 StPD. zur

Aussage gezwungen worden, so hätte dies und die Bewertung ihrer Aussage als Urteilsgrundlage gegen das Verfahrensrecht verstoßen, der Angekl. wäre hierdurch in seinem Recht, daß gegen ihn prozessordnungsgemäß verfahren werde, verletzt worden (RGSt. 57, 65). Das würde zur Aufhebung des angefochtenen Ur. nötigen, sofern es nicht ausgeschlossen erschiene, daß dieses auf dem Verstoß beruht.

Ein solcher Beschluß des Gerichts ist aber nicht ergangen.

Ob schon ohne Rücksicht darauf, ob die Ärzte überhaupt ihr Zeugnis verweigern wollten, die vom Vorsitzenden getroffene „Feststellung“, sie seien von der Schweigepflicht entbunden, einen Verfahrensverstoß darstellt, bedarf im vorliegenden Fall keiner Entsch., da der Angekl. und sein Verteidiger es unterlassen haben, sich gegen die Vernehmung der Zeugen zu verwahren und die Entsch. des Gerichts anzurufen (§ 238 Abs. 2 StPD.). Das RG. hat in solchen Fällen grundsätzlich das Veruhen des Ur. auf der Gesetzesverletzung verneint (vgl. 3 D 883/29 v. 28. Nov. 1929: JW. 1930, 760<sup>9</sup>; 1 D 1235/30 v. 3. Febr. 1931: JW. 1931, 950<sup>24</sup>).

Der Rüge muß daher der Erfolg verjagt bleiben, ohne daß es der Prüfung bedürfte, ob die Ärzte von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht auch dann keinen Gebrauch gemacht hätten, wenn sie vom Vorsitzenden über dieses Recht überhaupt nicht oder aber richtig dahin belehrt worden wären, daß es ihnen zustehe und daß sie bei ihrer Entschließung über seine Inanspruchnahme an die ihnen kurz mitzuteilende Sachlage die in § 13 RÄrzteD. festgelegten Maßstäbe anzulegen hätten.

(1. Sen. v. 17. Nov. 1936; 1 D 793/36.)

\*

18. 1. § 141 StPD. Es bedeutet einen Verstoß gegen Sinn und Zweck des § 141 StPD., wenn das erkennende Gericht trotz Vorliegens besonderer Umstände es unterläßt, dem Angekl. von Amts wegen einen Verteidiger zu bestellen.

2. § 42e StGB. Der Umstand, daß gegen den Täter bereits anderweit rechtskräftig auf Sicherungsverwahrung erkannt ist, darf nicht dazu bestimmen, von dieser Maßnahme abzusehen, wenn sie auf Grund eines neuen Strafverfahrens angebracht ist.

1. Der Angekl. fühlt sich in seiner Verteidigung dadurch unzulässig beschränkt, daß er unter dem 5. Jan. 1936 in einem Schreiben an die StA. um die Bestellung eines Verteidigers von Amts wegen gebeten hat, trotz dieses Antrags aber entgegen seiner Erwartung in der Hauptverhandlung keinen Verteidiger beigeordnet erhielt und überhaupt auf seinen Antrag nicht beschieden worden ist. Ausweislich der Strafakten erscheint dieses Vorbringen der Rev. dem äußeren Geschehen nach in tatsächlicher Hinsicht zutreffend. Der Antrag, den der Angekl. damit begründet hat, daß er infolge seiner schweren Kriegsverletzungen seine Verteidigung nicht selbst wahrnehmen könne, ist von der StA., da die öffentliche Klage noch nicht erhoben war, dem AG. des Bezirks zur Entschließung zugeleitet worden (s. §§ 142, 144 Abs. 1 Satz 2 StPD.), und zwar mit dem Anfügen, daß die Beordnung eines Verteidigers im Hinblick auf den körperlichen Zustand des Beschuldigten nicht zu umgehen sein werde. Der von dem AG. hierauf zur Bescheidung des Antrags aufgenommene Beschluß ist aber offenbar dem Angekl. als dem damaligen Beschuldigten versehentlich nicht zugestellt worden. Später hat er einen Antrag auf Beordnung eines Verteidigers nicht mehr gestellt, insbesondere nicht nach Zustellung der Anklageschrift oder in der Hauptverhandlung.

Ob ein Fall der notwendigen Verteidigung nach § 140 Abs. 2 StPD. vorlag, nachdem die StrA. in der Hauptverhandlung die Möglichkeit erwoog, den Angekl. als gefährlichen Gewohnheitsverbrecher aus § 20a StGB. zu verurteilen, und damit unter der besonderen Voraussetzung des § 42e StGB. die Anordnung der Sicherungsverwahrung gegen ihn in Betracht kam, kann hier zunächst dahingestellt bleiben. Jeder-

## Erbgesundheitsobergerichte

### Vorbemerkung

Die letzten Zusammenstellungen von Entsch. der Erbgesundheits-Oberger. sind JW. 1936 Heft 44 S. 3053 ff. und Heft 50 S. 3474 ff. veröffentlicht.

Aus Raummangel kann nur ein Teil der vorl. Entsch. gebracht werden. Eine weitere Zusammenstellung folgt in einem der nächsten Hefte. D. S.

19. § 1c Eheges. v. 18. Okt. 1935. Zum Begriff der geistigen Störung. Das Gesetz kennt kein befristetes Eheverbot. Bewertung auch des anderen Verlobten. Weniger strenger Maßstab, wenn die Ehe wahrscheinlich kinderlos bleiben wird. Voraussetzungen des § 18 Abs. 2 der 1. Durchf. v. 29. Nov. 1935.

Das Gesundheitsamt hat dem 24jährigen Holzhändler P. das Eheungfähigkeitszeugnis verweigert. P.s Mutter kann nicht lesen, schreiben und rechnen, ihr Vater war Trinker. P. ist in der Volksschule zweimal sitzen geblieben und hat drei Jahre lang die Hilfsschule besucht. Im Jahre 1932 ist er wegen räuberischer Erpressung zu einem Jahr Gefängnis verurteilt worden.

Das Gesundheitsamt bewertet die geistige Minderwertigkeit und die Willensschwäche, die P. einmal hat straffällig werden lassen, als geistige Störung i. S. des § 1c Eheges. und spricht außerdem die Vermutung aus, daß er an Tripper leide. Das Erbgesundheitsger., dessen Entsch. P. angerufen hat, hat ihn in der Psychiatrischen Klinik und in der Hautklinik untersuchen lassen. Es stellte fest, daß bei ihm kein Ehehindernis besteht.

Die Beschw. des Gesundheitsamts ist unbegründet.

Das Gutachten der Psychiatrischen Klinik vom 4. April 1936 führt überzeugend aus, daß P. weder geisteskrank noch schwachsinnig ist. Wiederholte Untersuchungen in der Hautklinik haben ergeben, daß er auch nicht geschlechtskrank ist. Er ist psychopathisch und konstitutionell schwach veranlagt. Das Bestehen einer erheblichen Psychopathie verneint das Gutachten. Es hält aber vorerst im Interesse der Volksgemeinschaft die Ehe für unerwünscht und meint, P. solle sich zunächst drei bis vier Jahre lang einwandfrei führen und dadurch beweisen, daß seine psychopathische Willensschwäche behoben sei. Dann solle er heiraten dürfen.

Ein solches befristetes Eheverbot sieht das Eheges. aber nicht vor. Es besteht aber auch kein praktisches Bedürfnis für eine derartige Maßnahme, die einer Aussetzung des Verfahrens gleichkommen würde. Ebenso wie im Erbgesundheitsverfahren (vgl. dazu Gütt-Linden-Rüttler, 2. Aufl., S. 245) möglichst schnell und klar entschieden werden muß, ob eine Erbkrankheit besteht und die Unfruchtbarmachung geboten ist, soll im Ehegesundheitsverfahren rasch und eindeutig ausgesprochen werden, ob die Verlobten heiraten dürfen oder nicht. Diese Frage, die zwei Menschen aufs tiefste berührt und für ihre zukünftige Lebensgestaltung auch große wirtschaftliche Bedeutung hat, darf nicht auf Jahre hinaus in der Schwebe bleiben. Die Entsch. kann nach § 14 der 1. Durchf. v. 29. Nov. 1935 nur dahin gehen, ob ein Ehehindernis besteht oder nicht.

Der Krankheitsbegriff „Psychopathie“ ist sehr vielseitig und umfassend (Gütt-Linden-Rüttler S. 67). Als geistige Störung, die die Ehe für die Volksgemeinschaft unerwünscht erscheinen läßt, ist im allgemeinen eine Psychopathie nur zu bewerten, wenn sie ausgeprägten Grades ist. Denn im Mittelpunkt des Gesetzes steht der Zweck, bestimmten schweren Psychopathen, Hysterikern usw., die durch das Erbgesundheitsges. nicht erfasst werden können, die Ehe zu verbieten, um dadurch ihre Nachkommenschaft einzuschränken (Gütt: Der Öffentliche Gesundheitsdienst 1936, 124). Bei P. besteht nach dem Gutachten der Psychiatrischen Klinik und nach dem Eindruck, den er bei seinen eingehenden Vernehmungen auf das Erbgesundheitsger. und den Senat gemacht hat, keine schwere Psychopathie.

Freilich kann auch eine „leichte“ geistige Störung des einen Verlobten die Ehe für die Volksgemeinschaft als unerwünscht

falls stellten sich die strafbaren Handlungen des Angekl., deren Beurteilung nach § 20a StGB. ins Auge gefaßt wurde, schon aus diesem Grunde als Verbrechen dar, so daß an sich die Voraussetzungen des § 140 Abs. 3 StPD. zuträfen. Allerdings hat der Angekl. in der Hauptverhandlung keinen Antrag auf Beordnung eines Verteidigers gestellt. Ein bereits vorher gestellter Antrag begründete auch an sich kein Recht auf die Stellung eines Verteidigers gem. § 140 Abs. 3 StPD. (vgl. RGSt. 58, 102). Zwar kann das Gericht einem früheren Antrag gem. § 141 StPD. noch entsprechen. Indessen wird im allgemeinen ein schon vorher gestellter Antrag in der Hauptverhandlung wiederholt werden müssen, wenn das Ur. darauf beruhen soll, daß er unbeachtet blieb. Vorliegend kommt hinzu, daß der frühere Antrag überhaupt nicht bei dem erkennenden Gericht gestellt worden ist. Diesem war auch nicht nachträglich die Eingabe des Angekl., die den Antrag enthielt, besonders zugewendet worden. Dennoch ergeben die besonderen Umstände des vorliegenden Falles, daß das erkennende Gericht von Amts wegen einer Prüfung hätte unterstellen müssen, ob nicht die Beordnung eines Verteidigers gem. § 141 StPD. in Erwägung zu ziehen war. Zwar steht eine solche im freien Ermessen des Gerichts, das auf Grund seiner näheren Untersuchung zu dem Ergebnis kommen kann, daß ein Verteidiger nicht nötig ist. Um diese Beurteilung vornehmen zu können, ist aber eine sorgfältige Prüfung des Sachverhalts stets dann vorzunehmen, wenn ein dringender Anlaß gegeben ist, die Möglichkeit der Bestellung eines Verteidigers ins Auge zu fassen. Ein solcher Anlaß bestand vorliegend nicht etwa nur durch den schon im vorbereitenden Verfahren gestellten Antrag des Angekl. und die damalige zustimmende Stellungnahme der StA., sondern insbesondere deshalb, weil der körperliche Zustand des Angekl., der die StA. zu ihrer Zustimmung bewegen hatte, offenbar in der Hauptverhandlung andauerte, in dieser aber noch hinzukam, daß die Straftaten, die Gegenstand des Verfahrens waren, aus dem Gesichtspunkt des § 20a StGB. als Verbrechen gewürdigt werden sollten. Wenn sich daher unter diesen besonderen Umständen das erkennende Gericht überhaupt nicht mit der Frage beschäftigt hat, ob dem Angekl. für die Hauptverhandlung von Amts wegen ein Verteidiger zu bestellen war, wie es den Anschein hat, so bedeutet dies einen Verstoß gegen Sinn und Zweck der dem Schutze des Angekl. dienenden Vorschrift des § 141 StPD. (vgl. RGSt. 68, 35 = JW. 1934, 900<sup>12</sup> m. Anm.; RG. 1 D 1173/34 v. 21. Dez. 1934; HöchstMRspr. 1935 Nr. 824 und RG. 1 D 880/35 v. 22. Nov. 1935; JW. 1936, 336<sup>9</sup> = HöchstMRspr. 1936 Nr. 511). Hiernach muß das angefochtene Ur. auf die erörterte Verfahrensrüge hin aufgehoben werden.

2. Die StA. hat den Angekl. als gefährlichen Gewohnheitsverbrecher gem. § 20a StGB. verurteilt und in den Gründen ihrer Entsch. ausgeführt: „Daß der Angekl. ein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher ist, ergibt sich einmal aus den rechtskräftigen Feststellungen des SchöffG. in S. bei Anordnung der Sicherungsverwahrung, sodann aber auch erneut aus den hier zur Aburteilung stehenden Straftaten, die beweisen, daß B. die wiedererlangte Freiheit sofort hemmungslos zu übermäßigem Alkoholgenuß und zur Begehung von Diebstählen und Betrügereien benutzte, durch die die Bevölkerung stark geschädigt und beunruhigt wird.“ Diese Begründung läßt darauf schließen, daß auch die StA. auf Grund ihrer Feststellungen der Überzeugung gewesen ist, der Angekl. sei nicht nur ein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher, sondern die öffentliche Sicherheit erfordere auch seine Verwahrung. Dann hätte sie aber nach der zwingenden Vorschrift in § 42e StGB. auch ihrerseits auf Sicherungsverwahrung erkennen müssen, weil der Umstand, daß bereits anderweit rechtskräftig auf Sicherungsverwahrung erkannt ist, nicht dazu bestimmen darf, von dieser Maßnahme abzusehen, wenn sie auf Grund eines neuen Strafverfahrens angebracht ist (vgl. dazu RGSt. 70, 201 = JW. 1936, 1974<sup>10</sup>).

(4. Sen. v. 17. Nov. 1936; 4 D 839/36.)

erscheinen lassen. Nämlich dann, wenn der andere Verlobte entweder besonders hochbegabt und erbgesund oder aber besonders niedrig stehend ist. Deshalb muß auch der andere Verlobte mit in die Beratung einbezogen werden (Gütt a. a. O. S. 125).

Die 24jährige Verlobte P. s hat ein uneheliches Kind. Sie hat 1935 eine Tripperinfektion gehabt, soll aber gesund aus der Behandlung entlassen worden sein. Geistig ist sie auch nicht auf der Höhe, es besteht bei ihr eine leichte physiologische Dummheit mit geringer Interessensphäre. Im praktischen Leben bewährt sie sich. Man kann also nicht sagen, daß sie zu hochwertig für P. ist, beide passen vielmehr ganz gut zusammen.

Der Senat wollte noch die Frage klären, ob die Trippererkrankung des Mädchens völlig ausgeheilt ist und hatte deshalb angeordnet, daß es in der Hautklinik untersucht werde. Sie hat diese Untersuchung aus wirtschaftlichen Gründen abgelehnt und ein fachärztliches Zeugnis vorgelegt, wonach sie nicht an einer Trippererkrankung leidet. Nun hätte zwar der Senat hier nach § 18 Abs. 2 der 1. DurchWD. die Versagung des Ehefähigkeitszeugnisses ohne weiteres bestätigen können. Er hatte aber vorher nach pflichtmäßigem Ermessen darüber zu entscheiden, ob nicht schon nach den bisherigen Ermittlungen die Ehefähigkeit der Verlobten zu bejahen war. Und da bot das fachärztliche Zeugnis eine andere hinreichende Erkenntnisquelle für die Entsch. (Gütt-Linden-Maßfeller a. a. O. S. 185). Schließlich hat der Senat auch berücksichtigt, daß die Ehe infolge der früheren Trippererkrankung beider Verlobten möglicherweise kinderlos bleiben wird. In solchen Fällen ist ein weniger strenger Maßstab anzulegen bei der Frage, ob die Ehe für die Volksgemeinschaft unerwünscht ist. Das Ergebnis aller dieser Erwägungen ist, daß mit einer auf sittlicher Grundlage ruhenden Lebensgemeinschaft der Ehegatten hier gerechnet werden kann (Gütt-Linden-Maßfeller a. a. O. S. 64).

(ErbgesObGer. Jena, Beschl. v. 11. Nov. 1936, Wg 421/36.)

\*

20. § 3 ErbfrNachwGes. Die Rücknahme des Antrags des Amtsarztes ist auf das Verfahren ohne Einfluß.

Mit der Behauptung, sie sei schon infolge einer im Febr. 1936 vorgenommenen Unterleibsoperation unfruchtbar, verfolgt Frau W. Beschw. gegen den Beschluß des ErbgesGer., der ihre Unfruchtbarmachung anordnet. Die Richtigkeit ihrer Behauptung ist nachgewiesen durch ein Zeugnis des Frauenarztes Dr. S., der die Operation ausgeführt hat, und durch ein Zeugnis des Amtsarztes, der die Beschw. untersucht und festgestellt hat, daß sie nicht mehr fortpflanzungsfähig ist. Danach war der Beschw. stattzugeben, wobei aber ausdrücklich darauf hinzuweisen ist, daß die Feststellung der Erbkrankheit nicht in Zweifel gezogen und nicht zweifelhaft ist.

Bei der Überlegung seines Zeugnisses hat der Amtsarzt gleichzeitig den von ihm am 2. Nov. 1936 gestellten Antrag auf Unfruchtbarmachung zurückgezogen. Auf den Fortgang des Verfahrens muß dies ohne Einfluß bleiben. Das Ges. v. 14. Juli 1933 bezweckt Ausschaltung des biologisch minderwertigen Erbgutes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses (vgl. amtl. Begründung) und ist ein reines Amtsverfahren. „Das ErbgesGer. hat die notwendigen Ermittlungen anzustellen und unter Berücksichtigung des gesamten Ergebnisses der Verhandlung und Beweisaufnahme nach freier Überprüfung zu entscheiden“ (§§ 7 und 8 a. a. O.). Der Antrag ist lediglich der äußere Anlaß, der dieses Amtsverfahren in Lauf setzt, für den weiteren Fortgang ist er gleichgültig, und es kann nicht etwa ein bei dem ErbgesGer. abhängiges Verfahren durch Rücknahme des Antrags, soweit es sich nicht um den Antrag des Unfruchtbarzumachenden selbst handelt, dessen Rücknahme im Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist und der eine notwendige Grundlage des Verfahrens bildet, eine Einstellung des Verfahrens herbeigeführt werden. Gütt-Rüttke u. Rüttke (vgl. § 3 Anm. 18 S. 217) nehmen zu der Frage der Zulässigkeit der Rücknahme des Antrags des Amts- oder Anstaltsarztes keine Stellung, sie bekämpfen nur die Begründung der Unzulässigkeit der Rücknahme aus der Erwägung, daß das Gesetz selbst nur die Rücknahme des Antrags des Erbkranken zulasse. Zutreffend führen sie aber zu § 2 Anm. 1 zit. aus: „Der

Antrag setze das Verfahren in Gang und sei insofern eine notwendige Voraussetzung für das Verfahren. Eine andere Aufgabe als diese komme ihm nicht zu.“ Zwingende Folge dieser Auffassung kann nur sein, Rücknahme des Antrags des Amtsarztes für unzulässig, mindestens aber für unbeachtlich zu erklären, während die Auffassung, daß das Verfahren eingestellt werden müsse, nicht zu billigen ist. Diese Konsequenz wird allerdings a. a. O. nicht mit klaren Worten gezogen, sie ergibt sich aber aus der angestellten Erwägung, daß der Erbkranke selbst die Möglichkeit habe, selbst Antrag zu stellen und Durchführung des Verfahrens zu erzwingen zur Beseitigung der ungewissen Möglichkeit eines neuen Antrags des Amtsarztes. Es scheint mit dem Charakter des ganzen Verfahrens als einem reinen Amtsverfahren nicht vereinbar, die ErbgesGer. derart an den Antrag des Amtsarztes zu binden, daß bei dessen Rücknahme das Verfahren eingestellt werden müsse. Eine nicht tragbare Folge wäre dies ganz besonders dann, wenn das zur Entsch. berufene Gericht die Erfordernisse der Unfruchtbarmachung für gegeben erachtet.

(ErbgesObGer. Darmstadt, Beschl. v. 14. Dez. 1936, Wg 431/36.)

\*

21. Art. 1 WD. v. 5. Dez. 1933. Ist mit dem Eingriff dauernd Lebensgefahr verbunden, so hat das ErbgesGer. zu entscheiden und den Antrag abzulehnen. f)

E. leidet an hochgradigem Schwachjinn, der mangels äußerer Ursachen als angeboren anzusehen ist. Das erkennt auch der zum Pfleger bestellte Vater der E. an. Er bittet von der Unfruchtbarmachung abzusehen, da diese bei dem zu erwartenden Verhalten seiner Tochter unmöglich auszuführen sei oder den Heilungsprozeß in Frage stellen würde. Sie sei nicht zu bewegen, die Wohnung zu verlassen, werde den hartnäckigsten Widerstand leisten und werde, wenn die Operation erfolgt sei, die Heilung verhindern, so daß Lebensgefahr bestehe. Das ErbgesGer. hat die Entsch. darüber, ob die Durchführung der Unfruchtbarmachung hinauszuschieben sei, nach Art. 7 WD. v. 25. Febr. 1935 dem Amtsarzt auf Antrag des ausführenden Arztes überlassen.

Nach Art. 1 WD. v. 5. Dez. 1933 soll der Antrag auf Unfruchtbarmachung nicht gestellt werden,

1. wenn der Erbkranke nicht fortpflanzungsfähig ist,
2. wenn der Amtsarzt bescheinigt hat, daß der Eingriff eine Gefahr für das Leben des Erbkranken bedeuten würde oder
3. wenn er wegen Anstaltsbedürftigkeit in einer geschlossenen Anstalt dauernd verwahrt wird.

Stellt das ErbgesGer. fest, daß einer dieser drei Fälle vorliegt, so hat das ErbgesGer. darüber zu entscheiden und den auf Anordnung der Unfruchtbarmachung gestellten Antrag abzulehnen. Zu unterscheiden sind davon die Fälle des Art. 6 Abs. 3 WD. v. 5. Dez. 1933 i. d. Fassung des Art. 7 WD. v. 25. Febr. 1935. Wie schon die Überschrift ergibt, bezieht sich Art. 1 (zu § 1 Abs. 1, 2 des Ges.) der WD. v. 5. Dez. 1933 auf die nach § 1 des Ges. zu treffende Entsch. darüber, wer als Erbkranker unfruchtbar gemacht werden kann. Art. 6 WD. v. 5. Dez. 1933 bezieht sich auf § 12 des Ges., welcher die Ausführung der Unfruchtbarmachung regelt. Der Fall, daß der Eingriff eine Gefahr für das Leben des Erbkranken bedeuten würde, liegt dann vor, wenn infolge der körperlichen Beschaffenheit der Erbkranke bei oder durch die Vornahme des Eingriffs in Lebensgefahr gerät und eine Abänderung dieses Zustandes nicht zu erwarten ist. Wenn eine Bescheinigung des zuständigen Amtsarztes nicht vorliegt, so wird diese ersetzt durch die Feststellung des ErbgesGer. Dieses muß in einem solchen Falle dann den gestellten Antrag auf Unfruchtbarmachung ablehnen (JW. 1936, 2776<sup>1</sup>). Art. 7 WD. v. 25. Febr. 1935 trifft Bestimmungen für den Fall, daß das ErbgesGer. die Unfruchtbarmachung angeordnet hat und bei dem ausführenden Arzte Bedenken entstehen, ob der Eingriff zur Zeit ohne Schädigung der Gesundheit oder des Lebens des Erbkranken vorgenommen werden kann.

Im vorl. Falle liegt der Fall des Art. 1 WD. v. 5. Dez. 1933 nicht vor, denn ihrer körperlichen Beschaffenheit nach be-



deutet der Eingriff keine Gefahr für das Leben der Erbkranken. Die Beschw. konnte daher keinen Erfolg haben und mußte zurückgewiesen werden.

(ErbgesObGer. Raumburg, Beschl. v. 20. Aug. 1936 Wg 265/36.)

**Anmerkung:** Der Auffassung des ErbgesObGer. ist beizutreten.

An Art. 1 der 1. AusfB.D. v. 5. Dez. 1933 (RGBl. I, 1021) ist zwar nur gesagt, daß der Antrag auf Unfruchtbarmachung nicht gestellt werden soll, wenn der Erbkrankverdächtige fortpflanzungsunfähig ist, wenn mit dem ärztlichen Eingriff Lebensgefahr verbunden ist, wenn der Erbkrankverdächtige wegen Anstaltsbedürftigkeit in einer geschlossenen Anstalt dauernd verwahrt wird. Inbesseren wird damit ein Prüfungsrecht des ErbgesObGer. nicht ausgeschlossen, wenn im Einzelfalle der Antrag trotzdem gestellt wird.

a) Daß in dem ersten der genannten Fälle (mangelnde Fortpflanzungsfähigkeit) ein die Unfruchtbarmachung anordnender Beschluß nicht ergehen kann, bedarf keiner besonderen Begründung. Der Zweck des Gesetzes ist es, erbkranken Nachwuchs zu verhüten. „Wenn aber erbkranker Nachwuchs schon aus natürlichen Gründen nicht erwartet werden kann, so bedarf keine Veranlassung zu einer Verhütung und wäre ein Eingriff zur Unfruchtbarmachung völlig sinnlos“ (so Güttn-Rüdlin-Rüttke, Zur Verhütung erbkranken Nachwuchses, 2. Aufl. 1936, 181).

b) Für den zweiten Fall der Lebensgefahr wird bei Güttn-Rüdlin-Rüttke (a. a. O. S. 182) folgendes ausgeführt: „Ergibt sich erst im Laufe des Verfahrens, daß die Voraussetzungen der Lebensgefahr vorliegen, so kann das Gericht den Antrag auf Unfruchtbarmachung ablehnen. Es folgt dies ebenso wie bei der Fortpflanzungsunfähigkeit schon aus der hier erläuterten Gesetzesbestimmung. Wenn Art. 1 Abs. 2 der 1. AusfB.D. die Antragstellung bei bestehender Lebensgefahr verhindern will, so besteht erst recht keine Veranlassung, einen Beschluß auf Unfruchtbarmachung zu erlassen. Das steht nicht im Gegensatz zu Art. 7 der 3. B.D. Dort wird die Entsch., ob der Eingriff wegen Lebensgefahr anzusetzen sei, in die Hand des Amtsarztes gelegt. Es ist aber Voraussetzung, daß bereits ein rechtskräftiger Beschluß auf Unfruchtbarmachung vorliegt. Daraus kann nicht gefolgert werden, daß die Frage der Lebensgefahr überhaupt erst dann geprüft werden soll, wenn bereits die Unfruchtbarmachung rechtskräftig beschlossen worden ist. Vielmehr ist durch Art. 7 noch eine weitere Sicherung eingeschoben, um eine Gefährdung der Erbkranken zu verhindern. Keinesfalls kann aber daraus geschlossen werden, daß es nur diese eine Sicherung geben soll. Abgesehen davon wäre es mit dem Sinn und der Würde des ErbgesObGer. nicht zu vereinbaren, wenn es gezwungen sein sollte, einen Beschluß zu erlassen, von dem es von vornherein weiß, daß er doch nicht durchgeführt werden kann. Dem Art. 7 wird dadurch keinesfalls seine wichtige Bedeutung genommen; denn in sehr vielen Fällen wird die Frage der Lebensgefahr des Eingriffs erst auftauchen, wenn der Erbkranken bereits im Krankenhaus ist und der Vorbehandlung vor der Vornahme des Eingriffs unterzogen wird.“

Zu diesen Ausführungen ist ergänzend nur noch folgendes zu bemerken:

Durch das Zweite Gesetz zur Änderung des ErbkrNachwGes. v. 4. Febr. 1936 (RGBl. I, 119) i. Verb. m. Art. 1 der 5. AusfB.D. v. 25. Febr. 1936 (RGBl. I, 122) ist es zugelassen worden, bei der Frau die Unfruchtbarmachung durch Strahlenbehandlung vorzunehmen, wenn die Frau 38 Jahre alt ist oder wenn die Vornahme eines chirurgischen Eingriffs wegen besonderer Umstände mit Gefahr für Leben oder Gesundheit der Frau verbunden oder aus gesundheitlichen Gründen ohnedies eine Strahlenbehandlung der Geschlechtsorgane erforderlich ist und der Leiter des Gesundheitsamts der Strahlenbehandlung zustimmt. Die Strahlenbehandlung ist in allen Fällen von der Einwilligung der Frau abhängig. Die Möglichkeit, die Unfruchtbarmachung durch Strahlenbehandlung vorzunehmen, wird das Gericht bei der Prüfung der Frage, ob Lebensgefahr besteht, zu berücksichtigen haben. Es wird also eine Erklärung der Frau darüber herbeiführen müssen, ob sie für den Fall, daß die Unfruchtbar-

machung angeordnet wird, mit der Strahlenbehandlung einverstanden ist.

Es ist möglich, daß die Vornahme des chirurgischen Eingriffs nur vorübergehend eine Lebensgefahr für den Erbkranken bedeutet. Deshalb ist in Art. 6 Abs. 3 der 1. AusfB.D. i. d. Fass. von Art. 7 der 3. AusfB.D. ausdrücklich bestimmt, daß im „Vollstreckungsverfahren“ die Aussetzung der Unfruchtbarmachung im Hinblick auf die damit verbundene Gefahr nur auf bestimmte Zeit erfolgen darf. Vor jeder Verlängerung der Aussetzung hat der Amtsarzt erneut zu prüfen, ob die für die Aussetzung maßgebenden Gründe noch fortbestehen. Dem ErbgesObGer. wird man in solchen Fällen gestatten müssen, über den Antrag alsbald sachlich zu entscheiden, und die Entsch. über den Zeitpunkt der Unfruchtbarmachung dem Amtsarzt zu überlassen. Das ErbgesObGer. sagt deshalb in dem vorstehend abgedruckten Beschluß mit Recht, daß das ErbgesObGer. den Antrag auf Unfruchtbarmachung nur dann ablehnen muß, wenn mit dem Eingriff dauernd Lebensgefahr verbunden ist.

Daß in dem entschiedenen Falle Lebensgefahr nicht bestand, braucht nicht besonders betont zu werden.

c) Schließlich soll der Antrag auf Unfruchtbarmachung nicht gestellt werden, wenn der Erbkranken wegen Anstaltsbedürftigkeit in einer geschlossenen Anstalt dauernd verwahrt werden muß. Auch in solchem Falle wäre die Durchführung einer Unfruchtbarmachung zwecklos; denn durch die Verwahrung in einer geschlossenen Anstalt ist die Gewähr dafür gegeben, daß eine Fortpflanzung nicht erfolgt. Es braucht deshalb auch kein die Unfruchtbarmachung anordnender Beschluß zu ergehen. Kann das Gericht sich nicht davon überzeugen, daß dauernde Anstaltsbedürftigkeit vorliegt, so wird man es dem Gericht überlassen können, darüber zu befinden, ob schon jetzt sachlich entschieden oder ob das Verfahren für die Zeit der Anstaltsbedürftigkeit ausgesetzt wird.

AGB. Maßfeller, Berlin.

\*

22. Art. 3 der 2. B.D. v. 29. Mai 1934 z. ErbkrNachwGes.; § 21 FGG. Die für das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zweifellosen Folgen der Rücknahme der Beschw. sind für das Erbgesundheitsverfahren abzulehnen. Trotz Rücknahme der Beschw. ist das Verfahren durchzuführen. †)

Das ErbgesObGer. G. hat auf Antrag des Amtsarztes die Unfruchtbarmachung wegen erblicher Fallsucht angeordnet.

Der Betroffene bestreitet in seiner Beschw., daß seine Anfälle auf erbliche Fallsucht zurückzuführen seien und macht weiter geltend, er sei von zwei Spezialärzten mit gutem Erfolg behandelt worden. Nachdem sein Antrag auf Aussetzung des Verfahrens abgelehnt war, schrieb der Beschw. an das ErbgesObGer.:

„Wenn trotz aller Einwendungen gegen die Entsch. des Gerichts meine Angelegenheit nicht verschoben werden kann, bleibt mir nichts weiter übrig, als mich darein zu ergeben, daß ich mich dem Beschluß des ErbgesObGer. G. v. 8. Juli 1936 füge, und ich ziehe deshalb meine Beschw. gegen diesen Beschluß zurück, so daß meiner Unfruchtbarmachung nichts mehr im Wege stehen dürfte.“

Trotz dieser Rücknahme beschloß das ErbgesObGer. in seiner Sitzung v. 26. Okt. 1936 das Verfahren weiterzuführen.

Auf die Beschw. kann unter Wahrung der Form des Art. 3 der 2. B.D. v. 29. Mai 1934 verzichtet werden. Eine Zurücknahme der Beschw. ist im ErbgesObGer. ebensowenig wie in dem entsprechend anzuwendenden FGG. ausdrücklich vorgesehen, aber allgemein als zulässig anerkannt. Über die Wirkung der Zurücknahme schreibt Schlegelberger in Anm. 7 zu § 21 FGG. S. 284, „die Zurücknahme der Beschw. hat die Beendigung des Verfahrens mit der Wirkung zur Folge, daß eine Entsch. über die zurückgenommene Beschw. unwirksam ist“.

Güttn-Rüdlin-Rüttke erwähnen die Möglichkeit der Zurücknahme der Beschw. nicht. Sie führen aber bei den Erörterungen darüber, ob auf die Beschw. und die Zustellung des Beschlusses verzichtet werden kann, aus, daß auch rechtspoliti-

sche Erwägungen für die Entsch. der ErbgesGer. in Betracht kommen, und daß formale oder verfahrenstechnische Gesichtspunkte nicht ausschlaggebend sein können. Nicht rechtspolitische, vielmehr staats- und rassenpolitische Erwägungen geben in dem vorl. Falle dem ErbgesObGer. Anlaß, die für das Verfahren in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit zweifelsfreie Folge der Rücknahme der Beschw., wie sie S c h l e g e l b e r g e r präzise formuliert, für das Erbgesundheitsverfahren abzulehnen. „Das Erbgesundheitsverfahren dient ausschließlich und allein dem Wohle der Volksgemeinschaft.“ Ein nicht erkrankter deutscher Volksgenosse ist auf jeden Fall wichtiger für die Volksgemeinschaft als ein Erbkranker. Die Verpflichtung der ErbgesGer., „weitere Vererbung von Geisteskrankheiten und schweren Erbleiden zu verhüten“, findet ihre wesentlichste Ergänzung darin, nichtkranke Volksgenossen dem Staat in voller Gesundheit zu erhalten. Das ErbgesObGer. hatte Zweifel an der Erbkrankheit, die auch schon der Amtsarzt durch die Form seiner Antragstellung zum Ausdruck gebracht hatte. Es hat deshalb die Begutachtung des Beschw. beschlossen. Die Durchführung dieses Beschlusses und damit unter Umständen die Feststellung, daß Beschw. nicht erkrankt ist und die Unfruchtbarmachung abgelehnt werden muß, kann durch Rücknahme der Beschw. nicht unmöglich gemacht werden. Trotz Rücknahme der Beschw. ist das einmal an das ErbgesObGer. gebrachte und von ihm sachlich bearbeitete Verfahren im Interesse des Erbkranken und des Staates durchzuführen. Nur eine auch sachlich richtige Entsch. kann das Verfahren befriedigend beenden.

(ErbgesObGer. Darmstadt, Beschl. v. 25. Jan. 1937, Wg 321/36.)

**Anmerkung:** Ich trage keine Bedenken, mich der Auffassung des ErbgesObGer. anzuschließen.

Die Frage, ob eine einmal eingelegte Beschw. rechtswirksam zurückgenommen werden kann, so daß eine Entsch. des Beschw. nicht ergeht, wird nicht für alle möglichen Fälle einheitlich beantwortet werden können. Man wird vielmehr unterscheiden müssen.

a) Der Erbkrankverdächtige hat Beschw. eingelegt, nachdem das ErbgesGer. seinen eigenen oder den von Amts wegen gestellten Antrag auf Unfruchtbarmachung abgelehnt hat. Daß dem Erbkrankverdächtigen in solchem Falle das Beschwerderecht zusteht, wird heute wohl allgemein anerkannt. Bei diesem Sachverhalt kann der Erbkrankverdächtige die von ihm eingelegte Beschw. zurücknehmen; eine Entsch. des ErbgesObGer. kann auf seine Beschw. nicht ergehen. Das folgt m. E. zweifelsfrei aus der Vorschrift in § 2 Abs. 3 ErbkrNachwGes., wo ausdrücklich angeordnet ist, daß der Erbkrankverdächtige einen von ihm gestellten Antrag auf Unfruchtbarmachung zurücknehmen kann. Dieses Rücknahmerecht besteht auch dann, wenn die Ermittlungen bereits zweifelsfrei ergeben haben, daß die Voraussetzungen für die Anordnung der Unfruchtbarmachung vorliegen. Es ist in solchem Falle zwar selbstverständliche Pflicht des Amtsarztes, sich rechtzeitig dem Verfahren anzuschließen. Aber das ändert nichts daran, daß der Unfruchtbarzumachende selbst nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift den Antrag zurücknehmen kann.

Was in diesem Falle für den Antrag gilt, muß auch für die Beschw. des Erbkranken gelten, mit der die Anordnung der Unfruchtbarmachung verfolgt wird.

b) Hat der Erbkrankverdächtige Beschw. eingelegt, nachdem das ErbgesGer. die Unfruchtbarmachung angeordnet hat, erstrebt er also die Ablehnung der Unfruchtbarmachung, so wird man auch in diesem Falle die Zurücknahme der Beschw. grundsätzlich für zulässig halten müssen. Denn es ergibt sich zweifelsfrei aus dem Gesetz, daß es der Entsch. des Erbkrankverdächtigen überlassen bleiben soll, ob er eine Entsch. des ErbgesObGer. herbeiführen will; er kann die Beschwerdefrist ungenützt verstreichen lassen oder vor Ablauf der Beschwerdefrist auf das Rechtsmittel der Beschw. verzichten.

Von diesem Grundsatz muß aber doch wohl eine Ausnahme zugelassen werden. Wenn das ErbgesObGer. sich schon mit der Sache befaßt und Zweifel an der Richtigkeit der angefochtenen Entsch. hat, kann die Zurücknahme der Beschw. die sachliche Entsch. nicht hemmen. Es ist, wie das ErbgesObGer.

mit Recht hervorhebt, die Pflicht der Erbgesundheitsbehörden, darüber zu wachen, daß die Unfruchtbarmachung nur dann durchgeführt wird, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen hierzu vorliegen; denn der Staat hat ein großes Interesse daran, daß nur solche Personen von der Fortpflanzung ausgeschlossen werden, die erkrankt sind (deshalb auch die Sicherung gegen unbegründete Eingriffe in § 14 des Gesetzes i. d. Fassung des 1. AdG. vom 26. Juni 1935 [RGBl. I, 773]). Würde man dem ErbgesObGer. die sachliche Entsch. versagen, so müßte es seine Bedenken gegen die Anordnung der Unfruchtbarmachung dem ErbgesGer. mitteilen. Dieses wiederum müßte nach § 12 Abs. 2 des Gesetzes von Amts wegen die Wiederaufnahme des Verfahrens anordnen; denn die Bedenken des ErbgesObGer. müßten sicherlich als Umstände i. S. dieser Vorschrift angesehen werden, „die eine nochmalige Prüfung des Sachverhalts erfordern“. Die Wiederaufnahme müßte auch dann angeordnet werden, wenn der Erbkrankverdächtige sich dem Eingriff unterziehen will. Bei dieser Sach- und Rechtslage ist es aber sachgemäßer und richtiger, wenn das ErbgesObGer. selbst die für erforderlich erachtete Prüfung vornimmt.

c) Auf die Frage, ob auch der Amtsarzt und der Leiter einer Kranken-, Heil- oder Pflegenanstalt oder einer Strafanstalt die von ihnen eingelegte Beschw. zurücknehmen können, soll hier nicht näher eingegangen werden. Bei der Entsch. dieser Frage wird u. a. von Bedeutung sein, ob man diesen Personen trotz Fehlens einer dem § 2 Abs. 3 des Gesetzes entsprechenden Bestimmung in § 3 das Recht einräumt, den von ihnen gestellten Antrag auf Unfruchtbarmachung zurückzunehmen. Gält man ein solches Recht nicht für gegeben, so bestehen immerhin Bedenken, eine Zurücknahme der Beschw. zuzulassen. Doch soll abschließend zu dieser Frage hier nicht Stellung genommen werden.

AGR. Maßfeller, Berlin.

\*

23. Art. 2 B. D. v. 25. Febr. 1935. Die Bestellung des Verfahrenspflegers setzt voraus, daß der Unfruchtbarzumachende seine Belange wegen krankhaften Geisteszustandes nicht selbst wahrnehmen kann. Bei sporadischer Taubheit muß diese einwandsfrei festgestellt werden, damit die Unfruchtbarmachung wegen erblicher Taubheit angeordnet werden kann. j)

Das ErbgesGer. hat der E. einen Verfahrenspfleger bestellt. Diese Bestellung entsprach nicht den gesetzlichen Vorschriften. Der Verfahrenspfleger ist nach Art. 2 der B. D. v. 25. Febr. 1935 für einen Unfruchtbarzumachenden nur dann zu bestellen, wenn jener wegen krankhaften Geisteszustandes seine Belange nicht selbst wahrnehmen kann. Eine Prüfung, daß E. wegen krankhaften Geisteszustandes ihre Belange nicht wahrnehmen kann, hat das ErbgesGer. überhaupt nicht angestellt. Nach ihrem Entlassungszeugnis der Taubstummenanstalt in S. ist weder Schwachsinn noch ein sonstiger krankhafter Geisteszustand vorhanden. Zur Bestellung des Verfahrenspflegers lag daher kein Anlaß vor. Zur Bestellung eines Gebrechlichkeitspflegers nach § 1910 BGB. hätte ihre Einwilligung eingeholt werden müssen. Auch dies ist nicht geschehen. Von der Bestellung des Verfahrenspflegers darf nur dann Gebrauch gemacht werden, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen, da durch die Bestellung dieses Pflegers die Rechte des Vertretenen erheblich beschränkt werden. Denn nur der Pfleger allein ist beschwerdeberechtigt. Deshalb ist die Pflégenschaft aufgehoben worden. Es muß sowohl die Beschw. des Pflegers wie die der E. für zulässig erachtet werden. Beide Beschw. sind form- und fristgerecht eingelegt worden. Ihnen konnte auch der Erfolg nicht versagt werden. Als erbliches Ohrenleiden kann hier nur die sporadische Taubheit in Frage kommen. Deutendige Anzeichen für dieses Leiden hat der fachärztliche Befund nicht ergeben. Dagegen spricht, daß völlige Taubheit ohne Hörreste vorliegt. In der Sippe sind Fälle von Schwerhörigkeit oder Taubheit nicht festzustellen, obwohl die beiden Großväter der Beschw. denselben Vater hatten. Nicht ausgeschlossen ist es, daß der Verlust des Gehörs auf die Vorgänge bei und kurz nach der Geburt zurückzuführen ist. Der Nachweis, daß die Taubheit auf Erbanlage beruht, ist einwandsfrei nicht

zu führen. Deshalb mußte der Beschluß des ErbgesGer. aufgehoben und der Antrag auf Unfruchtbarmachung abgelehnt werden.

(ErbgesObGer. Raumburg, Beschl. v. 16. Okt. 1936, Wg 209/36.)

**Anmerkung:** Der Entsch. des ErbgesObGer. ist beizutreten. Nach der keinen Zweifel lassenden Bestimmung in Art. 2 der 3. AusfW.D. z. ErbkrNachwGes. v. 25. Febr. 1935 (RGBl. I, 299) kann von dem ErbgesGer. oder dem ErbgesObGer. ein Verfahrenspfleger nur solchen Personen bestellt werden, die „wegen krankhaften Geisteszustandes“ ihre Belange vor dem Gericht nicht selbst wahrnehmen können. Darin liegt das Verbot, eine Verfahrensplegerschaft für solche Personen anzuordnen, die nur wegen körperlicher Gebrechen sich nicht selbst vertreten können; im Rahmen des ErbkrNachwGes. rechnen hierzu hauptsächlich Personen, die an angeborener Blindheit, angeborener Taubheit oder schwereren erblichen körperlichen Mißbildungen leiden (§ 1 Abs. 2 Nr. 6—8 des Ges.). Ihnen kann also ein Verfahrenspleger auf Grund von Art. 2 der 3. AusfW.D. nicht bestellt werden, es sei denn, daß nicht nur ihr körperlicher Zustand, sondern auch ihr etwa krankhaft veränderter Geisteszustand ihnen die ordnungsmäßige Wahrnehmung ihrer Belange vor dem ErbgesGer. unmöglich macht.

Die Unterscheidung ist auch sachlich gerechtfertigt. Personen, die wegen krankhafter Veränderung ihres Geisteszustandes ihre Belange nicht selbst wahrnehmen können, werden in der Regel sich auch kein sachliches Urteil darüber bilden können, ob sie sich selbst vertreten können oder ob sie für die Bestellung eines Vertreters sorgen müssen. Zu ihrem Schutze mußte deshalb etwas getan werden. Die bisher bestehenden Vorschriften, insbes. § 1910 BGB., reichten nicht aus. Die Schwierigkeiten, die sich bei der Anwendung des § 1910 BGB. in der Praxis ergeben haben, habe ich in *JW*. 1935, 755 insbes. 757 dargelegt (vgl. jetzt auch *Gütt-Rüd-Ruttke*, Zur Verhütung erbkranken Nachwuchses, 2. Aufl. 1936, Erl. zu Art. 2 der 3. AusfW.D., S. 196 ff.). Sie bestanden insbes. darin, daß die Bestellung eines Pflegers durch das VormGer. nach § 1910 BGB. die Einwilligung des Gebrechlichen grundsätzlich zur Voraussetzung hat. Die Einwilligung ist nur dann nicht erforderlich, wenn mit dem Gebrechlichen eine Verständigung nicht möglich ist (§ 1910 Abs. 3 BGB.). Der geistig Gebrechliche (insbes. der Schwachmünnige) wird in vielen Fällen die Notwendigkeit einer Pflegerschaftsanordnung nicht einsehen (mangelnde Krankheitseinsicht) und deshalb seine Einwilligung zur Bestellung eines Pflegers nicht geben. Andererseits wird aber nur in verhältnismäßig wenigen Fällen angenommen werden können, daß eine Verständigung mit dem Erbkrankverdächtigen nicht möglich ist. Es entfiel deshalb recht häufig die Möglichkeit, einem geistig Kranken, der nicht die erforderliche Einsicht besaß, die notwendige oder doch wünschenswerte Vertretung durch einen besonderen Pfleger zuteil werden zu lassen. Dieser Zustand ist durch Art. 2 der 3. AusfW.D. beseitigt worden.

Leidet der Erbkrankverdächtige nur an einem körperlichen Gebrechen, so reichen die früheren Bestimmungen dagegen aus. Er ist in der Lage, selbst zu beurteilen, ob er seine Angelegenheit vor dem ErbgesGer. und ErbgesObGer. selbst vertreten kann oder ob er einen Vertreter hiermit beauftragen muß. Ihm kann und soll es deshalb auch überlassen bleiben, frei darüber zu entscheiden, ob er sich selbst vertreten will, ob er einen Vertreter beauftragen oder sich einen Pfleger vom VormGer. bestellen lassen will.

Auch wenn man die Wirkungen der Pflegerbestellung nach Art. 2 der 3. AusfW.D. betrachtet, wird man sofort erkennen, daß ein Unterschied zwischen körperlich und geistig Kranken gemacht werden muß. „Die Bestellung eines Pflegers (nach Art. 2 der 3. AusfW.D.) hat sehr weitreichende Folgen für den Betroffenen. Er verliert damit für das Erbgesundheitsgerichtsverfahren die Fähigkeit, sich selbst zu vertreten. Der Pfleger allein kann für ihn rechtserhebliche Erklärungen abgeben. Der Pfleger allein kann also Beschw. einlegen oder einen Rechtsmittelverzicht aussprechen. Die Prüfung der Frage der Fähigkeit des Betroffenen, seine Belange im Verfahren selbst wahrzunehmen, muß also im vollen Bewußtsein der damit verbundenen Verantwortung erfolgen und darf nicht als eine nur formale Verfahrensangele-

genheit angesehen werden“ (*Gütt-Rüd-Ruttke* a. a. O. S. 198 unter 13 a). Es ist selbstverständlich, daß eine solche Beschränkung der rechtlichen Handlungsfähigkeit eines Erbkrankverdächtigen nur dann Platz greifen kann und darf, wenn der Erbkrankverdächtige eben durch seine geistigen Kräfte gehindert ist, selbst sachdienliche Bestimmungen zu treffen. Dem nur körperlich, aber nicht auch geistig Kranken fehlt diese Fähigkeit nicht. Seine rechtliche Handlungsfähigkeit darf nicht beschränkt werden. Das ErbgesGer. oder ErbgesObGer. kann dem körperlich Gebrechlichen im einzelnen Falle nahelegen, sich entweder selbst einen Vertreter zu bestellen oder das VormGer. um die Bestellung eines Pflegers gem. § 1910 BGB. zu bitten. Die Entsch. hierüber bleibt aber dem eigenen Ermessen des Erbkrankverdächtigen überlassen.

AGR. Maßfeller, Berlin.

## Oberlandesgerichte

24. § 196 Ziff. 14 BGB. Bei der Gesamtvergütung, welche die Krankenkassen an die Kassenärztliche Vereinigung zahlen, handelt es sich um Vergütungsansprüche der einzelnen Kassenärzte für ihre Dienstleistungen gegenüber den Krankenkassen. Die Gesamtvergütung verjährt deshalb in zwei Jahren.

Die Vereinigung von Betriebs-, Innungs- und Landkrankenkassen in K. hat im Auftrag und Vollmacht auch der Kassenärztlichen Vereinigung in K. über die kassenärztliche Versorgung am 22. Dez. 1932 einen Gesamtvertrag geschlossen. Dieser Vertrag, der nach seiner Einleitung der Durchführung und Ergänzung des zwischen den beiderseitigen Landesverbänden abgeschlossenen Mantelvertrages dient, bestimmt über die Vergütungen ärztlicher Leistungen, daß dafür eine Gesamtvergütung gewährt werde, deren Höhe sich nach dem Kopfschale und der durchschnittlichen Mitgliederzahl jeder Kasse richte. Dieses Kopfschale sollte für jede Kasse besonders berechnet und in einer Anlage, die einen Bestandteil des Vertrages bilde, aufgeführt werden.

Die Bekl. hat nun nach einem von ihr errechneten Kopfschale die Vergütungen an die Kassenärztliche Vereinigung gezahlt.

Als die Kl. im Jahre 1935 die Unterlagen für die Berechnung des Kopfschales nachprüfen ließ, stellte sich heraus, daß — wenn das Kopfschale nach den Bestimmungen des zwischen den Spitzenverbänden der Ärzte und Krankenkassen am 6. Juli 1932 geschlossenen Vergütungsabkommens errechnet wird — die Bekl. zu wenig gezahlt hat.

Die Kl. hat am 31. Dez. 1935 gegen die Bekl. Zahlungsbefehl beantragt. Die Bekl. hat daraufhin am 19. Febr. 1936 ... *R.M.* auf die für die Jahre 1933—35 errechnete Schuld bezahlt.

Das LG. hat die Bekl. zur Zahlung weiterer ... *R.M.* für 1932 verurteilt, im übrigen aber die Klage abgewiesen. Zur Begründung führt es an: die Forderung der Kl. auf Zahlung der Fehlbeträge sei erst am 19. Febr. 1936 entstanden, als die Bekl. durch die Teilzahlung die Nachforderungsansprüche der Kl. anerkannt habe. Dadurch erst sei der Gesamtvertrag und damit auch das fälligkeitserwerbende festgesetzte Kopfschale abgeändert worden. Gesetze (NotW.D. v. 8. Dez. 1931 und VertragsD. v. 30. Dez. 1931) und die allgemeinen vertraglichen Abmachungen der Spitzenverbände (der Mantelvertrag und das Vergütungsabkommen v. 6. Juli 1932) reichten für sich allein nicht aus, um zwischen den örtlich zuständigen kassenärztlichen Vereinigungen und den einzelnen Krankenkassen schuldrechtliche Beziehungen Ansprüche zur Entstehung zu bringen; hierzu bedürfe es noch des Gesamtvertrages. Am 19. Febr. 1936 sei der Anspruch auf Zahlung der Fehlbeträge zugleich auch fällig geworden; eine rückwirkende Fälligkeit sei nicht vereinbart worden. Danach habe eine Verjährung überhaupt erst vom 19. Febr. 1936 zu laufen begonnen. Selbst wenn aber der Klageanspruch schon 1932 begründet worden sei,

wäre er nicht verjährt, da für ihn die verkürzte Verjährungsfrist des § 196 Ziff. 14 BGB. nicht gelte.

Gegen das Urteil haben beide Parteien Berufung eingelegt.

Die Kl. verlangt auf Grund ihrer vertraglichen Beziehungen zu der Bekl., daß diese ihr das gewähre, was sie an Vergütungen für das Jahr 1932 unter Zugrundelegung des Vergütungsabkommens zu wenig gezahlt hat. Das setzt voraus, daß die Leistungen des auf dieser Grundlage Berechneten Schuldgegenstand geworden war.

Wenn das LG. sich auf eine angebliche Vereinbarung vom 19. Febr. 1936 stützt, so kann dem nicht gefolgt werden: Die Bekl. mag durch die Zahlung der Unterschiedsbeträge für die Jahre 1933—35 die Nachforderungsansprüche für diese Zeit grundsätzlich anerkannt haben. Aus der Zahlung für 1933—35 kann aber nicht — wie das LG. angenommen hat — eine Willenserklärung dahin gelesen werden, das Anerkenntnis solle auch für 1932 gelten. In dieser Weise kann also nicht die vertragliche Festlegung des Kopfpauschals in dem Gesamtvertrag abgeändert worden sein. Überdies hätte, da nach § 368 Abs. 1 RVD. i. d. Fass. v. 14. Jan. 1932 der kassenärztliche Dienst durch schriftlichen Vertrag geregelt werden soll, eine Änderung des Gesamtvertrags schriftlich geschehen müssen. Diese Vorschrift stellt das Erfordernis der Schriftform ganz allgemein auf; nur für das Zustandekommen des Einzelvertrags genügt die einseitige schriftliche Erklärung des Arztes (§ 368 Abs. 3 RVD.). Die Anordnung der Schriftform ist also nicht — wie die Kl. meint, ein gegenstandslos gewordenes Überbleibsel aus der Zeit, da es noch keine Gesamtverträge gab. Ohne Einhaltung der Schriftform wäre die abändernde Vereinbarung aber nichtig (§ 125 BGB.).

Die Kl. meint, die Bekl. habe von Anfang an geschuldet, was sich aus dem Vergütungsabkommen ergebe, denn die Bestimmungen dieses Abkommens seien unmittelbar Inhalt des Gesamtvertrags, auch wenn die Parteien des Gesamtvertrags etwas anderes vereinbart hätten. Dieser Ansicht kann der Senat nicht beitreten.

§§ 368 f. RVD. in der vor der RotVD. v. 8. Dez. 1931 geltenden Fassung bestimmte zwar: Falls die zum Reichsausschuß wahlberechtigten Verbände zentrale Festsetzungen über die den Ärzten von den Krankenkassen zu gewährenden Vergütungen treffen wollen, können sie diese Festsetzungen dem Reichsausschuß übertragen; sie können sich statt dessen auch über die Wahl eines unparteiischen Schiedsgerichts und dessen Besetzung sowie über die Wirkung seiner Schiedsprüche einigen. Daraus ist zu schließen, daß unmittelbar wirksame Festsetzungen über die Arztvergütung getroffen werden konnten, die dann ohne weiteres nach Art von Rechtsätzen in dem Verhältnis zwischen Arzt und Kasse anzuwenden waren (Richter-Sonnenberg, „Die kassenärztlichen Rechtsverhältnisse“, 1930, S. 74). Auf diese Vorschrift konnte das Vergütungsabkommen v. 31. Juli 1931 und 21. Aug. 1931 — abgedr. bei Heinemann, „Kassenarztrecht“, 2. Aufl. 1932, S. 157, 164 — zur Zeit seines Abschlusses gestützt werden und damit normative Wirkung unabhängig von der Unterwerfung der einzelnen Krankenkassen und Ärzte erhalten. Dem, was Beyer in den „Ärztlichen Mitteilungen“ v. 15. Aug. 1931, S. 673 f. über die Wirkung dieses Abkommens und Dersch in den „Ärztlichen Mitteilungen“ Nr. 8, 1926 über die Wirkung noch älterer Abkommen ausführt, wird danach zugestimmt sein. Die Bedenken, die das LG. Oppeln in seinem Urteil v. 27. Okt. 1932 („Betriebskrankenkasse“ 1933, 75) aus § 414 RVD. a. F. dagegen herleiten will, dürften nicht zutreffen.

Der § 368 f. RVD. a. F. ist aber in den neuen, auf der RotVD. v. 8. Dez. 1931 beruhenden Text der RVD. nicht mehr aufgenommen worden und die besondere Wirkung zentraler Vergütungsfestsetzungen damit beseitigt. Das Vergütungsabkommen v. 31. Juli und 21. Aug. 1931 wurde von da an, und das Vergütungsabkommen v. 6. Juli 1932 wird überhaupt nur dadurch in die Praxis übergeführt, daß die Vertragsparteien verpflichtet sind, auf ihre Untergliederungen und Mitglieder einzutreten, es beim Abschluß von Mantel-

Gesamtverträgen zu berücksichtigen. Die Abkommen können nach Form und Inhalt auch nicht selbst als Mantelverträge angesehen werden, sie bezeichnen auch keinen Teil als allgemeingültig. In diesem Sinne sprechen sich Richter: „Das Kassenarztrecht“ 1931/32, S. 105 und Heinemann, „Kassenarztrecht“, 3. Aufl., S. 276 aus, und auch die von der Kl. angeführte Entsch. des Reichsschiedsamts v. 28. Jan. 1933 („Betriebskrankenkasse“ 1933, 97) bringt zum Ausdruck, daß die Vorschriften des Vergütungsabkommens keine zwingenden Rechtsvorschriften aufstellen. Die dort näher behandelte Frage, inwieweit dem Abkommen für die Schlichtungsentscheidungen der Schiedsinstanzen Rechtswirkung zukommt, kann dahingestellt bleiben.

Der Klageanspruch, insbes. auch der Zinsanspruch, ist schon daher unbegründet.

Ob die Kl. deshalb den Vertrag wegen Irrtums anfechten könnte, weil die Parteien für die Berechnung des Kopfpauschals das Vergütungsabkommen haben anwenden wollen, aber unrichtige Angaben der Bekl. dazu verwendet haben, kann ungeprüft bleiben, da die Kl. nicht dargetan hat, daß die formellen Voraussetzungen der Irrtumsanfechtung (§ 121 BGB.) gegeben sind.

Selbst wenn aber das Vergütungsabkommen unmittelbarer Inhalt des Gesamtvertrags wäre und damit der Klageanspruch an sich begründet wäre, stünde dem Anspruch auf die Rückstände für das Jahr 1932 die Einrede der Verjährung entgegen. Zur Rechtfertigung dieses Ergebnisses bedarf es eines näheren Eingehens auf das Wesen des Klageanspruchs überhaupt:

Damit die ärztliche Behandlung, der die Krankenversicherung ihre Versicherten und deren Familienangehörigen zuführt, ihre volle Wirkung entfalten kann, muß sie Sachleistung sein, darf nicht durch Geld abgelöst werden (§§ 370, 370 a RVD.). Deshalb muß die Krankenkasse sich ärztliche Berufsleistungen durch Eingehen entsprechender Rechtsverhältnisse sichern.

Für die erste Zeit der Rechtsbeziehungen zwischen Ärzten und Krankenkassen bildete die Vereinbarung zwischen dem einzelnen Arzt und der einzelnen Kasse die Regel. Seitdem ist der kollektivistische Einschlag und die staatliche Allgemeinregelung immer stärker geworden: der Einzelvertrag muß sich streng im Rahmen dessen halten, was die beiderseitigen Interessensverbände kollektiv vereinbart haben, wobei wiederum der Vereinbarung durch Rechtsätze Schranken gezogen sind. Trotzdem gilt das Kassenarztrecht — mindestens bis zum Jahre 1933 — in einem Einzelrechtsverhältnis zwischen der Krankenkasse und dem Kassenarzt; nicht irgendeine Vereinigung von Ärzten als solche übernimmt die ärztliche Versorgung der Krankenkassen; um kassenärztliche Tätigkeit für eine Krankenkasse ausüben zu können, muß der Arzt vielmehr einen Einzelvertrag mit der Krankenkasse geschlossen haben. Wie es der liberalen Tradition unserer Rechtsentwicklung und der grundsätzlich individualistischen Ordnung unserer Gesellschaft bis zum Jahre 1933 entspricht, wie es aber auch dem hochqualifizierten und höchst persönlichen Charakter der ärztlichen Berufsleistung angemessen ist, bleibt das Rechtsverhältnis, kraft dessen die Krankenkasse die Tätigkeit des Arztes beanspruchen kann, mindestens bis dahin ein individualistisches.

Das Rechtsverhältnis, das durch den kassenärztlichen Einzelvertrag begründet wird, ist ein Dienstverhältnis. So wird in § 368 Abs. 1 RVD. von kassenärztlichem Dienst und in § 7 Abs. 1 der Vertragsordnung von Einzeldienstvertrag gesprochen. Das ergibt vor allem aber der Inhalt des Verhältnisses.

Denn der Arzt ist seiner Kasse gegenüber in erster Linie verpflichtet, den Kranken — ausreichend und zweckmäßig — zu behandeln (§ 368 d Abs. 1 S. 1 RVD.). Er hat der Kasse mit seinen ärztlichen Leistungen zur Verfügung zu stehen, so daß die Kassenmitglieder und ihre Angehörigen die ihnen zustehende freie Wahl zwischen den Kassenärzten (§ 12 Abs. 1 S. 1 der Vertragsordnung) ausüben und den Arzt ihres Vertrauens zu jeder passenden Zeit anrufen oder herbeirufen können. Daneben stehen die Pflichten zur Ausstellung von Bescheinigungen

(besonders über die Arbeitsunfähigkeit) und zu sonstigen Auskünften und Schreibarbeiten. Der Arzt haftet der Klasse für Pflichtwidrigkeiten und übermäßige Arzneiveranschreibung (§§ 13, 23 der Vertragsordnung). Die Verpflichtungen der Krankenkasse beschränken sich fast völlig auf die Pflicht zur Vergütung der kassenärztlichen Leistungen. Die Höhe und die Berechnung des Entgelts richtet sich in den ersten Zeiten des kassenärztlichen Dienstes nach der einzelnen Vertragsvereinbarung: Die Vergütung wird nach der Einzelleistung, nach Fallpauschale und Kopfpauschale bezahlt. Nach § 8 der Vertragsrichtlinien v. 14. Nov. 1928 läßt die drei Vergütungssysteme nebeneinander zu. Der Arzt kann zu dieser Zeit seinen Anspruch grundsätzlich unmittelbar gegen die Kasse geltend machen. Wenn schon später die Kasse in der Mehrzahl der Fälle an die örtliche kassenärztliche Vereinigung zahlt, so geschieht das durchweg auf Grund einer im einzelnen oder generell den Vereinigungen von den Ärzten erteilten Ermächtigung, die Kassenzahlungen entgegenzunehmen (vgl. RS.: JW. 1931, 1445). Die RotW. v. 8. Dez. 1931 bringt Änderungen in beiden Richtungen: Einmal ist nur noch das Kopfpauschale zulässig; weiter wird die Vergütung nicht an den einzelnen Kassenarzt gezahlt, sondern an die kassenärztliche Vereinigung, die ihrerseits die Verteilung unter den Kassenärzten vornimmt. Damit sollen die Beziehungen zwischen Kasse, Kassenarzt und kassenärztlicher Vereinigung aber nicht grundsätzlich geändert werden; auch jetzt wird bis zur Zahlung der Gesamtvergütung der Anspruch der Ärzte gegen die Kassen als bestehend angenommen, die Zahlung der Gesamtvergütung an die kassenärztliche Vereinigung ist Erfüllung der Kasse in Ansehung ihrer Schuld gegenüber den Ärzten, die ihr Dienste geleistet haben. Das ergibt insbes. § 3 RotW. v. 8. Dez. 1931, § 368 e Abs. 2 S. 1 RWD. i. d. Fass. v. 14. Jan. 1932, wonach die Kasse „mit befreiender Wirkung“ an die kassenärztliche Vereinigung zahlt, und § 33 Abs. 2 S. 2 der zur Ausführung ergangenen Vertragsordnung, wonach mit der Entrichtung der Vergütung an die kassenärztliche Vereinigung die Kasse von ihrer Verpflichtung befreit werde.

Darüber, wie rechtlich das Verhältnis zwischen Kasse, Kassenarzt und kassenärztlichen Vereinigung aufzufassen ist, herrscht im Schrifttum Streit: Richter, „Das Kassenärzterecht von 1931/32“, S. 47, meint, der kassenärztliche Dienstvertrag sei, insoweit er die Vergütung für die Dienste und den Auslagenersatz betreffe, ein Vertrag zugunsten eines Dritten, nämlich der kassenärztlichen Vereinigung, während umgekehrt das durch den Gesamtvertrag begründete Rechtsverhältnis zwischen Kasse und Vereinigung, soweit es sich um die Vergütungsweise handelt, einen Vertrag zugunsten der einzelnen Kassenärzte, also wiederum Dritter, darstelle. Treitel: „Deutsche Krankenkasse“ 1932, 1118 spricht von einer Abtretung des Honoraranspruchs durch Abschluß des Einzelvertrags. Riggemann, „Strukturwandlung in den rechtlichen Beziehungen zwischen Ärzten und Krankenkassen?“, Diss. 1933, begründet den Übergang mit einer gesetzlichen Zession. Seinemann, „Kassenärzterecht“, 3. Aufl., S. 86, erklärt die Einschlebung der kassenärztlichen Vereinigung mit einer Trennung und Zahlstelle. In diesen Konstruktionen kommt aber jedenfalls zum Ausdruck, daß es sich bei der Gesamtvergütung in der Hand der kassenärztlichen Vereinigung um den Vergütungsanspruch des Kassenarztes handelt, nicht um ein Pauschalhonorar, das an die kassenärztliche Vereinigung als solche als Gegenleistung für von ihr übernommene Verpflichtungen und von ihr erbrachte Leistungen zu zahlen ist, wie das AG. Tharandt im Urf. v. 21. Febr. 1936, das AG. Dresden im Urf. v. 2. März 1936, das angefochtene Urteil und Partwich im „Deutschen Ärzteblatt“ 1936, 748 meinen.

Das kassenärztliche Rechtsverhältnis ist jedenfalls im Entwirkungsstand bis 1933 ein Verhältnis des bürgerlichen Rechts: Der Annahme eines öffentlich-rechtlichen Verhältnisses steht zwar an sich nichts entgegen, da doch mindestens auf der Kassenseite eine Person des öffentlichen Rechts steht. Für den bürgerlich-rechtlichen Charakter spricht aber der geschichtliche Zusammenhang: der nach § 368 RWD a. F. geschlossene Vertrag zwischen Krankenkassen und Ärzten war zweifellos ein

bürgerlich-rechtlicher Vertrag. Die seit 1932 geltenden Änderungen, insbes. der neugefaßte § 368 RWD., lassen nicht erkennen, daß hierin eine Änderung habe eintreten sollen. Das Festhalten an dem Erfordernis des Verpflichtungsscheins läßt auf zugespitzte individualistische Rechtsvorstellungen schließen, die am meisten dem bürgerlichen Recht gemäß sind. Bei einer öffentlich-rechtlichen Regelung hätte man statt dessen den Verwaltungsakt verwendet.

Wie sich seit 1933 die Beziehungen zwischen Krankenkassen und Ärzten geändert haben, wie insbes. die Schaffung der kassenärztlichen Vereinigung Deutschlands durch die W.D. vom 2. Aug. 1933 — ebenfalls einer juristischen Person des öffentlichen Rechts — auf die Natur des Rechtsverhältnisses eingewirkt hat, kann unerörtert bleiben. Denn die Leistungen, die die Kl. von der Befl. fordern kann, sind monatlich nachträglich zu zahlen vorbehaltlich des Ausgleichs am Schlusse des Kalendervierteljahrs. Jeweils zu diesem Zeitpunkt — also noch vor 1933 — würden überhaupt die in der Klage geltend gemachten Ansprüche auf Zahlung des Unterschiedsbetrags zwischen dem richtigen und falsch errechneten Kopfpauschale fällig geworden sein.

Hieraus ergibt sich im einzelnen:

Bedenken gegen die Anwendung der Verjährungsvorschriften des BGB. sind nicht deshalb gerechtfertigt, weil es sich bei dem Verhältnis zwischen Krankenkassen und Ärzten um öffentlich-rechtliche Rechtsbeziehungen handelt.

Nach § 198 S. 1 BGB. beginnt die Verjährung regelmäßig, sobald ein klagbarer Anspruch entstanden ist. Der Anspruch der Kl. ist — wenn er überhaupt begründet ist — jeweils am Ende desjenigen Kalendermonats entstanden und fällig geworden, für die die Befl. zu wenig bezahlt hatte. Dadurch, daß die Kl. sich zunächst darauf verließ, daß die Befl. richtige Unterlagen zur Berechnung des Kopfpauschales zur Verfügung stellte, ist die Entstehung des Klageanspruchs nicht aufgeschoben worden. Kenntnis des Anspruchs setzt die Verjährung regelmäßig nicht voraus.

Da der Klageanspruch den Charakter einer Vergütung des Arztes für seine Dienstleistungen (mit Einschluß der Auslagen) nicht verloren hat, gilt für ihn die zweijährige Verjährungsfrist des § 196 Ziff. 14 BGB. Auch vor der RotW. v. 8. Dez. 1931 galt übrigens — entgegen den Ausführungen der Kl. —, daß Honoraransprüche, die der kassenärztlichen Vereinigung kraft genereller Ermächtigung gegen die Krankenkassen zustanden, der kurzen Verjährung unterlagen (vgl. die Bem. Bemerks: JW. 1931, 1445).

Daß die Geltendmachung der Einrede der Verjährung Treu und Glauben widerspräche, hat die Kl. nicht dargetan. In der Geltendmachung als solcher kann ein Verstoß dagegen nicht gefunden werden, sie kann durchaus lauterer Beweggründe, insbes. der berechtigten Sorge um die Leistungsfähigkeit der Kasse entspringen sein. Einen solchen Fall hat der Vertreter des KArbM. in seiner — das Gericht auch nicht bindenden — Äußerung nicht treffen wollen, wenn er am 19. Aug. 1936 gesagt hat, Treu und Glauben würden verletzt, wenn in derartigen Fällen, von der juristisch unstrittenen Verjährung Gebrauch gemacht werde. Auch deswegen ist noch kein Verstoß gegen Treu und Glauben zu entnehmen, weil beide Parteien Körperschaften des öffentlichen Rechts sind.

(OLG. Dresden, Urf. v. 4. Dez. 1936, 3 U 132/36.)

\*

25. §§ 1642, 1643, 1807, 1808, 1811 ff. BGB. Will der Gewalthaber (Vormund) Geld des Kindes (Mündels) nicht mündelsicher anlegen, sondern damit Sachwerte erwerben, so handeltes sich nicht um eine „anderweite Anlegung“ des Geldes i. S. der §§ 1642 Abs. 2, 1811 Satz 2 BGB. Eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung des Rechtsgeschäftes kommt nur dann in Betracht, wenn sie nach anderen Grundsätzen (z. B. §§ 1643, 1812, 1821, 1822 BGB. erforderlich ist. Ein Verstoß gegen § 1642 Abs. 1 und § 1807, 1808 BGB. macht jedoch den Gewalthaber (Vor-

mund) schadenserjagpflichtig und kann Anlaß zu vormundschaftsgerichtlichen Maßnahmen (z. B. §§ 1667 ff., 1886 BGB.) geben.

Die Witwe J. will als Inhaberin der elterlichen Gewalt für ihre Kinder aus deren Vermögen unter Aufnahme einer Hypothek von 18 000 *RM* ein Mietwohnhaus mit einem Kostenaufwand von etwa 38 000 *RM* errichten. AG. und LG. haben die von ihr hierzu nachgeforderte vormundschaftsgerichtliche Genehmigung verjagt. Der weiteren Beschw. der Kinder, vertreten durch den ihnen bestellten Vermögenspfleger, ist stattgegeben worden.

Das LG. gründet seine Entsch. auf die Erwägung, daß nach dem Gesetz Geld Minderjähriger verzinslich und mündelsicher anzulegen sei und daß das VormGer. eine andere Art der Anlegung nur gestatten könne, wenn die beabsichtigte Art der Anlegung nach Lage des Falls den Grundsätzen wirtschaftlicher Vermögensverwaltung nicht zuwiderlaufe. Das LG. sieht also in der Verwendung des Vermögens der Kinder zum Erwerb und zur Bebauung eines Grundstücks eine anderweitige „Anlegung“ i. S. des § 1642 Abs. 2 (§ 1811 Satz 2) BGB. i. d. Fass. des Art. 2 Gef. v. 23. Juni 1923 (RGBl. I, 411). Das ist rechtsirrig. § 1642 Abs. 1 BGB. und §§ 1807, 1808 BGB. machen dem Inhaber der elterlichen Gewalt und dem Vormund zur Pflicht, bares Geld der Kinder (Mündel) in gesetzlich genau geregelten, besonders sicheren Forderungen oder Wertpapieren verzinslich anzulegen. Nach §§ 1642 Abs. 2, 1811 BGB. a. F. konnte das VormGer. nur aus besonderen Gründen eine andere Art der Anlegung gestatten, eine Vorschrift, die durch das Gef. v. 23. Juni 1923 dahin abgeändert worden ist, daß die Erlaubnis nur verjagt werden soll, wenn die beabsichtigte Art der Anlegung nach Lage des Falles den Grundsätzen einer wirtschaftlichen Vermögensverwaltung zuwiderlaufen würde. Diese Bestimmungen sollten sich in ihrer früheren Fassung jedenfalls nur auf die anderweitige verzinsliche Anlegung von Mündelgeld in der Form von Geldforderungen (Darlehen, verzinslichen Wertpapieren usw.) beziehen. Sie sollten nur eine Befreiung von der Notwendigkeit der Mündelsicherheit ermöglichen, so z. B. in den Fällen, in welchen der Mündel infolge einer Erbschaft Kapital in ausländischen Werten besitzt und zur Vermeidung sonst drohender Verluste weiteres Geld in diesen Werten anlegen muß, oder wenn es sich darum handelt, dem Vater oder der Mutter des Mündels durch Gewährung einer Hypothek den Besitz eines im Ausland befindlichen Grundstücks zu erhalten, sofern davon die Existenz der Familie und des Mündels selbst abhängt (Mot. IV § 1667). Insoweit hat aber auch das Gef. v. 23. Juni 1923 den Geltungsbereich der §§ 1642, 1811 BGB. nicht geändert, da es nur im Zusammenhang mit der damaligen Geldentwertung die wertmäßige Erhaltung von Mündelgeldern durch Anlegung in nicht für mündelsicher erklärten Geldforderungen erleichtern wollte (RGKomm., BGB., § 1811 Anm. 1; Staudinger, BGB., § 1642 Anm. 5, § 1811 Anm. 1; RDruckf. 1920/22 Nr. 5944). Die §§ 1642 Abs. 2, 1811 S. 2 BGB. betreffen also nur die Fälle, in denen Mündelgeld in Geldforderungen angelegt werden soll, beziehen sich dagegen nicht auf solche Anlegungen, die z. B. im Erwerb von Grundstücken, Erwerbsgeschäften oder sonstigen Sachwerten bestehen. Letztere können der Gewalthaber und der Vormund ohne Genehmigung des VormGer. vornehmen, soweit nicht etwa durch andere Vorschriften (z. B. § 1643 Abs. 1, §§ 1812 ff., 1821, 1822 BGB.) die Wirksamkeit der Verfügung von der Genehmigung des VormGer. abhängig gemacht ist. Soweit ein solcher Genehmigungszwang nicht besteht, ist der Gewalthaber oder der Vormund in der Verfügung rechtlich nicht beschränkt (Staudinger, § 1642 BGB. Anm. 5; RGKomm., BGB., § 1806 Anm. 1; Planck, § 1806 BGB. Anm. 2; RG.: RZM. 13, 78; Kipp: Gruch. 66, 905; DLG. 42, 112). Freilich haften der Gewalthaber und der Vormund, wenn sie entgegen den Bestimmungen der §§ 1642 Abs. 1, 1807, 1808 verfahren, nicht nur für den dadurch etwa entstehenden Schaden, sondern sie müssen auch, wenn sie die Interessen des Mündels gefährden, mit vormundschaftsgerichtlichen Maßnahmen (§§ 1667 ff., 1886 BGB.) rechnen.

Das LG. hätte demgemäß hier prüfen müssen, ob die von der Kindesmutter oder dem Pfleger beabsichtigten Geschäfte aus anderen Gründen als aus §§ 1642, 1811 BGB. der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedürfen. (RG., ZivSen. 1a, Beschl. v. 4. Dez. 1936, 1a Wx 1959/36.)

26. §§ 1667, 1668, 1670 BGB. Die Entziehung der Vermögensverwaltung gem. § 1670 BGB. stellt das äußerste Mittel zum Schutz des Kindesvermögens dar und ist erst nach Erschöpfung der in §§ 1667, 1668 BGB. vorgeesehenen Maßregeln anzuordnen. Bei Bestimmung von Art und Höhe der Sicherheit aus § 1668 BGB. können die Vermögensverhältnisse des Vaters nur soweit berücksichtigt werden, als es ohne Nachteil für das Interesse des Kindes möglich ist. Eine Hypothek an dem vom Vater verwalteten Grundstück des Kindes bildet regelmäßig keine geeignete Sicherheitsleistung.

Nach § 1667 BGB. hat das VormGer., wenn das Vermögen des Kindes u. a. dadurch gefährdet wird, daß der Kindesvater in Vermögensverfall gerät, die zur Abwendung der Gefährdung erforderlichen Maßregeln zu treffen. Sie bestehen insbes. in Anordnungen zur Einreichung eines Vermögensverzeichnisses und zur Rechnungslegung und, sofern die Maßregeln aus § 1667 BGB. nicht ausreichen, weiter in der Anordnung zur Sicherheitsleistung gem. § 1668 BGB. Erst wenn der Vater diesen Anordnungen nicht nachgekommen ist, kann das VormGer. ihm nach § 1670 BGB. die Verwaltung des Kindesvermögens entziehen. Die Rechtslage ist also die, daß die Entziehung der Vermögensverwaltung nach § 1670 BGB. nur die äußerste Maßregel darstellt, von der erst Gebrauch gemacht werden darf, wenn alle anderen weniger einschneidenden Maßnahmen erschöpft sind (Mot. IV, § 1547 S. 810). Es genügt deshalb zur Entziehung der Vermögensverwaltung noch nicht, daß das VormGer. Maßnahmen aus §§ 1667 BGB. vergeblich versucht hat, sondern es muß dann noch dem Vater durch Anordnung der Sicherheitsleistung gem. § 1668 BGB. die Möglichkeit eröffnen, wenigstens auf diesem Wege die Entziehung der Vermögensverwaltung abzuwenden. Davon, ob der Vater eine zur Abwendung der Gefährdung des Kindesvermögens genügend hohe Sicherheit leisten kann oder nicht, hängt die Anordnung aus § 1668 BGB. nicht ab. Nach dem Gesetz darf sie nicht unterbleiben. Erst wenn der Vater innerhalb der ihm zu setzenden angemessenen Frist die Sicherheit nicht leisten kann oder will, hat die Nichtbefolgung der Anordnung die Entziehung der Vermögensverwaltung ohne weiteres zur Folge (RZM. 8, 29).

Da der Vater sich in Vermögensverfall befindet und den Auflagen zur Einreichung eines Vermögensverzeichnisses und zur Rechnungslegung nicht ordnungsgemäß nachgekommen ist, konnte das VormGer. die Leistung einer Sicherheit gem. § 1668 BGB. als geboten ansehen. Wenn es die Leistung einer Sicherheit von 5000 *RM* in barem Gelde angeordnet hat, so kommt es entscheidend nur darauf an, ob die Maßregel nach Art und Höhe der Sicherheit rechtlichen Bedenken entgegnet. Das ist nicht der Fall.

Nach § 1668 Satz 2 BGB. bestimmt das AG. nach seinem Ermessen Art und Umfang der Sicherheit. Das bedeutet allerdings nicht, daß es nunmehr nach freiem Belieben über die Sicherheitsleistung befinden kann, vielmehr hat es unter Berücksichtigung die Höhe des Vermögens des Kindes, des durch den Vater dem Vermögen drohenden Schadens und auch der Vermögensverhältnisse des Vaters zu prüfen, welche Sicherheitsleistung möglich und zugleich zur Abwendung des drohenden Schadens ausreichend erscheint, wobei es an die Vorschriften der §§ 232 ff. BGB. über die Sicherheitsleistung nicht gebunden ist (RGKomm., BGB., § 1668 Anm. 1; Staudinger, BGB., § 1668 Anm. 3). Leitender Gesichtspunkt bei dieser Prüfung muß jedoch stets das Interesse des Kindes und die Notwendigkeit des Schutzes seines Vermögens sein. Danach wird sich allein die Höhe der Sicherheit und die Entsch. über die

Tauglichkeit einer angebotenen Sicherheit richten. Die Berücksichtigung der Verhältnisse des Vaters kann nur in der Richtung gehen, daß tunlichst der Weg einzuschlagen ist, der ihm die Leistung der Sicherheit am besten ermöglicht. Es ist also nicht eine Sicherheit in barem Gelde zu verlangen, wenn er über solches nicht verfügt, wohl aber eine gleich gute und ausreichende Sicherheit in anderer Form, z. B. in Wertpapieren, Hypotheken oder sonstigen Forderungen und Werten, zu leisten vermag. Eine weitergehende Berücksichtigung der Vermögensverhältnisse des Vaters ist mit dem Sinn und Zweck der §§ 1667 ff. BGB. unvereinbar, da sie sonst dazu führen würde, daß sich das Gericht mit einer ungenügenden Sicherheit begnügen oder letzten Endes von einem Vorgehen gegen den Vater überhaupt absehen müßte, sofern er zur Leistung einer geeigneten Sicherheit teilweise oder ganz außer Stande ist.

Mit Rücksicht hierauf hat das LG. mit Recht geprüft, ob die vom Vater als Sicherheit angebotene, auf dem Grundstück des Kindes lastende Hypothek an Stelle des geforderten Geldebetrages genügen kann. Wenn es dies verneint hat, so ist seiner Ansicht beizutreten. Die Erwägung, die Hypothek sei keine ausreichende Sicherheit, weil sie auf einem Erbhof laste, ist in dieser allgemeinen Form allerdings nicht zu billigen. Es mag richtig sein, daß sich eine solche Hypothek schwer bewerten läßt. Darauf kommt es jedoch bei der Sicherheitsleistung aus § 1668 BGB. weniger an, sondern wesentlich ist, daß dem Kinde mit einem Vermögenswert dafür Gewähr geleistet wird, daß es bei Schädigung seines Vermögens ohne weiteres Ersatz des Schadens finden kann. Hierfür kann auch eine auf einem Erbhof lastende Hypothek durchaus geeignet sein. Die Ansicht, daß die Hypothek sich zur Sicherheitsleistung nicht eigne, rechtfertigt sich jedoch aus einem anderen Grunde. Für die Tauglichkeit der Hypothek als Sicherheit kommt es auf ihren inneren Wert an. Er wird, sofern die Hypothek nicht an absolut sicherer Stelle eingetragen ist, wesentlich davon abhängen, ob der Grundbesitz gut oder schlecht bewirtschaftet ist und daher einen größeren oder geringeren Wert verkörpert. Die Tatsache, daß gegen den Kindesvater gem. § 1667 ff. BGB. eingeschritten werden muß, erweist, daß gegen seine Vermögensverwaltung erhebliche Bedenken bestehen und damit gerechnet werden muß, daß er über das Vermögen zum Nachteil des Kindes verfügen wird. Daraus ergibt sich ohne weiteres die Beforgnis, daß durch die unsachgemäße Vermögensverwaltung auch der Wert des Grundstücks und der Hypothek wesentlich gemindert werden können, es sei denn, daß die Rangstelle der Hypothek die Gewähr dafür bietet, daß eine Minderung des Wertes der Hypothek in dieser Weise ausgeschlossen ist. Das aber ist hier keineswegs der Fall, so daß die Hypothek jedenfalls mit Rücksicht auf ihren inneren Wert kaum realisierbar ist und deshalb als Sicherheitsleistung nicht in Frage kommt.

(RG., ZivSen. 1 a, Beschl. v. 18. Dez. 1936, 1 a Wx 2120/36.)

\*

27. § 1666 BGB.; § 24 RFGG.

1. Die Vermögensverwaltung und die Nutznießung können dem Vater nach § 1666 BGB. nur bei Vorliegen der Voraussetzungen des Abs. 2, nicht auch des Abs. 1, entzogen werden.

2. Auch wenn der Vater seinem Kind, das hinreichenden eigenen Arbeitsverdienst hat, nach § 1602 BGB. nicht unterhaltspflichtig ist, verletzt er dessen Recht auf Gewährung des Unterhalts i. S. des § 1666 Abs. 2 BGB., wenn er ihm nicht aus dessen Arbeitsverdienst die zum standesgemäßen Unterhalt erforderlichen Beträge zur Verfügung stellt.

Das LG. kann in seinem das Beschwerdeverfahren abschließenden, zur Hauptsache ergehenden Beschl. nicht daneben eine einstweilige Anordnung treffen.

Ein Vater hat den Arbeitslohn seiner nicht bei ihm wohnenden Kinder bei den in Frage kommenden Arbeitsstellen sperren lassen. Daraufhin hat das VormGer. gem. § 1666 BGB. angeordnet, daß die Arbeitsstellen den Lohn an die Kin-

der auszuzahlen haben. Auf die Beschw. des Vaters hat das LG. die Anordnung aufgehoben und die Sache an das AG. zurückverwiesen, gleichzeitig aber angeordnet, daß  $\frac{2}{3}$  des Arbeitslohnes unmittelbar an die Kinder ausgezahlt werden, während  $\frac{1}{3}$  von den Arbeitgebern einstweilen zurückzubehalten sei. Die weitere Beschw. der Kinder ist zum Teil begründet.

Wenn das LG. „bis zur anderweiten Regelung des VormGer.“ die einstweilige Einbehaltung eines Teils des Arbeitslohns der Kinder anordnet, so kann das nur als eine vom LG. ausgehende einstweilige Anordnung gewertet werden. Für einstweilige Anordnungen des AG. hat der Senat bereits in ZfO. 13, 32 = ZfV. 1935, 3481<sup>52</sup> ausgesprochen, daß sie nicht mit Wirkung über die Bekanntgabe der endgültigen Entsch. hinaus erlassen werden dürfen. Noch mehr gilt das für einstweilige Anordnungen des LG., die ihre Grundlage nur in § 24 Abs. 3 ZfO. haben können und ihrer Natur nach lediglich eine Zwischenregelung für die Zeit darstellen, bis das LG. seine die Instanz abschließende Entsch. fällen kann (Schlegelberger<sup>4</sup> § 24 Anm. 11). Hier aber wollte das LG. eine einstweilige Regelung für die Zeit nach seiner Schlussscheidung treffen. Das geht nicht. Solche Regelung, falls sie erforderlich ist, kann nunmehr nur das AG. treffen.

Zur Hauptsache führt das LG. zutreffend aus, daß, wenn auch der Arbeitsverdienst der Kinder nach § 1651 Nr. 1 BGB. nicht der Nutznießung des Vaters unterliegt, diesem daran die Verwaltung zusteht (§§ 1627, 1638 BGB.). Auf Grund dieser ist der Vater zweifellos berechtigt, den Arbeitsverdienst der Kinder bei den Arbeitnehmern in Empfang zu nehmen und zu verwalten. Die Kinder befürchten, daß der Vater ihnen nicht den ganzen Lohn zur Deckung ihrer Lebensbedürfnisse zur freien Verfügung stellen wird. Ein Anspruch darauf besteht aber auch nicht. Es ist in erster Linie Aufgabe des Vaters, die minderjährigen Kinder zu wirtschaftlicher Lebensführung zu erziehen, wozu auch die Rücklage eines Notgroschens gehört, wenn die Höhe des Verdienstes das irgendwie gestattet. Erst wenn der Vater den Kindern weniger zukommen läßt, als ihre standesmäßige Lebensführung erheischt, und dabei schuldhaft handelt, vernachlässigt er die Kinder und gefährdet ihr leibliches Wohl, so daß damit die Voraussetzungen für ein Einschreiten des VormGer. nach § 1666 Abs. 1 BGB. gegeben sind. In der Auswahl der Maßregeln ist der Richter grundsätzlich nicht beschränkt. Jedoch darf es sich dabei nicht um solche handeln, die auf die Entziehung der Vermögensverwaltung oder Nutznießung des Vaters hinauslaufen. Denn für die Anordnung von Maßregeln dieser Art sind in § 1666 Abs. 2 BGB. besondere Voraussetzungen aufgestellt worden. Zwar werden bei Vorliegen der Voraussetzungen des Abs. 2 durchweg immer schon die Voraussetzungen des Abs. 1 vorliegen. Wollte man aber schon auf Grund des Abs. 1 die Entziehung der Vermögensverwaltung und Nutznießung für zulässig halten, dann würde die Hervorhebung der nach Abs. 2 zulässigen Maßregeln jedes verständigen Sinnes entbehren (Staudinger<sup>9</sup>, § 1666 Anm. III A 4; RGZ. 34, A 28).

Hiernach kann in Frage kommen, an den Vater ein Gebot dahin zu erlassen, daß diese jedem Kind wöchentlich einen bestimmten Betrag zur Befriedigung seiner Lebensbedürfnisse aus dem Arbeitsverdienst zu überlassen hat, oder ein Verbot dahin, in dieser Höhe den Lohn bei den Arbeitgebern als gesetzlicher Vertreter der Kinder in Empfang zu nehmen. Sollten solche zunächst rein tatsächlichen Anordnungen, die, weil keinen rechtlichen Eingriff in die Vermögensverwaltung des Vaters enthaltend, nach § 1666 Abs. 1 BGB. zulässig wären, keinen Erfolg versprechen, dann würde weiter die Entziehung der Personensorge, gegebenenfalls mit der Beschränkung auf die Arbeitstätigkeit der Kinder, zu erwägen sein. Sache des Pflegers wäre es dann, zu bestimmen, welcher Teil des Arbeitsverdienstes den Kindern zur Bestreitung ihrer Lebensführung zur Verfügung zu stellen ist, da diese Entsch. in das Gebiet der Personensorge fällt.

Zu Maßnahmen auf dem Gebiet der Vermögensverwaltung würde der Personensorger allerdings nicht befugt sein. Er würde daher, worauf es hier gerade ankommt, nicht befugt sein, über den Arbeitsverdienst der Kinder entsprechend seiner Be-

Entscheidung zu verfügen, indem er die Kinder ermächtigt, diesen in Höhe des von ihm bestimmten Teils in Empfang zu nehmen, oder den Kindern die von ihm für angemessen erachteten Beträge zur freien Verfügung ausshändig. Denn insoweit würde es sich um einen Eingriff in die dem Vater zustehende Vermögensverwaltung hinsichtlich des Arbeitsverdienstes der Kinder handeln. Soll der Pfleger auch zu diesen Maßnahmen befugt sein, dann würde es noch nötig sein, dem Vater auch die Vermögensverwaltung, gegebenenfalls mit der Beschränkung auf den Arbeitsverdienst der Kinder, zu entziehen und dem Pfleger die Vertretung der Kinder auch insoweit zu übertragen. Da eine solche Anordnung nur bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 1666 Abs. 2 BGB. zulässig wäre, ist die Frage zu entscheiden, ob der Vater seine Unterhaltspflicht den Kindern gegenüber i. S. dieser Gesetzesstelle verletzt, wenn er ihnen nicht aus ihrem Arbeitsverdienst die Beträge zur Verfügung stellt, die sie zu ihrem standesmäßigen Unterhalt benötigen. Nach § 1602 Abs. 1 BGB. ist unterhaltsberechtigt nur, wer außerstande ist, sich selbst zu unterhalten, und auch das minderjährige unversehrte Kind kann von den Eltern Unterhalt nur insoweit verlangen, als der Ertrag seiner Arbeit zum Unterhalt nicht ausreicht (§ 1602 Abs. 2 BGB.). Danach besteht aber hier eine Unterhaltspflicht des Vaters gegenüber seinen Kindern i. S. des § 1602 BGB. nicht. Denn es ist außer Streit, daß die Kinder sich durch ihre Arbeit selbst unterhalten können. Der Vater kann daher auch nicht eine solche Unterhaltspflicht den Kindern gegenüber verletzt haben oder verletzen. Jedoch kann der Auffassung, daß § 1666 Abs. 2 BGB. nur eine Verletzung der Unterhaltspflicht i. S. des § 1602 BGB. im Auge hat, nicht gefolgt werden. Die Gefährdung des Unterhalts des Kindes kann sehr wohl auch dadurch eintreten, daß der nach § 1602 nicht zum Unterhalt verpflichtete Vater seinem Kind nicht von dessen Arbeitsverdienst die hinreichenden Beträge zur Bestreitung seines standesmäßigen Unterhalts zur Verfügung stellt. Daß die Pflicht des Vaters auch vom Standpunkt einer ordnungsmäßigen Verwaltung des Arbeitsverdienstes aus dahin geht, kann im Hinblick auf die Bestimmung des § 1602 Abs. 2 BGB. nicht zweifelhaft sein. Dem pflichtwidrigen Verhalten des Vaters kann in einem Fall dieser Art nur dadurch entgegengetreten werden, daß ihm die Vermögensverwaltung hinsichtlich des Arbeitsverdienstes des Kindes entzogen wird. Sie ist nicht nach § 1670 BGB. möglich, wenn der Vater den Arbeitsverdienst des Kindes sonst ordnungsmäßig verwaltet, da hierfür nach § 1667 BGB. gerade Voraussetzung ist, daß das Vermögen des Kindes durch die Vermögensverwaltung des Vaters gefährdet wird. Die einzige Möglichkeit des Einschreitens bietet daher nur der an sich einschlägige § 1666 Abs. 2 BGB. Dieser Weg muß dann aber beschritten werden, da man sonst einem Vater, der von dem Arbeitsverdienst seines Kindes diesem nicht die nötigen Beträge zum Unterhalt zur Verfügung stellt, nicht beikommen könnte. Unter Verletzung des Rechts des Kindes auf Unterhalt i. S. des § 1666 Abs. 2 BGB. ist daher nicht nur der Regelfall zu verstehen, daß der Vater der ihm nach § 1602 BGB. obliegenden Unterhaltspflicht nicht nachkommt, sondern auch der, daß er, ohne eine solche Verpflichtung zu haben, seinem Kinde aus dessen Arbeitsverdienst nicht die zum standesgemäßen Unterhalt erforderlichen Beträge zur Verfügung stellt.

Soweit das RG. in RGZ. 37, A 44, OLG. 9, 442 einen abweichenden Standpunkt vertreten hat, kann dieser nicht aufrechterhalten werden.

(RG., ZivSen. 1 a, Beschl. v. 27. Nov. 1936, 1 a Wx 1757/36.)

28. §§ 2354, 2356 BGB.; § 15 a PersStG. Ein Familienstammbuch erbringt im Erbscheinsverfahren keinen urkundlichen Beweis für die Abstammung der Kinder.

Nach § 2354 Abs. 1 Nr. 2 i. Verb. m. § 2356 Abs. 1 Satz 1 BGB. muß derjenige, der die Erteilung eines Erbscheins als gesetzlicher Erbe beantragt, das Verhältnis, auf dem sein Erbrecht beruht, durch öffentliche Urkunden nachweisen. Die Geburtsbescheinigungen in einem Familienstammbuche sind nun freilich nach § 15 a Abs. 1, 2 PersStG. öffentliche Urkunden.

Ihre Beweiskraft ist aber nach der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung (§ 15 a Abs. 2) eine beschränkte. Sie beweisen, wenn sie — wie hier — den Inhalt abgekürzter Geburtscheine (§ 15 b Abs. 1, 4) haben, lediglich, daß die Geburt in dem Register unter der bezeichneten Nummer beurkundet worden ist, und damit mittelbar die Geburt selbst, dagegen nicht auch das Abstammungsverhältnis, über das sie ihrem Inhalte nach nichts besagen. Man kann lediglich aus dem Umstande, daß die abgekürzten Geburtsurkunden in dem Familienstammbuch unter der Überschrift „Kindergeburten“ auf die Eheschließungsurkunde der Ehegatten folgen, den Schluß ziehen, daß die in den Geburtscheinen bezeichneten Kinder von den vorher bezeichneten Ehegatten abstammen. Diese Schlußfolgerung ersetzt aber, mag sie auch noch so unbedenklich sein, nicht den im § 2356 BGB. nun einmal geforderten urkundlichen Nachweis des Abstammungsverhältnisses. Nur wenn die geeigneten Urkunden überhaupt nicht oder nicht ohne unverhältnismäßige Schwierigkeiten zu beschaffen wären, würde das Familienstammbuch nach § 2356 Abs. 1 Satz 2 BGB. insoweit als „anderes Beweismittel“ auch zum Nachweise des Abstammungsverhältnisses genügen. Es besteht hiernach keine Veranlassung, von der bisherigen Rspr. des RG., wegen deren insbes. auf OLG. 46, 243 zu Ziff. 2 verwiesen wird, abzugehen. Es kann deshalb hier dahingestellt bleiben, ob die vorl. Stammbuchseintragungen, die aus der Zeit vor dem Inkrafttreten der §§ 15 a, 15 b PersStG. stammen, überhaupt schon die dort vorgesehene Beweiskraft haben.

(RG., 1. ZivSen., Beschl. v. 21. Jan. 1937, 1 Wx 701/36.)

29. § 63 JugWohlfG. Ein schulentlassener Minderjähriger, der die üblichen Verwahrlosungsmerkmale nicht an sich trägt, aber infolge falscher Erziehung zu einem eingetragenen, schlappen und verpimpelten Knaben geworden ist, der weder Selbstbehauptungstrieb noch Disziplin und Kameradschaftssinn kennt und den seine Lebensgestaltung betreffende Entscheidungen unwissend und fassungslos gegenübersteht, kann als verwahrlost i. S. des § 63 JugWohlfG. angesehen werden.

Das OLG. stellt fest, der 15 1/2 jährige, etwas schwächliche, aber sonst gesunde Minderjährige sei unverdorben und stehe durchaus nicht auf dem Niveau anderer Kinder, die üblicherweise der Fürsorgeerziehung überwiesen würden. Er sei aber durch die falsche Erziehung der Mutter zu einem eingetragenen, schlappen und verpimpelten Kinde erzogen worden, das weder Selbstbehauptungstrieb noch Disziplin und Kameradschaftssinn kenne und nicht einmal durchschnittliche Schulleistungen erworben habe. Er sei bei diesem Erziehungsergebnis den Anforderungen des Lebens nicht gewachsen. Angelegenheiten wie die Verlängerung des Aufenthalts in einem Erholungsheim um einige Wochen, der Besuch des Konfirmandenunterrichts und der Berufsberatungstelle zwecks Auswahl einer Lehre hätten den Minderjährigen seelisch völlig aus dem Gleichgewicht gebracht. Er habe und schwimme nicht, habe noch nie am Turnunterricht teilgenommen.

Die Frage, ob ein solcher Minderjähriger, der die üblichen Verwahrlosungsmerkmale nicht an sich trägt, dennoch als verwahrlost angesprochen werden kann, ist zu bejahen. Fragt man, was das JugWohlfG. in §§ 56, 62 und 63 unter Verwahrlosung versteht, so ist von der grundlegenden Bestimmung in § 1 JugWohlfG. auszugehen. Danach hat jedes deutsche Kind ein Recht auf Erziehung zur leiblichen, seelischen und gesellschaftlichen Tüchtigkeit. Insoweit der Anspruch des Kindes auf eine solche Erziehung nicht erfüllt wird, hat die öffentliche Jugendhilfe einzutreten, zu deren Maßnahmen auch die Fürsorgeerziehung gehört. In dieser vom Gesetzgeber gewählten Formulierung ist die Absicht enthalten, in dem Erfordernis zu allseitiger Tüchtigkeit ein allgemeines Erziehungsziel aufzustellen, das, wie sich nach nationalsozialistischer Rechtsauffassung von selbst versteht, den nationalsozialistischen Erziehungs-



idealen entsprechen muß, und dessen Durchsetzung zum Nutzen des Kindes joll erzwingen werden können. Bei der Auslegung des Begriffs der Verwahrlosung ist daher davon auszugehen, daß Verwahrlosung i. S. des § 63 ein dem Erziehungsziel des § 1 JugWohlfG. entgegengesetzter Entwicklungsprozeß ist. Des weiteren ist Aufgabe nationalsozialistischer Jugendziehung, die Jugend, von der die Zukunft des deutschen Volkes abhängt, körperlich, geistig und sittlich im Geiste des Nationalsozialismus zum Dienst am Volk und zur Volksgemeinschaft zu erziehen (Ges. über die Hitlerjugend v. 1. Dez. 1936 [RGBl. I, 993]). Es versteht sich von selbst, daß weder dem Erziehungsziel des § 1 JugWohlfG. und noch viel weniger dieser letzteren größeren Aufgabe ein Minderjähriger gerecht werden kann, der mit 15 Jahren noch nicht einmal den schüchternen Versuch macht, geschweige dazu in der Lage ist, die sein eigenes Leben betreffenden, nicht außergewöhnlichen Anforderungen zu begegnen, sie anzufassen oder ihnen gar zu genügen. Ein solcher Minderjähriger, der in einem beachtenswerten Maße hinter dem Zustand zurücksteht, den ein Minderjähriger gleichen Alters und gleicher Umgebung bei sachgemäßer körperlicher und geistiger Ausbildung gewöhnlich erreicht, muß daher i. S. des § 63 als verwahrlost angesehen werden.

(RG., ZivSen. 1 a, Beschl. v. 11. Dez. 1936, 1 a Wx 1971/36.)

\*

30. §§ 1, 3 B.D. über die Eintragung von Hypotheken in ausländischer Währung v. 13. Febr. 1920 (RGBl. I, 231); Art. 1 R.Ges. v. 12. März 1931 (RGBl. I, 31); § 28 O.B.D.; Art. 6, 15 18 ff. Zusatzabk. zum Schweizer Goldhypothekenabk. v. 25. März 1923 (RGBl. II, 286). Auf die vereinbarungsmäßige Umwandlung des in Art. 18 ff. des Zusatzabk. bestimmten gleitenden Zinssatzes in einen festen Zinssatz dergestalt, daß der bisherige Höchstzinssatz i. S. des § 6 Abs. 2 als gleichbleibender Normalzinssatz gelten soll, findet die B.D. v. 13. Febr. 1920 i. d. Fass. des Ges. v. 12. März 1931 Anwendung. Diese Vorschriften sind jedoch, ebenso wie § 28 O.B.D., bloße Ordnungsvorschriften.

Für eine in der Schweiz ansässige Lebensversicherungsgesellschaft war in Abt. III Nr. 5 am 5. Juni 1913 eine zu 4 7/8 % verzinsliche Hypothek mit Goldklausel in Höhe von 575 000 M eingetragen. Von dieser Hypothek wurden am 17. Sept. 1914 90 000 M gelöst. Bezüglich des Restbetrages von 485 000 M wurde am 19. Okt. 1923 unter gleichzeitiger Löschung der Hypothek gemäß dem Schweizer Goldhypotheken-Abkommen vom 25. Juni 1923 (RGBl. II, 284) unter Nr. 12 für die Gläubigerin eine Grundschuld in Höhe von 598 732,50 Schweizer Franken, verzinslich gemäß den Bestimmungen der Art. 18 ff. des Zusatzabkommens, jedoch mindestens mit 18 1/2 % in Mark von 485 000 M und höchstens mit 4 7/8 % in Schweizer Franken eingetragen. Gleichzeitig wurde unter Nr. 13 für den damaligen Eigentümer eine unverzinsliche Eigentümergrundschuld in Höhe von 119 746 Schweizer Franken eingetragen, die im Jahre 1936 mit Genehmigung des RWiM. in Teilbeträgen an Dritte abgetreten ist.

Am 16. Dez. 1930 wurden auf Grund notarieller Erklärungen der Gläubigerin und des damaligen Eigentümers bei der Gläubigergrundschuld Nr. 12 — unter Aufrechterhaltung der Bestimmungen des Schweizer Goldhypotheken-Abkommens im übrigen — Änderungen der Verzinsungs- und Fälligkeitsbestimmungen, insbes. ein fester Zinssatz von 4 7/8 %, eingetragen. Gegen diese Änderungseintragung trug das GBA. auf Anregung des jetzigen Eigentümers R. zu dessen Gunsten einen Amtswiderspruch ein „zur Sicherung seines Anspruchs auf Löschung der Eintragung, weil sie ohne die nach § 3 B.D. vom 13. Febr. 1920 über die Eintragung von Hypotheken in ausländischer Währung erforderliche Einwilligung der Landeszentralbehörde erfolgt sei“. Die gegen diesen Widerspruch von der Gläubigerin erhobene Beschw. wurde zurückgewiesen. Ihre weitere Beschw. hatte Erfolg.

Voraussetzung für die Möglichkeit eines Amtswiderspruchs ist zunächst die inhaltliche Zulässigkeit der vom Eigentümer be-

mängelten Eintragung, da inhaltlich unzulässige Eintragungen das Grundbuch nicht unrichtig machen und nicht Gegenstand weiterer Eintragungen sein können. Bei Bejahung der inhaltlichen Zulässigkeit konnte nach § 53 O.B.D. ein Widerspruch nur eingetragen werden, wenn die fragliche Eintragung unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften vorgenommen und durch sie das Grundbuch unrichtig geworden ist. Die Vorinst. haben beide Voraussetzungen als gegeben angesehen, weil die Eintragung der Genehmigung der Landeszentralbehörde bedurft hätte und das Genehmigungserfordernis Voraussetzung nicht nur der Vornahme der Eintragung, sondern auch der Wirksamkeit der durch sie verlaublichen Zinsänderung sei.

Das LG. begründet seine Auffassung über die Genehmigungsbedürftigkeit der am 16. Dez. 1930 eingetragenen Änderung der Gläubigergrundschuld dahin, daß Art. 13 des Zusatzabkommens nur die erste Eintragung der Gläubigergrundschuld von dem Genehmigungszwange der B.D. v. 13. Febr. 1920 freistelle, daß jedoch Änderungen gem. § 3 dieser B.D. genehmigungspflichtig seien, wenn sie eine wesentliche Abweichung von der Regelung des Schweizer Abkommens enthielten; dies sei hier jedenfalls insoweit der Fall, als der Normalzins des Art. 19 des Zusatzabkommens ausgeschaltet und der bisherige Höchstzinssatz zu einem festen Zinssatz gemacht sei.

Die weitere Beschw. hält den § 3 B.D. v. 13. Febr. 1920 nur auf solche in Fremdwährung eingetragene Hypotheken für anwendbar, die gem. § 1 B.D. mit Genehmigung der Landeszentralbehörde eingetragen seien, nicht aber auf die reichsrechtlich zugelassenen Schweizer Franken-Grundschulden; die Beschw. meint auch, daß die Genehmigungsfreiheit aus Art. 5 des Zusatzabkommens herzuleiten sei, der sogar für besondere Vereinbarungen die Genehmigung für entbehrlich erklärt, durch welche das Rechtsverhältnis in seinen wesentlichen Beziehungen selbständig oder in Verbindung mit dem Hauptabkommen geregelt sei, und daß das Zusatzabkommen und die Ausw. auch sonst bezweckten, die Eintragungen in bezug auf Schweizer Goldhypotheken möglichst zu erleichtern (Art. 11 Abs. 1 Satz 1, Art. 13 Satz 2 des Zusatzabkommens, §§ 1—3 der 3. Ausw. v. 9. Febr. 1924 (RGBl. II, 40)). Auf die hier maßgebenden Vorschriften der §§ 1, 3 und 15 B.D. v. 13. Febr. 1920 wird Bezug genommen.

Durch Ges. v. 18. Dez. 1925 (RGBl. I, 469) und 17. Dez. 1928 (RGBl. I, 405) ist die Geltungsdauer des § 1 B.D. bis zum 31. Dez. 1929 verlängert worden. Durch Art. 1 Ges. vom 12. März 1931 (RGBl. I, 31) endlich ist § 15 B.D. v. 13. Febr. 1920 mit Wirkung vom 1. Jan. 1930 (Art. 4) abermals geändert worden.

Diese Vorschriften ergeben im Zusammenhalt, daß jede Neueintragung einer Hypothek oder Grundschuld in ausländischer Währung, mag dieses von vornherein bei Begründung der Hypothek vereinbart oder etwa nachträglich im Wege der Umwandlung einer Reichswährungshypothek in eine Fremdwährungshypothek (§§ 877, 1180 O.B.D.) bestimmt sein, der Zustimmung der Landeszentralbehörde bedarf (§ 1).

Diese Vorschriften sind jedoch für das Gebiet der Schweizer-Goldhypotheken-Abkommen, die in Deutschland durch Reichsgesetze bestätigt sind, ausgeschaltet. Nach Art. 6 Abs. 1 des Zusatzabkommens wird für den Gläubiger einer Schweizer Goldhypothek i. S. des Art. 1 H.A., Art. 2 Z.A. eine der Höhe nach näher bestimmte Grundschuld in Schweizer Franken eingetragen. Diese Grundschuld ist gem. Art. 6 Abs. 2 Z.A. nach Maßgabe der Art. 18 und 19 Z.A. zu verzinsen, jedoch nicht höher als zu dem für die Goldhypothek geltend gewesenen Zinssatz.

Art. 18 und 19 Z.A. bestimmen Mindestsätze und einen Normalzins für die Verzinsung, und zwar nach Hundertsätzen des Grundstückreinertrages. Art. 13 Z.A. bestimmt, daß es zur Eintragung der Gläubigergrundschuld der in den §§ 1—3 B.D. v. 13. Febr. 1920 vorgesehenen Genehmigung der Landeszentralbehörde nicht bedarf. Art. 13 Z.A. stellt also die Neueintragung einer Hypothek in Schweizer Franken an Stelle einer bisherigen Goldhypothek von den Genehmigungsvorschriften der §§ 1—3 B.D. frei; er besagt mithin, daß weder die Eintragung einer solchen auf Schweizer Franken lautenden Hypothek noch

deren inhaltliche Änderung der Genehmigung der Landeszentralbehörde bedarf. Als Ausnahmevorschrift gegenüber der mehrerwähnten *W.D.* ist Art. 13 *Z.A.* eng auszulegen.

Nach Art. 5 *H.A.* sind zwar die Beteiligten in der Lage, eine an sich unter die Schweizer Abkommen fallende Goldhypothek inhaltlich abweichend von den Bestimmungen dieser Abkommen zu gestalten; denn dort ist gesagt, daß besondere Vereinbarungen zwischen Gläubiger und Schuldner unberührt und vorbehalten bleiben; Art. 5 *H.A.* hält also nicht nur bestehende Vereinbarungen aufrecht, sondern läßt auch neue dergestalt zu, daß ihnen die Bestimmungen des Abkommens zugute kommen. Diese Bestimmung ist jedoch nicht unverändert in das Zusatzabkommen übergegangen. Denn dieses sagt in Art. 5 folgendes: „Ist das Rechtsverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Grundstückseigentümer oder zwischen dem Gläubiger und dem persönlichen Schuldner in seinen wesentlichen Beziehungen durch besondere Vereinbarung selbständig oder in Verbindung mit dem Hauptabkommen geregelt worden, so behält es bei dieser Regelung sein Bewenden; das Zusatzabkommen findet, soweit nicht etwa Abweichendes vereinbart worden ist, in diesen Fällen keine Anwendung, mit Ausnahme der Bestimmungen der Art. 13 und 14 über die Zustimmung der Behörden und die Kosten der Eintragung.“ Das *Z.A.* hält also nur die bestehenden — vor oder nach Inkrafttreten des *H.A.* getroffenen — besonderen Vereinbarungen aufrecht und befreit die auf Grund dieser Vereinbarungen beantragten Eintragungen von dem Genehmigungserfordernis der *W.D.* v. 13. Febr. 1920. Da es neue Vereinbarungen nicht ausdrücklich verbietet, können auch solche getroffen werden; für diese neuen Vereinbarungen kann jedoch, da sie der Regelung des Art. 5 *Z.A.* nicht unterfallen, die für die dort bezeichneten Vereinbarungen ausgesprochene Anwendbarkeit des Art. 13 *Z.A.*, d. h. die Befreiung von dem Genehmigungszwange, nicht aus Art. 5 *Z.A.* hergeleitet werden. Es kann deshalb unerörtert bleiben, ob auch bestehende und aufrecht erhaltene Vereinbarungen unter Umständen der Genehmigung bedürfen (so *Geiler-Pfefferle*, Die Schweizerischen Goldhypotheken, S. 194).

Da die von der Genehmigungspflicht der *W.D.* v. 13. Febr. 1920 ausgenommenen Schweizer-Franken-Grundschulden inhaltlich, insbes. bzgl. der Höhe der Verzinsung, in bestimmter Weise ausgestaltet sind, muß angenommen werden, daß die nachträgliche Änderung einer bereits eingetragenen Schweizer-Franken-Grundschuld, welche dieser Ausgestaltung derart widerspricht, daß sie das Wesen derselben verändert, die Vergünstigung des Abkommens nicht genießt. Eine wesentliche Änderung in diesem Sinne bedeutet es, wenn ein fester Zinssatz in Schweizer Franken in Höhe des früheren Zinssatzes der Goldhypothek vereinbart wird und eingetragen werden soll. Denn das *Z.A.* bestimmt überhaupt keinen festen Zinssatz, sondern macht, wie erwähnt, die Höhe des Zinssatzes von dem jeweiligen Reinertrag des Grundstücks abhängig und setzt für ihn nur Mindest- und Höchstgrenzen fest, und zwar als Höchstgrenze den bisherigen Zinssatz der Goldhypothek. Dieser dem Grundstückreinertrag im Interesse des Eigentümers angepaßte und nur nach oben und unten begrenzte bewegliche Zinssatz gehört zum Wesen der durch das Abkommen geregelten Schweizer-Franken-Grundschuld. Soll er durch einen bestimmten festen Zinssatz ersetzt werden, so wird insoweit die inhaltliche Ausgestaltung der Hypothek verändert und eine von dem *Z.A.* abweichende und ihm gegenüber neue dingliche Frankenschuld begründet, die jedenfalls dann nicht als eine unter die Ausnahmebestimmung des Art. 13 *Z.A.* fallende und deshalb nicht von dem Genehmigungserfordernis der *W.D.* v. 13. Febr. 1920 befreite hypothekarische Eintragung angesehen werden kann, wenn sie auf den Höchstsatz festgelegt ist. Denn dadurch wird an Zinsen ein für allemal ein Betrag dinglich gesichert, der nach den Vorschriften des *Z.A.* nur sicherungsfähig sein sollte, wenn die in Art. 19 *Z.A.* für die Berechnung bestimmten Hundertsätze des Reinertrages ihn erreichen oder übersteigen. In solchem Falle muß daher die Änderung i. S. der *W.D.* v. 13. Febr. 1920 und des Zusatzabkommens als eine nicht unter die Befreiung des Art. 13 *Z.A.* fallende, sondern der *W.D.* v. 13. Febr. 1920 i. d. Fass. des Ges. v. 12. März 1931 unterstellte Ein-

tragung in ausländischer Währung behandelt werden, dabei kann dahingestellt bleiben, ob § 1 oder § 3 *W.D.* anzuwenden ist.

Das *GBA.* hat also bei der Eintragung vom 16. Dez. 1930 das Gesetz insofern verletzt, als es ohne Vorlegung einer Entsch. der Landeszentralbehörde i. S. des Art. 1 Ges. vom 12. März 1931 oder i. S. des zeitlich nicht begrenzten § 3 *W.D.* die Inhaltsänderung eingetragen hat.

Für die Frage, ob dieser Verstoß die Wirkung hat, daß die Eintragung der Änderung als inhaltlich unzulässig anzusehen oder bei Verneinung der inhaltlichen Unzulässigkeit eine Unrichtigkeit des Grundbuchs herbeigeführt hat, kommt es darauf an, ob die *W.D.* und das Ges. v. 12. März 1931 bloße Ordnungsvorschriften sind, d. h. ob sie lediglich gegen die Vornahme der Eintragung als Verfahrensakt gerichtet und ohne Einfluß auf die Wirksamkeit der mit der Eintragung bezweckten Rechtsänderung sind, oder ob sie materiellrechtliche Wirksamkeitsvoraussetzungen aufstellen, so daß eine ohne Zustimmung der Landeszentralbehörde vorgenommene Eintragung unwirksam ist. Im letzteren Falle wiederum könnte die Eintragung ohne die im § 1 Satz 3 *W.D.* v. 13. Febr. 1920 vorgeschriebene Erwähnung der Einwilligung der Landeszentralbehörde verlaubliche Grundbuchinhalt i. S. des § 58 Abs. 1 Satz 2 *GBA.* inhaltlich unzulässig oder i. S. der §§ 22, 53 Abs. 1 Satz 2 unrichtig sein. Diese Frage ist in dem Sinne zu beantworten, daß es sich um bloße Ordnungsvorschriften handelt.

Die *W.D.* v. 13. Febr. 1920 knüpft, wie die Begründung (*Schlegelberger*, Übergangsrecht, Bd. II, S. 428) ausdrücklich hervorhebt, an § 28 Satz 2 *GBA.* an, wonach einzutragende Geldbeträge in der Eintragungsbewilligung und, da die Eintragung nur übereinstimmend mit der Bewilligung erfolgen darf, in der Eintragung selbst in Reichswährung anzugeben sind. § 28 *GBA.* hat, wie allgemein anerkannt und in den Motiven *Bd. 3 S. 642* hervorgehoben ist, nur die Bedeutung einer Ordnungsvorschrift. Auf diese Eigenschaft des § 28 *GBA.* als Ordnungsvorschrift weist auch die Begründung der *W.D.* v. 13. Febr. 1920 hin. Daraus ist zunächst einmal zu folgern, daß auch die *W.D.* durch ihre Vorschriften, soweit sie die Eintragung von Hypotheken und Grundschulden betreffen, lediglich die Eintragung als Verfahrensakt, nicht dagegen in ihrer Eigenschaft als Bestandteil des rechtsgeschäftlichen Begründungsstatbestandes (§§ 873, 877 *BGB.*) behandeln, also keine materiellrechtlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen schaffen will. Die *W.D.* hat, wie die Begründung ausführt, den Zweck, im Interesse der Erlangung von Auslandskredit zur Beschaffung von Rohstoffen die Eintragung von Fremdwährungshypotheken unter gewissen Voraussetzungen zu ermöglichen, also die ihre Vornahme — durch Anordnung der Eintragung der Geldbeträge in Reichswährung — schlechthin untersagende Vorschrift des § 28 *GBA.* zu mildern, nicht sie zu verschärfen. Für diese Bedeutung der bezeichneten Vorschriften der *W.D.* spricht auch die Fassung des § 1, wo nicht gesagt ist, daß eine Hypothek in ausländischer Währung nur mit Zustimmung der Landeszentralbehörde bestellt werden dürfe, sondern daß die Eintragung der Geldbeträge mit Zustimmung der Landeszentralbehörde in ausländischer Währung vorgenommen werden könne, was mit Rücksicht auf den Ausgangspunkt (§ 28 *GBA.*) besagt, daß die Geldbeträge der gesicherten Forderung in Abweichung von § 28 Abs. 2 *GBA.* nicht in Reichswährung angegeben zu werden brauchen, wenn die Landeszentralbehörde der Eintragung in ausländischer Währung zustimmt. Es handelt sich also um eine Ausnahme von der Ordnungsvorschrift des § 28 *GBA.*, und zwar um eine bedingte und zeitlich begrenzte Außerkraftsetzung des § 28 Satz 2 *GBA.* Dieser vorerörterte Ausgangspunkt und Zweck der *W.D.* v. 13. Febr. 1920 erheischt eine einheitliche Beurteilung ihrer sämtlichen Vorschriften i. S. bloßer, den Verfahrensakt der Eintragungsvornahme betreffenden Regelung.

§ 3 *W.D.* erweckt zwar, für sich allein betrachtet, den Anschein, als ob bzgl. inhaltlicher Änderungen der Fremdwährungshypothek die Zustimmung der Landeszentralbehörde Voraussetzung für die Wirksamkeit der Änderung selbst sein solle;

denn da zu einer Änderung des Inhalts der Hypothek nicht nur die Eintragung der Änderung, sondern auch eine entsprechende Einigung notwendig ist (§ 377 BGB.), müßte bei buchstabenmäßiger Auslegung des § 3 auch die Einigung von der Zustimmung abhängig sein. Mit Rücksicht auf den Ausgangspunkt und Zweck der WD. und auf die ihnen angepaßte Fassung des § 1 als der einleitenden und grundlegenden Vorschrift muß jedoch angenommen werden, daß es sich bei der Fassung des § 3 nur um eine ungenaue Ausdrucksweise handelt und er in Wirklichkeit im Anschluß an § 1 auch nur besagen will, daß die Eintragung einer Inhaltsänderung der Zustimmung der Landeszentralbehörde bedürfe und daß diese nicht ohne deren Zustimmung vorgenommen werden solle. Es muß also auch jedenfalls der Abs. 1 des § 3 WD. trotz seiner den Anschein einer sachlich-rechtlichen Vorschrift erweckenden Fassung dahin verstanden werden, daß er nicht Voraussetzungen für die materielle Wirksamkeit einer inhaltlichen Änderung des Hypothekenrechts aufstellt, sondern ebenso wie die Grundvorschrift des § 1 nur die verfahrensrechtliche Seite der Eintragung der Inhaltsänderung der Fremdwährungshypothek (ihre Vornahme) behandeln will. Daher ist auch eine Änderung des Inhalts der Hypothek, wenn sie ohne Zustimmung der Landeszentralbehörde eingetragen ist, zwar unter Gesetzesverletzung vorgenommen. Die Wirksamkeit der Änderung wird aber, wenn ihr eine nach allgemeinen Vorschriften wirksame Einigung zugrunde liegt, durch das Fehlen der Genehmigung nicht berührt.

Ob auch die Bestimmung des § 3 Abs. 2 WD., wonach eine Änderung der eingetragenen Währung auch der Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten bedürfe, als bloße Ordnungsvorschrift gemeint ist oder als Wirksamkeitsvoraussetzung, bedarf hier keiner Erörterung. Sollte das letztere der Fall sein, so würde es sich nur um eine Wiederholung dessen handeln, was schon nach allgemeinem materiellen und formellen Eigenchaftsrecht zu gelten hat. Denn nach diesem darf das Recht der gleich- und nachstehenden Berechtigten ohne ihre Zustimmung nicht durch inhaltliche Änderungen eines gleich- oder vorgehenden Rechts verschlechtert werden und ist deshalb zur Eintragung bei dem letzteren die Zustimmung der ersteren schon dann erforderlich, wenn auch nur eine begründete Möglichkeit dafür besteht, daß die Eintragung bei dem vor- oder gleichstehenden Recht das Recht der gleich- oder nachstehenden Berechtigten beeinträchtigen kann (ZfZ. 11, 234; 1 Wx 359/36, zum Abdruck bestimmt; RGZ. 119, 316 = JWB. 1928, 479; Gütthe-TriebeI, GBD., 5. Aufl., § 19 Anm. 42, 43; Senle-Mönch, § 19 Anm. 5 B).

Eine andere Auslegung des § 3 WD. würde zu dem unannehmbaren Ergebnis führen, daß die genehmigungslose Änderung des Inhalts einer Fremdwährungshypothek unwirksam, die an dem gleichen Mangel leidende Eintragung der Hypothek selbst aber wirksam wäre. Ein solches Ergebnis könnte von den Beteiligten übrigens dadurch verhindert werden, daß sie unter Lösung der alten Fremdwährungshypothek eine neue unter den veränderten Bedingungen zur Eintragung brächten.

Auch die Fassung des § 15 WD. in der ursprünglichen und in der durch Gef. v. 12. März 1931 geänderten Form steht der Beurteilung des Erfordernisses der Zustimmung der Landeszentralbehörde als bloßer Ordnungsvorschrift für den Verfahrensakts der Eintragung nicht entgegen. Der Ausspruch, daß nach den dort bestimmten Zeitpunkten Neueintragungen auf Grund des § 1 WD. nicht vorgenommen werden dürfen, enthält trotz seines den Anschein eines zwingenden Verbots erweckenden Wortlauts lediglich eine zeitliche Begrenzung der im § 1 verordneten Einschränkung und Milderung des § 29 GBD., so daß für die spätere Zeit dessen, die Eintragung von Fremdwährungshypotheken schlechthin ausschließende Ordnungsvorschrift wieder voll zur Geltung kommt. Etwas anderes ist auch aus den Begründungen zur WD. v. 13. Febr. 1920 a. a. O. und zu dem Gef. v. 12. März 1931 (Reichstagsverhandlungen 1930 Bd. 450 Nr. 870) nicht zu entnehmen. Auf dem vorerörterten Standpunkt steht auch das Schrifttum, wenn auch meist ohne besondere Begründung (Gütthe-TriebeI, § 28 Anm. 2; Predari: Gruch. 67, 227; Camerer: BayStzfr. 1924, 1; Hesse-Saage, § 28 Anm. 5).

Der gegenteilige Standpunkt des OLG. Dortmund in der Entscheidung JWB. 1923, 193 (dazu Ruffbaum daselbst) ist aus dem Bestimmtheitsfordernnis der §§ 1113, 1115 BGB. hergeleitet. Dem Bestimmtheitsfordernnis der §§ 1113, 1115 BGB. ist aber bei Fremdwährungshypotheken immer schon dann genügt, wenn der Goldbetrag in einer bestimmten Anzahl der ausländischen Währungseinheiten eingetragen ist, § 28 GBD. und die vorerörterten WD. behandeln aber nur die Frage, ob die Währungseinheit, in welcher der Geldbetrag zu bestimmen ist, nur die Reichsmarkwährung oder auch eine ausländische Währung sein darf.

Ist hiernach die Genehmigung der Landeszentralbehörde keine Voraussetzung für die Wirksamkeit der im Dezember 1930 bei der Franken-Grundschuld der Beschw. eingetragenen Inhaltsänderung, so folgt daraus, daß die ohne diese Genehmigung vorgenommene Eintragung weder inhaltlich unzulässig noch unwirksam und damit i. S. des § 53 GBD. unrichtig ist. (RG., 1. ZivSen., Beschl. v. 29. Okt. 1936, 1 Wx 412/36.)

[Sch.]

## Landgerichte: Zivilsachen

### Halle

**31.** §§ 242, 2038 Abs. 2 BGB. Ein Miterbe, der sich im Beizie des noch ungeteilten Nachlasses befindet, hat auf Verlangen eine Teilung der Früchte schon vor der Auseinandersetzung vorzunehmen und handelt arglistig, wenn er sich auf § 2038 Abs. 2 BGB. beruft, sofern die Gesamthöhe der Früchte und die Anzahl und die Anteile der Miterben unstrittig sind.

Es ist zwar an sich richtig, daß nur dann, wenn die Erbauseinandersetzung durch letztwillige Verfügung oder Vereinbarung der Miterben auf längere Zeit ausgeschlossen ist, jeder Miterbe am Schlusse des Jahres die Teilung des Reinertrages verlangen kann und daß in allen anderen Fällen die Teilung der Früchte erst bei der Auseinandersetzung gefordert werden kann. Diese Bestimmung soll in erster Linie verhindern, daß ein Miterbe aus dem Nachlaß mit Früchten bedacht wird, während die durchgeführte Auseinandersetzung ergibt, daß ihm überhaupt nichts oder weniger zusteht. Im vorl. Falle hat Bekl. selbst den Gesamtüberschuß für die Zeit v. 1. Juni 1926 bis zum 31. Dez. 1935 auf 5520,01 RM beziffert, wovon Kl. ein Zehntel, also etwa 552 RM, zustehen würde. Er handelt wider Treu und Glauben, wenn er diesen Betrag nur deshalb vielleicht jahrelang vorenthalten will, weil sich Kl. weigert, die Abrechnung des Bekl. anzuerkennen, und andererseits die Kosten und vielleicht auch andere mit seiner schlechten finanziellen Lage zusammenhängende Nachteile der gerichtlichen Auseinandersetzung, insbes. durch Teilungsversteigerung scheut. Das Übergewicht des sich im Besitz der erheblichen Hausüberschüsse befindlichen Bekl. gegenüber dem finanziell schwachen Miterben ist so stark, daß es sittenwidrig erscheint, wenn Bekl. durch weiteres Vorenthalten der unstrittigen Überschüsse den Miterben in der Durchsetzung seiner Ansprüche behindern will.

(OLG. Halle a. S., Urte. v. 6. Aug. 1936, 8 S 208/36.)

\*

### Siegen

**32.** §§ 679, 683 BGB.

1. Die Bestellung und Bewirtschaftung des deutschen Grund und Bodens liegt im öffentlichen Interesse.

2. Die Durchführung der zwangsweisen Bestellung durch den Reichsnährstand verpflichtet den Eigentümer zum Ersatz der dem Reichsnährstand entstandenen Aufwendungen. †)

Der Bekl. hat im Mai 1935 in der Zwangsversteigerung ein landwirtschaftliches Grundstück erworben, das er ebenso wie sein Vorbesitzer unbestellt ließ. Der zuständige Kreisbauernführer setzte ihm eine Frist zur Bestellung mit der Androhung,

andererseits die Bestellung auf seine Kosten durchführen zu lassen. Nach Ablauf der Frist ließ die Kreisbauernschaft die Acker düngen und einsäen. Die Bestellung ist infolge vollständiger Mißernte vergeblich gewesen.

Mit der Klage hat der Kreisbauernführer als Kl. den Er satz seiner Aufwendungen verlangt, deren Zahlung der Besl. verweigert hat. Der Kl. hat seinen Anspruch auf die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag gestützt und dazu ausgeführt, der Besl. habe eine im öffentlichen Interesse liegende Pflicht verletzt, denn das deutsche Volk sei zur Sicherung seiner Ernährung auf die ordnungsmäßige Bewirtschaftung seines Grund und Bodens angewiesen. Der Besl. hat demgegenüber geltend gemacht, daß für ihn keine Rechtspflicht zur Bestellung bestanden habe.

Das UG. hat dem Klageantrag entsprochen, die Berufung war erfolglos.

Aus den Entscheidungsgründen:

Die Voraussetzungen der §§ 679, 683 BGB. sind erfüllt, denn die Bestellung lag im öffentlichen Interesse. Das deutsche Volk hat einen schweren Kampf um seine Nahrungsfreiheit zu führen, um seine völlige, politische Freiheit zu erringen, denn politische Freiheit ist ohne Nahrungsfreiheit nicht denkbar. Der Weltkrieg hat dies deutlich gezeigt. Die Erzeugungsschlacht ist in erster Linie von den deutschen Bauern und Landwirten zu führen. Sie sind hierzu berufen und auch verpflichtet, denn es ist die vornehmste Aufgabe eines jeden einzelnen Deutschen, die Interessen der Allgemeinheit nach Kräften zu fördern. Diese Pflicht ergibt sich aus den Grundsätzen der nationalsozialistischen Weltanschauung und braucht nicht, wie der Besl. meint, gesetzlich bestimmt zu werden.

Die Erfüllung der Pflichten, die der Kampf um die Nahrungsfreiheit mit sich bringt, liegt also im öffentlichen Interesse, denn die Erzeugungsschlacht kann nur dann den erwarteten Erfolg haben, wenn jeder Bauer und jeder Landwirt darauf bedacht ist, seinen Grund und Boden so intensiv wie möglich auszunutzen. Es ist deshalb nicht zu billigen, wenn ein Grundstückseigentümer Ackerland brachliegen läßt. Die Staatsbehörden vollziehen daher den Willen des Volkes und handeln nur im Interesse der Gesamtheit, also der Öffentlichkeit, wenn sie im Falle einer Weigerung die Bestellung von Ackerland selbst vornehmen.

(UG. Riegnitz, Ur. v. 1. Dez. 1936, 5 S 200/36.)

**Anmerkung:** Dieses Urteil entscheidet in durchaus beizupflichtendem Sinne einen Fall, der schon häufig praktisch geworden ist. Die Gründe des Urteils, daß bei der nationalsozialistischen Wirtschafts- und Bodenpolitik ein Bauer oder Landwirt nicht beliebig Ackerland brachliegen lassen darf, sprechen für sich. Der Gemeinnutz geht auch hier den persönlichen Gesichtspunkten vor, wenn diese jeder vernünftigen Beurteilung widersprechen. Es soll selbstverständlich nicht so weit gegangen werden, daß der Bauer in der Art seiner Bodenbenutzung stets kontrolliert und schon bei unzureichenden oder überflüssigen Maßnahmen gemäßregelt wird. Vielmehr muß das Verhalten eine grobe Verletzung der Pflichten offenbaren, die der Besitz von Ackerland im nationalsozialistischen Staat auferlegt, z. B. durch bewußtes Zuwiderhandeln gegen die heutigen maßgebenden Grundsätze. Im obigen Tatbestand war der Besl. ein Kaufmann, der offensichtlich ebensowenig wie sein jüdischer Vorbesitzer in dem Grundstück den deutschen Acker sah, sondern nur ein Objekt der Zwangsversteigerung als eigene Selbstanlage.

Mit Recht hebt das Urteil hervor, daß „öffentliche Pflichten“ heute nicht mehr nur aus niedergeschriebenen Gesetzen folgen, sondern sich für jeden Deutschen auch aus den Grundsätzen der nationalsozialistischen Weltanschauung ergeben. In anderem Zusammenhang ist diese Feststellung zum selbstverständlichen Rechtsstandpunkt geworden. Bei der Auslegung des § 679 BGB. wird man heute dasselbe Rechtsgefühl walten lassen müssen. Die Erläuterungen RGZ. 92, 201 = JW. 1918, 267 (ebenso noch die 8. Aufl. des RGRKomm. 1934), die zwischen rechtlicher (= vertragsmäßiger oder gesetzlicher) und sittlicher (= nicht durch Gesetze oder Verträge festgelegter) Verpflichtung unterscheiden, entsprechen nicht mehr unserer Empfindung. Die vielfältigen Berührungspunkte innerhalb der Volksgemeinschaft könn-

nen nicht alle gesetzlich festgelegt werden. Nebenbei sei darauf hingewiesen, daß ein entsprechendes Gesetz vom Jahr 1917 bis 1929 wirklich bestanden hat („VO. zur Sicherung der Acker- und Gartenbestellung“ v. 9. März 1917 [RGBl. I, 225], umgeändert durch die „VO. über die Sicherung der Landwirtschaft“ v. 4. Febr. 1919 [RGBl. I, 179]). Die Gründe für seine Aufhebung waren nicht sachlicher Art. Nach dieser VO. war die zuständige Verwaltungsbehörde befugt, die Besitzer von Grundstücken mit kurzer Frist zu einer Klärung darüber aufzufordern, ob und wie sie ihren Acker bestellen wollen. Bei Weigerung grober Verzögerung der Bestellung u. dgl. konnte die Verwaltungsbehörde dem Besitzer die Bestellung entziehen und einer anderen Stelle übertragen.

Bei Erbhöfen wird ein solches pflichtwidriges Verhalten eines Bauern oft dazu führen, daß der Abmeierungsantrag gestellt wird. Trotzdem wird sich dabei häufig die Notwendigkeit ergeben, vor Durchführung des Verfahrens, das immer eine gewisse Zeit in Anspruch nimmt, einzuschreiten und die Bestellung inzwischen vornehmen zu lassen.

Eine solche Bestellung liegt selbstverständlich nur dann im öffentlichen Interesse, wenn sie nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Bewirtschaftung vorgenommen wird. Bei dieser Beurteilung wird auch davon auszugehen sein, ob nach Zeitpunkt der Bestellung, Bodenart, Fruchtfolge usw. ein den Bestellungenskosten etwa entsprechender Ernteertrag zu erwarten ist.

Dr. J. g. Dürr, Breslau, Landesbauernschaft Schlesien.

## Reichsfinanzhof

Berichtet von den Senatspräsidenten Art und Bodenstein  
und den Reichsfinanzräten Ott und Sölich.

(× Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsfinanzhofs abgedruckt)

× 33. § 4 Nr. 14 UmsStG. 1934; § 31 UmsStDurchf. Best. 1934. Hausgewerbetreibende und Zwischenmeister sind umsatzsteuerfrei, wenn das kleine Ausmaß des Unternehmens besondere wirtschaftliche Abhängigkeit und Schutzbedürftigkeit in Erscheinung treten läßt. Dieser für die Entsch. maßgebende Umfang des Unternehmens kann nur im Einzelfall nach dem Gesamtbild beurteilt werden, das sich aus der Zusammensetzung einzelner objektiver Merkmale, wie Umsatzhöhe, Arbeitnehmerzahl, ergibt.

(RGZ., 5. Sen., Ur. v. 21. Dez. 1936, VA 263/36 S.)

\*  
34. § 7 Abs. 1, 2 UmsStG. 1932; § 38 Durchf. Best. z. UmsStG. 1932. Großhandelslieferungen im Möbelhandel.†)

Der Beschw. unterhält in R. ein größeres Möbelmusterlager. Der Verkauf wickelt sich so ab, daß der Beschw. in der Umgebung von R. eine Anzahl Möbelhändler und Schreinermeister an der Hand hat, die kauflustige Kunden zu diesem Lager bringen. Der Verkauf wird dann nach einem Vertrag getätigt, nach dem der Kunde bei dem Beschw. Möbel bestellt. Der Vertrag wird gleichzeitig von dem Kunden und dem vermittelnden Schreinermeister unterschrieben. Der letztere beantragt in dem Vertrag, dem Besteller in seinem Namen und auf seine Rechnung den in dem Vertrag zu dem Möbelkauf benötigten Kredit zu den vertraglich niedergelegten Bedingungen zu geben, und sofern dementsprechend Annahme durch den Beschw. erfolgt, verpflichtet sich der Schreinermeister als Selbstschuldner unter Verzicht auf die Vorausklage und der Teilung. Der vermittelnde Schreinermeister erhält für seine Tätigkeit einschließlich der Bürgschaftsleistung 20% des Verkaufspreises als Provision. Die Lieferung der Möbel erfolgt entweder durch den Beschw. oder die Möbelfabrik. Die Bezahlung geschieht zumeist seitens der Besteller an den Beschw.

Auf Grund dieses Sachverhalts hat das FinU. und das FinGer. den Beschw. mit dem vollen Verkaufserlös zur Um-

steuer herangezogen. Die R. Beschw. begehrt Freistellung des Beschw. von der Umsatzsteuer nach § 7 Abs. 2 UmsStG. 1932 i. Verb. m. § 38 Durchf. Best. Sie macht geltend, daß der Beschw. nicht an die Verbraucher, sondern an die Schreinermeister liefere, daher Lieferungen im Großhandel vorlägen. Die R. Beschw. ist unbegründet.

Wann Großhandel vorliegt, bestimmt sich nicht, wie der Beschw. mit seinem Hinweis auf das Urteil des HansO. G. annehmen scheint, nach vom Standpunkt der Volkswirtschaftslehre aus denkbaren Merkmalen oder nach sonst allgemein wirtschaftlichen Gesichtspunkten. Vielmehr ist der Inhalt des Großhandelsbegriffs für das Gebiet des Umsatzsteuerrechts gesetzlich geregelt, und zwar liegt nach § 38 Abs. 1 Durchf. Best. z. UmsStG. 1932 Umsatz im Großhandel vor, wenn ein Unternehmer an einen Abnehmer liefert, der die Gegenstände zur gewerblichen Weiterveräußerung oder zur gewerblichen Herstellung anderer Gegenstände oder zur Bewirkung gewerblicher oder beruflicher Leistungen erwirbt (vgl. auch § 11 UmsStDurchf. Best. 1934). Wenn bei dem vom FinGer. festgestellten Tatbestand das Vorliegen von Großhandelslieferungen verneint worden ist, so ist darin ein Rechtsirrtum nicht zu erkennen. Als Abnehmer kann hier nur der Besteller, nicht der Schreinermeister oder Tischlermeister angesehen werden. Hierfür spricht nicht nur die vertragliche Abmachung, sondern auch — und das ist umsatzsteuerrechtlich von ausschlaggebender Bedeutung — die tatsächliche Abwicklung des Geschäfts.

(R. F. H., 5. Sen., Ur. v. 20. Nov. 1936, V A 450/36 U.)

**Anmerkung:** Der hier zugrunde liegende Tatbestand findet sich oftmals im Wirtschaftsleben. Gerade in solchen ländlichen Bezirken wird ein ortsanfälliger Handwerksmeister manchen ihm zugeordneten Auftrag, z. B. eine Brautausstattung, wegen fehlender Zeit oder unzureichenden Materials nicht in vollem Umfang selbst herstellen und liefern können, so daß er dann die Kauflustigen veranlaßt, fehlende Teile bei einem größeren städtischen Betrieb einzukaufen. Dessen Inhaber kennt die Wirtschaftslage der Käufer nicht und muß vorsorgen, daß eine ihm bekannte Persönlichkeit die Gewähr für Bezahlung der Lieferung übernimmt. Hier hatte sich der Lieferer die beteiligten Handwerksmeister als selbstschuldnerische Bürgen verpflichtet, denen er für die Heranbringung des Käufers und für die Mithaftung bzgl. des Kaufpreises eine Entschädigung gewährte. Zahlte also der Kunde z. B. 100 R. M., und bewilligte der Großhändler dem Handwerker eine Vergütung von 20 R. M., so blieben dem Großhändler 80 R. M. Viele ähnliche Fälle liegen vor, in denen die Zwischenhändler dann nur den ihnen verbleibenden Betrag (hier 80 R. M.) als das Entgelt „für ihren Umsatz“ behandelt wissen wollen. Hier kommt noch dazu, daß der St. W. fl. seine Einnahme als umsatzsteuerfrei bezeichnete, weil er nach seiner Meinung sich auf die Befreiungsvorschrift des § 7 UmsStG. 1932 berufen könnte. Demgegenüber billigt der R. F. H. die Auffassung des FinGer., daß derartige in einem Verträge zusammengefaßte Abreden steuerlich nicht dahin ausgelegt werden könnten, es liege von seiten des Zwischenhändlers ein Verkauf an den Handwerksmeister vor; vielmehr hat der Zwischenhändler nach dem Vertragstext und der Abwicklung des Geschäfts unmittelbar an den Verbraucher veräußert. Dieser ist der Schuldner des vollen Kaufpreises und der Zwischenhändler hat diesen Betrag zum allgemeinen Umsatzsteuersatz zu versteuern.

Für das neue UmsStG. 1934 ergibt sich daraus, das FinU. kann nicht etwa den Zwischenhändler, vorausgesetzt daß die formellen Bedingungen zu § 7 UmsStG. 1934 bei ihm erfüllt sind, mit dem um die Provision gekürzten Preis (80 R. M.) mit 1/2 % heranziehen und dagegen den Handwerksmeister mit 2 % von 100 R. M., sondern der „Zwischenhändler“ hat 2 % von 100 R. M. zu entrichten und der Handwerker nur 2 % von den 20 R. M., die er für sein Tätigwerden als Vermittler und Bürge erhält. Einschlägige Fälle müssen von den FinU. rechtzeitig beachtet werden, weil u. U. erst durch solche unrichtige Zurechnungen zum Großhandel der städtische Zwischenhändler einen Großhandelsanteil seines Geschäfts von mehr als 25 % ausweisen und daraufhin (also zu Unrecht) die Anwendung des ermäßigten Steuersatzes im folgenden Jahr für sich beanspruchen könnte. Für den Bereich des UmsStG. gilt im übrigen unabänderlich

sein besonderer Großhandelsbegriff, der nur auf die Eigenschaft des Käufers als Wiederverkäufer oder gewerblicher (freiberuflicher) Verbraucher abstellt.

ORegR. B a n d o w, Berlin.

\*

× 35. § 6 Abs. 1 Nr. 8 Unterabs. 1 und 4 ZollTarG.; § 3 Abs. 5 Nr. 4 Abschn. a Teil 2 StAnpG. Fahrzeuge, die beim Eingang über die Zollgrenze zur Beförderung von Personen oder Waren dienen und nur aus dieser Veranlassung eingeht, sind zu stellen und anzumelden. Für sie entsteht die Zollschuld unter der auflösenden Bedingung der Wiederausfuhr innerhalb der bei der Zollabfertigung gesetzten Frist.

Der Beschw. hat am 15. Nov. 1934 auf einem Fahrrad die Zollgrenze von Holland her auf einem Nebentweg überschritten und hat nach einer Besorgung im Zollgebiet beabsichtigt, auf dem gleichen Weg auf dem Fahrrad nach Holland zurückzukehren.

Auf Grund dieses Sachverhalts hat das Hauptzollamt mit Steuerbescheid v. 24. Juni 1935 von ihm 58,50 R. M. Zoll, 1,25 R. M. Umsatzausgleichsteuer und 0,20 R. M. statistische Abgabe, zusammen 59,95 R. M. gefordert.

Die Aufsechtung dagegen ist als unbegründet zurückgewiesen worden.

Die R. Beschw. kann nicht Erfolg haben.

Nach § 6 Abs. 1 Nr. 8 Unterabs. 1 ZollTarG. bleiben außer anderen Fahrzeugen vom Zoll befreit:

„Fahrzeuge aller Art einschließlich der zugehörigen Ausrüstungsgegenstände, die bei dem Eingang über die Zollgrenze zur Beförderung von Personen oder Waren dienen und nur aus dieser Veranlassung eingeführt werden . . .“;

und Unterabs. 4 sagt: „Verbleiben in den bezeichneten Fällen Fahrzeuge . . . dauernd im Inland, so tritt die Zollpflicht ein.“

Das Urteil des Senats IV A 359/26 v. 26. Jan. 1927 (R. F. H. 20, 183 = Zölle 1927, 142 = Wrozels Kartei, Rechtspruch 1 zu § 6 Nr. 8 ZollTarG.) hat diese Vorschriften in § 6 Abs. 1 Nr. 8 ZollTarG. in einem gleichliegenden Fall dahin ausgelegt, der 1902 eingefügte Unterabs. 4 habe die nach § 5 Nr. 5 Abs. 1 bis 3 ZollTarG. von 1879 zulässig gewesene Ausdehnung der Zollbefreiung auf die Fahrzeuge, die ins Ausland nicht zurückkehren, als nicht gerechtfertigt beseitigt, habe damit also bei dauerndem Verbleiben der Fahrzeuge im Inland nur ihre Zollpflicht eintreten lassen, die Zollfreiheit aber von der Erfüllung weiterer Bedingungen nicht abhängig machen wollen. Das ergibt nach dem genannten Urteil „auch der unzweideutige Wortlaut der bezeichneten Gesetzesvorschrift“; die Annahme, die Zollbefreiung der bezeichneten Fahrzeuge setze eine amtliche Überwachung (durch Zollvormerkung oder ohne solche) zur Sicherung der Wiederausfuhr voraus, finde im Gesetz keine Stütze. Die genannten Fahrzeuge unterlägen daher nicht der Feststellungspflicht der §§ 21 und 22 V ZollG.

Die gleiche grundsätzliche Ansicht hat der Senat — unter ausdrücklicher Ablehnung der ihr entgegenstehenden Ansicht des R. F. H. — für einen mit Schmuggelwaren beladenen Kraftwagen im nicht veröffentlichten Urteil IV A 151/30, 193/30 v. 18. Febr. 1931 und ferner im Urteil IV A 46/30 v. 23. Nov. 1932 = Wrozels Kartei, Rechtspruch 2 zu § 111 R. AbgD. 1931, vertreten.

Diese Auffassung wird nicht mehr aufrechterhalten.

Wie der R. F. H. geltend macht und wie auch in der Rechtslehre (vgl. Teil 1 der Abhandlung von Siegert: „R. F. H. und Zollbehandlung des grenzüberschreitenden Fahrrad- und Kraftfahrzeugverkehrs in § 6 Nr. 8 ZollTarG.“ in Zölle 1927, 300 f. und die Abhandlung von Kuehn, „Die Zollbehandlung der Fahrzeuge nach § 6 Nr. 8 ZollTarG.“ in Zölle 1927, 355 ff. (359 ff.) — erörtert wird, enthalten die genannten Vorschriften in § 6 Abs. 1 Nr. 8 Unterabs. 1 und 4 ZollTarG. für die dort genannten fremden Fahrzeuge eine sog. unechte Zollbefreiung, d. h. nicht eine (echte) Zollbefreiung, die ausgesprochen wird, trotzdem die fremde zollbare Ware dauernd in

die Volkswirtschaft des deutschen Zollgebiets eintritt und auf dessen Markt als preisbildender Faktor mitwirkt, sondern die (als unechte Zollbefreiung) deshalb gegeben wird, weil die zollbare Ware, die in das deutsche Zollgebiet gelangt, in dessen Volkswirtschaft entweder gar nicht oder nur vorübergehend eintritt und deshalb auch das Zollgebiet wieder verläßt. Eine solche unechte Zollbefreiung bedingt daher (im Gegensatz zur echten) einen zweimaligen Grenzübergang. Bei dem Eintritt der Ware ins Zollgebiet entsteht die Zollschuld für sie (nach § 4 Abs. 1 StAnpG. auflösend) bedingt, und beim Wiederaustritt aus ihm fällt diese Zollschuld weg. Verläßt aber die Ware innerhalb der Wiederausfuhrfrist, die ihre Zollfreilassung begrenzt, das Zollgebiet nicht, so wird die (auflösend) bedingt entstandene Zollschuld unbedingt. Dieser der neueren Rechtsentwicklung entsprechende rechtliche Aufbau ist im Unterabs. 4 dahin bezeichnet, daß, wenn die Fahrzeuge dauernd im Inland bleiben, die Zollpflicht eintritt, eine Fassung, die dahin, daß die Fahrzeuge uneingeschränkt zollfrei eingehen und erst, wenn sie dauernd im Zollgebiet bleiben, nachträglich die Zollschuld für sie entsteht, schon deshalb nicht verstanden werden kann, weil für Waren, die sich bereits im freien Verkehr befinden, nachträglich eine Zollschuld nicht entstehen kann.

Weil die Voraussetzungen des § 6 Abs. 1 Nr. 8 Unterabs. 1 ZollTarG. aber amtlich ermittelt und festgestellt werden müssen, ehe ein Fahrzeug zollfrei eingehen darf, muß es zur Zollabfertigung gestellt werden. Das Gegenteil kann weder aus dem Zweck des Unterabs. 4 (Beseitigung der bis zu seiner Einführung für zulässig angesehenen Ausdehnung der Zollbefreiung auf Fahrzeuge, die das Zollgebiet nicht wieder verlassen) gefolgert noch aus dem Wortlaut des Unterabs. 1 („bleiben vom Zoll befreit“) entnommen werden, da eine solche Auslegung die gerade bei den Zollvorschriften so starke Neu- und Umbildung durch die Rechtsentwicklung (im vorl. Falle besonders die durch diese eingeführte und durch die Rspr. bestätigte bedingte Entstehung von Abgabenschulden) nicht berücksichtigt.

Bei der nach dem Gesagten erforderlichen Gestellung des Fahrzeugs wird auch die Wiederausfuhrfrist festgesetzt. Ohne Gestellung und Zollabfertigung könnte jedes Fahrzeug mit der Behauptung, daß für es die genannten Voraussetzungen des Unterabs. 4 vorliegen, zollfrei eingehen, ohne daß sowohl diese Voraussetzungen liegen wie die erforderliche Wiederausfuhr gesichert wären. Eine solche Handhabung der Zollbefreiung in § 6 Abs. 1 Nr. 8 ZollTarG. würde deren Sinn und Zweck nicht gerecht werden. Ob und wie die Zollverwaltung bei Befahrung der Voraussetzungen des Unterabs. 1 die Wiederausfuhr der Fahrzeuge sichert — ob sie, wie bei Kraftwagen, durch Geld oder durch Verpflichtungen von Kraftwagenvereinigungen in Passierscheinen oder Passierscheinheften Sicherheit für die Abgaben leisten läßt, oder ob sie, wie bei Fahrrädern ohne Motor, bei Ruderbooten, Kanus und Galtbooten von Reisenden entsprechend dem Erlaß Z 1253 — 14142 II v. 19. Dez. 1929 = RZollBl. 310, nur bei Verdacht der Zollumgehung die Abgaben sicherstellen und die Wiederausfuhr nachweisen läßt —, ist Sache der Zollaufsicht, die die Entstehung und die Höhe der Zollschuld für das Fahrzeug nicht berührt.

Die Gestellung des Fahrzeugs ist Voraussetzung für seine Zollbefreiung nach Nr. 8 in dem Sinn, daß durch Nichtgestellung über das Fahrzeug erstmalig vorschriftswidrig so verfügt wird, als stünde es bereits im freien Verkehr, und daß diese Verfügung die Zollschuld hervorruft, wie es der Senat bis zum 1. Jan. 1935, dem Inkrafttreten von § 3 Abs. 5 Nr. 4 Abschn. a Teil 2 StAnpG. von 1934, mit Hofmann (bei Stenglein S. 25 Anm. 16) in ständiger Rspr. (vgl. RZollBl. IV a A 32/20 v. 15. Sept. 1920 = Bd. 3 S. 286 = Rechtsprechung 3 zu § 9 VerZollG. und IV a A 63/20 v. 19. Jan. 1921 = Bd. 4 S. 269 = Wetzels Kartei, Rechtsprechung 2 zu § 13 VerZollG.) angenommen hat, und wie es seit dem 1. Jan. 1935 durch die genannte Vorschrift des StAnpG., die auf jene Rspr. zurückgeht (vgl. Fandae: Zölle 1934, 414) gesetzlich festgelegt ist.

Danach hat der Beschw. für das Fahrrad nach § 13 VerZollG. die Zollschuld und damit nach § 15 Abs. 2 UmfStG. und § 5 UmfAusglStD. auch die Umsatzausgleichsschuld und fer-

ner nach §§ 15 und 17 des Ges. über die Statistik des Warenverkehrs auch die statistische Abgabenschuld in seiner Person entstehen lassen.

(RZollBl., 4. Sen., Ur. v. 22. Okt. 1936, IV A 106/36 S.)

## Reichspatentamt

Berichtet von den Oberregierungsräten Dr. Giese und Bindewald, Berlin

[\*\* Wird in der amtlichen Zeitschrift „Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen“ abgedruckt]

**36. § 4 WZG. Ablehnung der Löschung des Wortzeichens „Trockenwolle“. Grundsätze für die Beurteilung der Durchsetzungsfrage im Lösungsverfahren.**

Die Antragsgegnerin, Inhaberin des reinen Wortzeichens 434 983 „Trockenwolle“, hatte i. J. 1928 ein Verfahren zum Imprägnieren von Wolle und Wollgarnen zum Patent angemeldet. Die nach diesem Verfahren behandelten Wollgarnen sollen sich besonders gut für wassernichtaufsaugende und wasserabstoßende Gewebe eignen (deutsche Patentschrift 610 871). Im gleichen Jahre begann die Antragsgegnerin, für derartige Wollgarnen die Bezeichnung „Trockenwolle“ zu verwenden. Am 4. Nov. 1930 meldete sie diese Wortprägung, die bisher noch nicht üblich gewesen war, zum Warenzeichenschutz für Wollgarnen an. Die Prüfungsstelle beauftragte zunächst das Zeichen als phantasielose Beschaffenheitsangabe, verfügte jedoch die (am 27. Juni 1931 erfolgte) Eintragung in der Überzeugung, daß der Nachweis einer Durchsetzung der Kennzeichnung „Trockenwolle“ als Eigenmarke der Antragsgegnerin geklärt sei.

Die Antragstellerin hat mit Eingabe v. 9. März 1934 gebeten, das Zeichen als eine bloße Beschaffenheitsangabe und auch als irreführend zu löschen. Die Anmeldeabteilung hat jedoch nur auf Teillösung erkannt, nämlich nur für solche Wollgarnen, die nicht wasserabstoßend wirken. Für andere als wasserabstoßende Wollgarnen bedente das Zeichen „Trockenwolle“ eine Angabe, die zu einer Irreführung der Käufer führen könnte. Sinegen bestehe kein Anlaß, das Zeichen auch für wasserabstoßende Wollgarnen zu löschen. Denn die von der Anmeldeabteilung angestellten Ermittlungen hätten ergeben, daß sich die Durchsetzung des Zeichens als Ursprungsmarke seiner Inhaberin im Laufe der Jahre in ausreichendem Maße vollzogen habe. . . .

Die Beschw. der Antragstellerin war erfolglos. . . .

In sachlicher Hinsicht war in erster Linie zu untersuchen, ob es eines Durchsetzungsnachweises überhaupt bedarf, oder ob die Bezeichnung „Trockenwolle“ für wasserabstoßende Wollgarnen, wie die Zeicheninhaberin meint, noch einen derartig phantasielosen Einschlag besitzt, daß sie deshalb nicht als eine lösungsfähige reine Beschaffenheitsangabe i. S. des § 4 Abs. 2 Ziff. 1 WZG. zu werten sei.

Der Senat teilt die Auffassung der Anmeldeabteilung, daß das angegriffene Zeichen ohne eine Durchsetzung der Lösung anheimfallen müßte. Denn die Zusammenziehung des Eigenschaftswortes „trocken“ und des Hauptwortes „Wolle“ zu der Wortbildung „Trockenwolle“ verstößt keineswegs gegen die Regeln der deutschen Sprache. Es sei nur auf folgende allgemein üblichen Wortbildungen hingewiesen: „Trockengemüse“, „Trockenmilch“, „Trockendock“, „Trockenboden“, „Trockenschrank“ und „Trockeneis“ sowie „Trockenkursus“ (z. B. für Schneefahrläufer, Ruderer und Schwimmer). Diese Wörter zeigen, daß das Wort „trocken“ bei Zusammensetzungen verschiedene Bedeutung haben kann. Es besagt nicht immer nur, daß ein Gegenstand trocken ist, kann vielmehr auch die Bedeutung des Trockenbleibens, Trockenbleibens, Trockenmachens und Trockenhaltens haben. Die Bezeichnung „Trockenwolle“ wird daher vom Durchschnittskäufer unter gewöhnlichen Umständen als ein Hinweis auf ein Wollgarn verstanden werden, das sich in bezug auf Trockenheit irgendwie auszeichnet oder nach einem besonderen Verfahren getrocknet ist.

Es war somit noch zu prüfen, ob sich das unstrittene Zeichen in gehörigem Umfange im deutschen Reichsgebiet bei den

in Frage kommenden Verkehrskreisen als eine Eigenmarke durchgesetzt hat. Der Senat steht in Übereinstimmung mit dem angefochtenen Beschlusse keinen zwingenden Anlaß, die Durchsetzung zu verneinen.

Das Gesamtergebnis der patentamtlichen Umfragen bietet in Verbindung mit den von den Parteien vorgelegten Beweisurkunden folgendes Bild:

In den Kreisen der Fachleute, der Erzeuger und Händler, wurde die Kennzeichnung „Trockenwolle“, schon zur Zeit der Eintragung des angegriffenen Zeichens in ganz erheblichem Umfange, und sie wird heute ziemlich allgemein als ein Hinweis auf den Ursprung der so bezeichneten Wollgarne aus dem Betriebe der Zeicheninhaberin aufgefaßt. Diese Feststellung allein würde freilich die Anerkennung einer Durchsetzung noch nicht gestatten. Es kommt vielmehr für die Frage der Durchsetzung i. S. des § 4 Abs. 3 WZG. (ebenso wie der Erlangung einer Verkehrsregelung gem. § 25 WZG.) in der Regel ebenfalls auf die Anschauung der Verbraucher an (vgl. RSt. v. 16. Juni 1936: Mitt. d. Dtsch. Patentanw. 1936, 265 fg., insbes. 266 linke Spalte); der Beschw. ist darin beizupflichten, daß manche Kreise der Wollgarnverbraucher, z. B. nicht wenige Sportler, die Bezeichnung „Trockenwolle“ nur als einen Beschaffenheitshinweis ansprechen. Dieser Mangel wird jedoch durch folgende Umstände wettgemacht:

Nach ständiger Rpr. des RPatA. ist bei der Prüfung der Schutzfähigkeit eines Warenzeichens im Lösungsverfahren für gewöhnlich ein milderer Maßstab anzulegen als im Prüfungsverfahren.

Die Zeicheninhaberin hat im zweiten Rechtszuge durch Überreichung einer anscheinlichen Zahl Äußerungen aus Verbraucherkreisen die Unterlagen für die Annahme einer Durchsetzung beim Verbraucher wesentlich vermehrt.

Die Antragsgegnerin benutzt das Zeichen in weitestem Umfang nunmehr schon seit acht Jahren, und seit seiner Anmeldung beim RPatA. sind immerhin bereits volle sechs Jahre, seit der Eintragung in die Warenzeichenrolle 5 1/2 Jahre verstrichen.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ist die Wortbildung „Trockenwolle“ keine sog. „glatte“, d. h. auch der allergeringsten Eigenart entbehrende Beschaffenheitsangabe, wie etwa die Worte „Kohwolle“, „Edelgarn“ und „Feingewebe“. Die erste Begegnung mit der Bezeichnung „Trockenwolle“ wird manchen Käufer zunächst etwas stutzig machen. Die am nächsten liegende Bedeutung „Trockenwolle“ = „trockene Wolle“ wird ihn nicht befriedigen, da bei Wolle das Trocken sein, solange sie nicht naß wird, etwas zu Selbstverständliches ist. Er wird also hinter der Kennzeichnung „Trockenwolle“ mehr suchen und nun erst auf die Deutung kommen: „Trockenwolle“ = „besonders gut trocken haltende Wolle“ oder „besonders rasch trocknende Wolle“.

Ist aber „Trockenwolle“ keine glatte Beschaffenheitsangabe, so brauchen die Anforderungen an das Maß der Durchsetzung nicht so hoch geschraubt zu werden, wie es die Antragstellerin für unumgänglich hält. Bei Berücksichtigung dieses Umstandes kann man sehr wohl schon zu der Überzeugung kommen, daß das zur Zeit der Eintragung des Zeichens für die Durchsetzung vorl. Material genügt, um die Durchsetzung als nachgewiesen anzusehen. Dies Material ist aber durch das Ergebnis der im Laufe des Lösungsverfahrens angestellten Ermittlungen auch für die Sachlage zur Zeit der Eintragung des Zeichens noch verstärkt worden. Selbst wenn man aber annehmen wollte, das gesamte Material hätte nicht genügt, das Zeichen einzutragen, so fällt bei Prüfung der Sachlage zur Jetztzeit noch ein weiterer, bereits im angefochtenen Beschlusse verwerteter Gesichtspunkt erheblich ins Gewicht: Die Zerstörung eines jahrealten Zeichens, das mittlerweile für die Antragsgegnerin eine große wirtschaftliche Bedeutung erlangt hat und dessen Verlust ohne weiteres das Erlöschen gleichlautender Zeichen der Antragsgegnerin in einer ganzen Reihe von Auslandsstaaten nach sich ziehen würde. Diese ließe sich nur dann rechtfertigen, wenn ein ernsthaftes Bedürfnis der Wettbewerber der Zeicheninhaberin nach einer Freihaltung der angegriffenen Bezeichnung für den Allgemeingebrauch festzustellen wäre. Ein solches Bedürfnis hat aber die Antragstellerin weder im ersten

nach im zweiten Rechtsgange nachweisen können. Wenn es bestünde, so wären sicherlich bei der ausgiebigen Befragung der Erzeuger- und Händlerkreise durch die Prüfungsstelle (vor der Eintragung des Zeichens) und durch die Abteilung für Warenzeichen (vor ihrer Ablehnung des Lösungsgefuches) Stimmen in beachtlicher Zahl laut geworden, die auf ein solches Bedürfnis hingewiesen hätten. Nach der glaubhaften Erklärung der Zeicheninhaberin in der mündlichen Verhandlung schweben auch zur Zeit nicht etwa Klagen wegen unbefugter Benutzung des Wortes „Trockenwolle“ für wasserabstoßende Wollgarne. Einige Firmen haben sich zwar nach Angabe der Antragstellerin durch den Anspruch der Zeicheninhaberin auf Alleinbenutzung der Bezeichnung „Trockenwolle“ anfangs beeinträchtigt gefühlt. Diese Firmen haben sich jedoch, wie die Antragstellerin bei der mündlichen Anhörung selbst hervorhob, inzwischen mit der Zeicheninhaberin verglichen. Das Ausbleiben von Angriffen gegen das in Rede stehende Zeichen in beträchtlicher Zahl dürfte sich schon aus der Tatsache erklären, daß die deutsche Sprache dank ihres Reichturns eine ganze Fülle von Möglichkeiten bietet, ein wasserabstoßendes Wollgarn in seiner Eigenart mehr oder weniger kurz und doch treffend zu kennzeichnen.

Alle diese Umstände gestatten im vorl. Falle die Anlegung eines verhältnismäßig milden Maßstabes bei der Prüfung der Verkehrsanerkennung (vgl. die Entsch. des erf. Sen. v. 21. Mai 1931 über die Schutzfähigkeit der Bezeichnung „Tanger = in der Armeladen“ (Mitt. 1931, 202 rechte Spalte oben). Das angegriffene Zeichen hat infolge ausreichender Durchsetzung im Verkehr Anspruch auf Zeichenschutz.

(RPatA., 12. BeschwSen., Entsch. v. 10. Dez. 1936, M 50 766/14 Wz.) [Bd.]

### Reichsversicherungsamt

Berichtet von Senatspräsident Dr. Zielke und Landgerichtsdirektor Kersting, Berlin

\*\* Wird in den Amtl. Nachrichten für Reichsversicherung (Neue Folge der Amtl. Nachrichten des RVerfA.) abgedruckt]

[O Wird in den „Entscheidungen und Mitteilungen“, herausgegeben von Mitgliedern des RVerfA. (EuM.), abgedruckt]

\*\* O 37. Die Krankenkassen haben keinen Anspruch gegen den auf Grund der Vorschr. des RVerfOrg. Zugeteilten auf Ersatz der Kosten für zu Unrecht gewährte Sachleistungen.

Soweit es sich um versicherte Personen handelt, hat das RVerfA. bereits grundsätzlich entschieden, daß Sachleistungen im allgemeinen nicht wie die Geldleistungen zurückgefordert werden können. Denn sie unterscheiden sich in wesentlichen Punkten von diesen. Die Sachleistungen sind nicht einseitig ein Ausfluß des Anspruchs des Versicherten auf Kassenleistungen, sondern beruhen zugleich auch auf dessen Verpflichtung zur Mitwirkung, um den i. S. der Kasse liegenden raschen und gründlichen Heilerfolg sicherzustellen (vgl. Entsch. 3827: NachrRVerf. 1930, IV 376 = EuM. 28, 84 Nr. 36). Diese Erwägungen hat das RVerfA. auch in einem Falle gelten lassen, in welchem die in Betracht kommende Person der Krankenversicherungspflicht wegen Überschreitung der Versicherungsgrenze nicht unterworfen war und Sachleistungen lediglich irrtümlich bezogen hatte (vgl. Entsch. 4069: NachrRVerf. 1931, IV 221 = EuM. 30, 43 Nr. 22). Sie treffen in gleicher Weise zu, wenn es sich um einen der Kasse zugeteilten Kriegsbeschädigten handelt, da hier die maßgebenden Verhältnisse ebenso liegen, wie bei Versicherten. Der Zugeteilte hat insbes. ebenso die Pflicht zur ärztlichen Behandlung, er kann die ärztlichen Anordnungen nicht nachprüfen, vor allem ist er während der Heilbehandlung gemäß § 8 Abs. 3 RVerfOrg. der Krankenordnung und den Strafbestimmungen der Kasse unterworfen. Unter diesen Umständen ist der Zugeteilte nicht verpflichtet, den Wert zu Unrecht empfangener Sachleistungen zurückzuerstatten. Anders wäre es nur, wenn er sich diese Leistungen durch unerlaubte Handlungen beschafft hätte (vgl. EuM. 35, 420 Nr. 147).

(RVerfA., 1. RevSen., Urf. v. 23. Sept. 1936, II a K 151/35.) [R.]

\*\* 38. § 1544 I Abs. 3 Nr. 1 RVD. Die Reichsknappschaft oder die von ihr beauftragte Bezirksknappschaft ist auch dann zur Feststellung und Zahlung der Leistungen zuständig, wenn der in der knappschaftlichen Pensionsversicherung und in der Invalidenversicherung (oder Angestelltenversicherung) Versicherte seinen Rentenanspruch ausdrücklich auf den Versicherungszweig der Invalidenversicherung (oder Angestelltenversicherung) beschränkt und für die Invalidenversicherung zuletzt Beiträge zur VBerAnst. entrichtet sind. Wird in einem solchen Falle der Feststellungsbescheid der Reichsknappschaft angefochten, so bedarf es einer Entsch. des Geschäftsausschusses nicht.

Nach der Rspr. des RVerfA. (vgl. insbes. Entsch. 5022: MAdrsfVerf. 1936, IV 289 = EuR. 40, 76 Nr. 22) ist der Rentenanspruch, den ein Wanderversicherter stellt, grundsätzlich als Antrag auf Gewährung einer Gesamtleistung aus allen den Versicherungszweigen anzusehen, zu denen Beiträge geleistet sind (vgl. § 1544 I Abs. 1 u. 2 RVD.; § 42 RKnappSchG. und § 30 AngVerfG.). Eine Ausnahme von dieser Regel gilt nur dann, wenn der Antrag ausdrücklich auf Gewährung einer Leistung aus einem einzelnen Versicherungszweig beschränkt wird (§ 1544 I Abs. 1 Halbs. 2 a. a. D.). Eine ausdrückliche Beschränkung des Leistungsantrags in diesem Sinne ist aber nicht schon darin zu erblicken, daß der Versicherte in seinem Rentenanspruch nur eine einzelne Rente erwähnt, obschon er auch die andere Leistung beantragen könnte. Erforderlich ist vielmehr, daß der Wille des Versicherten, seinen Leistungsanspruch auf die Leistung aus einem bestimmten Versicherungszweig zu beschränken, im Rentenanspruch unzweideutig zum Ausdruck kommt. Die Entsch. über den Rentenanspruch eines Wanderversicherter setzt daher stets eine Prüfung durch den Versicherungsträger in der Richtung voraus, ob nach dem Willen des Berechtigten nur eine Leistung aus einem einzelnen Versicherungszweig festzusetzen ist, oder ob sich die Entsch. auf alle in Frage kommenden Versicherungszweige zu erstrecken hat.

Für den Fall, daß Beiträge zur knappschaftlichen Pensionsversicherung und zu einem anderen Versicherungszweig (Invalidenversicherung oder Angestelltenversicherung) entrichtet sind, bestimmt nun § 1544 I Abs. 3 Nr. 1 RVD., daß ohne Rücksicht auf die Wirksamkeit der Beiträge für die Feststellung und Zahlung der Leistungen die Reichsknappschaft oder die von ihr beauftragte Bezirksknappschaft zuständig ist. Diese ausschließliche Zuständigkeit des knappschaftlichen Versicherungsträgers beim Vorliegen auch nur eines einzigen Beitrags zur knappschaftlichen Pensionsversicherung ist vom Gesetzgeber aus dem Grunde angeordnet, „weil den Versicherungsträgern der anderen Versicherungszweige die Beherrschung des verwickelten knappschaftlichen Versicherungsrechts mit den besonderen eingreifenden Satzungsbestimmungen nicht immer leicht fallen wird“ (C e r t - H o f f m e i s t e r - D o b b e r n a c h in den Erläuterungen zu § 1544 I RVD., S. 353, vgl. auch M i e s b a c h, Die Knappschaftsversicherung, S. 57 oben). Diese Regelung hat sonach in erster Linie den Regelfall im Auge, daß für den Wanderversicherter Leistungen sowohl aus der knappschaftlichen Pensionsversicherung als auch aus einem anderen Versicherungszweig beansprucht werden, über die sodann in einem einheitlichen Verfahren von den knappschaftlichen Instanzen zu entscheiden ist (vgl. die Entsch. 5022). Fraglich kann aber sein, ob die Zuständigkeitsregelung des § 1544 I Abs. 3 Nr. 1 a. a. D. auch dann gilt, wenn ein Wanderversicherter der Pensionsversicherung und der Invalidenversicherung seinen Rentenanspruch ausdrücklich auf die nicht knappschaftliche Leistung beschränkt und Invalidenversicherungsbeiträge für ihn zuletzt an die VBerAnst. geleistet sind. Der Senat hat diese Frage bejaht. Wenn auch infolge der aus-

drücklichen Beschränkung des Rentenanspruchs auf die Leistung aus der Invalidenversicherung die zur knappschaftlichen Pensionsversicherung geleisteten Beiträge bei der Feststellung der Leistung außer Betracht bleiben und es danach so anzusehen ist, wie wenn knappschaftliche Beiträge für den Versicherten überhaupt nicht entrichtet wären, so sprechen doch Gründe dafür, auch in diesem Falle die Zuständigkeit des knappschaftlichen Versicherungsträgers zu bejahen. Denn die Beschränkung des Rentenanspruchs auf den Versicherungszweig der Invalidenversicherung gem. § 1544 I Abs. 1 Halbs. 2 a. a. D. bedeutet keinen — vom Gesetze zugelassenen — Verzicht des Versicherten auf seine Rechte aus der Beitragsleistung zu dem knappschaftlichen Versicherungszweig. Der Versicherte selbst oder seine Hinterbliebenen sind vielmehr mangels einer entgegenstehenden gesetzlichen Vorschrift jederzeit in der Lage, von der früher erklärten Beschränkung des Leistungsantrags abzugehen und ihre Ansprüche aus dem bisher nicht berücksichtigten knappschaftlichen Versicherungszweig durch Stellung eines entsprechenden Rentenanspruchs geltend zu machen. Für diesen neuen Rentenanspruch wäre sodann die Zuständigkeit des knappschaftlichen Versicherungsträgers gem. § 1544 I Abs. 3 Nr. 1 a. a. D. ohne weiteres gegeben. Würde man nun die Auffassung vertreten, daß bei Beschränkung des Leistungsantrags in dem oben dargelegten Sinne zur Feststellung der Leistung der Versicherungsträger der Invalidenversicherung zuständig wäre, so würde dies u. U. ein mehrfaches Hin- und Herschieben des Versicherten von einem Versicherungsträger zum anderen und damit ein Ergebnis zur Folge haben, dessen Verhütung die Zuständigkeitsregelung des § 1544 I Abs. 3 a. a. D. gerade bezweckt (vgl. M i e s b a c h a. a. D.). Danach rechtfertigt sich die hier vertretene Auffassung, die entsprechend auch für den Fall gilt, daß Beiträge zur knappschaftlichen Pensionsversicherung und zur Angestelltenversicherung geleistet sind und der Leistungsanspruch des Versicherten ausdrücklich auf die Gewährung einer Leistung aus der Angestelltenversicherung beschränkt wird. Auch dann ist die Zuständigkeit des knappschaftlichen Versicherungsträgers gegeben.

Ist aber die Zuständigkeit der knappschaftlichen Versicherungsträger zur Feststellung der Leistungen im vorl. Falle gegeben, so richtet sich auch das weitere Verfahren nach den Vorschriften des RKnappSchG. (§§ 191 ff. RKnappSchG.). Die Beschränkung des Rentenanspruchs auf den nicht knappschaftlichen Versicherungszweig hat jedoch zur Folge, daß es im Falle der Anfechtung des Feststellungsbescheides der Entsch. des Geschäftsausschusses nach § 193 Abs. 2 RKnappSchG. nicht bedarf. Denn in diesem Falle kommen „Leistungen aus der Pensionsversicherung“ i. S. von § 193 Abs. 1 a. a. D. unstreitig nicht in Betracht. Es besteht daher auch kein Grund, den vornehmlich zur Entsch. knappschaftlicher Streitfragen berufenen Geschäftsausschuss mit der Entsch. dieser Streitfälle zu befassen.

(RVerfA., 2. RevSen. [KnappSchSen.], Entsch. gem. § 1715 a RVD. v. 10. Sept. 1936, III a Kn 956/36.) [R.]

## Berichtigungen

JW. 1937, 513, rechte Spalte ist in dem Artikel „Aktien-Gesetz“, erster Absatz, letzte Zeile, irrtümlich angegeben, daß das Gesetz vom 30. Jan. 1937 am 1. Aug. 1937 in Kraft tritt. Das Gesetz tritt am 1. Oktober 1937 in Kraft. D. S.

JW. 1937, 302, rechte Spalte, Anmerkung letzter Absatz, Zeile 3 von unten, ist statt des Wortes „Deckungszulage“ zu setzen „Deckungszufuge“. D. S.

Infolge eines Druckfehlers ist das Datum des JW. 1937, 582<sup>01</sup> abgedruckten Beschlusses des AG. Schöneberg falsch mit 16. Mai 1937 angegeben. Es muß heißen: 16. Jan. 1937. D. S.